

**SCHÄFFER**  
**POESCHEL**

## Vorwort

Willkommen auf den ersten Seiten dieses Handbuchs, mit dem wir dem geneigten Leser in einer ausgewogenen Mischung aus wissenschaftlicher Fundierung und praktischer Erfahrung ein pragmatisches Werk unter Einbezug von Beratungshinweisen anbieten wollen. Ziel dieses Werks ist es, eine weitestgehend systematisch geschlossene Darstellung von Finanzierungsformen und deren steuerlicher Behandlung zu leisten, um damit denjenigen, die mit dieser Materie beruflich betraut sind oder sich damit vertraut machen wollen, einen hoffentlich gern und viel genutzten Ratgeber an die Hand zu geben.

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

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

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

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

Dies ist jedoch im Einzelfall eine sehr komplexe Angelegenheit. Denn genauso variantenreich wie die Finanzierungsformen selbst sind auch die steuerlichen Regelungen. Diese betreffen vor allem die Fragen, ob, wann und wie die Vergütungen bei dem Leistenden abzugsfähig bzw. bei dem Empfänger der Besteuerung zu unterwerfen und Verluste aus Finanzierungstätigkeit abzugsfähig sind. Während auf der Ebene des Kapitalnehmers (Nutzers) Fremdfinanzierung aufgrund der grundsätzlichen Abzugsfähigkeit von Fremdfinanzierungsaufwand (Zins) relativ an Attraktivität gegenüber einer klassischen Eigenkapitalfinanzierung (die als

Folge der fehlenden steuerlichen Abzugsfähigkeit der Finanzierungskosten insoweit »besonders teures« Kapital darstellt) gewinnt, kann sich die Betrachtung auf Ebene des Kapitalüberlassenden (Gebers) ins Gegenteil verkehren. Dieser Grundsatzbefund wird in der Praxis durch Ausnahmen und Gegenausnahmen (Sonderregelungen, Abzugsbeschränkungen, Zusatzbelastungen durch Quellensteuern etc.) in seiner Aussagekraft allerdings erheblich relativiert.

Das vorliegende Werk ist vor dem Hintergrund dieser komplexen Materie ein hilfreicher Kompass, um durch das weite und unübersichtliche Feld der Besteuerung der Unternehmensfinanzierung zu navigieren. Die verknüpfende Darstellung von Finanzierungsformen und deren steuerliche Behandlung, sowohl auf nationaler als auch internationaler Ebene, sollen den Nutzer dieses Handbuchs unterstützen, die richtige Entscheidung bei der Wahl von Finanzierungsformen unter Einbezug der sich ergebenden steuerlichen Effekte treffen zu können. Zu diesem Zweck wurde der folgende Aufbau gewählt:

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

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

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

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

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

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

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

Anschließend widmet sich Teil J aufgrund der großen praktischen Bedeutung den steuerlichen Aspekten der Akquisitionsffinanzierung: Im »Wettbewerb« um den Erwerb eines Unternehmens spielt der maximal bezahlbare Kaufpreis eine entscheidende Rolle; je umfassender der für die Zahlung des Kaufpreises erforderliche Zinsaufwand steuerlich wiederum geltend gemacht werden kann, desto geringer sind die effektiven Finanzierungskosten und desto wettbewerbsfähiger wird das Gebot für den Erwerb ausfallen.

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

# I Steuerliche Grundprinzipien der Unternehmensfinanzierung

## 1 Grundsatz der Finanzierungsfreiheit und deren Einschränkungen im Steuerrecht

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

Ausgangspunkt dieser Differenzierung bildet der verfassungsrechtlich geschützte Grundsatz der Finanzierungsfreiheit. Nach diesem Grundsatz, der einst zu den wichtigsten des deutschen Steuerrechts gehörte, besteht für den Steuerpflichtigen zivilrechtlich und insbes. auch steuerrechtlich die freie Wahl, sein Unternehmen mit Eigen- oder Fremdkapital auszustatten, und zwar unabhängig von der jeweiligen Höhe. Der Steuerpflichtige bestimmt grds. selbst über die Mittelherkunft und die Mittelverwendung und ist nur zivilrechtlich insoweit beschränkt, als er ggf. den Haftungsfolgen gem. §§ 30 bis 32 GmbHG unterliegt.<sup>1</sup> Die Finanzierungsfreiheit wird allerdings gegenüber dem einstigen Rechtszustand durch spezielle steuerrechtliche Vorschriften, die Meinung der Finanzverwaltung bzw. extensive BFH-Rechtsprechung immer weiter eingeschränkt. Insbes. folgende Regelungen des Steuerrechts schränken den Grundsatz der Finanzierungsfreiheit – in erster Linie durch die ertragsteuerrechtlichen Begrenzungen des Schuldzinsenabzugs bzw. die gewerbesteuerlichen Doppelbelastungen der Finanzierungsströme – zunehmend ein: 2

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

Die Einführung der Zinsschranke (§ 4h EStG) und in Verbindung damit die Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach § 8a KStG sorgen darüber hinaus für einen teilweise zinsabzugsverzagenden Charakter.<sup>2</sup> Aber auch die dem deutschen Steuerrechtssystem immanente Diskriminierung der Eigenkapitalfinanzierung gegenüber der Fremdkapitalfinanzierung beschränkt die freie Wahl zwischen den beiden Finanzierungsformen im erheblichen Maße (vgl. ausführlich Rz. 3 ff.).

