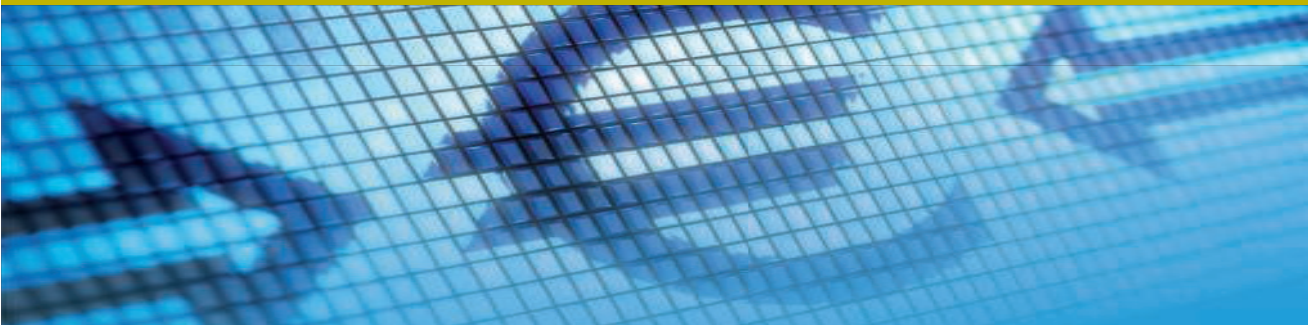


**DER
BETRIEB**

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



**Handbuch
der steueroptimalen
Unternehmensfinanzierung**

eBook

**SCHÄFFER
POESCHEL**

SCHÄFFER

POESCHEL

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

Handbuch der steuer- optimalen Unternehmens- finanzierung

2013

Schäffer-Poeschel Verlag Stuttgart

Bearbeiterübersicht:

Bock: A IV

Broviy: D

Busenius: A I 1, 3-4, II-III

Ehlermann: J

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

Goebel: C

Hagen: A IV

Haisch: I

Kaiser: E

Köhler: G

Körner: A I 2, B, H

Lechner: I

Lenz: A IV

Nakhai: J

Rupp: F

Scholz: E

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.

E-Book ISBN 978-3-7992-6602-4

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.

© 2013 Schäffer-Poeschel Verlag für Wirtschaft · Steuern · Recht GmbH

www.schaeffer-poeschel.de

info@schaeffer-poeschel.de

Einbandgestaltung: Willy Löffelhardt/Melanie Frasch (Foto: Shutterstock.com)

Satz: Claudia Wild, Konstanz

Januar 2013

Schäffer-Poeschel Verlag Stuttgart

Ein Tochterunternehmen der Verlagsgruppe Handelsblatt

Vorwort

Willkommen auf den ersten Seiten dieses Handbuchs, mit dem wir dem geeigneten Leser in einer ausgewogenen Mischung aus wissenschaftlicher Fundierung und praktischer Erfahrung ein pragmatisches Werk unter Einbezug von Beratungshinweisen anbieten wollen. Ziel dieses Werks ist es, eine weitestgehend systematisch geschlossene Darstellung von Finanzierungsformen und deren steuerlicher Behandlung 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 (als Beispiele seien Inhaber-Aktien mit oder ohne Stimmrechte, vinkulierte Namensaktien oder nicht handelbare GmbH-Anteile genannt) und geht über hybride Finanzierungsformen (wie z. B. Genussscheine, Aktien- und Umtauschanleihen, Zerobond-Wandelanleihen etc.) 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 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.

Dies ist jedoch im Einzelfall eine sehr komplexe Angelegenheit. 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 und 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, Zusatzbelastungen durch Quellensteuern etc.) in seiner Aussagekraft allerdings erheblich relativiert.

Das vorliegende Werk ist vor dem Hintergrund dieser komplexen Materie ein hilfreicher Kompass, um durch das weite und unübersichtliche Feld der Besteuerung der Unternehmensfinanzierung zu navigieren. Die verknüpfende Darstellung von Finanzierungsformen und deren steuerliche Behandlung, sowohl auf nationaler als auch internationaler Ebene, sollen den Nutzer dieses Handbuchs unterstützen, die richtige Entscheidung bei der Wahl von Finanzierungsformen unter Einbezug der sich ergebenden steuerlichen Effekte treffen zu können. 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 sodann Spezialnormen des deutschen Steuerrechts detailliert besprochen, die sich fast ausschließlich mit der teilweisen bzw. vollständigen Nichtabzugsfähigkeit von Zinsaufwand beschäftigen (insbesondere Zinsschranke, gewerbesteuerliche Hinzurechnungsvorschriften).

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 E behandelten Problematiken eine herausragende Bedeutung in der Besteuerungspraxis.

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

Die Teile G und H knüpfen daran an und stellen die Eckpunkte der Steuerplanung unter Einsatz von ausländischen Finanzierungsgesellschaften deutscher Stammhäuser dar. Hierbei werden einerseits eine umfassende, praxisnahe Erläuterung hinsichtlich der deutschen steuerlichen Anerkennung ausländischer Finanzierungsgesellschaften (Teil G) sowie andererseits ein Überblick über relevante Standorte (Teil H) gegeben.

Insbesondere die letzte Finanzkrise machte deutlich, dass die Unternehmensfinanzierung in der Krise auch aus steuerlicher Sicht zu einem besonderen Problemfall wird, da sich Refinanzierung und Sanierung des angeschlagenen Unternehmens zu einer Steuerfalle entwickeln können. Daher erläutert Teil I die steuerliche Behandlung der Unternehmensrestrukturierung in der Krise und gibt diesbezüglich Gestaltungshinweise.

Anschließend widmet sich Teil J aufgrund der großen praktischen Bedeutung den steuerlichen Aspekten der Akquisitionsförderung: 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.

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 ihren 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.

Herausgeber

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

Dipl.-Kaufmann Prof. **Dr. Stefan Köhler**, Steuerberater, Partner, Head of International Tax Services Germany Switzerland Austria, Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Eschborn/Frankfurt.

Dr. Andreas Körner, LL.M. (Tax), Rechtsanwalt und Steuerberater, Leiter des Teams Finanzierung und Umwandlungssteuerrecht in der Steuerabteilung eines DAX-Unternehmens, Wolfsburg.

Autoren

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

Olga Broviy, M. A., International Tax Services, Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Dortmund.

Dipl.-Kauffrau **Nadine Busenius**, International Tax Services, Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Dortmund.

Dipl.-Volkswirt **Christian Ehlermann**, Steuerberater, München.

Karolina Eilinghoff, Mag. Jur., MBA (Univ. Freiburg), Steuerberaterin, Senior Managerin, International Tax Services, Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Dortmund.

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

Dr. Martin Haisch, Rechtsanwalt, Tax, Managing Associate, Linklaters LLP, Frankfurt am Main.

Alexander Hagen, Steuerberater und Rechtsanwalt, Executive Director, Financial Services Tax, Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Eschborn/Frankfurt.

Dipl.-Volkswirtin **Dr. Karolina Kaiser**, Manager, International Tax Services – Transfer Pricing, Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, München.

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

Dr. Andreas Körner, s. o. Herausgeber.

Florian Lechner, Rechtsanwalt, Tax, Partner, Linklaters LLP, Frankfurt am Main.

Dr. Thomas Lenz, Steuerberater, Senior Manager, Financial Services Tax, Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Eschborn/Frankfurt.

Mag. **Katja Nakhai**, Steuerberaterin, München.

Dipl.-Finanzwirt **Thomas Rupp**, Referent im Körperschaftsteuer-/Außensteuerreferat im Ministerium für Finanzen und Wirtschaft Baden-Württemberg.

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

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Herausgeber	VII
Autoren	VIII
Abkürzungsverzeichnis	XVII

Teil A

Steuerliche Grundprinzipien und Spezialnormen der Unternehmensfinanzierung

1		1
I	Steuerliche Grundprinzipien der Unternehmensfinanzierung	3
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	10
4	Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz und Gewerbesteuergesetz – Grundlagen	13
II	Steuerrechtliche Spezialnormen der Unternehmensfinanzierung	15
1	Verdeckte Gewinnausschüttungen	15
2	Verdeckte Einlagen	27
3	Mitunternehmerschaften	31
4	Organschaften	33
III	Grenzüberschreitende Finanzierungen	35
1	Inbound-Finanzierung	35
2	Outbound-Finanzierung	39
IV	Finanztransaktionssteuer	43
1	Einleitung	43
2	EU-Entwurf einer Finanztransaktionssteuer	44
3	Britische Stempelsteuer und Stempelersatzsteuer	48
4	Französische Finanztransaktionssteuer	50

Teil B

Grundlegende Analyse einzelner Finanzierungsformen

I	Eigenkapital	55
1	Stammaktien und GmbH-Anteile	55
2	Vorzugsaktien	79
II	Fremdkapital	81
1	Intercompany Loans und externe Darlehen	81
2	Schuldverschreibungen und Kapitalmarktaufnahmen	101
3	Cashpooling	102

III	Hybridkapital	105
1	Begriffsbestimmung, Zielsetzungen	105
2	Steuerrechtliche Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital: Genussrechtstest	108
3	Trendempfehlungen für die Strukturierung	118
4	Ausgewählte hybride Instrumente	119
IV	Bürgschaften, Garantien, Patronagen	141
1	Zivilrechtliche Grundlagen	141
2	Steuerrechtliche Folgen	141
V	(Finanzierungs-)Leasing	145
1	Zivilrechtliche und ökonomische Grundlagen	145
2	Steuerrechtliche Folgen	147
VI	Factoring, Forfaitierung, ABS und Reverse Factoring	155
1	Factoring, Forfaitierung, ABS	155
2	Reverse Factoring	170
VII	Wertpapierleihe, -pensionsgeschäft und Repo	173
1	Zivilrechtliche und ökonomische Abgrenzung der Geschäftstypen	173
2	Steuerrechtliche Folgen – Allgemeines	177
3	Spezifische Missbrauchsbekämpfung (§ 8b Abs. 10 KStG)	183
VIII	Derivative Finanzinstrumente	185
1	Zivilrechtliche, ökonomische und steuerrechtliche Grundlagen	185
2	Ausgewählte Termingeschäfte	204
 Teil C		
	Zinsschranke: (Inter-)nationale Aspekte und Gestaltungshinweise	213
I	Überblick über die Zinsschranke: Grundlagen und Prüfungsschema	217
1	Rechtsgrundlagen – Entstehungsgeschichte – Zielsetzung	217
2	Grundregel und die Ausnahmen von der Zinsschranke	219
3	Überblick über die Rechtsfolgen der Zinsschranke	220
4	Prüfungsreihenfolge	221
5	Prüfungsschema	223
6	Zeitlicher Anwendungsbereich	223
II	Zinsschranke vs. Grundgesetz, Europarecht und andere ausgewählte (inter-)nationale Rechtsvorschriften	225
1	Grundgesetz	225
2	Europarecht	231
3	DBA-Recht	235
4	Außensteuerrecht	240
5	Zusammenspiel der Zinsschranke mit übrigen ausgewählten (inter-)nationalen Vorschriften	244
III	Persönlicher Anwendungsbereich: Wer unterliegt der Zinsschranke?	255
1	Fremdkapitalgeber	255
2	»Betrieb« als Fremdkapitalnehmer – Fragen der Auslegung	255

IV	Sachlicher Anwendungsbereich der Zinsschranke	277
1	Fremdkapital im Sinne der Zinsschranke	277
2	Zinsaufwendungen im Sinne der Zinsschranke	279
3	Zinserträge im Sinne der Zinsschranke	284
4	Internationale Aspekte	285
V	Besonderheiten bei der Ermittlung des EBITDA	287
1	Ermittlungsgrundsätze	287
2	Internationale Aspekte	289
VI	Ausnahmen von der Zinsschranke	291
1	Freigrenze	291
2	Konzern-Klausel	292
3	Escape-Klausel	315
VII	Feststellung, Nutzung und Untergang des EBITDA- und des Zinsvortrags . . .	327
1	Grundlagen	327
2	Feststellungsverfahren	328
3	Nutzung des EBITDA- und des Zinsvortrags	329
4	Untergang des EBITDA- und des Zinsvortrags	332
VIII	Gestaltungsansätze	339
Teil D		
Gewerbsteuerliche Hinzurechnungen im Rahmen der Unternehmens-		
finanzierung		
		341
I	Rechtsgrundlagen – Rechtsentwicklung – Zielsetzung	343
II	Verfassungsmäßigkeit der gewerbsteuerlichen Hinzurechnungen	
	auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts	345
III	§ 8 Nr. 1 GewStG vs. Europarecht	347
1	Möglicher Verstoß gegen primäres Europarecht	347
2	Zins- und Lizenzgebührenrichtlinie im Lichte neuester EuGH-Rechtsprechung . .	348
IV	§ 8 Nr. 1 GewStG vs. DBA-Recht	351
V	Einzelne Hinzurechnungstatbestände des § 8 Nr. 1 GewStG anhand	
	von Praxisbeispielen	353
1	Grundregeln der Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags	353
2	Entgelte für Schulden (Buchst. a)	355
3	Renten und dauernde Lasten (Buchst. b)	373
4	Gewinnanteil des stillen Gesellschafters (Buchst. c)	374
5	Miet- und Pachtzinsen für die Benutzung von beweglichen und unbeweglichen	
	Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens (Buchst. d und e)	375
6	Überlassung von Rechten (Buchst. f)	383

