

UNIVERSITÄT SIEGEN 
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Dissertation

zur Erlangung des Grades einer
Doktorin der Wirtschaftswissenschaften
(Dr. rer. pol.)

Deutsche Holdinggesellschaften als steuerpolitisches
Gestaltungsinstrument in internationalen Konzernen
unter Berücksichtigung der Änderungen des Unter-
nehmenssteuerrechts bis zum Steuervergünstigungs-
abbaugesetz 2003

vorgelegt von

Dipl.-Kff. Dagmar Büttgen-Pöhland

Siegen, den 24. März 2004

urn:nbn:de:hbz:467-707

V o r w o r t

Die vorliegende Monographie wurde im Wintersemester 2003/2004 am Fachbereich Wirtschaftswissenschaften der Universität Siegen als Dissertation eingereicht. Für die umfangreiche Hilfe und Unterstützung während meiner Promotion habe ich vielen zu danken.

Meine Dankbarkeit gilt an erster Stelle meinem verehrten akademischen Lehrer und Doktorvater Herrn Univ.-Prof. Dr. Norbert Krawitz für seine uneingeschränkte fachliche und persönliche Unterstützung und Diskussionsbereitschaft. Herrn Univ.-Prof. Dr. Jürgen Berthel danke ich für die freundliche Übernahme des Zweitgutachtens und Herrn Univ.-Prof. Dr. Peter Letmathe für die Übernahme des Vorsitzes der Prüfungskommission.

Herzlich danken möchte ich auch allen Kolleginnen und Kollegen des Lehrstuhls BWL II der Universität Siegen für die angenehme Zusammenarbeit sowie den studentischen Mitarbeitern für ihren Einsatz im Rahmen der Literaturbeschaffung. Meinen besonderen Dank richte ich an Herrn Dr. Stefan Leukel für sein unverzichtbares Engagement bei der Durchsicht der Manuskriptfassung und an Herrn Christian Albrecht für seine großartige fachliche und vor allem freundschaftliche Unterstützung.

Mein größter Dank gilt meiner lieben Familie. Mein Vater Karl-Wilhelm Büttgen und besonders meine Mutter Hiltrud Büttgen haben mich während meiner langen Ausbildung gefördert und mir zur Seite gestanden sowie in der Endphase meiner Promotion die mühevollen formale Korrekturarbeit übernommen. Daneben hat mich mein Bruder Bernhard Büttgen stets motivierend und beratend begleitet. Ermöglicht hat mir die Promotion vor allem die liebevolle und umfassende Unterstützung durch meinen Mann Tobias Pöhland. Ihm danke ich für seine fortwährende Motivation, seine Geduld und sein Verständnis.

Kempfen, im Juli 2004

Dagmar Büttgen-Pöhland

Inhaltsübersicht

	Seite
Inhaltsverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	XIV
Abbildungsverzeichnis	XIX
Tabellenverzeichnis	XX
Kapitel 1 Problemstellung und Gang der Untersuchung	1
Kapitel 2 Die Holding als unternehmenspolitisches und steuerpolitisches Gestaltungsinstrument	6
1. Kennzeichnung der Organisationsstruktur „Holding“	6
2. Funktionen von Holdingstrukturen	18
3. Ableitung eines steuerlichen Anforderungsprofils an einen Holdingstandort	38
4. Konkretisierung des Untersuchungsgegenstands	55
Kapitel 3 Analyse der steuerlichen Rahmenbedingungen für Holdinggesellschaften in Deutschland	61
1. Systemwechsel im Körperschaftsteuerrecht	61
2. Gewerbesteuerliche Erfassung von Beteiligungserträgen	91
3. Fortentwicklung im Bereich der ertragsteuerlichen Organschaft	101
4. Internationale Gesichtspunkte der Holdingbesteuerung	129
Kapitel 4 Einfluss der Steueränderungen bis zum Steuervergünstigungsabbau-gesetz 2003 auf wesentliche Funktionsbereiche der Steuerplanung mit Holdingstrukturen	182
1. Optimierung der relativen Konzernsteuerbelastung bei Rapatriierung der Erträge	182
2. Steueroptimale Realisierung von Umstrukturierungen	205
3. Reduzierung der relativen Steuerbelastung durch Ergebnisausgleich im Konzern	229
4. Steueroptimale konzerninterne Finanzierungsstrukturen	245
5. Abschirmung ausländischer Erträge vor inländischem Steuerzugriff	286

Kapitel 5	Schlussbetrachtung und Ausblick	291
Anhang		303
Verzeichnis der Gesetze, Rechtsverordnungen und Verwaltungsanweisungen		310
Rechtsprechungsverzeichnis		316
Literaturverzeichnis		322

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	XIV
Abbildungsverzeichnis	XIX
Tabellenverzeichnis	XX
Kapitel 1 Problemstellung und Gang der Untersuchung	1
Kapitel 2 Die Holding als unternehmenspolitisches und steuerpolitisches Gestaltungsinstrument	6
1. Kennzeichnung der Organisationsstruktur „Holding“	6
11. Begriff der „Holding“	6
111. Ableitung einer Definition	6
112. Abgrenzung gegenüber ausgewählten typverwandten Gesellschaftsformen	8
12. Erscheinungsformen der „Holding“	10
121. Gesellschaftsbezogene Dimensionen einer Holding	10
122. Konzernverbundbezogene Dimensionen einer Holdingstruktur	12
1221. Juristische und betriebswirtschaftliche Konzernbegriffe	12
1222. Ableitung eines holdingspezifischen Konzernbegriffs	15
12221. Begriffsabgrenzung „Holdingkonzern“	15
12222. Regionale Dimensionen eines Holdingkonzerns	17
2. Funktionen von Holdingstrukturen	18
21. Nichtsteuerliche Motive für den Einsatz von Holdingstrukturen	18
211. Gesellschaftsrechtliche Vorteile	18
212. Betriebswirtschaftlich-organisatorische Vorteile	21
22. Holdingstrukturen als Gegenstand der (internationalen) Steuerplanung	22
221. Begriff der (internationalen) Steuerplanung	22
222. Problematik der internationalen Doppel- und Minderbesteuerung	25
2221. Begriff und Ursachen	25
2222. Notwendigkeit der Reduzierung der internationalen Doppel- und Minderbesteuerung	27
223. Holdingspezifisches Ziel-Mittel-System	29
2231. Ableitung steuerpolitischer Zielfunktionen	29
2232. Identifikation zielkomplementärer Gestaltungsmittel	33

	22321. Vorbemerkungen	33
	22322. Repatriierungsstrategien	33
	22323. Allokationsstrategien	36
	22324. Wesentliche Funktionsbereiche der Steuerplanung mit Holdingstrukturen	37
3.	Ableitung eines steuerlichen Anforderungsprofils an einen Holdingstandort	38
	31. Feststellung des steuerlichen „Status-Quo“	38
	32. Allgemeine Anforderungen an ein Steuersystem	42
	321. Vorbemerkungen	42
	322. Legitimation der Besteuerung	43
	323. Besteuerung entsprechend dem Gerechtigkeitspostulat	44
	3231. Leistungsfähigkeitsprinzip	44
	3232. Rechtsformneutralität	47
	3233. Finanzierungs- und Investitionsneutralität	48
	324. Einfachheit des Steuersystems	49
	325. Internationale Ausrichtung des Steuerrechts	51
	33. Bestimmung holdingspezifischer Standortkriterien	52
4.	Konkretisierung des Untersuchungsgegenstands	55
Kapitel 3	Analyse der steuerlichen Rahmenbedingungen für Holdinggesellschaften in Deutschland	61
1.	Systemwechsel im Körperschaftsteuerrecht	61
	11. Besteuerung auf Ebene der Kapitalgesellschaft	61
	12. Besteuerung auf Ebene des Anteilseigners	62
	121. Anteilseigner in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft	62
	1211. Dividendenfreistellung	62
	12111. Neukonzeption des § 8b Abs. 1 KStG	62
	12112. Konkretisierung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs	63
	1212. Veräußerungsgewinnfreistellung	65
	12121. Neukonzeption des § 8b Abs. 2 KStG	65
	12122. Konkretisierung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs	66
	12123. Einschränkungen der Veräußerungsgewinnfreistellung	69
	121231. Ausnahmen gemäß § 8b Abs. 3 KStG	69

121232.	Ausnahmen gemäß § 8b Abs. 4 Satz 1 KStG	71
121233.	Rückausnahmen gemäß § 8b Abs. 4 Satz 2 KStG	73
1213.	Beteiligungsertragsbefreiung bei mittelbarer Beteiligung über eine Personengesellschaft	76
1214.	Besonderheiten der Besteuerung von Finanzunternehmen i.S.d. Gesetzes über das Kreditwesen	78
1215.	Betriebsausgabenabzugsbeschränkungen	81
12151.	Einschränkung im Rahmen des nationalen Gewinntransfers	81
12152.	Restriktionen im Rahmen des Inbound- Gewinntransfers	86
122.	Anteilseigner in der Rechtsform der natürlichen Person	89
1221.	Erfassung von Beteiligungserträgen	89
1222.	Betriebsausgabenabzugsbeschränkung	89
2.	Gewerbsteuerliche Erfassung von Beteiligungserträgen	91
21.	Behandlung von Gewinnausschüttungen	91
211.	Systematik des gewerbsteuerlichen Hinzurechnungsgebots	91
212.	Anwendung auf Auslandsdividenden	92
2121.	Gewinne aus Anteilen an ausländischen Tochter- gesellschaften in Nicht-DBA-Drittstaaten	92
2122.	Gewinne aus Anteilen an ausländischen Tochter- gesellschaften in DBA-Drittstaaten	94
2123.	Gewinne aus Anteilen an ausländischen Tochter- gesellschaften in EU-Mitgliedsstaaten	96
213.	Anwendung auf Inlandsdividenden	97
214.	Betriebsausgabenqualifikation	97
22.	Behandlung von Veräußerungsgewinnen	98
23.	Erfassung mittelbarer Beteiligungserträge über eine Personen- gesellschaft	98
231.	Eigenständige Steuersubjekteigenschaft der Mitunternehmerschaft	98
232.	Mittelbare Gewinnausschüttungen	99
233.	Mittelbare Veräußerungsgewinne	100
3.	Fortentwicklung im Bereich der ertragssteuerlichen Organschaft	101
31.	Entwicklung des Organschaftskonzepts durch die Rechtsprechung	101
32.	Neukonzeption des Rechtsinstituts der Organschaft	104

321.	Voraussetzungen der Organschaft	104
3211.	Anforderungen im Rahmen der Körperschaftsteuer	104
32111.	Persönliche Voraussetzungen	104
321111.	Organgesellschaft	104
321112.	Organträger	105
32112.	Sachliche Voraussetzungen	108
321121.	Finanzielle Eingliederung	108
321122.	Ergebnisabführungsvertrag	110
3212.	Anforderungen im Rahmen der Gewerbesteuer	116
32121.	Persönliche Voraussetzungen	116
32122.	Sachliche Voraussetzungen	117
322.	Wirkungsmechanismus der Organschaft	119
3221.	Systematik	119
3222.	Steuerliche Gewinnermittlung auf Ebene der Organ- gesellschaft	120
3223.	Steuerliche Gewinnermittlung auf Ebene des Organträgers	123
3224.	Ergebnisausgleich	124
33.	Holdingsstrukturen im Anwendungsbereich der Organschaft	124
331.	Öffnung des Organkreises für vermögensverwaltende inländische Holding-Kapitalgesellschaften	124
332.	Öffnung des Organkreises für ausländische Unternehmen	127
4.	Internationale Gesichtspunkte der Holdingbesteuerung	129
41.	Änderungen im Bereich der Hinzurechnungsbesteuerung	129
411.	Abgrenzung der Hinzurechnungsbesteuerung von alternativen Gestaltungsgrenzen	129
4111.	Missbrauchsvermeidung im Rahmen der internationalen Steuerplanung	129
4112.	Zur Existenz eines abkommensimmanenten Missbrauchsvorbehalts	130
4113.	Nationale Gestaltungsgrenzen	136
41131.	Unbeschränkte Steuerpflicht bei Ort der Geschäftsleitung im Inland	136
41132.	Die sog. Durchgriffsbesteuerung (§ 42 AO)	139
41133.	Die sog. „Anti treaty shopping“-Vorschrift (§ 50d Abs. 3 EStG)	144

412. Die Hinzurechnungsbesteuerung als System zur Erfassung ungerechtfertigter Steuervorteile	146
4121. Wesen und Zielsetzung	146
4122. Das System nach dem Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz	149
41221. Die reguläre Hinzurechnungsbesteuerung	149
412211. Anwendungsvoraussetzungen	149
412212. Rechtsfolgen	152
4122121. Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags	152
4122122. Ausschüttungsfiktion	154
4122123. Steuerbelastung der fiktiven Gewinnausschüttung	154
4122124. Steuerbelastung der tatsächlichen Gewinnausschüttung	156
4122125. Übertragende Hinzurechnungsbesteuerung	158
41222. Die verschärfte Hinzurechnungsbesteuerung	159
412221. Tatbestandsvoraussetzungen	159
412222. Rechtsfolgen	161
42. Einschränkungen im Rahmen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung	164
421. Wesen und Zielsetzung des § 8a KStG	164
422. Anwendungsvoraussetzungen	166
4221. Persönliche Anforderungen	166
42211. Fremdkapitalnehmer	166
42212. Fremdkapitalgeber	167
4222. Sachliche Voraussetzungen	170
42221. Fremdkapitalvergütung	170
42222. Bemessung des anteiligen Eigenkapitals	172
42223. Überschreitung der zulässigen Fremdkapitalvolumina	173
42224. Ausschluss des Drittvergleichs	176
423. Rechtsfolgen	178
4231. Annahme der verdeckten Gewinnausschüttung	178
4232. Steuerliche Konsequenzen bei Umstrukturierungen	179

Kapitel 4	Einfluss der Steueränderungen bis zum Steuervergünstigungsabbaugesetz 2003 auf wesentliche Funktionsbereiche der Steuerplanung mit Holdingstrukturen	182
1.	Optimierung der relativen Konzernsteuerbelastung bei Repatriierung der Erträge	182
	11. Bedeutung der Dividendenfreistellung für die Einkommen- und Körperschaftsteuerbelastung	182
	111. Nationaler Dividendentransfer	182
	1111. Kapitalertragsteuereinbehalt	182
	1112. Körperschaftsteuerminderung und -erhöhung	183
	11121. Realisierbarkeit von Körperschaftsteuerguthaben	183
	11122. Liquiditätseinschränkung durch Nachversteuerung	185
	11123. Körperschaftsteuererhöhung	188
	1113. Zwischenfazit	189
	112. Grenzüberschreitender Dividendentransfer	190
	1121. Gewinnausschüttungen in das Ausland	190
	11211. Systemwechsel und Tarifsenkung	190
	11212. Liquiditätsbelastung durch Kapitalertragsteuer	191
	1122. Gewinnausschüttungen in das Inland	192
	113. Steuerbelastung bei Thesaurierung der Erträge	194
	12. Bedeutung der Dividendenfreistellung für die Gewerbesteuerbelastung	195
	121. Zusatzbelastung bei mehrstufigen Auslandsholdingstrukturen	195
	122. Einfluss von Aktivitätsvorbehalten auf die Steuerbelastung	197
	13. Möglichkeiten der Vermeidung von Zusatzbelastungen bei der konzerninternen Ertragsrepatriierung	199
	131. Umgehung der Liquiditätsbelastung durch Nachbesteuerung und Kapitalertragsteuer	199
	132. Vermeidung der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung	200
	133. Organschaft als Gestaltungsinstrument	203
2.	Steueroptimale Realisierung von Umstrukturierungen	205
	21. Motivation und Formen der Umstrukturierung	205
	22. Gestaltung der Unternehmensakquisition	207
	221. Grundlegende Zielsetzung des Erwerbers einer Kapitalgesellschaft	207

222.	Grundlegende Steuerstrategien zum Erwerb einer Kapitalgesellschaft	208
2221.	Erwerb des Betriebsvermögens (asset deal)	208
2222.	Erwerb der Kapitalanteile (share deal)	209
2223.	Notwendigkeit des Interessenausgleichs	213
223.	Zur Zukunft sog. Step-Up-Modelle im Rahmen der Unternehmensakquisition	214
2231.	Standardmodelle	214
22311.	Umwandlungs- oder Formwechselmodell	214
22312.	Kombinationsmodell	215
22313.	Mitunternehmer(schafts)modell	217
22314.	Notwendigkeit der Modifikation der Modelle	218
2232.	Erweiterte Modelle	219
22321.	Kombinierter asset und share deal	219
22322.	Organschaftsmodell	220
22323.	Down-stream merger Modell	221
22324.	KGaA-Modell	222
2233.	Steuerinduzierter Kaufpreisabschlag zur Antizipation der latenten Steuerbelastung	223
23.	Gestaltung der Unternehmensdesinvestition	224
231.	Grundlegende Zielsetzung	224
232.	Reorganisation im Rahmen des Umwandlungssteuerrechts	224
2321.	Desinvestition im Rahmen der Verlängerung der Holdingstruktur	224
2322.	Verkürzung der Holdingstruktur	225
233.	Reorganisation außerhalb des Umwandlungssteuerrechts	226
234.	Fazit	228
3.	Reduzierung der relativen Steuerbelastung durch Ergebnisausgleich im Konzern	229
31.	Konzerninterne Verlustverrechnung außerhalb des Organkreises	229
311.	Grundzüge der Verlustberücksichtigung im deutschen Steuerrecht	229
312.	Nutzung von vorkonzernlichen Verlusten	230
3121.	Erfordernis der wirtschaftlichen Identität der Verlustgesellschaft	230
3122.	Umfang der Versagung des Verlustabzugs	233

313.	Verlustverwertung durch konzerninterne Umstrukturierungsmaßnahmen	234
3131.	Übertragung von Gewinnquellen auf Verlustgesellschaften	234
3132.	Übertragung von Verlustquellen auf gewinnerzielende Gesellschaften	235
32.	Konzerninterne Verlustverrechnung im Rahmen der Organschaft	237
321.	Nutzung von Verlusten der Organgesellschaft	237
322.	Nutzung von Verlusten des Organträgers	239
323.	Verlustnutzung im Rahmen von grenzüberschreitenden Holdingstrukturen	240
33.	Grenzüberschreitende Verlustverrechnung	243
4.	Steuroptimale konzerninterne Finanzierungsstrukturen	245
41.	Finanzierungsentscheidungen im Rahmen einer inländisch beherrschten Holdingstruktur	245
411.	Finanzierungsfreiheit der inländischen Holdinggesellschaft	245
412.	Finanzierung von inländischen Beteiligungsgesellschaften	248
4121.	Grundlegende steuerliche Gestaltungsansätze	248
4122.	Bedeutung der Organschaft zur Vermeidung des Betriebsausgabenabzugsverbots	250
41221.	Zweistufige Konzernstruktur	250
41222.	Drei- oder mehrstufige Konzernstruktur	254
41223.	Tendenzaussagen	256
4123.	Zwischenschaltung von EU-Auslandsholdinggesellschaften	258
41231.	Grundlegende Tendenzen	258
41232.	Steuerliche Folgen der Zwischenschaltung einer EU-Auslandskapitalgesellschaft	261
412321.	Besteuerung des Dividendentransfers	261
4123211.	Vermeidung zusätzlicher Liquiditätsbelastungen	261
4123212.	Vermeidung zusätzlicher Steuerbelastungen	262
41232121.	Zusätzliche Besteuerungsebene im Ausland	262
41232122.	Betriebsausgabenabzugsbeschränkung	265

412322.	Auswirkungen auf die Steuerbelastung der Finanzierung	266
4123221.	Bereitstellung von Eigenkapital	266
41232211.	Eigenrefinanzierung	266
41232212.	Fremdrefinanzierung	266
4123222.	Bereitstellung von Fremdkapital (Gesellschafterdarlehen)	267
41232221.	Eigenrefinanzierung	267
41232222.	Fremdrefinanzierung	268
4123223.	Zwischenergebnis	269
41233.	Besonderheiten der Finanzierung von inländischen Konzernstreubesitzbeteiligungen	269
41234.	Das Rechtsinstitut der Organschaft als Gestaltungsinstrument	271
412341.	Einschränkungen bei der steuerlichen Berücksichtigung des grenzüberschreitenden Konzernverbunds	271
412342.	Steuerbelastung der Finanzierung inländischer Konzernbeteiligungen	271
41235.	Zusammenfassung der Ergebnisse	272
413.	Finanzierung von ausländischen Beteiligungsgesellschaften	273
4131.	Fremdkapitalfinanzierung	273
4132.	Eigenkapitalfinanzierung	274
4133.	Eigenkapitalfinanzierung der ausländischen Beteiligungsgesellschaft durch eine inländische Zwischenholding	276
4134.	Zwischenergebnisse	278
42.	Finanzierungsentscheidungen im Rahmen einer ausländisch beherrschten Holdingstruktur	280
421.	Grundlegende Tendenzaussagen	280
422.	Organschaft als Gestaltungsinstrument	281
423.	Restriktionen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung	283
5.	Abschirmung ausländischer Erträge vor inländischem Steuerzugriff	286
51.	Zusatzbelastungen durch die Hinzurechnungsbesteuerung	286

52. Hinzurechnungsbesteuerung bei Zwischenschaltung einer Auslandspersonengesellschaft	287
53. Hinzurechnungsbesteuerung als Umstrukturierungshindernis	289
Kapitel 5 Schlussbetrachtung und Ausblick	291
Anhang	303
Verzeichnis der Gesetze, Rechtsverordnungen und Verwaltungsanweisungen	310
Rechtsprechungsverzeichnis	316
Literaturverzeichnis	322

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

a.A.	andere(r) Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abb.	Abbildung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
a.F.	alter Fassung
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
AStG	Außensteuergesetz
Aufl.	Auflage
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd., Bde.	Band, Bände
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
bspw.	beispielsweise
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
ders.	derselbe

d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
dt.	deutsche(s)
EC	European Community
EG	Europäische Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EK	Eigenkapital
erg.	ergänzt(e)
erw.	erweitert(e)
ESt	Einkommensteuer
EStG	Einkommensteuergesetz
ET	European Taxation (Zeitschrift)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
e.V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f., ff.	fortfolgend, fortfolgende
FK	Fremdkapital
FN	Fußnote
FR	Finanz-Rundschau Ertragsteuerrecht (Zeitschrift)
GewErtSt	Gewerbeertragsteuer
GewSt	Gewerbsteuer
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GG	Grundgesetz
ggfs.	gegebenenfalls
GP	Gliederungspunkt
grds.	grundsätzlich
GrSt	Grundsteuer
GrStG	Grundsteuergesetz

HBeglG	Haushaltsbegleitgesetz
Hrsg.	Herausgeber
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
IFA	International Fiscal Association
i.d.F.	in der Fassung
i.e.S.	im engeren Sinne
i.H.v.	in Höhe von
i.R.d.	im Rahmen des/der
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
insbes.	insbesondere
inl.	inländische(s)
InvZulG	Investitionszulagengesetz
IStR	Internationales Steuerrecht (Zeitschrift)
IWB	Internationale Wirtschafts-Briefe
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
KapErtSt	Kapitalertragsteuer
Komm.	Kommentar
KSt	Körperschaftsteuer
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
lit.	littera (lat.), für Buchstabe
MA	Musterabkommen
m.Bsp.	mit Beispiel(en)
m.E.	meines Erachtens
MU	Mutterunternehmen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
neubearb.	neubearbeitet(e)

n.F.	neue Fassung
N. F.	Neue Folge
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
OECD-MA	Muster eines Abkommens auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und Vermögen (Musterabkommen)
OFD	Oberfinanzdirektion
o.g.	oben genannt
o.S.	ohne Seitenangabe
o.V.	ohne Verfasser
Prot.	Protokoll
resp.	respektive
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
Rz.	Randzeichen
s.	siehe
S.	Seite(n)
sog.	sogenannte(n)
SRG	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
StÄndG	Steueränderungsgesetz
StAnpG	Steueranpassungsgesetz
StandOG	Standortsicherungsgesetz
StBereinG	Steuerbereinigungsgesetz
StEntlG	Steuerentlastungsgesetz
StMBG	Mißbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz
StSenkG	Steuersenkungsgesetz
StSenkErgG	Steuersenkungsergänzungsgesetz
StuW	Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift)
StVBG	Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz
StVergAbG	Steuervergünstigungsabbaugesetz
SWI	Steuer und Wirtschaft International (Zeitschrift)

TU	Tochterunternehmen
Tz.	Textziffer
u.a.	unter anderem
UBGG	Gesetz über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften
überarb.	überarbeitet(e)
UntStFG	Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz
US	Vereinigte Staaten
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.	von
v.a.	vor allem
verb.	verbessert(e)
Vfg.	Verfügung
VG	Veräußerungsgewinn
vgl.	vergleiche
vollst.	vollständig
vs.	versus
VZ	Veranlagungszeitraum
z.B.	zum Beispiel
ZfbF	Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
Ziff.	Ziffer
zzgl.	zuzüglich

Abbildungsverzeichnis

		Seite
Abb. 1	Funktionale, hierarchische und regionale Dimensionen einer Holding	18
Abb. 2	Differenzierung internationaler Holdingstrukturen in Inbound- und Outbound-Investments	57
Abb. 3	Zusammenfassende Übersicht zum Anwendungsbereich der Hinzurechnungsbesteuerung	162
Abb. 4	Formen der Finanzierung von Kapitalbeteiligungen	246
Abb. 5	Zwischenschaltung von Auslandsholdinggesellschaften als Gestaltungsinstrument zur Finanzierung von inländischen Konzernbeteiligungen – Untersuchungsgegenstand	259

T a b e l l e n v e r z e i c h n i s

		Seite
Tab. 1	Internationalisierungsgrad unternehmerischer Betätigung	23
Tab. 2	Zielsystem der Steuerplanung mit Holdingstrukturen	30
Tab. 3	Prüfung des steuerlichen Anforderungsprofils an einen effizienten Holdingstandort in Deutschland vor den sog. Unternehmenssteuerreformen bis einschließlich Veranlagungszeitraum 1998	54
Tab. 4	Anwendung des § 3c Abs. 1 EStG bei steuerfreien Bezügen im Sinne von § 8b Abs. 1 KStG	83
Tab. 5	Gesamtsteuerbelastung thesaurierter und ausgeschütteter Gewinne in Abhängigkeit vom gewerbesteuerlichen Hebesatz und vom Grenzsteuersatz der Einkommensteuer	195
Tab. 6	Beurteilung der Gewerbesteuerpflicht von Beteiligungserträgen im Sinne des § 8b Abs. 1 KStG	199
Tab. 7	Steuerbelastung der Einkünfte aus ausländischen Beteiligungen unter Berücksichtigung der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung i.S.d. § 8 Nr. 5 GewStG.	201
Tab. 8	Steuerbelastung inländischer Zwischenholdingkonzerne in Abhängigkeit von der Entstehungsstufe von Finanzierungskosten im Konzern	279
Tab. 9	Anpassung der abzugsfähigen Fremdkapitalaufwendungen für Holdinggesellschaften im Rahmen der Änderung des § 8a KStG	282
Tab. 10	Prüfung des steuerlichen Anforderungsprofils an einen effizienten Holdingstandort in Deutschland nach den sog. Unternehmenssteuerreformen (Veranlagungszeitraum 2003)	298
Tab. A1	Gesamtsteuerbelastung der Finanzierung inländischer Beteiligungen in Abhängigkeit von der Finanzierungsform	308
Tab. A2	Vergleich der Eigen- und Fremdfinanzierung im Rahmen des Systemwechsels der Körperschaftsbesteuerung	309

Kapitel 1 Problemstellung und Gang der Untersuchung

Die Entwicklung im Bereich des deutschen Unternehmenssteuerrechts hat in den letzten Jahren dramatisch an Dynamik gewonnen. Der mit dem sog. Steuersenkungsgesetz¹ vom 23. Oktober 2000 neu begonnene Reformprozess steht dabei im Wesentlichen unter dem Anspruch, den veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen Rechnung zu tragen.² Vor dem Hintergrund der Globalisierung der Kapital-, Arbeits- und Dienstleistungsmärkte liegt daher ein essentielles Augenmerk auf der internationalen Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Unternehmenssteuerrechts. Dies gilt nach wie vor im Verhältnis zu den klassischen Investitionsstandorten, wie beispielsweise der Schweiz und den sog. Steueroasen-Ländern, und zunehmend im Verhältnis zu den konkurrierenden Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.³ Die verstärkte Mobilität von Investitionen hat gewissermaßen einen weltweiten Wettbewerb um Investoren ausgelöst.⁴ Die gesetzlichen Rahmenbedingungen, darunter die Unternehmenssteuern, stellen in diesem Zusammenhang einen beachtlichen Wettbewerbsfaktor dar.⁵

Änderungen im Bereich der Unternehmensbesteuerung treffen auch das Gestaltungsinstrument der Holdinggesellschaft.⁶ Branchen- und größenübergreifend stellt die Implementierung einer Holdingstruktur wegen der betriebswirtschaftlich-organisatorischen Vorteile nach wie vor eine beliebte unternehmerische

¹ Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (Steuersenkungsgesetz – StSenkG) vom 23. Oktober 2000, BGBl. I 2000, S. 1433 ff.

² Vgl. BT-Drs. 14/3074 v. 30.3.2000, S. 1.

³ Entsprechend einer im Auftrag des manager magazins durchgeführten Umfrage erwägt jedes dreizehnte mittelständische Unternehmen mit mehr als 100 Beschäftigten eine Verlagerung der Unternehmenszentrale ins Ausland. Vgl. Müller, H., 2003, o.S. Ein aktuelles öffentlichkeitswirksames Beispiel stellt bspw. die von der Infineon AG angestrebte Sitzverlegung in die Schweiz dar.

⁴ Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 841; Krebühl, H.-H., 2001, S. 1733; Selling, H.-J., 2000, S. 226.

⁵ Standortkriterien wie bspw. die Infrastruktur, das Bildungswesen, die politische und soziale Stabilität des Landes sowie das Lohnniveau dürfen selbstverständlich nicht vernachlässigt werden. Vgl. auch Hernler, J., 2000, S. 1644. Zu weiteren Kriterien vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 841 f.; Schierenbeck, H., 2003, S. 46 ff. Der Einfluss des unternehmerischen Engagements auf die wirtschaftliche Entwicklung eines Landes erklärt das berechtigte Interesse des Staates an der Gestaltung attraktiver (steuerlicher) Rahmenbedingungen. Vgl. Selling, H.-J., 2000, S. 226. In diesem Sinne auch Krebühl, H.-H., 2001, S. 1741.

⁶ Vgl. Prinz, U., 1999, S. 362.

Gestaltungsform eines mehrstufigen Konzernaufbaus dar.⁷ Holdinggesellschaften sind in ihrer Eigenschaft als Finanzierungs- und Verwaltungsgesellschaften regelmäßig personell und funktionell standortungebunden. Da sie im Vergleich zu operativen Unternehmen eine hohe regionale Mobilität aufweisen, verfügen sie zwangsläufig über eine erhebliche Steuerelastizität⁸ und können dementsprechend den Steuerwettbewerb der Steuerhoheiten zu ihrem Vorteil nutzen.

Vor diesem Hintergrund sollen die Änderungen des Unternehmenssteuerrechts bis zum Steuervergünstigungsabbaugesetz 2003 einer kritischen Analyse hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die Attraktivität des Holdingstandorts Deutschland unterzogen werden. Die Untersuchung erstreckt sich in diesem Zusammenhang auf den Einsatz von deutschen Holdinggesellschaften durch im Inland sowie im Ausland ansässige Investoren. Eine solche unternehmenstypbezogene Standortbeurteilung ist in der wissenschaftlichen Forschung bisher nur selten und mit Bezug zu der veränderten Rechtslage bloß ansatzweise erfolgt.⁹ Aus den für diesen Organisationstyp gewonnenen Erkenntnissen kann zwar nicht uneingeschränkt auf die Attraktivität eines Investitionsstandorts im Allgemeinen geschlossen werden;¹⁰ Implikationen sind aber – wegen der großen Bedeutung von Holdingstrukturen für die (grenzüberschreitende) Unternehmenstätigkeit in Folge der zunehmenden wirtschaftlichen Verflechtun-

⁷ Vgl. Lutter, M., 1998a, Tz. A 1; Hintzen, B., 1997, S. 1. Zum mehrstufigen Unternehmensaufbau vgl. Bader, A., 1998, S. 1.

⁸ Steuerelastizität verstanden als die Elastizität der regionalen Ansässigkeit in Bezug auf eine Änderung der Steuerbelastung. Zum mikroökonomischen Elastizitätsbegriff vgl. Schumann, J., 1999, S. 66 ff.

⁹ Erstmals umfassend Hintzen, B., 1997 für die sog. Zwischenholding aus Anlass des sog. Standortsicherungsgesetzes vom 13.9.1993, BStBl. I 1993, S. 774 ff. Kessler, W., 2002a, S. 71 stellt fest: „Das zentrale Problem der grenzüberschreitenden Steuerplanung mit Holdinggesellschaften besteht damit darin, einen geeigneten Standort für die Zwischeneinheit zu finden. Diese Aufgabe bereitet allerdings erhebliche Schwierigkeiten, weil es sich um ein komplexes und schlecht strukturiertes Entscheidungsproblem handelt, das theoretisch noch wenig erforscht ist.“

¹⁰ Eine solche Aussage macht eine differenziertere Analyse, insbesondere auch unter Einbeziehung branchen- und größenspezifischer sowie regionaler Unterschiede erforderlich, die an dieser Stelle nicht geleistet werden kann.

gen¹¹ – auf die Vorteilhaftigkeitseinschätzung durch in- und ausländische Investoren übertragbar.

Die Prüfung der holdingtypischen Besteuerungsaspekte basiert auf der Grundlage des Anfang Dezember 2003 geltenden deutschen Unternehmenssteuerrechts. Die Betrachtung der Steuerrechtsänderungen setzt mit dem Steuersenkungsgesetz vom 23. Oktober 2000 ein,¹² welches – so der Gesetzgeber – den Beginn einer umfassenden Reform des Unternehmenssteuerrechts einleiten sollte.¹³ Entsprechend bewirkte das Steuersenkungsgesetz 2000 unter anderem einen grundlegenden Systemwechsel im Rahmen der Körperschaftsbesteuerung. Die in diesem Zusammenhang erfolgten Änderungen bei der steuerlichen Erfassung von Beteiligungserträgen erlangen vor allem Bedeutung für die hier thematisierten Holdingstrukturen.

Die sog. „Dezembergesetze 2003“, namentlich das Steueränderungsgesetz vom 15. Dezember 2003, das Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz vom 22. Dezember 2003, das Gesetz zur Änderung des Gewerbesteuergesetzes und anderer Gesetze vom 23. Dezember 2003 und das Haushaltsbegleitgesetz 2004 vom 29. Dezember 2003, konnten wegen der während des Gesetzgebungsverfahrens unabsehbaren Entwicklung bis zur Fertigstellung der Arbeit im Dezember 2003 nicht mehr berücksichtigt werden. Die mit diesen Gesetzen verbundenen Änderungen für Holdingstrukturen sind so weitreichend, dass ihnen nur eine grundlegende Überarbeitung dieser Untersuchung gerecht würde. Da sich zudem bereits heute erneut Änderungsbedarf und –ab-

¹¹ Unternehmen stellen sich zunehmend der Aufgabe, durch Investitionen im Ausland neue Märkte zu erschließen. Zu Motiven für eine zunehmende Auslandsdiversifikation der Unternehmenstätigkeit sowie zu Vor- bzw. Nachteilen international ausgerichteter gegenüber national orientierten Unternehmen vgl. allgemein Schierenbeck, H., 2003, S. 42 ff. Grenzüberschreitende Investitionen werden dabei überwiegend in Form von Direktinvestitionen (Errichtung von ausländischen Betriebsstätten, Tochterpersonengesellschaften und Tochterkapitalgesellschaften) durchgeführt. Zur Abgrenzung von Internationalisierungsstufen unternehmerischer Tätigkeit vgl. Schierenbeck, H., 2003, S. 44 f.

¹² Die Analyse der vorherigen Reformansätze ist in der Literatur bereits umfassend erfolgt. Vgl. stellvertretend nur Bader, A., 1998; Hintzen, B., 1997; Kessler, W., 1996 und zum sog. Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 Prinz, U., 1999a, S. 356 ff.

¹³ Vgl. die Begründung zum UntStFG in BT-Drs. 14/6882 v. 10.9.2001, S. 23.

sicht abzeichnen, soll eine Einarbeitung der fortwährenden Änderungen im Rahmen dieser Betrachtung unterbleiben.

Die Analyse der steuerlichen Rahmenbedingungen für Holdinggesellschaften setzt zunächst eine detaillierte Konkretisierung des Untersuchungsobjekts voraus. Dazu erfolgt in Kapitel 2 eine Kennzeichnung der Organisationsstruktur „Holding“ mittels Bestimmung der dieser Arbeit zugrundeliegenden Holdingstruktur in funktionaler, hierarchischer und regionaler Hinsicht. Die in diesem Zusammenhang erläuterten Holdingfunktionen dienen ebenso als Maßstab für die folgende Beurteilung der Steuerrechtsänderungen wie die im Rahmen der Ableitung eines sog. steuerlichen Anforderungsprofils deduzierten grundsätzlichen Ansprüche an einen idealtypischen Holdingstandort.

Die Analyse der steuerlichen Rahmenbedingungen in Kapitel 3 erfolgt mit Bezug auf die im vorangegangenen Kapitel festgelegte Referenzgrundlage der Untersuchung (steuerlicher „Status-Quo“) und konzentriert sich auf die für Holdingstrukturen relevanten Aspekte des deutschen Besteuerungssystems. Mangels eines eigenständigen deutschen Holding- und Konzernsteuerrechts sind für die Besteuerung von Holdingstrukturen generell die auf Kapitalgesellschaften anwendbaren Vorschriften einschlägig; eine explizite Berücksichtigung der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Teileinheiten erfolgt gegebenenfalls durch das Rechtsinstitut der steuerlichen Organschaft. Von Bedeutung sind daher vor allem der körperschaftsteuerliche Systemwechsel, dessen Implikationen für die Gewerbesteuererhebung, die Fortentwicklung des Rechtsinstituts der Organschaft sowie die Änderungen im Bereich des deutschen internationalen Steuerrechts, namentlich mit Wirkung für sog. Outbound-Investitionen die Hinzurechnungsbesteuerung und hauptsächlich mit Einfluss auf sog. Inbound-Investitionen die Behandlung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung.

Die Anfang Dezember 2003 geltenden steuerlichen Rahmenbedingungen werden in Kapitel 4 der Arbeit vor dem Hintergrund der wesentlichen Funktionsbereiche der Steuerplanung mit Holdingstrukturen beurteilt. Es soll untersucht werden, inwieweit die holdingtypischen steuerlichen Ziele im Rahmen des Ende 2003 geltenden deutschen Unternehmenssteuerrechts realisiert werden kön-

nen. In diesem Zusammenhang sind sowohl die bereits in der Vergangenheit praktisch angewandten respektive theoretisch diskutierten Strategien auf ihre fortgeltende Zielkomplementarität zu überprüfen als auch gegebenenfalls neues, zielführendes Gestaltungspotential zur Durchsetzung der Holdingfunktionen aufzuzeigen.

Kapitel 5 der Arbeit enthält eine abschließende zusammenfassende Würdigung vor dem Hintergrund der mit den Reformen verbundenen Zielsetzungen. Eine Prüfung anhand der zuvor abgeleiteten allgemeinen Kriterien für die Eignung eines Steuersystems, deren Verwirklichung einen wesensimmanenten Reformanspruch darstellt, wird dieser Beurteilung vorangestellt. Die Arbeit schließt mit einem Ausblick.

Kapitel 2 Die Holding als unternehmenspolitisches und steuerpolitisches Gestaltungsinstrument

1. Kennzeichnung der Organisationsstruktur „Holding“

11. Begriff der „Holding“

111. Ableitung einer Definition

Die historischen Wurzeln von Holdingstrukturen gehen zurück auf den Beginn des 19. Jahrhunderts und auf die zu dieser Zeit stattfindende Bildung von Gesellschaften in den USA und in Europa, deren Hauptzweck in der Verwaltung von Anteilen an verbundenen Unternehmen und in der Finanzierung von Unternehmensbeteiligungen bestand.¹⁴ Mittlerweile haben Holdingstrukturen eine branchen- und unternehmensgrößenübergreifende Akzeptanz gefunden.¹⁵

Der weder gesetzlich definierte noch in der Literatur einheitlich verwendete Begriff der „Holding“ kennzeichnet keine eigenständige Unternehmensform, sondern lediglich eine Organisationsstruktur.¹⁶ Abgeleitet aus dem englischen Verb „to hold“ beschreibt er eine auf Dauer gerichtete Beteiligung an mindestens einem anderen rechtlich selbständigen Unternehmen ohne Bindung an eine bestimmte Mindestbeteiligungsquote.¹⁷ Der Begriff der Holding ist grundsätzlich rechtsformunabhängig;¹⁸ trotz der zugrundeliegenden weiten Holdingdefinition haben in der Praxis aber überwiegend Mehrheitsbeteiligungen hal-

¹⁴ Zur historischen Entwicklung vgl. Anesini, S., 1991, S. 46 ff.; Fohr, I., 2000, S. 25 f.; Lutter, M., 1998a, Tz. A 8; Keller, T., 1993, S. 28 f.

¹⁵ Vgl. Keller, T., 1993, S. 27.

¹⁶ Vgl. Arndt, H.-W./Ringel, E., 1998, S. 2147; Fohr, I., 2000, S. 29; Hintzen, B., 1997, S. 5; Lutter, M., 1998a, Tz. A11. Keller, T., 1993, S. 56 bezeichnet die Holding auch als „Unternehmung sui generis“.

¹⁷ Vgl. Anesini, S., 1991, S. 49 f.; Lutter, M., 1998a, Tz. A 11. Zur praktischen Relevanz von Mehrheitsbeteiligungen vgl. auch Kap. 2 Abschn. 12221.

¹⁸ Neben Unternehmen in der Rechtsform einer Kapital- oder Personengesellschaft können grundsätzlich auch natürliche Personen oder Stiftungen Holdingfunktionen ausüben. Vgl. Arndt, H.-W./Ringel, E., 1988, S. 2147; Bernhardt, W./Witt, P., 1995, S. 1349; Lutter, M., 1998a, Tz. A 24. Die unterschiedlichen Rechtsformen können an ihren holdingfunktionsbezogenen struktur- und führungsorganisatorischen Instrumentaleigenschaften gemessen werden. Keller, T., 1993, S. 151 ff. unterscheidet in diesem Sinne die Selbständigkeit der Organe (Stabilität), die Anpassungsfähigkeit bei Veränderungen (Flexibilität), die Unabhängigkeit von externen Zielvorgaben (Neutralität) und die Interessenbündelung gegenüber den operativen Unternehmen (Zentralität). Zu den rechtsformbestimmenden Merkmalen der Holding vgl. ders., 1993, S. 151 ff.; Kraft, E.-T., 1998, Tz. B 11 ff.

tende Holdingkapitalgesellschaften Bedeutung erlangt.¹⁹ Die synonyme Verwendung der Begriffe Holding und Holdinggesellschaft zur Kennzeichnung einer die Holdingfunktionen übernehmenden Unternehmensform ist für Zwecke dieser Untersuchung insofern sachgemäß.²⁰ Zusammenfassend kann eine Holding demnach – in Anlehnung an *Hülss* – definiert werden als eine Gesellschaft, „vornehmlich eine juristische Person, die bei freier Wahl des Domizils, neben der Kapitalsanlage und Kapitalverwaltung, befähigt ist aufgrund ihres Mehrheitsbesitzes am Effektenkapital anderer Gesellschaften diese dauernd zu beherrschen, zu finanzieren, zu kontrollieren, zu organisieren, wobei die Untergesellschaften ihre rechtliche Selbständigkeit behalten“²¹.

Obwohl bis heute ohne explizite legale Verwendung, erfährt der Holdingbegriff im deutschen Steuerrecht erstmals eine gesetzliche Konkretisierung mit der Implementierung des § 8a Abs. 4 KStG im Rahmen des sog. Standortsicherungsgesetzes²² vom 13. September 1993. Diese Vorschrift weist in Satz 1 die Holdingeigenschaft bei der Erfüllung zweier alternativer Tatbestandsvoraussetzungen ausschließlich solchen Kapitalgesellschaften zu, „deren Haupttätigkeit darin besteht, Beteiligungen an Kapitalgesellschaften zu halten und diese Kapitalgesellschaften zu finanzieren *oder* deren Vermögen zu mehr als 75 vom Hundert ihrer Bilanzsumme aus Beteiligungen an Kapitalgesellschaften besteht“.²³ Eine ausdrückliche Verwendung durch die Finanzverwaltung erfährt

¹⁹ Vgl. Bernhardt, W./Witt, P., 1995, S. 1349; Hintzen, B., 1997, S. 6; Schwarzinger, W./Trentini, S., 1993, S. 15.

²⁰ A.A. Lutter, M., 1998a, Tz. A 24. Die Gesamtheit des Unternehmensverbundes wird als Holdingkonzern bezeichnet. Vgl. Lutter, M., 1998a, Tz. A 28; Rose, G./Glorius-Rose, C., 1995, S. 148. Zur Abgrenzung des Holdingbegriffs vom Konzernbegriff vgl. Kap. 2 Abschn. 12221.

²¹ Hülss, K., 1934, S. 8.

²² Vgl. Fn. 9.

²³ Hervorhebung durch die Verfasserin. Der zitierte Teil des § 8a Abs. 4 KStG i.d.F. des StSenkG 2000 ist seit seiner Einführung mit dem StandOG unverändert geblieben.

der Begriff der (inländischen)²⁴ Holdinggesellschaft mit dem Einführungserlass zu § 8a Abs. 4 KStG.²⁵

112. Abgrenzung gegenüber ausgewählten typverwandten Gesellschaftsformen

§ 1 Abs. 1 KAGG definiert *Kapitalanlagegesellschaften* als Kreditinstitute, deren Geschäftszweck auf die Geldanlage „im eigenen Namen für gemeinschaftliche Rechnung der Einleger (Anteilhaber) nach dem Grundsatz der Risikomischung ... gesondert vom eigenen Vermögen“ zielt. Im Gegensatz zur Holding darf die Gesellschaftsform der Kapitalanlagegesellschaft gemäß § 1 Abs. 3 KAGG nur in der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung betrieben werden. Sie unterliegt den restriktiven handelsrechtlichen Vorschriften für Kreditinstitute und gelangt gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 6 KWG in den Anwendungsbereich des Kreditwesengesetzes. Die Kapitalanlagegesellschaft unterscheidet sich von einer typischen Holding darüber hinaus durch Einschränkungen im Bereich ihrer Anlagemöglichkeiten.²⁶ Eine Holding ist insofern hinsichtlich ihres Beteiligungsengagements autonomer und flexibler als eine Kapitalanlagegesellschaft und unterscheidet sich auch in ihrer vermögensrechtlichen Struktur.²⁷

Der Geschäftsbereich einer *Unternehmensbeteiligungsgesellschaft* besteht gemäß § 2 Abs. 2 UBGG aus dem Erwerb, dem Halten, der Verwaltung und der Veräußerung von Wagniskapitalbeteiligungen.²⁸ Ebenso wie die Kapitalan-

²⁴ Das Adjektiv „inländisch“ ersetzt im Folgenden zur Vereinfachung des Sprachgebrauchs stets die eine unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht konstituierenden Merkmale der Belegenheit der Geschäftsleitung oder des Verwaltungssitzes im Inland gem. § 1 KStG.

²⁵ Mit BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 79 ff. stellt die Finanzverwaltung überdies klar, dass auch eine sog. Führungsholding aufgrund der Ausübung geschäftsleitender Tätigkeiten unter den Holdingbegriff subsumiert wird und somit in den Anwendungsbereich des § 8a Abs. 4 KStG gelangt. Zum Begriff der Führungsholding vgl. Kap. 2 Abschn. 121.

²⁶ §§ 8 ff. KAGG bestimmen die für diese Anlageform zugelassenen Vermögensgegenstände. Die Kapitalanlagegesellschaft hat ihre Einlagen gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 KAGG in einem „Sondervermögen“ zu bilden und von ihrem Gesamtvermögen entsprechend Satz 3 der Vorschrift zu trennen. Die Verwahrung und Verwaltung des Sondervermögens wird gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 KAGG durch ein externes Kreditinstitut, die Depotbank, übernommen.

²⁷ Vgl. Keller, T., 1993, S. 66.

²⁸ Unternehmensbeteiligungsgesellschaften bedürfen gemäß § 1 Satz 1 UBGG der behördlichen Anerkennung. Wagniskapitalbeteiligungen sind gemäß § 1 Abs. 2 UBGG Aktien,

gegesellschaft unterliegt diese Gesellschaftsform gemäß § 2 Abs. 1 UBGG Restriktionen im Hinblick auf ihre rechtlich-statutarische Struktur; es kommt ausschließlich die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft in Betracht. Darüber hinaus enthält § 4 UBGG Regelungen zur Beschränkung der Anlagehöhe mit dem Ziel, eine Risikostreuung herbeizuführen sowie einen langfristigen beherrschenden Einfluss auf die Beteiligungsgesellschaften zu verhindern.²⁹ Eine Unternehmensbeteiligungsgesellschaft kommt einer typischen Holding damit zwar näher als eine Kapitalanlagegesellschaft; Unterschiede bestehen aber zum einen aufgrund der Rechtsformbeschränkung und zum anderen durch die umfangreichen Restriktionen hinsichtlich der Anlagenhöhe und -formen, die – obgleich als nicht holdingkonstituierendes Merkmal in der Praxis regelmäßig erfüllt – letztlich eine Einflussnahme im Sinne der einheitlichen Leitung verhindern.³⁰

Als *Finanzierungsgesellschaft* wird eine rechtlich selbständige, regelmäßig im Ausland ansässige Tochtergesellschaft verstanden, deren Funktion ausschließlich in der Finanzierung von verbundenen Konzerngesellschaften besteht.³¹ In einer rein funktionalen Betrachtung weisen Finanzierungsgesellschaften eine hohe Affinität zur typischen Holding auf. Im Gegensatz zur Holding, welche ihren Beteiligungsgesellschaften definitionsgemäß in der Regel Eigenkapital zur Verfügung stellt,³² konzentrieren sich Finanzierungsgesellschaften jedoch vornehmlich auf die Bereitstellung von Fremdkapital. Insofern kann diese Un-

Geschäftsanteile an einer GmbH, Kommanditanteile, Beteiligungen als Komplementär oder als stiller Gesellschafter i.S.d. § 230 HGB sowie Genussrechte. Die Kapitalbeteiligung ist regelmäßig verbunden mit der unternehmerischen Beratung des kapitalnehmenden Unternehmens und ausschließlich abhängig von den erwarteten Ertragschancen des Finanzobjektes. Vgl. Engelmann, A./Heitzer, B., 2001, S. 215; Pape, U./Beyer, St., 2001, S. 628.

²⁹ Vgl. Keller, T., 1993, S. 69.

³⁰ Vgl. die Ausführungen in Kap. 2 Abschn. 12221.

³¹ Die Ansässigkeit im Ausland ist nicht Voraussetzung für die Erfüllung der Eigenschaften einer Finanzierungsgesellschaft, jedoch bestehen im internationalen Vergleich sowohl wirtschaftliche als auch insbesondere steuerliche Gründe für die Implementierung dieser Gesellschaftsform im Ausland. Zum Einsatz ausländischer Finanzierungsgesellschaften im Rahmen der Konzernfinanzierung vgl. Gundel, G., 2000, S. 283 ff.

³² Anders als die typische Konzernfinanzierungsgesellschaft kann die Finanzierungs-Holdinggesellschaft auf „interne Finanzmittel“ aus Beteiligungserträgen zurückgreifen. Vgl. Hintzen, B., 1998, S. 1321.

ternehmensform auch als rechtliche Verselbständigung der (Fremd-) Finanzierungsfunktion innerhalb eines Konzernverbundes bezeichnet werden.³³ In der Wirtschaftspraxis treten beide Organisationsformen zunehmend mit Überschneidungen auf.³⁴

Eine Holding unterscheidet sich von den beispielhaft genannten verwandten Gesellschaftsformen daher insbesondere aufgrund der – wie im Folgenden noch zu veranschaulichen sein wird – deutlich stärkeren Intensität ihrer Einflussnahme auf die Geschäftspolitik der nachgeordneten Unternehmen.³⁵ Sie unterliegt zudem keinen formalen Restriktionen hinsichtlich ihrer rechtlich-statutarischen Struktur, der (regionalen, branchenbezogenen, vertikal oder horizontal diversifizierten) Beteiligungsauswahl, der Beteiligungshöhe sowie der Beteiligungsdauer.

12. Erscheinungsformen der „Holding“

121. Gesellschaftsbezogene Dimensionen einer Holding

Die Literatur unterscheidet in Anlehnung an *Keller* verschiedene Typen von Holdinggesellschaften hinsichtlich ihrer funktionalen, hierarchischen und regionalen³⁶ Dimensionen.³⁷ Die funktionale Betrachtung nimmt eine Abgrenzung unterschiedlicher Holdingtypen entsprechend der ausgeübten Aufgaben vor. Aus dem einer Holdinggesellschaft per definitionem immanenten Zweck der Beteiligung an anderen Unternehmungen kann zunächst die *Finanzierung* als Grundfunktion abgeleitet werden,³⁸ diese wird bereits durch Zuführung externen Eigenkapitals im Rahmen des Beteiligungserwerbs ausgeübt.³⁹ Die Finanzierungsfunktion wird regelmäßig ergänzt durch die Aufgabe der Beteili-

³³ Vgl. Keller, T., 1993, S. 72.

³⁴ Vgl. Hintzen, B., 1998, S. 1321; Keller, T., 1993, S. 74.

³⁵ Vgl. Kraft, E.-T., 1998, Tz. B 17 und die Ausführungen in Kap. 2 Abschn. 1222.

³⁶ Da die regionale Betrachtungsweise ausschließlich auf den Unternehmensverbund abstellt, erfolgt diese Einordnung erst in Kap. 2 Abschn. 12222.

³⁷ Vgl. Keller, T., 1993, S. 35 ff.; zusammenfassend Lutter, M., 1998a, Tz. A 13 ff.; Schwarzingler, W./Trentini, S., 1993, S. 12 ff. Diese Klassifizierung soll aufgrund ihrer fundamentalen Bedeutung auch der vorliegenden Analyse zugrunde gelegt werden.

³⁸ Zur Bedeutung der Finanzierungsfunktion im Konzern vgl. Günkel, M., 2003, S. S186.

³⁹ Vgl. Keller, T., 1993, S. 47 ff. Die Finanzierungsfunktion einer Holdinggesellschaft ist in diesem Zusammenhang nicht an eine bestimmte Finanzierungsform gebunden; auch die Fremdkapitalbereitstellung kommt demnach grundsätzlich in Betracht.

gungsverwaltung. Eine Holding, deren Aufgaben sich auf die genannte Finanzierung und Verwaltung von Beteiligungen („originäre Holdingfunktionen“)⁴⁰ beschränkt, wird auch als „Finanzholding“ bezeichnet.⁴¹ Die Finanzholding übernimmt grundsätzlich keine operativen Führungsfunktionen.⁴² Der Begriff der „Führungsholding“ kennzeichnet dagegen eine Holdinggesellschaft, die gegenüber ihren nachgeschalteten Beteiligungen neben ihren originären Holdingfunktionen die strategische Steuerung und Koordination im Sinne der unternehmerischen Führung („derivative Holdingfunktionen“) ausübt.⁴³ Auch eine solche „typische Holdinggesellschaft“ entfaltet – anders als die sog. „Mischholding“⁴⁴ – im Wesentlichen keine eigenen operativen Geschäftsaktivitäten.⁴⁵

⁴⁰ Aufgrund ihrer unmittelbaren und nicht trennbaren Verknüpfung mit dem Hauptzweck einer Holdinggesellschaft werden die beiden Funktionen der Finanzierung und Verwaltung als „originäre Holdingfunktionen“ bezeichnet. Vgl. Keller, T., 1993, S. 47 f.

⁴¹ Keller, T., 1993, S. 35 spricht auch von der *Holding i.w.S.* In der Literatur wird dieser Holdingtyp auch als Vermögensholding, Verwaltungsholding, Finanz- oder Beteiligungs- holding, Portfoliholding oder „reine Holdinggesellschaft“ bezeichnet. Vgl. Hülss, K., 1934, S. 7; Lutter, M., 1998a, Tz. A 21. Der in diesem Zusammenhang verwendete Begriff der Finanzholding ist nicht identisch mit dem in § 1 Abs. 3a KWG benutzten Begriff der Finanzholding-Gesellschaften. Letztere stellen Finanzunternehmen dar, „deren Tochterunternehmen ausschließlich oder hauptsächlich Institute oder Finanzunternehmen sind und die mindestens ein Einlagenkreditinstitut oder ein Wertpapierhandelsunternehmen zum Tochterunternehmen haben“.

⁴² Vgl. Keller, T., 1992, S. 16.

⁴³ Vgl. Keller, T., 1993, S. 52 f., der auch von der *Holding i.e.S.* spricht. Diese Gesellschaften werden auch als Management- oder geschäftsleitende Holding bezeichnet. Vgl. Bernhard, W./Witt, P., 1995, S. 1343 u. 1353 f.; Bühner, R., 1987, S. 41 ff.; Lutter, M., 1998a, Tz. A 16 m.w.N. Zeller, M., 1993, S. 349 f. unterscheidet die „unternehmerische Holding“. In der „unternehmerischen Holding“ wird Konzernführung als „internes Unternehmertum“ im Sinne autonomer marktwirtschaftlicher Beziehungen zwischen den einzelnen Konzernunternehmen bei Akzeptanz einer gemeinsamen – „strategischen“ – Konzernführung verstanden. Vgl. dies., 1993, S. 351 und 365.

⁴⁴ Die marktorientierten Eigenaktivitäten der Holdinggesellschaften sollten aber auch im Fall der sog. Mischholding den operativen Geschäften des Konzerns untergeordnet sein. Zum Begriff der Mischholding vgl. Lutter, M., 1998a, Tz. A 20 und A 23; Rose, G./Glorius-Rose, C., 1995, S. 148. Arndt, H.-W./Ringel, E., 1998, S. 2147; Keller, T., 1993, S. 56; Schwarzingler, W./Trentini, S., 1993, S. 13 verwenden die Bezeichnung der „gemischten“ Holding.

⁴⁵ Gemäß Keller, T., 1991, S. 1634 kennzeichnet den Typus der Führungsholding die Eigenschaft der „operativen Sachzielneutralität“. Der vollständige Verzicht auf eine eigene unternehmerische Tätigkeit ist für die Holdingeigenschaft dabei nicht erforderlich und wohl auch in der Praxis regelmäßig nicht realisierbar. Maßgebend ist daher der vergleichsweise geringe Umfang der operativen Tätigkeit gegenüber den eigentlichen Holdingfunktionen.

Die hierarchische Betrachtung von Holdingstrukturen knüpft an der Art der Einbindung der Holding in eine gegebene Beteiligungsstruktur an. Eine Holding stellt in Bezug auf die ihr nachgeschalteten Beteiligungen zunächst eine Dach-, Top- oder *Spitzenholding* dar.⁴⁶ Die sog. *Zwischenholding* übt zwar für die ihr untergeordneten Beteiligungsebenen ebenfalls Holdingfunktionen aus;⁴⁷ sie stellt aber in Abgrenzung zur Spitzenholding selbst auch eine abhängige Untergesellschaft dar.⁴⁸ *Lutter* bezeichnet die einer Holding untergeordneten Gesellschaften zur deutlichen Trennung der Tätigkeits- und Funktionsbereiche als „operative Gesellschaften“.⁴⁹ Diese Begriffswahl setzt voraus, dass die nachgeschaltete Gesellschaft ihrerseits keine Holdingfunktionen ausübt.⁵⁰

122. Konzernverbundbezogene Dimensionen einer Holdingstruktur

1221. Juristische und betriebswirtschaftliche Konzernbegriffe

Der *aktienrechtliche Konzernbegriff* des § 18 Abs. 1 Satz 1 AktG definiert den sog. Unterordnungskonzern⁵¹ als Zusammenfassung mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen, von denen wenigstens ein abhängiges Unternehmen unter der einheitlichen Leitung eines herrschenden Unternehmens steht. Die Definition des Aktiengesetzes ist grundsätzlich rechtsformunabhängig. Mit Bezug auf ihre über den Anwendungsbereich des Aktiengesetzes hinaus ge-

⁴⁶ Vgl. Anesini, S., 1991, S. 54; Keller, T., 1993, S. 38.

⁴⁷ Zur Abgrenzung der in der Literatur zum Teil fälschlicherweise synonym verwandten Begriffe der Zwischenholding, der Basisgesellschaft sowie der Zwischengesellschaft vgl. Arndt, H.-W./Ringel, E., 1998, S. 2147; Hintzen, B., 1998, S. 1319 f.

⁴⁸ Definitionsgemäß können Zwischenholdinggesellschaften auf jeder Hierarchieebene implementiert werden, ausgenommen die oberste und unterste Ebene des Unternehmensverbundes. Vgl. Hintzen, B., 1997, S. 7. Hülss, K., 1934, S. 7 spricht auch von der „intermediären Holdinggesellschaft“. Zur Bedeutung von Zwischenholdinggesellschaften als Landes- oder Funktionsholding vgl. Schaumburg, H., 2002, S. 3.

⁴⁹ Vgl. Lutter, M., 1998a, Tz. A 27. Eine Interpretation der Bezeichnung im Sinne einer ausschließlich aktiven Betätigung der Beteiligungsgesellschaften vor dem Hintergrund der international üblichen und im deutschen Steuerrecht unter anderem in § 2a Abs. 2 EStG sowie § 8 Abs. 1 AStG aufgenommenen Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Tätigkeiten kann nicht gewollt sein. Die einer Holding nachgeschalteten Gesellschaften können im Rahmen ihres operativen Geschäfts grundsätzlich sowohl aktive als auch passive Einkünfte generieren. Zur Bedeutung der Abgrenzung aktiver und passiver Einkünfte im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung vgl. Kapitel 3 Abschn. 41.

⁵⁰ Der Begriff der operativen Gesellschaft wird zur deutlichen funktionalen Unterscheidung daher im Folgenden stets auf die Beteiligungsgesellschaften der untersten Hierarchieebene angewandt.

⁵¹ Der sog. Gleichordnungskonzern i.S.d. § 18 Abs. 2 AktG wird im Folgenden aufgrund der in Deutschland nur geringen Bedeutung nicht behandelt. Vgl. Küting, K., 1980, S. 8.

hende Bedeutung wird die aktienrechtliche Definition auch vereinfachend als *konzernrechtliche Definition* bezeichnet.⁵²

Die Tatbestandsvoraussetzung der „einheitlichen Leitung“ ist gesetzlich nicht definiert. Eine Ableitung ihres Begriffsinhalts basiert auf der Annahme der wirtschaftlichen Einheit des Konzerns.⁵³ Nach herrschender Meinung besteht „einheitliche Leitung“, wenn die Konzernleitung die Geschäftspolitik und die grundsätzlichen Fragen der Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaften bestimmt.⁵⁴ Einheitliche Leitung ist daher gleichbedeutend mit der Bildung, Durchführung und Kontrolle einer auf die wirtschaftliche Einheit der verbundenen Unternehmen ausgerichteten einheitlichen Zielkonzeption.⁵⁵ Die einheitliche Leitung muss sich dabei nicht auf sämtliche unternehmerische Bereiche erstrecken.⁵⁶ Die inhaltliche Bedeutung des Kriteriums der einheitlichen Leitung erlangt nur dann Bedeutung, wenn nicht bereits die gesetzlichen Vermutungstatbestände eingreifen oder widerlegt werden.⁵⁷ Gemäß § 18 Abs. 2 Satz 2 AktG stellen die Existenz eines Beherrschungsvertrags gemäß § 291 Abs. 1 AktG oder die Eingliederung nach §§ 319 ff. AktG unwiderlegbare Konzernvermutungen und damit konstituierende Merkmale der Tatbestandsvoraussetzung der einheitlichen Leitung dar.⁵⁸ Die widerlegbare Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG knüpft an die Existenz eines Abhängigkeitsverhältnisses i.S.d. § 17 AktG an. Dieses ist erfüllt, wenn die Möglichkeit des beherrschenden Einflusses durch die Obergesellschaft besteht.⁵⁹

⁵² Vgl. Adler/Düring/Schmaltz, 1997, § 15 AktG Tz. 9 ff.; Hüffer, U., 1999, § 15 Rn. 4 u. § 18 Tz. 6; Lutter, M., 1998a, Tz. A 33 m.w.N.; Theisen, M. R., 1991, S. 21.

⁵³ Vgl. Hüffer, U., 1999, § 18 Tz. 8.

⁵⁴ Vgl. Coenenberg, A. G., 2003, S. 524.

⁵⁵ Vgl. Hüffer, U., 1999, § 18 Tz. 11.

⁵⁶ In Übereinstimmung mit Hüffer, U., 1999, § 18 Tz. 11 ist jedoch die „Koordination des Finanzbereichs ... unverzichtbar“. Ähnlich Lutter, M., 1998a, Tz. A 43.

⁵⁷ Vgl. Lutter, M., 1998a, Tz. A 36.

⁵⁸ Vgl. Hüffer, U., 1999, § 18 Tz. 17; Koppensteiner, H.-G., 1985b, § 18 Tz. 30 ff.

⁵⁹ Konzernbegründend ist in diesem Fall die bloße Möglichkeit des beherrschenden Einflusses, nicht erst seine tatsächliche Ausübung. Vgl. Lutter, M., 1998a, Tz. A 40. Der Nachweis zur Widerlegung der Konzernvermutung kann bspw. darin bestehen, dass es trotz eines Abhängigkeitsverhältnisses an der erforderlichen einheitlichen Zielkonzeption fehlt oder dass die finanzielle Koordination in wesentlichen Unternehmensbereichen nicht gegeben ist. Vgl. Hüffer, U., 1999, § 18 Tz. 19; Lutter M., 1998, Tz. A 44 ff., A 48.

Der *Konzernbegriff des Handelsgesetzbuchs* ist nicht explizit gesetzlich definiert. § 290 HGB beinhaltet statt dessen zwei unterschiedliche Konzernkonzeptionen, die beide auf den aktienrechtlichen Unterordnungskonzern in § 18 Abs. 1 AktG Bezug nehmen.⁶⁰ Der handelsrechtliche Konzernbegriff setzt dabei aber – anders als der Begriff im Aktienrecht – ein Mutterunternehmen in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft voraus, das seinen Sitz im Inland hat.⁶¹ Gemäß § 290 Abs. 1 HGB besteht ein Konzern, wenn das Mutterunternehmen die einheitliche Leitung über seine Beteiligungen i.S.d. § 271 Abs. 1 HGB ausübt (*Konzept der einheitlichen Leitung*).⁶² Dagegen existiert nach § 290 Abs. 2 HGB ein Konzern bereits dann, wenn das Mutterunternehmen über die rechtliche Möglichkeit der Beherrschung seiner Beteiligungen verfügt (*Control-Konzept*).⁶³ Die Konzerndefinition im Rahmen des Control-Konzepts greift insofern weiter als die des Konzepts der einheitlichen Leitung.

Im Sprachgebrauch wird unter einem Konzern allgemein die Verbindung zweier oder mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Führung verstanden.⁶⁴ In diesem Zusammenhang lösen sich die Verwendung und die Bedeutung des Konzernbegriffs seit jüngster Zeit zunehmend vom Aktien-

⁶⁰ § 290 HGB stellt zwar nicht explizit auf § 18 AktG ab, jedoch geht die herrschende Meinung von einem übereinstimmenden Inhalt des handelsrechtlichen und des aktienrechtlichen Konzernbegriffs aus. Vgl. Coenenberg, A. G., 2003, S. 524.

⁶¹ Der Ort der Geschäftsführung ist für die Konzerndefinition unerheblich. Vgl. Coenenberg, A. G., 2003, S. 522. Über die Vorschriften des Publizitätsgesetzes ist die Konzernrechnungslegung des HGB bei Erfüllung bestimmter Kriterien auch für Unternehmen in einer von der Kapitalgesellschaft abweichenden Rechtsform bindend. Vgl. §§ 11 ff. PublG.

⁶² § 271 Abs. 1 Satz 1 HGB stellt auf die unternehmenszweckgerichtete Dauerhaftigkeit eines Anteilsbesitzes am Nennkapital der abhängigen Gesellschaft ab. Vereinfachend nimmt Satz 3 der Vorschrift bei einem Eigenkapitalanteil von mehr als 20 % eine solche Beteiligung an (*widerlegbare Vermutung*).

⁶³ Im Gegensatz zum Konzept der einheitlichen Leitung gemäß Abs. 1 kommt es an dieser Stelle nicht auf die tatsächliche Ausübung der Beherrschung an. Somit führen die Mehrheit der Stimmrechte gemäß § 290 Abs. 2 Nr. 1 HGB, die Mehrheit der Organmitglieder gemäß Nr. 2 oder bestehende Rechte auf beherrschenden Einfluss aus Beherrschungsvertrag oder Satzung gemäß Nr. 3 zur Entstehung eines Konzerns. Da auf die wirtschaftliche Inhaberschaft der Beherrschungsmöglichkeit abgestellt wird, werden dem Mutterunternehmen ergänzend gemäß § 290 Abs. 3 HGB auch die ihren Tochterunternehmen oder für deren Rechnung handelnden Dritten zustehenden Rechte zugerechnet. Vgl. Coenenberg, A. G., 2003, S. 525.

⁶⁴ Vgl. Emmerich, V./Sonnenschein, J., 1989, S. 79 f.; Zeller, M., 1993, S. 349.

und Handelsrecht.⁶⁵ Eine *betriebswirtschaftliche Konzerndefinition* bezieht sich auf die in der Praxis bestehenden wirtschaftlichen Beziehungsstrukturen innerhalb eines Konzernverbands. Die betriebswirtschaftliche Betrachtungsweise knüpft dementsprechend an der wirtschaftlichen Planungs-, Koordinierungs- und Entscheidungseinheit des Konzernverbands an, deren ökonomische Alternative die Einheitsunternehmung darstellt.⁶⁶ Konzerne können dementsprechend definiert werden als wirtschaftliche Entscheidungs- und Handlungseinheiten, deren einzelne Konzerngesellschaften zwar rechtlich selbständig bleiben, aber faktisch oder vertraglich unter Leitung eines Konzernunternehmens stehen, das die unternehmerische Entscheidungsfreiheit der nachgeschalteten Gesellschaften einschränkt.⁶⁷ Hintergrund der ökonomischen Konzerndefinition ist demnach ein originäres, organisatorisches Gesamtkonzept.⁶⁸

1222. Ableitung eines holdingspezifischen Konzernbegriffs

12221. Begriffsabgrenzung „Holdingkonzern“

In der Literatur erfolgt oftmals keine genaue Trennung zwischen der Verwendung der juristischen oder betriebswirtschaftlichen Konzernbegriffe und der Bezeichnung des Holdingkonzerns.⁶⁹ In Verbindung mit dem fehlenden Erfordernis der Erfüllung von Mindestbeteiligungsquoten stellen die Kontrollausübung oder die einheitliche Leitung über die nachgeschalteten Beteiligungen im Sinne der aktien- respektive handelsrechtlichen Konzerndefinition zwar keine expliziten Voraussetzungen der Holdingeigenschaft dar; sie dürften jedoch in der Praxis regelmäßig erfüllt sein.⁷⁰ Eine „typische Holding“ nimmt Einfluss auf mindestens ein Beteiligungsunternehmen, in der Regel aber auf mehrere nachgeordnete Beteiligungsunternehmen zur Durchsetzung eigener unternehmerischer Interessen, so dass sie regelmäßig die Unternehmenseigen-

⁶⁵ Vgl. Theisen, M. R., 1991, S. 19.

⁶⁶ Vgl. Lehner, M., 2002, S. 2. Die Literatur bezeichnet daher die wirtschaftliche Einheit als die „Konzernunternehmung“, die Teileinheiten als „Konzernunternehmen“. Vgl. Theisen, M. R., 1991, S. 4.

⁶⁷ Vgl. Goebel, A., 1995, S. 5; Theisen, M. R., 2001, S. 25.

⁶⁸ Vgl. Theisen, M. R., 1991, S. 9.

⁶⁹ Vgl. Kraft, E.-T., 1998, Tz. B 43; Küting, K., 1980, S. 9; Theisen, M. R., 2001, S. 25; Zeller, M., 1993, S. 349; differenzierter Schaumburg, H., 2002, S. 4.

⁷⁰ Vgl. Keller, T., 1993, S. 35.

schaft gemäß § 15 AktG erfüllt.⁷¹ Sie genügt damit regelmäßig den Voraussetzungen eines „herrschenden Unternehmens“ i.S.d. aktienrechtlichen Konzernbegriffs.⁷² Auch das konzernkonstituierende Merkmal der einheitlichen Leitung wird zumindest bei der Führungsholding erfüllt, da in diesem Fall die Umsetzung einer gleichartigen Geschäftspolitik, d.h. die Entwicklung, Durchführung und Überwachung einer konzerneinheitlichen strategischen Zielkonzeption, gerade die wesensbestimmende Funktion des Unternehmenstyps darstellt.⁷³ Dazu wird die Holding ihre nachgeschalteten Gesellschaften in der Praxis regelmäßig über Beherrschungsverträge im Sinne des § 291 Abs. 1 AktG binden.⁷⁴ Ebenso wird eine typische Holding zumindest den weiten Kontrollbegriff des § 290 Abs. 2 HGB und damit die handelsrechtliche Konzerndefinition erfüllen.⁷⁵ Der juristische Konzernbegriff muss daher im Sinne eines Oberbegriffes verstanden werden, unter dem auch der betriebswirtschaftliche Begriff des Holdingkonzerns im Sinne einer Funktionsverdeutlichung subsumiert werden kann.⁷⁶

Die Abgrenzung des Holdingkonzerns vom sog. Stammhauskonzern basiert ebenfalls auf einer funktionsorientierten Betrachtung.⁷⁷ Zwar hält das Stamm-

⁷¹ Vgl. Koppensteiner, 1985a, § 15 AktG Tz. 37.

⁷² Eine „eindimensionale“ Holding, die nur an einem Unternehmen beteiligt ist, stellt nach herrschender Meinung kein Unternehmen i.S.d. Aktienrechts dar. Vgl. Koppensteiner, 1985a, § 15 AktG Tz. 35; Lutter, M., 1998a, Tz. A 34 f.

⁷³ Dagegen kann einer reinen Finanzholding, die sich ausschließlich auf das Halten und die Verwaltung ihrer Beteiligungen beschränkt, die Widerlegung der Konzernvermutung gelingen, wenn bspw. eine fehlende Koordinierung der Finanzpolitik der abhängigen Unternehmen nachgewiesen wird. Vgl. Fohr, I., 2000, S. 32 f.; Lutter, M., 1998a, Tz. A 48 ff.

⁷⁴ Die alternative Eingliederung stellt eine intensivere und mit Bezug auf die holdingspezifischen Eigenschaften untypische Verbindung dar, da das nachgeschaltete Unternehmen in diesem Fall funktions- und strukturorientiert eher einer Betriebsabteilung der Holding gleicht. Vgl. Fohr, I., 2000, S. 33; Kraft, E.-T., 1998, Tz. B 26 und Tz. 30.

⁷⁵ Vgl. Lutter, M., 1998a, Tz. A 53 ff.

⁷⁶ Vgl. Hintzen, B., 1997, S. 5. A.A. Lettl, T., 1996, S. 2020 ff., der die „echte Holding-Struktur“ unter dem aktienrechtlichen Begriff der „verbundenen Unternehmen“ subsumiert, da das Merkmal der einheitlichen Leitung auch im Falle der sog. Führungsholding grundsätzlich fehlen würde. Eine eindeutige Abgrenzung zwischen der typischen Holdingstruktur und dem echten Konzern, so räumt auch ders., a.a.O., S. 2020 ein, gelinge aufgrund der vielfältigen betriebswirtschaftlichen Zielsetzungen und Möglichkeiten der gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung nicht.

⁷⁷ Goebel, A., 1995, S. 13 nennt als Abgrenzungskriterium die „Ausgestaltung der Führungsstruktur“. Zur Entwicklung vom Stammhauskonzern zum Holdingkonzern vgl. Kraft, E.-T., 1998, Tz. B 44 ff.; Selent, A., 1997, S. 51 ff.

haus ebenso wie die Holding Beteiligungen an nachgeschalteten Unternehmen, es unterscheidet sich jedoch durch seine eigene produktionswirtschaftliche Aktivität, d.h. in der Ausübung eines eigenen operativen Stammgeschäfts.⁷⁸ Rechtlich-strukturorganisatorische Ähnlichkeit weist der sog. Stammhauskonzern demzufolge zur sog. Mischholding auf.⁷⁹ Im Gegensatz zur Holdingstruktur haben die Beteiligungsunternehmen im Stammhauskonzern aber lediglich eine Ergänzungsfunktion zur produktionswirtschaftlichen Tätigkeit des Stammhauses und stehen zu diesem in der Regel in einem finanziellen, strukturellen und personellen Abhängigkeitsverhältnis. Dagegen dominieren im Holdingkonzern wirtschaftlich die operativen Tätigkeiten der Beteiligungsgesellschaften.⁸⁰

12222. Regionale Dimensionen eines Holdingkonzerns

Die beiden Merkmale der Ansässigkeit der Holding und des Verhältnisses des Holdingdomizils zur Ansässigkeit der nachgeschalteten Gesellschaften konstituieren die regionale Dimension eines Holdingkonzerns.⁸¹ Unter ausschließlicher Berücksichtigung des Domizils der Holding kennzeichnet deren Ansässigkeit im Inland einen *inländischen Holdingkonzern*; in einem *ausländischen Holdingkonzern* hat dagegen die Holding ihren Sitz oder die Geschäftsleitung im Ausland.⁸² In beiden Fällen ist in einem zweiten Betrachtungsschritt hinsichtlich der Ansässigkeit der nachgeschalteten Gesellschaften zu differenzieren.⁸³ Demnach charakterisiert den *internationalen Holdingkonzern*, dass mindestens eine operative Gesellschaft in einem vom Ansässigkeitsstaat der Holding verschiedenen Staat domiziliert,⁸⁴ in *nationalen Holdingkonzernen* besteht

⁷⁸ Vgl. Bernhardt, W./Witt, P., 1995, S. 1343; Keller, T., 1993, S. 90 f.

⁷⁹ Vgl. Keller, T., 1993, S. 90.

⁸⁰ Vgl. Lutter, M., 1998a, Tz. A 15.

⁸¹ Die regionale Betrachtung komplettiert die von Lutter geprägte dreidimensionale Holdingtypisierung. Zusammenfassend vgl. *Abb. 1 auf der folgenden Seite*.

⁸² Vgl. Lutter, M., 1998a, Tz. A 29.

⁸³ Keller, T., 1993, S. 38 wählt eine abweichende Differenzierung und unterscheidet auf dieser Ebene zwischen der sog. Landesholding resp. der sog. Auslandsholding.

⁸⁴ Vgl. Hintzen, B., 1997, S. 5. Gemäß Lutter, M., 1998a, Tz. A 31 kennzeichnet sog. *Zwischenholdingkonzerne* als Sonderform internationaler Holdingkonzerne, dass im Fall der unterschiedlichen Nationalität von Holding und operativen Gesellschaften letztere staaten- oder länderbereichsbezogenen Zwischenholdinggesellschaften untergeordnet sind. Diese

dagegen Identität zwischen dem Ansässigkeitsstaat der Holding und ihren nachgeschalteten Gesellschaften.⁸⁵

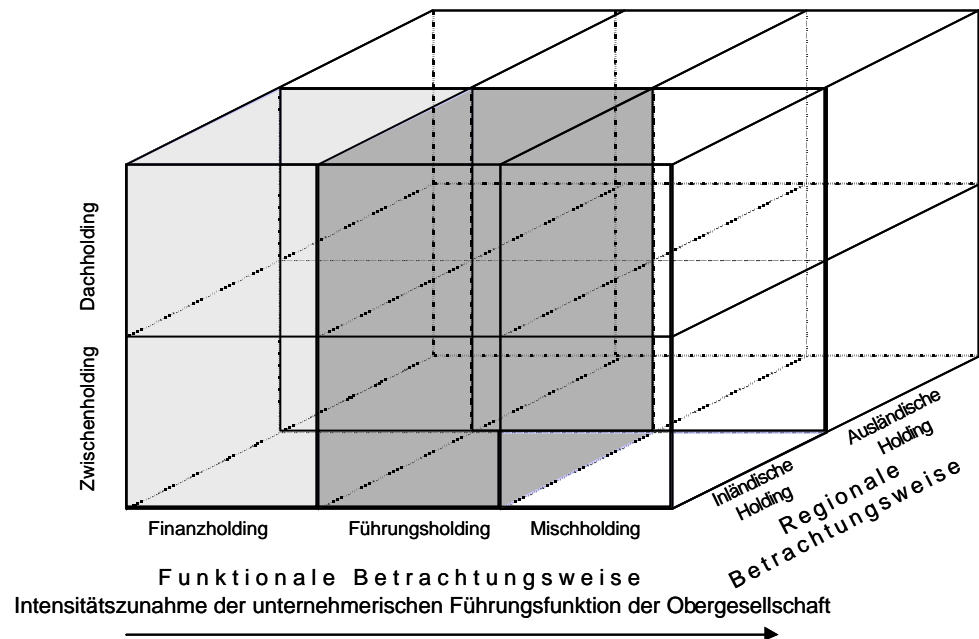


Abb. 1: Funktionale, hierarchische und regionale Dimensionen einer Holding, eigene Darstellung in Anlehnung an die Klassifizierung bei Keller, T., 1993, S. 35 ff.

2. Funktionen von Holdingstrukturen

21. Nichtsteuerliche Motive für den Einsatz von Holdingstrukturen

211. Gesellschaftsrechtliche Vorteile

Die Gründe für ihre Implementierung von Holdingstrukturen sind vielfältig. Neben gesellschaftsrechtlichen und betriebswirtschaftlich-organisatorischen Motiven können im Besonderen steuerliche Anreize bestehen. Die ausschließ-

enge Interpretation wird jedoch der allgemeinen Funktion einer als Zwischenholding bezeichneten Gesellschaft im Rahmen eines Konzernverbunds nicht gerecht. Im Folgenden soll daher die Bezeichnung „Zwischenholdingkonzern“ bzw. „Zwischenholdinggesellschaft“ keine regionale Eingrenzung beinhalten.

⁸⁵ Vgl. Lutter, M., 1998a, Tz. A 31.

lich steuerorientierte Optimierung von Holdingstrukturen steht nicht selten betriebswirtschaftlich sinnvollen Gestaltungen entgegen, da beide Betrachtungsweisen nicht zwangsläufig zielkonform sind.⁸⁶ Die Steuerorientierung hat daher in der Praxis regelmäßig hinter anderen strategischen Entscheidungskriterien zurückzustehen, so dass „Steuern“ im Rahmen unternehmenspolitischer Entscheidungen zwar eine erhebliche, aber nicht die alleinige Bedeutung zukommt.⁸⁷

Bei ausschließlicher Berücksichtigung von Kapitalgesellschaften besteht die gesellschaftsrechtliche Selbständigkeit juristischer Personen innerhalb der Holdingstruktur fort.⁸⁸ Das allgemeine Trennungsprinzip wirkt gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 AktG, § 13 Abs. 2 GmbHG, § 2 GenG grundsätzlich auch für Fragen der Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten ihrer Kapitalbeteiligungen (*Grundsatz der Risiko- und Haftungstrennung*), so dass diese rechtliche Trennung mit der Einbindung in eine Holdingstruktur grundsätzlich nicht entfällt.⁸⁹

Die Risiko- und Haftungsbegrenzung der Holding setzt allerdings neben der wirtschaftlichen Selbständigkeit die Eigenverantwortlichkeit der nachgeschalteten Beteiligungsgesellschaften voraus. Andernfalls hat die Holdinggesellschaft kraft gesetzlicher Regelungen über die Konzernhaftung und die Unterkapitalisierung für die Verbindlichkeiten der operativen Tochterunternehmen einzustehen (*allgemeine und konzernrechtliche Durchgriffs- oder Gesellschaftereigenhaftung*).⁹⁰ Die wirtschaftliche Selbständigkeit der Tochtergesellschaften steht dem holdingtypischen Interesse an (weitgehender) Einflussnahme

⁸⁶ Vgl. Herzig, N., 2001, S. 29. In diesem Zusammenhang weist Keller, T., 1991, S. 1639 auf die zunehmend im Vordergrund stehenden führungs- und strukturorganisatorischen Vorteile von Holdingstrukturen hin, die aus der unternehmensorientierten Gesamtperspektive die negativen steuerlichen Konsequenzen u.U. überwiegen.

⁸⁷ Zur Sekundärfunktion der Steuerplanung vgl. Kratz, P., 1986, S. 35 f.; Schaumburg, H., 2002, S. 27 und 29; Schöne, W.-D., 1994, S. 497.

⁸⁸ Vgl. Lutter, M., 1998b, Tz. F 3; Streu, V., 2000, S. 170. Im Fall der GmbH und der AG beginnt die eigenständige Rechtsfähigkeit der Gesellschaften mit Eintragung in das Handelsregister gemäß § 11 Abs. 1 GmbHG bzw. § 41 Abs. 1 AktG. Vgl. Kraft, E.-T., 1998, Tz. B 65.

⁸⁹ Vgl. Lettl, T., 1996, S. 2020.

⁹⁰ Vgl. Lettl, T., 1996, S. 2021 und Lutter, M., 1998b, Tz. F 13 ff.

aber grundsätzlich entgegen.⁹¹ Diesem Zielkonflikt und damit konzernrechtlichen Haftungsrisiken kann nur durch die strikte Vermeidung einer faktischen Abhängigkeit der Geschäftsleitung der Tochtergesellschaften von der Holdinggesellschaft begegnet werden.⁹² In diesem Zusammenhang bewirkt die Existenz eines Beherrschungsvertrags oder eines Gewinnabführungsvertrags i.S.d. § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG eine Weisungsbefugnis mit Bindungscharakter für die Tochtergesellschaften gemäß § 308 Abs. 2 AktG, die in der Folge zu einer „globalen Kompensationspflicht“ der Holding für ihre operativen Einheiten führt.⁹³ Ebenso ergeben sich Nachteils-Ausgleichspflichten für die Holdinggesellschaft im Rahmen eines faktischen Konzerns gemäß §§ 311 ff. AktG, die auf dem sog. Schädigungsprivileg⁹⁴ infolge der Leitungsbefugnis ohne formalen Beherrschungsvertrag beruhen.⁹⁵ Zusammenfassend kann die gewünschte Haftungsbegrenzung aber durch Vermeidung der genannten vertraglichen Vereinbarungen im Regelfall selbst unter Berücksichtigung der Ausnahmetatbestände regelmäßig erzielt werden.⁹⁶

Neben der Risiko- und Haftungstrennung können sich Holdingstrukturen darüber hinaus vor allem im Rahmen grenzüberschreitender Kooperationen als vorteilhaftes gesellschaftsrechtliches Instrument erweisen, wenn eine grenzüberschreitende Verschmelzung nicht oder nur unter Inkaufnahme erheblicher Nachteile möglich ist und wenn betriebswirtschaftliche respektive strukturell-

⁹¹ Vgl. Lettl, T., 1996, S. 2024.

⁹² Die schädliche Einflussnahme erstreckt sich auch auf den Bereich der Finanzierung. Lettl, T., 1996, S. 2024 leitet aus der umfassenden Eigenverantwortlichkeit der Geschäftsleitung einer Aktiengesellschaft einen Vorteil für die Wahl dieser Holding-Rechtsform ab.

⁹³ Sorgfaltswidriges Weisungsverhalten der Holding ausgeschlossen, erstreckt sich die Haftung auf die Ausgleichspflicht eventueller Jahresfehlbeträge der Tochtergesellschaften gemäß § 302 Abs. 1 AktG und auf Sicherheitsleistungen nach Beendigung des Beherrschungsverhältnisses gemäß § 303 AktG. Ein allgemeiner Haftungsdurchgriff von Gläubigerseite auf die Holding wird durch einen Beherrschungsvertrag nicht erreicht. Vgl. Lutter, M., 1998b, Tz. F 41 ff.

⁹⁴ Gemäß § 311 Abs. 1 AktG „darf ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluss nicht dazu benutzen, eine abhängige Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen, es sei denn, dass die Nachteile ausgeglichen werden“.

⁹⁵ Vgl. Lutter, M., 1998b, Tz. F 47 ff.

⁹⁶ Vgl. Lutter, M., 1998b, Tz. F 84.

organisatorische Nachteile aus dem Untergang eines bestehenden Unternehmens in Folge einer Verschmelzung resultieren.⁹⁷

212. Betriebswirtschaftlich-organisatorische Vorteile

Holdingsstrukturen stellen – wie einleitend bereits beschrieben – divisionale Geschäftsbereichsorganisationsformen dar.⁹⁸ Ihr Einsatz ermöglicht im Idealfall eine günstige Kombination der Größenvorteile einer Konzernunternehmung (Kapitalkraft, Marktmacht) mit den Vorzügen kleinerer, selbständiger Teileinheiten (hohes Reaktionsvermögen, Kooperationsfähigkeit, Marktnähe).⁹⁹ Von Bedeutung ist insbesondere die im Vergleich zu einem Einheitsunternehmen erhöhte Unabhängigkeit der einzelnen Geschäftsbereiche im Rahmen der (Re-)Strukturierung¹⁰⁰ eines Unternehmensverbunds.¹⁰¹

Holdingsstrukturen werden in Situationen eines hohen Wettbewerbsdrucks respektive unter durch Veränderungen gekennzeichneten Wettbewerbsbedingungen Vorteile aufgrund ihrer dynamischen Organisationsstruktur zugesprochen.¹⁰² Diese resultieren im Ergebnis stets aus einer Steigerung der Flexibilität des Unternehmens sowohl in seiner Gesamtheit als auch in seinen Teileinheiten.¹⁰³ Die Eigenständigkeit der Teileinheiten kann die Innovationskraft und Leistungsbereitschaft der Mitarbeiter fördern, während die Zusammenfassung von Beteiligungen gleichzeitig regelmäßig eine vergleichsweise hohe Stabilität

⁹⁷ Vgl. Keller, T., 1993, S. 257 ff.; Kraft, E.-T., 1998, Tz. B 51.

⁹⁸ Vgl. Bernhardt, W./Witt, P., 1995, S. 1346; Schaumburg, H., 2002, S. 16.

⁹⁹ Vgl. Eschen, E., 2000, S. 164; Fohr, I., 2000, S. 27 f.; Streu, V., 2000, S. 170.

¹⁰⁰ Zur „Lösung struktur- und führungsorganisatorischer Probleme“, Keller, T., 1993, S. 27, kommen Holdingkonstruktionen u.a. auch für sanierungsbedürftige Unternehmen in Betracht. Vgl. kritisch Bernhardt, W./Witt, P., 1995, S. 1345 und 1359. So hat bspw. die Deutsche Bahn ihre früheren Geschäftsbereiche im Rahmen der Umsetzung der zweiten Stufe der Bahnreform zum 1.1.1999 in selbständige Aktiengesellschaften ausgegliedert. Die Schaffung einer Holdingstruktur ist wesentlicher Bestandteil des Sanierungs- und Modernisierungsprozesses, in dem sich die Deutsche Bahn seit dem 1.1.1994 befindet. Vgl. Deutsche Bahn AG, Geschäftsbericht 1999, S. 12.

¹⁰¹ Diese Beweglichkeit besteht beispielsweise im Rahmen des Kaufs und Verkaufs von Geschäftsbereichen, der Bildung von Kooperationen, Joint Ventures und strategischen Allianzen. Vgl. Bernhardt, W./Witt, P., 1995, S. 1346; Lutter, M., 1998a, Tz. A 2.

¹⁰² Vgl. Fohr, I., 2000, S. 27.

¹⁰³ Vgl. Lutter, M., 1998a, Tz. A 2; Keller, T., 1993, S. 27; Theisen, M. R., 1993, S. 461; Selent, A., 1997, S. 54.

des Unternehmensverbunds bewirkt.¹⁰⁴ In diesem Zusammenhang sind schlanke Holdingstrukturen auch der Verringerung des Verwaltungsaufwands und damit einer Erhöhung der Wirtschaftlichkeit dienlich.

Aufgrund der Sachzielneutralität der Holding können Zielkonflikte sowohl im Innenverhältnis als auch im Verhältnis der Holding als Führungsebene zu ihren nachgeschalteten Beteiligungen vermieden werden.¹⁰⁵ Daher stellen beispielsweise Zwischenholdingstrukturen ein bedeutendes Instrument zur Bindung der Kooperationspartner und zur Kontrolle der Auslandsinvestitionen im Rahmen der Implementierung internationaler Unternehmenskooperationen dar.¹⁰⁶

22. Holdingstrukturen als Gegenstand der (internationalen) Steuerplanung

221. Begriff der (internationalen) Steuerplanung

Da Steuern im Sinne negativer Zielbeiträge die Verwirklichung unternehmerischer Ziele beeinflussen, ist ihre Berücksichtigung in unternehmenspolitischen Entscheidungsmodellen unverzichtbar.¹⁰⁷ Der Begriff der Steuerplanung beschreibt eine über die isolierte Steuergestaltung hinausgehende betriebswirtschaftliche Planung unter Berücksichtigung von Steuerzahlungen.¹⁰⁸ Steuerplanung ist damit als integrierter Bestandteil der Unternehmensplanung¹⁰⁹ zu

¹⁰⁴ Holdingstrukturen eignen sich daher auch im Rahmen der erbschaftsrechtlichen Nachfolgeplanung zur Sicherung der Kontinuität bspw. in Familienunternehmen. Zur Eignung von Holdingstrukturen im Rahmen der Nachfolgeplanung vgl. Eschen, E., 2000, S. 167 f.; Jacobs, O. H., 2002, S.839.

¹⁰⁵ Zielkonflikte im Innenverhältnis können bspw. bei einer sog. Mischholding auftreten, da diese über eigene Sachziele verfügt, die unter Umständen den Zielsetzungen im Rahmen ihrer Führungsfunktion entgegen stehen. Vgl. Fohr, I., 2000, S. 27.

¹⁰⁶ Die Zwischenholding übernimmt in diesem Fall die einheitliche Führung der von den Kooperationspartnern eingebrachten Unternehmen. Vgl. Streu, V., 2000, S. 171. Zum Trend von der Spartenholding zur Dienstleistungs- oder Finanzholding infolge der Besinnung auf Kernkompetenzen i.R.d. sog. Outsourcing vgl. Schaumburg, H., 2002, S. 6.

¹⁰⁷ Zur Berücksichtigung von Steuern im System der Unternehmenspolitik vgl. Börner, D./Krawitz, N., 1977, S. 26 ff.; Gratz, K., 1982, S. 11 ff.; Kessler, W., 1996, S. 74; Wagner, F. W./Dirrigl, H., 1980, S. 5 ff. Zur praktischen Anwendung der Steuerbilanzpolitik vgl. Breithecker, V./Klapdor, R./Passe, J., 2002, S. 36 ff.

¹⁰⁸ Vgl. Gratz, K., 1982, S. 13; Heigl, A., 1975, S. 19; Rödder, T., 1988, S. 3.

¹⁰⁹ Die Unternehmensplanung als Führungsaufgabe ist auf operative Prozesse gerichtet und unterscheidet sich insofern von der Unternehmenspolitik. Vgl. Katz, P., 1986, S. 32. Die Unternehmensplanung versucht, mit Hilfe von unternehmenspolitischen Entscheidungsmodellen, d.h. mit vereinfachten Problemdarstellungen in einem formalisierten System, die Problemlösung als logische Implikation abzuleiten. Vgl. Gratz, K., 1982, S. 7 ff.

verstehen;¹¹⁰ sie ist in die Gesamtplanung eines Unternehmens zu integrieren.¹¹¹

Im Rahmen der Steuerplanung erfolgt neben der Formulierung steuerpolitischer Zielfunktionen im Sinne anzustrebender respektive zu vermeidender Rechtsfolgen die Analyse und die Auswahl alternativer Handlungsmöglichkeiten zur Erreichung der erarbeiteten Vorgaben.¹¹² Die Identifikation zielkomplementärer steuerrechtlicher Handlungsalternativen setzt neben der Bekanntheit der individuellen Zielfunktionen des Entscheidungsträgers die Kenntnis der problemrelevanten Steuerrechtsnormen voraus.¹¹³

Unternehmenstyp	Kennzeichnung
Nationale Unternehmung	Geschäftstätigkeit national orientiert bei vergleichsweise hohem Export- und Importanteil, jedoch ohne feste Stützpunkte im Ausland
Multinationale Unternehmung	International ausgerichtete Geschäftstätigkeit, jedoch verbleibt der Großteil im Inland
Internationale Unternehmung	Streuung der Geschäftstätigkeit über mehrere Staaten ohne Dominanz im Inland
Transnationale Unternehmung	Welt als einheitlicher Wirtschaftsraum

Tab. 1: Internationalisierungsgrad unternehmerischer Betätigung

¹¹⁰ Vgl. Bader, A., 1998, S. 50; Börner, D./Krawitz, N., 1977, S. 27; Gratz, K., 1982, S. 12; Kratz, P., 1986, S. 15; Schänzle, T., 2000, S. 42; Storck, A., 1994, S. 21. Der Begriff der Steuerplanung stimmt inhaltlich überein mit den in der Literatur synonym gebräuchlichen Bezeichnungen der Steuergestaltungslehre, der Steuerpolitik, der Steuergestaltung sowie der steuerorientierten Unternehmenspolitik. Vgl. Kessler, W., 1996, S. 71. Streng genommen kann aber eine begriffliche Differenzierung zwischen der Steuerpolitik als „zielgerichtete Ausübung steuerlicher Gestaltungsspielräume“, Schneeloch, D., 1994, S. 2, und der Steuerplanung in der Hinsicht erfolgen, dass der Steuerplanung die Aufgabe der Alternativenauswahl zukommt, welche im Rahmen der Steuerpolitik als Mittel zur Erreichung eines gewünschten Ziels ermittelt werden. Vgl. Haberstock, L., 1984, S. 266; Zünd, A., 1975, S. 98, 100.

¹¹¹ Vgl. Constantin, C., 1975, S. 120.

¹¹² Vgl. Bader, A., 1998, S. 50; Wacker, W., 1994, S. 680 ff. Steuerplanung im Rahmen dieser Arbeit soll strategischer (langfristiger) und dynamischer Natur sein. Operative (kurzfristige) und statische Steuerplanung werden nicht betrachtet. Zur begrifflichen Differenzierung von Steuerplanungsbegriffen vgl. Constantin, C., 1975, S. 115 f.; Zünd, A., 1975, S. 101.

¹¹³ Vgl. Kessler, W., 1996, S. 71.

Auf die deutsche Holdinggesellschaft als Teil einer sog. internationalen Unternehmung¹¹⁴ gelangt das deutsche internationale Steuerrecht zur Anwendung,¹¹⁵ das in einer weiten Abgrenzung sowohl völkerrechtliche Normen, welche die Steuergewalt eines Staates gegenüber ausländischen Steuerhoheiten abgrenzen, als auch alle nationalen steuerrechtlichen Regelungen, welche sich auf grenzüberschreitende Tatbestände beziehen, umfasst.¹¹⁶ Teilbereiche des internationalen Steuerrechts bilden einerseits die bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen¹¹⁷ als völkerrechtliche Verträge zwischen zwei Staaten und anderer-

¹¹⁴ Siehe *Tab. 1*. Da der Begriff der internationalen Unternehmung auf die Unternehmung als wirtschaftliche Einheit abstellt, erfasst er auch internationale Konzernstrukturen. Vgl. Kratz, P., 1986, S. 19 f., 46 ff.; Zünd, A., 1975, S. 97. Eine internationale Unternehmung kennzeichnet die räumliche Dezentralisierung ihrer Geschäftstätigkeit auf mehrere Volkswirtschaften. Vgl. Constantin, C., 1975, S. 113; Haberstock, L., 1984, S. 263. Hinsichtlich des Internationalisierungsgrads können verschiedene Intensitäten festgestellt werden, welche von der Etablierung ausländischer Zweigniederlassungen über die Gründung eigenständiger Tochtergesellschaften bis zur Errichtung eines internationalen Konzernverbunds reichen. Vgl. Schöne, W.-D., 1994, S. 496. Entsprechend der geographischen Expansion der grenzüberschreitenden Tätigkeit werden in der Literatur teilweise multinationale, internationale oder transnationale Unternehmungen unterschieden. Vgl. Kratz, P., 1986, S. 18; Rieger, H., 1978, S. 52 ff.; Sieber, E. H., 1966, S. 52 ff.; zur Begriffsabgrenzung des multinationalen Unternehmens insbes. Göppfarth, D., 2001, S. 31 f. Auf eine weitergehende Differenzierung soll im Rahmen dieser Untersuchung verzichtet werden, da dem Internationalisierungsgrad der grenzüberschreitenden Tätigkeit – und darauf stellt die Differenzierung lediglich ab – im Folgenden keine Bedeutung zukommt. Vgl. Haberstock, L., 1984, S. 263.

¹¹⁵ Der Begriff ist weder gesetzlich definiert noch wird er in der Literatur einheitlich verwendet. Vgl. Wassermeyer, F., 1994, S. 362 f.

¹¹⁶ Zum Begriff des internationalen Steuerrechts vgl. Lange, J., 1998, § 2 Tz. 31 ff.; Rose, G., 1999a, S. 21, Schaumburg, H., 1998, Tz. 1.1; Scheffler, W., 1994, S. 9 ff.; Wassermeyer, F., 1994, S. 362 f.; Wilke, K.-M., 1997, S. 22. International tätige Unternehmen umfassen – abgesehen von der Implementierung von Auslands-Betriebsstätten – regelmäßig mehrere rechtlich selbständige Einheiten mit Sitz in verschiedenen Ländern, so dass ein mehrstufiger Konzernaufbau entsteht. Da globale Wirtschaftsaktivitäten regelmäßig der Besteuerungshoheit mehrerer Staaten und damit verschiedenen Steuersystemen unterliegen, erfordert die internationale Unternehmenstätigkeit die Berücksichtigung von grenzüberschreitenden Steuerwirkungen und -planungen. Die Herausforderung für die internationale Steuerberatung und -gestaltung besteht in der Vermeidung nachteiliger Steuerfolgen und vor allem in der Nutzung zwischenstaatlicher Steuerarbitragen zum Vorteil internationaler Unternehmen. Der Einsatz von Holdinggesellschaften stellt in diesem Zusammenhang ein bedeutendes steuerpolitisches Gestaltungsinstrument dar.

¹¹⁷ Doppelbesteuerungsabkommen als völkerrechtliche Verträge zwischen zwei Staaten werden durch die Verabschiedung eines sog. Zustimmungsgesetzes i.S.d. Art. 59 Abs. 2 GG in das innerstaatliche deutsche Recht transformiert. Vgl. Debatin, H., 1992, S. 1 und Rose, G., 1999a, S. 23. In ihnen kommen die Vertragsstaaten überein, Befreiung von einem nach dem innerstaatlichen Steuerrecht bestehenden Besteuerungsanspruch zu erteilen oder die Besteuerung durch Anrechnung ausländischer Steuern zumindest zu ermäßigen. Vgl. Wassermeyer, F., 2000a, Art. 1 OECD-MA, Rn. 9; BFH-Urt. v. 14.03.1989, S. 650; BFH-Beschl. v. 1.10.1992, S. 103. Doppelbesteuerungsabkommen gehen gemäß § 2 AO der

seits das Außensteuerrecht, welches ausländische Sachverhalte im Rahmen des nationalen Rechts erfasst.¹¹⁸ Insbesondere an die grenzüberschreitende Steuerplanung werden durch Beteiligung unterschiedlicher Steuerrechtsordnungen daher hohe Anforderungen gestellt.¹¹⁹

222. Problematik der internationalen Doppel- und Minderbesteuerung

2221. Begriff und Ursachen

Die Erreichung von Steuervorteilen durch eine grenzüberschreitende Holdingstruktur setzt primär voraus, steuerliche Mehrbelastungen durch die Begründung von Steueransprüchen mehrerer Steuerrechtsordnungen im Rahmen von Maßnahmen zur Vermeidung respektive Milderung der internationalen Doppelbesteuerung zu verhindern.¹²⁰

Infolge grenzüberschreitender Geschäftsbeziehungen begründen Steuerinländer im Ausland sowie Steuerausländer im Inland in aller Regel steuerpflichtige Tatbestände.¹²¹ Der Tatbestand der wirtschaftlichen internationalen Doppelbesteuerung ist erfüllt, sobald Steuerpflichtige mit denselben Einkünften in mehreren Staaten in einem identischen Besteuerungszeitraum einer gleichartigen

Anwendung nationalen Rechts vor. Vgl. Runge, B., 2000, S. 1556. Zum Rangfolgeverhältnis zwischen Doppelbesteuerungs- und unilateralem Recht vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 81 f.; Schaumburg, H., 1998, Rn. 3.26; FG Köln v. 14.3.2000, S. 1008. Aber erst das innerstaatliche Recht kann Besteuerungspflichten nach Gegenstand und Umfang begründen. Vgl. Debatin, H., 1992, S. 4; Fahrholz, B., 1985, S. 54 f.; Jacobs, O. H., 2002, S. 82.

¹¹⁸ In diesem Sinne versteht Wassermeyer, F., 1994, S. 363 den Begriff des Internationalen Steuerrechts als „Oberbegriff für das Außen- und Doppelbesteuerungsrecht“ und fasst darunter „alle Rechtsnormen .. , die Sachverhalte mit Auslandsbeziehungen betreffen und ihrer Quelle nach entweder nationales oder internationales Recht sind“, zusammen.

¹¹⁹ Unterschiede zwischen nationaler und internationaler Steuerplanung bestehen nur insoweit, als dass die internationale Steuerplanung eine Koordination der Planung im In- und Ausland und die zusätzliche Beachtung internationaler, ausländischer und außensteuerlicher Vorschriften verlangt. Internationale steuerplanerische Problemstellungen sind daher regelmäßig komplexer und schwieriger als nationale. Vgl. Constantin, C., 1975, S. 119; Haberstock, L., 1984, S. 266. Gleichzeitig bestehen regelmäßig Probleme im Hinblick auf die Abgrenzung des Anwendungsbereichs und der Besteuerungskompetenz im grenzüberschreitenden Bereich. Vgl. Bader, A., 1998, S. 52, der auf die Notwendigkeit des Einsatzes von „gebündeltem Expertenwissen“ zur Lösung des „komplexen, schlecht strukturierten internationalen Entscheidungsfeldes“ verweist.

¹²⁰ Vgl. Kessler, W., 2003b, S. 160.

¹²¹ Vgl. Mössner, J. M., 1985a, S. 137.

Steuer unterliegen.¹²² Im Vordergrund steht im Folgenden vor allem der Begriff der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung, der auf die strenge Identität des Steuersubjektes verzichtet; er erfasst auch mögliche Doppelbesteuerungen bei Beteiligungen an ausländischen Kapitalgesellschaften, welche aufgrund des Trennungsprinzips jeweils eigene Rechtspersönlichkeiten in unterschiedlichen Steuerrechtsordnungen darstellen.¹²³ Das Phänomen der Doppelbesteuerung ist dabei insbesondere für die Einkommen- und Körperschaftsteuer relevant, da internationale Sachverhalte dort die Konkurrenz von Besteuerungsansprüchen wegen der gleichzeitigen Anwendung von zumeist verschiedenen Besteuerungsprinzipien durch die beteiligten Steuerhoheiten bewirken.¹²⁴

Die internationale Minderbesteuerung wird in der Literatur nicht einheitlich definiert. Allgemein basiert sie auf der Ausnutzung internationaler Besteuerungsdifferenzen.¹²⁵ Dies beinhaltet sowohl den Fall der Wohnsitz- oder der zwischenstaatlichen Gewinnverlagerung in sog. Niedrigsteuerländer als auch die internationalen Qualifikationskonflikte.¹²⁶

¹²² Zur Abgrenzung von nationaler Doppelbesteuerung oder -belastung vgl. Kluge, V., 1992, S. 9 f.

¹²³ Zur Abgrenzung der juristischen von der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 3 f.; Fischer, L./Warneke, P., 1998, S. 27.

¹²⁴ Überwiegend trifft das Welteinkommensprinzip (z.B. unbeschränkte Steuerpflicht, § 1 Abs. 1 EStG) mit dem Quellenprinzip (z.B. beschränkte Steuerpflicht, § 1 Abs. 4 EStG i.V.m. § 49 EStG) zusammen. Aber auch das Aufeinandertreffen zweimaliger Wohnsitz- bzw. Territorialitätsbesteuerung ist denkbar. Vgl. Fischer, L./Warneke, P., 1998, S. 28; Jacobs, O. H., 2002, S. 6 ff.; Wilke, K.-M., 1997, Tz. 29-32 mit Beispielen; Vogel, K., 1998, S. 216 ff. Da die Erhebung der Objektsteuern einzig auf dem Territorialitätsprinzip beruht, wird in diesem Bereich die Doppelbesteuerung – weitgehend – immanent vermieden. Das Territorialitätsprinzip knüpft die Steuerpflicht an die Inlandsbelegenheit des Gewerbebetriebes (GewErtSt) oder des Grundbesitzes (GrSt), so dass keine Differenzierung zwischen unbeschränkter und beschränkter Steuerpflicht stattfindet. Die Anknüpfung der Gewerbesteuer an die einkommensteuerliche Bemessungsgrundlage (§ 7 Satz 1 GewStG) verhindert die vollständige Vermeidung einer Doppelbesteuerung. Durch Kürzungsvorschriften (§§ 8, 9 GewStG) soll der Inlandscharakter der Gewerbesteuer wieder hergestellt werden. Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 10.

¹²⁵ Jacobs, O. H., 2002, S. 4 macht deren Zulässigkeit an den ökonomischen Maßstäben der Wettbewerbsneutralität und der Gleichmäßigkeit der Besteuerung fest und verknüpft daher die Minderbesteuerung eng mit dem Missbrauchsgedanken.

¹²⁶ Wohnsitz- und Gewinnverlagerung in Niedrigsteuerländer haben gemeinsam, dass die wirtschaftlichen Aktivitäten und Interessen weiterhin im Inland liegen. Vgl. Fischer, L./Warneke, P., 1998, S. 29.

2222. Notwendigkeit der Reduzierung der internationalen Doppel- und Minderbesteuerung

Die internationale Doppelbesteuerung führt zu einer – bezogen auf die steuerliche Leistungsfähigkeit – unangemessenen Mehrbelastung des Steuerpflichtigen und benachteiligt demnach grenzüberschreitende Geschäftsbeziehungen gegenüber rein nationalen unternehmerischen Engagements.¹²⁷ Gleichsam ist die Verhinderung internationaler Minderbesteuerung vor allem aus fiskalischer Sicht bedeutungsvoll, da sie den Steuerpflichtigen – gemessen an seiner Leistungsfähigkeit – unangemessen bevorteilt.¹²⁸ Der wettbewerbsverzerrende Einfluss mehrfacher oder verminderter Besteuerung sowie der Anspruch auf eine an die steuerliche Leistungsfähigkeit anknüpfende Unternehmensbesteuerung erklären die Notwendigkeit von Maßnahmen zur Vermeidung der internationalen Doppel- und Minderbesteuerung.¹²⁹

Die gänzliche Vermeidung der internationalen Doppelbesteuerung – besser: die Verhinderung ihrer Entstehung – ist nur durch eine vollständige Harmonisierung der nationalen Steuersysteme zu erreichen. In der Realität sind jedoch trotz Harmonisierungsbestrebungen – zum Beispiel auf dem Gebiet der Europäischen Union – Überschneidungen nationaler Steuergewalten gegeben, so dass Doppelbesteuerungen weiterhin auftreten.¹³⁰ Daher erlangen in der Praxis diejenigen Methoden Bedeutung, welche erst nach Eintreten einer Doppelbesteuerung zu deren nachträglichen Beseitigung greifen.¹³¹ In diesem Zusam-

¹²⁷ Dies ergibt sich aus der betriebswirtschaftlichen, d.h. einzelwirtschaftlichen Sichtweise. Vgl. Kluge, V., 1992, S. 15; Mössner, J. M., 1985a, S. 138. Aus volkswirtschaftlicher Sicht widerspricht die Doppelbesteuerung dem Erfordernis der Neutralität der Besteuerung. Vgl. Gandenberger, O., 1985, S. 38, der die Doppelbesteuerung als „klassischen Fall“ der internationalen Aneutralität bezeichnet.

¹²⁸ Steuerpflichtige sind vorrangig an der Erhaltung der Gestaltungsmöglichkeiten zur Ausnutzung von Minderbesteuerungen interessiert. In diesem Sinne vgl. Küster, E., 1989, S. 1249.

¹²⁹ Vgl. Jacobs, O. H./Storck, A., 1977, S. 379 ff.; Kluge, V., 1992, S. 15; Mössner, J. M., 1985a, S. 138. Zum Leistungsfähigkeitsprinzip als Fundamentalprinzip gerechter Besteuerung vgl. Lang, J., 2002a, § 4 Tz. 81 ff. sowie Kap. 2 Abschn. 32121.

¹³⁰ Vgl. Jacobs, O. H./Storck, A., 1977, S. 379; Mössner, J. M., 1985a, S. 141.

¹³¹ Vogel, K., 1996b, Art. 23 Tz. 36a verwendet die zutreffende Bezeichnung der „Methoden zur Vermeidung verbleibender Doppelbesteuerung“.

menhang sind unilaterale Maßnahmen und bilaterale Maßnahmen im Rahmen der Doppelbesteuerungsabkommen zu unterscheiden.¹³²

Im internationalen Steuerrecht haben sich die Anrechnungs- und die Freistellungsmethode durchgesetzt.¹³³ Bei der *Anrechnungsmethode* basiert die Steuererhebung des Wohnsitzstaates auf dem Welteinkommensprinzip, wobei die im Ausland gezahlte Steuer auf die inländische Steuer angerechnet wird.¹³⁴ Die Ausgestaltung der Anrechnungsmethode im Sinne der – in Deutschland geltenden – begrenzten Anrechnung führt zu einer Besteuerung der ausländischen Einkünfte mindestens in Höhe des inländischen Steuerniveaus und gewährleistet folglich Kapitalexportneutralität¹³⁵.¹³⁶ Die *Freistellungsmethode* befreit die ausländischen Einkünfte von der Besteuerung im Wohnsitzstaat.¹³⁷ Dies hat die Besteuerung der ausländischen Einkünfte in Höhe des ausländischen Steuerni-

¹³² Bilaterale Maßnahmen bieten gegenüber unilateralen Regelungen den Vorteil, die individuellen wirtschaftlichen und steuerrechtlichen Verhältnisse der beteiligten Staaten zu berücksichtigen. Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 63. Im Fall der Nichtanwendbarkeit von DBA können unilaterale Methoden zur Vermeidung der Doppelbesteuerung zur Anwendung kommen.

¹³³ Vgl. Art. 23 A (Freistellungsmethode) und Art. 23 B (Anrechnungsmethode) des OECD-MA, welche sinngemäß überwiegend in die neueren deutschen DBA eingegangen sind. Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 11 und die Übersicht bei Vogel, K., 2003b, Art. 23 Tz. 16.

¹³⁴ Zur Darstellung der Formen der Anrechnungsmethode vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 13 f.

¹³⁵ Gleichzeitig bewirkt sie eine Ungleichbehandlung der Wettbewerber im Quellenland. Zur Kapitalexport- bzw. Wohnsitzneutralität vgl. Gandenberger, O., 1985, S. 42 und ders., 1983, S. 8 ff.

¹³⁶ Zur begrenzten Anrechnung nach deutschem Steuerrecht vgl. § 34c Abs. 1 Satz 1 EStG. Mit § 34c Abs. 1 Satz 3 EStG i.d.F. des StVergAbG 2003 erhält die Anrechnungsmethode des deutschen Steuerrechts eine sog. „subject to tax clause“, nach der eine Berücksichtigung ausländischer Steuern bei der Bestimmung des Anrechnungshöchstbetrags eine Besteuerung im Quellenstaat voraussetzt. Vgl. Grützner, D., 2003, S. 434; Kaminski, B./Strunk, G., 2003, S. 253 f.; Krawitz, N./Büttgen-Pöhland, D./Hick, Ch., 2003, S. 115; darüber hinaus zur Erweiterung des Betriebsausgabenabzugs gem. § 34c Abs. 1 Satz 3 EStG i.d.F. des StVergAbG 2003 zur Reduzierung des Anrechnungshöchstbetrags vgl. Köhler, St., 2003a, S. 1156 f.; Müller-Dott, J. P., 2003, S. 1468 ff.; Schnitger, A., 2003a, S. 73 f. Zur Problematik des Umfangs der Einbeziehung im Inland steuerfreier ausländischer Einkünfte bei der Ermittlung des Anrechnungshöchstbetrags vgl. Schnitger, A., 2003b, S. 298 ff.

¹³⁷ Die Freistellungsmethode ist die „Regelmethode“ zur Vermeidung der Doppelbesteuerung in deutschen DBA. Vgl. Hauser, H., 1996, S. 52. In der Vertragspraxis wird sie jedoch zunehmend durch die Anrechnungsmethode mit dem Ziel der Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit gegenüber ausschließlich inlandsorientierten Investitionen ersetzt. Vgl. Gaddum, J. W., 1985, S. 7; Ritter, W., 1984, S. 353 ff. Zu den unterschiedlichen Formen der Freistellungsmethode vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 14 f.

veaus zur Folge.¹³⁸ Im Rahmen des Steuersenkungsgesetzes 2000 erfolgte eine umfangreiche unilaterale Erweiterung der Freistellung ausländischer Beteiligungserträge bei Kapitalgesellschaften mit der Neufassung des § 8b KStG.¹³⁹

Zur Vermeidung der internationalen Minderbesteuerung haben sich international keine einheitlichen Methoden herausgebildet.¹⁴⁰ Sowohl das nationale Steuerrecht als auch die Doppelbesteuerungsabkommen, welche zumindest sekundär das Ziel der Vermeidung der internationalen Minderbesteuerung verfolgen, enthalten diesbezüglich lediglich fallbezogene Regelungen.¹⁴¹

Hinsichtlich der legitimen Zielsetzung der Steuerlastminimierung versuchen Steuerpflichtige stets, zielkomplementäre steuerrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten auszunutzen. Daraus folgt bei grenzüberschreitenden Geschäftstätigkeiten die Notwendigkeit der Vermeidung oder mindestens der Minderung einer möglichen Doppelbesteuerung.¹⁴²

223. Holdingspezifisches Ziel-Mittel-System

2231. Ableitung steuerpolitischer Zielfunktionen

Die Steuerwirkungsanalyse, deren Ursache-Wirkung-Beziehungen in Ziel-Mittel-Beziehungen transformiert werden können, stellt die Informationsbasis für die Steuerplanung dar.¹⁴³ Ausgangspunkt der (internationalen) Steuerpla-

¹³⁸ Während diese Methode die Kapitalimportneutralität begünstigt, beeinflusst sie gleichzeitig die Entscheidungsneutralität im Wohnsitzstaat. Zur Kapitalimport- bzw. Quellenlandneutralität vgl. Gandenberger, O., 1985, S. 42 und ders., 1983, S. 15 ff. Nach deutschem Steuerrecht erfolgt gemäß § 32b Abs. 1 Nr. 2 EStG eine Berücksichtigung des von der inländischen Besteuerung ausgenommenen Auslandseinkommens bei der Ermittlung des auf die inländischen Einkünfte anzuwendenden Steuersatzes i.S.d. sog. Progressionsvorbehalts. Dieser entfaltet mangels Progression des Körperschaftsteuertarifs keine Wirkung für eine im Inland steuerpflichtige Kapitalgesellschaft.

¹³⁹ Siehe dazu ausführlich Kap. 3 Abschn. 1211.

¹⁴⁰ Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 85 ff.

¹⁴¹ Primäres Ziel von DBA ist die Vermeidung der Doppelbesteuerung durch Aufteilung von Besteuerungskompetenzen. Vgl. Komm. zum OECD-MA, Art. 1 Tz. 7. Soweit bilaterale Regelungen zur Vermeidung der Minderbesteuerung nicht in Betracht kommen, können unilaterale Maßnahmen greifen.

¹⁴² Die Reduzierung der jeweiligen nationalen Steuerbelastungen kann sich an diese Überlegungen anschließen.

¹⁴³ Die Transformation erfolgt durch Betrachtung der Ursache als Mittel (Tatbestand) sowie der Wirkung als Ziel (Rechtsfolge). Vgl. Kessler, W., 1996, S. 72.

nung ist die Formulierung (individueller) steuerorientierter Zielfunktionen.¹⁴⁴ Da die unternehmerische Tätigkeit grundsätzlich auf die langfristige Maximierung des Unternehmensgewinns (nach Steuern) zielt (*finanzwirtschaftliches Oberziel eines Unternehmens*)¹⁴⁵ und da Steuerzahlungen in diesem Zusammenhang stets negative Zielbeiträge darstellen, besteht die allgemeine Zielfunktion der Steuerplanung¹⁴⁶ in der „relativen Steuer(barwert-)minimierung“.^{147 148}

Finanzwirtschaftliches Oberziel	Langfristige Maximierung des Gewinns	
Zwischenziel (Steuerpolitisches Oberziel)	Relative Steuerminimierung	
Steuerpolitische Unterziele	Vermeidung konzernspezifischer Steuer-mehrbelastungen	Nutzung konzernspezifischer Steuer-minderbelastungen

Tab. 2: Zielsystem der Steuerplanung mit Holdingstrukturen

¹⁴⁴ Grundsätzlich unterliegt das einem Unternehmen zugehörige steuerpolitische Zielsystem einer permanenten Entwicklung, so dass individuelle Ziele existieren, die darüber hinaus in Abhängigkeit von den zugrunde liegenden Problemstellungen variieren. Dennoch können aus dem multidimensionalen Zielsystem regelmäßig bestimmte dominierende Zielsetzungen oder Leitlinien ermittelt werden, so dass von weitgehend gleichgerichteten nationalen und internationalen steuerlichen Zielsystemen ausgegangen werden kann. Vgl. Kaiser, K., 1994, S. 849.

¹⁴⁵ Zur Bedeutung des Gewinns- bzw. Erwerbstrebens in einem unternehmerischen Zielsystem vgl. Heinen, E., 1976, S. 59 ff., 126.

¹⁴⁶ In Abgrenzung zur sog. Sachverhaltsgestaltung besteht das Ziel der Steuerplanung nicht in einer Veränderung des Gewinns *vor* Steuern, sondern ausschließlich in einer Einflussnahme auf die Größe „Steuern“ selbst, d.h. einer Veränderung des Gewinns *nach* Steuern.

¹⁴⁷ Nachfolgend in Übereinstimmung mit der herrschenden Literaturdarstellung verkürzend als „relative Steuerminimierung“ bezeichnet. Die Relativität der Zielsetzung erklärt sich aus dem mangelnden Selbstzweck steuerlicher Gestaltungen. Absolute Steuerminimierung hätte in letzter Konsequenz die Aufgabe der Unternehmenstätigkeit zur Folge. Vgl. Breithecker, V./Klapdor, R./Passe, J., 2002, S. 37; Kaiser, K., 1994, S. 849; Kessler, W., 1996, S. 71; Rieger, H., 1978, S. 33 f.; Schänzle, T., 2000, S. 44. Das Ziel der relativen Steuerminimierung muss dabei stets unter Beachtung der Nebenbedingungen zur Unternehmenssicherung und zur Gewährleistung der Interessen der Anteilseigner (Gewinnausschüttungen) betrachtet werden. Zu notwendigen abgeleiteten Nebenbedingungen vgl. Börner, D./Krawitz, N., 1977, S. 93 ff. Zur Unterscheidung zwischen den Maßstäben des Steuerbarwerts zur Berücksichtigung von Steuerstundungs- und Progressionseffekten und des Steueraufwandes vgl. dies., 1977, S. 90 und Kessler, W., 1996, S. 79 f.

¹⁴⁸ Vgl. Bader, A., 1998, S. 50; Schänzle, T., 2000, S. 44; Streu V., 2000, S. 171. Eine gelungene zusammenfassende Übersicht über alternative Zielformulierungen und ihre praktische Bedeutung bieten Breithecker, V./Klapdor, R./Passe, J., 2002, S. 36 ff.

Die allgemeine Zielfunktion der Steuerplanung stellt gleichzeitig das Oberziel des abgegrenzten Untersuchungsbereichs der Steuerpolitik dar,¹⁴⁹ welches in weitere komplementäre und operationale Unterziele zerlegt werden kann.¹⁵⁰ Diese Subziele der Steuerplanung betreffen – vereinfachend zusammengefasst – einerseits die Vermeidung von gestaltungsbedingten Steuermehrbelastungen und andererseits die Ausnutzung von gestaltungsimmanenten Steuerminderbelastungen.¹⁵¹

Für Holdinggesellschaften können sich diese Steuermehr- oder -minderbelastungen vor allem aus der Anknüpfung der internationalen Konzernbesteuerung an die zivilrechtliche Rechtsfähigkeit der Konzerngesellschaften (Trennungstheorie) ergeben.¹⁵² Daneben liegen die Ursachen für eine Minderbelastung regelmäßig im zwischenstaatlichen Steuergefälle, in den Unterschieden der nationalen Steuersysteme sowie in einer fehlerhaften Abstimmung zur Vermeidung einer Doppel- respektive Minderbesteuerung auf unilateraler, bilateraler oder supranationaler Ebene.¹⁵³

Für die Steuergestaltung mit Holdinggesellschaften können aus den genannten Subzielen detaillierte, im Hinblick auf ihren Anwendungsbereich konkretisierte operationale Zielvorschriften deduziert werden.¹⁵⁴ Diese können beispielsweise lauten auf

- Vermeidung der internationalen Doppelbesteuerung von Unternehmensgewinnen,

¹⁴⁹ Gemäß Kessler, W., 1996, S. 74 f. stellt die relative Steuerminimierung somit ein Zwischenziel dar, welches den abgeleiteten steuerorientierten Zielen übergeordnet und dem finanzwirtschaftlichen Ziel der Gewinnmaximierung untergeordnet ist.

¹⁵⁰ Neben Komplementaritäts-, Konkurrenz- und Indifferenzbeziehungen können Ziele auch nach ihrem untereinander wirkenden Mittelcharakter charakterisiert werden. Vgl. Bamberg, G./Coenenberg, A. G., 2000, 53; Heinen, E., 1976, S. 103.

¹⁵¹ Vgl. *Tab. 2*. Die genannten Subziele gelten ebenfalls im Rahmen der internationalen Steuerplanung. Die nationalen Zielsetzungen erlangen im Rahmen der internationalen Steuerplanung aufgrund des Kumulationseffektes bei Beteiligung mehrerer Steuerrechtsordnungen allenfalls an Bedeutung und werden darüber hinaus durch spezifische Ziele ergänzt. Vgl. Kaiser, K., 1994, S. 850.

¹⁵² Vgl. Kessler, W., 2003b, S. 160; ders., 1996, S. 76.

¹⁵³ Vgl. Kessler, W., 2003b, S. 162.

¹⁵⁴ Vgl. Bader, A., 1998, S. 107 ff.; Fohr, I., 2000, S. 26; Hintzen, B., 1997, S. 47 ff.; Jacobs, O. H., 2002, S. 821 ff.; Kessler, W., 1996, S. 76 ff.

- Erzielung von Abkommensvorteilen in Form von Quellensteuerreduktionen und/oder Schachtelprivilegien,
- Vereinnahmung von grenzüberschreitenden Steuererstattungen und Vermeidung von Anrechnungsüberhängen,
- gewinnmindernde Berücksichtigung von konzerninternem Finanzierungsaufwand,
- konzerninterne Konsolidierung von Unternehmensergebnissen,
- Minimierung der Steuerbelastung von Veräußerungsgewinnen,
- steueroptimale Nutzung von Erfassungsdifferenzen.

Die Beurteilung steuerrechtlicher Gestaltungsalternativen erfordert grundsätzlich die Einbeziehung potentieller negativer, d.h. das Gestaltungsziel überlagernder Steuerwirkungen. Zunächst können sowohl bei der Errichtung als auch bei einer späteren Beendigung der Holdingstruktur nicht unerhebliche Kosten in Form einmaliger Steuerzahlungen (Grunderwerbsteuer, ausländische Gesellschaftsteuer, Besteuerung von Liquidations- und Veräußerungsgewinnen) und nichtsteuerlicher Aufwendungen (Gründungskosten, Notargebühren) entstehen.¹⁵⁵ Die Zwischenschaltung einer Holdinggesellschaft in eine gegebene Konzernorganisation führt darüber hinaus zwangsläufig zu einer zusätzlichen Besteuerungsebene, die im Vergleich zur Ursprungsstruktur prinzipiell die Gefahr der Mehrbelastung beinhaltet.¹⁵⁶ Unter ausschließlicher Berücksichtigung steuerlicher Aspekte kann die Implementierung einer Holdingstruktur daher nur dann sinnvoll sein, wenn neben einer Vermeidung von drohenden Mehrbelastungen ein betriebswirtschaftlicher Vorteil in Form von Steuerersparnis- und Steuerstundungseffekten erzielt werden kann.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Vgl. Bader, A., 1998, S. 55. Auf gegenläufige Effekte infolge der Verkehr- und Substanzbesteuerung soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

¹⁵⁶ Zu möglichen steuerlichen Mehrbelastungen infolge einer Doppelbesteuerung von repatrierten Erträgen führen regelmäßig laufende Aufwendungen bspw. in Form von Personalkosten, Mieten für Büroräume, Aufwendungen für die Jahresabschlusserstellung, Steuerberatungskosten, öffentlichen Gebühren u. ä. Vgl. Bader, A., 1998, S. 57.

¹⁵⁷ Gemäß Bader, A., 1998, S. 57 werden die genannten laufenden Kosten im Rahmen der Überlegungen zur steuerlichen Sachverhaltensgestaltung insbesondere von mittelständischen Unternehmen oftmals unterschätzt.

2232. Identifikation zielkomplementärer Gestaltungsmittel

22321. Vorbemerkungen

Die typische Aufgabenstellung der Steuerplanung mit Holdingstrukturen zielt auf die Etablierung einer neuen Holding, regelmäßig als Zwischenholding, in eine gegebene Beteiligungsstruktur bei Begründung einer zusätzlichen Besteuerungsebene und damit gegebenenfalls verbundenen steuerlichen Zusatzbelastungen. Im Idealfall ermöglicht die Inanspruchnahme der nationalen Steuerrechtsordnung des Standortes der (Zwischen-) Holding respektive die Kombination mit den Steuersystemen der beteiligten Staaten eine im Vergleich zur direkten Gestaltung geringere Gesamtsteuerbelastung.¹⁵⁸ In diesem Zusammenhang sind Repatriierungs- und Allokationsstrategien sowie deren Verknüpfung zu unterscheiden.¹⁵⁹ Voraussetzung für die Vorteilhaftigkeit dieser Gestaltungsinstrumente ist eine fehlende oder nur geringe Besteuerung der Erträge im Ansässigkeitsstaat der Zwischenholding beziehungsweise, im Fall der Ausschüttung, eine die bei unmittelbarer Ausschüttung des Tochterunternehmens an die Muttergesellschaft gezahlte Quellensteuer unterschreitende Quellensteuer summe im Holdingfall.

22322. Repatriierungsstrategien

Die sog. Repatriierungsstrategien charakterisiert die Implementierung einer Holdinggesellschaft als zusätzliches, komplementäres Einkünfteerzielungssubjekt zwischen Grund- und Spitzeneinheit. In diesem Fall führt die „Zwischenschaltung“ der Holding zu einer Erhöhung der steuerpflichtigen Einkünfte (Kaskadeneffekt) ohne Veränderung des ökonomischen Gewinns des Gesamtunternehmens, d.h. der Höhe der konzernextern erzielten Einkünfte. Repatriierungsstrategien gestalten ausschließlich den *konzerninternen Einkommens-transfer* durch Umleitung, Umformung oder temporäre Abschirmung von Konzerneinkünften.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Vgl. Hintzen, B., 1997, S. 48.

¹⁵⁹ Vgl. Kessler, W., 2003b, S. 164 ff.; ders., 1996, S. 82 ff.

¹⁶⁰ Vgl. Kessler, W., 2003b, S. 165; ders., 1996, S. 83 ff.

Die *Umleitung von Einkünften* – beispielsweise über eine Zwischenholding – führt in der Regel zu einer Verlängerung der ursprünglichen direkten „Transferoute“ zwischen Grund- und Spitzeneinheit. Die Vermeidung der internationalen Doppelbesteuerung als die primäre Zielsetzung¹⁶¹ der bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen erklärt das Bemühen von nichtabkommensberechtigten Steuerpflichtigen, durch Sachverhaltsgestaltung in den Anwendungsbereich von Doppelbesteuerungsabkommen zu gelangen.¹⁶² Auch die Implementierung von sog. „mixer companies“, deren Funktion in der Minderung von Anrechnungsüberhängen von nachgeschalteten Auslandsgesellschaften besteht,¹⁶³ kann unter bestimmten Bedingungen zu steuerlichen Minderbelastungen in Folge der Einkünfteumleitung führen.¹⁶⁴

¹⁶¹ Vgl. Komm. zum OECD-MA, Art. 1 Tz. 7.

¹⁶² In diesem Zusammenhang hat die Praxis die Gestaltungen des sog. *treaty shopping* und des *directive shopping* entwickelt. Die Entstehung des Begriffs des *treaty shopping* geht auf die Entwicklung der amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen und der Rechtsprechung zurück. Vgl. Becker, H./Wurm, F. J., 1988, S. 2 f. Unter dem Begriff des *treaty shopping* werden im allgemeinen Gestaltungen verstanden, welche durch Zwischenschaltung natürlicher oder juristischer Personen Abkommensvergünstigungen schaffen, deren Vorteile bei unmittelbarer Geschäftsbeziehung nicht gewährt werden. Zur Entwicklung der amerikanischen DBA und Rechtsprechung sowie der Übernahme des Begriffs in die deutsche Diskussion vgl. Becker, H., 1985, S. 173-179; Piltz, D. J., 1987, S. 2; Ochsner, A., 1995, S. 630; Jacobs, O. H., 2002, S. 436. Während das *treaty shopping* auf die Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen zielt, kennzeichnet der Begriff des *directive shopping* die Erwirkung von Richtlinienvergünstigungen. Zum Begriff vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 436 f.; Kraft, G., 1994, S. 371 und Wilke, K.-M., 1997, Tz. 315. Hier ist vor allem die Richtlinie des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (90/435/EWG), ABl. EG Nr. L 225 vom 20.8.1990, S. 6, im Folgenden stets verkürzend als sog. *Mutter-Tochter-Richtlinie der EU* bezeichnet, von Bedeutung. Zur Umsetzung in deutsches Recht vgl. Gonnella, R., 1993, S. 1693 ff. und Thömmes, O., 1995. Die Anwendung des Begriffs des *directive shopping* ist damit auf das Gebiet der Europäischen Union begrenzt. Die Beurteilung des *directive shopping* als steuerrechtliches Gestaltungsinstrument hinsichtlich der gesetzlichen Zulässigkeit unterscheidet sich nicht von der des *treaty shopping*. Kraft, G., 1994, S. 371 bezeichnet das *directive shopping* als Spielart des *treaty shopping*. Jacobs, O. H., 2002, S. 436 f. betrachtet gleichzeitig beide Formen und Wirkungen ohne Differenzierung.

¹⁶³ Vgl. Streu, V., 2000, S. 174 f.

¹⁶⁴ So bestand bspw. in der Vergangenheit für in Großbritannien ansässige internationale Investoren aus steuerlicher Sicht geradezu eine Notwendigkeit zur Zusammenfassung ihrer grenzüberschreitenden Beteiligungen in sog. „offshore mixer companies“, da das britische Recht bislang die begrenzte Anrechnung ausländischer Steuern für Einkünfte – getrennt nach dem jeweiligen ausländischen Quellenstaat – kannte („source by source“). Mit Wirkung für nach dem 31.3.2001 empfangene ausländische Dividenden wurde die britische Anrechnung ausländischer Steuern jedoch zugunsten eines sog. „limited onshore pooling“ modifiziert, so dass „offshore mixer companies“ nunmehr regelmäßig zu steuerlichen

Die *Umformung von Einkünften* führt zu einer Änderung der steuerlichen Qualifikation der Einkünfte, die regelmäßig durch Transformation in eine andere Einkunftsart erfolgt.¹⁶⁵ Eine Zwischenholding kann beispielsweise die in Form von Zinseinkünften aus der Vergabe eines Gesellschafterdarlehens vereinnahmten Gewinne ihrer nachgeschalteten Gesellschaften in Form von Dividenden an die Spitzeneinheit weitergeben. Sofern die Zwischenholding in einem sog. Niedrigsteuerland domiziliert und die operativen Tochtergesellschaften einer vergleichsweise hohen Besteuerung unterliegen, führt diese Gestaltung zu einer steuermindernden Verlagerung von Einkünften.¹⁶⁶ Im Rahmen der Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen zielt das sog. *rule shopping* auf die Anwendung der günstigsten Einkunftsart.¹⁶⁷ Die Implementierung einer Zwischenholding kann in diesem Zusammenhang beispielsweise der Generierung schachtelprivilegierter Beteiligungserträge dienen, wenn der Ansässigkeitsstaat der Zwischenholding über Doppelbesteuerungsabkommen verfügt, die eine Freistellung von Beteiligungserträgen vorsehen.¹⁶⁸ Auch die Nutzung von Qualifikationskonflikten zur Vermeidung der Quellenbesteuerung fällt in den Bereich der Umformung von Einkünften.¹⁶⁹

Im Rahmen der *temporären Abschirmung* werden Einkünfte der nachgeschalteten Gesellschaften auf Ebene der Zwischenholding vorübergehend thesauriert

Mehrbelastungen gegenüber einer direkten Beteiligung führen. Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 834 ff.; zum britischen Recht Krawitz, N./Büttgen, D., 2001, S. 626 und 628.

¹⁶⁵ Vgl. Kessler, W., 1996, S. 86 f.

¹⁶⁶ Vorausgesetzt, dass die Erträge der Holdinggesellschaft nur einer vergleichsweise geringen Ertrag- und Quellenbesteuerung unterliegen.

¹⁶⁷ Kennzeichnend für das *rule shopping* ist das Bestehen der grundsätzlichen Abkommensberechtigung der beteiligten Personen, während *treaty shopping*-Gestaltungen früher, d.h. bei der Erwirkung der Abkommensberechtigung, ansetzen. Der Begriff geht zurück auf Vogel, K., 1985, S. 379. Vgl. auch Prokisch, R., 2003, Art. 1, Tz. 100; Piltz, D. J., 1987, S. 2; Ochsner, A., 1995, S. 710 und Wilke, K.-M., 1997, Tz. 315. Die Qualifikation der Einkünfte als „Zinsen“ i.S.v. Art. 11 OECD-MA bzw. als „Dividenden“ i.S.v. Art. 10 OECD-MA bestimmt im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht die Höhe der Quellenbesteuerung. Bei unbeschränkter Steuerpflicht ist die Differenzierung zwischen der Befreiungsmethode i.S.v. Art. 7 i.V.m. Art. 23 A OECD-MA und der Anrechnungsmethode nach Art. 7 i.V.m. Art. 23 B OECD-MA von Bedeutung.

¹⁶⁸ Denkbar ist auch die Nutzung weitergehender unilateraler Schachtelprivilegien vergleichbar § 8b KStG.

¹⁶⁹ Aus zwischenstaatlichen Qualifikationskonflikten kann die – fiskalisch unerwünschte – beiderseitige Freistellung der Einkünfte (sog. „weiße Einkünfte“) resultieren. Vgl. Hannes, B., 1992; Knobbe-Keuk, B., 1991, S. 306 ff.; Piltz, D. J., 1993, S. 21 ff. mit Beispielen.

und reinvestiert.¹⁷⁰ Da die ausländischen Erträge der deutschen Besteuerung für die Dauer des Thesaurierungszeitraums entzogen werden,¹⁷¹ resultiert aus der temporären Abschirmung zwar keine endgültige Steuerersparnis, jedoch mindestens ein vorteilhafter Steuerstundungseffekt.¹⁷²

22323. Allokationsstrategien

Allokationsstrategien dienen der *Gestaltung der konzernexternen Einkommenserzielung*. Die zwischengeschaltete Holdinggesellschaft hat hier als primäres Einkünfteerzielungssubjekt die Aufgabe der intersubjektiven Zurechnung der konzernextern erzielten Einkünfte;¹⁷³ der ökonomische Gewinn des Gesamtunternehmens ändert sich auch in diesem Fall nicht. In diesem Zusammenhang kann eine Verlagerung von Einkünften entweder von der Spitzeneinheit (push down) oder von der Grundeinheit (push up) auf die Zwischenholdinggesellschaft erfolgen.¹⁷⁴

Die Möglichkeit der Verlagerung von Einkünften der Spitzeneinheit auf die Zwischenholding besteht dabei nur für Einkunftsbestandteile, die in wirtschaftlichem Zusammenhang mit der Beteiligung an der Grundeinheit stehen.¹⁷⁵ Die Einkunftsverlagerung nach unten ist dann vorteilhaft, wenn Veräußerungs- respektive Liquidationsgewinne im Ansässigkeitsstaat der Zwischenholding

¹⁷⁰ An dieser Stelle stellt sich die Frage, ob die Implementierung einer Zwischenholding überhaupt erforderlich ist, da auch die Thesaurierung auf Ebene der operativen Einheiten das gewünschte Ergebnis bewirkt. Bei Unterstellung unzureichender Einflussmöglichkeiten auf die operativen Tochtergesellschaften – bspw. im Rahmen von Minderheitsbeteiligungen, Kooperationen oder Joint Ventures – gewährt eine beherrschte Zwischenholding einen uneingeschränkten Einfluss auf ihre Ausschüttungspolitik. Gleichzeitig erfolgt keine Beschränkung der Reinvestitionsformen auf Ebene der operativen Gesellschaften in der Weise, dass eine interne Anlage aufgrund der Thesaurierung erzwungen wird. Vgl. Kessler, W., 1996, S. 89 f.

¹⁷¹ Bei Anwendung der Anrechnungsmethode im Empfängerstaat resultiert der Vorteil im Fall eines vergleichsweise höheren Steuerniveaus aus der Vermeidung des Heraufschleusens auf das inländische Steuerniveau, im Fall eines vergleichsweise geringeren Steuerniveaus aus der Vermeidung einer definitiven Quellensteuer aufgrund des Anrechnungsüberhangs. Vgl. Kessler, W., 1996, S. 89.

¹⁷² Darüber hinaus können die Erträge aus einer geschickten Reinvestition die Belastung aus einer späteren Nachversteuerung bei Repatriierung übersteigen.

¹⁷³ Vgl. Kessler, W., 2003b, S. 170.

¹⁷⁴ Vgl. Kessler, W., 2003b, S. 170 ff.

¹⁷⁵ Für die Verlagerung von Aufwand auf die nachgeschaltete Konzernebene hat sich die angelsächsische Bezeichnung des „dept push down“ behauptet. Vgl. Kessler, W., 2003b, S. 171.

steuerlich begünstigt werden respektive Veräußerungsverluste, Teilwertabschreibungen auf Beteiligungen und beteiligungsbezogene Finanzierungsaufwendungen uneingeschränkt mit anderen Einkünften der Holding¹⁷⁶ verrechnet werden können. Die Möglichkeit der Verlagerung von Einkünften der Grundeinheit auf die Zwischenholding setzt die Existenz spezieller Rechtsgrundlagen, wie beispielsweise der deutschen Organschaft,¹⁷⁷ voraus.¹⁷⁸

22324. Wesentliche Funktionsbereiche der Steuerplanung mit Holdingstrukturen

Letztlich zielt die Implementierung von Holdingstrukturen im Rahmen der Steuerplanung stets auf die Minimierung der relativen Konzernsteuerbelastung, die sich sowohl in der Vermeidung konzernspezifischer Steuermehrbelastungen als auch in der Nutzung konzernspezifischer Steuerminderbelastungen ausdrücken kann. Beide steuerpolitischen Subziele bilden den Rahmen für die Deduktion von Funktionsbereichen der Steuerplanung mit Holdingstrukturen. Mit Bezug zu den in Abschnitt 2231 genannten holdingspezifischen operationalen Zielvorschriften und in Hinblick auf die in den vorangegangenen Abschnitten aufgezeigten Gestaltungsstrategien können fünf wesentliche Funktionsbereiche, namentlich (1) die steueroptimale konzerninterne Repatriierung von ausländischen und inländischen Beteiligungserträgen, (2) die steueroptimale Realisierung von konzerninternen Umstrukturierungen, (3) die Reduzierung der Steuerbelastung durch Ergebnisausgleich im Konzern, (4) die steuerliche Optimierung konzerninterner Finanzierungsstrukturen sowie (5) die Abschirmung ausländischer Erträge vor inländischem Steuerzugriff unterschieden werden. Im Hauptteil dieser Arbeit sollen diese wesentlichen Funktionsberei-

¹⁷⁶ Die ausschließliche Erzielung steuerbefreiter sog. Schachtelerträge führt in diesem Zusammenhang dazu, dass die Abzugsfähigkeit von Aufwand leer läuft.

¹⁷⁷ Die Organschaft nach §§ 14 ff. KStG ist jedoch – übereinstimmend mit den überwiegenden internationalen Rechtsordnungen – mit Ausnahme eines Organträgers in Form einer deutschen Betriebsstätte i.S.d. § 18 KStG und nunmehr in Form einer doppelt ansässigen Gesellschaft i.S.d. § 14 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 KStG auf nationale Unternehmensstrukturen beschränkt. Eine uneingeschränkte grenzüberschreitende Organschaft ist derzeit nur nach dänischem Recht möglich. Vgl. zur dänischen Organschaft Böhme, C. A./Laursen J., 2000, Tz. G 137; Kessler, W., 1993, S. 303 ff.; Böhme, C. A., 1998, S. 165 ff.

¹⁷⁸ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen in Kap. 3 Abschn. 3.

che der Steuerplanung mit Holdingstrukturen jeweils auf ihre Realisierbarkeit unter den veränderten steuerlichen Rahmenbedingungen überprüft werden.

3. Ableitung eines steuerlichen Anforderungsprofils an einen Holdingstandort

31. Feststellung des steuerlichen „Status-Quo“

Die letzte „große“ Reform im Bereich des Unternehmenssteuerrechts geht zurück auf die Einführung des körperschaftsteuerlichen Vollarrechnungsverfahrens mit dem Körperschaftsteuerreformgesetz vom 31.8.1976.¹⁷⁹ Seitdem unterlag das deutsche Steuerrecht zwar zahlreichen Änderungen; eine grundlegende Reform der Unternehmensbesteuerung blieb jedoch lange Zeit aus.¹⁸⁰

Die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für Unternehmen ist bereits seit Beginn der 80er Jahre Gegenstand von Reformansätzen.¹⁸¹ Die steuerliche Entlastung konzentrierte sich in diesem Zusammenhang regelmäßig auf die Verbesserung von Abschreibungsbedingungen und seit dem Steuerreformgesetz 1990 auf eine stufenweise Reduktion des Körperschaftsteuerthesaurierungssatzes.¹⁸² Erstmals mit dem Steuerreformgesetz 1990 rückte die Verbreiterung der steuerlichen Bemessungsgrundlage und deren Aufgabe der Gegenfinanzierung von Steuersatzsenkungen in den Vordergrund.¹⁸³ Der erhöhte Finanzbedarf im Zusammenhang mit der deutschen Wiedervereinigung im Jahr 1990 führte ab 1991 zu einer Erhöhung von Steuern und Sozialabgaben, nicht zuletzt durch die erstmalige Einführung des Solidaritätszuschlags zur Einkommen- und zur Körperschaftsteuer.¹⁸⁴ Die zunehmende Internationalisie-

¹⁷⁹ BGBl. I 1976, S. 2597 ff. Zur Entwicklung des deutschen Körperschaftsteuergesetzes vgl. Cattelaens, H., 1997, S. 1 f.; Heurung, R., 2003, Einführung KStG Rz. 24 ff.

¹⁸⁰ Vgl. Bach, St., 2001, S. 57; Wurmsdobler, N., 2001, S. 841. Für eine Übersicht über die seit 1976 ergangenen Änderungsgesetze zum KStG siehe o.V., 2003a, S. XXV ff.

¹⁸¹ Zur im Folgenden dargestellten Entwicklung des deutschen Unternehmenssteuerrechts vgl. Bach, St., 2001, S. 50.

¹⁸² Maßgebende Reformansätze und ihre wesentlichen Inhalte waren die *Einkommensteuerreform 1986/1988* mit Verbesserungen der Abschreibungsbedingungen und das *Steuerreformgesetz 1990* mit einer Reduzierung des Körperschaftsteuerthesaurierungssatzes von 56 % auf 50 %.

¹⁸³ Vgl. Bach, St., 2001, S. 51.

¹⁸⁴ Der Solidaritätszuschlag wird – bis auf eine kurze Unterbrechung in den Jahren 1992 bis 1994 – bis heute erhoben; mit Wirkung zum 1.1.1998 von vormals 7,5 % auf 5,5 % reduziert.

rung und Technologisierung der Wirtschaftstätigkeit entfachte Mitte der 90er Jahre die Diskussion um die internationale Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Steuersystems.¹⁸⁵ Die Senkung der nominellen Steuersätze bei gleichzeitiger Verbreiterung der steuerlichen Bemessungsgrundlage fasste erneut Fuß in den Reformvorhaben.¹⁸⁶ Mit dem Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 erreichten die Maßnahmen zur Verbreiterung der Bemessungsgrundlage ihren vorläufigen Höhepunkt.

