

Daniel Eckert: Memo zum WSK-Vortrag
„Gesellschafterfremdfinanzierung – Wege aus einem steuerpolitischen Desaster“
von Herrn Dr. Matthias Werra* am 19. 10. 2005

Am 19. 10. 2005 hielt Dr. Werra im Rahmen der WSK-Vortragsreihe zu steuerrechtlichen Fragestellungen den Vortrag „Gesellschafterfremdfinanzierung – Wege aus einem steuerpolitischen Desaster“. Der einstündige Vortrag befasste sich in seinem ersten Teil mit Entstehungsgeschichte und Defiziten des aktuellen § 8a KStG. Im zweiten Teil zeigte Dr. Werra mögliche Wege aus dem „steuerpolitischen Desaster“ auf und stellte aktuelle Vorschläge dazu vor.

I.

Gewährt ein Anteilseigner seiner Gesellschaft ein Darlehen, so sind Zinsen hierauf bei der zahlenden Gesellschaft als Betriebsausgaben abzugsfähig. Der Anteilseigner erzielt i. H. der Zinsen Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 EStG) bzw. aus Gewerbebetrieb (§ 8 Abs. 2 KStG i. V. m. §§ 238 Abs. 1, 6 HGB). Bei reinen Inlandssachverhalten folgte hieraus keine besondere Gefahr für das deutsche Steueraufkommen, da die wirtschaftliche Alternative zur Zinszahlung, die Dividendenausschüttung an den Anteilseigner, in Deutschland beim Empfänger grds. günstiger besteuert wurde (und wird) als Zinsen. Aus deutscher Sicht bestand aber dringender Handlungsbedarf im Hinblick auf Auslandssachverhalte: Hier drohte die Gefahr, Dividendenausschüttungen von Tochtergesellschaften an ihre Muttergesellschaften im Ausland durch Zinszahlungen über die Grenze für von der Mutter überlassenes Fremdkapital zu ersetzen. Diese Zinszahlungen wären dann als Betriebsausgaben bei der Tochter abzugsfähig gewesen, ohne dass dem Fiskus ein äquivalenter Steuerzufluss entstanden wäre.

Um solche Steuerausfälle zu bekämpfen, wurde § 8a KStG a. F. eingeführt. Die Regelung fingierte Vergütungen, die ein nicht anrechnungsberechtigter Anteilseigner einer Kapi-

* Herr Dr. Matthias Werra ist Leiter der Zentralabteilung Steuern, Zölle und Außenwirtschaftsrecht der BASF Coatings AG.

talgesellschaft gewährt¹ bzw. solche, die im Inland nicht im Rahmen einer Veranlagung erfasst werden² als verdeckte Gewinnausschüttungen der Gesellschaft an ihren Anteilseigner. Problematisch war von Anfang an die Zielrichtung dieser Vorschrift: Sie galt nur für Fremdfinanzierungen von inländischen Kapitalgesellschaften durch ausländische Anteilseigner.

Nach einem Vorlagebeschluss durch das FG Münster³ stellte der EuGH 2002 die Unvereinbarkeit von § 8a Abs. 1 Nr. 2 KStG i. d. F. StandOG mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EGV) und der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 48 EGV) fest⁴, da er Finanzierungen durch ausländische Anteilseigner (Nichtabzugsfähigkeit der Zinszahlungen) gegenüber Finanzierungen durch inländische Anteilseigner ungerechtfertigt diskriminierte.

Infolge wurde § 8a KStG durch den Gesetzgeber auch auf inländische Finanzierungen ausgedehnt, um die diskriminierende Wirkung der Vorschrift zu beseitigen, und deutlich verschärft. Auf diese Gesetzesänderung folgte ein umfangreiches BMF-Schreiben⁵, das für viele Konstellationen erheblich vom Gesetzestext abweicht. Entsprechend heftig fiel die Kritik in der Literatur an den hochkomplexen Regelungen aus, die als „Desaster“⁶ bzw. „monströs[en]“⁷ empfunden wurden.

Nach einer Erinnerung an den Grundfall des § 8a Abs. 1 KStG [Sachverhalt: Ein Anteilseigner, der wesentlich i. S. d. § 8a Abs. 3 KStG an einer Kapitalgesellschaft beteiligt ist, gewährt ihr Fremdkapital. Folge: Vergütungen für das gewährte Fremdkapital sind verdeckte Gewinnausschüttungen, wenn sie die Freigrenze i. H. v. 250.000 € übersteigen. D. h.: Sie unterfallen beim Empfänger §§ 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, 3 Nr. 40 S. 1 lit. d) EStG,

¹ So § 8a KStG i. d. F. des StandOG v. 13. 9. 1993, BGBl I 1993, 1569 zur Zeit des Anrechnungsverfahrens.

