

§ 8a

Gesellschafter-Fremdfinanzierung

eingefügt durch das StandOG v. 13. 9. 93 (BGBl. I S. 1569; BStBl. I S. 774)

(1) ¹Vergütungen für Fremdkapital, das eine unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaft von einem nicht zur Anrechnung von Körperschaftsteuer berechtigten Anteilseigner erhalten hat, der zu einem Zeitpunkt im Wirtschaftsjahr wesentlich am Grund- oder Stammkapital beteiligt war, gelten als verdeckte Gewinnausschüttungen,

1. wenn eine nicht in einem Bruchteil des Kapitals bemessene Vergütung vereinbart ist und soweit das Fremdkapital zu einem Zeitpunkt des Wirtschaftsjahrs die Hälfte des anteiligen Eigenkapitals des Anteilseigners übersteigt oder
2. wenn eine in einem Bruchteil des Kapitals bemessene Vergütung vereinbart ist und soweit das Fremdkapital zu einem Zeitpunkt des Wirtschaftsjahrs das Dreifache des anteiligen Eigenkapitals des Anteilseigners übersteigt, es sei denn, die Kapitalgesellschaft hätte dieses Fremdkapital bei sonst gleichen Umständen auch von einem fremden Dritten erhalten können oder es handelt sich um Mittelaufnahmen zur Finanzierung banküblicher Geschäfte; sind auch Vergütungen im Sinne der Nummer 1 vereinbart worden und übersteigt das dort bezeichnete Fremdkapital die Hälfte des anteiligen Eigenkapitals des Anteilseigners nicht, tritt an die Stelle des Dreifachen des anteiligen Eigenkapitals des Anteilseigners das Sechsfache des Unterschiedsbetrags zwischen dem Fremdkapital im Sinne der Nummer 1 und der Hälfte des anteiligen Eigenkapitals des Anteilseigners.

²Satz 1 ist auch bei Vergütungen für Fremdkapital anzuwenden, das die Kapitalgesellschaft von einer dem Anteilseigner nahestehenden Person im Sinne des § 1 Abs. 2 des Außensteuergesetzes, die nicht zur Anrechnung von Körperschaftsteuer berechtigt ist, oder von einem Dritten erhalten hat, der auf den Anteilseigner oder eine diesem nahestehende Person zurückgreifen kann.

(2) ¹Anteiliges Eigenkapital des Anteilseigners ist der Teil des Eigenkapitals der Kapitalgesellschaft zum Schluß des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs, der dem Anteil des Anteilseigners am gezeichneten Kapital entspricht. ²Eigenkapital ist das gezeichnete Kapital abzüglich der ausstehenden Einlagen, zuzüglich der Kapitalrücklage, der Gewinnrücklagen, eines Gewinnvortrags und eines Jahresüberschusses sowie abzüglich eines Verlustvortrags und eines Jahresfehlbetrags (§ 266 Abs. 3 Abschnitt A, § 272 des Handelsgesetzbuches) in der Handelsbilanz zum Schluß des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs; Sonderposten mit Rücklageanteil (§ 273 des Handelsgesetzbuches) sind zur Hälfte hinzuzurechnen. ³Eine vorübergehende Minderung des Eigenkapitals durch einen Jahresfehlbetrag ist unbeachtlich, wenn bis zum Ablauf des dritten auf das Wirtschaftsjahr des Verlustes folgenden Wirtschaftsjahrs das ursprüngli-

che Eigenkapital durch Gewinnrücklagen oder Einlagen wieder hergestellt wird.

(3) ¹Eine wesentliche Beteiligung liegt vor, wenn der Anteilseigner am Grund- oder Stammkapital der Kapitalgesellschaft zu mehr als einem Viertel unmittelbar oder mittelbar – auch über eine Personengesellschaft – beteiligt ist. ²Gleiches gilt, wenn der Anteilseigner zusammen mit anderen Anteilseignern zu mehr als einem Viertel beteiligt ist, mit denen er eine Personenvereinigung bildet oder von denen er beherrscht wird, die er beherrscht oder die mit ihm gemeinsam beherrscht werden. ³Ein Anteilseigner ohne wesentliche Beteiligung steht einem wesentlich beteiligten Anteilseigner gleich, wenn er allein oder im Zusammenwirken mit anderen Anteilseignern einen beherrschenden Einfluß auf die Kapitalgesellschaft ausübt.

(4) ¹Bei einer Kapitalgesellschaft, 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, tritt in Absatz 1 Nr. 2 an die Stelle des Dreifachen das Neunfache des anteiligen Eigenkapitals des Anteilseigners sowie an die Stelle des Sechsfachen das Achtzehnfache des Unterschiedsbetrags zwischen dem Fremdkapital im Sinne der Nummer 1 und der Hälfte des anteiligen Eigenkapitals des Anteilseigners. ²Vergütungen für Fremdkapital, das ein Anteilseigner im Sinne des Absatzes 1, eine ihm nahestehende Person oder ein Dritter im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 einer der Kapitalgesellschaft im Sinne des Satzes 1 nachgeordneten Kapitalgesellschaft zugeführt hat oder im Wirtschaftsjahr zuführt, gelten als verdeckte Gewinnausschüttungen, es sei denn, es handelt sich um Fremdkapital im Sinne des Absatzes 1 Nr. 2 und die nachgeordnete Kapitalgesellschaft hätte dieses Fremdkapital bei sonst gleichen Umständen von einem fremden Dritten erhalten können oder es handelt sich um Mittelaufnahmen zur Finanzierung banküblicher Geschäfte. ³Bei einer Kapitalgesellschaft, die am Grund- oder Stammkapital einer anderen Kapitalgesellschaft beteiligt ist, ohne die Voraussetzungen des Satzes 1 zu erfüllen, ist das Eigenkapital im Sinne des Absatzes 2 um den Buchwert dieser Beteiligung zu kürzen.

(5) Die Absätze 1 bis 4 gelten entsprechend,

1. wenn der Anteilseigner zur Anrechnung der Körperschaftsteuer nur berechtigt ist, weil die Einkünfte aus der Beteiligung Betriebseinnahmen eines inländischen Betriebs sind, oder
2. wenn die Beteiligung über eine Personengesellschaft gehalten wird und das Fremdkapital über die Personengesellschaft geleitet wird.

Autor: Dr. Ulrich **Prinz**,

Abs. 1–3 unter Mitwirkung von Dr. Georg **Thurmayr**, München

Mitherausgeber: Dipl.-Kfm. Dr. Ulrich **Prinz**, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer,
Düsseldorf

Inhaltsübersicht

Allgemeine Erläuterungen zu § 8a

	Anm.		Anm.
I. Überblick zu § 8a	1	1. Verhältnis zu anderen Einkommensermittlungsvorschriften	20
II. Rechtsentwicklung des § 8a		2. Verhältnis zum körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahren	21
1. Nicht realisierte Vorgängerregelungen	2	3. Verhältnis zur Kapitalertragsteuer	22
2. Gesetzesregelung für Gesellschafter-Fremdfinanzierung	3	4. Verhältnis zur Organshaft	23
III. Bedeutung des § 8a		5. Verhältnis zum Außensteuerrecht	24
1. Gesetzgeberischer Zweck und Gesetzessystematik ...	7	6. Verhältnis zum Doppelbesteuerungsrecht	25
2. Wirtschaftliche Bedeutung .	8	7. Verhältnis zur Gewerbeertragsteuer	26
3. Verfassungsmäßigkeit des § 8a	9	8. Verhältnis zu den Substanzsteuern	27
4. Verstoß gegen Diskriminierungsverbote?	10	9. Verhältnis zu § 42 AO ...	28
5. Rechtsvergleichung	11	10. Verhältnis zum Umwandlungsrecht	29
6. Gestaltungsgrenzen und -möglichkeiten bei § 8a ...	13	VI. Zurechnung einer verdeckten Gewinnausschüttung gem. § 8a	32
IV. Geltungsbereich des § 8a		VII. Verfahrensfragen	33
1. Sachlicher Geltungsbereich	15		
2. Persönlicher Geltungsbereich	16		
V. Verhältnis des § 8a zu anderen Vorschriften			

Erläuterungen zu Abs. 1:
Voraussetzungen und Rechtsfolgen
überhöhter Gesellschafter-Fremdfinanzierung

	Anm.		Anm.
A. Überblick über Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen des Abs. 1		1. Begriff des Fremdkapitals	
I. Tatbestandsmerkmale des Abs. 1	40	a) Fehlende gesetzliche Bestimmung	44
II. Rechtsfolgen des Abs. 1	41	b) Handelsrechtliche Definition maßgebend .	45
B. Grundregelung für Umqualifizierung bestimmter Fremdkapital-Vergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen (Abs. 1 Satz 1, 1. Halbs.)		c) Zum Fremdkapital gehörende Positionen ..	47
I. Regelungsgegenstand: Vergütungen für Fremdkapital		d) Nicht zum Fremdkapital gehörende Positionen ..	49
		e) Kurzfristig überlassenes Fremdkapital	51
		f) Sonderfälle: Durchlaufende Posten, aufrechenbare Forderungen und Verbindlichkeiten .	52
		2. „Vergütungen“ für Fremdkapital	

	Anm.
a) Fehlende gesetzliche Bestimmung	55
b) Zusammenstellung einzelner Vergütungsarten	56
3. Bewertung des Fremdkapitals	58
II. Person des Fremdkapitalnehmers: Unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaft	
1. Betroffener Personenkreis	60
2. Nichtbetroffener Personenkreis	61
3. Sonderfälle	
a) Vorgründungsgesellschaft, Vorgesellschaft, KapGes. in Liquidation	62
b) Doppelansässigkeit von Kapitalgesellschaften	63
III. Person des Fremdkapitalgebers: Wesentlich beteiligter Nichtanrechnungsberechtigter	
1. Erhalt des FK „von einem nicht zur Anrechnung von Körperschaftsteuer berechtigten Anteilseigner“	65
2. Wesentliche Beteiligung am Grund- oder Stammkapital	66
3. Wesentliche Beteiligung „zu einem Zeitpunkt im Wirtschaftsjahr“	67
IV. Rechtsfolge: Bestimmte Fremdkapitalvergütungen „gelten als verdeckte Gewinnausschüttungen“	
1. Fiktion einer vGA mit der Rechtsfolge fehlender Einkommensminderung	70
2. Nicht geregelte Rechtsfolgen der vGA	71
3. Zeitbezug für die Höhe der vGA	72
C. Konkretisierung der von der Umqualifikation betroffenen Fremdkapitalvergütungen (Abs. 1 Satz 1, 2. Halbs.)	
I. Allgemeines zu den betroffenen Vergütungsalternativen	75
II. Vergütungsalternative 1: Nicht in einem Bruchteil des Fremdkapitals bemesse-	

	Anm.
ne Vergütung vereinbart (2. Halbs. Nr. 1)	
1. Fremdkapital gegen gewinn- oder umsatzabhängige Vergütung vereinbart	
a) Grundsatz	76
b) Stille Gesellschaft, partiarische Darlehen und Genußrechte	77
c) Zusammenstellung problembehafteter ergebnisabhängiger Vergütungsarten	80
2. Umqualifizierung, „soweit das FK zu einem Zeitpunkt des Wirtschaftsjahrs die Hälfte des anteiligen EK des Anteilseigners übersteigt“ (steuerunschädlicher Sockelbetrag 1 : 0,5 = safe haven)	
a) Grundsätze der Umqualifizierung	82
b) Umqualifizierung bei Zusammentreffen mehrerer Darlehensverhältnisse	83
3. Zeitliche Übergangsregelung des § 54 Abs. 6b Satz 2	85
III. Vergütungsalternative 2: In einem Bruchteil des Fremdkapitals bemessene Vergütung vereinbart (2. Halbs. Nr. 2)	
1. Fremdkapital gegen gewinn- oder umsatzunabhängige Vergütung vereinbart	88
2. Umqualifizierung, „soweit das FK zu einem Zeitpunkt des Wirtschaftsjahrs das Dreifache des anteiligen EK des Anteilseigners übersteigt“ (steuerunschädlicher Sockelbetrag 1 : 3 = safe haven)	
a) Grundsätze der Umqualifizierung	90
b) Umqualifizierung bei Zusammentreffen mehrerer Darlehensverhältnisse	91
c) Behandlung von unverzinslichen und einem Drittvergleich entsprechenden Darlehen	92
d) Personengebundene safe haven	93

	Anm.
3. Möglichkeiten zur Vermeidung der Umqualifizierung durch Gegenbeweis des Stpfl.	97
4. Möglichkeit 1: Die KapGes. hätte das FK bei sonst gleichen Umständen auch von einem fremden Dritten erhalten können	
a) Allgemeines zum Drittvergleich	99
b) Sachlicher Bezugsrahmen für Drittvergleich („dieses Fremdkapital“)	100
c) Bezugsperson für den Drittvergleich („von einem fremden Dritten“)	101
d) Durchführung und Inhalt des Drittvergleichs („bei sonst gleichen Umständen“) ..	102
e) Sonderfragen niedrig verzinslicher Darlehen ..	103
5. Möglichkeit 2: Mittelaufnahmen zur Finanzierung banküblicher Geschäfte	
a) Allgemeines zur Sonderregelung	106
b) Kreis der begünstigten FK-Nehmer	107
c) Merkmale banküblicher Geschäfte	108
6. Sonderregelung für Mischfinanzierungen (Nr. 2, letzter Satzteil)	
a) Fremdkapital gegen ergebnisabhängige und ergebnisunabhängige Vergütungen vereinbart (Mischfinanzierungen) ..	110
b) Modifizierung des steuerunschädlichen Sockelbetrags im ergebnisunabhängigen Vergütungsbereich nach Ausschöpfung des variablen Teils (Relation 1 : 6)	112
c) Zeitliche Übergangsregelung des § 54 Abs. 6 b Satz 3	113

	Anm.
D. Erweiterung des Personenkreises betroffener Fremdkapitalgeber auf bestimmte nahestehende Personen und Dritte (Abs. 1 Satz 2)	
I. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Satz 2	120
II. Fremdkapitalgeber ist „eine dem Anteilseigner nahestehende Person iSd. § 1 Abs. 2 AStG, die nicht zur Anrechnung von Körperschaftsteuer berechtigt ist“ (Satz 2, Alt. 1)	
1. Überblick	122
2. Dem Anteilseigner nahestehende Person iSd. § 1 Abs. 2 AStG ohne Anrechnungsberechtigung	123
3. Anrechnungsberechtigung des Anteilseigners erforderlich?	124
4. Tochtergesellschaft der inl. KapGes. als nahestehende Person	125
5. Rechtsfolgen: „Satz 1 ist auch ... anzuwenden“	126
III. Fremdkapitalgeber ist Dritter, „der auf den Anteilseigner oder eine diesem nahestehende Person zurückgreifen kann“ (Satz 2, Alt. 2)	
1. Allgemeines	130
2. Die Person des „Dritten“ als FK-Geber	131
3. Rückgriff des Dritten („zurückgreifen kann“)	
a) Erforderliche Ausgestaltung der Rückgriffsmöglichkeit des Dritten	132
b) Zusammenstellung einzelner Rückgriffsmöglichkeiten	133
c) Beschränkungen des Rückgriffsrechts	134
4. Rückgriff auf den Anteilseigner oder eine diesem nahestehende Person	135
5. Rechtsfolgen: „Satz 1 ist auch ... anzuwenden“	
a) Grundsätze	137
b) Drittvergleich bei FK-Vergütungen iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2	138

Erläuterungen zu Abs. 2
Begriff des Eigenkapitals

	Anm.
A. Allgemeines zu Abs. 2	140
B. Anteiliges Eigenkapital des Anteilseigners (Abs. 2 Satz 1)	
I. Eigenkapital der KapGes. „zum Schluß des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs“	
1. Grundsätze zur zeitlichen Bestimmung des anteiligen Eigenkapitals	141
2. Neugründung einer KapGes.; Vorratsgesellschaften	142
3. Zeitliche Berücksichtigung von Kapitalerhöhungen (einschl. Kapitalherabsetzungen)	143
4. Neueintritt durch Anteils-erwerb	144
II. Teil des Eigenkapitals, „der dem Anteil des Anteilseigners am gezeichneten Kapital entspricht“	
1. Grundsätze zur Bestimmung des Eigenkapital-Anteils	147
2. Zurechnung ausstehender Einlagen	148
3. Sonderfragen bei mittelbarer Beteiligung	149

	Anm.
C. Eigenkapital der Kapitalgesellschaft (Abs. 2 Satz 2)	
I. Rechtsverweis auf handelsbilanzielles Eigenkapital iSd. § 266 Abs. 3 Abschn. A, § 272 HGB zum Schluß des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs (Satz 2, Halbs. 1)	
1. Grundsätze zur inhaltlichen Bestimmung des Eigenkapitals	151
2. Zusammenstellung einzelner Eigenkapital-Positionen	152
II. Häufige Hinzurechnung von Sonderposten mit Rücklageanteil (Satz 2, Halbs. 2)	155
D. Unbeachtlichkeit einer vorübergehenden Minderung des Eigenkapitals durch Jahresfehlbetrag bei Wiederherstellung des ursprünglichen Eigenkapitals innerhalb eines 3-Jahreszeitraums (Abs. 2 Satz 3)	
I. Grundsätze der Öffnungsklausel für vorübergehende Verluste	156
II. Wiederherstellung des ursprünglichen Eigenkapitals	157

Erläuterungen zu Abs. 3:
Wesentliche Beteiligung und dieser gleichgestellte Gestaltungen

	Anm.
I. Allgemeines zu Abs. 3	160
II. Begriff der wesentlichen Beteiligung (Abs. 3 Satz 1)	
1. Anteilseigner ist am Grundoder Stammkapital der Kapitalgesellschaft zu mehr als einem Viertel beteiligt (wesentliche Beteiligung)	163
2. Unmittelbare wesentliche Beteiligung	164

	Anm.
3. Mittelbare wesentliche Beteiligung, auch über eine Personengesellschaft	165
III. Zusammenrechnung mehrerer Beteiligungen zu einer wesentlichen Beteiligung (Abs. 3 Satz 2)	
1. Wesentliche Beteiligung mehrerer Anteilseigner, die eine Personenvereinigung bilden (Satz 2, Alt. 1)	168

	Anm.		Anm.
2. Wesentliche Beteiligung mehrerer Anteilseigner in Beherrschungsfällen (Satz 2, Alt. 2)	169	1. Nicht wesentlich beteiligter Anteilseigner mit beherrschendem Einfluß (Satz 3, Alt. 1)	171
IV. Ausübung eines beherrschenden Einflusses auf die Kapitalgesellschaft ohne wesentliche Beteiligung (Abs. 3 Satz 3)		2. Beherrschender Einfluß durch mehrere nicht wesentlich beteiligte Anteilseigner (Satz 3, Alt. 2)	172

**Erläuterungen zu Abs. 4:
Sonderregelungen für Holdinggesellschaften
und andere verbundene Unternehmen**

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 4		1. Erweiterung bei ergebnisunabhängiger Fremdkapitalvergütung (Faktor 1 : 9) ...	187
I. Überblick zu Abs. 4	175	2. Erweiterung für Mischfinanzierungen iSd. Abs. 1 Nr. 2, 2. Halbs.	188
II. Bedeutung des Abs. 4	176	3. Keine Erweiterung für gewinn- oder umsatzabhängige FK Vergütungen	189
B. Erweiterung des steuerunschädlichen Sockelbetrags für bestimmte Holdinggesellschaften (Abs. 4 Satz 1)		C. Umqualifizierung bestimmter Fremdkapitalvergütungen durch nachgeordnete Kapitalgesellschaften in verdeckte Gewinnausschüttungen und Vermeidungsmöglichkeiten (Abs. 4 Satz 2)	
I. Begriff der Holdinggesellschaft (1. Halbs.)		I. Überblick	190
1. Überblick	179	II. Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 4 Satz 2: FK Vergütungen durch nachgeordnete KapGes.	191
2. KapGes., deren Haupttätigkeit darin besteht, Beteiligungen an KapGes. zu halten und diese KapGes. zu finanzieren		III. Rechtsfolgen des Abs. 4 Satz 2: vGA-Fiktion und Möglichkeiten zum Gegenbeweis	192
a) Haupttätigkeit der Kapitalges.	180	D. Kürzung des (anteiligen) Eigenkapitals um Buchwert der Beteiligung bei mehrstufigen Kapitalgesellschafts-Beteiligungen ohne Holding als Obergesellschaft (Abs. 4 Satz 3)	195
b) Beteiligungsbegriff und Beteiligungsanzahl	181		
c) Verhältnis zur geschäftsleitenden Holding im Organschaftsrecht	182		
3. KapGes., deren Vermögen zu mehr als 75 vH ihrer Bilanzsumme aus Beteiligungen an KapGes. besteht	185		
II. Faktormäßige Erweiterung des steuerunschädlichen Sockelbetrags (2. Halbs.)			

**Erläuterungen zu Abs. 5:
Entsprechende Geltung von Abs. 1–4
bei Zwischenschaltung von inländischen
Betriebsstätten und Personengesellschaften**

	Anm.		Anm.
I. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 5: Beseitigung von Umgehungsmöglichkeiten	198	sCHAFT und LEITUNG des Fremdkapitals über die Personengesellschaft (Abs. 5 Nr. 2)	
II. Umgehungsmöglichkeit 1: Körperschaftsteuerliche Anrechnungsberechtigung durch Zwischenschaltung eines inländischen Betriebs (Abs. 5 Nr. 1)		1. Überblick, Bedeutung und typischer Anwendungsfall .	.202
1. Überblick, Bedeutung und typischer Anwendungsfall .	.199	2. Einzelheiten der Tatbestandsvoraussetzungen203
2. Einzelheiten der Tatbestandsvoraussetzungen200	IV. Rechtsfolge: Entsprechende Geltung von Abs. 1–4 (Abs. 5, einleitender Satz)	
III. Umgehungsmöglichkeit 2: Zwischenschaltung einer inländischen Personengesell-		1. Allgemeines205
		2. Zurechnung der verdeckten Gewinnausschüttung bei Abs. 5 Nr. 1206
		3. Zurechnung der verdeckten Gewinnausschüttung bei Abs. 5 Nr. 2207

Allgemeine Erläuterungen zu § 8 a

Schrifttum vor Standortsicherungsgesetz 1994: *Knobbe-Keuke*, Der Gesetzgeber und die Fremdfinanzierung von KapGes. durch ausländische Anteilseigner, BB 1979 S. 1596; *Birk/Pöllath*, Fiktive Gewinnausschüttung durch Zinszahlungen an Ausländer und steuerfreie Inländer?, StuW 1980 S. 141; *dox*, Fremdfinanzierung und DBA, FR 1980 S. 353; *Engl*, Benachteiligung von Minderheitsgesellschaftern durch den Gesetzentwurf zu § 8 Abs. 3 KStG, FR 1980 S. 111; *Meilicke*, Ausländer-Diskriminierung bei der stillen Gesellschaft, FR 1980 S. 105; *Pezzer*, Die gesetzliche Erweiterung der verdeckten Gewinnausschüttung, StuW 1980 S. 11; *Pöllath*, Fremdfinanzierung und DBA – eine Ergänzung, FR 1980 S. 432; *Pöllath/Rädler*, Die vorgeschlagene Erweiterung des § 8 Abs. 3 KStG, DB 1980 Beilage Nr. 8; *Singhartl*, Einschränkung der Fremdfinanzierung von KapGes., DStR 1980 S. 219; *Uelner*, Steuerliche Probleme der Fremdfinanzierung von KapGes., Institut Finanzen und Steuern Brief Nr. 198, 1980; *Flockermann*, Die Fremdfinanzierung von KapGes. durch ihre nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner nach dem geplanten § 8 a KStG, DStR 1982 S. 339; *Knobbe-Keuke*, Die Fremdfinanzierung inländischer KapGes. durch nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner, StuW 1982 S. 201; *Pöllath/Rädler*, Gewinnberichtigungen zwischen verbundenen Unternehmen ohne Rücksicht auf Abkommensrecht?, DB 1982 S. 561, 617; *Pöllath*, Fälle zu § 8 a KStG, JbFStR 1982/83 S. 309; *Pott*, Die Vereinbarkeit des Entwurfs eines § 8 a KStG (KStÄndGE 1982) mit dem Völkerrecht, StuW 1982 S. 223; *von Wysocki/Höhn/A. Schmid/Ault/Flockermann/Pöllath*, „Fremdfinanzierung“ von KapGes. durch Anteilseigner, München 1982; *Fassnacht*, Die Fremdfinanzierung von KapGes. durch deren Gesellschafter unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines § 8 a KStG, Köln 1984; *Loos*, Neuregelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung bei KapGes., StbJb. 1988/89 S. 279; *ders.*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner, BB 1989 S. 532; *Siegel*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, StuW 1989 S. 340; *ders.*, § 8 a KStG ist tot – es lebe die Gesellschafter-Fremdfinanzierung(?), GmbHR 1990 S. 138; *Müller-Gatermann*, Besteuerung bei Gesellschafterfremdfinanzierung – ein Zwischenergebnis, FR 1992 S. 497.

Schrifttum seit Standortsicherungsgesetz 1994: *Dörner*, Die Neuregelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, INF 1993 S. 401, 439; *dox*, Unterkapitalisierung – Zur Anwendung von § 8 a KStG, FR 1993 S. 801; *Herzig*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung von KapGes. – Bericht aus einer Arbeitsgruppe, StuW 1993 S. 237; *Hey*, Gesellschafterfremdfinanzierung, einige Gedanken zum neuen § 8 a KStG, RIW 1993 S. 833; *Knobbe-Keuke*, Wieder einmal ein Entwurf zu § 8 a KStG, DB 1993 S. 60; *Korn*, Kapitalgesellschaftsfremdfinanzierungen, Reichweite des § 8 a KStG, und Beratungserwägungen, DStZ 1993 S. 737; *Kraushaar*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung (§ 8 a KStG), in: IDW-Steuerfachtagung 1993 S. 251; *Müller-Gatermann*, Die internationalen stlichen Auswirkungen des StandOG, FR 1993 S. 381; *Wolff*, Die außensteuerlich bedeutsamen Regelungen des StandOG, IStR 1993 S. 449; *Bacmeister*, Bilanzierung von Nennkapitalerhöhungen vor Eintragung im Spannungsfeld zwischen Gläubigerschutz und § 8 a KStG, WPg. 1994 S. 449; *Bader*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch nicht-anrechnungsberechtigte Gesellschafter (§ 8 a KStG), NWB Fach 4 S. 3975 (v. 28. 2. 94); *ders.*, Steuerliche Strategien bei der Finanzierung von Tochtergesellschaften in der EG, in: *Maßbaum/Meyer-Scharenberg/Perlet* (Hrsg.), Die deutsche Unternehmensbesteuerung im europäischen Binnenmarkt, Neuwied 1994 S. 275; *Bareis*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung bei Nichtanrechnungsberechtigten, RIW 1994 S. 141; *Bruse*, Finanzierung durch Nichtgesellschafter und § 8 a KStG, M & A Review 1994 S. 377; *Frotscher*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch nicht anrechnungsberechtigte Anteilseigner, IStR 1994 S. 201; *Glabs*, Die Finanzierung der GmbH unter besonderer Berücksichtigung der Gesellschafterfremdfinanzierung, WiB 1994 S. 257; *Grefé*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, StuSt. 1994 S. 200; *Hänselmann/Pachmann*, Gesellschafterfremdfinanzierung, Bankgeschäft und bankübliches Geschäft, RIW 1994 S. 230; *Herlinghaus*, Besserungsvereinbarungen und § 8 a KStG, DStR 1994 S. 1830; *Herzig*, StandOG: Gesetzliche Regelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung in § 8 a KStG, DB 1994 S. 110, 168; *Hey*, Gesellschafterfremdfinanzierung, einige Zweifelsfragen zur Anwendung von § 8 a KStG, RIW 1994 S. 221; *Knobbe-Keuke*, Der neue § 8 a KStG, IWB Fach 2 S. 661 (v. 23. 2. 94); *Köster*, Zweifelsfragen und Gestaltungsalternativen bei der Gesellschafterfremdfinanzierung

rung, RIW 1994 S. 310; *Mattausch*, Die internationale Konzernfinanzierung unter dem Einfluß des § 8a KStG, in *Fischer* (Hrsg.), Wirtschaftsstandort Deutschland im Internationalen Steuerrecht, Forum der Intern. Besteuerung, Bd. 5, Köln 1994 S. 88; *Meilicke*, Erste Probleme mit § 8a KStG, BB 1994 S. 117; *Menck*, Unterkapitalisierung und DBA – Zu § 8a KStG und zum OECD-Musterabkommen, FR 1994 S. 69; *ders.*, „Fremdfinanzierung“ als Mehrstaaten-Problem, IStR 1994 S. 569; *T. M.*, Die praktische Anwendung des § 8a KStG, DStR 1994 S. 1883; *Michielse*, Zur Regelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung in EU-Mitgliedstaaten und im Doppelbesteuerungsabkommen, StuW 1994 S. 331; *Müller-Gattermann*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach § 8a KStG, in *Herzig* (Hrsg.), Die Unternehmensbesteuerung im StandOG, Köln 1994 S. 57; *Prinz*, Gestaltungsmöglichkeiten und -grenzen bei § 8a KStG, FR 1994 S. 622; *Rath*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach § 8a KStG, in *Herzig* (Hrsg.), Die Unternehmensbesteuerung im StandOG, Köln 1994 S. 67; *Regnery/Scherer*, Internationale Konzernfinanzierung – § 8a Abs. 1 Satz 2 KStG, IStR 1994 S. 528; *Walter*, § 8a KStG und die GmbH & Atypisch Still, DStZ 1994 S. 113; *Winter*, Die Belastungsfolgen des neuen § 8a KStG, GmbHR 1994 S. 39; *Bellstedt*, Das Einführungsschreiben zu § 8a KStG, DB 1995 S. 8; *Grotherr*, Enthält die Beteiligungsbuchwertkürzung gem. § 8a Abs. 4 Satz 3 KStG einen Systemfehler?, IStR 1995 S. 52; *Herzig*, Neue Aspekte zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung (§ 8a KStG), in: IDW-Fachtagung 1994 zur Neuorientierung der Rechenschaftslegung, Düsseldorf 1995 S. 241; *Pach-Hanssenheimb*, § 8a KStG und das neue Umwandlungsrecht, DStR 1995 S. 86.

Ausgewähltes englischsprachiges Schrifttum: *Bogenschütz/Pugh*, Germany's new thin capitalization rules examined, Tax Notes International 1993 S. 305; *Köster*, Implications of the New Thin Capitalization Legislation, International Bureau of Fiscal Documentation 1993 S. 398; *Pöllath*, Final thin capitalization proposals issued, International Tax Review 1993 S. 50; *Rosenstock/Gedig*, Sec. 8a Corporate Income Tax Act, Intertax 1993 S. 460; *Schaubhoff*, Tax Planning under Germanies New 'Thin Capitalization' Rules, Intertax 1993 S. 466.

Verwaltungsanordnungen: BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25.

1

I. Überblick zu § 8a

Die Vorschrift begrenzt die steuerliche Anerkennung der Fremdfinanzierung inländischer KapGes. durch nicht zur Anrechnung von Körperschaftsteuer berechnete, wesentlich beteiligte Gesellschafter mittels verschiedener Typisierungen.

Abs. 1 enthält in Satz 1 die Grundregelung (Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen) zur Beschränkung überhöhter Fremdfinanzierung durch nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner mit wesentlicher Beteiligung. Bestimmte Fremdkapital-Vergütungen gelten als verdeckte Gewinnausschüttungen (Rechtsfolge). Bei den Voraussetzungen der Umqualifizierung wird unterschieden nach

- Nr. 1 betr. ergebnisbezogene (gewinn-/umsatzabhängige) und
- Nr. 2 betr. feste (gewinn-/umsatzunabhängige) FKVergütungen.

Die Regelungen enthalten verschiedene steuerunschädliche Sockelbeträge (sog. safe haven, Nichtbeanstandungs- bzw. Nichtaufgriffsgrenzen, Toleranzbereiche) und ordnen Besonderheiten für Mischfinanzierungen an. Satz 2 erweitert zur Vermeidung von Gesetzesumgehungen den Personenkreis betroffener Fremdkapitalgeber.

Abs. 2 bestimmt in Ergänzung zu Abs. 1 das Eigenkapital als Maßstab überhöhter Gesellschafter-Fremdfinanzierung. Satz 1 regelt den Begriff „anteiliges EK“ und stellt auf den Schluß des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs ab. Satz 2 knüpft an das EK in der Handelsbilanz an und definiert seine Bestandteile. Satz 3 trifft eine Sonderregelung zur Unbeachtlichkeit einer vorübergehenden Minderung des EK durch einen Jahresfehlbetrag.

Abs. 3 enthält in Satz 1 Einzelbestimmungen zum Begriff der wesentlichen Beteiligung, ordnet in Satz 2 die Zusammenrechnung mehrerer Beteiligungen zu einer wesentlichen Beteiligung an und stellt in Satz 3 die Ausübung eines beherrschenden Einflusses auf die KapGes. einer wesentlichen Beteiligung gleich. Es handelt sich um Ergänzungen zu Abs. 1.

Abs. 4 trifft Sonderregelungen für Holdinggesellschaften und andere verbundene Unternehmen. Satz 1 definiert die Holdinggesellschaft mit Alternativkriterien (Haupttätigkeit, Bilanzsummenrelation) und erweitert den steuerunschädlichen Sockelbetrag für feste FKVergütungen bzw. -Vergütungsteile. Satz 2 ordnet im Holdingfall für nachgeordnete Beteiligungsgesellschaften zur Vermeidung von Kaskadeneffekten das Fehlen eines safe haven an. Bei mehrstufigen Beteiligungen ohne eine qualifizierte Holding als Obergesellschaft verlangt Satz 3 die Kürzung des EK um den Beteiligungsbuchwert.

Abs. 5 ordnet zur Verhinderung von Umgehungsmöglichkeiten durch Zwischenschaltung

- einer inländischen Betriebsstätte mit körperschaftsteuerlicher Anrechnungsbe-
rechtigung (Nr. 1) oder
 - einer inländischen PersGes. mit durchgeleitetem Fremdkapital (Nr. 2)
- die entsprechende Geltung der in Abs. 1–4 getroffenen Regelungen an.

II. Rechtsentwicklung des § 8 a

1. Nicht realisierte Vorgängerregelungen

2

Dem Gesetzgeber wurden vor der Einführung des § 8 a durch das StandOG mehrfach Gesetzesänderungen vorgeschlagen, um das Problem der Gesellschafter-Fremdfinanzierung insbes. durch Nichtanrechnungsberechtigte im Hinblick auf die Einmalbesteuerung von Gewinnen zu lösen. Sämtliche Reformvorhaben konnten letztlich nicht realisiert werden (zu einem instruktiven Überblick s. *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl. 1993 S. 612–616; *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8 KStG Anh. 4 Tz. 11 ff.; *Loos*, StbJb. 1988/89 S. 283–285; wegen tabellarischem Vergleich mit Einzelheiten s. *Siegel*, StuW 1989 S. 343; *Müller-Gatermann*, FR 1992 S. 497 spricht von der „unendlichen Geschichte des § 8 a“). Trotz erheblicher Unterschiede in der Konzeption und im Detail (einbezogener Personenkreis, Anknüpfung an die Vergütungs- oder Kapitalebene, feste oder flexible Faktorrelationen, Fremdvergleichsmöglichkeit, Ausstrahlung auf Substanzsteuern) war allen Gesetzesentwürfen die Technik der stlichen Nichtanerkennung der betroffenen FKVergütung mittels Umqualifizierung in eine verdeckte Gewinnausschüttung gemeinsam (so zutreffend *Siegel*, StuW 1989 S. 342; *ders.*, GmbHR 1990 S. 139).

Regierungsentwurf 1979 zum sog. Artikelgesetz (Änderung des § 8 Abs. 3; s. BRDrucks. 511/79 v. 19. 10. 79 S. 26): Es sollten nur gewinn-/umsatzabhängige FKVergütungen an sämtliche nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner erfaßt werden (sog. kleine Lösung). Der Vorschlag der Bundesregierung wurde als zu eng kritisiert und war politisch nicht durchsetzbar (zu Einzelheiten s. *Knobbe-Keuk*, StuW 1982 S. 202; *Pöllath/Rädler*, DB 1980 Beilage Nr. 8 S. 2).

Referentenentwurf 1982 (Schaffung eines § 8 a; zum Textvorschlag s. DStR 1982 S. 341): Geplant war die Einführung einer sog. großen Lösung, die variable und feste Vergütungen an wesentlich beteiligte nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner beschränken sollte. Der Reformvorschlag erfuhr erhebliche Kritik seitens

der Verbände und im Schrifttum, es erfolgte eine grundlegende Überarbeitung (zu Einzelheiten s. *Fassnacht*, Die Fremdfinanzierung von KapGes., 1984 S. 31 ff.).

Referentenentwurf 1986 (zum Textvorschlag s. DStR 1986 S. 519): Unter der Bezeichnung „verdecktes Nennkapital“ und mittels kapitalbezogenem Anknüpfungspunkt wurde eine Neuregelung zur Umqualifizierung für variable und feste FK Vergütungen vorgeschlagen, sofern die im Wirtschaftszweig „übliche Eigenkapitalausstattung“ überschritten wurde; die Regelung sollte sich auf sämtliche „nicht nur geringfügig beteiligten Anteilseigner“ erstrecken.

Hinweis: Im Gefolge des Referentenentwurfs und wegen dessen fehlender politischer Durchsetzbarkeit wurde das BMF-Schreiben v. 16. 3. 87 (BStBl. I S. 373) zum „verdeckten Nennkapital“ konzipiert (mißbräuchliche Gestaltung iSv. § 42 AO als Regelfall bei Fremdfinanzierungen durch Nichtanrechnungsberechtigte und einem EK von weniger als 10 vH des Aktivvermögens). Nach erheblicher Kritik im Schrifttum wurde durch BFH v. 5. 2. 92 (I R 127/90, BStBl. II S. 532) in Anlehnung an die Zivilrechtsprechung entschieden, daß dem Verwaltungserlaß die Rechtsgrundlage fehlt; daraufhin hat die FinVerw. den Erlaß aufgehoben, BMF v. 16. 9. 92, BStBl. I S. 653. Vgl. kritisch auch *Schneeloch*, DStR 1987 S. 458; *Müller-Gatermann*, FR 1992 S. 497.

Regierungsentwurf 1988 für StReformG 1990 (s. BTDrucks. 11/2157 v. 19. 4. 88): Beschränkung der Umqualifizierung auf variable FK Vergütungen bei Beteiligungen von mehr als 10 vH; gesetzgeberischer Anknüpfungspunkt war wiederum das verdeckte Nennkapital. Diese „kleine Lösung“ wurde aus dem StReformG ausgegliedert und durch eine an der „großen Lösung“ orientierte Formulierungshilfe des BMF abgelöst, die sich auf wesentlich beteiligte Nichtanrechnungsberechtigte erstreckte (s. zu diesem Vorschlag DStR 1989 S. 261). Aus Gründen fehlender Durchsetzbarkeit sowie der vorangegangenen Einführung des BMF-Schreibens v. 16. 3. 87 (BStBl. I S. 373) wurde auch dieser Lösungsvorschlag letztlich fallengelassen.

3 2. Gesetzesregelung für Gesellschafter-Fremdfinanzierung

Einführung durch StandOG v. 13. 9. 93 (BGBl. I S. 1569; BStBl. I S. 774): Mit Wirkung ab VZ 1994 wurde mit § 8a erstmals eine gesetzliche Regelung zur Fremdfinanzierung inländischer KapGes. durch nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner oder diesen gleichgestellte Personen eingeführt. Zu den seit 1979 diskutierten Reformentwürfen und ihren unterschiedlichen konzeptionellen Ansätzen s. Anm. 2. Die Vorschrift begrenzt die stliche Anerkennung einer Gesellschafter-Fremdfinanzierung und ist Teil der Gegenfinanzierung der durch das StandOG geschaffenen Unternehmenssteuerentlastungen (zu Einzelheiten s. RegE, BRDrucks. 1/93 v. 4. 1. 93 S. 26–29). Wegen sog. thin capitalization rules in anderen Ländern und der Unabhängigkeit der Frage vom KStSystem (Teilanrechnung, Vollarrechnung oder klassisches System) s. Anm. 11.

Grund der Gesetzesregelung: § 8a soll „überzogener“ Fremdfinanzierung durch Nichtanrechnungsberechtigte die steuermindernde Anerkennung versagen und die Einmalbesteuerung von Gewinnen inl. KapGes. sicherstellen (so RegE, BTDrucks. 12/4487 S. 36). Die Umqualifizierung bestimmter als Betriebsausgaben behandelter FK Vergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen setzt auf der Ebene der inl. KapGes. an (kritisch dazu *Knobbe-Keule*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl. 1993 S. 616; ähnlich *Lang*, StbJb. 1993/94 S. 26–29). Der Gesetzgeber hielt eine kodifizierte Regelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung für erforderlich, weil

- FinVerw. und Rspr. aufgrund der bestehenden Finanzierungsfreiheiten im Rahmen der gesetzlichen Kapitalausstattungs- und -erhaltungsregeln Mißbrauchsfälle letztlich nicht sachgerecht einschränken konnten (vgl. BFH v. 5. 2. 92 I R 127/90, BStBl. II S. 532 betr. Behandlung eigenkapitalersetzender Darlehen als FK; dem BMF-Schreiben v. 16. 3. 87, BStBl. I S. 373 fehlt die Rechtsgrundlage) und
- das kstliche Anrechnungsverfahren bestimmte Gesellschaftergruppen ausschließt (insbes. ausländische Anteilseigner, juristische Personen des öffentlichen Rechts und kstbefreite Institutionen, zB Gewerkschaften, Parteien, Kirchen), die nach Ausweichgestaltungen zur Steuerbelastungsminderung mittels Fremdfinanzierung suchen.

Politisch durchsetzbar wurde die Regelung vor allem wegen der gleichzeitigen Reduzierung der kstlichen Ausschüttungsbelastung von 36 auf 30 vH (Verminderung der inl. Steuerlast für Nichtanrechnungsberechtigte); vgl. dazu etwa *Herzig*, *StuW* 1993 S. 238; *Krausbaar*, IDW-Steuerfachtagung 1993 S. 254; *Müller-Gatermann*, *FR* 1993 S. 386.

Arbeitsgruppe zu § 8 a: Die durch das StandOG getroffene Regelung beruht im wesentlichen auf dem Lösungsvorschlag der sog. Herzig-Arbeitsgruppe, die während einer Anhörung im Finanzausschuß des Deutschen Bundestags eingesetzt wurde und in Abstimmung mit dem BMF Eckwerte für einen konsensfähigen Entwurf zu § 8 a erarbeitet hat.

Zu Zusammensetzung, Aufgabenstellung und Diskussionseinzelheiten in der Arbeitsgruppe s. *Herzig*, *StuW* 1993 S. 237; Beschlüßempfehlung und Bericht des FinAussch., BTDrucks. 12/5016 v. 25. 5. 93 S. 83 f.; weiterhin auch *Beichelt*, *StuW* 1993 S. 276; *Müller-Gatermann*, *FR* 1993 S. 386.

Die in der Herzig-Arbeitsgruppe angestellten Überlegungen haben – aus steuermethodischer Sicht – für die Rechtsauslegung nur insoweit Bedeutung, als sie im Gesetzestext und der zugrundeliegenden Zwecksetzung ihren Ausdruck gefunden haben (so zutreffend *Herzig*, *DB* 1993 S. 111; *Hey*, *RIW* 1994 S. 222). Der Arbeitsgruppe ist trotz des Fehlens betriebswirtschaftlicher Kriterien für ein angemessenes Verhältnis von Eigen- zu Fremdkapital ein konsensfähiger und im Grundsatz praktikabler Lösungsansatz gelungen (zur Problematik s. *Raupach*, in *Raupach/Tipke/Uelner*, Niedergang oder Neuordnung des Deutschen EStRechts?, 1985 S. 36). Es bestehen allerdings zahlreiche Rechtsanwendungsprobleme im Detail; insoweit besteht gesetzgeberischer Nachbesserungsbedarf.

Vom Regierungsentwurf auf Vorschlag der Arbeitsgruppe abweichende Einzelregelungen: Die Überlegungen der Arbeitsgruppe beruhen auf dem RegE zu § 8 a (s. BTDrucks. 12/4158 v. 20. 1. 93, BTDrucks. 12/4487 v. 5. 3. 93). Dazu wurden insbes. die folgenden Abweichungen erarbeitet, die der Gesetzgeber berücksichtigt hat (s. BTDrucks. 12/5016 S. 83 f.):

- Einführung von differenzierten steuerunschädlichen Sockelbeträgen für die verschiedenen Fremdkapital-Vergütungsformen, um für die betroffenen Stpfl. eine gewisse Planungssicherheit zu gewährleisten (sog. safe haven; abweichend zum Vorschlag der Arbeitsgruppe wurde die Faktorrelation für variable Vergütungen durch den Gesetzgeber von 1 : 1 nach Ablauf einer Übergangsregelung auf 1 : 0,5 reduziert);
- Möglichkeit zum Fremdvergleich bei Überschreiten der Sockelbeträge für gewinn-/umsatzunabhängige Vergütungen;
- Sonderregelung für Holdinggesellschaften mit erweiterten safe haven und Beschränkungen der Fremdfinanzierung in der Beteiligungskette;
- Sonderregelung für Kreditinstitute: keine Umqualifizierung von festen Vergütungen zur Finanzierung banküblicher Geschäfte;
- Unschädlichkeit von Eigenkapitalminderungen aufgrund vorübergehender Verluste (Öffnungsklausel).

Zeitlicher Geltungsbereich: Gem. § 54 Abs. 6 b Satz 1 gilt § 8a grundsätzlich erstmals für das Wj., das nach dem 31. 12. 93 beginnt, dh. ab VZ 1994 (Umqualifizierung der Vergütung auch für vor diesem Zeitpunkt gewährtes FK; insoweit verfassungsrechtlich zulässige unechte Rückwirkung, eingehender *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 14. Aufl. 1994 S. 100–102). Bei einem vom KJ. abweichenden Wj. greifen die Regelungen des § 8a erst ab dem VZ 1995 ein.

Umstellung auf abweichendes Wirtschaftsjahr: Wird ein abweichendes Wj. ohne nachweisbare wirtschaftliche Gründe allein zur Nutzung der Übergangsregelung (Erlangung eines zeitlichen Aufschubs für die Anwendung des § 8a) installiert, stellt sich die Frage eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO). Gem. § 4 a Abs. 1 Nr. 2 EStG ist bei der Umstellung eines Wj. auf einen vom Kalenderjahr abweichenden Zeitraum die Zustimmung bzw. Genehmigung des Finanzamts erforderlich. Eingehender dazu auch *Prinz*, FR 1994 S. 632.

§ 54 Abs. 6 b Sätze 2, 3 enthalten für Stpfl. mit kalenderjahrgleichem Wj. bis VZ 1996 (ansonsten bis VZ 1997) befristete Übergangsregelungen für Altkredite (vor dem 9. 12. 92 erhalten) mit variabler Vergütung iSd. Abs. 1 Nr. 1 (insbes. Erweiterung des steuerunschädlichen Sockelbetrags von 1:0,5 auf 1:1 und fehlende Buchwertkürzung gem. Abs. 4 Satz 3); die Erweiterungen gelten für Mischfinanzierungen entsprechend. Die Übergangsregelung gilt nicht für ergebnisunabhängige Vergütungen. Zu den Einzelheiten s. Anm. 85, 113. Wegen der Berücksichtigung von „Altverlusten“ im Rahmen des Abs. 2 Satz 3 s. Anm. 156.

4–6 Einstweilen frei.

III. Bedeutung des § 8a

7 1. Gesetzgeberischer Zweck und Gesetzessystematik

Gesetzgeberischer Zweck:

► *Sicherstellung der inländischen Einmalbesteuerung von Gewinnen bei Nichtanrechnungsberechtigten:* § 8a soll als Fiskalzwecknorm der „überhöhten“ Fremdfinanzierung einer inl. KapGes. durch wesentlich beteiligte Nichtanrechnungsberechtigte (einschl. bestimmter gleichgestellter Personen, Abs. 1 Satz 2) die stliche Anerkennung versagen und damit die inl. Einmalbesteuerung von Gewinnen im Interesse der Gleichbehandlung unterschiedlicher Gesellschaftergruppen sicherstellen (so ausdrücklich RegE BTDrucks. 12/4487 v. 5. 3. 93 S. 36). Instrument dafür ist die Umqualifizierung als überhöht eingestuft FK Vergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen mit der Folge fehlender Einkommensminderung; der FK Charakter der zur Verfügung gestellten Mittel bleibt unberührt. Gesetzgeberische Typisierungen sind bei Durchführung der Umqualifizierung erforderlich, da sich betriebswirtschaftlich angemessene Finanzierungsrelationen nicht allgemein bestimmen lassen (eingehender dazu v. *Wysocki* in *Vogel* (Hrsg.), „Fremdfinanzierung“ von Kapitalgesellschaften durch Anteilseigner, München 1982 S. 1–11). Zur steuerpolitischen Zwecksetzung der Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen s. Anm. 8.

► *Fremdvergleich als Qualifikationsmaßstab:* Konzeptionelle Grundlage des § 8a ist im wesentlichen der national wie international anerkannte Drittvergleich (hohe Flexibilität, aber inhaltliche Unbestimmtheit), nicht dagegen die Mißbrauchsbekämpfung (so zutreffend *Herzig*, StuW 1993 S. 240 mit einer Präzisierung von Perspektive und Reichweite des Drittvergleichs; *ders.*, DB 1994 S. 111). Dieser gesetzgeberische Leitgedanke ist uE für die Auslegung des § 8a in Zweifelsfällen heranzuziehen. Daneben enthält § 8a allerdings verschiedene speziell mißbrauchsverhindernde Einzelregelungen (zB Abs. 5 betr. bestimmte Umgehungs-

fälle). Zur sog. Zeitkomponente des § 8a bei langsam steigender Verschuldung s. *Bellstedt*, DB 1995 S. 8 f.

► *Instrumentarium sog. safe haven zur Erlangung von Planungssicherheit*: Zur Typisierung im Rahmen des Fremdvergleichs bedient sich der Gesetzgeber des Instrumentariums sog. safe haven mit bestimmten Eigenkapital-/Fremdkapital-Relationen (ähnlich auch *Frotscher/Mass*, § 8a KStG Anm. 6). Die FinVerw. vermeidet den Begriff, sie spricht statt dessen – inhaltlich unscharf – von „zulässigem Fremdkapital“ (s. etwa Tz. 58 BMF v. 15. 12. 94 aaO; abweichend noch Tz. 58 des Erlaßentwurfs v. 22. 4. 94; kritisch zur Terminologie auch *Bellstedt*, DB 1995 S. 10). Durch die Schaffung typisierender Sockelbeträge in Form von Nichtaufgriffsgrenzen soll dem betroffenen Stpfl. – vor allem wegen der Unbestimmtheit des Drittvergleichs – Planungssicherheit gewährt werden (so zutreffend *Herzig*, DB 1994 S. 111); derartigen Faktorrelationen ist eine Tendenz zur Ausschöpfung durch den Stpfl. immanent (kritisch dazu *Frotscher*, IStR 1994 S. 204). Wegen der Herkunft der safe haven aus dem US-amerikanischen Steuerrecht s. *Raupach* in *Raupach/Tipke/Uelner*, Niedergang oder Neuordnung des deutschen EStRechts?, 1985 S. 35 f.; zu einem früheren US-Richtlinienvorschlag auch *Ullmann-Czubak*, RIW 1980 S. 342.

Geltung unterschiedlicher safe haven: Für gewinn- oder umsatzabhängige Vergütungen (sog. hybride Finanzierungen, s. Anm. 45) beträgt die Eigen-/Fremdkapitalrelation 1 : 0,5 ohne Fremdvergleichsmöglichkeit (Abs. 1 Nr. 1), für Altfinanzierungen 1 : 1 (§ 54 Abs. 6 b; s. Anm. 3); *für gewinn- oder umsatzunabhängige Vergütungen* gilt die Faktorrelation 1 : 3 (Abs. 1 Nr. 2), für qualifizierte Holdinggesellschaften erweitert auf 1 : 9 (Abs. 4 Satz 1) jeweils mit individueller Fremdvergleichsmöglichkeit u. einer bankenspezifischen Sonderregelung; *für gemischte Vergütungen* beträgt der safe haven auf Basis einer reduzierten Bemessungsgrundlage und bei Geltung eines Kumulationsverbots 1 : 6, bei qualifizierten Holdinggesellschaften 1 : 18. Zu den Gründen der unterschiedlichen safe haven s. Anm. 75.

Die safe haven typisieren bei hybriden Finanzierungen somit materiell, ansonsten formell (zur Unterscheidung s. Anm. 33).

Gesetzessystematik: § 8a ist nach seiner systematischen Stellung und inhaltlichen Ausgestaltung eine Einkommensermittlungsvorschrift und ergänzt insbes. § 8 Abs. 3 Satz 2 (zur generellen Unterscheidung des äußeren und inneren Systems einer Rechtsordnung s. *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 14. Aufl. 1994 S. 59–63). Die handels- und steuerbilanzielle Gewinnermittlung der inl. KapGes. bleibt unberührt (vgl. mwN *Frotscher*, IStR 1994 S. 202; s. auch BFH v. 29. 6. 94 I R 137/93, FR 1994 S. 833: Die Rechtsfolge des § 8 Abs. 3 Satz 2 setzt außerhalb der Steuerbilanz an). Die Vorschrift dient der Abgrenzung der Einkommenserzielungs- von der Einkommensverwendungssphäre (so zutreffend *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 1; eingehend dazu auch *Wassermeyer*, DB 1994 S. 1105 f.). Es handelt sich um einen eigenständigen, auf der Ebene der inl. KapGes. ansetzenden Tatbestand, der die Rechtsfolgenfiktion einer vGA anordnet (keine Einkommensminderung, Herstellung der kstlichen Ausschüttungsbelastung, Einbehaltung von KapErtSt.); die Vorschrift wirkt konstitutiv.

Hinweis: Fundamentalkritik an der Gesetzessystematik übt insbes. *Knobbe-Keuke*, DB 1993 S. 60: Auf der Ebene der KapGes. ist die Problematik der Gesellschafter-Fremdfinanzierung nicht sinnvoll lösbar, da die Problemursache in der stlichen Behandlung der Zinsen beim Nichtanrechnungsberechtigten liegt. UE bedenkenwerte Kritik, die aber letztlich nicht durchschlägt. Die Ebenen von KapGes. und Anteilseigner sind in vielfältiger Hinsicht miteinander verzahnt und für Fragen verdeckter Gewinnausschüttungen ursächlich; hinzu kommt eine mangelnde Praktikabilität des Lösungsansatzes von *Knobbe-Keuke*, da bei ausl. Nichtanrechnungsberechtigten Gesetzesregelungen auch im Ausland getroffen werden müßten, die vom deutschen Gesetzgeber nur begrenzt beeinflussbar sind. Zum gesellschaftsvertraglichen Regelungsbedarf wegen von § 8a bewirkter Vermögensverschiebun-

gen im Gesellschafterkreis s. *Herzig*, DB 1994 S. 112 f.; *Meilicke*, BB 1994 S. 121; *Prinz*, FR 1994 S. 623.

► *Anknüpfung bei der Vergütungs-, nicht der Vermögensebene*: Ansatzpunkt der Umqualifizierung durch § 8a ist die FKVergütung, die der nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner erhält, nicht das FK selbst. Der Verbindlichkeiten-Charakter der Finanzierungsmittel bleibt – auch wegen des Grundsatzes der Finanzierungsfreiheit – unabhängig von § 8a erhalten (so ausdrücklich die Gesetzesbegründung der BReg., BTDrucks. 12/4487 S. 36; weiterhin auch Tz. 1 BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25). Die Wirkungen des § 8a sind auf die KSt. beschränkt.

► *Zum Verhältnis von § 8a zum allgemeinen Recht der verdeckten Gewinnausschüttung* (§ 8 Abs. 3 Satz 2, Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweis, kstl. Anrechnungsverfahren, Behandlung beim Vergütungsempfänger, KapErtrSt.) s. Anm. 20.

Rechtsformspezifische Regelung: Der Anwendungsbereich des § 8a erstreckt sich tatbestandsgemäß ausschließlich auf Finanzierungsbeziehungen zwischen inl. KapGes. einerseits und Nichtanrechnungsberechtigten bzw. diesen gleichgestellten Personen andererseits. Die Regelung ist somit nicht rechtsformneutral ausgestaltet. Zu den daraus resultierenden Gestaltungsmöglichkeiten und -grenzen insbes. durch Einsatz von Personengesellschaften in Unternehmensgruppen s. Anm. 13.

8 2. Wirtschaftliche Bedeutung

In der Vergangenheit wurden durch nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner Fremdfinanzierungsgestaltungen entwickelt, die wegen des unbeschränkten Zinsabzugs auf der Ebene der KapGes. den im Inland stpfl. Gewinn reduzierten, ggf. auf Null zurückführten oder einen rück- oder vortragsfähigen Verlust bewirkten; gleichzeitig wurde damit die inländische Dividendenbesteuerung vermieden.

Zu den unterschiedlichen Auswirkungen bei inl. und ausl. Nichtanrechnungsberechtigten und der verminderten Vorteilhaftigkeit wegen gesunkener Steuersätze in Deutschland s. *Prinz*, FR 1994 S. 622–623; *T. M.*, DSzR 1994 S. 1883: Nutzung der Fremdfinanzierung zur „Keinmal-Besteuerung“ von Teilen des Gewinns; *Mattausch in Fischer* (Hrsg.), Forum der Internationalen Besteuerung, Bd. 5, 1994 S. 89–91; eingehend auch Vor § 27 KStG Anm. 18 b. Nach einer Einschätzung von *Uelner* (Institut FSt. Brief 198, 1980 S. 12) soll das Steuerausfallrisiko bei der KSt. „in die Hunderte von Millionen DM“ gehen; dies dürfte sich uE seit 1980 eher erhöht als vermindert haben.

Da die FinVerw. den in der Besteuerungspraxis vorzufindenden Vermeidungsstrategien im Erlaßwege nicht wirksam begegnen konnte (s. Anm. 2, 3), wurde § 8a durch das StandOG mit Wirkung ab 1. 1. 1994 eingeführt (zum Gesetzeszweck s. Anm. 7).

Steuerpolitische Bedeutung: § 8a ist Teil der Gegenfinanzierung der durch das StandOG vorgenommenen Steuerentlastungen, insbes. wegen Absenkung der KStSätze; die durch die Begrenzung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung erwarteten Mehreinnahmen werden auf jährlich ca. 600 Mio. DM geschätzt (so BRDrucks. 1/93 v. 4. 1. 1993 S. 28 f. und korrigierend BTDrucks. 12/5016 v. 25. 5. 1993 S. 111; kritisch dazu *Knobbe-Keuk*, IWB F. 2 S. 664, v. 23. 2. 94). Hinzu kommt, daß erhebliche Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der Gruppe der Anrechnungsberechtigten beseitigt werden sollten.

► *Betroffener Personenkreis*: Der von § 8a betroffene Personenkreis der Nichtanrechnungsberechtigten setzt sich nach Schätzungen etwa je zur Hälfte aus In- und Ausländern zusammen; exakte statistische Unterlagen dazu fehlen allerdings (so *Herzig*, DB 1994 S. 114; *ders.*, StuW 1993 S. 239). Nach Angaben aus der FinVerw.

werden ca. 40 vH des Nennkapitals aller inl. KapGes. von nichtanrechnungsberechtigten Anteilseignern gehalten (vgl. *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl. 1993 S. 613).

► *Standortpolitische Auswirkung*: Die Auswirkungen der Regelungen auf den Wirtschaftsstandort Deutschland werden unterschiedlich eingeschätzt. Während insbes. Vertretern der FinVerw. ein durch § 8 a bewirkter Abzug ausländischen Kapitals eher unwahrscheinlich erscheint (so zB *Müller-Gatermann*, FR 1993 S. 386), befürchten andere Stimmen im Schrifttum deutlich negative Standorteffekte (vgl. etwa *Knobbe-Keuk*, DB 1993 S. 60: Die Einführung der Regelung durch ein Gesetz zur Sicherung des Standorts Deutschland wirkt „wie ein Hohn“; *Lang*, StbJb. 1993/94 S. 26; kritisch auch *Becker*, DStJG 17, 1994 S. 221).

Stellungnahme: UE dürften sich durch Einführung des § 8 a keine allzu deutlichen Negativauswirkungen auf den Standort Deutschland ergeben, da die überwiegende Zahl ausländischer Staaten zwischenzeitlich ähnliche Regelungen erlassen hat (s. Anm. 11).

Bedeutung für Finanzierungsgestaltungen:

► *Grundsatz der Finanzierungsfreiheit*: Der Kapitalbedarf einer inl. KapGes. kann – innerhalb der gesetzlichen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsregeln (zB §§ 5, 30 GmbHG, §§ 6, 57 AktG) – durch Eigen- oder Fremdmittel gedeckt werden, wobei beide Formen der Mitteldeckung weitgehend identische ökonomische Funktionen erfüllen (vgl. eingehend mwN *Herzig*, FR 1994 S. 589; ähnlich bereits *Albach*, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1962 S. 653; v. *Wysoczek* in *Vogel* (Hrsg.), „Fremdfinanzierung“ von Kapitalgesellschaften durch Anteilseigner, München 1982 S. 1). Es handelt sich um eine betriebswirtschaftliche Grundsatzzfrage der Unternehmensfinanzierung; wesentliches Entscheidungskriterium sind die Kapitalkosten. Die höchstrichterliche Rspr. betont den Grundsatz der Finanzierungsfreiheit und stellt fest, daß ein Gestaltungsmissbrauch aufgrund eines ungewöhnlich hohen Fremdfinanzierungsvolumens idR nicht vorliegt (BFH v. 5. 2. 92 I R 127/90, BStBl. II S. 532); dies hat letztlich die Einführung des § 8 a durch das StandOG ausgelöst (s. Anm. 3). Die Fremdmittelbeschaffung kann auf in- oder ausl. Kapitalmärkten erfolgen; dies bewirkt uU ein steuerliches „Mehrstaaten-Problem“ (so zutreffend *Menck*, IStR 1994 S. 569–571).

► *Keine besteuersneutrale Finanzierung*: § 8 a schränkt den Grundsatz der Finanzierungsfreiheit bei inl. KapGes. mit wesentlich beteiligten nichtanrechnungsberechtigten Anteilseignern faktisch ein (vgl. auch *Prinz*, FR 1994 S. 622); zivilrechtlich in Zinsaufwand gekleideten Vergütungen wird im Interesse der Sicherstellung der inl. Einmalbesteuerung von Gewinnen in Teilen der steuermindernde Abzug versagt (zur gesetzgeberischen Zwecksetzung s. Anm. 7). Darüber hinaus nimmt § 8 a durch die unterschiedlichen stlichen Nichtaufgriffsgrenzen (Abs. 1 Nr. 1 u. Nr. 2, Abs. 4; dazu auch Anm. 7) und die nur für ergebnisunabhängige Vergütungen bestehende Fremdvergleichsmöglichkeit unmittelbar Einfluß auf Finanzierungsströme bei den betroffenen Unternehmen. Betriebswirtschaftlich im Hinblick auf einen bestehenden Mittelbedarf sinnvolle Gestaltungen können dadurch „behindert“ werden; zu Sondereffekten bei verbundenen Unternehmen idS. Abs. 4 s. Anm. 176. Es besteht somit zwar auch weiterhin eine weitgehende Finanzierungsfreiheit, aber keine Besteuerungsneutralität der Finanzierung (ähnlich *Herzig*, FR 1994 S. 589).

Bedeutung für Sanierungs- und Krisenfälle sowie unterkapitalisierte Branchen: Der Gesetzgeber verwendet in § 8 a das Instrumentarium sog. safe haven; dies meint verschiedene Faktorrelationen zwischen anteiligem EK des nichtan-

rechnungsberechtigten Gesellschafters und von diesem gewährten Fremdmitteln (s. Anm. 7). In Sanierungs- und Krisenfällen mit ganz oder teilweise aufgezehrtem EK führt diese Methodik zu einer verschlechterten Ausgangssituation; nur bei ergebnisunabhängigen FK-Vergütungen besteht die Möglichkeit eines Fremdvergleichs (Abs. 1 Nr. 2; zu Einzelheiten s. Anm. 99). Die Öffnungsklausel für vorübergehende Verluste (Abs. 2 Satz 3) vermag die verschlechterte Ausgangslage nur in Grenzen abzumildern. In Krisen- und Sanierungsfällen muß somit meist Eigen- anstelle von Fremdkapital zugeführt werden, was uU sinnvolle Reorganisationen verhindert. Gleiche Wirkungen ergeben sich für typischerweise mit wenig EK ausgestattete Branchen (zB im Handel; zur Eigenmittelausstattung deutscher Unternehmen im Verhältnis zu anderen EU-Ländern s. Analyse der Deutschen Bundesbank, FN-IDW 1994 S. 597).

Vgl. etwa *Mattausch in Fischer* (Hrsg.), Forum der Internationalen Besteuerung, Bd. 5, 1994 S. 103: „Von § 8a KStG wird das Unternehmen bestraft, dem es ohnehin schlecht geht“; ähnlich *Herzig*, WPA-Seminar v. 20. 8. 1994 S. 85; *Prinz*, FR 1994 S. 633. Zum Einsatz von Besserungsvereinbarungen im Rahmen von § 8a s. *Herlinghaus*, DStR 1994 S. 1830.

9 3. Verfassungsmäßigkeit des § 8a

Unter verfassungsrechtlichen Aspekten (insbes. dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG sowie dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Besteuerung) erscheint die mit § 8a getroffene Regelung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch Nichtanrechnungsberechtigte insgesamt unbedenklich (glA mwN *Frotscher*, IStR 1994 S. 210; *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 13; zur Konkretisierung verfassungsrechtlicher Maßstäbe im Steuerrecht allgemein *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 14. Aufl. 1994 S. 72–114). Die mannigfachen, deutlich erkennbaren Mängel der Vorschrift sind zwar bedeutsam, haben uE aber keine verfassungsrechtliche Qualität im Hinblick auf die Wirksamkeit der Gesamtnorm (sehr kritisch hinsichtlich der Einführung des § 8a etwa *Bareis*, RIW 1994 S. 141). Die im Schrifttum erhobenen verfassungsrechtlichen Einwendungen erstrecken sich meist auf Einzelaspekte der Regelung, wobei die Prüfung des Gleichheitssatzes im Vordergrund steht (vgl. *Lang*, StbJb. 1993/94 S. 28 und pointiert vor allem *Knobbe-Keuk*, DB 1993 S. 60–62 betr. Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzentwurfs, die allerdings die Gesetzssystematik generell anzweifelt; eingehender dazu Anm. 7).

Kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 GG): Die Beschränkung der Sonderregelung auf die Personengruppe der Nichtanrechnungsberechtigten ist uE sachgerecht und damit gleichheitssatzkonform, da die Möglichkeiten zur Vermeidung einer inl. Zins- und Dividendenbesteuerung vor allem diesem Personenkreis offenstehen. Erfahrungen in der Besteuerungswirklichkeit bestätigen dies (s. Anm. 8). Die ausschließliche Einbeziehung inl. KapGes. erscheint zwar bedenklich und schafft Anwendungslücken (s. Anm. 63), zieht aber uE nicht die Verfassungswidrigkeit der gesamten Regelung nach sich (glA *Frotscher*, IStR 1994 S. 210). Hinzu kommt, daß wegen der sachgerecht bemessenen steuerlichen Nichtaufgriffsgrenzen für die betroffenen Stpfl. eine ausreichende Rechts- und Planungssicherheit geschaffen wird (zum Instrumentarium der safe haven eingehender Anm. 7).

Kein Verstoß gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Besteuerung: Obgleich die Regelung äußerst kompliziert ausgestaltet ist, in Einzelaspekten widersprüchlich erscheint (zB hinsichtlich der Behandlung mittelbarer Anteilseigner in Abgrenzung zu nahestehenden Personen iSd. § 1 Abs. 2 AStG) und schließlich erhebliche Regelungslücken aufweist (zB offene Reihenfolgeprobleme

bei unterschiedlich verzinslichen Darlehen), ist uE die Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung insgesamt gewahrt. Erste Erfahrungen in der Praxis zeigen, daß die Unternehmen mit § 8a „leben können“ (vgl. *Prinz*, FR 1994 S. 622). Spezielle Rechtsfolgenregelungen bei § 8a fehlen, der Gesetzgeber geht von der Anwendbarkeit des allgemeinen Rechts der vGA aus; dadurch könnte das verfassungsrechtliche Bestimmtheiterfordernis (dazu *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 14. Aufl. 1994 S. 99) gefährdet sein. Da unter Rechtsfolge-Aspekten problematische Fallgruppen in der Besteuerungswirklichkeit eher der Ausnahme- als der Regelfall sein dürften, ist das Legalitätsprinzip bei § 8a uE insgesamt aber wohl nicht verletzt.