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

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

## 2 Kritik der konzeptionellen Diskriminierung der Eigenkapitalfinanzierung

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

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

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

werden, obwohl in der Praxis auch bei Zinsen eine Anrechnung von Quellensteuern häufig an einer Refinanzierung und daraus resultierenden Anrechnungsüberhängen scheitert.

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

Ökonomisch sachgerecht wäre es daher, das für Fremdkapital geltende Besteuerungskonzept auch für Eigenkapital anzuwenden, also die Kosten der Eigenkapitalfinanzierung steuerlich abzugsfähig zu machen. Diesen Ansatz verfolgt beispielsweise die belgische Regelung über die Notional Interest Deduction, wonach eine bestimmte Eigenkapitalrendite steuerlich abzugsfähig ist. Die Höhe dieser jährlich neu festgesetzten Eigenkapitalrendite orientiert sich an der nominellen Verzinsung belgischer Staatsanleihen und lag in den letzten Jahren bei 3 bis 4 %, jüngst ist der Satz auf 3 % höchstbegrenzt worden. Mit dieser Regelung wurde ein erheblicher Anreiz zur Thesaurierung und damit zur Stärkung der finanziellen Stabilität und Investitionskraft von Zentren der Wertschöpfung geschaffen. Grund dafür ist, dass der steuerliche Abzug des Notional Interest nicht an die Zahlung einer Dividende anknüpft,<sup>5</sup> sondern an den Eigenkapitaleinsatz an sich. Die Erkenntnis, dass das Aufkommen öffentlicher Abgaben aus der Wertschöpfung von Unternehmen insgesamt im Wesentlichen über USt-, LSt und Sozialabgaben generiert wird, nicht aber über Gewinnsteuern, ist auf diese Weise steuergesetzgeberisch fruchtbar gemacht worden: durch Reinvestition der thesaurierten Beträge kommt es im Zweifel zu einer insgesamt höheren Wertschöpfung und damit zu einem höheren Aufkommen aller Abgaben mit Ausnahme der Gewinnsteuern (zum Standort Belgien s. Teil H Rz. 30 ff.). Entsprechend dem belgischen Vorbild ist es bei Einführung eines Abzugs von pauschalen Eigenkapitalkosten auch grds. sachgerecht, zur Abwendung eines Kaskadeneffekts bei der Erzeugung abzugsfähiger Eigenkapitalkosten durch Beteiligungsketten eine Beteiligungsbuchwertkürzung für Zwecke der Ermittlung der Eigenkapitalkosten anzuordnen. Dies hat aber nur seine Berechtigung, soweit es sich um Beteiligungen an Kapitalgesellschaften handelt, die ihrerseits diesen Abzug nutzen; anders als nach der belgischen Regelung dürfte demnach die Kürzung bezüglich Auslandsbeteiligungen grds. nicht erfolgen.<sup>6</sup>

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

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

Mit einer Kürzung nur um die Buchwerte von Inlandsbeteiligungen würde nicht nur standortpolitisch der sinnvolle Anreiz gesetzt, Konzernobergesellschaften im Inland anzusiedeln, da umfangreicher ausländischer Beteiligungsbesitz das Eigenkapital und damit den Vorteil aus dem Eigenkapitalabzug maximieren würde. Vor allem würden auf diese Weise auch europarechtliche Probleme verhindert; die belgische Kürzungsvorschrift ist Gegenstand europarechtlicher Kritik. Die Kürzung um Auslandsbeteiligungen und ausländische Immobilien bei der Ermittlung des Eigenkapitals für Zwecke der Notional Interest Deduction könnte mangels Begünstigung dieser Vermögenswerte eine europarechtsinkonforme Diskriminierung von Auslandsinvestments bewirken. Die Kommission hat bereits ein diesbezügliches Vertragsverletzungsverfahren gegen Belgien eingeleitet, außerdem ist ein Vorabentscheidungsersuchen beim EuGH anhängig<sup>7</sup>.

