

Die Regelungen zur Gesellschafter- Fremdfinanzierung im internationalen Vergleich

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität

Würzburg

vorgelegt von

Diplom-Volkswirtin

Nina Maier

aus Stuttgart

Würzburg 2006

Name des Betreuers

Prof. Dr. Wolfgang Freericks

Lehrstuhl für Betriebswirtschaftslehre
und Betriebswirtschaftliche Steuerlehre

Vorwort

Den Anstoß zu dieser Arbeit hat die Neuregelung der Vorschriften zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung zum 01.01.2004 gegeben. Das Anliegen dieser Arbeit ist es, eine abgerundete Darstellung der vieldiskutierten Problematik unter Hinzuziehung verschiedener europäischer und internationaler Bestimmungen zu geben. Die Beurteilung soll anhand allgemeiner steuerlicher, europa- und abkommensrechtlicher Grundsätze erfolgen.

Mein ganz besonderer Dank gilt Herrn Professor Dr. Wolfgang Freericks. Er hat die Arbeit stets wohlwollend und tatkräftig gefördert.

Auch möchte ich mich bei meiner Familie und meinem Ehemann für die Unterstützung bedanken.

Nina Maier

Inhaltsverzeichnis

Titel		I
Name des Betreuers		II
Vorwort		III
Inhaltsverzeichnis		IV
Abkürzungsverzeichnis		XII
Abbildungsverzeichnis		XVII
I	Einleitung	1
1	Problemstellung	1
2	Gang der Untersuchung	3
II	Gesellschafter-Fremdfinanzierung als Finanzierungsform	6
1	Einleitung	6
2	Eigen- und Fremdfinanzierung	7
2.1	Begriff der Finanzierung	7
2.2	Systematisierungsansätze der Finanzierungsarten	9
2.3	Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdfinanzierung	10
2.4	Gesellschafter-Fremdfinanzierung	12
2.4.1	Begriff und Formen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung	12
2.4.2	Handels- und steuerbilanzielle Behandlung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung	14
2.4.3	Vorteilhaftigkeitsvergleich Gesellschafter-Fremd- und Eigenfinanzierung	16
2.4.3.1.	Außersteuerlicher Vorteilhaftigkeitsvergleich	16
2.4.3.2	Steuerlicher Vorteilhaftigkeitsvergleich	18
2.4.3.2.1	Finanzierung durch inländische Anteilseigner	18
2.4.3.2.1.1	Eigenfinanzierung	18
2.4.3.2.1.2	Fremdfinanzierung	20
2.4.3.2.1.3	Vorteilhaftigkeitsvergleich	21
2.4.3.2.2	Finanzierung durch ausländische Anteilseigner	21
2.4.3.2.2.1	Eigenfinanzierung	21
2.4.3.2.2.2	Fremdfinanzierung	233
2.4.3.2.2.3	Vorteilhaftigkeitsvergleich	233
2.4.4	Grenzen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung	244
2.5	Durchschnittliche Eigenkapitalausstattung	244
2.6	Zusammenfassung	255

III	Regelung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung im deutschen Steuerrecht	266
1	Einleitung	266
2	Entstehung des § 8a KStG n.F.	266
3	Rechtfertigung und Zielsetzung des § 8a KStG n.F.	30
4	Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst	32
4.1	Zugrunde liegender Sachverhalt	32
4.2	Verstoß gegen Europarecht	33
4.3	Rechtfertigungsgründe	34
4.4	Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf § 8a KStG i.d.F. UntStFG	38
4.5	Reaktion des Gesetzgebers	38
5	Grundlagen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach § 8a KStG n.F.	39
5.1	Systematische Einordnung des § 8a KStG und Abgrenzung zu anderen Regelungen	39
5.2	Inhalt der Neuregelung des § 8a KStG	41
5.3	Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen der Regelung	42
5.3.1	Sachliche Voraussetzungen	42
5.3.1.1	Begriff des Eigenkapitals	42
5.3.1.2	Begriff des Fremdkapitals	44
5.3.1.3	Tatbestand der erfolgsabhängigen und erfolgsunabhängigen Vergütung	46
5.3.2	Personelle Voraussetzungen	48
5.3.2.1	Person des Fremdkapitalempfängers	48
5.3.2.2	Person des Fremdkapitalgebers	49
5.3.2.3	Wesentliche Beteiligung und dieser gleichgestellte Gestaltungen	52
5.3.3	Erläuterungen zu § 8a Abs. 4 KStG: Holdinggesellschaften	54
5.3.4	Erläuterungen zu § 8a Abs. 5 KStG: Finanzierung von Personengesellschaften	56
5.3.5	Erläuterungen zu § 8a Abs. 6 KStG: Finanzierungskostenabzugsverbot	57
5.3.6	Rechtsfolgen	58
6	Korrespondierende Änderungen	65
6.1	Änderung des § 9 Nr. 10 GewStG	65
6.2	Änderung des § 8b Abs. 3 und 5 KStG	65
7	Einbehalt von Kapitalertragsteuer	66
8	Zusammenfassung	67

IV	Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung im internationalen Steuerrecht	68
1	Einleitung	68
2	Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung in den EU-Mitgliedstaaten	70
2.1	Überblick über die Regelungen in den EU-Mitgliedstaaten	70
2.1.1	Belgien	70
2.1.2	Dänemark	71
2.1.3	Estland	72
2.1.4	Finnland	72
2.1.5	Frankreich	73
2.1.6	Griechenland	73
2.1.7	Großbritannien	74
2.1.8	Irland	74
2.1.9	Italien	75
2.1.10	Lettland	75
2.1.11	Litauen	76
2.1.12	Luxemburg	76
2.1.13	Malta	76
2.1.14	Niederlande	76
2.1.15	Österreich	78
2.1.16	Polen	78
2.1.17	Portugal	79
2.1.18	Schweden	79
2.1.19	Slowakei	79
2.1.20	Slowenien	79
2.1.21	Spanien	80
2.1.22	Tschechien	80
2.1.23	Ungarn	81
2.1.24	Zypern	81
2.1.25	Schematischer Überblick über die internationalen Regelungen	82
2.2	Überblick über die Körperschaftsteuersysteme in den EU-Mitgliedstaaten	83
2.3	Gruppierung der Länder	84
2.4	Auswahl eines Musterlandes der Regelungsgruppen	86
2.5	Darstellung der Regelung anhand des Musterlandes	86
2.5.1	Gruppe 1: Keine Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung	86

2.5.2	Gruppe 2: Regelung der Unterkapitalisierung anhand allgemeiner Vorschriften – Musterland Österreich	87
2.5.2.1	Allgemeines	87
2.5.2.2	Darstellung der Regelungen anhand des Musterlandes Österreich	87
2.5.3	Gruppe 3: Anwendungsbereich der Regelung Ausland – Musterland Frankreich	89
2.5.3.1	Allgemeines	89
2.5.3.2	Darstellung der Regelungen anhand des Musterlandes Frankreich	90
2.5.3.2.1	Allgemeines	90
2.5.3.2.2	Sachliche Voraussetzungen	90
2.5.3.2.3	Personelle Voraussetzungen	91
2.5.3.2.4	Rechtsfolgen	92
2.5.3.2.5	Aktuelle Entwicklungen	93
2.5.3.3	Abgrenzung und wesentliche Unterschiede gegenüber anderen Regelungen der Gruppe	93
2.5.4	Gruppe 4: Anwendungsbereich der Regelung Inland und Ausland – Musterland Deutschland	94
2.5.4.1	Allgemeines	94
2.5.4.2	Grundsätze der Regelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung	94
2.5.4.3	Abgrenzung und wesentliche Unterschiede gegenüber anderen Regelungen der Gruppe	94
2.5.5	Gruppe 5: Anwendungsbereich Nicht-EU	95
2.5.5.1	Allgemeines	95
2.5.5.2	Darstellung der Regelungen anhand des Musterlandes Spanien	95
2.5.5.2.1	Allgemeines	95
2.5.5.2.2	Sachliche Voraussetzungen	95
2.5.5.2.3	Personelle Voraussetzungen	97
2.5.5.2.4	Rechtsfolgen	98
2.5.5.3	Abgrenzung und wesentliche Unterschiede gegenüber anderen Regelungen der Gruppe	98
3	Exkurs: Darstellung der Regelung in den USA	99
3.1	Allgemeines	99
3.2	Earnings stripping limitation	99
3.2.1	Allgemeines	99
3.2.2	Sachliche Voraussetzungen	99
3.2.3	Personelle Voraussetzungen	100

3.2.4	Rechtsfolgen	101
3.2.5	Aktuelle Entwicklungen	101
4	Zusammenfassung der Ergebnisse	102
V	Darstellung der steuerlichen Grundsätze und Diskriminierungsverbote	105
1	Einleitung	105
2	Grundsätze und Diskriminierungsverbote	106
2.1	Allgemeine Grundsätze im deutschen Steuerrecht	106
2.1.1	Gleichheitsgrundsatz	106
2.1.1.1	Grundsatz der Einmalbesteuerung	107
2.1.1.2	Grundsatz der Wettbewerbsneutralität	109
2.1.1.3	Leistungsfähigkeitsprinzip	110
2.1.2	Trennungsprinzip	112
2.1.3	Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Besteuerung	113
2.2	Europarecht	113
2.2.1	Primäres Europarecht: EG-Diskriminierungsverbote	113
2.2.1.1	Grundlagen	113
2.2.1.2	Niederlassungsfreiheit (Art. 43 ff EG-Vertrag)	119
2.2.1.3	Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 ff EG-Vertrag)	122
2.2.1.4	Konkurrenz der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit	124
2.2.1.5	Rechtfertigungsgründe für Verstöße gegen die Grundfreiheiten	126
2.2.1.5.1	Allgemeines	126
2.2.1.5.2	Gesetzliche Rechtfertigungsgründe	127
2.2.1.5.3	Nichtgesetzliche Rechtfertigungsgründe	130
2.2.2	Sekundäres Europarecht: Mutter-Tochter-Richtlinie	134
2.3	Abkommensrecht	137
2.3.1	Grundlagen	137
2.3.1.1	Allgemeines	137
2.3.1.2	„Treaty Override“	139
2.3.1.3	Internationale Verständigungsverfahren	139
2.3.1.4	Verhältnis zwischen EG-Vertrag und Doppelbesteuerungsabkommen	140
2.3.2	Doppelbesteuerungsabkommen und Trennungsprinzip	141
2.3.3	Gewinnberichtigungsbestimmungen der Doppelbesteuerungsabkommen – Art. 9 Abs. 1 OECD-MA	142

2.3.4	Zur abkommensrechtlichen Wirksamkeit der Umqualifizierung von Zinsen in Dividenden – Art. 11 Abs. 3 OECD-MA	144
2.3.5	Verbot der Diskriminierung nicht ansässiger Empfänger von Betriebsausgaben – Art. 24 Abs. 4 OECD-MA	147
2.3.6	Verbot der Diskriminierung von Kapital- und Personengesellschaften mit ausländischer Beteiligung – Art. 24 Abs. 5 OECD-MA	148
VI	Beurteilung der Unterkapitalisierungsregelungen nach allgemeinen Grundsätzen sowie nach Europa- und Abkommensrecht	150
1	Einleitung	150
2	Allgemeine Beurteilung der internationalen Regelungen	150
3	Beurteilung nach verfassungsrechtlichen und allgemeinen Grundsätzen des deutschen Steuerrechts	156
3.1	Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz	156
3.1.1	Grundsatz der Einmalbesteuerung	157
3.1.2	Grundsatz der Wettbewerbsneutralität	157
3.1.3	Leistungsfähigkeitsprinzip	159
3.2	Trennungsprinzip	164
3.3	Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	165
4	Beurteilung der spezifischen Regelungen nach Europarecht und Abkommensrecht	168
4.1	Gruppe 2: Musterland Österreich	168
4.1.1	Beurteilung nach Europarecht	168
4.1.2	Beurteilung nach Abkommensrecht	169
4.2	Gruppe 3: Musterland Frankreich	170
4.2.1	Beurteilung nach Europarecht	170
4.2.1.1	Allgemeines	170
4.2.1.2	Primäres Europarecht – EU Sachverhalte	172
4.2.1.2.1	Verstöße gegen die Niederlassungsfreiheit	172
4.2.1.2.2	Rechtfertigungsgründe	175
4.2.1.3	Primäres Europarecht – Drittlandssachverhalte	177
4.2.1.4	Sekundäres Europarecht	179
4.2.2	Beurteilung nach Abkommensrecht	180
4.3	Gruppe 4: Musterland Deutschland	185
4.3.1	Beurteilung nach Europarecht	185
4.3.1.1	Allgemeines	185
4.3.1.2	Primäres Europarecht: EU-Sachverhalte	186
4.3.1.2.1	Verstöße gegen die Niederlassungsfreiheit	186

4.3.1.2.2	Rechtfertigungsgründe	195
4.3.1.3	Primäres Europarecht: Sachverhalte mit Drittlandsbezug	199
4.3.1.4	Sekundäres Europarecht	201
4.3.2	Beurteilung nach Abkommensrecht	201
4.4	Gruppe 5: Musterland Spanien	206
4.4.1	Allgemeines	206
4.4.2	Beurteilung nach Europarecht	207
4.4.2.1	Primäres Europarecht	207
4.4.2.2	Sekundäres Europarecht	209
4.4.3	Beurteilung nach Abkommensrecht	209
4.5	Exkurs: USA: Beurteilung nach Abkommensrecht	211
5	Zusammenfassung der Ergebnisse	214
VII	Lösungsvorschläge zur internationalen Regelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung	215
1	Einleitung	215
2	Steuerharmonisierung in der EU	217
2.1	Allgemeines	217
2.2	Stand und Notwendigkeit der Harmonisierung der Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung	219
3	Darstellung und kritische Würdigung verschiedener Lösungsansätze	220
3.1	Überblick	220
3.2	Darstellung und kritische Würdigung der Möglichkeiten	221
3.2.1	Einschränkung des Anwendungsbereichs nach spanischem Vorbild	221
3.2.2	Abschaffung der Regelung	222
3.2.3	Behandlung der Zinsen als nichtabziehbare Betriebsausgaben	223
3.2.4	Erweiterung der Besteuerung beschränkt Steuerpflichtiger	225
3.2.5	Lösung anhand von Verrechnungspreisgrundsätzen: Fremdvergleichsmaßstab	227
3.2.6	Alternative Besteuerung von Kapital(Zins-)erträgen: Geplante Zinsabschlagsteuer in der EU ab 2005	228
3.2.6.1	Grundlagen	228
3.2.6.2	Anwendbarkeit auf die Problematik der Gesellschafter-Fremdfinanzierung	229
3.2.7	Rechtsmissbrauch gem. § 42 AO	231
3.2.7.1	Allgemeines	231
3.2.7.2	Gesetzeswortlaut und Funktion des § 42 AO	232
3.2.7.3	Rechtsprechung	233
3.2.7.4	Steuerliche Praxis im Musterland Österreich	235

3.2.7.5	Eigene Auffassung	236
4	Eigener Lösungsvorschlag	238
4.1	Allgemeines	238
4.2	Zugrunde liegendes Modell	240
4.3	Ausgestaltung der Regelung im Einzelnen	241
4.3.1	Allgemeine Ausgestaltung	241
4.3.2	Weitere Einengung durch Einführung des Kriteriums Gestaltungsmissbrauch	247
4.3.2.1	Der Rechtfertigungsgrund der Missbrauchsverhinderung in der Rechtsprechung	247
4.3.2.2	Konkrete Umsetzung	250
4.4	Beurteilung dieses Ansatzes	255
4.4.1	Allgemeine Beurteilung	255
4.4.2	Beurteilung nach den allgemeinen Grundsätzen im deutschen Steuerrecht	256
4.4.3	Beurteilung nach Europarecht	259
4.4.4	Beurteilung nach Abkommensrecht	260
4.5	Opportunitätskosten des Lösungsvorschlags	262
4.6	Zusammenfassung	263
VIII	Zusammenfassung	264
Literaturverzeichnis		i

Abkürzungsverzeichnis

A. A.	Anderer Ansicht
a.a.O.	Am angegebenen Ort
Abb.	Abbildung
Abl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
a. F.	Alter Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
AStG	Außensteuergesetz
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bearb.	Bearbeiter
Beschl.	Beschluss
Betr.	Betreffend
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMF	Bundesminister der Finanzen
BR	Bundesrat
Bspw.	Beispielsweise
BStBl	Bundessteuerblatt
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	Beziehungsweise
ca.	Circa

CDDFI	Cahiers de Droit Fiscal International
CGI	Code Général des Impôts
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
ders.	Derselbe
d. h.	Das heißt
Drs.	Drucksache
DStJG	Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (Zeitschrift)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DStZ	Deutsche Steuerzeitung (Zeitschrift)
EC	European Community
ECJ	European Court of Justice
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag der Europäischen Gemeinschaft
EK	Eigenkapital
EStG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Sammlung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
evtl.	Eventuell
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	Folgende
FG	Finanzgericht
FK	Fremdkapital
FR	Finanz-Rundschau (Zeitschrift)
FN	Fußnote
gem.	Gemäß
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GewStR	Gewerbsteuer-Richtlinien
GG	Grundgesetz
ggf.	Gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Co. Kommanditgesellschaft
GmbHG	Gesetz betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GrS	Großer Senat
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	Herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
IBFD	International Bureau for Fiscal Documentation
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	In der Regel
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.
INF	Information über Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift)
i. S.	Im Sinne
IStr	Internationales Steuerrecht (Zeitschrift)
ITR	International Tax Review (Zeitschrift)
i. V. m.	In Verbindung mit
IWB	Internationale Wirtschaftsbriefe (Zeitschrift)
JbFfStR	Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht (Zeitschrift)
KapESt	Kapitalertragsteuer
KapVStG	Kapitalverkehrsteuergesetz
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
KG	Kommanditgesellschaft
KSt	Körperschaftsteuer
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades
MA	Musterabkommen
Mio.	Millionen
MTRL	Mutter-Tochter-Richtlinie
m. w. N.	Mit weiteren Nachweisen
n. F.	Neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen

NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
ÖStZ	Österreichische Steuerzeitung (Zeitschrift)
ÖStZB	Österreichische Steuerzeitung -Beilage
PIStB	Praxis Internationale Steuerberatung (Zeitschrift)
rd.	Rund
RegE	Regierungsentwurf
RFH	Reichsfinanzhof
RFHE	Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs
RStBl.	Reichssteuerblatt
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
Sec.	Section
SEL	Dänisches Köprerschaftsteuergesetz
Slg.	Sammlung
sog.	So genannt
SolZ	Solidaritätszuschlag
SolZG	Solidaritätszuschlaggesetz
Sp.	Spalte
StandOG	Standortgesetz
StbJb.	Steuerberater-Jahrbuch
StSenkG	Steuersenkungsgesetz
StuW	Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift)
u. a.	Unter anderem, und andere
u. U.	unter Umständen
Urt.	Urteil
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
v.	Von, vor, vom
vGA	Verdeckte Gewinnausschüttung
Vgl.	Vergleiche
vs.	Versus
VwGH	Verwaltungsgerichtshof

Wpg.	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
z. B.	Zum Beispiel
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift)
z. T.	Zum Teil

Abbildungsverzeichnis

Abb. 1: Systematik der Finanzierungsarten	10
Abb. 2: Schematischer Überblick über die internationalen Regelungen	82
Abb. 3: Überblick über die Körperschaftsteuersysteme in den EU-Mitgliedstaaten	83

I Einleitung

1 Problemstellung

Die Diskussion um die Eigenkapitalquote deutscher Unternehmen und insbesondere des deutschen Mittelstandes wird seit vielen Jahren geführt. Im Mittelpunkt der Diskussion steht immer wieder die Frage, inwieweit die Höhe der Eigenkapitalquote Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit und Dynamik einer Volkswirtschaft, die Investitionsfähigkeit und -bereitschaft der Unternehmen sowie deren Finanzsituation zulässt. Anlass für diese Diskussion im Steuerrecht gab nach Einführung des Anrechnungsverfahrens insbesondere die Sorge der Finanzverwaltung, dass durch steigende Fremdfinanzierung von Kapitalgesellschaften durch bestimmte Gesellschaftergruppen die Dividendenbesteuerung vermieden werde und damit ein erhebliches Steuervolumen verloren gehe.¹ Das Interesse daran erklärt sich unter anderem aus der unterschiedlichen steuerlichen Behandlung der Eigen- gegenüber der Fremdfinanzierung. Nachdem seit der Körperschaftsteuerreform 1977 verschiedene Versuche scheiterten, eine gesetzliche Grundlage für die Einschränkung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung zu schaffen, wurde durch das Standortsicherungsgesetz vom 13.09.1993 trotz heftiger Kritik eine Regelung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung in das deutsche Körperschaftsteuerrecht eingeführt.² Nach der Rückkehr zum klassischen Körperschaftsteuersystem wurde der § 8a KStG bei im Wesentlichen gleich bleibendem Anwendungsbereich lediglich umformuliert.³ Als Reaktion auf die aktuelle Rechtsprechung des EuGH⁴,

¹ Siehe dazu *Menck, T.*, Kapitalgesellschaften, DStR 1995, S. 400; *Kessler, W.*, Weiterentwicklung, IStR 2004, S. 810.

² Standortsicherungsgesetz, BGBl. I 1993, 1569.

³ Vgl. Begründung zum Gesetzentwurf StSenkG, BT-Drs. 14/2683 vom 15.02.2000, S. 124.

in der festgestellt wurde, dass die Regelung des § 8a KStG a.F. gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt, hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz Korb II die Vorschrift insbesondere durch Ausweitung des Anwendungsbereichs auch auf inländische Anteilseigner drastisch verschärft.⁵

Die Gesellschafter-Fremdfinanzierung wird dabei nicht nur in Deutschland, sondern sowohl europaweit als auch international zunehmend restriktiv geregelt. Die internationale Diskussion zu den sog. „Thin capitalization rules“ belegt, dass weltweit ein Regelungsbedarf gesehen wird. So sehen nur wenige der in der vorliegenden Arbeit betrachteten Länder (noch) keinen Handlungsbedarf, übermäßige Fremdfinanzierung einzuschränken.

Dabei stoßen die Regelungen sowohl in Deutschland als auch international auf scharfe Kritik. Diese Kritik setzt an verschiedenen Ebenen an. So wird ein Verstoß gegen allgemeine Grundsätze, insbesondere den Gleichheitsgrundsatz sowie das Trennungsprinzip und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angemahnt. Daneben werden den internationalen Regelungen Verstöße gegen europarechtliche Grundsätze, insbesondere der Niederlassungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit, vorgeworfen. Letztlich werden Verstöße gegen abkommensrechtliche Grundsätze und Diskriminierungsverbote moniert.

Steigenden Einfluss auf das Steuerrecht der Mitgliedstaaten gewinnt dabei insbesondere die Rechtsprechung des EuGH. So ist nicht zuletzt die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst, deren Befassungsgegenstand auf die unterschiedliche Behandlung einer Tochtergesellschaft je nach Sitz der Muttergesellschaft abzielt, international von erheblicher Tragweite für die künftige

⁴ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst.

⁵ Vgl. Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz vom 22.12.2003, BGBl. I 2003, S. 2840; Gesetzesbegründung BT-Drs. 15/1518 vom 08.09.2003, S. 14 und BT-Drs. 15/1665 vom 09.10.2003, S. 4.

grenzüberschreitende Besteuerung im Konzern. Auch dieser Blick auf die EuGH-Rechtsprechung zeigt die Notwendigkeit einer harmonisierten und steuersystematisch zu vertretenden Neuregelung auf.

Hauptziel der vorliegenden Arbeit ist es, die verschiedenen internationalen Regelungen zur der Problematik der Gesellschafter-Fremdfinanzierung typisierend zu erfassen und nach den relevanten Grundsätzen kritisch zu würdigen. In Anbetracht der restriktiven Rechtsprechung des EuGH sollen europarechtliche Vorgaben nicht als Schwerpunkt der Untersuchung herangezogen werden; jedoch wird das Hauptaugenmerk auf Tatbestandsvoraussetzungen gerichtet, die für die kritische Würdigung nach europarechtlichen Grundsätzen von Bedeutung sind. An die Auseinandersetzung mit den verschiedenen Regelungen und deren kritischer Würdigung schließt sich eine Erörterung verschiedener Lösungsmöglichkeiten an. Schließlich soll unter Einbeziehung aktueller EuGH-Rechtsprechung sowie der Ergebnisse der vorliegenden Arbeit ein Lösungsvorschlag erarbeitet werden, der möglichst weitgehend die verschiedenen Ebenen der Kritik anspricht und mit dem Regelungszweck vereint. Dieser Lösungsvorschlag wird abschließend auf den Prüfstein der verschiedenen steuerlichen, europa- und abkommensrechtlichen Grundsätze gestellt.

2 Gang der Untersuchung

Im zweiten Kapitel werden Grundlagen in Zusammenhang mit den Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung dargestellt, um ein gewisses Grundverständnis für die Thematik zu eröffnen. So werden Grundbegriffe der Finanzierung eingeführt und Besonderheiten der Gesellschafter-Fremdfinanzierung vorgestellt. Ein Schwerpunkt dieser Betrachtung findet der steuerliche Vorteilhaftigkeitsvergleich der Gesellschafter-Fremdfinanzierung gegenüber der Eigenfinanzierung, da dieser eine Grundlage für die spätere Beurteilung in der Arbeit bildet. Weiterhin wird die durchschnittliche Eigenkapitalausstattung in

Deutschland aufgezeigt, die ebenfalls der folgenden Beurteilung zugrunde gelegt wird.

Im dritten Kapitel wird die deutsche Regelung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung vorgestellt. Dabei werden zunächst die Entstehungsgeschichte sowie die Zielsetzung der Regelung als Hintergrund aufgezeigt. Den Schwerpunkt dieser Darstellung bilden Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen der Regelung, auf die im Rahmen der folgenden Beurteilung zurückgegriffen wird. Der Vollständigkeit halber werden auch mit der Neuregelung des § 8a KStG korrespondierende Änderungen dargestellt. Die Frage der Kapitalertragsteuer soll lediglich am Rande betrachtet werden. Gesetzgeberische Unschärfen und Mängel der Neuregelung können nicht vollumfänglich abgehandelt werden.

Im vierten Kapitel wird zunächst ein kurzer Überblick über die Regelungen in den EU-Mitgliedstaaten gegeben und eine schematische Darstellung der internationalen Regelungen sowie der bestehenden Körperschaftsteuersysteme aufgezeigt. Die internationalen Regelungen werden auf Grundlage dieses Überblicks nach für die folgende Untersuchung maßgeblichen Kriterien in verschiedene Gruppen eingeteilt. Die verschiedenen Gruppen werden anschließend anhand ausgewählter Musterländer vorgestellt. Es werden schwerpunktmäßig Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen dargestellt, auf die im Laufe der Arbeit zurückgegriffen wird. Als Exkurs wird die Regelung zur Problematik der Gesellschafter-Fremdfinanzierung in den USA vorgestellt.

Im fünften Kapitel werden die Grundsätze dargestellt, nach denen die internationalen Regelungen beurteilt werden sollen. Es werden für die Untersuchung relevante allgemeine Grundsätze im deutschen Steuerrecht sowie europa- und abkommensrechtliche Grundsätze aufgezeigt. Auf diese Grundsätze wird im Verlauf der späteren Untersuchung zurückgegriffen.

Im sechsten Kapitel werden die verschiedenen internationalen

Regelungen – in Europa die vorgestellten Regelungen der ausgewählten Musterländer – anhand der im fünften Kapitel aufgezeigten Grundsätze kritisch beurteilt. Dieser Teil der Arbeit bildet den Schwerpunkt der Ausarbeitungen und die Grundlage für die im siebten Kapitel dargestellten und kritisch gewürdigten Lösungsansätze sowie den eigenen Lösungsvorschlag.

Im siebten Kapitel werden auf Grundlage der Erkenntnisse der vorherigen Untersuchungen verschiedene Lösungsvorschläge dargestellt und kritisch gewürdigt. Abschließend wird ein eigener Lösungsvorschlag vorgestellt und ebenfalls auf den Prüfstein der früher dargestellten Grundsätze gestellt.

II Gesellschafter-Fremdfinanzierung als Finanzierungsform

1 Einleitung

Grundsätzlich steht es einer Gesellschaft frei, ob sie sich durch Eigen- oder Fremdmittel finanziert; soweit die handelsrechtlichen Grundsätze der Kapitalaufbringung und –erhaltung beachtet werden, gilt der Grundsatz der Finanzierungsfreiheit.⁶ Dabei fordert der BGH jedoch Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft. So sollen die Gesellschafter das durch die Wahl der Finanzierungsart entstandene Finanzierungsrisiko nicht auf die Gläubiger der Gesellschaft abwälzen können, indem die Haftungsfolgen der an sich gebotenen Eigenkapitalzuführung im Falle einer Gesellschaftskrise durch Gewährung von Fremdkapital ausgehebelt werden.⁷ Die verschiedenen Finanzierungsmöglichkeiten der Unternehmen hängen insbesondere von der Rechtsform ab; so stehen beispielsweise Aktiengesellschaften theoretisch sämtliche Finanzierungsmöglichkeiten offen, wohingegen Personengesellschaften im Wesentlichen auf Finanzierung durch Sach- oder Finanzanlagen der Gesellschafter oder Kredite angewiesen sind.⁸

Da Fremdkapital in bestimmten Fällen zu einer geringeren steuerlichen Belastung führt, war und ist die Finanzierung des Kapitalbedarfs durch Fremdkapital für die Gesellschafter von Kapitalgesellschaften eine

⁶ Zum Grundsatz der Finanzierungsfreiheit siehe BFH-Urteil vom 20.06.2000, DB 2000, S. 2098; Beschluss GrS vom 08.12.1997, BStBl. 1998 II S. 193; BT-Drs. 8/3648 vom 08.02.1980, S. 27; *Schmidt, K.*, in: *Scholz, F.*, Scholz Kommentar, 2000, S. 1224; *Herzig, N.*, Finanzierungsfreiheit, FR 1994, S. 591; *Meilicke, W.*, Finanzierungsfreiheit, FR 1995, S. 297. Siehe auch Kapitel II 2.4.3 Vorteilhaftigkeit von Gesellschafter-Fremdfinanzierung, S. 16.

⁷ Vgl. *Holzaepfel, P.*, Belastungswirkungen, 2000, S. 9. Siehe dazu auch *Schmidt, K.*, a.a.O., S. 1224.

⁸ Vgl. *Schipporeit, E.*, Externe Finanzierung, 2001, S. 439.

reizvolle Alternative gegenüber der Eigenfinanzierung.⁹ So verstärkten sich in Deutschland seit 1977 die Bestrebungen, die Fremdfinanzierung deutscher Kapitalgesellschaften durch nicht anrechnungsberechtigte Anteilseigner – hauptsächlich ausländische – zu beschränken. Der Gesetzgeber reagierte darauf mit der Einführung des § 8a KStG.¹⁰

Im folgenden Kapitel sollen die für die vorliegende Arbeit wesentlichen Begriffe definiert und betriebswirtschaftliche Grundlagen aufgezeigt werden. Zunächst soll auf den betriebswirtschaftlichen Begriff der Finanzierung eingegangen und als Grundlage für die weiteren Ausführungen die verschiedenen Finanzierungsarten systematisiert, eine Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital vorgenommen und der Begriff der Gesellschafter-Fremdfinanzierung eingeführt werden. Als Grundlage für die im Rahmen der Arbeit vorzunehmende Beurteilung soll sodann ein Vorteilhaftigkeitsvergleich der Gesellschafter-Fremdfinanzierung gegenüber der Gesellschafter-Eigenfinanzierung vorgenommen und die zivilrechtlichen und betriebswirtschaftlichen Grenzen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung aufgezeigt werden. Abschließend soll die der vorliegenden Arbeit zugrunde zu legenden durchschnittliche Eigenkapitalquote in Deutschland dargestellt werden.

2 Eigen- und Fremdfinanzierung

2.1 Begriff der Finanzierung

In der betriebswirtschaftlichen Literatur sind vielfältige Definitionen des Begriffs der Finanzierung zu finden. Konsens besteht zunächst darüber, dass der Begriff der Finanzierung die Beschaffung des zur Leistungserstellung und Leistungsverwertung erforderlichen Kapitals

⁹ Siehe zu den steuerlichen Vorteilen der Fremdfinanzierung Kapitel II 2.4.3.2 Steuerlicher Vorteilhaftigkeitsvergleich, S. 18.

¹⁰ Siehe dazu Kapitel III 3 Rechtfertigung und Zielsetzung des § 8a KStG, S. 30.

beinhaltet.¹¹ Ein klassischer Finanzierungsbegriff stellt lediglich auf die abstrakte Wertsumme des bilanziellen Kapitals (Passiva der Bilanz) ab; in einer engen Definition wird ausschließlich langfristige Kapitalbeschaffung, in einer weiteren Definition auch kurzfristige Kapitalaufbringung sowie Kapitalumschichtung berücksichtigt.¹²

Auch *Wöhe* und *Bilstein* unterscheiden zwischen einem engen und einem weiten Finanzierungsbegriff: der enge Finanzierungsbegriff ist auf die Vorgänge der Kapitalbeschaffung beschränkt, der weitere Finanzierungsbegriff schließt auch alle zur Durchführung erforderlichen Kapitaldispositionen zum Zweck der betrieblichen Leistungserstellung und Leistungsverwertung ein.¹³ Ihre Definition des Begriffs der Finanzierung als Kapitalbeschaffung im weitesten Sinne lautet: Finanzierung im weitesten Sinne ist „die Bereitstellung von finanziellen Mitteln jeder Art einerseits zur Durchführung der betrieblichen Leistungserstellung und Leistungsverwertung und andererseits zur Vornahme bestimmter außerordentlicher finanztechnischer Vorgänge wie z.B. die Gründung, Kapitalerhöhung, Fusion, Umwandlung, Sanierung und Liquidation.“¹⁴

In der vorliegenden Arbeit wird die Definition von *Wöhe und Bilstein* herangezogen, da ein möglichst weiter Begriff der Finanzierung zugrunde gelegt werden soll. So soll dem internationalen Vergleich der Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung keine definitorische Einschränkung durch einen zu engen Finanzierungsbegriff auferlegt werden. Die abschließende Einschränkung des Anwendungsbereichs erfolgt durch die jeweilige nationale Regelung.

¹¹ Vgl. *Drukarczyk, J.*, Finanzierung, 2003, S. 1; *Swoboda, P.*, Finanzierung, 1994, S. 9. Dazu auch; *Schneeloch, D.*, Steuerpolitik, 2002, S. 223; *Hax, H.*, Unternehmen, 2005, S. 99.

¹² Vgl. *Perridon, L. und Steiner, M.*, Finanzwirtschaft, 2003, S. 359.

¹³ Vgl. *Wöhe, G. und Bilstein, J.*, Unternehmensfinanzierung, 2002, S. 2; *Schipporeit, E.*, a.a.O., S. 439.

¹⁴ Vgl. *Wöhe, G. und Bilstein, J.*, a.a.O., S. 3. Zu anderen Definitionen des Finanzierungsbegriffs siehe *Drukarczyk, J.*, a.a.O., S. 2.

2.2 Systematisierungsansätze der Finanzierungsarten

Die verschiedenen Formen der Finanzierung können unabhängig von der Definition des Finanzierungsbegriffs nach unterschiedlichen Gesichtspunkten systematisiert werden.¹⁵

Nach dem Kriterium der Herkunft der Mittel wird zunächst zwischen Außen- und Innenfinanzierung unterschieden. Außenfinanzierung erfolgt als externe Finanzierung im Wege der Einlage- bzw. Beteiligungsfinanzierung oder durch Kreditfinanzierung. Innenfinanzierung erfolgt durch Zurückbehalten von Umsatzerlösen, die im betrieblichen Umsatzprozess entstanden sind. Innerhalb der Innenfinanzierung wird weiter zwischen Vermögenszuwachs und Vermögensumschichtung unterschieden. Vermögenszuwachs erfolgt im Wege zusätzlicher Kapitalbildung durch Selbstfinanzierung aus einbehaltenen Gewinnen oder durch Finanzierung aus Abschreibungen bzw. durch Rückstellungsbildung; Vermögensumschichtung erfolgt durch Kapitalfreisetzung, beispielsweise durch Reinvestitionsmaßnahmen oder durch Veräußerung nicht betriebsnotwendiger Vermögensteile.¹⁶

Sowohl Außen- als auch Innenfinanzierung kann in Form von Eigen- oder Fremdkapital erfolgen.¹⁷ Eine Sonderform der langfristigen Fremdfinanzierung stellt die Gewährung von Gesellschafterdarlehen dar.¹⁸

¹⁵ Zur Systematisierung der Finanzierungsarten vgl. *Perridon, L., Steiner, M.*, a.a.O., S. 353 – 357; *Drukarczyk, J.*, a.a.O., S. 3 – 13. Dazu auch *Wöhe, G., Bilstein, J.*, a.a.O., S. 11 – 20; *Gerke, W., Bank, M.*, Finanzierung, 2003, S. 293 – 297; *Scheffler, E.*, Konzern, 1998, S. 214 – 218; *Eilenberger, G.*, Finanzwirtschaft, 2003, S. 251 – 255; *Kußmaul, H.*, Steuerlehre, 2003, S. 182.

¹⁶ Vgl. für den vorigen Abschnitt *Perridon, L., Steiner, M.*, a.a.O., S. 355 – 358. Weitere Unterscheidungsmerkmale, wie bspw. die Fristigkeit der Finanzierungsform, das Verhältnis von finanzieller Ausstattung und Finanzbedarf sowie der Finanzierungsanlass sollen nicht betrachtet werden; siehe dazu *Perridon, L., Steiner, M.*, a.a.O., S. 354 – 355.

¹⁷ Siehe zur Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital Kapitel II 2.3 Abgrenzung Eigen- und Fremdkapital, S. 10.

¹⁸ Siehe zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung Kapitel II 2.4 Gesellschafter-Fremdfinanzierung, S. 12.

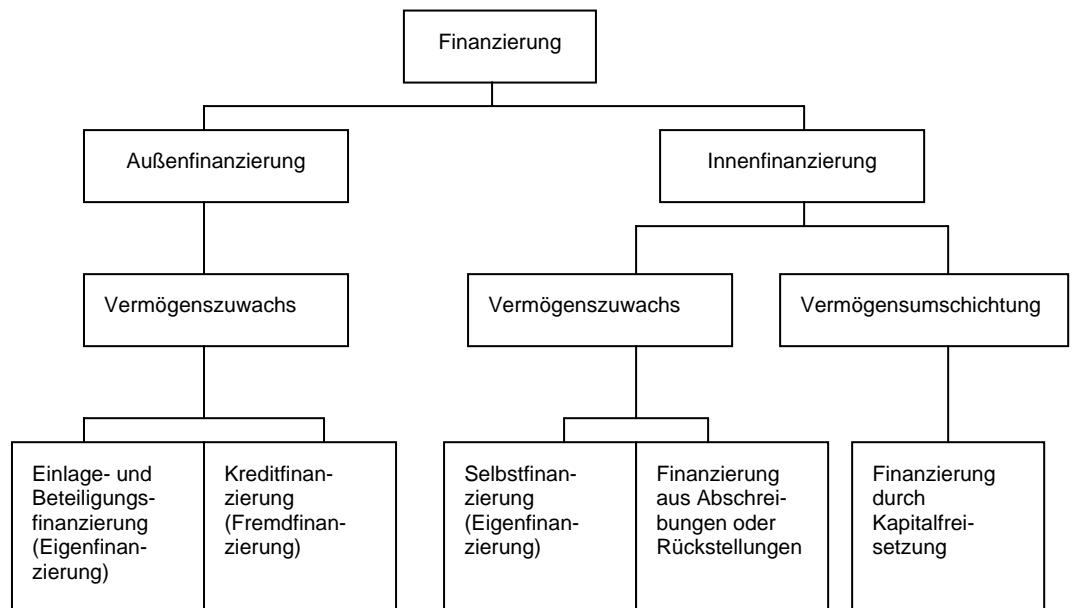


Abb. 1: Systematik der Finanzierungsarten

Quelle: *Perridon, L., Steiner, M., Finanzwirtschaft der Unternehmung, 2003, S. 356*

2.3 Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdfinanzierung

Eine steuerrechtliche Legaldefinition der Begriffe Eigen- und Fremdkapital gibt es nicht. Nach einem Beschluss des Großen Senats greift damit grundsätzlich der Maßgeblichkeitsgrundsatz der Handelsbilanz, nach dem die handelsbilanziellen Definitionen auch für steuerliche Zwecke heranzuziehen sind.¹⁹ Da allerdings auch das HGB keine eindeutige Abgrenzung der Begriffsdefinitionen vorsieht, wird eine Abgrenzung anhand der Definitionen in der Literatur und Rechtsprechung vorgenommen.²⁰

In der Betriebswirtschaftslehre wird zwischen Eigen- und Fremdkapital regelmäßig nach dem Kriterium der Rechtsstellung des Gläubigers sowie nach den aus dem Kapital resultierenden Gewinnansprüchen

¹⁹ Siehe zum Maßgeblichkeitsgrundsatz Beschluss GrS vom 04.07.1990, BStBl 1990 II S. 830.

²⁰ In § 272 HGB wird der Begriff Eigenkapital gebraucht, ohne dass er vorher definiert wurde.

unterschieden.²¹ In der Realität ist eine Abgrenzung nach diesen gängigen Kriterien der Rechtsstellung des Gläubigers und resultierenden Vergütungsansprüchen häufig jedoch nicht eindeutig möglich, da Finanzierungsverträge vielfältig ausgestaltet sein können und die Übergänge zwischen Eigenfinanzierung und Fremdfinanzierung teilweise fließend sind.²² Hinzu kommt, dass Eigen- und Fremdfinanzierung wirtschaftlich im Wesentlichen die gleichen Funktionen haben.²³ In der Literatur finden sich aus diesen Gründen vielfältige Definitionen und Abgrenzungsversuche des Eigenkapitalbegriffs.²⁴ So hat der Eigenkapitalgeber Eigentümerstellung und Gewinnansprüche gegenüber dem Unternehmen, der Fremdkapitalgeber hat dagegen wie ein Gläubiger gesetzlich oder vertraglich festgesetzte Ansprüche auf Zins- und Tilgungszahlung gegenüber der Gesellschaft.²⁵

Der BFH liefert eine Eigenkapitaldefinition, nach der die Annahme von Eigenkapital voraussetzt, dass die Zuführung des einlagefähigen Vermögenswertes von einem Gesellschafter vorgenommen wird, durch die Zuführung gebundenes (der freien Kreditkündigung entzogenes) und haftendes Kapital entsteht. Die Frage, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist dabei nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen.²⁶ In dieser Definition des BFH finden sich sowohl die Eigentümerstellung des

²¹ Die Betriebswirtschaftslehre hat in dieser Abgrenzung weitgehend die zivilrechtlichen Kriterien übernommen; vgl. *Holzaepfel, P.*, a.a.O., S. 11; *Scheffler, E.*, a.a.O., S. 216.

²² Dies gilt bspw. für das aus der Praxis abgeleitete Mezzanine Kapital, das steuerrechtlich zwar Fremdkapital darstellt, dem verschiedene Eigenkapital-Komponenten, wie eine Gewinnbeteiligung oder Aktienbezugsrechte aber eine eigenkapitalähnliche Erscheinungsform verleihen; vgl. *Müller, O.*, *Mezzanine Finance*, 2003, S. 13.

²³ Vgl. *Holzaepfel, P.*, a.a.O., S. 12. Zu den Funktionen von Eigenkapital und Fremdkapital siehe *Scheffler, E.*, a.a.O., S. 219, Rz. 8.16; *Herzig, N.*, *Finanzierungsfreiheit*, a.a.O., S. 593.

²⁴ Siehe dazu *Perridon, L., Steiner, M.*, a.a.O., S. 354; *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, *Kommentar*, 1978, § 8a KStG, Rz. 19 und Rz. 74 – 78; *Swoboda, P.*, a.a.O., 1994, S. 10 – 11; *Bieg, H., Kußmaul, H.*, *Finanzierung*, 2000, S. 193 – 195; *Gräfer, H., Beike, R., Scheld, G.*, *Finanzierung*, 2001, S. 82. Siehe zur Eigenkapitaldefinition im Sinne des § 8a KStG Kapitel III 5.3.1.1 Begriff des Eigenkapitals, S. 42.

²⁵ Vgl. *Perridon, L., Steiner, M.*, a.a.O., S. 353 – 354.

²⁶ Vgl. BFH-Urteil vom 30.05.1990, BStBl. 1990 II, S. 875.

Kapitalgebers, die Fristigkeit des Kapitals sowie der Umfang der Haftung des Gesellschafters.²⁷

Zur Vereinfachung soll in der folgenden Arbeit für die Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdfinanzierung der Definition des BFH gefolgt werden; diese Abgrenzungsmerkmale erscheinen für die Beurteilung im Rahmen der vorliegenden Arbeit als zielführend, da sowohl die Eigentümerstellung, die Fristigkeit sowie die Haftung erfasst sind, die auch in der deutschen Regelung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung Eingang gefunden haben.

2.4 Gesellschafter-Fremdfinanzierung

2.4.1 Begriff und Formen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung

Das Trennungsprinzip besagt, dass die Kapitalgesellschaft und der Anteilseigner rechtlich selbständig sind.²⁸ Danach wird die Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Steuerrecht somit grundsätzlich anerkannt und ist nicht als Einlage sondern als Fremdkapital zu behandeln. Demzufolge kann ein Anteilseigner seiner Gesellschaft Kapital sowohl als Gesellschafter in Form von Eigenkapital als auch unter Bedingungen wie zwischen unabhängigen Dritten in Form von Fremdkapital gewähren. Durch die Gewährung von Fremdkapital wird der Gesellschafter Gläubiger mit Anspruch auf Rückgewährung jedoch ohne Ansprüche auf Grund des Beteiligungsverhältnisses; der Gesellschafter nimmt damit sodann zwei Rechtspositionen ein.²⁹

Blumenberg definiert Gesellschafter-Fremdfinanzierung als „Finanzierungsgestaltungen, bei denen Anteilseigner, die eine Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung der Gesellschaft besitzen,

²⁷ Vgl. *Schirmer, H.*, Eigenkapitalzufuhr, 1994, S. 24.

²⁸ Siehe zum Trennungsprinzip Kapitel V 2.1.2 Trennungsprinzip, S. 112.

²⁹ Vgl. *Baumgärtel, M.*, Fremdfinanzierung, 1986, S. 7.

der Gesellschaft Darlehen gewähren“.³⁰ Dieser Definition soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit gefolgt werden, da sie dem Regelungsgedanken der Vorschrift des § 8a KStG auf Grund des Abstellens auf eine bestimmte Beteiligungshöhe und die damit einhergehenden Einflussmöglichkeiten des Gesellschafters entspricht.³¹

Denkbar ist die Zuführung von Gesellschafter-Fremdkapital als Sonderform der Außenfinanzierung grundsätzlich durch Gewährung von Darlehen oder durch Stehen lassen von Gewinnen. Weiterhin kann Gesellschafter-Fremdfinanzierung in Form von partiarischen Darlehen, Schuldverschreibungen, oder durch Genussrechte erfolgen.³² Darüber hinaus wird eine typisch stille Beteiligung als Fremdkapital behandelt.³³

In Anlehnung an *Blumenberg* soll zwischen direkter und indirekter Gesellschafter-Fremdfinanzierung einerseits und symmetrischer und asymmetrischer Gesellschafter-Fremdfinanzierung andererseits unterschieden werden. Direkte Gesellschafter-Fremdfinanzierung bezeichnet dabei den Fall der unmittelbaren Darlehensvergabe durch den Anteilseigner an die Gesellschaft. Bei indirekter Gesellschafter-Fremdfinanzierung vergibt der Gesellschafter das Darlehen dagegen über eine (verbundene oder unverbundene) Person. Symmetrische Gesellschafter-Fremdfinanzierung bezeichnet den Fall des seitens des Gesellschafters mit Fremdkapital refinanzierten Darlehens, im Falle asymmetrischer Gesellschafter-Fremdfinanzierung refinanziert der

³⁰ *Blumenberg, J.*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 1996, S. 37. Andere Definitionen des Begriffs der Gesellschafter-Fremdfinanzierung siehe *Baumgärtel, M.*, a.a.O., S. 4 – 7; *Holzaepfel, P.*, a.a.O., S. 6; Deutsches Steuerlexikon, 2000, S. 1.

³¹ Siehe dazu Kapitel III 5.3.2.3 Wesentliche Beteiligung, S. 52. Teilweise stellen die internationalen Regelungen gar nicht oder nicht auf ein bestimmtes Gesellschaftsverhältnis ab; diese Regelungen betreffen damit nicht Gesellschafter-Fremdfinanzierung im obigen Sinne; siehe dazu Kapitel IV 2.1.25 Schematischer Überblick über die internationalen Regelungen, S. 82.

³² Vgl. *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 2; *Baumgärtel, M.*, a.a.O., S. 8 – 12. Zu den Finanzierungsarten im Einzelnen siehe *Förschle, G., Kropp, M., Huß, J.*, a.a.O., S. 33; *Kußmaul, H.*, a.a.O., S. 192 – 194.

³³ Vgl. zivilrechtlich zur typisch stillen Beteiligung § 230 – 233 HGB; zur steuerrechtlichen Behandlung der typisch stillen Gesellschaft siehe *Kußmaul, H.*, a.a.O., S. 448 – 450; *Biergans, E.*, Einkommensteuer, 2004, S. 806.

Gesellschafter das Darlehen durch Eigenkapital. Weiterhin unterscheidet *Blumenberg* zwischen gewinn- bzw. umsatzabhängiger und gewinn- bzw.- umsatzunabhängiger Vergütung.³⁴ *Holzaepfel* unterscheidet ergänzend zwischen lang- und kurzfristiger Finanzierung.³⁵ Auf diese Unterscheidungen soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit abgestellt werden, da sie sich im Regelungsgehalt des § 8a KStG wieder finden.

2.4.2 Handels- und steuerbilanzielle Behandlung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung

Führt der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft auf Grundlage eines gläubigerrechtlichen Schuldverhältnisses Fremdkapital zu, ist die entstandene Verbindlichkeit der Gesellschaft in der Handelsbilanz als gesonderter Posten auszuweisen.³⁶ Dies gilt auch dann, wenn das Gesellschafter-Darlehen Eigenkapital ersetzenden Charakter³⁷ hat, oder wenn zwischen Gesellschafter und der Gesellschaft eine Rangrücktrittserklärung vereinbart wurde.³⁸ Die für das Fremdkapital an den Gesellschafter zu leistenden Vergütungen stellen auf Ebene der Gesellschaft Zinsaufwendungen dar und sind in der Handelsbilanz aufwandswirksam zu behandeln. Sie mindern das handelsbilanzielle Jahresergebnis und damit das Ausschüttungspotential der Gesellschaft.

³⁴ Vgl. für den vorigen Abschnitt *Blumenberg, J.*, a.a.O., S. 39 – 41. Dazu auch *Holzaepfel, P.*, a.a.O., S. 7 – 9; dieser unterscheidet in Anlehnung an die Regelungen zu Eigenkapital ersetzenden Darlehen zwischen mittelbarer und unmittelbarer Darlehensgewährung.

³⁵ Vgl. *Holzaepfel, P.*, a.a.O., S. 7.

³⁶ Gem. § 42 Abs. 3 GmbHG sind Ausleihungen, Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern gesondert auszuweisen oder im Anhang anzugeben, vgl. *Schwaiger, H.*, Handbuch, 2002, S. 396. Zu § 247 HGB siehe *Morck, W.*, Handelsgesetzbuch, 2003, S. 593 f. Zur internationalen Behandlung des Fremdkapitals siehe *Piltz, D.*, Droit fiscal, 1996, S. 28.

³⁷ Siehe zum Eigenkapital ersetzenden Gesellschafter-Darlehen *Schmidt, K.*, a.a.O., S. 1222f.; *Blumenberg, J.*, a.a.O., S. 369 – 371; *Förschle, G.*, *Kropp, M.*, *Huß, J.*, a.a.O., S. 38.

³⁸ Die Passivierung als Verbindlichkeit unterbleibt lediglich dann, wenn der Gesellschafter auf die Darlehensverbindlichkeit gegen Besserungsschein bis zur Sanierung verzichtet; vgl. *Schwaiger, H.*, a.a.O., S. 396.

Auf Ebene des Gesellschafters ist das Darlehen in der Handelsbilanz unter den Darlehensforderungen auszuweisen, wenn es sich um einen bilanzierenden Kaufmann handelt.³⁹

Die auf Grund des Trennungsprinzips steuerlich anzuerkennenden Gesellschafter-Darlehen sind auch in der Steuerbilanz der GmbH als betriebliche Schulden zu passivieren. Dabei erfolgt die Kapitalbeschaffung gewinn- und somit steuerneutral. Von der Gesellschaft entrichtete Vergütungen für Gesellschafter-Darlehen sind wegen des Grundsatzes der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz auch in der Steuerbilanz gewinnmindernd zu berücksichtigen. Sie sind als Betriebsausgaben abzugsfähig.⁴⁰ Auch die zivilrechtliche Behandlung solcher Darlehen als Eigenkapital gem. §32a GmbH, nach dem ein Gesellschafter im Konkursfall sein Darlehen nicht als Forderung geltend machen kann, wenn er es der Gesellschaft zu einem Zeitpunkt gewährt hat, in der ihr ein „ordentlicher“ Kaufmann Eigenkapital zugeführt hätte, berechtigt nach h.M. der Literatur nicht zu einer entsprechenden steuerlichen Qualifizierung der Darlehen als Eigenkapital. Darüber hinaus kann eine steuerliche Gleichbehandlung von Eigenkapital ersetzenden Darlehen mit Eigenkapital auf Grund der Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter nach dem BFH-Urteil vom 05.02.1992 auch mit Hilfe des § 42 AO nicht erreicht werden.⁴¹

Zu beachten ist weiterhin die Vorschrift des § 8 Abs. 3 KStG, die grundlegend zwischen Einkommenserzielung und Einkommensverwendung im Körperschaftsteuerrecht unterscheidet. Danach gilt, dass Faktoren, die die Einkommenserzielung betreffen, das

³⁹ Vgl. *Schwaiger, H.*, a.a.O., S. 397.

⁴⁰ Zum Maßgeblichkeitsprinzip des § 5 Abs. 1 EStG siehe *Stobbe, T.*, a.a.O., S. E79. Die Darlehensvergütungen sind gem. § 4 Abs. 4 EStG als Betriebsausgaben abziehbar, soweit sie betrieblich veranlasst sind; dazu auch *Schneeloch, D.*, Steuerpolitik, a.a.O., S. 228; *Schwaiger, H.*, a.a.O., S. 396.

⁴¹ Vgl. BFH-Urteil vom 05.02.1992, IR 127/90, BStBl. II 1992 S. 532. Dazu auch *Schirmer, H.*, a.a.O., S. 27; *Blumenberg, J.*, a.a.O., S. 371 – 372; *Herrmann, J.*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 1997, S. 19 – 29. Siehe dazu Kapitel VII 3.2.7 Rechtsmissbrauch gem. § 42 AO, S. 231.

Einkommen positiv oder negativ beeinflussen; Faktoren, die die Einkommensverwendung betreffen, das Einkommen dagegen nicht berühren dürfen. Diese Trennung führt zum steuerlichen Institut der verdeckten Gewinnausschüttung, die bestimmte Beziehungen zu Gesellschaftern steuerlich der Sphäre der Einkommensverwendung zuordnet. Werden Vergütungen für Gesellschafter-Darlehen beispielsweise in unangemessener Höhe vereinbart und entrichtet, sind sie als verdeckte Gewinnausschüttungen gem. § 8 Abs. 3 KStG zwar bei der Gewinnermittlung, nicht jedoch bei der Einkommensermittlung abzugsfähig und dem Steuerbilanzgewinn außerhalb der Bilanz hinzuzurechnen.⁴²

2.4.3 Vorteilhaftigkeitsvergleich Gesellschafter-Fremd- und Eigenfinanzierung

Bei der Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters sind insbesondere auf Grund der steuerlichen Finanzierungsfreiheit die Vorteile der Fremdfinanzierung gegenüber Eigenfinanzierung abzuwägen. Die günstigste Finanzierung hängt dabei häufig weniger von Rentabilitätseffekten, sondern vielmehr vom innerstaatlichen Steuersystem ab.⁴³ Im Folgenden werden sowohl außersteuerliche als auch steuerliche Vorteilhaftigkeitsvergleiche aufgezeigt, um die Ausgangssituation für die Entstehung der Vorschrift zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung zu skizzieren.

2.4.3.1. Außersteuerlicher Vorteilhaftigkeitsvergleich

Der entscheidende außersteuerliche Vorteil ist die hohe Flexibilität der

⁴² Vgl. für den vorigen Abschnitt *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 1 – 3. Zur verdeckten Gewinnausschüttung siehe *Wrede, F.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, Kommentar, 1996, § 8 KStG, Rz. 35 – 37. Die Vorschrift des § 8a KStG knüpft an die Regelung des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG an und greift wie diese an der Einkommensermittlung und nicht an der Gewinnermittlung an. Siehe zur Abgrenzung des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG und § 8a KStG Kapitel III 5.2 Systematische Einordnung des § 8a KStG und Abgrenzung zu anderen Regelungen, S. 40.

⁴³ Vgl. *Blumenberg, J.*, a.a.O., S. 60.

Fremdfinanzierung gegenüber Eigenfinanzierung. Diese verdeutlicht sich einerseits daran, dass der Kapitalzuführung kein Kapitalerhöhungsverfahren vorangehen muss und andererseits, dass kein Kapitalherabsetzungsverfahren erforderlich ist, wenn die Mittel nicht mehr benötigt werden. Vorteilhaft ist Gesellschafter-Fremdfinanzierung darüber hinaus in Konzernstrukturen, wenn die Finanzierung über eine Muttergesellschaft erfolgt, die Beteiligungen an mehreren Gesellschaften hält und die Darlehen auf Grund einer stärkeren Marktposition für die Unternehmensgruppe zu günstigeren Konditionen aufnehmen kann.

Als weiterer außersteuerlicher Vorteil der Gesellschafter-Fremdfinanzierung ist zu nennen, dass die Gefahr unerwünschter Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Gesellschaft vermieden wird. Weiterhin ist Fremdkapital für den Gesellschafter vorteilhaft, da er als Gläubiger nicht für das gewährte Fremdkapital haftet und somit sein Verlustrisiko gering halten kann. In der Praxis ist allerdings zu beachten, dass die Haftungsbeschränkung für Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft durch abweichende vertragliche Vereinbarungen häufig eingeengt wird.⁴⁴ Ein weiterer Vorteil der Gesellschafter-Fremdfinanzierung besteht darin, dass die Kapitalzuführung bei unveränderten Beteiligungsverhältnissen nur durch einige wenige solvente Anteilseigner erfolgen kann, wenn nicht alle Anteilseigner über ausreichende Liquidität verfügen.⁴⁵

Betriebswirtschaftlich ist die Zuführung von Fremdkapital dann vorteilhaft, wenn nach dem sog. Leverage-Effekt bei gegebener Gesamtkapitalrendite und gegebenen Fremdkapitalkosten die Rentabilität des Eigenkapitals durch Veränderung des

⁴⁴ Vgl. für den obigen Abschnitt *Fassnacht, J.*, Fremdfinanzierung, 1984, S. 88. Dazu auch *Hock, B.*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 1995, S. 15; *Wolter, C.*, Gesellschafterfremdfinanzierung, 1997, S. 4 f.; *Jula, R.*, GmbH-Gesellschafter, 2004, S. 211 – 264.

⁴⁵ Vgl. *Holzaepfel, P.*, a.a.O., S. 13. Zu weiteren Vorteilen siehe *Piltz, D.*, a.a.O., S. 28: Risikogleichstellung mit anderen Darlehensgebern, kein Währungsrisiko, Rückfluss aus der Investition unabhängig vom Erfolg der Gesellschaft.

Verschuldungsgrades zugunsten des Fremdkapitals erhöht wird.⁴⁶

2.4.3.2 Steuerlicher Vorteilhaftigkeitsvergleich

Die steuerliche Beurteilung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung erfolgt im Rahmen des deutschen Steuerrechts.⁴⁷ Die höchstrichterliche Rechtsprechung betont den betriebswirtschaftlichen Grundsatz der Finanzierungsneutralität der Besteuerung, nach dem die Finanzierungsentscheidung der Unternehmen zur Vermeidung von Verzerrungswirkungen nicht durch die Besteuerung beeinflusst werden soll.⁴⁸ In der Realität ist die Forderung der Finanzierungsneutralität allerdings auf Grund außer- und innersteuerlicher Vorteile vielfach nicht erfüllt. In der folgenden Darstellung wird die Wirkung von Finanzierung durch Eigenkapital und Fremdkapital durch inländische und ausländische Anteilseigner jeweils auf Ebene der Gesellschaft sowie auf Ebene der Gesellschafter aufgezeigt. Die Wirkung der Kapitalertragsteuer soll dabei außer Betracht bleiben.

2.4.3.2.1 Finanzierung durch inländische Anteilseigner

2.4.3.2.1.1 Eigenfinanzierung

Erfolgt die Finanzierung der Gesellschaft durch Eigenkapital, dürfen die Gewinnausschüttungen als Einkommensverwendung den steuerlichen Gewinn der Gesellschaft gem. § 8 Abs. 1 KStG nicht mindern. Die Vergütungen unterliegen auf Ebene der Kapitalgesellschaft in voller Höhe der Gewerbesteuer, der körperschaftsteuerlichen Tarifbelastung

⁴⁶ Vgl. *Blumenberg, J.*, a.a.O., S. 53. Zu Finanzierungsentscheidungen siehe auch *Wöhe, G., Bilstein, J.*, a.a.O., S. 409 – 412; *Swoboda, P.*, a.a.O., S. 67f.

⁴⁷ Siehe zu den Grundregeln der Besteuerung von Dividenden im Vergleich zu Fremdkapitalvergütungen *Piltz, D.*, a.a.O., S. 23. Siehe zu einem Vorteilhaftigkeitsvergleich im Anrechnungsverfahren *Siegel, T.*, *Steuersystematische Lösung*, *StuW* 1989, S. 340f.

⁴⁸ Siehe zum Grundsatz der Finanzierungsneutralität Kapitel II 1 Einleitung, S. 6 sowie Kapitel III 2 Rechtfertigung und Zielsetzung des § 8a KStG n.F., S. 30.

nach § 23 Abs. 1 KStG von 25%⁴⁹ sowie dem Solidaritätszuschlag hierauf von 5,5%. Insgesamt unterliegt die Gewinnausschüttung auf Ebene der Kapitalgesellschaft abhängig von der Höhe der Gewerbesteuer damit einer Steuerbelastung von rund 39%.⁵⁰

Fließen die Gewinnausschüttungen einer inländischen Kapitalgesellschaft als Anteilseigner der Gesellschaft zu, sind sie bei dieser gem. § 8b KStG steuerbefreit; dabei gelten gem. § 8b Abs. 5 KStG 5% von dem Gewinn als Ausgaben, die nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden dürfen.⁵¹ Handelt es sich bei dem inländischen Anteilseigner um eine natürliche Person, unterliegt die Gewinnausschüttung nach dem Halbeinkünfteverfahren gem. § 20 Abs.1 Nr. 1 i.V.m. § 3 Nr. 40 EStG in Höhe der Hälfte der Einnahmen dem vollen persönlichen Steuersatz.⁵² Die Dividende unterliegt darüber hinaus gem. § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG dem Steuerabzug in Form der Kapitalertragsteuer in Höhe von 20% gem. § 43 a Abs. 1 Nr. 1 EStG. Gem. § 3 Abs. 1 Nr. 5 SolZG fällt Solidaritätszuschlag in Höhe von 5,5% an.⁵³

⁴⁹ Der Körperschaftsteuersatz wurde im Veranlagungszeitraum 2003 vorübergehend auf 26,5% erhöht.

⁵⁰ Vgl. *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 2. Die deutsche Tarifbelastung ergibt sich bei einem Hebesatz von 428%. Diese Steuerbelastung wird in verschiedenen Erhebungen bestätigt, so *Bundesministerium der Finanzen*, Steuern, 2003; *Ernst & Young*, Company Taxation, 2003. Zu den Grundsätzen des körperschaftsteuerlichen Halbeinkünfteverfahrens siehe bspw. *Wellisch, D.*, Besteuerung, 2002, S. 824 – 830.

⁵¹ Siehe zu § 8b KStG *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8b KStG, Rz. 1f.; *Wehrheim, M.*, Unternehmensbesteuerung, 2002, S. 46 – 50.

⁵² Vgl. *Schneeloch, D.*, Steuerpolitik, a.a.O., S. 246 – 247; Freibeträge sind dabei nicht berücksichtigt. Zu § 3 Nr. 40 EStG siehe *Intemann, Jens, Nacke, Aloys*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 3 EStG. Betriebsausgaben dürfen in diesem Zusammenhang gem. § 3c Abs. 2 EStG nur zur Hälfte abgezogen werden.

⁵³ Die von der ausschüttenden Kapitalgesellschaft einbehaltene Kapitalertragsteuer ist gem. § 36 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EStG, § 49 Abs. 1 KStG in voller Höhe auf die persönliche Einkommensschuld bzw. die Körperschaftsteuerschuld anrechenbar; siehe dazu *Kußmaul, H.*, a.a.O., S. 300 und 361 – 375. Zur Kapitalertragsteuer siehe Kapitel III 7 Einbehalt von Kapitalertragsteuer, S. 66.

2.4.3.2.1.2 Fremdfinanzierung

Erfolgt die Finanzierung der Gesellschaft durch Fremdkapital, mindern die Fremdkapitalzinsen grundsätzlich als Betriebsausgaben gem. § 4 Abs. 4 EStG den steuerlichen Gewinn der Gesellschaft und damit die Ausgangsgröße für die Ermittlung des zu versteuernden Einkommens und des Gewerbeertrags.⁵⁴ Die Zinsen unterliegen somit auf Ebene der Kapitalgesellschaft nicht der Körperschaftsteuer und dem Solidaritätszuschlag. Für Zwecke der Gewerbesteuer sind die Gesellschafter-Darlehen hingegen in aller Regel als Dauerschulden zu behandeln, so dass nach § 8 Nr. 1 GewStG zur Ermittlung des Gewerbeertrags eine hälftige Hinzurechnung der Vergütungen vorgenommen werden muss und diese somit zur Hälfte der Gewerbesteuer unterliegen.⁵⁵

Auf Ebene des inländischen Anteilseigners unterliegen die Zinserträge als Einnahmen aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, bzw. Einkünfte aus Gewerbebetrieb gem. § 8 Abs. 2 KStG i.V.m. § 15 EStG der Besteuerung.⁵⁶ Ist Anteilseigner eine natürliche Person, unterliegen die Zinsen in voller Höhe dem persönlichen Steuersatz; bei einer Kapitalgesellschaft unterliegen die gesamten Zinseinnahmen der Gewerbesteuer, Körperschaftsteuer und dem Solidaritätszuschlag.⁵⁷

⁵⁴ Eine Ausnahme besteht bei Anwendung des § 8a KStG sowie in Fällen, in denen sie gem. § 8 Abs. 3 KStG als verdeckte Gewinnausschüttungen zu behandeln sind.

⁵⁵ Die Hälfte der Entgelte für sog. Dauerschulden sind dem Gewinn aus Gewerbebetrieb gem. § 8 GewStG hinzuzurechnen. Dauerschulden sind Schulden, die wirtschaftlich mit der Gründung oder dem Erwerb des Betriebs oder eines Anteils am Betrieb oder mit einer Erweiterung oder Verbesserung des Betriebs zusammenhängen, oder der nicht nur vorübergehenden Verstärkung des Betriebskapitals dienen, d.h. ihre Laufzeit länger als zwölf Monate beträgt, Abschnitte 45, 46 GewStR. Siehe dazu *Güroff, G., Glanegger, P., Gewerbesteuergesetz, 2002, S. 657f.; Wehrheim, M., a.a.O., S. 66.*

⁵⁶ Freibeträge bleiben unberücksichtigt. Zu § 8 KStG siehe *Frotscher, G., in: Frotscher, G., Maas, E., a.a.O., § 8 KStG, Rz. 1 – 35.*

⁵⁷ Vgl. *Schneeloch, D., Steuerpolitik, a.a.O., S. 249.* Die Zinserträge fallen nicht unter das Halbeinkünfteverfahren gem. § 3 Nr. 40 EStG. Die Zinserträge unterliegen in den Fällen des § 43 Abs. 1 Nr. 7 EStG dem Steuerabzug durch die Kapitalertragsteuer; es erfolgt eine Anrechnung auf die Einkommensteuer-, bzw. Körperschaftsteuerschuld; siehe dazu *Kußmaul, H., a.a.O., S. 300 und 361 – 375.* Zur Kapitalertragsteuer siehe

2.4.3.2.1.3 Vorteilhaftigkeitsvergleich

Die Vorteilhaftigkeit der verschiedenen Finanzierungsarten ergibt sich aus dem Vergleich der Steuerbelastungen. Bei Eigenfinanzierung entsteht auf Ebene der ausschüttenden Kapitalgesellschaft eine Gesamtbelastung von rund 39% zuzüglich im Falle eines natürlichen Anteilseigners eine Steuerbelastung in Höhe des persönlichen Steuersatzes auf die Hälfte der Bemessungsgrundlage. Bei Fremdfinanzierung entsteht dagegen auf Ebene der kapitalempfangenden Gesellschaft Gewerbesteuer auf 50% der Vergütungen zuzüglich im Falle eines Anteilseigners in Form einer Kapitalgesellschaft eine Steuerbelastung von rund 39% bzw. bei einer natürlichen Person in Höhe des persönlichen Steuersatzes auf die volle Höhe der Vergütungen.

Fremdfinanzierung durch inländische Anteilseigner ist somit günstiger als Eigenfinanzierung, wenn der Gesellschafter einer niedrigen oder keiner Steuer unterliegt wie beispielsweise die öffentliche Hand. Fremdfinanzierung kann für den Anteilseigner, bzw. eine Unternehmensgruppe unter steuerlichen Gesichtspunkten darüber hinaus attraktiv sein, wenn die Kapitalgesellschaft Gewinne macht, während der Gesellschafter Verluste erzielt, da auf Grund eines Verlustausgleichs eine Ergebniskonsolidierung vorgenommen werden kann und somit die Steuerbelastung der Unternehmensgruppe sinkt.⁵⁸

2.4.3.2.2 Finanzierung durch ausländische Anteilseigner

2.4.3.2.2.1 Eigenfinanzierung

In diesem Fall ist der Anteilseignerin in einem anderen Staat ansässig als die Kapitalgesellschaft. Die inländische Kapitalgesellschaft ist im

Kapitel III 7 Einbehalt von Kapitalertragsteuer, S. 66.

⁵⁸ Vgl. *Piltz, D.*, a.a.O., S. 34.

Grundfall unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig gem. § 1 Abs. 1 KStG. Die Gesamtsteuerbelastung auf Ebene der kapitalempfangenden Gesellschaft entspricht damit bei Eigenfinanzierung der Steuerbelastung im Falle der Finanzierung durch einen inländischen Anteilseigner und beträgt rund 39%.

Bei Eigenfinanzierung unterliegt der ausländische Anteilseigner gem. § 49 Abs. 1 Nr. 5a EStG im Inland der beschränkten Steuerpflicht, wenn der erforderliche Inlandsbezug der Einkünfte aus Kapitalvermögen dadurch gegeben ist, dass der Schuldner einen Wohnsitz, Geschäftsleitung oder Sitz im Inland hat.⁵⁹ Zu unterscheiden sind vier Fälle. Begründet der ausländische Anteilseigner eine Betriebsstätte i.S. des § 12 AO im Inland und gehören die Anteile an der Kapitalgesellschaft zum Betriebsvermögen dieser Betriebsstätte, erfolgt die Besteuerung des beschränkt Steuerpflichtigen durch Quellenbesteuerung in Form der Kapitalertragsteuer in Höhe von 25% gem. § 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG zuzüglich 5,5% Solidaritätszuschlag. Nach § 50 Abs. 5 Satz 1 und 3 EStG, § 50 Abs. 1 Nr.2 KStG ist die Körperschaftsteuer damit abgegolten. Ist der Anteilseigner eine Mutterkapitalgesellschaft mit Sitz im Anwendungsbereich der MTRL, entfällt eine Quellenbesteuerung. Andernfalls wird der Quellensteuersatz regelmäßig durch Doppelbesteuerungsabkommen der Höhe nach begrenzt. Lediglich wenn mit dem ausländischen Staat kein Doppelbesteuerungsabkommen besteht, wird auf die Dividenden eine definitive Kapitalertragsteuer i.H.v. 25% zuzüglich 5,5% Solidaritätszuschlag erhoben.⁶⁰

⁵⁹ Vgl. *Klein, M.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 49 EStG, Rz. 820; *Holzaepfel, P.*, a.a.O., S. 19 – 21. Zu Wohnsitz, Sitz, Geschäftsleitung §§ 9, 10, 11 AO, siehe *Gersch, E.*, in: *Klein, F., Brockmeyer, H.*, Abgabenordnung, 2003, S. 53 – 65. Die beschränkte Steuerpflicht tritt nicht ein, sofern ein Doppelbesteuerungsabkommen dies abweichend regelt.

⁶⁰ Vgl. *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 2. Zu § 50 EStG siehe *Herkenroth, K.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 50 EStG, Rz. 9 – 11 und Rz. 25 – 48. Zur MTRL siehe MTR Nr. 90/435/EWG vom 23.07.1990, § 44d Abs. 2 EStG sowie Kapitel V 2.2.2 Sekundäres Europarecht: Mutter-Tochter-Richtlinie, S. 134. Zu Doppelbesteuerungsabkommen siehe Kapitel V 2.3.1.1 Allgemeines, S. 137.

2.4.3.2.2.2 Fremdfinanzierung

Im Fall der Fremdfinanzierung entspricht die Besteuerung auf Ebene der Kapitalgesellschaft der im Falle der Eigenfinanzierung.⁶¹

Auf Ebene der Anteilseigner unterliegen die Fremdkapitalzinsen sowohl bei einer natürlichen Person als auch bei einer Kapitalgesellschaft im Inland in der Regel nicht der Besteuerung, da eine beschränkte Steuerpflicht gem. § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchstabe c, aa EStG lediglich dann besteht, wenn die gewährten Darlehen dinglich gesichert sind.⁶² Die Zinseinkünfte unterliegen vielmehr im Heimatland des Anteilseigners der Besteuerung.

2.4.3.2.2.3 Vorteilhaftigkeitsvergleich

Die Vorteilhaftigkeit ergibt sich wiederum aus einem Vergleich der Steuerbelastung. Bei Eigenfinanzierung entsteht auf Ebene der ausschüttenden Kapitalgesellschaft wie im Falle des inländischen Anteilseigners eine Gesamtbelastung von rund 39%. Gewerbesteuer entsteht auf Ebene der kapitalempfangenden Gesellschaft auf 50% der Vergütungen. Auf Ebene eines natürlichen Anteilseigners oder einer Kapitalgesellschaft entsteht keine Steuerbelastung im Inland. Für ausländische Anteilseigner ist Gesellschafter-Fremdfinanzierung folglich günstiger, wenn die Steuerbelastung auf die empfangenen Vergütungen im Heimatland niedriger ist als die im Inland auf Gewinnausschüttungen lastende Steuerbelastung, abhängig von dem persönlichen Steuersatz, der Gewerbesteuerbelastung, der Körperschaftsteuer und dem Solidaritätszuschlag.⁶³

⁶¹ Siehe dazu Kapitel II 2.4.3.2.2.1 Eigenfinanzierung, S. 21.

⁶² Wenn ausnahmsweise beschränkte Steuerpflicht besteht, ist bei Bestehen von Doppelbesteuerungsabkommen in der Regel Nichtbesteuerung der Zinseinkünfte geregelt. Bei entsprechender Gestaltung entsteht auch keine Kapitalertragsteuerpflicht; vgl. *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 2; *Holzaepfel, P.*, a.a.O., S. 19.

⁶³ Vgl. *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 2.

2.4.4 Grenzen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung

Neben steuerlichen Grenzen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, auf die im Rahmen der folgenden Arbeit näher eingegangen wird, sind der Aufnahme von Gesellschafter-Darlehen auch eine Reihe außersteuerlicher Grenzen gesetzt. Es sind natürliche, außenwirtschaftliche, betriebswirtschaftliche und zivilrechtliche Grenzen zu nennen. Eine natürliche Grenze der Fremdkapitalgewährung durch Gesellschafter besteht beispielsweise in den Grenzen der persönlichen Finanzkraft der Anteilseigner. Außenwirtschaftliche Grenzen stellen Beschränkungen durch das Außenwirtschaftsgesetz dar.⁶⁴ Betriebswirtschaftliche Grenzen sind der Fremdkapitalaufnahme grundsätzlich aus Sicherheits- und Rentabilitätsüberlegungen sowie durch das Streben nach Unabhängigkeit der Kreditgeber gesetzt. Zivilrechtliche Grenzen bestehen auf Grund der Mindest-Eigenkapitalausstattung von Kapitalgesellschaften.⁶⁵

2.5 Durchschnittliche Eigenkapitalausstattung

Nach einer Untersuchung der Deutschen Bundesbank weisen deutsche Unternehmen durchschnittlich ein Eigenkapital von rund 18% aus⁶⁶, nach einer Untersuchung des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes⁶⁷ lag die Eigenkapitalquote in allen Sektoren der mittelständischen Wirtschaft im Jahr 2000 bei knapp 7%, bei kleineren Unternehmen zwischen 1,2% und 3,3%.⁶⁸

⁶⁴ Bspw. § 6a AWG.

⁶⁵ Vgl. für obigen Abschnitt *Baumgärtel, M.*, a.a.O., S. 13 – 27; *Blumenberg, J.*, a.a.O., S.41. Die Mindest-Eigenkapitalausstattung einer AG beträgt 50.000 €, einer GmbH 25.000 €. §§ 30, 31 GmbHG, §§ 57, 62 AktG.

⁶⁶ Vgl. Monatsbericht der Deutschen Bundesbank, April 2003.

⁶⁷ Vgl. Deutscher Sparkassen- und Giroverband, *Diagnose Mittelstand – Jetzt Weichen stellen*, 2005.

⁶⁸ Vgl. *Korth, M.*, *Aktuelles Steuerrecht*, 2004, S. 61; *Spengel, C.*, *Konzernsteuerquoten*, in: *Oesterreicher, A.*: *Steuerplanung*, 2003, S. 109; *Frotscher, G.*, *Gesellschafter-Fremdfinanzierung*, *ISr* 2004, S. 201 – 211. Das Eigenkapital im

Bei der Eigenkapitalausstattung spielt auch die gewählte Rechtsform eine Rolle: Personengesellschaften verfügen über eine niedrigere Eigenkapitaldecke als Kapitalgesellschaften.⁶⁹ Die Eigenkapitalproblematik spiegelt sich bei Kapitalgesellschaften vor allem im kapitalintensiven Bereich des produzierenden Gewerbes, von Handel und Verkehr wieder. So lag das Eigenkapital im Jahr 1999 zwar im Schnitt bei 24,3% der Bilanzsumme, dieser Durchschnitt reichte allerdings von 7,8% im Baugewerbe bis zu 28,9% im verarbeitenden Gewerbe.⁷⁰

Zu beachten ist, dass sich diese Daten auf die durchschnittliche Gesamtkapitalausstattung der Unternehmen und nicht auf die im Rahmen des § 8a KStG zu berücksichtigende Gesellschafter-Fremdfinanzierung beziehen.⁷¹

2.6 Zusammenfassung

Im vorhergehenden Kapitel wurde ein steuerlicher Vorteilhaftigkeitsvergleich herausgearbeitet, nach dem Fremdfinanzierung gegenüber Eigenfinanzierung regelmäßig dann vorteilhaft ist, wenn die Steuerbelastung auf die empfangenen Vergütungen niedriger ist. Dies wird in Abhängigkeit von dem persönlichen Steuersatz, der Gewerbesteuerbelastung, der Körperschaftsteuer und dem Solidaritätszuschlag bei Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch ausländische Anteilseigner gegeben sein. Weiterhin wurde die durchschnittliche Eigenkapitalquote deutscher Unternehmen aufgezeigt. Diese Ergebnisse werden im Rahmen der Beurteilung der internationalen Regelungen herangezogen.

Mittelstand schmilzt seit 40 Jahren beständig ab: In den 60er Jahren betrug die Eigenkapitalquote noch rd. 30%.

⁶⁹ Vgl. Monatsbericht der Deutschen Bundesbank, Dezember 2001, S. 57.

⁷⁰ Vgl. Monatsbericht der Deutschen Bundesbank, Dezember 2001, S. 59.

⁷¹ Siehe dazu auch Kapitel VI 3.1.3 Leistungsfähigkeitsprinzip, S. 161.

III Regelung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung im deutschen Steuerrecht

1 Einleitung

Im folgenden Kapitel soll die derzeitige Fassung des § 8a KStG (Korb II)⁷² dargestellt werden. Diese dient als Grundlage für den internationalen Vergleich der Regelungen und die Beurteilung nach allgemeinen steuerlichen Grundsätzen sowie europa- und abkommensrechtlichen Grundsätzen. Zunächst soll dabei die Entstehung sowie die Zielsetzung der Regelung aufgezeigt werden. Anschließend wird das EuGH-Urteil in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst, das für die derzeitige Rechtsentwicklung sowohl national als auch international von entscheidender Bedeutung ist, dargestellt. Abschließend werden die Grundlagen der deutschen Regelung aufgezeigt sowie korrespondierende Änderungen im Rahmen des Korb II vorgestellt.

2 Entstehung des § 8a KStG n.F.

Mit der Einführung des Anrechnungsverfahrens und der damit einhergehenden Abschaffung der Mehrfachbelastung der durch Kapitalgesellschaften ausgeschütteten Gewinnausschüttungen im Zuge der Körperschaftsteuerreform 1977 setzte in Deutschland eine Diskussion um die steuerliche Behandlung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung ein.⁷³ Nicht Anrechnungsberechtigte Anteilseigner

⁷² § 8a KStG in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetzes vom 22.12.2003, BGBl I 2003, S. 2840. Korb II ist der im Gesetzgebungsverfahren und in der Fachliteratur gebräuchliche Titel, da keine amtliche Abkürzung existiert.

⁷³ Die Frage der steuerlichen Behandlung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung stellt sich jedoch nicht nur im körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahren; die Fremdfinanzierung war bereits vorher verbreitet und wird auch in Ländern mit klassischem Körperschaftsteuersystem einschränkend geregelt; siehe dazu Kapitel IV 2.1.25 Schematischer Überblick über die Regelungen, S. 82. Bis 1977 wurde jedoch in

von Kapitalgesellschaften gingen verstärkt dazu über, Fremdfinanzierung gegenüber Eigenfinanzierung vorzuziehen, da die auf Gewinnausschüttungen entfallende Körperschaftsteuer und Kapitalertragsteuer durch Fremdfinanzierung fast vollständig vermieden werden konnte.⁷⁴

Diese Diskussion führte zunächst zu einer Reihe von Reformentwürfen.⁷⁵ In einem ersten nicht verabschiedeten Gesetzesentwurf 1980 war für gewinnabhängige Darlehensvergütungen an nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft eine Ergänzung des § 8 Abs. 3 KStG vorgesehen.⁷⁶ In einem zweiten ebenfalls abgelehnten Vorschlag im Jahr 1982 sollten Vergütungen an nicht anrechnungsberechtigte Anteilseigner mittels Einführung eines § 8a KStG umqualifiziert werden.⁷⁷ Nachdem aber auch dieser Entwurf auf massive Kritik stieß, legte eine Arbeitsgruppe aus Mitgliedern der Finanzverwaltung und der Wirtschaft im Frühjahr 1986 einen Entwurf vor, nach dem Gesellschafterdarlehen unter bestimmten Bedingungen steuerlich als verdecktes Nennkapital behandelt werden sollten. Trotz vehementer Kritik auch an diesem Entwurf wurde dieser dem BMF-Schreiben vom 16.03.1987 zugrunde gelegt, das sich insbesondere auf

der Rechtsprechung eine steuerliche Umqualifizierung von Darlehen in Eigenkapital abgelehnt; BFH-Urteil vom 10.12.1975, BStBl. 1976 II, S. 226, 227. Dazu auch *Wolter, C.*, a.a.O., S. 30 – 37; *Herzig, N.*, Standortsicherungsgesetz, DB 1994, S. 110; *Knobbe-Keuk, B.*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 1993, S. 612 – 616.

⁷⁴ Siehe dazu Kapitel II 2.4.3.2.2.3 Vorteilhaftigkeitsvergleich, S. 23. Zumindest befürchtete der Fiskus ein „Steuerausfallrisiko“; dazu *Holzaepfel, P., Köplin, M.*, in: *Erle, B., Sauter, T.*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 2004, Rz. 20 – 25; *Bartone, R.*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 2000, S. 32.

⁷⁵ Einen Überblick über die Reformentwürfe gibt *Knobbe-Keuk, B.*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, a.a.O., S. 612 – 616; *Mattausch, H.*, Konzernfinanzierung, 1994, S. 89 f. Zur Kapitalverkehrssteuer auf Gesellschafterdarlehen siehe *Heckmann, A.*, Kapitalverkehrssteuer, 1971.

⁷⁶ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des EStG, des KStG u.a. Gesetze, BR-Drs. 511/79 vom 19.10.1979; dort Art. 2 Nr. 1, Nr. 6 lit b, S. 26; BT-Drs. 8/3648 vom 08.02.1980, S. 27. Zu dieser „kleinen“ Lösung siehe auch *Wolter, C.*, a.a.O., S. 38; *Frotscher, G.*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, IStR 1994, S. 201f.

⁷⁷ Vgl. Referentenentwurf vom 10.03.1982, abgedruckt bei *Fassnacht, J.*, a.a.O., S. 165. Zu dieser „großen“ Lösung siehe *Holzaepfel, P., Köplin, M.*, in: *Erle, B., Sauter, T.*, a.a.O., Rz. 11.

die zivilrechtlichen Regelungen zu eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen sowie auf den steuerlichen Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO stützte.⁷⁸ Diese Anknüpfungspunkte erwiesen sich jedoch als nicht tragfähig und dem BMF-Schreiben wurde durch BFH-Entscheidung vom 05.02.1992 die Rechtsgrundlage abgesprochen. So bejahte der BFH die grundsätzliche Finanzierungsfreiheit seitens der Gesellschafter, solange die zivilrechtlich vorgeschriebenen Regelungen zum Mindestkapital⁷⁹ beachtet werden. Zur Lösung der Problematik im Bereich der Gesellschafter-Fremdfinanzierung wurde eine gesetzliche Regelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung gefordert.⁸⁰

Im Zuge des StandOG vom 13.09.1993 führte der Gesetzgeber die spezialgesetzliche Regelung des § 8a KStG ein.⁸¹ Im Dezember 1994 wurde dieser gesetzlichen Regelung ein BMF-Schreiben zur Seite gestellt.⁸² In den Anwendungsbereich des § 8a KStG a.F. fielen Finanzierungen nicht zur Anrechnung berechtigter Vergütungsgläubiger, die zu irgendeinem Zeitpunkt im Wirtschaftsjahr wesentlich am Grund- oder Stammkapital einer unbeschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaft beteiligt waren.⁸³ Nach Abschaffung des Anrechnungsverfahrens und Rückkehr zum klassischen

⁷⁸ Vgl. BMF-Schreiben vom 16.03.1987, BStBl. 1987 I, S. 373; *Herzig, N.*, Standortsicherungsgesetz, a.a.O., S. 110; *Wolter, C.*, a.a.O., S. 42.

⁷⁹ Z.B. §§ 30ff. GmbHG.

⁸⁰ Vgl. BFH-Urteil vom 14.08.1991, BStBl. 1992 II, S. 234; BFH-Urteil vom 05.02.1992, I R 127/90, BStBl. 1992 II, S. 532; BMF-Schreiben vom 16.03.1987, BStBl. I 1987, S. 373. Dazu auch *Hey, F.*, Gesellschafterfremdfinanzierung, RIW 1993, S. 833; *Schneeloch, D.*, Verdecktes Nennkapital, DStR 1987, S. 458; *Haug, W.*, Gesellschafterdarlehen, DStZ 1987, 287f.; *Müller-Gatermann, G.*, Zwischenergebnis, FR 1992, S. 499. Siehe dazu Kapitel VII 3.2.7 Rechtsmissbrauch gem. § 42 AO, S. 231.

⁸¹ Vgl. StandOG vom 13.09.1993, BStBl. I, S. 774; Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zum StandOG, BT-Drs. 12/5016, S. 77; *Herzig, N.*, Standortsicherungsgesetz, a.a.O., S. 110; *Herzig, N.*, Bericht Arbeitsgruppe, StuW 1993, S. 237.

⁸² Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, BStBl. 1995 I, S. 25; *Herzig, N.*, BMF-Schreiben, 1995, S. 163.

⁸³ § 8 Abs.1 KStG a.F. Vgl. *Hey, F.*, Gesellschafterfremdfinanzierung, a.a.O., S. 833.

Körperschaftsteuersystem im Zuge des StSenkG wurde der § 8a KStG umformuliert.⁸⁴ Die Anwendung des § 8a KStG wurde nicht mehr an die Nichtanrechnungsberechtigung des Fremdkapitalgebers geknüpft, sondern an die inländische steuerliche Erfassung der Vergütungen in Form einer Veranlagung beim Fremdkapitalgeber.⁸⁵ Der Kreis der erfassten Fremdkapitalgeber umfasste somit in- und ausländische beschränkt steuerpflichtige oder steuerbefreite Körperschaften.⁸⁶

Der EuGH hat mit Urteil vom 12.12.2002 in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst entschieden, dass § 8a Abs. 1 Nr. 2 KStG a.F. gegen die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EGV n.F. verstößt.⁸⁷ Unter Berücksichtigung des damals noch geltenden körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens stellte der EuGH fest, die Regelung des § 8a KStG bewirke „eine unterschiedliche Behandlung gebietsansässiger Tochtergesellschaften, je nachdem, ob ihre Muttergesellschaft ihren Sitz in Deutschland hat oder nicht“ und damit einen Verstoß gegen Art. 43 EG-Vertrag.⁸⁸ Als Reaktion auf das Urteil erließ das Finanzministerium Nordrhein-Westfalen eine Verfügung, nach der § 8a KStG in Folge der Schutzwirkung der Niederlassungsfreiheit unter bestimmten

⁸⁴ Siehe zur Rückkehr zum klassischen Körperschaftsteuersystem bspw. *Müller-Gatermann, G.*, Halbeinkünfteverfahren, 2002, S. 37. Zur Veränderung der steuerlichen Situation siehe *Seiler, H. W.*, Einmalbesteuerung, 1999, S. 65.

⁸⁵ Vgl. Begründung zum Gesetzentwurf StSenkG, BT-Drs. 14/2683 vom 15.02.2000, S. 124.

⁸⁶ § 8a Abs. 1 KStG in der Fassung des StSenkG. Dazu auch BT-Drs. 14/2683 vom 15.02.2000; *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 16; *Prinz, U.*, Unternehmenssteuerreform, 2001, S. 83. Im Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts (UntStFG) wurde lediglich ein redaktionelles Versehen im § 8a Abs. 1 Satz 3 KStG beseitigt, indem die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte bei Anteilseignern und nahe stehenden Personen vereinheitlicht wurden; siehe dazu Begründung zum Gesetzentwurf UntStFG, BR-Drs. 638/01 vom 17.08.2001, S. 56.

⁸⁷ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst. Dazu auch *Dötsch, E., Pung, A.*, Neuerungen, DB 2004, S. 91; *Prinz, U., Ley, T.*, Gesetzesänderung, FR 2003, S. 935; *Schnitger, A.*, Fallstricke, GmbHR 2004, S. 334f. Siehe dazu Kapitel III 4 Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst, S. 32.

⁸⁸ Zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 24 Abs. 5 OECD-MA vorliegt, kamen der BFH und der britische High Court in BFH vom 29.01.2003, IStR 2003, S. 422; High Court 24.11.2003, NEC Semi-Conductors Limited and other test claimants, IRC 2003, EWHC, S. 2813.

Bedingungen nicht mehr anzuwenden war.⁸⁹

Mit Gesetz Korb II vom 22.12.2003 hat der Gesetzgeber die Vorschrift zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung mit der Absicht, die EU-Rechtswidrigkeit zu beseitigen und Ausweichgestaltungen zu verhindern, drastisch verschärft. Die Europarechtskonformität soll im Wesentlichen dadurch erreicht werden, dass die Fremdfinanzierung von Kapitalgesellschaften durch Inländer und Ausländer gleichbehandelt wird.⁹⁰

3 Rechtfertigung und Zielsetzung des § 8a KStG n.F.

Gesellschafter-Fremdfinanzierung ist auf Grund des Trennungsprinzips und des Grundsatzes der Finanzierungsfreiheit grundsätzlich steuerlich anzuerkennen.⁹¹ Eine Beschränkung der Regelung über das Institut der verdeckten Gewinnausschüttung ist im Regelfall nicht zu erreichen.⁹² So werden Vergütungen für von Gesellschaftern gewährtem Fremdkapital, die dem schuldrechtlichen Charakter entsprechend der Sphäre der Einkommenserzielung zugerechnet werden, auf Grund der tatsächlichen schuldrechtlichen Beziehung und trotz des Gesellschaftsverhältnisses von dem Institut der verdeckten Gewinnausschüttung nicht erfasst.⁹³ Auch ist eine Regelung der Gesellschafterfremdfinanzierung auf Grundlage des zivilrechtlichen Instituts des Eigenkapital ersetzenden

⁸⁹ Vgl. Finanzministerium NRW vom 26.05.2003, GmbHR 2003, S. 860.

⁹⁰ Vgl. Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz vom 22.12.2003, BGBl. I 2003, S. 2840; Gesetzesbegründung BT-Drs. 15/1518 vom 08.09.2003, S. 14 und BT-Drs. 15/1665 vom 09.10.2003, S. 4.

⁹¹ Siehe Anerkennung auf Grund des Trennungsprinzips und zum Grundsatz der Finanzierungsfreiheit Kapitel V 2.1.1.2 Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, S. 109 und Kapitel V 2.1.2 Trennungsprinzip, S. 112.

⁹² Vgl. *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8 a KStG, Rz. 1 und Rz. 4 – 6. Siehe dazu auch Kapitel II 2.4.2 Handels- und steuerbilanzielle Behandlung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, S. 14.

⁹³ Vgl. *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 2; *Herrmann, J.*, a.a.O., S. 36. Zur Abgrenzung des § 8a KStG gegenüber § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG siehe Kapitel III 5.1 Systematische Einordnung des § 8a KStG und Abgrenzung gegenüber anderen Regelungen, S. 39.

Darlehens gem. § 32 a GmbHG nicht tragfähig, da diese Darlehen steuerlich weiterhin als Fremdkapital zu behandeln sind.⁹⁴ Weiterhin kommt eine Beschränkung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung auf Grundlage des § 42 AO nicht in Betracht.⁹⁵

Der BFH forderte in seinem Urteil vom 05.02.1992 eine gesetzliche Regelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung.⁹⁶ Als primäre Grundlage für die Einführung des § 8a KStG wird in der Gesetzesbegründung der Grundsatz der Einmalbesteuerung herangezogen.⁹⁷ Dieser Grundsatz begründete sich zunächst mit Einführung des Anrechnungsverfahrens und gleichzeitiger Abschaffung der Mehrfachbelastung ausgeschütteter Gewinne im Zuge der Körperschaftsteuerreform 1977 und besagt, dass die von Kapitalgesellschaften ausgeschütteten Gewinne in jedem Fall einmal endgültig der deutschen Besteuerung unterliegen müssen, entweder bei der Körperschaft oder bei dem Anteilseigner.⁹⁸

In der Gesetzesbegründung wird weiter angeführt, dass durch die Beschränkung der steigenden Gesellschafter-Fremdfinanzierung seit Einführung des Anrechnungsverfahrens Gleichbehandlung unter den Gesellschaftern von Kapitalgesellschaften erzielt werden soll.⁹⁹ Daraus

⁹⁴ Siehe dazu Kapitel II 2.4.2 Handels- und steuerbilanzielle Behandlung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, S. 14.

⁹⁵ Siehe dazu Kapitel II 2.4.1 Begriff und Formen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, S. 12 sowie Kapitel III 2 Entstehung des § 8a KStG n.F., S. 26 und Kapitel VII 3.2.7 Rechtsmissbrauch gem. § 42 AO, S. 231.

⁹⁶ Vgl. BFH-Urteil vom 05.02.1992, I R 127/90, BStBl. II 1992, S. 532. Siehe dazu Kapitel II 1 Entstehung des § 8a KStG n.F., S. 26 sowie Kapitel VII 3.2.7 Rechtsmissbrauch gem. § 42 AO, S. 231.

⁹⁷ Auch international werden für die Einführung der Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung zwei Gründe genannt: die Vermeidung ungerechtfertigter Steuervorteile und die Sicherstellung der inländischen Besteuerung von im Inland erwirtschafteten Gewinnen; vgl. *Blumenberg, J.*, a.a.O., S. 339 – 340 m.w.N.

⁹⁸ Vgl. BT-Drs. 8/3648 vom 08.02.1980, S. 27 sowie RegE in BT-Drs. 12/4487 vom 05.03.1993, S. 36. Siehe zum Grundsatz der Einmalbesteuerung Kapitel V 2.1 Allgemeine Grundsätze im deutschen Steuerrecht, S. 106.

⁹⁹ Vgl. BT-Drs. 12/4487 vom 05.03.1993, S. 36; *Holzaepfel, P.*, a.a.O., S. 33; *Janssen, B.*, Ausgestaltung, 1997, S. 12.

lässt sich einerseits das Ziel der Gleichmäßigkeit der Besteuerung ableiten, nach dem durch § 8a KStG Wettbewerbsvorteile von Körperschaften mit nicht anrechnungsberechtigten Anteilseignern abgebaut werden sollen;¹⁰⁰ andererseits kann daraus die Missbrauchsbekämpfung als Regelungszweck abgeleitet werden.¹⁰¹ Als Leitgedanke für die Regelung des § 8a KStG wurde darüber hinaus der Drittvergleich aufgegriffen.¹⁰²

Auch nach der gesetzlichen Änderung der Regelung zum 01.01.2004 wird als zentrales Ziel der Grundsatz der Einmalbesteuerung verfolgt.¹⁰³ In Anbetracht der Ausweitung des Anwendungsbereichs ist es jedoch fraglich, ob die Zielsetzung der Missbrauchsvermeidung noch glaubwürdig ist oder ob ein direkter Eingriff in die Finanzierungsfreiheit angestrebt wird.¹⁰⁴

4 Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst

4.1 Zugrunde liegender Sachverhalt

Der EuGH hat mit Urteil vom 12.12.2002 entschieden, dass § 8a Abs. 1 Nr. 2 KStG i.d.F. des StandOG europarechtswidrig ist.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Vgl. *Herrmann, J.*, a.a.O., S. 50 – 54; *Holzaepfel, P.*, a.a.O., S. 33. Dazu auch *Cattelaens, H.*, Standortsicherungsgesetz, Wpg 1993, S. 560.

¹⁰¹ Vgl. *Herrmann, J.*, a.a.O., S. 54 – 56. Kritisch dazu *Janssen, B.*, Ausgestaltung, a.a.O., S. 12.

¹⁰² Vgl. *Herrmann, J.*, a.a.O., S. 56; *Herzig, N.*, Bericht Arbeitsgruppe, a.a.O., S. 237.

¹⁰³ Vgl. BT-Drs. 8/3648 vom 08.02.1980, S. 27 sowie BT-Drs. 15/1518 vom 08.09.2003 ohne ausdrückliche Änderung der Zielsetzung.

¹⁰⁴ Vgl. *Holzaepfel, P.*, *Köplin, M.*, in: *Erle, B.*, *Sauter, T.*, a.a.O., Rz. 26. Zu einer kritischen Würdigung der Regelung siehe insbesondere Kapitel VI 2 Allgemeine Beurteilung der internationalen Regelungen, S. 150.

¹⁰⁵ Vgl. für die folgenden Gliederungspunkte EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst sowie Schlussanträge Mischo vom 26.10.2002, Lankhorst-Hohorst. Dazu in der Literatur *Airs, G.*, Case Notes, BTR 2003, S. 268 – 275; *Vinther, N.*, *Werlauff, E.*, Fresh Thinking, EC Tax Review 2003, S. 97 – 106.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde. Eine deutsche Kapitalgesellschaft, die Lankhorst-Hohorst-GmbH, hatte zum 01.12.1996 von ihrer alleinigen Gesellschafterin, der niederländischen Lankhorst-Hohorst-BV, ein Darlehen in Höhe von 3 Mio. DM erhalten. Es wurde ein variabler, angemessener Zinssatz vereinbart. Das Darlehen war mit einer Patronatserklärung versehen, nach der die Muttergesellschaft im Falle einer Inanspruchnahme durch Drittgläubiger, auf die Rückzahlung verzichtete. Das Darlehen ermöglichte es der deutschen Gesellschaft, ein bei einem Kreditinstitut aufgenommenes Darlehen teilweise zurückzuführen und so ihre Zinsbelastung zu senken. Die Lankhorst-Hohorst-GmbH wies in den Geschäftsjahren 1996 bis 1998 einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Verlust aus.