Verfassungsproblematische Einzelregelungen bestehen vor allem im Bereich mittelbarer Anteilseigner und nahestehender Personen iSd. § 1 Abs. 2 AStG (s. Anm. 65, 123, 160), der Ausdehnung des Rückgriffsrechts Dritter auf faktische Möglichkeiten (s. Anm. 132), der Umgehungsvorschrift des Abs. 5 Nr. 2 mit ihren tatbestands- und rechtsfolgenbezogenen Unklarheiten (s. Anm. 202) sowie zweifelhafter Rechtsfolgenbestimmtheit bei mehrstufig aufgebauten internationalen Unternehmensgruppen (s. Anm. 32).

4. Verstoß gegen Diskriminierungsverbote?

10

Der Gesetzgeber ist bei Einführung des § 8a durch das StandOG v. 13. 9. 93 davon ausgegangen, daß internationale Diskriminierungsverbote der Regelung insgesamt nicht entgegenstehen (so ausdrücklich BTDrucks. 12/4487 v. 5. 3. 93 S. 37, allerdings wohl im wesentlichen mit Blick auf das Diskriminierungsverbot der DBA; so zutreffend *Knobbe-Keuk*, DB 1993 S. 62). Dies wird insbes. begründet damit, daß

- die Regelung durch Einführung sachgerechter Nichtaufgriffsgrenzen (sog. safe haven, s. Anm. 7) und der eingeschränkten Möglichkeit des Drittvergleichs in ausreichender Form am international anerkannten Fremdvergleichsmaßstab ausgerichtet ist und
- neben ausländischen auch eine bedeutende Gruppe inländischer Anteilseigner nichtanrechnungsberechtigt ist (s. zu Einzelheiten Anm. 8).

Diskussionsstand: Die Frage ist im Schrifttum stark streitig, so daß eine gerichtliche Klärung geboten erscheint.

Verstöße gegen Diskriminierungsverbote bemängelt insbes. *Knobbe-Keuk*, DB 1993 S. 60 mit Rückgriff auf die Diskussion der früheren Gesetzesentwürfe; *dies.*, IWB F. 2 S. 661, v. 23. 2. 94; *Lang*, StJb. 1993/94 S. 28; *Bachmann*, RIW 1994 S. 853; *Meilicke*, BB 1994 S. 117. AA *Menck*, FR 1994 S. 69; *Frotscher*, IStR 1994 S. 210; *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 15, 16; *Hey*, RIW 1994 S. 224; § 8a enthält keine Diskriminierung, sondern verhindert die Privilegierung ausl. Gesellschafter; *Michielse*, StuW 1994 S. 338–339; *Herzig*, DB 1994 S. 114; *Mattausch* in *Fischer* (Hrsg.), Forum der Internationalen Besteuerung, Bd. 5, 1994 S. 89, *Prinz*, FR 1994 S. 622.

In Betracht kommen Verstöße gegen DBA-rechtliche oder europarechtliche Diskriminierungsverbote, wobei neben der direkten vor allem auch eine indirekte Diskriminierung zu prüfen ist (zur Unterscheidung s. *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, Köln 1993 S. 30 ff.; zu neueren Entwicklungen *Saß*, BB 1995 S. 69). Sofern gegen ein Diskriminierungsverbot verstoßen wird, kann der betroffene Stpfl. die Nichtanwendbarkeit des § 8a verlangen; die Regelung müßte dann wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht außer Kraft gesetzt werden. Die Prüfung der Diskriminierungsverbote erfolgt unter zwei Vergleichsmaßstäben im Hinblick auf die jeweilige stliche Ausgangslage: Zum einen im Verhältnis Anrechnungsberechtigter zu Nichtanrechnungsberechtigten, zum anderen im Verhältnis Nichtanrechnungsberechtigter untereinander.

Verstoß gegen DBA-rechtliche Diskriminierungsverbote? Art. 24 OECD-Musterabkommen fordert eine Gleichbehandlung inl. und ausl. Steuersubjekte; gem. Abs. 5 und 6 dürfen ohne sachliche Rechtfertigung keine Unterschiede gemacht werden, ob Zinsen ins In- oder Ausland gezahlt werden oder ob es sich um Gesellschaften mit inl. oder ausl. Anteilseignern handelt. Zur Vereinbarkeit des § 8a mit dem Fremdvergleichsmaßstab des Art. 9 OECD MustAbk. s. Anm. 25.

► *Keine direkte Diskriminierung:* § 8a betrifft sämtliche Gruppen von Nichtanrechnungsberechtigten, dh. sowohl inl. als auch ausl. Nichtanrechnungsberechtigte. Eine direkte Diskriminierung wegen Benachteiligung ausl. Anteilseigner kommt somit nicht in Betracht. Wegen der besonderen Gestaltungsvorteile bei Nichtanrechnungsberechtigten (s. Anm. 8) erfolgt keine Diskriminierung im Verhältnis zu Anrechnungsberechtigten. Dessen ungeachtet fällt allerdings auf, daß die Vorschrift in Teilen stark auslandsbezogen ausgestaltet ist (zB Verweis auf § 1 Abs. 2 AStG; eingehender dazu Anm. 123); für eine direkte Diskriminierung reicht dies jedoch uE nicht aus.

► *Keine indirekte Diskriminierung:* Eine indirekte Diskriminierung liegt nach hM vor, falls eine benachteiligende Regelung zwar nicht zwischen inl. und ausl. Gesellschaftern unterscheidet, ihre Wirkung faktisch aber ganz weitgehend auf Ausländer beschränkt ist (eingehender dazu *Herzig*, DB 1994 S. 114). UE liegt keine allgemeine indirekte Diskriminierung vor. Trotz der von der FinVerw. zugelassenen, nicht von § 8a erfaßten Sonderfälle inl. Nichtanrechnungsberechtigter dürfte die Regelung auch weiterhin nicht unbedeutende inl. nichtanrechnungsberechtigte Anteilseignergruppen treffen. Im übrigen stellt die fehlende Anrechnungsberechtigung ein sachgerechtes Unterscheidungsmerkmal dar.

Vgl. BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25, Tz. 99, 100, wonach bestimmte Gesellschafter-Fremdfinanzierungen im Bereich der Treuhandanstalt sowie von Wohnungsunternehmen aus dem Anwendungsbereich des § 8a herausgenommen werden; uE unter Diskriminierungsaspekten nicht unproblematisch. Eine weitere Sonderregelung für Eigengesellschaften der öffentlichen Hand wurde nicht in das BMF-Schreiben aufgenommen; so aber noch *Müller-Gatermann*, WPA-Seminar v. 20. 8. 94 S. 15.

Letztlich werden erst Erfahrungen in der Besteuerungspraxis zeigen, ob § 8a steuerverschärfendes Sonderrecht ganz überwiegend nur für Ausländer schafft. Im Einzelfall kann sich daher durchaus die Diskriminierungsfrage stellen; dies gilt insbes. bei erweiternder Auslegung der Sondertatbestände des Abs. 1 Satz 2 etwa betr. rückgriffsberechtigte Dritte durch die FinVerw. (vgl. auch *Meilicke*, BB 1994 S. 118 f.).

Verstoß gegen europarechtliche Diskriminierungsverbote? In Betracht kommen insbes. ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit des Art. 52 EG-Vertrag sowie die Freiheit des Kapitalverkehrs gem. Art. 67 EG-Vertrag ohne ausreichende sachliche Rechtfertigung. In diesem Zusammenhang wird vor allem eine verdeckte Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit bemängelt (s. insbes. *Knobbe-Keuk*, DB 1993 S. 62 unter Bezugnahme auf die sog. Biehl-Entscheidung des EuGH v. 8. 5. 90, NJW 1991 S. 1406; kritisch auch *Bachmann*, RIW 1994 S. 853–855).

Stellungnahme: UE letztlich nicht durchschlagend; wegen der – wenngleich mit Einschränkungen – verbleibenden Gruppe der von § 8a betroffenen inl. Nichtanrechnungsberechtigten ist weder eine direkte noch eine indirekte Diskriminierung in allgemeiner Form gegeben. Der Grundsatz der Sicherstellung einer inl. Einmalbesteuerung von Gewinnen bei Nichtanrechnungsberechtigten wird uE sachgerecht zur Geltung gebracht (zu diesem gesetzgeberischen Zweck s.

Anm. 7; ähnlich auch *Herzig*, DB 1994 S. 114). Dies dürfte eine ausreichende sachliche Rechtfertigung der Sonderregelung sein. Einzeltatbestände der Vorschrift (insbes. Abs. 1 Satz 2 betr. rückgriffsberechtigte Dritte) können jedoch uU sehr wohl gegen europarechtliche Diskriminierungsverbote verstoßen (eingehende Anm. 137).

5. Rechtsvergleichung

11

Der deutsche Gesetzgeber liegt international betrachtet mit der ab VZ 1994 geltenden Vorschrift des § 8a zur Beschränkung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung inl. KapGes. durch Nichtanrechnungsberechtigte in einem internationalen Trend (so zutreffend *Hey*, RIW 1993 S. 833, *Lang*, StbJb. 1993/94 S. 27; *Menck*, IStR 1994 S. 576). UE ist die gesetzliche Ausgestaltung des § 8a im internationalen Vergleich – abgesehen von verschiedenen Einzelpunkten (zB Umgehungsregelung des Abs. 5 Nr. 2; fehlende Rechtsfolgenbestimmungen betr. Zurechnung der vGA, KapErtrSt. sowie Herstellung der Ausschüttungsbelastung; Buchwertkürzungen gem. Abs. 4 Satz 3 auch ohne Kaskadeneffekte) – insgesamt nicht als überzogen anzusehen. Gründe dafür sind vor allem: ausreichende Planungssicherheit durch angemessene safe haven, auch im Bereich von Holdinggesellschaften, sowie für bestimmte Fälle darüber hinausgehende Fremdvergleichsmöglichkeit.

Unterkapitalisierung als internationales Problem: Unter dem Begriff „thin capitalization“ (Unterkapitalisierung) werden in zahlreichen europäischen und außereuropäischen Staaten Fragen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung diskutiert mit der Folge zunehmender gesetzlicher Einschränkungen der Abzugsfähigkeit von Zinsen (zumindest sofern sie nicht der jeweiligen LandesStPflcht unterliegen). Die länderspezifischen Regelungen sind in den Details sehr unterschiedlich ausgestaltet. Auch in der internationalen Rechtspraxis werden Typisierungen verwendet, da sich betriebswirtschaftlich ein allgemein akzeptiertes Eigenkapital-/Fremdkapital-Verhältnis nicht bestimmen läßt.

Lang StbJb. 1993/94 S. 27 weist zutreffend darauf hin, daß „thin capitalization rules“ Regelungen zur Sicherung des Steueraufkommens, keine Regelungen zur Sicherung der Steuergerechtigkeit sind. Gegenläufige Effekte beim Steueraufkommen können sich allerdings durch Tendenzen zur Ausschöpfung stlicher Nichtaufgriffsgrenzen sowie zur Umstellung hybrider in ergebnisunabhängige Finanzierungen ergeben.

► **Länderüberblick:** Höchst komplizierte Regelungen mit weitgehend starren Eigenkapital-/Fremdkapitalrelationen finden sich in den USA (§ 163(j) Internal Revenue Code; eingehender dazu *Hey*, RIW 1990 S. 120; *Bogenshütz/Pugh*; IWB Fach 2 S. 569 v. 25. 10. 91; bei organschaftsähnlicher Gruppenbesteuerung erfolgt eine Anknüpfung an konsolidierte Bilanzzahlen). Auch andere Rechtsordnungen, zB Kanada, Japan, Australien, Großbritannien (s. *Marflow*, DStJG Bd. 16, 1994 S. 116), Dänemark (s. *Winter/Sorensen*, DStJG Bd. 16, 1994 S. 138), Frankreich, der Schweiz, Spanien, Tschechien (s. *Safarik*, IStR 1994 S. 233) und Ungarn enthalten – in unterschiedlicher Ausgestaltung – gesetzliche, zumindest verwaltungsseitige Regelungen zur Vermeidung als unangemessen angesehener Fremdfinanzierungen durch Gesellschafter.

Vgl. als Überblick mwN *Hey*, RIW 1993 S. 833; *Lang*, Hybride Finanzierungen im internationalen Steuerrecht, 1991; zu einem Überblick betr. die EG-Staaten s. *Bader in Maßbaum/Meyer-Scharenberg/Perlet* (Hrsg.), Die deutsche Unternehmensbesteuerung, 1994 S. 305–308; *Michielse*, StuW 1994 S. 331.

► **OECD-Musterabkommen:** Im Kommentar zum OECD-MustAbk. wird den Staaten ausdrücklich das Ergreifen von Maßnahmen gegen mißbräuchliche Ge-

sellschafter-Fremdfinanzierungen bei Wahrung der Fremdvergleichsgrundsätze (arm's-length-Grundsatz gem. Art. 9 OECD-MustAbk.) zugestanden. Im Recht der DBA ergibt sich die Frage, ob die aufgrund von § 8a umzuqualifizierenden Vergütungen im Empfängerstaat als Zinsen oder Dividenden zu behandeln sind (dazu auch *Schaubhoff*, Intertax 1993 S. 468). Im Interesse der Vermeidung einer Doppelbesteuerung hält es der OECD-Kommentar für bedeutsam, daß der Ansässigkeitsstaat des Gläubigers die vom deutschen Recht angeordnete Umqualifizierung mitmacht und ggf. auch die Sondervorschriften für Schachteldividenden anwendet (vgl. dazu *Krabbe*, StbJb. 1993/94 S. 39). Die DBA sehen dies idR vor. Zu Einzelheiten dazu sowie zur Diskriminierungsfrage betreffend Ausländer s. Anm. 10. Wegen der Möglichkeit internationaler Verständigungsverfahren s. Anm. 33.

Unterkapitalisierung als vom Körperschaftsteuersystem unabhängiges Problem: Die Fragen einer Beschränkung überhöhter Gesellschafter-Fremdfinanzierung sind grundsätzlich unabhängig davon, ob im betreffenden Land ein KStSystem klassischer Prägung (zB in den USA) oder ein solches mit Teil- oder Vollanrechnung vorzufinden ist (s. dazu *Herzig*, DB 1994 S. 110, der von einer „systemunabhängigen Relevanz der Problematik“ spricht; zu den verschiedenen KStSystemen s. *Lang*, DStJG Bd. 16, 1994 S. 311–313; zu einer Zusammenstellung auch *Bader in Maßbaum/Meyer-Scharenberg/Perlet* (Hrsg.), Die deutsche Unternehmensbesteuerung, 1994 S. 279 f.).

12 Einstweilen frei.

13 6. Gestaltungsgrenzen und -möglichkeiten bei § 8a

Die Vorschrift des § 8a zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung ist rechtstechnisch höchst kompliziert ausgestaltet und enthält verschiedene spezielle Regelungen zur Mißbrauchsvermeidung. Dennoch eröffnet die Rechtsnorm eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten, um die Anwendung des § 8a vollständig zu vermeiden oder nur in abgemilderter Form zur Anwendung zu bringen; das Gestaltungsinstrumentarium kann auch kombiniert eingesetzt werden. Die Gestaltungsmöglichkeiten unterliegen insbes. im Hinblick auf § 42 AO unterschiedlichen Gefährdungen (s. eingehender Anm. 28; evtl. sollte vorab eine verbindliche Auskunft der FinVerw. eingeholt werden). Zu Sonderkonstellationen der bewußten Inkaufnahme einer § 8a-vGA s. *Korn*, DStZ 1993 S. 741; wegen evtl. gewerbesteuerlicher Vorteile im Hinblick auf § 9 Nr. 10 GewStG s. *Prinz*, FR 1994 S. 632. Zum Verhältnis von § 8a zum Umwandlungsrecht s. Anm. 29.

Zu einer ersten Analyse s. *Herzig*, DB 1994 S. 175–177; weiterführend *Prinz*, FR 1994 S. 622 mit tabellarischem Überblick und *Herzig*, IdW-Fachtagung 1994 S. 241; schließlich auch *Gummert*, WiB 1994 S. 630.

Gesetzlich vorgesehene Gestaltungsgrenzen: Außerhalb der Generalnorm des § 42 AO enthält § 8a selbst verschiedene Gestaltungsgrenzen, die seine Anwendung sicherstellen sollen. Gemeint sind im wesentlichen folgende Regelungen:

- *Punktuelle wesentliche Beteiligung im Wirtschaftsjahr* (Abs. 1 Satz 1, Halbs. 1; s. Anm. 67);
- *Finanzierung durch nabestehende Personen iSd. § 1 Abs. 2 AStG* ohne Anrechnungsberechtigung oder *Dritte*, die auf den Anteilseigner oder eine nabestehende Person zurückgreifen können (Abs. 1 Satz 2; eingehender Anm. 120–138);

- *Sondertatbestände des Abs. 3* zur Schaffung einer wesentlichen Beteiligung durch gemeinsame Beherrschung oder Ausübung eines beherrschenden Einflusses (eingehender Anm. 160 mwN);
- *Sonderregelungen des Abs. 4 Sätze 2 und 3* zur Verhinderung von Kaskadeneffekten bei Holdinggesellschaften und anderen verbundenen Unternehmen (s. Anm. 176);
- *Sonderregelung des Abs. 5* zur entsprechenden Umqualifizierung von Vergütungen bei Zwischenschaltung von Betriebsstätten und PersGes. (s. Anm. 198 mwN).

Keine Rechtswahlmöglichkeiten: Im Anwendungsbereich von § 8a bestehen keine ausdrücklichen Optionsrechte (s. zB BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 88 betr. die Anwendung der Holdingregelung; es kann darauf nicht zugunsten der Kürzung des Beteiligungsbuchwerts verzichtet werden). Die bei § 8a denkbaren Gestaltungsmöglichkeiten setzen idR geeignete Sachverhaltsmaßnahmen voraus.

Generelle Vermeidungsgestaltungen für § 8a sind:

- *Einsatz von Personengesellschaften* in Unternehmensgruppen mit wesentlich beteiligten Nichtanrechnungsberechtigten, zB vorgeschaltete inl. PersGes. als Eigenkapitalgeber oder nachgeschaltete PersGes. mit ausl. Direktfinanzierung (zu Einzelheiten s. *Prinz*, FR 1994 S. 626 ff.; Anm. 198);
- *Vermeidung wesentlicher Beteiligungen* durch Quartett- oder Quintettgestaltungen, Maßnahmen der Anteilsrotation usw.;
- *Einsatz von Sachkapitalüberlassung* (zB Lizenzen, Mieten, Pacht und Factoring) anstelle von Fremdfinanzierungsgestaltungen (zu Einzelheiten s. *Herzig*, DB 1994 S. 177; *Hey*, RIW 1993 S. 837; *Köster*, RIW 1994 S. 314; *Prinz*, FR 1994 S. 627);
- *Nutzung doppelt ansässiger Gesellschaften* als Finanzierungssubjekt (zu Einzelheiten s. Anm. 63); für eine Einbeziehung in den Anwendungsbereich von § 8a aber BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 6;
- *Ausschöpfung des eigenen Kreditpotentials* der inl. KapGes., Vermeidung eines Rückgriffs auf den Anteilseigner bzw. gleichgestellte Personen und Verlängerung der Rückgriffskette (zur Problematik s. Anm. 135).

Anwendungsverbesserungen bei § 8a lassen sind insbes. erreichen durch

- *Gestaltung der Fremdkapitalvergütung* etwa im Hinblick auf verbesserte safe havens: Vermeidung hybrider Finanzierungen gem. Abs. 1 Nr. 1, Zinsverzichte und Teilverzinsungen, Vermeidung von Stundungsabreden usw.;
- *Vermeidung von Fremdkapital* (zB Einsatz von als EK ausgestalteten Genußrechten, atypische stille Beteiligungen), Umwandlung von Fremd- in Eigenmittel, Nutzung kurzfristigen anstelle langfristigen FK (s. Anm. 51);
- *Führung eines Drittvergleichs* bei ergebnisunabhängigen Vergütungen (Abs. 1 Nr. 2, Halbs. 2; s. Anm. 99 mwN);
- *Mittelaufnahmen zur Finanzierung banküblicher Geschäfte* (Abs. 1 Nr. 2, Halbs. 2; s. Anm. 106);
- *Einsatz der Bilanz-, Ausschüttungs- und Einlagepolitik* zur Erhöhung des handelsbilanziellen EK (vgl. im einzelnen mit Hinweis auf die auftretenden Zielkonflikte, das Schütt-aus-Hol-zurück-Verfahren, Nutzung der Sonderposten mit Rücklageanteil usw. *Prinz*, FR 1994 S. 630);
- *Bildung von Rumpfgeschäftsjahren* bei Neugründungen und Anteilerwerb (zu Einzelheiten s. *Prinz*, FR 1994 S. 632; Anm. 142–144);

- *Top-down-Finanzierung bei qualifizierten Holdinggesellschaften* (Abs. 4 Satz 1) oder *bottom-up-Finanzierung bei sonstigen verbundenen Unternehmen* (zu Einzelheiten s. Anm. 176). Ergänzend kommen die Bildung mehrerer Inlandholdings, die Zwischenschaltung von PersGes. zur Vermeidung von Buchwertkürzungen (Abs. 4 Satz 3) und die Einrichtung einer gewerbesteuerlichen Organschaft zur Vermeidung mehrfacher Hinzurechnung von Dauerschuldzinsen in Betracht (s. auch *Prinz*, FR 1994 S. 628 f.).

14 Einstweilen frei.

IV. Geltungsbereich des § 8a

15 1. Sachlicher Geltungsbereich

§ 8a ist eine speziell ausgestaltete Abgrenzungs- und Umqualifizierungsnorm im Bereich der kstlichen Einkommensermittlungsvorschriften und erstreckt sich auf bestimmte Finanzierungskosten bei Gesellschafter-Fremdfinanzierungen. Zur Gesetzssystematik s. Anm. 7.

Körperschaftsteuerliche Einkommensermittlungsvorschrift mit besonderer Fiktion einer verdeckten Gewinnausschüttung: § 8a begrenzt als Einkommensermittlungsvorschrift für unbeschränkt stpfl. KapGes. den Betriebsausgaben-Abzug für bestimmte FKVergütungen (s. auch *Frotscher*, IStR 1994 S. 202 mit einer Unterscheidung von drei Betriebsausgaben-Arten: vollabziehbare, nicht abziehbare und als vGA zu behandelnde BA). Die Regelung ergänzt den Grundtatbestand der vGA gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 und konstituiert ein spezielles Abzugsverbot in Gestalt der Fiktion einer vGA; zum Verhältnis der Regelungen zueinander s. Anm. 20. Für die Einkommensbesteuerung natürlicher Personen und von PersGes. hat § 8a keine Bedeutung; zur Umgehungsregelung des Abs. 5 s. Anm. 198–207.

Geltung bei Finanzierung ausländischer Vermögenswerte und Einkünfte:

§ 8a erstreckt sich nach seinem Wortlaut auf

„... Vergütungen für Fremdkapital, das eine unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaft von einem nicht zur Anrechnung von Körperschaftsteuer berechtigten Anteilseigner erhalten hat...“.

Die Verwendung der durch den Nichtanrechnungsberechtigten gewährten Darlehensmittel ist unerheblich und kann sich folglich sowohl auf inl. als auch ausl. Vermögenswerte und Einkünfte erstrecken. Bei gemischter Verwendung muß eine sachgerechte Aufteilung unter Veranlassungsgesichtspunkten vorgenommen werden; zielentsprechende Gestaltungsmaßnahmen sind denkbar.

Beispiel: Die ausländische Muttergesellschaft stellt der inl. KapGes. festverzinsliche Darlehen zur Verfügung, die zur Finanzierung einer niederländischen Betriebsstätte verwendet werden. Gem. Art. 5 DBA Niederlande gilt das Betriebsstättenprinzip (dem entspricht im Grundsatz Art. 7 OECD-MustAbk.); die auf die Betriebsstätte entfallenden Einkünfte sind in Deutschland stfrei. Überschreitet die Gesellschafter-Fremdfinanzierung die für die inl. GmbH bestehenden safe haven (maßgebend ist die Gesamtunternehmenssicht einschl. inl. und ausl. Vermögenswerte und Einkünfte), erhöht sich wegen § 8a der stfreie Betriebsstättengewinn (Zuordnung zum EK 01 gem. § 30 Abs. 2 Nr. 1 KStG). Bei Zahlung der Vergütung ist für die den safe haven übersteigenden Teile die kstliche Ausschüttungsbelastung herzustellen und der Kapitalertragsteuereinkauf vorzunehmen (ggf. Reduzierung auf 5 vH gem. § 44 d Abs. 1 Nr. 1 EStG). Maßgebend für die wirtschaftliche Belastung der vGA ist die Struktur des verwendbaren Eigenkapitals.

Vgl. zum Ganzen *Wassermeyer in Herzog* (Hrsg.), *Gesellschafter-Fremdfinanzierung und Beteiligung an ausl. Gesellschaften*, Köln 1995, der weiterhin auf die Möglichkeit der Mittelverwendung zum Erwerb einer DBA-Schachtelbeteiligung hinweist.

2. Persönlicher Geltungsbereich

16

Die spezielle kstliche Einkommensermittlungsvorschrift des § 8a erstreckt sich nach ihrem Wortlaut ausschließlich auf unbeschränkt stpfl. KapGes. als Empfänger des Fremdkapitals; darüber hinaus muß die Fremdfinanzierung erfolgen durch einen wesentlich beteiligten Nichtanrechnungsberechtigten oder diesem gleichgestellte Personen.

Unbeschränkt steuerpflichtige KapGes. als Empfänger des Fremdkapitals: Abs. 1 Satz 1 begrenzt die Anwendung der Regeln zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung auf „unbeschränkt stpfl. KapGes.“; hinzu kommt das Erfordernis fehlender Befreiung von der KSt. (§ 5 KStG). Empfänger des FK (zu Einzelheiten s. Anm. 60–63) müssen somit Körperschaften mit Geschäftsleitung oder Sitz im Inland in der Rechtsform von AG, GmbH, KGaA oder bergrechtlicher Gewerkschaft sein (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG). Die anderen in § 1 Abs. 1 Nr. 2–6 aufgeführten Körperschaften fallen nach dem Gesetzeswortlaut nicht in den Regelungsbereich von § 8a. Die Gesetzesbegründung führt dazu an, daß eine Einbeziehung anderer Körperschaften (vor allem der Genossenschaften) weder aus systematischen noch aus praktischen Gründen geboten sei, da die Gesellschafter-Fremdfinanzierung dort keine vergleichbare Bedeutung habe (vgl. BTDrucks. 12/4487 v. 5. 3. 93 S. 37); eine etwaige Verpflichtung zur Gliederung des verwendbaren Eigenkapitals (zB gem. § 41 KStG) ist unerheblich (so ausdrücklich BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 5). Sofern der Empfänger des FK einer beschränkten StPflcht iSd. § 2 KStG unterliegt, greift § 8a ebenfalls nicht ein. Zu den Sonderfragen doppelt ansässiger Gesellschaften s. Anm. 63. Nicht in den Regelungsbereich von § 8a fällt ferner die Gesellschafter-Fremdfinanzierung von Personengesellschaften, zumindest soweit nicht die Umgehungsvorschrift des Abs. 5 greift; zu Einzelheiten s. Anm. 198 und *Prinz*, FR 1994, S. 626 f. Auch die Finanzierung von inl. Betriebsstätten ausl. KapGes. wird nicht von § 8a erfaßt.

Wesentlich beteiligter nichtanrechnungsberechtigter Anteilseigner als Empfänger der Fremdkapital-Vergütung: § 8a erstreckt sich im wesentlichen auf solche FKGewährungen, die „von einem nicht zur Anrechnung von KSt. berechtigten Anteilseigner“ stammen, der zudem zu einem Zeitpunkt im Wj. wesentlich am Grund- oder Stammkapital der inl. KapGes. beteiligt sein muß. Die Schaffung einer Anrechnungsberechtigung mittels Zwischenschaltung einer inl. Betriebsstätte oder PersGes. reicht zur Vermeidung der Vorschrift nicht aus; zu den Umgehungsfällen des Abs. 5 s. Anm. 198–207. Der betroffene Personenkreis umfaßt zwei Gruppen von Anteilseignern (zu Einzelheiten s. § 51 KStG mit diversen Rechtsverweisungen):

- ▷ *Inländische Nichtanrechnungsberechtigte*, dh. inl. juristische Personen des öffentlichen Rechts, die ihre Beteiligung im Hoheitsbereich halten und der beschränkten KStPflcht gem. § 2 Nr. 2 KStG unterliegen, sowie gem. § 5 KStG stbefreite Körperschaften außerhalb eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs (zB Gewerkschaften, politische Parteien, Kirchen usw.). Die FinVerw. nimmt – in teleologischer Reduktion des Gesetzeswortlauts – wegen der Verfolgung von Gemeinwohlinteressen die Treuhandanstalt und bestimmte Wohnungsunternehmen, die Wohnungsbaufördermittel gewähren, aus dem Anwendungsbe-

reich von § 8a aus (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 99, 100); die zunächst beabsichtigte Herausnahme von Eigengesellschaften der öffentlichen Hand (s. dazu *Müller-Gatermann*, WPA-Seminar v. 20. 8. 94 S. 15) wurde fallengelassen. Die verwaltungsmäßige Begrenzung des Personenkreises incl. Nichtanrechnungsberechtigter ist uE rechtssystematisch und im Hinblick auf die bestehenden Diskriminierungsverbote bedenklich; zu Einzelheiten s. Anm. 10.

▷ *Ausländische Nichtanrechnungsberechtigte*: Es handelt sich um die Hauptzielgruppe der Regelung (s. Anm. 8); wegen der Diskriminierungsproblematik s. Anm. 10. Zur Erweiterung des Personenkreises um im Verhältnis zum Anteilseigner nahestehende Personen iSd. § 1 Abs. 2 AStG mit fehlender Anrechnungsberechtigung und rückgriffsberechtigte Dritte s. Abs. 1 Satz 2; zu Einzelheiten s. Anm. 120–138. Wegen des Vorliegens einer wesentlichen Beteiligung sowie der Abgrenzung mittelbarer Anteilseigner s. Anm. 65 mwN.

17–19 Einstweilen frei.

V. Verhältnis des § 8a zu anderen Vorschriften

20 1. Verhältnis zu anderen Einkommensermittlungsvorschriften

Verhältnis zur verdeckten Gewinnausschüttung gem. § 8 Abs. 3 Satz 2: Gemäß seiner gesetzssystematischen Stellung im Bereich der Einkommensermittlungsvorschriften ergänzt § 8a in konstitutiver Form mit einem eigenen Tatbestand die allgemeine Regelung zur vGA gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 (zur Gesetzssystematik eingehend s. Anm. 7). Str. ist im Hinblick auf die von § 8a konstituierte Höhe einer vGA, ob die Sondernorm im Verhältnis zu § 8 Abs. 3 Satz 2

– nachrangige Regelung ist und nur die bislang nicht als vGA behandelten angemessenen Vergütungen oder Vergütungsteile außerhalb der steuerunschädlichen Nichtaufgriffsgrenzen erfaßt,

So die FinVerw. und die hM im Schrifttum. Gem. BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 3 haben die allgemeinen Grundsätze der vGA nach § 8 Abs. 3 Satz 2 Vorrang vor § 8a; soweit ein angemessener Zinsaufwand innerhalb und außerhalb der safe haven überschritten ist, liegt eine allgemeine vGA vor (s. dazu auch BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 68 mit Beispiel). GlA *Blümich/Menck*, § 8a KStG Anm. 11–13; *Frotscher*, IStr 1994 S. 202; § 8a als Rechtsfolge-, nicht Rechtsgrundverweisung, die keinen Unterfall der allgemeinen vGA regelt; *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 5, 61; differenzierend *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a Anm. 3–4.

– oder lex specialis darstellt und damit zwingend die allgemeine Norm von der Anwendung ausschließt.

So andeutungsweise *Köster*, RJW 1994 S. 312 für unangemessene, den safe haven übersteigende Fremdkapitalvergütungen; ähnlich *Grefe*, StuSt. 1994 S. 204 f.; § 8 Abs. 3 als Generalregelung und § 8a als Spezialregelung haben keinen gemeinsamen Anwendungsbereich; *Prinz*, FR 1994 S. 632; *Bellstedt*, DB 1995 S. 9.

Die Rechtsfrage betrifft unangemessene Vergütungen für GesellschafterFK sowohl innerhalb als auch außerhalb der sog. safe haven und hat insbes. Folgen für die Ermittlung des Gewerbeertrags (Kürzung nach § 9 Nr. 10 GewStG nur für unter § 8a fallende FKVergütungen; zu Einzelheiten s. Anm. 26). Unstr. dürfte allerdings sein, daß nach der in Abs. 1 Satz 1 aufgestellten Rechtsfolgenfiktion bestimmte Grenzen übersteigende FKVergütungen unabhängig davon eine vGA darstellen, ob die ansonsten für die Annahme einer vGA erforderlichen Voraussetzungen vorliegen. Die Abgrenzungsgrundsätze dürften im Verhältnis zur subsidiär anzuwendenden Berichtigungsvorschrift des § 1 AStG entsprechend gelten (s. dazu BMF v. 2. 12. 94, BStBl. I 1995 Sondernummer 1 S. 8).

Stellungnahme: Eine gesetzlich festgelegte Vorrangigkeit besteht nicht (so zutreffend *Blümich/Menck*, § 8 a Anm. 13). UE hat der Gesetzgeber mit der Rechtsfolgenfiktion der § 8 a-vGA eine eigenständige Regelung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung geschaffen, die nicht zuletzt auch im Interesse der Rechts- und Planungssicherheit für die betroffenen Stpfl. eine weitgehend parallele Geltung der allgemeinen vGA-Vorschrift im Einkommensermittlungsbereich ausschließt. Die von der FinVerw. wirkungsmäßig begrenzte Anwendung des § 8 a auf angemessene Vergütungen außerhalb der steuerunschädlichen Sockelbeträge ist daher uE unzutreffend. Denn bereits aus dem Wortlaut des § 8 a ergibt sich, daß die den safe haven übersteigenden FKVergütungen – soweit keine von der inl. KapGes. zu beweisende Ausnahmeregelung vorliegt – als vGA „gelten“ (ähnlich auch *Köster*, RIW 1994 S. 312; *Grefe*, StuSt. 1994 S. 205, der § 8 a außerhalb der stlichen Nichtaufgriffsgrenzen sowohl für angemessene als auch für nicht angemessene Vergütungsteile anwenden will). Eine vollständige Parallelgeltung der allgemeinen vGA-Grundsätze neben § 8 a hätte uE vom Gesetzgeber ausdrücklich angeordnet werden müssen. Zur Schließung ansonsten entstehender Regelungslücken sollten allerdings für unangemessene FKVergütungen innerhalb der stlichen Nichtaufgriffsgrenzen die allgemeinen vGA-Grundsätze weiter gelten (dies verlangt auch die FinVerw.; so etwa in BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 68); die spezielle § 8 a-vGA-Fiktion greift insoweit nicht.

Verhältnis zur Einkommensermittlung beim empfangenden Anteilseigner: § 8 a schafft die Fiktion einer vGA für bestimmte FKVergütungen auf der Ebene der inl. KapGes. Die durch § 8 a iVm. § 8 Abs. 3 Satz 2 konstituierte Hinzurechnung des Fremdfinanzierungsentgelts zum kstpfl. Einkommen erfolgt unabhängig davon, ob eine entsprechende stliche Erfassung beim Anteilseigner als (regelmäßigem) Vergütungsempfänger und Zurechnungssubjekt der vGA erfolgt. Zur Zurechnung der § 8 a-vGA allgemein s. Anm. 32. Mit § 8 a korrespondierende Regelungen für die Besteuerung des Anteilseigners fehlen (so zutreffend auch *Herzig*, DB 1994 S. 113); systematischer Anknüpfungspunkt dafür ist uE § 20 EStG. Ein Anrechnungsguthaben für eine § 8 a-vGA beim Anteilseigner wird idR nicht vermittelt, da systementsprechend nur der nichtanrechnungsberechtigte Personenkreis betroffen sein soll (s. auch Anm. 21).

2. Verhältnis zum körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahren

21

Fremdkapitalvergütungen, die bestimmte steuerliche Nichtaufgriffsgrenzen überschreiten, gelten gem. Abs. 1 Satz 1 als verdeckte Gewinnausschüttung. § 8 a ordnet somit – unter Rückgriff auf § 8 Abs. 3 Satz 2 – als Rechtsfolge eine vGA mit einkommenserhöhender Wirkung an, wobei die der Vermögensminderung entsprechenden Mittel bei der inl. KapGes. nicht abgefließen sein müssen. Mit § 8 a speziell korrespondierende Regelungen innerhalb der Anrechnungsvorschriften fehlen (so zutreffend *Herzig*, DB 1994 S. 176). Es muß daher auf die allgemeinen Regeln zur Behandlung der vGA im Anrechnungsverfahren zurückgegriffen werden (so zutreffend BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 76; eingehender dazu *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 14. Aufl. 1994 S. 452 f.). Gleiches gilt für die Erfassung der vGA beim Vergütungsempfänger (§ 20 EStG, ggf. in subsidiärer Geltung); ein Anrechnungsguthaben wird durch eine § 8 a-vGA systementsprechend idR nicht vermittelt (klarstellend auch *Frotscher/Maas*, § 8 a KStG Anm. 60).

Verdeckte Gewinnausschüttung gem. § 8 a als „andere Ausschüttung“: § 27 KStG ordnet für verschiedene Formen von Gewinnausschüttungen die

Herstellung der Ausschüttungsbelastung bei der betroffenen Körperschaft an. Eine nach § 8a umqualifizierte FKVergütung stellt dabei eine sog. „andere Ausschüttung“ iSd. § 27 Abs. 3 Satz 2 KStG dar, wobei – abweichend zur einkommensmäßigen Behandlung – die der Vermögensminderung entsprechenden Mittel auf der Gesellschaftsebene abfließen müssen (zu den Tatbestandsunterschieden eingehend mwN *Wassermeyer*, DStR 1990 S. 159; *Winter*, GmbHR 1994 S. 40 f.; Abschn. 77 KStR: Umbuchung auf Verrechnungskonten der Anteilseigner reicht aus; s. auch *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 14. Aufl. 1994 S. 452: Der Unterschied entspricht dem rechtssystematischen Grundcharakter der Ausschüttungsbelastung als Quellensteuer auf die Kapitaleinkünfte des Gesellschafters). Hinzurechnung der Vermögensminderung zum Einkommen ist somit auch ohne gleichzeitige Herstellung der Ausschüttungsbelastung möglich (zB bei gestundeten FKVergütungen). Die § 8a-vGA unterliegt insoweit zunächst der kstlichen Tarifbelastung (§ 23 KStG), erst mit dem Abfluß der Mittel bei der KapGes. ist die Ausschüttungsbelastung herzustellen (glA *Schwebel in Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 4a).

- ▶ *Gem. § 27 Abs. 3 Satz 2 KStG* ändert sich die KSt. für den VZ, in dem das Wj. endet, in dem die Ausschüttung erfolgt.
- ▶ *Gem. § 28 Abs. 2 Satz 2 KStG* ist die vGA mit dem verwendbaren EK zu verrechnen, das sich zum Schluß des Wj. ergibt, in dem die Ausschüttung erfolgt.

22 3. Verhältnis zur Kapitalertragsteuer

Mit § 8a speziell korrespondierende Regelungen im Rechtsbereich der KapErtrSt. (§§ 43 ff. EStG) fehlen. Ob eine nach § 8a umqualifizierte FKVergütung zur Entstehung von KapErtrSt. führt, ist folglich str. Ursächlich dafür ist die Rechtsfrage, wieweit die durch Abs. 1 Satz 1 angeordnete Fiktion einer vGA im Rechtsfolgenbereich reicht (eingehend dazu Anm. 70).

Verpflichtung zur Einbehaltung von Kapitalertragsteuer: Nach Ansicht der FinVerw. und der überwiegenden Meinung im Schrifttum unterliegt eine vGA gem. § 8a der KapErtrSt. nach den allgemeinen Regeln, wobei letztlich auslösend der Zufluß als Ertrag beim Gläubiger ist. Entsprechendes soll gelten bei Zurechnung der vGA an den mittelbaren Anteilseigner oder in den Gleichstellungsfällen des Abs. 1 Satz 2; zur Zurechnungsfrage im einzelnen s. Anm. 32. Die allgemeinen Regeln erstrecken sich auf Grund und Höhe des KapErtrStEinbehalts; für deren Höhe ist maßgebend ua., ob sie vom Gläubiger oder vom Schuldner der Kapitalerträge übernommen wird (s. auch § 43a EStG).

So ausdrücklich BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 76; *Herzig*, DB 1994 S. 113, der jedoch eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage vermißt; *Winter*, GmbHR 1994 S. 41; *Schwebel in Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 4 b; *Dörner*, Inf. 1993 S. 440 f.; *Hey*, RIW 1994 S. 227, bei an den Anteilseigner oder diesem nahestehende Personen gezahlte Vergütungen. Weitergehend *Blümich/Menck*, § 8a KStG Anm. 30.

Mangels gesetzlicher Grundlage wird im Schrifttum vereinzelt die Entstehung von KapErtrSt. generell abgelehnt.

Vgl. insbes. *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 60: Keiner der Tatbestände des § 43 EStG liegt vor; § 8a beinhaltet einen Rechtsfolgen-, keinen Rechtsgrundverweis, der zudem nur die KSt., nicht die KapErtrSt. erfasse; *Frotscher*, IStR 1994 S. 208; *Meilicke*, BB 1994 S. 119.

Stellungnahme: UE ist der hM trotz rechtlicher Bedenken letztlich zuzustimmen, so daß grundsätzlich eine Verpflichtung zum KapErtrStEinbehalt für die inl. KapGes. entsteht; ansonsten würde ein nicht gewolltes weiteres „Auseinanderdriften“ im Recht der vGA erfolgen. Die Einbehaltungspflicht gilt uE jedoch nicht bei

Vergütungen aus Kreditverhältnissen mit Dritten, für die eine Rückgriffsmöglichkeit auf den Anteilseigner oder eine diesem nahestehende Person besteht. Gem. § 44 Abs. 1 Satz 2 EStG entsteht KapErtrSt. zu dem Zeitpunkt, in dem die Kapitalerträge dem Gläubiger zufließen (vgl. etwa BFH v. 23. 10. 85 I R 248/81, BStBl. II 1986 S. 178, 179). Der KapErtrSt. unterliegen die Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG einschl. einer vGA (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG). Eine vGA iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG erfordert dabei einen Zufluß beim Gesellschafter oder einer ihm nahestehenden Person (vgl. *Winter*, GmbHR 1994 S. 40). Deshalb ist zu unterscheiden:

- ▷ *Direkte Kreditgewährung des Anteilseigners oder Kreditgewährung über eine nahestehende Person:* KapErtrSt. fällt in dem Zeitpunkt an, in dem die Vergütungen dem Anteilseigner bzw. der nahestehenden Person zufließen.
- ▷ *Von Dritten gewährte Darlehen mit Rückgriffsmöglichkeit:* Insoweit fehlt es an dem erforderlichen Zufluß beim Anteilseigner (so ausdrücklich auch *Hey*, RIW 1994 S. 225). Die Vergütung fließt nicht dem Gesellschafter oder einer ihm nahestehenden Person zu, sondern einem unabhängigen Dritten. Ein zumindest mittelbarer Vorteil ist nicht erkennbar. Die von § 8a ausdrücklich vorgenommene Unterscheidung nach einzelnen Kreditgebern darf uE nicht bei der Beurteilung der Folgewirkungen von § 8a außer Acht gelassen werden.

DBA-rechtlicher Quellensteuereinbehalt: Sofern mit dem Ansässigkeitsstaat des Anteilseigners ein DBA besteht, kommt idR der DBA-Satz für Dividenden mit den entsprechenden Ermäßigungsmöglichkeiten in Form von Kürzungen oder Erstattungen – ggf. aufgrund der vorrangigen innerstaatlichen Mutter-Tochter-Richtlinie (§ 44 d EStG) – zur Anwendung (so zutreffend *Menck*, FR 1994 S. 70). Wegen evtl. DBA-rechtlicher Qualifikationskonflikte hinsichtlich korrespondierender Berichtigung im Empfängerstaat s. Anm. 25; zum Erfordernis internationaler Verständigungsverfahren s. Anm. 33. Zu Problemen hinsichtlich der DBA-Berechtigung bei Auseinanderfallen von vGA-Zurechnung beim Anteilseigner und Vergütungsempfang durch Nichtgesellschafter s. Anm. 25.

4. Verhältnis zur Organschaft

23

Die kstlichen Sondervorschriften für die Organschaft (vor allem §§ 14–19 KStG, zu einem Überblick s. *Prinz*, FR 1993 S. 734) haben für § 8a insbes. unter zwei Aspekten Bedeutung.

Organschaft und Holdingqualifikation gem. Abs. 4: Nach Auffassung der FinVerw. steht eine geschäftsleitende Tätigkeit oder die Organträgerstellung einer Gesellschaft der Qualifizierung als Holdinggesellschaft iSd. Abs. 4 grundsätzlich nicht entgegen (s. BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 82). Dies ist uE zutreffend; zu Einzelheiten s. Anm. 182.

Organschaft und Rechtsfolge der § 8a-vGA: Bei einer Organgesellschaft im Zusammenhang mit Fremdfinanzierungsvergütungen an Nichtanrechnungsberechtigte gem. § 8a entstehende vGA haben dort – unabhängig vom Ergebnisabführungsvertrag – einkommenserhöhende Wirkung. Das auf der zweiten Stufe dem Organträger zuzurechnende Einkommen ist zur Vermeidung einer doppelten Besteuerung um die bereits hinzugerechnete vGA zu kürzen (Kürzung des Zurechnungseinkommens, nicht Kürzung des eigenen Organträger-Einkommens). Zu Einzelheiten s. mwN *Döllerer*; Verdeckte Gewinnausschüttung und verdeckte Einlagen bei KapGes., 2. Aufl. 1990 S. 142, 163; ergänzend auch Abschn. 57 Abs. 6 KStR.

24 5. Verhältnis zum Außensteuerrecht

Das Außensteuerrecht hat im Verhältnis zu § 8a zum einen gesetzlich angeordnete tatbestandsergänzende Bedeutung, zum anderen können sich nicht geregelte Konkurrenzen ergeben.

Erfassung nahestehender Personen iSd. § 1 Abs. 2 AStG: Der Grundtatbestand der Gesellschafter-Fremdfinanzierung inl. KapGes. durch Nichtanrechnungsberechtigte wird – zur Vermeidung von Umgehungen – in Abs. 1 Satz 2 erweitert auf FKGewährungen durch eine dem Anteilseigner nahestehende Person iSd. § 1 Abs. 2 AStG, die nicht zur Anrechnung von KSt. berechtigt ist. Der Rechtsverweis des Abs. 1 Satz 2 verdeutlicht die auslandsbezogene Zielrichtung der Vorschrift (kritisch auch *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 46; zur Diskriminierungsfrage s. Anm. 10) und bereitet bei der Rechtsanwendung erhebliche Schwierigkeiten. Zu Einzelheiten s. Anm. 122–126. Wegen des im Verhältnis zur vGA gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 subsidiär geltenden § 1 AStG (Berichtigung von Einkünften nach dem Grundsatz des Fremdverhaltens) s. Anm. 20.

Konkurrenz zur Hinzurechnungsbesteuerung gem. §§ 7–14 AStG: Erfolgt die FKGewährung an die inl. KapGes. durch eine nichtanrechnungsberechtigte, dem Anteilseigner nahestehende Person iSd. § 1 Abs. 2 AStG (zB eine Off-Shore-Finanzierungsgesellschaft), so kann ein gesetzlich nicht gelöstes Konkurrenzverhältnis zur Hinzurechnungsbesteuerung gem. §§ 7–14 AStG entstehen. Dies setzt im Einzelfall die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen beider Regelungsbereiche voraus. Vgl. zur Problematik auch *Bliemich/Mencke*, § 8a KStG Anm. 35; *Prinz in Herzog* (Hrsg.), *Gesellschafter-Fremdfinanzierung und Beteiligung* an ausl. Gesellschaften, Köln 1995; *Regnery/Scherer*, IStR 1994 S. 528.

Beispiel: Die deutsche X-GmbH ist Teil eines Inlandskonzerns mit der M-AG als Obergesellschaft. Sie wird finanziert durch eine spezielle Finanzierungsgesellschaft der Unternehmensgruppe auf den niederländischen Antillen.

Stellungnahme: Eine kumulative Anwendung beider Regelungen im Einzelfall kommt nicht in Betracht (Verstoß gegen Übermaßbesteuerung); der Anwendungsbereich der beiden Regelungsbereiche muß sich vielmehr gegenseitig ausschließen. UE sollte daher zum einen Abs. 1 Satz 2, Alt. 1 nur bei Auslandskonzernen angewandt, ggf. teleologisch reduziert werden (aA BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 19; wegen Einzelheiten Anm. 124); zum anderen sind die Regelungen der §§ 7–14 AStG bei Einsatz ausl. Finanzierungsgesellschaften als *lex specialis* vorrangig. Für die Anwendung des Abs. 1 Satz 2 besteht dann uE kein Bedürfnis mehr.

25 6. Verhältnis zum Doppelbesteuerungsrecht

Der Gesetzgeber ist bei Einführung des § 8a durch das StandOG v. 13. 9. 93 davon ausgegangen, daß die Vorschrift im Hinblick auf die Gruppe ausl. Anteilseigner im Einklang mit dem OECD-MustAbk. steht und somit nicht gegen höherrangiges Recht verstößt (so ausdrücklich BTDruks. 12/4487 v. 5. 3. 93 S. 37). Dies wird in Teilen des Schrifttums bezweifelt (vgl. vor allem *Knobbe-Keuk*, DB 1993 S. 60 mit Hinweis auf die Diskussion zu den Gesetzesentwürfen zu § 8a; *dies.*, IWB F. 2 S. 661, v. 23. 2. 94); zumindest wird ein rechtspolitisch fragwürdiger Verstoß gegen DBA-Vertragspflichten („*treaty overriding*“) für möglich erachtet (so *Frotscher*, IStR 1994 S. 210; *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 14). Letztlich kommt es jeweils auf die konkrete doppelbesteuerungsrechtliche Regelung an. Bei Kollisionen des § 8a mit DBA-Recht greift gem. § 2 AO

der Vorrang völkerrechtlicher Vereinbarungen mit der Folge einer Außerkraftsetzung des § 8a, sofern die Umqualifizierungsnorm nicht als speziellere nationale Regelung eine Abkommensverdrängung gebietet (vgl. etwa *Herzig*, DB 1994 S. 115; *Frotscher*, IStR 1994 S. 210; kritisch *Crezelius*, Steuerrecht II, 2. Aufl. 1994 S. 251; zu den Grenzen der Derogationswirkung allgemein s. *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, 1993 S. 566–568).

Hinweis: Die jeweiligen DBA weisen teilweise erhebliche Abweichungen vom OECD-MustAbk. im Bereich der Unterkapitalisierungsregelungen auf. Eine sehr elastische Regelung etwa enthält Art. 9 DBA USA. Es ist davon auszugehen, daß die neue Regelung des § 8a in zukünftigen DBA-Verhandlungen Berücksichtigung finden wird. Vgl. dazu auch *Herzig*, DB 1994 S. 114 f.

Vereinbarkeit mit Fremdvergleichsmaßstab des Art. 9 OECD-Musterabkommen: Der Gesetzgeber stützt die Vereinbarkeit des § 8a mit dem OECD-MustAbk. auf zwei Überlegungen (vgl. BTDrucks. 12/4487 v. 5. 3. 93 S. 37):

- ▷ *Ergebnisabhängige Vergütungen (Abs. 1 Nr. 1):* Die Umqualifizierung ist abkommenskonform, da nach Verlautbarungen der OECD ein Darlehensverhältnis nicht vorliegt, wenn die Gewinnbeteiligung auf einer am Geschäftsrisiko des Unternehmens teilnehmenden Mittelzuführung beruht.
- ▷ *Ergebnisunabhängige Vergütungen (Abs. 1 Nr. 2):* Eine auf Faktorrelationen beruhende Umqualifizierung von FKVergütungen in eine vGA ist abkommenskonform, wenn der Nachweis zugelassen wird, daß das tatsächliche EK/FK-Verhältnis einem Fremdvergleich entspricht.

Auch im überarbeiteten Kommentar zum OECD-MustAbk. wird von einer fehlenden Sperrwirkung des Art. 9 für inl. Umqualifizierungen ausgegangen; nationale Unterkapitalisierungsregeln sind danach solange mit Art. 9 OECD-MustAbk. vereinbar, solange bei der inl. Ergebnisermittlung der „arm's length-Grundsatz“ Beachtung findet (vgl. mwN *Herzig*, DB 1994 S. 114) u. zwar hinsichtlich Höhe u. Konditionen des Fremdkapitals (ähnlich auch *Bellstedt*, DB 1995 S. 8). Im übrigen kann eine abkommensrechtlich zulässige Gewinnberichtigung nur innerhalb der tatsächlich vereinbarten Geschäftsbeziehungen vorgenommen werden; eine Änderung der Art der Geschäftsbeziehung scheidet dagegen aus (vgl. *Krabbe*, StbJb. 1993/94 S. 39).

Stellungnahme: UE kann wegen der Ausrichtung des § 8a am Maßstab des Fremdvergleichs und insbes. den im internationalen Rahmen liegenden steuerlichen Nichtaufgriffsgrenzen (den sog. safe haven; s. eingehender Anm. 7) von der Vereinbarkeit der Vorschrift mit Art. 9 OECD-MustAbk. ausgegangen werden. Art. 9 OECD-MustAbk. steht der inl. Einkommensberichtigung gem. § 8a somit grundsätzlich nicht entgegen.

Korrespondierende Berichtigung im Empfängerstaat? Problematisch ist, ob die von § 8a innerstaatlich angeordnete Umqualifizierung von Zinsaufwand in eine vGA Berücksichtigung im Empfängerstaat findet, da Zinsen und Dividenden abkommensrechtlich unterschiedlich behandelt werden (Art. 10, 11 OECD-MustAbk.). Sofern keine korrespondierende Berichtigung erfolgt, kann es zu nicht DBA-verträglichen wirtschaftlichen Doppelbelastungen kommen; zu dem dadurch evtl. erforderlichen internationalen Verständigungsverfahren s. Anm. 33. Insbes. Art. 10 Abs. 3 OECD-MustAbk. sieht weitgehend eine Abgrenzung der Dividenden gegenüber Zinsen nach Maßgabe der Qualifizierung im Quellenstaat vor, die allerdings uU nicht sämtliche in der Praxis vorzufindenden Sachverhaltsvarianten abdeckt (s. etwa betr. DBA-Schweiz *Flick/Wassermeyer/Wingert*, Art. 10 Anm. 112–118):

„Der ... Ausdruck ... ‚Dividenden‘ bedeutet ... aus sonstigen Gesellschaftsanteilen stammende Einkünfte, die nach dem Recht des Staates, in dem die ausschüttende Gesellschaft ansässig ist, den Einkünften aus Aktien steuerlich gleichgestellt sind.“

Sofern das zur Anwendung kommende DBA eine durch § 8a ausgelöste Umqualifizierung nicht korrespondierend regelt oder offen läßt, ist ein DBA-Verstoß konkret zu prüfen.

Einzelfragen:

► *Höhe des Kapitalertragsteuerabzugs:* Während zahlreiche DBA für im Inland als Betriebsausgaben abziehbare ergebnisabhängige Finanzierungsvergütungen den vollen Quellensteuereinbehalt vorsehen, greift bei Umqualifizierung durch § 8a außerhalb der steuerlichen Nichtaufgriffsgrenzen ggf. ein reduzierter Quellensteuersatz für Dividenden ein (so zutreffend *Menck*, FR 1994 S. 70). Ergebnisabhängige Finanzierungsentgelte können folglich hinsichtlich des Quellensteuereinbehalts unterschiedlich behandelt werden.

► *Auseinanderfallen von Zurechnung der vGA und Zahlung der Vergütung:* § 8a erfaßt gem. Abs. 1 Satz 2 auch Fremdfinanzierungen durch Dritte, die dem Anteilseigner nahestehen oder bestimmte Rückgriffsrechte haben. Sofern Anteilseigner und Dritte in unterschiedlichen Ländern ansässig sind, erscheint fraglich, auf welches Land bei der DBA-Anwendung abzustellen ist (so zutreffend *Menck*, FR 1994 S. 70). UE kommt letztlich eine Zurechnung der vGA nach allgemeinen Grundsätzen nur an den Anteilseigner in Betracht (eingehender Anm. 32); folglich kann auch nur das DBA dieses Landes mit seiner Gegenentlastungsmöglichkeit angewendet werden (str.; wie hier etwa BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 25, 76; aA *Meilicke*, BB 1994 S. 119). Im Einzelfall kann dies zu erheblichen Kollisionen und wirtschaftlichen Doppelbelastungen führen, die ein internationales Verständigungsverfahren gebieten (eingehender Anm. 33).

► *Zu Konkurrenzfragen bei Refinanzierung* der Darlehensgewährung im Ausland s. Anm. 202 und *Menck*, FR 1994 S. 70.

26 7. Verhältnis zur Gewerbeertragsteuer (§ 9 Nr. 10, § 8 Nr. 1 und 3 GewStG)

§ 9 Nr. 10 Satz 1 GewStG ordnet für gewerbeertragsteuerliche Zwecke eine Kürzung der nach § 8a als vGA bei der Ermittlung des Gewinns (§ 7 GewStG) hinzugerechneten Fremdkapitalvergütungen an. Die durch § 8a auf der Vergütungsebene bewirkte Rechtsfiktion einer vGA bleibt somit auf die KSt. beschränkt. Zu den gesetzgeberischen Motiven s. *Herzig*, DB 1994 S. 113: Sonderbehandlung nichtanrechnungsberechtigter Anteilseigner soll möglichst eng gefaßt werden. Dessen ungeachtet verlangt § 9 Nr. 10 Satz 2 GewStG allerdings bei derartigen Vergütungen die Anwendung der Hinzurechnungsvorschriften des § 8 Nr. 1 GewStG für Dauerschuldzinsen und des § 8 Nr. 3 GewStG für bestimmte Gewinnanteile stiller Gesellschafter (so ausdrücklich auch BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 2); ansonsten würde eine durch § 8a ausgelöste vGA gewerbeertragsteuerlich besser gestellt als „normale“ Dauerschuldzinsen oder Gewinnanteile (typischer) stiller Gesellschafter.

Die gewerbeertragsteuerliche Neutralisierung einer durch § 8a ausgelösten vGA führt zu Vorteilen gegenüber einer „normalen“ vGA (§ 8 Abs. 3 Satz 2), die den Gewerbeertrag (§ 7 GewStG) erhöht; das Verhältnis der beiden Regelungen zueinander erlangt daher insbes. für gewerbeertragsteuerliche Zwecke Bedeutung (zu Einzelheiten s. Anm. 20). Daraus können im Einzelfall mit § 8a verbundene Gestaltungsvorteile resultieren (zu Einzelheiten s. *Prinz*, FR 1994 S. 632 mit Hinweis auf *Köster*, RIW 1994 S. 312).

8. Verhältnis zu den Substanzsteuern

27

Die durch § 8a bewirkte Umqualifizierung bestimmter Gesellschafterfremdkapitalentgelte in eine vGA erstreckt sich ausschließlich auf die Vergütungsebene (eingehender Anm. 7). Der Verbindlichkeiten-Charakter der vom nichtanrechnungsberechtigten Gesellschafter oder gleichgestellten Personen gewährten Mittel bleibt erhalten (so ausdrücklich auch BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 1; *Herzig*, DB 1994 S. 113, weist zutreffend auf die bestehenbleibende substanzsteuerliche Vorteilhaftigkeit der Gesellschafterfremdfinanzierung hin). Daraus folgt für *vermögensteuerliche* Zwecke, daß Fremdkapital iSd. § 8a weiterhin bei der Ermittlung des Einheitswerts des Betriebsvermögens (§§ 95 ff. BewG) in Abzug zu bringen ist (so ausdrücklich auch BTDrucks. 12/4487 v. 5. 3. 93 S. 36 f.; *Bader*, NWB F. 4 S. 3979; *Dörner*, Inf. 1993 S. 441; *Herzig*, DB 1994 S. 113; *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 63). Diese Rechtsfolge schlägt auf die *Erbschaft- und Schenkungsteuer* durch (§ 12 ErbStG). Auch für *gewerbekapitalsteuerliche* Zwecke bleibt der Fremdkapitalcharakter der Mittel erhalten; insbes. eine Hinzurechnung nach § 12 Abs. 2 Nr. 1 GewStG (Dauerschulden; Verbindlichkeiten, die § 8 Nr. 3 entsprechen) bleibt allerdings unberührt.

9. Verhältnis zu § 42 AO

28

§ 8a soll die inländische Einmalbesteuerung von Gewinnen sicherstellen und versagt demzufolge der „überzogenen“ Fremdfinanzierung einer inl. KapGes. durch wesentlich beteiligte Nichtanrechnungsberechtigte die steuermindernde Anerkennung (eingehender Anm. 7). Dieser gesetzgeberische Zweck ist – neben Drittvergleichsüberlegungen – auch durch Mißbrauchsverhinderungsmotive geprägt. § 8a mit seiner auf der Vergütungsebene ansetzenden Fiktion einer vGA und § 42 AO als allgemeine Norm zur Vermeidung des Mißbrauchs von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten stehen im Spannungsverhältnis zueinander (s. auch *Prinz*, FR 1994 S. 626).

Anwendung von § 42 AO nicht ausgeschlossen: Nach st. höchstrichterlicher Rspr. ist die Anwendung des § 42 AO im Zusammenhang mit der Vermeidung von Mißbrauchsgestaltungen logisch vorrangig gegenüber spezialgesetzlichen Regelungen (so betr. die Hinzurechnungsbesteuerung gemäß §§ 7 ff. AStG BFH v. 23. 10. 91 I R 40/89, BStBl. II 1992 S. 1026; v. 10. 6. 92 I R 105/89, BStBl. II S. 1029; v. 28. 1. 92 VIII R 7/88, BStBl. II 1993 S. 84). § 8a schließt daher die Anwendung von § 42 AO nicht generell aus (so zutreffend BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 4; kritisch zum BMF-Entwurf IDW v. 9. 6. 94, WPg. S. 476). Dies ist insbes. bei den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten zur Vermeidung oder Einschränkung der Anwendung von § 8a zu beachten, wobei uE allerdings nur „Extremfälle“ von § 42 AO betroffen sein können (zu derartigen Gestaltungsmöglichkeiten s. eingehend Anm. 13). Für die Wiedereinführung der Rechtsfigur des verdeckten Nennkapitals im Zusammenhang mit einer Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch Nichtanrechnungsberechtigte über § 42 AO verbleibt uE kein Raum (lt. BFH v. 5. 2. 92 I R 127/90, BStBl. S. 532 fehlt dem BMF-Schreiben v. 16. 3. 87, BStBl. I S. 373 die Rechtsgrundlage; diese Rechtentwicklung war Auslöser für die Einführung des § 8a durch das StandOG, s. Anm. 2, 3). Eine Umqualifizierung des Vermögens (von EK in FK) neben oder anstelle der durch § 8a konstituierten Rechtsfolge einer vGA auf der Vergütungsebene ist unzulässig. Rechtsfolge bei Anwendung der von § 42 AO geforderten wirtschaftlich angemessenen Gestaltung kann daher nur die Umqualifizie-

rung der Vergütung in eine vGA sein. Für die Anwendbarkeit des § 42 AO trägt – entsprechend allgemeinen Regeln – die FinVerw. die Beweislast (s. etwa *Tipke/Kruse*, § 42 AO Tz. 21).

Anwendung von § 42 ausgeschlossen bei abschließenden Sonderregelungen zur Mißbrauchsvermeidung: Speziell zur Verhinderung von Umgehungen enthält § 8a verschiedene Sonderregelungen (s. zu diesen gesetzlich vorgesehenen Gestaltungsgrenzen auch *Prinz*, FR 1994 S. 623–625). Im Anwendungsbereich dieser mißbrauchsbedingten Normen mit abschließendem Charakter scheidet § 42 AO uE in aller Regel aus. Maßgebend können letztlich allerdings allein die tatsächlichen Verhältnisse des Einzelfalls sein. Gestaltungsbegrenzende Zwecke verfolgen insbes.:

► *Abs. 1 Satz 2 betr. Finanzierungsgestaltungen durch Nichtgesellschafter*, dh. nahestehende Personen iSd. § 1 Abs. 2 AStG ohne Anrechnungsberechtigung oder Dritte mit Rückgriff auf den Anteilseigner oder die nahestehende Person (zu Einzelheiten s. Anm. 120–138). Für eine darüber hinausgehende Erweiterung des Personenkreises betroffener FKGeber gestützt auf § 42 AO besteht uE kein Raum.

► *Sonderatbestände des Abs. 3: Schaffung wesentlicher Beteiligungen* durch gemeinsame Beherrschung oder Ausübung eines beherrschenden Einflusses; punktuelle wesentliche Beteiligung reicht aus (s. Anm. 67). Sofern bei Anwendung der Sondernormen keine wesentliche Beteiligung vorliegt, kann ein weitergehender Mißbrauchsvorwurf gestützt auf § 42 AO uE nur schwerlich erhoben werden (zB bei Einsatz des Instrumentariums sog. Anteilsrotation; s. auch *Prinz*, FR 1994 S. 627).

► *Abs. 4 Sätze 2 und 3 betr. Verhinderung von Kaskadeneffekten* bei verbundenen Unternehmen. Da ausdrücklich nur KapGes.-Beteiligungsketten betroffen sind, dürfte dem Einsatz von PersGes. oder der Schaffung mehrerer Holdingunternehmen § 42 AO idR nicht entgegenstehen (s. dazu *Prinz*, FR 1994 S. 626; weitergehend *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 2a betr. funktionslose Holding und gewinnlose Zwischengesellschaft).

► *Abs. 5 betr. Verhinderung von Umgehungen* durch Zwischenschaltung incl. Betriebsstätten und PersGes. UE hat die Regelung abschließenden Charakter, so daß nicht geregelte Fallgestaltungen nicht mißbrauchsbehaftet sein dürften (s. auch Anm. 198).

29 10. Verhältnis zum Umwandlungsrecht

Die Auswirkungen des ab 1. 1. 95 geltenden neuen handelsrechtlichen Umwandlungsrechts (v. 28. 10. 94, BGBl. I S. 3210) sowie des Umwandlungssteuergesetzes (v. 28. 10. 94, BGBl. I S. 3267) bei § 8a sind stark einzelfallabhängig.

Bedeutung des Umwandlungsrechts: Die Reorganisation bzw. Umstrukturierung von Unternehmen oder Unternehmensgruppen mit wesentlich beteiligten Nichtanrechnungsberechtigten durch Umwandlung von KapGes. in PersGes. und umgekehrt, Verschmelzungen und Spaltungen von KapGes. kann bei bestehenden oder geplanten Gesellschafter-Fremdfinanzierungen Bedeutung für § 8a haben. Infolge einer Umstrukturierung können die auf der Ebene der inl. KapGes. vorhandenen safe haven unberührt bleiben, uU werden sie verbessert oder verschlechtert; bei der Umwandlung aus der KapGes. in eine PersGes. entfällt die Anwendung des § 8a ganz. Umstrukturierungen können folglich als Gestaltungsmittel bei § 8a eingesetzt werden (s. auch *Prinz*, FR 1994 S. 629; *Herzig*, IDW-Fachtagung 1994 S. 259–261). Probleme ergeben sich zum einen durch die handels- und steuerrechtliche Rückwirkungsmöglichkeit (§ 17 Abs. 2 UmwG, § 2

Abs. 1 UmwStG), zum anderen bei der Frage der für die safe haven maßgeblichen Bilanz (beim Formwechsel fehlt eine handelsrechtliche Umwandlungsbilanz). Das BMF-Schreiben v. 15. 12. 94 (BStBl. I 1995 S. 25) enthält keine Aussagen zu diesem Fragenbereich. In bedeutsamen Einzelfällen empfiehlt sich die Einholung einer verbindlichen Auskunft. Wegen ihrer Komplexität bedürfen die auftretenden Fragen einer detaillierten einzelfallbezogenen Analyse.