- 10 Ungeachtet dessen wurde kürzlich auch in Italien eine ähnliche Kürzungsvorschrift – die sogenannte Allowance for Corporate Equity – eingeführt. Ähnlich wie in Belgien ist daher nun auch (ab Wj. 2011) in Italien ein steuerlicher Abzug fiktiver Eigenkapitalzinsen möglich. Gewährt wird dieser Abzug von der KSt-Bemessungsgrundlage sowohl inländischen Unternehmen als auch italienischen Betriebsstätten ausländischer Unternehmen. Die Regelung gilt hierbei für qualifizierendes Eigenkapital, das nach 2010 gebildet wurde bzw. gebildet wird (z. B. auch durch Thesaurierung von Gewinnen). Der fiktive Eigenkapitalzins beträgt 3 % für die Jahre 2011 bis 2013 und wird für die Folgejahre von der Finanzverwaltung in Abhängigkeit des durchschnittlichen Ertrags italienischer Staatspapiere festgelegt und ggf. um einen Risikoaufschlag erhöht. Die italienische Finanzverwaltung hat zudem in einem Schreiben bzgl. der Neuregelung u. a. Missbrauchsvorschriften formuliert, wonach der fiktive Eigenkapitalzinsabzug bei rein konzerninternen Finanzierungen zu versagen ist. Die Reaktion der EU-Kommission hinsichtlich der italienischen Kürzungsvorschrift bleibt abzuwarten.
- 11 Der theoretisch alternativ zur Gleichbehandlung von Eigen- und Fremdfinanzierung verfolgbare Ansatz, sowohl Zinsen als auch Dividenden generell nicht zum Abzug zuzulassen, wäre absolut schädlich für jegliche unternehmerische Betätigung und mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip nicht vereinbar. Vor allem aber wäre er nicht praktikabel. Konsequenterweise müssten dann nicht nur Dividenden, sondern auch Zinsen beim Empfänger kategorisch freigestellt werden, was aber angesichts der Vielzahl unterschiedlicher Steuersysteme völlig illusorisch ist. Vor diesem Hintergrund würde es in der Praxis trotz Freistellung der erhaltenen Vergütungen bei bestimmten Empfängern zu keiner Vorteilsdurchreichung an die Kapitalnehmer über die Vergütungshöhe kommen. Echte Mehrbelastungen wären die Folge. Überdies würde anders als nach dem belgischen Konzept kein Anreiz zur immer stärkeren Eigenkapitalbildung durch Thesaurierung gesetzt. Keinen Thesaurierungsanreiz zu setzen, wäre standortpolitisch extrem ungeschickt, insbes. vor dem Hintergrund der jüngsten Finanzkrise(n).
- 12 Die nach geltendem Recht in Deutschland und vielen anderen Rechtsordnungen bewirkte Diskriminierung der Eigenkapitalfinanzierung betrifft nicht nur die Ebene der Vergütungen, sondern auch die Ebene des Kapitalstamms.
- 13 Fremdkapital ist grds. sowohl auf Ebene des Kapitalnehmers als auch auf Ebene des Kapitalgebers steuerwirksamen Wertveränderungen zugänglich, die beim Kapitalnehmer die Steuerlast beeinflussen, und zwar im Zweifel in cash-wirksamer Weise. Beim Gläubiger können Forderungen grds. steuerwirksam wertberichtigt werden, wenn der Teilwert voraussichtlich dauerhaft gesunken ist, außerdem sind realisierte Wertverluste und -steigerungen grds. voll einkommenswirksam. Bei der Überlassung von Fremdkapital können also Vermögensverluste beim Kapitalgeber cash-wirksame Steuerentlastungen bewirken. Dies wird dem Prinzip der Leistungsfähigkeit insofern gerecht, als beim Kapitalnehmer häufig mangels Tax Capacity die

(§ 8a KStG n. F.) eine teleologische Reduktion i. S. einer Anwendung der Kürzungsvorschrift nur auf Inlandsbeteiligungen geboten, s. *Körner*, Ubg 2011, 610, 611, 612 unter 2.2. und 616 unter 4.3. Die Finanzverwaltung hat sich diese teleologische Reduktion allerdings für die aktuelle Regelung noch nicht zu Eigen gemacht.

<sup>7</sup> Rs. C-350/11, *Argenta Spaarbank*.

Cash-Wirksamkeit entsprechender Verluste ausgeschlossen ist. Typischerweise verfügt der Kapitalgeber über Tax Capacity, nicht aber der Kapitalnehmer, weil Letzterer insgesamt defizitär ist: Forderungsverzichte führen beim Kapitalgeber in diesen Fälle zu einer cash-wirksamen steuerlichen Entlastung, während die korrespondierenden Erträge beim Kapitalnehmer regelmäßig mit dessen anderweitigen Verlusten kompensiert werden können und damit zu keiner cash-wirksamen Belastung führen. Durch diese im Zweifel eher gewährleistete Cash-Wirksamkeit der steuerlichen Berücksichtigung von Vermögensverlusten wird über die Steuerwirksamkeit von Vermögensverlusten beim Kapitalgeber dem Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit bestmöglich entsprochen.

