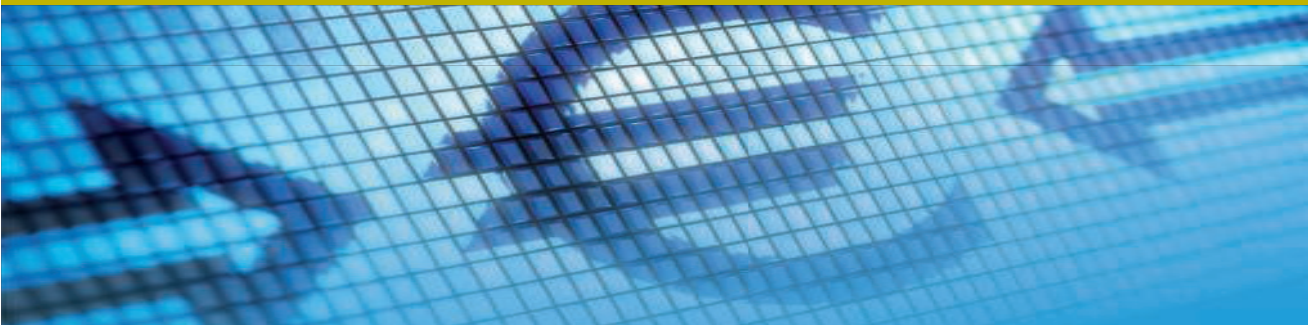


**DER
BETRIEB**

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 geneigten 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
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	53
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		
	Gewerbesteuerliche Hinzurechnungen im Rahmen der Unternehmensfinanzierung	341
I	Rechtsgrundlagen – Rechtsentwicklung – Zielsetzung	343
II	Verfassungsmäßigkeit der gewerbesteuerlichen 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 Finanzierungskonditionen	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
DStJG	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	Gewerbesteuer
GewStDV	Gewerbesteuer-Durchführungsverordnung
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GewStH	Gewerbesteuer-Hinweise
GewStR	Gewerbesteuer-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	Höchststrichterliche 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-Steuergesetz)
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	Unternehmensteuerreformgesetz

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 gewerbesteuerlichen 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 gewerbesteuerlichen 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 zinsabzugsverzagenden 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: Lüdiche/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 Leistungsfähigkeit Gesichtspunkten. 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.

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

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 scheitert 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.