Anwendungsfälle des Umwandlungsrechts mit Auswirkungen auf § 8a betreffen:

► *Heilung einer § 8 a-vGA durch rückwirkende Verschmelzung von zwei KapGes.? Puch-Hanssenbeimb* (DStR 1995 S. 86) geht davon aus, daß durch rückwirkende Verschmelzung einer Tochter-GmbH auf die inl. Mutter-KapGes. eine wegen Ausschöpfung der safe haven bestehende vGA nachträglich geheilt werden kann, sofern „nach Verschmelzung“ in ausreichender Höhe Eigenkapital zur Verfügung steht (zur Rückwirkung der Umwandlung s. auch BMF v. 19. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 42). UE problematisch, da § 8 a Abs. 2 Satz 1 auf das EK der KapGes. „zum Schluß des vorangegangenen Wj.“ abstellt (als Maßstab für das „Umwandlungsjahr“), die zivilrechtliche Wirksamkeit erst mit Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister des übernehmenden Rechtsträgers entsteht (§ 20 UmwG) und die steuerliche Rückwirkung gem. § 2 UmwStG erst „mit Ablauf“ des steuerlichen Übertragungstichtags wirkt.

► *Schaffung der Voraussetzungen einer oder mehrerer (spartenbezogener) Inlands Holdings zur Verbesserung der safe haven*: Während für ergebnisunabhängige FK Vergütungen gem. Abs. 1 Nr. 2 die 1:3 Relation gilt, greift gem. Abs. 4 Satz 1 für qualifizierte Holdinggesellschaften eine 1:9 Relation ein. Gestaltungsziel für Umstrukturierungsmaßnahmen kann somit die Erlangung der Holdingqualifikation sein (zB durch Ausgliederung von Teilbetrieben „nach unten“; s. *Prinz*, FR 1994 S. 629). Evtl. empfiehlt sich auch die Aufteilung eines Inlandskonzerns mit Schaffung mehrerer Holdinggesellschaften (s. *Herzig*, IDW-Arbeitstagung 1994 S. 259).

► *Verschmelzung einer fremdfinanzierten Tochter-GmbH auf die inl. Mutter-KapGes.*: Im Einzelfall kann wegen rückwirkender Verschmelzung eine Beeinträchtigung zunächst vorhandener safe haven drohen (zB bottom-up-Finanzierung der inl. Tochter-GmbH und mögliche Buchwertkürzung gem. Abs. 4 Satz 3 bei inl. Mutter nach Verschmelzung). UE verlangt Abs. 2 Satz 1 – auch im Hinblick auf die beabsichtigte Planungssicherheit – für die Bemessung der safe haven auf das zum Schluß des vorangegangenen Wj. bestehende handelsbilanzielle EK der rechtlich untergehenden Tochter-GmbH abzustellen, so daß eine bei der Muttergesellschaft wegen anderer Beteiligungen uU eingreifende Buchwertkürzung im Verschmelzungsjahr nicht greift.

► *Umwandlung von KapGes. in PersGes. zur Vermeidung des § 8 a* durch Formwechsel (§§ 190 ff. UmwG). Die Umwandlung wird zivilrechtlich mit Eintragung ins Handelsregister wirksam (§ 202 UmwG) und kann mit stlicher Rückwirkung versehen werden (§ 14 Satz 3 UmwStG). Trotz gegebener Unternehmensidentität scheidet die Anwendung des § 8 a uE ab dem (ggf. rückwirkend festgelegten) Umwandlungstichtag aus.

► *Umwandlung von PersGes. in KapGes.* durch identitätswahrenden Formwechsel (§§ 190 ff. UmwG) wird mit Eintragung ins Handelsregister wirksam und führt uE ab dem stlichen Umwandlungstichtag zur Anwendung des § 8 a. Mangels handelsrechtlicher Umwandlungsbilanz ist uE Maßstab für die safe haven-

Ermittlung die (ggf. mit Rückwirkung versehene) stliche Eröffnungsbilanz zum Übertragungssichttag (§ 25 UmwStG; s. auch *Schaumburg/Rödler*, WiB 1995 S. 17).

30, 31 Einstweilen frei:

32 VI. Zurechnung einer verdeckten Gewinnausschüttung gem. § 8a

§ 8a konstituiert für bestimmte Fälle der Fremdfinanzierung einer inl. KapGes. durch wesentlich beteiligte Nichtanrechnungsberechtigte und diesen gleichgestellte Personen eine verdeckte Gewinnausschüttung. Wem die gem. § 8a Abs. 1 Satz 1 fingierte vGA zuzurechnen ist, hat der Gesetzgeber nicht geregelt. Die Frage ist folglich str. und hat Bedeutung zB für die DBA-Berechtigung zum Quellensteuereinbehalt.

Zurechnung der vGA beim Anteilseigner:

► *Die FinVerw. geht mit der hM im Schrifttum* davon aus, daß die § 8a-vGA dem jeweils wesentlich beteiligten unmittelbaren oder mittelbaren Anteilseigner zuzurechnen ist, und zwar unabhängig von der Person des Vergütungsempfängers (so BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 77 iVm. Tz. 7; glA grundsätzlich *Herzig*, DB 1994 S. 115; *ders.*, IDW-Fachtagung 1994 S. 242 f.; *Hey*, RIW 1994 S. 227). Die Zurechnung zum Anteilseigner gilt insbesondere auch für Fälle

- einer Vergütung an eine dem Anteilseigner nahestehende Person iSd. § 1 Abs. 2 AStG, die nicht zur Anrechnung berechtigt ist (BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 19), sowie
- einer Vergütung an rückgriffsberechtigte Dritte, unabhängig von der stlichen Erfassung beim Empfänger (BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 25).

Im übrigen setzt die Zurechnung der vGA nicht voraus, daß der Anteilseigner während des gesamten Zeitraums der FKGewährung wesentlich beteiligt ist; er muß jedoch für die Zulässigkeit der Umqualifizierung zumindest Gesellschafter sein. Zum Begriff des Anteilseigners im Rahmen von § 8a s. eingehender Anm. 65.

► *Eine Mindermeinung* geht für die Fallgruppen des Abs. 1 Satz 2 dagegen davon aus, daß die vGA jeweils dem Empfänger der FKVergütung zuzurechnen ist (so insbes. *Meilicke*, BB 1994 S. 119; dies folgt „aus der Natur der Sache“; kritisch auch *Frotscher*, IStR 1994 S. 208).

► *Stellungnahme*: UE ist die von der FinVerw. getroffene Regelung letztlich grundsätzlich sachgerecht, da § 8a ansonsten eine vom „normalen“ vGA-Recht völlig losgelöste Entwicklung nehmen würde. Nach allgemeiner Auffassung im Recht der vGA kann auch bei mittelbaren Zuwendungen nur ein Gesellschafter Empfänger der vGA sein (eingehender dazu *Döllner*, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei KapGes., 2. Aufl. 1990 S. 46; kritisch zur vGA an Nichtgesellschafter *Wichmann*, DB 1994 S. 2101). Insbes. in Umqualifizierungsfällen bei rückgriffsberechtigten Dritten sollte allerdings zur Vermeidung einer Übermaßbesteuerung ein Vorteilsverbrauch in Gestalt eines fiktiven Zinsaufwands beim empfangenden Anteilseigner angenommen werden (vgl. *Herzig*, DB 1994 S. 115). Der Gedanke des Vorteilsverbrauchs beim empfangenden Gesellschafter führt letztlich aber nur bei inl. Anteilseignern zu befriedigenden Ergebnissen. Deshalb sollte Abs. 1 Satz 2 in der Besteuerungspraxis nur sehr zurückhaltend, ggf. mittels teleologischer Reduktion zur Anwendung gebracht werden (zu Einzelheiten s. Anm. 130–138).

Weiterausschüttungsfiktionen bei mehrstufig aufgebauten Unternehmensgruppen: Derzeit im Schrifttum ungelöst ist die Frage, ob die „Fiktions-

kraft“ des § 8 a lediglich eine Umqualifizierung im Verhältnis zwischen inl. KapGes. und unmittelbarem (ggf. auch mittelbarem) Anteilseigner gebietet oder ob eine vGA-bedingte Weiterausschüttungsfiktion nach Maßgabe der kreditgewährenden Einheit auch nachgeordnete Unternehmensstufen erfaßt (vgl. dazu die Diskussionsbeiträge von *Wassermeyer, Thiel, Herzig* und *Prinz* in *Herzig* (Hrsg.), *Gesellschafter-Fremdfinanzierung und Beteiligung an ausl. Gesellschaften*, Köln 1995; *Herzig*, IDW-Fachtagung 1994 S. 243). Das BMF-Schreiben v. 15. 12. 94 (BStBl. I 1995 S. 25) enthält dazu keine Hinweise. Wird die Umqualifizierung der FKVergütung in eine vGA auf die direkte Beziehung zwischen inl. KapGes. und Anteilseigner beschränkt (zB bei Zahlungen einer Enkel- über die vorgeschaltete Tochter- an die Muttergesellschaft), so erfolgt eine fiktionsgestützte Weiterleitung der Mittel durch den direkten Anteilseigner an die Muttergesellschaft als Zins, nicht als Dividende; dies hat zB Folgen für Grund und Höhe des Quellensteuer einbezugs, DBA-rechtliche Erstattungsmöglichkeiten uä.

Stellungnahme: Da sich aus Wortlaut und Systemzusammenhang des § 8 a eine eindeutige Lösung für mehrstufig aufgebaute Unternehmensgruppen nicht ableiten läßt, sollte uE auf allgemeine Grundsätze des vGA-Rechts zurückgegriffen werden. Danach behilft sich die Rspr. bei verbundenen Unternehmen zB mit Dreieckskonstruktionen und weiterführenden Fiktionen, deren rechtliche Tragweite sicherlich nicht unbedenklich ist. Im Zweifel kann uE daher auch in Unternehmensketten von behutsam zu interpretierenden Weiterausschüttungsfiktionen ausgegangen werden.

VII. Verfahrensfragen

33

Berücksichtigung bei der Körperschaftsteuer-Veranlagung: § 8 a ist Einkommensermittlungsvorschrift und läßt die handels- und steuerbilanzielle Gewinnermittlung unberührt (s. Anm. 7; ggf. aber Berücksichtigung bei der Bildung der Steuerrückstellung). Die Hinzurechnung von nach § 8 a in vGA umqualifizierte Fremdkapitalvergütungen erfolgt im Rahmen der KStErklärung durch den Stpfl. und die anschließende finanzamtliche KStVeranlagung (§49 KStG; zu Einzelheiten s. Kommentierung dort). Im laufenden VZ absehbare § 8 a-vGA können bereits bei der Festsetzung von KStVorauszahlungen berücksichtigt werden; dies dürfte uE aber eher ein Ausnahmefall sein. Zur verfahrensrechtlichen Durchführung der sog. Öffnungsklausel für vorübergehende Verluste gem. Abs. 2 Satz 3 s. Anm. 156.

Beweislastverteilung und Typisierungen: Entsprechend allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen trägt die FinVerw. für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 a die objektive Beweislast (Beweisfeststellungslast).

Beispiel: Das Vorliegen einer wesentlichen Beteiligung durch gemeinsame Beherrschung oder Ausübung eines beherrschenden Einflusses (Abs. 3 Sätze 2, 3) muß die Finanzbehörde nachweisen; gleiches gilt etwa für die Qualifikation einer Finanzierungsgesellschaft als im Verhältnis zum Anteilseigner nahestehende Person iSd. § 1 Abs. 2 AStG. Vgl. dazu auch *Frotscher*, IStR 1994 S. 209; *Frotscher/Maas*, § 8 a KStG Anm. 66; zu den Beweislastregeln generell mwN *Tipke/Lang*, *Steuerrecht*, 14. Aufl. 1994 S. 734; *Hey*, Beweislast u. Vermutungen im deutschen internationalen Steuerrecht, 1992 S. 17 ff.

Das zur Typisierung verwendete Instrumentarium der sog. safe haven (eingehender Anm. 7) erleichtert die Rechtsanwendung und bewirkt eine gewisse Planungssicherheit bei den betroffenen Stpfl.

Beruft sich der Stpfl. dagegen auf eine die Rechtsfolgen des § 8a vermeidende Ausnahmeregelung, so trifft ihn die Beweislast (kritisch dagegen auf Basis des Gesetzesentwurfs *Knobbe-Keuk*, DB 1993 S. 65); dies ist uE – vor allem wegen der angemessenen Ausgestaltung der stlichen Nichtaufgriffsgrenzen – sachgerecht. Insoweit sollte geeignete Nachweisvorsorge getroffen werden (zu Hinweisen *Frotscher*, IStR 1994 S. 209, Fn. 55). Die Umkehr der Beweislast erstreckt sich in der Besteuerungspraxis insbes. auf Fragen der Führung eines Drittvergleichs bei Überschreitung der safe haven sowie das Vorliegen einer Mittelaufnahme zur Finanzierung banküblicher Geschäfte (Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 1; zu Einzelheiten s. Anm. 97–108). Die für ergebnisunabhängige Vergütungen in Abs. 1 Nr. 2 aufgestellten Faktorrelationen treffen somit – wegen Zulassung eines Gegenbeweises – eine formelle Typisierung; die übrigen Faktorrelationen typisieren – mangels Möglichkeit zum Gegenbeweis – materiell. Zur Sonderfrage der Beweislastumkehrung bei Rückgriffsmöglichkeiten durch Dritte s. kritisch wegen Konzernvermutung der FinVerw. Anm. 132.

Keine Rechtswahlmöglichkeiten: Im Anwendungsbereich des § 8a gibt es keine ausdrücklichen Wahlrechte, die dem Stpfl. auf Antrag im Steuerdeklarationsverfahren zielstrebend zu nutzende Optionsmöglichkeiten gewähren. Die bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten setzen idR vielmehr auf der Sachverhaltsebene an. Zu Einzelheiten s. Anm. 13.

Internationale Verständigungsverfahren: Die durch § 8a ausgelöste Umqualifizierung von FKVergütungen in eine vGA erfolgt bei ausl. Anteilseignern unabhängig davon, wie die Vergütungen im Ausland steuerlich behandelt werden (so ausdrücklich BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 1); unerheblich ist auch eine etwaige Refinanzierung der Darlehensgewährung im Ausland (s. dazu betr. Abs. 5 Nr. 2 Anm. 202). Dadurch kann im Verhältnis sowohl zu DBA-Ländern als auch zu Nicht-DBA-Ländern eine internationale Doppelbesteuerung auftreten.

Hinweis: Neben der umqualifizierungsbedingten Kollision im internationalen Steuerrecht ist in Einzelfällen auch ein „doppelter Abzug“ von Zinsaufwand (zum einen im Inland, zum anderen im Ausland) denkbar (s. auch Anm. 202). Andererseits kann im internationalen Raum sog. vagabundierender Aufwand anfallen, für den keinerlei steuerliche Abzugsmöglichkeit besteht (so anschaulich *Menck*, IStR 1994 S. 576).

Für derartige Kollisionsfälle unterkapitalisierter inl. KapGes. sehen die auf dem OECD-MustAbk. beruhenden DBA idR ein verwaltungsmäßiges Verständigungsverfahren mit entsprechenden Verständigungsklauseln vor (s. Art. 25 OECD-MustAbk.; zu Einzelheiten BMF v. 1. 4. 93, BStBl. I S. 332; *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, Köln 1993 S. 584–593); für die beteiligten Finanzverwaltungen besteht kein Einigungszwang. Nicht vorgesehen ist nach hM ein Verständigungsverfahren zur Beseitigung von Doppelfreistellungen (s. *Ruppe*, Einf. ESt. Anm. 142). Im Anwendungsbereich von § 8a kann sich das Verständigungsverfahren insbes. erstrecken auf

- den anzuwendenden *KapErtrStStz*;
- Durchführung einer korrespondierenden *Gegenberichtigung* im Empfängerland (zB Gewährung einer Schachtelfreistellung lt. DBA, KapErtrStAnrechnung, indirekte Anrechnung; Art. 10 Abs. 3 OECD-MustAbk. definiert den abkommensrechtlichen Dividendenbegriff idR entsprechend innerstaatlichen Regelungen);
- Behandlung von im Ausland anfallendem *Refinanzierungsaufwand* (Einbeziehung in Verständigungsverfahren str.);
- *Einwendungen zur Abkommensgemäßheit des § 8a generell* (s. Anm. 25).

Zu Einzelheiten mwN *Blümich/Menck*, § 8a KStG Anm. 52–57 (Stand: April 1994), der zutreffend auch auf die Anwendbarkeit von Verständigungsverfahren bei Unterkapitalisierung einer ausl. Tochtergesellschaft hinweist; *Menck*, FR 1994 S. 70, 74 f., spricht anschaulich von Funktionsstörungen; *Krabbe*, StbJb. 1993/94 S. 38–40. Vgl. ergänzend auch *Wingert/Krause*, Handkommentar der wichtigsten DBA, Herne/Berlin 1993 S. 46: Bei ergebnislosem Verlauf eines Verständigungsverfahrens kommt ggf. für verbundene Unternehmen im europäischen Raum ein einigender Schiedsspruch auf Basis der Schiedsverfahrenskonvention in Betracht; zu Einzelheiten dazu s. *J. Förster*; BFuP 1993 S. 487.

Einstweilen frei.

34–39

Erläuterungen zu Abs. 1: Voraussetzungen und Rechtsfolgen überhöhter Gesellschafter-Fremdfinanzierung

A. Überblick über Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen des Abs. 1

I. Tatbestandsmerkmale des Abs. 1

40

Aufbau der Vorschrift: Abs. 1 bildet den Kern der gesetzlichen Regelung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung.

► *Satz 1* behandelt diejenigen Fälle, in denen FK einer inländischen KapGes. direkt durch den Anteilseigner zur Verfügung gestellt wird. Während der 1. Halbs. die Grundregelung für die Umqualifizierung bestimmter FKVergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen enthält, werden im 2. Halbs. die von der Umqualifizierung betroffenen FKVergütungen im Hinblick auf verschiedene Vergütungsalternativen konkretisiert.

► *Satz 2* erfaßt diejenigen Fälle, in denen das FK nicht vom Anteilseigner selbst, sondern von einer diesem nahestehenden Person iSd. § 1 Abs. 2 AStG ohne Anrechnungsberechtigung oder von einem rückgriffsbefugten Dritten gewährt wird.

Tatbestandsmerkmale des Abs. 1 Satz 1:

► *Halbsatz 1* ordnet die Umqualifizierung bestimmter FKVergütungen in eine vGA an; zur Rechtsfolge s. Anm. 41. Es muß sich handeln um

- Vergütungen für Fremdkapital (s. Anm. 44–58),
- das eine unbeschränkt stpfl. KapGes. erhalten hat (s. Anm. 60–63),
- von einem nicht zur Anrechnung von KSt. berechtigten Anteilseigner, der zu einem Zeitpunkt im Wj. wesentlich am Grund- oder Stammkapital der KapGes. beteiligt war (s. Anm. 65–67). Zum Begriff der wesentlichen Beteiligung s. Abs. 3. Betroffen sind neben ausl. auch inl. nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner (zB öffentliche Gebietskörperschaften, stbefreite Körperschaften usw.).

► *Halbsatz 2* konkretisiert die von der Umqualifizierung betroffenen FKVergütungen durch Festlegung bestimmter Eigenkapital-/Fremdkapitalrelationen; zum Instrumentarium der sog. safe haven s. Anm. 7. Es wird unterschieden nach FK, das vereinbart ist

- gem. Nr. 1 gegen eine nicht in einem Bruchteil des Kapitals bemessene Vergütung (sog. ergebnisabhängige Vergütungen);

- gem. Nr. 2 gegen eine in einem Bruchteil des Kapitals bemessene Vergütung (sog. ergebnisunabhängige Vergütungen, zB festverzinsliche Darlehen). Eine ergebnisabhängige Vergütung ist nach hM auch dann gegeben, wenn der vereinbarte Zins teilweise gewinn- oder umsatzunabhängige Bestandteile enthält (s. Anm. 80). Die wesentlichen Unterschiede zwischen den beiden Arten vereinbarter FKVergütungen bestehen darin, daß
 - die Höhe der safe haven variiert. Während bei ergebnisabhängig verzinstem FK der safe haven die Hälfte des anteiligen EK umfaßt, beträgt er im anderen Fall das Dreifache des anteiligen EK;
 - im Falle des Überschreitens eines safe haven lediglich bei Vereinbarung ergebnisabhängigen Fremdkapitals ein die vGA vermeidender Drittvergleich zugelassen wird; gleiches gilt für eine steuerunschädliche Mittelaufnahme zur Finanzierung banküblicher Geschäfte;
 - eine Übergangsregelung für ergebnisunabhängiges FK nicht vorgesehen ist (§ 54 Abs. 6 b).

Eine Sonderregelung besteht für diejenigen Fälle, in denen ein Anteilseigner unterschiedlich verzinstes FK gleichzeitig zur Verfügung stellt und der safe haven für gewinn- oder umsatzabhängig verzinstes FK nicht ausgeschöpft wird. In diesem Fall tritt für das ergebnisunabhängige FK an die Stelle des Dreifachen des anteiligen EK das Sechsfache des Unterschiedsbetrags zwischen der Hälfte des anteiligen EK sowie der Höhe des ergebnisunabhängigen FK.

► *Keine Regelung* enthält Abs. 1 Satz 1 zu der Frage, nach welchen Vorschriften in Zweifelsfällen das zur Verfügung gestellte FK zu bestimmen ist, dh. ob Handels- oder Steuerrecht gilt. Auslegungsprobleme ergeben sich deshalb, da Abs. 2 für die Bestimmung des anteiligen EK ausdrücklich auf das Handelsrecht Bezug nimmt, eine gesetzliche Bestimmung des FK dagegen fehlt. Von Bedeutung kann dies zB bei der Qualifikation der stillen Beteiligung sowie des Genußrechtskapitals sein (zu Einzelheiten s. Anm. 47).

Tatbestandsmerkmale des Abs. 1 Satz 2: Die Regelung dient der Vermeidung von Mißbrauchsmöglichkeiten. Zu diesem Zweck wird der Anwendungsbereich von § 8a auf Fälle ausgedehnt, in denen das FK nicht direkt vom Anteilseigner, sondern gewährt wird

- von einer diesem iSd. § 1 Abs. 2 AStG nahestehenden Person oder
- von einem Dritten, der auf den Anteilseigner oder eine diesem nahestehende Person zurückgreifen kann.

Die Vorschrift zur Erweiterung des Personenkreises betroffener FKGeber ist stark problembehaftet. Insbes. der persönliche Anwendungsbereich ist in vielerlei Hinsicht unbestimmt. ZB ist str., ob Satz 2 sich ausschließlich auf nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner bezieht oder uU auch anrechnungsberechtigte Anteilseigner mit einer nichtanrechnungsberechtigten nahestehenden Person betrifft (zu Einzelheiten s. Anm. 124, 130).

II. Rechtsfolgen des Abs. 1

Bei Nichteinhaltung der steuerunschädlichen Finanzierungsrelationen und Nichtanwendbarkeit der Sonderregelungen (kein Drittvergleich und keine Finanzierung banküblicher Geschäfte bei ergebnisunabhängigen Vergütungen) ordnet Satz 1 Halbs. 1 im Wege der Fiktion an, die von der inl. KapGes. gewährten Vergütungen in vGA umzuqualifizieren. Der Rechtsfolgenverweis erstreckt sich ausschließlich auf den Bereich der Einkommensermittlung. Korrespondierende

Folgeregelungen hat der Gesetzgeber nicht vorgesehen. Es fehlen damit ausdrückliche gesetzliche Grundlagen für die Herstellung der Ausschüttungsbelastung (s. Anm. 21), für die Einbehaltung von KapErtrSt. (s. Anm. 22) und für die Konsequenzen in der Gesellschaftersphäre, dh. wem die vGA nach § 8 a zuzurechnen ist (s. Anm. 32).

Diese fehlenden Rechtsgrundlagen sind insbesondere dann problematisch, falls das FK nicht von dem unmittelbar beteiligten Anteilseigner gewährt wird, sondern von einer diesem nahestehenden Person bzw. einem rückgriffsbefugten Dritten.

Einstweilen frei.

42, 43

B. Grundregelung für Umqualifizierung bestimmter Fremdkapital-Vergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen (Abs. 1 Satz 1, 1. Halbs.)

I. Regelungsgegenstand: Vergütungen für Fremdkapital

1. Begriff des Fremdkapitals

a) Fehlende gesetzliche Bestimmung

44

§ 8 a ordnet für bestimmte Formen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung die Fiktion einer vGA an. Der Begriff des Fremdkapitals wird dabei nicht definiert. Es handelt sich um einen neuen gesetzlichen Begriff (so *Bellstedt*, DB 1995 S. 13), der der Betriebswirtschaftslehre entstammt (zur Abgrenzung gegenüber dem EK aus ökonomischer Sicht s. *Herzig*, FR 1994 S. 592). Nach Auffassung der FinVerw. gehören zum Gesellschafter-Fremdkapital „grundsätzlich alle als Verbindlichkeit passivierungsfähigen Kapitalzuführungen in Geld, die nach steuerrechtlichen Grundsätzen nicht zum Eigenkapital gehören“ (so BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 44). Seine Abgrenzung ergibt sich im wesentlichen im Umkehrschluß aus der in Abs. 2 erfolgten Definition des EK (eingehend Anm. 151, 152). Nach der Gesetzesbegründung soll nur auf Dauer überlassenes FK in den Regelungsbereich von § 8 a fallen (BTDrucks. 12/5016 v. 25. 5. 93 S. 92).

Str. ist,

- ob für die Auslegung des Begriffs Fremdkapital im Zweifel auf das Steuer- oder das Handelsrecht zurückzugreifen ist (s. Anm. 45),
- welche Bestandteile der FKBegriff umfaßt (s. Anm. 47–49),
- wie kurzfristig überlassenes FK zu behandeln ist (s. Anm. 51),
- wie durchlaufende Kredite und aufrechenbare Forderungen und Verbindlichkeiten beurteilt werden (s. Anm. 52).

b) Handelsrechtliche Definition maßgebend

45

Diskussionsstand: Der Gesetzgeber hat in einem zentralen Bereich von § 8 a auf eine klare gesetzliche Regelung verzichtet (so zutreffend *Mattausch* in *Fischer* [Hrsg.], Forum der Internationalen Besteuerung, Bd. 5 1994 S. 96). Es ist daher str., ob der Begriff Fremdkapital in Zweifelsfällen nach handels- oder strechtl. Grundsätzen auszulegen ist. Einigkeit besteht dahingehend, daß spezialgesetzliche Abgrenzungen (zB nach dem KWG) im Anwendungsbereich von § 8 a keine Bedeutung haben (so etwa BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 46).

► *Die FinVern. und Teile des Schrifttums* gehen davon aus, daß strechtliche Grundsätze für die Begriffsbestimmung maßgebend sind (vgl. BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 44; weiterhin etwa *Dörner*, Inf. 1993 S. 411; *Korn*, DStZ 1993 S. 738). Für diese Auslegung wird angeführt, daß Abs. 2 die handelsrechtliche Definition des EK speziell regelt; mangels deckungsgleicher Festlegung des FK-Begriffs muß daher insoweit auf die allgemeinen strechtlichen Vorschriften zurückgegriffen werden (§ 5 Abs. 6 EStG).

► *Andere Stimmen im Schrifttum* befürworten dagegen eine handelsrechtliche Bestimmung des FK-Begriffs, da sich ansonsten in Abgrenzung zum handelsrechtlich definierten EK einerseits Lücken, andererseits Doppelerfassungen ergeben könnten (so etwa *Prinz*, FR 1994 S. 622, 629).

Stellungnahme: Der Begriff des FK ist uE grundsätzlich in Anlehnung an das Handelsrecht zu bestimmen. Dies ergibt sich in Analogie zur Bestimmung des EK gem. Abs. 2; dort wird auf das EK in der Handelsbilanz abgestellt (zu Einzelheiten s. Anm. 151, 152). Die übereinstimmende Bezugnahme auf das Handelsrecht ist zur Vermeidung von Doppel- oder Nichterfassungen von Kapitalbestandteilen erforderlich, die im Bereich hybrider Finanzierungen (Mischformen zwischen Eigen- und Fremdkapital; so *Drukarzyk*, Theorie und Politik der Finanzierung, 3. Aufl. 1993 S. 581) auftreten können. Für diese Auffassung läßt sich uE auch der Wortlaut von Abs. 1 heranziehen, nach welchem das vom Anteilseigner gewährte FK in Relation zu dem ihm zuzurechnenden EK gesetzt wird; dies gebietet einen einheitlichen Abgrenzungsmaßstab für beide Formen der Kapitalzuführung. Denn in die Quotienten zur Berechnung der safe haven kann das zugeführte Kapital nur in den Zähler (als FK) oder in den Nenner (als EK) aufgenommen werden.

Handelsrechtlich fallen unter den Begriff des FK alle als Verbindlichkeiten passivierungsfähigen oder -pflichtigen Kapitalzuführungen in Geld oder Sachwerten (vgl. allgemein *Clemm/Nonnenmacher* in Beck-BilKomm. II, § 247 HGB Anm. 203 ff.); in aller Regel handelt es sich um geldbezogene Kapitalzuführungen (zu sog. Sachwertdarlehen s. Anm. 49). Insbes. bei hybriden Finanzierungen ist bei Anwendung handelsrechtlicher Maßstäbe nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden, ob das vom Anteilseigner zugeführte Kapital handelsrechtlich als Eigen- oder Fremdkapital anzusehen ist.

Übliche Unterscheidungskriterien sind: Haftung gegenüber den sonstigen Gläubigern, Beteiligung am Ertrag sowie am Liquidationserlös, Einflußnahme auf die Unternehmensleitung, zeitliche Verfügbarkeit, Belastung mit Ertrag- und Substanzsteuern sowie Finanzierungskapazität (vgl. allgemein *Perridon/Steiner*, Finanzwirtschaft der Unternehmung, 7. Aufl. 1993 S. 279; *Herzig*, FR 1994 S. 593).

46 Einstweilen frei.

47 c) Zum Fremdkapital gehörende Positionen

Mittelzuführungen durch den nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner in Gestalt von FK sind in vielfältiger Hinsicht möglich. Hinzu kommen muß für die Anwendung des § 8a eine FK-Vergütung; zu Sonderfragen unverzinslichen FK s. Anm. 92. Wegen kurzfristig überlassenen FK s. Anm. 51; wegen durchlfd. Posten und aufrechenbarer Forderungen und Verbindlichkeiten s. Anm. 52.

Anleihen, Obligationen: Von Aktiengesellschaften emittierte Anleihen gehören handels- und strechtlich zu den Verbindlichkeiten. Dabei ist unerheblich, ob die Anleihen ein Recht verbriefen, anstelle oder zusätzlich zu der Anleihe Aktien der AG zu erwerben (Wandel- und Optionsanleihen). Die Art der Verzinsung der

Anleihe ist jedoch für die Bemessung des safe haven von Bedeutung (s. Anm. 80 betr. Wandelanleihe); Gewinnobligationen fallen zB unter das gewinn- oder umsatzabhängig vergütete FK gem. Abs. 1 Nr. 1.

Eigenkapitalersetzende Darlehen: Kapitalersetzende Darlehen iSd. § 32 a GmbHG (zu kapitalersetzenden Aktionärsdarlehen vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1991 S. 736 ff.) stellen gesellschaftsrechtlich weiterhin FK dar und sind deshalb als Verbindlichkeit auszuweisen (vgl. *Scholz/K. Schmidt* VIII., §§ 32 a, 32 b GmbHG Anm. 94). Dem steht nicht entgegen, daß sich bei Gesellschafterdarlehen der Rückzahlungsanspruch uU nicht durchsetzen läßt (vgl. hierzu allgemein *Hachenburg/Ulmer* VIII., § 32 a, 32 b GmbHG Anm. 167). Dies gilt sowohl handelsrechtlich (vgl. *Clemm/Nonnenmacher* in Beck-BilKomm. II., § 247 Anm. 300) als auch stretchlich (BFH v. 5. 2. 92 I R 127/90, BStBl. II S. 532; *Schmidt/Weber-Grellet* XIII., § 5 Anm. 57 „Kapitalersetzende Darlehen“ mwN).

Factoring: s. Anm. 49.

Fest- und variabel verzinsliche Darlehen: Kapital, das aufgrund eines Darlehensvertrags entsprechend §§ 607 ff. BGB zur Verfügung gestellt wird, ist unabhängig von der Art der Verzinsung als Fremdkapital anzusehen. Die Art der Verzinsung kann während der gesamten Darlehenslaufzeit unverändert bleiben, sich durch Ankopplung an einen Referenzzinssatz (zB Diskontsatz oder Interbankenzinssatz) laufend verändern, oder auch gewinnabhängig ausgestaltet sein. Zum FK iSd. § 8 a zählen uE nicht unverzinsliche Darlehen (str.; s. Anm. 92). Zu sog. eigenkapitalersetzenden Darlehen s.o.

Genußrechtskapital gehört nach Auffassung der FinVerw. zum FK, und zwar selbst dann, wenn es handelsrechtlich oder nach den für Kreditinstitute geltenden Vorschriften haftendes EK darstellt, es sei denn die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Satz 2 sind erfüllt (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 44). UE im Hinblick auf die Zwecksetzung des § 8 a und die Maßgeblichkeit handelsrechtlicher Bestimmungen zu weitgehend; s. Anm. 152. Handelsrechtlich als EK zu beurteilendes Genußrechtskapital erhöht damit die Ausgangsbasis der safe haven iSd. § 8 a. Auf das Genußrechtskapital gezahlte Vergütungen können uE unabhängig von der Qualifizierung nach § 8 Abs. 3 Satz 2 iSv. § 8 a Vergütungen für EK, nicht für FK sein.

Leasing: Leasinggestaltungen fallen grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich von § 8 a, da es sich um eine Sachkapitalüberlassung handelt (s. Anm. 13). Eine Ausnahme gilt, falls das Leasinggut dem Leasingnehmer zuzurechnen ist. Dieser hat den Leasinggegenstand mit seinen Anschaffungs- oder Herstellungskosten zu aktivieren; gleichzeitig ist in Höhe der in die Leasingraten einbezogenen Anschaffungs- oder Herstellungskosten eine Verbindlichkeit gegenüber dem Leasinggeber zu passivieren (zu Einzelheiten s. BFH v. 26. 1. 70 IV R 144/66, BStBl. II S. 264; BMF v. 19. 4. 71, BStBl. I S. 264; BMF v. 23. 12. 91, BStBl. I 1992 S. 13). Die Verbindlichkeit stellt uE Fremdkapital iSd. § 8 a dar (glA *Köster*, RIW 1994 S. 314; aA *Hey*, RIW 1993 S. 835).

Hinweis: Bei Investitionen in Sachanlagen kann zukünftig die Möglichkeit des Leasing verstärkt in Erwägung gezogen werden, wobei die ausländische Muttergesellschaft oder eine andere Konzerngesellschaft als Leasinggeber fungieren kann. Die Leasingvereinbarungen sind dabei so auszugestalten, daß die Leasinggüter nicht der inländischen KapGes. zuzurechnen sind (vgl. hierzu *Prinz*, FR 1994 S. 622, 627). Eine inl. Betriebsstätte ist zu vermeiden. Dies ist gestaltbar (vgl. allgemein Komm. zu Art. 5 OECD-MustAbk.; *Vogel*, DBA, 2. Aufl. 1990, Art. 5 Rz. 2 ff.; *Becker/Günkel*, FS Ludwig Schmidt 1993 S. 483).

Partiarische Darlehen gehören zum FK. Sie sind (zumindest auch) ergebnisabhängig ausgestaltet und fallen daher in den Regelungsbereich von Abs. 1 Nr. 1

(s. *Prinz* in *Hertzog* (Hrsg.), *Gesellschafter-Fremdfinanzierung und Beteiligung an ausl. Gesellschaften*, 1995). Die Abgrenzung gegenüber einer stillen Gesellschaft ist regelmäßig schwierig (vgl. eingehend *Schlegelberger/K. Schmidt* V., § 335 HGB aF Anm. 51 ff.; auch BGH v. 10. 10. 94, DStR 1995 S. 106 mit Anm. *Goette*).

Stille Beteiligung: Die Einlage des stillen Gesellschafters gem. § 230 HGB stellt handelsrechtlich grundsätzlich eine Verbindlichkeit und damit FK dar. Eine Wertung als handelsbilanzielles EK kommt nur in Betracht, wenn die Einlage dauerhaft überlassen wird, dh. eine Kündigung nach § 234 Abs. 1 HGB ausgeschlossen ist, eine Verlustbeteiligung (§ 231 HGB) vorgesehen ist, im Fall der Liquidation der Anspruch des stillen Gesellschafters hinter die Forderungen der übrigen Gläubiger zurücktritt und er bei Konkurs auf die Geltendmachung der Einlage als Konkursforderung (§ 236 Abs. 1 HGB) verzichtet.

Vgl. *ADS* V., § 246 HGB Anm. 61; *Bordt* in HDJ Abt. III/1 RdNr. 228, uE zutreffend, da diese Kriterien weitgehend mit denjenigen zur Beurteilung von Genußrechtskapital übereinstimmen; zu weitgehend deshalb uE *Clemm/Nonnenmacher* in Beck-BilKomm. II., § 247 Anm. 301 sowie *Paulick/Blaurock*, *Handbuch der stillen Gesellschaft*, 4. Aufl. 1988 S. 253, wonach allein die Verlustbeteiligung zur Einordnung als EK genügt. S. auch Anm. 152.

Mitspracherechte des stillen Gesellschafters, wie sie üblicherweise Kommanditisten zustehen, sind handelsrechtlich für eine Einordnung als EK nicht erforderlich. Insbes. strechtlich wird zwischen typisch und atypisch stiller Gesellschaft unterschieden. Während die Einlage des typisch stillen Gesellschafters FK darstellt (so auch BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 44), ist die atypische stille Gesellschaft als „andere Gesellschaft“ iSd. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG eine Mitunternehmerschaft. Eine atypische stille Gesellschaft liegt vor, wenn der stille Gesellschafter sowohl Mitunternehmerinitiative entfalten kann als auch Mitunternehmerrisiko trägt; letzteres ist der Fall, wenn er bei Beendigung der Gesellschaft einen Anspruch auf Beteiligung an den stillen Reserven und dem Geschäftswert hat (vgl. BFH v. 15. 12. 92 VIII R 42/90, BStBl. II 1994 S. 702, 704; v. 27. 5. 93 IV R 1/92, BStBl. II 1994 S. 700, 701). Aufgrund der handels- und der strechtlich unterschiedlichen Kriterien zur Beurteilung der Einlage des stillen Gesellschafters kann es zu Qualifikationskonflikten kommen; uE maßgebend ist die handelsrechtliche Beurteilung. Problematisch erscheinen Konstellationen, in denen die Einlage des stillen Gesellschafters handelsrechtlich FK darstellt, strechtlich hingegen eine atypisch stille Gesellschaft begründet wird. Wegen § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG ist ein steuermindernder Abzug der Zinsaufwendungen auch bei beschränkter Steuerpflicht unzulässig; § 8a kann folglich nicht eingreifen und zwar auch nicht hinsichtlich eines safe haven-Verbrauchs (dazu differenzierend *Walter*, DStZ 1994 S. 113).

48 Einstweilen frei.

49 d) Nicht zum Fremdkapital gehörende Positionen

Verschiedene handelsbilanziell als Verbindlichkeit zu behandelnde Vorgänge führen nicht zu FK iSd. Abs. 1 Satz 1, da es an einer langfristig ausgerichteten Kapitalzuführung in Geld durch den Anteilseigner bzw. gleichgestellte Personen fehlt.

Erhaltene Anzahlungen auf Bestellungen (§ 266 Abs. 3 C. 3. HGB) fallen uE idR nicht in den FKBegriff. Gleichgültig ist dabei, ob die erhaltenen Anzahlungen aus dem gewöhnlichen Liefer- und Leistungsverkehr stammen (s. Anm. 51), oder ob es sich um Anzahlungen für langfristige Fertigung (Anlagenbau) handelt. Erhaltene Anzahlungen sind zu passivieren, da beim Anzahlungsempfänger ein Erfüllungsrückstand gegeben ist; diesem Erfüllungsrückstand steht jedoch mit

dem Auftrag aus dem abgeschlossenen Lieferungsvertrag oder bindenden Vorvertrag ein immaterielles Wirtschaftsgut gegenüber. Die Nichtberücksichtigung erhaltener Anzahlungen ergibt sich in Analogie zu den gegenseitig aufrechenbaren Forderungen und Verbindlichkeiten (s. Anm. 52). Nur wenn eine Anzahlung auf rein kreditorischer Grundlage geleistet wird, stellt sie FK dar (glA *Wassermeyer* in *Herzig* (Hrsg.), *Gesellschafter-Fremdfinanzierung und Beteiligung an ausl. Gesellschaften*, Köln 1995).

Factoring:

► *Das echte Factoring* fällt uE im Gegensatz zum unechten Factoring nicht unter § 8 a. Die Rechtsnatur des echten Factoring ist zivilrechtlich str. (zum Meinungsstand vgl. FG Hessen v. 5. 11. 1987, EFG 1988 S. 594, rkr.). Gleichwohl wird beim echten Factoring (s. § 5 EStG Anm. 2200 „Factoring“) grundsätzlich von einem Forderungskauf ausgegangen, verbunden mit der Übernahme von damit zusammenhängenden Dienstleistungen und Risiken (Übernahme der Finanzierungs-, Dienstleistungs- und Delkrederefunktion). Mit Wirksamkeit der Abtretung gehen die veräußerten Forderungen auf den Factor über. Sie sind nicht mehr in der Bilanz des Factoring-Kunden, sondern in der des Factors anzusetzen. Bis zur Gutschrift des Forderungsgegenwerts weist der Factoring-Kunde eine Forderung gegen den Factor aus (vgl. *WP-Handbuch* 1992, Bd. I S. 140 f.; glA *ADS V.*, § 246 HGB Anm. 162; *Sarx/Pankow* in Beck-BilKomm. II, § 247 Anm. 112). Da in der Bilanz des Factoring-Kunden keine Verbindlichkeit und damit kein FK ausgewiesen wird, kann die Factoringgebühr keine Vergütung für FK gem. Abs. 1 darstellen.

► *Beim unechten Factoring* liegt zivilrechtlich ein Kreditgeschäft vor (vgl. BGH v. 14. 10. 1981, BGHZ S. 50, 61 mwN). Dem folgt der BFH für den Bereich der Umsatz- und Gewerbesteuer (BFH v. 10. 12. 81 V R 75/76, BStBl. II 1982 S. 200, 204; v. 11. 12. 86 IV R 185/83, BStBl. II 1987 S. 443). Die Kreditverbindlichkeit des Factoring-Kunden gegenüber dem Factor erlischt erst durch Einziehung der zedierten Forderungen. Bei Uneinbringlichkeit der Forderung wird diese dem Factoring-Kunden idR zurückübertragen. Der Factoring-Kunde ist zur Rückzahlung des vorab vergüteten Kreditbetrags an den Factor verpflichtet. Die bilanzielle Behandlung des unechten Factoring ist str. (vgl. § 5 EStG Anm. 2200 „Factoring“; *Sarx/Pankow* in Beck-BilKomm. II, § 244 Anm. 113; *ADS V.*, § 246 Anm. 163). UE ist für Zwecke des § 8 a der zivilrechtlichen Beurteilung des unechten Factoring zu folgen. Dies bedeutet, daß die Factoring-Gebühren insoweit Vergütungen iSd. Abs. 1 Satz 1 darstellen, als sie die Gegenleistung für die Überlassung von Kapital darstellen.

Leasing, Miete, Pacht sind kapitalersetzende Nutzungen, die nicht zu einer Fremdkapitalzuführung führen. Sie sind für § 8 a unerheblich, wenn das Wirtschaftsgut dem Leasinggeber, Vermieter, bzw. Verpächter zuzurechnen ist. Zu Sonderfragen, sofern das Leasinggut dem Leasingnehmer zuzurechnen ist, s. Anm. 47.

Passive Rechnungsabgrenzungsposten stellen kein FK iSd. § 8 a dar, ungeachtet der Tatsache, daß ihnen idR eine ungewisse Verbindlichkeit zugrunde liegt (vgl. *Schmidt/Weber-Grellet* XIII., § 5 EStG Anm. 50 a). Denn passive RAP sind sowohl handels- als auch strechtlich Einnahmen, soweit sie Ertrag für eine bestimmte Zeit nach dem Bilanzstichtag darstellen (§ 250 Abs. 2 HGB; § 5 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 EStG). Passive RAP repräsentieren damit kein zur Verfügung gestelltes Kapital mit einer Rückzahlungsverpflichtung, sondern sind vorvereinnehme

Erträge, die aus Gründen einer periodengerechten Gewinnermittlung passiviert werden müssen.

Rückstellungen sind kein FK iSd. § 8a; dies ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut von Abs. 1 Satz 1. Der FK-Begriff erfordert einen Mittelzufluß bei der KapGes. (Außenfinanzierung). Eine Rückstellungsbildung bedingt jedoch keinen Mittelzufluß von außen. Die zur Erfüllung der der Rückstellung zugrundeliegenden Verpflichtung erforderlichen Mittel sind vom Unternehmen selbst aufzubringen.

Sachwertdarlehen fallen nach Auffassung der FinVerw. nicht unter den Begriff des FK (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 44 „Kapitalzuführungen in Geld“). Gegenstand eines Sachwertdarlehens ist die Verpflichtung, als Gegenleistung für ein Darlehen eine im voraus festgelegte Menge einer bestimmten Ware zu liefern. Dieser Auffassung ist uE aus Praktikabilitätsgründen grundsätzlich zuzustimmen. Der Grund für die regelmäßige Nichtberücksichtigung von Sachwertdarlehen ist die idR nicht hinreichend abgrenzbare Vergütung.

Hinweis: Ein „Zins“ für Sachwertdarlehen kann allenfalls dann angenommen werden, wenn im Einzelfall aufgrund der zugrundeliegenden Darlehensvereinbarung zB eine Erhöhung der Leistungsverpflichtung bei Lieferung der vereinbarten Ware nach 6 Monaten, 1 Jahr usw. vorgesehen ist. In solchen Fällen ist uE das Sachwertdarlehen bei der Berechnung des safe-haven zu berücksichtigen; ggf. ist ein Fremdvergleich anzustellen, der jedoch in der Praxis schwer durchführbar sein dürfte.

Treuhänderisch aufgenommene Kredite gehören nicht beim Treuhänder, sondern beim Treugeber zum FK iSd. § 8a. Nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO sind bei Treuhandverhältnissen die Wirtschaftsgüter dem Treugeber zuzurechnen (zu Einzelheiten vgl. *Tipke/Kruse*, § 39 AO Anm. 15 ff.). Dem entspricht im wesentlichen auch die handelsrechtliche Rechtslage (vgl. *Budde/Karig* in Beck-BilKomm. II, § 246 Anm. 14); zu treuhänderisch aufgenommenem FK vgl. Stellungnahme der *Herzig-Arbeitsgruppe* zu § 8a, WPg. 1994 S. 473.

50 Einstweilen frei.

51 e) Kurzfristig überlassenes Fremdkapital

Abs. 1 Satz 1 spricht von FK. Demzufolge unterscheidet der Gesetzeswortlaut weder nach der Fristigkeit des zur Verfügung gestellten FK noch nach dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft (dh. ob der Kredit auf ein Warengeschäft zurückgeht oder eine reine Finanztransaktion darstellt). Auch kurzfristige Warenkredite und durchlaufende Kredite fallen danach in den Anwendungsbereich von § 8a. Dies ist im einzelnen str. Nach der Gesetzesbegründung ist kurzfristig überlassenes Kapital, zB für Waren- und Lieferkredite, nicht unter den Begriff des FK zu subsumieren (vgl. BTDrucks. 12/5016 v. 25. 5. 1993 S. 92).

Auffassung der FinVerw.: Gem. BMF v. 15. 12. 94 aaO (Tz. 47–49) gehört kurzfristig überlassenes Kapital aus Waren- und Lieferkrediten nicht zum FK, wenn Lieferant und Kreditgeber identisch sind. Als kurzfristig wird dabei eine Laufzeit von bis zu 6 Monaten angesehen, wobei in Einzelfällen auch eine darüber hinausgehende Frist unschädlich ist, sofern dies für den jeweiligen Geschäftszweig branchenüblich erscheint (zB bei der Abrechnung von Großaufträgen im Bereich des Maschinen- oder Schiffbaus). Dabei wird ausdrücklich nicht auf den gewerbesteuerrechtlichen Dauerschuldbegriff abgestellt. Kontokorrentkredite stellen somit auch dann langfristiges FK dar, wenn es sich nicht um Dauerschulden iSd. § 8 Nr. 1, § 12 Abs. 2 Nr. 1 GewStG („7-Tage-Regel“; Abschn. 47 Abs. 8 GewStR) handelt.

Auffassungen im Schrifttum: Es ist str., ob der FK-Begriff auch kurzfristige Verbindlichkeiten umfaßt.

► *Nach der überwiegend vertretenen Meinung* fallen kurzfristige Verbindlichkeiten – in Übereinstimmung mit der Gesetzesbegründung – nicht unter § 8 a. Dabei wird zur Abgrenzung von lang- und kurzfristigen Verbindlichkeiten regelmäßig auf den gewerbesteuerrechtlichen Begriff der Dauerschulden verwiesen.

Vgl. *Frotscher/Maas*, § 8 a KStG Anm. 18; *Köster*, RIW 1994 S. 310, 313; wohl auch *Bader*, NWB F. 4 S. 3975, 3980 f.; zweifelnd *Dörner*, Inf. 1993 S. 409, 411; offenlassend *Dösch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8 a KStG Anm. 11; *Herzig*, DB 1994 S. 170.

Insofern stößt die von der FinVerw. vertretene Auffassung zur 6-Monats-Frist sowie zu den Kontokorrentverhältnissen auf Ablehnung. Begründet wird dies damit, daß – offenbar aus Vereinfachungsgründen – auf eine bereits bestehende Fremdkapitalgröße zurückgegriffen werden sollte. Dazu bietet sich der gewerbesteuerrechtliche Dauerschuld-begriff an (vgl. *Herzig-Arbeitsgruppe* zu § 8 a KStG, WPg. 1994 S. 473). Darüber hinaus ist bei dem von der FinVerw. verwendeten Begriff Laufzeit fraglich, ob jede einzelne Lieferung getrennt zu beurteilen ist, ob die Ausgleichsfiktion gem. § 366 Abs. 2 HGB zur Anwendung kommt und wie im Falle einer Kontokorrentvereinbarung gem. § 355 HGB vorgegangen werden soll. Deshalb und wegen der geringen Mißbrauchsmöglichkeiten sollte der gesamte Teilbereich der Lieferantenkredite aus dem Anwendungsbereich von § 8 a ausscheiden (vgl. *Bundessteuerberaterkammer*, IStR 1994 S. 328).

► *Hey* unterscheidet davon abweichend zwischen verzinslichem und unverzinslichem kurzfristigen FK. Nach Auffassung von *Hey* fällt nur verzinsliches FK unter § 8 a (*Hey*, RIW 1993 S. 834).

Stellungnahme: UE fällt jegliches kurzfristige FK nicht unter § 8 a, unabhängig davon, ob es verzinslich oder unverzinslich ist. Dies ergibt sich aus dem Sinnzusammenhang des Abs. 1 Satz 1. Normzweck von § 8 a ist die Vermeidung der übermäßigen Fremdfinanzierung einer unbeschränkt stpfl. KapGes. durch den nicht zur Anrechnung berechtigten Anteilseigner; damit soll eine angemessene Eigenkapitalausstattung der KapGes. für körperschaftliche Zwecke fingiert werde. Das von dem nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner gewährte FK muß daher von seinem Wesen in der Lage sein, EK zu ersetzen. Stellt man allein auf die Fristigkeit des Kapitals ab, ist zu beachten, daß EK grundsätzlich der KapGes. unbefristet zur Verfügung steht. Dem EK am nächsten kommt das langfristig zur Verfügung gestellte FK. Da die Abgrenzung von kurz- und langfristigem FK schwierig ist, sollte uE aus Praktikabilitätsgründen auf den gewerbesteuerrechtlichen Dauerschuld-begriff abgestellt werden, und zwar auch im Bereich der Kontokorrentverhältnisse. Hinzu kommen bei Zugrundelegung der Auffassung der FinVerw. erhebliche Anwendungsprobleme; so ist zB unklar, wie der 6-Monats-Zeitraum bemessen ist, dh. ob auf das jeweilige Wj. oder auf zusammenhängende Zeiträume abzustellen ist.

f) Sonderfälle: Durchlaufende Posten, aufrechenbare Forderungen und Verbindlichkeiten 52

Durchlaufende Posten gehören nach Auffassung der FinVerw. nicht zum FK iSd. § 8 a (BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 45). Dies ist uE zutreffend, da es wegen der Mitteldurchleitung an einer gezielten langfristig ausgerichteten Fremdkapitalzuführung in Geld bei der inl. KapGes. durch den Anteilseigner oder gleichgestellte Personen fehlt. Durchlaufende Posten sind allgemein Wirtschaftsgüter, die der Stpfl. mit der Verpflichtung erhält, sie einem Dritten zu übertragen (s. auch § 4

Abs. 3 Satz 2 EStG; weiterhin Anm. 202 betr. Abs. 5 Nr. 2); sie gelangen daher nicht endgültig in das Betriebsvermögen des Stpfl.

Vgl. eingehender § 4 EStG Anm. 63–64; zur bilanziellen Behandlung von Einnahmen für fremde Rechnung vgl. *Herzig* in HDU 94, II, Anm. B 184; auch BFH v. 20. 7. 82 VIII R 143/77, BStBl. II 1983 S. 196, 198. Zu den uE gegenüber einem durchlfd. Posten engere Voraussetzungen für durchlaufende Kredite s. BFH v. 2. 8. 1966 I 66/63, BStBl. III 1967 S. 27, 28.

Im Rahmen von § 8a stellt sich die Problematik durchlaufender Posten insbes. in Holdingfällen; eingehender dazu Anm. 176.

Aufrechenbare Forderungen und Verbindlichkeiten: Können Verbindlichkeiten nach handelsrechtlichen Grundsätzen mit Forderungen saldiert werden, fallen sie uE nicht unter den FK-Begriff iSd. § 8a (glA *Köster*, RIW 1994 S. 313; *Korn*, DStZ 1993 S. 740; *Streck*, KStG, 4. Aufl. 1995, § 8a Anm. 5). Dies ergibt sich zwar nicht aus dem Gesetzeswortlaut, jedoch aus dem Gesetzeszweck. Voraussetzung ist, daß es sich um gleichartige Forderungen und Verbindlichkeiten zwischen denselben Personen handelt, die sich aufrechenbar (§ 387 BGB) gegenüberstehen (vgl. *WP-Handbuch 1992*, Bd. I S. 143 mwN). Verbindlichkeiten sind dann aufrechenbar, wenn ihnen ein gleichwertiger Aktivposten gegenüber derselben Person gegenübersteht. In diesem Fall kommt es nicht zu einer Belastung der Kreditwürdigkeit durch diese Verbindlichkeit. § 8a ist aber gerade darauf ausgerichtet, eine weitere Fremdfinanzierung durch den Anteilseigner steuerlich in den Fällen zu unterbinden, in denen die KapGes. selbst nicht mehr kreditwürdig ist. Wenn sich aber bei aufrechenbaren Verbindlichkeiten keine Belastung der Kreditwürdigkeit ergibt, können diese Verbindlichkeiten nicht von § 8a erfaßt werden.

Hinweis: Zur Vermeidung von Schwierigkeiten empfiehlt sich, laufend über die wechselseitigen Forderungen und Verbindlichkeiten abzurechnen.

53, 54 Einstweilen frei.

2. „Vergütungen“ für Fremdkapital

55 a) Fehlende gesetzliche Bestimmung

Die Anwendung des Abs. 1 Satz 1 erfordert bei der inl. KapGes. anfallende „Vergütungen“ für FK; ansonsten fehlt es an einer die Rechtsfolge der vGA auslösenden Vermögensminderung. Der Begriff der Vergütungen ist in § 8a nicht definiert; auch die Gesetzesmaterialien geben keine weiteren Hinweise. Die Art der Vergütung entscheidet über den anzuwendenden safe haven (zu Einzelheiten s. Anm. 75 mwN).

Auffassungen der FinVerw. und des Schrifttums: Gem. BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 51 fallen unter den Begriff Vergütungen „Gegenleistungen aller Art, die die KapGes. für die Überlassung des FK gewährt“; dies soll sämtliche Zinsformen umfassen (zB feste oder variable Zinsen, Gewinn- und Umsatzbeteiligungen), aber auch andere nicht als Zins berechnete Entgelte mit Vergütungscharakter (zB ein Disagio, Vorfälligkeitsentschädigungen, Provisionen und Gebühren). Auch im Schrifttum wird der Vergütungs-begriff üblicherweise weit ausgelegt. Nach Auffassung von *Frotscher* fallen unter den Vergütungs-begriff sämtliche Entgelte und Vorteile (einschließlich Sachleistungen), die für die Kapitalüberlassung gewährt werden (vgl. *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 19 mit Hinweis auf § 20 Abs. 2 Nr. 1 EStG). Teilweise wird auf eine weitgehend parallele Abgrenzung im

Hinblick auf den Entgeltbegriff des § 8 Nr. 1 GewStG abgestellt (vgl. insbes. *Herzig*, DB 1994 S. 168).

Stellungnahme: Der Begriff „Vergütungen“ ist uE weit auszulegen. Nach ihrem Wortlaut ist die Vorschrift auf Vergütungen für FK anzuwenden, das die inländische KapGes. erhalten hat. Unter den Vergütungs begriff fallen somit Entgelte sowohl für die reine Nutzungsüberlassung (Zinsen im engeren Sinne) als auch für die Bereitstellung des FK. Dies umfaßt unabhängig von ihrer Bezeichnung sämtliche durch die FKÜberlassung veranlaßten Vermögensminderungen bei der inl. KapGes. UE sollte der Begriff aus Gründen der Rechtssicherheit unter Rückgriff auf und in Anlehnung an die handelsrechtliche Position „Zinsen und ähnliche Aufwendungen“ iSd. § 275 Abs. 2 Nr. 13, Abs. 3 Nr. 2 HGB ausgelegt werden (vgl. *ADS V.*, § 275 HGB Anm. 174; *Budde/Förschle* in Beck-BilKomm. II., § 275 Anm. 204). Diese GuV-Position enthält alle Beträge, die vom Unternehmen für das aufgenommene FK zu entrichten sind, dh. Aufwendungen, die für die Beschaffung, während der Laufzeit oder nach der Tilgung des Kredits anfallen. Sie umfaßt sowohl periodisch wiederkehrende als auch einmalige Zahlungen. Für eine eigenständige Auslegung des Begriffs Vergütungen spricht uE, daß der Gesetzgeber in § 8a – abweichend zu § 8 Nr. 1 GewStG – nicht den Begriff Entgelte verwendet hat. Auch erscheint fraglich, ob eine Anlehnung an § 8 Nr. 1 GewStG sachgerecht ist und zu einer größeren Rechtssicherheit führt; denn insbes. im Bereich der Bereitstellungs- und Zusageprovisionen sowie der Vorfälligkeitsentschädigungen ist gewerbesteuerrechtlich str., ob sie unter den Entgeltsbegriff fallen (vgl. hierzu *Glanegger/Güroff*, § 8 Nr. 1 GewStG RdNr. 33; *Blümich/Hofmeister*, § 8 GewStG Anm. 59 f.; *Lenski/Steinberg*, § 8 Nr. 1 GewStG Anm. 352 ff.). Im übrigen ist der Begriff Vergütungen iSv. § 8a uE veranlassungsbezogen in dem Sinne auszulegen, daß darunter alle Kosten fallen, die ohne Gewährung des Fremdkapitals nicht entstanden wären.

b) Zusammenstellung einzelner Vergütungsarten

56

Der Begriff der Vergütungen für FK ist weit auszulegen und erfaßt sämtliche durch die FKGewährung bei der inl. KapGes. veranlaßten Vermögensminderungen (zu Einzelheiten s. Anm. 55). Dies umfaßt insbes. folgende Positionen:

Aufzinsungsbeträge: Bei Anleihen oder Darlehen, bei denen keine oder nur sehr niedrige laufende Zinszahlungen vereinbart sind und bei denen der Rückzahlungsbetrag über dem Auszahlungsbetrag liegt (zB Zerobonds), bestehen uE die Vergütungen in dem Betrag, der bei Anwendung der Nettomethode werterhöhend zu berücksichtigen ist (zur Bilanzierung s. zB *Clemm/Nonnenmacher* in Beck-BilKomm. II., § 253 Anm. 65 mwN; *ADS VI.* § 253 Anm. 85 ff.; *BMF v. 5. 3. 87*, BStBl. I S. 394). Das *BMF-Schreiben v. 15. 12. 94 aaO* enthält keine Hinweise dazu.

Disagio, Damnum: Es handelt sich um vorausbezahlte Zinsen, die regelmäßig zur Feinsteuerung der Kreditkosten vereinbart werden (glA wohl *Herzig*, DB 1994 S. 168). Sie haben Vergütungscharakter iSv. Abs. 1 Satz 1 (*BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 51*).

Erfolgsabhängige Vergütungen: Gewinnausschüttungen auf Genußscheine bzw. -rechte (sofern FK; s. Anm. 47, 152), Entgelte für die Beteiligung als typischer stiller Gesellschafter sowie für die Gewährung eines partiatischen Darlehens gehören zu den Vergütungen (iSd. Abs. 1 Nr. 1; glA *BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 51*). Unerheblich für die Frage der Vergütung erscheint, ob die Vermögens-

minderung gewinn- oder umsatzabhängig ausgestaltet ist. Erfolgsunabhängige Vergütungen treten idR in Gestalt von Zinsen auf, s.u.

Factoringgebühren: Beim echten Factoring (s. Anm. 49) bezahlte Gebühren stellen keine Vergütungen iSd. § 8 a dar; beim unechten Factoring nur insoweit, als die Gebühren mit der Überlassung des FK in Zusammenhang stehen. Soweit Gebühren für die Übernahme der Dienstleistungsfunktion usw. bezahlt werden, sind sie keine Vergütung iSd. § 8 a. Denn diese Gebühren stellen Entgelt für die Übernahme der Buchhaltungs- und Inkassoarbeiten für die zedierten Forderungen dar; sie sind dagegen nicht durch die Finanzierungsfunktion veranlaßt.

Gebühren für die Kreditbearbeitung, Mahngebühren usw. gehören uE zu den Vergütungen (aA *DIHT/BDI* v. 8. 6. 94 zu Tz. 51 des BMF-Entwurfs v. 22. 4. 94, nv.; *Bundesteuerberaterkammer*, IStR 1994 S. 328; wohl auch *Herzig*, DB 1994 S. 168).

Gewinnanteile des stillen Gesellschafters gehören zu den Vergütungen, sofern die Einlage des Stillen als FK zu werten ist und nicht in den Regelungsbereich des § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG fällt.

Leasingraten: Soweit das Leasinggut dem Leasinggeber zuzurechnen ist, sind Leasingraten keine Vergütungen für FK iSd. Abs. 1 Satz 1. Ist das Leasinggut dem Leasingnehmer zuzurechnen, stellt uE der Zinsanteil eine Vergütung iSd. § 8 a dar, nicht jedoch der Kosten- und Tilgungsanteil; denn die Zinsanteile sind die Vergütung zur Finanzierung eines dem Leasingnehmer zuzurechnenden Wirtschaftsguts. Probleme ergeben sich, sofern der Zins- und Kostenanteil nur in einer Summe berechnet wird (vgl. BMF-Schreiben v. 13. 12. 73, BB 1973 S. 1616). Auch gewerbesteuerrechtlich gelten die Zinsanteile als Dauerschuldzinsen iSd. § 8 Nr. 1 GewStG (vgl. Abschn. 47 Abs. 7 Satz 3 Nr. 1 Satz 14 f. GewStR; *Lenski/Steinberg*, GewStG, § 8 Nr. 1 Anm. 220).

Provisionen, wie zB Bürgschafts- und Garantiprovisionen, Bereitstellungs- und Zusageprovisionen, Kreditvermittlungsprovisionen, gehören zu den Vergütungen iSd. Abs. 1 Satz 1 (glA BMF v. 15. 12. 94 Tz. 51; aA *DIHT/BDI* aaO zu Tz. 51 des BMF-Entwurfs v. 22. 4. 94; differenzierend *Bundesteuerberaterkammer* aaO S. 328).

Vorfälligkeitsentschädigungen haben Vergütungscharakter; sie sind zu zahlen, wenn der Kredit vorzeitig gekündigt wird (glA BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 51).

Zinsen in fester oder variabler Form sind Vergütungen iSd. Abs. 1 Satz 1; dies gilt auch dann, wenn das zugrundeliegende Darlehen kapitalersetzenden Charakter hat. Solange ein kapitalersetzendes Darlehen vorliegt, können zwar Zinsen nicht ausgezahlt werden; dies führt jedoch nicht dazu, daß der Zinslauf als solcher gehindert ist (vgl. *Scholz/K. Schmidt* VIII., §§ 32 a, 32 b GmbHG Anm. 96; *Hachenburg/Ulmer* VIII., § 32 a, 32 b GmbHG Anm. 167; BFH v. 5. 2. 92 I R 127/90, BStBl. II S. 532). Zur Bedeutung im Hinblick auf den anzuwendenden safe haven s. Anm. 75.

57 Einstweilen frei.

58 3. Bewertung des Fremdkapitals

Gem. Abs. 1 Satz 1 gelten bestimmte Vergütungen für FK, das eine inl. KapGes. von einem nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner oder einer gleichgestellten Person erhalten hat, als vGA. Die Anwendung der Vorschrift erfordert eine Bewertung des FK aus der Sicht der inl. KapGes.; dies wirkt sich uU mittelbar auch auf die Höhe der Vergütung aus. Die Bewertung ist im Regelfall unproblematisch.

matisch. Das FK ist grundsätzlich mit seinem Rückzahlungsbetrag in „Deutsche Mark“ anzusetzen. In Sonderfällen können sich allerdings Bewertungsprobleme ergeben; dies insbes. dann, falls sich der Rückzahlungsbetrag des FK laufend verändert.

Fremdwährungsdarlehen (Schulden in ausl. Währung) sind nach Auffassung der FinVerw. auch dann mit dem Kurswert im Zeitpunkt der Darlehensaufnahme anzusetzen, wenn der Kurs der ausl. Währung gesunken ist (BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 50). Die KapGes. muß dagegen den höheren Teilwert der Schuld ansetzen, wenn der Kurs der ausl. Währung steigt; dies ist dann auch für Zwecke des § 8 a maßgebend, so daß ein entsprechend gestiegener safe haven verbraucht wird. Die Handhabung entspricht allgemeinen bilanzrechtlichen Grundsätzen und ist uE grundsätzlich systementsprechend. Aus Praktikabilitätsgründen kann uE die notwendige Bewertung monatlich erfolgen.

Kapitalersetzende Darlehen sind solange mit dem Rückzahlungsbetrag anzusetzen, als es nicht zu einem Forderungserlaß – ggf. gekoppelt mit Besserungsvereinbarungen – kommt. Verbindlichkeiten, für die ein Rangrücktritt vereinbart wurde, sind in unveränderter Höhe zu berücksichtigen.

Zerobonds und niedrig verzinsliche Darlehen sind zum aktuellen Kurswert zu bewerten. Die Ermittlung des Kurswerts macht ggf. eine finanzmathematische Berechnung erforderlich. Die Entwicklung des Kurswerts hängt von der verbleibenden Laufzeit bis zur Rückzahlung des Darlehens bzw. der Anleihe und dem aktuellen Zinsniveau ab. Bei Zerobonds usw. kann sich trotz unverändertem EK im Zeitablauf ein Überschreiten der safe haven ergeben.