Eine bedeutende Reformierung der Unternehmensbesteuerung setzte nun erstmals wieder mit einem im Anschluss an das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24. März 1999¹⁸⁷ beginnenden *Reformprozess*¹⁸⁸ ein.¹⁸⁹ Grundlegende Änderungen beinhaltete insbesondere das *Steuersenkungsgesetz* vom 23. Oktober 2000, darunter beispielsweise die Aufgabe des körperschaftsteuerlichen Vollarrechnungsverfahrens zugunsten des sog. Halbeinkünfteverfahrens.¹⁹⁰ Eine Weiterführung der Überarbeitung der Unternehmensbesteuerung erfolgte im Rahmen des *Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetzes* vom 20. Dezember 2001, des *Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetzes* vom

¹⁸⁵ Gemäß Herzig, N./Dautzenberg, N., 2000, S. 13 stellen internationale Verflechtungen eine wesentliche Ursache zahlreicher Reformzwänge dar.

¹⁸⁶ Das *Standortsicherungsgesetz 1994* beinhaltete neben der Reduzierung des Körperschaftsteuerthesaurierungssatzes von 50 % auf 40 % und des Ausschüttungssatzes von 36 % auf 30 % die Einführung der Tarifikappung für gewerbliche Einkünfte in Höhe von 47 % gemäß § 32c EStG sowie Verschlechterungen von Abschreibungsbedingungen. Zur erstmaligen Anwendung gemäß § 52 Abs. 1 EStG i.d.F. des StandOG ab dem Veranlagungszeitraum 1994 vgl. Glanegger, P., 2000, § 32c EStG Rz. 4; zur letztmaligen Anwendung der Vorschrift vgl. ders., 2003, § 35 EStG Tz. 2. Mit dem *Jahressteuergesetz 1996* erfolgte die in Wirtschaft und wissenschaftlichem Schrifttum lange geforderte Abschaffung der Vermögen- und der Gewerbekapitalsteuer mit Wirkung ab dem 1.1.1997.

¹⁸⁷ Modifiziert durch das *Steuerbereinigungsgesetz 1999* vom 22. Dezember 1999. Ein wesentlicher Aspekt war hier u.a. die Begrenzung der Einkommensteuer für gewerbliche Einkünfte gemäß § 32c EStG von 47 % auf 43 % ab dem Veranlagungszeitraum 2000.

¹⁸⁸ Diese Reformschritte müssen in ihrer Gesamtheit betrachtet werden. Ähnlich Teufel, T., 2002, S. 9; Zitzelsberger, H., 2000, S. 51.

¹⁸⁹ Bach, St., 2001, S. 57 stellt fest, dass Deutschland mit dieser Reform erst verspätet den Anschluss an andere bereits reformierte Steuerrechtssysteme zu finden versucht.

¹⁹⁰ Modifikationen erfolgten durch das *Steuersenkungsergänzungsgesetz* vom 19. Dezember 2000, das *Investitionszulagengesetz* vom 20. Dezember 2000 sowie das *Steueränderungsgesetz 2001* vom 20. Dezember 2001.

19. Dezember 2001 sowie des *Steuervergünstigungsabbaugesetzes* vom 16. Mai 2003.¹⁹¹

Nach wie vor beinhaltet das deutsche Steuerrecht kein konsistentes System der Unternehmensbesteuerung. Die unternehmerische Betätigung unterliegt – in Abhängigkeit von der rechtlich-statutarischen Struktur, in der sie betrieben wird – verschiedenen und teilweise interdependenten Steuerarten sowie Steuertarifen, gegebenenfalls auch bei Variationen in der Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage.¹⁹² Vereinfacht formuliert steht der personenbezogenen Einkommensbesteuerung der Einzelunternehmung und der Personengesellschaft aufgrund der fehlenden Rechtsformneutralität die – hier im Vordergrund stehende – organisationsbezogene Veranlagung der steuerlich verselbständigten Körperschaften gegenüber.¹⁹³ Die Wahl der Unternehmensrechtsform stellt daher eine konstitutive Entscheidung für die Steuerfolgen dar.¹⁹⁴

Überdies erfasst das deutsche Steuerrecht Konzernstrukturen grundsätzlich nicht als Wirtschaftseinheit, sondern es qualifiziert die individuellen, zivilrechtlich selbständigen Teileinheiten als eigenständige Steuersubjekte.¹⁹⁵ Wenn rechtlich selbständige Gesellschaften ihre wirtschaftliche Autonomie weitgehend aufgegeben haben, erscheint eine getrennte steuerliche Behandlung ohne Berücksichtigung des ökonomischen Unternehmensverbunds jedoch nur bedingt sinnvoll.¹⁹⁶ Aus der wirtschaftlichen Abhängigkeit resultiert vielmehr die Notwendigkeit zur Berücksichtigung der ökonomischen Einheit für Zwecke der

¹⁹¹ Das Steueränderungsgesetz 2003 vom 15. März 2003, das Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz vom 22. Dezember 2003, das Gesetz zur Änderung des Gewerbesteuergesetzes und anderer Gesetze vom 23. Dezember 2003 und das Haushaltsbegleitgesetz 2004 vom 29. Dezember 2003 treten jeweils zum Jahresbeginn 2004 in Kraft; sie werden im Rahmen dieser Arbeit nicht betrachtet. Vgl. die Ausführungen in Kap. 1.

¹⁹² Vgl. Jacobs, O. H., 1998, S. 1; Teufel, T., 2002, S. 3.

¹⁹³ Vgl. Schreiber, U., 1987, S. 120 f.

¹⁹⁴ Vgl. Jacobs, O. H., 1998, S. 5.

¹⁹⁵ Vgl. Fußbroich, P., 2002, S. 697; Prinz, U., 1999b, S. 646. Ballerstedt, K., 1971, S. 630 f. gelangt insofern zu der Schlussfolgerung, dass es sich bei einem Konzern um den „paradoxe(n) Fall eines Unternehmens, das als solches überhaupt keine Rechtsform hat“, handelt (im Original hervorgehoben, Klammerergänzung durch die Verfasserin).

¹⁹⁶ Vgl. Bauer, K., 1987, S. 16; Kröner, I., 2001, S. 153; Prinz, U., 2002b, S. 66.

Besteuerung.¹⁹⁷ Die Sphärentrennung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter wird im deutschen Steuerrecht nur in Ausnahmefällen durchbrochen.¹⁹⁸ So hat beispielsweise die Rechtsprechung in einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise¹⁹⁹ eines Konzernverbunds das Rechtsinstitut des Schachtelprivilegs und das konzernsteuerspezifische Rechtsinstitut der Organschaft²⁰⁰ entwickelt.²⁰¹

Nicht zuletzt vor dem skizzierten Hintergrund nennt der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Steuersenkungsgesetz 2000 einleitend vier maßgebliche Zielsetzungen des Reformvorhabens:

- „Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft
- Nachhaltige Förderung von Wachstum und Beschäftigung
- Mehr Steuergerechtigkeit, Transparenz und Planungssicherheit im Steuersystem
- Deutliche und solide finanzierte Steuerentlastungen für ... Unternehmen²⁰².

Damit trägt der Gesetzentwurf – zumindest gemessen an seinem Anspruch – den Anforderungen durch zunehmend internationalisierte Märkte und Wirtschaftstätigkeit Rechnung. Aus der Fokussierung auf die Wettbewerbsfähigkeit des Standorts folgt bereits die Notwendigkeit zur Gewährung von Steuerentlastungen, da die deutsche Steuerbelastung im internationalen Vergleich nicht als besonders niedrig und damit attraktiv gilt. Das in Politik und Teilen des

¹⁹⁷ Vgl. Bauer, K., 1987, S. 37 ff.; Prinz, U., 1999b, S. 648.

¹⁹⁸ Siehe bspw. die sog. Hinzurechnungsbesteuerung im Außensteuerrecht gem. §§ 7 bis 14 AStG. Vgl. dazu grundlegend Köhler, St., 1994 sowie Lehner, M., 2002, S. 2; Krawitz, N./Büttgen, D./Hick, Ch., 2002, S. 85 ff. Personengesellschaften gelten nach deutschem Steuerrecht ebenfalls als transparent für einkommensteuerliche Zwecke gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG. Sie stellen allerdings eigenständige Steuersubjekte für die Gewerbesteuer gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 GewStG dar.

¹⁹⁹ Zum Einfluss der wirtschaftlichen Betrachtungsweise in der Rechtsprechung vgl. Bauer, K., 1987, S. 12.

²⁰⁰ Zur Unzulänglichkeit des Organbegriffs vgl. Janda, K., 1953, S. 7.

²⁰¹ Beide Institute stellten bisher die einzigen Elemente eines Konzernertragsteuerrechts dar; auf verkehrsteuerliche Sonderbestimmung wird nicht eingegangen. Das körperschaftsteuerliche und das gewerbesteuerliche Schachtelprivileg sind nicht ausschließlich konzernsteuerspezifische Rechtsinstitute. Vgl. Ketterer, Th., 1997, S. 2 f.; Krebühl, H.-H., 2001, 1731; zur Entwicklung der Organschaft in der Rechtsprechung Bauer, K., 1987, S. 49 ff.; Janda, K., 1953, S. 9; Ketterer, Th., 1997, S. 10 ff.; Zinser, Th., 1995, S. 19, 27 ff.

²⁰² BT-Drs. 14/3074 v. 30.3.2000, S.1.

Schrifttums gerne vorgebrachte Argument der Europatauglichkeit des Steuersystems erhält in diesem Zusammenhang besonderes Gewicht.²⁰³ Ein den Anforderungen gerechtes, wettbewerbsfähiges Steuersystem würde über die Attraktion von Investitionstätigkeit einen Beitrag zur Förderung von Wirtschafts- und Beschäftigungswachstum leisten. Auch die Zielsetzung der Erhöhung von Steuergerechtigkeit, Transparenz und Planungssicherheit im Steuersystem ist letztlich mit dem Vorgenannten eng verbunden. An dieser Stelle greift der Gesetzgeber auf die grundlegenden Steuerprinzipien zurück. Es sei nur angemerkt, dass diese Aspekte seit jeher zu den Bestrebungen von Steuerreformen gehörten,²⁰⁴ die Entwicklung des deutschen Steuerrechts bislang aber stets in die entgegengesetzte Richtung wies.

32. Allgemeine Anforderungen an ein Steuersystem

321. Vorbemerkungen

Das Ziel der vorliegenden Analyse besteht in der Prüfung, inwieweit die holdingtypischen Ziele im Rahmen des geltenden deutschen Unternehmenssteuerrechts realisierbar sind. Die Beurteilung der weitreichenden Steueränderungen ist nur vor dem Hintergrund einer Referenzgrundlage, die das (zuvor) geltende Steuerrecht bildet,²⁰⁵ möglich.²⁰⁶ Die „Reformen“ der deutschen Unternehmensbesteuerung müssen sich in diesem Zusammenhang nicht nur an den holding-spezifischen Aufgaben, sondern auch an den allgemeinen Kriterien für die Eignung eines Steuersystems,²⁰⁷ die einen wesensimmanenten Reformanspruch darstellen,²⁰⁸ messen lassen. Aus diesem Grund sollen der Ableitung eines steuerlichen Anforderungsprofils an einen geeigneten Holdingstandort zunächst die für die Eignung eines Steuersystems maßgebenden Kriterien voran-

²⁰³ Vgl. Riotte, M., 2002, S. 4 f. und die Begründung in BT-Drs. 14/2683 v. 15.2.2000, S. 93.

²⁰⁴ Vgl. BMF, 1997, S. 9.

²⁰⁵ Für den konkreten Fall ist dies die Rechtslage vor Inkrafttreten des Steuersenkungsgesetzes 2000. Zu dessen zeitlichem Anwendungsbereich vgl. Rödder, Th./Schumacher, A., 2000b, S. 175 ff.

²⁰⁶ Vgl. Elschen, R., 1991, S. 103.

²⁰⁷ Zur „Systemhaftigkeit einer Steuerreform“ vgl. Homburg, St., 2000a, S. 10.

²⁰⁸ Vgl. Bach, St., 2001, S. 57.

gestellt werden, welche im Rahmen der jüngsten Steuerrechtsänderungen stets auch als Zielsetzungen der Gesetzesvorhaben aufgeführt wurden.²⁰⁹

322. Legitimation der Besteuerung

Der originäre Zweck der Besteuerung besteht zunächst in der Sicherung des institutionellen sowie sozialen Finanzbedarfs des Staates.²¹⁰ Das Recht des Staates zur Besteuerung des Einkommens sowie des Umsatzes resultiert aus dem Beitrag der Allgemeinheit zur Verwirklichung individueller Vermögenswerte.²¹¹ Der primäre *Fiskalzweck* der Besteuerung gilt folgerichtig als allgemein anerkannt;²¹² er ist in §3 Abs. 1 Satz 1 AO explizit festgeschrieben. Die Einnahmenerzielung kann gemäß §3 Abs. 1 Satz 1 AO auch Nebenzweck sein und zugunsten von *Lenkungszielen* in den Hintergrund treten. Die strikte theoretische Trennung zwischen Fiskal- und Lenkungszielen sowie den entsprechenden Vorschriften ist in der Praxis jedoch nicht durchweg gegeben; vielmehr bestehen Interdependenzen und Konflikte.²¹³

Der Gesetzgeber hat im Hinblick auf die Erfüllung des staatlichen Finanzierungszwecks zwar weitgehende Gestaltungsfreiheiten;²¹⁴ eine willkürliche Belastung mit Steuern und Abgaben ist dabei aber grundsätzlich weder dem Grunde noch der Höhe nach zulässig.²¹⁵ Die Belastung mit Ertragsteuern findet ihre Grenze nicht bereits in den in Art. 2 Abs. 1 GG verankerten persönlichen

²⁰⁹ Vgl. BT-Drs. 14/3074 v. 30.3.2000, S. 1.

²¹⁰ Vgl. Jachmann, M., 1996, S. 4; Selling, H.-J., 2000, S. 226. Der soziale Finanzbedarf resultiert aus der Eigenschaft der Bundesrepublik Deutschland als Sozialstaat gemäß Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 GG.

²¹¹ Vgl. Kirchhof, P., 2000, S. 11.

²¹² Vgl. Reusch, K. M., 2002, S. 9 m.w.N.

²¹³ Lenkungsnormen kann ein Fiskalzweck nicht grundsätzlich abgesprochen werden, obwohl aufgrund ihrer Wirkung idealtypisch keine Einnahmen erzielt werden dürften. Umgekehrt haben Fiskalnormen überwiegend auch lenkenden Charakter, da sie – worauf noch einzugehen sein wird – regelmäßig nicht entscheidungsneutral sind. Vgl. Hschen, R., 1991, S. 111; Reusch, K. M., 2002, S. 10 f. Die Forderung nach der Bereinigung des Steuerrechts von Lenkungsnormen besteht nach wie vor. Vgl. BMF, 1995, S. 32.

²¹⁴ Vgl. Kirchhof, P., 1997, S. 89; Kruse, H. W., 1990, S. 324 f.

²¹⁵ Bestätigt mit dem sog. Halbteilungsgrundsatz mit Wirkung für die Vermögensteuer durch das Bundesverfassungsgericht. Vgl. BVerfG-Beschl. v. 22.6.1995, S. 138 f.; Kirchhof, P., 1997, S. 88 ff. Dieses Urteil entfaltet jedoch keine Bindungswirkung für die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Belastung durch Einkommen- und Gewerbesteuer. Vgl. BFH-Urt. v. 11.8.1999, S. 1845 ff.

Freiheitsrechten, sondern erst in der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG.²¹⁶ Diese gilt aber nur dann als verletzt, wenn der Steuerpflichtige übermäßig im Sinne einer Gefährdung seiner Existenz in Anspruch genommen wird (sog. „Übermaßverbot“)²¹⁷. Für die aktuelle Belastungshöhe verneint der BFH eine unverhältnismäßige Inanspruchnahme.²¹⁸

Dennoch hat die deutsche Ertragsteuerbelastung im *internationalen Vergleich* eine relativ große Höhe erreicht.²¹⁹ Dieses Ausmaß bewirken neben den nominalen Tarifbelastungen zum einen die vielfachen Verflechtungen zwischen den Steuerarten, welche sich in ihrer Wirkung zum Teil auch kumulieren,²²⁰ zum anderen erfolgt seit Jahren eine zunehmende Verbreiterung der steuerlichen Bemessungsgrundlage – oftmals mit der Rechtfertigung vorgeblich korrespondierender Tarifsenkungen –, welche zu einer auf die betriebswirtschaftliche Bemessungsgrundlage bezogenen erhöhten Steuerbelastung führt.²²¹

323. Besteuerung entsprechend dem Gerechtigkeitspostulat

3231. Leistungsfähigkeitsprinzip

Der Grundsatz der Gerechtigkeit als eines der systemtragenden Prinzipien des rechtsstaatlichen Steuersystems wird aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet.²²² In Ermangelung einer gesetzlichen Konkretisierung der Bezugsbasis für die zulässige steuerliche Belastungshöhe gilt die Besteuerung entsprechend der persönlichen Leistungsfähigkeit²²³ als Ausgestal-

²¹⁶ Vgl. BFH-Urt. v. 11.8.1999, S. 1847.

²¹⁷ Vgl. BVerfG-Urt. v. 8.4.1997, S. 300; Jachmann, M., 1998, S. 293; kritisch Schmidt, K., 1995/1996, S. 45.

²¹⁸ Vgl. BFH-Urt. v. 11.8.1999, S. 1847.

²¹⁹ Vgl. Morgenthaler, G., 2000, S. 289; bereits Rose, G., 1985, S. 334.

²²⁰ Vgl. Rose, G., 1985, S. 342.

²²¹ Vgl. Rose, G., 1985, S. 342. Zur Notwendigkeit der Berücksichtigung effektiver Steuerbelastungen vgl. Bond, St./Chennells, L., 2000, S. 20; Göppfarth, D., 2001, S. 27; Schneider, D., 1992b, S. 1739. Zur Abgrenzung der nominalen und effektiven Steuerbelastung vgl. ders., 1992a, S. 181.

²²² Vgl. Fohr, I., 2000, S. 38, Jachmann, M., 1996, S. 7; Krawitz, N./Wagener, A., 1997, S. 147. Zu systemtragenden Prinzipien rechtsstaatlichen Steuerrechts vgl. Lang, J., 2002a, § 4 Tz. 70 ff.

²²³ Vgl. bereits Smith, A., 1974, S. 703: „Die Bürger ... sollten .. zur Finanzierung der öffentlichen Aufgaben soweit als möglich im Verhältnis zu ihren Fähigkeiten beisteuern, was bedeutet, dass sich ihr Beitrag nach dem Einkommen richten sollte, das sie jeweils unter dem Schutz des Staates erzielen.“ Schneider, D., 1998, S. 1287 subsumiert diesen Aspekt

tion des verfassungsrechtlichen Gleichheitspostulats.²²⁴ Als Kriterium zur Einhaltung des Willkürverbots im Sinne der Verwirklichung der Steuergerechtigkeit hat sich die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bewährt.²²⁵

Entsprechend dem *Leistungsfähigkeitsprinzip* als international anerkanntem Fundamentalprinzip gerechter Besteuerung ist die Gesamtsteuerlast im Verhältnis der persönlichen Leistungsfähigkeit auf die individuellen Steuerpflichtigen zu verteilen.²²⁶ Im Rahmen der Ertragsbesteuerung bildet das Einkommen,²²⁷ d.h. der Vermögenszuwachs, der zur freien Verwendung zur Verfügung steht,²²⁸ die Bezugsgröße zur Konkretisierung der *Bemessungsgrundlage der persönlichen Leistungsfähigkeit*.²²⁹ Mit der Einkommenserzielung in Zusammenhang stehende Aufwendungen sind dabei i.S.d. Nettoprinzips zu berücksichtigen.²³⁰ Obwohl die betriebswirtschaftliche und finanzwissenschaftliche Literatur zunehmend auf die Unzulänglichkeit der Bezugsgröße „Einkom-

auch unter der Formulierung „Allgemeinheit der Besteuerung“, welche mit Hilfe des Kriteriums der Leistungsfähigkeit die Vermeidung von ungerechtfertigten Steuerbefreiungen beinhaltet.

²²⁴ Vgl. Kruse, H. W., 1990, S. 327; Wagner, F. W., 1992, S. 7. A.A. Leisner, W., 1983, S. 97 ff., der das Leistungsfähigkeitsprinzip grundsätzlich ablehnt. Allerdings stellt er – neben m.E. nicht durchgreifenden Argumenten gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip – folgerichtig fest, dass in der Praxis dessen Anwendung eine Angleichung der unterschiedlichen Leistungsfähigkeitsgrade bewirken kann. Vgl. ders., 1983, S. 100. Eine Verpflichtung zur Verwirklichung des Leistungsfähigkeitsprinzips ist aus der Verfassung selbst nicht direkt ableitbar. Vgl. Kraft, C., 1991, S. 19.

²²⁵ Vgl. Kraft, C., 1991, S. 17; Lang, J., 2002a, § 4 Tz. 81 ff.

²²⁶ Vgl. Andel, N., 1992, S. 265; Jachmann, M., 1996, S. 11; dies., 1998, S. 293; Kraft, C., 1991, S. 10; Krawitz, N./Wagener, A., 1997, S. 147; Reusch, K. M., 2002, S. 15. A.A. Kruse, H. W., 1990, S. 327, der dem Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit den Charakter eines Fundamentalprinzips abspricht. Zur Entwicklung des Leistungsfähigkeitsprinzips vgl. Lang, J., 2002a, § 4 Tz. 82.

²²⁷ Vgl. Jachmann, M., 1996, S. 11. Leistungsfähigkeitsindikatoren wie bspw. „Vermögen“ und „Konsum“ sollen nachfolgend nicht betrachtet werden. Zur Auswahl alternativer Bezugsgrößen für das Kriterium der steuerlichen Leistungsfähigkeit vgl. Krawitz, N./Wagener, A., 1997, S. 149 ff.; Lang, J., 2002a, § 4 Tz. 90 ff.; Schneider, D., 1998, S. 1287; Schmidt, K., 1995/1996, S. 36 f.; Wagner, F. W., 1992, S. 9 f.; Wosnitzer, M./Treisch, C., 1999, S. 353 f.

²²⁸ Die Wahl der Bezugsgröße folgt damit im Wesentlichen der sog. Reinvermögenszugangstheorie. Vgl. Kraft, C., 1991, S. 57 f.; Schneider, D., 1998, S. 1287. Zur Reinvermögenszugangstheorie vgl. grundlegend Schanz, G., 1896, S. 7 ff.; Lang, J., 2002b, § 9 Tz. 50 ff. m.w.N.

²²⁹ Vgl. Jachmann, M., 1996, S. 9; Lang, J., 2002a, § 4 Tz. 89 ff.; Schmidt, K., 1995/1996, S. 31, 35; Wagner, F. W., 1992, S. 9.

²³⁰ Vgl. Jachmann, M., 1998, S. 293; Lang, J., 2002a, § 4 Tz. 113 f.

men“ hinweist,²³¹ ist ein alternativer, geeigneterer Leistungsfähigkeitsindikator bislang nicht erkennbar.²³²

Steuerliche Gerechtigkeit als Ausprägung des Leistungsfähigkeitsprinzips umfasst zwei Erscheinungsformen.²³³ Zunächst beinhaltet der Begriff die steuerliche Gleichbehandlung wirtschaftlich gleicher Sachverhalte (*horizontale Gerechtigkeit*).²³⁴ Zum anderen folgt aus der Steuergerechtigkeit eine notwendige Differenzierung ungleicher Sachverhalte für Besteuerungszwecke (*vertikale Gerechtigkeit*),²³⁵ womit überwiegend der dem deutschen Einkommensteuerrecht immanente Charakter der interpersonalen Einkunfts*um*verteilung gerechtfertigt wird.²³⁶ Die zwingende Verbindung des Leistungsfähigkeitsprinzips mit dem Postulat der sozialen Steuergerechtigkeit ist jedoch undifferenziert, da aus dem vertikalen Gerechtigkeitspostulat nicht notwendigerweise progressive Steuertarifverläufe abgeleitet werden müssen.²³⁷

In diesem Zusammenhang werden bereits seit vielen Jahren die in Deutschland fehlende Entscheidungsneutralität²³⁸ sowie Allokationsineffizienz der (Unter-

²³¹ Vgl. Kruse, H.-W., 1990, S. 326 f.; Andel, N., 1992, S. 268; Schmidt, K., 1995/1996, S. 32; Elschen, R., 1991, S. 100, 115. Wagner, F. W., 1992, S. 10 ff. bezeichnet gar die Aufgabe des Leistungsfähigkeitsindikators als Fernziel.

²³² Vgl. Kraft, C., 1991, S. 11 ff. m.w.N., 48; Reusch, K. M., 2002, S. 19. Dies konstatiert selbst Leisner, W., 1983, S. 97. Wagner, F. W./Wissel, H., 1995, S. 68 ff. schlagen in diesem Zusammenhang den Bezug auf das zinsbereinigte bzw. -korrigierte Einkommen vor. Das alternative Konzept der zinskorrigierten bzw. -bereinigten Einkommensteuer wurde mit Wirkung zum 1. Januar 1994 ausschließlich in der Republik Kroatien eingeführt. Vgl. Greß, M./Rose, M./Wiswesser, R., 1998, S. 19 ff.

²³³ Vgl. Schneider, D., 1998, S. 1287; Wosnitza, M./Treisch, C., 1999, S. 352.

²³⁴ Vgl. Fohr, I., 2000, S. 38. Schwierigkeiten bestehen in diesem Zusammenhang in der Bestimmung einer geeigneten Bemessungsgrundlage, welche die steuerliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen erfasst. Vgl. Schmidt, K., 1995/1996, S. 35.

²³⁵ Vgl. Kraft, C., 1991, S. 7. Gegenstand dieser Betrachtung ist die Festlegung eines Steuertarifs. Vgl. Schmidt, K., 1995/1996, S. 35, 38 f.

²³⁶ Vgl. kritisch Krawitz, N./Wagener, A., 1997, S. 148 und S. 151. Aus der Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips kann jedoch nicht die vollständige Aufhebung von gesellschaftsimmanenten Wohlstandsunterschieden gerechtfertigt werden. Vgl. Jachmann, M., 1998, S. 295. Die grundgesetzlich garantierte Berufs- und Eigentümerfreiheit gewährt jedem Individuum das Recht, sich „durch Erwerbsanstrengung in Einkommen, Vermögen und Kaufkraft von anderen zu unterscheiden“, Kirchhof, P., 2000, S. 11.

²³⁷ Die Verwirklichung der vertikalen Gerechtigkeit verlangt lediglich eine streng monoton steigende Tariffunktion. Vgl. Wosnitza, M./Treisch, C., 1999, S. 352 f.

²³⁸ In der Literatur wird teilweise die Bedeutung der Entscheidungsneutralität auf die Unzulänglichkeiten im Zusammenhang mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip zurückgeführt. Vgl. Krawitz, N./Wagner, A., 1997, S. 152; Reusch, K. M., 2002, S. 19. Entscheidungsneutrali-

nehmens-) Besteuerung bemängelt.²³⁹ Beide Begriffe unterscheiden sich zwar aufgrund ihrer zugrundeliegenden Betrachtungsrichtung, sie sind jedoch inhaltlich eng miteinander verbunden. Der betriebswirtschaftliche Begriff der Entscheidungsneutralität zielt auf die Beurteilung von Steuerwirkungen aus einzelwirtschaftlicher, d.h. insbesondere aus einzelbetrieblicher Sicht. Der volkswirtschaftliche Begriff der Allokationseffizienz erweitert die Sichtweise auf eine gesamtwirtschaftliche finanzpolitische Effizienzüberlegung.²⁴⁰ In einem allokatoren effizienten Steuersystem führt die Besteuerung nicht zu einer Verzerrung der Ressourcenallokation und damit nicht zu zusätzlichen gesellschaftlichen Kosten („excess burden“).²⁴¹ In einem entscheidungsneutralen Steuersystem haben Steuern keinen Einfluss auf die Entscheidungsfindung eines Entscheidungsträgers.²⁴²

3232. Rechtsformneutralität

Die unzureichende Entscheidungsneutralität der Besteuerung konkretisiert sich in besonders deutlicher Weise in der unterschiedlichen Besteuerung der unternehmerischen Rechtsformen.²⁴³ Obwohl die Organisationsform unternehmerischer Betätigung eine steuerliche Differenzierung grundsätzlich nicht rechtfertigen kann in diesem Zusammenhang kein alternatives Kriterium sein, sondern nur unter der Bedingung der Erfüllung des Leistungsfähigkeitspostulats gefordert werden.

tät kann in diesem Zusammenhang kein alternatives Kriterium sein, sondern nur unter der Bedingung der Erfüllung des Leistungsfähigkeitspostulats gefordert werden.

²³⁹ Vgl. Kraft, C., 1991, S. 35; Grotherr, S., 1998, 967; Jachmann, M., 1998, S. 297; Wagner, F. W./Wissel, H., 1995, S. 66. A.A. Rose, G., 1985, S. 340, der die Verwirklichung der Entscheidungsneutralität bei grundsätzlich planbaren Steuerwirkungen für verzichtbar hält. M.E. kann Planbarkeit jedoch die fehlende Entscheidungsneutralität nicht ersetzen. Gerade das Gegenteil ist der Fall: Entscheidungsneutralität macht Steuerplanungen entbehrlich. Vgl. Wagner, F. W., 1992, S. 4.

²⁴⁰ Zur engen Verbindung der Begriffe vgl. Elschen, R., 1991, S. 99 ff.; Elschen, R./Hüchtebrock, M., 1983, S. 253 ff. Die Forderung der Allokationseffizienz beinhaltet das Ziel einer pareto-effizienten Situation, in der eine individuelle Nutzensteigerung nur unter Nutzenverlust an anderer Stelle bewirkt werden kann. Vgl. Krawitz, N./Wagener, A., 1997, S. 142. Zum Modell der Pareto-Optimalität vgl. Schumann, J., 1992, S. 254; Woll, A., 1993, S. 608.

²⁴¹ Vgl. Wagner, F. W./Wissel, H., 1995, S. 67. Volkswirtschaftliche Allokationseffizienz ist – vereinfacht dargestellt – eine Folge der betriebswirtschaftlichen Entscheidungsneutralität.

²⁴² Vgl. Krawitz, N./Wagener, A., 1997, S. 152. Zur Ableitung neutraler Bemessungsgrundlagen vgl. Wagner, F. W., 1992, S. 5 f.

²⁴³ Vgl. Elschen, R./Hüchtebrock, M., 1983, S. 257. Entscheidungsneutralität ist demnach nicht identisch mit Rechtsformneutralität, sondern letztere stellt lediglich eine Unter- oder (besser) Konkretisierungsform dar. Vgl. auch Rose, G., 1985, S. 340, der konsequenterweise die Forderung nach Rechtsformneutralität der Besteuerung mit dem Verweis auf das Kriterium der Planbarkeit ablehnt.

tigt, knüpft das deutsche Steuerrecht unterschiedliche Besteuerungsfolgen an die Rechtsform der Kapitalgesellschaft auf der einen und die der Personengesellschaft, Betriebsstätte und Einzelunternehmung auf der anderen Seite.²⁴⁴

Während Personengesellschaften aufgrund fehlender steuerlicher Rechtsfähigkeit für Zwecke der Besteuerung weitgehend Transparenz entfalten,²⁴⁵ gilt für Körperschaften eine Sphärentrennung zwischen der rechtlich eigenständigen Gesellschaft und ihren Anteilseignern, die im Regelfall nicht durchbrochen wird. Darüber hinaus werden Konzerne nach deutschem Recht nicht als eigenständige wirtschaftliche Unternehmensverbände, sondern als rechtlich selbständige Teileinheiten individuell entsprechend den allgemeinen Besteuerungsprinzipien für Kapitalgesellschaften und Personenunternehmen steuerlich erfasst.²⁴⁶ Die rechtsformorientierte Besteuerung rechtlich selbständiger Konzernunternehmen wird auch bei starker wirtschaftlicher Abhängigkeit der Unternehmen nicht zugunsten der Anwendung eines sog. Konzernsteuerrechts aufgegeben.²⁴⁷ Ein in sich geschlossenes System der Konzernbesteuerung existiert in Deutschland nicht.²⁴⁸ Betroffen von diesem Defizit sind insbesondere die zu betrachtenden Holdingkonzerne. In diesem Fall tritt zum Fehlen eines Besteuerungskonzepts für Konzerne der Mangel eines Konzepts zur Besteuerung der Organisationsform Holding hinzu.

3233. Finanzierungs- und Investitionsneutralität

Entscheidungsneutralität sollte in einem idealtypischen Steuersystem nicht nur im interpersonalen respektive -betrieblichen Bereich verwirklicht sein, sondern auch für die innerbetrieblichen Allokationsentscheidungen gelten.²⁴⁹ In diesem Sinne stellt sich die Frage nach dem Einfluss der Besteuerung auf die betriebli-

²⁴⁴ Vgl. Kirchhof, P., 2000, S. 12.

²⁴⁵ Eine Ausnahme bildet das Gewerbesteuerrecht, das gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG auch gewerbliche Personengesellschaften und gewerblich tätige Einzelunternehmer als Steuer-subjekte erfasst.

²⁴⁶ Vgl. Grotherr, S., 1998, S. 967. Dies gilt auch in den Fällen der Verpflichtung zur Erstellung eines konsolidierten Konzernabschlusses gem. §§ 290 ff. HGB. Vgl. Krebühl, H.-H., 2001, S. 1731.

²⁴⁷ Vgl. Kessler, W., 2002a, S. 68.

²⁴⁸ Vgl. Fußbroich, P., 2002, S. 697; Krebühl, H.-H., 2001, S. 1731.

²⁴⁹ Vgl. Elschen, R./Hüchtebrock, M., 1983, S. 258; Wagner, F. W./Wissel, H., 1995, S. 67.

chen Finanzierungs- und Investitionsentscheidungen. Die unterschiedliche Belastungshöhe der verschiedenen Finanzierungsarten (Bereitstellung von Eigen- oder Fremdkapital) beispielsweise bleibt ebenso wenig ohne Bedeutung für die Finanzierungsentscheidung wie die unterschiedlichen Steuerwirkungen im Rahmen der Entscheidung zugunsten verschiedener Investitionsformen (Finanz- versus Sachanlage, Anschaffungs- und Ersatzzeitpunkt). Dieser Tatbestand ist für die hier betrachteten Holdingstrukturen vor allem vor dem Hintergrund der originären Finanzierungsfunktion von Bedeutung.²⁵⁰

324. Einfachheit des Steuersystems

Das Kriterium der Einfachheit des Steuerrechts steht in engem, gegenläufigem Zusammenhang mit dessen Komplexität.²⁵¹ Vorschläge zur Vereinfachung des Steuerrechts wurden in der Vergangenheit mehrfach vorgestellt.²⁵² Die geforderte Einfachheit, die dem Steuerpflichtigen durch bloße Lektüre des Gesetzestextes die Berechnung seiner Steuerlast ermöglicht,²⁵³ wurde jedoch bis heute nicht erreicht.²⁵⁴

²⁵⁰ Vgl. hierzu die Ausführungen in Kap. 4 Abschn. 4.

²⁵¹ Verbunden mit der hohen Komplexität des Steuerrechts sind zwangsläufig hohe Kosten, sowohl auf Seiten der Finanzverwaltung als auch auf Seiten der Steuerpflichtigen. In diesem Zusammenhang ist auf das Kriterium der administrativen Effizienz hinzuweisen. Vgl. Krawitz, N./Wagener, A., 1997, S. 155. Die Forderung nach wirtschaftlicher Besteuerung geht bereits zurück auf Smith, A., 1974, S. 704: „Jede Steuer sollte so erhoben werden, dass sie aus den Taschen der Leute nicht viel mehr nimmt oder heraushält, als sie an Einnahmen in die Kasse des Staates bringt.“

²⁵² Vgl. Uldall, G., 1995, S. 1 ff.; Kirchhof, P., 1997, S. 94 ff. mit der Forderung nach der Kodifikation eines Bundessteuergesetzbuches, dessen erster Entwurf eines Einkommensteuer Gesetzbuches nunmehr vorliegt. Siehe Kirchhof, P., 2003a, S. 1 ff. und ders., 2003b, S. 1 ff. Dieser Entwurf versucht u.a. eine Integration der Körperschaft- in die Einkommensteuer. Zu dem im Jahr 2001 vorgelegten sog. Karlsruher Entwurf zur Reform des Einkommensteuergesetzes vgl. Kirchhof, P. et al., 2001, S. 917 ff. Daneben arbeitet ein Forscherteam um Rose an einem sog. „Einfach-Steuer-System“. Siehe dazu Rose, M., 2003a, S. 221 ff. und ders., 2003b, S. 343 ff. Vgl. auch zum sog. Merz-Konzept o.V., 2003b und o.V., 2003c, S. 13.

²⁵³ Diese Anforderungen an das Steuerrecht folgen bereits aus dem Rechtsstaatsprinzip. Vgl. Kirchhof, P., 1997, S. 87.

²⁵⁴ Gerade eine entgegengesetzte Entwicklung zeichnete sich in der Vergangenheit ab. Beispielsweise soll hier nur die im Rahmen des StEntlG 1999/2000/2002 neugestaltete Vorschrift zur Verlustberücksichtigung gemäß § 2 Abs. 3 EStG genannt sein, deren vollständige Aufhebung nunmehr im Rahmen des Entwurfs eines sog. StVergAbG Korb II auf der politischen Tagesordnung steht.

Der Grad der Komplexität eines Steuersystems wird durch die zunehmende Ungewissheit²⁵⁵ im Rahmen der Steuergesetzgebung verschärft.²⁵⁶ Das deutsche Steuerrecht ist in diesem Zusammenhang sowohl durch eine hohe Unbestimmtheit als auch durch erhebliche Unbeständigkeit gekennzeichnet.²⁵⁷ Besteuerung als Eingriff in die persönlichen Freiheits- und Eigentumsrechte kann gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG nur auf einer gesetzlichen Grundlage erfolgen.²⁵⁸ Während das Kriterium der Unbestimmtheit auf die fehlende Eindeutigkeit von Rechtsnormen und die Notwendigkeit von deren Interpretation abstellt, charakterisiert das Merkmal der Unbeständigkeit die Schnelllebigkeit der deutschen Steuergesetzgebung und -rechtsprechung. Da Planung aber ein wesentliches Merkmal betriebswirtschaftlichen Handelns darstellt,²⁵⁹ ist aus ökonomischer Sicht „Planbarkeit“ der Steuerbelastung im Kontext des Kriteriums der Einfachheit eine essentielle Anforderung an ein Steuersystem.²⁶⁰ Die Besteuerungsfolgen sind nur dann planbar, wenn aufgrund der hinreichenden Bestimmtheit von Inhalt, Gegenstand, Ziel und Umfang einer Gesetzesnorm „die Steuerlast meßbar und in gewissem Umfang für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar wird“²⁶¹.²⁶² Planbarkeit in diesem Sinne ist nicht gleichbedeutend mit der Forderung nach einem statischen Steuersystem, sie verlangt ledig-

²⁵⁵ Zum Begriff der Ungewissheit und seiner Bedeutung im Steuerrecht vgl. Voß, J., 1992, S. 27 ff.

²⁵⁶ In diesem Zusammenhang ist wohl von einer Wechselwirkung auszugehen, so dass die Komplexität des Steuerrechts auch eine Ursache für die steuerliche Ungewissheit darstellen kann. So wohl auch Rose, G., 1985, S. 335.

²⁵⁷ Vgl. Rose, G., 1985, S. 335.

²⁵⁸ Vgl. Kruse, H. W., 1990, S. 322. Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit erlangt damit Verfassungsrang. Er ist folglich zwingend im Sinne einer Nebenbedingung bei der Ausgestaltung des Leistungsfähigkeitsprinzips zu beachten. Vgl. Kraft, C., 1991, S. 27 ff., 34.

²⁵⁹ Zur Bedeutung der „Planung“ für die Unternehmensführung und dessen Prozess vgl. Schierenbeck, H., 1993, S. 83 ff.

²⁶⁰ Vgl. Rose, G., 1985, S. 335 f. M.E. gehen die Schlussfolgerungen von *Rose* jedoch zu weit, wenn er mit mangelnder steuerlicher Planbarkeit Steuerhinterziehung rechtfertigt. Vgl. ders., 1985, S. 336.

²⁶¹ BVerfG-Beschl. v. 10.10.1961, S. 160. Vgl. auch BVerfG-Urt. v. 14.12.1965, S. 267; BVerfG-Urt. v. 28.2.1973, S. 365; BVerfG-Urt. v. 12.10.1978, S. 362;

²⁶² Vgl. Smith, A., 1974, S. 704: „Eine Steuer, die jeder einzelne zu zahlen verpflichtet ist, sollte genau und nicht willkürlich festgelegt sein. Der ... zu entrichtende Betrag sollte(n) für den Steuerpflichtigen und jeden anderen klar und offenkundig sein“ (Klammerergänzung durch die Verfasserin).

lich den dauerhaften Schutz eines entscheidungsrelevanten Rechtsstands.²⁶³ Die Komplexität des deutschen Steuerrechts, die Unbestimmtheit von Rechtsnormen und Begriffen sowie die Unbeständigkeit stehen der Planbarkeit von Steuerwirkungen jedoch entgegen, so dass das deutsche Steuerrecht den betriebswirtschaftlichen Anforderungen an ein effizientes Steuersystem nicht genügt.²⁶⁴ Dies gilt vor allem für sog. „Rechtssprünge“, wie sie im Rahmen von Steuerreformen regelmäßig mit Wirkung für die Zukunft, zum Teil auch mit Wirkung für vergangene Veranlagungszeiträume umgesetzt werden.²⁶⁵

In diesem Zusammenhang ist auf die in den vergangenen Jahren zunehmende Änderungsgeschwindigkeit der deutschen Steuergesetzgebung hinzuweisen, die bereits an der zeitlichen Folge zahlreicher – auch zum Teil gegenläufiger – (Korrektur-) Gesetze abgelesen werden kann.²⁶⁶

325. Internationale Ausrichtung des Steuerrechts

Die wirtschaft- und gesellschaftlichen Veränderungen der jüngeren Vergangenheit sind insbesondere durch eine wachsende internationale Verflechtung gekennzeichnet.²⁶⁷ Die Globalisierungsentwicklung wird auf europäischer Ebene durch die Schaffung eines Binnenmarktes und die Implementierung einer Einheitswährung begleitet.²⁶⁸ Der Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland kommt vor dem Hintergrund der genannten tiefgreifenden Veränderungen und dem verstärkten internationalen Wettbewerb um Investoren insbesondere aus Sicht der Besteuerung eine wachsende Bedeutung zu.²⁶⁹

²⁶³ Die Problematik resultiert aus – den betriebswirtschaftlichen Entscheidungen regelmäßig zugrunde liegenden – langen Planungsperioden. *Rose* fordert einen gesetzlichen Bestandschutz für bereits geplante und realisierte Entscheidungen, so dass diese von Steuerrechtsänderungen nicht rückwirkend erfasst werden. Vgl. *Rose, G.*, 1985, S. 337, 339.

²⁶⁴ Vgl. *Rose, G.*, 1985, S. 338.

²⁶⁵ Gemäß *Voß, J.*, 1992, S. 58 führen Rechtssprünge zu „Veränderungen des Steuerrechts im Zeitablauf“ und bewirken damit, „daß sich aufgrund der durch sie veranlassten Rechtsmodifikationen der rechtliche Status quo ante im Rückblick als nicht zutreffend erweist“. Zum Begriff des „Rechtssprungs“ und seiner Definition vgl. auch *Rose, G.*, 1985, S. 338.

²⁶⁶ Vgl. die Übersicht über die hier thematisierten Reformen in Kap. 2 Abschn. 31.

²⁶⁷ Vgl. *Homburg, St.*, 2000b, S. 9.

²⁶⁸ Vgl. *Selling, H.-J.*, 2000, S. 225.

²⁶⁹ Vgl. *BMF*, 1997, S. 8; *Göpfarth, D.*, 2001, S. 26 ff.; *Bond, St./Chennells, L.*, 2000, S. 9; *Selling, H.-J.*, 2000, S. 226.

In diesem internationalen Zusammenhang ist die Frage der Standortneutralität des Steuersystems vordergründig.²⁷⁰ Standortneutralität bezieht sich dabei sowohl auf Steuerinländer mit Auslandsbeziehungen als auch auf die Erfassung von Steuerausländern im Inland. In diesem Sinne dürfen Outbound-Investitionen nicht durch deutsche Steuerrechtsnormen gegenüber Investitionen von Einheimischen benachteiligt werden. Gleichzeitig sind Steuerausländer im Fall von Inbound-Investitionen Steuerinländern nicht schlechter zu stellen. Das Kriterium der Standortneutralität der Besteuerung erlangt vor allem im Europäischen Binnenmarkt – durch umfangreiche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs belegt –²⁷¹ zunehmend an Bedeutung und trifft vor allem die auf Holdingstrukturen anwendbaren Aspekte des internationalen Steuerrechts.

33. Bestimmung holdingspezifischer Standortkriterien

Aus der oftmals unterstellten Signalwirkung der lokalen Steuerbelastung für ausländische Investoren folgt, dass sich ein attraktiver Investitionsstandort zunächst einmal durch eine vergleichsweise *geringe lokale Steuerbelastung* auszeichnet.²⁷² Da sich die Eignung als Holdingstandort jedoch an der Verwirklichung der mit der Holdingstruktur verbundenen individuellen steuerlich motivierten Zielsetzungen orientiert, können durchaus auch Nicht-Niedrigsteuerländer als Standort für (Zwischen-) Holdinggesellschaften in Frage kommen.²⁷³ Von Bedeutung ist besonders die Einbindung des potentiellen Standortes in das weltweite *Netz von Doppelbesteuerungsabkommen*. Vor dem Hintergrund, dass Holdinggesellschaften in der Regel keine operativen Funktionen übernehmen, ist die Erhebung von *Substanz- und Kapitalverkehrssteuern* nachteilig. Auch die *Kosten der Steuerverwaltung* sowie die *lokale Prüfungspraxis* sind bei der Standortentscheidung gegebenenfalls entscheidungserheblich.

²⁷⁰ Vgl. Elschen, R./Hüchtebrock, M., 1983, S. 257.

²⁷¹ Vgl. jüngst im Hinblick auf § 8a KStG a.F. EuGH-Urt. v. 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, S. 25 ff.; EuGH-Urt. v. 9.3.1999, Centros, S. 11484 ff., EuGH-Urt. v. 27.9.1988, Daily Mail, S. 5505 ff.

²⁷² Vgl. Bond, St./Chennells, L., 2000, S. 20; Burkert, M., 2000, S. 30.

²⁷³ Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 840.

Unter Beachtung der wesentlichen Funktionsbereiche der Steuerplanung mit Holdinggesellschaften ergibt sich eine Erweiterung der genannten Kriterien zu einem umfangreichen Anforderungsprofil an einen steuereffizienten Holdingstandort.²⁷⁴

- Die *steueroptimale konzerninterne Repatriierung von ausländischen und inländischen Beteiligungserträgen* setzt voraus, dass diese beim Empfänger möglichst keiner zusätzlichen Steuerbelastung unterliegen. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch die Erhebung von Quellensteuern.
- Die *Reduzierung der Steuerbelastung durch Ergebnisausgleich im Konzern* ist regelmäßig an die Möglichkeit einer Gruppenbesteuerung gebunden. Idealtypisch erfolgt eine Ausdehnung der steuerlichen Konsolidierung auf grenzüberschreitende Gruppierungen.
- Die *steueroptimale Realisierung von konzerninternen Umstrukturierungen* zielt im Rahmen der Unternehmensakquisition auf eine möglichst zeitnahe und umfangreiche Transformation von Erwerbsaufwendungen in Abschreibungssubstrat und im Rahmen der Unternehmensdesinvestition auf eine Vermeidung der Aufdeckung von stillen Reserven.
- Die *steuerliche Optimierung konzerninterner Finanzierungsstrukturen* erfordert die Berücksichtigung von Finanzierungsaufwendungen sowie geringe Restriktionen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung.
- Einen Standortnachteil stellen regelmäßig Vorschriften zur Vermeidung einer Einkunftsverlagerung in sog. Niedrigsteuerränder im Sinne einer „*anti avoidance legislation*“ dar, die eine *Abschirmung ausländischer Erträge vor inländischem Steuerzugriff* verhindern.

Mit Einführung zahlreicher sog. Holdingprivilegien im Rahmen des Standort-sicherungsgesetzes vom 13. September 1993 hat Deutschland versucht,

²⁷⁴ Vgl. Kessler, W., 2003b, S. 173 ff.; ders., 1996, S. 97 ff.; Krawitz, N./Büttgen, D., 2001, S. 627 f.

Anschluss an die sog. klassischen Holdingstandorte²⁷⁵ zu gewinnen.

<p><i>(1) Optimierung der Konzernsteuerbelastung bei Repatriierung der Erträge</i></p> <p>Systemimmanente Vermeidung einer Doppelbelastung des nationalen konzerninternen Dividendentransfers im Rahmen des körperschaftsteuerlichen Vollarrechnungsverfahrens</p> <p>Freistellung von DBA-schachtelbegünstigten Auslandsdividenden gemäß § 8b Abs. 1 KStG a.F., ggfs. unilaterale Absenkung der Mindestbeteiligungsquote gemäß § 8b Abs. 5 KStG a.F. auf 10 %</p> <p>Freistellung von Veräußerungsgewinnen bei ausländischen Schachtelbeteiligungen gemäß § 8b Abs. 2 KStG a.F.</p> <p>DBA-Freistellung von Betriebsstätteinkünften in Anlehnung an Art. 7 OECD-MA (Betriebsstättenprinzip)</p> <p>Verzicht auf die Erhebung von Quellensteuern gemäß § 44d EStG a.F. im Anwendungsbereich der sog. Mutter-Tochter-Richtlinie</p>
<p><i>(2) Reduzierung der Steuerbelastung durch Ergebnisausgleich im Konzern</i></p> <p>Rechtsinstitut der Organschaft mit Wirkung für die Körperschaft-, Gewerbe- sowie Umsatzsteuer, in der Wirkung im Wesentlichen begrenzt auf nationale Gestaltungen</p>
<p><i>(3) Steuerliche Optimierung konzerninterner Finanzierungsstrukturen</i></p> <p>Einschränkung der Berücksichtigung von Finanzierungsaufwendungen gem. § 3c EStG a.F.; darüber hinaus grundsätzlich steuerliche Abzugsfähigkeit</p> <p>Möglichkeit der Teilwertabschreibung</p> <p>Korrekturvorschrift im Bereich der Gesellschafter-Fremdfinanzierung vor allem bei Inbound-Investitionen gem. § 8a KStG</p>
<p><i>(4) Abschirmung ausländischer Erträge vor inländischem Steuerzugriff</i></p> <p>Hinzurechnungsbesteuerung §§ 7-14 AStG</p>
<p><i>(5) Lokale Steuerbelastung</i></p> <p>in Höhe von 51,83 % für thesaurierende und 43,04 % für ausschüttende Kapitalgesellschaften²⁷⁶</p>

Tab. 3: Prüfung des steuerlichen Anforderungsprofils an einen effizienten Holdingstandort in Deutschland vor den sog. Unternehmenssteuerreformen bis einschließlich Veranlagungszeitraum 1998

²⁷⁵ Dazu zählen neben den Niederlanden, Schweiz und Luxemburg insbesondere die sog. Steueroasen auf den Bahamas, Bermudas, Cayman Islands und den Niederländischen Antillen. In Großbritannien ansässige Investoren bevorzugen als sog. „tax havens“ – vor allem aufgrund ihrer geographischen Nähe – die channel islands (Guernsey, Jersey), Isle of Man und Gibraltar.

²⁷⁶ Unter Annahme eines Gewerbesteuerhebesatzes in Höhe von 400 % und bei Berücksichtigung des Solidaritätszuschlags in Höhe von 5,5 % ohne Weiterausschüttung an eine natürliche Person. Vgl. hierzu Riotte, M., 2000, S. 4. Unter Berücksichtigung des Einkommenssteuer-Grenzsatzes von 53 % für den VZ 1998 ergibt sich eine Ausschüttungsbelastung in Höhe von 63,26 %.

Eine Überprüfung²⁷⁷ der Erfüllung der Anforderungen in Deutschland vor Inkrafttreten des Steuersenkungsgesetzes 2000 und der Folgegesetze zeigt durchaus attraktive steuerliche Rahmenbedingungen für die Implementierung von Holdinggesellschaften im internationalen Vergleich.²⁷⁸ Dennoch konnte Deutschland bisher keine Spitzenposition unter den bevorzugten Holdingstandorten einnehmen.²⁷⁹

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass in der Öffentlichkeit, als solche sind hier potentielle inländische sowie ausländische Investoren angesprochen, die deutschen Steuersätze im internationalen Vergleich als zu hoch, das Steuerrecht als zu kompliziert und die Steuergerechtigkeit aufgrund zahlreicher Steuervergünstigungen und Sondervorschriften als nicht ausreichend verwirklicht gelten.²⁸⁰

4. Konkretisierung des Untersuchungsgegenstands

Die vorliegende Untersuchung grenzt aufgrund der anhaltenden Tendenz der Internationalisierung der Wirtschaftstätigkeit rein inlandsbezogene Holdingstrukturen aus der Betrachtung aus.²⁸¹ Den Gegenstand der Analyse bilden ausschließlich grenzüberschreitende Holdingstrukturen unter Beteiligung deutscher Holdinggesellschaften²⁸² auf der Spitzen- oder einer Zwischenebene innerhalb der Konzernorganisation. In diesem Zusammenhang ist zu unterscheiden zwischen *Inbound-Holdingstrukturen*, bei denen ausländische Investoren ihre (überwiegend) inländischen (operativen) Beteiligungen über eine deutsche (Zwischen-) Holding halten, und *Outbound-Holdingstrukturen*, bei denen in-

²⁷⁷ Siehe dazu ausführlich Hintzen, B., 1997. Die Ergebnisse der Prüfung des steuerlichen Anforderungsprofils an einen effizienten Holdingstandort in Deutschland vor dem StEntlG 1999/2000/2002, d.h. bis einschl. Veranlagungszeitraum 1998, sind der *Tab. 3* zu entnehmen.

²⁷⁸ Vgl. Krawitz, N./Büttgen, D., 2001, S. 627 f. Endres, D./Oestreicher, A., 2000, S. 420 heben bspw. die Abzugsfähigkeit von Finanzierungskosten, das weltweite Netz von Doppelbesteuerungsabkommen und das Fehlen von Substanzsteuern hervor.

²⁷⁹ Vgl. Günkel, M., 2003, S. S187; Ogley, A., 2000, S. 18 ff.; Jacobs, O. H., 2002, S. 841 f.

²⁸⁰ So auch BMF, 1997, S. 8.

²⁸¹ Vgl. Schierenbeck, H., 2003, S. 42.

²⁸² Unter der „deutschen Holdinggesellschaft“ wird eine nach deutschem Recht gegründete und in Deutschland geleitete Holdinggesellschaft verstanden, die im Fall der Rechtsform der Kapitalgesellschaft ihren Sitz und ihren Ort der Geschäftsleitung im Inland hat. Vgl. Köhler, St., 2001, S. 229; Streu, V., 2000, S. 171.

ländische Investoren ihre ausländischen (operativen) Beteiligungen über eine deutsche (Zwischen-) Holding halten.²⁸³

Ausgangspunkt der Betrachtung sind parallele Organisationsstrukturen²⁸⁴ unter ausschließlicher Beteiligung von Kapitalgesellschaften, welche sowohl nach nationalem als auch nach Doppelbesteuerungsrecht als solche qualifiziert werden.²⁸⁵

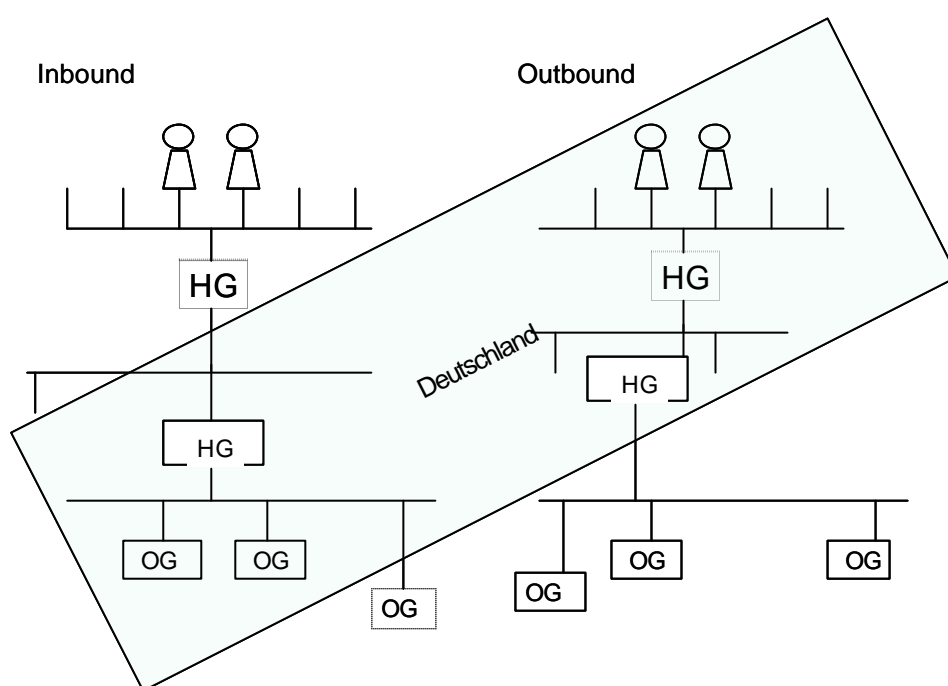


Abb. 2: Differenzierung internationaler Holdingstrukturen in Inbound- und Outbound-Investments²⁸⁶

²⁸³ Unter Inbound-Investitionen sind Investitionen von Ausländern in Deutschland zu verstehen. Sie werden abgegrenzt vom umgekehrten Fall der sog. Outbound-Investitionen. Zu diesen Begriffen vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 1 f. Vgl. die Darstellung in *Abb. 2 auf der folgenden Seite*. Betrachtet werden einseitige Beteiligungsverhältnisse. Zur Abgrenzung einseitiger und gegenseitiger bzw. wechselseitiger Beteiligungsstrukturen vgl. Theisen, M. R., 1991, S. 34.

²⁸⁴ Vgl. Schaumburg, H., 2002, S. 20.

²⁸⁵ Die Vormachtstellung juristischer Personen als Unternehmensform der Holding konstatiert bereits Hülss, K., 1934, S. 7. Holdinggesellschaften in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft stellen die Regel dar. Vgl. Schaumburg, H., 2002, S. 4 und 18. Die weltweite Dominanz von Kapitalgesellschaften als Rechtsform unternehmerischer Betätigung besteht nach wie vor. Vgl. Fohr, I., 2000, S. 23, 32.

²⁸⁶ Mit HG = Holding und OG = operative Gesellschaft.

Die Erfüllung dieses sog. Rechtstypenvergleichs ist insbesondere bei grenzüberschreitenden Sachverhalten für die Anwendbarkeit der einschlägigen nationalen Holdingvorschriften von Bedeutung,²⁸⁷ da deren Anwendungsbereich im Rahmen der internationalen steuerrechtlichen Gesetzgebung überwiegend auf Kapitalgesellschaften beschränkt ist.²⁸⁸ Die vertikale Segregation²⁸⁹ innerhalb des Unternehmensverbundes erstreckt sich annahmegemäß über zwei oder üblicherweise eine darüber hinausgehende Anzahl von Hierarchieebenen.²⁹⁰ Die zu betrachtende internationale Unternehmung besteht daher aus der Spitzen- und einer Zwischeneinheit, von denen gegebenenfalls eine oder beide Holdingfunktionen übernehmen, sowie einer oder mehreren Grundeinheiten,²⁹¹ in denen sich das operative Geschäft vollzieht (*dreistufiger Konzernaufbau*).²⁹²

Die Tätigkeit der deutschen Holding beschränkt sich annahmegemäß neben der Ausübung ihrer originären Funktionen der Beteiligungsfinanzierung und -verwaltung auf die Übernahme von Führungsaufgaben, so dass sie neben den notwendigen Personal- und Finanzbeziehungen innerhalb des Unternehmens-

²⁸⁷ Vgl. Jesse, L., 2002, S. 127. Der sog. Typenvergleich nimmt eine Gegenüberstellung der ausländischen Rechtsform mit den inländischen Unternehmenstypen der Körperschaft und der Personengesellschaft vor. Zum Rechtstypenvergleich vgl. Bader, A., 1998, S. 63; Jacobs, O. H., 2002, S. 500 ff., 557 ff. Zur veränderten Bedeutung des Rechtstypenvergleichs vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung mit Urte. v. 5.11.2002, *Überseering*, S. 1137 ff. vgl. Wagner, K.-R., 2003, S. 690 f.

²⁸⁸ Vgl. für das deutsche Steuerrecht bspw. § 8a Abs. 4 KStG. Das luxemburgische Steuerrecht kennt neben den sog. „1929 Holdinggesellschaften“ ein spezielles System für Finanzholdinggesellschaften (*société de participation financière*), welches ausschließlich auf Finanzierungsgesellschaften eines internationalen Konzerns in der Rechtsform einer juristischen Person anwendbar ist. Vgl. Pinto, C., a.a.O. Ähnliche Einschränkungen gelten in anderen europäischen Staaten und der Schweiz. Vgl. Fohr, I., 2000, S. 32.

²⁸⁹ Die sog. *vertikale Segregation* kennzeichnet die rechtliche (und wirtschaftliche) Selbständigkeit der Holding und ihrer nachgeschalteten Gesellschaften. Zum Begriff vgl. Keller, T., 1993, S. 42.

²⁹⁰ Die Ebene der Anteilseigner an der Spitzeneinheit, welche annahmegemäß natürliche Personen repräsentieren, wird in die Anzahl der Hierarchieebenen nicht einbezogen.

²⁹¹ In diesem Zusammenhang soll das Merkmal der sog. *horizontalen Segregation* ebenfalls erfüllt sein, d.h. die Holding verfügt über mehr als nur eine Beteiligung. Vgl. Keller, T., 1993, S. 42.

²⁹² Zur Grundstruktur einer internationalen Unternehmung vgl. Kratz, P., 1986, S. 46 ff. Als Grundeinheiten kommen neben rechtlich selbständigen Tochtergesellschaften auch rechtlich unselbständige Betriebsstätten in Betracht, welche nicht in den Analysegegenstand einbezogen werden. Dieser Fall wird in der Literatur als „internationale Einheitsunternehmung“ bezeichnet und dem „internationalen Konzern“ gegenübergestellt. Vgl. bereits Jacobs, O. H./Storck, A., 1977, S. 380.

verbunds keine eigenen operativen Geschäftstätigkeiten ausführt.²⁹³ Im Gegensatz zu operativ tätigen Unternehmen, die produktionswirtschaftliche Funktionen ausüben, verfügen die hier betrachteten reinen Holdinggesellschaften über keine absatz- oder produktionswirtschaftlichen Beziehungen. Ihre Ertragsquellen bestehen neben der konzerninternen Dienstleistungserbringung (beispielsweise „management fees“), dem Portfolio- und Finanzmanagement sowie Konzernumlagen daher im Wesentlichen aus Gewinnausschüttungen der operativen Tochtergesellschaften.²⁹⁴ Mit Bezug zur Führungsfunktion der Holding soll diese – soweit nicht anders erwähnt – stets Mehrheitsbeteiligungen halten, die eine strategische Einflussnahme auf die nachgeschalteten Gesellschaften gewährleisten.²⁹⁵

Die umfassende Analyse der Besteuerung von Holdingstrukturen bezieht sich in zeitlicher Hinsicht auf drei Phasen ihres „steuerlichen Lebenszyklus“²⁹⁶: am Beginn steht die Errichtung einer Holdingstruktur, gefolgt von ihrem – strukturellen Veränderungen unterliegendem – Bestand sowie ihrer Beendigung. Alle drei Phasen können wegen unterschiedlicher wirtschaftlicher Rahmenbedingungen auf alternativen gesellschaftsrechtlichen Grundlagen basieren. Die folgende Untersuchung muss sich zwecks Reduktion der Komplexität sowie aufgrund des begrenzten Rahmens auf die steuerliche Beurteilung bestehender Holdingkonzerne beschränken. Die Veränderung der Beteiligungsstruktur, d.h. auch ihre Erweiterung oder Verkürzung, stellt gleichsam einen wesentlichen Bestandteil der laufenden Betätigung einer Holding im Rahmen ihrer Verwaltungsfunktion dar, so dass beispielsweise die Besteuerungskonsequenzen des

²⁹³ Bereits die Erfüllung der Konzernfinanzierungsfunktion erfordert regelmäßig „einen nicht unbeträchtlichen Geschäftsbetrieb“, Günkler, M., 2003, S. S187.

²⁹⁴ Vgl. Hintzen, B., 1998, S. 1320 f.; Jesse, L., 2002, S. 109. Aufgrund der restriktiven Ertragsquellen einer typischen Holdinggesellschaft sind Maßnahmen zur Sicherung ihrer finanziellen Handlungsfähigkeit, so bspw. die Einflussnahme auf die Gewinnverwendungspolitik oder Gewinnabführungsverträge, notwendig. Vgl. Keller, T., 1992, S. 20 f.

²⁹⁵ Ähnliche Abgrenzung bei Fohr, I., 2000, S. 33, vgl. auch Keller, T., 1993, S. 35, 56.

²⁹⁶ Der dem Marketing bzw. der Managementlehre entsprungene Begriff des Lebenszyklus, der die Annahme der Unterteilbarkeit der zeitlichen Entwicklung eines Objektes oder Indikators in charakteristische Phasen beschreibt, kann entsprechend auf die Existenz einer Holdingstruktur zur Beurteilung der Steuerwirkungen übertragen werden. Zur absatzmarktpolitischen Lebenszyklusanalyse Meffert, H., 1991, S. 62 ff.

Beteiligungserwerbs sowie der Veräußerung von Beteiligungen in die Analyse mit einzubeziehen sind. Die in diesem Zusammenhang gewonnenen Ergebnisse lassen sich entsprechend auf die Phasen der Errichtung einer Holdingstruktur respektive ihrer Beendigung übertragen.²⁹⁷

Mit Bezug auf die den Ertragsteuern – auch im internationalen Vergleich – zukommende übergeordnete Bedeutung sollen Substanz- und Verkehrsteuern in dieser Untersuchung nicht betrachtet werden.²⁹⁸ Die im Folgenden zu berücksichtigenden Besteuerungstatbestände können aus den holdingspezifischen Funktionen abgeleitet werden. Bereits aus der originären Holdingaufgabe, dem Halten und Verwalten von Beteiligungen, folgt die Einbeziehung von Beteiligungserträgen in die Analyse. Aus der Finanzierungsfunktion einer Holdinggesellschaft resultiert im Fall der Fremdfinanzierung die Notwendigkeit zur Berücksichtigung von Zinserträgen als Vergütung für die Bereitstellung von Gesellschaftersfremdkapital, gegebenenfalls unter Einschluss konzerninterner Refinanzierungsaufwendungen.²⁹⁹ Veräußerungsgewinne und –verluste gehören aufgrund der skizzierten Tätigkeit ebenfalls zu regelmäßig realisierten Besteuerungstatbeständen einer Holdinggesellschaft.

Eine Beurteilung der Steuerbelastung von deutschen Holdinggesellschaften und -konzernen setzt die Einbeziehung sämtlicher Strukturebenen voraus.³⁰⁰ Im Rahmen der hier vorgenommenen einperiodischen³⁰¹ Analyse wird daher im Folgenden – soweit nicht anders erforderlich und erwähnt – die Auskehrung sowohl der operativen Erträge der Beteiligungsgesellschaften als auch – sofern

²⁹⁷ Zu den gesellschaftsrechtlichen Übertragungsvorgängen von betrieblichen (Teil-)Einheiten im Wege der Ausgliederung, Ausgründung, Einbringung und Spaltung sowie alternativen Vorgehensweisen vgl. Keller, T., 1993, S. 103 ff.; Kraft, E.-T., 1998, Tz. B 65 ff. Zu alternativen Formen der Beendigung einer Holdingstruktur vgl. Kraft, E.-T., 1998, Tz. B 126 ff.

²⁹⁸ Die vergleichsweise untergeordnete Bedeutung der Substanzsteuern kann für Deutschland bereits mit der 1997 erfolgten Abschaffung der Gewerkekapitalsteuer und der Vermögensteuer begründet werden.

²⁹⁹ Zur typischen Kapitalstruktur einer Holdinggesellschaft vgl. auch Arndt, H.-W./Ringel, E., 1998, S. 2151.

³⁰⁰ Vgl. Jacobs, Otto H./Spengel, Ch./Hermann, R./Stetter, Th., 2003, S. 22.

³⁰¹ Auf eine Erweiterung der hier gewählten einperiodischen Analyse um eine dynamische Betrachtung soll aufgrund des nur geringen Informationsgewinns (Zinseffekte) im Rahmen der vorliegenden Strukturanalyse verzichtet werden.

vorhanden – der originären Holdingerrträge in voller Höhe an deren Anteilseigner (letztlich natürliche Personen) am Ende des Betrachtungszeitraums unterstellt. Betrachtet wird im Ergebnis die Gesamtsteuerbelastung sämtlicher Erträge sowohl bei der Gesellschaft als auch beim jeweiligen Gesellschafter.

Kapitel 3 Analyse der steuerlichen Rahmenbedingungen für Holdinggesellschaften in Deutschland

1. Systemwechsel im Körperschaftsteuerrecht

11. Besteuerung auf Ebene der Kapitalgesellschaft

Mit dem Steuersenkungsgesetz 2000 erfolgte ein grundlegender Systemwechsel im Rahmen der Körperschaftbesteuerung.³⁰² Das körperschaftsteuerliche Vollarrechnungsverfahren wurde mit den Argumenten der schwierigen Anwendbarkeit, der Missbrauchsanfälligkeit und der mangelnden Europatauglichkeit mit Wirkung ab dem 1.1.2001³⁰³ zugunsten eines klassischen Körperschaftsteuersystems aufgegeben.³⁰⁴ Mit der Implementierung des sog. Halbeinkünfteverfahrens³⁰⁵ entfällt der für Deutschland zuvor typische gespaltene Körperschaftsteuertarif.³⁰⁶ Der einheitliche Körperschaftsteuersatz für einbehaltene und ausgeschüttete Gewinne beträgt nun 25 %³⁰⁷ und wirkt grundsätzlich definitiv; er gilt gleichermaßen auch für beschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften.

Die folgende Darstellung der grundlegenden Besteuerungsaspekte für Holdingstrukturen unterstellt aus Praktikabilitätsgründen die uneingeschränkte Anwendbarkeit der geltenden Rechtsnormen. Auf Divergenzen und Übergangsprobleme, die sich aus abweichenden zeitlichen Anwendungsbereichen und

³⁰² Vgl. Steinhoff, St., 2000, S. 211.

³⁰³ Dies gilt für den Fall, dass das Wirtschaftsjahr dem Kalenderjahr entspricht und insoweit die Anwendung des sog. Halbeinkünfteverfahrens erstmals für Wirtschaftsjahre ab 1.1.2001 erfolgt. Bei vom Kalenderjahr abweichenden Wirtschaftsjahren findet die Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens erst im Wirtschaftsjahr 2001/2002 statt. Vgl. Benz, S., 2000a, S. 234 f.; Lornsen-Veit, B./Odenbach, W., 2000, S. 9.

³⁰⁴ Vgl. kritisch Crezelius, G., 2000, S. 1631; Krawitz, N., 2000, S. 1721 ff.; Mössner, J. M., 2001, S. 39 ff.; Siegel, Th. et al., 2000, S. 1269 f.

³⁰⁵ Mössner, J. M., 2001, S. 32 vermutet, dass die Einführung des Halbeinkünfteverfahrens auf einer entsprechenden „Anregung“ durch das österreichische Doppelhalbsatzverfahren beruht.

³⁰⁶ Vgl. Dötsch, E./Pung, A., 2000, S. 5.

³⁰⁷ Die ausschließlich für den VZ 2003 vorgenommene Erhöhung des Körperschaftsteuersatzes auf 26,5 % mit § 34 KStG i.d.F. des sog. Flutopfersolidaritätsgesetzes vom 19.9.2002, BSStBl. I 2002, S. 3651 ff., soll aufgrund ihres „vorübergehenden“ Charakters im Folgenden nicht berücksichtigt werden.

den zum Teil vielfachen Änderungen von Vorschriften ergeben, kann aufgrund des begrenzten Rahmens nicht eingegangen werden.³⁰⁸

12. Besteuerung auf Ebene des Anteilseigners

121. Anteilseigner in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft

1211. Dividendenfreistellung

12111. Neukonzeption des § 8b Abs. 1 KStG

Der mit dem Standortsicherungsgesetz vom 13. September 1993 in das Körperschaftsteuergesetz eingefügte § 8b KStG entfaltete zwar bereits in seiner ursprünglichen Fassung Bedeutung für Holdingstrukturen;³⁰⁹ die Steuerfreistellung war aber gemäß § 8b Abs. 1 KStG a. F. mittelbar³¹⁰ ausschließlich auf die Weiterleitung von ausländischen Beteiligungserträgen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EStG beschränkt.³¹¹

Die Doppelbesteuerung ausgeschütteter Gewinne wird im neuen Körperschaftsteuersystem auf Ebene der empfangenden Körperschaft durch *Freistellung der Beteiligungserträge* vermieden. Dazu wurde § 8b Abs. 1 KStG konzeptionell verändert. Die Gewinnermittlungsvorschriften der § 8b Abs. 1 bis 6

³⁰⁸ Zu Fragen des Übergangs im Zusammenhang mit dem Systemwechsel vgl. BMF-Schr. v. 6.11.2003, S. 2021 ff.; Dötsch, E./Pung, A., 2003c, S. 2514 ff.; Frotscher, G., 2000, S. 2280 ff.; Güntel, M./Fenzl, B./Hagen, Ch., 2000, S. 445 ff.; Lang, B., 2002, S. 1793 ff.; Rödder, Th./Metzner, B., 2000, S. 960 f. Zum zeitlichen Anwendungsbereich des § 8b Abs. 1 KStG vgl. Rödder, Th./Schumacher, A., 2000, S. 1453 ff.; Wienands, H.-G., 2000, S. 345 f. Zu Übergangsproblemen vgl. Heurung, R./Heinsen, O./Springer, M., 2001, S. 184a.

³⁰⁹ § 8b KStG sollte über eine Steuerentlastung die Bedingungen für den Holdingstandort Deutschland verbessern. Vgl. Hundt, F., 1993, S. 2098; Steinhoff, St., 2000, S. 211.

³¹⁰ § 8b Abs. 1 KStG a.F. knüpfte zwar formal an inländische Sachverhalte an. Letztlich begünstigt wurden aber Ausschüttungen aus dem EK 01, d.h. nicht mit deutscher Körperschaftsteuer belastete ausländische Einkünfte, die gemäß § 30 Abs. 2 Nr. 1 KStG a.F. in das EK 01 einzustellen waren. Vgl. Hundt, F., 1993, S. 2048.

³¹¹ Vgl. § 8b Abs. 1 KStG a.F. Demnach unterblieb bei Weiterausschüttung von Dividenden ausländischer operativer Gesellschaften, die bei der empfangenden inländischen Körperschaft gemäß § 30 Abs. 2 Nr. 1 KStG in das EK 01 eingestellt wurden, entsprechend §§ 40 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. 8b Abs. 1 Satz 1 KStG a.F. die Körperschaftsteuererhöhung auf Ebene der Mutterkapitalgesellschaft (*internationales Schachtelprivileg*). Die Dividenden wurden bei der empfangenden Mutterkapitalgesellschaft wiederum in das EK 01 eingestellt, so dass eine Körperschaftsteuererhöhung letztendlich erst bei Ausschüttung an eine natürliche Person erfolgte. Mit der Dividende war für den Anteilseigner in der Rechtsform der natürlichen Person gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 EStG a.F. kein Körperschaftsteueranrechnungsguthaben verbunden; er erhielt eine erhöhte Bardividende als Ausgleich für die fehlende Körperschaftsteuergutschrift. Vgl. Hintzen, B., 1997, S. 210 f.; Hundt, F., 1993, S. 2048 f.

KStG führen zu außerbilanziellen Korrekturen im Rahmen der steuerlichen Gewinnermittlung.³¹²

12112. Konkretisierung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs

Gemäß § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG bleiben Bezüge i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 lit. a EStG bei der Ermittlung des körperschaftsteuerlichen Einkommens außer Ansatz. Von der Steuerbefreiung erfasst werden insofern offene und verdeckte³¹³ Gewinnausschüttungen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG),³¹⁴ Bezüge aufgrund einer Kapitalherabsetzung oder Auflösung (Nr. 2), Vermögensübertragungen von unbeschränkt Körperschaftsteuerpflichtigen (Nr. 9), die keine Gewinnausschüttungen vornehmen, sowie mit Gewinnausschüttungen vergleichbare Leistungen von Betrieben gewerblicher Art mit eigener Rechtspersönlichkeit (Nr. 10 lit. a). Die Ergänzung in § 8b Abs. 1 Satz 2 KStG durch das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz 2001 hat insoweit klarstellenden Charakter, als dass sich die Beteiligungsertragsbefreiung auch auf die Veräußerung von Dividendenansprüchen erstreckt.³¹⁵ Das von einer Organgesellschaft zugerechnete Einkommen wird mangels Qualifikation als Gewinnausschüttung

³¹² Vgl. Herzig, N., 2003, S. 1460.

³¹³ Vgl. Benz, S., 2000a, S. 230; Rödder, Th., 2000, S. 543.

³¹⁴ Gewinnausschüttungen in Form von Sachdividenden stehen der Begünstigung nach § 8b Abs. 1 KStG nicht entgegen. Sie sind bei entsprechender Satzungsbestimmung grundsätzlich zulässig und gem. § 58 Abs. 5 AktG nicht an die Zustimmung aller Gesellschafter gebunden. Zur Problematik des Kapitalertragsteuereinhalts bei Sachdividenden vgl. Klingberg, D./Müller-Gatermann, G., 2002, S. 3, 8 f. Ausschüttungen aus dem steuerlichen Einlagenkonto i.S.d. § 27 KStG, die den Buchwert der Beteiligung übersteigen, zählen gem. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 6 nicht zu den Bezügen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, sondern unterliegen der Steuerfreiheit gem. § 8b Abs. 2 KStG. Liquidationsraten, die nicht aus Kapitalrückzahlungen aus Nennkapital oder dem steuerlichen Einlagenkonto bestehen, unterliegen dagegen der Steuerbefreiung i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG. Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 7 und 17; Eilers, St./Schmidt, R., 2003, S. 616; Reinhardt, I., 2003, S. 1148.

³¹⁵ Vgl. Begründung zum Entwurf des UntStFG in BT-Drs. 14/6882 v. 10.9.2001, S. 36; Rödder, Th./Schumacher, A., 2001, S. 1639. Satz 2 der Vorschrift erfasst Veräußerungen eines Gewinnanspruchs (Kapitalertragsanspruchs) ohne Übertragung des Stammrechts (Kapitalanteil). Vgl. Kessler, W./Schmalz, A./Schmidt, W., 2001, S. 1866. Die tatsächliche Ausschüttung begründet damit gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 lit. a Satz 2 EStG keinen weiteren Einkunftstatbestand für den Veräußerer. Vgl. Klingberg, D./Müller-Gatermann, G., 2002, S. 4.

nicht erfasst.³¹⁶ Da die Steuerbefreiung von Bezügen i.S.d. §20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EStG von besonderer praktischer Relevanz innerhalb von Konzernstrukturen ist, soll im Folgenden vereinfachend auch die Bezeichnung des „Dividendenprivilegs“ verwendet werden.³¹⁷

§8b Abs. 1 KStG kommt auf Ebene des Ausschüttungsempfängers unabhängig von der Ansässigkeit der ausschüttenden Kapitalgesellschaft (In- oder Ausland) zur Anwendung.³¹⁸ Die Freistellung ist zudem weder an Mindestbeteiligungsquoten oder -besitzzeiten noch an die Existenz und Bedingungen eines Doppelbesteuerungsabkommens gebunden.³¹⁹ Die Neufassung des §8b Abs. 1 KStG führt daher auch für Beteiligungserträge aus ausländischen Kapitalgesellschaften zu einer Verbesserung, da deren Befreiung gemäß §8b Abs. 1 KStG a.F. bislang ausschließlich an Doppelbesteuerungsrecht und damit an die Erfüllung von Beteiligungsquoten³²⁰ sowie unter Umständen an die Erfüllung von abkommensrechtlichen Aktivitätsvorbehalten gebunden war.³²¹

§ 8b Abs. 1 KStG ist grundsätzlich sowohl auf unbeschränkt als auch auf beschränkt Körperschaftsteuerpflichtige anwendbar, so dass ebenfalls inländische Betriebsstätten ausländischer Kapitalgesellschaften sowie doppelt ansässige

³¹⁶ Gleiches gilt für Erträge aus typisch stillen Beteiligungen sowie aus partiarischen Darlehen. Vgl. Rödder, Th., 2000, S. 544. Von diesem Ausschluss zu unterscheiden ist die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 8b Abs. 1 KStG auf Einkünfte der Organgesellschaft auf Ebene des Organträgers gemäß § 15 Satz 1 Nr. 2 KStG. Siehe dazu Kap. 3 Abschn. 322.

³¹⁷ Vgl. Rödder, Th., 2000, S. 543.

³¹⁸ Vgl. Rödder, Th., 2000, S. 544. Allerdings ist bei ausländischen Beteiligungserträgen ein Typenvergleich durchzuführen, da die Anwendung des § 8b Abs. 1 KStG an eine der deutschen Körperschaft vergleichbare ausschüttende ausländische Gesellschaft gebunden ist. Vgl. Benz, S., 2000a, S. 230.

³¹⁹ Vgl. Rödder, Th., 2000, S. 538. Zur verbleibenden Bedeutung von DBA i.R.d. § 8b Abs. 1 KStG, bspw. für die Quellensteuererhebung, vgl. Jesse, L., 2002, S. 128. Zum Einfluss von Beteiligungsquote und -dauer für die gewerbesteuerliche Behandlung von Gewinnausschüttungen siehe Kap. 3 Abschn. 211.

³²⁰ § 8b Abs. 5 KStG a.F. reduzierte die abkommensrechtliche Beteiligungsquote unilateral auf 10 %.

³²¹ Vgl. Hundt, F., 1993, S. 2052; Steinhoff, St., 2000, S. 213; Wienands, H.-G., 2000, S. 349. Abkommensrechtliche Schachtelprivilegien behalten ihre Bedeutung aber für die nicht von § 8b Abs. 1 KStG erfassten Bezüge aus stillen Beteiligungen, die die deutschen DBA regelmäßig unter den Dividendenbegriff fassen. Vgl. Eilers, St./Schmidt, R., 2003, S. 615; Abkommensübersicht zu Art. 10 Abs. 3 OECD-MA bei Tischbirek, W., 2003, Art. 10 Rn. 204.

Gesellschaften die Dividendenfreistellung beanspruchen können.³²² Die Begünstigung der letztgenannten Gesellschaften setzt die Erfüllung des sog. Rechtstypenvergleichs voraus.³²³

1212. Veräußerungsgewinnfreistellung

12121. Neukonzeption des § 8b Abs. 2 KStG

In Anlehnung an die Fiktion einer „Einmalausschüttung“ stellt § 8b Abs. 2 KStG korrespondierend zum sog. Dividendenprivileg i.S.d. Abs. 1 Gewinne³²⁴ aus Anteilsveräußerungen an Kapitalgesellschaften von der deutschen Besteuerung frei.³²⁵ Während § 8b Abs. 2 KStG a.F. unmittelbar an Auslandssachverhalte anknüpfte und seine Anwendung auf die Begünstigung von Veräußerungsgewinnen aus wesentlichen³²⁶ Anteilen an *ausländischen* Beteiligungsgesellschaften beschränkt war,³²⁷ findet § 8b Abs. 2 KStG in der geltenden Fassung auch Anwendung auf die Anteilsveräußerungen von *inländischen* Beteiligungen.³²⁸

³²² Vgl. Rödder, Th., 2000, S. 544; Wienands, H.-G., 2000, S. 347 sowie korrespondierend § 8b Abs. 4 KStG a.F. Die Notwendigkeit zur Erweiterung des Anwendungsbereichs auf beschränkt Körperschaftsteuerpflichtige resultiert bereits aus europarechtlich gebotenen Gleichbehandlung mit unbeschränkt Körperschaftsteuerpflichtigen. Vgl. Steinhoff, St., 2000, S. 212.

³²³ Vgl. Zimmermann, J., 2003, § 8b KStG Rz. 21.

³²⁴ Die Veräußerungsgewinnbefreiung knüpft anders als das Dividendenprivileg an eine Nettogröße an. Vgl. Förster, G., 2001, S. 666.

³²⁵ Vgl. Benz, S., 2000b, S. 238; Rödder, Th., 2000, S. 547. Bereits die Begründung zu dem mit dem StandOG eingefügten § 8b Abs. 2 KStG a.F. stellte die Anteilsveräußerung einer „Einmalausschüttung“ gleich. Vgl. BT-Drs. 12/4158 v. 20.1.1993, S. 38 f.; Hundt, F., 1993, S. 2099; Lechner, F., 2001, S. 202 i.S.e. „Leerschüttung“. Vgl. kritisch Hillebrandt, F., 2001, S. 713; Krawitz, N., 2000, S. 1722.

³²⁶ Eine wesentliche Beteiligung setzte gemäß § 8b Abs. 5 KStG a.F. eine Mindestbeteiligung in Höhe von 10 % an der ausländischen Gesellschaft voraus. Vgl. Hundt, F., 1993, S. 2099.

³²⁷ Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Veräußerungsgewinnbefreiung nach § 8b Abs. 2 KStG a.F. waren die für Beteiligungserträge geltenden Schachtelvergünstigungen. Vgl. Hundt, F., 1993, S. 2098 f.

³²⁸ Zum zeitlichen Anwendungsbereich der Vorschrift gemäß § 34 Abs. 4 Satz 1 KStG vgl. auch Benz, S., 2000b, S. 242; Eilers, St./Wienands, H.-G., 2000, S. 1233; Jacobs, N./Wittmann, H.-J., 2000a, S. 914; Lechner, F., 2001, S. 212 f.; Wienands, H.-G., 2000, S. 366 f. Zu zeitlichen Anwendungsproblemen im Zusammenhang mit Auslandsbeteiligungen vgl. Rödder, Th./Wochinger, P., 2001, S. 1261.

12122. Konkretisierung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs

Vereinfacht bleiben gemäß § 8b Abs. 2 Satz 1 KStG Gewinne aus der Veräußerung eines Anteils an einer Körperschaft oder Personenvereinigung, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen i.S.d. § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG führen, außer Ansatz.³²⁹ Dieselbe Rechtsfolge gilt daneben für die Veräußerung von Organgesellschaften i.S.d. §§ 14, 17 und 18 KStG,³³⁰ für die Gewinne aus der Auflösung oder der Herabsetzung des Nennkapitals, für die Zuschreibung auf den höheren Teilwert nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 EStG sowie für Veräußerungsgewinne gemäß § 21 Abs. 2 UmwStG³³¹. Einer Veräußerung gleichgestellt wird gemäß § 8b Abs. 2 Satz 3 KStG die verdeckte Einlage.³³² Eben-

³²⁹ Im Gegensatz zu § 8b Abs. 2 KStG i.d.F. des StSenkG 2000, welcher auf „Gewinne aus der Veräußerung eines Anteils an einer *anderen* Körperschaft“ abstellte, erstreckt sich die Formulierung der Vorschrift i.d.F. des UntStFG 2001, nach der „Gewinne aus der Veräußerung eines Anteils an *einer* Körperschaft“ (Hervorhebungen durch die Verfasserin) erfasst werden, explizit auch auf die Veräußerung von eigenen Anteilen, die wirtschaftlich einer Kapitalerhöhung gleicht. Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 15; Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1019; Haun, J./Winkler, H., 2002, S. 193; Reinhardt, I., 2003, S. 1449; Rödder, Th./Schumacher, A., 2001, S. 1639. Sind Anteile i.S.d. § 8b Abs. 2 KStG Gegenstand einer Sachdividende, unterfällt der Aufdeckungsgewinn der Steuerfreistellung gemäß § 8b Abs. 2 KStG. Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 22; Klingberg, D./Müller-Gatermann, G., 2002, S. 8; Reinhardt, I., 2003, S. 1449; Strunk, G./Kaminski, B., 2003, S. 4735.

³³⁰ Die Organschaft schließt zwar eine Dividendenausschüttung i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG – bspw. im Rahmen (vor-) organschaftlicher Gewinnausschüttungen – nicht grundsätzlich aus. Vgl. BFH-Urt. v. 8.8.2001, S. 923 ff. und BMF-Schr. v. vom 27.11.2003, S. 647. Da die organschaftliche Einkommenszurechnung selbst jedoch nicht auf Ebene des Organträgers zu Einnahmen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10a EStG führt, war die Anwendung auf Organschaftsbeteiligungen bis zur „Klarstellung“ durch entsprechender Einfügung mit dem UntStFG 2001. zweifelhaft. Vgl. Benz, S., 2000b, S. 241; Haun, J./Winkler, H., 2002, S. 193; A.A. Eilers, St./Wienands, H.-G., 2000, S. 1234; Lechner, F., 2001, S. 204; Kessler, W./Schmalz, A./Schmidt, W., 2001, S. 866; Köster, B.-K., 2000, S. 2364 f.; Rödder, Th./Schumacher, A., 2001, S. 1639; Wienands, H.-G., 2000, S. 369. Zu beachten ist die Anwendung des § 8b Abs. 2 KStG gemäß § 15 Satz 1 Nr. 2 KStG auf Ebene des Organträgers, soweit die veräußernde Mutterkapitalgesellschaft ihrerseits eine Organgesellschaft ist. Siehe dazu Kap. 3 Abschn. 3222. Die Steuerfreiheit erstreckt sich auch auf den Gewinn aus der Auflösung eines ggfs. bestehenden passiven Ausgleichspostens. Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 16; Reinhardt, I., 2003, S. 1148.

³³¹ § 21 Abs. 2 UmwStG beinhaltet im Wesentlichen die Fälle der steuerlichen Entstrickung sog. einbringungsgeborener Anteile aufgrund formloser Antragstellung auf Besteuerung der stillen Reserven gemäß Nr. 1 und aufgrund des Ausscheidens aus der unbeschränkten Steuerpflicht gemäß Nr. 2.

³³² Gemäß R 41 Abs. 5 Satz 4 KStR im Rahmen des § 8b Abs. 2 KStG a.F. noch explizit ausgeschlossen. Kennzeichnend für die verdeckte Einlage ist das Fehlen einer Gegenleistung, bspw. in Folge einer unentgeltlichen Anteilsübertragung. Vgl. Zimmermann, J., 2003, § 8b KStG Rz. 150.

falls freizustellen von der Besteuerung sind verdeckte Gewinnausschüttungen im Rahmen von Veräußerungsvorgängen^{333 334}.

Ausschüttungen aus dem steuerlichen Einlagenkonto i.S.d. § 27 KStG (Einlagenrückgewähr), die den Buchwert der Beteiligung übersteigen,³³⁵ fallen nach Auffassung der Finanzverwaltung gleichsam unter die Veräußerungsgewinnbefreiung.³³⁶ Dies gilt allerdings nicht für die Einlagenrückgewähr aus ausländi-

³³³ Erfasst werden Unterpreisveräußerung (Veräußerungspreis < Teilwert) von Beteiligungen an Gesellschafter, die eine Gewinnverlagerung zugunsten des erwerbenden Gesellschafters, d.h. eine verhinderte Vermögensmehrung auf Ebene des Veräußerers bewirken, und insofern eine verdeckte Gewinnausschüttung darstellen. Vgl. Rättig, H./Protzen, P. D. G., 2001a, S. 496. Es erfolgt eine außerbilanzielle Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttung mit dem Ziel, den tatsächlichen Gewinn ohne Gewinnverlagerung zu besteuern. Vgl. BFH-Urt. v. 29.6.1994, S. 895. Gemäß Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1020 erstreckt sich die Steuerbefreiung ausschließlich auf den im BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 21 genannten Fall der Unterpreisveräußerung von Anteilen an der Enkelgesellschaft durch die Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft; eine Begründung für die Ungleichbehandlung alternativer Gestaltungen (Überpreisveräußerung der Anteile an der Tochtergesellschaft an die Schwestergesellschaft durch die Muttergesellschaft) geben die Autoren nicht.

³³⁴ Vgl. Eilers, St./Wienands, H.-G., 2000, S. 1235; Haun, J./Winkler, H., 2002, S. 193 f.; Kessler, W./Schmalz, A./Schmidt, W., 2001, S. 1867; Köster, B.-K., 2000, S. 1265; Aussetzungsbeschluss des BFH v. 6.7.2000, S. 1115 f. Dieser Auffassung folgt auch die Finanzverwaltung mit BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 21. Vgl. Müller-Gatermann, G., 2002, S. 5; Reinhardt, I., 2003, S. 1148. A.A. noch FG Hessen v. 12.1.2000, S. 330; Benz, S., 2000b, S. 240; Rödder, Th., 2000, S. 548, nach denen Veräußerungsgewinne, die als verdeckte Gewinnausschüttungen qualifizieren, nicht unter die Steuerbefreiung fallen, da sie in Übereinstimmung mit R 41 Abs. 5 Satz 5 KStR für § 8b Abs. 2 KStG a.F. nicht auf einer ordentlichen Gewinnausschüttung beruhen. Herzig, N., 2003, S. 1462 leitet aus der Klarstellung der Einbeziehung der verdeckten Gewinnausschüttung einen Attraktivitätsgewinn für innerkonzernliche Veräußerungen ab.

³³⁵ Ausschüttungen aus dem steuerlichen Einlagenkonto, die den Beteiligungsbuchwert nicht übersteigen, werden vom Buchwert der Beteiligung abgezogen. Vgl. Dötsch, E./Pung, A., 2003b, § 8b KStG n.F. Tz. 17 f.; Füger, R./Rieger, N., 2003, S. 543.

³³⁶ Die Erfassung durch § 8b Abs. 2 KStG bestätigt nunmehr auch die Finanzverwaltung mit BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 6. Vgl. kritisch Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1021; Eilers, St./Kraus, G., 2002, S. 13; Füger, R./Rieger, N., 2003, S. 544; (ohne Festlegung) Knebel, A./Seltenreich, St., 2003, S. 260 und Klingberg, D./Müller-Gatermann, G., 2002, S. 5. Die Anwendung des § 8b Abs. 2 KStG erstreckt sich in diesem Zusammenhang auch auf Liquidationsfälle, in denen Kapitalrückzahlungen aus Nennkapital oder dem steuerlichen Einlagenkonto erfolgen. Erst die darüber hinaus gehenden Liquidationsraten unterliegen der Steuerbefreiung i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG. Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 7 und 17; Reinhardt, I., 2003, S. 1148. Die Liquidation beschränkter steuerpflichtiger Kapitalgesellschaften fällt gemessen am Wortlaut des § 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG aber wiederum in den Anwendungsbereich des § 8b Abs. 2 KStG. Kritisch zur unterschiedlichen Behandlung in Abhängigkeit von der Ansässigkeit der aufgelösten Gesellschaft vgl. Füger, R./Rieger, N., 2003, S. 545.

schen Kapitalgesellschaften,³³⁷ diese stellt Bezüge i.S.v. § 8b Abs. 1 KStG dar.³³⁸ Die Einordnung unter eine der beiden Vorschriften der Beteiligungsertragsbefreiung ist aufgrund der Folgen für die Anwendbarkeit der § 8b Abs. 3 und 4 KStG auf der einen sowie des § 8b Abs. 5 KStG auf der anderen Seite nicht ohne Bedeutung.³³⁹

Die Steuerbefreiung gemäß § 8b Abs. 2 Satz 1 KStG erstreckt sich auch auf Gewinne aus Wertaufholungen i.S.d. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 EStG, die steuerlich unberücksichtigten Teilwertabschreibungen i.S.d. § 8b Abs. 3 KStG folgen. Diese Rechtsfolge ist insbesondere von zukünftiger Bedeutung, da sie Wertaufholungen bei einbringungsgeborenen Anteilen, deren Steuerfreiheit § 8b Abs. 4 KStG ausschließt, erfasst, indem eine außerbilanzielle Kürzung des Gewinns aus der Wertaufholung um die zuvor steuerlich unberücksichtigte Teilwertabschreibung erfolgt.³⁴⁰ Nach § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG ist ein Veräußerungsgewinn nur dann steuerfrei, wenn eine steuerlich wirksame Teilwertabschreibung später durch eine steuerwirksame Zuschreibung ausgeglichen wird.³⁴¹ Diese Einschränkung ist insoweit systemgerecht, als dass eine doppelte Begünstigung nicht zielführend sein kann.³⁴² Da die steuerliche Berücksichtigung von Teilwertabschreibungen gemäß § 8b Abs. 3 KStG für die Zukunft ausgeschlossen ist, entfaltet die Steuerbefreiung gemäß § 8b Abs. 2 Satz 2

³³⁷ Mangels Führung eines steuerlichen Einlagenkontos gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 KStG erfolgt auch keine Verrechnung mit dem Buchwert der Anteile an der ausländischen Kapitalgesellschaft. Vgl. Fügler, R./Rieger, N., 2003, S. 544.

³³⁸ Vgl. Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1021.

³³⁹ Vgl. Eilers, St./Schmidt, R., 2003, S. 616.

³⁴⁰ Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 18; Reinhardt, I., 2003, S. 1149.

³⁴¹ Vgl. Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1021; Hundt, F., 1993, S. 2099; Eilers, St./Wienands, H.-G., 2000, S. 1235; Jacobs, N./Wittmann, H.-J., 2000a, S. 913. Entgegen Benz, S., 2000b, S. 239 enthielt bereits § 8b Abs. 2 Satz 1 KStG a.F. eine entsprechende Einschränkung.

³⁴² Dies wäre der Fall, wenn zunächst die steuerliche Berücksichtigung der Wertminderung aufgrund der Teilwertabschreibung erfolgt und anschließend eine entgegengesetzte – mit dem Veräußerungspreis abgegoltene – Wertsteigerung im Sinne einer Wertaufholung vernachlässigt wird. Sofern die vorangegangene Teilwertabschreibung steuerwirksam war, muss auch eine anschließende Zuschreibung steuerwirksam sein. Die Ergänzung des § 8b Abs. 2 Satz 1 KStG folgt notwendigerweise aus der Versagung einer Teilwertabschreibung gemäß § 8b Abs. 3 KStG. Vgl. Eilers, St./Schmidt, R., 2003, S. 620; Knebel, A./Seltenreich, St., 2003, S. 261; Rödder, Th., 2000, S. 548.

KStG nur für bereits vor dem 1.1.2001 vorgenommene Teilwertabschreibungen und Zuschreibungen Wirkung.³⁴³

Die Veräußerungsgewinnbefreiung erstreckt sich nach Auffassung der Finanzverwaltung auch auf Übertragungsgewinne i.S.d. §§ 11 und 15 UmwStG, soweit diese auf Beteiligungen i.S.d. § 8b Abs. 2 KStG entfallen.³⁴⁴

In den persönlichen Anwendungsbereich des § 8b Abs. 2 KStG gelangen alle steuerpflichtigen Körperschaften im Sinne von §§ 1 und 2 KStG.³⁴⁵ Eine Bindung an die unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht des Veräußerers besteht nicht, so dass auch sog. doppelt ansässige sowie beschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften Beteiligungen an Kapitalgesellschaften steuerfrei veräußern können.³⁴⁶ Die Veräußerungsgewinnbefreiung wird unabhängig vom Ort der Ansässigkeit der veräußerten Beteiligungsgesellschaft gewährt. Nach wie vor setzt aber die Steuerfreiheit bei Beteiligung von Auslandsgesellschaften auf der Seite des Veräußerers sowie auf der Seite der veräußerten Gesellschaft – unabhängig von der steuerlichen Vorbelastung im Ausland –³⁴⁷ die Erfüllung des sog. Typenvergleichs voraus.³⁴⁸

12123. Einschränkungen der Veräußerungsgewinnfreistellung

121231. Ausnahmen gemäß § 8b Abs. 3 KStG

Gemäß § 8b Abs. 3 KStG sind „Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit dem in Absatz 2 genannten Anteil entstehen, .. bei der Gewinnermittlung

³⁴³ Vgl. Benz, S., 2000b, S. 239; Eilers, St./Wienands, H.-G., 2000, S. 1235. Steuerfrei ist in diesem Fall der Gewinn „in Höhe des Ausgleiches der Teilwertabschreibung (=Zuschreibungsbetrag)“. In entsprechender Anwendung entfaltet § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG bspw. auch Wirkung für sog. ausschüttungsbedingte Teilwertabschreibungen auf Auslandsbeteiligungen gemäß § 8b Abs. 6 KStG a.F. oder auf Teilwertabschreibungen i.S.v. § 50c EStG a.F.; mangels steuerlicher Anerkennung bleiben entsprechende Veräußerungsgewinne steuerfrei.

³⁴⁴ Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 23; Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1020.

³⁴⁵ Vgl. Eilers, St./Wienands, H.-G., 2000, S. 1234.

³⁴⁶ Vgl. Wienands, H.-G., 2000, S. 367. Einer Zuordnung der Beteiligung zu einer deutschen Betriebsstätte der ausländischen Muttergesellschaft bedarf es nicht. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die im ursprünglichen Regierungsentwurf eines StSenkG enthaltene Einschränkung entfallen ist. Vgl. Benz, S., 2000b, S. 241; Rödder, Th., 2000, S. 548.

³⁴⁷ Vgl. Rödder, Th., 2000, S. 551. Zu beachten sind in diesem Zusammenhang ausschließlich die Vorschriften der sog. Hinzurechnungsbesteuerung der §§ 7-14 AStG. Siehe dazu Kap. 3 Abschn. 41.

³⁴⁸ Vgl. Benz, S., 200b, S. 239; Lechner, F., 2001, S. 203 f.; BFH-Urt. v. 23.6.1992, S. 972.

nicht zu berücksichtigen“.³⁴⁹ Damit entfalten Teilwertabschreibungen auf Beteiligungen i.S.d. Abs. 2,³⁵⁰ Verluste aus Anteilsveräußerungen und aus der Gesellschaftsauflösung oder der Kapitalherabsetzung sowie Gewinnminderungen aufgrund § 21 Abs. 2 UmwStG keine steuerliche Wirkung.³⁵¹ § 8b Abs. 3 KStG erstreckt sich ausschließlich auf substanzbezogene Wertminderungen von Anteilen i.S.d. Abs. 2, so dass aus der Vorschrift ein Abzugsverbot für beteiligungsbezogene Aufwendungen i.S.d. § 3c Abs. 1 EStG nicht ableitbar ist.³⁵²

Vereinfacht kann die steuerliche Nichtberücksichtigung von Gewinnminderungen – wie schon im vorangegangenen Abschnitt erläutert – mit der korrespondierenden Steuerfreiheit von Anteilswerterhöhungen begründet werden.³⁵³ Als problematisch erweisen sich jedoch diejenigen Fälle, in denen eine Verlustberücksichtigung vollständig unterbleibt; so beispielsweise bei Liquidation der Tochterkapitalgesellschaft, die zu einem bei der Mutterkapitalgesellschaft aufgrund § 8b Abs. 3 KStG nicht zu berücksichtigenden Liquidationsverlust führt,

³⁴⁹ Zum zeitlichen Anwendungsbereich vgl. Kessler, W./Schmalz, A./Schmidt, W., 2001, S. 1674; Rödder, Th./Schumacher, A., 2001, S. 1641; Wochinger, P., 2002, S. 9 f. Mittels Verweis auf Abs. 2 der Vorschrift ist § 8b Abs. 3 KStG grundsätzlich auch auf Wertminderungen von Auslandsbeteiligungen anwendbar. Vgl. Herzig, N., 2003, S. 1466. Insoweit besteht Entsprechung zur Rechtslage gem. § 8b Abs. 6 KStG a.F.

³⁵⁰ § 8b Abs. 3 KStG erstreckt sich nach h.M. nicht auf Teilwertabschreibungen auf eigenkapitalersetzende Darlehen, da diese sich auf das Darlehen und nicht auf einen Anteil i.S.d. § 8b Abs. 2 KStG beziehen. Vgl. BMF-Schreiben vom 28.4.2003, Tz. 26 und 46 sowie im Ergebnis auch Herzig, N., 2003, S. 1465 f.; Eilers, St./Schmidt, R., 2003, S. 624; Füger, R./Rieger, N., 2003, S. 591; Kessler, W./Reitsam, M., 2003, S. 2142; kritisch Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1022; Leip, C., 2002, S. 1841; zweifelnd Strunk, G./Kaminski, B., 2003, S. 4736.

³⁵¹ Vgl. Wochinger, P., 2002, S. 14. Das Abzugsverbot des § 8b Abs. 3 erstreckt sich – korrespondierend zu der Veräußerungsgewinnbefreiung von passiven Ausgleichsposten – auch auf die Auflösung von aktiven Ausgleichsposten bei Organgesellschaftsbeteiligungen. Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 16; Reinhardt, I., 2003, S. 1148; kritisch Füger, R./Rieger, N., 2003, S. 546 f.

³⁵² Die Norm erstreckt sich „allumfassend“ auf sämtliche Arten von Wertminderungen in Zusammenhang mit Anteilen an Kapitalgesellschaften, die Substanzverluste darstellen. Vgl. die exemplarische Aufzählung in BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 26; Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1021; Füger, R./Rieger, N., 2003, S. 591; Herzig, N., 2003, S. 1463; Reinhardt, I., 2003, S. 1449; Rödder, Th./Schumacher, A., 2002a, S. 108. § 8b Abs. 3 KStG verdrängt § 3c Abs. 1 EStG nicht. Zum Verhältnis der Vorschriften vgl. Beinert, St./Mikus, R., 2002, S. 1467; Dötsch, E., 2003a, S. 31; Lechner, F., 2001, S. 209; Kröner, M./Eversberg, H., 2002, S. 6.

³⁵³ Zur Systemgerechtigkeit des § 8b Abs. 3 KStG vgl. Schön, W., 2001a, S. 386; Spengel, Ch./Schaden, M., 2003, S. 2194 ff.

während die Verluste der Tochterkapitalgesellschaft mit der Liquidation untergehen.³⁵⁴ Ebenso fehlt – gemessen an dem der Vorschrift zugrunde liegenden Symmetriegedanken –³⁵⁵ eine Rechtfertigung für die Versagung der steuerlichen Anerkennung von Verlusten für grundsätzlich steuerpflichtige Veräußerungsvorgänge innerhalb der siebenjährigen Sperrfrist i.S.d. § 8b Abs. 4 KStG.³⁵⁶ Zwar erweist sich die Nichtberücksichtigung von Verlusten in diesem Fall insoweit als zweckgerichtet, als die Qualifikation als eingeborene Anteile mit der Veräußerung endet und nur auf diese Weise die Sicherung der Besteuerung der stillen Reserven infolge des Verkaufs erzielt werden kann,³⁵⁷ das Problem der Konkurrenz zur Steuerpflicht gemäß § 8b Abs. 4 Satz 1 KStG bleibt aber weiterhin klärungsbedürftig.

121232. Ausnahmen gemäß § 8b Abs. 4 Satz 1 KStG

Die sog. *Einbringungsklausel* i.S.d. § 8b Abs. 4 Satz 1 KStG soll die missbräuchliche Inanspruchnahme der Steuerbefreiung für Veräußerungsgewinne nach Abs. 2 verhindern.³⁵⁸ Die Vorschrift enthält zwei in ihrer Zielrichtung unterschiedlich gestaltete Ausnahmetatbestände.

Gemäß § 8b Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 KStG ist die Veräußerung sog. einbringungsgeborener Anteile i.S.d. § 21 UmwStG grundsätzlich steuerpflichtig (sog. *sachliche Sperre*)³⁵⁹. Einbringungsgeborene Anteile an Kapitalgesellschaften entstehen nach § 21 Abs. 1 Satz 1 und 2 UmwStG durch den Erwerb von Gesellschaftsrechten gegen Sacheinlage oder Anteilstausch zu einem den Teilwert

³⁵⁴ Vgl. Herzig, N., 2003, S. 1467. Spengel, G./Schaden, M., 2003, S. 2198 ff. stellen in diesem Zusammenhang zutreffend die fehlende Vereinbarkeit mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip fest.

³⁵⁵ Vgl. Crezelius, G., 2000, S. 1632; Eilers, St./Kraus, G., 2002, S. 8; Förster, G., 2001, S. 668; Köhler, St., 2001a, S. 105; Rödder, Th./Wochinger, P., 2001, S. 1255. Knebel, A./Seltenreich, St., 2003, S. 262 unterstellen „offensichtlich .. fiskalische(n) Erwägungen“ (Klammerergänzung durch die Verfasserin).

³⁵⁶ Mit BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 27 nunmehr explizit bestätigt. Vgl. kritisch Leip, C., 2002, S. 1841; Reinhardt, I., 2003, S. 1449.

³⁵⁷ Vgl. Desens, M., 2002, S. 256. A.A. Briese, A., 2003, S. 443 ff., da sich der Umfang des Verlustverwertungsverbotes nicht ausschließlich auf die stillen Reserven, sondern auch auf die Berücksichtigung von Anschaffungskosten erstrecken könne.

³⁵⁸ Vgl. Blumenberg, J./Lechner, F., 2000, S. 337 ff.; Kessler, W./Schmalz, A./Schmidt, W., 2001, S. 1868; Steinhoff, St., 2000, S. 215.

³⁵⁹ Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 28.

unterschreitenden Wert.³⁶⁰ § 8b Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 KStG verhindert die „Transformation“ originär steuerpflichtiger Betriebs-, Teilbetriebs- oder Mitunternehmeranteilveräußerungen in steuerfreie Kapitalanteilverkäufe i.S.d. § 8b Abs. 2 KStG durch zeitlich vorgelagerte steuerneutrale Einbringung in eine Kapitalgesellschaft gemäß § 20 UmwStG.³⁶¹ Die „vorzeitige“ Beendigung der Steuerverhaftung von einbringungsgeborenen Anteilen i.S.d. § 8b Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 KStG ermöglicht nur eine Steuerentstrickung gemäß § 21 Abs. 2 UmwStG.³⁶² Gleichzeitig kann eine Steuerverhaftung aber auch nachträglich entstehen, indem stille Reserven einbringungsgeborener Anteile anteilig andere, nicht steuerverstrickte Anteile infizieren (sog. *derivative einbringungsgeborene Anteile*).³⁶³

Gemäß § 8b Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 KStG wird die Steuerfreiheit zudem versagt, soweit durch eine Kapitalgesellschaft eine Veräußerung von Anteilen erfolgt, die zuvor von nicht durch § 8b Abs. 2 KStG Begünstigten, d.h. im Wesentlichen von natürlichen Personen, eingebracht wurden (sog. *persönliche Sperre*)³⁶⁴. Entsprechendes gilt für den mittelbaren Erwerb über eine Mitunternehmerschaft.³⁶⁵ Die Vorschrift zielt damit auf eine Verhinderung der – wohl

³⁶⁰ Im Rahmen der Sacheinlage gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG erfolgt die Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils in eine unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtige Kapitalgesellschaft gegen Gesellschaftsrechte. Gemäß der „Wertabspaltungstheorie“ des BFH springt die Qualifikation der Steuerverstrickung gemäß § 21 UmwStG im Rahmen der Sachgründung oder (Sach-) Kapitalerhöhung auch auf „alte Anteile“ über. Vgl. BFH-Urt. v. 8.4.1992, S. 761 f.; BMF-Schr. v. 25.3.1998, Tz. 21.14; Lechner, F., 2001, S. 208.

³⁶¹ Vgl. Reinhardt, I., 2003, S. 1150.

³⁶² Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 35; Funk, Th. E., 2002, S. 1232. Die vorzeitige Versteuerung der stillen Reserven setzt entweder einen Antrag des Steuerpflichtigen oder aber den Wegfall des deutschen Besteuerungsrechts voraus; eine weitere Steuerverhaftung ist dann nicht mehr erforderlich. Vgl. Knebel, A./Seltenreich, St., 2003, S. 263; Reinhardt, I., 2003, S. 1150. Jedoch schließt der Wortlaut des § 3 Nr. 40 Satz 4 lit. a EStG für Veräußerer in der Rechtsform der natürlichen Person die hälftige Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen innerhalb der Siebenjahresfrist trotz vorherigen Antrags auf Steuerentstrickung gem. § 21 Abs. 2 UmwStG zugunsten einer vollen steuerlichen Erfassung aus. Vgl. Funk, Th. E., 2002, S. 1236.

³⁶³ Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 52; Reinhardt, I., 2003, S. 1150.

³⁶⁴ Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 37; Reinhardt, I., 2003, S. 1150.

³⁶⁵ Die Finanzverwaltung möchte lt. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 38, Bsp. 2 die Ausnahmenvorschrift darüber hinaus nicht nur auf den mittelbaren Erwerb über eine Mitunternehmerschaft, sondern – ohne Deckung durch den Gesetzeswortlaut – grundsätzlich auf jeden mit-

missbräuchlichen – Inanspruchnahme der Steuervergünstigung i.S.d. § 8b Abs. 2 KStG durch nicht originär Begünstigte.³⁶⁶ Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang nicht – wie der Wortlaut der Vorschrift zunächst vermuten lässt – die Qualifikation der veräußerten Anteile als „einbringungsgeboren“ i.S.d. § 21 Abs. 1 UmwStG, sondern ausschließlich der Erwerb von einem Nicht-Begünstigten.³⁶⁷

Die Literaturmeinung zur Frage der Infektionswirkung einbringungsgeborener Anteile im Rahmen einer Verschmelzung oder Spaltung von Kapitalgesellschaften ist derzeit noch uneinheitlich.³⁶⁸ Die Finanzverwaltung nimmt in diesem Zusammenhang eine quotal nachträgliche Steuerverstrickung der sog. derivativ erworbenen einbringungsgeborenen Anteile an.³⁶⁹ Eine strikte Trennung von einbringungsgeborenen und nicht mit einer Sperrfrist behafteten Anteilen ist daher hinsichtlich der Gewährleistung eines steuerfreien Anteilsverkaufs grundsätzlich zu empfehlen.³⁷⁰

121233. Rückausnahmen gemäß § 8b Abs. 4 Satz 2 KStG

Die „Rückausnahmen“ des § 8b Abs. 4 Satz 2 KStG stellen eine steuerliche Begünstigung entgegen der Sperren in Satz 1 unter bestimmten Bedingungen wieder her. Auch in diesem Fall unterscheidet der Gesetzgeber im Hinblick auf die Zielrichtung der Steuerbefreiung.

So gilt die Steuerbefreiung gemäß § 8b Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 KStG grundsätzlich für Veräußerungsvorgänge, welche mehr als sieben Zeitjahre³⁷¹ nach der tat-

telbaren Anteilserwerb von Nicht-Begünstigten ausdehnen. Vgl. kritisch Reinhardt, I., 2003, S. 1151.

³⁶⁶ Vgl. Reinhardt, I., 2003, S. 1151.

³⁶⁷ Vgl. Haun, J./Winkler, H., 2002, S. 197.

³⁶⁸ Vgl. Haun, J./Winkler, H., 2002, S. 1999 m.w.N. Eilers, St./Wienands, H.-G., 2000, S. 1237 lehnen eine Infektionswirkung ab, soweit ein Veräußerungsgewinn sowohl auf nicht einbringungsgeborene als auch auf einbringungsgeborene Anteile entfällt.

³⁶⁹ Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 51 f.; Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1024; Eilers, St./Schmidt, R., 2003, S. 634 f.

³⁷⁰ Vgl. Rödder, Th./Wochinger, P., 2001, S. 1266.

³⁷¹ Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 43; Eilers, St./Schmidt, R., 2003, S. 629; Knebel, A./Seltenreich, St., 2003, S. 263.

sächlichen Einbringung erfolgen (sog. *zeitliche Rückausnahme*).³⁷² Maßgebend für die Fristberechnung sind der steuerliche Übertragungstichtag gemäß § 2 Abs. 1 UmwStG (Fristbeginn) sowie der Zeitpunkt der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Anteilen gemäß § 108 Abs. 1 AO i.V.m. §§ 187 bis 193 BGB (Fristende).³⁷³ Im Falle der steuerneutralen Spaltung oder Verschmelzung tritt der übernehmende Rechtsträger gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 respektive § 12 Abs. 3 Satz 1 UmwStG in die steuerliche Rechtsstellung des übertragenden Rechtsträgers im Hinblick auf die übertragenen einbringungsgeborenen Anteile i.S.d. § 8b Abs. 4 KStG ein und übernimmt damit gegebenenfalls auch die siebenjährige Sperrfrist; eine neue Frist beginnt aber nicht.³⁷⁴

Darüber hinaus ist die Veräußerung von im Rahmen eines Anteilstauschs i.S.d. § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG erworbenen *mehrheitsvermittelnden Beteiligungen* oder von mittels *grenzüberschreitender Einbringung von Kapitalbeteiligungen innerhalb der EU* erworbenen Anteilen i.S.d. § 23 Abs. 4 UmwStG begünstigt,³⁷⁵ sofern diese Anteile mittelbar oder unmittelbar von originär Begünstigten, d.h. Kapitalgesellschaften, erworben wurden (sog. *sachliche Rückausnah-*

³⁷² § 8b Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 KStG wurde i.R.d. UntStFG 2001 redaktionell überarbeitet und stellt nunmehr auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Einbringung ab. Erfasst werden daher auch die Fälle der nachträglichen Verstrickung von Anteilen, deren Erwerb mehr als 7 Jahre zurückliegt. Vgl. explizit BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 44, 51 f.; Kessler, W./Schmalz, A./Schmidt, W., 2001, S. 1869; Wochinger, P., 2002, S. 24. Eine Hintereinanderschaltung mehrerer Einbringungstatbestände ohne Fristverlängerung setzt voraus, dass der nachfolgende Einbringungsvorgang von einem von § 8b Abs. 2 KStG Begünstigten erfolgt; andernfalls führt die Gestaltung zu einem unberechtigten Steuervorteil. Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 41; Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1022; Köster, B.-K., 2000, S. 1266. Kritisch zur Dauer der Sperrfrist und mit der Forderung nach einer Verkürzung zur Ermöglichung betriebswirtschaftlich sinnvoller Umstrukturierungen vgl. Lechner, F., 2001, S. 207; Kessler, W./Schmalz, A./Schmidt, W., 2001, S. 1868.

³⁷³ Vgl. Knebel, A./Seltenreich, St., 2003, S. 263; Lechner, F., 2001, S. 207. Den Fristbeginn klarstellend vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 41 ff. Vgl. dazu auch Eilers, St./Schmidt, R., 2003, S. 629; Reinhardt, I., 2003, S. 1152.

³⁷⁴ Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 45; Knebel, A./Seltenreich, St., 2003, S. 264; Strunk, G./Kaminski, B., 2003, S. 4737. Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1022 wollen diese Rechtsfolge auch auf den Fall des übernehmenden Rechtsträgers in der Form einer Personengesellschaft i.S.d. § 4 Abs. 2 UmwStG anwenden.

³⁷⁵ Kritisch zur fehlenden Einbeziehung der Einbringungen i.S.d. § 23 Abs. 3 UmwStG vgl. Funk, Th. E., 2002, S. 1232.

me).³⁷⁶ Die Begünstigung ist im ersten Fall eine notwendige Konsequenz aus der einer einbringenden Kapitalgesellschaft bei unmittelbarer Veräußerung zustehenden originären Steuerbefreiung.³⁷⁷ Im zweiten Fall führt erst die Einbringung durch Nicht-Begünstigte, d.h. im Wesentlichen durch natürliche Personen innerhalb der siebenjährigen Sperrfrist zur Steuerpflicht.³⁷⁸

Mit der Neufassung des § 8b Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 KStG im Rahmen des Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetzes 2001 sollen unter anderem sog. „Privatholdingmodelle“, d.h. die Veräußerung einer durch Bargründung entstandenen und in eine Veräußerungskapitalgesellschaft eingebrachten Kapitalbeteiligung durch natürliche Personen, erfasst werden.³⁷⁹ Mehrheitsvermittelnde Einbringungen von Kapitalanteilen i.S.d. § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG durch natürliche Personen werden bereits durch § 8b Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 KStG erfasst,³⁸⁰ denn auf die Einbringungsgeborenen der veräußerten Anteile kommt es im Rahmen dieser Vorschrift nicht mehr an.³⁸¹ Fraglich ist, ob die Steuerfreiheit „nachträglich“ im Rahmen des § 8b Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 KStG insoweit erzielt werden kann, als die veräußerten Anteile nicht originär auf einer Einbringung

³⁷⁶ Vgl. Haun, J./Winkler, H., 2002, S. 196; Rödder, Th./Wochinger, P., 2001, S. 1254. Zur unklaren Formulierung der Vorschrift vgl. Eilers, St./Schmidt, R., 2003, S. 631; Füger, R./Rieger, N., 2003, S. 594.

³⁷⁷ Unter der Voraussetzung, dass die Anteile vor der Einbringung nicht bereits gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 oder § 23 Abs. 1 bis 3 UmwStG als einbringungsgeboren qualifizieren. Vgl. Kessler, W./Schmalz, A./Schmidt, W., 2001, S. 1868; Köster, B.-K., 2000, S. 1266. Die steuerfreie Veräußerung der genannten einbringungsgeborenen Anteile ist nicht an den Ablauf der Siebenjahresfrist gebunden. Dennoch entfaltet § 8b Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 KStG nur für den Zeitraum der Siebenjahresfrist Bedeutung, da die Steuerbefreiung anderenfalls bereits aus Satz 2 Nr. 1 resultiert. Vgl. Reinhardt, I., 2003, S. 1152.

³⁷⁸ Vgl. Kessler, W./Schmalz, A./Schmidt, W., 2001, S. 1869.

³⁷⁹ Das sog. Privatholdingmodell kann in Anlehnung an Haun, J./Winkler, H., 2002, S. 197 wie folgt skizziert werden: Die natürliche Person A bringt eine mehrheitliche Beteiligung an der A-GmbH (durch Bargründung erworben) gemäß § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in die sog. Privatholding-GmbH ein, welche im Anschluss die Anteile an der A-GmbH verkauft. Einbringungsgeboren i.S.v. § 21 Abs. 1 UmwStG sind die Anteile an der Privatholding-GmbH, nicht dagegen die Anteile der Privatholding-GmbH an der A-GmbH. Das sog. Privatholdingmodell konnte gemäß der Rechtslage nach StSenkG 2000 steuerfrei realisiert werden. Vgl. Wienands, H.-G., 2000, S. 373.

³⁸⁰ Vgl. Haun, J./Winkler, H., 2002, S. 197; Wochinger, P., 2002, S. 18. Dies ist insbesondere erstaunlich, da die ausweislich der Gesetzesbegründung zum UntStFG 2001 zu erfassenden Gestaltungen des sog. „Privatholdingmodells“ letztlich nur zu einer Steuerstundung führen. Vgl. Rödder, Th./Wochinger, P., 2001, S. 1259.

³⁸¹ Vgl. Förster, G., 2001, S. 667.

im Sinne der Vorschrift „beruhen“.³⁸² M.E. kann diese enge Interpretation auf Grundlage des Wortlautes aber nicht zum Ziel der Steuerfreiheit führen, da nach Maßgabe der teleologischen Auslegung der Sinn der Vorschrift – auch ausweislich der Gesetzesbegründung –³⁸³ eindeutig auf eine Erfassung der genannten Sachverhalte zielt.³⁸⁴

Im Zusammenhang mit der Begünstigung von grenzüberschreitenden Einbringungen nach § 23 Abs. 4 UmwStG ist die Änderung des § 26 Abs. 2 Satz 1 UmwStG zu beachten. § 26 Abs. 2 UmwStG versagt rückwirkend die Anwendung von § 23 Abs. 4 UmwStG bei anschließender Veräußerung oder Übertragung der eingebrachten Anteile innerhalb eines Siebenjahreszeitraums,³⁸⁵ so dass unter Umständen eine Verkettung von Sperrfristen erfolgt.³⁸⁶ Verlautbarungen der Finanzverwaltung entsprechend sieht diese aber wohl von einer nachteiligen Anwendung der Vorschriften i.S.e. Verlängerung der Sperrfrist von zuvor steuerentstrickten Anteilen ab.³⁸⁷

1213. Beteiligungsertragsbefreiung bei mittelbarer Beteiligung über eine Personengesellschaft

Personengesellschaften stellen gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG keine eigenständigen Steuersubjekte dar; einkommen- respektive körperschaftsteuerpflichtig sind in diesem Fall die Mitunternehmer. Mit Wirkung für die körperschaftsteuerliche Gewinnermittlung³⁸⁸ greifen die § 8b Abs. 1 bis 5 KStG auch mittelbar über eine Beteiligung an einer Mitunternehmerschaft gemäß Abs. 6 der Vorschrift.³⁸⁹ Die Körperschaftsteuerbefreiung gilt über § 8b Abs. 6 KStG – wie

³⁸² So Haun, J./Winkler, H., 2002, S. 197.

³⁸³ Vgl. BT-Drs. 14/6882 v. 10.9.2001, S. 36.

³⁸⁴ Vgl. Förster, G., 2001, S. 667; Rödder, Th./Wochinger, P., 2001, S.1259.

³⁸⁵ Vgl. kritisch Ehlermann, Ch./Löhr, W., 2003, S. 1512.

³⁸⁶ Vgl. Haun, J./Winkler, H., 2002, S. 196 (mit Beispielen); Rödder, Th./Wochinger, P., 2001, S. 1255.

³⁸⁷ § 8b Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 KStG geht insofern § 26 Abs. 2 UmwStG vor. Vgl. Eilers, St./Kraus, G., 2002, S. 22.

³⁸⁸ Zur gewerbesteuerlichen Beurteilung siehe Kap. 3 Abschn. 232.

³⁸⁹ Vgl. Rödder, Th., 2000, S. 545. Dies gilt selbst dann, wenn der Mitunternehmer der Personengesellschaft beschränkt steuerpflichtig ist. Vgl. Bergemann, A., 2000, S. 1414; Clausen, U./Renner, G., 2000, S. 267. Zur steuerschädlichen Zwischenschaltung einer Personengesellschaft in Bezug zu § 8b Abs. 1 KStG a.F. vgl. Jesse, L., 2002, S. 114 f.

auch für das sog. Dividendenprivileg – für mittelbare Veräußerungen i.S.d. § 8b Abs. 2 KStG, d.h. für die Veräußerung von Mitunternehmeranteilen, soweit der Veräußerungsgewinn auf eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft entfällt.³⁹⁰ Die mittelbare Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen, d.h. die Veräußerung von Mitunternehmeranteilen durch die Mitunternehmer-Kapitalgesellschaft, wird mit Wirkung für die Körperschaftsteuer demnach der unmittelbaren Veräußerung durch die Mitunternehmerschaft gleichgestellt.³⁹¹

Nach wie vor ungeklärt ist die Frage, ob für die Anwendung der Vorschrift eine Beteiligung am Vermögen der Zwischenholding-Personengesellschaft erforderlich ist oder ob eine nur anteilmäßige Beteiligung ausreicht.³⁹² Bei einer typischen Zwischenholding-Personengesellschaft steht zudem regelmäßig die vermögensverwaltende Tätigkeit im Vordergrund, so dass die gewerbliche Prägung i.S.v. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG fehlen kann.³⁹³ Da Anteile an Kapitalgesellschaften, die von vermögensverwaltenden Personengesellschaften gehalten werden, den Gesellschaftern der Personengesellschaft gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO unmittelbar zuzuordnen sind,³⁹⁴ erfolgt jedoch eine direkte Zurechnung der Dividenden- und Veräußerungserträge aus Beteiligungen der inländischen Zwischenholding-Personengesellschaft an die inländische Mitunternehmer-Kapitalgesellschaft. In diesen Fällen ergibt sich die Freistellung der Beteiligungserträge für den Gesellschafter der Personengesellschaft nicht erst über § 8b Abs. 6 KStG, sondern bereits unmittelbar aus § 8b Abs. 1 KStG.³⁹⁵ Den Durchgriff durch die vermögensverwaltende Personengesellschaft leitet

³⁹⁰ Vgl. Kessler, W./Schmalz, A./Schmidt, W., 2001, S. 1873; Clausen, U./Renner, G., 2000, S. 268.

³⁹¹ Vgl. Haun, J./Winkler, H., 2002, S. 199; Knebel, A./Seltenreich, St., 2003, S. 266. Zur gewerbsteuerlichen Beurteilung vgl. Kap. 3 Abschn. 233.

³⁹² Vgl. kritisch Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1025.

³⁹³ Vgl. Schmidt, L., 2003, § 15 EStG Rz. 200. In diesem Fall handelt es sich nicht mehr um eine Mitunternehmerschaft i.S.d. § 15 EStG; für die folgende Betrachtung ist die Aufgabe der Qualifikation als Mitunternehmerschaft jedoch ohne Bedeutung.

³⁹⁴ Vgl. BFH-Urt. v. 9.5.2000, S. 1894 f.

³⁹⁵ Vgl. Clausen, U./Renner, G., 2000, S. 270; Jesse, L., 2002, S. 119; Köhler, St., 2000, S. 1852; Rödder, Th., 2000, S. 561; Sauter, Th./Heurung, R., 2001, S. 168.

zunehmend auch die Finanzverwaltung aus der sog. Bruchteilbetrachtung i.S.d. § 39 AO ab.³⁹⁶

1214. Besonderheiten der Besteuerung von Finanzunternehmen i.S.d. Gesetzes über das Kreditwesen

§ 8b Abs. 7 Satz 2 KStG schließt die Anwendung der Absätze 1 bis 6 für Anteile aus, „die von Finanzunternehmen im Sinne des Gesetzes über das Kreditwesen mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolges erworben werden“.³⁹⁷ Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Frage der Qualifikation von Holdinggesellschaften als Finanzunternehmen i.S.d. KWG sowie der Abgrenzung des Kurzfristigkeitsmerkmals in Bezug auf den Eigenhandelserfolg mit der Folge, dass die in den vorangegangenen Abschnitten dargestellten Steuerbefreiungen auf Holdingstrukturen nicht anwendbar wären.³⁹⁸

Die Qualifikation als Finanzunternehmen bestimmt sich nach der Haupttätigkeit³⁹⁹ eines Unternehmens.⁴⁰⁰ Finanzunternehmen stellen gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 KWG unter anderem solche Unternehmen dar, die „keine Institute sind und deren Haupttätigkeit darin besteht ... Beteiligungen zu erwerben“.⁴⁰¹

³⁹⁶ Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 56. Dies folgt auch aus dem gegenüber der Ursprungsfassung überarbeiteten § 8b Abs. 1 KStG i.d.F. des UntStFG 2001, dem ein expliziter Verweis auf § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 EStG fehlt. Kritisch hinsichtlich § 8b Abs. 6 KStG i.d.F. des StSenkG 2000 Bergemann, A., 2000, S. 1413 f.; Clausen, U./Renner, G., 2000, S. 270; Heurung, R./Heinsen, O./Springer, M., 2001a, S. 184.

³⁹⁷ § 8b Abs. 7 KStG i.d.F. des Entwurfs eines Gesetzes zur Regelung der steuerlichen Folgen des Eigenhandels in Aktien (Eigenhandelsteuerfolgengesetz), dessen Inhalte letztlich im Investitionszulagengesetz 1999 vom 20.12.2000 aufgingen, ersetzt die in der Finanzwirtschaft stark kritisierte und mit dem StSenkG 2000 eingeführte Behaltefrist von einem Jahr. Gemäß Satz 3 erstreckt sich der Anwendungsbereich der Vorschrift auch auf EU-Gesellschaften. Vgl. Heurung, R./Heinsen, O./Springer, M., 2001a, S. 184.

³⁹⁸ Vgl. kritisch hinsichtlich der Ungleichbehandlung Lechner, F., 2001, S. 212.

³⁹⁹ Maßgeblich ist der Anteil einer fraglichen Tätigkeit am Gesamtumsatz des Unternehmens. Vgl. Bogenschütz, E./Tibo, F., 2001, S. 11.

⁴⁰⁰ Neben der Einordnung in die abschließende Aufzählung alternativer Haupttätigkeiten in § 1 Abs. 3 Satz 1 KWG besteht gemäß Satz 2 der Vorschrift grundsätzlich auch die Möglichkeit zur Erklärung weiterer Unternehmen zu Finanzunternehmen durch das Bundesministerium der Finanzen.

⁴⁰¹ Für die Qualifikation als Finanzunternehmen ist die hauptsächliche Betätigung auf nur einem der in § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1-8 KStG genannten Geschäftsgebiete ausreichend. Maßgeblich ist das Volumen des Umfangs der Geschäfte. Vgl. Milatz, J. E., 2001, S. 1070. Gemäß BMF-Schr. v. 25.7.2002, S. 713 sind für die tätigkeitsbezogene Abgrenzung die Grundsätze des BMF-Schr. v. 15.12.1994 anzuwenden, so dass im Ergebnis auf

Sie sind daher weder Kreditinstitute i.S.d. § 1 Abs. 1 KWG noch Finanzdienstleistungsinstitute i.S.d. § 1 Abs. 2 KWG.⁴⁰² Vereinfacht fehlt ihnen gegenüber den „Instituten“⁴⁰³ die gewerbsmäßige Tätigkeit von Bankgeschäften respektive Finanzdienstleistungen. Holdinggesellschaften sowie vermögensverwaltende Kapitalgesellschaften, deren Zweck hauptsächlich im Halten und Verwalten von Beteiligungen besteht, erfüllen nach herrschender Meinung grundsätzlich die Qualifikation als Finanzunternehmen gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 KWG.⁴⁰⁴ Die Ausführung von Bankgeschäften und Finanzdienstleistungen ist in diesem Zusammenhang entbehrlich.⁴⁰⁵

Nach Auffassung der Finanzverwaltung ist das additive Kriterium der kurzfristigen Eigenhandelserfolgserzielung „immer (und nur) dann erfüllt, wenn die Anteile dem Umlaufvermögen zuzuordnen sind“⁴⁰⁶. Diese Konkretisierung beinhaltet zwei Problembereiche. Zunächst stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung für das Kriterium der Zuordnung zum Umlaufvermögen. Die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Vorschrift für Kreditinstitute knüpft an die Grundsätze der Zurechnung von Geschäften zum Handelsbuch gemäß § 1 Abs. 12 KWG an.⁴⁰⁷ Eine Objektivierung des Merkmals „Kurzfristigkeit“ für Finanzunternehmen, welche nicht zur Führung eines Handelsbuches verpflichtet sind, erfolgt mittels übertragender Anwendung der kreditaufsichts-

die 75 %-Grenze des § 8a KStG a.F. zurückgegriffen wird. Vgl. Müller, M. H., 2003, S. 1310.

⁴⁰² Finanzholding-Gesellschaften im Sinne von § 1 Abs. 3a KWG stellen eine Unterform des Finanzunternehmens dar. Sie halten hauptsächlich Beteiligungen an Finanzinstituten oder Finanzunternehmen, wovon mindestens eines ein Einlagenkreditinstitut oder ein Wertpapierhandelsunternehmen ist.

⁴⁰³ Für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute verwendet das KWG verkürzend den Begriff des „Instituts“ gemäß § 1 Abs. 1b KWG.

⁴⁰⁴ Bereits das Halten nur einer einzigen Beteiligung ist dabei ausreichend. Diese weite Auslegung des Begriffs befürwortet auch die Finanzverwaltung. Siehe BMF-Schr. v. 25.7.2002, S. 713. Vgl. auch Fülbier, A., 2000, Tz. 160; Hardecker, S., 2002, S. 2128 f.; Milatz, J. E., 2001, S. 1071. A.A. Watermeyer, H.-J., 2001, § 8b KStG Rz. 124 für reine Holdinggesellschaften ohne kreditwesenbezogene Tätigkeiten.

⁴⁰⁵ Vgl. Bogenschütz, E./Tibo, F., 2001, S. 11; Eilers, St./Kraus, G., 2002, S. 26.

⁴⁰⁶ BMF-Schr. v. 25.7.2002, S. 713 (Klammerergänzung durch die Verfasserin). Vgl. dazu auch Müller-Gatermann, G., 2002. Zuvor war die Fristbestimmung unklar. „Kurzfristigkeit“ wurde regelmäßig anhand der Zwölfmonatsfrist festgemacht. Vgl. Bogenschütz, E./Tibo, F., 2001, S. 10.

⁴⁰⁷ Vgl. BMF-Schr. v. 25.7.2002, S. 712.

rechtlichen Abgrenzungskriterien, da für die Einordnung in das Handelsbuch die gleichen Differenzierungsmerkmale gelten wie für das Umlaufvermögen nach Handelsrecht.⁴⁰⁸ Demnach ist auf die individuelle Zuordnungsentscheidung bei Erwerb der Anteile abzustellen.⁴⁰⁹ Die Ermittlung des subjektiven Ziels des Bilanzierenden im Erwerbszeitpunkt orientiert sich dabei an der buchhalterischen Zuordnung zum Anlagebuch oder -vermögen einerseits respektive Handelsbuch oder Umlaufvermögen andererseits.⁴¹⁰ Die Anerkennung der Änderung einer originären Zuordnungsentscheidung im Zeitablauf setzt insofern zwingend eine Begründung voraus.⁴¹¹ Zusammenfassend ist demnach die Absicht im Zeitpunkt des Erwerbs mit entsprechender Bilanzierung maßgebend. Allerdings ist in diesem Zusammenhang fraglich, inwieweit die Finanzverwaltung dieser individuellen Zuordnung letztlich folgen wird.⁴¹²

Die Zuordnung zum Umlaufvermögen setzt zwangsläufig die Eigenschaft der Handelbarkeit voraus.⁴¹³ Handelbar sind Anteile dann, wenn sie an einem Kapitalmarkt gehandelt werden können. Da GmbH-Anteile aufgrund der Anforder-

⁴⁰⁸ Vgl. dazu BaFin, 1999, Rz. IV 1.2. Im BMF-Schr. v. 25.7.2002, S. 712 heißt es dazu: „Gemäß § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG wird die Steuerfreiheit versagt, wenn Finanzunternehmen i.S.d. KWG Anteile mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben haben. Diese besondere Regelung gilt für Finanzunternehmen, auf die die Regelung über das Handelsbuch nicht anzuwenden ist.“

⁴⁰⁹ Vgl. Eilers, St./Kraus, G., 2002, S. 28; Müller, M. H., 2003, S. 1312.

⁴¹⁰ Die buchhalterische Behandlung kann aber nur als Indiz für die Absicht im Erwerbszeitpunkt dienen, da letztendlich die Zielsetzung, aus der sich die Zuordnungsverpflichtung ergibt, maßgebend ist. Auf den konkreten, evtl. von der Zielsetzung abweichenden buchhalterischen Ausweis kommt es damit nicht an. Vgl. BMF-Schr. v. 25.7.2002, S. 712; Herzig, N., 2003, S. 1460. Deutlich wird die mangelnde Eignung des buchhalterischen Bezugs insbes. bei der Bilanzierung eigener Anteile, welche kraft Gesetzes gem. § 266 Abs. 2 lit. B II Nr. 2 HGB im Umlaufvermögen auszuweisen sind und demnach grundsätzlich in den Anwendungsbereich des § 8b Abs. 7 KStG fallen würden. Vgl. dazu kritisch Müller, M. H., 2003, S. 1313. Diese Rechtsfolge strebt der Gesetzgeber aber mit der ausdrücklichen Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Abs. 2 auf eigene Anteile gerade nicht an. Vgl. die Nachweise in Fn. 329.

⁴¹¹ Umwidmungen sind in Übereinstimmung mit den kreditaufsichtsrechtlichen Richtlinien nur in „begründeten Einzelfällen möglich“, BMF-Schr. v. 25.7.2002, S. 712; so auch Hardecker, S., 2002, S. 2129. In diesem Zusammenhang ist zu klären, welche Voraussetzungen für eine Zuordnungskorrektur zu erfüllen sind. Hier dürfte wohl höchstens „Irrtum“ in Frage kommen, wenn mit der Umwidmung eine Änderung der Zweckbestimmung verbunden ist.

⁴¹² Wie in der Diskussion im Anschluss an den Vortrag von Eilers, St./Kraus, G., 2002, geäußert, gilt dies sowohl für die Umwidmung von Umlauf- zu Anlagevermögen als auch für den umgekehrten Fall.

⁴¹³ Vgl. §§ 1 Abs. 11 Satz 2 Nr. 2, Satz 3, Abs. 12 Nr. 1 KWG.

rungen an die Übertragung von Geschäftsanteilen gemäß § 15 GmbHG das Erfordernis der Handelbarkeit nicht erfüllen, fallen sie zwangsläufig aus dem Anwendungsbereich des § 8b Abs. 7 KStG heraus.⁴¹⁴ Die Anwendung der Vorschrift kommt also grundsätzlich nur für Anteile an Aktiengesellschaften in Betracht.⁴¹⁵

Bei Unterstellung einer langfristigen Orientierung der originären Holdingfunktionen der Finanzierung und Verwaltung von Beteiligungen muss die Anwendung des § 8b Abs. 7 KStG auf Holdinggesellschaften in Folge der grundsätzlichen Zuordnung des Beteiligungserwerbs zum Anlagevermögen regelmäßig scheitern.⁴¹⁶ Aufgrund der Nichtanwendbarkeit des § 8b Abs. 7 KStG stellt sich daher für den grenzüberschreitenden Dividendentransfer aus ausländischen Tochtergesellschaften nicht das Problem eines möglichen treaty overrides von abkommensrechtlichen Freistellungsklauseln oder eines treaty overrides im Verhältnis zu EU-Mitgliedsstaaten, deren Gewinnausschüttungen gemäß der Mutter-Tochter-Richtlinie der EU in Deutschland regelmäßig freizustellen sind.⁴¹⁷

1215. Betriebsausgabenabzugsbeschränkungen

12151. Einschränkung im Rahmen des nationalen Gewinntransfers

In Ausübung ihrer Finanzierungs- und Verwaltungsfunktion entstehen Holdinggesellschaften regelmäßig beteiligungsbezogene Aufwendungen. Neben Finanzierungskosten im Zusammenhang mit dem Beteiligungserwerb kommen

⁴¹⁴ Vgl. Milatz, J. E., 2001, S. 1073; Watermeyer, H.-J., 2001, § 8b KStG, Rz. 124. Die Subsumtion von GmbH-Anteilen unter „andere Anteile“ i.S.d. § 1 Abs. 12 S. 1 Nr. 1, 3. Alt. KWG steht dieser Abgrenzung nicht entgegen. Vgl. Eilers, St./Kraus, G., 2002, S. 29.

⁴¹⁵ Aufgrund der zivilrechtlichen Behandlung als Aktiengesellschaft greift die Anwendbarkeit der Vorschrift daher ggfs. auch für die Rechtsform der KGaA.

⁴¹⁶ Maßgeblich ist der Erwerbszeitpunkt, in dem wohl regelmäßig der dauerhafte Beteiligungserwerb die Zielsetzung bestimmt. Eine spätere Trennungsabsicht steht dem nicht entgegen. Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die typische Holdinggesellschaft sich im Gegensatz zu alternativen Organisationsformen grundsätzlich durch das Fehlen von organisationsformspezifischen Restriktionen wie bspw. eine Mindestbeteiligungsdauer auszeichnet, vgl. Kap. 2 Abschn. 111. Dennoch kann aber von einer dauerhaften Orientierung ausgegangen werden. Die Veräußerung eigener Anteile könnte bei ausschließlichem Bezug auf die bilanzielle Erfassung aufgrund der nach Handelsrecht zwingenden Zuordnung zum Umlaufvermögen allerdings in den Anwendungsbereich des § 8b Abs. 7 KStG fallen. Vgl. Eilers, St./Schmidt, R., 2003, S. 619.

⁴¹⁷ Vgl. Müller, M. H., 2003, S. 1313.

im Wesentlichen Verwaltungs- respektive Managementkosten in Betracht, welche durch die Ausübung der Gesellschafterrechte veranlasst sind.⁴¹⁸ Im Verlauf der Steuerrechtsänderungen wurden die Vorschriften zur Berücksichtigung von im Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen stehenden Betriebsausgaben und Werbungskosten mehrfach geändert.⁴¹⁹ Während für die Behandlung von Beteiligungserträgen eine „integrative(n) Sichtweise von Gesellschafts- und Gesellschaftersphäre“⁴²⁰ zur Anwendung gelangt, unterscheidet der Gesetzgeber für die Behandlung von beteiligungsbezogenen Aufwendungen streng zwischen den individuellen Steuersubjekten.

Gemäß § 3c Abs. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG dürfen „Ausgaben soweit sie mit steuerfreien Einnahmen in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, nicht als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abgezogen werden“. Steuersystematischer Hintergrund der Abzugsbeschränkung ist die Vermeidung eines doppelten steuerlichen Vorteils, der resultiert, wenn neben die Steuerfreiheit von Einnahmen die steuermindernde Berücksichtigung von dazu gehörendem Aufwand tritt.⁴²¹ Die Systematik des § 3c EStG unterstellt, dass sich die Steuerfreiheit im Ergebnis auf eine Nettogröße, nämlich die Einkünfte als Differenz zwischen Einnahmen und Aufwendungen bezieht. Die Abzugsfähigkeit von beteiligungsbezogenen Aufwendungen folgt daher dem sog. „objektiven Nettoprinzip“.⁴²² Allerdings ist die steuerliche Vernachlässigung von Aufwand nur im Zusammenhang mit „endgültig“ steuerfreien Einnahmen zu rechtfertigen, da nur in diesem Fall § 3c EStG dem objektiven Nettoprinzip sowie damit

⁴¹⁸ Verwaltungskosten können bspw. Personalentwicklungskosten, Organisationskosten, Kontrollkosten, Beratungskosten, Reisekosten und wohl auch Integrationskosten darstellen. Vgl. BMF-Schr. v. 20.1.1997, S. 99; Beinert, St./Mikus, R., 2002, S. 1468; Berndt, R./Wiesch, N., 2000, S. 4367; Neu, N./Rohde, A., 2001, S. 112. Die Höhe der Verwaltungs- bzw. Managementkosten sinkt mit dem Autonomiegrad der Beteiligungen, so dass eine reine Finanzholding im Vergleich zur Managementholding geringere beteiligungsbezogene Verwaltungskosten generiert. Vgl. Utescher, T./Blaufus, K., 2000, S. 1582.

⁴¹⁹ Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen ist § 3c EStG i.d.F. des Fünften Gesetzes zur Änderung des Steuerbeamten-Ausbildungsgesetzes und zur Änderung von Steuergesetzen vom 23.7.2002, BGBl. I 2002, S. 2715 ff.

⁴²⁰ Herzig, N., 2003, S. 1459 (Klammerergänzung durch die Verfasserin).

⁴²¹ Vgl. Berndt, R./Wiesch, N., 2000, S. 4367; Frotscher, G., 1999, S. 550.

⁴²² Vgl. Frotscher, G., 2001, S. 2045; Schön, W., 2001a, S. 382; Utescher, T./Blaufus, K., 2000, S. 1582; zum sog. objektiven Nettoprinzip vgl. BFH-Beschl. v. 21.11.1983, S. 164; BFH-Beschl. v. 30.1.1995, S. 284; BFH-Beschl. v. 23.8.1999, S. 785.

dem Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entspricht.⁴²³ Gewinnausschüttungen und Veräußerungsgewinne sind im neuen Körperschaftsteuersystem jedoch nicht vollständig steuerbefreit. Sie werden im Anschluss an die Definitivbesteuerung in Höhe von 25 % bei der ausschüttenden Körperschaft lediglich zur Vermeidung einer Doppelbelastung beim Leistungsempfänger nicht erneut besteuert.⁴²⁴ Die Anwendung von § 3c EStG auf Beteiligungserträge i.S.d. § 8b KStG führt daher „zu einer Überschätzung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und damit zu einer sachwidrigen Besteuerung“⁴²⁵; sie ist systematisch verfehlt.⁴²⁶ Eine Verdeutlichung der Belastungswirkung ist der Berechnung in *Tab. 4* zu entnehmen.

Finanzierungskosten auf Ebene der	Tochtergesellschaft	Muttergesellschaft	
		§ 3c I EStG	ohne § 3c I EStG
Tochterkapitalgesellschaft			
Ertrag vor Steuern	100,00		
./. Finanzierungskosten	75,00		
zu versteuerndes Einkommen	25,00	100,00	100,00
./. KSt	6,25	25,00	25,00
Ertrag nach Steuern	18,75	75,00	75,00
Mutterkapitalgesellschaft			
Ertrag vor Steuern	18,75	75,00	75,00
./. Finanzierungskosten		75,00	75,00
zzgl. § 3c Abs. 1 EStG		75,00	0,00
abziehbare Finanzierungskosten	0,00	0,00	75,00
./. KSt	0,00	0,00	-18,75
Ertrag nach Steuern	18,75	0,00	18,75

Tab. 4: Anwendung des § 3c Abs. 1 EStG bei inländischen steuerfreien Bezügen im Sinne von § 8b Abs. 1 KStG ohne Berücksichtigung des SolZ, eigene Darstellung in Anlehnung an Rödder, Th./Schumacher, A., 2002, S. 1163.

⁴²³ Vgl. Frotscher, G., 1999, S. 559. Das objektive Nettoprinzip zählt zu den „identitätskonstituierenden Merkmalen der Einkommensteuer“. Es stellt – bezugnehmend auf Art. 3 Abs. 1 GG – eine Ausprägungsform des Prinzips der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit dar. Vgl. Schön, W., 201a, S. 382 sowie die Ausführungen in Kap. 2 Abschn. 32121.