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

Der technische Unterschied zwischen »Steuerfreiheit« aufgrund einer Beteiligungsertragsbefreiung und »Steuerpflicht« aufgrund einer indirekten Anrechnung rechtfertigt keine Diskriminierungen im Bereich der Beteiligungsertragsbefreiung. Dies hat bereits der EuGH vor dem Hintergrund der früheren deutschen Regelungen zum Anrechnungsverfahren für Inlandsdividenden einerseits und zur Beteiligungsertragsbefreiung für Auslandserträge andererseits entschieden; die Nichtabzugsfähigkeit von lfd. Aufwendungen nur bei Auslandserträgen war diskriminierend.<sup>9</sup> Eine derartige Diskriminierung ergibt sich in gleicher Weise, wenn bei technischer »Steuerfreiheit« Vermögensverluste i.d.R. nicht abzugsfähig sind, während sie bei technischer »Steuerpflicht« grds. abzugsfähig sind. Die steuerinduzierten Cash-Effekte einerseits und die fehlenden steuerinduzierten Cash-Effekte andererseits unterstreichen diese Diskriminierung. Verändert hat sich gegenüber dem dieser EuGH-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt durch die Abschaffung des früheren KSt-Anrechnungsverfahrens und die Beseitigung einiger anderer Regelungen nur die Stoßrichtung der Diskriminierung: Diskriminiert wird nunmehr im Grundsatz nicht mehr der grenzüberschreitende Sachverhalt gegen-

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

9 EuGH vom 23.02.2006, C-471/04, *Keller Holding*, Slg. 2006, I-2107; vgl. auch EuGH vom 18.09.2003, C-168/01, *Bosal Holding*, Slg. 2003, I-9430 m. Anm. *Körner*, BB 2003, 2436. Aufgrund dieser Rechtsprechung hat der BFH bereits unterschiedliche Vorgängerversionen der aktuellen 5 %-Regelung für Dividenden als nicht europarechtskonform eingestuft, und zwar auch für Drittstaatsverhältnisse, BFH vom 13.06.2006, I R 78/04, BStBl II 2008, 821; BFH vom 09.08.2006, I R 50/05, BStBl II 2008, 823; BFH vom 09.08.2006, I R 95/05, BStBl II 2007, 279; s. dazu *Körner*, IStR 2006, 376; *Friedrich/Nagler*, DStR 2005, 403, 412. M.E. sind auch die diversen Folgeversionen der 5 %-Regelung nicht europarechtskonform, und zwar einschl. der Regelung für Beteiligungsveräußerungsgewinne, § 8b Abs. 3 KStG und der flankierenden Regelung des § 12 Abs. 2 Satz 2 UmwStG, s. *Körner*, IStR 2006, 106, 109, 111. Vor allem ist m.E. auch bei Nichtanwendung der 5 %-Regelung zwingend der volle Abzug der tatsächlichen Betriebsausgaben zu gewähren, da keine echte Steuerfreiheit von Dividenden vorliegt, sondern es vielmehr darum geht, Gewinne innerhalb der EU einmal, aber auch nur einmal zu besteuern und Aufwendungen zum Abzug zuzulassen, allerdings nicht nur 95 %ig, sondern komplett, s. *Körner*, IStR 2006, 106.



über dem Inlandssachverhalt, sondern vielmehr die Eigenkapital- gegenüber der Fremdkapitalüberlassung. Deswegen ist die Thematik im Grundsatz keine europarechtliche mehr, sondern eine standortpolitische und verfassungsrechtliche. Insbes. geht es um das Leistungsfähigkeitsprinzip. Objektive Unterschiede, die eine Diskriminierung ausschließen könnten, sind m. E. angesichts der ökonomischen Vergleichbarkeit von Eigen- und Fremdkapital nicht vorhanden. Dies zeigt insbes. das breite Spektrum der hybriden Finanzierungsformen. Die Eigenkapitalfinanzierung wird also diskriminiert.