Beispiel: Die N-BV gewährt der deutschen Tochtergesellschaft T-GmbH ein unverzinsliches Darlehen, das nach 5 Jahren zu 300 zurückzuzahlen ist. Bei Darlehensgewährung beträgt die Kapitalmarktrendite für fünfjährige Darlehen 6 vH. Das anteilige EK von N-BV beträgt während der 5 Jahre jeweils 80. Bei unverändertem Zinsniveau entwickelt sich der Rückzahlungsbetrag wie folgt:

Jahr	Rückzahlungsbetrag
1	224,18
2	237,63
3	251,89
4	283,02
5	300,00

Der safe haven gem. Abs. 1 Nr. 2 iHv. 240 (1:3 Relation) wird bei einem Zinssatz von unverändert 6 vH nach etwa 14 Monaten überschritten. Steigt der Zinssatz auf 8 vH, wird der safe haven erst nach ca. 25 Monaten überschritten; bei einem Zinsrückgang auf 5 vH bereits nach 5 Monaten.

Einstweilen frei.

59

II. Person des Fremdkapitalnehmers: Unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaft

1. Betroffener Personenkreis

60

Nach dem Wortlaut von Abs. 1 Satz 1 muß es sich beim Empfänger des FK um eine „unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaft“ handeln. Der FKNeher muß somit

- in der Rechtsform der KapGes. organisiert und
- unbeschränkt stpfl. sein.

Kapitalgesellschaften sind nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 die AG, KGaA, die GmbH sowie die bergrechtliche Gewerkschaft. Diese gesetzliche Aufzählung ist ab-

schließend (vgl. § 1 Anm. 21; Abschn. 2 Abs. 1 KStR). Bergrechtliche Gewerkschaften (s. § 1 Anm. 27) sind nach § 163 Abs. 4 Bundesbergbaugesetz als zum 1. 1. 1994 aufgelöst anzusehen; sie spielen deshalb für § 8a keine Rolle mehr.

Unbeschränkte Steuerpflicht liegt vor, wenn der Ort der Geschäftsleitung (§ 10 AO) oder der Sitz (§ 11 AO) der KapGes. sich im Inland befinden (s. § 1 Anm. 12–18). Zu Sonderfragen der Doppelansässigkeit von KapGes. s. Anm. 63.

61 2. Nichtbetroffener Personenkreis

Nicht unter den Regelungsbereich von § 8a fallen FKNEhmer, die entweder keine KapGes. oder nicht unbeschränkt stpfl. sind.

Keine Kapitalgesellschaften sind die in § 1 Abs. 1 Nr. 2–6 aufgeführten Körperschaften. Dies sind Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, sonstige juristische Personen des privaten Rechts, nichtrechtsfähige Vereine, Anstalten, Stiftungen und andere Zweckvermögen des privaten Rechts sowie Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Zu den Gründen der Herausnahme aus dem Anwendungsbereich von § 8a s. Anm. 16.

Nicht unbeschränkt, sondern beschränkt körperschaftsteuerpflichtig sind Körperschaften, die weder ihre Geschäftsleitung noch ihren Sitz im Inland haben (§ 2). Deshalb fallen etwa Betriebsstätten ausländischer KapGes. nicht unter § 8a (s. *Frotscher*, IStR 1994 S. 203; *Prinz*, FR 1994 S. 622, 628 mit Hinweis auf ausl. Objektgesellschaften ohne Betriebsstätte oder ständigen Vertreter im Inland).

3. Sonderfälle

62 a) Vorgründungsgesellschaft, Vorgesellschaft, Kapitalgesellschaft in Liquidation

Vorgründungsgesellschaften fallen nicht unter § 8a. Da ihr Zweck in erster Linie in der Errichtung einer rechtsfähigen juristischen Person besteht, ist sie idR eine reine Innengesellschaft (insbes. GbR), bei Aufnahme eines Handelsgewerbes eine OHG. Es besteht weder mit der Vorgesellschaft noch mit der später entstehenden Gesellschaft rechtliche Identität (BFH v. 8. 11. 89 I R 174/86, BStBl. II 1990 S. 91, 92; *Eckardt* in *Gefstler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, Bd. I, § 29 AktG Anm. 43; *Hoffmann-Becking* in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Bd. 4 Aktiengesellschaft, § 3 Anm. 26; *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl. 1991 S. 250 ff., 842 ff.) Die Einkünfte der Vorgründungsgesellschaft sind somit einheitlich und gesondert gem. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG festzustellen und von den Beteiligten im Rahmen ihrer ESt/KStVeranlagungen zu versteuern.

Vorgesellschaft ist die errichtete, aber noch nicht eingetragene KapGes. Sie setzt den Abschluß eines notariellen Gesellschaftsvertrags voraus (BFH v. 8. 11. 89 aaO S. 92; *Hoffmann-Becking* aaO Anm. 28 ff.) Die Vorgesellschaft ist nach hM mit der späteren KapGes. identisch (str.; vgl. *Scholz/K. Schmidt* VIII., § 11 GmbHG Anm. 25) und folglich kstpfl. (vgl. Abschn. 2 Abs. 3 Satz 1 KStR sowie § 1 Anm. 74 ff.). § 8a ist demzufolge anwendbar.

Liquidation und Konkurs: Die StPflcht einer KapGes. endet grundsätzlich erst mit der rechtsgültig abgeschlossenen Liquidation; die Löschung im Handelsregister ist ohne Bedeutung. Solange KStPflcht besteht, fällt die KapGes. uE unter § 8a.

b) Doppelansässigkeit von Kapitalgesellschaften

63

Kapitalgesellschaften mit statutarischem Sitz im Ausland und Geschäftsführung im Inland: Str. ist, ob KapGes. mit statutarischem Sitz im Ausland und Geschäftsleitung im Inland (dem entspricht idR der tatsächliche Verwaltungssitz) in den Anwendungsbereich von § 8a fallen (bejahend BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 6; ablehnend *Herzig-Arbeitsgruppe* zu § 8a, WPg. 1994 S. 471; *Prinz*, FR 1994 S. 622, 628). *Herzig* (DB 1994 S. 113) erachtet im Grundsatz eine ausdrückliche gesetzliche Einbeziehung in den Regelungsbereich der Gesellschafter-Fremdfinanzierung für notwendig. *Schwebel* (in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 6) zieht in derartigen Fällen die Anwendung von § 42 AO in Betracht (uE bedenklich; s. Anm. 28 und eingehender *Prinz*, FR 1994 S. 622, 628).

Stellungnahme: UE fallen derartige Gesellschaften bei Anwendung der höchstgerichtlichen Rspr. und wortlautgemäßer Auslegung des Abs. 1 Satz 1 nicht unter die Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregelung (s. BFH v. 23. 6. 92 IX R 182/87, BStBl. II S. 972). Sie sind zwar in Deutschland unbeschränkt stpfl., da sich der Ort der Geschäftsleitung im Inland befindet, aber nicht als inl. KapGes. Abs. 1 Satz 1 beschränkt sich nach seinem Wortlaut eindeutig auf „unbeschränkt stpfl. KapGes.“ und ist einer erweiternden Auslegung nicht zugänglich.

Entsprechen derartige doppelt ansässige Gesellschaften zwar bei Anwendung der Typenvergleichsmethode einer KapGes. iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 1, sind sie jedoch nicht in das Handelsregister eingetragen, fehlt es an der Rechtsfähigkeit. Denn die Handelsregistereintragung wirkt konstitutiv (s. § 11 Abs. 1 GmbHG; § 41 Abs. 1 AktG; eingehender § 1 KStG Anm. 65 ff.). Die in § 1 Abs. 1 Nr. 1 geregelte KStSubjektfähigkeit einer KapGes. knüpft an deren Zivilrechtsfähigkeit an (BFH v. 13. 12. 89 I R 98–99/86, BStBl. II 1990 S. 468). Mangels Zivilrechtsfähigkeit bestimmt sich die unbeschränkte KStPflicht derartiger Gesellschaften nach § 1 Abs. 1 Nr. 5, dh. der nichtrechtsfähigen Vereine usw. (BFH v. 23. 6. 92 aaO S. 972; in den Einzelheiten str., vgl. hierzu *Grafte* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 1 KStG Anm. 68–93). Zu den Gestaltungsrisiken eingehender *Prinz*, FR 1994 S. 622, 628.

Kapitalgesellschaften mit statutarischem Sitz im Inland und Geschäftsführung im Ausland: Derartige Gesellschaften sind im deutschen Handelsregister eingetragen und damit rechtsfähig. Sie sind KapGes. iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und fallen damit in den Anwendungsbereich von § 8a. Ohne Bedeutung ist uE, daß derartige Gesellschaften uU als aufgelöst gelten und nach allgemeinen Regeln abzuwickeln sind (vgl. BayObLG v. 7. 5. 92 3Z BR 14/92, DB 1992 S. 1400; *Staudinger/Großfeld*, Internationales Gesellschaftsrecht, 1993 RdNr. 228, 557). Denn solange die Liquidation der Gesellschaft nicht vollständig abgeschlossen ist, fällt die KapGes. unter § 8a.

Einstweilen frei.

64

III. Person des Fremdkapitalgebers: Wesentlich beteiligter Nichtanrechnungsberechtigter

1. Erhalt des Fremdkapitals „von einem nicht zur Anrechnung von Körperschaftsteuer berechtigten Anteilseigner“

65

Die unbeschränkt stpfl. KapGes. muß das FK „von einem nicht zur Anrechnung von Körperschaftsteuer berechtigten Anteilseigner“ erhalten haben. Die Anwendung des Abs. 1 Satz 1 hat insoweit zwei Voraussetzungen:

- Der FKGeber muß Anteilseigner sein, dh. zivilrechtlicher, zumindest wirtschaftlicher Eigentümer der KapGesAnteile,
- er darf nicht zur Anrechnung von KSt. berechtigt sein.

Hinzu kommen muß eine wesentliche Beteiligung am Grund- oder Stammkapital (s. Anm. 66) zu einem Zeitpunkt im Wj. (s. Anm. 67).

Begriff des Anteilseigners: Der Anteilseignerbegriff ist in § 8a nicht eigenständig definiert. Abs. 3 definiert die wesentliche Beteiligung, woraus sich uE Rückschlüsse auf den Anteilseignerbegriff ergeben. Nach Auffassung der FinVerw. ist Anteilseigner, wer unmittelbar oder mittelbar (zB über eine vorgeschaltete Gesellschaft) an der KapGes. beteiligt ist (so BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 7); dies ist uE zutreffend. In Teilen des Schrifttums wird abweichend dazu – unter Rückgriff auf § 20 Abs. 2a EStG – die Auffassung vertreten, nur der unmittelbare Anteilseigner sei in Abs. 1 Satz 1 erfaßt, der mittelbare Anteilseigner sei nahestehende Person gem. Abs. 1 Satz 2 (vgl. *Wassermeyer* in *Herzig* (Hrsg.), *Gesellschafter-Fremdfinanzierung und Beteiligung an ausl. Gesellschaften*, Köln 1995); uE ist dies im Hinblick auf die Rechtsaussagen des Abs. 3 zu eng (zu den Einzelheiten der Abgrenzung s. Anm. 160). Der Anteilseigner muß – in unmittelbarer oder mittelbarer Form – zivilrechtlicher bzw. wirtschaftlicher Inhaber der Gesellschaftsanteile an der inl. KapGes. sein, dh. die Verfügungsbefugnisse und Mitwirkungsrechte ausüben (vgl. auch BFH v. 13. 7. 94 I R 112/93, FR 1995 S. 113). Anteile an der KapGes. sind bei der AG und KGaA Stamm- und Vorzugsaktien (§ 12 AktG, § 278 Abs. 3 iVm. § 11 AktG), bei der GmbH die Gesellschaftsanteile.

Nichtanrechnungsberechtigter Anteilseigner: Nicht zur Anrechnung von KSt. berechtigt sind zwei Gruppen von Stpfl. (zu Einzelheiten s. § 51, auch Anm. 16):

► *Inländische Nichtanrechnungsberechtigte:* Es handelt sich zum einen um unbeschränkt stpfl. juristische Personen, die gem. § 5 Abs. 1 stbefreit sind, zB politische Parteien, die Kirchen usw. (§ 51 iVm. § 50 Abs. 1 Nr. 1); dies gilt jedoch nur insoweit, als die Einnahmen dem stbefreiten Bereich und nicht dem stpfl. wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zuzuordnen sind (vgl. *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 51 KStG Anm. 17). Zum anderen werden erfaßt gem. § 2 Nr. 2 beschränkt stpfl. inländische Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, bei denen die KSt. für die inl. Einkünfte mit dem Steuerabzug abgegolten ist; darunter fallen insbesondere die Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände) sowie Kammern, Innungen und Anstalten (vgl. *Rekow* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 2 KStG Anm. 53). Zu den finanzamtlichen Sonderregelungen für die Treuhandanstalt und bestimmte Wohnungsbauunternehmen s. Anm. 16.

► *Ausländische Nichtanrechnungsberechtigte:* Dies sind mit ihren inl. Einkünften beschränkt stpfl. Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen iSv. § 2 Nr. 1, die weder ihre Geschäftsleitung noch ihren Sitz im Inland haben (§ 51 iVm. § 50 Abs. 1 Nr. 2; vgl. zB *Blümich/Taske*, § 51 KStG Anm. 3).

66 2. Wesentliche Beteiligung am Grund- oder Stammkapital

Der nicht zur Anrechnung von KSt. berechtigte Anteilseigner, der der inl. KapGes. FK gewährt, muß für die Anwendbarkeit von Abs. 1 Satz 1 an deren Grund- oder Stammkapital wesentlich beteiligt sein; die wesentl. Beteiligung muß (zumindest) zu einem Zeitpunkt im Wj. vorliegen (s. Anm. 67). Der Begriff der wesentl.

Beteiligung ist mit seinem Haupttatbestand in Abs. 3 Satz 1 (zu Einzelheiten s. Anm. 163–165), mit seinen mißbrauchsbedingten Ersatztatbeständen in Abs. 3 Sätze 2 und 3 definiert (zu Einzelheiten s. Anm. 168–172). Im Haupttatbestand liegt eine wesentl. Beteiligung vor, wenn der Anteilseigner am Grund- oder Stammkapital der inl. KapGes. zu mehr als einem Viertel unmittelbar oder mittelbar über eine KapGes. oder PersGes. beteiligt ist (ähnlich auch BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 9; zu daraus resultierenden Gestaltungsüberlegungen s. Anm. 13).

3. Wesentliche Beteiligung „zu einem Zeitpunkt im Wirtschaftsjahr“

67

Juristische Sekunde genügt: Für die Anwendung des Abs. 1 Satz 1 mit der Fiktion einer vGA für bestimmte FKVergütungen genügt es, wenn der Anteilseigner „zu einem Zeitpunkt im Wirtschaftsjahr“ an der unbeschränkt stpfl. KapGes. wesentlich (dh. im Regelfall mit mehr als 25 vH) beteiligt war. Ausreichend ist deshalb eine nur kurzfristige Beteiligung, dh. im Extremfall sogar die wesentl. Beteiligung während einer „logischen Sekunde“ (vgl. *Dörner*, Inf. 1993 S. 410; BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 11).

Hinweis: Entsprechung findet diese gesetzlich kodifizierte Regelung in der BFH-Rspr. zu § 17 EStG. Danach genügt für die Anwendung von § 17 EStG eine nur kurzfristige wesentl. Beteiligung (BFH v. 7. 7. 92 VIII R 54/88, BStBl. II 1993 S. 331).

Das Tatbestandsmerkmal der wesentl. Beteiligung an der inl. KapGes. zu irgendeinem Zeitpunkt im Wj. dient der Vermeidung von Umgehungsmöglichkeiten, die im Falle einer Bezugnahme auf den Bilanzstichtag bestünden (vgl. *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 10). Bei einer Bezugnahme auf den Bilanzstichtag könnte durch entsprechende Gestaltungen – im Rahmen der von § 42 AO gesetzten Grenzen (s. Anm. 28) – versucht werden, eine wesentl. Beteiligung stichtagsbezogen zu vermeiden (zB durch Pensionsgeschäfte).

Gründe für Entstehung der wesentlichen Beteiligung ohne Bedeutung: Unerheblich ist nach dem Gesetzeswortlaut, aus welchen Gründen eine wesentl. Beteiligung zu einem Zeitpunkt im Wj. besteht. Dies bedeutet, daß Abs. 1 Satz 1 auch dann zur Anwendung kommt, wenn eine wesentl. Beteiligung unvorhergesehen, zB aufgrund eines Erbfalls oder einer ungeplanten verdeckten Einlage, entsteht (glA *Herzig*, DB 1994 S. 115). Wegen der damit verbundenen zufälligen Ergebnisse wird im Schrifttum für eine Mindestfrist oder eine Ausnahmeregelung, zB in Erbfällen, plädiert (vgl. *DIHT/BDI* v. 8. 6. 94 zu Tz. 16 des BMF-Entwurfs v. 22. 4. 94, nv.). UE kann es sich dabei allenfalls um Billigkeitsmaßnahmen der FinVerw. in Einzelfällen handeln; weder Gesetzeswortlaut noch -zweck gebieten uE eine allgemeine teleologische Reduktion der Vorschrift.

Zum Zeitbezug bei der Berechnung der Höhe der verdeckten Gewinnausschüttung s. Anm. 72.

Einstweilen frei.

68, 69

IV. Rechtsfolge: Bestimmte Fremdkapitalvergütungen „gelten als verdeckte Gewinnausschüttungen“

1. Fiktion einer verdeckten Gewinnausschüttung mit der Rechtsfolge fehlender Einkommensminderung

70

Spezialgesetzliche vGA-Fiktion für bestimmte FKVergütungen: Sofern die Tatbestandsvoraussetzungen des § 8a vorliegen, gelten die von der inl. KapGes. gewährten FKVergütungen als vGA; das FK selbst behält seinen Charakter

(s. Anm. 7). Abs. 1 Satz 1 schafft somit einen selbständigen vGA-Tatbestand kraft gesetzlicher Fiktion (ähnlich *Frotscher*, IStR 1994 S. 202 f.). Die die gesetzlich festgelegten safe haven übersteigenden FKVergütungen sind – sofern die Ausnahmeregelungen insbes. des Abs. 1 Nr. 2 nicht greifen – auch dann als vGA zu behandeln, falls die allgemeinen Voraussetzungen einer vGA gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 nicht (vollständig) erfüllt sind (glA *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 3; *Blimich/Menck*, § 8a KStG Anm. 30); zum Verhältnis von § 8a zu § 8 Abs. 3 Satz 2 eingehend Anm. 20. Nach hM handelt es sich somit in Abs. 1 Satz 1 um einen Rechtsfolgenverweis, keinen Rechtsgrundverweis (eingehend *Frotscher*, IStR 1994 S. 202 f., 208; *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 5, 60–65).

Keine Konkretisierung der Rechtsfolgen: Die Rechtsfolgen einer vGA sind mehrschichtig und erstrecken sich zum einen auf die Ebene der KapGes. (Hinzurechnung zum Einkommen, kstliches Anrechnungsverfahren), zum anderen auf die Ebene des Anteilseigners (Entstehung von KapErtrSt., Zurechnung der vGA beim Empfänger); allgemein zu den Rechtsfolgen einer vGA auch *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 14. Aufl. 1994 S. 436. In § 8a selbst erfolgt keine nähere Konkretisierung der Rechtsfolgen; korrespondierende Regelungen (zB im Anrechnungsverfahren, bei der KapErtrSt. oder beim Vergütungsempfänger) fehlen. Aufgrund des unvollkommenen Rechtsfolgenverweises ist die „Fiktionskraft“ des Abs. 1 S. 1 str. Insbes. *Frotscher/Maas* (§ 8a KStG Anm. 60, 64) sprechen sich für eine Beschränkung der vGA-Rechtsfolgen auf die Ebene der KapGes. aus; wohl auch *Meilicke*, BB 1994 S. 117; *Herzig*, DB 1994 S. 110; differenzierend *Blimich/Menck*, § 8a KStG Anm. 30, der danach unterscheidet, ob die Vergütung tatsächlich an den Anteilseigner geflossen ist oder nicht. Für eine umfassende Rechtsfolgenfiktion dagegen *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 3 ff.; *Dörner*, Inf. 1993 S. 439; wohl auch *Hey*, RIW 1994 S. 221, 227. Nach Auffassung der FinVerw. bestimmen sich die Rechtsfolgen einer vGA gem. § 8a nach den allgemeinen Grundsätzen (so BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 76). Zu Einzelheiten auch Anm. 71 mwN.

Keine Einkommensminderung kraft vGA-Fiktion: Aus dem Wortlaut des Abs. 1 Satz 1 sowie seiner gesetzssystematischen Stellung im Bereich der kstlichen Einkommensermittlungsvorschriften folgt, daß von § 8a kraft vGA-Fiktion erfaßte FKVergütungen das Einkommen der inl. KapGes. nicht mindern dürfen. § 8a löst damit – unabhängig von den in der Rspr. entwickelten allgemeinen Tatbestandsmerkmalen einer vGA – die Rechtsfolge des § 8 Abs. 3 Satz 2 aus. Diese auf die Einkommensermittlung bezogene Rechtsfolge ist unstr. (s. auch BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 76: Die Auswirkungen der vGA bei der leistenden KapGes. richten sich nach § 8 Abs. 3 Satz 2).

71 2. Nicht geregelte Rechtsfolgen der verdeckten Gewinnausschüttung

Die in § 8a für bestimmte FKVergütungen angeordnete Rechtsfolge einer vGA beschränkt sich im wesentlichen auf den Bereich der Einkommensermittlung; die als Vermögensminderung erfaßten Vergütungen dürfen das Einkommen der inl. KapGes. nicht mindern (eingehender Anm. 70). Damit korrespondierende Regelungen hinsichtlich weiterer Rechtsfolgen der kraft gesetzlicher Fiktion entstandenen vGA fehlen. Es gelten somit die allgemeinen Grundsätze (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 76), deren Anwendbarkeit aufgrund der speziellen Voraussetzungen des § 8a allerdings im Einzelfall Schwierigkeiten bereitet (zB bei Abs. 1 Satz 2 für an Nichtgesellschafter geleistete Vergütungen; s. Anm. 120 mwN). Die Einzelheiten dazu bei der inl. KapGes. und dem Anteilseigner bzw. den gleichgestellten Personen sind str. Die Rechtsfolgen der speziellen § 8a-vGA erstrecken sich auf

- die Behandlung im *kapitalistischen Anrechnungsverfahren* gem. § 27 (s. Anm. 21: Qualifikation als „andere Ausschüttung“),
- die *Einbehaltungspflicht zur KapErtrSt.* gem. § 43 EStG sowie den DBA-rechtlichen Quellensteuereinbehalt (s. Anm. 22),
- die *Zurechnung und Behandlung der vGA* beim Anteilseigner bzw. Vergütungsempfänger (s. Anm. 20, 32).

Keine Rechtsfolgen entfaltet § 8a bei der Gewerbeertragsteuer (s. Anm. 26) sowie bei den Substanzsteuern (s. Anm. 27).

3. Zeitbezug für die Höhe der verdeckten Gewinnausschüttung

72

Für die Umqualifikation bestimmter FKVergütungen in eine vGA ist im Hinblick auf den nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner eine wesentliche Beteiligung „zu einem Zeitpunkt im Wirtschaftsjahr“ ausreichend (eingehender Anm. 67). Daraus resultieren Unklarheiten bezüglich der Zeitdauer für die Umqualifizierung in eine vGA (zB bei Hinzuerwerb von Anteilen oder Gesellschafterwechsel).

Diskussionsstand: Es ist str., ob nach Abs. 1 Satz 1 die gesamten während des Wj. gezahlten und die *safe haven* übersteigenden Vergütungen an den Anteilseigner in vGA umzuqualifizieren sind oder nur die Vergütungsteile für den Zeitraum, in dem die wesentliche Beteiligung besteht bzw. der FKGeber Anteilseigner ist (pro-rata-temporis-Betrachtung). Die FinVerw. nimmt eine Zurechnung nur für den Zeitraum der Anteilseignerschaft vor, wobei keine Beschränkung auf die Zeitphase der wesentlichen Beteiligung erfolgen soll (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 78). Im Schrifttum wird für die Umqualifizierung der gesamten Vergütungen der Wortlaut des Abs. 1 Satz 1 angeführt; denn Abs. 1 Satz 1 enthalte keine Einschränkung dergestalt, daß eine Umqualifizierung nur für den Zeitraum erfolgen kann, in dem die wesentliche Beteiligung besteht (so *Schwebel in Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 26; *Frotscher*, IStR 1994 S. 201, 207). Ein Großteil des Schrifttums fordert dagegen, daß Vergütungen nach § 8a nur umzuqualifizieren sind, solange die wesentliche Beteiligung besteht (vgl. *Bader*, NWB F. 4 S. 3975, 3979 f.; *Dörner*, Inf. 1993 S. 409, 413, 439 f.; *Grefe*, StuSt. 1994 S. 200; *Korn*, DStZ 1993 S. 737; s. auch *Streck*, KStG, 4. Aufl. 1995 § 8a Anm. 9, der dies aus der Verwendung des Worts „soweit“ in Abs. 1 Nr. 1 u. 2 folgert). Für den Zeitraum fehlender Anteilseignerschaft ist eine Umqualifikation nach § 8a auf jeden Fall unzulässig (so auch die FinVerw., BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 78).

Stellungnahme: Eine Umqualifizierung der Vergütungen in vGA kommt nur für den Zeitraum in Betracht, in dem der Anteilseigner wesentlich an der inl. KapGes. beteiligt ist. UE beschränkt sich der Gesetzeswortlaut auf die Konkretisierung der subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen in bezug auf den Anteilseigner. Die gesetzliche Bestimmung „Beteiligung zu einem Zeitpunkt im Wj.“ dient zur Vermeidung von Umgehungsmöglichkeiten, die bei einer Bezugnahme auf den Bilanzstichtag bestehen würden (s. Anm. 67). Es ist uE zu weitgehend, den Zeitbezug auf die Rechtsfolgeseite, nämlich die Errechnung der Höhe der vGA, auszudehnen. Der Gesetzeszweck erfordert eine einschränkende Auslegung, so daß nur für den Zeitraum des Bestehens einer wesentlichen Beteiligung umqualifiziert werden kann. Denn nach dem Willen des Gesetzgebens sollen durch § 8a lediglich die Fälle überzogener Fremdfinanzierung getroffen werden (s. Anm. 7); eine solche überzogene Fremdfinanzierung ist jedoch nur dann möglich, wenn der Darlehensgeber in seiner Eigenschaft als Anteilseigner einen wesentlichen Einfluß auf die inl. KapGes. ausüben kann. Dies erfordert gleichzeitig eine Beteiligungsquote in einer Höhe, die eine Einflußmöglichkeit auf die KapGes.,

zumindest über die Gewährung einer Sperrminorität, ermöglicht oder eine dazu vergleichbare Position einräumt. Die Bedingungen einer steuerschädlichen FKGewährung mit der Rechtsfolge einer vGA können somit von Jahr zu Jahr sowie unterjährig wechseln (ähnlich *Strecke*, KStG, 4. Aufl. 1995 § 8a Anm. 9 mit Hinweis auf Gestaltbarkeit der Tatbestandsvoraussetzungen).

73, 74 Einstweilen frei.

C. Konkretisierung der von der Umqualifikation betroffenen Fremdkapitalvergütungen (Abs. 1 Satz 1, 2. Halbs.)

75 I. Allgemeines zu den betroffenen Vergütungsalternativen

Während Abs. 1 Satz 1, 1. Halbs. die Grundregelung für eine Umqualifizierung bestimmter FKVergütungen in eine vGA enthält, konkretisiert der 2. Halbs. die betroffenen FKVergütungen. Es wird danach unterschieden, ob die Bemessung der Vergütung vereinbart ist

- „nicht in einem Bruchteil des Kapitals“ (Abs. 1 Nr. 1; sog. ergebnisabhängige Vergütung) oder
- „in einem Bruchteil des Kapitals“ (Abs. 1 Nr. 2; sog. ergebnisunabhängige Vergütung).

Mit dem Begriff „Kapital“ ist FK gemeint (kritisch dazu *Bellstedt*, DB 1995 S. 13 mit Hinweis auf *Bareis*, RIW 1994 S. 142).

Zuordnungsfragen: Die beiden Vergütungsalternativen schließen sich wechselseitig aus; es besteht ein sog. Kumulationsverbot (s. auch Anm. 110 betr. sog. Mischfinanzierungen). Die eindeutige Zuordnung eines Gesellschafterdarlehens zu einer der beiden FKAlternativen wird dadurch erreicht, daß die Mittel bereits dann dem FK iSd. Abs. 1 Nr. 1 zugeordnet werden, wenn die darauf entfallende Vergütung sowohl ergebnisabhängige als auch ergebnisunabhängige Bestandteile enthält. Letztlich maßgebend für die Zuordnung der Vergütung ist die zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer getroffene Vereinbarung; die vertraglichen Absprachen können schriftlich oder mündlich getroffen sein. Weicht die tatsächliche Verzinsung von den vertraglichen Vereinbarungen ab, kommt es uE nach allgemeinen Grundsätzen auf die tatsächliche Abwicklung an.

Die wesentlichen Unterschiede zwischen den beiden Fremdkapitalarten sind:

► **Unterschiedliche Nichtbeanstandungsgrenzen:** Vergütungen für FK, das sich innerhalb der Sockelbeträge (den sog. safe haven) bewegt, wird nicht nach § 8a umqualifiziert. FK iSd. Abs. 1 Nr. 1 kann der Anteilseigner steuerunschädlich bis zur Hälfte seines anteiligen EK gewähren (Verhältnis: 1:0,5), FK iSd. Abs. 1 Nr. 2 hingegen bis zum Dreifachen des anteiligen EK (Verhältnis: 1:3). Für Holdinggesellschaften iSd. Abs. 4 Satz 1 gilt ein erweiterter safe haven von 1:9 (zu Einzelheiten s. Anm. 187). Wegen Besonderheiten bei sog. Mischfinanzierungen s. Anm. 110–113. Da ergebnisabhängige Vergütungen eine größere Nähe zum EK haben und zudem eine stärkere „Gewinnabsaugungswirkung“ aufweisen, ist der safe haven bei Abs. 1 Nr. 1 geringer als bei Abs. 1 Nr. 2.

► **Möglichkeiten zur Vermeidung einer Umqualifizierung nur bei ergebnisunabhängigen Vergütungen:** Wird im Einzelfall der safe haven überschritten, steht nur im Falle von FK iSd. Abs. 1 Nr. 2 der sog. Drittvergleich zur Verfügung. Dies bedeutet, daß eine Umqualifizierung der Vergütungen in eine vGA nicht erfolgt, wenn ein fremder Dritter das den safe haven übersteigende FK unter denselben Umständen eben-

falls gewährt hätte. Eine entsprechende Regelung gilt im Bereich von Holdinggesellschaften und anderen verbundenen Unternehmen (Abs. 4 Sätze 2, 3). Darüber hinaus entsteht bei Mittelaufnahmen zur Finanzierung banküblicher Geschäfte keine vGA (s. Anm. 106–108). Zu den Gründen der Sonderregelungen in Abs. 1 Nr. 2 gegenüber Nr. 1 s. Anm. 99, 106.

► *Übergangsregelung nur für ergebnisabhängig verzinstes FK*: Es gilt in sog. Altfällen eine Übergangsregelung (§ 54 Abs. 6 b Sätze 2 u. 3). Unter die Übergangsregelung fällt FK iSd. Abs. 1 Nr. 1, das vor dem 9. 12. 92 gewährt wurde, sowie der ergebnisabhängige Teil mischfinanzierten FK (zu Einzelheiten s. Anm. 110–113). Ansonsten gilt § 8a erstmals für das Wj., das nach dem 31. 12. 93 beginnt (§ 54 Abs. 6 b Satz 1; eingehender Anm. 3).

II. Vergütungsalternative 1: Nicht in einem Bruchteil des Fremdkapitals bemessene Vergütung vereinbart (2. Halbs. Nr. 1)

1. Fremdkapital gegen gewinn- oder umsatzabhängige Vergütung vereinbart

a) Grundsatz

76

Als „nicht in einem Bruchteil des Kapitals bemessene Vergütungen“ gelten sämtliche gewinn- und umsatzabhängigen Verzinsungsformen für das vom Darlehensgeber gewährte FK. Zur Maßgeblichkeit der getroffenen Vereinbarung s. Anm. 75. Abs. 1 Nr. 1 ist gesetzestechnisch als Negativabgrenzung konzipiert. Die FinVerw. folgert daraus den Charakter eines Auffangtatbestands, falls eine Vergütung nicht ausschließlich in einem Bruchteil des Kapitals bemessen ist (so BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 55); dies ist uE im Einzelfall zu weitgehend (s. dazu Anm. 80). Nach Auffassung der FinVerw. fallen auch sog. Mischvergütungen, dh. Entgelte, die sich nicht ausschließlich nach ergebnisunabhängigen Bestandteilen bemessen, unter Abs. 1 Nr. 1; maßgebend ist dabei das einzelne Darlehen. Von den Mischvergütungen sind deshalb die Mischfinanzierungen zu unterscheiden (eingehender Anm. 110–113).

Ergebnisabhängige Vergütung für FK: Nach hM sind solche Vergütungen nicht in einem Bruchteil des Kapitals bemessen, die von den Erwerbschancen und -risiken der KapGes. abhängen (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 53). Es handelt sich idR um gewinnabhängige oder umsatzabhängige Vergütungen. Gewinnabhängig sind Vergütungen, die sich zB an dem erwirtschafteten oder ausgeschütteten Gewinn der KapGes. orientieren oder auf einer Cash flow-Größe beruhen; umsatzbezogen sind Vergütungen, die zB vom gesamten Umsatzerlös oder einem abgegrenzten Umsatzteilbereich der KapGes. abhängen; uU kann auch eine projektbezogene Umsatzanbindung erfolgen.

Vgl. dazu auch *Frotscher/Maas*, § 8 a KStG Anm. 22; *Frotscher*, IStR 1994 S. 201, 203; *Schwebel in Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8 a KStG Anm. 12 b; *Blümlich/Mencke*, § 8 a KStG Anm. 21; *Herzig*, DB 1994 S. 168, 170 f.

b) Stille Gesellschaft, partiarische Darlehen und Genußrechte

77

Nicht in einem Bruchteil des FK bemessene Vergütungen hängen von den Erwerbschancen und -risiken der inl. KapGes. ab (s. Anm. 76). Die Mittelgewährung durch den nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner bzw. gleichgestellte Personen muß in Gestalt von FK, nicht EK erfolgen (zur Abgrenzung s. Anm. 44–52).

Klassische Fälle gewinn- oder umsatzabhängiger Vergütungen sind, sofern die Mittelgewährung FKCharakter hat:

- ▶ *Stille Gesellschaft*: Grundsätzlich fallen Vergütungen für die Einlage eines stillen Gesellschafters unter die ergebnisabhängigen Vergütungen iSd. Abs. 1 Nr. 1 (so auch BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 53). Denn gem. § 231 Abs. 2 HGB kann die Gewinnbeteiligung des stillen Gesellschafters nicht ausgeschlossen werden.
- ▶ *Partiarisches Darlehen*: Da als Gegenleistung für die Gewährung eines partiarischen Darlehens – ggf. neben einem festen Zins – ein Gewinnanteil vereinbart wird, handelt es sich um ergebnisabhängige Vergütungen. Dabei spielt es keine Rolle, an welche Bezugsgröße die Ergebnisabhängigkeit geknüpft ist.
- ▶ *Genußrechte*: In der überwiegenden Zahl von Fällen sind Vergütungen für Genußrechte gewinnabhängig. Genußrechtskapital mit Fremdfinanzierungscharakter fällt deshalb idR unter Abs. 1 Nr. 1. Dabei spielt es keine Rolle, falls eine gewinnunabhängige Mindestverzinsung vereinbart ist (dazu auch Anm. 80). Wird ausschließlich eine im Bruchteil des Kapitals bestehende Vergütung vereinbart, auf die auch im Falle von Verlusten nicht verzichtet, sondern die lediglich gestundet wird, fällt sie unter Abs. 1 Nr. 2. UE ist es unzutreffend, wenn seitens der FinVerw. Vergütungen für Genußrechte ohne Einschränkung zu den ergebnisabhängigen Entgelten zählen (BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 53; kritisch auch *Herzig-Arbeitsgruppe* zu § 8a, WPg. 1994 S. 473).

78, 79 Einstweilen frei.

80 c) Zusammenstellung problembehafteter ergebnisabhängiger Vergütungsarten

Im Einzelfall ist str., ob die zwischen Darlehensgeber und -nehmer vereinbarten Vergütungen Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 zuzuordnen sind. Die FinVerw. tendiert idR wegen der geringeren safe haven (1:0,5 anstelle von 1:3 Relation) und fehlender Fremdvergleichsmöglichkeit zur Anwendung von Abs. 1 Nr. 1. Zu den klassischen ergebnisabhängigen Vergütungen bei stiller Gesellschaft, partiarischen Darlehen und Genußrechten s. Anm. 77.

Ergebnisabhängige Vergütungen lt. FinVerw.: Nach Auffassung der FinVerw. liegen bei folgenden Gestaltungen ergebnisabhängige Vergütungen iSd. Abs. 1 Nr. 1 vor (vgl. BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 55):

- ▶ *Feste Zinsstaffelung in Abhängigkeit vom Gewinn der KapGes.* UE nicht unproblematisch, da die Vergütung in allen Fällen in einem Bruchteil des Kapitals bemessen ist und lediglich dieser Bruchteil gewinnabhängig variiert.
- ▶ *Feste Verzinsung mit zusätzlicher gewinnabhängiger Vergütung* (uE zutreffend).
- ▶ *Gewinnabhängige Vergütung, die begrenzt ist durch einen festen Höchst- und einen Mindestzinssatz.* Die Beurteilung ist str. für Jahre der Anwendung der Höchst- oder Mindestverzinsung. Sofern bei der Beurteilung eine Jahresbetrachtung zugrunde gelegt wird, dürfte Abs. 1 Nr. 2 zur Anwendung kommen. Stellt man dagegen entsprechend mehrperiodiger Betrachtung auf die Darlehensvereinbarung insgesamt ab, dürfte letztlich Abs. 1 Nr. 1 auch dann zur Anwendung kommen, wenn in einem Jahr ausnahmsweise die Mindest- oder Höchstverzinsung eingreift.

Stellungnahme: UE kommt es auf die vertragliche Charakterisierung der FKVergütung insgesamt und nicht auf eine strikt jahresbezogene Betrachtung an. Es kommt daher Abs. 1 Nr. 1 mit dem gegenüber Abs. 1 Nr. 2 geringeren safe haven zur Anwendung. Ansonsten würde uU die Beurteilung von Jahr zu Jahr bei

demselben FK wechseln; dies würde der bezweckten Planungssicherheit (vgl. allgemein *Herzig*, StuW 1993 S. 243 ff.) widersprechen.

► *Ergebnisunabhängige Verzinsung mit Stundung bei Verlusten der KapGes.* (glA *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 12 b). UE unzutreffend. Eine krisenbedingte Stundung führt nicht zur Umqualifizierung der vereinbarten FKVergütung; denn die Stundung betrifft lediglich die Fälligkeit der Vergütung, nicht jedoch deren grundsätzlichen Charakter (glA *Bundessteuerberaterkammer*, IStR 1994 S. 328; *Stellungnahme DIHT/BDI* v. 8. 6. 94 S. 8, nv.; *Herzig-Arbeitsgruppe* zu § 8a, WPg. 1994 S. 473; *Herzig*, DB 1994 S. 171).

► *Ergebnisunabhängige Verzinsung, aber Zinsverzicht in Verlustjahren der KapGes.* UE nicht unbedenklich, aber letztlich zutreffend, da die Zinsentstehung von der Ergebnissituation der KapGes. abhängt (glA *Herzig*, DB 1994 S. 170 f.; aA *IDW-Stellungnahme*, WPg. 1993 S. 746).

► *Teilschuldverschreibungen, bei denen neben der festen Verzinsung ein Recht zum Umtausch in Gesellschaftsanteile eingeräumt ist (Wandelanleihe).* UE problematisch. Bei derartigen von Aktiengesellschaften emittierten Schuldverschreibungen wird dem Inhaber des Wertpapiers das Recht eingeräumt, anstelle (Wandelanleihe) oder zusätzlich (Optionsanleihe) zum Wertpapier weitere Aktien zu erwerben. Das Umtausch- bzw. Bezugsrecht erstreckt sich lediglich auf das Stammrecht und die dort bestehenden Wertentwicklungen, verändert den ergebnisunabhängigen Charakter der Schuldverschreibung dagegen nicht. Die FinVerw. regelt in Tz. 55 (BMF v. 15. 12. 94 aaO) lediglich den Fall der Wandelanleihe; die Optionsanleihe bleibt unerwähnt.

Hinweis: Wird bei einer Darlehensgewährung eine Vereinbarung getroffen, nach der dem Darlehensgeber oder -nehmer einseitig bzw. nach wechselseitiger Abstimmung eine Option eingeräumt wird, von einer ergebnisunabhängigen zu einer ergebnisabhängigen Vergütung zu wechseln, greift gleichwohl bis zur Ausübung der Option Abs. 1 Nr. 2. Entsprechendes gilt für die umgekehrte Fallkonstellation. Ist die Optionsausübung an eine bestimmte Frist gebunden, tritt der Wechsel der Vergütungsart erst mit Fristablauf ein.

Beispiel: Die in den Niederlanden ansässige N-BV gibt ein Darlehen an ihre deutsche Tochtergesellschaft T-GmbH iHv. 100 TDM. Als Vergütung wird ein Zinssatz von 7 vH p. a. vereinbart mit der Option auf Umstellung der Vergütung auf 1 vH des Jahresüberschusses. Die Option wird nach Ablauf von sechs Monaten nach Ausübung wirksam. Die N-BV übt die Option zum 1. 4. 02 aus. Bei den von der T-GmbH im Jahr 02 gezahlten Vergütungen handelt es sich vom 1. 1.–30. 9. um Vergütungen iSd. Abs. 1 Nr. 2, vom 1. 10.–31. 12. um Vergütungen iSd. Abs. 1 Nr. 1.

Sonderfragen, die von der FinVerw. im BMF-Schreiben v. 15. 12. 94 (aaO) nicht ausdrücklich geregelt sind, betreffen:

► *Forderungsverzicht gegen Besserungsschein:* Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, daß im Falle eines Forderungsverzichts gegen Besserungsschein die nach Beseitigung der Unternehmenskrise gezahlten festen Vergütungen nicht ergebnisabhängig werden. Denn auch in diesen Fällen handelt es sich um einen Zahlungsaufschub (vgl. *Herzig-Arbeitsgruppe* zu § 8a, WPg. 1994 S. 473; *Bundessteuerberaterkammer*, IStR 1994 S. 328; *Herlinghaus*, DStR 1994 S. 1831: Bei späterem Eintritt der Besserungsbedingung rückwirkende Berücksichtigung der gezahlten Zinsen und des FK).

Stellungnahme: Dieser Auffassung ist uE zuzustimmen, und zwar ungeachtet der Tatsache, daß die Nachzahlung der Zinsen von der Entstehung von Gewinnen bei der KapGes. abhängt. Die Art der zwischen Darlehensgeber und -nehmer vereinbarten Vergütung wird dadurch nicht berührt; die Entstehung von Gewinnen führt lediglich dazu, daß die Zinsen fällig werden. Voraussetzung ist jedoch,

daß es sich bei den nachzuzahlenden Vergütungen ausschließlich um ergebnisunabhängig vereinbarte und ausgestaltete Beträge handelt.

► *Förderungsverzicht ohne Besserungsschein*: Wird der KapGes. FK iSd. Abs. 1 Nr. 2 erlassen, kommt es nicht zu einer rückwirkenden Änderung der Vergütungsart. Zwar hängt der Erlaß der Darlehensverbindlichkeit durch die inl. KapGes. von deren Ertragssituation ab; der Erlaß ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Charakterisierung der vor diesem Zeitpunkt angefallenen Vergütung. Dies wird auch dadurch deutlich, daß vor Erlaß der Darlehensforderung die Zinsaufwendungen weiterhin in unveränderter Form anfallen.

► *Erklärung eines Rangrücktritts*: Ebensowenig beeinflusst uE die Erklärung eines Rangrücktritts die Art der Vergütung. Der Rangrücktritt bezieht sich auf die Haftungsqualität einer Verbindlichkeit. Durch Vereinbarung eines Rangrücktritts erklärt sich der Gläubiger bereit, mit seinem Forderungsrecht hinter alle übrigen Gläubiger zurückzutreten. Die Art der Vergütung bleibt davon unberührt.

► *Zerobonds* (Null-Kupon-Anleihen): Zu Abs. 1 Nr. 1 gehören Vergütungen für Zerobonds uE nur im Ausnahmefall, sofern die zwischen Ausgabe- und Einlösendungspreis entstehenden Zinsen nach anderen Kriterien als „einem Bruchteil des Kapitals“ bemessen werden. IdR fallen Vergütungen für Zerobonds unter Abs. 1 Nr. 2, und zwar auch dann, falls die Vergütung variabel, aber in Ankoppelung an einen Referenzzinssatz vereinbart ist (dazu auch Anm. 88; wegen Bilanzierung von Zerobonds s. BMF v. 5. 3. 87, BStBl. I S. 394).

81 Einstweilen frei.

2. Umqualifizierung, „soweit das Fremdkapital zu einem Zeitpunkt des Wirtschaftsjahrs die Hälfte des anteiligen Eigenkapitals des Anteilseigners übersteigt“ (steuerunschädlicher Sockelbetrag 1 : 0,5 = safe haven)

82 a) Grundsätze der Umqualifizierung

Die Gewährung von FK durch den Anteilseigner bzw. gleichgestellte Personen gegen ergebnisabhängige Vergütungen ist solange steuerunschädlich, als es die Hälfte des ihm zuzurechnenden Anteils am EK der KapGes. nicht übersteigt (zum Begriff des EK s. Anm. 151–155). Übersteigt das gewährte FK die Hälfte des anteiligen EK, werden nur diejenigen Vergütungsteile in eine vGA umqualifiziert, die auf das übersteigende FK entfallen („soweit“). Eine Möglichkeit, für dieses FK einen entlastenden Drittvergleich zu führen, besteht – in Abweichung zu Abs. 1 Nr. 2 – nicht. Die Vergütungen für den restlichen Teil des FK bleiben stlich abzugsfähig, sofern dem nicht im Einzelfall § 8 Abs. 3 Satz 2 entgegensteht (so etwa BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 3; kritisch dazu Anm. 20). Der safe haven hat damit im Ergebnis die Wirkung eines Freibetrags, nicht einer Freigrenze (eingehender zum Instrumentarium der safe haven Anm. 7). Zu den Gründen für die unterschiedliche Höhe der stlichen Nichtaufgriffsgrenzen s. Anm. 75.

Der Unterschied zur Rechtsfolge einer vGA gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 besteht darin, daß diejenigen Vergütungen, die auf den schädlichen Teil der Fremdfinanzierung entfallen, gem. § 8a in voller Höhe als vGA qualifiziert werden, während im Rahmen von § 8 Abs. 3 Satz 2 lediglich der unangemessene Teil der Vergütungen eine vGA darstellt.

Überschreiten zu einem Zeitpunkt des Wirtschaftsjahrs: Ergebnisabhängige Vergütungen werden in vGA umqualifiziert, wenn zu einem Zeitpunkt im Wj. der safe haven überschritten wird. Aufgrund der Formulierung „zu einem Zeitpunkt“ ergibt sich, daß auch ein kurzzeitiges Überschreiten der stlichen Nichtaufgriffsgrenzen (zB für einen Tag) schädlich ist (BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 72; Zinsbe-

rechnung auf 360-Tage-Basis; *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 24). Zur Frage, ob die Umqualifizierung sich auf sämtliche auf das Wj. entfallenden Vergütungen bezieht, s. Anm. 72.

Maßgebliches Wirtschaftsjahr: Verfügt die inl. KapGes. über ein vom Kj. abweichendes Wj., ist auf den Zeitpunkt innerhalb des abweichenden Wj. abzustellen.

Höhe der verdeckten Gewinnausschüttung: Sie wird beeinflusst

- von der Höhe des FK, das den safe haven übersteigt,
- von dem Umfang der gewinn- oder umsatzabhängigen Vergütung und
- von der Zeitdauer des Überschreitens des safe haven.

Beispiel: Eine ausländische Gesellschaft ist zu 100 % am Stammkapital einer unbeschränkt stpfl. GmbH beteiligt. Das EK der GmbH beträgt am vorangegangenen Bilanzstichtag 500 TDM. Die Muttergesellschaft gewährt der GmbH ein gewinnabhängiges Darlehen iHv. 300 TDM vom 1. 1.–30. 6. und iHv. 200 TDM vom 1. 7.–31. 12. Als Vergütung werden vereinbart: Eine Mindestverzinsung von 3 % des gewährten Kapitals sowie zusätzlich eine gewinnabhängige Vergütung iHv. 2 % des Jahresüberschusses der GmbH bezogen auf jeweils 10 TDM des gewährten FK. Der Jahresüberschuß der GmbH beträgt im laufenden Wj. 400 TDM. Die vGA gem. Abs. 1 Nr. 1 beträgt 2750 DM und ermittelt sich wie folgt:

Der safe haven wird nur in dem Zeitraum vom 1. 1.–30. 6. iHv. 50 TDM überschritten (safe haven: $0,5 \times 500 = 250$; Darlehen: 300). $\% (= 50/300)$ der auf ein halbes Jahr entfallenden Vergütung ist umzuqualifizieren.

– Festverzinsung: $300 \text{ TDM} \times 3\% \times 0,5$	4 500 DM
– Gewinnabhängige Vergütung:	
$2\% \times 30 (= 300 \text{ TDM} : 10 \text{ TDM}) \times 400 \text{ TDM} \times 0,5$	12 000 DM
– Gesamtvergütung	16 500 DM
– Höhe der vGA ($\%$ der Gesamtvergütung)	2 750 DM

Einbeziehung unverzinslicher Darlehen in die safe haven-Ermittlung:

Nach Auffassung der FinVerw. ist durch den Anteilseigner bzw. gleichgestellte Personen unentgeltlich überlassenes FK in die safe haven-Ermittlung des Abs. 1 Nr. 1 einzubeziehen (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 44, 56); gleiches gilt im Anwendungsbereich von Abs. 1 Nr. 2 (s. Anm. 92). UE unzutreffend, da sich § 8a gesetzessystematisch nur auf die stille Behandlung von „Vergütungen für FK“ erstreckt; unverzinsliche Darlehen bewirken daher uE keinen safe haven-Verbrauch (s. auch Anm. 92). Im übrigen gilt uE bei mehreren unterschiedlich verzinslichen Darlehen entsprechend dem Meistbegünstigungsprinzip ein Zuordnungswahlrecht; zu Sonderfragen bei Mischfinanzierungen s. Anm. 110.

b) Umqualifizierung bei Zusammentreffen mehrerer Darlehensverhältnisse 83

Abs. 1 Nr. 1 enthält keine Reihenfolgeregelungen für den safe haven-Verbrauch, falls der Anteilseigner mehrere ergebnisabhängige Darlehen gibt; sofern von verschiedenen Anteilseignern Kreditmittel gewährt werden, ist die Regelung wegen der Maßgeblichkeit des anteiligen EK personenbezogen anzuwenden. Zur Reihenfolgeproblematik bei Mischfinanzierungen iSd. Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 s. Anm. 110; wegen des Reihenfolgeproblems bei ergebnisunabhängigen Vergütungen s. Anm. 91.

Mehrere Darlehen des Anteilseigners bzw. gleichgestellter Personen: Das Reihenfolgeproblem wird mangels gesetzlicher Vorschriften str. diskutiert. Für eine Lösung in Betracht kommen:

- die Berücksichtigung nach der zeitlichen Abfolge der Kreditvergabe,

- die Berücksichtigung nach dem freien Ermessen des Steuerpflichtigen (Meistbegünstigung),
- eine Durchschnittsbetrachtung aller gleichzeitig gewährten Darlehen.

► *Auffassung der FinVerw.*: Gem. BMF v. 15. 12. 94 (aaO Tz. 71) ist jedes Darlehensverhältnis einzeln zu betrachten. Bei mehreren Darlehensverhältnissen entscheidet die zeitliche Reihenfolge der Darlehensvergabe. Das bedeutet, daß die zuerst gewährten Darlehen in den safe haven einbezogen werden und die zuletzt gewährten Darlehen diesen überschreiten können.

► *Die Auffassungen im Schrifttum* sind geteilt. Vorherrschend ist die Meinung, jedes gewährte Darlehen sei einzeln zu betrachten und der Stpfl. habe ein Zuordnungswahlrecht für die Einbeziehung in den safe haven (so *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 31; *Frotscher*, IStR 1994 S. 204; *Meilicke*, BB 1994, S. 120; *DIHT/BDI* vom 8. 6. 94 zu BMF-Entwurf v. 22. 4. 94 Tz. 70, nv; wohl auch *Köster*, RIW 1994, S. 313). Für die von der FinVerw. unterstellte zeitliche Reihenfolge fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage (vgl. *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 25; glA *DIHT/BDI* aaO zu BMF-Entwurf Tz. 70). *Schwebel* vertritt dagegen – wie die FinVerw. – die Auffassung, daß bei der Gewährung mehrerer Darlehen mit unterschiedlichen Laufzeiten und Zinssätzen die zeitliche Reihenfolge maßgeblich sei (vgl. *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 19 a).

Insbes. *Hey* (RIW 1994 S. 228) ist der Meinung, daß eine Durchschnittsbetrachtung anzustellen ist. Er begründet dies damit, daß nach der Konzeption von § 8a auf das Gesellschafterfremdkapital insgesamt abgestellt wird. Mit der Zuführung neuen Fremdkapitals tritt eine Vermischung der liquiden Mittel ein, und das FK bildet ein einheitliches Ganzes, das dem Unternehmen in seiner Gesamtheit für Finanzierungszwecke zur Verfügung steht.

Beispiel: Die ausländische M-S.A. (M) ist zu 100 % am Stammkapital ihrer in Deutschland stpfl. Tochtergesellschaft (T) beteiligt. M gewährt T im Jahr 01 folgende Darlehen:

- *Darlehen 1:* Vergabezeitpunkt: 1. 1. 01; Darlehenshöhe: 400 TDM; Bemessungsgrundlage für die Vergütung: Betriebsergebnis; Höhe der Vergütung: 0,4 ‰ pro 1000 DM gewährtes FK.
- *Darlehen 2:* Vergabezeitpunkt: 1. 7. 01; Darlehensbetrag: 200 TDM; Bemessungsgrundlage: Betriebsergebnis; Höhe der Vergütung: 0,5 ‰ pro 1000 DM gewährtes FK.

T verfügt am 31. 12. 01 über ein EK iHv. 1 Mio. DM Das Betriebsergebnis von T beträgt im Jahr 02 200 TDM. Die Vergütungen für das Darlehen 1 und 2 berechnen sich für 02 wie folgt:

- *Darlehen 1:* $400 (= 400\,000/1000) \times 0,4\,‰ = 16\,‰$ des Betriebsergebnisses, dh. 32 TDM;
- *Darlehen 2:* $200 (= 200\,000/1000) \times 0,5\,‰ = 10\,‰$ des Betriebsergebnisses, dh. 20 TDM.

Der safe haven beträgt 500 TDM. Die ergebnisabhängig verzinsten Darlehen summieren sich auf 600 TDM. Der safe haven wird damit um 100 TDM überschritten. Auswirkungen der einzelnen Auffassungen:

Zeitliche Reihenfolge: Bei zeitlicher Reihenfolge sind die Vergütungen für Darlehen 2 iHv. 10 TDM ($= 100\,000/1000 \times 0,5\,‰ \times 200\,TDM$) als vGA zu qualifizieren.

Wahlrecht des Steuerpflichtigen: Es sollte die Vergütung für Darlehen 1 teilweise umqualifiziert werden, da insoweit der geringste Zinsaufwand bei der inl. KapGes. anfällt. Die vGA beträgt 8 TDM ($= 100\,000/1000 \times 0,4\,‰ \times 200\,TDM$).

Gewogener Durchschnitt: Geht man von einem gewogenen Durchschnitt aus, ergibt sich eine vGA iHv. 8 667 DM ($= 52\,TDM/600\,TDM$).

- *Stellungnahme:* UE sollte eine Lösung nach dem Meistbegünstigungsprinzip erfolgen, da es an einer gesetzlichen Reihenfolgenbestimmung fehlt. Gesetzessystematisch vertretbar erscheint uE auch, die Höhe der vGA anhand des gewogenen

Durchschnitts der Vergütungen pro Fremdkapitalkategorie (gewinn- oder umsatzabhängige bzw. gewinn- oder umsatzunabhängige Vergütungen) zu berechnen; dies dürfte in der Praxis aber weitaus schwieriger zu handhaben sein. Bei Zugrundelegung der Rechtsauffassung der FinVerw. sollte aus Gestaltungs-sicht auf eine „steueroptimierte“ Darlehensreihenfolge geachtet werden; zur Zeitkomponente des § 8a insgesamt *Bellstedt*, DB 1995 S. 8.

Mehrere Darlehen verschiedener Anteilseigner bzw. gleichgestellter Personen: Gewähren verschiedene Personen gleichzeitig der inl. KapGes. ein Darlehen, sind wegen der Personenbezogenheit von § 8a die Darlehen pro Kreditgeber grundsätzlich getrennt zu beurteilen. Dies gilt auch, wenn mehrere wesentlich beteiligte Anteilseigner an der inl. KapGes. beteiligt sind.

Demgegenüber ist uE dem Anteilseigner das FK zuzurechnen, das von einer ihm nahestehenden Person des § 1 Abs. 2 AStG sowie Dritten mit Rückgriffsmöglichkeit der inl. KapGes. gewährt wird (glA *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 26; zu Einzelheiten s. Anm. 126, 137).

Einstweilen frei.

84

3. Zeitliche Übergangsregelung des § 54 Abs. 6 b Satz 2

85

§ 54 Abs. 6 b Satz 2 beinhaltet eine befristete Übergangsregelung für ergebnisabhängiges FK iSd. Abs. 1 Nr. 1 in Altfällen. Die Regelung dürfte für die Übergangsjahre wegen ihrer die stlichen Nichtaufgriffsgrenzen verbessernden Wirkung von erheblicher praktischer Bedeutung sein; sie soll den betroffenen Stpfl. – wohl letztlich aus Vertrauensschutzgründen – ermöglichen, ihre Finanzierung an die geänderte Rechtslage anzupassen (*Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 28).

Zeitliche Voraussetzungen und Rahmenbedingungen: Die Übergangsregelung setzt voraus, daß die KapGes. das ergebnisabhängige FK „vor dem 9. 12. 92 erhalten hat“. Maßgebend ist der darlehensweise Erhalt der Fremdmittel vor dem Stichtag (Beschluß der BReg. über das StandOG; vgl. BMF-Finanznachrichten 112/92) durch die KapGes. Eine Änderung zB der Darlehensbedingungen, Sicherheiten o.ä. während der Laufzeit ist uE für das Eingreifen und die weitere Geltung der Übergangsregelung unschädlich, sofern ein ergebnisabhängiger Charakter der Fremdmittel vereinbart bleibt; zur Sonderfrage des Zusammentreffens von Alt- und Neudarlehen s.u. Die Übergangsregelung gilt nur für Wj., die vor dem 31. 12. 97 enden. Dies bedeutet, daß bei vom Kj. abweichenden Wj. die Übergangsregelung letztmals für das Wj. 1996/97 anzuwenden ist. Stimmt das Wj. mit dem Kj. überein, endet die Übergangsregelung mit Ablauf des VZ 1996 (vgl. hierzu auch *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 28; *Dörner*, Inf. 1993 S. 439, 441). Die Regelung erstreckt sich ausschließlich auf FK iSd. Abs. 1 Nr. 1; die Erleichterung gilt generell für inl. KapGes., dh. unabhängig davon, ob es sich um Holdinggesellschaften handelt oder nicht (glA *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 54 KStG Anm. 21 d). Für ergebnisunabhängig verzinste Fremdmittel greift die Übergangsregelung nicht. Zur Übergangsregelung bei sog. Mischfinanzierungen s. Anm. 113.

Rechtsfolge des Eingreifens der Übergangsregelung für ergebnisabhängiges FK ist, daß

- zum einen an die Stelle des safe haven von 1:0,5 die Relation 1:1 tritt,
- zum anderen die Kürzung des EK gem. Abs. 4 Satz 3 um die Buchwerte der KapGesAnteile nicht vorzunehmen ist (keine Vermeidung des Kaskadeneff-

fekts für verbundene Unternehmen ohne Holdingqualifikation; zu Einzelheiten s. Anm. 195).

Sonderfall des Zusammentreffens von ergebnisabhängigen Alt- mit Neudarlehen: Im Rahmen der Übergangsvorschrift nicht geregelt sind diejenigen Fälle, in denen ergebnisabhängiges FK iSd. Abs. 1 Nr. 1, das die inl. KapGes. vor dem 9. 12. 92 erhalten hat, mit nach diesem Stichtag erlangten und ebenfalls ergebnisabhängig verzinstem FK zusammentrifft.

Wegen des von der FinVerw. vertretenen Grundsatzes der Einzelbetrachtung nach Maßgabe der zeitlichen Reihenfolge der Gesellschafter-Darlehen (s. BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 71; kritisch Anm. 83, 91) handelt es sich bei derartigen Sachverhalten insoweit um einen Altfall, als vor dem 9. 12. 92 erhaltenes FK betroffen ist; für dieses ergebnisabhängige FK verbleibt es wegen der getrennten Beurteilung vom übrigen FK bei der Übergangsregelung gem. § 54 Abs. 6 b Satz 2 mit der 1:1-Relation. Wird der safe haven durch die Altdarlehen nicht ausgeschöpft, dh. verbleibt im Rahmen der Übergangsregelung anteiliges EK, sind auf den restlichen Teilbetrag die allgemeinen Grundsätze des Abs. 1 Nr. 1 mit der 1:0,5-Relation anzuwenden.

Beispiel: Das EK der inl. KapGes. beträgt 100 TDM. Der alleinige nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner hat sich vor dem 9. 12. 92 mit einer stillen Beteiligung iHv. 50 TDM an der KapGes. beteiligt. Zum 1. 7. 94 gewährt er darüber hinaus ein partiarisches Darlehen iHv. 50 TDM.

Auf die stille Beteiligung ist die Übergangsregelung gem. § 54 Abs. 6 b Satz 2 mit dem safe haven von 1:1 anzuwenden, auf das partiarische Darlehen – bezogen auf den nicht ausgeschöpften Rest-EKBetrag – die Regelung gem. Abs. 1 Nr. 1 mit der 1:0,5-Relation. Der safe haven wird insgesamt um 25 TDM überschritten, so daß in Höhe der darauf entfallenden Teilvergütung eine vGA entsteht.

EK gesamt:	100 TDM
stille Beteiligung	50 TDM
verbleibt an EK	50 TDM
davon 50 %	25 TDM

86, 87 Einstweilen frei.

III. Vergütungsalternative 2: In einem Bruchteil des Fremdkapitals bemessene Vergütung vereinbart (2. Halbs. Nr. 2)

88 1. Fremdkapital gegen gewinn- oder umsatzunabhängige Vergütung vereinbart

Die Anwendung des Abs. 1 Nr. 2 mit dem gegenüber Abs. 1 Nr. 1 erweiterten safe haven erfordert, daß „eine in einem Bruchteil des Kapitals bemessene Vergütung“ vereinbart ist.

Zuordnung einer Vergütung zu Abs. 1 Nr. 2 verlangt eine von den Erwerbschancen und -risiken der darlehensnehmenden KapGes. unabhängige Verzinsung (zB ein festverzinsliches Darlehen). Die Gesamtvergütung muß auf der Grundlage einer Bruchteilsrechnung im Verhältnis zum gewährten FK ermittelt werden (ähnlich *Blümich/Menck*, § 8a KStG Anm. 21). Die FinVerw. verlangt – über den Wortlaut des Abs. 1 Nr. 2 hinausgehend – eine „ausschließlich“ nach einem Bruchteil des Kapitals berechnete Vergütung; jegliche gewinn- oder umsatzabhängigen Bestandteile sind schädlich (so BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 54). UE im Einzelfall zu weitgehend, da der Gesetzeswortlaut dies nicht verlangt; kritisch zu Abs. 1 Nr. 1 als Auffangtatbestand Anm. 76. Zur Maßgeb-

lichkeit der zwischen Darlehensgeber und -nehmer „vereinbarten“ Vergütung s. Anm. 76.

Begriff der ergebnisunabhängigen Vergütung für Fremdkapital: Gewinn- oder umsatzunabhängige Vergütungen sind nicht zwingend mit fixen Vergütungen gleichzusetzen. Eine Vergütung ist auch dann „in einem Bruchteil des Kapitals“ bemessen, wenn sie in einer variablen Verzinsung besteht, etwa bei Anbindung der Vergütung an einen Referenzzinssatz (zB dem Interbankenzinssatz); eine gewinn- oder umsatzunabhängige Vergütung könnte deshalb lauten: 6-Monats-Libor + 0,5 vH, wobei der Zinssatz alle 6 Monate neu festgelegt wird (vgl. auch *Blümich/Menck*, § 8a KStG Anm. 21). Ergebnisunabhängig sind ferner Vergütungen, die in einem festen absoluten Betrag bestehen; denn sie können problemlos in einen Prozentsatz des gewährten FK umgerechnet werden (vgl. *Frotscher*, IStR 1994, S. 204). Zu Sonderfragen ergebnisabhängiger Vergütungen mit Mindest- und Höchstverzinsung s. Anm. 80. Zur Behandlung unverzinslicher Darlehen s. Anm. 92.

Einstweilen frei.

89

2. Umqualifizierung, „soweit das Fremdkapital zu einem Zeitpunkt des Wirtschaftsjahrs das Dreifache des anteiligen Eigenkapitals des Anteilseigners übersteigt“ (steuerunschädlicher Sockelbetrag 1:3 = safe haven)

a) Grundsätze der Umqualifizierung

90

Allgemeines: Die in Abs. 1 Nr. 2 verwendete Systematik zur Konkretisierung der von der Umqualifikation betroffenen FK Vergütungen mittels steuerunschädlicher Sockelbeträge entspricht der des Abs. 1 Nr. 1 (zur Methodik der safe haven generell s. Anm. 7). Unterschiede bestehen hingegen darin, daß

- bei Erhalt von FK gegen ergebnisunabhängige Vergütungen iSd. Abs. 1 Nr. 2 der steuerunschädliche Sockelbetrag 1:3 und nicht 1:0,5 (während der Übergangszeit 1:1) beträgt;
- für den den Sockelbetrag übersteigenden Teil des FK ein Fremdvergleich zugelassen wird (zu Einzelheiten s. Anm. 99–103);
- bei Mittelaufnahmen zur Finanzierung banküblicher Geschäfte eine vGA grundsätzlich entfällt (zu Einzelheiten s. Anm. 106–108);
- eine Übergangsregelung für sog. ergebnisunabhängige Altdarlehen nicht existiert.

Die Gründe für die großzügigere Behandlung der Vergütungen gem. Abs. 1 Nr. 2 gegenüber Abs. 1 Nr. 1 dürften in der weniger starken Nähe zur EK Finanzierung, den geringeren Mißbrauchgefährdungen und der Fremdüblichkeit festverzinslicher Gesellschafterdarlehen liegen (s. auch Anm. 75). Die Umqualifizierung erfolgt bereits dann, soweit der safe haven von 1:3 „zu einem Zeitpunkt des Wj.“ überschritten wird (eingehender dazu Anm. 82).

Streitige Einzelfragen: Obwohl hinsichtlich der Anwendungsgrundsätze des Abs. 1 Nr. 2 Einigkeit besteht, sind bei Durchführung der Umqualifizierung verschiedene Einzelfragen str. Kontrovers diskutiert wird,

- wie Reihenfolgefragen bei mehreren unterschiedlich verzinsten Darlehen zu lösen sind (s. Anm. 91),
- ob unverzinsliche Darlehen einzubeziehen sind und FK, das dem Fremdvergleich standhält, zu berücksichtigen ist (Anm. 92),

– ob FK, das von mehreren nichtanrechnungsberechtigten Anteilseignern bzw. gleichgestellten Personen gleichzeitig gewährt wird, einheitlich betrachtet werden muß (s. Anm. 93).

Zu hochverzinslichen Gesellschafterdarlehen und dem Verhältnis von § 8a zu § 8 Abs. 3 Satz 2 s. Anm. 20; BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 67, 68. Auch niedrig verzinsliche Gesellschafter-Darlehen sind in die safe haven-Bemessung einzubeziehen; bei Überschreiten der steuerunschädlichen Sockelbeträge stellt sich die Frage des Drittvergleichs (s. Anm. 103).