Das Finanzamt behandelte die Darlehenszinsen in den Körperschaftsteuerbescheiden 1997 und 1998 als verdeckte Gewinnausschüttung im Sinne von § 8a KStG. Nach Auffassung des vorliegenden Gerichts war die in § 8a Absatz 1 Nummer 2 KStG für den Fall vorgesehene Ausnahme, dass die betreffende Gesellschaft das Fremdkapital bei Dritten zu sonst gleichen Bedingungen hätte erhalten können, angesichts der Überschuldung und der fehlenden Möglichkeit, Sicherheiten zu stellen, im Ausgangsverfahren nicht anwendbar.

4.2 Verstoß gegen Europarecht

Nach Ansicht des EuGH verstößt § 8a Abs. 1 Nr. 2 KStG a.F. gegen Europarecht, da die Regelung eine unterschiedliche Behandlung gebietsansässiger Tochtergesellschaften bewirke, je nachdem, ob ihre Muttergesellschaft ihren Sitz in Deutschland hat oder nicht.¹⁰⁶ Die Gruppe der deutschen, nicht anrechnungsberechtigten Muttergesellschaften sieht der EuGH nicht als angemessene Vergleichsgruppe der ausländischen Muttergesellschaften an, da

¹⁰⁶ Dies bestätigt sich dadurch, dass dies unabhängig davon gilt, ob eine Patronatserklärung erteilt wurde oder nicht, siehe dazu *Vinther, N., Werlauff, E.*, a.a.O., S. 99f.

ausländische Muttergesellschaften eine wirtschaftliche Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht ausüben, wohingegen es sich bei deutschen, nicht anrechnungsberechtigten Gesellschaften im Wesentlichen um öffentlich-rechtliche Körperschaften sowie Körperschaften handelt, die auf einem speziellen Gebiet wirtschaftlich tätig sind und Aufgaben im Allgemeininteresse wahrnehmen. Auf Grund dieser Ungleichbehandlung ergibt sich für die EU-Mutter-Kapitalgesellschaften eine steuerliche Schlechterstellung, die eine nach Artikel 43 EG untersagte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt. Die Ausübung der Niederlassungsfreiheit wird durch die fragliche Steuermaßnahme für in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Gesellschaften weniger attraktiv, so dass diese auf den Erwerb, die Gründung oder die Beibehaltung einer Tochtergesellschaft in dem Mitgliedstaat, der diese Maßnahme erlässt, verzichten könnten.¹⁰⁷

4.3 Rechtfertigungsgründe

Zur Rechtfertigung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit hat der EuGH geprüft, ob § 8a Abs. 1 Nr. 2 KStG ein legitimes Ziel verfolgt, das mit dem EG-Vertrag vereinbar und durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Zudem müsse die Maßnahme zur Erreichung des fraglichen Zieles geeignet sein und nicht über das hinausgehen, was hierzu erforderlich ist.¹⁰⁸ Die Existenz eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses wurde abgelehnt.¹⁰⁹ Der Zweck der Vorschrift bestehe entgegen der Ansicht der deutschen Regierung nicht im Schutz der finanziellen Gesundheit einer Tochtergesellschaft, sondern der „wahre Zweck der

¹⁰⁷ Der EuGH spricht von einer Beschränkung; verzichtet dabei jedoch auf eine definitorische Abgrenzung zwischen (offenen und versteckten) Diskriminierungen und Beschränkungen.

¹⁰⁸ Der EuGH verweist hinsichtlich der Rechtfertigungsgründe auf verschiedene EuGH-Urteile: EuGH-Urteil vom 15.05.1997, Futura Participations und Singer; EuGH-Urteil vom 06.06.2000, Verkooijen.

¹⁰⁹ Vgl. Schlussanträge Mischo vom 26.10.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 57 – 73 sowie EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst.

Unterkapitalisierungsvorschrift des § 8a KStG bestehe darin, zu behindern, dass die Bundesrepublik Deutschland einen bestimmten Anteil ihrer Steuereinnahmen dadurch verliert, dass sich die steuerpflichtige Gesellschaft (oder ihre Anteilseigner) einer Finanzierungstechnik bedient, die als solche nicht verboten ist¹¹⁰. Dies stelle im Rahmen des Art. 43 EGV keinen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar, der eine unterschiedliche Behandlung von Gesellschaften mit deutschen Anteilseignern und solchen mit gebietsfremden Anteilseignern rechtfertigen würde.

Eine Rechtfertigung durch die von der Bundesregierung vorgetragene Vermeidung der Steuerumgehung lehnt der EuGH ab, da die Vorschrift nicht nur rein künstliche Gestaltungen erfasse, die darauf ausgerichtet seien, die Anwendung des deutschen Steuerrechts auszuschließen, sondern generell jede Situation, in der die Muttergesellschaft – aus welchem Grund auch immer – ihren Sitz außerhalb der Bundesrepublik Deutschland hat. Eine solche Situation impliziere aber als solche nicht die Gefahr einer Steuerumgehung, da die betreffende Gesellschaft auf jeden Fall dem Steuerrecht des Staates unterliegt, in dem sie niedergelassen ist.¹¹¹ Der EuGH verweist dabei auf die ständige Rechtsprechung, nach der Steuermindereinnahmen nicht als zwingender Grund des Allgemeininteresses anzusehen sind, mit dem eine Maßnahme gerechtfertigt werden kann, die grundsätzlich einer Grundfreiheit zuwiderläuft.¹¹² Die deutsche Regierung brachte weiterhin vor, dass die Regelung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung der Verhinderung von Rechtsmissbrauch diene.¹¹³ Dieser Argumentation hält

¹¹⁰ Vgl. ebenda, Rz. 75.

¹¹¹ Der EuGH verweist auf EuGH-Urteil vom 16.06.1998, ICI, Rz. 26; EuGH-Urteil vom 08.03.2001, Metallgesellschaft, Rz. 60. Diese Argumentation führt die Argumentation des EuGH fort in EuGH-Urteil vom 17.07.1997, Leur-Bloem, Rz. 38; EuGH-Urteil vom 26.09.2000, Kommission/Belgien, Rz. 46.

¹¹² Vgl. EuGH-Urteil vom 16.07.1998, ICI, Rz. 28; EuGH-Urteil vom 06.06.2000, Verkooijen, Rz. 59; EuGH-Urteil vom 08.03.2001, Metallgesellschaft, Rz. 59; EuGH-Urteil vom 21.09.1999, Saint-Gobain, Rz. 51.

¹¹³ Sie nimmt dabei Bezug auf Rz. 24 des Urteils vom 09.03.1999, Rs. C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459.

der EuGH entgegen, dass die streitigen Steuervorschriften nicht lediglich speziell künstliche Konstruktionen erfasst, die auf eine Steuerumgehung gerichtet sind.¹¹⁴ Auch das Vorbringen der deutschen Finanzverwaltung, die § 8a KStG a.F. durch den Grundsatz der Einmalbesteuerung legitimiert sieht, da ohne Unterkapitalisierungsvorschriften die Steuerpflicht beliebig von einem Land zum anderen verlagert werden könne und durch die Vorschrift somit lediglich einer willkürlichen Verlagerung der Steuerschuld in das Ausland entgegengewirkt und die Besteuerung dort sichergestellt werden soll, wo der Gewinn tatsächlich erzielt wird, wurde durch den Generalanwalt abgelehnt.¹¹⁵ So könne auch der Grundsatz der Einmalbesteuerung als Mittel der Sicherung des Steueraufkommens nicht als Rechtfertigung für eine Beschränkung der Grundfreiheiten durch § 8a KStG a.F. akzeptiert werden.¹¹⁶

Die Ansicht der deutschen Regierung, dass die Vorschriften zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung mit Art. 9 OECD-MA vereinbar seien, ändert nach Ansicht des Generalanwalts nichts an der Tatsache, dass die Vorschrift gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt; dabei lässt er dahingestellt, ob tatsächlich eine Vereinbarkeit mit der genannten Vorschrift des OECD-MA gegeben ist. So betont er, dass die Vorschriften des EG-Vertrages unabhängig von Bestimmungen des OECD-MA zu prüfen sind und nicht an die Vereinbarkeit mit dem OECD-MA gebunden sind. So kann nach richtiger Auffassung auch hinsichtlich der französischen Unterkapitalisierungsvorschriften keine Rechtfertigung in Art. 9 OECD-MA gesehen werden, da ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten grundsätzlich nicht durch Grundsätze des

¹¹⁴ Dies entspricht der Argumentation in dem EuGH-Urteil vom 16.07.1998, ICI, Rz. 26. Der EuGH lehnt die Rechtfertigung auf Grund Missbrauchsvermeidung jedoch nicht grundsätzlich ab; dazu auch *Vinther, N., Werlauff, E.*, a.a.O., S. 101.

¹¹⁵ Befürwortet wird die Ansicht der Finanzverwaltung bspw. von *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 10. A. A. *Lausterer, M.*, Anmerkung, IStR 2000, S. 729; FG Sachsen vom 18.05.2001, FR 2001, S. 1176.

¹¹⁶ Vgl. EuGH-Urteil vom 06.06.2000, Verkooijen, Rz. 48; EuGH-Urteil vom 16.07.1998, ICI, Rz. 26; EuGH-Urteil vom 21.09.1999, Saint Gobain, Rz. 51.

Abkommensrechts gerechtfertigt werden kann.

Weiterhin dient die Ungleichbehandlung nach Ansicht des EuGH auch nicht dazu, die Kohärenz der anwendbaren Steuersysteme¹¹⁷ zu gewährleisten, da kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den abzugsfähigen Zinsen und den als Betriebseinnahmen anzusetzenden Zinserträgen bestehe, da es sich bei der benachteiligten Tochtergesellschaft und der Muttergesellschaft nicht um einen Steuerpflichtigen handelt, sondern um verschiedene Steuersubjekte. Eine derartige Rechtfertigung käme jedoch nur in Betracht, wenn die steuerliche Kohärenz auf der Ebene der Einzelperson durch eine strenge Wechselbeziehung zwischen einem Steuervorteil einerseits und einem Steuernachteil andererseits hergestellt werde.¹¹⁸ Zudem konnte sich die Bundesregierung nicht auf einen Steuervorteil berufen. Der EuGH legt der Beurteilung der Beziehung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter nicht eine wirtschaftliche Betrachtungsweise dergestalt zu Grunde, dass die Gesellschaft gleichsam als „verlängerter“ Arm des Anteilseigners angesehen wird, sondern stellt vielmehr auf die eigene Rechtspersönlichkeit der Körperschaft ab und sieht in der Gesellschaft einen Geschäftspartner des Gesellschafters. Er rechnet den entstandenen Steuervorteil nicht dem Gesellschafter, sondern der Gesellschaft zu.¹¹⁹

Auch dem Einwand, dass die Vorschrift damit gerechtfertigt werden könne, dass die Wirksamkeit der Steueraufsicht¹²⁰ gewährleistet werden müsse, lehnte der EuGH ab, mit der Begründung, dass die in § 8a

¹¹⁷ Vgl. EuGH-Urteile vom 28.01.1992, Bachmann, Rz. 23 – 27; EuGH-Urteil vom 28.01.1992, Kommission/Belgien, Rz. 20.

¹¹⁸ Der EuGH verweist auf EuGH-Urteil vom 11.08.1995, Wielockx, Rz. 23 – 25; EuGH-Urteil vom 14.11.1995, Svensson und Gustavsson, Rz. 18; EuGH-Urteil vom 26.10.1999, Eurowings, Rz. 42; EuGH-Urteil vom 06.06.2000, Verkooijen, Rz. 56 – 58; EuGH-Urteil vom 13.04.2000, Baars, Rz. 40.

¹¹⁹ Vgl. *Dautzenberg, N.*, Kommentar, FR 2000, S. 727; *Sedemund, J.*, Grundfreiheiten, IStR 2002, S. 392f.

¹²⁰ Das Vorbringen des Vereinigten Königreichs wurde auf das EuGH-Urteil vom 15.05.1997, Futura Participations und Singer, Rz. 31 gestützt.

Absatz 1 Nummer 2 KStG enthaltene Bewertungsregel es den deutschen Steuerbehörden nicht ermöglichen, den Betrag der steuerpflichtigen Einkünfte zu kontrollieren. So stellte der Generalanwalt fest, dass der Sachverhalt im Verfahren Lankhorst-Hohorst im Gegensatz zur Rechtssache Futura Participations und Singer, die die Buchführungspflichten des Steuerpflichtigen betraf, nicht die Steueraufsicht im eigentlichen Sinne betreffe.

4.4 Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf § 8a KStG i.d.F. UntStFG

Die vom EuGH zu beurteilende Fassung des § 8a KStG war die des Standortsicherungsgesetzes. Merkmal dieser Rechtsnorm war die Anknüpfung an die Nichtanrechnungsberechtigung des Anteilseigners. Durch die Neufassung des § 8a KStG durch das Steuersenkungsgesetz bzw. das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz wurde zwar der Wortlaut des Gesetzes geändert, der von der Vorschrift betroffene Personenkreis blieb allerdings im Wesentlichen derselbe. Damit treffen die vom EuGH entwickelten Argumente grundsätzlich auch auf den § 8a KStG in der Fassung des StSenkG und des UntStFG zu. Es liegt damit nahe, dass die Europarechtswidrigkeit auch nach der Änderung des § 8a KStG durch das StSenkG auf Grund des unveränderten Regelungsgedanken und dem unveränderten persönlichen Anwendungsbereich vorliegt, auch wenn die Anrechnungsberechtigung des Anteilseigners als Anknüpfungspunkt aufgegeben wurde.¹²¹

4.5 Reaktion des Gesetzgebers

Als Reaktion auf das EuGH-Urteil haben sich die obersten Finanzbehörden in verschiedenen bundesweit abgestimmten Erlassen

¹²¹ Vgl. *Holzaepfel, P., Köplin, M.*, in: *Erle, B., Sauter, T.*, a.a.O., Rz. 68; *Cordewener, A.*, Lankhorst-Hohorst, in: *Lang, M.*, *Direct Taxation*, 2004, S. 43. Dazu auch *Prinz, U., Cordewener, A.*, *Unterkapitalisierungsregelung*, 2003, S. 83. Die Frage, ob § 8a KStG i.d.F. Korb II mit Europarecht vereinbar ist, soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit untersucht werden.

darauf geeinigt, dass der § 8a KStG keine Anwendung mehr findet, wenn der Gesellschafter durch die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EGV geschützt ist.¹²²

Spätestens mit Veröffentlichung des Gesetzesentwurfs vom 13.08.2003¹²³ hat der Gesetzgeber eingesehen, dass der § 8a KStG in der Fassung des UntStFG europarechtlich nicht haltbar ist und zumindest gegenüber EU-Ausländern nicht mehr angewendet werden kann.¹²⁴ Mit der Neufassung des § 8a KStG im Rahmen des Korb II wurde versucht, die Europarechtswidrigkeit zu beseitigen.

5 Grundlagen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach § 8a KStG n.F.

Die Regelung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung in der Fassung des Korb II soll im Folgenden in Grundzügen dargestellt werden.¹²⁵ Auf Details wird dabei nur insoweit eingegangen, als sie für die weitere Arbeit erforderlich sind.

5.1 Systematische Einordnung des § 8a KStG und Abgrenzung zu anderen Regelungen

§ 8a KStG enthält keine eigenständige Regelung der Rechtsfolgen, sondern bezieht sich insoweit auf das Institut der „verdeckten Gewinnausschüttung“ nach § 8 Abs. 3 KStG. Obwohl die in den Anwendungsbereich des § 8a KStG fallende Gesellschafter-

¹²² Vgl. Finanzministerium NRW, Erlass vom 26.05.2003, GmbHR 2003, S. 860 und Finanzministerium Hamburg, Erlass vom 27.06.2003, DStR 2003, S. 1259.

¹²³ Vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf „Korb II“, BR-Drs. 560/03 vom 15.08.2003, S. 19.

¹²⁴ Die Nichtanwendung betrifft jedoch auch Nationen, mit denen eine Meistbegünstigungsklausel im Doppelbesteuerungsabkommen ausgehandelt ist, da der Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit auch auf diese Abkommen durchschlägt; vgl. *Schnitger, A.*, Schlussantrag, a.a.O., S. 52f. sowie BFH-Urteil vom 29.01.2003 I R 6/99, IStR 2003, 422.

¹²⁵ Im Folgenden wird die derzeit gültige Fassung des § 8a KStG dabei ohne Hinweis auf den Gesetzesstand ausgewiesen.

Fremdfinanzierung regelmäßig naturgemäß durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, folgt regelmäßig keine Einordnung der Vergütungen als verdeckte Gewinnausschüttungen gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG. Verdeckte Gewinnausschüttungen i.S.d. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG liegen vor, wenn bei der Kapitalgesellschaft ein Vermögens- und Einkommensnachteil entsteht, der durch seinen Ursprung nicht in der Leistungsbeziehung, sondern im Gesellschaftsverhältnis hat. Im Falle der Gesellschafter-Fremdfinanzierung sind die Darlehensbedingungen jedoch i.d.R. nicht unangemessen; die Zinszahlungen lassen sich, soweit sie der Höhe nach angemessen sind, vielmehr regelmäßig dem Grunde nach auf die Darlehensbeziehung zurückführen. Folglich lässt sich das Problem überhöhter Fremdfinanzierung, die dem Grunde nach steuerlich anerkannt wird, grundsätzlich nicht durch das Institut der verdeckten Gewinnausschüttung gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG lösen.¹²⁶ Durch § 8a KStG entsteht damit eine vGA sui generis. Die Vorschrift des § 8a KStG gilt nachrangig gegenüber § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG.¹²⁷

Da § 8a KStG die „überzogene“ Fremdfinanzierung regelt, ist der gesetzgeberische Zweck zumindest auch durch Missbrauchsverhinderungsmotive geprägt, so dass die Regelung mit § 42 AO als allgemeiner Norm zur Vermeidung des Missbrauchs von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten in einem Spannungsverhältnis steht.¹²⁸ Nach der steuerlichen Rechtsprechung ist § 42 AO grundsätzlich vorrangig gegenüber spezialgesetzlichen Regelungen.¹²⁹

¹²⁶ Vgl. *Groh, M.*, Gesellschafterfremdfinanzierung, DB 2005, S. 629; *Holzaepfel, P., Köplin, T.*, in: *Erle, B., Sauter, T.*, a.a.O., Rz. 205 – 207. Dazu bereits *Fassnacht, J.*, a.a.O., S. 28f. m.w.N.. A. A. *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 7, die § 8a KStG als Unterfall des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG betrachten.

¹²⁷ Vgl. Gesetzesbegründung BT-Drs. 12/5016 vom 25.05.1993, S. 50. Zu der Diskussion siehe *Holzaepfel, P., Köplin, T.*, in: *Erle, B., Sauter, T.*, a.a.O., Rz. 51 – 52 und Rz. 205 – 207.

¹²⁸ Vgl. *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 28; *Prinz, U.*, Gestaltungsmöglichkeiten, FR 1994, S. 626. Zu Rechtsmissbrauch als gesetzgeberischen Zweck siehe Kapitel III 3 Rechtfertigung und Zielsetzung des § 8a KStG n.F., S. 30.

¹²⁹ Vgl. zu § 7 ff. AStG: BFH-Urteil vom 23.10.1991, I R 40/89, BStBl. II 1992, S. 1026; *Prinz, U.*, Gestaltungsmöglichkeiten, a.a.O., S. 626. Siehe zur grundsätzlichen

Die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 8a KStG schließt damit die Anwendung des § 42 AO nicht grundsätzlich aus.¹³⁰ Lediglich in Sonderfällen, d.h. soweit die Vorschrift des § 8a KStG abschließenden Charakter hat, so beispielsweise hinsichtlich der Finanzierungsgestaltung durch Nichtgesellschafter oder in den Sondertatbeständen des Abs. 3, ist eine weitergehende, d.h. über den Anwendungsbereich des § 8a KStG hinausgehende Anwendbarkeit des § 42 AO prinzipiell ausgeschlossen.

5.2 Inhalt der Neuregelung des § 8a KStG

Eckpunkt der Änderung des § 8a KStG ist die Streichung des § 8a Abs. 1 Satz 2 KStG in der Fassung des StSenkG, nach dem die Rechtsfolge der verdeckten Gewinnausschüttung nicht eintritt, wenn die Fremdkapitalvergütung bei dem Anteilseigner, einer nahe stehenden Person oder einem rückgriffsberechtigten Dritten im Rahmen einer inländischen Veranlagung erfasst werden. Damit erstreckt sich der Anwendungsbereich der Vorschrift nunmehr auch auf reine Inlandsfälle. Diese Änderung wurde mit dem Ziel vorgenommen, die Vorschrift des § 8a KStG europarechtskonform auszugestalten. Die erwarteten Steuereinnahmen der Gesetzesänderungen beliefen sich auf rund 2,6 Milliarden Euro.¹³¹

Anwendbarkeit des § 42 AO auf die Problematik der Gesellschafter-Fremdfinanzierung
Kapitel VII 3.2.7 Rechtsmissbrauch gem. § 42 AO, S. 231.

¹³⁰ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, Rz. 4; *Holzaepfel, P., Köplin, M.*, in: *Erle, B., Sauter, T.*, a.a.O., Rz. 49 – 50. Dazu auch der BFH für die vergleichbare Konkurrenz zwischen §§ 7 – 14 AStG und § 42 AO; BFH-Urteil vom 10.06.1992, BStBl. II 1992, S. 1029. *Holzaepfel* und *Köplin* führen aus, dass keine Konkurrenz besteht, da § 8a KStG i.d.F. Korb II nicht mehr als Missbrauchsvorschrift zu betrachten ist. Der abweichenden Ansicht, dass § 8a KStG als spezialgesetzliche Vorschrift die Anwendbarkeit des § 42 AO verdrängt ist *Frotscher*, in: *Frotscher, G.*, in *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 7 sowie *Janssen, B.*, Verhältnis, DStZ 1997, S. 182 – 184.

¹³¹ Vgl. *Spengel, C., Golücke, M.*, Implikationen, RIW 2003, S. 346; diese Erwartungen haben sich jedoch nicht erfüllt.

5.3 Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen der Regelung

5.3.1 Sachliche Voraussetzungen

5.3.1.1 Begriff des Eigenkapitals

§ 8a Abs. 2 Satz 2 KStG enthält eine Definition des Eigenkapitalbegriffs, die auf die Vorschriften des Handelsrechts verweist.¹³²

Zum Eigenkapital zählt gem. § 8a Abs. 2 KStG das gezeichnete Kapital. Dieses wird gekürzt um die ausstehenden Einlagen, die Buchwerte der Beteiligungen am Grund- oder Stammkapital einer Kapitalgesellschaft, den Verlustvortrag und einen Jahresfehlbetrag; es wird erhöht um die Kapitalrücklage, die Gewinnrücklagen, den Gewinnvortrag, die Hälfte der Sonderposten mit Rücklageanteil¹³³ und den Jahresüberschuss¹³⁴ entnommen aus der Handelsbilanz. Stille Reserven erhöhen das Eigenkapital nach dieser Auffassung nicht.¹³⁵

Buchwerte der Beteiligungen an nachgeordneten Kapitalgesellschaften werden zur Vermeidung eines Kaskadeneffekts, d.h. einer Vervielfachung des Safe Havens,¹³⁶ unabhängig von der Beteiligungsquote¹³⁷ bei der Ermittlung des für den Safe Haven

¹³² Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, S. 28. Da das Fremdkapital im Sinne der Vorschrift nach der herrschenden Meinung ebenso nach handelsrechtlichen Grundsätzen zu ermitteln ist, entwickeln sich die Positionen spiegelbildlich. Siehe dazu Kapitel III 5.3.1.2 Begriff des Fremdkapitals, S. 44.

¹³³ § 273 HGB.

¹³⁴ § 266 Abs. 3 und § 272 HGB.

¹³⁵ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, Rz. 27f. Diese Aufzählung ist abschließend.

¹³⁶ Siehe zum Begriff des Safe Havens Kapitel III 5.3.1.3 Tatbestand der erfolgsabhängigen und erfolgsunabhängigen Vergütungen, S. 46. Dies war bisher nur für Holdinggesellschaften normiert, gilt nunmehr aber auch bei den übrigen unter § 8a KStG fallenden Kapitalgesellschaften und normiert die bisherige Verwaltungsauffassung; BMF-Schreiben vom 15.12.1994, Rz. 89.

¹³⁷ Vgl. BMF-Schreiben vom 1994, Rz. 4. Kritisch dazu *Blumers, W., Görg, D., Tiede, K.*, Unternehmensakquisitionen, 2004, S. 632 m.w.N.

relevanten Eigenkapitals gekürzt.¹³⁸ Nach Auffassung sowohl der Finanzverwaltung als auch der h.M. der Literatur werden sowohl Beteiligungen an inländischen als auch ausländischen Kapitalgesellschaften erfasst, da sich aus der Regelung des § 8a KStG kein Auslandsbezug herstellen lässt.¹³⁹

Beteiligungen an Personengesellschaften werden nach der Neufassung des § 8a KStG mit den anteiligen Buchwerten der Vermögensgegenstände der Personengesellschaft berücksichtigt. Nach dem BMF-Schreiben vom 15.07.2004 sind die anteiligen Buchwerte der Aktiva und Passiva aus der Handelsbilanz der Personengesellschaft zu übernehmen, steuerliche Sonder- und Ergänzungsbilanzen sind nicht zu berücksichtigen.¹⁴⁰

Zeitlicher Bezugspunkt der gesetzlichen Regelung ist der Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres.¹⁴¹ Kapitalerhöhungen und offene oder verdeckte Einlagen, die im Laufe eines Wirtschaftsjahres erfolgen, wirken sich damit erst im darauf folgenden Wirtschaftsjahr aus.¹⁴²

Bei der Ermittlung des Safe Havens des Anteilseigners wird gem. § 8a Abs. 2 Satz 1 KStG das anteilige Eigenkapital zugrunde gelegt. Dieses

¹³⁸ Beispiele zum Kaskadeneffekt siehe *Kessler, W., Düll, S.*, Konzernverbund, DStR 2004, S. 1317; *Körner, A.*, Gestaltungsmöglichkeiten II, a.a.O., S. 217. Zum Sinn der Buchwertkürzung und Kaskadeneffekt siehe *Herrmann, J.*, a.a.O., S. 393; *Dötsch, E., Pung, A.*, Neuerungen, a.a.O., S. 94.

¹³⁹ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, S. 13, Rz. 34; *Dötsch, E., Pung, A.*, Neuerungen, a.a.O., S. 91. Kritisch dazu *Kessler, W., Düll, S.*, Konzernverbund, a.a.O., S. 1318; *Rödter, T., Schumacher, A.*, BMF-Schreiben, DStR 2004, S. 1456.

¹⁴⁰ Dadurch wird unter Durchbrechung des Grundsatzes der Ermittlung des anteiligen Eigenkapitals auf Basis der Handelsbilanz, nach dem auf die Steuerbilanz einschließlich der Ergänzungsbilanzen abgestellt werden soll, die aktivierte Personengesellschaftsbeteiligung durch das Eigenkapital der Personengesellschaft ersetzt; vgl. *Dötsch, E., Pung, A.*, Neuerungen, a.a.O., S. 94; *Prinz, U., Ley, T.*, a.a.O., S. 933. Kritisch dazu *Blumers, W., Görg, D., Tiede, K.*, a.a.O., S. 633.

¹⁴¹ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, Rz. 28. Im Falle einer Neugründung kann ausnahmsweise auf die Beteiligungsquote zum Zeitpunkt der Eröffnungsbilanz zurückgegriffen werden, vgl. BMF-Schreiben 15.12.1994, Rz. 29 und 42. A. A. *Bellstedt, C.*, Einführungsschreiben, DB 1995, S. 8; *Hey, F.*, Zweifelsfragen, RIW 1994, S.221.

¹⁴² Vgl. *Frotscher, G.*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, a.a.O., S. 201. A. A. *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 143.

ermittelt sich nach der kapitalmäßigen Beteiligungsquote des einzelnen Gesellschafters. Maßgebend ist der prozentuale Anteil des Gesellschafters am Stamm- bzw. Grundkapital der Gesellschaft.¹⁴³ Dabei ist nach dem BMF-Schreiben ausschließlich auf eine unmittelbare Beteiligung am Grund- oder Stammkapital abzustellen.¹⁴⁴

Vorübergehende Verluste werden gem. § 8a Abs. 2 Satz 3 KStG bei der Ermittlung des anteiligen Eigenkapitals nicht berücksichtigt, wenn sie innerhalb von 3 Jahren durch die Bildung von Gewinnrücklagen oder Einlagen wieder ausgeglichen werden und damit das ursprüngliche Eigenkapital wieder hergestellt wird. Die 3-Jahresfrist beginnt mit Ablauf des Verlustjahres und endet mit Ablauf des dritten nachfolgenden Wirtschaftsjahres.¹⁴⁵

5.3.1.2 Begriff des Fremdkapitals

§ 8a KStG beinhaltet keine gesetzliche Begriffsabgrenzung des Fremdkapitals. Strittig ist, ob für die Auslegung auf das Steuerrecht oder das Handelsrecht zurückzugreifen ist. Nach § 247 HGB fallen unter den Begriff des Fremdkapitals alle als Verbindlichkeiten passivierungsfähigen oder –pflichtigen Kapitalzuführungen in Geld oder Sachwerten.¹⁴⁶ Die Finanzverwaltung bedient sich dagegen einer steuerrechtlich geprägten Negativdefinition, nach der alles unter dem Begriff Fremdkapital subsumiert wird, das nicht als steuerliches Eigenkapital zu behandeln ist.¹⁴⁷ Der herrschenden Meinung in der Literatur folgend, soll in der

¹⁴³ Eigene Anteile der Gesellschaft sind dabei nicht einzubeziehen.

¹⁴⁴ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 31. Dazu und zur umstrittenen Frage der Zurechnung des anteiligen Eigenkapitals, wenn der Anteilseigner sowohl unmittelbar als auch mittelbar beteiligt ist *Rödler, T., Schumacher, A.*, BMF-Schreiben, a.a.O., S. 1455.

¹⁴⁵ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, S. 28, Rz. 33 – 38; *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 140.

¹⁴⁶ § 247 HGB; dazu *Ellrott, H., Krämer, A.*, in: *Berger, A., Ellrott, H.*, Beck'scher Bilanz-Kommentar, 2003, § 247 HGB.

¹⁴⁷ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, Rz. 44 – 46. Die Finanzverwaltung entscheidet sich durch die Abgrenzung nach steuerlichen Grundsätzen somit gegen

vorliegenden Arbeit ein an das HGB angelehnter Begriff des Fremdkapitals zugrunde gelegt werden; damit erfolgt die Ermittlung spiegelbildlich zum Eigenkapital. Unter das Fremdkapital fallen demnach Anleihen, Obligationen, Eigenkapital ersetzende Darlehen, fest- und variabelverzinsliche Darlehen, Genussrechtskapital, unechtes Factoring, partiarische Darlehen und stille Beteiligungen.¹⁴⁸

Es soll nur solches Fremdkapital in den Regelungsbereich des § 8a KStG fallen, das der Kapitalgesellschaft auf Dauer überlassen wird.¹⁴⁹ Nach Auffassung der Finanzverwaltung liegt kurzfristig überlassenes Fremdkapital vor, wenn keine gewerbesteuerlichen Dauerschulden i.S. des § 8 Nr. 1 GewStG vorliegen und typisierend ein Zeitraum von zwölf Monaten zugrunde liegt.¹⁵⁰ Waren- und Lieferantenkredite fallen danach beispielsweise nicht unter das Fremdkapital. Daneben sind Verbindlichkeiten aus Kontokorrentverhältnissen nicht einzubeziehen, wenn sie lediglich kurzfristig gewährt werden.¹⁵¹

Weiterhin umfasst das Fremdkapital auch unverzinsliches Fremdkapital mit der Begründung, dass nach Anwendung der allgemeinen steuer- und handelsrechtlichen Grundsätze gewährtes Kapital auch dann Fremdkapital darstellt, wenn es unverzinslich gewährt wird.¹⁵²

eine dem Eigenkapital entsprechende Abgrenzung in Anlehnung an das HGB, vgl. *Herzig, N.*, BMF-Schreiben, a.a.O., S. 169; *Korn, K.*, Kapitalgesellschafts-Fremdfinanzierung, DStZ 1993, S. 737. Dazu auch *Körner, A.*, Gestaltungsmöglichkeiten Teil II, a.a.O., S. 217.

¹⁴⁸ Vgl. *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 18. Dazu auch *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 47; *Herrmann, J.*, a.a.O., S. 184; *Janssen, B.*, Fremdkapital, DB 1997, S. 1589.

¹⁴⁹ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 47. Dazu auch *Dötsch, E., Pung, A.*, Neuerungen, a.a.O., S. 93.

¹⁵⁰ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 37. Dazu auch *Rödter, T., Schumacher, A.*, BMF-Schreiben, a.a.O., S. 1457; *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 51. Zu Dauerschulden z.B. Abschn. 45 Abs. 3 Satz 9 und Abs. 6 Satz 3 Nr. 3 Satz 1 GewStR 1998.

¹⁵¹ Vgl. BT-Drs. 15/1518 vom 08.09.2003, S. 15; *Dötsch, E., Pung, A.*, Neuerungen, a.a.O., S. 93. Dazu auch *Grotherr, S.*, Zweifelsfragen I, DStZ 2004, S. 257.

¹⁵² Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, Rz. 44. Dies wird in der Literatur kritisch diskutiert, dazu *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 51; *Köster, B.*, Zweifelsfragen, RIW, 1994, S. 312f.; *Bellstedt, C.*,

5.3.1.3 Tatbestand der erfolgsabhängigen und erfolgsunabhängigen Vergütung

Nach Auffassung der Finanzverwaltung sind Vergütungen „Gegenleistungen aller Art, die die Kapitalgesellschaft für die Überlassung des Fremdkapitals gewährt. [...] insbesondere Zinsen zu einem festen oder variablen Zinssatz, Gewinnbeteiligungen [...] und Umsatzbeteiligungen.“¹⁵³ Diese weite Definition ist zielführend, da andernfalls die Möglichkeit bestünde, Nutzungsvergütungen entsprechend umzuqualifizieren.

Für erfolgsabhängige Fremdkapital-Vergütungen, d.h. Vergütungen, die nicht in einem Bruchteil des Kapitals bemessen sind, wird auf Grund der wirtschaftlichen Nähe zu Vergütungen für Eigenkapital die gesamte Vergütung als verdeckte Gewinnausschüttung behandelt und ein Abzug gem. § 8a KStG somit grundsätzlich ausgeschlossen. In einem Bruchteil des Kapitals bemessene Fremdkapital-Vergütungen werden dagegen in verdeckte Gewinnausschüttungen umqualifiziert, soweit das entsprechende Fremdkapital zu einem Zeitpunkt im Wirtschaftsjahr das 1,5-Fache des anteiligen Eigenkapitals des Anteilseigners, den sog. Safe Haven¹⁵⁴, übersteigt.¹⁵⁵ Dem Anteilseigner ist dabei Fremdkapital zuzurechnen, das von ihm selbst, von ihm nahe stehenden Personen oder Dritten mit Rückgriffsrecht gewährt wurde. § 8a Abs. 1 KStG ist jedoch erst anzuwenden, wenn die Vergütungen der Gesellschaft die Freigrenze von 250.000 € übersteigen. Diese Freigrenze ist auf den Veranlagungszeitraum und die Gesellschaft bezogen zu prüfen, d.h.

Einführungsschreiben, a.a.O., S. 8.

¹⁵³ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, Rz. 51.

¹⁵⁴ Der Begriff Safe Haven wird im Zusammenhang mit den internationalen Regelungen verwendet und ist in den verschiedenen Ländern in unterschiedlicher Höhe festgelegt; siehe dazu Kapitel IV 2.1.25 Schematischer Überblick über die internationalen Regelungen, S.82. Im Folgenden sollen die Begriffe FK-/EK-Verhältnis, -Quote, oder -Relation sowie Safe Haven synonym verwendet werden.

¹⁵⁵ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994; *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 26.

steht allen Anteilseignern einer Gesellschaft zusammen einmal zu.¹⁵⁶

Die Umqualifizierung der Fremdkapital-Vergütungen tritt nicht ein, wenn die Kapitalgesellschaft das Fremdkapital bei sonst gleichen Umständen auch von einem fremden Dritten erhalten hätte oder wenn es sich um eine Mittelaufnahme durch Kreditinstitute zur Finanzierung von Geschäften i.S. des § 1 KWG handelt. Dies gilt auch dann, wenn es sich um eine Mittelaufnahme zur Finanzierung von Geschäften mit dem Kreditinstitut nahe stehenden Personen i.S. des § 1 Abs. 2 AStG handelt, die nicht selbst Kreditinstitut sind.¹⁵⁷ Die Beweislast für den Drittvergleich liegt nach dem Gesetzeswortlaut („es sei denn“) bei der Kapitalgesellschaft.¹⁵⁸ Maßgeblicher Zeitpunkt für den Gegenbeweis ist regelmäßig der Zeitpunkt der Darlehenshingabe.¹⁵⁹ Der Drittvergleich ist durch einen „fremden Dritten“ zu führen, d.h. eine Person, die weder selbst wesentlich beteiligter Anteilseigner der Kapitalgesellschaft noch eine nahe stehende Person i.S.d. § 1 a Abs. 2 AStG ist und somit keinen die auf Grund der Darlehensvergabe bestehende Geschäftsbeziehung übersteigenden Einfluss auf die Gesellschaft ausübt.¹⁶⁰ Nach dem BMF-Schreiben vom 15.12.1994 sind die konkreten Vertragsbedingungen, die Höhe des Vermögens der Kapitalgesellschaft, die Sicherungsmittel und die allgemeine Bonität zu berücksichtigen.¹⁶¹ Der Nachweis kann

¹⁵⁶ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 28 – 30. Zur Freigrenze siehe *Herzig, N., Lochmann, U.*, Belastungswirkungen, DB 2004, S. 825; *Dötsch, E., Pung, A.*, Neuerungen, a.a.O., S. 93.

¹⁵⁷ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994; *Dötsch, E., Pung, A.*, Neuerungen, a.a.O., S. 94. Dazu auch *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 33 – 35.

¹⁵⁸ Vgl. BT-Drs. 12/5016 vom 25.05.1993, S. 50f.; *Herzig, N.*, Bericht Arbeitsgruppe, a.a.O., S. 237. Dazu auch *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 99.

¹⁵⁹ Abw. von BMF-Schreiben vom 15.12.1994, Rz. 61; BFH-Urteil vom 25.01.2005, DStR 2005, S. 693; dazu *Ammelung, U., Kaeser, C.*, Drittvergleich, DStR 2005, S. 818.

¹⁶⁰ Vgl. *Janssen, B.*, Ausgestaltung, a.a.O., S. 165. Dazu auch *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 101.

¹⁶¹ Zur geringen Bedeutung der Höhe der Vergütung siehe *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 40; BMF-Schreiben vom 15.12.1994, Rz. 65. Zur Abgrenzung zwischen § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG und § 8a KStG siehe Kapitel III 5.1 Systematische Einordnung des § 8a KStG und Abgrenzung zu anderen Regelungen, S.

beispielsweise durch spezifizierte Kreditangebote von Banken oder Kreditwürdigkeitsanalysen geführt werden.¹⁶² Schließlich liegt der Ausnahmetatbestand jedoch nur vor, wenn der Dritte das Fremdkapital tatsächlich gegeben hätte. Dieser hypothetische Geschehensablauf bereitet in der Praxis häufig erhebliche Schwierigkeiten.¹⁶³

5.3.2 Personelle Voraussetzungen

5.3.2.1 Person des Fremdkapitalempfängers

Nach dem Wortlaut der Neuregelung muss es sich beim Empfänger des Fremdkapitals um eine Kapitalgesellschaft handeln.¹⁶⁴ Die Voraussetzung, dass der Empfänger des Fremdkapitals unbeschränkt steuerpflichtig sein muss, wurde damit gestrichen.¹⁶⁵ Bei beschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaften gilt § 8a KStG bezogen auf ihre inländischen Einkünfte, wenn die Kapitalgesellschaft nach dem sog. Typenvergleich einer Kapitalgesellschaft i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG entspricht.¹⁶⁶ Personengesellschaften unterliegen – mit Ausnahme des §

39.

¹⁶² Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, Rz. 60; *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 102; *Janssen, B.*, *Ausgestaltung*, a.a.O., S. 167.

¹⁶³ Vgl. *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 41. Zu Schwierigkeiten und neuerer Rechtsprechung in Zusammenhang mit dem Drittvergleich siehe *Prinz U.*, *Drittvergleich*, FR 2004, S. 146 – 147; *Mensching, O., Bauer, A.*, *Neufassung*, BB 2003, S. 2431 m.w.N.

¹⁶⁴ Kapitalgesellschaften sind nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG die AG, KGaA, die GmbH. Zu Sonderfällen der Vorgründungsgesellschaft, Vorgesellschaft, Kapitalgesellschaft in Liquidation siehe *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 62. Siehe dazu auch EuGH-Urteil vom 05.11.2002, *Überseering*, Rz. 78 – 82; *Wagner, K.*, *Überseering*, GmbHR 2003, S. 684 – 693. Nach der h.M. werden von der Vorschrift auch Kapitalgesellschaften mit Sitz oder Geschäftsleitung im Inland erfasst (sog. „dual-resident-Gesellschaften“); vgl. *Dötsch, E., Pung, A.*, *Einführungsschreiben*, DB 2004, S. 91 m.w.N.

¹⁶⁵ § 8a Abs. 1 Satz 1 KStG a.F. Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 3; *Mensching, O., Bauer, A.*, a.a.O., S. 2429.

¹⁶⁶ Vgl. BR-Drs. 560/03 vom 15.08.2003, S. 19 und BT-Drs. 15/1518 vom 08.09.2003, S.14. Dabei handelt es sich regelmäßig um Einkünfte im Sinne des § 49 EStG bzw. Einkünfte, der inländischen Betriebsstätte der beschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaft; ungeschriebene Voraussetzung ist damit dass die Steuer im

8a Abs. 5 KStG – nicht der Regelung.¹⁶⁷

Durch die Ausdehnung des Geltungsbereichs auf beschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften ist nunmehr neben dem normalen Inlandsfall und dem Inbound-Fall (Finanzierung einer inländischen Kapitalgesellschaft durch einen ausländischen Gesellschafter) auch der Outbound-Fall (Finanzierung einer ausländischen Kapitalgesellschaft durch einen inländischen Gesellschafter) betroffen. Im Fall der Finanzierung einer ausländischen Kapitalgesellschaft mit inländischer Betriebsstätte wird die Darlehensschuld der deutschen Betriebsstätte zugerechnet; zur Ermittlung des Safe Havens ist auf die anteiligen steuerbilanziellen Werte der Betriebsstätte abzustellen.¹⁶⁸ Im Fall der Finanzierung einer ausländischen Kapitalgesellschaft ohne inländische Betriebsstätte ist § 8a KStG dagegen nach dem Wortlaut anwendbar, wirkt sich aber mangels Steuerpflicht der Gesellschaft im Rahmen eines inländischen Besteuerungsverfahrens nicht aus.¹⁶⁹

5.3.2.2 Person des Fremdkapitalgebers

Die wesentliche Änderung des § 8a KStG betrifft die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf alle wesentlich beteiligten Anteilseigner, auf diesen nahe stehende Personen i.S. des § 1 Abs. 2 AStG und auf rückgriffsgesicherte Dritte als Geber des Fremdkapitals,

Rahmen einer Veranlagung erhoben wird; vgl. *Schild, C., Eisele, F.*, Beschränkte Steuerpflicht, a.a.O., S. 217; *Mensching, O., Bauer, A.*, a.a.O., S. 2430. Dies hat umfangreiche Auswirkungen auf die Betriebsstättenbesteuerung, da sich das Dotationskapital nicht mehr nach dem Betriebsstättenenerlass, sondern nach der schärferen Vorschrift des § 8a KStG richtet; vgl. BMF-Schreiben vom 24.12.1999, Rz. 2.5.

¹⁶⁷ Siehe dazu Kapitel III 5.3.4 Erläuterungen zu § 8a Abs. 5 KStG, S. 56.

¹⁶⁸ Vgl. *Rödter, T., Ritzer, C.*, Outbound-Fall, DB 2004, S. 891.

¹⁶⁹ Für Fremdkapitalvergütungen, die eine im Inland nicht steuerpflichtige ausländische Tochtergesellschaft an ihre inländische Muttergesellschaft zahlt, gilt § 8a KStG soweit die gezahlten Fremdkapitalvergütungen tatsächlich nicht die steuerliche Bemessungsgrundlage der ausländischen Tochtergesellschaft gemindert haben und dies im Einzelfall nachgewiesen wird; vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 27. Dazu auch *Dötsch, E., Pung, A.*, Einführungsschreiben, a.a.O., S. 1685; *Grotherr, S.*, Auslandsgesellschaften, GmbHR 2004, S. 854.

unabhängig davon, ob der Anteilseigner Inländer oder Ausländer ist. Nahestehende Personen können auch dem Darlehensnehmer nachgeordnete Gesellschaften sein. So können auch Darlehensgewährungen, bzw. die Sicherheitengewährung derartiger Gesellschaften zu einem Anwendungsfall des § 8a KStG führen.¹⁷⁰

Der Anteilseignerbegriff ist in § 8a KStG nicht eigenständig definiert. Nach der Auffassung der Finanzverwaltung ist Anteilseigner, wer unmittelbar an der Gesellschaft beteiligt ist.¹⁷¹ Zur Vermeidung von Umgehungen erweitert Abs. 1 Satz 2 den Personenkreis der Fremdkapitalgeber um bestimmte Fälle.¹⁷² Danach treten die Rechtsfolgen des § 8a KStG auch dann ein, wenn das Fremdkapital von einer dem Anteilseigner nahe stehenden Person im Sinne des § 1 Abs. 2 des AStG, oder von einem Dritten gewährt wird, der auf den Anteilseigner oder eine diesem nahe stehende Person zurückgreifen kann.¹⁷³

Nahe stehend sind Personen, die selber weder mittelbar noch unmittelbar an der Gesellschaft beteiligt sind, bei denen aber auf Grund bestehender Interessenidentität der Beteiligten Gewinnverlagerungen gegeben sein können: die Person ist mittelbar oder unmittelbar wesentlich an dem Anteilseigner beteiligt oder beherrscht diesen unmittelbar oder mittelbar; eine Person ist sowohl an der nahe stehenden Person als auch an dem Anteilseigner wesentlich beteiligt

¹⁷⁰ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, S.3, Rz. 7 – 26; *Dötsch, E., Pung, A.*, Neuerungen, a.a.O., S. 93. Dazu auch *Grotherr, S.*, Zweifelsfragen I, a.a.O., S. 253; *Dannecker, A., Tiede, K.*, Drittfinanzierungen, DStZ 2003, S. 873 – 880.

¹⁷¹ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 8. Damit stimmt die Finanzverwaltung trotz unveränderten Gesetzeswortlauts abweichend von BMF-Schreiben vom 15.12.1994 mit früher abweichenden Stimmen der Literatur überein, so z.B. *Wassermeyer, F.*, Zweifelsfragen, 1995, S. 1 – 15. Zu den Auswirkungen der geänderten Verwaltungsauffassung siehe *Rödter, T., Schumacher, A.*, BMF-Schreiben, a.a.O., S. 1450. Die Anteile müssen dem Anteilseigner gem. § 39 AO zuzurechnen sein; vgl. BFH-Urteil vom 13.07.1994, I R 112/93, BStBl. 1995 II S. 198.

¹⁷² § 8a Abs. 1 Satz 2 KStG. Zur Begründung siehe auch *Baumgärtel, M.*, a.a.O., S. 140 – 143; *Flockermann, P.*, Vorstellungen des Bundes, 1982, S. 35.

¹⁷³ Siehe zur weiteren Abgrenzung der Begriffe Anteilseigner, nahestehende Person und Dritte *Wassermeyer, F.*, Zweifelsfragen, 1995, S. 1 – 5.

oder übt auf beide unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluss aus; eine Person kann einen außerhalb der Geschäftsbeziehung begründeten Einfluss auf Vereinbarungen nehmen oder hat ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Erzielung der Einkünfte der Gesellschaft.¹⁷⁴ Für eine wesentliche Beteiligung genügt eine Beteiligung von mehr als 25%.¹⁷⁵

Der Begriff des Dritten, der auf den Anteilseigner oder eine diesem nahe stehende Person zurückgreifen kann, ist nicht gesetzlich bestimmt. Der Dritte darf nach der Gesetzesbegründung weder unmittelbar noch mittelbar an der steuerpflichtigen Gesellschaft beteiligt und selbst nicht nahe stehende Person des Anteilseigners sein.¹⁷⁶ Der Begriff des Rückgriffs bezieht sich auf das der Kapitalgesellschaft zur Verfügung gestellte Fremdkapital und muss gegenüber dem Anteilseigner selbst oder einer ihm nahe stehenden Person bestehen. § 8a KStG findet Anwendung, wenn auf den Anteilseigner auf Grund eines rechtlichen Anspruchs zurückgegriffen werden kann, insbesondere im Fall einer Garantieerklärung, Patronatserklärung, Bürgschaft oder wenn eine dingliche Sicherheit besteht, z.B. durch Sicherungseigentum, oder eine Grundschild.¹⁷⁷ Eine Ausnahme besteht dann, wenn die Kapitalgesellschaft einen sog. Gegenbeweis führt, beispielsweise durch eine Bescheinigung des rückgriffsberechtigten Dritten, dass die von der Kapitalgesellschaft gezahlten Vergütungen bei dem rückgriffsberechtigten Dritten oder einer sonstigen Person nicht in

¹⁷⁴ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, S. 27, Rz. 16; *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 123; *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 48 – 50.

¹⁷⁵ Siehe zu Abgrenzungsproblemen gegenüber dem Begriff der wesentlichen Beteiligung i.S.d. § 8a Abs. 3 KStG *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 123.

¹⁷⁶ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, S. 27, Rz. 20. Dazu auch *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 131 – 135.

¹⁷⁷ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 18 – 21. Dazu auch *Rödler, T., Schumacher, A.*, BMF-Schreiben, a.a.O., S. 1453. Siehe zur Klärung von Anwendungsfragen BMF-Schreiben vom 22.07.2005 sowie *Dörr, I., Schreiber, S.*, Rückgriffsfinanzierung, DStR, 2005, S. 1205 – 1248.

Zusammenhang mit Vergütungen für eine nicht nur kurzfristige Kapitalüberlassung stehen, deren unmittelbarer oder mittelbarer Empfänger der Anteilseigner oder eine ihm nahe stehende Person ist.¹⁷⁸ Damit ist § 8a KStG anwendbar, wenn der Dritte der Kapitalgesellschaft ein Darlehen gewährt und der wesentlich beteiligte Anteilseigner gegen den Dritten eine Forderung hat, auf die der Dritte zurückgreifen kann.¹⁷⁹

5.3.2.3 Wesentliche Beteiligung und dieser gleichgestellte Gestaltungen

Gem. § 8a Abs. 3 KStG liegt eine wesentliche Beteiligung vor, wenn der Anteilseigner zu einem Zeitpunkt im Wirtschaftsjahr am Grund- oder Stammkapital der Kapitalgesellschaft zu mehr als einem Viertel unmittelbar oder mittelbar – auch über eine Personengesellschaft – beteiligt ist.¹⁸⁰ Besteht eine solche vermögensmäßige Beteiligung des Anteilseigners an der Kapitalgesellschaft, wird vermutet, dass dieser einen maßgebenden wirtschaftlichen Einfluss auf Entscheidungen der Gesellschaft – auch die Finanzierung betreffend – ausüben kann und dem von diesem Gesellschafter gewährten Fremdkapital Eigenkapital ersetzende Funktion beigemessen werden kann.¹⁸¹

Für die Berechnung der wesentlichen Beteiligung ist auf den nominellen Anteil am Grund- oder Stammkapital abzustellen ohne Berücksichtigung eigener Anteile der Kapitalgesellschaft.¹⁸² Unmittelbare und mittelbare

¹⁷⁸ Zum Muster einer Bescheinigung im Sinne der Rz. 5 des BMF-Schreibens vom 22.07.2005 siehe Entwurf eines BMF-Schreibens vom 20.10.2005.

¹⁷⁹ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 19 – 21. Dazu auch *Rödler, T., Schumacher, A.*, BMF-Schreiben, a.a.O., S. 1453; *Thomas, G., Meissner, B.*, Rückgriffsfälle, BB 2004, S. 1989.

¹⁸⁰ Weicht der Umfang der Stimmrechte von der Kapitalbeteiligung ab, ist die Höhe der Kapitalbeteiligung maßgebend; vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, Rz. 10.

¹⁸¹ Vgl. *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 163. Dazu auch *Fassnacht, J.*, a.a.O., S. 58 – 62; dieser führt aus, dass es sich um ein „Korrektiv“ des typisierenden Angemessenheitsmaßstabs der Regelung handelt.

¹⁸² Vgl. BFH-Urteil vom 24.9.1970, BStBl. 1971 II, S. 89; *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 163. Durch die ruhende eigene Beteiligung wird die Einflußnahme der übrigen Gesellschafter gestärkt. Die Ermittlung entspricht der Ermittlung der wesentlichen Beteiligung im Rahmen des § 17 Abs. 1 Satz 4 EStG.

Beteiligungen sowie mehrere mittelbare Beteiligungen über eine Kapitalgesellschaft oder Personengesellschaft (nach dem Gesetzeswortlaut nicht dagegen mehrere unmittelbare Beteiligungen) sind zusammenzurechnen.¹⁸³

Satz 2 des § 8a Abs. 3 KStG geht gleichermaßen von einer wesentlichen Beteiligung aus, wenn der Anteilseigner zusammen mit anderen Anteilseignern zu mehr als einem Viertel beteiligt ist, mit denen er eine Personenvereinigung bildet (die nicht selbst Eigentümer der Anteile ist) oder von denen er beherrscht wird, die er beherrscht oder die mit ihm gemeinsam beherrscht werden. Dabei ist tatsächliche Beherrschung erforderlich, d.h. dass der Beherrschende unmittelbar oder mittelbar mehr als 50% der Stimmrechte ausüben kann.¹⁸⁴ Die Beherrschung kann auch auf Grund von Stimmrechtsverträgen oder Beherrschungsverträgen vorliegen.¹⁸⁵

Nach § 8a Abs. 3 Satz 3 KStG steht ein Anteilseigner ohne wesentliche Beteiligung einem wesentlich beteiligten Anteilseigner gleich, wenn er allein oder im Zusammenwirken mit anderen Anteilseignern einen beherrschenden Einfluss auf die Kapitalgesellschaft ausübt, sofern dem Anteilseigner keine wesentliche Beteiligung zusteht. Im Falle der alleinigen Beherrschung muss der Einfluss in personeller Hinsicht durch den Anteilseigner selber, d.h. unmittelbar ausgeübt werden.¹⁸⁶ Im Falle eines Zusammenwirkens mit anderen Anteilseignern ist das Beherrschungsverhältnis der Anteilseigner zueinander unerheblich; die

¹⁸³ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, Rz. 10. Dazu auch *Rödler, T., Schumacher, A.*, BMF-Schreiben, a.a.O., S. 1450; *Herrmann, J.*, a.a.O., S. 197f. Nahezu Wortgleichheit mit § 17 Abs. 1 Satz 4 EStG.

¹⁸⁴ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, Rz. 14. Dazu auch *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 171.

¹⁸⁵ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, Rz. 12. Dazu auch *Frotscher, G.*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, a.a.O., S. 206; *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 169; *Holzaepfel, P., Köplin, M.*, in: *Erle, B., Sauter, T.*, a.a.O., S. 506, Rz. 423. Kritisch dazu *Knobbe-Keuk, B.*, Fremdfinanzierung, *StuW* 1982, Heft 3, S. 215.

¹⁸⁶ Vgl. *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 171f.

Beherrschung der Kapitalgesellschaft selbst ist maßgebend. Die Anteile werden dabei nicht zusammengerechnet. Für die Beherrschung sind tatsächliche Absprachen zwischen den zusammenwirkenden Anteilseignern und eine tatsächliche Ausübung des beherrschenden Einflusses erforderlich.¹⁸⁷

5.3.3 Erläuterungen zu § 8a Abs. 4 KStG: Holdinggesellschaften

§ 8a Abs. 4 KStG enthält Sondervorschriften für Holdinggesellschaften. Diese sind definiert als Kapitalgesellschaften, „deren Haupttätigkeit darin besteht, Beteiligungen an Kapitalgesellschaften zu halten und diese Beteiligungen zu finanzieren oder deren Vermögen zu mehr als 75% der Bilanzsumme aus Beteiligungen an Kapitalgesellschaften besteht“.¹⁸⁸ Nach Auffassung der Finanzverwaltung kann Holdinggesellschaft jede im Inland steuerpflichtige Kapitalgesellschaft sein.¹⁸⁹ Kapitalgesellschaften ohne wesentlich beteiligten Anteilseigner können nicht als Holdinggesellschaften im Sinne der Vorschrift qualifizieren.¹⁹⁰ Daneben ist das Halten von nur einer Beteiligung nicht ausreichend für die Qualifikation als Holdinggesellschaft.¹⁹¹ Das Halten der Beteiligung muss

¹⁸⁷ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, Rz. 13 – 15; *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 172. Dazu auch *Korn, K.*, a.a.O., S. 737. Problematisch ist dabei hauptsächlich die Frage der Nachweisbarkeit der Beherrschung durch die Finanzverwaltung; vgl. *Wolter, C.*, a.a.O., S. 77.

¹⁸⁸ Der Begriff der Holding wird in § 8a Abs. 4 KStG nicht verwendet. Der Beteiligungsbegriff bestimmt sich dabei nach § 271 HGB; vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, Rz. 4. Unterschieden wird somit zwischen so genannten tätigkeitsbezogenen und bilanzsummenbezogenen Holdings; vgl. *Körner, A.*, Gestaltungsmöglichkeiten II, a.a.O., S. 217.

¹⁸⁹ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 39. Ausländische Kapitalgesellschaften können lediglich dann Holding i.S.d. § 8a Abs. 4 KStG sein, wenn sie beschränkt steuerpflichtige Einkünfte erzielen, die im Rahmen einer Veranlagung im Inland erfasst werden, insbesondere im Fall einer ausländischen Kapitalgesellschaft mit inländischer Holding-Betriebsstätte; vgl. *Kessler, W., Düll, S.*, Konzernverbund, a.a.O., S. 1322; *Kessler, W., Düll, S., Obser, R.*, Holding, DStR 2004, S. 1592; *Blumers, W., Görg, D., Tiede, K.*, a.a.O., S. 633.

¹⁹⁰ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 41.

¹⁹¹ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, Rz. 84. A. A. *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 181; *Hey, F.*, Zweifelsfragen, a.a.O., S. 228.

tatsächlicher, nicht aber notwendigerweise satzungsgemäßer Hauptzweck sein.¹⁹² Der Beteiligungsbegriff bestimmt sich nach der h.M. nach § 271 HGB; danach müssen die Anteile an dem Beteiligungsunternehmen dazu bestimmt sein, „dem eigenen Geschäftsbetrieb durch Herstellung einer dauernden Verbindung zu jenen Unternehmen zu dienen“.¹⁹³

Die Holdingeigenschaft des § 8a Abs. 4 KStG wird lediglich durch unmittelbare Beteiligungen an der Kapitalgesellschaft vermittelt; Beteiligungen, die über eine oder mehrere zwischengeschaltete Personengesellschaften gehalten werden, sind als unmittelbare Beteiligungen einzubeziehen.¹⁹⁴ § 8a Abs. 4 Satz 1 KStG sieht vor, dass eine Kürzung des Eigenkapitals der Holdinggesellschaft in Höhe der Beteiligungen an Kapitalgesellschaften nicht vorzunehmen ist. Dies ermöglicht die anteilseignerbezogene Fremdfinanzierung der Holdinggesellschaft, während den nachgeordneten Kapitalgesellschaften gem. § 8a Abs. 4 Satz 2 KStG kein zulässiges Fremdkapital zusteht.¹⁹⁵

Nach § 8a Abs. 4 Satz 2 KStG werden auch Vergütungen für Fremdkapital, das ein Anteilseigner der Holdinggesellschaft, eine diesem nahe stehende Person oder ein rückgriffsberechtigter Dritter einer der Holdinggesellschaft nachgeordneten Gesellschaft¹⁹⁶ zur Verfügung stellt,

¹⁹² Vgl. *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 99. Dazu auch *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 180; *Hey, F.*, *Zweifelsfragen*, a.a.O., S. 221.

¹⁹³ Vgl. *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 180; *Merkt, H.*, in: *Baumbach, A., Hopt, K.*, *Kommentar, § 271 HGB*, Rz. 1 – 4. Dazu auch *Herzig, N.*, *Standortsicherungsgesetz*, a.a.O., S. 174; *Hey, F.*, *Zweifelsfragen*, a.a.O., S. 228.

¹⁹⁴ Vgl. *BMF-Schreiben vom 15.07.2004*, Rz. 40; *Golücke, M., Franz, M.*, *Entwurf, GmbHR 2004*, S. 712. A. A. *Dötsch, E. Pung, A.*, *Neuerungen*, a.a.O., S. 91.

¹⁹⁵ Vgl. zur Zielsetzung *Golücke, M., Franz, M.*, *Entwurf*, a.a.O., S. 712. Dazu auch *Rödter, T., Schumacher, A.*, *BMF-Schreiben*, a.a.O., S. 1457.

¹⁹⁶ Nachgeordnet ist eine Kapitalgesellschaft, wenn der Anteilseigner der Holdinggesellschaft nach Maßgabe des § 8a Abs. 3 KStG mittelbar oder unmittelbar selbst oder zusammen mit einer nahe stehenden Person wesentlich beteiligt ist. Zum Begriff der nachgeordneten Kapitalgesellschaft siehe *BMF-Schreiben vom 15.07.2004*, Rz. 42. Dazu auch *Kessler, W., Düll, S.*, *Konzernverbund*, a.a.O., S. 1321; *Rödter, T., Schumacher, A.*, *BMF-Schreiben*, a.a.O., S. 1458.

in verdeckte Gewinnausschüttung umqualifiziert. Den nachgeordneten Gesellschaften wird dabei kein eigener Safe Haven gewährt.¹⁹⁷ Auch gilt für diese Vergütungen keine Freigrenze in Höhe von 250.000 €.¹⁹⁸ Die Fremdfinanzierung ist in solchen Fällen lediglich dann unschädlich, wenn die Vergütung in einem Bruchteil des Kapitals bemessen ist und ein Fremdvergleich gelingt oder die Fremdfinanzierung banküblicher Geschäfte vorliegt.¹⁹⁹ Darüber hinaus ist die Fremdfinanzierung der nachgeordneten Gesellschaft steuerlich unschädlich, wenn sie direkt durch eine Holdinggesellschaft erfolgt.²⁰⁰

5.3.4 Erläuterungen zu § 8a Abs. 5 KStG: Finanzierung von Personengesellschaften

Gem. § 8a Abs. 5 Satz 1 KStG treten die Rechtsfolgen des § 8a KStG auch dann ein, wenn das Fremdkapital einer Personengesellschaft überlassen wird, an der die Kapitalgesellschaft alleine oder zusammen mit ihr nahe stehenden Personen im Sinne des § 1 Abs. 2 des AStG unmittelbar oder mittelbar zu mehr als einem Viertel beteiligt ist.²⁰¹ Das

¹⁹⁷ Damit wurde das Holdingprivileg stark eingeschränkt. Dazu auch *Körner, A., Gestaltungsmöglichkeiten II, a.a.O., S. 217.*

¹⁹⁸ Vgl. *Blumers, W., Görg, D., Tiede, K., a.a.O., S. 632*; somit ist der Erwerber im Falle von Unternehmensakquisitionen nunmehr veranlasst, der Holdinggesellschaft das gesamte erforderliche Fremdkapital zuzuführen. Siehe dort auch die Auswirkungen hinsichtlich § 8b Abs. 5 Satz 2 KStG.

¹⁹⁹ Vgl. *Körner, A., Gestaltungsmöglichkeiten II, a.a.O., S. 217.*

²⁰⁰ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 44. Damit wurde die Befürchtung ausgeräumt, dass auch die direkte Finanzierung durch die Holdinggesellschaft in den Anwendungsbereich des § 8a Abs. 4 KStG fällt, so *Kessler, W., Holdingparadoxon, DStR 2004, S. 386*; *Praetzer, O., Zweifelsfragen, DB 2004, S. 621 – 624*. Bei Finanzierung durch die Holdinggesellschaft tritt ein Kaskadeneffekt nicht ein. Auf weitere Ausführungen soll in Anbetracht der Zielsetzung der vorliegenden Arbeit verzichtet werden, beispielweise zur Finanzierung durch Schwestergesellschaften; dazu BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 45.

²⁰¹ § 8a KStG findet auch Anwendung, wenn der das Fremdkapital gewährende wesentlich beteiligte Anteilseigner der Kapitalgesellschaft gleichzeitig an der Personengesellschaft beteiligt ist; vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 53. Ebenso bei mittelbarer Beteiligungen an nachgeschalteten Personengesellschaften, jedoch lediglich bei direkt oder über zwischengeschaltete Personengesellschaften an der nachgeschalteten Personengesellschaft beteiligten Kapitalgesellschaften; vgl. *Blumers, W., Görg, D., Tiede, K., a.a.O., S. 638*; *Endres, N., Kroninger, A., Personengesellschaften, FR 2004, S. 377 – 440*. Zu § 8a Abs. 5 KStG bei

Fremdkapital gilt dann als der Kapitalgesellschaft überlassen. Dadurch soll die Umgehung der Vorschrift des § 8a KStG durch Darlehensgewährung an eine der Kapitalgesellschaft nachgeschaltete Personengesellschaft, durch die der Gewinnanteil der beteiligten Kapitalgesellschaft gemindert wird, vermieden werden.²⁰²

Die Regelung findet Anwendung, wenn die Finanzierung der Personengesellschaft durch einen Anteilseigner der Kapitalgesellschaft, eine diesem nahe stehende Person oder einen rückgriffsberechtigten Dritten erfolgt.²⁰³ Dabei sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 8a KStG auf Grundlage der Verhältnisse der beteiligten Kapitalgesellschaft zu prüfen. Lediglich der Fremdvergleich ist bei der Personengesellschaft selbst durchzuführen und nicht auf Ebene der beteiligten Kapitalgesellschaft.²⁰⁴

5.3.5 Erläuterungen zu § 8a Abs. 6 KStG: Finanzierungskostenabzugsverbot

Das Finanzierungskostenabzugsverbot des § 8a Abs. 6 KStG wurde eingeführt, um die Regelung des § 8a KStG weniger gestaltungs- bzw. missbrauchsanfällig zu machen.²⁰⁵ Es soll vermieden werden, dass das

beteiligungsgleichen GmbH & Co. KG siehe *Balzerkiewicz, S., Voigt, D., Gesellschafterfremdfinanzierung*, DStZ 2005, S. 230.

²⁰² Diese Vorschrift soll der Vollständigkeit halber in Kürze dargestellt werden, auch wenn sie in Anbetracht des Umfangs der vorliegenden Arbeit im Rahmen der europa- und abkommensrechtlichen Beurteilung nicht detailliert untersucht wird.

²⁰³ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 49.

²⁰⁴ Die Bonität der Kapitalgesellschaft ist nur dann heranzuziehen, wenn diese unbeschränkt haftet BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 49. Dazu auch *Rödler, T., Schumacher, A.*, BMF-Schreiben, a.a.O., S. 1459; *Behrens, S.*, Personengesellschaften, DStR 2004, S. 398. Zur einheitlichen und gesonderten Feststellung der Personengesellschaft siehe BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 51; *Golücke, M., Franz, M.*, Entwurf, a.a.O., S. 713. Zur gewerbesteuerlichen Behandlung siehe BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 51; *Rödler, T., Schumacher, A.*, BMF-Schreiben, a.a.O., S. 1459.

²⁰⁵ Siehe zum Gesetzeszweck *Grotherr, S.*, Finanzierungskostenabzugsverbot, DStR 2004, S. 390 sowie zu Zweifelsfragen *Schultz, F., Halbig, U.*, Anwendungsbereich, DStR, 2005, S 1673 – 1678. Auch diese Vorschrift wird der Vollständigkeit halber dargestellt, ohne dass eine detaillierte Beurteilung vorgenommen wird. In diesem Zusammenhang wird auf den Entwurf eines BMF-Schreibens zu § 8a Abs. 6 KStG

der Berechnung des Safe Havens zugrunde liegende Eigenkapital durch steuerfreie konzerninterne Anteilsveräußerungen erhöht wird, indem der Abzug der Finanzierungskosten auf Ebene der erwerbenden Konzerngesellschaft durch Umqualifizierung der Zinsen in verdeckte Gewinnausschüttungen eingeschränkt wird.²⁰⁶

Fremdkapitalvergütungen sind demnach verdeckte Gewinnausschüttungen, wenn

1. das Fremdkapital zum Zwecke des Erwerbs einer Beteiligung am Grund- oder Stammkapital an einer Kapitalgesellschaft aufgenommen wurde,
2. der Veräußerer der Beteiligung der wesentlich beteiligte Anteilseigner der fremdfinanzierten Kapitalgesellschaft, eine dem Anteilseigner nahe stehende Person oder ein rückgriffsberechtigter Dritter ist und
3. der Geber des Fremdkapitals der wesentlich beteiligte Anteilseigner der fremdfinanzierten Kapitalgesellschaft eine dem Anteilseigner nahe stehende Person oder ein rückgriffsberechtigter Dritter ist.

Diese Voraussetzungen müssen kumuliert erfüllt sein.²⁰⁷ Eine Freigrenze oder ein Safe Haven bzw. die Möglichkeit des Drittvergleichs bei in einem Bruchteil des Kapitals bemessenen Vergütungen wird dabei nicht gewährt.²⁰⁸

5.3.6 Rechtsfolgen

Die Vorschrift des § 8a Abs. 1 KStG schafft ergänzend zur Vorschrift des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG einen selbständigen Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung kraft gesetzlicher Fiktion. Danach treten für

verwiesen: Entwurf eines BMF-Schreibens vom 23.12.2005.

²⁰⁶ Vgl. *Grotherr, S.*, Finanzierungskostenabzugsverbot, a.a.O., S. 392. Dagegen wird die Möglichkeit der steuerfreien Eigenkapitalaufstockung durch steuerfreien konzerninternen Beteiligungsverkauf auf Ebene der veräußernden Kapitalgesellschaft nicht eingeschränkt.

²⁰⁷ Vgl. *Grotherr, S.*, Finanzierungskostenabzugsverbot, a.a.O., S. 390.

²⁰⁸ Vgl. *Dötsch, E., Pung, A.*, Neuerungen, a.a.O., S. 99.

Vergütungen, die die Voraussetzungen des § 8a KStG erfüllen, auf Ebene der Kapitalgesellschaft und des Anteilseigners die Rechtsfolgen der verdeckten Gewinnausschüttung ein, auch wenn die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG nicht erfüllt sind.²⁰⁹

Auf Ebene der Kapitalgesellschaft dürfen die Fremdkapitalvergütungen das Einkommen nicht mindern, sondern sind bei der Einkommensermittlung außerbilanziell hinzuzurechnen.²¹⁰ Dies gilt unabhängig davon, ob die Vergütung an einen unmittelbaren Anteilseigner, eine nahe stehende Person oder einen rückgriffsgesicherten Dritten entrichtet wird. Die außerbilanzielle Gewinnerhöhung unterliegt einer definitiven Körperschaftsteuer-Belastung i.H.v. 25% (VZ 2003 26,5%) zuzüglich 5,5% SolZ.²¹¹ Gewerbesteuerlich erfolgt keine Kürzung des Gewinns aus Gewerbebetrieb um die umqualifizierten Vergütungen; das erhöhte Einkommen der Kapitalgesellschaft gilt als Gewinn im Sinne des § 7 Satz 1 GewStG.²¹²

In sämtlichen Fällen – Finanzierung durch den Anteilseigner, durch eine nahe stehende Person oder durch einen rückgriffsberechtigten Dritten – führt die Umqualifizierung der Vergütungen zu einer Mehrfachbelastung der Vergütungen auf Ebene der Kapitalgesellschaft sowie auf Ebene des Anteilseigners zu Einkünften aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20

²⁰⁹ Die Rechtsfolgen der neuen Vorschrift wurden dahingehend geändert, dass die Fiktion „...gelten als verdeckte Gewinnausschüttung“ abgeschafft und durch „...sind auch verdeckte Gewinnausschüttungen...“ ersetzt wurde; dazu *Mensching, O., Bauer, A., a.a.O., S. 2431*. Damit wurde die bisherige Verwaltungsauffassung auf eine gesetzliche Grundlage gestellt. Abweichende FG-Rechtsprechung, FG Düsseldorf, Urteil vom 05.09.2000, FR 2001, 79. Zum Verhältnis § 8a KStG und § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG siehe Kapitel III 5.1 Systematische Einordnung des § 8a KStG und Abgrenzung zu anderen Regelungen, S. 39.

²¹⁰ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.12.1994, Rz. 76 – 78. Es gelten die allgemeinen Grundsätze nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG; dazu BMF-Schreiben vom 28.05.2002; *Frotscher, G., Verdeckte Gewinnausschüttung, FR 2002, S. 859 – 865*.

²¹¹ Siehe zu einer differenzierten Betrachtung der Belastungswirkungen des § 8a KStG *Herzig, N., Lochmann, U., Belastungswirkungen, a.a.O., S. 825 – 837; Haase, K., Steuersparmodell, DB 2004, S. 1217*.

²¹² Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 9. Siehe dazu Kapitel III 6.1 Änderung des § 9 Nr. 10 GewStG, S. 65.

Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG.²¹³ Erfolgt die Fremdfinanzierung durch eine nahe stehende Person oder einen rückgriffsberechtigten Dritten, kommt es darüber hinaus zu einer definitiven Belastung der Vergütungen auf der Ebene der nahe stehenden Person bzw. des rückgriffsberechtigten Dritten, wo ein tatsächlicher Zufluss der Zinsen stattfindet. Aus diesem Grunde werden die weiteren steuerlichen Folgen der Gestaltung vielseitig diskutiert.²¹⁴ Im Falle der Finanzierung durch eine nahe stehende Person ist durch die Darlehensvergabe von einer Vorteilsgewährung auszugehen, die einerseits auf der Ebene der nahe stehenden Person (Tochtergesellschaft des Anteilseigners) zu einer – steuerfrei gestellten – verdeckten Einlage und somit zu einer Umqualifizierung der Zinsen führt und andererseits gem. § 6 Abs. 6 Satz 2 EStG zu einer entsprechenden Erhöhung des Wertansatzes der Beteiligung an der nahe stehenden Person beim wesentlich beteiligten Anteilseigner um nachträgliche Anschaffungskosten in Höhe der Vergütung. Ist die nahe stehende Person eine Personengesellschaft, liegt eine Einlage vor.²¹⁵

Erfolgt die Finanzierung durch einen rückgriffsberechtigten Dritten und wird ein Gegenbeweis nicht geführt, ist die an den rückgriffsberechtigten Dritten gezahlte Vergütung nach dem BMF-Schreiben insoweit in eine

²¹³ Vgl. *Dötsch, E., Pung, A.*, Neuerungen, a.a.O., S. 96. Dazu auch *Rödler, T., Schumacher, A.*, BMF-Schreiben, a.a.O., S. 1451. Die Zurechnung als vGA kann nur auf Ebene des Anteilseigners, nicht aber auf Ebene der nahe stehenden Person oder des rückgriffsberechtigten Dritten erfolgen; dazu BMF-Schreiben vom 20.05.1999 oder BMF-Schreiben vom 15.12.1994, Rz 19. Im Falle des rückgriffsberechtigten Dritten ist dabei auf die an den Anteilseigner geleistete Vergütung abzustellen; vgl. *Rödler, T., Schumacher, A.*, BMF-Schreiben, a.a.O., S. 1453.

²¹⁴ Da die Rechtsfolgen für die weitere Beurteilung im Rahmen der vorliegenden Arbeit von Bedeutung sind, sollen diese im folgenden Abschnitt ausführlich dargestellt werden.

²¹⁵ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 12 – 15. Dies entspricht der h. M. in der Literatur, vgl. *Dötsch, E., Pung, A.*, Neuerungen, a.a.O., S. 97; *Rödler, T., Schumacher, A.*, BMF-Schreiben, a.a.O., S. 1452; *Neumann, R., Stimpel, T.*, Zweifelsfragen, GmbHR 2004, S. 393; *Frotscher, G.*, Wirkungen, DStR 2004, S. 382; *Groh, M.*, a.a.O., S. 632. A. A. *Wassermeyer, F.*, Fiktionstheorie, DStR 2004, S. 749 – 752; *Wassermeyer, F.*, Ungeklärte Rechtsfolgen, DStR 2003, S. 2056; *Mensching, O., Bauer, A.*, Neufassung, a.a.O., S. 2429; danach entstehen auf Ebene des Anteilseigners Bezüge i.S. § 20 EStG und auf Grund Vorteilsverbrauch sofort wirksamer Aufwand. Auf Ebene der nahe stehenden Person entsteht ein voll

verdeckte Gewinnausschüttung umzuqualifizieren, als bei dem wesentlich beteiligten Anteilseigner oder einer ihm nahe stehenden Person unmittelbar oder mittelbar ein Vermögensvorteil eintritt.²¹⁶ Die Umqualifizierung erfolgt auf der Ebene der kreditempfangenden Tochtergesellschaft; bei der Obergesellschaft entsteht Ertrag in Form einer verdeckten Gewinnausschüttung, die nach § 8b Abs. 1 KStG steuerlich nicht erfasst wird, aber die Wirkung des § 8b Abs. 5 KStG hervorruft. Da auf Ebene der Obergesellschaft jedoch nicht tatsächlich ein Ertrag entsteht, wird eine Zinszahlung an den Dritten fingiert und vom Einkommen der Obergesellschaft abgezogen. Seitens des Dritten treten auf Grund § 8a KStG keine Rechtswirkungen ein, da dieser weder an der Obergesellschaft noch an der Tochtergesellschaft beteiligt ist.²¹⁷

Ist der Anteilseigner eine inländische natürliche Person, unterliegen die Bezüge gem. § 3 Nr. 40 EStG in Höhe der halben Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer; handelt es sich um eine inländische Kapitalgesellschaft, gilt die Dividendenfreistellung des § 8b KStG.²¹⁸ § 8b Abs. 5 KStG und § 3c EStG sowie § 9 Nr. 2a und Nr. 7 GewStG sind anzuwenden.²¹⁹ Die Kapitalerträge unterliegen gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG der Kapitalertragsteuer.²²⁰

steuerpflichtiger Zinsertrag.

²¹⁶ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 22. Zu den Rechtsfolgen in Rückgriffsfällen siehe *Thomas, G., Meissner, B.*, a.a.O., S. 1988.

²¹⁷ Vgl. *Frotscher, G.*, Wirkungen, a.a.O., S. 384. Dazu auch *Dötsch, E., Pung, A.*, Neuerungen, a.a.O., S. 97. Die Argumentation erfolgt in Anlehnung an den BFH-Beschluss vom 26.10.1987, 2/86, BStBl. II 1988, S. 348. A. A. *Dannecker, A., Tiede, K.*, a.a.O., S. 873 - 878; *Groh, M.*, a.a.O., S. 633f. Zur dinglichen Sicherung durch die fremdfinanzierte Kapitalgesellschaft siehe *Grotherr, S.*, Zweifelsfragen II, a.a.O., S. 293. Zum Fremdvergleich bei gesicherten Darlehen siehe *Schmid, H., Grabbe, J.*, Fremdvergleich, DStR 2004, S. 403.

²¹⁸ Vgl. *Holzaepfel, P., Köplin, M.*, a.a.O., Rz. 263. Zu den allgemeinen Grundsätzen des Halbeinkünfteverfahrens siehe Kapitel II 2.4.3.2.1 Finanzierung durch inländische Anteilseigner, S. 18.

²¹⁹ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz.11. Dazu auch *Grotherr, S.*, Zweifelsfragen II, a.a.O., S. 291; *Golücke, M., Franz, M.*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, GmbHR 2003, S. 1095. A. A. *Prinz, U., Ley, T.*, a.a.O., S. 939. Zur gewerbesteuerlichen Mehrfachbelastung siehe *Grotherr, S.*, Zweifelsfragen II, a.a.O., S. 292.

²²⁰ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 5. Zu beachten ist das Urteil FG Düsseldorf vom 05.09.2000, danach ist bei fiktiven vGA kein Kapitalertragsteuer-Abzug

Wird ein Darlehen durch eine Beteiligungskette hindurchgereicht, indem jeweils der unmittelbar beteiligte Gesellschafter seiner Tochtergesellschaft ein Darlehen gibt, ist § 8a KStG auf jeder Stufe anzuwenden, so dass auf jeder Stufe zu prüfen ist, ob nach § 8a KStG eine Umqualifizierung der Zinsen zu erfolgen hat. Dabei können jeweils die Wirkungen eintreten, die im Zusammenhang mit der Darlehensvergabe bei unmittelbarer Beteiligung aufgezeigt wurden. Auf den Zwischenstufen werden die Zinseinnahmen durch die entsprechenden Zinsausgaben ausgeglichen, so dass das resultierende Einkommen auf jeder Zwischenstufe 0 beträgt, jedoch jeweils eine steuerliche Belastung gem. § 8b Abs. 5 KStG in Form einer Betriebsausgabe in Höhe von 5% der Vergütung entsteht. Ist der oberste Gesellschafter eine natürliche Person, ist das Halbeinkünfteverfahren anwendbar.²²¹

Erfolgt die Darlehensgewährung durch einen mittelbar beteiligten Gesellschafter, können die Rechtsfolgen nicht mehr eindeutig bestimmt werden. Ein Darlehen wird dabei von einer Obergesellschaft direkt an eine Untergesellschaft vergeben. Auf Ebene der kapitalempfangenden Untergesellschaft erfolgt eine Hinzurechnung der Zinszahlungen als Folge der Umqualifizierung in verdeckte Gewinnausschüttungen. Hinsichtlich der Rechtsfolgen auf Ebene der Obergesellschaft ergeben sich verschiedene alternative Möglichkeiten.²²² Eine Möglichkeit wäre, die verdeckte Gewinnausschüttung zunächst bis zu dem unmittelbaren Anteilseigner der kapitalempfangenden Gesellschaft auf Grundlage des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG durchlaufen zu lassen. Da seitens des

vorzunehmen; FG Düsseldorf vom 05.09.2000, 6 K 2821/97, FR 2001, S. 79. Dazu und zur Frage, wer im Falle einer Fremdfinanzierung durch eine nahe stehende Person bzw. durch rückgriffsberechtigten Dritten die KapESt anrechnen darf siehe *Grotherr*, S., Zweifelsfragen II, a.a.O., S. 292. Siehe dazu Kapitel III 7 Einbehalt von Kapitalertragsteuer, S. 67.

²²¹ Vgl. *Frotscher*, G., Wirkungen, a.a.O., S. 380.

²²² Auf die weitere Alternative, dass es bei der Umqualifizierung der Zinsen auf Ebene der Untergesellschaft belassen werden könnte, ohne dass seitens der Obergesellschaften Rechtsfolgen eintreten, soll hier mangels Relevanz nicht näher eingegangen werden.

unmittelbar beteiligten Anteilseigners jedoch kein tatsächlicher Ertrag entstanden ist, muss ein fiktiver Abfluss des Ertrags erfolgen. Dieser Abfluss kann wiederum entweder in Form einer Zinszahlung durch die Beteiligungskette hindurch oder direkt an die Obergesellschaft fingiert werden oder durch eine erneute Umqualifizierung der Zinszahlungen in verdeckte Gewinnausschüttungen gem. § 8a KStG. In der Literatur wird in Anbetracht der gesetzlichen Logik der Alternative Vorzug gegeben, nach der die bei dem unmittelbar beteiligten Gesellschafter anzusetzende verdeckte Gewinnausschüttung durch die ganze Beteiligungskette durchgereicht wird mit der Folge, dass auf jeder Stufe gem. § 8b Abs. 5 KStG nicht abzugsfähige Betriebsausgaben in Höhe von 5% der Vergütungen entstehen.²²³

Die Rechtsfolgen des § 8a KStG treten entsprechend ein, wenn zwischen dem darlehensgebenden Gesellschafter und der Tochtergesellschaft ein Organschaftsverhältnis besteht. Gibt ein Organträger seiner Organtochter ein Darlehen, entsteht auf Ebene der Tochtergesellschaft ein Aufwand in Höhe der Zinszahlungen und eine entsprechende Hinzurechnung in Höhe der verdeckten Gewinnausschüttung. Auf Ebene des Organträgers sind die Einkünfte aus der Beteiligung in Höhe der Vergütung – sowohl für einkommensteuerliche als auch für gewerbsteuerliche Zwecke – wie eine Ergebnisabführung aus dem Einkommen des Organträgers auszuscheiden²²⁴; § 8b Abs. 5 KStG ist dabei nicht anwendbar, da es sich um eine organschaftliche Ergebnisabführung und nicht um eine Ausschüttung handelt. Das aus der Darlehensvergabe resultierende Gesamteinkommen des Organkreises neutralisiert sich und es wird lediglich das Ergebnis hergestellt, das der Ergebnisabführungsvertrag erreichen soll.²²⁵ Entsprechendes gilt, wenn die Finanzierung durch eine

²²³ Vgl. für den vorigen Abschnitt *Frotscher, G., Wirkungen*, a.a.O., S 382.

²²⁴ Vgl. Abschn. 57 Abs. 6 KStR; BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rdn. 26; *Rödler, T., Schumacher, A., BMF-Schreiben*, a.a.O., S. 1454. Dazu auch *Dötsch, E., Pung, A., Einführungsschreiben*, a.a.O., S. 1688.

²²⁵ Vgl. für den vorigen Abschnitt *Frotscher, G., Wirkungen*, a.a.O., S. 384. Dazu auch

nahe stehende Person erfolgt, die ebenfalls Organgesellschaft des Anteilseigners ist. Im Fall der Finanzierung durch eine Schwestergesellschaft ist auf Grund der Annahme einer verdeckten Einlage daneben der Beteiligungsbuchwert zu erhöhen.²²⁶

Erfolgt die Darlehensvergabe an eine in Deutschland beschränkt steuerpflichtige Gesellschaft, die nach dem Typenvergleich einer Kapitalgesellschaft i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG entspricht, gilt § 8a KStG bezogen auf ihre inländischen Einkünfte.²²⁷ Hat die kapitalempfangende Gesellschaft eine inländische Betriebsstätte, sind die Vergütungen für von Dritten oder von Gesellschaftern aufgenommene Darlehen im Rahmen der Betriebsstättengewinnermittlung als abziehbarer Aufwand zu berücksichtigen, wenn die Kapitalaufnahme durch die Aktivitäten der Betriebsstätte verursacht sind und die Betriebsstätte ausreichend mit Dotationskapital ausgestattet ist.²²⁸ Für die Berechnung des Safe Havens ist auf das nach handelsbilanziellen Grundsätzen ermittelte Eigenkapital der Betriebsstätte abzustellen.²²⁹ Sind die Voraussetzungen des § 8a KStG erfüllt, ist dem Betriebsstättenergebnis eine verdeckte Gewinnausschüttung hinzuzurechnen.

Stegemann, D., Gesellschafter-Fremdfinanzierung, INF 2004, S. 150. Auf weitere Ausführungen zu den Rechtsfolgen soll im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden, bspw. die Rechtsfolgen im Falle einer Holdinggesellschaft bei nachgeordneten Kapitalgesellschaften sowie der Darlehensgewährung an nachgeschaltete Personengesellschaften; siehe dazu *Blumers, W., Görg, D., Tiede, K.*, a.a.O., S. 635 und S. 639.

²²⁶ Vgl. *Rödler, T., Schumacher, A.*, BMF-Schreiben, a.a.O., S. 1454.

²²⁷ Siehe dazu Kapitel III 5.3.2.1 Person des Fremdkapitalempfängers, S. 48.

²²⁸ Die Zuordnung erfolgt im Rahmen der Einkünfteabgrenzung nach dem Grundsatz der wirtschaftlichen Zugehörigkeit bzw. dem Veranlassungsprinzip der inländischen Betriebsstätte; vgl. *Schild, C., Eisele, F.*, a.a.O., S. 218. Dazu auch BMF-Schreiben vom 24.12.1999, Betriebsstättenerlass, Rz. 2.5.; BMF-Schreiben vom 29.09.2004, BStBl. I 2004.

²²⁹ § 8a Abs. 2 Satz 5 KStG. Vgl. *Schild, C., Eisele, F.*, a.a.O., S. 219; dieser führt aus, dass eine zweifache Angemessenheitsprüfung erfolgt: im ersten Schritt wird geprüft, ob das Dotationskapital angemessen ist und im zweiten Schritt wird geprüft, ob der Safe Haven überschritten wird. Die Ansicht, dass auf steuerliche Werte abzustellen ist, vertritt dagegen *Dötsch, E., Pung, A.*, Neuerungen, a.a.O., S. 95. Dies ist unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung jedoch abzulehnen.

6 Korrespondierende Änderungen

6.1 Änderung des § 9 Nr. 10 GewStG

Im Gewerbesteuerrecht wurden die umqualifizierten Fremdkapitalvergütungen durch die Kürzungsvorschrift des § 9 Nr. 10 GewStG und die Hinzurechnungsvorschrift des § 8 Nr. 1 GewStG bislang im Ergebnis von der Gewerbesteuer freigestellt. Durch die Streichung der Kürzungsvorschrift²³⁰ schlägt die Umqualifizierung der Zinsen in verdeckte Gewinnausschüttungen nunmehr voll auf die Gewerbesteuer durch.

Eine zusätzliche Berücksichtigung der umqualifizierten Zinsen als gewerbesteuererhöhende Dauerschuldzinsen ist grundsätzlich nicht vorgesehen. Jedoch kann es beispielsweise bei der fiktiven Darlehenszurechnung gem. § 8a Abs. 5 KStG zu einer gewerbesteuerlichen Doppelbelastung kommen, da die Zinsen bei der Personengesellschaft gem. § 8 Nr. 1 GewStG hälftig hinzugerechnet werden und auf Ebene der Kapitalgesellschaft gem. § 9 Nr. 10 GewStG ebenfalls voll erfasst werden. Dazu kommt ggf. die gewerbesteuerpflichtige Berücksichtigung bei rückgriffsberechtigten Dritten.

6.2 Änderung des § 8b Abs. 3 und 5 KStG

Korrespondierend zu den Änderungen der Vorschrift des § 8a KStG wurde auch die im EuGH-Urteil vom 18.09.2003²³¹ festgestellte Europarechtswidrigkeit des § 8b Abs. 5 KStG durch die Einbeziehung von inländischen Tochtergesellschaften beseitigt. Nach der Änderung gelten Betriebsausgaben in Höhe von 5% der Dividende – und auch

²³⁰ Vgl. Änderungsgesetzes zum Gewerbesteuergesetz und anderer Gesetze; BGBl I 2003, S. 2922.

²³¹ Vgl. EuGH-Urteil vom 18.09.2003, Bosal.

einer verdeckten Gewinnausschüttung – als nicht abzugsfähig.²³² Im Ergebnis sind somit nur 95% der Dividende steuerfrei. § 3c Abs. 1 EStG ist ausdrücklich nicht anzuwenden und wird von dem Pauschalabzug des § 8b Abs. 5 KStG verdrängt.

Auswirkungen hat diese Neuregelung insbesondere bei gestuften Beteiligungsverhältnissen hinsichtlich eines Kaskadeneffektes, da auf jeder Unternehmensstufe Betriebsausgaben von pauschal 5% der Dividende versagt bleiben, unabhängig davon, ob korrespondierend Aufwendungen angefallen sind.²³³

7 Einbehalt von Kapitalertragsteuer

Nach Auffassung der Finanzverwaltung hat die darlehensempfangende Kapitalgesellschaft nach den allgemeinen Grundsätzen Kapitalertragsteuer einzubehalten und abzuführen, soweit nach § 8a KStG eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt.²³⁴ Nach der Rechtsprechung und der h.M. in der Literatur zur alten Fassung der Vorschrift war auf Grund der fiktiven Umqualifizierung der Zinsen keine Kapitalertragsteuer einzubehalten.²³⁵ In der Neufassung des § 8a KStG erfolgte eine Aufhebung der Fiktion.²³⁶ In der Literatur werden jedoch weiterhin unterschiedliche Auffassungen vertreten.²³⁷ Auf eine

²³² Vgl. *Roser, F.*, Steuerbefreiung, GmbHR 2003, S. 1253.

²³³ Vgl. *Körner, A.*, Finanzierungsaufwendungen, BB 2003, S. 2439 – 2441. Vorteilhaft kann dies sein, wenn die in Zusammenhang mit der Dividende stehenden Aufwendungen mehr als 5% der Dividende betragen; vgl. *Schrauf, M., Zech, H.*, Abzugsverbot, PISb 2003, S. 338.

²³⁴ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 5f. Auf den Einbehalt von Kapitalertragsteuer soll lediglich der Vollständigkeit halber eingegangen werden und lediglich im Rahmen der deutschen Vorschrift. Systematisch handelt es sich nicht um eine Problematik des § 8a KStG, sondern des § 43 Abs. 1 Satz 3 EStG; dazu *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8b KStG, Rz. 29; *Dautzenberg, N.*, Kapitalertragsteuer, BB 2001, S. 2138 – 2139; *Schild, C., Eisele, F.*, a.a.O., S. 222.

²³⁵ Vgl. FG Düsseldorf vom 05.09.2000, 6 K 2821/97, FR 2001, S. 79 – 81; *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 67.

²³⁶ Siehe dazu Kapitel III 5.3.6 Rechtsfolgen, S. 59.

²³⁷ Siehe zum Einbehalt von Kapitalertragsteuer *Strunk, G., Theobald, O.*, Belastungswirkungen, IWB 2004, S. 355 – 362; gegen den Einbehalt von

eingehende Stellungnahme soll verzichtet werden, da es sich systematisch nicht um eine Problematik des § 42 Abs. 1 Satz 3 EStG, sondern des § 43 Abs.1 Satz 3 EStG handelt.

8 Zusammenfassung

Im vorigen Kapitel wurde die deutsche Regelung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung dargestellt. Festzuhalten ist, dass auch nach Änderung der Vorschrift viele begriffliche und inhaltliche Fragen offen geblieben sind, die teilweise auch durch das BMF-Schreiben vom 15.07.2004 nicht geklärt werden konnten. So hat der Gesetzgeber hinsichtlich verschiedener Punkte die Gelegenheit verpasst, Unklarheiten zu beseitigen. Die wesentliche Änderung, die die Vorschrift erfahren hat, betrifft die Ausweitung des Anwendungsbereichs auch auf inländische Anteilseigner der kapitalempfangenden Gesellschaft.

Kapitalertragsteuer siehe *Schwedhelm, R., Ehnert, M.*, Auswirkungen, FR 2004, 256. Kritisch zu § 8a KStG a.F. siehe *Frotscher, G.*, Kapitalertragsteuer, BB 2001, S. 2137 – 2142. Nach § 43 Abs. 1 Satz 1 EStG ist Kapitalertragsteuer grundsätzlich nur bei inländischen Kapitalerträgen einzubehalten; vgl. *Schild, C., Eisele, F.*, a.a.O., S. 223.

IV Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung im internationalen Steuerrecht

1 Einleitung

International liegt der deutsche Gesetzgeber mit der Regelung des § 8a KStG im Trend. Unter dem Begriff „thin capitalization“ (Unterkapitalisierung) wird in zahlreichen europäischen und außereuropäischen Staaten die Frage der Begrenzung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung diskutiert und in Folge dessen die Abzugsfähigkeit der Fremdkapitalvergütungen zunehmend einschränkend gesetzlich geregelt. Grundsätzliches Ziel der gesetzlichen Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung ist, das Steueraufkommen vor den Wirkungen einer übermäßigen Fremdfinanzierung zu schützen.²³⁸ Wie zu zeigen ist, unterscheidet sich die Ausgestaltung der Regelungen in den Anwendungsvoraussetzungen und Besteuerungsfolgen dabei teilweise deutlich. So wird die Gesellschafter-Fremdfinanzierung in manchen Ländern durch spezielle Regelungen, in anderen dagegen durch allgemeines Steuerrecht geregelt. Wieder andere Länder sehen in der Unterkapitalisierung kein Problem und somit keinen Handlungsbedarf.²³⁹

Die Begriffe Gesellschafter-Fremdfinanzierung und Unterkapitalisierung (thin capitalization) werden im Steuerrecht besonders in der Literatur zu internationalen Regelungen häufig synonym verwendet, obwohl sie nicht identisch sind. Nach der zivilrechtlichen Definition besteht Unterkapitalisierung dann, wenn das Eigenkapital nicht ausreicht, um den nach Art und Umfang der Geschäftstätigkeit bestehenden, nicht durch Kredite Dritter zu deckenden mittel- oder langfristigen

²³⁸ Vgl. Siegel, T., Zielsetzung, in: Haase, K., Schneeloch, D., Siegel, T., Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 1983, S. 2f. Siehe dazu Kapitel III 3 Rechtfertigung und Zielsetzung des § 8a KStG n.F., S. 30.

²³⁹ Siehe hierzu im Einzelnen die folgenden Darstellungen.

Finanzbedarf zu befriedigen.²⁴⁰ In der folgenden Arbeit wird der Begriff der thin capitalization und der deutsche Begriff der Unterkapitalisierung synonym mit dem Begriff Gesellschafter-Fremdfinanzierung verwendet, um eine Bezeichnung entsprechend der vorliegenden Literatur zu ermöglichen.

Im Folgenden werden die spezifischen Regelungen der EU-Mitgliedstaaten, die im Rahmen der vorliegenden Arbeit einem internationalen Vergleich unterzogen und unter verschiedenen Gesichtspunkten kritisch beurteilt werden, zunächst im Überblick dargestellt. Dies erfolgt zur Bestandsaufnahme und zur Vorbereitung auf die Gruppierung nach für die weitere Untersuchung relevanten Merkmalen. Auf eine Beurteilung der Regelungen soll dabei zunächst verzichtet werden. Die verschiedenen Regelungen werden sodann in einem schematischen Überblick zusammengefasst. Anschließend werden ebenfalls im Rahmen eines schematischen Überblicks die körperschaftsteuerlichen Systeme der verschiedenen EU-Mitgliedstaaten dargestellt. Dies erfolgt als Grundlage für die spätere Beurteilung des Zusammenhangs zwischen dem Körperschaftsteuersystem und den Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung. Die Regelungen der Länder der EU werden nach für die spätere Beurteilung relevanten Merkmalen in Gruppen aufgeteilt. Diese Merkmale werden für diesen Zweck kritisch gewürdigt. Die verschiedenen Regelungsgruppen werden anschließend anhand eines Musterlandes detaillierter vorgestellt; dabei werden insbesondere die für die weitere Untersuchung relevanten Grundzüge der Regelungen dargestellt. Im Anschluss daran werden jeweils die wesentlichen Unterschiede gegenüber anderen Regelungen der Gruppe aufgezeigt; diese werden in der späteren Beurteilung aufgegriffen. Schließlich wird die US-Regelung zur Unterkapitalisierung als Exkurs skizziert. Dieser Exkurs wird insbesondere in Anbetracht der

²⁴⁰ Vgl. *Emmerich, V.*, in: *Scholz, F.*, Scholz Kommentar, 2000, S. 677. Zur Unterscheidung zwischen nomineller und materieller Unterkapitalisierung siehe *Herrmann, J.*, a.a.O., S. 14 – 17; *Heermann, P.*, Unterkapitalisierung, in: *Theobald, Wolfgang*, Entwicklungen, 2000, S. 11 – 36.

wesentlichen Bedeutung der USA als Standort für Finanzierungsgesellschaften europäischer Gesellschaften vorgenommen sowie als Ausblick, ob und ggf. wie die Problematik der Gesellschafter-Fremdfinanzierung außerhalb des europäischen Raumes einschränkend geregelt wird. So soll diese Regelung im Rahmen der vorliegenden Arbeit neben den europäischen Vorschriften als Vergleichsregelung dienen und unter deutschen allgemeinen Grundsätzen sowie nach abkommensrechtlichen Gesichtspunkten analysiert werden. Abschließend werden die vorläufigen Ergebnisse dieses Kapitels zusammengefasst.

2 Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung in den EU-Mitgliedstaaten

2.1 Überblick über die Regelungen in den EU-Mitgliedstaaten

2.1.1 Belgien

In Belgien gelten 2 Regelungen für Gesellschafter-Fremdfinanzierung; ein Ansatz legt ein festes Eigen-/Fremdkapitalverhältnis (fixed ratio) zugrunde, der andere Ansatz begründet sich auf subjektiven Missbrauchsvorschriften; dieser subjektive Ansatz greift lediglich dann, wenn der fixed-ratio-Ansatz keine Anwendung findet.²⁴¹ Der fixed-ratio-Ansatz sieht vor, dass Darlehensvergütungen unabhängig von der Ansässigkeit des Anteilseigners bei der darlehensempfangenden Gesellschaft als nicht abzugsfähige Betriebsausgaben behandelt werden, wenn der Darlehensgeber in Bezug auf die Zinseinkünfte von der Steuer befreit ist oder im Vergleich zur belgischen Steuer einer niedrigeren Steuer unterliegt und soweit ein Safe Haven von 7:1 überschritten ist.²⁴² Eine Umqualifizierung der Vergütungen wird nicht

²⁴¹ Vgl. *Wyntin, D.*, Belgien, in: CDDFI, 1996, S. 353.

²⁴² Art. 198 Einkommensteuergesetz. Dazu auch *Offermanns, R.*, Belgien, in: European

vorgenommen. Bei der Ermittlung des Safe Havens wird grundsätzlich auf das gesamte Eigenkapital der Gesellschaft abgestellt. Eine bestimmte Beteiligungshöhe ist nicht vorgeschrieben.