⁴²⁴ Es handelt sich um eine technische Umsetzung der Steuerbefreiung. Vgl. Rödder, Th./Schumacher, A., 2000a, S. 357; Schön, W., 2001a, S. 385; Utescher, T./Blaufus, K., 2000, S. 1582.

⁴²⁵ Frotscher, G., 1999, S. 559.

⁴²⁶ Vgl. Mössner, J. M., 2001, S. 33. Schön, W., 2001a, S. 386 spricht in diesem Zusammenhang sogar von Verfassungswidrigkeit. Zur Kritik im Zusammenhang mit der Implementierung des Halbeinkünfteverfahrens vgl. auch Beinert, St./Mikus, R., 2002, S. 1467; Krawitz, N., 2000, S. 1721; Neu, N./Rohde, A., 2001, S. 111 f.

In obigem Beispiel hält eine inländische Mutterkapitalgesellschaft eine 100 %-Beteiligung an einer inländischen Tochterkapitalgesellschaft, welche einen Ertrag vor Steuern in Höhe von 100 erzielt und nach Abzug von Steuern vollständig an die MG ausschüttet.⁴²⁷ Finanzierungskosten in Höhe von 75 auf Ebene der Tochterkapitalgesellschaft sind bei dieser vollständig abziehbar. Aufgrund der Steuerfreistellung gemäß § 8b Abs. 1 KStG bei der Mutterkapitalgesellschaft fällt keine weitere Steuer an. Der Ertrag nach Abzug von Steuern und Finanzierungskosten beträgt 18,75. Finanzierungskosten auf Ebene der Mutterkapitalgesellschaft werden bei Ausschüttung von § 3c Abs. 1 EStG erfasst. Die Mutterkapitalgesellschaft erhält nach Abzug der Körperschaftsteuer der Tochterkapitalgesellschaft in Höhe von 25 eine steuerfreie Dividende gemäß § 8b Abs. 1 KStG in Höhe von 75. Aufgrund von § 3c Abs. 1 EStG sind die Finanzierungsaufwendungen in Höhe von 75 bis zur Höhe der steuerfreien Erträge (= 75) nicht steuermindernd zu berücksichtigen. Tatsächlich resultiert aus der Beteiligung ein Ergebnis nach Steuern in Höhe von 0. Der Nachteil aus der Nichtabzugsfähigkeit der Verluste beträgt $0,25 \times 75 = 18,75$. Dagegen führt die Nichtanwendung von § 3c Abs. 1 EStG auf Ebene der Mutterkapitalgesellschaft – verrechenbare nicht steuerbefreite Erträge in ausreichender Höhe vorausgesetzt – im Vergleich mit der Situation, in der Finanzierungskosten auf Ebene der Tochterkapitalgesellschaft abzugsfähig sind, zur übereinstimmenden Belastungshöhe. Dieses Ergebnis ist systemgerecht.

Da aber wegen der erweiterten Steuerbefreiungen der § 8b Abs. 1 und 2 KStG nach Auffassung der Finanzverwaltung Gewinnausschüttungen⁴²⁸ und Veräußerungsgewinne auf Ebene der empfangenden Körperschaft grundsätzlich als steuerfreie Einnahmen i.S.d. § 3c Abs. 1 EStG gelten,⁴²⁹ scheidet für die diesen

⁴²⁷ Unter vereinfachender Vernachlässigung der GewSt und des SolZ, da deren Berücksichtigung für die Verdeutlichung der Wirkung der Betriebsausgabenabzugsbeschränkung nicht erforderlich sind.

⁴²⁸ Nicht anwendbar ist § 3c EStG auf Ausschüttungen aus Altrücklagen während des 15 Jahre währenden Übergangszeitraums, da diese gemäß § 37 Abs. 3 Satz 1 KStG zu einer Körperschaftsteuererhöhung bei der empfangenden Körperschaft und insoweit zur Beendigung der Steuerfreiheit der Dividenden führen. Vgl. Starke, P., 2002, S. 613 ff.

⁴²⁹ Zur Kritik hinsichtlich fehlender „Steuerfreiheit“ der Dividenden vgl. bereits Rose, G., 1999b, S. 1039; ders., 2000, S. 315.

Einnahmen zuordenbaren beteiligungsbezogenen Aufwendungen eine steuermindernde Berücksichtigung.⁴³⁰ Der Anwendungsbereich des § 3c EStG wird daher mit dem Körperschaftsteuerlichen Systemwechsel auf den inländischen Dividendentransfer erweitert.⁴³¹

§ 3c Abs. 1 EStG verlangt einen „unmittelbaren“ wirtschaftlichen Zusammenhang. Dieser unmittelbare Veranlassungszusammenhang ist nach einschlägiger BFH-Rechtsprechung grundsätzlich nicht gegeben, wenn den beteiligungsbezogenen Aufwendungen in zeitlicher Hinsicht keine entsprechenden steuerfreien Beteiligungserträge gegenüberstehen (*veranlagungszeitraumbezogener Veranlassungszusammenhang*).⁴³² Folglich sind Aufwendungen, welche die Höhe der steuerfreien Einnahmen übersteigen, im selben Veranlagungszeitraum steuerlich abzugsfähig, so dass im Fall fehlender steuerfreier Einnahmen⁴³³ ein vollständiger Betriebsausgabenabzug zu gewähren ist.⁴³⁴ Daneben setzt die Anwendbarkeit des § 3c Abs. 1 EStG die eindeutige Zuordenbarkeit,⁴³⁵ nicht jedoch die ausschließliche Möglichkeit einer anteilmäßigen Aufteilung beispielsweise mittels eines Schlüssels, voraus.⁴³⁶

⁴³⁰ Zur Frage der Anwendbarkeit des § 3c Abs. 1 EStG bei Organschaften siehe Kap. 3 Abschn. 3222.

⁴³¹ Vgl. Utescher, T./Blaufus, K., 2000, S. 1582.

⁴³² Vgl. grundlegend zum Veranlassungszusammenhang BFH-Urt. v. 4.7.1990, S. 817 ff.; Kessler, W./Reitsam, M., 2003, S. 2139 ff. Die Zulässigkeit von ballooning-Strategien als Gestaltungsmaßnahme im Zusammenhang mit § 3c EStG jüngst bestätigend BFH-Urt. v. 20.3.2002, S. 1348; bereits zu § 3c EStG a.F. BFH-Urt. v. 29.5.1996, S. 57 ff.; BFH-Urt. v. 29.5.1996, S. 60 ff.; BFH-Urt. v. 29.5.1996, S. 63 ff.; BMF-Schr. v. 20.1.1997, S. 99. Maßgebend ist eine Verbindung hinsichtlich Entstehung und Zweckbestimmung, wobei die bloße „Erwartung zukünftiger steuerfreier Dividenden“ nicht ausreicht. Vgl. Berndt, R./Wiesch, N., 1999, S. 2362.

⁴³³ Die Annahme einer missbräuchlichen Gestaltung kann in diesem Zusammenhang nur die Prüfung i.R.d. § 42 AO ergeben. Vgl. BMF-Schr. v. 20.1.1997, S. 99. So wäre ggfs. zu prüfen, ob bspw. der Dividendenverzicht bei gleichzeitiger Darlehensgewährung durch die Tochtergesellschaft als Missbrauch i.S.d. § 42 AO qualifiziert.

⁴³⁴ Vgl. Berndt, R./Wiesch, N., 2000, S. 4367; Füger, R./Rieger, N., 1999, S. 257. Kritisch zur BFH-Rechtsprechung, da die Höhe der Fremdkapitalaufwendungen nicht von der Höhe der Beteiligungserträge abhängen muss, bspw. Frotscher, G., 2001, S. 2048.

⁴³⁵ Ein unmittelbarer Veranlassungszusammenhang zwischen Refinanzierungskosten und Beteiligungserträgen besteht bspw. dann, wenn Kosten aus der Aufnahme von Fremdkapital resultieren, welches für den Erwerb der entsprechenden Beteiligung verwendet wurde. Vgl. Frotscher, G., 2001, S. 2048.

⁴³⁶ Maßgeblichkeit ist die Möglichkeit der eindeutigen Zuordenbarkeit; eine Aufteilung aus Praktikabilitäts- oder Vereinfachungsgründen ist für die Anwendung der Vorschrift un-

12152. Restriktionen im Rahmen des Inbound-Gewinntransfers

Betriebsausgaben im Zusammenhang mit steuerfreien Auslandsdividenden i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG werden auf Ebene der empfangenden inländischen Kapitalgesellschaft durch § 8b Abs. 5 KStG erfasst.⁴³⁷ Gemäß § 8b Abs. 5 KStG i.d.F. des Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetzes 2001 gelten „von den Bezügen i.S.d. Absatz 1 aus Anteilen an einer ausländischen Gesellschaft, die bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleiben, .. 5 vom Hundert als Ausgaben, die nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden dürfen“. Unabhängig von der tatsächlichen Existenz⁴³⁸ und Höhe von Betriebsausgaben fingiert § 8b Abs. 5 KStG im Ergebnis pauschal stets 5 % der Brutto-Einnahmen⁴³⁹ als Betriebsausgaben i.S.d. § 3c EStG.⁴⁴⁰ § 8b Abs. 5 KStG hat

schädlich. Vgl. Herzig, N., 2003, S. 1464. Der unmittelbare Veranlassungszusammenhang ist für anteilige Verwaltungskosten daher auch dann erfüllt, wenn sich eine eindeutige Zuordnung zu einer bestimmten Beteiligung nicht herleiten lässt. Dienstleistungen, die der Förderung des Geschäftsbetriebs der Beteiligung dienen, stellen mangels eines unmittelbaren ursächlichen Zusammenhangs zur Beteiligung dagegen keine beteiligungsbezogenen Aufwendungen i.S.d. § 3c EStG dar. Vgl. Beinert, St./Mikus, R., 2002, S. 1468 ff.

⁴³⁷ § 8b Abs. 5 KStG ist zurückzuführen auf den erstmals mit dem StEntlG 1999/2000/2002 eingeführten § 8b Abs. 7 KStG a.F., der bereits mit dem StBereinG 1999 eine erste Überarbeitung erfuhr. Vgl. Scheipers, T., 2000, S. 90 f.; zur frühen Entstehungsgeschichte Bemdt, R./Wiesch, N., 1999, S. 2327 f.

⁴³⁸ Vgl. Berndt, R./Wiesch, N., 1999, S. 2328; kritisch bereits Rose, G., 1999b, S. 1039 und ablehnend Seip, H.-J./Krause, M., 1999, S. 713 ff.

⁴³⁹ Bemessungsgrundlage ist die Gewinnausschüttung vor Abzug ausländischer (Kapitalertrag-) Steuern. Vgl. Eilers, St./Schmidt, R., 2003, S. 636; Krabbe, H., 1999, S. 366. Mit der Ersetzung des Begriffs der „Dividenden“ durch den Begriff der „Bezüge“ i.S.v. § 8b Abs. 1 KStG durch das UntStFG 2001 erfolgt eine rückwirkende Erweiterung des Anwendungsbereichs der Vorschrift. Neben Dividenden qualifizieren auch verdeckte Gewinnausschüttungen und andere sonstige Bezüge für den pauschalierten Betriebsausgabenabzug. Vgl. insbes. kritisch im Hinblick auf die Rückwirkung Schmidt, L./Hageböke, J., 2002, S. 151. Unklar ist, ob auch die Einlagenrückgewähr bzw. Kapitalrückzahlung von ausländischen Gesellschaften der Betriebsausgabenabzugsbeschränkung gemäß § 8b Abs. 5 KStG i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG unterliegt. Vgl. Köhler, St., 2000a, S. 1850.

⁴⁴⁰ Während § 8b Abs. 7 KStG i.d.F. des StEntlG 1999/2000/2002 noch eine Fiktion in Höhe von 15 % vorsah, reduzierte der Gesetzgeber mit dem StBereinG 1999 den Pauschalsatz auf 5 %. Hintergrund der Reduzierung war insbesondere die Kritik aufgrund des Verstoßes gegen EU-Recht, da Art. 4 Abs. 2 der sog. Mutter-Tochter-Richtlinie der EU lediglich die Pauschalberücksichtigung von Beteiligungskosten in Höhe von 5 % der ausgeschütteten Gewinne zulässt. Vgl. zur Vereinbarkeit eines (hier vollständigen) Abzugsverbots für beteiligungsbezogene Aufwendungen jüngst EuGH-Urt. v. 18.9.2003, Bosal, a.a.O. Die europarechtliche Pauschalierung umfasst nicht ausschließlich Verwaltungskosten, sondern sämtliche beteiligungsbezogenen Kosten (d.h. auch Finanzierungskosten). Vgl. Berndt, R./Wiesch, N., 1999, S. 2331; Thömmes, O., 1999, S. 500. A.A. Krabbe, H., 1999, S. 366. Allgemein zur Zulässigkeit einer Typisierung des pauschalen Abzugsverbots vgl. Schmidt, L./Hageböke, J., 2002, S. 153. Verfassungsrechtlichen Bedenken, da die Pauschalierung den Nachweis geringerer Betriebsausgaben ignoriert, wurde nicht abgeholfen.

Abgeltungscharakter; § 3c EStG gelangt darüber hinaus nicht zur Anwendung.⁴⁴¹

Die Begründung der Betriebsausgabenpauschalierung liegt ausweislich der Gesetzesbegründung in der Vermeidung von Ermittlungsschwierigkeiten im Rahmen der Zuordnung zu ausländischen Dividendeneinnahmen.⁴⁴² Es ist allerdings mehr als fraglich, ob die unterschiedliche Behandlung von Betriebsausgaben in Abhängigkeit vom Dividendenursprung vor dem Hintergrund der auf Gleichbehandlung gerichteten EuGH-Rechtsprechung dauerhaft Bestand haben kann.⁴⁴³

Die Anwendung des § 8b Abs. 5 KStG setzt wie § 3c Abs. 1 EStG einen zeitlichen Zusammenhang voraus, so dass eine Zurechnung nur in den Veranlagungszeiträumen des tatsächlichen Dividendenflusses vorgenommen wird.⁴⁴⁴ Auslandsdividenden sind damit trotz der Steuerbefreiung gemäß § 8b Abs. 1 KStG in Höhe von 5 % steuerpflichtig;⁴⁴⁵ die Steuerfreiheit wird faktisch auf 95 % der Einnahmen reduziert.⁴⁴⁶ Im Verhältnis zu Staaten, deren Doppelbesteuerungsabkommen eine vollständige Steuerbefreiung von Gewinnausschüttungen im Ansässigkeitsstaat Deutschland vorsehen, bewirkt § 8b Abs. 5 KStG damit faktisch einen sog. treaty override.⁴⁴⁷ Unter Berücksichtigung der Kör-

⁴⁴¹ Vgl. BMF-Schr. v. 10.1.2000, S. 71 ff. zu § 8b Abs. 7 KStG a.F.

⁴⁴² Vgl. die Begründung in Finanzausschuss, 1999, S. 36; Füger, R./Rieger, N., 1999, S. 259. Letztlich dürften aber wohl fiskalische Motive zur Einführung der Pauschalregelung geführt haben.

⁴⁴³ Vgl. jüngst zu einer vergleichbaren Vorschrift niederländischen Rechts zur Regelung des Abzugs von Beteiligungsaufwendungen EuGH-Urt. v. 18.9.2003, Bosal, S. 1286 ff.; dazu Hahn, H., 2003, S. 1248 und Maier-Frischmuth, M., 2003, S. 1035; sowie bereits Schmidt, L./Hageböke, J., 2002, S. 154; Schön, W., 2001a, S. 390 f. Der Entwurf des sog. StVer-gAbG Korb II enthält daher auch eine Ausdehnung des § 8b Abs. 5 KStG auf Inlandsdividenden.

⁴⁴⁴ Insoweit ist die Rechtsprechung des BFH zu § 3c EStG einschlägig. Vgl. die Nachweise in Fn. 432.

⁴⁴⁵ Kröner, M./Köhler, St., 1999, S. 270 verwenden den Begriff der „Schachtelstrafe“.

⁴⁴⁶ Vgl. Dautzenberg, N., 2000, S. 865.

⁴⁴⁷ Vgl. Eilers, St./Schmidt, R., 2003, S. 636; Krawitz, N./Büttgen, D./Hick, Ch., 2002, S. 88; Kröner, M./Köhler, St., 1999, S. 270; Scheipers, Th., 2000, S. 91; Thömmes, O./Scheipers, Th., 1999, S. 611; Utescher, T./Blaufus, K., 2000, S. 1583; wohl auch Schmidt, L./Hageböke, J., 2002, S. 153. A.A. Frotscher, G., 2001, S. 2051; Füger, R./Rieger, N., 1999, S. 259, da es sich nicht um eine Einschränkung der Steuerfreiheit, sondern um eine zulässige Pauschalierung damit zusammenhängender Aufwendungen handele, die technisch durch eine außerbilanzielle Hinzurechnung erfolgt. Die Argumentation ist formal

perschaft- und Gewerbesteuer sowie des Solidaritätszuschlags ergibt sich eine zusätzliche Steuerbelastung der Gewinnausschüttung in Höhe von ca. 2 %.⁴⁴⁸

Die im Verhältnis zu Inlandsdividenden geäußerte Kritik an der systemwidrigen Rechtsfolge des § 3c EStG ist auch im Zusammenhang mit Auslandsdividenden anzuführen.⁴⁴⁹ Denn auch Auslandsdividenden stellen keine steuerfreien Einnahmen im Sinne der Systematik des § 3c EStG dar, da sie bereits im Ausland einer Besteuerung unterliegen.⁴⁵⁰ Darüber hinaus ist der Bezug der Pauschalierung auf „Bezüge im Sinne des Abs. 1“, d.h. auf Gewinnausschüttungen, vor dem Hintergrund bedenklich, dass eine Abhängigkeit beteiligungsbezogener Aufwendungen von der Höhe der Gewinnausschüttung grundsätzlich nicht besteht.⁴⁵¹

durchaus sachgerecht, sie verkennt aber in diesem Zusammenhang die eindeutige faktische Wirkungsrichtung der Vorschrift. Letztlich gesteht dies auch *Frotscher* in seinen nachfolgenden Ausführungen ein. A.A. wohl auch *Schnitger*, A., 2003b, S. 303. *Kröner* in *Kröner*, M./Eversberg, H., 2002, S. 13 nimmt aufgrund der fehlenden Anknüpfung der Vorschrift an die tatsächlichen Betriebsausgaben sogar eine Verdrängung des § 8b Abs. 5 KStG durch ein DBA-Schachtelprivileg an, wofür es m.E. aber keine Rechtfertigung gibt.

⁴⁴⁸ Zur Gewerbesteuerbelastung bei Anwendung des § 8b Abs. 5 KStG vgl. bereits *Köhler*, St., 2000a, S. 1850. Demnach ergibt sich eine zusätzliche Ertragsteuerbelastung in Höhe von $(0,1667 + ((1-0,1667) \times 0,25) \times 1,055) \times 0,05 = 0,01932$. Die Gewerbesteuer wird unter den Voraussetzungen der § 8 Nr. 5 i.V.m. § 9 Nr. 7 Satz 1 Hs. 2 GewStG nur auf den Pauschalertrag i.S.v. § 8b Abs. 5 KStG erhoben. Vgl. die Einbeziehung in die gewerbesteuerliche Bemessungsgrundlage befürwortend *Dötsch*, E./Pung, A., 2003a, S. 1025; *Herzig*, N., 2003, S. 1467. A.A. *Schmidt*, H./Wiese, G. T., 1999b, S. 584 ff., da nicht abziehbare Aufwendungen im Zusammenhang mit steuerfreien Einkünften gemäß R 85 Abs. 3 Nr. 1 KStR nicht zu einer Erhöhung des steuerpflichtigen Einkommens führen würden. *Frotscher*, G., 2001, S. 2051 empfindet die Zusatzbelastung als „relativ gering“.

⁴⁴⁹ Vgl. *Jesse*, L., 2002, S. 130. Grundlegend vgl. bereits *Rose*, G., 1999b, S. 1038 ff.; *ders.*, 2000, S. 314 ff.

⁴⁵⁰ Vgl. *Frotscher*, G., 1999, S. 550, *ders.*, 2001, S. 2051. Dies erkennt wohl auch *Krabbe*, H., 1999, S. 365, wenn er feststellt, dass der vollständige Betriebsausgabenabzug systematisch angemessen wäre, um die fehlende Berücksichtigung sowohl bei Tochter- als auch Muttergesellschaft, d.h. eine wirtschaftliche Doppelbesteuerung völlig zu vermeiden.

⁴⁵¹ Vgl. *Frotscher*, G., 2001, S. 2051. A.A. aber *Thömmes*, O./Scheipers, Th., 1999, S. 612 für Finanzierungskosten, da Aufwendungen für den Beteiligungserwerb mit der Ertragskraft der Beteiligung korrelieren würden. Davon kann m.E. aber vor dem Hintergrund sowohl umfangreicher ausschüttungspolitischer Motive als auch im Zeitablauf unvorhersehbarer Entwicklungen nicht ausgegangen werden, so dass Finanzierungskosten ebenso wie Verwaltungskosten die Eigenschaft von Fixkosten haben.

122. Anteilseigner in der Rechtsform der natürlichen Person

1221. Erfassung von Beteiligungserträgen

Letztlich stehen stets natürliche Personen als Anteilseigner einer Spitzeneinheit hinter mehrstufigen Beteiligungsstrukturen. Die Analyse der Steuerbelastung von unternehmerischen Investitionen bleibt daher ohne die Einbeziehung der Besteuerung der natürlichen Personen unvollständig.

Mit dem Steuersenkungsgesetz 2000 wurde die Anrechnung eines Körperschaftsteuerguthabens durch die Besteuerung der Einkünfte nach dem sog. Halbeinkünfteverfahren ersetzt.⁴⁵² Der Begriff des „Halbeinkünfteverfahrens“ bezeichnet die hälftige Erfassung von Beteiligungserträgen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG und damit gleichgestellte Einnahmen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG beim Anteilseigner in der Rechtsform der natürlichen Person gemäß § 3 Nr. 40 Satz 1 lit. d EStG.⁴⁵³ Die gleiche Rechtsfolge gilt gemäß § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. a EStG auch für Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen, die beim Empfänger zu Bezügen im Sinne von § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG führen. Die Doppelbelastung ausgeschütteter Gewinne mit Körperschaftsteuer auf Gesellschaftsebene und Einkommensteuer auf Gesellschafterebene wird daher nur in pauschalierter Form reduziert und im Gegensatz zum körperschaftsteuerlichen Vollarrechnungssystem nicht vollständig beseitigt.⁴⁵⁴

1222. Betriebsausgabenabzugsbeschränkung

Mit Bezug auf die zur Hälfte steuerfrei gestellten Beteiligungserträge bei natürlichen Personen wurde § 3c EStG mit dem Steuersenkungsgesetz 2000 um einen Abs. 2 erweitert. Gemäß § 3c Abs. 2 Satz 1 EStG wird der Abzug von be-

⁴⁵² Die Erhebung einer auf Ebene des Anteilseigners anrechenbaren Kapitalertragsteuer in Höhe von 20 % der Dividende zzgl. Solidaritätszuschlag i.H.v. 5,5 % gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG bleibt davon unberührt.

⁴⁵³ Eine ursprünglich in Erwägung gezogene Einbeziehung der steuerfreien Gewinnausschüttungen in die Tarifiermittlung entsprechend dem Progressionsvorbehalt gemäß § 32b EStG erfolgte nicht. Vgl. Lornsen-Veit, B./Odenbach, W., 2000, S. 13.

⁴⁵⁴ Bei einem Einkommensteuergrenzsatz von 40 % führen beide Körperschaftsteuersysteme – ohne Berücksichtigung von Betriebsausgaben bzw. Werbungskosten sowie Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer – zu einer identischen Gesamtsteuerbelastung. Anteilseigner mit höheren Grenzsteuersätzen sind im neuen System vergleichsweise besser gestellt, jene mit niedrigeren Grenzsteuersätzen steuerlich benachteiligt. Vgl. Krawitz, N., 2000, S. 1722 f.

teiligungsbezogenen Aufwendungen zur Hälfte versagt („Halbabzugsverfahren“)⁴⁵⁵, wenn diese in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit den zur Hälfte steuerfreien Einnahmen i.S.d. § 3 Nr. 40 EStG stehen.⁴⁵⁶

Der Anwendungsbereich des § 3c Abs. 2 EStG erfasst damit sowohl Inlands- als auch Auslandsdividenden zuordenbare beteiligungsbezogene Aufwendungen, sofern die Einnahmen im Rahmen des Halbeinkünfteverfahrens (zukünftig)⁴⁵⁷ zur Hälfte steuerfrei gestellt werden.⁴⁵⁸ Gemäß § 3c Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 EStG ist auch die steuerliche Wirksamkeit von Teilwertabschreibungen auf Kapitalgesellschaftsanteile auf die Hälfte ihres Wertes begrenzt.⁴⁵⁹

Von Bedeutung ist der Verzicht auf das Kriterium der „Unmittelbarkeit“ zur Bestimmung des wirtschaftlichen Zusammenhangs. Eine unmittelbare Zuordnung von Fremdkapitalaufwand und ertraggenerierender Beteiligung wird nicht verlangt. Die sog. Poolfinanzierung kann daher die Anwendung des § 3c Abs. 2 EStG nicht verhindern.⁴⁶⁰ Aus der Aufgabe der „Unmittelbarkeit“ des Veranlassungszusammenhangs folgt darüber hinaus zwangsläufig, dass auch der zeitliche Zusammenhang nicht mehr erfüllt sein muss.⁴⁶¹ Das Betriebsausgabenabzugsverbot des § 3c Abs. 2 EStG greift daher unabhängig von einem tatsächlichen Dividendenzufluss.⁴⁶²

⁴⁵⁵ Vgl. Desens, M., 2002, S. 247; Frotscher, G., 2001, S. 2050.

⁴⁵⁶ Zur systematischen Unzulänglichkeit des § 3c Abs. 2 EStG vgl. Frotscher, G., 2001, S. 2050; Schön, W., 2001a, S. 387. Demnach ist die Dividende letztlich mit einer „angemessenen“ Steuer belastet, die jeweils zur Hälfte bei der ausschüttenden Kapitalgesellschaft sowie beim Anteilseigner in der Rechtsform der natürlichen Person erhoben wird, so dass es an einer Rechtfertigung für die Beschränkung des Betriebsausgabenabzugs der Höhe nach fehlt.

⁴⁵⁷ Vgl. FG Düsseldorf v. 10.3.2003, S. 834 und die Ausführungen in Fn. 461.

⁴⁵⁸ § 8b Abs. 5 KStG ist nur auf Empfänger in der Rechtsform einer Körperschaft anwendbar, eine entsprechende Pauschalierung für natürliche Anteilseigner wurde nicht eingeführt.

⁴⁵⁹ Zur Systemwidrigkeit der Vorschrift vgl. Desens, M., 2002, S. 247 ff.

⁴⁶⁰ Vgl. Frotscher, G., 2001, S. 2050; Jacobs, N./Wittmann, H.-J., 2000b, S. 1019.

⁴⁶¹ Der Bezug erfolgt zu „erwarteten Dividendenausschüttungen“. Allerdings greift das hälftige Abzugsverbot ausschließlich auf Aufwendungen, die nach dem 31.12.2000 entstanden sind, da die steuerrechtliche Beurteilung der für den Entstehungszeitraum der Aufwendungen maßgebenden Rechtslage folgt. Vgl. FG Düsseldorf v. 10.3.2003, S. 834.

⁴⁶² Vgl. Neu, N./Rohde, A., 2001, S. 113; Utescher, T./Blaufus, K., 2000, S. 1583.

2. Gewerbesteuerliche Erfassung von Beteiligungserträgen

21. Behandlung von Gewinnausschüttungen

211. Systematik des gewerbesteuerlichen Hinzurechnungsgebots

Aufgrund der Maßgeblichkeit des körperschaftsteuerlichen Einkommensbegriffs für die gewerbesteuerliche Gewinnermittlung gemäß § 7 Satz 1 GewStG kommt die Dividendenfreistellung i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG grundsätzlich auch im Rahmen der Erhebung der Gewerbesteuer zur Anwendung.⁴⁶³ Gewinnausschüttungen können demnach gewerbesteuerfrei auf Ebene der inländischen Mutterkapitalgesellschaft vereinnahmt werden. Allerdings erfolgte mit der Einfügung des § 8 Nr. 5 GewStG im Rahmen des Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetzes 2001 eine Einschränkung dahin gehend,⁴⁶⁴ dass *Beteiligungserträge i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG* dem Gewerbeertrag der Mutterkapitalgesellschaft in voller Höhe hinzugerechnet werden,⁴⁶⁵ soweit nicht die Voraussetzungen der gewerbesteuerlichen Schachtelprivilegien der § 9 Nr. 2a und Nr. 7 GewStG erfüllt sind.

Diese Regelungen machen die gewerbesteuerliche Kürzung davon abhängig, dass die Beteiligungserträge „bei Ermittlung des Gewinns (§ 7) angesetzt worden sind“. Diese Voraussetzung wird aufgrund der Maßgeblichkeit des § 8b Abs. 1 KStG für die gewerbesteuerliche Gewinnermittlung gemäß § 7 GewStG aber gerade nicht erfüllt. Obwohl § 8 Nr. 5 GewStG über den Verweis auf die

⁴⁶³ Vgl. Gesetzesbegründung zu § 8b KStG, BT-Drs. 14/2683 v. 15.2.2000, S. 124; Benz, S., 2000a, S. 232; Bergemann, A., 2000, S. 1413; Jesse, L., 2002, S. 117; Köster, B.-K., 2000, S. 1263; Rödder, Th., 2000, S. 538, 545; Steinhoff, St., 2000, S. 212 und zu den Ausnahmen jüngst OFD Koblenz v. 11.9.2003, S. 1408.

⁴⁶⁴ Die Einschränkung bezieht sich ausschließlich auf Beteiligungserträge i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG bzw. des § 3 Nr. 40 EStG; Veräußerungsgewinne werden grundsätzlich nicht erfasst. Zur Rückwirkungsproblematik vgl. Prinz, U./Simon, St., 2002, S. 150 f.; Rödder, Th., 2002, S. 625 f.

⁴⁶⁵ Die Hinzurechnung erfasst explizit die Netto-Dividende nach Abzug der gemäß § 8b Abs. 5 KStG bzw. § 3c EStG nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben. Darüber hinaus unterliegen gemäß § 8 Nr. 5 Satz 2 GewStG die bereits im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung erfassten Beteiligungserträge i.S.d. § 3 Nr. 41 lit. a EStG nicht erneut der Gewerbesteuer, sofern sie innerhalb der Siebenjahresfrist ausgeschüttet werden. Vgl. Mielke, A., 2002, S. 11; Prinz, U./Simon, St., 2002, S. 150; Rödder, Th., 2002, S. 625. Die herrschende Meinung im Schrifttum geht mittlerweile davon aus, dass § 3 Nr. 41 lit. a EStG auch bei einem körperschaftsteuerpflichtigen Anteilseigner zur Anwendung gelangen kann. Vgl. Grotherr, S., 2002a, S. 1899; Rättig, H./Protzen, P. D., 2002a, S. 127; dies., 2002b, S. 243; zweifelnd Krawitz, N./Büttgen, D./Hick, Ch., 2002, S. 96; Lieber, B., 2002, S. 143.

gewerbsteuerlichen Kürzungsvorschriften mangels vorheriger Einbeziehung der Beteiligungserträge in die gewerbsteuerliche Gewinnermittlung formal leer laufen muss, ist mit einer entsprechenden Anwendung der Vorschriftenkette durch die Finanzverwaltung zu rechnen.⁴⁶⁶

Da § 8 Nr. 5 GewStG die Gewerbesteuerfreiheit von Auslandsdividenden mittels Rechtsgrundverweis an die Voraussetzungen der Kürzungsvorschrift i.S.d. § 9 Nr. 7 GewStG knüpft, sind im Ergebnis für die Beurteilung der Gewerbesteuerpflicht von Auslandsdividenden drei Fälle zu unterscheiden: Auslandsdividenden aus Nicht-DBA-Drittstaaten, aus DBA-Drittstaaten und aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union.⁴⁶⁷

212. Anwendung auf Auslandsdividenden

2121. Gewinne aus Anteilen an ausländischen Tochtergesellschaften in Nicht-DBA-Drittstaaten

Die für die Körperschaftsteuer geltende Steuerfreiheit bei der empfangenden Kapitalgesellschaft entfällt gemäß § 8 Nr. 5 GewStG mit Wirkung für die Gewerbesteuer, wenn nicht die Voraussetzungen des für den Dividendenbezug aus Nicht-DBA-Drittstaaten geltene Kürzungsvorschrift erfüllt werden. § 9 Nr. 7 Satz 1, 1. Hs. GewStG bezieht sich auf „Gewinnanteile an einer ausländischen Kapitalgesellschaft“. Gemäß der teleologischen Begriffsinterpretation stimmen die Wortbedeutungen „Gewinnanteile“ i.S.d. § 9 Nr. 7 Satz 1 GewStG und „Gewinnanteile“ und „Bezüge“ i.S.v. § 8 Nr. 5 GewStG i.V.m. § 8b Abs. 1

⁴⁶⁶ Auf die systematischen Unzulänglichkeiten hinsichtlich der Umsetzung der erwünschten Rechtsfolge kann an dieser Stelle nur hingewiesen werden. Zur Problematik des Bezugs des § 9 Nr. 2a, 7 GewStG auf Gewinnanteile, die bereits bei der Ermittlung des Gewinns im Rahmen des § 7 GewStG angesetzt worden sind, vgl. Haas, W., 2002, S. 550; Prinz, U./Simon, St., 2002, S. 151.

⁴⁶⁷ Da die Erhebung von Objektsteuern auf dem Territorialitätsprinzip beruht, wird in diesem Bereich die Doppelbesteuerung weitgehend immanent vermieden. Das Territorialitätsprinzip knüpft die Steuerpflicht an die Inlandsbelegenheit des Gewerbebetriebs (GewErtSt) oder des Grundbesitzes (GrSt), so dass keine Differenzierung zwischen unbeschränkter und beschränkter Steuerpflicht stattfindet. Die Anknüpfung der Gewerbesteuer an die einkommensteuerliche Bemessungsgrundlage gemäß § 7 Satz 1 GewStG verhindert zunächst die vollständige Vermeidung einer Doppelbesteuerung. Der Inlandscharakter der Gewerbesteuer soll aber durch die Hinzurechnungs- und Kürzungsvorschriften der §§ 8 und 9 GewStG wieder hergestellt werden. Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 10.

KStG inhaltlich überein.⁴⁶⁸ Insofern bestimmt die *Gewinndefinition des § 8b Abs. 1 KStG* die Beurteilung der Anwendbarkeit von § 8 Nr. 5 i.V.m. § 9 Nr. 7 GewStG. Unter Beachtung des eigenständigen Anwendungsbereichs für EU-Kapitalgesellschaften i.S.d. § 9 Nr. 7 Satz 1, 2. Hs. GewStG ist es hier erforderlich, dass sowohl die Geschäftsleitung als auch der Sitz der Kapitalgesellschaft außerhalb eines EU-Mitgliedstaates belegen sind.⁴⁶⁹

Die gewerbsteuerliche Kürzung der Gewinnanteile setzt gemäß § 9 Nr. 7 Satz 1 GewStG eine *Mindestbeteiligungsquote*⁴⁷⁰ in Höhe von 10 % an der ausländischen Tochtergesellschaft voraus, die zudem seit Beginn des Erhebungszeitraums (*Stichtagsbezug*) bestehen muss.⁴⁷¹ Darüber hinaus muss die ausländische Tochtergesellschaft ihre Bruttoerträge ausschließlich oder fast ausschließlich aus unter § 8 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 AStG fallenden, d.h. aktiven Tätigkeiten beziehen. Das gewerbsteuerliche Schachtelprivileg ist damit an einen *Aktivitätsvorbehalt* gebunden. Mehrstufige Beteiligungsstrukturen sind darüber hinaus nur dann begünstigt, wenn die Tochtergesellschaft ihrerseits entweder gemäß § 9 Nr. 7 Satz 1 Nr. 1 GewStG eine sog. Landesholding oder gemäß § 9 Nr. 7 Satz 2 Nr. 2 GewStG eine sog. Funktionsholding für – i.S.d. Außensteuergesetzes *aktive* – Enkelgesellschaften⁴⁷² darstellt.⁴⁷³ Für Gewinnausschüttun-

⁴⁶⁸ Vgl. Haas, W., 2002, S. 549.

⁴⁶⁹ Sog. doppelt ansässige Gesellschaften werden demnach nicht erfasst. Eine weitere regionale Differenzierung hinsichtlich der Ansässigkeit der Tochtergesellschaft erfolgt an dieser Stelle zunächst nicht.

⁴⁷⁰ Gemäß BFH-Urt. v. 17.5.2000, S. 686 kommt es nicht auf eine unmittelbare Beteiligung der inländischen Spitzeneinheit an der ausländischen Grundeinheit an. Die Finanzverwaltung hat daher auch mit Vfg. der OFD Hannover v. 15.7.2000, S. 1917 ihre gegenteilige Auffassung, dass auf die Höhe der unmittelbaren Beteiligung abzustellen ist, aufgegeben. Damit ist A 65 Abs. 4 Satz 1 GewStR (sowie A 61 Abs. 1 Satz 1 GewStR entsprechend für § 9 Nr. 2a GewStG) gegenstandslos.

⁴⁷¹ Im Gegensatz zum Schachtelprivileg bei Inlandsdividenden gemäß § 9 Nr. 2a GewStG muss die Mindestbeteiligungsquote hier „ununterbrochen“ bestehen, so dass unterjährige Minderungen schädlich sind. Zu möglichen Verwerfungen aufgrund des fehlenden Stichtagsbezugs in § 8b Abs. 1 KStG vgl. Haas, W., 2002, S. 550.

⁴⁷² Erforderlich ist eine Beteiligungsquote von 25 % und eine Mindestbehaltefrist von 12 Monaten vor dem für die Gewinnermittlung maßgebenden Stichtag.

⁴⁷³ Da Beteiligungserträge nach § 8 Abs. 1 AStG a.F. passive Erträge für Zwecke der Hinzuverdienstbesteuerung darstellten, bestanden gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AStG a.F. lediglich für ausländische Gesellschaften, welche Beteiligungserträge aus aktiven Enkelgesellschaften bezogen und die Voraussetzungen der Landes- oder Funktionsholding erfüllten, Ausnahmen von der Qualifikation als Zwischengesellschaft. Mit der im Zuge des Sys-

gen der aktiven Enkelgesellschaften besteht zudem gemäß § 9 Nr. 7 Satz 2 GewStG die Notwendigkeit der „Phasengleichheit“, d.h. einer Übereinstimmung mit dem Wirtschaftsjahr der Tochtergesellschaft, in das die Ausschüttung fällt.

Sind die genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt, erfolgt eine Kürzung der Gewinnanteile gemäß § 9 Nr. 7 Satz 1, 1. Hs. GewStG mit der Folge, dass Bezüge i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG sowohl körperschaft- als auch gewerbsteuerfrei vereinnahmt werden. Maßgeblich für die Beurteilung der Gewerbesteuerpflicht von ausländischen Schachteldividenden aus Nicht-DBA-Drittstaaten ist daher neben der Mindestbeteiligung mit Stichtagsbezug insbesondere der gewerbsteuerliche Aktivitätsvorbehalt, der auf den Aktivitätskatalog der § 8 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 AStG verweist. Bezüge aus sog. Streubesitzbeteiligungen, d.h. bei einer Beteiligung in Höhe von weniger als 10 %, sowie aus passiven Erträgen i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 AStG erfüllen die genannten Voraussetzungen dagegen grundsätzlich nicht.

2122. Gewinne aus Anteilen an ausländischen Tochtergesellschaften in DBA-Drittstaaten

§ 8 Nr. 5 GewStG ist prinzipiell auch im Verhältnis zu Staaten anwendbar, mit denen ein Doppelbesteuerungsabkommen besteht.⁴⁷⁴ Die Kürzung des gewerbsteuerlichen Gewinns ist demnach an die bereits genannten Voraussetzungen des § 9 Nr. 7 GewStG gebunden. Scheitert die Gewerbesteuerfreistellung gemäß § 9 Nr. 7 Satz 1, 1. Hs. GewStG aufgrund des maßgeblichen nationalen gewerbsteuerlichen Aktivitätsvorbehalts, der auf den Aktivitätskatalog des § 8 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 AStG verweist, kann die Freistellung aber möglicherweise über ein abkommensrechtliches Schachtelprivileg erreicht werden. Abkommensrechtliche Schachtelprivilegien gelten grundsätzlich auch für die Gewer-

temwechsels der Körperschaftsbesteuerung erfolgten Aufnahme von Beteiligungserträgen in den Aktivitätskatalog in § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG sind die Vorschriften für Landes- und Funktionsholdinggesellschaften entfallen. Zu den Begriffen und Ausnahmen nach altem Recht vgl. Jacobs, O. H., 1999, S. 436.

⁴⁷⁴ Dies folgt bereits aus entsprechender Anwendung des Abschnitts 65 Abs. 2 Satz 1 GewStR.

besteuer,⁴⁷⁵ so dass in diesem Fall der für den Steuerpflichtigen vorteilhaftere Aktivitätsvorbehalt Platz greift.⁴⁷⁶

Soweit deutsche Doppelbesteuerungsabkommen dem Ansässigkeitsstaat der ausschüttenden Kapitalgesellschaft das Besteuerungsrecht für Dividenden i.S.d. Art. 10 Abs. 3 OECD-MA zusprechen, erfolgt beim Empfänger im Inland eine Freistellung von der Besteuerung. Die Freistellung i.S.d. Art. 23A Abs. 1 OECD-MA ist entsprechend zahlreicher deutscher Doppelbesteuerungsabkommen aber gleichfalls an einen abkommensimmanenten Aktivitätsvorbehalt gebunden.⁴⁷⁷ Da die abkommensrechtlichen Voraussetzungen an die Aktivqualifikation im Regelfall mit denen des gewerbsteuerlichen Schachtelprivilegs nicht übereinstimmen,⁴⁷⁸ ist eine dominierende Wirkung der abkommensrechtlichen Freistellung für die Gewerbesteuer möglich; dies setzt jedoch voraus, dass – neben der erforderlichen Mindestbeteiligungsquote – die abkommensrechtlichen Aktivitätsanforderungen erfüllt werden.⁴⁷⁹

Da auch die abkommensrechtliche Freistellung grundsätzlich an eine Mindestbeteiligungsquote in Höhe von 10 % respektive 25 % geknüpft ist,⁴⁸⁰ erfüllen Bezüge aus Streubesitzbeteiligungen weder die Voraussetzungen an das nationale Schachtelprivileg i.S.d. § 9 Nr. 7 GewStG noch an das abkommensrechtliche Schachtelprivileg.

⁴⁷⁵ Vgl. Schaumburg, H., 1998, Rn. 16.556; Wassermeyer, F., 2002c, Art. 23A OECD-MA, Rz. 56.

⁴⁷⁶ Vgl. R 65 Abs. 2 Satz 3 GewStR; Wassermeyer, F., 2002c, Art. 23A OECD-MA, Rz. 60. A.A. Fischer, E., 2002, S. 615, die einen sog. treaty override durch § 8 Nr. 5 GewStG annimmt. Es fehlt aber ein dazu erforderlicher ausdrücklicher Verweis auf einen beabsichtigten treaty override im Rahmen des § 8 Nr. 5 GewStG. Vgl. Köhler, St., 2002, S. 1343; Rödder, Th., 2002, S. 626; Strunk, G./Kaminski, B., 2003, S. 4733.

⁴⁷⁷ Vgl. zum Stand 1.1.2003 BMF-Schr. v. 19.12.2002, S. 37 ff.

⁴⁷⁸ Eine Übereinstimmung mit dem nationalen Aktivitätsvorbehalt besteht bspw. in den DBA mit der Schweiz, Kuwait, Ukraine, den Vereinigten Arabischen Emiraten sowie nach den neueren Abkommen mit Usbekistan, Malta und Kanada. Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 548.

⁴⁷⁹ Eine Erörterung der Fälle, in denen das abkommensrechtliche Schachtelprivileg weiter greift als § 9 Nr. 7 GewStG, erfolgt in Kap. 4 Abschn. 132.

⁴⁸⁰ Vgl. die Abkommensübersicht bei Vogel, K., 2003b, Art. 23 OECD-MA, Rn. 90. Die unilaterale Herabsetzung der abkommensrechtlichen Mindestbeteiligungsquote im Anwendungsbereich des § 8 Nr. 5 GewStG schlägt mangels Verweis auf § 9 Nr. 8 GewStG fehl.

2123. Gewinne aus Anteilen an ausländischen Tochtergesellschaften in EU-Mitgliedsstaaten

Die Gewerbesteuerfreiheit für Bezüge i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG aus in EU-Mitgliedstaaten ansässigen Kapitalgesellschaften⁴⁸¹ gilt gemäß § 9 Nr. 7 Satz 1, 2. Hs. GewStG unter der Beachtung der Mindestbeteiligungsquote in Höhe von 10 % und des Stichtagsbezugs grundsätzlich *ohne* Bindung an einen nationalen Aktivitätsvorbehalt.

Aufgrund des Verzichts auf einen Aktivitätsvorbehalt können ausländische Schachteldividenden aus EU-Kapitalgesellschaftsbeteiligungen unter Beachtung des Stichtagsbezugs grundsätzlich gewerbesteuerfrei vereinnahmt werden. Da die abkommensrechtliche Freistellung gemäß den deutschen Doppelbesteuerungsabkommen mit den EU-Mitgliedsstaaten ausnahmslos eine Mindestbeteiligungsquote in Höhe von 10 % respektive 25 % voraussetzt,⁴⁸² kann die Gewerbesteuerfreiheit für europäische Beteiligungsstrukturen nicht alternativ aus bilateralem Recht abgeleitet werden. EU-Streubesitzdividenden sind daher entsprechend § 9 Nr. 7 Satz 1, 2. Hs. GewStG grundsätzlich gewerbesteuerpflichtig.

Die Erfüllung der Stichtagsanforderungen vorausgesetzt, ist daher die Gewerbesteuerfreiheit des innereuropäischen Dividendentransfers ausschließlich nach dem Kriterium der *Beteiligungsquote* zu beurteilen: Sofern diese mindestens 10 % beträgt, folgt die Freistellung dem nationalen Recht; die abkommensrechtlichen Aktivitätsvorbehalte im Verhältnis zu Finnland, Portugal und Spanien laufen aufgrund der Anwendbarkeit des § 9 Nr. 7 Satz 1, 1. Hs. GewStG

⁴⁸¹ Als solche gelten die in der Anlage 2 zum EStG aufgeführten Kapitalgesellschaften.

⁴⁸² Vgl. Art. 23. Abs. 1 Nr. 3 DBA-Belgien, Art. 23 Abs. 5 lit. c DBA-Finnland, Art. XVIII Abs. 2 lit. a DBA-Großbritannien, Art. XXII Abs. 2 lit. a, aa DBA-Irland, Art. 20 Abs. 2 DBA-Luxemburg, Art. 20 Abs. 2 DBA-Niederlande, Art. 24 Abs. 2 lit. a DBA Portugal, Art. 23 Abs. 1 lit. a, aa DBA-Spanien mit *Mindestbeteiligungsquote 25 %* und Art. 24 Abs. 1 lit. ab DBA-Dänemark, Art. 20 Abs. 1 lit. b DBA-Frankreich, Art. 24 Abs. 3 lit. a DBA-Italien, Art. 10 Abs. 2 DBA-Österreich 2002, Art. 23 Abs. 1 lit. a DBA-Schweden mit *Mindestbeteiligungsquote 10 %* Art. XVII Abs. 2 Nr. 2 DBA-Griechenland sieht grundsätzlich die Anrechnung ausländischer Steuern für Dividendenerträge vor, wobei für Schachteldividenden (Mindestbeteiligungsquote 25 %) aus einer in Griechenland ansässigen Aktiengesellschaft eine besondere Anrechnung in Höhe von 30 % der Bruttodividenden gewährt wird.

leer.⁴⁸³ Für geringere Beteiligungsquoten greift grundsätzlich keine Freistellung mit der Folge der Gewerbesteuerpflicht.

213. Anwendung auf Inlandsdividenden

§ 8 Nr. 5 GewStG knüpft die Gewerbesteuerfreiheit von Inlandsdividenden mittels Rechtsgrundverweis an die Voraussetzungen der Kürzungsvorschrift des § 9 Nr. 2a GewSt. Die Kürzung der Beteiligungserträge setzt vereinfacht voraus, dass Gewinne aus Anteilen an einer nicht steuerbefreiten inländischen Kapitalgesellschaft bezogen werden, an deren Grund- oder Stammkapital eine Mindestbeteiligung in Höhe von 10 % mit Stichtagsbezug besteht. Soweit die genannten Voraussetzungen mit denen in § 9 Nr. 7 GewStG übereinstimmen, soll auf die Erläuterungen im vorangegangenen Abschnitt verwiesen werden.⁴⁸⁴ Im Gegensatz zu § 9 Nr. 7 GewStG ist die Kürzung von Inlandsdividenden jedoch nicht an Aktivitätsanforderungen gebunden. Im Ergebnis unterliegen daher auch beim nationalen Dividendenbezug stets sog. Streudividenden der gewerbesteuerlichen Erfassung, während Schachteldividenden ohne Zusatzbelastung steuerfrei bezogen werden können.⁴⁸⁵

214. Betriebsausgabenqualifikation

Die in der wissenschaftlichen Literatur aufgekommene Diskussion über die Frage der Qualifikation der Gewerbesteuer i.S.v. § 8 Nr. 5 GewStG als Betriebsausgabe im Sinne von § 3c EStG ist für den Bezug von Auslandsdividenden aufgrund des Abgeltungscharakters von § 8b Abs. 5 KStG nicht von Bedeutung.⁴⁸⁶ Maßgebend für den Bezug von Inlandsdividenden ist die Frage, ob die Gewerbesteuer eine in (unmittelbarem) wirtschaftlichem Zusammenhang mit Gewinnausschüttungen von Kapitalgesellschaften stehende Betriebsausgabe i.S.d. § 3c EStG darstellt.⁴⁸⁷ Dies muss aber aufgrund des Charakters der Gewerbesteuer, welche auf dem Betrieb als Ganzem lastet, mangels unmittelbarer Zuordenbarkeit zu bestimmten Einnahmen und Ausgaben eindeutig ver-

⁴⁸³ Die abkommensrechtliche Mindestbeteiligungsquote beträgt jeweils 25 %.

⁴⁸⁴ Zu Abweichungen sei u.a. auf die Ausführungen in Fn. 471 verwiesen.

⁴⁸⁵ Vgl. Rödder, Th./Schumacher, A., 2002a, S. 108; Strunk, G./Kaminski, B., 2003, S. 4739.

⁴⁸⁶ Vgl. Kessler, W., 2002b, S. 25.

⁴⁸⁷ Vgl. in diesem Sinne Fischer, E., 2002, S. 610 ff.; ablehnend Rödder, Th., 2002, S. 626.

neint werden.⁴⁸⁸ Die Gewerbesteuer nach § 8 Nr. 5 GewStG fällt insofern selbst dann nicht unter das Betriebsausgabenabzugsverbot des § 3c EStG, wenn eine Holdinggesellschaft ausschließlich Einnahmen aus gewerbesteuerpflichtigen inländischen Streubesitzdividenden bezieht.⁴⁸⁹

22. Behandlung von Veräußerungsgewinnen

Aufgrund der Maßgeblichkeit des körperschaftsteuerlichen Einkommensbegriffs für die gewerbesteuerliche Gewinnermittlung gemäß § 7 Satz 1 GewStG kommt die Veräußerungsgewinnfreistellung des § 8b Abs. 2 KStG grundsätzlich auch im Rahmen der Erhebung der Gewerbesteuer zur Anwendung. Da der Gesetzgeber auf eine dem § 8 Nr. 5 GewStG entsprechende Hinzurechnungsvorschrift zur gewerbesteuerlichen Erfassung von Erträgen i.S.d. § 8b Abs. 2 KStG verzichtet hat,⁴⁹⁰ sind Gewinne aus Anteilsveräußerungen grundsätzlich sowohl körperschaft- als auch gewerbesteuerfrei;⁴⁹¹ eine Einschränkung resultiert lediglich für die im Folgenden unterschiedenen mittelbaren Anteilsveräußerungen i.S.d. § 7 Satz 2 GewStG.

23. Erfassung mittelbarer Beteiligungserträge über eine Personengesellschaft

231. Eigenständige Steuersubjekteigenschaft der Mitunternehmerschaft

Entgegen der herrschenden Meinung,⁴⁹² nach der die § 8b Abs. 1 bis 6 KStG als Gewinnermittlungsnormen über § 7 GewStG auch für die gewerbesteuerliche Gewinnermittlung gelten, greift § 8b Abs. 6 Satz 1 KStG nach Auffassung der Finanzverwaltung ausschließlich für die gewerbesteuerliche Gewinnermitt-

⁴⁸⁸ Vgl. Beinert, St./Mikus, R., 2002, S. 1471 im Verhältnis zu § 3c Abs. 1 EStG; Herzig, N., 2003, S. 1466; Kessler, W., 2002b, S. 25; Klingberg, D./Müller-Gatermann, G., 2002, S. 17.

⁴⁸⁹ Vgl. Beinert, St./Mikus, R., 2002, S. 1471, aber zweifelnd hinsichtlich der Anwendbarkeit von § 3c Abs. 2 EStG, da nur ein kausaler Zusammenhang erforderlich sei.

⁴⁹⁰ Nach *Wochinger* in Rödder, Th./Wochinger, P., 2001, S. 1258 ist dies treffend formuliert „nicht der „goldene Mittelweg“, sondern .. steuersystematisch vollends falsch“.

⁴⁹¹ Vgl. Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1018; Neyer, W., 2002b, S. 155.

⁴⁹² Vgl. Füger, R./Rieger, N., 2003, S. 598; Krawitz, N./Büttgen, D./Hick, Ch., 2002, S. 101 m.w.N.

lung des Mitunternehmers,⁴⁹³ nicht dagegen für die Mitunternehmerschaft, welche ein eigenständiges Gewerbesteuersubjekt darstellt.⁴⁹⁴ Gewerbesteuerlich entfalten die Beteiligungsertragsbefreiungen i.S.d. Abs. 1 bis 5 daher erst auf Ebene der Mitunternehmer-Kapitalgesellschaft im Anschluss an die Zurechnung ihres Gewinnanteils Wirkung; auf die Gewerbesteuerpflicht der Mitunternehmerschaft erstrecken sich die Vorschriften dagegen nicht.⁴⁹⁵ Diese Einschränkung führt – wie im Folgenden zu zeigen ist – unter Umständen zu gewerbesteuerlichen Mehrbelastungen von mittelbar über eine inländische Mitunternehmerschaft bezogenen Beteiligungserträgen.

232. Mittelbare Gewinnausschüttungen

Der mittelbare Dividendenbezug über eine zwischengeschaltete (inländische) Personengesellschaft führt gemäß § 8b Abs. 6 KStG grundsätzlich nicht zum Verlust der körperschaftsteuerlichen Freistellung i.S.d. Abs. 1. Eine entsprechende Interpretation kann aber mit Bezug auf die neuere Auffassung der Finanzverwaltung für die gewerbesteuerliche Behandlung von mittelbar bezogenen Beteiligungserträgen nicht geführt werden.⁴⁹⁶ Die Gewerbesteuerfreiheit

⁴⁹³ Vgl. Herzig, N., 2003, S. 1467. § 8b Abs. 6 Satz 2 KStG schlägt dagegen auf die Gewerbesteuer durch. Vgl. Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1026.

⁴⁹⁴ Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 57 f.; Knebel, A./Seltenreich, St., 2003, S. 266; Strunk, G./Kaminski, B., 2003, S. 4739.

⁴⁹⁵ Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 57.

⁴⁹⁶ In Abweichung von der Verwaltungsauffassung sind § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG in ihrer Eigenschaft als „sachliche Steuerbefreiungen“ grundsätzlich auch bei der Ermittlung des Gewerbeertrags der Personengesellschaft anzuwenden; die gewerbesteuerliche Steuersubjekteigenschaft steht dem nicht entgegen, da ausschließlich die Qualifikation des Mitunternehmers bei direktem Bezug der Einkünfte maßgebend ist. Vgl. Mielke, A., 2002, S. 11; Töben, Th., 2002, S. 364 ff. Der mittelbare Dividendenbezug über eine zwischengeschaltete (inländische) Personengesellschaft würde daher gemäß § 8b Abs. 6 KStG grundsätzlich nicht zum Verlust der Steuervergünstigung i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG führen; gleiches müsste auch für die gewerbesteuerliche Behandlung von mittelbar bezogenen Beteiligungserträgen gelten. Vgl. BFH-Urt. v. 17.5.2000, S. 685 ff. Abweichungen gegenüber der bisherigen Darstellung würden in diesem Zusammenhang nur für den Fall resultieren, in dem natürliche Personen als Anteilseigner hinter der Personengesellschaft stehen. Aufgrund ihrer selbständigen Gewerbesteuersubjekteigenschaft i.S.d. § 2 Abs. 1 GewStG setzt eine vollständige gewerbesteuerliche Befreiung der Beteiligungserträge i.S.d. § 3 Nr. 40 EStG eine weitere Kürzung des gewerbesteuerlichen Gewinns um den im Rahmen des § 3 Nr. 40 Satz 1 lit. d EStG steuerpflichtigen Teil der Dividende gem. § 9 Nr. 7 GewStG voraus. Hält die Personengesellschaft Streubesitzanteile, wäre die Steuerpflicht der Dividenden demnach nicht vollständig zu vermeiden, sondern allenfalls im Rahmen der Anrechnung der Gewerbesteuer auf die Einkommensteuer der Anteilseigner gemäß § 35 EStG reduzierbar. Vgl. Rödder, Th., 2002, S. 941. Im Fall von qualifizierten Beteiligungen

kann daher nur „nachträglich“ aus den gewerbsteuerlichen Kürzungsvorschriften der §§ 9 Nr. 2a und Nr. 7 GewStG abgeleitet werden. Mit Bezug auf die Erörterung der Anwendungsvoraussetzungen im vorangegangenen Abschnitt erfolgt im Ergebnis ausschließlich bei mittelbaren Streubesitzdividen- den eine Einbeziehung in die gewerbsteuerliche Bemessungsgrundlage der zwischengeschalteten Mitunternehmerschaft.⁴⁹⁷

233. Mittelbare Veräußerungsgewinne

Eine Einschränkung der Gewerbesteuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen i.S.d. § 8b Abs. 2 KStG gilt gemäß § 7 Satz 2 GewStG für mittelbare Veräuße- rungen von Kapitalgesellschaftsanteilen durch die Aufgabe der Beteiligung an einer vorgeschalteten Mitunternehmerschaft.⁴⁹⁸ Gewinne aus der *Veräußerung von Mitunternehmeranteilen durch die Mutterkapitalgesellschaft* unterliegen, soweit sie auf Kapitalgesellschaften entfallen, bereits aufgrund ihrer Entste- hung auf der Ebene der Personengesellschaft grundsätzlich der Gewerbesteuer;⁴⁹⁹ § 7 Satz 2 GewStG kommt demnach nur deklaratorische Bedeutung zu. Zwar stellt die Personengesellschaft selbst das Gewerbesteuersubjekt dar; die Steuerpflicht entsteht jedoch in Abhängigkeit von der Rechtsform der Mitun- ternehmer.⁵⁰⁰

richtet sich die Beurteilung nach dem entsprechend anzuwendenden gewerbsteuerlichen Schachtelprivileg. Im Gegensatz zu einer Spitzengesellschaft in der Rechtsform einer Ka- pitalgesellschaft besteht für die Personengesellschaft nicht die Möglichkeit der Nutzung eines günstigeren abkommensrechtlichen Aktivitätsvorbehalts, da DBA- Schachtelprivilegien grundsätzlich nur von Kapitalgesellschaften in Anspruch genommen werden können. Vgl. Vogel, K., 2003b, Art. 23 OECD-MA, Rn. 87.

⁴⁹⁷ Vgl. Reinhardt, I., 2003, S. 1153. Dieses Ergebnis folgt bereits aus dem erklärten Willen des Gesetzgebers in Bezug auf § 8 Nr. 5 GewStG, ausschließlich Bezüge aus Streubesitz- anteilen in die Gewerbesteuerpflicht einzubeziehen; diese Rechtsfolge sollte daher grund- sätzlich auch i.R.d. Anwendung des § 8b Abs. 6 KStG gelten. Vgl. Kessler, W./Schmidt, W./Teufel, T., 2001, S. 267; Rödder, Th., 2000, S. 560. A.A. Clausen, U./Renner, G., 2000, S. 267; Köhler, St., 2001b, S. 249, jeweils mit Verweis auf die eigenständige Steuer- subjektfähigkeit der Holdingpersonengesellschaft für Zwecke der Gewerbesteuer, nach der § 8b Abs. 6 KStG i.R.d. Gewerbesteuer nicht zur Anwendung kommen könne.

⁴⁹⁸ Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 58.

⁴⁹⁹ Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 58; Kessler, W./Schmalz, A./Schmidt, W., 2001, S. 1873; Krawitz, N./Büttgen, D./Hick, Ch., 2002, S. 101; kritisch Förster, G., 1992, S. 1397; Knebel, A./Seltenreich, St., 2003, S. 266 f. und Reinhardt, I., 2003, S. 1153. Zum Konkurrenzverhältnis von § 7 Satz 2 Nr. 2 GewStG und § 8b Abs. 6 KStG vgl. Förster, G., 2002, S. 1396; Funk, Th. E., 2002, S. 1234.

⁵⁰⁰ Vgl. kritisch Funk, Th. E., 2002, S. 1234.

Das gleiche Ergebnis gilt – ungeachtet der Nichtanwendbarkeit der §§ 7 Satz 2, 8 Nr. 5 GewStG – auch für die *unmittelbare Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen durch die Mitunternehmerschaft*, da § 8b Abs. 2 KStG nach Auffassung der Finanzverwaltung erst im Anschluss an die Zurechnung des Mitunternehmer-Gewinnanteils an die Mutterkapitalgesellschaft greift.⁵⁰¹ Mangels gewerbsteuerlicher Kürzungsvorschriften⁵⁰² unterliegt die Veräußerung einer Kapitalgesellschaftsbeteiligung durch die zwischengeschaltete Mitunternehmerschaft daher ebenso der Gewerbesteuer wie die mittelbare Anteilsveräußerung.⁵⁰³

3. Fortentwicklung im Bereich der ertragsteuerlichen Organschaft

31. Entwicklung des Organschaftskonzepts durch die Rechtsprechung

Bezugnehmend auf die sog. Angestelltentheorie⁵⁰⁴ erlaubte erstmals die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts eine Zusammenfassung der Ergebnisse von Unternehmensteilen für Zwecke der Einkommensteuer⁵⁰⁵.⁵⁰⁶ Begründet werden kann diese Konsolidierung mit den bestehenden Abhängigkeitsverhältnissen im Konzernverbund, die einer eigenständigen Erfassung der Teileinheiten entgegenstehen. Die Notwendigkeit zur steuerlichen Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Organisationsstrukturen

⁵⁰¹ Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 57. A.A. noch Krawitz, N./Büttgen, D./Hick, Ch., 2002, S. 101; im Ergebnis auch Eilers, St./Wienands, H.-G., 2000, S. 1235, da entgegen A 39 Abs. 1 Nr. 1 Satz 13 GewStR der § 8b Abs. 2 KStG „nach Sinn und Zweck in die Gewerbesteuer hineinwirkt“; Lechner, F., 2001, S. 210; Wienands, H.-G., 2000, S. 368. I.S.d. Finanzverwaltung vgl. bereits Clausen, U./Renner, G., 2000, S. 268 f.; Kessler, W./Schmidt, W./Teufel, T., 2001, S. 268; Köhler, St., 2001a, S. 106.

⁵⁰² §§ 9 Nr. 2a, 7 und 8 GewStG sind auf Veräußerungsgewinne nicht anwendbar. Vgl. Gosch, D., 2002, § 9 GewStG, Rn. 183 und 316.

⁵⁰³ Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 57 sowie kritisch Reinhardt, I., 2003, S. 1153.

⁵⁰⁴ Die sog. Angestelltentheorie stellt auf die Weisungsgebundenheit von Angestellten als Organ respektive (später) von juristischen Personen als Organgesellschaften ab. Zu den Unzulänglichkeiten der Angestelltentheorie vgl. Bauer, K., 1987, S. 59 ff.; Janda, K., 1953, S. 9; Rösler, W., 1969, S. 104.

⁵⁰⁵ Bis 1920 wurden Kapitalgesellschaften in Deutschland von der Einkommensteuer erfasst, da ein eigenständiges Körperschaftsteuerrecht als Substitut für die Einkommensteuer der juristischen Personen erst mit dem Körperschaftsteuergesetz vom 30.3.1920, RGBl. 1920, S. 393 eingeführt wurde. Zur Rechtsentwicklung der Körperschaftsteuer vgl. Heurung, R., 2003, Rz. 24 ff.

⁵⁰⁶ Vgl. PrOVG-Urt. v. 5.6.1893, S. 390; PrOVG-Urt. v. 23.11.1894, S. 136 und Zinser, Th., 1995, S. 27 m.w.N.

resultiert demnach aus den Abhängigkeiten hinsichtlich der Entscheidungskompetenzen in unterschiedlichen Funktionsbereichen eines Unternehmens⁵⁰⁷ sowie der Funktionsgewichtung innerhalb des Konzerns.⁵⁰⁸

Der Reichsfinanzhof setzte die Organschaftsrechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts mit der Befürwortung der steuerlichen Beurteilung zugunsten der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse gegenüber der formalen Rechtsformorientierung fort.⁵⁰⁹ Zwar berücksichtigte die Erfassung des Einkommens der Organgesellschaften bei der Obergesellschaft die wirtschaftliche Einheit des Konzerns; die einheitliche steuerliche Ergebnisermittlung innerhalb des Organkreises im Sinne der Umsetzung der sog. Einheitstheorie⁵¹⁰ wurde dagegen weiterhin abgelehnt.⁵¹¹ Die Möglichkeiten der willkürlichen Ergebnisverlagerung innerhalb des sog. Organkreises bewirkten aber eine zunehmende Abkehr der Rechtsprechung von der sog. Angestelltentheorie zu der sog. Zurechnungstheorie.⁵¹² Demnach setzt die Zurechnung des Einkommens der Organgesellschaften auf Ebene der Obergesellschaft eine Ergebnisabführungsvereinbarung oder zumindest eine ausdrückliche Verpflichtung voraus, die aufgrund der Weisungsgebundenheit der Organgesellschaft gesichert ist.⁵¹³ Auch der Bundesfinanzhof hält bis heute an der Ablehnung der Einheitstheorie fest und knüpft grundsätzlich an der subjektiven Steuerpflicht der Teileinheiten an. Die Zurechnungstheorie wurde zwar in der Rechtsprechung nicht konsequent fortgeführt,⁵¹⁴ das Erfordernis der Existenz eines Ergebnisabführungsvertrags gewann jedoch an Bedeutung.⁵¹⁵

⁵⁰⁷ Bspw. in den Bereichen Produktion, Beschaffung, Marketing, Vertrieb, Finanzierung, Investition oder Rechnungswesen.

⁵⁰⁸ Vgl. Bauer, K., 1987, S. 16 ff.; Hey, J., 2001, S. 1279; Sonnenschein, J., 1976, S. 46 f.

⁵⁰⁹ Vgl. RFH-Urt. v. 26.7.1932, S. 137; Zinser, Th., 1995, S. 28 m.w.N.

⁵¹⁰ Vgl. Bauer, K., 1987, S. 60 ff.; Rösler, W., 1969, S. 122 ff.

⁵¹¹ Vgl. RFH-Urt. v. 18.2.1933, S. 648.

⁵¹² Vgl. Bauer, K., 1987, S. 53 ff.; Rösler, W., 1969, S. 116 ff.; Zinser, Th., 1995, S. 31.

⁵¹³ Vgl. RFH-Urt. v. 25.5.1937, S. 684; Zinser, Th., 1995, S. 31 m.w.N.

⁵¹⁴ Auf Ebene der Gewinnzurechnung wurden Anpassungen an den „tatsächlichen Gewinn“ nach Handelsrecht zugelassen, so dass eine Entwicklung in Richtung der sog. Bilanzierungstheorie erfolgte. Vgl. Bauer, K., 1987, S. 57 ff.

⁵¹⁵ Vgl. Zinser, Th., 1995, S. 32.

Die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Organschaft erfolgte erst auf Drängen der Rechtsprechung mit der Übernahme in die Steuergesetze im Jahr 1934.⁵¹⁶ Die Organschaftsbestimmungen der §§ 14 ff. KStG sowie des § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG erfuhren seit ihrer Einführung im Zeitablauf keine wesentliche Veränderung bis zum Steuersenkungsgesetz 2000.⁵¹⁷ Deshalb besteht seitdem eine Diskrepanz zwischen der formal juristischen Betrachtung für die steuerliche Gewinnermittlung und der ökonomischen Betrachtung im Sinne der sog. Einheitstheorie für die Konstitution des Organkreises.⁵¹⁸ Erst eine Überarbeitung im Rahmen des sog. Steuersenkungsgesetzes 2000 und des sog. Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetzes 2001 bewirken eine teilweise Neukonzeption der Organschaftsbesteuerung.⁵¹⁹

Das Organschaftskonzept ermöglicht unter bestimmten Voraussetzungen eine Ergebniszusammenfassung zivilrechtlich selbständiger Konzernunternehmen für Besteuerungszwecke. Die Organschaft stellt deshalb gerade für körperchaftlich gegliederte Holdingstrukturen ein essentielles Instrument zur Realisierung einer konzerninternen Ergebniskonsolidierung dar. Die in die Organschaft einbezogenen Unternehmen bilden in ihrer Gesamtheit den steuerlichen „Organkreis“. Dieser besteht aus dem „Organträger“ und mindestens einer wirtschaftlich unselbständigen „Organgesellschaft“. Im Hinblick auf die Bildung eines Organkreises verwirklicht das Organschaftskonzept die Fiktion eines Einheitsunternehmens.⁵²⁰

⁵¹⁶ Erstmals für die Umsatzsteuer mit dem Umsatzsteuergesetz vom 16.10.1934, RStBl. 1934, S. 1166 in § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG (hier nicht betrachtet), für die Gewerbesteuer mit dem Gewerbesteuergesetz vom 1.12.1936, RStBl. 1936, S. 1149 in § 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 GewStG und schließlich in § 7a KStG für die Körperschaftsteuer mit dem Gesetz zur Änderung des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze vom 15.8.1969, BGBl. I 1969, S. 1182.

⁵¹⁷ § 14 KStG i.d.F. vor dem UntStFG 2001 entspricht sowohl hinsichtlich seiner Struktur als auch im Hinblick auf seine inhaltlichen Anforderungen weitgehend seiner Erstfassung durch das Gesetz zur Änderung des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze vom 15.8.1969, BGBl. I 1969, S. 1182 ff. in § 7a KStG a.F. Ketterer, Th., 1997, S. 2 f. charakterisiert das Rechtsinstitut der Organschaft daher auch als „statisch“; Dötsch, E., 2003a, S. 21 nennt die Organschaft mit Bezug auf die körperschaftsteuerlichen Systemwechsel 1967 und 2000 „systemwechselresistent“.

⁵¹⁸ Vgl. Bauer, K., 1987, S. 60 ff.

⁵¹⁹ Prinz, U., 1999, S. 646 fordert eine „Entrümpelung“ des Organschaftsrechts.

⁵²⁰ Vgl. Prinz, U., 2000, S. 1256.

32. Neukonzeption des Rechtsinstituts der Organschaft

321. Voraussetzungen der Organschaft

3211. Anforderungen im Rahmen der Körperschaftsteuer

32111. Persönliche Voraussetzungen

321111. Organgesellschaft

Die Qualifikation als Organgesellschaft ist gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG an die Rechtsform der Kapitalgesellschaft geknüpft.⁵²¹ Demnach kommen nur Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie unter den Voraussetzungen des § 17 KStG auch Gesellschaften mit beschränkter Haftung in Betracht.⁵²² Die Organgesellschaft muss sowohl die Geschäftsleitung als auch den Sitz im Inland haben. Dieser sog. doppelte Inlandsbezug greift über die Anforderungen an die unbeschränkte deutsche Steuerpflicht hinaus, welche gemäß § 1 Abs. 1 KStG bereits bei alternativer Erfüllung der Kriterien gegeben ist.⁵²³ Aufgrund der Bedingung des sog. doppelten Inlandsbezugs ist die Eignung ausländischer Gesellschaften und ihrer inländischen Zweigniederlassungen als Organgesellschaften ausgeschlossen, so dass eine grenzüberschreitende Organschaft in dieser Form nicht möglich ist.⁵²⁴ Da eine gewerbliche Betätigung der Organgesellschaft gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG nicht vorausgesetzt wird,⁵²⁵ können auch rein vermögensverwaltende Gesellschaften sowie (Zwischen-)Holdinggesellschaften die Qualifikation als Organgesellschaft erfüllen.

⁵²¹ Zur Kritik im Hinblick auf die Rechtsformeinschränkung vgl. Prinz, U., 1999b, S. 649.

⁵²² Lebens- und Krankenversicherungen können gemäß § 14 Abs. 2 KStG keine Organgesellschaften sein. § 14 Abs. 2 KStG i.d.F. des StVergAbG 2003 enthält den mit dem StVergAbG eingefügten § 14 Abs. 3 KStG. Kritisch zur organschaftlichen Sonderregelung für Versicherungsunternehmen vgl. Hey, J., 2001, S. 1279 ff.; Prinz, U., 2002b, S. 69; Schnitker, H./Hartmann, R., 2002, S. 277 ff. stellen im Ergebnis die Verfassungswidrigkeit der Vorschrift fest; Stadler, R./Elser, Th., 2002, S. 47 f.

⁵²³ Vgl. kritisch Frotscher, G., 2003a, S. 100; Herlinghaus, A., 2002a, S. 23, der dies damit rechtfertigt, dass der doppelte Inlandsbezug eine „zweifelhafte – bessere Nachprüfbarkeit der Voraussetzungen der Organschaft“ bewirkt; Meilicke, W., 2002, S. 912.

⁵²⁴ Dies gilt nunmehr aufgrund des Verweises in § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG auch für Gewerbesteuerzwecke bei inländischen Betriebsstätten ausländischer Kapitalgesellschaften. Vgl. Dötsch, E., 2003a, S. 22; BMF-Schr. v. 26.8.2003, Rz. 8. Zur Eignung einer ausländischen Kapitalgesellschaft als Organgesellschaft nach alter Rechtslage vgl. BFH-Urt. v. 28.3.1979, S. 447 f.

⁵²⁵ Vgl. Witt, G., 2003, § 14 KStG n.F. Tz. 45.

321112. Organträger

§ 14 Abs. 1 Satz 1 KStG stellt keine Rechtsformanforderungen an die Qualifikation des Organträgers. Organträger kann gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 2 KStG neben einer Kapitalgesellschaft auch eine andere Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse i.S.d. § 1 KStG sowie eine natürliche Person oder eine Personengesellschaft i.S.d. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG, d.h. eine Mitunternehmerschaft, sein,⁵²⁶ sofern es sich jeweils um ein einziges Unternehmen handelt.⁵²⁷

Während in der Vergangenheit die Anforderungen an die Qualifikation als Organträger über diejenigen der unbeschränkten Steuerpflicht hinaus gingen,⁵²⁸ verzichtet § 14 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 KStG i.d.F. des Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetzes 2001 auf den sog. doppelten Inlandsbezug als Voraussetzung der Organträgerereignis.⁵²⁹ Für Körperschaften und Personengesell-

⁵²⁶ Als Körperschaften kommen bspw. Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Vereine, Stiftungen oder Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit gemäß der Auflistung in § 1 Abs. 1 KStG, die gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 KStG nicht steuerbefreit i.S.v. § 5 KStG sind, in Betracht.

⁵²⁷ Das Rechtsinstitut der sog. Mehrmütterorganschaft wurde als „gängiges Kooperationsinstrument für Gemeinschaftsunternehmen in der Rechtsform von Kapitalgesellschaften“, Raupach, A., 2001, S. 1325, erstmals mit dem UntStFG 2001 explizit gesetzlich kodifiziert. Vgl. auch Prinz, U., 2000, S. 1257. Zuvor beruhte seine steuerliche Anerkennung ausschließlich auf der Rechtsprechung (vgl. BFH-Urt. v. 25.6.1957, S. 174 ff.; BFH-Urt. v. 9.6.1999, S. 695 ff.) und der in den Richtlinien verfassten Verwaltungspraxis (vgl. Erlass des Landesfinanzministeriums NRW v. 23.10.1959, Abschn. IV Nr. 3, S. 162 f.; R 51 Abs. 6 KStR; R 14 Abs. 6 GewStR), so dass gewohnheitsrechtliche Anerkennung der Mehrmütterorganschaft durch den Gesetzgeber bestand, wobei als Rechtsgrundlage die teleologische Reduktion aus § 14 Nr. 1 und 2 KStG a.F. galt, BFH-Urt. v. 14.4.1993, S. 124 ff. Die gesetzliche Kodifizierung i.R.d. UntStFG 2001 ignorierte die Rechtsprechungsänderung des BFH, in deren Folge die Verlustnutzung gemäß § 10a GewStG auf Ebene der Muttergesellschaften nicht mehr durch die Implementierung einer zwischengeschalteten Organträger-GbR ausgeschlossen, sondern den GbR-Gesellschaftern anteilig zuzurechnen ist, BFH-Urt. v. 9.6.1999, S. 695. Die Finanzverwaltung reagierte auf die Rechtsprechungsänderung des BFH unter Verweis auf die erwartete gesetzliche Regelung durch das UntStFG 2001 mit einem Nichtanwendungserlass in BMF-Schr. v. 4.12.2000, S. 1571. Nach dieser erstmaligen gesetzlichen Kodifikation in § 14 Abs. 2 KStG i.d.F. des UntStFG 2001 wurde das Rechtsinstitut mit Wirkung ab dem VZ 2003 im Rahmen des StVergAbG 2003 wiederum aufgehoben. Vgl. auch BMF-Schr. v. 26.8.2002, Rz. 15 ff.

⁵²⁸ Bisher musste der Organträger – wie auch für die Organgesellschaft weiterhin gültig – die Geschäftsleitung *und* den Sitz im Inland haben. Vgl. Frotscher, G., 2003a, S. 99; Stadler, R./Elser, Th., 2002, S. 41.

⁵²⁹ Trotzdem ist ein qualifizierter Inlandsbezug zur Sicherung des inländischen Besteuerungsrechts weiterhin zwingend, so dass inländische Betriebsstätten i.S.d. § 12 AO nicht zwangsläufig die Organträgerqualifikation gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 KStG erfüllen.

schaften nimmt die Vorschrift nunmehr ausschließlich auf den Ort der Geschäftsleitung Bezug.⁵³⁰ Die Aufgabe des sog. doppelten Inlandsbezugs zugunsten des Kriteriums des Ortes der Geschäftsleitung lässt sich im Wesentlichen mit der im Doppelbesteuerungsrecht vorherrschenden Praxis im Zusammenhang mit sog. doppelt ansässigen Gesellschaften⁵³¹ begründen, deren steuerliche Ansässigkeit regelmäßig am Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung gemäß Art. 4 Abs. 3 OECD-MA belegen ist.⁵³²

§ 14 Abs. 1 Satz 1 KStG setzt voraus, dass der Organträger ein gewerbliches Unternehmen betreibt. Nach herrschender Meinung kann aus dieser Anforderung kein eigenständiges Gewerblichkeitsmerkmal abgeleitet werden.⁵³³ Da bereits R48 Abs. 1 Satz 2 KStR zur Auslegung des Begriffs des „gewerblichen Unternehmens“ auf § 2 GewStG verweist,⁵³⁴ besteht nach herrschender Meinung Identität zwischen dem Gewerbebegriff des §14 Abs. 1 Nr. 1 KStG und

Bspw. stellt die Eintragung ins Handelsregister eine notwendige Bedingung dar, welche über den Anforderungskatalog des § 12 AO hinausgeht. Vgl. Orth, M., 2002b, S. 3.

⁵³⁰ Natürliche Personen werden von der Neuregelung nicht erfasst, da für sie bereits nach altem Recht die Anforderungen an die unbeschränkte Steuerpflicht gelten. Entsprechend reichen im Fall der natürlichen Person nach wie vor entweder der Wohnsitz gemäß § 8 AO oder der gewöhnliche Aufenthalt gemäß § 9 AO im Inland aus. Vgl. Stadler, R./Elser, Th., 2002, S. 41. Dieser Anknüpfungspunkt sichert das inländische Besteuerungsrecht. Vgl. Stadler, R./Elser, Th., 2002, S. 41.

⁵³¹ Als sog. „doppelt ansässige Gesellschaften“ werden solche Unternehmen bezeichnet, die in zwei Staaten ansässig sowie unbeschränkt steuerpflichtig sind. Vgl. van Raad, K., 1988, S. 1. Dies betrifft beispielsweise nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften, die zwischenzeitig ihre Geschäftsleitung ins Inland verlegt haben oder umgekehrt. Die Gründe für die Entstehung doppelt ansässiger Gesellschaften bestehen regelmäßig in der Nutzung steuerlicher Vorteile, die mit der doppelten Ansässigkeit verbunden sind. Darüber hinaus sind jedoch auch außersteuerliche, bspw. gesellschaftsrechtliche oder arbeitsrechtliche Motive denkbar. Zur Entstehung von doppelt ansässigen Gesellschaften vgl. ders., 1988, S. 3. und Orth, M., 2002b, S. 3. Zur Qualifikation doppelt ansässiger Gesellschaften nach deutschem Steuerrecht anhand des sog. Typenvergleichs vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 557 f.

⁵³² Vgl. Löwenstein, U./Maier, J., 2002, S. 186. Fraglich ist, ob die ausschließliche Anknüpfung des § 14 KStG an den Ort der Geschäftsleitung für Unternehmen, welche zwar ihren Sitz in Deutschland, aber die Geschäftsleitung im EU-Ausland haben, eine europarechtswidrige Diskriminierung darstellt. In diesem Sinne vgl. Frotscher, G., 2003a, S. 102; Meilicke, W., 2002, S. 911 f.

⁵³³ Vgl. Kröner, I., 2001, S. 158 f.; Stadler, R./Elser, Th., 2002, S. 50 m.w.N.

⁵³⁴ Erforderlich ist demnach in Übereinstimmung mit R 11 Abs. 1 GewStR ein selbständiger, nachhaltiger, mit Gewinnerzielungsabsicht und unter Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr im Inland ausgeübter stehender Gewerbebetrieb.

demjenigen des § 2 Abs. 2 GewStG,⁵³⁵ so dass eine Prüfung der eigenen gewerblichen Tätigkeit i.S.d. § 15 Abs. 2 EStG entbehrlich ist.⁵³⁶ Auch bei ausschließlicher Beschränkung auf die vermögensverwaltenden Tätigkeiten des Haltens und Verwaltens von Beteiligungen können daher Holdinggesellschaften in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft kraft Rechtsform die Anforderungen an die Organträgerqualifikation erfüllen.⁵³⁷

Personengesellschaft müssen gemäß § 14 Abs 1 Nr. 2 Satz 3 KStG das Gewerblichkeitserfordernis auf Gesellschaftsebene erfüllen; die gewerbliche Betätigung der Gesellschafter reicht nicht aus.⁵³⁸ § 14 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 KStG verlangt zudem die Ausübung einer originären gewerblichen Tätigkeit i.S.d. § 15 Abs. 1 Nr. 1 EStG; die gewerbliche Betätigung im Sinne von § 15 Abs. 2 EStG oder die gewerbliche Prägung im Sinne von § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG⁵³⁹ erfüllen diese Anforderungen nicht.⁵⁴⁰ Allerdings reicht wohl bereits eine nur geringfügige gewerbliche Betätigung aus, sofern diese einer nur vermögensverwaltenden Tätigkeit nicht untergeordnet ist.⁵⁴¹ Geschäftsleitende Holding-

⁵³⁵ Vgl. Herlinghaus, A., 2002a, S. 15; BFH-Urt. v. 13.9.1989, S. 25; BMF-Schr. v. 26.8.2003, Rz. 2. Das Gewerblichkeitserfordernis dient der Sicherung der gewerbsteuerlichen Erfassung des Organeinkommens. Vgl. Dötsch, E., 2003a, S. 22.

⁵³⁶ Vgl. Herlinghaus, A., 2000, S. 1108; Pache, S., 2001, § 14 KStG, Rz. 16; Witt, G., 2003, § 14 KStG n.F., Tz. 4; BMF-Schr. v. 26.8.2003, Rz. 3.

⁵³⁷ Vgl. BMF-Schr. v. 26.8.2003, Rz. 4 f. mit Einschränkung für sog. dauerdefizitäre Betriebe gewerblicher Art ohne Gewinnerzielungsabsicht.

⁵³⁸ Nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG gilt als gewerbliche Tätigkeit die mit Einkünfteerzielungsabsicht unternommene Tätigkeit i.S.d. § 15 Abs. 1 Nr. 1 EStG einer Mitunternehmerschaft sowie nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG die Tätigkeit einer gewerblich geprägten Personengesellschaft.

⁵³⁹ Aufgrund der restriktiveren Gewerblichkeitsanforderungen für Personengesellschaften mit der Neufassung des § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KStG i.d.F. des StVergAbG 2003 entfällt die zuvor bestehende Organträgerqualifikation von gewerblich geprägten Personengesellschaften i.S.d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG.

⁵⁴⁰ Vgl. Grützner, D., 2003, S. 435; Wiese, G. T./Klass, T., 2003, S. 558; BMF-Schr. v. 26.8.2003, Rz. 3. Diese Rechtsfolge gilt, obwohl Kapitalgesellschaften das Kriterium der Gewerblichkeit unabhängig von der ausgeübten Tätigkeit bereits stets kraft Rechtsform gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 GewStG erfüllen. Vgl. Pache, S., 2000, S. 766. Dauerdefizitäre Betriebe gewerblicher Art, die mangels Gewinnerzielungsabsicht am Gewerblichkeitserfordernis scheitern, wurden daher in der Praxis gern in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt, um die Organträgerereignis bereits kraft Rechtsform zu erreichen. Vgl. Dötsch, E., 2003a, S. 22.

⁵⁴¹ In diesem Fall würden die übergeordneten Tätigkeiten gemäß der sog. Abfärberegulung die gewerbliche Betätigung dominieren. Vgl. Förster, G., 2003, S. 903 m.w.N.

Personengesellschaften werden demnach auch in Zukunft die Organträgerqualifikation erlangen können.⁵⁴²

32112. Sachliche Voraussetzungen

321121. Finanzielle Eingliederung

Bereits § 7a KStG a.F.⁵⁴³ verlangte für die Anerkennung einer körperschaftsteuerlichen Organschaft die sog. finanzielle Eingliederung der Organgesellschaft in den Organträger. Die finanzielle Eingliederung trägt dem Gedanken des Subordinationsverhältnisses innerhalb des Konzernverbunds Rechnung. Sie ist gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 KStG erfüllt, wenn dem Organträger „vom Beginn (des) Wirtschaftsjahres an ununterbrochen ... die Mehrheit der Stimmrechte aus den Anteilen an der Organgesellschaft“⁵⁴⁴ zusteht.⁵⁴⁵ Voraussetzung für die körperschaftsteuerliche Organschaft ist damit ein Gesellschafterverhältnis zwischen Organträger und Organgesellschaft. Der Wortlaut der Vorschrift zielt nicht auf eine formal-juristische, sondern auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, da die wirtschaftliche Unabhängigkeit der Organgesellschaft nicht aus der formalen Anteilsmehrheit resultiert, sondern aus der Mehrheit an Stimmrechten, welche die Möglichkeit zur Entscheidungsdurchsetzung in der Gesellschafterversammlung eröffnet.⁵⁴⁶ In diesem Zusammenhang wird die einfache Mehrheit der Stimmrechte als ausreichend erachtet.⁵⁴⁷

§ 14 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 KStG i.d.F. des Steuervergünstigungsabbaugesetzes 2003 setzt die finanzielle Eingliederung einer Organgesellschaft gegenüber der

⁵⁴² Vgl. Förster, G., 2003, S. 904.

⁵⁴³ Vgl. die Ausführungen in Fn. 516.

⁵⁴⁴ Klammerergänzung durch die Verfasserin.

⁵⁴⁵ Die Stimmrechtsmehrheit muss nicht zwangsläufig mit der Anteilsmehrheit übereinstimmen. Abweichungen sind insbesondere aufgrund der Vergabe stimmrechtsloser oder mit Mehrfachstimmrechten ausgestatteter Anteile denkbar. Vgl. Fichtelmann, H., 2001, S. 30; Herlinghaus, A., 2000, S. 1110 f.

⁵⁴⁶ Vgl. Herlinghaus, A., 2000, S. 1111. Entsprechend orientiert sich die Berücksichtigung von Stimmrechtsanteilen am wirtschaftlichen Eigentum gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO, das auf die tatsächliche Verfügungsgewalt abstellt.

⁵⁴⁷ Sieht die Satzung der Organgesellschaft überwiegend die qualifizierte Mehrheit für die Entscheidungsprozesse vor, kann die einfache Mehrheit der Stimmrechte mangels Gewährleistung der Entscheidungsdurchsetzung in der Untergesellschaft ein Organschaftsverhältnis nicht begründen. Vgl. Witt, G., 2003, § 14 KStG n.F. Tz. 47.

Organträger-Personengesellschaft selbst voraus.⁵⁴⁸ Die Anteile an der Organengesellschaft müssen sich folglich im Gesamthandsvermögen der Organträger-Personengesellschaft befinden.⁵⁴⁹ Das Kriterium der Stimmrechtsmehrheit ist auf Ebene der Personengesellschaft zu prüfen, so dass ein Gesellschafterwechsel aufgrund der finanziellen Eingliederung gegenüber der Personengesellschaft grundsätzlich keine Auswirkungen auf den Fortbestand der Organschaft hat.⁵⁵⁰ Mit dem Verzicht auf die mit § 14 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 und 4 KStG i.d.F. des Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetzes 2001 eingeführte, an die selbständige Organträgerqualifikation der Mitunternehmer gebundene, finanzielle Eingliederung gegenüber den Mitunternehmern im Rahmen des Steuervergünstigungsabbaugesetzes 2003 endet die unverhältnismäßige Beeinträchtigung beschränkt steuerpflichtiger Mitunternehmer vor dem Hintergrund, dass letztlich ausschließlich die Sicherstellung des deutschen Besteuerungsrechts maßgebend sein sollte.⁵⁵¹

⁵⁴⁸ Vgl. Förster, G., 2003, S. 904; Grütznert, D., 2003, S. 435. Die nach dem StSenkG 2000 alternativ mögliche finanzielle Eingliederung gegenüber den einzelnen Gesellschaftern ist mit dem StVergAbG 2003 entfallen. Zuvor war es nicht notwendig, dass die Anteile an der Organgesellschaft im Vermögen der Personengesellschaft selbst gehalten wurden. Vgl. Herlinghaus, A., 2000, S. 1112. Bei gleichzeitigem Gesellschafterverhältnis sowohl zum Organträger als auch zur Organgesellschaft wurden die Anteile an der Organgesellschaft dem Sonderbetriebsvermögen der Gesellschafter zugerechnet.

⁵⁴⁹ Vgl. Schuhmann, H., 2001, S. 54.

⁵⁵⁰ Gemäß StSenkG 2000 konnte bei finanzieller Eingliederung gegenüber den einzelnen Gesellschaftern deren Ausscheiden oder der Verkauf von Gesellschaftsanteilen infolge der Unterschreitung des Stimmrecht-Mehrheitserfordernisses zur Beendigung der Organschaft führen. Besteht die finanzielle Eingliederung zur Personengesellschaft, ändert ein Gesellschafterwechsel das Anteilsverhältnis der Personengesellschaft an der Organgesellschaft grundsätzlich nicht. Vgl. Witt, G., 2003, § 14 KStG n.F. Tz. 61; Herlinghaus, A., 2000, S. 1112.

⁵⁵¹ Ausländische Gesellschafter einer deutschen gewerblichen Personengesellschaft i.S.v. § 15 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 EStG sind entsprechend ihrem Anteil mit ihren inländischen Einkünften aus Gewerbebetrieb beschränkt steuerpflichtig, sofern der Gewerbebetrieb eine Betriebsstätte im Sinne von § 12 AO begründet. Da deutsche Personengesellschaften die Anforderungen des § 12 AO in der Regel erfüllen, begründet die Beteiligung eines Steuer ausländers an einer deutschen Personengesellschaft regelmäßig eine deutsche Betriebsstätte. Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 445 f. Der deutsche Steuerzugriff bleibt damit gemäß § 1 Abs. 4 EStG i.V.m. § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. a EStG gewährt. A.A. wohl Orth, M., 2002b, S. 5 für den Fall von Mitunternehmer-Körperschaften, der auf die Organträgerfähigkeit der Mitunternehmer abstellt, die auf dessen im Inland belegenem Ort der Geschäftsleitung beruhen. Auch im DBA-Fall ändert sich aber am uneingeschränkten Besteuerungsrecht Deutschlands gemäß Art. 7 OECD-MA regelmäßig nichts. Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 733.

§ 14 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 KStG nimmt im Rahmen der Ermittlung des Stimmrechtsanteils vom sog. Additionsverbot von unmittelbaren und mittelbaren Beteiligungen Abstand.⁵⁵² Mittelbare Beteiligungen sind demnach zu „berücksichtigen, wenn die Beteiligung an jeder vermittelnden Gesellschaft die Mehrheit der Stimmrechte gewährt“.⁵⁵³ Die Einbeziehung mittelbarer Beteiligungen erfolgt in voller Höhe.⁵⁵⁴ Die Durchsetzungsfähigkeit des Willens des Organträgers ist bereits aufgrund der Mehrheitsbeteiligung an der vermittelnden Gesellschaft gesichert, so dass eine vollumfängliche Berücksichtigung mittelbarer Beteiligungen begründet werden kann.⁵⁵⁵ Der Wegfall des Additionsverbots erweitert den Anwendungsbereich der Organschaft und trägt deshalb dem zunehmend hohen Grad der Verflechtung von Konzernunternehmen Rechnung.⁵⁵⁶

321122. Ergebnisabführungsvertrag

Gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG ist für die körperschaftsteuerliche Organschaft der Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrags⁵⁵⁷ i.S.v. § 291 Abs. 1 AktG erforderlich.⁵⁵⁸ § 14 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 KStG i.d.F. des Steuervergünstigungs-

⁵⁵² Vgl. Faulhaber, M., 2000, S. 610; mit Beispielen Fenzl, B./Hagen, Ch., 2000, S. 290. Herlinghaus, A., 2000, S. 1106 leitet diesen Schritt aus der Anerkennung der Zusammenrechnung für die Mehrmütterorganschaft in der jüngeren BFH-Rechtsprechung ab.

⁵⁵³ Vgl. Fenzl, B./Hagen, Ch., 2000, S. 291. Mangels gesetzlicher Restriktionen kann auch eine ausländische Gesellschaft die finanzielle Eingliederung vermitteln. Vgl. Rödder, Th./Wochinger, P., 2002, S. 17.

⁵⁵⁴ A.A. Herlinghaus, A., 2002a, S. 38; ders., 2001, S. 32, der sich für die „Durchrechnung“ des Anteils ausspricht. Bedauerlicherweise enthält das BMF-Schr. v. 26.8.2003, Rz. 13 f. keine Klarstellung.

⁵⁵⁵ Vgl. Dötsch, E., 2003a, S. 23; Erle, B., 2003, § 14 KStG Rz. 62; Heurung, R./Klübenspies, M., 2003, S. 2486; Prinz, U., 2000, S. 1257; Rödder, Th., § 14 KStG; unklar Kröner, I., 2000, S. 160; ohne Festlegung Heurung, R./Heinsen, O./Springer, M., 2001a, S. 185; Obbing, K., 2001, S. 323.

⁵⁵⁶ Vgl. Bextermöller, C., 2000, S. 223; Kröner, I., 2001, S. 160.

⁵⁵⁷ Das KStG verwendet den Begriff des „Gewinnabführungsvertrags“. Dieser vermittelt fälschlicherweise den Eindruck, dass sich die Ergebnisabführungsverpflichtung ausschließlich auf den Fall der Gewinnerzielung erstreckt. Da jedoch gleichzeitig der Organträger eine Verlustübernahmeverpflichtung gemäß § 302 Abs. 1 AktG eingeht, wird nachfolgend stets der Begriff des Ergebnisabführungsvertrags verwendet. Zur Entstehung, Fälligkeit und Höhe des Verlustausgleichsanspruchs vgl. BGH-Urt. v. 11.10.1999, S. 2457 f. Der Ergebnisabführungsvertrag i.S.d. § 291 Abs. 1 AktG erstreckt sich auf das gesamte Ergebnis; ein Teilgewinnabführungsvertrag erfüllt die Anforderungen nicht.

⁵⁵⁸ Für Organgesellschaften in der Rechtsform der GmbH ergibt sich diese Voraussetzung – in Ermangelung einer ausdrücklichen gesellschaftsrechtlichen Regelung – aus § 17 KStG. Vgl. Orth, M., 2002b, S. 6; Priester, H.-J., 2002, S. 10. Der Gesetzgeber hielt i.R.d. UntStFG 2001 entgegen der Kritik hinsichtlich des mit dem Ergebnisabführungsvertrag verbundenen Verwaltungsaufwandes und der betriebswirtschaftlichen Folgewirkungen an

abbaugesetzes 2003 konkretisiert die zeitliche Dimension dieser Anforderung. Der Ergebnisabführungsvertrag muss demnach bis zum Ende des Wirtschaftsjahres Wirksamkeit erlangen, für das die Organschaft angestrebt wird, sowie „auf mindestens fünf Jahre abgeschlossen“ sein.⁵⁵⁹ Da der Ergebnisabführungsvertrag gemäß § 294 Abs. 2 AktG erst mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam wird,⁵⁶⁰ ist eine rückwirkende Begründung der Organschaft durch die Änderung im Rahmen des Steuervergünstigungsabbaugesetzes 2003 nunmehr nicht mehr möglich.⁵⁶¹

Eine Unterbrechung des Ergebnisabführungsvertrags bewirkt grundsätzlich die rückwirkende Aufhebung der Organschaft.⁵⁶² Unschädlich ist nur die vorzeitige Kündigung oder die Beendigung des Ergebnisabführungsvertrags in gegenseitigem Einvernehmen aus wichtigem Grund gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 KStG.⁵⁶³ Ein solcher besteht laut R 55 Abs. 7 Satz 2 KStR vor allem in den

der sachlichen Zurechnungsvoraussetzung fest. Vgl. Fenzl, B./Hagen, Ch., 2000, S. 291 f.; Heurung, R./Klübenspies, M., 2003, S. 2485.

⁵⁵⁹ Die Fünfjahresfrist bezieht sich auf Zeitjahre. (Rumpf-)Wirtschaftsjahre sind ohne Bedeutung für die Beurteilung. Vgl. Walter, W., 1995, S. 649. Zu den gesellschaftsrechtlichen Abschlussvoraussetzungen vgl. Priester, H.-J., 2002, S. 4 ff.

⁵⁶⁰ Dazu ist gemäß § 293 Abs. 1 Satz 1 die Zustimmung der Hauptversammlung erforderlich. Ein abgeschlossener Ergebnisabführungsvertrag gilt trotz Fehlen der Eintragung gemäß den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft für die Dauer seiner Durchführung als wirksam. Vgl. BGH-Urt. v. 5.11.2001, S. 414. Da die Finanzverwaltung gemäß R 55 Abs. 1 Satz 2 f. KStR Bezug auf die zivilrechtliche Wirksamkeit nimmt, ist von einer korrespondierenden Anwendbarkeit des BGH-Urteils für die steuerliche Beurteilung auszugehen. Vgl. Schuhmann, H., 2001, S. 39.

⁵⁶¹ Vgl. Wiese, G. T./Klass, T., 2003, S. 558; BMF-Schr. v. 26.8.2003, Rz. 12. Zuvor reichte die Wirksamkeit „bis zum Ende des folgenden Wirtschaftsjahrs“ aus. Vgl. kritisch Förster, G., 2003, S. 904 mit Verweis auf die Abhängigkeit von der „Arbeitslage der Registergerichte“; Grützner, D., 2003, S. 435. Sofern die nach dem UntStFG 2001 alternativ zulässige finanzielle Eingliederung gegenüber den einzelnen Gesellschaftern einer Organträger-Personengesellschaft bestand, kann eine erst in 2003 vorgenommene Überführung der Gesellschaftsanteile aus dem Sonderbetriebs- in das Gesamthandsvermögen mangels Rückwirkung auf den Beginn des Veranlagungszeitraums 2003 die zwangsläufige Beendigung der Organschaft nicht heilen. Vgl. Grützner, D., 2003, S. 435.

⁵⁶² Gemäß R 55 Abs. 7 Satz 5 KStR wird die Organschaft in diesem Fall als sog. „verunglückte Organschaft“ von Beginn an nicht anerkannt. Es erfolgt rückwirkend die getrennte steuerliche Behandlung von Organgesellschaft und Organträger. Da der Gewinnabführung ein formaler Gewinnverteilungsbeschluss nicht zugrunde liegt, kommt die Vorschrift zur verdeckten Gewinnausschüttung gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG zur Anwendung. Vgl. Witt, G., 1999, S. 221 f.

⁵⁶³ In diesem Fall wirkt die Aufhebung der Organschaft nur auf den Beginn des Wirtschaftsjahrs zurück, in das die Aufhebung fällt. Die gleiche Rechtsfolge, d.h. die steuerliche

Fällen „der Veräußerung oder Einbringung der Organbeteiligung durch den Organträger, der Verschmelzung, Spaltung oder Liquidation des Organträgers oder der Organgesellschaft“.⁵⁶⁴

Aufgrund des Verzichts auf den sog. doppelten Inlandsbezug für die Begründung der Organträgereigenschaft stellt sich für diejenigen Gesellschaften, die lediglich ihre Geschäftsleitung, nicht aber ihren (statutarischen) Verwaltungssitz im Inland haben, die Frage nach der zivilrechtlichen Fähigkeit zum Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrags,⁵⁶⁵ da ihnen nach der in Deutschland vorherrschenden Sitztheorie die Rechtsfähigkeit im Inland versagt wird.⁵⁶⁶ Die Regelung des § 14 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 KStG läuft unter Anwendung der Sitztheorie zwangsläufig ins Leere.⁵⁶⁷

Die durch die Rechtsprechung des BGH begründete Sitztheorie bestimmt, dass die Rechtsfähigkeit einer Unternehmung nach demjenigen Recht zu beurteilen ist, welches am Ort ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes gilt.⁵⁶⁸ Den tatsächlichen oder effektiven Verwaltungssitz bildet „der Tätigkeitsort der Geschäftsführung und der dazu berufenen Vertretungsorgane, also der Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Ge-

Wirksamkeit für die Vergangenheit, gilt bei Beendigung des Ergebnisabführungsvertrags nach Ablauf der Fünfjahresfrist gemäß R 55 Abs. 8 KStR.

⁵⁶⁴ Ein „wichtiger Grund“ i.S.v. R 55 Abs. 7 Satz 2 KStR ist zu verneinen, wenn der Eintritt der vorzeitigen Beendigung des Ergebnisabführungsvertrags gemäß R 55 Abs. 7 Satz 3 KStR bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt ist. Allerdings sind Verschmelzung, Spaltung und Liquidation der Organgesellschaft gemäß R 55 Abs. 7 Satz 4 KStR von dieser Einschränkung ausgenommen.

⁵⁶⁵ Vgl. Löwenstein, U./Maier, J., 2002, S. 185.

⁵⁶⁶ Vgl. Herlinghaus, A., 2001, S. 960; Rödder, Th./Schumacher, A., 2001, S. 1687; Stadler, R./Elser, Th., 2002, S. 41.

⁵⁶⁷ Löwenstein, U./Maier, J., 2002, S. 185. Dieses Problem ergibt sich im Wesentlichen nur für Organträger in der hier betrachteten Rechtsform der Kapitalgesellschaft, da bei Personengesellschaften Sitz und Geschäftsleitung regelmäßig übereinstimmen. Der Sitz von nach deutschem Recht gegründeten Personengesellschaften bestimmt sich nach herrschender Meinung nach dem Ort der Geschäftsleitung. Diese Qualifikation ist – unter Anwendung der Sitztheorie – auf ausländische Personengesellschaften zu übertragen. Vgl. Orth, M., 2002b, S. 4 m.w.N.; Witt, G., 1999, S. 85.

⁵⁶⁸ Vgl. BGH-Urt. v. 17.10.1968, S. 28; BGH-Urt. v. 30.1.1970, S. 183; BGH-Urt. v. 5.11.1980, S. 334; BGH-Urt. v. 21.3.1986, S. 271; Altmepfen, H., 2000, S. 1062; Bungert, H., 1995, S. 963. Das EG-Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen vom 29.2.1968, BGBl. II 1972, S. 370 zwischen den damaligen sechs Mitgliedstaaten ist mangels Ratifizierung durch die Niederlande bisher nicht in Kraft getreten. Vgl. Orth, M., 2002b, S. 7.

schäftsführungsakte umgesetzt werden⁵⁶⁹. Der dem internationalen Privatrecht zuzuordnende Begriff des „Verwaltungssitzes“⁵⁷⁰ kann grundsätzlich nicht mit dem steuerrechtlichen Begriff der „Geschäftsleitung“ im Sinne von § 10 AO gleichgesetzt werden.⁵⁷¹ Beide Begriffe führen im Rahmen der Prüfung der Organschaftsvoraussetzungen jedoch in die gleiche Richtung.⁵⁷²

Im Sinne einer gesellschaftsrechtlichen Kollisionsnorm verweist die Sitztheorie auf das auf doppelt ansässige Gesellschaften anwendbare nationale Recht.⁵⁷³ Aus der Belegenheit des tatsächlichen Verwaltungssitzes in Deutschland folgt die Bewertung der Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft nach deutschem Recht.⁵⁷⁴ Das deutsche Zivilrecht setzt für die Anerkennung der Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft ihre Gründung im Inland voraus. Demnach wäre einer Gesellschaft die Rechtsfähigkeit abzuspochen, wenn sie zwar nach ausländischem Recht gegründet wurde, ihren tatsächlichen Verwaltungssitz aber anschließend ins Inland verlegt.⁵⁷⁵ Da solche „Auslandsscheingesellschaften“ jedoch aufgrund der Teilnahme am Rechtsverkehr Träger eigener Rechte und Pflichten werden, ist ihnen letztlich aber mindestens die Rechtsfähigkeit einer Personen-

⁵⁶⁹ BGH-Urt. v. 21.3.1986, S. 272.

⁵⁷⁰ Zum Begriff des Verwaltungssitzes im internationalen Privatrecht vgl. Panthen, Th., 1988, S. 4 ff., zum Begriff i.S.d. Sitztheorie vgl. ders., 1988, S. 292 ff. Die Darlegungs- und Beweislast für die Rechtsfähigkeit fällt nicht der betroffenen Gesellschaft, sondern dem Außenstehenden zu, da zunächst die Übereinstimmung von Belegenheit des Verwaltungssitzes und Gründungsstaat angenommen wird. Vgl. BGH-Urt. v. 21.3.1986, S. 273. Eine pauschale Rechtfertigung für Zweifel am ausländischen Verwaltungssitz einer Auslandsgesellschaft gibt es nicht. Vgl. Bungert, H., 1995, S. 965.

⁵⁷¹ Im Unterschied zum steuerrechtlichen Begriff der „Geschäftsleitung“, der auf den Ort des für die Geschäftsführung maßgeblichen Willens abstellt, zielt der Begriff des „Verwaltungssitzes“ auf den Ort der Entscheidungsumsetzung. Der Ort der reinen Willensbildung ist für letzteren Begriff ohne Bedeutung. Vgl. Heldrich, A., 2003, Anhang zu Art. 12 EGBGB Rn. 3; Panthen, Th., 1988, S. 296; Großmann, K., 1995, S. 10. A.A. Orth, M., 2002b, S. 6. Auf diese diffizile Unterscheidung scheint sich auch der Gesetzgeber zu beziehen. Vgl. BT-Drs. 14/6882 v. 10.9.2001, S. 37.

⁵⁷² Vgl. Löwenstein, U./Maier, J., 2002, S. 186; Witt, G., 2003, § 14 KStG n.F. Tz. 27 f. Für die praktische Bedeutung konstatiert dies auch Panthen, Th., 1988, S. 301.

⁵⁷³ Vgl. Forsthoff, U., 2002, S. 320.

⁵⁷⁴ So auch OLG Düsseldorf mit Urt. v. 10.9.1998, S. 203.

⁵⁷⁵ Vgl. Forsthoff, U., 2002, S. 318, Orth, M., 2002b, S. 7.

gesellschaft zuzuerkennen,⁵⁷⁶ so dass die formale Möglichkeit zum Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrags besteht.

Mittlerweile hat sich auch der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache „Überseering“⁵⁷⁷ mit der Problematik der Vereinbarkeit der Anwendung der Sitztheorie mit der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43 und Art. 48 EGV befasst.⁵⁷⁸ Dieser verneint mit seinem Urteil den Einklang zwischen dem europarechtlich garantierten Anspruch auf freie Niederlassung von Gesellschaften und der Ablehnung der Rechtsfähigkeit infolge einer Verwaltungssitzverlegung nach deutschem Recht. Zwar liegt die Ausgestaltung des gesellschaftsrechtlichen Kollisionsrechts im jeweiligen Hoheitsbereich der betrachteten Staaten,⁵⁷⁹ die Versagung der Rechtsfähigkeit ist aber am Maßstab des Beschränkungsverbots der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43 und Art. 48 EGV zu prüfen.⁵⁸⁰ Diesen Maßstab kann die Anwendung der Sitztheorie jedoch nicht erfüllen, da die Rechtsfolge des Verlusts der Rechtsfähigkeit eine zuwandernde Gesellschaft unverhältnismäßig belastet.⁵⁸¹ Die Literaturmeinung folgert daher

⁵⁷⁶ Vgl. OLG Frankfurt Beschl. v. 4.12.2001, S. 317; BGH-Urt. v. 1.7.2002, S. 2039. Vgl. zur Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit einer BGB-Gesellschaft auch BGH-Urt. v. 29.1.2001, S. 423 ff.; BFH-Urt. v. 18.2.2002, S. 837 f. Zur unbeschränkten Körperschaftsteuerpflicht nicht rechtsfähiger Gesellschaften vgl. BHF-Urt. v. 23.6.1992, S. 974.

⁵⁷⁷ Vgl. EuGH-Urt. v. 5.11.2002, Überseering, S. 1137 ff.

⁵⁷⁸ Die Rechtssache Überseering beruht auf einem Vorlagebeschluss des BGH, in dem dieser um Klärung bittet, ob einer Gesellschaft die Parteifähigkeit aufgrund der grenzüberschreitenden Verlegung ihres Verwaltungssitzes ins Inland zu versagen ist und ob die europarechtliche Garantie der Niederlassungsfreiheit die Anwendung der Gründungstheorie gebietet. Vgl. Forsthoff, U., 2002, S. 318. Die Parteifähigkeit stellt auf die Fähigkeit zur Teilnahme an gerichtlichen Auseinandersetzungen ab und ist an die prozessrechtliche Rechtsfähigkeit geknüpft. Zum Begriff der Parteifähigkeit vgl. Panthen, Th., 1988, S. 9. Vgl. zur Rechtssache Überseering und deren Auswirkungen auf das deutsche Steuerrecht ausführlich Wagner, K.-R., 2003, S. 684 ff.

⁵⁷⁹ Das Gemeinschaftsrecht verlangt insofern nicht unmittelbar eine bestimmte Anknüpfungsmethode im Sinne der Anwendung der Sitz- oder der Gründungstheorie. Vgl. Forsthoff, U., 2002, S. 320.

⁵⁸⁰ Vgl. Forsthoff, U., 2002, S. 321.

⁵⁸¹ A.A. noch OLG Düsseldorf mit Urt. v. 10.9.1998, S. 203.

auch, dass „die Sitztheorie .. damit europarechtlich keinen Bestand mehr“⁵⁸² habe.⁵⁸³

Die Ablehnung der Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft aufgrund ihres statutari-
schen Sitzes im Ausland bei Belegenheit des tatsächlichen Verwaltungssitzes
im Inland ist mit der Überseering-Entscheidung des EuGH die Grundlage ent-
zogen.⁵⁸⁴ Der BGH hat in seiner jüngsten Rechtsprechung daher auch die Er-
gebnisse der Überseering-Entscheidung des EuGH übernommen.⁵⁸⁵ Da der
Gesetzgeber in diesem Zusammenhang für die „künftige Entwicklung des Zi-
vilrechts“ grundsätzlich offen war und der Verzicht auf den doppelten Inlands-
bezug andernfalls ins Leere laufen würde,⁵⁸⁶ dürfte die Begründung einer Or-
ganschaft durch doppelt ansässige Organträger daher in der Zukunft grundsätz-
lich möglich sein.⁵⁸⁷

⁵⁸² Forsthoff, U., 2002, S. 321. So auch Altmeppen, H., 2000, S. 1061; Stieb, St., 2002, S. R 5; Schulz, M./Sester, P., 2002, S. 545 ff.

⁵⁸³ A.A. Wagner, K.-R., 2003, S. 685 mit Verweis auf die Notwendigkeit einer Differenzierung. Vgl. auch EuGH-Urt. v. 27.9.1988, Daily Mail, S. 5505 ff., in dem die Sitztheorie nicht explizit abgelehnt wird. Neben der Sitztheorie ist im internationalen Vergleich hauptsächlich die sog. Gründungstheorie von Bedeutung. Vgl. Großmann, K., 1995, S. 7. Die Sitztheorie wird innerhalb der Europäischen Union neben Deutschland nur noch in Frankreich, Belgien, Luxemburg, Griechenland und Portugal angewendet. Vgl. Pache, S., 2002, S. 300. Dagegen ist die Gründungstheorie in anglo-amerikanischen Staaten vorherrschend, sowie in der Europäischen Union in Großbritannien, Irland, Niederlande, Dänemark, Italien, Spanien und Schweden. Vgl. Heldrich, A., 2003, Anhang zu Art. 12 EGBGB Rz. 1. Demnach bestimmt sich die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaates der Gesellschaft; eine spätere Verlegung des Verwaltungssitzes bleibt ohne Einfluss auf die Beurteilung der Rechtsfähigkeit. Ausschlaggebend ist allein die wirksame Errichtung der Gesellschaft nach den Vorschriften des Gründungsstaates. Die einmal erlangte Rechtsfähigkeit kann der Gesellschaft nach der Gründungstheorie nicht mehr abgesprochen werden. Vgl. Großmann, K., 1995, S. 7.

⁵⁸⁴ Die Mehrheit des Schrifttums sowie der BGH sahen bereits unter Berücksichtigung der Sitztheorie die Möglichkeit zum Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrags gegeben, so dass der Wegfall des doppelten Inlandsbezugs der formalen Abschlussfähigkeit eines Ergebnisabführungsvertrags nicht entgegensteht. In der Literatur fehlt aber größtenteils eine ausreichende Begründung für diese Rechtsfolge. Anders Frotscher, G., 2003a, S. 100; Orth, M., 2002b, S. 5 ff. und 10; Stadler, R./Elser, Th., 2002, S. 42 m.w.N.

⁵⁸⁵ Vgl. Urt. v. 29.1.2003, S. 865 ff. und Urt. v. 13.3.2003, S. 527 ff. Die Möglichkeit zum wirksamen Abschluss von Verträgen für doppelt ansässige Gesellschaften unabhängig vom Schicksal der Sitztheorie bestätigte bereits der BGH mit Urt. v. 1.7.2002, S. 2039.

⁵⁸⁶ Vgl. BT-Drs. 14/6882 v. 10.9.2001, S. 37.

⁵⁸⁷ Erstmals durch den BFH bestätigt mit Urt. v. 29.1.2003, S. 722 für den Fall einer in den USA gegründeten Organträger-Betriebsstätte. Bedeutung erlangt diese Entscheidung insbesondere, da sie nicht ausschließlich vor dem Hintergrund des europäischen Rechts ergangen ist, sondern das Diskriminierungsverbot gem. Art. 24 Abs. 4 des DBA-USA aufgreift. Das abkommensrechtliche Diskriminierungsverbot untersagt Besteuerungs Nachteile

3212. Anforderungen im Rahmen der Gewerbesteuer

32121. Persönliche Voraussetzungen

Der Rückgriff des Gewerbesteuerrechts auf das Einkommensteuer- respektive Körperschaftsteuerrecht gemäß § 7 Satz 1 GewStG besteht grundsätzlich auch im Rahmen der gewerbesteuerlichen Organschaft.⁵⁸⁸ Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG gilt die Organgesellschaft bei Erfüllung der körperschaftsteuerlichen Organschaftsvoraussetzungen der §§ 14, 17 oder 18 KStG als Betriebsstätte des Organträgers (sog. *Betriebsstättenfiktion*).⁵⁸⁹ Anders als das Körperschaftsteuerrecht behandelt das Gewerbesteuerrecht die Organgesellschaft nicht als selbständiges Unternehmen,⁵⁹⁰ so dass die Organgesellschaft ihre Eigenständigkeit als gewerbliches Unternehmen im Sinne von § 2 GewStG verliert.⁵⁹¹ Daraus folgt die gemeinsame Besteuerung der Erträge für Gewerbesteuerzwecke beim Organträger.⁵⁹²

§ 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG knüpft die Qualifikation als Organgesellschaft ebenso wie das Körperschaftsteuerrecht an die Rechtsform der Kapitalgesell-

im Vergleich zu inländischen Unternehmen und stellt daher eine für die europäischen Mitgliedstaaten geltende Rechtslage auch im Verhältnis zu den USA her. Vgl. auch Wagner, K.-R., 2003, S. 693.

⁵⁸⁸ Gemäß § 7 Satz 1 GewStG entspricht die Bemessungsgrundlage für die Gewerbesteuer, d.h. der Gewerbeertrag, dem nach den Vorschriften des EStG bzw. des KStG ermittelten Gewinn aus Gewerbebetrieb unter Berücksichtigung der gewerbesteuerlichen Hinzurechnungs- und Kürzungsvorschriften der §§ 8, 9 GewStG. § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG in seiner ersten Fassung des Gewerbesteuergesetzes vom 1.12.1936, RStBl. 1936, S. 1149 kannte diesen Rückgriff auf die körperschaftsteuerlichen Organschaftsbestimmungen noch nicht. Die Vorschrift verlangte abstrakt, dass „ein solches Unternehmen dem Willen eines anderen inländischen Unternehmens derart untergeordnet (ist), dass es keinen eigenen Willen hat“ (Klammerergänzung durch die Verfasserin).

⁵⁸⁹ Nach der sog. eingeschränkten Einheits- oder Filialtheorie gilt die Organgesellschaft zwar als Betriebsstätte des Organträgers, sie wird jedoch nicht durchweg wie eine Betriebsstätte behandelt. Vgl. BFH-Urt. v. 23.1.1992, S. 631; Rödder, Th., 2001a, S. 780.

⁵⁹⁰ Die Betriebsstättenfiktion ist nicht mit der Behandlung als einheitliches Unternehmen gleichzusetzen. Vgl. R 14 Abs. 1 Satz 8 GewStR. Während die Organgesellschaft für Körperschaftsteuerzwecke ihre Steuersubjekteigenschaft behält, endet die persönliche Steuerpflicht im Rahmen der Gewerbesteuer; die sachliche Steuerpflicht der Organgesellschaft bleibt bestehen. Vgl. Orth, M., 2002b, S. 15.

⁵⁹¹ Vgl. BFH-Urt. v. 14.4.1993, S. 125.

⁵⁹² Der Gewerbeertrag der Organgesellschaft ist gemäß R 14 Abs. 1 Satz 9 GewStR getrennt zu ermitteln und dem Organträger zur Berechnung seines Steuermessbetrags zuzurechnen. Vgl. Rödder, Th., 2001, S. 780.

schaft.⁵⁹³ Auch wenn der Wortlaut der Vorschrift in der Fassung des Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetzes 2001 nunmehr auf eine explizite Formulierung verzichtet, muss der Organträger – übereinstimmend mit §14 Abs. 1 Satz 1 KStG – ein gewerblich tätiges inländisches Unternehmen sein.⁵⁹⁴ Rechtsformeinschränkungen bestehen – wiederum mit Verweis auf das Körperschaftsteuerrecht – für den Organträger nicht. Durch den Bezug auf die körperschaftsteuerlichen Organschaftsvoraussetzungen der §§ 14, 17 oder 18 KStG wurde die alte ausdrückliche Erweiterung der Organträgerqualifikation für inländische Betriebsstätten von ausländischen gewerblichen Unternehmen gemäß § 2 Abs. 2 Satz 3 GewStG a. F. obsolet.⁵⁹⁵

32122. Sachliche Voraussetzungen

In der Vergangenheit wurden an die Anerkennung einer körperschaftsteuerlichen und einer gewerbsteuerlichen Organschaft ungleiche Anforderungen gestellt. Der maßgebliche Unterschied bestand dabei hauptsächlich in dem ausschließlich für die körperschaftsteuerliche Organschaft notwendigen Ergebnisabführungsvertrag.⁵⁹⁶ Trat diese Vereinbarung bis zum 31.12.2000 zu den früher erforderlichen Eingliederungsvoraussetzungen in wirtschaftlicher und organisatorischer Hinsicht hinzu, war neben der gewerbsteuerlichen auch die körperschaftsteuerliche Organschaft erfüllt. Beschränkt auf die körperschaftsteuerliche Organschaft reduzierte der Gesetzgeber erstmals mit dem Steuer senkungsgesetz 2000 die Organschaftsanforderungen. Ein Ergebnisabführungsvertrag war demnach abdingbar. Für Gewerbesteuerzwecke wurden neben dem Additionsverbot im Rahmen der finanziellen Eingliederung weiterhin

⁵⁹³ Der Verweis gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG öffnet die gewerbsteuerliche Organschaft damit auch für doppelt ansässige Gesellschaften mit Geschäftsleitung im Inland. So bereits BFH-Urt. v. 10.11.1998, S. 307 f.; kritisch Orth, M., 2002b, S. 4.

⁵⁹⁴ Gemäß R 17 Abs. 1 Satz 2 GewStR wurde auch in der Vergangenheit die Identität der Voraussetzungen an die Qualifikation des Organträgers bei der körperschaftsteuerlichen und gewerbsteuerlichen Organschaft unterstellt.

⁵⁹⁵ Die gewerbsteuerliche Erfassung inländischer Gewerbebetriebe ausländischer Rechtsträger folgt bereits aus ihrem Wesen als Realsteuer. Vgl. Frotscher, G., 2003a, S. 99. Der Kreis der Organträger wird künftig über § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG i.V.m. § 18 Satz 1 KStG erfasst. Vgl. auch R 14 Abs. 1 Satz 5 GewStR.

⁵⁹⁶ Wie für Zwecke der Gewerbesteuer verzichtete auch die umsatzsteuerliche Organschaft gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG auf das Erfordernis eines Ergebnisabführungsvertrags.

die wirtschaftliche und die organisatorische Eingliederung verlangt,⁵⁹⁷ während das Körperschaftsteuergesetz gemäß § 14 KStG bereits auf diese Eingliederungsvoraussetzungen verzichtete.⁵⁹⁸ Die als unbefriedigend empfundene Situation des Auseinanderfallens von körperschaftsteuerlicher und gewerbsteuerlicher Organschaft sah sich umfangreicher Kritik ausgesetzt.⁵⁹⁹ Aufgrund der Ankündigung einer erneuten Änderung des Organschaftsrechts im Rahmen des nachfolgenden Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetzes 2001 war die Übergangphase im Jahr 2001 durch eine hohe Rechtsunsicherheit gekennzeichnet.⁶⁰⁰

Das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz 2001 brachte eine vollständige Angleichung der gewerbsteuerlichen an die körperschaftsteuerlichen Organschaftsvoraussetzungen.⁶⁰¹ Mit Wirkung ab Veranlagungszeitraum 2002 setzt auch die gewerbsteuerliche Organschaft den Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrags i.S.d. § 14 Abs. 1 Nr. 3 KStG⁶⁰² bei Verzicht auf die wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung voraus.⁶⁰³ Mit der Notwendigkeit zum Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrages geht gleichzeitig die Diskrimi-

⁵⁹⁷ Vgl. BMF-Schr. v. 26.8.2003, Rz. 10.

⁵⁹⁸ § 14 Nr. 2 KStG wurde mit dem StSenkG 2000 aufgehoben. Die gewerbsteuerliche Organschaft nahm gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG i.d.F. des StSenkG 2000 Bezug auf die Eingliederungsvoraussetzungen der § 14 Nr. 1 bis 3 KStG i.d.F. vor StSenkG 2000.

⁵⁹⁹ Vgl. Prinz, U., 2002b, S. 66 f.; Sauter, Th./Heurung, R., 2001, S. 165.

⁶⁰⁰ Vgl. Prinz, U., 2002b, S. 67; ders., 2000, S. 1262 bezeichnet den Rechtszustand zutreffend als „interimistisch“.

⁶⁰¹ Aufgrund der Kritik an einem zwangsläufigen Gleichlauf von körperschaftsteuerlicher und gewerbsteuerlicher Organschaft war im Entwurf eines UntStFG 2001 noch eine Alternativregelung vorgesehen. Vgl. BT-Drs. 14/6882 v. 10.9.2001, S. 41. Diese Regelung griff bei Fehlen eines Ergebnisabführungsvertrags auf die ursprünglichen Anforderungen, d.h. die organisatorische sowie wirtschaftliche Eingliederung, zur Begründung der gewerbsteuerlichen Organschaft zurück. Vgl. Stadler, R./Elser, Th., 2002, S. 50.

⁶⁰² Aufgrund der im Zeitablauf unterschiedlichen Anforderungen setzt eine Fortführung der gewerbsteuerlichen Organschaft über das Jahr 2001 hinaus den Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags bis zum Ende des Wirtschaftsjahres 2002 und dessen Eintragung bis zum Ende des Wirtschaftsjahres 2003 voraus ($W_j=K_j$). Vgl. BMF-Schr. v. 26.8.2003, Rz. 11. Die Abschaffung der rückwirkenden Anerkennung einer Organschaft gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 i.d.F. des StVergAbG 2003 gilt erst mit Wirkung für in der Zukunft abgeschlossene Ergebnisabführungsverträge. Vgl. Dötsch, E., 2003a, S. 26.

⁶⁰³ Verbunden mit der Notwendigkeit zum Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrags sind haftungsrechtliche Konsequenzen, die Verpflichtung zum Ausgleich potentieller Minderheitsgesellschafter gemäß § 304 AktG sowie die Notwendigkeit zur Erstellung und Prüfung des Vertragsberichts gemäß § 293a ff. AktG. Vgl. Prinz, U., 2002b, S. 68.

nierung des faktischen Konzerns (Eingliederung, Beherrschungsvertrag) gegenüber dem Vertragskonzern (Ergebnisabführungsvertrag) einher.⁶⁰⁴

Künftig sind bei Anerkennung einer körperschaftsteuerlichen Organschaft daher stets auch die Voraussetzungen für die Organschaft nach dem Gewerbesteuergesetz erfüllt.⁶⁰⁵ Die Reduzierung der Anforderungen für Gewerbesteuern zwecke aufgrund des Verzichts auf die organisatorische und wirtschaftliche Eingliederung wird mit der Notwendigkeit zum Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrags „erkaufte“. ⁶⁰⁶ Es resultiert ein „gespaltenes Organschaftsrecht“ für die Körperschaft- und Gewerbesteuer einerseits sowie die Umsatzsteuer andererseits.⁶⁰⁷ Die mit dem ersten Entwurf eines Steuervergünstigungsabbaugesetzes 2003 vorgesehene Abschaffung der gewerbesteuerlichen Organschaft wurde aufgegeben.⁶⁰⁸ Somit bleibt es zumindest für den laufenden Veranlagungszeitraum bei für beide Steuerarten übereinstimmenden Organschaftsvoraussetzungen.

322. Wirkungsmechanismus der Organschaft

3221. Systematik

Die Ermittlung des körperschaftsteuerlichen Organeinkommens erfolgt zunächst unter Berücksichtigung der steuerlichen Sphärentrennung jeweils eigenständig für Organgesellschaft und Organträger.⁶⁰⁹ Erst in einem zweiten Schritt wird eine additive Zurechnung des für die Organgesellschaft getrennt ermittelten Einkommens zum ebenfalls getrennt ermittelten Einkommen des Organträ-

⁶⁰⁴ Vgl. Herzig, N., 2002, S. 6.

⁶⁰⁵ Vgl. Stadler, R./Elser, Th., 2002, S. 49; Frotscher, G., 2003a, S. 102 und Pache, S., 2000, S. 318 f. stellen insofern den Verlust der Funktion als steuerliches Gestaltungsinstrument für die gewerbesteuerliche Organschaft fest. Es kann somit zu ungewollten bzw. u.U. nachteiligen gewerbesteuerlichen Organschaften kommen. Vgl. Prinz, U., 2002b, S. 68.

⁶⁰⁶ Vgl. bereits Fenzl, B./Hagen, Ch., 2000, S. 293; Herlinghaus, A., 2000, S. 1106.

⁶⁰⁷ Vgl. Herlinghaus, A., 2000, S. 1106.

⁶⁰⁸ Die zeitweise geplante vollständige Abschaffung der gewerbesteuerlichen Organschaft überrascht insbesondere vor dem Hintergrund, dass die grundlegende Reformierung im Rahmen des StSenkG 2000 und des UntStFG 2001 im Ergebnis einen Gleichlauf der körperschaftsteuerlichen und gewerbesteuerlichen Organschaft bewirkte. Vgl. Prinz, U./Otto, Th., 2003, S. 54.

⁶⁰⁹ Vgl. Schmidt, L./Müller, Th./Stöcker, E. E., 1999, Tz. 472 f. Zur Systematik und mit Beispielen vgl. Neyer, W., 2002a, S. 102 ff.

gers vorgenommen.⁶¹⁰ Die Summe des Einkommens der Organgesellschaft und des Einkommens des Organträgers unterliegt schließlich der Besteuerung auf Ebene des Organträgers.⁶¹¹ Die faktische Durchbrechung der Sphärentrennung erfolgt somit für die Körperschaftsteuererhebung durch die Einkommenszurechnung unter Beibehaltung der eigenständigen Körperschaftsteuersubjektfähigkeit von Organgesellschaft und -träger. Dagegen erfolgt die Durchbrechung der steuerlichen Abschirmwirkung im Rahmen der Gewerbesteuer über die Betriebsstättenfiktion, die zum Verlust der selbständigen Gewerbesteuer-subjektfähigkeit der Organgesellschaft führt.⁶¹²

3222. Steuerliche Gewinnermittlung auf Ebene der Organgesellschaft

Die steuerliche Gewinnermittlung auf Ebene der Organgesellschaft folgt den allgemeinen Vorschriften zur steuerlichen Gewinnermittlung gemäß § 8 Abs. 1 KStG ff. unter Berücksichtigung der Sonderbestimmungen zur organschaftlichen Gewinnermittlung gemäß § 15 KStG. § 15 Satz 1 Nr. 1 KStG schließt einen Verlustabzug gemäß § 10d EStG auf Ebene der Organgesellschaft aus; die Vorschrift zielt auf die Verhinderung eines vororganschaftlichen Verlustausgleichs.⁶¹³ § 15 Satz 1 Nr. 2 KStG verlagert die Anwendung von § 8b Abs. 1 bis 6 KStG sowie von § 3c EStG und § 3 Nr. 40 EStG von der Ebene der Organgesellschaft auf die Stufe des Organträgers.⁶¹⁴ Entsprechendes gilt für die Steuerfreiheit eines Übernahmewinns i.S.d. § 4 Abs. 7 UmwStG und gemäß § 15 Satz 2 KStG i.d.F. des Steuervergünstigungsabbaugesetzes 2003 auch für DBA-Vergünstigungen.⁶¹⁵ Die Einkommensermittlung der Organgesellschaft soll ohne Berücksichtigung der Beteiligungsertragsbefreiungen sowie der kor-

⁶¹⁰ Vgl. BFH-Urt. v. 11.4.1990, S. 774.

⁶¹¹ Vgl. Schmidt, L./Müller, Th./Stöcker, E. E., 1999, Tz. 473.

⁶¹² Vgl. Herlinghaus, A., 2002b, S. 3; Herzig, N., 2002, S. 12.

⁶¹³ Während des Bestehens der Organschaft können bei der Organgesellschaft keine steuerlich wirksamen Verlustvor- oder -rückträge entstehen, da ein positives wie negatives Einkommen dem Organträger zugerechnet wird; das Ergebnis der Organgesellschaft ist somit stets ausgeglichen.

⁶¹⁴ Während sonst die sog. Nettomethode angewendet wird, erfolgt für die genannten Bezüge nun die Anwendung der sog. Bruttomethode, bei der steuerfreie Einnahmen und damit zusammenhängende Aufwendungen bei der Einkommensermittlung ausgespart bleiben. Vgl. Orth, M., 2002a, S. 813; Prinz, U., 2002b, S. 74; Stadler, R./Elser, Th., 2002, S. 48 f.

⁶¹⁵ Vgl. Grützner, D., 2003, S. 436; Schnitger, A., 2003a, S. 74.

respondierenden Betriebsausgabenabzugsbeschränkungen erfolgen. Im Ergebnis macht § 15 Satz 1 Nr. 2 und Satz 2 KStG damit die Anwendung der genannten Steuerbefreiungen von der Qualifikation des Organträgers abhängig.⁶¹⁶

Die Vorschrift gilt nach Auffassung der Finanzverwaltung auch für die gewerbesteuerliche Gewinnermittlung.⁶¹⁷ Die Anwendbarkeit der gewerbesteuerlichen Hinzurechnungs- und Kürzungsvorschriften auf Ebene der Organgesellschaft bleibt von § 15 Satz 1 Nr. 2 und Satz 2 KStG jedoch unberührt.⁶¹⁸ Aufgrund der eigenständigen Gewerbesteuersubjektqualifikation einer Organträger-Personengesellschaft scheidet bei dieser die Verlagerung des Anwendungsbereichs der Befreiungsvorschriften des § 8b KStG und des § 3 Nr. 40 EStG gemäß § 15 Satz 1 Nr. 2 und Satz 2 KStG; eine Anwendung kommt gegebenenfalls erst bei den hinter der Organträger-Personengesellschaft stehenden Anteilseignern in Frage.⁶¹⁹

Das dem Organträger zuzurechnende Einkommen der Organgesellschaft gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG ergibt sich schließlich nach Hinzurechnung der handelsrechtlichen Gewinnabführung an den Organträger respektive nach Abzug einer Verlustübernahme durch den Organträger. Außenstehende Gesellschafter haben gemäß § 304 AktG im Fall der Vereinbarung einer Ergebnisab-

⁶¹⁶ Vgl. Dötsch, E., 2003a, S. 33; Eilers, St./Schmidt, R., 2003, S. 615; Grützner, D., 2003, S. 436; Kaminski, B./Strunk, G., 2003, S. 255; Klingberg, D./Müller-Gatermann, G., 2002, S. 2; BMF-Schr. v. 26.8.2003, Rz. 21 und 27. Auch die bilateralen Vergünstigungen aufgrund von DBA sind an die eigenständige Berechtigung des Organträgers bei unmittelbarer Beziehung gebunden. Vgl. Frotscher, G., 2003a, S. 101.

⁶¹⁷ Vgl. BMF-Schr. v. 26.8.2003, Rz. 28; OFD Koblenz v. 11.9.2003, S. 1408 und bereits *Eversberg* in Kröner, M./Eversberg, H., 2002, S. 29. A.A. noch Dötsch, E./Orth, M., 2002; Rödder, Th./Wochinger, P., 2002, S. 13, da § 15 Satz 1 Nr. 2 KStG keine originäre Gewinnermittlungsvorschrift darstelle. Die gleiche Rechtsfolge ergibt sich gem. BMF-Schr. v. 26.8.2003, Rz. 29 auch für Veräußerungsgewinne, d.h. § 8b Abs. 2 KStG greift mit Wirkung für die Gewerbesteuer erst auf Ebene des Organträgers.

⁶¹⁸ Vgl. BMF-Schr. v. 26.8.2003, Rz. 30 ff. Demnach erfolgt gegebenenfalls bereits auf Ebene der Organgesellschaft eine gewerbesteuerliche Kürzung gemäß § 9 Nr. 2a oder Nr. 7 GewStG bei Schachteldividenden bzw. diese unterbleibt gemäß § 8 Nr. 5 GewStG im Fall des Bezugs von Streubesitzdividenden.

⁶¹⁹ Vgl. BMF-Schr. v. 26.8.2003, Rz. 34. Dieses Ergebnis ist vor dem Hintergrund der Feststellung der eigenständigen Steuersubjekteigenschaft der Mitunternehmerschaft im BMF-Schr. v. 23.4.2003, Tz. 57 f. konsequent.

führung einen Anspruch auf einen angemessenen Ausgleich.⁶²⁰ Ausgleichszahlungen⁶²¹ an sog. Minderheitsgesellschafter stellen nichtabzugsfähige Betriebsausgaben dar und dürfen den Gewinn der Organgesellschaft gemäß § 4 Abs. 5 Nr. 9 EStG nicht mindern. Sie sind nach § 16 Satz 1 KStG in Höhe von $\frac{4}{3}$ ⁶²² bei der Organgesellschaft zu versteuern.⁶²³ Im Fall der Leistung durch den Organträger gilt das Entsprechende.⁶²⁴

Mehr- respektive Minderabführungen, die aus der möglichen Abweichung des (steuerlich) ermittelten zuzurechnenden Einkommens vom handelsrechtlich ermittelten Betrag der Gewinnabführung resultieren,⁶²⁵ erhöhen respektive

⁶²⁰ Gemäß § 304 Abs. 1 Satz 3 AktG sind Ausgleichsvereinbarungen nur dann entbehrlich, wenn an der Gesellschaft im Zeitpunkt der Beschlussfassung durch die Hauptversammlung über den Ergebnisabführungsvertrag keine außenstehenden Aktionäre beteiligt sind. Fehlt eine solche Ausgleichsvereinbarung bei Existenz außenstehender Aktionäre, so ist die Ergebnisvereinbarung gemäß § 304 Abs. 3 Satz 1 AktG im Ganzen nichtig. Vgl. Faulhaber, M., 2000, S. 610. Aufgrund ihres optionalen Charakters führt das Fehlen einer Ausgleichsvereinbarung dagegen bei einer Organgesellschaft in der Rechtsform der GmbH nicht zwangsläufig zur Nichtigkeit des Ergebnisabführungsvertrags. Vgl. Dötsch, E., 2003a, S. 27.

⁶²¹ Ausgleichszahlungen dienen der Beseitigung der Benachteiligung von sog. Minderheitsgesellschaftern der Organgesellschaft. Diese würden, da sie außerhalb der Organschaft stehen, im Fall der Gewinnerzielung der Organgesellschaft aufgrund der Ergebnisabführungsverpflichtung benachteiligt.

⁶²² Diese Änderung resultiert aus der Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens. Vgl. Pache, S., 2000, S. 319. Aufgrund des nunmehr geltenden Körperschaftsteuersatzes von 25 % muss das eigene zu versteuernde Einkommen der Organgesellschaft stets $\frac{4}{3}$ der Ausgleichszahlung betragen, da die Organgesellschaft die Ausgleichszahlung einschließlich der darauf lastenden Körperschaftsteuer zu tragen hat: $zvE = AZ + (0,25 \times zvE) \Leftrightarrow 0,75 \times zvE = AZ \Leftrightarrow zvE = AZ/0,75 \Leftrightarrow zvE = \frac{4}{3} \times AZ$ (mit $zvE =$ zu versteuerndes Einkommen und $AZ =$ Ausgleichszahlung). Vgl. Fenzl, B./Hagen, Ch., 2000, S. 292; Kröner, I., 2001, S. 161; Stadler, R./Nowland, J., 2000, S. 284 f.

⁶²³ Der Zweck der Vorschrift nach Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens besteht in der Sicherstellung der körperschaftsteuerlichen Vorbelastung auf Ebene der Organgesellschaft, da Ausgleichszahlungen beim Empfänger in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft gem. § 8b Abs. 1 KStG vollständig und beim Empfänger in der Rechtsform einer natürlichen Person gem. § 3 Nr. 40 EStG zur Hälfte steuerfrei gestellt werden. Vgl. Kröner, I., 2001, S. 160. Der zeitliche Anwendungsbereich des § 16 KStG n.F. beginnt mit dem Veranlagungszeitraum 2001. Vgl. BMF-Schr. v. 22.11.2001, S. 2117.

⁶²⁴ Das Redaktionsversehen in § 16 Abs. 2 KStG i.d.F. des StSenkG 2000 wurde mit dem UntStFG 2001 korrigiert, so dass auch in diesem Fall eine Versteuerung in Höhe von $\frac{4}{3}$ der Ausgleichszahlungen auf Ebene der Organgesellschaft erfolgt. Vgl. Kröner, I., 2001, S. 161; Prinz, U., 2000, S. 1259.

⁶²⁵ Eine die handelsrechtliche Gewinnabführung übersteigende Einkommenszurechnung ($G_{HB} < G_{StB}$: Minderabführung) resultiert bspw. aus der Nutzung zulässiger handelsrechtlicher Gewinnrücklagen oder nach Handelsrecht zulässiger Rückstellungen. Eine die handelsrechtliche Gewinnabführung unterschreitende Einkommenszurechnung ($G_{HB} > G_{StB}$: Mehrabführung) folgt bspw. aus dem Ausweis von Kosten für die Erweiterung ihres Ge-

mindern gemäß § 27 Abs. 6 KStG das steuerliche Einlagekonto der Organgesellschaft, sofern diese Differenzen ihre Ursache innerhalb des Organschaftszeitraums haben.⁶²⁶

3223. Steuerliche Gewinnermittlung auf Ebene des Organträgers

Auf Ebene des Organträgers wird eine außerbilanzielle Korrektur des Einkommens um den Ertrag aus der handelsrechtlichen Gewinnabführung respektive um den Aufwand aus einer Verlustübernahme gegenüber der Organgesellschaft vorgenommen.⁶²⁷ Im Fall der Organträger-Personengesellschaft ist die Zurechnung auf die Personengesellschaft beschränkt, da eine Zurechnung zu den Gesellschaftern der Personengesellschaft mangels Zugehörigkeit zum Organkreis ausscheidet.⁶²⁸ Die Einkommenszurechnung erfolgt bei identischem Wirtschaftsjahr von Organgesellschaft und -träger zeitlich kongruent (phasengleiche Einkommenszurechnung).⁶²⁹ Bei abweichendem Wirtschaftsjahr wird das Einkommen der Organgesellschaft dem Wirtschaftsjahr des Organträgers zugerechnet, in das seine Entstehung fällt. Eine Gestaltung der innerorganschaftlichen Gewinnflüsse in zeitlicher Hinsicht ist damit nicht möglich.⁶³⁰ Aufgrund des Gleichlaufs der körperschaftsteuerlichen und gewerbsteuerlichen Organschaft kommt eine Aufteilung des Gewerbesteuermessbetrages im Rahmen der Anwendung der Steuerermäßigung nach § 35 EStG auf Organschaftsfälle nicht mehr in Betracht.⁶³¹

schäftsbetriebes als Bilanzierungshilfe nach § 269 HGB. Vgl. Faulhaber, M., 2000, S. 610 f.; Kröner, I., 2001, S. 161 f.; BMF-Schr. v. 26.8.2003, Tz. 40 ff.

⁶²⁶ Vgl. BMF-Schr. v. 4.6.2003, Tz. 28. Mit dem UntStFG 2001 erfolgt eine Klarstellung dahingehend, dass vororganschaftliche Vorgänge durch § 27 Abs. 6 KStG nicht erfasst werden. Dagegen noch unklar die Formulierung in § 27 Abs. 8 KStG i.d.F. des StSenkG 2000. Vgl. Faulhaber, M., 2000, S. 611; Kröner, I., 2001, S. 165 ff.

⁶²⁷ Vgl. Schuhmann, H., 2001, S. 64 f.

⁶²⁸ Vgl. Schuhmann, H., 2001, S. 66 f.

⁶²⁹ Gemäß R 57 Abs. 3 Satz 1 KStR erfolgt die Einkommenszurechnung in dem Veranlagungszeitraum, in dem die Organgesellschaft das Einkommen bezogen hat. Vgl. BFH-Urt. v. 29.10.1974, S. 126.

⁶³⁰ Diese Einschränkung kann von Nachteil sein, wenn bspw. Steuersatzänderungen im Zeitablauf eine zeitliche Verschiebung von Gewinnflüssen suggerieren. Vgl. Herzig, N., 2002, S. 19.

⁶³¹ Die vormalig notwendige Aufteilung im Fall der isolierten gewerbsteuerlichen Organschaft nach den Vorschriften des StSenkG 2000 resultierte daraus, dass gewerbliche Ein-

3224. Ergebnisausgleich

Für die Körperschaftsteuer ist grundsätzlich ein vollständiger organschaftlicher Verlustausgleich zulässig; ein Verlustabzug aus vorvertraglicher Zeit gemäß § 15 Satz 1 Nr. 1 KStG ist dagegen ausgeschlossen.⁶³² Die Besonderheiten im Bereich der organschaftlichen Verlustverrechnung für die Gewerbesteuer bleiben bestehen.⁶³³ Die gewerbesteuerliche Organschaft ermöglicht demnach grundsätzlich einen uneingeschränkten Verlustausgleich zwischen Organgesellschaft und Organträger. Die gewerbesteuerliche Verlustnutzung kann sich in Abweichung zur körperschaftsteuerlichen Organschaft gemäß R 68 Abs. 5 Satz 1 GewStR auch auf vororganschaftliche Verluste im Rahmen einer interperiodischen Verrechnung auf Ebene der Organgesellschaft erstrecken.⁶³⁴ Korrespondierend kann eine Verrechnung organschaftlicher Verluste nach Organschaftsbeendigung nur mit dem Gewerbeertrag des Organträgers erfolgen.⁶³⁵

33. Holdingstrukturen im Anwendungsbereich der Organschaft

331. Öffnung des Organkreises für vermögensverwaltende inländische Holding-Kapitalgesellschaften

Bereits mit dem Steuersenkungsgesetz 2000 verzichtete der Gesetzgeber im Rahmen der körperschaftsteuerlichen Organschaft auf die Erfordernisse der wirtschaftlichen und organisatorischen Eingliederung. Gemäß R 50 Abs. 1 Satz 2 KStR ist unter der *wirtschaftlichen Eingliederung* die „wirtschaftliche Zweckabhängigkeit des beherrschten Unternehmens von dem herrschenden“ zu verstehen, so dass die Organgesellschaft die eigene gewerbliche Tätigkeit des Organträgers im Sinne der wirtschaftlichen Eingliederung fördern oder ergän-

künfte einer Kapitalgesellschaft nicht in den Anwendungsbereich des § 35 EStG gelangen durften. Vgl. Faulhaber, M., 2000, S. 612.

⁶³² Vororganschaftliche Verlustvorträge leben bei Beendigung der körperschaftsteuerlichen Organschaft wieder auf. Vgl. Sauter, Th./Heurung, R., 2001, S. 167; Schmidt, L./Müller, Th./Stöcker, E. E., 1999, Tz. 513. Die vertragliche Verpflichtung des Organträgers zum Ausgleich eines vororganschaftlichen Verlustes stellt gemäß R 61 Satz 2 KStR steuerrechtlich eine Einlage des Organträgers in die Organgesellschaft dar. Vgl. BFH-Urt. v. 8.3.1955, S. 187 ff.

⁶³³ Vgl. Rödder, Th., 2001a, S. 780.

⁶³⁴ Eine direkte Verrechnung mit dem Gewerbeertrag des Organträgers scheidet jedoch aus. Vgl. BFH-Urt. v. 23.1.1992, S. 631; Fußbroich, P., 2002, S. 699; Rödder, Th., 2001a, S. 781.

⁶³⁵ Vgl. R 68 Abs. 4 Satz 4 GewStR.

zen muss.⁶³⁶ Diese Voraussetzung ist nur erfüllt, wenn das herrschende Unternehmen einen selbständigen Gewerbebetrieb unterhält, dem sich das abhängige Unternehmen im Sinne der geforderten Zweckdependenz unterordnen kann.⁶³⁷ Weder ein Gewerbebetrieb kraft Rechtsform noch eine Tätigkeit i.S.d. § 15 Abs. 2 EStG, die „ausschließlich den Zwecken des beherrschten Unternehmens dient“⁶³⁸, reichen in diesem Zusammenhang aus.⁶³⁹ Während geschäftsleitende Holdinggesellschaften, bei denen neben die originären Holdingfunktionen eine eigene wirtschaftliche Betätigung tritt, demnach Organträger sein konnten,⁶⁴⁰ waren vor dem Steuersenkungsgesetz 2000 reine Holdinggesellschaften mangels eigener gewerblicher Tätigkeit grundsätzlich von der Organträgerfunktion ausgeschlossen.⁶⁴¹ Das gleiche Ergebnis galt auch für das Rechtsinstitut der Betriebsaufspaltung. Nur durch eine selbständige gewerbliche Tätigkeit – neben der originären Verpachtungstätigkeit – konnte das Besitzunternehmen die Anforderungen an die wirtschaftliche Eingliederung erfüllen.⁶⁴²

⁶³⁶ Vgl. R 50 Abs. 1 Satz 4 KStR.