² § 8a KStG i. d. F. des StSenkG v. 23. 10. 2000, BGBl 2000, 1433 nach Umstellung auf das Halbeinkünfteverfahren.

³ Beschluss v. 21. 8. 2000, 9 K 1193/00 K, F, EFG 2000, 1273.

⁴ EuGH v. 12. 12. 2002, C-324/00, Slg. 2002, I-11779 (Lankhorst-Hohorst).

⁵ BMF v. 15. 7. 2004, BStBl. I 2004, 593ff.

⁶ Frotscher, DStR 2004, 377, (385).

⁷ Groh, DB 2005, 629, (634).

wenn der Anteilseigner eine natürliche Person ist⁸, bzw. § 8b Abs. 1, 5 KStG, wenn der Empfänger eine juristische Person ist. Sie unterliegen dem Quellensteuerabzug gem. § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG.] zeigte Herr Werra die wichtigsten Probleme der Neuregelung auf:

Die neue Regelung bereitet in ihrer **Anwendung** erhebliche Schwierigkeiten. Probleme werfen insbesondere die Behandlung von Darlehensgewährungen durch mittelbare Gesellschafter⁹ und durch rückgriffsberechtigte Dritte (§ 8a Abs. 1 S. 2 Alt. 2 KStG) auf. Umstritten ist hier jeweils, in welchem Verhältnis eine vGA anzunehmen ist. Infolge bleibt in diesen Fällen auch die Frage nach der abzuführenden Kapitalertragsteuerpflicht (§ 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG) unklar. Dies ist umso problematischer, da bei leichtfertiger Verkürzung § 371 AO droht.

Der Drittvergleich des § 8a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KStG, den der Steuerpflichtige führen muss, läuft letztlich auf einen Bonitätsnachweis hinaus. Dieser Nachweis ist in Konzernstrukturen, wo der Konzernrückhalt regelmäßig als bonitätserhöhender Faktor angesehen wird schwer zu erbringen. Auch hier hat der Steuerpflichtige also wieder einen sehr unsicheren Maßstab, um Fragen zu beantworten, die z. B. über eine Kapitalertragsteuerpflicht entscheiden.

Umstritten sind auch die Rechtsfolgen von Fremdfinanzierungen durch Tochtergesellschaften, Finanzierungen von nachgeschalteten Personengesellschaften sowie Side-stream-Finanzierungen und anderen Fällen der Darlehensgewährung durch nahestehende Personen (§ 8a Abs. 1 S. 2 Alt. 1 KStG i. V. m. § 1 Abs. 2 AStG).¹⁰ Der Verweis des § 8a Abs. 1 S. 2 Alt. 1 KStG implementiert zudem alle Auslegungsprobleme des § 1 Abs. 2 Nr. 3 AStG („Interessenidentität“) in § 8a KStG.

⁸ A. A. Wassermeyer DStR 2004, 749, (751).

⁹ Die Mutter-Kapitalgesellschaft stellt der Enkel-Kapitalgesellschaft unmittelbar Fremdkapital zur Verfügung und führt unmittelbar an die Mutterkapitalgesellschaft und nicht an deren Tochter Zinsen ab. Vgl. dazu *Holzaepfel/Köplin*, in: Erle/Sauter, *Gesellschafterfremdfinanzierung*, Heidelberg, 2004, § 8a KStG Rn. 417, Schaubild 4c und ausführlich zur Lösung Rn. 420ff.

¹⁰ Vgl. dazu *Holzaepfel/Köplin*, in: Erle/Sauter, *Gesellschafterfremdfinanzierung*, Heidelberg, 2004, § 8a KStG Rn. 250ff.

Endlich verkompliziert § 8a Abs. 6 KStG die Gestaltung von Konzernstrukturen, indem er zur Umgehung durch Zwischenschaltung von eigenkapitalfinanzierten Tochtergesellschaft einlädt.

§ 8a KStG wirft zudem **verfassungsrechtliche Fragen** auf. Angesichts der vielen offenen Anwendungsfragen ist fraglich, ob er die vom Rechtsstaatsprinzip geforderte Rechtssicherheit bietet. Da Finanzämter und Steuerpflichtige mit seiner Handhabung in vielen Punkten überfordert sind, liegt zudem der Verdacht auf ein (in der Norm selbst angelegtes) Vollzugsdefizit nahe¹¹.

Auch nach seiner Umgestaltung wirft § 8a KStG Zweifel an seiner **Europarechtskonformität** auf. Es werden (vor allem wegen der Nichtgeltung des § 8a KStG bei der Organschaft) von der Regelung weiterhin eher Ausländer als Inländer getroffen.

Auch im **internationalen Kontext** ist die Neuregelung nicht harmonisiert und damit ein Investitionshindernis sowie Quelle von Doppelbesteuerung und doppelter Nichtbesteuerung.

