



# Zwölf Punkte zur weiteren Modernisierung und Vereinfachung des Unternehmensteuerrechts

Die Steuerpläne der Regierungskoalition vom 14. Februar 2012

---

## Zusammenfassung

Am 14. Februar 2012 haben die finanzpolitischen Sprecher der Koalitionsfraktionen von CDU/CSU und FDP einen sogenannten 12-Punkte-Plan zur Reformierung der Unternehmensbesteuerung in der bis Herbst 2013 laufenden Legislaturperiode vorgestellt<sup>1</sup>. Im Folgenden geben wir einen Überblick über die vorgeschlagenen Änderungen sowie die sich daraus ergebenden Konsequenzen.

<sup>1</sup>  
[www2.nwb.de/portal/content/ir/downloads/235146/CDU\\_FDP\\_2012\\_12\\_Punkte\\_Steuervereinfachung\\_2012.pdf](http://www2.nwb.de/portal/content/ir/downloads/235146/CDU_FDP_2012_12_Punkte_Steuervereinfachung_2012.pdf).

Für weitere Informationen stehen Ihnen Ihre üblichen Ansprechpartner bei Freshfields Bruckhaus Deringer LLP gerne zur Verfügung.

---

## »Aufbruch zu neuen Ufern« oder »Alter Wein in neuen Schläuchen«?

In der Sache selbst handelt es sich bei den Vorschlägen nur in wenigen Fällen um echte Neuerungen. Eine Vielzahl der erwogenen Änderungen stellt eine bloße Einzelfallreaktion auf jüngere Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des Bundesfinanzhofs (BFH) oder entdeckte Besteuerungslücken dar, die ansonsten meist geräuschlos in Jahressteuergesetzen verpackt oder anderen, ohnehin anstehenden Gesetzgebungsvorhaben als steuerliche Fußnote beigegeben werden. Im Übrigen handelt es sich bei den vorgeschlagenen Änderungen um eine Kompilation aus schon in jüngerer Zeit veröffentlichten Vorschlägen. Die Hauptquelle der vordergründig neuen Steuerpläne ist das „Grünbuch der Deutsch-Französischen Zusammenarbeit über Konvergenzpunkte bei der Unternehmensbesteuerung“ vom 6. Februar 2012<sup>2</sup>.

Die übrigen Quellen des 12-Punkte-Plans zur Reformierung der Unternehmensbesteuerung sind unter anderem:

- der Bericht der Facharbeitsgruppe „Verlustverrechnung und Gruppenbesteuerung“ vom 15. September 2011<sup>3</sup>,
- der vom Bundesministerium der Finanzen (BMF) am 24. Januar 2012 dem Bundestag als Beratungsgrundlage vorgelegte „Bericht zu Reformansätzen und Vereinfachungsmöglichkeiten im Bereich des steuerlichen Reisekostenrechts“ vom 30. Dezember 2011<sup>4</sup> und

<sup>2</sup>  
[www.bundesfinanzministerium.de/nr\\_3380/DE/Wirtschaft\\_und\\_Verwaltung/Steuern/20120206-anl,templateId=raw,property=publicationFile.pdf](http://www.bundesfinanzministerium.de/nr_3380/DE/Wirtschaft_und_Verwaltung/Steuern/20120206-anl,templateId=raw,property=publicationFile.pdf).

<sup>3</sup>  
Vgl. Beck-Online FD-DStR 2011, 325000. Siehe auch [www.bundesfinanzministerium.de/nr\\_3380/DE/Wirtschaft\\_und\\_Verwaltung/Steuern/Veroeffentlichungen\\_zu\\_Steuern/Koerperschaftssteuer\\_Umwandlungssteuerrecht/001\\_a,templateId=raw,property=publicationFile.pdf](http://www.bundesfinanzministerium.de/nr_3380/DE/Wirtschaft_und_Verwaltung/Steuern/Veroeffentlichungen_zu_Steuern/Koerperschaftssteuer_Umwandlungssteuerrecht/001_a,templateId=raw,property=publicationFile.pdf).

<sup>4</sup>  
[www.freie-berufe.de/fileadmin/freie-berufe.de/pdf/Steuern/bericht-reisekostenreform.pdf](http://www.freie-berufe.de/fileadmin/freie-berufe.de/pdf/Steuern/bericht-reisekostenreform.pdf).

- Die Vorschläge der Länder Hessen, Schleswig-Holstein, Rheinland-Pfalz und Bremen zur „Steuervereinfachung Tranche II – Ein Gesetz zur Entlastung der Steuerverwaltung“ vom Oktober 2011<sup>5</sup>.

---

## Bedeutung des 12-Punkte-Plans für die Steuergestaltung

Die für die Steuerplanung und damit für die Steuergestaltung der Unternehmen bedeutendsten Punkte sind:

1. Einführung einer Gruppenbesteuerung anstelle der bisherigen steuerlichen Organschaft – mit Wirksamkeit allerdings erst ab 2016;
2. Beschränkung der Steuerfreiheit von Dividenden;
3. Beschränkung des fremdfinanzierten Beteiligungserwerbs.

Im Hinblick auf diese annoncierten Änderungen gilt es, sich frühzeitig richtig aufzustellen, da die damit verbundenen Systemübergänge sowohl komplex als auch in ihren steuerlichen Belastungswirkungen weitgreifend sind. Die im Rahmen des deutsch-französischen Konvergenzprojektes vorgeschlagenen Maßnahmen sollen zum 50. Jahrestag der Unterzeichnung des Elysée-Vertrags am 22. Januar 2013 wirksam werden. Rein praktisch ist daher davon auszugehen, dass spätestens im Herbst 2012 das parlamentarische Verfahren eingeleitet wird. Infolgedessen dürften dann wieder die bekannten Stichtagsprobleme auftreten. Insbesondere bei einzelnen gesetzgeberischen Beigaben, wie zum Beispiel den erwogenen Beschränkungen beim Hybridkapital (§ 8b Abs. 1 Satz 3 KStG) und der Wertpapierleihe (§ 8b Abs. 10 KStG), dürfte auch die Frage der sogenannten unechten Rückwirkung zum Beginn des laufenden Jahres 2012 wieder virulent werden.

<sup>5</sup>  
[www.fm.rlp.de/fileadmin/fm/downloads/steuerrecht/steuervereinfachung/Steuervereinfachung.pdf](http://www.fm.rlp.de/fileadmin/fm/downloads/steuerrecht/steuervereinfachung/Steuervereinfachung.pdf).

---

## Die Vorschläge im Einzelnen

### 1. Einführung einer Gruppenbesteuerung anstelle der bisherigen steuerlichen Organshaft

Das Ende des maßgeblich auf dem Abschluss eines Gewinnabführungsvertrages basierenden Konzeptes der inländischen Organshaft für Zwecke der Körperschaftsteuer (§§ 14 ff. KStG) und Gewerbesteuer (§ 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG) zugunsten eines Gruppenbesteuerungssystems wurde von der gegenwärtigen Regierungskoalition schon im Koalitionsvertrag vom 26. Oktober 2009 verkündet – wenn auch nur als „mittelfristiges Ziel“ für die Unternehmensbesteuerung<sup>6</sup>. Zu Oppositionszeiten hatte die FDP schon einmal entsprechende Vorschläge für ein grenzüberschreitendes Gruppenbesteuerungssystem ausformuliert<sup>7</sup>.

Hinsichtlich der Ausgestaltung der Gruppenbesteuerung kann als einigermaßen verlässlich nur gelten, dass die Notwendigkeit des Abschlusses eines Gewinnabführungsvertrages (§ 14 Abs. 1 Satz 1 KStG) entfallen soll und es zu einer Anhebung der Mindestbeteiligungsquote von derzeit 50 Prozent (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KStG) auf 75 oder gar 95 Prozent kommt. Ansonsten legt sich der 12-Punkte-Plan ebenso wenig wie das insoweit korrespondierende Grünbuch darauf fest, ob man dem sogenannten IFSt-Modell<sup>8</sup> oder dem sogenannten Gruppenbeitragsmodell folgen will<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Vgl. Koalitionsvertrag v. 26.10.2009, S. 14 ([www.cdu.de/doc/pdf/c/091026-koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf](http://www.cdu.de/doc/pdf/c/091026-koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf)).

<sup>7</sup> Vgl. BT-Drs. 16/679, S. 14 (v. 15.2.2006).

<sup>8</sup> Falls dieses Modell in Betracht kommt, dann wohl eher in Gestalt des sogenannten Einkommenszurechnungsmodells der Bund/Länder-Facharbeitsgruppe.

<sup>9</sup> Zu den Unterschieden der einzelnen Konzepte vgl. *Lenz/Seroin/Handwerker*, Die französische Gruppenbesteuerung – ein Modell für Deutschland?, DB 2012, 365 m. w. N.