⁶³⁷ Vgl. BFH-Urt. v. 27.6.1990, S. 993; Faulhaber, M., 2000, S. 609. Die mittelbare wirtschaftliche Eingliederung über eine nicht selbständig gewerblich tätige Zwischengesellschaft ist nicht schädlich. Vgl. BFH-Urt. v. 22.4.1998, S. 687 ff.; Herlinghaus, A., 2000, S. 1113. Zur Bedeutung des Subordinationsverhältnisses vgl. FG Baden-Württemberg v. 17.5.2000, S. 290.

⁶³⁸ R 50 Abs. 1 Satz 6 KStR.

⁶³⁹ Vgl. BFH-Urt. v. 26.4.1989, S. 668 ff.; BFH-Urt. v. 13.9.1989, S. 24 ff.; Herlinghaus, A., 2000, S. 1113.

⁶⁴⁰ Vgl. BFH-Urt. v. 17.12.1969, S. 260 f. In diesem Zusammenhang war es u.a. erforderlich, dass die Organträger-Holdinggesellschaft (1) eine eigene gewerbliche Tätigkeit ausübt, die über die Vermögensverwaltung hinausgeht, (2) ihre Beteiligung am wirtschaftlichen Verkehr auch nach außen in Erscheinung tritt, (3) mindestens zwei Beteiligungen hält, wobei eine ausländische Gesellschaft unschädlich ist, und (4) ihre gewerbliche Tätigkeit nicht von untergeordneter Bedeutung ist. Vgl. auch BFH-Urt. v. 15.4.1970, S. 554 ff.; BFH-Urt. v. 13.9.1989, S. 24 ff.; R 50 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 KStR; Fichtelmann, H., 2001, S. 33 f. Für eine Übersicht über die Anforderungen an die Anerkennung einer geschäftsleitenden Holding als Organträger nach altem Recht vgl. Herlinghaus, A., 2000, S. 1110.

⁶⁴¹ Vgl. BFH-Urt. v. 15.4.1970, S. 556; BFH-Urt. v. 18.4.1973, S. 740 ff.; BFH-Urt. v. 13.9.1989, S. 24 ff.; Fenzl, B./Hagen, Ch., 2000, S. 295.

⁶⁴² Vgl. Fichtelmann, H., 2001, S.32; BFH-Urt. v. 18.4.1973, S. 740 ff.; BFH-Urt. v. 26.4.1989, S. 669 f.; BFH-Urt. v. 13.9.1989, S. 24 ff. Das Besitzunternehmen musste insofern die Voraussetzungen einer geschäftsleitenden Holding erfüllen. Vgl. R 50 Abs. 3 Satz 5 KStR; BFH-Urt. v. 17.12.1969, S. 257. Zu Vorteilen und Risiken einer körperschaftsteuerlichen Organshaft bei Betriebsaufspaltungen nach dem StSenkG 2000 vgl. Rieke, I., 2001, S. 269 ff.

Die tatsächliche Durchführung des Willens des Organträgers in der Geschäftsführung der Organgesellschaft gewährleistet gemäß R 51 Satz 1 KStR die *organisatorische Eingliederung*.⁶⁴³ Dies kann beispielsweise durch den Abschluss eines Beherrschungsvertrags im Sinne von § 291 AktG oder im Rahmen der Eingliederung im Sinne von §§ 319 bis 327 AktG geschehen.⁶⁴⁴ Die Durchsetzung des Willens der Obergesellschaft ist darüber hinaus auch bei Personenidentität der geschäftsführenden Organe der herrschenden und der beherrschten Gesellschaft gegeben.⁶⁴⁵

Beide Eingliederungskriterien bewertete das Schrifttum in der Vergangenheit zunehmend in dem Sinne, dass sie dem aktuellen Trend der Verflechtung von Unternehmen sowie modernen Organisationskonzepten entgegenstehen.⁶⁴⁶ Der Wegfall der wirtschaftlichen und organisatorischen Eingliederungsvoraussetzungen im Rahmen des Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetzes 2001 sowohl für die körperschaftsteuerliche als auch über § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG für die gewerbsteuerliche Organschaft führt nunmehr zu einer Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs der Organschaft auf rein vermögensverwaltende Holdinggesellschaften in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft.⁶⁴⁷ Eine Erleichterung stellt der Verzicht daher für die moderne Organisationsstruktur des Spartenkonzerns dar.⁶⁴⁸ Ist ein wirksamer Ergebnisabführungsvertrag existent, sind Organschaften mit Organträgern in der Rechtsform

⁶⁴³ Vgl. Herlinghaus, A., 2000, S. 1114.

⁶⁴⁴ Vgl. R 51 Satz 1 KStR. Zu beachten sind in diesem Zusammenhang die zivilrechtlichen Anforderungen an die Wirksamkeit des Beherrschungsvertrags bzw. der Eingliederung. Vgl. dazu bereits Kap. 3 Abschn. 321122 und Herlinghaus, A., 2000, S. 1114.

⁶⁴⁵ Vgl. Faulhaber, M., 2000, S. 609; Herlinghaus, A., 2000, S. 1114.

⁶⁴⁶ Vgl. Fenzl, B./Hagen, Ch., 2000, S. 290; Krebühl, H.-H., 1995, S. 743; Prinz, U., 2000, S. 1256; ders., 1999, S. 648 f.

⁶⁴⁷ Dies gilt unabhängig von der Anzahl der gehaltenen Beteiligungen. Vgl. Faulhaber, M., 2000, S. 609; Fenzl, B./Hagen, Ch., 2000, S. 295; Kröner, I., 2001, S. 158; Pache, S., 2000b, S. 318; ders., 2000a, S. 766; Prinz, U., 2000, S. 1258; Stadler, R./Elser, Th., 2002, S. 50. Kritisch Herlinghaus, A., 2000, S. 1110.

⁶⁴⁸ Vgl. Herzig, N., 2002, S. 2.

der Kapitalgesellschaft ohne gesonderte Gewerblichkeitsprüfung anzuerkennen.⁶⁴⁹

332. Öffnung des Organkreises für ausländische Unternehmen

Eine grenzüberschreitende Körperschaftsteuerliche Organschaft war bisher ausschließlich im Rahmen des § 18 KStG möglich.⁶⁵⁰ Demnach konnten ausländische gewerbliche Unternehmen über eine im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung die Organträgerfunktion ausüben.⁶⁵¹ Die Wirkungen der Organschaft waren insoweit im Wesentlichen auf das Inland beschränkt.⁶⁵² Die vollumfängliche Möglichkeit der Begründung einer grenzüberschreitenden Organschaft besteht auch unter den veränderten Rahmenbedingungen künftig nicht,⁶⁵³ da ausschließlich im Inland begründete Besteuerungsgrundlagen organschaftlich erfasst werden.⁶⁵⁴ Dennoch erfolgt mit dem Wegfall des sog. doppelten Inlandsbezugs eine Öffnung der deutschen Organschaft für ausländische Organträger, die zwar ihre Geschäftsleitung, nicht aber ihren Sitz im Inland haben.⁶⁵⁵ Sog. doppelt ansässige Gesellschaften mit Geschäftsleitung im

⁶⁴⁹ Gleiches gilt für die Betriebsaufspaltung. Vgl. Faulhaber, M, 2000, S. 609. Allerdings werden auch in diesem Zusammenhang bereits Literaturstimmen laut, welche vor dem Hintergrund einer möglichen Entwicklung eines eigenen Tatbestandsmerkmals der Gewerblichkeit durch die Rechtsprechung zu „Vorsicht“ bei der Konzerngestaltung raten. Vgl. Herlinghaus, A., 2002a, S. 21

⁶⁵⁰ Für Zwecke der Gewerbesteuer konnten vor der Angleichung der Organschaftsvoraussetzungen an das Körperschaftsteuerrecht auch ausländische Kapitalgesellschaften mit ausschließlicher Geschäftsleitung im Inland mangels doppelten Inlandsbezugs eine *Organgesellschaft* begründen. Vgl. Heurung, R./Klübenspies, M., 2003, S. 2484.

⁶⁵¹ § 18 KStG knüpft entweder an die beschränkte Steuerpflicht des ausländischen Unternehmens gemäß § 2 KStG i.V.m. § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG, § 49 Abs. 1 Nr. 2 EStG bzw. gemäß § 1 Abs. 4 EStG i.V.m. § 49 Abs. 1 Nr. 2 EStG oder an das in den DBA praktizierte, international übliche Betriebsstättenprinzip gemäß Art. 7 OECD-MA an, welches dem Betriebsstättenstaat das Besteuerungsrecht zuweist. Insofern ist diese „Öffnung“ unproblematisch, da das Besteuerungsrecht für das Organeinkommen bei Deutschland verbleibt.

⁶⁵² Vgl. Prinz, U., 2002b, S. 72; ders., 1999b, S. 648.

⁶⁵³ Vgl. Herlinghaus, A., 2000, S. 1114; Stadler, R./Elser, Th., 2002, S. 41.

⁶⁵⁴ Vgl. Frotscher, G., 2003a, S. 103.

⁶⁵⁵ Vgl. Prinz, U., 2002b, S. 72; Stadler, R./Elser, Th., 2002, S. 41 ff. Der Inlandsbezug des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KStG ist damit viel stärker als der des § 18 KStG, da letzterer weder an die Geschäftsleitung noch an den Sitz im Inland, sondern „nur“ an eine im Inland belegene, beschränkt steuerpflichtige Zweigniederlassung knüpft. Vgl. Frotscher, G., 2003a, S. 100.

Inland können nunmehr die persönlichen Anwendungsvoraussetzungen des Organträgers erfüllen.⁶⁵⁶

Unternehmen mit statutarischem Sitz im Inland, deren Geschäftsleitung im Ausland belegen ist, erreichen dagegen nicht die Organträgerqualifikation.⁶⁵⁷ Die Organträgerfähigkeit und damit die Organschaft enden daher zwangsläufig mit einer Verlegung der Geschäftsleitung ins Ausland. Es ist fraglich, ob allein die Berufung auf die Praxis des Doppelbesteuerungsrechts zur Abgrenzung der Besteuerungskompetenz, welche gemäß Art. 2 OECD-MA auf das Kriterium des Ortes der Geschäftsleitung abstellt, als Begründung zum Ausschluss von der Organträgerfähigkeit ausreicht.⁶⁵⁸ Insbesondere vor dem Hintergrund der restriktiven Rechtsprechung des EuGH, hier vor allem im Hinblick auf die Garantie der Niederlassungsfreiheit, erscheint diese einseitige Einschränkung nicht gerechtfertigt.⁶⁵⁹

⁶⁵⁶ Neben der Aufnahme in den steuerlichen Organkreis können die Gründe für die Implementierung einer doppelt ansässigen Gesellschaft bspw. in der Nutzung von nationalen und DBA-Schachtelprivilegien, der Vermeidung von Quellensteuern, der Inanspruchnahme von nationalen Vorschriften zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und in der Nutzung von abkommensrechtlichen Vorteilen liegen. Vgl. van Raad, K., 1988, S. 3 ff.

⁶⁵⁷ Mangels Qualifikation als „ausländisches Unternehmen“ i.S.d. § 18 KStG aufgrund des verbliebenen Sitzes im Inland gelingt für diese Gesellschaften auch nicht die Herleitung der Organträgereigenschaft über die Betriebsstättendefinition. Vgl. Frotscher, G., 2003a, S. 100.

⁶⁵⁸ Zwar kann in diesem Fall die unbeschränkte Steuerpflicht im Inland zugunsten einer entsprechenden Erfassung im Ausland enden, eine beschränkte Steuerpflicht des Organträgers bleibt aber auch in diesem Fall bestehen, so dass zumindest die Anforderungen des § 18 KStG erfüllt werden. Vgl. Frotscher, G., 2003a, S. 100.

⁶⁵⁹ Vgl. bspw. EuGH-Urt. v. 27.9.1998, Daily Mail, S. 5505 ff. für den Fall der Behinderung des „Wegzugs“ einer Gesellschaft mit statutarischem Sitz im Inland und Geschäftsleitung im europäischen Ausland sowie Frotscher, G., 2003a, S. 103; Herlinghaus, A., 2002a, S. 12; Wagner, K.-R., 2003, S. 692.

4. Internationale Gesichtspunkte der Holdingbesteuerung
41. Änderungen im Bereich der Hinzurechnungsbesteuerung
411. Abgrenzung der Hinzurechnungsbesteuerung von alternativen Gestaltungsgrenzen
4111. Missbrauchsvermeidung im Rahmen der internationalen Steuerplanung

Die internationale Steuerplanung mit dem Ziel der steueroptimalen Gestaltung von grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen wird sowohl im nationalen als auch im internationalen Recht grundsätzlich als zulässig angesehen.⁶⁶⁰ Ihre gesetzliche Grenze findet sie erst in der Verwirklichung des Missbrauchs steuerlicher Vorschriften.⁶⁶¹ Diese Trennung zwischen legaler Steuerplanung und unzulässiger Steuerumgehung ist jedoch sehr eng und nur schwer abgrenzbar.

Sowohl aus fiskalischer Sicht als auch aufgrund der Prinzipien einer gleichmäßigen und wettbewerbsneutralen Besteuerung kann die völlig unkontrollierte Erlangung von Steuervorteilen nicht befürwortet werden.⁶⁶² Die steuerlich motivierte Sachverhaltsgestaltung allein darf nach herrschender Meinung jedoch nicht zur Missbrauchsqualifikation und damit zur Versagung von Steuervorteilen

⁶⁶⁰ Die Zulässigkeit leitet sich ab aus der international anerkannten Gestaltungs- und Vertragsfreiheit. Vgl. BFH-Urt. v. 22.8.51, S. 181 ff.; BFH-Urt. v. 16.1.92, S. 541 ff.; BFH-Urt. v. 18.12.96, S. 374 ff.; BVerfG-Urt. v. 14.4.59, S. 237 ff. Vgl. Loukota, H., 1990, S. 2 und Luttermann, C., 1993, S. 153. Gleiches gilt für die ausschließlich „nationale“ Steuerplanung. Zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Gestaltung mit dem Ziel der Steuerersparnis vgl. auch jüngst BFH-Urt. v. 11.3.2003, S. 628.

⁶⁶¹ Vgl. Kraft, G., 1991, S. 1; Küster, E., 1989, S. 1245; Luttermann, C., 1993, S. 153; Schön, W., 1996, S. 5 und Prokisch, R., 2003, Art. 1 Tz. 89 m.w.N. So gesteht bspw. die herrschende Literaturmeinung die grundsätzliche Möglichkeit des Missbrauchs von Doppelbesteuerungsabkommen ein. Bereits der Kommentar zum OECD-MA weist auf diese Möglichkeit aufgrund des sich zunehmend verdichtenden Netzes der Doppelbesteuerungsabkommen hin. Er nennt dabei explizit die Steuergestaltung über Basisgesellschaften sowie den steuerlich motivierten Wohnsitzwechsel als Gestaltungsmissbrauch. Eine allgemeine Definition oder Abgrenzung dessen, was der Kommentar als missbräuchliche Gestaltung versteht, gewährt der Text jedoch nicht. Es lässt sich aus der Formulierung lediglich ableiten, dass ein Missbrauch bei „künstliche(n) Rechtskonstruktionen“ (Klammerergänzung durch die Verfasserin), welche ausschließlich der Steuerumgehung oder -hinterziehung dienen, angenommen wird, Komm. zum OECD-MA, Art. 1 Tz. 7 ff. Vgl. auch Piltz, D. J., 1987, S. 4 m.w.N.

⁶⁶² Vgl. Köhler, St., 1997, Tz. 8.

len führen.⁶⁶³ Gleichzeitig wird die Verhinderung von Steuerumgehung als legitimes Ziel anerkannt.⁶⁶⁴ Gestaltungsmissbrauch kann demnach nur anhand von eindeutigen Missbrauchsvorschriften qualifiziert werden.⁶⁶⁵

Es stellt sich daher die Frage nach der Existenz und der Anwendbarkeit von Missbrauchsvorschriften auf Maßnahmen im Rahmen der Steuergestaltung. Aufgrund der starken Einbindung der Bundesrepublik Deutschland in das weltweite Netz von Doppelbesteuerungsabkommen und deren damit einhergehenden Bedeutung soll im Folgenden zunächst die Frage des Abkommensmissbrauchs untersucht werden.⁶⁶⁶

4112. Zur Existenz eines abkommensimmanenten Missbrauchsvorbehalts

In der Literatur wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass Doppelbesteuerungsabkommen unter einem ungeschriebenen „allgemeinen völkerrechtlichen Umgehungsvorbehalt“ stehen.⁶⁶⁷ Ausgangspunkt der Überlegung sind international anerkannte „allgemeine Rechtsgrundsätze“ des Völkerrechts,⁶⁶⁸ da nahezu jede nationale Steuerrechtsordnung Grundsätze enthält, die inhaltlich die Versagung der Anerkennung von unangemessenen Steuergestaltungen

⁶⁶³ Vgl. Prokisch, R., 2003, Art. 1 Tz. 89 m.w.N. für die internationale Gültigkeit dieser Annahme. Cozian, M., 1991, S. 103 ff. bezeichnet insofern einen steuergestaltenden Berater als „tax virtuoso“.

⁶⁶⁴ Vgl. Klein, M., 1994, S. 1 m.w.N.

⁶⁶⁵ Vgl. Becker, H., 1991, S. 1295; Lang, M., 1991, S. 56 f.; Ochsner, A., 1995, S. 631; Prokisch, R., 2003, Art. 1 Tz. 89, der Grenzen für die Hinnehmbarkeit von Steuergestaltungen annimmt.

⁶⁶⁶ Vgl. Ochsner, A., 1995, S. 630.

⁶⁶⁷ Begrifflich ist zu differenzieren zwischen einem abkommensrechtlichen Missbrauchsvorbehalt und einem abkommensrechtlichen Missbrauchsbegriff. Bei Annahme der Existenz von letzterem stellt sich ferner die Frage nach dessen Anwendbarkeit. Die These von einem ungeschriebenen völkerrechtlichen Umgehungsvorbehalt geht von Vogel aus. Vgl. Vogel, K., 1985, S. 369 ff.; Prokisch, R., 2003, Art. 1 Rz. 117 sowie die Darstellungen bei Kraft, G., 1991, S. 19 ff.; Piltz, D. J., 1987, S. 4 ff.; Schön, W., 1996, S. 8 ff.

⁶⁶⁸ Darunter sind Rechtsnormen zu verstehen, welche sich übereinstimmend in den nationalen Rechtsordnungen im Sinne von innerstaatlichen Rechtsgrundsätzen entwickelt haben. Voraussetzung für die Anerkennung als allgemeinen Rechtsgrundsatz ist die Existenz in den „wesentlichen großen Rechtssystemen“ sowie die Möglichkeit der Anwendbarkeit auf völkerrechtliche und zwischenstaatliche Probleme. Zum Begriff des „allgemeinen Rechtsgrundsatzes“ des Völkerrechts vgl. Merthan, R., 1992, S. 931.

zum Gegenstand haben.⁶⁶⁹ In der angelsächsischen Rechtsprechung hat sich dabei – übereinstimmend mit dem kontinental-europäischen Verbot der Steuerumgehung – das Prinzip der „substance versus form“ herausgebildet.⁶⁷⁰ Als Bestandteil des Völkerrechts erlangt dieser anerkannte Rechtsgrundsatz Verbindlichkeit für das jeweilige nationale Recht.⁶⁷¹ Gleichzeitig gilt er – nach herrschender Auffassung subsidiär gegenüber Völkervertragsrecht – im zwischenstaatlichen Verhältnis der Vertragsstaaten von Doppelbesteuerungsabkommen.⁶⁷²

Aus der *Existenz eines völkerrechtlichen Umgehungsvorbehalts* wird in der Literatur teilweise eine allen Doppelbesteuerungsabkommen immanente ungeschriebene *Missbrauchsklausel* abgeleitet.⁶⁷³ Jedoch wird zugleich die mangelnde Ableitbarkeit eines generellen „Missbrauchs-Maßstabs“ eingeräumt, so dass sich die Entwicklung eines Beurteilungsmaßstabs demnach nur aus der

⁶⁶⁹ Vgl. Vogel, K., 1985, S. 371 f.; Prokisch, R., 2003, Art. 1 Tz. 90. Nach Auffassung von Vogel liegt der Annahme eines Missbrauchs in allen nationalen Rechtsordnungen übereinstimmend die Erfüllung von vier Voraussetzungen zugrunde: Kennzeichnend für einen Gestaltungsmisbrauch ist (1) die Divergenz zwischen Rechtsform und wirtschaftlichem Gehalt der Rechtsgeschäfte oder -gebilde, (2) die Abhängigkeit der Steuergestaltung vom Willen des Steuerpflichtigen sowie von dessen Bestimmung, (3) die im Ergebnis niedrigere Besteuerung als Motivation und (4) die Unangemessenheit des steuerlichen Ergebnisses.

⁶⁷⁰ Vgl. Merthan, R., 1992, S. 931; Prokisch, R., 2003, Art. 1 Tz. 91. Abgeleitet werden kann das Prinzip u.a. aus dem Grundsatz der Gerechtigkeit der Besteuerung. Dieser in den nationalen Rechtsordnungen vorherrschende Umgehungsvorbehalt ermöglicht bei *Unangemessenheit* von Rechtsgestaltungen die Beurteilung – abweichend von ihrer Ausgestaltung – nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt. Vgl. Vogel, K., 1985, S. 376. Ausschließlich auf steuerlicher Motivation beruhenden Gestaltungen ohne eigenen wirtschaftlichen Geschäftszweck wird demnach die steuerrechtliche Anerkennung versagt. Vgl. Kraft, G., 1991, S. 19. Die Unangemessenheit als Voraussetzung der Anwendung des Rechtsgrundsatzes setzt jedoch immanent eine Prüfung der Substanz bereits voraus.

⁶⁷¹ Zum völkerrechtlichen Charakter der Rechtsgrundsätze vgl. Vogel, K., 1985, S. 375; Prokisch, R., 2003, Art. 1 Tz. 117.

⁶⁷² Auch der Kommentar zum Musterabkommen der OECD enthält einen abkommensrechtlichen Umgehungsvorbehalt. Vgl. Komm. zum OECD-MA, Art. 1 Tz. 7 ff. Aufgrund der Subsidiarität wird ein anerkannter Rechtsgrundsatz durch Missbrauchsklauseln in DBA oder anderen völkerrechtlichen Verträgen verdrängt. Vgl. Merthan, R., 1992, S. 932 m.w.N. Erklärbar ist seine Geltung auch mit der Annahme, dass Vertragsstaaten, welche im jeweiligen innerstaatlichen nationalen Recht einen Umgehungsvorbehalt kennen, diesen auch im Rahmen ihrer zwischenstaatlichen Verträge zur Anwendung kommen lassen wollen. Vgl. Vogel, K., 1985, S. 376.

⁶⁷³ Vgl. Mössner, J. M., 1986, S. 211. In diesem Sinne sind wohl auch Prokisch, R., 2003, Art. 1 Tz. 118; Vogel, K., 1995, S. 468 zu verstehen, die die Anwendbarkeit des ungeschriebenen völkerrechtlichen Umgehungsvorbehalts für die Beurteilung und Versagung von Abkommensberechtigungen gegeben sehen.

Analyse von Rechtsprechung und wissenschaftlicher Diskussion ergeben kann.⁶⁷⁴

Die These einer abkommensimmanenten ungeschriebenen Missbrauchsregelung, die sich aus der Existenz eines allgemeinen völkerrechtlichen Missbrauchsvorbehalts ableiten lässt, erfährt in der Literatur größtenteils Unterstützung.⁶⁷⁵ Hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung einer abkommensimmanenten Missbrauchsvorschrift wird vorgeschlagen, einen in den nationalen Steuerrechtsordnungen der Vertragsstaaten übereinstimmenden Missbrauchsbegriff auf die Ebene des Abkommensrechts zu übertragen.⁶⁷⁶ Der Bezug auf das nationale Steuerrecht der Vertragsstaaten ermöglicht jedoch keine befriedigende inhaltliche Abgrenzung des abkommensrechtlichen Missbrauchsbegriffs. Die Abhängigkeit der Abkommensanwendung von den nationalen Missbrauchsdefinitionen führt im Ergebnis lediglich zur Anwendung des „größzügigeren“ nationalen Missbrauchsmaßstabes.⁶⁷⁷ Allgemein wird daher auch von den Vertretern dieser Auffassung eine sehr restriktive Anwendung des abkommensrechtlichen Missbrauchsvorbehalts befürwortet.⁶⁷⁸

Die These einer ungeschriebenen eigenständigen abkommensrechtlichen Missbrauchsvorschrift wird deshalb in der Literatur auch kritisiert. Teilweise wird die Existenz eines abkommensimmanenten Missbrauchsbegriffs grundsätzlich verneint.⁶⁷⁹ Begründet wird die Ablehnung unter anderem mit dem Argument,

⁶⁷⁴ Vgl. Vogel, K., 1985, S. 380.

⁶⁷⁵ Vgl. Becker, H., 1991, S. 1296; Fahrholz, B., 1985, S. 53; Mössner, J. M., 1986, S. 211; Wassermeyer, F., 1985, S. 71.

⁶⁷⁶ Eine missbräuchliche Abkommensumgehung liegt demnach vor, sobald nach beiderseitigem nationalem Recht eine Rechtsgestaltung als missbräuchlich qualifiziert wird. Umgekehrt würde die Verneinung der Steuerumgehung nach nationalem Recht durch nur einen der Vertragsstaaten die Qualifikation als Missbrauch auf der Abkommensebene unterbinden. Vgl. Mössner, J. M., 1985b, S. 264. Ähnlich auch Wassermeyer, F., 1985, S. 71, der den eigenständigen Missbrauchsbegriff der Doppelbesteuerungsabkommen im Rückgriff auf das nationale Recht beider Vertragsstaaten bestimmt.

⁶⁷⁷ Vgl. Piltz, D. J., 1987, S. 5 und Vogel, K., 1985, S. 380, der dies zutreffend als „Re-Nationalisierung der Abkommensanwendung“ bezeichnet.

⁶⁷⁸ So schon Vogel, K., 1985, S. 381, der den „Unerträglichkeitspegel“, d.h. die Grenze zur Ablehnbarkeit der Steuergestaltung i.S.d. Gerechtigkeitsprinzips, möglichst hoch ansetzen möchte, und Fahrholz, B., 1985, S. 54.

⁶⁷⁹ Vgl. Diehl, W., 1985, S. 71 f.; Lang, M., 1991, S. 56 f.; Kraft, G., 1991, S. 19 f.; Merthan, R., 1992, S. 928 und 932; Piltz, D. J., 1987, S. 5; Ward, D., 1995, S. 2 ff.

dass die Auslegung der Doppelbesteuerungsabkommen auf dem Wortlaut der Vorschriften zu beruhen hat, der aber eine allgemeine Missbrauchsnorm gerade nicht hergibt.⁶⁸⁰ Weiterhin bezieht sich die Ablehnung einer ungeschriebenen abkommensrechtlichen Missbrauchsregelung auf die Unzulässigkeit der Besteuerung aufgrund ungeschriebenen Rechts.⁶⁸¹ Zudem wird der Mangel an erforderlicher Gesetzesbestimmtheit kritisiert.⁶⁸² Ein ungeschriebener Missbrauchsvorbehalt führt somit zu praktischen Anwendungsproblemen.⁶⁸³ Gleichzeitig würde die Beurteilung der Abkommensberechtigung die Erörterung der Rechtsauffassung des anderen Vertragsstaates voraussetzen. Die Abhängigkeit der steuerrechtlichen Qualifikation von der Beurteilung der ausländischen Finanzverwaltung ist nach deutschem Recht jedoch nicht zulässig.⁶⁸⁴

Auch der Bundesfinanzhof wendet einen eigenständigen Missbrauchstatbestand auf Abkommensebene bisher nicht an. Aus dem Fehlen einer abkom-

⁶⁸⁰ Vgl. Hofmann, H., 1985, S. 76 f., der auf die „Maßgeblichkeit“ des Wortlautes abstellt. Steuerrechtliche Gestaltungen basieren demnach auf dem eindeutigen Wortlaut von Doppelbesteuerungsabkommen und dessen Gültigkeit. Die Erfüllung des Missbrauchstatbestandes nach nationalem Recht allein darf somit entsprechend dem Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht bereits zur Qualifikation als Abkommensmissbrauch ausreichen. Zur Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen vgl. bspw. Blumenwitz, D., 1995, S. 5 ff.; Lang, M., 1994, S. 11 ff.; Pöllath, R., 1995, S. 29 ff. und Wassermeyer, F., 1995a, S. 19 ff.

⁶⁸¹ Die Versagung der Abkommensberechtigung und in der Folge die Nichtanerkennung von steuerlichen Vergünstigungen kommen quasi der Begründung von nach den Abkommensvorschriften nicht bestehenden Besteuerungsrechten gleich. Vgl. Kraft, G., 1991, S. 19, der sich der Auffassung von Piltz, D. J., 1987, S. 5 anschließt.

⁶⁸² Das Erfordernis der Bestimmtheit gilt dabei sowohl für den Tatbestand als auch für die Rechtsfolge der Besteuerung. Der Steuerpflichtige muss seine künftige Steuerlast anhand der Vorschriften vorausberechnen können. Zum Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit, der den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Besteuerung sowie das Prinzip der Rechtssicherheit ergänzt, vgl. Lang, J., 2002a, § 4 Tz. 167 ff. m.w.N. und Vogel, K., 1985, S. 381, der bereits die Unbestimmbarkeit des „Unerträglichkeitspegels“ als Schwäche des Ansatzes anerkennt. Kraft, G., 1991, S. 20 fordert in diesem Zusammenhang „Planungssicherheit“ für die Steuerpflichtigen.

⁶⁸³ Ochsner, A., 1995, S. 632 kritisiert, dass eine ungeschriebene Missbrauchsregelung zu „rechtliche(r) Desorientiertheit“ (Klammerergänzung durch die Verfasserin) der Steuerpflichtigen sowie zu Qualifikationskonflikten aufgrund unterschiedlicher nationaler Rechtsauffassungen und Zielsetzungen der Vertragsstaaten führen kann. Fahrholz, B., 1985, S. 53 teilt zwar die Auffassung eines ungeschriebenen Umgehungsvorbehalts, erkennt aber gleichzeitig die damit verbundene Problematik der Rechtssicherheit.

⁶⁸⁴ Vgl. BFH-Urt. v. 29.10.1981, S. 150 ff.

mensrechtlichen Missbrauchsvorschrift folgert er statt dessen die Anwendbarkeit von nationalem Recht zur Beurteilung eines Missbrauchs.⁶⁸⁵

Die dargelegte Argumentation legt zwar die Existenz eines abkommensimmanenten Missbrauchsvorbehalts nahe; aus diesem völkerrechtlichen Umgehungsvorbehalt kann aber kein fester Beurteilungsmaßstab abgeleitet werden, der eine Anwendung einer ungeschriebenen abkommensimmanenten Missbrauchsvorschrift zur Beurteilung der Angemessenheit von steuerrechtlichen Gestaltungen ermöglicht.⁶⁸⁶ Aus dem Fehlen eines solchen allgemeinen Beurteilungsmaßstabs soll jedoch nicht die grundsätzliche Unmöglichkeit des Missbrauchs von Doppelbesteuerungsabkommen gefolgert werden. Der Nachweis eines Missbrauchs und die damit verbundene Versagung von Abkommensvergünstigungen kann aber nicht auf einen ungeschriebenen abkommensimmanenten Missbrauchs begriff gestützt werden.⁶⁸⁷

Aufgrund der fehlenden Anwendbarkeit einer ungeschriebenen abkommensimmanenten Umgehungsvorschrift werden in der Literatur zur Verhinderung von Abkommensmissbräuchen explizite Missbrauchsregelungen in den Doppelbesteuerungsabkommen gefordert.⁶⁸⁸ Einzelfallbezogene Missbrauchsvorschriften innerhalb der Doppelbesteuerungsabkommen kennzeichnet – neben ihrer grundsätzlichen Anwendbarkeit – der Vorteil eines eindeutig abgrenzbaren Anwendungsbereichs. Als Spezialvorschriften des Abkommensrechts können sie die Anerkennung von Abkommensvergünstigungen versagen. Hinsicht-

⁶⁸⁵ Vgl. BFH-Urt. v. 21.1.1976, S. 513; Kruse, H. W., 1999, § 42 Tz. 102; Piltz, D. J., 1987, S. 5. A.A. wohl Vogel, K., 1985, S. 378, der die BFH-Rechtsprechung dahingehend versteht, dass die „Nichtanwendung von Abkommensvorschriften ... nur mit Völkerrecht gerechtfertigt werden (kann)“ (Klammerergänzung durch die Verfasserin). Die Anwendung von § 42 AO beruht demnach auf der Anwendung eines gemeinsam geltenden Rechtsgrundsatzes, der in der genannten Vorschrift des nationalen Rechts niedergeschrieben ist. So auch Prokisch, R., 2003, Art. 1 Rz. 118.

⁶⁸⁶ Zu diesem Ergebnis kommt auch Schön, W., 1996, S. 10.

⁶⁸⁷ Vgl. Kraft, G., 1991, S. 20 und Wassermeyer, F., 1995b, S. 139.

⁶⁸⁸ Vgl. Diehl, W., 1985, S. 71 f. und Ochsner, A., 1995, S. 632. Lang, M., 1991, S. 60 stellt fest, dass „lediglich eine ausdrückliche Vorschrift in einem DBA .. eine Rechtsgrundlage für die Versagung der Abkommensberechtigung abgeben (könnte)“ (Klammerergänzung durch die Verfasserin). Solche expliziten Missbrauchsklauseln verdrängen gleichzeitig die fragliche Anwendbarkeit eines ungeschriebenen Missbrauchsvorbehalts im Sinne eines völkerrechtlichen Rechtsgrundsatzes. Zur Subsidiarität allgemeiner Rechtsgrundsätze vgl. Merthan, R., 1992, S. 932 m.w.N.

lich der inhaltlichen Ausgestaltung des abkommensrechtlichen Missbrauchsvorbehalts ist zwischen eigenständigen Missbrauchsvorschriften und solchen, die auf das nationale Recht zurückgreifen, zu differenzieren.⁶⁸⁹

Die Versagung von Abkommensvergünstigungen auf der Grundlage von ausdrücklichen abkommensrechtlichen Bestimmungen zur Missbrauchsverhinderung ist unproblematisch.⁶⁹⁰ Da Doppelbesteuerungsabkommen vom nationalen Recht getrennte Rechtsbereiche darstellen, muss eine Auslegung vornehmlich aus ihnen selbst heraus erfolgen.⁶⁹¹ Folglich schließt die *Existenz abkommensrechtlicher Regelungen* einen Rückgriff auf nationales Recht aus.⁶⁹²

Fraglich ist jedoch die Möglichkeit der Versagung von Abkommensvorteilen bei Fehlen eigenständiger abkommensrechtlicher Missbrauchsvorschriften. Der Steuerausschuss der OECD vertritt die Auffassung, dass gemäß dem rechtlichen Grundsatz des „pacta sunt servanda“ Abkommensvergünstigungen unabhängig von einer möglichen Unangemessenheit bei Fehlen von eigenständigen Missbrauchsvorschriften in Doppelbesteuerungsabkommen grundsätzlich zu gewähren sind.⁶⁹³ Die Möglichkeit eines Abkommensmissbrauchs und die Notwendigkeit von dessen Unterbindung werden allgemein jedoch nicht bestritten. Die überwiegende Existenz von nationalen Steuerumgehungsverboten legt zwar die Annahme eines völkerrechtlichen Verbots der Steuerumgehung mit zwischenstaatlicher Relevanz nahe;⁶⁹⁴ aber aus Mangel an einer expliziten abkommensrechtlichen Missbrauchsbestimmung kann die Versagung der Abkommensberechtigung nur auf nationale Missbrauchsvorschriften

⁶⁸⁹ Zu den unterschiedlichen Formen von Missbrauchsvorschriften vgl. Rädler, A. J., 1994, S. 311 f.

⁶⁹⁰ Vgl. Fahrholz, B., 1985, S. 51 und Piltz, D. J., 1987, S. 4.

⁶⁹¹ Das innerstaatliche Recht begründet die Steuerpflicht nach Gegenstand und Umfang, während das Doppelbesteuerungsrecht in seiner eingrenzenden Funktion das nationale Besteuerungsrecht einschränkt. Vgl. Debatin, H., 1992, S. 4 und Fahrholz, B., 1985, S. 54 f. Zur Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen vgl. Blumenwitz, D., 1995, S. 5 ff.; Lang, M., 1994, S. 11 ff.; Pöllath, R., 1995, S. 29 ff. und Wassermeyer, F., 1995a, S. 19 ff.

⁶⁹² So Piltz, D. J., 1987, S. 4.

⁶⁹³ Vgl. OECD, 1987, S. 101 note 43. Dieser Ansicht ist auch Becker, H., 1991, S. 1296.

⁶⁹⁴ Das Ziel von Doppelbesteuerungsabkommen besteht nicht in der Gewährung von unangemessenen Steuervorteilen. Vgl. Komm. zum OECD-MA, Art. 1 Tz. 7 f.; Merthan, R., 1992, S. 932; Piltz, D. J., 1987, S. 4.

gestützt werden.⁶⁹⁵ Der Anwendung nationaler Rechtsvorschriften bei der Beurteilung abkommensrechtlicher Missbrauchstatbestände folgt auch die bereits erwähnte Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes.⁶⁹⁶

Zusammengefasst ist somit grundsätzlich jeder Bürger in der Gestaltung seiner Rechts- und Wirtschaftsbeziehungen innerhalb des gesetzlichen Rahmens frei.⁶⁹⁷ Beschränkt wird dieser Grundsatz durch verschiedene nationale Ansätze zur Missbrauchsvermeidung, die insbesondere in den Fällen der (missbräuchlichen) Beteiligung von inländischen Anteilseignern an ausländischen (Holding-) Gesellschaften greifen können.⁶⁹⁸ Ziel dieser nationalen Missbrauchsnormen ist die Durchbrechung der grundsätzlichen Abschirmwirkung der Auslandsgesellschaft mit der Folge, dass ausländische Erträge der deutschen Besteuerung unterworfen werden.⁶⁹⁹

4113. Nationale Gestaltungsgrenzen

41131. Unbeschränkte Steuerpflicht bei Ort der Geschäftsleitung im Inland

Das deutsche Körperschaftsteuerrecht knüpft in § 1 Abs. 1 KStG die unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht an den Sitz oder den Ort der Geschäftsleitung.⁷⁰⁰ Nicht selten entfalten sog. Basisgesellschaften⁷⁰¹ im Sitzstaat⁷⁰² keinen

⁶⁹⁵ Vgl. Ochsner, A., 1995, S. 632; Merthan, R., 1992, S. 932 und Piltz, D. J., 1987, S. 6. Vogel, K., 1985, S. 375 teilt die Auffassung, dass bei Fehlen von abkommensrechtlichen Missbrauchsbestimmungen auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz des Verbots der Steuerumgehung zurückgegriffen werden kann.

⁶⁹⁶ Aufgrund der fehlenden Aussage der DBA zum Missbrauch orientiert sich die Beurteilung nach nationalem Recht, so dass der BFH zur Anwendung des § 42 AO gelangt. Vgl. bereits BFH-Urt. v. 21.1.1976, S. 513 ff.

⁶⁹⁷ Vgl. Hoffmann, R., 1996, § 42 Tz. 2.

⁶⁹⁸ Im Gegensatz zu den zunächst im Folgenden dargestellten Missbrauchsregelungen ist § 42 AO nicht ausschließlich auf grenzüberschreitende Sachverhalte anwendbar.

⁶⁹⁹ Vgl. Bader, A., 1998, S. 60.

⁷⁰⁰ Eine kumulative Erfüllung beider Voraussetzungen ist nicht erforderlich. Beiden Anknüpfungspunkten kommt eine gleichrangige Bedeutung zu. Das Körperschaftsteuerrecht folgt damit wie das Einkommensteuerrecht dem international üblichen Wohnsitzprinzip. Vgl. Schaumburg, H., 1998, Tz. 6.2 und 6.8.

⁷⁰¹ Der Begriff der Basisgesellschaft ist weder gesetzlich noch in Rechtsprechung oder Literatur einheitlich definiert. Er kennzeichnet unter steuerlichen Gesichtspunkten diejenigen Auslandsgesellschaften, deren Zweck in der Abschirmung von Einkünften und Vermögen vor der inländischen Besteuerung im Rahmen der Einkunftsverlagerung in Niedrigsteuere länder besteht. Es handelt sich insofern um deutsch beherrschte ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz in Niedrigsteuer- oder sog. Steueroasenländern. Vgl. Schaumburg, H.,

eigenen Geschäftsbetrieb und fungieren als sog. Briefkasten- oder Domizilgesellschaften, deren Geschäfte in unterschiedlichem Umfang vom Inland aus geführt werden. Wenn der Ort der Geschäftsleitung einer ausländischen Holdingkapitalgesellschaft im Inland liegt, ist diese unabhängig ihres ausländischen Sitzes in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig im Sinne von § 1 KStG.⁷⁰³ Im Fall der Errichtung von Holdingkapitalgesellschaften in sog. Niedrigsteuerrändern liegt daher zunächst die Prüfung des Ortes der Geschäftsleitung nahe.⁷⁰⁴ Doppelbesteuerungsrecht steht einer deutschen Besteuerung dabei regelmäßig nicht entgegen, da gemäß Art. 4 Abs. 3 OECD-MA im Fall der Doppelansässigkeit ausschließlich der Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung ausschlaggebend ist.⁷⁰⁵

§ 10 AO definiert „Geschäftsleitung“ als den Mittelpunkt der geschäftlichen Oberleitung. Entscheidend für die Beurteilung ist damit der Ort, an dem der für die Geschäftsleitung maßgebende Wille gebildet wird.⁷⁰⁶ Die geschäftliche Oberleitung kann dann im Inland angenommen werden, wenn die maßgeblichen wirtschaftlichen und unternehmensstrategischen Entscheidungen im Inland getroffen werden.⁷⁰⁷ Für die Einordnung der ausländischen Holdinggesellschaft im Rahmen der Besteuerung ist ihre steuerrechtliche Subjektqualifikation von Bedeutung. Soweit nach ausländischem Recht gegründete Kapitalgesellschaften entsprechend dem sog. Rechtstypenvergleich⁷⁰⁸ körperschaftlich

1998, Tz. 10.30 ff. Zum Begriff der „Steuroase“ vgl. Morgenthaler, G., 2000, S. 290 m.w.N.

⁷⁰² Gemäß § 11 AO ist der Sitz einer Körperschaft der Ort, „der durch Gesetz, Gesellschaftsvertrag, Satzung, Stiftungsgeschäft oder dergleichen bestimmt ist“.

⁷⁰³ Eine zusätzliche Gewerbesteuerpflicht ist nur bei gleichzeitiger Existenz einer inländischen Geschäftsleitungs-Betriebsstätte möglich. Vgl. Bader, A., 1998, S. 61 f.

⁷⁰⁴ Da der Sitz einer Auslandsgesellschaft definitionsgemäß im Ausland belegen ist, kann eine deutsche unbeschränkte Steuerpflicht nur durch die Erfüllung der alternativen Bedingung des Ortes der Geschäftsleitung gemäß § 10 AO begründet werden.

⁷⁰⁵ Vgl. Bader, A., 1998, S. 61.

⁷⁰⁶ Vgl. Hadenfeldt, B., 2001, S. 27; Schaumburg, H., 1998, Tz. 6.4.

⁷⁰⁷ Dies kann beispielsweise bei ausschließlicher Geschäftsführung durch einen inländischen Gesellschafter der Fall sein. Vgl. Hadenfeldt, B., 2001, S. 27. Eine Betrachtung des jeweiligen Einzelfalles ist jedoch erforderlich.

⁷⁰⁸ Die steuerrechtliche Subjektqualifikation einer Auslandsgesellschaft folgt gemäß herrschender Meinung dem sog. Typenvergleich nach deutschen Steuerrechtskriterien. Vgl. Prokisch, R., 2003, Art. 1 Rz. 18, BFH-Urt. v. 17.7.1968, S. 696 sowie Fn. 287.

strukturiert sind,⁷⁰⁹ führt ein im Inland belegener Ort der Geschäftsleitung unabhängig von ihrer zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit⁷¹⁰ zur unbeschränkten Körperschaftsteuerpflicht im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 4 KStG oder § 3 Abs. 1 KStG.⁷¹¹ Führt der sog. Typenvergleich zu einer Vergleichbarkeit der Auslandsgesellschaft mit einer deutschen Personengesellschaft, erfolgt eine Besteuerung der Gesellschafter der ausländischen Holdinggesellschaft in Deutschland nach dem Mitunternehmerkonzept gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG.⁷¹²

Mit dem Problem der steuerlichen Ansässigkeit in Deutschland können besonders deutschbeherrschte ausländische Holdinggesellschaften konfrontiert werden, deren Zweck ausschließlich im Halten und Verwalten von Beteiligungen besteht. Fehlt es an einem eigenen Geschäftsbetrieb und werden die Geschäftsführungsaufgaben vom Inland aus geführt,⁷¹³ so muss der Ort der Geschäftsleitung als im Inland belegen angenommen werden.⁷¹⁴ Im Zuge der Errichtung von ausländischen Holdinggesellschaften sollte daher zur Aufrechterhaltung der Abschirmwirkung stets darauf geachtet werden, dass wesentliche Entschei-

⁷⁰⁹ Erforderlich ist eine Entsprechung der wesentlichen Strukturmerkmale einer Körperschaft i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG – unabhängig von einer zivilrechtlichen Qualifikation im ausländischen Sitzstaat. Vgl. Schaumburg, H., 1998, Tz. 6.15.

⁷¹⁰ Zur Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft nach der im deutschen internationalen Privatrecht vorherrschenden sog. Sitztheorie vgl. die Ausführungen in Kap. 3 Abschn. 321122.

⁷¹¹ Bei zivilrechtlicher Rechtsfähigkeit nach deutschem internationalen Privatrecht qualifiziert die ausländische Gesellschaft aufgrund ihrer Typenvergleichbarkeit als sonstige juristische Person des privaten Rechts im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 4 KStG. Vgl. Schaumburg, H., 1998, Tz. 6.13. § 3 Abs. 1 KStG kommt zur Anwendung, wenn die zivilrechtliche Rechtsfähigkeit nach deutschem internationalen Privatrecht zu versagen ist. Auch in diesem Fall ist auf den Vergleich mit den deutschen Rechtsformgebilden in § 1 Abs. 1 KStG abzustellen. Vgl. Schaumburg, H., 1998, Tz. 6.20. Beiden Vorschriften kommt insofern eine „Aufgangfunktion“ zu.

⁷¹² Dies gilt auch dann, wenn die Gesellschaft in ihrem Ursprungsland als Körperschaft qualifiziert oder eine Optionsmöglichkeit zur Körperschaftsbesteuerung nutzen kann. Vgl. Bader, A., 1998, S. 63 ff.

⁷¹³ Dies ist bspw. möglich durch im Inland ansässige Gesellschafter, sofern ihre Tätigkeit über die bloße Ausübung ihres gesellschaftsrechtlichen Einflusses hinausgeht, oder von diesen bestimmten im Inland ansässigen Personen. Vgl. Schaumburg, H., 1998, Tz. 6.5. Im Fall der Ansässigkeit der geschäftsführenden Personen im Ausland kann der Ort der Geschäftsleitung ebenfalls nur im Ausland angenommen werden.

⁷¹⁴ Vgl. Bader, A., 1998, S. 61. Die Verwaltungsfunktion einer Auslandsholding allein begründet dabei nicht eine Anwendung von § 10 AO. Vgl. Schaumburg, H., 1998, Tz. 6.5.

dungen nachweislich „vor Ort“ getroffen werden.⁷¹⁵ Anderenfalls besteht die „Gefahr“ einer unbeschränkten Körperschaftsteuerpflicht im Inland, in deren Folge das deutsche Körperschaftsteuergesetz uneingeschränkt Anwendung findet.⁷¹⁶

41132. Die sog. Durchgriffsbesteuerung (§ 42 AO)

Nach § 42 Abs. 1 Satz 1 AO wird steuerlichen Gestaltungen die Anerkennung versagt, wenn sie durch „Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts“ auf Steuerumgehung zielen.⁷¹⁷ § 42 AO stellt damit eine allgemeine Vorschrift zur Verhinderung der Steuerumgehung dar.⁷¹⁸ Die Ausgestaltung der Vorschrift versucht, den in der Praxis differenzierten missbräuchlichen Gestaltungen Rechnung zu tragen.⁷¹⁹ Die Verwendung von unbestimmten Gesetzesbegriffen unterscheidet § 42 AO von steuerrechtlichen Spezialregelungen. Letztere können eine Steuerumgehung nicht abschließend verhindern, da sie im Wesentlichen eine Reaktion auf die Entwicklung von Umgehungsmöglichkeiten darstellen.⁷²⁰ Die Anwendung des § 42 AO als Generalklausel erstreckt sich daher auf denjenigen Bereich, in dem die Auslegungsmöglichkeiten von Steuerrechtsnormen fehlen.⁷²¹

Die Möglichkeit der Gesetzesauslegung hat ihre Grenze im Wortsinn der Vorschriften, welcher im Fall der Steuerumgehung aber gerade nicht erfüllt wird.⁷²² Aufgrund des Fehlens von Auslegungsmöglichkeiten bei der Beurteilung von Steuerumgehungsstrategien wird nach herrschender Meinung dem

⁷¹⁵ Dies lässt sich beispielsweise durch die Einrichtung eines eigenen Geschäftsbetriebs, durch die Existenz von Büroräumen und geschäftsführendem Personal erreichen.

⁷¹⁶ Aufgrund der fehlenden Qualifikationsverkettung werden inländische und ausländische Kapitalgesellschaften bei Erfüllen der genannten Voraussetzungen für Zwecke des KStG in gleicher Weise behandelt, so dass auch für diese Gesellschaften die übrigen Vorschriften des KStG, bspw. §§ 8a, 8b KStG, zur Anwendung kommen. Vgl. Schaumburg, H., 1998, Tz. 6.23 f.

⁷¹⁷ Vgl. Crezelius, G., 1995, S. 313 f. Kruse, H. W., 1999, § 42 Tz. 4 versteht unter Steuerumgehung die „durch den Mißbrauch qualifizierte Steuervermeidung“.

⁷¹⁸ So Hoffmann, R., 1996, § 42 Tz. 2; Klein, M., 1993, S. 1.

⁷¹⁹ Vgl. Klein, M., 1994, S. 9 f.

⁷²⁰ Vgl. Kruse, H. W., 1999, § 42 Tz. 11.

⁷²¹ Vgl. BFH-Urt. v. 6.10.1976, S. 253 ff.; BFH-Urt. v. 20.11.1982, S. 429; Hoffmann, R., 1996; § 42 Tz. 3 und Kruse, H. W., 1999, § 42 Tz. 8 ff.

⁷²² Vgl. Kruse, H. W., 1999, § 42 Tz. 8.

§ 42 AO „Unentbehrlichkeit“ zugestanden.⁷²³ Die Vorschrift schließt demnach die Lücke „zwischen gewolltem Inhalt und unvollständigem Wortlaut des Gesetzes“⁷²⁴.

Das Phänomen der Steuerumgehung setzt einen Umgehungstatbestand voraus. § 42 Abs. 1 Satz 1 AO besagt, dass „das Steuergesetz“ nicht umgangen werden kann.⁷²⁵ Nach herrschender Meinung sind unter Steuergesetzen i.S.d. Vorschrift alle „Rechtsnormen .. mit steuerlichem Regelungsinhalt“⁷²⁶ zu verstehen. Die Steuerumgehung kann dabei auf zwei unterschiedlichen Arten erfolgen.⁷²⁷ Zum einen besteht Steuerumgehung regelmäßig in der *missbräuchlichen Tatbestandsvermeidung*, d.h. der Vermeidung des Tatbestandes, an den das Gesetz die Steuerpflicht knüpft.⁷²⁸ Davon zu unterscheiden ist zum anderen die *missbräuchliche Tatbestandserschleichung* i.S.d. Erfüllung des Tatbestandes einer Steuerbefreiungsvorschrift.⁷²⁹

Dem „Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts“ wird die Anerkennung gemäß § 42 Abs. 1 Satz 1 AO versagt.⁷³⁰ Ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten ist nach überwiegender Auffassung bei Erfüllung von drei Tatbestandsvoraussetzungen anzunehmen.⁷³¹ Demnach wird eine Gestaltung

⁷²³ So Hoffmann, R., 1996, § 42 Tz. 3. Eine Mindermeinung hält dagegen § 42 AO für überflüssig, da die Ableitung des Gesetzeszwecks durch Auslegung uneingeschränkt möglich sei. Somit wäre die Steuerumgehung allein durch Gesetzesauslegung verhinderbar. Vgl. Kruse, H. W., 1999, S. 42 Tz. 8 m.w.N.

⁷²⁴ Hoffmann, R., 1996, § 42 Tz.3. Aus der Intention der Vorschrift folgt gleichzeitig der Vorrang einer möglichen Gesetzesauslegung vor der Anwendung des § 42 AO.

⁷²⁵ Der Wortlaut der Vorschrift ist demnach nicht eindeutig. Vgl. dazu kritisch Rose, G./Glorius-Rose, C., 1998, S. 11.

⁷²⁶ Hoffmann, R., 1996, § 42 Tz. 5.

⁷²⁷ Vgl. Hoffmann, R., 1996, § 42 Tz. 5 und Kruse, H. W., 1999, § 42 Tz. 3 ff.

⁷²⁸ Vgl. BFH-Urt. v. 14.5.1986, S. 620 ff. und BFH-Urt. v. 19.5.1988, S. 916 ff. Hier sind die Fälle des § 38 AO angesprochen.

⁷²⁹ Vgl. BFH-Urt. v. 28.4.1987, S. 814 ff.; BFH-Urt. v. 28.11.1990, S. 327 ff. und BFH-Urt. v. 20.12.1991, S. 695 ff.

⁷³⁰ Die herrschende Meinung versteht unter dieser Formulierung wirksam vorgenommene Willenserklärungen, geschäftsähnliche Handlungen und Realakte im Sinne von Gestaltungsmöglichkeiten des Zivil- und öffentlichen Rechts einschließlich des Steuerrechts. § 42 AO findet keine Anwendung auf sog. Scheingeschäfte. Vgl. Hoffmann, R., 1996, § 42 Tz.6 und Kruse, H. W., 1999, § 42 Tz. 12.

⁷³¹ So BFH-Urt. v. 3.12.1991, S. 397 ff.; BFH-Urt. v. 16.1.1992, S. 541 ff.; BFH-Urt. v. 20.12.1991, S. 695 ff.; BFH-Urt. v. 13.10.1992, S. 477; BFH-Urt. v. 25.1.1994, S. 738. Vgl. dazu auch Hoffmann, R., 1996, § 42 Tz. 6.

als missbräuchlich qualifiziert, wenn sie (1) im Hinblick auf das wirtschaftlich erstrebte Ziel unangemessen ist,⁷³² (2) der Erzielung einer Steuerminderung dient, und darüber hinaus (3) wirtschaftliche oder sonst beachtliche nichtsteuerliche Gründe für die gewählte Gestaltung fehlen. Zu beachten ist, dass die Anwendung von § 42 AO keine Angemessenheitsprüfung voraussetzt, die sich an nichtsteuerlichen Wertmaßstäben orientiert.⁷³³

Die Tatbestandsvoraussetzung der Unangemessenheit der Gestaltung eröffnet einen „irrationalen Raum“⁷³⁴ hinsichtlich der Anwendung der Vorschrift. In der Literatur und Rechtsprechung wird oftmals fälschlicherweise „unangemessen“ mit „ungewöhnlich“ gleichgesetzt.⁷³⁵ Aus der Ungewöhnlichkeit einer Gestaltung kann aber nicht gleichzeitig ihre Unangemessenheit gefolgert werden.⁷³⁶ Die Beurteilung der Anwendbarkeit des § 42 AO setzt daher stets eine subjektive Bewertung der Angemessenheit der zugrundeliegenden Gestaltung voraus.⁷³⁷

Die Anwendung der Vorschrift erfordert die Erbringung eines eindeutigen Nachweises der Steuerumgehung durch die Finanzverwaltung.⁷³⁸ Jedoch können auch häufig auftretende Gestaltungen Anlass zu der Vermutung einer Steu-

⁷³² Unangemessenheit wird angenommen, wenn verständigen Beteiligten die Gestaltung im Hinblick auf das erstrebte wirtschaftliche Ziel als ungeeignet oder unpassend erscheint. Vgl. BFH-Urt. v. 16.1.1992, S. 541 und BFH-Urt. v. 20.12.1991, S. 695.

⁷³³ Vgl. dazu BFH-Urt. v. 10.12.1992, S. 700 ff. und BFH-Urt. v. 19.5.1993, S. 889 ff. Die Missbräuchlichkeit einer Gestaltung wird aus dem Ziel „Steuerumgehung“ abgeleitet. Dabei wird die Wahl einer wirtschaftlich unpassenden Gestaltung allgemein als „Indiz“ für einen Gestaltungsmissbrauch angesehen, während die einer Gestaltung zugrunde liegenden wirtschaftlichen Motive die Ablehnung der Steuerumgehung begünstigen. Vgl. Hoffmann, R., 1996, § 42 Tz. 6.

⁷³⁴ Piltz, D. J., 1987, S. 7.

⁷³⁵ Vgl. BFH-Urt. v. 20.11.1980, S. 223 ff.; BFH-Urt. v. 10.11.1983, S. 605 ff.; BFH-Urt. v. 16.01.1996, S. 214 ff. und Gassner, W., 1995, S. 80.

⁷³⁶ So können bspw. veränderte wirtschaftliche Gegebenheiten die Entwicklung von neuen – und damit „ungewöhnlichen“ – Gestaltungen erfordern oder zumindest begünstigen. Zum Verhältnis beider Begriffe vgl. Kruse, H. W., 1999, § 42 Tz. 37 ff. und Piltz, D. J., 1987, S. 7.

⁷³⁷ In der Literatur besteht die überwiegende Annahme, dass regelmäßig der „einfachste rechtliche Weg zu dem, was wirtschaftlich gewollt ist“, einer angemessenen Gestaltung entspricht. Insofern indizieren umständliche, gekünstelte, undurchsichtige oder unpraktikable Gestaltungen die „Unangemessenheit“ einer Gestaltung. Zur Annahme der Unangemessenheit vgl. Kruse, H. W., 1999, § 42 Tz. 34.

⁷³⁸ So bereits BFH-Urt. v. 2.3.1966, S. 509 ff. und BFH-Urt. v. 5.2.1992, S. 532 ff.

erumgehung geben. In diesen Fällen kehrt sich die Beweislast im Sinne einer Entkräftung der Vermutung um und fällt dem Steuerpflichtigen zu.⁷³⁹

Die Voraussetzung der Steuerumgehungsabsicht wird in Literatur und Rechtsprechung kontrovers diskutiert. Teilweise wird die Missbrauchsabsicht explizit als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschrift genannt.⁷⁴⁰ Die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzung der Steuerumgehung setzt dann die Absicht der Erzielung eines steuerlichen Vorteils im Sinne einer Steuerminde- rung voraus.⁷⁴¹ Überwiegend wird ein „vorsätzliches“ Verhalten jedoch nicht als Erfordernis für die Anwendbarkeit des § 42 AO angesehen.⁷⁴² Wenn der Steuerpflichtige aber keine wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Gründe für die gewählte steuerliche Gestaltung nennen kann, bewirkt dieser Mangel gleichzeitig die Annahme einer Umgehungsabsicht.⁷⁴³ Die Voraussetzung der Umgehungsabsicht kann daher nicht als maßgeblich für die Beurteilung der Anwendbarkeit der Vorschrift bezeichnet werden.⁷⁴⁴

In der Rechtsfolge der Vorschrift entsteht der Steueranspruch gemäß §42 Abs. 1 Satz 2 AO so, wie er bei Wahl einer den „wirtschaftlichen Vorgängen ange-

⁷³⁹ Hoffmann, R., 1996, § 42 Tz. 7 m.w.N. nennt an dieser Stelle die „Zwischenschaltung von sog. Basisgesellschaften im niedrig besteuerten Ausland“.

⁷⁴⁰ Vgl. Kruse, H. W., 1999, § 42 Tz. 44 m.w.N. Missbrauch wird dabei als „zweckgerichtete (finale) Handlung zum Zwecke der Umgehung des Steuergesetzes“ verstanden, BFH-Urt. v. 5.2.1992, S. 532 ff. Gassner, W., 1995, S. 80 bezeichnet die Steuerumgehungsabsicht als „subjektives Element“ der Voraussetzungen der Vorschrift.

⁷⁴¹ Vgl. BFH-Urt. v. 12.7.1989, S. 113 ff. Demnach ist die Anwendung von § 42 AO unzulässig, wenn die „angemessene“ Gestaltung zu einer niedrigeren Steuerbelastung geführt hätte. Vgl. dazu auch Hoffmann, R., 1996, § 42 Tz. 5. Eine Steuerumgehung wird auch bei einer unangemessenen Gestaltung dritter Personen auf Veranlassung des Steuerpflichtigen angenommen, wenn der erforderliche steuerliche Vorteil beim Steuerpflichtigen eintritt.

⁷⁴² Hoffmann, R., 1996, § 42 Tz. 7 begründet die Ablehnung der Steuerumgehungsabsicht u.a. mit dem Erfordernis der Rechtssicherheit. Die Beurteilung einer möglichen Steuerumgehung richtet sich demnach nach objektiven Kriterien. Nach Weber-Grellet, H., 1993, S. 211 enthält § 42 AO „kein moralisches Unwerturteil“, so dass es auf ein subjektives Fehlverhalten oder ein Verdikt nicht ankommt. Vgl. BFH-Urt. v. 10.9.1992, S. 253 ff. Demnach stehen subjektive Umstände wie bspw. Gutgläubigkeit, Rechtsunkenntnis, Unerfahrenheit und Ungeschicklichkeit der Anwendung der Vorschrift nicht entgegen.

⁷⁴³ Die Umgehungsabsicht lässt sich demnach bereits aufgrund der Erfüllung von objektiven Kriterien ableiten. I.d.S. stellt auch der BFH mit Urt. v. 5.3.1986, S. 496 ff. fest, dass auf das subjektive Merkmal der Steuerumgehungsabsicht von objektiv feststellbaren Tatbestandsmerkmalen zurückgeschlossen werden kann.

⁷⁴⁴ Vgl. Kruse, H. W., 1999, § 42 Tz. 45.

messenen“ Gestaltung entstanden wäre.⁷⁴⁵ Für die Fälle der missbräuchlichen Zwischenschaltung von ausländischen Gesellschaften folgt aus der Anwendung der Vorschrift eine Steuererhebung, die derjenigen bei direktem Bezug der Einkünfte ohne zwischengeschaltete Gesellschaft entspricht. Wenn eine Gestaltung sowohl teilweise wirtschaftlich angemessen als auch gleichzeitig teilweise unangemessen ist, richtet sich die Anwendung der Vorschrift „nach dem Grad des Sachzusammenhangs und ggf. besteuertechnischen Kriterien“.⁷⁴⁶

Sowohl der Wortlaut des § 42 AO als auch seine Teleologie enthalten keine Differenzierung zwischen unbeschränkter und beschränkter Steuerpflicht.⁷⁴⁷ Der Grundsatz der Gleichbehandlung macht daher eine identische Beurteilung der Anwendbarkeit der Vorschrift unabhängig vom Umfang der Steuerpflicht erforderlich.⁷⁴⁸ Da auch beschränkt Steuerpflichtige grundsätzlich Möglichkeiten der Steuerumgehung nutzen können, leitet mittlerweile die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung die Anwendbarkeit des § 42 AO auf Auslandssachverhalte ab.⁷⁴⁹

Mit dem Steueränderungsgesetz 2001 wurde § 42 AO neu gefasst und um einen Absatz 2 ergänzt. Dieser bestimmt die Anwendbarkeit des Abs. 1 auch für

⁷⁴⁵ Kruse, H. W., 1999, § 42 Tz. 11 bezeichnet dieses Vorgehen als „Fiktion eines den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen Sachverhaltes“. Im Original z.T. hervorgehoben. Ders., 1998, § 42 Tz. 2 weist zutreffend darauf hin, dass § 42 AO fälschlicherweise von einer „Entstehung“ einer Steuerpflicht spricht. Die Entstehung einer Steuerpflicht setzt eine Tatbestandsverwirklichung voraus, welche im Fall des § 42 AO gerade nicht gegeben ist. Insofern hält er die Formulierung der Vorgängernorm § 6 Abs. 2 StAnpG, die Steuern voraussetzt, die „zu erheben wären“, für richtig. Rose, G./Glorius-Rose, C., 1998, S. 11 sprechen von der „Herleitung“ von Steueransprüchen durch § 42 Satz 2 AO.

⁷⁴⁶ Hoffmann, R., 1996, § 42 Tz. 9.

⁷⁴⁷ Vgl. BFH-Urt. v. 29.10.1997, S. 235 ff.; Fügen, R./Rieger, N., 1998, S. 355; Kruse, H. W., 1999, § 42 Tz. 98 ff.; Piltz, D. J., 1987, S. 6; Selling, H.-J., 1991, S. 236 und Wassermeyer, F., 1985, S. 71.

⁷⁴⁸ Die Anwendung des § 42 AO erstreckt sich somit dem Grunde nach auch auf beschränkt Steuerpflichtige. Vgl. BFH-Urt. v. 29.10.1997, S. 235 ff.; Merthan, R., 1992, S. 930 und Wassermeyer, F., 1985, S. 71. A.A. bspw. Becker, H., 1985, S. 190, der bei beschränkter Steuerpflicht höhere Voraussetzungen an einen Missbrauch stellt als bei unbeschränkter Steuerpflicht und daraus eine eingeschränkte Anwendbarkeit des § 42 AO auf Gestaltungen von Steuerausländern ableitet. Crezelius, G., 1984, S. 533 f. schließt die Anwendung des § 42 AO aufgrund des fehlenden Inlandsbezugs bei der Zwischenschaltung von ausländischen Kapitalgesellschaften grundsätzlich aus.

⁷⁴⁹ Vgl. Piltz, D. J., 1987, S. 6; Merthan, R., 1992, S. 930 sowie BFH-Urt. v. 21.12.1994, S. 571. A.A. bspw. Zöchling, H., 1991, S. 270.

die Fälle, in denen „seine Anwendbarkeit gesetzlich nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist“. Die Ergänzung der Vorschrift zielt explizit auf die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Durchgriffsbesteuerung, so dass diese *neben* spezielle Missbrauchsverhinderungsvorschriften tritt.⁷⁵⁰ Diese Rechtsfolge widerspricht der anerkannten Auffassung, dass spezielle Missbrauchsvorschriften eine Abschirmwirkung gegenüber der Anwendung des § 42 AO entfalten (*lex specialis derogat legi generali*).⁷⁵¹ Sie gelangen nämlich nur dann zur Anwendung, wenn § 42 Abs. 1 AO dem Grunde nach nicht greift,⁷⁵² so dass im Ergebnis § 42 Abs. 2 AO leer laufen muss.⁷⁵³ So ist beispielsweise § 42 AO als nationale Zurechnungsvorschrift im Rahmen von Doppelbesteuerungsabkommen anwendbar, da letztere die Zurechnung von Einkünften grundsätzlich nicht regeln.⁷⁵⁴ Soweit allerdings Doppelbesteuerungsabkommen spezielle Missbrauchsklauseln enthalten, gehen diese der Anwendung von § 42 AO vor.⁷⁵⁵

41133. Die sog. „Anti treaty shopping“-Vorschrift (§ 50d Abs. 3 EStG)

Neben den allgemeinen deutschen Normen zur Erfassung eines Missbrauchs, namentlich § 42 AO und die Anknüpfung der unbeschränkten Körperschaftsteuerpflicht an den Ort der inländischen Geschäftsleitung, enthält das deutsche

⁷⁵⁰ Vgl. Gesetzesbegründung zum StÄndG 2001 in BT-Drs. 14/6877, S. 52. Crezelius, G., 2001, S. 2215 stellt zutreffend fest, dass fiskalisch motiviert „offenbar keine Rechtsfolgelücke, vielmehr eine Besteuerungslücke“ geschlossen werden sollte.

⁷⁵¹ Vgl. BFH-Urt. v. 20.3.2002, S. 1351 sowie BFH-Urt. v. 19.1.2000, S. 223; zum Verhältnis des § 42 AO zu § 50c EStG a.F.; BFH-Urt. v. 17.5.2000, S. 620; BFH-Urt. v. 10.6.1992, S. 1031 (abgeleitet aus der logischen Vorrangigkeit des § 42 AO vor §§ 7 ff. AStG; Missbrauch i.S.d. § 42 AO ist am Gesetzeszweck der §§ 7 ff. AStG zu messen).

⁷⁵² Bspw. zur Nachrangigkeit der Hinzurechnungsbesteuerung gegenüber § 42 AO vgl. Morgenthaler, G., 2000, S. 291.

⁷⁵³ So auch BFH-Urt. v. 20.3.2000, S. 1351.

⁷⁵⁴ Vgl. BFH-Urt. v. 29.10.1997, S. 235 ff.; Füger, R./Rieger, N., 1998, S. 355; Hoffmann, R., 1996, § 42 Tz. 3; Luttermann, C., 1993, S. 155 m.w.N. aus der Rechtsprechung des BFH; Kruse, H. W., 1999, § 42 Tz. 101 f. und Piltz, D. J., 1987, S. 6.

⁷⁵⁵ Die Anwendung der speziellen Missbrauchsvorschriften der DBA führt regelmäßig zu einer Versagung der angestrebten Steuerminderung, so dass die Voraussetzungen für die Anwendung des § 42 AO nicht mehr gegeben sind. So bereits Hoffmann, R., 1996, § 42 Tz. 3; Kruse, H. W., 1999, § 42 Tz. 102; Merthan, R., 1992, S. 632 und Füger, R./Rieger, N., 1998, S. 355, die aufgrund des geschlossenen Regelungskreises der DBA einen Rückgriff auf § 42 AO nur für den Fall einer nicht abschließenden Missbrauchsnorm sehen. A.A. Piltz, D. J., 1987, S. 8 f., der auf die sog. Auffangfunktion der Vorschrift abstellt. Demnach bleibt die Anwendbarkeit der Vorschrift insoweit erhalten, als spezielle Missbrauchsklauseln den gegebenen Umgehungstatbestand gerade nicht erfassen. A.A. Bosch, H.-G., 1998, S. 396, der den Auffangcharakter der Vorschrift zugunsten eines Ausnahmecharakters verneint.

Steuerrecht spezielle Missbrauchsvorschriften, deren Anwendungsbereich auf einen konkreten Tatbestand zugeschnitten ist. Mit der Einführung des § 50d Abs. 1a EStG, dem jetzigen § 50d Abs. 3 EStG, durch das sog. Mißbrauchsbe- kämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz vom 21.12.1993 mit Wirkung zum 1.1.1994 reagierte der Gesetzgeber beispielsweise auf die Nichtanwendung des § 42 AO durch die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs auf unerwünschte Gestaltungen der Zwischenschaltung von ausländischen Kapitalgesellschaften durch Steuerausländer.⁷⁵⁶

Da Gegenstand grenzüberschreitender Steuerplanung vor allem die zahlreichen Doppelbesteuerungsabkommen sind, werden in der Praxis gerne Gestaltungen gewählt, welche durch Zwischenschaltung natürlicher oder juristischer Perso- nen Abkommensvergünstigungen schaffen, deren Vorteile bei unmittelbarer Geschäftsbeziehung nicht gewährt werden (*treaty shopping*).⁷⁵⁷ In wörtlicher Übersetzung bezeichnet *treaty shopping* das „Sich-Einkaufen in die Schutzwir- kung eines DBA“.⁷⁵⁸ Die Grundstruktur stellen sog. Dreiecksgestaltungen dar:⁷⁵⁹ Zwei in unterschiedlichen Ländern ansässige Gesellschaften respektive

⁷⁵⁶ Vgl. Köhler, St., 1997, Tz. 35; Lüdicke, J., 1995, S. 103 und Thömmes, O./Kiblböck, I., 1994, S. 117: „With the introduction of Section 50d EStG this loophole for non-residents should finally be removed“.

⁷⁵⁷ Vgl. Piltz, D. J., 1987, S. 2; Ochsner, A., 1995, S. 630; Jacobs, O. H., 2002, S. 436 und Prokisch, R., 2003, Art. 1, Tz. 100 sowie die Ausführungen in Kap. 2 Abschn. 22322. Überwiegend wird die Bezeichnung ausschließlich auf sog. Inbound-Investitionen ange- wendet. Eine Beschränkung des Begriffs auf Inbound-Investitionen erfolgt bspw. bei Kraft, G., 1991; Henkel, U. W., 1998, Tz. F 274; Jacobs, O. H., 2002, S. 436 und Piltz, D. J., 1987, S. 3. Die grenzüberschreitende Steuerplanung inländischer Investoren im Ausland wird dann meist unter dem Stichwort „Basisgesellschaft“ behandelt, vgl. die vorgenannten Autoren sowie Bosch, H.-G., 1998, S. 392 ff.; Brosig, M., 1993, S. 62 ff. und Selling, H.- J., 1988, S. 930 ff. Der Begriff selbst rechtfertigt die Beschränkung auf nur eine Richtung der Investitionstätigkeit nicht. So wohl Bader, A., 1998, S. 130 ff. und Ochsner, A., 1995, S. 630 f., die auch Gestaltungen von Steuerinländern über in- oder ausländische Zwi- schenpersonen unter dem Begriff des *treaty shopping* subsumieren. Legalität und wirt- schaftliche Rechtfertigung des *treaty shopping* sind in der Literatur sehr umstritten. Zur in- ternationalen Bedeutung und Diskussion des Themas vgl. Avery Jones, J. F., 1989, S. 331 f.; Boidman, N., 1989, S. 369 ff.; Ellis, M. J., 1989, S. 344 ff.; Kawada, G., 1989, S. 361 ff.; Le Gall, J.-P., 1989, S. 364 ff.; Loukota, H., 1990a, S. 347 ff.; Lüthi, D., 1989, S. 336 ff.

⁷⁵⁸ Vgl. Becker, H., 1991, S. 1295; Becker, H./Wurm, F. J., 1988, S. 1; Ochsner, A., 1995, S. 630.

⁷⁵⁹ Ochsner, A., 1995, S. 630 spricht von „Länder-Dreiecks-Konstellationen“. Es sind aber auch Gestaltungen unter Beteiligung von weniger oder mehr als drei Ländern denkbar, vgl. Becker, H., 1985, S. 172 f.

natürliche Personen erreichen die gewünschte Abkommensvergünstigung erst über die Zwischenschaltung einer – meist juristischen – Person⁷⁶⁰ in einem Drittstaat.⁷⁶¹ Dabei kommt entweder die Erlangung der grundsätzlichen Abkommensberechtigung oder aber die Inanspruchnahme eines fremden vorteilhafteren Doppelbesteuerungsabkommens in Betracht.⁷⁶²

Allerdings ist die anfänglich vom Gesetzgeber angenommene Notwendigkeit der Schließung des Gestaltungsspielraums durch die Einfügung des § 50d Abs. 1a EStG nach Änderung der Rechtsprechung nicht mehr im ursprünglichen Rahmen gegeben.⁷⁶³

412. Die Hinzurechnungsbesteuerung als System zur Erfassung ungerechtfertigter Steuervorteile

4121. Wesen und Zielsetzung

Im Fall einer im Ausland ansässigen Kapitalgesellschaft bewirkt das international übliche Trennungsprinzip die strikte Isolierung der Vermögens- und Ertragsphäre der ausländischen Gesellschaft von derjenigen ihrer inländischen Anteilseigner. Bei Thesaurierung der im Ausland angefallenen Erträge ist dem deutschen Fiskus – auch bei enger wirtschaftlicher Verknüpfung der Erträge mit dem Inland – der Zugriff grundsätzlich versagt. Die ausländische Kapitalgesellschaft⁷⁶⁴ entfaltet darum eine steuerliche Abschirmwirkung.

⁷⁶⁰ Auch als Drehscheiben- oder Trittsteingesellschaft bezeichnet. Vgl. Morgenthaler, G., 2000, S. 291.

⁷⁶¹ Kennzeichnend ist, dass den beiden Ursprungsparteien die Abkommensvergünstigungen ohne Zwischenschaltung der dritten Person nicht zustehen würden. Vgl. Becker, H., 1985, S. 172 f. und Kraft, G., 1994, S. 371.

⁷⁶² Mössner, J. M., 1995, S. 88 f. unterscheidet einen weiten und einen engen treaty shopping-Begriff. Der weite Begriff umfasst neben der Inanspruchnahme von DBA durch an sich nicht abkommensberechtigte Personen (treaty shopping i.e.S.) die Inanspruchnahme durch grundsätzlich abkommensberechtigte Personen.

⁷⁶³ Aufgrund der nunmehr angenommenen Anwendbarkeit des § 42 AO sieht Höppner, H.-D., 1998, S. 657 keine Notwendigkeit mehr für die Anwendung des § 50d Abs. 1a EStG. Ähnlich auch Lüdicke, J., 1995, S. 105. Noch nicht vollständig geklärt ist das Verhältnis von § 50d Abs. 3 EStG zu § 42 AO. Vgl. Rödder, Th./Wochinger, P., 2002, S. 6.

⁷⁶⁴ Auch als Gewinnauffanggesellschaft bezeichnet. Vgl. Morgenthaler, G., 2000, S. 291. Ihre steuerliche Eigenständigkeit bleibt prinzipiell auch bei wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnissen wie bspw. im Rahmen von Mutter-Tochter-Verbindungen bestehen. Vgl. Schaumburg, H., 1998, Tz. 10.2.

Wenn nicht bereits die Missbrauchsklausel des § 42 AO greift, ist eine steuerliche Gestaltung grundsätzlich anzuerkennen und die eigenständige Steuersubjekteigenschaft einer im Ausland ansässigen Gesellschaft bleibt erhalten. Eine Durchbrechung des Trennungsprinzips erlaubt das deutsche Recht in diesem Zusammenhang nur, soweit eine Berücksichtigung der steuerlichen Eigenständigkeit aufgrund einer überaus hohen Bindungsintensität nicht mehr sachgerecht wäre.⁷⁶⁵

Gegen Gestaltungen zur Erlangung ungerechtfertigter Steuervorteile durch die Errichtung von deutschbeherrschten Auslandsgesellschaften in sog. Niedrigsteuerländern wendet sich die sog. Hinzurechnungsbesteuerung in den §§ 7-14 AStG.⁷⁶⁶ Der „ungerechtfertigte Steuervorteil“ besteht in einem zeitlichen Aufschub der inländischen Besteuerung bis zur Ausschüttung ausländischer Erträge und beinhaltet demzufolge regelmäßig keine absolute Steuerersparnis, sondern – sofern Steuersatzeffekte durch im Zeitablauf gesenkte Körperschaftsteuersätze vernachlässigt werden – „nur“ Zins- und Liquiditätseffekte.⁷⁶⁷ Bei Erzielung von passiven Einkünften i.S.d. § 8 Abs. 1 AStG, die einer niedrigen ausländischen Besteuerung i.S.d. § 8 Abs. 3 AStG unterliegen, begründet § 7 Abs. 1 AStG eine „Steuerpflicht“ der inländischen Anteilseigner für ihre anteiligen Auslandserträge, so dass die Abschirmung ausländischer Erträge vor dem inländischen Steuerzugriff misslingt.⁷⁶⁸ Unter den Voraussetzungen der Hinzurechnungsbesteuerung in §§ 7 ff. AStG wird ein fiktiver Zufluss der ausländi-

⁷⁶⁵ Vgl. Schaumburg, H., 1998, Tz. 10.3. Das deutsche Steuerrecht kennt in diesem Zusammenhang bspw. das Institut der Organschaft, geregelt in §§ 14 ff. KStG, zur steuerlichen Erfassung der wirtschaftlichen Einheit „Konzernunternehmung“. Siehe dazu Kap 3 Abschn. 3.

⁷⁶⁶ Zum Hintergrund und zur geschichtlichen Entwicklung der Hinzurechnungsbesteuerung vgl. Hadenfeldt, B., 2001, S. 36 ff.; Morgenthaler, G., 2000, S. 291; Schaumburg, H., 1998, Tz. 10.8; Wassermeyer, F., 2000bX, S. 513. Die Frage der Vereinbarkeit der Hinzurechnungsbesteuerung mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht kann an dieser Stelle nicht beantwortet werden. Vgl. hierzu ausführlich Baumgärtel, M., 2002, S. 86 ff.; Rättig, H./Protzen, P. D. G., 2003, S. 503 ff.; Schön, W., 2001b, S. 940 ff.; Wassermeyer, F., 2001, S. 114 ff. sowie Kämper, A., 2001, S. 669 m.w.N. und S. 672 mit Ableitung aus dem sog. Kompensationsverbot der EuGH-Rechtsprechung.

⁷⁶⁷ Vgl. Morgenthaler, G., 2000, S. 291; Schaumburg, H., 1998, Tz. 10.3 ff.

⁷⁶⁸ Die Hinzurechnungsbesteuerung steht in einem subsidiären Verhältnis zur originären Steuerpflicht der Auslandsgesellschaft. Vgl. Klein, M., 2001, S. 617. Sie stellt eine technische Umsetzung zur Erzielung der Kapitalexporthneutralität dar. Vgl. Schön, W., 2001b, S. 945.

schen Erträge zeitlich vor der tatsächlichen Ausschüttung unterstellt und der Bemessungsgrundlage der inländischen Anteilseigner hinzugerechnet.⁷⁶⁹ Im Ergebnis wird damit das Trennungsprinzip zwar nicht durchbrochen, aber in Folge der zeitlichen Vorwegnahme der Besteuerung mindestens umgangen.⁷⁷⁰ Die Ausschüttungsfiktion⁷⁷¹ bewirkt in diesem Zusammenhang neben der Verhinderung von Gestaltungsmissbrauch vor allem auch die Herstellung einer ausreichenden steuerlichen Vorbelastung ausländischer Einkünfte, die aus dem Paradigmenwechsel im Rahmen der Körperschaftbesteuerung resultiert.⁷⁷² Für sog. Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter gilt eine verschärfte oder erweiterte Form der Hinzurechnungsbesteuerung.⁷⁷³

Das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz 2001 beinhaltet eine grundlegende Überarbeitung der Hinzurechnungsbesteuerung des Außensteuergesetzes.⁷⁷⁴ Unter anderem erfolgte eine Klarstellung des Rangfolgeverhältnisses in § 7 Abs. 7 AStG, nach dem die Anwendung des Auslandsinvestmentgesetzes (AuslInvestmG) dem Einsatz der Hinzurechnungsbesteuerung vorgeht.⁷⁷⁵ Die Änderungen in Folge des Steuersenkungsgesetzes 2000 kommen aufgrund der

⁷⁶⁹ Die Ausschüttungsfiktion gelangt im frühestmöglichen Ausschüttungszeitpunkt zur Anwendung. Die fiktiven Dividendenenerträge unterliegen daher beim inländischen Anteilseigner der Einkommen-, Körperschaft- und/oder Gewerbesteuer. Vgl. Schaumburg, H., 1998, Tz. 10.3.

⁷⁷⁰ Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 512 f.

⁷⁷¹ Der Begriff der „Ausschüttungsfiktion“ verkennt zwar den nunmehr endgültigen Charakter der Hinzurechnungsbesteuerung; er findet im Folgenden aber Verwendung trotz seiner inhaltlichen Unzulänglichkeit zur Wiedergabe der technischen Vorgehensweise des Systems. Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 538; Klein, M., 2001, S. 618; Rättig, H./Protzen, P. D., 2001b, S. 603 f.; dies., 2002b, S. 241 („Hinzurechnungsbetrag ... in seiner technischen Ausgestaltung als Dividende“). Aufgrund der mangelnden Genauigkeit lehnen wohl auch Kessler, W./Dorfmueller, P./Schmitt, C. P., 2001, S. 328 f. die Bezeichnung für das geltende Hinzurechnungssystem ab, das „weder der ursprünglichen Ausschüttungsfiktion noch der dem StSenkG 2000 zu Grunde liegenden Vorbelastungsphilosophie“ folge. Ebenso Lieber, B., 2002, S. 139.

⁷⁷² Die Beteiligungsertragsbefreiungen gemäß § 8b KStG, § 3 Nr. 40 EStG unterstellen eine definitive steuerliche Vorbelastung. Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 538. Die Herstellung einer Vorbelastung war erstmals alleinige Zielsetzung im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung i.d.F. des StSenkG 2000. Die Mängel dieses veränderten Systems führten jedoch zu einer rückwirkenden Überarbeitung.

⁷⁷³ Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 517 f.

⁷⁷⁴ Gemäß Selling, H.-J., 2000, S. 231 ist das AStG „nach 30 Jahren des Dahinsiechens von schwerer Arteriosklerose befallen“. Kritisch gegenüber der Überarbeitung mit dem StSenkG 2000 vgl. Kneip, Ch./Rieke, I., 2001, S. 665.

⁷⁷⁵ Vgl. Lieber, B., 2002, S. 149.

Rückwirkung⁷⁷⁶ der Neuregelungen nicht zur Anwendung.⁷⁷⁷ Weitere Modifikationen im Rahmen des Steuervergünstigungsabbaugesetzes 2003 wirken in der Regel für Veranlagungszeiträume ab 2003.⁷⁷⁸

4122. Das System nach dem Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz

41221. Die reguläre Hinzurechnungsbesteuerung

412211. Anwendungsvoraussetzungen

Die sog. allgemeine Hinzurechnungsbesteuerung erfasst gemäß § 7 Abs. 1 und 2 Satz 1 AStG unbeschränkt steuerpflichtige Gesellschafter, die allein oder zusammen mit erweitert beschränkt Steuerpflichtigen i.S.d. § 2 AStG an einer *ausländischen*, körperschaftlich strukturierten *Gesellschaft*⁷⁷⁹ zu „mehr als der Hälfte“ beteiligt sind respektive über Stimmrechte verfügen.⁷⁸⁰ In die Ermittlung der Mindestbeteiligung werden die Anteile oder Stimmrechte aller Gesellschafter einbezogen.⁷⁸¹ Maßgebend für die Prüfung der *Beherrschung durch*

⁷⁷⁶ Ausgenommen ist die Absenkung der Beteiligungsgrenze, welche erstmals auf nach dem 15.8.2001 (als dem Tag der Verkündung des UntStFG 2001) beginnenden Wirtschaftsjahre Anwendung findet.

⁷⁷⁷ Zum zeitlichen Anwendungsbereich vgl. Lieber, B., 2002, S. 139; Kneip, Ch./Rieke, I., 2001, S. 666; Maiterth, R., 2002, S. 490; Rätting, H./Protzen, P. D., 2002b, S. 241. Auf Erläuterungen zum System i.d.F. des StSenkG 2000 wird im Folgenden aufgrund des begrenzten Rahmens verzichtet. Siehe dazu Becker, J. D., 2000, S. 1653 ff.; Grotherr, S., 2000, S. 1675 ff.; Kessler, W./Teufel, T., 2000a, S. 545 ff.; dies., 2000b, S. 673 ff.; Klein, M., 2001, S. 616 ff.; drastisch Krüger, D., 2001, S. 99 ff.; Menk, Th., 2000, S. 1639 ff.; Rödder, Th., 2001b, S. 1106 ff.; Stockmann, F., 2001, S. 21 ff.

⁷⁷⁸ Zum zeitlichen Anwendungsbereich der Vorschriften des AStG i.d.F. des StVergAbG 2003 vgl. Rödder, Th./Schumacher, A., 2003, S. 817; Sieker, K., 2003, S. 79.

⁷⁷⁹ Maßgebend ist in diesem Zusammenhang der Typenvergleich, nach dem das Wirtschaftsgebilde mit Sitz *und* Geschäftsleitung im Ausland mit einem deutschen, körperschaftlichen Steuerrechtssubjekt, das bei Ansässigkeit im Inland steuerpflichtig wäre, vergleichbar sein muss. Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 513. Doppelt ansässige Gesellschaften werden nicht von der Hinzurechnungsbesteuerung erfasst; sie unterliegen im Inland der unbeschränkten Körperschaftsteuerpflicht.

⁷⁸⁰ Maßgebend für die Zuordnung der Anteile bzw. Stimmrechte ist das wirtschaftliche Eigentum, d.h. die tatsächliche Verfügungsmacht gem. §§ 39, 41 und 42 AO. Vgl. Baumgärtel, M., 2002, S. 91. Die Deutschbeherrschung kennzeichnet nicht den Anwendungsbereich der Hinzurechnungsbesteuerung, sondern stellt eines ihrer auslösenden Merkmale dar; die Missbrauchsvorschriften erstrecken sich bei Erfüllung der Voraussetzungen grundsätzlich auch auf die nicht mehrheitlich Beteiligten.

⁷⁸¹ In diesem Zusammenhang ist es nicht notwendig, dass sich die Gesellschafter nahe stehen i.S.d. § 1 Abs. 2 AStG. Zur Gleichberechtigung von Stimmrecht- und Kapitalanteilsmehrheit vgl. Maiterth, R., 2002, S. 492. Zur Erweiterung der Mitwirkungspflichten bei der Dokumentation konzerninterner grenzüberschreitender Leistungsbeziehungen gemäß §§ 97 Abs. 3, 162 Abs. 3 und 4 AO vgl. Schnitger, A., 2003, S. 75 f.

Steuerinländer ist gemäß § 7 Abs. 2 Satz 1 AStG die Beteiligungsquote am Ende des Wirtschaftsjahrs der ausländischen Gesellschaft, in dem diese die sog. Zwischeneinkünfte bezieht. Gemäß § 7 Abs. 2 Satz 2 AStG sind auch mittelbare Beteiligungen mittels Durchrechnung zu berücksichtigen. Dies gilt ebenso für Beteiligungen an Personengesellschaften gemäß § 7 Abs. 3 AStG, welche unmittelbaren Beteiligungen gleichgestellt werden. Beachtung für die Ermittlung der Mindestbeteiligung finden darüber hinaus Beteiligungen von weisungsgebundenen Personen gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 AStG.⁷⁸²

Die Hinzurechnungsbesteuerung erfasst die inländischen Gesellschafter mit denjenigen Einkünften, für welche die ausländische Gesellschaft Zwischengesellschaft ist (*passive Einkünfte*).⁷⁸³ Diese sog. Zwischeneinkünfte leiten sich aus der Negativaufzählung des § 8 Abs. 1 AStG ab. Der sog. Aktivitätskatalog benennt in Anlehnung an die Gliederung der Einkunftsarten gemäß § 2 EStG abschließend sog. aktive, d.h. begünstigungsfähige und damit die Hinzurechnungsbesteuerung ausschließende Betätigungen.⁷⁸⁴

Mit Einführung durch das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz 2001 erfüllen nunmehr auch Gewinnausschüttungen von Kapitalgesellschaften (Abs. 1 Nr. 8) und Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften sowie diesen gleichgestellte Veräußerungsgewinne (Abs. 1 Nr. 9) unabhängig von der Höhe ihrer Vorbelastung und der Art der ihnen zugrundeliegenden Erträge die Qualifikation als aktive Einkünfte.⁷⁸⁵ Die *Aktivitätsdefinition von Gewinnausschüttungen* i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG erstreckt sich so-

⁷⁸² Diese werden jedoch nicht selbst von der Hinzurechnungsbesteuerung erfasst. Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 514.

⁷⁸³ Maßgebend ist i.S.e. funktionalen Betrachtungsweise die Haupttätigkeit der Gesellschaft, welcher gegebenenfalls Infektionswirkung auf die Hilfs- oder Nebentätigkeiten zukommt. Vgl. BFH-Urt. v. 16.5.1990, S. 1051; Schaumburg, H., 1998, Tz. 10.71. Das AStG differenziert nicht zwischen in- und ausländischen Einkünften, so dass auch inländische Einkünfte bei Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen können. Vgl. Baumgärtel, M., 2002, S. 86; ausführlich Hadenfeldt, B., 2001.

⁷⁸⁴ Die Hinzurechnungsbesteuerung erfasst demnach unwiderlegbar alle Einkünfte, die nicht Bestandteil des Aktivitätskatalogs sind. Kritisch zur Technik der Einkünfteerfassung mit der Forderung nach einem „Passivkatalog“ vgl. Saß, G., 2002, S. 2345; wohl auch Baumgärtel, M., 2002, S. 86.

⁷⁸⁵ Die Aufnahme der Beteiligungsertragsbefreiungen in den Aktivitätskatalog machte Abs. 2 der Vorschrift (Holdingprivilegien für sog. Funktions- und Landesholdings) entbehrlich.

wohl auf offene als auch auf verdeckte Gewinnausschüttungen;⁷⁸⁶ sie gilt mangels Aktivitätserfordernis der zugrundeliegenden Einkünfte⁷⁸⁷ auch für Ausschüttungen von sog. Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter i.S.d. § 7 Abs. 6a AStG.⁷⁸⁸ Die *Aktivitätsdefinition* i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 9 AStG erfasst ausschließlich solche anteiligen *Veräußerungsgewinne*, denen nicht Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter zugrunde liegen, d.h. die nicht auf Wirtschaftsgüter einer veräußerten Gesellschaft oder einer Beteiligungsgesellschaft der veräußerten Gesellschaft entfallen, die bei dieser oder bei der ihr nachgeschalteten Beteiligungsgesellschaft der Erzielung von Einkünften mit Kapitalanlagecharakter dienen.⁷⁸⁹ Die Begünstigung i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 9 AStG ist jeweils an den Nachweis durch den inländischen Anteilseigner geknüpft.⁷⁹⁰ Auch wenn der Wortlaut des § 8 Abs. 1 Nr. 9 AStG dies nicht explizit fordert, muss ein hinzurechnungspflichtiger Veräußerungsgewinn entsprechend teleologischer Auslegung auf Anteile entfallen, welche zu niedrig besteuerten Einkünften führen.⁷⁹¹ Ziel ist die ausschließliche Erfassung der stillen Reserven derjenigen Wirtschaftsgüter, die Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter generieren. Korrespondierend sind Veräußerungsverluste im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung nur berücksichtigungsfähig, wenn sie auf Tätigkeiten mit Kapitalanlagecharakter i.S.d. § 10 Abs. 6 Satz 2 AStG entfallen.⁷⁹²

⁷⁸⁶ Vgl. Höreth, U./Schiegl, B./Zipfel, L., 2002, S. 491; Grotherr, S., 2002a, S. 1886; Kneip, C./Rieke, I., 2001, S. 666; Lehner, M., 2002, S. 7; Lieber, B., 2002, S. 144.

⁷⁸⁷ Zur Erfassung niedrig besteuertter Zwischeneinkünfte bei der ausschüttenden Gesellschaft i.R.d. sog. übertragenden Hinzurechnungsbesteuerung i.S.d. § 14 AStG vgl. Kap. 3 Abschn. 4122125 sowie Maiterth, R., 2002, S. 494.

⁷⁸⁸ Vgl. Kneip, Ch./Rieke, I., 2001, S. 666. Aufgrund der Aktivqualifikation können auf Beteiligungserträgen lastende ausländische Steuern nicht im Rahmen des Steuerabzugs oder der Steueranrechnung i.S.d. §§ 10 Abs. 1, 12 Abs. 1 AStG berücksichtigt werden. Vgl. Maiterth, R., 2002, S. 494.

⁷⁸⁹ Vgl. Schmidt, L./Hageböke, J., 2001, S. 701. Diese Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter werden i.R.d. übertragenden Hinzurechnungsbesteuerung i.S.d. § 14 AStG erfasst. Zur Bezugnahme auf die Art der Zwischeneinkünfte kritisch vgl. Schnitger, A., 2003, S. 77.

⁷⁹⁰ Vgl. Höreth, U./Schiegl, B./Zipfel, L., 2002, S. 491.

⁷⁹¹ Vgl. Kneip, Ch./Rieke, I., 2001, S. 667; Maiterth, R., 2002, S. 494.

⁷⁹² Vgl. Grotherr, S., 2002a, S. 1888; Höreth, U./Schiegl, B./Zipfel, L., 2002, S. 491; Kneip, Ch./Rieke, I., 2001, S. 667 f.; Lieber, B., 2002, S. 145 f.; Rätting, H./Protzen, P. D., 2001b, S. 607; dies., 2002a, S. 126.

Weitere Voraussetzung für die Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung ist, dass diese schädlichen passiven Einkünfte einer *niedrigen Besteuerung* i.S.d. Abs. 3 unterliegen.⁷⁹³ Dieses Kriterium ist erfüllt, wenn die ausländische Ertragsteuerbelastung das inländische Körperschaftsteuerniveau in Höhe von 25 % unterschreitet.⁷⁹⁴ Die Ermittlung der ausländischen Ertragsteuerbelastung erfolgt sowohl unter Berücksichtigung eines Ausgleichs mit Einkünften aus anderen Quellen als auch von Ertragsteuern dritter Staaten, welche auf die von der Gesellschaft bezogenen passiven Einkünfte erhoben werden.⁷⁹⁵

412212. Rechtsfolgen

4122121. Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags

Bei Erfüllung der aufgeführten Tatbestandsvoraussetzungen unterliegen die beherrschenden inländischen Gesellschafter für die niedrig besteuerten Gewinne der Auslandsgesellschaft einer eigenständigen Steuerpflicht entsprechend ihrer Beteiligungsquote. Die Ermittlung der dem Hinzurechnungsbetrag zugrunde liegenden Einkünfte basiert gemäß § 10 Abs. 3 Satz 1 AStG auf der entsprechenden Anwendung der Vorschriften des deutschen Steuerrechts.⁷⁹⁶ Steuerliche Vergünstigungen, die eine unbeschränkte Steuerpflicht in Deutsch-

⁷⁹³ Zur Unzulänglichkeit des Kriteriums der Niedrigbesteuerung vgl. Lieber, B., 2002, S. 149 f.; EuGH-Urt. v. 6.6.2000, Verjooijen, S. 722 f. zur Vereinbarkeit eines Steuervorteils in Abhängigkeit von der Ansässigkeit des Anteilseigners und der Kapitalgesellschaft im Inland mit Europäischem Gemeinschaftsrecht; dazu Dautzenberg, N., 2000b, S. 727 f.; EuGH-Urt. v. 13.4.2000, Baars, S. 339; dazu Lüdicke, J., 2000, S. 341; Dautzenberg, N., 2000a, S. 726.

⁷⁹⁴ Vgl. zur Festlegung der Höhe der schädlichen Steuerbelastung in Bezug auf die Vereinbarkeit mit Europäischem Gemeinschaftsrecht kritisch Saß, G., 2002, S. 2345.

⁷⁹⁵ Diese Erweiterung ist insbes. von Bedeutung für die Berücksichtigung von Steuern auf Betriebsstättengewinne. Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 514; Kessler, W./Dorfmueller, P./Schmitt, C. P., 2001, S. 320; Lieber, B., 2002, S. 140 und 146 f.; Rättig, H./Protzen, P. D., 2001b, S. 608. Kapitalsteuern sind nicht zu berücksichtigen. Die Einbeziehung der ausländischen Gesellschaft in einen der deutschen Organschaft vergleichbaren Konsolidierungskreis führt mangels Steuererhebung zugunsten der Obergesellschaft nicht zwangsläufig zur Qualifikation der Niedrigbesteuerung. Zur Methodik der Ermittlung der Ertragsteuerbelastung vgl. Lenz, M./Heinsen, O., 2003, S. 793 ff.

⁷⁹⁶ Dabei ist das Wahlrecht gemäß § 10 Abs. 3 Satz 2 AStG zwischen Einnahmen-Überschussrechnung i.S.d. § 4 Abs. 3 EStG und Vermögensvergleich i.S.d. § 5 i.V.m. § 4 Abs. 1 EStG gemäß Satz 3 der Vorschrift bei mehreren inländischen Steuerpflichtigen einheitlich auszuüben. Kritisch in Bezug auf praktische Anwendungsprobleme vgl. Maiterth, R., 2002, S. 496. Zur Berücksichtigung temporärer Differenzen zwischen der Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags nach ausländischem und nach deutschem Steuerrecht vgl. Lenz, M./Heinsen, O., 2003, S. 794 f.

land voraussetzen, sowie § 8b Abs. 1 und 2 KStG bleiben gemäß § 10 Abs. 3 Satz 4 AStG unberücksichtigt.⁷⁹⁷ Erzielt eine ausländische Gesellschaft sowohl aktive als auch passive, d.h. sog. gemischte Einkünfte, stellt sie nur für die passiven Einkünfte eine Zwischengesellschaft dar.⁷⁹⁸ Aus Vereinfachungsgründen gelangt die Hinzurechnung in diesem Fall aber nur bei Überschreitung der personenbezogenen oder der gesellschaftsbezogenen Freigrenze des § 9 AStG zur Anwendung.⁷⁹⁹

Ausländische Ertrag- und Vermögensteuern,⁸⁰⁰ welche die Zwischengesellschaft entrichtet hat, werden gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 und 2 AStG mittels Abzug von der Bemessungsgrundlage (Hinzurechnungsbetrag) im entsprechenden Veranlagungszeitraum berücksichtigt.⁸⁰¹ Alternativ gestattet § 12 Abs. 1 Satz 1 AStG die antragsgebundene Anrechnung der nach § 10 Abs. 1 AStG abziehbaren ausländischen Steuer auf die auf den Hinzurechnungsbetrag entfallende inländische Steuer. In diesem Fall ist der Hinzurechnungsbetrag gemäß Satz 2 zuvor um diese Steuer zu erhöhen;⁸⁰² §§ 34c Abs. 1 EStG, 26 Abs. 1 KStG gelten entsprechend.⁸⁰³

Ein negativer Hinzurechnungsbetrag kann gemäß § 10 Abs. 3 Satz 5 AStG in entsprechender Anwendung des § 10d EStG zurück- oder vorgetragen werden. Der Betriebsausgabenabzug auf Ebene der Zwischengesellschaft erfordert gemäß § 10 Abs. 4 AStG einen wirtschaftlichen Zusammenhang mit den Zwischeneinkünften.

⁷⁹⁷ Von Bedeutung ist diese Einschränkung insbesondere für die nicht zur Anwendung gelangenden Vorschriften des deutschen UmwStG. Vgl. Kneip, Ch./Rieke, I., 2001, S. 668 f.

⁷⁹⁸ Vgl. Maiterth, R., 2002, S. 493. Zur direkten Gewinnermittlungsmethode im Rahmen der Abgrenzung von aktiven und passiven Einkünften vgl. BMF-Schr. v. 2.12.1994, Tz. 10.4.

⁷⁹⁹ Vgl. Maiterth, R., 2002, S. 495.

⁸⁰⁰ Die Berücksichtigung von Vermögensteuern stellt eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Steueranrechnung dar. Vgl. Maiterth, R., 2002, S. 497.

⁸⁰¹ Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 3 AStG darf der Abzug ausländischer Steuern nicht zu einer negativen Hinzurechnung, d.h. zu einer Steuererstattung im Inland führen. Ausländische Quellensteuern auf Leistungen der ausländischen Gesellschaft sind regelmäßig nicht bei der Ermittlung der Ertragsteuerbelastung zu berücksichtigen. Vgl. Lenz, M./Heinsen, O., 2003, S. 795.

⁸⁰² Vgl. Maiterth, R., 2002, S. 491.

⁸⁰³ Die Anrechnung auf die inländische Steuerschuld ist im Regelfall günstiger als der Abzug von der Bemessungsgrundlage der inländischen Steuer. Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 540 f. m.Bsp.

4122122. Ausschüttungsfiktion

Die gemäß § 7 Abs. 1 AStG steuerpflichtigen Einkünfte sind dem inländischen Gesellschafter entsprechend seiner Beteiligungsquote hinzuzurechnen. Der Hinzurechnungsbetrag gehört gemäß § 10 Abs. 2 Satz 1 AStG zu den Einkünften i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG (fiktive Dividende).⁸⁰⁴ Befinden sich die Anteile an der Auslandsgesellschaft in einem inländischen Betriebsvermögen, erfolgt gemäß Satz 2 eine Einbeziehung in die Einkünfte aus Gewerbebetrieb.⁸⁰⁵ Der Hinzurechnungsbetrag gilt als unmittelbar nach Ablauf des entsprechenden Wirtschaftsjahrs der Auslandsgesellschaft zugeflossen (Ausschüttungsfiktion).⁸⁰⁶ Obwohl die Abschirmwirkung der Auslandskapitalgesellschaft formal nicht durchbrochen wird, erfolgt eine Erfassung der im Ausland thesaurierten Gewinne im Rahmen der inländischen Besteuerung.⁸⁰⁷

4122123. Steuerbelastung der fiktiven Gewinnausschüttung

Der Hinzurechnungsbetrag unterliegt aufgrund des Einbezugs in den einkommensteuerlichen Einkünftecatalog des § 2 EStG der individuellen Besteuerung beim inländischen Anteilseigner.⁸⁰⁸ Auf die fiktive Ausschüttung finden die Beteiligungsertragsbefreiungen i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG respektive § 3 Nr. 40 Satz 1 lit. d EStG gemäß § 10 Abs. 2 Satz 3 AStG keine Anwendung. Ungeachtet der im Rahmen des Halbeinkünfteverfahrens in Abhängigkeit von der Rechtsform des Anteilseigners grundsätzlich greifenden hälftigen respektive vollständigen Steuerbefreiung von Gewinnausschüttungen unterliegt der Hinzurechnungsbetrag in voller Höhe der inländischen Besteuerung. Die Rechtfertigung der Herausnahme der Zwischeneinkünfte aus dem

⁸⁰⁴ Die mit dem StSenkG 2000 neugefasste Qualifikation des Hinzurechnungsbetrags in einer eigenen Einkunfts-kategorie wurde mit dem UntStFG 2001 wieder aufgegeben.

⁸⁰⁵ Kapitalgesellschaften erzielen kraft Rechtsform stets Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Vgl. § 2 Abs. 2 Satz 1 GewStG. Die Fälle, in denen der Hinzurechnungsbetrag zu den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft oder aus selbständiger Arbeit gehört, werden hier nicht betrachtet.

⁸⁰⁶ Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 538.

⁸⁰⁷ Aufgrund ihres endgültigen Charakters kann eine nachfolgende Gewinnausschüttung die erfolgte Hinzurechnungsbesteuerung nicht mehr mindern. So aber noch im „alten“ System vor StSenkG 2000. Vgl. Lieber, B., 2002, S. 141. Die Kritik von Rättig, H./Protzen, P. D., 2001b, S. 604 an einer „Besteuerung ohne tatsächlichen Mittelzufluss“ in Folge der Hinzurechnung verkennt m.E. die Zielsetzung der Hinzurechnungsbesteuerung, eine vorzeitige steuerliche Erfassung und somit die Eliminierung des Steuerstundungseffekts zu erreichen.

⁸⁰⁸ Vgl. Lieber, B., 2002, S. 140.

tigung der Herausnahme der Zwischeneinkünfte aus dem Halbeinkünfteverfahren mit ihrer „systemgerechten“ Behandlung als im Inland entstandene Einkünfte, die aus der Negation der Existenz der Zwischengesellschaft folge,⁸⁰⁹ berücksichtigt jedoch nicht das Ziel der Hinzurechnungsbesteuerung. Diese stellt ausschließlich auf die Beseitigung von Steuervorteilen aus der Einkünfteverlagerung,⁸¹⁰ d.h. auf die Vermeidung des Steuerstundungseffekts infolge der Abschirmwirkung ab; eine steuerliche Schlechterstellung gegenüber der Behandlung vergleichbarer aktiver oder insbesondere inländischer Einkünfte begründet sie dagegen nicht.⁸¹¹

Gemäß § 12 AStG wird der Hinzurechnungsbetrag um anzurechnende Steuern und gegebenenfalls um Zurechnungsbeträge nachgeschalteter Zwischengesellschaften gemäß § 14 AStG erhöht oder gekürzt. Er unterliegt demnach der Einkommen- oder Körperschaftsteuer zuzüglich Solidaritätszuschlag. Eine zusätzliche – für natürliche Personen i.S.d. § 35 EStG anrechenbare – Gewerbesteuer entsteht, wenn sich die Anteile in einem inländischen Betriebsvermögen befinden und der Hinzurechnungsbetrag daher unter die Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu subsumieren ist.⁸¹²

⁸⁰⁹ Vgl. einzig Maiterth, R., 2002, S. 492.

⁸¹⁰ Eine Steuervergünstigung kennzeichnet das Missverhältnis zwischen rechtlicher und wirtschaftlicher Steuerbelastung zugunsten des Steuerpflichtigen. Vgl. Schneider, D., 1992b, S. 1739.

⁸¹¹ Vgl. BFH-Urt. v. 21.1.1998, S. 471; Dautzenberg, N., 2000b, S. 727; Lieber, B., 2002, S. 141; Morgenthaler, G., 2000, S. 294; grundlegend Schaumburg, H., 1998, Tz. 10.3 ff.; deutlich Rättig, H./Protzen, P. D., 2001b, S. 605: „Das AStG bezweckt gerade über die Beseitigung unberechtigter Steuervorteile hinaus keine weitere Besteuerung des Gesellschafters; die Besteuerung soll diejenige bei rein inländischen Beteiligungen nicht übersteigen.“; Schön, W., 2001b, S. 946; Werra, M., 2001, S. 438.

⁸¹² Vgl. Rättig, H./Protzen, P. D., 2002a, S. 128; Stuhmann, G., 2002, S. 31. Kessler, W./Dormueller, P./Schmitt, C. P., 2001, S. 320 bezeichnen die systemwidrige Einbeziehung ausländischer Erträge in die gewerbesteuerliche Bemessungsgrundlage zutreffend als „Export“ der Gewerbesteuer“; Sieker, K., 2003, S. 79; eine Kürzung nach § 9 Nr. 3 GewStG befürworten Rödder, Th./Schumacher, A., 2002a, S. 112. A.A. Maiterth, R., 2002, S. 496, der die Einbeziehung in die Gewerbesteuerpflicht mit dem m.E. hier zu weit führenden Argument der Beseitigung von Steuervorteilen durch Annahme der Einkünfteentstehung im Inland befürwortet und das Scheitern der Kürzung i.S.v. § 9 Nr. 3 GewStG aufgrund des Fehlens einer ausländischen „Betriebsstätte“ annimmt. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass § 9 Nr. 3 GewStG gem. A 62 Abs. 1 Satz 2 GewStR „nur deklaratorische Bedeutung“ zukommt, weil eine Kürzung bereits unmittelbar aus § 2 Abs. 1 Satz 1 GewStG folgt, sollte die gewerbesteuerliche Kürzungsvorschrift auch für eine ausländische Kapitalgesellschaft gelten.

Mit der Aufhebung des § 10 Abs. 5 AStG im Rahmen des Steuervergünstigungsabbaugesetzes 2003 entfällt die Befreiung von fiktiven Gewinnausschüttungen in Folge des dem nationalen Recht entsprechend § 2 AO vorgehenden Doppelbesteuerungsrechts.⁸¹³ Die Hinzurechnungsbesteuerung bewirkt daher einen echten treaty override, den sich der Gesetzgeber in § 20 Abs. 1 AStG explizit vorbehält.⁸¹⁴ Hinzurechnungspflichtige passive Einkünfte genießen damit grundsätzlich nicht mehr den Schutz von Doppelbesteuerungsabkommen.⁸¹⁵

4122124. Steuerbelastung der tatsächlichen Gewinnausschüttung

Nachfolgende tatsächliche Gewinnausschüttungen können gemäß § 3 Nr. 41 lit. a EStG innerhalb einer siebenjährigen Übergangsfrist⁸¹⁶ respektive gemäß § 8b Abs. 1 KStG (zeitlich unbeschränkt) steuerfrei vereinnahmt werden,⁸¹⁷ so dass eine zusätzliche steuerliche Belastung von bereits der Hinzurechnungsbesteuerung unterlegenen Erträgen vermieden wird.⁸¹⁸

§ 8b Abs. 1 KStG und § 3 Nr. 41 lit. a EStG stellen keine Vergünstigungsnormen dar; sie setzen lediglich die Technik des Halbeinkünfteverfahrens fort, indem die steuerliche Vorbelastung der fiktiven Ausschüttung Berücksichtigung findet.⁸¹⁹ Im Ergebnis unterliegen die ausländischen Erträge zwar nur

⁸¹³ Damit entfällt ein Teil der Kritik der sog. Primarolo-Gruppe im Rahmen des Verhaltenskodex für die Unternehmensbesteuerung in der EU, dass § 10 Abs. 5 AStG ggfs. eine Hinzurechnungsbesteuerung abwende und die deutsche Hinzurechnungsbesteuerung nicht weit genug reiche. Vgl. Rat „Wirtschafts- und Finanzfragen“, 1997, o.S.; Werra, M., 2001, S. 438.

⁸¹⁴ Vgl. kritisch Baumgärtel, M., 2002, S. 83; Günkel, M., 2003, S. S188; Köhler, St., 2003a, S. 1159; Lieber, B., 2002, S. 150; Schnitger, A., 2003, S. 77; Wiese, G. T./Klass, T., 2003, S. 561. Es entfällt damit der problematische Fall der DBA-Freistellung von untergeordneten passiven Einkünften (Anteil < 10%) bei gemischt tätigen Zwischengesellschaften, die auf der unterschiedlichen Einkunftsqualifikation nach Abkommensrecht und Außensteuerrecht (strikte Trennung) beruht. Vgl. Baumgärtel, M., 2002, S. 84 f.

⁸¹⁵ Vgl. Wiese, G. T./Klass, T., 2003, S. 560.

⁸¹⁶ Kritisch zur Ausschlussfrist vgl. Lieber, B., 2002, S. 142 f.; Rättig, H./Protzen, P. D., 2001b, S. 609.

⁸¹⁷ Darüber hinaus darf es nicht zur Anwendung des § 11 Abs. 1 und 2 AStG i.d.F. vor StSenkG 2000 gekommen sein.

⁸¹⁸ Die gleiche Rechtsfolge gilt gemäß § 3 Nr. 41 lit. b EStG auch für Veräußerungsgewinne, welche innerhalb der Siebenjahresfrist der Hinzurechnung unterlagen und thesauriert wurden, und ohne zeitliche Einschränkung gemäß § 8b Abs. 2 KStG.

⁸¹⁹ Vgl. Rättig, H./Protzen, P. D., 2002a, S. 127.

einmal der deutschen Besteuerung; es kommt aber bei Körperschaftsteuerpflichtigen Anteilseignern aufgrund von § 8b Abs. 5 KStG zu einer definitiven Doppelbesteuerung.⁸²⁰ Da die ausländischen Zwischeneinkünfte bereits im Inland in voller Höhe der Hinzurechnungsbesteuerung unterlegen haben, fehlt es an der für das Betriebsausgabenabzugsverbot notwendigen Steuerfreiheit der Auslandserträge i.S.d. § 3c EStG. Somit ist auch das hälftige Betriebsausgabenabzugsverbot i.S.d. § 3c Abs. 2 EStG, auf das § 3 Nr. 41 lit. a EStG für natürliche Personen als Anteilseigner verweist und welches unabhängig von der Durchführung der Gewinnausschüttung greift,⁸²¹ systematisch nicht begründbar.⁸²²

Eine zusätzliche gewerbsteuerliche Doppelbesteuerung trifft gemäß § 8 Nr. 5 i.V.m. § 9 Nr. 7 GewStG stets Streubesitzdividenden körperschaftsteuerpflichtiger Anteilseigner,⁸²³ welche die Voraussetzungen des gewerbsteuerlichen Schachtelprivilegs in Bezug auf die Mindestbeteiligungsquote nicht erfüllen. Gewinnausschüttungen aus qualifizierten Beteiligungen werden – abgesehen für im EU-Ausland ansässige Zwischengesellschaften – zudem wohl regelmäßig am gewerbsteuerlichen Aktivitätsvorbehalt i.S.v. § 9 Nr. 7 GewStG scheitern,⁸²⁴ da sich der Verweis des § 9 Nr. 7 GewStG auf den außensteuergesetzlichen Aktivitätskatalog nicht auch auf § 8 Abs. 1 Nr. 8 und 9 AStG erstreckt.⁸²⁵ Die Ausnahme von der Hinzurechnung in analoger Anwendung des Verweises

⁸²⁰ Vgl. kritisch Kessler, W./Dorfmueller, P./Schmitt, C. P., 2001, S. 320; Kneip, Ch./Rieke, I., 2001, S. 669; Lieber, B., 2002, S. 141 f.; Rättig, H./Protzen, P. D., 2001b, S. 606.

⁸²¹ Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob selbst in den Veranlagungszeiträumen, in denen eine Hinzurechnung und damit eine volle steuerliche Erfassung im Inland erfolgt, das hälftige Betriebsausgabenabzugsverbot zur Anwendung gelangen soll. Diese zusätzliche Benachteiligung – welche aus dem Wortlaut der Vorschriften durchaus abzuleiten ist – kann m.E. aber nicht gewollt sein. I.d.S. ist wohl auch Maiterth, R., 2002, S. 500 zu verstehen, der einen Betriebsausgabenabzug in voller Höhe fordert.

⁸²² Zusätzliche Unzulänglichkeiten ergeben sich bei der Anwendung der Vorschriften auf gemischt tätige Gesellschaften. Vgl. Maiterth, R., 2002, S. 500.

⁸²³ Dies trifft demnach „nur“ Auslandsdividenden, die der verschärften Hinzurechnungsbesteuerung von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter unterliegen. Vgl. dazu Kap. 3 Abschn. 41222. Für deren Anwendung reicht bereits eine Beteiligungsquote von unter 10 % aus.

⁸²⁴ Vgl. Lieber, B., 2002, S. 142.

⁸²⁵ Zum Anwendungsbereich des § 8 Nr. 5 GewStG vgl. Kap. 3 Abschn. 211.

von § 8 Nr. 5 Satz 2 GewStG auf § 3 Nr. 41 lit. a EStG scheitert an dessen ausschließlicher Anwendbarkeit auf natürliche Personen.⁸²⁶

Da nachfolgende tatsächliche Gewinnausschüttungen im Ansässigkeitsstaat der Zwischengesellschaft regelmäßig einem Quellensteuerabzug unterliegen, der aufgrund der Steuerfreiheit der Erträge beim Empfänger zu einer Doppelbelastung führen würde, sieht § 12 Abs. 3 AStG die rückwirkende Quellensteueranrechnung auf die Hinzurechnungssteuer vor.⁸²⁷ Die herrschende Meinung im Schrifttum geht zwar von einer entsprechenden Anwendbarkeit von § 12 Abs. 3 AStG über § 3 Nr. 41 lit. a EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG auf körperschaftsteuerpflichtige Anteilseigner aus,⁸²⁸ so dass auch in diesem Fall eine Anrechnung der im Ausland auf die tatsächliche Dividende einbehaltenen Quellensteuer möglich wäre;⁸²⁹ der Wortlaut des § 3 Nr. 41 lit. a EStG steht dieser Interpretation jedoch strikt entgegen. Für diese restriktive Auslegung spricht auch, dass der Gesetzgeber die Chance auf eine redaktionelle Klarstellung im Rahmen des Steuervergünstigungsabbaugesetzes 2003 nicht genutzt hat.⁸³⁰

4122125. Übertragende Hinzurechnungsbesteuerung

Die Literatur verwendet für die sog. übertragende Hinzurechnungsbesteuerung alternativ auch den Begriff der „nachgelagerten Hinzurechnungsbesteuerung“.⁸³¹ Ihr Ziel ist es, die Transformation ursprünglich passiver, niedrig besteufter Auslandseinkünfte mittels Ausschüttung oder Veräußerung in

⁸²⁶ Vgl. Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1018; Lieber, B., 2002, S. 142; Rättig, H./Protzen, P. D. G., 2002b, S. 243. A.A. i.S. eines abstrakten Verweises vgl. Rödder, Th./Schumacher, A., 2002a, S. 113. Mangels Anwendbarkeit der gewerbsteuerlichen Hinzurechnungsvorschrift auf Veräußerungsgewinne sind diese bei Transfer ins Inland nicht erneut gewerbsteuerpflichtig. Vgl. Maiterth, R., 2002, S. 500.

⁸²⁷ § 12 Abs. 3 AStG regelt die direkte Anrechnung und den alternativen Steuerabzug der ausländischen Quellensteuer auf die Hinzurechnungssteuer.

⁸²⁸ Vgl. Grotherr, S., 2002a, S. 1899; Jacobs, O. H., 2002, S. 539; Rättig, H./Protzen, P. D., 2002a, S. 127; dies., 2002b, S. 243. A.A. Lieber, B., 2002, S. 143; Krawitz, N./Büttgen, D./Hick, Ch., 2002, S. 96; Maiterth, R., 2002, S. 500; Rödder, Th./Schumacher, A., 2002a, S. 113; wohl auch Stuhmann, G., 2002, S. 32.

⁸²⁹ Die Siebenjahresfrist dürfte dann wohl auch für körperschaftsteuerliche Anteilseigner gelten.

⁸³⁰ Weiterhin ausgenommen bleibt damit auch die Berücksichtigung von Quellensteuern auf Veräußerungsgewinne. Vgl. Lieber, B., 2002, S. 143; Maiterth, R., 2002, S. 500.

⁸³¹ Vgl. Kessler, W./Dorfmueller, P./Schmitt, C. P., 2001, S. 319.

aktive Einkünfte i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 8 und 9 AStG zu vermeiden.⁸³² Ist eine ausländische Gesellschaft an einer nachgeschalteten Zwischengesellschaft beteiligt, greift die Hinzurechnungsbesteuerung i.S.d. §§ 7 bis 12 AStG gemäß § 14 Abs. 1 AStG auf die nachgeschaltete ausländische Zwischengesellschaft entsprechend der Beteiligungsquote durch. Diese Erweiterung des Anwendungsbereichs erfolgt gemäß § 14 Abs. 3 AStG unabhängig von der Anzahl der Beteiligungsebenen, so dass die Zwischenschaltung von Auslandsgesellschaften die Hinzurechnungsbesteuerung grundsätzlich nicht verhindert. Auch in diesem Zusammenhang schließen allerdings die eigene aktive Tätigkeit der nachgeschalteten Zwischengesellschaft i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 AStG oder aber die Erzielung von Beteiligungserträgen i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 8 und 9 AStG die Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung aus. Damit entfällt die frühere Diskriminierung mehrstufiger ausländischer Holdingstrukturen aufgrund der Umqualifizierung von Beteiligungserträgen in hinzurechnungspflichtige passive Einkünfte.⁸³³

41222. Die verschärfte Hinzurechnungsbesteuerung

412221. Tatbestandsvoraussetzungen

Die sog. verschärfte oder erweiterte Hinzurechnungsbesteuerung erfasst gemäß § 7 Abs. 6 Satz 1 AStG sog. *Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter* i.S.d. Abs. 6a der Vorschrift.⁸³⁴ Diese sind Einkünfte, die aus dem Halten, der Verwaltung, Werterhaltung oder -erhöhung von Zahlungsmitteln, Forderungen, Wertpapieren, Beteiligungen oder ähnlichen Vermögenswerten stammen; ausgenommen sind Beteiligungserträge i.S.d. § 8b Abs. 1 und 2 KStG aufgrund des Verweises auf § 8 Abs. 1 Nr. 8 und 9 AStG.⁸³⁵ Daneben sind Zwischenein-

⁸³² Vgl. Lieber, B., 2002, S. 144.

⁸³³ Vgl. Kessler, W./Dorfmueller, P./Schmidt, C. P., 2001, S. 325.

⁸³⁴ § 7 Abs. 6a AStG ersetzt die bisherige Definition der Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter gemäß § 10 Abs. 6 Satz 2 AStG a.F. Die Definitionen sind inhaltlich deckungsgleich. Die § 10 Abs. 5 bis 7 AStG sind mit dem StVergAbG 2003 entfallen.

⁸³⁵ Damit fallen insbes. Einkünfte i.S.d. § 20 EStG, ausgenommen Dividenden gem. § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG, unter die genannte Einkunftsdefinition. Vgl. Maiterth, R., 2002, S. 498; Rätting, H./Protzen, P. D. G., 2002b, S. 242. Mit Aufhebung des § 10 Abs. 7 AStG i.R.d. StVergAbG 2003 entfällt die grundsätzliche Qualifikation von Einkünften aus der Finanzierung aktiver ausländischer Konzerngesellschaften oder Konzern-Betriebsstätten als Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter.

künfte mit Kapitalanlagecharakter nur in den Fällen unschädlich, in denen die passive Tätigkeit einer eigenen aktiven Betätigung i.S.d. Abs. 1 bis 6 dient (funktionale Betrachtungsweise).⁸³⁶

Die verschärfte Hinzurechnungsbesteuerung gelangt gemäß § 7 Abs. 6 Satz 1 AStG bereits bei einer *Beteiligung eines unbeschränkt Steuerpflichtigen* in Höhe von mindestens 1 % an der Zwischengesellschaft zur Anwendung.⁸³⁷ Aus Vereinfachungsgründen werden Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter, welche die Freigrenzen des § 7 Abs. 6 Satz 2 AStG unterschreiten, von den Rechtsfolgen der verschärften Hinzurechnungsbesteuerung ausgenommen.⁸³⁸ Die ausschließliche oder fast ausschließliche Erzielung⁸³⁹ von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter führt darüber hinaus auch bei einer geringeren Beteiligungsquote zur Anwendung der verschärften Hinzurechnungsbesteuerung gemäß § 7 Abs. 6 Satz 3 AStG; zum Schutz von Kleinanlegern ausgenommen sind lediglich börsennotierte Zwischengesellschaften.

Die Differenzierung in Zwischeneinkünfte mit und ohne Kapitalanlagecharakter wirkt sich in Folge der Aufhebung des § 10 Abs. 5 AStG ausschließlich im Rahmen der Beteiligungsvoraussetzungen aus. Unter Berücksichtigung der Erweiterung des Aktivitätskatalogs um Gewinnausschüttungen und Veräußerungsgewinne i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 8 und 9 AStG verbleibt für Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter ein vergleichsweise reduzierter Anwendungsbereich. Diese Zwischeneinkünfte liegen künftig grundsätzlich nur bei nicht deutsch-beherrschten Auslandsgesellschaften vor und erstrecken sich ausschließlich auf Einkünfte, die weder aktiv i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG noch bei funktionaler Betrachtungsweise aktiv i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 AStG

⁸³⁶ Ausgenommen von dieser Vergünstigung sind Tätigkeiten i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 6 KWG. Zur Befreiung aufgrund funktionaler Betrachtungsweise vgl. BMF-Schr. v. 2.12.1994, Tz. 8.0.2.; Baumgärtel, M., 2002, S. 98 f.; Rättig, H./Protzen, P. D., 2002a, S. 126.

⁸³⁷ Die Mindestbeteiligungshöhe lag bisher bei 10 %. Kritisch zur Absenkung der Beteiligungsgrenze vgl. Rättig, H./Protzen, P. D., 2001b, S. 606; insbes. auch dies., 2002a, S. 124; Schön, W., 2001b, S. 946; Wassermeyer, F., 2001, S. 115.

⁸³⁸ Weniger als 10 % der gesamten Bruttoerträge entfallen auf Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter bzw. letztere sind geringer oder gleich 62.000 Euro.

⁸³⁹ Dieses Kriterium ist bei einem Anteil der schädlichen Einkünfte in Höhe von mindestens 90 % erfüllt. Vgl. A 76 Abs. 9 Satz 2 KStR.

sind.⁸⁴⁰ Auf die Herausnahme ausländischer Investmentfonds aus dem Anwendungsbereich der Hinzurechnungsbesteuerung aufgrund des Vorrangs des AusInvestmG gem. § 7 Abs. 7 AStG sei hier nur hingewiesen.⁸⁴¹

412222. Rechtsfolgen

Sind die genannten Anforderungen kumulativ erfüllt, unterliegen die Einkünfte der Zwischengesellschaft anteilig der inländischen Besteuerung.⁸⁴² In Folge der Aufhebung des § 10 Abs. 5 AStG gelten für Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter die gleichen Rechtsfolgen wie für reguläre Zwischeneinkünfte.⁸⁴³ In diesem Zusammenhang führt die Qualifizierung von Gewinnausschüttungen und Veräußerungsgewinnen als aktive Einkünfte zwangsläufig zur Aufhebung der Konzernklausel des § 10 Abs. 6 Satz 2 Nr. 2 AStG und damit zur Aufhebung der bisherigen Diskriminierung von mehrstufigen ausländischen Konzernstrukturen.⁸⁴⁴ Um eine doppelte Erfassung von Veräußerungsgewinnen in (zweistufigen) Auslandskonzernstrukturen zu vermeiden,⁸⁴⁵ nimmt § 11 Abs. 1 AStG die bereits gemäß § 14 AStG zugerechneten thesaurierten Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter der ausländischen Tochtergesellschaft einer ausländischen Zwischengesellschaft

⁸⁴⁰ Vgl. Sieker, K., 2003, S. 84. Dieser befürwortet unter Berücksichtigung der Schwierigkeiten, die sich aus den mangelnden Kenntnissen und Nachweismöglichkeiten in Folge fehlender Einflussmöglichkeiten von Minderheitsgesellschaftern ergeben, zutreffend eine gänzliche Aufgabe der verschärften Hinzurechnungsbesteuerung zugunsten der ausschließlichen Anwendung der regulären Hinzurechnung bei deutsch-beherrschten Auslandsgesellschaften. Vgl. auch Baumgärtel, M., 2002, S. 91 f.

⁸⁴¹ Zur Anwendung des AusInvestmG auf Auslandsinvestmentfonds vgl. Schmidt, Ch./Blöchle, D., 2002, S. 645 ff.

⁸⁴² Die Unterscheidung von „normalen“ und „begünstigten“ Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter ist mit der Aufhebung des § 10 Abs. 7 AStG im Rahmen des StVergAbG 2003 entfallen. Auch Einkünfte aus der Finanzierung von aktiven ausländischen Konzerngesellschaften und Konzern-Betriebsstätten unterliegen nunmehr stets in vollem Umfang der verschärften Hinzurechnungsbesteuerung. Bisher wurde die verschärfte Hinzurechnungsbesteuerung unter bestimmten Voraussetzungen (Nachweiserfordernisse auf Seiten des Steuerpflichtigen) nur auf 60 % der Einkünfte angewendet; auf die verbleibenden 40 % fand die reguläre Hinzurechnung Anwendung. Vgl. zur alten Rechtslage Maiterth, R., 2002, S. 498.

⁸⁴³ Vgl. Rödter, Th./Schumacher, A., 2003, S. 817; Sieker, K., 2003, S. 83; Wiese, G. T./Klass, T., 2003, S. 560.

⁸⁴⁴ Vgl. Kneip, Ch./Rieke, I., 2001, S. 666.

⁸⁴⁵ Die Vermeidung der Doppelerfassung erstreckt sich in diesem Zusammenhang auf den im Rahmen der Thesaurierung der Zwischengewinne erhöhten Veräußerungsgewinn. Vgl. Kessler, W./Dorfmueller, P./Schmitt, C. P., 2001, S. 319.

– unter Einhaltung der Siebenjahresfrist und Erfüllung der Nachweispflicht – von einer erneuten Hinzurechnung aus.⁸⁴⁶ Den Anwendungsbereich der regulären und verschärften Hinzurechnungsbesteuerung zeigt die *Abb. 3* anhand eines Beispiels auf.

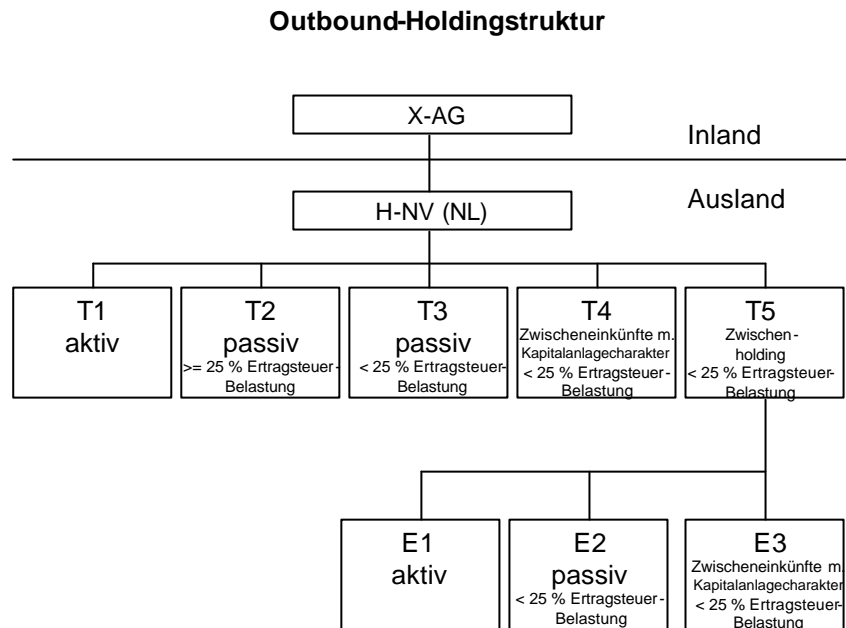


Abb. 3: Zusammenfassende Übersicht zum Anwendungsbereich der Hinzurechnungsbesteuerung⁸⁴⁷

In obiger Beispielstruktur unterliegen T1 und T2 nicht der Hinzurechnungsbesteuerung, weil es im ersten Fall an den notwendigen passiven Einkünften und im zweiten Fall an der erforderlichen niedrigen Besteuerung i.S.d. AStG fehlt.

T3 fungiert als Untergesellschaft i.S.v. § 14 Abs. 1 AStG, so dass ihre niedrig besteuerten, passiven Erträge der niederländischen Zwischengesellschaft zuzurechnen sind und bei dieser im Rahmen der übertragenden Hinzurechnungsbesteuerung erfasst werden. Eine Kürzung unter Anwendung eines Doppelbesteuerungsabkommens zwischen Deutschland und dem Ansässigkeitsstaat der

⁸⁴⁶ Für diese einschränkende Interpretation vgl. Kneip, Ch./Rieke, I., 2001, S. 668 m.Bsp.; Maiterth, R., 2002, S. 494.

⁸⁴⁷ Das Beispiel und die Lösungserläuterungen sind angelehnt an Kneip, Ch./Rieke, I., 2001, S. 670 und an die veränderte Rechtslage nach der Verabschiedung des StVergAbG angepasst.

T3 scheidet aufgrund der Aufhebung des § 10 Abs. 5 AStG i.R.d. StVergAbG aus. Gewinnausschüttungen und Gewinne aus der Veräußerung der Anteile an T3 unterliegen dagegen gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 8 und 9 AStG bei der HNV nicht der Hinzurechnungsbesteuerung.

Gewinnausschüttungen der T4 sind nach § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG bei der niederländischen Zwischengesellschaft von der Hinzurechnung befreit. Wie T3 stellt T4 eine Untergesellschaft i.S.v. § 14 Abs. 1 AStG dar, so dass die Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter im Rahmen der übertragenden Hinzurechnungsbesteuerung erfasst werden.⁸⁴⁸ Für Gewinne aus der Veräußerung der Anteile an T4 misslingt darüber hinaus der Entlastungsnachweis i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 9 AStG, so dass diese Veräußerungsgewinne – sofern § 11 Abs. 1 AStG nicht greift – der Hinzurechnungsbesteuerung bei der niederländischen Zwischengesellschaft unterliegen.⁸⁴⁹

Sowohl Gewinnausschüttungen der Enkelgesellschaften an T5 als auch der T5 an die niederländische Zwischenholding unterliegen gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG nicht der Hinzurechnungsbesteuerung. In Bezug auf E2 und E3 greift die übertragende Hinzurechnungsbesteuerung, welche gemäß § 14 Abs. 3 AStG auch auf weiter nachgeschaltete Gesellschaften Anwendung findet.⁸⁵⁰ Gegebenenfalls existente originäre Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter der T5 unterliegen ihrerseits der übertragenden Hinzurechnungsbesteuerung gemäß § 14 Abs. 1 AStG bei der niederländischen Zwischengesellschaft. Gewinne aus der Veräußerung der Anteile an E1 und E2 stellen gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 9 AStG aktive Einkünfte bei T5 dar. Für Gewinne aus der Veräußerung der Anteile an E3 misslingt der Entlastungsnachweis i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 9 AStG, so dass diese Veräußerungsgewinne – sofern § 11 Abs. 1 AStG nicht greift – der

⁸⁴⁸ Eine Kürzung der Hinzurechnung bei Einkünften aus der Konzernfinanzierung scheidet aufgrund der Aufhebung des § 10 Abs. 7 AStG i.R.d. StVergAbG aus.

⁸⁴⁹ Maßgeblich für die Beurteilung der Hinzurechnungsfähigkeit von Veräußerungsgewinnen ist die unmittelbare Beteiligung der veräußernden Gesellschaft an der die Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter generierenden Gesellschaft. Vgl. Rättig, H./Protzen, P. D., 2002a, S. 126.

⁸⁵⁰ Eine DBA-Kürzung für die Erträge der E2 scheitert an der Aufhebung des § 10 Abs. 5 AStG, eine Kürzung für die Erträge der E3 an der Aufhebung des § 10 Abs. 7 AStG im Rahmen des StVergAbG.

Hinzurechnungsbesteuerung bei der T5 unterliegen. Entsprechende Rechtsfolgen greifen bei der Veräußerung der Anteile an T5 durch die niederländische Zwischenholding.⁸⁵¹

42. Einschränkungen im Rahmen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung

421. Wesen und Zielsetzung des § 8a KStG

Das deutsche Körperschaftsteuerrecht enthält in § 8a KStG eine ursprünglich hauptsächlich für Inbound-Investitionen geltende Korrekturvorschrift im Bereich der grenzüberschreitenden Gesellschafter-Fremdfinanzierung.⁸⁵² Im Sinne einer Einschränkung des Grundsatzes der Finanzierungsfreiheit soll § 8a KStG die „missbräuchliche“ Ausstattung deutscher Tochterkapitalgesellschaften durch ausländische Anteilseigner mit zu geringem Eigenkapital („thin capitalization“) verhindern, indem bei Überschreitung der steuerrechtlich zulässigen Relationen zwischen Gesellschafter-Fremdkapital und anteiligem Eigenkapital („safe haven“) die Vergütungen für Fremdkapital steuerlich nicht anerkannt und mit Wirkung für die Körperschaftsteuererhebung in verdeckte Gewinnausschüttungen umqualifiziert werden.⁸⁵³

Die erstmals mit dem Standortsicherungsgesetz zum 1.1.1994 eingeführte Vorschrift beinhaltet die bis dahin fehlende Rechtsgrundlage für die Verhinderung der Verlagerung von Besteuerungssubstanz mittels Gesellschafter-Fremdfinanzierung in das Ausland.⁸⁵⁴ Im Rahmen des Steuersenkungsgesetzes 2000

⁸⁵¹ Entfällt der Veräußerungsgewinn auf Wirtschaftsgüter von E1 oder E2, greift die Hinzurechnungsbesteuerung nicht. Schädlich ist dagegen der Teil des Veräußerungsgewinns, der auf Wirtschaftsgüter von E3 entfällt. Meines Erachtens kann jedoch auch in letzterem Fall entgegen der Auffassung von Kneip, Ch./Rieke, I., 2001, S. 670 die Kürzung nach § 11 Abs. 1 AStG greifen.

⁸⁵² Vgl. Kube, H., 2003, S. 329.

⁸⁵³ Synonym werden in der Literatur auch „Nichtbeanstandungsgrenze“, „Toleranzbereich“ oder „Toleranzzone“ sowie „Nichtaufgriffsgrenze“ verwendet. Vgl. Bellstedt, Ch., 1995, S. 8; Herzig, N., 1994, S. 111; Jacobs, O. H., 2002, S. 773; Prinz, U., 1998a, S. 668. Hey, F. E. F., 1993, S. 833 ff. benutzt den Begriff des „safe-harbor“. Die internationale üblichen Unterkapitalisierungsregelungen sehen sich grundsätzlich der Kritik ausgesetzt, dass die Ermittlung einer „betriebswirtschaftlich richtigen Eigenkapitalquote“ generell nicht möglich ist. Vgl. Herzig, N., 1994, S. 110 f.; Jacobs, O. H., 2002, S. 777; Kessler, W., 2003, S. 2511.

⁸⁵⁴ Initiiert durch die explizite Forderung der Rechtsprechung mit BFH-Urt. v. 5.2.1992, S. 536. Die Umqualifizierung von Fremdkapital in sog. verdecktes Stammkapital und da-

wurde § 8a KStG zusätzlich verschärft.⁸⁵⁵ Diese weitere Einschränkung der Finanzierungsfreiheit überrascht nicht nur vor dem Hintergrund der (bis dato drohenden) Unvereinbarkeit mit Europarecht;⁸⁵⁶ sie verblüfft auch vor dem Hintergrund, dass eine entsprechende Änderung im Rahmen des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 noch mit dem Argument einer Standortverschlechterung aus Sicht der ausländischen Investoren abgelehnt wurde.⁸⁵⁷ Mittlerweile hat der Europäische Gerichtshof die Unvereinbarkeit des § 8a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KStG a.F. mit der europarechtlich garantierten Niederlassungsfreiheit festgestellt;⁸⁵⁸ die Vorschrift ist daher im Verhältnis zur Europäischen Union unanwendbar.⁸⁵⁹ Diese Aussage gilt grundsätzlich auch für § 8a KStG i.d.F. des Steuersenkungsgesetzes 2000,⁸⁶⁰ denn die Absenkung respektive die Aufhebung der Nichtbeanstandungsgrenzen stellen in diesem Zusammenhang

mit von Zinszahlungen in verdeckte Gewinnausschüttungen beruhte bis zur Einführung des § 8a KStG auf der Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs i.S.d. § 42 AO. Vgl. BFH-Urt. v. 10.12.1975, S. 228; BMF-Schr. v. 16.3.1987, S. 373 f. zu den restriktiven Voraussetzungen der Umqualifizierung von Vergütungen für verdecktes Nennkapital in verdeckte Gewinnausschüttungen, letzteres aufgehoben mit BMF-Schr. v. 16.9.1992, S. 653; Jacobs, O. H., 2002, S. 769 m.w.N. Zu § 8a KStG i.d.F. des StandOG vgl. Hintzen, B., 1997, S. 156 ff. Zur Entstehungsgeschichte des § 8a KStG vgl. Kraushaar, R., 1993, S. 252 ff.; Holzaepfel, P./Köplin, M., § 8a KStG Rz. 7 ff.

⁸⁵⁵ Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden, hat sich der Anwendungsbereich der Vorschrift nicht wesentlich geändert, so dass das BMF-Schr. v. 15.12.1994 – abgesehen von redaktionellem Anpassungsbedarf – Gültigkeit behält. Vgl. Prinz, U., 2000b, S. 1063.

⁸⁵⁶ Vgl. Prinz, U., 2000c, S. 272. Zum Grundsatz der Finanzierungsfreiheit im Zusammenhang mit § 8a KStG vgl. BFH-Urt. v. 5.2.1992, S. 532; allgemein Urt. v. 29.7.1992, S. 67 sowie BMF-Schr. v. 16.9.1992, S. 653 f. Zum zeitlichen Anwendungsbereich des § 8a KStG n.F. vgl. Freiling, C./Schmucker, Y., 2001, S. 101 f.; Prinz, U., 2001a, S. 1367.

⁸⁵⁷ Vgl. Prinz, U., 2000b, S. 1065; ders., 2000c, S. 272.

⁸⁵⁸ Vgl. EuGH-Urt. v. 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst, S. 25. A.A. noch FG München mit Urt. v. 16.10.2000, S. 312 ff. Kritisch bzgl. der Rechtfertigungsprüfung durch den EuGH Kube, H., 2003, S. 325 ff. Zur Frage der Vereinbarkeit des § 8a KStG mit der sog. Mutter-Tochter-Richtlinie der EU vgl. Schnitger, A., 2003c, S. 1244.

⁸⁵⁹ Vgl. Hinder, J.-U./Heidbüchel, V., 2003, S. 367; Kämper, A., 2001, S. 672 ff.; Kube, H., 2003, S. 329; Prinz, U., 2001a, S. 1368; Saß, G., 2001, S. 1043. A.A. noch Hey, F. E. F., 1993, S. 833 mit Verweis auf die mangelnde Angleichung der nationalen Steuersysteme. Zur Vereinbarkeit des § 8a KStG mit Doppelbesteuerungsrecht, insbes. Art. 9 OECD-MA, vgl. Herzig, N., 1994, S. 114 f. Die Anwendbarkeit der Vorschrift im Verhältnis zu Nicht-EU-Mitgliedsstaaten bleibt zwar grundsätzlich erhalten. Vgl. Sedemund, J., 2003, S. 411. Mit Bezug auf die Rechtsprechung des BFH mit Urt. v. 29.1.2003, S. 865 ff. zum Diskriminierungsverbot i.S.d. Art. 24 DBA-USA kann § 8a KStG aufgrund der Nichtanwendbarkeit in der Europäischen Union jedoch nicht im Verhältnis zu denjenigen Drittstaaten zur Anwendung gelangen, deren Doppelbesteuerungsrecht ein entsprechendes Diskriminierungsverbot vorsieht. Vgl. Herzig, N., 2003b, S. S194.

⁸⁶⁰ Im Rahmen des UntStFG 2001 erfolgte lediglich eine klarstellende redaktionelle Änderung der Vorschrift.

eine zusätzliche Verschlimmerung der durch den Europäischen Gerichtshof beanstandeten Diskriminierung dar.⁸⁶¹

422. Anwendungsvoraussetzungen

4221. Persönliche Anforderungen

42211. Fremdkapitalnehmer

Der Anwendungsbereich des § 8a KStG erstreckt sich gemäß Abs. 1 Satz 1 ausschließlich auf unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften i.S.d. § 1 Abs. 1 KStG. Da sog. doppelt ansässige Kapitalgesellschaften aufgrund im Inland belegener Geschäftsleitung der unbeschränkten Körperschaftsteuerpflicht unterliegen,⁸⁶² fallen sie ebenfalls in den Anwendungsbereich der Vorschrift.⁸⁶³

§ 8a KStG ist auf Personengesellschaften und Betriebsstätten demnach zwar nicht direkt anwendbar; deren Zwischenschaltung mit dem Ziel der Umgehung der Rechtsfolgen der Vorschrift scheitert aber unter Umständen an Abs. 5. § 8a Abs. 5 Nr. 1 KStG erfasst die unmittelbare Darlehensgewährung, wenn die Zinszahlungen über eine Beteiligung an einer inländischen Personengesellschaft oder Betriebsstätte fließen.⁸⁶⁴ Die beschränkte Steuerpflicht des Fremdkapitalgebers i.S.d. § 49 Abs. 1 Nr. 2a EStG in Bezug auf die Fremdkapitalvergütungen schließt die Anwendung des § 8a KStG daher nicht aus.⁸⁶⁵ § 8a Abs. 5 Nr. 2 KStG stellt die Durchleitung von Fremdkapital über eine Personenge-

⁸⁶¹ Mit dem sog. Steuervergünstigungsabbaugesetz Korb II schafft der Gesetzgeber § 8a KStG nicht – wie stellenweise in der Literatur gefordert – ab, sondern es erfolgt eine Ausweitung des Anwendungsbereichs auch auf inländische Finanzierungsstrukturen bei Aufgabe der Fiktion zugunsten einer Qualifikation der schädlichen Vergütungsbestandteile als verdeckte Gewinnausschüttungen (Ersatz des Rechtsfolgenverweises durch einen Rechtsgrundverweis auf § 8 Abs. 3 KStG) sowohl mit Wirkung für die Körperschaft- als auch für die Gewerbesteuer. Vgl. Hinder, J.-U./Heidbüchel, V., 2003, S. 368; Kessler, W., 2003, S. 2507; Kube, H., 2003, S. 332; bereits Prinz, U., 2001a, S. 1368.

⁸⁶² Voraussetzung ist gemäß BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 6 die Erfüllung des Typenvergleichs, d.h. eine Entsprechung der Kapitalgesellschaft i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG.

⁸⁶³ Vgl. BFH-Urt. v. 23.6.1992, S. 972 zur unbeschränkten Körperschaftsteuerpflicht trotz fehlender Rechtsfähigkeit, nunmehr auch bestätigt durch EuGH-Urt. v. 5.11.2002, Überseering, S. 1137 ff. A.A. noch Herzig, N., 1994, S. 113; Kraushaar, R., 1993, S. 276.

⁸⁶⁴ Maßgebend ist an dieser Stelle die ausschließliche Herbeiführung der inländischen Veranlagung im Rahmen der Beteiligung an der inländischen Personengesellschaft bzw. Betriebsstätte.

⁸⁶⁵ Vgl. Pyszka, T., 2002, S. 163.

sellschaft respektive Betriebsstätte der unmittelbaren Darlehensgewährung gleich;⁸⁶⁶ die Vorschrift erfasst jedoch explizit nicht die Weitergabe des Fremdkapitals durch die zwischengeschaltete Personengesellschaft als Eigenkapital.⁸⁶⁷ Die Zwischenschaltung einer inländischen Personengesellschaft oder Betriebsstätte in eine grenzüberschreitende Fremdkapital-Finanzierungsstruktur kann aufgrund des Durchgriffs auf den dahinter stehenden Anteilseigner regelmäßig nicht die inländische Veranlagung und damit die Nichtanwendbarkeit des § 8a KStG vermitteln.

42212. Fremdkapitalgeber

Während der Anwendungsbereich des § 8a KStG i.d.F. des Standortsicherungsgesetzes 1994 an einen „nichtanrechnungsberechtigten“, wesentlich beteiligten Anteilseigner anknüpfte, erfolgte im Rahmen des Systemwechsels der Körperschaftsbesteuerung eine systematische Anpassung dahingehend, dass nunmehr gemäß Abs. 1 Satz 2 der Vorschrift Vergütungen an einen wesentlich beteiligten Anteilseigner erfasst werden, sofern sie nicht „im Inland im Rahmen einer *Veranlagung*“ berücksichtigt werden. Damit erstreckt sich der Anwendungsbereich der Vorschrift weiterhin hauptsächlich auf ausländische Anteilseigner sowie inländische steuerbefreite Körperschaften.⁸⁶⁸ Aufgrund des expliziten Veranlagungserfordernisses reicht der Kapitalertragsteuereinbehalt im Inland mit Abgeltungswirkung i.S.d. beschränkten Steuerpflicht zum Ausschluss der Anwendung des § 8a KStG nicht aus; die Abgrenzung zwischen der inländischen Veranlagungs- und Fälligkeitsbesteuerung gewinnt demzufolge an Bedeutung.⁸⁶⁹

§ 8a Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 KStG dehnt den Anwendungsbereich der Vorschrift auch auf dem Anteilseigner nahe stehende Personen i.S.d. § 1 Abs. 2 AStG aus,

⁸⁶⁶ Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 92 ff.; Jacobs, O. H., 2002, S. 771.