In **rechtspolitischer Hinsicht** erscheint vor allem fraglich, ob ein Safe Haven von 40 % anteiligem EK der Anteilseigner angesichts der i. d. R. geringen EK-Ausstattung deutscher Unternehmen nicht zu hoch ist.

II.

Da die jetzige Gesetzeslage unbefriedigend ist, stellte Herr Dr. Werra im zweiten Teil des Vortrags Alternativen zu § 8a KStG n. F. vor.

¹¹ Vgl. zu den Folgen eines strukturellen Vollzugsdefizits BVerfGE 84, 239 („Zinsbesteuerung“) und BVerfGE 110, 94 („Spekulationsgewinne“).

Eine eher theoretische Alternative wäre die komplette Abschaffung von § 8a KStG¹² oder die Beschränkung in sachlicher Hinsicht auf eine Missbrauchsregelung als äußerste Grenze (z. B. Nachweispflicht der Behörden, dass keine Bank das Darlehen gewährt hätte) bzw. in räumlicher Hinsicht auf das Nicht-EU-Ausland¹³. Dieser Weg könnte aber nur bei gleichzeitiger Absenkung des Unternehmenssteuersatzes gewählt werden, da ansonsten weiterhin Gewinnverlagerungen ins Ausland drohen würden.

Einen grundlegend anderen Weg hat Belgien gewählt: Um Eigenkapital- und Fremdkapitalfinanzierung gleichzustellen, werden ab 01. 01. 2006 auf das Eigenkapital 3,5 % fiktiver Zinsabzug (*National Interest Deduction*) freigestellt. Damit ist Eigenkapital nicht mehr gegenüber Fremdkapital diskriminiert. Die Steuer auf Kapitalvermögen wird entsprechend auf 0 % gesenkt.

Auf eine Finanzierungsneutralität von Eigenkapital und Fremdkapital zielt auch ein hessischer Vorschlag zur Einführung einer Abschlag- und einer Kapitalrenditeststeuer ab. Eine Kapitalabgeltungsteuer von 17 % auf alle Kapitalerträge (Zinsen, Dividenden und Veräußerungsgewinne) soll Deutschland im internationalen Wettbewerb um Kapitalerträge besser positionieren. Bei bilanzierenden Unternehmen soll eine Kapitalrenditeststeuer von 17 % mit einer fiktiven Verzinsung i. H. v. 5 % auf das eingesetzte Kapital eingeführt werden um die angestrebte Finanzierungsneutralität für den Anteilseigner zu verwirklichen. Auch hier würde § 8a KStG überflüssig.

Dem hessischen Vorschlag hielt Werra aber eine Reihe von Bedenken entgegen: Die Benachteiligung von nicht bilanzierenden Unternehmen gegenüber bilanzierenden Unternehmen und die unterschiedlichen Steuersätze bei verschiedenen Einkunftsarten beinhalten vor Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlungen. Auch kann es in Konzernstrukturen zu Kumulationen mehrerer Zinsabschlagsbesteuerungen kommen. Problematisch erscheint zudem die Finanzierbarkeit der erforderlichen Steuersenkung,

¹² Finnland, Schweden, Irland, Slowakei, Litauen etwa haben keine steuerlichen Regelungen Gesellschaftsfremdfinanzierung.

¹³ Solche Regelungen existieren z. B. in Dänemark und Spanien.

zumal eine Attraktivitätssteigerung des Standorts und ein erhöhter Kapitalzufluss aus dem Ausland unsicher bleiben.

Als wirksamste und einfachste Maßnahme gegen eine übermäßige Fremdfinanzierung bewertete Werra eine hinreichend hohe Quellensteuer. Diese Maßnahme würde (in deren Anwendungsbereich) aber gegen die Mutter-/Tochterrichtlinie verstoßen und bedeutete auch einen Bruch mit der üblichen DBA-Politik, in der der Trend zu einer Abschaffung von Quellensteuern geht, und zudem auf Kapital aus dem Ausland abschreckend wirken, da sie auch für angemessene Fremdfinanzierung gilt.

Nach dieser kritischen Bewertung aller größeren Änderungsvorschläge, machte Werra abschließend einen eigenen Vorschlag für eine „Mindestbereinigung des § 8a KStG“. Er befürwortete eine Ausdehnung des Safe Haven (das unschädliche Verhältnis von Eigen- zu Fremdkapital sollte mindestens 1:4 betragen), die Einführung eines Drittvergleichs sowohl bei gewinnabhängiger Vergütung als auch bei fester Darlehensverzinsung, sowie eine Beweislastverlagerung auf die Finanzverwaltung. Auf Rechtsfolgenseite sei ein relatives Zinsabzugsverbot statt der VgA-Qualifikation einzuführen, weil diese keine Auswirkungen auf die Ebene des Anteilseigners habe. Eine Neuregelung sollte zuletzt einen unbegrenzten Vortrag dieses nicht abzugsfähigen Überhangs zulassen.