Während der Modellvorschlag des Instituts für Finanzen und Steuern (IFSt)<sup>10</sup> ebenso wie das sogenannte Einkommenszurechnungsmodell wie bisher dem Gruppenträger das Einkommen der Gruppengesellschaften zurechnet, werden bei dem sogenannten Gruppenbeitragsmodell die Ergebnisse der Gruppenmitglieder durch steuerlich ergebniswirksame Ausgleichsleistungen verrechnet. Zur Vermeidung von Steuerausfällen stehen flankierende Maßnahmen zur Diskussion, etwa die Verlustverrechnung zwischen den Gruppengesellschaften und dem Gruppenträger auf die Höhe des Buchwerts der von diesem gehaltenen Beteiligungen an der jeweiligen Gruppengesellschaft zu deckeln, ähnlich dem aus § 15a EStG bekannten Konzept.

Den von der Koalition erwogenen Konzepten ist gemein, dass *Gruppenträger* grundsätzlich nur ein unbeschränkt steuerpflichtiges, gewerblich tätiges Unternehmen mit Geschäftsleitung im Inland sein soll. Damit bleibt es bei den persönlichen Kriterien, die schon bisher für einen Organträger in § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KStG gelten. Ausländische Unternehmen sollen wie bisher nur dann Gruppenträger sein können, wenn die Beteiligung an der Gruppengesellschaft zum inländischen Betriebsvermögen des ausländischen Gruppenträgers gehört (§ 18 Satz 1 KStG).

*Gruppenmitglied* kann nach allen erwogenen Modellen allein eine unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtige Kapitalgesellschaft sein, wobei – als Antwort auf ein Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission<sup>11</sup> – dies auch eine in einem anderen EU/EWR-Mitgliedsstaat gegründete Kapitalgesellschaft sein kann. Deren Geschäftsleitung muss sich jedoch im Inland befinden und die übrigen Voraussetzungen der Organshaft

<sup>10</sup> IFSt-Arbeitsgruppe, Einführung einer modernen Gruppenbesteuerung – Ein Reformvorschlag, IFSt-Schrift Nr. 471 (2011) ([www.ifst.de/images/stories/schriften/471.pdf](http://www.ifst.de/images/stories/schriften/471.pdf)).

<sup>11</sup> EU-Kommission v. 30.9.2010, IP/10/1253.

beziehungsweise Gruppenbesteuerung müssen erfüllt werden<sup>12</sup>.

Eine grenzüberschreitende Gruppenbesteuerung unter Einbeziehung ausländischer Tochtergesellschaften sehen weder das IFSt-Modell, das Einkommenszurechnungsmodell noch das Gruppenbeitragsmodell vor. Auf das BFH-Urteil vom 9. Februar 2011<sup>13</sup>, wonach eine grenzüberschreitende gewerbsteuerliche Organschaft wegen des abkommensrechtlichen Diskriminierungsverbots zulässig sein kann und damit Gewinne steuerneutral ins Ausland transferiert werden können<sup>14</sup>, hat die Finanzverwaltung zunächst mit einem Nichtanwendungserlass geantwortet<sup>15</sup>. Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass auf das Urteil zur Verhinderung von Steuerfällen zusätzlich durch gesetzgeberische Maßnahmen reagiert wird. Einerseits könnte als weitere Voraussetzung für eine Organschaft die Existenz einer inländischen Betriebsstätte des Organträgers verlangt werden, der auch die Beteiligung an der Organgesellschaft zuzurechnen wäre. Andererseits wäre es möglich, im Fall einer grenzüberschreitenden Organschaft auf der Grundlage des »DBA-Diskriminierungsverbots« eine inländische Betriebsstätte des Organträgers im Wege eines Treaty Override zu fingieren, um so die Besteuerung des ausländischen Organträgers mit den Erträgen aus der inländischen Organgesellschaft zu ermöglichen.

Der Übergang von der bisherigen Organschaftsbesteuerung zu einer Gruppenbesteuerung soll einen technischen Vorlauf von drei Jahren haben, um ab 2016 wirksam zu werden.

erung soll einen technischen Vorlauf von drei Jahren haben, um ab 2016 wirksam zu werden.

- Kurzfristige Reaktionen auf mögliche neue Gruppenbesteuerungsregelungen sind ohne konkrete Gesetzesvorschläge (einschließlich Übergangsregelungen) risikoreich.
- Es empfiehlt sich aber schon jetzt darüber nachdenken, ob zum Beispiel die Kündigungsklauseln bestehender Gewinnabführungsverträge im Lichte möglicher Änderungen angepasst beziehungsweise erweitert werden sollten und welche gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen daraus zu ziehen sind, dass Gewinnabführungsverträge im Sinne des § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG steuerlich nicht länger erforderlich sind.
- Es wird sich zukünftig die Notwendigkeit ergeben, zwischen den Gruppenmitgliedern einen sogenannten Gruppenvertrag über die Nutzung der Gruppenbesteuerungsregelungen und einen Steuerumlage-Vertrag abzuschließen. Hierauf gilt es sich frühzeitig einzustellen.
- Neue Gruppenbesteuerungsregelungen werden voraussichtlich auf die Beteiligung am Kapital abstellen und nicht wie die bisherigen Organschaftsregelungen auf die Mehrheit der Stimmrechte (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 KStG). So bekommen in diesem Zusammenhang zum Beispiel stimmrechtslose Vorzugsaktien (§ 139 AktG) ein anderes Gewicht.
- Neue Gruppenbesteuerungsregelungen werden eine Beteiligung am Kapital von 75 oder gar 95 Prozent verlangen. Damit werden nicht wenige Organschaften ersatzlos auslaufen müssen, weil eine entsprechend höhere Kapitalbeteiligung nicht umsetzbar ist. Sowohl die aktienrechtliche als auch die steuerliche Stellung außenstehender Aktionäre, die bislang Ausgleichszahlungen (Garantiedividenden) erhalten haben, wird sich ändern. Würde eine 95 Prozent-Grenze etabliert, wäre immer auch ein Squeeze-out-Szena-

<sup>12</sup> Vgl. BMF v. 28.3.2011 – IV C 2 – S 2770/09/10001, BStBl. I 2011, 300. Dazu Winter/Marx, „Grenzüberschreitende“ Organschaft mit zugezogenen EU-/EWR-Gesellschaften, DStR 2011, 1101.

<sup>13</sup> BFH v. 9.2.2011 – I R 54, 55/10, BStBl. II 2012, 106.

<sup>14</sup> Im einzelnen dazu Glade, Grenzüberschreitende Organschaft ohne Gewinnabführungsvertrag, IStR 2012, 128; Frotscher, Grenzüberschreitende Organschaft – wo stehen wir?, IStR 2011, 697; Lüdicke, Das DBA-Gespenst bei der Organschaft, IStR 2011, 740.

<sup>15</sup> Nichtanwendungserlass BMF v. 27.12.2011, BStBl. I 2012, 119. Dazu Behrens, Keine sog. Organschaft über die Grenze aufgrund des DBA-Diskriminierungsverbots, BB 2012, 485.

rio (§ 327a Abs. 1 AktG) beziehungsweise ein Eingliederungs-Szenario (§ 320 Abs. 1 AktG) gegeben. Die entsprechende Aufstockung der Anteilsquote auf 95 Prozent könnte in vielen Fällen eine nicht geplante Grunderwerbsteuerbelastung (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 oder 3 GrEStG) verursachen.

- Die steuerlichen Übergangsregelungen müssen Antworten darauf finden, wie mit bestehenden (auch noch nicht fünf Jahre laufenden) Organschaften umgegangen wird; was mit vororganschaftlichen Verlustvorträgen passiert; wie mit den steuerlichen Ausgleichsposten aufgrund organschaftlicher Mehr- und Minderabführungen umgegangen wird; wie die steuerliche Vorbelastung außenstehender Aktionäre nach § 16 KStG sichergestellt wird; wie die bisherige Bruttomethode (§ 15 KStG) hinsichtlich der Erfassung von Beteiligungserträgen nach § 8b KStG oder DBA ins neue System überführt wird.

## 2. Dividendenbesteuerung (Streubesitzdividenden)

Keine Antwort gibt der 12-Punkte-Plan auf die Frage, wie Deutschland auf das EuGH-Urteil vom 20. Oktober 2011<sup>16</sup> reagieren will, in dem festgestellt wurde, dass die abgeltende Wirkung der Kapitalertragsteuer auf an ausländische Anteilseigner abfließende Streubesitzdividenden gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV (vormals Art. 56 EGV) verstößt<sup>17</sup>.

<sup>16</sup>  
EuGH v. 20.10.2011 – C-284/09, Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland, DStR 2011, 2038.