91 b) Umqualifizierung bei Zusammentreffen mehrerer Darlehensverhältnisse

Nach Auffassung der FinVerw. und dem überwiegenden Teil des Schrifttums ist jedes vom nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner gewährte Darlehen gesondert zu betrachten. Die FinVerw. stellt bei mehreren ergebnisunabhängig verzinsten Darlehen hinsichtlich der Einbeziehung in den safe haven auf die zeitliche Reihenfolge des FKErhalts bei der inl. KapGes. ab (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 71); gleiches gilt bei mehreren ergebnisabhängig verzinsten Darlehen. Im Schrifttum wird teilweise ein Zuordnungswahlrecht des Stpfl. verlangt, teilweise wird eine Durchschnittsbetrachtung angestellt (s. eingehender betr. Abs. 1 Nr. 1 Anm. 83). Mangels gesetzlicher Regelung sollte uE das Meistbegünstigungsprinzip zur Anwendung kommen; auch eine Durchschnittsbetrachtung ist uE vertretbar, allerdings hinsichtlich der Berechnung weitaus aufwendiger zu handhaben. Wegen Besonderheiten bei Mischfinanzierungen s. Anm. 110.

Beispiel: Das EK der deutschen T-GmbH beträgt 100 TDM. Der Anteilseigner, die französische A-S.A., ist zu 100 % an der T-GmbH beteiligt. Der safe haven nach Abs. 1 Nr. 2 beträgt deshalb 300 TDM. Im laufenden Wj. (= Kj.) gewährt die A-S.A. folgende jeweils angemessene Festzinsdarlehen:

- Vom 1. 1.–31. 12.: 200 TDM zu 5 vH;
- vom 1. 4.–31. 12.: 200 TDM zu 8 vH;
- vom 1. 8.–31. 12.: 200 TDM zu 12 vH.

Für die T-GmbH errechnet sich daraus insgesamt ein Zinsaufwand in Höhe von 32 TDM. Von dem Zinsaufwand sind unter Zugrundelegung der zeitlichen Reihenfolge 16 000 DM, bei wahlweiser Zuordnung 9 170 DM und bei Anwendung der Durchschnittsbetrachtung 12 580 DM in eine vGA umzuqualifizieren. Diese Beträge errechnen sich wie folgt:

– zeitliche Reihenfolge:		
1. 4.–31. 12.:	$100 \text{ TDM} \times 0,08 \times 9/12:$	6 000 DM
1. 8.–31. 12.:	$200 \text{ TDM} \times 0,12 \times 5/12:$	<u>10 000 DM</u>
	Gesamt:	<u>16 000 DM</u>
– Zuordnungswahlrecht des Steuerpflichtigen:		
1. 4.–30. 07.:	$100 \text{ TDM} \times 0,05 \times 4/12:$	1 670 DM
1. 8.–31. 12.:	$100 \text{ TDM} \times 0,08 \times 5/12:$	3 330 DM
	$200 \text{ TDM} \times 0,05 \times 5/12:$	<u>4 170 DM</u>
	Gesamt:	<u>9 170 DM</u>
– Durchschnittsbetrachtung:		
1. 4.–30. 07.:	$100 \text{ TDM} \times 0,065 \times 4/12:$	2 170 DM
1. 8.–31. 12.:	$300 \text{ TDM} \times 0,0833 \times 5/12:$	<u>10 410 DM</u>
	Gesamt:	<u>TDM 12 580 DM</u>

Bei der Durchschnittsbetrachtung ergeben sich die Zinssätze iHv: 6,5 vH bzw. 8,33 vH aus dem gewogenen Durchschnitt der gleichzeitig gewährten Darlehen.

c) Behandlung von unverzinslichen und einem Drittvergleich entsprechenden Darlehen 92

Im Schrifttum kontrovers diskutiert wird die Frage, ob unverzinsliche oder einem Drittvergleich entsprechende Darlehen in die Berechnung der stlichen Nichtaufgriffsgrenzen einzubeziehen sind. Die FinVerw. will jegliche Form von FK bei der safe haven-Bemessung anrechnen (kritisch dazu *Bellstedt*, DB 1995 S. 13).

Behandlung unverzinslicher Darlehen:

► *Auffassung der FinVerw.* ist, daß unverzinsliche Darlehen in die Berechnung des safe haven einzubeziehen sind (BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 44, 56).

► *Auffassungen im Schrifttum:* HM ist, daß unverzinsliche Darlehen nicht in den safe haven einzubeziehen sind (so *Herzig-Arbeitsgruppe* zu § 8 a, WPg. 1994 S. 475; *Korn*, DStZ 1993, S. 738; *Köster*, RIW 1994 S. 313). Begründet wird dies damit, daß nach Abs. 1 nur Fremdkapital zu berücksichtigen sei, für das Vergütungen gewährt werden. Weiter läßt sich für eine Nichtberücksichtigung unverzinslichen Fremdkapitals anführen, dieses sei faktisch ohne Bedeutung, wenn dem Stpfl. ein Wahlrecht für die Einbeziehung einzelner Gesellschafterdarlehen in den safe haven eingeräumt wird; denn in diesem Falle kann ein unverzinsliches Darlehen stets demjenigen Teil des GesellschafterFK zugeordnet werden, das den safe haven übersteigt (s. auch Anm. 83, 91). Mangels Vergütungen führen unverzinsliche Darlehen nicht zu einer vGA.

Demgegenüber vertritt *Hey* (RIW 1994 S. 221, 228) die Auffassung, daß unverzinsliche Darlehen in die Berechnung des safe haven einzubeziehen sind, da sich der Begriff „Vergütungen“ nur auf die Rechtsfolgeseite von Abs. 1 bezieht; demgegenüber sei der Begriff „Fremdkapital“ der Tatbestandsebene von § 8 a zuzuordnen.

► *Stellungnahme:* UE sind unverzinsliche Darlehen nicht in die safe haven-Bemessung einzubeziehen, da sich der Regelungszweck des § 8 a wortlautgemäß mit „Vergütungen für FK“ befaßt; eingehender dazu Anm. 82.

Behandlung von einem Drittvergleich entsprechenden Darlehen: *Meilicke* (BB 1994 S. 120) vertritt die Auffassung, daß Darlehen, die dem Drittvergleich standhalten, grundsätzlich den safe haven nicht belasten; er leitet dies aus dem Wortlaut von Abs. 1 Nr. 2 ab, wonach das Übersteigen des Dreifachen des EK und das Abweichen vom Drittvergleich kumulativ vorliegen müssen.

Stellungnahme: UE ist die Auffassung von *Meilicke* zu weitgehend. Nach Abs. 1 Nr. 2 muß das FK, das das Dreifache des EK übersteigt, zur Vermeidung einer Umqualifizierung dem Fremdvergleich standhalten. Der Fremdvergleich ist nur für den Teil des FK anzustellen, der den safe haven übersteigt. Folgt man der Auffassung *Meilickes*, gäbe es im Rahmen von § 8 a kein FK mehr, das den safe haven überschreitet und gleichzeitig einem Drittvergleich standhält. Damit ginge die Regelung über den Drittvergleich in Abs. 1 Nr. 2 ins Leere. Dies entspricht uE weder Gesetzeswortlaut noch -zweck.

d) Personengebundene safe haven 93

Die Umqualifizierung von FK Vergütungen in eine vGA kommt nur in Betracht, soweit das FK eine bestimmte Relation „des anteiligen EK des Anteilseigners“ übersteigt.

Personenbezogene Ausgestaltung der safe haven: Abs. 1 Nr. 2 stellt zur Ermittlung der stlichen Nichtaufgriffsgrenzen das jedem einzelnen wesentlich beteiligten Nichtanrechnungsberechtigten zuzurechnende EK dem von ihm ge-

währten FK gegenüber; gleiches gilt bei Anwendung des Abs. 1 Nr. 1 betr. ergebnisabhängige Vergütungen (s. Anm. 82, 83). Die in § 8a verwendeten safe haven sind somit personenbezogen ausgestaltet. Zu Sonderfragen bei mittelbaren Anteilseignern und Finanzierungen durch Nichtgesellschafter iSd. Abs. 1 Satz 2 s. Anm. 126, 137, 149.

Zu § 8a als personenbezogene Vorschrift s. auch *Herzig*, DB 1994 S. 112; *Frotscher*, IStR 1994 S. 204; *Korn*, DStZ 1993 S. 740; *Blümich/Menck*, § 8a KStG Anm. 32.

Keine Übertragbarkeit nicht ausgeschöpfter safe haven: Bleibt ein Anteilseigner bei der Darlehensgewährung an die inl. KapGes. unterhalb des ihm zustehenden safe haven, kann er nach hM den nicht ausgeschöpften Teil nicht auf einen anderen Anteilseigner übertragen; dies entspricht dem Gesetzeswortlaut und ist uE zutreffend. Fraglich erscheint jedoch, ob dies auch dann gilt, wenn mehrere nahestehende Personen (zB in einer Unternehmensgruppe) Anteilseigner der KapGes. sind; im Schrifttum wird bei derartigen Sachverhaltskonstellationen teilweise eine Übertragbarkeit von safe haven verlangt, da ansonsten Unternehmensfinanzierungen sachfremd behindert werden (vgl. *Meilicke*, BB 1994 S. 117; wohl auch *Blümich/Menck*, § 8a KStG Anm. 32).

Beispiel: Die ausländische Konzernmutter M ist zu je 100 vH an den ausländischen Zwischenholdinggesellschaften A und B beteiligt. A und B wiederum sind zu je 50 vH an der in Deutschland ansässigen E-GmbH beteiligt. Das EK der E-GmbH beträgt 100 TDM. Zwischenholding A gewährt ein festverzinsliches Darlehen iHv. 200 TDM, Zwischenholding B iHv. 100 TDM. Für die Darlehen kann ein Drittvergleich nicht erbracht werden. Beiden Zwischenholdings steht ein safe haven iHv. 150 TDM zu. Stellt man auf den einzelnen Anteilseigner ab, sind bezogen auf Zwischenholding A Vergütungen auf den Betrag iHv. 50 TDM umzuqualifizieren. Eine Übertragung des von der Zwischenholding B nicht ausgenutzten Betrags iHv. 50 TDM kommt nach hM nicht in Betracht. Befürwortet man hingegen eine Zusammenrechnung, ist der safe haven von insgesamt 300 TDM in der Unternehmensgruppe nicht überschritten. Eine Umqualifizierung entfällt.

Stellungnahme: Bei strenger Ausrichtung am Gesetzeswortlaut kommt eine personenübergreifende Zusammenrechnung von safe haven nicht in Betracht. Dies kann jedoch bei verbundenen Unternehmen und nahestehenden Personen im Einzelfall zu nicht sachgerechten Ergebnissen führen, so daß uE der Gesetzeszweck eine erweiternde Auslegung im Hinblick auf eine gruppenbezogene Zusammenrechnung von safe haven gebietet. Dies ergibt sich auch bei Anwendung des Abs. 1 Satz 2 betr. Nichtgesellschafter, da die Kreditgewährung einer dem Anteilseigner nahestehenden Person diesem zugerechnet wird (vgl. etwa BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 43). Es wird somit eine Personenidentität fingiert. Diese Fiktion muß auch dann greifen, wenn zwei oder mehrere nahestehende Personen gleichzeitig Anteilseigner sind; die Einhaltung der Fiktion der Personenidentität von Anteilseigner und Kreditgeber kann nur dadurch erreicht werden, daß sowohl die FKBeträge als auch die safe haven zusammengerechnet werden.

94–96 Einstweilen frei.

97 3. Möglichkeiten zur Vermeidung der Umqualifizierung durch Gegenbeweis des Steuerpflichtigen

Bei Überschreiten der stlichen Nichtaufgriffsgrenzen des Abs. 1 Nr. 2 für ergebnisunabhängige Vergütungen erfolgt die Umqualifizierung in eine vGA, „sei denn“,

- die inl. KapGes. kann einen Drittvergleich in der Form führen, daß sie „dieses FK bei sonst gleichen Umständen auch von einem fremden Dritten erhalten“ könnte (s. Anm. 99–103) oder
- es sich „um Mittelaufnahmen zur Finanzierung banküblicher Geschäfte“ handelt (s. Anm. 106–108).

Die beiden Gegenbeweismöglichkeiten bestehen alternativ („oder“). Die Beweislast für das Vorliegen der Ausnahmetatbestände trägt die inl. KapGes. (eingehender zur Umkehr der Beweislast s. Anm. 131). Bei ergebnisabhängigen Vergütungen iSd. Abs. 1 Nr. 1 besteht dagegen keine Gegenbeweismöglichkeit; zur Begründung s. Anm. 99, 106.

Einstweilen frei.

98

4. Möglichkeit 1: Die Kapitalgesellschaft hätte das Fremdkapital bei sonst gleichen Umständen auch von einem fremden Dritten erhalten können

a) Allgemeines zum Drittvergleich

99

Vergütungen, die auf das den safe haven übersteigende FK entfallen, gelten gem. Abs. 1 Nr. 2 nicht als vGA, wenn die inl. KapGes. nachweist, daß sie dieses FK bei sonst gleichen Umständen auch von einem fremden Dritten hätte erhalten können (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 59). Nach der Gesetzesbegründung sind bei der Beurteilung der sonst gleichen Umstände die konkreten Vertragsbedingungen und die sonst gleichen Verhältnisse des Einzelfalls (zB Bonität der Gesellschaft) zu berücksichtigen (BTDrucks. 12/5016 v. 25. 5. 93 S. 92). Wie der Drittvergleich im Einzelfall zu führen ist, ergibt sich aus dem Gesetz nicht; verwaltungsseitige Ausführungsbestimmungen dazu enthält das BMF-Schreiben v. 15. 12. 94 (aaO Tz. 59–68). Es handelt sich um einen betriebsexternen, nicht betriebsinternen Drittvergleich (zu dieser Unterscheidung *Wassermeyer*, DB 1994 S. 1105).

Zweck des Drittvergleichs ist die Feststellung der Kreditwürdigkeits-Obergrenze der inl. KapGes. (vgl. *Dörner*, Inf. 1993 S. 409, 414; *Grefe*, StuSt. 1994 S. 200, 204; *Hey*, RIW 1994 S. 221, 226). Falls das vom nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner gewährte Darlehen dem Drittvergleich standhält, stellt die Fremdfinanzierung keine mißbräuchliche Gestaltung dar (vgl. *Frotscher/Maas*, § 8 a KStG Anm. 35). Die Zulassung des Drittvergleichs bei Vergütungen iSd. Abs. 1 Nr. 2 gründet sich auf den internationalen „arm's length-Grundsatz“ und soll Diskriminierungsprobleme vermeiden (eingehender Anm. 10).

Streitige Einzelfragen im Rahmen des Drittvergleichs betreffen

- den sachlichen Vergleichsmaßstab („dieses Fremdkapital“; s. Anm. 100),
- den persönlichen Vergleichsmaßstab („von einem fremden Dritten“; s. Anm. 101) sowie
- seine Durchführung („bei sonst gleichen Umständen“; s. Anm. 102).

Zum Sonderproblem des Drittvergleichs bei niedrig verzinslichen Darlehen s. Anm. 103. Bei hochverzinslichen Darlehen besteht ein Konkurrenzverhältnis zu § 8 Abs. 3 Satz 2; eingehender dazu s. Anm. 20.

b) Sachlicher Bezugsrahmen für Drittvergleich („dieses Fremdkapital“)

100

Zur Vermeidung einer vGA bei einem den safe haven übersteigenden FK verlangt Abs. 1 Nr. 2 den durch die KapGes. zu führenden Nachweis, daß sie „dieses FK“ bei sonst gleichen Umständen auch von einem fremden Dritten hätte erhalten können. Str. ist, ob der sachliche Bezugsrahmen für den Drittvergleich

das den safe haven übersteigende einzelne Darlehensverhältnis oder das durch den Darlehensgeber gewährte Gesamtfinanzierungsvolumen ist. Zur Bewertung von Fremdwährungsdarlehen s. Anm. 58.

Auffassung der FinVerw. lt. BMF v. 15. 12. 94 (aaO Tz. 60) ist, daß der Drittvergleich „nur über die einzelnen das zulässige FK übersteigenden Darlehen geführt werden“ kann. Zu Fragen der Reihenfolge bei mehreren unterschiedlich verzinsten Darlehen s. Anm. 91.

In dem zu § 8a ergangenen BMF-Entwurf v. 22. 4. 94 Tz. 59 wurde dagegen noch gefordert, daß der gesamte, den safe haven übersteigende Betrag von einem einzelnen Kreditgeber zur Verfügung gestellt werden müsse und über Teilbeträge ein Drittvergleich nicht zulässig sei. Die FinVerw. hat im endgültigen Schreiben v. 15. 12. 94 diese Rechtsauffassung aufgegeben und ist damit offenbar der Kritik im Schrifttum gefolgt (zur ursprünglichen Kritik vgl. *DIHT/BDI* v. 8. 6. 94 zu BMF-Entwurf v. 22. 4. 94 Tz. 59, 61, 66; *Herzig-Arbeitsgruppe* zu § 8a, WPg. 1994 S. 470, 474; *Bundessteuerberaterkammer*, IStR 1994 S. 326, 329).

Stellungnahme: UE ist ein Drittvergleich auch für Teilbeträge des den safe haven überschreitenden FK zulässig. Dies folgt aus dem Gesetzeswortlaut; denn eine Umqualifizierung erfolgt nur, soweit dieses, dh. das den safe haven übersteigende FK nicht von einem fremden Dritten gewährt worden wäre. Dabei ist uE der Drittvergleich aber nicht für jedes einzelne vom Anteilseigner gewährte Darlehen zu erbringen, sondern es hat eine Gesamtbeurteilung (ggf. mittels Durchschnittszinsberechnung) zu erfolgen (glA *Blümich/Menck*, § 8a KStG Anm. 24). Ein Abstellen auf das einzelne Darlehensverhältnis kann zu zufälligen Ergebnissen führen, die nicht mit dem Gesetzeszweck in Einklang stehen.

Beispiel: Der safe haven der T-GmbH beträgt 300 TDM. Ein fremder Dritter würde FK iHv. 400 TDM zu 8 vH gewähren. Der Anteilseigner gewährt zwei Darlehen iHv. jeweils 200 TDM; das zuerst gewährte Darlehen ist mit 10 vH, das anschließend gewährte Darlehen mit 6 vH zu verzinsen.

Lösung: Es ergibt sich uE keine vGA nach § 8 Abs. 3 Satz 2, da die durchschnittliche Verzinsung der Gesellschafterdarlehen mit 8 vH dem Drittvergleich standhält. Eine vGA gem. Abs. 1 Nr. 2 scheidet ebenfalls aus, da sowohl bei einem Abstellen auf die zeitliche Reihenfolge als auch bei wahlweiser Zuordnung der Darlehen (s. Anm. 83, 91) das zu 6 vH verzinste Darlehen in den Fremdvergleich einzubeziehen und dieser Zinssatz niedriger als das Marktniveau ist. Würden die beiden Gesellschafterdarlehen jedoch in umgekehrter Reihenfolge gewährt, läge nach Auffassung der FinVerw. eine vGA gem. Abs. 1 Nr. 2 vor, da das zu 10 vH verzinste Darlehen nicht mehr dem Drittvergleich standhielte, obwohl in beiden Fällen die Zinsbelastung identisch ist. Dies ist uE nicht sachgerecht.

101 c) Bezugsperson für den Drittvergleich („von einem fremden Dritten“)

Zur Vermeidung einer vGA bei ergebnisunabhängigen Vergütungen iSd. Abs. 1 Nr. 2 muß sich die Nachweisführung durch die inl. KapGes. darauf erstrecken, daß sie dieses FK auch „von einem fremden Dritten“ hätte erhalten können. Zweck der Bezugnahme auf den „fremden Dritten“ ist es, einen objektivierten Maßstab für die Beurteilung der Fremdfinanzierung der KapGes. zu erhalten. Zur Verwendung des Tatbestandsmerkmals „Dritter“ in Abs. 1 Satz 2 bei Finanzierungsgestaltungen durch Nichtgesellschafter s. Anm. 131.

Person des fremden Dritten: Nach hM kann „fremder Dritter“ grundsätzlich nur eine Person sein, die weder Anteilseigner noch nahestehende Person iSd. § 1 Abs. 2 AStG ist (vgl. etwa *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 36). Sowohl wesentlich als auch unwesentlich Beteiligte stellen somit keine fremden Dritten dar. Dem ist uE grundsätzlich zuzustimmen. Sofern allerdings ein Anteilseigner nur

über einen Zwerganteil verfügt (Beteiligungen unter 5 vH bei AG, unter 10 vH bei GmbH), erscheint die Versagung einer Einbeziehung in den Drittvergleich problematisch. Denn lediglich mit Zwerganteilen beteiligte Gesellschafter verfügen gesellschaftsrechtlich über keinerlei Minderheitsrechte, so daß sie einem „fremden Dritten“ sehr nahe stehen. Im Einzelfall (zB bei Fehlen sonstiger fremder Dritter) sollte daher eine erweiternde Auslegung des Begriffs „fremder Dritter“ erfolgen. Zur Berücksichtigung von Rückgriffsmöglichkeiten im Rahmen des Drittvergleichs für Nichtgesellschafter iSd. Abs. 1 Satz 2 s. Anm. 138.

Anzahl der fremden Dritten: Str. ist, ob für den Drittvergleich gewährleistet sein muß, daß das FK

- von einem einzigen Kreditgeber oder
- von einer Mehrzahl von Kreditgebern

zur Verfügung gestellt wird. Die FinVerw. geht wohl im Regelfall von einem einzigen fremden Dritten als Vergleichsmaßstab aus; bei Konsortialkrediten müssen die gemeinsam handelnden Kreditgeber nach außen wie ein Finanzierungs-subjekt auftreten (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 60, 61). Im Schrifttum wird es demgegenüber bei Konsortialkrediten als ausreichend angesehen, wenn das Konsortium durch den Konsortialführer in Erscheinung tritt (so *Herzig-Arbeitsgruppe* zu § 8a, WPg. 1994 S. 474) oder wenn gewährleistet ist, daß das gemeinsame Engagement der Konsorten auf einer gemeinsamen Kreditwürdigkeitsprüfung beruht (so *Bundessteuerberaterkammer*, IStR 1994 S. 329). Zur Unterscheidung echter und unechter Konsortialkredite s. *Gebrein*, DStR 1994 S. 1314.

Stellungnahme: Der Wortlaut des Abs. 1 Nr. 2 mit der Bezugnahme auf „einen fremden Dritten“ stellt auf den Regelfall des einzelnen Kreditgebers ab. Im Einzelfall kann dies allerdings gegen den Gesetzeszweck verstoßen, so daß eine erweiternde Auslegung geboten ist. Denn im Rahmen des Drittvergleichs kommt es ausschließlich auf eine Nachweisführung dahingehend an, ob die inl. KapGes. das den safe haven übersteigende FK nicht nur vom Anteilseigner hätte erhalten können. Ob nun dieses FK von einem oder mehreren Kreditgebern bzw. Konsorten gewährt würde, ist unerheblich. Es muß jedoch bei Kreditangeboten verschiedener Darlehensgeber sichergestellt sein, daß sie vom gesamten Umfang und den übrigen Modalitäten der Fremdfinanzierung Kenntnis besitzen; der „fremde Dritte“ muß insoweit über vollständige Informationen verfügen.

d) Durchführung und Inhalt des Drittvergleichs („bei sonst gleichen Umständen“) 102

Zur Vermeidung einer vGA bei ergebnisunabhängigen FK Vergütungen iSd. Abs. 1 Nr. 2 wird verlangt, daß der Drittvergleich für den Fall „sonst gleicher Umstände“ geführt wird; eine nähere Bestimmung dazu fehlt. Gleiches gilt für den Inhalt der Nachweisführung. Die Anforderungen der FinVerw. sind tendenziell streng, das Schrifttum ist mitunter großzügiger.

Durchführung des Drittvergleichs:

► *Auffassung der FinVerw.:* Die FinVerw. verlangt bei der Beurteilung der „sonst gleichen Umstände“ die Berücksichtigung der konkreten Vertragsbedingungen und der sonstigen Verhältnisse des Einzelfalls, wobei die Höhe der Vergütung, die Höhe des eigenen Vermögens der KapGes., die Sicherungsmittel der Kapitalanlage sowie die allgemeine Bonität von Bedeutung sind (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 60).

► *Die Auffassungen im Schrifttum* sind uneinheitlich. Einerseits wird die Meinung vertreten, daß in den Fremdvergleich lediglich die Höhe des aufgenommenen

FK, der Verschuldungsgrad, die Gewinnaussichten sowie die gebotenen Sicherheiten einzubeziehen sind (so *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 37; wohl auch *Hey*, RIW 1994 S. 225 f., für den die übrigen Kreditbedingungen, wie etwa Laufzeit, Tilgungsmodalitäten, idR bedeutungslos sind). Andererseits werden die vereinbarten Bedingungen über Laufzeit, Rückzahlung, Zinssatz und Besicherung, ggf. auch ein Rangrücktritt als maßgebend angesehen (vgl. *Blümich/Menck*, § 8a KStG Anm. 26; für eine Einbeziehung des Zinssatzes auch *Köster*, RIW 1994 S. 312).

► *Stellungnahme*: Ausgangspunkt für einen Drittvergleich sollten uE die für die Kreditgewährung bestellten Sicherheiten sein; entscheidend ist folglich die Bonität der finanzierten KapGes. Denn Art und Höhe der Sicherheiten haben einen maßgeblichen Einfluß auf die Höhe der Kreditkosten. Aus den übrigen Vertragsbedingungen (zB Zinssatz, Disagio, Tilgungsmodalitäten, Laufzeit) läßt sich ein Effektivzinssatz errechnen. Der Drittvergleich ist dann erfüllt, wenn ein fremder Dritter bei Gewährung derselben Sicherheiten einen Kredit zu annähernd demselben Effektivzinssatz gewährt hätte; es genügt, wenn im wesentlichen die gleichen Umstände gegeben sind (glA *Meilicke*, BB 1994 S. 117, 120). Die Bezugnahme auf den Effektivzins hat den Vorteil, daß sämtliche Kostenbestandteile für das FK einbezogen und auf einen vergleichbaren Nenner gebracht sind. Ein Abstellen allein auf den Nominalzins ist wenig sinnvoll, wenn zB die Vereinbarungen über Disagio, Tilgungsmodalitäten und Bearbeitungsgebühren differieren; uE dürfte eine Abweichung von bis zu 25 Basispunkten idR tolerabel sein. Ein Drittvergleich ist dann nicht mehr erfüllt, wenn der fremde Dritte denselben Kreditbetrag zu einem wesentlich höheren Zinssatz (Risikoaufschlag) bei gegebenen Sicherheiten gewährt hätte. In einem eng begrenzten Umfang läßt sich uE ein Drittvergleich auch führen, wenn ein Dritter den Kreditbetrag zwar nur mit besseren Sicherheiten, aber zu einem niedrigeren Zins gewährt hätte; denn der Umfang und die Art der Besicherung sowie die Höhe des Zinssatzes sind wechselseitig miteinander verbunden (je geringer die Sicherheiten, desto höher der Zinssatz).

Inhalt des Drittvergleichs:

► *Art der Nachweisführung*: Nach Auffassung der FinVerw. kann die KapGes. den Beweis für die fremdübliche Darlehensgewährung durch alle sachdienlichen Beweismittel führen; genannt werden etwa spezifizierte Kreditangebote von Banken, die Ergebnisse von Kreditwürdigkeitsanalysen mit Angaben zu Darlehensbetrag, Laufzeit, Zinssatz und evtl. Sicherheiten (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 61). Dies ist uE zutreffend; in der Besteuerungspraxis sollte die FinVerw. nicht zu eng verfahren. Auch im Schrifttum wird im Regelfall das Vorliegen eines Kreditangebots als für den Drittvergleich geeignet angesehen (zB *Herzig*, DB 1994 S. 172; *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 38). Reine Gefälligkeitsbescheinigungen durch Kreditinstitute werden dagegen nicht genügen (vgl. *Prinz*, FR 1994 S. 622, 630). Hinweise zur Fremdüblichkeit der Gesellschafterdarlehen können auch zeitgleich oder kurze Zeit später gewährte Bankdarlehen geben (vgl. *Hey*, RIW 1994 S. 226). EK-Erhöhungen im lfd. Wj. verbessern die Bonität der inl. KapGes. und sind uE bei Durchführung des Drittvergleichs einzubeziehen (s. auch Anm. 142). Ggf. gelten die erweiterten Mitwirkungspflichten des § 90 Abs. 2 AO (glA *Blümich/Menck*, § 8a KStG Anm. 27).

► *Zeitpunkt des Drittvergleichs*: Die FinVerw. geht davon aus, daß der Drittvergleich auf den Zeitpunkt zu führen ist, in dem das betreffende Gesellschafterdarlehen das zulässige FK iSd. Abs. 1 Nr. 2 übersteigt (Tz. 61 BMF v. 15. 12. 94). Dies stößt

im Schrifttum auf Kritik. Teilweise wird als maßgeblicher Zeitpunkt für den Drittvergleich die Unterzeichnung des Darlehensvertrags genannt (vgl. *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 37; *Hey*, RIW 1994 S. 226). UE ist ein Fremdvergleich nicht nur im Zeitpunkt des Darlehensabschlusses anzustellen, sondern auch im Zeitpunkt von Kündigungsmöglichkeiten (zB bei revolving Krediten) oder beim Auslaufen von Zinsbindungsfristen, da insoweit die Kreditkonditionen geändert werden können. Eine laufende Führung des Drittvergleichs, wie dies seitens der FinVerw. jeweils bei Überschreiten der safe haven gefordert wird, ist uE zu weitgehend.

e) Sonderfragen niedrig verzinslicher Darlehen

103

Bei durch den Anteilseigner bzw. gleichgestellte Personen gewährten niedrig verzinslichen Darlehen iSd. Abs. 1 Nr. 2, die das zulässige FK überschreiten, treten beim Drittvergleich Sonderfragen auf. Bei strenger Auslegung des Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 kann der Drittvergleich von der inl. KapGes. nicht erbracht werden, da ein Dritter das Darlehen nur gegen höhere Zinsen gewährt hätte. Dennoch soll nach der Gesetzesbegründung in derartigen Fällen in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der DBA zur Gewinnabgrenzung zwischen verbundenen Unternehmen eine Umqualifizierung nicht stattfinden (so BTDrucks. 12/5016 v. 12. 5. 93 S. 92).

Auffassung der FinVerw.: Lt. BMF v. 15. 12. 94 aaO (Tz. 63–66) sind in Fällen niedrig verzinslicher Darlehen zwischen der inl. KapGes. und dem Anteilseigner die Grundsätze der DBA (insbes. Art. 9 OECD-MustAbk.) zu beachten; wegen des Verhältnisses von § 8a zum Doppelbesteuerungsrecht allgemein s. Anm. 25. Die Vorschriften zur internationalen Gewinnabgrenzung zwischen verbundenen Unternehmen stellen Berichtigungsschranken „nach oben“ auf. Daraus ergibt sich für niedrig verzinsliche Darlehen im Rahmen des Drittvergleichs gem. Abs. 1 Nr. 2 eine dreistufige Unterscheidung:

- *Stufe 1:* Soweit das FK den safe haven nicht übersteigt, erfolgt bereits nach dem Gesetzeswortlaut keine Umqualifizierung;
- *Stufe 2:* Soweit das FK zwar den safe haven überschreitet, nicht jedoch den FKBetrag, den die KapGes. aufgrund ihrer Bonität von einem fremden Dritten erhalten hätte, erfolgt nach den Grundsätzen der DBA keine Umqualifizierung;
- *Stufe 3:* Eine Umqualifizierung findet statt, soweit der von fremden Dritten gewährte FKBetrag überschritten wird. Dabei soll die Umqualifizierung der Vergütung sich auf den Differenzbetrag zwischen dem vom Anteilseigner gewährten FK und dem vom fremden Dritten aufgrund der Bonität der KapGes. maximalen Fremdfinanzierungsrahmen beziehen.

Der Entwurf des BMF-Schreibens v. 22. 4. 94 sah eine Umqualifizierung der Vergütungen bezogen auf den Differenzbetrag zwischen dem vom Anteilseigner gewährten FK und dem safe haven vor. Die FinVerw. ist im endgültigen BMF-Schreiben v. 15. 12. 94 aaO der Kritik im Schrifttum gefolgt. Vgl. dazu *Herzig-Arbeitsgruppe* zu § 8a KStG, WPg. 1994 S. 474; *BDI/DIHT* v. 8. 6. 94 zu BMF-Entwurf v. 22. 4. 94 Tz. 63.

Die FinVerw. wendet die genannten Grundsätze zum einen auch bei ausl. Anteilseignern, die keinem DBA nach dem OECD-MustAbk. unterliegen, zum anderen bei inl. Nichtanrechnungsberechtigten entsprechend an (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 66).

Stellungnahme: UE führt die Rechtsauffassung der FinVerw. idR zu sachgerechten Ergebnissen. Ein Ausschluß des Drittvergleichs bei niedrig verzinslichen Darlehen kraft gesetzlicher vGA-Fiktion erscheint unzutreffend (glA *Meilicke*, BB

KStG § 8a Anm. 103–107 Abs. 1: Voraussetzungen u. Rechtsfolgen

1994 S. 119 f., der eine Umqualifizierung allenfalls bei niedrig verzinslichen langfristigen Krediten für möglich erachtet; Köster, RIW 1994 S. 312 f.). Auf der anderen Seite kann nicht durch jegliche Form der Niedrigverzinsung eine vGA iSd. § 8a vermieden werden (glA Herzig, DB 1994 S. 172; Cattelaens, WPg. 1993 S. 561). Letztlich sollte bei niedrig verzinslichen Darlehen eine Umqualifizierung nur erfolgen, wenn der Zinsaufwand aus den Gesellschafterdarlehen bei der inl. KapGes. höher ist als der Zinsaufwand aus von fremden Dritten gewährten Krediten (glA Schwabel in Dötsch/Eversberg/Jost/Witt, § 8a KStG Anm. 17 d mit Beispiel). Insoweit sollte die Beurteilungsstufe 3 der FinVerw. modifiziert werden.

104, 105 Einstweilen frei.

5. Möglichkeit 2: Mittelaufnahmen zur Finanzierung banküblicher Geschäfte

106 a) Allgemeines zur Sonderregelung

Eine Umqualifizierung ergebnisunabhängiger Vergütungen iSd. Abs. 1 Nr. 2 in eine vGA erfolgt trotz Überschreitens des safe haven dann nicht, wenn es sich um „Mittelaufnahmen zur Finanzierung banküblicher Geschäfte“ handelt. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist dies eine Sonderregelung, die der Eigenkapitalausstattung bei Banken Rechnung trägt; die Führung eines Drittvergleichs ist zur Vermeidung einer vGA in diesen Fällen nicht erforderlich (so BTDrucks. 12/5016 v. 25. 5. 93 S. 92). Begünstigt sind insbes. Tochtergesellschaften ausl. Banken, die ihr Inlandsgeschäft nur teilweise durch Spareinlagen finanzieren können und die erforderlichen Mittel entweder am Kapitalmarkt oder von ihren ausl. Anteilseignern (idR als FK) erhalten (vgl. Herzig, StuW 1993 S. 247 f.). Wortlautgemäß keine Geltung hat die Ausnahmeregelung für inl. Tochtergesellschaften ausl. Versicherungsunternehmen, da dort eine mit den Banken vergleichbare Finanzierungsnotwendigkeit nicht ersichtlich ist (so zutreffend Herzig, StuW 1993 S. 248).

Anwendungsvoraussetzungen: Das Eingreifen der Ausnahmeregelung setzt tatbestandsgemäß voraus, daß

- ergebnisunabhängige Vergütungen vereinbart sind, die den safe haven übersteigen, und
- das FK zur Finanzierung banküblicher Geschäfte aufgenommen wurde.

Die Beweislast für die Anwendung der Ausnahmeregelung trägt die inl. KapGes.; sie muß den entsprechenden Verwendungsnachweis betreffend die Finanzierung banküblicher Geschäfte führen.

Streitige Einzelfragen: Es wird kontrovers diskutiert,

- ob die Ausnahmeregelung auf Kreditinstitute beschränkt ist oder auch bei anderen Finanzierungseinheiten (zB Finanzinstituten, Konzernfinanzierungsgesellschaften) Anwendung findet (s. Anm. 107) und
- was bankübliche Geschäfte sind (s. Anm. 108).

107 b) Kreis der begünstigten Fremdkapitalnehmer

Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 spricht im Rahmen der Ausnahmeregelung von „Mittelaufnahmen zur Finanzierung banküblicher Geschäfte“. Eine nähere gesetzliche Konkretisierung des begünstigten Personenkreises fehlt; gem. Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 muß FKNeher zumindest eine unbeschränkt stpfl. KapGes. sein.

Auffassungen von FinVerw. und Schrifttum: Die FinVerw. leitet aus der Verwendung des Begriffs „bankübliche Geschäfte“ ab, daß die Sonderregelung

auf Kreditinstitute mit Zulassung gem. § 32 KWG als FKNeher beschränkt ist (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 70). Die hM stimmt mit der Beschränkung der Sondervorschrift auf Kreditinstitute überein, wobei allerdings auch solche Kreditinstitute begünstigt sein sollen, die Tochtergesellschaften ausl. Nichtbanken sind (vgl. *Häuselmann/Pachmann*, RIW 1994 S. 232; *Herzig-Arbeitsgruppe* zu § 8a, WPg. 1994 S. 474; *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 40; *Frotscher*, IStR 1994 S. 205; wohl auch *Köster*, RIW 1994 S. 311). Abweichend dazu wird vereinzelt die Auffassung vertreten, auch Finanzinstitute iSd. § 1 Abs. 3 KWG (zB im Leasing- und Factoringbereich) oder Konzernfinanzierungsgesellschaften seien begünstigt (so *DIHT/BDI* v. 8. 6. 94 zu Tz. 69 BMF-Entwurf v. 22. 4. 94; unklar *Schwebel* in *Dösch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 18).

Stellungnahme: Die begünstigende Sonderregelung für Mittelaufnahmen zur Finanzierung banküblicher Geschäfte betrifft uE ausschließlich inl. KapGes., die vom Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen die Zulassung zum Geschäftsbetrieb eines Kreditinstituts gem. § 32 KWG erhalten haben; dies entspricht dem Willen des Gesetzgebers und läßt sich aus dem Gesetzeswortlaut ableiten. Eine Ausdehnung auf andere Gewerbezweige mit bankähnlichen Strukturen wäre uE teleologisch verfehlt. Unerheblich ist allerdings, wer Anteilseigner des Kreditinstituts ist; insoweit können auch Nichtbanken (zB Industrieunternehmen) ihren Tochter-Kreditinstituten nicht von § 8a betroffene Gesellschafterdarlehen zur Finanzierung banküblicher Geschäfte gewähren.

c) Merkmale banküblicher Geschäfte

108

Der Begriff des „banküblichen Geschäfts“ iSd. Ausnahmeregelung des Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 ist nicht näher erläutert.

Auffassungen von FinVerw. und Schrifttum: Die FinVerw. geht davon aus, daß bankübliche Geschäfte nur solche iSd. § 1 KWG sind (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 70); die zunächst beabsichtigte Beschränkung des Anwendungsbereichs der Ausnahmeregelung auf Bankgeschäfte iSd. § 1 Abs. 1 KWG wurde nicht realisiert. Keine banküblichen Geschäfte liegen lt. FinVerw. vor, wenn die Mittelaufnahme zur Finanzierung zB von Tochtergesellschaften in konzernabhängigen Unternehmen erfolgt, die nicht selbst Kreditinstitute sind; dies gilt auch dann, wenn ein Kreditinstitut lediglich zur Mittelweiterleitung zwischengeschaltet wird (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 70). Die hM im Schrifttum geht ebenfalls von einer weiten Auslegung des Begriffs „bankübliche Geschäfte“ aus und sieht eine Begrenzung auf Bankgeschäfte iSd. § 1 Abs. 1 KWG als nicht sachgerecht an (vgl. *Häuselmann/Pachmann*, RIW 1994 S. 232; *Köster*, RIW 1994 S. 311; *Herzig-Arbeitsgruppe* zu § 8a KStG, WPg. 1994 S. 475; *Bundessteuerberaterkammer*, IStR 1994 S. 329; aA *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 40).

Stellungnahme: Der Rechtsauffassung der FinVerw. ist uE grundsätzlich zuzustimmen. Eine Beschränkung des Begriffs der banküblichen Geschäfte auf die in § 1 Abs. 1 KWG definierten Bankgeschäfte wäre zu eng. So ist zB die Teilnahme an Wertpapieremissionen (§ 1 Abs. 3 Nr. 8 KWG) banküblich, ohne daß es sich um ein Bankgeschäft iSd. § 1 Abs. 1 KWG handelt. Die Mittelaufnahme der inl. KapGes. mit einer Zulassung als Kreditinstitut gem. § 32 KWG muß zweckgerichtet „zur Finanzierung banküblicher Geschäfte“ erfolgen; nicht vGA-geschützt sind daher Gesellschafterdarlehen, bei denen es an der Zweckgerichtetheit fehlt, weil zB der Bau eines Verwaltungsgebäudes finanziert wird (glA *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 40). Derartige Finanzierungszwecke werden auch nicht in § 1 KWG genannt. Zu eng erscheint allerdings die von der FinVerw. vertretene Auffassung zur Finan-

zierung von Tochtergesellschaften in konzernabhängigen Unternehmen, die nicht selbst Kreditinstitute sind (Sonderregelung greift nicht ein; s. BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 70). Soweit derartige Finanzierungen entsprechend üblichen bankenrechtlichen Grundsätzen über ein konzernzugehöriges Kreditinstitut erfolgen und keine Mißbrauchsgestaltung vorliegt, sind sie uE nach Abs. 1 Nr. 2, 2. Halbs. begünstigt.

109 Einstweilen frei.

6. Sonderregelung für Mischfinanzierungen (Nr. 2, letzter Satzteil)

110 a) Fremdkapital gegen ergebnisabhängige und ergebnisunabhängige Vergütungen vereinbart (Mischfinanzierungen)

Begrenzte Ausnahme vom Kumulationsverbot: Die Sonderregelung des Abs. 1 Nr. 2, letzter Satzteil stellt eine begrenzte Ausnahme vom Kumulationsverbot dar, wonach die safe haven gem. Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 nicht gleichzeitig in Anspruch genommen werden können. Das grundsätzliche Kumulationsverbot folgt gesetzestechisch daraus, daß sich die beiden Vergütungsarten wechselseitig ausschließen (Verknüpfung von Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 durch das Wort „oder“).

Anwendungsvoraussetzungen der Ausnahmenvorschrift: Abs. 1 Nr. 2, letzter Satzteil ist tatbestandsgemäß an folgende Voraussetzungen geknüpft:

► *Zusammentreffen von FK iSd. Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2:* Es muß sowohl FK gegen ergebnisabhängige als auch gegen ergebnisunabhängige Vergütungen vereinbart sein. Dies erfordert mehrere Darlehensverhältnisse mit dem gleichen Darlehensgeber. Nicht unter die Sondervorschrift fällt zB ein Darlehen, das neben einer Festverzinsung auch ergebnisabhängige Bestandteile enthält (zB ein Darlehen, das mindestens zu 3 vH p. a. zu verzinsen ist, zuzüglich 0,5 vH des handelsrechtlichen Jahresüberschusses).

► *Kein Übersteigen des safe haven gem. Abs. 1 Nr. 1:* Sofern beide Vergütungsarten vereinbart sind, darf das FK iSd. Abs. 1 Nr. 1 die Hälfte des anteiligen EK des Anteilseigners nicht übersteigen. Es muß somit für Vergütungen nach Abs. 1 Nr. 2 ein noch nicht ausgeschöpfter safe haven bestehen; zur Übergangsregelung s. Anm. 113.

Vorrangigkeitsregeln: In Fällen der Mischfinanzierung ist grundsätzlich vorrangig zu prüfen, ob der safe haven für FK iSd. Abs. 1 Nr. 1 ausgeschöpft wurde (BTDrucks. 12/5016 v. 25. 5. 93 S. 92; BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 71, 74; *Herzig*, DB 1994 S. 168, 171; *Pauka* in NWB, F. 4 S. 3957, 3962). Unbestritten ist dies in Fällen, in denen der safe haven für hybrides FK nicht ausgeschöpft ist. Demgegenüber wird bei Sachverhalten, in denen die safe haven für beide FK-Formen ausgeschöpft werden, auch die Auffassung vertreten, dem Stpfl. steht ein Wahlrecht zu, welchen safe haven er zunächst in Anspruch nehmen möchte; maßgebend ist insoweit die Rangfolge der wirtschaftlichen Belastung durch die FK-Vergütung (vgl. *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 44); uE zutreffend und durch den Gesetzeswortlaut abgedeckt (allgemein zum Meistbegünstigungsprinzip s. auch Anm. 83, 91).

111 Einstweilen frei.

b) Modifizierung des steuerunschädlichen Sockelbetrags im ergebnisunabhängigen Vergütungsbereich nach Ausschöpfung des variablen Teils (Relation 1 : 6)

112

Sind die genannten Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 2, letzter Satzteil erfüllt, ergibt sich als Rechtsfolge eine geänderte Berechnung des safe haven für ergebnisunabhängig verzinstes FK; denn an die Stelle des Dreifachen des anteiligen EK des Anteilseigners tritt das Sechsfache des Unterschiedsbetrags zwischen FK iSd. Abs. 1 Nr. 1 und der Hälfte des anteiligen EK des Anteilseigners. Der geänderte Sockelbetrag berechnet sich wie folgt (vgl. hierzu im einzelnen *Bareis*, RIW 1994 S. 141 ff.):

$$6 \times (0,5 \times q \times EK \text{ ./. } FK_{\text{Nr. 1}})$$

$$\text{für } 0,5 \times q \times EK > FK_{\text{Nr. 1}}$$

EK: Eigenkapital der Kapitalgesellschaft;

q: Anteil des Anteilseigners;

$FK_{\text{Nr. 1}}$: ergebnisabhängig verzinstes Fremdkapital (Abs. 1 Nr. 1)

Der geänderte safe haven mit der Faktorrelation 1:6 ergibt sich mathematisch aus der unterschiedlichen Wertigkeit der verschiedenen Fremdkapitalarten (BTDrucks. 12/5016 v. 25. 5. 93 S. 92; *Herzig*, StuW 1993 S. 244).

Beispiel: Bei einem Eigenkapital von 40 gewährt der nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner seiner 100 %igen inl. Tochtergesellschaft FK iHv. 15 gegen gewinnabhängige, FK iHv. 30 gegen gewinnunabhängige Vergütungen.

Lösung: Bei dem vorrangig zu verrechnenden FK iSd. Abs. 1 Nr. 1 verbleibt ein nicht ausgeschöpfter safe haven von 5 ($40 \times 0,5 = 20 \text{ ./. } 15 = 5$). Der für Vergütungen iSd. Abs. 1 Nr. 2 bestehende safe haven von 1:6 beträgt 30 (5×6), so daß der gesamte ergebnisunabhängige FKTeil geschützt ist.

Der Gesetzeswortlaut für Mischfinanzierungen stellt ausschließlich auf die gewährten Arten von FK ab; auf den Umfang der Vergütungen kommt es nicht an. Deshalb ist gewinnabhängig verzinstes FK auch dann zu berücksichtigen, wenn in einzelnen Jahren (zB Verlustjahren) keine Vergütungen zu bezahlen sind (glA *Hey*, RIW 1993 S. 836); zur Behandlung unverzinslicher Darlehen im Rahmen der safe haven s. Anm. 92.

c) Zeitliche Übergangsregelung des § 54 Abs. 6 b Satz 3

113

§ 54 Abs. 6 b Satz 3 enthält eine befristete Übergangsregelung für Mischfinanzierungen in Altfällen, die die Regelung des Satzes 2 betr. FKVergütungen iSd. Abs. 1 Nr. 1 ergänzt; zu den zeitlichen Voraussetzungen und etwaigen Kollisionsfällen bei mehreren Darlehen s. Anm. 85. Nach dem Wortlaut des § 54 Abs. 6 b Satz 3 gelten bei Mischfinanzierungen die Vorschriften des Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 4 Satz 1 sinngemäß. Eine nähere Konkretisierung der „sinngemäßen Geltung“ erfolgt nicht. Betroffen dürften im wesentlichen die in Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 4 Satz 1 für Mischfinanzierungen genannten Faktorrelationen sein (zu Einzelheiten s.u.). Im übrigen erfordert die sinngemäße Anwendung von Abs. 1 Nr. 2 bei Mischfinanzierungen in Altfällen, daß an die Stelle des hälftigen das gesamte anteilige EK tritt; dies folgt aus dem Charakter des Satzes 3 als Ergänzungstatbestand zu § 54 Abs. 6 b Satz 2.

Änderungen der Faktorrelation für den ergebnisunabhängigen Teil der Mischfinanzierung: Die FinVerw. und ein Teil des Schrifttums vertreten die Auffassung, daß bei Mischfinanzierungen in Altfällen der nicht ausgeschöpfte safe haven für ergebnisunabhängig verzinstes FK mit dem Faktor 3 statt 6, bei qualifizierten Holdinggesellschaften (Abs. 4 Satz 1) mit dem Faktor 9 statt 18 zu

multiplizieren ist (vgl. BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 102; *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 54 KStG Anm. 21 d; wohl auch *IDW-Steuerfachausschuß*, WPg. 1994 S. 475). *Hey* (RIW 1993 S. 837) präferiert demgegenüber den Faktor 6, in qualifizierten Holdingfällen den Faktor 18.

Stellungnahme: UE ist bei Mischfinanzierungen in Altfällen hinsichtlich des nicht ausgeschöpften anteiligen EK der in Abs. 1 Nr. 2, letzter Satzteil festgelegte Faktor 6 durch den Faktor 3 zu ersetzen. Bei Anwendung des Faktors 6 würden die ergebnisunabhängigen Vergütungsteile im Rahmen von Mischfinanzierungen im Einzelfall gegenüber den Fällen von ausschließlich ergebnisunabhängig gestalteten Finanzierungen begünstigt.

Beispiel: Das anteilige EK beträgt 100 TDM. Der nichtanrechnungsberechtigte Alleingesellschafter gewährt FK iSd. Abs. 1 Nr. 1 iHv. 40 TDM. Bei Anwendung des Faktors 6 würde ein Finanzierungsspielraum für FK iSd. Abs. 1 Nr. 2 iHv. 360 TDM (6×60) verbleiben; das Fremdfinanzierungspotential wäre damit größer als bei ausschließlich ergebnisunabhängiger Finanzierung (100×3). Anstelle des Faktors 6 ist somit der Faktor 3 zur Anwendung zu bringen; der verbleibende Finanzierungsspielraum beträgt danach 180 TDM (3×60).

Gleiche Überlegungen gelten bei qualifizierten Holdinggesellschaften, so daß der Faktor 18 durch den Faktor 9 zu ersetzen ist. Die sinngemäße Anwendung der Übergangsregelung für mischfinanzierte Altfälle bewirkt somit gegenüber der Grundregelung des Abs. 1 Nr. 2; letzter Halbs. sowie des Abs. 4 Satz 1, 2. Satzteil geänderte rechnerische Faktorrelationen.

Buchwertkürzung bei nicht qualifizierten Holdinggesellschaften (Abs. 4 Satz 3) in mischfinanzierten Altfällen: Unklar ist, ob und ggf. wie eine Buchwertkürzung beim EK vorzunehmen ist; denn § 54 Abs. 6 b Satz 2 verzichtet nur für Altfälle bei rein ergebnisabhängig verzinstem FK auf eine Buchwertkürzung. Der übergangsregelnde Ergänzungstatbestand des § 54 Abs. 6 b Satz 3 enthält insoweit keine Aussage. Mangels klarer gesetzlicher Grundlage sind bei mischfinanzierten Altfällen drei Alternativen denkbar:

- keine Kürzung des EK um Beteiligungsbuchwerte (Lösung 1);
- Kürzung des EK um Beteiligungsbuchwerte (Lösung 2);
- anteilige Kürzung des EK um Beteiligungsbuchwerte, soweit FK iSd. Abs. 1 Nr. 2 betroffen ist (Lösung 3).

Stellungnahme: UE führt nur Lösung 3 zu sachgerechten Ergebnissen. Die beiden anderen Lösungsalternativen sind uE abzulehnen. Während Lösung 1 für ergebnisunabhängige Vergütungsteile in Mischfinanzierungsfällen zu einer nicht gerechtfertigten Bevorzugung führen würde, zieht Lösung 2 eine entsprechende gesetzlich nicht gewollte Benachteiligung nach sich.

Die in Lösung 3 vorgesehene anteilige Kürzung des EK um Beteiligungsbuchwerte sollte uE in drei Schritten erfolgen:

- ▷ Erster Schritt: Für die Ermittlung des safe haven gem. Abs. 1 Nr. 1 erfolgt keine Buchwertkürzung; dies ergibt sich aus § 54 Abs. 6 b Satz 2.
- ▷ Zweiter Schritt: Das verbleibende nicht ausgeschöpfte anteilige EK wird in dem Verhältnis um Beteiligungsbuchwerte gekürzt, welches dem Verhältnis des nicht ausgeschöpften zum gesamten anteiligen EK entspricht.
- ▷ Dritter Schritt: Das um Beteiligungsbuchwerte anteilig gekürzte EK wird mit dem Faktor 3 multipliziert.

Beispiel: Das anteilige EK des nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigners in der Inl. KapGes. beträgt 100 TDM, die Beteiligungsbuchwerte belaufen sich auf 60 TDM. Es wird gewährt FK iSd. Abs. 1 Nr. 1 iHv. 50 TDM, FK iSd. Abs. 1 Nr. 2 iHv. 150 TDM.

Lösung: Das nicht im Rahmen des Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 54 Abs. 6 b Satz 2 ausgeschöpfte EK beträgt 50 TDM (100 TDM ./ 50 TDM). Nach anteiliger Kürzung des nicht ausgeschöpften EK verbleibt ein anteiliges EK von 20 TDM (= $50 - \frac{30}{100} \times 60$). Der daraus resultierende Finanzierungsspielraum für FK iSd. Abs. 1 Nr. 2 beträgt 60 TDM (20 TDM \times 3). Der safe haven wird somit um 90 TDM überschritten.

Einstweilen frei.

114–119

D. Erweiterung des Personenkreises betroffener Fremdkapitalgeber auf bestimmte nahestehende Personen und Dritte (Abs. 1 Satz 2)

I. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Satz 2

120

Abs. 1 Satz 2 erweitert zur Verhinderung von Umgehungsmöglichkeiten den Personenkreis betroffener FKGeber gegenüber dem Grundtatbestand des Abs. 1 Satz 1 mit der Rechtsfolge der Umqualifizierung bestimmter FKVergütungen in eine vGA (ähnlich BTDrucks. 12/5016 v. 25. 5. 93 S. 92; kritisch dazu *Prinz*, FR 1994 S. 622, 624). Die Regelung erstreckt sich auf Gestaltungen, in denen die Fremdfinanzierung der inl. KapGes. nicht direkt durch den nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner, sondern durch Nichtgesellschafter erfolgt.

Tatbestandsvoraussetzungen: Abs. 1 Satz 2 regelt in Ergänzung zu Satz 1 zwei alternative Fallgestaltungen. Die inl. KapGes. erhält das FK

- „von einer dem Anteilseigner nahestehenden Person iSd. § 1 Abs. 2 AStG, die nicht zur Anrechnung von KSt. berechtigt ist“ (s. Anm. 122–126), oder
- von einem „Dritten, der auf den Anteilseigner oder eine diesem nahestehende Person zurückgreifen kann“ (s. Anm. 130–138).

Die Vorschrift wirft zahlreiche Abgrenzungs- und Zuordnungsfragen auf; die praktische Rechtsanwendung ist schwierig. Im Einzelfall können sich Diskriminierungsprobleme bei ausl. Anteilseignern stellen; auch sind Verfassungsverstöße denkbar (s. Anm. 137).

Rechtsfolgenbestimmungen in direkter Form enthält Abs. 1 Satz 2 nicht. Es wird lediglich angeordnet, daß bei Finanzierungen durch Nichtgesellschafter „Satz 1 auch anzuwenden ist“. Die bei der inl. KapGes. für das durch den Nichtgesellschafter gewährte FK anfallenden Vergütungen sind somit in eine vGA umzuqualifizieren, falls

- ▷ bei FK gem. Abs. 1 Nr. 1 der safe haven von 1:0,5, während der Übergangszeit von 1:1 überschritten ist (wegen Altdarlehen s. § 54 Abs. 6 b Satz 2, eingehend Anm. 85),
- ▷ bei FK gem. Abs. 1 Nr. 2 der safe haven von 1:3, bei qualifizierten Holdinggesellschaften von 1:9 überschritten ist und ein Drittvergleich nicht geführt werden kann bzw. keine Mittelverwendung zur Finanzierung banküblicher Geschäfte vorliegt,
- ▷ bei Mischfinanzierungen gem. Abs. 1 Nr. 2, letzter Halbsatz der safe haven bezogen auf den nicht durch FK iSd. Abs. 1 Nr. 1 ausgeschöpften Teil von 1:6, bei qualifizierten Holdinggesellschaften von 1:18 überschritten ist und keine Gegenbeweise erbracht werden.

Str. ist die Frage der vGA-Zurechnung mit evtl. DBA-rechtlichen Qualifikationskonflikten; eingehender Anm. 32. Gleiches gilt für die Bestimmung des dem Nichtgesellschafter zuzurechnenden safe haven (s. Anm. 126, 137).

Einstweilen frei.

121

II. Fremdkapitalgeber ist „eine dem Anteilseigner nahestehende Person iSd. § 1 Abs. 2 AStG, die nicht zur Anrechnung von Körperschaftsteuer berechtigt ist“ (Satz 2, Alt. 1)

122 **1. Überblick**

Abs. 1 Satz 2 ordnet die Umqualifizierung von FKVergütungen in eine vGA gem. den in Abs. 1 Satz 1 vorgesehenen Regeln auch für solche Fälle an, in denen die inl. KapGes. das FK nicht direkt vom Anteilseigner erhält, sondern von einer – dem Anteilseigner nahestehenden Person iSd. § 1 Abs. 2 AStG, – die nicht zur Anrechnung von KSt. berechtigt ist.

Eingehender Anm. 123. Eine gesetzliche Qualifizierung des Anteilseigners selbst (mit oder ohne Anrechnungsberechtigung) erfolgt nicht (s. Anm. 124). Zum Sonderfall von sog. upstream-Darlehen durch eine Tochtergesellschaft an die inl. KapGes. s. Anm. 125. Mit der umgehungsbedingten Erweiterung des Anwendungsbereichs von Abs. 1 Satz 1 soll insbes. die Finanzierung über Off-shore-Gesellschaften getroffen werden (vgl. *Mattausch in Fischer* [Hrsg.], *Forum der Internationalen Besteuerung*, Bd. 5, 1994 S. 102); zur Konkurrenz mit dem AStG s. Anm. 24.

123 **2. Dem Anteilseigner nahestehende Person iSd. § 1 Abs. 2 AStG ohne Anrechnungsberechtigung**

Vergütungen für FK, das die inl. KapGes. an eine dem Anteilseigner nahestehende und nichtanrechnungsberechtigte Person iSd. § 1 Abs. 2 AStG leistet, gelten unter den allgemeinen Voraussetzungen des § 8a als vGA. Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich, daß die nahestehende Person „nicht zur Anrechnung von KSt. berechtigt“ sein darf. Nach allgemeinen Grundsätzen kann es sich bei der nahestehenden Person um inl. oder ausl. Nichtanrechnungsberechtigte handeln (zu Einzelheiten s. Anm. 65); der Rechtsverweis auf § 1 Abs. 2 AStG verdeckt dies.

Nahestehende Person iSd. § 1 Abs. 2 AStG: Anteilseigner und nahestehende Person müssen überschneidungsfrei voneinander abgegrenzt werden. UE kann nahestehende Person nur sein, wer weder unmittelbarer noch mittelbarer Anteilseigner ist (str.); zum Begriff des Anteilseigners s. Anm. 65.

► *Rechtsverweis auf § 1 Abs. 2 AStG:* Der Rückgriff des Abs. 1 Satz 2 auf § 1 Abs. 2 AStG mit einer Legaldefinition der nahestehenden Person soll der Rechtssicherheit dienen (vgl. *Herzig*, DB 1994 S. 115); dies ist dem Gesetzgeber uE nicht gelungen (zu Einzelheiten s.u.). Es wird vielmehr die unter Diskriminierungsaspekten problematische Zielrichtung des § 8a betr. ausl. Anteilseigner deutlich (glA *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 46, die die Verweisung auf § 1 Abs. 2 AStG als wenig durchdacht ansehen).

§ 1 Abs. 2 AStG unterscheidet drei Gruppen nahestehender Personen:

- ▷ *gem. Nr. 1* Personen, die an dem Stpfl. mindestens zu einem Viertel unmittelbar oder mittelbar beteiligt sind oder auf ihn unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben können; auch umgekehrte Beteiligungsgestaltungen oder Möglichkeiten zur Einflußnahme durch den Stpfl. werden erfaßt;
- ▷ *gem. Nr. 2* erstreckt sich der Begriff auf dritte Personen, die sowohl an der nahestehenden Person selbst als auch an dem Stpfl. wesentlich beteiligt sind

oder auf beide unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben können;

- ▷ *gem. Nr. 3* werden diejenigen Fälle geregelt, in denen die Person oder der Stpfl. imstande ist, bei der Vereinbarung der Bedingungen einer Geschäftsbeziehung auf den Stpfl. oder die Person einen außerhalb dieser Geschäftsbeziehung begründeten Einfluß auszuüben oder wenn einer von ihnen ein eigenes (persönliches oder wirtschaftliches) Interesse an der Erzielung der Einkünfte des anderen hat (s. auch BFH v. 19. 1. 94 I R 93/93, BStBl. II 1994 S. 725).

Nahestehende Personen sind danach insbes. Mutter- und Tochtergesellschaften des Anteilseigners; es können aber auch natürliche Personen sein (so BMF v. 15. 12. 94 BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 18; uE problematisch). Verwandtschaftliche Beziehungen zwischen natürlichen Personen fallen aber nicht zwingend in den Anwendungsbereich von § 1 Abs. 2 AStG (ähnlich auch *Korn*, DStZ 1993 S. 739; *Prinz*, FR 1994 S. 622, 624). Sofern die nahestehende Person anrechnungsberechtigt ist (zB eine inl., unbeschränkt stpfl. KapGes.), greift Abs. 1 Satz 2 nicht ein.

▶ *Stellungnahme*: Die Verweisung in Abs. 1 Satz 2 auf § 1 Abs. 2 AStG ist uE problematisch (glA *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 45–50).

- ▷ *Nabestehend zum Anteilseigner, nicht zum Stpfl.*: Während § 1 Abs. 2 AStG die nahestehende Person im Verhältnis zum Stpfl. definiert, muß es sich bei Abs. 1 Satz 2 um eine im Verhältnis zum Anteilseigner nahestehende Person handeln. Dies ist bei den komplexen Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 Abs. 2 AStG verwirrend. Bei Anwendung des § 1 Abs. 2 AStG im Regelungsbereich des Abs. 1 Satz 2 ist folglich der Begriff „Steuerpflichtiger“ durch „Anteilseigner“ zu ersetzen (vgl. auch *Blümich/Menck*, § 8a KStG Anm. 36). Materiell-rechtlich dürfte dies allerdings nur geringfügige Bedeutung haben, da der betroffene Personenkreis in beiden Fällen idR identisch ist.

- ▷ *Keine Deckungsgleichheit zur wesentlichen Beteiligung gem. Abs. 3*: Gem. § 1 Abs. 2 Nr. 1 AStG genügt für eine wesentliche Beteiligung ein Mindestanteil von 25 vH; die wesentliche Beteiligung gem. Abs. 3 erfordert demgegenüber einen Anteil von mehr als 25 vH. Die Regelungen sind somit nur unzureichend aufeinander zugeschnitten (glA *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 46).

- ▷ *Abgrenzung zum mittelbaren Anteilseignerbegriff*: Insbes. bei mittelbar Beteiligten ergeben sich durch den Rechtsverweis auf § 1 Abs. 2 AStG Konkurrenzprobleme (ähnlich *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 46). Fraglich erscheint dabei, ob mittelbare Anteilseigner in den Regelungsbereich von Abs. 1 Satz 1 iVm. Abs. 3 Satz 1 fallen oder Abs. 1 Satz 2 iVm. § 1 Abs. 2 AStG zuzuordnen sind.

Vgl. *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 46: § 1 Abs. 2 AStG soll nur eingreifen bei Personen, die in der „Seitenlinie“ stehen (zB Schwestergesellschaften); Abhängigkeiten in „gerader Linie“ (dh. in Mutter-/Tochter-/Enkelverhältnissen) fallen unter Abs. 1 Satz 1 iVm. Abs. 3 Satz 1. AA insbes. *Wassermeyer* in *Herzig* (Hrsg.), *Gesellschafter-Fremdfinanzierung und Beteiligung an ausländischen Gesellschaften*, 1995: Er vertritt die Auffassung, der Anteilseignerbegriff umfasse nur den unmittelbar beteiligten Gesellschafter, so daß mittelbar Beteiligte nahestehende Personen sein können.

Da der Anteilseignerbegriff uE sowohl unmittelbar als auch mittelbar beteiligte Personen umfaßt (s. eingehender Anm. 65), sind mittelbare Anteilseigner keine nahestehenden Personen. Abs. 1 Satz 1 ist folglich für mittelbar beteiligte Gesellschafter vorrangig gegenüber Abs. 1 Satz 2.

124 3. Anrechnungsberechtigung des Anteilseigners erforderlich?

Abs. 1 Satz 2 setzt voraus, daß die dem Anteilseigner nahestehende Person nicht zur Anrechnung von KSt. berechtigt ist. Ob dies auch für den Anteilseigner selbst gilt, läßt der Gesetzeswortlaut offen.

Auffassungen von FinVerw. und Schrifttum: Lt. BMF v. 15. 12. 94 (aaO Tz. 19) sind Vergütungen an die nichtanrechnungsberechtigte nahestehende Person unter bestimmten Voraussetzungen auch dann umzuqualifizieren, wenn der Anteilseigner selbst anrechnungsberechtigt ist (glA *Schwebel* in *Dörsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 9; zweifelnd *Blümich/Mencke*, § 8a KStG Anm. 35). Dadurch werden insbes. deutsche Unternehmensgruppen, die sich ausl. Finanzierungsgesellschaften bedienen, durch Abs. 1 Satz 2 erfaßt. Dies stößt im Schrifttum teilweise auf Kritik. Zum einen wird geltend gemacht, daß Abs. 1 Satz 2 einen Ergänzungstatbestand zu Abs. 1 Satz 1 bildet und daher letztlich nur nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner erfassen darf; zum anderen würde dadurch der Anwendungsbereich der Vorschrift weit über den beabsichtigten Gesetzeszweck hinausgehen (vgl. *DIHT/BDI* v. 8. 6. 94 zum BMF-Entwurf v. 22. 4. 94 Tz. 19; *Regnery/Scherer*, IStR 1994 S. 528).

Stellungnahme: UE erfaßt Abs. 1 Satz 2 nur nahestehende Personen im Verhältnis zu nichtanrechnungsberechtigten Anteilseignern; die Auffassung der FinVerw. ist somit abzulehnen. Dies ergibt sich zum einen aus dem Sinn des Abs. 1 Satz 2 als Auffangtatbestand; es wäre damit nicht vereinbar, wenn der Kreis der betroffenen Anteilseigner größer wäre als beim Grundtatbestand des Abs. 1 Satz 1. Zum anderen sind die durch den Einsatz ausl. Finanzierungsgesellschaften bei unbeschränkt stpfl. Anteilseignern bestehenden Mißbrauchsgefährdungen bereits durch die Regelung der Hinzurechnungsbesteuerung gem. §§ 7–14 AStG (insbes. § 7 Abs. 6 iVm. § 10 Abs. 6 sowie § 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG) abgedeckt; dabei ist uE unerheblich, daß die Tatbestandsvoraussetzungen der Hinzurechnungsbesteuerung einerseits und des § 8a andererseits unterschiedlich sind. Der Ergänzungscharakter des Abs. 1 Satz 2 zu Abs. 1 Satz 1 führt uE schließlich auch dazu, daß in beiden Sätzen verwendete Begriffe einheitlich auszulegen sind; so kann zB die in Abs. 1 Satz 2 genannte KapGes. nur eine unbeschränkt stpfl. KapGes. in Übereinstimmung mit Abs. 1 Satz 1 sein; dieser Zusammenhang gilt auch für den Kreis der betroffenen Anteilseigner.