Teil E

Verrechnungspreise in der Konzernfinanzierung	387
I Einleitung	389
II Regulatorische Grundlagen	391
1 OECD	391
2 Gesetzliche Vorgaben	392
3 BMF-Schreiben	393
4 Rechtsprechung	403
III Die Relevanz des Gesellschaftsverhältnisses für die Auslegung des Fremdvergleichsprinzips	409
1 Rückhalt im Konzern	409
2 Beteiligung am Schuldner als Sicherheit	412
3 Eigenkapitalersetzende Darlehen	414
4 Fazit	415
IV Führen des Fremdvergleichs	417
1 Allgemeines	417
2 Bestandteile von Zins- und Garantiesätzen	421
3 Zinsermittlungsmethoden für Kredite	428
4 Besonderheiten der Zinsermittlung bei Cashpools	433
5 Verteilung der Koordinationsgewinne	436
6 Gebührenermittlung für Garantien und Bürgschaften	440

Teil F

Beteiligungsfinanzierung – die Finanzierung in- und ausländischer Tochtergesellschaften	443
I Überblick	445
II Die Beteiligungsfinanzierung durch Körperschaften	447
1 Grundsatz der Quellenbesteuerung nach den DBA	447
2 Überlagerung durch EU-Richtlinien	447
3 Quellensteuerabzug und EU-Recht (Vereinbarkeit mit den EU-Grundrechten) ...	447
4 Aufwendungen im Zusammenhang mit steuerfreien Dividenden	450
5 Aufwandsbegrenzungen nach § 8b Abs. 2 und 3 KStG	460
III Quellensteuerbelastungen bei Personenunternehmen als Anteilseigner	469
IV Abzugsbeschränkungen für den Beteiligungsaufwand bei Personenunternehmen als Anteilseigner	471
1 Grundzüge des § 3c Abs. 2 EStG	471
2 Besonderheiten bei ertraglosen Beteiligungen – § 3c Abs. 2 EStG i. d. F. des JStG 2010	472
V Die Behandlung kapitalersetzender Darlehen	477
1 Problemstellung und Ausgangsfall	477
2 Darlehen zwischen Kapitalgesellschaften	478
3 Darlehen eines Einzelunternehmers an eine Kapitalgesellschaft	482
4 Darlehen einer Personengesellschaft an eine Kapitalgesellschaft	483
5 Rückgriffsberechtigter Dritter	484

6	Darlehen zwischen Schwester-Kapitalgesellschaften	484
7	Besonderheiten bei Teilwertabschreibungen bei sogenannten kapitalersetzenden Darlehen auf Auslandsbeteiligungen – Anwendung des § 1 ASTG	487
8	Gestaltungsmodelle bei grenzüberschreitenden Finanzierungen	493
9	Gestaltungsmodelle bei körperschaftsteuerlicher Struktur	494
VI	Gewerbesteuerliche Aspekte der Beteiligungsfinanzierung	495
1	Allgemeines	495
2	Sonderprobleme bei der Anwendung von § 8b KStG, § 3 Nr. 40 und § 3c EStG bei einer Personengesellschaft	495
3	Kürzungs- und Hinzurechnungsvorschriften	496
4	Hinzurechnung von Fremdkapitalvergütungen gem. § 8 Nr. 1 GewStG und das Verhältnis zu anderen Korrekturen	500
VII	Die Finanzierung ausländischer Betriebsstätten und Beteiligungen an Personengesellschaften	503
1	Allgemeine Grundsätze	503
2	Dotationskapital	503
3	Konkretisierung durch das JStG 2013	504
4	Zuordnungsprobleme beim Erwerb von Unternehmen mit ausländischen Betriebsstätten oder Anteilen an Personengesellschaften	504
 Teil G		
	Internationale Konzernfinanzierung und Steuerplanung	505
I	Einleitende Überlegungen	507
II	Abwehnormen des deutschen Steuerrechts	509
1	Überblick	509
2	Hinzurechnungsbesteuerung gem. §§ 7–14 ASTG	509
3	Switch-over-Klausel gem. § 20 Abs. 2 ASTG	529
4	Ort der Geschäftsleitung gem. § 10 AO	532
5	Missbrauch – § 42 AO und § 50d Abs. 3 EStG	540
III	Abgrenzung des Eigenkapitals von Fremdkapital im internationalen Kontext	553
1	Einleitende Überlegungen	553
2	Fehlende gesetzliche Regelungen	553
IV	Gestaltungsmodelle der optimalen Finanzierung	557
1	Steuerplanerische Eckpunkte	557
2	Fremdfinanzierung	558
3	Eigenkapitalfinanzierung	562
4	Hybride Instrumente	567
 Teil H		
	Standorte für Finanzierungsgesellschaften	587
I	Steuerliche und nichtsteuerliche Funktionen von Finanzierungsgesellschaften im Konzern	589
II	Steuerneutraler Aufbau von Finanzierungsholdings	595

III	Aspekte der Standortauswahl	601
1	Steuerliche Aspekte	601
2	Nichtsteuerliche Aspekte	604
IV	Ausgewählte Standorte und Strukturen	605
1	Belgien	605
2	Estland	607
3	Irland	608
4	Luxemburg	609
5	Malta	611
6	Niederlande	612
7	Österreich	614
8	Zypern	616
V	Tabellarische Synopse der Holdingstandorte	617
 Teil I		
	Unternehmensfinanzierung in der Sanierung	625
I	Einleitung	629
II	Maßnahmen zur Sanierung mittels Finanzierung	631
1	Bedarf zusätzlicher Liquidität	631
2	Verbesserung der Eigenkapitalquote	633
3	Reduzierung von laufenden Liquiditätsabflüssen	634
4	»Tranchierung« der Gläubiger	635
5	Begrifflichkeiten	635
III	Vorschriften des deutschen Sanierungssteuerrechts	637
1	Passivierungsaufschub	637
2	Abzinsung von Verbindlichkeiten	638
3	Mindestbesteuerung	640
4	Verlustnutzungsbeschränkung	641
5	Einlagegrundsätze	643
6	Sanierungserlass	644
7	Zinsschranke	647
8	Verluste auf Gesellschafterdarlehen	649
9	Grunderwerbsteuer	650
10	Schenkungsteuerliche Aspekte	651
11	Sektorenspezifische Vorschriften	653
IV	Steuerliche Behandlung der wesentlichen Sanierungsmaßnahmen und -instrumente	657
1	Änderung der Finanzierungsbedingungen	657
2	Rangrücktritt	662
3	Verzicht	666
4	Debt Equity Swap	674
5	Schuldübernahme	677
6	Schuldbeitritt	679
7	Rückkauf von Darlehen oder Schuldverschreibungen	680

Teil J

Steuerliche Aspekte der Akquisitionsfinanzierung	683
I Ziele der steuerlichen Erwerbsstrukturierung im nationalen und internationalen Kontext	685
II Transaktionsstrukturierung – Share vs. Asset Deal	687
1 Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern	687
2 Übertragung von Personengesellschaftsanteilen	691
3 Übertragung von Kapitalgesellschaftsanteilen	694
III Abzug und Bedienung von Finanzierungskosten	699
1 Ökonomische und rechtliche Rahmenbedingungen der Erwerbsfinanzierung . . .	699
2 Gestaltungen zur Bedienung von Finanzierungsverbindlichkeiten und deren steuerliche Konsequenzen	705
3 Finanzierung durch den Verkäufer (Kaufpreisstundung/Vendor Loan oder Earn Out)	724
4 Überblick über die steuerlichen Rahmenbedingungen der Erwerbsfinanzierung in ausgewählten Ländern	725
IV Transaktionssteuern und deren Vermeidung	737
1 Grunderwerbsteuer	737
2 Umsatzsteuer	744
V Steuerliche Behandlung von Transaktionskosten	751
1 Steuerliche Behandlung finanzierungsbezogener Kosten	752
2 Sonstige Transaktionskosten	757
VI Finanzierungsverträge	761
1 Überblick über typische Finanzierungsverträge beim Unternehmenskauf	761
2 Review von Finanzierungsverträgen aus steuerlicher Sicht – Checkliste	761
Stichwortverzeichnis	765

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
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	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 (Zeitschrift)
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
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
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CDS	Credit Default Swap
CFC	Controlled Foreign Company
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DBA	Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung
d. h.	das heißt
DSJG	Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung
EBITDA	Earnings before interest, taxes, depreciation and amortization
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte (Zeitschrift)
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
EZ	Erhebungszeitraum
EZB	Europäische Zentralbank
f., ff.	folgende, fortfolgende
F.	Fach
FA	Finanzamt
FG	Finanzgericht
FGO	Finanzgerichtsordnung
FIFO	First In – First Out
FK	Fremdkapital
FMStFG	Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz
FMStG	Finanzmarktstabilisierungsgesetz
FR	Finanz-Rundschau
FTS	Finanztransaktionssteuer

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
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
G + V-Rechnung	Gewinn- und Verlustrechnung
GWG	Geringwertige Wirtschaftsgüter
H	Hinweis
HFA	Hauptfachausschuss
HFR	Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung (Zeitschrift)
HGB	Handelsgesetzbuch
HS	Halbsatz
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
INF	Information für Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift)
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
IWB	Internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)

JStG	Jahressteuergesetz
KAG	Kapitalanlagegesellschaft
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
Kap.	Kapitel
KapErhStG	Gesetz über steuerrechtliche Maßnahmen bei Erhöhung des Nennkapitals aus Gesellschaftsmitteln (Kapitalerhöhungs-Steuer-gesetz)
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KiSt	Kirchensteuer
Kj.	Kalenderjahr
KO	Konkursordnung
KÖSDI	Kölner Steuerdialog (Zeitschrift)
KSt	Körperschaftsteuer
KStDV	Körperschaftsteuer-Durchführungsverordnung
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KStH	Körperschaftsteuer-Hinweise
KStR	Körperschaftsteuer-Richtlinien
KVStG	Kapitalverkehrsteuergesetz
KWG	Kreditwesengesetz
lfd.	laufend
LFD	Landesfinanzdirektion
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

PIStB	Praxis Internationale Steuerberatung (Zeitschrift)
PRAP	passiver Rechnungsabgrenzungsposten
PublG	Publizitätsgesetz
R	Richtlinie
RAP	Rechnungsabgrenzungsposten
RdF	Recht der Finanzinstrumente (Zeitschrift)
Rdvfg	Rundverfügung
RFH	Reichsfinanzhof
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RiW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
rkr.	rechtskräftig
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
RStBl	Reichssteuerblatt
Rz.	Randziffer
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
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
Treas. Reg.	Treasury Regulations (Steuerrichtlinien in den USA)
tw.	teilweise
Tz.	Textziffer
u. a.	unter anderem
Ubg	Die Unternehmensbesteuerung (Zeitschrift)
u. E.	unseres Erachtens
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwSt-Erl	Umwandlungssteuererlass
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz
UntStR	Unternehmenssteuerrecht
UntStRefG	Unternehmenssteuerreformgesetz

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
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)
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZLRL	Zins- und Lizenzgebührenrichtlinie
z. T.	zum Teil
zutr.	zutreffend
zzgl.	zuzüglich
zzt.	zurzeit

Teil A

Steuerliche Grundprinzipien und Spezialnormen der Unternehmensfinanzierung

	<i>Rz.</i>
I Steuerliche Grundprinzipien der Unternehmensfinanzierung	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
II Steuerrechtliche Spezialnormen der Unternehmensfinanzierung	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. Unternehmens- finanzierung	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
III Grenzüberschreitende Finanzierungen	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	113
2.1 Grundlagen und Methoden der Vermeidung von Doppelbesteuerungen	113
2.2 § 50d Abs. 9 EStG – Treaty Override	117
2.3 § 50d Abs. 10 EStG – ins Leere laufende Regelung	119

IV Finanztransaktionssteuer	121
1 Einleitung	121
2 EU-Entwurf einer Finanztransaktionssteuer	122
2.1 Erscheinungsform der Finanztransaktionssteuer im Richtlinienentwurf	122
2.2 Persönliche Steuerpflicht	123
2.3 Sachliche Steuerpflicht	126
2.4 Ausnahmenvorschriften bei Wertpapieremissionen	128
2.5 Bemessungsgrundlage	129
2.6 Steuersätze	130
2.7 Einrichtung der Finanztransaktionssteuer, Haftung, sonstiges Verfahrensrecht	131
2.8 Besteuerung von Wertpapierpensionsgeschäften als besonders kritischer	
Bereich	133
2.9 Gesamtwürdigung des EU-Richtlinienentwurfs zur Finanztransaktionssteuer	135
3 Britische Stempelsteuer und Stempelersatzsteuer	138
4 Französische Finanztransaktionssteuer	144
4.1 Steuer auf den Börsenhandel mit Aktien großer französischer Unternehmen . .	145
4.2 Steuer auf den Hochfrequenzhandel	152
4.3 Steuer auf Credit Default Swaps gegen den Ausfall von EU-Staatsanleihen . . .	156

Ausgewählte Literaturhinweise:

Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl., München 2012; *Blümich*, EStG/KStG/GewStG, Stand: 113. EL, München 2011; *Debatin/Wassermeyer*, DBA, Stand: 115. EL, München 2011; *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, KStG, Stand: 73. EL, Stuttgart 2011; *Ernst & Young*, EuGH-Rechtsprechung, 2. Aufl., Bonn 2007; *Gosch*, KStG, 2. Aufl., München 2009; *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG/KStG, Stand: 249. EL, Köln 2012; *Herrmann/Heuer/Raupach*, Jahresband 2008, Kurzkommentar Unternehmensteuerreform 2008, Köln 2008; *Kessler/Kröner/Köhler*, Konzernsteuerrecht National – International, 2. Aufl., München 2008; *Kraft*, AStG, München 2009; *Lüdenbach/Hoffmann*, Haufe IFRS-Praxis-Kommentar, 10. Aufl., Freiburg 2012; *Lüdicke/Sistermann*, Unternehmensteuerrecht, München 2008; *Pahlke/König*, AO, 2. Aufl., München 2009; *Schmidt*, EStG, 30. Aufl., München 2011; *Schmidt* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl., München 2008; *Strunk/Kaminski/Köhler*, AStG/DBA, Stand: 30. EL, Bonn 2012; *Vogel/Lehner*, DBA, 5. Aufl., München 2008; *Wassermeyer/Andresen/Ditz*, Betriebsstätten Handbuch, Köln 2006.