- 15 Anzumerken ist allerdings, dass die nach geltendem deutschen Recht vorhandenen Unterschiede in der Behandlung von Eigen- und Fremdkapital bei verbundenen Unternehmen im praktischen Ergebnis meist wieder kassiert werden, allerdings im Wege einer Gleichbehandlung auf dem nachteiligsten Niveau: Einerseits stellt § 8b Abs. 3 KStG Gesellschafterdarlehen grds. dem Eigenkapital gleich und untersagt dementsprechend praktisch auch die Wertberichtigung von Gesellschafterdarlehen, soweit nicht ein (praktisch unmöglicher) Fremdvergleichsnachweis vom Steuerpflichtigen geführt werden kann. Andererseits sind Forderungsverzichte zwischen verbundenen Unternehmen nach der Rechtsprechung des BFH ohnehin als verdeckte Einlagen zu würdigen, soweit die Forderung noch einen werthaltigen Teil aufweist,<sup>10</sup> was eine ganz ähnliche Nachweisproblematik zulasten des Steuerpflichtigen bewirkt. Wegen der rein technischen Steuerbefreiung und der Unvereinbarkeit mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip wäre diese Gleichbehandlung dahingehend zu ändern, dass Vermögensverluste sowohl aus Eigen- als auch aus Fremdkapital beim Kapitalgeber zum Abzug zugelassen würden.
  - 16 Häufig ist es allein die Abzugsfähigkeit von Vermögensminderungen beim Kapitalgeber, infolge derer Vermögensverluste überhaupt cash-wirksame Steuerentlastungen bewirken können. Daher ist unter Leistungsfähigkeitsgesichtspunkten generell eine Regelung wünschenswert, die für jegliche Form der Kapitalüberlassung diese Entlastung ermöglicht. In diesem Sinne war in Deutschland die früher für Auslandsbeteiligungen geltende Regelung des § 8b KStG i. d. F. des StandOG 1993 konzipiert. Trotz grundsätzlicher Befreiung bestimmter Dividenden und Veräußerungsgewinne aus qualifizierenden Beteiligungen an ausländischen Tochterkapitalgesellschaften waren Veräußerungsverluste, Teilwertabschreibungen und ähnliche Vermögensverluste grds. abzugsfähig, allerdings mit der theoretischen Bekämpfung doppelter Verlustnutzung durch ein steuerliches Wertaufholungsgebot.
- Da seinerzeit auch die Wertberichtigung von Fremdkapital nicht durch eine Regelung wie den aktuell geltenden § 8b Abs. 3 KStG eingeschränkt war, ergab sich vor diesem Hintergrund sowohl bei Eigen- als auch bei Fremdkapitalinvestments im Ausland in den meisten Fällen die Möglichkeit, Vermögensverluste beim Kapitalgeber zu nutzen. Bei Inlandssachverhalten war damals angesichts der technischen Steuerpflicht von Dividenden aufgrund des Anrechnungsverfahrens diese Möglichkeit der Nutzung von Vermögensverlusten beim Kapitalgeber gleichermaßen gegeben, was auch einer der Gründe für die Einführung der gleichen Möglichkeit für Auslandsbeteiligungen durch § 8b KStG i. d. F. des StandOG 1993 war. Wegen der praktischen Lücke des Wertaufholungsgebots des § 8b KStG i. d. F. des StandOG 1993, nämlich wegen der Möglichkeit einer Abschneidung durch konzerninterne Veräußerung vor Wertaufholung, wurden bereits mit dem StEntlG 1999 die meisten Möglichkeiten der Steuerwirksamkeit von Vermögensverlusten aus Auslandsbeteiligungen beseitigt. Bei Veräußerung, Kapitalherabsetzung und Auflösung war demnach die Steuerwirksamkeit nicht mehr gegeben. Die letzte verbliebene Möglichkeit der Steuerwirksamkeit über Teilwertabschreibungen wurde mit Einführung des § 8b KStG i. d. F. des StSenkG 2001 beseitigt. Es hätte dabei der Missbrauchsbekämpfung völlig genügt, die Verlustwirksamkeit generell beizubehalten und lediglich die gesetzliche Lücke durch Ausweitung des Wertaufholungsgebots auf bestimmte Erwerber zu schließen.

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

Als vernünftige Rechtfertigung für den gesetzgeberischen Exzess in Form der Totalbeseitigung der Verlustwirksamkeit lässt sich auch nicht die Abkehr vom Anrechnungsverfahren bemühen. Wie erwähnt, sind (Körperschaftsteuer-)Anrechnung und interkorporale Beteiligungsertragsbefreiung gleichwertige Techniken, um eine ökonomische Doppelbelastung abzuwenden, und der technische Unterschied darf keine Diskriminierung bei Anwendung der einen Technik anstelle der anderen bewirken. Dies wird auch empirisch untermauert: Aktuell existiert beispielsweise in Luxemburg (s. Teil H Rz. 53 ff.) und in Ungarn eine dem § 8b KStG i. d. F. des StandOG 1993 vergleichbare Regelung, allerdings für Inlands- wie Auslandsbeteiligungen, mithin ohne parallele Existenz eines Anrechnungsverfahrens für Inlandsbeteiligungen. Damit wird nicht nur das überlegene steuersystematische Konzept erkennbar, sondern es zeigt sich auch der zentrale steuerliche Gestaltungstrend, der sich aus den Unzulänglichkeiten des momentan geltenden § 8b KStG ergibt: Beteiligungen auf Basis von § 21 UmwStG steuerneutral in ausländische Holdings an entsprechenden Standorten zu transferieren, kann kaum ein Fehler sein.<sup>11</sup> Eine solche Vorgehensweise ist auch legitim, weil nur auf diese Weise eine Besteuerung entsprechend der Leistungsfähigkeit erreicht wird, da bei praxisnaher Betrachtung nur so die Cash-Wirksamkeit etwaiger künftiger Beteiligungsverluste gewährleistet wird.