125 4. Tochtergesellschaft der inländischen Kapitalgesellschaft als nahestehende Person

Im Schrifttum diskutiert wird die Frage, ob Abs. 1 Satz 2 auch auf Fälle anwendbar ist, bei denen eine von einem nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner gehaltene inl. KapGes. durch ihre ausl. Tochtergesellschaft fremdfinanziert wird. Die ausl. Tochtergesellschaft ist im Verhältnis zum nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner nahestehende Person gem. § 1 Abs. 2 Nr. 1 AStG und zudem selbst nicht zur Anrechnung von KSt. berechtigt. Das BMF-Schreiben v. 15. 12. 94 (aaO) enthält zu diesem Sonderfall keine Aussage.

Diskussionsstand: Die Anwendung des Abs. 1 Satz 2 erscheint nach Auffassung der überwiegenden Stimmen im Schrifttum in derartigen Fällen gesetzessystematisch verfehlt, die Vorschrift bedarf daher der teleologischen Reduktion (vgl. *Meilicke*, BB 1994 S. 117; *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 47; *Frotscher*, IStR 1994 S. 207). Eine Umqualifizierung – auch mittels Fiktion – in eine vGA kommt im Verhältnis der Mutter- zur Tochtergesellschaft nicht in Betracht. Im übrigen

würde die Anwendung des Abs. 1 Satz 2 eine Diskriminierung ausl. Anteilseigner ohne sachlichen Grund bewirken, denn eine KapGes. mit inl. Anteilseignern kann sich losgelöst von § 8 a bei ihren eigenen ausl. Tochtergesellschaften fremdfinanzieren.

Stellungnahme: UE ist den kritischen Stimmen im Schrifttum zu folgen, so daß eine teleologische Reduktion des Abs. 1 Satz 2 vorzunehmen ist. Dies ergibt sich gesetzessystematisch daraus, daß Abs. 1 Satz 2 als Ergänzungstatbestand zu Abs. 1 Satz 1 nur „in der Seitenlinie“ miteinander verbundene Personen betrifft, nicht dagegen Mutter-/Tochterunternehmen (vgl. *Frotscher/Maas*, § 8 a KStG Anm. 47). Im übrigen sind derartige Finanzierungen über ausl. Tochtergesellschaften, sofern sie vom Gesetzgeber als mißbräuchlich angesehen werden, bereits durch die Hinzurechnungsbesteuerung nach §§ 7–14 AStG stlich eingeschränkt. Insoweit besteht für die Anwendung des Abs. 1 Satz 2 kein mißbrauchsbedingter Regelungsbedarf.

5. Rechtsfolgen: „Satz 1 ist auch ... anzuwenden“

126

Konkrete Rechtsfolgenbestimmungen enthält Abs. 1 Satz 2 nicht; durch den Verweis auf Abs. 1 Satz 1 gilt unter den dort genannten Voraussetzungen eine die FKVergütungen umqualifizierende vGA-Fiktion. Zu Einzelheiten s. Anm. 120.

Zurechnung der verdeckten Gewinnausschüttung und safe haven-Bemessung: Die FinVerw. geht bei der FKGewährung durch nahestehende Personen davon aus, daß die entstehende vGA dem Anteilseigner zuzurechnen ist (so BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 19). Sofern sich Anteilseigner und nahestehende Person bei Auslandssachverhalten in unterschiedlichen Ländern befinden, können sich DBA-rechtliche Qualifikationskonflikte mit Folgen für den Quellensteuereinbehalt ergeben; zur Zurechnung der vGA s. Anm. 32. Evtl. ist ein internationales Verständigungsverfahren erforderlich; s. Anm. 33. Die safe haven-Bemessung für die nahestehende Person ist auf das anteilige EK des wesentlich beteiligten unmittelbaren Anteilseigners beschränkt (ähnlich BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 43 für mittelbar Beteiligte); uE ist bei Unternehmensgruppen auf deren gemeinsamen safe haven abzustellen (glA *Meilicke*, BB 1994 S. 117). Der zur Verfügung stehende safe haven kann von Anteilseigner und nahestehender Person zusammen nur einmal, nicht mehrfach in Anspruch genommen werden.

Einstweilen frei.

127–129

III. Fremdkapitalgeber ist Dritter, „der auf den Anteilseigner oder eine diesem nahestehende Person zurückgreifen kann“ (Satz 2, Alt. 2)

1. Allgemeines

130

Vergütungen, die die inl. KapGes. an einen Dritten zahlt, gelten unter den in Abs. 1 Satz 1 genannten Voraussetzungen als vGA, soweit der Dritte auf den Anteilseigner oder eine diesem nahestehende Person zurückgreifen kann (Abs. 1 Satz 2 Alt. 2; ähnlich auch BMF v. 15. 12. 94 BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 21). Die Begriffe „Dritter“ und „zurückgreifen“ werden nicht näher gesetzlich konkretisiert und sind stark str. (s. Anm. 132–134). Str. sind auch Einzelheiten hinsichtlich der Bezugspersonen des Rückgriffs, insbes. bei der Frage der Anrechnungsberechtigung (s.u.). Fehlt dem Dritten die Rückgriffsmöglichkeit, greift § 8 a nicht ein.

2. Die Person des „Dritten“ als Fremdkapitalgeber

Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 verlangt für die Umqualifizierung von Vergütungen in eine vGA, daß die inl. KapGes. das FK von „einem Dritten“ erhält; dieser muß zudem auf den Anteilseigner oder eine diesem nahestehende Person zurückgreifen können (dazu Anm. 132, 135).

Dritter kann bei steuersystematischer Auslegung nur sein, wer weder unmittelbarer noch mittelbarer Anteilseigner ist (glA *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 53). Die FinVerw. geht darüber hinaus davon aus, daß der Dritte keine nahestehende Person sein darf (so zutreffend BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 20). UE besteht begriffliche Identität mit dem „fremden Dritten“ im Rahmen der Gegenbeweismöglichkeit des Abs. 1 Nr. 2 (s. Anm. 99). Keine Einschränkungen für die Person des Dritten ergeben sich nach dem Gesetzeswortlaut hinsichtlich Rechtsform, Tätigkeit bzw. Branchenzugehörigkeit (Banken, Versicherungen, Lieferanten o.ä.), Ansässigkeit und Anrechnungsberechtigung. In der Besteuerungspraxis wird es sich beim Dritten idR um ein inl. oder ausl. Kreditinstitut handeln.

Anrechnungsberechtigung des Dritten: Das Gesetz enthält keine Aussage dazu.

► *Auffassungen von FinVerw. und Schrifttum:* Sofern der Anteilseigner nichtanrechnungsberechtigt ist, wendet die FinVerw. Abs. 1 Satz 2 unabhängig von der Anrechnungsberechtigung des rückgriffberechtigten Dritten an (BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 23); dies gilt bei Rückgriff auf die nahestehende Person und den vom Rückgriff betroffenen (unmittelbaren oder mittelbaren) Anteilseigner selbst (BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 24 Nr. 1). Die Anwendung wird ausgedehnt auf Fälle anrechnungsberechtigter Anteilseigner mit Rückgriff des Dritten auf eine nichtanrechnungsberechtigte nahestehende Person (BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 24 Nr. 2). Die FinVerw. verzichtet allerdings auf eine Umqualifizierung der an einen anrechnungsberechtigten Dritten (zB eine inl. Bank oder die inl. Zweigniederlassung einer ausl. Bank) mit Rückgriff auf den nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner oder eine ihm nahestehende Person gezahlten Vergütung, sofern die KapGes. deren stliche Erfassung im Inland beim Dritten sowie das Fehlen einer back-to-back-Finanzierung (kein Zusammenhang der Vergütung beim Dritten mit Ausgaben, deren unmittelbarer oder mittelbarer Empfänger der nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner bzw. die nahestehende Person ist) nachweist; wie dieser Nachweis zu führen ist, wird nicht gesagt. Abweichend zur differenzierten Auffassung der FinVerw. wird im Schrifttum überwiegend eine Einbeziehung anrechnungsberechtigter Dritter als zu weitgehend empfunden, da die von der inl. KapGes. gezahlten Vergütungen im Inland stpfl. sind; es wird eine teleologische Reduktion des Abs. 1 Satz 2 verlangt.

Vgl. *DIHT/BDI* v. 8. 6. 94 zu BMF-Entwurf vom 22. 4. 94 Tz. 21, wo von einer noch weitergehenden Einbeziehung anrechnungsberechtigter Dritter ausgegangen wurde; *Herzig-Arbeitsgruppe* zu § 8a, WPg. 1994 S. 470; *Meilicke*, BB 1994 S. 118; redaktionelles Versehen des Gesetzgebers; modifiziert *Herzig*, DB 1994 S. 115, der die mögliche Zweifachbesteuerung der Vergütungen zumindest teilweise dadurch beseitigen möchte, daß er beim Gesellschafter einen Zinsaufwand (Vorteilsverbrauch) annimmt, der mit dem entsprechenden Ertrag der Inlandsbank korrespondiert; *Streck*, KStG, 4. Aufl. 1995 § 8a Anm. 11.

► *Stellungnahme:* UE ergibt sich aus dem Gesetzeszweck des § 8a (Sicherstellung der inl. Einmalbesteuerung von Gewinnen bei KapGes. mit nichtanrechnungsberechtigten Anteilseignern), daß grundsätzlich nur von Nichtanrechnungsberechtigten gewährte Drittdarlehen mit Rückgriffsmöglichkeit zu erfassen sind; dies gebietet eine teleologische Reduktion der Vorschrift. Sofern der Dritte mit seinen Zinseinkünften der inl. Besteuerung unterliegt, besteht kein Regelungsbedarf (zB

bei einer inl. Bank); dies ist unabhängig von einer evtl. Refinanzierung des Dritten im Ausland. Es spielt bei inl. Dritten auch keine Rolle, ob der Anteilseigner bzw. die nahestehende Person anrechnungsberechtigt ist. Die von der FinVerw. getroffene Fallgruppenunterscheidung ist uE dagegen unnötig, trotz Kompliziertheit unvollständig und nicht vom Gesetzeszweck getragen; die nachweisgebundene Entlastungsmöglichkeit (BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 23) hat keine gesetzliche Grundlage und ist rechtssystematisch als Billigkeitsregelung zu verstehen. Dies gilt uE selbst in Fällen von back-to-back-Finanzierungen mit inl. Dritten, die in der Besteuerungspraxis nur schwer greifbar sein dürften (uE nur bei exakt abgestimmten Einlagen und Darlehen, zB hinsichtlich Betrag, Zinssatz, Laufzeit, nicht aber bei einem konzernweit optimierten Cash Management) und im Einzelfall in ausreichender Form über § 42 AO regelbar sind. Wegen fehlender gesetzlicher Konkretisierung und des von der FinVerw. für inl. Banken zugelassenen Entlastungsnachweises stellt sich für ausl. Anteilseigner die Diskriminierungsfrage (s. Anm. 137).

Mehrere Dritte als Fremdkapitalgeber: Entsprechend dem Grundsatz der Einzelbetrachtung (s. BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 71; auch Anm. 100) ist jedes Drittdarlehen mit Rückgriffsmöglichkeit einzeln gem. Abs. 1 Satz 2 zu beurteilen. Schließen sich mehrere handelnde Kreditgeber zur Vergabe eines Konsortialkredits zusammen (zB anlässlich der Begebung von Anleihen über den internationalen Geld- oder Kapitalmarkt) und gewährt der (unmittelbare oder mittelbare) Anteilseigner dem Konsortium Rückgriffsrechte, so liegt uE ein Drittdarlehen vor (zum Konsortium s. auch Anm. 101). Die Beurteilung hängt letztlich von der Art des Zusammenschlusses sowie der Ausgestaltung der Rückgriffsbefugnis ab.

3. Rückgriff des Dritten („zurückgreifen kann“)

132 a) Erforderliche Ausgestaltung der Rückgriffsmöglichkeit des Dritten

Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 setzt den Erhalt des FK von einem Dritten voraus, der „zurückgreifen kann“ auf den Anteilseigner oder eine diesem nahestehende Person. Eine Rückgriffsmöglichkeit reicht nach dem Gesetzeswortlaut aus, ein tatsächlicher Rückgriff ist nicht erforderlich (glA *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 56). Der Begriff „zurückgreifen“ ist nicht legaldefiniert, daher in den Einzelheiten str. Nur für den Zeitraum der Rückgriffsmöglichkeit ist Abs. 1 Satz 2 anwendbar (glA *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 58). Schließlich muß das Rückgriffsrecht dem Dritten zustehen; die Anwendung des Abs. 1 Satz 2 scheidet daher uE aus, wenn nicht der kreditgewährende Dritte, sondern zB eine diesem nahestehende Person (zB eine Tochtergesellschaft) rückgriffsbefugt ist (evtl. aber § 42 AO; weitergehend allerdings *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 53). Abs. 1 Satz 2 ist als den Grundtatbestand des Abs. 1 Satz 1 erweiternde Sonderregelung einer extensiven Auslegung nicht zugänglich.

Ausgestaltung des Rückgriffsrechts:

► *Auffassungen von FinVerw. und Schrifttum:* Die FinVerw. geht von einem weiten Begriffsverständnis aus. Danach sind ein konkreter rechtlich durchsetzbarer Anspruch (zB aufgrund einer Garantieerklärung oder einer Bürgschaft), eine Vermerkpflcht in der Bilanz, eine dingliche Sicherheit (zB Sicherungseigentum, Grundschuld) oder sog. harte Patronatserklärungen nicht erforderlich. Vielmehr genügt bereits ein rein faktisches Einstehenmüssen für die Erfüllung der Drittschuld durch den Anteilseigner oder die ihm nahestehende Person. Bei back-to-back-Finanzierungen ist die Abtretung der Einlageforderung gegen die Bank

entbehrlich. Für Konzernfälle stellt die FinVerw. die Vermutung auf, daß die Muttergesellschaft regelmäßig für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft einstehen muß; eine Widerlegung dieser Rechtsvermutung durch die Muttergesellschaft ist möglich. S. zum Ganzen BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 21.

Im Schrifttum stößt das weite Begriffsverständnis der FinVerw. weitgehend auf Ablehnung. Gefordert wird demgegenüber, Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 auf Fälle rechtlich durchsetzbarer Ansprüche zu begrenzen.

Vgl. etwa *Bundessteuerberaterkammer*, IStR 1994 S. 326 zu Tz. 21 des BMF-Entwurfs v. 22. 4. 94; *Herzig-Arbeitsgruppe* zu § 8a, WPg. 1994 S. 470; *Bader*, NWB F. 4 S. 3986; *Bruse*, M & A Review 1994 S. 481; *Herzig*, StuW 1993 S. 247; *Hey*, RIW 1993 S. 836 f.; *ders.*, RIW 1994 S. 224; *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 54; *Bellstedt*, DB 1995 S. 11; *Streck*, KStG, 4. Aufl. 1995 § 8a Anm. 11.

► *Stellungnahme*: UE kommt vom Gesetzeszweck her nur ein enges Begriffsverständnis in Betracht, so daß ein konkret rechtlich durchsetzbarer Rückgriffs- oder Regreßanspruch des Dritten gegenüber dem (unmittelbaren oder mittelbaren) Anteilseigner oder einer diesem nahestehenden Person erforderlich ist; es muß eine rechtliche Schuldübernahmeverpflichtung bestehen. Der Gesetzgeber hat sich bei seiner Wortwahl von Formulierungen im Wertpapier- und Kreditsicherungsrecht leiten lassen (vgl. etwa Art. 40 ScheckG, Art. 43 WechselG). Mit der hM im Schrifttum ist somit die von der FinVerw. für die Begründung eines Rückgriffsrechts aufgestellte Konzernvermutung ebenso abzulehnen wie die Einbeziehung sog. weicher Patronatserklärungen. Dies ergibt sich auch aus steuerungspraktischen Überlegungen hinsichtlich der Möglichkeit der Widerlegung der Konzernvermutung.

Beispiel: Die Muttergesellschaft müßte dem darlehensgewährenden Dritten ausdrücklich mitteilen, daß sie für Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft nicht einsteht.

Schließlich ergibt sich die Notwendigkeit für ein enges Begriffsverständnis auch aus der Überlegung, daß die Auslegung des Auffangtatbestands gem. Abs. 1 Satz 2, Alt. 2 nicht weiter gehen darf als der Grundfall direkter FKGewährung durch den Anteilseigner; dem dort bestehenden Ausfallrisiko des Anteilseigners entspricht nur eine rechtlich durchsetzbare Rückgriffsbefugnis des Dritten.

b) Zusammenstellung einzelner Rückgriffsmöglichkeiten

133

Back-to-back-Finanzierungen, bei denen eine Bank der inl. KapGes. ein Darlehen gewährt und der Anteilseigner seinerseits bei der Bank eine Einlage unterhält, werden von der FinVerw. unter Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 subsumiert, wobei eine Abtretung der Einlageforderung gegen die Bank nicht erforderlich ist (so Tz. 21 BMF v. 15. 12. 94). Dies entspricht der Gesetzesbegründung (vgl. BTDrucks. 12/5016 v. 25. 5. 93 S. 92, wobei die Einlage mindestens die Darlehenshöhe erreichen muß). UE bei wörtlicher Auslegung vertretbar, wobei allerdings zumindest eine Kreditsicherung durch den Stpfl. bezweckt sein muß; ansonsten würde der Anwendungsbereich denkbarer „Back-to-back-Finanzierungen“ (wirtschaftlicher Begriff, kein Rechtsbegriff) über Gebühr ausgeweitet.

Beherrschungsverträge des Anteilseigners mit der inl. KapGes. begründen rechtlich durchsetzbare Rückgriffsmöglichkeiten für den Gläubiger (vgl. §§ 291 Abs. 1 ff. AktG) und führen daher zur Anwendung des Abs. 1 Satz 2 Alt. 2. Vgl. zur gesellschaftsrechtlichen Beurteilung auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1991 S. 794 ff.; *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht, 5. Aufl. 1993 S. 302 ff.

Bürgschaften (§§ 765 ff. BGB) des Anteilseigners oder einer nahestehenden Person für ein Drittdarlehen an die inl. KapGes. begründen einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch für den Gläubiger; Abs. 1 Satz 2 ist daher anwendbar (glA BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 21). Die Form der Bürgschaft (zB selbstschuldnerische Bürgschaft, Mitbürgschaft, Rückbürgschaft oder Nachbürgschaft) ist unerheblich (aA *Hey*, RIW 1994 S. 225).

Garantieerklärungen (gem. § 305 BGB) begründen für den Anteilseigner oder die nahestehende Person eine selbständige von der des ursprünglichen Schuldners unabhängige Rechtsverpflichtung und fallen daher unter Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 (glA BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 21).

Geschäftsführungs- und Gewinnabführungsverträge (§ 291 Abs. 1 AktG) begründen Rechtsverpflichtungen des Mutterunternehmens und fallen unter Abs. 1 Satz 2 Alt. 2. Sie entsprechen weitgehend den Regelungen des Beherrschungsvertrags (s.o.).

Kreditaufträge führen beim Anteilseigner bzw. der nahestehenden Person als Auftraggeber zu einer Haftung als Bürge gegenüber dem Darlehensgeber für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit (§ 778 BGB). Der Kreditauftrag führt daher zu einer Rückgriffsmöglichkeit iSd. Abs. 1 Satz 2 Alt. 2.

Letter of Credit (Stand-by Letter of Credit): Sofern sie eine Verpflichtung des Anteilseigners oder einer nahestehenden Person gegenüber dem Kreditgeber begründen, bei Fälligkeit des Kredits für den Darlehensbetrag einzustehen (zB falls die inl. KapGes. nicht zu einer Kreditrückzahlung in der Lage ist), begründen sie eine Rückgriffsmöglichkeit und fallen unter Abs. 1 Satz 2.

Patronatserklärungen sind in vielschichtiger Ausgestaltung denkbar, wobei in der Praxis üblicherweise sog. weiche und harte Patronatserklärungen unterschieden werden (vgl. HFA-Stellungnahme 2/1976 idF 1990 betr. handelsrechtliche Vermerk- und Berichterstattungspflichten bei Patronatserklärungen; eingehend auch *Limmer*, DSStR 1993 S. 1750; vgl. ferner OLG Karlsruhe v. 17. 8. 92, DSStR 1993 S. 486, bestätigt durch BGH v. 12. 7. 93, DSStR 1993 S. 1753). Nach Meinung der FinVerw. fallen sowohl harte als auch weiche Patronatserklärungen in den Anwendungsbereich von Abs. 1 Satz 2 (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 21). Dies ist uE im Hinblick auf weiche Patronatserklärungen zu weitgehend, da diese keinen für den Gläubiger konkret rechtlich durchsetzbaren Anspruch begründen (s. auch Anm. 132 mwN). Die Abgrenzung zwischen harten und weichen Patronatserklärungen ist mitunter schwierig, so daß eine eingehende rechtliche und wirtschaftliche Analyse der Patronatserklärung erforderlich wird.

Pfandrechte an beweglichen Sachen, Rechten und Immobilien (insbes. Hypotheken und Grundschulden) begründen eine Rückgriffsmöglichkeit iSd. Abs. 1 Satz 2 Alt. 2. Voraussetzung ist uE allerdings, daß die vom Anteilseigner bzw. der nahestehenden Person erbrachten Sicherheiten ausdrücklich für den der KapGes. gewährten Kredit verpfändet sind.

Qualifiziert faktischer Konzern führt zur Haftung des Mutterunternehmens (vgl. zur analogen Anwendung von §§ 302, 303 AktG etwa BGH v. 29. 3. 93, NJW 1993 S. 1200; v. 13. 12. 93, NJW 1994 S. 446; eingehend mwN auch *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht, 5. Aufl. 1993 S. 398 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1991 S. 805 f.). Es wird deshalb ein Rückgriffsrecht iSd. Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 begründet.

Schuldmitübernahme (Schuldbeitritt) führt beim Anteilseigner bzw. bei der nahestehenden Person zur Gesamtschuldnerschaft (§ 421 BGB) mit der inl. Kap-

Ges. für das vom Dritten gewährte Darlehen. Aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung ist uE eine Rückgriffsmöglichkeit iSd. Abs. 1 Satz 2 zu bejahen.

Sicherungsübereignung: s. Pfandrecht.

Wechselsicherheit: Die Verpflichtung des Anteilseigners oder der nahestehenden Personen aus einem Wechsel oder ähnlichen Wertpapier begründet uE eine Rückgriffsmöglichkeit gem. Abs. 1 Satz 2 Alt. 2.

c) Beschränkungen des Rückgriffsrechts

134

Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 enthält bei bestehender Rückgriffsmöglichkeit des Dritten keine Hinweise zu deren Umfang. UE sind bei Berücksichtigung des Gesetzeszwecks mehrere Beschränkungen des Rückgriffsrechts zu beachten.

Umqualifizierung nur möglich, soweit das Rückgriffsrecht reicht: Eine betragsmäßige oder inhaltliche Beschränkung des Rückgriffsrechts eines Dritten auf den Anteilseigner bzw. diesem nahestehende Person schlägt auf die Anwendung des Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 durch (glA *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 57 mit Hinweis auf die Gesetzesbegründung; *DIHT/BDI* v. 8. 6. 94 zu BMF-Entwurf v. 22. 4. 94 Tz. 21). Die Einbindung des Anteilseigners bzw. der nahestehenden Person kann nur soweit reichen, wie er das Risiko der Kreditgewährung durch den Dritten mitträgt.

Beispiel: Die inl. T-GmbH erhält von der A-Bank in Wien ein festverzinsliches Darlehen iHv. 1 Mio. DM. Ihre Muttergesellschaft, die M-Ges. mbH mit Sitz in Salzburg, verbürgt sich für diesen Kredit iHv. 800 TDM. Lediglich der von der M-Ges. mbH verbürgte Betrag iHv. 800 TDM kommt für die Anwendung des Abs. 1 Satz 2 in Betracht. Hinsichtlich des übersteigenden Kreditbetrags iHv. 200 TDM liegt keine Rückgriffsmöglichkeit des Dritten vor, so daß die Anwendung des Abs. 1 Satz 2 insoweit ausscheidet.

Behandlung mehrerer Drittdarlehen mit nicht spezifizierter Sicherungsabrede: Werden seitens des Dritten mehrere Darlehen zu unterschiedlichen Konditionen gewährt, für die der Anteilseigner bzw. eine nahestehende Person ohne nähere Spezifizierung Sicherheiten stellt, ergeben sich Zuordnungsprobleme. Die FinVerw. äußert sich zu dieser Frage nicht; sie dürfte jedoch eine Berücksichtigung der Sicherheiten entsprechend der zeitlichen Reihenfolge der Kreditvergabe befürworten (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 71). UE besteht demgegenüber mangels gesetzlicher Regelung ein Wahlrecht (glA *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 58); ggf. kommt auch eine Umqualifizierung entsprechend der durchschnittlichen Zinsbelastung in Betracht.

Behandlung mehrerer besicherter Darlehen an verschiedene KapGes.: Umqualifizierungsfragen ergeben sich ferner, falls der Anteilseigner bzw. die nahestehende Person einem Dritten Rückgriffsmöglichkeiten für sämtliche Kredite einräumt, die von Tochterunternehmen (zB in der EU) aufgenommen werden. Sofern die Sicherungsabrede keine Hinweise gibt, ist eine anteilige Zuordnung der Sicherheiten geboten; für den inl. Beteiligungsbesitz kommt uE der Meistbegünstigungsgrundsatz mit der Einräumung eines Wahlrechts in Betracht.

Beispiel: Die US-Corp. ist an der britischen UK-Ltd. sowie der deutschen T-GmbH zu jeweils 100 vH beteiligt. Der in den Niederlanden ansässige Kreditgeber hat an die T-GmbH ein Darlehen iHv. 1 000, an die UK-Ltd. ein Darlehen iHv. 2 000 gegeben. Die Bürgschaft der US-Corp. gegenüber dem Kreditgeber beläuft sich auf 2 400. UE ist das Rückgriffsrecht hinsichtlich des Darlehens an die T-GmbH auf 800 (2 400 × 1000/3 000) beschränkt, so daß nur insoweit eine Umqualifizierung gem. § 8a in Betracht kommt.

135 4. Rückgriff auf den Anteilseigner oder eine diesem nahestehende Person

Gem. Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 muß sich der Rückgriff des Dritten „auf den Anteilseigner oder eine diesem nahestehende Person“ erstrecken. Eine nähere Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale, insbes. hinsichtlich der Anrechnungsberechtigung findet sich im Gesetz nicht; zur Anrechnungsberechtigung aus Sicht des Dritten s. Anm. 131.

Rückgriff auf den Anteilseigner: Zum Anteilseignerbegriff s. Anm. 65; die Anteilseignerschaft kann unmittelbar oder mittelbar bestehen. Zu den verschiedenen Fallkonstellationen s. Anm. 130. Letztlich ist Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 nur bei Rückgriff des Dritten auf einen (wesentlich beteiligten) nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner anwendbar (s. auch BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 23, Argument: Abs. 1 Satz 2 als Ergänzungstatbestand zu Abs. 1 Satz 1); auch dies ist uE allerdings bei einem zur Anrechnung berechtigten Dritten problematisch (s. Anm. 131). Maßgebend für die Beurteilung ist uE der Anteilseigner, auf den Rückgriff genommen wird. Unstr. von Abs. 1 Satz 2 erfaßt wird der Fall des Rückgriffs eines nichtanrechnungsberechtigten Dritten beim nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner. Ist der Anteilseigner anrechnungsberechtigt, nicht aber der rückgriffsbefugte Dritte (zB ausl. Bank erhält Bürgschaft der inl. Muttergesellschaft), greift Abs. 1 Satz 2 zweckentsprechend nicht ein (so auch *Müller-Gatermann*, WPA-Seminar zu § 8a v. 20. 8. 94 S. 25). Der etwaigen Anrechnungsberechtigung einer nahestehenden Person kommt bei Rückgriff des Dritten auf den Anteilseigner keine Bedeutung zu.

Rückgriff auf eine dem Anteilseigner nahestehende Person: Zum Begriff s. Anm. 123; uE greift der Rechtsverweis des Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 auf § 1 Abs. 2 AStG auch für Alt. 2. Zu den verschiedenen Fallkonstellationen s. Anm. 130. Für die Erfassung in Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 ist die Nichtanrechnungsberechtigung der nahestehenden Person gesetzlich nicht gefordert (anders in Alt. 1) und uE vom Gesetzeszweck her nicht geboten; sie ist von subsidiärer Bedeutung. Entscheidend kommt es auf die Anrechnungsberechtigung beim Anteilseigner und beim Dritten an. Nach Auffassung der FinVerw. ist Abs. 1 Satz 2, Alt. 2 im Fall der Rückgriffsmöglichkeit auf eine nahestehende Person anzuwenden, wenn

- ▷ *der Anteilseigner nichtanrechnungsberechtigt ist*; die Anrechnungsberechtigung der nahestehenden Person ist insoweit ohne Bedeutung (BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 24). Diese Beurteilung wird jedoch für den Fall, daß der darlehensgewährende Dritte anrechnungsberechtigt ist und keine back-to-back-Finanzierung vorliegt, entschärft durch die Zulassung eines Gegenbeweises ordnungsmäßiger Besteuerung (BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 23; zur Problematik dieser Umkehr der Beweislast s. Anm. 131).
- ▷ *der Anteilseigner zwar anrechnungsberechtigt ist, die nahestehende Person aber nicht*. Dies ist uE unzutreffend, da dadurch systemwidrig auch Fälle von Abs. 1 Satz 2 erfaßt werden, in denen der Anteilseigner in Deutschland stpfl. ist.

Sonderfall der Verlängerung einer Rückgriffskette: Nach dem Gesetzeswortlaut muß sich der Rückgriff des Dritten auf den Anteilseigner oder die diesem nahestehende Person erstrecken. Nicht von Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 erfaßt wären damit Fälle, in denen sich ein weiterer Sicherungsgeber (zB eine zwischengeschaltete Bank) für das der inl. KapGes. gewährte Darlehen beim Dritten bspw. verbürgt, der Anteilseigner seinerseits dem zwischengeschalteten Sicherungsgeber gegenüber eine Rückbürgschaft übernimmt (vgl. *Hey*, RIW 1994 S. 225). Eine solche Verlängerung der Rückgriffskette kommt etwa in Betracht, wenn die zwischengeschaltete Bank die Funktion eines Generalbürgen für eine Vielzahl

von Krediten an verschiedene Tochtergesellschaften wahrnimmt und der Anteilseigner insgesamt als Rückgriffsbürge zur Verfügung steht.

Stellungnahme: Da die Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 nicht vorliegen und die Regelung als Ergänzungstatbestand mit Ausnahmecharakter einer erweiternden Auslegung nicht zugänglich ist, scheidet die Anwendung des § 8a uE aus (glA *Hey*, RIW 1994 S. 225). Bei klar umgehungsbedingtem Sachverhalten kommt uU jedoch § 42 AO in Betracht.

Einstweilen frei.

136

5. Rechtsfolgen: „Satz 1 ist auch ... anzuwenden“

a) Grundsätze

137

Die bei Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 eintretenden Rechtsfolgen sind nicht näher konkretisiert. Gesetzlich angeordnet ist lediglich, daß für diese Fälle „Satz 1 auch anzuwenden ist“. Zu den Einzelheiten s. Anm. 120, betr. nahestehende Personen Anm. 126. Für die safe haven-Bemessung ist auf das (anteilige) EK des Anteilseigners abzustellen (vgl. BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25, Tz. 77); bei Unternehmensgruppen erfolgt uE eine Zusammenrechnung der safe haven (str.; s. Anm. 93).

Verfassungs- und europarechtliche Probleme: Die FinVerw. verlangt, die als vGA geltenden, an einen Dritten mit Rückgriffsmöglichkeit gezahlten Vergütungen dem Anteilseigner zuzurechnen, und zwar unabhängig von der stlichen Behandlung beim Empfänger (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 25). UE grundsätzlich zutreffend, verbunden allerdings mit der Gefahr einer verfassungswidrigen Übermaßbesteuerung, insbes. bei extensiver Anwendung der Vorschrift durch die FinVerw. (glA *Herzig*, DB 1994 S. 115; allgemein dazu *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. 1, 1993 S. 232 ff.). Denn denkbar sind Mehrfacherfassungen des gleichen Besteuerungssubstrats in Deutschland; der Gesetzeszweck der Sicherstellung inl. Einmalbesteuerung von Gewinnen erfordert die Einbeziehung anrechnungsberechtigter Dritter uE nicht. Auch kommt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Betracht (etwa bei Ausdehnung der Rückgriffsvermutung auf Lieferanten mit branchenunüblich langen Forderungen in Konzernfällen). Im übrigen erscheint die Regelung auch im Hinblick auf die im EG-Vertrag verankerte Niederlassungsfreiheit und die Freiheit des Kapitalverkehrs nicht unproblematisch; insbes. ausl. Banken u. Anteilseigner können durch den von der FinVerw. zugelassenen Entlastungsnachweis (s. Anm. 131) uE diskriminierende Wettbewerbsnachteile erleiden (eingehender dazu *Bachmann*, RIW 1994 S. 855).

Zum Drittvergleich bei rückgriffsgesichertem FK iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 s. Anm. 138.

b) Drittvergleich bei Fremdkapitalvergütungen iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2

138

Durch den Rechtsverweis in Abs. 1 Satz 2 auf Satz 1 steht grundsätzlich auch bei Drittdarlehen mit Rückgriffsmöglichkeit auf den Anteilseigner oder eine diesem nahestehende Person der Drittvergleich zur Vermeidung einer vGA zur Verfügung, falls es sich um FK iSd. Abs. 1 Nr. 2 handelt (zum Drittvergleich allgemein s. Anm. 99–103). Fraglich erscheint, wie in Rückgriffsfällen der Drittvergleich zu führen ist.

Auffassungen von FinVerw. und Schrifttum: Die FinVerw. geht davon aus, daß bei dem von einem rückgriffsberechtigten Dritten überlassenen FK im Rahmen des Drittvergleichs die Rückgriffsmöglichkeiten nicht berücksichtigt werden, sondern nur die eigenen Sicherungsmittel der KapGes. einbeziehbar sind (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 62). Dies stößt im Schrifttum auf Kritik, da der Entlastungsnachweis zweckwidrig erschwert wird. Insbes. Hey weist darauf hin, daß geprüft werden sollte, ob das Darlehen auch ohne Gesellschaftersicherheit gewährt worden wäre; da dies regelmäßig zu verneinen ist und eine Korrelation zwischen Sicherheiten und Zinssätzen (Risikoprämie) besteht, könnten folglich auch Darlehen für einen Drittvergleich geeignet sein, bei denen sich in angemessenen Bandbreiten bewegende höhere Zinssätze vereinbart werden (RIW 1994 S. 226).

Stellungnahme: UE ist die Rechtsauffassung der FinVerw. zur Führung des Drittvergleichs in Rückgriffsfällen zu eng. Da es sich um ein Drittdarlehen handelt und der Dritte gerade für die Vergabe des Darlehens Rückgriffsmöglichkeiten fordert, würde bei einem bloßen Abstellen auf die eigenen Sicherungsmittel der KapGes. die Führung des Drittvergleichs praktisch weitgehend unmöglich. Da die FinVerw. in Konzernfällen eine Rückgriffsvermutung aufstellt (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 22), muß dies uE auch bei Durchführung des Drittvergleichs Berücksichtigung finden. Neben den vorhandenen, zumindest beschaffbaren eigenen Sicherungsmitteln der KapGes. müssen somit auch die sonstigen in der Gruppe „bei sonst gleichen Umständen“ zur Verfügung stehenden Sicherungsgrundlagen und -mittel berücksichtigt werden. Entscheidend kommt es für den Drittvergleich dabei uE nicht auf die Zinshöhe, sondern die Bonität der finanzierten KapGes. an.

139 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 2: Begriff des Eigenkapitals

140

A. Allgemeines zu Abs. 2

Anteiliges Eigenkapital gem. Abs. 2 Satz 1: Abs. 2 bestimmt das anteilige Eigenkapital des Anteilseigners und ergänzt insoweit die safe haven-Regelungen in Abs. 1. Das EK der KapGes. wird den einzelnen Anteilseignern entsprechend ihrer quotalen Beteiligung am gezeichneten Kapital zugerechnet. Um der KapGes. sowie ihren Anteilseignern die Planung der Finanzierungsstrukturen zu erleichtern, stellt Abs. 2 Satz 1 in zeitlicher Hinsicht auf das anteilige EK zum Schluß des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs ab. Da damit die Ausgangsbasis für die Berechnung der safe haven feststeht, können KapGes. und Anteilseigner die Fremdfinanzierung innerhalb der durch die safe haven gesteckten Rahmen gestalten.

Handelsbilanzielles Eigenkapital und Sonderposten mit Rücklageanteil gem. Abs. 2 Satz 2: Das EK iSd. § 8a setzt sich additiv aus zwei Bestandteilen zusammen: Dem EK im engeren Sinne gem. §§ 266, 272 HGB sowie dem Sonderposten mit Rücklageanteil (§ 273 HGB), der zu 50 vH Berücksichtigung findet. Der Sonderposten mit Rücklageanteil enthält realisierte, jedoch noch

„unversteuerte stille Reserven sowie Wertberichtigungen, nimmt deshalb eine Zwitterstellung zwischen Eigen- und Fremdkapital ein; dies rechtfertigt – entsprechend allgemeiner bilanzanalytischer Handhabung – eine hälftige Berücksichtigung.

Sowohl das EK im engeren Sinne als auch der Sonderposten mit Rücklageanteil bestimmen sich nach Handelsrecht. Die Bezugnahme auf die handelsrechtlichen Vorschriften ist unter zwei Aspekten problematisch:

- ▷ *Das Verhältnis zum FK* nach Abs. 1 ist ungeklärt, dh. es ist fraglich, ob wegen Abs. 2 auch das FK iSd. Abs. 1 nach handels- oder strechtlichen Vorschriften auszulegen ist. Dies bereitet bei hybriden Finanzierungsformen Schwierigkeiten (eingehender Anm. 44, 45).
- ▷ *Das handelsbilanzjelle EK* ist gegenüber dem steuerbilanziellen EK oftmals niedriger, da ertragsteuerrechtlich hinsichtlich der Bildung stiller Reserven restriktivere Grundsätze gelten, zB bei der Festlegung des Rechnungszinsfußes für Pensionrückstellungen. Das niedrigere handelsbilanzielle EK kann deshalb zu einer Reduzierung der Fremdfinanzierungsmöglichkeiten für nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner führen (vgl. hierzu kritisch *Dörner*, Inf. 1993 S. 411 f.).

Vorübergehende Verluste gem. Abs. 2 Satz 3: Da nach dem Zweck von § 8a lediglich die gezielte übermäßige Fremdfinanzierung inl. KapGes. durch nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner begrenzt werden soll, enthält Abs. 2 Satz 3 eine Ausnahmenvorschrift für vorübergehende Verluste. Diese mindern das maßgebliche EK nicht, wenn sie innerhalb eines 3-Jahreszeitraums durch die Bildung von Gewinnrücklagen oder Einlagen wieder ausgeglichen werden und damit das ursprüngliche EK wieder hergestellt wird (zu Einzelheiten s. Anm. 156, 157).

Zweifelsfragen bei Abs. 2: Trotz seiner grundsätzlich klaren Konzeption enthält Abs. 2 einige Zweifelsfragen. Unterschiedliche Auffassungen bestehen insbesondere in bezug auf

- ▷ *die Bestimmung des anteiligen EK* des Anteilseigners (Behandlung ausstehender Einlagen, mittelbarer beteiligter Anteilseigner, Gesellschafterwechsel und -beitritt; zu Einzelheiten s. Anm. 141–149);
- ▷ *die Höhe des EK* (Beurteilung der Rücklage für eigene Anteile sowie der Sonderposten mit Rücklageanteil; zu Einzelheiten s. Anm. 151–155);
- ▷ *die Behandlung vorübergehender Verluste* (Auslegung des unbestimmten Begriffs „vorübergehend“, Umfang sowie Art des Verlustausgleichs; zu Einzelheiten s. Anm. 156, 157).

Besteuerungspraktisches Vorgehen: Abweichend zur gesetzlich vorgesehenen Reihenfolge wird zunächst die Ermittlung des EK als Gesamtgröße erfolgen; erst anschließend ist die gesellschafterbezogene Aufteilung vorzunehmen (glA *Herzig*, DB 1994 S. 169; *Dörner*, Inf. 1993 S. 412; ähnlich auch BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 27).

B. Anteiliges Eigenkapital des Anteilseigners (Abs. 2 Satz 1)

I. Eigenkapital der Kapitalgesellschaft „zum Schluß des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs“

141 1. Grundsätze zur zeitlichen Bestimmung des anteiligen Eigenkapitals

Gem. Abs. 2 Satz 1 ist anteiliges EK das dem Anteilseigner nach einem bestimmten Verteilungsschlüssel (s. Anm. 147–149) zuzuordnende EK der KapGes. „zum Schluß des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs“. Die Vorschrift ergänzt und konkretisiert den Grundtatbestand des Abs. 1 Satz 1 hinsichtlich der steuerunschädlichen Nichtaufgriffsgrenzen in Gestalt von EK-/FKRelationen (dazu eingehender Anm. 7). Maßgebend ist das Ende des vorangegangenen „Wirtschaftsjahrs“, das vom Kalenderjahr abweichen kann (§ 4 a EStG); es kann sich dabei auch um ein Rumpfwirtschaftsjahr handeln (zu daraus resultierenden Gestaltungsmöglichkeiten s. *Prinz*, FR 1994 S. 622, 632).

Gesetzeszweck für die zeitliche Bezugnahme auf den Schluß des vorangegangenen Wj. ist die Verbesserung der Rechts- und Planungssicherheit für die KapGes. und ihre Anteilseigner. Da die Höhe des EK und der Anteil des wesentlich Beteiligten für das lfd. Wj. feststehen, hängt es allein von dem Umfang des gewährten FK ab, ob die jeweiligen stlichen Nichtaufgriffsgrenzen überschritten sind. Vgl. dazu auch *Herzig*, DB 1994 S. 111 f.

Regelungslücken: Die gesetzliche Bezugnahme auf das anteilig zuzurechnende EK der KapGes. zum Schluß des vorangegangenen Wj. als Maßstab der safe haven-Bemessung erfolgt ohne jegliche Differenzierung. Probleme entstehen dabei für Fälle,

- in denen wegen der Neugründung der KapGes. ein vergangenes Wj. nicht existiert (s. Anm. 142 mit ergänzenden Hinweisen zu sog. Vorratsgesellschaften),
- der Beteiligungsanteil im lfd. Wj. gegenüber dem Schluß des vorangegangenen Wj. erhöht oder herabgesetzt wird (s. Anm. 143) oder
- ein Anteilerwerb im lfd. Wj. erfolgt (s. Anm. 144).

Str. ist, ob auch für diese Fälle entsprechend dem Gesetzeswortlaut auf die (ggf. fehlende oder nicht aussagefähige) Schlußbilanz des vorangegangenen Wj. abzustellen ist oder ob eine sachgerecht vom Rechtsanwender zu schließende Regelungslücke vorliegt. Zu Sonderfragen bei Umwandlungsfällen s. Anm. 29.

142 2. Neugründung einer Kapitalgesellschaft; Vorratsgesellschaften

Bei Neugründung einer KapGes. existiert kein vorangegangenes Wj. Abs. 2 Satz 1 weist insoweit eine Regelungslücke auf. Zu deren Schließung ist denkbar, auf die Eröffnungsbilanz der neugegründeten KapGes. abzustellen oder auf die Schlußbilanz ihres ersten Wj.; letzteres hätte zur Folge, daß das EK in der Schlußbilanz des ersten Wj. für insgesamt zwei Wj. Gültigkeit besäße. Unberührt davon bleibt die Möglichkeit, für den safe haven übersteigendes FK iSd. Abs. 1 Nr. 2 den Drittvergleich zu führen (s. Anm. 99).

Auffassungen von FinVerw. und Schrifttum: Die FinVerw. vertritt in Übereinstimmung mit Teilen des Schrifttums die Meinung, daß bei Neugründung einer KapGes. ausnahmsweise auf das EK in der Eröffnungsbilanz abzustellen ist.

Vgl. BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 29 mit Hinweis darauf, daß § 8a bereits auf die Vorgesellschaft anzuwenden ist, wenn die KapGes. später im Handelsregister eingetragen wird. GlA *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 20; *Frotscher*, IStR 1994 S. 206; *Herzig*, DB 1994 S. 169; *Panka*, NWB F. 4 S. 3963. Zur Maßgeblichkeit der Eröffnungsbilanz für die Beteiligungsquote s. Anm. 147.

Andere Teile des Schrifttums stellen dagegen auf die Schlußbilanz des ersten Wj. der KapGes. ab, da es wegen bestehender Regelungslücke an einer gesetzlichen Grundlage fehlt, ein gesellschaftsrechtlich nicht gefordertes Verhalten stliche Nachteile ergeben würde und schließlich zufällige und unbillige Ergebnisse nach sich ziehen kann.

Vgl. *Herzig-Arbeitsgruppe* zu § 8a, WPg. 1994 S. 472; *Bundessteuerberaterkammer*, IStR 1994 S. 327; *Hey*, RIW 1994 S. 223; *Bellstedt*, DB 1995 S. 11.

Stellungnahme: UE kann entsprechend der Handhabung der FinVerw. im Fall der Neugründung einer KapGes. auf das EK in der Eröffnungsbilanz abgestellt werden, da diese für Planungszwecke der letzte für das lfd. Wj. bestehende Maßstab ist. Dies kann allerdings im Einzelfall zu unbilligen Härten führen, da neugegründete KapGes. oftmals nur mit dem gesellschaftsrechtlich geforderten Mindestkapital ausgestattet werden und eine ausreichende Zuführung des betriebsnotwendigen Kapitals erst anschließend erfolgt. Zur Vermeidung derartiger unbilliger Härten muß zum einen die Gesellschafter-Fremdfinanzierung besonders sorgfältig geplant werden, wobei sich evtl. die Bildung von Rumpfgeschäftsjahren anbietet (vgl. *Prinz*, FR 1994 S. 622, 632); zum anderen sollten bei der Gewährung von FK iSd. Abs. 1 Nr. 2 keine zu engen Anforderungen an den von der inl. KapGes. zu führenden Drittvergleich gestellt werden.

Beispiel: Wird etwa im Zeitpunkt der Darlehensgewährung zugleich das EK der KapGes. erhöht, ist der Drittvergleich uE unter Berücksichtigung des erhöhten EK durchzuführen, denn für den Drittvergleich ist der Zeitpunkt der Darlehensgewährung maßgebend (s. Anm. 102; glA *Herzig*, IDW-Fachtagung 1994 S. 247 f.).

Besonderheiten bei Vorratsgesellschaften: Der Neugründung entsprechende Probleme ergeben sich bei sog. Vorratsgesellschaften, die im Laufe eines Wj. vom Anteilseigner übernommen werden und erst anschließend operative Funktionen erfüllen (eingehender dazu *Hey*, RIW 1994 S. 223). Häufig werden Vorratsgesellschaften erst zwischen dem Gründungsakt und der Aufnahme der tatsächlichen Geschäftstätigkeit vom Anteilseigner mit dem betriebsnotwendigen Kapital ausgestattet. Das BMF-Schreiben v. 15. 12. 94 (aaO) enthält zu Vorratsgesellschaften keine Regelung. UE sollte entsprechend der Handhabung bei der Neugründung einer KapGes. auf die Eröffnungsbilanz abgestellt werden. Etwaige unbillige Härten können vermieden werden durch sorgfältige Planung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung unter evtl. Nutzung von Rumpfwirtschaftsjahren sowie durch Führung des Drittvergleichs für FK iSd. Abs. 1 Nr. 2.

3. Zeitliche Berücksichtigung von Kapitalerhöhungen (einschl. Kapitalherabsetzungen) 143

Im lfd. Wj. durchgeführte Kapitalerhöhungen entfalten Wirkung grundsätzlich erst bei den stlichen Nichtaufgriffsgrenzen für das folgende Wj.; Abs. 2 Satz 1 enthält keine Sonderregelung zur Berücksichtigung von Kapitalerhöhungen bereits im lfd. Wj. Dies gilt sowohl für ordentliche Kapitalerhöhungen mittels Bar- oder Sacheinlage als auch für sog. verdeckte Einlagen; Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln haben wegen ihres bloßen Umschichtungseffekts innerhalb des EK keine Auswirkung bei § 8a. Maßgebend sind unabhängig von gesellschaftsrechtlichen Einzahlungsverpflichtungen nur die zum Schluß des vor-

angegangenen Wj. tatsächlich erbrachten Einlagen; gem. Abs. 2 Satz 2 sind ausstehende Einlagen zu kürzen (zu Einzelheiten s. Anm. 148, 152). Während verdeckte Einlagen das EK zum Schluß des Wj. der Zuführung und damit die stlichen Nichtaufgriffsgrenzen des darauffolgenden Wj. erhöhen (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 30), gelten für ordentliche Kapitalerhöhungen Sonderregeln.

Besonderheiten bei ordentlichen Kapitalerhöhungen: Gesellschaftsrechtlich hat die Eintragung einer ordentlichen Kapitalerhöhung im Handelsregister konstitutive Wirkung (§ 189 AktG, § 54 Abs. 3 GmbHG; zu Einzelheiten *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 14. Aufl. 1995 § 55 Anm. 3 mwN). Die FinVerw. folgert daraus, daß eine bis zum Bilanzstichtag geleistete Bareinlage (einschl. eines damit zusammenhängenden Aufgelds) erst wirksam wird, „wenn die Eintragung der Nennkapitalerhöhung bei der Bilanzaufstellung bereits erfolgt und der Sonderposten in der Handelsbilanz als Eigenkapital auszuweisen ist“ (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 31); uU können somit bereits im Wj. erbrachte und unter dem handelsbilanziellen Sonderposten „Zur Durchführung der beschlossenen Kapitalerhöhung geleistete Einlagen“ nicht zeitnah für die stlichen Nichtaufgriffsgrenzen genutzt werden. Entsprechendes müßte für Sacheinlagen gelten. Die Rechtsauffassung der FinVerw. stößt teilweise im Schrifttum auf Kritik, da sie wegen ihrer Abhängigkeit vom Arbeitstempo der Registerbehörden zu zufälligen und unbilligen Ergebnissen führen kann; hinzu kommt eine Benachteiligung ordentlicher Kapitalerhöhungen gegenüber den weitaus flexibler handhabbaren verdeckten Einlagen.

Vgl. kritisch *DIHT/BDI* v. 8. 6. 94 zum BMF-Entwurf v. 22. 4. 94 Tz. 30, nv; *Herzig-Arbeitsgruppe* zu § 8a KStG, WPg. 1994 S. 472; *Bundessteuerberaterkammer*, IStR 1994 S. 327; *Bellstedt*, DB 1995 S. 11; weiterhin zum Ganzen auch *Bacmeister*, WPg. 1994 S. 449.

Stellungnahme: UE ist die von der FinVerw. aufgestellte Regelung zu eng, da der tatsächliche Vollzug der Handelsregistereintragung von durch die Gesellschaft nicht beeinflussbaren Tatbeständen abhängt und daher für Besteuerungszwecke ungeeignet erscheint. Die strengen handelsrechtlichen Gläubigerschutzgesichtspunkte sind für die zeitliche Berücksichtigung bereits erbrachter Einlagen im Rahmen der stlichen Nichtaufgriffsgrenzen von § 8a nicht einschlägig (vgl. dazu auch *Prinz* in *Herzig* (Hrsg.), *Gesellschafter-Fremdfinanzierung und Beteiligung an ausländischen Gesellschaften*, 1995). Sofern die Einlage im vorangegangenen Wj. erbracht ist und die Kapitalerhöhung angemeldet wurde, sollte eine Berücksichtigung bei der Ermittlung der stlichen Nichtaufgriffsgrenze für das lfd. Wj. erfolgen, sofern die Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister bis zum Schluß des folgenden Wj. erfolgt. Dem Aspekt der Rechtssicherheit ist damit in ausreichender Form Genüge getan. Eine Behandlung als FK kommt uE keinesfalls in Betracht, auch nicht bei später evtl. scheiternder Eintragung ins Handelsregister (keine Verzinsung, Zuführung als EK beabsichtigt).

Hinweis: Für die Besteuerungspraxis bergen ordentliche Kapitalerhöhungen unter zeitlichen Aspekten wegen Tz. 31 des BMF-Schreibens vom 15. 12. 94 (aaO) nicht abschätzbare Risiken. Gleiches gilt uE bei der Möglichkeit verdeckter Sacheinlagen, falls bei einer Kapitalerhöhung gegen Barleistung statt der Zahlung zB eine Aufrechnung vorgenommen wird; zu daraus entstehenden Bilanzierungsfragen *ADS* V., § 272 HGB Anm. 15.

Kapitalherabsetzungen werden im BMF-Schreiben v. 15. 12. 94' (aaO) nicht geregelt. UE gelten die gleichen Grundsätze wie für Kapitalerhöhungen, so daß es auf die tatsächliche Rückführung des EK ankommt; dies reduziert die stlichen Nichtaufgriffsgrenzen des folgenden Wj.

4. Neueintritt durch Anteilerwerb

144

Ein Gesellschafter, der während des lfd. Wj. in eine inl. KapGes. eintritt (zB durch Übernahme bestehender Anteile oder im Rahmen einer Kapitalerhöhung gegen neu ausgegebene Anteile), ist zum Schluß des vorangegangenen Wj. nicht am EK der KapGes. beteiligt.

Auffassungen von FinVerw. und Schrifttum: Entsprechend dem Gesetzeswortlaut des Abs. 2 Satz 1 will die FinVerw. dem Neueintretenden anteiliges EK erst für das dem Eintrittsjahr folgende Wj. zurechnen (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 41). Mit dem Neueintritt gewährte Darlehen sind somit im Erstjahr nicht safe haven-geschützt; für FK iSd. Abs. 1 Nr. 2 kommt allerdings ein Drittvergleich in Betracht. Die Meinungen im Schrifttum dazu sind unterschiedlich.

Vgl. etwa *Bundessteuerberaterkammer*, IStR 1994 S. 328, die beim neueintretenden Gesellschafter auf die Beteiligungsquote im Eintrittszeitpunkt abstellen will; *Herzig-Arbeitsgruppe* zu § 8a KStG, WPg. 1994 S. 473; sie stellt auf das anteilige EK zum Schluß des lfd. Wj. ab; ähnlich auch *Hey*, RIW 1994 S. 222; modifiziert dazu *Dörner*, Inf. 1993 S. 413; *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 20 d; *Bellstedt*, DB 1995 S. 12.

Stellungnahme: UE besteht für Fälle des Neueintritts durch Anteilerwerb im Eintrittsjahr eine Gesetzeslücke, die im Wege sachgerechter Auslegung zu schließen ist. Dazu ist uE zu differenzieren:

► *Im Falle des Gesellschafterwechsels bzw. der Übernahme eines Gesellschaftersanteils* ist uE dem Neueintretenden der safe haven des Altgesellschafters zuzuordnen. Dies ergibt sich daraus, daß der neue Gesellschafter im Wege der Einzelrechtsnachfolge in die Rechtsposition des Altgesellschafters eintritt, damit dessen Rechte und Pflichten übernimmt (vgl. eingehender aus gesellschaftsrechtlicher Sicht *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1991 S. 872; *Hachenburg/Schilling-Zutt*, 7. Aufl. 1979, § 15 GmbHG Anm. 133). Eine Doppelberücksichtigung der gleichen stlichen Nichtaufgriffsgrenzen beim ausscheidenden sowie beim neueintretenden Gesellschafter kann nicht erfolgen, da sich die beiden Zeiträume überschneidungsfrei abgrenzen lassen und eine jeweils zeitanteilige Berechnung geboten ist. Sofern der ausgeschiedene Anteilseigner die Darlehensgewährung fortsetzt, greift § 8a mangels Anteilseignerschaft nicht ein (s. eingehender Anm. 72); eine evtl. in Betracht kommende vGA im Hinblick auf ein beendetes Gesellschaftsverhältnis beurteilt sich nach allgemeinen Grundsätzen des § 8 Abs. 3 Satz 2 (vgl. Abschn. 31 Abs. 2 Satz 9 KStR; *Dötsch* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 20 EStG Anm. 45; ergänzend auch BFH v. 24. 1. 89 VIII R 74/84, BStBl. II S. 419; v. 31. 10. 91 I R 47/88, BStBl. II 1991 S. 255).

► *Im Falle des Gesellschaftereintritts gegen Kapitalerhöhung* greift uE im Erstjahr kein safe haven ein (eingehender dazu Anm. 143).

Einstweilen frei.

145, 146

II. Teil des Eigenkapitals, „der dem Anteil des Anteilseigners am gezeichneten Kapital entspricht“

1. Grundsätze zur Bestimmung des Eigenkapital-Anteils

147

Gem. Abs. 2 Satz 1 ist maßgebend für das anteilige EK des Anteilseigners der Teil des EK der inl. KapGes., der seinem Anteil am gezeichneten Kapital entspricht; zur zeitlichen Bestimmung s. Anm. 141: Schluß des vorangegangenen Wj. Da die Anteilsermittlung nur die gesellschafterbezogene Höhe der stlichen Nichtaufgriffsgrenzen bestimmt, bleibt die rechtliche Selbständigkeit der inl. KapGes.

unberührt (glA *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 68). Zur Behandlung ausstehender Einlagen s. Anm. 148; wegen Sonderfragen bei mittelbarer Beteiligung s. Anm. 149.

Anteil am gezeichneten Kapital stellt ab auf die Beteiligung am Grund- oder Stammkapital der inl. KapGes. Von der Kapitalbeteiligung abweichende Stimmrechte o.ä. sind für die safe haven-Zurechnung unbeachtlich, können jedoch für das Vorliegen einer wesentlichen Beteiligung iSd. Abs. 3 Sätze 2, 3 Bedeutung haben (zu Einzelheiten s. Anm. 168–172). Maßgebend ist – ungeachtet innerjähriger Kapitalerhöhungen – die Beteiligungsquote zum Schluß des vorangegangenen Wj.

Vgl. BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 39; *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 69; *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 20 b; *Blümmich/Menck*, § 8a KStG Anm. 22; *Bruse, M & A Review* 1994 S. 479; *Dörner*, Inf. 1993 S. 412 f.

Bei Neugründung einer KapGes. stellt die FinVerw. ausnahmsweise auf die Beteiligungsquote im Zeitpunkt der Eröffnungsbilanz ab (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 42, 29; zur Problematik eingehender Anm. 142).

148 2. Zurechnung ausstehender Einlagen

Gem. Abs. 2 Satz 2 ist bei der Ermittlung des EK als Gesamtgröße das gezeichnete Kapital um ausstehende Einlagen (sowohl eingeforderte als auch nicht eingeforderte) zu kürzen (s. Anm. 151, 152).

Diskussionsstand: Die FinVerw. folgert daraus, daß ausstehende Einlagen den einzelnen Gesellschaftern bei der Ermittlung des anteiligen EK nicht individuell zugeordnet werden können (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 40). Dies stößt in Teilen des Schrifttums auf Kritik, da Gesellschafter, die ihre Einlage (zB böswillig) nicht erbracht haben, bevorteilt werden; gefordert wird daher eine individuelle Zuordnung der ausstehenden Einlagen bei der anteiligen EK-Ermittlung; zumindest werden Billigkeitsmaßnahmen für die benachteiligten Gesellschafter bei absprachewidrig nicht erbrachten Einlagen verlangt (vgl. *Bundessteuerberaterkammer*, IStR 1994 S. 327 zu Tz. 42 des BMF-Entwurfs v. 22. 4. 94; s. auch *Korn*, DStZ 1993 S. 740; *Dörner*, Inf. 1993 S. 412).

Beispiel: Die nichtanrechnungsberechtigten A und B sind zu je 50 vH an der C-GmbH beteiligt. Das EK der C-GmbH beträgt insgesamt 500 TDM; es setzt sich aus einem gezeichneten Kapital iHv. 400 TDM, Kapital- und Gewinnrücklagen iHv. 200 TDM sowie einer ausstehenden Einlage von A iHv. 100 TDM zusammen.

Lösung: Bei der von der FinVerw. verlangten pauschalen Zuordnung der ausstehenden Einlage ergibt sich für jeden Gesellschafter ein anteiliges EK iHv. 250 TDM. Geht man von einer individuellen Zuordnung aus, verfügt A über ein EK iHv. 200 TDM, B über ein EK iHv. 300 TDM.

Stellungnahme: Der Gesetzeswortlaut legt zwar bei der Ermittlung des anteiligen EK nach Maßgabe der vermögensmäßigen Anteile am gezeichneten Kapital eine quotale Zuordnung der ausstehenden Einlage nahe, verbietet aber eine gesellschafterspezifische Zuordnung nicht ausdrücklich. Da § 8a insgesamt gesellschafterspezifisch ausgestaltet ist (so etwa *Herzig*, DB 1994 S. 112), sollte bei Orientierung am Gesetzeszweck der individuellen Zuordnung der Vorzug gegeben werden.

Hinweis: Wegen der von der FinVerw. verlangten pauschalen Zuordnung ausstehender Einlagen ist in der Besteuerungspraxis darauf zu achten, daß das gezeichnete Kapital von den Anteilseignern „im Gleichklang“ erbracht wird; dabei sollten gesellschaftsrechtliche Sanktionsmaßnahmen insbes. für Fälle absprachewidriger Versäumnisse einzelner Anteilseigner verschärft werden, ggf. sind Ausgleichspflichten im Gesellschaftsvertrag vorzusehen.

Vgl. dazu auch *Prinz in Herzog* (Hrsg.), *Gesellschafter-Fremdfinanzierung und Beteiligung an ausländischen Gesellschaften*, 1995.

3. Sonderfragen bei mittelbarer Beteiligung

149

Der Anteilseignerbegriff umfaßt nach hM unmittelbar und mittelbar (zB über eine vorgeschaltete Gesellschaft) an der KapGes. beteiligte Personen (nicht unstr., eingehender mwN Anm. 66); insgesamt muß es sich um eine wesentliche Beteiligung iSd. Abs. 3 handeln (s. Anm. 163–165). Bei einem nur mittelbaren Anteilseigner ergibt sich die Frage, wie dessen anteiliges EK gem. Abs. 2 Satz 1 für die Bemessung der stlichen Nichtaufgriffsgrenzen zu ermitteln ist; gleiches gilt bei Zusammentreffen von mittelbarer und unmittelbarer Anteilseignerschaft in einer Person.

Auffassung der FinVerw.: Die FinVerw. geht bei ein- oder mehrstufigen Beteiligungsketten von der Begrenzung des mittelbaren Anteils auf das dem unmittelbar Beteiligten zuzurechnende anteilige EK aus (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 43); für die mittelbar gehaltenen Anteile wird eine rechnerische Quote ermittelt (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 10). Sofern beide Anteilseigner Darlehen gewähren, soll für die safe haven-Verwendung die zeitliche Reihenfolge der Darlehensgewährung maßgebend sein (kritisch dazu s. Anm. 83, 91). Hält der mittelbar Beteiligte gleichzeitig auch unmittelbar Anteile, so dürfte die stliche Nichtaufgriffsgrenze nach Maßgabe des anteiligen EK auf die direkt gehaltene Beteiligung begrenzt sein; das BMF-Schreiben v. 15. 12. 94 (aaO) regelt diesen Fall allerdings nicht ausdrücklich.

Beispiel: Ein nichtanrechnungsberechtigter Anteilseigner ist unmittelbar zu 10 vH und mittelbar über eine 100 %ige Tochtergesellschaft zu 90 vH an einer inl. KapGes. beteiligt. Nach Auffassung der FinVerw. dürften der Muttergesellschaft nur 10 vH des gesamten EK als Bemessung für die stliche Nichtaufgriffsgrenze zur Verfügung stehen.

Kritik im Schrifttum: Die Rechtsauffassung der FinVerw. zur Fallgestaltung eines gleichzeitig unmittelbar und mittelbar Beteiligten findet in Teilen des Schrifttums Kritik. Bei Finanzierung einer KapGes. durch verschiedene Konzerngesellschaften soll auf das der Gruppe insgesamt zustehende anteilige EK unabhängig von einzelnen rechnerischen Quoten abgestellt werden, da sich ansonsten nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen ergeben könnten (vgl. *Bundessteuerberaterkammer*, IStR 1994 S. 328; *Meilicke*, BB 1994 S. 118; *Korn*, DStZ 1993 S. 740).

Stellungnahme: Bei ausschließlich mittelbarer Beteiligung ist die von der FinVerw. vertretene Meinung zur Beschränkung auf den unmittelbaren Anteil uE vertretbar; es ist die rechnerische Quote des mittelbar Beteiligten im Durchgriff durch den direkten Anteil zu ermitteln (so zutreffend BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 10). Die gleiche Handhabung erfolgt bei dem Anteilseigner nahestehenden Personen und rückgriffsbefugten Dritten (s. eingehender Anm. 126, 137). Bei Zusammentreffen von unmittelbarer und mittelbarer Beteiligung bei einem Anteilseigner sollte uE jedoch eine gemeinsame rechnerische Quote für beide Beteiligungsstränge ermittelt werden; nur bei einer solchen Handhabung wird uE zutreffend das anteilige EK des (gleichzeitig) mittelbaren und unmittelbaren Gesellschafters bemessen. Gleiches gilt uE bei mehreren mittelbaren Beteiligungen.

Einstweilen frei.

150

C. Eigenkapital der Kapitalgesellschaft (Abs. 2 Satz 2)

I. Rechtsverweis auf handelsbilanzielles Eigenkapital iSd. § 266 Abs. 3 Abschn. A, § 272 HGB zum Schluß des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs (Satz 2, Halbs. 1)

151 1. Grundsätze zur inhaltlichen Bestimmung des Eigenkapitals

Ausgangsgröße für die Ermittlung des dem Anteilseigner zuzurechnenden anteiligen EK gem. Abs. 2 Satz 1 ist das gesamte EK der KapGes. Es wird in Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 in additiver Form unter Bezugnahme auf die „Handelsbilanz zum Schluß des vorangegangenen Wj.“ und mittels Rechtsverweis auf § 266 Abs. 3 Abschn. A, § 272 HGB definiert; Grund für die Anlehnung an die handelsbilanzielle EK-Ermittlung dürfte letztlich die Schaffung von Rechtssicherheit sein (kritisch dazu s. Anm. 140; insbes. *Dörner*, Inf. 1993 S. 411 f., hält die Anknüpfung an das handelsbilanzielle EK für rechtspolitisch verfehlt). Maßgebend ist uE die festgestellte Handelsbilanz. Zur hälftigen Hinzurechnung von Sonderposten mit Rücklageanteil gem. Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 s. Anm. 155. Handelsbilanzielle EK-Veränderungen im lfd. Wj. wirken sich erst auf die stlichen Nichtaufgriffsgrenzen des Folgejahres aus; zu Einzelheiten Anm. 141. Wegen der von der FinVerw. zugelassenen Bezugnahme auf die (handelsbilanzielle) Eröffnungsbilanz bei Neugründung einer KapGes. s. Anm. 142. Zu Besonderheiten bei Umwandlungsfällen s. Anm. 29.

Additive Begriffsbestimmung: Gem. Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 errechnet sich das handelsbilanzielle EK zum Schluß des vorangegangenen Wj. als

- gezeichnetes Kapital
- ./. ausstehende Einlagen
- + Kapitalrücklage
- + Gewinnrücklage
- + Gewinnvortrag
- + Jahresüberschuß
- ./. Verlustvortrag
- ./. Jahresfehlbetrag

Zu Einzelheiten s. Anm. 152; wegen der Kürzung des EK um Beteiligungsbuchwerte bei verbundenen Unternehmen iSd. Abs. 4 Satz 3 s. Anm. 195. Für vorübergehende Verluste besteht gem. Abs. 2 Satz 3 eine Sonderregelung; s. dazu Anm. 156, 157. Wegen der Bezugnahme auf das handelsbilanzielle EK finden stille Reserven keine Berücksichtigung. Die FinVerw. stellt klar, daß zum EK neben dem im Gesetz ausdrücklich aufgeführten Jahresüberschuß auch der nach Entscheidung über die Verwendung des Jahresüberschusses an seiner Stelle ausgewiesene Bilanzgewinn gehört (BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 32); die in § 268 Abs. 1 HGB genannten Umbenennungsregeln sind somit ohne Einfluß auf die EKHöhe. Zur problematischen Bestimmung des gesetzlich nicht festgelegten FK-Begriffs s. Anm. 44–52.