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.¹ 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: 2

- etwa die allgemeine Vorschrift des § 3c 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 (§ 4h EStG) und in Verbindung damit die Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach § 8a KStG sorgen darüber hinaus für einen teilweise zinsabzugsversagenden Charakter.² Aber auch die dem deutschen Steuerrechtssystem immanente Diskriminierung der Eigenkapitalfinanzierung gegenüber der Fremdkapitalfinanzierung beschränkt die freie Wahl zwischen den beiden Finanzierungsformen im erheblichen Maße (vgl. ausführlich Rz. 3 ff.).

1 Vgl. grundsätzlich BFH vom 08.12.1997, GrS 1–2/95, BStBl II 1998, 193; vom 05.02.1992, I R 127/90, BStBl II 1992, 532 sowie bejahend die Finanzverwaltung: BMF vom 17.09.1992, IV B 7 – S – 2742 – 61/92, BStBl I 1992, 653.

2 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 (vgl. Teil B Rz. 1–4). Das Steuerrecht sollte sich dagegen nicht primär an haftungsrechtlichen Erwägungen orientieren, sondern an Leistungsfähigkeitgesichtspunkten. 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 vorzugswürdig, 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.³ 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 Mitberücksichtigung 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,⁴ aber nicht ausnahmslos. Auf beim Empfänger steuerpflichtige Zinseinkünfte können dagegen Quellensteuern grds. angerechnet

3 BFH vom 08.12.1997, GrS 1–2/95, BStBl II 1998, 193; vom 05.02.1992, I R 127/90, BStBl II 1992, 532, unter II.D.4. und II.D.5; vom 17.10.2001, I R 97/00, BFH/NV 2002, 240.

4 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.

werden, obwohl in der Praxis auch bei Zinsen eine 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 festgesetzten Eigenkapitalrendite orientiert sich an der nominellen Verzinsung belgischer Staatsanleihen und lag in den letzten Jahren bei 3 bis 4 %, jüngst ist der Satz auf 3 % höchstbegrenzt worden. 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,⁵ 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 H 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 ihrerseits diesen Abzug nutzen; anders als nach der belgischen Regelung dürfte demnach die Kürzung bezüglich Auslandsbeteiligungen grds. nicht erfolgen.⁶ 9

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

6 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 Standortsicherungsgesetzes 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

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 ist Gegenstand europarechtlicher Kritik. Die Kürzung um Auslandsbeteiligungen und ausländische Immobilien bei der Ermittlung des Eigenkapitals für Zwecke der Notional Interest Deduction könnte mangels Begünstigung dieser Vermögenswerte eine europarechtsinkonforme Diskriminierung von Auslandsinvestments bewirken. Die Kommission hat bereits ein diesbezügliches Vertragsverletzungsverfahren gegen Belgien eingeleitet, außerdem ist ein Vorabentscheidungsersuchen beim EuGH anhängig⁷.

- 10** Ungeachtet dessen wurde kürzlich auch in Italien eine ähnliche Kürzungsvorschrift – die sogenannte Allowance for Corporate Equity – eingeführt. 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 2010 gebildet wurde bzw. gebildet wird (z. B. auch durch Thesaurierung von Gewinnen). Der fiktive Eigenkapitalzins beträgt 3 % für die Jahre 2011 bis 2013 und wird für die Folgejahre von der Finanzverwaltung in Abhängigkeit des durchschnittlichen Ertrags italienischer Staatspapiere festgelegt und ggf. um einen Risikoaufschlag erhöht. Die italienische Finanzverwaltung hat zudem in einem Schreiben bzgl. der Neuregelung u. a. Missbrauchsvorschriften formuliert, wonach der fiktive Eigenkapitalzinsabzug bei rein konzerninternen Finanzierungen zu versagen ist. Die Reaktion der EU-Kommission hinsichtlich der italienischen Kürzungsvorschrift bleibt abzuwarten.
- 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 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

(§ 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.

⁷ Rs. C-350/11, *Argenta Spaarbank*.

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 Eigenkapitalverrechnungen 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.⁸

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.⁹ 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 gegen-

8 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.

9 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 Drittstaatsverhältnisse, BFH vom 13.06.2006, I R 78/04, BStBl II 2008, 821; BFH vom 09.08.2006, I R 50/05, BStBl II 2008, 823; BFH vom 09.08.2006, I R 95/05, 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.

über 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 Leistungsfähigkeitsprinzip. 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,¹⁰ 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.

¹⁰ BFH vom 09.06.1997, GrS 1/94, BStBl II 1998, 307; gl. A. BMF vom 02.12.2003, IV A 2 – S 2743 – 5/03, BStBl I 2003, 648; s. Teil B Rz. 139.

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 H 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.¹¹ 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.¹² 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

11 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.

12 Körner, Ubg 2011, 610.

nen 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 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, die die in den Rechtsgebieten des Gesellschafts- und Handelsrechtes geltenden Vorschriften bzw. Grundsätze insoweit verdrängen.¹³

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:¹⁴
- 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.¹⁵
- 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 Gesellschafterdar-

13 Vgl. BFH vom 05.02.1992, II R 110/88, DStR 1992, 497. Vgl. auch *Golland/Gehlhaar/Grossmann/Eickhoff-Kley/Jänisch*, Beilage zu BB 2005, 32 und 33.

14 Vgl. statt vieler *Kütting/Kessler*, BB 1994, 2140 f. m. w. N.

15 Vgl. statt vieler *Häuselmann*, in: *Kessler/Kröner/Köhler*, Konzernsteuerrecht, § 10 Rn. 210.

lehen annähernd die Stellung eines 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 versehenen 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.¹⁶

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.¹⁷ 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. Überschuldungsprüfung¹⁸ 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 § 264a 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. § 264a HGB. Allerdings wird sie aufgrund der weitgehenden Abweichungen zwischen dem Eigenkapital einer Kapitalgesellschaft und einer Personengesellschaft in der Praxis kaum angewendet. 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.¹⁹ **24**

Zum Eigenkapital einer Kapitalgesellschaft gehören gem. § 272 HGB die folgenden Positionen:²⁰ **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)).

16 Vgl. zusammenfassend zur Historie der eigenkapitalersetzenden Darlehen *Gehrlein*, BB 2011, 3 ff.; vgl. auch *Gehrlein*, BB 2008, 847; *Hoffmann*, BB 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.

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

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

19 Vgl. *Förschle/Hoffmann*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 2010, § 272 HGB Rn. 1.

20 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.²¹
- 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).²² Am Beispiel eines schuldrechtlich vereinbarten Genussrechts- 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.²³ 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 vgl. ausführlich Teil B Rz. 196 ff. und 224 ff.)²⁴:
- 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 Genussrechtinhaber 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.

21 Vgl. Häuselmann, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 10 Rn. 210.

22 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: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 10 Rn. 210.

23 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.

24 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.

4 Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz und Gewerbesteuergesetz – Grundlagen

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 Betriebsvermögens und der Einlage nach § 4 Abs. 1 EStG bieten allerdings eine Grundlage zur Beurteilung, ob Eigenkapital i. S. d. Steuerrechts vorliegt. **28**

Nach Rechtsprechung des BFH²⁵ 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.²⁶ 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, das 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.²⁷ **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. 196 ff.).²⁸ **32**

²⁵ Vgl. BFH vom 30.05.1990, I R 97/88, BStBl II 1990, 875.

²⁶ Ebenda.

²⁷ Vgl. *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl., München 2006, Rn. D 1665; *Häuselmann*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 10 Rn. 216.

²⁸ Vgl. BMF vom 28.04.2003, BStBl I 2003, 292 Tz. 24; vgl. *Häuselmann*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 10 Rn. 218.

- 33** 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.
- die vGA (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG),
 - 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 (§ 8b Abs. 3 KStG, vgl. ausführlich Teil B Rz. 13 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 gewerbesteuerlichen Hinzurechnungsvorschriften des § 8 Nr. 1 GewStG zu beachten (vgl. 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 BFH²⁹ und nach Auffassung der Finanzverwaltung³⁰ 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.³¹ **35**

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.³² Unter Auswirkung auf den steuerlichen Gewinn der Gesellschaft ist eine Gewinnminderung bzw. ein entgangener Gewinn zu verstehen. **36**

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.³³ Damit wird der Fremdvergleich als Maßstab dieses Kriteriums angesetzt. **37**

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.³⁴ 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.³⁵ Wenn mehrere Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft mit gleichgerich-

²⁹ Vgl. BFH vom 22.02.1989, BStBl II 1989, 475; BFH vom 17.10.2001, BStBl II 2004, 171.

³⁰ Vgl. R 36 Abs. 1 Satz 1 KStR.

³¹ Vgl. statt vieler *Lang*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 154.

³² Vgl. BFH vom 22.02.1989, BStBl II 1989, 475.

³³ Vgl. etwa BFH vom 17.05.1995, BStBl II 1996, 204 und H 36 III. Allgemeines KStH m. w. N.

³⁴ Vgl. H 36 III. Beherrschender Gesellschafter – Klare und eindeutige Vereinbarung KStH m. w. N.

³⁵ Vgl. BFH vom 13.12.1989, BStBl II 1990, 454; H 36 III. Beherrschender Gesellschafter – Beteiligungsquote KStH.

teten Interessen zusammenwirken, um eine ihren Interessen entsprechende einheitliche Willensbildung herbeizuführen, ist ferner auch ohne Hinzutreten besonderer Umstände eine beherrschende Stellung anzunehmen.³⁶ Gleichgerichtete Interessen liegen hierbei z.B. vor, wenn die Gesellschafter bei der Bemessung der dem einzelnen Gesellschafter jeweils zuzubilligenden Tantieme im Zusammenwirken gemeinsame Interessen verfolgen.³⁷

- 39 Als nahestehende Person gilt nach Auffassung des BFH³⁸ 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 Rechtsfolgende Seite 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 (vgl. 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.³⁹ Wird also z. B. bereits bei Darlehenshingabe an den Gesellschafter mit der Uneinbringlichkeit gerechnet, stellt diese eine vGA dar.⁴⁰
- 43 Zum anderen ist eine gesellschaftsrechtliche Veranlassung zum Zeitpunkt einer evtl. späteren Vertragsänderung zu prüfen.⁴¹ 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

36 Vgl. BFH vom 25.10.1995, BStBl II 1997, 703; H 36 III. Beherrschender Gesellschafter – gleichgerichtete Interessen KStH.

37 Vgl. BFH vom 11.12.1985, BStBl II 1986, 469.

38 Vgl. BFH vom 02.03.1988, BStBl II 1988, 786; vom 18.12.1996, BStBl II 1997, 301; H 36 III. Nahestehende Person KStH.

39 Vgl. BFH vom 18.12.1996, BStBl II 1997, 301 m. w. N.

40 Vgl. BFH vom 16.09.1958, BStBl III 1958, 451; vom 14.03.1990, BStBl II 1990, 795; H 36 KStH.

41 Vgl. BFH vom 18.12.1996, BStBl II 1997, 301 m. w. N.

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 Zeitraum vereinbart wurde und sich z. B. der Marktzins verändert hat bzw. wenn der Zinsfestschreibungszeitraum abgelaufen ist).⁴²

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.⁴³ Ferner ist bei Finanzierungsverträgen zu berücksichtigen, dass auch eine fehlende Sicherheit für ein dem Gesellschafter gewährtes Darlehen (s. aber auch Teil E Rz. 45) und die nicht rechtzeitige Zurückforderung des Darlehens bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Darlehensnehmers zu einer vGA führen können.⁴⁴ 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.⁴⁵

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

- 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 (insb. 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.⁴⁶ 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 Handhabung 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).⁴⁷

42 Vgl. BFH vom 07.12.1988, BStBl II 1989, 248 und ausführlich *Lang*, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 143.