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

Die Zinsschranke (s. Teil C) bekämpft dabei nur in europarechtswidriger und damit unzulänglicher Weise einige Symptome dieses Gestaltungstrends.<sup>12</sup> Wie jedes Breitbandantibiotikum hat sie überdies erhebliche Nebenwirkungen. Konkret werden infolge der Zinsschranke viele Finanzierungen durch Nichtabzugsfähigkeit verteuert, obwohl keineswegs ein missbräuchliches Finanzierungsgebaren vorliegt, vielmehr eine echte Minderung der Leistungsfähigkeit aufgrund echten Kapitalbedarfs und daraus resultierender Finanzierungskosten. Vorzugswürdig wäre gegenüber der Bekämpfung der Symptomatik in Gestalt der Hebelung, den grundsätzlichen Befund zu beseitigen, nämlich die Diskriminierung der Eigenkapitalfinanzierung. Der Anreiz zur Hebelung würde sich von alleine erledigen. Nach Einführung einer Regelung, die in Deutschland Eigenkapitalkosten zum Abzug zuließe, wäre es besonders interessant zu beobachten, ob zur Abwechslung Refinanzierungsaufwand für Kapitalerhöhungen bei deutschansässigen Gesellschaften in den klassischen ausländischen Herkunftsjurisdiktion

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

12 Körner, Ubg 2011, 610.

nen der Kapitalgeber angesiedelt würde. Nach den Erfahrungen mit der belgischen Notional Interest Deduction wäre davon auszugehen, dass entsprechender Aufwand ins Ausland wandern würde; in Reaktion auf die Einführung der Notional Interest Deduction erfolgten umfangreiche Eigenkapitalerhöhungen bei belgischen Gesellschaften, die auf Ebene der ausländischen Anteilseigner mit Fremdmitteln refinanziert wurden.

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

#### **3.1 Die Grundregel**

- 17** Die Vorschriften des deutschen Steuerrechts sehen keine einheitliche Definition des steuerrechtlichen Eigenkapitals bzw. Fremdkapitals vor, so dass die steuerrechtliche Beurteilung eines Finanzierungsinstruments gem. dem in § 5 Abs. 1 EStG geregelten Maßgeblichkeitsgrundsatz grds. der gesellschafts- und handelsrechtlichen Qualifikation folgt. Demnach schlägt die handelsbilanzrechtliche Behandlung des Eigen- bzw. Fremdkapitals auf die steuerrechtliche Beurteilung direkt durch, es sei denn, das Steuerrecht sieht Sonderregelungen vor, die die in den Rechtsgebieten des Gesellschafts- und Handelsrechtes geltenden Vorschriften bzw. Grundsätze insoweit verdrängen.<sup>13</sup>

#### **3.2 Gesellschaftsrechtliche Merkmale**

- 18** Im deutschen Handelsbilanzrecht finden sich keine bindenden Tatbestandsmerkmale zur Qualifikation von Eigen- oder Fremdkapital. Es orientiert sich vielmehr an den gesellschaftsrechtlichen Strukturmerkmalen, so dass als Eigenkapital grds. jede Form von Kapital gilt, die gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft eine Haftungsfunktion erfüllt (z. B. Einlagen eines Gesellschafters). Kapitalzuführungen sind folglich auf Grundlage ihrer Funktion zu klassifizieren (materieller Kapitalbegriff) und nicht aufgrund ihrer zivilrechtlichen Ausgestaltung (formeller Kapitalbegriff).
- 19** Es haben sich auf Basis des Gesellschaftsrechts drei grundlegende Kriterien herauskristallisiert, die nach h.M. in der Literatur kumulativ erfüllt sein müssen, um den materiellen Eigenkapitalbegriff zu erfüllen:<sup>14</sup>
- Übernahme der Haftungs- oder Garantiefunktion,
  - Nachrangigkeit des gewährten Kapitals und
  - Nachhaltigkeit der Mittelzuführung.
- 20** Alle übrigen Kapitalzuführungen, die die genannten Kriterien nicht erfüllen, stellen demnach vom Grundsatz her Fremdkapital dar.<sup>15</sup>
- 21** Mit Inkrafttreten des MoMiG zum 01.11.2008 wurde das darüber hinaus bestehende Konzept des »eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens« abgeschafft. Darunter war ein Darlehen zu verstehen, das der Gesellschafter seiner GmbH zu einem Zeitpunkt gibt, in dem ein ordentlicher Kaufmann stattdessen Eigenkapital zugeführt hätte (Krise des Unternehmens). Dieser Gesellschafter konnte seine Forderung in einem Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH gem. § 32a Abs. 1 GmbHG nur als nachrangiger Insolvenzgläubiger geltend machen. Obwohl der Gesellschafter in diesem Fall in Bezug auf das Gesellschafterdar-

---

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

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

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

lehen annähernd die Stellung eines Gesellschafters einnimmt, wurde das Darlehen dennoch als Verbindlichkeit und nicht als Eigenkapital angesehen. Eine Ausnahme der Qualifikation des Gesellschafterdarlehens als Verbindlichkeit wurde für solche mit einer (qualifizierten) Rangrücktrittserklärung des Gesellschafters versehenen Darlehen diskutiert. In dieser Erklärung tritt der Gesellschafter im Rang hinter sämtlichen Gesellschaftsgläubigern zurück und erklärt sich damit einverstanden, nicht vor den Einlagerückgewähransprüchen seiner Mitgesellschafter berücksichtigt zu werden.<sup>16</sup>