Der subjektive Ansatz findet Anwendung auf Fremdkapital, das von natürlichen Personen mit Gesellschaftsbeteiligung gewährt wird bzw. von natürlichen oder juristischen Personen, die Geschäftsführer (nicht zwingend verbunden mit einer Gesellschaftsbeteiligung) der Gesellschaft sind. Eine Ausnahme gilt für belgische juristische Personen, die die Geschäftsführung der Gesellschaft ausüben. Nach dem subjektiven Ansatz werden Vergütungen in nicht abzugsfähige Dividenden umqualifiziert, sofern der Safe Haven von 1:1 überschritten ist oder wenn ein über dem üblichen Marktzinssatz liegender Zins vereinbart wird.²⁴³ Beide Regelungen zielen auf die Fremdkapitalvergabe ausländischer Gesellschaften ab.²⁴⁴

2.1.2 Dänemark

Die Regelungen wurden in Dänemark als Reaktion auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst geändert und – entsprechend der deutschen Neufassung – auf inländische Anteilseigner ausgedehnt.²⁴⁵

Von den Regelungen sind Darlehen von zu mindestens 50% direkt oder indirekt beteiligten Gesellschaftern betroffen, die einen Safe Haven von 4:1 und einen Mindestbetrag i.H.v. 10 Mio. Kronen übersteigen. Vergütungen für solche Darlehen sind nicht abziehbar, soweit sie den

Tax Handbook, 2004, S. 80; Kessler, W., Obser, R., Überblick, IStR 2004, S. 18; Vanpetheghem, R., Goethals, A., Thin Cap Belgium, ITR 1997, S. 396; Declair, H., Belgian Budgetary, The International tax journal, S. 67.

²⁴³ Art. 18 Einkommensteuergesetz. Dazu auch Vanpetheghem, R., Goethals, A., a.a.O., S. 396f.

²⁴⁴ Vgl. Vanpetheghem, R., Goethals, A., a.a.O., S. 396. Dazu auch Brosens, L., Thin Cap EU, EC Tax Review 2004, S. 198.

²⁴⁵ Vgl. Gesetzesbeschluss des dänischen Parlaments vom 30.3.2004; Bjornholm, N., Halmind, S., Lankhorst-Hohorst, ITR 2004, 32f. Zur Ähnlichkeit der dänischen und der alten Fassung der deutschen Regelung siehe Vinther, N., Werlauff, E., a.a.O., S. 103.

Safe Haven übersteigen; es sei denn, ein Drittvergleich wird erbracht. Eine Umqualifizierung der Vergütungen in Dividenden erfolgt nicht. Hinsichtlich des Gläubigers wurde die Anwendbarkeit der Regelung von grenzüberschreitenden Sachverhalten (Fremdfinanzierung durch nicht in Dänemark ansässige Gesellschaften) auf Finanzierungsstrukturen zwischen in Dänemark ansässigen Gesellschaften ausgeweitet. Bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen sind die Darlehensvergütungen bei dem dänischen Darlehensnehmer im reinen Inlandsfall nicht abzugsfähig und beim Darlehensgeber als steuerfreie Dividende zu behandeln.²⁴⁶

2.1.3 Estland

Es bestehen keine Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung.²⁴⁷

2.1.4 Finnland

Es bestehen keine spezialgesetzlichen Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung. Zwar sieht der Net Wealth Tax Act (1537/92) die Möglichkeit vor, die Abzugsfähigkeit von Zinsen auf Darlehen von nicht-ansässigen Gesellschaftern der Gesellschaft in typischen Unterkapitalisierungssituationen abzuerkennen; jedoch wurde die Abzugsfähigkeit von Zinsen in einem Urteil des Obersten Verwaltungsgerichts sogar bei einem Verhältnis des Fremdkapitals zu Eigenkapital von 15:1 mit Hinweis auf Art. 25 des Doppelbesteuerungsabkommens Finnland/Niederlande noch anerkannt.²⁴⁸ Eine Umqualifizierung der Zinsen in Dividenden erfolgt nicht.²⁴⁹ Andererseits kann Gesellschafter-Fremdfinanzierung

²⁴⁶ Dies gilt nicht bei Back-to-Back-Finanzierungen; vgl. *Brosens, L.*, a.a.O., S. 198. Zu Ausnahmefällen siehe *Nielsen, M.*, Denmark, International Tax Review, 2004, Beilage; *Brodic, D.*, Dänemark, in: European Tax Handbook, a.a.O., S. 175.

²⁴⁷ Vgl. *Herm, M.*, Estland, in: European Tax Handbook, a.a.O., S. 190.

²⁴⁸ Vgl. Supreme Administrative Court, Urteil vom 16.04.1999, KHO:1999:19.

²⁴⁹ Vgl. *Vapaavuori, A.*, Finnland, in: CDDFI, Genf 1996, S. 417; *Kessler, W.*, *Obser, R.*,

ausländischer Anteilseigner in typischen Unterkapitalisierungssituationen anhand allgemeiner steuerlicher Missbrauchsgrundsätze eingeschränkt werden.²⁵⁰

2.1.5 Frankreich

Vergütungen für Fremdkapital sind als Gewinnausschüttungen zu behandeln und damit nicht als Betriebsausgaben abzugsfähig, wenn das Gesellschafter-Fremdkapital das 1,5-Fache des Nennkapitals der Gesellschaft übersteigt und an einen nichtansässigen Anteilseigner ausgezahlt wird, der aktiv an der Geschäftsführung der Kapitalgesellschaft mitwirkt oder zu mehr als 50% am stimm- oder dividendenberechtigten Kapital beteiligt ist.²⁵¹ Auf die französische Vorschrift soll im folgenden Teil der Arbeit detaillierter eingegangen werden.

Durch einen aktuellen, rechtsverbindlichen Nicht-Anwendungserlass werden die französischen Unterkapitalisierungsvorschriften insoweit mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang gebracht, als der Anwendungsbereich des Art. 212 CGI auf Betriebsstätten von Gesellschaften aus Drittstaaten beschränkt wird.²⁵²

2.1.6 Griechenland

Es bestehen keine Regelungen zur Unterkapitalisierung.²⁵³

Überblick, a.a.O., S. 188.

²⁵⁰ Die Einführung von Regelungen zur Unterkapitalisierung ist geplant, wurde jedoch bis heute nicht umgesetzt.

²⁵¹ Vgl. *de Waal, Allard*, French Thin Cap, International taxation 2000, S. 520; *Baranger, S.*, Frankreich, in: European Tax Handbook, a.a.O., S. 215. Dazu auch *Kessler, W., Obser, R.*, Überblick, a.a.O., S. 189; *Delattre, O.*, Frankreich, in: CDDFI, a.a.O., S. 441; *Michielse, G.*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, StuW 1994, S. 335.

²⁵² Vgl. Conseil d'Etat, Urteil vom 30.12.2003, SARL Coréal Gestion.

²⁵³ Vgl. *Mavraganis, G.*, Griechenland, in: European Tax Handbook, a.a.O., S. 281.

2.1.7 Großbritannien

Als Reaktion auf die Entscheidung des EuGH Lankhorst-Hohorst wurden die Regelungen zur Unterkapitalisierung mit Wirkung ab dem 01.04.2004 an die Verrechnungspreisvorschriften angepasst und hinsichtlich des Anwendungsbereichs ausgedehnt, so dass nunmehr sowohl rein inländische als auch grenzüberschreitende Sachverhalte von den Regelungen betroffen sind. Vergütungen für Darlehen von Gesellschaftern, die zu mindestens 75% an der darlehensempfangenden Gesellschaft beteiligt sind sowie von anderen Muttergesellschaften, wenn an der darlehensgewährenden und der –empfangenden Gesellschaft eine dritte Gesellschaft zu mindestens 75% beteiligt ist, sind nicht als Betriebsausgaben abziehbar, soweit die Darlehensbedingungen einem Drittvergleich nicht standhalten. Eine Umqualifizierung der Zinsen in Dividenden erfolgt nicht. Die Vergütungen sind lediglich in der Höhe nicht abziehbar, die solche Vergütungen zwischen nicht verbundenen Unternehmen übersteigen. Für diese Beurteilung wird das FK-EK-Verhältnis sowie der vereinbarte Zinssatz berücksichtigt. Ein fester Safe Haven ist nicht vorgegeben; in der Regel wird ein FK-EK-Verhältnis von 1:1 akzeptiert.²⁵⁴

2.1.8 Irland

Es bestehen keine spezialgesetzlichen Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung. Jedoch werden Zinsen nach irischem Steuerrecht in nicht abzugsfähige Dividenden umqualifiziert, wenn das Darlehen von einer Gesellschaft gewährt wird, die an der darlehensempfangenden Gesellschaft zu mindestens 75% beteiligt ist oder wenn sich beide Gesellschaften zu mindestens 75% im Besitz einer nichtansässigen Kapitalgesellschaft befinden.²⁵⁵ Eine Ausnahme besteht für

²⁵⁴ Vgl. für den vorigen Abschnitt *Bater, P.*, Großbritannien, in: *European Tax Handbook*, a.a.O., S. 712; *Barrow, C.*, Re-Branding, *Tax Planning International Review*, 2004, S. 21f.

²⁵⁵ Vgl. *Bater, P.*, Irland, in: *European Tax Handbook*, a.a.O., S. 324.

Gesellschaften in EU- und verschiedenen DBA-Staaten. Für Gesellschafter, die in solchen Staaten ansässig sind, erfolgt keine Umqualifizierung der Vergütungen, es sei denn, die Vereinbarungen zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern sind nicht marktüblich.²⁵⁶

2.1.9 Italien

Zum 01.01.2004 wurden in Italien erstmals Regelungen zur Unterkapitalisierung eingeführt. Vergütungen für Fremdkapital, das eine Gesellschaft von einem zu mindestens 25% mittelbar oder unmittelbar beteiligten Anteilseigner oder einer nahe stehenden Person, bzw. von einem Anteilseigner, der Kontrollfunktionen ausübt, erhält, werden in nicht abzugsfähige Dividenden umqualifiziert, soweit die Darlehen einen Mindestbetrag von ca. 5 Mio. € und den Safe Haven von 4:1 übersteigen und sofern kein Drittvergleich möglich ist.²⁵⁷ Die Behandlung der Vergütungen ist unabhängig von der Ansässigkeit des Anteilseigners.²⁵⁸

2.1.10 Lettland

Für Wirtschaftsjahre, die nach dem 31.12.2002 beginnen, bestehen Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung. So sind Vergütungen für Darlehen gegenüber verbundenen Unternehmen nicht als Betriebsausgabe abziehbar, soweit die Gesellschafterdarlehen zu Beginn des Wirtschaftsjahres das 4-fache des Eigenkapitals übersteigen. Dies gilt unabhängig von der Ansässigkeit der Anteilseigner. Eine Umqualifizierung der Vergütungen in Dividenden erfolgt nicht.²⁵⁹

²⁵⁶ Vgl. *Bater, P.*, Ireland, a.a.O., S. 324; *Kessler, W., Obser, R.*, Überblick, a.a.O., S. 189.

²⁵⁷ Eine Umqualifizierung der Vergütungen in Dividenden erfolgt nicht in Garantiefällen.

²⁵⁸ Vgl. für den vorigen Abschnitt *Romani, B., Strnad, O., Grabbe, C.*, Steuerreform, IStR 2004, S. 156 – 158; *Russo, R.*, Italien, in: European Tax Handbook, a.a.O., S. 367; *Kessler, W., Obser, R.*, Überblick, a.a.O., S. 189.

²⁵⁹ Vgl. *Birums, A.*, Lettland, in: European Tax Handbook, a.a.O., S. 396.

2.1.11 Litauen

Nach den Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung sind Vergütungen für Fremdkapital, das einen Safe Haven in Höhe von 4:1 übersteigt, für körperschaftsteuerliche Zwecke nicht abziehbar. Dies gilt bei Darlehensvergabe durch Anteilseigner, die alleine oder mit anderen Gesellschaftern mehr als 50% der Anteile oder Stimmrechte an der Gesellschaft halten. Dies gilt nicht, wenn ein Fremdvergleich für die Darlehensvergabe erbracht wird. Eine Umqualifizierung der Vergütungen in Dividenden erfolgt nicht.²⁶⁰

2.1.12 Luxemburg

Es bestehen keine spezialgesetzlichen Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung. Die Finanzbehörden prüfen jedoch in Zusammenhang mit Fremdfinanzierungsverhältnissen allgemeine Missbrauchstatbestände (arm's length test). So werden Vergütungen für Fremdkapital in Dividenden umqualifiziert, soweit das Verhältnis zwischen Fremdkapital und Eigenkapital 85:15 übersteigt.²⁶¹ Darüber hinaus werden Verrechnungspreisvorschriften geprüft.²⁶²

2.1.13 Malta

Es bestehen keine Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung.²⁶³

2.1.14 Niederlande

In den Niederlanden wurden auf Grund des EuGH-Urteils zur

²⁶⁰ Vgl. *Dege*, R., Litauen, in: *European Tax Handbook*, a.a.O., S. 411.

²⁶¹ Vgl. *Biewer*, S., Luxemburg, in: *European Tax Handbook*, a.a.O., S. 430; *Kessler*, W., *Obser*, R., Überblick, a.a.O., S. 190.

²⁶² Vgl. *Warner*, P., Luxembourg, 1997, S. 214.

²⁶³ Vgl. *Zarb*, A., *Portelli*, P., Malta, in: *European Tax Handbook*, a.a.O., S. 457.

Rechtssache Bosal²⁶⁴ erstmals Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung eingeführt, die grundsätzlich für inländische und ausländische Gesellschafter einer niederländischen Gesellschaft Anwendung finden.²⁶⁵ Vergütungen für Gesellschafterdarlehen sind nicht als Betriebsausgaben abziehbar, wenn die Gesellschaften einen Konzern im Sinne des niederländischen Gesellschaftsrechts bilden und eine Unterkapitalisierung vorliegt.²⁶⁶ Eine Ausnahme besteht dann, wenn die Gesellschaften auf Grund eines Organschaftsverhältnisses steuerlich wie ein einziges Unternehmen zu behandeln sind.²⁶⁷ Die Anwendbarkeit der Regelung setzt eine Beteiligung von mindestens einem Drittel voraus.

Für die Prüfung stehen zwei Tests zur Verfügung, ein Safe Haven Test (3:1) und ein Group Ratio Test.²⁶⁸ Für den Safe Haven Test werden jeweils durchschnittliche Jahreswerte zugrunde gelegt. Es wird eine Freigrenze von 500.000 € Fremdkapital gewährt. Bei dem Group Ratio Test wird die konsolidierte Bilanz der Unternehmensgruppe, zu der die Gesellschaft gehört, zugrunde gelegt. Überschüssiges Fremdkapital liegt nur insoweit vor, als das Fremdkapital-Eigenkapital-Verhältnis der einzelnen betroffenen Gesellschaft das Verhältnis der Gruppe übersteigt.

Eine Umqualifizierung der Zinsen in Dividenden findet nicht statt.²⁶⁹ Die

²⁶⁴ Vgl. EuGH-Urteil vom 18.09.2003, Bosal. In dem Urteil stellte der EuGH fest, dass das niederländische Schachtelprivileg gegen Europarecht verstößt; dazu *Hahn, H.*, Problemlösung, GmbHR 2003, S. 1245 – 1249; *Vrouwenfelder, M., van Casteren, M.*, Thin Cap Rules, 2003, S. 205 – 206.

²⁶⁵ Die Unterkapitalisierungsregel ist in Art. 10d Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969) und Art. 24b des zweiten Buchs des niederländischen Zivilrechts geregelt.

²⁶⁶ Unternehmen bilden eine Gruppe, wenn sie derart organisatorisch miteinander verbunden sind, dass sie eine wirtschaftliche Einheit bilden; vgl. *van der Donk, O., Kroon, O.*, Response to Bosal, Tax Planning International Review, 2004, S. 11; *de Wit, M., Tilanus, V.*, EU Proof, Intertax, 2004, S. 188.; *Bobeldijk, A., Hofman, A.*, Dutch Thin Cap, Intertax 2004, S. 256; *Sunderman, M.*, Thin Cap Rules, DFI 2004, S. 40.

²⁶⁷ Vgl. *van der Donk, O., Kroon, O.*, a.a.O., S. 11.

²⁶⁸ Siehe dazu ausführlich *Vrouwenfelder, M., van Casteren, M.*, Thin Cap Rules, 2003, S. 207f.; *van der Donk, O., Kroon, O.*, a.a.O., S. 11.

²⁶⁹ Vgl. *Bobeldijk, A., Hofman, A.*, a.a.O., S. 255; *Sunderman, M.*, a.a.O., S. 37.

Regelungen gelten sowohl für niederländische Gesellschaften als auch für Gesellschaften, die nicht in den Niederlanden ansässig sind sowie für Betriebstätten in den Niederlanden.²⁷⁰

2.1.15 Österreich

Im österreichischen Recht bestehen keine spezialgesetzlichen Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung. Der österreichische Verwaltungsgerichtshof hat jedoch Richtlinien erlassen, nach denen bei Kapitalgesellschaften unter besonderen Umständen – wenn das zur Verfügung gestellte Fremdkapital offensichtlich den wirtschaftlichen Zweck erfüllt, Eigenkapital zu ersetzen – eine Umqualifizierung von Gesellschafterdarlehen in verdecktes Eigenkapital vorgenommen wird.²⁷¹

2.1.16 Polen

Bis 31.12.2004 galten polnische Unterkapitalisierungsvorschriften ausschließlich für nicht in Polen ansässige Anteilseigner.²⁷² Mit Wirkung ab dem 01.01.2005 wurden die polnischen Regelungen an Europarecht angepasst.²⁷³ Danach sind Vergütungen für Fremdkapital nicht abzugsfähig, soweit das entsprechende Fremdkapital einen Safe Haven von 3:1 übersteigt und wenn Fremdkapital von einem Anteilseigner gewährt wird, der mindestens 25% der Stimmrechte hält. Eine Umqualifizierung der Vergütungen in Gewinnausschüttungen erfolgt nicht. Die Regelung gilt nunmehr sowohl für polnische als auch für

²⁷⁰ Vgl. *Kessler, W., Obser, R.*, Überblick, a.a.O., S. 190; *Aigner, D.*, The Bosal Case, Intertax 2004, S. 148; *Snel, F.*, Bosal, European Taxation 2003, S. 420; *Vanistendael, F.*, Bosal, EC Tax Review, 2003, S. 192.

²⁷¹ Vgl. *Kessler, W., Obser, R.*, Überblick, a.a.O., S. 190. Zu einer ausführlichen Darstellung der österreichischen Regelungen siehe Kapitel IV 2.5.2 Gruppe 2: Regelung der Unterkapitalisierung anhand allgemeiner Grundsätze, S. 87.

²⁷² Vgl. *Pawlak, B.*, Thin capitalisation, in: Doing Business in Poland, 2004, S. 38; *Brynska, A.*, Polish Thin Cap, Tax Notes International, 2003, S. 413.

²⁷³ Die Grundsätze sind in Art. 16 Abs. 1 Nr. 60 und Nr. 61 KStG-PL geregelt.

ausländische Anteilseigner.²⁷⁴ Ein Fremdvergleich ist nicht vorgesehen.

2.1.17 Portugal

Im portugiesischen Steuerecht sind Vergütungen für Fremdkapital, das der Kapitalgesellschaft von einer nahe stehenden Person, d.h. einem Anteilseigner, der unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 10% beteiligt ist bzw. mindestens 10% der Stimmrechte hält, einem Mitglied der Gesellschafterorgane oder einem organschaftlich verbundenen Unternehmen erhält, nicht als Betriebsausgaben abzugsfähig, wenn der Safe Haven von 2:1 überschritten ist.²⁷⁵ Eine Umqualifizierung der Vergütungen in Dividenden erfolgt nicht. Die Regelung findet lediglich für nicht in Portugal ansässige Gesellschafter Anwendung. Es besteht die Möglichkeit, einen Fremdvergleich zu erbringen.

2.1.18 Schweden

Es bestehen keine Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung.²⁷⁶

2.1.19 Slowakei

In der Slowakei wurden Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung ab 01.01.2004 abgeschafft.²⁷⁷

2.1.20 Slowenien

Derzeit bestehen keine spezialgesetzlichen Regelungen zur

²⁷⁴ Vgl. *Dluska, R.*, New Thin Cap Rules, ITR 2005.

²⁷⁵ Vgl. *Kessler, W., Obser, R.*, Überblick, a.a.O., S. 190; *Teixeira, G.*, Thin Capitalisation, Intertax 1996, S. 472; *Teixeira, G.*, Portuguese Tax System, Intertax 1997, S. 61.

²⁷⁶ Vgl. *Brodic, D.*, Schweden, in: European Tax Handbook, a.a.O., S. 633.

²⁷⁷ Vgl. *Blazejová, Z.*, Slowakei, in: European Tax Handbook, a.a.O., S. 585.

Gesellschafter-Fremdfinanzierung. Jedoch sind Zinsen nur dann steuerlich als Betriebsausgaben abziehbar, wenn der Zinssatz dem Interbanken-Zinssatz entspricht.²⁷⁸ Die Einführung von Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung ist geplant.²⁷⁹

2.1.21 Spanien

In Spanien gilt für Fremdkapital, das ein Anteilseigner oder eine nahe stehende Person der Kapitalgesellschaft gewährt, als allgemeine Richtlinie ein Safe Haven von 3:1. Eine höhere FK-/EK-Quote kann mit der Finanzverwaltung vereinbart werden. Wird dieser Safe Haven überschritten, werden die Vergütungen in Dividenden umqualifiziert. Fremdkapitalgeber aus den EU-Mitgliedstaaten sind aus der Anwendung der Vorschrift ausgenommen.²⁸⁰

2.1.22 Tschechien

Als allgemeine Richtlinie gilt in Tschechien ein Fremdkapital-Eigenkapital-Verhältnis von 4:1.²⁸¹ Diese Quote bezieht sich auf die aggregierten Werte der Darlehen und das gesamte Eigenkapital der Gesellschaft. Darlehen für den Erwerb von Anlagevermögen sowie unverzinsliche Darlehen werden bei dieser Ermittlung nicht einbezogen. Die Regelung²⁸² findet Anwendung bei Fremdfinanzierung durch unmittelbare oder mittelbare Anteilseigner der Kapitalgesellschaft, unabhängig von deren Ansässigkeit und unabhängig von einer Beteiligungshöhe. Bei Erfüllung der Voraussetzungen werden die

²⁷⁸ Vgl. *Ostawzewska, A.*, Slowenien, in: *European Tax Handbook*, a.a.O., S. 595.

²⁷⁹ Geplant war die Einführung zum 1.1.2005, bisher ist eine Umsetzung jedoch nicht erfolgt.

²⁸⁰ Vgl. *Kessler, W., Obser, R.*, Überblick, a.a.O., S. 190; *Jiménez, N.*, *Tax Changes, European Taxation 2004*, S. 128. Auf diese Vorschrift wird in den folgenden Abschnitten detaillierter eingegangen.

²⁸¹ Es gilt eine Quote von 6:1 für Banken und Versicherungen.

²⁸² § 25 Abs. 7 EStG-CZ.

Vergütungen nicht in Dividenden umqualifiziert, sondern steuerlich als nicht abziehbare Betriebsausgaben behandelt.²⁸³

2.1.23 Ungarn

Die Regelungen²⁸⁴ sehen vor, dass Vergütungen für Fremdkapital, das den Safe Haven von 3:1 überschreitet, nicht als Betriebsausgaben abziehbar sind. Dies gilt sowohl für Fremdkapital, das von ungarischen als auch von nicht in Ungarn ansässigen Dritten gewährt wird. Die Regelung findet keine Anwendung auf Darlehen, die von Banken gewährt werden. Eine Umqualifizierung der Vergütungen in Dividenden erfolgt nicht.²⁸⁵

2.1.24 Zypern

Es bestehen keine Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung.²⁸⁶

²⁸³ § 25 Abs. 1 Einkommensteuergesetz; vgl. *Kemp, T.*, EU-bound Czech Republic, *International Tax Review* 2004; *Végh, G.*, Tschechien, in: *European Tax Handbook*, a.a.O., S. 156.

²⁸⁴ § 8 Abs. 1j KStG-HU

²⁸⁵ Vgl. *Végh, G.*, Ungarn, in: *European Tax Handbook*, a.a.O., S. 307; *Kastl M., Schlewit, A.*, Unterkapitalisierungsregeln, in: *Grotherr, S.*, Handbuch, 2003.

²⁸⁶ Vgl. *Tsangaris, Y.*, Zypern, *European Taxation* 2004, S. 107.

2.1.25 Schematischer Überblick über die internationalen Regelungen

	a) Gesetz b) allg. Regelung c) keine	Safe Haven	Mindest- beteili- gung	Umquali- fizierung der Vergütun- gen	Anwendbar für a) alle Stpfl. b) Ausländer c) Nicht-EU	Fremd- vergleich möglich
Belgien	a	1:1	-	nein	b	nein
Dänemark	a	4:1	50%	nein	a	ja
Deutschland	a	1,5:1	25%	ja	a	ja
Estland	c	-	-	-	-	-
Finnland	b	15:1	-	nein	b	-
Frankreich	a	1,5:1	50%	ja	b	nein
Griechenland	c	-	-	-	-	-
Großbritannien	a	-*	75%	nein	a	ja
Irland	b	-	-	ja	c	nein
Italien	a	4:1	25%	ja	a	ja
Lettland	a	4:1	-	nein	a	nein
Litauen	a	4:1	50%	nein	a	ja
Luxemburg	b	85:15	-	ja	a	-
Malta	c	-	-	-	-	-
Niederlande	a	3:1	1/3	nein	a	nein
Österreich	b	-	-	ja	a	-
Polen	a	3:1	25%	nein	a	nein
Portugal	a	2:1	10%	nein	a	ja
Schweden	c	-	-	-	-	-
Slowakei	c	-	-	-	-	-
Slowenien	c	-	-	-	-	nein
Spanien	a	3:1	-	ja	c	nein**
Tschechien	a	4:1***	-	nein	a	nein
Ungarn	a	3:1	-	nein	a	nein
Zypern	c	-	-	-	-	-

Abb. 2: Schematischer Überblick über die internationalen Regelungen

* Die Regelung in Großbritannien sieht grundsätzlich keinen festen Safe Haven vor, akzeptiert aber in der Regel ein Eigen-/Fremdkapitalverhältnis in Höhe von 1:1.

** Der Fremdvergleich ist lediglich in einem Sonderfall möglich.

*** Sog. Overall-Quote, in die das gesamte Eigen- und Fremdkapital einbezogen wird.

2.2 Überblick über die Körperschaftsteuersysteme in den EU-Mitgliedstaaten

	Klassisches System ¹	Anrechnungsverfahren ²	Freistellungsverfahren ³	Sonstiges
Belgien	X			
Dänemark	X			
Deutschland	X			
Estland				X
Finnland		X		
Frankreich	X			
Griechenland				X
Großbritannien		X		
Irland	X			
Italien	X			
Lettland				X
Litauen	X			
Luxemburg	X			
Malta		X		
Niederlande	X			
Österreich	X			
Polen	X			
Portugal			X	
Schweden	X			
Slowakei			X	
Slowenien			X	
Spanien		X		
Tschechien	X			
Ungarn				X
Zypern	X			

Abb. 3: Überblick über die Körperschaftsteuersysteme in den EU-Mitgliedstaaten

1. In klassischen Körperschaftsteuersystemen unterliegen die Unternehmensgewinne grundsätzlich sowohl auf Gesellschaftsebene als auch auf Gesellschafterebene der Besteuerung.²⁸⁷

2. Im Anrechnungsverfahren erfolgt Anrechnung der auf Gesellschaftsebene entrichteten Körperschaftsteuer beim Anteilseigner. Es gibt Teil- und Vollarrechnungssysteme.

3. Keine Besteuerung beim Anteilseigner.

²⁸⁷ Im internationalen oder zumindest europäischen Raum ist eine Tendenz hin zu klassischen Körperschaftsteuersystemen zu beobachten; vgl. *Herzig, N.*, Diskussion, in *Herzig, N.*, Harmonisierung, 1994, S. 50. Zu den Grundformen der verschiedenen Körperschaftsteuersysteme siehe *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., Vor § 1, Rz. 48 – 83; *Hey, J.*, Unternehmensbesteuerung, 1996, S. 7 – 56; *Jacobs, O., Spengel, C.*, Unternehmenssteuersysteme, in: *Jacobs, O., Spengel, C.*, Aspekte, 1995, S. 15 – 20. Bei dem mit der Reform der Unternehmenssteuer 2000 in Deutschland eingeführten Halbeinkünfteverfahren handelt es sich um ein klassisches Körperschaftsteuersystem; siehe dazu bspw. Kapitel II 2.4.3.2.1.1. Eigenfinanzierung, S.18.

2.3 Gruppierung der Länder

Die EU Mitgliedstaaten lassen sich hinsichtlich der Gesellschafter-Fremdfinanzierung grundsätzlich in 3 Kategorien einteilen: Länder mit spezialgesetzlich normierten Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung, Länder die keine eigenständigen Regelungen zur Unterkapitalisierung haben, in denen zur Beschränkung von Gesellschafter-Fremdfinanzierung jedoch allgemeine steuerliche Regelungen (sog. Generalnormen) herangezogen werden und Länder, in denen Unterkapitalisierung nicht geregelt wird.

Die für die Zwecke der vorliegenden Arbeit zu vergleichenden Länder mit spezialgesetzlich normierten Regelungen lassen sich wiederum unterteilen. Die Aufteilung der Länder soll im Hinblick auf die Zielsetzung der vorliegenden Arbeit, einen Vergleich der Regelungen innerhalb Europas mit Ausblick auf die USA unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarkeit mit EG- und Abkommensrecht anzustellen, vorgenommen werden. Wie später aufgezeigt wird, finden hinsichtlich des Untersuchungsgegenstandes der Vereinbarkeit mit EG-Recht und Abkommensrecht grundsätzlich lediglich grenzüberschreitende Sachverhalte Betrachtung, da sich Steuerpflichtige auf die europarechtlichen Grundfreiheiten berufen können, sofern grenzüberschreitende Sachverhalte betroffen sind und Doppelbesteuerungsabkommen unter Entfaltung einer Schrankenwirkung die Besteuerungsrechte verschiedener Vertragsstaaten gegeneinander abgrenzen.²⁸⁸

Zur Unterscheidung der Regelungen ist unter europarechtlichen Gesichtspunkten entscheidend der Umfang der von den Maßnahmen betroffenen Steuerpflichtigen von Bedeutung, da aus diesem Tatbestand Ungleichbehandlungen von In- und Ausländern resultieren können. Während die Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung in einigen Ländern für Gesellschafter-Darlehen generell gelten (z.B. in

²⁸⁸ Siehe dazu die Kapitel V 2.2 Europarecht, S. 113 und 2.3. Abkommensrecht, S. 137.

Deutschland nach der Gesetzesänderung), erfassen die Regelungen in anderen Ländern nur Fremdfinanzierungen ausländischer Anteilseigner und ggf. steuerfreier inländischer Gesellschafter (z.B. Frankreich). Wieder andere Länder erfassen lediglich Staaten, die nicht Inland und nicht Europa sind oder ggf. lediglich Länder, mit denen kein Doppelbesteuerungsabkommen besteht (z.B. Spanien).

Die konkrete Ausgestaltung der Regelung, beispielsweise die Höhe des Safe Havens oder die Frage, ob die Vergütungen in Dividenden umqualifiziert werden oder als nichtabziehbare Betriebsausgaben behandelt werden, ist für eine europarechtliche Beurteilung dagegen nicht relevant. Dies folgt aus der EuGH-Rechtsprechung, in der keine Unterscheidung der Regelungen danach vorgenommen wird, wie die Beschränkung ausgestaltet ist.²⁸⁹ Derartige Unterschiede der internationalen Regelungen sollen jedoch, soweit sie für die weitere Beurteilung relevant sind, innerhalb der verschiedenen unter europarechtlichen Gesichtspunkten gebildeten Gruppen hervorgehoben werden und in den folgenden Kapiteln einer abkommensrechtlichen Würdigung unterzogen werden.

Die Gruppierung soll entsprechend dieser Ausführungen wie folgt vorgenommen werden: Gruppe 1 bilden Länder, in denen keine Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung bestehen; die Darstellung anhand eines Musterlandes kann unterbleiben. Gruppe 2 bilden Länder, in denen keine ausdrücklichen Regelungen zur Unterkapitalisierung bestehen, die diese jedoch durch Rechtsprechung oder allgemeine steuerliche Vorschriften regelt. Der dritten Gruppe gehören Länder an, die auf die EuGH-Rechtsprechung (noch) nicht reagiert haben, so dass Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung lediglich im Falle ausländischer Anteilseigner

²⁸⁹ Dazu bspw. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst. Siehe hierzu ausführlich *Brosens, L., Thin Cap EU, EC Tax Review, 2003, S. 195*. Die Tatsache, dass bspw. die Frage, ob die Vergütungen in Dividenden umqualifiziert werden oder nicht bedeutsam für das Entstehen von Kapitalertragsteuer ist und somit Einfluß auf die Berücksichtigung der MTRL hat sowie die abkommensrechtliche Bedeutung der konkreten Ausgestaltung, soll hier außer Betracht bleiben.

Anwendung finden. Unter die 4. Gruppe fallen Länder, die auf die Rechtsprechung des EuGH derart reagiert haben, dass der Anwendungsbereich der Regelungen auf Inländer ausgeweitet wurde. Die 5. und letzte Gruppe bilden Länder, in denen EU-Mitgliedstaaten und Inländer aus der Anwendbarkeit der Regelungen ausgenommen werden.

2.4 Auswahl eines Musterlandes der Regelungsgruppen

Die Gruppe 2 soll anhand des Musterlandes Österreich dargestellt werden, da die bestehende Rechtsmissbrauchsvorschrift im österreichischen Steuerrecht der deutschen Vorschrift des § 42 AO sehr ähnlich ist und die Erkenntnisse im Rahmen der Lösungsvorschläge fortgeführt werden können. Als Musterland der Gruppe 3 wird Frankreich ausgewählt, da hinsichtlich der dort bestehenden Regelungen bereits verschiedene Gerichtsurteile ergangen sind, auf die im Rahmen der Beurteilung Bezug genommen wird. Für die Gruppe 4 wird in Anbetracht der deutschen Perspektive der vorliegenden Arbeit Deutschland als Musterland ausgewählt. Als Musterland der Gruppe 5 wird Spanien vorgestellt, da die spanische Regierung bei der Neufassung der Regelung die Trennung nach dem für diese Gruppe bezeichnenden Merkmal – Anwendbarkeit lediglich auf Nicht-EU-Staaten – am klarsten umgesetzt hat und damit am konsequentesten der alternativ zur deutschen Variante vorgeschlagenen Lösung als Reaktion auf die Rechtsprechung in der Rs. Lankhorst-Hohorst gefolgt ist.

2.5 Darstellung der Regelung anhand des Musterlandes

2.5.1 Gruppe 1: Keine Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung

Keine Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung bestehen in folgenden Ländern: Estland, Griechenland, Malta, Schweden, Slowakei, Slowenien, Zypern. In diesen Ländern wird Gesellschafter-

Fremdfinanzierung auch nicht durch allgemeine Vorschriften geregelt. Die Darstellung der Regelung eines Musterlandes kann unterbleiben, da Gesellschafter-Fremdfinanzierung tatsächlich nicht geregelt ist, d.h. auch nicht durch allgemeine nationale Missbrauchsvorschriften.

2.5.2 Gruppe 2: Regelung der Unterkapitalisierung anhand allgemeiner Vorschriften – Musterland Österreich

2.5.2.1 Allgemeines

Verschiedene EU-Mitgliedstaaten, in denen Probleme der Gesellschafter-Fremdfinanzierung in der Vergangenheit durch allgemeine Missbrauchsregelungen gelöst wurden, sahen sich u.a. in Folge der Rechtsprechung des EuGH dazu veranlasst, spezialgesetzliche Regelungen einzuführen, so beispielsweise in den Niederlanden und Italien.

In anderen Mitgliedstaaten, so Luxemburg, Österreich, Finnland (nur Ausländer) bestehen noch heute keine ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen. Die Gesellschafter-Fremdfinanzierung wird anhand allgemeiner steuerlicher Grundsätze bzw. bereits bestehender Vorschriften geregelt. Auch in Irland erfolgt eine Einschränkung anhand allgemeiner Missbrauchsvorschriften; diese Regelung soll jedoch in Anbetracht der Anwendbarkeit lediglich für Nicht-EU- und Nicht-DBA-Staaten im Rahmen der Gruppe 5 einbezogen werden. Im Folgenden soll die steuerliche Behandlung in Österreich dargestellt werden.

2.5.2.2 Darstellung der Regelungen anhand des Musterlandes Österreich

In Österreich bestehen keine spezialgesetzlichen Unterkapitalisierungsvorschriften. Auf Grund des Trennungsprinzips sind grundsätzlich auch Darlehensvereinbarungen zwischen

Gesellschafter und Gesellschaft anzuerkennen,²⁹⁰ so dass Zinszahlungen in angemessener Höhe Betriebsausgaben darstellen.²⁹¹ Nach der Rechtsprechung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs ist bei Kapitalgesellschaften jedoch unter besonderen Umständen eine Umqualifizierung von Gesellschafterdarlehen in verdecktes Eigenkapital vorzunehmen.²⁹² Als besondere Umstände werden dabei angesehen:

- wenn ein Missverhältnis zwischen dem Eigenkapital und dem auf Dauer benötigten Mittelbedarf vorliegt und das Fremdkapital damit wirtschaftlich Eigenkapital ersetzt
- eine wesentlich unter dem Branchendurchschnitt liegende Eigenkapitalquote
- die Unmöglichkeit, mit dem vorgesehenen Eigenkapital den Unternehmenszweck zu erreichen
- die Nichterlangbarkeit von Krediten bei Nicht-Gesellschaftern
- die Ausgestaltung des Darlehensverhältnisses; Beteiligung am Erfolg und am Vermögen, gesellschafterähnliche Rechte des Gläubigers.²⁹³

Unter diesen Umständen erfüllt das zur Verfügung gestellte Fremdkapital nach Ansicht der Rechtsprechung offensichtlich den wirtschaftlichen Zweck, Eigenkapital zu ersetzen. Steuerlich ist in einem solchen Fall das Gesellschafterdarlehen wie Eigenkapital zu behandeln, mit der Folge, dass die Schuldzinsen verdeckte Gewinnausschüttungen und daher bei der Tochtergesellschaft nicht abzugsfähige Einkommensverwendung

²⁹⁰ Siehe zum Trennungsprinzip *Kofler, H., Kofler, G., Kristen, S.*, in: *Bertl, R., u.a.*, Handbuch, 2004, S. 327.

²⁹¹ Vgl. *Djanani, C.*, in: *Bertl, R., u.a.*, Handbuch, 2004, S. 248.

²⁹² Vgl. *Kessler, W., Obser, R.*, Überblick, a.a.O., S. 190; *Kofler, G.*, Steuerliche Abschirmwirkung, 2002, S. 34f. Dazu auch *Doralt, W., Ruppe, H.*, Grundriß, 2000, S. 322; *Brosens, L.*, a.a.O., S. 198; *Gassner, W.*, Österreich, in: CDDFI, a.a.O., S. 316; *Gassner, W., Lang, M.*, Verdecktes Eigenkapital, GesRZ 1987, S. 186.

²⁹³ Vgl. für den vorigen Abschnitt *Kofler, G.*, Steuerliche Abschirmwirkung, a.a.O., S. 34f. sowie *Doralt, W., Ruppe, H.*, a.a.O., S. 323 mit entsprechenden Nachweisen der dazu ergangenen Rechtsprechung.

gem. § 8 Abs. 2 öKStG darstellen.²⁹⁴ Wiederholt hat der VwGH in diesem Zusammenhang allerdings betont, dass der Steuerpflichtige in der Wahl der Mittel, mit denen er den Betrieb führt, frei sei und dass an die den Finanzbehörden obliegende Beweisführung, dass Gesellschafterdarlehen als verdecktes Eigenkapital zu behandeln sind, besonders strenge Anforderungen zu stellen seien.²⁹⁵ In der jüngeren Rechtsprechung des VwGH werden derartige Darlehensverträge anhand der für Familienverträge entwickelten Kriterien überprüft.²⁹⁶ Dabei ist vor allem maßgebend, ob es sich um klare Gestaltungen handelt, die inhaltlich einem Fremdvergleich standhalten. Auf das Missverhältnis zwischen Eigen- oder Fremdkapital kommt es dabei nicht entscheidend an.²⁹⁷

2.5.3 Gruppe 3: Anwendungsbereich der Regelung Ausland - Musterland Frankreich

2.5.3.1 Allgemeines

Folgende Länder haben (noch) nicht auf die Rechtsprechung des EuGH reagiert und wenden die Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung lediglich auf ausländische Anteilseigner an: Belgien, Frankreich, Portugal. Die französische Regelung soll im Folgenden in Grundzügen dargestellt werden.

²⁹⁴ Vgl. *Doralt, W., Ruppe, H.*, a.a.O., S. 323; *Kofler, G.*, Steuerliche Abschirmwirkung, a.a.O., S. 35.

²⁹⁵ Siehe zum Grundsatz der Finanzierungsfreiheit im österreichischen Steuerrecht *Gassner, W.*, Verdeckte Einlage, 2004, S. 20 m.w.N.; *Heinrich, J.*, Gesellschafterdarlehen, ÖStZ 1995, S. 419

²⁹⁶ Vgl. *Kofler, G.*, Steuerliche Abschirmwirkung, 2002, S. 34f. Dazu im deutschen Steuerrecht auch *Gundel, G.*, Finanzierungsgestaltungen, IStR 1994, S. 213.

²⁹⁷ Vgl. *Doralt, W., Ruppe, H.*, a.a.O., S. 323; *Kofler, G.*, Steuerliche Abschirmwirkung, a.a.O., S. 35; *Doralt, W.*, Verdecktes Eigenkapital, ÖStZ 1979, S. 122.

2.5.3.2 Darstellung der Regelungen anhand des Musterlandes Frankreich

2.5.3.2.1 Allgemeines

Hinsichtlich der Fremdfinanzierung durch Gesellschafter sind die Vorschriften des Art. 39.1.3° und 212 Code Général des Impôts (CGI) zu beachten. Die allgemeine Beschränkung des Art. 39.1.3° sieht vor, dass der Betriebsausgabenabzug für Zinsen auf Gesellschafterdarlehen grundsätzlich an zwei Bedingungen geknüpft ist: erstens muss das Nennkapital der französischen Gesellschaft voll eingezahlt sein und zweitens darf der Zins nicht den durchschnittlichen jährlichen Zins übersteigen, den Banken auf variable Darlehen mit einer Laufzeit von über zwei Jahren berechnen. Sind diese Bedingungen nicht erfüllt, sind die Darlehensvergütungen nicht abziehbar.²⁹⁸

Daneben sieht Art. 212 CGI bestimmte Fälle vor, in denen die Abzugsfähigkeit von Vergütungen für die Fremdfinanzierung durch beherrschende Gesellschafter beschränkt wird. Diese Fälle sollen im Folgenden dargestellt werden.

2.5.3.2.2 Sachliche Voraussetzungen

Die Rechtsfolgen des Art. 212 CGI treten ein, soweit das Gesellschafter-Fremdkapital das 1,5-Fache des Kapitalanteils der Gesellschaft übersteigt und an einen unmittelbar beteiligten, nicht in Frankreich ansässigen, beherrschenden Gesellschafter ausgezahlt wird.²⁹⁹ Eine mittelbare Beteiligung reicht für die Anwendbarkeit der Vorschrift nicht aus. Für die Ermittlung des Safe Havens werden sämtliche, von beherrschenden Gesellschaftern zur Verfügung gestellte Darlehen sowie

²⁹⁸ Vgl. *Roumélian, O.*, The End of Thin Cap, *International Tax Review*, 2003, S. 244f.

²⁹⁹ Vgl. *de Waal, A.*, a.a.O., S. 520; *Kessler, W., Obser, R.*, Überblick, a.a.O., S. 189; *Michielse, G.*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, a.a.O., S. 335; *Baranger, S.*, a.a.O., S. 162; *Delattre, O.*, a.a.O., S. 441.

das gesamte im Besitz der beherrschenden Gesellschafter stehende Eigenkapital („capital social“), soweit es den kapitalgewährenden, beherrschenden Gesellschaftern zuzurechnen ist, zugrunde gelegt.³⁰⁰ Kapitalreserven sowie Verlust- oder Gewinnvorträge bleiben dabei unberücksichtigt.³⁰¹ Zinsen unterliegen den Unterkapitalisierungsvorschriften, soweit sie auf das übersteigende Fremdkapital entfallen.³⁰²

Die Regelung des Art. 212 CGI findet keine Anwendung auf Lieferanten- oder Warenkredite zwischen den beteiligten Unternehmen.

Ein Fremdvergleich ist – abgesehen von der Bedingung des Art. 39 Abs. 1 CGI, nach der der vereinbarte Zinssatz dem Marktzins entsprechen muss³⁰³ – nicht vorgesehen.

2.5.3.2.3 Personelle Voraussetzungen

Art. 212 CGI ist anwendbar, wenn Vergütungen für Gesellschafter-Fremdkapital bei Erfüllung der weiteren Voraussetzung an einen unmittelbar beteiligten, nicht in Frankreich ansässigen, beherrschenden Gesellschafter ausgezahlt werden.³⁰⁴ Beherrschende Gesellschafter sind Gesellschafter, die aktiv an der Geschäftsführung der Kapitalgesellschaft mitwirken oder zu mehr als 50% am stimm- oder dividendenberechtigten Kapital beteiligt sind (Beherrschung de jure oder de facto).³⁰⁵ Dies gilt

³⁰⁰ Vgl. *de Waal, A.*, a.a.O., S. 520.

³⁰¹ Vgl. *Delattre, O.*, a.a.O., S. 427.

³⁰² Siehe zu Ausnahmen der Vergütungen *Delattre, O.*, a.a.O., S. 428.

³⁰³ Diese Bedingung kann jedoch nicht als Fremdvergleichsmaßstab verstanden werden; dazu *de Waal, A.*, a.a.O., S. 520.

³⁰⁴ Vgl. *de Waal, A.*, a.a.O., S. 520; *Kessler, W., Obser, R.*, Überblick, a.a.O., S. 189; *Delattre, O.*, a.a.O., S. 441; *Michielse, G.*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, a.a.O., S. 335; *Baranger, S.*, a.a.O., S. 227f. Back-to-Back-Finanzierungen und gesicherte Darlehen fallen nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift.

³⁰⁵ Der Conseil d'État entschied, dass eine Beherrschung nur vorliegt, wenn die Muttergesellschaft einen Repräsentanten benennt, der im Namen der Muttergesellschaft Einfluß auf die Tochtergesellschaft nimmt; vgl. *de Waal, A.*, a.a.O., S. 520.

jedoch dann nicht, wenn die Zinszahlungen an eine Muttergesellschaft i. S. d. Art. 145 CGI geleistet werden. Eine Muttergesellschaft i. S. d. Art. 145 CGI liegt vor, wenn eine Gesellschaft der französischen Körperschaftsteuer (Standardsatz) unterliegt, d.h., wenn die Muttergesellschaft zu mindestens 5% an der Tochtergesellschaft beteiligt ist und sich verpflichtet hat, die Beteiligung für mindestens 2 Jahre zu halten. So muss die Muttergesellschaft entweder einen Sitz oder eine französische Betriebsstätte in Frankreich haben (andernfalls unterliegen die Einkünfte nicht der französischen Besteuerung).³⁰⁶ Die Regelungen finden Anwendung auf sämtliche Kapitalgesellschaften; Betriebsstätten ausländischer Gesellschaften sind davon nicht betroffen.³⁰⁷

2.5.3.2.4 Rechtsfolgen

Sind die oben bezeichneten Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt, gilt das Fremdkapital steuerlich als Eigenkapital, und die Vergütungen für das von den Gesellschaftern gewährte Fremdkapital werden – soweit sie auf das übersteigende Fremdkapital entfallen – in Dividenden umqualifiziert. Als Dividenden sind die Vergütungen nicht als Betriebsausgaben abzugsfähig und mindern damit nicht den körperschaftsteuerpflichtigen Gewinn der Gesellschaft. Sie unterliegen bei Ausschüttung an Steuerausländer dem für Dividendenzahlungen anwendbaren Quellensteuereinbehalt.³⁰⁸ Seit 01.01.2005 unterliegen Ausschüttungen bei natürlichen Personen in Höhe von 50% der Einkommensteuer; bei juristischen Personen besteht ein Anrecht auf eine Steuergutschrift der auf Ebene der Kapitalgesellschaft entstandenen Steuer im Falle einer mindestens 5%-igen Beteiligung (Schachtelprivileg).³⁰⁹

³⁰⁶ Art. 145 code général des impôts. Vgl. Ernst & Young, Unternehmerische Betätigung, 2004, S. 64.

³⁰⁷ Vgl. *Delattre, O.*, a.a.O., S. 429.

³⁰⁸ Vgl. *de Waal, A.*, a.a.O., S. 520f.; *Delattre, O.*, a.a.O., S. 441.

³⁰⁹ Vgl. Ernst & Young, a.a.O., S. 61 – 63. Frankreich hat seit 01.01.2005 ein klassisches Körperschaftsteuersystem; vgl. *Baranger, S.*, Frankreich, in: *European Tax Handbook*, a.a.O., S. 217.

2.5.3.2.5 Aktuelle Entwicklungen

Ende 2003 hat der Conseil d'Etat entschieden, dass die französische Regelung gegen EG-Recht und DBA-rechtliche Diskriminierungsverbote verstößt, so dass zu erwarten ist, dass eine Gesetzesänderung vorgenommen wird.³¹⁰ Auf die Gründe soll in den folgenden Abschnitten³¹¹ näher eingegangen werden.

2.5.3.3 Abgrenzung und wesentliche Unterschiede gegenüber anderen Regelungen der Gruppe

Ein wesentlicher Unterschied zwischen der Regelung des Musterlandes und denen der übrigen Länder der Gruppe 3 liegt in der Tatsache, dass in diesen Ländern keine Umqualifizierung der Darlehensvergütungen in Gewinnausschüttungen erfolgt. Dies führt beispielsweise hinsichtlich der Beurteilung, ob ein Verstoß gegen die MTRL oder Abkommensrecht vorliegt, zu unterschiedlichen Beurteilungen.³¹² Darüber hinaus unterscheiden sich die Regelungen der Gruppe hinsichtlich der Möglichkeit, einen Fremdvergleich zu erbringen. So besteht in Finnland und Polen sowie in Frankreich nicht die Möglichkeit eines Fremdvergleichs, wohingegen die portugiesische Regelung die Möglichkeiten eines Fremdvergleichs eröffnet. In sämtlichen Ländern der Gruppe 3 ist ein bestimmtes FK-/EK-Verhältnis festgelegt, das sich regelmäßig deutlich in der Höhe unterscheidet. Ein weiterer Unterschied ergibt sich hinsichtlich der Höhe der Mindestbeteiligung als Tatbestandsvoraussetzung der Regelung. In Frankreich, Polen und Portugal sind Mindestbeteiligungen in unterschiedlicher Höhe vorausgesetzt, während in Belgien keine bestimmte Mindestbeteiligung gilt. Auf diese Unterschiede soll im Rahmen der abkommensrechtlichen Beurteilungen eingegangen werden.

³¹⁰ Vgl. CE, Urteil vom 30.12.2003, N° 249047, SARL Coréal Gestion.

³¹¹ Insbesondere Kapitel VI Beurteilung der Unterkapitalisierungsregelungen, S. 150.

³¹² Es wird auf Kapitel VI 4.2.1.4 Sekundäres Europarecht, S. 179 verwiesen sowie auf

2.5.4 Gruppe 4: Anwendungsbereich der Regelung Inland und Ausland - Musterland Deutschland

2.5.4.1 Allgemeines

In folgenden Ländern finden die Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung – teilweise in Folge der Rechtsprechung des EuGH – auf Inländer und Ausländer gleichermaßen Anwendung: Dänemark, Deutschland, Großbritannien, Italien, Lettland, Litauen, Niederlande, Polen, Tschechien, Ungarn.

2.5.4.2 Grundsätze der Regelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung

Hinsichtlich der Regelung des Musterlandes Deutschland wird auf Kapitel III Gesellschafter-Fremdfinanzierung im deutschen Steuerrecht verwiesen.

2.5.4.3 Abgrenzung und wesentliche Unterschiede gegenüber anderen Regelungen der Gruppe

Auch hinsichtlich der Gruppe 4 ist als wesentlicher Unterschied der Regelung des Musterlandes gegenüber den anderen Regelungen der Gruppe die Umqualifizierung der Zinsen in Gewinnausschüttungen zu nennen sowie die Möglichkeit des Fremdvergleichs. So sehen die Regelungen in Dänemark, Großbritannien, Lettland, Litauen, Niederlande, Polen, Tschechien und Ungarn anders als in Deutschland nicht die Umqualifizierung der Zinsen in verdeckte Gewinnausschüttungen vor. Ein Fremdvergleich ist in Lettland, Niederlande, Polen, Tschechien und Ungarn nicht vorgesehen. Ein bestimmtes kritisches FK-/EK-Verhältnis ist in unterschiedlicher Höhe in sämtlichen Ländern vorgesehen mit Ausnahme Großbritanniens. Eine Mindestbeteiligung ist in Lettland, Tschechien und Ungarn nicht als

Tatbestandsvoraussetzung geregelt. Auch diese Unterschiede sollen im Rahmen der folgenden Beurteilung Berücksichtigung finden.

2.5.5 Gruppe 5: Anwendungsbereich Nicht-EU

2.5.5.1 Allgemeines

Irland und Spanien bilden die Gruppe 5. Die Regelungen in Spanien sollen im Folgenden in Grundzügen aufgezeigt werden.

2.5.5.2 Darstellung der Regelungen anhand des Musterlandes Spanien

2.5.5.2.1 Allgemeines

Die spanischen Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung wurden zum 31.12.2003 mit Wirkung ab 01.01.2004 geändert. Als Reaktion auf die Rechtsprechung im Rahmen des Lankhorst-Hohorst-Urteils³¹³ wurde Art. 20 des Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) neu eingeführt.³¹⁴ Die Regelung galt in der bisherigen Fassung lediglich für nicht in Spanien ansässige Gesellschafter. Die Neufassung wurde dahingehend geändert, dass sie lediglich für Darlehensgeber außerhalb der EU anwendbar ist, es sei denn, der Darlehensgeber ist in einem Niedrigsteuerland ansässig.

2.5.5.2.2 Sachliche Voraussetzungen

Die Neuregelung gilt für Fremdkapital, das der Kapitalgesellschaft von nicht in Spanien ansässigen Anteilseignern oder nahe stehenden

³¹³ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst.

³¹⁴ Zum 01.01.1992 wurden in Art. 16 (9) LIS steuerliche Vorschriften zur Unterkapitalisierung von Kapitalgesellschaften eingeführt. Diese Regelungen erfuhren durch die Körperschaftsteuerreform 1995 Änderungen, die in Art. 20 LIS 1995 eingegangen sind.

Personen gewährt wird. Als allgemeine Richtlinie gilt ein Safe Haven von 3:1. Eine höhere Quote kann im Einzelfall – auf speziellen Antrag des Steuerpflichtigen – mit der Finanzverwaltung vereinbart werden. Die höhere Quote wird regelmäßig akzeptiert, wenn der Darlehensgeber nicht in einem Niedrig-Steuerland ansässig ist und soweit der Steuerpflichtige einen Nachweis erbringt, dass das Darlehen auch von einem fremden Dritten gewährt worden wäre.³¹⁵

Der Begriff des Eigenkapitals, der zur Ermittlung des Safe Havens herangezogen wird, bezieht das gesamte Vermögen der Gesellschaft ein, abzüglich des Jahresüberschusses oder -fehlbetrags des laufenden Jahres.³¹⁶

Das schädliche Fremdkapital umfasst verzinsliche Darlehen, die von unmittelbar oder mittelbar beteiligten Anteilseignern gewährt werden sowie Back-to-Back-Finanzierungen.³¹⁷ Darüber hinaus fallen Darlehen, die durch beteiligte Unternehmen gesichert werden, unter die Vorschrift.³¹⁸ Zur Ermittlung des zu berücksichtigenden überschüssigen Fremdkapitals sind somit sämtliche mittelbar und unmittelbar von Gesellschaftern, die nicht in einem EU-Mitgliedstaat ansässig sind, gewährten Darlehen zugrunde zu legen. Dabei werden gewährte und erhaltene Darlehen dieser Gesellschafter miteinander saldiert, so dass lediglich der Nettobetrag aus Darlehen und Forderungen zu berücksichtigen ist.

Für beide im Rahmen dieser Regelung heranzuziehenden Größen, Eigenkapital und Fremdkapital, sind Jahres-Durchschnittswerte zu

³¹⁵ Vgl. *Cusí, J.*, Thin Cap, ITR 2004.

³¹⁶ Vgl. *Cusí, J.*, a.a.O.; *de la Cueva González-Cotera, A.*, Spanien, in: *European Tax Handbook*, a.a.O., S. 613; *Sommerhalder, R.*, Thin Capitalization, *European Taxation*, 1996, S. 86.

³¹⁷ Vgl. *Muniozguren, J.*, Thin Cap, *International Tax Review*, 2004; *Cusí, J.*, a.a.O.; *Sommerhalder, R.*, a.a.O., S. 83. Zweifelhaft ist, ob Darlehen von Dritten, für die Anteilseigner der spanischen Gesellschaft Sicherheiten bieten, in den Anwendungsbereich der Regelung fallen; vgl. *Muniozguren, J.*, a.a.O.

³¹⁸ Kritisch dazu *Muniozguren, J.*, a.a.O.

ermitteln und zu berücksichtigen.³¹⁹

2.5.5.2.3 Personelle Voraussetzungen

Der neue Art. 20 LIS sieht vor, dass die Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung ab 01.01.2004 nicht anwendbar sind, wenn der nicht in Spanien ansässige Gesellschafter in einem EU-Mitgliedstaat ansässig ist, es sei denn, dass dieser EU-Mitgliedstaat als ein Niedrig-Steuer-Land einzustufen ist.³²⁰ Das spanische Recht bestimmt derzeit 48 Länder als Niedrig-Steuer-Land.³²¹ Andernfalls sind Fremdkapitalgeber aus den EU-Mitgliedstaaten aus der Anwendung der Vorschrift ausgenommen.³²² Damit gelten die Beschränkungen der Fremdfinanzierung grundsätzlich lediglich für Gesellschafter aus Drittstaaten.³²³

In den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen juristische Personen als Fremdkapitalgeber. Die Anwendbarkeit der Regelung setzt voraus, dass die Darlehensvergabe durch eine nahe stehende Person erfolgt („related party“). Dies setzt entweder eine direkte oder indirekte Beteiligung, jedoch keine bestimmte Mindestbeteiligung, oder eine mittelbare oder unmittelbare Einflussnahme des Fremdkapitalgebers voraus.³²⁴

³¹⁹ Cgl. *Cusí, J.*, a.a.O.; fraglich ist, ob die Durchschnittswerte auf Grundlage monatlicher oder täglicher Zahlen zu ermitteln ist.

³²⁰ Vgl. *Ortega, J., Pironti, P., Viladrich, V.*, Safe Harbour, Tax Planning International Europe Union Focus 2004, S. 13; *Jiménez, N.*, a.a.O., S. 128.

³²¹ Vgl. *Palacios, J.*, Thin Cap, ITR 2004. Ein Land wird von der Liste gestrichen, sobald es einen Besteuerungsabkommen oder ein Informationsaustauschabkommen mit Spanien unterschreibt.

³²² Vgl. *Kessler, W., Obser, R.*, Überblick, a.a.O., S. 190; *Jiménez, N.*, a.a.O., S. 128.

³²³ Für Darlehensgeber innerhalb der EU könnten lediglich allgemeine Missbrauchstatbestände, basierend auf dem Fremdvergleichsgrundsatz Anwendung finden; vgl. *Ortega, J., Pironti, P., Viladrich, V.*, a.a.O., S. 13.

³²⁴ So zu der alten Fassung der Vorschrift *Carrero, J.*, Thin Cap, Intertax 1996, S. 287.

2.5.5.2.4 Rechtsfolgen

Übersteigt das von ausländischen Anteilseignern gewährte Fremdkapital den gesetzlich bestimmten Safe Haven, werden die Vergütungen auf das übersteigende Fremdkapital in Höhe des übersteigenden Teils in Dividenden umqualifiziert. Die fingierten Dividenden sind für körperschaftsteuerliche Zwecke nicht als Betriebsausgaben abziehbar und erhöhen somit das zu versteuernde Einkommen der Gesellschaft. Die in Dividenden umqualifizierten Zinsen unterliegen auf Ebene der kapitalempfangenden Gesellschaft der Körperschaftsteuer sowie einer Kapitalertragsbesteuerung. Sowohl die Körperschaftsteuer als auch die Kapitalertragsteuer können auf die endgültige Steuerbelastung angerechnet werden; im Falle von Schachteldividenden³²⁵ erfolgt eine vollständige Anrechnung der Körperschaftsteuer.³²⁶

2.5.5.3 Abgrenzung und wesentliche Unterschiede gegenüber anderen Regelungen der Gruppe

Sowohl die spanische als auch die irische Regelung schreiben im Falle der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzung die Umqualifizierung der Zinsen in Gewinnausschüttungen vor. In Spanien ist der Fremdvergleich im Rahmen der Sonderregelung vorgesehen; in Irland bleibt die Möglichkeit eines Fremdvergleichs verschlossen. Ein festes FK-/EK-Verhältnis schreibt dahingegen lediglich die spanische Regelung vor; jedoch verzichtet diese, anders als die irische Regelung, auf die Festlegung einer Mindestbeteiligung.

³²⁵ Im Falle einer mindestens 5%-ige Beteiligung der Muttergesellschaft.

³²⁶ Vgl. *Kessler, W., Obser, R.*, Überblick, a.a.O., S. 190; *Jiménez, N.*, a.a.O., S. 128. Spanien hat ein Anrechnungsverfahren; siehe dazu Kapitel IV 2.2 Überblick über die Körperschaftsteuersysteme der EU-Mitgliedstaaten, S. 83.

3 Exkurs: Darstellung der Regelung in den USA

3.1 Allgemeines

Die Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung basieren in den USA auf vielfältigen und umfassenden Richtlinien sowie Gesetzen, Verwaltungsanweisungen und Rechtsprechung. Im Folgenden soll auf die weitest reichende Einschränkung durch die Earnings Stripping limitation nach Sec. 163 (j) eingegangen werden.

3.2 Earnings stripping limitation

3.2.1 Allgemeines

Die weitest reichende Einschränkung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung stellt das durch den Revenue Reconciliation Act of 1989 verabschiedete gesetzliche Zinsabzugsverbot bei Fremdfinanzierung durch ausländische und steuerfreie inländische Gesellschafter dar (sog. Earnings Stripping Limitation nach Sec. 163(j)).³²⁷

3.2.2 Sachliche Voraussetzungen

Die Vorschrift beschränkt die Abzugsfähigkeit von Zinsen, wenn das Verhältnis von Fremdkapital zu Eigenkapital einer Kapitalgesellschaft gemessen am steuerlichen Buchwert 60 zu 40 übersteigt und der Nettozinsaufwand 50% des „berichtigten“, zu versteuernden Einkommens vor Abzug von Abschreibung, Amortisierung, Nettozinsaufwand und Verlustvorträgen („adjustable taxable income“) übersteigt. Das FK-/EK-Verhältnis bezieht sich auf das weltweit konsolidierte Fremd- und Eigenkapitalverhältnis der verbundenen

³²⁷ Vgl. Revenue Reconciliation Act of 1989, Act. Sec. 7210.

Unternehmen und ist nach steuerlichen Buchwerten zu ermitteln.³²⁸

Sind diese Bedingungen kumulativ erfüllt, ist der errechnete Zinsüberhang („excess interest expense“) nicht sofort abzugsfähig, soweit die Kapitalgesellschaft Zinsen an nahe stehende Personen gezahlt hat und die Zinsen in den USA keiner oder einer reduzierten Ertrags- oder Quellenbesteuerung unterlagen („disqualified interest“).

3.2.3 Personelle Voraussetzungen

Eine nahe stehende Person ist ein wesentlich beteiligter Gesellschafter, d.h. ein Gesellschafter mit einer direkten oder indirekten Beteiligung von mehr als 50%. Zinsen an fremde Dritte fallen dann unter die Regelung, wenn eine nahe stehende Person, die nicht der US-Besteuerung unterliegt, für die Verbindlichkeit garantiert.³²⁹

Grundsätzlich unterliegen Zinszahlungen bei den Empfängern einer US-Besteuerung in Form einer Ertragsteuer von bis zu 35% bei inländischen Kapitalgesellschaften und bei US-Betriebsstätten ausländischer Kapitalgesellschaften oder in Form einer US-Quellensteuer von 30% bei ausländischen Kapitalgesellschaften ohne Betriebsstätte in den USA. Inländische gemeinnützige Vereinigungen unterliegen dagegen grundsätzlich keiner Ertragsteuer und die Quellensteuer von 30% entfällt regelmäßig für ausländische Personen ohne Betriebsstätte in den USA, die in den Schutzbereich der DBA³³⁰ fallen. In den Anwendungsbereich der Earnings Stripping Regelungen fallen damit in erster Linie inländische gemeinnützige Vereinigungen und US-quellensteuerbefreite

³²⁸ In der Praxis werden die Werte regelmäßig basierend auf Handelsbilanz- oder Teilwerten ermittelt.

³²⁹ Vgl. *Flick, H.*, Earnings Stripping, IStR 2002, S. 802; *Blumenberg, J.*, a.a.O., S. 192; *Wagner, B.*, Foreign Investment, The Real Estate Finance Journal, 1993, S. 67f. Diese Erweiterung wurde für nach dem 31.12.1993 beginnende Wirtschaftsjahre eingeführt. Unter den genannten Voraussetzungen erhöhen die nicht abzugsfähigen Zinsen den steuerpflichtigen Gewinn der Gesellschaft und unterliegen somit der Besteuerung in den USA.

³³⁰ Art. 11 Abs.1 OECD-MA.

ausländische Personen.³³¹ Dies entspricht der ausdrücklich angesprochenen Zielgruppe der derzeit geltenden US-Regelungen für Unternehmen, die von ausländischen Gesellschaftern beherrscht werden. So soll grundsätzlich verhindert werden, dass in den USA erwirtschaftete Gewinne durch übermäßige Fremdfinanzierung steuerfrei aus den USA abgezogen werden.³³²

3.2.4 Rechtsfolgen

Bei Erfüllung der Voraussetzung wird eine Umqualifizierung der Vergütungen in Dividenden nicht vorgenommen; die Zinsen gelten als nicht abzugsfähig und erhöhen damit das zu versteuernde Einkommen der zinszahlenden US-Gesellschaft und unterliegen auf dieser Ebene der Besteuerung. Ein nicht abzugsfähiger Zinsüberhang („excess interest expense“) kann unbeschränkt vorgetragen werden. Ein negativer Überhang, d.h., ein Nettozinsaufwand niedriger als 50% des berichtigten zu versteuernden Einkommens, kann bis zu drei Jahre vorgetragen werden, um zukünftige Überhänge zu kompensieren („excess limitation carryforward“).

3.2.5 Aktuelle Entwicklungen

Es werden regelmäßig Vorschläge unterbreitet, die Earnings Stripping-Regelungen zu verschärfen. Diese vorgeschlagenen Verschärfungen der Vorschriften wurden jedoch bisher nicht umgesetzt.³³³

³³¹ Soweit Zinsen einer niedrigeren US-Besteuerung unterliegen, fallen sie nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift; lediglich der nicht besteuerte Teil ist damit nicht abziehbar, vgl. *Wagner, B.*, a.a.O., S. 69.

³³² Vgl. *Flick, H.*, a.a.O., S. 802.

³³³ Bspw. Sec. 201 des American Competitiveness and Corporate Accountability Act (H.R 5095) oder Treasury Budget Proposal; dazu *Hufbauer, G., Assa, A.*, Earnings Stripping, Institute for International Economics, 2003.

4 Zusammenfassung der Ergebnisse

Die länderspezifischen Regelungen sind im Detail häufig sehr unterschiedlich ausgestaltet, dabei werden jedoch auch in der internationalen Praxis regelmäßig Typisierungen verwendet. So wird auch im Ausland oftmals eine bestimmte FK-EK-Relation fixiert, bei deren Überschreitung eine übermäßige Fremdfinanzierung angenommen wird. Solche festen FK-/EK-Quoten haben den Vorteil, dass sie Rechtssicherheit gewähren, bis zu welcher Höhe eine Gesellschafter-Fremdfinanzierung – zumindest im Rahmen dieser Vorschriften – steuerlich geduldet wird.³³⁴ Die Höhe dieses Verhältnisses unterscheidet sich in den verschiedenen Ländern jedoch häufig deutlich. Auch besteht in den Ländern regelmäßig auf Grund unterschiedlicher Ermittlung des Eigen- und Fremdkapitals ein unterschiedlicher steuerunschädlicher Fremdfinanzierungsspielraum.

Die Regelung gilt in den meisten Ländern nur für Anteilseigner mit tatsächlichem Einfluss auf die Kapitalgesellschaft, beruhend auf einer wesentlichen direkten oder indirekten Beteiligung. In einigen Ländern besteht die Möglichkeit, einen Nachweis zu erbringen, dass trotz Überschreitens des FK-/EK-Verhältnisses keine übermäßige Fremdfinanzierung besteht.³³⁵ Auch unterscheidet sich die Ausgestaltung der Möglichkeit des Fremdvergleichs regelmäßig.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen ist festzustellen, dass einige Länder ein ausschließliches Zinsabzugsverbot vorsehen, wohingegen in anderen Ländern eine Umqualifizierung der Zinseinkünfte in Dividenden vorgenommen wird, so dass ein Kapitalertragsteuerabzug resultiert.

Der insbesondere für die Zielsetzung der vorliegenden Arbeit wesentlichste Unterschied findet sich jedoch in dem personellen Anwendungsbereich der Vorschriften. So ist diese Detailregelung

³³⁴ Zu Typisierungen im Steuerrecht siehe *Kube, H.*, Grundfreiheiten, IStR 2003, S. 332.

³³⁵ sog. Safe Harbour Regelung.

entscheidend für die Beurteilung der Vereinbarkeit mit Europa- sowie Abkommensrecht. Während vor der Rechtsprechung in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst ein Großteil der Vorschriften zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung ausschließlich grenzüberschreitende Sachverhalte betraf, tendieren die Landesregierungen nunmehr zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs. Wenige Länder haben auf die Rechtsprechung durch Einschränkung der Anwendbarkeit auf Nicht-EU-Staaten reagiert, so beispielsweise Spanien. Wenige Länder haben (noch) nicht auf die Rechtsprechung des EuGH reagiert und sehen den Anwendungsbereich der Regelung weiterhin lediglich für Steuerausländer vor.

Schließlich lässt sich feststellen, dass in den verschiedenen Staaten Regelungen zur Beschränkung überhöhter Gesellschafter-Fremdfinanzierung grundsätzlich unabhängig von dem innerstaatlichen Körperschaftsteuersystem vorzufinden sind, d. h. sowohl in Ländern mit einem klassischen System, beispielsweise Österreich, Deutschland und Frankreich als auch in Ländern mit einem Teil- oder Vollanrechnungssystem, wie beispielsweise Spanien.³³⁶ Nach Untersuchungen der IFA ergibt sich auch kein Zusammenhang zwischen der Höhe des Körperschaftsteuersatzes und einer Unterkapitalisierungsregel.³³⁷ Lediglich die Finanzierungsentscheidung hängt mit dem geltenden innerstaatlichen Körperschaftsteuerrecht zusammen, da der Vorteilhaftigkeitsvergleich von Fremd- gegenüber Eigenfinanzierung entscheidend von der Behandlung der Dividenden im geltenden Körperschaftsteuersystem abhängt.³³⁸ Weiterhin ist

³³⁶ Siehe dazu auch *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 11; *Piltz, D.*, a.a.O., S. 42. Die Ansicht, dass Unterkapitalisierung ein Problem des Anrechnungsverfahrens war, vertritt dagegen *Blumenberg, J.*, a.a.O., S. 344 – 351. Siehe dazu Kapitel IV 2.2 Überblick über die Körperschaftsteuersysteme in den EU-Mitgliedstaaten, S. 83.

³³⁷ Vgl. *Herzig, N.*, Standortsicherungsgesetz, a.a.O., S. 110.

³³⁸ Siehe dazu Kapitel II 2.4.3.2 Steuerlicher Vorteilhaftigkeitsvergleich, S. 18. In einem klassischen System, bzw. Halbeinkünfteverfahren wird tendenziell die Eigenfinanzierung gegenüber der Fremdfinanzierung benachteiligt; in einem Anrechnungsverfahren besteht diese Tendenz nur für nicht anrechnungsberechtigte

festzustellen, dass auch in Anbetracht eines sich verstärkenden Harmonisierungsdrucks insbesondere innerhalb des europäischen Raums bisher auch in Ländern, die ihre Regelungen geändert haben, nicht die Chance genutzt wurde, die Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung auf einander abzustimmen.

Der Exkurs zur US-Regelung lässt erkennen, dass die Problematik der Gesellschafter-Fremdfinanzierung auch außerhalb der EU wahrgenommen und der Zinsabzug infolgedessen einschränkend geregelt wird.

Anteilseigner; vgl. *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., Vor § 1, Rz. 44 – 47.

V Darstellung der steuerlichen Grundsätze und Diskriminierungsverbote

1 Einleitung

Im folgenden Kapitel werden die Grundsätze dargestellt, die für den Vergleich und die Beurteilung der internationalen Regelungen zugrunde gelegt werden. Zunächst werden allgemeine Grundsätze im deutschen Steuerrecht aufgezeigt.³³⁹ Auf die Darstellung der Unterschiede allgemeiner steuerlicher Grundsätze wird in Anbetracht des Umfangs und der deutschen Perspektive der vorliegenden Arbeit verzichtet. Sodann werden europarechtliche Grundsätze aufgezeigt, insbesondere die Niederlassungs- und die Kapitalverkehrsfreiheit. Diese werden später für eine Prüfung der Vereinbarkeit der Regelungen mit EG-Recht herangezogen. Abschließend werden abkommensrechtliche Grundsätze dargestellt, die zur Prüfung der Vereinbarkeit der Regelungen mit Abkommensrecht zugrunde gelegt werden. Dabei werden schwerpunktmäßig solche Grundsätze dargestellt, bei denen ein möglicher Verstoß in Betracht kommt.³⁴⁰ Diese verschiedenen Grundsätze stellen einen Prüfungsmaßstab für die vorliegende Arbeit dar.

³³⁹ Eine Darstellung entsprechender internationaler Grundsätze unterbleibt in Anbetracht des Umfangs der Arbeit.

³⁴⁰ Dies gilt insbesondere hinsichtlich der europa- und abkommensrechtlichen Grundsätze; so sollen die Niederlassungs- und die Kapitalverkehrsfreiheit geprüft werden, nicht jedoch die Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit. Hinsichtlich der abkommensrechtlichen Würdigung soll bspw. auf eine Darstellung des Art. 24 Abs. 1 OECD-MA verzichtet werden, da die derzeitigen Regelungen nicht an die Staatsangehörigkeit anknüpfen; dazu *Engelschalk, M.*, in: *Vogel, K.*, DBA-Kommentar, 1990, Art. 24, Rz. 29; *Thömmes, O.*, Diskriminierung, in: *Lehner, M.*, Binnenmarkt, 1996, S. 95.

2 Grundsätze und Diskriminierungsverbote

2.1 Allgemeine Grundsätze im deutschen Steuerrecht

2.1.1 Gleichheitsgrundsatz

Ein Grundprinzip im Steuerrecht ist der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, der gebietet, dass das Steuerrecht eine gleichmäßige Besteuerung aller Steuerpflichtigen gewährleistet und damit dem Prinzip der Steuergerechtigkeit, d.h. einer gleichmäßigen Verteilung der öffentlichen Lasten auf die Steuerpflichtigen, genügt.³⁴¹ Er ist abgeleitet aus Artikel 3 des Grundgesetzes und konkretisiert in § 85 AO, nach dem die Finanzbehörden die Steuern nach Maßgabe der Gesetze gleichmäßig festzusetzen und zu erheben haben. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist der deutsche Gesetzgeber damit verpflichtet, „wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln“.³⁴² Insbesondere hat er sicherzustellen, dass Steuern nicht verkürzt, zu Unrecht erhoben oder Steuererstattungen und Steuervergütungen nicht zu Unrecht gewährt oder versagt werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts liegt ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vor, wenn der Gesetzgeber ohne ausreichende sachliche Gründe eine von ihm selbst gesetzte Sachgesetzlichkeit durchbricht.³⁴³ Im Falle einer Systemdurchbrechung können verschiedene Gründe geltend gemacht werden; diese müssen im Hinblick auf das Übermaßverbot in einem

³⁴¹ Zum Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung als Rechtfertigung für § 8a KStG siehe BT-Drs. 12/4487 vom 05.03.1993, S. 36; BFH-Urteil vom 06.08.1962, I 65/60 U, BStBl. III 1962, S. 450; *Herrmann, J.*, a.a.O., S. 55; *Cattelaens, H.*, a.a.O., S. 560f.; *Fassnacht, J.*, a.a.O., S. 20.

³⁴² Vgl. *Vogel, K.*, Rechtsgedanke, DStJG 12, 1989, S. 123 – 138.

³⁴³ Vgl. BVerfG vom 24.01.1962, BVerfGE 13, S. 340; BVerfG vom 27.01.1965, BVerfGE 18, S. 334; *Kirchhof, P.*, Steuergleichheit, StuW 1984, S. 307; *Bartone, R.*, a.a.O., S. 63. Dazu auch *Birk, D.*, *Pöllath, R.*, Gewinnausschüttung, StuW 1980, S. 143f.; *Fassnacht, J.*, a.a.O., S. 42 – 50.

angemessenen Verhältnis zu der Intensität der vorgenommenen Abweichung von dem grundsätzlich gewählten Ordnungsprinzip stehen.

Betriebswirtschaftlich ist das Prinzip dahingehend zu konkretisieren, dass steuerliche Regelungen gegen Umgehungsmöglichkeiten abzudichten sind, damit wirtschaftlich gleiche Sachverhalte nicht ungleich behandelt werden können.³⁴⁴

2.1.1.1 Grundsatz der Einmalbesteuerung

Nach dem Grundsatz der Einmalbesteuerung sind ausgeschüttete Gewinne bzw. Zinsen, die missbräuchlich den Gewinn gemindert haben, einmal im Quellenstaat zu besteuern.³⁴⁵ Der Grundsatz der Einmalbesteuerung begründete sich erstmals nach Beseitigung der Mehrfachbelastung ausgeschütteter Gewinne durch Steuern vom Einkommen mit der Einführung des Anrechnungsverfahrens im Zuge der Körperschaftsteuerreform 1977. Die Einhaltung des Grundsatzes der Einmalbesteuerung und damit die Gleichstellung der Fremdfinanzierung mit der Quellenbesteuerung im Fall der Dividendenzahlung sollte durch Einführung der Vorschrift des § 8a KStG gewährleistet werden.³⁴⁶

In der Literatur wird der Grundsatz der Einmalbesteuerung kritisch kommentiert.³⁴⁷ So führt *Knobbe-Keuk* aus, dass der Grundsatz der Einmalbesteuerung nicht zu einer Aufhebung des Trennungsprinzips berechtigt und auch nicht die Schlussfolgerung zulässt, dass die

³⁴⁴ Das Prinzip verpflichtet den Gesetzgeber, Umgehungen zu verhindern, nicht jedoch die Unternehmung, bestehende Umgehungsmöglichkeiten nicht zu nutzen; vgl. *Siegel, T.*, in: *Haase, K., Schneeloch, D., Siegel, T.*, *Gesellschafter-Fremdfinanzierung*, a.a.O., S. 4f.

³⁴⁵ Zum Grundsatz der Einmalbesteuerung siehe das folgende Kapitel.

³⁴⁶ Vgl. BT-Drs. 8/3648 vom 08.02.1980, S. 26, BT-Drs. 15/1518 vom 08.09.2003 sowie RegE in BT-Drs. 12/4487 vom 05.03.1993, S. 36; BT-Drs. 12/4158 vom 20.01.1993, S. 37. Nach BFH-Urteil vom 12.12.1990, I R 43/89, BStBl. II 1991, S. 429 begründet sich das Prinzip der Einmalbelastung aus der Gesetzesbegründung zu § 51 KStG. Dazu auch *Holzaepfel, P.*, a.a.O., S. 30.

³⁴⁷ Siehe dazu auch Kapitel III 3 Rechtfertigung und Zielsetzung des § 8a KStG n.F., S. 30.

Gesellschaft zu versteuern hat, was beim Gesellschafter (im Inland) steuerlich nicht erfasst wird. Die Ebene der Kapitalgesellschaft sei danach der falsche Ansatzpunkt für eine Bewältigung der Problematik der Fremdfinanzierung; vielmehr solle bei dem nicht anrechnungsberechtigten Anteilseigner selbst angesetzt werden. In dem Grundsatz der Einmalbesteuerung sei somit keine Begründung der gesetzlichen Regelung zu sehen.³⁴⁸ Auch nach *Holzaepfel* kann der Grundsatz der Einmalbesteuerung nicht als Begründung für die Einführung des § 8a KStG herangezogen werden, da bei einer rein inlandsbezogenen Betrachtungsweise der Zinszahlungen an ausländische Anteilseigner die im Ausland bestehende Steuerbelastung außer Betracht bleibt.³⁴⁹ Weiterhin wird die Ansicht vertreten, dass der Grundsatz der Einmalbesteuerung mangels gesetzlicher Grundlage nicht als steuerbegründender Grundsatz geeignet ist.³⁵⁰

Neben der zutreffenden Argumentation, dass es dem Grundsatz der Einmalbesteuerung einer gesetzlichen Grundlage entbehrt, ist darauf hinzuweisen, dass das anhaltende Bestreben einzelner EU-Mitgliedstaaten, nationale Steuereinnahmen zu sichern, in Anbetracht des steigenden Einflusses insbesondere des Europarechts problematisch erscheint. So lehnt der EuGH den Grundsatz der Einmalbesteuerung in seiner Rechtsprechung als Rechtfertigung für einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten ab³⁵¹ und wird einen

³⁴⁸ Vgl. *Knobbe-Keuk, B.*, Fremdfinanzierung, a.a.O., S. 202f.; *Knobbe-Keuk, B.*, Überlegungen, IWB 1992, Nr. 21, S. 615.

³⁴⁹ Vgl. *Holzaepfel, P.*, a.a.O., S. 31. Weitere kritische Würdigungen der Gesetzesbegründung siehe *Siegel, T.*, in: *Haase, K., Schneeloch, D., Siegel, T.*, a.a.O., S. 21; *Janssen, B.*, Ausgestaltung, a.a.O., S. 12; *Pöllath, R.*, Gesetzesentwurf, in: *Haase, K., Schneeloch, D., Siegel, T.*, a.a.O., S. 41.

³⁵⁰ Vgl. *Janssen, B.*, Ausgestaltung, a.a.O., S. 11. Dazu auch *Fassnacht, J.*, a.a.O., S. 18; *Pöllath, R., Rädler, A.*, Erweiterung, DB 1980, Beilage Nr. 8, S. 5; *Pöllath, R.*, Gesetzesentwurf, a.a.O., S. 46f.; *Baumgärtel, M.*, a.a.O., S. 85; *Holzaepfel, P.*, a.a.O., S. 29 – 33. A.A. *Herrmann, J.*, a.a.O., S. 42 – 48; *Siegel, T.*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, GmbHR 1990, S. 140f.; *Herrmann* erkennt den Grundsatz der Einmalbesteuerung als ratio der Regelung an; *Siegel* plädiert für die Abschaffung des Trennungsprinzips.

³⁵¹ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 19.

Steuermissbrauch gegen die steuerlichen Regelungen eines Mitgliedstaates jedenfalls dann nicht anerkennen, wenn innerhalb der EU Steuern gezahlt werden. Der nationale Anspruch eines Mitgliedstaates wird demnach nicht als Rechtfertigung anerkannt.³⁵² Angesichts dieser Entwicklungen insbesondere innerhalb der EU kann der Grundsatz der Einmalbesteuerung nicht als Grundlage für eine nationale Regelung anerkannt werden, sodass ihm im Rahmen der folgenden Beurteilungen keine Bedeutung beigemessen werden soll.

2.1.1.2 Grundsatz der Wettbewerbsneutralität

Das Gleichmäßigkeitsprinzip steht mit dem wirtschaftsordnungspolitischen Grundsatz der Wettbewerbsneutralität der Besteuerung in Verbindung. Dieser besagt, dass die Besteuerung nicht den Konkurrenzmechanismus des Marktes beeinträchtigen soll. Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität kann sowohl hinsichtlich der Finanzierung (Finanzierungsneutralität) als auch hinsichtlich der personellen Belastung (Inländer und Ausländer, Anrechnungsberechtigte und Nicht anrechnungsberechtigte) ausgelegt werden.³⁵³ Finanzierungsneutralität verlangt, dass die Wahl des Finanzierungsweges steuerlich nicht beeinträchtigt wird.³⁵⁴ Das Steuersystem gilt danach dann als steuerneutral, wenn die Wahl der Finanzierung einer Investition immer so ausfällt wie in einer Referenzsituation ohne Steuern. Dies erfordert eine gleiche Besteuerung

³⁵² Siehe dazu Kapitel VII 4.3.2 Weitere Einengung durch Einführung des Kriteriums des Gestaltungsmissbrauchs, S. 247.

³⁵³ Vgl. *Siegel, T.*, in: *Haase, K., Schneeloch, D., Siegel, T.*, a.a.O., S. 3. Inländerdiskriminierung als Gegenstück zur Ausländerdiskriminierung liegt vor, wenn Inländer gegenüber Ausländern benachteiligt werden, vgl. *Hammerl, C.*, Inländerdiskriminierung, 1997, S. 23 sowie S. 161 – 163. In der folgenden Arbeit soll hinsichtlich des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität schwerpunktmäßig die Finanzierungsneutralität betrachtet werden.

³⁵⁴ Siehezum Grundsatz der Finanzierungsneutralität *Meilicke, W.*, a.a.O., S. 297; *Herzig, N.*, Finanzierungsfreiheit, a.a.O. S. 589 – 590. Auf die Ziele Investitions- und Rechtsformneutralität soll im Folgenden mangels Relevanz nicht eingegangen werden.

von Zinsen sowie einbehaltenen und ausgeschütteten Gewinnen.³⁵⁵

2.1.1.3 Leistungsfähigkeitsprinzip

Zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichmäßigkeit der Besteuerung gilt insbesondere im Einkommensteuerrecht das sog. Leistungsfähigkeitsprinzip³⁵⁶, das besagt, dass alle Staatsbürger im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit unterschiedslos zu den öffentlichen Lasten beizutragen haben.³⁵⁷ Die individuelle Steuerbelastung ist nach der Fähigkeit zu bemessen, Steuerleistungen aus dem Einkommen im Verhältnis zum Einkommen erbringen zu können.³⁵⁸

Das Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit kommt im objektiven Nettoprinzip zum Ausdruck, nach dem das Einkommen im Sinne des Einkommensteuergesetzes und des Körperschaftsteuergesetzes eine Nettogröße darstellt in Form des Saldos aus Vermögenmehrungen und Vermögenminderungen, bzw. aus Einnahmen und Ausgaben. Das Nettoprinzip verlangt die Abzugsfähigkeit betrieblicher Aufwendungen, da die Fähigkeit des Steuersubjekts Steuern zu zahlen durch Aufwendungen eingeschränkt wird.³⁵⁹

Ausnahmen von dem Postulat der Besteuerung nach der

³⁵⁵ Vgl. *Seiler, H. W.*, a.a.O., S. 36f. Diese relativ enge Auslegung des Begriffs der Finanzierungsneutralität basiert auf der Annahme, dass Eigen- und Fremdfinanzierung eingeschränkt substitutional sind.

³⁵⁶ Vgl. BVerfG vom 13.03.1979, BVerfGE 50, S. 391. Zur Verknüpfung des Art. 3 Abs. 1 GG und dem Leistungsfähigkeitsprinzip siehe *Hendler, R., Heimlich, J.*, Lenkung, ZRP, 2000, S. 327; *Arndt, H.W.*, Gleichheit, NVwZ 1988, S. 789f.

³⁵⁷ Vgl. BVerfG vom 22.02.1984, BVerfGE 66, S. 223; BVerfG vom 04.10.1984, BVerfGE 67, S. 297; *Kirchhof, P.*, in: *Kirchhof, P., Söhn, H., Mellinshoff, R.*, EStG, 2005, § 2, Rz. 1 – 8; *Vogel, K.*, Rechtsgedanke, a.a.O., S. 142f. A. A. *Tipke, K.*, Steuerrechtsordnung, 1993, S. 488; dieser geht davon aus, dass das Leistungsfähigkeitsprinzip durch das Sozialstaatsprinzip mitfundiert wird.

³⁵⁸ Vgl. *Tipke, K.*, Steuerrechtsordnung, a.a.O., S. 478. Es wird zwischen vertikaler Gerechtigkeit, und horizontaler Gerechtigkeit unterschieden; vgl. *Baumgärtel, M.*, a.a.O., S. 266 m.w.N.

³⁵⁹ Vgl. *Tipke, K., Lang, J.*, Steuerrecht, 1996, § 9, Rz. 54; *Schmitt, J.*, Verfassungsrechtliche Bewertung, DStZ 2004, S. 601.

Leistungsfähigkeit können nur insoweit zugelassen werden, als ein sachgerechter, vernünftiger Grund für ein Abweichen besteht.³⁶⁰ So kann die Durchbrechung des Leistungsfähigkeitsprinzips als Ungleichbehandlung durch besonders schwerwiegende Gründe oder Belange des Gemeinwohls oder der Allgemeinheit gerechtfertigt werden. So kann sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung steuerlicher Erlasse nicht darauf beschränken, diese konsequent am Leistungsfähigkeitsprinzip auszurichten³⁶¹, sondern muss auch praktische Gesichtspunkte einbeziehen, soweit dies nicht dazu dient, dass sich eine Gruppe bloß um ihrer selbst willen begünstigt.³⁶² Seit einigen Jahrzehnten zeichnet sich darüber hinaus die Tendenz ab, dass auch wirtschafts- und sozialpolitische Anliegen zunehmend mit Hilfe des Steuerrechts zu verwirklichen versucht werden (sog. Lenkungsnormen). So können Durchbrechungen des Verteilungsmaßstabs gerechtfertigt werden, wenn Gestaltungszwecke verfolgt werden, die verfassungsrechtlichen Vorrang haben.³⁶³ Daneben dürfen in engen Grenzen aus Praktikabilitätsabwägungen auch schematische Lösungen durch Typisierungen, also beispielsweise Pauschalierungen, und durch Vereinfachungen kleinere Ungleichbehandlungen entstehen.³⁶⁴ Daneben hat das Bundesverfassungsgericht beispielsweise die Vermeidung der Steuerumgehung als zulässigen Rechtfertigungsgrund für einen Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip anerkannt. So erlaube der Gleichheitssatz eine Unterscheidung von Sachverhalten, die sich darin unterscheiden, dass bei dem einen in stärkerem Masse die Gefahr eines

³⁶⁰ Vgl. *Tipke, K., Lang, J.*, a.a.O., Rz. 124 – 132.

³⁶¹ Vgl. BVerfG vom 04.12.2002, BVerfGE 107, S. 27; BVerfG vom 07.12.1999, BStBl. II 2000, S. 162; BVerfG vom 11.11.1998, BStBl. II 1999, S. 502; *Tipke, K.*, Steuerrechtsordnung, a.a.O., S. 370f.; *Schmitt, J.*, a.a.O., S. 602.

³⁶² Vgl. *Wendt, R.*, Vereinbarkeit, BB 1987, S. 1259 – 1262; *Wendt, R.*, Steuerreform, FR 1993, S. 6; *Bartone, R.*, a.a.O., S. 69; *Tipke, K., Lang, J.*, a.a.O., § 4, Rz. 124 – 128; *Tipke* unterscheidet dabei begrifflich zwischen dem Gemeinwohlprinzip und dem Bedürfnisprinzip.

³⁶³ Vgl. *Birk, D.*, Leistungsfähigkeitsprinzip, 1983, S. 234 – 235 sowie S. 236 – 258.

³⁶⁴ Zu der Beurteilung des Gleichheitsgrundsatzes unter sachlichen, rechtfertigenden Gesichtspunkten siehe *Wendt, R.*, Gleichheitssatz, NvWZ 1988, S. 778 – 780; *Tipke, K., Lang, J.*, a.a.O., § 4 Rz. 130 – 132; *Hendler, R., Heimlich, J.*, a.a.O., S. 327f.

Missbrauchs drohe als bei dem anderen.³⁶⁵

2.1.2 Trennungsprinzip

Kapitalgesellschaften können als juristische Personen auf Grund rechtlicher Selbständigkeit gem. § 1 Abs.1 AktG, bzw. § 13 GmbHG Träger von Rechten und Pflichten sein; Anteilseigner sind als natürliche oder juristische Personen ebenfalls eigenständige Rechtspersönlichkeiten. Die Vermögen der Kapitalgesellschaft und des Anteilseigners sind rechtlich selbständig und getrennt zu behandelnde Vermögensmassen.³⁶⁶ Schuldrechtliche Verträge zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern gelten nicht als Verstoß gegen das Selbstkontrahierungsverbot des §181 BGB.³⁶⁷

Es widerspricht dem Trennungsprinzip als einer vom Gesetzgeber selbst gesetzten Sachgesetzlichkeit des Körperschaftsteuerrechts, wenn aus der Sphäre der Gesellschafter Rechtsfolgen für die Besteuerung der Gesellschaft hergeleitet werden.³⁶⁸ Danach dürfen ausschließlich Merkmale, die die Kapitalgesellschaft selber erfüllt, für Ihre Besteuerung

³⁶⁵ Vgl. BVerfG vom 11.07.1967, BVerfGE 1967, 22, S. 160 – 162; BVerfG vom 15.07.1969, BVerfGE 26, S. 326; BVerfG vom 22.07.1970, BVerfGE 1970, 29, S. 104; BVerfG vom 07.11.1972, BVerfGE 1972, 34, S. 103; BVerfG vom 03.07.1973, BVerfGE 35, S. 324; *Kirchhof, P.*, Steuergleichheit, StuW 1984, S. 307; *Bartone, R.*, a.a.O., S. 70.

³⁶⁶ Siehe zur rechtlichen Selbständigkeit der GmbH *Emmerich, V.*, a.a.O., S. 647 – 654; der AG siehe *Hüffer, U.*, Kommentar, 2004, S. 7 – 9. Zum Trennungsprinzip bei Kapitalgesellschaften siehe *Emmerich, V.*, ebenda, S. 648; Auflistung in Spezialvorschrift § 1 Abs. 1 KStG. Bei Personengesellschaften werden Kredite der Gesellschafter steuerlich als Einlagen gewertet, mit Ausnahme von Personengesellschaften mit gewisser rechtlicher Selbständigkeit; siehe dazu *Förschle, G.*, *Kropp, M.*, *Huß, J.*, a.a.O., S. 38; *von Gerkan, H.*, in: *Röhrich, V.*, *Graf von Westphalen, F.*, Handelsgesetzbuch Kommentar, 2001, S. 1284 – 1286. Siehe zum Trennungsprinzip Kapitel V 2.1.2 Trennungsprinzip, S.112.

³⁶⁷ Siehe zur Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot gem. § 181 BGB *Habermeier, S.*, in: *Bamberger, H.*, *Roth, H.*, Kommentar, 2003, S. 584; *Heinrichs, H.*, in: *Palandt, O.*, *Bassenge, P.*, *Brudermüller, G.*, Palandt, 2003, § 181, Rz. 19.

³⁶⁸ Vgl. BVerfG vom 24.01.1962, BVerfGE 13, S. 331. So führt das Bundesverfassungsgericht aus: „Es gehört zum Wesen der juristischen Person wie der GmbH und der AG, dass diese Kapitalgesellschaften mit ihrer Verselbständigung gegen Durchgriffe auf Tatbestände im Kreis oder in der Person ihrer Gesellschafter grundsätzlich abgeschirmt sind...“

maßgeblich sein; nicht jedoch Merkmale des Gesellschafters.

2.1.3 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Besteuerung

Nach dem aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Übermaßverbot gilt, dass die Gründe für eine Durchbrechung einer vom Gesetzgeber selbst formulierten Sachgesetzlichkeit in angemessenem Verhältnis zur Intensität der vorgenommenen Abweichung von dem grundsätzlich gewählten Ordnungsprinzip stehen müssen. Damit verstößt ein Gesetz gegen das Grundgesetz, wenn die gewählten Mittel zur Zielerreichung nicht erforderlich, ungeeignet oder untauglich sind.

2.2 Europarecht

2.2.1 Primäres Europarecht: EG-Diskriminierungsverbote

2.2.1.1 Grundlagen

Grundsätzlich fallen die direkten Steuern nach der Rechtsprechung des EuGH in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Die Mitgliedstaaten sind aber dazu angehalten, die ihnen verbleibenden Befugnisse unter Beachtung und Wahrung des Gemeinschaftsrechts auszuüben.³⁶⁹ Die Autonomie der Mitgliedstaaten wird dadurch im Bereich der direkten Steuern eingeschränkt. Rechtsgrundlage für die vom EuGH hergeleiteten Vorgaben sind vor allem die sog. Grundfreiheiten des EG-Vertrags, die Personenverkehrsfreiheiten, Niederlassungsfreiheit, Kapitalverkehrsfreiheit, Waren- und Dienstleistungsfreiheit.³⁷⁰ Die Grundfreiheiten sind grundrechtsähnlich ausgestaltet und verbürgen

³⁶⁹ Vgl. EuGH-Urteil vom 14.02.1995, Schumacker, Rz. 21; EuGH-Urteil vom 11.08.1995, Wielockx, Rz. 16; EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 26.

³⁷⁰ Zu den Grundfreiheiten siehe *Spengel, C.*, Unternehmensbesteuerung, 2003, S. 246; *Herzig, N., Dautzenberg, N.*, EG-Recht, DB 1997, S. 8; *Jarass, H.*, Niederlassungsfreiheit, RIW 1993, S. 1.

subjektive Rechte, auf die sich die Steuerpflichtigen berufen können, sofern grenzüberschreitende Sachverhalte betroffen sind – reine Inlandssachverhalte liegen nicht im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten.³⁷¹ Die unmittelbare Geltung der Grundfreiheiten beruht auf der Umsetzung des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957 in innerstaatliches Recht.³⁷²

Obwohl der EGV dem europäischen Gesetzgeber auf dem Gebiet der direkten Steuern keine unmittelbare Gesetzgebungskompetenz zuspricht, hat das Gemeinschaftsrecht grundsätzlich Vorrang vor nationalem Recht.³⁷³ Den Mitgliedstaaten steht im Rahmen der direkten Steuern sowohl die Legislativkompetenz, als auch die Exekutiv- und die Ertragskompetenz zu.³⁷⁴ Dies erkennt der EuGH grundsätzlich an,³⁷⁵ jedoch stellt er das fiskalische Interesse eines Staates an einer die Grundfreiheiten betreffenden Norm hierarchisch nicht allzu hoch und untergräbt die Souveränität der Mitgliedstaaten hinsichtlich ihrer autonomen Staatsfinanzierung erheblich.³⁷⁶ Stellt der EuGH fest, dass eine nationale Vorschrift gegen Gemeinschaftsrecht verstößt, wird die Anwendung der nationalen Vorschrift aufgehoben.³⁷⁷

³⁷¹ Vgl. *Arndt, H.*, Europarecht, 1999, S. 93.

³⁷² Vgl. Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25.03.1957, BGBl. II 1957, S. 766; Vertrag über die Europäische Union vom 07.02.1992, Abl. EG Nr. C 224 c. 31.08.1992, S. 6. Dazu auch *Wassermeyer, F.*, Doppelbesteuerung, in: *Lehner, M.*, Binnenmarkt, 1996, S. 155.

³⁷³ Vgl. EuGH-Urteil vom 14.02.1995, Schumacker, Rz. 21: „Obwohl der Bereich der direkten Steuern als solcher nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft fällt, müssen die Mitgliedstaaten die ihnen verbleibenden Befugnisse jedoch unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts ausüben“.

³⁷⁴ Art. 105 GG.

³⁷⁵ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 26.

³⁷⁶ Vgl. *Musil, A.*, Beschränkungsverbot, IStR 2001, S. 486.

³⁷⁷ Vgl. *Spengel, C.*, Unternehmensbesteuerung, a.a.O., S. 246. Dabei ist jedoch zu beachten, dass nationale Normen ihre Gültigkeit behalten und nach dem Gebot der gemeinschaftskonformen Auslegung im Sinne einer Geltungserhaltung des nationalen Rechts lediglich diejenigen Auslegungsvarianten nationaler Vorschriften nicht mehr anzuwenden sind, die mit dem Gemeinschaftsrecht kollidieren. Für die Annahme einer Gemeinschaftswidrigkeit einer Norm ist es somit nicht ausreichend, wenn nur eine mögliche Auslegungsvariante gegen Gemeinschaftsrecht verstößt; vgl. *Hahn, H.*, Europarechtswidrigkeit, a.a.O., S. 278; *Jarass, H.*, Grundfragen, 1994, S. 89f.