<sup>17</sup>  
Vgl. *Behrens*, Besteuerung grenzüberschreitender Dividendenzahlungen in Deutschland nach dem EuGH-Urteil Rs. C-284/09, RdF 2012, 52; *Wiese/Möller*, Dividendenbesteuerung unter dem Einfluss des Europarechts: EuGH-Urteil zu Streubesitzdividenden und Änderung des § 50d III EStG, GWR 2011, 539; *Grieser/Faller*, Europarechtswidrigkeit der Nichtanrechenbarkeit deutscher Quellensteuern bei beschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaften, DB 2011, 2798; *Gosch*, „Definitive“ KapESt bei beschränkt steuerpflichtiger Kapitalgesellschaft ist unionsrechtswidrig, BFH/PR 2011, 454; *Patzner/Nagler*, Besteuerung von Ausschüttungen an ausländische Körperschaften als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit, GmbHR 2011, 1190.

Bei Anteilseignern, die weder Sitz noch Geschäftsleitung im Inland unterhalten, sind Dividenden deutscher Gesellschaften inländische Einkünfte im Sinne der Regelungen zur beschränkten Körperschaftsteuerpflicht (§ 2 Nr. 1 KStG in Verbindung mit § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a EStG). Ein Veranlagungsverfahren findet jedoch nicht statt; vielmehr ist die Körperschaftsteuer auf die Dividende durch den Kapitalertragsteuerabzug abgegolten (§ 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG). Beschränkt steuerpflichtigen Körperschaften als Anteilseignern werden nach § 44 Abs. 9 Satz 1 EStG jedoch 2/5 der abgeführten Kapitalertragsteuer erstattet. Die verbleibende Belastung mit Kapitalertragsteuer in Höhe von 15 Prozent (zuzüglich Solidaritätszuschlag) ist definitiv, wenn nicht eine Freistellung nach der Mutter-Tochter-Richtlinie (§ 43b EStG) oder einem Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) zum Tragen kommen.

Angesichts des Vertragsverletzungsverfahrens der EU-Kommission<sup>18</sup> nach dem EuGH-Urteil vom 14. Dezember 2006<sup>19</sup> in Sachen Denkavit hatte die damalige Bundesregierung im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Jahressteuergesetz 2009 erwogen, Streubesitzdividenden und entsprechende Anteilsveräußerungsgewinne steuerpflichtig zu machen<sup>20</sup>; dies wurde aber von den Koalitionsfraktionen im Finanzausschuss verhindert<sup>21</sup>. Der damals vorgeschlagene § 8b Abs. 4 KStG sah eine 10 Prozent-Grenze und ein Stichtagserfordernis vor<sup>22</sup>:

<sup>18</sup>  
EU-Kommission v. 22.1.2007, IP/07/66.

<sup>19</sup>  
EuGH v. 14.12.2006 – C-170/05 (Denkavit), IStR 2007, 62.

<sup>20</sup>  
Vgl. dazu *Baumgärtel/Lange*, Mögliche EU-Rechtswidrigkeit der Kapitalertragsteuer auf Streubesitzdividenden – Handlungsbedarf und Rahmenbedingungen für Gegenreaktionen des Gesetzgebers, Ubg 2008, 525; *Patzner/Frank*, Geplante Abschaffung der Steuerbefreiung nach § 8b KStG für Streubesitzanteile, IStR 2008, 433; *Schmidt*, Körperschaftsteuerpflicht für Streubesitzdividenden?, NWB 2008, 2311.

<sup>21</sup>  
Vgl. BT-Drs. 16/11108, S. 10.

<sup>22</sup>  
Zum Wortlaut vgl. GmbHR/GmbH-Report 12/2008, R 182 ff.

„Bezüge im Sinne des Absatzes 1 und Gewinne im Sinne des Absatzes 2 sind abweichend von Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 1 bei der Ermittlung des Einkommens zu berücksichtigen, wenn die Beteiligung zu Beginn des Veranlagungszeitraums unmittelbar weniger als 10 Prozent des Grund- oder Stammkapitals betragen hat; ist ein Grund- oder Stammkapital nicht vorhanden, ist die Beteiligung an dem Vermögen, bei Genossenschaften die Beteiligung an der Summe der Geschäftsguthaben, maßgebend. <sup>2</sup>Überlässt eine Körperschaft Anteile an einen Anderen und hat der Andere diese oder gleichartige Anteile zurückzugeben, werden die Anteile für die Ermittlung der Beteiligungsgrenze der überlassenden Körperschaft zugerechnet. <sup>3</sup>Beteiligungen über eine Mitunternehmensgesellschaft sind dem Mitunternehmer anteilig nach dem allgemeinen Gewinnverteilungsmaßstab zuzurechnen; § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes gilt sinngemäß. <sup>4</sup>Eine dem Mitunternehmer nach Satz 3 zugerechnete Beteiligung gilt für die Anwendung dieses Absatzes als unmittelbare Beteiligung. <sup>5</sup>Absatz 3 Satz 1 und Absatz 5 ist auf Bezüge und Gewinne im Sinne des Satzes 1 nicht anzuwenden. <sup>6</sup>Betriebsausgaben und Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit einem in Satz 1 genannten Anteil stehen, dürfen nur mit Bezügen und Gewinnen im Sinne des Satzes 1 ausgeglichen werden. <sup>7</sup>Was als Gewinnminderung und als Gewinn aus der Veräußerung anzusehen ist, bestimmt sich nach Absatz 2 und Absatz 3. <sup>8</sup>Bezüge und Gewinne im Sinne des Satzes 1 sind in den für die Zinsschranke maßgeblichen Gewinn im Sinne des § 4h Abs. 1 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes nicht einzubeziehen; auf Zinsaufwendungen, die unter Satz 3 fallen, sind § 4h des Einkommensteuergesetzes und § 8a nicht anzuwenden. <sup>9</sup>Nach Anwendung des Satzes 3 nicht ausgeglichene Betriebsausgaben und Gewinnminderungen sind in die folgenden Veranlagungszeiträume vorzutragen und mit künftigen Bezügen und Gewinnen im Sinne des Satzes 1 auszugleichen; § 10d Abs. 4 des Einkommensteuergesetzes und § 8c gilt entsprechend. <sup>10</sup>Für Zwecke der Sätze 1 bis 8 gilt der Erwerb einer Beteiligung von mindestens 10 Prozent als zu Beginn des Veranlagungszeitraums erfolgt.“

Wenn schon nicht dem 12-Punkte-Plan der Koalitionsfraktionen, so kann zumindest dem Grünbuch der Wille der Regierung entnommen werden, die Steuerfreistellung nach § 8b Abs. 1 KStG für Gewinnausschüttungen durch Einführung einer Mindestbeteiligungsquote und unter Umständen auch

einer Mindesthaltefrist partiell zu beseitigen und damit im Ergebnis auch ein EU-konformes Dividendenbesteuerungssystem zu etablieren<sup>23</sup>. Die Mindestbeteiligungsquote, ab der in Frankreich die Steuerfreiheit für Dividenerträge von Tochtergesellschaften gewährt wird, beträgt 5 Prozent (Beteiligung am Kapital und an den Stimmrechten). Ansonsten sind die Gewinnausschüttungen regelmäßig körperschaftsteuerpflichtig; zudem besteht eine Mindesthaltefrist von zwei Jahren. Es steht zu erwarten, dass zur Vermeidung einer »Lücke« zu den Regelungen der Mutter-Tochter-Richtlinie, die eine Mindestbeteiligung am Kapital von 10 Prozent zugrunde legt<sup>24</sup>, und zur Herstellung eines Gleichlaufs mit § 43b EStG eine diesen Regelungen entsprechende Beteiligungsquote und eine Mindestbesitzzeit etabliert wird, um unverändert steuerfreie Beteiligungserträge nach § 8b Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 5 KStG zu erlangen. Eine solche »Quotenregelung« erfordert eigentlich auch, die Regelungen über das gewerbsteuerliche Schachtelprivileg (§ 8 Nr. 5 in Verbindung mit § 9 Nr. 2a und 7 GewStG) entsprechend anzupassen.

Es wird interessant sein zu beobachten, welchen Umfang die Mutation des § 8b Abs. 1 KStG von einer generellen Steuerfreistellung zu einer bloßen Regelung über Schachteldividenden annimmt. Unklar sind dabei gegenwärtig auch die Folgen für indirekte Beteiligungsengagements über Personengesellschaften oder Investmentfonds, namentlich Aktienspezialfonds. Es drängt sich zudem die Frage auf, ob bei der Einführung einer Steuerpflicht für Streubesitzdividenden – wie schon 2008 erwogen und in Frankreich geltende Gesetzeslage<sup>25</sup> – auch sogenannte kurzfristige Anteilsveräußerungsgewinne aus Portfoliobeteiligungen in voller Höhe steuerpflichtig werden. Die

<sup>23</sup> Vgl. Grünbuch, Tz. 2.3.4.1.

<sup>24</sup> Art. 3 Abs. 1 Buchst. a RL 90/435/EWG. Vgl. auch § 43b Abs. 2 Satz 1 EStG.

<sup>25</sup> Vgl. Krenz, Frankreich: Jahressteuergesetze – Entwicklung des französischen Steuerrechts zum 1.1.2011, IStR-LB 7/2011, 28.