⁸⁶⁷ Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 771; Prinz, U., 2000b, S. 1066 f.; Watermeyer, H. J., 2000, S. 110.

⁸⁶⁸ Der persönliche Anwendungsbereich der Vorschrift hat sich demnach gegenüber der ursprünglichen Fassung i.S.d. StandOG nicht wesentlich verändert. Vgl. Freiling, C./Schmucker, Y., 2001, S. 97 f.; Jacobs, O. H., 2002, S. 772; ders., 2000b, S. 1062; Prinz, U., 2000c, S. 272; zur a.F. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 8; Hey, F. E. F., 1993, S. 833 f.

⁸⁶⁹ Vgl. Prinz, U., 2001a, S. 1366; ders., 2000b, S. 1062; ders., 2000c, S. 272.

sofern die Vergütung nicht im Rahmen einer inländischen Veranlagung berücksichtigt wird.⁸⁷⁰ Die gegebenenfalls existente inländische Steuerpflicht des Anteilseigners ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung, da die Vorschrift (nunmehr explizit) ausschließlich auf die Veranlagung bei der nahe stehenden Person abstellt.⁸⁷¹ § 8a KStG erstreckt sich demnach auch auf ausschließlich inländische Konzernstrukturen, deren Finanzierung durch eine ausländische Tochter- oder Schwestergesellschaft erfolgt.⁸⁷² Darüber hinaus zielt Satz 3 Alt. 2 der Vorschrift auf eine Verhinderung sog. back-to-back Finanzierungen durch im In- oder Ausland ansässige sog. „Dritte mit Rückgriffsmöglichkeit“⁸⁷³ auf den Anteilseigner oder eine diesem nahe stehende Person.⁸⁷⁴ Erfolgt eine Berücksichtigung im Rahmen einer inländischen Veranlagung, beispielsweise aufgrund der Finanzierung über eine im Inland ansässige Bank oder über die inländische Betriebsstätte einer Auslandsbank, kommt § 8a KStG nur dann zur Anwendung, wenn diese sich bei dem ausländischen Anteilseigner oder einer ihm nahe stehenden Person refinanziert.⁸⁷⁵ Eine in der Literatur teilweise angenommene Erweiterung des Anwendungsbereichs auf alle wesentlich beteiligten Anteilseigner unabhängig von ihrer gegebenenfalls existenten inländischen Veranlagung ist mit der Neuformulierung des § 8a Abs. 1 Satz 3 KStG im

⁸⁷⁰ Das Tatbestandsmerkmal „inländische Steuerpflicht“ der Vergütung bei der nahe stehenden Person wurde im Rahmen des UntStFG 2001 zugunsten der Formulierung „im Rahmen einer Veranlagung erfasst“ geändert.

⁸⁷¹ Vgl. entgegen dem Wortlaut des § 8a KStG a.F. bereits BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 19; Freiling, C./Schmucker, Y., 2001, S. 98.

⁸⁷² Vgl. Timmermans, S., 2001, S. 170.

⁸⁷³ Ausreichend ist in diesem Zusammenhang neben der rechtlichen die faktische Rückgriffsmöglichkeit, d.h. die Übernahme der Schuld durch den Anteilseigner oder eine ihm nahe stehende Person gegenüber dem Dritten. Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 21. A.A. Bellstedt, Ch., 1995, S. 11; Herzig, N., 1994, S. 115; Hey, F. E. F., 1993, S. 836 f.; Kraushaar, R., 1993, S. 264. In diesem Zusammenhang ist die Ansässigkeit des Dritten, d.h. hier der Bank, unerheblich. Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 772.

⁸⁷⁴ Im Rahmen sog. back-to-back Finanzierungen erfolgt die Darlehensgewährung nicht durch den Anteilseigner selbst, sondern in der Regel durch eine Bank als im In- oder Ausland ansässigen „Dritten“, bei welcher der Anteilseigner eine entsprechende Einlage leistet und die damit verbundene Forderung an die Bank abtritt.

⁸⁷⁵ Vgl. Bellstedt, Ch., 1995, S. 10; Jacobs, O. H., 2002, S. 772; BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 23 in analoger Anwendung gem. BMF-Schr. v. 14.12.2000, S. 48. Die Benachteiligung ausländischer gegenüber inländischer Banken stellt für Kämper, A., 2001, S. 674 einen bedeutenden Aspekt für die EU-Widrigkeit des § 8a KStG dar.

Rahmen des Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetzes 2001 nicht mehr gegeben.⁸⁷⁶

Die Wesentlichkeitsgrenze ist gemäß § 8a Abs. 3 Satz 1 KStG bei einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung am Grund- oder Stammkapital der inländischen Kapitalgesellschaft in Höhe von mehr als 25 % erfüllt.⁸⁷⁷ Für die Bestimmung der Erfüllung der *Mindestbeteiligungsquote* werden gemäß Abs. 1 Satz 2 der Vorschrift auch nahe stehende Personen i.S.d. § 1 Abs. 2 AStG, d.h. vor allem Mutter- und Tochtergesellschaften des Anteilseigners,⁸⁷⁸ berücksichtigt. Darüber hinaus erstreckt sich der Anwendungsbereich der Vorschrift auch auf nicht wesentlich beteiligte Anteilseigner, welche gemäß Abs. 3 Satz 3 beherrschenden Einfluss auf die Kapitalgesellschaft ausüben.⁸⁷⁹

Die Erfüllung der Mindestbeteiligungsquote ist wegen der Formulierung „zu einem Zeitpunkt im Wirtschaftsjahr“ nicht an einen bestimmten Stichtag oder eine Beteiligungsdauer gebunden, so dass auch eine nur vorübergehende, kurzfristige wesentliche Beteiligung ausreicht.⁸⁸⁰ Im Sinne einer *pro-rata-temporis-Betrachtung* ist die Rechtsfolge des § 8a KStG ausschließlich auf den Überschreitungszeitraum zu beziehen.⁸⁸¹

⁸⁷⁶ Vgl. kritisch zu § 8a Abs. 1 Satz 3 KStG i.d.F. des StSenkG 2000 Freiling, C./Schmucker, Y., 2001, S. 98; Neyer, W., 2002c, S. 342 ff. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf sämtliche reinen Inlandssachverhalte, wie von Timmermans, S., 2001, S. 170 angenommen, begründet § 8a KStG n.F. aber nicht; es bedarf auch in diesem Fall des Rückgriffs auf einen ausländischen, nicht im Inland veranlagten Anteilseigner oder eine diesem nahe stehende Person.

⁸⁷⁷ Auf den Umfang der Stimmrechte kommt es nicht an. Mittelbare Beteiligungen werden, ohne dass eine Beherrschung der die mittelbare Beteiligung vermittelnden Gesellschaft erforderlich ist, mittels Durchrechnung berücksichtigt und ggfs. unmittelbaren Beteiligungen zur Ermittlung der Mindestbeteiligungsquote hinzugerechnet. Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 10; Herzig, N., 1994, S. 115.

⁸⁷⁸ Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 18.

⁸⁷⁹ Maßgebend ist die tatsächliche Ausübung des beherrschenden Einflusses. Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 15.

⁸⁸⁰ Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 11, 78; Jacobs, O. H., 2002, S. 772.

⁸⁸¹ Vgl. Hey, F. E. F., 1993, S. 834.

4222. Sachliche Voraussetzungen

42221. Fremdkapitalvergütung

Der Anwendungsbereich des § 8a KStG erstreckt sich ausschließlich auf „Vergütungen für Fremdkapital“. Abs. 1 der Vorschrift spezifiziert das *Fremdkapital* lediglich in der Hinsicht, dass es sich um Gesellschafter-Fremdkapital handeln muss.⁸⁸² Dies sind als Verbindlichkeit passivierungsfähige Kapitalzuführungen der Gesellschafter in Geld,⁸⁸³ die nicht zum steuerrechtlichen Eigenkapital gehören. § 8a KStG erfasst damit im Wesentlichen Gesellschafter-Darlehen.⁸⁸⁴ Vergütungen für die Überlassung von Sachkapital (Finanzierungsurrogate), beispielsweise grenzüberschreitende Mieten, Pachten, Leasing- oder Lizenzgebühren, werden demnach grundsätzlich nicht erfasst.⁸⁸⁵ Die Frist des zur Verfügung gestellten Fremdkapitals ist für die Beurteilung der sachlichen Tatbestandsmerkmale nicht von wesentlicher Bedeutung, da die Anwendbarkeit des § 8a KStG auf kurzfristige Kredite nach wie vor nicht ausgeschlossen werden kann.⁸⁸⁶ Ohne Auswirkung auf die Anwendbarkeit des § 8a KStG ist dagegen die Form der Refinanzierung, d.h. die Unterscheidung zwischen eigenkapitalbasierter oder fremdrefinanzierter Darlehensgewährung, durch den Fremdkapitalgeber.⁸⁸⁷

Der Begriff der *Vergütung* erstreckt sich auf Gegenleistungen, welche die inländische Kapitalgesellschaft für die jeweilige Fremdkapitalüberlassung lei-

⁸⁸² Zur fehlenden gesetzlichen Fremdkapitaldefinition vgl. Kraushaar, R., 1993, S. 257.

⁸⁸³ Fremdwährungsdarlehen sind gemäß BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 50 mit dem Kurswert zum Zeitpunkt der Darlehensaufnahme anzusetzen und bei ggfs. gestiegenem Kurs der ausländischen Währung auf den höheren Teilwert zuzuschreiben.

⁸⁸⁴ Das BMF-Schr. v. 15.12.1994 enthält in Tz. 44 eine beispielhafte Aufzählung der Fremdkapital i.S.d. § 8a KStG darstellenden Finanzierungsformen. Nachschusskapital i.S.d. § 26 GmbHG zählt aufgrund des Verbindlichkeitscharakters als Kapitalrücklage zum Eigenkapital. Vgl. Bellstedt, Ch., 1995, S. 11.

⁸⁸⁵ Vgl. Hey, F. E. F., 1993, S. 835; Jacobs, O. H., 2002, S. 771; Prinz, U., 2001a, S. 1369.

⁸⁸⁶ Vgl. in diesem Sinne BFH-Beschl. v. 4.3.1998, S. 1038 ff.; FG München v. 16.10.2000, S. 313 f. in Anlehnung an die gesellschaftsrechtliche Eigenkapitalqualifizierung und Forderung der Maßgeblichkeit des Wortlautes. Vgl. dazu kritisch Bellstedt, Ch., 1995, S. 13; Herzig, N., 1994, S. 170; Hey, F. E. F., 1993, S. 834; Prinz, U., 2001a, S. 1369. Anders BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 47 f., wonach die Anwendung des § 8a KStG auf kurzfristige (< 6 Monate) Waren- und Lieferkredite grundsätzlich und auf längerfristige Kapitalüberlassungen in Abhängigkeit von der Branchencharakterisierung ausgeschlossen ist, sowie Kraushaar, R., 1993, S. 257.

⁸⁸⁷ Vgl. Prinz, U., 1998a, S. 669.

stet.⁸⁸⁸ Im Wesentlichen handelt es sich dabei um Zinszahlungen; jedoch stellen auch Damnum, Disagio, Provisionen o.ä. an den Fremdkapitalgeber aufgrund ihres Vergütungscharakters Entgeltformen i.S.d. § 8a KStG dar.⁸⁸⁹ Die Vorschrift unterscheidet ertragsunabhängige und ertragsabhängige Vergütungen. *Ertragsunabhängige Entgelte*, die i.S.d. § 8a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KStG ausschließlich nach einem Bruchteil des Kapitals bemessen werden, sind im Wesentlichen Zinszahlungen im Rahmen eines festverzinslichen Gesellschafterdarlehens.⁸⁹⁰ Auch eine in Abhängigkeit von der Zinsentwicklung variierende Vergütung fällt mangels Bezug auf eine Erfolgsgröße unter die Vergütung i.S.d. Nr. 1 der Vorschrift.⁸⁹¹ Nicht nach einem Bruchteil des Kapitals bestimmte Vergütungen sind *ertragsabhängige Zahlungen* wie beispielsweise Erträge aus stillen Beteiligungen und partiarischen Darlehen. Unter die Vergütungen i.S.d. § 8a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KStG fallen wegen des Ausschließlichkeitskriteriums i.S.d. Nr. 2 der Vorschrift auch diejenigen Vergütungsformen, die neben einer gewinn- und umsatzunabhängigen über eine ertragsabhängige Komponente verfügen.⁸⁹² In diesem Zusammenhang spricht die Finanzverwaltung festen Zinszahlungen, die im Verlustfall des Fremdkapitalnehmers „gestundet“ werden, einen ertragsabhängigen und damit hybriden Finanzierungscharakter zu.⁸⁹³ Ähnliches dürfte aus Sicht der Finanzverwaltung wohl auch für sog. „ratched loans“⁸⁹⁴ gelten, da die Höhe der Fremdkapitalvergütung auch von der Höhe des Erfolgs des Fremdkapitalnehmers abhängt.⁸⁹⁵

⁸⁸⁸ Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 51. Die Finanzverwaltung wendet § 8a KStG gemäß Tz. 44 und 71 auch auf unverzinsliche Darlehen an, obwohl es diesen an dem wesentlichen Tatbestandsmerkmal der „Vergütung“ fehlt. Vgl. dazu kritisch Bellstedt, Ch., 1995, S. 13.

⁸⁸⁹ Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 51; Herzig, N., 1994, S. 168.

⁸⁹⁰ Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 54.

⁸⁹¹ Vgl. Hey, F. E. F., 1993, S. 834.

⁸⁹² Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 53, 55. Vgl. Herzig, N., 1994, S. 171 sowie zum „Auf-fangcharakter“ der Vorschrift insbesondere vor den in der Praxis vorherrschenden betriebswirtschaftlichen Anforderungen kritisch Jacobs, O. H., 2002, S. 777; Prinz, U., 2001a, S. 1366; ders., 2002a, S. 26.

⁸⁹³ Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 55. A.A. Bellstedt, Ch., 1995, S. 13; Herzig, N., 1994, S. 171; Prinz, U., 1998a, S. 670; ders., 1998b, S. 798.

⁸⁹⁴ Ein „ratched loan“ stellt eine Darlehensvereinbarung dar, die einen festen und einen, in Abhängigkeit von der finanziellen Leistungsfähigkeit des Fremdkapitalnehmers, variablen Zinsbestandteil vereint. Anknüpfungsmerkmale für den variablen Zinsanteil können dabei

42222. Bemessung des anteiligen Eigenkapitals

Der Bezug des Fremdkapitalvolumens auf das „anteilige Eigenkapital des Anteilseigners“ führt zwangsläufig zu einer gesellschafterbezogenen Betrachtung unter Berücksichtigung der individuellen Beteiligungsquoten.⁸⁹⁶ Das maßgebliche anteilige Eigenkapital des Anteilseigners entspricht gemäß § 8a Abs. 2 Satz 1 KStG dem Anteil des Anteilseigners am gezeichneten Kapital der Kapitalgesellschaft zum Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres.⁸⁹⁷ Das anteilige Eigenkapital wird demnach aus dem handelsbilanziellen Eigenkapital i.S.d. §§ 266 Abs. 3 und 272 f. HGB zum Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres unter Berücksichtigung der abschließenden Aufzählung des § 8a Abs. 2 Satz 2 KStG abgeleitet.⁸⁹⁸

Da Verluste das Eigenkapital reduzieren, verringern sie zwangsläufig auch das zulässige Fremdkapitalvolumen. Diese Wirkung kann vor allem in Unternehmenskrisen zu einem – aus betriebswirtschaftlicher Sicht nicht begründbaren – „Zwang“ in die Eigenkapitalbereitstellung führen.⁸⁹⁹ Zur Vermeidung von verlustinduzierten Minderungen der safe haven werden vorübergehende Verluste

unternehmensspezifische Daten oder aber auch externe ratings sein. Vgl. Prinz, U., 2002a, S. 25.

⁸⁹⁵ Zur Einordnung sog. „ratchet loans“ vgl. Prinz, U., 2002a, S. 24 ff. Dieser, S. 26, stellt zutreffend fest, dass aufgrund der Wahl des Anknüpfungsmerkmals für den variablen Vergütungsbestandteil keine „Gewinnabsaugungseffekte“ entstehen, wie es für eigenkapitalnahe ergebnisabhängige Vergütungsformen i.S.d. § 8a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KStG typisch ist.

⁸⁹⁶ Vgl. Herzig, N., 1994, S. 112; Hey, F. E. F., 1993, S. 835; Kraushaar, R., 1993, S. 256.

⁸⁹⁷ Unterjährig aufgenommenen neuen Gesellschaftern ist mangels Beteiligung am Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres kein anteiliges Eigenkapital i.S.d. § 8a KStG zuzurechnen, so dass bei Erfüllen der persönlichen Voraussetzungen und mangels Drittvergleich die Rechtsfolge der Vorschrift greift. Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 41; kritisch Bellstedt, Ch., 1995, S. 12. Der zeitliche Rückbezug gewährt insoweit Planungssicherheit, als dass auf ein feststehendes und unveränderbares Tatbestandsmerkmal abgestellt wird. Vgl. Bellstedt, Ch., 1995, S. 9. Bei Neugründung ist auf das Eigenkapital der Eröffnungsbilanz zurückzugreifen. Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 29 und 42; Herzig, N., 1994, S. 169. Zur Maßgeblichkeit der Beteiligungsquote des unmittelbar beteiligten Anteilseigners für die Ermittlung des anteiligen Eigenkapitals eines mittelbar beteiligten Gesellschafters innerhalb einer Beteiligungskette vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 43.

⁸⁹⁸ Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 28; Herzig, N., 1994, S. 169. Das Eigenkapital i.S.d. § 8a KStG ist demnach nicht zwangsläufig mit dem handelsrechtlichen Eigenkapital identisch.

⁸⁹⁹ Vgl. Prinz, U., 1998b, S. 799.

von dieser Wirkung ausgenommen.⁹⁰⁰ Vorübergehende Verluste des abgelaufenen Wirtschaftsjahres, die bis zum Ablauf des nachfolgenden dritten Wirtschaftsjahres ausgeglichen werden, mindern gemäß Satz 3 der Vorschrift das zugrundeliegende Eigenkapital nicht; gegebenenfalls erfolgt eine nachträgliche Berücksichtigung gemäß § 165 Abs. 2 AO.⁹⁰¹ Diese Ausnahme kann entsprechend teleologischer Reduktion jedoch nur für bereits bestehende, nicht jedoch – bezogen auf den Verlustentstehungszeitpunkt – für zukünftige Finanzierungsstrukturen gelten.⁹⁰² Einlagen sind bei ihrer Leistung zunächst mit entsprechenden Jahresfehlbeträgen zu verrechnen und erst im Anschluss für die Ermittlung des safe haven zu berücksichtigen; ein zeitliches „Hinausschieben“ der Ergebnisverrechnung zur vorzeitigen Erhöhung des maßgeblichen (anteiligen) Eigenkapitals ist damit unzulässig.⁹⁰³ Diese Vorgehensweise verdeutlicht den überwiegend statischen Charakter des § 8a KStG, der jeweils auf das einzelne Wirtschaftsjahr abstellt.⁹⁰⁴

42223. Überschreitung der zulässigen Fremdkapitalvolumina

Die Rechtsfolge des § 8a KStG ist an die Überschreitung von zulässigen Relationen zwischen Gesellschafter-Fremdkapital und anteiligem Eigenkapital gebunden.⁹⁰⁵ Diese sog. safe haven nehmen mittels einer Negativdefinition das (als nicht missbräuchlich qualifizierte) festgeschriebene Fremdkapitalvolumen

⁹⁰⁰ Vgl. Hey, F. E. F., 1993, S. 835. Die ursprünglich vorgesehene und an die Rechtsprechung zu Anlaufverlusten bei Auslandsbeteiligungen angelehnte Zeitspanne für sog. vorübergehende Verluste i.S.d. § 8a KStG i.H.v. maximal fünf Jahren wurde nicht verwirklicht. Vgl. Bellstedt, Ch., 1995, S. 12; Herzig, N., 1994, S. 169.

⁹⁰¹ Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 33. Anderenfalls könnten Verluste während der Laufzeit einer Finanzierungsstruktur eine Umqualifizierung von Fremdkapitalvergütungen bewirken, obwohl diese zu Beginn der Finanzierung die Kriterien des § 8a KStG erfüllen. Vgl. Herzig, N., 1994, S. 169.

⁹⁰² Vgl. Bellstedt, Ch., 1995, S. 11 f.; Kraushaar, R., 1993, S. 267; Prinz, U., 1998b, S. 800; gesetzlich sowie von der Finanzverwaltung mit BMF-Schr. v. 15.12.1994 nicht explizit geregelt.

⁹⁰³ Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 34; ablehnend Prinz, U., 1998b, S. 800.

⁹⁰⁴ Die statische Betrachtungsweise zeigt sich auch im Zusammenhang mit sukzessive gewährten Darlehenskomponenten. Vgl. Bellstedt, Ch., 1995, S. 9 und 12.

⁹⁰⁵ Auch eine nur kurzzeitige Überschreitung der safe haven löst aufgrund der pro-rata-temporis-Betrachtung das Tatbestandsmerkmal grundsätzlich aus; § 8a KStG ist in diesem Fall aber nur auf diejenigen Fremdkapitalvergütungen anzuwenden, die auf den Überschreitungszeitraum entfallen. Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 72.

von der gesetzlichen Umqualifizierung aus.⁹⁰⁶ Diese steuerlichen Eingriffsgrenzen wurden mit dem Steuersenkungsgesetz 2000 deutlich reduziert.⁹⁰⁷ Ab dem Veranlagungszeitraum 2001 respektive bei einem vom Kalenderjahr abweichenden Wirtschaftsjahr ab dem Veranlagungszeitraum 2002 gilt für ertragsunabhängige Vergütungen i.S.d. § 8a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KStG eine steuerrechtlich zulässige Relation zwischen Gesellschafter-Fremdkapital und anteiligem Eigenkapital von 1 : 1,5 (bisher 1 : 3). Diese Relation unterstellt damit eine Mindest-Eigenkapitalquote in Höhe von 40 %.⁹⁰⁸ Der bisherige safe haven von 1 : 0,5 für sog. hybride Finanzierungen,⁹⁰⁹ d.h. gewinn- oder umsatzabhängige Vergütungen i.S.d. § 8a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KStG, entfällt vollständig,⁹¹⁰ so dass in diesem Fall stets die Rechtsfolge der Vorschrift greift.⁹¹¹ Unter steuerlichen Gesichtspunkten ist von der Wahl hybrider Finanzierungsformen im Rahmen von Inbound-Finanzierungsstrukturen daher künftig abzuraten.⁹¹²

Für inländische Holdinggesellschaften gilt gemäß § 8a Abs. 4 Satz 1 KStG ein erweiterter – aber mit dem Steuersenkungsgesetz 2000 ebenfalls reduzierter –

⁹⁰⁶ Vgl. Bellstedt, Ch., 1995, S. 9.

⁹⁰⁷ Die Begründung zum Entwurf des StSenkG vom 30.3.2000, BT-Drs. 14/3074, S. 126, bezeichnet dies als eine Anpassung „an die international üblichen Standards für die Gesellschafter-Fremdfinanzierung“. Vgl. kritisch Prinz, U., 2000c, S. 273. Dieses Argument ist bei Betrachtung der Realität unverständlich. Vgl. Prinz, U., 2001a, S. 1365; ders., 2000b, S. 1064.

⁹⁰⁸ Freiling, C./Schmucker, Y., 2001, S. 99 und Prinz, U., 2000c, S. 273 m.w.N. weisen zutreffend darauf hin, dass diese Grenze in der Praxis wohl nur selten erfüllt sein wird.

⁹⁰⁹ Zum Begriff der „hybriden“ bzw. (synonym) „Mezzanine“-Finanzierung, die sowohl Elemente der Eigen- als auch der Fremdkapitalfinanzierung vereinen, vgl. Prinz, U., 2001b, S. 77.

⁹¹⁰ Der zuvor im Vergleich zu ertragsunabhängigen Vergütungen geringere safe haven wird mit der „größeren Nähe zum Eigenkapital“ begründet, Herzig, N., 1994, S. 170.

⁹¹¹ § 8a KStG wirkt aufgrund fehlender einschränkender Anwendungsvorschriften auf bereits in der Vergangenheit getroffene Finanzierungsentscheidungen zurück und durchbricht somit den Grundsatz, dass Steuerpflichtige auf die Beständigkeit steuerrechtlicher Vorschriften vertrauen dürfen. Vgl. Löwenstein, U., 2000, S. 200 f., der eine Anwendung des Rückwirkungsverbots in Art. 103 Abs. 2 GG für diesen Fall ausschließt; Prinz, U., 2000b, S. 1063. Zur Vorgehensweise bei Kumulierung von hybriden und „normalen“ Vergütungsformen nach altem Recht (Übertragbarkeit nicht ausgenutzter safe haven) vgl. Hey, F. E. F., 1993, S. 836; Kraushaar, R., 1993, S. 255 und S. 262 f.

⁹¹² Vgl. Prinz, U., 2001a, S. 1369; ders., 2000c, S. 273 f.

safe haven von 1:3 (bisher 1:9).⁹¹³ Dies entspricht einer Mindest-Eigenkapitalquote in Höhe von 25 %. Die im Vergleich zu Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 günstigere Relation zwischen Gesellschafter-Fremdkapital und anteiligem Eigenkapital ist jedoch nur auf sog. qualifizierte Holdinggesellschaften anwendbar. Als solche gelten gemäß Abs. 4 Satz 1 der Vorschrift Kapitalgesellschaften, deren Haupttätigkeit⁹¹⁴ die Haltung und Finanzierung von Beteiligungen i.S.d. § 271 Abs. 1 HGB an Kapitalgesellschaften⁹¹⁵ darstellt *oder* „deren Vermögen zu mehr als 75 vom Hundert ihrer Bilanzsumme aus Beteiligungen an Kapitalgesellschaften besteht“.⁹¹⁶

Zur Vermeidung einer – neben die großzügigeren Fremdkapitalvolumina tretenden – zusätzlichen Begünstigung durch die Vervielfachung des Fremdfinanzierungsrahmens innerhalb von Beteiligungsketten (Kaskadeneffekt) ist diese erweiterte Nichtbeanstandungsgrenze der qualifizierten Holding nicht auf ihre nachgeschalteten Tochtergesellschaften anzuwenden.⁹¹⁷ Die Verhinderung der Umqualifizierung von Fremdkapitalvergütungen i.S.d. § 8a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KStG von nachgeschalteten Tochterkapitalgesellschaften im Rahmen sog. *top-down Finanzierungsstrukturen* setzt – unabhängig von Nichtbeanstandungsgrenzen – gemäß Abs. 4 Satz 2 stets den Nachweis des Drittvergleichs voraus.⁹¹⁸ Bei Mutterkapitalgesellschaften, welche die Voraussetzung der qualifi-

⁹¹³ Der erweiterte safe haven für Holdinggesellschaften stellt kein Wahlrecht dar, sondern kommt zwangsläufig bei Erfüllung der Anforderungen zur Anwendung. Vgl. Herzig, N., 1994, S. 174.

⁹¹⁴ Gem. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 81 stellen die Haltung und die Finanzierung von Beteiligungen die Haupttätigkeit der Holding dar, wenn deren Bruttoerträge i.S.d. A 76 Abs. 8 Satz 1 KStR im Durchschnitt der drei vorausgegangenen Jahre zu mindestens 75 % aus den genannten Holdingtätigkeiten stammen.

⁹¹⁵ Entgegen der originär begriffsprägenden Rechtsformneutralität wendet der Gesetzgeber die Holdingdefinition hier ausschließlich auf Kapitalgesellschaften an, so dass mittelbare Beteiligungen über eine Personengesellschaft keine Holdingeigenschaft i.S.d. § 8a Abs. 4 KStG begründen können. Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 85.

⁹¹⁶ Vgl. zum Umfang der Holderträge OFD Hannover v. 7.10.1996, S. 1057. Entgegen dem Wortlaut des § 8a Abs. 4 Satz 1 KStG gilt die qualifizierte Holdingeigenschaft nach h.M. grundsätzlich auch bei Beteiligung an nur einer Tochterkapitalgesellschaft als erfüllt. Vgl. Hey, F. E. F., 1993, S. 836; Jacobs, O. H., 2002, S. 775, Fn. 62. A.A. aber BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 84: „mindestens zwei Beteiligungen“; Prinz, U., 2001c, § 8a KStG, Rz. 22.

⁹¹⁷ Vgl. kritisch Hey, F. E. F., 1993, S. 836.

⁹¹⁸ Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 86 f.; Herzig, N., 1994, S. 173; Jacobs, O. H., 2002, S. 775. Die alternative Befreiung aufgrund der Mittelaufnahme zur Finanzierung banküb-

zierten Holding nicht erfüllen, erfolgt zur Vermeidung des Kaskadeneffektes innerhalb von Konzernstrukturen gemäß § 8a Abs. 4 Satz 3 KStG eine Kürzung des Eigenkapitals i.S.d. Abs. 2 um den Buchwert der Beteiligung an der Tochterkapitalgesellschaft.⁹¹⁹ Der ursprüngliche safe haven der Mutterkapitalgesellschaft erlischt zugunsten dessen Anwendbarkeit auf der Ebene der (untersten) Tochterkapitalgesellschaft.⁹²⁰ Dies begünstigt tendenziell die direkte Fremdkapitalfinanzierung der untersten Beteiligungsebene durch die ausländischen Anteilseigner in Form einer sog. *bottom-up Finanzierungsstruktur*.⁹²¹

42224. Ausschluss des Drittvergleichs

Der sog. Drittvergleich stellt ein wesentliches Konzeptionselement des § 8a KStG dar.⁹²² Als Alternative zu den starren Grenzen der safe haven ermöglicht der Drittvergleich als „anpassungsfähiges“ Abgrenzungsmerkmal eine Beurteilung von Finanzierungsstrukturen nach branchen- oder unternehmensspezifischen Gegebenheiten.⁹²³ Eine Umqualifizierung von Fremdkapitalvergütungen findet ungeachtet der Überschreitung der zulässigen Nichtbeanstandungsgrenzen nicht statt, wenn der Anteilseigner – bezogen auf den Zeitraum der Überschreitung⁹²⁴ – den Nachweis führen kann, dass die Kapitalgesellschaft das entsprechende Fremdkapitalvolumen von einem (einzigem)⁹²⁵ fremden Dritten

licher Geschäfte greift in der hier betrachteten Organisationsstruktur nicht, da es sich dabei um Geschäfte i.S.d. § 1 KWG handelt, die von Kreditinstituten getätigt werden. Die Mitelaufnahme zur Finanzierung von Beteiligungen an Tochtergesellschaften stellt dagegen, sofern diese nicht selbst Kreditinstitute sind, kein bankübliches Geschäft dar. Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 70.

⁹¹⁹ Zum Auffangcharakter der Kürzung des Beteiligungsbuchwertes vgl. Herzig, N., 1994, S. 174.

⁹²⁰ Vgl. Herzig, N., 1994, S. 173 f.; Jacobs, O. H., 2002, S. 775.

⁹²¹ Vgl. Herzig, N., 1994, S. 177.

⁹²² Der Grundsatz des Fremdvergleichs entspricht der Kommentierung des OECD-MA, nach der nationale Maßnahmen zur Begrenzung missbräuchlicher Gesellschafterfremdfinanzierung nur unter Beachtung des *arm's length* Grundsatzes zulässig sind. Vgl. Komm. zum OECD-MA, Art. 9 Tz. 2; Art. 10 Tz. 25 und Art. 11 Tz. 19. Von Bellstedt, Ch., 1995, S. 8 auch als „Zugeständnis des BMF an das vorrangige DBA-Recht“, von Herzig, N., 1994, S. 111 als „Leitidee“ bezeichnet.

⁹²³ Zum Zusammenwirken von Fremdvergleich und safe haven vgl. Herzig, N., 1994, S. 111 f.

⁹²⁴ Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 61.

⁹²⁵ Diese Einschränkung resultiert aus der gesellschafterbezogenen Betrachtungsweise bei der Beurteilung der Tatbestandsmerkmale des § 8a KStG. Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 60 sowie Jacobs, O. H., 2002, S. 774.

„bei sonst gleichen Umständen“ ebenfalls erhalten hätte.⁹²⁶ Im Rahmen vergleichbarer Umstände sind die konkreten Vertragsbedingungen sowie die darüber hinausgehenden Verhältnisse des Einzelfalls zu berücksichtigen.⁹²⁷

Die befreiende Möglichkeit des Drittvergleichs besteht – begründet mit Schwierigkeiten bei der Durchführbarkeit⁹²⁸ – allerdings seit Implementierung der Vorschrift nicht für gewinn- oder umsatzabhängige Vergütungsformen i.S.d. § 8a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KStG. Diese Vergütungsformen unterliegen daher seit der Aufhebung des safe haven stets der Rechtsfolge des § 8a KStG.⁹²⁹ Die Diskriminierung dieser Finanzierungsformen behindert – insbesondere auch vor dem Hintergrund des Auffangcharakters der Vorschrift – unter Umständen betriebswirtschaftlich sinnvolle Finanzierungsstrukturen bei Unternehmenskrisen oder in Sanierungsfällen.⁹³⁰ Die Wahl der Finanzierungsform gewinnt nunmehr vor dem Hintergrund der Diskriminierung ertragsabhängiger Vergütungen und ihres Auffangcharakters erheblich an Bedeutung.⁹³¹

Darüber hinaus steigert die deutliche Senkung der übrigen Nichtbeanstandungsgrenzen den Einfluss des Fremdvergleichs bei der Begründung von Fremdkapital-Finanzierungsstrukturen, der gleichzeitig – im Zeitablauf erhöhte Maßstäbe der Finanzverwaltung unterstellt – zunehmend schwieriger gelingt.⁹³² In diesem Zusammenhang ist fraglich, ob die Beibehaltung der bisherigen Relationen – abgesehen von fiskalisch unerwünschten Körperschaftsteu-

⁹²⁶ Jenseits der safe haven kommt es demnach zu einer Beweislastumkehr. Vgl. Herzig, N., 1994, S. 171. Hinsichtlich der Qualität des Nachweises befürwortet Kraushaar, R., 1993, S. 260, dass eine „formlose Bankbestätigung“ ausreichend und eine konkrete Kreditwürdigkeitsprüfung nicht erforderlich ist. A.A. Storck, S. 261 in Erwiderung zu Kraushaar sowie Herzig, N., 1994, S. 172 mit der Forderung nach vergleichsweise höheren Anforderungen.

⁹²⁷ Vgl. Herzig, N., 1994, S. 172. Gem. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 60 sind dies u.a. die Höhe der Vergütung und des eigenen Vermögens der Kapitalgesellschaft, die Sicherheit der Kapitalanlage und die allgemeine Finanzstruktur.

⁹²⁸ Vgl. Herzig, N., 1994, S. 111.

⁹²⁹ Vgl. kritisch i.S.e. Diskriminierung solcher Finanzierungsformen Freiling, C./Schmucker, Y., 2001, S. 99; Jacobs, O.H., 2002, S. 773, Fn. 55; Prinz, U., 2001a, S. 1366; ders., 2000b, S. 1065.

⁹³⁰ Vgl. Prinz, U., 2000b, S. 1065. Hey, F. E. F., 1993, S. 834 kritisiert bereits den ggfs. mit dem Ausschluss des Fremdvergleichs verbundenen Verstoß gegen bilaterales Recht.

⁹³¹ Vgl. Freiling, C./Schmucker, Y., 2001, S. 99; Prinz, U., 2000c, S. 274.

⁹³² Vgl. Prinz, U., 2001a, S. 1368; ders., 2000b, S. 1068.

eraufkommensminderungen – zu einem vergleichsweise umfangreichen Schutz von nicht „üblichen“ Finanzierungsstrukturen geführt hätte.⁹³³

423. Rechtsfolgen

4231. Annahme der verdeckten Gewinnausschüttung

Die „unzulässige“ Höhe des Fremdkapitalentgelts begründet die gesetzlich normierte Annahme einer ausschließlich durch das Gesellschafterverhältnis veranlassten Finanzierungsform. Bei Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des § 8a KStG kommt in Folge des Rechtsgrundverweises die Vorschrift zur verdeckten Gewinnausschüttung i.S.d. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG zur Anwendung.⁹³⁴

Unter der Voraussetzung, dass ein Drittvergleich gemäß § 8a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KStG nicht geführt werden kann, erfolgt bei Überschreitung der Nichtbeanstandungsgrenzen eine anteilige Umqualifizierung der Zinszahlungen in verdeckte Gewinnausschüttungen.⁹³⁵ Im Rahmen der Nichtbeanstandungsgrenze erstreckt sich die Umqualifizierung dagegen ausschließlich auf den „unangemessenen“ Zinsbestandteil, der „angemessene“ Teil unterliegt grundsätzlich nicht der Umqualifizierung.⁹³⁶ Die Anwendung des § 8a KStG auf den angemessenen Vergütungsbestandteil scheidet gegebenenfalls aufgrund des Fremdvergleichs; die Anwendung der Vorschrift auf den unangemessenen Vergütungsbestandteil wird durch § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG verdrängt.⁹³⁷ Bei ver-

⁹³³ Vgl. Herzig, N., 1994, S. 112; Prinz, U., 1998b, 798 mit dem Hinweis auf die Planungssicherheit, die von den „typisierende(n) Sockelbeträgen in Form von Nichtaufgriffsgrenzen“ ausgeht (Klammerergänzung durch die Verfasserin).

⁹³⁴ § 8a KStG begründet einen eigenständigen Tatbestand für die verdeckte Gewinnausschüttung; auf die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen i.S.d. § 8 Abs. 3 Satz 2 kommt es nicht an. Vgl. Schneck, H./Hirsch, Ch. J., 1998, S. 223.

⁹³⁵ Die Regelung zur zeitlichen Berücksichtigung der Gesellschafterdarlehen bei Zusammenreffen unterschiedlicher Finanzierungsformen i.S.d. § 8a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Hs. 2 KStG a.F. ist entfallen, so dass für die Ermittlung des safe haven der ertragsunabhängigen Vergütung das Eigenkapital in voller Höhe zur Verfügung steht. Vgl. Freiling, C./Schmucker, Y., 2001, S. 99.

⁹³⁶ Vgl. Kraushaar, R., 1993, S. 261; Schneck, H./Hirsch, Ch. J., 1998, S. 225.

⁹³⁷ Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 67, nach dem § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG der Norm zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung vorgeht und damit das Rangfolgeverhältnis zugunsten der allgemeineren Vorschrift umkehrt. Dazu kritisch Bellstedt, Ch., 1995, S. 9. Diese Rechtsfolgenunterscheidung hat ausschließlich Bedeutung für die Gewerbesteuer, da nur die verdeckte Gewinnausschüttung i.S.d. § 8a KStG gewerbesteuerlich neutralisiert wird (§ 9 Nr. 10 GewStG), nicht jedoch diejenige nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG. Vgl. Herzig, N., 1994, S. 173.

gleichsweise (zu) niedrig verzinslichen Gesellschafter-Darlehen ist gegebenenfalls Doppelbesteuerungsrecht, d.h. insbesondere Art. 9 OECD-MA, zu beachten, so dass eine Umqualifizierung nach § 8a KStG unterbleibt.⁹³⁸

Die Rechtsfolgen des § 8a KStG entfalten damit – obgleich bei den Tatbestandsmerkmalen ein strikter Gesellschafterbezug gilt – zunächst Wirkung auf der Ebene der Gesellschaft. Bedeutung kommt der Rechtsfolge für die Anteilseignerebene insoweit zu, als dass der Empfänger originär Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG bezieht, die in Folge der Anwendung des § 8a KStG Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG darstellen,⁹³⁹ unter Umständen zieht die veränderte Einordnung internationale Qualifikationskonflikte nach sich.⁹⁴⁰

Die Umqualifizierung erfolgt ausschließlich für die Erhebung der Körperschaftsteuer; gemäß § 9 Nr. 10 Satz 1 GewStG unterbleibt eine analoge Umqualifizierung im Rahmen der Gewerbesteuer.⁹⁴¹

4232. Steuerliche Konsequenzen bei Umstrukturierungen

Umstrukturierungen von ausländisch beherrschten im Inland ansässigen Unternehmen haben bei Beteiligung von Kapitalgesellschaften unter Umständen Bedeutung für die Anwendung des § 8a KStG.⁹⁴² Während bei der Umwandlung von einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft die Anwendung des § 8a KStG mangels Erfüllung der persönlichen Voraussetzungen erlischt,⁹⁴³ stellt sich für den umgekehrten Fall sowie bei Verschmelzung und Spaltung von Kapitalgesellschaften grundsätzlich die Frage nach möglichen Auswirkungen auf die Gesellschafter-Fremdfinanzierung i.S.d. § 8a KStG. Das

⁹³⁸ Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 63.

⁹³⁹ Die Zurechnung der verdeckten Gewinnausschüttung erfolgt – auch bei Fremdkapitalüberlassung durch nahe stehende Personen oder Dritte – gegenüber dem Anteilseigner. Vgl. Schneck, H./Hirsch, Ch. J., 1998, S. 226 f.

⁹⁴⁰ Vgl. Schneck, H./Hirsch, Ch. J., 1998, S. 225.

⁹⁴¹ § 8a KStG entfaltet als Einkommensermittlungsvorschrift zunächst auch Wirkung für die gewerbesteuerlichen Gewinnermittlung; gemäß § 9 Nr. 10 Satz 2 GewStG gilt aber weiterhin die hälftige Hinzurechnung zum Gewerbeertrag gemäß § 8 Nr. 1 GewStG. Vgl. Herzig, N., 1994, S. 113; Jacobs, O. H., 2002, S. 770; Prinz, U., 2001a, S. 1367; ders., 2000b, S. 1062.

⁹⁴² Vgl. dazu insbes. Prinz, U., 1998a, S. 668.

⁹⁴³ Vgl. Prinz, U., 1998a, S. 671.

Zusammenwirken von § 8a KStG und den Regelungen des Umwandlungssteuerrechts ist nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt; auf dem Erlasswege erfolgte nur eine knappe Stellungnahme.⁹⁴⁴

Unter der Voraussetzung, dass zum steuerlichen Übertragungstichtag auch das Fremdkapital i.S.d. § 8a KStG auf den übernehmenden Rechtsträger in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft übergeht, werden diesem mit Wirkung zum Zeitpunkt des steuerlichen Vermögensübergangs auch die entsprechenden Fremdkapitalvergütungen unter Anwendung des § 8a KStG zugerechnet.⁹⁴⁵ Im Fall der Neugründung erfolgt zur Ermittlung des (anteiligen) Eigenkapitals nach Vermögensübergang ein Rückgriff auf die handelsrechtliche Eröffnungsbilanz des neuen Rechtsträgers.⁹⁴⁶ Im Rahmen der Aufnahme des übertragenen Vermögens durch einen bestehenden Rechtsträger wird diesem das handelsrechtliche Eigenkapital zum Schluss des Wirtschaftsjahres, in das die Handelsregistereintragung fällt, hinzugerechnet; eine Berücksichtigung für Zwecke des § 8a KStG erfolgt demnach erst mit Wirkung für das der Handelsregistereintragung folgende Wirtschaftsjahr.⁹⁴⁷ Dies gilt grundsätzlich auch für die Behandlung von im übergehenden Vermögen enthaltenen Beteiligungen; für die Beurteilung der Holdingeigenschaft oder der Buchwertkürzung i.S.d. § 8a Abs. 4 KStG erfolgt daher ein Rückgriff auf die Beteiligungsverhältnisse am Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres respektive auf die Eröffnungsbilanz.⁹⁴⁸ Besteht der übertragende Rechtsträger wie beispielsweise bei der Spaltung oder Ausgliederung fort, unterbleibt die Zurechnung, um eine doppelte Berücksichtigung des übertragenen Vermögens, d.h. sowohl bei der Berechnung des zulässigen Fremdkapitals des übertragenden Rechtsträgers als auch bei der übernehmenden Kapitalgesellschaft, zu vermeiden. § 8a KStG bleibt beim übertra-

⁹⁴⁴ Vgl. BMF-Schr. v. 25.3.1998, Tz. 8a.01-8a.06.

⁹⁴⁵ Vgl. BMF-Schr. v. 25.3.1998, Tz. 8a.01.

⁹⁴⁶ Vgl. BMF-Schr. v. 25.3.1998, Tz. 8a.03; kritisch Bellstedt, Ch., 1995, S. 11, da das Gründungsjahr das gesetzliche Tatbestandsmerkmal nicht erfüllen könne.

⁹⁴⁷ Vgl. BMF-Schr. v. 25.3.1998, Tz. 8a.04; ungenau Prinz, U., 1998a, S. 669.

⁹⁴⁸ Vgl. Prinz, U., 1998a, S. 669; BMF-Schr. v. 25.3.1998, Tz. 8a.05.

genden, fortbestehenden Rechtsträger auf das nicht übergegangene Gesellschafters-Fremdkapital anwendbar.⁹⁴⁹

Die Vernachlässigung vorübergehender Verluste bei der Ermittlung der safe haven gilt grundsätzlich auch im Rahmen von Umstrukturierungen; der Ausgleich der Verluste kann in diesem Fall auch durch den übernehmenden Rechtsträger erfolgen.⁹⁵⁰

Tendenziell sollte die Umstrukturierungsrichtung die Nutzung eines möglichst großen nicht verbrauchten safe haven sicherstellen.⁹⁵¹

⁹⁴⁹ Vgl. Prinz, U., 1998a, S. 669; BMF-Schr. v. 25.3.1998, Tz. 8a.03.

⁹⁵⁰ Vgl. BMF-Schr. v. 25.3.1998, Tz. 8a.06. Ein Verlustausgleich durch den Verlustverursacher ist demnach nicht erforderlich, vgl. Prinz, U., 1998a, S. 669.

⁹⁵¹ Vgl. Prinz, U., 1998a, S. 671.

Kapitel 4 Einfluss der Steueränderungen bis zum Steuervergünstigungsabbaugesetz 2003 auf wesentliche Funktionsbereiche der Steuerplanung mit Holdingstrukturen

1. Optimierung der relativen Konzernsteuerbelastung bei Rapa-triierung der Erträge

11. Bedeutung der Dividendenfreistellung für die Einkommen- und Körperschaftsteuerbelastung

111. Nationaler Dividendentransfer

1111. Kapitalertragsteuereinbehalt

Mit der Änderung des § 8b Abs. 1 KStG im Rahmen des Steuersenkungsgesetzes 2000 wird nunmehr eine allgemeine Befreiung für inländische und ausländische Beteiligungserträge i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 lit. a EStG eingeführt. Das sog. „internationale Schachtelprivileg“ erfährt insoweit eine Erweiterung auf nationale Beteiligungserträge.⁹⁵² Im Ergebnis gewährt § 8b Abs. 1 KStG daher eine systemkonforme steuerliche Erfassung von mehrstufigen Holdingstrukturen, d.h. eine Vermeidung von Doppelbelastungen zugunsten der einmaligen Vorbelastung mit Körperschaft- sowie Gewerbesteuer auf der untersten Beteiligungsstufe⁹⁵³ und Einbeziehung in das Halbeinkünfteverfahren bei der natürlichen Person als Anteilseigner der Mutterkapitalgesellschaft.⁹⁵⁴ § 8b Abs. 1 KStG erfüllt in diesem Zusammenhang das Postulat der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit unter Beachtung der wirtschaftlichen Einheit „Konzern“.⁹⁵⁵

Gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 43a Abs. 1 Nr. 1 EStG und § 8 Abs. 1 KStG ist auf die von § 8b Abs. 1 KStG erfassten und von der Besteuerung freigestell-

⁹⁵² Vgl. Steinhoff, St., 2000, S. 211 f.

⁹⁵³ Bei einer ausländischen Tochterkapitalgesellschaft ggfs. auch ausländische Ertragsteuern.

⁹⁵⁴ Vgl. Benz, S., 2000a, S. 230 f.; Rödder, Th., 2000, S. 537. Es wird unterstellt, dass § 8b Abs. 7 KStG nicht zur Anwendung gelangt. Vgl. Herzig, N., 2003, S. 1460. Aus Gründen der Vergleichbarkeit wird nachfolgend – sofern nicht anders angegeben – die vollständige Gewinnausschüttung bis zum Anteilseigner der Muttergesellschaft unterstellt. Diese Annahme ist insoweit betriebswirtschaftlich begründet, als dass nur unter Berücksichtigung eines vollständigen steuerlichen Durchgriffs die Gesamtsteuerbelastung einer unternehmerischen Betätigung ermittelt werden kann. Vgl. Elschen, R., 1991, S. 106; Schneider, D., 1992b, S. 1739.

⁹⁵⁵ Vgl. Haun, J./Winkler, H., 2002, S. 193; Köster, B.-K., 2000, S. 1263.

ten Dividendenerträge dennoch eine Kapitalertragsteuer in Höhe von 20 % zu erheben.⁹⁵⁶ Auf Antrag unterbleibt der Kapitalertragsteuerabzug bei Gewinnausschüttung zwischen in Mitgliedstaaten der Europäischen Union ansässigen Kapitalgesellschaften gemäß § 8 Abs. 1 KStG i.V.m. § 43b Abs. 1 EStG.⁹⁵⁷ Die erhobene Kapitalertragsteuer wird im Wege des Veranlagungsverfahrens auf die Steuerschuld der empfangenden Kapitalgesellschaft gemäß § 8 Abs. 1 KStG i.V.m. § 36 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 EStG angerechnet.⁹⁵⁸ Für Holdinggesellschaften, die neben Beteiligungserträgen regelmäßig keine weiteren Einkünfte beziehen, resultiert im Rahmen der Veranlagung eine Erstattung einbehaltener Kapitalertragsteuer.⁹⁵⁹ Dennoch kann die Steuererhebung eine nicht unerhebliche Liquiditätsbelastung darstellen.⁹⁶⁰

1112. Körperschaftsteuerminderung und -erhöhung

11121. Realisierbarkeit von Körperschaftsteuerguthaben

Das bis zum körperschaftsteuerlichen Systemwechsel aufgelaufene Körperschaftsteuerguthaben einer Kapitalgesellschaft wird gemäß § 37 Abs. 1 Satz 1 KStG zum 31.12.2001 bei mit dem Kalenderjahr übereinstimmenden Wirt-

⁹⁵⁶ Die Kapitalertragsteuer beträgt 20 %, wenn – wie im Regelfall erfüllt – der Gläubiger die Kapitalertragsteuer trägt, und entsteht gem. § 44 Abs. 1 Satz 2 EStG „in dem Zeitpunkt, in dem die Kapitalerträge dem Gläubiger zufließen“. Vgl. Wesselbaum-Neugebauer, C., 2003, S. 594. Schwierigkeiten können bei Sachdividenden bestehen, da in diesem Fall regelmäßig nicht eine um die Kapitalertragsteuer geminderte Ausschüttung möglich ist. Hier muss die Steuerverpflichtung bei der Bestimmung der Ausschüttung berücksichtigt werden. Vgl. Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1020. Klingberg, D./Müller-Gatermann, G., 2002, S. 8 schlagen daher eine gemischte Sach- und Bardividende mit einem Baranteil mindestens in Höhe des Kapitalertragsteuersatzes von 20 % vor. Der Kapitalertragsteuer einbehalt gilt auch in Bezug auf die gemäß § 8b Abs. 1 KStG körperschaftsteuerbefreite verdeckte Gewinnausschüttung. Vgl. Fügen, R./Rieger, N., 2003, S. 548. Zur Systemwidrigkeit der Erhebung der Kapitalertragsteuer in diesem Fall vgl. Jesse, L., 2002, S. 121.

⁹⁵⁷ § 43b Abs. 1 EStG – ehemals § 44d EStG i.d.F. vor StSenkG 2000 – beinhaltet die unilaterale Umsetzung der Quellensteuerbefreiung gemäß Art. 5 der sog. Mutter-Tochter-Richtlinie der EU in deutsches Recht. Vgl. Weber-Grellet, H., 2003, § 43b EStG Tz. 1. Vorausgesetzt ist gemäß § 43b Abs. 3 eine Mindestbeteiligung an der Tochtergesellschaft in Höhe von regelmäßig 25 %, bei gegenseitiger Begünstigung gemäß Abs. 3 in Höhe von 10 %, und eine Mindestbeteiligungsdauer von zwölf Monaten.

⁹⁵⁸ Die Anrechnungsmöglichkeit haben aufgrund des Veranlagungserfordernisses nur unbeschränkt steuerpflichtige sowie beschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften mit inländischer Betriebsstätte. Andernfalls hat die Kapitalertragsteuer gemäß § 50 Abs. 5 Satz 1 EStG bzw. § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG Abgeltungswirkung. Vgl. Fügen, R./Rieger, N., 2003, S. 545; Knebel, A./Seltenreich, St., 2003, S. 260; Klingberg, D./Müller-Gatermann, G., 2002, S. 7.

⁹⁵⁹ Vgl. Benz, S., 2000a, S. 234; Eilers, St./Schmidt, R., 2003, S. 617.

⁹⁶⁰ Vgl. Klingberg, D./Müller-Gatermann, G., 2002, S. 7.

schaftsjahren respektive zum Ende eines abweichenden Wirtschaftsjahres 2001/2002 bestimmt.⁹⁶¹ Gemäß §37 Abs. 1 Satz 2 KStG beträgt das Körperschaftsteuerguthaben 1/6 des Endbestands des ehemaligen EK 40 i.S.d. § 36 Abs. 1 KStG.

Die Erstattung von Körperschaftsteuerguthaben wird gemäß §37 Abs. 2a Nr. 1 i.d.F. des Steuervergünstigungsabbaugesetzes 2003 mit Wirkung für Gewinnausschüttungen, die nach dem 11.4.2003 und vor dem 1.1.2006 erfolgen^{962, 963} „eingefroren“.⁹⁶⁴ Erst im Anschluss an das dreijährige „Moratorium“⁹⁶⁵ vorgenommene Gewinnausschüttungen lösen gemäß Nr. 2 der Vorschrift eine Körperschaftsteuerminderung aus.⁹⁶⁶ Die Höhe der Erstattung ist zusätzlich mit dem Ziel einer gleichmäßigen Verteilung auf den (nunmehr zeitlich hinausgeschobenen) fünfzehnjährigen Übergangszeitraum begrenzt.⁹⁶⁷ Die ursprünglich

⁹⁶¹ Zur einjährigen Verschiebung der Guthabenfeststellung bezogen auf die Feststellung des EK 40-Endbestands vgl. Lang, B., 2002, S. 1793.

⁹⁶² Abgestellt wird auf den tatsächlichen Abfluss. Vgl. BMF-Schr. v. 6.11.2003, S. 2021; BFH-Urt. v. 20.8.1986, S. 76; Urt. v. 9.12.1987, S. 462; Dötsch, E./Pung, A., 2003c, S. 2514; Förster, G., 2003, S. 902; Lang, B., 2002, S. 1794; Schiffers, J., 2003, S. 674.

⁹⁶³ Maßgeblich für die Anwendung der Neufassung ist der Zeitpunkt des Beschlusses der Gewinnausschüttung, nicht nur deren tatsächliche Durchführung. Vgl. Lornsen-Veit, B./Möbus, S., 2003, S. 1155; Schiffers, J., 2003, S. 674; Semmler, E., 2003, S. 4726; unklar Grütznert, D., 2003, S. 436. Auf Gewinnausschüttungen, welche zwar in den genannten Zeitraum fallen, aber bereits vor der ersten Entwurfsfassung, d.h. vor dem 21.11.2002, beschlossen wurden, ist gemäß § 34 Abs. 13a KStG (noch) die geltende Rechtslage anzuwenden. In diesem Fall kann das Körperschaftsteuerguthaben i.S.d. §37 Abs. 1 KStG während einer fünfzehnjährigen Übergangszeit durch Ausschüttung mobilisiert werden; die Höhe der Körperschaftsteuerminderung ist auf 1/6 der Gewinnausschüttung festgeschrieben. Kritisch im Hinblick auf den Zeitpunkt des Gewinnausschüttungsbeschlusses vgl. Semmler, E., 2003, S. 4727, der aus Vertrauensschutzgründen den 12.4.2003 präferiert.

⁹⁶⁴ Das Moratorium erstreckt sich entsprechend auch auf den Stand des Körperschaftsteuerguthabens. Vgl. Förster, G., 2003, S. 901.

⁹⁶⁵ Lornsen-Veit, B./Möbus, S., 2003, S. 1159 benennen die Wirkungsrichtung des „Moratoriums“ zutreffend als einen „zinslosen Kredit der Bundesregierung bei den inländischen Körperschaften“. Streck, M./Binneswies, B., 2003, S. 1134 folgern entsprechend, dass der „Vorwurf des Gestaltungsmissbrauch .. damit weitaus besser beim Gesetzgeber aufgehoben als beim Stpfl.“ ist.

⁹⁶⁶ Eine solche Körperschaftsteuerminderung setzt gemäß §37 Abs. 2 KStG eine offene Gewinnausschüttung voraus, die auf einem den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften entsprechenden Gewinnverteilungsbeschluss beruht (somit auch Vorabauschüttungen). Kritisch zur Anknüpfung der steuerlichen Rechtsfolge an gesellschaftsrechtliche Anforderungen Lang, B., 2002, S. 1793 f.

⁹⁶⁷ Nach der Verlängerung endet der Übergangszeitraum regelmäßig bei kalenderjahrgleichen Wirtschaftsjahren am 31.12.2019 und bei abweichenden Wirtschaftsjahren zum Ende

diskutierte Einschränkung der Erstattung auf 1/14 des am 31.12.2002 verbleibenden Körperschaftsteuerguthabens wurde zugunsten einer ausschüttungsabhängigen Begrenzung auf den linearen Anteil des jeweils am Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres festgestellten Körperschaftsteuerguthabens aufgegeben.⁹⁶⁸ Ein nach der Übergangsfrist verbleibendes Körperschaftsteuerguthaben verfällt.⁹⁶⁹

11122. Liquiditätseinschränkung durch Nachversteuerung

Führt die Ausschüttung bei der leistenden Kapitalgesellschaft zu einer Körperschaftsteuerminderung, erfolgt gemäß § 37 Abs. 3 KStG eine korrespondierende Nachversteuerung auf Ebene des unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtigen Empfängers von steuerbefreiten Inlandsdividenden.⁹⁷⁰ Die Höhe der „Nachsteuer“ entspricht in der Regel dem Betrag der Körperschaftsteuerminderung bei der ausschüttenden Gesellschaft.⁹⁷¹ Gemäß § 37 Abs. 3 Satz 1 KStG erhöht sich beim Dividendenempfänger neben der Körperschaftsteuer auch das Körperschaftsteuerguthaben um diesen Betrag,⁹⁷² so dass eine definitive Nach-

2019/2020; Verkürzungen können bspw. aus Rumpfwirtschaftsjahren resultieren. Vgl. Schiffers, J., 2003, S. 675; Semmler, E., 2003, S. 4725.

⁹⁶⁸ Den Hintergrund für die Begrenzung der Höhe nach bildet die im Veranlagungszeitraum 2002 geltende uneingeschränkte Realisierbarkeit des Körperschaftsteuerguthabens, die zu einer erheblichen Minderung des Körperschaftsteueraufkommens geführt hat. Vgl. kritisch zur Begründung des Gesetzgebers Streck, M./Binneswies, B., 2003, S. 1133. Die anteilige Begrenzung mit dem StVergAbG 2003 dient der gleichmäßigeren Verteilung der ausschüttungsabhängigen Hebung des Körperschaftsteuerguthabens auf den Übergangszeitraum. Zur Begrenzung i.d.F. des StVergAbGE vgl. Förster, G., 2003, S. 901; Lornsen-Veit, B./Möbus, S., 2003, S. 1154; Wiese, G. T./Klass, T., 2003, S. 559.

⁹⁶⁹ Vgl. Schiffers, J., 2003, S. 674. Bei mit dem Kalenderjahr übereinstimmenden Wirtschaftsjahren erfolgt die letztmalige Feststellung auf den 31.12.2018, bei abweichenden Wirtschaftsjahren entsprechend später. Vgl. Dötsch, E., 2003b, § 37 KStG n.F. Tz. 19; Förster, G., 2003, S. 902; Brodersen, Ch./Littan, S., 2003, S. 679.

⁹⁷⁰ Die korrespondierende Körperschaftsteuererhöhung gemäß § 37 Abs. 3 KStG bleibt – entgegen ersten Überlegungen im Entwurf des StVergAbG – bestehen. Vgl. Jesse, L., 2002, S. 122 f. Sie setzt jedoch während des Körperschaftsteuer-Guthabenmatoriums mangels Körperschaftsteuerminderung bei der ausschüttenden Kapitalgesellschaft aus. Vgl. Dötsch, E./Pung, A., 2003c, S. 2515. Bei einer Personengesellschaft erfolgt demnach keine Erhebung der Nachsteuer gemäß § 37 Abs. 3 KStG. Vgl. Rödder, Th./Wochinger, P., 2002, S. 13.

⁹⁷¹ Die Höhe der „Nachsteuer“ ist damit unabhängig von der Höhe des zu versteuernden Einkommens des Dividendenempfängers. Vgl. Klingberg, D./Müller-Gatermann, G., 2002, S. 6.

⁹⁷² Unterjährige Zugänge werden bei der Ermittlung des Körperschaftsteuerguthabens erst im auf die Ausschüttung folgenden Wirtschaftsjahr berücksichtigt, so dass eine zeitkongruente Nutzung des Guthabens ausscheidet. Vgl. Lornsen-Veit, B./Möbus, S., 2003, S. 1156.

versteuerung erst auf Ebene des Anteilseigners in der Rechtsform der natürlichen Person erfolgt.⁹⁷³ Korrespondierend wird das Körperschaftsteuerguthaben eines Kapitalgesellschaftskonzerns letztlich nur „verlagert“ und erst bei der Ausschüttung an natürliche Personen realisiert.⁹⁷⁴ Die Nachversteuerung stellt damit – unter Vernachlässigung der nicht zeitkongruenten Nutzbarkeit des Körperschaftsteuerguthabens und der potentiellen zusätzlichen Steuerlasten auf empfangene Gewinnausschüttungen,⁹⁷⁵ die das Körperschaftsteuerminderungspotential gegebenenfalls reduzieren – regelmäßig „nur“ eine Liquiditätsbelastung dar,⁹⁷⁶ da die Weiterleitung der Erträge an eine Kapitalgesellschaft ihrerseits wiederum eine Körperschaftsteuererminderung auslöst.

Eine Nachversteuerung erfolgt gemäß § 37 Abs. 3 Satz 1 KStG nur bei Bezug von nach § 8b Abs. 1 KStG steuerfreien Bezügen. Da Ausschüttungen aus dem steuerlichen Einlagenkonto (Einlagenrückgewähr), die den Buchwert der Beteiligung übersteigen, unter die Veräußerungsgewinnbefreiung des § 8b Abs. 2 KStG fallen, lösen sie zwar gegebenenfalls eine Körperschaftsteuererminderung,⁹⁷⁷ jedoch keine Nachversteuerung aus.⁹⁷⁸

⁹⁷³ Gleiches gilt für eine Personengesellschaft, an der ausschließlich natürliche Personen beteiligt sind. Wenn Kapitalgesellschaften die Stellung des Mitunternehmers bekleiden, gelangt § 8b Abs. 6 KStG zur Anwendung.

⁹⁷⁴ Vgl. Schiffers, J., 2003, S. 675.

⁹⁷⁵ Zusätzliche Steuerlasten auf empfangene Gewinnausschüttungen, bspw. im Rahmen des § 8 Nr. 5 GewStG oder bei Auslandserträgen aufgrund § 8b Abs. 5 KStG, reduzieren das Körperschaftsteuerminderungspotential, so dass eine definitive Nachsteuer verbleibt.

⁹⁷⁶ Vgl. Lornsen-Veit, B./Möbus, S., 2003, S. 1156, welche die Zins- und Liquiditätsnachteile als „erheblich“ bezeichnen. Die Liquiditätsbelastung ist naturgemäß um so größer, je weiter Empfang und Weiterleitung von Dividenden zeitlich auseinander fallen.

⁹⁷⁷ Lornsen-Veit, B./Möbus, S., 2003, S. 1158 schlagen daher vor, die während des körperschaftsteuerlichen Moratoriums ausgekehrten Rücklagen mittels Einlagen an die Kapitalgesellschaft zurückzuführen, um im Anschluss an das Moratorium eine nachversteuerungsfreie Ausschüttung aus dem Einlagenkonto zu generieren. Ähnlich auch Wesselbaum-Neugebauer, C., 2003, S. 593. Allerdings spricht das BMF-Schr. v. 4.6.2003, Tz. 25 meines Erachtens dafür, dass die Finanzverwaltung die Versagung der Körperschaftsteuererminderung im Fall der Einlagenrückgewähr anstrebt.

⁹⁷⁸ Vgl. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 6; Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1021; Eilers, St./Kraus, G., 2002, S. 13; (ohne Festlegung) Klingberg, D./Müller-Gattermann, G., 2002, S. 5; Lornsen-Veit, B./Möbus, S., 2003, S. 1157 f.; Rödder, Th./Wochinger, P., 2002, S. 11, 28. Dies gilt grundsätzlich nur für die Einlagenrückgewähr, da die Verringerung des steuerlichen Einlagenkontos, die den sog. ausschüttbaren Gewinn übersteigt, grundsätzlich neben der Körperschaftsteuererminderung auch eine korrespondierende Körperschaftsteuererhöhung auslöst. Vgl. BMF-Schr. v. 4.6.2003, Tz. 25.

Gemäß § 37 Abs. 3 Satz 2 KStG greift das System der Nachversteuerung zwar auch im Rahmen einer Organschaft; eine Nachversteuerung kommt jedoch ebenso wie eine Anrechnung von Kapitalertragsteuer nicht bei der Organgesellschaft, sondern erst bei der Organträger-Kapitalgesellschaft in Betracht.⁹⁷⁹ Neben diesem „Vorteil“ ist aber zu beachten, dass das Körperschaftsteuerguthaben der Organgesellschaft in Folge der Gewinnabführung „eingesperrt“ ist. Die Realisierung des Minderungspotentials ist grundsätzlich nur während des Übergangszeitraums und, sofern organschaftliche Gewinnausschüttungen ausscheiden,⁹⁸⁰ nur im Wege der Beendigung der Organschaft erzielbar.

Das Guthaben-Moratorium i.S.d. § 37 Abs. 2a KStG gelangt bei einer Umwandlung in eine Personengesellschaft gemäß § 10 Satz 2 UmwStG, bei der Liquidation gemäß § 40 Abs. 4 Satz 7 KStG oder bei der Verschmelzung auf eine steuerbefreite Körperschaft gemäß § 40 Abs. 3 Satz 2 KStG explizit nicht zur Anwendung.⁹⁸¹ Das Körperschaftsteuerguthaben wird im Veranlagungszeitraum der Umwandlung gemäß § 10 Satz 1 UmwStG in der Weise realisiert,⁹⁸² dass sich das übergehende Reinvermögen der übertragenden Körperschaft erhöht.⁹⁸³ Anderenfalls hätte der Untergang der bestehenden Kapitalgesellschaft den unzulässigen endgültigen Verlust des Körperschaftsteuergutha-

⁹⁷⁹ Fungiert eine Personengesellschaft als Organträger, setzt die Nachversteuerung i.S.d. § 37 Abs. 3 KStG die Mitunternehmerschaft von Kapitalgesellschaften voraus; bei natürlichen Personen als Mitunternehmer der Organträger-Personengesellschaft unterbleibt die Nachversteuerung. Vgl. Heurung, R./Klübenspies, M., 2003, S. 2493; Lornsen-Veit, B./Möbus, S., 2003, S. 1158.

⁹⁸⁰ Dies ist bspw. der Fall, wenn keine (vor-)organschaftlichen Rücklagen für die Gewinnausschüttung zur Verfügung stehen. Vgl. Förster, G., 2003, S. 903. Während der Organschaft gebildete und aufgelöste Kapitalrücklagen können an die Gesellschafter ausgeschüttet werden; sie unterliegen nicht der Gewinnabführung. Vgl. BFH-Urt. v. 8.8.2001, S. 923 und BMF-Schr. v. 27.11.2003, S. 647.

⁹⁸¹ Vgl. Grützner, D., 2003, S. 436 f.; Semmler, E., 2003, S. 4729 f.

⁹⁸² Die Körperschaftsteuererminderung bzw. -erhöhung greift jeweils ausschließlich auf Ebene der übertragenden Kapitalgesellschaft und ist damit nicht auf die Ebene der Mitunternehmer der Personengesellschaft übertragbar. Vgl. Haritz, D./Wisniewski, Th., 2000, S. 790 f.

⁹⁸³ Vgl. Hörtnagel, R., 2001, S. 36; Pung, A., 2000, S. 1836. Vergleichbar mit der Annahme einer umwandlungsbedingten Vollausschüttung. Aufgrund der Buchwertverknüpfung i.S.d. § 4 Abs. 1 UmwStG schlägt sich die körperschaftsteuerguthaben-induzierte Reinvermögenserhöhung letztlich in einem erhöhten Übernahmeergebnis nieder. Korrespondierend führt die Übertragung von EK 02-Beständen zu einer Minderung des Übernahmeergebnisses. Vgl. Brodersen, Ch./Littan, S., 2003, S. 681.

bens zur Folge.⁹⁸⁴ Die Ausnahme der genannten Fälle aus dem Anwendungsbereich des Vorschriftenkreises gewährt allerdings nur in gewissem Rahmen Gestaltungspotential zur Umgehung des dreijährigen Moratoriums, da bei Gesellschafter-Kapitalgesellschaften – bezogen auf ihren Anteil am Übernahmege-
winn – eine korrespondierende Nachversteuerung gemäß § 37 Abs. 3 Satz 3 KStG erfolgt.⁹⁸⁵ Da die genannte Nachversteuerung aber nur auf Ebene eines unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtigen übernehmenden Rechtsträgers eingreift, kann die Zwischenschaltung einer ausländischen Mitunternehmer-Kapitalgesellschaft diese belastende Rechtsfolge vermeiden.⁹⁸⁶

11123. Körperschaftsteuererhöhung

Der gemäß §36 Abs. 7 KStG festgestellte positive Endbetrag des EK 02 wird auch nach dem körperschaftsteuerlichen Systemwechsel fortgeführt; eine Ausschüttung aus dem positiven EK 02 führt gemäß § 38 Abs. 2 KStG zu einer Körperschaftsteuererhöhung in Höhe von 3/7 ihres Betrags.⁹⁸⁷ Eine Körperschaftsteuererhöhung findet gemäß §38 Abs. 3 Satz 4 KStG statt, wenn für die Gewinnausschüttung nicht auf andere als dem steuerlichen Einlagenkonto bestehende Rücklagen zurückgegriffen werden kann.⁹⁸⁸ Im Gegensatz zur Körperschaftsteuerminderung setzt die Körperschaftsteuererhöhung nicht während der Dauer des dreijährigen Moratoriums aus; gleichzeitig erfolgt aber in § 38 Abs. 2 Satz 3 KStG eine Verlängerung des Anwendungszeitraums um eben

⁹⁸⁴ Vgl. Förster, G., 2003, S. 902; Schiffers, J., 2003, S. 675.

⁹⁸⁵ Vgl. Brodersen, Ch./Littan, S., 2003, S. 681; bereits Haritz, D./Wisniewski, Th., 2000, S. 794; Pung, A., 2000, S. 1836; Schiffers, J., 2003, S. 676. Die Realisierung des Körperschaftsteuerguthabens setzt ausreichende ausschüttungsfähige Rücklagen voraus. Vgl. Lomsen-Veit, B./Möbus, S., 2003, S. 1155, 1157; Streck, M./Binneswies, B., 2003, S. 1134. Förster, G., 2003, S. 902 schlägt in diesem Zusammenhang den Rückgriff auf das sog. Leg-ein-hol-zurück-Verfahren vor.

⁹⁸⁶ Vgl. Brodersen, Ch./Littan, S., 2003, S. 681. *Brodersen/Littan* präferieren aus haftungsrechtlichen und praktischen Überlegungen die Rechtsform der & Co. KG. Vgl. Brodersen, Ch./Littan, S., 2003, S. 682.

⁹⁸⁷ Ein negativer EK 02-Bestand mindert die Gesamtsumme des verwendbaren Eigenkapitals und wird nicht fortgeführt. Vgl. Lang, B., 2002, S. 1793.

⁹⁸⁸ EK 02 wird verwendet, wenn die Ausschüttung den um den Bestand an EK 02 verminderten ausschüttbaren Gewinn übersteigt; es gilt steuerbilanzielles EK ./ gezeichnetes Kapital ./ Bestand im steuerlichen Einlagenkonto = ausschüttbarer Gewinn ./ EK 02 = vermindert ausschüttbarer Gewinn. Vgl. Lang, B., 2002, S. 1795; Schiffers, J., 2003, S. 676; BMF-Schr. v. 4.6.2003, Tz. 14.

diese drei Jahre.⁹⁸⁹ Zur Vermeidung der nachteiligen Belastungswirkungen ist demnach grundsätzlich auf die Existenz ausreichender Rücklagen aus bisherigem EK 40 zu achten.⁹⁹⁰

1113. Zwischenfazit

Die zeitlich gestreckte Realisierbarkeit des Körperschaftsteuerguthabens zwingt zur Durchführung von Gewinnausschüttungen.⁹⁹¹ Beteiligungsgesellschaften, welche – wie für Holdinggesellschaften typisch – fast ausschließlich Dividendenerträge erzielen, werden aufgrund der Begrenzung der Höhe nach das Körperschaftsteuerminderungspotential im Verlauf der Übergangszeit nicht vollständig verbrauchen können.⁹⁹² Zum einen besteht die Gefahr, dass mangels ausreichender Rücklagen gegen Ende des Übergangszeitraums ein verbleibendes Körperschaftsteuerguthaben mit Ablauf der Übergangsfrist verloren geht.⁹⁹³ Zum anderen ist die Nutzung von Körperschaftsteuerguthaben (Nachsteuer) durch Weiterausschüttung (korrespondierende Körperschaftsteuerminderung) bereits im Jahr der Dividendenvereinnahmung erst in den Folgejahren möglich, da §37 Abs. 2a KStG die Höhe der Körperschaftsteuerminderung aus dem Bestand des Guthabens zum Ende des Vorjahres ableitet.⁹⁹⁴ Auf

⁹⁸⁹ Vgl. kritisch Brodersen, Ch./Littan, S., 2003, S. 679 f. Wiese, G. T./Klass, T., 2003, S. 559 bezeichnen diese zeitliche Divergenz m.E. unbegründet als „zweckentsprechend“; es kann wohl nur die Entsprechung zum „Fiskal“-Zweck gemeint sein.

⁹⁹⁰ Vgl. Schiffers, J., 2003, S. 676.

⁹⁹¹ Der „optimale Ausschüttungsbetrag“ bemisst sich nach dem jährlich zu bestimmenden maximalen Körperschaftsteuerminderungspotential und beträgt stets dessen Sechsfaches. Vgl. Wesselbaum-Neugebauer, C., 2003, S. 592. „Überausschüttungen“ können dabei aufgrund der Begrenzung der Höhe des Minderungsbetrags ggfs. erfolgte „Unterausschüttungen“ nicht kompensieren. Vgl. Förster, G., 2003, S. 901, 903. Lt. Grützner, D., 2003, S. 436 ermöglicht die zeitliche Verteilung eine Guthabenrealisierung im letzten Jahr unabhängig von zuvor erfolgten Ausschüttungen; diese Annahme vernachlässigt aber das Erfordernis von Rücklagen in entsprechender Höhe sowie eine ggfs. erst im letzten Jahr vereinnahmte Körperschaftsteuergutschrift.

⁹⁹² Vgl. Semmler, E., 2003, S. 4728; Streck, M./Binneswies, B., 2003, S. 1134. A.A. Förster, G., 2003, S. 903; unklar Wesselbaum-Neugebauer, C., 2003, S. 593.

⁹⁹³ Vgl. Brodersen, Ch./Littan, S., 2003, S. 680; Dötsch, E., 2003b, § 37 KStG n.F. Tz. 21; Lomsen-Veit, B./Möbus, S., 2003, S. 1155.

⁹⁹⁴ Vgl. Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1017; kritisch Lornsen-Veit, B./Möbus, S., 2003, S. 1156; Semmler, E., 2003, S. 4728 f. Die Möglichkeit der Kompensation der Nachversteuerung vereinnahmter Dividenden mittels phasengleicher Weiterausschüttung im Verhältnis zu § 37 Abs. 2 KStG i.d.F. des StSenkG 2000 befürwortet Kramer, A., 2003, S. 1866 ff. A.A. mit Verweis auf die Feststellung zum Schluss des Vorjahres der Ausschüttung

diese Weise geht der anwartschaftsähnliche Anspruch auf die Realisierung des Körperschaftsteuerguthabens im letzten Jahr des Übergangszeitraums durch § 37 Abs. 2 Satz 2 KStG verloren.⁹⁹⁵

112. Grenzüberschreitender Dividendentransfer

1121. Gewinnausschüttungen in das Ausland

11211. Systemwechsel und Tarifsenkung

Der Systemwechsel hat für einen ausländischen Anteilseigner zunächst grundsätzlich keine Auswirkungen, da dieser bereits nach altem Recht nicht in den Genuss eines deutschen Körperschaftsteuer-Anrechnungsguthabens gelangen konnte und somit die deutsche Ausschüttungs-Körperschaftsteuer stets eine definitive Belastung war. Aus Sicht eines ausländischen Investors bedeutet die nationale Steuersatzsenkung dagegen eine Verringerung der definitiven inländischen Körperschaftsteuerbelastung.⁹⁹⁶ Der Umfang der Vorteilhaftigkeit der unilateralen Steuersatzsenkung hängt jedoch sowohl vom ausländischen Steuerniveau als auch von der Behandlung der deutschen Erträge im Ansässigkeitsstaat des Dividendenempfängers ab. Bei begrenzter Anrechnung ausländischer Steuern im Ansässigkeitsstaat des Anteilseigners kann die Tarifsenkung zu einer Verringerung eines möglicherweise bestehenden Anrechnungsüberhangs bei Besteuerung der Gewinnausschüttungen im Ausland führen.⁹⁹⁷ Aus der deutschen Körperschaftsteuersatz-Senkung folgt aber immer dann keine steuerliche Besserstellung, wenn bereits vor dem Systemwechsel aufgrund des höheren ausländischen Steuerniveaus eine zusätzliche ausländische Steuerpflicht auf die Ausschüttung entstand. Mangels reduzierbaren Anrechnungsüberhangs

Dötsch, E., 2003c, S. 1997; Dötsch, E./Pung, A., 2003c, S. 2515 und bereits Rödder, Th./Wochinger, P., 2002, S. 11.

⁹⁹⁵ Vgl. kritisch Lornsen-Veit, B./Möbus, S., 2003, S. 1156; Semmler, E., 2003, S. 4729; Streck, M./Binneswies, B., 2003, S. 1133; Wiese, G. T./Klass, T., 2003, S. 559 („enteignungsgleichen Eingriff“).

⁹⁹⁶ Vgl. Endres, D./Oestreicher, A., 2000, S. 418.

⁹⁹⁷ Bspw. wird sich für britische Anteilseigner an einer deutschen Kapitalgesellschaft durch die Steuersatzsenkung regelmäßig ein – wenn auch nur vergleichsweise geringer – Steuervorteil gegenüber der alten Rechtslage ergeben. Denn für britische Anteilseigner führte im Vollarrechnungsverfahren nach alter Rechtslage der Solidaritätszuschlag i.H.v. 5,5 % auf die Ausschüttungs-Körperschaftsteuer i.H.v. 30 % zu einem Anrechnungsüberhang. Vgl. Krawitz, N./Büttgen, D., 2001, S. 629.

erfolgt in diesem Fall ein Anstieg der zusätzlichen ausländischen Steuer in Höhe des ursprünglichen Vorteils bei der steuerlichen Vorbelastung der Dividende.

11212. Liquiditätsbelastung durch Kapitalertragsteuer

Im Gegensatz zum nationalen Dividendentransfer kann die Ausschüttung an eine Auslandskapitalgesellschaft zwar eine Körperschaftsteuerminderung, jedoch keine Nachversteuerung i.S.d. § 37 Abs. 3 KStG auslösen. Beschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften gelangen über § 8 Abs. 1 KStG sowohl mittels im Inland erzielter Beteiligungserträge i.S.d. §49 Abs. 1 Nr. 5 EStG als auch über eine inländische Betriebsstätte i.S.d. §49 Abs. 1 Nr. 2 lit. a EStG in den Anwendungsbereich des § 8b Abs. 1 KStG. Die auf Ebene der ausschüttenden inländischen Kapitalgesellschaft einzubehaltende Kapitalertragsteuer in Höhe von 20 % gemäß §43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 7a EStG entfaltet im ersten Fall für die beschränkt steuerpflichtige Gesellschafter-Kapitalgesellschaft gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG Abgeltungswirkung;⁹⁹⁸ eine Anrechnung einbehaltener Quellensteuer scheidet am Fehlen einer Körperschaftsteuerveranlagung im Inland.⁹⁹⁹ Außerhalb einer Körperschaftsteuerveranlagung kommt eine antragsbezogene Erstattung von Kapitalertragsteuer nur im Rahmen eines Doppelbesteuerungsabkommens i.S.d. § 50d Abs. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG in Betracht.¹⁰⁰⁰ Da die Kapitalertragsteuer auf Bruttobasis erhoben wird,

⁹⁹⁸ Vgl. Benz, S., 2000a, S. 234; Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1017; Mueller, D., 2002, S. 111; Rödder, Th., 2000, S. 546; Strunk, G./Kaminski, B., 2003, S. 4733. Eine Erstattung einbehaltener Kapitalertragsteuer gem. § 37 Abs. 2 AO scheidet aus. Vgl. Benz, S., 2000a, S. 232; Eckert, R., 2003, S. 407. Zur Frage der Vereinbarkeit mit Europarecht vgl. kritisch Dautzenberg, N., 2001, S. 2137 ff. Eine unilaterale Absenkung des KapErtSt-Satzes in Deutschland bleibt insoweit ohne Wirkung, als dass damit das Anrechnungsvolumen im Ausland, nicht aber die Gesamtsteuerbelastung sinkt. Vgl. Mössner, J. M., 2001, S. 47.

⁹⁹⁹ Unbenommen gegebenenfalls im Ausland zur Anwendung kommender Vorschriften zur Milderung der Doppelbesteuerung. Vgl. Desens, M., 2003, S. 620 f.; Eilers, St./Schmidt, R., 2003, S. 617.

¹⁰⁰⁰ Eckert, R., 2003, S. 409 f. schließt aus der Anwendbarkeit des § 3 Nr. 40 lit. d EStG und des § 8b Abs. 1 KStG auf beschränkt Steuerpflichtige, dass die abgeltende Kapitalertragsteuererhebung an diesen Vorschriften zu messen, d.h. sich nur auf die steuerpflichtigen Erträge erstrecken könne, und ggfs. zu viel einbehaltene Quellensteuer in analoger Anwendung des § 50d Abs. 1 Satz 1 EStG zu erstatten sei: „Wird Kapitalertragsteuer über den Umfang einer bestehenden Steuerpflicht hinaus erhoben, so hat der Steuerpflichtige einen Erstattungsanspruch“. A.A. BMF-Schr. v. 28.4.2003, Tz. 11; Strunk, G./Kaminski, B., 2003, S. 4732 f.

kann es infolge der Nichtberücksichtigung von beteiligungsbezogenen Aufwendungen zudem zu konfiskatorischen Besteuerungswirkungen kommen.¹⁰⁰¹ Ausgenommen vom Ausschluss der Quellensteueranrechnung sind ausländische Kapitalgesellschaften i.S.d. zweiten Falls, die ihre Beteiligung in einem inländischen Betriebsvermögen halten, mit dem sie im Inland zur Körperschaftsteuer veranlagt werden.¹⁰⁰²

Daneben ist der grenzüberschreitende Dividendentransfer innerhalb der Europäischen Union gemäß § 43b EStG bei Erfüllung der Beteiligungsvoraussetzungen auf Antrag vollständig von der Erhebung einer Kapitalertragsteuer befreit.¹⁰⁰³ Diese gänzliche Quellensteuerbefreiung ist gegebenenfalls über die nachträgliche Kapitalertragsteuererstattung gemäß § 50d Abs. 1 EStG zu realisieren. Allerdings führen Ausschüttungen aus dem positiven EK 02 an ausländische Anteilseigner zu einer Körperschaftsteuererhöhung i.S.d. § 38 Abs. 2 KStG in Höhe von 3/7 ihres Betrags, die einer unzulässigen Quellensteuer auf die Gewinnausschüttung gleichkommt.¹⁰⁰⁴ Die Vereinbarkeit der steuerlichen Schlechterstellung ausländischer Anteilseigner gegenüber inländischen in der Rechtsform einer Körperschaft mit Europarecht wird in der Literatur mit Bezug auf die Kapitalverkehrsfreiheit in Art. 56 EGV zu Recht bezweifelt.¹⁰⁰⁵

1122. Gewinnausschüttungen in das Inland

Das allgemeine Dividendenprivileg des § 8b Abs. 1 KStG erfasst gleichsam inländische wie ausländische Beteiligungserträge i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 lit. a EStG. Es ersetzt nicht nur das ehemalige „internationale Schachtelprivileg“, sondern erweitert seinen Anwendungsbereich wegen der fehlenden

¹⁰⁰¹ Vgl. Mueller, D., 2002, S. 113.

¹⁰⁰² Vgl. Eckert, R., 2003, S. 406.

¹⁰⁰³ Vgl. Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1017.

¹⁰⁰⁴ So hat der EuGH jüngst mit Urt. v. 25.9.2003, Océ van der Grinten, S. 1341 ff. festgestellt, dass die in den 90er Jahren erfolgte Steuererhebung auf die britische Körperschaftsteuergutschrift (advance corporation tax) eine Quellensteuer darstellt, deren europarechtliche Zulässigkeit sich allein aus Art. 7 Abs. 2 der sog. Mutter-Tochter-Richtlinie der EU ergibt. Zur Frage der Vereinbarkeit der Körperschaftsteuererhöhung mit der sog. Mutter-Tochter-Richtlinie der EU siehe auch Schnitger, A., 2003c, S. 1243.

¹⁰⁰⁵ Vgl. Dautzenberg, N., 2001, S. 2140; Desens, M., 2003, S. 621. Gemäß Frotscher, G., 2003b, § 8b KStG Tz. 29b erlangt sie aber im Wesentlichen wohl keine praktische Bedeutung.

Bindung der Freistellung an besondere Voraussetzungen. Im Ergebnis vermeidet § 8b Abs. 1 KStG eine systemwidrige Doppelbelastung von Auslandsholdingstrukturen.¹⁰⁰⁶ Sofern die ausländische Vorbelastung der Gewinnausschüttung niedriger ist als das korrespondierende inländische Ertragsteuerniveau,¹⁰⁰⁷ gewährt die Freistellung der Auslandsdividende im Vergleich zur Anrechnung ausländischer Steuern einen Belastungsvorteil.¹⁰⁰⁸

Aufgrund der Freistellung gemäß § 8b Abs. 1 KStG kann eine im Ausland einbehaltene Quellensteuer auf Dividenden im Inland nicht angerechnet werden.¹⁰⁰⁹ Dies gilt grundsätzlich auch für den faktisch steuerpflichtigen Dividendenanteil in Höhe von 5% gemäß § 8b Abs. 5 KStG. In der Literatur wird zwar für diese Einkünfte die Ableitung der Quellensteueranrechnung aus § 34c Abs. 6 Satz 3 EStG,¹⁰¹⁰ der eine Anrechnung ermöglicht, soweit anwendbares Abkommensrecht eine Doppelbesteuerung nicht beseitigt, diskutiert;¹⁰¹¹ aber damit würde im Regelfall – vom Gesetzgeber zweifelsfrei nicht intendiert – die

¹⁰⁰⁶ Es wird unterstellt, dass § 8b Abs. 7 KStG nicht zur Anwendung gelangt. Anderenfalls wäre die Steuerfreistellung im Inland nur über Doppelbesteuerungsabkommen erreichbar und – mangels einer der während des Anrechnungsverfahrens geltenden unilateralen Absenkung der Beteiligungsquote auf 10 % gemäß § 8b Abs. 5 KStG a.F. entsprechenden Vorschrift – an Beteiligungsbedingungen gebunden. Vgl. Herzig, N., 2003, S. 1460.

¹⁰⁰⁷ Zu der definitiven Vorbelastung mit ausländischen Ertragsteuern tritt bei der natürlichen Person als Anteilseigner der Mutterkapitalgesellschaft die Einbeziehung in das Halbeinkünfteverfahren hinzu. Vgl. Benz, S., 2000a, S. 230 f.; Rödder, Th., 2000, S. 537.

¹⁰⁰⁸ Aus diesem Grund erklärte die sog. Primarolo-Gruppe mit ihrem Verhaltenskodex für die Unternehmensbesteuerung in der EU die deutsche Dividendenfreistellung i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG als „unfairen Steuerwettbewerb“. Vgl. Rat „Wirtschafts- und Finanzfragen“, 1997, o.S. Aus dieser Bewertung kann mangels Rechtsverbindlichkeit jedoch weder eine Sanktionsgrundlage noch die Annahme der EU-Widrigkeit der Vorschrift abgeleitet werden. Vgl. Desens, M., 2003, S. 614 f., der § 8b Abs. 1 KStG für „europarechtlich ... unbedenklich“ hält (im Original zum Teil hervorgehoben).

¹⁰⁰⁹ Vgl. Desens, M., 2003, S. 616; Eilers, St./Schmidt, R., 2003, S. 617; Rödder, Th., 2000, S. 546. Ein alternativer Abzug der ausländischen Quellensteuer von der inländischen Bemessungsgrundlage nach Maßgabe des Art. 23A Abs. 2 Satz 2 OECD-MA ist an die Voraussetzungen des § 34c Abs. 6 Satz 2 EStG gebunden.

¹⁰¹⁰ § 26 Abs. 6 Satz 1 KStG verweist auf die einkommensteuerliche Vorschrift zur Steueranrechnung i.S.d. § 34c Abs. 1 Sätze 2 bis 5 und Abs. 2 bis 7. Die grundsätzliche Möglichkeit der Steueranrechnung unterstellt, müsste folglich auch die mit dem StVergAbG 2003 eingeführte reduzierte Anrechnung aufgrund der Einführung einer sog. subject-to-tax Regelung greifen. Vgl. Kaminski, B./Strunk, G., 2003, S. 255.

¹⁰¹¹ Vgl. Schnitger, A., 2003b, S. 303. In diesem Fall müsste dann aber auch die mit dem StVergAbG 2003 eingeführte Nichtberücksichtigung von im Ausland unbesteuerten Erträgen bei der Ermittlung der ausländischen Einkünfte für den Anrechnungshöchstbetrag i.S.d. § 34c Abs. 6 EStG greifen. Vgl. Köhler, St., 2003a, S. 1156.

Wirkung des § 8b Abs. 5 KStG zwangsläufig ins Leere laufen.¹⁰¹² In diesem Zusammenhang ist in der Literatur auch die Frage nach der Gemeinschaftsrechtskonformität der neuen Dividendenbesteuerung aufgeworfen worden.¹⁰¹³

Auswirkungen entfaltet die Dividendenfreistellung darüber hinaus auch auf die Vorteilhaftigkeit der unilateralen Methoden zur Vermeidung der Doppelbesteuerung ausländischer Einkünfte i.S.d. § 26 KStG i.V.m. § 34c EStG. Die Steuerfreistellung von Auslandsdividenden mindert den Anrechnungshöchstbetrag i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 2 EStG und führt daher gegebenenfalls zu Anrechnungsüberhängen. In diesem Fall ist die Abzugsmethode i.S.d. § 26 Abs. 6 KStG i.V.m. § 34c Abs. 2 EStG der Regelmethode der Steueranrechnung überlegen.¹⁰¹⁴

113. Steuerbelastung bei Thesaurierung der Erträge

Unter Umständen kann es betriebswirtschaftlich sinnvoll sein, (vorübergehend) auf Gewinnausschüttungen zugunsten der Reinvestition der Erträge – beispielsweise für einen später beabsichtigten Beteiligungserwerb – zu verzichten. Aus der Senkung des Körperschaftsteuer-Thesaurierungssatzes von vormals 40 % auf nun 25 % resultiert eine deutliche steuerliche Entlastung der Thesaurierung inländischer Erträge, die vom Gesetzgeber explizit gewünscht und mit dem Ziel der Stärkung der Selbstfinanzierung begründet wird.¹⁰¹⁵ Unter Einbeziehung der Gewerbesteuerbelastung und des Solidaritätszuschlags führt dies zu einer Reduzierung der Steuerbelastung von früher insgesamt 51,83 % auf nunmehr 38,65 %.¹⁰¹⁶

¹⁰¹² Zur Ermittlung des Anrechnungshöchstbetrags vor dem Hintergrund der Problematik des Umfangs des Einbezugs von im Inland steuerfreien ausländischen Einkünften vgl. Schnitger, A., 2003b, S. 303.

¹⁰¹³ Zum Ergebnis der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit gelangt bspw. Mueller, D., 2002, S. 109 ff., 113 aufgrund der fehlenden Anrechnungsmöglichkeit und der mangelnden Erstattung ausländischer Kapitalertragsteuern bei Outbound-Investitionen gemäß § 8b Abs. 1 KStG. A.A. Desens, M., 2003, S. 616 und Thömmes, O., DB 2001, S. 775 ff., der allerdings nicht explizit auf die Problematik der Kapitalertragbesteuerung abstellt.

¹⁰¹⁴ Vgl. Desens, M., 2003, S. 615.

¹⁰¹⁵ Vgl. Begründung zum Entwurf eines StSenkG v. 30.3.2000, BT-Drs. 14/3074, S. 95; Dötsch, E./Pung, A., 2000, S. 4 f.

¹⁰¹⁶ Vgl. die Berechnungen in *Tab. 5 auf der folgenden Seite*. Kritisch i.H.a. den resultierenden „lock-in-Effekt“ Krawitz, N., 2000, S. 1725 m.w.N. Unterstellt ist ein idealtypischer G-

GewSt-Hebesatz	200%	400%	600%
GewSt effektiv	9,09%	16,67%	23,08%
Bemessungsgrundlage KSt	90,91%	83,33%	76,92%
KSt + SolZ	23,98%	21,98%	20,29%
Bemessungsgrundlage ESt	33,47%	30,68%	28,32%
Gesamtsteuerbelastung			
bei Thesaurierung	33,07%	38,65%	43,37%
bei Ausschüttung			
ESt-Satz ESt-Satz + SolZ			
0% 0%	33,07%	38,65%	43,37%
15%	38,09%	43,25%	47,61%
19,90%	39,73%	44,75%	49,00%
30%	43,66%	48,36%	52,33%
40%	47,19%	51,59%	55,32%
42%	47,90%	52,24%	55,91%
48,50%	50,19%	54,34%	57,85%

Tab. 5: Gesamtsteuerbelastung thesaurierter und ausgeschütteter Gewinne in Abhängigkeit vom gewerbsteuerlichen Hebesatz und vom Grenzsteuersatz der Einkommensteuer

12. Bedeutung der Dividendenfreistellung für die Gewerbesteuerbelastung

121. Zusatzbelastung bei mehrstufigen Auslandsholdingstrukturen

Eine bedeutende Einschränkung der Dividendenfreistellung für Holdingstrukturen stellt §8 Nr. 5 GewStG dar. Demnach setzt das Unterbleiben der gewerbsteuerlichen Hinzurechnung von körperschaftsteuerbefreiten Auslandsbezügen die Anwendbarkeit der Kürzungsvorschrift des § 9 Nr. 7 GewStG voraus.¹⁰¹⁷ Vereinfacht verlangt § Nr. 7 Satz 1, 1. Hs. GewStG, dass die ausländische Tochtergesellschaft ihre Bruttoerträge ausschließlich oder fast ausschließlich aus unter §8 Abs. 1 Nr. 1 – 6 AStG fallenden Tätigkeiten bezieht.¹⁰¹⁸ Das gewerbsteuerliche Schachtelprivileg ist so gesehen an den Aktivitätskatalog des AStG geknüpft. Eine beachtliche Restriktion resultiert allerdings aus dem

werbsteuerhebesatz von 400 %. Die Thesaurierungsbelastung im Rahmen des körperschaftsteuerlichen Vollarrechnungsverfahrens ist die Summe aus der Gewerbesteuerbelastung und der Belastung mit dem Körperschaftsteuerthesaurierungssatz und Solidaritätszuschlag, d.h. $0,1667 + [(1 - 0,1667) \times (0,40 \times 1,055)]$.

¹⁰¹⁷ Vgl. dazu die Ausführungen in Kap. 3 Abschn. 212.

¹⁰¹⁸ Die Grenze „fast ausschließlich“ bedeutet einen Anteil von mindestens 90 % der betreffenden Bruttoerträge. Vgl. BFH-Urt. v. 30.8.1995, S. 122; OFD Münster v. 25.9.1998, S. 81; Seibold, S., 1998, S. 654; Wassermeyer, F., 2002b, § 8 AStG, Rn. 359 ff.

fehlenden Verweis auf aktive Einkünfte i.S.v. § 8 Abs. 1 Nr. 7 bis 9 AStG. Von Bedeutung ist diese Verweiseinschränkung insbesondere vor dem Hintergrund, dass § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG Beteiligungserträge aus Kapitalgesellschaften i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG in der konsequenten Fortführung des körperschaftsteuerlichen Systemwechsels als aktive Einkünfte qualifiziert.¹⁰¹⁹ Die Missachtung der Aktivitätsqualifikation von Beteiligungserträgen im Rahmen des § 9 Nr. 7 GewStG führt zu der unbefriedigenden Situation, dass mehr als dreistufige Konzernstrukturen nunmehr grundsätzlich, d.h. unabhängig von der Qualifikation der Betätigung der Grundeinheit, außerhalb des Anwendungsbereichs der Kürzungsvorschrift liegen. Dreistufige Konzernstrukturen werden von der gewerbsteuerlichen Hinzurechnungsvorschrift nur dann nicht erfasst, wenn die ausschüttende ausländische Tochtergesellschaft gemäß § 9 Nr. 7 Satz 1 Nr. 1 GewStG als sog. Landesholding oder gemäß § 9 Nr. 7 Satz 1 Nr. 2 GewStG als sog. Funktionsholding fungiert. Begünstigt ist unter besonderen Voraussetzungen auch gemäß § 9 Nr. 7 Satz 2 GewStG die phasengleiche Ausschüttung durch aktiv tätige Enkelgesellschaften.¹⁰²⁰

Im Ergebnis scheidet die Gewerbesteuerfreiheit von Beteiligungserträgen i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG künftig für mehr als dreistufige Konzernstrukturen gemäß § 8 Nr. 5 i.V.m. § 9 Nr. 7 GewStG. Dieses Resultat kann vor dem Hintergrund der steuerlichen Behandlung von Beteiligungserträgen für Zwecke der Hinzurechnungsbesteuerung nur verwundern.¹⁰²¹

¹⁰¹⁹ Hintergrund des § 8 Abs. 1 Nr. 8 und 9 AStG ist das Ziel der Befreiung von Beteiligungserträgen aus aktiven Gesellschaften innerhalb mehrstufiger Konzernstrukturen von der Hinzurechnungsbesteuerung. Die Freistellung erfolgt unabhängig davon, ob die Gesellschaft, von der die Ausschüttung originär stammt, einer aktiven oder passiven Tätigkeit nachgeht. Keine Relevanz kommt auch der Frage zu, ob die Gewinne der ausschüttenden Gesellschaft als niedrig besteuert i.S.d. § 8 Abs. 3 AStG qualifizieren. Damit folgt die Hinzurechnungsbesteuerung der Systematik des Halbeinkünfteverfahrens, bei dem erst auf Ebene des Anteilseigners in der Rechtsform der natürlichen Person eine erneute Besteuerung der Beteiligungserträge erfolgt. Nach altem Recht qualifizierten Beteiligungserträge grundsätzlich als passive Einkünfte.

¹⁰²⁰ Gemäß Prinz, U./Simon, St., 2002, S. 152 werden die Voraussetzungen des sog. Enkelprivilegs in der Praxis regelmäßig nicht erfüllt.

¹⁰²¹ Vgl. Grotherr, S., 2002a, S. 1884; Köhler, St./Luckey, J., 2002, 10. Teil, Rn. A 222 ff.; Krawitz, N./Büttgen, D./Hick, Ch., 2002, S. 91 ff.; Rödder, Th./Schumacher, A., 2002a, S. 109.

122. Einfluss von Aktivitätsvorbehalten auf die Steuerbelastung

Das gewerbesteuerliche Schachtelprivileg und mit ihm der gewerbesteuerliche Aktivitätsvorbehalt behalten – entgegen der mit dem Steuersenkungsgesetz 2000 normierten Rechtslage – unter bestimmten Bedingungen ihren Einfluss. Die Aktivitätsklauseln der abkommensrechtlichen Schachtelprivilegien entfalten künftig ausschließlich Bedeutung für die Gewerbesteuer. Ihre Wirkung ist aber auf den Dividendenbezug aus Drittstaaten reduziert, bei dem nicht bereits die Aktivitätsanforderungen des § 8 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 AStG erfüllt sind.¹⁰²² In diesen Fällen kann die Anwendung eines abkommensrechtlichen Schachtelprivilegs, welches die Erträge aus Schachtelbeteiligungen beim Empfänger freistellt, die gewerbesteuerliche Hinzurechnung gemäß § 8 Nr. 5 GewStG mangels treaty override verdrängen.

Da der Aktivitätskatalog des § 8 AStG im Vergleich zur Abgrenzung aktiver Einkünfte i.S.d. Doppelbesteuerungsabkommen regelmäßig weiter greift,¹⁰²³ sind Konstellationen, in denen der abkommensrechtliche Aktivitätsvorbehalt im Gegensatz zum gewerbesteuerlichen erfüllt ist, zwar theoretisch denkbar, in der Praxis doch wohl eher selten. Der wesentliche Anwendungsbereich abkommensrechtlicher Aktivitätsklauseln dürfte aufgrund der Neufassung des § 9 Nr. 7 GewStG in Zukunft hauptsächlich bei mehrstufigen Konzernstrukturen liegen.¹⁰²⁴ Da für mehr als dreistufige Konzernstrukturen die Gewerbesteuerfreiheit von Beteiligungserträgen wie zuvor beschrieben künftig stets scheitert, kann sie in diesen Fällen nur über die Anwendung eines abkommensrechtlichen Schachtelprivilegs erreicht werden.¹⁰²⁵

Im Verhältnis zu Bezügen i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG aus EU-Mitgliedstaaten verlieren die Aktivitätsvorbehalte der Doppelbesteuerungsabkommen mit Por-

¹⁰²² Im Ergebnis auch Prinz, U./Simon, St., 2002, S. 150.

¹⁰²³ Vgl. Vogel, K., 2003b, Art. 23 OECD-MA, Rn. 76.

¹⁰²⁴ Vgl. Prinz, U./Simon, St., 2002, S. 150.

¹⁰²⁵ Von der Freistellung von Beteiligungserträgen abgesehen behalten die Doppelbesteuerungsabkommen weiterhin ihre Wirkung für die Reduktion der Quellensteuersätze. Vgl. Mössner, J. M., 2001, S. 35, 55.

tugal und Spanien daher weitgehend ihre Bedeutung¹⁰²⁶ da das gewerbsteuerliche Schachtelprivileg auf eine entsprechende Einschränkung verzichtet. In den überwiegenden Fällen dürfte die Anwendbarkeit der Schachtelprivilegien des Doppelbesteuerungsrechts neben die nationale Beteiligungsertragsbefreiung treten und damit zu einer Situation der „doppelten Freistellung“ für Zwecke der Körperschaft- sowie der Gewerbesteuer führen.¹⁰²⁷

Streubesitzdividenden sind im Ergebnis künftig grundsätzlich gewerbsteuerpflichtig. Die Gewerbesteuerfreiheit von Schachteldividenden aus Drittländern ist abhängig von der Erfüllung der jeweils einschlägigen Aktivitätsklauseln. Eine synoptische Gegenüberstellung der Ergebnisse enthält *Tab. 6 auf der folgenden Seite*.

¹⁰²⁶ Von der Freistellung von Beteiligungserträgen abgesehen behalten die Doppelbesteuerungsabkommen aber weiterhin ihre Bedeutung für die Reduktion der Quellensteuersätze.

¹⁰²⁷ Insofern ist die Präferenzierung der „DBA-Länder ohne Aktivitätsklausel innerhalb der EU“, d.h. die Niederlande und Luxemburg, als Holdingstandort durch Hemler, J., 2000, S. 1645 nicht nachvollziehbar.

Dividendenursprung	Maßgebliche Vorschriften	Tatbestandsvoraussetzungen	Gewerbsteuerliche Behandlung
Inland	§ 8 Nr. 5 § 9 Nr. 2a GewStG	- Gewinndefinition § 8b I KStG und - Mindestbeteiligung 10 % mit Stichtagsbezug nicht erfüllt	steuerfrei steuerpflichtig
Ausland	EU	- Gewinndefinition § 8b I KStG und - Mindestbeteiligung 10 % mit Stichtagsbezug und - EU-Land nicht erfüllt	steuerfrei steuerpflichtig
	Nicht-DBA	- Gewinndefinition § 8b I KStG und - Mindestbeteiligung 10 % mit Stichtagsbezug und - Aktive Tätigkeit i.S.d. § 8 I Nr. 1-6 AStG	steuerfrei
		Satz 2 § 3 Nr. 41a EStG	nicht erfüllt (z. B. Beteiligungserträge) dreistufig mehrstufig Hinzurechnungsbesteuerung Keine Hinzurechnungsbesteuerung
	DBA	- DBA-Mindestbeteiligung (10 %/25 %) und - DBA-Aktivitätsvorbehalt nicht erfüllt, es sei denn: - Gewinndefinition § 8b I KStG und - Mindestbeteiligung 10 % mit Stichtagsbezug und - Aktive Tätigkeit i.S.d. § 8 I Nr. 1-6 AStG	steuerfrei steuerpflichtig
Satz 2 § 3 Nr. 41a EStG	nicht erfüllt (z. B. Beteiligungserträge) dreistufig mehrstufig Hinzurechnungsbesteuerung Keine Hinzurechnungsbesteuerung	steuerfrei steuerpflichtig	

Tab. 6: Beurteilung der Gewerbesteuerpflicht von Beteiligungserträgen im Sinne des § 8b Abs. 1 KStG

13. Möglichkeiten der Vermeidung von Zusatzbelastungen bei der konzerninternen Ertragsrepatriierung

131. Umgehung der Liquiditätsbelastung durch Nachbesteuerung und Kapitalertragsteuer

Eine Möglichkeit zur Vermeidung der Liquiditätsbelastung durch den Kapitalertragsteuereinbehalt auf Dividendenerträge besteht zunächst in der Transformation von Dividenden in sog. *Ersatztatbestände*. In diesem Zusammenhang ermöglicht beispielsweise die körperschaftsteuerlich privilegierte Veräußerung von Dividendenscheinen oder Ansprüchen i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 lit. a EStG gemäß § 8b Abs. 1 Satz 2 KStG die kapitalertragsteuerfreie Realisierung

von Beteiligungserträgen. Die Ersatztatbestände zur Gewinnausschüttung dürften darüber hinaus auch keine Nachversteuerung i.S.d. § 37 Abs. 3 KStG auslösen, da diese Vorschrift eine Körperschaftsteuerminderung bei der leistenden Kapitalgesellschaft voraussetzt, welche die Veräußerung eines Dividendenscheins oder eines Gewinnanspruchs nicht generiert.¹⁰²⁸

Die Erhebung einer „Nachsteuer“ auf steuerbefreite Gewinnausschüttungen gemäß § 37 Abs. 3 KStG ist an die unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht des Leistungsempfängers gebunden. Sie lässt sich insofern durch Gestaltungen vermeiden, bei denen aufgrund der Anteilsübertragung vor dem Dividendentichtag eine Ausschüttung an *nicht unbeschränkt Körperschaftsteuerpflichtige* erfolgt. Eine solche, ausschließlich steuerlich motivierte Anteilsübertragung führt jedoch – selbst wenn sie konzernintern realisierbar sein sollte – möglicherweise zu betriebswirtschaftlich nicht erwünschten Änderungen der Beteiligungsstruktur.

In diesem Zusammenhang stellt sich gegebenenfalls der Erwerb eigener Anteile (share-buy-back) als ebenso zielführend heraus. Im Rahmen des share-buy-back erfolgt aus Sicht des bisherigen Anteilseigners die Transformation von „Gewinnausschüttungen“ in „Veräußerungsgewinne“ und somit eine Verschiebung der Anwendung von § 8b Abs. 1 KStG zu Abs. 2. Veräußerungsgewinne i.S.d. § 8b Abs. 2 KStG unterliegen weder dem Kapitalertragsteuereinbehalt noch der Nachbesteuerung gemäß § 37 Abs. 3 KStG.

132. Vermeidung der gewerbsteuerlichen Hinzurechnung

Aufgrund der deutlichen Steuermehrbelastung¹⁰²⁹ sollte eine inländische Spitzeneinheit grundsätzlich die Vermeidung der gewerbsteuerlichen Hinzurechnung i.S.d. § 8 Nr. 5 GewStG anstreben.

¹⁰²⁸ Da § 37 Abs. 3 KStG auf § 8b Abs. 1 KStG verweist, könnte der Ersatztatbestand des Satz 2 formal auch von der Nachversteuerung erfasst werden. Eine diesbezügliche Klarstellung steht noch aus. Vgl. Klingberg, D./Müller-Gatermann, G., 2002, S. 9.

¹⁰²⁹ Die Berechnungen in *Tab. 7 auf der folgenden Seite* verdeutlichen die Auswirkungen der Anwendung des § 8 Nr. 5 GewStG auf Auslandsdividenden beim Empfänger in der Rechtsform einer Spitzenkapitalgesellschaft sowie Spitzenpersonengesellschaft.

Beteiligungsquote	> 25 % und a k t i v	< 10 % oder p a s s i v	> 10 % und a k t i v	< 10 % oder p a s s i v	> 10 % und a k t i v
Qualifikation der Einkünfte					
Rechtsform der Grundeinheit	Kapitalgesellschaft				
A u s l a n d	EU	Drittland			
Gewinn vor Steuern ausl. Gesellschaft	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
<i>J. ausl. KSt. (30 %)</i>	30,00	30,00	30,00	30,00	30,00
ausl. Brutto-Dividende	70,00	70,00	70,00	70,00	70,00
<i>J. ausl. QuellenSt (0%/15%/5 %)</i>	0,00	10,50	3,50	10,50	10,50
ausl. Netto-Dividende	70,00	59,50	66,50	59,50	59,50
ausl. Brutto-Dividende	70,00	70,00	70,00	70,00	70,00
I n l a n d	Kapitalgesellschaft			Personengesellschaft	
Rechtsform der Spitzeneinheit					
körperschaftsteuerpfl. Einkommen	2,92	2,92	2,92	0,00	0,00
<i>J. KSt (25 %)</i>	0,73	0,73	0,73	0,00	0,00
gewerbsteuerpfl. Einkommen	3,50	70,00	3,50	70,00	0,00
<i>J. GewSt (16,67 %)</i>	0,58	11,67	0,58	11,67	0,00
Anrechnung ausl. Steuern	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Netto-Ertrag d. Gesellschaft n. Steuern	68,69	47,10	65,19	47,83	59,50
Inländischer Anteilseigner					
Stpfl. Einkünfte inl. Gesellschafter	34,34	23,55	32,59	29,17	35,00
<i>J. ESt 40 %</i>	13,74	9,42	13,04	11,67	14,00
Anrechnung nach § 35 EStG				5,25	
Anrechnung ausl. Quellensteuern				10,50	10,50
Netto-Dividende	54,95	37,68	52,15	47,83	56,00
Gesamtsteuerbel. absolut u. in Prozent	45,05	62,32	47,85	52,17	44,00

Tab. 7: Steuerbelastung der Einkünfte aus ausländischen Beteiligungen unter Berücksichtigung der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung i.S.d. § 8 Nr. 5 GewStG¹⁰³⁰

Streubesitzdividenden sind gemäß § 8 Nr. 5 GewStG künftig im Ergebnis grundsätzlich, d.h. unabhängig von der Ansässigkeit des Leistungsgebers, gewerbesteuerpflichtig. Sofern es die Beteiligungsverhältnisse erlauben, ist daher zunächst der „Zukauf von Anteilen“ zur Erreichung der Mindestbeteiligungsquote zu befürworten. Diese Situation ist in der Praxis häufig nicht gegeben. Da Veräußerungsgewinne nicht unter die Hinzurechnungsvorschrift des § 8 Nr. 5 GewStG fallen, kommt alternativ der Verzicht auf laufende Ausschüttungen zugunsten einer späteren Beteiligungsveräußerung in Betracht.¹⁰³¹ Diese steuerlich motivierte Sachverhaltsgestaltung kann aber sowohl aufgrund des Liquiditätsnachteils auf Ebene des Gesellschafters während der Thesaurierungsphase als auch wegen der anschließenden Trennung von der Beteiligung zu betriebs-

¹⁰³⁰ Annahmen: Ausländischer KSt-Satz i.H.v. 30 %, GewSt-Hebesatz i.H.v. 400 %, ESt-Satz i.H.v. 40 %.

¹⁰³¹ In diesem Sinne ist wohl Rödder, Th., 2002, S. 627 zu verstehen.

wirtschaftlich unvorteilhaften Strukturen führen. Gleiches gilt für den Erwerb eigener Anteile (share-buy-back), der mangels Generierung von Gewinnausschüttungen zur Vermeidung der Anwendung des § 8 Nr. 5 GewStG beim bisherigen Anteilseigner führt.¹⁰³²

Das Fehlen der notwendigen Beteiligungsquote seit Beginn des Erhebungszeitraums kann nachträglich grundsätzlich nicht geheilt werden.¹⁰³³ Eine Veräußerung der Beteiligung an einen Dritten ist in diesem Zusammenhang nur dann zielführend, wenn mit dem Erwerb eine Aufstockung einer bestehenden Schachtelbeteiligung i.S.d. § 9 Nr. 2a respektive Nr. 7 GewStG erfolgt.¹⁰³⁴

Aufgrund der oben genannten Mängel kann im Verhältnis zu ausländischen Beteiligungen grundsätzlich empfohlen werden, ausländische Streubesitz-Direktbeteiligungen künftig mittelbar über eine *ausländische Zwischenholding* zu halten.¹⁰³⁵ Ist auf diesem Wege die Mindestbeteiligungsquote des § 9 Nr. 7 GewStG erfüllt, kommt es für die Beurteilung der Gewerbesteuerpflicht „nur noch“ auf die Erfüllung der Aktivitätsanforderungen sowohl auf Ebene der Zwischenholding als auch auf Ebene der ausländischen Enkelgesellschaften an. Diese Gestaltungen führen aber nur dann zum Ziel, wenn die Zwischenholding die Aufgaben einer Landes- respektive Funktionsholding erfüllt. Anderenfalls – sowie bei mehrstufigen Beteiligungsstrukturen – ist zu prüfen, ob – unter Beachtung der Beschränkung der Begünstigung auf maximal dreistufige Konzernstrukturen – eine nachfolgende Reduzierung der Konzernstufen betriebswirtschaftlich vertretbar ist oder eine Begünstigung durch abkommensrechtliche Vorschriften erreicht werden kann. Insbesondere EU-Kapitalgesellschaften sind mangels Aktivitätserfordernis daher künftig als Zwischenholding geeignet.

Eine gegebenenfalls anzunehmende Infektionswirkung von passiven auf aktive ausländische Einkünfte einer in einem Nicht-EU-Staat ansässigen Tochterkapi-

¹⁰³² Vgl. Klingberg, D./Müller-Gatermann, G., 2002, S. 7, 9 ff.

¹⁰³³ Gemäß § 9 Nr. 2a GewSt „zu Beginn des Erhebungszeitraums“ bzw. gemäß § 9 Nr. 7 GewStG „seit Beginn des Erhebungszeitraums ununterbrochen“.

¹⁰³⁴ Anderenfalls geht die Steuerpflicht der Dividenden gemäß § 8 Nr. 5 GewStG lediglich auf den Erwerber der Beteiligung über. Vgl. Klingberg, D./Müller-Gatermann, G., 2002, S. 14.

¹⁰³⁵ Vgl. Klingberg, D./Müller-Gatermann, G., 2002, S. 14; Rödder, Th., 2002, S. 627; Rödder, Th./Schumacher, A., 2002a, S. 109.

talgesellschaft kann prinzipiell durch eine Trennung der Einkunftsquellen auf Schwestergesellschaften vermieden werden. Die Trennung von Einkunftsquellen bei bestehenden Unternehmensstrukturen kann jedoch zu unerwünschten steuerlichen Folgen im Zusammenhang mit den erforderlichen Trennungsmaßnahmen führen, wobei grundsätzlich auch § 42 AO zu beachten ist.¹⁰³⁶ Zudem vermeidet die Trennung nicht die Anwendung des § 8 Nr. 5 GewStG auf die Gewinnausschüttungen aus der die passiven Einkünfte erzielenden Tochtergesellschaft. Eine Begünstigung ist auch nicht durch Umleitung der passiven Einkünfte über eine EU-Zwischenholding zu erzielen, die innerhalb der dreistufigen Konzernstruktur die Aufgabe einer Funktionsholding wahrnimmt. Es fehlt in diesem Fall an der aktiven Tätigkeit der Enkelgesellschaften.

133. Organschaft als Gestaltungsinstrument

Im Rahmen der Organschaft erfolgt eine Transformation von kapitalertragsteuerpflichtigen Gewinnausschüttungen in Gewinnabführungen, die dem Quellensteuerabzug nicht unterliegen. Die Organschaft führt daher gegenüber dem Nicht-Organschaft-Fall zu positiven Liquiditätseffekten.¹⁰³⁷ Dies gilt besonders gegenüber einem ausländischen Organträger, der aufgrund des Wegfalls des doppelten Inlandsbezugs nunmehr als solcher fungieren kann.¹⁰³⁸ Dagegen ist die Bedeutung der phasengleichen Vereinnahmung des Ergebnisses der Organgesellschaft für fast ausschließlich in der Europäischen Union agierende Holdingkonzerne verhältnismäßig gering, da diese gemäß § 43 Abs. 1 EStG auf Antrag keinem Kapitalertragsteuerabzug unterliegen.¹⁰³⁹

Die Erhebung einer Nachsteuer auf Ebene des Organträgers setzt entsprechende steuerfreie Bezüge der Organgesellschaft i.S.d. § 37 Abs. 3 Satz 2 KStG

¹⁰³⁶ Vgl. Köhler, St., 2002, S. 1324.

¹⁰³⁷ Vgl. Neyer, W., 2002a, S. 104. Der Liquiditätsvorteil resultiert aus der Umgehung der zeitlich nachgelagerten Anrechnung des Kapitalertragsteuerabzugs auf Ebene der inländischen Kapitalgesellschaft. Ein weiterer wesentlicher Liquiditätsvorteil im Rahmen der Organschaft, nämlich die Vermeidung der zeitlich auseinander fallenden Körperschaftsteuererhebung und -anrechnung, besteht seit der Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Vollarrechnungsverfahrens nicht mehr. Vgl. Prinz, U., 1999b., S. 647.

¹⁰³⁸ Vgl. Herlinghaus, A., 2002, S. 5.

¹⁰³⁹ Vgl. Orth, M., 2002, S. 812.

voraus, welche dem Organträger zugerechnet werden;¹⁰⁴⁰ der Gewinntransfer innerhalb der Organschaft fällt daher nicht in den Anwendungsbereich der Nachversteuerung.

Die Organgesellschaft behält auch im Rahmen der Organschaft ihre selbständige Steuersubjektfähigkeit. Aus diesem Grund können die Bestimmungen eines Doppelbesteuerungsabkommens bereits bei der Ermittlung des körperschaftsteuerlichen Einkommens der Organgesellschaft als dem Abkommensberechtigtem Anwendung finden. Allerdings ordnet §15 Satz 2 KStG i.d.F. des Steuervergünstigungsabbaugesetzes 2003 nunmehr explizit die Nichtanwendung von abkommensrechtlichen Schachtelprivilegien auf Ebene der Organgesellschaft zugunsten ihres Einsatzes beim Organträger an (sog. Bruttomethode).¹⁰⁴¹ Daher kommen die abkommensrechtlichen Schachtelprivilegien neben der (verdrängten) Steuerbefreiung i.S.d. § 8b KStG nur in Abhängigkeit von der steuerlichen Qualifikation respektive Rechtsform des Organträgers zur Anwendung; § 15 Satz 2 KStG i.d.F. des Steuervergünstigungsabbaugesetzes 2003 begründet mit Wirkung für die Körperschaftsteuer einen ausdrücklichen treaty override.¹⁰⁴² Das dem Organträger zuzurechnende Organeinkommen enthält daher zu befreiende Dividendenerträge der Organgesellschaft i.S.d. Doppelbesteuerungsrechts.¹⁰⁴³

¹⁰⁴⁰ Vgl. BMF-Schr. v. 26.8.2003, Rz. 39. Die Nachversteuerung unterbleibt bei einer Organträger-Personengesellschaft; sie findet ggfs. bei deren Mitunternehmern statt. Vgl. Rödder, Th./Wochinger, P., 2002, S. 13.

¹⁰⁴¹ Es ist offensichtlich, dass der Gesetzgeber eine Freistellung, die unabhängig von der Abkommensberechtigung des Organträgers greift, nicht beabsichtigt hatte. Die Vorschrift i.d.F. des StSenkG 2000 ging im Ergebnis über die mit § 15 Nr. 2 KStG a.F. gewährte Vergünstigung hinaus, da ihr Wortlaut eine entsprechende Einschränkung nicht hergab. Vgl. Prinz zu Hohenlohe, F./Gründig, M., 2002, S. 1075.

¹⁰⁴² Mit der Änderung i.R.d. StVergAbG 2003 entfällt die bis dahin mögliche systemwidrige Anwendbarkeit eines abkommensrechtlichen Schachtelprivilegs auf natürliche Personen als Mitunternehmer einer Organträger-Personengesellschaft im Rahmen der Organschaft. Vgl. Dötsch, E./Orth, M., 2002; Rödder, Th./Wochinger, P., 2002, S. 15, 35; Prinz zu Hohenlohe, F./Gründig, M., 2002, S. 1073.

¹⁰⁴³ Vgl. Prinz zu Hohenlohe, F./Gründig, M., 2002, S. 1075.

Für die gewerbsteuerliche Behandlung von grenzüberschreitenden Dividenden- und Zinserträgen in Organschaftsfällen greift die Bruttomethode gleichermaßen.¹⁰⁴⁴ Abkommensrechtliche Schachtelprivilegien können die grundsätzliche Steuerfreiheit von Beteiligungserträgen, welche durch § 8 Nr. 5 GewStG eingeschränkt wird, nicht wieder herstellen; dies ist lediglich im Rahmen der nationalen gewerbsteuerlichen Schachtelprivilegien möglich.

Die steuerliche Organschaft stellt daher außerhalb der Dividenden- und Veräußerungsprivilegien ein wirksames Instrument zur umfangreichen steuerfreien und liquiditätsschonenden Durchleitung von in- und ausländischen Erträgen dar.¹⁰⁴⁵

2. Steueroptimale Realisierung von Umstrukturierungen

2.1. Motivation und Formen der Umstrukturierung

Unter der Umstrukturierung einer Unternehmensstruktur oder – wie hier thematisiert – eines Holdingaufbaus soll im Folgenden deren Anpassung an veränderte wirtschaftliche oder rechtliche Rahmenbedingungen verstanden werden, die sich sowohl auf den bestehenden Aufbau (interne Umstrukturierung)¹⁰⁴⁶ als auch auf eine Veränderung der Reichweite des Aufbaus (externe Umstrukturierung) erstrecken kann.¹⁰⁴⁷ Im Vordergrund dieser Untersuchung steht die externe Umstrukturierung, welche die regionale oder geschäftsbereichsbezogene Erweiterung einer bestehenden Holdingstruktur oder – zunehmend – auch deren Verkürzung beschreibt.¹⁰⁴⁸ Die für die externe Umstrukturierung geltenden Ausführungen können im Wesentlichen auch auf die interne Umstrukturierung übertragen werden.

¹⁰⁴⁴ In entsprechender Anwendung des BMF-Schr. v. 26.8.2003, Rz. 28 (Anwendbarkeit der Bruttomethode bei der Gewerbesteuer) und Rz. 30 (Dividendeneinnahmen aus Schachtelbeteiligungen).

¹⁰⁴⁵ Zudem entfallen Probleme der verdeckten Gewinnausschüttung und der verdeckten Einlage, da die Ergebnisabführung keine Gewinnausschüttung darstellt. Vgl. Prinz, U., 1999b, S. 647.

¹⁰⁴⁶ Von Herzig, N., 2000, S. 2239 auch als „Bereinigung der Konzernstruktur“ bezeichnet.

¹⁰⁴⁷ In Anlehnung an Herzig, N., 2000, S. 2236. Zur inhaltlichen Abgrenzung der synonym verwandten Begriffe „Reorganisation“ und „Umstrukturierung“ im Vergleich zum Begriff der „Umwandlung“ vgl. auch Orth, M., 2001, S. 1327.

¹⁰⁴⁸ Vgl. Herzig, N., 2000, S. 2236.

Die Akquisition von Unternehmen – hier von Anteilen an Kapitalgesellschaften – stellt insbesondere in einer Zeit von bereits gesättigten Märkten eine Möglichkeit zur Realisierung von Wachstumszielen und synergieinduzierten Wettbewerbsvorteilen dar.¹⁰⁴⁹ Für *ausländische Investoren* ist der Erwerb von bestehenden Unternehmen darüber hinaus mit den Vorteilen des Rückgriffs auf eine bereits vorhandene Infrastruktur verbunden.¹⁰⁵⁰ Umgekehrt stellt auch der Erwerb eines ausländischen Unternehmens für einen *inländischen Investor* neben der Neugründung einer Auslandsgesellschaft ein geeignetes und vergleichsweise mit geringerem Aufwand verbundenes Mittel zur Erzielung von Wachstum in einer zunehmend verflochtenen Weltwirtschaft dar.

Unter der Unternehmensdesinvestition soll im Folgenden die Beendigung des unternehmerischen Investments (demerger) verstanden werden, dessen steuerliche Optimierung auch als sog. Exit-Besteuerung respektive -Planung bezeichnet wird.¹⁰⁵¹ Die Motivation für eine Trennung von Geschäftsbereichen liegt beispielsweise in der Konzentration auf Kernkompetenzen. Im Vergleich zur im Ausland dominierenden Spaltung (spin off) von Unternehmensbereichen wird eine solche Trennung in Deutschland regelmäßig über die Ausgliederung mit anschließender Veräußerung der Kapitalanteile realisiert.¹⁰⁵²

Sowohl die Behandlung der akquisitionsvorbereitenden als auch der desinvestitionsvorbereitenden Maßnahmen im Rahmen einer sog. „tax due diligence“, d.h. die steuerorientierte Prüfung und – darauf aufbauend – die Bewertung der Zielkapitalgesellschaft, sowie der notwendigen vertraglichen Absicherungen können im Rahmen dieser Untersuchung – schon aufgrund des begrenzten Rahmens – nicht geleistet werden.¹⁰⁵³ Der Fokus dieser Analyse liegt aus-

¹⁰⁴⁹ Vgl. Hernler, J., 2000, S. 1643; Jacobs, O. H., 2002, S. 1145.

¹⁰⁵⁰ Jacobs, O. H., 2002, S. 1145 sieht in diesem Zusammenhang Vorteile im “widerstandsbösen Eindringen in den deutschen Markt, dem Vorhandensein qualifizierten Personals, der Reduzierung der Aufbauarbeit und der Möglichkeit zur Erzielung von Synergieeffekten”.

¹⁰⁵¹ Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 1171.

¹⁰⁵² Vgl. Herzig, N., 2000, S. 2240 m.w.N.

¹⁰⁵³ Die Prüfung i.S.e. tax due diligence würde weit über den Themenbereich hinausführen, da die steuerliche Unternehmensprüfung keine holdingspezifische Funktion darstellt.

schließlich auf den steuerorientierten Akquisitions- und Desinvestitionsstrategien.¹⁰⁵⁴

Die grundlegende steuerpolitische Zielsetzung im Rahmen der Umstrukturierung besteht – unabhängig von der „Blickrichtung“¹⁰⁵⁵ – in der Reduzierung der relativen Gesamtsteuerbelastung des (grenzüberschreitenden) Investments, d.h. der Minimierung der konsolidierten Konzernsteuerquote.¹⁰⁵⁶ Dies gilt sowohl für den Umstrukturierungsvorgang als solchen (steueroptimale Erwerbs- oder Desinvestitionsstrategie) als auch für die Investition im Zeitablauf (steueroptimale Holdingstruktur).¹⁰⁵⁷

22. Gestaltung der Unternehmensakquisition

221. Grundlegende Zielsetzung des Erwerbers einer Kapitalgesellschaft

Die grundlegende Zielsetzung aus Sicht des Erwerbers von Kapitalbeteiligungen besteht in der steueroptimalen Gestaltung des Erwerbsvorgangs. Der Erwerber ist demnach bestrebt, möglichst zeitnah den Kaufpreis mittels Buchwertaufstockung in steuerwirksames Abschreibungspotential umzuwandeln und erwerbsbezogenen Finanzierungsaufwand steuerlich zu berücksichtigen.¹⁰⁵⁸ Beschränkungen der Nutzung von Verlusten der Zielkapitalgesellschaft – wie beispielsweise durch die Vorschriften zum sog. Mantelkauf i.S.d. § 8 Abs. 4 KStG oder des § 12 Abs. 2 Satz 3 UmwStG – stellen ein Hindernis für die Akquisition dar.¹⁰⁵⁹ Zudem zielt der Erwerber auf die Realisierung von in der Zielkapitalgesellschaft ruhendem Körperschaftsteuerguthaben (cash out)¹⁰⁶⁰ i.S.d. § 37 Abs. 2 KStG, das regelmäßig mit dem Kaufpreis abgegolten

¹⁰⁵⁴ Trotzdem ist in der Praxis die Durchführung einer eingehenden Prüfung der Zielgesellschaft auch aus steuerlicher Sicht unerlässlich. Vgl. dazu Eilers, St., 2000, S. 103 ff.

¹⁰⁵⁵ Zu den divergierenden Zielsetzungen von Verkäufer und Käufer vgl. auch Streck, M., 1992, S. 685.

¹⁰⁵⁶ Vgl. Herzig, N., 2000, S. 2236; Jacobs, O. H., 2002, S. 1182.

¹⁰⁵⁷ Vgl. Hernler, J., 2000, S. 1645.

¹⁰⁵⁸ Vgl. Blumers, W./Beinert, St./Witt, S.-Chr., 2001a, S. 233; Bruski, J., 2002, S. 181; Jacobs, O. H., 2002, S. 1149. Dautel, R., 2001, S. 423 bezeichnet die hier genannte zweite Zielsetzung auch als Transformation des „Leverage-Buy-Out“.

¹⁰⁵⁹ Vgl. Dautel, R., 2001, S. 424; Funk, Th. E., 2002, S. 1238; Jacobs, O. H., 2002, S. 1089.

¹⁰⁶⁰ Vgl. Herzig, N., 2000, S. 2244; zum Begriff vgl. auch Kessler, W./Schmidt, W., 2000a, S. 2034.

wird. Nachträglich – beispielsweise im Rahmen von Betriebsprüfungen – festgestellte Steuerbelastungen, die in den Zeitraum vor dem Unternehmenserwerb fallen, werden in der Praxis regelmäßig dem Veräußerer zugerechnet,¹⁰⁶¹ so dass diese – ebenso wie nichtsteuerliche Transaktionskosten sowie die Grunderwerbsteuer –¹⁰⁶² im Folgenden nicht betrachtet werden.

222. Grundlegende Steuerstrategien zum Erwerb einer Kapitalgesellschaft

2221. Erwerb des Betriebsvermögens (asset deal)

Im Rahmen des sog. asset deal erwirbt der Käufer die individuellen Vermögensgegenstände der Zielkapitalgesellschaft. Die Aktivierung der Vermögensgegenstände erfolgt mit ihren Anschaffungskosten, die im Falle der Abgeltung stiller Reserven, d.h. der Kaufpreis übersteigt den Buchwert, dem Teilwert der Vermögensgegenstände entsprechen.¹⁰⁶³ Mit der Aufstockung der Buchwerte der erworbenen Vermögensgegenstände bis zur Höhe ihrer Teilwerte realisiert der Erwerber einen sog. step-up und generiert zusätzliches Abschreibungspotential. Je höher die mit dem Kaufpreis beglichenen stillen Reserven der Zielkapitalgesellschaft sind, desto vorteilhafter ist der Erwerb der einzelnen Vermögensgegenstände mit der Realisierung eines steuerwirksamen step-up; die Vorteilhaftigkeit sinkt mit der Länge der Abschreibungsdauern, auf die der step-up entfällt.

Ein ausländischer Erwerber (*Inbound-Akquisition*) begründet mit dem Erwerb der Vermögensgegenstände an der inländischen Zielkapitalgesellschaft regelmäßig eine inländische Betriebsstätte.¹⁰⁶⁴ Der asset deal beinhaltet für den aus-

¹⁰⁶¹ Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 1147.

¹⁰⁶² Die Grunderwerbsteuer wird in komplexen Akquisitionsstrategien u.U. mehrfach ausgelöst, so dass sie in der Praxis ein nicht zu vernachlässigendes Erwerbshindernis darstellen kann. Vgl. Ehlermann, Ch./Löhr, W., 2003, S. 1511 f.; Funk, Th. E., 2002, S. 1244; kritisch Herzig, N., 2000, S. 2237 f.; Jacobs, O. H., 2002, S. 1177.

¹⁰⁶³ Ein darüber hinaus verbleibender Kaufpreis ist als Geschäfts- oder Firmenwert zu aktivieren; erst im Anschluss an diese Aufteilung kann ein residualer Kaufpreis unmittelbar als Betriebsausgabe berücksichtigt werden. Zur vierstufigen Aufteilung des Gesamtkaufpreises im Rahmen des asset deal vgl. Jacobs, O. H., 2003, S. 1153.

¹⁰⁶⁴ Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 1153. Die Erfüllung der Betriebsstättenqualifikation setzt jedoch die Fortführung oder aber die Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit des erworbe-

ländischen Erwerber den zusätzlichen Vorteil, dass die steuermindernde Berücksichtigung von erwerbsbezogenen Finanzierungsaufwendungen grundsätzlich im Betriebsstättenstaat möglich ist.¹⁰⁶⁵ Die Beschränkungen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung i.S.d. § 8a KStG gelten für die inländische Betriebsstätte generell nicht, so dass eine vergleichsweise umfangreichere Fremdfinanzierung durch den ausländischen Erwerber im Rahmen des deutschen Steuerrechts möglich wird.¹⁰⁶⁶ Auch unterbleibt ein Quellensteuereinbehalt bei Repatriierung der Betriebsstättenenerträge an das ausländische Stammhaus.¹⁰⁶⁷

Korrespondierend begründet ein inländischer Käufer (*Outbound-Akquisition*) mit dem Erwerb von Vermögensgegenständen im Ausland regelmäßig eine ausländische Betriebsstätte. Die Zurechnung von erwerbsbezogenem Fremdkapitalaufwand zur Auslandsbetriebsstätte schließt den Betriebsausgabenabzug in Deutschland aus.¹⁰⁶⁸ Dies kann aufgrund der im Vergleich zum Ausland regelmäßig höheren deutschen Steuerbelastung eventuell einen Nachteil darstellen.

2222. Erwerb der Kapitalanteile (share deal)

Mit dem Kaufpreis für den Erwerb der Kapitalanteile wird der Erwerber in der Regel auch ein möglicherweise bei der Zielkapitalgesellschaft vorhandenes Körperschaftsteuerguthaben abgelten. Eine Realisierung des Körperschaftsteuererminderungspotentials durch den Erwerber ist jedoch an die zeitlichen und umfangbezogenen Restriktionen i.S.d. § 37 KStG gebunden, so dass im Ergeb-

nen Unternehmens voraus; eine Einstellung der Geschäftstätigkeit führt zur Beendigung der Betriebsstätte. Vgl. Görl, M., 2003, Art. 5 OECD-MA, Rz. 31.

¹⁰⁶⁵ Vgl. Hemmelrath, A., 2003, Art. 7 OECD-MA, Rz. 99; Jacobs, O. H., 2002, S. 1155.

¹⁰⁶⁶ Auch die Finanzausstattung einer Betriebsstätte unterliegt im deutschen Steuerrecht Vorgaben, die sich im Wesentlichen am Grundsatz des Fremdvergleichs orientieren. Zur Ausstattung einer Betriebsstätte mit Eigenkapital (sog. Dotationskapital) vgl. BMF-Schr. v. 24.12.1999, Rz. 2.5.1. (Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze); Hemmelrath, A., 2003, Art. 7 OECD-MA, Rz. 116; Kumpf, W./Roth, A., 2000, S. 787. Die unangemessene Ausstattung der Betriebsstätte mit Fremdkapital kann daher ebenso zu einer Umqualifizierung in Eigenkapital führen wie dies § 8a KStG im Verhältnis zu Kapitalgesellschaften vorsieht. Vgl. auch Strunk, G./Kaminski, B., 2000, S. 35 f.

¹⁰⁶⁷ Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 1155.

¹⁰⁶⁸ Diese Zuordnung regelt das deutsche Recht; vergleichbare Zuordnungsvorschriften finden sich aber auch im internationalen Vergleich. Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 1185; Vogel, K., 2003a, Vor Art. 10-12 OECD-MA, Rz. 30.

nis eine Realisierung erst außerhalb der Kapitalgesellschaftsstruktur möglich ist.¹⁰⁶⁹

Anteile an Kapitalgesellschaften stellen nicht abnutzbare Vermögensgegenstände dar, die nicht steuerlich abgeschrieben werden können, ohne dass eine Transformation des Kaufpreises in Anschaffungskosten für Vermögensgegenstände gelingt.¹⁰⁷⁰ Da die Aktivierung der erworbenen Anteile einer Kapitalgesellschaft zwingend mit den fortgeführten Anschaffungskosten, d.h. mit den Buchwerten der Vermögensgegenstände, erfolgt, ist ein steuerwirksamer step-up im Rahmen des share deal somit ausgeschlossen.

Auch der ausländische Erwerber (*direkte Inbound-Akquisition*) wird ein gegebenenfalls bei der Zielkapitalgesellschaft bestehendes Körperschaftsteuerguthaben in hinreichender Höhe vergüten. Im Gegensatz zum inländischen Käufer kann dieser das Guthaben unter Beachtung der zeitlichen Restriktionen i.S.d. § 37 Abs. 2a KStG kurzfristig realisieren, weil die Ausschüttung der Zielkapitalgesellschaft eine Körperschaftsteuerminderung auslöst, ohne dass es beim ausländischen Erwerber zu einer entsprechenden Körperschaftsteuererhöhung kommt. Fremdkapitalaufwand des ausländischen Erwerbers für den Erwerb der inländischen Beteiligung ist nicht in Deutschland, sondern nur bei diesem selbst unter Beachtung der Vorschriften des Ansässigkeitsstaats berücksichtigungsfähig.¹⁰⁷¹

Mittels Zwischenschaltung einer inländischen Erwerbs-Holdingkapitalgesellschaft (*mittelbare Inbound-Akquisition*) und deren Ausstattung mit dem zum Kauf der Zielkapitalgesellschaft erforderlichen Fremdkapitals lässt sich bei Begründung einer Organschaft zwischen den inländischen verbundenen Unternehmen die – im Rahmen der direkten Akquisition nicht realisierbare – steuerwirksame Berücksichtigung des Fremdkapitalaufwands in Deutschland

¹⁰⁶⁹ Vgl. die Ausführungen zur Realisierung des Körperschaftsteuerguthabens in Kap. 4 Abschn. 12121.

¹⁰⁷⁰ Vgl. Förster, G., 2002, S. 1397; Streck, M., 1992, S. 688.

¹⁰⁷¹ Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 1155.

verwirklichen,¹⁰⁷² sofern die Restriktionen für die grenzüberschreitende Fremdkapitalausstattung der Erwerbsgesellschaft i.S.d. § 8a KStG beachtet werden.¹⁰⁷³

Entsprechend dem Territorialitätsprinzip beschränkt sich die Besteuerung ausländischer Steuerpflichtiger auf die im Inland, d.h. dem Quellenstaat, erwirtschafteten Einkünfte und das dort belegene Vermögen.¹⁰⁷⁴ Von den aus dem Inland bezogenen Einkünften werden demnach bei dem im Quellenstaat ansässigen Schuldner der Erträge (Erwerbsgesellschaft) Quellensteuern auf Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren einbehalten.¹⁰⁷⁵ Doppelbesteuerungsabkommen begrenzen regelmäßig die im nationalen Steuerrecht vorgegebenen Quellensteuersätze¹⁰⁷⁶ in ihrer Höhe und sehen die Anrechnung der gezahlten Quellensteuer durch den Ansässigkeitsstaat des Leistungsempfängers vor.¹⁰⁷⁷ Die individuell vereinbarten Doppelbesteuerungsabkommen weichen jedoch von den „Richtsätzen“ des OECD-Musterabkommens häufig ab, so dass die

¹⁰⁷² In diesem Fall sind den (steuerfreien) Beteiligungserträgen der inländischen Erwerbsgesellschaft aus der inländischen Zielkapitalgesellschaft eigene Fremdkapitalverbindlichkeiten gegenüber dem Mutterunternehmen zuzuordnen, die ohne Organisationsverhältnis im Rahmen des § 3c EStG erfasst werden.

¹⁰⁷³ Auf die Notwendigkeit der Implementierung einer Organschaft zwischen den inländischen verbundenen Unternehmen zur Realisierung des Betriebsausgabenabzugs bei Repatriierung der Erträge soll an dieser Stelle mit Verweis auf die folgenden Erläuterungen nur hingewiesen werden. Vgl. dazu die Ausführungen in Abschnitt Kap. 4 Abschn. 4122.

¹⁰⁷⁴ Vgl. Lang, J., 2002a, § 2 Tz. 37 ff.

¹⁰⁷⁵ Der Quellensteuerabzug kommt international bei nichtansässigen Steuerpflichtigen zur Anwendung. Siehe Kraft, G., 1991, S. 7 und Vogel, K., 2003a, Vor Art. 10-12 Tz. 55. Zum deutschen KapErtSt-Abzug vgl. §§ 43 ff. und § 50a EStG.

¹⁰⁷⁶ Der Quellensteuersatz für Dividenden und Lizenzgebühren beträgt derzeit gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 43a Abs. 1 Nr. 1 und § 50a Abs. 4 EStG 20 % und für Zinsen gem. § 43a Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4 EStG 30 % (Zinsabschlag).

¹⁰⁷⁷ Somit erfolgt eine Aufteilung der Besteuerung zwischen Quellen- und Wohnsitzstaat. Vgl. für Dividenden Tischbirek, W., 2003, Art. 10 Tz. 2 und für Zinsen Pöllath, R., 2003a, Art. 11 Tz. 2. Gemäß Art. 12 OECD-MA ist für Lizenzgebühren die ausschließliche Besteuerung durch den Wohnsitzstaat vorgesehen. Einige Staaten – darunter auch Deutschland – behalten dem Quellenstaat in ihren Doppelbesteuerungsabkommen die Quellenbesteuerung vor. Vgl. Pöllath, R., 2003b, Art. 12 Tz. 17 und Tz. 30. Durch die Anrechnung der Quellensteuer im Wohnsitzstaat wird die Besteuerung der ausländischen Einkünfte mindestens auf das inländische Steuerniveau hinaufgeschleust. Siehe Jacobs, O. H., 2002, S. 19. Art. 10 Abs. 2 lit. a und b OECD-MA bestimmt für die Quellenbesteuerung von Dividenden einen einheitlichen Steuersatz von 15 %, der sich für den Fall einer Schachteldividende auf 5 % ermäßigt. Der Quellensteuersatz für Zinsen wird gemäß Art. 11 Abs. 2 OECD-MA auf einheitlich 10 % begrenzt.

Quellensteuersätze je nach Abkommen in ihrer Höhe differieren.¹⁰⁷⁸ Bei Vorliegen einer wesentlichen Beteiligung von einer inländischen an einer ausländischen Kapitalgesellschaft beinhaltet das sog. internationale Schachtelprivileg¹⁰⁷⁹ neben dem Besteuerungsrecht des Quellenstaates die Freistellung der Dividenden von der Besteuerung im Wohnsitzstaat.¹⁰⁸⁰ Das Schachtelprivileg wird dabei unabhängig von einer tatsächlichen Besteuerung im Quellenstaat gewährt, so dass es bereits auf die Vermeidung der virtuellen Doppelbesteuerung zielt.¹⁰⁸¹ Eine Doppelbesteuerung verbleibt in Höhe des ermäßigten abkommensrechtlichen Quellensteuersatzes.

Die Zwischenschaltung einer inländischen Erwerbs-Holdingkapitalgesellschaft in die direkte Akquisitionsstruktur reduziert grundsätzlich nicht die auf der Repatriierung an Nicht-EU-Staaten gegebenenfalls lastende Quellensteuer im Vergleich zur direkten Beteiligungsstruktur.¹⁰⁸² In diesem Zusammenhang wird in der Literatur daher die Repatriierung von Erträgen über eine ergänzende Auslands-Zwischenholding zur Erzielung von Abkommensvergünstigungen vorgeschlagen, die bei direkter Weiterleitung der Erträge nicht erzielbar wären.

¹⁰⁷⁸ Vgl. die Übersicht bei Tischbirek, W., 2003, Art. 10 Tz. 67; Pöllath, R., 2003a, Art. 11 Tz. 48 und ders., 2003b, Art. 12 Tz. 29. Aus der unterschiedlich hohen Quellenbesteuerung ergibt sich der Anreiz für internationale Investoren, mit Hilfe von steuerwirksamen Gestaltungen in den Anwendungsbereich möglichst günstiger Doppelbesteuerungsabkommen zu gelangen. Vgl. bspw. Kraft, G., 1991, S. 8.

¹⁰⁷⁹ Unter dem sog. internationalen Schachtelprivileg können Vorschriften des Doppelbesteuerungsrechts verstanden werden, welche begünstigende Rechtsfolgen an Beteiligungsgrenzen knüpfen. Zum Begriff des sog. Schachtelprivilegs vgl. Vogel, K., 2003b, Art. 23 Tz. 87.

¹⁰⁸⁰ Die erforderliche wesentliche Beteiligung wird in der neueren Abkommenspraxis überwiegend mit 10 % determiniert. Vgl. Tischbirek, W., 2003, Art. 10 Tz. 76 und Vogel, K., 2003b, Art. 23 Tz. 96. Das Schachtelprivileg wird regelmäßig an das Vorliegen von Einkünften aus sog. aktiven bzw. produktiven Tätigkeiten geknüpft (sog. Aktivitätsvorbehalt). Vgl. Vogel, K., 2003b, Art. 23 Tz. 90 und Tz. 107. Seit der Körperschaftsteuerreform von 1977 folgen die meisten Abkommen der Empfehlung des OECD-MA und sehen einen reduzierten Quellensteuersatz für Schachteldividenden vor. Die steuerpolitische Praxis der Aufteilung von Beteiligungen in sog. Quintette aufgrund der vorherigen Schlechterstellung von Schachteldividenden im Verhältnis zu Streubesitz hat insofern heute keine Bedeutung mehr. Vgl. zur Rechtslage vor 1977 Kraft, G., 1991, S. 9 f. m.w.N. zur damaligen Quintett-Rechtsprechung.

¹⁰⁸¹ Vgl. Vogel, K., 2003b, Art. 23 Tz. 106.

¹⁰⁸² Die Ausführungen bei Jacobs, O. H., 2002, S. 1173 erwecken den Anschein, als führe erst die Zwischenschaltung der inländischen Erwerbsgesellschaft zum Quellensteuereinbehalt auf Dividendenzahlungen an die ausländische Mutterkapitalgesellschaft. Dies ist aber nicht der Fall; die Lage ist vielmehr zur Ausgangssituation indifferent.