Die Grundfreiheiten stellten ursprünglich Diskriminierungsverbote im Sinne eines Gleichheitsrechts dar. Eine Diskriminierung liegt danach dann vor, wenn zwei Personen, die sich in vergleichbaren Umständen befinden, zum Nachteil der einen unterschiedlich behandelt werden. Die Ungleichbehandlung inländischer und ausländischer Sachverhalte ist im Falle eines Diskriminierungsverbots das entscheidende Argument für die Gemeinschaftsrechtsinkonformität einer Regelung.³⁷⁸ Dabei sind jedoch offene, explizit an die Staatsangehörigkeit anknüpfende Diskriminierungen und versteckte, nicht offen an die Staatsangehörigkeit anknüpfende Diskriminierungen, zu unterscheiden.³⁷⁹ So liegt eine versteckte Diskriminierung bereits dann vor, wenn sich die steuerliche Situation in den allermeisten Fällen, in denen der Anteilseigner im Inland ansässig ist, günstiger gestaltet als bei einer Ansässigkeit in einem anderen Mitgliedstaat.³⁸⁰

Darüber hinaus beinhalten die Grundfreiheiten nach der Rechtsprechung auch ein Beschränkungsverbot.³⁸¹ So führen in der Regel neben Diskriminierungen auch Behinderungen der Ausübung der Grundfreiheiten zu einem Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht.³⁸² Jede

³⁷⁸ Vgl. bspw. EuGH-Urteil vom 28.01.1986, *Avoir fiscal*, Rz. 20. Dazu auch *Kofler, G.*, Unterkapitalisierungsregeln, SWI, 2003, S. 2; *Bachmann, B.*, Diskriminierungsverbote, RIW 1994, S. 849.

³⁷⁹ Mittelbare Diskriminierungen werden vom EuGH mit versteckten Diskriminierungen gleichgesetzt; vgl. EuGH-Urteil vom 14.02.1995, *Schumacker*, Rz. 26; EuGH-Urteil vom 30.03.1993, *Konstantinidis*. Zur Abgrenzung versteckter Diskriminierungen siehe auch *Cordewener, A.*, Europäische Grundfreiheiten, 2002, S. 118 – 128.

³⁸⁰ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, *Lankhorst-Hohorst*, Rz. 32; EuGH-Urteil vom 26.10.1999, *Eurowings*, Rz. 38, 68. In der Rechtssache *Lankhorst-Hohorst* wurde die Tatsache, dass § 8a KStG a.F. auch für bestimmte inländische Sachverhalte galt, nicht als Gegenargument akzeptiert; dazu bspw. *Brosens, L.*, a.a.O., S. 193.

³⁸¹ Siehe zum Schritt vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot in der Entwicklung der Rechtsprechung *Cordewener, A.*, Europäische Grundfreiheiten, a.a.O., S. 104 – 107 sowie S. 128 – 129; *Vanistendael, F.*, *Economic Freedoms*, EC Tax Review 2003, S. 142.

³⁸² Vgl. EuGH-Urteil vom 20.02.1979, *Cassis de Dijon*, Rz. 14; EuGH-Urteil vom 27.09.1988, *Daily Mail*, Rz. 16; EuGH vom 16.07.1998, C-264/96, *ICI*, Rz. 21; EuGH vom 18.11.1999, X AB und Y AB, Rz. 26; EuGH-Urteil vom 30.11.1995, *Gebhard*, Rz. 37; EuGH-Urteil vom 12.12.2002, *Lankhorst-Hohorst*, Rz. 32; EuGH-Urteil vom 18.09.2003, *Bosal*, Rz. 27. Dazu auch *Brosens, L.*, a.a.O., S. 203; *Cordewener, A.*, Europäische Grundfreiheiten, a.a.O., S. 224.

Diskriminierung stellt grundsätzlich auch eine Beschränkung dar.³⁸³ Der Begriff der Beschränkung ist nach der Dassonville-Formel jede unmittelbare oder mittelbare, aktuelle oder potentielle Behinderung oder Begrenzung für den Zufluss, Abfluss oder Durchfluss von Kapital. Danach wirkt eine Regelung als Beschränkung, wenn sie geeignet ist, die grenzüberschreitende Ausübung der durch den EG-Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, unabhängig von der Art und Wirkungsweise.³⁸⁴ Die Dassonville-Formel wird einschränkend durch die „Cassis-de-Dijon“-Formel ergänzt, nach der unterschiedslos anwendbare Regelungen zulässig sind, soweit keine Gemeinschaftsregelung besteht und die Beschränkung notwendig und aus zwingenden Erfordernissen gerechtfertigt sind; z.B. aus Gründen des Gemeinwohls, bzw. des Allgemeininteresses.³⁸⁵ In Abgrenzung zu Diskriminierungen wirken Beschränkungen im Hinblick auf Ansässige und Gebietsfremde unterschiedslos.³⁸⁶

Die Abgrenzung der Begriffe Diskriminierung und Beschränkung ist theoretisch aus dem Grund erforderlich, dass den Ansätzen eine unterschiedliche Vorstellung des Marktes sowie des Verstosses gegen Grundfreiheiten³⁸⁷ zugrunde liegt, eine unterschiedliche Vergleichsbasis geschaffen wird und unterschiedliche Rechtfertigungsgründe anerkannt werden. So gelten gesetzliche Rechtfertigungsgründe nach der älteren Rechtsprechung grundsätzlich ausschließlich für diskriminierende

³⁸³ Vgl. EuGH-Urteil vom 28.01.1986, *Avoir fiscal*, Rz. 15f. Dazu auch *Körner, A.*, Gestaltungsmöglichkeiten, Teil II, a.a.O. S. 260; *Jacobs, O.*, a.a.O., S. 200.

³⁸⁴ Vgl. Schlussanträge Kokott vom 12.02.2004, Weidert und Paulus, Rz. 20; EuGH-Urteil vom 11.07.1974, *Dassonville*, Rz. 5. Die Dassonville-Formel wurde ursprünglich hinsichtlich der Warenverkehrsfreiheit ermittelt. Dazu auch *Kellersmann, D.*, *Treisch, C.*, Unternehmensbesteuerung, 2002, S. 144 – 147. Zu Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Diskriminierungen und Beschränkungen siehe u.a. *Brosens, L.*, a.a.O., S. 193.

³⁸⁵ Vgl. EuGH-Urteil vom 20.02.1979, *Cassis de Dijon*, Rz. 8.

³⁸⁶ Vgl. *Bauschatz, P.*, Gestaltungsmissbrauch, IStR 2002, S. 294f. Dazu auch *Kessler, W.*, *Eicker, K.*, *Obser, R.*, Kapitalverkehrsfreiheit, IStR 2004, S. 328.

³⁸⁷ Dazu *Vanistendael, F.*, *Economic Freedoms*, a.a.O., S. 140f.

Sachverhalte, wohingegen die nicht gesetzlichen Rechtfertigungsgründe grundsätzlich lediglich für nichtdiskriminierende Vorschriften Anwendung finden.³⁸⁸ Die genaue Abgrenzung zwischen diskriminierenden und nichtdiskriminierenden, aber beschränkenden Maßnahmen ist jedoch nicht immer möglich, da auch der EuGH in seiner Rechtsprechung nicht stets eindeutig abgrenzend argumentiert und Beschränkungen und Diskriminierungen meist parallel geprüft werden. So ist in Fällen, in denen der EuGH eine Beschränkung feststellte, häufig auch eine versteckte Diskriminierung zu bejahen.³⁸⁹ Beispielsweise hat der EuGH insbesondere in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst überraschenderweise keine direkte oder indirekte Diskriminierung, sondern lediglich eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit festgestellt und darauf abgestellt, dass die deutsche Vorschrift die Ausübung der Niederlassungsfreiheit weniger attraktiv macht; auf Ausführungen hinsichtlich einer möglichen Diskriminierung hat er verzichtet.³⁹⁰ Dies kann dahingehend verstanden werden, dass der EuGH betonen wollte, dass bereits die Beschränkung einer Grundfreiheit zu einer Europarechtswidrigkeit der Vorschrift führt. So prüft der EuGH im ersten Schritt, ob eine Beschränkung vorliegt und verzichtet gegebenenfalls auf die weitergehende Prüfung einer Diskriminierung.³⁹¹ Für diese Sichtweise spricht auch, dass ungeschriebene Rechtfertigungsgründe in der neueren Rechtsprechung des EuGH im

³⁸⁸ Vgl. *Cordewener, A.*, Europäische Grundfreiheiten, a.a.O. S. 63 m.w.N. sowie S. 140 – 147.

³⁸⁹ Vgl. EuGH-Urteil vom 05.11.2002, *Überseering*, Rz. 78 – 82; hier nimmt der EuGH keine klare Abgrenzung zwischen einer Beschränkung durch einfache Behinderung des Leistungsangebots und einer versteckten Diskriminierung vor; vgl. EuGH-Urteil vom 05.12.1989, *Kommission/Italien*, Rz. 6 und 8; der EuGH argumentiert hier mit nicht gesetzlichen Rechtfertigungsgründen in Zusammenhang mit einem diskriminierenden Sachverhalt. Dazu auch *Brosens, L.*, a.a.O., S. 194. Auch in der Rs. Lankhorst-Hohorst nimmt der EuGH keine klare Abgrenzung zwischen einer Beschränkung und einer Diskriminierung vor; vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, *Lankhorst-Hohorst*, Rz. 32.

³⁹⁰ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, *Lankhorst-Hohorst*, Rz. 32. Tatsächlich kann in dem untersuchten Sachverhalt neben der Beschränkung zumindest eine versteckte oder indirekte Diskriminierung festgestellt werden, da eine Ungleichbehandlung der Vergleichspaare besteht.

³⁹¹ So auch *Gutmann, D., Hinnekens, L.*, Lankhorst-Hohorst, *EC Tax Review*, 2003, S. 93f.

Zuge der Ausweitung des Geltungsbereichs der Grundfreiheiten regelmäßig auch für diskriminierende Vorschriften herangezogen werden.³⁹² Die Frage der Abgrenzung der Begriffe ist folglich lediglich hinsichtlich der Anwendbarkeit gesetzlicher Rechtfertigungsgründe relevant und damit häufig lediglich terminologischer Natur. Für die aus einem Verstoß resultierenden Rechtsfolgen jedenfalls hat die Frage keine Relevanz.³⁹³

Die Prüfung einer EU-rechtlich relevanten Diskriminierung der Niederlassungs- oder Kapitalverkehrsfreiheit muss an Vergleichspaaren ansetzen.³⁹⁴ Die Vergleichbarkeit der Lage ist anhand der die steuerliche Situation des Steuerpflichtigen bestimmenden steuerlichen Normen zu betrachten.³⁹⁵ So sind im Falle der Regelungen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung in der Grundsituation Tochtergesellschaften inländischer Muttergesellschaften mit Tochtergesellschaften ausländischer Muttergesellschaften zu vergleichen.³⁹⁶ Hinsichtlich eventuell bestehender Beschränkungsverbote kann grundsätzlich auf das Zugrundelegen von Vergleichspaaren verzichtet werden, da jegliche Berührung grenzüberschreitender Sachverhalte unabhängig von der Vergleichbarkeit der Situation betrachtet wird.³⁹⁷ Jedoch hat der EuGH in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst eine Beschränkung festgestellt und sich in seiner Argumentation gleichfalls auf die Vergleichbarkeit der

³⁹² Vgl. *Cordewener, A.*, Europäische Grundfreiheiten, a.a.O., S. 662 – 667 sowie S. 140 – 160.

³⁹³ Offene und versteckte Diskriminierungen sowie Beschränkungen führen, sofern sie nicht gerechtfertigt sind, gleichermaßen zur Nichtanwendbarkeit der nationalen Vorschrift.

³⁹⁴ Vgl. *Köhler, S.*, Internationales Steuerrecht, DStR 2004, S. 672; *Jacobs, O.*, a.a.O., S. 198 und 262. Dazu auch *Reimer, E.*, Bestandsaufnahme, in: *Lehner, M.*, Grundfreiheiten, 2000, S. 45 – 55.

³⁹⁵ Vgl. *Kellersmann, D.*, *Treich, C.*, Unternehmensbesteuerung, 2002, S. 176; *Jacobs, O.*, a.a.O., S. 262f.

³⁹⁶ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 39; *Brosens, L.*, a.a.O., S. 192. Dazu auch *Gutmann, D.*, *Hinneken, L.*, a.a.O., S. 93f.; *Terra, B.*, *Wattel, P.*, Tax Law, 1997, S. 43.

³⁹⁷ Vgl. *Brosens, L.*, a.a.O., S. 203; *Vanistendael, F.*, Economic Freedoms, a.a.O., S. 138 – 143.

Steuerpflichtigen gestützt.³⁹⁸ Der EuGH verzichtet somit auch hinsichtlich dieses Kriteriums auf eine trennscharfe Unterscheidung zwischen Beschränkungen und Diskriminierungen. Diesen Ausführungen folgend soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit eine trennscharfe Abgrenzung der Begriffe Beschränkung und Diskriminierung vernachlässigt werden.

Im Folgenden sollen die Grundfreiheiten Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit als Prüfungsmaßstab für die vorgestellten Regelungen dargestellt werden.³⁹⁹

2.2.1.2 Niederlassungsfreiheit (Art. 43 ff EG-Vertrag)

Der in Art. 43 ff EG-Vertrag verankerte Grundsatz der Niederlassungsfreiheit erlaubt es Unternehmern (Freiberuflern, Handwerkern, Gewerbetreibenden), natürlichen oder juristischen Personen eines EU-Mitgliedstaates oder eines Mitgliedstaates des EWR, eine unternehmerische Betätigung nach freier Wahl in einem oder mehreren Mitgliedstaaten zu verfolgen, ohne unter diskriminierenden oder restriktiven Maßnahmen zu leiden; sei es als Betriebsstätte, Tochtergesellschaft oder über die Beteiligung an einer Personengesellschaft. Eine Ausnahme besteht bei Maßnahmen, die auf Grund von allgemeinen Interessen wie öffentliche Ordnung, öffentliche Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind.⁴⁰⁰ Die

³⁹⁸ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 28.

³⁹⁹ Die Grundfreiheiten Waren- und Dienstleistungsfreiheit werden auf Grund geringerer Relevanz nicht dargestellt. Zu der untergeordneten Bedeutung der Warenverkehrsfreiheit, der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und der Dienstleistungsfreiheit vgl. *Herzig, N., Dautzenberg, N.*, EG-Recht, a.a.O., S. 10. Zur Subsidiarität der Staatsangehörigkeitsdiskriminierung siehe *Herzig, N., Dautzenberg, N.*, EG-Recht, a.a.O., S. 9; *Bachmann, B.*, a.a.O., S. 849; *Thömmes, O.* (Bearb.), Diskriminierung, in: *Lehner, M.*, a.a.O., S. 83.

⁴⁰⁰ Art. 43 EGV und Art. 46 EGV. Zur Niederlassungsfreiheit allgemein siehe EuGH-Urteil vom 13.05.2000, Baars, Rz. 22; EuGH-Urteil vom 21.06.1974, Jean Reyners gegen belgischen Staat, Rz. 16; EuGH-Urteil vom 05.11.2003, Überseering, Rz. 77; EuGH-Urteil vom 21.11.2002, X und Y, Rz. 37; *Schaumburg, H.*, Vollzugsdefizite, DStJG 2001, S. 255 – 257; *Jarass, H.*, Niederlassungsfreiheit, a.a.O., S. 1; *Bröhmer, J.*, Art. 43 EGV, in: *Calliess, C., Ruffert, M.*, (Hrsg), Kommentar, 2002, Rz. 19 – 39; *Jacobs,*

Niederlassungsfreiheit umfasst gem. Art. 43 Abs. 2 EGV neben der Aufnahme und Ausübung der Erwerbstätigkeit „die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften [...]“⁴⁰¹ in einem Mitgliedstaat durch einen Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats. Tatbestandsmerkmal für die unternehmerische Betätigung ist nach der Rechtsprechung des EuGH, dass durch Kontroll- und Leistungsfunktionen ein wesentlicher unternehmerischer Einfluss ausgeübt wird.⁴⁰² Sachlich erstreckt sich die Niederlassungsfreiheit auf feste Einrichtungen für unbestimmte Zeit.⁴⁰³ Der freien Niederlassung ist in Satz 2 die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften gleichgestellt.

Nach der Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH umfasst die Niederlassungsfreiheit neben dem Diskriminierungsverbot auch ein Beschränkungsverbot, so dass neben Diskriminierungen auch staatliche Maßnahmen verboten sind, die den Ausländer faktisch in besonderer Weise bei der Niederlassung behindern.⁴⁰⁴ Das Diskriminierungsverbot richtet sich an den Tätigkeitsstaat und verlangt, dass auf die Niederlassung von Ausländern die gleichen Rechtsvorschriften anzuwenden sind wie auf vergleichbare Inländer, damit EG-Ausländer

O., a.a.O., S. 205 – 210.

⁴⁰¹ Art. 43 EGV.

⁴⁰² Vgl. EuGH-Urteil vom 13.04.2000, Baars, Rz. 22f. Dazu auch *Kellersmann, D., Treisch, C.*, a.a.O., S. 137; *Jacobs, O.*, a.a.O., S. 193f. Ermöglicht die Beteiligung keinen Einfluss auf die Entscheidung der ausländischen juristischen Person, ist die Kapitalverkehrsfreiheit einschlägig; siehe dazu V. 2.2.1.4 Konkurrenz der Niederlassungsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 124.

⁴⁰³ Vgl. EuGH-Urteil vom 25.07.1991, Factortame, Rz. 15 – 17.

⁴⁰⁴ Vgl. EuGH-Urteil vom 17.10.2002, Payroll, Rz. 26; EuGH-Urteil vom 14.12.2000, AMID, Rz. 21; EuGH-Urteil vom 15.05.1997, Futura Participations und Singer, Rz. 24; EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 32; EuGH-Urteil vom 31.03.1993, Kraus, Rz. 15 – 31; EuGH-Urteil vom 18.09.2003, Bosal, Rz. 27; EuGH-Urteil vom 05.11.2002, Überseering, Rz. 78 – 82. Dazu auch *Herzig, N., Dautzenberg, N.*, EG-Recht, a.a.O., S. 9; *Bröhmer, J.*, a.a.O., Art. 43 EGV, Rz. 22 – 28; *Jacobs, O.*, a.a.O., S. 197; *Roth, W.* (Bearb.), Niederlassungsfreiheit, in: *Schön, W.* (Hrsg.), Gedächtnisschrift, 1997, S. 729 – 733; *Everling, U.* (Bearb.), Niederlassungsrecht, in: *Schön, W.* (Hrsg.), Gedächtnisschrift, 1997, S. 608 – 613; *Mössner, M.* (Bearb.), Dividendenbesteuerung, in: *Lüdicke, J.* (Hrsg.), Unternehmenssteuerreform, 2001, S. 40.

nicht schlechter behandelt werden als Inländer (Inländergleichbehandlung⁴⁰⁵). Bei natürlichen Personen richtet sich das Diskriminierungsverbot nach der Staatsangehörigkeit, bei Gesellschaften nach dem Sitz des Unternehmens.⁴⁰⁶ Neben offenen Diskriminierungen, die unmittelbar an das Merkmal der Staatsangehörigkeit anknüpfen, kann das Recht auf Niederlassungsfreiheit auch durch versteckte, indirekte Diskriminierungen beeinträchtigt werden.⁴⁰⁷ Indirekte Diskriminierungen liegen bei Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale als der Staatsangehörigkeit vor, beispielsweise nach der Ansässigkeit oder Sprachkenntnissen.⁴⁰⁸ Der EuGH verlangt somit, dass sich die mitgliedstaatliche Regelung „besonders zum Nachteil der Ausländer auswirkt“.⁴⁰⁹

Eine Beschränkung liegt dagegen vor, wenn von Inländern und EU-Ausländern unterschiedslos anwendbare Maßnahmen das Recht der freien Niederlassung unzulässig beschränken.⁴¹⁰ Dies ist erfüllt, wenn die Ausübung der Niederlassungsfreiheit für in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Gesellschaften ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit für Gemeinschaftsangehörige einschließlich der Staatsangehörigen des Mitgliedstaats, der die Regelung erlassen hat, weniger attraktiv wird und diese infolgedessen auf den Erwerb, die Gründung oder die Beibehaltung einer Tochtergesellschaft in dem

⁴⁰⁵ Siehe zum Begriff der Inländergleichbehandlung *Jacobs, O.*, a.a.O., S. 194; *Roth, W.*, in: *Schön, W.*, a.a.O., S. 730f; *Bröhmer, J.*, a.a.O., Rz. 21.

⁴⁰⁶ Vgl. EuGH-Urteil vom 28.01.1986, *Avoir Fiscal*, Rz. 2; EuGH-Urteil vom 13.07.1993, *Commerzbank*, Rz. 8.

⁴⁰⁷ Vgl. EuGH-Urteil vom 08.05.1990, *Biehl*, Rz. 13; EuGH-Urteil vom 13.07.1993, *Commerzbank*, Rz. 8; EuGH-Urteil vom 23.05.1996, *O' Flynn*, Rz. 17.

⁴⁰⁸ Zum Merkmal der Ansässigkeit vgl. EuGH-Urteil vom 25.07.1991, *Factortame*, Rz. 30f.; zum Merkmal der Sprachkenntnisse vgl. EuGH-Urteil vom 06.06.2000, *Angonese*.

⁴⁰⁹ Vgl. EuGH-Urteil vom 08.05.1990, *Biehl*, Rz. 14. Dies gilt in Abweichung zum Allgemeinen Programm zu früherer Voraussetzung, dass die Regelung „ausschließlich oder vorwiegend“ Ausländer behindert, vgl. Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, 18.12.1961, *Abl.EG* 1962, S. 36.

⁴¹⁰ Zur Anwendung der *Dassonville*-Formel siehe Kapitel V 2.2.1.1 Grundlagen, S. 113.

Mitgliedstaat verzichten könnten, der diese Maßnahme erlässt.⁴¹¹ Das Beschränkungsverbot kann sich gleichwohl gegen den Wohnsitz- oder den Tätigkeitsstaat richten.⁴¹²

2.2.1.3 Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 ff EG-Vertrag)

Die Grundfreiheit der Kapitalverkehrsfreiheit⁴¹³ ist grundlegend in den Artikeln 56 bis 60 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) geregelt und sieht vor, dass grundsätzlich „alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten,“⁴¹⁴ sind.⁴¹⁵ Dadurch soll das Kapital ungehindert dorthin gelangen, wo es den höchsten Ertrag erzielen, bzw. am effizientesten eingesetzt werden kann.⁴¹⁶ Die Kapitalverkehrsfreiheit gilt auch im Verhältnis zu Drittstaaten, so dass sich auch Angehörige von Drittstaaten innerhalb der EU auf die Kapitalverkehrsfreiheit berufen können.⁴¹⁷ Beispielsweise

⁴¹¹ Vgl. EuGH-Urteil vom 30.11.1995, Gebhard, Rz. 37; EuGH-Urteil vom 31.03.1993, Kraus, Rz. 15 – 31 sowie Rz. 34; EuGH-Urteil vom 27.09.1988, Daily Mail, Rz. 16; EuGH-Urteil vom 16.07.1998, ICI, Rz. 26; EuGH-Urteil vom 13.04.2000, Baars, Rz. 28; EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 26.

⁴¹² Vgl. EuGH-Urteil vom 15.05.1997, Futura Participations und Singer, Rz. 24. Dazu auch *Dautzenberg, N.*, Anmerkung 1997, FR 1997, S. 570; *Saß, G.*, Verlustvortrag, DB 1997, S. 1533 – 1534; *Spengel, C.*, Unternehmensbesteuerung, a.a.O., S. 249. Dazu auch *Herzig, N.*, *Dötsch, E.*, Körperschaftsteuer, DB 1998, S. 16 – 18.

⁴¹³ Auf die Abgrenzung gegenüber der Zahlungsverkehrsfreiheit soll im Folgenden mangels Relevanz nicht eingegangen werden und lediglich die Grundsätze der Kapitalverkehrsfreiheit dargestellt werden.

⁴¹⁴ Art. 56 Abs. 1 EGV.

⁴¹⁵ Der Kapitalverkehr wurde erst durch die Kapitalverkehrsrichtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24.06.1988 vollständig liberalisiert; vgl. EuGH-Urteil vom 06.06.2000, Verkooijen, Rz. 33f.; EuGH-Urteil vom 23.02.1995, Bordessa, Rz. 33; *Kessler, W.*, *Eicker, K.*, *Obser, R.*, a.a.O., S. 326. Auf Grund der in der Vergangenheit geringen Bedeutung der Kapitalverkehrsfreiheit besteht keine gefestigte Rechtsprechung wie zur Niederlassungsfreiheit; vgl. *Spengel, C.*, Unternehmensbesteuerung, a.a.O., S. 249. Derzeit anhängiges Verfahren, C-513/03, Van Hilten-Van der Heijden versus Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/ondernemingen Buitenland te Heerlen.

⁴¹⁶ Vgl. *Spengel, C.*, Unternehmensbesteuerung, a.a.O., S. 249. Dazu auch *Jacobs, O.*, a.a.O., S. 199f.; *Schön, W.* (Bearb.), Kapitalverkehrsfreiheit, in: *Schön, W.* (Hrsg.), Gedächtnisschrift, 1997, S. 745.

⁴¹⁷ Kritisch dazu *Schnitger, A.*, Wirkungsgrenzen, IStR 2004, S. 635.

kann sich eine darlehensgebende Muttergesellschaft mit Sitz in einem Drittstaat in Bezug auf ihre darlehensempfangende EU-Tochtergesellschaft auf die Kapitalverkehrsfreiheit berufen.⁴¹⁸

Aus der Kapitalverkehrsfreiheit ergibt sich vor allem die Pflicht der Mitgliedsstaaten, Behinderungen im grenzüberschreitenden Kapital- und Zahlungsverkehr abzubauen, soweit dies für das Funktionieren des gemeinsamen Marktes erforderlich ist. Der Begriff des Kapitalverkehrs umfasst sowohl den Verkehr mit Sachkapital als auch den Verkehr mit Geldkapital. Daneben sind auch grenzüberschreitende Direktinvestitionen in Form von Beteiligungen geschützt.⁴¹⁹ Die Kapitalverkehrsfreiheit ist nach dem Gesetzeswortlaut als Beschränkungsverbot geregelt. Dieses Beschränkungsverbot schließt ein Diskriminierungsverbot ein, da Beschränkungen stets auch diskriminierend wirken.⁴²⁰ Auch hinsichtlich der Kapitalverkehrsfreiheit ist die sog. Dassonville-Formel auf den Begriff der Beschränkung zu übertragen,⁴²¹ nach der unter Beschränkungen des Kapitalverkehrs unmittelbare oder mittelbare, aktuelle oder potentielle Behinderungen, Begrenzungen oder Untersagungen für den Zufluss, Abfluss oder Durchfluss von Kapital zu verstehen sind.⁴²²

Eine Person kann sich sowohl gegen den eigenen Wohnsitzstaat als

⁴¹⁸ Vgl. *Schnitger, A.*, Fallstricke, a.a.O., S. 334. Dazu auch *Kessler, W.*, *Eicker, K.*, *Obser, R.*, a.a.O., S. 327; *Thoemmes, O.*, *Stricof, R.*, *Nakhai, K.*, Thin Cap, Intertax 2004, S. 130f.; *Brosens, L.*, a.a.O., S. 196; *Prinz, U.*, *Cordewener, A.*, Unterkapitalisierungsregelung, GmbHR 2003, S. 83. *Schnitger* vertritt an anderer Stelle die Auffassung, dass auch Drittlandssachverhalte über die Niederlassungsfreiheit verhindert werden; vgl. *Schnitger, A.*, Schlussantrag, IStR 2003, S. 52f.;

⁴¹⁹ Der EuGH zieht zur Begriffsbestimmung des freien Kapitalverkehrs die Nomenklatur der Kapitalverkehrsrichtlinie 88/361/EWG heran; vgl. *Dautzenberg, N.*, Unternehmensbesteuerung, a.a.O., S. 70. Es dreht sich dabei im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit um Geschäfte, bei denen es in erster Linie um die Anlage und die Investition des betreffenden Kapitals geht und nicht um die Vergütung einer Dienstleistung“; vgl. EuGH-Urteil vom 31.01.1984, *Luisi und Carbone*, Rz. 21.

⁴²⁰ Vgl. *Dautzenberg, N.*, Unternehmensbesteuerung, 1997, S. 63 – 64; *Schön, W.*, in: *Schön, W.*, a.a.O., S. 755; *Jacobs, O.*, a.a.O., S. 200.

⁴²¹ Vgl. EuGH-Urteil vom 03.02.1993, *Veronica*, Rz. 13 – 15; EuGH-Urteil vom 06.06.2000, *Verkooijen*, Rz. 46; Schlussanträge *Kokott* vom 12.02.2004, *Weidert und Paulus*, Rz. 25 – 36; Schlussanträge *Kokott* vom 18.03.2004, *Manninen*, Rz. 34 – 39.

auch gegen einen anderen Mitgliedstaat auf die Kapitalverkehrsfreiheit berufen.⁴²³ Folglich sind sowohl Ungleichbehandlungen von Personen in vergleichbarer Lage als auch vergleichbarer Transaktionen des Kapitalverkehrs erfasst.⁴²⁴

Die Kapitalverkehrsfreiheit spielte in der Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit Sachverhaltsgestaltungen auf dem Gebiet der direkten Steuern bisher eine nachgeordnete Rolle.⁴²⁵ Dies begründet sich wesentlich dadurch, dass sie anders als die anderen Grundfreiheiten bis zu dem Vertrag von Maastricht nicht vollständig liberalisiert war, und andererseits auf Grund der anhaltenden Abgrenzungsschwierigkeiten mit der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit.

2.2.1.4 Konkurrenz der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit

Die Abgrenzung der Niederlassungsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit ist auf Grund der wechselseitigen Vorbehalte beider Grundfreiheiten unklar; einerseits sieht Art. 43 Abs. 2 EGV vor, dass die Niederlassungsfreiheit vorbehaltlich des Kapitals über den Kapitalverkehr eingreift, andererseits schreibt Art. 58 Abs. 2 EGV vor, dass die Kapitalverkehrsfreiheit nicht die Anwendbarkeit von Beschränkungen des Niederlassungsrechts berührt, die mit dem EG-Vertrag vereinbar sind.⁴²⁶

⁴²² Vgl. *Bröhmer, J.*, a.a.O., Art. 56 EGV, Rz. 48.

⁴²³ Vgl. *Dautzenberg, N.*, Unternehmensbesteuerung, a.a.O., S. 63 – 64; *Jacobs, O.*, a.a.O., S. 200.

⁴²⁴ Vgl. *Spengel, C.*, Unternehmensbesteuerung, a.a.O., S. 250. Dazu auch *Dautzenberg, N.*, Unternehmensbesteuerung, a.a.O., S. 63 – 64; *Schön, W.*, in: *Schön, W.*, a.a.O., S. 747f.

⁴²⁵ Vgl. *Mössner, J., Kellersmann, D.*, Körperschaftsteueranrechnungsverfahren, DStZ 1999, S. 505f.; *Eicker, K., Obser, R.*, Konturen, IStR 2004, S. 443.

⁴²⁶ Vgl. EuGH-Urteil vom 18.11.1999, X AB und Y AB, Rz. 11; EuGH-Urteil vom 13.04.2000, Baars, Rz. 22; EuGH-Urteil vom 06.06.2000, Verkooijen, Rz. 18 – 23; EuGH-Urteil vom 01.06.1999, Konle, Rz. 4; EuGH vom 05.11.2002, Überseering, Rz. 77. Zur Frage der Abgrenzung siehe auch *Jacobs, O.*, a.a.O., S. 203f.; *Kessler, W., Eicker, K., Obser, R.*, a.a.O., S. 326; *Hahn, H.*, Europarechtswidrigkeit, a.a.O., S. 277;

Die Frage der Abgrenzung der beiden Grundfreiheiten ist insbesondere auf Grund des weiter gefassten Anwendungsbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit, die auch Transaktionen mit dem Drittland einschließt, und auf Grund unterschiedlicher Rechtfertigungsgründe der verschiedenen Grundfreiheiten bedeutsam. Die Niederlassungsfreiheit greift bei Beteiligungen an Kapitalgesellschaften nur, wenn diese mit einer Kontroll- und Leistungsfunktion verbunden ist. Ist dies erfüllt und handelt es sich um einen EU-internen Sachverhalt, überschneidet sich die Schutzfunktion durch die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit.⁴²⁷ Dabei schützt jede Grundfreiheit eine andere Dimension desselben Vorgangs; die engere Niederlassungsfreiheit die Gründung und Leitung des Unternehmens, die weiter reichende Kapitalverkehrsfreiheit den Transfer des Kapitals, wobei grundsätzlich keine der beiden Grundfreiheiten der anderen als *lex specialis* vorgeht.⁴²⁸ In der Rechtsprechung des EuGH ist zu verfolgen, dass die beiden Grundfreiheiten nicht parallel geprüft werden, sondern die Kapitalverkehrsfreiheit eine Komplementärfunktion in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit erfüllt.⁴²⁹ Danach prüft der EuGH bei Sachverhalten, die Beteiligungen betreffen und somit grundsätzlich überschneidend in den Anwendungsbereich beider Grundfreiheiten fallen, meist zunächst die Niederlassungsfreiheit und verzichtet, wenn er

Frenz, W., Handbuch, 2004, S. 738; *Spengel, C., Golücke, M.*, a.a.O., S. 333; *Schön, W.*, in: *Schön, W.*, a.a.O., S. 749 – 752; *Spengel, C.*, Unternehmensbesteuerung, a.a.O., S. 252; *Herzig, N.*, Körperschaftsteuersystem, in: *Schön, W.*, Gedächtnisschrift, 1997, S. 632 – 634.

⁴²⁷ Ein Urteil, in dem beide Grundfreiheiten unmittelbar betroffen sind ist bspw. EuGH-Urteil vom 13.04.2000, Baars. Dazu auch *Scherer, T.*, Doppelbesteuerung, 1995, S. 181; *Kellersmann, D., Treisch, C.*, a.a.O., S. 170f.

⁴²⁸ Vgl. *Schaumburg, H.*, Vollzugsdefizite, a.a.O., S. 230f.; EuGH-Urteil vom 13.04.2000, Baars; EuGH-Urteil vom 05.11.2002, Überseering, Rz. 77; *Jacobs, O.*, a.a.O., S. 203f.

⁴²⁹ Vgl. *Kessler, W., Eicker, K., Obser, R.*, a.a.O., S. 326. Zu der Komplementärfunktion der Kapitalverkehrsfreiheit siehe auch *Schön, W.*, in: *Schön, W.*, a.a.O., S. 743; *Mössner, J., Kellersmann, D.*, a.a.O., S. 505; *Lausterer, M.*, Grundfreiheiten, IStR 2003, S. 20f.; *Musil, A.*, Verdeckte Gewinnausschüttung, DStZ 2003, S. 649f.; *Eicker, K., Obser, R.*, a.a.O., S. 443. A.A. *Kellersmann, D., Treisch, C.*, a.a.O., S. 170f.; *Frenz, W.*, a.a.O., 738; *Jacobs, O.*, a.a.O., S. 203f., *Jacobs* geht von einer parallelen Anwendbarkeit der Vorschriften aus.

einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit feststellt, mangels Entscheidungsrelevanz auf die Prüfung der Kapitalverkehrsfreiheit.⁴³⁰ Beispielsweise hat der EuGH in der Entscheidung Lankhorst-Hohorst – ohne die beiden Grundfreiheiten abzugrenzen – lediglich die Niederlassungsfreiheit geprüft und ließ, als ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit festgestellt wurde, dahingestellt, ob auch die Vorschriften über den freien Kapitalverkehr verletzt sind.⁴³¹ Zu einer entscheidungsrelevanten Prüfung der Kapitalverkehrsfreiheit kommt es in der Rechtsprechung regelmäßig dagegen in Sachverhalten, in denen die Niederlassungsfreiheit nicht berührt wird und die beiden Grundfreiheiten infolgedessen nicht überschneidend betroffen sind, so beispielsweise in grenzüberschreitenden Fällen mit Bezug zum Drittland.⁴³² In Anbetracht der parallel entwickelten Rechtfertigungsgründe der Freiheiten führt jedoch die tatbestandliche Zuordnung einzelner Vorgänge nicht zu einer wesentlichen Änderung der Beschränkungsmöglichkeiten, so dass die EU-Rechtswidrigkeit im Einzelfall auch ohne scharfe Abgrenzung geprüft werden kann.⁴³³

2.2.1.5 Rechtfertigungsgründe für Verstöße gegen die Grundfreiheiten

2.2.1.5.1 Allgemeines

Bei der Prüfung der Grenzen der Grundfreiheit ist einerseits von

⁴³⁰ Vgl. EuGH-Urteil vom 05.11.2002, Überseering, Rz. 77 f.; EuGH-Urteil vom 18.11.1999, C-200/98, X AB und Y AB, Slg. 1999, I-08261, Rz. 29; EuGH-Urteil vom 13.04.2000, Baars; EuGH-Urteil vom 08.03.2001, Metallgesellschaft; EuGH-Urteil vom 28.04.1998, Jessica Safir, Rz. 22 – 26; EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst. Dazu auch *Kessler, W., Eicker, K., Obser, R.*, a.a.O., S. 326. Eine andere Stoßrichtung bspw. in EuGH-Urteil vom 04.06.2002, Goldene Aktien I; hier wird die Kapitalverkehrsfreiheit entscheidungsrelevant geprüft.

⁴³¹ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst.

⁴³² Die EU-Rechtswidrigkeit des § 8 a KStG in der 1995 gültigen Fassung für Gesellschafter in dritten Ländern wurde bisher lediglich auf finanzgerichtlicher Ebene geprüft; vgl. FG Baden-Württemberg 14.10.2004, EFG 2005, S. 309; *Rehm, H., Nagler, J.*, Lasertec, IStR 2005, S. 261 – 267.

⁴³³ *Schnitger* vertritt die Ansicht, dass auch in Drittlandssachverhalten die Niederlassungsfreiheit zu prüfen ist, vgl. *Schnitger, A.*, Schlussantrag, a.a.O., S. 52f.

speziellen gesetzlichen Vertragsvorbehalten und andererseits von nicht gesetzlich begründeten Rechtfertigungsvorbehalten des EuGH auszugehen. Die gesetzlichen Rechtfertigungsgründe sind grundsätzlich dann heranzuziehen, wenn eine Diskriminierung vorliegt. Hinsichtlich nichtdiskriminierender und nicht gesetzlich begründeter Beschränkungen einer Grundfreiheit hat der EuGH in seiner Rechtsprechung dagegen entwickelt, dass diese dann gerechtfertigt ist, wenn und soweit sie ein legitimes Ziel verfolgt, das mit dem EG-Vertrag vereinbar ist (nichtdiskriminierend wirkt) und zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dient; wenn die Beschränkung zur Erreichung dieses Ziels zwingend notwendig ist und sie nicht über das erforderliche Maß hinausgeht.⁴³⁴ Umstritten ist, inwieweit die nicht gesetzlichen Rechtfertigungsgründe auch für versteckte bzw. mittelbare Diskriminierungen Wirkung entfalten. In der Rechtsprechung zeichnet sich die Tendenz ab, dass die nicht gesetzlichen Rechtfertigungsgründe auch in Zusammenhang mit versteckten Diskriminierungen herangezogen werden.⁴³⁵ Diese Entwicklung wird im Folgenden detaillierter aufgezeigt.⁴³⁶

2.2.1.5.2 Gesetzliche Rechtfertigungsgründe

Gem. Art. 45 Abs. 1 EGV sind solche Tätigkeiten in einem Mitgliedstaat, die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, nicht in dem Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit eingeschlossen. Die Regelung stellt eine Schutzbereichsbegrenzung dar. So hat der EuGH beispielsweise entschieden, dass die technische Prüfung und Abnahme von Kfz durch private Werkstätten in den

⁴³⁴ Siehe dazu im Einzelnen die folgenden Abschnitte.

⁴³⁵ Vgl. EuGH-Urteil vom 05.12.1989, Kommission Italien. In aktuellen Urteilen zur Warenverkehrsfreiheit wird geprüft, ob nicht gesetzlich geregelte Rechtfertigungen auch für offene Diskriminierungen gelten; dazu EuGH-Urteil vom 28.04.1998, Decker; EuGH-Urteil vom 31.03.2001, Preussen Elektra.

⁴³⁶ Dabei werden im Schwerpunkt die im Rahmen der aktuellen Rechtsprechung relevanten Rechtfertigungsgründe aufgezeigt.

Niederlanden eine Ausübung öffentlicher Gewalt darstellt.⁴³⁷ Gem. Art. 46 EGV sind Diskriminierungen der Niederlassungsfreiheit zulässig, wenn „sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind“⁴³⁸. Sonderregelungen für Ausländer müssen nach rechtsstaatlichen Grundsätzen allgemeinen Zielen dienen, objektiv nachvollziehbar sein und dürfen nicht willkürlich sein. Die Prüfung obliegt dem Gerichtshof und ist auf Grundlage einer staatenübergreifenden Wertung aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht vorzunehmen, darf aber die besonderen Traditionen, Interessen und Strukturen der jeweiligen Mitgliedstaaten nicht außer acht lassen.⁴³⁹

Für die Kapitalverkehrsfreiheit sind nach Art. 57 EGV bestimmte Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs mit Drittstaaten zulässig. So ist es den Mitgliedstaaten gem. Art. 57 Abs. 1 EGV gestattet, einschlägige Vorschriften des Steuerrechts anzuwenden, sofern diese bereits Ende 1993 bestanden haben.⁴⁴⁰ Aus dieser Klausel kann jedoch keine Bereichsausnahme für sämtliche diskriminierenden mitgliedstaatlichen Vorschriften, die bereits bis zum 31.12.1993 bestanden, herausgelesen werden. Vielmehr sind diese die Kapitalverkehrsfreiheit einschränkenden Normen, die zwischen Kapitalanlageort oder Steuerpflichtigkeit differenzieren, nicht grundsätzlich europarechtswidrig, sondern lediglich dann, wenn sich für die Ungleichbehandlung kein EG-rechtlich anerkannter Rechtfertigungsgrund finden lässt, sie mithin nicht dem Gebot des Art. 58 Abs. 3 EGV entsprechen.⁴⁴¹ Darüber hinaus gilt Art. 57 Abs. 1 EGV

⁴³⁷ Vgl. EuGH-Urteil vom 05.10.1994, van Schaik.

⁴³⁸ Art. 46 EGV. Zu den Begriffen siehe EuGH-Urteil vom 26.02.1975, Bonsignore.

⁴³⁹ Vgl. *Everling, U.*, in: *Schön, W.*, a.a.O., S. 623f.

⁴⁴⁰ Dies gilt zur Kodifizierung der Rechtsprechung; vgl. Schlussanträge Kokott vom 12.02.2004, Weidert und Paulus, Rz. 27.

⁴⁴¹ Vgl. *Eicker, K., Obser, R.*, a.a.O., S. 443; *Witzel, D.*, Europarechtliche Anforderung, IStR 2002, S. 758f.; *Dautzenberg, N.*, Kapitalverkehrsfreiheit, RIW 1998, S. 541f.; *Rehm, H., Nagler, J.*, a.a.O., S. 267. Bspw. abgeleitet aus den Schlussanträgen in Rs. Schmid und Lenz vom 24.03.2004, in der nicht auf die zeitliche Komponente der einschränkenden österreichischen Regelung eingegangen wird, obwohl diese bereits 1988 bestand; EuGH-Urteil vom 30.05.2002, Schmid.

nur für die dort genannten Kapitalbewegungen im Zusammenhang mit Direktinvestitionen, mit der Niederlassung, der Erbringung von Finanzdienstleistungen oder der Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten.⁴⁴² Dies gilt grundsätzlich für langfristige⁴⁴³ Darlehen nach dem Anhang I der Kapitalverkehrsrichtlinie, die Beteiligungscharakter haben, wie beispielsweise Gesellschafterdarlehen oder Darlehen mit einer Gewinnbeteiligung.⁴⁴⁴ Den Mitgliedstaaten verbleibt kein Ermessensspielraum, diesen Katalog von Kapitalbewegungen weiter zu fassen.⁴⁴⁵ Damit ist die Stillhalteklausele für Darlehen mit einer Laufzeit von weniger als 5 Jahren regelmäßig nicht anwendbar.⁴⁴⁶

Daneben können Mitgliedstaaten nach Art. 58 Abs. 1 Buchstabe a und Abs. 3 EGV steuerliche Vorschriften anwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort – nicht jedoch Staatsangehörigkeit – unterschiedlich behandeln, vorausgesetzt, die Maßnahmen und Verfahren stellen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs dar. Der EuGH hat hinsichtlich des Rechtfertigungstatbestands des Art. 58 Abs. 1 EGV entschieden, dass dieser keine zusätzliche Schranke vorsieht, sondern lediglich eine Klarstellung darstellt.⁴⁴⁷ So ist eine Diskriminierung der Kapitalverkehrsfreiheit gem. Art. 58 Abs. 1 Buchstabe a lediglich dann zulässig, wenn sie durch einen zwingenden Grund des

⁴⁴² Vgl. EuGH-Urteil vom 14.12.1995, *Sanz de Lera u.a.*, Rz. 16f.

⁴⁴³ Darlehen mit einer Laufzeit von mehr als 5 Jahren.

⁴⁴⁴ Vgl. RL vom 24.06.1988, 88/361/EWG. Dazu auch *Schnitger, A.*, Wirkungsgrenzen, a.a.O., S. 362; *Kessler, W., Eicker, K., Obser, R.*, a.a.O., S. 325f.

⁴⁴⁵ Vgl. *Schnitger, A.*, Wirkungsgrenzen, a.a.O., S. 365 m.w.N.

⁴⁴⁶ Vgl. *Schnitger, A.*, Wirkungsgrenzen, a.a.O., S. 365; die Stillhalteklausele wäre in diesem Fall nur anwendbar, wenn die betroffenen Darlehen unter die Kategorie der Finanzdienstleistungen i.S.d. Art. 57 Abs. 1 EG fielen.

⁴⁴⁷ Vgl. EuGH-Urteil vom 06.06.2000, *Verkooijen*, Rz. 43; EuGH-Urteil vom 14.03.2000, *Scientology*, Rz. 17.

Allgemeininteresses gerechtfertigt sowie verhältnismäßig ist.⁴⁴⁸ Die Beweggründe müssen „für jeden Einzelfall einer globalen, gerichtlich überprüfbaren Untersuchung unterzogen werden können“.⁴⁴⁹

Art. 58 Abs. 1 Buchstabe b bestimmt, dass die Mitgliedstaaten Maßnahmen ergreifen können, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gerechtfertigt sind. Hier sei auf die Ausführungen in Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit verwiesen.

Die gesetzlichen Rechtfertigungsgründe können – mit Ausnahme der hinsichtlich der Kapitalverkehrsfreiheit geltenden Stand-Still-Klausel des Art. 57 Abs. 1 EGV, auf die in relevanten Fällen näher eingegangen werden soll – hinsichtlich der internationalen Unterkapitalisierungsvorschriften als nicht einschlägig erachtet werden. So stehen sie regelmäßig nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt oder der öffentlichen Ordnung und Sicherheit in Zusammenhang. Insbesondere in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst wurden von den betroffenen Regierungen Deutschlands und Dänemarks ausschließlich nichtgesetzliche Rechtfertigungsgründe vorgetragen und entsprechend durch den EuGH geprüft. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit sollen in Anlehnung an die Rechtsprechung schwerpunktmäßig nichtgesetzliche Rechtfertigungsgründe geprüft werden.

2.2.1.5.3 Nichtgesetzliche Rechtfertigungsgründe

Neben den gesetzlichen Rechtfertigungsgründen hat der EuGH verschiedene ungeschriebene Rechtfertigungsgründe geprüft.⁴⁵⁰ Zunächst wurden dabei die im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit

⁴⁴⁸ Vgl. EuGH-Urteil vom 15.05.1997, Futura Participations und Singer, Rz. 31; EuGH-Urteil vom 09.07.1997, Parodi, Rz. 31f. Dazu auch *Kessler, W., Eicker, K., Obser, R.*, a.a.O., S. 329; *Jacobs, O.*, a.a.O., S. 209f.; *Brosens, L.*, a.a.O., S. 196.

⁴⁴⁹ Vgl. *Spengel, C.*, Unternehmensbesteuerung, a.a.O., S. 254.

⁴⁵⁰ Zu den nichtgesetzlichen Rechtfertigungsgründen („Rule of reason“) siehe auch *Cordewener, A.*, Europäische Grundfreiheiten, a.a.O., S. 926 – 974.

entwickelten Grundsätze auf die Niederlassungsfreiheit und die Kapitalverkehrsfreiheit übertragen.⁴⁵¹ Es wurde der Grundsatz entwickelt, dass eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit dann gerechtfertigt ist, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgt, das mit dem EG-Vertrag vereinbar ist und zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dient; wenn sie zur Erreichung dieses Ziels zwingend notwendig ist und nicht über das erforderliche Maß hinausgeht.⁴⁵²

Abgelehnt wurden rein wirtschaftliche Ziele, wie Anreize für Investitionen von Privatanlegern in der inländischen Wirtschaft und die Vermeidung von Steuermindereinnahmen.⁴⁵³ Weiterhin wurden in der Rechtsprechung Hinweise auf fehlende Harmonisierung der Steuersysteme, das Fehlen einer entsprechenden Vorschrift in einem anderen Mitgliedstaat, verwaltungstechnische Schwierigkeiten und finanzielle Mehrbelastungen bzw. Steuermindereinnahmen infolge der Beseitigung von Diskriminierungen nicht als Rechtfertigungsgründe anerkannt.⁴⁵⁴

Als wichtige Interessen werden dagegen grundsätzlich die Gründe des

⁴⁵¹ Zur Warenverkehrsfreiheit vgl. EuGH-Urteil vom 20.02.1979, *Cassis de Dijon*. Danach müssen nationale Maßnahmen, die Hemmnisse für den Binnenmarkt darstellen, hingenommen werden, sofern sie notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden und verhältnismäßig sind. Sie müssen nach rechtsstaatlichen Grundsätzen und objektiv nachvollziehbar allgemeinen Zielen dienen; insbesondere einer wirksamen steuerliche Kontrolle, dem Schutz der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und dem Verbraucherschutz. Zur Niederlassungsfreiheit vgl. EuGH-Urteil vom 31.03.1993, *Kraus*, Rz. 15 – 31. Zur Kapitalverkehrsfreiheit vgl. EuGH-Urteil vom 03.02.1993, *Veronica*, Rz. 13 – 15.

⁴⁵² Vgl. in der neueren Rechtsprechung EuGH-Urteil vom 11.03.2004, *Lasteyrie du Saillant*, Rz. 49; EuGH-Urteil vom 21.11.2002, *X und Y*, Rz. 49; EuGH-Urteil vom 12.12.2002, *Lankhorst-Hohorst*, Rz. 33. Dazu auch *Körner, A.*, *Europarecht*, IStR 2004, S. 425; *Bröhmer, J.*, a.a.O., Art. 43 EGV, Rz. 27.

⁴⁵³ Vgl. EuGH-Urteil vom 16.07.1998, *ICI*, Rz. 28; Schlussanträge *Maduro* vom 07.04.2005, *Marks & Spencer*.

⁴⁵⁴ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, *Lankhorst-Hohorst*, Rz. 33 – 45; EuGH-Urteil vom 28.01.1986, *Avoir Fiscal*, Rz. 24; EuGH-Urteil vom 28.01.1992, *Bachmann*, Rz. 22; EuGH-Urteil vom 26.10.1999, *Eurowings*, Rz. 37 – 50; EuGH-Urteil vom 14.02.1995, *Schumacker*, Rz. 40 – 47; EuGH-Urteil vom 06.06.2000, *Verkooijen*, Rz. 46 – 62. Dazu auch *Spengel, C.*, *Unternehmensbesteuerung*, a.a.O., S. 254; *Jacobs, O.*, a.a.O., S. 205; *Kellersmann, D.*, *Treisch, C.*, a.a.O., S. 164.

Art. 30 EGV herangezogen.⁴⁵⁵ Daneben sind die in der Cassis-Rechtsprechung entwickelten Gründe anerkannt: der Verbraucherschutz, die Verhinderung unlauteren Wettbewerbs, der Umweltschutz, das Prinzip der Territorialität oder die Verbesserung der Arbeitsbedingungen.⁴⁵⁶

Weiterhin wurde ein legitimer Rechtfertigungsgrund in der – strengen Maßstäben unterliegenden – Missbrauchsbekämpfung gesehen.⁴⁵⁷ Die Regelung muss geeignet sein, den Missbrauch zu bekämpfen und darf nicht über das erforderliche Maß hinausgehen.⁴⁵⁸ So gilt die Verhinderung einer konkreten Gefahr der Steuerumgehung und Steuerhinterziehung als Rechtfertigung; nicht jedoch eine pauschale Missbrauchsvermutung.⁴⁵⁹

Daneben hat der EuGH in der Rechtssache *Bachmann* in Abkehr von einer durchgehend restriktiven Tendenz eine im Übrigen festgestellte Diskriminierung im belgischen Steuerrecht als durch „Kohärenz“ des belgischen Steuersystems gerechtfertigt angesehen. Eine allgemeine Formulierung, wann Kohärenz vorliegt, existiert nicht; in der *Bachmann*-Entscheidung hat der EuGH auf einen Zusammenhang der Abzugsfähigkeit der Beiträge und der Versteuerung der Auszahlungen der Versicherungen abgestellt, d.h. auf die Möglichkeit des

⁴⁵⁵ Die Gründe der öffentlichen Sittlichkeit, der Schutz von Leben und Gesundheit der Menschen, Tiere und Pflanzen, das nationale Kulturgut von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert sowie das gewerbliche und kommerzielle Eigentum.

⁴⁵⁶ Vgl. EuGH-Urteil vom 15.05.1997, *Futura Participations und Singer*, Rz. 28 – 31; EuGH-Urteil vom 20.02.1979, *Cassis de Dijon*. Dazu auch *Frenz, W.*, a.a.O., S. 856 – 862.

⁴⁵⁷ Vgl. EuGH-Urteil vom 17.07.1997, *Leur-Bloem*, Rz. 40f.; EuGH-Urteil vom 17.10.1996, *Denkavit*, Rz. 50f.; *Rainer, A.*, Anmerkung 1997, *ISr* 1997, S. 544; *Dautzenberg, N.*, Anmerkung 1996, *FR* 1996, S. 825 – 826.

⁴⁵⁸ Siehe dazu ausführlich Kapitel VII 4.3.2 Weitere Einengung durch Einführung des Kriteriums Gestaltungsmissbrauch, S. 247.

⁴⁵⁹ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, *Lankhorst-Hohorst*, Rz. 37. Bspw. hat die Mutter-Tochter-Richtlinie dagegen eigenständige und konkrete Missbrauchstatbestände formuliert, die eine Rechtfertigung darstellen; vgl. *Jacobs, O.*, a.a.O., S. 206.

Vorteilsausgleich des Steuerpflichtigen an anderer Stelle.⁴⁶⁰ Dieses Argument der Kohärenz wurde jedoch in der Literatur und in auf das *Bachmann*-Urteil folgenden Entscheidungen entkräftet.⁴⁶¹ Grundsätzlich kann eine Steuerregelung nur dann als kohärent bezeichnet werden, wenn sie die Besteuerung ein und desselben Steuerpflichtigen regelt.⁴⁶²

Schließlich hat der EuGH die Wirksamkeit der Steueraufsicht als Rechtfertigungsgrund anerkannt.⁴⁶³

Die Rechtfertigungsgründe müssen dabei prinzipiell verhältnismäßig sein. Voraussetzung dafür ist, dass sie geeignet ist das Allgemeininteresse zu fördern und in dem Sinne erforderlich ist, dass das Allgemeininteresse nicht durch weniger belastende Maßnahmen geschützt werden kann.⁴⁶⁴

Der EuGH stellte in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit fest. In seinem Urteil prüft der EuGH die folgenden von der deutschen und der dänischen Regierung hervorgebrachten Rechtfertigungsgründe: den Grundsatz der Einmalbesteuerung als Begründung für die Bekämpfung von Steuerumgehungen durch Rechtsmissbrauch, die Gewährleistung der Kohärenz der Steuersysteme und die Wirksamkeit der Steueraufsicht. In der folgenden Betrachtung sollen diese Rechtfertigungsgründe schwerpunktmäßig geprüft werden. Tatsächlich können insbesondere die gesetzlichen Rechtfertigungsgründe – mit Ausnahme der Stand-Still-

⁴⁶⁰ Vgl. EuGH-Urteil vom 28.01.1992, *Bachmann*, Rz. 23 – 27; EuGH-Urteil vom 28.01.1992, *Kommission/Belgien*, Rz. 20. Dazu auch *Thömmes, O.*, in: *Lehner, M.*, a.a.O., S. 97.

⁴⁶¹ Vgl. EuGH-Urteil vom 28.01.1992, *Bachmann*, Rz. 23 – 27; EuGH-Urteil vom 11.08.1995, *Wielockx*, Rz. 23 – 25. Dazu auch *Knobbe-Keuk, B.*, *Restrictions*, *EC Tax Review* 1994, S. 75f.; *Hiinnekens, L.*, *Schelppe, D.*, *Bachmann*, *EC Tax Review* 1992, S. 61.

⁴⁶² Vgl. *Kofler, G.*, *Unterkapitalisierungsregeln*, a.a.O., S. 33 – 38. Dazu auch *Saß, G.*, *Gesellschafterfremdfinanzierung*, *FR* 2001, S. 1042; *Saß, G.*, *Kapitalbewegungen*, *FR* 2000, S. 1273. In den Schlussanträgen vom 07.04.2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, wird der Rechtfertigungsgrund fortentwickelt.

⁴⁶³ Vgl. EuGH-Urteil vom 15.05.1997, *Futura Participations und Singer*, Rz. 31.

⁴⁶⁴ Vgl. *Frenz, W.*, a.a.O., S. 863.

Klausel, die darüber hinaus auch für Beschränkungen gilt – hinsichtlich der internationalen Unterkapitalisierungsregelungen grundsätzlich als nicht anwendbar erachtet werden. Aus diesem Grunde kann auf eine trennscharfe Abgrenzung der Begriffe Beschränkung und Diskriminierung verzichtet werden.⁴⁶⁵

2.2.2 Sekundäres Europarecht: Mutter-Tochter-Richtlinie

Ziel der Richtlinie 90/435/EWG des Rates vom 23.07.1990 über das gemeinsame Steuersystem für Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten ist, „Zusammenschlüsse von Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten nicht durch besondere Beschränkungen, Benachteiligungen oder Verfälschungen auf Grund von steuerlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten zu behindern, um binnenmarktähnliche Verhältnisse in der Gemeinschaft zu schaffen und damit die Errichtung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes zu gewährleisten“; sie verpflichtet die Mitgliedstaaten zu einer korrespondierenden und übereinstimmenden Behandlung von Dividenden.⁴⁶⁶ Die Doppelbesteuerung wird vermieden, indem der Ansässigkeitsstaat des Mutterunternehmens die Gewinnausschüttungen von der Steuer freistellt und der Belegenheitsstaat der Tochtergesellschaft hinsichtlich der Gewinnausschüttungen keine Quellensteuer erhebt oder die von der ausländischen Tochtergesellschaft gezahlte ausländische Körperschaftsteuer angerechnet wird.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ Siehe dazu das vorhergehende Kapitel V 2.2.1.5.2 Gesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 127.

⁴⁶⁶ Vgl. *Kessler, W.*, Spannungsfeld, DB 2003, S. 2510. Auf die Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie wird im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht eingegangen, da diese nicht anwendbar ist, wenn Zinszahlungen nach dem Recht des Quellenstaates als Gewinnausschüttungen behandelt werden; vgl. Richtlinie 2003/49/EG des Rates vom 03.06.2003, S. 52, Art. 4 Abs. 1 a. Dazu auch *Sedemund, J.*, Steine statt Brot, IStR 2004, S. 596.

⁴⁶⁷ Vgl. EG-Richtlinie 90/435/EWG. Dazu auch *Bullinger, P.*, Mutter-Tochter-Richtlinie, IStR 2004, S. 407; *Winner, H.*, Unternehmensbesteuerung, 1998, S. 40; *Endres, D.*, Integration, RIW 1994, S. 577; *Herzig, N.*, Binnenmarkt, DB 1993, S. 1; *Herzig, N.*,

Nach der Richtlinie hat der Sitzstaat der Tochtergesellschaft das uneingeschränkte Besteuerungsrecht. Darüber hinaus darf in dem Sitzstaat der Tochtergesellschaft kein Quellensteuerabzug vorgenommen werden.⁴⁶⁸ Gleichzeitig verpflichtet sich der Sitzstaat der Muttergesellschaft, die ausgeschütteten Gewinne entweder freizustellen (Befreiungsmethode) oder die von der Tochtergesellschaft gezahlte Körperschaftsteuer auf die der Muttergesellschaft anteilig anzurechnen (indirekte Anrechnung).⁴⁶⁹ Die Richtlinie findet bei einer unmittelbaren Beteiligung von mindestens 25% Anwendung.⁴⁷⁰ Die steuerliche Sonderbehandlung kann jedoch versagt werden, wenn das Beteiligungsverhältnis nicht über einen Mindestzeitraum besteht.⁴⁷¹ Der subjektive Anwendungsbereich der Richtlinie umfasst Kapitalgesellschaften, deren Rechtsformen in einem Anhang zur Richtlinie aufgeführt sind.⁴⁷² Die MTRL wurde mittlerweile in allen EU-Mitgliedstaaten umgesetzt.⁴⁷³

Fraglich ist, ob die Körperschaftsteuer, die auf die unqualifizierten Gewinnausschüttungen entfällt, eine richtlinienwidrige und damit unerlaubte Quellensteuer im Sinne des Art. 5 Abs. 1 MTRL darstellt. Dem Schlussantrag des Generalanwalts Mischo in der Rs. Lankhorst-Hohorst ist zu entnehmen, dass die MTRL seitens der ausschüttenden

Steuerharmonisierung, DB 1992, S. 1.

⁴⁶⁸ Art. 5 Abs. 1 MTRL

⁴⁶⁹ Art. 4 Abs. 1 MTRL. Vgl. *Winner, H.*, a.a.O., S. 40. Werden die Verwaltungskosten der Beteiligung pauschal festgesetzt, darf der Pauschalbetrag gem. Art. 4 Abs. 2 MTR maximal 5% der Gewinne der Tochtergesellschaft betragen.

⁴⁷⁰ Art. 3 Abs. 1 MTRL . Diese erforderliche Beteiligungsquote kann durch die Mitgliedstaaten jedoch abgesenkt werden oder durch die Zahl der Stimmrechte ersetzt werden; vgl. *Winner, H.*, a.a.O., S. 40; *Knobbe-Keuk, B.*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, a.a.O., S. 342 – 348.

⁴⁷¹ Art. 3 Abs. 2 MTR. Dazu auch *Thömmes, O.*, EC Tax Scene, Intertax, 1991, S. 336f.

⁴⁷² Siehe den Ausdruck als Anlage zum EStG.

⁴⁷³ Zu der Umsetzung in den verschiedenen Mitgliedstaaten vgl. *Jacobs, O.*, a.a.O., S. 165. Auch in den EU-Beitrittsländern, Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechien, Ungarn und Zypern wurde die MTRL zum 01.05.2004 umgesetzt, dazu im Einzelnen die Ausführungen in European Tax Handbook 2004. Im deutschen Steuerrecht erfolgte die Umsetzung durch Einführung des § 43 b EStG; siehe dazu *Bullinger, P.*, a.a.O., S. 407.

Tochtergesellschaft auf die verdeckten Gewinnausschüttungen grundsätzlich anzuwenden ist.⁴⁷⁴ So sei die MTRL weder auf Grund der Tatsache, dass es sich nach deutschem Recht um eine Form der Körperschaftsteuer handele, nicht anwendbar,⁴⁷⁵ noch sei § 8a KStG durch Art. 1 Abs. 2 MTRL gerechtfertigt.⁴⁷⁶ Dagegen bejahte der Generalanwalt eine Qualifizierung der Steuer als Steuerabzug an der Quelle, wenn die Besteuerung durch die Zahlung der Dividende ausgelöst wird und sich unmittelbar nach dem Umfang der vorgenommenen Ausschüttung richtet.⁴⁷⁷ Unter diesen Voraussetzungen stellt die auf Grund § 8a KStG a.F. entstehende Steuer einen unzulässigen Steuerabzug an der Quelle dar und führt damit zu einem Verstoß gegen die MTRL.⁴⁷⁸

Seitens der empfangenden Kapitalgesellschaft ist fraglich, ob die Umqualifizierung nachvollzogen wird. Dazu äußerte sich der Generalanwalt in der Rechtssache Lankhorst nicht. Aus dem Normenzusammenhang ergibt sich grundsätzlich, dass die Richtlinie auch auf verdeckte Gewinnausschüttungen Anwendung finden sollte, da diese grundsätzlich das Ziel verfolgt, Gewinne innerhalb von Konzernstrukturen im europäischen Raum nur einmalig zu besteuern, unabhängig davon, ob es sich um offene oder verdeckte Gewinnausschüttungen handelt.⁴⁷⁹ Die Richtlinie sieht jedoch keine eigene Definition des Dividendenbegriffs vor, so dass durch den Wortlaut

⁴⁷⁴ Vgl. Schlussanträge Mischo vom 26.09.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 100 – 120. Dazu auch *Brosens, L.*, a.a.O., S. 204.

⁴⁷⁵ Der Generalanwalt bezog sich dabei auf das EuGH-Urteil vom 4.10.2001, Athinaiki Zythopoiia sowie auf EuGH-Urteil vom 13.02.1996, Bautiaa und Société maritime.

⁴⁷⁶ Generelle und typisierende Vorschriften entsprechen diesen Voraussetzungen regelmäßig nicht; vgl. *Spengel, C., Golücke, M.*, a.a.O., 340.

⁴⁷⁷ Vgl. *Schnitger, A.*, Mutter-/Tochter-Richtlinie, GmbHR 2003, S. 1244.

⁴⁷⁸ Vgl. Schlussanträge Mischo vom 26.10.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 100 – 120. Dazu auch *Spengel, C., Golücke, M.*, a.a.O., S. 340; *Körner, A.*, Gestaltungsmöglichkeiten Teil II, a.a.O., S. 264. A. A. *Schnitger, A.*, Mutter-/Tochter-Richtlinie, a.a.O. S. 1244; *Sedemund, J.*, Steine statt Brot, a.a.O., S. 596.

⁴⁷⁹ Vgl. *Sedemund, J.*, Steine statt Brot, a.a.O., S. 596. Dazu auch *Kessler, W.*, Spannungsfeld, a.a.O., S. 2510f.

der Richtlinie nicht sichergestellt ist, dass der Mitgliedstaat der Muttergesellschaft die Umqualifizierung der Zinsen nachvollziehen wird.⁴⁸⁰

2.3 Abkommensrecht

2.3.1 Grundlagen

2.3.1.1 Allgemeines

Gem. § 2 Abgabenordnung haben völkerrechtliche Vereinbarungen Vorrang vor den Steuergesetzen, soweit sie unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht geworden sind.⁴⁸¹ Doppelbesteuerungsabkommen sind in der Regel als bilaterale völkerrechtliche Verträge ausgestaltet und fallen damit in den Anwendungsbereich des § 2 AO.⁴⁸² Aus § 2 AO können sich für gesetzliche Normen Einschränkungen ergeben, wenn die fiskalischen Interessen eines anderen Staates berührt werden, mit dem ein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen wurde; so kann eine steuerliche Regelung nur dann mit abkommensrechtlicher Wirkung durchgesetzt werden, wenn sie in Einklang mit den zwischen Staaten getroffenen Doppelbesteuerungsabkommen steht.⁴⁸³ Die abgeschlossenen bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen sind weitgehend den OECD-Musterabkommen nachgebildet; dennoch

⁴⁸⁰ Vgl. *Brosens, L.*, a.a.O., S. 204; danach müsste die Frage vor dem EuGH geklärt werden. A. A. *Helminen, M.*, EC Parent-Subsidiary Directive, EC Tax Review, 2000, S. 161 – 171.

⁴⁸¹ Vgl. *Wassermeyer, F.*, Doppelbesteuerung, in: *Lehner, M.*, a.a.O., S. 152.

⁴⁸² Siehe zur Unterscheidung zwischen uni-, multi- und bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen *Schaumburg, H.*, Internationales Steuerrecht, 1998, S. 752.

⁴⁸³ Nach der h.M. ist für die Auslegung von bilateralen Abkommen grundsätzlich nur die Fassung des OECD-Musterkommentars relevant, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegt; vgl. *Lang, M.*, OECD-MA, IStR 2001, S. 536 – 539.

bestehen Abweichungen beruhend auf unterschiedlichen Interessen der beteiligten Vertragsstaaten.⁴⁸⁴

Grundsätzliches Ziel der Doppelbesteuerungsabkommen ist die Entfaltung einer Schrankenwirkung⁴⁸⁵ gegenüber den auf Grund des innerstaatlichen Rechts der verschiedenen Vertragsstaaten entstehenden Steueransprüchen. Die Aufteilung der Besteuerung von Dividenden erfolgt nach einheitlicher Abkommenspraxis derart, dass dem Wohnsitzstaat ein uneingeschränktes Besteuerungsrecht zusteht und der Quellenstaat die Dividende einer der Höhe nach begrenzten Besteuerung unterwerfen darf. Auch für Zinseinkünfte gilt nach Abkommensrecht der Grundsatz der Besteuerung im Wohnsitzstaat; eine Besteuerung durch den Quellenstaat ist in der Regel nicht vorgesehen, lediglich wenige Doppelbesteuerungsabkommen sehen eine der Höhe nach begrenzte Besteuerung vor.⁴⁸⁶

Verschiedene Staaten sind in den letzten Jahren dazu übergegangen, in Doppelbesteuerungsabkommen die Zulässigkeit spezifischer Unterkapitalisierungsvorschriften zu regeln und damit Verstöße gegen abkommensrechtliche Diskriminierungsverbote auszuschließen.⁴⁸⁷ Die folgenden Beurteilungen sollen unabhängig von derartigen Vereinbarungen vorgenommen werden.

⁴⁸⁴ Vgl. *Schaumburg, H.*, a.a.O., S. 752; *Jacobs, O.*, a.a.O., S. 37. Zu den Grundzügen deutscher Doppelbesteuerungsabkommen siehe *Grotherr, S.*, Handbuch, 2003, S. 219. Den folgenden Darstellungen soll zur Vereinfachung lediglich das OECD-Musterabkommen zu Grunde gelegt werden.

⁴⁸⁵ Siehe zum Begriff Schrankenwirkung *Wassermeyer, F.*, in: *Debatin, H.*, *Wassermeyer, F.*, DBA, 2004, Art. 1, Rz. 9. Dazu auch *Schaumburg, H.*, a.a.O., S. 753.

⁴⁸⁶ Vgl. für den vorigen Abschnitt *Schaumburg, H.*, a.a.O., S. 960. Dazu auch *Fassnacht, J.*, a.a.O., S. 80. Eine der Höhe nach beschränkte Besteuerung durch den Quellenstaat wird regelmäßig nur mit Staaten vereinbart, die als Kapitalexpporteur keine Bedeutung haben.

⁴⁸⁷ So bspw. verstärkt Frankreich, z.B. im DBA Frankreich-Österreich. Siehe dazu die einzelnen Länderberichte in CDDFI 1996.

2.3.1.2 „Treaty Override“

Wie bereits ausgeführt, genießen die DBA gem. § 2 AO grundsätzlich Vorrang vor nationalen Steuergesetzen. Sie stehen jedoch im Rang von Bundesgesetzen (Art. 59 Abs. 2 GG) und genießen damit nicht den Vorrang, den das Grundgesetz den allgemeinen Regeln des Völkerrechts einräumt (Art. 25 GG).⁴⁸⁸ Der grundsätzliche Vorrang des Abkommensrechts gem. § 2 AO gilt damit lediglich hinsichtlich speziellerer Regelungen des innerstaatlichen Steuerrechts.⁴⁸⁹ Folglich versagt die Schrankenwirkung der DBA, wenn durch gesetzgeberische Maßnahmen des innerstaatlichen Rechts der Vorrang der DBA aufgehoben wird. § 2 AO kommt sodann eine rein deklaratorische Bedeutung zu. So ist eine durch den Bundesgesetzgeber nach Inkrafttreten eines DBA erlassene Vorschrift, die das DBA i.S. eines treaty overriding korrigiert, zwar völkerrechtswidrig, aber dennoch innerstaatlich bindend.⁴⁹⁰

2.3.1.3 Internationale Verständigungsverfahren

Für Kollisionsfälle zwischen verschiedenen DBA-Staaten, beispielsweise auf Grund der Umqualifizierung von Zinsen in Dividenden⁴⁹¹, sehen die meisten Doppelbesteuerungsabkommen ein verwaltungsmäßiges Verständigungsverfahren mit entsprechenden Verständigungsklauseln vor.⁴⁹² Nach Auffassung der OECD⁴⁹³ bietet das

⁴⁸⁸ Vgl. Langbein, V., Doppelbesteuerungsabkommen, RIW 1984, S. 531 – 538; Langbein, V., Treaty Overriding, RIW 1988, S. 875 – 878.

⁴⁸⁹ Vgl. BFH-Urteil vom 13.07.1994, I R 120/93, BStBl. II 1995, S. 129; Portner, R., Vereinbarkeit, IStR 1996, S. 25. Dazu auch Vogel, K., in: Vogel, K., DBA-Kommentar, a.a.O., Einleitung, Rz. 44.

⁴⁹⁰ Vgl. Portner, R., a.a.O., S. 25. Dem stehen Art. 25 und Art. 49 Abs. 2 GG nicht entgegen.

⁴⁹¹ Vgl. Art. 10 und 11 OECD-MA.

⁴⁹² Art. 23 und 25 OECD-MA.

⁴⁹³ Vgl. OECD, Committee on Fiscal Affairs, „Thin Capitalization – Taxation of Entertainers, Artists and Sportsmen“, in: Issues in International Taxation No. 2 vom 26.11.1986, Paris, 1987, Rz. 67 bis 69.

Verständigungsverfahren einen angemessenen Rahmen zur Lösung der Problematik, die sich aus Unterkapitalisierungsregelungen ergeben, insbesondere aus einer daraus resultierenden Doppelbesteuerung. Für die beteiligten Finanzverwaltungen besteht jedoch kein Einigungszwang, so dass die Lösung der Problematik durch dieses Verfahren nicht sichergestellt ist.⁴⁹⁴

2.3.1.4 Verhältnis zwischen EG-Vertrag und Doppelbesteuerungsabkommen

Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen EG-Vertrag und Doppelbesteuerungsabkommen ist zu berücksichtigen, dass die Vorschriften des EG-Vertrags innerhalb der Rechtsbeziehungen zwischen EG-Mitgliedstaaten Vorrang vor zwischen den Mitgliedstaaten abgeschlossenen und in innerstaatliches Gesetz umgesetzten Doppelbesteuerungsabkommen besitzen, da Europarecht im deutschen Recht Vorrang vor nationalem Recht und somit dem Inhalt der nach Art. 59 Abs. 2 GG durch das Zustimmungsgesetz in Bundesrecht transformierten Doppelbesteuerungsabkommen hat.⁴⁹⁵ Dabei gilt, dass im Falle eines Verstoßes des umgesetzten Abkommensrechts gegen Gemeinschaftsrecht unmittelbar das Abkommensrecht geändert wird, ohne dass es eines Tätigwerdens des Gesetzgebers bedürfte.⁴⁹⁶ Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Vorgaben des OECD-MAs zwar Rechtsverbindlichkeit erlangen, wenn sie in Doppelbesteuerungsabkommen implementiert werden, es aber grundsätzlich an einer übergeordneten Instanz fehlt, die die Einhaltung

⁴⁹⁴ Vgl. *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 33. Zu den sog. Funktionsstörungen siehe *Menck, T.*, Unterkapitalisierung, FR 1994, S. 70.

⁴⁹⁵ Vgl. *Herzig, N., Dautzenberg, N.*, EWG-Vertrag, DB 1992, 2520 – 2522; *Bachmann, B.*, a.a.O., S. 858. Rechtsgrundlage des Vorrangs des EG-Vertrages ist Art. 5 Abs. 2, Art. 6 und Art. 189 EG-Vertrag; vgl. EuGH-Urteil vom 09.03.1978, Staatliche Finanzverwaltung, Rz. 2f.

⁴⁹⁶ Vgl. *Wassermeyer, F.*, in: *Lehner, M.*, a.a.O., S. 156.

der Regeln überwacht.⁴⁹⁷

2.3.2 Doppelbesteuerungsabkommen und Trennungsprinzip

Das Trennungsprinzip zwischen Kapitalgesellschaft und Anteilseigner gilt gem. Art. 5 Abs. 7 OECD-MA und Art. 7 Abs. 1 OECD-MA auch im Abkommensrecht und dient dem Zweck, die konkurrierenden Besteuerungskompetenzen der Vertragsstaaten gegeneinander abzugrenzen. Nach Art. 5 Abs. 7 OECD-MA wird eine Gesellschaft nicht allein deswegen zur Betriebsstätte einer im Vertragsstaat ansässigen Gesellschaft, weil sie von dieser beherrscht wird oder weil sie diese beherrscht. Damit wird der Leistungsverkehr zwischen rechtlich selbständigen, tatsächlich aber abhängigen Gesellschaften dem Grunde nach steuerlich anerkannt.⁴⁹⁸

Nach Art. 7 OECD-MA gilt das „Betriebsstättenprinzip“, nach dem die Besteuerung der Unternehmensgewinne dem Wohnsitzstaat des Unternehmens belassen wird, sofern das Unternehmen im anderen Vertragsstaat nicht eine Betriebsstätte unterhält und die Gewinne der Betriebsstätte zuzuordnen sind.⁴⁹⁹ Nach diesem Selbständigkeitsgebot ist der Gewinn allein in der Person der Tochtergesellschaft zu besteuern; die im Vertragsstaat ansässige Muttergesellschaft wird dagegen lediglich mit den an sie fließenden Ausschüttungen steuerpflichtig.⁵⁰⁰ So dürfen einem Steuerpflichtigen nur die von ihm selbst – und nicht die

⁴⁹⁷ Vgl. *Bachmann, B.*, a.a.O., S. 849; *Thömmes, O.*, Tax Discrimination, Intertax 1993, S. 614.

⁴⁹⁸ Vgl. *Fassnacht, J.*, a.a.O., S. 102. Dazu auch *Görl, M.* in: *Vogel, K.*, DBA-Kommentar, a.a.O., Art. 5, Rz. 191 – 194; dies ist in den meisten DBA vorgesehen.

⁴⁹⁹ Vgl. *Hemmelrath, A.* in: *Vogel, K.*, DBA-Kommentar, a.a.O., Art. 7, Rz. 17 – 21. Damit wird der sog. Filialtheorie eine Absage erteilt, nach der bereits das Bestehen einer Tochtergesellschaft die Besteuerung der Muttergesellschaft ermöglichte; vgl. *Pott, M.*, Vereinbarkeit, *StuW* 1982, S. 223; *Krabbe, H.*, Maßnahmen, *RIW*, 1984, S. 127; *Knobbe-Keuk, B.*, Entwurf, *DB* 1993, S. 63; RFH-Urteil vom 30.01.1930, *RStBl.* 1930, S. 148.

⁵⁰⁰ Vgl. *Fassnacht, J.*, a.a.O., S. 102; *Baumgärtel, M.*, a.a.O., S. 283 – 285. Dazu auch *Janssen, B.*, Ausgestaltung, a.a.O., S. 224; *Pott, M.*, a.a.O., S. 223; *Pöllath, R.*, *Rädler, A.*, Erweiterung, a.a.O., S. 18f.

beispielsweise von einem Gesellschafter – realisierten Steuertatbestände zugerechnet werden.⁵⁰¹

2.3.3 Gewinnberichtigungsbestimmungen der Doppelbesteuerungsabkommen – Art. 9 Abs. 1 OECD-MA

Art. 9 Abs. 1 OECD-MA befasst sich mit verbundenen Unternehmen, die entweder in einem Mutter-Tochter-Verhältnis zueinander oder unter einer einheitlichen Leitung bzw. unter gemeinsamer Kontrolle stehen.⁵⁰² Nach der Vorschrift ist es einem Mitgliedstaat erlaubt, den Gewinn eines in seinem Gebiet ansässigen, verbundenen Unternehmens für steuerliche Zwecke zu erhöhen, wenn der Gewinn der Gesellschaft auf Grund besonderer Beziehungen zu dem im anderen Vertragsstaat ansässigen, verbundenen Unternehmen nicht in angemessener Höhe ausgewiesen ist.⁵⁰³ Es gilt das sog. arm's length principle, nach dem als Vergleichsmaßstab die Bedingungen gelten, die ein unabhängiges Unternehmen am freien Markt gegenüber Dritten vereinbart hätte. So entfaltet Art. 9 Abs. 1 OECD-MA bezüglich einer Umqualifizierung von Darlehensvergütungen eine Sperrwirkung, soweit die Vergütungen dem Fremdvergleich entsprechen, um die inländische Kapitalgesellschaft so zu stellen, als würde sie als völlig unabhängiges Unternehmen ihre Geschäftsbeziehungen zu dem verbundenen Unternehmen wie gegenüber einem fremden Dritten abwickeln.⁵⁰⁴

⁵⁰¹ Siehe hinsichtlich dieser Ausführungen auch Kapitel II 2.4.1 Begriff und Formen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, S. 12 sowie Kapitel V 2.1 Allgemeine Grundsätze im deutschen Steuerrecht, S. 106.

⁵⁰² Vgl. *Lehner, M.*, in: *Vogel, K.*, DBA-Kommentar, a.a.O., Art. 9, Rz. 18 – 23. Eine diesem Artikel entsprechende Bestimmung ist in fast allen DBA der Bundesrepublik Deutschland enthalten; die vollständige Übersicht bei *Lehner, M.*, in: *Vogel, K.*, DBA-Kommentar, a.a.O., Art. 9, Rz. 47. Auf die Gegenberichtigung des Art. 9 Abs. 2 OECD-MA soll nicht eingegangen werden, da sie in nur sehr wenigen DBAs umgesetzt wurde.

⁵⁰³ Dies gilt bei Fremdkapitalüberlassungen nicht nur bezüglich der Höhe oder Ausgestaltung der Zinsen, sondern insbesondere auch bezüglich einer etwaigen Unterkapitalisierung des abhängigen Unternehmens; vgl. *Wassermeyer, F.*, in: *Debatin, H.*, *Wassermeyer, F.*, a.a.O., Art. 9, Rz. 107.

⁵⁰⁴ Vgl. Art. 9 Abs. 1 OECD-MA; *Lehner, M.*, in: *Vogel, K.*, DBA-Kommentar, a.a.O., Art. 9, Rz. 7f. Dazu auch *Fassnacht, J.*, a.a.O., S. 94; *Baumgärtel, M.*, a.a.O., S. 286. Ausführlich zu den Möglichkeiten des Fremdvergleichs siehe *Lehner, M.*, in: *Vogel, K.*,

Fraglich ist, ob nationale Unterkapitalisierungsregelung, die zu einer Gewinnerhöhung der inländischen Gesellschaft führen, im Anwendungsbereich des Art. 9 OECD-MA Wirkung entfalten können. In der Literatur werden hinsichtlich dieser Frage im Wesentlichen zwei Ansichten vertreten.⁵⁰⁵ Nach einer „klarstellenden“⁵⁰⁶ Auffassung, der auch die deutsche Rechtsauffassung folgt, stellt Art. 9 OECD-Musterabkommen keine eigenständige Rechtsgrundlage für die Gewinnerhöhung bei verbundenen Unternehmen dar, sondern räumt lediglich die Möglichkeit ein, nationale Regelungen für eine Gewinnberichtigung zwischen verbundenen Unternehmen zu schaffen.⁵⁰⁷ Danach wird die Ermittlung und Abgrenzung der Gewinne im Verhältnis zwischen verbundenen Unternehmen durch die Vorschrift nicht abschließend geregelt.⁵⁰⁸ Nach einer „restriktiven“ Ansicht wird dagegen ausgeführt, dass Art. 9 Abs. 1 OECD-MA als eigenständige Gewinnkorrekturvorschrift zu betrachten ist und Gewinnkorrekturen bei verbundenen Unternehmen folglich nur dann zugelassen sind, wenn sie entsprechend Art. 9 Abs. 1 OECD-MA auf einem Drittvergleich basieren.⁵⁰⁹ Der OECD-Bericht schließt sich der restriktiven Ansicht an.⁵¹⁰

DBA-Kommentar, a.a.O., Art. 9, Rz. 33 – 37.

⁵⁰⁵ Diese Ansichten werden auch in dem OECD-Bericht aufgegriffen. Dieser ist teilweise in die überarbeitete Kommentierung zum OECD-MA eingegangen. Zu den Ausführungen zu Art. 9 Abs. 1 OECD-MA in dem OECD-Bericht siehe *Hosson, F., Michielse, G., Treaty Aspects, Intertax 1989, S. 477 – 483.*

⁵⁰⁶ Siehe zur Abgrenzung zwischen klarstellender und restriktiver Ansicht *Portner, R., a.a.O., S. 25.*

⁵⁰⁷ Im deutschen Steuerrecht bspw. durch § 1 AStG oder die Vorschrift zur verdeckten Gewinnausschüttung.

⁵⁰⁸ Vgl. BFH-Urteil vom 21.01.1981, I R 153/77, BStBl. 1981 II, S. 517; BT-Drs. 12/4487 vom 05.03.1993, S. 37. Dazu auch *Lehner, M., in: Vogel, K., DBA-Kommentar, a.a.O., Art. 9, Rz. 16f.; Menck, T., Unterkapitalisierung, a.a.O., S. 71f.; Menck, T., Mehrstaaten-Problem, IStR 1994, S. 574f.*

⁵⁰⁹ Vgl. *Lehner, M., in: Vogel, K., DBA-Kommentar, a.a.O., Art. 9, Rz. 39 – 43.* Dazu auch *Wassermeyer, F., in: Debatin, H., Wassermeyer, F., a.a.O., Art. 9, Rz. 77 – 78; Fassnacht, J., a.a.O., S. 94; Bartone, R., a.a.O., S. 139; Baumgärtel, M., a.a.O., S. 287; Thoemmes, O., Stricof, R., Nakhai, K., a.a.O., S. 131f.; Hosson, F., Michielse, G., a.a.O., S. 482.*

⁵¹⁰ Vgl. OECD-Bericht, Rz. 50; nach dem der Gewinn nicht über den Fremdvergleich

Argumentierend mit der herrschenden, restriktiven Ansicht, schreibt Art. 9 Abs. 1 OECD-MA nach richtiger Auffassung für den Leistungsverkehr zwischen verbundenen Unternehmen einen verbindlichen Maßstab für Gewinnberichtigungen vor. So bedarf es grundsätzlich keiner abkommensrechtlichen Bestätigung für die Ermächtigung der Vertragsstaaten zur Besteuerung als Ausübung staatlicher Souveränität. Weiterhin gilt zu beachten, dass Art. 9 Abs. 1 OECD-MA eng mit Art. 7 OECD-MA zusammenhängt, der unstreitig zwingend den Fremdvergleichsgrundsatz (dealing-at-arm's-length) vorschreibt.

Der OECD-Bericht führt aus, dass für die Beurteilung, ob eine Gesellschaft übermäßig durch Gesellschafterfremdkapital ausgestattet ist, zum einen eine einzelfallbezogene Prüfung⁵¹¹ und zum anderen eine Prüfung auf Grundlage eines festen FK-/EK-Verhältnisses vorgenommen werden kann. Dieses kann jedoch lediglich Anhaltspunkt, nicht jedoch Nachweis für das Vorliegen einer verdeckten Kapitalzuführung sein, es sei denn, das feste FK-/EK-Verhältnis wird als Safe Haven ausgestaltet, d.h. als Toleranzgrenze, innerhalb derer die betroffene Gesellschaft die Möglichkeit hat, einen Fremdvergleich zu erbringen.⁵¹²

2.3.4 Zur abkommensrechtlichen Wirksamkeit der Umqualifizierung von Zinsen in Dividenden – Art. 11 Abs. 3 OECD-MA

Auf Grund der Umqualifizierung von Zinsen in verdeckte Gewinnausschüttungen können sich – unabhängig von dem Vorliegen eines Doppelbesteuerungsabkommens – Qualifikationskonflikte ergeben, wenn der Quellenstaat und der Wohnsitzstaat einen Sachverhalt unterschiedlich beurteilen. Im Falle eines Doppelbesteuerungsabkommens ist fraglich, ob eine Umqualifizierung durchschlägt und ob der ausländische Staat der Umqualifizierung folgen

hinaus erhöht werden darf.

⁵¹¹ Vgl. OECD-Bericht, Rz. 75 – 78.

⁵¹² Vgl. OECD-Bericht, Rz. 59; *Portner, R.*, a.a.O., S. 27.

muss. Für diese Frage sind die Begriffe Zinsen und Dividenden nach Abkommensrecht und nationalem Recht abzugrenzen, da abkommensrechtliche Begriffsdefinitionen Vorrang haben und folglich innerstaatliche Regelungen nur dann mit Abkommensrecht vereinbar sind, wenn sie diesen Begriffsdefinitionen nicht entgegenstehen.

Art. 10 Abs. 3 OECD-MA⁵¹³ erfasst nicht nur Dividenden im Wortsinne, sondern auch Zinsen für Darlehen, soweit der Darlehensgeber die von der Gesellschaft eingegangenen Risiken tatsächlich teilt, d.h. soweit die Rückzahlung weitgehend vom Geschäftsergebnis und ähnlichem des Unternehmens abhängig ist.⁵¹⁴ Der Dividendenbegriff ist damit nicht abschließend geregelt und verweist auf das Recht des jeweiligen Quellenstaates, das dadurch zu Abkommensrecht erhoben wird.⁵¹⁵ So ist es nach Art. 10 OECD-MA prinzipiell nicht ausgeschlossen, Darlehenszinsen entsprechend der im Ansässigkeitsstaat der Kapitalgesellschaft bestehenden Bestimmungen über die Unterkapitalisierung als Dividenden zu behandeln.⁵¹⁶ Die Definition des Zinsbegriffes des OECD-MAs ist dagegen abschließend⁵¹⁷ und wurde in den meisten Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik

⁵¹³ Dividenden sind nach Art. 10 OECD-MA „Einkünfte aus Aktien, Genussaktien oder Genussscheinen, Kuxen, Gründeranteilen, oder anderen Rechten – ausgenommen Forderungen – mit Gewinnbeteiligung sowie aus anderen Gesellschaftsanteilen stammende Einkünfte, die nach dem Recht des Staates, in dem die ausschüttende Gesellschaft ansässig ist, den Einkünften aus Aktien steuerlich gleichgestellt ist“. Zum Dividendenbegriff siehe *Tischbirek, W.*, in: *Vogel, K.*, DBA-Kommentar, a.a.O., Art.10, Rz. 184 – 202.

⁵¹⁴ Vgl. Wassermeyer, F., in: *Debatin, H., Wassermeyer, F.*, a.a.O., Art. 10, Rz. 23 – 30.

⁵¹⁵ Vgl. Wassermeyer, F., in: *Debatin, H., Wassermeyer, F.*, a.a.O., Art. 10, Rz. 23. Zum sog. dynamischen Dividendenbegriff siehe *Portner, R.*, a.a.O., S. 26; *Michielse, G.*, Thin Capitalization, Bulletin of the IBFD, 1997, S. 566.

⁵¹⁶ Vgl. Wassermeyer, F., in: *Debatin, H., Wassermeyer, F.*, a.a.O., Art. 10, Rz. 23 – 30. Dazu auch *Tischbirek, W.*, in: *Vogel, K.*, DBA-Kommentar, a.a.O., Art. 10, Rz. 200.

⁵¹⁷ Nach Art. 11 Abs. 3 OECD-MA beinhaltet der Begriff Zinsen „Einkünfte aus Forderungen jeder Art, auch wenn sie durch Pfandrechte an Grundstücken gesichert oder mit einer Beteiligung am Gewinn des Schuldners ausgestattet sind und insbesondere Einkünfte aus öffentlichen Anleihen und aus Obligationen einschließlich der damit verbundenen Aufgelder und der Gewinne aus Losanleihen“. Dazu *Michielse, G.*, Thin Capitalization, a.a.O., S. 567.

übernommen.⁵¹⁸ Abkommensrechtlich sind Vergütungen auf Gesellschafter-Darlehen damit als Zinsen im Sinne von Art. 11 Abs. 3 OECD-MA anzusehen.⁵¹⁹

Grundsätzlich sind die Dividendendefinition und die Definition des Zinsbegriffs als gleichrangig zu betrachten; soweit Art. 10 Abs. 3 OECD-MA jedoch auf das nationale Recht des Quellenstaates verweist, handelt es sich dabei um eine *lex specialis*. Ob eine innerstaatliche Vorschrift, nach der Zinsen als Gewinnausschüttungen zu behandeln sind, Wirkung entfalten kann, richtet sich folglich nach der Verweisungsvorschrift des Art. 10 Abs. 3 OECD-MA.⁵²⁰ Die OECD führt dazu aus, dass eine Umqualifizierung nur zulässig ist, wenn ein unternehmerisches Risiko des Darlehensgebers gegeben ist und die Umqualifizierung auf Grund eines Fremdvergleichs im Rahmen des Art. 9 OECD-MA stattfindet.⁵²¹

In der Literatur wird dagegen verschiedentlich argumentiert, dass eine Umqualifizierung von Zinsen nach Maßgabe der Unterkapitalisierungsvorschriften abkommensrechtlich nicht zulässig ist.⁵²² Bezug nehmend auf die offene Definition des Dividendenbegriffs kann nach richtiger Auffassung festgehalten werden, dass eine Umqualifizierung nach Abkommensrecht dann erfolgen kann, wenn der Zinsgläubiger wie ein Dividendenbezieher ein Unternehmerrisiko trägt, das dem eines Vollgesellschafters entspricht. Maßgebend ist demnach,

⁵¹⁸ Siehe dazu die Übersicht bei *Tischbirek, W.*, in: *Vogel, K.*, DBA-Kommentar, a.a.O., Art. 10, Rz. 203.

⁵¹⁹ Vgl. BFH-Urteil vom 05.02.1992, I R 127/90, BStBl. 1992 II, S. 532. Dazu auch *Wassermeyer, F.*, in: *Debatin, H.*, *Wassermeyer, F.*, a.a.O., Art. 11, Rz. 96.

⁵²⁰ Vgl. *Tischbirek, W.*, Art. 10, in: *Vogel, K.*, DBA-Kommentar, a.a.O., Art. 10, Rz. 200.

⁵²¹ Vgl. OECD-Bericht, Rz. 8; *Sommerhalder, R.*, a.a.O., S. 92. Auch die Finanzverwaltung geht davon aus, dass die Umqualifizierung von Zinsen in Gewinnausschüttungen durch nationales Steuerrecht dann wirksam ist, wenn die Begriffsbestimmung des jeweiligen Abkommens dem nicht entgegensteht und sich aus dem Sinnzusammenhang des Abkommens nichts anderes ergibt; vgl. *Flockermann, G.*, a.a.O., S. 37.

⁵²² Siehe dazu *Baumgärtel, M.*, a.a.O., S. 306 – 316; *Bartone, R.*, a.a.O., S. 133 – 138; *Holzaepfel, P.*, *Köplin, M.*, in: *Erle, B.*, *Sauter, T.*, a.a.O., Rz. 373 – 374; *Pöllath, R.*, *Rädler, A.*, Erweiterung, a.a.O., S. 18 – 23; *Fassnacht, J.*, a.a.O., S. 108; *Janssen, B.*, Ausgestaltung, a.a.O., S. 229.

dass die Zinsen gem. Art. 10 Abs. 3 OECD-MA aus dem Gesellschaftsanteil stammen. Dies kann als erfüllt angenommen werden, wenn die Zinsen nicht von einem fremden Dritten gewährt worden wären, denn nur in diesem Fall stammen die Zinsen aus einem gesellschaftlichen Vorgang und nicht aus einem Finanzierungsgeschäft, das wie zwischen fremden Dritten abgewickelt wird.⁵²³ Hätte auch eine fremder Dritter ein entsprechendes Darlehen gewährt, liegt ein Finanzierungsgeschäft vor, und eine Erfassung der Zinsen von Art. 10 Abs. 3 OECD-MA ist nicht gegeben.

2.3.5 Verbot der Diskriminierung nicht ansässiger Empfänger von Betriebsausgaben – Art. 24 Abs. 4 OECD-MA

Nach Art. 24 Abs. 4 OECD-MA sind Zinsen, Lizenzgebühren und andere Entgelte, die ein Unternehmen eines Vertragsstaates an eine im anderen Vertragsstaat ansässige Person zahlt, bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Gewinns dieses Unternehmens unter den gleichen Bedingungen wie Zahlungen an eine im erstgenannten Vertragsstaat ansässige Person zum Abzug zuzulassen.⁵²⁴ Nach der Vorschrift sind Schulden, die ein Unternehmen eines Vertragsstaats gegenüber einer im anderen Vertragsstaat ansässigen Person hat, bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Gewinns unter ansonsten gleichen Bedingungen wie Schulden gegenüber einer im erstgenannten Staat ansässigen Person zum Abzug zuzulassen.

Die Vorschrift erfasst grundsätzlich auch die Fälle der Gesellschafter-

⁵²³ Dazu auch *Pöllath, R.*, in: *Vogel, K.*, DBA-Kommentar, a.a.O., Art. 11, Rz. 63; *Menck, T.*, Unterkapitalisierung, a.a.O., S. 72.

⁵²⁴ Art. 24 Abs. 4 OECD-MA. Dieses Diskriminierungsverbot wurde nicht in vielen DBA Deutschlands übernommen; vgl. Übersicht bei *Engelschalk, M.*, in: *Vogel, K.*, DBA-Kommentar, a.a.O., Art. 24, Rz. 155. Es sei auf das Delaware-Urteil des BFH verwiesen, in dem entschieden wurde, dass das Diskriminierungsverbot des Art. 24 Abs. 4 DBA USA entsprechend dem Diskriminierungsverbot des EG-Vertrages auszulegen ist; vgl. BFH-Urteil vom 29.01.2003, I R 6/99, IStR 2003, S. 422f; *Thömmes, O.*, Anmerkung, DB 2003, S. 1203. Im Sinne dieser Rechtsprechung auch der Conseil d'Etat, CE, Urteil vom 30.12.2003, No 233894, SA Andritz; High Court, Urteil vom 24.11.2003, NEC Semi-Conductors Limited and other test claimants vs. IRC, EWHC, S. 2813.

Fremdfinanzierung. Allerdings sollen die Vertragsstaaten, insbesondere der Staat des Darlehensnehmers, durch Art. 24 Abs. 4 OECD-MA nicht daran gehindert sein, Zinszahlungen nach seinen innerstaatlichen Regelungen über die Unterkapitalisierung als Dividenden zu behandeln, soweit diese mit Art. 9 Abs. 1 OECD-MA vereinbar sind.⁵²⁵ Zur Prüfung, ob eine Diskriminierung nach der Vorschrift vorliegt, sind die Leistungen eines Unternehmens an Ansässige des Vertragsstaates mit vollständig gleichen Leistungen an Inländer zu vergleichen. Vergleichsobjekt des beschränkt steuerpflichtigen Gläubigers ist dabei ein unbeschränkt steuerpflichtiger inländischer Gläubiger als Empfänger von Zinsen, Lizenzen oder sonstigen Entgelten.⁵²⁶ Die Begriffe Zinsen und Dividenden sind aus den nationalen Steuergesetzen abzuleiten.⁵²⁷ Maßgebendes Kriterium ist das Abstellen der Regelung auf die Ansässigkeit des Unternehmens.⁵²⁸

2.3.6 Verbot der Diskriminierung von Kapital- und Personengesellschaften mit ausländischer Beteiligung – Art. 24 Abs. 5 OECD-MA

Nach Art. 24 Abs. 5 OECD-MA dürfen Unternehmen eines Vertragsstaates, deren Kapital von in einem anderen Vertragsstaat ansässigen Personen gehalten oder kontrolliert wird, in dem erstgenannten Staat steuerlich nicht anders behandelt werden als ähnliche Unternehmen mit inländischen Anteilseignern.⁵²⁹ Dadurch soll

⁵²⁵ Vgl. *Wassermeyer, F.*, in: *Debatin, H., Wassermeyer, F.*, a.a.O., Art. 24, Rz. 56. Die Anwendbarkeit der Vorschrift ist daneben an die Regelung des Art. 11 Abs. 6 und Art. 12 Abs. 4 OECD-MA gekoppelt.

⁵²⁶ Vgl. *Wassermeyer, F.*, in: *Debatin, H., Wassermeyer, F.*, a.a.O., Art. 24, Rz. 125. Hinsichtlich der Wahl des Vergleichsobjekts vgl. *Blumenberg, J.*, a.a.O., S. 330 sowie S. 148 – 149.

⁵²⁷ Die Begriffe der Art. 10 und 11 OECD-MA gelten ausdrücklich nur im Rahmen dieser Vorschriften; vgl. *Sommerhalder, R.*, a.a.O., S. 93.

⁵²⁸ Da die Ansässigkeit einer Person häufig mit der Steuerpflicht der Person gleichgesetzt wird, ist das Abstellen auf die Steuerpflicht mit der Ansässigkeit äquivalent zu berücksichtigen; vgl. *Blumenberg, J.*, a.a.O., S. 330.