Seit Inkrafttreten des MoMiG wird nunmehr nicht länger auf das Merkmal »kapitalersetzend« abgestellt. Unabhängig von der tatsächlichen Zweckbestimmung bei Eintritt der Insolvenz wird jedes Gesellschafterdarlehen als nachrangig behandelt.<sup>17</sup> Die Regelungen zu den Gesellschafterdarlehen erfahren statt der vormals gesellschaftsrechtlichen Qualifizierung in den §§ 32a und 32b GmbHG nun eine rein insolvenzrechtliche Qualifizierung nach der Insolvenzordnung. Gem. § 19 Abs. 2 Satz 3 InsO i. d. F. ab 2014 sind (die nunmehr ausnahmslos als nachrangig behandelten) Gesellschafterdarlehen i.R.d. Überschuldungsprüfung<sup>18</sup> nicht mehr als Verbindlichkeit, sondern als Eigenkapital anzusehen. **22**

### 3.3 Handelsrechtliche Merkmale

Im Handelsrecht wird als Grundsatz eine strikte Unterscheidung zwischen klassischen gesellschaftsrechtlich begründeten Finanzierungsformen des Eigenkapitals (z. B. Gesellschaftereinlagen) einerseits und schuldrechtlich begründeten Finanzierungsformen des Fremdkapitals (z. B. gewöhnliche Darlehen) andererseits getroffen. § 272 HGB, der sich unmittelbar auf die entsprechenden Eigenkapitalpositionen einer AG, KGaA, GmbH bzw. mittelbar – über § 264a HGB – einer im Hinblick auf die Haftungsverhältnisse einer Kapitalgesellschaft vergleichbaren Personengesellschaft (z. B. GmbH & Co. KG) bezieht, liefert hier die handelsrechtliche Grundlage. **23**

Die Vorschrift des § 272 HGB gilt grds. auch für Personengesellschaften gem. § 264a HGB. Allerdings wird sie aufgrund der weitgehenden Abweichungen zwischen dem Eigenkapital einer Kapitalgesellschaft und einer Personengesellschaft in der Praxis kaum angewendet. Das Eigenkapital des Gesamtvermögens einer Personengesellschaft besteht vielmehr handelsrechtlich im Wesentlichen aus der Summe der Kapitalkonten der Gesellschafter (Pflichteinlagen, Einlagen/Entnahmen/variable Kapitalkonten etc.), während steuerrechtlich das Ganze um das Mehr- oder Minderkapital aus positiven oder negativen Ergänzungsbilanzen der Gesellschafter und ggf. Kapital aus Sonderbilanzen der Gesellschafter ergänzt wird.<sup>19</sup> **24**

Zum Eigenkapital einer Kapitalgesellschaft gehören gem. § 272 HGB die folgenden Positionen:<sup>20</sup> **25**

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

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

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

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

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

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

- 26** Das deutsche Bilanzrecht orientiert sich dabei primär an der gesellschaftsrechtlichen Zuordnung von Eigen- und Fremdkapital mit der Folge, dass die gesellschaftsrechtliche Übernahme einer Haftungsfunktion gegenüber den Gläubigern i. d. R. zu einem Eigenkapitalausweis in der Handelsbilanz führt. Eine Kapitalzuführung, die gesellschaftsrechtlich Eigenkapital darstellt, ist diesem Grundsatz nach für handelsbilanzielle Zwecke ebenfalls regelmäßig als Eigenkapital zu qualifizieren. Das deutsche Handelsrecht kennt zudem nur wenige Ausnahmen von dem genannten Grundsatz (s. Rz. 27). Mit anderen Worten, selbst in Fällen von Verbindlichkeiten mit (qualifizierter) Rangrücktrittserklärung bzw. (nach Inkrafttreten des MoMiG) Gesellschafterdarlehen, handelt es sich im handelsrechtlichen Sinne um Fremdkapital.<sup>21</sup>
- 27** Zunächst grds. als Fremdkapital zu qualifizierende Finanzierungsmaßnahmen können nach deutschem Handelsrecht nur ausnahmsweise als Eigenkapital ausgewiesen werden. Solche Ausnahmen bilden insbes. sogenannte hybride Finanzinstrumente, denen u. U. eine Art temporäre Haftungsfunktion zuzusprechen sein kann (z. B. schuldrechtlich vereinbartes Genussscheinkapital).<sup>22</sup> Am Beispiel eines schuldrechtlich vereinbarten Genussrechts- bzw. Genussscheinkapitals lässt sich die hier vorzunehmende Abgrenzung überblicksartig verdeutlichen. Genussrechte stellen Gläubigerrechte schuldrechtlicher Art dar, jedoch keine Mitgliedschaftsrechte bzw. Stimmrechte (Verwaltungsrechte, insbes. keine Stimmrechte), die allerdings Vermögensrechte gewähren, die typischerweise Gesellschaftern zustehen. Darüber hinaus führen sie meist zu einer Beteiligung am Gewinn und/oder einem etwaigen Liquidationserlös.<sup>23</sup> Diese Genussrechte sind nach handels- bzw. gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen als Fremdkapital in Form von Verbindlichkeiten auszuweisen. Sie stellen lediglich unter folgenden kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen Eigenkapital aus handelsrechtlicher Sicht dar (zu Genussrechten vgl. ausführlich Teil B Rz. 196 ff. und 224 ff.)<sup>24</sup>:
- Die Vergütung für die Kapitalüberlassung ist erfolgsabhängig und steht unter der Bedingung, dass sie nur aus dem Eigenkapital geleistet werden darf, das nicht besonders gegen Ausschüttungen geschützt ist.
  - Im Insolvenz- bzw. Liquidationsfall entsteht ein Rückzahlungsanspruch für das Genussscheinkapital nachrangig, d. h. erst nach Befriedigung aller anderen Gläubiger.
  - Der Genussrechtsinhaber nimmt am Verlust des Unternehmens bis zur vollen Höhe teil, mit der Folge, dass eingetretene Verluste erst dann mit bilanziellem Eigenkapital verrechnet werden, wenn das Genussrechtskapital durch Verlustverrechnung vollständig aufgezehrt ist.
  - Das Genussscheinkapital wird dem Unternehmen langfristig überlassen und dessen Rückzahlung für beide Seiten ausgeschlossen.