Additive Aufzählung mit abschließendem Charakter?: Die FinVerw. geht vom abschließenden Charakter der Aufzählung des Abs. 2 Satz 2 aus; Bilanzpositionen, die handelsrechtlich als EK behandelt werden (zB bestimmte Formen des Genußrechtskapitals), aber in der Aufzählung des Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 nicht enthalten sind, sollen danach nicht zum EK als Basis der stlichen Nichtaufgriffsgrenzen gehören (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 28).

Stellungnahme: Die Rechtsauffassung der FinVerw. ist uE unzutreffend. Die Bezugnahme auf die §§ 266 Abs. 3, 272 HGB und die Handelsbilanz schließt – abgedeckt durch die Öffnungsklausel des § 265 Abs. 5 HGB – die handelsrechtlich anerkannten Sonderposten im EK ein. Sofern Genußrechtskapital und eine stille Beteiligung handelsbilanzielles EK darstellen, sind sie daher uE in die safe haven-Bemessung einzubeziehen. Zu einer Zusammenstellung der handelsbilanziellen EK-Sonderposten s. *WP-Handbuch 1992*, Bd. I S. 300–319, eingehend dazu auch *W. Müller in Förtsche/Kaiser/Moxter* (Hrsg.), Festschrift für Budde, 1995 S. 445. Im übrigen erscheint die Handhabung der FinVerw. widersprüchlich, da zB Genußrechtskapital iSd. § 8 Abs. 3 Satz 2 als (strectliche) EK-Größe für § 8 a anerkannt wird (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 44).

2. Zusammenstellung einzelner Eigenkapital-Positionen

152

Ausstehende Einlagen iSd. § 272 Abs. 1 HGB sind zur EK-Bestimmung gem. Abs. 2 Satz 2 vom gezeichneten Kapital zu kürzen. Dies gilt für eingeforderte und nicht eingeforderte Einlagen gleichermaßen. UE unter Haftungsaspekten nicht unproblematisch, aber eindeutig im Gesetz angeordnet; zu den Folgen für die Einlagepolitik der KapGes. und ihrer Gesellschafter s. *Prinz*, FR 1994 S. 622, 631 f. Wegen der pauschalen oder individuellen Zurechnung ausstehender Einlagen s. Anm. 148.

Bilanzgewinn ergibt sich aus der ganz oder teilweisen Verwendung des Jahresüberschusses und ist – trotz fehlender Nennung in Abs. 2 Satz 2 – in das EK einzubeziehen (so zutreffend BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 32).

Genußrechtskapital gehört nach Auffassung der FinVerw. grundsätzlich zum FK, und zwar auch, soweit es bei Banken nach dem KWG, bei Versicherungen nach dem VAG zum haftenden EK gehört. Eine ausnahmsweise Zuordnung zum (strectlichen) EK soll erfolgen, sofern mit den Genußrechten gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 kumulativ das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös der KapGes. verbunden ist (s. BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 28, 44; dazu auch BFH v. 19. 1. 94 I R 67/92, FR 1994 S. 435).

Stellungnahme: Die Orientierung der FinVerw. bei der Zuordnung von Genußrechtskapital allein an stlichen Kriterien ist uE zu eng, da Abs. 2 Satz 2 bei der EK-Bestimmung auf handelsbilanzielle Zuordnungsmaßstäbe abstellt. Nach hM erfolgt ein Ausweis als handelsbilanzielles EK bei kumulativer Erfüllung folgender Kriterien (eingehend dazu HFA-Stellungnahme 1/1994, WPg, 1994 S. 419):

- Nachrangigkeit des Genußrechtskapitals, dh. insbes. Verfügbarkeit als Haftungssubstanz bei Liquidation bzw. Konkurs;
- Erfolgsabhängigkeit der Vergütung sowie Teilnahme am Verlust bis zur vollen Höhe;
- Längerfristigkeit der Kapitalüberlassung.

Die handelsbilanziellen Abgrenzungskriterien ermöglichen uE eine § 8 a entsprechende und ausreichend rechtssichere Zuordnung. Die Bezugnahme des Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 auf das EK in der Handelsbilanz läßt daher uE Gestaltungen zu, in denen handelsbilanzielles, nicht dagegen steuerliches EK im Genußrechtsbereich vorliegt; § 8 a greift dort entsprechend der vom Gesetzgeber getroffenen Abgrenzung nicht ein (vgl. eingehender dazu auch *Prinz in Herzog* (Hrsg.), *Gesellschafter-Fremdfinanzierung und Beteiligung an ausländischen Gesellschaften*, 1995).

Gewinnrücklagen gehören zum handelsbilanziellen EK und umfassen nach ausdrücklicher handelsrechtlicher Anordnung gesetzliche Rücklagen, Rücklagen für eigene Anteile, satzungsmäßige Rücklagen sowie andere Gewinnrücklagen (§ 266 Abs. 3 Abschn. A III, § 272 Abs. 3, 4 HGB). Entgegen *Frotscher/Maas* (§ 8a KStG Anm. 69, 70) kommt ein Abzug der Rücklage für eigene Anteile vom handelsbilanziellen EK nicht in Betracht. Dies ergibt sich in formeller Hinsicht aufgrund der eindeutigen gesetzlichen Regelungen. Inhaltlich kann die Rücklage für eigene Anteile nur aus zum EK gehörenden Positionen gebildet werden, so daß es insoweit nicht zu einer Veränderung der Höhe, sondern lediglich der Zusammensetzung und Zweckbindung des EK kommt.

Gewinnvortrag/Verlustvortrag verändert das EK gem. Abs. 2 Satz 2. Die Positionen ergeben sich aus der jeweiligen Beschlußfassung von Gesellschafter- oder Hauptversammlung.

Gezeichnetes Kapital ist Basisgröße der handelsbilanziellen EK-Ermittlung und gem. Abs. 2 Satz 2 für § 8a maßgebend. Gezeichnetes Kapital ist bei der AG und KGaA das Grundkapital (§ 152 Abs. 1, § 278 Abs. 2 AktG), bei der GmbH das Stammkapital (§ 5 Abs. 1, § 42 Abs. 1 GmbHG). Von der KapGes. gehaltene eigene Anteile sind zu kürzen (so zutreffend *Frotscher*, IStR 1994 S. 206; *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 70).

Jahresüberschuß/Jahresfehlbetrag verändert gem. Abs. 2 Satz 2 das maßgebende EK, und zwar unabhängig vom handelsbilanziell verwendeten Verfahren bei der Erstellung der Gewinn- und Verlustrechnung (§ 275 HGB sieht alternativ die Anwendung des Gesamtkosten- oder des Umsatzkostenverfahrens vor).

Kapitalrücklagen gehören gem. Abs. 2 Satz 2 zum EK und setzen sich handelsbilanziell aus verschiedenen Einzelpositionen zusammen (§ 266 Abs. 3 Abschn. A II, § 272 Abs. 2 HGB; zB einem Agio bei der Ausgabe von Gesellschaftsanteilen usw.). Auch andere Zuzahlungen freiwilliger oder gesellschaftsrechtlich verbindlicher Art gehören zur Kapitalrücklage (zB ein Forderungserlaß; dazu auch *Bellstedt*, DB 1995 S. 11 mit Hinweis auf Nachschußkapital gem. § 26 GmbHG).

Sonderrücklagen nach DMBilG: Eine besondere Nennung in Abs. 2 Satz 2 erfolgt nicht. Das BMF-Schreiben v. 15. 12. 94 (aaO) enthält dazu keine Aussage. Da es sich um speziell vorgesehene EK-Positionen für bestimmte Unternehmen in der früheren DDR handelt, müssen handelsbilanziell als EK ausgewiesene Sonderrücklagen (etwa gem. §§ 27, 17, 24 Abs. 5 sowie 7 Abs. 6 DMBilG) für die safe haven-Bemessung gem. Abs. 1 berücksichtigt werden (so auch *IDW-Stellungnahme* v. 9. 6. 94 zum BMF-Entwurf v. 22. 4. 94, WPg. 1994 S. 476).

Stille Beteiligungen gehören idR zum FK gem. Abs. 1 Satz 1 (eingehender dazu Anm. 47). Sofern allerdings handelsbilanziell ein Ausweis im EK geboten ist, erfolgt uE eine Einbeziehung in die EK-Größe des Abs. 2 Satz 2.

Vgl. zur handelsrechtlichen Diskussion auch *ADSV*, § 266 Anm. 179, die einen Sonderposten „Kapital des stillen Gesellschafters“ nach dem gezeichneten Kapital vorschlagen; *Clemm/Nonnenmacher* in Beck-BilKomm. II., § 247 Anm. 301; *WP-Handbuch* 1992, Bd. I S. 306; *Schild*, JbFStR 1994/95.

Qualifikationskonflikte treten auf, falls die stille Beteiligung handelsbilanziell FK darstellt und aus stlicher Sicht eine Mitunternehmerschaft gem. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG (idR im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht) besteht. Eine Einbeziehung als FK gem. Abs. 1 Satz 1 ist insofern mangels stlicher Abziehbarkeit der „Vergütungen für FK“ weder geboten noch erforderlich; ein safe haven-Verbrauch erfolgt uE ebenfalls nicht (eingehender Anm. 47). Zur Problematik differenzierend auch *Walter*, DStZ 1994 S. 113.

Verdeckte Einlagen, die das handelsrechtliche Jahresergebnis beeinflussen, erhöhen das EK gem. Abs. 2 Satz 2 zum Schluß des Wj. der Zuführung mit Auswirkung im folgenden Wj. (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 30; uE zutreffend). Es handelt sich bei verdeckten Einlagen um durch das Geschäftsverhältnis veranlaßte Zuwendungen eines Gesellschafters an seine KapGes., die den Charakter eines einlagefähigen Vermögensgegenstands haben; uE ist die handelsrechtliche Betrachtungsweise maßgebend.

Zu den Unterschieden zwischen Handels- und Steuerrecht bei verdeckten Einlagen s. *Düllerer*, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei KapGes., 2. Aufl. 1990 S. 26 f., S. 173 ff.; weiterhin auch *Budde/Müller*, Beck-BilKomm. II., § 272 Anm. 201–221; *WP-Handbuch* 1992, Bd. I S. 308.

Einstweilen frei.

153, 154

II. Häftige Hinzurechnung von Sonderposten mit Rücklageanteil (Satz 2, Halbs. 2)

155

Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 ordnet unter Verweis auf § 273 HGB die häftige Einbeziehung der sog. Sonderposten mit Rücklageanteil in das EK als Maßstabsgröße zur Ermittlung der stlichen Nichtaufgriffsgrenzen an. Die häftige Einbeziehung des handelsbilanziellen Sonderpostens geht auf einen Vorschlag der vom FinAussch. des Deutschen Bundestages eingesetzten sog. *Herzig-Arbeitsgruppe* zurück (s. Anm. 3; eingehend zu den Ergebnissen der Arbeitsgruppe *Herzig*, *StuW* 1993 S. 237). Grund dafür ist, daß es sich bei dem Sonderposten mit Rücklageanteil um eine Mischgröße von Eigen- und Fremdkapital handelt, die zB für Bilanzanalyse-zwecke üblicherweise auf der Grundlage eines standardisierten Steuersatzes von 50 vH dem EK zugeordnet wird (vgl. etwa *WP-Handbuch* 1992, Bd. I S. 149; *ADS* V., § 273 Anm. 1). Es gilt die sog. umgekehrte Maßgeblichkeit gem. § 5 Abs. 1 EStG (eingehender § 6 Anm. 46, 47). Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist mit der Bildung des Sonderpostens ein Steuerstundungs- und Finanzierungseffekt verbunden, so daß die Nutzung derartiger Posten zum klassischen Instrumentarium der Bilanzpolitik gehört (dazu auch *Prinz* in *Herzig* (Hrsg.), *Gesellschafter-Fremdfinanzierung und Beteiligung an ausländischen Gesellschaften*, 1995).

Inhalt der Sonderposten sind zum einen sog. unversteuerte Rücklagen (zB Rücklage nach § 6b EStG, Rücklage für Ersatzbeschaffung gem. R 35 EStR), zum anderen sog. strechtliche Wertberichtigungen (§ 281 Abs. 1 HGB; Unterschiedsbetrag zwischen handelsrechtlich zulässiger und strechtlich möglicher Abschreibung).

► *Die FinVerw.* bezieht in den häftig hinzuzurechnenden Sonderposten mit Rücklageanteil nicht nur die in § 273 HGB genannten, sondern auch die aus § 281 HGB resultierenden Positionen ein (BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 28). *Hinweis:* Anders noch der BMF-Entwurf v. 22. 4. 94 Tz. 27, wonach zu den Sonderposten mit Rücklageanteil die nach § 281 HGB bei Auseinanderfallen von handelsrechtlicher und strechtlicher Abschreibung gebildeten Positionen nicht gehören sollten. Vgl. kritisch dazu auch *Herzig-Arbeitsgruppe* zu § 8a, WPg. 1994 S. 471; *Herzig*, DB 1994 S. 169; *Korn*, DStZ 1993 S. 740; *Bellstedt*, DB 1995 S. 11.

► *Stellungnahme:* Die Auffassung der FinVerw. ist uE zutreffend. Der Gesetzeszweck gebietet eine Einbeziehung auch der gem. § 281 Abs. 1 HGB gebildeten Sonderposten, da deren Mischcharakter nicht nur unversteuerte Rücklagen betrifft, sondern auch strechtliche Wertberichtigungen mitumfaßt. Der in Abs. 2 Satz 2 zu findende Hinweis auf § 273 HGB hat lediglich exemplarischen Charakter und bezieht § 281 HGB als besondere Ausprägungsform eines Sonderpostens

ein. Hinzu kommt, daß sich der Gesetzgeber bei der Orientierung des EK-Begriffs an der Handelsbilanz von Überlegungen der Rechtssicherheit hat leiten lassen, so daß der handelsrechtlichen Handhabung auch strechtlich gefolgt werden sollte.

Auswirkungen auf Bilanzpolitik: Das handelsrechtlich bestehende Ausweishrecht, Sonderabschreibungen (zB gem. § 4 FördG) entweder aktivisch beim Anlagevermögen abzusetzen oder als Wertberichtigung im Rahmen eines Sonderpostens mit Rücklageanteil passivisch auszuweisen, hat Auswirkung auf die EKMaßstabsgröße des Abs. 2 Satz 2. Der bestehende Zielkonflikt zwischen Geltendmachung von stlichen Sonderabschreibungen einerseits und der Verbesserung der EK Ausgangsgröße für § 8a andererseits kann durch Nutzung des Sonderpostens mit Rücklageanteil entschärft werden (vgl. dazu *Prinz*, FR 1994 S. 622, 631; eingehender auch *ders.* in *Herzig* (Hrsg.), *Gesellschafter-Fremdfinanzierung und Beteiligung an ausländischen Gesellschaften*, 1995).

D. Unbeachtlichkeit einer vorübergehenden Minderung des Eigenkapitals durch Jahresfehlbetrag bei Wiederherstellung des ursprünglichen Eigenkapitals innerhalb eines 3-Jahreszeitraums (Abs. 2 Satz 3)

156

I. Grundsätze der Öffnungsklausel für vorübergehende Verluste

Abs. 2 Satz 3 enthält eine Ausnahmeregelung gegenüber Satz 2 für eine vorübergehende EK-Minderung durch einen Jahresfehlbetrag (sog. Öffnungsklausel). Denn eine solche Eigenkapitalverminderung ist für die Ermittlung der stlichen Nichtaufgriffsgrenzen unbeachtlich, „wenn bis zum Ablauf des dritten auf das Wj. des Verlustes folgenden Wj. das ursprüngliche EK durch Gewinnrücklagen oder Einlagen wieder hergestellt wird“, wegen Einzelheiten der Wiederherstellung des EK s. Anm. 157.

Gesetzeszweck der Öffnungsklausel für vorübergehende Verluste ist die Verbesserung der Rechts- und Planungssicherheit für die KapGes. und deren nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner. Denn ansonsten könnte ein während der Darlehenslaufzeit eintretender Fehlbetrag zur Umqualifizierung der Vergütungen in eine vGA führen, obgleich bei Vertragsabschluß der uneingeschränkte Schutz der safe haven gegeben war (vgl. *Herzig*, *StuW* 1993 S. 247). Es werden somit steuerschädliche EK-Vernichtungen vermieden, denen keine gezielte Fremdfinanzierungsgestaltung zugrunde liegt; allerdings muß der Anteilseigner innerhalb eines 3-Jahreszeitraums die Verluste ausgleichen und das ursprüngliche EK wieder herstellen (vgl. dazu auch *BTDrucks.* 12/5016 v. 25. 5. 93 S. 92). Die Regelung wurde in den Gesetzestext eingefügt auf Vorschlag der *Herzig-Arbeitsgruppe* (eingehender Anm. 3) und ist uE grundsätzlich zu begrüßen. Die Öffnungsklausel ist allerdings sehr kompliziert ausgestaltet und bereitet bei der praktischen Handhabung Schwierigkeiten, wodurch die beabsichtigte Rechts- und Planungssicherheit wieder in Frage gestellt werden könnte. Bei der Auslegung der Öffnungsklausel (insbes. hinsichtlich Tatbestand des Jahresfehlbetrags sowie Wiederherstellung des ursprünglichen EK) ist uE auf die Handelsbilanz, nicht die Steuerbilanz abzustellen (so auch die *FinVerw.*; vgl. *BMF* v. 15. 12. 94, *BStBl.* I 1995 S. 25 Tz. 33–38). In zeitlicher Hinsicht maßgebend ist das Wj., nicht das Kj.

Vorübergehende Minderung des Eigenkapitals durch einen Jahresfehlbetrag unbeachtlich: Fraglich ist, ob das im Einleitungsteil von Abs. 2 Satz 3 angeführte Erfordernis einer vorübergehenden Minderung des EK ein eigenes Tatbestandsmerkmal mit einem gegenüber der 3-Jahresfrist des Abs. 2 Satz 3, 2. Halbs. eigenen Zeithorizont ist (vgl. *Herzig*, DB 1994 S. 169, der anschaulich von der klärungsbedürftigen Frage nach einem „doppelten Zeitbezug“ spricht).

► *Die FinVerw.* mißt dem Einleitungsteil von Satz 3 in zeitlicher Hinsicht keine eigenständige Bedeutung zu, so daß selbst bei dauerhaften Verlusten die Öffnungsklausel Anwendung findet, sofern eine Wiederherstellung des ursprünglichen EK bis zum Ablauf des dritten auf das Verlustjahr folgenden Wj. erfolgt. *Hinweis:* Im BMF-Entwurf v. 22. 4. 94 Tz. 34 hat die FinVerw. demgegenüber noch in Anlehnung an die Rspr. zu Anlaufverlusten auf einen maximal fünfjährigen Verlustzeitraum abgestellt; selbst durch Wiederauffüllung des ursprünglichen EK innerhalb des 3-Jahreszeitraums wäre somit eine Reduzierung des EK erfolgt. Kritisch dazu *Bundessteuerberaterkammer*, ISfR 1994 S. 327; *Köster*, RIW 1994 S. 314; *Bellstedt*, DB 1995 S. 12.

► *Stellungnahme:* UE ist die Auffassung der FinVerw. aus steuersystematischen Gründen sowie Praktikabilitäts Erwägungen zu begrüßen. Die Prüfung und Verfolgung zwei getrennter Zeithorizonte würde in der Besteuerungspraxis zu erheblichen Komplizierungen führen, die dem Regelungszweck entgegenstehen. Dem Merkmal „vorübergehende EKMinderung“ kommt somit keine eigenständige Tatbestandsbedeutung zu; ein Verlustausgleich innerhalb des 3-Jahreszeitraums verleiht der Eigenkapitalverminderung (zwangsläufig) einen vorübergehenden Charakter.

Behandlung von Altverlusten: Nach Auffassung der FinVerw. ist die Öffnungsklausel für Verluste bei der Ermittlung des maßgeblichen EK zum 31. 12. 93 entsprechend anzuwenden, so daß EKKürzungen vermieden werden können, wenn sie bis zum Ablauf des 3-Jahreszeitraums wirksam ausgeglichen werden (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 36, 37). Dadurch wird den Anteilseignern ermöglicht, mittels Zuführung von EK in den Jahren 1994 bis 1996 Jahresfehlbeträge der Jahre 1991 bis 1993 auszugleichen; eine EKVerminderung wird dadurch rückwirkend beseitigt.

Stellungnahme: UE ist die Rechtsauffassung der FinVerw. steuersystematisch nicht unproblematisch, da sie eine wirtschaftliche Rückwirkung vorsieht, die durch die Übergangsregelung gem. § 54 Abs. 6 b nicht ausdrücklich abgedeckt ist (vgl. auch *Herzig*, DB 1994 S. 170; *Thömmes*, JbFStR 1994/95). Ungeachtet dessen ist die Handhabung der FinVerw. wegen ihrer für die KapGes. günstigen Wirkung zu begrüßen, zumal sie ansonsten ggf. auftretende unbillige Härten vermeidet.

Verfahrensrechtliche Durchführung: Die FinVerw. geht davon aus, daß ein von der KapGes. erzielter Jahresfehlbetrag wegen der Möglichkeit zur Wiederherstellung des ursprünglichen EK zunächst einmal das für die safe haven-Ermittlung maßgebende EK nicht mindert. Die Steuer der KapGes. und des Anteilseigners soll dabei nach § 165 Abs. 1 AO vorläufig festgesetzt werden. Negative Konsequenzen durch Änderung der ursprünglichen Bescheide werden erst zu dem Zeitpunkt gezogen, in welchem festgestellt wird, daß eine volle Wiederherstellung des ursprünglichen EK nicht (zeitgerecht) erfolgt; die ursprünglichen Veranlagungen von KapGes. und Anteilseigner sind gem. § 165 Abs. 2 AO zu ändern. S. zum Ganzen BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 33.

Stellungnahme: UE ist die Handhabung der FinVerw. sachgerecht. Die Berichtungsvorschrift des § 165 AO stellt wegen der im tatsächlichen Bereich liegenden Ungewißheit mit vorübergehendem Charakter eine tragfähige Rechtsgrundlage dar (vgl. auch *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 23; *Bader*,

NWB F. 4 S. 3982; *Herzig*, DB 1994 S. 170). Ggf. kommt auch eine Korrektur bestandskräftiger Veranlagungen gem. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO (rückwirkendes Ereignis) in Betracht.

157

II. Wiederherstellung des ursprünglichen Eigenkapitals

Gem. Abs. 2 Satz 3 bleibt ein eigenkapitalmindernder Jahresfehlbetrag für die stlichen Nichtaufgriffsgrenzen unbeachtlich, „wenn bis zum Ablauf des dritten auf das Wj. des Verlustes folgenden Wj. das ursprüngliche EK durch Gewinnrücklagen oder Einlagen wieder hergestellt wird“. Innerhalb des gesetzlich vorgeschriebenen 3-Jahreszeitraums ist somit eine rückwirkende Heilung der EK-Minderung möglich; nach dem 3-Jahreszeitraum zugeführtes EK ermöglicht die Rückwirkung nicht. Die Öffnungsklausel zur Vermeidung vorübergehender EK-Minderungen bietet somit Ansatzpunkte für die Einlagepolitik von KapGes. und Anteilseigner in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht.

Wiederherstellung des ursprünglichen EK: Lt. FinVerw. setzt Abs. 2 Satz 3 Halbs. 2 entsprechend seinem Wortlaut voraus, daß das ursprüngliche EK (dh. das EK vor Verlustverrechnung innerhalb des 3-Jahreszeitraums) in voller Höhe wieder hergestellt wird; ein teilweiser oder nahezu vollständiger Ausgleich soll nicht ausreichen (so BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 35; vgl. auch *Strecke*, KStG, 4. Aufl. 1995 § 8a Anm. 14; Eine Differenz von 1 DM läßt die Unbeachtlichkeit des Satzes 3 ganz entfallen). Dies stößt in Teilen des Schrifttums auf Kritik, und zwar insbes. für die Fälle, in denen eine volle Wiederherstellung des ursprünglichen EK zur Ausschöpfung der safe haven nicht erforderlich ist. Insoweit wird eine teleologische Reduktion des Gesetzeswortlauts im Hinblick auf das Ziel der Erlangung von Planungssicherheit verlangt (vgl. insbes. *Herzig*, DB 1994 S. 169; *Bellstedt*, DB 1995 S. 12; *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 24 a; *Blümich/Mencke*, § 8a KStG Anm. 23; aA *Hey*, RIW 1994 S. 223).

Beispiel: Die unbeschränkt stpfl. T-GmbH verfügt über ein EK iHv. 500. Im Jahr 01 erwirtschaftet sie einen Jahresfehlbetrag iHv. 200. Der zu 100 vH beteiligte nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner M-SA gewährt im selben Jahr ein festverzinsliches Darlehen iHv. 1000. In den Jahren 02 und 03 werden durch die T-GmbH jeweils ausgeglichene Ergebnisse erwirtschaftet. Im Jahr 04 führt die M-SA der T-GmbH neues Kapital in Form von Einlagen iHv. 100 zu.

Lösung: Nach Auffassung der FinVerw. reicht die im Jahr 04 geleistete Einlage nicht aus, um das ursprüngliche EK iHv. 500 nach Verrechnung des Jahresfehlbetrags in voller Höhe wieder herzustellen. Der für FK iSd. Abs. 1 Nr. 2 bestehende safe haven von 900 (300×3) ist somit um 100 überschritten; sofern kein Drittvergleich geführt werden kann, stellen die entsprechenden Vergütungen eine vGA dar. Die FinVerw. läßt dabei unberücksichtigt, daß die Einlagengewährung iHv. 100 ausreicht, einen das gesamte Darlehen abdeckenden safe haven zu schaffen ($400 \times 3 = 1200$).

Stellungnahme: Die Auslegung der FinVerw. orientiert sich zwar streng am Gesetzeswortlaut, wird jedoch dem Gesetzeszweck nicht gerecht. In Übereinstimmung mit Teilen des Schrifttums sollte somit eine teleologische Reduktion erfolgen, und zwar dahingehend, daß eine vorübergehende EK-Minderung unbeachtlich ist, soweit ein Ausgleich innerhalb des 3-Jahreszeitraums erfolgt. Damit steht dem Anteilseigner offen, die ursprüngliche EK-Minderung nur insoweit auszugleichen, als dies für die Erreichung der erforderlichen stlichen Nichtaufgriffsgrenzen notwendig ist.

Wiederherstellung des Eigenkapitals durch Gewinnrücklagen oder Einlagen: Abs. 2 Satz 3 Halbs. 2 verlangt, daß das ursprüngliche EK wieder hergestellt

wird „durch Gewinnrücklagen oder Einlagen“. Die beiden gesetzlich genannten Wiederauffüllungsmöglichkeiten haben keinen abschließenden Charakter; lt. FinVerw. reicht etwa die Verrechnung eines Verlustvortrags mit einem Jahresüberschuß innerhalb der 3-Jahresfrist aus (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 34).

► *Wiederauffüllung durch Gewinnrücklagen*: IdR handelt es sich um in die Gewinnrücklage eingestellte Beträge aus Jahresüberschüssen der dem Verlustjahr folgenden drei Wj. Ausreichend ist die Verrechnung eines Verlustvortrags entsprechend den handelsrechtlichen Vorschriften (§ 58 AktG, § 29 GmbHG) bis zum Ablauf des dritten auf das Verlustjahr folgenden Wj. mit einem Jahresüberschuß; eine Verrechnung von Jahresfehlbeträgen mit Gewinnvorträgen und Gewinnrücklagen aus vorangegangenen Wj. stellt das ursprüngliche EK dagegen nicht her (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 34). UE zutreffend; die FinVerw. hat sich damit der überwiegenden Auffassung im Schrifttum angeschlossen und ihre restriktive Auffassung im BMF-Entwurf v. 22. 4. 94 aufgegeben.

Vgl. kritisch auch *Herzig-Arbeitsgruppe* zu § 8a KStG, WPg. 1994 S. 470; *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 73; *Dörner*, Inf. 1993 S. 412; *Korn*, DStZ 1993 S. 740; *Stellungnahme IDW*, WPg. 1993 S. 747.

► *Wiederauffüllung durch Einlage*: Die Wiederauffüllung innerhalb der dem Verlustjahr folgenden drei Wj. kann erfolgen durch auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage erbrachte Einlagen, die gem. § 272 HGB als gezeichnetes Kapital oder als Kapitalrücklagen auszuweisen sind; alternativ sind auch sog. verdeckte Einlagen möglich (zu Einzelheiten s. BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 34).

► *Personelle Durchführung der EKWiederherstellung*: Abs. 2 Satz 3 läßt offen, durch wen die Wiederherstellung des ursprünglichen EK mittels Gewinnrücklagen oder Einlagen durchzuführen ist. Dies muß uE nicht zwingend durch den nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner erfolgen, dessen stliche Nichtaufgriffsgrenze betroffen ist; es genügt vielmehr, wenn eine dem Anteilseigner nahestehende Person oder ein anderer Beteiligter die Einlagen erbringt.

Beispiel: An der inl. C-GmbH ist der Ausländer A zu 50 vH und der Inländer B zu 50 vH beteiligt. Das EK der C-GmbH beträgt 300; es wird im Jahr 01 ein Jahresfehlbetrag iHv. 100 erwirtschaftet. A und B beschließen im Jahr 02 eine Erhöhung des Stammkapitals der C-GmbH iHv. 100, wobei die Einlage nur von B übernommen wird. Dadurch sinkt die Beteiligung von A auf 33,3 vH, bleibt aber wesentlich iSd. Abs. 3 Satz 1. Der im Jahr 01 anfallende Jahresfehlbetrag bleibt gem. Abs. 2 Satz 3 für die safe haven-Ermittlung des A unbeachtlich.

Zeitliche Bedeutung der Wiederherstellung des Eigenkapitals: Um rückwirkend unschädlich zu sein, muß die EKWiederherstellung „bis zum Ablauf des dritten auf das Wj. des Verlustes folgenden Wj.“ erfolgen. Unabhängig davon entfaltet die EKZuführung Wirkung für die safe haven des Folgejahrs; es erfolgt kein Aufschub – auch nicht wahlweise – bis zum Ablauf des dritten dem Verlustjahr folgenden Wj. (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 34). In zeitlicher Hinsicht ist somit bei EKZuführungen in Verlustsituationen eine doppelte Prüfung vorzunehmen: Einerseits hinsichtlich der zukünftigen safe haven-Beeinflussung, andererseits hinsichtlich der rückwirkenden Unschädlichkeit der EKVerminderung.

Einstweilen frei.

158, 159

Erläuterungen zu Abs. 3: Wesentliche Beteiligung und dieser gleichgestellte Gestaltungen

160

I. Allgemeines zu Abs. 3

Abs. 3 definiert die für die Anwendung des Abs. 1 Satz 1 erforderliche Tatbestandsbedingung „wesentliche Beteiligung“ (Ergänzungsregelung zu Abs. 1); gem. Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 genügt es, wenn die wesentliche Beteiligung „zu einem Zeitpunkt im Wj.“ besteht (s. eingehend Anm. 67). Unterschieden werden drei Fallgruppen, denen in personeller Hinsicht gemeinsam ist, daß es sich letztlich immer um Anteilseigner der unbeschränkt stpfl. KapGes. handeln muß; Nichtgesellschaftlicher gem. Abs. 1 Satz 2 bleiben von der Regelung des Abs. 3 unberührt. Die drei überschneidungsfrei abzugrenzenden Fallgruppen weisen eine abnehmende vermögensmäßige Intensität der Einflußnahme auf die KapGes. auf; dies wird kompensiert durch zunehmenden beherrschenden Einfluß. Die Beherrschungsverhältnisse sind für die kapitalmäßige Bemessung der stlichen Nichtaufgriffsgrenzen unerheblich (s. auch Anm. 147).

Abs. 3 Satz 1 ist Haupttatbestand: Eine wesentl. Beteiligung liegt dann vor, wenn der Anteilseigner am Grund- oder Stammkapital der KapGes. zu mehr als einem Viertel beteiligt ist; dies kann unmittelbar oder mittelbar (über eine KapGes. oder eine PersGes.) erfolgen. Der Gesetzgeber unterstellt damit, daß ein Anteilseigner allein kraft des Umfangs seiner vermögensmäßigen Beteiligung in der Lage ist, einen maßgebenden wirtschaftlichen Einfluß auf die KapGes. und deren Finanzierungsverhältnisse auszuüben.

Hinweis: Der Wortlaut der Regelung ist im wesentlichen § 17 Abs. 1 Satz 4 EStG nachgebildet. Dies geht auf die vom FinAussch. des Deutschen Bundestages eingesetzte *Herzig-Arbeitsgruppe* zurück (s. Anm. 3 sowie *Herzig*, *StuW* 1993 S. 237). Es kann daher in Zweifelsfragen die zu § 17 Abs. 1 Satz 4 EStG ergangene Rspr. erläuternd herangezogen werden (so auch *Dörner*, *Inf.* 1993 S. 410; *Herzig*, *DB* 1994 S. 115; *Korn*, *DStZ* 1993 S. 739; *Streck*, *KStG*, 4. Aufl. 1995, § 8a Anm. 16).

Abs. 3 Sätze 2 und 3 sind Auffangtatbestände mit subsidiärer Bedeutung.

► *Satz 2* geht gleichermaßen von einer wesentl. Beteiligung aus, wenn der Anteilseigner zwar nicht allein, aber zusammen mit anderen Anteilseignern an der KapGes. zu mehr als 25 vH beteiligt ist. Vorausgesetzt wird, daß er mit den anderen zusammen

– entweder eine Personenvereinigung bildet (s. Anm. 168) oder
– die anderen ihn beherrschen, er sie beherrscht oder beide gemeinsam beherrscht werden (sog. Beherrschungsfälle; s. Anm. 169).

► *Satz 3* stellt einen Anteilseigner ohne wesentl. Beteiligung einem wesentl. Beteiligten gleich, wenn er allein (s. Anm. 171) oder im Zusammenwirken mit anderen Anteilseignern (s. Anm. 172) einen beherrschenden Einfluß auf die KapGes. ausübt.

Keine Definition des Anteilseignerbegriffs: Abs. 3 definiert „wesentliche Beteiligung“, nicht „Anteilseigner“ (s. BTDrucks. 12/4158 v. 20. 1. 93 S. 37). Im Zusammenspiel der beiden Begriffe ist uE mit der hM davon auszugehen, daß Anteilseigner sowohl der unmittelbar als auch der mittelbar an der KapGes. Beteiligte ist (s. eingehender Anm. 65 mit Hinweis auf BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 7; aA *Wassermeyer* in *Herzig* (Hrsg.), *Gesellschafter-Fremdfinanzie-*

rung und Beteiligung an ausländischen Gesellschaften, 1995). Als Folge daraus ergibt sich für nahestehende Personen gem. Abs. 1 Satz 2, daß es sich nur um in Seitenlinie, nicht in gerader Linie verbundene Rechtssubjekte handeln kann (s. eingehender Anm. 123 mit Verweis auf *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 46).

Einstweilen frei.

161, 162

II. Begriff der wesentlichen Beteiligung (Abs. 3 Satz 1)

1. Anteilseigner ist am Grund- oder Stammkapital der Kapitalgesellschaft zu mehr als einem Viertel beteiligt (wesentliche Beteiligung) 163

Der Haupttatbestand des Abs. 3 Satz 1 zur Definition der wesentlichen Beteiligung stellt auf die Höhe des kapitalmäßigen Anteils an der inl. KapGes. ab. Vorausgesetzt wird eine Beteiligung des Anteilseigners am Grund- oder Stammkapital der KapGes. „zu mehr als einem Viertel“. Das Erreichen einer 25-vH-Beteiligung reicht für Abs. 3 Satz 1 nicht aus; evtl. greifen aber die Auffangtatbestände des Abs. 3 Sätze 2 und 3 ein. Ein von der Kapitalbeteiligung ggf. abweichendes Verhältnis der Stimmrechte ist unerheblich (so zutreffend BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 10; glA *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 77; *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 25; *Bliimich/Mencke*, § 8a KStG Anm. 16; *Dörner*, Inf. 1993 S. 409; *Korn*, DStZ 1993 S. 739). Die wesentl. Beteiligung kann „unmittelbar oder mittelbar“ bestehen (dazu Anm. 164, 165); zur möglichen Zusammenrechnung von Beteiligungen beim gleichen Anteilseigner und wegen Sonderfragen hinsichtlich der Zurechnung der Beteiligung s.u.

Behandlung eigener Anteile: Hält die KapGes. eigene Anteile (§§ 71–71 e AktG, §§ 33–34 GmbHG), so ist zur Ermittlung der wesentl. Beteiligung nach hM auf das um die eigenen Anteile verminderte Nennkapital abzustellen. Dies ist uE zutreffend, da die Gestaltungs- und Einflußmöglichkeiten der übrigen Gesellschafter durch die ruhende eigene Beteiligung wirtschaftlich verstärkt werden. So zutreffend BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 10 unter Hinweis auf das zu § 17 EStG ergangene BFH-Urteil v. 24. 9. 70 IV R 138/69, BStBl. II 1971 S. 89; *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 77; *Dörner*, Inf. 1993 S. 410; *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 25.

Zusammenrechnung von Beteiligungen: Abs. 3 Satz 1 verlangt eine unmittelbar „oder“ mittelbar gehaltene Beteiligung von mehr als einem Viertel. Ungeachtet des Wortlauts rechnet die FinVerw. unmittelbare und mittelbare Beteiligungen zusammen, und zwar unabhängig davon, ob der Anteilseigner die die Beteiligung vermittelnde Gesellschaft beherrscht; mittelbar gehaltene Anteile sind dabei mit der auf den Anteilseigner entfallenden rechnerischen Quote zu berücksichtigen (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 10).

Stellungnahme: Die Handhabung der FinVerw. mit dem Erfordernis einer rein rechnerischen Beteiligungsquote von mehr als einem Viertel ist uE zutreffend, da durch den Gesetzeszweck geboten. UE steht dies auch nicht im Gegensatz zum Gesetzeswortlaut, da durch den Begriff „oder“ lediglich zum Ausdruck gebracht werden soll, daß sowohl unmittelbare als auch mittelbare Beteiligungen zur Vermeidung von Umgehungsmöglichkeiten in den Anwendungsbereich von § 8a fallen.

GlA *Dörner*, Inf. 1993 S. 410; *Korn*, DStZ 1993 S. 739; *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 25; *Bliimich/Mencke*, § 8a KStG Anm. 23; differenzierend *Frotscher*, IStR 1994 S. 406, der bei wortlautgemäßer Auslegung ein Zusammenrechnungsverbot sieht, dies aber im Ergebnis für wenig überzeugend hält.

Zurechnung der Beteiligung: Die wesentl. Beteiligung ist idR dem zivilrechtlichen Eigentümer als Anteilseigner zuzurechnen. Besonderheiten ergeben sich, falls zivilrechtliches und wirtschaftliches Eigentum an den KapGesAnteilen auseinanderfallen; nach den allgemeinen Grundsätzen des § 39 AO ist das wirtschaftliche Eigentum maßgebend (zB bei Kaufoptionen, Pfandrechten, Nießbrauch, Pensionsgeschäften uä.). Bei Treuhandverhältnissen ist § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO zu beachten (so zutreffend BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 10).

164 2. Unmittelbare wesentliche Beteiligung

Eine unmittelbare Beteiligung gem. Abs. 3 Satz 1 liegt vor, wenn der zivilrechtliche, ggf. wirtschaftliche Anteilseigner in direkter Form selbst die Anteile an der inl. KapGes. hält (ähnlich *Frotscher/Maas*, § 8 a KStG Anm. 78). Die unmittelbare Beteiligung muß (ggf. unter Einschuß mittelbarer Beteiligungen) wesentl. sein, dh. mehr als ein Viertel am Grund- oder Stammkapital der inl. KapGes. betragen.

165 3. Mittelbare wesentliche Beteiligung, auch über eine Personengesellschaft

Gem. Abs. 3 Satz 1 kann – alternativ oder ergänzend zur direkten Beteiligung – auch ein mittelbar gehaltener Anteil am Grund- oder Stammkapital der fremdfinanzierten inl. KapGes. zu einer wesentl. Beteiligung führen. Die Gleichstellung von mittelbarer und unmittelbarer Beteiligung wesentl. Art ist nicht unproblematisch, sofern die bloße rechnerische Wesentlichkeitsquote mit geringeren Einflußmöglichkeiten als eine direkte Beteiligung verbunden ist.

Mittelbare Beteiligung bedeutet, daß der Anteil an der fremdfinanzierten inl. KapGes. über eine oder mehrere zwischengeschaltete Personen gehalten wird. Die Länge der Beteiligungskette (dh. die Anzahl der zwischengeschalteten Stufen) ist unerheblich. Nach dem Gesetzeswortlaut kann die mittelbare Beteiligung „auch über eine Personengesellschaft“ erfolgen; dies läßt im Umkehrschluß auch KapGes. und andere Personenvereinigungen als vermittelnde Rechtssubjekte zu (ähnlich *Frotscher/Maas*, § 8 a KStG Anm. 81). Die Rechtsform der zwischengeschalteten Person ist somit ohne Bedeutung.

Wesentliche Beteiligung: Die rechnerische Beteiligung am Grund- oder Stammkapital der inl. KapGes. durch nur mittelbar, nur unmittelbar oder zusammengerechnet gehaltene Anteile muß mehr als ein Viertel betragen. Da es auf die rein kapitalmäßige rechnerische Beteiligungsquote ankommt, ist unerheblich, ob der mittelbar Beteiligte die jeweils nachgeordnete Gesellschaft beherrscht (so auch BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 10). Es sind folglich auch solche vermittelnden Beteiligungen zu erfassen, die selbst nicht wesentl. sind. Auch kann eine mittelbare wesentl. Beteiligung über mehrere zusammenzurechnende Beteiligungsstränge gehalten werden.

Beispiel: An der inl. A-GmbH sind B und C mit jeweils 25 vH, D mit 35 vH und E mit 15 vH beteiligt. Die nichtanrechnungsberechtigte P-PLC ist zu jeweils 30 vH ihrerseits an B, C und D beteiligt. Obwohl P-PLC keinen der Beteiligungsstränge beherrscht, ist sie rein rechnerisch mit 25,5 vH an der A-GmbH und damit wesentlich iSd. Abs. 3 Satz 1 beteiligt.

166, 167 Einstweilen frei.

III. Zusammenrechnung mehrerer Beteiligungen zu einer wesentlichen Beteiligung (Abs. 3 Satz 2)

1. Wesentliche Beteiligung mehrerer Anteilseigner, die eine Personenvereinigung bilden (Satz 2, Alt. 1) 168

Der Auffangtatbestand des Abs. 3 Satz 2 Alt. 1 verlangt für eine Gleichstellung mit einer wesentl. (unmittelbaren oder mittelbaren) Beteiligung, daß der betroffene Anteilseigner zusammen mit anderen Anteilseignern, mit denen er eine Personenvereinigung bildet, zu mehr als einem Viertel am Grund- oder Stammkapital der inl. KapGes. beteiligt ist. Der Anteilseigner selbst verfügt somit kapitalmäßig lediglich über eine nicht wesentl. Beteiligung; ansonsten greift nicht der Auffangtatbestand, sondern Abs. 3 Satz 1 ein. Nach dem Gesetzeswortlaut des Abs. 3 Satz 2 ist entscheidend, daß die Anteilseigner eine Personenvereinigung bilden; nicht erfaßt werden daher diejenigen Fälle, in denen die Anteile an der inl. KapGes. auf die Personenvereinigung übertragen werden (zB in das Gesamtvermögen einer PersGes. bzw. in das Betriebsvermögen einer Körperschaft). Für derartige Fallgestaltungen ist insbes. das Bestehen einer wesentlichen mittelbaren Beteiligung iSd. Abs. 3 Satz 1 denkbar (glA *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 83).

Begriff der Personenvereinigung: § 8a enthält keine Legaldefinition. Die FinVerw. erwähnt exemplarisch eine Personenvereinigung „zum Zwecke der gemeinsamen Verwaltung der Anteile“ (so BMF v. 15. 12. 94, BSStBl. I 1995 S. 25 Tz. 12). UE ist der Begriff ohne klare Konturen, tendenziell weit auszulegen und weder mit „Personengesellschaft“ (so etwa ausdrücklich Abs. 3 Satz 1) noch mit den über eine eigene juristische Rechtspersönlichkeit verfügenden Rechtssubjekten iSd. § 1 gleichzusetzen (kritisch dazu *Knobbe-Keuk*, DB 1993 S. 66 mit Hinweis auf *dies.*, StuW 1982 S. 204: Es können sich reine Zufallsergebnisse einstellen, die sachwidrig sind). Die rechtsförmliche Ausgestaltung der Personenvereinigung ist unerheblich. Gleiches gilt für den in der Personenvereinigung zusammengefaßten Personenkreis. Es sind folglich sowohl nichtanrechnungsberechtigte als auch anrechnungsberechtigte Personen einzubeziehen (glA *Blimich/Menck*, § 8a KStG Anm. 33). Entscheidend für die Begriffsbestimmung ist uE die Funktion eines gemeinsamen Willensbildungsorgans für die darin zusammengeschlossenen Anteilseigner; dieser gesetzgeberische Zweck ist für die Beurteilung des Einzelfalles maßgebend.

2. Wesentliche Beteiligung mehrerer Anteilseigner in Beherrschungsfällen (Satz 2, Alt. 2) 169

Der Auffangtatbestand des Abs. 3 Satz 2 Alt. 2 verlangt für eine Gleichstellung mit der (unmittelbaren oder mittelbaren) wesentl. Beteiligung, daß der betroffene Anteilseigner zwar nicht allein, aber zusammen mit anderen Anteilseignern zu mehr als einem Viertel am Grund- oder Stammkapital der inl. KapGes. beteiligt ist und

- von den übrigen Anteilseignern beherrscht wird,
 - selbst die übrigen Anteilseigner beherrscht oder
 - gemeinsam mit den anderen Anteilseignern einer Beherrschung unterliegt.
- Sofern der Anteilseigner selbst (unmittelbar oder mittelbar) mehr als ein Viertel der Gesellschaftsanteile hält, greift Abs. 3 Satz 1 (zu Einzelheiten s. Anm. 163–165). Eine Zuordnung zu Abs. 3 Satz 3 erfolgt für diejenigen Fälle, in denen der

Anteilseigner einen beherrschenden Einfluß auf die inl. KapGes. ausübt; das Beherrschungsverhältnis der Anteilseigner zueinander ist dabei unerheblich. Das Vorliegen eines Beherrschungstatbestands muß die FinVerw. entsprechend den allgemeinen Grundsätzen der Beweislastverteilung nachweisen.

Hinweis: Die drei Beherrschungsfälle des Abs. 3 Satz 2 sind den Regelungen in § 1 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AStG nachgebildet (vgl. *Herzig*, DB 1994 S. 115; *Korn*, DStZ 1993 S. 739, *Wolff*, IStR 1993 S. 450).

Beherrschungsbegriff: Für die Frage der Beherrschung im Anteilseignerkreis ist tatsächliche Beherrschung erforderlich, die Möglichkeit zur Beherrschung reicht nicht aus. Dies setzt im Ergebnis ein Beteiligungsverhältnis der zusammenzurechnenden Anteilseigner von mehr als 50 vH voraus, wobei es letztlich auf die Stimmrechts-, nicht die Beteiligungsverhältnisse ankommt (vgl. auch *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 83). Auch die FinVerw. stellt grundsätzlich auf die Mehrheit der Stimmrechte ab (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 14 unter Bezugnahme auf Abschn. 31 Abs. 6 KStR). In Ausnahmefällen soll eine Beteiligung von bis zu 50 vH ausreichen, wenn besondere Umstände hinzutreten, die eine Beherrschung der KapGes. begründen; entscheidend ist letztlich die Willensdurchsetzung in der KapGes., die auf besonderen Regelungen im Gesellschaftsvertrag, sonstigen vertraglichen Abmachungen oder den anzutreffenden wirtschaftlichen Gegebenheiten beruhen kann. Ferner genügt im Einzelfall bereits ein Zusammenwirken der Anteilseigner mit gleichgerichteten Interessen im Hinblick auf Finanzierungsfragen (uE wegen unklarer Konturen problematisch).

Status der im Beherrschungskreis zusammengefaßten Personen: Für die Frage der Gleichstellung mehrerer in einem Beherrschungskreis zusammengefaßter Anteilseigner mit einer wesentl. kapitalmäßigen Beteiligung iSd. Abs. 3 ist unerheblich, ob die zu den „anderen Anteilseignern“ gehörenden Personen zur Anrechnung von KSt. berechtigt sind (ähnlich *Blümich/Menck*, § 8a KStG Anm. 33). Bei dem das FK gewährenden Anteilseigner muß es sich dagegen gem. Abs. 1 Satz 1 um einen Nichtanrechnungsberechtigten handeln.

170 Einstweilen frei.

IV. Ausübung eines beherrschenden Einflusses auf die Kapitalgesellschaft ohne wesentliche Beteiligung (Abs. 3 Satz 3)

171 1. Nicht wesentlich beteiligter Anteilseigner mit beherrschendem Einfluß (Satz 3, Alt. 1)

Gem. dem Auffangtatbestand des Abs. 3 Satz 3 Alt. 1 steht ein Anteilseigner ohne wesentl. Beteiligung einem wesentl. beteiligten Anteilseigner gleich, wenn er „allein . . . einen beherrschenden Einfluß“ auf die KapGes. ausübt. Zur Ausübung eines beherrschenden Einflusses „im Zusammenwirken mit anderen Anteilseignern“ s. Anm. 172. Der beherrschende Einfluß muß in personeller Hinsicht durch den Anteilseigner ausgeübt werden; eine mittelbare Beherrschung durch Nichtgesellschafter genügt nicht. Zur Abgrenzung gegenüber Abs. 3 Satz 2 Alt. 2 s. Anm. 169: Beherrschungsverhältnis der Anteilseigner untereinander, Anteilseigner haben zusammen mehr als ein Viertel der Anteile.

Begriff des beherrschenden Einflusses: Es fehlt eine gesetzliche Definition. Die FinVerw. zieht für den Begriff des Beherrschens die Grundsätze des Abschn. 31 Abs. 6 KStR entsprechend heran (so BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 14). Es dürfte für die Frage des beherrschenden Einflusses insbes. auf den

Umfang der Stimmrechte abzustellen sein (so übereinstimmend *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 77, 84; *Blümich/Menck*, § 8a KStG Anm. 16; *Dörner*, Inf. 1993 S. 410; *Grefe*, StuSt. 1994 S. 202). Aber auch ohne Stimmrechtsmehrheit kann sich im Einzelfall ein durch den Anteilseigner ausgeübter beherrschender Einfluß ergeben, etwa durch tatsächliche Abhängigkeit des Geschäftsführungs- oder Verwaltungsorgans vom Anteilseigner oder das satzungsmäßige Recht des Anteilseigners, den Geschäftsführer zu bestimmen (vgl. *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 77, 84; kritisch dazu mit Hinweis auf § 17 Abs. 1 AktG *Knobbe-Keuk*, StuW 1982 S. 204–206, die auf Basis eines früheren Referentenentwurfs zu § 8a vor der Einführung eines derart unbestimmten gesetzlichen Tatbestandsmerkmals warnt). Ein beherrschender Einfluß aufgrund eines Beherrschungsvertrags oder ähnliches Rechtsverhältnisses dürfte nicht unter Abs. 3 Satz 3 fallen, da gesellschaftsrechtlich eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist (§ 293 Abs. 1 AktG), die Abs. 3 Satz 3 gerade nicht voraussetzt. Ein beherrschender Einfluß aufgrund schuldrechtlicher Verträge (zB Lieferverträgen) entsteht uE im Regelfall nicht, da keine „automatische“ Auswirkung auf Finanzierungsfragen erfolgen dürfte (ähnlich *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 84).

Tatsächliche Ausübung des beherrschenden Einflusses: Nach Auffassung der FinVerw. setzt die Anwendung von Abs. 3 Satz 3 die tatsächliche Ausübung eines beherrschenden Einflusses voraus; die bloße Möglichkeit eines Beherrschens reicht nicht aus (so zutreffend, da in Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 13, 15). Letztlich dürfte die Nachweisführung dazu durch die FinVerw. nicht einfach sein; dadurch könnte Abs. 3 Satz 3 in der Besteuerungspraxis weitgehend wirkungslos bleiben (vgl. dazu auch *Wolff*, IStR 1993 S. 451; *Bader*, NWB F. 4 S. 3979).

Hinweis: Obwohl sich Abs. 3 Satz 3 nach den Vorstellungen des Gesetzgebers weitgehend an § 1 Abs. 2 AStG anlehnt, wurde der zunächst erwogene Gedanke, die Möglichkeit eines Beherrschens ausreichen zu lassen, nicht umgesetzt.

2. Beherrschender Einfluß durch mehrere nicht wesentlich beteiligte Anteilseigner (Satz 3, Alt. 2) 172

Gem. dem Auffangtatbestand des Abs. 3 Satz 3 Alt. 2 steht ein Anteilseigner ohne wesentl. Beteiligung einem wesentl. beteiligten Anteilseigner gleich, wenn er „im Zusammenwirken mit anderen Anteilseignern“ einen beherrschenden Einfluß auf die inl. KapGes. ausübt; zum beherrschenden Einfluß eines Anteilseigners allein iSd. Abs. 3 Satz 3 Alt. 1 s. Anm. 171. Zur tatsächlichen Ausübung des beherrschenden Einflusses in der inl. KapGes. und dem dafür von der FinVerw. zu erbringenden Nachweis s. Anm. 171.

Zusammenwirken mit anderen Anteilseignern: Nach hM ist erforderlich, daß zur gemeinsamen Ausübung eines beherrschenden Einflusses tatsächliche Absprachen zwischen den zusammenwirkenden Anteilseignern getroffen werden müssen.

So BTDrucks. 12/5016 v. 25. 5. 93 S. 92 f.; *Korn*, DStZ 1993 S. 739; *Pauka*, NWB F. 4 S. 3964; *Wolff*, IStR 1994 S. 451; *Bruse*, M & A Review 1994 S. 479; das BMF-Schreiben v. 15. 12. 94 (aaO) enthält dazu abweichend vom BMF-Entwurf v. 22. 4. 94 Tz. 14, keine Aussage.

Stellungnahme: UE genügt es für ein Zusammenwirken nicht, wenn mehrere kapitalmäßig nicht wesentl. beteiligte Anteilseigner lediglich ihre Stimmrechte in der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung übereinstimmend ausüben. Dies gilt selbst über einen längeren Zeitraum. Ein Zusammenwirken setzt vielmehr eine

gleichgerichtete Stimmrechtsausübung auf Grund von gesonderten Absprachen mündlicher oder schriftlicher Art voraus (zB auf Basis von Stimmrechtsverträgen; vgl. *Frotscher*, IStR 1994 S. 206).

173, 174 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 4: Sonderregelungen für Holdinggesellschaften und andere verbundene Unternehmen

A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 4

175

I. Überblick zu Abs. 4

Abs. 4 enthält zwei Regelungsbereiche,

- zum einen für qualifizierte Holdinggesellschaften (Sätze 1 und 2),
- zum anderen für sonstige verbundene Unternehmen als Auffangtatbestand (Beteiligungsketten gem. Satz 3).

Die konkrete Zuordnung einer Kapitalgesellschaft in einen der beiden Regelungsbereiche kann im Zeitablauf wechseln; zu daraus resultierenden praktischen Finanzierungsproblemen s. Anm. 176.

Satz 1 ordnet für qualifizierte Holdinggesellschaften eine Erweiterung des steuerunschädlichen Sockelbetrags für ergebnisunabhängige FKVergütungen von 1:3 auf 1:9, bei Mischfinanzierungen (auf Basis der reduzierten Bemessungsgrundlage) von 1:6 auf 1:18 an. Halbs. 1 enthält zwei alternativ („oder“) zur Anwendung kommende Definitionen des Holdingbegriffs, allerdings ohne dessen ausdrückliche gesetzliche Erwähnung, und zwar in Form

- einer *tätigkeitsbezogenen Qualifizierung* (s. Anm. 180–182) und
- einer *bilanzsummenbezogenen Qualifizierung* (s. Anm. 185).

Halbs. 2 definiert für den Fallbereich fester FKVergütungen iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und für sog. Mischfinanzierungen erweiterte safe haven.

Satz 2 versagt bei einer qualifizierten Holding iSd. Satzes 1 den nachgeordneten inländischen KapGes. einen eigenen safe haven und ordnet grundsätzlich eine Umqualifizierung der FKVergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen an. Eine Ausnahme gilt für den Anwendungsbereich ergebnisunabhängiger FKVergütungen, sofern ein Fremdvergleich geführt werden kann oder es sich – unabhängig von der Vergütungsform – um eine Mittelaufnahme zur Finanzierung banküblicher Geschäfte handelt. Satz 2 ergänzt die Regelung des Satzes 1.

Satz 3 sieht für verbundene KapGes., bei denen die Obergesellschaft nicht als qualifizierte Holding iSd. Satzes 1 ausgestaltet ist, zur Vermeidung von sog. Kaskadeneffekten eine Kürzung des EK um den jeweiligen Beteiligungsbuchwert der Untergesellschaft vor. Dadurch entfalten die steuerunschädlichen Sockelbeträge von 1:0,5 bzw. 1:3 ihre volle Wirksamkeit grundsätzlich nur auf der untersten Beteiligungsebene (so zutreffend *Herzig*, StuW 1993 S. 246). Die Möglichkeit zur Nutzung verbleibender Sockelbeträge und zum Drittvergleich bei fixen FKVergütungen auf anderen Beteiligungsebenen bleibt davon unberührt; gleiches gilt für die Sonderregelung betr. bankübliche Geschäfte. Die Vorschrift hat den

Charakter eines Auffangtatbestands, sofern die Kriterien einer qualifizierten Holding nicht erfüllt sind (vgl. auch *Herzig*, DB 1994 S. 174).

Keine steuerrechtliche Anknüpfung an Konzernabschluss: Die zur Konzeption des § 8a eingesetzte Arbeitsgruppe hat als Alternative zur Lösung der Konzernproblematik auch ein Abstellen auf die Konzernbilanz erwogen (s. eingehender *Herzig*, StuW 1993 S. 245). Dieser Lösungsweg wurde jedoch letztlich verworfen im Hinblick auf die stliche Irrelevanz des Konzernabschlusses, die vielfältigen bilanzpolitischen Gestaltungsmöglichkeiten und letztlich den daraus resultierenden erheblichen Einzelregelungsbedarf.

II. Bedeutung des Abs. 4

176

Gesetzeszweck: Abs. 4 enthält Sonderregelungen (insbes. einen erweiterten safe haven bei ergebnisunabhängigen FKVergütungen) für Holdinggesellschaften und andere verbundene Unternehmen, um im Rahmen des § 8a

- ▷ *einerseits ausreichend flexible Finanzausstattungen* bei Unternehmensverbindungen unter Berücksichtigung praktischer Finanzierungsbedürfnisse zu ermöglichen (s. dazu die Gesetzesbegründung BTDrucks. 12/5016 v. 25. 5. 93 S. 93),
- ▷ *andererseits nicht gewollte Vervielfältigungen der safe haven* durch Hintereinanderschalten verschiedener Beteiligungsgesellschaften mit Additionswirkungen und überproportionalen Ausweitungen bei gleicher wirtschaftlicher Grundlage zu versagen (sog. Kaskadeneffekte; s. dazu mit Beispielen *Herzig*, StuW 1993 S. 244–245 und Anm. 195). Ob eine Kaskadenwirkung im Einzelfall tatsächlich erlangt oder bezweckt wird, ist für die Rechtsanwendung unerheblich (vgl. eingehender *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 30 a; kritisch *Grotherr*, IStR 1995 S. 53, der insoweit von einem Systemfehler bei der Beteiligungsbuchwertkürzung spricht).

Der Holdingbegriff selbst wird vom Gesetzgeber nicht verwendet, lediglich rechtlich beschrieben. Die Sonderregelungen des Abs. 4 beinhalten keine Wahlrechte, sind aber faktischen Gestaltungen zugänglich (vgl. eingehender *Prinz*, FR 1994 S. 622, 625, 628; generell zu Gestaltungsmöglichkeiten bei § 8a s. Anm. 13). Sie dürften in der Besteuerungspraxis idR auslandsbeherrschte Konzerne betreffen, können sich im Einzelfall aber auch auf Beteiligungsketten von inl. Nichtanrechnungsberechtigten erstrecken. Die Regelungen des Abs. 4 für verbundene Unternehmen dienen mit ihren verbesserten safe haven der Förderung des Holdingstandorts Deutschland; sie verfolgen somit die gleiche steuerpolitische Zielsetzung wie § 8b (ähnlich *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 88).

Einflußnahme auf Finanzierungsgestaltungen: Die Sonderregelungen für Holdinggesellschaften und andere verbundene Unternehmen haben Einfluß auf betriebswirtschaftlich sinnvolle Finanzierungsgestaltungen im Konzern (kritisch dazu *Frotscher*, IStR 1994 S. 209). Sie können auch die rechtsförmliche Strukturierung des Konzerns selbst beeinflussen (s. insbes. *Prinz*, FR 1994 S. 622, 626–627 mit Hinweis auf neue Einsatzmöglichkeiten für PersGes.). Generell geeignet erscheinen durch Nichtanrechnungsberechtigte ausgelöste oder gesicherte Konzernfinanzierungen

- ▷ *bei qualifizierten Holdinggesellschaften* ausgehend über die Spitzeneinheit (sog. top-down-Finanzierung; Sätze 1 und 2);
- ▷ *bei sonstigen verbundenen Unternehmen* ausgehend von der Grundeinheit (sog. bottom-up-Finanzierung; Satz 3).

Durchlaufende Posten im strechtlichen Sinne werden insbes. bei top-down-Finanzierungen uE nicht begründet, sofern keine direkte Mitteldurchleitung erfolgt (dazu eingehender auch Anm. 202 betr. Abs. 5 Nr. 2); idR werden wirtschaftliche

Gründe für die Finanzierung der Unternehmensgruppe ausgehend von der Spitzeneinheit bestehen. Welcher Finanzierungsform der Vorzug zu geben ist, kann nur im Einzelfall entschieden werden; eine direkte Finanzierung von zwischengeschalteten Beteiligungsunternehmen durch den nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner dürfte generell zu einer Versagung oder Verkürzung der stlichen Nichtaufgriffsgrenze führen. Eine Verrechnung nicht ausgeschöpfter oder negativer EKBeträge zwischen den verschiedenen Beteiligungsstufen erfolgt nicht (s. auch *Herzig*, StuW 1993 S. 245). Besondere praktische Probleme können sich ergeben, wenn die Zuordnung der KapGes. im Regelungsbereich des Abs. 4 im Zeitablauf wechselt, ohne daß die Finanzierungen kurzfristig umgestellt werden können; uE müssen derartige Härten im Einzelfall durch Zulassung des Fremdvergleichs gelöst werden. Die Finanzierungsgestaltung bei verbundenen Unternehmen muß daher sorgfältig geplant und im Zeitablauf beobachtet werden. UU sind bei Weiterleitung der Mittel in der Beteiligungskette und fehlender Organshaft gewerbesteuerliche Zusatzbelastungen im Hinblick auf Dauerschuldzinsen und Dauerschulden (§ 8 Nr. 1, § 12 Abs. 2 Nr. 1 GewStG) zu beachten (vgl. auch *Meilicke*, BB 1994 S. 120, der darin eine ungerechtfertigte Diskriminierung inl. KapGes. wegen ihrer ausl. Anteilseigner sieht; uE zu weitgehend).

Rechtliche Methoden zur Vermeidung von Kaskadeneffekten: Der Gesetzgeber verwendet in Abs. 4 zur Vermeidung von Kaskadeneffekten zwei unterschiedliche Methoden:

- ▶ *Unternehmensgruppen mit qualifizierter Holding als Obergesellschaft:* Abs. 4 Satz 2 versagt den der Obergesellschaft nachgeordneten KapGes. einen eigenen safe haven, so daß idR eine Umqualifizierung der FKVergütung in eine vGA vorzunehmen ist (eingehender dazu und zu den Möglichkeiten eines Entlastungsnachweises Anm. 190–192). Dies ist Folge der Erweiterung des safe haven in Abs. 4 Satz 1 von idR 1:3 auf 1:9.
- ▶ *Andere verbundene Unternehmen:* Abs. 4 Satz 3 sieht bei Unternehmensgruppen ohne qualifizierte Holding als Obergesellschaft eine Kürzung des jeweiligen EK um den Buchwert des Beteiligungsbesitzes vor. Steuerunschädliche Nichtaufgriffsgrenzen entfallen dadurch auf vorgeschalteten Beteiligungsebenen oder werden eingeschränkt. Trotz Buchwertkürzung bleiben Gestaltungsvorteile gegenüber Nichtkonzernunternehmen erhalten. Zu Einzelheiten s. Anm. 195.

177, 178 Einstweilen frei.

B. Erweiterung des steuerunschädlichen Sockelbetrags für bestimmte Holdinggesellschaften (Abs. 4 Satz 1)

I. Begriff der Holdinggesellschaft (1. Halbs.)

179 1. Überblick

Abs. 4 Satz 1, Halbs. 1 enthält inhaltlich zwei Definitionen des Holdingbegriffs, die für die Anwendung eines erweiterten safe haven qualifizieren (Halbs. 2). Zumindest einer der folgenden Tatbestände muß erfüllt sein:

- ▷ *Tätigkeitsbezogene Qualifizierung:* Die Haupttätigkeit der KapGes. muß darin bestehen, Beteiligungen an anderen KapGes. zu halten und diese zu finanzieren (zu Einzelheiten s. Anm. 180–182);

▷ *Bilanzsummenbezogene Qualifizierung:* Das Vermögen der KapGes. muß zu mehr als 75 vH der Bilanzsumme aus Beteiligungen an anderen KapGes. bestehen (zu Einzelheiten s. Anm. 185).

Die Holdingkriterien werfen zahlreiche Abgrenzungsfragen auf und sind Gestaltungen zugänglich. Generell erscheint der bilanzsummenbezogene gegenüber dem tätigkeitsbezogenen Holdingbegriff einfacher und eindeutiger feststellbar (größere Rechts- und Planungssicherheit). Der Holdingbegriff selbst wird in Abs. 4 nicht verwendet. Die als Holding ausgestaltete Gesellschaft muß die Rechtsform einer (unbeschränkt stpfl.) KapGes. haben, da ansonsten kein Regelfall des § 8a vorliegt; es muß sich nicht notwendig um die Spitzengesellschaft für die Inlandsaktivitäten ausl. Anteilseigner bzw. für die erwerbswirtschaftlichen Aktivitäten incl. Nichtanrechnungsberechtigter handeln (ähnlich *Schwebel in Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 29 mit Hinweis auf den Fall, daß mehrere ausl. und inl. Anteilseigner über inl. Tochtergesellschaften an einer Holding beteiligt sind). Ggf. kommt auch die Einschaltung mehrerer inl. Länderholdings im Rahmen einer Unternehmensgruppe in Betracht (s. *Prinz*, FR 1994 S. 622, 629). Zur mißbrauchsbedingten Sonderregelung des Abs. 5 betr. Personengesellschaften u. Betriebsstätten s. Anm. 198.

Verhältnis der Regelungen zueinander: Die Tatbestandsmerkmale der beiden Holdingbegriffe sind teilweise identisch (zB der Beteiligungsbegriff, nur KapGes-Beteiligungen bedeutsam), im übrigen aber unabhängig voneinander. ZT werden allerdings rein quantitative Merkmale auch für die Auslegung des tätigkeitsbezogenen Holdingbegriffs mit herangezogen (zu Einzelheiten s. Anm. 180). In der Besteuerungspraxis dürften häufig beide Qualifizierungsmerkmale gemeinsam erfüllt sein, so daß die Unterscheidung ohne Bedeutung ist.

Art der Fremdkapitalvergütung für Holdingqualifizierung unerheblich: Die qualifizierenden Holdingkriterien des Abs. 4 Satz 1 sind unabhängig von der Vergütungsform für das gewährte FK. Insbes. die Rechtsfolge des Abs. 4 Satz 2 mit der Versagung eines eigenen safe haven bei nachgeordneten KapGes. greift auch für Holdinggestaltungen mit ausschließlich ergebnisabhängigen Vergütungen (s. auch *Prinz*, FR 1994 S. 622, 625). Die Holdingqualifikation setzt somit nicht die tatsächliche Inanspruchnahme eines erweiterten safe haven von insbes. 1:9 für ergebnisunabhängige FKVergütungen voraus.