43 FG Sachsen-Anhalt vom 04.03.2008, EFG 2008, 884; *Lang*, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 143.

44 Vgl. *Lang*, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 143.

45 Vgl. BFH vom 28.10.1987, BStBl II 1988, 301; vom 29.07.1992, BStBl II 1993, 352; H 36 KStH.

46 Vgl. BFH vom 24.05.1989, BStBl II 1989, 800 und vom 17. 12. 1997, BStBl II 1998, 545; H 36 KStH.

47 Vgl. *Lang*, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 1061 mit weiteren Beispielen.

- 46 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 Darlehensvertrag zwischen Kapitalgesellschaft und beherrschendem Gesellschafter vorliegt, allein noch nicht dazu, dass die Darlehensgewährung in die Zuführung von Eigenkapital umzudeuten ist.⁴⁸ 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. Die 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.⁴⁹ 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.⁵⁰
- 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.⁵¹
- 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 Hamburg⁵² kürzlich – im Einklang mit der h. M.⁵³ und entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung⁵⁴ – 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

48 Vgl. BFH vom 29.10.1997, BStBl II 1998, 573.

49 Vgl. BFH vom 29.10.1997, a. a. O. in Fortentwicklung der ständigen Rechtsprechung vom 21.12.1994, I R 65/94, BFHE 176, 671.

50 Vgl. BMF vom 25.05.1993, BStBl I 1993, 410.

51 Vgl. Lang, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 1061.

52 Vgl. FG Hamburg vom 31.10.2011, 6 K 179/10, IStR 2012, 190.

53 Vgl. statt vieler Lang, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 627.

54 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, sollen 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.

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 Vergütungen keine vGA begründen. Diese bislang äußerst umstrittene Problematik wurde höchstrichterlich noch nicht entschieden. Allerdings ist das FG Hamburg bereits das zweite FG, das eine Sperrwirkung der DBA bei rein formalen vGA annimmt.⁵⁵ Die Revision vor dem BFH ist anhängig, das Urteil des BFH wird mit Spannung erwartet.⁵⁶

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)⁵⁷. 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.⁵⁸

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 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

55 Vgl. zuvor ebenso FG Köln vom 22.08.2007, 13 K 647/03, DStRE 2008, 696.

56 Az. BFH: I R 75/11.

57 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 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.

58 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 Teilauszahlung 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, IV B 3 – S 2253 a – 49/90, BStBl I 1990, 366 mit Hinweis auf BFH vom 03.02.1987, BStBl II 1987, 492.

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.⁵⁹

- 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.⁶⁰ Denn durch gleichwertige gegenseitige Leistungen wird dem Fremdvergleich wieder Rechnung getragen und die gesellschaftsrechtliche Veranlassung tritt dann regelmäßig zurück.⁶¹ 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.⁶² Vielmehr ist Voraussetzung für die Anerkennung eines derartigen Vorteilsausgleichs, dass eine rechtliche Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung aus einem gegenseitigen Vertrag besteht.⁶³

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.⁶⁴ 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.⁶⁵ Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ist die strenge Sicht der Finanzverwaltung zu beachten, als diese den Vorteilsausgleich bei international verbundenen 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.⁶⁶

- 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.⁶⁷

59 Vgl. BFH vom 28.02.1990, BStBl II 1990, 649.

60 Vgl. BFH vom 08.06.1977, BStBl II 1977, 704.

61 Vgl. Lang, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 82.

62 Vgl. BFH vom 12.12.1990, BStBl II 1991, 593.

63 Vgl. etwa BFH vom 08.06.1977, BStBl II 1977, 704; H 36 KStH.

64 Vgl. BFH vom 14.03.1989, BStBl II 1989, 633; vom 08.11.1989, BStBl II 1999, 244; vgl. ausführlich Lang, 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.

65 Vgl. BFH vom 28.02.1990, BStBl II 1990, 649.

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

67 Vgl. BFH vom 05.03.2008, BFH/NV 2008, 1534, ebenso OFD Kiel vom 25.09.2000, DB 2000, 2095. Bejahend Lang, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, § 8 Abs. 3 KStG Teil C 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.⁶⁸ **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 Nutzungsüberlassungen der Wert der erzielbaren Vergütungen.⁶⁹ Bei grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen ist – unter Beachtung des Fremdvergleichsgrundsatzes – ebenfalls auf den gemeinen Wert abzustellen.⁷⁰ 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. Handelt es sich allerdings um Verträge einer Gesellschaft mit einem beherrschenden Gesellschafter, einer dem beherrschenden Gesellschafter nahestehenden Person bzw. einer beherrschenden Personengruppe mit gleichgerichteten Interessen und erfüllen diese nicht die formalen Voraussetzungen einer zivilrechtlich wirksamen, klaren und eindeutigen, im Voraus abgeschlossenen und tatsächlich durchgeführten Vereinbarung, so ist lt. BFH zur Vermeidung willkürlicher Einkommensveränderungen die gesamte Leistung als vGA zu behandeln, und zwar unabhängig davon, ob die Vergütung angemessen ist oder nicht.⁷¹ Im internationalen Zusammenhang kann u.E. allerdings insoweit auf Basis neuester FG-Rechtsprechung gegen einen solchen Ansatz der gesamten Leistung als vGA argumentiert werden, als der materielle Fremdvergleichsgrundsatz nach Maßgabe des Art. 9 OECD-MA die Kriterien des formellen Fremdvergleichsgrundsatzes verdrängt (vgl. ausführlich Rz. 48). **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 **56**

68 Vgl. auch BMF vom 25.05.2002, BStBl I 2002, 603.

69 Vgl. BFH vom 27.11.1974, BStBl II 1975, 306 und vom 28.02.1990, BStBl II 1990, 649; H 37 KStH.

70 Vgl. *Vögele/Fischer*, in: *Vögele/Borstell/Engler, Verrechnungspreise*, 3. Aufl., München 2011, Teil A, Rz. 92 m. w. N.

71 Vgl. *Klingebiel*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 432–433 m. w. N.

(sogenanntes Teileinkünfteverfahren gem. § 3 Nr. 40d EStG). Sind die Anteile an der Kapitalgesellschaft hingegen dem Privatvermögen des Gesellschafters zuzurechnen, kann das Abgeltungsteuerverfahren 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.⁷²

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.⁷³ 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.⁷⁴ 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.⁷⁵

1.4 Korrespondenzprinzip

59 Durch das JStG 2007⁷⁶ wurde das sogenannte »materielle Korrespondenzprinzip« zur korrespondierenden Besteuerung von vGA eingeführt.⁷⁷ 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,

⁷² Vgl. Lang, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 1101.

⁷³ Vgl. etwa Gosch, in: Gosch, § 8 KStG Rz. 515.

⁷⁴ Vgl. grundlegend BFH vom 14.07.2009, VIII R 10/07, 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.

⁷⁵ Zum Zusammenspiel der erneuten vGA mit vorhergehender Einlage/vGA vgl. mit Beispielen, Klingebiel, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, § 8 Abs. 3 KStG Teil D Rz. 1751–1752.

⁷⁶ Vgl. BGBl I 2006, 2878.

⁷⁷ Erstmals auf Bezüge anzuwenden, die nach dem 18.12.2006 zugeflossen sind, § 34 Abs. 7 Satz 12 KStG.

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.⁷⁸ Dieses Prinzip wurde durch die Erweiterung des § 32d Abs. 2 EStG um Nr. 4 i.R.d. JStG 2010⁷⁹ 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.

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 unterbleibt⁸⁰ oder weil die leistende Kapitalgesellschaft im Ausland ansässig ist und die vGA nicht als solche klassifiziert wird.⁸¹

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.⁸² 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 abweichen⁸³ (vgl. zu Genussrechten im Detail Teil B Rz. 196 und Rz. 224 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. Beteiligungsähnliche Genussrechte dürfen hingegen das körperschaftsteuerrechtliche und gewerbsteuerliche 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).⁸⁴

78 Vgl. BR-Drs. 622/06, 119.

79 Vgl. BGBl I 2010, 1768.

80 Vgl. BMF vom 28.05.2002, BStBl I 2002, 603, Rz. 4.

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

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

83 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.

84 Eine solche steuerrechtliche Behandlung setzt die Beteiligung am Gewinn und am Liquidationslös – 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.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob das Korrespondenzprinzip auch auf eigenkapitalähnliche Genussrechte Anwendung findet, mit der Folge, dass die volle bzw. teilweisen Steuerbefreiung der bezogenen Genussrechtsvergütungen versagt wird. Nach überwiegender Meinung in der Literatur findet das Korrespondenzprinzip auf eigenkapitalähnliche Genussrechte jedoch keine Anwendung (im Detail vgl. Teil B Rz. 199 ff.).⁸⁵ Begründet wird dies damit, dass sich die materielle Korrespondenz ausschließlich auf Bezüge bzw. 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 bezieht, d. h. insbes. vGA im Fokus hat. Im internationalen Zusammenhang führt diese steuerliche Beurteilung daher u. U. zu »weißen Einkünften«, wenn die Genussrechtsvergütungen die steuerliche Bemessungsgrundlage im Ausland mindern und im Inland steuerbegünstigt vereinnahmt werden können. Auch die Anwendung der materiellen Korrespondenz auf Auslandsachverhalte, bei denen die Vergütungen nach einem DBA freizustellen sind, ändert nichts an dieser Sichtweise, da eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 8b Abs. 1 Satz 2 EStG durch § 8b Abs. 1 Satz 3 EStG nicht angenommen werden kann.⁸⁶ Es ist allerdings zu erwarten, dass die Regelungen des Korrespondenzprinzips im Hinblick auf die grenzüberschreitenden Genussrechtsvereinbarungen weitreichenden Modifikationen vor dem Hintergrund des Zwölf-Punkte Programms der Bundesregierung unterzogen werden (s. Teil B Rz. 202 ff.).⁸⁷

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.⁸⁸ 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.⁸⁹ 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.⁹⁰ Nur vereinzelt wird eine andere Ansicht vertreten, wonach die Vorschriften der AO bei einer etwaigen Konkurrenz vorrangig anzuwenden sind.⁹¹

85 Vgl. *Dötsch/Pung*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, § 8b KStG Rz. 36; *Gosch*, in: *Gosch*, § 8b KStG Rz. 144; *Bogenschütz*, *Ubg* 2008, 533, 542; *Kollruss*, *BB* 2007, 467, 474; *Schnitger/Bildstein*, *IStR* 2009, 629, 630 ff.; a. A. *Stein*, in: *Herrmann/Heuer/Raupach*, § 8b KStG Rz. 194.

86 Keine Indizien in der Gesetzgebungshistorie, vgl. *BT-Drs.* 16/2712 vom 25.09.2006, 70.

87 Vgl. »Zwölf Punkte zur weiteren Modernisierung und Vereinfachung des Unternehmensteuerrechts«, *Steuerpläne der Regierungskoalition* vom 14.02.2012.

88 § 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.

89 Vgl. *Lang*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 684 ff., § 32a KStG Rz. 1 f.; *Trosen*, *DStR* 2006, 2295.

90 Vgl. *Bauschatz*, in: *Gosch*, § 32a KStG Rz. 11; *Kroschel*, in: *Ernst & Young*, § 32a KStG Rz. 12; *Streck*, in: *Streck*, *KStG*, 7. Aufl., München 2008, § 32a KStG Rz. 4.

91 Vgl. *Lang*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, § 32a KStG Rz. 10.

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.⁹² 63

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.⁹³ 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.⁹⁴ 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.⁹⁵ 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, 66

92 Vgl. zur Anwendung auch auf natürliche Personen *Lang*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, § 32a KStG Rz. 9; *Dötsch/Pung*, DB 2007, 11; *Benecke*, NWB 2006, 3343; *Bauschatz*, in: *Gosch*, § 32a KStG Rz. 23.

93 Vgl. § 32a Abs. 1 KStG; *Lang*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, § 32a KStG Rz. 14; *Trossen*, DStR 2006, 2297.

94 Vgl. *Trossen*, DStR 2006, 2296.

95 Vgl. *Lang*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, § 32a KStG Rz. 14a.

da eine sinngemäße Anwendung der Vorschriften zur Besteuerung über § 184 Abs. 1 Satz 3 AO für Steuermessbescheide gilt.⁹⁶

- 67** 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 verfahrensrechtliche 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.⁹⁷ Diese Fragen sind daher weiterhin nach den Grundsätzen der Erfassung und Bewertung einer vGA auf Anteilseignerebene zu beurteilen.
- 68** Allerdings beinhaltet § 32a 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 § 32a EStG geändert werden kann, der andernfalls i. d. R. nach § 35b GewStG änderbar sein sollte.⁹⁸ Ggf. betroffene Kapitalertragsteuerbescheide oder Umsatzsteuerbescheide können nach h.M. nach § 32a KStG indes nicht geändert werden.⁹⁹

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.¹⁰⁰ 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.