⁵²⁹ Art. 24 Abs. 5 OECD-MA.

die Diskriminierung der Beteiligung an Tochtergesellschaften im Ausland verhindert und sichergestellt werden, dass allen in demselben Staat ansässigen Personen die gleiche Behandlung zuteil wird.⁵³⁰ Die Ansässigkeit der Gesellschafter in einem anderen Vertragsstaat darf damit nicht zu einer steuerlichen Mehrbelastung des inländischen Unternehmens führen. Dies wird anhand eines Vergleichs der Steuerbelastung ähnlicher Unternehmen geprüft. Dieses Diskriminierungsverbot dient dem Schutz ausländisch beherrschter Unternehmen, nicht jedoch den ausländischen Anteilseignern.⁵³¹

Die Vorschrift des Art. 24 Abs. 4 OECD-MA geht der Vorschrift des Art. 24 Abs. 5 OECD-MA als speziellere Vorschrift grundsätzlich vor.⁵³²

⁵³⁰ Vgl. *Wassermeyer, F.*, in: *Debatin, H., Wassermeyer, F.*, a.a.O., Art. 24, Rz. 57.

⁵³¹ Vgl. *Engelschalk, M.*, in: *Vogel, K.*, DBA-Kommentar, a.a.O., Art. 24, Rz. 164.

⁵³² Vgl. *Wassermeyer, F.*, in: *Debatin, H., Wassermeyer, F.*, a.a.O., Rz. 58; *Bartone, R.*, a.a.O., S. 150.

VI Beurteilung der Unterkapitalisierungsregelungen nach allgemeinen Grundsätzen sowie nach Europa- und Abkommensrecht

1 Einleitung

Im folgenden Kapitel sollen die internationalen Regelungen anhand der im vorherigen Kapitel dargestellten Grundsätze vergleichend beurteilt werden. Dabei werden nur jeweils die relevanten Kriterien angesprochen. Zunächst werden die Regelungen allgemein betrachtet; dafür werden keine bestimmten steuerlichen Grundsätze herangezogen, sondern es wird vielmehr eine übergreifende Beurteilung überwiegend nach praktischen Gesichtspunkten vorgenommen. Anschließend erfolgt eine Beurteilung der internationalen Regelungen nach allgemeinen steuerlichen Grundsätzen im deutschen Steuerrecht. Dabei werden die Regelungen nicht gesondert betrachtet, sondern lediglich relevante Unterschiede zwischen den Regelungsgruppen hervorgehoben. Weiter werden die Regelungen nach europa- und abkommensrechtlichen Grundsätzen analysiert. Diese Analyse erfolgt jeweils getrennt für die verschiedenen Regelungen. Abschließend werden die Ergebnisse zusammengefasst.

2 Allgemeine Beurteilung der internationalen Regelungen

Die Ausgestaltung der internationalen Regelungen ist im Detail teilweise sehr unterschiedlich. Einige Unterschiede sollen im Folgenden – losgelöst von steuerlichen Grundsätzen – vergleichend beurteilt werden.

Bereits hinsichtlich der Begriffe Eigenkapital und Fremdkapital der Regelungen bestehen international große Unterschiede. So erfasst die deutsche Regelung ausschließlich langfristig gewährtes Fremdkapital, wohingegen die französische und die spanische Regelung nicht explizit auf die Fristigkeit des Kapitals abstellen. Grundsätzlich erscheint es in

Anbetracht eines möglichen zu erzielenden Zinsvorteils zweckmäßig, lediglich langfristig überlassenes Fremdkapital in den Anwendungsbereich der Vorschriften einzubeziehen. Auch entspricht langfristiges Fremdkapital bereits dem Wesen nach eher Eigenkapital.⁵³³

Zur Bestimmung, ob eine Unterkapitalisierung vorliegt, werden von den betrachteten Staaten unterschiedliche Maßstäbe herangezogen. Häufig wird eine bestimmte FK-/EK-Quote festgelegt, bei deren Überschreiten eine übermäßige Gesellschafter-Fremdfinanzierung angenommen wird.⁵³⁴ Teilweise wird dagegen bewusst auf die Fixierung eines solchen Safe Havens verzichtet.⁵³⁵ Der Vorteil der Fixierung einer zulässigen Quote ist grundsätzlich die erhöhte Rechtssicherheit und Praktikabilität für den Steuerpflichtigen. Problematisch ist dagegen, eine den wirtschaftlichen Umständen entsprechende Quote zu ermitteln. So zeigt bereits die unterschiedliche Höhe der Quote im europäischen Vergleich, dass eine einheitliche Grenze, die eine übermäßige Fremdfinanzierung impliziert, nicht gefunden werden kann. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass die Quoten regelmäßig nicht den nationalen wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechen.⁵³⁶ Darüber hinaus fließen branchenbedingte Unterschiede nicht in einen festen Safe Haven ein. Länder ohne eine feste Quote sind demgegenüber regelmäßig flexibler und ermöglichen eine situations- und branchenspezifische Einzelfallprüfung. Dabei erscheint es schon aus praktischen Gründen vorteilhaft, für die Begriffe Eigenkapital und Fremdkapital jeweils auf die Handelsbilanz abzustellen, da dies keine eigenständige Ermittlung der

⁵³³ Vgl. *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 51. Dazu auch *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 21; *Herzig, N.*, Bericht Arbeitsgruppe, a.a.O., S. 237.

⁵³⁴ Siehe zu Besonderheiten von sog. Overall-Quoten, wie bspw. in Tschechien vorgesehen *Seiler, H. W.*, a.a.O., S. 201.

⁵³⁵ Bspw. in Großbritannien, allerdings wird eine Quote von 1:1 in der Regel akzeptiert. Siehe dazu Kapitel IV 2.1.7 Großbritannien, S. 74.

⁵³⁶ Siehe dazu Kapitel II 2.5 Durchschnittliche Eigenkapitalquote, S. 24 sowie Kapitel VI 3.1.3 Leistungsfähigkeitsprinzip, S. 159.

Werte erfordert.⁵³⁷

Teilweise wird es den Steuerpflichtigen auch bei Überschreiten des Safe Havens ermöglicht, einen Nachweis zu erbringen, dass keine übermäßige Finanzierung vorliegt, z.B. in Deutschland. Dies erscheint vorteilhaft, da der Steuerpflichtige einerseits von der erhöhten Rechtssicherheit der fixen Quote profitieren kann, andererseits aber die Möglichkeit hat, im Falle eines Überschreitens des Safe Havens die Rechtsfolgen der Unterkapitalisierung durch Fremdvergleich abzuwenden. Darüber hinaus erscheint diese Variante auch vorteilhaft gegenüber einer Lösung, die keine feste FK-/EK-Quote vorsieht, aber grundsätzlich den Fremdvergleich zulässt, wie beispielsweise in Großbritannien vorgesehen. So kann es wirtschaftliche Gründe dafür geben, Darlehensbeziehungen nicht marktüblich auszugestalten. Andererseits kann es für mittelständische Unternehmen problematisch sein, jederzeit einen Fremdvergleich, beispielsweise einer Bank, zu erhalten. Jedenfalls bedeutet eine solche Nachweispflicht für den Steuerpflichtigen einen erhöhten, möglicherweise unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand.⁵³⁸ Dabei ist zu beachten, dass insbesondere die deutsche Lösung häufig zu praktischen Problemen führt, da ein hypothetischer Geschehensverlauf ermittelt werden muss, um nachzuweisen, dass das Darlehen von dem Dritten tatsächlich vergeben worden wäre. So ist für den Fremdvergleich zu ermitteln, zu welchen Bedingungen und unter welchen Umständen der Dritte, i.d.R. die Bank zum Zeitpunkt der Hingabe des Gesellschafter-Darlehens einen Kredit gewährt hätte.⁵³⁹

⁵³⁷ Im deutschen Steuerrecht erfolgt die Ermittlung des Eigenkapitals unstreitig nach der Handelsbilanz; die Ermittlung des Fremdkapitals ist dagegen strittig; siehe dazu Kapitel III 5.3.1.1 Begriff des Eigenkapitals, S. 42 und 5.3.1.2. Begriff des Fremdkapitals, S. 44.

⁵³⁸ Siehe zu einer europa- und abkommensrechtlichen Beurteilung des Fremdvergleichs Kapitel VII 3.2.5 Lösung anhand von Verrechnungspreisgrundsätzen: Fremdvergleichsmaßstab, S. 227.

⁵³⁹ Vgl. *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 41. Siehe zu der Kritik auch die Ausführungen in Kapitel VII 4.3.1 Ausgestaltung der Regelung im Einzelnen, S. 241.

Zu Ermittlung des Safe Havens wird nach der derzeit geltenden deutschen Regelung das Gesellschafter-Eigenkapital gesellschafterbezogen ermittelt. Frankreich dagegen legt für die Ermittlung des Safe Havens das gesamte Gesellschafter-Fremdkapital zugrunde. Andere Länder, beispielsweise Tschechien, sehen dagegen eine sog. Overall-Quote vor, bei der das gesamte Fremdkapital mit dem gesamten Vermögen der Gesellschaft in Verbindung gesetzt wird. Im Rahmen einer Overall-Quote bleibt das Überschreiten des Safe Havens eines einzelnen Gesellschafters folgenlos, solange das Fremdkapital das Eigenkapital nicht übersteigt. Die Lösung der vertikalen Bilanzrelation erscheint zweckdienlich in Anbetracht der Zielsetzung, dem Missbrauch durch einzelne, wesentlich beteiligte Gesellschafter vorzubeugen.⁵⁴⁰

Für die Ermittlung des zulässigen FK-/EK-Verhältnisses wird nach der deutschen Regelung ein zeitpunktbezogener Wert zugrunde gelegt. Hinsichtlich des zu berücksichtigenden Eigenkapitals ist auf Vorjahreswerte abzustellen. Die spanische Regelung sieht dagegen vor, für die Ermittlung des Verhältnisses jeweils auf durchschnittliche Jahreswerte abzustellen. Die spanische Lösung erscheint sowohl administrativ einfacher zu handhaben als auch insofern praktikabler, als der Steuerpflichtige die Möglichkeit hat, im Jahresverlauf bei zu befürchtender Unterkapitalisierung entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, beispielsweise eine Kapitalerhöhung durchzuführen.⁵⁴¹

Die deutsche Regelung sieht bei der Ermittlung des FK-/EK-Verhältnisses zur Vermeidung eines Kaskadeneffektes eine Buchwertkürzung vor. Auf Grund der Ausweitung des Anwendungsbereichs der Vorschrift gilt dies nunmehr für sämtliche Kapitalgesellschaften. Insbesondere gilt dies nunmehr auch für Anteile

⁵⁴⁰ Anders könnte die Beurteilung ausfallen bei Zielsetzung der Vermeidung der Unterkapitalisierung, da hierfür die Einbeziehung des gesamten Kapitals sinnvoll erscheint.

⁵⁴¹ Vgl. *Seiler, H. W.*, a.a.O., S. 199.

an ausländischen Kapitalgesellschaften.⁵⁴² Bei nicht im Inland steuerpflichtigen Tochtergesellschaften macht die Kürzung jedoch keinen Sinn, da ein Kaskadeneffekt nicht entstehen kann.⁵⁴³

Die deutsche Regelung sieht eine Freigrenze in Höhe von 250.000 € vor. Diese Freigrenze wurde zur Entlastung mittelständischer Unternehmen eingeführt. In den meisten anderen Ländern wird auf eine solche Freigrenze verzichtet. Trotz der willkürlich erscheinenden Höhe der Freigrenze im deutschen Steuerrecht ist die dadurch erzielte Entlastung insbesondere für mittelständische Unternehmen grundsätzlich zu befürworten. Jedoch ist die Forderung zu unterstützen, die Freigrenze in Höhe von 250.000 Euro in einen Freibetrag gleicher Höhe, weil das Überschreiten der bisherigen Freigrenze um nur einen Euro zu einem gänzlichen Fortfall der Freigrenzregelung führt.

Die meisten Regelungen sehen vor, dass Fremdkapital in den Anwendungsbereich der Vorschrift fällt, das von einem Gesellschafter gewährt wird; häufig ist Voraussetzung eine bestimmte Mindestbeteiligung oder eine bestimmte Anzahl an Stimmrechten des Gesellschafters (wesentliche Beteiligung). Dies gilt bspw. nach der deutschen Regelung. Begründet wird dies grundsätzlich damit, dass eine bestimmte Beteiligungshöhe oder ein bestimmter Umfang an Stimmrechten – und die damit einhergehenden gleichgerichteten Interessen – Voraussetzung für die mögliche Einflussnahme des Gesellschafters auf die Kapitalgesellschaft und auf die Ausschüttungspolitik der Gesellschaft und damit für die mögliche Steuerhinterziehung im Konzern ist, da Gewinnausschüttungen verdeckt werden können. Andere Länder, so z.B. Spanien, setzen zwar voraus, dass das Fremdkapital von einem Gesellschafter gewährt wird, verzichten jedoch auf die Festlegung einer bestimmten Mindestbeteiligungshöhe. Beispielsweise Belgien verzichtet sogar

⁵⁴² Vgl. *Dötsch, E., Pung, A.*, Neuerungen, a.a.O., S. 94.

⁵⁴³ Siehe zu einer kritischen Beurteilung *Blumers, W., Goerg, D., Tiede, K.*, a.a.O., S. 633.

gänzlich auf die Tatbestandsvoraussetzung der Gesellschaftsbeteiligung. In Anbetracht der Zielsetzung der Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung, der Verhinderung des Missbrauchs und der Steuerminderung, erscheint die Voraussetzung der Gesellschaftsbeteiligung in einer bestimmten Mindesthöhe bzw. der Einflussnahme auf Grund eines bestimmten Umfangs der Stimmrechte als sinnvoll, da steuerliche Vorteile lediglich durch Gewinnverlagerung innerhalb des Konzerns erreicht werden können.⁵⁴⁴

Die deutsche Regelung bezieht auch mittelbar beteiligte Gesellschafter, nahe stehende Dritte und Darlehen Dritter ein, die durch den Gesellschafter gesichert sind. Die französische Regelung dagegen erfasst lediglich Darlehen unmittelbar beteiligter Gesellschafter. Die deutsche Ausdehnung des Anwendungsbereichs erscheint sinnvoll, um Umgehungsgestaltungen zu vermeiden. Problematisch ist jedoch, dass in so genannten Rückgriffsfällen, zum Beispiel normalen Bankdarlehen mit Rückgriffsmöglichkeit auf den Gesellschafter, trotz der Fiktion der verdeckten Gewinnausschüttung den betroffenen Anteilseignern keinerlei Vermögensvorteil zufließt. So sollten derartige Finanzierungen auf die so genannte Back-to-Back-Finanzierungen beschränkt werden.

Die Neufassung der deutschen Regelung hat darüber hinaus hinsichtlich der Betriebsstättenbesteuerung umfangreiche Auswirkungen. So wird das Dotationskapital einer Betriebsstätte zukünftig nicht mehr nach dem Betriebsstättenerlass⁵⁴⁵ beurteilt, sondern von der schärferen Vorschrift des neuen § 8a KStG erfasst. Verglichen mit der nach dem Betriebsstättenerlass zulässigen FK-/EK-Quote von 4:1 führt die Miteinbeziehung dieser Fälle zu einem deutlichen Eingriff in die

⁵⁴⁴ Eine andere Beurteilung wäre vorzunehmen, wenn Zielsetzung die Vermeidung der Unterkapitalisierung wäre, da die Gesellschaft in diesem Fall auch ohne Interessengleichheit des Gesellschafters ein Interesse bestehen würde, der Gesellschaft übermäßig Fremdkapital zuzuführen; siehe dazu *Brosens, L.*, a.a.O., S. 208. Es könnte auch argumentiert werden, dass solche Ausschüttungen durch Zinszahlungen allen Gesellschaftern zugute kommen, die der Gesellschaft Darlehen gewähren, unabhängig von der willkürlich festgesetzten Beteiligungsgrenze.

⁵⁴⁵ Vgl. BMF-Schreiben vom 24.12.1999, BStBl. I 1999, S. 1076, Rz. 2.5.

Finanzierungsfreiheit der Unternehmen.

Die deutsche Regelung unterscheidet sich gegenüber anderen Regelungen dadurch, dass sie verschiedene Sonderfälle erfasst. So bestehen Sonderregelungen für Holdingmodelle sowie für Fälle mit nachgeschalteter Personengesellschaft oder auch die Vorschrift des § 8a Abs. 6 KStG, die ein Finanzierungskostenabzugsverbot beinhaltet. Durch die Neufassung der Regelung wurde der Safe Haven auf 1,5:1 vereinheitlicht, so dass das frühere Holding-Privileg häufig sogar zu Nachteilen führt und damit regelmäßig kritisch zu beurteilen ist.⁵⁴⁶ Die Erfassung nachgeschalteter Personengesellschaften dient ausweislich der Gesetzesbegründung⁵⁴⁷ der Verhinderung möglicher Umgehungsgestaltungen.⁵⁴⁸ Diese Sondervorschriften führen zumindest in der derzeitigen Fassung der deutschen Regelung häufig zu einer Verkomplizierung der Vorschrift und zu einer Suche nach Umgehungsmöglichkeiten als zu einer praktikablen Missbrauchsvermeidung.

3 Beurteilung nach verfassungsrechtlichen und allgemeinen Grundsätzen des deutschen Steuerrechts

3.1 Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz

Ein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz liegt grundsätzlich dann vor, wenn die Vorschrift entweder auf Ebene der Schuldner-Gesellschaft oder auf Ebene des Gläubiger-Gesellschafters

⁵⁴⁶ Siehe dazu *Blumers, W., Goerg, D., Tiede, K.*, a.a.O., S. 634. Auf eine eingehende kritische Beurteilung dieser Vorschrift soll im Rahmen dieser Arbeit verzichtet werden.

⁵⁴⁷ Vgl. BT-Drs. 15/1518 vom 08.09.2003, S. 15.

⁵⁴⁸ Auf Zweifelsfragen soll im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden. Dazu *Wacker, R.*, Skizze, DStR 2004, S. 1066 – 1071; *Blumers, W., Goerg, D., Tiede, K.*, a.a.O., S. 637 – 640. Auch auf das Finanzierungskostenabzugsverbot soll nicht eingegangen werden. Unterschiede hinsichtlich des Anwendungsbereichs sowie der Rechtsfolgen der internationalen Regelungen sollen nach europa- bzw. abkommensrechtlichen Kriterien beurteilt werden.

ohne sachliche Differenzierungsgründe entweder Gleiches ungleich oder Ungleiches gleich behandelt. Das Gleichmäßigkeitsprinzip steht mit dem wirtschaftsordnungspolitischen Grundsatz der Wettbewerbsneutralität der Besteuerung in Verbindung und zur Verwirklichung des Grundsatzes gilt insbesondere im Einkommensteuerrecht das sog. Leistungsfähigkeitsprinzip.

3.1.1 Grundsatz der Einmalbesteuerung

Die internationalen Regelungen basieren regelmäßig – mit Ausnahme der Gruppe 2 der Missbrauchsvorschriften – wesentlich auf Typisierungen. Damit erfassen diese Regelungen stets zumindest teilweise Sachverhalte, die nicht gegen die Einmalbesteuerung gerichtet sind.⁵⁴⁹ Dem Grundsatz der Einmalbesteuerung soll jedoch, wie bereits ausgeführt, keine entscheidende Rolle für die Beurteilung der internationalen Regelungen beigemessen werden.⁵⁵⁰

3.1.2 Grundsatz der Wettbewerbsneutralität

Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität kann einerseits als Finanzierungsneutralität und andererseits hinsichtlich der personellen Belastung (Inländer und Ausländer, Anrechnungsberechtigte und Nicht Anrechnungsberechtigte) ausgelegt werden.⁵⁵¹ Nach dem Grundsatz der Finanzierungsneutralität soll es dem Anteilseigner einer Gesellschaft grundsätzlich freistehen, ob er der Gesellschaft durch Fremdfinanzierung oder im Wege der Eigenfinanzierung Kapital zuführt. Auch bei Anwendung der Unterkapitalisierungsvorschriften haben die Gesellschafter grundsätzlich die Möglichkeit frei zu entscheiden, in welchem Verhältnis sie ihre Kapitalgesellschaft mit Eigen- und

⁵⁴⁹ Vgl. *Schaumburg, H.*, Vollzugsdefizite, a.a.O., S. 256; EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst; EuGH-Urteil vom 17.07.1997, Leur-Bloem.

⁵⁵⁰ Siehe dazu Kapitel V 2.1.1.1 Grundsatz der Einmalbesteuerung, S. 107.

⁵⁵¹ Im Folgenden soll schwerpunktmäßig die Finanzierungsneutralität betrachtet werden. Siehe dazu Kapitel V 2.1.1.2 Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, S. 109.

Fremdkapital ausstatten; der Fremdkapitalcharakter des Kapitals bleibt in der Regel erhalten⁵⁵², lediglich die Darlehensvergütungen werden in verdeckte Gewinnausschüttungen umqualifiziert.⁵⁵³ In Ländern, in denen die Unterkapitalisierungsvorschriften ein festes als angemessen geltendes Verhältnis von Eigen- und Fremdkapital vorschreiben, insbesondere in den Musterländern Frankreich, Deutschland und Spanien, resultiert jedoch eine indirekte Einschränkung des Neutralitätsgrundsatzes, da eine als angemessen angesehene Fremdkapitalausstattung definiert wird, deren Überschreiten zu einer steuerlichen Höherbelastung führt. Insbesondere in Anbetracht der niedrigen Safe Haven der deutschen und französischen Regelung, stellt dies eine erhebliche Einschränkung dar. Daneben können auch Regelungen, die kein festes FK-/EK-Verhältnis zugrunde legen, wie beispielsweise die österreichische Regelung, zu einer Durchbrechung des Grundsatzes der Finanzierungsfreiheit führen, da bei Anwendbarkeit der Unterkapitalisierungsvorschrift im Falle der Fremdfinanzierung eine erhöhte Körperschaftsteuerbelastung für die kapitalaufnehmende Gesellschaft entsteht als bei Kapitalaufnahme seitens fremder Dritter. Neutralität der Finanzierungsarten ist damit nicht mehr gegeben. Somit ist der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, insbesondere der Finanzierungsneutralität, durch die Einführung der Unterkapitalisierungsvorschriften eingeschränkt.

Der Grundsatz der Inländer- und Ausländergleichbehandlung besagt, dass Inländer und Ausländer steuerlich gleichzustellen sind. Hinsichtlich dieses Punktes sei auf die Ausführungen zu den abkommensrechtlichen Diskriminierungsverboten verwiesen.⁵⁵⁴

⁵⁵² Lediglich in Österreich erfolgt eine Umqualifizierung der Darlehen in verdecktes Eigenkapital; siehe dazu Kapitel IV 2.1.15 Österreich, S. 78. In Frankreich bleibt es nach der gesetzlichen Regelung teilweise unklar, ob eine Umqualifizierung vorgenommen wird.

⁵⁵³ Ein Überblick über die Länder, die eine Umqualifizierung der Vergütungen in Zinsen vornehmen siehe in Kapitel IV 2.1.25 Schematischer Überblick, S. 82.

⁵⁵⁴ Siehe dazu Kapitel VI 4.1.2, S. 169, 4.2.2, S. 180 und 4.3.2, S. 201 Beurteilung nach Abkommensrecht.

3.1.3 Leistungsfähigkeitsprinzip

Das Leistungsfähigkeitsprinzip besagt, dass alle Staatsbürger im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit unterschiedslos zu den öffentlichen Lasten beizutragen haben.⁵⁵⁵

Grundsätzlich ist für diese Beurteilung zwischen der Kapitalgesellschaft und dem Gesellschafter zu unterscheiden. Bei der Kapitalgesellschaft, die selbständiges Steuersubjekt ist, bestimmt sich die Leistungsfähigkeit ebenso wie bei natürlichen Personen nach dem Einkommen.⁵⁵⁶ Unterkapitalisierungsregelungen bewirken im Ergebnis regelmäßig, dass Erwerbsaufwendungen in Form von Zinsaufwendungen unter bestimmten Voraussetzungen nicht einkommensmindernd berücksichtigt werden. Teilweise erfolgt dies durch die Umqualifizierung der Aufwendungen in Gewinnausschüttungen; teilweise durch Nichtabzugsfähigkeit der Aufwendungen.⁵⁵⁷ Insbesondere machen die Regelungen die Anwendbarkeit der Vorschriften von dem Kreis der Anteilseigner abhängig: die französische sowie die spanische Vorschrift sehen die Anwendbarkeit lediglich für bestimmte Anteilseigner vor – die französische für Ausländer, die spanische für Anteilseigner in Drittstaaten – obgleich die Minderung des Einkommens der Kapitalgesellschaft ausnahmslos bei sämtlichen Gesellschafterdarlehen eintritt, unabhängig von der Ansässigkeit der Anteilseigner. Somit liegt ein Verstoß der Regelungen gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip vor. Die deutsche Regelung sieht vor, dass lediglich die Fremdfinanzierung bestimmter Anteilseigner in den Anwendungsbereich der Vorschrift fällt,

⁵⁵⁵ Siehe hierzu Kapitel V. 2.1.1.3. Leistungsfähigkeitsprinzip, S. 110.

⁵⁵⁶ § 7 Abs. 1 KStG. Vgl. *Bartone, R.*, a.a.O., S. 67; *Tipke, K.*, Chaos, StuW 1971, S. 7f.

⁵⁵⁷ Siehe dazu Kapitel IV 2.1.25 Schematischer Überblick über die internationalen Regelungen, S. 82. Das FG München hat einen Verstoß des § 8a KStG a.F. gegen das objektive Nettoprinzip verneint mit der Begründung, dass das Fremdkapital wertungsmäßig mit Eigenkapital gleichzustellen sei; FG München vom 16.10.2000, EFG 2001, S. 312. Dieser Argumentation ist jedoch hinsichtlich derartiger Regelungen, die keine Umqualifizierung des Kapitals, sondern dem lediglich der Vergütungen vorsehen, bereits aus dem Grunde nicht zu folgen, dass das gewährte Fremdkapital nicht zu Eigenkapital wird; vgl. *Schmitt, J.*, a.a.O., S. 603.

so beispielsweise nur durch wesentlich beteiligte Gesellschafter. Auch diese Eingrenzung stellt einen Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip dar, da bei Beteiligung solcher Gesellschafter seitens der Kapitalgesellschaft keine erhöhte Leistungsfähigkeit entsteht, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen würde. So widerspricht es dem Leistungsfähigkeitsprinzip, die Besteuerung der Gesellschaft von bestimmten, ihre Gesellschafter betreffenden Kriterien abhängig zu machen.⁵⁵⁸ Die betreffenden Kriterien der internationalen Regelungen stellen keine die Ungleichbehandlung rechtfertigende Sachkriterien dar.

Hinsichtlich des Safe Havens der internationalen Regelungen ist weiterhin festzustellen, dass das festgeschriebene steuerunschädliche Verhältnis in vielen Ländern nicht als typisierende Angemessenheitsprüfung angesehen werden kann, da es nicht mit den vorhandenen Gegebenheiten begründbar ist.⁵⁵⁹ Unter dem Gesichtspunkt der Besteuerung der inländischen Kapitalgesellschaft nach ihrer Leistungsfähigkeit erscheint es so nicht sinnvoll, dass unabhängig von Branchen, Bilanzrelationen und ähnlichen Parametern sowie unabhängig von den tatsächlichen Finanzierungsmöglichkeiten des Gesellschafters allein auf das Verhältnis des Gesellschafterfremdkapitals zum Eigenkapital der Kapitalgesellschaft abgestellt wird. Dies gilt beispielsweise für den in der deutschen Regelung festgeschriebenen Safe Haven von 1,5:1 im Falle erfolgsunabhängiger Darlehensvergütungen, der nicht den hohen Fremdfinanzierungsgrad der deutschen Wirtschaft widerspiegelt und als unverhältnismäßig und damit sachlich ungerechtfertigt im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erscheint.⁵⁶⁰ Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich das FK-/EK-Verhältnis auf Gesellschafter-Fremdkapital und nicht auf die gesamte Fremdfinanzierung der

⁵⁵⁸ Im Ergebnis ebenso *Schmitt, J.*, a.a.O., S. 602; zu § 8a KStG a.F. *Schaumburg, H.*, Vollzugsdefizite, a.a.O., S. 257.

⁵⁵⁹ Vgl. Argumentation zu § 8a KStG a.F. *Fassnacht, J.*, a.a.O., S. 35.

⁵⁶⁰ Siehe dazu Kapitel II 2.5 Durchschnittliche Eigenkapitalausstattung, S. 24. Dazu auch *Birk, D.*, *Pöllath, R.*, a.a.O., S. 145.

Kapitalgesellschaft bezieht. Nicht zuletzt im Rahmen der Auswirkungen von Basel II ist jedoch davon auszugehen, dass die Banken Kreditlinien reduzieren bzw. sich bei Neuengagements zurückhalten werden.⁵⁶¹ So ist in Deutschland mit einem steigenden Bedarf an Gesellschafter-Fremdfinanzierung zu rechnen, um entstehende Finanzierungslücken zu schließen; dieser Bedarf wird nunmehr durch den engen Spielraum des Safe Havens weiter beschränkt und die Kapitalbeschaffung damit erschwert.

Die Vergütungen unterliegen in den Musterländern Frankreich, Österreich, Irland und Spanien, in denen eine Umqualifizierung der Zinsen in Dividenden erfolgt, auf der Ebene des fremdkapitalgewährenden Gesellschafters regelmäßig der Kapitalertragsteuer.⁵⁶² Für diese Länder führen die Unterkapitalisierungsvorschriften grundsätzlich zu einer unterschiedlichen Besteuerung von gleichartig strukturierten Gesellschaften je nachdem, ob die als Fremdkapitalgeber fungierenden Anteilseigner in ihrer Person die spezifischen Voraussetzungen erfüllen oder nicht. So resultiert in Fällen der Umqualifizierung der Vergütungen für die Gläubiger-Gesellschafter eine höhere Steuerbelastung, soweit sie auf Grund der Anwendung der Unterkapitalisierungsvorschrift – in Abhängigkeit von der Anrechenbarkeit der Steuern⁵⁶³ – einer höheren Steuerbelastung unterliegen. Es ist davon auszugehen, dass diese unterschiedliche Belastung der Fremdkapitalvergütungen gegenüber

⁵⁶¹ Siehe dazu *Schmeisser, W., Schmeisser, K.*, Basel II, DStR 2005, S. 344; *Becker, B., Brackschulze, K., Müller, S.*, Kreditkonditionen, DStR 2004, S. 740 – 742; *Winkeljohann, N., Solfrjan, G.*, Mittelstand, DStR 2003, S. 88f.

⁵⁶² Ein Überblick zu den Ländern, in denen eine Umqualifizierung der Vergütungen erfolgt siehe Kapitel IV 2.1.25 Schematischer Überblick, S. 82. Zu Kapitalertragsbesteuerung siehe im Einzelnen die Darstellungen in *European Tax Handbook 2004*.

⁵⁶³ In Deutschland wird die einbehaltene KapESt bei Vorlage einer Steuerbescheinigung auf die Einkommensteuer bzw. auf die festzusetzende Körperschaftsteuer angerechnet gem. § 36 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 EStG, bzw. § 49 Abs. 1 KStG i.V.m. § 36 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 EStG; siehe dazu *Kußmaul, H.*, a.a.O., S. 300 und 361 – 375. Zur Kapitalertragsteuer siehe Kapitel III 7 Einbehalt von Kapitalertragsteuer, S. 66.

Eigenkapitalvergütungen dem Grundsatz der Leistungsfähigkeit widerspricht.

Eine Ungleichbehandlung und damit ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz könnte auch daraus resultieren, dass die Unterkapitalisierungsvorschriften nur Fremdfinanzierung durch bilanziell ausgewiesenes Fremdkapital erfasst, nicht jedoch die Überlassung von Wirtschaftsgütern gegen gewinnunabhängige oder gewinnabhängige Vergütungen, mit der der gleiche wirtschaftliche Erfolg erzielt werden kann.⁵⁶⁴ Dies gilt sowohl im französischen, im deutschen als auch im spanischen Steuerrecht.⁵⁶⁵ Dabei ist nicht erkennbar, dass bei Fremdfinanzierung durch Wirtschaftsgüter gegen gewinnunabhängige oder gewinnabhängige Vergütung eine unterschiedliche Leistungsfähigkeit des kapitalempfangenden Steuerpflichtigen resultiert, die eine Ungleichbehandlung auf Grund des Leistungsfähigkeitsprinzips rechtfertigen würde. Auch hierin könnte demnach ein Verstoß gegen das aus dem Gleichheitsgrundsatz entwickelte Leistungsfähigkeitsprinzip gesehen werden.

Fraglich ist, ob die aufgezeigten Verstöße gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip gerechtfertigt sind.⁵⁶⁶ Der Grundsatz der Einmalbesteuerung kann als rein fiskalisches Argument nicht zur Rechtfertigung im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG herangezogen werden.⁵⁶⁷ Zu prüfen ist damit, ob die Verstöße mittelbar auch dem Gemeinwohl oder der Allgemeinheit dienen und nicht bloß dazu dienen, eine Gruppe um ihrer selbst willen zu begünstigen. Zunächst ist dabei festzustellen, dass die nach den verschiedenen Regelungen

⁵⁶⁴ Vgl. *Knobbe-Keuk, B.*, Fremdfinanzierung, a.a.O., S. 215. Zu § 8a KStG a.F. siehe *Baumgärtel, M.*, a.a.O., S. 272. Im Rahmen der Änderung der Vorschrift des § 8a KStG im Jahre 2004 war die Berücksichtigung der Nutzungsüberlassung von Wirtschaftsgütern vorgesehen, wurde dann jedoch nicht umgesetzt.

⁵⁶⁵ Siehe dazu die Darstellung der Regelungen, Kapitel IV 2.5 Darstellung der Regelung anhand des Musterlandes, S. 86.

⁵⁶⁶ Siehe dazu die Ausführungen in Kapitel V 2.1.1.3 Leistungsfähigkeitsprinzip, S. 110.

⁵⁶⁷ Vgl. zu § 8a KStG a.F. *Bartone, R.*, a.a.O., S. 69.

vorgesehenen Differenzierungskriterien nicht sachgerecht erscheinen. Ein hinreichender Unterschied kann nicht darin gesehen werden, dass ein Gesellschafter seiner Kapitalgesellschaft nicht Eigenkapital, sondern Fremdkapital überlässt, da die beiden Kapitalarten hinsichtlich der Finanzierungsfunktion zunächst einmal gleich sind und es für die steuerliche Leistungsfähigkeit auf die Höhe des realisierten Einkommens und nicht auf Modalitäten seiner Entstehung ankommt.⁵⁶⁸ Die Differenzierungskriterien sind weiterhin nicht sachgerecht, sofern nach den französischen und spanischen Regelungen zumindest indirekt auf das Kriterium der Ansässigkeit des Anteilseigners abgestellt wird, da die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises keine der Kapitalgesellschaft innewohnende Eigenschaft ist.⁵⁶⁹ Auch kann dem Schutz durch Ausschluss der Anwendbarkeit auf diese Gruppe keine dem Allgemeinwohl dienende Funktion beigemessen werden. Die deutsche Regelung unterscheidet zwar ebenfalls nicht indirekt nach der Ansässigkeit der Anteilseigner, jedoch erfasst auch diese nur bestimmte, insbesondere nur wesentlich beteiligte Anteilseigner. Eine sachgerechte Differenzierung kann auch darin nicht gesehen werden. Die Gruppe derer, die nicht von den Unterkapitalisierungsregelungen betroffen sind und demnach nicht durch die resultierenden Rechtsfolgen belastet werden, erscheint demnach willkürlich und ohne – dem Gemeinwohl oder der Allgemeinheit dienende – Begründung. So ist auch festzustellen, dass die internationalen Regelungen regelmäßig, d.h. zumindest soweit sie, wie die dargestellten Regelungen der Musterländer, Sachverhalte auf Grundlage bestimmter Typisierungen erfassen, nicht lediglich der Vermeidung von Steuerumgehungen dienen.⁵⁷⁰ So erfassen derartige typisierende Regelungen stets

⁵⁶⁸ Vgl. zu § 8a KStG a.F. *Siegel, T.*, *Steuersystematische Lösung*, a.a.O., S. 343.

⁵⁶⁹ Vgl. zu § 8a KStG a.F. *Bartone, R.*, a.a.O., S. 69. Siehe dazu auch die Ausführungen zum Trennungsprinzip.

⁵⁷⁰ Vgl. BVerfG vom 11.07.1967, BVerfGE 1967, 22, S. 160 – 162; BVerfG vom 15.07.1969, BVerfGE 1969, 26, S. 326; BVerfG vom 22.07.1970, BVerfGE 29, S. 104; BVerfG vom 07.11.1972, BVerfGE 1972, 34, S. 103; BVerfG vom 03.07.1973, BVerfGE 35, S. 324; *Kirchhof, P.*, *Steuergleichheit*, a.a.O., S. 307; *Bartone, R.*, a.a.O., S. 70.

zumindest teilweise Sachverhalte, die wirtschaftlich gerechtfertigt und nicht ausschließlich steuerlich motiviert sind.⁵⁷¹

3.2 Trennungsprinzip

Nach dem Trennungsprinzip sind Körperschaften neben ihren Anteilseignern als selbständige Steuersubjekte zu betrachten.⁵⁷² Sowohl die französische als auch die deutsche und die spanische Unterkapitalisierungsvorschrift zieht unter den bestimmten Tatbestandsvoraussetzungen ein Merkmal, das der Anteilseigner erfüllt, für die Besteuerung der Gesellschaft heran. Dies führt zu einem unzulässigen Durchgriff durch die Körperschaft und damit zu einer Durchbrechung des Trennungsprinzips.⁵⁷³ Aus Sicht der Kapitalgesellschaft – und diese ist für das Trennungsprinzip maßgeblich – macht es jedoch keinen Unterschied, ob sie durch einen wesentlich beteiligten Gesellschafter oder durch einen fremden Dritten fremdfinanziert wird, da die von ihr zu erbringenden Zahlungen in beiden Fällen gleichermaßen Kosten für sie darstellen. Die Kapitalgesellschaft ist selbständiges Steuersubjekt und wird als solches von der Körperschaftsteuer getroffen. Die in den internationalen Regelungen festgelegten Merkmale der wesentlichen Beteiligung oder der Ansässigkeit der Anteilseigner können demzufolge unter der Geltung des Trennungsprinzips für die Ermittlung des steuerpflichtigen Gewinns der Kapitalgesellschaften nicht konstitutiv sein.⁵⁷⁴ Ist bei einem fremden Dritten im Einzelfall die Bereitschaft vorhanden, einer Kapitalgesellschaft

⁵⁷¹ Siehe zu dieser Argumentation die Ausführungen zu Rechtfertigung auf Grund Missbrauchsverhinderung in Zusammenhang mit der europäischen Beurteilung der verschiedenen Regelungen. Dazu auch *Birk, D., Pöllath, R.*, a.a.O., S. 143f.

⁵⁷² Vgl. dazu Kapitel V 2.1.2 Trennungsprinzip, S. 112. Hinsichtlich dieses Grundsatzes sei jeweils auch auf die abkommensrechtlichen Ausführungen verwiesen.

⁵⁷³ Differenzierungsmerkmal der französischen Regelung ist, dass der Anteilseigner nicht im Inland ansässig ist; Differenzierungsmerkmal der spanischen Regelung ist, dass der Anteilseigner im Drittland ansässig ist. Auch die deutsche Regelung differenziert nach konkreten Voraussetzungen; siehe Kapitel VI 4.3.2 Beurteilung nach Abkommensrecht, S. 201.

⁵⁷⁴ Vgl. zu § 8a KStG a.F. *Fassnacht, J.*, a.a.O., S. 34 – 37.

wegen günstiger Ertragsaussichten hohe – über den Safe Haven hinaus gehende – Kredite ohne Sicherheitsleistungen einzuräumen, sollte dies den Gesellschaftern unter Geltung des Trennungsprinzips jedenfalls auch möglich sein.⁵⁷⁵

3.3 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Fraglich ist, ob der Verstoß gegen die vom Gesetzgeber formulierte Sachgesetzlichkeit in angemessenem Verhältnis zur Intensität der vorgenommenen Abweichung von dem grundsätzlich gewählten Ordnungsprinzip steht. Als grundsätzlicher Zweck der internationalen Regelungen kann die Vermeidung der Steuerumgehung durch übermäßige Aufnahme von Fremdkapital bei Gesellschaftern und damit einhergehender Gewinnverschiebungen innerhalb des Konzerns erachtet werden.⁵⁷⁶ Die Steuerumgehung könnte daraus resultieren, dass ein Teil des Gewinns der fremdfinanzierten Tochtergesellschaft durch den Betriebsausgabenabzug der Zinsen für das gewährte Fremdkapital der inländischen Besteuerung unterzogen werden. An sämtlichen bestehenden spezialgesetzlichen Unterkapitalisierungsvorschriften ist jedoch problematisch, dass möglichst weitgehende Missbrauchsfälle erfasst werden sollen und damit auch Gestaltungen in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen, die von der aufgezeigten Zielsetzung nicht erfasst werden sollten oder bei denen eine Steuerumgehung nicht angenommen werden kann. Etwas anderes gilt beispielsweise in Österreich, wo die Regelung auf allgemeinen Missbrauchsvorschriften basiert. Jedoch schießen insbesondere Länder, in denen in Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH der Anwendungsbereich auch auf Inländer ausgeweitet wurde, so beispielsweise Deutschland, mit ihren Regelungen deutlich über das Ziel

⁵⁷⁵ Nach der deutschen Regelung ist im Falle erfolgsabhängiger Vergütungen auch bei Vorliegen eines Drittvergleichs die gesamte Vergütung ohne Gewährung eines Safe Havens in eine verdeckte Gewinnausschüttung umzuqualifizieren; siehe dazu Kapitel III 5.3.1.3 Tatbestand der erfolgsabhängigen und erfolgsunabhängigen Vergütung, S. 46.

⁵⁷⁶ Vgl. Siegel, T., in: Haase, K., Schneeloch, D., Siegel, T., a.a.O., S. 2f.

hinaus. So sind nunmehr auch mittelständische Unternehmensgruppen, die häufig zwar über eine gute Kapitalausstattung verfügen, ihren Finanzierungsbedarf jedoch nicht ohne Darlehen sicherstellen können, vielfach gezwungen, ihre Finanzierungsstrukturen zu überprüfen, obwohl innerhalb solcher Finanzierungsstrukturen keineswegs von einer Steuerumgehung ausgegangen werden kann. So wird von der deutschen Neuregelung beispielsweise nahezu jede bankübliche Darlehensgewährung erfasst, da sich Banken regelmäßig nicht mit Sicherheiten eines finanzierten Konzernunternehmens bzw. eines finanzierten mittelständischen Unternehmens zufrieden geben, sondern Sicherheiten von der Konzernmutter oder den Gesellschaftern verlangen.⁵⁷⁷

Daneben kann aber auch in Ländern, die die Vorschriften noch nicht an die EuGH-Rechtsprechung angepasst haben – beispielsweise Frankreich – zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass fälschlicherweise Finanzierungsstrukturen erfasst werden, die nicht zu einer Steuerumgehung führen. So kann eine kapitalgewährende Muttergesellschaft aus verschiedensten ökonomischen oder nichtökonomischen Gründen ihren Sitz außerhalb Frankreichs haben. Der Sitz der Muttergesellschaft außerhalb Frankreichs impliziert aber per se noch nicht die Gefahr einer Steuerumgehung, da die betreffende Gesellschaft jedenfalls dem Steuerrecht des Staates unterliegt, in dem sie niedergelassen ist. Folglich wird auch durch diese Regelungen das Übermaßverbot nicht eingehalten.

Darüber hinaus zeigt sich die Unverhältnismäßigkeit der Regelungen in vielen Ländern nicht zuletzt am gewählten Faktor der typisierenden Regelung. Die Begrenzung des unschädlichen Gesellschafter-Fremdkapitals auf das 1,5-fache des gesellschafteranteiligen steuerlichen Eigenkapitals nach der deutschen und der französischen Regelung lässt sich nicht als eine Pauschalierung einer materiellen

⁵⁷⁷ Vgl. *Widmann, S., Füger, R., Rieger, N.*, *Gesellschafter-Fremdfinanzierung*, 2004, S. 23.

Angemessenheitsprüfung verstehen, da es nicht auf wirtschaftliche, sondern auf steuerliche Werte abstellt und dabei insbesondere nach der deutschen Regelung kurzfristige Höchststände der Verschuldung berücksichtigt werden.⁵⁷⁸ Vorteilhaft erscheint die spanische Regelung, nach der durchschnittliche Jahreswerte zugrunde gelegt werden. Auf die Festlegung eines festen FK-/EK-Verhältnis verzichtet beispielsweise die österreichische Regierung in der Richtlinie zur Unterkapitalisierung.⁵⁷⁹ Weiter zeigt sich die Unverhältnismäßigkeit an der Tatsache, dass auch Fremdfinanzierungen eingeschlossen werden, die der Gesellschaft in Krisensituationen gewährt werden, da in der Verlustsituation einer Gesellschaft keine Steuerumgehung zu befürchten ist.

Zu prüfen ist darüber hinaus die Geeignetheit der Vorschrift, die voraussetzt, dass eine Verbesserung der regelungsbedürftigen Situation erzielt wird.⁵⁸⁰ Hinsichtlich der deutschen Regelung bestehen vielseitige Umgehungsmöglichkeiten, die durch die Vorschrift des § 8a KStG nicht beseitigt, sondern vielfach erst verursacht werden.⁵⁸¹ Auch die französischen und spanischen Regelungen können leicht umgangen werden. So findet die spanische Regelung beispielsweise in Fällen, in denen eine Gesellschaft, die nicht in der EU ansässig ist, einer Tochtergesellschaft, die z.B. in Deutschland ansässig ist, ein Darlehen gewährt und die deutsche Gesellschaft wiederum ein Darlehen an ihre spanische Tochtergesellschaft gewährt, keine Anwendung.⁵⁸² Eine tatsächliche Verbesserung wird durch die Regelungen somit oftmals nicht erzielt.

Fraglich ist darüber hinaus, ob die Regelungen zur Erreichung der Ziele

⁵⁷⁸ Vgl. zu § 8a KStG *Pöllath, R., Rädler, A.*, Erweiterung, a.a.O., S. 12. Dazu auch *Knobbe-Keuk, B.*, Fremdfinanzierung, a.a.O., S. 215.

⁵⁷⁹ Siehe für einen Überblick zu den Ländern, die kein festes Eigen-/Fremdkapitalverhältnis festlegen Kapitel IV 2.1.25 Schematischer Überblick über die internationalen Regelungen, S. 82.

⁵⁸⁰ Vgl. *Herzog, R.*, in: *Maunz, T., Dürig, G.*, Grundgesetz, 1994, Art. 20, Rz. 74.

⁵⁸¹ Zu den Umgehungsmöglichkeiten siehe *Stegemann, D.*, a.a.O., S. 148 – 150. Siehe zu § 8a KStG a.F. *Prinz, U.*, Gestaltungsmöglichkeiten, a.a.O., S. 626 – 633.

erforderlich sind oder ob sie nicht auch anders erreicht werden können. So wird später erörtert, ob im deutschen Steuerrecht nicht bereits die allgemeinen steuerlichen Missbrauchsvorschriften zur Erreichung des Ziels – der Verhinderung des Missbrauchs – ausreichen.⁵⁸³

4 Beurteilung der spezifischen Regelungen nach Europarecht und Abkommensrecht

4.1 Gruppe 2: Musterland Österreich

4.1.1 Beurteilung nach Europarecht

Die österreichischen Grundsätze zur Unterkapitalisierung gelten gleichermaßen für inländische und ausländische Gesellschafter Grundsätzlich ist damit eine Gleichbehandlung inländischer und ausländischer Steuerpflichtiger sichergestellt. Jedoch kann insbesondere auch hinsichtlich der österreichischen steuerlichen Praxis festgestellt werden, dass hauptsächlich Fälle aufgegriffen werden, in denen die ausländische Finanzierungsgesellschaft als Anteilsinhaberin einer unterkapitalisierten inländischen Tochtergesellschaft Fremdmittel zuführt.⁵⁸⁴ Da auch verdeckte Beschränkungen, d.h. Beschränkungen, die sich in der tatsächlichen Praxis ergeben, europarechtswidrig sind, liegt in EU-Sachverhalten ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit und in Drittlandssachverhalten ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit vor.

Da die österreichische Richtlinie zur Unterkapitalisierung auf die

⁵⁸² Vgl. *Herrera, C., Herrera, P.*, Tax Avoidance, EC Tax Review, 2004, S. 58.

⁵⁸³ So wird dies bspw. in dem Musterland Österreich durch bereits bestehende Regelungen gehandhabt; siehe Kapitel VII 3.2.7.4 Steuerliche Praxis im Musterland Österreich, S. 235.

⁵⁸⁴ Vgl. *Kofler, G.*, Steuerliche Abschirmwirkung, a.a.O., S. 34.

allgemeine Missbrauchsvorschrift abstellt, werden jedoch zweckgemäß tatsächlich ausschließlich Missbrauchstatbestände erfasst. Wie bereits ausgeführt, kann – in engen Grenzen – als Rechtfertigung für Verstöße gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags angeführt werden, dass die Regelung der Vermeidung von Missbrauch dient.⁵⁸⁵ Voraussetzung ist, dass es sich um nicht typisierende Regelungen handelt, sondern eine Einzelfallprüfung vorgenommen wird.⁵⁸⁶ Da dies im österreichischen Steuerrecht erfüllt ist, können die Verstöße gegen die Grundfreiheiten als gerechtfertigt gelten.⁵⁸⁷

4.1.2 Beurteilung nach Abkommensrecht

Die österreichische Richtlinie verstößt gegen das in den Art. 5 und 7 des OECD-MA verankerte Trennungsprinzip,⁵⁸⁸ da Merkmale der Gesellschafter Auswirkungen auf die Besteuerung der Tochtergesellschaft haben. So haben Eigenschaften der Gesellschafter unzulässigerweise Bedeutung für die Besteuerung der Tochtergesellschaft. Da der Leistungsverkehr zwischen miteinander verbundenen Unternehmen im Bereich der Unternehmensfinanzierung durch die Vorschrift eingeschränkt wird, kann ein Verstoß gegen das Trennungsprinzip angenommen werden.

Die Gewinnberichtigungsbestimmung des Art. 9 Abs. 1 OECD-MA lässt grundsätzlich nur Korrekturen zu, die dem Fremdvergleich entsprechen. Somit besteht eine Sperrwirkung gegenüber Regelungen, die über den Fremdvergleich hinausgehen. Da die österreichischen Grundsätze jedoch auf dem Fremdvergleich basieren und lediglich in extremen Missbrauchsfällen Anwendung finden, da keine typisierenden Annahmen

⁵⁸⁵ Siehe dazu Kapitel V 2.2.1.5.3 Nichtgesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 130.

⁵⁸⁶ Siehe dazu Kapitel VII 4.3.2 Weitere Einengung durch Einführung eines Kriteriums Gestaltungsmissbrauch, S. 247.

⁵⁸⁷ Siehe zu dogmatischen Problemen der Regelung Kapitel VII 3.2.7.4 Steuerliche Praxis im Musterland Österreich, S. 235.

⁵⁸⁸ Siehe dazu Kapitel V 2.3.2 Doppelbesteuerungsabkommen und Trennungsprinzip, S. 141.

getroffen werden, liegt kein Verstoß gegen Art. 9 OECD-MA vor.⁵⁸⁹

Hinsichtlich der abkommensrechtlichen Wirksamkeit der Umqualifizierung der Zinsen in Gewinnausschüttungen gem. Art. 11 Abs. 3 OECD-MA ist festzustellen, dass eine wirksame Umqualifizierung auch abkommensrechtlich zulässig ist, wenn die Darlehensvergabe nicht dem Fremdvergleich standhält.⁵⁹⁰ Da sich die österreichische Richtlinie auf Grund der Ausgestaltung als Missbrauchsvermeidungsregelung grundsätzlich am Fremdvergleich orientiert erfolgt eine Umqualifizierung lediglich in Fällen, in denen ein Fremdvergleich nicht möglich ist. Ein Verstoß gegen Art. 11 Abs. 3 OECD-MA liegt damit nicht vor.

Ein Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung nicht ansässiger Empfänger von Betriebsausgaben nach Art. 24 Abs. 4 OECD-MA wird durch die österreichischen Bestimmungen zur Unterkapitalisierung nicht verstoßen, da die Grundsätze auf in- und ausländische Anteilseigner gleichermaßen Anwendung finden. Dies gilt auch für das – subsidiär geltende – Verbot der Diskriminierung von Kapital- und Personengesellschaften mit ausländischer Beteiligung gem. Art. 24 Abs. 5 OECD-MA.⁵⁹¹

4.2 Gruppe 3: Musterland Frankreich

4.2.1 Beurteilung nach Europarecht

4.2.1.1 Allgemeines

Die Vorschrift des Art. 212 CGI fällt in EU-Sachverhalten, sofern die

⁵⁸⁹ Vgl. *Gassner, W.*, Österreich, in: CDDFI, a.a.O., S. 330.

⁵⁹⁰ Siehe dazu Kapitel V 2.3.4 Zur abkommensrechtlichen Wirksamkeit der Umqualifizierung von Zinsen in Gewinnausschüttungen, S. 144.

⁵⁹¹ Vgl. *Gassner, W.*, Österreich, in: CDDFI, a.a.O., S. 330. Es sei auf die Ausführungen zu der deutschen Vorschrift verwiesen in Kapitel VI 4.3.2 Beurteilung nach Abkommensrecht, S. 201.

Ausnahmeregelung des Art. 145 CGI keine Anwendung findet, grundsätzlich in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit, die EU-Mutterunternehmen das Recht der Gleichbehandlung ihrer Niederlassung mit vergleichbaren inländischen Niederlassungen garantiert, da sie die Besteuerung der Tochtergesellschaft bei Darlehensvergabe durch einen wesentlich beteiligten Gesellschafter regelt und die Beziehung zu dem wesentlichen Gesellschafter oder Kapitalgeber das entscheidende Kriterium für die Besteuerung darstellt.⁵⁹² Daneben wird die Vorschrift sowohl in EU-Sachverhalten als auch in grenzüberschreitenden Drittlandsfällen von der Kapitalverkehrsfreiheit erfasst, da der Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit eine inländische Kapitalgesellschaft vor Benachteiligung ihrer Kapitalgeber schützt und sich die Unterkapitalisierungsregelung auf den Vorgang der Kapitalaufnahme der Gesellschaft bezieht.⁵⁹³

Die Vorschrift des Art. 212 CGI i.V.m. Art. 145 CGI berührt in EU-Sachverhalten somit die Schutzbereiche beider Grundfreiheiten. Soweit die Niederlassungsfreiheit verletzt ist, d.h. in EU-Sachverhalten, die in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen, ist auf Grund der Komplementärfunktion der Kapitalverkehrsfreiheit die Niederlassungsfreiheit entscheidungsrelevant zu prüfen.⁵⁹⁴ Bei Sachverhalten mit Drittlandsbezug ist die Niederlassungsfreiheit dagegen nicht betroffen. Folglich wird in diesen Fällen die Kapitalverkehrsfreiheit entscheidungsrelevant geprüft. Aus diesem Grund werden im Folgenden EU- und Drittlandssachverhalte getrennt

⁵⁹² Siehe dazu Kapitel V 2.2.1.2 Niederlassungsfreiheit S. 119. In Ländern der Gruppe 3, in denen die Regelungen keine wesentliche Beteiligung voraussetzen, bspw. Belgien, könnte mangels Kontroll- und Leistungsfunktion bezweifelt werden, ob der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit betroffen ist. In diesen Fällen könnte auch in EU-Sachverhalten die Kapitalverkehrsfreiheit entscheidungsrelevant zu prüfen sein, soweit das Fremdkapital in die Nomenklatur der Kapitalverkehrsrichtlinie fällt. Da sich die Grundfreiheiten hinsichtlich der Verstöße und Rechtfertigungsgründe nicht wesentlich unterscheiden, soll darauf im Folgenden nicht näher eingegangen werden.

⁵⁹³ Siehe dazu Kapitel V 2.2.1.3 Kapitalverkehrsfreiheit, S. 122.

⁵⁹⁴ Siehe dazu Kapitel VI 2.2.1.4 Konkurrenz der Niederlassungsfreiheit und

dargestellt und beurteilt.

Als Vergleichsgruppe ist für die französische Regelung in Anlehnung an die Rechtsprechung in der Rs. Lankhorst-Hohorst die Gruppe der gebietsansässigen Muttergesellschaften heranzuziehen.⁵⁹⁵

4.2.1.2 Primäres Europarecht – EU Sachverhalte

4.2.1.2.1 Verstöße gegen die Niederlassungsfreiheit

In Frankreich kam es auch nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. Lankhorst-Hohorst⁵⁹⁶ bisher nicht zu einer Änderung der Vorschriften zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung. So gilt die Vorschrift lediglich für nicht in Frankreich ansässige ausländische Muttergesellschaften, die nicht in Frankreich Körperschaftsteuerpflichtig sind und nicht über eine französische Betriebsstätte verfügen.⁵⁹⁷

Der Conseil d'État hatte Ende 2003 in zwei Fällen über die französischen Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung in grenzüberschreitenden Sachverhalten zu entscheiden.⁵⁹⁸ In beiden Fällen hatte eine französische Gesellschaft Zinsen an eine im EU-Ausland ansässige Muttergesellschaft für ein von dieser gewährtes Darlehen gezahlt. Im Fall *SARL Coréal Gestion* ist die Muttergesellschaft in Deutschland ansässig, im Fall *SA Andritz* in Österreich.

Im Fall *SARL Coréal Gestion* berief sich die französische

Kapitalverkehrsfreiheit, S. 124.

⁵⁹⁵ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 23. Dazu auch *Holzaepfel, P., Köplin, M.*, in: *Erle, B., Sauter, T.*, a.a.O., Rz. 65. Zu beachten ist, dass die Bildung von Vergleichspaaren für Beschränkungen nicht erforderlich ist, vgl. *Bauschatz, P.*, a.a.O. S. 294. In Anlehnung an das EuGH-Urteil in der Rs. Lankhorst-Hohorst wird dies jedoch der Vollständigkeit halber übernommen.

⁵⁹⁶ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst.

⁵⁹⁷ Siehe zur derzeitigen Rechtsentwicklung Kapitel IV 2.5.3.2.5 Aktuelle Entwicklungen, S. 93.

⁵⁹⁸ Vgl. CE, Urteil vom 30.12.2003, Nr. 249047, *SARL Coréal Gestion*; CE, Urteil vom 30.12.2003, Nr. 233894, *SA Andritz*.

Finanzverwaltung⁵⁹⁹ auf Art. 212 CGI. Die Ausnahmeregelung des Art. 145 CGI griff nach dieser Ansicht nicht, da die Muttergesellschaft nicht der französischen Körperschaftsteuer unterlag, d.h. weder ihren Sitz noch eine Betriebsstätte in Frankreich hatte. Der Cour d'administrative d'appel de Lyon entschied, dass die Regelung gegen die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG verstoße und der Gesellschaft somit der Zinsabzug zu bewilligen sei. Dagegen legte die Finanzverwaltung Berufung beim Conseil d'Etat ein, der endgültig darüber entschied.

Der Cour d'administrative d'appel de Lyon zog die deutsche AG mit französischer Tochtergesellschaft und eine französische Muttergesellschaft mit französischer Tochtergesellschaft als objektiv vergleichbares Vergleichspaar heran und kam zu dem Schluss, dass es gegen die Niederlassungsfreiheit des EGV verstoße, Zinszahlungen an im Gemeinschaftsgebiet ansässige Muttergesellschaften gegenüber Zinszahlungen an französische Muttergesellschaften zu diskriminieren. So beruht die steuerliche Ungleichbehandlung einer Tochtergesellschaft allein und ohne weitere sachlich gerechtfertigte Gründe darauf, dass die Muttergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat als die Tochtergesellschaft ansässig ist.

Die Rechtsprechung des Conseil d'Etat ist grundsätzlich vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils in der Rs. Lankhorst-Hohorst zu betrachten.⁶⁰⁰ So wurde von einer Vorlage an den EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens auf Grundlage des Art. 234 EGV in der Rechtssache *SARL Coréal Gestion* abgesehen, weil sich der Commissaire de gouvernement darauf berief, dass die deutsche Norm des § 8a KStG der französischen Norm hinreichend ähnlich sei und von einer gefestigten EuGH-Rechtsprechung in den strittigen Fragen auszugehen sei.⁶⁰¹ Da Voraussetzung für die Anwendbarkeit der

⁵⁹⁹ Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.

⁶⁰⁰ Vgl. *Burgstaller; E.*, Französische Unterkapitalisierungsregel, SWI 2004, S. 290.

⁶⁰¹ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst.

französischen Regelungen ist, dass der Fremdkapitalgeber nicht der französischen Körperschaftsteuer unterliegt, differenzieren die Regelungen, wie auch § 8a KStG a.F., eindeutig zwischen in- und ausländischen Fremdkapitalgebern, und verstoßen somit gegen die Niederlassungsfreiheit. Im Ausland ansässige Anteilseigner werden stets von der Vorschrift erfasst und sind damit gegenüber der Vergleichsgruppe der inländischen Anteilseigner schlechter gestellt. In der Rechtssache Lankhorst-Hohorst wurde festgestellt, dass die Regelung zu einer unterschiedlichen Behandlung von Tochtergesellschaften führt, je nach dem Sitz ihrer Muttergesellschaft und „dass die unterschiedliche Behandlung ausschließlich zum Nachteil der gebietsansässigen Tochtergesellschaft führt, die Fremdkapital von einer gebietsfremden Muttergesellschaft erhalten hat“.⁶⁰²

Ein weiterer Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit kann bereits darin gesehen werden, dass im Falle einer geplanten Fremdfinanzierung der Tochtergesellschaft im Inland ausschließlich Ausländer prüfen müssen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der Unterkapitalisierungsregelungen erfüllt sind, wohingegen inländische Anteilseigner solche Bemühungen von vorneherein unterlassen können. Dieser erhöhte Verwaltungsaufwand ausländischer Anteilseigner kann bereits als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit erachtet werden.

Das französische Finanzministerium hat in einem Anfang August 2004 herausgegebenen Diskussionspapier eine rechtskonforme Gestaltung dieser Vorschrift vorgestellt. In dem verabschiedeten Finanzgesetz für das Jahr 2005 wurde dieser Vorschlag jedoch nicht aufgenommen. Durch einen rechtsverbindlichen Nicht-Anwendungserlass werden die französischen Unterkapitalisierungsvorschriften nunmehr insoweit mit

⁶⁰² Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 32. Dazu auch EuGH-Urteil Eurowings, C-294/97; Rz. 25; *Thömmes, O.*, Konzernfinanzierung, DB 2002, S. 2400 – 2402. Auf eine genaue Abgrenzung zwischen einer indirekten Diskriminierung und einer Beschränkung kann in Anbetracht der äquivalenten rechtlichen Folgen verzichtet werden. In der Rs. Lankhorst stellte der EuGH eine Beschränkung fest; vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 32. A.A. *Kube, H.*, a.a.O., S. 326. In Frankreich gilt seit 01.01.2005 ein klassisches Körperschaftsteuersystem, so dass dem Merkmal der Anrechnungsberechtigung keine Bedeutung zukommen kann.

dem Gemeinschaftsrecht im Einklang gebracht, als der Anwendungsbereich des Art. 212 CGI auf Betriebsstätten von Gesellschaften aus EU-Drittstaaten beschränkt wird.⁶⁰³ Innerhalb der EU sind Zinsen derzeit ohne die Beschränkungen des Art. 212 CGI abzugsfähig.

4.2.1.2.2 Rechtfertigungsgründe

Da die französische Unterkapitalisierungsvorschrift und die Vorschrift des § 8a KStG a.F. als hinreichend ähnlich zu erachten sind, wird die Rechtsprechung in der Rs. Lankhorst-Hohorst herangezogen.⁶⁰⁴ Im Rahmen dieses Verfahrens wurden von der deutschen Regierung verschiedene Rechtfertigungsgründe für die Diskriminierung der Niederlassungsfreiheit angeführt: die Existenz eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses, der Grundsatz der Einmalbesteuerung, die Kohärenz des Steuersystems, die Verhinderung des Rechtsmissbrauchs und Art. 9 OECD-MA.

Die Existenz eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses wurde in dem Schlussantrag des Generalanwalts in der Rs. Lankhorst-Hohorst⁶⁰⁵ abgelehnt, da der „wahre Zweck der Unterkapitalisierungsvorschrift des § 8a KStG darin bestehe, zu verhindern, dass die Bundesrepublik Deutschland einen bestimmten Anteil ihrer Steuereinnahmen dadurch verliert, dass sich die steuerpflichtige Gesellschaft (oder ihre Anteilseigner) einer Finanzierungstechnik bedient, die als solche nicht verboten ist“⁶⁰⁶ und dies im Rahmen des Art. 43 EGV keinen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstelle, der eine unterschiedliche Behandlung von

⁶⁰³ Vgl. Nichtanwendungserlass vom 13.02.2005.

⁶⁰⁴ Siehe dazu Kapitel III 4 Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst, S. 32.

⁶⁰⁵ Vgl. Schlussanträge Mischo vom 26.09.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 71 – 99 sowie EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 33 – 45.

⁶⁰⁶ Vgl. Schlussanträge Mischo vom 26.09.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 75.

Gesellschaften mit deutschen Anteilseignern und solchen mit gebietsfremden Anteilseignern rechtfertigen könne. Dieser Aussage ist hinsichtlich der französischen Regelung zu folgen, da auch diese eine Finanzierung behindert, die per se nicht verboten ist. Auch wurde der Grundsatz der Einmalbesteuerung als Mittel der Sicherung des Steueraufkommens nicht als Rechtfertigung für eine Beschränkung der Grundfreiheiten akzeptiert, da Steuermindereinnahmen keinen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen.⁶⁰⁷ Dem Verstoß der französischen Regelung gegen Europarecht kann auch nicht entgegengehalten werden, dass sie der Verhinderung des Missbrauchs diene, da bei Fremdfinanzierung durch einen ausländischen Anteilseigner nicht grundsätzlich von einer Steuerumgehung auszugehen ist, da der ausländische Fremdkapitalgeber auf jeden Fall dem Steuerrecht seines Niederlassungsstaates unterliegt. So erfasst auch die französische Vorschrift, die wesentlich auf Typisierungen aufbaut, zumindest auch Sachverhalte, die nicht als missbräuchlich erachtet werden können, da nicht ausschließlich der Zweck verfolgt wird, die steuerliche Belastung der Gesellschaft zu mindern.⁶⁰⁸

Zudem lehnte der EuGH die Ansicht der deutschen Regierung ab, dass die Vorschriften zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung mit Art. 9 OECD-MA vereinbar seien, da die Vorschriften des EG-Vertrages unabhängig von Bestimmungen des OECD-MAs zu prüfen seien. Dies kann auch hinsichtlich der französischen Unterkapitalisierungsvorschriften vorgetragen werden.

Auch das Vorbringen der Bundesregierung, die Regelung sei durch das Erfordernis der Kohärenz der anwendbaren Steuersysteme als zwingender Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt, kann

⁶⁰⁷ Vgl. EuGH-Urteil vom 06.06.2000, Verkooijen, Rz. 48; EuGH-Urteil vom 16.07.1998, ICI, Rz. 26; EuGH-Urteil vom 21.09.1999, Saint Gobain, Rz. 51. Siehe zum Grundsatz der Einmalbesteuerung Kapitel V 2.1.1.1 Grundsatz der Einmalbesteuerung, S.107.

⁶⁰⁸ Die französische Regelung sieht nicht die Möglichkeit eines Fremdvergleichs vor; allerdings reicht dies für die Rechtfertigung auf Grund Missbrauchs nicht aus; vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 37.

bezüglich der französischen Regelung abgelehnt werden, da selbst wenn dem Anteilseigner ein steuerlicher Vorteil erwachsen würde, dieser nicht der Gesellschaft zugerechnet werden könnte. Für eine Rechtfertigung auf Grund der Kohärenz der Steuersysteme bedarf es jedoch einer Verknüpfung zwischen den aus der Regelung erwachsenden steuerlichen Nach- und Vorteilen.

Die französische Regelung betrifft auch nicht die Steueraufsicht im eigentlichen Sinne, so dass auch hierin kein Rechtfertigungsgrund gesehen werden kann.

In Anlehnung an die Rechtsprechung des Generalanwalts in der Rs. Lankhorst-Hohorst sind die genannten Rechtfertigungsgründe auch hinsichtlich der französischen Vorschrift zurückzuweisen.

4.2.1.3 Primäres Europarecht – Drittlandssachverhalte

Wie bereits dargestellt, können sich auf Grund des erweiterten räumlichen und persönlichen Anwendungsbereichs auf die Kapitalverkehrsfreiheit auch Angehörige von Drittstaaten innerhalb der EU berufen. Da Drittlandssachverhalte nicht in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit fallen, ist die Kapitalverkehrsfreiheit entscheidungsrelevant zu prüfen.

In der Rechtssache Lankhorst-Hohorst wurde ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit nicht untersucht.⁶⁰⁹ Jedoch ist aus der EuGH-Rechtsprechung abzulesen, dass sich auch bei Anwendung einer anderen Vorschrift des EG-Vertrags keine abweichende Beurteilung ergibt.⁶¹⁰ Die Betrachtung unter dem Blickpunkt der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EGV) und der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EGV) führen damit zu keiner unterschiedlichen Beurteilung. Folglich

⁶⁰⁹ In neuer Rechtsprechung wurde die Kapitalverkehrsfreiheit jedoch durch das FG Baden-Württemberg geprüft; siehe dazu FG Baden-Württemberg 14.10.2004, 3 K 62/99, EFG 2005, S. 309.

⁶¹⁰ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.09.2002, Philippe Mertens, Rz. 32 – 36. Dazu auch Brosens, L., a.a.O., S. 196; Terra, B., Wattel, P., a.a.O., S. 43.

ist in Drittlandssachverhalten in Anlehnung an die früheren Ausführungen von einem Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit auszugehen, sofern Darlehen betroffen sind, die in die Nomenklatur der Kapitalverkehrsrichtlinie fallen.⁶¹¹

Jedoch ist zu prüfen, ob ggf. die Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit durch die französischen Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung bereits am 31.12.1993 bestanden hat und somit auf Grund der Stillhalteklausele zugelassen ist.⁶¹² Wie jedoch in Kapitel V. 2.3.1.4. Kapitalverkehrsfreiheit ausgeführt wurde, ist eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit, die bis zum 31.12.1993 bereits bestanden hat, dann EG-rechtswidrig, wenn sich für die Ungleichbehandlung kein EG-rechtlich anerkannter Rechtfertigungsgrund finden lässt, sie mithin nicht dem Gebot des Art. 58 Abs. 3 EGV entsprechen. Somit ist in Drittlandssachverhalten grundsätzlich zunächst ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit und anschließend das Vorliegen einer Rechtfertigung i.S.d. Art. 57 Abs. 1 EGV zu prüfen.⁶¹³

Die französische Unterkapitalisierungsvorschrift führt zu einer unterschiedlichen steuerlichen Behandlung von Darlehensentgelten an ausländische Anteilseigner als an inländische Anteilseigner. Dies bedeutet grundsätzlich eine Ungleichbehandlung grenzüberschreitender Sachverhalte bzw. ausländischer Anteilseigner gegenüber rein inländischen Sachverhalten bzw. inländischen Anteilseignern einer Gesellschaft.⁶¹⁴ Wie hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit ausgeführt,

⁶¹¹ Siehe dazu Kapitel V 2.2.1.3 Kapitalverkehrsfreiheit, S. 122. Die französische Regelung erfasst auch kurzfristige Darlehen; lediglich Warenkredite sind ausgeschlossen. Die Kapitalverkehrsfreiheit gilt jedoch nur hinsichtlich langfristigen Fremdkapitals i.S.d. Nomenklatur.

⁶¹² Die französischen Unterkapitalisierungsregelungen bestehen bereits seit 1941 und haben in der näheren Vergangenheit keine wesentliche Veränderung erfahren; vgl. z.B. *Delattre, O.*, a.a.O., S. 441.

⁶¹³ Siehe dazu Kapitel V 2.2.1.5.2 Gesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 127.

⁶¹⁴ Auf eine eindeutige Abgrenzung zwischen einer indirekten Diskriminierung und einer Beschränkung kann verzichtet werden.

kann daneben bereits der erhöhte Prüfungsaufwand ausländischer Anteilseigner gegenüber inländischen Anteilseignern als Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit erachtet werden.

Zur möglichen Rechtfertigung dieser Verstöße gegen die Grundfreiheiten ist zu untersuchen, ob die streitige Regelung zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dient und zur Erreichung dieses Ziels geeignet, erforderlich sowie verhältnismäßig ist.⁶¹⁵ In Anlehnung an die Ausführungen zu EU-Sachverhalten⁶¹⁶ kann das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes auch in Zusammenhang mit der für Drittlandssachverhalte geltenden Kapitalverkehrsfreiheit abgelehnt werden. Somit ist die stand-still-Klausel des Art. 57 Abs. 1 EGV mangels eines Rechtfertigungsgrundes unbeachtlich.⁶¹⁷

4.2.1.4 Sekundäres Europarecht

Die MTRL sieht ein europaweites Schachtelprivileg für konzerninterne Dividenden vor.⁶¹⁸ Die Umqualifizierung der Darlehensvergütungen in Gewinnausschüttungen in Folge der Anwendbarkeit der französischen Unterkapitalisierungsregelung führt zu einer Besteuerung nach französischem Recht. Die nach der Unterkapitalisierungsvorschrift vorgesehene Beteiligungshöhe in Höhe von 50% übersteigt die Mindestbeteiligung nach der MTRL in Höhe von 25%, so dass bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen, insbesondere ein mindestens zweijähriges Beteiligungsverhältnis, die MTRL anwendbar ist. In Anlehnung an die Ausführungen in der Rechtssache Lankhorst⁶¹⁹ stellen

⁶¹⁵ Art. 58 Abs. 1a i.V.m. Abs. 3 EGV stellt die Kodifizierung der vom EuGH entwickelten allgemeinen Rechtfertigungsgrundsätze dar; vgl. Schlussanträge Kokott, Rs. C-242/03, Weidert und Paulus, Rz. 25 – 38; EuGH-Urteil vom 06.06.2000, Verkooijen, Rz. 43. Dazu auch *Eicker, K., Obser, R.*, a.a.O., S. 444f.

⁶¹⁶ Siehe Kapitel VI 4.2.1.2.2 Rechtfertigungsgründe, S. 175.

⁶¹⁷ Siehe Kapitel V 2.2.1.5.2 Gesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 127.

⁶¹⁸ Vgl. Richtlinie des Rates vom 23.07.1990 (90/435/EWG), S. 6. Siehe dazu Kapitel V 2.2.2 Sekundäres Europarecht: Mutter-/Tochter-Richtlinie, S. 134.

⁶¹⁹ Vgl. Schlussanträge Mischo vom 26.10.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 100 – 120.

die auf Grund einer Unterkapitalisierungsvorschrift in Gewinnausschüttungen umqualifizierten Darlehensvergütungen einen Steuerabzug im Sinne der MTRL dar.

Auf Grund der nicht eindeutigen Definition des Begriffs der Gewinnausschüttung in der MTRL wird die Umqualifizierung der Zinsen von dem Ansässigkeitsstaat der dividendenempfangenden Gesellschaft nicht zwingend nachvollzogen. Erfolgt keine entsprechende Behandlung der Vergütungen als Gewinnausschüttungen seitens des Empfängerstaates, wird dort keine Steuerbefreiung der Erträge bzw. keine Anrechnung der ausländischen Körperschaftsteuer im Sinne des Art. 5 der MTRL vorgenommen, so dass eine Doppelbesteuerung der Vergütungen resultiert und damit ein Verstoß gegen sekundäres Europarecht vorliegt.

In Ländern der Gruppe 3, die keine Umqualifizierung der Darlehensvergütungen in Gewinnausschüttungen vornehmen, z.B. in Portugal, liegt ein Verstoß gegen die MTRL mangels Vorliegen fingierter Gewinnausschüttungen nicht vor.

4.2.2 Beurteilung nach Abkommensrecht

Zunächst ist zu prüfen, ob die französische Unterkapitalisierungsvorschrift gegen das Trennungsprinzip der Art. 5 und 7 OECD-MA verstößt. Das generelle Abzugsverbot der Vergütungen unter den Voraussetzungen der Vorschrift des Art. 212 CGI i.V.m. Art. 145 CGI führt zur steuerlichen Nichtanerkennung von Fremdkapital, das die Gesellschaft ggf. auch von außenstehenden Dritten erhalten hätte. Dadurch wird zwar die kapitalempfangende inländische Gesellschaft nicht zur Betriebsstätte des ausländischen Gesellschafters, jedoch wird ein den Gesellschafter auszeichnendes Merkmal dazu herangezogen, über den Umfang der Besteuerung der kapitalempfangenden Gesellschaft zu entscheiden. So führt die Tatsache, dass der Gesellschafter nicht in Frankreich ansässig ist, zu einer höheren steuerlichen Belastung der Tochter-Kapitalgesellschaft. Somit ist

festzustellen, dass die Vorschrift gegen das Trennungsprinzip oder das Selbständigkeitsgebot des Abkommensrechts verstößt, da die Besteuerung des Kapitalgebers im Wohnsitz-/ Sitzstaat ausgehöhlt wird.⁶²⁰ Dies gilt entsprechend für die anderen Regelungen der Gruppe 3, da diese stets Merkmale der Anteilseigner – insbesondere deren Ansässigkeit – heranziehen, um über die Besteuerung der kapitalempfangenden Gesellschaft zu entscheiden.

Da die Abzugsbeschränkung der französischen Vorschrift den Gewinn der Schuldnergesellschaft auf Grund der Gesellschafterstellung des Gläubigers berichtigt, ist zu prüfen, ob ein Verstoß gegen die Gewinnberichtigungsbestimmung des Art. 9 Abs. 1 OECD-MA vorliegt. In dem Verfahren SA *Andritz* berief sich die französische Finanzverwaltung⁶²¹ auf den in Art. 57 CGI und Art. 6 Abs. 5 i.V.m. Art. 17 Abs. 4 DBA Österreich-Frankreich 1959 festgelegten Fremdvergleichsprinzip.⁶²² Bei den nicht abzugsfähigen Zinsen handele es sich wirtschaftlich um Dividenden, da die Gewährung des Fremdkapitals durch die mangelnde Eigenkapitalausstattung begründet sei. Dies halte dem Fremdvergleichsprinzip des Art. 6 Abs. 5 DBA nicht stand (Art. 9 OECD-Musterabkommen).

Dem folgte der Conseil d'Etat nicht, mit der Begründung, dass sich die Finanzverwaltung nicht auf die Fassung des OECD-Musterabkommens berief, die zum Zeitpunkt des Vertragabschlusses vorlag, sondern eine nach Abschluss des DBA erfolgte Änderung zugrundelegte.⁶²³ Hinsichtlich der Frage des Fremdvergleichsprinzips betonte der

⁶²⁰ Vgl. zu § 8a KStG a.F. *Fassnacht, J.*, a.a.O., S. 103 – 105. Dazu auch *Baumgärtl, M.*, a.a.O., S. 283 – 285; danach verstößt § 8a KStG a.F. gegen das Selbständigkeitsgebot, da der Leistungsverkehr zwischen verbundenen Unternehmen nicht anerkannt wird. A.A. *Janssen, B.*, Ausgestaltung, a.a.O., S. 223 – 225.

⁶²¹ Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.

⁶²² Art. 6 Abs. 5 DBA Österreich-Frankreich entspricht Art. 9 des OECD-Musterabkommens; Art. 17A DBA Österreich-Frankreich entspricht Art. 11 Abs. 6 OECD-Musterabkommen 2000.

⁶²³ Nach der h.M. in der Literatur stellt der OECD-Musterkommentar ein historisches Auslegungsmittel dar. Siehe dazu auch Kapitel V 2.3.1 Grundlagen, S. 137. A.A. *Burgstaller, E.*, a.a.O., S. 285; *Knobbe-Keuk, B.*, Entwurf, a.a.O., S. 64.

Conseil d'État den sowohl innerstaatlich als auch abkommensrechtlich verankerten Grundsatz der Finanzierungsfreiheit. Danach dürften die geschäftlichen oder finanziellen Bedingungen für die Zurverfügungstellung von Fremdkapital nicht anders sein, als sie einem fremden Unternehmen gewährt worden wären. Der Conseil d'État geht damit grundsätzlich davon aus, dass gesetzliche Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung abkommensrechtlich nicht zulässig sind, da Art. 9 Abs. 1 OECD-MA keine Berichtigung des Rechtsgeschäfts selbst erlaubt.

Es ist darauf hinzuweisen, dass der von der französischen Finanzverwaltung zur Begründung angeführte Fremdvergleichsgrundsatz vielmehr für einen Verstoß der Vorschrift gegen Art. 9 OECD-MA spricht, da Gewinnanpassungen abkommensrechtlich lediglich dann zulässig sind, wenn sie auf dem Fremdvergleich basieren, die französische Vorschrift jedoch zu einer Gewinnberichtigung darüber hinaus führen kann. Auch eröffnet die französische Regelung nicht die Möglichkeit, bei Überschreiten des Safe Havens ein Gegenbeweis durch Fremdvergleich zu führen.⁶²⁴ Folglich ist davon auszugehen, dass die Vorschrift Art. 9 Abs. 1 OECD-MA widerspricht.⁶²⁵

Die Regelungen anderer Länder der Gruppe 3 verstoßen lediglich dann gegen Art. 9 Abs. 1 OECD-MA, wenn nicht ausschließlich der Drittvergleich zugrunde gelegt wird. Die portugiesische Regelung sieht die Möglichkeit vor, einen Fremdvergleich als Gegenbeweis zu führen; hinsichtlich der abkommensrechtlichen Beurteilung sei auf Grund der Ähnlichkeit der Regelungen in diesem Punkt auf die Ausführungen zur deutschen Regelung verwiesen.⁶²⁶ Weiterhin ist darauf hinzuweisen,

⁶²⁴ Abgesehen von der zweiten Bedingung des Art. 39 Abs. 1 CGI, der fordert, dass der vereinbarte Zins dem Marktzins entspricht; dies kann jedoch nicht als Fremdvergleich verstanden werden; vgl. *de Waal, A.*, a.a.O., S. 521.

⁶²⁵ So auch *Delattre, O.*, a.a.O., S. 436. Siehe dazu Kapitel VI 4.3 Gruppe 4: Musterland Deutschland, S. 185. Bspw. Deutschland sieht die Möglichkeit vor, einen Gegenbeweis durch Fremdvergleich zu führen; siehe die dortigen Ausführungen.

⁶²⁶ Siehe dazu Kapitel VI 4.3.2 Beurteilung nach Abkommensrecht, S. 201.

dass lediglich Regelungen in den Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 1 OECD-MA fallen, die auf die Verbundenheit der Unternehmen abstellen. Die belgische Regelung sieht dies jedoch nicht zwingend vor. Soweit diese Regelung auf nicht verbundene Unternehmen anzuwenden ist, ist Art. 9 Abs. 1 OECD-MA unbeachtlich.⁶²⁷

Weiterhin ist zu prüfen, ob die Umqualifizierung der Zinsen in Gewinnausschüttungen nach den abkommensrechtlichen Vorgaben zulässig ist. Die Umqualifizierung der Zinsen ist abkommensrechtlich prinzipiell dann möglich, wenn die Vergütungen von Art. 11 Abs. 3 OECD-MA erfasst werden. Dies ist erfüllt, wenn ein Fremdvergleich nicht möglich ist und es sich bei den Zinsen um Einkünfte aus Gesellschaftsanteilen handelt. Die französische Regelung sieht nicht die Möglichkeit eines Drittvergleichs vor. In Anbetracht des niedrigen zu gewährenden FK-/EK-Verhältnisses ist davon auszugehen, dass vielfach eine Umqualifizierung von Zinsen in Dividenden erfolgt, wenn ein Fremdvergleich möglich gewesen wäre und auch ein fremder Dritter ein entsprechendes Darlehen gewährt hätte. Soweit die französische Regelung auch in Fällen, in denen ein Fremdvergleich möglich gewesen wäre, eine Umqualifizierung vornimmt, liegt ein Verstoß gegen Art. 11 Abs. 3 OECD-MA vor, da die Darlehensvergabe nicht als gesellschaftsrechtlich veranlasst erachtet werden kann. Regelungen in anderen Ländern der Gruppe 3 verstoßen nicht gegen Art. 11 Abs. 3 OECD-MA, sofern sie keine Umqualifizierung der Zinsen vorsehen; dies gilt für die Regelungen in Finnland und Portugal.

Das Verbot der Diskriminierung nicht ansässiger Empfänger von Betriebsausgaben nach Art. 24 Abs. 4 OECD-MA sieht vor, dass Zinsen, Lizenzgebühren und andere Entgelte, die ein Unternehmen an einen Ausländer zahlt, unter denselben Bedingungen abziehbar sein müssen wie Zahlungen an einen Inländer. Die französische Regelung schafft einen Vergleichstatbestand, der eine kleine Gruppe ausländisch

⁶²⁷ Siehe dazu Kapitel IV 2.1.1 Belgien, S. 70.

Fremdfinanzierter genauso behandelt wie ausländische Steuerpflichtige.⁶²⁸ Die Abziehbarkeit der Vergütungen hängt dabei davon ab, ob diese an einen ausländischen oder einen inländischen Anteilseigner ausgezahlt werden. Dieses Differenzierungsmerkmal ist abkommensrechtlich unzulässig, da es zumindest indirekt auf die Ansässigkeit des Anteilseigners abstellt.⁶²⁹ Folglich liegt ein Verstoß gegen Art. 24 Abs. 4 OECD-MA vor.⁶³⁰ Eine Vereinbarkeit der Regelung mit Art. 24 Abs. 4 OECD-MA könnte nur insoweit vorliegen, als es sich beim ausländischen Kapitalgeber um eine Person handelt, die auch bei Sitz im Inland in den Anwendungsbereich der Vorschrift fiel. Darüber hinaus wurde früher bereits festgestellt, dass die französische Regelung gegen Art. 9 Abs. 1 OECD-MA verstößt, sodass auch ein Verstoß gegen Art. 24 Abs. 4 OECD-MA vorliegt.⁶³¹

Der Conseil d'Etat beruft sich in seiner Entscheidung auf Art. 26 Abs. 3 DBA Österreich-Frankreich (Art. 24 Abs. 5 OECD-MA), das sog. Beteiligungsdiskriminierungsverbot, das die Ungleichbehandlung eines von einem Unternehmen des anderen Vertragsstaates beherrschten inländischen Unternehmens gegenüber einem inländisch beherrschten Unternehmen verbietet. Dabei verglich der Conseil d'Etat die österreichische Muttergesellschaft mit einer „société mère“ i.S.d. Art. 145

⁶²⁸ Siehe zu § 8a KStG a.F. *Pott, H.*, a.a.O., S. 226 – 227; *Fassnacht, J.*, a.a.O., S. 86; *Pöllath, R.*, *Rädler, A.*, Erweiterung, a.a.O., S. 23; *Loos, G.*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, BB 1989, S. 536f.

⁶²⁹ Siehe zur äquivalenten Anwendung der Ansässigkeit und der Steuerpflicht die Ausführungen zu III. 1.3.8 Verbot der Diskriminierung nicht ansässiger Empfänger von Betriebsausgaben - Art. 24 Abs. 4 OECD-MA. Die Frage, ob auf Merkmale der Anteilseigner abgestellt werden darf, ist umstritten; dazu *Portner, R.*, a.a.O., S. 29; *Knobbe-Keuk, B.*, Entwurf, a.a.O., S. 63.

⁶³⁰ A. A. zu § 8a KStG a.F. *Janssen, B.*, Ausgestaltung, a.a.O., S. 220 – 222. Nach dem BFH-Urteil vom 29.01.2003 ist Art. 24 Abs. 4 OECD-MA entsprechend der Vorschriften des EGV auszulegen.

⁶³¹ Vgl. *de Waal, A.*, a.a.O., S. 522. Nach Aussage der französischen Regierung bleibt der Verstoß gegen Art. 24 Abs. 4 OECD-MA unbeachtlich, da das Recht vorbehalten wurde, Unterkapitalisierungsregelungen weiterhin anzuwenden; dieser Vorbehalt gilt jedoch lediglich für ausgewählte DBA, so bspw. dem DBA mit Italien; vgl. *Delattre, O.*, a.a.O., S. 435; *de Waal, A.*, a.a.O., S. 522. Ein Verstoß gegen Art. 24 Abs. 4 des DBA Frankreich-Schweden wurde in einem Urteil des Conseil d'Etat vom 16.02.1990 abgelehnt; dies beruht jedoch auf der engen Wortwahl des DBA Frankreich-Schweden; vgl. *Blanluet, G.*, What's going on, European Taxation, 1991, S. 56 – 58.

CGI, für die der Abzug von Zinszahlungen keiner Einschränkung auf Grund des Eigenkapital-Fremdkapital-Verhältnisses unterliegen und kam zu dem Ergebnis, dass die österreichische AG ein „ähnliches Unternehmen“ i.S.d. Art. 26 Abs. 3 DBA Österreich-Frankreich sei. Es folgte, dass die Ungleichbehandlung einer französischen Gesellschaft, an der eine ausländische Gesellschaft beteiligt ist, gegenüber einer französischen Gesellschaft, an der nur eine französische Gesellschaft, die für das Besteuerungsregime nach Art. 145 CGI als „société mère“ zu qualifizieren ist, beteiligt ist, vorliegt und dass die Nichtabzugsfähigkeit der Zinsen dem in Art. 26 Abs. 3 DBA Österreich-Frankreich festgelegten Diskriminierungsverbot entgegensteht.⁶³² Da Art. 24 Abs. 5 OECD-MA subsidiär gegenüber Art. 24 Abs. 4 OECD-MA zu prüfen ist, kann dieser Verstoß unbeachtet bleiben.

4.3 Gruppe 4: Musterland Deutschland

4.3.1 Beurteilung nach Europarecht

4.3.1.1 Allgemeines

Die Vorschrift des § 8a KStG fällt in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EGV, da die Besteuerung der Tochtergesellschaft bei Darlehensvergabe durch einen wesentlich beteiligten Gesellschafter geregelt und die Beziehung zu dem Gesellschafter oder Kapitalgeber, die einen unternehmerischen Einfluss garantiert, das entscheidende Kriterium darstellt.⁶³³ In EU-Sachverhalten

⁶³² Siehe zu den gängigen Vergleichspaaren *Engelschalk, M.*, in: *Vogel, K.*, DBA-Kommentar, a.a.O., Art. 24, Rz. 122f.; *Bauschatz, P.*, a.a.O., S. 294f. Zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 24 Abs. 5 OECD-MA vorliegt, kamen auch der BFH und der britische High Court: BFH vom 29.01.2003, IStR 2003, S. 422; High Court 24.11.2003, NEC Semi-Conductors Limited and other test claimants, IRC 2003, EWHC, S. 2813. In diesem Zusammenhang sei auch auf Delaware-Urteil des BFH verwiesen, BFH-Urteil vom 29.1.2003, I R 6/99, IStR 2003, S. 422. Art. 24 Abs. 4 OECD-MA hat grundsätzlich Vorrang vor Art. 24 Abs. 5 OECD-MA.

⁶³³ Siehe dazu Kapitel V 2.2.1.2 Niederlassungsfreiheit, S. 120. In Ländern der Gruppe

und Drittlandssachverhalten fällt die Vorschrift des § 8a KStG auch in den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit, da sich die Vorschrift des § 8a KStG auf den Vorgang der Kapitalaufnahme der Gesellschaft bezieht.⁶³⁴ Folglich ist die Niederlassungsfreiheit in EU-Sachverhalten entscheidungsrelevant zu prüfen; in Drittlandsfällen kommt dagegen der Kapitalverkehrsfreiheit entscheidungsrelevante Bedeutung zu. Aus diesem Grund werden im Folgenden zunächst EU-Sachverhalte und anschließend Drittlandssachverhalte dargestellt und beurteilt.

Als Vergleichsgruppe für ausländische Kapitalgesellschaftskonzerne sind inländische Kapitalgesellschaftskonzerne heranzuziehen.⁶³⁵

4.3.1.2 Primäres Europarecht: EU-Sachverhalte

4.3.1.2.1 Verstöße gegen die Niederlassungsfreiheit

Ziel der Neuregelung des § 8a KStG zum 01.01.2004 war es, eine europarechtskonforme Lösung zur Problematik der Gesellschafter-Fremdfinanzierung zu finden. In der Literatur wird teilweise vertreten, dass die Vorschrift durch die Ausdehnung auf die Fremdfinanzierung einer inländischen Kapitalgesellschaft durch deren inländische Anteilseigner als europarechtskonform einzustufen sei.⁶³⁶ Tatsächlich

4, in denen die Regelungen keine wesentliche Beteiligung voraussetzen, bspw. Tschechien, könnte mangels Kontroll- und Leistungsfunktion bezweifelt werden, ob der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit betroffen ist. In diesen Fällen könnte auch in EU-Sachverhalten die Kapitalverkehrsfreiheit entscheidungsrelevant zu prüfen sein, soweit das Fremdkapital in die Nomenklatur der Kapitalverkehrsrichtlinie fällt. Da sich die Grundfreiheiten hinsichtlich der Verstöße und Rechtfertigungsgründe nicht wesentlich unterscheiden, soll darauf im Folgenden nicht näher eingegangen werden.

⁶³⁴ Siehe dazu Kapitel V 2.2.1.3 Kapitalverkehrsfreiheit, S. 122.

⁶³⁵ Vgl. *Frotscher, G.*, Wirkungen, a.a.O., S. 385; *Holzaepfel, P., Köplin, M.*, in: *Erle, B., Sauter, T.*, a.a.O., Rz. 84. Zu beachten ist, dass die Bildung von Vergleichspaaren für Beschränkungen nicht erforderlich ist; siehe dazu Kapitel V 2.2.1.1 Grundlagen, S. 113. In Anlehnung an EuGH-Urteil in der Rs. Lankhorst-Hohorst soll dies jedoch aus Gründen der Vollständigkeit aufgenommen werden.

⁶³⁶ Vgl. *Weßling, J., Romswinkel, M.*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, GmbHR 2003, S. 926; diese setzen faktisch gleiche Anwendung auf Inlands- und Auslandssachverhalte voraus.

lässt die Neuregelung des § 8a KStG keinen Platz für offene Diskriminierungen, die direkt an die Staatsangehörigkeit der Steuerpflichtigen (Sitz der Gesellschaften) anknüpfen, da die Tatbestandsvoraussetzungen nicht zwischen Staatsangehörigen und Angehörigen anderer EU-Mitgliedstaat (oder Drittstaaten) unterscheiden. Dennoch kann weiterhin dargelegt werden, dass die Vorschrift des § 8a KStG auf Grund versteckter Diskriminierungen oder Beschränkungen europarechtsinkonform ist.⁶³⁷

Zunächst soll der Grundfall des § 8a KStG betrachtet werden: ein unmittelbar an der Kapitalgesellschaft beteiligter Gesellschafter gibt dieser ein Darlehen; der Gesellschafter kann eine inländische Kapitalgesellschaft oder natürliche Person bzw. eine im Ausland ansässige Kapitalgesellschaft oder natürliche Person sein.

Eine Ungleichbehandlung kann in der Tatsache begründet liegen, dass Muttergesellschaften ungleich besteuert werden, je nachdem, ob sie im Inland oder im Ausland ihren Sitz haben. Liegt der Sitz der Mutterkapitalgesellschaft einer deutschen Tochtergesellschaft im Inland, sind die auf Ebene der Tochtergesellschaft gem. § 8a KStG in verdeckte Gewinnausschüttungen umqualifizierten Zinsen gem. § 8b Abs. 1 KStG steuerbefreit; Körperschaftsteuer entsteht gem. § 8b Abs. 5 KStG lediglich auf 5% der Vergütungen.⁶³⁸ Ist die Muttergesellschaft der deutschen Tochtergesellschaft dagegen im Ausland ansässig – sog. Inbound-Fälle – findet keine Umqualifizierung der Zinsen statt, wenn der Ansässigkeitsstaat des ausländischen Anteilseigners die Umqualifizierung nicht nachvollzieht⁶³⁹, so dass die Zahlungen bei der

⁶³⁷ Eine offene Diskriminierung wurde auch bei § 8a KStG a.F. nicht festgestellt; vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 32. Auf eine Abgrenzung zwischen versteckten Diskriminierungen und Beschränkungen soll darum im Folgenden verzichtet werden.

⁶³⁸ Vgl. BMF-Schreiben vom 28.04.2003. Bei natürlichen Anteilseignern entsteht Einkommensteuer auf 50% der Vergütungen, da das Halbeinkünfteverfahren Anwendung findet. Siehe dazu auch Kapitel II 2.4.3.2 Steuerlicher Vorteilhaftigkeitsvergleich, S. 18.

⁶³⁹ Davon ist i.d.R. auszugehen, da kein vertraglicher Anspruch besteht, dass die Doppelbelastung in dem Wohnsitzstaat des Anteilseigners nachvollzogen wird; vgl.

Muttergesellschaft steuerpflichtige Betriebseinnahmen in Form von Zinseinnahmen darstellen.⁶⁴⁰ Die Ungleichbehandlung liegt in der Tatsache, dass die Umqualifizierung der Zinsen in Dividenden in dem Sitzstaat des Empfängers nicht oder nicht mit Sicherheit nachvollzogen wird und daraus eine Doppelbelastung der Zinsen resultiert, die dazu führt, dass eine inländische Konzernobergesellschaft eine inländische Tochtergesellschaft mit geringerer steuerlicher Belastung durch Gesellschafterdarlehen finanzieren kann als es bei einer ausländischen Konzernobergesellschaft möglich wäre.

Fraglich ist, ob die aus der Vorschrift resultierenden ungleichen Besteuerungsfolgen Deutschland zuzurechnen sind oder ob die Ungleichbehandlung lediglich daraus resultiert, dass auf Grund fehlender Harmonisierung der Steuersysteme verschiedene Steuersysteme zur Anwendung kommen.⁶⁴¹ Ein Mitgliedstaat scheint jedoch dazu verpflichtet, auch grenzüberschreitende Besteuerungsfolgen steuerlicher Maßnahmen zu berücksichtigen, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass andere EU-Mitgliedstaaten die innerstaatlichen Maßnahmen nachvollziehen und dadurch eine Doppelbesteuerung vermieden wird.⁶⁴² Folglich kann dargelegt werden, dass die Ungleichbehandlung unter europarechtlichen Gesichtspunkten Deutschland zuzurechnen ist.⁶⁴³

Köhler, S., a.a.O., S. 672. Dazu auch *Frotscher, G.*, Wirkungen, a.a.O., S. 379; *Menck, T.*, Unterkapitalisierung, a.a.O., S. 70.

⁶⁴⁰ Vgl. *Köhler, S.*, a.a.O., S. 672. Dazu auch *Dötsch, E.*, *Pung, A.*, Neuerungen, a.a.O., S. 96f., *Körner, A.*, Gestaltungsmöglichkeiten II, a.a.O., S. 260; dieser weist diesbezüglich auf die derzeit angesetzte EU-Schiedsverfahrenskonvention hin. Jedoch dauert ein solches Verfahren längere Zeit und greift nicht bei Qualifikationskonflikten; vgl. Richtlinie vom 23.07.1990, 90/436/EWG. Dazu *Kessler, W.*, Spannungsfeld, a.a.O., S. 2512.

⁶⁴¹ Die fehlende Harmonisierung der Steuersysteme gilt nicht als Rechtfertigungsgrund; siehe dazu Kapitel V 2.2.1.5.3 Nichtgesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 130. Dennoch plädiert die Kommission für eine Gesamtverantwortung der beteiligten Staaten bezüglich der Vermeidung der Doppelbesteuerung; vgl. *Köhler, S.*, a.a.O., S. 673.

⁶⁴² Eine Verpflichtung zur Vermeidung wirtschaftlicher Doppelbesteuerung kann aus dem Völkerrecht nicht hergeleitet werden; vgl. *Lehner, M.*, in: *Vogel, K.*, DBA-Kommentar, a.a.O., Art. 25, Rz. 33f.

⁶⁴³ Dazu auch *Rödter, T.*, Deutsche Unternehmensbesteuerung, DStR 2004, S. 1632; *Sedemund, J.*, Steine statt Brot, a.a.O., S. 595; *Schnitger, A.*, Wirkungsgrenzen, a.a.O.,

Diese Ausführungen gelten entsprechend bei einer Beteiligungskette, d.h. wenn ein Darlehen durch eine Beteiligungskette in der Weise durchgereicht wird, dass jeweils der unmittelbar beteiligte Gesellschafter seiner Tochtergesellschaft ein Darlehen gibt.⁶⁴⁴

Eine ähnliche Ungleichbehandlung ergibt sich, wenn der Gesellschafter das Darlehen, das er der Tochtergesellschaft gegeben hat, bei einem Dritten refinanziert. Ist der Anteilseigner eine inländische Kapitalgesellschaft, kann dieser die im Zusammenhang mit der Darlehensgewährung entstehenden Refinanzierungskosten in voller Höhe kürzen; eine Steuerbelastung entsteht für diesen lediglich auf nicht abziehbare Betriebsausgaben in Höhe von 5% der Bezüge gem. § 8b Abs. 5 KStG.⁶⁴⁵ Ist Anteilseigner eine inländische natürliche Person, sind die Refinanzierungskosten bei dieser gem. § 3c Abs. 2 EStG in Höhe von 50% abziehbar; eine Steuerbelastung entsteht damit auf 50% der Vergütungen. Ist der Anteilseigner dagegen eine ausländische Kapitalgesellschaft oder eine natürliche Person, richtet sich die Behandlung der Refinanzierungskosten nach ausländischem Recht; im Rahmen der Vorschrift des § 8a KStG finden sie keine Berücksichtigung. So ergibt sich, dass im Falle der Refinanzierung eines Darlehens inländische natürliche Anteilseigner und ausländische natürliche Personen oder Kapitalgesellschaften als Anteilseigner stärker belastet sind als inländische Kapitalgesellschaften, wenn keine entsprechende Kürzung der Refinanzierungskosten vorgenommen wird.⁶⁴⁶

S. 362; *Kessler, W., Eicker, K., Obser, R.*, a.a.O., S. 325; EuGH-Urteil vom 24.11.1993, Keck und Mithouard, Rz. 16. A. A. *Schnitger, A.*, Wirkungsgrenzen, a.a.O., S. 637. Es ist davon auszugehen, dass sich der EuGH zukünftig mit dem Problem der Doppelbesteuerung in grenzüberschreitenden Sachverhaltskonstellationen erstmals auseinandersetzen muss; vgl. *Schnitger, A.*, Wirkungsgrenzen, a.a.O., S. 637.