»Flucht« in sell/buy-back-Transaktionen um den Dividendenstichtag wäre ansonsten vor-gezeichnet.

- Kurzfristige Reaktionen auf das EuGH-Urteil vom 20. Oktober 2011 zur Europarechtswidrigkeit des Kapitalertragsteuer- einbehalts auf Gewinnausschüttungen an ausländische Anteilseigner:

Ausländische EU/EWR-Kapitalgesell- schaften sollten Anträge auf Kapitaler- tragsteuererstattung im Hinblick auf ihre in den letzten Jahren erlangten deutschen Streubesitzdividenden stellen. Dies gilt auch für ausländische Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen, die anson- sten unter § 8b Abs. 7 oder 8 KStG fallen. Gleiches gilt für ausländische Investment- vermögen und in Drittstaaten ansässige Kapitalgesellschaften als Dividendenbe- zieher<sup>26</sup>.

Die Anträge sollten binnen vier Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres gestellt werden, in dem die Kapitalertragsteuer abgeführt wurde. Im Jahr 2012 können somit Anträge zurück bis einschließlich 2008 gestellt werden. Welche Behörde an- zusprechen ist, ist unklar. Zuständig hier- für ist jedenfalls nicht das Bundeszentral- amt für Steuern. Ansonsten wird in der Praxis diskutiert, ob der Antrag beim Be- triebstätten-Finanzamt der ausschütten- den Gesellschaft (§ 44 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 EStG) oder nach allgemeinen Grundsätzen (§ 20 Abs. 3 und 4 AO) bei dem für den be- schränkt Steuerpflichtigen zuständigen Finanzamt zu stellen ist.

Den Steuerpflichtigen, aber auch der Fi- nanzverwaltung selbst wäre gedient, wenn man sich zwischen Bund und Län- dern auf ein Verfahren – insbesondere hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit – für die Abwicklungsfälle aus den Jahren 2007 bis 2012 verständigen würde.

26

Vgl. dazu *Gosch*, „Definitive“ KapESt bei beschränkt steuerpflichtiger Kapitalgesellschaft ist unionsrechts- widrig, BFH/PR 2011, 454; *Behrens*, Das deutsche Kapitalertragsteuerrecht muss geändert werden, BB 2011, 2915.

- Fragen und Strukturierungsüberlegungen im Falle einer kommenden Portfolio-Be- steuerung:

Hinsichtlich des möglichen persönlichen Anwendungsbereichs stellt sich die Fra- ge: Wird allein der § 8b KStG geändert, mithin die Dividenden- und Anteilsbe- steuerung bei Körperschaften? Oder wer- den auch von natürlichen Personen in einem eigenen Betriebsvermögen oder im Betriebsvermögen einer Personengesell- schaft (Mitunternehmerschaft) gehaltene Portfolioanteile beziehungsweise Streube- sitzdividenden einer vollen Besteuerung unterworfen, also § 3 Nr. 40 EStG unter einen entsprechenden Beteiligungs- und Besitzzeitvorbehalt gestellt?

Hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs stellt sich die Frage: Fallen auch Eigenkapitalgenussrechte im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG in den Anwen- dungsbereich einer Regelung zur Besteue- rung von Streubesitzdividenden? Hiervon dürfte grundsätzlich auszugehen sein. Dann stellt sich die Folgefrage, ob auch Ei- genkapitalgenussrechte eine für das neue Schachtelprivileg erforderliche Beteili- gung von 10 Prozent am Kapital – allein oder neben dem gezeichneten Kapital – vermitteln können.

Kommt es zu einer Besteuerung von Streubesitzbeteiligungen, stellt sich selbstverständlich die Frage nach einem rechtzeitigen »Step-up«, das heißt der Re- alisierung stiller Reserven unter dem ge- genwärtigen § 8b KStG-Regime, das heißt unter einer Körperschafts- und Gewerbe- steuerbelastung auf 5 Prozent (nach § 8b Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 3 Satz 1 KStG) des Veräußerungsgewinns. Umgekehrt stellt sich – je nach Ausge- staltung der Übergangsregelungen – die Frage, aufgrund des nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG bestehenden Abschreibungs- wahlrechts mit der »Realisierung« von Wertminderungen solange zu warten, bis sie aus dem »Abschreibungsverbot« des § 8b Abs. 3 KStG herausgewachsen sind.

Wie in früheren Zeiten der Schachtelbe- teiligungen wird sich bei einem solchen

Besteuerungssystem die Frage nach der Etablierung von sogenannten Vorschaltgesellschaften stellen, in denen Kapitalgesellschaften – um den Preis der 5-prozentigen Kaskadenbesteuerung nach § 8b Abs. 5 KStG – ihre Streubesitzbeteiligungen poolen, um auf jeder Beteiligungsebene die 10 Prozent-Grenze zur Sicherung steuerfreier Dividendenerträge zu überschreiten.

### 3. Besteuerung hybrider Finanzinstrumente

Der 12-Punkte-Plan spricht ebenso wie das Grünbuch<sup>27</sup> unter der leicht irreführenden Überschrift „Dividendenbesteuerung“ die Besteuerung sogenannter hybrider Finanzinstrumente an, die in Deutschland als Gewinnausschüttungen im Sinne des § 8b Abs. 1 KStG in Verbindung mit § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG »steuerfrei« gestellt werden, im Quellenstaat jedoch als Betriebsausgabe abziehbar sind. Um dies zu unterbinden, soll der Anwendungsbereich des § 8b Abs. 1 Satz 2 und 3 KStG ausgeweitet werden. Damit ist aber letztlich nur ein einziger Fall getroffen: von ausländischen Unternehmen begebene Fremdkapitalinstrumente, die nach deutschen Kriterien als Eigenkapitalgenussrechte im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zu qualifizieren sind.

#### *Eigenkapitalgenussrechte an luxemburgischen Kapitalgesellschaften*

Markantester Fall für steuerlich hybride Finanzinstrumente sind Eigenkapitalgenussrechte an luxemburgischen Kapitalgesellschaften. Nach luxemburgischen Verständnis sind nur Zahlungen auf wertpapiermäßig verbrieft Genussrechte (*parts de jouissance*) steuerlich nicht abziehbaren Gewinnausschüttungen gleichzustellen. Dies gilt jedoch nicht für unverbriefte Genussrechte, auch wenn sie eine Beteiligung am Gewinn und den stillen Reserven vorsehen. Dies wird primär aus dem Wortlaut von Art. 164 Abs. 2 LIR hergeleitet, der ausschließlich auf wertpapiermäßig verbrieft

Genussrechte verweist<sup>28</sup>. Die in Luxemburg abziehbaren Genussrechtszahlungen führen in Deutschland ohne Rückgriff auf das DBA Luxemburg zu nach § 8b Abs. 1 KStG körperschaftsteuerfreien Bezügen. Die Korrespondenzregelung des § 8b Abs. 1 Satz 2 KStG, wonach die Steuerfreiheit nach Satz 1 nur gewährt wird, wenn die „sonstigen Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 das Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert haben“, erfasst Eigenkapitalgenussrechte nicht, da es sich bei ihnen um Gewinnanteile im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG und nicht um sonstige Bezüge im Sinne des Satzes 2 dieser Norm handelt<sup>29</sup>. Auch die Korrespondenzregel des § 50d Abs. 9 Satz 2 2. Hs. EStG ist nicht einschlägig, da sie nur Vergütungen erfasst, die nach innerstaatlichem Recht anders als Dividenden das Einkommen mindern, aber abkommensrechtlich gegebenenfalls unter den Dividendenartikel fallen, zum Beispiel stille Beteiligungen<sup>30</sup>.

#### *Partiarische Darlehen an US-Gesellschaften*

Andere hybride Finanzinstrumente, wie etwa Vergütungen (*contingent interest*) auf partiarische Darlehen an US-Gesellschaften (Art. 10 Abs. 6 DBA USA 2008), deren Erträge nach Art. 23 Abs. 2 Satz 1 Buchst. a Satz 1 DBA USA 2008 freigestellt sind<sup>31</sup>, sind von der Neuregelung nicht erfasst. Die Finanzverwaltung vertraut dabei erkennbar auf die Regelung im neu gefassten DBA USA, nach der die vorbeschriebene Freistellung von Einkünften in Deutschland entfällt, wenn

<sup>28</sup> Auch in Deutschland standen bis zum VZ 1984 allein Genussscheine (mit Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös) nach § 8 Abs. 3 KStG a. F. nichtabziehbaren Gewinnausschüttungen gleich, nicht jedoch unverbriefte Genussrechte.

<sup>29</sup> Dötsch/Pung, in: Dötsch/Pung/Jost/Witt [Oktober 2009], § 8b KStG Rz. 36; Gosch, § 8b KStG Rz. 144. A. M. Stein, in: Herrmann/Heuer/Raupach [Oktober 2007], § 8 KStG Rz. 194; auch EK-Genussrechte.