96 Vgl. Lang, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, § 32a KStG Rz. 14.

97 Vgl. Lang, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, § 32a KStG Rz. 22 f.

98 Vgl. bejahend Lang, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, § 32a KStG Rz. 35; a. A. Bauschatz, in: Gosch, § 32a KStG Rz. 29.

99 Vgl. Lang, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, § 32a KStG Rz. 35 f.; Bauschatz, in: Gosch, § 32a KStG Rz. 29.

100 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, 3. Aufl., München 2011, A Rz. 274.

2 Verdeckte Einlagen

2.1 Grundvoraussetzungen einer verdeckten Einlage

Eine verdeckte Einlage i. S. d. Steuerrechts liegt vor, wenn ein Gesellschafter oder eine diesem nahestehende Person (zu den Begriffen vgl. 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).¹⁰¹ Den Maßstab, um die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis zu beurteilen, 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.¹⁰² 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 KStH¹⁰³). Auch der Erlass von Gesellschafterforderungen stellt einen Einlagenvorgang dar. Nicht einlagefähig sind hingegen verbilligte oder unentgeltliche Nutzungs- oder Gebrauchüberlassungen 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 Nutzungsvorteil dar (s. Teil B Rz. 101 ff.).¹⁰⁴

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.¹⁰⁵ 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.

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).

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.

101 Vgl. grundlegend BFH vom 16.04.1991, VIII R 100/87, BStBl II 1992, 234; vom 27.07.1988, I R 147/83, BStBl II 1989, 271; vom 11.02.1998, I R 89/97, BStBl II 1998, 691; vom 12.12.2000, VIII R 22/92, BStBl II 2001, 385.

102 Vgl. BFH vom 24.05.1984, BStBl II 1984, 747; H 40 KStH.

103 Vgl. BFH vom 24.03.1987, I R 202/83, BStBl II 1987, 705.

104 Vgl. BFH vom 26.10.1987, BStBl II 1988, 348; H 40 KStH.

105 Vgl. BFH vom 09.06.1997, GrS 1/94, BStBl II 1998, 722.

Wäre die B-GmbH allerdings im Ausland ansässig, käme es zur entsprechenden Einkunfts-korrektur 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

- 74** 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 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, vgl. 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.¹⁰⁶
- 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.¹⁰⁷ 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

¹⁰⁶ Vgl. *Teufel*, in: Lüdicke/Sistermann, Unternehmensteuerrecht, § 7 Rz. 114.

¹⁰⁷ § 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 Einlegen 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. 136 ff.

der Betriebsinhaber für den Erwerb der Forderung oder die Herbeiführung des Verzichts hätte aufwenden müssen.¹⁰⁸ Dabei ist ausschließlich auf die Bewertung zum Zeitpunkt des Verzichts abzustellen.¹⁰⁹ 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.

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«).¹¹⁰ 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.¹¹¹ **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.¹¹² 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 § 32a 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 **81**

¹⁰⁸ Vgl. etwa BFH vom 31.05.2005, X R 36/02, BStBl II 2005, 707.

¹⁰⁹ Vgl. BFH vom 16.05.2001, I B 143/00, BStBl II 2002, 436.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ Vgl. *Dötsch/Pung*, DB 2007, 11, 14; *Lang*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 158; *Teufel*, in: *Lüdicke/Sistermann*, *Unternehmensteuerrecht*, § 7, Rz. 118.

¹¹² Vgl. bejahend ebenfalls *Lang*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 159.

einer Ebene – empfangende Gesellschaft und Gesellschafter – keine Grundlagenbescheide der anderen Ebene darstellen (zu der übertragbaren Problematik der Anwendung der Vorschriften der AO vgl. Rz. 62).

- 82** Durch die Einführung des § 32a 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 hier kommt es auf die »tatsächliche Berücksichtigung« der verdeckten Einlage in den Bescheiden des Gesellschafters an (vgl. zum Merkmal der tatsächlichen Berücksichtigung Rz. 66).¹¹³
- 83** Eine Anwendung des § 32a Abs. 2 KStG unter Berücksichtigung der genannten Voraussetzungen hat zur Folge, dass der Körperschaftsteuerbescheid 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.¹¹⁴ Wie auch bei der vGA (§ 32a Abs. 1 KStG) ist auch hier grds. umstritten, ob sich § 32a Abs. 2 KStG auch auf die Gewerbesteuerfestsetzung – insbes. den Gewerbesteuermessbescheid – auswirkt.¹¹⁵ USt-Bescheide oder auch etwaige Erbschaftsteuerbescheide können aufgrund des § 32a Abs. 2 KStG nach Auffassung der Literatur nicht geändert werden.¹¹⁶
- 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.¹¹⁷
- 85** § 32a Abs. 2 Satz 2 KStG beinhaltet einen Verweis auf die eigene Ablaufhemmung des § 32a 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 Zusam-

113 Vgl. erläuternd auch *Lang*, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, § 32a KStG Rz. 45 ff.; *Bauschatz*, in: Gosch, § 32a KStG Rz. 38 ff.

114 Vgl. *Lang*, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, § 32a KStG, Rz. 51.

115 Vgl. *Teufel*, in: Lüdicke/Sistermann, Unternehmensteuerrecht, § 7 Rz. 118; bejahend *Lang*, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, § 32a KStG Rz. 59; verneinend *Bauschatz*, in: Gosch, § 32a KStG Rz. 44.

116 Einstimmig *Lang*, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, § 32a KStG Rz. 60 f.; *Bauschatz*, in: Gosch, § 32a KStG Rz. 44.

117 Vgl. *Lang*, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, § 32a KStG Rz. 54; *Bauschatz*, in: Gosch, § 32a KStG Rz. 45.

menhang nur noch Fälle aus Sicht des einlegenden Gesellschafters denkbar. Aber auch § 1 AStG regelt hierbei, dass die Einkunftskorrektur »unbeschadet anderer Vorschriften« vorzunehmen ist. Die Finanzverwaltung¹¹⁸ 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 einen Vorteil zu und erhält in diesem Augenblick in gleicher Höhe eine Vermögenmehrung 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.¹¹⁹ 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**

¹¹⁸ Vgl. BMF vom 23.02.1983, IV C 5 S 1341 – 4/83, BStBl I 1983, 218, Tz. 1.1.3.

¹¹⁹ Vgl. bejahend Hick, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Jahresband 2008, § 4h EStG Anm. J 07–06.

3.3 Atypisch stille Beteiligung

89 Die Qualifikation einer stillen Beteiligung an einer Gesellschaft¹²⁰ als Darlehensgewährung oder Eigenkapitalhingabe hängt von der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags ab. Denn die Ergebnisbeteiligung und die Mitwirkungsrechte des stillen Gesellschafters sind als Qualifikationsmaßstab 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.¹²¹ 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 Mitunternehmerisiko und entfaltet zudem Mitunternehmerinitiative, liegt eine atypisch stille Beteiligung vor.¹²² Mitunternehmerisiko 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.¹²³ 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 Mitunternehmerisikos 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.¹²⁴ Die steuerrechtliche Einordnung wird daher ungeachtet der handelsrechtlichen Beurteilung vorgenommen (für eine detaillierte Analyse vgl. Teil B Rz. 241 ff. und 252 ff.).

120 Die Beteiligung als stiller Gesellschafter ist unabhängig von der Rechtsform der Zielgesellschaft.

121 Vgl. Niehus/Wilke, Die Besteuerung der Personengesellschaften, 3. Aufl., Stuttgart 2005, 56.

122 Vgl. OFD Frankfurt vom 14.03.2001, S 2241 A -37 - St II 21, DStR 2001, 1160; OFD Erfurt vom 23.10.2003, S 2241 A - 08 - L 221, FR 2003, 1300.

123 Vgl. BFH vom 09.12.2002, VIII R 20/01, BFH/NV 2003, 602.

124 Vgl. Kozikowski/Schubert, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 247 HGB Rz. 233.

4 Organschaften

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 § 3c 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, sondern vielmehr eine Gewinnabführung darstellen, die zur Nichtanwendung der beiden genannten Abzugsbeschränkungs Vorschriften führt.¹²⁵ 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.

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.

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).

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.¹²⁶ Aufgrund der Betriebsstättenfiktion, die auf dem

¹²⁵ Vgl. BMF vom 26.08.2003, IV A Z-S 2770, BStBl I 2003, 437, Rz. 24.

¹²⁶ Vgl. R 2.3 Abs. 1 Satz 4 GewStR 2009.

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.).¹²⁷

¹²⁷ Vgl. R 7.1 Abs. 5 Satz 3 GewStR 2009.

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.¹²⁸ 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 gewerbesteuerliche 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 (auch vGA) einer GmbH, wenn die 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).

¹²⁸ Zur internationalen Finanzierung im Detail s. Teil G.

- 99** 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 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 Wirkung 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 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).¹²⁹ 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.¹³⁰
- 103** Auf abkommensrechtlicher Ebene steht den Vertragsstaaten zusätzlich unter den Voraussetzungen der Art. 11 Abs. 6 bzw. Art. 9 OECD-MA¹³¹ 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

¹²⁹ 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 %).

¹³⁰ 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.

¹³¹ 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 *Debatin*, in: *Debatin/Wassermeyer*, Art. 9 OECD-MA, Rn. 2.

wiederum zwischen verbundenen Unternehmen nach den Grundsätzen des Dealing-at-Arm's-Length (zu Details s. Teil E) 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 § 50g EStG in das nationale Steuerrecht integriert.¹³² **104**

Begünstigt durch die Regelung des § 50g EStG sind in anderen EU-Mitgliedstaaten ansässige¹³³ Vergütungsgläubiger, die mit ihren Zins- oder Lizenzereinnahmen 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 § 50g Abs. 1 bis 5 EStG für Zahlungen ab dem 01.07.2005 entsprechend für Unternehmen und Betriebsstätten in der Schweiz anzuwenden (§ 50g Abs. 6 EStG). Die Aufzählung der begünstigten schweizerischen Unternehmen ist hierbei dem Gesetzestext (§ 50g Abs. 6 EStG) und nicht der nur für die EU-Fälle gedachten Anlage 3 zu § 50g EStG zu entnehmen.

Begünstigt sind damit nur verbundene Unternehmen i. S. d. § 50g Abs. 3 Nr. 5 EStG, d. h. vor allem nach dem Recht der einzelnen Mitgliedstaaten gegründete Körperschaften, die einer in der Anlage zum § 50g EStG aufgelisteten Steuer tatsächlich unterliegen.¹³⁴ 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 § 50g 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 (§ 50g 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 (§ 50g Abs. 3 Nr. 1 Buchst. b Doppelbuchst. aa EStG) und die Zahlungen im Betriebsstättenstaat einer in § 50g Abs. 3 Nr. 1 Buchst. b Doppelbuchst. bb EStG bzw. in Anlage 3 Nr. 2 zu § 50g EStG aufgeführten Steuer unterliegen. Spiegelbildlich kann eine Betriebsstätte nur dann Vergütungsschuldner i. S. d. § 50g EStG sein, wenn die Zinsen bzw. Lizenzgebühren tatsächlich steuerlich abzugsfähige Betriebsausgaben auf Ebene der Betriebsstätte darstellen (§ 50g 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 (§ 50g Abs. 3 Nr. 3 EStG). **107**

¹³² 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).

¹³³ Als Ansässigkeitsstaat gilt der Staat, in dem die Gesellschaft unbeschränkt steuerpflichtig ist und in dem sich ihre geschäftliche Oberleitung befindet.

¹³⁴ Vgl. Anlage 3 Nr. 1 und 2 zu § 50g EStG.

- 108 »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 Rückzahlung von Kapital gelten indessen nicht als Zinsen (§ 50g 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 (§ 50g 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; § 50g Abs. 2 Nr. 1 EStG). Ausgenommen von der Freistellung sind des Weiteren Zinsen und Lizenzgebühren, soweit sie den unter fremden Dritten üblichen Betrag überschreiten (§ 50g 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 (§ 50g 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 § 50g 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 (§ 50g Abs. 1 Satz 2 EStG).
- 111 Die Begünstigung gem. § 50g EStG wird versagt, wenn der hauptsächliche Beweggrund oder einer der hauptsächlichen Beweggründe für Geschäftsvorfälle die Steuervermeidung oder der Missbrauch sind (§ 50d Abs. 4 EStG). Des Weiteren kann die Begünstigung i. S. d. § 50g 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 des § 50d Abs. 3 EStG begrenzt bzw. komplett negiert werden. Unternehmen, die die Voraussetzungen des § 50d Abs. 3 EStG erfüllen, haben infolgedessen keinen Anspruch auf Entlastung der Quellensteuer. Aufgrund der von der EU-Kommission in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland festgestellten EU-Widrigkeit wurde § 50d Abs. 3 EStG mit Wirkung zum 01.01.2012 geändert.