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

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

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

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

## **4 Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz und Gewerbesteuergesetz – Grundlagen**

Im Steuerrecht selbst findet sich keine klare Definition des Eigen- bzw. Fremdkapitalbegriffs. Vielmehr ist das Eigen- bzw. Fremdkapital anhand der allgemeinen Grundprinzipien des Handels- und Gesellschaftsrechts und einer Vielzahl von Spezialregelungen zu ermitteln. Die Begriffe des Betriebsvermögens und der Einlage nach § 4 Abs. 1 EStG bieten allerdings eine Grundlage zur Beurteilung, ob Eigenkapital i. S. d. Steuerrechts vorliegt. **28**

Nach Rechtsprechung des BFH<sup>25</sup> setzt die Annahme von Eigenkapital grds. voraus, dass **29**

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

Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, wird grds. nach deutschem bzw. ausländischem Zivil- und Gesellschaftsrecht geprüft. Auf das ausländische Zivilrecht ist dann abzustellen, wenn es sich beim Fremdkapital bzw. Eigenkapital empfangenden Unternehmen um ein ausländisches Unternehmen handelt.<sup>26</sup> Die grundsätzliche Maßgeblichkeit des Handelsbilanzrechts gilt somit nach dem BFH auch als Grundlage für die Einstufung als Eigenkapital/Fremdkapital nach dem Steuerrecht. **30**

Im zweiten Schritt der Prüfung ist allerdings eine Vielzahl von speziellen steuerrechtlichen Regelungen zu beachten, die die handelsrechtliche Einstufung durchbrechen können, so dass die Maßgeblichkeit des Handelsbilanzrechts punktuell verdrängt wird. Insbes. in § 4 EStG wird der Begriff des Betriebsvermögens steuerrechtlich definiert, das das Eigenkapital im steuerrechtlichen Sinn repräsentiert. Es handelt sich nach dieser Regelung um die Differenzgröße zwischen den aktiven und passiven Wirtschaftsgütern einschl. Rückstellungen, Wertberichtigungen und Rechnungsabgrenzungsposten eines Betriebs, erhöht um die entsprechenden Einlagen gem. § 4 Abs. 1 EStG, ermittelt nach steuerrechtlichen Vorschriften.<sup>27</sup> **31**

Nach der Definition des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG i. V. m. § 8b Abs. 1 KStG oder § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d EStG wird darüber hinaus bestimmt, ob es sich bei der jeweiligen Finanzierungsmaßnahme um eine Forderung oder um einen aktivierungsfähigen Anteil handelt. Als Anteil an einer deutschen Kapitalgesellschaft gilt danach jede Aktie an einer AG und jeder Geschäftsanteil an einer GmbH. Dabei kommt es nicht auf die konkrete Ausgestaltung der jeweiligen Anteilsrechte an. Im Gegensatz dazu wird im Fall der noch darzustellenden Genussrechte jedoch nicht auf die strenge Definition des § 20 Abs. 1 Satz 1 EStG abgestellt. Den Genussrechtsinhabern fehlen insbes. die Verwaltungsrechte, die ein typischer Anteilsinhaber besitzt. Ungeachtet dessen werden die nach Maßgabe des § 8 Abs. 3 Satz 2 HS 2 KStG steuerrechtlich nicht abzugsfähigen Genussrechtsvergütungen wie Dividenden behandelt und unterliegen den Befreiungen gem. § 8b Abs. 1 und 2 KStG, wobei die ausländischen Beteiligungen in Form eines Genussrechts denselben Grundsätzen unterliegen (s. ausführlich Teil B Rz. 196 ff.).<sup>28</sup> **32**

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

<sup>26</sup> Ebenda.

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

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