⁶⁴⁴ Vgl. *Frotscher, G.*, Wirkungen, a.a.O., S. 380.

⁶⁴⁵ Gem. § 8b Abs. 5 KStG gelten 5% der steuerfreien Bezüge als Ausgaben, die nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden können; § 3c Abs. 1 EStG findet dabei gem. § 8b Abs. 5 Satz 2 KStG keine Anwendung; siehe zu § 8b Abs. 5 Satz 2 KStG *Watermeyer, H.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8b KStG, Rz. 130; zu § 3c EStG siehe *von Beckerath, H.*, in: *Kirchhof, P., Söhn, H., Mellinghoff, R.*, EStG, 2005, § 3c, Rz. A1 – A4.

⁶⁴⁶ Vgl. *Frotscher, G.*, Wirkungen, a.a.O., S. 380.

Erfolgt die Darlehensvergabe durch einen mittelbar beteiligten Gesellschafter, sind die Rechtsfolgen des § 8a KStG nicht mehr eindeutig.⁶⁴⁷ Folgt man der Alternative, dass die verdeckte Gewinnausschüttung durch die Beteiligungskette durchgereicht wird, werden ausländische Anteilseigner oder inländische natürliche Personen als Anteilseigner, entsprechend dem Fall der direkten Beteiligungskette, mangels einer steuerlichen Entlastung stärker belastet als inländische Kapitalgesellschaften.⁶⁴⁸

In Fällen der Darlehensvergabe durch nahe stehende Personen tritt der Saldierungseffekt, der sich – abgesehen von der Erhöhung der Bemessungsgrundlage um 5% der Vergütungen gem. § 8b Abs. 5 KStG – im Falle rein inländischer Sachverhalte einstellt, nur ein, wenn die Umqualifizierung der Zinsen auf Ebene der das Darlehen gewährenden Schwestergesellschaft in eine Einlage im Ausland entsprechend nachvollzogen wird. Da davon in der Regel nicht auszugehen ist, liegt eine Ungleichbehandlung vor.⁶⁴⁹

Wird das Darlehen durch einen rückgriffsberechtigten Dritten gewährt, besteht die Gefahr einer Ungleichbehandlung, da die Darlehensgewährung in einem inländischen Konzern abgesehen von § 8b Abs. 5 KStG steuerneutral vorgenommen werden kann, während im Falle einer Rückgriffsmöglichkeit auf eine im Ausland ansässige Obergesellschaft keine steuerliche Entlastung erfolgt und somit ggf. eine Doppelbesteuerung resultiert.⁶⁵⁰

In Outbound-Fällen ohne inländische Betriebsstätte – deutsche Muttergesellschaft mit ausländischer Tochtergesellschaft ohne inländische Betriebsstätte – kann insofern eine Ungleichbehandlung deutscher und ausländischer Tochtergesellschaften festgestellt werden,

⁶⁴⁷ Zu den grundsätzlichen Rechtsfolgen siehe Kapitel III 5.3.6 Rechtsfolgen, S. 59.

⁶⁴⁸ Vgl. *Frotscher, G.*, Wirkungen, a.a.O., S. 382.

⁶⁴⁹ Vgl. ebenda, S. 383.

⁶⁵⁰ Vgl. ebenda, S. 384.

als Zinsen deutscher Tochtergesellschaften, die gem. § 8a KStG in Dividenden umqualifiziert werden, bei der deutschen Mutterkapitalgesellschaft gem. § 8b KStG freigestellt sind⁶⁵¹, wohingegen Zinsen ausländischer Tochtergesellschaften nicht in Dividenden umqualifiziert werden und damit als Betriebseinnahmen steuerpflichtig sind.⁶⁵² Die Fremdkapitalvergütungen sind in diesem Fall mangels Umqualifizierung als Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG einzuordnen.⁶⁵³

Hinsichtlich dieser Ausführungen ist jedoch auf das Gebot der gemeinschaftskonformen Auslegung hinzuweisen, nach dem eine Vorschrift nicht gemeinschaftsrechtswidrig ist, wenn lediglich eine Auslegung mit Gemeinschaftsrecht kollidiert.⁶⁵⁴ Die Vorschrift kann danach dahingehend ausgelegt werden, dass auch in Fällen ausländischer Tochtergesellschaften ohne Betriebsstätte auf der Ebene der Muttergesellschaft die Umqualifizierung in Dividenden erfolgt, wenn die ausländische Kapitalgesellschaft fiktiv als unterkapitalisiert gilt und es bei der deutschen Muttergesellschaft zu einer Vermögensmehrung kommt.⁶⁵⁵ Dies gilt unabhängig davon, wie der ausländische Fiskus die Zinszahlungen bei der Tochtergesellschaft qualifiziert.⁶⁵⁶

⁶⁵¹ Bei einem natürlichen Anteilseigner unterliegen die Dividenden nach dem Halbeinkünfteverfahren gem. § 3 Nr. 40 EStG in Höhe von 50% der Besteuerung. Siehe zur steuerlichen Behandlung Kapitel II 2.4.3.2 Steuerlicher Vorteilhaftigkeitsvergleich, S. 18.

⁶⁵² Vgl. *Kessler, W.*, Spannungsfeld, a.a.O., S. 2512; *Schnitger, A.*, Wirkungsgrenzen, a.a.O., S. 362; *Kessler, W., Eicker, K., Obser, R.*, a.a.O., S. 329. Dazu auch *Praetzer, O.*, a.a.O., S. 624f.; *Hahn, H.*, Europarechtswidrigkeit, a.a.O., S. 277; *Dötsch, E., Pung, A.*, a.a.O., S. 96; *Thoemmes, O., Stricof, R., Nakhai, K.*, a.a.O., S. 135; *Benecke, A., Schnitger, A.*, Anwendung, IStR 2004, S. 44.

⁶⁵³ Vgl. *Schenke, R.*, Outbound-Fall, IStR 2005, S. 189.

⁶⁵⁴ Siehe dazu Kapitel V 2.2.1.1 Grundlagen, S. 113.

⁶⁵⁵ Vgl. *Hahn, H.*, Europarechtswidrigkeit, a.a.O., S. 278. Zu einer europarechtskonformen Auslegung mit abweichender dogmatischer Begründung gelangen auch *Benecke, A., Schnitger, A.*, a.a.O., S. 44; *Frotscher, G.*, Wirkungen, a.a.O., S. 385; *Rödter, T., Ritzer, C.*, a.a.O., S. 891; *Köhler, S.*, a.a.O., S. 675; *Schenke, R.*, a.a.O., S. 190 – 193. Zu einer abweichenden Auslegung, nach der § 8b KStG keine Anwendung findet siehe *Kessler, W.*, Spannungsfeld, a.a.O., S. 2512; *Thoemmes, O., Stricof, R., Nakhai, K.*, a.a.O., S. 136.

⁶⁵⁶ Vgl. *Rödter, T.*, a.a.O., S. 1632.

Konsequenterweise greift nach dieser Auslegung auf Ebene der Muttergesellschaft auch die Freistellung nach § 8b Abs. 1 KStG, so dass keine Ungleichbehandlung vorliegt.⁶⁵⁷ Diese Darstellung setzt allerdings voraus, dass die Norm des § 8a KStG sowohl gegenüber der Tochtergesellschaft als auch gegenüber der Muttergesellschaft als Adressat gilt und somit eine unabhängige Rechtsgrundlage für die Rechtsfolgen auf beiden Ebenen bietet, so dass die Umqualifikation in besonderen Fällen auch nur für die Zinsen empfangende Muttergesellschaft greift.⁶⁵⁸ Im Rahmen dieser Auslegung liegt ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit in Outbound-Fällen nicht vor.

Nach Ansicht der Finanzverwaltung ist § 8a KStG grundsätzlich nur auf beschränkt und unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften anwendbar.⁶⁵⁹ Jedoch treten „die Rechtsfolgen des § 8a KStG nach Ansicht der Finanzverwaltung im Falle der Finanzierung einer ausländischen Kapitalgesellschaft ohne Betriebsstätte, bzw. falls das Darlehen nicht der Betriebsstätte zuzuordnen ist, dennoch in dem Umfang ein, in dem die gezahlten Vergütungen nach dem Recht des anderen Staates tatsächlich nicht die steuerliche Bemessungsgrundlage der Kapitalgesellschaft gemindert haben und dies nachgewiesen wird“.⁶⁶⁰ Dies gilt für Länder, in denen entsprechende Unterkapitalisierungsregeln Anwendung finden. Damit werden Outbound-Fälle gegenüber reinen Inlandssachverhalten auch nach Ansicht der Finanzverwaltung nicht schlechtergestellt.⁶⁶¹

⁶⁵⁷ Vgl. *Hahn, H.*, Europarechtswidrigkeit, a.a.O., S. 278; BMF-Schreiben vom 28.04.2003, BStBl. I 2003, S. 292, Rz. 4 und 5. Dazu auch *Benecke, A.*, *Schnitger, A.*, a.a.O., S. 44f; *Köhler, S.*, a.a.O., S. 675. Zum Problem der weißen Einkünfte vgl. *Weßling, J.*, *Romswinkel, M.*, a.a.O., S. 926; *Grotherr, S.*, Auslandsgesellschaften, a.a.O., S. 854; *Dötsch, E.*, *Pung, A.*, Neuerungen, a.a.O., S. 96.

⁶⁵⁸ Vgl. *Hahn, H.*, Europarechtswidrigkeit, a.a.O., S. 278. Dazu auch *Mensching, O.*, *Bauer, A.*, a.a.O., S. 2431.

⁶⁵⁹ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 3.

⁶⁶⁰ Vgl. BMF-Schreiben vom 15.07.2004, Rz. 27.

⁶⁶¹ Die Ungleichbehandlung, die resultiert, wenn eine Umqualifizierung mangels Unterkapitalisierungsvorschriften im Ausland unterbleibt, kann wiederum mit Hilfe der oben aufgezeigten Auslegungsregelung beseitigt werden.

Weiterhin kann ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darin gesehen werden, dass die Regelung des § 8a KStG faktisch häufiger grenzüberschreitende Sachverhalte betrifft, da bei reinen Inlandssachverhalten eine Organschaft zwischen den Konzernunternehmen begründet werden kann. In Organschaftsfällen kann die Anwendung des § 8a KStG vollständig – sogar ohne eine Erhöhung des Einkommens gem. § 8b Abs. 5 KStG – neutralisiert werden.⁶⁶² Gem. § 14 Abs. 1 KStG kann eine ausländische Gesellschaft, die ihre Geschäftsleitung im Ausland hat, nicht Organträger sein, so dass in grenzüberschreitenden Sachverhalten, in denen die ausländische Gesellschaft ihre Geschäftsleitung im Ausland hat, die Begründung einer Organschaft nicht möglich ist. Dies führt zu einer Ungleichbehandlung von Konzernobergesellschaften mit Geschäftsleitung in anderen EU-Mitgliedstaaten gegenüber Inländern.⁶⁶³ Tatsächlich geht der EuGH bei der Beurteilung der Gemeinschaftsrechtskonformität einer Norm von den tatsächlichen Normwirkungen aus und berücksichtigt praktizierte Vermeidungsstrategien.⁶⁶⁴

Im Falle der Darlehensvergabe einer ausländischen Muttergesellschaft an eine ausländische Tochtergesellschaft mit inländischer Betriebsstätte ermittelt sich der Safe Haven auf Grundlage des Dotationskapitals der Betriebsstätte; dem Stammhaus zuzurechnendes Stammkapital bleibt unberücksichtigt.⁶⁶⁵ Im Falle der Betriebsstätte einer deutschen Tochter-Kapitalgesellschaft wird dagegen das gesamte Eigenkapital berücksichtigt. Dies kann zu einer europarechtsinkonformen Ungleichbehandlung führen, da inländische Konzerne über einen

⁶⁶² Vgl. *Körner, A.*, Gestaltungsmöglichkeiten II, a.a.O., S. 260; *Frotscher, G.*, Wirkungen, a.a.O., S. 385. Siehe dazu auch Kapitel III 5.3.6 Rechtsfolgen, S. 59 sowie Kapitel III 5.3.2.2 Person des Fremdkapitalgebers, S. 49.

⁶⁶³ Eine ähnliche Argumentation liegt dem europarechtlichen Einwand gegen die Neuregelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung in den Niederlanden zugrunde; dazu *van der Donk, O.*, *Kroon, O.*, a.a.O., S. 13; *de Wit, M.*, *Tilanus, V.*, a.a.O., S. 190 – 192.

⁶⁶⁴ Vgl. EuGH-Urteil vom 26.10. 1999, Eurowings. Dazu auch *Körner, A.*, Gestaltungsmöglichkeiten II, a.a.O., S. 260; *Stegemann, D.*, a.a.O., S. 150.

⁶⁶⁵ Siehe dazu Kapitel III 5.3.6 Rechtsfolgen, S. 59.

größeren Finanzierungsspielraum verfügen.⁶⁶⁶

Eine Ungleichbehandlung ausländischer Kapitalgesellschaften kann auch darin gesehen werden, dass bei der Ermittlung des für den Safe Haven maßgebliche Eigenkapitals für beschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften gem. § 8a Abs. 2 Satz 5 KStG ausländische Wirtschaftsgüter außer Ansatz bleiben.⁶⁶⁷ Sofern dies zu einer Schlechterstellung gegenüber unbeschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaften führt, bei denen sämtliche Wirtschaftsgüter Berücksichtigung finden, liegt ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit vor.⁶⁶⁸

Fraglich ist, ob die oben dargestellten Ungleichbehandlungen zu einer Beschränkung oder zu versteckten bzw. indirekten Diskriminierungen führen.⁶⁶⁹ Grundsätzlich kann in sämtlichen dargestellten Fällen, in denen eine Ungleichbehandlung auf Grund ausländischen Anteilseignern verwehrten Steuerbefreiungsmechanismen – insbesondere § 3 Nr. 40 EStG sowie § 8a KStG – festgestellt wurde, zumindest von einer Beschränkung der Grundfreiheiten ausgegangen werden, da die grenzüberschreitende Finanzierung jedenfalls weniger attraktiv wird.⁶⁷⁰ Daneben kann eine versteckte Diskriminierung festgestellt werden, da ausländische Konzernobergesellschaften dadurch, dass ihnen die steuerlichen Ausgleichsmechanismen nicht gewährt werden, schlechtergestellt und dadurch diskriminiert werden. So liegt eine

⁶⁶⁶ Vgl. *Schild, C., Eisele, F.*, a.a.O., S. 221; *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 153. Zu anderen Fällen der beschränkten Steuerpflicht siehe *Schild, C., Eisele, F.*, a.a.O., S. 222.

⁶⁶⁷ Vgl. *Schnitger, A.*, Wirkungsgrenzen, a.a.O., S. 638.

⁶⁶⁸ Auf Besonderheiten in Holdingfällen des § 8a Abs. 4 KStG sowie im Falle nachgeschalteter Personengesellschaften des § 8a Abs. 5 KStG soll nicht eingegangen werden.

⁶⁶⁹ Siehe zu den Abgrenzungsproblemen Kapitel V 2.2.1.1 Grundlagen, S. 113.

⁶⁷⁰ Dies gilt im Grundfall, bei Beteiligungsketten, in Refinanzierungsfällen, der Darlehensvergabe durch einen mittelbaren Gesellschafter, eine nahe stehende Person sowie einen rückgriffsberechtigten Dritten sowie der Darlehensvergabe in Organschaftsverhältnissen.

Ungleichbehandlung inländischer und ausländischer Sachverhalte vor.⁶⁷¹ Auf die trennscharfe Unterscheidung zwischen Beschränkungen und Diskriminierungen soll im Rahmen dieser Arbeit jedoch verzichtet werden, da dies auch in der Rechtsprechung nicht vorgenommen wird – insbesondere in der Rechtsprechung in der Rs. Lankhorst-Hohorst – und schwerpunktmäßig nicht gesetzliche Rechtfertigungsgründe geprüft werden, die sowohl für versteckte Diskriminierungen als auch für Beschränkungen gelten.⁶⁷²

4.3.1.2.2 Rechtfertigungsgründe

Für offene und versteckte Diskriminierungen und Beschränkungen sind, wie bereits dargestellt, grundsätzlich unterschiedliche Rechtfertigungsgründe zu prüfen. Die Prüfung ungeschriebener Rechtfertigungsgründe hat sich in der Rechtsprechung jedoch auch auf Diskriminierungen ausgeweitet. Lediglich hinsichtlich der Prüfung gesetzlicher Rechtfertigungsgründe bestehen Unterschiede, da diese grundsätzlich ausschließlich für Diskriminierungen gelten.⁶⁷³ Im Folgenden sollen schwerpunktmäßig die im Rahmen der Rechtsprechung in der Rs. Lankhorst-Hohorst vorgetragenen, nicht gesetzlichen Rechtfertigungsgründe geprüft werden, sodass auf eine trennscharfe Unterscheidung zwischen Beschränkungen und Diskriminierungen verzichtet werden kann.⁶⁷⁴ Danach ist zu prüfen, ob die Vorschrift des § 8a KStG ein legitimes Ziel verfolgt, das mit dem EG-Vertrag vereinbar und durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses

⁶⁷¹ Vgl. *Frotscher, G.*, Wirkungen, a.a.O., S. 385. A.A. *Sedemund, J.*, Steine statt Brot, a.a.O. S. 599. Zu beachten ist, dass hinsichtlich § 8a KStG a.F. lediglich eine Beschränkung, jedoch keine Diskriminierung festgestellt wurde; vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 32.

⁶⁷² Einen Versuch der Abgrenzung von Beschränkungen und Diskriminierungen hinsichtlich § 8a KStG n.F. unternehmen *Kessler, W., Eicker, K., Obser, R.*, a.a.O., S. 328f.

⁶⁷³ Siehe dazu Kapitel V 2.2.1.1 Grundlagen, S. 113.

⁶⁷⁴ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 32. Auf die Prüfung der gesetzlichen Rechtfertigungsgründe, insbesondere des Art. 45 EGV, kann somit mangels Relevanz verzichtet werden.

gerechtfertigt ist. Zudem muss die Maßnahme zur Erreichung des fraglichen Zieles geeignet sein und darf nicht über das hinausgehen, was hierzu erforderlich ist.

Rechtfertigungsgründe im Sinne des Art. 30 EGV, Schutz der öffentlichen Sittlichkeit, Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren, Pflanzen oder Schutz nationaler oder künstlerischer Werte, liegen nicht vor. Auch Gründe wie die Lauterkeit des Handelsverkehrs, der Umweltschutz, die Verbesserung der Arbeitsbedingungen und der Verbraucherschutz müssen ausgeschlossen werden. Auch das Prinzip der Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle oder der Steueraufsicht ermöglicht nicht die Rechtfertigung des Verstoßes gegen die Grundfreiheiten, da § 8a KStG zur Verfolgung des Zwecks der steuerlichen Kontrolle weder geeignet noch erforderlich ist⁶⁷⁵, insbesondere da die Vorschrift des § 8a KStG nicht der Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen dient, sondern den Zweck hat, das Steueraufkommen zu sichern und rein fiskalische Interessen keinen Verstoß gegen Europarecht rechtfertigen.⁶⁷⁶ Daneben würde diese Maßnahme bereits an der Unverhältnismäßigkeit scheitern.⁶⁷⁷

Grundsätzliches Ziel der Vorschrift des § 8a KStG ist die Vermeidung der Steuerumgehung.⁶⁷⁸ Auf Ebene der Kapitalgesellschaft ist hinsichtlich der auf Grund der steuerlichen Vorteilhaftigkeit zu befürchtenden überhöhten Fremdkapitalaufnahme eine Missbrauchsgefahr festzustellen. Die Vermeidung der mit der Missbrauchsgefahr einhergehenden Steuerumgehung stellt grundsätzlich einen Rechtfertigungsgrund dar. Jedoch ist darauf zu verweisen, dass Steuermindereinnahmen nicht als zwingender Grund des

⁶⁷⁵ Vgl. EuGH-Urteil vom 28.10.1999, Vestergaard, Rz. 25; EuGH-Urteil vom 21.11.2002, X und Y, Rz. 62f.

⁶⁷⁶ Vgl. Köhler, S., a.a.O., S. 672.

⁶⁷⁷ Vgl. Körner, A., Gestaltungsmöglichkeiten II, a.a.O., S. 262.

⁶⁷⁸ Siehe dazu Kapitel III 3 Rechtfertigung und Zielsetzung des § 8a KStG n.F., S. 30.

Allgemeininteresses anzusehen sind, mit dem eine Maßnahme gerechtfertigt werden kann, die grundsätzlich einer Grundfreiheit zuwiderläuft.⁶⁷⁹ So erfasst die Vorschrift des § 8a KStG nicht ausschließlich missbräuchliche Gestaltungen, sondern auch Situationen, in denen eine Muttergesellschaft aus verschiedenartigen Gründen ihren Sitz außerhalb der Bundesrepublik Deutschland hat. Da die darlehensgewährende Gesellschaft in jedem Fall – ggf. in dem Staat, in dem sie niedergelassen ist – der Besteuerung unterliegt, birgt die Fremdkapitalaufnahme als solche nicht zwingend die Gefahr einer betrügerischen, missbräuchlichen Steuerumgehung.⁶⁸⁰ Darüber hinaus gilt, dass den durch die Grundfreiheiten Begünstigten grundsätzlich die Verwirklichung sämtlicher ihnen zustehenden Freiheiten offen steht, einschließlich der Wahl der wirtschaftlichen Betätigung sowie der Ausnutzung von Regelungsunterschieden zwischen einzelnen Mitgliedstaaten, so dass in der grenzüberschreitenden Finanzierung pauschal keine Beeinträchtigung gesehen werden kann.⁶⁸¹ Aus der Rechtsprechung in der Rs. Lankhorst-Hohorst lässt sich auch ableiten, dass die Möglichkeit des Fremdvergleichs nicht ausreicht, um zu verhindern, dass auch Sachverhalte von einer Regelung erfasst werden, die nicht missbräuchlich sind. So wird darauf hingewiesen, dass im Streitfall ein Fremdvergleich auf Grund der Verlustsituation der Gesellschaft nicht hätte erbracht werden können, jedoch dennoch keine Missbrauchsgefahr bestanden hat.⁶⁸²

Weiterhin ist geltend zu machen, dass die Vorschrift des § 8a KStG in Anbetracht der nicht regelmäßig als missbräuchlich anzusehenden Vorschrift nicht als verhältnismäßig erachtet werden kann. Zu prüfen ist

⁶⁷⁹ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 36; EuGH-Urteil vom 16.06.1998, ICI, Rz. 28; EuGH-Urteil vom 06.06.2000, Verkooijen, Rz. 59; EuGH-Urteil vom 08.03.2001, Metallgesellschaft, Rz. 59; EuGH-Urteil vom 21.09.1999, Saint-Gobain, Rz. 51.

⁶⁸⁰ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 37f.; EuGH-Urteil vom 16.06.1998, ICI, Rz. 26. Dazu auch *Cordewener, A.*, in: *Lang, M.*, a.a.O., S. 52 – 55.

⁶⁸¹ Vgl. EuGH-Urteil vom 09.03.1999, Centros, Rz. 23 – 27.

⁶⁸² Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 37.

dabei die Geeignetheit und die Erforderlichkeit. So scheitert die Prüfung bereits an der Erforderlichkeit, da typisierende Vorschriften, wie die Vorschrift des § 8a KStG, grundsätzlich nicht als erforderlich gelten, da von diesen auch nicht missbräuchliche Gestaltungen betroffen sind und die Prüfung der Missbräuchlichkeit auf Grundlage des Einzelfalls zu erfolgen hat.⁶⁸³

Der Grundsatz der Einmalbesteuerung wurde in Zusammenhang mit dem Argument der Kohärenz von der deutschen Regierung als Rechtfertigung für den Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit angeführt. Der Grundsatz der Einmalbesteuerung wird von dem EuGH nicht als Rechtfertigungsgrund anerkannt; so erfasst die typisierende Regelung nicht ausschließlich Gestaltungen, die dazu dienen, die Einmalbesteuerung zu verhindern.⁶⁸⁴ Darüber hinaus ist die Forderung der Einmalbesteuerung gerade unter europäischen Gesichtspunkten kritisch zu beurteilen.⁶⁸⁵

Ferner kann die Wahrung der Kohärenz nicht als Rechtfertigungsgrund angeführt werden, da die fremdfinanzierte Gesellschaft aus der Anwendung der Vorschrift des § 8a KStG keinen Steuervorteil erzielt, der in Zusammenhang mit dem aus § 8a KStG resultierenden Nachteil steht und diesen ausgleichen könnte.⁶⁸⁶ Eventuell auf Ebene des Anteilseigners resultierende Vorteile können nicht dagegen gehalten werden, da Vorteil und Nachteil demselben Steuersubjekt zuzurechnen sein müssen. Darüber hinaus wäre die Maßnahme wiederum als unverhältnismäßig zu erachten sein.⁶⁸⁷

⁶⁸³ Ebenso *Körner, A.*, Gestaltungsmöglichkeiten II, a.a.O., S. 261.

⁶⁸⁴ Bereits in der deutschen Literatur wird der Grundsatz kritisch beurteilt, siehe dazu Kapitel V 2.1.1.1 Grundsatz der Einmalbesteuerung, S.6. Dazu auch *Cordewener, A.*, in: *Lang, M.*, a.a.O., S. 49f.

⁶⁸⁵ Siehe dazu Kapitel V 2.1.1.1 Grundsatz der Einmalbesteuerung, S. 107.

⁶⁸⁶ Vgl. EuGH-Urteil vom 11.08.1995, *Wielockx*, Rz. 23 – 25; EuGH-Urteil vom 14.11.1995, *Svensson und Gustavsson*, Rz. 18; EuGH-Urteil vom 26.10.1999, *Eurowings*, Rz. 44 – 46; EuGH-Urteil vom 06.06.2000, *Verkooijen*, Rz. 56 – 58; EuGH-Urteil vom 13.04.2000, *Baars*, Rz. 40.

⁶⁸⁷ Dazu auch *Cordewener, A.*, in: *Lang, M.*, a.a.O., S. 51.

Eine Rechtfertigung kann auch darin nicht gesehen werden, dass durch die Regelung des § 8a KStG auch inländische natürliche Personen als Konzernspitze gegenüber inländischen Kapitalgesellschaften diskriminiert werden, da diese keine geeignete Vergleichsgruppe darstellen. Als Vergleichsgruppe sind jeweils ausländische natürliche Personen und inländische natürliche Personen sowie ausländische Kapitalgesellschaften und inländische Kapitalgesellschaften heranzuziehen.⁶⁸⁸

4.3.1.3 Primäres Europarecht: Sachverhalte mit Drittlandsbezug

Auf Grund des erweiterten räumlichen und persönlichen Anwendungsbereichs können sich auch Angehörige von Drittstaaten innerhalb der EU auf die Kapitalverkehrsfreiheit berufen. Dies gilt sowohl in Inbound-Fällen, d.h. in Fällen einer darlehensgebenden Muttergesellschaft mit Sitz in einem Drittstaat mit EU-Tochtergesellschaft, als auch in Outbound-Fällen, d.h. in Fällen einer EU-Muttergesellschaft mit im Drittstaat ansässiger Tochtergesellschaft sowie in Fällen, in denen innergemeinschaftliche Kapitalbewegungen zwischen in Drittstaaten befindlichen Personen vorliegen.⁶⁸⁹ Da die Niederlassungsfreiheit hinsichtlich solcher Sachverhalte keine Anwendung findet, ist ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit entscheidungsrelevant zu prüfen.

Entsprechend früheren Ausführungen⁶⁹⁰ kommt Art. 58 Abs. 3 EGV nicht grundsätzlich ausschließende Wirkung zu. Jedoch ist festzustellen, dass auch bei Zulassung der sog. Stillhalteklausele nach der herrschenden Meinung in der Literatur die Regelung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung auf Grund der umfassenden Änderungen im Rahmen

⁶⁸⁸ Vgl. *Frotscher, G.*, Wirkungen, a.a.O., S. 385. Dazu auch *Holzaepfel, P., Köplin, M.*, in: *Erle, B., Sauter, T.*, a.a.O., Rz. 84. Zu beachten ist, dass die Bildung von Vergleichspaaren im Falle von Beschränkungen nicht erforderlich ist; siehe dazu Kapitel V 2.2.1.1 Grundlagen, S. 113.

⁶⁸⁹ Vgl. *Kessler, W., Eicker, K., Obser, R.*, a.a.O., S. 327.

des Steuersenkungsgesetzes und des Korb II inhaltlich nicht mehr den Rechtsvorschriften von vor dem 31.12.1993 entspricht, so dass sie nicht mehr unter dem Schutz der Ausnahmevorschrift des Art. 57 Abs. 1 EG steht.⁶⁹¹

Auch in Drittlandssachverhalten kann eine Ungleichbehandlung in grenzüberschreitenden Sachverhalten resultieren, da nur für inländische Konzernstrukturen die Möglichkeit besteht, eine Organschaft zu bilden.⁶⁹² Weiterhin kann die Vorschrift des § 8a KStG zu einer Ungleichbehandlung inländischer und ausländischer Anteilseigner führen, wenn im Ausland keine oder andere Unterkapitalisierungsvorschriften gelten und in Folge dessen unterschiedliche steuerliche Belastungen resultieren.⁶⁹³

Die Regelung führt damit jedenfalls zu einer Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit, da sie grenzüberschreitende Investitionen benachteiligt und die Möglichkeit von Unternehmen, sich ausländisches Kapital zu beschaffen weniger attraktiv macht.⁶⁹⁴

Zur Rechtfertigung des Verstoßes gegen die Grundfreiheit wird auf die Ausführungen im Zusammenhang mit EU-Sachverhalten⁶⁹⁵ verwiesen, da die für die Niederlassungsfreiheit hinzuzuziehenden Rechtfertigungsgründe auch hinsichtlich der Kapitalverkehrsfreiheit

⁶⁹⁰ Siehe Kapitel V 2.2.1.3 Kapitalverkehrsfreiheit, S. 122.

⁶⁹¹ Vgl. *Kessler, W, Eicker, K., Obser, R.*, a.a.O., S. 328; *Schnitger, A.*, Wirkungsgrenzen, a.a.O., S. 363. Dazu auch *Spengel, C., Golücke, M.*, a.a.O., S. 333; *Schnitger, A.*, Schlussantrag, a.a.O., S. 53; Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz vom 22.12.2003.

⁶⁹² Siehe dazu Kapitel VI 4 Beurteilung der spezifischen Regelungen nach Europarecht und Abkommensrecht, S. 168.

⁶⁹³ Vgl. *Kessler, W, Eicker, K., Obser, R.*, a.a.O., S. 328. Zu den steuerlichen Wirkungen und Vorbehalten und Zurechnung der Beschränkung siehe auch Kapitel V 4.3.1.2 Primäres Europarecht: EU-Sachverhalte, S. 186. Auf eine Abgrenzung der Beschränkung gegenüber einer Diskriminierung kann verzichtet werden.

⁶⁹⁴ Die Finanzverwaltung hatte hinsichtlich § 8a KStG a.F. jedoch bekundet, dass die Vorschrift weiterhin für nicht in der EU ansässige Anteilseigner anwendbar sei; Finanzministerium Hamburg vom 27.06.2003, DStR 2003, S. 1259.

⁶⁹⁵ Siehe Kapitel V 4.3.1.2 Primäres Europarecht:: EU-Sachverhalte, S. 186.

gelten. So kann das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes auch hinsichtlich des Verstoßes gegen die Kapitalverkehrsfreiheit abgelehnt werden.

4.3.1.4 Sekundäres Europarecht

Da auch nach der Änderung der Vorschrift des § 8a KStG im Rahmen des Steuervergünstigungsabbaugesetzes die Darlehensvergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen umqualifiziert werden und als solche auf der Ebene der Tochtergesellschaften der Körperschaftsteuer unterliegen, könnte nach den Aussagen des Generalbundesanwalts⁶⁹⁶ auch § 8a KStG n.F. gegen die MTRL verstoßen. So hat die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Vorschrift nicht zu einem Wegfall der durch den Generalanwalt in der Rs. Lankhorst-Hohorst aufgezeigten Verstöße geführt, da die auf die umqualifizierten Vergütungen entfallende Steuer als eine unzulässige Quellensteuer zu betrachten ist.⁶⁹⁷

Wiederum ist darauf hinzuweisen, dass ein Verstoß gegen die MTRL in Ländern, in denen keine Umqualifizierung der Vergütungen in Gewinnausschüttungen erfolgt, mangels Dividendeneigenschaft der Aufwendungen nicht vorliegt. Dies gilt in Gruppe 3 für: Dänemark, Niederlande, Großbritannien, Lettland, Litauen, Polen, Ungarn.

4.3.2 Beurteilung nach Abkommensrecht

Hinsichtlich eines Treaty overrides ist festzustellen, dass in dem Einführungsschreiben zu § 8a KStG vom 15.07.2004 ausgeführt ist, dass die Grundsätze der DBA zu beachten sind und § 8a KStG vorangehen. Unter Zugrundelegung der BFH-Rechtsprechung ist damit anzunehmen,

⁶⁹⁶ Vgl. Schlussanträge Mischo vom 26.10.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 100 – 120; Spengel, C., Golücke, M., a.a.O., S. 346.

⁶⁹⁷ Hinsichtlich dieser Frage wird auf die Ausführungen zu der französischen Regelung in Kapitel V. 4.2.1.4. Sekundäres Europarecht, S. 179 verwiesen.

dass ein Treaty Override durch die Vorschrift nicht gewollt war.⁶⁹⁸

Zu prüfen ist, ob die Neuregelung gegen das Trennungsprinzip der Art. 5 und 7 OECD-MA verstößt. § 8a KStG stellt zwar für die Begründung des Abzugsverbots der Zinszahlungen nicht mehr auf die Ansässigkeit des Gesellschafters ab; jedoch werden die Besteuerungsbefugnisse in grenzüberschreitenden Sachverhalten der Bundesrepublik auch nach dieser Regelung ausgeweitet. So nimmt die Tatsache, dass die Gesellschafter einer Tochtergesellschaft die Tatbestandsmerkmale des § 8a KStG erfüllen, Einfluss auf die Besteuerung der Tochtergesellschaft. Maßgeblich ist dabei nicht die Unterschiedlichkeit der Besteuerung inländischer oder ausländischer Gesellschafter, sondern die Tatsache, dass grundsätzlich Eigenschaften der Gesellschafter Bedeutung für die – auf Grund der Hinzurechnung der als Gewinnausschüttungen qualifizierten Vergütungen erhöhte – Besteuerung der Tochtergesellschaft haben. Infolge dieser Ausweitung der Befugnisse kann die kapitalempfangende Gesellschaft einer höheren inländischen Besteuerung unterliegen, als eine Gesellschaft, die Fremdkapital von einer als unabhängig anzusehenden Person erhält, so dass in grenzüberschreitenden Sachverhalten eine Doppelbesteuerung resultieren kann. Der Leistungsverkehr zwischen miteinander verbundenen Unternehmen im Bereich der Unternehmensfinanzierung wird durch die Vorschrift somit eingeschränkt, so dass diese gegen das abkommensrechtliche Trennungsprinzip verstößt.⁶⁹⁹

Die Vorschrift des § 8a KStG fällt grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 1 OECD-MA, da sie an die Verbundenheit von Unternehmen anknüpft. § 8a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1

⁶⁹⁸ Vgl. *Portner, R.*, a.a.O., S. 25; *Holzaepfel, P., Köplin, M.*, in: *Erle, B., Sauter, T.*, a.a.O., Rz. 59.

⁶⁹⁹ Vgl. zu § 8a KStG a.F. *Pott, M.*, a.a.O., S. 224; *Fassnacht, J.*, a.a.O., S. 100 – 105. Anders die Argumentation von *Baumgärtel, M.*, a.a.O., S. 283 – 285, wonach § 8a KStG a.F. gegen das Selbständigkeitsgebot verstößt, da der Leistungsverkehr zwischen verbundenen Unternehmen nicht anerkannt wird. *A. A. Janssen, B.*, *Ausgestaltung*, a.a.O., S. 224f., der keinen Verstoß gegen das Selbständigkeitsgebot sieht.

KStG lässt keinen Gegenbeweis und § 8a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KStG nicht generell den Drittvergleich als steuerbegünstigendes Tatbestandsmerkmal zu, sondern sieht ihn nur als Gegenbeweis gegen die typisierende Regelung vor. Die Gesetzesvorschrift versperrt damit in verschiedenen Fällen die Möglichkeit, einen Nachweis über die Echtheit des Darlehens zu erbringen. Somit kann die Abzugsbeschränkung Gewinnberichtigungen bewirken, die über den Drittvergleichsmaßstab hinausgehen, da die Anwendungsvoraussetzungen derart konzipiert sind, dass auch Fälle marktkonformen Handelns erfasst werden, d.h. auch Darlehen, die zu gleichen Konditionen von Dritten vergeben worden wären.⁷⁰⁰ Bezug nehmend auf die zur vorherigen Fassung des § 8a KStG ergangene Literatur ist damit festzustellen, dass sie gegen Art. 9 Abs. 1 OECD-MA verstößt, da sie teilweise die Möglichkeit eines Drittvergleichs versperrt und teilweise lediglich die Möglichkeit eröffnet, einen Gegenbeweis durch Fremdvergleich zu führen, wohingegen Art. 9 Abs. 1 OECD-MA den Drittvergleich als steuerbegründendes Tatbestandsmerkmal verlangt.⁷⁰¹ Nach Auffassung der OECD soll es zwar ausreichen, wenn eine nationale Vorschrift ein festes FK-/EK-Verhältnis und dabei gleichzeitig eine Toleranzgrenze vorsieht, innerhalb derer die Möglichkeit eines Fremdvergleichs besteht. Da aber die Vorschrift des § 8a KStG nicht auf das gesamte, sondern lediglich auf das anteilige Eigen- und Fremdkapital abstellt, sind auch diese Voraussetzungen nicht erfüllt.⁷⁰² Soweit § 8a KStG eine Gewinnberichtigung über den Fremdvergleich hinaus vorsieht, liegt somit

⁷⁰⁰ Auch in Holdingfällen und in Fällen nachgelagerter Personengesellschaften ist der Fremdvergleich lediglich im Rahmen des § 8a Abs. 1 KStG als Gegenbeweis zugelassen, so dass die Ausführungen entsprechend gelten.

⁷⁰¹ Vgl. zu § 8a KStG a.F., der die gleiche Gewinnberichtigungsregelung vorsah, *Bartone, R.*, a.a.O., S. 141; *Herzig, N.*, Standortsicherungsgesetz, a.a.O., S. 110 – 113; *Portner, R.*, a.a.O., S. 25; *Baumgärtel, M.*, a.a.O., S. 286; *Fassnacht, J.*, a.a.O., S. 95. So sind nicht die Darlehensbedingungen selber Gegenstand des § 8a KStG, sondern die Art der Kapitalausstattung, vgl. *Knobbe-Keuk, B.*, Entwurf, a.a.O., S. 640. A. A. bspw. *Zimmermann, H.*, Deutschland, CDDFI, a.a.O., S. 458.

⁷⁰² Vgl. zu § 8a KStG a.F. *Bartone, R.*, a.a.O., S. 141; *Wassermeyer, F.*, in: *Debatin, H.*, *Wassermeyer, F.*, a.a.O., Art. 9, Rz. 109. A. A. *Portner, R.*, a.a.O., S. 27.

ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 OECD-MA vor.⁷⁰³

Ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 OECD-MA ist auch hinsichtlich der Vorschrift des § 8a Abs. 6 KStG zu prüfen. So erfolgt die Umqualifizierung der Zinsen in verdeckte Gewinnausschüttungen im Falle des § 8a Abs. 6 KStG ohne die Möglichkeit eines entlastenden Drittvergleichs. Dies legt einen Verstoß gegen die Schrankenwirkung des Art. 9 Abs. 1 OECD-MA nahe. Soweit in anderen Ländern der Gruppe 4 kein Fremdvergleich möglich ist, liegt generell ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 OECD-MA vor.⁷⁰⁴ Beispielsweise Großbritannien ermöglicht dagegen stets einen Fremdvergleich, unabhängig von dem bestehenden FK-/EK-Verhältnis; ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 OECD-MA der britischen Vorschrift kann damit ausgeschlossen werden.

Hinsichtlich der Frage, ob die Umqualifizierung der Zinsen nach Art. 11 Abs. 3 OECD-MA zulässig ist, sind die abkommensrechtlichen Begriffsdefinitionen zu prüfen. Ein Verstoß gegen Art. 10 und 11 OECD-MA liegt vor, sofern durch § 8a KStG eine Umqualifizierung von Darlehenszinsen vorgenommen wird, obwohl auch ein fremder Dritter ein entsprechendes Darlehen gewährt hätte, da die Darlehensvergabe in diesem Fall nicht gesellschaftlich veranlasst ist. Die Vorschrift des § 8a KStG sieht in bestimmten Fällen die Möglichkeit eines Drittvergleichs vor; so im Rahmen des Safe Havens bei erfolgsunabhängiger Vergütung. Für Darlehen mit gewinnabhängiger Vergütung besteht dagegen die Möglichkeit eines Fremdvergleichs nicht. Die Umqualifizierung der Zinsen ist folglich abkommensrechtlich unzulässig, soweit die Umqualifizierung auch in Fällen erfolgt, in denen ein

⁷⁰³ Zu dem gleichen Ergebnis kommt *Frotscher*, jedoch mit der Begründung, dass § 8a KStG nur solche Fremdkapitalvergütungen betrifft, die dem Drittvergleich standhalten, da andernfalls ein Fall des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG vorläge; *Frotscher, G.*, in: *Frotscher, G., Maas, E.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 4. Dieser Ansicht ist in Anbetracht der abweichenden Abgrenzung zwischen § 8a KStG und § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG nicht zu folgen; siehe dazu Kapitel III 5.1 Systematische Einordnung des § 8a KStG und Abgrenzung gegenüber anderen Regelungen, S. 39.

⁷⁰⁴ Ein Fremdvergleich ist in Lettland, Niederlande, Tschechien und Ungarn nicht vorgesehen; siehe dazu Kapitel IV 2.1.25 Schematischer Überblick über die internationalen Regelungen, S. 82.

Fremdvergleich möglich gewesen wäre, gesetzlich jedoch ausgeschlossen ist.⁷⁰⁵ Damit liegt zumindest teilweise ein Verstoß gegen Art. 11 Abs. 3 OECD-MA vor.⁷⁰⁶ Soweit in anderen Ländern der Gruppe 4 keine Umqualifizierung der Zinsen in Gewinnausschüttungen erfolgt, liegt kein Verstoß gegen Art. 11 Abs. 3 OECD-MA vor.⁷⁰⁷ Andererseits liegt ein Verstoß gegen die Vorschrift in Ländern nicht vor, in denen die Regelungen stets einen Fremdvergleich zulassen, z.B. in Großbritannien.

Das Verbot der Diskriminierung nicht ansässiger Empfänger von Betriebsausgaben des Art. 24 Abs. 4 OECD-MA hindert den Staat der kapitalempfangenden Gesellschaft daran, Zinszahlungen nach innerstaatlichen Regelungen als Dividenden zu behandeln und damit nicht zum Abzug zuzulassen, wenn die dies begründenden Regelungen mit Art. 9 Abs. 1 OECD-MA nicht vereinbar sind. Fraglich ist dabei zunächst, ob die durch § 8a KStG resultierende steuerliche Mehrbelastung in grenzüberschreitenden Sachverhalten ihre Ursache in der Ansässigkeit des Gesellschafters im Ausland hat. Da ausländische fremdkapitalgewährende Muttergesellschaften bei Ansässigkeit im Inland unbeschränkt steuerpflichtig wären, könnten die gegenüber inländischen Muttergesellschaften belastenderen Steuerfolgen beispielsweise durch Begründung einer Organschaft vermieden werden und die Entgelte bei Fremdkapitalaufnahme von dritter Seite als Betriebsausgaben abgezogen werden. Darüber hinaus hat auch die Tatsache, dass die Ausgleichsmechanismen des § 8b KStG in grenzüberschreitenden Sachverhalten keine Anwendung finden, zumindest indirekt in der

⁷⁰⁵ Daran ändert auch die Einführung einer Freigrenze i.H.v. 250.000 € nichts, da sie eine starre Grenze darstellt; vgl. *Holzaepfel, P., Köplin, M.*, in: *Erle, B., Sauter, T.*, a.a.O., Rz. 381.

⁷⁰⁶ Die neuere deutsche Abkommenspraxis versucht das Problem durch Sonderbestimmungen zu klären; *Pöllath, R.*, in: *Vogel, K.*, DBA-Kommentar, a.a.O., Art. 11, Rz. 63. Darauf soll in der vorliegenden Arbeit nicht eingegangen werden.

⁷⁰⁷ Die Regelungen in Dänemark, Großbritannien, Lettland, Litauen, Niederlande, Polen, Tschechien und Ungarn sehen nicht die Umqualifizierung der Zinsen in verdeckte Gewinnausschüttungen vor, siehe dazu Kapitel IV 2.1.25 Schematischer Überblick über die Regelungen, S. 82.

Ansässigkeit der Gesellschafter ihre Ursache. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Vorschrift des Art. 24 Abs. 4 OECD-MA nicht auf die Rechtsfolgen seitens der ausländischen Gesellschafter der Gesellschaft abzielt, sondern auf die Abziehbarkeit der Betriebsausgaben auf Ebene der darlehensempfangenden Gesellschaft. Diese Abziehbarkeit der Betriebsausgaben ist grundsätzlich durch § 8a KStG für Gesellschaften mit inländischen und ausländischen Gesellschaftern gleichermaßen geregelt; hinsichtlich der Umqualifizierung der Zinsen in Dividenden wird nicht abstellend auf die Ansässigkeit der Gesellschafter unterschieden; lediglich die Rechtsfolgen seitens der Gesellschafter unterscheiden sich. Die steuerliche Behandlung der umqualifizierten Vergütungen seitens der Gesellschafter fällt jedoch nicht in den Schutzbereich der Vorschrift, so dass kein Verstoß gegen Art. 24 Abs. 4 OECD-MA vorliegt.⁷⁰⁸

In Anlehnung an die Argumentation in Zusammenhang mit Art. 24 Abs. 4 OECD-MA ist festzustellen, dass kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 24 Abs. 5 OECD-MA vorliegt.⁷⁰⁹

4.4 Gruppe 5: Musterland Spanien

4.4.1 Allgemeines

Die spanische Vorschrift fällt in den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit, nicht jedoch in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit, da ausschließlich Drittlandssachverhalte erfasst werden. Eine Unterscheidung zwischen EU- und Drittlandssachverhalten ist nicht vorzunehmen.

⁷⁰⁸ A.A. zu § 8a KStG a.F. *Bartone, R.*, a.a.O., S. 146; *Janssen, B.*, Ausgestaltung, a.a.O., S. 219.

⁷⁰⁹ Die Vorschrift des Art. 24 Abs. 4 OECD-MA hat grundsätzlich Vorrang vor Art. 24 Abs. 5 OECD-MA. Siehe zu § 8a KStG a.F. *Baumgärtel, M.*, a.a.O., S. 300; *Pöllath, R.*, Fremdfinanzierung, FR 1980, S. 432.

4.4.2 Beurteilung nach Europarecht

4.4.2.1 Primäres Europarecht

Ziel der Gesetzesänderung im spanischen Steuerrecht war, die Regelung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung an die europarechtlichen Vorgaben – insbesondere das EuGH-Urteil in der Rs. Lankhorst-Hohorst – anzupassen. Zu prüfen ist dabei im Folgenden, ob dieses Ziel erfüllt wurde.

Hinsichtlich Art. 58 Abs. 3 EGV ist festzustellen, dass selbst bei Anwendung der sog. Stillhalteklausele die Regelung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung auf Grund der umfassenden Änderungen als Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH inhaltlich nicht mehr den Rechtsvorschriften von vor dem 31.12.1993 entspricht, so dass sie in jedem Fall nicht mehr in den Schutzbereich der Ausnahmevorschrift des Art. 57 Abs. 1 EG fällt.⁷¹⁰

Die spanische Regelung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung fällt in den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit, da die Kapitalaufnahme von Gesellschaften betroffen ist.⁷¹¹ Festzustellen ist, dass auch die spanische Vorschrift gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstößt, da diese in Abhängigkeit von dem ausländischen Steuersystem gegenüber rein inländischen bzw. europäischen Finanzierungsstrukturen einer höheren steuerlichen Belastung unterworfen werden. So ist die spanische Vorschrift ausschließlich auf Vergütungen für Fremdkapital anwendbar, das einer spanischen Gesellschaft von einem Anteilseigner in einem Drittstaat überlassen wird. Dies führt zu einer unterschiedlichen steuerlichen Behandlung, je nachdem ob der Gesellschafter des

⁷¹⁰ Vgl. Kessler, W., Eicker, K., Obser, R., a.a.O., S. 328; Spengel, C., Golücke, M., a.a.O., S. 333; Schnitger, A., Schlussantrag, a.a.O., S. 53.

⁷¹¹ Dies gilt, sofern das Fremdkapital unter die als Auslegungshilfe heranzuziehende Nomenklatur der Kapitalverkehrsfreiheit fällt, d.h. insbesondere für langfristig gewährtes Fremdkapital. Kurzfristig gewährtes Fremdkapital, das von der spanischen Regelung erfasst wird, fällt damit nicht in den Schutzbereich. Siehe dazu Kapitel V 2.2.1.3 Kapitalverkehrsfreiheit, S. 122.

Kapitalempfängers im Inland bzw. Europa oder im Drittstaat seinen Sitz hat; während Vergütungen an inländische bzw. europäische Gesellschafter als Betriebsausgaben abziehbar sind, werden Vergütungen an Drittstaaten-Gesellschafter als Gewinnausschüttungen besteuert. So wird der grenzüberschreitende Kapitaltransfer jedenfalls beschränkt, da er gegenüber inländischem, bzw. innereuropäischem Transfer von Kapital weniger attraktiv wird und somit die Kapitalbeschaffung inländischer Unternehmen durch Unternehmen, die außerhalb der EU ansässig sind, erschwert wird. Dies führt zumindest zu einer Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit. In Anlehnung an die Rechtsprechung in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst ist damit von einer Beschränkung der Grundfreiheit auszugehen; ob auch eine versteckte Diskriminierung vorliegt, kann in Anbetracht der Ähnlichkeit der Prüfung dahingestellt bleiben.⁷¹²

Eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit und damit ein Verstoß gegen Europarecht kann darüber hinaus bereits darin gesehen werden, dass ausschließlich Ausländer aus Drittstaaten im Falle einer Fremdfinanzierung prüfen müssen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der Unterkapitalisierungsregelungen erfüllt sind, wohingegen Anteilseigner aus EU-Mitgliedstaaten oder dem Inland solche Bemühungen von vorneherein unterlassen können.

Zu prüfen ist, ob zur möglichen Rechtfertigung der Vorschrift zwingende Gründe des Allgemeininteresses, insbesondere die Gewährleistung der Kohärenz des Steuersystems herangezogen werden können. Bezug nehmend auf die Rechtsprechung in der Rs. Lankhorst-Hohorst und die Ausführungen in Zusammenhang mit der französischen und der deutschen Regelung die Kohärenz des Steuersystems als Rechtfertigungsgrund abzulehnen, da demselben Steuerpflichtigen, dem aus der Besteuerung nach der Unterkapitalisierungsvorschrift ein

⁷¹² Im Folgenden sollen die im Rahmen der Rechtsprechung in der Rs. Lankhorst-Hohorst vorgetragene Rechtfertigungsgründe geprüft werden; auf die gesetzlichen Rechtfertigungsgründe soll nicht weiter eingegangen werden. Zur Abgrenzung von Diskriminierungen und Beschränkungen siehe Kapitel V 2.2.1.1 Grundlagen, S. 113.

Nachteil erwächst, nicht ein Steuervorteil aus der Anwendbarkeit erwächst. Ebenso kann die Verhinderung von Rechtsmissbrauch nicht als Rechtfertigung dienen, da die Argumentation, dass Steuermindereinnahmen erzielt werden, nicht als zulässiger Rechtfertigungsgrund dient und auch die auf Typisierungen basierende spanische Vorschrift nicht ausschließlich missbräuchliche bzw. rein künstliche Strukturen erfasst, für die es nicht auch wirtschaftliche Gründe geben kann.

4.4.2.2 Sekundäres Europarecht

Da die Umqualifizierung nach den Regelungen zur Unterkapitalisierung nur gegenüber Drittstaaten erfolgt, liegt kein Verstoß gegen die MTRL vor. Dies gilt auch für die anderen Länder der Gruppe 5.

4.4.3 Beurteilung nach Abkommensrecht

Zu prüfen ist das Trennungsprinzip des Art. 5 und Art. 7 OECD-MA. In von der spanischen Vorschrift betroffenen Sachverhalten wird zwar die kapitalempfangende inländische Gesellschaft nicht zur Betriebsstätte des im Drittland ansässigen ausländischen Gesellschafters, jedoch wird ein den Gesellschafter auszeichnendes Merkmal, nämlich seine Ansässigkeit in einem Drittland, für den Umfang der Besteuerung der Kapitalgesellschaft entscheidend. Die Tatsache, dass der Gesellschafter nicht in der EU ansässig ist, führt damit zu einer höheren steuerlichen Belastung der Tochter-Kapitalgesellschaft. Es ist folglich festzustellen, dass auch die spanische Unterkapitalisierungsvorschrift gegen das Trennungsprinzip oder das Selbständigkeitsgebot des Abkommensrechts verstößt, da die Besteuerung des Kapitalgebers im Wohnsitz-/ Sitzstaat ausgehöhlt wird.⁷¹³

Die spanische Vorschrift fällt grundsätzlich in den Anwendungsbereich

⁷¹³ Siehe die Argumentation zu der französischen und deutschen Regelung.

des Art. 9 OECD-MA, da sie an die Verbundenheit von Unternehmen anknüpft und zu einer Gewinnerhöhung seitens der darlehensgewährenden Gesellschaft führt. Da die spanische Vorschrift nicht generell den Drittvergleich als steuerbegünstigendes Tatbestandsmerkmal vorsieht, sondern lediglich bei Beantragung eines erweiterten Safe Havens, ist festzustellen, dass sie gegen Art. 9 Abs. 1 OECD-MA verstößt.⁷¹⁴ So wird der Arm's-length-Grundsatz weder durch Ausgestaltung eines Safe Havens erfüllt noch durch eine Einzelfallregelung, die die Gewinnerhöhung nach Maßgabe des Art. 9 Abs. 1 OECD-MA erzielt, wie durch den OECD-Bericht vorgesehen. Folglich kann es durch die spanische Regelung zu einer über den Fremdvergleich hinausgehende Gewinnerhöhung und damit zu einem Verstoß gegen Abkommensrecht kommen.

Eine Umqualifizierung von Zinsen in Dividenden ist nach Art. 10 und 11 OECD-MA abkommensrechtlich zulässig, wenn die Darlehensvergabe nicht dem Fremdvergleich standhält. Der Fremdvergleich ist in der spanischen Regelung grundsätzlich nicht vorgesehen, lediglich im Falle einer förmlich zu beantragenden Sondervereinbarung für die Ausweitung des Safe Havens. Innerhalb bestimmter FK-/EK-Relationen ist davon auszugehen, dass ein Fremdvergleich möglich ist und ein Darlehen auch von fremden Dritten gewährt worden wäre. Das unschädliche Fremdkapital nach der spanischen Regelung ist bei einem FK-/EK-Verhältnis von 3:1 im europäischen Vergleich relativ hoch. Innerhalb dieser Grenze liegt kein Verstoß gegen Art. 10 und 11 des OECD-MAs vor. Soweit über die Tatbestandsvoraussetzungen und insbesondere das feste FK-/EK-Verhältnis hinaus ein Fremdvergleich möglich wäre, verstößt jedoch auch die spanische Regelung gegen die Art. 10 und 11 des OECD-MA.⁷¹⁵

Weiterhin ist das Verbot der Diskriminierung nicht ansässiger Empfänger

⁷¹⁴ Vgl. *Cusí, J.*, a.a.O.

⁷¹⁵ Siehe zu der Argumentation die Ausführungen zu der französischen und der deutschen Regelung.

von Betriebsausgaben des Art. 24 Abs. 4 OECD-MA zu prüfen. Die spanische Regelung schafft einen Vergleichstatbestand, der eine kleine Gruppe von Gesellschaften, die durch im Drittland ansässige Gesellschafter fremdfinanziert werden, hinsichtlich der Abziehbarkeit der Vergütungen genauso behandelt wie ausländische Steuerpflichtige. Die Abziehbarkeit der Vergütungen hängt nach der spanischen Regelung somit davon ab, ob diese an einen Anteilseigner im Drittland oder in der EU ausgezahlt werden. Dieses Differenzierungsmerkmal ist jedoch, da es zumindest indirekt auf die Ansässigkeit des Anteilseigners abstellt, nicht zulässig. Demzufolge liegt ein Verstoß gegen Art. 24 Abs. 4 OECD-MA vor.⁷¹⁶ Auch liegt – wie früher festgestellt – ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 OECD-MA vor, so dass dementsprechend ein Verstoß gegen Art. 24 Abs. 4 OECD-MA gegeben ist.⁷¹⁷

Die Vorschrift des Art. 24 Abs. 5 OECD-MA ist hinsichtlich der Abziehbarkeit der Zinsen als Betriebsausgaben als subsidiär gegenüber Art. 24 Abs. 5 OECD-MA zu betrachten und damit unbeachtlich.⁷¹⁸

4.5 Exkurs: USA: Beurteilung nach Abkommensrecht

Auch die sich aus den amerikanischen Vorschriften ergebende Abzugsbeschränkung steht in der Kritik, nicht mit den US-Doppelbesteuerungsabkommen vereinbar zu sein.⁷¹⁹ Im Gegensatz zum deutschen Steuerrecht haben die Doppelbesteuerungsabkommen in den USA jedoch keinen Vorrang vor innerstaatlichem Recht.⁷²⁰ So wird in

⁷¹⁶ Siehe dazu die Argumentation zu der französischen Regelung, Kapitel VI 4.2.2 Beurteilung nach Abkommensrecht, S. 180.

⁷¹⁷ Dies entspricht im Ergebnis dem BFH-Urteil vom 29.01.2003, nach dem Art. 24 Abs. 4 OECD-MA entsprechend den Vorschriften des EG-Vertrages auszulegen ist. Siehe dazu Kapitel V 2.3.5 Verbot der Diskriminierung nicht ansässiger Empfänger von Betriebsausgaben (Art. 24 Abs. 4 OECD-MA), S.147.

⁷¹⁸ Siehe dazu die Argumentation zu der französischen Regelung, Kapitel VI 4.2.2 Beurteilung nach Abkommensrecht, S. 180.

⁷¹⁹ Vgl. *Blumenberg, J.*, a.a.O., S. 318 – 338; *Hey, F.*, US-Steuergesetz 1989, RIW 1990, S. 120 – 122.

⁷²⁰ Sec. 7852 (d).

Sec. 7853(d) weder innerstaatlichem Recht noch Abkommensrecht Vorrang eingeräumt. Hinsichtlich der Earnings-Stripping-Rule hat der US-Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Abzugsbeschränkung ein uneingeschränkter Vorrang gegenüber US-Abkommensrecht eingeräumt wird, d.h. auch im Falle einer abkommensrechtlichen Diskriminierung.⁷²¹ Auf Grund dieses Treaty overrides kommt der Frage der Diskriminierung in den USA wenig praktische Bedeutung zu.

Zu prüfen ist das Trennungsprinzip der Art. 5 und 7 OECD-MA. Auch das generelle Abzugsverbot der Vergütungen unter den Voraussetzungen der Earnings Strippings Limitations führt zur steuerlichen Nichtanerkennung von Fremdkapital, das die Gesellschaft auch von außenstehenden Dritten erhalten hätte. Infolgedessen wird ein dem Gesellschafter zuzurechnendes Merkmal dazu herangezogen, über den Umfang der Besteuerung der Kapitalgesellschaft zu entscheiden. So führt die Tatsache, dass der Anteilseigner einer kapitalempfangenden Gesellschaft in den USA keiner oder einer reduzierten Besteuerung unterliegt, zu einer höheren steuerlichen Belastung der US-Gesellschaft. Damit verstößt die Vorschrift gegen das Trennungsprinzip des Abkommensrechts.

Weiterhin ist zu prüfen, ob ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 OECD-MA vorliegt. Die US-Finanzverwaltung vertritt die Auffassung, dass die Vorschrift nicht gegen den arm's length Grundsatz verstößt, weil der Zinsabzug nicht endgültig, sondern nur vorübergehend versagt würde, und zwar solange die Schuldnergesellschaft nicht angemessen kapitalisiert sei.⁷²² Jedoch ist diese Ansicht unzutreffend, da für den Steuerpflichtigen auch bei ggf. nur vorübergehend geltendem Abzugsverbot eine steuerliche Mehrbelastung entsteht.⁷²³ Die amerikanischen Vorschriften sehen nicht die Möglichkeit vor, einen

⁷²¹ Vgl. *Blumenberg, J.*, a.a.O., S. 327.

⁷²² Vgl. ebenda, S. 301.

⁷²³ Vgl. ebenda, S. 301.

Drittvergleich zu erbringen, um die Anwendbarkeit der Regelungen abzuwehren. Auch eröffnet die typisierende Regelung, so beispielsweise der feste Safe Haven von 1,5:1, keinen anerkannten Fremdvergleichs-Standard. So werden auch Darlehen erfasst, die zu gleichen Konditionen von Dritten vergeben worden wären. Da somit auch die US-Vorschrift Gewinnberichtigungen bewirken kann, die über den Drittvergleichsmaßstab hinausgehen, verstößt auch diese Vorschrift gegen Art. 9 Abs. 1 OECD-MA.

Ein Verstoß gegen Art. 11 Abs. 3 OECD-MA liegt mangels Umqualifizierung der Zinsen in Dividenden nicht vor.

Art. 24 Abs. 4 OECD-MA regelt die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für abzugsfähige Zinszahlungen. Da die US-Regelung hauptsächlich grenzüberschreitende Finanzierungsstrukturen betrifft, wird der Zinsabzug in grenzüberschreitenden Sachverhalten nicht unter den gleichen Bedingungen zugelassen, wie in rein inländischen Sachverhalten. Da die Anwendbarkeit der Earnings Stripping Regeln durch Verlagerung der Ansässigkeit des Zahlungsempfängers in die USA vermieden werden könnte, liegt ein Verstoß gegen Art. 24 Abs. 4 OECD-MA vor.⁷²⁴ Die Tatsache, dass die Earnings-Stripping-Regelung auch auf inländische gemeinnützige Vereinigungen Anwendung findet, ist aufgrund unterschiedlicher Motivation der Besteuerung unbeachtlich: im Falle der inländischen gemeinnützigen Vereinigungen abhängig von der Tätigkeit der Organisation, im Falle der ausländischen Anteilseigner vom Wohnsitz.⁷²⁵ Eine Berufung auf Art. 9 Abs. 1 OECD-MA ist nicht möglich, da ein Verstoß gegen diese Vorschrift vorliegt.

Ein Verstoß gegen die gegenüber Art. 24 Abs. 4 OECD-MA subsidiär

⁷²⁴ Dazu auch *Hufbauer, G., Assa, A.*, a.a.O., S. 8; *Flick, H.*, a.a.O., S. 804; *Blumenberg, J.*, a.a.O., S. 331.

⁷²⁵ Vgl. *Flick, H.*, a.a.O., S. 804.

geltenden Vorschrift des Art. 24 Abs. 5 OECD-MA ist unbeachtlich.⁷²⁶

5 Zusammenfassung der Ergebnisse

Die vorstehende Analyse der internationalen Vorschriften hat ergeben, dass sämtliche bestehende Regelungen ähnliche Probleme hinsichtlich allgemeiner Grundsätze im deutschen Steuerrecht aufwerfen. So entstehen regelmäßig Kollisionen mit dem Gleichheitsgrundsatz sowie dem Trennungsprinzip und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Darüber hinaus konnte festgestellt werden, dass sowohl die französische als auch die spanische und die weit reichende deutsche Regelung Konzerne mit ausländischen Anteilseignern im Falle der Fremdfinanzierung steuerlich stärker belastet als inländische Gesellschaftskonzerne, woraus in bestimmten Sachverhalten ein Verstoß dieser Regelungen gegen Europarecht resultiert. Dies kann nicht zuletzt aus der Rechtsprechung in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst abgeleitet werden. So wird die grenzüberschreitende Fremdfinanzierung durch die Regelungen in bestimmten Sachverhalten zumindest beschränkt, da sie gegenüber rein inländischen bzw. europäischen Strukturen weniger attraktiv wird. Darüber hinaus wurde festgestellt, dass sämtliche Regelungen mit abkommensrechtlichen Grundsätzen kollidieren. So führen die internationalen Regelungen regelmäßig zu einem Verstoß gegen das abkommensrechtliche Trennungsprinzip sowie Gewinnberichtigungsbestimmungen und die abkommensrechtlichen Diskriminierungsverbote.

⁷²⁶ Vgl. *Blumenberg, J.*, a.a.O., S. 331.

VII Lösungsvorschläge zur internationalen Regelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung

1 Einleitung

Wie in den vorigen Kapiteln aufgezeigt, verstoßen sämtliche international bestehenden Regelungen sowohl gegen allgemeine steuerliche Grundsätze als auch gegen Europa- und Abkommensrecht. In Anbetracht dieses Ergebnisses erscheint es problematisch, eine Regelung zu schaffen, die auf sämtlichen Ebenen zu einer optimalen Lösung führt. Wie bereits ausgeführt, hat sich der Gesetzgeber im Laufe der Entstehungsgeschichte des § 8a KStG aus verschiedenen Gründen, insbesondere da der Problematik der Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach der Rechtsprechung nicht durch bestehende Regelungen Einhalt zu gebieten war, dazu veranlasst gefühlt, eine gesetzliche Lösung der Problematik herbeizuführen.⁷²⁷ Wie aus der vorangehenden Untersuchung resultiert, ist dies jedoch aus europarechtlichen sowie aus allgemein steuerlichen und abkommensrechtlichen Gründen höchst problematisch, da die Regelung des § 8a KStG zumindest bei derzeitiger Ausarbeitung der internationalen Regelungen stets sowohl gegen allgemeine steuerliche Grundsätze als auch gegen Europarecht und Abkommensrecht verstößt.

Das Problem liegt grundsätzlich darin, dass übermäßige Fremdfinanzierung für den Staat, in dem die zahlende Gesellschaft ansässig ist, zur Minderung seines Steueraufkommens führen kann. Verständlich ist auch, dass dieser Staat derartigem Vorgehen gegenzusteuern sucht. Jedoch ist es auch nachvollziehbar und berechtigt, dass Gesellschafter die steuerlich günstigste Finanzierungsform für ihre Beteiligungsgesellschaft wählen. Da jedoch

⁷²⁷ Siehe dazu Kapitel III 2 Entstehung des § 8a KStG n.F., S.26 sowie die Ausführungen zur Finanzierungsfreiheit in Kapitel VI 3.1.2. Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, S.157.

insbesondere die Grundfreiheiten des EG-Vertrages auf Grund der rigiden Rechtsprechung des EuGH einen immer unvermeidbareren Maßstab für das nationale Steuerrecht darstellen, sollte für die Regelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung eine Lösung gefunden werden, die zumindest diesen Vorgaben gerecht wird. Diesbezüglich muss berücksichtigt werden, dass aus Sicht der europäischen Gemeinschaft grundsätzlich gleichgültig ist, in welchem Mitgliedstaat die steuerliche Belastung entsteht, solange in irgendeinem – egal welchem – Mitgliedstaat der Gemeinschaft Steuern gezahlt werden. So wird der EuGH nicht von einer Steuerumgehung ausgehen, solange die Vergütungen für Fremdkapital in der EU der Besteuerung unterworfen werden. Dies gilt insbesondere in Anbetracht der Tatsache, dass die Körperschaftsteuersätze zumindest in den Kern-EU-Mitgliedstaaten vergleichbar sind⁷²⁸. Darüber hinaus sollten die Regierungen der EU-Mitgliedstaaten angesichts des steigenden Harmonisierungsbestrebens des EuGH erneut über einen Verteilungskonflikt innerhalb der EU nachdenken und versuchen, gemeinsam europarechtskonforme Lösungen zu finden.

Im folgenden Kapitel soll zunächst der Stand und die Notwendigkeit der Steuerharmonisierung thematisiert werden. Anschließend werden verschiedene Lösungsansätze für die Problematik der Gesellschafter-Fremdfinanzierung vorgestellt und kritisch beurteilt werden. Abschließend wird ein eigener Lösungsvorschlag ausgearbeitet und eine Beurteilung nach allgemeinen steuerlichen Grundsätzen sowie unter europa- und abkommensrechtlichen Grundsätzen vorgenommen.

⁷²⁸ Belgien 33%, Dänemark 30%, Deutschland 25%, Estland 35%, Finnland 29%, Frankreich 34%, Griechenland 35%, Großbritannien 30%, Irland 20%, Italien 33%, Lettland 15%, Litauen 15%, Luxemburg 22%, Malta 35%, Niederlande 29% und 34,5%, Österreich 34%, Polen 19%, Portugal 25%, Schweden 28%, Slowakei 19%, Slowenien 25%, Spanien 35%, Tschechien 28%, Ungarn 16%, Zypern 10%. Siehe dazu im Einzelnen European Tax Handbook, 2004.

2 Steuerharmonisierung in der EU

2.1 Allgemeines

Die Notwendigkeit und das Ausmaß der Harmonisierung der Steuersysteme in der EU wird bereits seit Beginn der Integrationsbemühungen kontrovers diskutiert. Die Harmonisierung im Bereich der indirekten Steuern ist in Art. 90-93 EGV festgelegt; ein entsprechender Harmonisierungsauftrag für direkte Steuern ist im EGV jedoch nicht vorgesehen. Die Steuerhoheit verbleibt nach dem Willen des EG-Vertrages grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten.⁷²⁹ Jedoch lassen sich aus den rechtlichen Grundlagen des Binnenmarktes und den Wettbewerbsregelungen zumindest Anhaltspunkte für die Harmonisierung auch der direkten Steuer ableiten.⁷³⁰ So kann sowohl aus den primärrechtlichen Grundlagen, beispielsweise den Grundfreiheiten, als auch aus sekundärrechtlichen Diskriminierungsverboten, beispielsweise der MTRL, ein Harmonisierungsbestreben abgeleitet werden.⁷³¹

Seit den 90er Jahren bilden den Ausgangspunkt der Diskussion die Ergebnisse des sog. Ruding-Ausschusses, die im Jahre 1992 vorgestellt wurden.⁷³² Die Ergebnisse der Arbeit bestätigen den bestehenden Harmonisierungsbedarf auf dem Gebiet der Unternehmenssteuerharmonisierung. Die Empfehlungen wurden von der Kommission akzeptiert.⁷³³ Dabei wurde grundsätzlich die Ansicht

⁷²⁹ Vgl. Hey, J., a.a.O., S. 80.

⁷³⁰ Vgl. Winner, H., a.a.O., S. 30 – 36.

⁷³¹ Vgl. ebenda, S. 36 – 38; Hey, J., a.a.O., S. 85f.

⁷³² Siehe zum Ruding-Report bspw. Förster, J., EG-Kommission, IWB Gruppe 2, Nr. 15, 1992, S. 69 – 74; Möhrle, U., Harmonisierung, IWB, Gruppe 2, Fach 11, Nr. 9, 1992, S. 63; Wingert, K., EG-Recht, IWB, Fach 11, Gruppe 2, Heft Nr. 1, 1993, S. 113 – 122. Schon 1962 setzte die Europäische Kommission einen von Neumark geleiteten Steuer- und Finanzausschuß ein, der den Neumark-Bericht veröffentlichte; dazu Hey, J., a.a.O., S. 67.

⁷³³ Vgl. Mitteilungen der EG-Kommission vom 26.06.1992, BR-Drs. 540/92 vom

vertreten, dass bei Entstehen eines einheitlichen europäischen Kapitalmarktes ein stark harmonisiertes Körperschaftsteuersystem benötigt werde, um Störungen der Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit durch Steuerhürden zu beseitigen.⁷³⁴

Als problematisch haben sich jedoch insbesondere die Schwierigkeiten einer politischen Einigung der verschiedenen EU-Mitgliedstaaten erwiesen. Seit 1996 setzt die Kommission aus diesem Grunde verstärkt auf einen Wettbewerb der Steuersysteme, von dem man sich eine faktische Angleichung der Unternehmensbesteuerung verspricht.⁷³⁵ Dieses Vorgehen – die Harmonisierung der europäischen Unternehmenssteuersysteme ausschließlich durch unilaterale Schritte zu erzielen – ist jedoch stark umstritten.⁷³⁶ So bemüht sich die Kommission, den Wettbewerb nicht schrankenlos zuzulassen, sondern so genannten unfairen Steuerwettbewerb zu bekämpfen.⁷³⁷

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Idee der Vereinheitlichung der Körperschaftsteuersysteme nicht vollständig aufgegeben werden sollte.⁷³⁸ Diese kann jedoch nur dann erreicht werden, wenn konkrete Maßnahmen von allen Mitgliedstaaten getragen werden. Da jedoch die Umsetzung solcher Maßnahmen in der Regel mit einem Souveränitätsverlust für die Mitgliedstaaten einhergeht, werden die Bestrebungen auch weiterhin davon bestimmt sein, was konsensfähig und durchsetzbar ist.⁷³⁹ Bis heute ist nicht absehbar, ob, inwieweit und wann die grundsätzliche Akzeptanz zu weiteren Fortschritten auf dem Gebiet der Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung führen wird.

20.07.1992; Saß, G., Steuerharmonisierung, DB 1993, S. 113.

⁷³⁴ Vgl. Rädler, A., Vorstellung, in: Herzig, N., Harmonisierung, 1994, S. 2f.

⁷³⁵ Vgl. Thömmes, O., Harmonization, Intertax 1990, S. 209f. Zum Wettbewerb der Steuersysteme siehe Paschen, U., Steuerumgehung, 2001, S. 211 – 219.

⁷³⁶ Dazu kritisch Tipke, K., Lang, J., a.a.O., § 18 Rz. 18 – 24.

⁷³⁷ Vgl. Kellersmann, D., Treisch, C., a.a.O., S. 295f.; Fischer, A., Harmonisierung, 1996, S. 4 – 7.

⁷³⁸ So auch Hey, J., a.a.O., S. 109 – 112.

⁷³⁹ Vgl. Winner, H., a.a.O., S. 47.

2.2 Stand und Notwendigkeit der Harmonisierung der Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung

Wie bereits an anderer Stelle festgestellt wurde, haben die Regierungen der EU-Mitgliedstaaten auch bei Änderung bestehender nationaler Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung infolge der EuGH-Rechtsprechung bisher nicht die Gelegenheit genutzt, eine Harmonisierung zu erzielen. Vielmehr steht im Fokus der Einzelstaaten nach wie vor, ihre Steuereinnahmen zu maximieren. Dabei wird stets übersehen, dass im Falle der Harmonisierung der europäischen Regelungen zumindest innerhalb der EU kein steuerlicher Anreiz für Gesellschaften bestehen würde, durch übermäßige Fremd-Finanzierung Gewinne zu verlagern. So lassen sich steuerliche Vorteile durch Fremdfinanzierung und damit ggf. die von den einzelnen Regierungen befürchteten Steuerumgehungen nur erzielen, solange in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Steuersätze und steuerliche Rechtsfolgen bestehen. Innerhalb der europäischen Gemeinschaft kann es auch nach geltender EuGH-Rechtsprechung nicht als missbräuchlich angesehen werden, wenn die Unternehmen innerhalb dieses Raumes ohne Binnengrenzen für ihre Aktivitäten den steuerlich günstigsten Standort, die steuerlich günstigste Unternehmensstruktur und die steuerlich günstigste Finanzierungsart wählen. Der beste Weg, dennoch missbräuchlichen Strukturen zu begegnen, wäre somit die Herstellung einer konvergenten Unternehmensbesteuerung der Mitgliedstaaten, sei es durch Wettbewerb oder durch Harmonisierung der Steuersysteme.

Eine Möglichkeit, die Rechtsverwerfungen zwischen Staaten zu beseitigen, ist die internationale Harmonisierung der Regelungen, bzw. auf europäischer oder auf OECD-Ebene. Würden die Zinsen zumindest europaweit einheitlich besteuert, könnte bei einer europarechtlichen Beurteilung der Regelung die Gesamtsteuerbelastung betrachtet und somit eine Ungleichbehandlung ausgeschlossen werden.⁷⁴⁰

⁷⁴⁰ Vgl. *Prinz, U.*, Europarechtswidrigkeit, FR 2003, S. 651.

3 Darstellung und kritische Würdigung verschiedener Lösungsansätze

3.1 Überblick

In der Literatur wurden bereits seit Beginn der Diskussion vielfältige Vorschläge zur Lösung der Problematik der Gesellschafter-Fremdfinanzierung vorgetragen. Diese Vorschläge umfassen umfangreichen Änderungen des geltenden Steuerrechts, beispielsweise die Einführung eines Systems der Unitary Taxation.⁷⁴¹ Da insbesondere Vorschläge, die eine umfangreiche Änderung des bestehenden Steuersystems erfordern, regelmäßig eine Vielzahl neuer Probleme aufwerfen und praktisch kaum realisierbar sind, sollen diese im Folgenden nicht dargestellt werden. Daneben wird die Möglichkeit der Ausgestaltung der deutschen Regelung nach dem „französischen Modell“, d.h. Anwendung der Regelung lediglich auf ausländische Anteilseigner, in Anbetracht der EuGH-Rechtsprechung in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst von vorneherein verworfen. Wie in der vorliegenden Arbeit ausgeführt, verstößt jedoch auch die Neufassung der deutschen Regelung des § 8a KStG gegen europarechtliche Vorgaben und gegen abkommensrechtliche Diskriminierungsverbote. Eine Lösung, nach der die derzeit bestehende deutsche Regelung an die verschiedenen steuerlichen Maßstäbe angepasst wird, erscheint nicht realisierbar. So würde der Versuch, die Konstellationen, die zu einem Verstoß gegen Europarecht führen, gesetzlich zu vermeiden, zu einer weiteren Komplizierung dieser und ggf. weiterer steuerlicher Regelungen sowie jedenfalls stets zu einer Kollision mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz führen. Diskutiert wird die Möglichkeit, die Vorschrift nach dem „spanischen Modell“ derart auszugestalten, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift auf Drittländer eingeschränkt wird. Eine weitere mögliche Maßnahme ist grundsätzlich die

⁷⁴¹ Vgl. *Blumenberg, J.*, a.a.O., S. 418.

Abschaffung des § 8a KStG. Damit die Abschaffung der Regelung jedoch auch haushaltspolitisch vertretbar wird, könnte diese Möglichkeit in Zusammenhang mit entweder bereits bestehenden Regelungen (de lege lata), z.B. § 42 AO, oder zukünftigen Regelungen (de lege ferenda) betrachtet werden, z.B. die Behandlung der Fremdkapitalvergütungen als nichtabzugsfähige Betriebsausgaben, die Einführung einer Zinsabschlagsteuer oder die Erweiterung der Besteuerung beschränkt steuerpflichtiger Kapitalgeber. Lösungsvorschläge, die bereits hinreichend ablehnend in der Literatur diskutiert wurden, sollen im Folgenden außer Betracht gelassen werden.⁷⁴²

3.2 Darstellung und kritische Würdigung der Möglichkeiten

3.2.1 Einschränkung des Anwendungsbereichs nach spanischem Vorbild

Die spanische Regierung findet lediglich auf Vergütungen Anwendung, die von einer spanischen Gesellschaft an Gesellschafter in einem Drittstaat fließen. Vorteilhaft an der spanischen Regelung erscheint zunächst, dass sie verhältnismäßiger ausgestaltet ist als die deutsche Variante der Neuregelung. So erfasst die Vorschrift nur Drittlandsfälle und nicht auch „marktübliche“ innerspanische oder –europäische Unternehmensfinanzierung, von denen zumindest aus der Sicht der EU keine Steuerumgehung zu befürchten ist. Auch erscheint der Safe Haven von 3:1 praxisnäher in Anbetracht der durchschnittlichen deutschen Fremdfinanzierungsquote. Wie in den vorhergehenden Kapiteln ausgeführt, verstößt jedoch auch die spanische Neuregelung gegen Europarecht – die Kapitalverkehrsfreiheit – und gegen Abkommensrecht.

⁷⁴² Siehe verschiedene Lösungsansätze bei *Baumgärtel, M.*, a.a.O., S. 317 – 369; bspw. Lösung durch Annahme einer Mitunternehmerschaft zwischen Kapitalgesellschaft und Anteilseigner; Beschränkung der Passivierung von Gesellschafter-Fremdkapital als Verbindlichkeit oder die Lösung durch die Annahme von verdecktem Nennkapital.

In dem BFH-Urteil vom 29.01.2003⁷⁴³ führt der BFH aus, dass die Regelung des § 14 Nr. 3 Satz 1 KStG 1984 nicht mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 24 Abs. 1 und Abs. 4 DBA-USA 1989 vereinbar ist. Nicht zuletzt dieser neu dokumentierte Diskriminierungsschutz dürfte einer solchen isolierten EU-Lösung entgegenstehen.⁷⁴⁴

Darüber hinaus ist die Regelung leicht zu umgehen ist, sodass die Gefahr besteht, dass sie ins Leere läuft. Diese Lücken der spanischen Vorschrift könnten ihrerseits lediglich durch allgemeine Missbrauchsvorschriften steuerlich eingeschränkt werden.⁷⁴⁵ Die spanische Regelung erscheint damit systematisch unbefriedigend.⁷⁴⁶

Die deutsche Vorschrift zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung entsprechend der spanischen Regelungen auszugestalten erscheint somit als nicht zielführend. Wenn eine solche Lösung in Erwägung gezogen wird, sollte dies jedenfalls nicht im Alleingang vorgenommen werden, sondern in Abstimmung mit den übrigen EU-Mitgliedstaaten.⁷⁴⁷

3.2.2 Abschaffung der Regelung

Die Abschaffung der Regelung stellt sich immer wieder als einfachste Möglichkeit dar, um die Unvereinbarkeit der Norm mit allgemeinen Grundsätzen, Europarecht und Abkommensrecht zu beseitigen.⁷⁴⁸ Da bei Abschaffung der Regelung für die deutsche Finanzverwaltung jedoch

⁷⁴³ Vgl. BFH-Urteil vom 29.01.2003, I R 6/99, DB 2003, S. 1200.

⁷⁴⁴ Vgl. *Prinz, U.*, Europarechtswidrigkeit, a.a.O., S. 651; *Spengel, C.*, *Golücke, M.*, a.a.O., S. 344. Siehe für den vorigen Abschnitt Kapitel VI 4.4.3 Beurteilung nach Abkommensrecht, S. 209.

⁷⁴⁵ Vgl. *Herrera, C.*, *Herrera, P.*, a.a.O., S. 58.

⁷⁴⁶ So führt die Regelung andererseits nicht zu den gewünschten Mehreinnahmen des Staates, vgl. *Weßling, J.*, *Romswinkel, M.*, a.a.O., S. 927.

⁷⁴⁷ Dazu auch *Lüdicke, J.*, a.a.O., S. 441.

⁷⁴⁸ Hierfür plädieren *Hemmelrath, A.*, *Abele, S.*, Lankhorst-Hohorst, NWB Blickpunkt Steuern 2003 S. 804; *Eicker, K.*, Niederlassungsfreiheit, IWB Fach 11, Gruppe 2, S. 508. Eine Ausnahme stellt der Grundsatz der Einmalbesteuerung dar, der jedoch im Rahmen der vorliegenden Arbeit vernachlässigt werden soll.

bei hoher Fremdkapitalausstattung der Unternehmen eine Steuerminderung zu befürchten ist⁷⁴⁹, erscheint die Umsetzung einer solchen Maßnahme haushaltspolitisch eher unwahrscheinlich. Dabei könnte sie insbesondere in Zusammenhang mit einer geplanten Absenkung der tariflichen Steuersätze, die zu einer Minderung der Anreize zur Fremdfinanzierung führt, umsetzbar werden. Die Abschaffung der Regelung erscheint auch in Anbetracht der angestrebten Harmonisierung der Steuersysteme im europäischen Raum sehr sinnvoll, da angesichts sinkender Unterschiede nicht zuletzt bei den Steuersätzen keine Steuerumgehung durch übermäßige Fremdfinanzierung zu befürchten wäre. Die Abschaffung der Regelung sollte demzufolge insbesondere für die Zukunft durchaus in Betracht gezogen werden.⁷⁵⁰

Weiterhin könnte die Abschaffung der Regelung durch eine haushaltspolitisch vertretbare Auffangregelung ergänzt werden. Dies ist sowohl durch bereits bestehende Regelungen (*lege data*) als auch durch zukünftige bzw. abzuwandelnde Regelungen (*lege ferenda*) möglich. Einige Möglichkeiten sollen im Folgenden dargestellt und kritisch gewürdigt werden.

3.2.3 Behandlung der Zinsen als nichtabziehbare Betriebsausgaben

Eine Lösung des Problems der Gesellschafter-Fremdfinanzierung könnte weiterhin darin gesehen werden, dass Vergütungen für Gesellschafter-Fremdkapital oder ggf. generell Fremdkapitalvergütungen auf Grund gesetzlicher Neuregelung entsprechend der Gewinnausschüttungen steuerlich nicht mehr als Betriebsausgaben behandelt werden, sondern als nicht abziehbare Ausgaben dem steuerlichen Einkommen des Kapitalempfängers hinzugerechnet werden und auf dieser Ebene damit

⁷⁴⁹ Vgl. *Thömmes, O.*, Konzernfinanzierung, a.a.O., S. 2402. Belegt ist dies jedoch nicht; vgl. *Spengel, C., Golücke, M.*, a.a.O., S. 344.

⁷⁵⁰ So auch *Spengel, C., Golücke, M.*, a.a.O., S. 344; *Prinz, U., Cordewener, A.*, a.a.O., S. 83.

stets der Besteuerung unterliegen. Damit würde die Unterscheidung der steuerlichen Behandlung von Zinsen und anderen Kapitaleinkünften aufgehoben werden.⁷⁵¹ Ein Vorteil dieses Vorschlags wäre, dass eine Umqualifizierung der Zinsen in Gewinnausschüttungen unterbleiben könnte und damit die Problematik der internationalen Anerkennung der steuerlichen Behandlung der Vergütungen entfiel.⁷⁵² Auch könnte der abkommensrechtliche Verstoß gegen Art. 11 Abs. 3 OECD-MA vermieden werden.

Problematisch wäre jedoch, dass die Besteuerung der Zinsen auf Ebene der Kapitalgesellschaft zu einer Durchbrechung des Leistungsfähigkeitsprinzips führen würde, da die höhere Besteuerung seitens der Kapitalgesellschaft mangels Zufluß von Zinszahlungen nicht durch eine entsprechende Erhöhung der Leistungsfähigkeit verursacht wäre, sondern lediglich eine Zahlungsverpflichtung erfüllt würde. Damit läge ein Verstoß gegen die allgemeinen steuerlichen Grundsätze vor. Darüber hinaus würde die Besteuerung der Zinsen auf Ebene der Kapitalgesellschaft in grenzüberschreitenden Finanzierungsstrukturen zu einer Doppelbesteuerung führen, wenn die Zinsen im Ausland ebenfalls der Besteuerung unterlägen.⁷⁵³ Hieraus würde erneut ein Verstoß gegen Europarecht resultieren, da grenzüberschreitende Finanzierungsstrukturen gegenüber rein inländischen Sachverhalten durch eine höhere steuerliche Belastung benachteiligt werden würden.⁷⁵⁴

Aus diesen Gründen soll dieser Lösungsvorschlag im deutschen Steuerrecht ausgeschlossen werden.

⁷⁵¹ Vgl. Baumgärtel, M., a.a.O., S. 366; Wysocki, K., in: Wysocki, K., Höhn, E., a.a.O., S. 55.

⁷⁵² Vgl. Baumgärtel, M., a.a.O., S. 368.

⁷⁵³ Zur Vermeidung dieser Doppelbesteuerung schlägt *Michielse* verschiedene Alternativen vor: die Einführung einer sog. „Unitary taxation“; die Schaffung eines Abzugsverbots der zwischen Konzerngesellschaften geleisteten Zinsen; die Einführung einer international akzeptierten und reflektierten Fremdkapitalquote durch Aufnahme in die Doppelbesteuerungsabkommen. Diese Ansätze erscheinen insgesamt zu kompliziert und damit nicht realisierbar; siehe dazu *Michielse, G., Gesellschafter-Fremdfinanzierung, a.a.O., S. 340.*

3.2.4 Erweiterung der Besteuerung beschränkt Steuerpflichtiger

Als weiterer Lösungsvorschlag wird die Möglichkeit der Erweiterung der Besteuerung beschränkt Steuerpflichtiger diskutiert. Nach diesem Ansatz liegt das Kernproblem hinsichtlich der Unterkapitalisierung nicht in der Anerkennung des Zinsaufwands, sondern in der Besteuerung der Darlehensvergütungen in den unterschiedlichen Staaten. Da gem. Art. 7 OECD-MA Gewinne aus Eigenkapital im Unternehmensstaat besteuert werden, als Zinsen ausgezahlte Teile der Gesamtkapitalrendite gem. Art. 11 OECD-MA jedoch in dem Staat besteuert werden, in dem der Darlehensgeber ansässig ist, kann der Steuerpflichtige im Ergebnis praktisch durch rechtliche Gestaltung des Sachverhalts den Staat wählen, der die Auszahlungen besteuert. In der Regel wird die Besteuerung in dem Staat erfolgen, in dem ein niedrigeres Besteuerungsniveau vorliegt. Um einer derartigen Wahlfreiheit entgegenzuwirken, wird die Einführung einer umfassenden beschränkten Steuerpflicht der Zinseinnahmen vorgeschlagen.⁷⁵⁵

Dies könnte einerseits durch eine Erweiterung des Kapitalertragsteuerabzugs auf Einkünfte aus gewinnunabhängigem Fremdkapital durch Änderung des § 42 EStG oder andererseits durch Veranlagung des Fremdkapitalgebers mit den Erträgen aus der Kapitalüberlassung zu einer deutschen Einkommensteuer ausgestaltet werden. Die zweite Variante würde eine Art Quellensteuer auf ins Ausland abfließende Zinszahlungen bedeuten. Die resultierende Doppelbesteuerung könnte durch eine vollständige Anrechenbarkeit der Quellensteuer im Ansässigkeitsstaat des ausländischen Anteilseigners vermieden werden.

Vorteilhaft wäre, dass die Gewinnermittlungsvorschriften für die

⁷⁵⁴ Vgl. Baumgärtel, M., a.a.O., S. 368.

⁷⁵⁵ Vgl. Weßling, J., Romswinkel, M., a.a.O., S. 927; Spengel, C., Golücke, a.a.O., S. 346f.; Seiler, H. W., a.a.O., S. 195. Dazu in der älteren Literatur BStB-Kammer, DStR 1982, S. 394; Haase, K., Schneeloch, D., Referentenentwurf, in: Haase, K., Schneeloch, D., Siegel, T., a.a.O., S. 157f.; Pöllath, R. Rädler, A., Erweiterung, a.a.O., S. 6; Loos, G., a.a.O., S. 535f.

fremdkapitalempfangenden Kapitalgesellschaften durch eine solche Regelung nicht berührt würden und diese folglich unabhängig davon gleichermaßen besteuert würden, ob das vorhandene Kapital durch einen Anteilseigner oder einen fremden Dritten gewährt wird. Damit würden die bestehenden Besteuerungslücken nicht bei der Schuldner-Gesellschaft, sondern systemgerecht beim Gläubiger der Vergütungen gedeckt, da die Zinsen auf Gesellschaftsebene abziehbar blieben. Die Besteuerung der verschiedenen Finanzierungsarten würde damit entscheidungsneutral erfolgen können.

Problematisch ist, dass regelmäßig eine Beschränkung des Besteuerungsrechts durch das jeweils abgeschlossene DBA besteht, da in diesen das Besteuerungsrecht gem. Art. 11 OECD-MA dem Wohnsitzstaat des Darlehensgebers zugewiesen wird. So ist insbesondere ein Quellensteuerabzug nach einer Reihe von Abkommen generell ausgeschlossen. Zur Lösung dieses Problems wird wiederum ein partielles treaty overriding notwendig bzw. eine Änderung der bestehenden Doppelbesteuerungsabkommen.⁷⁵⁶ Da jedoch vorausgesetzt werden kann, dass die einzelnen Vertragsstaaten einer Abkommensänderung nur zustimmen werden, wenn die Änderungen auf Gegenseitigkeit beruhen, würde der Ausdehnung des Quellenbesteuerungsrechts für Zinsen in Deutschland eine analoge Änderung der Besteuerung von Fremdkapitalvergütungen ausländischer Unternehmen an deutsche Fremdkapitalgeber folgen.⁷⁵⁷ Dies könnte sogar zu einer Reduzierung der Steuereinnahmen in Deutschland führen.⁷⁵⁸

Eine weitere Problematik dieses Ansatzes ergibt sich aus den Vorgaben der MTRL. So könnte die Quellenbesteuerung der Zinsen als unterschiedliche steuerliche Behandlung der Dividenden erachtet

⁷⁵⁶ Vgl. *Wassermeyer, F.*, in: *Debatin, H., Wassermeyer, F.*, a.a.O., Art. 1, Rz. 12.

⁷⁵⁷ Vgl. *Herzig, N.*, Analyse und Perspektiven, WPg, Sonderheft 2003, S. 196; *Baumgärtel, M.*, a.a.O., S. 373. Kritisch dazu *Brosens, L.*, a.a.O., S. 209 – 211.

⁷⁵⁸ Vgl. *Baumgärtel, M.*, a.a.O., S. 373.

werden, die gegen die Vorgaben der MTRL verstößt. Andererseits könnte sich aus einer derartigen Quellenbesteuerung ein Konflikt mit der in der EU geplanten Zinsbesteuerung ergeben, die gerade auf die Abschaffung jeglicher Quellenbesteuerung abzielt und die europaweit einheitliche Besteuerung im Wohnsitzstaat des Anteilseigners einführen will.⁷⁵⁹ Da damit ein wesentlicher Teil der Gesellschafter-Fremdfinanzierung ausgeklammert werden müsste, hätte die Erweiterung der beschränkten Steuerpflicht keine große Aussicht auf Erfolg.⁷⁶⁰

3.2.5 Lösung anhand von Verrechnungspreisgrundsätzen: Fremdvergleichsmaßstab

Verrechnungspreise ermöglichen die Abrechnung des Leistungsaustausches zwischen verflochtenen Gesellschaften oder Geschäftssparten.⁷⁶¹ Als Rechtsgrundlage für die Berichtigung der Einkünfte dienen im deutschen Steuerrecht die Regelungen zur verdeckten Gewinnausschüttung nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG; die Regelungen für die verdeckte Einlage gem. § 8 Abs. 1 KStG i.V.m. § 4 Abs. 1 Sätze 1 und 5 EStG sowie § 1 AStG für die Berichtigung von Einkünften bei Auslandsbeziehungen.⁷⁶²

Bei konzerninterner Finanzierung handelt es sich um einen Sonderfall der gruppeninternen Leistungsbeziehungen. In diesem Bereich dominiert die Fremdvergleichspreismethode.⁷⁶³

⁷⁵⁹ Siehe dazu auch Kapitel VII 3.2.6 Alternative Besteuerung von Kapital (Zins-)erträgen: Geplante Zinsabschlagsteuer in der EU, S. 228. Dazu auch *Prinz, U.*, Europarechtswidrigkeit, a.a.O., S. 651; *Herzig, N.*, Analyse und Perspektiven, a.a.O., S. 196.

⁷⁶⁰ Vgl. *Spengel, C., Golücke, M.*, a.a.O., S. 347.

⁷⁶¹ Siehe dazu im Überblick *Kotschenreuther, H.*, Erfordernis der Einkunftsabgrenzung, in: *Vögele, A., Borstell, T., Engler, G., u.a.*, Handbuch, 1997, S. 37 – 40.

⁷⁶² Vgl. *Kotschenreuther, H.*, in: *Vögele, A., Borstell, T., Engler, G., u.a.*, a.a.O., S. 42f.

⁷⁶³ Vgl. *Kotschenreuther, H.*, in: *Vögele, A., Borstell, T., Engler, G., u.a.*, a.a.O., S. 889 – 891. Zu der Ausgestaltung der Verrechnungspreise siehe *Scherz, E.*, Verrechnungspreise, 1998, S. 181 – 185.

Eine Möglichkeit, der Problematik der Gesellschafter-Fremdfinanzierung entgegenzuwirken, könnte darin gesehen werden, eine Regelung nach britischem Vorbild anlehnend an die Verrechnungspreisvorschriften gleichermaßen für inländische wie für ausländische Beteiligte ausschließlich auf den Fremdvergleich zu stützen. Auf die Fixierung eines festen FK-/EK-Verhältnisses könnte dabei verzichtet werden.

Problematisch an einem solchen Ansatz ist zunächst der damit verbundene Verwaltungsaufwand der Steuerpflichtigen. So wäre es erforderlich, für sämtliche Darlehen einen entsprechenden Nachweis, bevorzugt einen Banknachweis, zu erbringen. Gelingt dies nicht, ist stets, unabhängig von den sonstigen Verhältnissen der Gesellschaft, von einer unverhältnismäßigen Fremdfinanzierung auszugehen. Darüber hinaus könnte ein solcher Ansatz bei unterschiedlicher internationaler Ausgestaltung zu einer Doppelbesteuerung führen und damit zu einem Verstoß sowohl gegen Europa- als auch gegen Abkommensrecht.⁷⁶⁴ So kann nicht zuletzt aus der Rechtsprechung in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst geschlossen werden, dass die Möglichkeit, einen Fremdvergleich für die von Gesellschaftern erhaltenen Darlehen zu erbringen, nicht ausreicht, um eine Vorschrift als Missbrauchsvorschrift zu rechtfertigen.

Aus diesen Gründen wird die Lösung anhand dieses Ansatzes im deutschen Steuerrecht abgelehnt.

3.2.6 Alternative Besteuerung von Kapital(Zins-)erträgen: Geplante Zinsabschlagsteuer in der EU ab 2005

3.2.6.1 Grundlagen

Am 03.06.2003 erließ der Rat die Richtlinie 2003/48/EG (Zinsrichtlinie)

⁷⁶⁴ Vgl. *Brosens, L.*, a.a.O., S. 212. Ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 OECD-MA könnte mit einer solchen Regelung jedoch vermieden werden.

im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen⁷⁶⁵ und legte am 19.07.2004 fest, dass sie ab dem 01.07.2005 angewandt werden soll.⁷⁶⁶

Die Richtlinie soll gewährleisten, dass Zinserträge, die einer natürlichen Person in einem Mitgliedstaat ausgezahlt werden, in dem diese nicht ihren Wohnsitz hat, in dem Mitgliedstaat des Wohnsitzes nach dessen Rechtsvorschriften effektiv besteuert werden. Zu diesem Zweck sollen die Mitgliedstaaten über Zinszahlungen von Zahlstellen in ihrem Hoheitsgebiet an Privatpersonen, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, automatisch Auskünfte erteilen. Lediglich für Belgien, Luxemburg und Österreich gelten Übergangsregelungen.

Die Richtlinie erfasst Zinserträge aus Forderungen jeder Art; Kapitalerträge aus Dividenden, Kursgewinnen, Lebensversicherungen oder Derivaten fallen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Die Richtlinie wird ab dem 01.07.2005 angewandt, sofern Abkommen über gleichwertige Regelungen mit bestimmten Drittländern und Abkommen über die Anwendung der Richtlinie mit den abhängigen oder assoziierten Gebieten der Mitgliedstaaten gelten.⁷⁶⁷

3.2.6.2 Anwendbarkeit auf die Problematik der Gesellschafter-Fremdfinanzierung

Die Zinsrichtlinie garantiert grundsätzlich eine gleichmäßige und europarechtskonforme Besteuerung der betroffenen Einkünfte. Kritiker der Richtlinie bezweifeln jedoch, dass ihre Umsetzung insbesondere angesichts der zu erwartenden Datenflut, zu einer steigenden Steuerehrlichkeit führen wird, da erhöhte Kontrollen in der Regel nicht

⁷⁶⁵ Vgl. Richtlinie 2003/48/EG des Rates vom 03.07.2003, S. 38 – 48. Ein erster Richtlinienvorschlag war von der Europäischen Kommission bereits 1989 vorgelegt worden, 1998 folgte ein zweiter Vorschlag, der den Mitgliedstaaten die Wahl ließ zwischen der Erteilung von Auskünften und der Anwendung einer Quellensteuer. Der Vorschlag, der zu der jetzigen Richtlinie führte, wurde am 18.07.2001 vorgelegt.

⁷⁶⁶ Vgl. Entscheidung 2004/587/EG des Rates vom 19.07.2004, S. 7.