2 Outbound-Finanzierung

2.1 Grundlagen und Methoden der Vermeidung von Doppelbesteuerungen

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 – als vorrangig anzuwendende speziellere Rechtsgrundlage –, 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).

Darüber hinaus bestehen aber auch rein unilaterale Regelungen, um Doppelbesteuerungen der ausländischen Steuerquellen zu vermeiden. Dies ist insbes. § 34c EStG, der zum einen als Tarifvorschrift konzipiert ist und eine direkte Anrechnung der im Ausland gezahlten Steuern ermöglicht (§ 34c 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 (§ 34c Abs. 2, 3 und 5 EStG).

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. § 34d EStG entfällt. Auch ist anzusetzen der Gesamtbetrag der ausländischen Einkünfte immer nur bezogen auf jeden einzelnen Staat (sogenannte Per-Country-Limitation-Rule, § 68a EStDV i. V. m. § 34c Abs. 7 Nr. 1 EStG) und das für jeden einzelnen VZ. Ist also die ausländische Steuer höher als der Höchstbetrag, geht der übersteigende Teil der ausländischen Steuer verloren, da die Regelung keine Erstattungsmöglichkeit der Überhänge vorsieht. Zudem mangelt es an einem Vor- oder Rücktrag der Anrechnungserhänge in andere VZ. Dieser Anrechnungshöchstbetrag errechnet sich nach folgender Formel:

$$\text{Deutsche ESt} \times \frac{\text{ausländische Einkünfte aus Staat X}}{\text{Summe der Einkünfte}}$$

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 Einkunftsteile bei unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtigen Subjekten; § 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.

2.2 § 50d Abs. 9 EStG – Treaty Override

- 117** § 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 vorgehene 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
- 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) 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).
- 118** 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).

2.3 § 50d Abs. 10 EStG – ins Leere laufende Regelung

- 119** In Zusammenhang mit der Fragestellung der grenzüberschreitenden Finanzierung einer inländischen Personengesellschaft an ihre ausländischen Gesellschafter ist die Neuregelung des § 50d Abs. 10 EStG i. d. F. des JStG 2009 zu beachten. Denn aus der Besonderheit der deutschen Behandlung der von einer Mitunternehmenschaft an ihren Mitunternehmer für die Hingabe eines Darlehens gezahlten Zinsen als Sondervergütungen resultiert im grenzüberschreitenden Bereich folgende Situation: Auf der Gesamthandsebene entsteht zwar ein Zinsaufwand, der 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 bei den Sondervergütungen abkommensrechtlich das Besteuerungsrecht, so dass es zu einem monetären Abfluss kommt, der nicht der deutschen Besteuerung unterliegen würde. Dies wäre auch unmittelbar die Folge, wenn die BFH-Rechtsprechung angewendet werden würde, wonach die Sondervergütungen aus DBA-rechtlicher Sicht Zinsen i. S. d. Zinsartikels darstellen.¹³⁵ Aus diesem Grund

¹³⁵ 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, I R 5/11, 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, IV B 2-S-1300/09/10003, BStBl I 2010, 354, Tz. 5.1.

war nach Auffassung des Gesetzgebers zu befürchten, dass bei Mitunternehmenschaften mit ausländischen Gesellschaftern Gewinne durch Gesellschafterdarlehen – wie bei »echten« Zinsen – unverteuert ins Ausland verlagert werden können, ohne dass diese Zahlungen unter die Restriktionen der Zinsschranke fallen.¹³⁶

Dieses Ergebnis sollte durch die Einführung des § 50d Abs. 10 EStG i. d. F. des JStG 2009 verhindert werden, in dem Sondervergütungen als »Unternehmensgewinne« behandelt werden, sofern das DBA keine für Sondervergütungen entsprechende Regelung beinhaltet. 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 würde. Das Ziel des Gesetzgebers ist allerdings durch die genannte Gesetzesänderung nicht verwirklicht worden. Zum einen sprechen ältere Abkommen nicht von »Unternehmensgewinnen«, sondern von »Einkünften aus gewerblichen Unternehmen«, »gewerblichen Gewinnen eines Unternehmens«¹³⁷ o. Ä., so dass die Sondervergütungen in diesen Fällen mangels des Ausdrucks »Unternehmensgewinne« möglicherweise nicht als »Unternehmensgewinne« eingestuft werden können.

Darüber hinaus verkennt der Gesetzgeber, dass die Tatsache, dass Unternehmensgewinne vorliegen, noch nichts darüber aussagt, ob diese nach den Abkommensbestimmungen im Betriebsstättenstaat besteuert werden können. Lediglich in dem Fall, in dem ein wirtschaftlicher und funktionaler Zusammenhang mit der Betriebsstätte vorliegt, steht dem Betriebsstättenstaat das Besteuerungsrecht zu. Bei regelmäßig nicht gegebener wirtschaftlicher und funktionaler Verknüpfung zwischen der Sondervergütung und der Betriebsstätte wird daher Deutschland ungeachtet der Behandlung als Unternehmensgewinn das Besteuerungsrecht verlieren und im Ergebnis die fiskalischen Folgen eines »echten« Zinsabzugs eintreten, ohne dass diese Sondervergütungen vom Anwendungsbereich der Zinsschranke erfasst werden.¹³⁸

Mittlerweile hat sich der BFH der genannten Meinung angeschlossen, indem er entschieden hat, dass die gesetzliche Qualifizierung der Lizenzeinkünfte als Sondervergütungen nicht auf das Abkommensrecht durchschlägt.¹³⁹ Denn § 50d Abs. 10 EStG »... ordne lediglich die abkommensrechtliche Einkunftsart an, suspendiere jedoch nicht zugleich von den Erfordernissen der (abkommensrechtlichen) Existenz einer Betriebsstätte (Art. 5 OECD-MA) sowie der (ebenfalls abkommensrechtlichen) Betriebsstättenzurechnung ...«. Auch ändert lt. BFH daran nichts, dass Art. 3 Abs. 2 OECD-MA den Rückgriff auf das nationale Recht sicherstellt, weil bereits die autonome Auslegung des DBA durch Interpretation einschlägiger spezieller Einkunfts-kategorien zum Ziel führt, die Besteuerungsrechte zu bestimmen. Das Gesetz leidet an dieser Stelle also an strukturellen Mängeln. Darüber hinaus bestehen u.E. ernsthafte Verfassungsbedenken gegen § 50d Abs. 10 EStG als Treaty Override und wegen seiner unzulässigen Rückwirkung.

120

136 Vgl. BR-Drs. 545/08 vom 19.09.2008, 3.

137 Vgl. *Hemmelrath*, in: Vogel/Lehner, Art. 7 OECD-MA Rz. 50.

138 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, I R 5/06, 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. statt BFH vom 20.12.2006, IStR 2007, 330. Vgl. im Detail, *Boller/Eilinghoff/Schmidt*, IStR 2009, 109 m. w. N.

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

IV Finanztransaktionssteuer

1 Einleitung

Die Idee einer Finanztransaktionssteuer (FTS) ist nicht neu. *Keynes* empfahl eine derartige Steuer in den 1930er-Jahren zur Bekämpfung unerwünschter Spekulationen¹⁴⁰ und *Tobin* brachte sie in den 1970er-Jahren als Verkehrssteuer auf Devisengeschäfte ins Spiel.¹⁴¹ 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.¹⁴² Dies hat die Europäische Kommission zum Anlass genommen, einen Richtlinienentwurf für eine EU-weite FTS vorzulegen.¹⁴³ Im Vorgriff auf eine FTS aufgrund einer EU-Regelung hat Frankreich jüngst eine eigene FTS verabschiedet, die seit dem 01.08.2012 gilt.¹⁴⁴

Wie und ob der EU-Vorschlag in nationales Recht umgesetzt wird, bleibt abzuwarten.¹⁴⁵ In der EU hat es keinen Konsens gegeben. Bislang haben sich aber elf EU-Mitgliedstaaten (Deutschland, Frankreich, Belgien, Österreich, Portugal, Slowenien, Griechenland, Italien, Spanien, Slowakei und England) bereit erklärt, eine FTS im Wege der verstärkten Zusammenarbeit einzuführen. Die konkrete Ausgestaltung der FTS bleibt abzuwarten. In der politischen Diskussion werden als Alternativen eine Stempelsteuer nach britischem Vorbild oder eine FTS in Anlehnung an die französische Regelung genannt.¹⁴⁶ Daher werden im Folgenden (s. Rz. 122 ff.) Anmerkungen zu der geplanten Einführung einer EU-FTS gemacht (s. Rz. 138 ff.), das englische Modell der Stempelsteuer dargestellt und (s. Rz. 144 ff.) die französische FTS-Regelung erläutert.

140 *Keynes*, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, 1936, 160; *Klöhn*, ZBB 2011, 130.

141 *Tobin*, *Eastern Economic Journal* 1978, 153 ff.

142 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).

143 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.

144 Für die 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.

145 Die Zukunft des EU-FTS-Richtlinienentwurfs ist nach dem Treffen der EU-Finanzminister Ende März 2012 in Kopenhagen ungewiss, vgl. *Financial Times Deutschland* vom 01.04.2012 (»EU beerdigt Finanztransaktionssteuer«).

146 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.

2 EU-Entwurf einer Finanztransaktionssteuer

2.1 Erscheinungsform der Finanztransaktionssteuer im Richtlinienentwurf

- 122** Die FTS soll als eine Verkehrssteuer ausgestaltet werden,¹⁴⁷ der grds. alle Transaktionen mit Finanzinstrumenten unterliegen sollen, in die Finanzinstitute i. S. d. Richtlinie eingebunden sind.¹⁴⁸ Die Finanzinstitute müssen dabei nicht selbst Vertragspartei sein. Es reicht, wenn sie im Namen oder für Rechnung einer Transaktionspartei handeln.¹⁴⁹

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.¹⁵⁰ Es kommt bei der Art der betreffenden Finanzgeschäfte nicht darauf an, ob diese über eine Börse oder außerbörslich (»OTC«) abgeschlossen werden. Daneben sind im Richtlinienentwurf persönliche Befreiungsvorschriften für bestimmte Parteien vorgesehen, die in eine Finanztransaktion eingebunden sind und sachliche Befreiungsvorschriften für Transaktionen mit bestimmten Finanzinstitutionen.

2.2 Persönliche Steuerpflicht

- 123** In persönlicher Hinsicht sollen Finanztransaktionen der FTS unterliegen, wenn mindestens ein Transaktionsbeteiligter ein in der EU ansässiges Finanzinstitut ist.¹⁵¹ Damit sind Finanzinstitute im Allgemeinen gemeint,¹⁵² 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.¹⁵³

Letzteres könnte für viele große Industrieunternehmen gelten, die nicht unmittelbar als Finanzinstitute wahrgenommen werden. Wann das allerdings zutrifft, ist unklar und bedarf der Klarstellung durch die EU-Kommission in Form eines delegierten Rechtsakts.

- 124** Transaktionen mit bestimmte Institutionen wie z. B. der EZB, nationalen Zentralbanken oder der European Financial Stability Facility (EFSF) sollen nicht der FTS unterliegen. Diese Befreiungen gelten auch für die Gegenparteien, selbst wenn sie in den Anwendungsbereich der FTS fallen sollten.¹⁵⁴ Sind Clearingstellen Partei einer Finanztransaktion, sollen diese (in dieser Eigenschaft) vom Anwendungsbereich der FTS ausgenommen sein.¹⁵⁵

- 125** Die Ansässigkeit bestimmt sich nach der durch einen Mitgliedstaat erteilten Genehmigung zum Betreiben von Finanzgeschäften, dem Registersitz, einer festen Adresse, einem gewöhn-

147 Mayer/Heidfeld, EuZW 2011, 373.

148 Begründung zum Richtlinienentwurf, 8.

149 Art. 1 Abs. 2 Richtlinienentwurf.

150 Begründung zum Richtlinienentwurf, 8.

151 Art. 1 Abs. 2 Richtlinienentwurf.

152 Art. 2 Abs. 7 Richtlinienentwurf.

153 Art. 2 Abs. 7 Buchst. j Richtlinienentwurf.

154 Art. 1 Abs. 4 Buchst. b-d Richtlinienentwurf.

155 Art. 1 Abs. 3 Richtlinienentwurf.

lichen Sitz oder einer Zweigstelle in einem Mitgliedstaat. Die Ansässigkeit eines im Drittland (z. B. Singapur) registrierten Finanzinstituts in der EU kann bereits dadurch entstehen, dass dieses Drittlandsfinanzinstitut mit einer in der EU ansässigen Person (auch einer natürlichen Person) Finanztransaktionen tätigt.¹⁵⁶ Vergegenwärtigt man sich eine solche Konstellation, so stellen sich praktische Probleme der Steuererhebung.