Angesprochen ist in diesem Zusammenhang insbesondere das sog. *directive shopping* zur Inanspruchnahme der Quellensteuervergünstigung der sog. Mutter-Tochter-Richtlinie der EU.¹⁰⁸³

Die zwingende Aktivierung der durch einen inländischen Investor (*Outbound-Akquisition*) erworbenen Anteile einer ausländischen Kapitalgesellschaft mit den fortgeführten Anschaffungskosten, d.h. mit den Buchwerten der Vermögensgegenstände, schließt – wie auch im Rahmen des nationalen Anteilskaufs – einen steuerwirksamen *step-up* aus. Der Inbound-Akquisition vergleichbar bietet sich zur Realisierung eines steuermindernden Fremdkapitalabzugs im Ausland der Kauf über eine ausländische Erwerbsgesellschaft an. Gestattet das ausländische Recht darüber hinaus eine der deutschen Organschaft vergleichbare konsolidierte Besteuerung verbundener Unternehmen, kann dieser Fremdkapitalabzug zur Verrechnung mit Erträgen der Zielkapitalgesellschaft genutzt werden. Aufgrund des im Regelfall aber vergleichsweise höheren inländischen Steuerniveaus erscheint die Generierung von Fremdkapitalaufwand im Ausland jedoch eher als nachteilig, so dass der direkte Erwerb einer Auslandsgesellschaft vorzuziehen ist.¹⁰⁸⁴

2223. Notwendigkeit des Interessenausgleichs

Ein Erwerber einer Kapitalgesellschaft wird aufgrund der Realisierbarkeit eines steuerwirksamen *step-up* regelmäßig den Erwerb von Vermögensgegenständen (*asset deal*) dem Anteilskauf (*share deal*) vorziehen. Da dieser Akquisitionsstrategie die steuerorientierten Interessen des Veräußerers, die insbesondere seit der Einführung des sog. Veräußerungsprivilegs i.S.d. § 8b Abs. 2 KStG in der Verwirklichung eines steuerfreien Anteilsverkaufs liegen, diametral entgegen stehen,¹⁰⁸⁵ haben Praxis und wissenschaftliche Literatur in der Vergangenheit die im Folgenden skizzierten Akquisitions- oder *Step-Up*-Modelle entwickelt. Diesen Modellen ist gemeinsam, dass sie im Rahmen der Kombination

¹⁰⁸³ Zur Gestaltung und Zulässigkeit solcher *treaty shopping* Strategien vgl. die Ausführungen in Kap. 2 Abschn. 22323.

¹⁰⁸⁴ Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 1187.

¹⁰⁸⁵ Vgl. Haun, J./Winkler, H., 2001, S. 1389.

von asset und share deal auf die Realisierung eines Interessenausgleichs zwischen Erwerber und Veräußerer zielen.

223. Zur Zukunft sog. Step-Up-Modelle im Rahmen der Unternehmensakquisition

2231. Standardmodelle

22311. Umwandlungs- oder Formwechselmodell

Das sog. Umwandlungs- oder Formwechselmodell umschreibt eine postakquisitorische Reorganisationsmaßnahme.¹⁰⁸⁶ Im Anschluss an den Anteilerwerb an der Zielkapitalgesellschaft (share deal) wechselt diese ihre Rechtsform in eine Personengesellschaft oder sie wird auf eine Personengesellschaft verschmolzen. Das Umwandlungssteuerrecht sieht gemäß § 3 Satz 1 UmwStG in diesem Fall ein Wahlrecht zur Fortführung der Buchwerte oder dem Ansatz höherer Werte, deren Obergrenze die Teilwerte i.S.d. § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG bilden, in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Zielkapitalgesellschaft vor.¹⁰⁸⁷ Die übernehmende Personengesellschaft ist ihrerseits gemäß § 4 Abs. 1 UmwStG an den Ansatz in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft gebunden (Wertverknüpfung).¹⁰⁸⁸ Der Ansatz der Buchwerte führt bei vorhandenen stillen Reserven zu einem steuerlichen Übernahmeverlust¹⁰⁸⁹ der übernehmenden Personengesellschaft,¹⁰⁹⁰ die mit dem

¹⁰⁸⁶ Vgl. Kessler, W./Schmidt, W., 2000b, S. 2088; Kollruss, Th., 2001, S. 432.

¹⁰⁸⁷ Die Umwandlung ist demnach grundsätzlich steuerneutral möglich. Vgl. Kessler, W./Schmidt, W., 2000a, S. 2035. Voraussetzung ist, dass die Besteuerung der übergehenden stillen Reserven zu einem späteren Zeitpunkt sichergestellt ist. Vgl. Sauter, Th./Heurung, R./Babel, M., 2002, S. 1178.

¹⁰⁸⁸ Vgl. Sauter, Th./Heurung, R./Babel, M., 2002, S. 1182.

¹⁰⁸⁹ Der Übernahmeverlust ergibt sich als Differenz zwischen den Anschaffungskosten (steuerlicher Teilwert) der Vermögensgegenstände und deren steuerlichen Buchwert. Korrespondierend entsteht auf Ebene der übertragenden Kapitalgesellschaft ein Übernahmegewinn, der sowohl der Gewerbe- als auch der Körperschaftsteuer unterliegt. Vgl. Sauter, Th./Heurung, R./Babel, M., 2002, S. 1180.

¹⁰⁹⁰ Im umgekehrten Fall, d.h. die Buchwerte des übertragenen Vermögens übersteigen die dessen Anschaffungskosten, entsteht ein Übernahmegewinn, der – je nach Rechtsform des übernehmenden Rechtsträgers – im Rahmen des Halbeinkünfteverfahrens oder durch § 8b Abs. 2 KStG erfasst wird. Eine gewerbsteuerliche Erfassung unterbleibt gem. § 18 Abs. 2 Satz 1 GewStG. Ein gegebenenfalls vorhandener Sperrbetrag gemäß § 50c EStG aus sog. Altfällen sowie Körperschaftsteuerguthaben werden bei der Ermittlung des Übernahmeverlusts mindernd berücksichtigt. Die Ermittlung des Übernahmeergebnisses erfolgt gesellschaftlicherbezogen, d.h. der Buchwert der Anteile umfasst ggfs. auch die steuerlichen Ergänzungsbilanzen der Gesellschafter. Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 1164; Sauter,

Kaufpreis (in Höhe des Teilwertes) auch die stillen Reserven vergütet.¹⁰⁹¹ Nach altem Recht fand diese Vorgehensweise in einer Buchwertaufstockung bis zur Höhe der Teilwerte der erworbenen Vermögensgegenstände ihren Niederschlag.¹⁰⁹² Die Möglichkeit der steuerlichen Berücksichtigung eines Übernahmeverlustes gemäß § 4 Abs. 6 UmwStG ist mit dem Steuersenkungsgesetz 2000 vollständig entfallen;¹⁰⁹³ eine steuerwirksame Buchwertaufstockung ist damit auch für die Einkommen- und Körperschaftsteuer nicht mehr realisierbar.¹⁰⁹⁴

22312. Kombinationsmodell

Im Rahmen des sog. Kombinationsmodells führt die Zielkapitalgesellschaft im Anschluss an die Veräußerung ihrer Kapitalanteile (share deal) einen internen asset deal zu Marktpreisen an den Erwerber durch, der die erworbenen Vermögensgegenstände unter Auflösung der stillen Reserven zu Anschaffungskosten aktiviert (step-up). Der auf Ebene der Zielkapitalgesellschaft resultierende Veräußerungsgewinn in Höhe der stillen Reserven wurde – einschließlich vorhandener Gewinnrücklagen – mittels Gewinnausschüttung auf den Erwerber verlagert und in der Vergangenheit bei diesem durch eine ausschüttungsbedingte Teilwertabschreibung auf die Anteile an der Zielkapitalgesellschaft neutralisiert.¹⁰⁹⁵ Ein Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten war wegen des engen zeitlichen Zusammenhangs

Th./Heurung, R./Babel, M., 2002, S. 1182; zum zeitlichen Anwendungsbereich des § 50c EStG nach dessen formaler Aufhebung durch das StSenkG 2000 aufgrund zurückliegendem sperrbetragsauslösendem Erwerb (sog. Altfälle) vgl. Funk, Th. E., 2002, S. 1238; Haritz, D./Wisniewski, Th., 2000, S. 789; Hörtnagel, R., 2001, S. 34; Jakobs, N./Wittmann, H.-J., 2000b, S. 1019 f.

¹⁰⁹¹ Vgl. Dautel, R., 2001, S. 423.

¹⁰⁹² Ein ggfs. existierender Sperrbetrag i.S.d. § 50c EStG ist zum Abzug zu bringen. Vgl. Bruski, J., 2002, S. 183; Sauter, Th./Heurung, R./Babel, M., 2002, S. 1177.

¹⁰⁹³ Die Buchwertaufstockung entfaltet bereits seit § 18 Abs. 2 Satz 2 UmwStG i.d.F. des StEntG 1999/2000/2002 keine Wirkung für die gewerbsteuerliche Gewinnermittlung; diese Vorschrift wurde mit der Neufassung des § 4 Abs. 6 i.d.F. des StSenkG 2000 entbehrlich. Vgl. Haritz, D./Wisniewski, Th., 2000, S. 791; Hörtnagel, R., 2001, S. 37. Zur historischen Entwicklung der Vorschrift vgl. Stegner, A./Heinz, C., 2001, S. 56.

¹⁰⁹⁴ Vgl. Pung, A., 2000, S. 1835. Kritisch im Hinblick auf die „pauschal(e) .. Irrelevanz von Übernahmeverlusten“ vgl. Kessler, W./Schmidt, W., 2000a, S. 2038 (Klammerergänzung durch die Verfasserin); ausführlich zum „Step-Up“-Mechanismus dies., 2000b, S. 2090 f.; Stegner, A./Heinz, C., 2001, S. 57 m.Bsp.; einen Lösungsvorschlag erarbeitend vgl. dies., 2001, S. 60 ff. und dazu kritisch Maiterth, R./Müller, H., 2002, S. 601 f.

¹⁰⁹⁵ Eine nachteilige gewerbsteuerliche Belastung der Gewinnausschüttung verblieb auch zur Zeit des körperschaftsteuerlichen Vollarrechnungsverfahrens aufgrund der gewerbsteuer-

des engen zeitlichen Zusammenhangs von Anteilerwerb, Gewinnausschüttung und ausschüttungsbedingter Teilwertabschreibung nach herrschender Meinung nicht gegeben.¹⁰⁹⁶ Mit der Abschaffung der Teilwertabschreibung gemäß § 8b Abs. 3 KStG in der Fassung des Steuersenkungsgesetzes 2000 büßt das Kombinationsmodell seine bis dahin bestehende Attraktivität ein, da eine Kompensation der auf Ebene der Zielkapitalgesellschaft bestehenden Definitivbelastung mit Gewerbe- und Körperschaftsteuer künftig entfällt.¹⁰⁹⁷

Die von *Maiterth/Müller* angenommene Antizipation der latenten Steuerbelastung auf die stillen Reserven durch einen Kaufpreisabschlag löst die mit dem Kombinationsmodell nunmehr verbundene steuerliche Mehrbelastung zwar auf; allerdings stützen die genannten Autoren ihre Ausführungen auf eine systematisch unzulässige Annahme der die Gesamtsituation berücksichtigenden Konsensbildung zwischen „rational handelnden“ Veräußerern und Erwerbern.¹⁰⁹⁸ In der idealtypischen Konsenssituation entspricht die wirtschaftliche Situation sowohl des Erwerbers unter Berücksichtigung des Kaufpreisabschlags in Höhe der latenten Steuerbelastung auf die stillen Reserven als auch des Veräußerers unter Berücksichtigung des um die Steuerbelastung reduzierten, aber nunmehr steuerbefreiten Veräußerungserlöses derjenigen nach altem

lichen Hinzurechnung einer ausschüttungsbedingten Teilwertabschreibung gem. § 8 Nr. 10 GewStG. Nach dem Systemwechsel tritt die definitive Körperschaftsteuerbelastung auf Ebene der Zielgesellschaft hinzu. Vgl. Blumers, W./Beinert, St./Witt, S.-Chr., 2001a, S. 134; Bruski, J., 2002, S. 182; Dautel, R., 2001, S. 423; Jakobs, N./Wittmann, H.-J., 2000b, S. 1020.

¹⁰⁹⁶ Vgl. BFH v. 3.2.1993, S. 428 f.; Jacobs, O. H., 2002, S. 1179; Streck, M., 1992, S. 685 f. m.w.N. und S. 689; a.A. FG Münster v. 18.9.1991, S. 606, nach dem der „Anteilerwerb wirtschaftlich nicht begründet“ sei.

¹⁰⁹⁷ Vgl. Bruski, J., 2002, S. 181 f.; Funk, Th. E., 2002, S. 1233; Kollruss, Th., 2001, S. 430. Gem. Haun, J./Winkler, H., 2001, S. 1390 war das Kombinationsmodell in 2001 noch anwendbar. Dies beruht auf den divergierenden zeitlichen Anwendungsbestimmungen, die eine ausschüttungsbedingte Teilwertabschreibung für Körperschaftsteuerzwecke in 2001 unter bestimmten Voraussetzungen noch anerkennen, während bei der ausschüttenden Gesellschaft bereits die Definitivbesteuerung i.S.d. sog. Halbeinkünfteverfahrens greift. Da die ausschüttungsbedingte Teilwertabschreibung aber auf Ebene der Erwerbsgesellschaft wirkt, setzt die Effektivität des Modells ausreichendes eigenes Besteuerungssubstrat bei dieser voraus, so dass der Steuervorteil bei der Erwerbsgesellschaft die definitive Steuerbelastung des Veräußerungsgewinns auf Ebene der Zielgesellschaft kompensieren kann. Vgl. auch Jakobs, N./Wittmann, H.-J., 2000b, S. 1021 f.

¹⁰⁹⁸ Vgl. Maiterth, R./Müller, H., 2002, S. 600; Maiterth, R./Müller, H./Semmler, B., 2003, S. 1313; Müller, H./Semmler, B., 2003, S. 583 ff.

Recht.¹⁰⁹⁹ Zudem stützen *Maiterth/Müller* ihre Ausführungen auf die mit dem klassischen Körperschaftsteuersystem zwingend verbundene Besteuerung aufgedeckter stiller Reserven, die im Vergleich zur alten Rechtslage mit dem Kombinationsmodell grundsätzlich nicht vermieden werden kann, so dass dessen Wirkungslosigkeit im Hinblick auf die ehemals bestehende Zielsetzung aber gerade konstatiert werden muss.¹¹⁰⁰

22313. Mitunternehmer(schafts)modell

Das Mitunternehmerschaftsmodell erweiterte das oben beschriebene Kombinationsmodell mit dem Ziel, die nach altem Recht nachteilige Gewerbesteuerbelastung zu vermeiden.¹¹⁰¹ Zu diesem Zweck bringt die Zielkapitalgesellschaft – im Anschluss an die Veräußerung ihrer Kapitalanteile (share deal)¹¹⁰² – ihren Betrieb oder einen Teilbetrieb gegen Gewährung von Mitunternehmeranteilen in eine Personengesellschaft ein. Die Buchwertaufstockung wird hier über die Veräußerung der Mitunternehmeranteile an der Personengesellschaft an den Erwerber realisiert, der diese unter Aufdeckung der stillen Reserven mit ihren Anschaffungskosten aktiviert.¹¹⁰³ Der Veräußerungsgewinn aus dem Verkauf der Mitunternehmeranteile in Höhe der stillen Reserven wurde wiederum an den Erwerber ausgeschüttet und bei diesem mittels einer ausschüttungsbedingten Teilwertabschreibung neutralisiert. Mangels Gewerbesteuerpflicht einer

¹⁰⁹⁹ Vgl. Maiterth, R./Müller, H./Semmler, B., 2003, S. 1313 f.

¹¹⁰⁰ Die von Maiterth, R./Müller, H./Semmler, B., 2003, S. 1314 f. zutreffend festgestellte Vorteilhaftigkeit der Modellanwendung in bestimmten Fällen bei geltender Rechtslage bezieht sich auf den Vergleich mit alternativen Erwerbsstrategien bei ebenfalls geltender Rechtslage, d.h. sie geht von völlig anderen Annahmen aus als die Beurteilung der grundsätzlichen Wirksamkeit der Modelle.

¹¹⁰¹ Vgl. Blumers, W./Beinert, St./Witt, S.-Chr., 2001a, S. 234; Dautel, R., 2001, S. 424.

¹¹⁰² Das Mitunternehmerschaftsmodell konnte auch präakquisitorisch genutzt werden, indem die (Teil-)betriebseinbringung und die Veräußerung der Mitunternehmeranteile der Anteilsveräußerung vorgehen. Vgl. Bruski, J., 2002, S. 182 ; zur Vorteilhaftigkeit des Kaufs von Gesellschafteranteilen an Personengesellschaften vgl. auch Kempf, A./Schliegl, B., 2002, S. 109.

¹¹⁰³ Die Aktivierung der stillen Reserven erfolgt in einer Ergänzungsbilanz. Vgl. Bruski, J., 2002, S. 182.

Veräußerung von Mitunternehmeranteilen bewirkte diese Gestaltung keine zusätzliche Gewerbesteuerbelastung.¹¹⁰⁴

Abgesehen von den bereits nach altem Recht bestehenden Risiken der Annahme eines Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten i.S.d. § 42 AO scheidet das Mitunternehmerschaftsmodell nunmehr an der Abschaffung der ausschüttungsbedingten Teilwertabschreibung, die eine Kompensation der Definitivbelastung auf Ebene der Zielkapitalgesellschaft verhindert. Darüber hinaus lässt sich nach geltendem Recht die Gewerbesteuerbelastung nicht vermeiden, da § 7 Satz 2 Nr. 2 GewStG die gewerbesteuerliche Erfassung der Veräußerung von Mitunternehmeranteilen durch nicht natürliche Personen vorschreibt,¹¹⁰⁵ so dass die gewerbesteuerliche Vorteilhaftigkeit im Vergleich zum Kombinationsmodell entfällt.¹¹⁰⁶

22314. Notwendigkeit der Modifikation der Modelle

Die steuerliche Situation eines Unternehmenserwerbers hat sich mit den Änderungen im Rahmen des sog. Steuersenkungsgesetzes 2000 deutlich verschlechtert.¹¹⁰⁷ Ein steuerwirksamer step-up zur Transformation des Kaufpreises in Abschreibungssubstrat ist mit den bekannten Erwerbsstrategien mangels ausschüttungsbedingter Teilwertabschreibung und steuerwirksamen Übernahmeverlustes nicht mehr zu verwirklichen.¹¹⁰⁸ Unter Umständen erfolgt eine erneute Besteuerung der mitvergüteten stillen Reserven bei einer späteren Veräuße-

¹¹⁰⁴ Vgl. BFH-Urt. v. 27.3.1996, S. 325 ff. Die bei Fehlen einer zeitlichen Konsistenz der Mitunternehmerstruktur von fünf Jahren bestehende Gewerbesteuerpflicht i.S.v. § 18 Abs. 4 Satz 1 GewStG zielt auf den Missbrauch der Gewerbesteuerbefreiung i.S.d. Abs. 2 der Vorschrift und setzt eine Umwandlung voraus, die bei diesem Modell aufgrund der gewählten Einbringungsstrategie nicht gegeben ist. Zur zeitlichen Reichweite des § 18 Abs. 4 Satz 1 GewStG vgl. Sauter, Th./Heurung, R./Babel, M., 2002, S. 1184.

¹¹⁰⁵ Vgl. Bruski, J., 2002, S. 182; Förster, G., 2002, S. 1396. Da die Einführung einer Gewerbesteuerpflicht für Veräußerungen von Mitunternehmeranteilen durch Kapitalgesellschaften gem. § 36 Abs. 1 GewStG i.d.F. des UntStFG 2001 erst für den Veranlagungszeitraum 2002 greift, war in 2001 nach Auffassung von Haun, J./Winkler, H., 2001, S. 1391 das Mitunternehmerschaftsmodells – unter den auch für das Kombinationsmodell in Fn. 1097 genannten Einschränkungen – noch wirksam.

¹¹⁰⁶ Vgl. Maiterth, R./Müller, H., 2002, S. 600 f.

¹¹⁰⁷ Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 1149.

¹¹⁰⁸ Vgl. Bruski, J., 2002, S. 183 f.; Funk, Th. E., 2002, S. 1243; Herzig, N., 2000, S. 2244; Jacobs, O. H., 2002, S. 1164. A.A. Maiterth, R./Müller, H., 2002, S. 602.

nung durch den Erwerber, die zu einer zusätzlichen Belastung führt.¹¹⁰⁹ Vor dem Hintergrund des grundsätzlich notwendigen Interessenausgleichs zwischen Erwerber und Veräußerer werden in der wissenschaftlichen Literatur daher die bestehenden Modelle modifiziert und erweiterte Modelle entwickelt sowie diskutiert, deren Zielkomplementarität im Folgenden untersucht werden soll.

2232. Erweiterte Modelle

22321. Kombiniertes asset und share deal

Das „Neue“ an diesem Modell besteht darin, dass der Erwerb der Zielkapitalgesellschaft – in Abhängigkeit von der Vorteilhaftigkeit bezogen auf die individuellen Vermögensgegenstände – sowohl einen asset deal als auch einen share deal umfasst. Der Käufer erwirbt die abschreibungsfähigen Vermögensgegenstände der Zielkapitalgesellschaft im Rahmen eines asset deal und erzielt in diesem Zusammenhang einen steuerwirksamen step-up. Die residualen Vermögensgegenstände der Zielkapitalgesellschaft erwirbt der Käufer indirekt im Rahmen des share deal. Auf diese Weise bleibt die Nutzbarkeit von Verlustvorträgen unter den Restriktionen des § 8 Abs. 4 KStG und § 12 Abs. 3 UmwStG prinzipiell bestehen, so dass eine Kompensation der Veräußerungsgewinne aus dem share deal bei gleichzeitiger Erhöhung der Abschreibungsbasis (step-up) zu erzielen ist.¹¹¹⁰ In der Praxis dürfte sich diese theoretische Aufteilung des Veräußerungsvorgangs jedoch nur schwerlich gestalten lassen. Die Zielsetzung der Generierung eines möglichst hohen Anteils von im Rahmen des asset deal veräußerbaren Vermögensgegenständen gegenüber residualen, im Rahmen des share deal veräußerbaren Vermögensgegenständen steht den strengen Anforderungen an die wirtschaftlichen Identität i.S.d. § 8 Abs. 4 KStG und § 12 Abs. 3 UmwStG entgegen.¹¹¹¹ Neben diesem praktischen Einwand erscheint zudem fraglich, ob eine solche Gestaltung – sofern sie zeitnah durchgeführt wird – der Prüfung im Rahmen des § 42 AO standhalten kann.

¹¹⁰⁹ Vgl. Hörtnagel, R., 2001, S. 35.

¹¹¹⁰ Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 1165.

¹¹¹¹ Vgl. dazu die Ausführungen in Kap. 4 Abschn. 31.

22322. Organschaftsmodell

Das erstmals von *Blumers/Beinert/Witt* vorgestellte Organschaftsmodell beruht auf der Zulässigkeit einer abführungsbedingten Teilwertabschreibung auf eine Organbeteiligung.¹¹¹² Dazu bedarf es einer natürlichen Person,¹¹¹³ welche über eine Erwerbs-Personengesellschaft die Anteile an der Zielkapitalgesellschaft erwirbt (share deal). Die Zielkapitalgesellschaft verkauft ihre abnutzbaren Vermögensgegenstände unter Aufdeckung der stillen Reserven an die Erwerbs-Personengesellschaft (interner asset deal).¹¹¹⁴ Der Veräußerungsgewinn der Zielkapitalgesellschaft wird aufgrund des bestehenden körperschaft- und gewerbsteuerlichen Organschaftsverhältnisses der Erwerbs-Personengesellschaft zugerechnet und bei dieser durch eine für die Einkommen- und Körperschaftsteuer wirksame abführungsbedingte Teilwertabschreibung auf die Organbeteiligung neutralisiert.¹¹¹⁵ Die Möglichkeit der Vornahme einer abführungsbedingten Teilwertabschreibung, auf die § 3c Abs. 2 EStG i.d.F. des Steuersenkungsgesetz 2000 nach herrschender Meinung mangels zur Hälfte steuerbefreiter Gewinnausschüttung nicht anwendbar sein sollte,¹¹¹⁶ wurde mit dem Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz 2001 durch Erweiterung des § 3c Abs. 2 Satz 2 EStG auf nicht ausschüttungsbedingte Wertminderungen des Anteils an einer Organgesellschaft auch mit Wirkung für die Einkommen- und Körperschaftsteuer auf die Hälfte reduziert. Da die Umgehung des hälftigen Abzugs-

¹¹¹² Vgl. Blumers, W./Beinert, St./Witt, S.-Chr., 2001a, S. 233 ff.; Maiterth, R./Müller, H., 2002, S. 602.

¹¹¹³ Das Verbot der Teilwertabschreibung i.S.d. § 8b Abs. 3 KStG kommt über § 8b Abs. 6 KStG zwar für Mitunternehmer in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft zur Anwendung, nicht aber für Mitunternehmer in der Rechtsform der natürlichen Person. Vgl. Kollruss, Th., 2001, S. 431.

¹¹¹⁴ Ein Teil der Geschäftstätigkeit muss in diesem Fall aber bei der Zielgesellschaft verbleiben, da anderenfalls die Voraussetzungen der Organschaft – unabhängig vom Wegfall des wirtschaftlichen Eingliederungserfordernisses – mangels Durchführbarkeit eines existentiellen Ergebnisabführungsvertrags nicht erfüllt sind. Vgl. Blumers, W./Beinert, St./Witt, S.-Chr., 2001a, S. 236 f.; Bruski, J., 2002, S. 186; Dautel, R., 2001, S. 425; Funk, Th. E., 2002, S. 1244; Kollruss, Th., 2001, S. 431.

¹¹¹⁵ Sowohl eine ausschüttungsbedingte als auch eine abführungsbedingte Teilwertabschreibung entfalten aber aufgrund der Hinzurechnungsvorschrift des § 8 Nr. 10 GewStG grundsätzlich keine Wirkung für die Gewerbesteuer. Vgl. Bruski, J., 2002, S. 186; Kollruss, Th., 2001, S. 431. Die Anrechnung der Gewerbesteuerbelastung i.S.v. § 35 EStG ist an dieser Stelle nicht ausdrücklich ausgeschlossen und sollte daher greifen. Vgl. dazu auch Blumers, W./Beinert, St./Witt, S.-Chr., 2001a, S. 238.

¹¹¹⁶ Vgl. Funk, Th. E., 2002, S. 1244.

verbots durch Transformation einer Gewinnausschüttung in eine Gewinnabführung scheitert, ist auch das Organschaftsmodell im Ergebnis nicht mehr ziel führend.¹¹¹⁷ Auf die daneben verbleibenden praktischen Probleme bei der Durchführung des Modells vor dem Hintergrund einer zwingend bei der Organgesellschaft verbleibenden Geschäftstätigkeit sei zudem hingewiesen.

22323. Down-stream merger Modell

Im Rahmen des auf *Dieterlen/Schaden* zurückgehenden down-stream merger Modells erfolgt der Kauf der Zielkapitalgesellschaft durch eine Erwerbs-Kapitalgesellschaft, welche der originäre Käufer mit den erforderlichen erwerbsnotwendigen Mitteln ausstattet.¹¹¹⁸ Im Anschluss an den share deal durch die Erwerbs-Kapitalgesellschaft wird die Zielkapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft umgewandelt; mangels Berücksichtigung eines Übernahmeverlustes gemäß § 4 Abs. 6 UmwStG unterbleibt in diesem Zusammenhang ein steuerwirksamer step-up.¹¹¹⁹ Im Rahmen der folgenden „down-stream“-Verschmelzung der Erwerbs-Tochtergesellschaft auf die Ziel-Personengesellschaft sind die Wirtschaftsgüter der Ziel-Personengesellschaft mit ihren Buchwerten anzusetzen,¹¹²⁰ so dass beim Erwerber ein sofort abschreibbarer Verschmelzungsverlust entsteht.¹¹²¹ Auf diesen Verschmelzungsverlust ist nach Auffassung von *Dieterlen/Schaden* § 4 Abs. 6 UmwStG nicht anwendbar, da sich die Anteile an der übertragenden Erwerbs-Kapitalgesellschaft am steuerlichen Übertragungstichtag nicht im Betriebsvermögen der aufnehmenden Ziel-Personengesellschaft befinden.¹¹²² Allerdings ist mit der herrschenden Meinung davon auszugehen, dass § 4 Abs. 6 UmwStG aufgrund der korrespondierenden Anwendbarkeit des Abs. 4 auch im

¹¹¹⁷ Vgl. Bruski, J., 2002, S. 187. Funk, Th. E., 2002, S. 1244 konstatiert eine im Vergleich zum Umwandlungsmodell verbleibende Vorteilhaftigkeit in Höhe der hälftigen Berücksichtigung der Teilwertabschreibung.

¹¹¹⁸ Vgl. Dieterlen, J./Schaden, M., 2000, S. 2552 f.

¹¹¹⁹ Vgl. Dieterlen, J./Schaden, M., 2000, S. 2552.

¹¹²⁰ Zur steuerlichen Behandlung der Verschmelzung einer Mutter-Kapitalgesellschaft auf ihre Tochter-Personengesellschaft (down-stream merger) vgl. Hannemann, S., 2000, S. 2497.

¹¹²¹ Vgl. Dieterlen, J./Schaden, M., 2000, S. 2553.

¹¹²² Vgl. Dieterlen, J./Schaden, M., 2000, S. 2553. Nach diesen Autoren führt auch die alternative Annahme eines Tausches oder tauschähnlichen Geschäftes aufgrund des Ansatzes des gemeinen Wertes i.S.v. § 6 Abs. 6 Satz 1 EStG zu einem steuerwirksamen step-up.

Rahmen eines down-stream merger greift,¹¹²³ so dass es im Ergebnis nicht zu einer steuerwirksamen Buchwertaufstockung kommt.¹¹²⁴

22324. KGaA-Modell

Das KGaA-Modell beruht auf einer Strategie zur Vermeidung der Wirkungen der Sperrbetragsregelung gemäß § 50c EStG.¹¹²⁵ Hauptbestandteil dieses Modells ist die prä- oder postakquisitorische Umwandlung der Zielkapitalgesellschaft in eine KGaA, in die ein Komplementär in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft eintritt und sämtliche Kommanditaktien erwirbt. Im Anschluss kauft die KGaA unter Berücksichtigung des Erhalts des gesetzlichen Grundkapitals Kommanditaktien vom Komplementär im Sinne von § 71 Abs. 1 Nr. 6 AktG. In Folge der Einziehung werden die eigenen Kommanditaktien in eine Vermögenseinlage des Komplementärs umgewandelt und eine Herabsetzung des Grundkapitals im Sinne der §§ 237 ff. AktG durchgeführt. Der Erwerb eigener Aktien zur Einziehung unterliegt grundsätzlich keiner Steuerbelastung.¹¹²⁶ Eine Gewinnrealisierung erfolgt auf Ebene des Gesellschafters in Folge des Tausches von Kommanditaktien gegen eine Vermögenseinlage, so dass es zu einer Buchwertaufstockung in der Ergänzungsbilanz des Komplementärs kommt.¹¹²⁷ § 8b Abs. 3 KStG ist auf den beschriebenen Sachverhalt

¹¹²³ Der Grundfall des § 4 Abs. 4 UmwStG ist mangels bestehenden Gesellschafterverhältnisses am steuerlichen Übertragungstichtag (wie im Fall des up stream mergers erfüllt) zwar nicht auf einen down-stream merger übertragbar; dieser wird aber trotz eines entgegenstehenden Wortlauts – auch nach Auffassung der Finanzverwaltung – von der Einlagefiktion i.S.d. § 5 Abs. 3 UmwStG mit dem Argument, dass die Begründung des Gesellschafterverhältnisses im Zeitpunkt der Übertragung ausreicht, erfasst, so dass im Ergebnis auch § 4 Abs. 6 UmwStG zur Anwendung gelangt. Vgl. BMF-Schr. v. 25.3.1998, Tz. 4.12; Blumers, W./Beinert, St./Witt, S.-Chr., 2001a, S. 234 f.; Bruski, J., 2002, S. 185; Dautel, R., 2001, S. 426; Hannemann, S., 2000, S. 2499; Hörtnagel, R., 2001, S. 34.

¹¹²⁴ Vgl. Bruski, J., 2002, S. 185; Herzig, N., 2000, S. 2241; Kollruss, Th., 2001, S. 433; Maiterth, R./Müller, H., 2002, S. 602. Blumers, W./Beinert, St./Witt, S.-Chr., 2001a, S. 235 leiten die Versagung des steuerlichen step-up zudem aus der von ihnen befürworteten Anwendbarkeit des § 8b Abs. 3 KStG auf den down-stream merger ab. Zudem gehen aufgrund des Gesellschafterwechsels bei der aufnehmenden Personengesellschaft ggfs. bestehende Verlustvorträge unter; für Verlustvorträge der übertragenden Kapitalgesellschaft gilt dies grundsätzlich auch gem. § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG. Vgl. Hannemann, S., 2000, S. 2500.

¹¹²⁵ Vgl. dazu Kröner, M./Hadzig, E., 1998, S. 2137 f.; Prinz, U./van Lishaut, I., 1998, S. 1117 ff.

¹¹²⁶ Vgl. Bruski, J., 2002, S. 188.

¹¹²⁷ § 18 Abs. 2 GewStG ist wiederum mangels Umwandlungstatbestand nicht anwendbar.

nicht anwendbar, da hier ein nicht vom Anwendungsbereich der Vorschrift erfasster Tausch von Kommanditaktien gegen eine Vermögensbeteiligung erfolgt.¹¹²⁸ Die beschriebene Gestaltung im Rahmen des KGaA-Modells wird aber nur in den seltensten Fällen wirtschaftlich begründbar sein und einer Prüfung i.S.d. § 42 AO kaum standhalten können.¹¹²⁹

2233. Steuerinduzierter Kaufpreisabschlag zur Antizipation der latenten Steuerbelastung

Da der Ausschluss der steuerwirksamen Berücksichtigung von Wertminderungen gemäß §8b Abs. 3 KStG und §3c Abs. 2 Satz 2 EStG nur auf Anteile an Kapitalgesellschaften beschränkt ist, werden Wertminderungen eines (Gesellschafter-) Darlehens von den Vorschriften grundsätzlich nicht erfasst.¹¹³⁰ Die Nutzbarkeit des (Gesellschafter-) Darlehens gelingt über die Zwischenschaltung einer Erwerbs-Kapitalgesellschaft, welcher die für den Kauf erforderlichen finanziellen Mittel unter Beachtung der restriktiven Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregelung i.S.d. § 8a KStG für ausländische Investoren über ein (Gesellschafter-) Darlehen zur Verfügung gestellt werden.¹¹³¹

Die Zielsetzung der skizzierten erweiterten Modelle wird jedoch auch unter Berücksichtigung der steuerwirksamen Berücksichtigung von Wertminderungen von (Gesellschafter-) Darlehen nur in Grenzen erreicht, da mindestens die Anerkennung durch die Finanzverwaltung stark risikobehaftet ist.¹¹³² Der Erwerber wird den in der Regel verbleibenden Steuernachteil aus der fehlenden Transformation des Kaufpreises in Abschreibungssubstrat durch eine Kauf-

¹¹²⁸ Vgl. Bruski, J., 2002, S. 188.

¹¹²⁹ Vgl. Bruski, J., 2002, S. 189, der aufbauend auf dem KGaA-Modell ein GmbH-Einziehungsmodell gegen eine mitunternehmerische Beteiligung als stiller Gesellschafter diskutiert. *Bruski* hält das KGaA- und das darauf basierende GmbH-Einziehungsmodell für die einzigen zielführenden Erwerbsstrategien nach den Steuerrechtsänderungen.

¹¹³⁰ Vgl. Förster, G., 2002, S. 1398.

¹¹³¹ Vgl. dazu auch die Ausführungen in Kap. 3 Abschn. 42. Diese Wirkung stellt sich auch für den Erwerber in der Rechtsform der natürlichen Person ein, sofern dieser das Darlehen im Betriebsvermögen hält. Wertminderungen eines Darlehens, das sich im Privatvermögen befindet, führen dagegen zu nachträglichen Anschaffungskosten im Rahmen des § 17 EStG. Vgl. Förster, G., 2002, S. 1398.

¹¹³² Vgl. Bruski, J., 2002, S. 190; Jacobs, O. H., 2002, S. 1165.

preisminderung ausgleichen.¹¹³³ Zielführend können daher letztlich wohl nur präakquisitorische Maßnahmen auf Seiten des Verkäufers sein.¹¹³⁴

23. Gestaltung der Unternehmensdesinvestition

231. Grundlegende Zielsetzung

Die betriebswirtschaftliche Motivation für eine Aufgabe von Geschäftsbereichen ist mannigfaltig; solche Gründe können neben der bereits erwähnten Konzentration auf Kernkompetenzen beispielsweise in einer dauerhaften Unrentabilität oder geringen zukünftigen Entwicklungspotentialen bestehen. Auch im Rahmen der Separation von Unternehmensbereichen ist die Minimierung des Umfangs der Gewinnrealisation maßgebend.¹¹³⁵ Neben umwandlungssteuerrechtlichen Reorganisationsformen stellt die Veräußerungsgewinnbefreiung i.S.d. § 8b Abs. 2 KStG nunmehr ein eigenständiges Konzept der Konzernumbildung dar.¹¹³⁶ Während externe Reorganisationsformen ein vollständiges Ausscheiden eines Unternehmensteils aus dem Konzernverbund beinhalten, beschreiben interne Reorganisationsmaßnahmen regelmäßig eine Verkürzung des Beteiligungsverbands durch unternehmensinterne Umstrukturierungen.

232. Reorganisation im Rahmen des Umwandlungssteuerrechts

2321. Desinvestition im Rahmen der Verlängerung der Holdingstruktur

Das deutsche Umwandlungsrecht sieht für die Trennung von Unternehmensteilen unter anderem das Instrument der beteiligungswahrenden *Spaltung* i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 2 UmwG vor, deren steuerrechtliche Behandlung die §§ 15 f. UmwStG regeln. § 15 Abs. 1 Satz 2 UmwStG verlangt, dass sowohl der abgespaltene Unternehmensteil als auch der bei der übertragenden Körperschaft verbleibende Unternehmensteil die Teilbetriebsdefinition erfüllen.¹¹³⁷ Für das

¹¹³³ Zur Kaufpreisfindung vgl. Förster, G., 2002, S. 1399 und allg. Herzig, N., 2000, S. 2245; Kessler, W./Schmidt, W., 2000b, S. 2091. Müller, H./Semmler, B., 2003, S. 583 ff. leiten den mit dem Systemwechsel verbundenen Kaufpreisabschlag systematisch ab.

¹¹³⁴ Vgl. Blumers, W./Beinert, St./Witt, S.-Chr., 2001a, S. 240; Dautel, R., 2001, S. 426.

¹¹³⁵ Vgl. Herzig, N., 2000, S. 2239; Jacobs, O. H., 2002, S. 1088.

¹¹³⁶ Vgl. Funk, Th. E., 2002, S. 1245.

¹¹³⁷ Als Teilbetrieb gilt „ein mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestatteter, organisch geschlossener Teil des Gesamtbetriebs, der für sich allein lebensfähig ist“, zitiert nach Wacker, R., 2003, § 16 Rz 143. In Anlehnung an die Teilbetriebsdefinition i.S.d. § 16

umwandlungssteuerrechtliche Instrument der *Ausgliederung* setzt § 15 Abs. 1 Satz 1 UmwStG dagegen voraus, dass die Teilbetriebsbedingung nur auf Seiten des auszugliedernden Unternehmensbereichs erfüllt ist.

Unter den Voraussetzungen des §§ 15 f. i.V.m. § 11 Abs. 1 UmwStG wird im Rahmen der Vermögensübertragung die Besteuerung der stillen Reserven aufgeschoben;¹¹³⁸ eine endgültige Steuerbefreiung erfolgt demnach nicht. Die Spaltung und die Ausgliederung stehen unter einem strengen Missbrauchsvorbehalt i.S.d. § 15 Abs. 3 UmwStG, der unwiderlegbar unter anderem die schädliche Funktion der Veräußerungsvorbereitung i.S.d. Satz 3 f. unterstellt, wenn innerhalb von fünf Jahren nach der Reorganisation mehr als 20 % der an der Spaltung beteiligten Anteile veräußert werden. Die zeitlichen Bindungsregeln der Missbrauchsvorschrift i.S.d. Abs. 3 werden der wirtschaftlichen Realität nur schlecht gerecht.¹¹³⁹

2322. Verkürzung der Holdingstruktur

Im Rahmen des sog. *Anteilstauschs* i.S.d. § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG werden Anteile an einer Kapitalgesellschaft in eine andere Kapitalgesellschaft eingebracht, wobei die übernehmende Kapitalgesellschaft anschließend die Mehrheit der Stimmrechte an der eingebrachten Kapitalgesellschaft hält. Der Anteilstausch i.S.d. Umwandlungssteuerrechts ermöglicht ebenfalls keine endgültige Steuerbefreiung, sondern nur einen Aufschub der Besteuerung der stillen Reserven.¹¹⁴⁰ Dieser Gewinnrealisierungsaufschub ist aber grundsätzlich unabhängig von der Rechtsform des Einbringenden anwendbar; Beschränkungen, wie sie gemäß § 8b Abs. 2, 3 und 4 KStG für die Steuerbefreiung von Veräußerungsgewinnen von Kapitalgesellschaften gelten, kommen hier nicht zur An-

EStG erfüllen gemäß § 15 Abs. 1 Satz 3 UmwStG neben Mitunternehmeranteilen auch die das gesamte Nennkapital umfassenden Beteiligungen an Kapitalgesellschaften die Teilbetriebsdefinition des Umwandlungssteuerrechts.

¹¹³⁸ § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 UmwStG gestattet die Buchwertverknüpfung, sofern das Besteuerungsrecht Deutschlands auch nach der Vermögensübertragung gewahrt bleibt und keine oder eine Gegenleistung in Gesellschaftsrechten erfolgt.

¹¹³⁹ Vgl. kritisch Herzig, N., S. 2240.

¹¹⁴⁰ Gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 UmwStG ist der Ansatz der Buchwerte beim übernehmenden Rechtsträger zulässig, sofern das Besteuerungsrecht Deutschlands gem. Abs. 3 der Vorschrift nicht mit der Einbringung erlischt.

wendung.¹¹⁴¹ Das deutsche Umwandlungssteuerrecht ist zwar im Wesentlichen auf nationale Sachverhalte ausgerichtet;¹¹⁴² gemäß § 23 Abs. 4 UmwStG erstreckt sich die Steuerneutralität aber auch auf den grenzüberschreitenden Anteilstausch – hier allerdings ausschließlich zwischen Kapitalgesellschaften – innerhalb der Europäischen Union.

Die Verschmelzung einer Tochter- auf ihre Muttergesellschaft (*up-stream merger*) oder der umgekehrte Fall (*down-stream merger*) stellen interne Reorganisationsformen dar, da sie ausschließlich die interne Beteiligungsstruktur verkürzen. Beide Formen ermöglichen eine Bewertung des übergehenden Vermögens zu Buchwerten und damit eine steuerneutrale Umstrukturierung unter den Voraussetzungen der § 11 ff. UmwStG.¹¹⁴³

233. Reorganisation außerhalb des Umwandlungssteuerrechts

Auf eine dem § 8 Nr. 5 GewStG entsprechende Hinzurechnungsvorschrift zur gewerbesteuerlichen Erfassung von Beteiligungserträgen i.S.d. § 8b Abs. 2 KStG hat der Gesetzgeber verzichtet. Gewinne aus Anteilsveräußerungen sind gemäß § 8b Abs. 2 KStG sowohl körperschaft- als auch gewerbesteuerfrei.¹¹⁴⁴ Allerdings stellt die Gewerbesteuerpflicht im Rahmen von mittelbaren Anteilsveräußerungen i.S.d. § 7 Abs. 2 GewStG gegebenenfalls ein Restrukturierungshindernis dar.¹¹⁴⁵

In der Literatur wird der Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen i.S.d. § 8b Abs. 2 KStG ein bedeutender Beitrag zur Erleichterung von Reorganisationen

¹¹⁴¹ Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 1115.

¹¹⁴² Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 1096.

¹¹⁴³ Vgl. Herzig, N., 2000, S. 2241. Zur steuerlichen Behandlung eines ggfs. resultierenden Verschmelzungsverlustes vgl. die Ausführungen zum down-stream merger Modell in Kap. 4 Abschn. 22323.

¹¹⁴⁴ Die Veräußerungsgewinnbefreiung erstreckt sich zwar auch auf verdeckte Gewinnausschüttungen im Rahmen von Veräußerungsvorgängen; diese kann aber für den unangemessenen Teil zu einer Körperschaftsteuererhöhung i.S.d. § 38 KStG führen. Vgl. Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1020.

¹¹⁴⁵ Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 1090. Zur steuerlichen Behandlung der mittelbaren Veräußerung einer Beteiligung über eine Mitunternehmerschaft vgl. die Ausführungen in Kap. 3 Abschn. 23.

innerhalb von Konzernstrukturen zugesprochen.¹¹⁴⁶ Mangels Besteuerung eines potentiellen Veräußerungsgewinns kommen Desinvestitionsentscheidungen – unter Vernachlässigung anderer Veräußerungsanreize – künftig dann in Betracht, wenn die Steuerersparnis die diskontierte Rendite bei Festhalten an der Beteiligung überkompensiert.¹¹⁴⁷ Allerdings nehmen die Restriktionen des § 8b Abs. 4 KStG unter Umständen Einfluss auf die zeitliche Durchführung der Veräußerung sog. einbringungsgeborener Anteile;¹¹⁴⁸ dies gilt wegen der zeitlichen Rückwirkung der Vorschrift auch mit Bezug auf bereits nach altem Recht verwirklichte Einbringungsvorgänge.¹¹⁴⁹

Werden – wie im Rahmen von Holdingkonstruktionen üblich – mehrheitsvermittelnde Beteiligungen an einer Kapitalgesellschaft durch von § 8b Abs. 2 KStG begünstigte Steuerpflichtige veräußert, greift § 8b Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 KStG nicht, so dass die Steuerfreiheit grundsätzlich gewahrt bleibt. Da darüber hinaus solche Beteiligungen regelmäßig nicht im Rahmen einer Betriebs- oder Teilbetriebseinbringung, sondern auf Grundlage von § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG eingebracht werden, greift auch die Rückausnahme des § 8b Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 KStG regelmäßig nicht. Die innerkonzernliche Veräußerung von Kapitalgesellschaftsbeteiligungen wird daher im Regelfall steuerfrei möglich sein.¹¹⁵⁰ Da ferner Sachdividenden in den Anwendungsbereich des § 8b Abs. 2 KStG fallen,¹¹⁵¹ kann die Verkürzung einer Holdingstruktur in der Form der Reduktion einer beispielsweise dreistufigen auf eine nur zweistufige Kon-

¹¹⁴⁶ Vgl. Benz, S., 2000b, S. 240; Eilers, St./Wienands, H.-G., 2000, S. 1230; Jacobs, O. H., 2002, S. 1115; Reinhardt, I., 2003, S. 1148; Rödder, Th./Wochinger, P., 2001, S. 1256. Dies wird durchaus auch im ausländischen Schrifttum anerkannt. Vgl. dazu Krawitz, N./Büttgen, D., 2001, S. 631 m.w.N.

¹¹⁴⁷ Allerdings werden in der Öffentlichkeit die erwarteten Auswirkungen (Stichwort „Entflechtung der Deutschland-AG“) weitgehend überschätzt. Vgl. Hillebrandt, F., 2001, S. 719, 721. Für eine abschätzende Analyse dieser Fragestellung vgl. dies., 2001, S. 715 ff.

¹¹⁴⁸ U.U. ist bspw. die antragsbezogene Entstrickung stiller Reserven gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 1 UmwStG zur Beendigung der Sperrfrist i.S.d. § 8b Abs. 4 KStG sinnvoll. Vgl. Funk, Th. E., 2002, S. 1232.

¹¹⁴⁹ Zum „Timing“ aus Sicht der „Interessenlage des Veräußerers“ vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 1162.

¹¹⁵⁰ Auf die Belastung von konzerninternen Umstrukturierungen mit Grunderwerbsteuer wird hier aufgrund der Beschränkung der Untersuchung auf Ertragsteuern nur hingewiesen. Vgl. dazu Heurung, R./Heinsen, O./Springer, M., 2001b, S. 1607 sowie 1162.

¹¹⁵¹ Vgl. Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1020.

zernstruktur daher neben der umwandlungssteuerrechtlichen Abspaltung der Enkel- auf die Muttergesellschaft i.S.d. § 15 UmwStG auch über eine Sachdividende der Tochter- an die Muttergesellschaft realisiert werden.

234. Fazit

Die Veräußerungsgewinnbefreiung i.S.d. § 8b Abs. 2 KStG mit ihrer auch für die Gewerbesteuer geltenden Wirkung wird die einschlägigen umwandlungssteuerrechtlichen Reorganisationsformen in Zukunft zunehmend verdrängen.¹¹⁵² Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass eine steuerneutrale Verkürzung einer zwischenstaatlichen Holdingstruktur mit den Instrumenten des down-stream oder up-stream merger mangels zivilrechtlicher Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht umgesetzt werden kann. Der steuerneutrale Anteilstausch i.S.d. § 23 Abs. 4 UmwStG ist zudem nur auf EU-ansässige Kapitalgesellschaften beschränkt, so dass der grenzüberschreitende Anteilstausch im Verhältnis zu Drittstaaten grundsätzlich zu einer Realisierung von stillen Reserven führt.¹¹⁵³

Die steuerliche Situation des Veräußerers eines Unternehmens hat sich mit den Änderungen im Rahmen des sog. Steuersenkungsgesetzes 2000 erheblich verbessert.¹¹⁵⁴ Diese Verbesserungen gelten im Wesentlichen für die Veräußerung von Kapitalanteilen (share deal).¹¹⁵⁵ Da der share deal für den Erwerber von Kapitalanteilen nach neuem Recht aber regelmäßig mit Steuernachteilen verbunden ist, wird der Käufer diesem nur unter der Voraussetzung der Reduzierung des Kaufpreises um den Steuernachteil zustimmen. Für den Veräußerer von Kapitalanteilen kann es daher unter Umständen vorteilhafter sein, im Anschluss an eine präakquisitorische Reorganisation Mitunternehmeranteile zu

¹¹⁵² Vgl. Herzig, N., 2000, S. 2242.

¹¹⁵³ Vgl. Herzig, N., 2000, S. 2423.

¹¹⁵⁴ Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 1149.

¹¹⁵⁵ Ein asset deal kann allerdings bei sperrfristbehafteten Anteilen der Zielgesellschaft i.S.d. § 8b Abs. 4 KStG durchaus von Vorteil sein. Vgl. Förster, G., 2002, S. 1399.

veräußern und somit einen Ausgleich der divergierenden Interessen zu erzielen.¹¹⁵⁶

3. Reduzierung der relativen Steuerbelastung durch Ergebnisausgleich im Konzern

31. Konzerninterne Verlustverrechnung außerhalb des Organkreises

311. Grundzüge der Verlustberücksichtigung im deutschen Steuerrecht

Die Verwirklichung der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuersubjekts verlangt, dass nicht nur positive Erträge erfasst, sondern auch negative Ergebnisse berücksichtigt werden.¹¹⁵⁷ Der sog. *innerperiodische Verlustausgleich* bezeichnet die Saldierung von positiven und negativen Ergebnissen eines Veranlagungszeitraums. Im Rahmen des sog. *horizontalen* Verlustausgleichs erfolgt eine Saldierung der Ergebnisse aus verschiedenen Quellen einer Einkunftsart i.S.d. § 2 Abs. 1 Satz 1 EStG; der sog. *vertikale* Verlustausgleich, in der Höhe begrenzt durch § 2 Abs. 3 EStG, bezeichnet die anschließende Saldierung von Ergebnissen zwischen den verschiedenen Einkunftsarten.¹¹⁵⁸

Der innerperiodische Verlustausgleich berücksichtigt jedoch nicht die zeitliche, veranlagungszeitraumübergreifende Divergenz zwischen Gewinn- und Verlustanfall.¹¹⁵⁹ Soweit der veranlagungszeitraumbezogene Verlustausgleich zu einem negativen Ergebnis führt, besteht daher im deutschen Steuerrecht die Möglichkeit der *interperiodischen Verlustverrechnung* i.S.d. § 10d EStG. § 10d Abs. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG und § 10a Satz 1 GewStG

¹¹⁵⁶ Vgl. Förster, G., 2002, S. 1400. Nach Wirkungslosigkeit der sog. Step-up-Modelle präferiert *Wesselbaum-Neugebauer* die präakquisitorische Umwandlung in ein Einzelunternehmen oder eine Personengesellschaft. Vgl. *Wesselbaum-Neugebauer*, C., 2003, S. 593.

¹¹⁵⁷ Vgl. Kessler, W./Reitsam, M., 2003, S. 2141 m.w.N. Eine grundlegende Kodifizierung findet die Berücksichtigung negativer Zielbeiträge im sog. objektiven Nettoprinzip in § 2 Abs. 2 EStG. Vgl. Köhler, St., 2003b, S. 1011.

¹¹⁵⁸ Vgl. Seeger, S. F., 2003, § 2 EStG Rz. 57.

¹¹⁵⁹ Unter Berücksichtigung der Orientierung der Besteuerung an der Totalperiode nimmt der zeitliche Anfall von Gewinnen und Verlusten Einfluss auf die Gesamtsteuerbelastung, so dass die zeitnahe Verlustberücksichtigung der Forderung nach einer gleichmäßigen Besteuerung entspricht. Vgl. Maiterth, R./Müller, H., 2003, S. 258.

begrenzen die Verlustverrechnung im Rahmen des interperiodischen Verlustabzugs in den folgenden Veranlagungszeiträumen (*Verlustvortrag*). Die Möglichkeit des *Verlustrücktrags* in den (letzten) vorangegangenen Veranlagungszeitraum besteht gemäß §10d Abs. 1 EStG i.V.m. §8 Abs. 1 Satz 1 KStG nur mit Wirkung für die Einkommen- und Körperschaftsteuer und ist der Höhe nach auf 511.500 Euro beschränkt.

Da die Berücksichtigung von Verlusten eine aus den steuerlichen Grundprinzipien resultierende Zielsetzung darstellt, ist ihre Versagung an eine Begründung gebunden,¹¹⁶⁰ die der deutsche Gesetzgeber unter anderem im Missbrauch rechtlicher Gestaltungen annimmt und mit Bedeutung für die konzerninterne Verlustberücksichtigung in § 8 Abs. 4 KStG und §12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG kodifiziert.

312. Nutzung von vorkonzernlichen Verlusten

3121. Erfordernis der wirtschaftlichen Identität der Verlustgesellschaft

Mit der Aufnahme eines Verlust erleidenden Unternehmens (*Verlustgesellschaft*) in den Konzernverbund ist regelmäßig auch die Zielsetzung der Berücksichtigung der noch nicht steuermindernd genutzten negativen Gewinnbeiträge verbunden. Die steuerliche Beachtung der vor der Aufnahme eines Unternehmens in den Konzernverbund entstandenen Verluste begrenzt das deutsche Steuerrecht mit §8 Abs. 4 KStG,¹¹⁶¹ der über §10a Satz 4 GewStG auch für die gewerbsteuerliche Gewinnermittlung wirkt. Diese Vorschrift soll den missbräuchlichen Erwerb sog. „Verlustmäntel“¹¹⁶² verhindern. Mit Bezug zu

¹¹⁶⁰ Vgl. Maiterth, R./Müller, H., 2003, S. 257 f.

¹¹⁶¹ Auf die bislang ungeklärte Frage der formellen Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift soll im Folgenden aufgrund des begrenzten Rahmens nicht eingegangen werden. Vgl. in diesem Sinne Beschl. FG Schleswig-Holstein v. 13.3.2003, S. 421 ff. zu § 8 Abs. 4 i.d.F. des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform v. 29.10.1997; Köhler, St., 2003b, S. 1012; Orth, M., 2001, S. 1326.

¹¹⁶² Mit dem Verzicht auf das Erfordernis der Einstellung des Geschäftsbetriebs im Rahmen des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform v. 29.10.1997 erstreckt sich der Anwendungsbereich des § 8 Abs. 4 KStG auch auf die Übertragung von operativen Betrieben, so dass der Begriff des „Mantel“ als Kennzeichnung der fehlenden operativen Betätigung überholt ist. Vgl. Eilers, St./Wienands, H.-G., 1998, S. 828; Hörger, H./Endres, N., 1998, S. 336. Für eine Begriffskonkretisierung der „Einstellung des Geschäftsbetriebs“ nach altem Recht vgl. jüngst BFH-Urt. v. 5.6.2003, S. 2265.

den Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 KStG unterstellt der Gesetzgeber, dass der Erwerb der Verlust erleidenden Kapitalgesellschaft ausschließlich mit dem Ziel der steuermindernden Ergebniskorrektur erfolgte.¹¹⁶³

Der interperiodische Verlustabzug i.S.d. § 10d EStG setzt gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 KStG neben der rechtlichen auch die *wirtschaftliche Identität* des den Verlustabzug geltend machenden Unternehmens mit der originären Verlustgesellschaft voraus. Schädlich sind gemäß Satz 2 und 3 der Vorschrift die Übertragung von mehr als der Hälfte der Kapitalanteile (*personelles Substrat*)¹¹⁶⁴ und die Zuführung von überwiegend neuem – und nicht der Sanierung¹¹⁶⁵ dienendem – Betriebsvermögen (*sachliches Substrat*) während eines Fünfjahreszeitraums (*zeitlicher Zusammenhang*)¹¹⁶⁶ im Anschluss an die Anteilsübertragung und Betriebsvermögenszuführung.¹¹⁶⁷

Das Kriterium der Betriebsvermögenszuführung stellt auf das Verhältnis des vorhandenen und des zugeführten Aktivvermögens ab.¹¹⁶⁸ Eine Zuführung von überwiegend neuem Betriebsvermögen ist nach geltender Rechtsprechung bereits dann gegeben,¹¹⁶⁹ wenn die Zuführung von neuem *Aktivvermögen* den Bestand des vor der Zuführung vorhandenen Aktivvermögens übersteigt.¹¹⁷⁰

¹¹⁶³ Vgl. Maiterth, R./Müller, H., 2003, S. 256.

¹¹⁶⁴ Die Grenze der schädlichen Übertragung der Anteile an einer Kapitalgesellschaft bezieht sich auf deren Nennkapital. Vgl. BMF-Schr. v. 16.4.1999, Tz. 3. Die Schädlichkeit der Anteilsübertragung hängt nicht davon ab, ob sie entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt; erforderlich ist lediglich die aktive Motivation, so dass der Erbfall nicht unter den Anwendungsbereich des § 8 Abs. 4 KStG fällt. Vgl. Hörger, H./Endres, N., 1998, S. 335.

¹¹⁶⁵ Zum Sanierungstatbestand vgl. ausführlich Hörger, H./Endres, N., 1998, S. 337 ff. sowie FG Köln v. 8.2.2001, S. 991 ff.

¹¹⁶⁶ Zum sog. „Fortführungszeitraum“ vgl. BMF-Schr. v. 16.4.1999, Tz. 21.

¹¹⁶⁷ Die Klammerbezeichnungen gehen zurück auf die Rechtsprechung gem. BFH-Urt. v. 15.2.1966, S. 290 sowie synonym i.S.d. „sachlichen und persönlichen Grundlagen“ gem. BFH-Urt. v. 17.5.1966, S. 514. Vgl. auch ausführlich Bock, V., 2003, S. 497 ff.

¹¹⁶⁸ Vgl. Hörger, H./Endres, N., 1998, S. 336.

¹¹⁶⁹ Betriebsvermögen i.S.d. § 8 Abs. 4 KStG unterscheidet sich vom allgemeinen Betriebsvermögensbegriff des § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG in der Weise, dass es auf das *Aktivvermögen* der Gesellschaft beschränkt ist. Anderenfalls würden bereits geringe Betriebsvermögenszuführungen bei einem niedrigen Eigenkapital die Verlustverrechnung unterbinden. Aufgrund des Gesellschafterbezugs ist die Betriebsvermögenszuführung durch die Gesellschaft selbst nicht Gegenstand der Vorschrift, sondern nur diejenige „von außen“, d.h. durch die Gesellschafter, ihnen nahe stehende Personen oder (kritisch im Hinblick auf die wirtschaftliche Notwendigkeit der Zuführung von Betriebsvermögen zur Erhaltung der Geschäftstätigkeit nach Maßgabe des Drittvergleichs) durch unabhängige Dritte. Vgl. BFH-

Obwohl der Wortlaut der Vorschrift ausschließlich auf die Struktur der unmittelbaren Anteilseigner an der betreffenden Verlustgesellschaft abstellt, dehnt die Finanzverwaltung ihren Anwendungsbereich auch auf den indirekten Gesellschaftlerwechsel, d.h. entweder werden die mittelbaren unmittelbare Gesellschafter oder die unmittelbaren werden mittelbare Gesellschafter,¹¹⁷¹ aus.¹¹⁷² Ausgenommen sind lediglich „erfolgsneutrale Umstrukturierungen mittelbarer in mittelbare Beteiligungen“ i.S.d. §§ 11 ff., 20 ff. UmwStG zwischen verbundenen Unternehmen i.S.d. § 271 Abs. 2 HGB. Einer schädlichen Übertragung von Anteilen entsprechen auch vergleichbare Fälle des Anteilseignerwechsels, die im Zusammenhang mit einer Verlustnutzung stehen.¹¹⁷³ Diese wirtschaftliche Betrachtung greift auch bei zeitlich gestreckten Anteilsübertragungen, so dass ein enger zeitlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang eine entspre-

Urt. v. 13.8.1997, S. 829; FG Köln v. 8.2.2001, S. 992; OFD Frankfurt v. 26.10.1994, S. 245; Frotscher, G., 2002b, S. 11 und S. 15. Der BFH stellt mit Urt. v. 8.8.2001, S. 1974 fest, dass bereits der Austausch von Aktivvermögen gegen wert- und funktionsgleiche Wirtschaftsgüter, konkret die „Übernahme von Bürgschaften und die Einräumung von Sicherheiten für Bankkredite .. der Zuführung neuen Aktivvermögens vergleichbar sein“ kann. Eine Beschränkung auf das Aktivvermögen des Anlagevermögens, wie mit BFH-Urt. v. 8.8.2001, S. 1975 angedeutet, erscheint zweifelhaft. Vgl. kritisch FG Niedersachsen v. 19.12.2001, S. 397 sowie BMF-Schr. v. 17.4.2002, S. 629 (Nichtanwendungserlass zum BFH-Urt. v. 8.8.2001, S. 1974). Zur „identitätsstiftenden Bedeutung“ des Aktivvermögens vgl. Frotscher, G., 2002b, S. 11 f.

¹¹⁷⁰ Vgl. BFH-Urt. v. 8.8.2001, S. 1974; BFH-Beschl. v. 19.12.2001, S. 396; Fußbroich, P., 2002, S. 698; kritisch Köhler, St., 2003b, S. 1012, nach dem es auf eine Veränderung des „Charakters“ des Betriebsvermögens ankommt, nicht nur auf die Höhe von dessen Zuführung. Zur Anwendbarkeit auf Holdinggesellschaften vgl. BMF-Schr. v. 16.4.1999, Tz. 8.

¹¹⁷¹ Zur zweiten Übertragungs“richtung“ erstmals BFH-Beschl. v. 4.9.2002, S. 167.

¹¹⁷² Als „kleine Konzernklausel“ bezeichnet von Orth, M., 2001, S. 1331. Vgl. auch BMF-Schr. v. 16.4.1999, Tz. 28; erstmals OFD Frankfurt v. 26.10.1994, S. 245; einen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen Anteilseignerwechsel und Verlustnutzungspotential fordernd FG Niedersachsen v. 13.2.2001, S. 1239; FG Baden-Württemberg v. 26.7.2001, S. 963; a.A. *erstmal*s FG Berlin v. 3.9.2002, S. 170 sowie jüngst BFH-Urt. v. 20.8.2003, S. 2415 ff. zur Unschädlichkeit für die Beurteilung der wirtschaftlichen Identität einer Kapitalgesellschaft bei mittelbarem Anteilseignerwechsel i.F.d. der Veräußerung ihres mittelbaren Anteilseigners. Bock, V., 2003, S. 499 erwartet, dass der BFH an seiner „engen Substratstheorie“ festhält, so dass die Entscheidung des FG Berlin ohne Wirkung bliebe; kritisch insbes. im Verhältnis zu grenzüberschreitenden Beteiligungsstrukturen Ehlermann, Ch./Löhr, W., 2003, S. 1513; Eilers, St./Wienands, H.-G., 1998, S. 830 f.; Fey, A./Neyer, W., 2000, S. 706.

¹¹⁷³ Vgl. FG Baden-Württemberg v. 26.7.2001, S. 963 sowie dazu BFH-Beschl. v. 4.9.2002, S. 167, der eine Kapitalerhöhung und Sacheinbringung der Anteilsübertragung i.S.d. § 8 Abs. 4 KStG gleichstellt.

chende Behandlung bereits zu Beginn des Übertragungsvorgangs rechtfertigt.¹¹⁷⁴

Da die Aufnahme einer Kapitalgesellschaft in den Konzernverbund regelmäßig mit dem Erwerb der Anteilsmehrheit respektive einem (schädlichen) Gesellschafterwechsel verbunden ist, führt die Vorschrift in der Praxis unter Umständen zu ungerechtfertigten Benachteiligungen aufgrund der Versagung der Verlustberücksichtigung. Obwohl die Konzernzugehörigkeit in der Regel prägend sein wird, beurteilt § 8 Abs. 4 KStG auch für den konzerninternen Gesellschafterwechsel die wirtschaftliche Identität in Abhängigkeit von der eigenen Geschäftstätigkeit und der Gesellschafterstruktur.¹¹⁷⁵ Die Vorschrift wird damit den in der Praxis vorherrschenden Gegebenheiten nicht ausreichend gerecht.

3122. Umfang der Versagung des Verlustabzugs

Die Rechtsfolge des § 8 Abs. 4 KStG, d.h. die Versagung des Verlustabzugs, erstreckt sich grundsätzlich ausschließlich auf diejenigen Verluste, die bis zum Verlust der wirtschaftlichen Identität entstanden sind; diese dürfen nicht mit Gewinnen, die auf den Zeitraum nach Wechsel der wirtschaftlichen Identität entfallen, verrechnet werden. Die Verrechenbarkeit von nach dem Wechsel der wirtschaftlichen Identität entstandenen Verlusten bleibt – unabhängig von nachfolgenden Anteilsübertragungen respektive Betriebsvermögenszuführungen – demnach unbenommen.¹¹⁷⁶ Maßgebend für die Beurteilung des Verlusts der wirtschaftlichen Identität und damit auch für die Bestimmung des Umfangs der Verlustabzugspotentials sind die Kriterien der Anteilsübertragung und der Betriebsvermögenszuführung, die im Zeitpunkt des Wegfalls der wirtschaftlichen Identität erstmals kumulativ erfüllt sind.¹¹⁷⁷

¹¹⁷⁴ Vgl. FG München v. 1.2.2002, S. 965.

¹¹⁷⁵ Vgl. Eilers, St./Wienands, H.-G., 1998, S. 832.

¹¹⁷⁶ Vgl. BMF-Schr. v. 16.4.1999, Tz. 33.

¹¹⁷⁷ Vgl. FG Niedersachsen v. 13.2.2001, S. 1240.

313. Verlustverwertung durch konzerninterne Umstrukturierungsmaßnahmen

3131. Übertragung von Gewinnquellen auf Verlustgesellschaften

Mit der Übertragung von Gewinnquellen auf Verlustgesellschaften im Rahmen von konzerninternen Umstrukturierungsmaßnahmen wird die steuermindernde Nutzung von Verlustvorträgen angestrebt. Die Verschmelzung einer gewinnerzielenden Gesellschaft und die Abspaltung von gewinnerzielenden Teilbetrieben auf oder deren Einbringung in Verlustgesellschaften sehen sich aber der Missbrauchsvorschrift des § 8 Abs. 4 KStG ausgesetzt,¹¹⁷⁸ so dass eine Nutzung der Verlustvorträge unter Umständen scheitert.¹¹⁷⁹ Obgleich die juristische Identität des aufnehmenden, den Verlust erleidenden Rechtsträgers nicht betroffen ist, könnte die umwandlungsbedingte Änderung der Gesellschafterstruktur zu einer Aufgabe der wirtschaftlichen Identität i.S.d. § 8 Abs. 4 KStG führen, da die Finanzverwaltung den Anwendungsbereich der Vorschrift – entgegen seines Wortlautes – auch auf den indirekten Gesellschafterwechsel ausdehnt.¹¹⁸⁰

Im Rahmen des sog. *up-stream mergers* der gewinnerzielenden Tochterkapitalgesellschaft auf ihre verlustreiche Mutterkapitalgesellschaft erfolgt bei letzterer – auch unter Berücksichtigung einer eventuellen Anteilsgewährung an Minderheitsgesellschafter der ehemaligen Tochterkapitalgesellschaft – grundsätzlich kein schädlicher Gesellschafterwechsel i.S.d. § 8 Abs. 4 KStG; aus der Funktion der Minderheitsgesellschafter resultiert bereits, dass ihre Anteilsgewährung¹¹⁸¹ nicht zu einer anschließenden Mehrheitsbeteiligung an der Mutterkapitalgesellschaft führen kann.¹¹⁸² Dieses Ergebnis gilt auch für den sog.

¹¹⁷⁸ Zur Anwendbarkeit des § 8 Abs. 4 KStG auf konzerninterne Übertragungen vgl. FG München v. 22.10.2002, S. 544 ff.

¹¹⁷⁹ Vgl. Fußbroich, P., 2002, S. 699; Orth, M., 2001, S. 1331.

¹¹⁸⁰ Vgl. die Ausführungen in Fn. 1172.

¹¹⁸¹ Die Ausgabe neuer Anteile im Rahmen von Verschmelzungen steht der Anteilsübertragung i.S.d. § 8 Abs. 4 KStG gleich. Vgl. BMF-Schr. v. 16.4.1999, Tz. 26.

¹¹⁸² Vgl. Fußbroich, P., 2002, S. 700. Maßgebend sind die Beteiligungsverhältnisse im Anschluss an die Verschmelzung. Während bei nicht konzernlich verbundenen Gesellschaften eine verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Verlustkapitalgesellschaft erfolgt, ist bei einem sog. *up-stream merger* eine Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft gem. § 54 Abs. 1 Nr. 1 und § 68 Abs. 1 Nr. 1 UmwG ausge-

side-step merger, d.h. die Verschmelzung von Schwestergesellschaften, deren Gesellschafterstruktur sich insofern nicht ändert.¹¹⁸³ Anders ist dies für den sog. *down-stream merger* zu beurteilen. Hier werden die zuvor mittelbaren Gesellschafter im Rahmen der Verschmelzung zu unmittelbaren Anteilseignern, so dass es nach Auffassung der Finanzverwaltung zu einem schädlichen Gesellschafterwechsel im Sinne der Missbrauchsvorschrift kommt.¹¹⁸⁴ Ähnliche Schwierigkeiten bestehen bei der down-stream Spaltung, da diese regelmäßig zu einer schädlichen Änderung der Anteilseignerstruktur führt.¹¹⁸⁵

Im Ergebnis kann die Verlustnutzung auf Ebene der Tochterkapitalgesellschaft mittels konzerninterner Umstrukturierung bei entsprechender Gestaltung grundsätzlich ohne die Restriktion i.S.d. §8 Abs. 4 KStG realisiert werden. Die Nutzung der Verluste der Mutterkapitalgesellschaft mittels der „umgekehrten Umstrukturierungsrichtung“ ist jedoch unter Umständen der Missbrauchsvorschrift ausgesetzt.

3132. Übertragung von Verlustquellen auf gewinnerzielende Gesellschaften

Die Umwandlung von Verlustgesellschaften beinhaltet die Gefahr eines Untergangs bestehender körperschaft- und gewerbesteuerlicher Verlustvorträge.¹¹⁸⁶ Für den Bestand eines Verlustvortrags i.S.d. § 10d EStG über den Umwandlungsstichtag hinaus verlangt § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG¹¹⁸⁷ – vergleichbar

geschlossen, da „sie Anteile eines übertragenden Rechtsträgers innehat“. Vgl. Orth, M., 2001, S. 1331.

¹¹⁸³ Im Rahmen eines *side-step mergers* erfolgt in analoger Anwendung der § 54 und 68 UmwG eine Kapitalerhöhung. Vgl. Fußbroich, P., 2002, S. 701; Orth, M., 2001, S. 1332.

¹¹⁸⁴ Der Verlustabzug geht nach Auffassung der Finanzverwaltung auch bei der schädlichen Übertragung von mittelbaren Beteiligungen sowie bei der Transformation von mittelbaren in unmittelbare Beteiligungen verloren. Vgl. BMF-Schr. v. 16.4.1999, Tz. 28; FG Baden-Württemberg v. 26.7.2001, S. 963; Orth, M., 2001, S. 1332. A.A. FG Berlin v. 3.9.2002, S. 170; Fußbroich, P., 2002, S. 701 und Moog, R., 2000, S. 1639, die eine wirtschaftliche Betrachtungsweise fordern.

¹¹⁸⁵ Bei der Aufspaltung, die zum Untergang der bisherigen Mutterkapitalgesellschaft führt, ändert sich die Anteilseignerstruktur zwangsläufig vollständig; bei der Abspaltung dagegen in Abhängigkeit vom Umfang des übergehenden Vermögens in Folge der notwendigen Kapitalerhöhung. Vgl. Fußbroich, P., 2002, S. 701.

¹¹⁸⁶ Vgl. Sauter, Th./Heurung, R./Babel, M., 2002, S. 1177.

¹¹⁸⁷ Für Spaltungen i.V.m. § 15 Abs. 1 und 4 UmwStG.

mit der Vorschrift des § 8 Abs. 4 KStG –¹¹⁸⁸ die Fortführung des verlustreichen Betriebes¹¹⁸⁹ oder Betriebsteils¹¹⁹⁰ „in einem nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Verhältnisse vergleichbaren Umfang“ für die Dauer von fünf Jahren nach der steuerlichen Übertragung.¹¹⁹¹ Voraussetzung für die Nutzung des Verlustvortrags durch die gewinnerzielende Gesellschaft¹¹⁹² ist daher, dass letztere den Betrieb oder Betriebsteil, dem der Verlustvortrag zuzuordnen ist, im Sinne der Vorschrift fortführt.¹¹⁹³ Auch in diesem Fall gilt eine Reduzierung des Umfangs um mehr als 50 % als schädlich.

Verbleibende Verlustvorträge i.S.d. §§ 2a, 10d, 15 Abs. 4 und 15a EStG und des § 10a GewStG gehen im Rahmen einer Verschmelzung auf eine Personengesellschaft gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 und § 18 Abs. 1 Satz 1 UmwStG zwar nicht auf den übernehmenden Rechtsträger über; sie lassen sich aber insoweit nutzen, als dass die Verlustvorträge einen entstehenden Übertragungsgewinn in

¹¹⁸⁸ Die Verwandtschaft der Vorschriften wird auch durch ihre gemeinsame Behandlung in einer Verwaltungsanweisung deutlich. Vgl. BMF-Schr. v. 16.4.1999. Grundsätzlich unterscheiden sich die Anwendungsbereiche der Vorschriften, so dass ein Aufeinandertreffen nur bei gleichzeitiger schädlicher Anteilsübertragung und Umwandlung möglich ist, d.h. z.B. bei einer Verschmelzung einer Verlustkapitalgesellschaft auf eine Verlustkapitalgesellschaft. In diesem Fall geht die speziellere umwandlungssteuerrechtliche Vorschrift vor. Vgl. BMF-Schr. v. 16.4.1999, Tz. 47. Möglich ist auch, dass die zu übertragende Verlustkapitalgesellschaft ihre Verlustvorträge bereits vor der Verschmelzung aufgrund einer schädlichen Betriebsvermögenszuführung verloren hat. Zum Konkurrenzverhältnis des § 8 Abs. 4 KStG und des § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG vgl. auch Eilers, St./Wienands, H.-G., 1998, S. 834; Fey, A./Neyer, W., 2000, S. 705; Orth, M., 2001, S. 1328.

¹¹⁸⁹ Der Begriff ist nach Auffassung der Finanzverwaltung mit dem Begriff des Geschäftsbetriebs i.S.v. § 8 Abs. 4 KStG identisch. Vgl. BMF-Schr. v. 16.4.1999, Tz. 37.

¹¹⁹⁰ Die Finanzverwaltung sieht die Merkmale eines Betriebsteils im Vergleich zu § 8 Abs. 4 KStG hier bereits bei einer abgrenzbaren wirtschaftlichen Aktivität erfüllt, der bestimmte personelle und sachliche Ressourcen zuordenbar sind; die Betriebsteilsdefinition ist damit weniger streng als die Teilbetriebsdefinition. Vgl. BMF-Schr. v. 16.4.1999, Tz. 37; Fußbroich, P., 2002, S. 703.

¹¹⁹¹ Die Einstellung des Geschäftsbetriebs ist demnach schädlich. Vgl. zur Begriffsabgrenzung BFH-Urt. v. 5.6.2003, S. 2265.

¹¹⁹² Ist die gewinnerzielende Gesellschaft als Organgesellschaft in eine Organschaft eingebunden, verhindert § 15 Nr. 1 KStG jedoch die – ausschließlich körperschaftsteuerliche – Nutzung der Verlustvorträge für die Dauer der Organschaft. Vgl. Fey, A./Neyer, W., 2000, S. 710.

¹¹⁹³ Während im Rahmen der Verschmelzung der Verlustvortrag vollständig übergeht, ist bei einer Spaltung eine nicht verursachungsbezogene, sondern rechnerische Zuordnung von Teilen des Verlustvortrags auf das übergehende Betriebsvermögen i.S.d. § 15 Abs. 4 Satz 1 UmwStG erforderlich. Vgl. Fey, A./Neyer, W., 2000, S. 710.

entsprechender Höhe mindern.¹¹⁹⁴ Die Ausgleichsfunktion bestehender Verlustvorträge bezogen auf potentielle Übertragungsgewinne erhält aufgrund der Abschaffung der korrespondierenden Buchwertaufstockung beim übernehmenden Rechtsträger, die in der Vergangenheit zu einer Erhöhung des Abschreibungspotentials führte, zusätzlich an Bedeutung.¹¹⁹⁵

Die erweiterten Möglichkeiten der Verlustverrechnung im Rahmen konzerninterner Umstrukturierungsmaßnahmen im Vergleich zur laufenden Konzernbesteuerung zwingt aber unter Umständen in ausschließlich steuerlich motivierte und wirtschaftlich weniger zweckmäßige Gestaltungen zur Erhaltung von Verlustvorträgen.¹¹⁹⁶

32. Konzerninterne Verlustverrechnung im Rahmen der Organshaft

321. Nutzung von Verlusten der Organgesellschaft

Da die deutsche Unternehmensbesteuerung hauptsächlich auf die Erfassung der individuellen Unternehmenseinheit gerichtet ist, fehlt die Möglichkeit einer die Unternehmenseinheit übergreifenden Verlustberücksichtigung im Konzernverbund außerhalb der Organshaft. Insofern endet die laufende Verlustverrechnung auf der jeweiligen Unternehmensebene; dort erfolgt sie unter Berücksichtigung der allgemeinen Vorschriften (§ 2 Abs. 2 und 3, § 10d EStG, § 10a GewStG sowie gegebenenfalls § 8 Abs. 4 KStG und § 12 Abs. 3 UmwStG).

Die mangelnde Möglichkeit zur entstehungsnahen Verlustverrechnung führt zu negativen Zins- und Liquiditätseffekten. Die Interpretation eines Konzerns als

¹¹⁹⁴ Aufgrund der in der Praxis regelmäßig abweichenden Höhe des gewerbsteuerlichen von der Höhe des Körperschaftsteuerlichen Verlustvortrags stellt sich ggfs. ein Ermittlungsproblem für die Höhe des optimalen Aufstockungsbetrags. Maßgebend für die Dominanz der Höhe des Körperschaftsteuerlichen Verlustvortrags sind in diesem Zusammenhang das effektive Belastungsgefälle sowie das Wesen der Gewerbesteuer als Betriebsausgabe und ihre Anrechenbarkeit auf die Einkommensteuer i.S.d. § 35 EStG. Vgl. Sauter, Th./Heurung, R./Babel, M., 2002, S. 1181.

¹¹⁹⁵ Vgl. Sauter, Th./Heurung, R./Babel, M., 2002, S. 1181.

¹¹⁹⁶ Vgl. Fußbroich, P., 2002, S. 705; Herzig, N., 2000, S. 2238. Zur steuerinduzierten Sachverhaltsgestaltung im Rahmen des sog. up-stream mergers einer Verlusttochterkapitalgesellschaft auf ihre Gewinnmutterkapitalgesellschaft vgl. bspw. BFH-Urt. v. 17.10.2001, S. 125 ff.; der BFH lehnt hier die Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs in der Umgehung des drohenden Untergangs des Verlustvortrags ab.

Wirtschaftseinheit führt jedoch zu der betriebswirtschaftlich motivierten Forderung nach einer zeitnahen konzerninternen steuerlichen Verlustverrechnung, da nur diese die tatsächliche Leistungsfähigkeit der Konzerneinheit berücksichtigt.¹¹⁹⁷

Den klassischen Anwendungsfall der Organschaft stellt die konzerninterne Nutzung von Verlusten der Tochtergesellschaft dar.¹¹⁹⁸ Ohne Organschaft ist die Berücksichtigung von Verlusten der Tochterkapitalgesellschaft aufgrund ihrer selbständigen Steuerrechtssubjekteigenschaft auf die Ebene ihrer eigenen Rechtspersönlichkeit beschränkt.¹¹⁹⁹ Teilwertabschreibungen auf den Buchwert der Beteiligungen auf Ebene der Mutterkapitalgesellschaft sind gemäß § 8b Abs. 3 KStG nicht mehr zulässig.¹²⁰⁰ Die Nutzung der Verluste der Tochter ist somit nur im Rahmen der Organschaft möglich, bei der dem Organträger diese Verluste phasengleich zugerechnet werden.¹²⁰¹

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang die mit dem Ergebnisabführungsvertrag verbundene Verlustübernahmeverpflichtung des Organträgers gemäß § 302 AktG. War bislang die Nutzung einer isolierten gewerbesteuerlichen Organschaft ohne gesellschaftsrechtliche Haftungsfolgen möglich, so ist dies aufgrund des nunmehr zwangsweisen Gleichlaufs der körperschaftsteuerlichen mit der gewerbesteuerlichen Organschaft unter der Voraussetzung eines Ergebnisabführungsvertrags ausgeschlossen. Dem Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrags und damit der Errichtung einer Organschaft kann darüber hinaus die Verpflichtung zur Leistung von Ausgleichszahlungen an Minderheitsgesellschafter gemäß § 305 AktG entgegenstehen, da diese in der Praxis

¹¹⁹⁷ Vgl. Fußbroich, P., 2002, S. 698.

¹¹⁹⁸ Zu Vor- und Nachteilen der Organschaft vgl. grundlegend Prinz, U., 1999b, S. 647 f.

¹¹⁹⁹ Vgl. Fenzl, B./Hagen, Ch., 2000, S. 294; Prinz, U., 2002b, S. 67.

¹²⁰⁰ Vgl. Orth, M., 2001, S. 1329.

¹²⁰¹ Gleiches gilt auch im Verhältnis zu einer Organträger-Personengesellschaft, welche die Verluste einer Tochterkapitalgesellschaft außerhalb der Organschaft nicht auf direktem Wege nutzen kann, da die Teilwertabschreibung auf den Buchwert der Beteiligung auf Ebene der Personengesellschaft bereits gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG i.d.F. des StEntlG 1999/2000/2002 auf voraussichtlich dauernde Wertminderungen beschränkt wurde. Die Organschaft hingegen ermöglicht die uneingeschränkte Verlustverrechnung. Vgl. Fenzl, B./Hagen, Ch., 2000, S. 295; Prinz, U., 2002b, S. 67.

eine hohe Streitanzfälligkeit aufweisen.¹²⁰² Aus betriebswirtschaftlicher Sicht zudem beachtlich ist die Frage nach der Übereinstimmung künstlich erzeugter organschaftlicher Abhängigkeitsstrukturen mit dem zugrundeliegenden unternehmerischen Organisationskonzept.¹²⁰³ Diese können durch die ausschließlich steuerlich motivierten Strukturveränderungen in ihrer ökonomischen Effizienz benachteiligt werden.¹²⁰⁴

322. Nutzung von Verlusten des Organträgers

Die konzerninterne Nutzung der Verluste der Mutterkapitalgesellschaft konnte vor der Umsetzung des Steuersenkungsgesetzes 2000 zum Teil im Rahmen des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens erfolgen.¹²⁰⁵ Da die steuerpflichtigen Einnahmen¹²⁰⁶ aus den Gewinnausschüttungen der Tochterkapitalgesellschaft gegen die steuerlichen Verluste der Mutterkapitalgesellschaft gerechnet wurden, erfolgte bei ausreichend hohem Verlust eine Erstattung der von der Tochtergesellschaft gezahlten Körperschaftsteuer.¹²⁰⁷ Mit der Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens und der Versagung

¹²⁰² Vgl. Prinz, U., 1999b, S. 647.

¹²⁰³ Vgl. Prinz, U., 1999b, S. 648.

¹²⁰⁴ Unter dem Gesichtspunkt der Verlustverrechnung stellen Zwischenholding-Personengesellschaften unter Umständen eine interessante Gestaltungsalternative dar. Vgl. Rödder, Th./Schumacher, A., 2000a, S. 1354; Sauter, Th./Heurung, R., 2001, S. 167. Eine Teilwertabschreibung auf Anteile an Kapitalgesellschaften kann grundsätzlich weder direkt gemäß § 8b Abs. 3 KStG noch über die Zwischenschaltung einer Personengesellschaft realisiert werden, da § 8b Abs. 3 KStG über § 8b Abs. 6 KStG auch auf Ebene der Mutterkapitalgesellschaft zur Anwendung gelangt. Die Begründung einer Organschaft zwischen der Zwischenholding-Personengesellschaft und der Tochterkapitalgesellschaft führt zu einer unmittelbaren Zurechnung eines (negativen) Einkommens der Tochterkapitalgesellschaft zur Organträger-Personengesellschaft. Die Mutterkapitalgesellschaft bezieht ihrerseits Einkünfte aus ihrem Mitunternehmeranteil gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG. § 8b Abs. 6 KStG findet im Rahmen der Organschaft, abgesehen von der fehlenden direkten gewerbsteuerlichen Verlustnutzungsmöglichkeit für die Gesellschafter der Personengesellschaft, keine nachteilige Anwendung. Die Verluste sind für die Dauer der Organschaft im Organkreis „eingesperrt“. A.A. wohl Sauter, Th./Heurung, R., 2001, S. 168, die zur Realisierung der Verluste eine Trennung vom Mitunternehmeranteil durch die Mutterkapitalgesellschaft vorschlagen, die zu einem Veräußerungsverlust i.S.d. § 16 Abs. 1 EStG bzw. Abs. 3 EStG führt.

¹²⁰⁵ Vgl. Prinz, U., 2002b, S. 67.

¹²⁰⁶ Die steuerpflichtigen Einnahmen setzen sich im Anrechnungsverfahren aus der Netto-Dividende zzgl. des Körperschaftsteuerguthabens (Summe = Bruttodividende) zusammen.

¹²⁰⁷ Vgl. Fenzl, B./Hagen, Ch., 2000, S. 294. Für die Gewerbesteuer bestand die Verlustverrechnungsmöglichkeit jedoch auch in der Vergangenheit nicht, da aufgrund ihres Objektcharakters keine „Gutschrift“ der Gewerbesteuer auf der Ebene des Empfängers erfolgte (Definitivbelastung).

einer phasengleichen Gewinnausschüttung¹²⁰⁸ geht diese systemimmanente Verlustverrechnungsmöglichkeit verloren, so dass auch in diesem Fall ausschließlich die Einkommenszurechnung im Rahmen der Organshaft eine Lösungsmöglichkeit darstellt.¹²⁰⁹ Bedeutung als „Instrument eines zeitnahen Ergebnistransfers“¹²¹⁰ erlangt die Organshaft darüber hinaus wegen der Rechtsprechung des BFH zur Versagung der Anerkennung einer sog. phasengleichen Aktivierung von Gewinnausschüttungen im Konzern ohne formalen Gewinnverwendungsbeschluss der nachgeschalteten Gesellschaft.¹²¹¹

323. Verlustnutzung im Rahmen von grenzüberschreitenden Holdingstrukturen

Gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 5 KStG „bleibt ein negatives Einkommen des Organträgers bei der inländischen Besteuerung unberücksichtigt, soweit es in einem ausländischen Staat im Rahmen einer der deutschen Besteuerung des Organträgers entsprechenden Besteuerung berücksichtigt wird“. Auf in diesem Zusammenhang bestehende europarechtliche¹²¹² und verfassungsrechtliche¹²¹³ Bedenken soll an dieser Stelle nur hingewiesen werden.

Hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs der Vorschrift besteht große Rechtsunsicherheit.¹²¹⁴ Nach wie vor ist unklar, ob die Vorschrift ausschließlich auf die Fälle der Doppelansässigkeit des Organträgers anwendbar ist.¹²¹⁵ Eine in diesem Sinne einschränkende Interpretation des Anwendungsbereichs könnte zwar aus der parallelen Einführung der § 14 Abs. 1 Nr. 2 und 5 KStG

¹²⁰⁸ Vgl. BFH-Urt. v. 7.8.2000, S. 632 ff.

¹²⁰⁹ Vgl. Herzig, N., 2002, S. 2. Gleiches gilt, wenn der Organträger in der Rechtsform einer Personengesellschaft geführt wird.

¹²¹⁰ Prinz, U., 2000, S. 1261.

¹²¹¹ Vgl. BFH-Urt. v. 7.8.2000, S. 632 ff.

¹²¹² § 14 Abs. 1 Nr. 5 KStG diskriminiert innerhalb der Europäischen Union doppelt ansässige Organträger gegenüber nationalen ansässigen Organträgern. Vgl. Prinz, U./Simon, St., 2003, S. 112.

¹²¹³ Vgl. Frotscher, G., 2003a, S. 102 mit Hinweis auf die diskriminierende Einschränkung des Anwendungsbereichs auf doppelt ansässige Organträger gegenüber nicht organschaftlich eingebundenen doppelt ansässigen Unternehmen.

¹²¹⁴ Vgl. Prinz, U./Simon, St., 2003, S. 105. Dies gilt seit der Einführung der Vorschrift durch das UntStFG 2001 und mangels Ausführungen i.R.d. zu Organschaftsfragen ergangenen BMF-Schr. v. 26.8.2003 nach wie vor.

¹²¹⁵ Vgl. Orth, M., 2002b, S. 16; Prinz, U./Simon, St., 2003, S. 105 ff.

sowie aus dem ausdrücklichen Hinweis in der Gesetzesbegründung geschlossen werden.¹²¹⁶ Da dem Wortlaut der Vorschrift eine derartige Einschränkung jedoch nicht zu entnehmen ist,¹²¹⁷ bedarf es zur Abwehr einer künftigen weiten Anwendung einer Klarstellung durch den Gesetzgeber.¹²¹⁸ Die Formulierung der Vorschrift lässt dagegen verschiedene Auslegungen mit jeweils unterschiedlich günstigen Rechtsfolgen zu.¹²¹⁹

Unklarheit besteht auch hinsichtlich der Reichweite des der Vorschrift zugrunde liegenden Einkommensbegriffs. Maßgebend muss nach herrschender Meinung das negative Einkommen des Organträgers *vor* Zurechnung des Organeinkommens sein, da anderenfalls eine Verlustverrechnung bis zur Höhe des zuzurechnenden positiven Organeinkommens gerade nicht vermieden würde.¹²²⁰ Auf diese Weise schließt §14 Abs. 1 Nr. 5 KStG jedoch nicht nur die Verlustverrechnung innerhalb des Organkreises, sondern auch die interperiodische Verlustnutzung auf Ebene des Organträgers aus.¹²²¹

Rechtsunsicherheit besteht darüber hinaus auch im Hinblick auf die Art, den Zeitpunkt und den Umfang der schädlichen Verlustberücksichtigung im Ausland. In diesem Zusammenhang werden in der Literatur zwei entgegengesetzte Interpretationen diskutiert. Entsprechend der in der Literatur vorherrschenden Auslegung zielt die Formulierung der Vorschrift („im Rahmen einer der deutschen Besteuerung des Organträgers entsprechenden Besteuerung berücksich-

¹²¹⁶ Vgl. BT-Drs. 14/6882 v. 10.9.2001, S. 37; Hey, F. E. F., 2002, S. 916. Diese Interpretation würde darüber hinaus auch aus der Zielsetzung der Vorschrift folgen, die infolge der Öffnung der Organschaft für doppelt ansässige Organträger zu Lasten des deutschen Steueraufkommens drohende Verrechenbarkeit importierter Auslandsverluste gegen inländische Gewinne zu verhindern. Vgl. Prinz, U./Simon, St., 2003, S. 108.

¹²¹⁷ Vgl. Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1972. Der engen Interpretation des Anwendungsbereichs folgend schlägt ausschließlich der sog. „double dip“ über eine doppelt ansässige Organträger-Kapitalgesellschaft fehl. Vgl. Hey, F. E. F., 2002, S. 915; Prinz, U., 2002b, S. 73. Stadler, R./Elser, Th., 2002, S. 42 halten diese Rechtsfolge für ungewiss.

¹²¹⁸ Der objektivierte Wille des Gesetzgebers ist im Rahmen der Auslegung einer Gesetznorm zwar maßgebend, vgl. Orth, M., 2002b, S. 16, kann aber nicht zu einer vom Wortlaut abweichenden Interpretation führen. Die Möglichkeit der Gesetzesauslegung hat ihre Grenze im Wortsinn der Vorschriften. Vgl. Kruse, H. W., 1999, § 42 Tz. 8 für die Bedeutung des § 42 AO im Rahmen der Auslegung von Gesetzesvorschriften.

¹²¹⁹ Vgl. Stadler, R./Elser, Th., 2002, S. 41 ff.

¹²²⁰ Vgl. Orth, M., 2002b, S. 13 f.

¹²²¹ Vgl. Orth, M., 2002b, S. 17.

tigt“) auf eine der deutschen Organschaft entsprechenden Besteuerung im Ausland, welche den Organträger in einem ausländischen Konsolidierungskreis erfasst.¹²²² Problematisch ist in diesem Zusammenhang das Entsprechungserfordernis im Verhältnis zur deutschen Organschaft. So können zum einen im Ausland formal die Anforderungen an eine Konzern- oder Gruppenbesteuerung erfüllt sein, während tatsächlich eine Ergebniskonsolidierung ausbleibt. Zum anderen stellt im umgekehrten Fall beispielsweise die Anwendung des „check the box – Verfahrens“ in den USA auf einen doppelt ansässigen inländischen Organträger – mit der Folge der steuerlichen Transparenz einer Personengesellschaft und Verlustverrechnung – kein der deutschen Organschaft entsprechendes Besteuerungskonzept dar.¹²²³ Maßgebend muss in diesem Zusammenhang stets die tatsächliche Konsolidierung im Ausland sein, nicht dagegen die bloße Einbeziehung in einen formalen Organkreis.¹²²⁴ Nach dieser Interpretation kann die Verlustberücksichtigung im Inland bei fehlender vorliegender Gruppenbesteuerung im Ausland aufgrund § 14 Abs. 1 Nr. 5 KStG nicht versagt werden.¹²²⁵

Nach einer zweiten, ausschließlich am Wortlaut der Vorschrift orientierten, und daher vorzuziehenden Interpretation stellt § 14 Abs. 1 Nr. 5 KStG nicht auf einen ausländischen Konsolidierungskreis, sondern auf die Berücksichtigung im Rahmen der auf den inländischen Organträger anzuwendenden, d.h. im Fall einer Organträger-Kapitalgesellschaft der deutschen Körperschaftsteuer entsprechenden ausländischen Steuerart, ab.¹²²⁶ Der Zeitpunkt der effektiven Steuerminderung im Ausland ist in diesem Zusammenhang unerheblich;¹²²⁷

¹²²² Vgl. Stadler, R./Elser, Th., 2002, S. 43.

¹²²³ Vgl. Endres, D./Thies, A., 2002, S. 279 f.; Hey, F. E. F., 2002, S. 916; Orth, M., 2002b, S. 14 und 16; Stadler, R./Elser, Th., 2002, S. 44.

¹²²⁴ Vgl. Orth, M., 2002b, S. 14; Prinz, U., 2002b, S. 73.

¹²²⁵ Vgl. Orth, M., 2002b, S. 17.

¹²²⁶ In diesem Sinne Prinz, U./Simon, St., 2003, S. 111. Auch nach dieser Interpretation kann die Vorschrift nicht im Verhältnis zu den check-the-box-rules der USA zur Anwendung kommen, da die Behandlung der deutschen Organträger-Kapitalgesellschaft als Personengesellschaft bzw. Betriebsstätte nicht als eine der deutschen Körperschaftsteuer vergleichbaren Besteuerung qualifiziert.

¹²²⁷ Eine Verschiebung der effektiven Steuerwirkung infolge eines Verlustvor- oder -rücktrags ist unerheblich. Vgl. Prinz, U./Simon, St., 2003, S. 110.

eine nachträgliche steuerliche Erfassung im Ausland führt zwangsläufig zu einer gegenläufigen Korrektur im Inland.¹²²⁸ Das Verrechnungsverbot des § 14 Abs. 1 Nr. 5 KStG bezieht sich entsprechend dieser Auslegung ausschließlich auf Verluste des Organträgers aus ausländischen Quellen, weil nur ein Import von Auslandsverlusten in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen kann.¹²²⁹ Die an eine gleichzeitige Nutzung im Ausland gebundene Versagung der Berücksichtigung von Inlandsverlusten, d.h. der Export inländischer Verluste, ist grundsätzlich nicht sachlich begründbar.¹²³⁰

Bedeutung hat die Klärung des Anwendungsbereichs beispielsweise im Verhältnis zur Konzernbesteuerung von Dänemark, welche ausländische Tochtergesellschaften grundsätzlich in die steuerliche Ergebniskonsolidierung einbezieht, so dass § 14 Abs. 1 Nr. 5 KStG hier unter Umständen greifen könnte.¹²³¹

§ 14 Abs. 1 Nr. 5 KStG hat für die gewerbsteuerliche Organschaft grundsätzlich keine Bedeutung. Da die Gewerbesteuer gemäß § 2 Abs. 1 GewStG ausschließlich auf inländische Besteuerungstatbestände anwendbar ist (Territorialitätsprinzip), können ausländische Verluste die gewerbsteuerliche Bemessungsgrundlage nicht mindern.¹²³²

33. Grenzüberschreitende Verlustverrechnung

Die konzerninterne Verlustverwertung ist nicht nur eine der tragenden Zielsetzungen im Rahmen nationaler, sondern auch bei grenzüberschreitenden Verbundstrukturen. Verluste auf Ebene einer deutschen Mutterkapitalgesellschaft

¹²²⁸ Vgl. Prinz, U./Simon, St., 2003, S. 112.

¹²²⁹ Vgl. Prinz, U./Simon, St., 2003, S. 110. Die negativen Einkünfte im In- und Ausland müssen sich sowohl in ihrer Höhe als auch ihrem Grunde nach entsprechen. Vgl. dies., 2003, S. 111. Die „Nämlichkeit“ der negativen Einkünfte ist aufgrund im internationalen Vergleich unterschiedlichen Gewinnermittlungsvorschriften aber in der Praxis nicht zwingend gegeben. Die Gesetzesformulierung lässt in diesem Zusammenhang offen, ob im Rahmen der Gewinnermittlung inländisches oder ausländisches Recht zur Anwendung kommen soll. Letztlich kann aber nur deutsches Recht maßgebend sein, weil es für den Anwendungsbereich der Vorschrift lediglich auf die Tatsache der Einbeziehung in eine ausländische Körperschaftsbesteuerung ankommen kann, nicht jedoch auf die Höhe der im Ausland einbezogenen Verluste.

¹²³⁰ Vgl. Prinz, U./Simon, St., 2003, S. 109.

¹²³¹ Vgl. Orth, M., 2002b, S. 16.

¹²³² Vgl. Prinz, U./Simon, St., 2003, S. 111. Gemäß *Dötsch* kann § 14 Abs. 1 Nr. 5 KStG nicht für die Gewerbesteuer gelten. Zudem gehöre die Vorschrift systematisch in § 15 KStG. Vgl. Dötsch, E., 2003a, S. 30.

konnten bei grenzüberschreitenden Beteiligungsverhältnissen auch nach altem Recht regelmäßig nicht durch eine phasengleiche Gewinnausschüttung der ausländischen Tochterkapitalgesellschaft kompensiert werden.¹²³³ Ebenso konnten Verluste auf Ebene einer ausländischen Tochtergesellschaft durch Vornahme einer „grenzüberschreitenden“ Teilwertabschreibung nur in den Grenzen des § 8b Abs. 6 KStG a.F. realisiert werden.¹²³⁴ Selbst diese für die Praxis vergleichsweise selten anwendbaren Möglichkeiten der grenzüberschreitenden Verlustverrechnung bestehen seit der Umsetzung der Reformen des Unternehmenssteuerrechts nicht mehr.

Konzerninterne Umstrukturierungsmaßnahmen des national ausgerichteten Umwandlungssteuergesetzes können unter Beachtung der Vorschriften des § 8 Abs. 4 KStG sowie des § 12 Abs. 3 UmwStG eine steuerwirksame Übertragung von Gewinnen auf Verlust erleidende Verbundunternehmen oder einen steuerlichen Übergang von Verlustvorträgen auf gewinnerzielende Unternehmenseinheiten nur für nationale Beteiligungsstrukturen generieren.¹²³⁵ Die entstehungsnahe Verlustverrechnung zwischen Verbundunternehmen (*intersubjektive Verlustverwertung*) ist – wie im vorangegangenen Abschnitt gezeigt – auch mit der im Wesentlichen national ausgerichteten Organschaft nicht realisierbar.

Die Nutzung ausländischer Verluste kann daher nur indirekt realisiert werden. Die aufgezeigten mannigfaltigen Einschränkungen der konzerninternen Verlustverrechnung zwingen in der Praxis zu alternativen Gestaltungen mit dem Ziel des Erhalts bestehender Verlustvorträge. In der Literatur wird in diesem Zusammenhang beispielsweise die verlustrealisierende Veräußerung der Auslandsbeteiligung respektive die entsprechende Ausgestaltung der konzerninternen Finanzierungsstrukturen genannt.¹²³⁶ In diesem Zusammenhang hat sich in

¹²³³ Ausländische Beteiligungserträge waren bereits aufgrund des sog. internationalen Schachtelprivilegs des Doppelbesteuerungsrechts auf Ebene der inländischen Kapitalgesellschaft steuerbefreit, gemäß § 30 Abs. 2 Nr. 1 KStG a.F. dem EK 01 zuzuordnen und bei konzerninterner Weiterleitung gemäß § 8b Abs. 1 KStG a.F. steuerbefreit. Vgl. Zenthöfer, W., 1997, Tz. 951 ff.

¹²³⁴ Vgl. Rosenbach, G., 1997, S. 201; Zenthöfer, W., 1997, Tz. 962 ff.

¹²³⁵ Vgl. Fey, A./Neyer, W., 2000, S. 708; Fußbroich, P., 2002, S. 699.

¹²³⁶ Vgl. BFH-Urt. v. 17.10.2001, S. 125 ff.; Rosenbach, G., 1997, S. 202.

der Vergangenheit das Instrument der zinslosen konzerninternen Darlehensgewährung als geeignet erwiesen.¹²³⁷ Mögliche zielführende „Ausweichinstrumente“ dürfen aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die dem Steuerrecht obliegende Berücksichtigung der steuerlichen Grundprinzipien, namentlich des objektiven Nettoprinzips als Ausprägungsform des Leistungsfähigkeitsprinzips, eine systemimmanente Verlustberücksichtigung verlangt, die nicht an den Grenzen der eigenen Steuerhoheit enden darf.

4. Steeroptimale konzerninterne Finanzierungsstrukturen

41. Finanzierungentscheidungen im Rahmen einer inländisch beherrschten Holdingstruktur

411. Finanzierungsfreiheit der inländischen Holdinggesellschaft

Bei ausschließlicher Betrachtung der Steuerbelastung ist die Finanzierungsstruktur eines Konzernverbunds so zu gestalten, dass sich Finanzierungskosten möglichst effektiv steuerlich auswirken. Tendenziell bedeutet dies, frühzeitig steuermindernden Finanzierungsaufwand zu generieren und die Entstehung von steuerbaren Erträgen in die Zukunft zu verlagern.

Sowohl die Gründung einer neuen als auch der Erwerb einer bestehenden Konzernbeteiligung erfordern Finanzmittel.¹²³⁸ Der Ursprung des Kapitalbedarfs kann demnach in Abhängigkeit von der Investitionsform (Neuinvestition oder Anteilskauf) sowie von der Haltedauer der Beteiligung (Erwerbs-/Gründungszeitpunkt oder laufende Beteiligung) variieren.¹²³⁹ Kapital zur Durchführung der operativen Tätigkeiten respektive zur Erstellung der Markt-

¹²³⁷ Zielführend kann auch die Nutzungsüberlassung von Finanzierungssurrogaten, d.h. von Sachkapital oder Dienstleistungen, sein. Vgl. zur aktuellen Bedeutung der konzerninternen Vorteils gewährung Kessler, W./Reitsam, M., 2003, S. 2140 ff.

¹²³⁸ Im ersten Fall braucht die neue Kapitalgesellschaft Kapital zur Aufnahme und Durchführung ihrer Geschäftstätigkeit. Im zweiten Fall tritt der Kapitalbedarf der inländischen Holdinggesellschaft zum Erwerb der Anteile gegebenenfalls zu einer benötigten Finanzausstattung für Änderungen oder Erweiterungen der Geschäftstätigkeit des Beteiligungsunternehmens hinzu.

¹²³⁹ In Abhängigkeit vom Ursprung des Kapitalbedarfs kann damit auch die Vorteilhaftigkeit einer Finanzierungsform variieren. So wird sich bspw. mangels zeitlich determinierter Vergütungshöhe und -formen für die Finanzierung einer Beteiligung in der Frühphase aufgrund Liquiditätsvorteilen die Eigenkapitalfinanzierung anbieten. Eine in Bezug auf mögliche Anlaufverluste oder unsichere Ertragsentwicklung entsprechend geeignete Form der Fremdkapitalfinanzierung setzt zumindest zeitlich gestreckte und flexible Zins- oder Tilgungspläne voraus. Vgl. Nathusius, K., 2003, S. 165 f.

leistung wird vor allem auf den unteren Konzernebenen benötigt. Die inländische Holdinggesellschaft unterliegt hinsichtlich der Entscheidung zur Kapitalausstattung ihrer Beteiligungsgesellschaften grundsätzlich keinen gesetzlichen Restriktionen.¹²⁴⁰ Entscheidungsrelevant sind die Kapitalkosten einer Finanzierungsform und damit unter anderem deren Steuerbelastung. Zur Auswahl steht die Ausstattung der Konzernbeteiligungen mit Eigen- oder Fremdkapital.¹²⁴¹ Wesentlich ist in diesem Zusammenhang vor allem die finanzielle Situation der Holdinggesellschaft, d.h. ob sie selbst über die entsprechenden finanziellen Mittel verfügt oder deren Bereitstellung am Kapitalmarkt refinanzieren muss.¹²⁴²

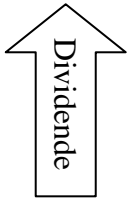
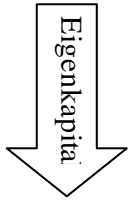
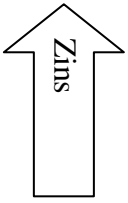
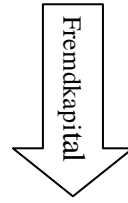
Kapitalbereitstellung durch die Holding	Eigenkapital		Fremdkapital	
Konzerninterne Kapitalströme	 Dividende	 Eigenkapital	 Zins	 Fremdkapital
Refinanzierungsform der Holding	Selbst-refinanziert	Fremd-refinanziert	Selbst-refinanziert	Fremd-refinanziert

Abb. 4: Formen der Finanzierung von Kapitalbeteiligungen

¹²⁴⁰ Zum Grundsatz der Finanzierungsfreiheit vgl. BFH-Urt. v. 24.4.1997, S. 2409; BFH-Urt. v. 29.5.1996, S. 57 ff.; BFH-Urt. v. 5.2.1992, S. 532; BMF-Schr. v. 16.9.1992, S. 653 f.; Frotscher, G., 1999, S. 557 m.w.N. §8a KStG ist derzeit im Wesentlichen auf ausländische Gesellschafter anwendbar. Zur Unzulässigkeit der Fremdfinanzierung einer Kapitalgesellschaft i.S.d. § 42 AO durch Darlehensgewährung vgl. jüngst BFH-Urt. v. 8.5.2003, S. 854 ff.

¹²⁴¹ Da konzerninterne Finanzierungsformen im Vordergrund stehen, soll die Kapitalausstattung der Konzernbeteiligung durch Dritte im Folgenden nicht betrachtet werden. Vernachlässigt werden zudem hybride bzw. mezzanine Finanzierungsformen, d.h. Mischformen mit Elementen der Eigen- und der Fremdfinanzierung, denen bspw. partiarische Darlehen, stille Beteiligungen, Wandelanleihen, Genuss- und Optionsrechte usw. zuzuordnen sind. Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 763. Zum Begriff der Mezzanine-Finanzierung vgl. Volk, G., 2003, S. 1224 ff.

¹²⁴² Die Refinanzierung durch andere Konzernunternehmen, bspw. durch sog. Konzernfinanzierungsgesellschaften, wird in dieser Untersuchung aus Vereinfachungsgründen nicht gesondert betrachtet.

Stehen der Holdinggesellschaft die notwendigen finanziellen Mittel nicht zur Verfügung und muss sie sich am Kapitalmarkt refinanzieren, stellt sich die Frage nach der Abzugsfähigkeit der Refinanzierungskosten.¹²⁴³ Mit den Steuerrechtsänderungen wurden die Vorschriften zur Berücksichtigung beteiligungsbezogener Betriebsausgaben und Werbungskosten geändert.¹²⁴⁴

Nachfolgend sei die uneingeschränkte Möglichkeit zur Weiterleitung von Kapital innerhalb eines Konzerns angenommen.¹²⁴⁵ Die Konzerngesamtsteuerbelastung hängt unter anderem davon ab, auf welcher Konzernstufe die Finanzierungsaufwendungen anfallen.¹²⁴⁶ Weiterhin ist zu differenzieren, ob es sich bei der betrachteten Holding um eine reine Finanzholding handelt, deren Einkünfte ausschließlich aus Beteiligungserträgen bestehen, die nunmehr unter der Restriktion des §8 Nr. 5 GewStG gemäß §8b Abs. 1 und 2 KStG steuerfrei vereinnahmt werden können, oder sie eine Managementholding darstellt, die darüber hinaus über – wenn auch in einem vergleichsweise geringeren Umfang – andere Einkünfte verfügt.¹²⁴⁷ Voraussetzung für die steuerwirksame Nutzung von Refinanzierungskosten ist nachfolgend stets, dass die inländische Spitzengesellschaft neben den steuerfreien ausländischen Erträgen im Inland steuerpflichtige Erträge erzielt, mit denen die Aufwendungen verrechnet werden können.¹²⁴⁸ Wenn eine reine Finanzholding diese Erträge jedoch nicht in ausreichendem Maße erzielt, kann die Berücksichtigung von Refinanzierungsauf-

¹²⁴³ Eine grafische Darstellung der Finanzierungsformen beinhaltet *Abb. 4*.

¹²⁴⁴ Vgl. Kap. 3 Abschn. 1215.

¹²⁴⁵ Hinsichtlich der Fremdfinanzierung von Auslandsbeteiligungen sind die Fälle der Finanzierung durch die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens bzw. die Darlehensvergabe durch ein verbundenes Konzernunternehmen zu unterscheiden. Die Finanzierung durch konzernfremde Dritte soll in diesem Zusammenhang nicht gesondert betrachtet werden.

¹²⁴⁶ Aus Vergleichbarkeitsgründen wird unterstellt, dass die Aufwendungen auf den verschiedenen Konzernebenen die gleiche Höhe aufweisen.

¹²⁴⁷ Zu den Auswirkungen auf die Finanzierung von reinen Finanzholding-Kapitalgesellschaften vgl. Utescher, T./Blaufus, K., 2000, S. 1584.

¹²⁴⁸ Vgl. Rödder, Th./Schumacher, A., 2000a, S. 357; Köhler, St., 2000b, S. 614.

wand unter Umständen lediglich im Rahmen von körperschaftsteuerlichen Verlustvorträgen genutzt werden.¹²⁴⁹

412. Finanzierung von inländischen Beteiligungsgesellschaften

4121. Grundlegende steuerliche Gestaltungsansätze

Die Anwendung der Betriebsausgabenabzugsbeschränkungen führt im Rahmen des Halbeinkünfteverfahrens zu dem unbefriedigenden Ergebnis, dass beteiligungsbezogene Aufwendungen trotz steuerlicher Vorbelastung der entsprechenden Erträge systemwidrig nicht in voller Höhe steuermindernd berücksichtigt werden. Die Vermeidung der Anwendung des für den inländischen Gewinntransfer zwischen Kapitalgesellschaften anwendbaren § 3c Abs. 1 EStG ist vor dem Hintergrund der Sicherstellung eines entsprechenden Betriebsausgabenabzugs daher für die Praxis von großer Bedeutung.¹²⁵⁰ In diesem Zusammenhang wurden bereits in der Vergangenheit in Bezug auf § 3c EStG a.F. verschiedene Gestaltungen entwickelt, die grundsätzlich auch auf § 3c Abs. 1 EStG n.F. anwendbar sind.

Da der für die Anwendung der Vorschrift notwendige unmittelbare wirtschaftliche Veranlassungszusammenhang nach einschlägiger BFH-Rechtsprechung grundsätzlich nicht gegeben ist, wenn den beteiligungsbezogenen Aufwendungen in zeitlicher Hinsicht keine entsprechenden steuerfreien Beteiligungserträge gegenüberstehen,¹²⁵¹ sind Aufwendungen, welche die Höhe der steuerfreien Einnahmen übersteigen, im selben Veranlagungszeitraum steuerlich abzugsfähig, so dass im Fall fehlender steuerfreier Einnahmen ein vollständiger Betriebsausgabenabzug zu gewähren ist.¹²⁵² Aus diesem Grund kann die Anwen-

¹²⁴⁹ Eine Nutzung durch die an der Holding beteiligte Mutterkapitalgesellschaft scheidet darüber hinaus mangels Möglichkeit zur Teilwertabschreibung gemäß § 8b Abs. 3 KStG aus. Vgl. Utescher, T./Blausfus, K., 2000, S. 1584.

¹²⁵⁰ Vgl. Ottersbach, J. H., 1997, S. 642; Rödder, Th./Schumacher, A., 2002b, S. 1164.

¹²⁵¹ Vgl. bereits zu § 3c EStG a.F., d.h. vor StEntlG 1999/2000/2002, BHF-Urt. v. 29.5.1996, S. 57 ff.; BFH-Urt. v. 29.5.1996, S. 60 ff.; BFH-Urt. v. 29.5.1996, S. 63 ff.; BMF-Schr. v. 20.1.1997.

¹²⁵² Vgl. Berndt, R./Wiesch, N., 2000, S. 4367; Eilers, St./Kraus, G., 2002, S. 6; Füger, R./Rieger, N., 1999, S. 257. Kritisch zur BFH-Rechtsprechung, da die Höhe der Fremdkapitalaufwendungen nicht von der Höhe der Beteiligungserträge abhängen muss, bspw. Frotscher, G., 2001, S. 2048.

dung sog. *ballooning-Strategien*¹²⁵³ das Betriebsausgabenabzugsverbot i.S.d. § 3c Abs. 1 EStG vermeiden, indem beteiligungsbedingte Betriebsausgaben zielgerichtet während einer mehrperiodischen Gewinnthesaurierungsphase generiert werden und eine Gewinnausschüttung erst im Anschluss an die Realisierung des uneingeschränkten Betriebsausgabenabzugs erfolgt.¹²⁵⁴ Eine solche ausschließlich steuerlich motivierte Ausschüttungspolitik bindet Liquidität in der Tochtergesellschaft, die mangels Finanzkraft zu Finanzierungsschwierigkeiten der Muttergesellschaft führen kann.¹²⁵⁵ Sie ist daher nicht zwangsläufig betriebswirtschaftlich sinnvoll, so dass gegebenenfalls alternativen Strategien Bedeutung zukommt.¹²⁵⁶

Auch die sog. *Poolfinanzierung* („pool funding“) kann einen schädlichen unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang vermeiden,¹²⁵⁷ indem die Finanzierung aus einem „Investitionspool“ heraus erfolgt. Die fehlende Korrespondenz der Fristen und Zinssätze von verschiedenen Finanzierungsquellen und der Mittelverwendung unterbindet die Möglichkeit einer direkten Zuordenbarkeit von Aufwendungen und Erträgen.¹²⁵⁸ Der Anwendungsbereich der sog. Poolfinanzierung erstreckt sich in diesem Zusammenhang aber nicht auf sämtliche beteiligungsbezogenen Betriebsausgaben, sondern ausschließlich auf Finanzierungskosten.¹²⁵⁹

Als wesentlich effektiver stellen sich bei mehrstufigen Beteiligungsstrukturen unter Umständen die im Folgenden genannten Gestaltungsinstrumente sowie

¹²⁵³ Das ballooning-Konzept beruht – auch bestätigt durch die Rechtsprechung des BFH mit Urteil v. 29.5.1996, S. 63 ff. – auf dem geforderten „unmittelbaren“ wirtschaftlichen Zusammenhang, so dass ausschließlich in den Veranlagungszeiträumen, in denen tatsächlich steuerfreie Einnahmen fließen, der Betriebsausgabenabzug versagt wird. Vgl. BFH-Urt. v. 29.5.1996, S. 57 ff.; BFH-Urt. v. 29.5.1996, S. 60 ff.

¹²⁵⁴ Vgl. Füger, R./Rieger, N., 1999, S. 259.

¹²⁵⁵ Vgl. Ottersbach, J. H., 1997, S. 643, der zudem auch noch auf Währungsrisiken verweist, welche aber zumindest im Europäischen Binnenmarkt weitgehend an Bedeutung verloren haben und davon abgesehen durch währungskongruente Finanzierungsformen oder derivative Sicherungsinstrumente gemindert werden können.

¹²⁵⁶ So im Ergebnis auch bereits Ottersbach, J. H., 1997, S. 643, 649.

¹²⁵⁷ Vgl. Frotscher, G., 2001, S. 2049 f.

¹²⁵⁸ Vgl. Utescher, T./Blaufus, K., 2000, S. 1586.

¹²⁵⁹ Vgl. Utescher, T./Blaufus, K., 2000, S. 1586. Sie ist hinsichtlich ihrer Anerkennung durch die Finanzverwaltung zudem verhältnismäßig risikobehaftet. Vgl. Eilers, St/Kraus, G., 2002, S. 7; Ottersbach, J., 1997, S. 649.

ihre Kombination heraus. Bei der *mittelbaren Beteiligungsfinanzierung* scheidet die unmittelbare Zuordnung infolge der Generierung von beteiligungsbezogenen Aufwendungen und steuerfreien Dividenden auf der Ebene von verschiedenen Rechtsträgern. In diesem Fall erfolgt die Kapitalbereitstellung durch Weiterleitung finanzieller Mittel über eine oder mehrere Zwischengesellschaften.¹²⁶⁰ Im Rahmen des sog. *debt-push-down* erfolgt die Generierung von beteiligungsbezogenen Aufwendungen möglichst weit „unten“ in der Beteiligungskette, d.h. idealerweise auf Ebene der Grundeinheiten respektive operativen Gesellschaften.¹²⁶¹ Mittels der Begründung einer *Organschaft* gelingt die Umqualifizierung von Gewinnausschüttungen in originäres Einkommen des Organträgers und damit gegebenenfalls die Nichtanwendbarkeit des § 3c Abs. 1 EStG.¹²⁶²

4122. Bedeutung der Organschaft zur Vermeidung des Betriebsausgabenabzugsverbots

41221. Zweistufige Konzernstruktur

Die herausragende Bedeutung der Organschaft als Instrument zur Sicherung eines uneingeschränkten Betriebsausgabenabzugs im Rahmen von konzerninternen Finanzierungsstrukturen soll im Folgenden exemplarisch an einem zwei- und dreistufigen Konzernaufbau verdeutlicht werden. Die Ergebnisse sind auf längere Beteiligungsstrukturen entsprechend anwendbar.

Die *Bereitstellung von Eigenkapital* vergütet die Konzernbeteiligung – eine entsprechende Ertragskraft vorausgesetzt – durch Gewinnausschüttungen. Diese unterliegen bei der ausschüttenden Tochterkapitalgesellschaft der definitiven Körperschaftsteuer in Höhe von 25 %. Eine erneute steuerliche Erfassung bei der empfangenden Holding-Kapitalgesellschaft erfolgt gemäß § 8b Abs. 1

¹²⁶⁰ Vgl. Berndt, R./Wiesch, N., 1999, S. 2326.

¹²⁶¹ Vgl. Köster, B.-K., 2000, S. 1268.

¹²⁶² Vgl. Frotscher, G., 2002a, S. 1522 ff.; Berg, H.-G., 2002, S. 1524 f.; Pannen, M./Stifter, J., 2002, S. 1525; Rödder, Th./Schumacher, A., 2002b, S. 1163 ff. A.A. Thiel, J., 2002, S. 1340 f.

KStG nicht.¹²⁶³ Es gelten die bereits dargestellten Liquiditätseinschränkungen in Form des Kapitalertragsteuereinbehalts und gegebenenfalls der Nachversteuerung.

Wenn die Holdinggesellschaft über die als Eigenkapital weitergereichten Finanzmittel selbst verfügt (*Eigenrefinanzierung*), entsteht kein steuerlich berücksichtigungsfähiger Finanzierungsaufwand. Refinanziert die Holdinggesellschaft die als Eigenkapital weitergereichten Finanzmittel am Kapitalmarkt (*Fremdrefinanzierung*), wird zwar auf Ebene der Holdinggesellschaft Finanzierungsaufwand generiert; dieser steht jedoch in unmittelbarem wirtschaftlichem Zusammenhang mit den steuerfreien Bezügen i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG und bleibt folglich gemäß § 3c Abs. 1 EStG steuerlich unberücksichtigt. Ein steuermindernder Abzug des Finanzierungsaufwands ist in diesem Fall grundsätzlich nur mittels Durchbrechung der unmittelbaren Zuordenbarkeit von Erträgen und Aufwand erreichbar. Das sog. ballooning-Konzept ermöglicht zwar während der Thesaurierungsphase einen uneingeschränkten Abzug von Finanzierungsaufwendungen; im Jahr der kumulierten Ausschüttung jedoch kann die Anwendung des § 3c EStG nicht vermieden werden.¹²⁶⁴ Eine ähnlich suboptimale Lösung stellt die permanente Thesaurierung der Gewinne mit anschließender Veräußerung der Tochterkapitalgesellschaft dar, da diese Strategie nicht zuletzt aus betriebswirtschaftlichen Gründen regelmäßig scheitern dürfte.¹²⁶⁵ Die mittelbare Gesellschafterfinanzierung kommt für den hier thematisierten zweistufigen Konzern grundsätzlich nicht in Frage.¹²⁶⁶

Stellt die inländische Holdinggesellschaft i.S.e. sog. *debt-push-down* ihrer inländischen Konzernbeteiligung Fremdkapital zur Verfügung (*Gesellschafterdarlehen*), vergütet das Beteiligungsunternehmen die Verfügbarkeit von

¹²⁶³ Ausgenommen sind Gewinnausschüttungen aus Streubesitzbeteiligungen, welche der gewerbesteuerlichen Bemessungsgrundlage gemäß § 8 Nr. 5 GewStG hinzugerechnet werden. § 8b Abs. 7 KStG soll nicht zur Anwendung kommen.

¹²⁶⁴ Vgl. Sauter, Th./Heurung, R., 2001, S. 166; Steinhoff, St., 2000, S. 219. A.A. Häger, M./Forst, P., 2001, S. 155, welche die Anwendbarkeit des ballooning-Konzepts auf das nationale Schachtelprivileg ausschließen.

¹²⁶⁵ Vgl. Sauter, Th./Heurung, R., 2001, S. 166; Utescher, T./Blaufus, K., 2000, S. 1586.

¹²⁶⁶ Vgl. Häger, M./Forst, P., 2001, S. 155. Im Rahmen der mittelbaren Gesellschafterfinanzierung erfolgt die Darlehensvergabe über eine Zwischengesellschaft.

Fremdkapital durch Zinszahlungen an den Fremdkapitalgeber. Während die Zinsen die gewerbesteuerliche Bemessungsgrundlage gemäß § 8 Nr. 1 GewStG zur Hälfte und die Körperschaftsteuerliche Steuerbasis der Tochtergesellschaft in voller Höhe mindern,¹²⁶⁷ erfolgt bei der inländischen Holdinggesellschaft eine vollständige steuerliche Erfassung (*Eigenrefinanzierung*). Die genannten Liquiditätseinschränkungen in Form des Kapitalertragsteuereinhalts und gegebenenfalls der Nachversteuerung greifen – infolge einer um die Zinszahlung verringerten Ausschüttungsbasis in vergleichsweise geringerem Ausmaß – auch in diesem Fall. Refinanziert die Holdinggesellschaft die als Darlehen weitergereichten Finanzmittel ihrerseits am Kapitalmarkt (*Fremdrefinanzierung*), stehen den Zinserträgen eigene Aufwendungen gegenüber. Die Fremdrefinanzierung der Darlehensgewährung generiert insofern auf beiden Konzernebenen Finanzierungsaufwand, der dort jeweils – mit Wirkung für die Gewerbesteuer gemäß § 8 Nr. 1 GewStG allerdings nur zur Hälfte – steuermindernd nutzbar ist. Eine Einschränkung der Abzugsfähigkeit bei der inländischen Holdinggesellschaft besteht gemäß § 3c Abs. 1 EStG lediglich in der Höhe, in der neben

¹²⁶⁷ Die Grundlage für die Ermittlung des Gewerbeertrags bildet der nach den einkommensteuer- respektive Körperschaftsteuergesetzlichen Vorschriften zu ermittelnde Gewinn aus Gewerbebetrieb gemäß § 7 Satz 1 GewStG. Vgl. Montag, H., 2002, § 12 Tz. 18. Diesem werden gemäß §§ 8 und 9 GewStG die bei der einkommen- bzw. Körperschaftsteuerlichen Gewinnermittlung berücksichtigten Betriebsausgaben zugerechnet und es werden die bereits an anderer Stelle gewerbesteuerlich erfassten Erträge gekürzt. Diese gewerbesteuerlichen Modifikationen sollen eine Gewinnobjektivierung bewirken, indem Doppelerfassungen bzw. -entlastungen vermieden werden. Vgl. ders., § 12 Tz. 18 und 280; Rödder, Th., 2001, S. 780. Von Bedeutung im Rahmen konzerninterner Finanzierungsstrukturen ist dabei vor allem die hälftige Hinzurechnung von Entgelten für sog. Dauerschulden gemäß § 8 Nr. 1 GewStG. Unter sog. Dauerschulden sind gem. R 45 Abs. 1 Satz 1 GewStR solche Verbindlichkeiten zu verstehen, „die wirtschaftlich mit der Gründung oder dem Erwerb des Betriebs (Teilbetriebs) oder eines Anteils am Betrieb oder mit einer Erweiterung oder Verbesserung des Betriebs zusammenhängen oder der nicht nur vorübergehenden Verstärkung des Betriebskapitals dienen“. Grundsätzlich jede Darlehensaufnahme im Rahmen eines Gewerbebetriebs, die nicht einen durchlaufenden Kredit darstellt, qualifiziert als Dauerschuld. Ein durchlaufender Kredit setzt gemäß R 45 Abs. 2 Satz 2 GewStR voraus, dass „der Kreditnehmer die Kreditmittel zu einem außerhalb seines Betriebs liegenden Zweck an einen Dritten weiterleitet“. Da die Finanzierung von Tochtergesellschaften durch die Holdinggesellschaft regelmäßig dem originären betrieblichen Zweck der Holdinggesellschaft zuzuordnen ist, wird die konzerninterne Darlehensvergabe grundsätzlich von § 8 Nr. 1 GewStG erfasst. So qualifizieren z.B. „Schulden, die wirtschaftlich mit dem Erwerb eines Mitunternehmeranteils zusammenhängen, .. in jedem Falle“ als Dauerschulden. Vgl. R 34 Abs. 3 Satz 17 GewStR; BFH-Urt. v. 17.6.1993, S. 843.

der Darlehensvergütung Gewinnausschüttungen an den Darlehensgeber fließen.¹²⁶⁸

Die Organschaft stellt im Rahmen der Eigenkapitalfinanzierung von Beteiligungsgesellschaften insoweit das einzige Instrument zur vollständigen Berücksichtigung von Aufwendungen dar, die mit steuerbefreiten Dividenden im Zusammenhang stehen.¹²⁶⁹ Die Gewinnabführung der Organgesellschaft generiert keine Bezüge i.S.d. § 20 Abs. 1 EStG.¹²⁷⁰ Sie ist daher nicht unter § 8b Abs. 1 KStG zu subsumieren.¹²⁷¹ Zur Vermeidung einer Doppelbelastung steht der Zurechnung des „fremden“ Einkommens der Organgesellschaft zum Organträger gemäß § 14 KStG außerhalb der Steuerbilanz eine „technische“ Korrektur um die handelsrechtliche Gewinnabführung gegenüber.¹²⁷² Da im Rahmen der Organschaft eine Umqualifizierung der Dividendeneinkünfte in originäres Einkommen der Holdinggesellschaft erfolgt,¹²⁷³ wird die Anwendung des § 3c Abs. 1 EStG auf Ebene der Holdinggesellschaft mangels steuerfreier Bezüge im Sinne von § 8b KStG umgangen und die vollständige Berücksichtigung des Finanzierungsaufwands erzielt.¹²⁷⁴ Die Implementierung einer Organschaft

¹²⁶⁸ Die Herstellung eines unmittelbaren Zusammenhangs i.S.d. § 3c Abs. 1 EStG ist anzunehmen, da das Darlehen der Kapitalausstattung der Konzernbeteiligung und damit letztlich der Beteiligung als solcher dient.

¹²⁶⁹ Vgl. Fenzl, B./Hagen, Ch., 2000, S. 294; Stadler, R./Elser, Th., 2002, S. 50; Stadler, R./Nowlan, J., 2000, S. 281. A.A. Thiel, J., 2002, S. 1340 ff., der die Diskussion, ob das Abzugsverbot für Finanzierungskosten einer Organbeteiligung im Rahmen der Organschaft greift, eingeleitet hat. Vgl. auch ders., 2002, S. 1525 f. Demnach stellt die Einkommenszurechnung eine steuerfreie Gewinnausschüttung i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG dar. Eine Gewinnausschüttung ist im Anschluss an eine Gewinnabführung allerdings bereits mangels Masse nicht mehr möglich. Vgl. Dötsch, E./Witt, G., 1996, S. 1592.

¹²⁷⁰ Vgl. BFH-Urt. v. 29.10.1974; S. 128; Rödder, Th./Schumacher, A., 2002b, S. 1164 f.; Utescher, T./Blaufus, K., 2000, S. 1585.

¹²⁷¹ Vgl. Beinert, St./Mikus, R., 2002, S. 1471; Utescher, T./Blaufus, K., 2000, S. 1585.

¹²⁷² Vgl. BFH-Urt. v. 29.10.1974; S. 128; Schuhmann, H., 2001, S. 64; Utescher, T./Blaufus, K., 2000, S. 1585.

¹²⁷³ Die Einkommenszurechnung ersetzt die steuerfreie Gewinnausschüttung. Vgl. Häger, M./Forst, P., 2001, S. 156; Kröner, I., 2001, S. 169; Rödder, Th./Schumacher, A., 2002b S. 1163 ff.

¹²⁷⁴ Vgl. Frotscher, G., 2002a, S. 1522 ff.; Berg, H.-G., 2002, S. 1524 f.; Pannen, M./Stifter, J., 2002, S. 1525. § 15 Satz 1 Nr. 2 KStG kommt in diesem Zusammenhang nicht zur Anwendung, da an dieser Stelle die ursprünglich steuerfreie Ausschüttung zwischen Tochterkapitalgesellschaft und Holdingkapitalgesellschaft betrachtet wird. § 15 Satz 1 Nr. 2 KStG zielt dagegen auf die ursprüngliche Anwendung von § 3c EStG auf Ebene der Tochterkapitalgesellschaft.

zwischen einer inländischen Holdinggesellschaft und ihren fremdrefinanzierten Beteiligungen an inländischen Tochtergesellschaften wird durch das erweiterte Dividendenprivileg nach geltendem Recht daher geradezu unabdingbar. Die gewerbesteuerliche Organschaft beinhaltet hinsichtlich der innerkonzernlichen Darlehensvergabe zudem den Vorteil, dass die hälftige Hinzurechnung von Dauerschuldzinsen gemäß R 41 Abs. 1 Satz 5 GewStR unterbleibt.¹²⁷⁵

Da Gewinne aus der Veräußerung der Beteiligung an der Organgesellschaft nach § 8b Abs. 2 KStG außer Ansatz bleiben, kann die Anwendung des Betriebsausgabenabzugsverbots gemäß § 3c Abs. 1 EStG im Jahr der Beteiligungsveräußerung nicht vermieden werden.¹²⁷⁶

41222. Drei- oder mehrstufige Konzernstruktur

Im Folgenden wird eine dreistufige Konzernstruktur unterstellt, in der zunächst eine inländische Holding-Kapitalgesellschaft (Spitzeneinheit) über eine fremdfinanzierte Beteiligung an einer inländischen Zwischenholding-Kapitalgesellschaft (Zwischeneinheit) Beteiligungen an inländischen Enkel-Kapitalgesellschaften (Grundeinheiten) hält. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob im Rahmen einer Organschaft zwischen der inländischen Holding und der Zwischenholding-Kapitalgesellschaft die Anwendung von § 3c Abs. 1 EStG auf Ebene der inländischen Spitzengesellschaft – wie im zweistufigen Konzern – vermieden werden kann. Bezieht die Zwischenholding-Organgesellschaft steuerfreie Einkünfte i.S.d. § 8b Abs. 1 und 2 KStG und hat sie außerdem mit diesen Erträgen in Zusammenhang stehende Finanzierungsaufwendungen, so verhindert § 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 KStG die Anwendung des Betriebsausgabenabzugsverbots i.S.d. § 3c Abs. 1 EStG auf Ebe-

¹²⁷⁵ Vgl. Fenzl, B./Hagen, Ch., 2000, S. 293; Prinz, U., 1999b, S. 647; Stadler, R./Elser, Th., 2002, S. 50. In diesem Zusammenhang muss beachtet werden, dass die Voraussetzung des Abschlusses eines Ergebnisabführungsvertrags nunmehr auch für die gewerbesteuerliche Organschaft besteht. Bestehende gewerbesteuerliche Organschaften werden mangels Ergebnisabführungsvertrag zwangsbeendet, so dass eine Hinzurechnung von Dauerschuldzinsen unvermeidbar wird. R 45 Abs. 2 Satz 4 stellt darüber hinaus explizit fest, dass es sich bei der Darlehensvergabe innerhalb des Organkreises nicht um einen aus dem Anwendungsbereich des § 8 Nr. 1 GewStG ausgenommenen laufenden Kredit handelt. Vgl. BFH-Urt. v. 24.1.1996, S. 328.

¹²⁷⁶ Vgl. BHF-Urt. v. 21.4.1971, S. 696. A.A. Beinert, St./Mikus, R., 2002, S. 1472.

ne der Organgesellschaft. Gemäß § 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 KStG erfolgt in diesem Fall eine Zurechnung der durch die Organgesellschaft bezogenen Einkünfte zum Organträger; auf dessen Ebene gelangt auch § 3c Abs. 1 EStG zur Anwendung. Im Rahmen dieser sog. „Bruttomethode“ erfolgt eine einheitliche Gewinnermittlung der Organgesellschaft unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Organträgers.¹²⁷⁷ Die Anwendung des § 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 KStG zur Generierung eines unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs zwischen beteiligungsbezogenen Aufwendungen der Organträger-Holdinggesellschaft und Erträgen der Zwischenholding-Organgesellschaft schlägt jedoch fehl.¹²⁷⁸ Der Wortlaut der Vorschrift zielt eindeutig ausschließlich auf eine Erfassung derjenigen Betriebsausgaben, die mit den Bezügen i.S.d. § 8b KStG der Organgesellschaft zusammenhängen und dem Organträger zugerechnet werden. Ein die Konzernhierarchie übergreifender, unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang kann nicht hergestellt werden.¹²⁷⁹

In Abwandlung zur vorherigen Beteiligungsstruktur hält nunmehr eine inländische Holding-Kapitalgesellschaft (Spitzeneinheit) über eine Beteiligung an einer inländischen Zwischenholding-Kapitalgesellschaft (Zwischeneinheit) fremdfinanzierte Beteiligungen an inländischen Einzelkapitalgesellschaften (Grundeinheiten). Auch in diesem Fall stellt sich die Frage, ob im Rahmen einer Organschaft zwischen der inländischen Holding und ihrer Zwischenholdinggesellschaft die Anwendung von § 3c Abs. 1 EStG auf Ebene der Zwischenholding-Organgesellschaft vermieden werden kann. Wie zuvor beschrieben verdrängt § 15 Satz 1 Nr. 2 KStG die Anwendung des Abzugsverbots i.S.d. § 3c Abs. 1 EStG auf mit dem Bezug steuerfreier Einkünfte i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG unmittelbar zusammenhängenden Betriebsausgaben von der Ebene der Organ-Enkelgesellschaft auf Ebene der Organträger-Zwischenholding. Erst die Begründung eines eigenen Organkreises zwischen der Tochtergesellschaft und

¹²⁷⁷ Vgl. Rödder, Th./Schumacher, A., 2002a, S. 110.

¹²⁷⁸ Vgl. Orth, M., 2002a, S. 813; Rödder, Th./Schumacher, A., 2002a, S. 110; Sauter, Th./Heurung, R., 2001, S. 167; BMF-Schr. v. 26.8.2003, Rz. 24.

¹²⁷⁹ Vgl. Beinert, St./Mikus, R., 2002, S. 1472; Heurung, R./Oblau, M./Röker, J., 2002, S. 623; Rödder, Th./Schumacher, A., 2002a, S. 110; Töben, Th., 2002, S. 370; Orth, M., 2002a, S. 813.

der Enkelgesellschaft realisiert insofern den Betriebsausgabenabzug auf Ebene der Zwischenholding.¹²⁸⁰

41223. Tendenzaussagen

Nationale Holdingkonzernstrukturen unter Beteiligung einer deutschen Holdingkapitalgesellschaft und ausschließlich deutscher Tochterkapitalgesellschaften unterliegen unter Umständen steuerlichen Nachteilen. Eine zusätzliche Liquiditätsbelastung resultiert zum einen aus der Nachversteuerung i.S.d. § 37 Abs. 3 KStG auf Ebene der Holdinggesellschaft, sofern die Ausschüttung bei der/den Tochtergesellschaft(en) zu einer Körperschaftsteuerminderung führt, und zum anderen aus den um die einbehaltene Kapitalertragsteuer reduzierten Beteiligungserträgen. Darüber hinaus entstehen zusätzliche Steuerbelastungen aus der Anwendung der Betriebsausgabenabzugsbeschränkung i.S.d. § 3c Abs. 1 EStG sowie aus der Mindestbesteuerung, die bei Beteiligungsgesellschaften, welche ausschließlich Dividendenerträge erzielen, im Ergebnis eine vollständige Hebung des KSt-Minderungspotentials während des Übergangszeitraums unter Umständen verhindert. Darüber hinaus entsteht ein Zwang in die Organschaft zur steueroptimalen Berücksichtigung von konzerninternen Verlusten und zur Sicherstellung der uneingeschränkten Berücksichtigung von beteiligungsbezogenen Aufwendungen.

¹²⁸⁰ Haben natürliche Personen als Gesellschafter ihre Beteiligung an einer inländischen Holding-Kapitalgesellschaft fremdfinanziert, so kommt im Fall des Dividendenbezugs das Halbeinkünfteverfahren gemäß § 3 Nr. 40 Satz 1 lit. d EStG und korrespondierend das hälftige Abzugsverbot gemäß § 3c Abs. 2 EStG für mit den teilweise steuerbefreiten Erträgen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehende Aufwendungen zur Anwendung. Da gemäß § 3c Abs. 2 EStG bereits ein mittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang ausreicht, setzt das Abzugsverbot nicht den tatsächlichen Bezug der Erträge voraus. Das ballooning-Konzept läuft in diesem Fall zwangsläufig leer. Die Organschaft zwischen den Gesellschaftern in der Rechtsform der natürlichen Person und der Holdingkapitalgesellschaft führt zu einer Zurechnung des Gewinns der Tochtergesellschaft zum Organträger, bei der mangels Einkünften i.S.v. § 3 Nr. 40 Satz 1 lit. d EStG das Halbeinkünfteverfahren und damit das hälftige Abzugsverbot i.S.d. § 3c Abs. 2 EStG nicht Platz greifen kann. Allerdings erfolgt eine vollständige steuerliche Erfassung der Erträge bei der natürlichen Person, so dass die Vorteilhaftigkeit der Organschaft im Wesentlichen vom Verhältnis der Höhe der Finanzierungsaufwendungen zur Höhe der steuerpflichtigen Erträge abhängt. Die Organschaft ist jedoch nur insoweit eine denkbare Gestaltungsalternative, als natürliche Personen als Mehrheitsgesellschafter die für die Organschaft im übrigen charakteristischen Beherrschungsfunktion erfüllen. Der Bezug von Erträgen i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG durch die Holdingkapitalgesellschaft ist nicht schädlich für den Abzug beteiligungsbezogener Aufwendungen auf Ebene des Organträgers, da – wie bereits dargelegt – ein wirtschaftlicher Zusammenhang i.S.d. § 15 Satz 1 Nr. 2 KStG nicht gegeben ist.

Unter Einbeziehung der hinter der deutschen Holding-Kapitalgesellschaft stehenden Anteilseigner resultiert der Vorteil der Fremdfinanzierung im Rahmen der *Ausstattung der Tochtergesellschaft mit Eigenkapital* aus der um die Refinanzierungskosten reduzierten Ausschüttungsbasis auf Ebene der Holdinggesellschaft. Dort kompensiert der geringere Kapitalertragsteuereinbehalt die reduzierte Körperschaftsteuerminderung; auf Ebene des Anteilseigners folgt die geringere Steuerbelastung aus der vergleichsweise deutlich niedrigeren Steuerbemessungsgrundlage. Die Vorteilhaftigkeit der Fremdfinanzierung steigt zudem mit der Vermeidbarkeit der Betriebsausgabenabzugsbeschränkung i.S.d. § 3c Abs. 1 EStG.¹²⁸¹

Im Rahmen der *Ausstattung der Tochtergesellschaft mit Fremdkapital* stellt sich die Fremdkapitalaufnahme am Kapitalmarkt ebenfalls als die überlegene Refinanzierungsform heraus. Verfügt die Holdinggesellschaft dagegen über ausreichendes Kapital, ist die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens insofern nachteilig, als die volle steuerliche Erfassung der Zinserträge bei der inländischen Holdinggesellschaft den Vorteil aus der (hälftigen) Abzugsfähigkeit des Zinsaufwands bei der Tochtergesellschaft vollständig aufzehrt.

Die fremdfinanzierte Fremdkapitalbereitstellung stellt die vergleichsweise steueroptimale Finanzierungsform dar. Ihr Vorteil im Vergleich zur Eigenkapitalbereitstellung resultiert aus der hälftigen Gewerbesteuerfreiheit der Zinszahlungen sowie der nahezu vollständigen steuermindernden Berücksichtigungsfähigkeit der Finanzierungsaufwendungen der inländischen Holdinggesellschaft.¹²⁸²

Darüber hinaus beinhaltet die Fremdkapitalfinanzierung in Form der Gewährung von kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen gegenüber der Eigenkapi-

¹²⁸¹ Wird die Ausschüttung der Eigenrefinanzierungskosten an den Anteilseigner zugunsten der Thesaurierung auf Ebene der Holding aufgegeben, gilt die Überlegenheit der Fremdfinanzierung allerdings nur, wenn die Anwendung der Betriebsausgabenabzugsbeschränkung – bspw. über eine ertragsteuerliche Organschaft – ausgeschlossen werden kann.

¹²⁸² Es ist zu beachten, dass die Tendenzaussagen ausschließlich bei Betrachtung der Relationen von Gesamtsteuerbelastung und Gesamtkonzernertrag gelten. Der Anteilseigner erhält bei Fremdfinanzierung dagegen grundsätzlich einen aufgrund der Zahlung an Dritte reduzierten Nettoertrag, während er im Fall der Eigenrefinanzierung selbst der Empfänger der Kapitalvergütung ist.

talfinanzierung den Vorteil, dass im Fall der Darlehensentwertung eine steuerlich wirksame Teilwertabschreibung auf die Darlehensforderung nicht ausgeschlossen ist.¹²⁸³ Im Rahmen der Eigenkapitalfinanzierung bleiben dagegen Wertverluste von Anteilen an Kapitalgesellschaften gemäß § 8b Abs. 3 KStG in voller Höhe und gemäß § 3c Abs. 2 Satz 2 EStG zur Hälfte steuerlich unberücksichtigt.¹²⁸⁴

4123. Zwischenschaltung von EU-Auslandholdinggesellschaften

41231. Grundlegende Tendenzen

Im folgenden Abschnitt der Arbeit soll geprüft werden, ob es sich empfiehlt, nationale Konzernstrukturen unter steuerlichen Gesichtspunkten künftig um eine Auslands-Zwischenholding zu ergänzen, wobei auch in diesem Fall die operative Geschäftstätigkeit im Inland verbleibt. Als Auslandsstandort kommen in diesem Zusammenhang aufgrund der guten Einbindung in das dichte Netz von Doppelbesteuerungsabkommen sowie des Anwendungsbereichs der sog. Mutter-Tochter-Richtlinie der EU insbesondere die Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Frage.¹²⁸⁵

Im Folgenden wird – sofern nicht anders genannt – eine qualifizierte Mehrheitsbeteiligung unterstellt, so dass die gewerbesteuerliche Hinzurechnung i.S.d. § 8 Nr. 5 GewStG nicht zur Anwendung gelangt. Der konzerninterne Dividendentransfer kann zwischen qualifizierten Konzernbeteiligungen damit regelmäßig steuerfrei realisiert werden. Aufbauend auf der relevanten Besteuerungssituation der nationalen Konzernstruktur (Ausgangsstruktur) erfolgt die

¹²⁸³ Vgl. BMF-Schreiben vom 28.4.2003, Tz. 26 und 46 sowie im Ergebnis Herzig, N., 2003, S. 1465 f.; kritisch Dötsch, E./Pung, A., 2003a, S. 1022; Leip, C., 2002, S. 1841; zweifelnd Strunk, G./Kaminski, B., 2003, S. 4736 und jüngst BFH-Urt. v. 6.3.2003, S. 1372 ff. zur Zulässigkeit von Teilwertabschreibungen auf aus dem Gesellschafterverhältnis begründete Darlehen.

¹²⁸⁴ Die hälftige Hinzurechnung von Dauerschuldzinsen kann bspw. im Rahmen einer Organshaft vermieden werden; in diesem Fall dürften aber für die Forderungsabschreibung gegenüber der Organgesellschaft – abgeleitet aus der eingeschränkten Möglichkeit der verlustbedingten Teilwertabschreibung auf Beteiligungen an Organgesellschaften – mindestens restriktivere Anforderungen gelten; die grundsätzliche Möglichkeit zur Abschreibung auf ein Gesellschafterdarlehen bei bestehendem Organschaftsverhältnis ist in diesem Zusammenhang zumindest fraglich. Rödder, Th., 2002b, S. 23 sieht die Lösung in der rechtzeitigen Kündigung des Ergebnisabführungsvertrags mit der Beendigung des Organschaftsverhältnisses.

¹²⁸⁵ Vgl. Hernler, J., 2000, S. 1644 f.

Analyse der steuerlichen Implikationen bei Implementierung einer EU-Zwischenholding (Zielstruktur). Abb. 5 verdeutlicht den Untersuchungsgegenstand grafisch.