<sup>30</sup> M. Klein/Hagena, in: Herrmann/Heuer/Raupach [September 2010], § 50d EStG Rz. 123.

<sup>31</sup> Vgl. BFH v. 19.5.2010 – I R 75/09, BStBl. II 2011, 208.

<sup>27</sup> Vgl. Grünbuch, Tz. 2.3.1.1.

die USA die Einkünfte zwar nach dem Abkommen besteuern können, tatsächlich aufgrund innerstaatlichen Rechts – etwa weil die Zinsen Personen zufließen, die in den USA nicht unbeschränkt steuerpflichtig sind – nicht besteuern (Art. 23 Abs. 4 Buchst. b DBA USA 2008)<sup>32</sup>. Ob dieses Vertrauen gerechtfertigt ist, ist mit einem großen Fragezeichen zu versehen.

#### *Besteuerung hybrider Finanzinstrumente („Genussrechts-Text“)*

Von größerer Bedeutung für die Praxis wäre es, wenn sich der Gesetzgeber beziehungsweise die Finanzverwaltung hinsichtlich der Besteuerung hybrider Finanzinstrumente folgenden Fragestellungen widmen würde:

- Die Entwicklungen am Kapitalmarkt und die Einführung internationaler Bilanzierungsgrundsätze haben deutsche Unternehmen in der jüngeren Zeit veranlasst, sogenannte Hybridanleihen (Anleihen mit unbegrenzter Laufzeit, aber Emittentenkündigungsrecht<sup>33</sup>) oder Pflichtwandelanleihen<sup>34</sup> zu begeben. Hier kämpfen die Steuerpflichtigen immer noch mit dem BMF-Schreiben von 1986<sup>35</sup> zu den diffusen steuerlichen Kriterien für nicht abziehbare Eigenkapitalgenussrechte. Die Problematik verschärft sich durch die neuen regulatorischen Anforderungen an die Eigenkapitalausstattung von Kreditinstituten. Nach den Vorschlägen für die sogenannte CRD IV-Richtlinie („Basel III“) verbleiben den Kreditinstituten wenige Instrumente außerhalb des formellen Eigenkapitals, um ihre Tätigkeiten zu finanzieren, zum Beispiel Hybridanleihen

<sup>32</sup>  
Vgl. BMF v. 28.2.2011 – IV B 5 – S 1301 – USA/10/10006, BStBl. II 2011, 182.

<sup>33</sup>  
Vgl. dazu Häuselmann, Bilanzuelle und steuerliche Erfassung von Hybridanleihen, BB 2007, 931.

<sup>34</sup>  
Vgl. dazu Häuselmann, Die steuerliche Erfassung von Pflichtwandelanleihen, BB 2003, 1531.

<sup>35</sup>  
BMF v. 8.12.1986 – IV b 7 – S 2742 – 26/86, BB 1987, 667.

(*perpetuals*) und sogenannte CoCo-Bonds<sup>36</sup> (bedingte Pflichtwandelanleihen). Hier bedarf es nicht zuletzt zur Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Institute gegenüber ihren ausländischen Wettbewerbern einer Klarstellung der steuerlichen Einordnung dieser und anderer Hybrid-Kapitalinstrumente<sup>37</sup>.

- Wenn schon im Hinblick auf die Gleichbehandlung von Inländern und EU/EWR-Ausländern beim Kapitalertragsteuerabzug die Dividendenbesteuerung (siehe oben unter 2.) verändert wird, wäre es endlich auch an der Zeit, die (Kapitalertrag-) Besteuerung von Wandelanleihen, Fremdkapital-Genussrechten, stillen Beteiligungen und partiarischen Darlehen »liberaler« zu regeln. Hier geht der Trend in der deutschen Abkommenspolitik jedoch sogar in die gegenläufige Richtung, nämlich die uneingeschränkte Belastung der ausländischen Gläubiger mit voller Kapitalertragsteuer auszuweiten und damit die Kapitalzufuhr aus dem Ausland für inländische Unternehmen zu erschweren. Es ist eigentlich beschämend, dass man zur Akquisition von ausländischem Fremdkapital noch heute den Weg über niederländische Emissionsvehikel gehen oder andere Umverpackungsstrukturen bemühen muss.

#### **4. Besteuerung von Auslandsdividenden in den Händen von KGaA**

Für Dividenden, die eine in Frankreich ansässige Kapitalgesellschaft an eine in Deutschland ansässige Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) zahlt, ist nach der Rechtsprechung des BFH<sup>38</sup> das Schachtelpri-

<sup>36</sup>  
Contingent Convertible Bonds. Dazu Böhringer/Mihm/Schaffelhuber/Seiler, Contingent Convertible Bonds als regulatorisches Kernkapital, RdF 2011, 48; Krause, Tax Treatment of Contingent Convertible Bonds, DFI 2011, 113.

<sup>37</sup>  
Vgl. Behnes/Helios, Steuerliche Aspekte der CRD IV, RdF 2012, 25.

<sup>38</sup>  
BFH v. 19.5.2010 – I R 62/09, DStR 2010, 1712.

vileg des Art. 20 Abs. 1 Buchst. b Satz 1 in Verbindung mit Buchst. b Satz 1 DBA Frankreich auch dann in voller Höhe zu gewähren, wenn persönlich haftende Gesellschafterin der KGaA eine Personengesellschaft ist.

Die M-KGaA ist zu 100 Prozent an der französische X-SARL beteiligt. Persönlich haftende Gesellschafterin der M-KGaA ist die A-OHG, an der nur natürliche Personen beteiligt sind. Weil die Dividenden an eine in Deutschland ansässige Kapitalgesellschaft gezahlt werden, die qualifiziert an einer französischen Kapitalgesellschaft beteiligt ist, werden die DBA-Kriterien für die Schachtelfreistellung erfüllt, obwohl nach innerstaatlichem Recht (§ 15 Abs. 1 Nr. 3 EStG) die Einkommenszurechnung partiell bei ansonsten nicht für die DBA-Schachtel qualifizierenden natürlichen Personen erfolgt.

Da wegen der besonderen innerstaatlichen Behandlung von hybriden Gesellschaften wie der KGaA entsprechende Gewinnanteile steuerfrei dem persönlich haftenden Gesellschafter zugerechnet werden, hat Deutschland in zahlreichen DBA entsprechende Ausschlussklauseln aufgenommen; bei einigen deutschen DBA ist dies jedoch nicht erfolgt.

Die Koalitionsfraktionen beabsichtigen nun, im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum „Gesetz zur Änderung des Gemeindefinanzreformgesetzes“ den § 50d EStG um einen Absatz 11 zu erweitern. Ziel ist es, den steuerfreien Bezug von ausländischen Schachteldividenden bei persönlich haftenden Gesellschaftern sogenannter hybrider Gesellschaften (zum Beispiel KGaA oder GmbH & atypisch still – sowie typengleiche ausländische Gesellschaftsformen) zu unterbinden<sup>39</sup>. Geschaffen wird damit eine weitere Regelung, mit der durch nationales Recht DBA-Verpflichtungen übergangen werden (*treaty override*).

§ 50d Abs. 11 EStG n. F.: „Sind Dividenden beim Zahlungsempfänger nach einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung von der Bemessungsgrundlage der deutschen Steuer auszunehmen, wird die Freistellung ungeachtet des Abkommens nur insoweit gewährt,

als die Dividenden nach deutschem Steuerrecht nicht einer anderen Person zuzurechnen sind. Soweit die Dividenden nach deutschem Steuerrecht einer anderen Person zuzurechnen sind, werden sie bei dieser Person freigestellt, wenn sie bei ihr als Zahlungsempfänger nach Maßgabe des Abkommens freigestellt würden.“

## 5. Weitere Beschränkung der Wertpapierleihe

Dass im 12-Punkte-Plan die „Weitere Beschränkung der Wertpapierleihe“ als Thema auftaucht, ist sachlich gerechtfertigt, verleiht dem Thema jedoch ein politisches Gewicht, das es nicht besitzt. Rein tatsächlich geht es darum, vier Jahre nach seiner ersten Identifikation einen gesetzgeberischen Fehler des Jahres 2007 auszubügeln, der es einem Marktteilnehmer bis heute erlaubt, unerwünschte Wertpapierdarlehensgeschäfte mit Aktien anzubieten, die anderen Kreditinstituten mit der Einführung des § 8b Abs. 10 KStG ab dem Veranlagungszeitraum 2007 nicht mehr möglich sind.