Umgekehrt kann die Ansässigkeitsfiktion durch den Nachweis widerlegt werden, dass zwischen der wirtschaftlichen Substanz der Transaktionen und dem EU-Gebiet kein Zusammenhang besteht.¹⁵⁷ Wie ein derartiger Nachweis geführt werden kann, bleibt unklar (auf welche Kennziffern soll abgestellt werden?).¹⁵⁸

2.3 Sachliche Steuerpflicht

Der FTS sollen grds. der Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten vor Aufrechnung und Abrechnung sowie der Abschluss oder die Änderung von Derivatkontrakten unterliegen. Die Bandbreite der betroffenen Finanzinstrumente ist außerordentlich groß. Umfasst werden z. B. **126**

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

Es soll nicht darauf ankommen, ob die Finanzinstrumente an einem geregelten Markt gehandelt werden oder ob es sich um sogenannte OTC-Geschäfte handelt. Finanztransaktionen innerhalb einer Gruppe von Unternehmen – sogenannte Intercompany Transaktionen – werden ebenfalls erfasst.¹⁵⁹

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. **127**

2.4 Ausnahmenvorschriften bei Wertpapieremissionen

Transaktionen auf Primärmärkten für die Ausgabe von EK (z. B. Aktien, GmbH-Anteile) und von Schuldverschreibungen sowie Währungs-transaktionen am Kassamarkt sollen unschädlich sein. Die Ausnahme für Primärmarktgeschäfte gilt jedoch nicht für die Ausgabe von Anteilen an Investmentfonds und »geschlossenen Fonds«. **128**¹⁶⁰

In diesem Zusammenhang stellt sich die praktische Frage, ob eine Primärmarkttransaktion vorliegt, wenn der Emittent von Wertpapieren eine Bank einschaltet, die die Emission der Wertpapiere übernimmt. In diesem Fall kann zumindest aufgrund Art. 9 Abs. 2 des Richtlinienentwurfs die Auffassung vertreten werden, dass die zwischengeschaltete Bank im Namen und für Rechnung eines anderen Finanzinstitutes handelt und sie somit keine FTS schuldet.

156 Art. 3 Abs. 1 Buchst. e Richtlinienentwurf.

157 Art. 3 Abs. 3 Richtlinienentwurf.

158 *Lauermann/Bail*, RdF 2012, 39.

159 Art. 2 Abs. 1 Richtlinienentwurf; kritisch dazu vgl. *Frey/Bruhn*, BB 2012, 1763.

160 Art. 1 Abs. 4 Richtlinienentwurf.

2.5 Bemessungsgrundlage

- 129** Die geplante Bemessungsgrundlage differenziert nach Derivat- und Nichtderivat-Transaktionen:
- Nichtderivate: Bemessungsgrundlage ist die Vergütung; entspricht diese nicht dem Marktpreis, soll dieser dennoch gelten (»Arm's-length-Prinzip«).¹⁶¹ 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 Derivatekontrakts herangezogen wird (bei mehreren vertraglichen Nominalbeträgen ist auf den höchsten Wert abzustellen; eine Aufspaltung von Derivatekontrakten ist nicht vorgesehen).¹⁶²

Im Richtlinienentwurf ist auch eine Regelung zur Fremdwährungsumrechnung enthalten.

2.6 Steuersätze

- 130** 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.¹⁶³ Da die FTS grds. bei jeder anderen 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

- 131** 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 gelten. Unklar ist, welche Rechte der Steuerpflichtige hat, da die Klärung der verfahrensrechtlichen Fragen den einzelnen Mitgliedstaaten obliegt.¹⁶⁴ Eine Stornierung hat keinen Einfluss auf den unter der FTS entstandenen Steueranspruch, ein Fehler gleichwohl schon.¹⁶⁵ Es stellt sich dann die Frage, wann ein Fehler vorliegt und wann nicht.
- 132** Da der Steueranspruch zum Zeitpunkt der Durchführung entstehen soll, kann dies gerade bei Derivatetransaktionen zu einer Vorfinanzierung der Steuer führen. Der Abschluss eines Derivatekontrakts gilt als maßgeblicher Akt, der der FTS unterliegt und nicht die eigentliche Lieferung oder der Differenzausgleich unter dem Derivat. In Anbetracht der kurzen Abführungsfristen führt dies dazu, dass der Steuerpflichtige die FTS vorfinanzieren muss.¹⁶⁶

¹⁶¹ Art. 5 Richtlinienentwurf.

¹⁶² Art. 6 Richtlinienentwurf.

¹⁶³ Art. 8 Richtlinienentwurf.

¹⁶⁴ Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 10 Abs. 1 und 2 Richtlinienentwurf.

¹⁶⁵ Art. 4 Abs. 2 Richtlinienentwurf.

¹⁶⁶ *Lauermann/Bail*, RdF 2012, 39.

Im Übrigen überlässt der Richtlinienvorschlag die verfahrensrechtlichen Fragen der FTS mangels europarechtlicher Regelungskompetenz weitgehend den Mitgliedstaaten.

2.8 Besteuerung von Wertpapierpensionsgeschäften als besonders kritischer Bereich

Pensionsgeschäfte und »umgekehrte Pensionsgeschäfte« sollen der FTS unterliegen.¹⁶⁷ Nach dem vorliegenden Richtlinienentwurf soll die Übertragung von Wertpapieren sowohl bei der die Wertpapiere übertragenden Partei als auch beim übernehmenden Finanzinstitut jeweils FTS auslösen. M. a. W.: Der Vorgang wird zweimal besteuert, wenn zwei in der EU ansässige Finanzinstitute Parteien einer Transaktion sind. Bei der Rückübertragung der Wertpapiere wiederholt sich der Vorgang, so dass insgesamt viermal FTS anfällt. Ausgenommen von der FTS sind derartige Transaktionen nur, wenn die Gegenpartei entweder die EZB oder die Zentralbank eines Mitgliedstaats ist. 133

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. 358 ff.).¹⁶⁸ 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,¹⁶⁹ nicht nachzuvollziehen. Unsere Ablehnung beruht auf folgenden Überlegungen: 134

- 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.¹⁷⁰ 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, kann u.E. nicht als Argument gelten, sondern zeigt im Gegenteil, 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 das Ergebnis ein politisch gewünschtes ist, kann sehr stark bezweifelt werden.
- Wertpapierpensionsgeschäfte werden aus sehr guten Gründen zwischen Banken abgeschlossen.¹⁷¹ Ein spekulatives Element – dem ausweislich der Begründung zum FTS-EU-Richtlinienentwurf entgegengewirkt werden soll – wohnt diesen Transaktionen nicht inne.

¹⁶⁷ Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 Richtlinienentwurf.

¹⁶⁸ Art. 3 Abs. 1 Buchst. m RL 2006/49 EG.

¹⁶⁹ Begründung zum Richtlinienentwurf, 3.

¹⁷⁰ Art. 1 Abs. 4 Buchst. b, d Richtlinienentwurf.

¹⁷¹ Vgl. hierzu *Weber/Gruber*, in: Luz (Hrsg.), Kreditwesengesetz, Stuttgart 2009, § 2 GroMiKV Rz. 8.

2.9 Gesamtwürdigung des EU-Richtlinienentwurfs zur Finanztransaktionssteuer

- 135** Die FTS gem. Richtlinienvorschlag ist eine Verkehrssteuer mit einer breiten Bemessungsgrundlage, die grds. wenig Raum für Gestaltungen bieten würde. Aus EU-rechtlicher Sicht und auch aus national rechtlicher Sicht heraus ist es durchaus diskussionswürdig, ob so eine Steuer überhaupt eingeführt werden darf.¹⁷² 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.
- 136** 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.¹⁷³ Aufseiten des Wertpapieremittenten ist bei jeder Emission zu prüfen, ob er von der Befreiungsvorschrift für Primärmarkttransaktionen Gebrauch machen kann. Nicht eindeutig ist der Fall, ob FTS anfallen würde, wenn sich der Emittent zur Emission der betreffenden Wertpapiere einer Bank bedient. Nach dem derzeitigen Richtlinienentwurf kommt es sehr darauf an, sorgfältig zu prüfen, ob die Ausnahme nach Art. 9 Abs. 2 einschlägig ist, allenfalls würden durch die FTS dann letztlich auch Emissionen von Wertpapieren belastet werden.
- 137** 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

- 138** Großbritannien erhebt auf Urkunden (wie z. B. Formulare zwecks Übertragung von Aktien), die den Verkauf von Aktien und börsenfähigen Wertpapieren¹⁷⁴ 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).¹⁷⁵ Der Steuersatz beträgt jeweils 0,5 % der steuerbaren Gegenleistung.¹⁷⁶ Die Stempellersatzsteuer zum Satz von 0,5 % fällt insbesondere bei elektronischer Abwicklung der Übertragung über CREST an.¹⁷⁷
- 139** Darüber hinaus gibt es eine besondere Stempellersatzsteuer und daneben auch eine besondere Stempelsteuer, wenn britische Aktien oder bestimmte sonstige britische Wertpapiere über Wertpapierabwicklungssysteme (Clearing Systems, wie Euroclear oder Clearstream Luxemburg, aber nicht CREST) oder Wertpapierverwahrsysteme emittiert oder auf diese übertragen werden.¹⁷⁸ Der Steuersatz beträgt jeweils 1,5 % der steuerbaren Gegenleistung.¹⁷⁹ Anschließende elektronische Übertragungen von Aktien oder sonstigen Wertpapieren unter-

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

173 *Sester*, WM 2012, 534 ff.

174 § 1 Anhang 13 Finance Act 1999.

175 Abschn. 87 Finance Act 1986.

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

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

178 Hinsichtlich der Stempellersatzsteuer auf die Emission über oder Übertragung auf Wertpapierabwicklungssysteme, s. Abschn. 96 Finance Act 1986; hinsichtlich der Stempellersatzsteuer 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.

179 Ebenda.

liegen i. d. R. dann nicht mehr der Stempelsteuer oder der Stempelersatzsteuer.¹⁸⁰ Allerdings wurde die Vereinbarkeit dieser beiden besonderen Steuern mit europäischem Recht zumindest in den Fällen gerichtlich verneint, in denen neues Kapital aufgenommen wird.¹⁸¹

Zahlreiche Übertragungsvorgänge sind von der Stempelsteuer und der Stempelersatzsteuer befreit, von denen folgende die häufigsten sind: **140**

- 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),¹⁸²
- Übertragung von Staatspapieren,
- gruppeninterne Übertragungen,¹⁸³
- Übertragung von Anteilen im Zusammenhang mit bestimmten Unternehmensrestrukturierungen,¹⁸⁴
- Verkauf an Finanzintermediäre,¹⁸⁵
- Pensionsgeschäfte und Wertpapierleihe.¹⁸⁶

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. **141**

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.¹⁸⁷ **142**

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.

Im Allgemeinen schuldet der Käufer der Aktien oder sonstigen Wertpapiere die Stempelsteuer oder Stempelersatzsteuer.¹⁸⁸ In der Praxis wird die Steuer im Allgemeinen durch Intermediäre (z. B. Makler) und elektronisch über das CREST-System abgeführt.¹⁸⁹ **143**

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

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

181 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.

182 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.

183 Abschn. 42 Finance Act 1930.

184 Abschn. 77 Finance Act 1986.

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

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

187 Abschn. 99 (4) Finance Act 1986.

188 Zur Stempelersatzsteuer s. Abschn. 91 Finance Act 1986; bei der Stempelsteuer entspricht dies den Marktgepflogenheiten.

189 Verordnung zur Stempelersatzsteuer von 1986 (SI 1986/1711).

4 Französische Finanztransaktionssteuer

- 144** Frankreich hat jüngst 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,¹⁹⁰
 - (2) Steuer auf den Hochfrequenzhandel von in Frankreich ansässigen Unternehmen,¹⁹¹ und
 - (3) Steuer auf Credit Default Swaps gegen den Ausfall von EU-Staatsanleihen, die nicht vom Hedging verwendet werden.¹⁹²

4.1 Steuer auf den Börsenhandel mit Aktien großer französischer Unternehmen

- 145** 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. € (Stand am 01.01. eines Jahres) ausgegeben wurden.¹⁹³ Die Transaktion muss zum Erwerb der rechtlichen Inhaberschaft 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.
- 146** 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.¹⁹⁴ Der Abschluss eines Derivategeschäfts ist als solcher nicht erfasst, allerdings fällt die Lieferung von Aktien zur Erfüllung eines Derivategeschäfts in den Anwendungsbereich der FTS.
- 147** Zahlreiche Finanzgeschäfte lösen keine FTS aus, z. B.:¹⁹⁵
- 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).