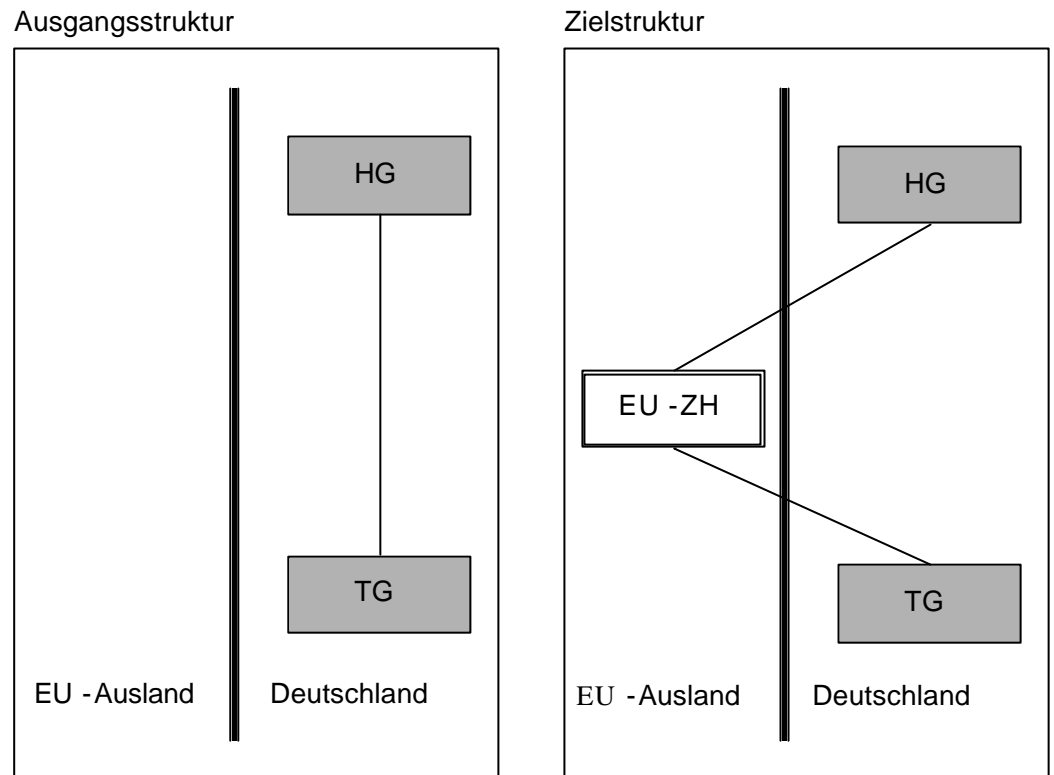


Abb. 5: Zwischenschaltung von Auslandsholdinggesellschaften als Gestaltungsinstrument zur Finanzierung von inländischen Konzernbeteiligungen - Untersuchungsgegenstand

Den folgenden Ausführungen liegen vereinfachende Annahmen zugrunde. Die Deckung eines *Kapitalbedarfs* der Tochtergesellschaft erfolgt entweder durch die Bereitstellung von Eigenkapital oder durch die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens. Die Vergleichbarkeit der Steuerbelastung der betrachteten Finanzierungsalternativen erfordert, dass die Höhe der Zinsen bei Fremdkapitalfinanzierung der Höhe der Dividende bei Eigenkapitalfinanzierung ent-

spricht.¹²⁸⁶ Aus Vereinfachungsgründen werden von der Finanzierungsform unabhängige Kapitalkosten (vor Steuern) angenommen, so dass der Holdinggesellschaft Finanzierungserträge in Form von Dividenden respektive Zinsen in übereinstimmender Höhe zufließen. In die Betrachtung einbezogen wird die Form der Refinanzierung durch die Holdinggesellschaft. Bei Durchführung der Finanzierung mit am Kapitalmarkt aufgenommenem Fremdkapital (*Fremdfinanzierung*) entstehen der Holdinggesellschaft Kosten in Höhe der effektiven Fremdkapitalzinsen. Diese Refinanzierungskosten zehren – die Weiterleitung des Kapitals zu identischen Konditionen unterstellt – die eigenen Finanzierungserträge weitgehend auf. Um die konzernstufenübergreifende Finanzierungsstruktur zu gewährleisten, werden daher zusätzliche eigene Holdingserträge in Höhe ausreichender Höhe unterstellt. Bei Finanzierung der Tochtergesellschaft mit Eigenkapital (*Eigenrefinanzierung*) verzichtet die Holdinggesellschaft auf eine alternative Kapitalanlage, so dass Kapitalkosten in Höhe der Rendite der Alternativanlage, welche aus Vereinfachungsgründen der Fremdkapitalverzinsung entsprechen soll, angenommen werden. Insbesondere im Fall der Eigenrefinanzierung erfolgt letztlich immer ein Rückgriff auf das Vermögen des Anteilseigners.¹²⁸⁷ Da die Finanzierungserträge insofern dem Anteilseigner zustehen, werden im Folgenden stets die mit den nichtsteuerlichen Kapitalkosten verbundenen Steuerbelastungen auf allen Konzernstufen unter Einschluss der Ebene des Anteilseigners betrachtet.¹²⁸⁸

¹²⁸⁶ Ein bei Fremdkapitalfinanzierung aufgrund geringerer Steuerbelastung auf Ebene der Konzernbeteiligung entstehender „Restertrag“ soll als Gewinnausschüttung ebenfalls an die Holding fließen.

¹²⁸⁷ Die Eigenrefinanzierung umfasst sowohl die Fälle des Rückgriffs auf thesaurierte Erträge oder Gewinnrücklagen als auch die Möglichkeiten der Kapitalerhöhung oder Rücklagenumwandlung. Da die im Folgenden dargestellten steuerlichen Konsequenzen unabhängig von der gewählten Form der Eigenrefinanzierung gelten, unterbleibt eine weitere Differenzierung.

¹²⁸⁸ Die Berechnungen in *Tab. A1 im Anhang* verdeutlichen die im Folgenden dargestellten Ergebnisse.

41232. Steuerliche Folgen der Zwischenschaltung einer EU-Auslandskapitalgesellschaft

412321. Besteuerung des Dividendentransfers

4123211. Vermeidung zusätzlicher Liquiditätsbelastungen

Der Anwendungsbereich der Kapitalertragbesteuerung *auf Ebene der inländischen Konzernbeteiligung(en)* gemäß §§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 43a Abs. 1 Nr. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG erstreckt sich zwar grundsätzlich auch auf den Dividendentransfer an ausländische Anteilseigner.¹²⁸⁹ Erfolgt jedoch eine Gewinnausschüttung an eine im EU-Ausland ansässige Mutterkapitalgesellschaft i.S.d. § 43b Abs. 1 EStG,¹²⁹⁰ unterbleibt der Kapitalertragsteuerabzug.¹²⁹¹ Im Gegensatz zum nationalen Dividendentransfer entfällt daher beim grenzüberschreitenden in das EU-Ausland auf Ebene der inländischen operativen Gesellschaft(en) die zusätzliche Liquiditätsbelastung durch die Kapitalertragsteuererhebung.

Da die Körperschaftsteuerminderung gemäß § 37 Abs. 2 KStG grundsätzlich unabhängig von der Ansässigkeit des Dividendenempfängers eintritt, erhält die ausschüttende inländische Tochtergesellschaft ein Körperschaftsteuerguthaben in Höhe von 1/6 der Gewinnausschüttung.

Die korrespondierende Nachversteuerung gemäß § 37 Abs. 3 KStG erfasst dagegen ausschließlich unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaften oder Perso-

¹²⁸⁹ Sämtliche betrachtete Gesellschaften sollen im Folgenden in der einer deutschen Kapitalgesellschaft vergleichbaren Rechtsform geführt werden. Die Inanspruchnahme der Beteiligungsertragsbefreiungen i.S.d. § 8b KStG sowie damit verknüpfter Vorschriften setzt die Erfüllung des sog. Rechtstypenvergleichs durch ausländische Gesellschaften voraus. Die geforderte Vergleichbarkeit liegt vor, wenn die den Unternehmenstyp charakterisierende Struktur der ausländischen Unternehmung der Organisationsform einer deutschen Kapitalgesellschaft gemäß § 1 Abs. 1 KStG entspricht. Zum Rechtstypenvergleich vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 500 ff. und die Ausführungen in Fn. 287.

¹²⁹⁰ Die Qualifikation als Muttergesellschaft i.S.d. § 43b Abs. 1 EStG ist gemäß Abs. 2 der Vorschrift an eine Mindestbeteiligungsquote in Höhe von 25% und eine (ununterbrochene) Mindestbesitzzeit von 12 Monaten gebunden. Eine Absenkung der Mindestbeteiligungsquote auf 10 % gemäß § 43b Abs. 3 EStG ist abhängig von entsprechenden Vergünstigungen in den Steuerrechtsordnungen der beteiligten Ansässigkeitsstaaten. Dies wurde für das deutsche Recht bereits vor dem körperschaftsteuerlichen Systemwechsel durch §§ 26 Abs. 2, Abs. 2a KStG und wird nunmehr grundsätzlich über § 8b Abs. 1 KStG erfüllt.

¹²⁹¹ § 43b EStG, eingefügt mit dem sog. Steuersenkungsgesetz 2000 und dem § 44d EStG a.F. nachfolgend, setzt seit 1992 die sog. Quellensteuerbefreiung innerhalb der Europäischen Union in deutsches Recht um. Vgl. Art. 5 der sog. Mutter-Tochter-Richtlinie der EU.

nenvereinigungen. Gewinnausschüttungen an ausländische Zwischenholding-Kapitalgesellschaften führen daher bei der ausschüttenden inländischen Gesellschaft zu einer Körperschaftsteuerminderung; eine korrespondierende Körperschaftsteuererhöhung *auf Ebene der ausländischen Zwischenholding* als zusätzliche Liquiditätsbelastung beim Empfänger unterbleibt.

Die EU-Zwischenholding bezieht eine um die inländische Kapitalertragsteuerbelastung in Höhe von 20 % erhöhte Nettodividende; die Nachversteuerung i.S.d. § 37 Abs. 3 KStG entfällt. Die Gewinnausschüttung der EU-Zwischenholding unterliegt aufgrund der Quellensteuerbefreiung innerhalb der Europäischen Union keinem ausländischen Kapitalertragsteuereinbehalt.

4123212. Vermeidung zusätzlicher Steuerbelastungen

41232121. Zusätzliche Besteuerungsebene im Ausland

Idealerweise unterliegt die Gewinnausschüttung im Rahmen der *Eigenkapitalfinanzierung* im EU-Ausland keiner weiteren Besteuerung. Die Behandlung deutscher Beteiligungserträge richtet sich in diesem Zusammenhang nach dem jeweiligen ausländischen Steuerrecht.¹²⁹² Ein steueroptimales Ergebnis kann regelmäßig nur über die Nutzung vorteilhafter Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) erzielt werden. Dazu muss das zwischen Deutschland und dem Ansässigkeitsstaat der EU-Auslandsgesellschaft geschlossene DBA ein sog. Schachtelprivileg beinhalten, welches grenzüberschreitende Gewinnausschüttungen zwischen Kapitalgesellschaften von einer Besteuerung beim Leistungsempfänger freistellt.

Die Steuerbefreiung der Auslandsdividende i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG erstreckt sich gemäß § 9 Nr. 7 Satz 1 Hs. 2 GewStG unter Beachtung der Mindestbeteiligungsquote von 10 % und des Stichtagsbezugs grundsätzlich ohne Bindung an einen nationalen Aktivitätsvorbehalt auch auf die Gewerbesteuer. Aufgrund des Verzichts auf einen Aktivitätsvorbehalt können ausländische Schachteldividenden aus EU-Zwischenholdinggesellschaften unter Beachtung des Stich-

¹²⁹² Eine Erfassung der Beteiligungserträge der EU-Auslandsgesellschaft im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung unterbleibt aufgrund der Aktivitätsdefinition gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG.

tagbezugs grundsätzlich gewerbesteuerfrei vereinnahmt werden. Für die Gewerbesteuerfreiheit für Bezüge i.S.v. § 8b Abs. 1 KStG aus in EU-Mitgliedstaaten ansässigen Kapitalgesellschaften verlieren die Aktivitätsvorbehalte der Doppelbesteuerungsabkommen mit Portugal und Spanien ihre Bedeutung, da das gewerbsteuerliche Schachtelprivileg gemäß § 9 Nr. 7 Satz 1 Hs. 2 GewStG bei qualifizierten EU-Auslandsbeteiligungen (Mindestbeteiligung 10 %) auf eine entsprechende Einschränkung verzichtet.

Auch im Rahmen der *Fremdkapitalfinanzierung* der inländischen Konzernbeteiligungen sollte möglichst keine Steuerbelastung auf Ebene der EU-Zwischenholding entstehen. Führt das Darlehensverhältnis nicht über die Zwischenholding (*direktes Darlehensverhältnis*), fließen die Zinszahlungen auf direktem Weg an die inländische Holding. Erträge der Konzernbeteiligung(en), welche nicht als Zinszahlungen an den Darlehensgeber abgeführt werden, gelangen dagegen über die EU-Zwischenholding und unter den genannten Voraussetzungen ohne eine zusätzliche Steuerbelastung ins Inland.

Wird das Darlehensverhältnis über die Zwischenholding geführt (*indirektes Darlehensverhältnis*), setzt die Vermeidung zusätzlicher Steuerlasten die Nutzung eines vorteilhaften DBA voraus. Um den im Vergleich zur Eigenkapitalfinanzierung drohenden Nachteil einer deutschen Kapitalertragsteuer auf die Zinszahlung zu vermeiden, kommen als Ansässigkeitsstandort der EU-Zwischenholding demnach nur solche Staaten in Betracht, deren DBA mit Deutschland eine Besteuerung beim Empfänger¹²⁹³ der Zinsen vorsehen.¹²⁹⁴ Die Weitergabe des Fremdkapitals zu identischen Konditionen angenommen, unterbleibt eine Besteuerung der Zinserträge bei der Zwischenholding immer dann, wenn der Ansässigkeitsstaat einen uneingeschränkten Abzug von laufen-

¹²⁹³ Art. 11 Abs. 1 DBA-Dänemark kennt den „Nutzungsberechtigten“, Art. 10 Abs. 1 DBA-Frankreich den „Bezugsberechtigten“, Art. VII Abs. 1 DBA-Großbritannien die „dort steuerpflichtige Person“.

¹²⁹⁴ Eine mögliche Qualifikation der Einkünfte der EU-Zwischenholding als sog. Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter i.S.d. § 7 Abs. 6a AStG i.d.F. des StVergAbG 2003, die aufgrund der Aufhebung des § 10 Abs. 5 AStG in voller Höhe der Hinzurechnungsbesteuerung ohne DBA-Schutz unterliegen, kann bei entsprechend hoher Ertragsbesteuerung i.S.v. § 8 Abs. 3 AStG im Ansässigkeitsstaat vermieden werden. Zu den Verschärfungen der Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung vgl. Sieker, K., 2003, S. 78 ff.

den Finanzierungsaufwendungen zulässt. Diese bilateralen Anforderungen werden in ihrer Gesamtheit in der Europäischen Union nur von Dänemark, Frankreich und Großbritannien erfüllt.¹²⁹⁵ Allerdings scheidet die hier unterstellte Entsprechung der Höhe der Zinserträge mit der Höhe der eigenen Zinsaufwendungen in der Praxis regelmäßig an den Anforderungen des sog. Fremdvergleichs, so dass auf Ebene der Auslandsgesellschaft – wenn auch nur vergleichsweise geringe – Erträge und damit zusätzliches Besteuerungssubstrat anfällt.¹²⁹⁶ Zu beachten sind darüber hinaus mögliche nationale sog. thin-capitalization-rules, die sowohl im Verhältnis zur Auslandsgesellschaft (als ausländische Gesellschafterin der inländischen Konzernbeteiligung(en)) als auch im Verhältnis zur inländischen Muttergesellschaft (als ausländische Gesellschafterin der Auslandsgesellschaft) greifen können. Die Nichtbeachtung potentieller thin-capitalization-rules kann zu erheblichen Zusatzbelastungen im Rahmen der konzerninternen Fremdkapitalfinanzierung führen.

Alternativ kommt die Fremdkapitalaufnahme am Markt durch die ausländische Zwischenholding selbst in Frage. Diese übernimmt dann die Funktion einer sog. *ausländischen Konzernfinanzierungsgesellschaft*.¹²⁹⁷ Auch in diesem Fall ist die Generierung von eigenen Erträgen der Konzernfinanzierungsgesellschaft aber nicht zu vermeiden, da die Weitergabe der Finanzmittel den Vorgaben des Fremdvergleichs entsprechen müssen. Diese Finanzierungsform wird aus Vergleichbarkeitsgründen nicht weiter betrachtet.¹²⁹⁸

¹²⁹⁵ Vgl. Art. 11 Abs. 1 DBA-Dänemark; Art. 10 Abs. 1 DBA-Frankreich; Art. VII Abs. 1 DBA-Großbritannien.

¹²⁹⁶ Zum Fremdvergleich vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 884 ff.

¹²⁹⁷ Zu konzerninternen Finanzierungsgesellschaften vgl. Günkel, M., 2003, S. S186 ff.; Jacobs, O. H., 2002, S. 1039 ff.

¹²⁹⁸ So kennen einige ausländische Steuerrechtsordnungen besondere Steuerregime für sog. Finanzierungsgesellschaften, welche ausschließlich auf diese Unternehmensform anwendbar sind. So z.B. für sog. BCC (Belgium Co-ordination Centre)-Gesellschaften in Belgien, für sog. IFSC (International Financial and Service Centre)-Gesellschaften in der Custom House Docks Area in Dublin/Irland, für Konzernfinanzierungsgesellschaften in den Niederlanden, für inländische Finanzierungsholdinggesellschaften. Mit der Qualifikation dieser Steuerregime durch den Rat „Wirtschafts- und Finanzfragen“, 1997, a.a.O. als schädlichen Steuerwettbewerb innerhalb der EU kann eine Bedeutungsabnahme für die Zukunft erwartet werden, die eine Nichtberücksichtigung im Rahmen dieser Analyse rechtfertigt. Siehe dazu auch Pinto, C., a.a.O.; Werra, M., 2001, S. 438.

41232122. Betriebsausgabenabzugsbeschränkung

Die nur auf grenzüberschreitende Gewinnausschüttungen anwendbare Betriebsausgabenabzugsbeschränkung des § 8b Abs. 5 KStG qualifiziert unabhängig von der Existenz und der Höhe tatsächlicher beteiligungsbezogener Aufwendungen stets 5 % der aus dem Ausland stammenden Bezüge i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG als nicht abzugsfähige Betriebsausgaben. Damit wird die Steuerfreiheit ausländischer Gewinnausschüttungen faktisch auf 95 % reduziert. Obwohl Auslandsdividenden gemäß § 8b Abs. 1 KStG bei der empfangenden inländischen Körperschaft formal steuerbefreit sind, bewirkt § 8b Abs. 5 KStG im Verhältnis zu Dividenden aus Staaten, deren Doppelbesteuerungsabkommen eine vollständige Steuerbefreiung im Ansässigkeitsstaat vorsehen, faktisch einen sog. treaty override.¹²⁹⁹ Die bereits im Verhältnis zu Inlandsdividenden zu äuernde Kritik an der systemwidrigen Rechtsfolge des § 3c EStG ist ebenso im Zusammenhang mit Auslandsdividenden anzuführen.¹³⁰⁰ Denn auch Auslandsdividenden sind keine steuerfreien Einnahmen im Sinne der Systematik des § 3c EStG, da sie zuvor im Ausland einer Besteuerung unterlegen haben.¹³⁰¹ Ballooning-Strategien können in der Regel beim grenzüberschreitenden Dividententransfer nur zu vorteilhaften Zinseffekten führen; eine absolute Steuerersparnis bewirken sie aufgrund einer letztlich ausschüttungsbedingten Nachversteuerung nicht. Dem offensichtlichen Nachteil einer faktischen Steuerpflicht von 5 % der Gewinnausschüttungen steht gegebenenfalls der Vorteil aus der Berücksichtigung von über den Pauschalbetrag hinausgehenden Betriebsausgaben gegenüber, so dass die Vorschrift – für vergleichsweise hoch fremdrefinanzierte Beteiligungen – auch begünstigenden Charakter entfalten kann.¹³⁰²

¹²⁹⁹ Vgl. Krawitz, N./Büttgen, D./Hick, Ch., 2002, S. 88 m.w.N.; Kröner, M./Köhler, St., 1999, S. 270; wohl auch Schmidt, L./Hageböke, J., 2002, S. 153. A.A. Frotscher, G., 2001, S. 2051.

¹³⁰⁰ Grundlegend zur Kritik an § 8b Abs. 7 KStG vgl. bereits Rose, G., 1999b, S. 1038 ff.; ders., 2000, S. 314 ff.

¹³⁰¹ Vgl. Frotscher, G., 1999, S. 550, ders., 2001, S. 2051.

¹³⁰² Vgl. Krawitz, N./Büttgen, D./Hick, Ch., 2002, S. 88.

412322. Auswirkungen auf die Steuerbelastung der Finanzierung

4123221. Bereitstellung von Eigenkapital

41232211. Eigenrefinanzierung

Im Folgenden werden die Finanzierungsalternativen auf ihre unterschiedlichen Steuerbelastungswirkungen untersucht und verglichen. Die Unterscheidung zwischen der Bereitstellung von Eigen- respektive Fremdkapital bezieht sich dabei stets auf die unterste Konzernebene der inländischen operativen Konzernbeteiligungen.

Die Bereitstellung von Eigenkapital erfolgt durch die im EU-Ausland ansässige Zwischenholding. Diese erhält von der inländischen Konzernbeteiligung Gewinnausschüttung, welche sie – die Anwendbarkeit eines vorteilhaften DBA-Schachtelprivilegs unterstellt – steuerfrei vereinnahmt und ihrerseits an die inländische Holdinggesellschaft repatriert. Obwohl § 8b Abs. 1 KStG ausländische Beteiligungserträge von einer inländischen Besteuerung freistellt, resultiert aus der ausschließlich auf Auslandsdividenden anwendbaren Betriebsausgabenpauschalierung i.S.d. § 8b Abs. 5 KStG eine körperschaft- und gewerbesteuerliche Zusatzbelastung in Höhe von ca. 2 %.¹³⁰³ Diese Zusatzbelastung wird jedoch regelmäßig durch die Steuerersparnis in Folge der unterbleibenden Nachversteuerung i.S.d. § 37 Abs. 3 KStG sowie in Folge der erhöhten Körperschaftsteuerminderung aufgehoben, so dass neben der beschriebenen Liquiditätsentlastung im Vergleich zur nationalen Finanzierungsstruktur ein Steuervorteil verbleibt.

41232212. Fremdfinanzierung

Auch in diesem Fall erfolgt die Bereitstellung von Eigenkapital wiederum durch die im EU-Ausland ansässige Zwischenholding. Die inländische Holdinggesellschaft refinanziert den Kapitalbedarf jedoch am Kapitalmarkt. Der Dividententransfer über die EU-Zwischenholding lässt sich wie zuvor ohne zusätzliche ausländische Ertragsteuerbelastung realisieren. Die zusätzliche Steuerbelastung aus der Anwendung der Abzugsbeschränkung i.S.d. § 8b Abs. 5 KStG wird aufgrund von steuermindernden tatsächlichen beteiligungsbezo-

¹³⁰³ Vgl. die Ausführungen in Fn. 448.

genen Aufwendungen, welche die Höhe der Pauschalierung übersteigen, in eine Steuerentlastung umgekehrt. Zusammen mit den Liquiditätsvorteilen aus der unterbleibenden Nachversteuerung resultiert für diese Finanzierungsform ein deutlicher Steuervorteil. Die Weiterleitung der durch die inländische Holdinggesellschaft refinanzierten Finanzmittel als Gesellschafterdarlehen an die EU-Auslandsholding (*debt-push-down*) bewirkt keine weitere steuerliche Entlastung, da sich wegen der Zinszahlung ins Inland respektive mangels ausländischer Gewinnausschüttung die im Fall der Fremdfinanzierung günstige Betriebsausgabenabzugspauschalierung i.S.d. § 8b Abs. 5 KStG nicht auswirkt.

4123222. Bereitstellung von Fremdkapital (Gesellschafterdarlehen)

41232221. Eigenrefinanzierung

Zunächst soll die Fremdkapitalbereitstellung durch die inländische Holdinggesellschaft erfolgen, wobei diese über die notwendigen finanziellen Mittel selbst verfügt (*Darlehen der inländischen Holding an die inländische(n) Konzernbeteiligung(en)*). Im Vergleich zur nationalen Finanzierungsstruktur fließt ein verbleibender Ertrag nach Zinszahlung auf Ebene der inländischen Tochtergesellschaften über die EU-Auslandsholding an die inländische Holdinggesellschaft zurück. Unter den bereits genannten Voraussetzungen unterbleibt eine steuerliche Belastung dieser Beteiligungserträge im Ausland. Der im Vergleich zur nationalen Konzernstruktur geringe Steuervorteil resultiert aus der nunmehr fehlenden Nachversteuerung gemäß § 37 Abs. 3 KStG sowie aus einer erhöhten Körperschaftsteuerminderung, welche die Zusatzbelastung aufgrund der Anwendung von § 8b Abs. 5 KStG regelmäßig kompensiert.

Bei *Darlehensgewährung der EU-Auslandsgesellschaft an die inländische(n) Konzernbeteiligung(en)* fließen sowohl die Zinszahlung als auch die verbleibenden Erträge der ausländischen Konzernbeteiligung(en) über die EU-Auslandsgesellschaft. Da die Darlehensmittel bei letzterer Eigenkapital darstellen, stehen den Zinserträgen keine entsprechenden Fremdkapitalaufwendungen gegenüber. Die Zinsen unterliegen demnach im Ausland einer Ertragsbesteuerung, welche den ausschüttbaren Ertrag der Zwischenholding mindern. Die vergleichsweise geringe Besserstellung gegenüber der nationalen sowie der grenzüberschreitenden direkten Fremdkapitalfinanzierung resultiert aus der (im

Vergleich zur steuerlichen Erfassung von Zinserträgen) Steuerfreiheit von Beteiligungserträgen auf Ebene der inländischen Holdinggesellschaft.¹³⁰⁴ Werden auf Ebene der EU-Auslandsgesellschaft mittels *debt-push-down* eigene Finanzierungsaufwendungen generiert, d.h. es erfolgt die Weitergabe der Finanzmittel in Form eines Gesellschafterdarlehens durch die inländische Holding, entspricht die Steuerbelastung der Situation der direkten Fremdkapitalfinanzierung.¹³⁰⁵ Da die steuerliche Anerkennung dieser Gestaltung in der Praxis die Festlegung von Fremdvergleichskonditionen verlangt, sind entsprechende Erträge auf Ebene der Auslandsgesellschaft steuererhöhend zu berücksichtigen.

41232222. Fremdfinanzierung

Im Vergleich zur selbstrefinanzierten direkten Fremdkapitalbereitstellung resultiert die deutlich geringere Steuerbelastung bei *Darlehensgewährung der inländischen Holding an die inländische(n) Konzernbeteiligung(en)* im Wesentlichen aus der steuermindernden Berücksichtigung des beteiligungsbezogenen Fremdkapitalaufwands der inländischen Holding. Eine Einschränkung der Abzugsfähigkeit besteht lediglich in Höhe von 5 % der Auslandsdividende aus der EU-Zwischenholding gemäß § 8b Abs. 5 KStG.

Bei *Darlehensgewährung der EU-Auslandsgesellschaft an die inländische(n) Konzernbeteiligung(en)* unterliegen die Zinserträge der EU-Auslandsgesellschaft einer Ertragsbesteuerung im Ausland, welche die ausschüttbaren Erträge der Zwischenholding mindert. Aufgrund der Steuerfreiheit von Beteiligungserträgen im Vergleich zu Zinserträgen entsteht auf Ebene der inländischen Holdinggesellschaft eine deutlich geringere Steuerbelastung, die im Ergebnis eine vergleichsweise geringe Besserstellung gegenüber der nationalen sowie der grenzüberschreitenden direkten Fremdkapitalfinanzierung bewirkt.

Werden auf Ebene der EU-Auslandsgesellschaft mittels *debt-push-down* eigene Finanzierungsaufwendungen generiert, d.h. es erfolgt die Weitergabe der Fi-

¹³⁰⁴ Obgleich § 8b Abs. 5 KStG infolge einer erhöhten Auslandsdividende nachteilig wirkt.

¹³⁰⁵ Die Zinserträge der Zwischenholding werden in diesem Fall durch Zinsaufwand in gleicher Höhe kompensiert, so dass keine zusätzliche ausländische Steuerbelastung anfällt.

nanzmittel in Form eines Gesellschafterdarlehens durch die inländische Holding, entspricht die Steuerbelastung wie zuvor der Situation der direkten Fremdkapitalfinanzierung.

4123223. Zwischenergebnis

Die Umleitung der Finanzierung über eine EU-Kapitalgesellschaft führt unter Umständen zu steuerlichen Modifikationen. Eine Nachversteuerung i.S.d. § 37 Abs. 3 KStG wird gegebenenfalls unter Inkaufnahme einer pauschalen Steuerpflicht von 5 % der steuerfreien Auslandsdividenden i.S.d. § 8b Abs. 5 KStG vermieden, die Anwendung der Betriebsausgabenabzugsbeschränkung i.S.d. § 8b Abs. 5 KStG verdrängt § 3c Abs. 1 EStG und der Kapitalertragsteuereinkauf unterbleibt.¹³⁰⁶ Vor allem die Anwendung des pauschalen Betriebsausgabenabzugsverbots gegenüber § 3c Abs. 1 EStG führt für fremdfinanzierte Beteiligungsstrukturen zu deutlichen Steuervorteilen. Der Grad der Vorteilhaftigkeit bei der Umleitung von Finanzmitteln über die ausländische Zwischenholding hängt, sofern die inländische Holding der Auslandsgesellschaft Eigenkapital zur Verfügung stellt, insbesondere vom ausländischen Ertragsteuerniveau ab.

Bei Wertverlusten von Anteilen an Kapitalgesellschaften führt die Zwischenschaltung einer EU-Auslandsgesellschaft nicht zu einer steuerlichen Besserstellung; die Nutzung von Wertverlusten der EU-Holding dürfte – sofern das jeweilige ausländische Steuerrecht dies zulässt – mangels ausreichenden Besteuerungssubstrats regelmäßig scheitern.

41233. Besonderheiten der Finanzierung von inländischen Konzernstreubesitzbeteiligungen

Der wesentliche Unterschied beim Bezug von (nationalen wie ausländischen) Streubesitzdividenden besteht in der zusätzlichen Gewerbesteuerbelastung ge-

¹³⁰⁶ *Tab. A1 im Anhang* enthält die unter den zuvor genannten vereinfachenden Annahmen ermittelten Ergebnisse zur Ableitung von Tendenzaussagen für die Finanzierung inländischer Konzernbeteiligungen.

mäß § 8 Nr. 5 GewStG.¹³⁰⁷ Die Gewerbesteuerfreiheit von Gewinnausschüttungen ist mittels Rechtsgrundverweis an die Voraussetzungen der Kürzungsvorschriften der §9 Nr. 2a und 7 GewStG geknüpft. Die Kürzung der Gewinnanteile setzt demnach unter anderem eine Mindestbeteiligung in Höhe von 10 % an der Tochtergesellschaft voraus, wobei es auf eine unmittelbare Beteiligung der Spitzeneinheit nicht ankommt.¹³⁰⁸

Auch die Ableitung der Gewerbesteuerfreiheit für EU-Streubesitzdividenden aus bilateralem Recht scheitert, da die Freistellung gemäß den deutschen Doppelbesteuerungsabkommen mit den EU-Mitgliedstaaten ausnahmslos eine Mindestbeteiligung in Höhe von 10 % respektive 25 % erfordert.¹³⁰⁹ Die Implementierung einer EU-Auslandsholding zur Bündelung der nationalen Streubesitzbeteiligungen vermeidet die nachteiligen Belastungswirkungen des § 8 Nr. 5 GewStG.¹³¹⁰ Erfüllt die EU-Zwischenholding die Mindestbeteiligungsquote des §9 Nr. 7 GewStG, kommt es für die Beurteilung der Gewerbesteuerpflicht zudem nicht mehr auf die Erfüllung der Aktivitätsanforderungen auf Ebene der Zwischenholding an.¹³¹¹

Die mit der Umleitung von Erträgen aus inländischen Streubesitzbeteiligungen über eine EU-Kapitalgesellschaft vermiedene Gewerbesteuerpflicht i.S.d. § 8 Nr. 5 GewStG zieht allerdings eine definitive Kapitalertragsteuerbelastung auf Ebene der inländischen Streubesitzbeteiligung sowie unter Umständen der EU-Auslandsgesellschaft nach sich. Allerdings dürfte der Steuernachteil in Höhe der Kapitalertragsteuer regelmäßig von der Steuerentlastung mangels gewerbesteuerlicher Hinzurechnung kompensiert werden.¹³¹²

¹³⁰⁷ Zu den zeitlichen Voraussetzungen des § 8 Nr. 5 GewStG und der Gewerbesteuerpflicht von sog. Streubesitzdividenden vgl. stellvertretend Krawitz, N./Büttgen-Pöhland, D./Hick, Ch., 2003, S. 120 ff.

¹³⁰⁸ Vgl. BFH-Urt. v. 17.5.2000, S. 686 sowie Haas, W., 2002, S. 550; Krawitz, N./Büttgen-Pöhland, D./Hick, Ch., 2003, S. 121.

¹³⁰⁹ Vgl. Krawitz, N./Büttgen-Pöhland, D./Hick, Ch., 2003, S. 123.

¹³¹⁰ Vgl. Rödder, Th., 2002a, S. 627.

¹³¹¹ Vgl. Krawitz, N./Büttgen-Pöhland, D./Hick, Ch., 2003, S. 125 f.

¹³¹² Vgl. dazu die Berechnung bei Krawitz, N./Büttgen-Pöhland, D./Hick, Ch., 2003, S. 126.

41234. Das Rechtsinstitut der Organschaft als Gestaltungsinstrument

412341. Einschränkungen bei der steuerlichen Berücksichtigung des grenzüberschreitenden Konzernverbunds

Eine grenzüberschreitende Organschaft ist auch nach geltendem Rechtsstand nicht möglich. Eine Öffnung des Rechtsinstituts erfolgt lediglich in der Weise, dass nunmehr auch doppelt ansässige Gesellschaften mit Geschäftsleitung in Deutschland als Organträger fungieren können; für eine Organgesellschaft gilt weiterhin das Erfordernis des sog. doppelten Inlandsbezugs.

Dennoch kann in dem hier diskutierten Fall zwischen den inländischen Konzernunternehmen eine Organschaft begründet werden. Denn der erforderlichen finanziellen Eingliederung schadet ein qualifiziertes mittelbares Beteiligungsverhältnis über eine Auslandsgesellschaft bei Erfüllung des Mehrheitserfordernisses gemäß §14 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 KStG grundsätzlich nicht.¹³¹³ Den Organkreis bilden demnach ausschließlich die inländische Holding als Organträger und die inländische Konzernbeteiligung als Organgesellschaft. Die Zwischenschaltung einer EU-Auslandsgesellschaft steht der Ergebnisverrechnung i.R.d. Organschaft zwischen den inländischen Konzernunternehmen nicht entgegen.

412342. Steuerbelastung der Finanzierung inländischer Konzernbeteiligungen

Im Rahmen der Organschaft erfolgt eine direkte Ergebniszurechnung von der inländischen Organgesellschaft an die inländische Organträger-Holdinggesellschaft, so dass der ausländischen EU-Gesellschaft keine Beteiligungserträge zufließen. Wenn die EU-Auslandsgesellschaft aber – wie hier unterstellt – keinen Minderheitsgesellschafter i.S.d. § 16 KStG darstellt, könnte ihr Verzicht auf Beteiligungserträge eine verdeckte Gewinnausschüttung darstellen. In diesem Fall würden in Höhe der verdeckten Gewinnausschüttung die gleichen Steuerfolgen wie bei der Weiterleitung der Erträge über die Zwischenholding ausgelöst.

¹³¹³ Anderenfalls führt die Zwischenschaltung einer EU-Holding mangels qualifizierter mittelbarer finanzieller Eingliederung grundsätzlich zur Beendigung der Organschaft.

In ihrer Funktion der Sicherstellung der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Re-finanzierungskosten bewirkt die Organschaft bei *nationalen Konzernstrukturen* regelmäßig eine steuerliche Besserstellung.¹³¹⁴ Die vergleichsweise größte Steuerentlastung ergibt sich bei der fremdrefinanzierten Eigenkapitalbereitstellung.

Dagegen führt die Organschaft bei der *grenzüberschreitenden Eigenkapitalfinanzierung* aufgrund des Ausschlusses von § 8b Abs. 5 KStG und wegen der unterbleibenden Körperschaftsteuerminderung auf Ebene der Organgesellschaft regelmäßig zu einer höheren Gesamtsteuerbelastung.

Im Rahmen der *Fremdkapitalfinanzierung* stellt sich die Implementierung einer Organschaft sowohl bei nationaler als auch bei grenzüberschreitender Konzernstruktur überwiegend als vorteilhaft dar. Die Organschaft bewirkt in diesem Fall neben der Umgehung der hälftigen Hinzurechnung von Dauerschulden beim Darlehensnehmer einen vollständigen Fremdkapitalabzug beim Darlehensgeber mangels Anwendbarkeit von § 3c Abs. 1 EStG sowie § 8b Abs. 5 KStG.

41235. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Implementierung einer EU-Auslandsgesellschaft als Zwischenholding kann unter Umständen erhebliche steuerliche Vorteile bringen. Es erfolgt eine Verdrängung des Betriebsausgabenabzugsverbots i.S.d. § 3c Abs. 1 EStG zugunsten der Anwendung des § 8b Abs. 5 KStG bei fremdrefinanzierter Kapitalbereitstellung. Der Abzug von Finanzierungsaufwendungen ist auch außerhalb einer steuerlichen Organschaft sichergestellt. Die gewerbesteuerliche Hinzurechnung i.S.d. § 8 Nr. 5 GewStG kann unter Inkaufnahme eines Kapitalertragsteuereinbehalts vermieden werden.

Die aufgezeigte Gestaltungsalternative setzt allerdings voraus, dass die Missbrauchsvermeidungsvorschrift des § 42 AO nicht zur Anwendung gelangt. Wenn sonstige wirtschaftlich beachtliche Gründe für die Einschaltung einer

¹³¹⁴ Mangels Fremdkapitalaufwands kann die Organschaft im Fall der selbstrefinanzierten Eigen- und Fremdkapitalbereitstellung nur zu einem indifferenten Ergebnis führen.

Auslandszwischenholding fehlen, kann dies allerdings nur schwer erreicht werden.¹³¹⁵

413. Finanzierung von ausländischen Beteiligungsgesellschaften

4131. Fremdkapitalfinanzierung

Die Ausstattung ausländischer Beteiligungsgesellschaften mit Fremdkapital findet ihre steuerrechtlichen Grenzen regelmäßig in den international üblichen thin-capitalization-rules.¹³¹⁶ Zur Vermeidung nachteiliger Steuerwirkungen wird im Folgenden unterstellt, dass die Anforderungen entsprechender ausländischer Regelungen erfüllt sind. Es wird weiterhin angenommen, dass die inländische Holdinggesellschaft selbst nicht über die notwendigen finanziellen Mittel verfügt, so dass sie sich am Kapitalmarkt refinanziert.¹³¹⁷

In diesem Fall gewährt die inländische Holding-Kapitalgesellschaft ihrer ausländischen Beteiligungsgesellschaft ein Gesellschafterdarlehen. Aufwendungen für Fremdkapital sind – soweit sie nicht mit steuerfreien Einnahmen in Zusammenhang stehen¹³¹⁸ – in den unterschiedlichen nationalen Steuerrechtsordnungen regelmäßig in voller Höhe abzugsfähig und unterliegen damit keiner Besteuerung im Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft.¹³¹⁹ Der Zinsaufwand der ausländischen Tochter-Kapitalgesellschaft für die Bereitstellung von Fremdkapital wird auf der Ebene der deutschen Holdinggesellschaft in voller Höhe steuerlich erfasst. Eigene Refinanzierungskosten kann die inländische Holdinggesellschaft mit ihren Zinserträgen verrechnen.

¹³¹⁵ Vgl. die Berechnungen in *Tab. A1 im Anhang*. Zur Notwendigkeit des Durchgriffs auf die Anteilseigner in der Rechtsform der natürlichen Person vgl. Fn. 954.

¹³¹⁶ Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 803.

¹³¹⁷ Für die Beurteilung der Gesamtsteuerbelastung ist es an dieser Stelle unerheblich, ob die Fremdfinanzierung durch Dritte oder eine weitere, vorgeschaltete inländische Gesellschaft in Form eines Gesellschafterdarlehens erfolgt. Zu Gestaltungsüberlegungen im Rahmen des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens vgl. Ottersbach, J. H., 1997, S. 641 ff.

¹³¹⁸ Vgl. dazu die in Deutschland aktuelle Diskussion um die (Zulässigkeit einer) beteiligungsbezogenen Betriebsausgabenabzugsbeschränkungen i.S.d. § 3c EStG und des § 8b Abs. 5 KStG. An der pauschalierten Abzugsbeschränkung für Auslandsdividenden in Höhe von 5 % in § 8b Abs. 5 KStG hält der Gesetzgeber – ungeachtet begründeter Bedenken hinsichtlich ihrer europarechtlichen Zulässigkeit – weiterhin fest. Vgl. Schön, W., 2001, S. 381 ff.

¹³¹⁹ Vgl. Rust, A., 2003, Art. 24 OECD-MA, Rn. 141 ff. In Deutschland kann jedoch die hälftige Hinzurechnung von sog. Dauerschuldzinsen i.S.d. § 8 Nr. 1 GewStG im Fall der Gesellschafter-Fremdfinanzierung zu einer Gewerbesteuerbelastung führen.

Die Gesamtsteuerbelastung im Rahmen der Fremdfinanzierung der ausländischen Beteiligungsgesellschaft entspricht daher dem inländischen Steuerniveau. Der Vorteil der vollen Abzugsfähigkeit im Ausland gewinnt mit steigender ausländischer Steuerbelastung aus Körperschaftsteuer und Quellensteuer an Bedeutung. Die Senkung der deutschen Steuertarife unterstützt darum tendenziell die Versorgung der ausländischen Tochtergesellschaften mit Fremdkapital durch die Muttergesellschaft in Form der Gewährung eines Gesellschafterdarlehens.

4132. Eigenkapitalfinanzierung

Die ausländische Tochtergesellschaft vergütet das ihr zur Verfügung gestellte Eigenkapital in Form von Gewinnausschüttungen an die inländische Holdinggesellschaft. Die Gewinnausschüttungen unterliegen im Sitzstaat der ausländischen Tochtergesellschaft regelmäßig einer Besteuerung mit Körperschaftsteuer und Quellensteuer.¹³²⁰ Aufgrund der Steuerfreistellung beim inländischen Dividendenempfänger i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG entspricht die Gesamtsteuerbelastung im Rahmen der Eigenfinanzierung dem ausländischen Steuerniveau.¹³²¹ Eine zusätzliche inländische Belastung mit Körperschaft- und Gewerbesteuer resultiert aus der Anwendung des § 8b Abs. 5 KStG, der auf Ebene der inländischen Holdinggesellschaft ein Betriebsausgabenabzugsverbot in Höhe von 5 % der steuerfreien Auslandsdividenden bewirkt.

Im Anwendungsbereich des § 8b Abs. 5 KStG führen klassische ballooning-Strategien nur zur Zinseffekten, da eine „Nachversteuerung“ in der späteren Ausschüttungsperiode erfolgt.¹³²² Eine Möglichkeit zu einer gewissen Umgehung des § 8b Abs. 5 KStG resultiert aus der Tatsache, dass sich der Anwendungsbereich der Vorschrift auf Bezüge aus einer ausländischen Gesellschaft

¹³²⁰ Eine Gewerbesteuer wird im internationalen Vergleich überwiegend nicht erhoben. Zur Verwandtschaft von staatlichen und lokalen Steuern mit der deutschen Gewerbesteuer im internationalen Vergleich siehe BFH-Urt. v. 18.9.2003, S. 21 und Zitzelsberger, H., 1990, S. 79 ff.

¹³²¹ Unter der Voraussetzung, dass § 8b Abs. 7 KStG nicht zur Anwendung gelangt und die Anforderungen des § 9 Nr. 7 GewStG erfüllt sind, so dass die gewerbesteuerliche Hinzurechnung gemäß § 8 Nr. 5 GewStG unterbleibt.

¹³²² Vgl. Berndt, R./Wiesch, N., 1999, S. 2334 f.; Frotscher, G., 2001, S. 2051; Thömmes, O./Scheipers, Th., 1999, S. 612; Utescher, T./Blaufus, K., 2000, S. 1586.

i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG erstreckt; Gewinne aus der Veräußerung von ausländischen Beteiligungen i.S.d. Abs. 2 werden nicht erfasst. Mittels dauerhafter Gewinnthesaurierung der ausländischen Tochtergesellschaft mit anschließendem steuerfreien Verkauf der gesamten Beteiligung i.S.d. § 8b Abs. 2 KStG kommt § 8b Abs. 5 KStG zwar nicht zur Anwendung;¹³²³ in der Praxis dürften aber einer derart ausschließlich steuerlich motivierten Vermeidungsstrategie betriebswirtschaftliche Argumente entgegenstehen.

§ 8b Abs. 5 KStG fördert die Eigenfinanzierung der ausländischen Beteiligungsgesellschaft durch Fremdkapitalaufnahme der inländischen Holding insoweit, als faktisch der die Pauschalierung übersteigende tatsächliche Aufwand auf Ebene der Holding abzugsfähig bleibt. Im Ergebnis werden hoch fremdfinanzierte Beteiligungen begünstigt.¹³²⁴ Aus diesem Grund kann § 8b Abs. 5 KStG eine Besserstellung gegenüber der Rechtslage vor der Einführung der fiktiven Pauschalierung der nichtabzugsfähigen Betriebsausgaben im Zusammenhang mit steuerbefreiten Auslandsdividenden darstellen.¹³²⁵ Eine unzulässige Diskriminierung von Auslands- gegenüber Inlandsdividenden kann § 8b Abs. 5 KStG daher nur bei Annahme geringerer tatsächlicher Finanzierungsaufwendungen zugesprochen werden.¹³²⁶

Im Vergleich zur Fremdkapitalfinanzierung der ausländischen Tochterkapitalgesellschaft führt die Eigenkapitalfinanzierung bei dem relativ geringen deutschen Körperschaftsteuersatz in Höhe von derzeit 25 % regelmäßig zu einer

¹³²³ Vgl. Frotscher, G., 2001, S. 2051; Utescher, T./Blaufus, K., 2000, S. 1586; einschränkend Becker, J. D., 2000, S. 1663; Thömmes, O./Scheipers, Th., 1999, S. 612.

¹³²⁴ Vgl. Schmid, H./Wiese, G. T., 1999a, S. 880; Gunkel, M./Frenzl, B./Hagen, Ch., 2000, S. 448; Utescher, T./Blaufus, K., 2000, S. 1584.

¹³²⁵ Vgl. Kröner, M./Köhler, St., 1999, S.272; Utescher, T./Blaufus, K., 2000, S.1584; Scheipers, Th., 2000, S. 94.

¹³²⁶ A.A. Dautzenberg, N., 2000, S. 865; wohl auch Schmidt, L./Hageböke, J., 2002, S. 156. Zuzustimmen ist dem Argument vor dem Hintergrund, dass ein Großteil von Auslandsbeteiligungen bislang eigenkapitalfinanziert wurde. Vgl. Thömmes, O./Scheipers, Th., 1999, S. 612. Es ist aber zu beachten, dass es dem Steuerpflichtigen freisteht, die Beteiligung durch Fremdkapital oder durch Eigenkapital zu finanzieren und somit die Rechtsfolge des § 8b Abs. 5 KStG auszulösen oder zu umgehen. Es erscheint daher insgesamt fraglich, ob die vom Gesetzgeber durch die Einführung der Vorschrift erhofften Steuermehreinnahmen zu realisieren sind.

höheren Gesamtsteuerbelastung.¹³²⁷ Erzielt die inländische Holdinggesellschaft ausschließlich (steuerfreie) Beteiligungserträge, führen über die Pauschalierung hinaus bestehende tatsächliche Betriebsausgaben zu Verlustvorträgen, welche gegebenenfalls weder auf Gesellschaftsebene (mangels steuerpflichtiger Erträge) noch auf Gesellschafterebene (mangels Teilwertabschreibung gemäß § 8b Abs. 3 KStG) direkt steuerlich nutzbar gemacht werden können.¹³²⁸

4133. Eigenkapitalfinanzierung der ausländischen Beteiligungsgesellschaft durch eine inländische Zwischenholding

Die Finanzierung der ausländischen Tochterkapitalgesellschaft erfolgt durch Weiterleitung des von der inländischen Holding-Kapitalgesellschaft aufgenommenen Fremdkapitals über eine inländische Zwischenholding. Bei Weiterausschüttung der ausländischen steuerfreien Dividenden tritt im dreistufigen Konzern zur Anwendung des § 8b Abs. 5 KStG bei der deutschen Zwischenholding die Beschränkung des § 3c Abs. 1 EStG auf Ebene der inländischen Spitzengesellschaft hinzu. Das Betriebsausgabenabzugsverbot i.S.d. § 3c Abs. 1 EStG ist auf den Betrag der in dem Wirtschaftsjahr zufließenden Dividenden begrenzt. Die Anwendung der Vorschrift kann daher durch eine gezielte Ausschüttungspolitik in Form der Thesaurierung von Ausschüttungen in den Jahren, in denen hohe beteiligungsbezogene Betriebsausgaben anfallen, umgangen werden (ballooning).¹³²⁹

Grundsätzlich ist jedoch die Reduzierung der mehrstufigen inländischen Konzernstruktur auf direkte Beteiligungen an den operativen Auslandsgesellschaften zu empfehlen, da in diesem Fall – bei hohen Finanzierungskosten sogar mit vorteilhafter Wirkung – ausschließlich § 8b Abs. 5 KStG den Betriebsausgabenabzug einschränkt. Ein entsprechendes Ergebnis kann bei Beibehaltung der dreistufigen Konzernstruktur nur durch die Einrichtung einer körperschaftsteuerlichen Organschaft zwischen Spitzengesellschaft und Zwischenholding er-

¹³²⁷ Vorteilhaft ist die fremdrefinanzierte Eigenkapitalfinanzierung ausländischer Tochtergesellschaften damit bei einem „erheblich niedrigeren“ ausländischen Steuerniveau. Vgl. Frotscher, G., 2001, S. 2052.

¹³²⁸ Vgl. Utescher, T./Blaufus, K., 2000, S. 1584.

¹³²⁹ Vgl. Kußmaul, H./Beckmann, St., 2001, S. 612.

reicht werden.¹³³⁰ Eine Organschaft zwischen Mutterkapitalgesellschaft und Zwischenholding läuft hinsichtlich der Vermeidung von § 8b Abs. 5 KStG ebenfalls leer, da § 15 Satz 1 Nr. 2 KStG dessen Anwendung auf Ebene der Organgesellschaft zugunsten der Anwendung beim Organträger versagt.¹³³¹ Eine steuerliche Besserstellung resultiert zur Situation ohne Organschaft aber daraus, dass zur Anwendung des § 8b Abs. 5 KStG auf Ebene der Zwischengesellschaft nicht die Anwendung des § 3c Abs. 1 EStG auf Ebene der Muttergesellschaft hinzutritt.¹³³² Allerdings entspricht die organschaftliche Gesamtsteuerbelastung derjenigen bei direktem Dividendenbezug, so dass die Empfehlung zur Implementierung einer Organschaft nur in den Fällen sinnvoll ist, in denen eine Aufgabe der mittelbaren Gestaltung aus außersteuerlichen Gründen nicht gewählt werden kann. § 8b Abs. 5 KStG kommt hier unabhängig von der tatsächlichen Höhe von Finanzierungsausgaben auf Ebene der Muttergesellschaft zur Anwendung, da die Qualifikation als „ausländische“ Dividendenerträge beim Organträger maßgeblich ist. Es liegt hier kein Fall der Herstellung eines unzulässigen Zusammenhangs i.S.d. § 15 Satz 1 Nr. 2 KStG vor.

Fällt die Gewinnausschüttung der ausländischen Enkelkapitalgesellschaft an die inländische Zwischenholding-Kapitalgesellschaft unter ein abkommensrechtliches Schachtelprivileg, so wird die Freistellung der Beteiligungserträge auf Ebene der Organ-Zwischenholding-Kapitalgesellschaft nunmehr durch § 15 Satz 2 KStG verdrängt. Die Organgesellschaft ist zwar als eigenständiges Steuersubjekt abkommensberechtigte Person; aufgrund des treaty overrides des § 15 Satz 2 KStG aber setzt die Freistellung der Dividendenerträge nunmehr die unmittelbare Anwendbarkeit des DBA-Schachtelprivilegs auf den Organ-

¹³³⁰ Die Begründung einer Organschaft zwischen der inländischen Zwischenholdinggesellschaft und der ausländischen Tochtergesellschaft ist mangels Inlandsbezugs der Tochtergesellschaft nicht möglich. Im Gegensatz zum Organträger verlangt § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG, dass sich sowohl der Sitz als auch die Geschäftsleitung der Organgesellschaft im Inland befinden.

¹³³¹ Die Anwendung von § 3c Abs. 1 EStG anstelle von § 8b Abs. 5 KStG scheidet an der maßgeblichen Qualifikation der dem Organträger zugerechneten *ausländischen* Einkünfte. Für die Umqualifizierung in inländische Einkünfte gewährt § 15 Satz 1 Nr. 2 KStG keine Rechtsgrundlage.

¹³³² Vgl. Schlagheck, M., 2000, S. 1250; Prinz, U., 2000b, S. 1067; Sauter, Th./Heurung, R., 2001, S. 167.

träger voraus.¹³³³ Sofern das DBA-Schachtelprivileg sowohl auf die inländische Organgesellschaft als auch auf den Organträger – wie dies bei einer inländischen Organträger-Holdingkapitalgesellschaft regelmäßig der Fall sein wird – anwendbar ist, kommen die Betriebsausgabenabzugsbeschränkungen mangels dem Organträger zuzurechnender Bezüge i.S.d. §8b KStG respektive § 3 Nr. 40 EStG nicht zur Anwendung. In diesem Fall scheidet die Anwendung des § 8b Abs. 5 KStG an der Dominanz der abkommensrechtlichen Freistellung.¹³³⁴

4134. Zwischenergebnisse

Die Steuerbelastung inländischer Zwischenholdingkonzerne hängt damit wesentlich ab von dem Verhältnis des inländischen und ausländischen Steuerniveaus sowie von der Existenz, der Höhe und der Entstehungsstufe von Finanzierungskosten im Konzern; eine allgemeingültige Empfehlung kann daher nicht gegeben werden. Für die dreistufige Konzernstruktur lässt sich zusammenfassend grundsätzlich folgende Tendenzaussage ableiten: Je später im konzerninternen Einkommenstransfer Fremdkapitalaufwendungen tatsächlich entstehen, desto höher ist die Gesamtsteuerbelastung des Konzerns. Der Verdeutlichung dienen die Berechnungen in *Tab. 8 auf der folgenden Seite*.

Die konzerninterne Ausstattung der ausländischen Beteiligungsgesellschaften im Wege der Gesellschafter-Fremdfinanzierung dürfte sich in den Fällen, in denen das ausländische das inländische Steuerniveau übersteigt, jedoch regelmäßig als vorteilhaft erweisen. Ist die Finanzierung ausländischer Tochtergesellschaften nur durch Fremdkapitalaufnahme inländischer Konzerngesellschaften zu realisieren, dürfte für Auslandsbeteiligungen künftig primär die Fremdfinanzierung auf Ebene der inländischen Zwischenholding in Betracht kommen.

¹³³³ Vgl. Schnitger, A., 2003, S. 74.

¹³³⁴ Vgl. Prinz zu Hohenlohe, F./Gründig, M., 2002, S. 1075.

	BA bei ausl. TU	BA bei inl. ZH	BA bei inl. MU
ausländische Tochter			
Gewinn vor Steuern ausl. Gesellschaft	100,00	100,00	100,00
<i>Finanzierungsaufwand</i>	50,00	0,00	0,00
<i>abziehbarer Finanzierungsaufwand</i>	50,00	0,00	0,00
steuerpfl. Gewinn nach BA-Abzug	50,00	100,00	100,00
./. ausl. KSt. (30 %)	15,00	30,00	30,00
ausl. Brutto-Dividende	35,00	70,00	70,00
./. ausl. QuellenSt (5 %)	1,75	3,50	3,50
ausl. Netto-Dividende	33,25	66,50	66,50
ausl. Brutto-Dividende	35,00	70,00	70,00
Inland			
Zwischenholding			
Netto-Zufluss vor dt. Steuern	33,25	66,50	66,50
<i>Finanzierungsaufwand</i>	0,00	50,00	0,00
<i>abziehbarer Finanzierungsaufwand</i>	0,00	46,50	0,00
<i>Steuerersparnis</i>	0,00	11,63	0,00
davon steuerfreies Einkommen	31,50	63,00	63,00
davon steuerpflichtiges Einkommen § 8b			
Abs. 5 KStG	1,75	3,50	3,50
./. KSt (25%)	0,44	0,88	0,88
Ausschüttung	32,81	27,25	65,63
Muttergesellschaft			
Netto-Zufluss vor Steuern	32,81	27,25	65,63
<i>Finanzierungsaufwand</i>	0,00	0,00	50,00
<i>abziehbarer Finanzierungsaufwand</i>	0,00	0,00	0,00
<i>Steuerersparnis</i>	0,00	0,00	0,00
davon steuerfreies Einkommen	32,81	27,25	65,63
davon steuerpflichtiges Einkommen	0,00	0,00	0,00
./. inl. KSt (25 %)	0,00	0,00	0,00
Anrechnung ausländ. Steuern	0,00	0,00	0,00
Steuerlast	0,00	0,00	0,00
Netto-Ertrag d. Gesellschaft n. Steuern	32,81	27,25	15,63
Anteilseigner			
Stpfl. Einkünfte inl. Gesellschafter	16,41	13,63	7,81
<i>Werbungskosten</i>	0,00	0,00	0,00
./. ESt 40 %	6,56	5,45	3,13
Anrechnung ausländ. Quellensteuern	0,00	0,00	0,00
Netto-Dividende	26,25	21,80	12,50
absolute Gesamtsteuerbelastung	23,75	28,20	37,50
Gesamter Finanzierungsaufwand	50,00	50,00	50,00
Gesamtsteuerbelastung in Prozent	47,50%	56,40%	75,00%

Tab. 8: Steuerbelastung inländisch beherrschter Zwischenholdingkonzerne in Abhängigkeit von der Entstehungsstufe von Finanzierungskosten im Konzern¹³³⁵

¹³³⁵ BA = Betriebsausgaben, hier: beteiligungsbezogener Finanzierungsaufwand. Das Beispiel unterstellt verrechenbare nicht steuerbefreite Einkünfte jeweils bei der inländischen Zwischenholding und der inländischen Muttergesellschaft in ausreichender Höhe.

Die Fremdkapitalaufnahme der inländischen Spitzengesellschaft stellt die vergleichsweise schlechteste Finanzierungsalternative dar. Inlandsbeteiligungen sollten daher vorrangig aus Eigenmitteln finanziert werden.¹³³⁶

42. Finanzierungsentscheidungen im Rahmen einer ausländisch beherrschten Holdingstruktur

421. Grundlegende Tendenzaussagen

Auch aus Sicht eines ausländischen Investors kommt der Generierung und der Abzugsfähigkeit von beteiligungsbezogenen Aufwendungen im Inland aufgrund des überwiegend als vergleichbar hoch empfundenen Steuerniveaus eine große Bedeutung zu.¹³³⁷ Grundsätzlich gelten in diesem Zusammenhang die bereits im Rahmen des Unternehmenserwerbs angesprochenen Grundsätze.¹³³⁸

Im Rahmen der *Eigenkapitalbereitstellung* an eine inländische (Holding-) Kapitalgesellschaft durch einen ausländischen Investor unterbleibt ein Abzug von beteiligungsbezogenen Finanzierungsaufwendungen im Inland. Diese sind gegebenenfalls – dem Grunde und der Höhe nach in Abhängigkeit von der individuellen ausländischen Steuerrechtsordnung – ausschließlich im Ausland steuermindernd berücksichtigungsfähig.¹³³⁹ Für den Fall der Eigenkapitalbereitstellung gewährt erst die Zuordnung zu einer inländischen Betriebsstätte die Möglichkeit der Aufwandsverlagerung in das Inland,¹³⁴⁰ sofern diese ihre Beteiligungen an inländischen Konzernunternehmen mit Hilfe vom ausländischen Investor zur Verfügung gestellten Fremdkapital finanziert.¹³⁴¹ Allerdings wer-

¹³³⁶ Bereits Köhler, St., 2000a, S. 1850 weist in diesem Zusammenhang zutreffend auf die ungewisse Frage der Vereinbarkeit mit EU-Recht hin.

¹³³⁷ Auf Aspekte des ausländischen Steuerrechts im Hinblick auf die Gestaltung grenzüberschreitender Finanzierungsstrukturen sowie auf die Frage der steuerlichen Behandlung von Finanzierungskosten im Ausland kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden; diese beantwortet sich nach den individuellen Vorschriften des jeweiligen ausländischen Steuerrechts.

¹³³⁸ Vgl. hierzu die Ausführungen in Kap. 4 Abschn. 221.

¹³³⁹ Zu Einschränkungen der Abzugsfähigkeit vor dem Hintergrund der europarechtlich garantierten Niederlassungsfreiheit vgl. jüngst EuGH-Urt. v. 18.9.2003, Bosal.

¹³⁴⁰ Im Fall der inländischen Betriebsstätte setzt die Berücksichtigung von Finanzierungsaufwendungen des ausländischen Mutterunternehmens im Inland voraus, dass diese auf die Ebene der inländischen Betriebsstätte verlagert werden.

¹³⁴¹ Zu den Grenzen der Fremdkapitalausstattung einer Betriebsstätte i.S.d. Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze vgl. die Ausführungen in Fn. 1066.

den diese Finanzierungsaufwendungen der inländischen Betriebsstätte aufgrund der Steuerfreiheit der Beteiligungserträge gemäß § 8b Abs. 1 und Abs. 6 KStG von § 3c Abs. 1 EStG erfasst.

Die direkte *Bereitstellung von Fremdkapital* durch den ausländischen Investor an die inländische (Holding-) Kapitalgesellschaft generiert dagegen (beschränkt) abzugsfähigen Fremdkapitalaufwand im Inland.¹³⁴² Die Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch ausländische Anteilseigner unterliegt jedoch den Restriktionen gemäß § 8a KStG, wobei für inländische Holding-Kapitalgesellschaften grundsätzlich großzügigere zulässige Eigenkapital-Fremdkapital-Relationen gelten.

422. Organschaft als Gestaltungsinstrument

Die Eignung der Organschaft zur Berücksichtigung von Finanzierungsaufwendungen einer ausländischen Muttergesellschaft im Inland scheidet regelmäßig bereits an der fehlenden Öffnung des deutschen Rechtsinstituts für ausländische Organträger.¹³⁴³ Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass sog. doppelt ansässige Gesellschaften, die zwar ihre Geschäftsleitung, nicht aber ihren Sitz im Inland haben, als Organträger i.S.d. § 14 KStG in Betracht kommen.

Gleiches gilt für inländische Betriebsstätten ausländischer Unternehmen gemäß § 18 KStG. Finanziert eine inländische Betriebsstätte ihre Beteiligungen an inländischen Konzernunternehmen mit Hilfe des von der ausländischen Muttergesellschaft zur Verfügung gestellten Fremdkapitals, so entstehen auf Ebene der Betriebsstätte beteiligungsbezogene Fremdkapitalaufwendungen. Bei Begründung einer Organschaft zwischen der inländischen Betriebsstätte und den inländischen Tochter-Kapitalgesellschaften kann die Weiterleitung von Erträgen aus inländischen Kapitalgesellschaften gemäß § 8b Abs. 1 KStG i.V.m. § 15 Satz 1 Nr. 2 KStG steuerfrei bis auf die Ebene der Betriebsstätte erfol-

¹³⁴² Beachte die hälftige Hinzurechnung von sog. Dauerschuldzinsen i.S.d. § 8 Nr. 1 GewStG.

¹³⁴³ Vgl. Krawitz, N./Büttgen, D., 2001, S. 626 f. Hinsichtlich der Berücksichtigung von Finanzierungsaufwendungen auf Ebene der inländischen Holdinggesellschaft kann auf den vorangegangenen Abschnitt verwiesen werden.

gen,¹³⁴⁴ so dass auch im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht der ausländischen Mutterkapitalgesellschaft eine zusätzliche Belastung mit Körperschaft- und Gewerbesteuer unterbleibt.¹³⁴⁵ Die Finanzierungsaufwendungen der inländischen Betriebsstätte werden im Rahmen der Organschaft mangels Anwendbarkeit im Rahmen von § 15 Satz 1 Nr. 2 KStG nicht von § 3c Abs. 1 EStG erfasst.

Auch der grenzüberschreitende Anteilskauf über eine inländische Erwerbs-Tochterkapitalgesellschaft bietet sich in diesem Zusammenhang zur Berücksichtigung von Finanzierungsaufwand an. Sofern die inländische Erwerbsgesellschaft die Anteile an der operativen Gesellschaft mit aufgenommenem Fremdkapital erwirbt, ermöglicht die Implementierung einer Organschaft zwischen erwerbender Holdinggesellschaft und nachgeschalteter Tochtergesellschaft die Berücksichtigung von Finanzierungsaufwand auf Ebene der Holdinggesellschaft.¹³⁴⁶

	Zulässige Eigenkapital/ Fremdkapital – Relation	Abzugsfähiger Fremdkapitalaufwand
§ 8a KStG a.F.	1 : 9	= 0,9 x i
§ 8a KStG n.F.	1 : 3	= 0,75 x i
Veränderung in Abhängigkeit vom Fremdkapitalzins-satz (i)		= - (0,9 – 0,75)/0,9 x i = - 0,1667 x i

Tab. 9: Anpassung der abzugsfähigen Fremdkapitalaufwendungen für Holdinggesellschaften im Rahmen der Änderung des § 8a KStG durch das StSenkG

¹³⁴⁴ § 8b Abs. 1 KStG ist in diesem Fall über § 8b Abs. 6 KStG grundsätzlich auch auf beschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften anwendbar.

¹³⁴⁵ Dies gilt nur unter Vernachlässigung der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung i.S.d. § 8 Nr. 5 GewStG. § 8b Abs. 1 KStG gilt auch für beschränkt steuerpflichtige Körperschaften, d.h. auch für Betriebsstätten ausländischer Kapitalgesellschaften. Vgl. Steinhoff, St., 2000, S. 212.

¹³⁴⁶ Vgl. Jakobs, N./Wittmann, H.-J., 2000b, S. 1016. Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit den Verschärfungen im Bereich der Gesellschafter-Fremdfinanzierung. Vgl. Prinz, U., 2000c, S. 274.

423. Restriktionen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung

Die veränderte Vorschrift des § 8a KStG machte es notwendig, bereits existente Finanzierungsstrukturen gegebenenfalls noch im Veranlagungszeitraum 2000 für den Veranlagungszeitraum 2001 anzupassen.¹³⁴⁷ Für Holdinggesellschaften bedeutete dies, eine Verringerung der abzugsfähigen Fremdkapitalaufwendungen in Höhe von 16,67 % in Kauf zu nehmen.¹³⁴⁸

Die Überschreitung der veränderten safe haven führt wegen der Rechtsfolge des § 8a KStG zu nachteiligen Steuerfolgen. Mangels eines ordentlichen Gewinnverwendungsbeschlusses kommt es nicht zu einer Körperschaftsteuerminde- rung i.S.d. § 37 Abs. 2 KStG;¹³⁴⁹ eine in Folge von Alrücklagen eingreifen- de Körperschaftsteuererhöhung gemäß § 38 KStG ist aber möglich.¹³⁵⁰ Die Aufdeckung stiller Reserven erhöht zwar das handelsbilanzielle Eigenkapital und damit das zulässige Gesellschafter-Fremdkapital; Ausschüttungen führen jedoch über die Minderung des Eigenkapitals zu einer Reduzierung der Nicht- beanstandungsgrenzen.¹³⁵¹

Der nach Auffassung der Finanzverwaltung vorzunehmende Kapitalertragsteu- erabzug ist nach wie vor strittig, da verdeckte Gewinnausschüttungen keine für den Steuerabzug i.S.d. § 43 Abs. 1 EStG erforderlichen Kapitalerträge i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG darstellen.¹³⁵² Im Geltungsbereich der Quellensteuerbe- freiung aufgrund der Mutter-Tochter-Richtlinie ist diese Frage nicht von Be- deutung; für die Anwendbarkeit abkommensrechtlicher oder (im Nicht-DBA-

¹³⁴⁷ Vgl. kritisch im Hinblick auf den fehlenden „Bestandsschutz für Altfinanzierungen“ im Zusammenhang mit der regelmäßig „längerfristig ausgerichtete(n) Finanzplanung“ (Klammerergänzung durch die Verfasserin) Jacobs, O. H., 2002, S. 777; Prinz, U., 2000b, S. 1065; ders., 2000c, S. 274.

¹³⁴⁸ Vgl. die Berechnung in *Tab. 9*.

¹³⁴⁹ Vgl. Jacobs, O. H., 2002, S. 770; Lang, B., 2002, S. 1794.

¹³⁵⁰ Vgl. Prinz, U., 2001a, S. 1367.

¹³⁵¹ Vgl. Herzig, N., 1994, S. 169 und 177.

¹³⁵² Da es der verdeckten Gewinnausschüttung i.S.d. § 8a KStG an der Erfüllung der allge- meinen Voraussetzungen einer verdeckten Gewinnausschüttung i.S.d. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG fehlt, fällt diese nicht unter § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Vgl. FG Düsseldorf v. 5.9.2000, S. 85; BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 76; kritisch bereits Herzig, N., 1994, S. 113; Jacobs, O. H., 2002, S. 771; Prinz, U., 2001a, S. 1367; A.A. offensichtlich Hey, F. E. F., 1993, S. 833. Eine i.S.d. § 43 Abs. 1 EStG erhobene Kapitalertragsteuer hat Abgeltungscharakter. Vgl. Schneck, H./Hirsch, Ch. J., 1998, S. 225.

Fall) nationaler Quellensteuerbestimmungen ist die Frage der Einordnung der verdeckten Gewinnausschüttung dagegen entscheidend.¹³⁵³

Die gesellschafterbezogene Umqualifizierung auf der Gesellschaftsebene kann zu Vermögensverschiebungen zwischen den Anteilseignern führen, wenn die Rechtsfolgen des § 8a KStG nicht auf sämtliche Eigentümer anwendbar sind. Denn in diesem Fall schlägt die zusätzliche Steuerbelastung auf die umqualifizierten Vergütungen auf Gesellschaftsebene wirtschaftlich auch auf die Nachsteuerergebnisse der nicht von § 8a KStG betroffenen Gesellschafter durch.¹³⁵⁴

Die Reichweite des § 8a KStG in Bezug auf Fremdkapitalaufwendungen i.S.d. § 3c EStG respektive § 8b Abs. 5 KStG ist in der Vorschrift nicht explizit geregelt. Gemäß § 3c EStG (§ 8b Abs. 5 KStG) sind mit steuerfreien (ausländischen) Beteiligungserträgen i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG zusammenhängende Fremdfinanzierungsaufwendungen steuerlich (in Höhe von pauschal 5 % der Erträge) nicht berücksichtigungsfähig. Eine Umqualifizierung dieser nicht abziehbaren Aufwendungen im Rahmen des § 8a KStG würde eine zusätzliche Belastung bewirken – wegen des Anteils der Beteiligungserträge an den Gesamterträgen insbesondere für Holdinggesellschaften.¹³⁵⁵ Ob derartige Vergütungen, welche bereits mittels § 3c EStG steuerlich unberücksichtigt bleiben, folgerichtig auch bei der Ermittlung der Nichtbeanstandungsgrenzen unbeachtlich sind, ist dem Wortlaut der Vorschrift zwar nicht zu entnehmen; aber sie wäre steuersystematisch nicht zu rechtfertigen.¹³⁵⁶ Der körperschaftsteuerliche Systemwechsel wurde in diesem Zusammenhang nicht umfassend berücksichtigt. Zur Lösung der Betriebsausgabenabzugsproblematik bietet sich die Im-

¹³⁵³ Vgl. Schneck, H./Hirsch, Ch. J., 1998, S. 224.

¹³⁵⁴ Vgl. Herzig, N., 1994, S. 112 f.; Schneck, H./Hirsch, Ch. J., 1998, S. 228.

¹³⁵⁵ Vgl. Prinz, U., 2000b, S. 1068. Freiling, C./Schmucker, Y., 2001, S. 100 f. differenzieren zwischen § 3c EStG und § 8b Abs. 5 KStG. Dies ist zwar notwendig, jedoch kann ebenso § 8b Abs. 5 KStG – wenn auch in geringerem Umfang – zu unsystematischen kumulativen Steuerwirkungen führen.

¹³⁵⁶ Eine Anwendung des § 8a KStG kommt daher nur in Frage, wenn die allgemeinen Abzugsverbote i.S.d. § 3c EStG und des § 8b Abs. 5 KStG nicht greifen. Vgl. Prinz, U., 2000b, S. 1068.

plementierung einer Organschaft mit der inländischen Holdinggesellschaft als Organträger an.¹³⁵⁷

Da der ausländische Staat einer deutschen Einkünfteumqualifizierung für die Beurteilung im Rahmen der ausländischen Besteuerung regelmäßig nicht entsprechen wird, folgt aus dem Qualifikationskonflikt eine Doppelbesteuerung der ausländischen Zinseinkünfte.¹³⁵⁸ Eine Anrechnung der deutschen Körperschaftsteuer wird aufgrund der Abzugsfähigkeit von Zinszahlungen nach ausländischem Steuerrecht regelmäßig nicht gewährt werden.¹³⁵⁹

Die Steuerbefreiung für Dividendeneinkünfte und Veräußerungsgewinne gilt gemäß § 8b Abs. 6 KStG grundsätzlich auch für mittelbar über eine Mitunternehmerschaft gehaltene Anteile an Tochterkapitalgesellschaften.¹³⁶⁰ Da die Einschaltung einer deutschen Holding-Personengesellschaft nicht zum Verlust der genannten Steuervorteile führt¹³⁶¹ und gleichzeitig die restriktiven Finanzierungsbestimmungen des § 8a KStG nicht greifen, stellt sie unter Umständen eine bedenkenswerte Gestaltungsalternative dar.¹³⁶² Die Nichtanwendbarkeit des § 8a KStG setzt in diesem Zusammenhang aber voraus, dass die Weiterleitung des der Personengesellschaft zugeführten Fremdkapitals an die nachgeschalteten inländischen Tochterkapitalgesellschaften als Eigenkapital erfolgt.¹³⁶³ Die fehlende Kapitalertragsbesteuerung erhöht die Vorteilhaftigkeit

¹³⁵⁷ Vgl. Prinz, U., 2001a, S. 1366; ders., 2000b, S. 1067; ders., 2000c, S. 274. Die Organträger-eigenschaft schließt die Qualifikation als Holding i.S.d. § 8a Abs. 4 KStG grundsätzlich nicht aus. Vgl. BMF-Schr. v. 15.12.1994, Tz. 82.

¹³⁵⁸ Vgl. Hinder, J.-U./Heidbüchel, V., 2003, S. 366. Eine Steueranrechnung setzt eine nach ausländischen Steuervorschriften ermittelte äquivalente ausländische Steuerschuld voraus.

¹³⁵⁹ Vgl. beispielhaft für einen britischen Anteilseigner Krawitz, N./Büttgen, D., 2001, S. 631.

¹³⁶⁰ Voraussetzung ist, dass der Mitunternehmer die Steuerbefreiung gemäß § 8b Abs. 1 und 2 KStG bei direkter Beteiligung in Anspruch nehmen könnte. § 8b Abs. 6 KStG gilt nach h.M. sowohl für inländische als auch für ausländische Personengesellschaften. Vgl. Steinhoff, St., 2000, S. 220.

¹³⁶¹ Die Einkünfte der ausländischen Kapitalgesellschaft werden der ausländischen Muttergesellschaft als Mitunternehmerin zugerechnet. Die Steuerbefreiung scheidet nicht an der beschränkten Steuerpflicht der Kapitalgesellschaft, da § 8b Abs. 1 und 5 KStG keine unbeschränkte Steuerpflicht der die Einkünfte erzielenden Kapitalgesellschaft voraussetzen. Vgl. Steinhoff, St., 2000, S. 212.

¹³⁶² Vgl. Burkert, M., 2000, S. 32; Prinz, U., 2000b, S. 1067; Yeeles, A., 2000, S. 20.

¹³⁶³ Anderenfalls kommt u.U. § 8a Abs. 5 KStG zur Anwendung. Vgl. Herzig, N., 1994, S. 175.

der Holding-Personengesellschaft; sie eignet sich daher auch als Gestaltungselement im Rahmen des Anteilserwerbs.¹³⁶⁴ Eine Holding-Personengesellschaft unterliegt zwar nicht den Restriktionen des § 8a KStG; jedoch schließt der sog. Betriebsstättenenerlass die Übertragbarkeit der Eigenkapital-Fremdkapitalrelationen des § 8a KStG auch auf die Holding-Personengesellschaft grundsätzlich nicht aus.¹³⁶⁵ Zudem wird die Finanzierungsfreiheit von inländischen Holding-Personengesellschaften unter Umständen durch das mit dem Steuerbereinigungsgesetz 1999 eingeführte Überentnahmekonzept eingeschränkt.¹³⁶⁶ Eine Bedeutungszunahme der Fremdfinanzierung über vor- oder nachgeschaltete inländische Holding-Betriebsstätten oder Holding-Personengesellschaften setzt die Beachtung der Restriktionen i.S.d. § 8a Abs. 5 KStG voraus.¹³⁶⁷

5. Abschirmung ausländischer Erträge vor inländischem Steuerzugriff

51. Zusatzbelastungen durch die Hinzurechnungsbesteuerung

Mit der Aufhebung des § 10 Abs. 5 AStG unterliegen niedrig besteuerte passive Einkünfte einer Zwischengesellschaft i.S.d. § 7 AStG unabhängig von der Anwendbarkeit von DBA-Schachtelprivilegien der Hinzurechnungsbesteuerung. Die Art der Zwischeneinkünfte ist nicht mehr von Bedeutung;¹³⁶⁸ die Differenzierung in Zwischeneinkünfte mit und ohne Kapitalanlagecharakter entfaltet ihre Wirkung nur noch im Rahmen der Tatbestandsmerkmale der Hinzurechnungsbesteuerung, d.h. für die Beteiligungsvoraussetzungen.¹³⁶⁹

Bei einer direkten Beteiligung einer natürlichen Person an einer ausländischen Zwischengesellschaft i.S.d. § 7 AStG hängt die Gesamtsteuerbelastung maßgeblich vom tatsächlichen Ausschüttungszeitpunkt der ausländischen Erträge

¹³⁶⁴ Vgl. Pyszka, T., 2002, S. 163.

¹³⁶⁵ Vgl. Eilers, St./Wienands, H.-G., 2000, S. 1232 m.V.a. BMF-Schr. v. 24.12.1999, S. 1076; Prinz, U., 2000c, S. 273.

¹³⁶⁶ Vgl. Prinz, U., 2000c, S. 273.

¹³⁶⁷ § 8a Abs. 5 KStG hat einen nur begrenzten Anwendungsbereich und stellt daher in der Praxis regelmäßig kein Finanzierungshindernis dar. Vgl. Prinz, U., 2001a, S. 1369; ders., 2000b, S. 1067.

¹³⁶⁸ Vgl. Sieker, K., 2003, S. 79.

¹³⁶⁹ Vgl. Sieker, K., 2003, S. 83.

ab. § 3 Nr. 41 lit. a EStG nimmt tatsächliche Gewinnausschüttungen, die innerhalb des Siebenjahreszeitraums nach der durchgeführten Hinzurechnungsbesteuerung erfolgen, von einer erneuten Erfassung im Rahmen des Halbeinkünfteverfahrens aus.¹³⁷⁰ Die Exzeption der Zwischeneinkünfte aus der Dividendenbesteuerung im Rahmen des Halbeinkünfteverfahrens kann unter bestimmten Voraussetzungen sogar eine Besserstellung hinzurechnungsbesteuerten passiver gegenüber regulär besteuerten aktiver Auslandseinkünfte bewirken.¹³⁷¹ Ein solcher Vorteil besteht für Anteilseigner in der Rechtsform der juristischen Person dagegen grundsätzlich nicht;¹³⁷² diese unterliegen mindestens einer zusätzlichen Liquiditätsbelastung aufgrund der vorzeitigen steuerlichen Erfassung der Auslandserträge im Inland.

52. Hinzurechnungsbesteuerung bei Zwischenschaltung einer Auslandspersonengesellschaft

Da eine ausländische Personengesellschaft mangels körperschaftlicher Struktur grundsätzlich nicht als Zwischengesellschaft i.S.d. § 7 Abs. 1 AStG qualifiziert, ist zu prüfen, ob die Zwischenschaltung einer ausländischen Personengesellschaft in eine gegebene direkte Outbound-Holdingstruktur mit niedrigbesteuerten passiven Einkünften auf der untersten Ebene die Hinzurechnungsbesteuerung von Zwischeneinkünften vermeiden kann.

Beteiligungen unbeschränkt Steuerpflichtiger an einer Personengesellschaft werden gemäß § 7 Abs. 3 AStG unmittelbaren Beteiligungen an einer der Personengesellschaft nachgeschalteten Zwischengesellschaft gleichgestellt.¹³⁷³ Als Zwischengesellschaft i.S.d. § 7 Abs. 1 AStG kann daher die der Auslandspersonengesellschaft nachgeschaltete Holdingkapitalgesellschaft fungieren, wenn die Durchrechnung der mittelbaren Beteiligung gemäß § 7 Abs. 2 Satz 2 AStG

¹³⁷⁰ Spätere Gewinnausschüttungen unterliegen dagegen erneut einer deutschen Besteuerung, so dass dann im Ergebnis 150 % der Erträge steuerlich erfasst würden.

¹³⁷¹ Vgl. Kessler, W./Dorfmueller, P./Schmitt, C. P., 2001, S. 323; Lieber, B., 2002, S. 141.

¹³⁷² Tatsächliche Gewinnausschüttungen sind bei Anteilseigner-Kapitalgesellschaften unabhängig von Ausschüttungsfristen gemäß § 8b Abs. 1 KStG steuerfrei.

¹³⁷³ § 8a GewStG ist auf ausländische Personengesellschaften trotz der fehlenden ausländischen Gewerbesteuer (Niedrigbesteuerung i.S.d. Vorschrift) in Folge des territorialen Bezugs der Steuerart nicht anwendbar. Vgl. Köhler, St., 2003, S. 1160.

zu einer Deutschbeherrschung i.S.d. Abs. 1 führt. Eine gegebenenfalls nachgeschaltete ausländische Enkelkapitalgesellschaft stellt eine Untergesellschaft i.S.v. § 14 Abs. 1 AStG dar, so dass ihre niedrig besteuerten, passiven Erträge der Zwischenholding zuzurechnen sind. Diese Erträge werden im Rahmen der übertragenden Hinzurechnungsbesteuerung über die Gewinnverteilung an die an der Personengesellschaft beteiligten Steuerinländer, d.h. an die inländische Mutterkapitalgesellschaft,¹³⁷⁴ erfasst. Eine Kürzung unter Anwendung eines Doppelbesteuerungsabkommens scheidet wegen der Aufhebung des § 10 Abs. 5 AStG i.R.d. Steuervergünstigungsabbaugesetzes 2003 aus. Gewinnausschüttungen und Gewinne aus der Veräußerung der Anteile an der ausländischen Tochtergesellschaft unterliegen dagegen gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 8 und 9 AStG bei der ausländischen Zwischenholding nicht der Hinzurechnungsbesteuerung.

Selbst wenn entgegen der herrschenden Auffassung eine Wirkung des § 7 Abs. 3 AStG nur für die Ermittlung der Beteiligungshöhe und in Folge dessen eine Zurechnung des Hinzurechnungsbetrags auf Ebene der Personengesellschaft angenommen wird,¹³⁷⁵ erweist sich die Zwischenschaltung einer Auslandspersonengesellschaft nicht als zielführend. Da § 20 Abs. 2 AStG i.d.F. des Steuervergünstigungsabbaugesetzes 2003 für Einkünfte, die in einer ausländischen Betriebsstätte eines unbeschränkt Steuerpflichtigen anfallen und als Zwischeneinkünfte einer ausländischen Kapitalgesellschaft steuerpflichtig wären (unabhängig von der Art der Zwischeneinkünfte), im Rahmen eines treaty overrides den Übergang von der Freistellungsmethode zur Anrechnungsmethode vorsieht,¹³⁷⁶ entfaltet die Personengesellschaft keine abkommensinduzierte Abschirmwirkung.¹³⁷⁷

¹³⁷⁴ Vgl. Pfaar, M., 2001, S. 10; Wassermeyer, F., 2002a, § 7 AStG Tz. 87 ff.

¹³⁷⁵ In Übereinstimmung mit Wassermeyer, F., 2002a, § 7 AStG Tz. 87.1 ff. soll aber eine Wirkung des § 7 Abs. 3 AStG auch für die Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung angenommen werden.

¹³⁷⁶ Vgl. Schnitger, A., 2003a, S. 77; Sieker, K., 2003, S. 79.

¹³⁷⁷ Eine mögliche Einbeziehung der entsprechenden Zwischeneinkünfte in die gewerbsteuerliche Bemessungsgrundlage unterbleibt jedoch aufgrund § 9 Nr. 3 GewStG. Vgl. Rödder, Th./Schumacher, A., 2003, S. 817; Sieker, K., 2003, S. 79. Die Freistellung der nachfolgenden Gewinnausschüttung gemäß § 8b Abs. 1 KStG gewährt Abs. 6 auch für mittelbar über eine ausländische Personengesellschaft bezogene Beteiligungserträge, so dass es insoweit nicht zu einer Doppelbesteuerung kommt. Zu den Einschränkungen vgl. die Aus-

53. Hinzurechnungsbesteuerung als Umstrukturierungshindernis

Mehrstufige ausländische Holdingstrukturen sind gegenüber entsprechenden inländischen bereits aufgrund der einschränkenden Aktivitätsdefinition von Veräußerungsgewinnen gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 9 AStG benachteiligt.¹³⁷⁸ Insbesondere aus der Aufhebung der §§ 10 Abs. 5, 14 Abs. 4 AStG folgt, dass Einkünfte aus holdingtypischen Dienstleistungsfunktionen, die bislang regelmäßig über DBA-Schachtelprivilegien aus der Hinzurechnungsbesteuerung herausfallen, künftig dieser uneingeschränkt unterliegen werden, sofern nicht der Grundsatz der funktionalen Betrachtungsweise eine Befreiung rechtfertigt.¹³⁷⁹ Die negativen Steuerfolgen aus der uneingeschränkten Erfassung von Einkünften aus der Konzernfinanzierung im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung in Folge der Aufhebung des § 10 Abs. 7 AStG können aber durch die zukünftige Generierung von Konzernfinanzierungseinkünften in nicht niedrig besteuerten Auslandsgesellschaften umgangen werden.

Darüber hinaus kann die Hinzurechnungsbesteuerung ein erhebliches Hindernis im Rahmen von ausländischen Umstrukturierungen darstellen. Wenn Umstrukturierungen unter ausschließlicher Beteiligung ausländischer Kapitalgesellschaften nach dem Recht des Sitzstaates der Auslandsgesellschaften steuerneutral durchgeführt werden können, führt die Anwendung deutscher Vorschriften gemäß § 10 Abs. 3 AStG zu einer zwingenden Aufdeckung stiller Reserven,¹³⁸⁰ da der Rückgriff auf entsprechende Normen des deutschen Umwandlungssteuerrechts an der fehlenden Anwendbarkeit des Rechtskreises auf nicht unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften gemäß § 10 Abs. 3 Satz 4 AStG i.V.m. § 1 Abs. 2 UmwStG i.V.m. § 1 UmwG scheitert. Gewinne aus der Umstrukturierung unterliegen – wenn die Aktivität der Einkünfte nicht

führungen in Kap. 3 Abschn. 1213, wobei eine gewerbesteuerliche Zusatzbelastung mangels Inlandsbezug der Personengesellschaft scheitert.

¹³⁷⁸ Vgl. Baumgärtel, M., 2002, S. 97.

¹³⁷⁹ Die Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen erlangt aufgrund der bestehenden Zweifelsfragen insbes. in Bezug auf die Anwendung der funktionalen Betrachtungsweise die Erfüllung eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs und die Erfüllung des Mitwirkungstatbestands sowie der damit verbundenen Nachweispflichten künftig an Bedeutung. Vgl. Sieker, K., 2003, S. 80 f.

¹³⁸⁰ Vgl. Sieker, K., 2003, S. 81.

nachgewiesen werden kann – daher der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung. Da die Erzielung von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter i.R.d. Beurteilung der Einkunftsqualifikation von Veräußerungsgewinnen i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 9 AStG auf Ebene der veräußerten oder einer ihr nachgeschalteten Beteiligungsgesellschaft schädlich ist, kann auch die Veräußerung von ausländischen Holdinggesellschaften zu hinzurechnungspflichtigen Gewinnen führen. Dies folgt aus der grundsätzlichen Qualifikation von Holdingtätigkeiten als schädliche Einkünfte generierende Betätigungen i.S.v. § 7 Abs. 6a AStG.¹³⁸¹ Ein hinzurechnungspflichtiger Liquidationsgewinn resultiert demnach auch aus der Verschmelzung einer ausländischen Zwischenholding auf ihre ausländische Holding-Mutterkapitalgesellschaft, wenn dieser auf stille Reserven in Anteilen an einer weiteren nachgeschalteten Holdinggesellschaft entfällt.¹³⁸²

¹³⁸¹ Vgl. Schmidt, L./Hageböke, J., 2001, S. 702.

¹³⁸² Vgl. Lorenz, Ch., 2001, S. 396; Schmidt, L./Hageböke, J., 2001, S. 702.

Kapitel 5 Schlussbetrachtung und Ausblick

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wurden die für die Organisationsform der Holding maßgeblichen steuerlichen Rahmenbedingungen vor dem Hintergrund der Reformen des Unternehmenssteuerrechts analysiert und dahingehend beurteilt, inwieweit die holdingtypischen Funktionen basierend auf der Rechtslage bis zum sog. Steuervergünstigungsabbaugesetz 2003 (Veranlagungszeitraum 2003) realisierbar sind. Zwar kann aus den für diesen Organisationstyp gewonnenen Erkenntnissen nicht uneingeschränkt auf die allgemeine Attraktivität des Investitionsstandorts Deutschland geschlossen werden; Implikationen für die Vorteilhaftigkeitseinschätzung durch in- und ausländische Investoren sind jedoch ableitbar. Es lassen sich die folgenden Ergebnisse zusammenfassen:

(1) Die Ertragsquellen typischer Holdinggesellschaften umfassen im Wesentlichen die repatriierten Erträge ihrer Kapitalbeteiligungen. Die steuerpolitische Zielsetzung besteht in diesem Zusammenhang in der Minimierung der Konzernsteuerbelastung bei Repatriierung dieser Erträge. Mit der körperschaftsteuerlichen Tarifsenkung ist nicht nur eine merkliche Steuerentlastung für Körperschaften verbunden,¹³⁸³ sondern von ihr geht auch eine deutliche Signalwirkung vor allem für ausländische Investoren aus. Während die Maßnahmen zur Verbreiterung der Steuerbemessungsgrundlage,¹³⁸⁴ beispielsweise die Verlängerung der steuerlichen Abschreibungsdauern,¹³⁸⁵ einen vergleichsweise geringen Einfluss auf die Attraktivität des Standorts Deutschland für ausländische Investoren haben dürften, wird von Steuertarifsenkungen eine eindeutig positive Wirkung für die Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Holdingstandorts er-

¹³⁸³ Die körperschaftsteuerliche Tarifsenkung wird durch eine stufenweise Reduzierung des Einkommensteuertarifs bis zum „Zieltarif“ in 2005 begleitet.

¹³⁸⁴ Die Aussagefähigkeit eines Steuerbelastungsvergleichs setzt neben der Berücksichtigung der Steuersätze auch die Einbeziehung der steuerlichen Bemessungsgrundlage voraus. Aufgrund der Verbreiterung der steuerlichen Bemessungsgrundlage folgt aus der Reduzierung der nominellen Körperschaftsteuersätze nicht automatisch eine Verringerung der effektiven Steuerbelastung. Vgl. Spengel, Ch./Lammersen, L, 2001, S. 4 ff.

¹³⁸⁵ Betroffen sind davon insbesondere anlagevermögenintensive Branchen, da dort die Senkung der AfA-Sätze und die Verlängerung der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern die Vorteile der Tarifreduktion übertreffen können. Vgl. Krawitz, N., 2000, S. 1721 ff. Für Holdinggesellschaften werden die Änderungen im Bereich der Abschreibungsbedingungen keine oder nur geringe Wirkung zeitigen.

wartet.¹³⁸⁶ Die im Rahmen des körperschaftsteuerlichen Systemwechsels eingeführten Steuerbefreiungen für auf Ebene von Körperschaften realisierte Dividenden und Veräußerungsgewinne unterstützen diese Tendenz, da sie vor allem im Hinblick auf die originären Holdingfunktionen der Beteiligungshaltung und -verwaltung deutliche Liquiditäts- und Belastungsvorteile im Vergleich zur Rechtslage vor den in dieser Untersuchung analysierten Reformen und auch im Vergleich zu konkurrierenden Holdingstandorten gewähren.¹³⁸⁷ Eingeschränkt werden diese Vorzüge jedoch durch das körperschaftsteuerliche Guthabenmoratorium und die im Anschluss für den konzerninternen nationalen Gewinntransfer einsetzende Nachversteuerung, die bei Holdinggesellschaften die Gefahr des vollständigen Untergangs von Körperschaftsteuerguthaben beinhalten kann. Reduziert wird die günstige Entwicklung der Konzernsteuerbelastung bei Repatriierung der Erträge zudem durch die drohende gewerbesteuerliche Zusatzbelastung von Gewinnausschüttungen, die jedoch – da sie im Ergebnis lediglich Streubesitzbeteiligungen trifft – für typische Holdingstrukturen nur von untergeordneter Bedeutung sein wird.

(2) Die Organisationsform der Holding kennzeichnet ihre strukturbezogene Flexibilität, d.h. die vergleichsweise schnelle Anpassungsfähigkeit an veränderte Rahmenbedingungen. In diesem Zusammenhang stellen der Erwerb und die Veräußerung von Kapitalbeteiligungen essentielle Holdingfunktionen dar, von deren steuerlicher Belastung eine wesentliche Signalwirkung für potentielle Investoren ausgeht. Konzerninterne Umstrukturierungsmaßnahmen werden durch das deutsche Umwandlungssteuerrecht jedoch zunehmend behindert.¹³⁸⁸ Das Reaktionsvermögen des Steuerrechts auf nationale und grenzüberschreitende Umstrukturierungen stellt in einer schnelllebigen Weltwirtschaft geradezu eine Notwendigkeit dar, die das deutsche Umwandlungssteuerrecht insbesondere mit seinem nach wie vor geltenden Inlandsbezug regelmäßig nicht

¹³⁸⁶ Vgl. Oestreicher, A./Spengel, Ch., 2003, S. 460 f.

¹³⁸⁷ Dieser Standortvorteil berücksichtigt auch die Einbindung Deutschlands in ein vergleichsweise dichtes Netz von Doppelbesteuerungsabkommen. Vgl. auch Güntel, M., 2003, S. S188.

¹³⁸⁸ Vgl. Ehlermann, Ch./Löhr, W., 2003, S. 1513; Eilers, St./Wienands, H.-G., 1998, S. 829.

erfüllt.¹³⁸⁹ Während sich die steuerliche Stellung des Veräußerers von Kapitalanteilen im Zuge des körperschaftsteuerlichen Systemwechsels mit der Implementierung eines umfassenden Veräußerungsgewinnprivilegs deutlich verbessert hat, wurden die Möglichkeiten der steueroptimalen Gestaltung für den Erwerber von Beteiligungen durch die nunmehr fehlende Zielkomplementarität sog. Akquisitionsmodelle stark begrenzt. Zielführend sind daher künftig vorrangig präakquisitorische Umstrukturierungsmaßnahmen auf Seiten des Verkäufers mit dem Ziel, den erforderlichen Interessenausgleich zwischen beiden Vertragspartnern im Rahmen der steueroptimalen Durchführung von Umstrukturierungen zu realisieren. Die Bedeutung des deutschen Umwandlungssteuerrechts wird in der Zukunft daher wohl weitgehend zurückgedrängt und gegebenenfalls gar durch § 8b Abs. 2 KStG ersetzt.¹³⁹⁰

(3) Holdingkonzerne als wirtschaftliche Entscheidungs- und Handlungseinheiten bestehen aus rechtlich selbständigen Konzerngesellschaften, deren wirtschaftliche Autonomie in der Praxis regelmäßig faktisch oder vertraglich eingeschränkt ist. Der Forderung nach einem deutschem Konzernsteuerrecht,¹³⁹¹ das eigenständig für den steuersystematisch gebotenen Ergebnisausgleich zwischen wirtschaftlich unselbständigen Unternehmen sorgt, hat der Steuergesetzgeber bislang nicht entsprochen. Zwar stellt die Berücksichtigung von negativen Erfolgsbeiträgen ein wesentliches, aus der Besteuerung nach der individuellen Leistungsfähigkeit des Steuersubjekts abgeleitetes Prinzip des deutschen Steuerrechts dar; die Individualbesteuerung der einzelnen Konzernunternehmen dominiert jedoch nach wie vor die betriebswirtschaftlich gebotene Berücksichtigung der wirtschaftlichen Konzerneinheit. Außerhalb des Rechtsinstituts der steuerlichen Organschaft endet ein konzerninterner Ergebnisausgleich zwischen Kapitalgesellschaften stets auf der individuellen Unternehmensebene. Die in diesem Zusammenhang bestehenden Möglichkeiten eines inner- und interperiodischen Verlustausgleichs werden zudem seit einigen Jahren mit dem Ziel der Verbreiterung der Bemessungsgrundlage einge-

¹³⁸⁹ Vgl. Herzig, N., 2000, S. 2236 und 2244 f.

¹³⁹⁰ Vgl. Herzig, N., 2000, S. 2245.

¹³⁹¹ Vgl. Ehlermann, Ch./Löhr, W., 2003, S. 1514.

schränkt.¹³⁹² Da die Verlustverwertung durch konzerninterne Umstrukturierungsmaßnahmen an strenge Anforderungen im Hinblick auf die wirtschaftliche Identität der verlusterleidenden Kapitalgesellschaft gebunden ist, scheitert sie unter Umständen selbst bei betriebswirtschaftlich notwendigen Gestaltungen. Als Instrument zur Reduzierung der Konzernsteuerbelastung im Rahmen des konzerninternen Ergebnisausgleichs verbleibt nach dem körperschaftsteuerlichen Systemwechsel daher künftig im Wesentlichen nur die steuerliche Organschaft. Für grenzüberschreitende Beteiligungsstrukturen gelingt ein konzerninterner Ergebnisausgleich – mit Ausnahme weniger bestimmter Fälle, die der unklare § 14 Abs. 1 Nr. 5 KStG nicht erfasst – jedoch regelmäßig nicht, obwohl der Ausschluss einer systembedingten Verlustberücksichtigung nicht ausschließlich mit den Grenzen der eigenen Steuerhoheit begründet werden kann.

(4) Unter Einbeziehung der bedeutsamen originären Holdingfunktion der Beteiligungsfinanzierung umfassen die Ertragsquellen einer Holdinggesellschaft auch Finanzierungserträge, d.h. im Wesentlichen Zinseinkünfte oder Gewinnausschüttungen. Die steuerpolitische Zielsetzung besteht in diesem Zusammenhang in der Minimierung der steuerlichen Finanzierungskosten. Der Grundsatz der Finanzierungsfreiheit wird zunehmend eingeschränkt – vor allem unter Berücksichtigung der erkennbaren Absicht des Gesetzgebers zur Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Vorschrift zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung i.S.d. § 8a KStG auf inländische Finanzierungsstrukturen. Einen Einfluss auf konzerninterne Finanzierungsentscheidungen üben vor allem die im Rahmen des körperschaftsteuerlichen Systemwechsels geänderten respektive ergänzten Vorschriften zur Begrenzung des Abzugs von beteiligungsbezogenen Aufwendungen aus. Das Nebeneinander von nunmehr drei Normen mit divergierenden Anwendungsbereichen und Rechtsfolgen zur Begrenzung des Betriebsausgabenabzugs führt vor allem bei Konzernstrukturen gegebenenfalls zu nachteiligen Kaskadeneffekten. Gleichzeitig eröffnet die

¹³⁹² Zur Kritik an der derzeit bestehenden sog. Mindestbesteuerung vgl. Herzig, N./Wagner, Th., 2003, S. 226 ff.; Jacobs, O. H./Schreiber, U./Spengel, Ch./Gutkunst, G./Lammersen, L., 2003, S. 519 ff.

Betriebsausgabenpauschalierung i.S.d. § 8b Abs. 5 KStG Gestaltungspotential, da ihre Anwendung im Vergleich zum alternativen § 3c EStG bei hoch fremdfinanzierten Beteiligungen zu steuerlichen Entlastungen führen kann. Neben der regelmäßig zielführenden Reduktion der Beteiligungstiefe kann die Gestaltung der Finanzierungsstruktur über eine ausländische EU-Zwischenholding-Kapitalgesellschaft zu Liquiditäts- und Belastungsvorteilen führen. Auch dieses Ergebnis zeigt die systematische Unzulänglichkeit der Ungleichbehandlung von beteiligungsbezogenen Betriebsausgaben in Abhängigkeit von der Ansässigkeit der gewinnausschüttenden Gesellschaft und von der Rechtsform des Dividendenempfängers auf. Vor diesem Hintergrund wäre die Gleichbehandlung von Betriebsausgaben unter Berücksichtigung der steuerlichen Vorbelastung grundsätzlich zu fordern.¹³⁹³ Die Organschaft hat im Rahmen des körperschaftsteuerlichen Systemwechsels gleichsam einen „Bedeutungswandel“ erfahren,¹³⁹⁴ da ihre Implementierung zur Gewährleistung des Betriebsausgabenabzugs zunehmend an Gewicht gewinnt. Die Finanzierung inländischer Beteiligungen durch ausländische Anteilseigner ist insbesondere durch die Vorschrift zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung betroffen. Auch wenn die deutschen Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung des § 8a KStG trotz ihrer Verschärfung im internationalen Vergleich weiterhin als konkurrenzfähig gelten, bleibt fraglich, ob der negative Effekt aus der Reduzierung der safe haven durch Vorteile im Rahmen der Tarifsenkung oder der Steuerbefreiung für Veräußerungsgewinne aufgewogen werden kann.¹³⁹⁵ Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass der Vorteil der Abzugsfähigkeit von Fremdkapitalzinsen aufgrund der Steuersatzsenkung an Gewicht verliert.¹³⁹⁶

¹³⁹³ So bspw. Hundsdoerfer, J./Siegmond, O., 2003, S. 1356; Kußmaul, H./Beckmann, St., 2001, S. 614.

¹³⁹⁴ Vgl. Hey, J., 2001, S. 1279.

¹³⁹⁵ Vgl. Güntel, M., 2003, S. S187; Jacobs, O. H., 2002, S. 777; Prinz, U., 2000c, S. 273. A.A. Endres, D./Oestreicher, A., 2000, S. 420.

¹³⁹⁶ Für den beispielhaften Fall einer in Großbritannien ansässigen Muttergesellschaft bleibt die Vorteilhaftigkeit der Fremdkapitalfinanzierung nach dem Systemwechsel und der Steuersatzsenkung zwar bestehen, aber sie verliert an Bedeutung. Vgl. dazu die Berechnung in *Tab. A2 im Anhang* sowie Krawitz, N./Büttgen, D., 2001, S. 659.

(5) Da die rechtliche Selbständigkeit der körperschaftlich strukturierten Konzernunternehmen regelmäßig mit der Sphärentrennung zwischen der Gesellschafts- und der Gesellschafterebene verbunden ist, entfaltet die rechtliche Eigenständigkeit bei ausländischen Beteiligungen in der Regel eine Abschirmwirkung gegenüber dem inländischen Steuerzugriff. Die deutsche Hinzurechnungsbesteuerung zielt auf die Aufhebung der missbräuchlichen Inanspruchnahme dieser Abschirmungswirkung, d.h. sie bezweckt die Verhinderung un gerechtfertigter Steuervorteile aus dem zeitlichen Aufschub der inländischen Besteuerung bis zur Ausschüttung ausländischer Erträge. Eine Rechtsgrundlage für eine im Vergleich zur Erfassung inländischer Erträge höhere Besteuerung beinhaltet sie jedoch nicht. Diese dem vergleichbaren inländischen Sachverhalt entsprechende Steuerbelastung wird jedoch auch im Rahmen des neuen Systems der Hinzurechnungsbesteuerung nicht konsequent erreicht, sondern teilweise übertroffen.¹³⁹⁷ Eine Überarbeitung des Aktivitätskatalogs ist mit Blick auf Holdingstrukturen insbesondere bei Geschäftsbeziehungen zu den inländischen Anteilseignern respektive nahe stehenden Personen geboten, um eine optimale Nutzung konzerninterner Ressourcen nicht zu behindern.¹³⁹⁸ Holdingtätigkeiten als solche sollten grundsätzlich nicht der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen, da die zugrunde liegenden passiven Einkünfte im Rahmen der übertragenden Hinzurechnungsbesteuerung i.S.d. § 14 AStG erfasst werden.¹³⁹⁹ Während in der Literatur die Vereinbarkeit der Hinzurechnungsbesteuerung mit Europarecht ebenso wie im Fall des § 8a KStG a.F. zunehmend verneint wird, geht die Entwicklung der deutschen Abwehrgesetzgebung im Außensteuergesetz in die umgekehrte Richtung.¹⁴⁰⁰ Zweifel an der Vereinbarkeit der Hinzurechnungsbesteuerung mit europäischem Gemeinschaftsrecht stellen sich zumindest in Bezug auf unternehmerisch aktive Holdinggesellschaften, welche aufgrund wirtschaftlicher Tätigkeit in den Schutzbereich der

¹³⁹⁷ Daher hält wohl auch Grotherr, S., 2002, S. 1883 die Reform der Hinzurechnungsbesteuerung i.R.d. UntStFG 2001 nur für eine „Zwischenreform“.

¹³⁹⁸ Vgl. Baumgärtel, M., 2002, S. 93; Güntel, M., 2003, S. S.189.

¹³⁹⁹ Vgl. Baumgärtel, M., 2002, S. 96.

¹⁴⁰⁰ Dies konstatieren auch Rättig, H./Protzen, P. D. G., 2003, S. 506.

Niederlassungsfreiheit fallen.¹⁴⁰¹ Die in dieser Arbeit unterstellte, nicht nur vermögensverwaltende, sondern geschäftsleitend tätige Holdinggesellschaft erfüllt die Anforderungen an eine wirtschaftliche Leistung beispielsweise durch die Existenz eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs oder durch Marktpräsenz. Da unternehmerische Tätigkeiten stets durch die europäischen Grundfreiheiten geschützt sind, sollten diese auch dann, wenn sie über eine Holdinggesellschaft geführt werden, aus dem Anwendungsbereich der Hinzurechnungsbesteuerung herausfallen.¹⁴⁰²

Vor dem Hintergrund der im Rahmen dieser Analyse untersuchten Holdingfunktionen kann ein *einheitliches* Fazit hinsichtlich des Einflusses der Reformen des Unternehmenssteuerrechts auf die Attraktivität des Holdingstandorts Deutschland *nicht* gezogen werden. Die Entwicklung geht zwar vielfach – beispielsweise durch Einführung von Beteiligungsertragsprivilegien und Erleichterungen im Bereich der ertragsteuerlichen Organschaft – in die richtige Richtung; durch Einschränkungen und Ausnahmeregelungen wird der gewünschte Attraktivitätsgewinn aber teilweise wieder aufgehoben oder zumindest reduziert. Dies gilt aufgrund der eingeschränkten und verkomplizierten Abzugsfähigkeit von Fremdkapitalzinsen sowohl für Körperschaft- als auch für Gewerbesteuerzwecke vor allem im Hinblick auf die Finanzierungsfunktion von Holdinggesellschaften.¹⁴⁰³ Eine tabellarische Übersicht über die Erfüllung der typischen Holdingkriterien enthält *Tab. 10*.

¹⁴⁰¹ Vgl. Baumgärtel, M., 2002, S. 87 f.

¹⁴⁰² Baumgärtel, M., 2002, S. 89 stellt insofern die Direktinvestition einer unternehmerischen Betätigung über Holdinggesellschaften gleich.

¹⁴⁰³ Günkel, M., 2003, S. S187 und S191 misst der Abzugsfähigkeit von Fremdkapitalzinsen eine im Vergleich zum Steuersatz wichtigere Signalwirkung zu und stellt insofern keine Attraktivitätssteigerung des Standorts für Konzernfinanzierungsgesellschaften fest.

<p><i>(1) Optimierung der Konzernsteuerbelastung bei Repatriierung der Erträge</i></p> <p>Systemimmanente Vermeidung einer Doppelbelastung des konzerninternen Dividendentransfers im Rahmen der Steuerbefreiung für Dividendeneinkünfte und Veräußerungsgewinne</p> <p>Gewerbesteuerliche Hinzurechnung von Gewinnausschüttungen aus Streubesitzbeteiligungen</p> <p>Doppelbesteuerung im Anwendungsbereich der pauschalen Betriebsausgabenfiktion i.S.d. § 8b Abs. 5 KStG</p> <p>DBA-Freistellung von Betriebsstätteinkünften in Anlehnung an Art. 7 OECD-MA (Betriebsstättenprinzip)</p> <p>Verzicht auf die Erhebung von Quellensteuern gemäß § 43b EStG n.F. im Anwendungsbereich der sog. Mutter-Tochter-Richtlinie, sonst Quellensteuerreduktionen entsprechend DBA</p> <p>88 DBA auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen (Stand Januar 2003)¹⁴⁰⁴</p>
<p><i>(2) Reduzierung der Steuerbelastung durch Ergebnisausgleich im Konzern</i></p> <p>Rechtsinstitut der Organschaft mit Wirkung für die Körperschaft-, Gewerbe- sowie Umsatzsteuer bei vereinfachten Anforderungen, in der Wirkung nach wie vor im Wesentlichen begrenzt auf nationale Gestaltungen</p>
<p><i>(3) Steuerliche Optimierung konzerninterner Finanzierungsstrukturen</i></p> <p>Refinanzierungskosten unter Einschränkungen der § 3c EStG und § 8b Abs. 5 KStG grundsätzlich abzugsfähig</p> <p>Bedeutungswandel der Organschaft</p> <p>Verschärfte Korrekturvorschrift im Bereich der Gesellschafter-Fremdfinanzierung i.S.d. § 8a KStG mit Wirkung vor allem bei Inbound-Investitionen</p>
<p><i>(4) Abschirmung ausländischer Erträge vor inländischem Steuerzugriff</i></p> <p>Hinzurechnungsbesteuerung §§ 7-14 AStG</p>
<p><i>(5) Lokale Steuerbelastung</i></p> <p>in Höhe von 38,65 % für thesaurierende und 54,34 % für ausschüttende Kapitalgesellschaften¹⁴⁰⁵</p>

Tab. 10: Prüfung des steuerlichen Anforderungsprofils an einen effizienten Holdingstandort in Deutschland nach den sog. Unternehmenssteuerreformen (Veranlagungszeitraum 2003)

¹⁴⁰⁴ Zur Abkommensübersicht vgl. BMF-Schr. v. 19.12.2002, S. 37 ff.

¹⁴⁰⁵ Unter Annahme eines Gewerbesteuerhebesatzes in Höhe von 400 % und bei Berücksichtigung des Solidaritätszuschlags in Höhe von 5,5 % sowie der Weiterausschüttung an eine natürliche Person, die dem Einkommensteuergrenzsatz in Höhe von 48,5 % unterliegt. Der Systemwechsel der Körperschaftsbesteuerung führt für Anteilseigner mit hohen Einkommensteuergrenzsätzen zu einer vergleichsweise höheren Gesamtsteuerbelastung, für Anteilseigner mit geringeren Einkommensteuergrenzsätzen zu Entlastungen. Vgl. kritisch Krawitz, N., 2000, S. 1721 ff.

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das Fehlen einer einheitlichen, den Reformvorhaben zugrunde liegenden Zielkonzeption. Deutlicher als die Analyse vor dem Hintergrund der Holdingfunktionen zeigt dies der Blick auf die den Reformen des Unternehmenssteuerrechts immanenten Steuersystemanforderungen.

(6) Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Ausgestaltung des verfassungsrechtlichen Gleichheitspostulats gehört zu den systemtragenden Prinzipien des deutschen Steuerrechts. Die Zielvorschrift der steuerlichen Gerechtigkeit umfasst sowohl die Gleichbehandlung wirtschaftlich entsprechender Sachverhalte als auch die Differenzierung verschiedenartiger Sachverhalte für Besteuerungszwecke. In diesem Zusammenhang ist die Forderung nach der Befreiung des Steuerrechts von Umverteilungsnormen zugunsten einer ausschließlichen Konzentration auf fiskalische Zwecke zu unterstützen, da nur auf diesem Wege eine Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit erfolgen kann.¹⁴⁰⁶ Bereits seit vielen Jahren wird die Einflussintensität der Besteuerung auf unternehmenspolitische Alternativen als Ausdruck der in Deutschland fehlenden Entscheidungsneutralität bemängelt. Entscheidungsneutralität bezieht sich sowohl auf interbetriebliche als auch auf innerbetriebliche Allokationsentscheidungen. Die Besteuerung der unternehmerischen Betätigung ist nach wie vor an deren Rechtsform geknüpft. Die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Steuersenkungsgesetz 2000 ursprünglich erwägte Öffnung der Körperschaftsteuer für nicht körperschaftlich strukturierte Unternehmen im Rahmen des sog. Optionsmodells wurde zugunsten einer pauschalierten Anrechnung der Gewerbesteuer auf die Einkommensteuer bei Personen- und Einzelunternehmen aufgegeben. Eine Belastungsgleichheit wird im Rahmen der pauschalierten Methode jedoch nur in wenigen idealtypischen Fällen erreicht. Gleichzeitig besteht die grundsätzliche Kritik an der Erhebung der Gewerbesteuer – unabhängig von ihrer rechtsformabhängigen Belastungswirkung – fort, wobei eine Abschaffung auch im Rahmen der aktuellen Gesetzesvorhaben nicht ab-

¹⁴⁰⁶ Vgl. Elschen, R., 1991, S. 112 ff.

sehbar ist.¹⁴⁰⁷ Die Entscheidungsneutralität des deutschen Unternehmenssteuerrechts zeigt sich darüber hinaus auch in der unterschiedlich hohen Belastung alternativer Finanzierungs- und – hier wegen der Konzentration der Holding auf ihre originären Funktionen nicht betrachtet – Investitionsformen. Die divergierende Belastung der Finanzierungsformen ergibt sich zum einen durch das Zusammenwirken von tatsächlichen Finanzierungskosten und deren steuerlichen Berücksichtigungsfähigkeit dem Grunde und der Höhe nach.¹⁴⁰⁸ Zum anderen gewinnt die weiterhin geltende gewerbsteuerliche Ungleichbehandlung in diesem Zusammenhang aufgrund der reduzierten Körperschaftsteuerbelastung an relativer Bedeutung.

(7) Trotz der körperschaftsteuerlichen Tarifsenkung verbleibt die deutsche Ertragsteuerbelastung auch nach den Reformen des Unternehmenssteuerrechts im *internationalen Vergleich* auf relativ hohem Niveau.¹⁴⁰⁹ Dies gilt vor allem bei Berücksichtigung des zunehmenden Steuerwettbewerbs, der durch die Erweiterung der Europäischen Union um 10 – meist osteuropäische – Nationen im Jahr 2004 voraussichtlich zusätzlich an Intensität gewinnt.¹⁴¹⁰ Im Rahmen grenzüberschreitender Besteuerungssachverhalte werden die europarechtlichen Grundfreiheiten zunehmend Einfluss erlangen.¹⁴¹¹ Die steuerliche Begünstigung von ausschließlich grenzüberschreitenden Beteiligungsstrukturen zur Attraktion ausländischer Investoren im Rahmen des Wettbewerbs der Steuersysteme widerspricht in diesem Zusammenhang ebenso dem Europarecht wie der

¹⁴⁰⁷ Gemäß Schmidt, K., 1995/1996, S. 47, ist „die Gewerbesteuer .. fast in jeder Hinsicht eine miserable Steuer“, die „dringend reformbedürftig“ ist. Der Entwurf eines StVergAbG Korb II sieht dagegen eine Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs der in eine Gemeindefinanzierungssteuer transformierten Gewerbesteuer auf Freiberufler vor. Vgl. dazu Keß, Th., 2003, S. 959.

¹⁴⁰⁸ Vgl. kritisch Hundsdoerfer, J./Siegmond, O., 2003, S. 1356.

¹⁴⁰⁹ Vgl. Morgenthaler, G., 2000, S. 289; bereits Rose, G., 1985, S. 334.

¹⁴¹⁰ Vgl. Güntel, M., 2003, S. S190. Eine aktuelle Studie hat für die Körperschaftsteuersysteme der neuen Mitgliedstaaten vergleichsweise niedrige Steuersätze in einer Höhe von 15 % bis 35 % bei durchschnittlich 23,6 % ermittelt. Vgl. Jacobs, O. H./Spengel, Ch./Finkenzeller, M./Roche, M., 2003, S. 9 ff.

¹⁴¹¹ Zur Dominanz der aus den europarechtlichen Grundfreiheiten abgeleiteten Diskriminierungsverbote gegenüber den nationalen Steuerrechtsordnungen der Mitgliedstaaten vgl. Kube, H., 2003, S. 330.

umgekehrte Fall ihrer Diskriminierung.¹⁴¹² Notwendig ist eine nachhaltigere internationale Ausrichtung des Steuerrechts, die insbesondere auf eine Gleichbehandlung grenzüberschreitender und nationaler Sachverhalte zielt.

(8) Die in der wissenschaftlichen Forschung und Literatur sowie in der politischen Diskussion stets wiederkehrende Forderung nach einer Vereinfachung des Steuerrechts stellt auch eine der Zielsetzungen der im Rahmen dieser Arbeit thematisierten Reformvorhaben dar. Zwar geht mit dem körperschaftsteuerlichen Systemwechsel, verbunden mit der Abschaffung der überwiegend als kompliziert empfundenen Eigenkapital-Gliederungsrechnung und der Implementierung von Beteiligungsertragsprivilegien zweifellos eine Vereinfachung einher; im Wesentlichen wurde aber – beispielsweise durch die gleichzeitig eingeführten Missbrauchsklauseln und dem Festhalten an bestehenden Ausnahmetatbeständen – die Kompliziertheit des deutschen Steuerrechts beibehalten. Neben der mangelnden Einfachheit des Steuersystems ist das deutsche Steuerrecht durch eine hohe Unbestimmtheit – beispielhaft soll in diesem Zusammenhang nur die Vorschrift des § 14 Abs. 1 Nr. 5 KStG zur Erfassung der grenzüberschreitenden Verlustverrechnung im Rahmen der steuerlichen Organschaft genannt werden – und vor allem durch eine große Unbeständigkeit geprägt. Die Reformen des deutschen Unternehmenssteuerrechts der zurückliegenden Jahre sind weniger durch systematische Anpassungen als durch unsystematischen „Aktionismus“ geprägt. Diese Entwicklung zeigt sich vor allem in den seit dem Steuersenkungsgesetz 2000 ergangenen zahlreichen Gesetzentwürfen und deren anschließend kontrovers geführten Diskussionen mit letztlich größtenteils veränderten, teilweise auch korrekiven Inhalten. Steuerliche Ungewissheit stellt daher ein zentrales Problem gegenwärtiger unternehmenspolitischer Entscheidungsprozesse dar. So wirkt beispielsweise die Verschärfung des § 8a KStG aufgrund fehlender einschränkender Anwendungsvorschriften auf bereits in der Vergangenheit getroffene Finanzierungsentscheidungen zurück und durchbricht somit den Grundsatz, dass Steuerpflichtige auf die Beständigkeit steuerrechtlicher Vorschriften vertrauen dürfen. Eine solche

¹⁴¹² Vgl. Saß, G., 2001, S. 1044.

Steuergesetzgebung stellt den Steuerpflichtigen vor erhebliche Probleme im Hinblick auf seine langfristige Unternehmensplanung.¹⁴¹³ Mit *Wiese/Klass* ist die Forderung nach „einer Steuerpolitik, die künftig planvoll, überlegt und vor allem sorgsam mit den grundlegenden Besteuerungsprinzipien umgeht“¹⁴¹⁴, zu erheben.

Die Entwicklungen im Bereich des deutschen Unternehmenssteuerrechts haben in den letzten Jahren dramatisch an Dynamik gewonnen. Der mit dem Steuersenkungsgesetz 2000 begonnene umfangreiche Reformprozess ist bis heute nicht abgeschlossen; es zeichnet sich in Bezug auf die jüngst im Dezember 2003 verabschiedeten Gesetze weiterer Diskussions- und zukünftiger Änderungsbedarf ab. War mit der ursprünglich angestrebten grundlegenden Überarbeitung des Unternehmenssteuerrechts Anfang des Jahres 2000 noch die Chance auf eine systematische Neuordnung des Steuersystems verbunden, so hat sich inzwischen gezeigt, dass der Gesetzgeber dieser Anforderung nur bedingt gerecht geworden ist.¹⁴¹⁵

Wünschenswert für die zukünftige Steuergesetzgebung wäre ein systematisches, an einer einheitlichen Zielkonzeption orientiertes Vorgehen mit der Konsequenz zur Durchsetzung auch tiefgreifender Reformen. Das Bewusstsein für die Notwendigkeit umfangreicher Änderungen ist in den letzten Jahren sowohl in der wissenschaftlichen als auch in der nicht wissenschaftlichen Öffentlichkeit stetig gewachsen. Von bestimmender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang aber die Verlässlichkeit der künftigen Steuergesetzgebung, die es inländischen wie ausländischen Investoren ermöglicht, langfristige Investitionsentscheidung zugunsten des (Holding-) Standorts Deutschland zu treffen. Insbesondere für die hier betrachteten Holdingstrukturen besteht aufgrund der mit den sog. Dezembergesetzen zum 1. Januar 2004 veränderten Rechtslage neuer Analysebedarf.

¹⁴¹³ Steuerrechtsänderungen führen nicht nur zu Anpassungskosten beim Steuerpflichtigen, sondern auch in der Finanzverwaltung und mindern insofern das Kriterium der administrativen Effizienz. Vgl. Krawitz, N./Wagener, A., 1997, S. 155 f.

¹⁴¹⁴ Wiese, G. T./Klass, T., 2003, S. 563.

¹⁴¹⁵ Vgl. Heurung, R./Klübenspies, M., 2003, S. 2483 für das Rechtsinstitut der Organschaft.

Anhang

Refinanzierungsform	ohne Organschaft					
	nationale Konzernstruktur		EU-Zwischenholding			
	eigen	fremd	eigen	fremd		
					debt-push-down	
I n l a n d (Beteiligungsgesellschaft)						
Gewinn vor Steuern	137,15	137,15	137,15	137,15	137,15	137,15
J. GewSt (16,67 %)	22,86	22,86	22,86	22,86	22,86	22,86
Gewinn nach GewSt	114,29	114,29	114,29	114,29	114,29	114,29
J. KSt (25 %)	28,57	28,57	28,57	28,57	28,57	28,57
ausschüttb. Gewinn n. Steuern	85,72	85,72	85,72	85,72	85,72	85,72
zzgl. KSt-Minderung	14,29	14,29	14,29	14,29	14,29	14,29
Bruttodividende	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
J. KapErtSt (20 %)	20,00	20,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Nettodividende	80,00	80,00	100,00	100,00	100,00	100,00
Summe Steuern Bet.-Gesellschaft	57,15	57,15	37,15	37,15	37,15	37,15
E U - A u s l a n d (Zwischenholding)						
Bruttodividende			100,00	100,00	100,00	100,00
(davon steuerpflichtig)			0,00	0,00	0,00	0,00
Finanzierungsaufwand						100,00
(davon abzugsfähig)						100,00
stpfl. Einkünfte						0,00
J. ausl. KSt. (30 %)			0,00	0,00	0,00	0,00
ausl. Brutto-Dividende			100,00	100,00	100,00	0,00
ausl. Zinszahlung						100,00
J. ausl. QuellenSt (0%/5%/15%)			0,00	0,00	0,00	0,00
ausl. Netto-Dividende			100,00	100,00	100,00	0,00
ausl. Brutto-Dividende			100,00	100,00	100,00	0,00
Summe Steuern ZW-Holding			0,00	0,00	0,00	0,00
I n l a n d (Holdinggesellschaft)						
Eigene Erträge der Holding	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	
Zinserträge der Holding						100,00
Dividendenerträge netto	80,00	80,00	100,00	100,00	100,00	0,00
Dividendenerträge brutto	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	0,00
(davon steuerpflichtig)	0,00	0,00	5,00	5,00	5,00	0,00
Finanzierungsaufwand	0,00	100,00	0,00	100,00	100,00	100,00
(davon abzugsfähig)	0,00	0,00	0,00	95,00	95,00	100,00
stpfl. Einkünfte	100,00	100,00	105,00	10,00	100,00	
J. GewSt (16,67 %)	16,67	16,67	17,50	9,59	25,01	
J. KSt (25 %)	20,83	20,83	21,87	0,10	18,75	
J. KSt gem. § 37 Abs. 3 KStG	14,29	14,29	0,00	0,00	0,00	
Anrechnung KapErtSt	20,00	20,00	0,00	0,00	0,00	
ausschüttb. Gewinn n. Steuern	148,21	48,21	160,62	90,31	56,25	
zzgl. KSt-Minderung	24,70	8,04	26,77	15,05	9,37	
Gewinn nach GewSt und KSt	172,91	56,25	187,39	105,36	65,62	
Bruttodividende	172,91	56,25	187,39	105,36	65,62	
J. KapErtSt (20 %)	34,58	11,25	37,48	21,07	13,12	
Nettodividende	138,33	45,00	149,92	84,29	52,50	
Summe Steuern Holding	41,67	35,00	50,09	15,71	47,50	
Inländischer Anteilseigner						
Nettodividende	138,33	45,00	149,92	84,29	52,50	
Bruttodividende	172,91	56,25	187,39	105,36	65,62	
Stpfl. Einkünfte incl. Gesellschafter	86,46	28,12	93,70	52,68	32,81	
J. ESt 48,5 %	41,93	13,64	45,44	25,55	15,91	
Anrechnung KapErtSt	34,58	11,25	37,48	21,07	13,12	
Summe Steuern Anteilseigner	7,35	2,39	7,96	4,48	2,79	
Dividende nach Steuern	130,98	42,61	141,95	79,81	49,71	
absolute Gesamtsteuerbelastung	106,17	94,54	95,20	57,34	87,44	
relative Gesamtsteuerbelastung	44,77%	39,87%	40,14%	24,18%	36,87%	

Eigenkapitalbereitstellung ohne Organschaft

Refinanzierungsform	mit Organschaft				
	nationale Konzernstruktur		EU-Zwischenholding		
	eigen	fremd	eigen	fremd	
					debt-push-down
I n l a n d (Beteiligungsgesellschaft)					
Gewinn vor Steuern	137,15	137,15	137,15	137,15	137,15
J. GewSt (16,67 %)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Gewinn nach GewSt	137,15	137,15	137,15	137,15	137,15
J. KSt (25 %)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
ausschüttb. Gewinn n. Steuern	137,15	137,15	137,15	137,15	137,15
zzgl. KSt-Minderung	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Bruttodividende	137,15	137,15	137,15	137,15	137,15
J. KapErtSt (20 %)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Nettodividende	137,15	137,15	137,15	137,15	137,15
Summe Steuern Bet.-Gesellschaft	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
E U - A u s l a n d (Zwischenholding)					
Bruttodividende			0,00	0,00	0,00
(davon steuerpflichtig)			0,00	0,00	0,00
Finanzierungsaufwand					100,00
(davon abzugsfähig)					100,00
stpfl. Einkünfte					-100,00
J. ausl. KSt. (30 %)			0,00	0,00	0,00
ausl. Brutto-Dividende			0,00	0,00	0,00
ausl. Zinszahlung					
J. ausl. QuellenSt (0%/5%/15%)			0,00	0,00	0,00
ausl. Netto-Dividende			0,00	0,00	0,00
ausl. Brutto-Dividende			0,00	0,00	0,00
Summe Steuern ZW-Holding			0,00	0,00	0,00
I n l a n d (Holdinggesellschaft)					
Eigene Erträge der Holding	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
Zinserträge der Holding					100,00
Dividenden erträge netto					
Dividenden erträge brutto	137,15	137,15	137,15	137,15	137,15
(davon steuerpflichtig)	137,15	137,15	137,15	137,15	137,15
Finanzierungsaufwand	0,00	100,00	0,00	100,00	100,00
(davon abzugsfähig)	0,00	100,00	0,00	100,00	100,00
stpfl. Einkünfte	237,15	137,15	237,15	137,15	237,15
J. GewSt (16,67 %)	39,53	31,20	39,53	31,20	47,87
J. KSt (25 %)	49,40	26,49	49,40	26,49	47,32
J. KSt gem. § 37 Abs. 3 KStG	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Anrechnung KapErtSt	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
ausschüttb. Gewinn n. Steuern	148,21	79,46	148,21	79,46	41,96
zzgl. KSt-Minderung	24,70	13,24	24,70	13,24	6,99
Gewinn nach GewSt und KSt	172,91	92,71	172,91	92,71	48,96
Bruttodividende	172,91	92,71	172,91	92,71	48,96
J. KapErtSt (20 %)	34,58	18,54	34,58	18,54	9,79
Nettodividende	138,33	74,17	138,33	74,17	39,16
Summe Steuern Holding	98,82	62,98	98,82	62,98	97,99
Inländischer Anteilseigner					
Nettodividende	138,33	74,17	138,33	74,17	39,16
Bruttodividende	172,91	92,71	172,91	92,71	48,96
Stpfl. Einkünfte incl. Gesellschafter	86,46	46,35	86,46	46,35	24,48
J. ESt 48,5 %	41,93	22,48	41,93	22,48	11,87
Anrechnung KapErtSt	34,58	18,54	34,58	18,54	9,79
Summe Steuern Anteilseigner	7,35	3,94	7,35	3,94	2,08
Dividende nach Steuern	130,98	70,23	130,98	70,23	37,08
absolute Gesamtsteuerbelastung	106,17	66,92	106,17	66,92	100,07
relative Gesamtsteuerbelastung		44,77%		28,22%	44,77%
				28,22%	42,20%

Eigenkapitalbereitstellung mit Organschaft

Refinanzierungsform	nationale Konzernstruktur	
	eigen	fremd
I n l a n d (Beteiligungsgesellschaft)		
Gewinn vor Steuern	137,15	137,15
.J. GewSt (16,67 %)	14,53	14,53
Gewinn nach GewSt	122,62	122,62
.J. Zinszahlung	100,00	100,00
Gewinn vor KSt	22,62	22,62
.J. KSt (25 %)	5,66	5,66
ausschüttb. Gewinn n. Steuern	16,97	16,97
zzgl. KSt-Minderung	2,83	2,83
Bruttodividende	19,79	19,79
.J. KapErtSt (20 %)	3,96	3,96
Nettodividende	15,83	15,83
Summe Steuern Bet.-Gesellschaft	21,31	21,31
E U - A u s l a n d (Zwischenholding)		
Zinserträge		
Bruttodividende		
<i>(davon steuerpflichtig)</i>		
Finanzierungsaufwand		
<i>(davon abzugsfähig)</i>		
stpfl. Einkünfte		
.J. ausl. KSt. (30 %)		
ausl. Brutto-Dividende		
.J. ausl. QuellenSt (0%/5%/15 %)		
ausl. Netto-Dividende		
ausl. Brutto-Dividende		
Summe Steuern ZW-Holding		
I n l a n d (Holdinggesellschaft)		
Eigene Erträge der Holding	100,00	100,00
Zinserträge	100,00	100,00
Dividendenerträge netto	15,83	15,83
Dividendenerträge brutto	19,79	19,79
<i>(davon steuerpflichtig)</i>	0,00	0,00
Finanzierungsaufwand	0,00	100,00
<i>(davon abzugsfähig)</i>	0,00	80,21
stpfl. Einkünfte	200,00	119,79
.J. GewSt (16,67 %)	33,34	26,65
.J. KSt (25 %)	41,67	23,28
.J. KSt gem. § 37 Abs. 3 KStG	2,83	2,83
Anrechnung KapErtSt	3,96	3,96
ausschüttb. Gewinn n. Steuern	141,96	67,03
zzgl. KSt-Minderung	23,66	11,17
Gewinn nach GewSt und KSt	165,62	78,20
Bruttodividende	165,62	78,20
.J. KapErtSt (20 %)	33,12	15,64
Nettodividende	132,50	62,56
Summe Steuern Holding	83,34	53,28
Inländischer Anteilseigner		
Nettodividende	132,50	62,56
Bruttodividende	165,62	78,20
Stpfl. Einkünfte incl. Gesellschafter	82,81	39,10
.J. ESt 48,5 %	40,16	18,96
Anrechnung KapErtSt	33,12	15,64
Summe Steuern Anteilseigner	7,04	3,32
Dividende nach Steuern	125,46	59,23
absolute Gesamtsteuerbelastung	111,69	77,91
relative Gesamtsteuerbelastung	47,10%	32,85%

Fremdkapitalbereitstellung ohne Organschaft

Refinanzierungsform	EU-Zwischenholding					
	eigen			fremd		
	HG: FK	HG: EK	debt-push-down	HG: FK	HG: EK	debt-push-down
I n l a n d (Beteiligungsgesellschaft)						
Gewinn vor Steuern	137,15	137,15	137,15	137,15	137,15	137,15
J. GewSt (16,67 %)	14,53	14,53	14,53	14,53	14,53	14,53
Gewinn nach GewSt	122,62	122,62	122,62	122,62	122,62	122,62
J. Zinszahlung	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
Gewinn vor KSt	22,62	22,62	22,62	22,62	22,62	22,62
J. KSt (25 %)	5,66	5,66	5,66	5,66	5,66	5,66
ausschüttb. Gewinn n. Steuern zzgl. KSt-Minderung	16,97 2,83	16,97 2,83	16,97 2,83	16,97 2,83	16,97 2,83	16,97 2,83
Bruttodividende	19,79	19,79	19,79	19,79	19,79	19,79
J. KapErtSt (20 %)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Nettodividende	19,79	19,79	19,79	19,79	19,79	19,79
Summe Steuern Bet.-Gesellschaft	17,36	17,36	17,36	17,36	17,36	17,36
E U - A u s l a n d (Zwischenholding)						
Zinserträge		100,00	100,00		100,00	100,00
Bruttodividende	19,79	19,79	19,79	19,79	19,79	19,79
(davon steuerpflichtig)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Finanzierungsaufwand			100,00			100,00
(davon abzugsfähig)			100,00			100,00
stpfl. Einkünfte		100,00	0,00		100,00	0,00
J. ausl. KSt. (30 %)	0,00	30,00	0,00	0,00	30,00	0,00
ausl. Brutto-Dividende	19,79	89,79	19,79	19,79	89,79	19,79
J. ausl. QuellenSt (0%/5%/15 %)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
ausl. Netto-Dividende	19,79	89,79	19,79	19,79	89,79	19,79
ausl. Brutto-Dividende	19,79	89,79	19,79	19,79	89,79	19,79
Summe Steuern ZW-Holding	0,00	30,00	0,00	0,00	30,00	0,00
I n l a n d (Holdinggesellschaft)						
Eigene Erträge der Holding	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
Zinserträge	100,00	0,00	100,00	100,00	0,00	100,00
Dividendenerträge netto	19,79	89,79	19,79	19,79	89,79	19,79
Dividendenerträge brutto	19,79	89,79	19,79	19,79	89,79	19,79
(davon steuerpflichtig)	0,99	4,49	0,99	0,99	4,49	0,99
Finanzierungsaufwand	0,00	0,00	0,00	100,00	100,00	100,00
(davon abzugsfähig)	0,00	0,00	0,00	99,01	95,51	99,01
stpfl. Einkünfte	200,99	104,49	200,99	101,98	8,98	101,98
J. GewSt (16,67 %)	33,51	17,42	33,51	25,25	9,46	25,25
J. KSt (25 %)	41,87	21,77	41,87	19,18	0,00	19,18
J. KSt gem. § 37 Abs. 3 KStG	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Anrechnung KapErtSt	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
ausschüttb. Gewinn n. Steuern zzgl. KSt-Minderung	144,42 24,07	150,61 25,10	144,42 24,07	75,36 12,56	80,34 13,39	75,36 12,56
Gewinn nach GewSt und KSt	168,49	175,71	168,49	87,92	93,72	87,92
Bruttodividende	168,49	175,71	168,49	87,92	93,72	87,92
J. KapErtSt (20 %)	33,70	35,14	33,70	17,58	18,74	17,58
Nettodividende	134,79	140,57	134,79	70,34	74,98	70,34
Summe Steuern Holding	85,00	49,23	85,00	49,46	14,81	49,46
Inländischer Anteilseigner						
Nettodividende	134,79	140,57	134,79	70,34	74,98	70,34
Bruttodividende	168,49	175,71	168,49	87,92	93,72	87,92
Stpfl. Einkünfte inl. Gesellschafter	84,24	87,85	84,24	43,96	46,86	43,96
J. ESt 48,5 %	40,86	42,61	40,86	21,32	22,73	21,32
Anrechnung KapErtSt	33,70	35,14	33,70	17,58	18,74	17,58
Summe Steuern Anteilseigner	7,16	7,47	7,16	3,74	3,98	3,74
Dividende nach Steuern	127,63	133,10	127,63	66,60	71,00	66,60
absolute Gesamtsteuerbelastung	109,52	104,05	109,52	70,55	66,15	70,55
relative Gesamtsteuerbelastung	46,18%	43,88%	46,18%	29,75%	27,89%	29,75%

Fremdkapitalbereitstellung ohne Organschaft

Refinanzierungsform	nationale Konzernstruktur	
	eigen	fremd
I n l a n d (Beteiligungsgesellschaft)		
Gewinn vor Steuern	137,15	137,15
.J. GewSt (16,67 %)	0,00	0,00
Gewinn nach GewSt	137,15	137,15
.J. Zinszahlung	100,00	100,00
Gewinn vor KSt	37,15	37,15
.J. KSt (25 %)	0,00	0,00
ausschüttb. Gewinn n. Steuern	37,15	37,15
zzgl. KSt-Minderung	0,00	0,00
Gewinnabführung	37,15	37,15
.J. KapErtSt (20 %)	0,00	0,00
Gewinnabführung	37,15	37,15
Summe Steuern Bet.-Gesellschaft	0,00	0,00
E U - A u s l a n d (Zwischenholding)		
Zinserträge		
Bruttodividende		
(davon steuerpflichtig)		
Finanzierungsaufwand		
(davon abzugsfähig)		
stpfl. Einkünfte		
.J. ausl. KSt. (30 %)		
ausl. Brutto-Dividende		
.J. ausl. QuellenSt (0%/5%/15 %)		
ausl. Netto-Dividende		
ausl. Brutto-Dividende		
Summe Steuern ZW-Holding		
I n l a n d (Holdinggesellschaft)		
Eigene Erträge der Holding	100,00	100,00
Zinserträge	100,00	100,00
Dividendenenerträge brutto		
Gewinnzurechnung	37,15	37,15
(davon steuerpflichtig)	37,15	37,15
Finanzierungsaufwand	0,00	100,00
(davon abzugsfähig)	0,00	100,00
stpfl. Einkünfte	237,15	137,15
.J. GewSt (16,67 %)	39,53	31,20
.J. KSt (25 %)	49,40	26,49
.J. KSt gem. § 37 Abs. 3 KStG	0,00	0,00
Anrechnung KapErtSt	0,00	0,00
ausschüttb. Gewinn n. Steuern	148,21	79,46
zzgl. KSt-Minderung	24,70	13,24
Gewinn nach GewSt und KSt	172,91	92,71
Bruttodividende	172,91	92,71
.J. KapErtSt (20 %)	34,58	18,54
Nettodividende	138,33	74,17
Summe Steuern Holding	98,82	62,98
Inländischer Anteilseigner		
Nettodividende	138,33	74,17
Bruttodividende	172,91	92,71
Stpfl. Einkünfte incl. Gesellschafter	86,46	46,35
.J. ESt 48,5 %	41,93	22,48
Anrechnung KapErtSt	34,58	18,54
Summe Steuern Anteilseigner	7,35	3,94
Dividende nach Steuern	130,98	70,23
absolute Gesamtsteuerbelastung	106,17	66,92
relative Gesamtsteuerbelastung	44,77%	28,22%

Fremdkapitalbereitstellung mit Organschaft

Refinanzierungsform	EU-Zwischenholding					
	eigen			fremd		
	HG: FK	HG: EK	debt-push-down	HG: FK	HG: EK	debt-push-down
Inland (Beteiligungsgesellschaft)						
Gewinn vor Steuern	137,15	137,15	137,15	137,15	137,15	137,15
J. GewSt (16,67 %)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Gewinn nach GewSt	137,15	137,15	137,15	137,15	137,15	137,15
J. Zinszahlung	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
Gewinn vor KSt	37,15	37,15	37,15	37,15	37,15	37,15
J. KSt (25 %)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
ausschüttb. Gewinn n. Steuern	37,15	37,15	37,15	37,15	37,15	37,15
zzgl. KSt-Minderung	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Gewinnabführung	37,15	37,15	37,15	37,15	37,15	37,15
J. KapErtSt (20 %)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Gewinnabführung	37,15	37,15	37,15	37,15	37,15	37,15
Summe Steuern Bet.-Gesellschaft	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
EU - Ausland (Zwischenholding)						
Zinserträge		100,00	100,00		100,00	100,00
Bruttodividende	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
(davon steuerpflichtig)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Finanzierungsaufwand			100,00			100,00
(davon abzugsfähig)			100,00			100,00
stpfl. Einkünfte		100,00	0,00		100,00	0,00
J. ausl. KSt. (30 %)	0,00	30,00	0,00	0,00	30,00	0,00
ausl. Brutto-Dividende	0,00	70,00	0,00	0,00	70,00	0,00
J. ausl. QuellenSt (0%/5%/15 %)	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
ausl. Netto-Dividende	0,00	70,00	0,00	0,00	70,00	0,00
ausl. Brutto-Dividende	0,00	70,00	0,00	0,00	70,00	0,00
Summe Steuern ZW-Holding	0,00	30,00	0,00	0,00	30,00	0,00
Inland (Holdinggesellschaft)						
Eigene Erträge der Holding	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
Zinserträge	100,00	0,00	100,00	100,00	0,00	100,00
Dividenerträge brutto		70,00			70,00	
Gewinnzurechnung	37,15	37,15	37,15	37,15	37,15	37,15
(davon steuerpflichtig)	37,15	40,65	37,15	37,15	40,65	37,15
Finanzierungsaufwand	0,00	0,00	0,00	100,00	100,00	100,00
(davon abzugsfähig)	0,00	0,00	0,00	100,00	30,00	100,00
stpfl. Einkünfte	237,15	140,65	237,15	137,15	110,65	137,15
J. GewSt (16,67 %)	39,53	23,45	39,53	31,20	20,95	31,20
J. KSt (25 %)	49,40	29,30	49,40	26,49	22,43	26,49
J. KSt gem. § 37 Abs. 3 KStG	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Anrechnung KapErtSt	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
ausschüttb. Gewinn n. Steuern	148,21	154,40	148,21	79,46	63,78	79,46
zzgl. KSt-Minderung	24,70	25,73	24,70	13,24	10,63	13,24
Gewinn nach GewSt und KSt	172,91	180,14	172,91	92,71	74,41	92,71
Bruttodividende	172,91	180,14	172,91	92,71	74,41	92,71
J. KapErtSt (20 %)	34,58	36,03	34,58	18,54	14,88	18,54
Nettodividende	138,33	144,11	138,33	74,17	59,53	74,17
Summe Steuern Holding	98,82	63,04	98,82	62,98	47,62	62,98
Inländischer Anteilseigner						
Nettodividende	138,33	144,11	138,33	74,17	59,53	74,17
Bruttodividende	172,91	180,14	172,91	92,71	74,41	92,71
Stpfl. Einkünfte incl. Gesellschafter	86,46	90,07	86,46	46,35	37,20	46,35
J. ESt 48,5 %	41,93	43,68	41,93	22,48	18,04	22,48
Anrechnung KapErtSt	34,58	36,03	34,58	18,54	14,88	18,54
Summe Steuern Anteilseigner	7,35	7,66	7,35	3,94	3,16	3,94
Dividende nach Steuern	130,98	136,45	130,98	70,23	56,36	70,23
absolute Gesamtsteuerbelastung	106,17	100,70	106,17	66,92	80,79	66,92
relative Gesamtsteuerbelastung	44,77%	42,46%	44,77%	28,22%	34,07%	28,22%

Fremdkapitalbereitstellung mit Organschaft

Tab. A1: Gesamtsteuerbelastung der Finanzierung inländischer Beteiligungen in Abhängigkeit von der Finanzierungsform¹⁴¹⁶

¹⁴¹⁶ Kapitalbedarf der Tochtergesellschaft i.H.v. 1.000 GE, von der Finanzierungsform unabhängige Kapitalkosten (vor Steuern) i.H.v. 10 % des aufgebrachten Kapitals, Finanzierungserträge in Form von Dividenden bzw. Zinsen i.H.v. 100 GE, zusätzliche eigene Holdingträge i.H.v. 100 GE.

	Halbeinkünfteverfahren		Vollanrechnungsverfahren	
	EK-Finanzierung		EK-Finanzierung	FK-Finanzierung
Ertrag vor Steuern		100,00	100,00	100,00
FK-Zinsen				90,91
./i. GewSt (h=400 %)		16,67	16,67	9,09
Ertrag nach GewSt		83,33	83,33	0,00
./i. KSt (40 %/25 %)		20,83	33,33	0,00
./i. SolZ (5,5 %)		1,15	1,83	0,00
Ertrag nach KSt und GewSt zzgl. KSt-Minderung		61,35	48,17	0,00
Dividende/Zins		61,35	56,96	90,91
Inländische Steuerbelastung (absolut und in Prozent)	38,65		43,04	9,09
Ertrag vor ausl. Steuern		61,35	56,96	90,91
Anrechnungshöchstbetrag	25,00		25,00	0,00
Anrechnung dt. KSt	21,98		25,00	0,00
nicht angerechnete dt. KSt	0,00		1,38	9,09
./i. ausl. KSt (30 %)		3,02	0,00	27,27
Ertrag nach ausl. Steuern		58,33	56,96	63,64
Gesamtsteuerbelastung (absolut und in Prozent)	41,67		43,04	36,36

Tab. A2: Vergleich der Eigen- und Fremdfinanzierung inländischer Kapitalbeteiligungen im Rahmen des Systemwechsels der Körperschaftsbesteuerung aus Sicht eines ausländischen Investors¹⁴¹⁷

¹⁴¹⁷ In den zugrunde liegenden Berechnungen kommt ein angenommener ausländischer Ertragsteuersatz in Höhe von 30 % zur Anwendung.

Verzeichnis der Gesetze, Rechtsverordnungen und Verwaltungsanweisungen

Supranationales Recht:

EG-Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen vom 29. Februar 1968, BGBl. II 1972, S. 370 ff.

Richtlinie des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (90/435/EWG), ABl. EG Nr. L 225 vom 20.8.1990, S. 6.

Bilaterales Recht:

OECD-MA Musterabkommen auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen i. d. Fassung vom 1.9.1992 (OECD-MA) mit Kommentar.

Nationales Recht:

Umsatzsteuergesetz vom 16. Oktober 1934, RStBl. 1934, S. 1166 ff.

Steueranpassungsgesetz (StAnpG) vom 16. Oktober 1934, RGBl. I 1934, S. 925 ff.

Gewerbsteuergesetz vom 1. Dezember 1936, RStBl. 1936, S. 1149 ff.

Gesetz zur Änderung des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze vom 15. August 1969, BGBl. I 1969, S. 1182 ff.

Gesetz zur Verbesserung der steuerlichen Bedingungen zur Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland im Europäischen Binnenmarkt (Standortsicherungsgesetz – StandOG) vom 13. September 1993, BStBl. I 1993, S. 774 ff.

Gesetz zur Bekämpfung des Mißbrauchs und zur Bereinigung des Steuerrechts (Mißbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz – StMBG) vom 21. Dezember 1993, BStBl. I 1994, S. 50 ff.

Gesetz zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform vom 29. Oktober 1997, BGBl. I 1997, S. 2590 ff.

Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24. März 1999, BStBl. I 1999, S. 304.

Gesetz zur Bereinigung von steuerlichen Vorschriften (Steuerbereinigungsgesetz 1999 – StBereinG 1999) vom 22. Dezember 1999, BGBl. I 1999, S. 2601 ff.

Entwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN eines Gesetzes zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (Steuersenkungsgesetz – StSenkG) vom 15. Februar 2000, BT-Drs. 14/2683.

Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (Steuersenkungsgesetz – StSenkG) vom 30. März 2000, BT-Drs. 14/3074.

Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (Steuersenkungsgesetz – StSenkG) vom 23. Oktober 2000, BGBl. I 2000, S. 1433 ff.

Gesetz zur Ergänzung des Steuersenkungsgesetzes (Steuersenkungsergänzungsgesetz – StSenkErgG) vom 19. Dezember 2000, BGBl. I 2000, S. 1812 ff.

Gesetz zur Änderung des Investitionszulagengesetzes 1999 (Investitionszulagengesetz – InvZulG) vom 20. Dezember 2000, BGBl. I 2000, S. 1850 ff.

Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Änderung steuerlicher Vorschriften (Steueränderungsgesetz – StÄndG 2001) vom 7. September 2001, BT-Drs. 14/6877.

Gesetz zur Änderung steuerlicher Vorschriften (Steueränderungsgesetz 2001 – StÄndG 2001) vom 20. Dezember 2001, BGBl. I 2000, S. 3794 ff.

Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts (Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz – UntStFG) vom 10. September 2001, BT-Drs. 14/6882.

- Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts (Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz – UntStFG)** vom 20. Dezember 2001, BGBl. I 2001, S. 3858 ff.
- Gesetz zur Bekämpfung von Steuerverkürzungen bei der Umsatzsteuer und zur Änderung anderer Steuergesetze (Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz – StVBG)** vom 19. Dezember 2001, BGBl. I 2001, S. 3922 ff.
- Fünftes Gesetz zur Änderung des Steuerbeamten-Ausbildungsgesetzes und zur Änderung von Steuergesetzen** vom 23. Juli 2002, BGBl. I 2002, S. 2715 ff.
- Gesetz zur Änderung steuerrechtlicher Vorschriften und zur Errichtung eines Fonds "Aufbauhilfe" (Flutopfersolidaritätsgesetz)** vom 19. September 2002, BStBl. I 2002, S. 3651 ff.
- Gesetz zum Abbau von Steuervergünstigungen und Ausnahmeregelungen (Steuervergünstigungsabbaugesetz – StVergAbG)** vom 16. Mai 2003, BGBl. I 2003, S. 660 ff.
- Zweites Gesetz zur Änderung steuerlicher Vorschriften (Steueränderungsgesetz 2003 – StÄndG 2003)** vom 15. Dezember 2003, BGBl. I 2003, S. 2645 ff.
- Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz** vom 22. Dezember 2003, BGBl. I 2003, S. 2840 ff.
- Gesetz zur Änderung des Gewerbesteuergesetzes und anderer Gesetze** vom 23. Dezember 2003, BGBl. I 2003, S. 2922 ff.
- Haushaltsbegleitgesetz 2004 (HBeglG 2004)** vom 29. Dezember 2003, BGBl. I 2003, S. 3076 ff.

Schreiben und Verfügungen der Finanzverwaltung:

Schreiben des Bundesministers der Finanzen, IV A 2 – S 2770 – 31/03, vom 27. November 2003, BStBl. I 2003, S. 647.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen, IV A 2 – S 1910 – 156/03, vom 6. November 2003, BStBl. I 2003, S. 575 ff.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen, Steuerliches Einlagekonto (Anwendung der §§ 27 und 28 KStG 2002), IV A 2 – S 2836 – 2/03, vom 4. Juni 2003, BStBl. I 2003, S. 366 ff.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen, Anwendung des § 8b KStG 2002 und Auswirkungen auf die Gewerbesteuer, IV A 2 – S 2750a – 7/03, vom 28. April 2003, BStBl. I 2003, S. 292 ff.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen, Körperschaftsteuerliche und gewerbesteuerliche Organschaft unter Berücksichtigung der Änderungen durch das Steuersenkungs- (StSenkG) und das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz (UntStFG), IV A 2 – S 2770 – 18/03, vom 26. August 2003, BStBl. I 2003, S. 437 ff.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen, IV B 6 – S 1300 – 314/02, vom 19. Dezember 2002, BStBl. I 2003, S. 37 ff.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen, IV A 2 – S 2750 a – 6/02, vom 25. Juli 2002, BStBl. I 2002, S. 712 f.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen, IV A 2 – S 2745 – 4/02, vom 17. April 2002, BStBl. I 2002, S. 629.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen, IV B 6 – S 1300 – 155/01, vom 18. Januar 2002, BStBl. I 2002, S. 135.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen, IV A 2 – S 2770 – 33/01, vom 22. November 2001, DStR 2001, S. 2116 f.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen betr. Umwandlungssteuergesetz 1995 (UmwStG 1995); Zweifels- und Auslegungsfragen, IV B 7 – S 1978 – 21/98/IV B 2 – S 1909 – 33/98, vom 25. März 1998, BStBl. I 1998, S. 268, geändert durch Schreiben des Bundesministers der Finanzen vom 21. August 2001, BStBl. I 2001, S. 543.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen, IV A 2 – S 2742 a – 4/00, vom 14. Dezember 2000, BStBl. I 2001, S. 48.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen, IV A 2 – S 2770 – 3/00, vom 4. Dezember 2000, BStBl. I 2000, S. 1571.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen betr. Grundsätze der Verwaltung für die Prüfung der Aufteilung der Einkünfte bei Betriebsstätten international tätiger Unternehmen (Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze), IV B 4 – S 1300 – 111/99, vom 24. Dezember 1999, BStBl. I 1999, S. 1076, geändert durch Schreiben des Bundesministers der Finanzen vom 20. November 2000.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen, IV D 3 – S 1300 – 217/99, vom 10. Januar 2000, BStBl. I 2000, S. 71 ff.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen betr. Grundsätze der Verwaltung für die Prüfung der Aufteilung der Einkünfte bei Betriebsstätten international tätiger Unternehmen (Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze), IV B 4 – S 1300 – 111/99, vom 24. Dezember 1999, BStBl. I 1999, S. 1076 ff., geändert durch Schreiben des Bundesministers der Finanzen vom 20. November 2000, BStBl. I 2000, S. 1509.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen betr. den körperschaftsteuerlichen Verlustabzug; Anwendung von § 8 Abs. 4 KStG und § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG, IV C 6 – S 2745 – 12/99, vom 16. April 1999, BStBl. I 1999, S. 455 ff.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen, IV C 5 – S 1300 – 176/96, vom 20. Januar 1997, BStBl. I 1997, S. 99.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen betr. Gesellschafter-Fremdfinanzierung (§ 8a KStG), IV B 7 – S 2742a – 63/94, vom 15. Dezember 1994, BStBl. I 1995, S. 25 ff.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen betr. Grundsätze zur Anwendung des Außensteuergesetzes, IV C 7 – S 1340 – 20/94, vom 2. Dezember 1994, BStBl. I 1995, Sondernummer 1/1995.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen betr. Gesellschafter-Fremdfinanzierung; hier: BFH-Urteil vom 5. Februar 1992 – I R 127/90 – BStBl. II S. 532, IV B 7 – S 2742 – 61/92, vom 16. September 1992, BStBl. I 1992, S. 653.

Schreiben des Bundesministers der Finanzen, IV B 7 – S 2742 – 3/87, vom 16. März 1987, BStBl. I 1987, S. 373-374.

Erlaß des Finanzministers des Landes Nordrhein-Westfalen betr. Körperschaftsteuerrechtliche und gewerbsteuerrechtliche Behandlung von Organschaften, S 2526a – 4640/59 V A –2, vom 23. Oktober 1959, BStBl. II 1959, S. 161–165.

Verfügung der Oberfinanzdirektion Koblenz, G 1422/G 1425 A – St 332, vom 11. September 2003, WPg 2003, S. 1408-1409.

Verfügung der Oberfinanzdirektion Hannover, G 1425 – 34 – StO 231 / G 1425 – 60 – – StH 241, vom 15. Juli 2002, DB 2002, S. 1917.

Verfügung der Oberfinanzdirektion Münster, S 1301 – 18 – St 22-34, vom 25. September 1998, IStR 1999, S. 81-82.

Verfügung der Oberfinanzdirektion Hannover, S 2742 – 141 – StH 231/S 2741 – 267 – StO 214, vom 7. Oktober 1996, RIW 1996, S. 1057.

Verfügung der Oberfinanzdirektion Frankfurt, S 2745 A – 20 – St II 10, vom 26.10.1994, FR 1995, S. 244.

Rechtsprechungsverzeichnis

Datum	Aktenzeichen	Fundstelle
Europäischer Gerichtshof		
U. v. 25.9.2003	C-58/01 (Océ van der Grinten)	DStRE 2003, S. 1341-1347
U. v. 18.9.2003	Rs. C-168/01 (Bosal)	GmbHR 2003, S. 1286-1290
U. v. 12.12.2002	Rs. C-324/99 (Lankhorst-Hohorst)	DStR 2003, S. 25-27
U. v. 5.11.2002	Rs. C-208/00 (Überseering)	GmbHR 2002, S. 1137-1145
U. v. 13.4.2000	Rs. C-251/98 (Baars)	IStR 2000, S. 337-341
U. v. 6.6.2000	Rs. C-35/98 (Verjooijen)	FR 2000, S. 720-725
U. v. 9.3.1999	Rs. C-212/97 (Centros)	SRG 1999, S. I-1484-I-1498
U. v. 27.9.1988	Rs. C-81/87 (Daily Mail)	SRG 1988, S. 5505-5514
Preußisches Oberverwaltungsgericht		
Urt. v. 5.6.1893		PrOVGE 1, S. 390
Urt. v. 23.11.1894		PrOVGE 3, S. 136
Bundesverfassungsgericht		
U. v. 14.4.1959	1 BVL 23, 34/57	BVerfGE, 9, S. 237-250
B. v. 10.10.1961	2 BvL 1/59	BVerfGE, 13, S. 153-165
U. v. 14.12.1965	1 BvR 571/60	BVerfGE, 19, S. 253-268
U. v. 28.2.1973	2 BvL 19/70	BVerfGE, 34, S. 348-369
U. v. 12.10.1978	2 BvR 154/74	BVerfGE, 49, S. 343-375
B. v. 22.6.1995	2 BvL 37/91	BVerfGE, 93, S. 121-165
U. v. 8.4.1997	1 BvR 48/94	BVerfGE, 95, S. 267-322

Reichsfinanzhof

U. v. 26.7.1932	I D 2/31 und III D 2/32	RStBl. 1933, S. 136-140
U. v. 18.2.1933	I A 439/32	RStBl. 1933, S. 647-649
U. v. 25.5.1937	I A 194/36	RStBl. 1937, S. 648

Bundesfinanzhof

U. v. 22.8.1951	IV 246/50 S	BStBl. III 1951, S. 181-183
U. v. 8.3.1955	I 73/54 U	BStBl. III 1955, S. 187-192
U. v. 25.6.1957	I 22/55 U	BStBl. III 1958, S. 174-181
U. v. 2.3.1966	II 113 61	BStBl. III 1966, S. 509-511
U. v. 15.2.1966	I 112/63	BStBl. III 1966, S. 289-291
U. v. 17.5.1966	I 141/63	BStBl. III 1966, S. 513-514
U. v. 17.12.1969	I 252/64	BStBl. II 1970, S. 257-262
U. v. 15.4.1970	I R 122/66	BStBl. II 1970, S. 554-556
U. v. 21.4.1971	I R 97/68	BStBl. II 1971, S. 694-696
U. v. 18.4.1973	I R 120/70	BStBl. II 1973, S. 740-742
U. v. 29.10.1974	I R 240/72	BStBl. II 1975, S. 126-128
U. v. 10.12.1975	I R 135/74	BStBl. II 1976, S. 226-228
U. v. 21.1.1976	I R 234/73	BStBl. II 1976, S. 513-515
U. v. 6.10.1976	II R 131/74	BStBl. II 1977, S. 253-255
U. v. 28.3.1979	I R 81/76	BStBl. II 1979, S. 447-448
U. v. 20.11.1980	IV R 81/77	BStBl. II 1981, S. 223-225
U. v. 29.10.1981	I R 89/80	BStBl. II 1982, S.150-156
U. v. 20.11.1982	II R 38/78	BStBl. II 1983, S. 429-430
U. v. 10.11.1983	IV R 62/82	BStBl. II 1984, S. 605-607
B. v. 21.11.1983	GrS 2/82	BStBl. II 1984, S. 160-166
U. v. 5.3.1986	I R 201/82	BStBl. II 1986, S. 496-499
U. v. 14.5.1986	II R 22/84	BStBl. II 1986, S. 620-622
U. v. 25.6.1986	II R 213/83	BStBl. II 1986, S. 785-787
U. v. 20.8.1986	I R 87/83	BStBl. II 1987, S. 75-77

U. v. 28.4.1987	IX R 7/83	BStBl. II 1987, S. 814-816
U. v. 9.12.1987	I R 260/83	BStBl. II 1988, S. 460-463
U. v. 19.5.1988	V R 115/83	BStBl. II 1988, S. 916-920
U. v. 14.3.1989	I R 20/87	BStBl. II 1989, S. 649-650
U. v. 26.4.1989	I R 152/84	BStBl. II 1989, S. 668-670
U. v. 12.7.1989	I R 46/85	BStBl. II 1990, S. 113-117
U. v. 13.9.1989	I R 110/88	BStBl. II 1990, S. 24-28
U. v. 4.7.1990	GrS 2-3/88	BStBl. II 1990, S. 817-830
U. v. 11.4.1990	I R 167/86	BStBl. II 1990, S. 772-775
U. v. 16.5.1990	I R 16/88	BStBl. II 1990, S. 1049-1051
U. v. 27.6.1990	I R 62/89	BStBl. II 1990, S. 992-993
U. v. 28.11.1990	X R 109/89	BStBl. II 1991, S. 327-333
U. v. 3.12.1991	IX R 142/90	BStBl. II 1992, S. 397-398
U. v. 20.12.1991	VI R 32/89	BStBl. II 1992, S. 695-696
U. v. 16.1.1992	V R 1/91	BStBl. II 1992, S. 541-543
U. v. 23.1.1992	XI R 47/89	BStBl. II 1992, S. 630-632
U. v. 5.2.1992	I R 127/90	BStBl. II 1992, S. 532-537
U. v. 8.4.1992	I R 128/88	BStBl. II 1992, S. 761-763
U. v. 10.6.1992	I R 105/89	BStBl. II 1992, S. 1029-1032
U. v. 23.6.1992	IX R 182/87	BStBl. II 1992, S. 972-975
U. v. 29.7.1992	II R 39/89	BStBl. II 1992, S. 63-67
U. v. 10.9.1992	V R 104/91	BStBl. II 1993, S. 253-256
B. v. 1.10.1992	I B 42 und 43/92	IStR 1992, S. 103
U. v. 13.10.1992	VIII R 3/89	BStBl. II 1993, S. 477-479
U. v. 10.12.1992	V R 90/92	BStBl. II 1993, S. 700-702
B. v. 3.2.1993	I B 90/92	BStBl. II 1993, S. 426-430
U. v. 14.4.1993	I R 128/90	BStBl. II 1994, S. 124-127
U. v. 19.5.1993	I R 124/91	BStBl. II 1993, S. 889-891
U. v. 17.6.1993	IV R 10/92	BStBl. II 1993, S. 843-844
U. v. 25.1.1994	IX R 97, 98/90	BStBl. II 1994, S. 738-740
U. v. 29.6.1994	I R 137/93	GmbHR 1994, S. 894-895
U. v. 21.12.1994	I R 65/94	BFHE, 176, S. 571-574

B. v. 30.1.1995	GrS 4/92	BStBl. II 1995, S. 281-285
U. v. 30.8.1995	I R 77/94	BStBl. II 1996, S. 122-126
U. v. 16.1.1996	IX R 13/92	BStBl. II 1996, S. 214-216
U. v. 24.1.1996	I R 160/94	BStBl. II 1996, S. 328-331
U. v. 27.3.1996	I R 89/95	DStR 1997, S. 325-327
U. v. 29.5.1996	I R 15/94	BStBl. II 1997, S. 57-60
U. v. 29.5.1996	I R 167/94	BStBl. II 1997, S. 60-63
U. v. 29.5.1996	I R 21/95	BStBl. II 1997, S. 63-68
U. v. 18.12.1996	XI R 12/96	BStBl. II 1997, S. 374-377
U. v. 13.8.1997	I R 89/96	BStBl. II 1997, S. 829-832
U. v. 24.4.1997	VIII R 23/93	DB 1997, S. 2409-2411
U. v. 29.10.1997	I R 35/96	BStBl. II 1998, S. 235-238
U. v. 21.1.1998	I R 3/96	BStBl. II 1998, S. 468-471
B. v. 4.3.1998	I B 113/97	FR 1998, S. 1038-1040
U. v. 22.4.1998	I R 132/97	BStBl. II 1998, S. 687-689
U. v. 10.11.1998	I R 91, 102/97	BStBl. II 1999, S. 306-309
U. v. 9.6.1999	I R 43/97	BStBl. II 2000, S. 695-698
U. v. 11.8.1999	XI R 77/97	DStR 1999, S. 1845-1847
B. v. 23.8.1999	GrS 2/97	BStBl. II 1999, S. 782-787
U. v. 19.1.2000	I R 94/97	BStBl. II 2001, S. 222-226
U. v. 9.5.2000	VIII R 41/99	DB 2000, S. 1894-1897
U. v. 17.5.2000	I R 19/98	BStBl. II 2000, S. 619-621
U. v. 17.5.2000	I R 31/99	BStBl. II 2001, S. 685-687
B. v. 6.7.2000	I B 34/00	GmbHR 2000, S. 1115-1116
U. v. 7.8.2000	GrS 2/99	BStBl. II 2000, S. 632-638
U. v. 8.8.2001	I R 25/00	BStBl. II 2003, S. 923-926
U. v. 8.8.2001	I R 29/00	DStR 2001, S. 1974-1976
U. v. 17.10.2001	I R 97/00	DB 2001, S. 125-127
B. v. 19.12.2001	I R 58/01	BStBl. II 2001, S. 395-398
U. v. 20.3.2002	I R 63/99	DStR 2002, S. 1348-1352
B. v. 4.9.2002	I R 78/01	DStRE 2003, S. 166-168
U. v. 29.1.2003	I R 6/99	DStRE 2003, S. 865-868

U. v. 6.3.2003	IV R 21/01	DStRE 2003, S. 1372-1374
U. v. 11.3.2003	IX R 55/01	BStBl. II 2003, S. 627-630
U. v. 8.5.2003	IV R 54/01	BStBl. II 2003, S. 854-858
U. v. 5.6.2003	I R 38/01	DB 2003, S. 2264-2266
U. v. 20.8.2003	I R 61/01	WPg 2003, S. 1371-1373
U. v. 18.9.2003	X R 2/00	BStBl. II 2003, S. 17-22

Bundesgerichtshof

U. v. 17.10.1968	VII ZR 23/68	BGHZ 51, S. 27-29
U. v. 30.1.1970	V ZR 139/68	BGHZ 53, S. 181-184
U. v. 5.11.1980	VIII ZR 230/79	BGHZ 78, S. 318-335
U. v. 21.3.1986	V ZR 10/85	BGHZ 97, S. 269-273
U. v. 11.10.1999	II ZR 120/98	DB 1999, S. 2457-2458
U. v. 29.1.2001	II ZR 331/00	DB 2001, S. 423-430
U. v. 5.11.2001	II ZR 119/00	WPg 2002, S. 414
B. v. 18.2.2002	II RZ 331/99	DB 2002, S. 837-838
U. v. 1.7.2002	II ZR 380/00	DB 2002, S. 2039
U. v. 13.3.2003	VII ZR 370/98	GmbHR 2003, S. 527-529
U. v. 20.8.2003	I R 61/01	DB 2003, S. 2415-2418

Finanzgerichte

FG Baden-Württemberg

U. v. 17.5.2000	13 K 83/96	EFG 2002, S. 290-291
U. v. 26.7.2001	6 K 358/00	DStRE 2002, S. 962-963

FG Berlin

U. v. 3.9.2002	7 K 7227/01	DStRE 2003, S. 168-171
----------------	-------------	------------------------

FG Düsseldorf

U. v. 5.9.2000	6 K 2821/97 KE	EFG 2001, S.84-85
----------------	----------------	-------------------

U. v. 10.3.2003 13 K 5410/02 E DStRE 2003, S. 834-835

FG Hessen

U. v. 12.1.2000 4 V 3043/99 EFG 2000, S. 330

FG Köln

U. v. 14.03.2000 8 K 543/99 EFG 2000, S. 1006-1009

U. v. 8.2.2001 13 K 6016/00 EFG 2001, S. 991-995

FG München

U. v. 16.10.2000 7 K 1181/99 EFG 2001, S. 312-315

U. v. 1.2.2002 7 K 704/00 DStRE 2002, S. 963-965

U. v. 22.10.2002 6 K 3813/01 DStR 2001, S. 544-546

FG Münster

B. v. 18.9.1991 9 V 3812/91 K EFG 1992, S. 605-607

FG Niedersachsen

U. v. 13.2.2001 6 K 534/96 EFG 2001, S. 1238-1241

FG Schleswig-Holstein

B. v. 13.3.2003 1 V 445/02 Der Konzern 2003, S. 421-427

OLG Düsseldorf

U. v. 10.9.1998 5 U 1/98 JZ 2000, S. 203

OLG Frankfurt

B. v. 4.12.2001 20 W 31/01 DB 2002, S. 316-317

Literaturverzeichnis

- Adler/Düring/Schmaltz (1997):** Rechnungslegung und Prüfung von Unternehmen. Kommentar zum HGB, AktG, GmbHG, PubiG nach den Vorschriften des Bilanzrichtlinien-Gesetzes, 6. Aufl., Stuttgart 1997.
- Altmeyden, Holger (2000):** Parteifähigkeit, Sitztheorie und „Centros“ – Besprechung des BGH-Beschlusses vom 30.3.2000, VII ZR 370/98, DStR 2000, 1064 –, DStR 2000, S. 1061-1063.
- Andel, Norbert (1992):** Finanzwissenschaft, 3., überarb. u. erw. Aufl., Tübingen 1992.
- Anesini, Silvio (1991):** Die Holding als Instrument der Führung in konzernierten Unternehmen, St. Gallen 1991.
- Arndt, Hans-Wolfgang/Ringel, Elke (1988):** Inländische Holdinggesellschaften und § 42 AO, BB 1988, S. 2147-2153.
- Avery Jones, J. F. (1989):** Anti-treaty shopping articles – A United Kingdom view, inter-tax 1989, S. 331-332.
- Bach, Stefan (2001):** Internationale Entwicklungstendenzen nationaler Steuersysteme – von der direkten zur indirekten Besteuerung?, Berlin 2001.
- Bader, Axel (1998):** Steuergestaltung mit Holdinggesellschaften, Herne/Berlin 1998.
- Ballerstedt, Kurt (1971):** Gesellschafts- und unternehmensrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration, in: *Arndt, Helmut (Hrsg.), Die Konzentration in der Wirtschaft*, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin 1971, S. 603-644.
- Bamberg, Günter/Coenenberg, Adolf Gerhard (2000):** Betriebswirtschaftliche Entscheidungslehre, 10., überarb. u. erw. Aufl., München 2000.
- Bauer, Klaus (1987):** Die Besteuerung deutscher Konzerne. Wirtschaftliche Einheit und Konzernsteuerrecht, Regensburg 1987.

- Baumgärtel, Martina (2002):** Zum Reformbedarf der Hinzurechnungsbesteuerung, in: *Lüdicke, Jürgen (Hrsg.), Fortentwicklung der Internationalen Unternehmensbesteuerung*, Köln 2000, S. 77-102.
- Becker, Jan Dierk (2000):** Zur Besteuerung inländischer Gesellschafter von Auslandsholdings nach dem Steuersenkungsgesetz, IWB 2000, Fach 3 Gruppe 1, S. 1653-1668.
- Becker, Helmut (1991):** Treaty Shopping – Vorbereitende Überlegungen zum IFA-Kongreß in Barcelona - , IWB 1991, Fach 1, S. 1295-1296.
- Becker, Helmut (1985):** Erschleichung der Abkommensberechtigung durch Zwischenpersonen, in: *Vogel, Klaus (Hrsg.), Grundfragen des internationalen Steuerrechts*, Köln 1985, S. 171-193.
- Becker, Helmut/Wurm, Felix J (1988):** Treaty Shopping. An Emerging Tax Issue and its Present Status in Various Countries, Deventer u. a. 1988.
- Beinert, Stefanie/Mikus, Rudolf (2002):** Das Abzugsverbot des § 3c Abs. 1 EStG im Kapitalgesellschaftskonzern, DB 2002, S. 1467-1472.
- Bellstedt, Christoph (1995):** Das Einführungsschreiben zu § 8a KStG – Anmerkungen zum BMF-Schreiben vom 15.12.1994 – IV B 7 – S 2742a 65/94 -, DB 1995, S. 8-14.
- Benz, Sebastian (2000a):** Steuerbefreiung für Beteiligungserträge (§8b Abs. 1 KStG), in: *Oppenhoff & Rädler Linklaters & Alliance (Hrsg.), Reform der Unternehmensbesteuerung. Steuersenkungsgesetz. Erläuterungen und Gestaltungshinweise für die Beratungspraxis*, Bonn 2000.
- Benz, Sebastian (2000b):** Steuerbefreiung für Veräußerungsgewinne (§8b Abs. 2 KStG), in: *Oppenhoff & Rädler Linklaters & Alliance (Hrsg.), Reform der Unternehmensbesteuerung. Steuersenkungsgesetz. Erläuterungen und Gestaltungshinweise für die Beratungspraxis*, Bonn 2000.
- Berg, Hans-Georg (2002):** Erwiderung zu dem Beitrag von Thiel, in: *Frotscher, Gerrit/Berg, Hans-Georg/Pannen, Michael/Stifter, Jörg/Thiel, Jochen*, Abzugsverbot für

Finanzierungskosten einer Organbeteiligung – Erwiderungen zu dem Beitrag von Thiel (DB 2002, S. 1340) und Replik, DB 2002, S. 1524-1525.

Bergemann, Achim (2000): Unternehmenssteuerreform 2001: Schwerpunkte des Steuersenkungsgesetzes, DStR 2000, S. 1410-1419.

Berndt, Rüdiger/Wiesch, Norbert (2000): Steuerfreie ausländische Schachteldividenden und Betriebsausgabenabzugsverbot, NWB Fach 4, S. 4365-4374.

Berndt, Rüdiger/Wiesch, Norbert (1999): Bemerkungen zu § 8b Abs. 7 KStG. Zugleich eine Erwiderung zu den Beiträgen von Seip/Krause, BB 1999, 713 ff., und Schmidt/Wiese, BB 1999, 878 ff., BB 1999, S. 2325-2335.

Bernhardt, Wolfgang/Witt, Peter (1995): Holding-Modelle und Holding-Moden, ZfB 1995, S. 1341-1364.

Bextermöller, Claus (2000): Kommentierung § 14 KStG, in: *Erle, Bernd/Sauter, Thomas (Hrsg.)*, Reform der Unternehmensbesteuerung. Kommentar zum Steuersenkungsgesetz mit Checklisten und Materialien, Köln 2000.

Blumenberg, Jens/Lechner, Florian (2000): Besteuerung von Betriebsveräußerungen nach der Unternehmenssteuerreform, DSWR 2000, S. 337-340.

Blumenwitz, Dieter (1995): Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, in: *Blumenwitz, Dieter u. a.*, Doppelbesteuerungsabkommen und nationales Recht, München 1995, S. 5-18.

Blumers, Wolfgang/Beinert, Stefanie/Witt, Sven-Christian (2001a): Unternehmenskaufmodelle nach der Steuerreform, DStR 2001, S. 233-240.

Blumers, Wolfgang/Beinert, Stefanie/Witt, Sven-Christian (2001b): Das Organschaftsmodell nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts, DStR 2001, S. 1741-1744.

- Bock, Volker (2003):** Das personale Substrat der Körperschaft beim Mantelkauf und die zeitliche Anwendung des § 8 Abs. 4 KStG n. F. Anmerkungen zur neuesten BFH-Rechtsprechung zu § 8 Abs. 4 KStG, GmbHR 2003, S. 497-502.
- Böhme, Christian Andreas (1998):** Entwicklungen der Internationalen Organschaft in Dänemark, IStR 1998, S. 165-171.
- Böhme, Christian Andreas/Laursen, Jens (2000):** Dänisches Steuerrecht, in: *Deutsches wissenschaftliches Steuerinstitut der Steuerberater e. V. (Hrsg.)*, Beck'sches Steuerberater-Handbuch 2000/2001, München 2000, Rz. G 101-169.
- Börner, Dietrich/Krawitz, Norbert (1977):** Steuerbilanzpolitik: eine entscheidungsorientierte Analyse der Wahlrechte zur steuerlichen Gewinnermittlung. Darstellung, Kontrollfragen, Fallstudien und Musterlösungen, Herne/Berlin 1977.
- Bogenschütz, Eugen (2000):** Der Steuerstandort Deutschland nach dem Steuerentlastungsgesetz für inländische Unternehmen mit Auslandsaktivitäten, WPg 2000, S. 88-96.
- Bogenschütz, Eugen/Tibo, Frank (2001):** Erneute Änderung des § 8b KStG und weiterer Vorschriften betreffend den Eigenhandel von Banken und Finanzdienstleitern – Auswirkungen auf Unternehmen außerhalb der Kreditwirtschaft, DB 2001, S. 8-11.
- Boidman, Nathan (1989):** Canadian approach to treaty shopping, intertax 1989, S. 369-377.
- Bond, Stephen/Chennells, Lucy (2000):** Unternehmensbesteuerung und Investitionen – Deutschland im internationalen Vergleich, hrsg. von der Bertelsmann Stiftung, Gütersloh 2000.
- Bosch, Hans-Gerd (1998):** Gedanken zur Missbrauchsvermutung des § 42 AO bei Zwischenschaltung einer Basisgesellschaft aus Sicht der steuerlichen Betriebsprüfung, IStR 1998, S. 392-396.
- Breithecker, Volker (1999):** Einführung in die Internationale betriebswirtschaftliche Steuerlehre: mit Fallbeispielen, Übungsaufgaben und Lösungen, Bielefeld 1999.

- Breithecker, Volker/Klapdor, Ralf/Passe, Jens (2001):** Modelle zur Steuerbilanzpolitik – Theorie ohne praktische Anwendung?, *StuW* 2002, S. 36-47.
- Brendt, Peter (2000):** Kommentierung „Änderung des Umwandlungsteuergesetz“, in: *Erle, Bernd/Sauter, Thomas (Hrsg.): Reform der Unternehmensbesteuerung. Kommentar zum Steuersenkungsgesetz mit Checklisten und Materialien*, Köln 2000.
- Breuninger, Gottfried E. (1991):** Die BGB-Gesellschaft als Rechtssubjekt im Wirtschaftsverkehr. Voraussetzungen und Grenzen, Köln 1991.
- Briese, André (2003):** Zur steuersystematisch gebotenen Behandlung von Veräußerungsgewinnen und –verlusten nach § 8b Abs. 2 und 3 KStG, *StuB* 2003, S. 440-448.
- Brodersen, Christian/Littan, Sonja (2003):** Realisierung des Körperschaftsteuerguthabens durch Umwandlung in eine Personengesellschaft – Gestaltungsüberlegungen zum StVergAbG, *GmbHR* 2003, S. 678-683.
- Brosig, Manfred (1993):** Zur steuerlichen Behandlung von Basisgesellschaften. Unzulänglichkeiten im deutschen Außensteuerrecht, Frankfurt am Main 1993.
- Bruski, Johannes (2002):** Step-Up-Modelle beim Unternehmenskauf, *FR* 2002, S. 181-190.
- Bühner, Rolf (1987):** Management-Holding, *Die Betriebswirtschaft* 1987, S. 40-49.
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) 1999),** Zuordnung der Bestände und Geschäfte der Institute zum Handelsbuch und zum Anlagebuch (§ 1 Abs. 12 KWG, § 2 Abs. 11 KWG), Rundschreiben 17/99 vom 8.12.1999, erhältlich unter http://www.bafin.de/cgi-bin/drucke.pl?datei=/rundschreiben/95_1999/rs17_99.htm.
- Bundesministerium der Finanzen (BMF) (1997):** Reform der Einkommensbesteuerung – Vorschläge der Steuerreform-Kommission – vom 22. Januar 1997, „Petersberger Steuervorschläge“, Schriftenreihe des BMF, Heft 61, Bonn 1997.

- Bundesministerium der Finanzen (BMF) (1995):** Thesen der Einkommensteuer-Kommission zur Steuerfreistellung des Existenzminimums ab 1996 und zur Reform der Einkommensteuer, Schriftenreihe des BMF, Heft 55, Bonn 1995.
- Bungert, Hartwin (1995):** Rechtsfähigkeit ausländischer Kapitalgesellschaften und Beweislast – Zugleich Anmerkung zu OLG Hamm, Beschluss vom 18.8.1994, DB 1995 S. 137 –, DB 1995, S. 963-969.
- Burkert, Manfred (2000):** Impact of the German Tax Reform on Foreign Investors, Corporate Finance M&A-Yearbook November 2000, S. 30-33.
- Cattelaens, Heiner u. a. (1997):** Körperschaftsteuer. Buchreihe Finanz und Steuern, Bd. 5, 12. Aufl., Stuttgart 1997.
- Clausen, Uwe/Renner, Georg (2000):** Steuerbefreiung bei mittelbarer Beteiligung (§ 8b Abs. 6 KStG), in: *Oppenhoff & Rädler Linklaters & Alliance (Hrsg.)*, Reform der Unternehmensbesteuerung. Steuersenkungsgesetz. Erläuterungen und Gestaltungshinweise für die Beratungspraxis, Bonn 2000.
- Coenberg, Adolf G. (2003):** Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse. Betriebswirtschaftliche, handelsrechtliche, steuerrechtliche und internationale Grundsätze – HGB, IAS/IFRS, US-GAAP, DRS, 19., völlig überarb. u. erw. Aufl., Stuttgart 2003.
- Constantin, Ch. (1975):** Steuerplanung in einer multinationalen Unternehmung, in: *Höhn, Ernst/Lutz, Benno/Zünd, André (Hrsg.)*, Steuerplanung in der Unternehmung, Referate eines Seminars der Weiterbildungsstufe der Hochschule St. Gallen, Bern/Stuttgart 1975, S. 113-123.
- Cordes, Martin (2001):** Die steuerliche Behandlung der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften, *Steuer & Studium* 2001, S. 515-523.
- Cozian, Maurice (1991):** What is abuse of law?, *intertax* 1991, S. 103-107.
- Crezelius, Georg (2001):** Neuregelung des § 42 AO? – Vom Missbrauch des Missbrauchs -, *DB* 2001, S. 2214-2215.

- Crezelius, Georg (2000):** Steuersenkungsgesetz: § 8b Abs. 3 Satz 2 KStG 2001 – ein steuerrechtliches Verwirrspiel, DB 2000, S. 1631-1633.
- Crezelius, Georg (1997):** Faktischer Konzern und steuerrechtliche Organschaft, in: *Forster, Karl-Heinz (Hrsg.)*, Aktien- und Bilanzrecht. Festschrift für Bruno Kropff, Düsseldorf 1997, S. 37-52.
- Crezelius, Georg (1995):** Kodifizierte und rechtsprechungstypisierte Umgehungen, StuW 1995, S. 313-325.
- Crezelius, Georg (1984):** Beschränkte Steuerpflicht und Gestaltungsmissbrauch, DB 1984, S. 530-534.
- Dautel, Ralph (2001):** Steueroptimierter Unternehmenskauf nach der Unternehmenssteuerreform, Finanz Betrieb 2001, S. 423-427.
- Dautzenberg, Norbert (2001):** Kapitalertragsteuer auf deutsche Dividenden an ausländische Kapitalgesellschaften EG-rechtswidrig?, BB 2001, S. 2137-2142.
- Dautzenberg, Norbert (2000a):** Die Kapitalverkehrsfreiheit des EG-Vertrags und die direkten Steuern – Auswirkungen aus dem Grundsatzurteil des EuGH vom 6.6.2000 in der Rechtssache Verkooijen -, StuB 2000, S. 720-726.
- Dautzenberg, Norbert (2000b):** Kommentar zu EuGH- Urt. vom 6.6.2000, Rs. C-35/98, Verkooijen, FR 2000, S. 725-728.
- Dautzenberg, Norbert (2000c):** Neuerungen im Internationalen Steuerrecht durch das Steuersenkungsgesetz, StuB 2000, S. 863-870.
- Debatin, Helmut (1992):** Doppelbesteuerungsabkommen und innerstaatliches Recht, DStR 1992, Beihefter zu Heft 23, S. 1-8.
- Desens, Marc (2003):** Die Besteuerung des Anteilseigners bei grenzüberschreitenden Gewinnausschüttungen – Überblick und Grundprobleme, IStR 2003, S. 613-621.
- Desens, Marc (2002):** Die systemwidrige Anwendung des Halbabzugsverfahrens beim Wertansatz von Kapitalanteilen (§ 3c Abs. 2 S. 1 Hs. 2 EStG) und des Abzugsverbo-

tes in § 8b Abs. 3 KStG bei Veräußerungen innerhalb der 7-Jahres-Missbrauchsfristen, FR 2002, S. 247-260.

Diehl, Wolfram (1985): Stehen Doppelbesteuerungsabkommen unter Missbrauchsvorbehalt? Auszüge aus der Diskussion in: *Gaddum, Johann Wilhelm u. a., Zinsen im internationalen Steuerrecht. Steuergestaltungsmöglichkeiten („treaty shopping“) und deren Grenzen*, München 1985, S. 71-79.

Dieterlen, Joachim/Schaden, Michael (2000): Sofort abzugsfähiger Verlust oder step up durch down-stream merger auch nach In-Kraft-Treten des Steuersenkungsgesetzes in Erwerberfällen?, BB 2000, S. 2552-2553.

Dötsch, Ewald (2003a): Aktuelle Entwicklungen bei der ertragsteuerlichen Organschaft: insbes. Gesetzesänderungen, Rechtsprechung, BMF-Einführungsschreiben, Der Konzern in Recht und Wirtschaft 2003, S. 21-38.

Dötsch, Ewald (2003b): Kommentierung § 37 KStG n.F., in: *Dötsch, Ewald/Eversberg, Horst/Jost, Werner F./Witt, Georg, Die Körperschaftsteuer. Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz, zum Umwandlungssteuergesetz und zu den einkommensteuerrechtlichen Vorschriften der Anteilseignerbesteuerung*, Stuttgart, Loseblatt, Stand Oktober 2003.

Dötsch, Ewald (2003c): Setzt die Realisierung des Körperschaftsteuerguthabens dessen formale Feststellung auf den Schluss des Vorjahres voraus?, DStR 2003, S. 1997-1999.

Dötsch, Ewald/Orth, Manfred (2002): Ausgewählte Fragen zur Organschaft, in: *Fachinstitut der Steuerberater e.V., „Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform“*, Arbeitsunterlage 19. Kölner Steuerkonferenz am 7. Oktober 2002 in der IHK zu Köln, Köln 2002.

Dötsch, Ewald/Pung, Alexandra (2003a): § 8b Abs. 1 bis 6 KStG: Das Einführungsschreiben des Bundesfinanzministeriums, DB 2003, S. 1016-1027.

Dötsch, Ewald/Pung, Alexandra (2003b): Kommentierung § 8b KStG n.F., in: *Dötsch, Ewald/Eversberg, Horst/Jost, Werner F./Witt, Georg, Die Körperschaftsteuer.*

Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz, zum Umwandlungssteuergesetz und zu den einkommensteuerrechtlichen Vorschriften der Anteilseignerbesteuerung, Stuttgart, Loseblatt, Stand Oktober 2003.

Dötsch, Ewald/Pung, Alexandra (2003c): Zeitliche Abgrenzung von Anrechnungs- und Halbeinkünfteverfahren: Das BMF-Schreiben vom 6.11.2003, DB 2003, S. 2514-2517.

Dötsch, Ewald/Pung, Alexandra (2000): Die geplante Reform der Unternehmensbesteuerung, DB Beilage 4/2000.

Dötsch, Ewald/Witt, Georg (1996): Organschaft und Anrechnungsverfahren – Zur Abgrenzung der beiden Besteuerungssysteme bei Beginn und bei Beendigung der Organschaft -, DB 1996, S. 1592-1598.

Eckert, Ralf (2003): Besteuerung von Dividenden an Steuerausländer, IStR 2003, S. 406-410.

Ehlermann, Christian/Löhr, Wolfgang (2003): Steuerfallen bei mittelbaren Anteilsübertragungen im Konzern, DStR 2003, S. 1509-1541.

Eilers, Stephan (2000): Tax Due diligence, in: *Schaumburg, Harald (Hrsg.)*, Unternehmenskauf im Steuerrecht, 2. Aufl., Stuttgart 2000, S. 103-140.

Eilers, Stephan/Kraus, Gero (2002): Problemfelder zu § 8b Abs. 2 und § 8b Abs. 7 KStG, in: *Fachinstitut der Steuerberater e.V.*, „Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform“, Arbeitsunterlage 19. Kölner Steuerkonferenz am 7. Oktober 2002 in der IHK zu Köln, Köln 2002.

Eilers, Stephan/Schmidt, Richard (2003): Die Steuerbefreiung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen nach § 8b KStG. Praxis-Kommentierung zum BMF-Schr. v. 28.4.2003 (GmbHR 2003, 603) zur Anwendung des § 8b KStG 2002 und zu Auswirkungen auf die Gewerbesteuer, GmbHR 2003, S. 613-643.

- Eilers, Stephan/Wienands, Hans-Gerd (2000):** Steuersenkungsgesetz: Anteilsveräußerungen durch Körperschaften nach der Neufassung von § 8b Abs. 2 KStG, GmbHR 2000, S. 1229-1240.
- Eilers, Stephan/Wienands, Hans-Gerd (1998):** Konzerninterne Restrukturierungen im Lichte des neuen § 8 Abs. 4 KStG, FR 1998, S. 828-835.
- Ellis, Maarten J. (1989):** Limitation of benefits: a Netherlands perspective, *intertax* 1989, S. 344-350.
- Elschen, Rainer (1991):** Entscheidungsneutralität, Allokationseffizienz und Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit. Gibt es ein gemeinsames Fundament der Steuerwissenschaften?, *StuW* 1991, S. 99-115.
- Elschen, Rainer/Hüchtebrock, Michael (1983):** Steuerneutralität in Finanzwissenschaft und Betriebswirtschaftslehre – Diskrepanzen und Konsequenzen, *Finanzarchiv* 1983, S. 253-280.
- Emmerich, V./Sonnenschein, J. (1997):** Konzernrecht. Das Recht der verbundenen Unternehmen bei Aktiengesellschaften, GmbH und Personengesellschaften, 6. Aufl., München 1997.
- Endres, Dieter/Oestreicher, Andreas (2000):** 2001 Tax Reform in Germany – Planning for a New Era, *intertax* 2000, S. 408-422.
- Endres, Dieter/Thies, Angelika (2002):** Bekämpfung doppelter Verlustnutzung im UntStFG – Oder: Wer danebenschießt, muss eine Strafrunde laufen, *RIW* 2002, S. 275-280.
- Engelmann, Andree/Heitzer, Bernd (2001):** Beteiligungsprozess von Venture Capital-Gesellschaften und Business Angels bei Marktunvollkommenheit, *Finanz Betrieb* 2001, S. 215-221.
- Erle, Bernd (2003):** Kommentierung § 14 KStG, in: *Erle, Bernd/Sauter, Thomas (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz. Die Besteuerung der Kapitalgesellschaft und ihrer Anteilseigner*, Heidelberg 2003.

- Eschen, Erik (2000):** Mittelstandsholding. Eine Lösung für Wachstums- und Größenprobleme kleiner und mittelgroßer Unternehmungen, zfo 2000, S. 165-170.
- Fahrholz, Bernd (1985):** Schranken der Steuergestaltung bei grenzüberschreitenden Finanztransaktionen: Abkommensrecht und innerstaatliches Recht, in: *Gaddum, Johann Wilhelm u. a.*, Zinsen im internationalen Steuerrecht. Steuergestaltungsmöglichkeiten („treaty shopping“) und deren Grenzen, München 1985, S. 52-61.
- Faulhaber, Markus (2000):** Neuerungen im Bereich der Organschaft nach dem Steuersenkungsgesetz, Inf 2000, S. 609-613.
- Fenzl, Barbara/Hagen, Christiane (2000):** Überlegungen zur Organschaft im Hinblick auf die geplante Unternehmenssteuerreform, FR 2000, S. 289-298.
- Fey, Achim/Neyer, Wolfgang (2001):** Veräußerungsgewinne und –verluste im gewerbesteuerlichen Organkreis: Bedeutung eines Ergebnisabführungsvertrags, DB 2001, S. 2009-2016.
- Fey, Achim/Neyer, Wolfgang (2000):** Verlustnutzung nach Umstrukturierung im Konzern: Auswahl des Reorganisationspfads unter steuerlichen Gesichtspunkten, GmbHR 2000, S. 705-711.
- Fichtelmann, Helmar (2001):** Die Neuregelung der Organschaft nach dem Steuersenkungsgesetz, GStB 2001, S. 29-34.
- Finanzausschuss (1999):** Dritter Bericht des Finanzausschusses (7. Ausschuß) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 14/23 – Entwurf eines Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 vom 3.3.1999, BT-Drs. 14/443.
- Fischer, Elke (2002):** Wechselwirkungen zwischen der Einkommen- und Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer bei Anteilen im Streubesitz nach dem UntStFG, DStR 2002, S. 610-616.
- Fischer, Lutz/Warneke, Perygrin (1998):** Internationale Betriebswirtschaftslehre, 4., neubearb. und erweiterte Aufl., Bielefeld 1998.

- Förster, Guido (2003):** Die Änderungen durch das StVergAbG bei der Einkommensteuer und der Körperschaftsteuer, DB 2003, S. 899-905.
- Förster, Guido (2002):** Kauf und Verkauf von Unternehmen nach dem UntStFG, DB 2002, S. 1394-1401.
- Förster, Guido (2001):** Ausgewählte Fragen bei der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften, Stbg 2001, S. 657-669.
- Fohr, Iris (2000):** Besteuerungskonzept für Holdinggesellschaften. Eine systematische Analyse der Anforderungen an die Ertragsbesteuerung internationaler Holdinggesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Steuerrechts, Frankfurt am Main 2000.
- Forsthoff, Ulrich (2002):** Abschied von der Sitztheorie. Anmerkung zu den Schlussanträgen des GA Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer in der Rs. Überseering, BB 2002, S. 318-321.
- Freiling, Carla/Schmucker, Yvonne (2001):** Anwendungsprobleme des § 8a KStG nach dem Steuersenkungsgesetz, IStR 2001, S. 97-102.
- Frotscher, Gerrit (2003a):** Die grenzüberschreitende Organschaft, Der Konzern in Recht und Wirtschaft 2003, S. 98-104.
- Frotscher, Gerrit (2003b):** Kommentierung § 8b KStG, in: *Frotscher, Gerrit/Maas, Ernst (Hrsg.)*, Kommentar zum Körperschaft- und Umwandlungssteuergesetz, Freiburg, Loseblatt, Stand November 2003.
- Frotscher, Gerrit (2002a):** Erwiderung zu dem Beitrag von Thiel, in: *Frotscher, Gerrit/Berg, Hans-Georg/Pannen, Michael/Stifter, Jörg/Thiel, Jochen*, Abzugsverbot für Finanzierungskosten einer Organbeteiligung – Erwiderungen zu dem Beitrag von Thiel (DB 2002, S. 1340) und Replik, DB 2002, S. 1522-1524.
- Frotscher, Gerrit (2002b):** Zur „Zuführung neuen Betriebsvermögens“ nach § 8 Abs. 4 KStG. Anmerkungen zum BFH-Urteil vom 8.8.2001, I R 29/00, DStR 2002, S. 10-16.

- Frotscher, Gerrit (2001):** Die Ausgabenabzugsbeschränkung nach § 3c EStG und ihre Auswirkung auf Finanzierungsentscheidungen, DStR 2001, S. 2045-2054.
- Frotscher, Gerrit (2000):** Die körperschaftsteuerliche Übergangsregelung nach dem Steuerentkennungsgesetz, BB 2000, S. 2280-2292.
- Frotscher, Gerrit (1999):** Gedanken zum Betriebsausgabenabzug bei steuerfreien ausländischen Einkünften, in: *Kleineidam, Hans-Jochen (Hrsg.), Unternehmenspolitik und internationale Besteuerung. Festschrift für Lutz Fischer zum 60. Geburtstag*, Berlin 1999, S. 549-565.
- Füger, Rolf/Rieger, Norbert (2003):** Anwendungserlass zu § 8b KStG – Ausgewählte Zweifelsfragen (Teil 1 und Teil 2), FR 2003, S. 543-549 und S. 589-598.
- Füger, Rolf/Rieger, Norbert (1999):** Die fehlgeschlagene Verschärfung des § 3c EStG oder „Die wundersamen Fiktionen des § 8b Abs. 7 KStG“, IStR 1999, S. 257-260.
- Füger, Rolf/Rieger, Norbert (1998):** Ende des Mythos der Monaco-Entscheidung. Anmerkungen zu den Entscheidungen des BFH vom 21.12.1994, 28.8.1997 und 29.10.1997, IStR 1998, S. 353-361.
- Fülbier, Andreas (2000):** § 1 KWG, in: *Boos, Karl-Heinz/Fischer, Reinfrid/Schulte-Mattler, Hermann (Hrsg.), Kreditwesengesetz. Kommentar zu KWG und Ausführungsvorschriften*, München 2000.
- Funk, Thomas E. (2002):** Unternehmensakquisitionen und –restrukturierungen nach dem Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts, BB 2002, S. 1231-1245.
- Fußbroich, Pinkas (2002):** Verlustverrechnung und Verlustverwertung im nationalen Kapitalgesellschaftskonzern, DStR 2002, S. 697-705.
- Gaddum, Johann Wilhelm (1985):** Gesichtspunkte zur Besteuerung von Zinsen bei internationalen Finanztransaktionen, in: *Gaddum, Johann Wilhelm u. a., Zinsen im internationalen Steuerrecht. Steuergestaltungsmöglichkeiten („treaty shopping“) und deren Grenzen*, München 1985, S. 1-11.

- Gandenberger, Otto (1985):** Der Einfluss der Einkommen- und Körperschaftsteuer auf die internationalen Wirtschaftströme, in: *Vogel, Klaus (Hrsg.)*, Grundfragen der internationalen Steuerrechts, Köln 1985, S. 33-48.
- Gandenberger, Otto (1983):** Kapitalexporthneutralität versus Kapitalimportneutralität. Allokative Überlegungen zu einer Grundfrage der internationalen Besteuerung, in: *Forschungsinstitut für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz*, Aufsätze zur Wirtschaftspolitik, Mainz 1983.
- Gassner, Wolfgang (1995):** Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Gestaltungsmissbrauch im Steuerrecht. Rechtsvergleichende Betrachtungen zum schweizerischen, deutschen und österreichischen Recht, in: *Cagianut, Francis/Vallender, Klaus A. (Hrsg.)*, Steuerrecht. Ausgewählte Probleme am Ende des 20. Jahrhunderts. Festschrift zum 65. Geburtstag von Ernst Höhn, Bern u. a. 1995, S. 65-89.
- Glanegger, Peter (2003):** Kommentierung § 35 EStG, in: *Schmidt, Ludwig (Hrsg.)*, Einkommensteuergesetz. Kommentar, 22., völlig Neubearb. Aufl., München 2003.
- Glanegger, Peter (2000):** Kommentierung § 32c EStG, in: *Schmidt, Ludwig (Hrsg.)*, Einkommensteuergesetz. Kommentar, 19., völlig Neubearb. Aufl., München 2000.
- Goebel, Andrea (1995):** Möglichkeiten der Entschlüsselung von Konzernkrisen mit der Methodik der integrativen Konzernabschlussanalyse, Bergisch Gladbach 1995.
- Göpfarth, Dirk (2001):** Die Besteuerung multinationaler Unternehmen aus europäischer Perspektive, Baden-Baden 2001.
- Görl, Maximilian (2003):** Kommentierung Art. 5 OECD-MA, in: *Vogel, Klaus/Lehner, Moris*, Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen. Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 4., völlig Neubearb. Aufl., München 2003.
- Gonnella, Robert (1993):** Mindestbesitzzeiten des Schachtelprivilegs nach Umsetzung der Mutter/Tochterrichtlinie ins deutsche Recht, DB 1993, S. 1693-1694.

- Gosch, Dietmar (2002):** Kommentierung § 9 GewStG, in: *Blümich*, EStG, KStG, GewStG, Kommentar, München, Loseblatt, Stand März 2002.
- Gratz, Kurt (1982):** Grundprobleme individueller und kollektiver Steuerplanung. Anwendungsbereiche und Lösungsverfahren unternehmerische Steuergestaltung, Berlin 1982.
- Greß, Manfred/Rose, Manfred/Wiswesser, Rolf (1998):** Marktorientierte Einkommenssteuer. Das neue kroatische System einer konsum- und damit marktorientierten Besteuerung der persönlichen Einkommens, München 1998.
- Großmann, Klaus (1995):** Doppelt ansässige Kapitalgesellschaften im internationalen Steuerrecht, München 1995.
- Grotherr, Siegfried (2002):** Erneute Reform der Hinzurechnungsbesteuerung durch das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz, IWB Fach 3 Gruppe 1, S. 1883-1902.
- Grotherr, Siegfried (2000):** Änderungen bei der Hinzurechnungsbesteuerung durch das StSenkG, IWB Fach 3 Gruppe 1, S. 1675-1690.
- Grotherr, Siegfried (1998):** Steuerpolitik nationaler und internationaler Konzerne, in: *Freidank, Carl-Christian (Hrsg.)*, Rechnungslegungspolitik. Eine Bestandsaufnahme aus handels- und steuerrechtlicher Sicht, Berlin u. a. 1998, S. 959-1017
- Grützner, Dieter (2003):** Änderungen im Bereich der Ertragsbesteuerung der Unternehmen durch das StVergAbG, StuB 2003, S. 433-439.
- Günkel, Manfred (2003):** Standortwahl für Konzernfinanzierungsgesellschaften – Eine Betrachtung aus der Sicht einer deutschen Muttergesellschaft, WPg-Sonderheft 2003, S. S186-S191.
- Günkel, Manfred/Fenzl, Barbara/Hagen, Christiane (2000):** Diskussionsforum Unternehmenssteuerreform: Steuerliche Überlegungen zum Übergang auf ein neues Körperschaft-steuersystem, insbesondere zum Ausschüttungsverhalten bei Kapitalgesellschaften, DStR 2000, S. 445-453.

- Gundel, Günter (2000):** Der Einsatz von ausländischen Finanzierungsgesellschaften im Rahmen der Konzernfinanzierung, in: *Grotherr, Siegfried (Hrsg.)*, Handbuch der internationalen Steuerplanung, Herne/Berlin 2000, S. 283-313.
- Haas, Wolfgang (2002):** Die Gewerbesteuerpflicht von Dividenden aus Streubesitz nach § 8 Nr. 5 GewStG und ihre Auswirkungen auf 100%-Beteiligungen, DB 2002, S. 549-553.
- Haberstock, Lothar (1984):** Die steuerliche Planung der internationalen Unternehmung, BFuP 1984, S. 260-278.
- Hadenfeldt, Birgit (2001):** Die Hinzurechnungsbesteuerung nach dem Außensteuergesetz von Einkünften aus deutschen Quellen, Baden-Baden 2001.
- Häger, Michael/Forst, Paul (2001):** Betriebsaufgabenabzug beim nationalen Schachtelprivileg. Lässt er sich durch Organschaft sichern?, EStB 2001, S. 154-157.
- Hahn, Hartmut (2003):** Der Bosal-Fall und die beschränkte Problemlösungskapazität des EuGH. Zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 18.9.2003 – Rs. C-168/02 – Bosal Holding BV, GmbHR 2003, 1286 – in diesem Heft, GmbHR 2003, S. 1245-1249.
- Hanau, Peter/Wackerbarth, Ulrich (1998):** Das Arbeitsrecht in der Holding, in: *Lutter, Marcus (Hrsg.)*, Holding-Handbuch. Recht – Management – Steuern, 3., akt. u. erw. Aufl., Köln 1998, Rz. G 1-217.
- Hannemann, Susanne (2000):** Down-Stream Merger einer Kapitalgesellschaft auf eine Personengesellschaft, DB 2000, S. 2497-2500.
- Hannes, Berthold (1992):** Qualifikationskonflikte im Internationalen Steuerrecht, Hamburg 1992.
- Hardecker, Sven (2002):** Anteilsveräußerungen von Holding-Gesellschaften – Steuerliche Wahlmöglichkeiten bei Einstufung als Finanzunternehmen, DB 2002, S. 2127-2129.

- Haritz, Detlef/Wisniewski, Thomas (2000):** Das Umwandlungssteuerrecht nach Verabschiedung der Unternehmenssteuerreform, GmbHR 2000, S. 789-796.
- Haun, Jürgen/Winkler, Hartmut (2002):** Klarstellungen und Unklarheiten bei der Besteuerung von Beteiligungserträgen nach der Neufassung des § 8b KStG, GmbHR 2002, S. 192-199.
- Haun, Jürgen/Winkler, Hartmut (2001):** Unternehmenskaufmodelle zur Erzielung eines Step up in 2001 – Kombinations- und Mitunternehmermodell in 2001 noch möglich! -, DB 2001, S. 1389-1391.
- Hauser, Hansgeorg (1996):** Freistellung oder Anrechnung als Regelmethode in Doppelbesteuerungsabkommen?, in: *Vogel, Klaus, u. a.*, Freistellung im internationalen Steuerrecht, München 1996, S. 47-54.
- Heigel, Anton (1975):** Laufende betriebliche Ertragsteuerplanung, in: *Höhn, Ernst/Lutz, Benno/Ziind, André (Hrsg.)*, Steuerplanung in der Unternehmung, Referate eines Seminars der Weiterbildungsstufe der Hochschule St. Gallen, Bern/Stuttgart 1975, S. 19-37.
- Heinen, Edmund (1976):** Grundlagen betriebswirtschaftlicher Entscheidungen. Das Ziel-system der Unternehmung, 3., durchges. Aufl., Wiesbaden 1976.
- Heldrich, Andreas (2003):** Kommentierung Art. 12 EGBGB, in: *Palandt, Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurz-Kommentare Bd. 7, 62., neubearb. Aufl., München 2003.
- Hemmelrath, Alexander (2003):** Kommentierung Art. 7 OECD-MA, in: *Vogel, Klaus/Lehner, Moris*, Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen. Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 4., völlig neubearb. Aufl., München 2003.
- Henkel, Udo W. (1998):** Inlandsaktivitäten ausländischer Unternehmen. Beteiligungen an inländischen Kapitalgesellschaften, in: *Mössner, Jörg Manfred u. a.*, Steuerrecht international tätiger Unternehmen. Handbuch der Besteuerung von Auslandsaktivitäten

inländischer Unternehmen und von Inlandsaktivitäten ausländischer Unternehmen, 2., völlig überarb. und erw. Aufl., Köln 1998, Teil F II und E.

Herlinghaus, Andreas (2002a): Organträger, Organgesellschaft, Eingliederungsvoraussetzungen, in: *EUROFORUM (Hrsg.)*, Die Organschaft. Besteuerung nach Inkrafttreten des UntStFG, Arbeitsunterlage zur 6. EUROFORUM-Jahrestagung am 17. und 18. September 2002 in Hamburg.

Herlinghaus, Andreas (2002b): Einkommensermittlung bei der Organschaft, in: *EUROFORUM (Hrsg.)*, Die Organschaft. Besteuerung nach Inkrafttreten des UntStFG, Arbeitsunterlage zur 6. EUROFORUM-Jahrestagung am 17. und 18. September 2002 in Hamburg.

Herlinghaus, Andreas (2000): StSenkG: Änderung der Eingliederungsvoraussetzungen bei Organschaften (§ 14 KStG und § 2 Abs. 2 S. 2 GewStG), FR 2000, S. 1105-1114.

Hernler, Jörg (2000): Umstrukturierung eines internationalen Konzerns, IWB 2000, Fach 3 Gruppe 1, S. 1643-1652.

Herzig, Norbert (2003a): Aktuelle Entwicklungen bei § 8b KStG und § 3c EStG, DB 2003, S. 1459-1468

Herzig, Norbert (2003b): Gesellschafter-Fremdfinanzierung – Analyse und Perspektiven, WPg-Sonderheft 2003, S. S191-S205.

Herzig, Norbert (2002): Wann ist die Begründung eines Organschaftsverhältnisses sinnvoll?, in: *EUROFORUM (Hrsg.)*, Die Organschaft. Besteuerung nach Inkrafttreten des UntStFG, Arbeitsunterlage zur 6. EUROFORUM-Jahrestagung am 17. und 18. September 2002 in Hamburg.

Herzig, Norbert (2001): Steuern erlangen im globalen Wettbewerb ein Element der Freiwilligkeit. Die internationale Besteuerung, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 2.7.2001, Kompendium der neuen BWL, S. 22.

Herzig, Norbert (2000): Gestaltung steuerorientierter Umstrukturierungen im Konzern, DB 2000, S. 2236-2245.

- Herzig, Norbert (1994):** Standortsicherungsgesetz: Gesetzliche Regelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung in § 8a KStG (Teil I und Teil II), DB 1994, S. 110-115 und S. 168-177.
- Herzig, Norbert/Dautzenberg, Norbert (2000):** Die deutsche Steuerreform ab 1999 und ihre Aspekte für das deutsche Außensteuerrecht und das internationale Steuerrecht, DB 2000, S. 12-20.
- Heurung, Rainer (2003):** Einführung KStG, in: *Erle, Bernd/Sauter, Thomas (Hrsg.)*, Heidelberger Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz. Die Besteuerung der Kapitalgesellschaft und ihrer Anteilseigner, Heidelberg 2003.
- Heurung, Rainer/Heinsen, Oliver/Springer, Mascha (2001a):** Anwendungs- und Zweifelsfragen im Rahmen der Steuerreform, BB 2001, S. 181-186.
- Heurung, Rainer/Heinsen, Oliver/Springer, Mascha (2001b):** Kurzdarstellung des Berichts zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts, BB 2001, S. 1605-1610.
- Heurung, Rainer/Klübenspies, Marco (2003):** Ertragsteuerliche Organschaften im Lichte des BMF-Schreiben vom 26.8.2003, BB 2003, S. 2483-2495.
- Heurung, Rainer/Oblau, Markus/Röker, Julia (2002):** Neufassung der Tatbestandsvoraussetzungen der ertragsteuerlichen Organschaft durch das UntStFG und das StVbG, GmbHR 2002, S. 620-626.
- Hey, Friedrich E. F. (2002):** Organschaft und Verlustberücksichtigung im Ausland – Adressatenkreis von § 14 Abs. 1 Nr. 5 KStG n. F., BB 2002, S. 915-916.
- Hey, Friedrich E. F. (1993):** Gesellschafterfremdfinanzierung. Einige Gedanken zum neuen § 8a KStG, RIW 1993, S. 833-838.
- Hey, Johanna (2001):** Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses von Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen von der körper- und gewerbesteuerlichen Organschaft – zugleich ein Plädoyer für einen sparsamen Umgang mit Unvereinbarkeitserklärungen, FR 2001, S. 1279-1283.

- Hillebrandt, Franca (2001):** Entflechtung der >>Deutschland AG << durch Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen?, DBW 2001, S. 711-726.
- Hinder, Jens-Uwe/Heidbüchel, Volker (2003):** Unterkapitalisierungsvorschrift des § 8a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KStG a.F. als Diskriminierung ausländischer Muttergesellschaften – Anmerkungen zum EuGH-Urteil vom 12.12.2002 – Rs. C-324/00 -, StuB 2003, S. 363-368.
- Hintzen, Brigitte (1998):** Die Zwischenholding als Strukturelement internationaler Konzerne, DStR 1998, S. 1319-1324.
- Hintzen, Brigitte (1997):** Die deutsche Zwischenholding als Gegenstand der internationalen Steuerplanung, Frankfurt am Main u. a. 1997.
- Höppner, Horst-Dieter (1998):** Missbräuchliche Zwischenschaltung ausländischer Basisgesellschaften durch Steuerausländer. BFH-Urteil vom 29.10.1997, I R 35/96 mit Anmerkungen, IWB 1998, Fach 3, Gruppe 1, S. 653-658.
- Höreth, Ulrike/Schiegl, Brigitte/Zipfel, Lars (2002):** Wesentliche Änderungen der Steuergesetze durch das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz (UntStFG), BB 2002, S. 485-492.
- Hörger, Helmut/Endres, Norbert (1998):** Verlustnutzung beim Mantelkauf, DB 1998, S. 335-339.
- Hörtnagel, Robert (2001):** Änderungen des Umwandlungssteuergesetzes im System des Steuersenkungsgesetzes, INF 2001, S. 33-39.
- Hoffmann, Ralph (1996):** Kommentierung § 42 AO, in: *Koch, Karl (Hrsg.), Abgabenordnung, Kommentar, 5., völlig überarb. u. erw. Aufl., Köln 1996.*
- Hofmann, Heinz (1985):** Stehen Doppelbesteuerungsabkommen unter Missbrauchsvorbehalt? Auszüge aus der Diskussion, in: *Gaddum, Johann Wilhelm u. a., Zinsen im internationalen Steuerrecht. Steuergestaltungsmöglichkeiten („treaty shopping“) und deren Grenzen, München 1985, S. 71-79.*

- Holzaepfel, Peter/Köplin, Manfred (2003):** Kommentierung § 8a KStG, in: *Erle, Bernd/Sauter, Thomas (Hrsg.)*, Heidelberger Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz. Die Besteuerung der Kapitalgesellschaft und ihrer Anteilseigner, Heidelberg 2003.
- Homburg, Stefan (2000a):** Trojanisches Pferd mit zahlreichen Tücken, in: *Unternehmer-Magazin* 3/2000, S. 8-10.
- Homburg, Stefan (2000b):** Perspektiven der internationalen Unternehmensbesteuerung, in: *Andel, Norbert (Hrsg.)*, Probleme der Besteuerung, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 259, Berlin 2000, S. 9-61.
- Horstmann, Ralf/Wichterich, Raoul (2000):** Beteiligungsmanagement nach neuem Körperschaftsteuerrecht, *Inf* 2001, S. 97-101 und 138-141.
- Hüffer, Uwe (1999):** Aktiengesetz, 4. Aufl., München 1999.
- Hülss, Karl (1934):** Die Holdinggesellschaft. Ihre Sonderstellung als privatwirtschaftliche Unternehmung unter besonderer Berücksichtigung deutscher Verhältnisse und Interessen, Forchheim Ofr. 1934.
- Hundsdoerfer, Jochen/Siegmund, Olaf (2003):** Die zehn Varianten der ertragsteuerlichen Entlastung von Beteiligungsaufwendungen, *WPg* 2003, S. 1345-1356.
- Hundt, Florenz (1993):** Standortsicherungsgesetz: Außensteuerliche Änderungen – Einfügung von § 8b KStG sowie Änderungen des § 26 KStG, des UmwStG und des AStG (Teil I und II), *DB* 1993, S. 2048-2053 und S. 2098-2104.
- Jachmann, Monika (1998):** Leistungsfähigkeitsprinzip und Umverteilung, *StuW* 1998, S. 293-297.
- Jachmann, Monika (1996):** Verfassungsrechtliche Grenzen der Besteuerung. Sozialstaatliche Steuergesetzgebung im Spannungsverhältnis zwischen Gleichheit und Freiheit, Aachen 1996.

- Jacobs, Otto H. (2002):** Internationale Unternehmensbesteuerung. Deutsche Investitionen im Ausland. Ausländische Investitionen im Inland, 5., neubearb. u. erw. Aufl., München 2002.
- Jacobs, Otto H. (1999):** Internationale Unternehmensbesteuerung. Deutsche Investitionen im Ausland. Ausländische Investitionen im Inland, 4., neubearb. u. erw. Aufl., München 1999.
- Jacobs, Otto H. (1998):** Unternehmensbesteuerung und Rechtsform. Handbuch zur Besteuerung deutscher Unternehmen, 2., völlig neubearb. Aufl., München 1998.
- Jacobs, Otto H./Spengel, Christoph/Finkenzeller, Martin/Roche, Matthias (2003):** Company Taxation in the New EU Member States. Survey of the Tax Regimes and Effective Tax Burdens for Multinational Investors, Study by Ernst & Young and the Centre for European Economic Research (ZEW), Frankfurt am Main/Mannheim 2003.
- Jacobs, Otto H./Spengel, Christoph/Hermann, Rico/Stetter, Thorsten (2003),** Steueroptimale Rechtsformwahl: Personengesellschaften besser als Kapitalgesellschaften, ZEW Discussion Paper No. 03-30, Mannheim 2003, auch erhältlich unter <http://www.zew.de/de/publikationen/>.
- Jacobs, Otto H./Storck, Alfred (1977):** Tochterkapitalgesellschaft oder Betriebsstätte im Ausland? – Eine Analyse der internationalen Unternehmensbesteuerung, DBW 1977, S. 379-397.
- Jakobs, Norbert/Wittmann, Hans-Jörg (2000a):** Steuersenkungsgesetz: Besteuerung von Anteilsveräußerungen, GmbHR 2000, S. 910-921.
- Jakobs, Norbert/Wittmann, Hans-Jörg (2000b):** Steuersenkungsgesetz: Besteuerung von Anteilserwerben, GmbHR 2000, S. 1015-1022.
- Janda, Karl (1958):** Organschaft und Schachtelvergünstigung, Wien 1958.
- Janda, Karl (1953):** Die Organtheorie. Die Besteuerung von Wirtschaftseinheiten, Wien 1953.

- Jesse, Lenhard (2002):** Dividenden- und Hinzurechnungsbesteuerung, in: *Schaumburg, Harald/Piltz, Detlev J. (Hrsg.)*, Holdinggesellschaften im Internationalen Steuerrecht, Köln 2002, S. 109-163.
- Kämper, Andrea (2001):** „Eurowings“: EU-Rechtsverstöße bei der gewstl. Hinzurechnungsbesteuerung, dem AStG und der Gesellschafterfremdfinanzierung!, *FR* 2001, S. 665-674.
- Kaiser, Karin (1994):** Stichwort „Zielsystem, steuerliches“, in: *Wacker, Wilhelm H. (Hrsg.)*, Lexikon der deutschen und internationalen Besteuerung, 3., vollst. überarb. und erw. Aufl., München 1994, S. 849-852.
- Kaminski, Bert/Strunk, Günther (2003):** Internationale Aspekte des StVergAbG, *Stbg* 2003, S. 253-258.
- Kawada, Go (1989):** An outline of Japanese anti-tax avoidance provisions, *intertax* 1989, S. 361-363.
- Keller, Thomas (1993):** Unternehmensführung mit Holdingkonzepten, 2., überarb. Aufl., Köln 1993.
- Keller, Thomas (1992):** Effizienz- und Effektivitätskriterien einer Unternehmenssteuerung mit dezentralen Holdingstrukturen, *BfuP* 1992, S. 14-27.
- Keller, Thomas (1991):** Die Einrichtung einer Holding: Bisherige Erfahrungen und neuere Entwicklungen, *DB* 1991, S. 1633-1639.
- Kempf, Andreas/Schiegl, Brigitte (2002):** Die Nutzung von Personengesellschaften in M & A-Transaktionen unter Beteiligung von Kapitalgesellschaften, *DStZ* 2002, S. 107-109.
- Kerssenbrock, Otto-Ferdinand Graf (2000):** Corporate Income Tax Problems with „Organschaft“ if business periods deviate from the Calendar year, *intertax* 2000, S. 279-300.

- Keß, Thomas (2003):** Entwicklungen und Kritik der geplanten Gemeindefinanzierungssteuer. Erste Überlegungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Gewerbesteuer, FR 2003, S. 959-963.
- Kessler, Wolfgang (2003a):** Die Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Spannungsfeld zum Recht der Doppelbesteuerungsabkommen und Europarecht, DB 2003, S. 2507-2514.
- Kessler, Wolfgang (2003b):** Grundlagen der Steuerplanung mit Holdinggesellschaften, in: *Grotherr, Siegfried (Hrsg.)*, Handbuch der internationalen Steuerplanung, 2. Aufl., Herne/Berlin 2003, S. 159-185.
- Kessler, Wolfgang (2002a):** Internationale Holdingstandorte, in: *Schaumburg, Harald/Piltz, Detlev J. (Hrsg.)*, Holdinggesellschaften im Internationalen Steuerrecht, Köln 2002, S. 67-108.
- Kessler, Wolfgang (2002b):** Gewerbesteuer ist Betriebsausgabe, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 24.4.2002, S. 25.
- Kessler, Wolfgang (1996):** Die Euro-Holding. Steuerplanung, Standortwahl, Länderprofile, München 1996.
- Kessler, Wolfgang (1993):** Internationale Organschaft in Dänemark, IStR 1993, S. 303-310.
- Kessler, Wolfgang/Dormueller, Pia/Schmitt, Claudio Philipp (2001):** Änderungen der Hinzurechnungsbesteuerung durch den Entwurf eines UntStFG, PISStB 2001, S. 318-329.
- Kessler, Wolfgang/Reitsam, Michael (2003):** § 3c Abs. 1 EStG und Vorteilsgewährung im Konzern, DB 2003, S. 2139-2143.
- Kessler, Wolfgang/Schmalz, Andrea/Schmidt, Wolfgang (2001):** Die Verschärfung, Verbesserung und Verkomplizierung der Besteuerung von Beteiligungserträgen nach der geplanten Neufassung des § 8b KStG, DStR 2001, S. 1865-1875.

- Kessler, Wolfgang/Schmidt, Wolfgang (2000a):** Steuersenkungsgesetz: Umwandlung von Kapital- in Personengesellschaften: Vergleich der derzeitigen und zukünftigen Steuerwirkungen im Gründerfall, DB 2000, S. 2032-2038.
- Kessler, Wolfgang/Schmidt, Wolfgang (2000b):** Umwandlung von Kapital- in Personengesellschaften – Vergleich der derzeitigen und zukünftigen Steuerwirkungen im Erwerberfall, DB 2000, S. 2088-2094.
- Kessler, Wolfgang/Schmidt, Wolfgang/Teufel, Tobias (2001):** GmbH & Co. KG als attraktive Rechtsformalternative für eine deutsche Euro-Holding, IStR 2001, S. 265-274.
- Kessler, Wolfgang/Teufel, Tobias (2000a):** Läuft die Hinzurechnungsbesteuerung bei Beteiligungserträgen und Veräußerungsgewinnen leer? – Überlegungen zur Anwendbarkeit von § 8b Abs. 1 und 2 KStG n.F. im Rahmen des § 10 Abs. 3 Satz 1 AStG, IStR 2000, S. 545-548.
- Ketterer, Thilo (1997):** Die Gestaltung der Besteuerung im Konzern bei Divisionalisierung und Internationalisierung – Quantifizierung der Besteuerungseffekte unter besonderer Berücksichtigung der Organschaft - , Bochum 1997.
- Kirchhof, Paul (2003a):** Einkommensteuer Gesetzbuch. Ein Vorschlag zur Reform der Einkommen- und Körperschaftsteuer, Heidelberg 2003.
- Kirchhof, Paul (2003b):** Das EStGB – ein Vorschlag zur Reform des Ertragsteuerrechts, DStR 2003, Beihefter zu Heft 37, S. 1-16.
- Kirchhof, Paul et alii (2001):** Dokumentation: Karlsruher Entwurf zur Reform des Einkommensteuergesetzes, DStR 2001, S. 917-920.
- Kirchhof, Paul (2000):** Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Steuergesetzgebung, in: *Deutsches Steuerberaterinstitut e.V. (Hrsg.), Arbeitsunterlage mit Kurzfassungen zu den Vorträgen sowie Fallsammlung und Lösungsvorschläge zur Podiumsdiskussion „Ertragsteuerliche Praxisprobleme“ des 23. Deutschen Steuerberatertages vom 30. Oktober bis 1. November 2000 in Berlin, S. 11-13.*

- Kirchhof, Paul (1997):** Verfassungsrechtlich Gebotenes, demokratisch Erwünschtes und politisch Machbares in der Steuerreform, in: *Rose, Manfred (Hrsg.)*, Standpunkte zur aktuellen Steuerreform. Vorträge des Zweiten Heidelberger Steuerkongresses 1997, Heidelberg 1997, S. 85-96.
- Kirsch, Martina/Grube, Frank (2001):** Die Organschaft nach dem Steuersenkungsgesetz – für die Gewerbesteuer noch keine wirkliche Vereinfachung, *GmbHR* 2001, S. 371-375.
- Klein, Manfred (2001):** Hinzurechnungsbesteuerung bei Auslandsholdings – Situation nach Steuersenkungsgesetz und Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz, *IStR* 2001, S. 616-621.
- Klein, Martin (1994):** Die nicht „angemessene rechtliche Gestaltung“ im Steuerumgebungstatbestand des § 42 AO, Köln 1994.
- Klingberg, Dietgard/Müller-Gatermann, Gert (2002):** Dividendenfreistellung und Einschränkung des Betriebsausgabenabzugs, in: *Fachinstitut der Steuerberater e.V.*, „Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform“, Arbeitsunterlage 19. Kölner Steuerkonferenz am 7. Oktober 2002 in der IHK zu Köln, Köln 2002.
- Kluge, Volker (1992):** Das deutsche Internationale Steuerrecht, 3., völlig überarb. Aufl., München 1992.
- Knebel, Andreas/Seltenreich, Stephan (2003):** Besprechung des BMF-Schreibens zu § 8b KStG vom 28.4.2003, *Stbg* 2003, S. 259-267.
- Kneip, Christoph/Rieke, Ingo (2001):** Hinzurechnungsbesteuerung bei ausländischen Holdinggesellschaften nach dem Entwurf eines Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetzes (UntStFG), *IStR* 2001, S. 665-671.
- Knobbe-Keuk, Brigitte (1991):** „Qualifikationskonflikte“ im internationalen Steuerrecht der Personengesellschaften, *RIW* 1991, S. 306-316.
- Köhler, Stefan (2003a):** Aktuelles Beratungs-Know-how Internationales Steuerrecht, *DStR* 2003, S. 1156-1160.

- Köhler, Stefan (2003b):** § 8b Abs. 4 KStG: Verlust der wirtschaftlichen Identität nur bei überwiegendem Zuführen von „neuem“ Betriebsvermögen, DStR 2003, S. 1011-1015.
- Köhler, Stefan (2002):** Aktuelles Beratungs-Know-how Internationales Steuerrecht, DStR 2002, S. 1341-1344.
- Köhler, Stefan (2001a):** Änderungen bei der Besteuerung von Veräußerungsgewinnen, in: *Arthur Andersen (Hrsg.)*, Steuerreform 2001, Band 1: Die Erläuterungen. Hinweise für die Praxis, Frankfurt a. M. 2001, S. 90-108.
- Köhler, Stefan (2001b):** Die deutsche Holdinggesellschaft nach der Unternehmenssteuerreform, in: *Arthur Andersen (Hrsg.)*, Steuerreform 2001, Band 1: Die Erläuterungen. Hinweise für die Praxis, Frankfurt a. M. 2001, S. 228-271.
- Köhler, Stefan (2000a):** Unternehmenssteuerreform 2001: Auswirkungen des Steuersenkungsgesetzes auf deutsche Auslandsinvestitionen, DStR 2000, S. 1849-1857.
- Köhler, Stefan (2000b):** Diskussionsforum Unternehmenssteuerreform: Auswirkungen der steuerlichen Änderungen auf deutsche Auslandsinvestitionen, DStR 2000, S. 613-620.
- Köhler, Stefan (2000c):** Steuersystematische Analyse der Aktivitätsvorbehalte in deutschen DBA als Basis internationaler Steuergestaltungsüberlegungen, in: *Grotherr, Siegfried (Hrsg.)*, Handbuch der internationalen Steuerplanung, Herne/Berlin 2000, S. 1299-1328.
- Köhler, Stefan (1997):** Kommentierung zu § 50d Abs. 1a EStG, in: *Arthur Andersen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft mbH (Hrsg.)*, Körperschaftsteuergesetz. Kommentar, Loseblatt, Bonn 1997.
- Köhler, Stefan (1994):** Die Steuerpolitik der deutschen internationalen Unternehmung im Einflussbereich der Hinzurechnungsbesteuerung, Frankfurt am Main 1994.

- Köhler, Stefan/Luckey, Jörg (2002):** Die Unternehmenssteuerreform, in: *Deutsches Steuerberaterinstitut e. V., Fachinstitut des Deutschen Steuerberaterverbandes e. V. (Hrsg.)*, Steuerberater-Handbuch, Bonn 2002, 10. Teil, A.
- Köster, Beate-Katrin (2000):** StSenkG: Befreiung innerkonzernlicher Beteiligungserträge. Dividenden und Veräußerungsgewinne, Abzugsbegrenzung, FR 2000, S. 1263-1269.
- Kollruss, Thomas (2001):** Modelle zum Kauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften, INF 2001, S. 430-433.
- Koppensteiner, Hans-Georg (1985a):** Kommentierung § 15 AktG, in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 2. Aufl., Köln u.a. 1985.
- Koppensteiner, Hans-Georg (1985b):** Kommentierung § 18 AktG, in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 2. Aufl., Köln u.a. 1985.
- Krabbe, Helmut (1999):** Betriebsausgabenabzug bei steuerfreien Schachteldividenden nach § 8b Abs. 7 KStG, IStR 1999, S. 365-366.
- Kramer, Andreas (2003):** Realisierung des Körperschaftsteuerguthabens in 2002 durch Ausschüttungen über mehrere Stufen, DStR 2003, S. 1866-1869.
- Kraft, Cornelia (1991):** Steuergerechtigkeit und Gewinnermittlung. Eine vergleichende Analyse des deutschen und US-amerikanischen Steuerrechts, Wiesbaden 1991.
- Kraft, Ernst-Thomas (1998):** Rechtsformen und Entstehung der Holding, in: *Lutter, Marcus (Hrsg.)*, Holding-Handbuch. Recht – Management – Steuern, 3., akt. u. erw. Aufl., Köln 1998, Rz. B 1-135.
- Kraft, Gerhard (1994):** Auslegungs- und Anwendungsprobleme der speziellen Mißbrauchsklausel des § 50d Abs. 1a EStG zur Verhinderung von „Treaty Shopping“ bzw. „Directive Shopping“, IStR 1994, S. 370-377.
- Kraft, Gerhard (1991):** Die missbräuchliche Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen. Zur Problematik des „Treaty Shopping“ unter Berücksichtigung der

Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland, in der Schweiz und in den Vereinigten Staaten, Heidelberg 1991.

Kratz, Peter (1986): Steuerplanung internationaler Unternehmungen. System und Methode, Bern/Stuttgart 1986.

Kraushaar, Rolf (1993): Gesellschafter-Fremdfinanzierung (§ 8a KStG), in: *Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (Hrsg.), Generalthema Steuergestaltung bei verbundenen Unternehmen in Europa, Bericht über die Steuerfachtagung 1993 des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V., 14./15. September in Neuss, Düsseldorf 1993, S. 251-292.*

Krawitz, Norbert (2000): Betriebswirtschaftliche Anmerkungen zum Halbeinkünfteverfahren, DB 2000, S. 1721-1727.

Krawitz, Norbert/Büttgen, Dagmar (2001): Auswirkungen der Unternehmenssteuerreform auf den Holdingstandort Deutschland aus der Sicht eines ausländischen Investors am Beispiel Großbritanniens (Teil I und II), IStR 2001, S. 626-632 u. 658-662.

Krawitz, Norbert/Büttgen, Dagmar/Hick, Christian (2002): Zwischenholdinggesellschaften inländisch beherrschter internationaler Konzerne unter dem Einfluss der Reformen des Unternehmenssteuerrechts, WPg 2002, S. 85-103.

Krawitz, Norbert/Büttgen-Pöhlend, Dagmar/Hick, Christian (2003): Aktivitätsvorbehalte bei Einkünften aus ausländischen Kapitalgesellschaften und Betriebsstätten, FR 2003, S. 109-127.

Krawitz, Norbert/Hick, Christian (2001): Wahl zwischen ausländischer Betriebsstätte oder Kapitalgesellschaft: Einfluss der Reformen des Unternehmenssteuerrechts, RIW 2001, S. 743-756.

Krawitz, Norbert/Wagener, Andreas (1997): Theorie der Besteuerung aus volks- und betriebswirtschaftlicher Sicht, homo oeconomicus Bd. XIV, München 1997.

- Krebs, Hans-Joachim (2001):** Die ertragsteuerliche Organschaft. Überlegungen vor dem Hintergrund des Berichts der Bundesregierung zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts, BB 2001, S. 2029-2036.
- Krebühl, Hans-Herbert (2001):** Zur Reform und Reformnotwendigkeit der deutschen Konzernbesteuerung, DStR 2001, S. 1730-1741.
- Kröner, Ilse (2001):** Die Organschaft, in: *Arthur Andersen (Hrsg.), Steuerreform 2001, Band 1: Die Erläuterungen. Hinweise für die Praxis*, Frankfurt a.M. 2001, S. 152-170.
- Kröner, Michael/Eversberg, Horst (2002):** Aktuelle Fragen zur Verlustberücksichtigung im Konzernverbund unter Berücksichtigung von Beteiligungsaufwand, in: *Fachinstitut der Steuerberater e.V., „Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform“*, Arbeitsunterlage 19. Kölner Steuerkonferenz am 7. Oktober 2002 in der IHK zu Köln, Köln 2002.
- Kröner, Michael/Hadzic, Edin (1998):** Der Erwerb eigener Anteile nach § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG unter Berücksichtigung von § 50c EStG, DB 1998, S. 2133-2138.
- Kröner, Michael/Köhler, Stefan (1999):** Änderungen in § 8b KStG: Standortsicherung im Rückwärtsgang, IStR 1999, S. 268-273.
- Krollmann, Heinz (1959):** Organschaft im Steuerrecht. Konzerne, Ergebnisabführung, Unternehmereinheit, Herne/Berlin 1959.
- Krüger, Dirk (2001):** Änderungen und Änderungsnotwendigkeiten im Außensteuergesetz, in: *Lüdicke, Jürgen (Hrsg.), Internationale Aspekte der Unternehmenssteuerreform*, Köln 2001, S. 99-114.
- Kruse, Heinrich Wilhelm/Drüen, Klaus-Dieter (1999):** Kommentierung § 42 AO, in: *Tipke, Klaus/Kruse, Heinrich Wilhelm, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung. Kommentar zur AO und FGO (ohne Steuerstrafrecht)*, Köln, Loseblatt, Stand September 1999.

- Kruse, Heinrich Wilhelm (1990):** Über die Gleichmäßigkeit der Besteuerung, *StuW* 1990, S. 322-330.
- Kube, Hanno (2003):** Grundfreiheiten und Ertragskompetenz – die Besteuerung der grenzüberschreitenden Konzernfinanzierung nach dem Lankhorst-Urteil des EuGH, *IStR* 2003, S. 325-335.
- Küster, Erwin (1989):** Steueroasen aus der Sicht der Steuerfahndung, *IWB* 1989, Fach 3, Gruppe 1, S. 1245-1252.
- Küting, Karlheinz (1980):** Zur Systematisierung von Konzernstrukturen, *WiSt* 1980, S. 6-10.
- Kumpf, Wolfgang/Roth, Andreas (2000):** Einzelfragen der Ergebniszuordnung nach den neuen Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätzen, *DB* 2000, S. 787-793.
- Kußmaul, Heinz/Beckmann, Stefan (2001),** Die Dividendenbesteuerung im nationalen und internationalen Kontext – Ist der Grundsatz der Freiheit des Kapitalverkehrs gewahrt? -, *DB* 2001, S. 608-614.
- Lang, Bianca (2002):** Das System der Ausschüttungen in der fünfzehnjährigen Übergangszeit, *DB* 2002, S. 1793-1798.
- Lang, Joachim (2002a):** Grundlagen der Steuerrechtsordnung, in: *Tipke, Klaus/Lang, Joachim*, *Steuerrecht*, 17., völlig überarb. Aufl., Köln 2002, §§ 1-5.
- Lang, Joachim (2002b):** Einkommen- und Bilanzsteuerrecht, in: *Tipke, Klaus/Lang, Joachim*, *Steuerrecht*, 17., völlig überarb. Aufl., Köln 2002, § 9.
- Lang, Michael (1994):** Die Bedeutung des Musterabkommens und des Kommentars des OECD-Steuerausschusses für die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen, in: *Gassner, Wolfgang u. a. (Hrsg.)*, *Aktuelle Entwicklungen im Internationalen Steuerrecht: das neue Musterabkommen der OECD*; Wien 1994, S. 11-41.
- Lang, Michael (1991):** >>Treaty Shopping<< - Der Missbrauch von Doppelbesteuerungsabkommen, *SWI* 1991, S. 55-60.

- Lechner, Florian (2001):** Die Kapitalgesellschaft als Steuersparmodell – Anteilsveräußerungen durch Kapitalgesellschaften nach der Unternehmenssteuerreform, Stbg 2001, S. 201-214.
- Le Gall, Jean-Pierre (1989):** Treaty shopping: the French policy, *intertax* 1989, S. 364-369.
- Lehner, Moris (2002):** Konzernfinanzierung im Lichte des Europarechts, in: *Lüdicke, Jürgen (Hrsg.), Fortentwicklung der Internationalen Unternehmensbesteuerung*, Köln 2000, S. 1-19.
- Leip, Carsten (2002):** Die Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften durch Kapitalgesellschaften. Zur Systematik der Abs. 2-4 des § 8b KStG, *BB* 2002, S. 1839-1843.
- Leisner, Walter (1983):** Von der Leistung zur Leistungsfähigkeit – die soziale Nivellierung – Ein Beitrag wider das Leistungsfähigkeitsprinzip -, *StuW* 1983, S. 97-102.
- Lenz, Martin/Heinsen, Oliver (2003):** Zur Niedrigbesteuerung i. S. des § 8 Abs. 3 AStG, *IStR* 2003, S. 793-798.
- Lettl, Tobias (1996):** Das Holding-Konzept als Instrument zur erfolgreichen Neuausrichtung von Unternehmen, *DStR* 1996, S. 2020-2026.
- Lieber, Bettina (2002):** Neuregelung der Hinzurechnungsbesteuerung durch das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz, *FR* 2002, S. 139-151.
- Löwenstein, Ulrich (2000):** Kommentierung zu § 8a KStG, in: *Erle, Bernd/Sauter, Thomas (Hrsg.), Reform der Unternehmensbesteuerung. Kommentar zum Steuersenkungsgesetz mit Checklisten und Materialien*, Köln 2000.
- Löwenstein, Ulrich/Maier, Jochen (2002):** Organschaft und eingeschränkte Verlustnutzung bei doppelt ansässigen Organträgern – Mitwirkung von Dr. Jekyll und Mr. Hyde bei den Neuregelungen des UntStFG? -, *IStR* 2002, S. 185-193.

- Lorenz, Christoph (2001):** Veräußerungen und Reorganisationen im Außensteuerrecht, IStR 2001, S. 393-396.
- Lornsen-Veit, Birgitt/Möbus, Susanne (2003):** Erhebliche Einschränkungen bei der Nutzung des Körperschaftsteuer-Guthabens durch den neuen § 37 Abs. 2a KStG, BB 2003, S. 1154-1159.
- Lornsen-Veit, Birgitt/Odenbach, Walter (2000):** Der Systemwechsel im Körperschaftsteuerrecht, in: *Erle, Bernd/Sauter, Thomas (Hrsg.), Reform der Unternehmensbesteuerung. Kommentar zum Steuersenkungsgesetz mit Checklisten und Materialien*, Köln 2000.
- Loukota, Helmut (1990a):** International tax panning and treaty shopping – An Austrian view, *intertax* 1990, S. 347-358.
- Loukota, Helmut (1990b):** Internationale Steuerplanung und “Treaty-Shopping”, *ÖStZ* 1990, S. 2-9.
- Lüdicke, Jürgen (2000):** Anmerkung zu EuGH-Urt. v. 13.4.2000, Rs. C-251/98, Baars, IStR 2000, S. 341-342.
- Lüdicke, Jürgen (1995):** Treaty shopping - § 50d Abs. 1a EStG, in: *Piltz, Detlev Jürgen/Schaumburg, Harald (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung im internationalen Steuerrecht. Aktuelle Schwerpunkte: internationaler Kapitalmarkt, Schachtelbeteiligungen, Finanzierungsgesellschaften, Unterkapitalisierung, Währungsprobleme, Gesellschafterfremdfinanzierung, treaty shopping, umqualifizierte Zinsen, hybride Finanzierungen, Finanzierungsfreiheit, inländische Mütter – ausländische Töchter, inländische Tochter- ausländische Mütter*, Köln 1995, S. 102-115.
- Lüthi, Daniel (1989):** Countering the abuse of tax treaties – A Swiss view, *intertax* 1989, S. 336-340.
- Lutter, Marcus (1998a):** Die Holding – Erscheinungsformen und der für dieses Buch maßgebende Rechtsbegriff der Holding, in: *Lutter, Marcus (Hrsg.), Holding-Handbuch. Recht – Management – Steuern*, 3. akt. u. erw. Aufl., Köln 1998, Rz. A 1-57.

- Lutter, Marcus (1998b):** Haftungsfragen in der Holding, in: *Lutter, Marcus (Hrsg.), Holding-Handbuch. Recht – Management – Steuern*, 3. akt. u. erw. Aufl., Köln 1998, Rz. F 1-87.
- Luttermann, Claus (1993):** Die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes zur Anerkennung von Basisunternehmen im Internationalen Steuerrecht, *IStR* 1993, S. 153-160.
- Maier-Frischmuth, Markus (2003):** EU-Widrigkeit nationaler Abzugsbeschränkungen von Kosten im Zusammenhang mit Beteiligungen an EU-Tochtergesellschaften – Anmerkungen zum EuGH-Urteil v. 18.9.2003 – Rs. C-168/01, *Bosal Holding BV*, *StuB* 2993, S. 1034-1036.
- Maiterth, Ralf (2002):** Die Hinzurechnungsbesteuerung gem. §§ 7 bis 14 AStG nach dem Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz, *Steuer&Studium* 2002, S. 490-501.
- Maiterth, Ralf/Müller, Heiko (2003):** Abbau von Steuervergünstigungen durch Einschränkungen bei der Fortführung eines körperschaftsteuerlichen Verlustvortrags?, *StuB* 2003, S. 254-261.
- Maiterth, Ralf/Müller, Heiko (2002):** Anmerkungen zu den Auswirkungen des neuen Steuerrechts auf Unternehmenskaufmodelle aus steuersystematischer Sicht, *BB* 2002, S. 598-603.
- Maiterth, Ralf/Müller, Heiko/Semmler, Birk (2003):** Das Lied vom „Tod“ der Unternehmenskaufmodelle: Alter Wein in neuen Schläuchen, *DStR* 2003, S. 1313-1315.
- Meffert, Heribert (1991):** *Marketing. Grundlagen der Absatzpolitik. Mit Fallstudien Einführung und Relaunch der VW-Golf, 7., überarb. u. erw. Aufl.*, Wiesbaden 1991.
- Meilicke, Wienand (2002):** Die Neuregelung der ertragsteuerlichen Organschaft über die Grenze, *DB* 2002, S. 911-917.
- Menk, Thomas (2000):** Halbeinkünfteverfahren, Schachtelprivileg über die Grenze und Außensteuergesetz, *IWB Fach 3 Gruppe 1*, S. 1639-1642.

- Merthan, Rainer (1992):** Die Anwendung von § 42 AO bei Missbrauch von DBA, RIW 1992, S. 927-933.
- Mielke, Axel (2002):** Hinzurechnung von Streubesitzdividenden zum Gewerbeertrag (§ 8 Nr. 5 GewStG), DB Beilage 1/2002, S. 10-12.
- Milatz, Jürgen E. (2001):** Steuerfreiheit von Anteilsveräußerungen durch vermögensverwaltende Beteiligungsgesellschaften. Auswirkungen des § 8b Abs. 7 KStG durch das Gesetz zur Änderung des InvZulG 1999, BB 2001, S. 1066-1080.
- Mössner, Jörg Manfred (2001):** Neue Dividendenbesteuerung aus der Sicht des EU- und DBA-Rechts, in: *Lüdicke, Jürgen (Hrsg.)*, Internationale Aspekte der Unternehmenssteuerreform, Köln 2001, S. 27-55.
- Mössner, Jörg Manfred (1995):** Probleme und Zweifelsfragen bei der Regelung des „treaty shopping“ (§ 50d Abs. 1a EStG), in: *Fischer, Lutz (Hrsg.)*, Besteuerung wirtschaftlicher Aktivitäten von Ausländern in Deutschland: Investitionstätigkeit im Internationalen Vergleich; Immobilieninvestitionen, Betriebsstätten von Banken und Versicherungen, Einführungsschreiben § 8a KStG, treaty shopping, Personalentsendungen, Köln 1995, S. 85-108.
- Mössner, Jörg Manfred (1986):** Selbständigkeit juristischer Personen und Kapitalgesellschaften im internationalen Steuerrecht, RIW 1986, S. 208-213.
- Mössner, Jörg Manfred (1985a):** Die Methoden zur Vermeidung der Doppelbesteuerung – Vorzüge, Nachteile, aktuelle Probleme, in: *Vogel, Klaus (Hrsg.)*, Grundfragen des internationalen Steuerrechts, Köln 1985, S. 135-169.
- Mössner, Jörg Manfred (1985b):** Diskussionsbeitrag, in: *Vogel, Klaus (Hrsg.)*, Grundfragen des internationalen Steuerrechts, Köln 1985, S. 264.
- Montag, Heinrich (2002):** Gewerbesteuerrecht, in: *Tipke, Klaus/Lang, Joachim*, Steuerrecht, 17., völlig überarb. Aufl., Köln 2002, § 12.
- Moog, Rüdiger (2000):** Der Verlust des Verlustvortrags bei mittelbaren Beteiligungen, DB 2000, S. 1638-1641.

- Morgenthaler, Gerd (2000):** Steueroasen und deutsche Hinzurechnungsbesteuerung – Zur Deutung der §§ 7 ff. AStG -, IStR 2000, S. 289-295.
- Mueller, Daniel (2002):** Gedanken zur „Europatauglichkeit“ der neuen Dividendenbesteuerung, IStR 2002, S. 109-114.
- Müller, Heiko/Semmler, Birk (2003):** Steuerbedingter Kaufpreisabschlag bei Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, ZfB 2003, S. 583-599.
- Müller, Henrik (2003):** Jedes siebte Unternehmen will weg, erhältlich unter <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/mittelstand/0,2828,274545,00.html>, Stand 20.12.2003, ohne Seitenangabe.
- Müller, Mathias H. (2003):** Industrielle Holdinggesellschaften – Behandlung des Eigenhandels von Anteilen an Kapitalgesellschaften entsprechend § 8b Abs. 7 KStG – Anmerkungen zum BMF-Schreiben vom 25.7.2002 – IV A 2 – S 2750a – 6/02, BB 2003, S. 1309-1314.
- Müller-Dott, Johannes Peter (2003):** Zur Rechtsänderung des § 34c EStG zur Anrechnung ausländischer Steuern durch das StVergAbG, DB 2003, S. 1468-1470.
- Müller-Gatermann, Gert (2002):** Dividenden- und Veräußerungsgewinnbefreiung einschließlich der Sonderregelung für den kurzfristigen Eigenhandel bestimmter Steuerpflichtiger nach dem KStG, in: Arbeitsunterlage zur Handelsblatt-Konferenz „Unternehmenssteuerreform – offene Auslegungsfragen“ am 25.6.2002 in Königswinter.
- Müller-Gatermann, Gert (1997):** Überlegungen zur Änderung der Organschaftsbesteuerung, in: *Kley, Max Dietrich (Hrsg.), Steuerrecht, Steuer- und Rechtspolitik, Wirtschaftsrecht und Unternehmensverfassung, Umweltrecht. Festschrift für Wolfgang Ritter zum 70. Geburtstag*, Köln 1997, S. 457-473.
- Nathusius, Klaus (2003):** Finanzierungsinstrumente für unterschiedliche Gründungsmodelle, zfbf 2003, S. 158-193.

- Neu, Norbert/Rohde, Andreas (2001):** Finanzierung von Beteiligungskäufen. Neue Abzugsbeschränkungen für Aufwendungen nach dem StSenkG, GmbH-StB 2001, S. 110-114.
- Neyer, Wolfgang (2002a):** Zur Reichweite des Halbeinkünfteverfahrens – Organschaft, Mitunternehmerschaft, GmbHHR 2002, S. 102-105.
- Neyer, Wolfgang (2002b):** Zur Reichweite des Halbeinkünfteverfahrens – Gewerbesteuer, GmbHHR 2002, S. 153-157.
- Neyer, Wolfgang (2002c):** Bankdarlehen mit Rückgriffsmöglichkeit: Steuerfalle für inländische Anteilseigner aus § 8a KStG n.F.?, DStR 2002, S. 342-346.
- Ochsner, Andreas (1995):** Doppelbesteuerung trotz Doppelbesteuerungsabkommen und Steuerumgehung durch die Gestaltbarkeit von Abkommenberechtigungen, IWB 1995, Fach 3 Gruppe 2, S. 627-636.
- Oestreicher, Andreas/Spengel, Christoph (2003):** Verlängerung der steuerlichen Abschreibungsdauern, Vereinfachung des Abschreibungsverfahrens und Wettbewerbsfähigkeit des Standorts Deutschland, StuB 2003, S. 458-461.
- Ogley, Adrian (2000):** Holding companies, Tax Adviser August 2000, S. 18-20.
- Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD) (1987):** International Tax Avoidance and Evasion. Four Related Studies, Paris 1987.
- Orth, Manfred (2002a):** Die Organschaftsbesteuerung nach der 2. Reformstufe, DB 2002, S. 811-814.
- Orth, Manfred (2002b):** Schritte in Richtung einer “Grenzüberschreitenden Organschaft”, Beihefter zu Heft 9, IStR 2002.
- Orth, Manfred (2001):** Verlustabzug: Schädliche Zuführung neuen Betriebsvermögens i. S. des § 8 Abs. 4 KStG durch Reorganisationsmaßnahmen?, DB 2001, S. 1326-1333.
- Ottersbach, Jörg H. (1997):** Gestaltungsüberlegungen zum Betriebsausgabenabzug bei DBA-Schachtelbeteiligungen, IStR 1997, S. 641-649.

- o.V. (2003a):** Übersicht Änderungsgesetze ab 1976, in: *Erle, Bernd/Sauter, Thomas (Hrsg.)*, Heidelberger Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz. Die Besteuerung der Kapitalgesellschaft und ihrer Anteilseigner, Heidelberg 2003.
- o.V. (2003b):** Ökonomen loben die Merz-Vorschläge, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4.11.2003, S. 13.
- o.V. (2003c):** Das Finanzministerium zeigt sich zu Verhandlungen mit Merz bereit, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4.11.2003, S. 13.
- Pache, Sven (2002):** Folgen der Aufgabe des doppelten Inlandsbezugs für Organgesellschaften gemäß § 14 Abs. 1 S. 1 KStG i. d. F. des UntStFG, GmbHR 2002, S. 299-304.
- Pache, Sven (2001):** Kommentierung § 14 KStG, in: *Herrmann/Heuer/Raupach*, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, Steuerreform-Kommentierung, 21. Aufl., Köln 2001, Stand April 2001.
- Pache, Sven (2000a):** Die Neuregelung der körperschaftsteuerlichen und gewerbsteuerlichen Organschaft nach dem Steuersenkungsgesetz, GmbHR 2000, S. 764-767.
- Pache, Sven (2000b):** Die Auswirkungen der Neuregelung der körperschaftsteuerlichen und gewerbsteuerlichen Organschaft im Rahmen des Gesetzentwurfs eines „StSenkG“, GmbHR 2000, S. 317-321.
- Pannen, Michael/Stifter, Jörg (2002):** Erwiderung zu dem Beitrag von Thiel, in: *Frotscher, Gerrit/Berg, Hans-Georg/Pannen, Michael/Stifter, Jörg/Thiel, Jochen*, Abzugsverbot für Finanzierungskosten einer Organbeteiligung – Erwiderungen zu dem Beitrag von Thiel (DB 2002, S. 1340) und Replik, DB 2002, S. 1525.
- Panthen, Thomas (1988):** Der „Sitz“-Begriff im Internationalen Gesellschaftsrecht, 1988.
- Pape, Ulrich/Beyer, Stephan (2001):** Venture Capital als Finanzierungsalternative innovativer Wachstumsunternehmen, Finanz Betrieb 2001, S. 627-638.

- Peusquens, Herbert (2000):** Doppelbesteuerungsabkommen/Außensteuerrecht, in: *Deutsches wissenschaftliches Steuerinstitut der Steuerberater e. V. (Hrsg.)*, Beck'sches Steuerberater-Handbuch 2000/2001, München 2000, Rz. 701-730.
- Pfaar, Michael (2001):** Hinzurechnungsbesteuerung bei Beteiligungen an ausländischen Kapitalgesellschaften über eine ausländische Personengesellschaft, IStR 2001, S. 8-13.
- Pflüger, Hans-Jörg (2000):** Die Auswirkungen des Steuersenkungsgesetzes auf Auslandsbeteiligungen, PIStB 2000, S. 223-229.
- Piltz, Detlev Jürgen (1993):** Qualifikationskonflikte im internationalen Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung von Personengesellschaften, in: *Fischer, Lutz (Hrsg.)*, Besteuerung internationaler Konzerne: Qualifikationskonflikte, Verluststrategien, Grenzüberschreitende Spaltung, Einbringung von Betriebsstätten, Rechtsschutz bei Treaty Overriding, Unternehmenssteuerreform, Köln 1993, S. 21-47.
- Piltz, Detlev Jürgen (1987):** Doppelbesteuerungsabkommen und Steuerumgehung unter besonderer Berücksichtigung des treaty-shopping, BB 1987, Beilage 14/1987, S. 1-15.
- Pinto, Carlo (o. A.):** (Harmful) Tax Competition within the European Union: Concept and Overview of Certain Tax Regimes in Selected Member States, o. A., erhältlich unter: http://www.lof.nl/artikel/harm_tax.html.
- Pöllath, Reinhard (2003a):** Art. 11, in: *Vogel, Klaus/Lehner, Moris*, Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen. Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 4., völlig Neubearb. Aufl., München 2003.
- Pöllath, Reinhard (2003b):** Art. 12, in: *Vogel, Klaus/Lehner, Moris*, Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen. Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 4., völlig Neubearb. Aufl., München 2003.

- Pöllath, Reinhard (1995):** Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge aus der Sicht der Steuerpraxis, in: *Blumenwitz, Dieter u. a.*, Doppelbesteuerungsabkommen und nationales Recht, München 1995, S. 29-36.
- Priester, Hans-Joachim (2002):** Gesellschaftsrechtliche Aspekte der Organschaft – Vertragskonzernrecht - , in: *EUROFORUM (Hrsg.)*, Die Organschaft. Besteuerung nach Inkrafttreten des UntStFG, Arbeitsunterlage zur 6. EUROFORUM-Jahrestagung am 17. und 18. September 2002 in Hamburg.
- Prinz, Ulrich (2002a):** Finanzierung mit „Ratchet Loans“ – Einordnung in die Regelung der Gesellschafterfremdfinanzierung nach § 8a KStG, FR 2002, S. 24-27.
- Prinz, Ulrich (2002b):** „Fortentwicklung“ des Organschaftsrechts: Neue Irrungen und Wirrungen, FR 2002, S. 66-75.
- Prinz, Ulrich (2001a):** Beratungsüberlegungen rund um die Begrenzung der Gesellschafterfremdfinanzierung nach dem neuen § 8a KStG bei Steuerausländern, DStR 2001, S. 1365-1370.
- Prinz, Ulrich (2001b):** Einfluss der Unternehmenssteuerreform auf die Konzernfinanzierung, in: *Lüdicke, Jürgen (Hrsg.)*, Internationale Aspekte der Unternehmenssteuerreform, Köln 2001, S. 73-98.
- Prinz, Ulrich (2001c):** Kommentierung § 8a KStG, in: *Herrmann/Heuer/Raupach*, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, Steuerreform-Kommentierung, 21. Aufl., Köln 2001, Stand April 2001.
- Prinz, Ulrich (2000a):** Unternehmenssteuerreform 2001: Organschaftsbesteuerung im Wandel, FR 2000, S. 1255-1262.
- Prinz, Ulrich (2000b):** Neues zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung (§ 8a KStG) nach der Unternehmenssteuerreform 2001 – Bestandsaufnahme und Gestaltungsmöglichkeiten, FR 2000, S. 1061-1069.
- Prinz, Ulrich (2000c):** Geplante Verschärfung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung (§ 8a KStG) durch die Unternehmenssteuerreform, GmbHR 2000, S. 272-274.

- Prinz, Ulrich (1999a):** Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002. Auswirkungen auf den Holdingstandort Deutschland, FR 1999, S. 356-362.
- Prinz, Ulrich (1999b):** Unternehmenssteuerreform: Auch die Organschaft gehört auf den Prüfstand!, FR 1999, S. 646-650.
- Prinz, Ulrich (1998a):** § 8a KStG bei Verschmelzung auslandsbeherrschter inländischer Kapitalgesellschaften, GmbHR 1998, S. 668-671.
- Prinz, Ulrich (1998b):** Anwendungsfragen und Gefährdungspotentiale des § 8a KStG in Verlustsituationen, DStR 1998, S. 798-800.
- Prinz, Ulrich/Otto, Thomas (2003):** Plädoyer für die Beibehaltung der gewerbsteuerlichen Organschaft, FR 2003, S. 53-59.
- Prinz, Ulrich/Simon, Stefan (2003):** Ausschluss der doppelten Verlustnutzung in Organschaftsfällen nach § 14 Abs. 1 Nr. 3 KStG, Der Konzern in Recht und Wirtschaft 2003, S. 104-112.
- Prinz, Ulrich/Simon, Stefan (2002):** Kuriositäten und Ungereimtheiten des UntStFG: Ungewollte Abschaffung des gewerbsteuerlichen Schachtelprivilegs für Kapitalgesellschaften?, DStR 2002, S. 149-152.
- Prinz, Ulrich/van Lishaut, Ingo (1998):** Sperrbetragsbelastete Anteile nach § 50c Abs. 11 EStG. Streitige Grundsatz- und Einzelfragen, FR 1998, S. 1105-1121.
- Prinz zu Hohenlohe, Franz/Gründig, Marko (2002):** Auswirkungen der Änderungen des § 15 Nr. 2 KStG gem. UntStFG bei nach Doppelbesteuerungsabkommen steuerbefreiten Auslandsdividenden von Organgesellschaften, DB 2002, S. 1073-1075.
- Prokisch, Rainer (2003):** Art. 1, in: *Vogel, Klaus/Lehner, Moris*, Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen. Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 4., völlig neubearb. Aufl., München 2003.

- Pung, Alexandra (2000):** Steuersenkungsgesetz: Änderungen des UmwStG, DB 2000, S. 1835-1839.
- Pyszka, Tillmann (2002):** Der Gesetzgeber als Schöpfer gewerbesteuerlicher Hybrids – Anmerkungen zur verunglückten Neufassung des § 8a Abs. 5 Nr. 1 KStG -, IStR 2002, S. 163-164.
- Rädler, Albert J. (1994):** Do National Anti-Abuse Clauses Distort the Internal Market?, European Taxation 1994, S. 311-313.
- Rättig, Horst/Protzen, Peer Daniel G. (2003):** Praktische Folgen der Unvereinbarkeit der Hinzurechnungsbesteuerung mit der EU-Niederlassungs- sowie Kapitalverkehrsfreiheit. Eine nach Fallgruppen geordnete Darstellung der Unanwendbarkeit der §§ 7-24 AStG, GmbHR 2003, S. 503-506.
- Rättig, Horst/Protzen, Peer Daniel (2002a):** Die „neue Hinzurechnungsbesteuerung“ der §§ 7-14 AStG in der Fassung des UntStFG – Problembereiche und Gestaltungshinweise, IStR 2002, S. 123-128.
- Rättig, Horst/Protzen, Peer Daniel G. (2002b):** Überblick über die Hinzurechnungsbesteuerung des AStG in der Fassung des Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetzes, DStR 2002, S. 241-246.
- Rättig, Horst/Protzen, Peer Daniel G. (2001a):** Anwendung des § 8b Abs. 2 KStG auf verdeckte Gewinnausschüttungen anlässlich einer Anteilsveräußerung, GmbHR 2001, S. 495-501.
- Rättig, Horst/Protzen, Peer Daniel (2001b):** Die im Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts vorgesehenen Änderungen der Hinzurechnungsbesteuerung der §§ 7-14 AStG, IStR 2001, S. 601-610.
- Rättig, Horst/Protzen, Peer Daniel (2000a):** Holdingbesteuerung nach derzeit geltendem und kommendem Außensteuergesetz, IStR 2000, S. 548-557.

- Rättig, Horst/Protzen, Peer Daniel (2000b):** Unbeabsichtigter Systemwechsel bei der Hinzurechnungsbesteuerung von Kapitalgesellschaften als Folge des Steuersenkungsgesetzes?, IStR 2000, S. 394-401.
- Rättig, Horst/Protzen, Peer Daniel (2000c):** Zur Hinzurechnungsbesteuerung von sog. „gemischten Einkünften“ im mehrstufigen Konzern nach §§ 7-14 AStG in der derzeit geltenden Fassung und nach Steuersenkungsgesetz, IStR 2000, S. 743-746.
- Rat „Wirtschafts- und Finanzfragen“ (1997):** Schlussfolgerungen des Rates „Wirtschafts- und Finanzfragen“ vom 1.12.1997 zur Steuerpolitik, Abl. EG Nr. C 2/1 v. 6.1.1998.
- Raupach, Arndt (2001):** Was hat die Gepräge-Theorie mit der Mehrmütterorganschaft zu tun? Ein Beitrag zum Vertrauensschutz bei Änderung langjähriger Rechtsprechung mit nachfolgendem „Nichtanwendungsgesetz“, DStR 2001, S. 1325-1331.
- Reinhardt, Isabel (2003):** Das BMF-Schreiben zur Anwendung des § 8b KStG und Auswirkungen auf die Gewerbesteuer, BB 2003, S. 1148-1154.
- Reusch, Kai M. (2002):** Das Bilanzsteuerrecht der Vereinigten Staaten von Amerika: vergleichende Untersuchung und Analyse der Eignung für eine Übernahme in das deutsche Steuerrecht, Wiesbaden 2002.
- Rieger, Horst (1978):** Prinzipien des internationalen Steuerrechts als Problem der Steuerplanung in der multinationalen Unternehmung, Berlin 1978.
- Rieke, Ingo (2001):** Vorteile und Risiken einer körperschaftsteuerlichen Organschaft bei Betriebsaufspaltung, Inf 2001, S. 269-273.
- Riotte, Michael (2000):** Einführung, in: *Erle, Bernd/Sauter, Thomas (Hrsg.), Reform der Unternehmensbesteuerung. Kommentar zum Steuersenkungsgesetz mit Checklisten und Materialien*, Köln 2000.
- Ritter, Wolfgang (1984):** Entwicklungstendenzen des internationalen Steuerrechts. Eine kritisch wertende Betrachtung aus der Sicht der Wirtschaft, BB 1984, S. 353-360.

- Rödder, Thomas (2002a):** Gewerbesteuerliche Hinzurechnung von „Streubesitzdividen- den“ nach § 8 Nr. 5 GewStG n. F. – Zusammenfassung der bisherigen Erkenntnis- se –, WPg 2002, S. 625-627.
- Rödder, Thomas (2002b):** Steuerliche Folgen der Umhängung von deutschen Kapitalge- sellschaftsanteilen unter ausländische Zwischenholdings, in: Arbeitsunterlage 19. Kölner Steuerkonferenz am 7. Oktober 2002 in der IHK zu Köln.
- Rödder, Thomas (2001a):** Verlustverrechnung im gewerbesteuerlichen Organkreis, DStR 2001, S. 780-782.
- Rödder, Thomas (2001b):** Die Besteuerung von Auslandsholdings nach dem AStG, DStR 2001, S. 1106-1109.
- Rödder, Thomas (2000):** Kommentierung § 8b KStG, in: *Schaumburg, Harald/Rödder, Thomas (Hrsg.), Unternehmenssteuerreform 2001, Gesetze, Materialien, Erläuterun- gen*, München 2000.
- Rödder, Thomas (1988):** Steuerplanungslehre und steuerliche Gestaltungsfindung, BB 1988, Beilage 19 zu Heft 34.
- Rödder, Thomas/Metzner, Bernd (2000):** Ausschüttungspolitische Überlegungen in Hinblick auf die Unternehmenssteuerreform, DStR 2000, S. 960-961.
- Rödder, Thomas/Schumacher, Andreas (2003):** Das Steuervergünstigungsabbaugesetz, DStR 2003, S. 805-819.
- Rödder, Thomas/Schumacher, Andreas (2002a):** Unternehmenssteuerfortentwick- lungsgesetz: Wesentliche Änderungen des verkündeten Gesetzes gegenüber dem Re- gierungsentwurf, DStR 2002, S. 105-113.
- Rödder, Thomas/Schumacher, Andreas (2002b):** Keine Anwendung des § 3c Abs. 1 EStG bei Organschaft, DStR 2002, S. 1163-1165.

- Rödder, Thomas/Schumacher, Andreas (2001):** Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts (Teil I und II), DStR 2001, S. 1634-1641 und S. 1685-1693.
- Rödder, Thomas/Schumacher, Andreas (2000):** Unternehmenssteuerreform 2001: Wesentliche Änderungen des Steuersenkungsgesetzes gegenüber dem Regierungsentwurf und Regeln zu seiner erstmaligen Anwendung, DStR 2000, S. 1453-1460.
- Rödder, Thomas/Schumacher, Andreas (2000a):** Unternehmenssteuerreform 2001 – Eine erste Analyse des Regierungsentwurfs aus Beratersicht, DStR 2000, S. 353-368.
- Rödder, Thomas/Schumacher, Andreas (2000b):** Einführender Überblick über die wesentlichen Neuregelungen, in: *Schaumburg, Harald/Rödder, Thomas (Hrsg.)*, Unternehmenssteuerreform 2001. Gesetze, Materialien, Erläuterungen, München 2000.
- Rödder, Thomas/Wochinger, Peter (2002):** Steuerliche Folgen des Haltens von Inlandsbeteiligungen über ausländische Zwischenholdings, in: *Fachinstitut der Steuerberater e.V.*, „Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform“, Arbeitsunterlage 19. Kölner Steuerkonferenz am 7. Oktober 2002 in der IHK zu Köln, Köln 2002.
- Rödder, Thomas/Wochinger, Peter (2001):** Veräußerungen von Kapitalgesellschaftsanteilen durch Kapitalgesellschaften. Gestaltungsüberlegungen im Hinblick auf § 8b Abs. 2 KStG, FR 2001, S. 1253-1270.
- Rödder, Thomas/Wochinger, Peter (2000):** Konzentration auf Kerngeschäftsfelder im Konzern. Gestaltungsalternativen und deren ertragsteuerliche Behandlung, FR 2000, S. 1-18. **(noch nicht zitiert!)**
- Rösler, Wolfgang (1969):** Die Behandlung der Gewinnrealisierung beim innerkonzernlichen Leistungsverkehr durch die Betriebswirtschaftslehre, das Handels- und das Ertragsteuerrecht, Köln 1969.
- Rogall, Matthias (2001):** Zur Systematik des Abzugs von Refinanzierungsentgelten im Zusammenhang mit Dividenden unter Berücksichtigung der Steuerreform, DB 2001, S. 1903-1907.

- Rose, Gerd (2000):** § 8b Abs. 7 KStG: Neue Fassung, alte Probleme, FR 2000, S. 314-316.
- Rose, Gerd (1999a):** Betrieb und Steuer. Grundlagen zur betriebswirtschaftlichen Steuerlehre. Buch 5. Grundzüge des internationalen Steuerrechts, 4., vollst. überarb. Aufl., Wiesbaden 1999.
- Rose, Gerd (1999b):** Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002: Betriebsausgabenabzug im Zusammenhang mit Schachtelerträgen, DB 1999, S. 1038-1040.
- Rose, Gerd (1985):** Überlegungen zur Steuergerechtigkeit aus betriebswirtschaftlicher Sicht, StuW 1985, S. 330-344.
- Rose, Gerd/Glorius-Rose, Cornelia (1998):** Steuerplanung und Gestaltungsmissbrauch. Eine Auswertung der jüngeren Rechtsprechung des BFH zu § 42 AO, 2., überarb. und erw. Aufl., Bielefeld 1998.
- Rose, Gerd/Glorius-Rose, Cornelia (1995):** Unternehmensformen und -verbindungen: Rechtsformen, Beteiligungsformen, Konzerne, Kooperationen, Umwandlungen (Formwechsel, Verschmelzungen und Spaltungen) in betriebswirtschaftlicher, rechtlicher und steuerlicher Sicht, 2., überarb. Aufl., Köln 1995.
- Rose, Manfred (2003a):** Vom Steuerchaos zur Einfachsteuer. Der Wegweiser durch die Steuerdebatte, Stuttgart 2003.
- Rose, Manfred (2003b):** Eine einfache, faire und marktorientierte Besteuerung von Unternehmensgewinnen, in: *Rose, Manfred (Hrsg.)*, Integriertes Steuer- und Sozialsystem, Heidelberg 2003.
- Rosenbach, Georg (1997):** Verlustverwertung durch Umstrukturierung, in: *Herzig, Norbert (Hrsg.)*, Steuerorientierte Umstrukturierung von Unternehmen, Stuttgart 1997, S. 163-209.
- Runge, Berndt (2000):** Die DBA-eigenen Abwehrklauseln als Schranke der internationalen Steuerplanung, in: *Grotherr, Siegfried (Hrsg.)*, Handbuch der internationalen Steuerplanung, Herne/Berlin 2000, S. 1555-1568.

- Rupp, Reinhard (1983):** Die Ertragsbesteuerung nationaler Konzerne. Konzernsteuerbilanz oder Weiterentwicklung der körperschaftsteuerlichen Organschaft?, Frankfurt a.M. u. a., 1983.
- Rust, Alexander (2003):** Kommentierung Art. 24 OECD-MA, in: *Vogel, Klaus/Lehner, Moris*, Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen. Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 4., völlig neubearb. Aufl., München 2003.
- Saß, Gert (2002):** Zur Vereinbarkeit der Hinzurechnungsbesteuerung nach dem AStG mit den EU-Grundfreiheiten, DB 2002, S. 2342-2346.
- Saß, Gert (2001):** Auswirkungen des EuGH-Urteils „Metallgesellschaft“/„Höchst“ z.B. auf Auslandsverluste und Gesellschafterfremdfinanzierung, FR 2001, S. 1040-1044.
- Sauter, Thomas/Heurung, Rainer (2001):** Errichtung steuerlicher Organschaften aufgrund der Unternehmenssteuerreform, GmbHR 2001, S. 165-171.
- Sauter, Thomas/Heurung, Rainer/Babel, Mathias (2002):** Stille Reserven und Verlustvorträge bei der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften auf eine Personenhandelsgesellschaft, DB 2002, S. 1177-1184.
- Schänzle, Thomas (2000):** Steuerorientierte Gestaltung internationaler Konzernstrukturen, Köln 2000.
- Schanz, Georg (1896):** Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetze, Finanzarchiv, 13. Jg. 1896, S. 1-87.
- Schaumburg, Harald (2002):** Steuerliche Gestaltungsziele in- und ausländischer Holdinggesellschaften, in: *Schaumburg, Harald/Piltz, Detlev J. (Hrsg.)*, Holdinggesellschaften im Internationalen Steuerrecht, Köln 2002, S. 1-65.
- Schaumburg, Harald (1998):** Internationales Steuerrecht. Außensteuerrecht. Doppelbesteuerungsrecht, 2., völlig überarb. und erw. Aufl., Köln 1998.

- Schaumburg, Harald (1997):** Reorganisation nach Unternehmenskauf, in: *Herzig, Norbert (Hrsg.)*, Steuerorientierte Umstrukturierung von Unternehmen, Stuttgart 1997.
- Scheffler, Wolfram (1994):** Besteuerung der grenzüberschreitenden Unternehmenstätigkeit, München 1994.
- Scheipers, Thomas (2000):** Betriebsausgabenabzug bei Schachteldividenden – Änderung des § 8b Abs. 7 KStG durch das Steuerbereinigungsgesetz 1999, DStR 2000, S. 89-94.
- Scheuchzer, Marco (1994):** Konzernbesteuerung in der Europäischen Union, Bielefeld 1994.
- Schierenbeck, Henner (2003):** Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre, 16., vollständig überarb. u. erw. Aufl., München/Wien 2003.
- Schiffers, Joachim (2003):** Steuervergünstigungsabbaugesetz: Geänderte Rahmenbedingungen für die Ausschüttungspolitik der GmbH, FR 2003, S. 673-678.
- Schlagheck, Markus (2000):** Die ertragsteuerliche Organschaft nach dem Steuersenkungsgesetz, StuB 2000, S. 1246-1252.
- Schmid, Hubert/Wiese, Götz Tobias (1999a):** Mittelbare Besteuerung steuerfreier Auslandsdividenden. Anmerkungen zu § 8b Abs. 7 KStG i.d.F. StEntlG 1999/2000/2002, BB 1999, S. 878-880.
- Schmid, Hubert/Wiese, Götz Tobias (1999b):** Nicht abziehbare Betriebsausgaben im Zusammenhang mit steuerfreien Schachteldividenden, IStR 1999, S. 583-585.
- Schmidt, Christian/Blöchlner, Daniel (2002):** Einkünfte aus Auslandinvestmentfonds bei Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen – Zugleich grundsätzliche Überlegungen zur Relevanz des Abkommensrechts bei der Einkünftezurechnung -, IStR 2002, S. 645-652.
- Schmidt, Kurt (1995/1996):** Die Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit. Reflexionen über ein altes Thema, JbFStR 1995/1996, S. 31-47.

- Schmidt, Ludwig (2003):** Kommentierung § 15 EStG, in: *Schmidt, Ludwig (Hrsg.), Einkommensteuergesetz, Kommentar, 22., völlig neuberarb. Aufl., München 2003.*
- Schmidt, Ludwig/Müller, Thomas/Stöcker, Ernst E. (1999):** Die Organschaft im Körperschaftsteuer-, Gewerbesteuer- und Umsatzsteuerrecht, 5. Aufl., Herne/Berlin 1999.
- Schmidt, Lutz/Hageböke, Jens (2002):** Die erneute Änderung von § 8b Abs. 5 KStG durch das UntStFG – Unzulässige rückwirkende Erweiterung eines verfassungs- und europarechtswidrigen Steuertatbestandes? -, *IStR* 2002, S. 150-157.
- Schmidt, Lutz/Hageböke, Jens (2001):** Auslandsverschmelzungen im Außensteuerrecht, *IStR* 2001, S. 697-703.
- Schneck, Horst/Hirsch, Christoph J. (1998):** Rechtsfolgen der Fremdfinanzierung inländischer Kapitalgesellschaften durch ausländische Anteilseigner nach § 8a KStG, *GmbHR* 1998, S. 223-229.
- Schneider, Dieter (1998):** Killerviren steuerlicher Gerechtigkeit in Reformvorschlägen zur Unternehmensbesteuerung – Ein Diskussionsbeitrag, *DStR* 1998, S. 1287-1293.
- Schneider, Dieter (1992a):** Investition, Finanzierung und Besteuerung, 7., vollst. überarb. u. erw. Aufl., Wiesbaden 1992.
- Schneider, Dieter (1992b),** Maß und Ausmaß der Steuervergünstigungen, *DB* 1992, S. 1737-1742.
- Schnitger, Arne (2003a):** Internationale Aspekte des Entwurfs eines Gesetzes zum Abbau von Steuervergünstigungen und Ausnahmeregelungen (Steuervergünstigungsabbau-gesetz – StVergAbG), *IStR* 2003, S. 73-78.
- Schnitger, Arne (2003b):** Anrechnung ausländischer Quellensteuern bei steuerfreien ausländischen Einkünften unter besonderer Beachtung von § 8b Abs. 5 KStG, *IStR* 2003, S. 298-303.

- Schnitger, Arne (2003c):** Verstoßen Körperschaftsteuer-Erhöhung und Gesellschafter-Fremdfinanzierung gegen die Mutter/Tochter-Richtlinie? Auswirkungen der EuGH-Urteile „Epson“, „Athinaiki“ und „Océ van der Grinten“ auf das deutsche Körperschaftsteuerrecht, GmbHR 2003, S. 1240-1244.
- Schnitger, Arne (2001):** Das Organschaftsmodell bei Beteiligung an Kapitalgesellschaften nach der Unternehmenssteuerreform – Bedeutung und Möglichkeiten der Durchbrechung des Halbeinkünfteverfahrens, DB 2001, S. 1640-1644.
- Schnittker, Helder/Hartmann, Rainer (2002):** Zur Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses der Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen von der körperschaft- und gewerbsteuerlichen Organschaft, BB 2002, S. 277-282.
- Schön, Wolfgang (2001a):** Die Abzugsschranken des § 3c EStG zwischen Verfassungs- und Europarecht, FR 2001, S. 381-392.
- Schön, Wolfgang (2001b):** Hinzurechnungsbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, DB 2001, S. 940-947.
- Schön, Wolfgang (1996):** Gestaltungsmissbrauch im europäischen Steuerrecht, IStR 1996, Beihefter zu Heft 2, S. 1-16.
- Schöne, Wolf-Dieter (1994):** Stichwort „Multinationale Unternehmung“ in: *Wacker, Wilhelm H. (Hrsg.), Lexikon der deutschen und internationalen Besteuerung*, 3., vollst. überarb. und erw. Aufl., München 1994, S. 496-497.
- Schreiber, Ulrich (1987):** Rechtsformabhängige Unternehmensbesteuerung?, Köln 1987.
- Schuhmann, Helmut (2001):** Die Organschaft. Körperschaftsteuer, Umsatzsteuer, Gewerbesteuer, Einzelne Steuern, 3., überarb. und erw. Aufl., Bielefeld 2001.
- Schulz, Martin/Sester, Peter (2002):** Höchstrichterliche Harmonisierung der Kollisionsregeln im europäischen Gesellschaftsrecht: Durchbruch der Gründungstheorie nach „Überseering“, EWS 2002, S. 545-552.

- Schumann, Jochen/Meyer, Ulrich/Ströbele, Wolfgang (1999):** Grundzüge der mikroökonomischen Theorie, 7., neubearb. u. erw. Aufl., Berlin u. a. 1999.
- Schwarzinger, Walter/Trentini, Simon (1993):** Begriff der Holding, in: *Littich, Wolfram/Schellmann, Gottfried/Schwarzinger, Walter/Trentini, Simon*, Holding, Wien 1993.
- Sedemund, Jan (2003):** Steuerneutrales Ausscheiden aus der deutschen Steuerpflicht auf EG-Ebene möglich!, *DStZ* 2003, S. 407-412.
- Seeger, Siegbert F. (2003):** Kommentierung § 2 EStG, in: *Schmidt, Ludwig (Hrsg.)*, Einkommensteuergesetz. Kommentar, 22., völlig neubearb. Aufl., München 2003.
- Seibold, Sabine (1998):** Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet der deutschen Steuerabkommen, *IStR* 1998, S. 649-657.
- Seip, Hans-Jürgen/Krause, Martin (1999):** Unerwartete Verbesserung bei refinanziertem Erwerb von Auslandsgesellschaften durch § 8b Abs. 7 KStG i.d.F. des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, *BB* 1999, S. 713-718.
- Selent, Alexander (1997):** Unternehmensumstrukturierung – von einem Stammhauskonzern zum Holdingkonzern, in: *Herzig, Norbert (Hrsg.)*, Steuerorientierte Umstrukturierung von Unternehmen, Stuttgart 1997, S. 51-69.
- Selling, Heinz-Jürgen (2000):** Deutschland im Steuerwettbewerb der Staaten – Einige steuerpolitische Überlegungen, *IStR* 2000, S. 225-232.
- Selling, Heinz-Jürgen (1991):** Ausländische Holding-, Vermögens- und Dienstleistungsgesellschaften im Licht des § 42 AO, *RIW* 1991, S. 235-341.
- Selling, Hans-Jürgen (1988):** Die Abschirmwirkung ausländischer Basisgesellschaften gegenüber dem deutschen Fiskus, *DB* 1988, S. 930-936.
- Semmler, Ernst (2003):** Körperschaftsteuerminderung und Körperschaftsteuererhöhung nach dem Steuervergünstigungsabbaugesetz, *NWB Fach 4*, S. 4725-4730.

- Sieber, Eugen H. (1966):** Die internationale Unternehmensführung, in: *Engeleiter, Hans-Joachim (Hrsg.)*, Gegenwartsfragen der Unternehmensführung. Festschrift zum 65. Geburtstag von Wilhelm Hasenack, Herne/Berlin 1966, S. 51-68.
- Siegel, Theodor et alii (2000):** Verteidigt das Anrechnungsverfahren gegen unbedachte Reformen!, BB 2000, S. 1269-1270.
- Sieker, Klaus (2003):** Steuervergünstigungsabbaugesetz: Vorgesehene Verschärfungen der Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2003, S. 78-84.
- Smith, Adam (1974):** Der Wohlstand der Nationen. Eine Untersuchung seiner Natur und seiner Ursachen. Aus dem Englischen übertragen und mit einer Würdigung von Horst Claus Recktenwald, München 1974.
- Sonnenschein, Jürgen (1976):** Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht unter Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts und des Mitbestimmungsrechts, Baden-Baden 1976.
- Spengel, Christoph/Lammersen, Lothar(2001):** Methoden zur Messung und zum Vergleich von internationalen Steuerbelastungen, Hefte zur Internationalen Besteuerung Nr. 132, Hamburg 2001.
- Spengel, Christoph/Schaden, Michael (2003):** Besteuerung von Erfolgen aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften durch Kapitalgesellschaften. Eine ökonomische und verfassungsrechtliche Analyse, DStR 2003, S. 2192-2201.
- Stadler, Rainer/Elser, Thomas (2002):** Änderungen bei der Organschaft, in: *Linklaters Oppenhoff & Rädler*, Steueränderungen zum 1.1.2002 im Unternehmensbereich – Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz, Steueränderungsgesetz 2001, Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz und Gesetz zur Eindämmung illegaler Betätigung im Baugewerbe -, DB Beilage 1 zu Heft 7/2002, S. 41-51.
- Stadler, Rainer/Nowlan, Jackie (2000):** Änderung der Besteuerung der Ausgleichszahlung bei der Organgesellschaft (§ 16 KStG), in: *Oppenhoff & Rädler (Hrsg.)*, Reform der Unternehmensbesteuerung – Steuersenkungsgesetz – Erläuterungen und Gestaltungshinweise für die Beratungspraxis, Bonn 2000, S. 284-285.

- Starke, Peter (2002):** Findet das Aufwendungsabzugsverbot des § 3c EStG auch auf die Ausschüttung von Alrücklagen im Konzern Anwendung?, FR 2002, S. 613-616.
- Stegner, Achim/Heinz, Carsten (2001):** Übernahmeverlust bei der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in ein Personenunternehmen. Kritische Analyse der verabschiedeten Reform des Umwandlungssteuergesetzes und Lösungsvorschlag, GmbHR 2001, S. 54-65.
- Steinhoff, Stefan (2000):** Kommentierung § 8b KStG, in: *Erle, Bernd/Sauter, Thomas (Hrsg.)*, Reform der Unternehmensbesteuerung. Kommentar zum Steuersenkungsgesetz mit Checklisten und Materialien, Köln 2000.
- Stieb, Stephan (2002):** Die „Sitztheorie“ gerät ins Schwanken! GmbHR 1/2002, S. R 5.
- Stockmann, Frank (2001):** Die Hinzurechnungsbesteuerung des deutschen Außensteuergesetzes nach der Unternehmenssteuerreform, SWI 2001, S. 21-33.
- Storck, Alfred (1994):** Entstehungsgründe für Holdinggesellschaften, in: *IDW e.V. (Hrsg.)*, Steuergestaltung bei verbundenen Unternehmen in Europa, Düsseldorf 1994, S. 17-38.
- Streck, Michael (1992):** Die Steuerinteressen und Steuermodelle beim Unternehmenskauf, BB 1992, S. 685-690.
- Streck, Michael/Binnewies, Burkhard (2003):** Das verfassungswidrige Fiskalspiel mit dem Körperschaftsteuerguthaben, BB 2003, S. 1133-1134.
- Streck, Michael/Binnewies, Burkhard (2001):** Der faktische Konzern als hinreichende Voraussetzung für eine organisatorische Eingliederung im Rahmen einer umsatzsteuerlichen Organschaft. Zugleich Anmerkung zum Urteil des FG Berlin vom 13.5.1998 6 K 6294/93, DB 2001, S. 1578-1583.
- Streu, Volker (2000):** Der Einsatz einer inländischen Zwischenholding in der internationalen Konzernsteuerplanung, in: *Grotherr, Siegfried (Hrsg.)*, Handbuch der internationalen Steuerplanung, Herne/Berlin 2000, S. 169-186.

- Strunk, Günther/Kaminski, Bert (2003):** Anwendung des § 8b KStG 2002 und Auswirkungen auf die Gewerbesteuer. Anm. zum BMF-Schr. v. 28.4.2003 – S 2750a (BStBl. 2003 I S. 292), NWB Fach 4, S. 4731-4740.
- Strunk, Günther/Kaminski, Bert (2000):** Anmerkungen zum Betriebsstättenerlaß, IStR 2000, S. 33-42.
- Stuhrmann, Gerd (2002):** Die Anpassung des Außensteuergesetzes im Rahmen des UntStFG, PIStB 2002, S. 30-35.
- Theisen, Manuel René (2001):** Der genetische Code internationaler Aktivitäten. Die Organisation und Verfassung von Unternehmen und Konzernen, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 16.7.2001, Kompendium der neuen BWL, S. 25.
- Theisen, Manuel René (1993):** Die deutsche Holding aus steuerlicher Sicht, M&A Review 1993, S. 461-477.
- Theisen, Manuel René (1991):** Der Konzern. Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen der Konzernunternehmung, Stuttgart 1991.
- Thiel, Jochen (2002):** Abzugsverbot für Finanzierungskosten einer Organbeteiligung, DB 2002, S. 1340-1342.
- Thömmes, Otmar (2001):** § 8b KStG und EG-Recht, DB 2001, S. 775-779.
- Thömmes, Otmar (1995):** Die Umsetzung der EG-Fusionsrichtlinie und der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie in den EG-Mitgliedstaaten, Stuttgart 1995.
- Thömmes, Otmar/Kiblböck, Ingrid (1994):** Germany. Anti-Treaty Shopping Provisions, European Taxation 1994, S. 116-117.
- Thömmes, Otmar/Scheipers, Thomas (1999):** Ausgewählte Fragen zum Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002: Internationales Steuerrecht, DStR 1999, S. 609-615.
- Tischbirek, Wolfgang (2003):** Art. 10, in: *Vogel, Klaus/Lehner, Moris*, Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom

Einkommen und Vermögen. Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 4., völlig Neubearb. Aufl., München 2003.

Timmermans, Sandra (2001): Über die künftige Anwendbarkeit des § 8a KStG auf reine Inlandssachverhalte und eine neue Gestaltungsmöglichkeit, IStR 2001, S. 169-170.

Töben, Thomas (2002): Keine Gewerbesteuer auf Dividenden und auf Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften bei Zwischenschaltung einer Personengesellschaft, FR 2002, S. 361-373.

Uldall, Gunnar (1995): Vorschlag für eine vereinfachte Einkommen- und Körperschaftsteuer, Bonn 1995.

Urbahns, Rüdiger (2001): Die gewerbesteuerliche Organschaft unter besonderer Berücksichtigung der Verlustverrechnung, Inf 2001, S. 581-586.

Utescher, Tanja/Blaufus, Kay (2000): Unternehmenssteuerreform 2001: Begrenzung des Betriebsausgabenabzugs bei Beteiligungserträgen, DStR 2000, S. 1581-1586.

van Raad, Kees (1988): Steuergestaltung durch Doppelsitz von Kapitalgesellschaften in der internationalen Praxis, in: *Hausmann, Rainer*, Steuergestaltung durch doppelt ansässige Gesellschaften?, München 1988, S. 1-11.

Vogel, Klaus (2003a): Kommentierung Vor Art. 10-12 OECD-MA, in: *Vogel, Klaus/Lehner, Moris*, Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen. Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 4., völlig Neubearb. Aufl., München 2003.

Vogel, Klaus (2003b): Kommentierung Art. 23 OECD-MA, in: *Vogel, Klaus/Lehner, Moris*, Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen. Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 4., völlig Neubearb. Aufl., München 2003.

Vogel, Klaus (1998): Worldwide vs. source taxation of income – A review and re-evaluation of arguments (Part I, II,III), *intertax* 1988, S. 216-229, S. 310-320, S. 393-459.

- Vogel, Klaus (1995):** Abkommensbindung und Missbrauchsabwehr, in: *Cagianut, Francis/Vallender, Klaus A. (Hrsg.)*, Steuerrecht. Ausgewählte Probleme am Ende des 20. Jahrhunderts. Festschrift zum 65. Geburtstag von Ernst Höhn, Bern u. a. 1995, S. 461-481.
- Vogel, Klaus (1985):** Steuerumgehung nach innerstaatlichem Recht und nach Abkommensrecht, *StuW* 1985, S. 369-381.
- Vogel, Klaus/Lehner, Moris (2003):** Einleitung, in: *Vogel, Klaus/Lehner, Moris*, Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen. Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 4., völlig Neubearb. Aufl., München 2003.
- Volk, Gerrit (2003):** Mezzanine Capital: Neue Finanzierungsmöglichkeit für den Mittelstand?, *BB* 2003, S. 1224-1226.
- Voß, Joachim (1992):** Ungewißheit im Steuerrecht. Formen, Konsequenzen, Maßnahmen, Wiesbaden 1992.
- Wacker, Roland (2003):** Kommentierung § 16 EStG, in: *Schmidt, Ludwig (Hrsg.)*, Einkommensteuergesetz. Kommentar, 22., völlig Neubearb. Aufl., München 2003.
- Wacker, Wilhelm (1994):** Steuerplanung, betriebliche, in: *Wacker, Wilhelm (Hrsg.)*, Lexikon der deutschen und internationalen Besteuerung, 3. Aufl., München 1994, S. 680-683.
- Wagner, Franz W. (1992):** Neutralität und Gleichmäßigkeit als ökonomische und rechtliche Kriterien steuerlicher Normkritik, *StuW* 1992, S. 2-13.
- Wagner, Franz W./Dirrigl, Hans (1980):** Die Steuerplanung der Unternehmung, Stuttgart 1980.
- Wagner, Franz W./Wissel, Harald (1995):** Entscheidungsneutralität der Besteuerung als Leitlinie einer Reform der Einkommensteuer, *WiSt* 1995, S. 65-70.

- Wagner, Klaus-R. (2003):** „Überseering“ und die Folgen für das Steuerrecht, GmbHR 2003, S. 684-693.
- Walter, Wolfgang (1999):** Einzelfragen der Gestaltung bei einer Organschaft, GStB 1999, S. 56-67.
- Walter, Wolfgang (1995):** Organschaft und Mindestlaufzeit des Ergebnisabführungsvertrags, GmbHR 1995, S. 649-650.
- Walter, Wolfgang/Götz, Hellmut (2001):** Perpetuierung der Organschaft bei unterjähriger rückwirkender Umwandlung einer Organgesellschaft durch den Anteilerwerber?, GmbHR 2001, S. 619-622.
- Walter, Wolfgang/Stümper, Franz-Peter (2001):** Neue Organschaftsfälle bei einer Personengesellschaft als Organträger?, GmbHR 2001, S. 803-806.
- Ward, John (1995):** Judicial Responses to Tax Avoidance, European Taxation 1995, S. 2-13.
- Wassermeyer, Franz (2002a):** Kommentierung zu § 7 AStG, in: *Flick, Hans/Wassermeyer, Franz/Baumhoff, Hubertus (Hrsg.)*, Außensteuerrecht. Kommentar, Köln, Stand Oktober 2002.
- Wassermeyer, Franz (2002b):** Kommentierung zu § 8 AStG, in: *Flick, Hans/Wassermeyer, Franz/Baumhoff, Hubertus (Hrsg.)*, Außensteuerrecht. Kommentar, Köln, Stand November 2002.
- Wassermeyer, Franz (2002c):** Kommentierung zu Art. 23A OECD-MA, in: *Debatin, Hellmut/Wassermeyer, Franz (Hrsg.)*, Doppelbesteuerung, Kommentar, Loseblatt, München, Stand Oktober 2003.
- Wassermeyer, Franz (2001):** Die Fortentwicklung der Besteuerung von Auslandsbeziehungen. Anmerkungen zu den derzeitigen Überlegungen zur Reform des Außensteuerrechts, IStR 2001, S. 113-117.

- Wassermeyer, Franz (2000a):** Kommentierung zu Art. 1 OECD-MA, in: *Debatin, Helmut/Wassermeyer, Franz (Hrsg.)*, Doppelbesteuerung, Kommentar, Loseblatt, München, Stand September 2000.
- Wassermeyer, Franz (2000b):** Der Scherbenhaufen „Hinzurechnungsbesteuerung“, *EuZW* 2000, S. 513.
- Wassermeyer, Franz (1995a):** Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge – Haltung des BFH -, in: *Blumenwitz, Dieter u. a.*, Doppelbesteuerungsabkommen und nationales Recht, München 1995, S. 19-27.
- Wassermeyer, Franz (1995b):** Die Mißbrauchsvorschriften des deutschen Gesetzgebers auf dem Gebiet des Internationalen Außensteuerrechts, *SWI* 1995, S. 139-146.
- Wassermeyer, Franz (1994):** Stichwort „Internationales Steuerrecht“, in: *Wacker, Wilhelm H. (Hrsg.)*, Lexikon der deutschen und internationalen Besteuerung, 3., vollst. überarb. und erw. Aufl., München 1994, S. 362-363.
- Wassermeyer, Franz (1985):** Die beschränkte Steuerpflicht, in: *Vogel, Klaus (Hrsg.)*, Grundfragen des internationalen Steuerrechts, Köln 1985, S. 49-77.
- Watermeyer, Heinrich-Jürgen (2001):** Kommentierung § 8b KStG, in: *Herrmann/Heuer/Raupach*, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, Steuerreform-Kommentierung, 21. Aufl., Köln 2001, Stand April 2001.
- Watermeyer, Heinrich-Jürgen (2000):** Praxisprobleme des § 8a KStG. Gestaltungshinweise zur steuerorientierten Fremdfinanzierung der GmbH, *GmbH-StB* 2000, S. 106-111.
- Weber-Grellet, Heinrich (2003):** Kommentierung § 43b EStG, in: *Schmidt, Ludwig (Hrsg.)*, Einkommensteuergesetz. Kommentar, 22., völlig neubearb. Aufl., München 2003.
- Weber-Grellet, Heinrich (1993):** Tendenzen der BFH-Rechtsprechung, *StuW* 1993, S. 195-212.

- Werra, Matthias (2001):** Zum Reformbedarf beim Außensteuergesetz unter besonderer Berücksichtigung des Verhaltenskodex, IStR 2001, S. 438-440.
- Wesselbaum-Neugebauer, Claudia (2003):** Die Entwicklung des KSt-Anrechnungsguthabens nach dem Steuervergünstigungsabbaugesetz (StVergAbG), StuB 2003, S. 590-595.
- Wienands, Hans-Gerd (2000):** Steuerfreie Veräußerungsgewinne und Dividenden nach § 8b KStG – Teil 1 und Teil 2, GStB 2000, S. 345-353 und S. 366-374.
- Wiese, Götz Tobias/Klass, Tobias (2003):** Das „Steuervergünstigungsabbaugesetz“ in der Unternehmenspraxis. Überblick und erste Anmerkungen zu den ertragsteuerlichen Vorschriften, GmbHR 2003, S. 557-563.
- Wilke, Kay-Michael (1997):** Lehrbuch des internationalen Steuerrechts, 6., umfassend überarb. und verb. Aufl., Herne 1997.
- Witt, Georg (2003):** Kommentierung § 14 KStG n.F., in: *Dötsch, Ewald/Eversberg, Horst/Jost, Werner F./Witt, Georg*, Die Körperschaftsteuer. Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz, zum Umwandlungssteuergesetz und zu den einkommensteuerrechtlichen Vorschriften der Anteilseignerbesteuerung, Stuttgart, Loseblatt, Stand Oktober 2003.
- Witt, Goerg (1999):** Die Organschaft im Ertragsteuerrecht, Stuttgart 1999.
- Wochinger, Peter (2002):** Fortentwicklung der Unternehmenssteuerreform – Änderungen und Klarstellungen zum § 8b Abs. 3, 4 und 5 KStG, in: Arbeitsunterlage zur Handelsblatt-Konferenz „Unternehmenssteuerreform – offene Auslegungsfragen“ am 25.6.2002 in Königswinter.
- Woll, Artur (1993):** Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 11., überarb. u. erg. Aufl., München 1993.
- Wosnitza, Michael/Treich, Corinna (1999):** Leistungsfähigkeitskonzeptionen und steuerliche Behandlung des Existenzminimums, DBW 1999, S. 351-368.

- Wurmsdobler, Norbert (2001):** Unternehmenssteuerreform und Steuerplanung, DStZ 2001, S. 841-849.
- Yeeles, Adrian (2000):** Germany's Big Tax Giveaway – or is it?, The Tax Journal 21 August 2000, S. 19-20.
- Zeller, Maria (1993):** Unternehmerische Holding, in: *Hoffmann, Friedrich (Hrsg.), Konzernhandbuch. Recht, Steuern, Rechnungslegung, Führung, Organisation, Praxisfälle*, Wiesbaden 1993, S. 347-367.
- Zenthöfer, Wolfgang (1997):** Kommentierung § 8b KStG, in: *Cattelaens, Heiner/Gottstein, Siegfried/Stegmüller, Hubert/Zenthöfer, Wolfgang, Körperschaftsteuer*, 12. Aufl., Stuttgart 1997.
- Zimmermann, Jörg (2003):** Kommentierung § 8b KStG, in: *Erle, Bernd/Sauter, Thomas (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz. Die Besteuerung der Kapitalgesellschaft und ihrer Anteilseigner*, Heidelberg 2003.
- Zinser, Thomas (1995):** Körperschaftsteuerrechtliche Behandlung nationaler Konzerne in Deutschland und Spanien. Vergleichende Betrachtung der Organschaft und des Systems der konsolidierten Besteuerung (régimen de tributación consolidada), München 1995.
- Zitzelsberger, Heribert (2000):** Die Reform der Unternehmenssteuer, WPg 2000, S. 51-57.
- Zitzelsberger, Heribert (1990):** Grundlagen der Gewerbesteuer. Eine steuergeschichtliche, rechtsvergleichende, steuersystematische und verfassungsrechtliche Untersuchung, Köln 1990.
- Zöchling, Hans (1991):** Zum Mißbrauch von Doppelbesteuerungsabkommen, SWI 1991, S. 268-270.
- Zünd, André (1975):** Möglichkeiten und Grenzen der Steuerplanung in multinationalen Unternehmen, in: *Höhn, Ernst/Lutz, Benno/Zünd, André (Hrsg.), Steuerplanung in*

der Unternehmung, Referate eines Seminars der Weiterbildungsstufe der Hochschule St. Gallen, Bern/Stuttgart 1975, S. 97-111.

Zweifel, Martin (1973): Holdinggesellschaft und Konzern, Zürich 1973.