Die Wertpapierleihe mit Aktien wurde bis dahin genutzt, um insbesondere bei Banken und Versicherungsunternehmen aufgrund des § 8b Abs. 7 beziehungsweise Abs. 8 KStG an sich steuerpflichtige Dividenden erträge auf andere Steuerpflichtige zu verlagern, bei denen diese nach § 8b Abs. 1 KStG steuerfrei vereinnahmt werden konnten. Die Steuerersparnis beim Aktien-Entleiher trat dadurch ein, dass die an das verleihende Kreditinstitut zu leistende Dividendenausgleichszahlung nach § 8b Abs. 5 Satz 2 KStG abziehbare Betriebsausgabe war. Der damals eingefügte § 8b Abs. 10 KStG regelt, dass diese Zahlungen nicht als Betriebsausgabe abgezogen werden dürfen, wenn der Verleiher eine *Körperschaft* ist, bei der die Dividenden erträge ansonsten als Handelsbucherträge steuerpflichtig wären<sup>40</sup>. Das Gesetz traf keine Regelung für den Fall, dass eine Bank-Personengesellschaft, bei der die Dividenden erträge nicht nach § 8b Abs. 7 KStG, sondern nach § 3 Nr. 40 Satz 3 EStG steuerpflichtig

39

Zu Text und Begründung des Fraktionsvorschlags vgl. IStR-LB, IStR 1/2012, 3.

40

Vgl. Häuselmann, Das Ende des „Steuerschlupfloches“ Wertpapierleihe, DStR 2007, 1379.

sind, als Aktienverleiher agierte<sup>41</sup>. Dies wurde ausgenutzt und soll nunmehr abgestellt werden, so dass zukünftig insoweit nur noch wenige Gestaltungsmöglichkeiten bleiben.

Das Bankhaus A-KG tritt in ein Wertpapierdarlehensgeschäft über X-Aktien mit der M-GmbH ein. Komplementäre und Kommanditisten des Bankhauses sind nur natürliche Personen. Die Dividenden aus den X-Aktien sind bei der KG als Teil ihres Handelsbestands nach § 3 Nr. 40 Satz 3 EStG in voller Höhe steuerpflichtig. Entsprechendes gilt für erhaltene Dividendenausgleichszahlungen. Infolge des Darlehensgeschäfts wird die M-GmbH rechtliche und wirtschaftliche Eigentümerin der X-Aktien. Die Dividenden vereinnahmt sie nach § 8b Abs. 1 KStG steuerfrei. Die in gleicher Höhe zu leistende Ausgleichszahlung hat ein handelsrechtliches Ergebnis von Null zur Folge, führt aber zu abziehbaren Betriebsausgaben (§ 8b Abs. 5 Satz 2 KStG). Damit können andere steuerpflichtige Erträge der M-GmbH steuerlich „neutralisiert“ werden. Das Abzugsverbot des § 8b Abs. 10 KStG greift nicht, da das darlehensgewährende Bankhaus keine *Körperschaft* ist.

## 6. Beschränkung des fremdfinanzierten Beteiligungserwerbs (Leveraged buyout)

Sowohl der 12-Punkte-Plan als auch das Grünbuch erwägen, den Betriebsausgabenabzug von Fremdkapitalkosten über die Begrenzungen der Zinsschranke (§ 4h EStG) hinaus zu versagen, soweit Finanzierungskosten eines Unternehmenserwerbs nachfolgend auf die erworbene Gesellschaft verlagert werden (sogenannter *debt push down*<sup>42</sup>). Spezifische Vorschläge enthalten beide Papiere nicht, so dass es unklar bleibt, ob es etwa zu einer Eingrenzung oder Abschaffung des § 8b Abs. 5 Satz 2 EStG kommt, der das Abzugsverbot des § 3c Abs. 1 EStG suspendiert. Hier würde jedoch auf der falschen Besteuerungsebene angesetzt. Auch gibt es keine Indikationen dafür, ob und gegebenenfalls wie die Zinsschrankenregelung (§ 4h

41

Zu dieser Lücke vgl. *Dötsch/Pung*, in: *Dötsch/Pung/Jost/Witt, Die Körperschaftsteuer* [Oktober 2009], § 8b KStG Rz. 297; *Roser, Wertpapierdarlehen – eine (schl-) echte Neuregelung*, Ubg 2008, 89, 96.

42

Im einzelnen dazu *Rödding*, in: *Lüdicke/Sistermann, Unternehmenssteuerrecht*, § 13 Rz. 15 ff. m. w. N.

EStG) ausgeweitet werden könnte, oder ob – gleichsam in Umkehrung des § 8b Abs. 3 Satz 4 ff KStG – Gewinnminderungen bei der erworbenen Gesellschaft, die Folge von unmittelbar oder mittelbar übernommenen Verbindlichkeiten des Anteilseigners (oder einer ihm nahestehenden Person) zum Beteiligungserwerb sind, die steuerliche Anerkennung versagt wird.

Übliche Instrumente des *debt push down* sind:

- Die Verschmelzung der Akquisitionsgesellschaft mit der Zielgesellschaft im Wege einer Aufwärtsverschmelzung (*upstream merger*) der Tochter- auf die Muttergesellschaft oder einer Abwärtsverschmelzung (*downstream merger*) der Mutter- auf ihre Tochtergesellschaft. Beide Verschmelzungsarten sind grundsätzlich steuerneutral zu Buchwerten möglich. Die Verbindlichkeiten der Akquisitionsgesellschaft (Mutterunternehmen) und der Zielgesellschaft (Tochterunternehmen) werden dadurch zusammengeführt.
- Sofern es sich bei der Zielgesellschaft um eine Kapitalgesellschaft handelt, kann sie mit der Akquisitionsgesellschaft eine körperschaftsteuerliche und gewerbsteuerliche Organschaft im Sinne des § 14 KStG beziehungsweise § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG begründen. In diesem Rahmen werden die Refinanzierungsaufwendungen der Muttergesellschaft mit den Erträgen der Zielgesellschaft steuerlich zusammengefasst.
- Ein *debt push down* kann auch als fremdfinanzierte Ausschüttung strukturiert werden. In diesem Fall schüttet die Zielgesellschaft nach dem Erwerb durch die Akquisitionsgesellschaft – gegebenenfalls nach einem ertragswirksamen *asset step-up* – einen Betrag in Höhe des erwünschten *debt push downs* an die Akquisitionsgesellschaft aus. Die Ausschüttung erfolgt im Ergebnis nicht durch Zahlung, sondern dadurch, dass die Zielgesellschaft die Akquisitionsfinanzierung der Zielgesellschaft übernimmt.

Das Petitum, den fremdfinanzierten Beteiligungserwerb in Fällen des Leveraged buyout zu begrenzen, mag zwar politisch nachvollziehbar sein, steuersystematisch oder gar verfassungsrechtlich (Beachtung des Leistungsfähigkeitsprinzips) zu rechtfertigen ist es jedoch nicht.

### 7. Modifizierung des Verlustrücktrags

Nach gegenwärtiger Rechtslage ist der Verlustrücktrag in das Vorjahr auf 511.500 Euro (entspricht 1 Millionen DM) begrenzt (§ 10d Abs. 1 Satz 1 EStG). Der 12-Punkte-Plan schlägt wie auch schon der Bericht der Facharbeitsgruppe „Verlustverrechnung und Gruppenbesteuerung“<sup>43</sup> und das Grünbuch<sup>44</sup> eine Anhebung des Höchstbetrags beim Verlustrücktrag auf 1 Millionen Euro vor. Gleichzeitig soll das Wahlrecht für die Steuerpflichtigen entfallen, den Verlustrücktrag innerhalb der bestehenden Höchstbeträge zu begrenzen (§ 10d Abs. 1 Satz 5 und 6 EStG).

### 8. »Endgültige Verluste« aus ausländischen Betriebstätten

Nach der Rechtsprechung des EuGH müssen Verluste eines inländischen Unternehmens aus dessen ausländischer Betriebstätte im Inland berücksichtigt werden, soweit sie ansonsten »endgültig« nicht mehr verrechnet werden können<sup>45</sup>. Der BFH<sup>46</sup> vertritt vor diesem Hintergrund die Auffassung, dass ausländische Betriebstättenverluste trotz steuerlicher Freistellung entsprechender ausländischer Gewinne im Inland bei der Körperschaftsteuer beziehungsweise Einkommensteuer und der Gewerbesteuer zu berücksichtigen sind, wenn diese aufgrund der Aufgabe dieser Betriebstätte im Ausland

nicht mehr genutzt werden können (sogenannte finale Verluste). Zur »Finalität« von Verlusten aus tatsächlichen Gründen können nach Ansicht des BFH auch die Umwandlung der Auslandsbetriebstätte in eine Kapitalgesellschaft oder ihre entgeltliche oder unentgeltliche Übertragung führen. In einem weiteren Urteil hat der BFH einschränkend entschieden, dass der Verlust einer ausländischen Betriebstätte nach Einstellung der Betriebstätigkeit dann nicht im Inland zu berücksichtigen ist, wenn der Betriebstättenstaat nur einen zeitlich begrenzten Vortrag von Verlusten zulässt und der Verlustvortragszeitraum im ausländischen Staat bereits vor Einstellung der Betriebstätigkeit abgelaufen ist<sup>47</sup>. In diesem Fall sei der Verlust nicht wegen der Einstellung der Betriebstätigkeit »endgültig« geworden, sondern weil der nach ausländischem Steuerrecht vorgesehene Verlustvortragszeitraum abgelaufen war.