⁷⁶⁷ Dazu auch *Menck, K., Mutén, L.*, Zinsrichtlinie, 2004, S. 5 – 6 sowie S. 19 – 40. Vgl. Beschluss des Rates 2004/911/EG vom 02.06.2004, S. 28.

die Steuerehrlichkeit, sondern häufig eher die Suche der Steuerpflichtigen nach Umgehungsmöglichkeiten fördern.⁷⁶⁸

Die Zinsrichtlinie findet in der bisherigen Ausarbeitung ausschließlich bei Zinszahlungen an natürliche Personen Anwendung. Zinszahlungen inländischer Kapitalgesellschaften an ausländische Kapitalgesellschaften fallen dagegen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie, sodass viele Fälle der Gesellschafter-Fremdfinanzierung nicht erfasst werden. Eine Möglichkeit zur Lösung der Problematik der Gesellschafter-Fremdfinanzierung wäre somit Ausweitung der Richtlinie auch auf Zinszahlungen an ausländische Gesellschafter jeglicher Rechtsform auszuweiten.⁷⁶⁹

Gem. Art. 94 EGV hat die Europäische Kommission das Recht, eine Richtlinie vorzuschlagen. Zinsbesteuerungsgesetze zählen dabei zu den egalisierungsfähigen Rechtssätzen, so dass die Generalklausel des Art. 94 EGV Harmonisierungsgrundlage für die Zinsbesteuerung sein kann. Eine solche Richtlinie bedarf jedoch der Zustimmung sämtlicher Mitgliedstaaten, was in Anbetracht der hinsichtlich der bereits bestehenden Fassung der Richtlinie entstandenen Abstimmungsschwierigkeiten als problematisch zu erachten ist.

Problematisch ist darüber hinaus, dass selbst bei Ausweitung der EU-Zinsrichtlinie lediglich EU-Mitgliedstaaten, nicht jedoch Drittstaaten erfasst würden. Die Ausweitung einer solchen Richtlinie durch abkommensrechtliche Verständigungsverfahren erscheint als nicht praktikabel.

⁷⁶⁸ Die Suche der Umgehungsmöglichkeiten hätte wiederum bei steigender Harmonisierung der Steuersysteme im europäischen Raum keine Bedeutung mehr.

⁷⁶⁹ Vgl. dazu bereits in den 80er Jahren *Knobbe-Keuk, B.*, Überlegungen, a.a.O., S. 617f.

3.2.7 Rechtsmissbrauch gem. § 42 AO

3.2.7.1 Allgemeines

§ 42 Abs. 1 AO sieht vor, dass das Steuergesetz durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts nicht umgangen werden kann. Der Steueranspruch entsteht bei Missbrauch so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung erwachsen würde.

Dabei setzt Gestaltungsmissbrauch eine rechtliche Gestaltung voraus, die den wirtschaftlichen Vorgängen nicht gerecht wird, weil sie unangemessen ist. Ein Missbrauch liegt vor, wenn eine rechtliche Gestaltung gewählt wird, die zur Erreichung des angestrebten wirtschaftlichen Ziels unangemessen ist, der Steuererminderung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche außersteuerliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist.⁷⁷⁰ Unangemessen ist eine rechtliche Gestaltung, die verständige Parteien in Anbetracht des wirtschaftlichen Sachverhalts nicht wählen würden.⁷⁷¹ Als angemessen gilt dabei grundsätzlich der einfachste rechtliche Weg; umständliche, komplizierte, schwerfällige, unpraktikable und wenig effektive Wege, d.h. Gestaltungen, die das wirklich Gewollte verschleiern, sind dagegen als unangemessen zu erachten.⁷⁷² Jedoch zwingt § 42 AO den Steuerpflichtigen nicht, fortschrittliche rechtliche Wege zu umgehen.⁷⁷³ Auch lässt allein die Motivation, Steuern zu sparen, die Gestaltung nicht unangemessen werden, selbst wenn sie im Wesentlichen darin begründet

⁷⁷⁰ Vgl. Koenig, U., in: Pahlke, A., Koenig, U., AO-Kommentar, 2004, § 42, Rz. 18. Dazu auch Kruse, H., Drüen, K., in: Tipke, K., Kruse, H., AO, 2005, § 42, Rz. 33.

⁷⁷¹ Vgl. Koenig, U., a.a.O., § 42, Rz. 19; Kruse, H., Drüen, K., in: Tipke, K., Kruse, H., a.a.O., § 42, Rz. 33.

⁷⁷² Vgl. Koenig, U., a.a.O., § 42, Rz. 19.

⁷⁷³ Vgl. Koenig, U., a.a.O., § 42, Rz. 20. Dazu auch Kruse, H., Drüen, K., in: Tipke, K., Kruse, H., a.a.O., § 42, Rz. 33; BFH-Urteil vom 16.03.1988, BStBl. II 1988, S. 629; Kottke, K., Tatbestandsmerkmal, BB 83, S. 1147f.; Klein, M., Ungewöhnlich, FR 99, S. 287f.

ist.⁷⁷⁴ Eine Unangemessenheit der Gestaltung liegt demnach dann vor, wenn lediglich eine Steuerersparnis angestrebt wird, ohne dass ein wirtschaftlicher oder sonstiger beachtlicher Zweck erkennbar ist.⁷⁷⁵ Das Ergebnis der Umgehung gem. § 42 AO muss darin bestehen, dass die Steuerpflicht gemindert wird und somit im Vergleich zu einer wirtschaftlich angemessenen Gestaltung ein steuerlicher Vorteil entsteht.⁷⁷⁶ Der Steuerpflichtige muss darüber hinaus mit Umgehungsabsicht gehandelt haben.⁷⁷⁷

3.2.7.2 Gesetzeswortlaut und Funktion des § 42 AO

Durch die Vorschrift des § 42 AO hat der Gesetzgeber eine steuerliche Sonderregelung geschaffen, die die Umgehung steuerbegründender Normen durch rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten regelt.

Das juristische Problem im Zusammenhang mit dem Vorgang „der Umgehung von Steuergesetzen“ des § 42 AO wird im Spannungsfeld zwischen dem Gesetzeswortlaut und dem Gesetzeszweck gesehen.⁷⁷⁸ So geht es um die Frage, ob eine Norm im Fall der Normvermeidung über ihren Wortlaut hinaus angewendet werden kann oder im Fall der Normerschleichung entgegen ihrem Wortlaut nicht anzuwenden ist. § 42 AO wird damit in die Nähe einer Analogievorschrift⁷⁷⁹ gerückt. In einem BFH Urteil wurde angenommen, dass § 42 AO die analoge Anwendung der Steuergesetze prinzipiell ermöglicht.⁷⁸⁰ Zwar ist es im Steuerrecht

⁷⁷⁴ Vgl. *Kruse, H., Drüen, K.*, in: *Tipke, K., Kruse, H.*, a.a.O., § 42, Rz. 41.

⁷⁷⁵ Vgl. Beschluss GrS vom 29.11.1982, BStBl. II 1983, S. 272; Beschluss GrS vom 04.07.1990, BStBl. II 1990, S. 830; BFH-Urteil vom 23.10.1996, BStBl. II 1998, S. 90; BFH-Urteil vom 27.07.1999, BStBl. II 1999, S. 769.

⁷⁷⁶ Vgl. *Kruse, H., Drüen, K.*, in: *Tipke, K., Kruse, H.*, a.a.O., § 42, Rz. 48. Dazu auch *Vogel, K.*, *Steuerumgehung*, StuW 1996, S. 249.

⁷⁷⁷ Vgl. *Tipke, K., Lang, J.*, a.a.O., § 5, Rz. 108.

⁷⁷⁸ Vgl. *Kruse, H., Drüen, K.*, in: *Tipke, K., Kruse, H.*, a.a.O., § 42, Rz. 1. Dazu auch *Danzer, J.*, *Steuerumgehung*, 1981, S. 10 – 12; *Papier, H.-J.*, *Demokratieprinzip*, 1973, S. 187; *Baumgärtel, M.*, a.a.O., S. 321.

⁷⁷⁹ Vgl. *Papier, H.-J.*, a.a.O., S. 188; *Tipke, K., Lang, J.*, a.a.O., § 5, Rz. 98.

⁷⁸⁰ Vgl. BFH-Urteil vom 13.02.1980, BStBl. II 1980, S. 364; *Tipke, K., Lang, J.*, a.a.O., §

grundsätzlich unzulässig, der Gesetzesumgehung durch Analogie zu begegnen⁷⁸¹; wird die Analogie jedoch in berechenbarer Weise selbst zugelassen, ist die analoge Auslegung einer Norm auch im Steuerrecht möglich. Nach Ansicht des BFH ist dies durch § 42 AO gegeben.⁷⁸²

3.2.7.3 Rechtsprechung

In Deutschland wurde in der Vergangenheit versucht, das Problem der Gesellschafter-Fremdfinanzierung mit Hilfe des § 42 AO zu lösen.

So wurde mit BMF-Schreiben vom 16.03.1987 ein Vorschlag zur Regelung der Problematik der Gesellschafter-Fremdfinanzierung veröffentlicht,⁷⁸³ nach dem Gesellschafterdarlehen unter bestimmten Bedingungen steuerlich als verdecktes Nennkapital behandelt werden sollten. Das BMF-Schreiben stützte sich insbesondere auf die zivilrechtlichen Regelungen zu Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterleistungen sowie auf den steuerlichen Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO. Nach diesem BMF-Schreiben war „von den Gesellschaftern der Kapitalgesellschaft zur Verfügung gestelltes Fremdkapital (...) als verdecktes Nennkapital zu beurteilen, wenn aus rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen die Zuführung in Form von Gesellschaftskapital zwingend gewesen wäre oder wenn die Vertragsgestaltung als Gestaltungsmissbrauch im Sinne von § 42 AO angesehen werden muss.“⁷⁸⁴ Die Kritik an diesem BMF-Schreiben war

5, Rz. 96.

⁷⁸¹ Zum Analogieverbot im Steuerrecht siehe *Hess, D.*, Analogieverbot, 1974, S. 163 – 165; *Tipke, K., Lang, J.*, a.a.O., § 4 Rz. 183 – 193; *Kruse, H.*, Steuerrecht, 1991, § 2 III, S. 60f.; *Kruse, H.*, Gesetzesbindung, in: *Tipke, K.*, Rechtsfortbildung, 1982, S. 71 – 73; *Friauf, K.*, Grenzen, in: *Tipke, K.*, Rechtsfortbildung, a.a.O., S. 60 – 68. Zum Analogieverbot im Strafrecht siehe *Larenz, K., Canaris, C.*, Methodenlehre, 1995, S. 68.

⁷⁸² Vgl. BFH vom 13.02.1980, BStBl 1980 II S. 364; *Kruse, H., Drüen, K.*, in: *Tipke, K., Kruse, H.*, a.a.O., § 42, Rz. 9; *Papier, H.-J.*, a.a.O., S. 188; *Fassnacht, J.*, a.a.O., S. 135; *Baumgärtel, M.*, a.a.O., S. 321.

⁷⁸³ Siehe dazu Kapitel III 2 Entstehung des § 8a KStG n.F., S. 26.

⁷⁸⁴ Vgl. BMF-Schreiben vom 16.03.1987, BStBl 1987 I, S. 373; BFH-Urteil vom 10.12.1975, BStBl. 1976 II, S. 226.

vielfältig. So wurde der Verwaltungsanweisung vorgeworfen, sie führe nur zu mehr Rechtsunsicherheit, sie gehe zu weit bzw. im Bereich des § 42 AO fehl und es sei fraglich, ob sie mit bestehenden Doppelbesteuerungsabkommen zu vereinbaren sei.⁷⁸⁵

Tatsächlich hatte der Reichsfinanzhof 1933 bereits entschieden, dass ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten bei einer Fremdfinanzierung nur vorliege, wenn „nach rechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht die gewählte Rechtsform, sondern eine andere zwingend sei“.⁷⁸⁶ So bestehe bei einem Darlehen, das die Kapitalgesellschaft in die Lage versetzt, ihre Aktivität fortzuführen, grundsätzlich nicht die Möglichkeit zur steuerlichen Umqualifizierung.⁷⁸⁷ Der BFH schloss sich dieser Auslegung an und entschied, dass verdecktes Stammkapital nur dann angenommen werden könne, wenn die Einlage von Eigenkapital zwingend gewesen sei oder wenn sich die schuldrechtliche Vertragsanpassung als so ungewöhnlich erweist, dass sie als Gestaltungsmissbrauch i.S. von § 6 StAnpG (§ 42 AO) angesehen werden müsse.⁷⁸⁸ Der BFH führte weiterhin aus, dass ein Missbrauch zivilrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nicht gegeben sei, da weder durch die Rechtsprechungsgrundsätze zu §§ 30, 31 GmHG noch durch § 32 a, § 32 b GmbHG noch durch eine andere Vorschrift eine gesetzliche Pflicht zur angemessenen Eigenkapitalausstattung begründet werde.⁷⁸⁹ Auch in einem weiteren Urteil des BFH wurde die Anwendung des § 42 AO mit der Begründung abgelehnt, eine Fremdfinanzierung stelle keine unangemessene rechtliche Gestaltung dar, da zum einen eine

⁷⁸⁵ Vgl. *Fassnacht, J.*, a.a.O., S. 79; *Krüger, D.*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, BB, 1987, S. 1081; *Schneeloch, D.*, Verdecktes Nennkapital, a.a.O., S. 458f.; *Haug, W.*, a.a.O., S. 290f.; *Loos, G.*, a.a.O., S. 534 – 539; *Pott, H.*, a.a.O., S. 223 – 230.

⁷⁸⁶ Vgl. RFH-Urteil vom 19.09.1933, RStBl. II 1933, S. 1220; *Michielse, G.*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, a.a.O., S. 336.

⁷⁸⁷ Vgl. *Michielse, G.*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, a.a.O., S. 336. Dazu auch *Knobbe-Keuk, B.*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, a.a.O., S. 480f.

⁷⁸⁸ Vgl. BFH-Urteil vom 10.12.1975, BStBl. I 1976, S. 226.

⁷⁸⁹ Vgl. BFH-Urteil vom 14.08.1991, BStBl. 1991, II, S. 935; *Wolter, C.*, a.a.O., S. 53.

bestimmte Eigenkapitalquote nicht gesetzlich vorgeschrieben sei und zum anderen die Umgehungsabsicht bei Fremdfinanzierung nicht nachweisbar sei, da vernünftige wirtschaftliche Gründe für die Zuführung von Fremdkapital gegeben seien.⁷⁹⁰ Vielmehr wurde mit Nachdruck der Grundsatz der Finanzierungsfreiheit bestätigt. Dieser Rechtsauffassung stimmt die herrschende Meinung in der Literatur zu.⁷⁹¹

3.2.7.4 Steuerliche Praxis im Musterland Österreich

In vielen Mitgliedstaaten bestehen dem § 42 AO ähnliche Regelungen.⁷⁹² So werden insbesondere in Österreich und Luxemburg mangels spezieller steuerlicher Regelungen Missbrauchstatbestände zur Überprüfung der Darlehensverhältnisse herangezogen.

Jedoch wird auch die österreichische Rechtsprechung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung teilweise heftig kritisiert, da es der Verwaltungsgerichtshof versäumt hat, eine Rechtsgrundlage für seine Rechtsprechung zum verdeckten Eigenkapital aufzuzeigen. Es wird die Meinung vertreten, dass eine Qualifikation von Gesellschafterdarlehen als Eigenkapital bei echten Gesellschafterdarlehen nicht in Betracht komme, da sie sich nicht – wie vom Verwaltungsgerichtshof versucht⁷⁹³ – auf die Missbrauchsbestimmungen des § 22 BA stützen lasse.⁷⁹⁴ So lägen jedenfalls stets auch beachtliche außersteuerliche Gründe für die Fremdfinanzierung vor, so dass bereits aus diesen Gründen ein

⁷⁹⁰ Vgl. BFH-Urteil vom 05.02.1992, BStBl. 1992 II, S. 532. Zu diesem Urteil siehe *Rose, G., Glorius-Rose, C., Gestaltungsmissbrauch*, 2002, S. 78.

⁷⁹¹ Vgl. *Schneeloch, D., Verdecktes Nennkapital*, a.a.O., S. 458; *Haug, W.*, a.a.O., S. 287; *Herzig, N., Bericht Arbeitsgruppe*, a.a.O., S. 237; *Görllich, W., Angehörige*, 1979, S. 132 m.w.N.

⁷⁹² Bspw. in Schweden und Finnland; dazu *Kruse, H., Drüen, K.*, in: *Tipke, K., Kruse, H.*, a.a.O., § 42, Rz. 23.

⁷⁹³ Vgl. *Gassner, W., Verdeckte Einlage*, a.a.O., S. 21 – 23.

⁷⁹⁴ Vgl. *Gassner, W., Verdeckte Einlage*, a.a.O., S. 21 – 23; *Gassner, W., Lang, M., Verdecktes Eigenkapital*, a.a.O., S. 188. Nach § 22 BAO kann durch Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts die Abgabepflicht nicht umgangen oder gemindert werden; vgl. *Tichy, G., Durchgriff*, ÖStZ 1970, S. 173.

Missbrauch ausscheide. Verdecktes Eigenkapital könne somit lediglich bei Kapitalzufuhr mit zweifelhaftem Charakter angenommen werden, bei der die rechtliche Basis nicht gesichert sei.⁷⁹⁵

Auch in anderen Mitgliedstaaten wurde in der Vergangenheit versucht, die Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch bestehende Regelungen zum Gestaltungsmissbrauch zu regeln, beispielsweise in Frankreich und den Niederlanden. Jedoch blieben auch in diesen Ländern die Korrekturmöglichkeiten durch solche Vorschriften gering.⁷⁹⁶

3.2.7.5 Eigene Auffassung

Problematisch an der Anwendbarkeit der Vorschrift des § 42 AO ist grundsätzlich, dass der Missbrauchsvorschrift – nach Abschaffung der Regelung des § 8a KStG – keine gesetzliche Regelung zugrunde gelegt werden kann, die eine bestimmte angemessene Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft vorschreibt.⁷⁹⁷ Gerade in dieser Tatsache, dass nämlich keine gesetzliche Bestimmung vorschreibt, wie sich eine Gesellschaft ihr Kapital zu beschaffen hat, äußert sich der wiederholt bestätigte Grundsatz der Finanzierungsfreiheit, der besagt, dass es einem Unternehmen freisteht, wie es sich Kapital verschafft. So bestehen grundsätzlich auch verschiedenartige vernünftige wirtschaftliche und rechtliche Gründe für einen Gesellschafter, die Gesellschaft, an der er beteiligt ist, zumindest teilweise mit Fremdkapital und nicht oder nicht ausschließlich mit Eigenkapital auszustatten, so beispielsweise haftungsrechtliche Bestimmungen.⁷⁹⁸ Das BVerfG lässt jedoch – wie früher bereits ausgeführt⁷⁹⁹ – bei Verstößen gegen den

⁷⁹⁵ Vgl. Gassner, W., Lang, M., Verdecktes Eigenkapital, a.a.O., S. 186 – 195.

⁷⁹⁶ Vgl. Michielse, G., Gesellschafter-Fremdfinanzierung, a.a.O., S. 336.

⁷⁹⁷ Lediglich in Extremfällen kann von einem Missbrauch im Sinne des § 42 AO ausgegangen werden.

⁷⁹⁸ Siehe hierzu Kapitel II 2.4.3 Vorteilhaftigkeitsvergleich Gesellschafter-Fremd- und Eigenfinanzierung, S. 16.

⁷⁹⁹ Siehe dazu Kapitel V 2.1.1.3 Leistungsfähigkeitsprinzip, S. 110.

Gleichheitsgrundsatz das gesetzgeberische Ziel zu, Steuerumgehungen zu verhindern.⁸⁰⁰ Da § 42 AO tatbestandsgemäß ausschließlich Steuerumgehungen erfasst, könnte der Verstoß gegen die Finanzierungsfreiheit, als Ausprägung des Gleichheitsgrundsatzes, als gerechtfertigt erachtet werden.

Darüber hinaus könnte die im Laufe der Entstehungsgeschichte entwickelte Rechtsauffassung, nach der eine Lösung im Bereich der Gesellschafter-Fremdfinanzierung gesetzlich herbeizuführen ist⁸⁰¹, insbesondere aus europarechtlichen Gründen erneut zu überdenken sein, da – wie aus der Untersuchung der vorliegenden Arbeit abgeleitet wurde – eine gesetzliche Regelung der Problematik der Gesellschafter-Fremdfinanzierung stets, d.h. unter Einbeziehung sämtlicher möglicher Anwendungskreise sowohl gegen allgemeine steuerliche Grundsätze im deutschen Steuerrecht als auch gegen Europa- und Abkommensrecht verstoßen wird. Insbesondere europa- und abkommensrechtliche Kriterien finden in der o.g. Rechtsprechung des BFH keine Erwähnung oder Berücksichtigung. In Anbetracht insbesondere des fortschreitenden Einflusses des EuGH im Bereich der direkten Steuern erscheint eine Berücksichtigung der europarechtlichen Grundsätze jedoch unerlässlich, da der Gerichtshof konsequent die Durchsetzung der Grundfreiheiten verfolgt und im Hinblick auf die gesetzliche Regelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung berechtigte Zweifel an der Europarechtskonformität bestehen. So versuchen die Institutionen der Europäischen Union beharrlich, die Steuerhinterziehung und den Missbrauch steuerlicher Gestaltungsmöglichkeiten zu bekämpfen.⁸⁰² So erkennt der EuGH die Verhinderung des Missbrauchs als Rechtfertigungsgrund für einen

⁸⁰⁰ Vgl. BVerfG vom 11.07.1967, BVerfGE 1967, 22, S. 160 – 162; BVerfG vom 15.07.1969, BVerfGE 1969, 26, S. 326. Dazu auch *Kirchhof, P.*, Steuergleichheit, a.a.O., S. 307; *Bartone, R.*, a.a.O., S. 70.

⁸⁰¹ Siehe dazu Kapitel III 2 Entstehung des § 8a KStG n.F., S. 26 sowie die Ausführungen zur Finanzierungsfreiheit in Kapitel V 2.1.1.2 Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, S. 109.

⁸⁰² Vgl. *Saß, G.*, EU-Grundfreiheiten, DB 2002, S. 2342f.

Verstoß gegen die Grundfreiheiten an.⁸⁰³

Hinsichtlich eines solchen Versuchs, auf der Grundlage des § 42 AO Gesellschafter-Fremdkapital steuerlich als Eigenkapital der Gesellschaft zu qualifizieren, ist im Ergebnis dennoch weiterhin der früheren Rechtsprechung des BFH zu folgen. So ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschrift die missbräuchliche Umgehung eines steuerlichen Tatbestandes und damit eines Steuergesetzes, in dem Bestimmungen darüber enthalten sind, wann eine Kapitalzufuhr als Verbindlichkeit zu behandeln ist. Die steuerliche Behandlung des Kapitals richtet sich auf Grund des Maßgeblichkeitsprinzips des § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG grundsätzlich nach den handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung, soweit steuerlich nichts anderes bestimmt ist. Da keine steuerlichen Vorschriften zur Qualifizierung bestehen, kann keine von der Handelsbilanz abweichende Einordnung des Gesellschafter-Fremdkapitals vorgenommen werden.⁸⁰⁴ Folglich besteht mangels steuerlicher Vorschriften, die eine Einordnung des Kapitals vorsehen oder vorschreiben, wann eine nicht missbräuchliche Finanzierung vorliegt, kein Spielraum für die Umgehung eines steuerlichen Tatbestands. Die Anwendbarkeit der Missbrauchsvorschrift der Abgabenordnung scheitert damit daran, dass keine Umgehung eines steuerlichen Tatbestandes vorliegt. Somit ist der Ansicht zu folgen, dass die Problematik der Gesellschafter-Fremdfinanzierung grundsätzlich nicht durch den Missbrauchstatbestand des § 42 AO erfasst wird.

4 Eigener Lösungsvorschlag

4.1 Allgemeines

Eine Möglichkeit, der Problematik der Gesellschafter-Fremdfinanzierung entgegenzuwirken, ist eine bereits nach europäischem Modell

⁸⁰³ Siehe dazu Kapitel V 2.2.1.5.3 Nichtgesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 130.

bestehende Vorschrift als Missbrauchsregelung auszugestalten. So müsste die mitgliedstaatliche Unterbindung überwiegend steuerlich motivierter Gewinnverlagerungen vom diskriminierungsrechtfertigenden Tatbestand der Missbrauchsabwehr gedeckt werden. Dies könnte durch die Anpassung einer Regelung i.S.d. § 8a KStG erfüllt werden, die den Anwendungsbereich der Vorschrift auf Fälle überwiegend steuerlich begründeter Gewinnverlagerungen beschränkt.⁸⁰⁵ Eine dergestalt angepasste Vorschrift könnte gegebenenfalls trotz weiter bestehender Diskriminierungen im Sinne von Art. 43 EGV als missbrauchsverhindernd gerechtfertigt sein, da, wie an früherer Stelle ausgeführt, die Verhinderung des Steuermisbrauchs, wenn auch in engen Grenzen, als Rechtfertigung für den Verstoß gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrages anzusehen ist.⁸⁰⁶ Typisierungen sind für die Gewährleistung der Gleichheitsgerechtigkeit dabei grundsätzlich geboten.⁸⁰⁷ Die Anpassungen der Regelung soll nur insoweit diskutiert werden, als sie auf Grund der Ergebnisse der vorliegenden Arbeit als notwendig erachtet werden, d.h. insbesondere unter europa- und abkommensrechtlichen Gesichtspunkten sowie unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze im deutschen Steuerrecht. Zunächst wird aufgezeigt, welches der im Rahmen der Arbeit vorgestellten Modelle dem hier vorgestellten Lösungsvorschlag zugrunde gelegt wird. Anschließend wird die allgemeine Ausgestaltung der Regelung aufgezeigt und das Verhältnis von typisierendem Safe Haven, dem Drittvergleich und der Ausgestaltung als Missbrauchsverordnung diskutiert. Abschließend wird der Lösungsvorschlag anhand der der Arbeit zugrunde gelegten allgemeinen und steuerlichen Maßstäbe beurteilt.

⁸⁰⁴ Vgl. *Fassnacht, J.*, a.a.O., S. 140; *Baumgärtel, M.*, a.a.O., S. 324.

⁸⁰⁵ Diesen Vorschlag macht auch Lüdcke ohne nähere Ausführungen, in: *Lüdcke, J.*, a.a.O., S. 440f.

⁸⁰⁶ Vgl. *Kube, H.*, a.a.O., S. 332 – 334. Zu Verhinderung des Steuermisbrauchs siehe Kapitel V 2.2.1.5 Rechtfertigungsgründe für Verstöße gegen die Grundfreiheiten, S. 126.

⁸⁰⁷ Zur Notwendigkeit gesetzgeberischer Typisierungen im Rahmen des § 8a KStG siehe *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 7.

4.2 Zugrunde liegendes Modell

Zu klären ist zunächst, welches der in der vorliegenden Arbeit aufgezeigten Grundmodelle – das französische, das deutsche oder das spanische – und dabei insbesondere welcher personelle Anwenderkreis hinsichtlich der Fremdkapitalgewährung zu Grunde zu legen ist. Tatsächlich lassen prinzipiell hauptsächlich grenzüberschreitende Sachverhalte, insbesondere im Verhältnis zu Niedrigsteuereändern, eine Umgehung der leistungsfähigkeitsgerechten Besteuerung in Deutschland vermuten. So ist davon auszugehen, dass Finanzierungsstrukturen innerhalb deutscher Konzerne prinzipiell nicht die Möglichkeit einer Steuerumgehung eröffnen, da die Zinszahlungen seitens des Zahlungsempfängers jedenfalls im Inland steuerlich erfasst werden.⁸⁰⁸ Darüber hinaus wird der EuGH eine steuerliche Umgehung nicht anerkennen, solange die Vergütungen innerhalb der EU der Besteuerung unterliegen, auch wenn für den Gesellschafter auf Grund niedrigerer Steuersätze steuerliche Vorteile entstehen.⁸⁰⁹ So gilt die mangelnde Harmonisierung der Steuersysteme der Mitgliedstaaten nicht als Rechtfertigungsgrund für einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten. Jedoch würde eine Regelung, die ausschließlich Ausländer betrifft – seien es EU-Ausländer und Drittstaaten-Ausländer nach dem französischen Modell oder lediglich Drittstaaten-Ausländer nach dem spanischen Modell – bereits dadurch einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten – in EU-Sachverhalten die Niederlassungsfreiheit, in Drittlands-Sachverhalten die Kapitalverkehrsfreiheit – riskieren, dass die Prüfung der Anwendbarkeit der Vorschrift lediglich ausländischen Anteilseignern obliegt. So könnten ausländische Anteilseigner bereits auf Grund des erhöhten Verwaltungsaufwands davon abgehalten werden, inländische Tochtergesellschaft nach wirtschaftlichem Ermessen fremdzufinanzieren. Aus diesem Grund, d.h. zur Vermeidung jeglicher Gefahr eines Verstoßes gegen die Grundfreiheiten des Europarechts,

⁸⁰⁸ Siehe dazu Kapitel II 2.4.3.2 Steuerlicher Vorteilhaftigkeitsvergleich, S. 18.

der nicht durch den Missbrauch gerechtfertigt werden könnte, sollte der Regelung hinsichtlich des potentiellen Anwenderkreises der angepassten Regelung das deutsche Regelungsmodell zugrunde gelegt und somit sämtliche Anteilseigner in den Anwendungsbereich eingeschlossen werden.

4.3 Ausgestaltung der Regelung im Einzelnen

4.3.1. Allgemeine Ausgestaltung

Es ist festzustellen, dass die Regelung anhand von Typisierungen im Steuerrecht grundsätzlich geboten und der Steuerhoheit immanent ist.⁸¹⁰ So gewährleisten Typisierungen prinzipiell die Gleichheitsgerechtigkeit des Geltungsanspruchs des Steuergesetzes und erleichtern den Steuervollzug.⁸¹¹

Es erscheint zweckmäßig, dass lediglich langfristiges Fremdkapital in den Anwendungsbereich des § 8a KStG fällt und insbesondere Darlehen für den üblichen Lieferungs- und Leistungsverkehr ausgenommen werden, da lediglich hinsichtlich langfristiger Darlehen ein Zinsvorteil erreicht werden kann. So kann nur langfristig überlassenes Kapital Eigenkapitalcharakter erlangen. In die Kapitalgröße des Gesellschafter-Fremdkapitals sollte jedoch auch die Nutzungsüberlassung von Wirtschaftsgütern durch Gesellschafter einbezogen werden, da diese zu einer der Kapitalüberlassung entsprechenden Erhöhung der Leistungsfähigkeit der Gesellschaft führt und die Anwendbarkeit der Regelung andernfalls dadurch vermieden werden könnte, dass anstelle

⁸⁰⁹ Vgl. *Airs, G.*, a.a.O., S. 272.

⁸¹⁰ Vgl. *Prinz, U.*, in: *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.*, a.a.O., § 8a KStG, Rz. 7; BVerfG vom 31.05.1990, BVerfGE 1990, 82, S. 185; BVerfG vom 10.04.1997, BVerfGE, 1997, 96, S. 6; BVerfG vom 07.12.1999, BVerfGE 1999, 101, S. 309. Siehe dazu auch Kapitel VI 3 Beurteilung nach verfassungsrechtlichen und allgemeinen Grundsätzen des deutschen Steuerrechts, S. 156.

⁸¹¹ Vgl. BVerfG vom 31.05.1990, BVerfGE 1990, 82, S. 185; BVerfG vom 10.04.1997, BVerfGE 1997, 96, S. 1; *Kube, H.*, a.a.O., S. 332.

der Überlassung von Kapital Wirtschaftsgüter überlassen werden.

Das nach der derzeitigen Regelung einbezogene Gesellschafter-Eigenkapital wird gesellschafterbezogen ermittelt. Diese Ausgestaltung erscheint vorteilhafter als die sog. Overall-Quote⁸¹², nach der das gesamte Fremdkapital mit dem gesamten Eigenkapital in Verhältnis gesetzt wird, da damit dem Zwecke gedient ist, dem Missbrauch durch Gesellschafter vorzubeugen.⁸¹³

Für die Ermittlung des FK-/EK-Verhältnisses sollte aus praktischen Gründen, nach spanischem Vorbild, für Eigenkapital und Fremdkapital auf durchschnittliche Jahreswerte abgestellt werden und nicht wie nach der derzeitigen deutschen Regelung auf zeitpunktbezogene Werte.

Der nach der derzeitigen deutschen Vorschrift fixierte Safe Haven in Höhe von 1,5:1 ist grundsätzlich, insbesondere in Anbetracht der niedrigen Eigenkapitalquote in Deutschland, als zu gering einzustufen.⁸¹⁴

Wie aus dem internationalen Vergleich ersichtlich und in Anbetracht der Baseler Eigenkapitalvereinbarungen⁸¹⁵ kann jedoch regelmäßig darauf geschlossen werden, dass ein übermäßig hoher Fremdkapitalanteil auf missbräuchliche Gestaltungen hinweist, so dass das Tatbestandsmerkmal als für die Erfassung missbräuchlicher Gestaltungen relevant erscheint und als solches zu übernehmen ist. Ein festes FK-/EK-Verhältnis gibt den Unternehmen darüber hinaus Rechtssicherheit und vermindert einen andernfalls unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand durch steigende Nachweispflichten.⁸¹⁶

⁸¹² Bspw. Tschechien sieht eine Overall-Quote vor; siehe dazu Kapitel IV 2.1.25 Schematischer Überblick über die internationalen Regelungen, S. 82.

⁸¹³ Siehe dazu Kapitel VI 2 Allgemeine Beurteilung der internationalen Regelungen, S. 150.

⁸¹⁴ Siehe dazu Kapitel II 2.5 Durchschnittliche Eigenkapitalausstattung, S. 24 sowie Kapitel VI 3.1.3 Leistungsfähigkeitsprinzip, S. 160.

⁸¹⁵ Siehe dazu *Schmeisser, W., Schmeisser, K.*, Basel II, DStR 2005, S. 344; *Becker, B., Brackschulze, K., Müller, S.*, Kreditkonditionen, DStR 2004, S. 740 – 742; *Winkeljohann, N., Solfrjan, G.*, Mittelstand, DStR 2003, S. 88f.

⁸¹⁶ Vgl. *Kube, H.*, a.a.O., S. 335; *Brosens, L.*, a.a.O., S. 212.

Vorzuschlagen wäre ein FK-/EK-Verhältnis von 3:1.⁸¹⁷

Auf die derzeit bestehende Freigrenze in Höhe von 250.000 € kann verzichtet werden, da durch die angepasste Vorschrift nicht mehr sämtliche Finanzierungen auch mittelständischer Unternehmen erfasst werden, sondern lediglich missbräuchliche Gestaltungen. In derartigen Missbrauchsfällen kann auf die durch die Freigrenze gewährte Entlastung verzichtet werden.

Die derzeitig geltende Rechtsfolge, nach der die Vergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen umqualifiziert werden, orientiert sich am Drittvergleich. Eine dem Drittvergleich nicht genügende Gestaltung ist danach nicht betrieblich, sondern durch die Gesellschafterstellung veranlasst und somit als verdeckte Gewinnausschüttung zu behandeln.⁸¹⁸ Diesem Ansatz ist grundsätzlich zu folgen. Problematisch ist jedoch, dass eine solche Ausgestaltung – die Umqualifizierung der Vergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen – gem. Art. 11 Abs. 3 OECD-MA gegen Abkommensrecht verstößt.⁸¹⁹ Andererseits würde jedoch die Behandlung der Vergütungen als nicht abzugsfähige Betriebsausgaben und die daraus resultierende Besteuerung auf Ebene der Kapitalgesellschaft zu einer Durchbrechung des Leistungsfähigkeitsprinzips führen und damit gegen die allgemeinen steuerlichen Grundsätze verstoßen. Zudem würde die Besteuerung der Zinsen auf Ebene der Kapitalgesellschaft in grenzüberschreitenden Finanzierungsstrukturen zu einer Doppelbesteuerung führen, wenn die Zinsen im Ausland ebenfalls der Besteuerung unterlägen, wodurch wiederum ein Verstoß gegen Europarecht und Abkommensrecht verursacht werden könnte.⁸²⁰ Damit bereitet es Schwierigkeiten,

⁸¹⁷ Dies entspricht der Quote nach § 8a KStG a.F. Die Steuerberaterkammer fordert in einer Stellungnahme zu § 8a KStG n.F. sogar einen Safe Haven von 4:1.

⁸¹⁸ Vgl. *Herzig, N.*, Bericht Arbeitsgruppe, a.a.O., S. 242.

⁸¹⁹ Siehe dazu Kapitel V 2.3.4 Zur abkommensrechtlichen Wirksamkeit der Umqualifizierung von Zinsen in Gewinnausschüttungen, S. 144 sowie Kapitel V 3.1.2, 3.2.2, 3.3.2, 3.4.2 Verstoß gegen Abkommensrecht.

⁸²⁰ Siehe dazu Kapitel VII 3.2.3 Behandlung der Zinsen als nicht abzugsfähige

hinsichtlich dieses Punktes eine Lösung zu finden, die sämtlichen Anforderungen gerecht wird. Es wird später aufgezeigt, dass der Verstoß gegen Art. 11 Abs. 3 OECD-MA durch Umqualifizierung der Vergütungen unbeachtlich ist, sofern die Umqualifizierung lediglich dann vorgenommen wird, wenn die Vergütungen nicht dem Fremdvergleich entsprechen. Die angepasste Regelung erfasst ausschließlich Missbrauchsfälle; dabei ist jedoch von verschiedenen Fällen auszugehen, in denen das Kriterium des Fremdvergleichs von dem Missbrauchskriterium abweicht: einerseits sind Fälle denkbar, in denen kein Missbrauch vorliegt, obwohl ein Fremdvergleich nicht erbracht werden kann und andererseits gibt es Fälle, in denen zwar ein Fremdvergleich erbracht wurde, die aber dennoch missbräuchlich sind.⁸²¹ Dabei kommt in Fällen, in denen trotz der missbräuchlichen Gestaltung ein Fremdvergleich möglich ist, ein Verstoß gegen Abkommensrecht in Betracht.⁸²² Dennoch soll die Umqualifizierung der Vergütungen in der angepassten Vorschrift in Anbetracht der Ausführungen zur Behandlung der Zinsen als nichtabziehbare Betriebsausgaben⁸²³ beibehalten werden. Diese Umqualifizierung soll nach Maßgabe der bestehenden Regelung erfolgen, d.h. soweit sie auf Fremdkapital entfällt, das den zulässigen Safe Haven übersteigt.

Die bestehende Regelung des § 8a KStG differenziert innerhalb des Gesellschafter-Fremdkapitals hinsichtlich der Nähe des Kapitals zum Eigenkapital. Während gewinnabhängige Vergütungen auf Grund der großen Nähe zu Eigenkapital stets in verdeckte Gewinnausschüttungen umqualifiziert werden, ist für in einem Bruchteil des Kapitals bemessene Vergütungen ein Safe Haven vorgesehen. Zur Vereinfachung sollte auf diese Differenzierung verzichtet und stets ein fester Safe Haven gewährt

Betriebsausgaben, S. 223.

⁸²¹ Siehe dazu Kapitel VII 4.3.3 Zusammenfassende Betrachtung – zum Verhältnis von typisierendem Safe Haven, Drittvergleich und Ausgestaltung als Missbrauchsvorschrift in der angepassten Regelung, S. 253.

⁸²² Siehe dazu Kapitel VII 4.4.4 Beurteilung nach Abkommensrecht, S. 260.

⁸²³ Siehe Kapitel VII 3.2.3 Behandlung der Zinsen als nichtabziehbare

werden.

Für Gesellschafter-Darlehen, für die keine gewinnabhängige Vergütung vereinbart ist, besteht nach der aktuellen Regelung die Möglichkeit eines Fremdvergleichs. Für Darlehen, für die eine gewinnabhängige Vergütung vorgesehen ist, wird die Möglichkeit eines Fremdvergleichs dagegen ausgeschlossen. Für die Beurteilung, ob in einer angepassten Regelung ein Fremdvergleich zuzulassen ist, sind insbesondere die europarechtlichen Rechtfertigungsgründe sowie Art. 9 OECD-MA zu berücksichtigen. Wie im Rahmen der europarechtlichen Beurteilung der deutschen Vorschrift festgestellt wurde⁸²⁴, reicht die durch die derzeitige Regelung vorgesehene Möglichkeit des Fremdvergleichs nicht aus, um sicherzustellen, dass ausschließlich missbräuchliche Sachverhalte erfasst werden.⁸²⁵ Andererseits setzt Art. 9 Abs.1 OECD-MA voraus, dass eine nationale Gewinnberichtigungsvorschrift auf dem Fremdvergleich basiert. Wie später ausgeführt wird, kann der Nachweis der wirtschaftlichen Begründetheit im Rahmen des Missbrauchskriteriums den Fremdvergleich beinhalten, er setzt ihn jedoch nicht voraus und geht ggf. darüber hinaus. Unter europarechtlichen Gesichtspunkten wird die Möglichkeit des Fremdvergleichs durch die vorgesehene Einzelfallprüfung hinfällig, da das Missbrauchskriterium sicherstellt, dass tatsächlich ausschließlich Missbrauchstatbestände erfasst werden. Unter abkommensrechtlichen Gesichtspunkten erscheint der Verzicht auf die Möglichkeit des Fremdvergleichs dagegen problematisch. So kommt ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 OECD-MA in Betracht, wenn durch die angepasste Vorschrift Fälle erfasst werden, die dem Fremdvergleich standhalten.⁸²⁶ In Anbetracht der Aktualität der EuGH-Rechtsprechung, soll in der angepassten Vorschrift die Möglichkeit des Fremdvergleichs dennoch

Betriebsausgaben, S. 223.

⁸²⁴ Siehe dazu Kapitel VI 4.3.1.2.2 Rechtfertigungsgründe, S. 195 sowie Kapitel VII 4.3.2.2 Konkrete Umsetzung, S. 250.

⁸²⁵ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 37 – 38.

⁸²⁶ Siehe dazu die Ausführungen in diesem Kapitel, S. 246.

durch das Kriterium der Missbrauchsvermeidung ersetzt werden.⁸²⁷

Die Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 8a KStG auf beteiligte Gesellschafter erscheint hinsichtlich der Zielsetzung einer Missbrauchsvermeidungsvorschrift sinnvoll, da ein steuerlicher Vorteil grundsätzlich nur durch die Gewinnverlagerung in Konzernverhältnissen erzielt werden kann. So erscheint auch das Erfordernis der wesentlichen Beteiligung des Anteilseigners sinnvoll, da der Gesellschafter nur in solchen Fällen einen entscheidenden Einfluss auf die Gestaltung der Finanzierung ausüben kann. Die Finanzierung durch dem Anteilseigner nahe stehende oder rückgriffsberechtigte Personen sollte in die Regelung einbezogen werden, da die Regelung andernfalls auf Grund weit reichender Umgehungsmöglichkeiten ins Leere laufen würde; jedoch sollten die durch die Vorschrift erfassten Rückgriffsfälle auf Back-to-Back-Finanzierungen begrenzt werden.⁸²⁸

Auf eine Holdinglösung gem. § 8a Abs. 4 KStG kann im Rahmen der angepassten Vorschrift verzichtet werden, da lediglich Missbrauchsfälle erfasst werden. Darüber hinaus erscheint die derzeit in § 8a Abs. 5 KStG vorgesehene Sonderregelung im Falle der Finanzierung nachgeschalteter Personengesellschaften für Missbrauchsfälle nicht erforderlich und nicht zielführend. Da durch die im folgenden Kapitel dargestellte Einengung der Regelung ausschließlich und vollständig mögliche Missbrauchstatbestände erfasst werden, ist die Aufnahme einer solchen Sonderregelung nicht erforderlich. Das gleiche gilt für die Vorschrift des § 8a Abs. 6 KStG.

⁸²⁷ Siehe dazu Kapitel V 2.3.1.4 Verhältnis zwischen EG-Vertrag und Doppelbesteuerungsabkommen, S.140.

⁸²⁸ Siehe dazu Kapitel VI 2. Allgemeine Beurteilung der internationalen Regelungen, S. 150.

4.3.2 Weitere Einengung durch Einführung des Kriteriums Gestaltungsmissbrauch

4.3.2.1 Der Rechtfertigungsgrund der Missbrauchsverhinderung in der Rechtsprechung

Die Umgestaltung des § 8a KStG zu einer Missbrauchsvorschrift setzt weitere Überlegungen voraus, in welchen Fällen eine Fremdfinanzierung durch den Gesellschafter, ihm nahe stehende Personen oder rückgriffsberechtigte Dritte missbräuchlich ist. So sollte die Regelung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung dergestalt ausgearbeitet sein, dass tatsächlich lediglich missbräuchliche Gestaltungen erfasst werden, die nicht in den Schutzbereich des Europarechts fallen. Dem Rechtfertigungstatbestand des Missbrauchs sind durch das Europarecht jedoch enge Grenzen gesteckt, die hinsichtlich solcher Überlegungen zu berücksichtigen sind.

In dem Urteil in der Rechtssache Lankhorst wurde das Vorliegen des Rechtfertigungsgrundes des Missbrauchs verneint, da die Regelung des § 8a KStG a.F. generell jeden Fall erfasste, in dem die Muttergesellschaft ihren Sitz aus welchen Gründen auch immer außerhalb Deutschlands hat, und nicht lediglich speziell künstliche Konstruktionen, die auf eine Steuerumgehung gerichtet sind.⁸²⁹ Allgemeine Voraussetzungen einer Rechtfertigung sind, wie bereits ausgeführt, dass die Beschränkung ein legitimes Ziel verfolgt, das mit dem EG-Vertrag vereinbar ist und zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dient und die Rechtfertigung zur Erreichung dieses Ziels geeignet ist und nicht über das zur Erreichung des Ziels erforderliche Maß hinausgeht.⁸³⁰ Voraussetzung für die Rechtfertigung

⁸²⁹ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 37. Dies entspricht der Argumentation in dem EuGH-Urteil vom 16.06.1998, ICI, Rz. 26.

⁸³⁰ Siehe dazu auch Kapitel V 2.2.1.5 Rechtfertigungsgründe für Verstöße gegen Grundfreiheiten, S. 126. Zu den allgemeinen Voraussetzungen für eine Rechtfertigung siehe in der neueren Rechtsprechung bspw. EuGH-Urteil vom 11.03.2004, Lasteyrie du Saillant, Rz. 49; EuGH-Urteil vom 21.11.2002, X und Y, Rz. 49; EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 33.

auf Grund der Missbrauchsbekämpfung nach der EuGH-Rechtsprechung ist demnach, dass die Regelung geeignet ist, den Missbrauch zu bekämpfen; dazu ist die Regelung insbesondere dann ungeeignet, wenn der Missbrauch auch trotz der Regelung stattfinden kann.⁸³¹

Die Regelung darf nicht über das erforderliche Maß hinausgehen; so ist die Rechtfertigung typisierender Vorschriften ausgeschlossen, da Regelungen, die nicht speziell bezwecken, rein künstliche Konstruktionen, die auf eine Umgehung des Steuerrechts gerichtet sind, von einem Steuervorteil auszuschließen, sondern generell bestimmte Situationen erfassen, einen Eingriff in die Grundfreiheiten nicht rechtfertigen können.⁸³² So verwarf der EuGH die Rechtfertigung auf Grund Missbrauchsvermeidung in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst, da die deutsche Regelung auf Grund der Typisierungen nicht speziell darauf abzielte, nur zur Umgehung des deutschen Steuerrechts geschaffene Sachverhalte von einer Steuervergünstigung auszunehmen, sondern allgemein alle Fälle erfasste, in denen die Muttergesellschaft – aus welchem Grund auch immer – ihren Sitz außerhalb der Bundesrepublik Deutschland hat. Die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale der deutschen Vorschrift bedeute für sich genommen jedoch noch keine Steuerflucht, da die betreffende Gesellschaft auf jeden Fall dem Steuerrecht des Staates unterliegt, in dem sie niedergelassen ist. So kann eine allgemeine Vermutung von Steuerflucht oder Steuerhinterziehung nicht auf den Umstand gestützt werden, dass eine natürliche Person ihren Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt hat, da die Einkünfte auf jeden Fall dem Steuerrecht des Staates unterliegen, in dem der Empfänger niedergelassen ist und eine bloße Steuermindereinnahme des deutschen Fiskus kein

⁸³¹ Vgl. EuGH-Urteil vom 16.06.1998, ICI, Rz. 25; EuGH-Urteil vom 21.11.2002, X und Y, Rz. 62f.

⁸³² Vgl. EuGH-Urteil vom 16.06.1998, ICI, Rz. 26; EuGH-Urteil vom 21.11.2002, X und Y, Rz. 62f.; EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, Rz. 33 und 37.

zwingender Grund des Allgemeininteresses darstellt.⁸³³ Eine nationale Maßnahme kann demzufolge mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur vereinbar sein, wenn die Finanzbehörden das tatsächliche Vorliegen einer Hinterziehung oder einer Steuerumgehung im Einzelfall nachzuweisen haben und nicht auf Grund typisierender Voraussetzungen automatisch eine betrügerische Absicht unterstellt wird.⁸³⁴

Darüber hinaus ließ sich nach Ansicht des EuGH keinerlei Missbrauch nachweisen, da das Darlehen tatsächlich gewährt wurde, um ein Bankdarlehen zurückzuführen und die wirtschaftliche Veranlassung darin lag, dass die Belastungen der Lankhorst-Hohorst-GmbH mit den Zinsen ihres Bankdarlehens verringert werden sollten. Zudem erwirtschaftete die Lankhorst-Hohorst-GmbH in den Geschäftsjahren 1996 bis 1998 Verluste, die den Betrag der an die LT BV gezahlten Zinsen weit überstiegen, so dass von einer Steuerumgehung nicht auszugehen war.⁸³⁵

Aus der Rechtsprechung in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst kann auch geschlossen werden, dass für die Annahme einer grundsätzlichen Erfassung von Missbrauchstatbeständen die Möglichkeit eines Fremdvergleichs nicht ausreicht. So lehnte der EuGH das Vorbringen der deutschen und der britischen Regierung ab, dass sich die Vorschrift in Einklang mit dem Drittvergleich befinde.⁸³⁶

Festzuhalten ist, dass der EuGH im Bereich des direkten Steuerrechts bislang noch nie eine Rechtfertigung nach diesem Grund anerkannt hat, obwohl nach der Rechtsprechung die Missbrauchsbekämpfung

⁸³³ Vgl. *Schindler, C.*, Wegzugsbesteuerung, IStR 2004, S. 303f. Dazu auch *Rättig, H.*, *Protzen, P.*, Europarechtswidrigkeit, IStR 2003, S. 198.

⁸³⁴ Vgl. *Schindler* zu der Rechtssache *Lasteyrie du Saillant*, in: *Schindler, C.*, a.a.O., S. 303f. Diese Ausführungen spiegelt sich auch in der Rechtsprechung zu Art. 11 der Fusions-Richtlinie wieder, EuGH-Urteil vom 17.07.1997, *Leur-Bloem*, Rz. 48.

⁸³⁵ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, *Lankhorst-Hohorst*, Rz. 38.

⁸³⁶ Vgl. EuGH-Urteil vom 12.12.2002, *Lankhorst-Hohorst*, Rz. 39.

theoretisch als ein zwingender Grund des Allgemeininteresses gilt.⁸³⁷

Die Rechtfertigung auf Grund Missbrauchs scheiterte stets an der Unverhältnismäßigkeit der beschränkenden Normen. Jedoch lehnte der EuGH auch in der Rechtssache Lankhorst nicht grundsätzlich ab, dass ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten durch das Argument der Missbrauchsvermeidung gerechtfertigt werden könne.⁸³⁸ Darüber hinaus wurde der Rechtfertigungsgrund Missbrauch in der nichtsteuerlichen EuGH-Rechtsprechung⁸³⁹ akzeptiert: den Beteiligten wurde der Schutz durch die Grundfreiheiten abgesprochen, wenn die Absicht vorlag, ungerechtfertigte Vorteile zu erlangen, das Erreichen dieses Vorteils durch eine künstliche Sachverhaltskonstruktion erreicht wurde und somit für diese Gestaltung kein wirtschaftlicher Grund vorlag, sondern diese dem Gesetzeszweck widersprach.

4.3.2.2 Konkrete Umsetzung

Um der EuGH-Rechtsprechung in der Rechtssache Lankhorst und anderen zu entsprechen, ist die Vorschrift des § 8a KStG und die darin vorgesehene Falltypisierung somit zusätzlich einzuengen, um tatsächlich ausschließlich rein künstliche und missbräuchliche Gestaltungen zu erfassen. So ist noch deutlicher danach zu urteilen, ob eine Darlehensgewährung im Einzelfall wirtschaftlich veranlasst ist.⁸⁴⁰ Dies kann nicht dadurch erreicht werden, dass ein weiteres typisierendes Kriterium in die Vorschrift des § 8a KStG aufgenommen wird.

Vielmehr wäre vorzuschlagen, in die Regelung eine Formulierung aufzunehmen ist, die – über die Prüfung der bereits aufgezeigten Typisierungen hinaus – zu einer Einzelfallprüfung des Sachverhalts

⁸³⁷ Vgl. EuGH-Urteil vom 21.11.2002, X und Y, Rz. 48 und 62f.

⁸³⁸ Dazu auch *Vinther, N., Werlauff, E.*, a.a.O., S. 101 sowie S. 105.

⁸³⁹ Vgl. EuGH-Urteil vom 09.03.1999, Centros, Rz. 23 – 26; EuGH-Urteil vom 05.10.1994, TV10, Rz. 21f.

⁸⁴⁰ *Kube* schlägt vor, das Verhältnis zwischen Umlauf- und Anlagevermögen der Tochtergesellschaft zu berücksichtigen; siehe dazu *Kube, H.*, a.a.O., S. 335.

führt.⁸⁴¹ So könnte als weiteres Kriterium aufgenommen werden, dass die Anwendbarkeit der Regelung voraussetzt, dass eine unangemessene Gestaltung vorliegt. In Anlehnung an die Rechtsprechung in Zusammenhang mit § 42 AO⁸⁴² bedeutet dies, dass eine rechtliche Gestaltung gewählt wird, die den wirtschaftlichen Vorgängen nicht gerecht wird, weil sie unangemessen ist, der Steuerminderung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche außersteuerliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist.⁸⁴³ Eine rechtliche Gestaltung, die verständige Parteien in Anbetracht des wirtschaftlichen Sachverhalts nicht wählen würden, sei unangemessen.⁸⁴⁴ Unübliche, d.h. umständliche, komplizierte, schwerfällige, unpraktikable und wenig effektive Wege, d.h. Gestaltungen die das wirklich Gewollte verschleiern, sind dabei grundsätzlich als unangemessen zu erachten;⁸⁴⁵ jedoch darf durch die Vorschrift nicht verhindert werden, dass der Steuerpflichtige fortschrittliche, rechtliche Wege beschreitet.⁸⁴⁶ In Abgrenzung zu der Vorschrift des § 42 AO zielt das Kriterium des Gestaltungsmissbrauchs nicht auf die Umgehung einer Steuervorschrift ab, die eine angemessene Finanzierung festlegt, sondern eröffnet einen weiteren Anwendungskreis, der sich auf wirtschaftlicher Argumentation begründet.⁸⁴⁷

⁸⁴¹ Vgl. *Brosens, L.*, a.a.O., S. 208, die eine solche Regelung ohne die bestehenden Typisierungen vorschlägt. Dazu auch *Gutmann, D.*, *Hinnebens, L.*, a.a.O., S. 93.

⁸⁴² Auf die Verhinderung missbräuchlicher Gestaltungen zielt bspw. auch die Formulierung in Art. 1 Abs. 2 MTRL ab.

⁸⁴³ Siehe dazu auch Kapitel VI 4.2.1.1 Allgemeines, S. 170. Zu der dazu ergangenen Rechtsprechung siehe *Koenig, U.*, a.a.O., § 42, Rz. 18; *Kruse, H.*, *Drüen, K.*, in: *Tipke, K.*, *Kruse, H.*, a.a.O., § 42, Rz. 33.

⁸⁴⁴ Vgl. BFH-Urteil vom 01.02.2001, NV 2001, S. 829; BFH-Urteil vom 19.08.1999, BStBl. II 2001, S. 43; *Koenig, U.*, a.a.O., § 42, Rz. 19. Dazu auch *Kruse, H.*, *Drüen, K.*, in: *Tipke, K.*, *Kruse, H.*, a.a.O., § 42, Rz. 33.

⁸⁴⁵ Vgl. BFH-Urteil vom 27.07.1999, BStBl. II 1999, S. 769; FG Münster vom 29.09.1997, EFG 98, S. 115; *Koenig, U.*, a.a.O., zu § 42, Rz. 19.

⁸⁴⁶ Vgl. *Koenig, U.*, a.a.O., § 42, Rz. 20; *Kruse, H.*, *Drüen, K.*, in: *Tipke, K.*, *Kruse, H.*, a.a.O., § 42, Rz. 33; BFH-Urteil vom 16.03.1988, BStBl. II 1988, S. 629; *Kottke, K.*, a.a.O., S. 1147f.; *Klein, M.*, a.a.O., S. 287f.

⁸⁴⁷ Dies erfolgt im Sinne der wirtschaftlichen Betrachtungsweise des BFH. Die wirtschaftliche Begründetheit kann in Anlehnung an Art. 11 der Fusions-Richtlinie

Darüber hinaus ist festzustellen, dass die EuGH-Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt hat, dass eine Missbrauchsvorschrift grundsätzlich dann unverhältnismäßig ist, wenn der Steuerpflichtige nicht die Möglichkeit hat nachzuweisen, dass die von ihm gewählte Gestaltung nicht missbräuchlich ist.⁸⁴⁸ Der Tatbestand der Unangemessenheit stellt jedoch nicht – wie hinsichtlich des Begriffs der verdeckten Gewinnausschüttung gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG – auf einen Fremdvergleich ab, da die Möglichkeit des Fremdvergleichs allein nicht einen Rechtfertigungsgrund für einen Verstoß gegen europarechtlichen Grundfreiheiten darstellt. Vielmehr ist eine wirtschaftliche Begründetheit der Finanzierungsstruktur nachzuweisen. Ein solcher Nachweis beinhaltet ggf. den Fremdvergleich beispielsweise durch eine Bank, stellt jedoch nicht maßgeblich darauf ab. Die Nachweispflicht besteht anders als im Falle des § 42 AO seitens der Steuerpflichtigen, sofern die die typisierenden Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind.⁸⁴⁹

Festzuhalten ist darüber hinaus, dass der EuGH hinsichtlich grenzüberschreitender Finanzierungsstrukturen und Zinszahlungen grundsätzlich keinen Missbrauchstatbestand anerkennen wird, wenn die Zinsen in einem anderen Mitgliedstaat der Besteuerung unterworfen werden. Lediglich in Fällen, in denen die Zinsen nachweislich in keinem Mitgliedstaat der Besteuerung unterliegen, wird der EuGH eine Steuerumgehung akzeptieren. Solange die Zinsen zumindest in einem anderen Mitgliedstaat der Besteuerung unterliegen, wird kein Missbrauchstatbestand und damit keine Rechtfertigung für den Verstoß

verstanden werden. Gemäß Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 90/434 können die Mitgliedstaaten vorsehen, daß vom Vorliegen einer Steuerhinterziehung oder -umgehung auszugehen ist, wenn der beabsichtigte Vorgang nicht auf vernünftigen wirtschaftlichen Gründen beruht. Sie haben unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die hierfür erforderlichen innerstaatlichen Verfahren festzulegen; Richtlinie 90/434; dazu EuGH-Urteil vom 17.07.1997, Leur-Bloem.

⁸⁴⁸ Zu der Frage, ob die Beweislast beim Finanzamt oder beim Steuerpflichtigen zu sehen ist, vgl. *Brosens, L.*, a.a.O., S. 209.

⁸⁴⁹ Vgl. *Tipke, K., Lang, J.*, a.a.O., § 5, Rz. 114 – 120; *Kruse, H., Drüen, K.*, in: *Tipke, K., Kruse, H.*, a.a.O., § 42, Rz. 21.

gegen die Grundfreiheiten des Europarechts anerkannt werden.⁸⁵⁰

Andernfalls, d.h. solange die Zinsen in irgendeinem Mitgliedstaat der Besteuerung unterliegen, wird es den Gesellschaften freistehen, Finanzierungsstrukturen zu wählen, die innerhalb der EU zu einer niedrigeren Besteuerung führen, da das Ausnutzen unterschiedlicher Steuersätze innerhalb der EU durch den EuGH nicht als Steuerumgehung und somit nicht als Missbrauchstatbestand anerkannt wird.⁸⁵¹ Dies muss hinsichtlich der Auslegung des Begriffs der unangemessenen Gestaltung berücksichtigt werden.

Schließlich ist festzulegen, dass die angepasste Vorschrift keine Anwendung finden darf, wenn auf Grund einer Verlustsituation der Gesellschaft nicht davon auszugehen ist, dass Steuern gemindert werden. Im Falle bestehender Verlustvorträge oder laufender Verluste der betroffenen Gesellschaft kann ein Missbrauchstatbestand nicht erfüllt sein.⁸⁵²

4.3.3. Zusammenfassende Betrachtung – zum Verhältnis von typisierendem Safe Haven, Drittvergleich und Ausgestaltung als Missbrauchsvorschrift in der angepassten Regelung

Das Kriterium des Gestaltungsmissbrauchs ist über die bestehenden Typisierungen hinaus zu prüfen. Damit ist insbesondere zusätzlich zu der typisierenden Prüfung des fixierten FK-/EK-Verhältnisses von 3:1 eine Einzelfallprüfung durchzuführen. Wie bereits ausgeführt, kann aus einer übermäßig hohen Fremdkapitalzuführung regelmäßig auf eine missbräuchliche Gestaltung geschlossen werden. Im Rahmen der angepassten Vorschrift wird dieser Missbrauchstatbestand nunmehr einerseits durch die Fixierung des Safe Havens und andererseits durch das auf der Einzelfallprüfung beruhende Missbrauchskriterium erfasst; die Vermutung, dass im Falle eines Überschreitens des Safe Havens ein

⁸⁵⁰ Vgl. *Airs, G.*, a.a.O., S. 272.

⁸⁵¹ Vgl. *Terra, B., Wattel, P.*, a.a.O., S. 54f.

⁸⁵² Siehe dazu EuGH-Urteil vom 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst.

Missbrauchstatbestand vorliegt, ist somit im Einzelfall zu verifizieren. Sachverhalte, in denen der Safe Haven nicht überschritten wird, sind dagegen nicht zu prüfen. Die Einführung eines weiteren Kriteriums entspricht der Rechtsprechung des EuGH, die eine Vermutung auf Grundlage des typisierten Safe Havens nicht als ausreichenden Hinweis auf einen Missbrauchstatbestand anerkennt.

Andererseits ersetzt das neu eingeführte Missbrauchskriterium die Möglichkeit des Fremdvergleichs, die nach der derzeit gültigen Fassung der Regelung im Falle eines Überschreitens des zulässigen Safe Havens vorgesehen ist und damit derzeit zu einer Prüfung über die Typisierung hinaus führt. Jedoch reicht nach der EU-Rechtsprechung auch die Möglichkeit des Fremdvergleichs nicht als Rechtfertigungsgrund aus, da nach Ansicht des EuGH trotz des Fremdvergleichs nicht ausgeschlossen werden kann, dass nicht missbräuchliche Sachverhalte von der Regelung erfasst werden. So sind Fälle denkbar, in denen zwar kein Fremdvergleich erbracht werden kann, bspw. auf Grund der an früherer Stelle aufgezeigten Schwierigkeiten hinsichtlich des hypothetischen Geschehensablaufs⁸⁵³, ein Missbrauchstatbestand jedoch nicht vorliegt.

Andererseits dient das Missbrauchskriterium in der angepassten Regelung dazu Fälle zu erfassen, in denen zwar ein Fremdvergleich erbracht wurde, d.h. in denen die Darlehensbedingungen wie zwischen fremden Dritten, bspw. mit einer Bank vereinbart wurden, die jedoch trotzdem missbräuchlich sind. So stellt der Fremdvergleich im deutschen Steuerrecht hauptsächlich auf die Darlehensbedingungen, wie die konkreten Vertragsbedingungen, die Höhe des Vermögens der Kapitalgesellschaft, die Sicherungsmittel und die allgemeine Bonität ab⁸⁵⁴, wohingegen das Missbrauchskriterium auf den Tatbestand der

⁸⁵³ Siehe dazu Kapitel III 5.3.1.3 Tatbestand der erfolgsabhängigen und erfolgsunabhängigen Vergütung, S. 47.

⁸⁵⁴ Zum Fremdvergleich nach der deutschen Regelung siehe Kapitel III. 5.3.1.3 Tatbestand der erfolgsabhängigen und erfolgsunabhängigen Vergütung, S. 47.

Steuerungsumgehung abstellt.⁸⁵⁵ Der nach der angepassten Regelung erforderliche Nachweis der wirtschaftlichen Begründetheit der Finanzierung kann somit ggf. den Fremdvergleich beinhalten, setzt ihn jedoch nicht voraus und geht im Einzelfall darüber hinaus.

4.4 Beurteilung dieses Ansatzes

4.4.1 Allgemeine Beurteilung

Nach der Begründung zum Referentenentwurf verfolgt die gesetzliche Regelung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung gem. § 8a KStG letztlich zwei Ziele: die Vermeidung der Steuerungsumgehung und damit verbundener Steuermindereinnahmen sowie die Verwirklichung des Grundsatzes der Einmalbesteuerung von in Deutschland erwirtschafteten Gewinnen mit einer deutschen Einkommensteuer. Die angepasste Vorschrift dient dem Ziel der Vermeidung der Steuerungsumgehung. Die Verwirklichung des Grundsatzes der Einmalbesteuerung soll an anderer Stelle diskutiert werden.

In anderen Ländern liegt die Zielsetzung der Regelung verstärkt in der Vermeidung der Unterkapitalisierung. In Anbetracht der nach dem deutschen Steuerrechte geltenden Finanzierungsfreiheit ist diese Zielsetzung für die Regelung des § 8a KStG jedoch steuerpolitisch nicht begründbar. Derartige Bestrebungen sollten aus diesem Grunde nicht durch Steuergesetze geregelt werden, sondern vielmehr, wie bereits durch die Baseler Eigenkapitalvereinbarungen (Basel II)⁸⁵⁶ begonnen, beispielsweise im Rahmen des Bankenrechts.

Hinsichtlich des Spannungsverhältnisses zwischen der Vorschrift des §

⁸⁵⁵ Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Darlehensbedingungen im Falle der Gesellschafter-Fremdfinanzierung regelmäßig nicht unangemessen sind; siehe dazu Kapitel III 5.1 Systematische Einordnung des § 8a KStG und Abgrenzung zu anderen Regelungen, S. 39.

⁸⁵⁶ Siehe dazu *Schmeisser, W., Schmeisser, K.*, a.a.O., S. 344; *Becker, B., Brackschulze, K., Müller, S.*, a.a.O., S. 740 – 742; *Winkeljohann, N., Solfrian, G.*,

8a KStG und der Vorschrift des § 42 AO sei auf Kapitel III. 3.2.1.1. Systematische Einordnung des § 8a KStG und Abgrenzung zu anderen Vorschriften verwiesen. So schließt die Anwendung des § 8a KStG auf Grund der Vorrangigkeit des § 42 AO vor spezialrechtlichen Regelungen auch die Anwendbarkeit des § 42 AO grundsätzlich nicht aus. Lediglich in Sonderfällen ist eine weitergehende Regelung durch § 42 AO nicht möglich. Auch soll durch die Einführung eines Kriteriums des Missbrauchs in die Vorschrift des § 8a KStG nicht einer Erweiterung des Anwendungsbereichs erzielt werden, sondern eine Einengung des Anwendungsbereichs durch eine Einzelfallprüfung.

Problematisch an einer auf den Einzelfall abstellenden Missbrauchsvorschrift ist sicherlich, dass sie ein Weniger an Planungssicherheit und ein Mehr an Streitpotential bietet.⁸⁵⁷ So wird die Anpassung der Vorschrift durch Einführung des unbestimmten Rechtsbegriffs „unangemessene Gestaltung“ erreicht. Wie bereits ausgeführt, kann eine diskriminierungsrechtfertigende Missbrauchsvorschrift nach europarechtlichen Grundsätzen jedoch nur mittels eines solchen offenen Rechtsbegriffs erreicht werden und nicht durch Einführung einer weiteren Typisierung, was unter praktischen Gesichtspunkten grundsätzlich vorteilhaft erscheinen würde.⁸⁵⁸ Darüber hinaus befürwortet auch die OECD die Einführung einer auf einer Einzelfallprüfung basierenden Regelung.

4.4.2 Beurteilung nach den allgemeinen Grundsätzen im deutschen Steuerrecht

Zu prüfen ist, ob eine als Missbrauchsvorschrift ausgestaltete Vorschrift dem Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung gem. Art. 3 Abs. 1 GG entspricht.

a.a.O., S. 88f.

⁸⁵⁷ Zur kritischen Würdigung einer solchen Lösung vgl. *Lüdicke, J.*, a.a.O., S. 441.

⁸⁵⁸ Siehe zu einer weiteren Typisierung den Vorschlag von *Kube*, in: *Kube, H.*, a.a.O., S. 332f.

Der mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Zusammenhang stehende Grundsatz der Einmalbesteuerung kann nach herrschender Meinung in Ermangelung einer gesetzlichen Grundlage und in Anbetracht des Trennungsprinzips keine entscheidende Wirkung entfalten. Zumindest in einem europäischen Raum sollte dieser Grundsatz heutzutage nicht zuletzt in Anbetracht der Rechtsprechung des EuGH darüber hinaus vielmehr als Grundsatz der Besteuerung innerhalb Europas interpretiert werden. So ist nach dem EuGH die Besteuerung der Zinsen in einem anderen Mitgliedstaat als mit der Besteuerung im Inland gleichwertig zu erachten, und auch in der Ausnutzung unterschiedlicher Steuersätze wird keine Steuerumgehung gesehen.

Der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung steht in Verbindung mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, der anhand des Grundsatzes der Finanzierungsfreiheit sowie des Leistungsfähigkeitsprinzips zu messen ist.

Nach dem Grundsatz der Finanzierungsfreiheit soll es dem Anteilseigner einer Gesellschaft grundsätzlich freistehen, ob er der Gesellschaft durch Fremdfinanzierung oder im Wege der Eigenfinanzierung Kapital zuführt. Da auch die angepasste Vorschrift dazu führt, dass im Falle der Fremdfinanzierung bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen eine differenzierende Besteuerung resultiert, liegt wiederum ein möglicher Verstoß gegen die Finanzierungsfreiheit vor. Darüber hinaus ist festzustellen, dass die angepasste Vorschrift möglicherweise auch gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip verstößt. So entstehen die Besteuerungsfolgen prinzipiell bei Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen, ohne dass eine Erhöhung der Leistungsfähigkeit damit einhergeht. Jedoch lässt das BVerfG als Rechtfertigung bei Verstößen gegen den Gleichheitsgrundsatz das gesetzgeberische Ziel zu, Steuerumgehungen zu verhindern.⁸⁵⁹ Da die

⁸⁵⁹ Vgl. BVerfG vom 11.07.1967, BVerfGE 1967, 22, S. 160 – 162; BVerfG vom 15.07.1969, BVerfGE 1969, 26, S. 326; *Kirchhof, P.*, Steuergleichheit, a.a.O., S. 307;

angepasste Regelung dem Ziel dient, Steuerumgehung durch Missbrauch zu verhindern, und tatsächlich ausschließlich missbräuchliche Gestaltungen durch die Regelung erfasst werden, kann die in Folge der Vorschrift eintretende differenzierende Besteuerung und der damit einhergehende Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip als gerechtfertigt erachtet werden.⁸⁶⁰ Hinsichtlich des Grundsatzes der Finanzierungsfreiheit sei in Abgrenzung zu den Ausführungen in Zusammenhang mit § 42 AO⁸⁶¹ darauf hingewiesen, dass die Vorschrift des § 8a KStG als Regelungsbasis bestehen bleibt und damit eine von den handelsbilanziellen Vorschriften abweichende Vorschrift existiert, die eine Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes prinzipiell rechtfertigt.

Nach dem Trennungsprinzip hat das Steuersystem sicherzustellen, dass Kapitalgesellschaft und Gesellschafter als getrennte Steuersubjekte behandelt werden. So dürfen Rechtsfolgen für die Besteuerung der Gesellschaft nicht aus der Sphäre der Gesellschafter hergeleitet werden.⁸⁶² Wie die derzeit gültige Fassung kommt auch für die angepasste Vorschrift ein Verstoß gegen das Trennungsprinzip in Betracht. Eine Rechtfertigung für diesen Verstoß ist nicht ersichtlich.

Schließlich ist das Rechtsstaatsprinzip zu berücksichtigen und damit das Übermaßverbot. Auf Grund des erweiterten Safe Havens wird das typisierende Merkmal des Safe Havens den wirtschaftlichen Gegebenheiten angepasst, so dass dieses bereits grundsätzlich nicht mehr als unverhältnismäßig zu erachten ist. Weiterhin ist auf Grund des stets zulässigen Fremdvergleichs die Verhältnismäßigkeit der Regelung weit reichend sichergestellt. Darüber hinaus gilt die angepasste Regelung lediglich hinsichtlich missbräuchlicher Tatbestände, so dass wirtschaftlich begründete Sachverhalte keine Einschränkung durch die

Bartone, R., a.a.O., S. 70.

⁸⁶⁰ Siehe die Ausführungen zu Kapitel V 2.1.1.3 Leistungsfähigkeitsprinzip, S. 110.

⁸⁶¹ Siehe dazu Kapitel VII 3.2.7.5 Eigene Auffassung, S. 236.

⁸⁶² Vgl. BVerfG vom 24.01.1962, BVerfGE 1962, 13, S. 331.

Regelung erfahren. Der Vorwurf der Unverhältnismäßigkeit ist damit hinsichtlich der angepassten Regelung nicht mehr begründet.

4.4.3 Beurteilung nach Europarecht

Ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit – in EU-Sachverhalten – bzw. gegen die Kapitalverkehrsfreiheit – in Drittlands-Sachverhalten – kann auch hinsichtlich der angepassten Vorschrift vorliegen. So können sich im Wesentlichen vergleichbare steuerliche Ungleichbehandlungen ergeben, wie hinsichtlich der derzeitigen Vorschrift aufgezeigt.⁸⁶³ Derartige Verstöße gegen die europarechtlichen Grundfreiheiten sind jedoch dann gerechtfertigt und somit unbeachtlich, wenn sichergestellt ist, dass ausschließlich Missbrauchstatbestände erfasst werden. Wie oben ausgeführt, wäre ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten des Europarechts damit selbst bei faktisch unterschiedlicher Behandlung inländischer und grenzüberschreitender Sachverhalte durch die ausschließliche Erfassung missbräuchlicher Tatbestände zu rechtfertigen.

Wie bereits dargestellt, wird der EuGH einen Missbrauchstatbestand lediglich dann anerkennen, wenn nachgewiesen wird, dass die Zinszahlungen innerhalb der EU nicht der Besteuerung unterworfen wurden. Andernfalls, d.h. wenn die Zinszahlungen in einem Mitgliedstaat der EU besteuert wurden, kann ein Missbrauch nicht vorliegen.

Grundsätzlich können sowohl inländische als auch ausländische Sachverhalte in den Anwendungsbereich der Regelung fallen, so dass eine offene Diskriminierung – wie bereits im Zusammenhang mit der aktuellen deutschen Regelung festgestellt wurde – nicht vorliegen kann. Führt eine derart angepasste Regelung dagegen zu einer versteckten oder indirekten Beschränkung, beispielsweise dadurch, dass faktisch mehr Ausländer von der Regelung betroffen sind, wäre eine solche Beschränkung dadurch gerechtfertigt, dass lediglich tatsächlich

⁸⁶³ Siehe dazu Kapitel V 3.3.1 Beurteilung nach Europarecht, S. 184.

missbräuchliche Gestaltungen erfasst werden.

Diese Sichtweise entspricht der Tatsache, dass es grundsätzlich unter die Steuerhoheit der Mitgliedstaaten als ihrer Ertragserzielungshoheit fällt, die Tendenz zu einer überzogenen Fremdfinanzierung internationaler Konzerne einzudämmen und damit rein steuerlich motivierte Gewinnverlagerungen zu beschränken sowie die Ertragsbesteuerung im Inland erzielter Gewinne sicherzustellen. Als Vorschrift, die die mitgliedstaatliche Ertragserzielungshoheit sicherstellt, um steuerlich motivierte Gestaltungen zu verhindern, ist § 8a KStG als diskriminierungsrechtfertigende Missbrauchsabwehr anzuerkennen.⁸⁶⁴

Ein Verstoß gegen die MTRL auf Grund unzulässiger Quellenbesteuerung ist hinsichtlich der angepassten Vorschrift jedenfalls durch die Missbrauchsverbotsvorschrift des Art. 1 Abs. 2 MTRL gedeckt, da es sich nicht um eine generelle, typisierende Regelung handelt, sondern – wie die Regelung zur verdeckten Gewinnausschüttung des § 8 Abs. 3 KStG – um eine einzelfallorientierte, nicht typisierende Entscheidung.⁸⁶⁵

4.4.4 Beurteilung nach Abkommensrecht

Bezug nehmend auf frühere Ausführungen⁸⁶⁶ ist festzustellen, dass auch eine angepasste Vorschrift des § 8a KStG gegen das Trennungsprinzip der Art. 5 und 7 OECD-MA verstoßen würde, da die Besteuerungsbefugnisse in grenzüberschreitenden Sachverhalten der Bundesrepublik auch nach dieser Regelung ausgeweitet würden und der Leistungsverkehr zwischen miteinander verbundenen Unternehmen im Bereich der Unternehmensfinanzierung infolgedessen eingeschränkt würde. Die Vorschrift verstößt somit gegen das Trennungsprinzip.⁸⁶⁷

⁸⁶⁴ Vgl. *Kube, H.*, a.a.O., S. 335.

⁸⁶⁵ Dazu *Schnitger, A.*, Mutter-/Tochter-Richtlinie, a.a.O., S. 1244.

⁸⁶⁶ Siehe dazu Kapitel VI 4.3.2 Beurteilung nach Abkommensrecht, S. 201.

⁸⁶⁷ Siehe die Argumentation zur derzeitigen Fassung der Vorschrift.

Eine Rechtfertigung für diesen Verstoß ist nicht ersichtlich.

Da die angepasste Vorschrift des § 8a KStG eine Umqualifizierung der Zinsen in Gewinnausschüttungen vorsehen wird, die zu einer Erhöhung des Gewinns der ausschüttenden Gesellschaft führt, hat sie grundsätzlich die Vorgaben des Art. 9 Abs. 1 OECD-MA zu erfüllen. Die angepasste Regelung sieht nicht die Möglichkeit eines Fremdvergleichs im Sinne der derzeit gültigen Regelung vor.⁸⁶⁸ Jedoch hat der Steuerpflichtige im Zweifelsfall nachzuweisen, dass die Finanzierungsstruktur wirtschaftlich begründet ist. Dieser Nachweis beinhaltet ggf. den Fremdvergleich, beispielsweise einer Bank, er setzt ihn jedoch nicht voraus. Wie früher aufgezeigt, sind verschiedene Fälle denkbar, in denen das neu eingeführte Missbrauchs-kriterium von dem bisherigen Kriterium des zu führenden Fremdvergleichs abweicht: einerseits Fälle, in denen ein Missbrauch vorliegt, obwohl ein Fremdvergleich geführt wurde und andererseits Fälle, in denen von einer missbräuchlichen Gestaltung auszugehen ist, obwohl ein Fremdvergleich erbracht wurde.⁸⁶⁹ Soweit die Gewinnberichtigung nach der angepassten Vorschrift über die nach Fremdvergleichsgrundsätzen zulässige Berichtigung hinausgeht – in Fällen, in denen von der Regelung ein Missbrauchstatbestand aufgegriffen wird, obwohl ein Fremdvergleich geführt wurde – stellt Art. 9 Abs. 1 OECD-MA ein Hindernis dar.⁸⁷⁰

Die abkommensrechtliche Wirksamkeit der Umqualifizierung der Zinsen in Gewinnausschüttungen nach Art. 11 Abs. 3 OECD-MA ist auch hinsichtlich der angepassten Regelung zu prüfen. In Anbetracht der früheren Ausführungen zu Art. 11 Abs. 3 OECD-MA⁸⁷¹ sowie zu Art. 9

⁸⁶⁸ Siehe Kapitel VII 4.3 Ausgestaltung der Regelung im Einzelnen, S. 241.

⁸⁶⁹ Siehe Kapitel VII 4.3.3 Zusammenfassende Betrachtung – zum Verhältnis von typisierendem Safe Haven, Drittgleich und Ausgestaltung als Missbrauchsvorschrift in der angepassten Regelung, S. 253.

⁸⁷⁰ Dazu auch *Janssen, B.*, Ausgestaltung, a.a.O., S. 216. Dies entspricht der Argumentation zur österreichischen Regelung; siehe Kapitel VI 4.1.2 Beurteilung nach Abkommensrecht, S. 169.

⁸⁷¹ Siehe Kapitel V 2.3.4 Zur abkommensrechtlichen Wirksamkeit der Umqualifizierung von Zinsen in Gewinnausschüttungen, S. 144.

Abs. 1 OECD-MA ist festzustellen, dass ein Verstoß gegen die Art. 10 und 11 OECD-MA in Betracht kommt, soweit von der Regelung Fälle als missbräuchlich erfasst werden, in denen der Fremdvergleich erbracht wird.⁸⁷²

Auch hinsichtlich des Diskriminierungsverbots des Art. 24 Abs. 4 OECD-MA sei auf die Ausführungen hinsichtlich der derzeitigen Fassung der Vorschrift des § 8a KStG verwiesen und damit festgestellt, dass kein abkommensrechtlicher Verstoß der angepassten Vorschrift vorliegt. Darüber hinaus ist für die Beurteilung zu berücksichtigen, dass kein Verstoß gegen Art. 9 Abs. OECD-MA vorliegt, bzw. ein solcher Verstoß ggf. zu rechtfertigen ist, da ausschließlich Missbrauchstatbestände erfasst werden. Das Verbot der Diskriminierung von Kapital- oder Personengesellschaften mit ausländischen Beteiligten gem. Art. 24 Abs. 5 OECD-MA, das hinsichtlich der Abziehbarkeit der Zinsen als Betriebsausgaben als subsidiär gegenüber Art. 24 Abs. 5 OECD-MA zu betrachten ist, wird durch die angepasste Vorschrift ebenfalls beachtet.

4.5 Opportunitätskosten des Lösungsvorschlags

Die Opportunitätskosten einer solchen Regelung bemessen sich an den im Vergleich zu der derzeitigen Regelung verminderten Steuereinnahmen, da nicht mehr pauschal Fälle der Gesellschafter-Fremdfinanzierung erfasst werden, sondern lediglich missbräuchliche Gestaltungen. Es ist jedoch festzustellen, dass die derzeitigen Einnahmesteigerungen der Bundesregierung gegenüber den erwarteten Steuereinnahmen in Höhe von 2,6 Milliarden Euro⁸⁷³ stark zurückliegen. So bietet die derzeitige Regelung vielmehr Anreiz zu Umgehungen der Steuerpflichtigen als zu Steuermehreinnahmen des Fiskus.⁸⁷⁴

⁸⁷² Siehe dazu Kapitel V 2.3.4 Zur abkommensrechtlichen Wirksamkeit der Umqualifizierung von Zinsen in Dividenden, S. 144 sowie in diesem Kapitel S. 262.

⁸⁷³ Vgl. *Spengel, C., Golücke, M.*, a.a.O., S. 346.

⁸⁷⁴ Siehe zu § 8a KStG a.F. *Prinz, U.*, Gestaltungsmöglichkeiten, a.a.O., S. 628 – 632.

4.6 Zusammenfassung

Zunächst bleibt festzuhalten, dass es sich als äußerst schwierig erweist, eine Lösung zur Problematik der Gesellschafter-Fremdfinanzierung zu finden, die sämtlichen Prüfungsmaßstäben – allgemeine steuerlichen Grundsätzen, Europa- und Abkommensrecht – gerecht wird, da zumindest sämtliche international bestehenden gesetzlichen Regelungen gegen die Grundsätze verstoßen. Eine Vielzahl der vorgetragenen Lösungsvorschläge war in Folge dessen abzulehnen. Insbesondere unter europarechtlichen Gesichtspunkten war die Lösung durch Einschränkung des Anwendungsbereichs nach spanischem Vorbild sowie anhand von Verrechnungspreisgrundsätzen bzw. durch Einführung einer Zinsabschlagsteuer abzulehnen. Aus abkommensrechtlichen Gründen war insbesondere die Behandlung der Zinsen als nicht abziehbare Betriebsausgaben sowie der Vorschlag, nach dem eine erweiterte beschränkte Steuerpflicht einzuführen wäre, zu verwerfen. Aus rechtsdogmatischen Gründen kommt eine Regelung der Problematik auf Grundlage des § 42 AO nicht in Betracht.

Der erarbeitete Lösungsvorschlag stimmt mit europarechtlichen Grundprinzipien überein; ein Verstoß kommt hinsichtlich des Trennungsprinzips⁸⁷⁵ sowie hinsichtlich verschiedener abkommensrechtlicher Grundsätze in Betracht. In Abwägung der politischen Brisanz der allgemeinen, europa- und abkommensrechtlichen Grundsätze wurde ein Kompromiss erarbeitet, der insbesondere mit der Rechtsprechung des EuGH in Einklang steht. Problematisch erscheint dabei die erhöhte Rechtsunsicherheit der Regelung, die sich jedoch unter europarechtlichen Grundsätzen nicht vermeiden lässt, da nach der Rechtsprechung lediglich Einzelfallprüfungen, nicht jedoch typisierende Regelungen, anerkannt werden.

⁸⁷⁵ Ein Verstoß gegen das Trennungsprinzip kann nur dadurch vermieden werden, dass die Besteuerung tatsächlich auf Ebene des Anteilseigners und nicht bei der Kapitalgesellschaft ansetzt; vgl. *Knobbe-Keuk, B.*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, a.a.O., S. 616. Diese Voraussetzung erfüllt der vorliegende Lösungsvorschlag nicht.

VIII Zusammenfassung

Die Gesellschafter-Fremdfinanzierung wird sowohl europaweit als auch international zunehmend restriktiv geregelt. In der vorliegenden Arbeit wurden die deutsche Regelung, ausgewählte europäische Musterländer sowie die amerikanische Regelung vorgestellt. Diese Regelungen wurden anhand allgemeiner Grundsätze, allgemeiner steuerlicher Grundsätze sowie europa- und abkommensrechtlicher Grundsätze vergleichend beurteilt. Auf Grundlage dieser Beurteilung wurde festgestellt, dass sämtliche derzeit bestehenden Regelungen gegen diese maßgeblichen Grundsätze verstoßen. Dies gilt trotz der Bestrebungen verschiedener Regierungen, die Regelung durch Neufassung insbesondere europarechtskonform auszugestalten. Dies wurde auch für die derzeit geltende deutsche Regelung festgestellt. Infolge der Unvereinbarkeit mit den dargestellten Grundsätzen werden die Regelungen nicht greifen können.

In Anbetracht dieser Feststellungen wurden verschiedene Lösungsansätze kritisch gewürdigt. Schließlich wurde ein Lösungsvorschlag aufgezeigt, der die aktuelle deutsche Regelung derart als Missbrauchsregelung anpasst, dass kein Verstoß gegen Europarecht vorliegt. Daneben können auch allgemeine steuerliche sowie abkommensrechtliche Vorgaben durch eine derartige Regelung weitgehend erfüllt werden. Problematisch erscheint hauptsächlich die steigende Rechtsunsicherheit, die jedoch auf Grund der aktuellen EuGH-Rechtsprechung unvermeidbar erscheint.

Hinsichtlich dieser Problematik ist grundsätzlich an die EU-Mitgliedstaaten zu appellieren, die Harmonisierung der Steuersysteme voranzutreiben. So wurde aufgezeigt, dass die Regierungen einzelner Mitgliedstaaten im europäischen Raum nur Steuermindereinnahmen durch gezielte Gewinnverlagerung zu befürchten haben, solange für die Unternehmen ein Anreiz besteht, steuerliche Unterschiede auszunutzen. Auch die Rechtsprechung des EuGH verdeutlicht, dass bestehende Steuerunterschiede nicht zur Rechtfertigung von Verstößen gegen die

europarechtlichen Grundfreiheiten dienen. Die Steuerharmonisierung innerhalb der EU würde damit nicht zuletzt hinsichtlich dieser Regelung zu einer Entschlackung der nationalen Steuersysteme führen.