190 Art. 235 ter ZD Code général des impots.

191 Art. 235 ter ZD bis Code général des impots.

192 Art. 235 ter ZD ter Code général des impots.

193 Art. 235 Abschn. I Satz 1 ter ZD Code général des impots.

194 Art. 235 Abschn. I Satz 3 ter ZD Code général des impots.

195 Art. 235 Abschn. II ter ZD Code général des impots.

Die Steuer wird unabhängig von der steuerlichen Ansässigkeit des Börsenmaklers bzw. -händlers oder, wenn kein Börsenmakler bzw. -händler eingeschaltet ist, des Verwahrers erhoben, um möglichen Umgehungsgeschäften durch Verlagerung in das Ausland zu begegnen (Emittentenprinzip).¹⁹⁶ 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. **148**

Der Steuersatz beträgt 0,2 % des Erwerbspreises.¹⁹⁷ 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. **149**

Die Steuer entsteht am ersten Tag des dem Aktienerwerb folgenden Monats.¹⁹⁸ Die Steuerzahlung und -anmeldung müssen bis zum 25. Tag des dem Aktienerwerb folgenden Monats erfolgen,¹⁹⁹ wobei der Zentralverwahrer die erforderlichen Informationen bis zum 5. Tag des dem Aktienerwerb folgenden Monats erhalten muss.²⁰⁰ Die erste Steuerzahlung ist am 30.11.2012 für Transaktionen im Zeitraum vom 01.08. bis 31.10.2012 fällig, die erforderlichen Informationen müssen bis zum 10.11.2012 an den Zentralverwahrer übermittelt werden. **150**

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. **151**

Für das Verfahren und die Prüfung der Steuer wird auf die Vorschriften zur USt verwiesen.

Derzeit wird in der deutschen Bankenlandschaft diskutiert, ob und inwieweit diese verpflichtet sind, französische FTS abzuführen. Eine entsprechende Eingabe wurde an das BMF/BMJ gestellt. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.

4.2 Steuer auf den Hochfrequenzhandel

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.²⁰¹ 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. **152**

Die Bemessungsgrundlage ist ein bestimmter Prozentsatz der stornierten oder geänderten Aufträge, sobald dieser einen bestimmten durch Erlass der Finanzverwaltung festzulegenden **153**

196 Art. 235 Abschn. VI ter ZD Code général des impots.

197 Art. 235 Abschn. III ter ZD Code général des impots.

198 Art. 235 Abschn. IV ter ZD Code général des impots.

199 Art. 235 Abschn. IX ter ZD Code général des impots.

200 Art. 235 Abschn. VII ter ZD Code général des impots.

201 Art. 235 Abschn. IV ter ZD bis Code général des impots.

Schwellenwert am Ende eines Handelstags überschreitet; der Schwellenwert wird den Satz von zwei Dritteln des betreffenden Auftragsvolumens nicht unterschreiten.

154 Hochfrequenztransaktionen werden als Transaktionen aufgrund von Aufträgen im normalen Geschäftsgang definiert, die mithilfe eines sogenannten Automatisierten Mechanismus und außerordentlich schnell, d. h. mit reduzierter Marktzugangsverzögerung (Absenden, Änderung bzw. Stornierung des Auftrags innerhalb von weniger als einer Sekunde), durchgeführt werden.²⁰² 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.

155 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,²⁰³ Steuerzahlungen sind bis zum 10. Tag des dem stornierten oder modifizierten Auftrag folgenden Monats zu leisten.²⁰⁴ Die erste Steuerzahlung ist am 05.09.2012 fällig.

Für das Verfahren, die Einbehaltung und die Prüfung der Steuer wird auf die Vorschriften zur USt verwiesen.²⁰⁵

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

156 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).²⁰⁶ 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.²⁰⁷

157 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.

158 Die Steuer entsteht für den Rechtsträger, der die betreffende CDS-Transaktion tätigt, am ersten Tag des der Transaktion folgenden Monats.²⁰⁸ Steuererklärungen sind monatlich abzugeben, Steuerzahlungen sind monatlich zu leisten. Die erste Steuerzahlung ist am 05.09.2012 fällig.

Für das Verfahren, die Einbehaltung und die Prüfung der Steuer wird auf die Vorschriften zur USt verwiesen.²⁰⁹

202 Art. 235 Abschn. II ter ZD bis Code général des impôts.

203 Art. 235 Abschn. V ter ZD bis Code général des impôts.

204 Art. 235 Abschn. VI ter ZD bis Code général des impôts

205 Art. 235 Abschn. VII ter ZD bis Code général des impôts.

206 Art. 235 Abschn. IV ter ZD ter Code général des impôts.

207 Art. 235 Abschn. I ter ZD ter Code général des impôts.

208 Art. 235 Abschn. III ter ZD ter Code général des impôts.

209 Art. 235 Abschn. VI ter ZD ter Code général des impôts.

Teil B

Grundlegende Analyse einzelner Finanzierungsformen

	<i>Rz.</i>
I Eigenkapital	1
1 Stammaktien und GmbH-Anteile	1
1.1 Zivilrechtliche Grundlagen	1
1.2 Steuerrechtliche Folgen	5
2 Vorzugsaktien	82
2.1 Zivilrechtliche Grundlagen	82
2.2 Steuerrechtliche Folgen	85
II Fremdkapital	86
1 Intercompany Loans und externe Darlehen	86
1.1 Zivilrechtliche Grundlagen	86
1.2 Steuerrechtliche Folgen hinsichtlich der Zinsen	88
1.3 Verdeckte Verzinsung (Agio/Disagio/Damnum etc.)	97
1.4 Folgen bei Unverzinslichkeit und bei unangemessener Zinshöhe	101
1.5 Steuerrechtliche Folgen hinsichtlich des Kapitals	123
1.6 Rangrücktrittsvereinbarungen sowie Fälle des § 5 Abs. 2a EStG	127
1.7 Besonderheiten bei Restrukturierungen des Kapitals	136
2 Schuldverschreibungen und Kapitalmarktaufnahmen	151
2.1 Zivilrechtliche Grundlagen	151
2.2 Steuerrechtliche Folgen	152
3 Cashpooling	154
3.1 Zivilrechtliche Grundlagen	154
3.2 Steuerrechtliche Folgen	155
III Hybridkapital	159
1 Begriffsbestimmung, Zielsetzungen	159
1.1 Zivilrechtliche Grundlagen	159
1.2 Typische steuerliche und nichtsteuerliche Zielsetzungen	161
2 Steuerrechtliche Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital: Genussrechtstest	170
2.1 Ausgangspunkt: § 8 Abs. 3 Satz 2 HS 2 KStG	170
2.2 Recht auf Beteiligung am Gewinn	176
2.3 Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös	181
3 Trendempfehlungen für die Strukturierung	194
3.1 Empfehlung bei angestrebter Eigenkapitalqualifikation	194
3.2 Empfehlung bei angestrebter Fremdkapitalqualifikation	195
4 Ausgewählte hybride Instrumente	196
4.1 Eigenkapitalähnliche Genussrechte	196
4.2 Fremdkapitalähnliche Genussrechte	224
4.3 Hybride Darlehen oder Anleihen	226
4.4 Wandelschuldverschreibungen, -anleihen und Optionsanleihen	231
4.5 Typische stille Beteiligungen	241
4.6 Atypische stille Beteiligungen	252

IV Bürgschaften, Garantien, Patronagen	260
1 Zivilrechtliche Grundlagen	260
2 Steuerrechtliche Folgen	263
V (Finanzierungs-)Leasing	269
1 Zivilrechtliche und ökonomische Grundlagen	269
2 Steuerrechtliche Folgen	275
2.1 Steuerbilanzielle Abbildung des Leasings	275
2.2 Gewerbesteuerliche Hinzurechnungen beim Leasingnehmer (Leasinggraten) ..	290
2.3 Gewerbesteuerliche Hinzurechnungen beim Leasinggeber (Refinanzierung) ..	294
VI Factoring, Forfaitierung, ABS und Reverse Factoring	309
1 Factoring, Forfaitierung, ABS	309
1.1 Zivilrechtliche und ökonomische Grundlagen	309
1.2 Steuerrechtliche Folgen	318
2 Reverse Factoring	354
VII Wertpapierleihe, -pensionsgeschäft und Repo	358
1 Zivilrechtliche und ökonomische Abgrenzung der Geschäftstypen	358
2 Steuerrechtliche Folgen – Allgemeines	370
2.1 Wertpapierleihe	370
2.2 Echtes Wertpapierpensionsgeschäft und Repo	378
2.3 Unehliches Wertpapierpensionsgeschäft	391
3 Spezifische Missbrauchsbekämpfung (§ 8b Abs. 10 KStG)	396
VIII Derivative Finanzinstrumente	407
1 Zivilrechtliche, ökonomische und steuerrechtliche Grundlagen	407
1.1 Zivilrechtliche und ökonomische Grundlagen	407
1.2 Erfüllung als Besteuerungstatbestand: Zwei-Vertrags-Theorie vs. Anzahlungs-begriff und wirtschaftlicher Eigentumsbegriff	415
1.3 Verlustverrechnungsbeschränkung (§ 15 Abs. 4 Satz 3–5 EStG)	446
1.4 Bewertungseinheiten (§ 5 Abs. 1a Satz 2 EStG)	453
1.5 Sondervorschrift für Kreditinstitute: Zeitwertbewertung von Finanz- instrumenten des Handelsbestands (§ 340e Abs. 3 HGB, § 6 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b EStG)	465
2 Ausgewählte Termingeschäfte	471
2.1 Bedingte Termingeschäfte: Optionen	471
2.2 Unbedingte Termingeschäfte (Futures, Forwards etc.)	481
2.3 Swaps	493

Ausgewählte Literaturhinweise:

Blümich, EStG/KStG/GewStG, Stand: 113. EL, München 2012; *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, KStG, Stand: 73. EL, Stuttgart 2011; *Gosch*, KStG, 2. Aufl., München 2009; *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG/KStG, Stand: 249. EL, Köln 2012.

I Eigenkapital

1 Stammaktien und GmbH-Anteile

1.1 Zivilrechtliche Grundlagen

Stammaktien und GmbH-Anteile gewähren einen Anteil am Eigenkapital einer AG/GmbH 1
nebst Stimm- und Dividendenrechten, also volle Mitgliedschaftsrechte. Eigenkapital unter-
scheidet 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.

Diese konzeptionelle Nachrangigkeit des Eigenkapitals gilt nicht nur hinsichtlich des Kapi- 2
tals, 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 impli-
ziert 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.

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

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

1.2 Steuerrechtliche Folgen

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

- 5 Dividenden sind bei der ausschüttenden Kapitalgesellschaft grds. nicht abzugsfähig, entsprechend dem in § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG kodifizierten Glaubenssatz, dass die Einkommensverwendung unabhängig von der Einkommensermittlung erfolgen soll.¹ 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 offener oder verdeckter Ausschüttungen aus Eigenkapitalinstrumenten. Wo konkret die Grenze zwischen Eigen- und Fremdkapital liegt, wird später im Rahmen der Darstellung des sogenannten Genussrechts-Tests erörtert.²
- 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 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.³ Viele EU-Mitgliedstaaten setzen durch eine solche Freistellung die Mutter-Tochter-Richtlinie⁴ 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.⁵ Da eine Quellensteuererstattung an Gebiets-

1 Zur Kritik daran s. Teil A Rz. 3 ff.

2 S. Rz. 171 ff.

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

4 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.

5 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.

fremde 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.

Der EuGH hat vor Kurzem für die nicht bereits aufgrund der Mutter-Tochter-Richtlinie von der Quellensteuererhebung befreiten Dividendenzahlungen entschieden, dass die Erhebung abgeltender deutscher Quellensteuer auf Dividendenzahlungen an ausländische Kapitalgesellschaften gegen die europarechtliche Kapitalverkehrsfreiheit verstößt.⁶ Da vergleichbaren inländischen Kapitalgesellschaften die Kapitalertragsteuer im Rahmen ihrer Körperschaftsteueranlagung regelmäßig erstattet wird und da die Dividenden bei diesen vergleichbaren inländischen 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 Drittstaatensachverhalte geltende Kapitalverkehrsfreiheit stützt, stellt sich die Frage, ob und inwieweit es auch bei Drittstaatensachverhalten unzulässig ist, die abgeltende Quellensteuer zu erheben. Da aber für Drittstaatensachverhalte im Detail andere europarechtliche Rechtfertigungsmaßstäbe gelten als für EU-Sachverhalte, ist die Frage nach den Konsequenzen für Drittstaatensachverhalte noch offen. Die Reaktion des deutschen Gesetzgebers auf das EuGH-Urteil steht noch aus. M. E. kann nachhaltig die Quellensteuer ohne tiefere gesetzgeberische Eingriffe ins Besteuerungssystem nicht europarechtskonform ausgestaltet werden. Vorzugswürdig wäre m. E. 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.⁷

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. Technisch erfolgt dies 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 2 KStG, was zwar steuertechnisch auf den ersten Blick wegen der »Steuerfreiheit« der Beteiligungserträge konsequent ist, bei ökonomischer Analyse dieser »Steuerfreiheit« vor dem Hintergrund des Leistungsfähigkeitsprinzips aber völlig

⁶ EuGH vom 20.10.2011, C-284/09, *Kommission/Deutschland*.

⁷ S. zu dieser allgemeinen Thematik Teil A Rz. 3 ff.