Nach Ansicht der Finanzverwaltung besteht angesichts dieser Rechtsprechungslage die Gefahr, dass ausländische Verluste in Zukunft durch die einfache Schließung von Betriebstätten, aber auch aufgrund von zielgerichteten Gestaltungen, etwa durch Einbringung der Betriebstätte in eine ausländische Kapitalgesellschaft, zur Verrechnung mit Gewinnen im Inland verwendet werden können<sup>48</sup>.

In Übereinstimmung mit den Vorschlägen der Facharbeitsgruppe „Verlustverrechnung und Gruppenbesteuerung“<sup>49</sup> soll nach dem 12-Punkte-Plan die Berücksichtigung endgültiger ausländischer Betriebstättenverluste auf das unionsrechtlich erforderliche Minimum beschränkt werden. Der Vorschlag geht dahin, dass nach DBA freigestellte »finale Verluste« eines inländischen Steuer-

<sup>43</sup>  
Vgl. dort, S. 64.

<sup>44</sup>  
Vgl. dort, Tz. 2.4.4.3.

<sup>45</sup>  
Vgl. EuGH v. 15.5.2008 – C-141/06 (Lidl Belgium GmbH & Co. KG/FA Heilbronn), BStBl. II 2009, 692; EuGH v. 23.10.2008 – C-157/07 (FA für Körperschaften III in Berlin/Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH), BStBl. II 2009, 566.

<sup>46</sup>  
BFH v. 9.6.2010 – I R 107/09, DStR 2010, 1611.

<sup>47</sup>  
BFH v. 9.6.2010 – I R 100/09, BStBl. II 2010, 1065.

<sup>48</sup>  
Vgl. Bericht der Facharbeitsgruppe „Verlustverrechnung und Gruppenbesteuerung“, S. 71 f.

<sup>49</sup>  
Vgl. Bericht der Facharbeitsgruppe „Verlustverrechnung und Gruppenbesteuerung“, S. 74 f.

pflichtigen aus einer EU/EWR-ausländischen Betriebsstätte zwar grundsätzlich die inländische Bemessungsgrundlage für die Einkommensteuer beziehungsweise Körperschaftsteuer mindern, nicht jedoch bei der Gewerbesteuer. Letzteres soll explizit ausgeschlossen werden. Um die Berücksichtigung »endgültiger« Auslandsverluste gering zu halten, soll durch eine enge gesetzliche Definition – konkretisiert durch Regelbeispiele – sichergestellt werden, dass ein »endgültiger« Betriebsstättenverlust nur bei einer dauerhaften Beendigung des wirtschaftlichen Engagements in dem ausländischen Staat vorliegt. Hiervon soll nicht auszugehen sein, wenn der Steuerpflichtige oder ihm nahe stehende Personen im Sinne des § 1 Abs. 2 AStG weiterhin Einkünfte in dem ausländischen Staat erzielen. Der ausländische Betriebsstättenverlust soll nach diesen Überlegungen nach deutschem Steuerrecht ermittelt und gegebenenfalls auch der Höhe nach begrenzt werden, um eine aus Sicht des Fiskus unangemessene Berücksichtigung von Verlusten auszuschließen.

### 9. Monetarisierung von Verlusten

Unter dem Stichwort „Monetarisierung von Verlusten“ widmet sich der 12-Punkte-Plan einem altbekannten Thema: der wirtschaftlichen Verwertung beziehungsweise Nutzung insbesondere körperschaftsteuerlicher Verlustabzüge. Die Maßnahmen, eine Verlustverwertung zu unterbinden, sind Legende und schienen nach der Ersetzung der sogenannten Mantelkaufregelung des § 8 Abs. 4 KStG durch den § 8c KStG ab 2008 eine gewisse Ruhe gefunden zu haben. Flankierend dazu wurde der Übergang von Verlustabzügen im Rahmen von Umwandlungsmaßnahmen unterbunden (§ 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG, § 12 Abs. 3 UmwStG).

Wird jedoch eine Gewinngesellschaft auf eine Verlustgesellschaft verschmolzen, kann deren Verrechnungspotential bislang – allenfalls gebremst durch die Regelungen zur Mindestbesteuerung (§ 10d Abs. 2 EStG) und den § 8c KStG – uneingeschränkt genutzt werden. Nach Ansicht der Finanzverwaltung wird diese Form der „Monetarisierung“ von Verlusten in unbotmäßiger Weise genutzt.

Genannt werden beispielhaft Fälle, in denen infolge von Verschmelzungen auf Verlustgesellschaften die Besteuerung von Gewinnen bei Gesellschaften mit hohen stillen Reserven (zum Beispiel Flugzeugleasinggesellschaften) vermieden wird (sogenannte *lease tail*-Transaktionen).

Deshalb soll die Nutzung der Verlustverrechnung versagt werden, wenn eine »Gewinngesellschaft« auf eine Verlustgesellschaft verschmolzen wird. Dies wird sich vermutlich nur dadurch darstellen lassen, dass das Basket-System der Verlustverrechnung – bisher schon beeindruckend (siehe unter anderem § 2a EStG, § 15 Abs. 4 EStG, § 15a EStG und § 15b EStG) – um einen zusätzlichen Korb erweitert wird.

### 10. Sondervergütungen an ausländische Mitunternehmer

Bei der im 12-Punkte-Plan angesprochenen Problematik der Sondervergütungen an ausländische Mitunternehmer handelt es sich letztlich wieder einmal nur um eine BFH-Korrekturregelung, die auch im Grünbuch<sup>50</sup> eine ausführliche Würdigung findet.

Zu den im Inland nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a EStG grundsätzlich steuerpflichtigen Einkünften eines ausländischen Gesellschafters einer Personengesellschaft (Mitunternehmerschaft) gehören die von ihr erhaltenen Tätigkeitsvergütungen, Zinsen, Mieten oder Lizenzgebühren (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG). Damit diese an ausländische Mitunternehmer gezahlten sogenannten Sondervergütungen auch dann im Inland besteuert werden können, wenn ein DBA keine ausdrückliche Regelung hierfür vorsieht, hatte der Gesetzgeber mit dem Jahressteuergesetz 2009 einen § 50d Abs. 10 EStG eingefügt, der die Besteuerung der Sondervergütungen im Inland sicherstellen sollte<sup>51</sup>.

<sup>50</sup>  
Vgl. dort, Tz. 2.6.1.

<sup>51</sup>  
Vgl. dazu BMF v. 16.4.2010, BStBl. I 2010, 354, Tz. 2.2.1 und 5.1.

Nach Ansicht des BFH<sup>52</sup> begründet § 50d Abs. 10 EStG jedoch nur die Qualifikation der Sondervergütung als »Unternehmensgewinne« für Abkommenszwecke. § 50d Abs. 10 EStG fingiert jedoch nicht die weiteren für die Besteuerung des Unternehmensgewinns erforderlichen Voraussetzungen, zum Beispiel die Existenz einer inländischen Betriebsstätte des Vergütungsempfängers beziehungsweise die tatsächlich-funktionale Zuordnung des Wirtschaftsguts »Gesellschaftendarlehen« zur inländischen Betriebsstätte.

Es ist daher die Absicht, die Besteuerung der Sondervergütungen im Inland durch eine gesetzliche Regelung auch für den Fall festzuschreiben, dass der Ansässigkeitsstaat des betroffenen Mitunternehmers die erhaltenen Zahlungen beispielsweise als Zinseinkünfte ansieht und damit regelmäßig ein eigenes Besteuerungsrecht annimmt. Allerdings ist Deutschland bereit, aus einer Erweiterung der Fiktionen des § 50d Abs. 10 EStG resultierende Doppelbesteuerungen zu vermeiden, soweit aus dem jeweiligen DBA für den Ansässigkeitsstaat des Mitunternehmers keine entsprechende Ausgleichspflicht herzuleiten ist.

### **11. Vereinfachung des Verlustabzugs bei beschränkter Haftung (§ 15a EStG)**

§ 15a EStG hat das Ziel, zum Beispiel bei Kommanditgesellschaften (Mitunternehmer-schaften) nur solche Verluste zum Abzug zuzulassen, die der beschränkt haftende Kommanditist auch wirtschaftlich trägt. Nicht nur von der Finanzverwaltung wird die Vorschrift unter anderem wegen ihrer systemtypischen Bezugnahme auf das Gesellschaftsrecht als komplex und unpraktisch angesehen. Der 12-Punkte-Plan greift nun einen Vorschlag der Länder Hessen, Schleswig-Holstein, Rheinland-Pfalz und Bremen vom Oktober 2011 auf, nach dem § 15a EStG mo-

52  
BFH v. 8.9.2010 – I R 74/09, DStR 2010, 2451. Dazu Häck, Zur Auslegung des § 50d Abs. 10 EStG durch den BFH, DStR 2011, 71; Gebhardt/Quilitzsch, Erste höchstrichterliche Entscheidung zu § 50d Abs. 10 EStG – Implikationen und offene Fragen, BB 2011, 669; Goebel/Eilinghoff/Schmidt, Grenzüberschreitend gezahlte Sondervergütungen – § 50d Abs. 10 EStG greift im Inboundfall nicht, DStZ 2011, 74.

difiziert und vom Handelsrecht gelöst werden soll.