Literaturverzeichnis

Aigner, Dietmar [The Bosal Case, 2004]: ECJ – The Bosal Holding BV Case: Parent-Subsidiary Directive and Freedom of Establishment, *Intertax* 2004, S. 148 – 151

Airs, Graham [Case Notes, 2003]: Case Notes, *British Tax Review*, 2003, S. 268 – 275

Ammelung, Ulrich, Kaeser, Christian [Drittvergleich, 2005]: § 8a KStG und Zeitpunkt des Drittvergleichs: Erkenntnisse für die Praxis aus dem BFH-Urteil vom 25.1.2005, *Deutsches Steuerrecht*, Heft 19, S. 818 – 821

Arndt, Hans-Wolfgang [Gleichheit, 1988]: Gleichheit im Steuerrecht, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1988, Heft 9, S. 787 – 796

Arndt, Hans-Wolfgang [Europarecht, 1999]: Europarecht, in: *Schaeffers Grundriss des Rechts und Wirtschaft*, Band 32, 4. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999

Bachmann, Birgit [Diskriminierungsverbote, 1994]: Diskriminierungsverbote bei direkten Steuern im Regelungsbereich des EG-Vertrages, *Recht der internationalen Wirtschaft* 1994, Heft 10, S. 849 – 858

Balzerkiewicz, Steffi, Voigt, Daniel [Gesellschafterfremdfinanzierung, 2005]: Gesellschafterfremdfinanzierung und § 8a Abs. 5 KStG bei einer beteiligungsgleichen GmbH & Co. KG, *Deutsche Steuerzeitung* 2005, S. 230 – 234

Baranger, S. (Bearb.), [Frankreich, 2004], in: *Kesti, Juhani* (Hrsg.) [European Tax Handbook, 2004]: *European Tax Handbook*, International Bureau for Fiscal Documentation, 2004, S. 217 – 242

Barrow, Christopher [Re-Branding, 2004]: United Kingdom: The „Re-Branding“ of Thin Capitalisation, *Tax Planning International Review*, 2004, S. 21 – 22

Bartone, Roberto [Gesellschafterfremdfinanzierung, 2001]: Gesellschafterfremdfinanzierung: Die Frage der Vereinbarkeit des § 8a KStG mit Verfassungs-, Europa- und Völkerrecht, Bielefeld: Erich Schmidt Verlag, 2001

Bater, P. (Bearb.), [Irland, 2004], in: *Kesti, Juhani* (Hrsg.) [European Tax Handbook, 2004]: *European Tax Handbook*, International Bureau for Fiscal Documentation, 2004, S. 329 – 348

Bater, P. (Bearb.), [Großbritannien, 2004], in: *Kesti, Juhani* (Hrsg.) [European Tax Handbook, 2004]: *European Tax Handbook*, International Bureau for Fiscal Documentation, 2004, S. 703 – 726

Baumgärtel, Martina [Fremdfinanzierung, 1986]: Steuerliche Probleme der Fremdfinanzierung von Kapitalgesellschaften durch ausländische Anteilseigner, München: Hieronymus Buchreproduktions GmbH, 1986

Bauschatz, Peter [Gestaltungsmissbrauch, 2002]: Steuerlicher Gestaltungsmissbrauch und Europarecht (Teil I): Öffnung der Steuersysteme im Recht der direkten Steuern der EU-Mitgliedstaaten und Abwehr grenzüberschreitender Gestaltungen durch Missbrauchsvorschriften anhand ausgewählter Beispiele des deutschen Steuerrechts, *Internationales Steuerrecht* 2002, Heft 9, S. 291 – 298

Becker, Bernhard, Brackschulze, Kai, Müller, Stefan [Kreditkonditionen, 2004]: Basel II und Kreditkonditionen für den Mittelstand – Die kritische Hürde „BB“, *Deutsches Steuerrecht*, 2004, Heft 17, S. 740 – 745

Beckerath von, Hans-Jochen (Bearb.) [§ 3c EStG], in: *Kirchhof, Paul, Söhn, Hartmut, Mellinghoff, Rudolf* (Hrsg.) [Kommentar, 2005] *Einkommensteuergesetz: Kommentar*, Loseblattsammlung, Köln: Deubner-Verlag, 150. Aktualisierung, Stand Februar 2005

- Behrens, Stefan* [Personengesellschaften, 2004]: Zur Anwendung von § 8a KStG n.F. auf fremdfinanzierte Personengesellschaften, Deutsches Steuerrecht 2004, Heft 10, S. 398 – 402
- Bellstedt, Christoph* [Einführungsschreiben, 1995]: Das Einführungsschreiben zu § 8a KStG, Der Betrieb 1995, Heft 1, S. 8 – 14
- Benecke, Andreas, Schnitger, Arne* [Anwendung § 8a KStG, 2004]: Anwendung des § 8a KStG: Ein Diskussionsbeitrag, Internationales Steuerrecht 2004, Heft 2, S. 44 – 48
- Bieg, Hartmut, Kußmaul, Heinz* [Finanzierung, 2000]: Investitions- und Finanzierungsmanagement: Band II: Finanzierung, München: Vahlens Handbücher der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, 2000
- Biergans, Enno* [Einkommensteuer, 2004]: Einkommensteuer und Steuerbilanz: Systematischer Kommentar, München: R. Oldenbourg Verlag, 2004
- Biewer, S.*, (Bearb.) [Luxemburg, 2004], in: *Kesti Juhani* (Hrsg.) [European Tax Handbook]: European Tax Handbook, International Bureau for Fiscal Documentation, 2004, S. S. 423 – 440
- Birk, Dieter* [Leistungsfähigkeitsprinzip, 1983]: Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen: Ein Beitrag zu den Grundfragen des Verhältnisses Steuerrecht und Verfassungsrecht, in: Steuerwissenschaft, Band 13, Köln: Dr. Peter Deubner Verlag GmbH, 1983
- Birk, Dieter, Pöllath, Reinhard* [Gewinnausschüttung, 1980]: Fiktive Gewinnausschüttung durch Zinszahlungen an Ausländer und steuerfreie Inländer?, Steuer und Wirtschaft 1980, S. 141 – 147
- Birums, A.* (Bearb.) [Lettland, 2004], in: *Kesti Juhani* (Hrsg.) [European Tax Handbook, 2004]: European Tax Handbook, International Bureau for Fiscal Documentation, 2004, S. 389 – 404
- Bjornhom, Nikolaj, Halmind, Steen* [Lankhorst-Hohorst, 2004]: Lankhorst-Hohorst prompts Danish tax Changes, International Tax Review, 2004, S. 32 – 33
- Blanluet, Gauthier* [What's going on, 1991]: What's going on in..., European Taxation, 1991, S. 56 – 59
- Blazejová, Z.* (Bearb.) [Slovakei, 2004], in: *Kesti Juhani* (Hrsg.) [European Tax Handbook, 2004]: European Tax Handbook, International Bureau for Fiscal Documentation, 2004, S. 579 – 590
- Blumers, Wolfgang, Goerg, Diethard, Tiede, Kai* [Unternehmensakquisitionen, 2004]: Gesellschafter-Fremdfinanzierung bei Unternehmensakquisitionen, Betriebs-Berater Heft 12, 2004, S. 631 – 640
- Blumenberg, Jens* [Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 1996]: Die Besteuerung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung: Unter besonderer Berücksichtigung der Unternehmensverhältnisse in den USA, in: Schriften des Instituts für Ausländisches und Internationales Finanz- und Steuerwesen der Universität Hamburg, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996
- Bobeldijk, Arco, Hofman, Arthur* [Dutch Thin Cap, 2004]: Dutch Thin Capitalization Rules from 2004 Onwards, Intertax 2004, S. 254 – 260
- Brodic, D.* (Bearb.) [Dänemark, 2004], in: *Kesti Juhani* (Hrsg.) [European Tax Handbook, 2004]: European Tax Handbook, International Bureau for Fiscal Documentation, 2004, S. 185 – 198
- Brodic, D.* (Bearb.) [Schweden, 2004], in: *Kesti Juhani* (Hrsg.) [European Tax Handbook, 2004]: European Tax Handbook, International Bureau for Fiscal Documentation, 2004, S. 625 – 644
- Bröhmer, Jürgen* (Bearb.) [EG-Vertrag Art. 43, 2002]: Das Niederlassungsrecht, in (Hrsg.): *Callies, Christian, Ruffert, Matthias* [Kommentar, 2002]: Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV –, 2. Auflage, Neuwied: Hermann Luchterhand Verlag GmbH, 2002
- Brosens, Linda* [Thin Cap EU, 2004]: Thin capitalization rules and EU law, EC Tax Review 2004, Heft 4, S. 188 – 212

- Brynska, Anna* [Polish Thin Cap, 2003]: EU Accession prompts Review of Polish Thin Cap, Transfer Pricing Rules, Tax Notes International, 2003, S. 413 – 415
- Bullinger, Patrick* [Mutter-Tochter-Richtlinie, 2004]: Änderung der Mutter-Tochter-Richtlinie ab 2005: Erweiterung des Anwendungsbereichs und verbleibende Probleme, Internationales Steuerrecht 2004, S. 406 – 412
- Bundesministerium der Finanzen* [Steuern, 2003]: Die wichtigsten Steuern im internationalen Vergleich, 2003
- Bundessteuerberaterkammer, Deutsches Steuerrecht 1982, Heft 13, S. 394 – 396.
- Burgstaller, Eva* [französische Unterkapitalisierungsregeln, 2004]: Conseil d'Etat zur französischen Unterkapitalisierungsregel: Widerspruch zu DBA- und EU-Recht, Steuer & Wirtschaft International 2004, S. 285 – 292
- Carrero, José M. Calderon* [Thin Cap, 1996]: Spanish Thin Capitalisation in Light of the Non-Discrimination Principle: it's Compatibility with Double Tax Treaties and EC Law, Intertax 1996, Heft 8/9, S. 282 – 309
- Cattelaens, Heiner* [Standortsicherungsgesetz, 1993]: Änderungen des Körperschaftsteuergesetzes durch das Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms und das Standortsicherungsgesetz, Wirtschaftsprüfung 1993, Heft 18, S. 557 – 574
- Cordewener, Axel* [Europäische Grundfreiheiten, 2002]: Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht: "Konvergenz" des Gemeinschaftsrechts und "Kohärenz" der direkten Steuern in der Rechtsprechung des EuGH, in: *Schön, Wolfgang* (Hrsg.): Schriftenreihe: Rechtsordnung und Steuerwesen, Band 29, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2002
- Cordewener, Axel* (Bearb.) [Lankhorst-Hohorst Case, 2004]: Pending Cases Filed by German Courts: the Lankhorst-Hohorst Case, the Schilling Case, the Arnoud Gerritse Case and the Ulf Thomesn Case, in: *Michael Lang* (Hrsg.): Schriftenreihe zum Internationalen Steuerrecht: Direct Taxation: Recent ECJ Developments, Band 25, Wien: Linde Verlag Wien Ges.m.b.H., 2004, S. 35 – 102
- Cusí, J.*, [Thin Cap, 2004]: Spanish thin cap reform: a partial improvement, International Tax Review 2004, Beilage April 2004
- Dannecker, Achim, Tiede, Kai* [Drittfinanzierungen, 2003]: Die Gleichstellung von Drittfinanzierungen mit Gesellschaftsdarlehen in § 8a KStG-E muss überdacht werden, Deutsche Steuerzeitung 2003, S. 873 – 880
- Danzer, Jürgen* [Steuerumgehung, 1981]: Die Steuerumgehung, Köln: Deubner Verlag, 1981
- Dautzenberg, Norbert* [Anmerkung, 1996]: Anmerkung zu EuGH-Urteil vom 17.10.1996, Rs. C-283/94, C-291/94, C-292/94, Finanz-Rundschau 1996, S. 825 – 826
- Dautzenberg, Norbert* [Anmerkung, 1997]: Anmerkung zu EuGH-Urteil vom 15.05.1997, Rs. C-250/95, Finanz-Rundschau 1997, Heft 15, S. 570 – 571
- Dautzenberg, Norbert* [Unternehmensbesteuerung, 1997]: Unternehmensbesteuerung im EG-Binnenmarkt: Problembereiche und Perspektiven, 1. Halbband, in: Reihe: Steuer, Wirtschaft und Recht, Band 142, Lohmar, Köln: Josef EUL Verlag, 1997
- Dautzenberg, N.* [Kapitalverkehrsfreiheit, 1998]: Die Kapitalverkehrsfreiheit des EG-Vertrages, der Steuervorbehalt des Art. 73 d EGV und die Folgen für die Besteuerung, Recht der internationalen Wirtschaft 1998, S. 537 – 545
- Dautzenberg, Norbert* [Kommentar, 2000]: Kommentar zu EuGH: EU-rechtswidrige Versagung des niederländischen Dividendenfreibetrags auf Auslandsdividenden, EuGH-Urteil vom 06.06.2000, Rs. C-35/98, Staatssecretaris van Financien vs. B.G.M. Verkooijen, Finanz-Rundschau 2000, Heft 13, S. 725 – 728

- Dautzenberg, Norbert* [Kapitalertragsteuer, 2001]: Kapitalertragsteuer auf deutsche Dividenden an ausländische Anteilseigner, Betriebs-Berater 2001, S. 2137 – 2142
- Degeys, R.* (Bearb.) (Litauen, 2004), in: Kesti, Juhani (Hrsg.) [European Tax Handbook, 2004]: European Tax Handbook, 2004, S. 405 – 422
- De la Cueva González-Cotera, A.* (Bearb.) [Spanien, 2004], in: Kesti Juhani (Hrsg.) [European Tax Handbook]: European Tax Handbook, International Bureau for Fiscal Documentation, 2004, S. 603 – 624
- Declair, Hans V.A.* [Belgian Budgetary, 1997]: Belgian Budgetary Income Tax Measures of 1997: Major Changes for the Participation Exemption and Introduction of Thin Capitalization Rules, The International tax journal, S. 60 – 67
- Delattre, O.*, [Frankreich, 1996], in: Cahiers de Droit Fiscal International, LXXXIb, Genf 1996, S. 419 – 442
- Deutsches Steuerlexikon, 16. Auflage, München: Verlag C.H. Beck, 2000
- De Waal, Allard* [Thin capitalization rules]: The application of french thin capitalization rules to U.S. investors investing in France, International taxation, 2000, Heft 4, S. 520 – 527
- Djanani, C.* (Bearb.), in: Bertl, Romuald, Djanani, Christiana, Eberhartinger, Eva, Kofler, Herbert, Tumpel, Michael (Hrsg.) [Handbuch, 2004]: Handbuch der österreichischen Steuerlehre: Band I, Wien, LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co. KG, 2004
- Dluska, Renata* [New Thin Cap Rules, 2005]: Poland: How the new thin-capitalization rules work, International Tax Review, 2005
- Dörr, Ingmar, Schreiber, Susanne* [Rückgriffsfinanzierung, 2005]: Der Zusammenhang bei der Rückgriffsfinanzierung nach § 8a KStG nach der Entscheidung der Finanzministerkonferenz vom 12.5.2005, Deutsches Steuerrecht 2005, Heft 29, S. 1205 – 1248
- Dötsch, Ewald, Pung, Alexandra* [Neuerungen, 2004]: Die Neuerungen bei der Körperschaftsteuer und bei der Gewerbesteuer durch das Steuergesetzgebungspaket vom Dezember 2003, Der Betrieb 2004, Heft 3, S. 91 – 100
- Dötsch, Ewald, Pung, Alexandra* [Einführungsschreiben, 2004]: Das Einführungsschreiben zu § 8a KStG vom 15.7.2004, S. 1683 – 1696
- Doralt, Werner* [verdecktes Eigenkapital, 1979]: Darlehen als verdecktes Eigenkapital, Österreichische Steuer-Zeitung, Heft 10, 1979, S. 122 – 123
- Doralt, Werner, Ruppe, Hans Georg* [Grundriß, 2000]: Grundriß des österreichischen Steuerrechts, Band I, Einkommensteuer, Körperschaftsteuer, Umgründungssteuergesetz, Umsatzsteuer, Kommunalsteuer, 7. Auflage, Wien: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000
- Doralt, Werner, Ruppe, Hans Georg* [Grundriß, 2000]: Grundriß des österreichischen Steuerrechts, Band I, Wien, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Verlag Orac, 2000
- Drukarczyk, Jochen* [Finanzierung, 2003]: Finanzierung: Eine Einführung, in: F. X. Bea, E. Dichtl, M. Schweitzer (Hrsg.), Grundwissen der Ökonomik: Betriebswirtschaftslehre, 9. Auflage, Stuttgart: Lucius & Lucius, 2003
- Eicker, Klaus* [Niederlassungsfreiheit, 2003]: Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit durch § 8a KStG 1996 – 1998: anm. zum EuGH-Urt. v. 12.12.2002 Rs. C-324/00 – Lankhorst-Hohorst, Internationale Wirtschaftsbriefe 2003, Nr. 3 vom 12.2.2003, Gruppe 2, S. 507 – 508
- Eicker, Klaus, Obser, Ralph* [Konturen, 2004]: Die Kapitalverkehrsfreiheit bekommt Konturen – zugleich Anmerkungen zu den Schlussanträgen in den Rechtssachen Weidert und Paulus, Manninen und Lenz, Internationales Steuerrecht 2004, Heft 13, S. 443 – 447

Eilenberger, Guido [Finanzwirtschaft, 2003]: Betriebliche Finanzwirtschaft: Einführung in Investition und Finanzierung, Finanzpolitik und Finanzmanagement von Unternehmungen, in: *Eilenberger, Guido* (Hrsg.): Lehr- und Handbücher zu Geld, Börse, Bank und Versicherung, München, Wien: R. Oldenbourg Verlag, 2003

Ellrott, Helmut, Krämer, Andreas., (Bearb.), in: *Berger, A., Ellrott, H.* (Hrsg.) [Beck'scher Bilanz-Kommentar, 2003]: Beck'scher Bilanz-Kommentar: Handels- und Steuerrecht – §§ 238 bis 339 HGB –, 5. Auflage, München: Verlag C-H. Beck, 2003

Emmerich, Volker (Bearb.), in: [Scholz Kommentar, 2000]: *Scholz, Franz*, bearbeitet von *Crezelius, Georg*: Kommentar zum GmbH-Gesetz: mit Nebengesetzen und dem Anhang Konzernrecht sowie Umwandlung und Verschmelzung, Band I, 9. Auflage, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2000

Endres, Dieter [Integration, 1994]: Steuerliche Aspekte der europäischen Integration: Eine Bestandsaufnahme der Steuergrenzen im Binnenmarkt, Recht der internationalen Wirtschaft 1994, Heft 7, S. 572 – 584

Endres, Norbert, Kroninger, Axel [Personengesellschaften, 2004]: Die Anwendung von § 8a KStG n.F. bei nachgeschalteten Personengesellschaften, Finanz-Rundschau, 2004, Heft 7, S. 377 – 440

Engelschalk, Michael (Bearb.) [Art. 24, 1990], in: *Vogel, Klaus* (Hrsg.) [DBA-Kommentar, 1990]: Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen: Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 2. Auflage, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1990

Erle, Bernd, Sauter, Thomas [Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 2004]: Heidelberger Kommentar zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung: Kommentierung der §§ 8a, 8b KStG ab 2004 und zugleich Ergänzungsband zum Heidelberger Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2004

Ernst & Young [Unternehmerische Betätigung, 2004]: Unternehmerische Betätigung in Frankreich, 2004

Ernst & Young [Company Taxation, 2003]: Company Taxation in the New EU Member States, 2003

International Bureau for Fiscal Documentation [European Tax Handbook, 2003]: European Tax Handbook, 2003

Everling, Ulrich (Bearb.) [Niederlassungsrecht, 1997]: Das Niederlassungsrecht in der EG als Beschränkungsverbot, in: *Schön, Wolfgang* (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1997, S. 607 – 626

Fassnacht, Jürgen [Fremdfinanzierung, 1984]: Die Fremdfinanzierung von Kapitalgesellschaften durch deren Gesellschafter unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines §8a KStG, in: *Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt* (Hrsg.): Rechtsfragen der Handelsgesellschaft, Heft 46, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1984

Fischer, Anja [Harmonisierung, 1996]: Die Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in der Europäischen Union – Eine Untersuchung ihrer Ziele, Möglichkeiten und Grenzen anhand der Länder Belgien, Bundesrepublik Deutschland, Dänemark, Frankreich, Großbritannien und Niederlande –, 1996

Flick, Hans F.W. [Earnings Stripping, 2002]: Wenn, dann aber richtig: Warum die Verschärfung der amerikanischen Earnings Stripping Regeln durch den American Competitiveness and Corporate Accountability Act gegen das DBA D-USA verstoßen würde, Internationales Steuerrecht 2002, S. 802 – 805

Flockermann, Paul G. (Bearb.) [Vorstellung des Bundes, 1982]: Die Vorstellungen des Bundes zu einem § 8a KStG: Darstellung und maßgebende Überlegungen, in: *Wysocki, K., Höhn, E.* (Hrsg.): Fremdfinanzierung von Kapitalgesellschaften durch Anteilseigner, S. 29 – 37, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1982

- Förschle, Gerhart, Kropp, Manfred, Huß, Jörg* [Unternehmensfinanzierung, 1993]: Unternehmensfinanzierung: Finanzierungsformen – Finanzanalyse – Finanzplanung, Bonn: Economica Verlag GmbH, 1993
- Förster, Jutta* [EG-Kommission, 1992]: Reaktion der EG-Kommission auf den Ruding-Report, IWB Gruppe 2, Heft 15, vom 10.08.1992, S. 69 – 74
- Frenz, Walter* [Handbuch Band I, 2004]: Handbuch Europarecht: Band 1: Europäische Grundfreiheiten, Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, 2004
- Friauf, Karl Heinrich* (Bearb.) [Grenzen, 1982]: Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsfortbildung im Steuerrecht, in: *Tipke, Klaus* (Hrsg.): Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsprechung und Verwaltungsvorschriften im Steuerrecht, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1982
- Frotscher, Gerrit* [Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 1994]: Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch nicht anrechnungsberechtigte Anteilseigner, Internationales Steuerrecht 1994, Heft 5, S. 201 – 256
- Frotscher, Gerrit* [Kapitalertragsteuer, 2001]: Kapitalertragsteuer auf deutsche Dividenden an ausländische Kapitalgesellschaften EG-rechtswidrig, Betriebs-Berater 2001, Heft 42, S. 2137 – 2142
- Frotscher, Gerrit* [Verdeckte Gewinnausschüttung, 2002]: Korrektur der verdeckten Gewinnausschüttung außerhalb der Bilanz, Finanz-Rundschau 2002, S. 859 – 864
- Frotscher, Gerrit* (Bearb.) [Kommentar 1978, 1978]: Gesellschafter-Fremdfinanzierung, in: *Frotscher, Gerrit, Maas, Ernst* (Hrsg.): Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz und Umwandlungssteuergesetz, Stand März 2005, Freiburg: Rudolf Haufe Verlag GmbH & Co. KG, 1978
- Frotscher, Gerrit* [Wirkungen, 2004]: Die rechtlichen Wirkungen des § 8a KStG n.F., Deutsches Steuerrecht 2004, Heft 10, S. 377 – 432
- Gassner, Wolfgang, Lang, Michael* [Verdecktes Eigenkapital, 1987]: Verdecktes Eigenkapital im österreichischen Steuerrecht, GesRZ 1987, S. 186 – 197
- Gassner, Wolfgang* [Österreich, 1996], in: Cahiers de Droit Fiscal International, LXXXIb, International Bureau for Fiscal Documentation, Genf 1996, S. 315 – 339
- Gassner, Wolfgang* [Verdeckte Einlage, 2004]: Die verdeckte Einlage in Kapitalgesellschaften: Kritik der Richtlinien zu den Verrechnungspreisen, Wien, LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co. KG, 2004
- Gerkan von, Heinrich* (Bearb.), in: [Handelsgesetzbuch Kommentar, 2001]: *Röhricht, Volker, Graf von Westphalen, Friedrich* (Hrsg.): Handelsgesetzbuch: Kommentar zum Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften und besonderen Handelsverträgen (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht), 2. Auflage, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001
- Gerke, Wolfgang, Bank, Matthias* [Finanzierung, 2003]: Finanzierung: Grundlagen für Investitions- und Finanzierungsentscheidungen in Unternehmen, 2. Auflage, Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH, 2003
- Gersch, Eva-Maria* (Bearb.), in: *Klein, Franz, Brockmeyer, Hans Bernhard* (Hrsg.) [Abgabenordnung, 2003]: Abgabenordnung: einschließlich Steuerstrafrecht, 8. Auflage, 2003
- Golücke, Martin, Franz, Matthias* [Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 2003]: Gesellschafter-Fremdfinanzierung: Der „neue“ § 8a KStG-E, GmbH Rundschau 2003, Heft 19, S. 1093 – 1100
- Golücke, Martin, Franz, Matthias* [Entwurf, 2004]: Der Entwurf eines neuen BMF-Schreibens zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung (§ 8a KStG): eine erste Übersicht, GmbH Rundschau 2004, Heft 11, S. 708 – 714

- Görl, Maximilian* (Bearb.) [Art. 5, 1990], in: *Vogel, Klaus* (Hrsg.) [DBA-Kommentar, 1990]: Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen: Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 2. Auflage, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1990
- Görlich, Wolfgang* [Angehörige, 1979]: Die steuerliche Behandlung von Vertragsgestaltungen zwischen Angehörigen: Verfassungsrechtliche, methodische und steuerrechtliche Grundlagen, Duncker & Humblot, Berlin, 1979
- Gräfer, Horst, Beike, Rolf, Scheld, Guido* [Finanzierung, 2001]: Finanzierung: Grundlagen, Institutionen, Instrumente und Kapitalmarkttheorie, 5. Auflage, Berlin: Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, 2001
- Groh, Manfred* [Gesellschafterfremdfinanzierung, 2005]: § 8a KStG zur Gesellschafterfremdfinanzierung: Einordnung von Fremdkrediten: Anmerkung zum BMF-Schreiben vom 15.7.2004, Der Betrieb 2005, S. 629 – 634
- Grotherr, Siegfried* [Handbuch, 2003]: Handbuch der internationalen Steuerplanung, 2. Auflage, Herne/Berlin: Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 2003
- Grotherr, Siegfried* [Finanzierungskostenabzugsverbot, 2004]: Einführung eines neuen Finanzierungskostenabzugsverbots beim fremdfinanzierten konzerninternen Beteiligungserwerb, Deutsche Steuerzeitung 2004, Heft 10, S. 390 – 397
- Grotherr, Siegfried* [Zweifelsfragen I, 2004]: Zweifelsfragen-Inventur zur Anwendung des neuen § 8a KStG: Bestandsaufnahme der FAQ als Bearbeitungshilfe für ein neues BMF-Schreiben: Teil I, Deutsche Steuerzeitung 2004, Heft Nr. 8, S. 249 – 291
- Grotherr, Siegfried* [Zweifelsfragen II, 2004]: Zweifelsfragen-Inventur zur Anwendung des neuen § 8a KStG: Bestandsaufnahme der FAQ als Bearbeitungshilfe für ein neues BMF-Schreiben: Teil II, Deutsche Steuerzeitung 2004, Heft 9, S. 291 – 300
- Grotherr, Siegfried* [Auslandsgesellschaften, 2004]: Auswirkungen des neuen § 8a KStG auf die Gesellschafter-Fremdfinanzierung von Auslandsgesellschaften, GmbH Rundschau 2004, Heft 13, S. 850 – 864
- Güroff, Georg, Glanegger, Peter* [Gewerbsteuergesetz, 2002]: Gewerbesteuer-gesetz: Kommentar, 5. Auflage, München: Beck Verlag, 2002
- Gundel, Günter* [Finanzierungsgestaltungen, 1994]: Finanzierungsgestaltungen über das Ausland (Teil I), Internationales Steuerrecht 1994, S. 211 – 218
- Gutmann, Daniel, Hiinnekens, Luc* [Lankhorst-Hohorst, 2003]: The Lankhorst-Hohorst case. The ECJ finds German thin capitalization rules incompatible with freedom of establishment, EC Tax Review, 2003, S. 90 – 97
- Haase, Klaus Dittmar, Schneeloch, Dieter* [Referentenentwurf, 1983], Analyse des Referentenentwurfs eines § 8a KStG: Steuerbelastung, Konzeption und Alternativen, in: *Haase, Dittmar, Schneeloch, Dieter, Siegel, Theodor* [Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 1983]: Besteuerung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung: Eine betriebswirtschaftliche Stellungnahme zum geplanten § 8a KStG, Stuttgart: Fachverlag für Wirtschafts- und Steuerrecht Schäffer GmbH & Co. KG, 1983, S. 37 – 172
- Haase, Klaus Dittmar* [Steuersparmodell, 2004]: Steuersparmodell Gesellschafterdarlehen?: Gestaltungsspielräume angesichts der Steuerprogression, Der Betrieb 2004, Heft 23, S. 1217 – 1221
- Habermeier, Stefan* [Kommentar, 2003]: in *Bamberger, Heinz Georg, Roth, Herbert* (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München: Verlag C.H. Beck, 2003
- Hahn, Hartmut* [Problemlösung, 2003]: Der Bosal-Fall und die beschränkte Problemlösungskapazität des EuGH: Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 18.9.2003 – Rs. C-168/01 – Bosal Holding BV, GmbHHR 2003, 1286 – in diesem Heft, GmbH Rundschau 2003, Heft 21, S. 1245 – 1249

- Hahn, Hartmut* [Europarechtsfähigkeit, 2004]: Europarechtswidrigkeit des neuen § 8a KStG?, GmbH Rundschau 2004, Heft 5, S. 277 – 279
- Hammerl, Christoph* [Inländerdiskriminierung, 1997]: Inländerdiskriminierung, in: *Magiera, Siegfried und Merten, Detlef*, (Hrsg.): Schriften zum Europäischen Recht, Band 38, Berlin: Duncker & Humblot, 1997
- Haug, Wolfgang* [Gesellschafterdarlehen, 1987]: Gesellschafterdarlehen als verdecktes nennkapital: Kritische Anmerkung zu dem BMF-Schreiben vom 16. März 1998, Deutsche Steuer-Zeitung 1987, S. 287 – 291
- Hax, Herbert* [Unternehmen, 2005]: Unternehmen und Unternehmer in der Marktwirtschaft, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2005
- Heckmann, Arno* [Kapitalverkehrssteuer, 1971]: Betriebswirtschaftliche Untersuchungen einer Legitimation der Kapitalverkehrssteuer auf Gesellschafterdarlehen, Düsseldorf, 1971
- Heermann, Peter* (Bearb.) [Unterkapitalisierung, 2000]: Materielle Unterkapitalisierung und sog. Haftungsdurchgriff, in: *Theobald, Wolfgang* (Hrsg.) [Entwicklungen]: Entwicklungen zur Durchgriffs- und Konzernhaftung, Berlin: Duncker & Humblot, 2000
- Heider, Karrsten* [Kommentar, 2000]: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 2. Auflage, München: Verlag C.H. Beck/Verlag Franz Vahlen, 2000
- Heinrich, Johannes* [Gesellschafterdarlehen, 1995]: Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen im Steuerrecht, Österreichische Steuer-Zeitung, 1995, S. 417 – 422
- Heinrichs, Helmut* (Bearb.) in: *Palandt, Otto, Bassenge, Peter, Brudermüller, Gerd* (Hrsg.) [Palandt, 2003]: Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz (Auszug), BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Hausratsverordnung, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz, Band 7, 62. Auflage, München: Verlag C.H. Beck, 2003
- Helminen, Marijaana* [EC Parent-Subsidiary Directive, 2000]: Dividend equivalent benefits and the concept of profit distribution of the EC Parent-Subsidiary Directive, EC Tax Review 2000, Heft 3, S. 161 – 171
- Hemmelrath, Alexanderl* (Bearb.) [Art. 7, 1990], in: *Vogel, Klaus* (Hrsg.) [DBA-Kommentar, 1990]: Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen: Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 2. Auflage, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1990
- Hemmelrath, Alexander, Abele, Stephan* [Lankhorst-Hohorst, 2003]: Lankhorst-Hohorst: Das Ende von § 8a KStG?: EuGH: Niederlassungsfreiheit steht der Regelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach § 8a KStG entgegen, Neue Wirtschaftsbriefe Nr. 12 vom 17.3.2003, Heft 3, S. 801 – 804.
- Hendler, Reinhard, Heimlich, Jörn* [Lenkung, 2000]: Lenkung durch Abgaben, Zeitschrift für Rechtspolitik, 2000, S. 325 – 330
- Herkenroth, Klaus* (Bearb.) [Kommentar 1996, 1996]: in *Herrmann, Heuer, Raupach* (Hrsg.): Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz: Kommentar, 21. Auflage, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Stand März 2005, 1996
- Herm, M.* (Bearb.) [Estland, 2004], in: *Kesti Juhani* (Hrsg.) [European Tax Handbook, 2004]: European Tax Handbook, International Bureau for Fiscal Documentation, 2004, S. 185 – 198
- García-Herrera, Cristina, Herrera, Pedro* [Tax Avoidance, 2004]: Is tax fairness in Europe under siege? Spanish law and anti-avoidance provisions
- Herrmann, Jürgen* [Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 1997]: Neue Bestimmungen des § 8a KStG (Gesellschafter-Fremdfinanzierung), 1997

Herzig, Norbert, Dautzenberg, Norbert [EWG-Vertrag, 1992]: Der EWG-Vertrag und die Doppelbesteuerungsabkommen: Rechtsfragen im Verhältnis zwischen Doppelbesteuerungsabkommen und den Diskriminierungsverboten des EWGV, *Der Betrieb* 1992, S. 2519 – 1523

Herzig, Norbert [Steuerharmonisierung, 1992]: Steuergestaltung und Steuerharmonisierung im Binnenmarkt: Folgen der Fusionsrichtlinie und der Mutter-Tochter-Richtlinie, *Der Betrieb* 1992, Heft 1, S. 1 – 7

Herzig, Norbert [Bericht Arbeitsgruppe, 1993]: Gesellschafter-Fremdfinanzierung von Kapitalgesellschaften: Bericht aus einer Arbeitsgruppe, in *Steuer und Wirtschaft* 1993, Heft 3, S. 237 – 248

Herzig, Norbert [Finanzierungsfreiheit, 1994]: Spannungsverhältnis zwischen Finanzierungsfreiheit und fehlender Finanzierungsneutralität der Besteuerung, *Finanz-Rundschau* 1994, S. 589 – 602

Herzig, Norbert [Diskussion, 1994]: in: *Herzig, Norbert* [Harmonisierung, 1994]: Harmonisierung der Körperschaftsteuersysteme in den EU-Staaten, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1994, S. 50 – 79

Herzig, Norbert [Binnenmarkt, 1994]: Steuergestaltung im Binnenmarkt, *Der Betrieb* 1993, Heft 1, S. 1 – 17

Herzig, Norbert [Arbeitsgruppe, 1994]: Stellungnahme der Arbeitsgruppe „Gesellschafterfremdfinanzierung (§ 8 a KStG)“ zum Entwurf eines Einführungsschreibens zu § 8a KStG, Köln, 3. Juni 1994, *Die Wirtschaftsprüfung* 1994, Heft 14, S. 470 – 478

Herzig, Norbert [Standortsicherungsgesetz Teil I, 1994]: Standortsicherungsgesetz: Gesetzliche Regelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung in § 8a KStG (Teil I), *Der Betrieb* 1994, Heft 3, S. 110 – 115

Herzig, Norbert (Bearb.) [BMF-Schreiben, 1995]: Anmerkungen zum BMF-Schreiben zu § 8a KStG, in: *Herzig, Norbert* (Hrsg.): *Steuerthemen im Brennpunkt, Gesellschafterfremdfinanzierung und Beteiligung an ausländischen Gesellschaften im Körperschaftsteuerrecht: Anwendungspraxis der §§ 8a KStG und 8b KStG*, Band 9, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1995, S. 163 – 174

Herzig, Norbert, Dautzenberg, Norbert [EG-Recht, 1997]: Die Einwirkungen des EG-Rechts auf das deutsche Unternehmenssteuerrecht, *Der Betrieb* 1997, Heft 1, S. 8 – 17

Herzig, Norbert (Bearb.) [Körperschaftsteuersystem, 1997]: Körperschaftsteuersystem und Europäischer Binnenmarkt, in: *Schön, Wolfgang* (Hrsg.) [Gedächtnisschrift, 1997]: *Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1997, S. 627 – 646

Herzig, Norbert, Dötsch, Ewald [Körperschaftsteuer, 1998]: Körperschaftsteuer 2000, *Der Betrieb* 1998, S. 15 – 20

Herzig, Norbert [Analyse und Perspektiven, 2003]: Gesellschafter-Fremdfinanzierung – Analyse und Perspektiven, *Die Wirtschaftsprüfung*, Sonderheft 2003, S. 191 – 205

Herzig, Norbert, Lochmann, Uwe [Belastungswirkungen, 2004]: Die Belastungswirkungen von § 8a KStG n.F., *Der Betrieb* 2004, Heft 16, S. 825 – 829

Herzog, Roman (Bearb.), in: *Maunz, Theodor, Dürig, Günter, Herzog, Roman, Scholz, Rupert, Lerche, Peter, Papier, Hans-Jürgen, Randelhofer, Albrecht, Schmidt-Assmann, Eberhard* (Hrsg.) [Grundgesetz, 1994]: *Maunz-Dürig Kommentar zum Grundgesetz*, Band II, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Stand Mai 2004

Hess, Dieter [Analogieverbot, 1974]: Analogieverbot und Steuerrecht: ein methodologischer u.nd rechtlicher Beitrag zu den Grenzen der Lückenausfüllung im Steuerrecht dargestellt am Beispiel der Analogie, Köln: Universitäts-Verlag, 1974

Hey, Friedrich [US-Steuerrecht, 1990]: US-Steuerrecht, *Recht der internationalen Wirtschaft* 1990, S. 120 – 122

Hey, Friedrich [Gesellschafterfremdfinanzierung, 1993]: Gesellschafterfremdfinanzierung: Einige Gedanken zum neuen § 8a KStG, *Recht der internationalen Wirtschaft* 1993; Heft 10, S. 833

- Hey, Friedrich* [Zweifelsfragen, 1994]: Gesellschafterfremdfinanzierung: Einige Zweifelsfragen zur Anwendung von § 8a KStG, Recht der internationalen Wirtschaft 1994; Heft 3, S. 221 – 227
- Hey, Johanna* [Unternehmensbesteuerung, 1996]: Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa: Ein Vorschlag unter Auswertung des Ruding-Berichts und der US-amerikanischen „integration debate“, in: Steuerfragen der Wirtschaft, Band 7, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1996
- Hinnekens, Luc, Schelpe, Dirk* [Bachmann, 1992]: Comments to Bachmann v. Belgium (C-204/90) and Commission v. Belgium, 28 January 1992 (C-300/90), EC Tax Review 1992, Heft 1, S. 58 – 62
- Hock, Burkhard* [Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 1995]: Gesellschafter-Fremdfinanzierung der GmbH: Eigenkapitalersetzende Darlehen, Forderungsverzichte und –verluste im Bilanz- und Ertragsteuerrecht, Wiesbaden: Gabler Verlag, Deutscher Universitäts-Verlag, 1995
- Holzaepfel, Peter* [Belastungswirkungen, 2000]: Belastungswirkungen durch § 8a KStG und verbleibende Gestaltungsmöglichkeiten, 2000
- Holzaepfel, Peter, Köplin, Manfred* (Bearb.), in: *Erle, Bernd, Sauter, Thomas* (Hrsg.): [Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 2004]: Heidelberger Kommentar zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung: Kommentierung der §§ 8a KStG, 8b KStG ab 2004 und zugleich Ergänzungsband zum Heidelberger Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2004
- Hosson, Fred, Michielse, Geerten* [Treaty Aspects, 1989]: Treaty aspects of the “thin capitalisation” issue – A review of the OECD Report, Intertax 1989, Heft 11, S. 476 – 484
- Hüffer, Uwe* [Kommentar, 2004]: Beck’sche Kurzkommentare Band 53: Aktiengesetz, 6. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2004
- Hufbauer, Gary, Assa, Ariel* [Earnings Stripping, 2003]: Rules Against Earnings Stripping: Wrong Answer to Corporate Inversions, in: International Economics Policy Brief, Institute for International Economics, Number PB03-7, 2003
- Intemann, Jens, Nacke, Aloys* (Bearb.), in *Herrmann, Heuer, Raupach* (Hrsg.): Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz: Kommentar, 21. Auflage, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Stand März 2005, 1996
- Jacobs, Otto, Spengel Christoph* (Bearb.) [Unternehmenssteuersysteme, 1995]: Die europäischen Unternehmenssteuersysteme: Eine Übersicht, in: *Jacobs, Otto, Spengel, Christoph* (Hrsg.) [Aspekte, 1995]: Aspekte der Unternehmensbesteuerung in Europa, Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung, Mannheim, Band 4, Baden-Baden: Nomos Verlags-Gesellschaft, 1995, S. 11 – 37
- Jacobs, Otto* [Internationale Unternehmensbesteuerung, 2002]: Internationale Unternehmensbesteuerung: Deutsche Investitionen im Ausland Ausländische Unternehmen im Inland, 5. Auflage, München: Verlag C.H. Beck, 2002
- Janssen, Bernhard* [Ausgestaltung, 1997]: § 8a KStG: Zweck der Vorschrift und Kritik ihrer Ausgestaltung, Göttingen: Cuvillier Verlag, 1997
- Janssen, Bernhard* [Verhältnis, 1997]: Das Verhältnis von § 8a KStG zu § 8 III KStG und 3 42 AO, Deutsche Steuer-Zeitung 1997, Heft 6, S. 180 – 185
- Janssen, Bernhard* [Fremdkapital, 1997]: Der Begriff des Fremdkapitals in § 8a KStG, Der Betrieb 1997, Heft 32, S. 1589
- Jarass, Hans* [Niederlassungsfreiheit, 1993]: Die Niederlassungsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft: Ein Kernelement der Freiheit selbständiger wirtschaftlicher Betätigung, Recht der Internationalen Wirtschaft 1993, Heft 1, S. 1 – 7
- Jarass, Hans* [Grundfragen, 1994]: Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts: Die Vorgaben des Rechts der Europäischen Gemeinschaft für die nationale Rechtsanwendung und die nationale Rechtsetzung nach Maastricht, in: Schriftenreihe Völkerrecht – Europarecht - Staatsrecht, Band 14, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 1994

- Jiménez, Natalie J. Halla-Villa* [Tax Changes, 2004]: Tax Changes: Thin Capitalization, Inward Expatriates and Royalty Payments to Non-Residents, *European Taxation* 2004, S. 128 – 130
- Jula, Rocco* [GmbH-Gesellschafter, 2004]: Der GmbH-Gesellschafter: GmbH-Gründung, Rechte und Pflichten, Haftungsrisiken, Ausscheiden und Abfindung, Berlin: Springer Verlag, 2004
- Kastl, Monika, Schleweit, Klaus* [Unterkapitalisierungsregeln]: Gesellschafter-Fremdfinanzierung und steuerliche Unterkapitalisierungsregeln in mittel- und osteuropäischen Staaten, in: *Grotherr, Siegfried* [Handbuch, 2003]: Handbuch der internationalen Steuerplanung, Verlag Neue Wirtschaftsbriefe, 2003
- Kellersmann, Dietrich, Treisch, Corinna* [Unternehmensbesteuerung, 2002]: Europäische Unternehmensbesteuerung, Wiesbaden: Betriebswirtschaftlicher Verlag Dr. Th. Gabler GmbH, 2002
- Kemp, Ton* [EU-bound Czech Republic, 2004]: EU-bound Czech Republic releases new incentives, *International Tax Review* 2004
- Kessler, Wolfgang* [Spannungsfeld, 2003]: Die Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Spannungsfeld zum Recht der Doppelbesteuerungsabkommen und Europarecht, *Der Betrieb* 2003, Heft 47, S. 2507 – 2514
- Kessler, Wolfgang* [Weiterentwicklung, 2004]: Weiterentwicklung des Deutschen und Internationalen Steuerrechts – Teil I, *Internationales Steuerrecht* 2004, Heft 23, S. 810 – 816
- Kessler, Wolfgang, Düll, Sebastian* [Konzernverbund, 2004]: § 8a KStG im Konzernverbund: Kaskadeneffekt, Buchwertkürzung und Holdingprivileg“ nach dem BMF-Schreiben zu § 8a KStG vom 15.7.2004, *Deutsches Steuerrecht* 2004, Heft 32, S. 1317 – 1364
- Kessler, Wolfgang* [Holdingparadoxon, 2004]: Das Holdingparadoxon in § 8a Abs. 4 KStG n.F.: Holdingprivileg oder Holdingdiskriminierung, *Deutsches Steuerrecht* 2004, Heft 10, S. 386 – 390
- Kessler, Wolfgang, Eicker, Klaus, Obser, Ralph* [Kapitalverkehrsfreiheit, 2004]: Die Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit, *Internationales Steuerrecht* 2004, Heft 10, S. 325 – 360
- Kessler, Wolfgang, Düll, Sebastian, Obser, R.* [Holding, 2004]: Holding im Sinne des § 8a KStG: Wahlrecht als (einzig)er Ausweg aus dem EG-rechtlichen Dilemma?, *Deutsches Steuerrecht*, 2004, Heft 38, S. 1592 – 1595
- Kessler, W., Obser, R.*, [Überblick, 2004]: Überblick zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, *Internationales Steuerrecht* 2004, S. 187 – 191
- Kirchhof, Paul* [Steuergleichheit, 1984]: Steuergleichheit, *Steuer und Wirtschaft* 1984, Heft 4, S. 297 – 314
- Kirchhof, Paul* (Bearb.) [§ 2 EStG], in: *Kirchhof, Paul, Söhn, Hartmut, Mellinshoff, Rudolf* (Hrsg.) [Kommentar, 2005] Einkommensteuergesetz: Kommentar, Loseblattsammlung, Köln: Deubner-Verlag, 150. Aktualisierung, Stand Februar 2005
- Klein, Franz* [Abgabenordnung, 2003]: Abgabenordnung: einschließlich Steuerstrafrecht, 8. Auflage, München: Verlag C.H. Beck, 2003
- Klein, Martin* (Bearb.) [Kommentar, 1996]: Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz: Kommentar, 21. Auflage, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1996
- Klein, Martin* [Ungewöhnlich, 1999]: Ungewöhnlich ist nicht unangemessen: Zwischengeschaltete ausländische Kapitalgesellschaften sind nicht ungewöhnlich, *Finanz-Rundschau* 1999, Heft 6, S. 286 – 289
- Knobbe-Keuk, Brigitte* [Fremdfinanzierung, 1982]: Die Fremdfinanzierung inländischer Kapitalgesellschaften durch nicht anrechnungsberechtigte Anteilseigner, *Steuer und Wirtschaft*, 1982, Heft 3, S. 201 – 222

- Knobbe-Keuk, Brigitte* [Überlegungen, 1992]: Neuer Anlauf zu einem § 8a KStG?, Internationale Wirtschaftsbriefe 1992, Nr. 21, S. 615 – 618
- Knobbe-Keuk, Brigitte* [Entwurf, 1993]: Wieder einmal ein Entwurf zu § 8a KStG – Wiederauflage einer Regelung zur Gesellschafterfremdfinanzierung im Standortsicherungsgesetz, Der Betrieb 1993, S. 60 – 66
- Knobbe-Keuk, Brigitte* [Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 1993]: Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Auflage, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1993
- Knobbe-Keuk, Brigitte* [Restrictions, 1994]: Restrictions on the Fundamental Freedoms Enshrined in the EC Treaty by Discriminatory Tax Provisions – Ban and Justification –, EC Tax Review 1994, Heft 3, S. 74 – 85
- Köhler, Stefan* [Internationales Steuerrecht, 2004]: Aktuelles Beratungs-Know-How Internationales Steuerrecht: § 8a KStG n.F.: Eckpunkte der grenzüberschreitenden Relevanz, DStR 2004, S. 672 – 676
- Koenig, Ulrich* (Bearb.), in: *Pahlke, Armin, Koenig, Ulrich*, (Hrsg.) [AO-Kommentar, 2004]: Abgabenordnung: §§ 1 bis 368 Kommentar, München, Verlag C.H. Beck, 2004
- Körner, Andreas* [Finanzierungsaufwendungen, 2003]: Finanzierungsaufwendungen, Betriebs-Berater 2003, S. 2436 – 2443
- Körner, Andreas* [Gestaltungsmöglichkeiten, Teil II, 2004]: § 8a KStG n.F.: Darstellung, Gestaltungsmöglichkeiten, Europarechtsinkonformität: Teil II, Internationales Steuerrecht 2004, Heft 7, S. 217 – 252
- Körner, Andreas* [Europarecht, 2004]: Europarecht und Wegzugsbesteuerung – das EuGH-Urteil „de Lasteyrie du Saillant“, Internationales Steuerrecht 2004, S. 424 – 432
- Köster, Beate-Katrin* [Zweifelsfragen, 1994]: Zweifelsfragen und Gestaltungsalternativen bei der Gesellschafterfremdfinanzierung: Zur gesetzlichen Regelung in § 8a KStG, Recht der internationalen Wirtschaft 1994, Heft 4, S. 310 – 317
- Kofler, Herbert, Kofler, Georg, Kristen, Sabine* (Bearb.) [System, 2004]: System und Prinzipien der Körperschaftsteuer, in: *Bertl, Romual, Djanani, Christiana, Eberhartinger, Eva, Kofler, Herbert, Tumpel, Michael* (Hrsg.): Handbuch der österreichischen Steuerlehre, Band I, 2004
- Kofler, Georg* [Steuerliche Abschirmwirkung, 2002]: Die steuerliche Abschirmwirkung ausländischer Finanzierungsgesellschaften und ihre Durchbrechung aus österreichischer Sicht: in *Lang, Michael*: Schriftenreihe zum Internationalen Steuerrecht, Band 23, Wien, Linde Verlag Wien Ges.m.b.H., 2002
- Kofler, Georg* [Unterkapitalisierungsregeln, 2003]: EuGH zu Unterkapitalisierungsregeln, Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht, 2003, Heft Nr. 1, S. 33 – 38
- Korn, Klaus* [Kapitalgesellschafter-Fremdfinanzierung, 1993]: Kapitalgesellschafter-Fremdfinanzierung: Reichweite des § 8a KStG und Beratungserwägungen, Deutsche Steuer-Zeitung 1993, Heft 24, S. 737 – 742
- Korth, Michael* [Aktuelles Steuerrecht, 2004]: Aktuelle Probleme der Besteuerung der GmbH und ihrer Gesellschafter: Gesetzeslage, Rechtsprechung und BMF-Schreiben, in: Steuerberaterverband Niedersachsen (Hrsg.): Aktuelles Steuerrecht Special, Band 10, 2004
- Kotschenreuther, Heiko* [Einkunftsabgrenzung, 1997]: Erfordernis der Einkunftsabgrenzung, in: *Vögele, A., Borstell, T., Engler, G., Kotschenreuther, H., Bick, C.*, Handbuch der Verrechnungspreise, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1997
- Kottke, Klaus* [Tatbestandsmerkmal, 1983]: Das unechte Tatbestandsmerkmal des ungewöhnlichen Weges in § 42 der Abgabenordnung, Betriebs-Berater 1983, Heft 18, S. 1146 – 1151

- Krabbe, Helmut* [Maßnahmen, 1984]: Maßnahmen gegen unangemessene Gesellschafterfremdfinanzierung und das Recht der Doppelbesteuerungsabkommen, Recht der Internationalen Wirtschaft 1984, Heft 2, S. 127 – 130
- Krüger, Dietrich* [Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 1987]: Zur Besteuerung von Kapitalgesellschaften bei Gesellschafter-Fremdfinanzierung, Betriebs-Berater 1987, Heft 16, S. 1081 – 1083
- Kruse, Heinrich Wilhelm* [Gesetzesbindung, 1982]: Steuerspezifische Gründe und Grenzen der Gesetzesbindung, in: *Tipke, Klaus* (Hrsg.): Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsprechung und Verwaltungsvorschriften im Steuerrecht, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1982
- Kruse, Heinrich Wilhelm* [Steuerrecht, 1991]: Lehrbuch des Steuerrechts: Band I Allgemeiner Teil, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991
- Kube, Hanno* [Grundfreiheiten, 2003]: Grundfreiheiten und Ertragskompetenz: die Besteuerung der grenzüberschreitenden Konzernfinanzierung nach dem Lankhorst-Urteil des EuGH, Internationales Steuerrecht 2003, S. 325 – 338
- Kußmaul, Heinz* [Steuerlehre, 2003]: Betriebswirtschaftliche Steuerlehre, 3. Auflage, München: R. Oldenbourg Verlag, 2003
- Lang, Michael* [OECD-MA, 2001]: Seminar B, Teil 2: Das OECD-Musterabkommen – 2001 und darüber hinaus: Welche Bedeutung haben die nach Abschluss eines Doppelbesteuerungsabkommens erfolgten Änderungen des OECD-Kommentars?, Internationales Steuerrecht 2001, S. 536 – 539
- Langbein, Volker* [Doppelbesteuerungsabkommen, 1984]: Doppelbesteuerungsabkommen im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Völkerrecht, Recht der Internationalen Wirtschaft 1984, S. 531 – 540
- Langbein, Volker* [Treaty Overriding, 1988]: „Treaty Overriding“ durch nationales Recht: Ein Beitrag zur Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen, Recht der Internationalen Wirtschaft 1988, Heft 11, S. 875 – 881
- Larenz, Karl, Canaris, Claus-Wilhelm* [Methodenlehre, 1995]: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Budapest, Hongkong, London, Mailand, Paris, Santa Clara, Singapur, Tokio: Springer-Verlag, 1995
- Lausterer, Martin* [Anmerkung, 2000]: Anmerkung zu: Vorlage an den EuGH zur Vereinbarkeit des § 8a KStG mit Art. 43 EGV, Internationales Steuerrecht 2000, Heft 23, S. 729 – 730
- Lausterer, Martin* [Grundfreiheiten, 2003]: X und Y: Neues zu den Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Internationales Steuerrecht 2003, Heft 1, S. 19 – 22
- Lehner, Moris* (Bearb.), [Art. 9, 1990], in: *Vogel, Klaus* (Hrsg.) [DBA-Kommentar, 1990]: Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen: Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 2. Auflage, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1990
- Lehner, Moris* (Bearb.), [Art. 25, 1990], in: *Vogel, Klaus* (Hrsg.) [DBA-Kommentar, 1990]: Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen: Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 2. Auflage, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1990
- Loos, Gerold* [Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 1989]: Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner: § 8a KStG („Formulierungshilfe“ Dez. 1988) und Art. 24 Abs. 6 OECD-Musterabkommen 1977, Betriebs-Berater 1989, Heft 8, S. 532 – 540
- Lüdicke, Jürgen* [Steuervergünstigungsabbaugesetz, 2003]: Internationale Aspekte des Steuervergünstigungsabbaugesetzes, Internationales Steuerrecht Heft 13, 2003, S. 433 – 468

- Mattausch, Hubert* (Bearb.) [Konzernfinanzierung]: Die internationale Konzernfinanzierung unter dem Einfluss des § 8a KStG, in: *Fischer, Lutz* (Hrsg.): Forum der Internationalen Besteuerung, Band 5, Wirtschaftsstandort Deutschland im Internationalen Steuerrecht, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1994, S. 88 – 112
- Mavraganis, G. S.* (Bearb.) [Griechenland, 2004], in *Kesti, Juhani* (Hrsg.): European Tax Handbook, 2004, S. 271 – 291
- Meilicke, Wienand* [Finanzierungsfreiheit, 1995]: Finanzierungsfreiheit und Europarecht, in: Finanz-Rundschau: Einkommensteuer mit Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer, Heft 8/1995, S. 297 – 324
- Menck, Thomas* [Unterkapitalisierung, 1994]: Unterkapitalisierung und DBA: Zu § 8a KStG und zum OECD-Musterabkommen, Finanz-Rundschau, Heft 3, 1994, S. 69 – 104
- Menck, Thomas* [Mehrstaaten-Problem, 1994]: Fremdfinanzierung als Mehrstaaten-Problem, Internationales Steuerrecht 1994, S. 569 – 578
- Menck, Thomas* [Kapitalgesellschaften, 1995]: Unterkapitalisierung von Kapitalgesellschaften - § 8a KStG und das Einführungsschreiben des BMF vom 15.12.1994, Deutsches Steuerrecht 1995, Heft 11, S. 393 – 432
- Menck, Karl Wolfgang, Mutén, Leif*, [Zinsrichtlinie, 2004]: Die EU-Politik bezüglich der Besteuerung privater Auslandszinsen – Die Zinsrichtlinie: Ein Durchbruch? -, in: Institut „Finanzen und Steuern“ e.V., IFSt-Schrift Nr. 418, Bonn, 2004
- Mensching, Oliver, Bauer, Andreas* [Neufassung, 2003]: Die geplante Neufassung des § 8a KStG: Auswirkungen auf Finanzierungsstrukturen und Unternehmenskauf, Betriebs-Berater 2003, Heft 46, S. 2429 – 2436
- Merkt, Hanno* (Bearb.), in: *Baumbach, Adolf, Hopt, Klaus* (Hrsg.) [Kommentar, 2003]: Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co. KG, Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), Band 9, 31. Auflage, 2003
- Michielse, Geerten* [Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 1994]: Zur Regelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung in EU-Mitgliedstaaten und in Doppelbesteuerungsabkommen, Steuer und Wirtschaft, Heft 4, 1994, S. 331 – 340
- Michielse, Geerten* [Treaty Aspects, 1989]: Treaty Aspects of Thin Capitalization, Intertax 1989, S. 477 – 483
- Michielse, Geerten* [Thin Capitalization, 1997]: Treaty Aspects of Thin Capitalization, Bulletin of the International Bureau of Fiscal Documentation, 1997, S. 565 – 573
- Michielse, Geerten* [Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 1994]: Zur Regelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung in EU-Mitgliedstaaten und in Doppelbesteuerungsabkommen, Steuer und Wirtschaft 1994, S. 331 – 340
- Möhrle, Ulrich* [Harmonisierung, 1992]: Harmonisierung der internationalen Unternehmensbesteuerung in der EG, Internationale Wirtschaftsbriefe, Gruppe 2, Fach 11, Nr. 9, 1992, S. 63 – 68
- Morck, Winfried* (Bearb.) [Handelsgesetzbuch, 2003]: in: Koller, Ingo, Roth, Wulf-Henning, Morck, Winfried (Hrsg.): Handelsgesetzbuch: Kommentar, 4. Auflage, München: Verlag C.H. Beck, 2003
- Mössner, Jörg, Kellersmann, Dietrich* [Körperschaftsteueranrechnungsverfahren, 1999]: Freiheit des Kapitalverkehrs in der EU und das deutsche Körperschaftsteueranrechnungsverfahren, Deutsche Steuer-Zeitung 1999, Heft 14./15., S. 505 – 516
- Mössner, Manfred* (Bearb.) [Dividendenbesteuerung, 2001]: Neue Dividendenbesteuerung aus der Sicht des EU- und DBA-Rechts, in: *Lüdicke, Jürgen* (Bearb.) [Unternehmenssteuerreform, 2001]: Internationale Aspekte der Unternehmenssteuerreform, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001, S. 27 – 55

- Müller-Gatermann, Gert* [Zwischenergebnis, 1992]: Besteuerung bei Gesellschafter-Fremdfinanzierung – ein Zwischenergebnis: Zugleich Stellungnahme zum BFH-Urteil I R 127/90 vom 5.2.1992, Finanz-Rundschau 1992, S. 497 – 501
- Müller-Gatermann, Gerd* (Bearb.) [Halbeinkünfteverfahren, 2002]: Halbeinkünfteverfahren: Grundsatzfragen und Anwendungsprobleme, in: *Herzig, Norbert* (Hrsg.): Unternehmenssteuerreform: Fallbezogene Darstellung für die Beratungspraxis, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2002
- Muniozguren, José Ignacio, García* [Thin Cap, 2004]: Spain: Companies given thin capitalization criteria, International Tax Review, 2004
- Musil, Arndt* [Beschränkungsverbot, 2001]: Kein europarechtliches Beschränkungsverbot für die direkten Steuern?: Eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH zur tatbestandlichen Reichweite der Personenverkehrsfreiheiten im Zusammenhang mit dem Recht der direkten Steuern, Internationales Steuerrecht 2001, Heft 15, S. 482 – 488
- Musil, Andreas* [Verdeckte Gewinnausschüttung, 2003]: Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung zur verdeckten Gewinnausschüttung, Deutsche Steuerzeitung 2003, S. 649 – 653
- Neumann, Ralf, Stimpel, Thomas* [Zweifelsfragen]: Zweifelsfragen zu den Steuerfolgen von § 8a KStG im Inland, GmbH Rundschau 2004, Heft 7, S. 392 – 401
- Nielsen, Martin* [Denmark, 2004]: Denmark, A special report, International tax review, 2004, Beilage
- OECD, Committee on Fiscal Affairs, „Thin Capitalization – Taxation of Entertainers, Artists and Sportsmen“, in: Issues in International Taxation No. 2 vom 26.11.1986, Paris, 1987
- Offermanns, R.* (Bearb.) [Belgien, 2004], in: *Kesti Juhani* (Hrsg.) [European Tax Handbook]: European Tax Handbook, International Bureau for Fiscal Documentation, 2004, S. 71 – 90
- Ortega, José Maria, Pironti, Patricia, Viladrich, Valerí* [Safe Harbour, 2004]: Spain, Safe Harbour Thin Capitalisation Rules, Tax Planning International European Union Focus, 2004, S. 13
- Ostaszewska, A.*, (Bearb.) [Slovenien, 2004], in: *Kesti Juhani*, (Hrsg.) [European Tax Handbook, 2004]: European Tax Handbook, International Bureau for Fiscal Documentation, 2004, S. 591 – 602
- Palacios, José* [Thin Cap, 2004]: Spain: Budget overhauls thin-capitalization and CFC rules, International Tax Review 2004
- Papier, Hans-Jürgen* [Demokratieprinzip, 1973]: Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte und das grundgesetzliche Demokratieprinzip: Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Rechtsformen der Grundrechtseingriffe, Berlin: Duncker & Humblodt, 1973
- Paschen, Uwe* [Steuerungsumgehung, 2001]: Steuerungsumgehung im nationalen und internationalen Steuerrecht, 1. Auflage, Wiesbaden: Deutscher Universitäts-Verlag, Gabler Edition Wissenschaft, 2001
- Pawlak, Bartłomiej* [Thin capitalisation, 2004]: Thin capitalization in: Doing Business in Poland, 2004
- Perridon, Louis, Steiner, Manfred* [Finanzwirtschaft, 2003]: Finanzwirtschaft der Unternehmung, 12. Auflage, München: Verlag Franz Vahlen, 2003
- Piltz, Detlev* [Droit fiscal, 1996]: Cahiers de droit fiscal international: International aspects of thin capitalization, The Hague : Kluwer Law International, 1996
- Pöllath, Reinhard, Rädler, Albert* [Erweiterung, 1980]: Die vorgeschlagene Erweiterung des § 8 Abs. 3 KStG – Voraussetzungen und Wirkungen nach innerstaatlichem und Abkommensrecht, Der Betrieb 1980, Beilage Nr. 8 zu Heft 21

Pöllath, Reinhard [Fremdfinanzierung, 1980]: Diskussionbeiträge: Fremdfinanzierung und Doppelbesteuerungsabkommen – eine Ergänzung, *Finanz-Rundschau* 1980, Heft 18, S. 432 – 433

Pöllath, Reinhard (Bearb.) [Gesetzentwurf, 1982]: Kritische Fragen an den Gesetzentwurf des Bundes, in: *Wysocki, K., Höhn, E.* (Hrsg.): *Fremdfinanzierung von Kapitalgesellschaften durch Anteilseigner*, S. 39 – 53, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1982

Pöllath, Reinhard (Bearb.) [Art. 11, 1990], in: *Vogel, Klaus* (Hrsg.) [DBA-Kommentar, 1990]: *Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen: Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen*, 2. Auflage, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1990

Portner, Rosemarie [Vereinbarkeit, 1996]: Vereinbarkeit des § 8a KStG mit den Doppelbesteuerungsabkommen (Teil I), *Internationales Steuerrecht*, Heft 1, 1996, S. 23 – 31

Pott, Hans-Michael [Vereinbarkeit, 1982]: Die Vereinbarkeit des Entwurfs eines § 8a KStG (KStGÄndGE 1982) mit dem Völkerrecht, *Steuer und Wirtschaft*, Heft 3, 1982, S. 223 – 230

Praetzer, Octavia [Zweifelsfragen, 2004]: Ausgewählte Zweifelsfragen zum neuen § 8a KStG bei konzerntypischen Holdingstrukturen sowie zu dessen Anwendung auf in Deutschland nicht der Besteuerung unterliegende Kapitalgesellschaften, *Der Betrieb* 2004, Heft 12, S. 621 – 625

Prinz, Ulrich [Gestaltungsmöglichkeiten, 1994]: Gestaltungsmöglichkeiten und – grenzen bei § 8a KStG, *Finanz-Rundschau* 1994, Heft 19, S. 622 – 634

Prinz, Ulrich (Bearb.) [Kommentar, 1996]: in *Herrmann, Heuer, Raupach* (Hrsg.): *Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz: Kommentar*, 21. Auflage, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Stand März 2005, 1996

Prinz, Ulrich (Bearb.) [Unternehmenssteuerreform, 2001]: Einfluss der Unternehmenssteuerreform auf die Konzernfinanzierung, in: *Lüdicke, Jürgen* (Hrsg.): *Forum der Internationalen Besteuerung*, Band 21, *Internationale Aspekte der Unternehmenssteuerreform*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001

Prinz, Ulrich [Europarechtswidrigkeit, 2003]: Schnelle Reaktion der Finanzverwaltung auf die Lankhorst-Hohorst-Entscheidung des EuGH zur Europarechtswidrigkeit des § 8a KStG, *Finanz-Rundschau*, Heft 13, 2003, S. 649 – 652

Prinz, Ulrich [Drittvergleich, 2004]: Finanzgerichtlich akzeptierter Drittvergleich bei Gesellschafterfremdfinanzierung, *Finanz-Rundschau* 2004, Heft 3, S. 146 – 147

Prinz, Ulrich, Ley, Thomas [Gesetzesänderungen, 2003]: Geplante Gesetzesänderungen zur Gesellschafterfremdfinanzierung nach § 8a KStG: Erste Analyse und Gestaltungsüberlegungen, *Finanz-Rundschau* 2003, Heft 18, S. 933 – 996

Prinz, Ulrich, Cordewener, Axel [Unterkapitalisierungsregelung, 2003]: Unterkapitalisierungsregelung des § 8a Abs. 1 Nr. 2 KStG verstößt gegen Europarecht: Erste Einordnung und Bewertung des EuGH-Urt. V. 12.12.2002 – Rs- C-324/00 – Lankhorst-Hohorst GmbH, *GmbH* 2003, 44, *GmbH Rundschau* Heft 2, 2003, S. 80 – 84

Rädler, Albert [Vorstellung, 1994]: Vorstellung des EG-Sachverständigenausschusses zur Unternehmensbesteuerung (Ruding-Ausschuß), in: *Herzig, Norbert* (Hrsg.) [Harmonisierung, 1994]: *Harmonisierung der Körperschaftsteuersysteme in den EU-Staaten*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1994, S. 2 – 19

Rätzig, Horst, Protzen, Peer [Europarechtswidrigkeit, 2003]: Zur Europarechtswidrigkeit der §§ 7 – 14 AStG und zu den Folgen für die internationale Steuerplanung, *Internationales Steuerrecht* 2003, S. 194 – 207

Rainer, Arndt [Anmerkung, 1997]: Anmerkung zu „Giloy“ S. 542 und „Leur-Bloem“ S. 539, *Internationales Steuerrecht* 1997, S. 544

Rehm, Helmut, Nagler, Jürgen [Lasertec, 2005]: Ist § 8a KStG a.F. weltweit nicht mehr anwendbar? – Folgen des Lasertec-Beschlusses des FG Baden-Württemberg vom 14.10.2004, Internationales Steuerrecht 2005, S. 261 – 267

Reimer, Ekkehart (Bearb.) [Bestandsaufnahme, 2000], in: *Lehner, Moris* (Hrsg.) [Grundfreiheiten, 2000]: Grundfreiheiten im Steuerrecht der EU-Staaten, in: Münchener Schriften zum Internationalen Steuerrecht, Heft 23, München: C.H. Beck, 2000, S. 39 – 102

Rödder, Thomas, Ritzer, Claus [Outbound-Fall, 2004]: § 8a KStG n.F. im Outbound-Fall, Der Betrieb 2004, Heft 17, S. 891 – 894

Rödder, Thomas, Schumacher, Andreas [BMF-Schreiben, 2004]: Das BMF-Schreiben zu § 8a KStG, Deutsches Steuerrecht 2004, Heft 35, S. 1449 – 1496

Rödder, Thomas [Deutsche Unternehmensbesteuerung, 2004]: Deutsche Unternehmensbesteuerung im Visier des EuGH, Deutsches Steuerrecht 2004, S. 1629 – 1634

Rose, Gerd, Glorius-Rose, Cornelia [Gestaltungsmisbrauch, 2002]: Steuerplanung und Gestaltungsmisbrauch: Eine Auswertung der jüngeren Rechtsprechung des BFH zu § 42 AO, 3. Auflage, Bielefeld: Erich Schmidt Verlag, 2002

Roser, Frank [Steuerbefreiung, 2003]: Steuerbefreiung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen – offene Anwendungsfragen zu § 8b KStG in der Fassung des Regierungsentwurfs vom 13.8.2003, GmbH Rundschau 2003, Heft 21, S. 1250 – 1254

Romani, Brigitte, Strnad, Oliver, Grabbe, Christian [Steuerreform, 2004]: Italien – Große Steuerreform ab 2004, Internationales Steuerrecht, 2004, S. 155 – 161

Roth, Wulf-Henning [Niederlassungsfreiheit, 1997]: Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, in: *Schön, Wolfgang* (Hrsg.) [Gedächtnisschrift, 1997]: Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1997, S. 729 – 743

Roumélian, Olivier [The End of Thin Cap, 2003]: The End of French Thin Capitalization Rules, 2003, Heft 37, S. 244 – 247

Russo, R. (Bearb.) [Italien, 2004], in: *Kesti, Juhani* (Hrsg.) [European Tax Handbook, 2004]: European Tax Handbook, International Bureau for Fiscal Documentation, 2004, S. 359 – 376

Saß, Gert [Steuerharmonisierung, 1993]: Steuerharmonisierung in der EG – Perspektiven für eine Harmonisierung der Körperschaftsteuer und der Gewinnermittlung, Der Betrieb 1993, S. 113 – 124

Saß, Gert [Verlustvortrag, 1997]: Der Verlustvortrag bei Betriebsstätten in der Europäischen Union: Anmerkung zum „Futura-Singer“-Urteil des EuGH vom 15.5.1997 Rs. C-240/95, Der Betrieb 1997, Heft 31, S. 1533 – 1534

Saß, Gert [Kapitalbewegungen, 2000]: Zum Schutz von Kapitalbewegungen in der EU gegen steuerliche Diskriminierungen, Finanz-Rundschau 2000, Heft 23, S. 1270 – 1275

Saß, Gert [Gesellschafterfremdfinanzierung, 2001]: Auswirkungen des EuGH-Urteils „Metallgesellschaft“/„Höchst“ z.B. auf Auslandsverluste und Gesellschafterfremdfinanzierung, Finanz-Rundschau 2001, Heft 20, S. 1040 – 1044

Saß, Gert [EU-Grundfreiheiten, 2002]: Zur Vereinbarkeit der Hinzurechnungsbesteuerung nach dem AstG mit den EU-Grundfreiheiten, Der Betrieb 2002, S. 2342 – 2346

Schaumburg, Harald [Internationales Steuerrecht, 1998]: Internationales Steuerrecht: Außensteuerrecht Doppelbesteuerungsrecht, 2. Auflage, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1998

Schaumburg, Harald [Vollzugsdefizite, 2001]: Besteuerung von Kapitalerträgen: Vollzugsdefizite und Vorgaben des Europäischen und Internationalen Steuerrechts, in: *Ebling, Iris*: Besteuerung von Einkommen, in: Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft, Band 24, 2001, S. 225 – 285

- Scheffler, Eberhard* [Konzern, 1998]: Eigenkapitalmaßnahmen im Konzern, in: *Lutter, Marcus, Scheffler, Eberhard, Schneider, Uwe* (Hrsg.): Handbuch der Konzernfinanzierung, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1998
- Schenke, Ralf* [Outbound-Fall, 2005]: Die Position der Finanzverwaltung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Outbound-Fall – Europarechtliche Achillesferse des § 8a KStG?, *Internationales Steuerrecht* 2005, Heft 6, S. 188 – 194
- Scherer, Thomas B.* [Doppelbesteuerung, 1995]: Doppelbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht: Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf die Anwendung der Doppelbesteuerungsabkommen und des Abkommensrechts, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995
- Scherz, Erhard* [Verrechnungspreise, 1998]: Verrechnungspreise für unternehmensinterne Dienstleistungen, Wiesbaden: Gabler Verlag, Deutscher Universitäts-Verlag, 1998
- Schild, Claus, Eisele, Florian*, [Beschränkte Steuerpflicht, 2005]: Anwendung des § 8a KStG bei beschränkter Steuerpflicht, *Internationales Steuerrecht* 2005, S. 217 – 252
- Schipporeit, Erhard* [Externe Eigenfinanzierung, 2001]: Externe Eigenfinanzierung bei Kapitalgesellschaften, in: *Breuer, Rolf-E.* (Hrsg.): Handbuch Finanzierung, 3. Auflage, Wiesbaden: Betriebswirtschaftlicher Verlag Dr. Th. Gabler GmbH, 2001
- Schindler, Clemens* [Wegzugsbesteuerung, 2004]: Hughes de Lasteyrie du Saillant als Ende der (deutschen) Wegzugsbesteuerung?, *Internationales Steuerrecht*, 2004, S. 299 – 314
- Schirmer, Hans-Jürgen* [Eigenkapitalzufuhr, 1994]: Eigenkapitalzufuhr oder Gesellschafter-Fremdfinanzierung: Ein steuerlicher Vergleich, 1994
- Schmeisser, Wilhelm, Schmeisser, Karin* [Basel II, 2005]: Auswirkungen von Basel II für den Mittelstand: Kreditvergabe und Bepreisung von Krediten, *Deutsches Steuerrecht* 2005, S. 343 – 349
- Schmid, Hubert, Grabbe, Jan* [Fremdvergleich, 2004]: § 8a KStG n.F.: Fremdvergleich bei Gesellschafter-besicherten Drittdarlehen, *Deutsches Steuerrecht* 2004, Heft 10, S. 403 – 407
- Schmidt, Karsten* (Bearb.), in: [Scholz Kommentar, 2000]: *Scholz, Franz*, bearbeitet von *Crezelius, Georg*: Kommentar zum GmbH-Gesetz: mit Nebengesetzen und dem Anhang Konzernrecht sowie Umwandlung und Verschmelzung, Band I, 9. Auflage, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2000
- Schmitt, Joachim* [Verfassungsrechtliche Bewertung, 2004]: Verfassungsrechtliche Bewertung der Gesellschafterfremdfinanzierung i.S. von § 8a KStG, *Deutsche Steuerzeitung* 2004, Heft 17, S. 600 – 606
- Schneeloch, Dieter* [Verdecktes Nennkapital, 1987]: Verdecktes Nennkapital: Eine kritische Würdigung des BMF-Schreibens vom 16.3.1987, in: *Deutsches Steuerrecht* 1987, Heft 14, S. 458
- Schneeloch, Dieter* [Steuerpolitik, 2002]: Besteuerung und betriebliche Steuerpolitik: Band 2: Betriebliche Steuerpolitik, 2. Auflage, München: Verlag Franz Vahlen, 2002
- Schnitger, Arne* [Lankhorst-Hohorst, 2003]: Urteil des EuGH in der Rs. Lankhorst-Hohorst GmbH und Schlussantrag des Generalanwalts Alber in der Rs. Bosal Holding BV, *Internationales Steuerrecht* 2003, S. 51 – 55
- Schnitger, Arne* [Mutter-/Tochter-Richtlinie, 2003]: Verstoßen Körperschaftsteuer-Erhöhung und Gesellschafter-Fremdfinanzierung gegen die Mutter-/Tochter-Richtlinie?: Auswirkungen der EuGH-Urteile „Epson“, „Athinaiki“ und „Océ van der Frinten“ auf das deutsche Körperschaftsteuerrecht, *GmbH Rundschau* 2003, Heft 21, S. 1240 – 1245
- Schnitger, Arne* [Schlussantrag, 2003]: Urteil des EuGH in der Rs. Lankhorst-Hohorst GmbH und Schlussantrag des Generalanwalts Alber in der Rs. Bosal Holding BV, *Internationales Steuerrecht* 2003, Heft 2, S. 51 – 55

- Schnitger, Arne* [Fallstricke, 2004]: Fallstricke bei der Anwendung des § 8a KStG a.F. auf Inlandsgesellschaften unter Beachtung der Einwirkung der Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrages, GmbH Rundschau 2004, Heft 6, S. 334 – 340
- Schnitger, Arne* [Wirkungsgrenzen, 2004]: Mögliche Wirkungsgrenzen der Grundfreiheiten des EG-Vertrages am Beispiel des § 8a KStG – Zugleich Anmerkung zu dem Beitrag von Kessler/Obser/Eicker, IStR 2004, 325ff. –; Internationales Steuerrecht 2004, S. 634 – 640
- Schön, Wolfgang* (Bearb.) [Kapitalverkehrsfreiheit, 1997]: Europäische Kapitalverkehrsfreiheit und nationales Steuerrecht, in: *Schön, Wolfgang* (Hrsg.) [Gedächtnisschrift, 1997]: Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1997, S. 743 – 778
- Schrauß, Martin, Zech, Herbert* [Abzugsverbot, 2003]: Abzugsverbot für Finanzierungskosten und geplante Änderung des § 8b Abs. 5 KStG, Praxis Internationale Steuerberatung, 2003, Heft 12, S. 337 – 346.
- Schultz, Florian, Halbig, Uwe* [Anwendungsbereich, 2005]: Anwendungsbereich und Zweifelsfragen zu § 8a Abs. 6 KStG, Deutsches Steuerrecht 2005, S. 1673 – 1678
- Schwaiger, Helmut* (Bearb.) [Handbuch, 2002]: in *Müller, Wolf, Hense, Burkhard* (Hrsg.): Beck'sches Handbuch der GmbH: Gesellschaftsrecht – Steuerrecht, 3. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2002
- Schwedhelm, Rolf, Ehnert, Manja* [Auswirkungen, 2004]: Auswirkungen des neuen § 8a KStG auf den Mittelstand, Finanz-Rundschau 2004, Heft 5, S. 249 – 256
- Schön, Wolfgang* (Hrsg.) [Gedächtnisschrift, 1997]: Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1997
- Sedemund, Jan* [Grundfreiheiten, 2002]: Direkte und mittelbare Reichweite der Grundfreiheiten des EG-Vertrags am Beispiels des § 8a KStG, Internationales Steuerrecht, 2002, Heft 11, S. 390 – 396
- Sedemund, Jan* [Steine statt Brot, 2004]: Steine statt Brot oder immer noch europarechtswidrig? – Gedanken zur Neufassung des § 8a KStG, Internationales Steuerrecht, 2004, Heft 17, S. 595 – 601
- Seiler, Hans-Werner* (Bearb.) [Einmalbesteuerung, 2000]: Zur Durchsetzung der Einmalbesteuerung deutscher Körperschaftsgewinne: Strategien zur Vermeidung der im deutschen Körperschaftsteuersystem angelegten Benachteiligung ausländischer Anteilseigner: Eine finanzwissenschaftliche Analyse, in: *Albers, Krause-Junk, Littmann, Oberhauser, Pohmer, Schmidt*, (Hrsg.): Finanzwissenschaftliche Schriften, Band 96, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, Europäischer Verlag der Wissenschaften, 2000
- Siegel, Theodor* (Bearb.) [Zielsetzung, 1983]: in *Haase, K., Schneeloch, D., Siegel, T.* (Hrsg.): [Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 1983]: Besteuerung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, Stuttgart: Fachverlag für Wirtschafts- und Steuerrecht Schäfer GmbH & Co. KG, 1983
- Siegel, Theodor* [Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 1989]: Gesellschafter-Fremdfinanzierung: Entwürfe eines § 8a KStG und steuersystematische Lösung, Steuer und Wirtschaft 1989, Heft 4, S. 340 – 349
- Siegel, Theodor* [Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 1990]: § 8a KStG ist tot – Es lebe die Gesellschafter-Fremdfinanzierung (?), GmbH Rundschau 1990, Heft 3, S. 138 – 142
- Snel, Freek P.J.* [Bosal Holding Case – Landmark or Business as Usual?, European Taxation, 2003, S. 420 – 424
- Sommerhalder, Ruud* [Thin Capitalization, 1996]: Approaches to Thin Capitalization, European Taxation, 1996, S. 82 – 95
- Spengel, Christoph* [Unternehmensbesteuerung, 2003]: Internationale Unternehmensbesteuerung in der Europäischen Union, Düsseldorf: IDW-Verlag GmbH, 2003

- Spengel, Christoph* [Konzernsteuerquoten, 2003]: Konzernsteuerquoten im internationalen Vergleich, in: Oesterreicher, Andreas (Hrsg.) [Steuerplanung, 2003]: Internationale Steuerplanung: Beiträge zu einer Ringveranstaltung an der Universität Göttingen im Sommersemester 2003, Herne/Berlin: Verlag Neue Wirtschaftsbriefe, 2003, S. 89 – 125
- Spengel, Christoph, Golücke, Martin* [Implikationen, 2003]: Gesellschafter-Fremdfinanzierung: Implikationen der EG-Rechtswidrigkeit von § 8a KStG für die Praxis für den Gesetzgeber, Recht der internationalen Wirtschaft, 2003, Heft 5, S. 333 – 347
- Stegemann, Dieter* [Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 2004]: Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach § 8a KStG n.F.: Auswirkungen auf den Mittelstand und Gestaltungsmöglichkeiten – Teil II, Die Information des Steuerberaters und Wirtschaftsprüfers, 2004, Heft 4, S. 147 – 152
- Strunk, Günther, Theobald, Oliver* [Belastungswirkungen, 2004]: Belastungswirkungen des Kapitalertragsteuereinbehalts bei beschränkt und unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtigen Anteilseignern, Internationale Wirtschaftsbriefe 2004, S. 355 – 362
- Sunderman, Michiel* [Thin Cap, 2004]: Thin Capitalization Rules Introduced, International Bureau for Fiscal Documentation, DFI 2004, S. 36 – 41
- Swoboda, Peter* [Finanzierung, 1994]: Betriebliche Finanzierung, 3. Auflage, Heidelberg: Physica-Verlag, 1994
- Teixeira, Gloria* [Thin Capitalisation, 1996]: Thin Capitalisation in the Portuguese Tax System, Intertax 1996, S. 472 – 479
- Teixeira, Gloria* [Potuguese Tax System, 1997]: Thin Capitalization in the Portuguese Tax System, Intertax 1997, S. 61
- Terra, Ben, Wattel, Peter* [Tax Law, 1997]: European Tax Law, 2. Auflage, The Hague: Kluwer Law International, 1997
- Thömmes, Otmar* [Harmonization, 1990]: Harmonization of enterprise taxation in the EC, Intertax, 1990, Heft 4, S. 208 – 214
- Thömmes, Otmar* [EC Tax Scene, 1991]: EC Tax Scene, Intertax 1991, Heft 6 – 7, S. 336 – 337
- Thömmes, Otmar* [Tax Discrimination, 1993]: Tax Discrimination in Europe: A broader perspective: Some observations from the IFA 1993 Annual Congress in Florence, Intertax 1993, Heft 12, S. 614
- Thömmes, Otmar* (Bearb.) [Diskriminierung, 1996]: Verbote der Diskriminierung von Steuerausländern und Steuerinländern, in: *Lehner, Moris* (Hrsg.) [Steuerrecht, 1996]: Steuerrecht im Europäischen Binnenmarkt, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1996, S. 82 – 106
- Thömmes, Otmar* [Konzernfinanzierung, 2002]: Konzernfinanzierung und Europarecht, Der Betrieb 2002, S. 2397 – 2409
- Thömmes, Otmar* [Anmerkung, 2003]: Anmerkung von RA Dr. Otmar Thömmes, München, Der Betrieb 2003, S. 1203
- Thömmes, Otmar, Stricof R., Nakhai, K.* [Thin Cap Rules, 2004]: Thin Capitalization Rules and Non-Discrimination Principles: An analysis of thin capitalization rules in light of the non-discrimination principle in the EC-Treaty, double tax treaties and friendship treaties, Intertax 2004, Vol. 32, S. 126 – 137
- Thomas, Gerald, Meissner, Boris* [Rückgriffsfälle, 2004]: Die Rückgriffsfälle des § 8a KStG – eine Analyse des BMF-Schreibens vom 15.7.2004, Betriebs-Berater 2004, Heft 37, S. 1988 – 1993
- Tichy, G.E.* [Durchgriff, 1970]: Probleme des Durchgriffs auf den Gesellschafter der Kapitalgesellschaft (AG, GmbH), Österreichische Steuer-Zeitung, Heft 15, 1970, S. 173 – 178
- Tipke, Klaus* [Chaos, 1971]: Steuerrecht – Chaos, Konglomerat oder System?, Steuer und Wirtschaft 1971, Heft 1, S. 2 – 17

- Tipke, Klaus* [Steuerrechtsordnung, 1993]: Die Steuerrechtsordnung, Band I, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1993
- Tipke, Klaus, Lang, Joachim* [Steuerrecht, 1996]: Steuerrecht, 15. Auflage, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1996
- Kruse, Heinrich Wilhelm, Drüen, Klaus-Dieter*, (Bearb.) [§ 42 AO, 2005], in: *Tipke, Klaus, Kruse, Heinrich Wilhelm* [AO, 2005]: Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, Köln: Otto Schmidt Verlag, 106. Lieferung, April 2005
- Tischbirek, Wolfgang* (Bearb.) [Art. 10, 1990], in: *Vogel, Klaus* (Hrsg.) [DBA-Kommentar, 1990]: Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen: Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 2. Auflage, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1990
- Tsangaris, Yiannis* [Cyprus, 2004]: Cyprus: EU Accession and the Cyprus Tax System, European Taxation, 2004, S. 107 – 114
- Van der Donk, Olaf, Kroon, Olaf* [Response to Bosal, 2004]: Thin Capitalisation Rules in the Netherlands: A Response to Bosal, Tax Planning International Review, 2004, S. 10 – 13
- Vanistendael, Frans* [Bosal, 2003]: Bosal?!, EC Tax Review, 2003, S. 192 – 193
- Vanistendael, Frans* [Economic Freedoms, 2003]: The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member States, EC Tax Review 2003, S. 136 – 143
- Vanpeteghem, Rik, Goethals, Ann* [Thin Cap Belgium, 1997]: New Thin Capitalization Rules in Belgium, International Tax Review, 1997, S. 392 – 394
- Vapaavuori, Ahti* (Bearb.) [Finland, 1996], in: Cahiers de Droit Fiscal International, International Fiscal Association, Genf 1996, Volumen LXXXIb, S. 411 – 418
- Végh, G.*, (Bearb.) [Tschechien, 2004], in: *Kesti, Juhani*, [European Tax Handbook, 2004]: European Tax Handbook, International Bureau for Fiscal Documentation, 2004, S. 149 – 166
- Végh, G.*, (Bearb.) [Ungarn, 2004], in: *Kesti, Juhani*, [European Tax Handbook, 2004]: European Tax Handbook, International Bureau for Fiscal Documentation, 2004, S. 299 – 316
- Vinther, Nikolaj, Werlauff, Erik* [Fresh Thinking, 2003]: The need for fresh thinking about tax rules on thin capitalization: the consequences of the judgement of the ECJ in Lankhorst-Hohorst, EC Tax Review 2003, Heft 2, S. 97 – 106
- Vogel, Klaus* [Rechtsgedanke, 1989]: Der Verlust des Rechtsgedankens im Steuerrecht als Herausforderung an das Verfassungsrecht, in: *Friauf, Karl Heinrich*, Steuerrecht und Verfassungsrecht, in: Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft, Band 12, 1989, S. 123 – 144
- Vogel, Klaus* (Bearb.) [Einleitung, 1990], in: *Vogel, Klaus* (Hrsg.) [DBA-Kommentar, 1990]: Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen: Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 2. Auflage, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1990
- Vogel, Klaus* [Steuerungsumgehung, 1996]: Künstlergesellschaften und Steuerungsumgehung, Steuer und Wirtschaft 1996, Heft 3, S. 248 – 251
- Vrouwenvelder, Michaela, van Casteren, Mark* [Thin Cap Rules, 2003]: Netherlands Introduces Post-Bosal Thin Capitalization Rules, Tax Notes International, 2003, S. 205 – 208
- De Waal, Allard* [French Thin Cap, 2000]: The Application of French Thin Capitalization Rules to U.S. Investors investing in France, International Taxation, RDAI/IBLJ, 2000, Heft 4, S. 520 – 527
- Wacker, Roland* [Skizze, 2004]: Skizze zu § 8a Abs. 5 KStG n.F. oder: bin ich etwas schief ins Leben gebaut?, Deutsches Steuerrecht 2004, Heft 26, S. 1066 – 1073

- Wagner, Brad* [Foreign Investment, 1993]: The Effect of the Earnings Stripping Rule on Foreign Investment in US Real Estate, *The Real Estate Finance Journal*, 1993, S. 67 – 74
- Wagner, Klaus-R.* [Überseering, 2003]: “Überseering” und Folgen für das Steuerrecht, *GmbH-Rundschau* 2003, Heft 12, S. 684 – 693
- Warner, Philip* [Luxembourg, 1997]: Luxembourg in international tax planning, INFD Publications BV, 1997
- Wassermeyer, Franz* (Bearb.) [Zweifelsfragen, 1995]: Stellungnahme zu ausgewählten Zweifelsfragen bei der Anwendung des § 8a KStG, in: *Herzig, Norbert* (Hrsg.): *Steuerthemen im Brennpunkt: Gesellschafterfremdfinanzierung und Beteiligung an ausländischen Gesellschaften im Körperschaftsteuerrecht: Anwendungspraxis der § 8a KStG und § 8b KStG*, Band 9, Köln: Verlag Dr- Otto Schmidt, 1995
- Wassermeyer, Franz* (Bearb.) [Doppelbesteuerung, 1996]: Die Vermeidung der Doppelbesteuerung im Europäischen Binnenmarkt, in: *Lehner, Moris* (Hrsg.) [Binnenmarkt, 1996]: *Steuerrecht im Europäischen Binnenmarkt*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1996, S. 151 – 165
- Wassermeyer, Franz* [Ungeklärte Rechtsfolgen, 2003]: Ungeklärte Rechtsfolgen bei der Verschärfung der Regeln zur Gesellschafterfremdfinanzierung – Zugleich Stellungnahme zu Rödder/Schumacher, *DStR* 2003, 1725, 1731, *Deutsches Steuerrecht* 2003, Heft 48, S. 2056
- Wassermeyer, Franz* [Fiktionstheorie, 2004]: § 8a KStG n.F. und die gescheiterte Rückkehr zur Fiktionstheorie – keine Auswirkung auf Gesellschafterebene, *Deutsches Steuerrecht* 2004, Heft 18, S. 749 – 754
- Wassermeyer, Wolf* (Bearb.) [Kommentar DBA, 2004]: in: *Debatin, Helmut, Wassermeyer, Wolf*, *Beck'sche Steuerkommentare: Doppelbesteuerung*, Stand Januar 2005, München: Verlag C.H. Beck, 2004
- Watermeyer, Heinrich Jürgen*, (Bearb.) [Kommentar, 1996]: in *Herrmann, Heuer, Raupach* (Hrsg.): *Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz: Kommentar*, 21. Auflage, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Stand März 2005, 1996
- Wehrheim, Michael* [Unternehmensbesteuerung]: *Grundzüge der Unternehmensbesteuerung*, München: Verlag Franz Vahlen, 2002
- Wellisch, Dietmar* [Besteuerung, 2002]: *Besteuerung von Erträgen*, München: Verlag Franz Vahlen, 2002
- Wendt, Rudolf* [Vereinbarkeit, 1987]: Zur Vereinbarkeit der Gewerbesteuer mit dem Gleichheitssatz und dem Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit, *Betriebs-Berater* 1987, S. 1257 – 1265
- Wendt, Rudolf* [Gleichheitssatz, 1988]: Der Gleichheitssatz, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1988, S. 778 – 786
- Wendt, Rudolf* [Steuerreform, 1993]: Steuerreform durch Tarifbegrenzung für gewerbliche Einkünfte als Rechtsproblem: Sicherung des Wirtschaftstandorts Deutschland durch Senkung des Spitzensteuersatzes ausschließlich für gewerbliche Einkünfte?, *Finanz-Rundschau* 1993, Heft 1, S. 1 – 8
- Weßling, Johannes, Romswinkel, Marco* [Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 2003]: Die Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach „Lankhorst/Hohorst“: Oder: Was kann der Gesetzgeber bei § 8a KStG überhaupt noch tun?, *GmbHR* 2003, Heft 16, S. 925 – 928
- Widmann, Siegfried, Füger, Rolf, Rieger, Norbert* [Gesellschafter-Fremdfinanzierung, 2004]: *Gesellschafter-Fremdfinanzierung: Neufassung des § 8a KStG dargestellt an Beispielfällen*, Berlin: Stollfuß Verlag, 2004
- Wingert, Karl-Dieter* [EG-Recht, 1993]: EG-Recht und deutsche Steuergesetzgebung beim Start in den Binnenmarkt, *Internationale Wirtschaftsbrieft*, Fach 11, Gruppe 2, S. 113 – 121

Winkeljohann, Norbert, Solfrian, Gregor [Mittelstand, 2003]: Basel II – Neue Herausforderungen für den Mittelstand und seine Berater, Deutsches Steuerrecht 2003, Heft 3, S. 88 – 93

Winner, Hannes [Unternehmensbesteuerung, 1998]: Unternehmensbesteuerung in Europa: Eine ökonomische Analyse aus Sicht der österreichischen Steuerpolitik, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998

De Wit, Michiel, Tilanus, Viola [EU Proof, 2004]: Dutch Thin Capitalization Rules „EU Proof“?, Intertax, 2004, Heft 32, S. 187 – 192

Witzel, David [Europarechtliche Anforderungen, 2002]: Die europarechtlichen Anforderungen an die Besteuerung von Auslandsdividenden: Der Fall „Schmid“, Internationales Steuerrecht 2002, S. 758 – 763

Wöhe, Günter, Bilstein, Jürgen [Unternehmensfinanzierung, 2002]: Grundzüge der Unternehmensfinanzierung, 9. Auflage, München: Verlag Franz Vahlen, 2002

Wolter, Claudia E. [Gesellschafterfremdfinanzierung, 1997]: Gesellschafterfremdfinanzierung: verdeckte Einlagen, verdecktes Stammkapital, Drittaufwandseinlage, Berlin: Duncker & Humblot, 1997

Wrede, Friedrich (Bearb.) [Kommentar, 1996]: in *Herrmann, C., Heuer, G., Raupach, A.* (Hrsg.): Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz: Kommentar, 21. Auflage, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Stand März 2005, 1996

Wynthin, Dag [Belgien, 1996], in: Cahiers de Droit Fiscal International, International Fiscal Association, Volume LXXXIb, 1996, S. 341 – 366

Wysocki, Klaus [Fremdfinanzierung, 1982]: Zur Frage der angemessenen Eigenkapitalausstattung aus betriebswirtschaftlicher Sicht, in: *Vogel, Klaus* (Hrsg.): Münchener Schriften zum Internationalen Steuerrecht, Heft 6, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1982

Zarb, A., Portelli, P. (Bearb.) [Malta, 2004], in: *Kesti, Juhani* (Hrsg.) [European Tax Handbook, 2004]: European Tax Handbook, International Bureau for Fiscal Documentation, 2004, S. 451 – 464

Zimmermann, Heinz [Deutschland, 2004], in: Cahiers de Droit Fiscal International, International Fiscal Association, LXXXIb, S. 443 – 463

BFH-Urteile

BFH-Urteil vom 06.08.1962, I 65/60 U, BStBl. III 1962, S. 450

BFH-Urteil vom 24.09.1970, IV R 138/69, BStBl. II 1971, S. 89

BFH-Urteil vom 10.12.1975, I R 134/74, BStBl. 1976 II, S. 226

BFH-Urteil vom 13.02.1980, II R 18/75, BStBl. II 1980, S. 364

BFH-Urteil vom 21.01.1981, I R 153/77, BStBl. 1981 II, S. 517

Beschluss GrS vom 29.11.1982, 1/81, BStBl. II 1983, S. 272

BFH-Beschluss GrS vom 26.10.1987, 2/86, BStBl. II 1988, S. 348

BFH-Urteil vom 16.03.1988, X R 27/86, BStBl. II 1988, S. 629

BFH Urteil vom 30.05.1990, I R 97/88, BStBl. 1990 II, S. 875

Beschluss GrS vom 04.07.1990, 1/89, BStBl 1990 II, S. 830

BFH-Urteil vom 12.12.1990, I R 43/89, BStBl. II 1991, S. 429

BFH-Urteil vom 14.08.1991, I B 240/90, BStBl. 1991, II, S. 935

BFH-Urteil vom 23.10.1991, I R 40/89, BStBl. II 1992, S. 1026

BFH-Urteil vom 05.02.1992, I R 127/90, BStBl. 1992 II, S. 532

BFH-Urteil vom 10.06.1992, I R 105/89, BStBl. II 1992, S. 1029

BFH-Urteil vom 13.07.1994, I R 112/93, BStBl. 1995 II, S. 198

BFH-Urteil vom 23.10.1996, I R 55/95, BStBl. II 1998, S. 90

Beschluss GrS vom 08.12.1997, 1-2/95, BStBl. 1998 II, S. 193

BFH-Urteil vom 27.07.1999, VIII R 36/98, BStBl. II 1999, S. 769

BFH-Urteil vom 19.08.1999, I R 77/96, BStBl. II 2001, S. 43

BFH-Urteil vom 20.06.2000, VIII R 57/98, DB 2000, S. 2098

BFH-Urteil vom 01.02.2001, IV R 3/00, NV 2001, S. 829

BFH-Urteil vom 29.01.2003, I R 6/99, IStR 2003, S. 422

BFH-Urteil vom 25.01.2005, IR 12/04, DStR 2005, Heft 16, S. 693

RFH-Urteil vom 19.09.1933, I A 272/31, RStBl. II 1933, S. 1220

BVerfG

BverfG vom 24.01.1962, 1 BvR 845/58, BverfGE 1962, 13, S. 331

BverfG vom 27.01.1965, 1 BvR 213, 715/58 und 66/60, BverfGE 18, S. 334

BVerfG vom 11.07.1967, 1 BvR 495/63 und 325/66, BVerfGE 1967, 22, S. 156

BVerfG vom 15.07.1969, 1 BvL 22/65, BVerfGE 1969, 26, S. 321

BVerfG vom 22.07.1970, 1 BvR 285/66, 445/67 und 192/69, BVerfGE 1970, 29, S. 104

BVerfG vom 07.11.1972, 1 BvR 338/68, BVerfGE 1972, 34, S. 103

BVerfG vom 03.07.1973, 1 BvR 368, 369/65, BVerfGE 1973, 35, S. 324

BVerfG vom 13.03.1979, 2 BvR 72/76, BVerfGE 1979, 50, S. 386

BVerfG vom 22.02.1984, 1 BvL 10/80, BVerfGE 1984, 66, S. 214

BVerfG vom 04.10.1984, 1 BvR 789/79, BVerfGE 1984, 67, S. 290

BVerfG vom 31.05.1990, 2 BvL 12, 13/88, 2 BvR 1436/87, BVerfGE 1990, 82, S. 159

BVerfG vom 10.04.1997, 2 BvL 77/92, BVerfGE 1997, 96, S. 1

BVerfG vom 11.11.1998, 2 BvL 10/95, BStBl. II 1999, S. 502

BVerfG vom 07.12.1999, 2 BvR 301/98, BStBl. II 00, S. 162

BVerfG vom 07.12.1999, 2 BvR 310/98, BVerfGE 1999, 101, S. 297

BVerfG vom 04.12.2002, 2 BvR 400/98, BVerfGE 107, S. 27

FG-Urteile

FG Münster vom 29.09.1997, 1 K 1018/97 E, EFG 98, S. 115

FG Düsseldorf vom 05.09.2000, 6 K 2821/97, FR 2001, S. 79

FG München vom 16.10.2000, 7 K 1181/99, EFG 2001, S. 312

FG Sachsen vom 18.05.2001, 5 V 2303/00, FR 2001, S. 1176

FG Baden-Württemberg 14.10.2004, 3 K 62/99, EFG 2005, S. 309

BT-Drs.

BT-Drs. 8/3648 vom 08.02.1980

BT-Drs. 12/4158 vom 20.01.1993

RegE in BT-Drs. 12/4487 vom 05.03.1993

BT-Drs. 12/5016 vom 25.05.1993

BT-Drs. 14/2683 vom 15.02.2000

BT-Drs. 15/1518 vom 08.09.2003

BT-Drs. 15/1665 vom 9.10.2003

BR-Drs.

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des EStG, des KStG u.a. Gesetze, BR-Drs. 511/79 vom 19.10.1979

Mitteilungen der EG-Kommission vom 26.06.1992, BR-Drs. 540/92 vom 20.07.1992

BR-Drs. 638/01 vom 17.08.2001

BR-Drs. 560/03 vom 15.08.2003

EuGH-Urteile

EuGH-Urteil vom 21.06.1974, Rs. C-2/74, Jean Reyners gegen belgischen Staat, Slg. 1974, I-631

EuGH-Urteil vom 11.07.1974, Rs. C-8/74, Dassonville, Slg. 1974, I-00837

EuGH-Urteil vom 26.02.1975, Rs. C-67/74, Bonsignore, Slg. 1975, I-00297

EuGH-Urteil vom 20.02.1979, Rs. C-120/78 Cassis de Dijon, Slg. 1979, I-00649

EuGH-Urteil vom 09.03.1978, Rs. C-106/77, Staatliche Finanzverwaltung gegen S.p.A. Simmenthal, Slg. 1978, I-00629

EuGH-Urteil vom 31.01.1984, Rs. 286/82 und 26/83, Luisi und Carbone, Slg. 1984, I-00377

EuGH-Urteil vom 28.01.1986, Rs. 270/83, Avoir fiscal, Slg. 1986, I-00273

EuGH-Urteil vom 27.09.1988, Rs. C-81/87, Daily Mail, Slg. 1988, I-05483

EuGH-Urteil vom 05.12.1989, Rs. C-3/88, Kommission/Italien, Slg. 1989, I-04035

EuGH-Urteil vom 08.05.1990, Rs. C-175/88, Biehl, Slg. 1990, I-01779

EuGH-Urteil vom 25.07.1991, Rs. C-221/89, Factortame, Slg. 1991, I-3905

EuGH-Urteile vom 28.01.1992, Rs. C-204/90, Bachmann, Slg. 1992, I-249

EuGH-Urteil vom 28.01.1992, Rs. C-300/90, Kommission/Belgien, Slg. 1992, I-305

EuGH-Urteil vom 03.02.1993, Rs. C-148/91, Veronica, Slg. 1993, I-00487

EuGH-Urteil vom 30.03.1993, Rs. C-168/91, Christos Konstantinidis, Slg. 1993, I-01191

EuGH-Urteil vom 31.03.1993, Rs. C-19/92, Kraus, Slg. 1993, I-01663

EuGH-Urteil vom 13.07.1993, Rs. C-330/91, Commerzbank, Slg. 1993, I-4017

EuGH-Urteil vom 24.11.1993, verb. Rs. C-276/91, C-268/91, Keck u. Mithouard, Slg. 1993, I-6097

EuGH-Urteil vom 05.10.1994, Rs. C-23/93, TV10, Slg. 1994, I-04795

EuGH-Urteil vom 05.10.1994, Rs. C-55/93, van Schaik, Slg. 1994, I-04837

EuGH-Urteil vom 14.02.1995, Rs. C-279/93, Schumacker, Slg. 1995, I-00225

EuGH-Urteil vom 23.02.1995, Verb. Rs. C-358/93 und C-416/93, Bordessa, Slg. 1995, I-0361

- EuGH-Urteil vom 11.08.1995, Rs. C-484/93, Wielockx, Slg. 1995, I-02493
- EuGH-Urteil vom 14.11.1995, Rs. C-484/93, Svensson und Gustavsson, Slg. 1995, I-3955
- EuGH-Urteil vom 30.11.1995, Rs. C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, I-04165
- EuGH-Urteil vom 14.12.1995, verb. Rs. C-163/94, C-165/94, C-250/94, Sanz de Lera u.a., Slg. 1995, I-04821
- EuGH-Urteil vom 13.02.1996, Rs. C-197/94, Bautiaa und Société maritime, Slg. 1996, I-00505
- EuGH-Urteil vom 23.05.1996, Rs. C-237/93, O' Flynn, Slg. 1996, I-2617
- EuGH-Urteil vom 17.10.1996, verb. Rs. C-283/94, C-291/94, C-292/94, Denkavit, Slg. 1996, I-05063
- EuGH-Urteil vom 15.05.1997, Rs. C-250/95, Futura Participations und Singer, Slg. 1997, I-2471
- EuGH-Urteil vom 09.07.1997, Rs. C-222/95, Parodi, Slg. 1997, I-03899
- EuGH-Urteil vom 17.07.1997, Rs. C-28/95, Leur-Bloem, Slg. 1997, I-4161
- EuGH-Urteil vom 28.04.1998, Rs. C-118/96, Jessica Safir versus Skattemyndigheten I Dalarnas Län, Slg. 1998, I-01897
- EuGH-Urteil vom 28.04.1998, Rs. C- 120/95, Decker, Slg. 1998, I-01831
- EuGH-Urteile vom 16.07.1998, Rs. C-264/96, ICI, Slg. 1998, I-4695
- EuGH-Urteil vom 09.03.1999, Rs. C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-01459
- EuGH-Urteil vom 01.06.1999 Rs. C-302/97 Konle, Slg. 1999, I-3099
- EuGH-Urteil vom 21.09.1999, Rs. C-307/97, Saint-Gobain, Slg. 1999, I-6161
- EuGH-Urteil vom 26.10.1999, Rs. C-294/97, Eurowings, Slg. 1999, I-07447
- EuGH-Urteil vom 28.10.1999, Rs. C-55/98, Vestergaard, Slg. 1999, I-07641
- EuGH-Urteil vom 18.11.1999, Rs. C-200/98, X AB und Y AB, Slg. 1999, I-08261
- EuGH-Urteil vom 14.03.2000, Rs. C-54/99, Scientology, Slg. 2000, S. I-01335
- EuGH-Urteil vom 13.04.2000, Rs. C-251/98, Baars, Slg. 2000, I-02787
- EuGH-Urteil vom 06.06.2000, Rs. C-35/98, Verkooijen, Slg. 2000, I-4071
- EuGH-Urteil vom 06.06.2000, Rs. C- 281/98, Angonese, Slg. 2000, I-4139
- EuGH-Urteil vom 14.12.2000, Rs. C-141/99, AMID, Slg. 2000, I-11619
- EuGH-Urteile vom 08.03.2001, Rs. C-397/98 und C-410/98, Metallgesellschaft u.a. und Höchst, Slg. 2001, I-01727

- EuGH-Urteil vom 31.03.2001, Rs. C- 379/98, Preussen Elektra, Slg. 2001, I-02099
- EuGH-Urteil vom. 4.10.2001, Rs. C-294/99, Athinaiki Zythopoiia, Slg. 2001, I-06797
- EuGH-Urteil vom 30.05.2002, Rs. C-516/99, Schmid, Slg. 2002, I-04573
- EuGH-Urteil vom 04.06.2002, Rs. C-367/98, Goldene Aktien, Slg. 2002, I-04371
- EuGH-Urteil vom 12.09.2002, Rs. C-432/01, Philippe Mertens vs. Belgium, Slg. 2002, I-7073
- EuGH-Urteil vom 17.10.2002, Rs. C-79/01, Payroll, Slg. 2002, I-8923
- EuGH-Urteil vom 05.11.2002, Überseering, C-208/00 Slg. 2002, I-9919
- EuGH-Urteil vom 21.11.2002, Rs. C-436/00, X und Y, Slg. 2002, I-10829
- EuGH-Urteil vom 12.12.2002, C-324/90, Lankhorst-Hohorst, Slg. 2002, I-11779
- EuGH-Urteil vom 18.09.2003, Rs. C-168/01, Bosal Holding BV, Slg. 2003, I-09409
- EuGH-Urteil vom 11.04.2004, Rs. C-9/02, Lasteyrie du Saillant, Slg. 2004, I-00000
- Anhängiges Verfahren, Rs. C-513/03, Van Hilten-Van der Heijden versus Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/ondernemingen Buitenland te Heerlen
- Schlussanträge des Generalanwalts Mischo vom 26.09.2002, Lankhorst-Hohorst
- Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 12.02.2004, Rs. C-242/03, Weidert und Paulus
- Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 18.03.2004, Rs. C-319/02, Manninen
- Schlussanträge des Generalanwalts Maduro vom 07.04.2005, Rs. C-466/03, Marks & Spencer

BMF-Schreiben

- BMF-Schreiben vom 16.03.1987, IV B 7 – S 2706 – 13/87, BStBl. I 1987, S. 373
- BMF-Schreiben vom 15.12.1994, IV B 7 S 2742a 63/94, BStBl. I 1995, S. 25
- BMF-Schreiben vom 20.05.1999, IV C 6 S 2252 8/99, BStBl. I 1999, S. 514
- BMF-Schreiben vom 24.12.1999, IV B 4 S 1300 111/99, BStBl. 1999 I, S. 1076
- BMF-Schreiben vom 28.05.2002, IV A 2 S 2742 32/02, BStBl 2002 I, S. 603
- BMF-Schreiben vom 28.04.2003, IV A 2 S 2750a 7/03, BStBl. I 2003, S. 292
- BMF-Schreiben vom 15.07.2004, IV A 2 S 2742a 20/04, BStBl. I 2004, S. 593
- BMF-Schreiben vom 29.09.2004, IV B 4 S 1300 296/04, BStBl. I 2004, S. 917
- BMF-Schreiben vom 22.07.2005, IV B 7 S 2742a 31/05, BStBl. I 2005, S. 829

Entwurf eines BMF-Schreibens vom 20.10.2005, IV B 7 S2742a 43/05

Entwurf eines BMF-Schreibens vom 23.12.2005, IV B 7 S2742a 3/05

Sonstige Quellen

Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25.03.1957, BGBl. II 1957, S. 766

Vertrag über die Europäische Union vom 07.02.1992, Abl. EG Nr. C 224 vom 31.08.1992, S. 6

Richtlinie vom 24.06.1988, 88/361/EWG, Abl. EG Nr. L 178 vom 08.07.1988, S. 5 – 18

Richtlinie 90/435/EWG des Rates vom 23.07.1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, Abl. EG Nr. L 225 vom 20.08.1990, S. 6

Übereinkommen 90/436/EWG vom 23.07.1990 über die Beseitigung der Doppelbesteuerung im Falle von Gewinnberichtigungen zwischen verbundenen Unternehmen, Abl. EG Nr. L 225 vom 20.08.1990, S. 10

Richtlinie 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. EG Nr. L 157 vom 26.06.2003, S. 49

Richtlinie 2003/48/EG des Rates vom 03.07.2003 im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen, Abl. EG Nr. L 157 vom 26.06.2003, S. 38

Entscheidung 2004/587/EG des Rates vom 19.07.2004 zum Zeitpunkt der Anwendung der Richtlinie 2003/48/EG des Rates vom 03.06.2003 im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen, Abl. EG Nr. L 257 vom 04.08.2004, S. 7

Beschluss des Rates 2004/911/EG vom 02.06.2004 über die Unterzeichnung und den Abschluss des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über Regelungen, die den in der Richtlinie 2003/48/EG des Rates im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen festgelegten Regelungen gleichwertig sind, und des dazugehörigen Einverständlichen Memorandums; Abl. EG Nr. L 385 vom 29.12.2004, S.28.

Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, 18.12.1961, Abl. EG Nr. 2 vom 15.01.1962, S. 36

Standortsicherungsgesetz vom 13.09.1993, BStBl. I, S. 774

Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz vom 22.12.2003, BGBl. I 2003, S. 2840 - 2845

Gesetz zur Änderung des Gewerbesteuergesetzes und anderer Gesetze vom 23.12.2003; BGBl. I 2003, S. 2922

Erlass des Finanzministeriums NRW vom 26.05.2003, S 2742a-11-VB4, GmbH-Rundschau 2003, S. 860

Erlass des Finanzministeriums Hamburg vom 27.06.2003, – 53 – S 2742a – 06/97, DStR 2003, 1259

Supreme Administrative Court, Korkein hallinto-oikeus, Urteil vom 16.04.1999, KHO:1999:19

High Court 24.11.2003, NEC Semi-Conductors Limited and other test claimants, IRC 2003, EWHC, S. 2813

Conseil d'Etat, Urteil vom 30.12.2003, Nr 249047, SARL Coréal Gestion und

Conseil d'Etat, Urteil vom 30.12.2003, Nr. 233894, SA Andritz, Bulletin Officiel des Impôts, Nr. 8 vom 12.01.2005

Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Dezember 2001

Deutsche Bundesbank, Monatsbericht April 2003

Deutscher Sparkassen- und Giroverband, Diagnose Mittelstand – Jetzt Weichen stellen, 2005

Lebenslauf

Nina Maier

Diplom Volkswirtin
Steuerberaterin

Persönliches

Geburtsdatum: 20. Juni 1974
Geburtsort: Stuttgart
Familienstand: verheiratet

Ausbildung

1980 - 1993 Grundschole und Gymnasium in Stuttgart
Abschluss: Allgemeine Hochschulreife (Abitur)

September 1994 - Mai 2000 Studium der Volkswirtschaftslehre an der Universität Konstanz und
Universität München (Ludwig-Maximilians-Universität)
Abschluss: Diplom

Juni 1998 Diplomarbeit
Multinationale Unternehmen: Entstehungsgründe und
wirtschaftliche Konsequenzen

Promotion

August 2006 Promotion an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg
Die Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung im
internationalen Vergleich

Berufliche Tätigkeit

Seit September 2000 Ernst & Young AG
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
Steuerberatungsgesellschaft

Steuerberaterprüfung 2003/2004

Stuttgart, 31. August 2006