Die Verlustausgleichsbeschränkung soll danach dann eingreifen, wenn ein negatives Kapitalkonto entsteht. Kapitalkonto in diesem Sinne ist das nach steuerlichen Regelungen ermittelte Kapitalkonto des Mitunternehmers, welches letztlich die tatsächlich geleistete Einlage abbildet; ausstehende Einlagen bleiben unberücksichtigt. Das maximale Verlustausgleichsvolumen wird durch das vom Kommanditisten aufgewendete Kapital (Gesamthandsvermögen einschl. Ergänzungsbilanzen + steuerliches Sonderbetriebsvermögen) definiert.

§ 15a Abs. 1 EStG n. F.: »Der einem Kommanditisten zuzurechnende Anteil am Verlust der Mitunternehmerschaft darf weder mit anderen Einkünften aus Gewerbebetrieb noch mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden, soweit ein negatives Kapitalkonto entsteht oder sich erhöht; er darf insoweit auch nicht nach § 10d EStG abgezogen werden. Gewinne und Verluste auf Grund von Sonder- und Ergänzungsbilanzen sind bei der Ermittlung des Anteils am Verlust im Sinne des Satzes 1 zu berücksichtigen. Sonder- und Ergänzungsbilanzen sind auch bei der Ermittlung des Kapitalkontos im Sinne des Satzes 1 zu berücksichtigen.«

§ 15a Abs. 2 Satz 1 n. F.: »Soweit der Verlust nach den Absätzen 1 und 1a nicht ausgeglichen oder abgezogen werden darf, mindert er die Gewinne, die dem Kommanditisten in späteren Wirtschaftsjahren aus seiner Beteiligung an der Mitunternehmerschaft zuzurechnen sind. Absatz 1 Satz 2 gilt hinsichtlich der in Satz 1 genannten Gewinne entsprechend.«

§ 15 Abs. 3 EStG n. F.: »Soweit ein negatives Kapitalkonto im Sinne des Absatzes 1 durch Entnahmen entsteht oder sich erhöht (Einlagenminderung), ist dem Kommanditisten der Betrag der Einlagenminderung als Gewinn zuzurechnen. Der nach Satz 1 zuzurechnende Betrag darf den Betrag der Anteile am Verlust der Mitunternehmerschaft nicht übersteigen, der im Wirtschaftsjahr der Einlagenminderung und den vorangegangenen Wirtschaftsjahren ausgleichs- oder abzugsfähig gewesen ist. Der nach Satz 1 zuzurechnende Betrag mindert die Gewinne, die dem Kommanditisten in späteren Wirtschaftsjahren aus seiner Beteiligung an der Mitunternehmerschaft zuzurechnen sind.«

Nach der erwogenen Neuregelung erhöhen positive Kapitalkonten des Sonderbetriebsvermögens (zum Beispiel durch Überlassung von Wirtschaftsgütern an die Kommanditgesellschaft) das Kapitalkonto im Sinne des § 15a EStG und vergrößern damit das Verlustausgleichsvolumen. Da die Verlustausgleichsbeschränkung auf das gesamte Ergebnis aus der Mitunternehmerschaft anzuwenden ist, können Gewinne aus dem Sonderbetriebsvermögensbereich (zum Beispiel Tätigkeitsvergütungen) mit Verlusten aus dem Gesamthandsbereich saldiert werden – erst anschließend greift die Verlustverrechnungsbeschränkung. Allerdings fallen nach der Neuregelung künftig auch Sonderbetriebsausgaben unter die Verlustausgleichsbeschränkung und reduzieren das Verrechnungsvolumen.

## 12. Änderung der Besteuerungsprinzipien bei Entstrickungsvorgängen

Das deutsche Ertragsteuerrecht sieht vor, dass stille Reserven von Wirtschaftsgütern oder Betrieben besteuert werden, wenn sie zum Beispiel durch Verbringen ins Ausland oder Sitzverlegung des Betriebs dem deutschen Steuerzugriff entzogen werden (§ 4 Abs. 1 Satz 3 EStG; § 16 Abs. 3a EStG; § 12 Abs. 1 KStG). Formell gilt dabei das Prinzip der Sofortbesteuerung. Aus unionsrechtlichen Gründen hat man den Steuerpflichtigen jedoch das Antragswahlrecht eingeräumt, durch die Bildung eines über fünf Jahre gewinnerhöhend aufzulösenden Ausgleichspostens die Steuer vorübergehend zu stunden (gemäß § 4g Abs. 1 und 2 EStG in Fällen des § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG und des § 12 Abs. 1 KStG) oder die Steuer auf Antrag in fünf gleichen Jahresraten zu entrichten (gemäß § 36 Abs. 5 EStG in Fällen des § 16 Abs. 3a EStG).

Diesem – wenn auch leicht modifizierten – Konzept der Sofortbesteuerung im Entstrickungsfall ist der EuGH mit seinem Urteil in der Rechtssache „National Grid Indus“ im Sinn eines (einschränkbaren) Stundungsmodells entgegengetreten<sup>53</sup>. Dementsprechend ist die Ankündigung im 12-Punkte-Plan, die Besteuerungsprinzipien bei Entstrickungsvorgängen zu ändern, einerseits als übliche Korrekturgesetzgebung zu sehen, andererseits will sie die durch den EuGH eingeräumten Spielräume zur Generierung eines höheren Steueraufkommens nutzen. Der EuGH hält es für gerechtfertigt, im Zeitpunkt der Entstrickung beziehungsweise des Wegzugs die »Schlussrechnungssteuer« endgültig festzusetzen – nicht aber sie zu diesem Zeitpunkt auch schon zu erheben. Dies hält er erst dann für gerechtfertigt, wenn die ins Ausland verbrachten stillen Reserven realisiert werden. Gegenüber der gegenwärtigen Rechtslage in Deutschland wird damit vordergründig das Regel-Ausnahme-System im Sinne eines Stundungsmodells umgekehrt. Rein tatsächlich dürfte jedoch unter Ausschöpfung der vom EuGH in seiner Entscheidung als verhältnismäßig erachteten Verfahrensoptionen keine Lockerung, sondern eine Verschärfung der Entstrickungsbesteuerung drohen<sup>54</sup>. Die avisierten Bausteine einer Modifikation des § 4g EStG und des § 36 Abs. 5 EStG sind:

• Wahlrecht des Steuerpflichtigen zwischen Sofortbesteuerung und unbeschränkter Stundung,

• Stundung nur bei Erfüllung von jährlichen Nachweispflichten über den Verbleib der einzelnen entstrickten Wirtschaftsgüter,

• Stundung verbunden mit der Erhebung von Stundungszinsen,

• Stundung nur gegen Gestellung von Sicherheiten (Bankbürgschaft).

53  
EuGH v. 29.11.2011 – C-371/10 (National Grid Indus), DStR 2011, 2334.

54  
Vgl. dazu Mitschke, National Grid Indus – Ein Phyrussieg für die Gegner der Sofortversteuerung?, DStR 2012, 6.

Der damit erwartete wirtschaftliche Druck, von der Option der Sofortbesteuerung Gebrauch zu machen<sup>55</sup>, dürfte jedoch seinerseits unionsrechtlich bedenklich sein. Die angekündigte finanzielle Mehrbelastung für die Steuerpflichtigen höhlt das Stundungsmodell aus und ist geeignet, die Unternehmen vom Gebrauchmachen der eigentlich zu sichernden Niederlassungsfreiheit abzuhalten<sup>56</sup>.

55

So die Erwartungshaltung der Finanzverwaltung (siehe *Mitschke*, National Grid Indus – Ein Pyrrussieg für die Gegner der Sofortbesteuerung?, DStR 2012, 6, 10).

56

So zu recht Beutel/Rehberg, National Grid Indus – Schlusspunkt oder Quell neuer Kontroverse zur Entstrickungsbesteuerung?, IStR 2012, 94, 96.

## freshfieldsbruckhausderinger.com

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP ist eine Limited Liability Partnership mit Sitz in 65 Fleet Street, London EC4Y 1HS, registriert in England und Wales unter der Registernummer OC334789. Freshfields Bruckhaus Deringer LLP ist von der Solicitors Regulation Authority zugelassen und wird von dieser reguliert. Weitere regulatorische Informationen finden Sie im Internet unter [www.freshfields.com/support/legalnotice](http://www.freshfields.com/support/legalnotice).

© Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, März 2012. 32574