2. Kapitalgesellschaft, deren Haupttätigkeit darin besteht, Beteiligungen an Kapitalgesellschaften zu halten und diese Kapitalgesellschaften zu finanzieren

a) Haupttätigkeit der Kapitalgesellschaft

180

Abs. 4 Satz 1 führt zur Erlangung der Holdingqualifikation in der ersten Alternative tätigkeitsbezogene Abgrenzungsmerkmale auf; die Unterscheidungskriterien sind wenig konturiert und können im Einzelfall Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung bereiten (vgl. auch *Hey*, RIW 1994 S. 228). Zur bilanzsummenbezogenen Qualifizierung s. Anm. 185.

Haupttätigkeit der Kapitalgesellschaft als Spitzeneinheit: Das Halten und Finanzieren von KapGesBeteiligungen muß Haupttätigkeit der durch den wesentl. beteiligten nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner fremdfinanzierten KapGes. sein; die Holdinggesellschaft ist tatbestandsgemäß nicht zwingend die inl. erwerbswirtschaftliche Spitzeneinheit der Unternehmensgruppe (zu diesem Ausnahmefall s. Anm. 179). Der Tätigkeitsschwerpunkt der Obergesellschaft

muß sich auf die typischen Holdingfunktionen der Verwaltung und Finanzierung, nicht das operative Geschäft (zB Produktions- und Vertriebstätigkeiten) erstrecken; die Wahrnehmung von Führungsfunktionen ist nicht erforderlich, uE im Einzelfall aber ausreichend (eingehend zu Holdingfunktionen mwN *Prinz*, JbFStR 1992/93 S. 270–278; wegen geschäftsleitender Holding s. Anm. 182). Entscheidend ist im Zweifel die tatsächliche Tätigkeit der Obergesellschaft, nicht der satzungsgemäße Zweck; letzterer hat jedoch indizielle Bedeutung (ähnlich *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 89). Ein operatives Geschäft als Nebentätigkeit dürfte zulässig sein (ähnlich *Hey*, RIW 1994 S. 229).

Quantitative oder qualitative Beurteilungskriterien: Str. ist, ob der gesetzlich verwendete Begriff der Haupttätigkeit nach

- *quantitativen Kriterien*, zB mittels prozentualer Grenzen (so die FinVerw.), oder
- *qualitativen Kriterien*, dh. nach Maßgabe des Gesamtbilds der Verhältnisse (so das überwiegende Schrifttum),

zu bestimmen ist. Während die FinVerw. als Regelfall verlangt, daß die Bruttoerträge der Obergesellschaft (iSd. Abschn. 76 Abs. 8 Satz 1 KStR) im Durchschnitt der drei vorausgegangenen Jahre zu mindestens 75 vH aus der begünstigten Holdingtätigkeit stammen müssen, also auch Ausnahmen davon zuläßt (BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 81), wird im Schrifttum überwiegend eine wertende Gesamtbildbetrachtung – ähnlich einem Typusbegriff – gefordert und rein quantitative Grenzen als zu undifferenziert abgelehnt.

Im BMF-Entwurf v. 22. 4. 94 Tz. 81 wurde dagegen noch als unwiderlegbare Rechtsvermutung verlangt, daß die „Erträge zu mindestens 75 vH aus der begünstigten Tätigkeit stammen“. Kritisch dazu vgl. insbes. *Stellungnahme der Bundessteuerberaterkammer*, IStR 1994 S. 329 mit Hinweis auf die Sonderfälle des Fehlens von Ausschüttungen in einem Jahr, vorübergehender Anlage von freigesetzten Mitteln auf dem Kapitalmarkt und einem kurzfristigen Unterschreiten der bilanzsummenbezogenen Relationen (2-Jahre-Unschädlichkeitsgrenze); *Stellungnahme der Herzig-Arbeitsgruppe zu § 8a v. 3. 6. 94*, zu Tz. 81, WPg. 1994 S. 475; Holdingvermutung bei mehr als 50 vH der Erträge aus begünstigter Tätigkeit unter Einschluß von Zinsen; *IDW-Schreiben v. 25. 11. 93*, WPg. 1993 S. 748; Entwicklung von Hilfsmaßstäben für die Praxis. Die *Gesetzesbegründung zu § 8a* spricht davon, daß Holdinggesellschaften „vornehmlich“ Beteiligungen halten und finanzieren müssen (BTDrucks. 12/5016 v. 25. 5. 93 S. 92). Teilweise wird eine Anlehnung an § 7 AStG für sinnvoll erachtet; vgl. auch *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 29 b.

Stellungnahme: UE ist eine rein quantitative, jahresbezogene Betrachtung als unwiderlegbare Rechtsvermutung für die tätigkeitsbezogene Holdingqualifizierung zu eng, da der Gesetzeswortlaut in der ersten Holdingalternative dies gerade nicht verlangt und ansonsten insbesondere Sonderfälle unangemessen benachteiligt werden (zB bei ertraglosen Jahren wegen Verlustsituation der Tochtergesellschaften, zinsbringender Zwischenanlage von Mitteln nach Beteiligungsumschichtung). Einer wertenden Gesamtbildbetrachtung im Einzelfall ist daher der Vorzug zu geben, wobei durchaus (widerlegbare) Quantifizierungsmerkmale Berücksichtigung finden können; zur Rechtsanwendung beim Typusbegriff s. *Tipke/Lang*, StRecht, 14. Aufl. 1994 S. 126 f.). Die als Regelfall ausgestaltete 75-vH-Durchschnittsgrenze der FinVerw. erscheint somit akzeptabel, sofern an die Möglichkeit zum Gegenbeweis keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Die Funktionen des Haltens und Finanzierens von KapGesBeteiligungen müssen grundsätzlich kumulativ erfüllt sein; das typische Gesamtbild einer Holding dürfte aber im Einzelfall ausreichen. Ein wesentliches operatives Geschäft (zB bei einem Stammhauskonzern) schließt die Holdingqualifikation aus (zur Begriffsbildung s. *Prinz*, JbFStR 1992/93 S. 343 f.).

b) Beteiligungsbegriff und Beteiligungsanzahl

Beteiligungsbegriff: Um die Holdingqualifizierung iSd. Abs. 4 Satz 1 zu erlangen, muß die Obergesellschaft „Beteiligungen an KapGes.“ halten. Der Beteiligungsbegriff ist in § 8a nicht definiert. Er orientiert sich nach hM an § 271 Abs. 1 HGB, wonach die Anteile an dem Beteiligungsunternehmen bestimmt sein müssen, „dem eigenen Geschäftsbetrieb durch Herstellung einer dauernden Verbindung zu jenen Unternehmen zu dienen“.

Vgl. BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 83: Beteiligungsbegriff bestimmt sich nach § 271 Abs. 1 HGB; uE sollte im Einzelfall wegen der speziellen Zwecksetzung des § 8a besser von einer Anlehnung an den handelsrechtlichen Beteiligungsbegriff gesprochen werden. Vgl. weiterhin auch *Krausbaar*, IDW-Steuerfachtagung 1993 S. 269; *Bader*, NWB F. 4 S. 3985 f., der bei Hervorhebung des Kriteriums der Daueranlageabsicht reine Portfolio-Beteiligungen ausschließt; ähnlich *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 29 a: Splitterbeteiligungen scheiden aus.

Eine eigene operative Tätigkeit der Beteiligungsgesellschaft wird grundsätzlich nicht verlangt, so daß auch eine sog. Zwischenholding den Beteiligungsbegriff erfüllen kann (glA *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 89).

► *20-vH-Grenze als Beteiligungsvermutung:* Das Überschreiten der 20-vH-Grenze begründet gem. § 271 Abs. 1 Satz 3 HGB eine (uU widerlegbare) Beteiligungsvermutung. (Maßstab: Nennkapital der Gesellschaft; § 16 Abs. 2 und 4 AktG sind zur Ermittlung der Beteiligungshöhe entsprechend anwendbar, so daß zB das um die eigenen Anteile verminderte Nennkapital maßgebend ist). Bei Vorliegen einer Daueranlageabsicht kann auch unterhalb von 20-vH-Beteiligungsbesitz gegeben sein (vgl. aus handelsrechtlicher Sicht *WP-Handbuch 1992*, Bd. I S. 286).

Das IDW fordert mit Schreiben vom 9. 6. 94 (WPg. 1994 S. 476 f.), daß bereits ab einer Beteiligungsquote von 10 vH eine Beteiligungsvermutung bestehen sollte. UE als Rechtsvermutung zu weitgehend, da im Steuerrecht zT erst bei höheren Beteiligungsquoten eine wesentl. Beteiligung angenommen wird (zB § 17 EStG mit dem Erfordernis einer mehr als 25 vH-Beteiligung).

► *Unmittelbare und mittelbare KapGesBeteiligungen:* Nach dem Wortlaut des Abs. 4 Satz 1 können nur Beteiligungen an KapGes. für die Bestimmung der Holdingqualifizierung herangezogen werden; der Ausschluß von PersGesBeteiligungen erscheint uE wenig sinnvoll, ist aber ausdrücklich gesetzlich angeordnet (kritisch auch *Hey*, RIW 1994 S. 228). Da der Gesetzgeber hinsichtlich der Beteiligungsqualität keine näheren Einzelheiten regelt, sind uE neben unmittelbaren auch (zB über eine Personenhandelsgesellschaft) mittelbar gehaltene KapGesBeteiligungen ausreichend (glA *IDW-Schreiben* v. 25. 11. 93, WPg. 1993 S. 747; Stellungnahme *DIHT/BDI* v. 8. 6. 94 zu Tz. 80; aA *BMF* v. 15. 12. 94 aaO Tz. 85, wonach sich die Beschränkung auf unmittelbare KapGesBeteiligungen aus dem Gesetzeswortlaut ergeben soll, uE unzutreffend; *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 29 a). Auch aufgrund praktischer Erfordernisse bei der Strukturierung eines Konzernaufbaus sollten uE mittelbar gehaltene KapGesBeteiligungen für die Holdingqualifizierung herangezogen werden können.

► *Beteiligungen an ausl. KapGes.* sind nach hM für die Holdingqualifizierung einzu beziehen (so übereinstimmend etwa *BMF* v. 15. 12. 94 aaO Tz. 84; *Herzig*, DB 1994 S. 174; *Hey*, RIW 1993 S. 836). UE ist dies zutreffend, da Abs. 4 Satz 1 keinen entsprechenden Ausschluß enthält. Wegen ihrer rechtsförmlichen Zuordnung zu Kapital- oder Personengesellschaften sind Auslandsbeteiligungen in Zweifelsfällen einem sog. Typenvergleich nach inländischen Beurteilungsmaßstäben zu unterziehen (vgl. ähnlich *BFH* v. 23. 6. 92 IX R 182/87, BStBl. II S. 972; Erlaß Mecklenburg-Vorpommern v. 30. 8. 93, StEK KStG § 1 Nr. 37).

Hinweis: Bei verbundenen Unternehmen iSd. Abs. 4 Satz 3, die keine Holdingqualifikation aufweisen, ist der Buchwert von Auslandsbeteiligungen dagegen nicht beim jeweiligen EK zu kürzen; eingehender dazu Anm. 195.

Beteiligungsanzahl: Str. ist, ob eine KapGes., die Anteile mit Beteiligungscharakter an nur einer anderen KapGes. hält, die Qualifizierungsmerkmale einer Holding erfüllt.

► *Die FinVerm.* hält nur eine KapGes. Beteiligung aufgrund des Gesetzeswortlauts (Verwendung des Beteiligungsbegriffs im Plural) nicht für ausreichend und fordert mindestens zwei KapGes. Beteiligungen (BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 84). Im Schrifttum wird dem im Hinblick auf ansonsten bestehende Umgehungsmöglichkeiten vereinzelt zugestimmt (vgl. insbes. *Krebs*, Vertreter der Finanzverwaltung, und *Storck* in IDW-Steuerfachtagung 1993 S. 270; *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 29 a, 2 a; letztlich die Frage offenlassend *Herzig*, DB 1994 S. 174). Im übrigen sollen Beteiligungen an nach § 42 AO unbeachtlichen sog. funktionslosen Gesellschaften unberücksichtigt bleiben (BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 84).

► *Das überwiegende Schrifttum* läßt dagegen bereits ein Beteiligungsunternehmen in der Rechtsform der KapGes. für die Anwendung der Holdingregelung ausreichen. Die Wortwahl des Abs. 4 stellt auf die handelsrechtliche Bilanzposition des § 266 Abs. 2 A III Nr. 3 HGB ab, die zwar im Plural verwendet wird, unstreitig aber auch nur eine Beteiligung genügen läßt (ähnlich § 275 Abs. 2 Nr. 9, Abs. 3 Nr. 8 HGB). Im übrigen wird in Abs. 4 Satz 3 für andere verbundene Unternehmen lediglich von einer Beteiligung gesprochen, so daß dies auch für die Auslegung des Abs. 4 Satz 1 gelten sollte (KapGes., die am ... Kapital einer anderen KapGes. beteiligt ist; Buchwert dieser Beteiligung).

Vgl. dazu Stellungnahme *IDW* v. 9: 6. 94, WPg. 1994 S. 477 zu Tz. 79 des BMF-Entwurfs v. 22. 4. 94; *Bader*, NWB F. 4 S. 3985; *Hey*, RIW 1994 S. 228 meint, daß die Verwendung des Plurals nur sprachliche Gründe hat und verweist dabei auch auf die sprachlichen Unschärfen des Beteiligungsbegriffs in § 8 b.

► *Stellungnahme:* UE reicht für eine qualifizierte Holding generell die Beteiligung an einer KapGes. aus, sofern die Haupttätigkeit der Obergesellschaft in deren Verwaltung und Finanzierung besteht. Wegen des vom Gesetzgeber gewollten Rückgriffs auf handelsrechtliche Begriffe ist der dort gewonnene Auslegungsrahmen maßgebend. Auch sind uE keine materiellen Gründe erkennbar, warum nur eine Beteiligung für die Holdingqualität nicht ausreichen sollte; rein stich begründeten Umgehungsfällen kann uE mit Anwendung des § 42 AO begegnet werden (vgl. auch BFH v. 28. 1. 92 VIII R 7/88, BStBl. II 1993 S. 84 betr. rechtsmißbräuchliche Zwischenschaltung von Basisgesellschaften im niedrig besteuerten Ausland). Da sich Finanzierungs- und Verwaltungsfunktionen auch auf sog. Vorratsgesellschaften (dh. nicht operativ tätige Gesellschaften) erstrecken können, sind uE auch diese einzubeziehen. In der Besteuerungspraxis dürften aber insbes. bei auslandsbeherrschten Konzernen wegen der organschaftsrechtlichen Rspr. zur geschäftsleitenden Holding üblicherweise mindestens zwei Beteiligungen vorliegen (eingehender dazu s. Anm. 182).

182 c) Verhältnis zur geschäftsleitenden Holding im Organschaftsrecht

Die Holdingqualifizierung iSd. Abs. 4 Satz 1 Alt. 1 setzt die Wahrnehmung von Verwaltungs- und Finanzierungsfunktionen, nicht Führungsaufgaben voraus (eingehender s. Anm. 180). Die Voraussetzungen der im Organschaftsrecht bekannten geschäftsleitenden Holding, die die einheitliche Leitung über mindestens zwei Beteiligungsunternehmen ausüben muß, sind für Abs. 4 grundsätzlich uner-

heblich (zu den Rechtsprechungskriterien: s. grundlegend BFH v. 17. 12. 69 I 252/64, BStBl. II 1970 S. 257; v. 13. 9. 89 I R 110/88, BStBl. II 1990 S. 24; als Überblick mwN *Prinz*, FR 1993 S. 725, 730). Eine geschäftsleitende Tätigkeit und die Innehabung einer Organträgerstellung steht der Holdingqualifizierung iSd. Abs. 4 aber nicht entgegen, sondern begründet sie vielmehr (vgl. BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 82; präzisierend dazu *IDW-Schreiben* v. 9. 6. 94, WPg. 1994 S. 477). Dies ist uE zutreffend, da eine Geschäftsleitungsfunktion die typischen im Rahmen einer Beteiligungsverwaltung und -finanzierung anfallenden Tätigkeiten mitumfaßt. Organschaft und Holdingqualifizierung iSd. Abs. 4 schließen sich somit nicht gegenseitig aus (glA *Herzig*, DB 1994 S. 174). S. dazu auch Anm. 23.

Einstweilen frei.

183, 184

3. Kapitalgesellschaft, deren Vermögen zu mehr als 75 vH ihrer Bilanzsumme aus Beteiligungen an Kapitalgesellschaften besteht

185

Unabhängig von tätigkeitsbezogenen Merkmalen kommt der Obergesellschaft in der Rechtsform einer (unbeschränkt stpfl.) KapGes. Holdingqualität zu, falls ihr „Vermögen zu mehr als 75 vH ihrer Bilanzsumme aus Beteiligungen an KapGes. besteht“; zum Sonderfall einer Holding, die nicht gleichzeitig Spitzeneinheit der inl. Unternehmensgruppe ist, s. Anm. 179. Die 75-vH-Grenze muß überschritten sein, ihr Erreichen reicht nicht aus. Die bilanzsummenbezogene Abgrenzung ist weitaus einfacher handhabbar als die tätigkeitsbezogene Qualifizierung und dient damit der Rechtssicherheit (ähnlich *Hey*, RIW 1994 S. 228). Sie begründet eine unwiderlegbare Rechtsvermutung. Wegen Gestaltungsmaßnahmen zur Erlangung der bilanzsummenbezogenen Holdingqualität s. *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8 a KStG Anm. 29 c; zur Bedeutung der Bilanzpolitik für § 8 a s. *Prinz*, FR 1994 S. 622, 630 f. Wegen des denkbaren Wechsels bei der Zuordnung einer KapGes. zu Abs. 4 Satz 1 oder Satz 3 im Zeitablauf s. Anm. 176; ähnlich *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8 a KStG Anm. 29 d: uU jährlich wechselnde Steuerfolgen. Bei wechselnder bilanzsummenbezogener Zuordnung kann die tätigkeitsbezogene Holdingqualifizierung besondere Bedeutung erlangen; sie kann ggf. als Auffangtatbestand dienen.

Beteiligungsbegriff und Beteiligungsanzahl: Zur Anlehnung des Beteiligungsbegriffs an § 271 Abs. 1 HGB s. Anm. 180; wegen der für die Holdingqualifizierung erforderlichen Beteiligungsanzahl s. Anm. 181.

75-vH-Bilanzsummengrenze: Nach hM ist – entsprechend der EKBestimmung in Abs. 2 – auf die Verhältnisse in der Handelsbilanz abzustellen, so daß die Buchwerte der KapGesBeteiligungen in Relation zur Bilanzsumme bei der Obergesellschaft zu setzen sind (so zutreffend *Herzig*, DB 1994 S. 174). Forderungen gegen verbundene Unternehmen sind nach dem Gesetzeswortlaut grundsätzlich in die Bilanzsumme einzubeziehen bzw. aus dem Beteiligungsbuchwert herauszulassen; dies kann bei Wahrnehmung von Finanzierungsfunktionen durch die Obergesellschaft zu einem Unterschreiten der 75-vH-Bilanzsummengrenze führen. Die FinVerw. ordnet daher – losgelöst vom Gesetzeswortlaut – an, daß Forderungen der Holdinggesellschaft aus der Finanzierung nachgeordneter Gesellschaften bei der 75-vH-Grenze außer Betracht bleiben (BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 83 mit Beispiel; zur Problematik s. auch *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8 a KStG Anm. 29 d). Die Handhabung der FinVerw. ist uE zur Vermeidung unbilliger Härten vom Ergebnis her zu begrüßen, rechtsmethodisch aber wegen des klaren anderslautenden Gesetzeswortlauts nicht unproblematisch; hinzu

kommen im Einzelfall praktische Abgrenzungsfragen, da die finanzierungsbezogenen Forderungen gegen nachgeordnete Gesellschaften sich nicht eindeutig aus der bilanzrechtlichen Gliederung des § 266 HGB ergeben. Ggf. kann im Einzelfall auf den tätigkeitsbezogenen Holdingbegriff oder die Zulassung eines Fremdvergleichs bei ergebnisunabhängigen FKVergütungen zurückgegriffen werden.

Beurteilungszeitpunkt für Bilanzsummengrenze: Das Gesetz nennt für die bilanzsummenbezogene Qualifizierung in Abs. 4 Satz 1 Alt. 2 keinen Zeitpunkt, zu dem die 75-vH-Bilanzsummengrenze erfüllt sein muß. In Analogie zur EKRegelung in Abs. 2 sollte für die Beurteilung grundsätzlich auf den Abschluß des vorangegangenen Wj. abgestellt werden (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 83). Eine Maßgeblichkeit des Abstellens auf die Verhältnisse während des laufenden Wj. oder auf das Ende des laufenden Wj. würde im Einzelfall zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen (zu den Einzelheiten s. *Hey*, RIW 1994 S. 229; ähnlich *Krausbaar*, IDW-Steuerfachtagung 1993 S. 271). Lediglich in den Sonderfällen neugegründeter bzw. neuerworbener Gesellschaften ist uE auf das Ende des laufenden Wj. abzustellen; gleiches gilt für noch nicht operativ tätige Vorratsgesellschaften (vgl. *Hey*, RIW 1994 S. 229; zu ähnlichen Überlegungen im Rahmen der Bestimmung des anteiligen EK s. Anm. 141–144). Die FinVerw. stellt demgegenüber lediglich bei Neugründungen ausnahmsweise auf die Eröffnungsbilanz ab (BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 83; uE unzureichend); eingehender Anm. 142.

186 Einstweilen frei.

II. Faktormäßige Erweiterung des steuerunschädlichen Sockelbetrags (2. Halbs.)

187 1. Erweiterung bei ergebnisunabhängiger Fremdkapitalvergütung (Faktor 1 : 9)

Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 definiert die wesentliche Rechtsfolge für qualifizierte Holdinggesellschaften (zu den Qualifizierungsvoraussetzungen s. Anm. 179–185); zu den Rechtsfolgen für nachgeordnete KapGes. s. Abs. 4 Satz 2 und Anm. 190–192. Für die in einem Bruchteil des FK bemessenen Vergütungen erhöht sich der sog. safe haven von einer 1:3- auf eine 1:9-Relation ausgehend vom anteiligen EK des Anteilseigners. Die Regelung trägt praktischen Finanzierungsbedürfnissen im Konzern Rechnung, da Finanzierungsgestaltungen häufig von der inl. Konzernspitze ausgehen und dort ein gegenüber nicht konzerngebundenen Unternehmen erhöhter Mittelbedarf besteht. Bei der qualifizierten Holdinggesellschaft erfolgt keine Kürzung des EK um den Beteiligungsbuchwert; zu einer abweichenden Regelung für andere verbundene Unternehmen ohne qualifizierte Holdingeigenschaften s. Abs. 4 Satz 3 und Anm. 195. Die Möglichkeit des Gegenbeweises bleibt bei ergebnisunabhängigen FKVergütungen unberührt; zu den Einzelheiten der Nachweisführung s. Anm. 192. Im übrigen ist die holdingbedingte Erweiterung des steuerunschädlichen Sockelbetrags bei fixer FKVergütung auf den Faktor 1:9 unabhängig von der Zahl der Beteiligungsgesellschaften und dem Bilanzvermögen (so zutreffend *Herzig*, DB 1994 S. 175).

188 2. Erweiterung für Mischfinanzierungen iSd. Abs. 1 Nr. 2, 2. Halbs.

Für qualifizierte Holdinggesellschaften wird in sog. Mischfällen (dazu eingehender Anm. 110) ein gegenüber Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 erweiterter safe haven gewährt. Der durch Gewährung von FK gegen ergebnisabhängige Vergütungen

nicht ausgeschöpfte safe haven, welcher dann noch für FK Vergütungen iSd. Abs. 1 Nr. 2 zur Verfügung steht, wird vom Sechsfachen auf das Achtzehnfache des Unterschiedsbetrags zwischen dem FK iSd. Abs. 1 Nr. 1 und der Hälfte des anteiligen EK des Anteilseigners erhöht. Zu Beispielen s. *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 90. Zu Sonderfragen der zeitlichen Übergangsregelung gem. § 54 Abs. 6 b Satz 3 s. Anm. 113.

3. Keine Erweiterung für gewinn- oder umsatzabhängige Fremdkapitalvergütungen 189

Für qualifizierte Holdinggesellschaften wird bei der Gewährung von FK gegen ergebnisabhängige Vergütungen kein erhöhter steuerunschädlicher Sockelbetrag gewährt. Eine holdingbezogene Förderung hybrider Finanzierungen erschien dem Gesetzgeber offenbar nicht erforderlich. Es verbleibt bei dem in Abs. 1 Nr. 1 definierten safe haven, also einer EK/FK-Relation von 1:0,5 und während der Übergangszeit von 1:1 (§ 54 Abs. 6 b; s. Anm. 85). Im Bereich umsatz- oder gewinnabhängiger FK Vergütungen bietet die Holdingqualifizierung somit keine Vorteile gegenüber dem Normalfall; die Rechtsfolgen des Abs. 4 Satz 2 bleiben davon unberührt (s. Anm. 179).

C. Umqualifizierung bestimmter Fremdkapitalvergütungen durch nachgeordnete Kapitalgesellschaften in verdeckte Gewinnausschüttungen und Vermeidungsmöglichkeiten (Abs. 4 Satz 2)

I. Überblick

190

Abs. 4 Satz 2 ergänzt den Sondertatbestand des Abs. 4 Satz 1 für Holdinggesellschaften und ordnet für nachgeordnete Beteiligungsgesellschaften in der Rechtsform einer KapGes. zur Vermeidung sog. Kaskadeneffekte (s. Anm. 176) das Fehlen eines eigenen safe haven an. Die Regelung erstreckt sich

- als *Tatbestandsvoraussetzung* auf von der nachgeordneten KapGes. geleistete FK Vergütungen an den nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner oder diesem gleichgestellte Personen (zu Einzelheiten s. Anm. 191) und ordnet
- als *Rechtsfolge* die Fiktion einer vGA mit der Möglichkeit zum Gegenbeweis für bestimmte Fallgruppen an (zu Einzelheiten s. Anm. 192).

II. Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 4 Satz 2: Fremdkapitalvergütungen durch nachgeordnete Kapitalgesellschaften

191

Fremdkapitalzuführung an nachgeordnete Kapitalgesellschaften: Abs. 4 Satz 2 betrifft die der KapGes. iSd. Satzes 1 nachgeordneten KapGes. Dies verdeutlicht den Ergänzungscharakter von Satz 2; die Holdingqualifikation der Obergesellschaft wird vorausgesetzt (s. dazu Anm. 179–185). Bei mehreren Beteiligungsstufen erstreckt sich die Regelung auf sämtliche der Holdinggesellschaft als Obergesellschaft nachgeschalteten Einheiten, sofern sie rechtsförmlich als KapGes. strukturiert sind. Es kann sich somit um eine oder mehrere nachgeordnete KapGes. handeln, die von Abs. 4 Satz 2 betroffen sind. Dem Regelungszweck nach muß es sich um inländische KapGes. handeln.

Betroffene Fallgruppen der Fremdkapitalgewährung an nachgeordnete KapGes.: Die Ergänzungsregelung des Abs. 4 Satz 2 mit der Fiktion einer vGA erstreckt sich nach ihrem 1. Halbs. auf Vergütungen für FK,

- das ein Anteilseigner iSd. Abs. 1 Satz 1, dh. ein wesentlich beteiligter nicht zur Anrechnung von KSt. berechtigter Anteilseigner (zu Einzelheiten s. Anm. 65–67),
 - eine dem Anteilseigner nahestehende Person ohne Anrechnungsberechtigung (iSd. § 1 Abs. 2 AStG; zu Einzelheiten s. Anm. 122–125) oder
 - ein rückgriffsberechtigter Dritter iSd. Abs. 1 Satz 2 (zu Einzelheiten, insbes. hinsichtlich der Ausgestaltung des Rückgriffsrechts s. Anm. 131–135)
- der nachgeordneten KapGes. zugeführt hat oder im Wj. zuführt. Die Tatbestandsvoraussetzungen sind alternativ ausgestaltet. Es wird in vollem Umfang auf den in Abs. 1 vorausgesetzten Personenkreis Bezug genommen. Die Kapitalzuführung kann bereits in früheren Wj. erfolgt sein oder im lfd. Wj. erfolgen. Sofern die Finanzierung der nachgeordneten KapGes. durch die inl. Holdinggesellschaft erfolgt, liegt – wegen vorhandener Anrechnungsberechtigung – kein Fall des Abs. 4 Satz 2 vor (eingehender zur top-down-Finanzierung s. Anm. 176).

192

III. Rechtsfolgen des Abs. 4 Satz 2:

Fiktion einer verdeckten Gewinnausschüttung und Möglichkeiten zum Gegenbeweis

Umqualifizierung bestimmter Fremdkapitalvergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen: Von einer nachgeordneten KapGes. an den nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner oder diesem gleichgestellte Personen gewährte FK Vergütungen gelten als vGA. Zu den verschiedenen Varianten von Vergütungen für FK gem. Abs. 1 Nr. 1 u. Nr. 2 s. Anm. 75 mwN. Abs. 4 Satz 2 konstituiert durch Fiktion eine vGA unabhängig von den allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 Abs. 3 Satz 2; die steuerunschädlichen Sockelbeträge des Abs. 1 Satz 1 mit ihren EK/FK-Relationen von 1:0,5 bzw. 1:3 kommen demzufolge für nachgeordnete KapGes. nicht zur Anwendung. Damit wird eine Vermeidung sog. Kaskadeneffekte auf nachgeordneten Beteiligungsstufen bezweckt. Im übrigen können bei der Holdinggesellschaft unausgeschöpfte safe haven nicht auf nachgeordnete KapGes. übertragen werden.

Möglichkeit zum Gegenbeweis: Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2 sieht zur Vermeidung einer vGA bei der nachgeordneten KapGes. zwei (alternativ bestehende) Möglichkeiten zum Gegenbeweis vor („... es sei denn, ...“):

► *Führung eines Fremdvergleichs:* Sofern es sich um Vergütungen für FK iSd. Abs. 1 Nr. 2 handelt („in einem Bruchteil des Kapitals bemessene Vergütung“), muß die nachgeordnete KapGes. nachweisen, daß sie „dieses FK bei sonst gleichen Umständen von einem fremden Dritten erhalten“ hätte. Die Nachweismöglichkeit entspricht inhaltlich der des Abs. 1 Satz 1 Nr. 2; zu den Einheiten der Nachweissführung s. Anm. 99–103. Die Möglichkeit zum Entlastungsbeweis gilt auch für die fixen Bestandteile bei sog. Mischfinanzierungen iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Halbs. 2.

Hinweis: Der Wortlaut des Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2 ist ungenau. Bezug genommen wird auf „FK im Sinne des Abs. 1 Nr. 2“; gemeint ist dagegen eine Bezugnahme auf die in Abs. 1 Nr. 2 angesprochene Vergütungsart für FK.

► *Finanzierung banküblicher Geschäfte:* Sofern die vom Anteilseigner oder diesem gleichgestellten Personen gewährten Fremdmittel „zur Finanzierung banküblicher

cher Geschäfte“ dienen, erfolgt keine Umqualifizierung der Vergütung in eine vGA. Es handelt sich um eine bankenspezifische Sonderregelung; die Voraussetzungen entsprechen denen des Abs. 1 Nr. 2 (zu Einzelheiten s. Anm. 106–108).

Keine Möglichkeit zum Gegenbeweis besteht für durch eine nachgeordnete KapGes. gewährte FKVergütungen iSd. Abs. 1 Nr. 1, dh. bei Vereinbarung von nicht in einem Bruchteil des Kapitals bemessenen Vergütungen. Dies ergibt sich im Umkehrschluß aus Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2, da sich die Gegenbeweismöglichkeit nur auf Vergütungen gem. Abs. 1 Nr. 2 erstreckt. Eine ergebnisabhängig ausgestaltete Finanzierung (dazu Anm. 76) der Beteiligungsgesellschaft führt somit zwingend und ohne safe haven-Schutz zu einer vGA. Dies gilt auch für die ergebnisabhängigen Bestandteile von sog. Mischfinanzierungen iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Halbs. 2.

Einstweilen frei.

193, 194

D Kürzung des (anteiligen) Eigenkapitals um Buchwert der Beteiligung bei mehrstufigen Kapitalgesellschaftsbeteiligungen ohne Holding als Obergesellschaft (Abs. 4 Satz 3)

195

Für verbundene Unternehmen, bei denen die in der Rechtsform einer (unbeschränkt stpfl.) KapGes. geführte Obergesellschaft keine qualifizierte Holding iSd. Abs. 4 Satz 1 ist, wird in Abs. 4 Satz 3 zur Ermittlung des steuerunschädlichen Sockelbetrags eine Kürzung des EK um den Beteiligungsbuchwert angeordnet. Die Regelung hat den Charakter eines Auffangtatbestands (s. bereits Anm. 175). Die Kürzung erfolgt bei mehrstufigen Beteiligungsketten auf jeder Beteiligungsstufe. Da der volle safe haven erst auf der untersten Beteiligungsstufe zur Anwendung kommt, empfiehlt sich idR eine sog. bottom-up-Finanzierung (s. *Prinz*, FR 1994 S. 622, 628; eingehender auch Anm. 176).

Grund und wirtschaftliche Bedeutung der Regelung: Ohne eine Kürzung des jeweiligen EK um den Beteiligungsbuchwert könnte durch Hintereinanderschalten von Gesellschaften das Fremdfinanzierungsvolumen im Konzern durch nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner bei gleicher wirtschaftlicher Grundlage vervielfältigt werden; die Regelung dient daher der Vermeidung sog. Kaskadeneffekte. Ob diese im Einzelfall tatsächlich erreicht oder bezweckt werden, ist für die Rechtsanwendung unerheblich (im Ergebnis uU bedenklich; s. kritisch auch *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 30a: verfassungsrechtlich problematische Einschränkung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, uE hat eine quotale EKAufteilung keine gesetzliche Grundlage; von einem insofern bestehenden Systemfehler spricht *Grotberr*, IStR 1995 S. 53).

Beispiel: Bei einem vierstufig aufgebauten Konzern wird die Obergesellschaft von nichtanrechnungsberechtigten Anteilseignern mit 100 EK und (gemäß der 1:3-Relation) mit 300 FK ausgestattet. Sofern die bei der Obergesellschaft zur Verfügung stehenden Mittel auf jeder Beteiligungsstufe als EK weitergereicht werden bei gleichzeitiger Nutzung der 1:3-Fremdfinanzierungsrelation, würde sich ein Fremdfinanzierungsrahmen von insgesamt 25 500 ergeben (1. Stufe: 300; 2. Stufe: 1200; 3. Stufe: 4 800; 4. Stufe: 19 200). Durch Kürzung des Beteiligungsbuchwerts entfällt auf den ersten drei Konzernstufen ein safe haven. Vgl. zu ähnlichen Beispielen auch *Herzig*, StuW 1993 S. 245.

Die Sonderregelung für verbundene Unternehmen bietet Gestaltungsvorteile gegenüber Nichtkonzernen, sofern durch die Mehrstufigkeit von Beteiligungsketten ein erweiterter Fremdfinanzierungsspielraum auf der jeweils letzten Beteiligungsstufe zur Anwendung kommt (ähnlich *Bader* in *Maßbaum/Meyer-Scharenberg*/

Perlet (Hrsg.); Die deutsche Unternehmensbesteuerung, 1994 S. 328). Zur Übergangsregelung für ergebnisabhängige Altkredite s. § 54 Abs. 6 b Satz 2: keine Buchwertkürzung (zu Einzelheiten s. Anm. 85).

Fehlende Holdingqualifizierung als Tatbestandsvoraussetzung: Die Anwendung des Abs. 4 Satz 3 setzt tatbestandsgemäß voraus, daß die KapGes., die am Grund- oder Stammkapital einer anderen KapGes. beteiligt ist, nicht die Qualifizierungsmerkmale des Abs. 4 Satz 1 erfüllt. Es dürfen somit bei der Obergesellschaft in der Beteiligungskette weder die tätigkeitsbezogenen noch die bilanzsummenbezogenen Qualifizierungsmerkmale (s. dazu eingehender Anm. 179–185) vorliegen. Die von einem nicht zur Anrechnung befugten, wesentlich beteiligten Anteilseigner gehaltene Obergesellschaft muß die Rechtsform einer (unbeschränkt stpfl.) KapGes. haben; die betroffene Beteiligungskette erstreckt sich nur auf andere KapGes. (insbes. in der Rechtsform der GmbH und AG).

Rechtsfolge des Vorliegens von Abs. 4 Satz 3 ist, daß das EK der Obergesellschaft (zur Begriffsbestimmung s. Abs. 2, eingehender dazu Anm. 140–155) wegen der Ermittlung der steuerunschädlichen Sockelbeträge von 1:0,5 bei ergebnisabhängigen Vergütungen (Abs. 1 Nr. 1), 1:3 bei fixen Vergütungen (Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 1) bzw. 1:6 bei sog. Mischfinanzierungen (Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2) um den Buchwert der Beteiligung an der bzw. den Untergesellschaft(en) zu kürzen ist. Sofern der Nichtanrechnungsberechtigte kein Alleingesellschafter der Obergesellschaft ist, erfolgt zunächst die Buchwertkürzung beim gesamten EK, anschließend ist für safe haven-Zwecke das anteilige (gekürzte) EK zu ermitteln. Die Kürzung darf nicht zu einem negativen EK führen (Begrenzung auf Nullwert; so auch BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 89). Demzufolge kommt der sog. safe haven erst auf der untersten Stufe der Beteiligungskette voll zur Geltung, da dort eine Kürzung um einen Beteiligungsbuchwert nicht mehr vorgenommen werden kann; auf den darüberliegenden Beteiligungsstufen ist der safe haven nur anwendbar bei einem über dem Beteiligungsbuchwert liegenden EK. Die Möglichkeit des Gegenbeweises (Drittvergleich, bankübliche Geschäfte) bei in einem Bruchteil des Kapitals bemessenen Vergütungen für FK auf Beteiligungsstufen ohne eigenen safe haven bleibt unberührt; durch Buchwertkürzung evtl. auf einer Beteiligungsebene entstehende negative EKBeträge sind für den Fremdvergleich unbeachtlich (glA *Herzig*, StuW 1993 S. 246). Zur Führung des Fremdvergleichs kann uE auch auf Konzernabschlüsse zurückgegriffen werden.

► *Keine Kürzung um Buchwert von PersGesBeteiligung:* Wortlaut und Zwecksetzung des Abs. 4 Satz 3 läßt sich entnehmen, daß eine Kürzung des EK nur um Beteiligungen an KapGes., nicht an PersGes. erfolgt (glA *Krausbaar*, IDW-Steuerfachtagung 1993 S. 272; *Mattausch* in *Fischer* (Hrsg.), Forum der Internationalen Besteuerung, Bd. 5, 1994 S. 107). Zu daraus resultierenden Gestaltungsmöglichkeiten durch Einsatz von PersGes. im Konzern s. *Prinz*, FR 1994 S. 622, 629.

► *Keine Kürzung um Buchwert an ausländischer KapGesBeteiligung:* Nach hM erfolgt eine Kürzung um Beteiligungsbuchwerte nur an inl., nicht an ausl. KapGes. (so BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 90); uE zutreffend, da der denkbare Kaskadeneffekt außerhalb der deutschen Steuerhoheit erfolgt, folglich der Gesetzeszweck insofern keine Kürzung gebietet (ähnlich *Hey*, RIW 1993 S. 835).

► *Behandlung von Portfolio-Anteilen:* Der Wortlaut des Abs. 4 Satz 3 setzt das Beteiligtsein einer KapGes. ohne Holdingeigenschaft an einer anderen KapGes. voraus, ohne an die Qualität dieser Beteiligung weitere Anforderungen zu stellen. Str. ist,

- ob jeglicher KapGesAnteil beim EK zu kürzen ist (sog. Portfolio-Anteile) oder
- ob die Beteiligungskriterien des § 271 Abs. 1 HGB (Daueranlageabsicht; 20 vH-Mindestgrenze) für eine Kürzung vorausgesetzt werden.

Zur Diskussion s. BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 89: Auf die Höhe der Beteiligung kommt es insoweit nicht an; *Hey*, RIW 1993 S. 835; *Prinz*, FR 1994 S. 622, 625; *Bader* in *Maßbaum/Meyer-Scharenberg/Perlet* (Hrsg.), aaO S. 328; *Wassermeyer* in *Herzig* (Hrsg.), *Gesellschafter-Fremdfinanzierung und Beteiligung an ausländischen Gesellschaften*, Köln 1995.

Stellungnahme: UE sollte wegen des Normzwecks und aus Vereinfachungsgründen eine Kürzung des EK um die Buchwerte von Portfolio-Anteilen nicht erfolgen. Finanzierungsbezogene Kaskadeneffekte sind insoweit vom Stpfl. idR weder erreichbar noch beabsichtigt; EK-Kürzungen sind daher entbehrlich. Der Gesetzeswortlaut läßt uE eine solche Auslegung zu, da die EK-Kürzung um „den Buchwert dieser Beteiligung“ vorzunehmen ist und eine mehrstufig konzernierte KapGesGruppe typusmäßig vom Gesetzgeber vorausgesetzt wird. Im übrigen dient Abs. 4 der Lösung der Konzernproblematik (so ausdrücklich *Herzig*, *StuW* 1993 S. 244), so daß insoweit zumindest ein qualifiziertes Beteiligungsverhältnis erforderlich ist. Dies steht auch im Einklang mit der Auslegung des Abs. 4 Satz 1 (s. Anm. 180 betr. die 20-vH-Grenze als Beteiligungsvermutung).

Einstweilen frei.

196, 197

Erläuterungen zu Abs. 5: Entsprechende Geltung von Abs. 1–4 bei Zwischenschaltung von inländischen Betriebsstätten und Personengesellschaften

I. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 5: Beseitigung von Umgehungsmöglichkeiten

198

Gesetzeszweck: Abs. 5 dient der Verhinderung von Umgehungsmöglichkeiten bei Fremdfinanzierungen und nichtanrechnungsberechtigtem Anteilseignerkreis durch Zwischenschaltung von Betriebsstätten und Personengesellschaften, die eine Anrechnungsberechtigung vermitteln (vgl. BTDrucks. 12/5016 v. 25. 5. 1993 S. 93 f.). Die Regelung ergänzt und konkretisiert daher die Generalnorm des § 42 AO zur Vermeidung des Mißbrauchs von rechtl. Gestaltungsmöglichkeiten (zu Einzelheiten s. Anm. 28). Sie bezweckt die Sicherstellung der inl. Einmalbesteuerung von in FKVergütungen gekleideten Gewinnen, die ansonsten im Inland nicht der Besteuerung unterliegen würden. Betroffen sind sowohl inl. als auch ausl. nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner. Als Sonderregelung zur Beseitigung von Mißbräuchen ist Abs. 5 uE einer erweiternden Auslegung steuersystematisch nicht zugänglich; zu den nicht erfaßten Fallgestaltungen s.u. Insbes. Abs. 5 Nr. 2 erscheint rechtspolitisch zweifelhaft und verfassungswidrig (fehlende Tatbestands- und Rechtsfolgenbestimmtheit; Verletzung des Gleichheitssatzes, s. Anm. 202); Abs. 5 Nr. 1 ist dagegen uE rechtspolitisch vertretbar (s. Anm. 199).

Hinweis: Während Abs. 5 speziell mißbrauchsverhindernde Zielsetzungen verfolgt, ist die Vorschrift im übrigen mehr an den Grundsätzen des Drittvergleichs als an einer Mißbrauchsbekämpfung ausgerichtet (Kompatibilität mit dem international anerkannten arm's-length-Grundsatz); eingehender dazu Anm. 7 und *Herzig*, *StuW* 1993 S. 237.

Regelungsinhalt: Mangels direkter Anwendbarkeit des § 8a wird als Rechtsfolge die entsprechende Geltung der Abs. 1–4 alternativ für zwei Fallbereiche angeordnet:

- ▷ *Umgebungsmöglichkeit 1:* Der Anteilseigner ist zur kstlichen Anrechnung nur berechtigt, weil die Einkünfte aus der Beteiligung Betriebseinnahmen eines inl. Betriebs sind (Abs. 5 Nr. 1);
- ▷ *Umgebungsmöglichkeit 2:* Die Beteiligung wird über eine PersGes. gehalten, und das FK wird über die PersGes. geleitet (Abs. 5 Nr. 2).

Während die Umgebungsmöglichkeit 1 von der Einkommensebene her beschrieben wird, setzt Umgebungsmöglichkeit 2 auf der Vermögensebene an. Der historische Gesetzgeber hatte bei der Formulierung der Tatbestandsvoraussetzungen zwei typische als regelungsbedürftig angesehene Umgestaltungsgestaltungen vor Augen (s. zu den Modellfällen im einzelnen BTDrucks. 12/5016 v. 25. 5. 1993 S. 92 f. mit Schaubildern). Die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale des Abs. 5 Nr. 1 und Nr. 2 spiegeln die beabsichtigten Umgehungsfälle allerdings nur unvollkommen wider (zu Einzelheiten s. Anm. 199, 202) und sind unzureichend aufeinander abgestimmt. Andere evtl. mit Umgehungsabsicht gewählte Gestaltungen erfaßt Abs. 5 nicht (s.u.). Auch enthält Abs. 5 keine Konkretisierung der Rechtsfolgen; die Einzelheiten der entsprechenden Geltung des § 8a für die beiden Umgebungsmöglichkeiten sind daher str. (eingehender Anm. 205–207). Insgesamt dürfte die Fallgruppe des Abs. 5 Nr. 2 hinsichtlich ihrer strukturellen Anwendungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen deutlich schwieriger als die Fallgruppe des Abs. 5 Nr. 1 zu handhaben sein.

Verhältnis der Regelungen zueinander: Abs. 5 regelt zwei alternativ in Betracht kommende Umgebungsmöglichkeiten („... oder ...“), beschrieben einerseits von der Einkommens- (Abs. 5 Nr. 1), andererseits von der Vermögensebene her (Abs. 5 Nr. 2). Die Regelungen sind allerdings wegen ihrer unterschiedlichen Ausgestaltung nicht überschneidungsfrei; im Einzelfall können sich durchaus Konkurrenzen ergeben. Wegen der rechtssystematischen Identität der Rechtsfolgen dürfte die Frage, welche Regelung vorrangig ist, aber im Ergebnis unerheblich sein.

Nicht in Abs. 5 erfaßte Fallgestaltungen:

▶ *Vorgeschaltete inl. Betriebsstätte oder PersGes. als Eigenkapitalgeber:* Sofern der nicht-anrechnungsberechtigte Anteilseigner der zwischengeschalteten inl. Betriebsstätte oder PersGes. FK zur Verfügung stellt, welches diese als EK an die inl. KapGes. weiterleitet, liegt nach hM kein Fall des § 8a vor. Bei der inl. KapGes. fehlt es an einer Fremdfinanzierung; § 8a entsprechende Besteuerungsregeln für PersGes. gibt es nicht.

Vgl. Wolff, IStR 1993 S. 451; Herzog, StuW 1993 S. 247; ders., DB 1994 S. 175; Gummert, WiB 1994 S. 630; Schwebel in *Dörsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 33 c; Kraushaar, IDW-Steuerfachtagung 1993 S. 274–275; eingehender zu daraus resultierenden Gestaltungsüberlegungen Prinz, FR 1994 S. 622, 626–627.

▶ *Vorgeschaltete eigenfinanzierte inl. Betriebsstätte oder PersGes. als FKGeber:* Sofern der nicht-anrechnungsberechtigte Anteilseigner die inl. Betriebsstätte oder PersGes. mit Eigenkapital ausstattet, welches diese als FK an die inl. KapGes. weiterleitet, soll nach Meinungen im Schrifttum § 8a ebenfalls nicht anwendbar sein; es erfolgt keine Finanzierung durch einen Nichtanrechnungsberechtigten (so Henkel, JbFSt 1994/95). UE nicht bedenkenfrei, falls eine tatsächliche Mitteldurchleitung erfolgt und die zwischengeschaltete Inlandseinheit keine eigene wirtschaftliche Rechtfertigung hat (kritisch auch Prinz, FR 1994 S. 622, 633 f.).

II. Umgehungsmöglichkeit 1: Körperschaftsteuerliche Anrechnungsberechtigung durch Zwischenschaltung eines inländischen Betriebs (Abs. 5 Nr. 1)

1. Überblick, Bedeutung und typischer Anwendungsfall

199

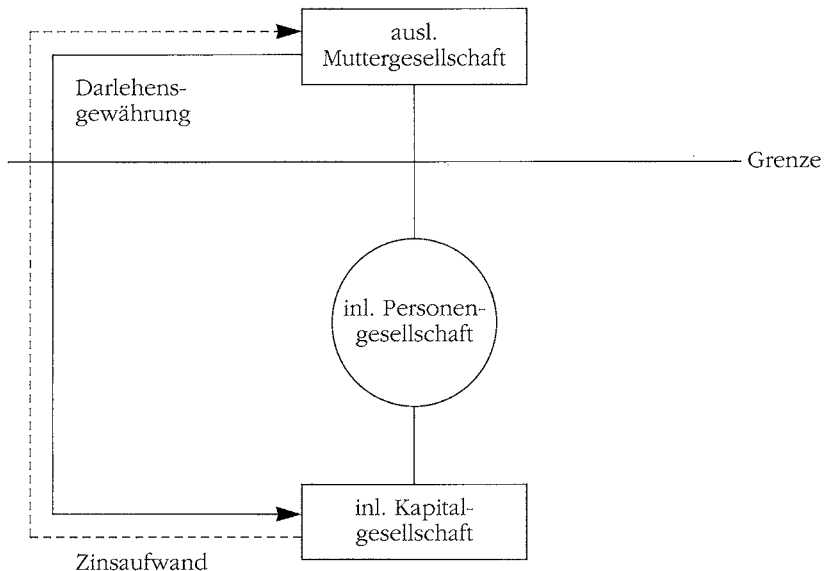
Tatbestandsvoraussetzungen im Überblick: Die in Abs. 5 Nr. 1 tatbestandsmäßig beschriebene Umgehungsmöglichkeit setzt voraus,

- daß der Anteilseigner grundsätzlich zu einem nichtanrechnungsberechtigten Personenkreis gehört und nur deshalb zur KStAnrechnung berechtigt ist,
- weil Beteiligungseinkünfte vorliegen,
- die Betriebseinnahmen eines inl. Betriebs sind.

Zu den ungeschriebenen Tatbestandsmerkmalen und der uE gebotenen teleologischen Reduzierung der Vorschrift s. Anm. 200.

Rechtspolitische Bedeutung: UE ist die Umgehungsvorschrift des Abs. 5 Nr. 1 trotz verschiedener Ungenauigkeiten im Wortlaut insgesamt rechtspolitisch gerechtfertigt, da sie in sachgerechter Form der Sicherstellung der inl. Einmalbesteuerung von Gewinnen dient (glA *Frotscher/Maas*, § 8 a KStG Anm. 98; wohl auch *Herzig*, DB 1994 S. 175; *Wolff*, IStR 1993 S. 451).

Typischer Anwendungsfall: Nach den Gesetzesmaterialien soll mit Abs. 5 Nr. 1 insbes. der Fall erfaßt werden, in dem eine ausl. Muttergesellschaft, die über eine inl. gewerblich tätige PersGes. an einer inl. KapGes. beteiligt ist, dieser KapGes. unmittelbar ein Darlehen gewährt (so Beschlußempfehlung und Bericht des FinAussch., BTDrucks. 12/5016 v. 25. 5. 1993 S. 93).



► *Regelungsbedürfnis:* In direkter Form ist § 8 a nicht anwendbar, da die Gewinnausschüttung der inl. KapGes. wegen der inl. Betriebsstätte der beschränkten StPflcht unterliegt (§ 50 Abs. 1 Nr. 2) und der ausl. Muttergesellschaft dadurch eine Anrechnungsberechtigung vermittelt wird. Die von der inl. KapGes. gezahl-

ten Zinsen fallen bei der ausl. Muttergesellschaft dagegen idR nicht in die beschränkte StPflcht iSd. § 49 Abs. 1 Nr. 5 EStG. Die inl. Einmalbesteuerung „übermäßiger“ FKVergütungen wäre ohne entsprechende Geltung des § 8a nicht sichergestellt.

Stellungnahme: UE erfaßt der Wortlaut des Abs. 5 Nr. 1 den vom Gesetzgeber gesehenen Umgehungsfall: Das Erfordernis direkter Fremdfinanzierung der inl. KapGes. durch die Muttergesellschaft wird in Abs. 5 Nr. 1 zwar nicht erwähnt; es ergibt sich uE aber aus dem Sinnzusammenhang der Vorschrift in ausreichend deutlicher Form.

► *Erweiterung des Anwendungsfalls auf inl. Nichtanrechnungsberechtigte:* Nach Auffassung der FinVerw. gilt gleiches bei einer Fremdfinanzierung der inl. KapGes. durch eine juristische Person des öffentl. Rechts oder eine stbefreite Körperschaft, Personenvereinigungen und Vermögensmasse (§ 5), deren Anrechnungsberechtigung sich nur daraus ergibt, daß die KapGes.-Beteiligung in einem Betrieb gewerblicher Art (§ 4) oder einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gehalten wird (s. BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 95; weiterhin etwa auch *Schwebel in Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 32). UE gesetzessystematisch zutreffend und vom Wortlaut der Regelung abgedeckt.

200 2. Einzelheiten der Tatbestandsvoraussetzungen

Vermittlung der Anrechnungsberechtigung: Die kstliche Anrechnungsberechtigung des Anteilseigners darf sich „nur“ aus dem Vorliegen eines inl. Betriebs, dh. einer inl. Betriebsstätte ergeben; strukturell gehört der Anteilseigner zum nichtanrechnungsberechtigten Personenkreis. Anteilseigner iSd. Abs. 5 Nr. 1 ist dabei nicht nur der unmittelbar, sondern auch der mittelbar (zB über eine inl. PersGes.) Beteiligte; ansonsten würde die Vorschrift – zumindest teilweise – ins Leere laufen. Die vermittelte Anrechnungsberechtigung muß abstrakt vorliegen; sie ist uE unabhängig davon, ob sie im einzelnen VZ tatsächlich zum Tragen kommt.

Einkünfte aus der Beteiligung: Abs. 5 Nr. 1 setzt das Vorliegen von „Einkünften aus der Beteiligung“ voraus; nur dann ergibt sich die zur kstlichen Anrechnung führende beschränkte StPflcht. IdR wird es sich um Gewinnausschüttungen bzw. Dividenden der inl. KapGes. an die inl. Betriebsstätte (auch in Form einer inl. PersGes.) handeln; zu anderen Beteiligungseinkünften s. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Es muß sich um eine wesentliche Beteiligung iSd. Abs. 3 handeln. Ob in einem VZ tatsächlich Beteiligungseinkünfte vorliegen, ist uE für die Anwendung der Umgehungsvorschrift unerheblich; dh. auch ohne Gewinnausschüttung der inl. KapGes. erfolgt für die Umqualifizierung von FKVergütungen eine entsprechende Anwendung des Abs. 5 Nr. 1. Dies kommt allerdings nicht klar im Wortlaut der Vorschrift zum Ausdruck.

Betriebseinnahmen eines inl. Betriebs: Die Beteiligungseinkünfte müssen „Betriebseinnahmen eines inländischen Betriebs“ sein. Es kann sich um einen Einzelbetrieb oder die Beteiligung an einer inl. PersGes. handeln und umfaßt jegliche Form von Betriebsvermögen (notwendiges BV, gewillkürtes BV sowie SonderBV; so zutreffend *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 97). Betroffen sind Betriebsstätten ausl. Anteilseigner, Betriebe gewerbl. Art sowie wirtschaftliche Geschäftsbetriebe. Es muß ausdrücklich eine „inländische“ unternehmerische Einheit des Nichtanrechnungsberechtigten vorliegen; abweichend dazu Abs. 5 Nr. 2, s. Anm. 202. Sofern die FKGewährung durch eine ausl. Betriebsstätte

erfolgt, greift Abs. 5 Nr. 1 nicht ein (so *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 99); uE liegt aber ggf. ein Fall des Abs. 1 Satz 2 betr. dem Anteilseigner nahestehende Personen vor. Der inl. Betrieb setzt eine tatsächliche, zumindest zugerechnete gewerbliche Tätigkeit voraus (ähnlich *Herzig*, DB 1994 S. 175). Es gilt der innerstaatliche Betriebsstättenbegriff des § 12 AO, der ggf. durch den DBA-Betriebsstättenbegriff überlagert werden kann (vgl. im einzelnen dazu *Lüdicke*, StbKongrRep. 1994 S. 220 ff.).

Teleologische Reduzierung: Die Anwendung der Umgehungsvorschrift des Abs. 5 Nr. 1 setzt voraus, daß die FKGewährung an die inl. KapGes. direkt durch den Nichtanrechnungsberechtigten erfolgt und bei diesem – ohne entsprechende Geltung des § 8a – keine inl. StPflcht entsteht. Der Wortlaut des Abs. 5 Nr. 1 geht über diesen Gesetzeszweck hinaus und würde zB auch Fälle dinglich gesicherter Darlehen (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 EStG) oder einer Zuordnung des FK zur inl. Betriebsstätte erfassen. Da ein Regelungsbedarf für derartige Fälle aber nicht besteht, ist Abs. 5 Nr. 1 teleologisch zu reduzieren (s. auch *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 97; *Frotscher*, IStR 1994 S. 209).

Einstweilen frei.

201

III. Umgehungsmöglichkeit 2: Zwischenschaltung einer inländischen Personengesellschaft und Leitung des Fremdkapitals über die Personengesellschaft (Abs. 5 Nr. 2)

1. Überblick, Bedeutung und typischer Anwendungsfall

202

Tatbestandsvoraussetzungen im Überblick: Die in Abs. 5 Nr. 2 tatbestandsmäßig beschriebene Umgehungsmöglichkeit setzt voraus,
– daß die Beteiligung über eine PersGes. gehalten und
– das FK über die PersGes. geleitet wird.

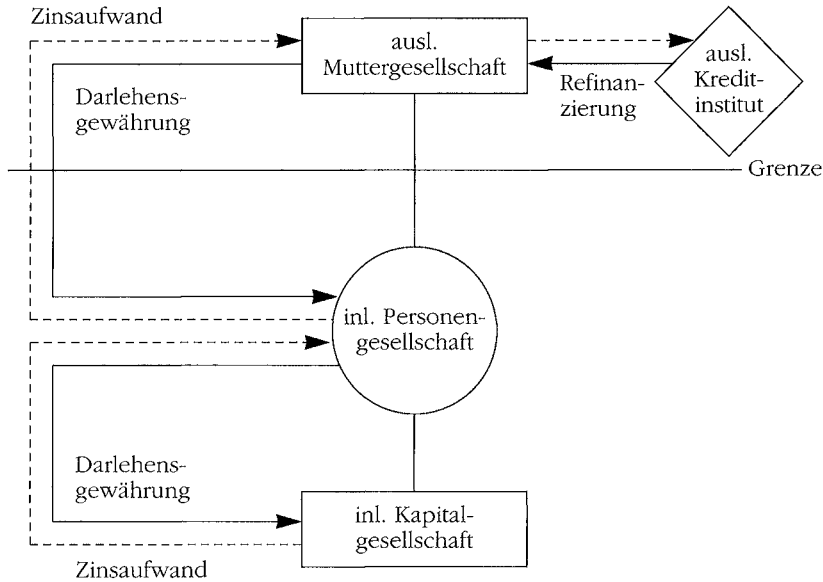
Die Regelung ist unklar und spiegelt den vom Gesetzgeber als regelungsbedürftig empfundenen Modellfall hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen nur unzureichend wider. Zur Unbestimmtheit der Rechtsfolgen s. Anm. 207.

Verfassungsmäßigkeit der Regelung: Insbes. *Frotscher* (IStR 1994 S. 209; *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 102) hält Abs. 5 Nr. 2 wegen Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 GG für verfassungswidrig. Grund: Da der Anrechnungsberechtigte Refinanzierungskosten im Ausland als Betriebsausgaben geltend machen kann (sofern keine Hinzurechnungsbesteuerung gem. §§ 7 ff. AStG eingreift), wird der Nichtanrechnungsberechtigte ohne sachlichen Grund schlechter behandelt (s. auch *Schwebel* aaO Anm. 33 b, allerdings ohne eigene Wertung).

Stellungnahme: UE ist der Feststellung von *Frotscher* zuzustimmen; im Grundsatz besteht im Fallbereich des Abs. 5 Nr. 2 kein Bedürfnis für eine entsprechende Anwendung von § 8a. Hinzu kommt die erhebliche tatbestandsmäßige Unbestimmtheit der Norm, die im Hinblick auf die fiskalische Zwecksetzung und Eingriffsschärfe ebenfalls verfassungsrechtliche Zweifel weckt; gleiches gilt für die fehlende Bestimmtheit der Rechtsfolgen (s. Anm. 207). Zu Inhalt und Grenzen des steuerrechtlichen Legalitätsprinzips s. *Tipke/Lang*, 14. Aufl. 1994 S. 96.

Typischer Anwendungsfall: Nach den Gesetzesmaterialien liegt Abs. 5 Nr. 2 eine Gestaltung zugrunde, bei der eine ausl. Muttergesellschaft, die über eine inl. PersGes. an einer inl. KapGes. beteiligt ist, durchgeleitete Darlehen gewährt und

sich selbst im Ausland refinanziert (so Beschlüßempfehlung und Bericht des FinAussch., BTDrucks. 12/5016 v. 25. 5. 1993 S. 93 f.). Der Modellfall dokumentiert den Willen des historischen Gesetzgebers und ist im Zweifel tatbestands- und rechtsfolgenbegrenzend zu berücksichtigen (zur Methodik s. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991 S. 318, 328; *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 14. Aufl. 1994 S. 130–133).



► *Regelungsbedürfnis*: In direkter Form ist § 8a nicht anwendbar, da die ausl. Muttergesellschaft mit ihrem Gewinnanteil an der PersGes. idR der inl. beschränkten StPflcht (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a EStG) unterliegt und der ausl. Muttergesellschaft über die PersGes. eine Anrechnungsberechtigung vermittelt wird (§ 50 Abs. 1 Nr. 2 KStG). Die im Ausland anfallenden Schuldzinsen mindern als Sonderbetriebsausgaben den Gewinnanteil der Muttergesellschaft an der inl. PersGes. und kompensieren die Hinzurechnung der Sondervergütungen iSd. § 15 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 EStG (Zinszahlungen der inl. PersGes. an ausl. Muttergesellschaft). Die inl. Einmalbesteuerung „übermäßiger“ FKVergütungen ist nach den Vorstellungen des Gesetzgebers ohne entsprechende Geltung von § 8a nicht sichergestellt. Eine wesentliche Beteiligung an dem refinanzierenden Dritten ist wohl nicht erforderlich (so auch *Laile/Leitner*, DStR spezial „Neue Steuergesetze 1993/94“ S. 21); eine gesetzliche Aussage dazu wird allerdings nicht getroffen. Zur evtl. zweiten stmindernden Berücksichtigung der Refinanzierungskosten im Ausland s. *Walter*, DStZ 1994 S. 115; wegen eines evtl. erforderlichen internationalen Verständigungsverfahrens s. Anm. 33.

Stellungnahme: UE ist die Regelung verfehlt. Das Kernelement der Gestaltung, nämlich der Abzug von ausl. Refinanzierungszinsen als Sonderbetriebsausgaben bei der einheitlichen und gesonderten Feststellung der inl. PersGes. wird tatbestandsmäßig nicht genannt; ohne diesen Gestaltungsbestandteil ist die inl. Einmalbesteuerung auch bei fehlender Anwendung des § 8a sichergestellt (glA *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 102; *Frotscher*, IStR 1994 S. 209). Auch die

Umgehungsvoraussetzung, daß die kstliche Anrechnungsberechtigung nur durch Zwischenschaltung der PersGes. vermittelt wird, kommt – abweichend zu Abs. 5 Nr. 1 (s. Anm. 200) – nur unzureichend zum Ausdruck. Der Wortlaut des Abs. 5 Nr. 2 geht somit über den beabsichtigten Regelungszweck hinaus (ähnlich *Herzig*, DB 1994 S. 175, der eine Präzisierung der Vorschrift für dringend geboten hält) und bedarf einengender Auslegung. Zur Verfassungsmäßigkeit s.o.

► *Erweiterung des Anwendungsfalls auf inl. Nichtanrechnungsberechtigte:* Neben ausl. Nichtanrechnungsberechtigten gilt die Regelung nach hM auch für inl. Nichtanrechnungsberechtigte mit durchgeleiteter Fremdfinanzierung, dh. juristische Personen des öffentl. Rechts oder stbefreite Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen (§ 5), die die KapGesBeteiligung in einem Betrieb gewerblicher Art (§ 4) oder einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb halten (s. etwa *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 33). UE gesetzessystematisch zutreffend.

2. Einzelheiten der Tatbestandsvoraussetzungen

203

Halten der Beteiligung über eine PersGes.: Der nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner muß die Beteiligung an der inl. KapGes. „über eine PersGes.“ halten. Der Gedanke der Vermittlung der Anrechnungsberechtigung durch Zwischenschaltung der PersGes. (insbes. GbR, OHG, KG und atypisch stille Gesellschaft) wird nur angedeutet, nicht klar tatbestandsmäßig formuliert (glA *Schwebel* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 33 a). Es muß sich um eine wesentliche Beteiligung iSd. Abs. 3 handeln, die zum (notwendigen bzw. gewillkürten) Gesamthands- oder SonderBV der PersGes. gehören muß. Das Tatbestandsmerkmal „PersGes.“ wird nicht näher konkretisiert; neben inl. sind daher auch ausl. PersGes. umfaßt, letztere sinnvoll allerdings nur bei Vorliegen einer inl. Betriebsstätte (so zutreffend *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 101). Es muß sich gesetzessystematisch um gewerblich tätige, nicht vermögensverwaltende PersGes. handeln, da ansonsten keine kstliche Anrechnungsberechtigung vermittelt wird (§ 50 Abs. 1 Nr. 2 KStG; s. auch *Schwebel* aaO Anm. 33 a); Abs. 1–4 wären dann direkt anwendbar. Die Tatbestandsvoraussetzungen sind insoweit einengender auszulegen, ggf. teleologisch zu reduzieren; uE sollte bei der Auslegung im Zweifel der vom gleichen Gesetzeszweck getragene klarere Wortlaut des Abs. 5 Nr. 1 mit herangezogen werden.

Leitung des FK über die PersGes.: Abs. 5 Nr. 2 setzt neben der vermögensmäßigen Zuordnung der Beteiligung zum BV der PersGes. voraus, daß das FK durch den Anteilseigner „über die PersGes. geleitet“ wird. Dies erfordert eine Nämlichkeit des FK bei der PersGes. und der inl. KapGes. (so zutreffend *Frotscher/Maas*, § 8a KStG Anm. 101). Eine betragsmäßige Identität bei Mitteldurchleitung muß uE nicht bestehen, wohl aber annähernde Zeitgleichheit. Der Fremdmittelgewährung an die PersGes. darf keine eigene betriebliche Zwecksetzung zugrunde liegen, das FK wird letztlich für betriebliche Zwecke der inl. KapGes. „vermittelt“. Da eine nähere Bestimmung des Durchleitungsbegriffs fehlt, besteht Rechtsunsicherheit. Im Zweifel können uE Überlegungen aus dem Bereich der außensteuerlichen Zwischeneinkünfte (zB § 10 Abs. 6 AStG) oder des § 50 d Abs. 1 a EStG (treaty shopping) herangezogen werden. Abs. 5 Nr. 2 ist mit dem Tatbestandsmerkmal der FKDurchleitung enger als Abs. 5 Nr. 1; falls keine Mitteldurchleitung vorliegt, kann uU Abs. 5 Nr. 1 eingreifen, ggf. auch § 42 AO. Zum fehlenden Tatbestandselement der Refinanzierung durch die Muttergesellschaft s. Anm. 202. Falls die Mittelzuführung auf einer der beiden Stufen nicht

als FK, sondern als EK erfolgt, greift Abs. 5 Nr. 2 nicht (eingehender s. Anm. 198).

204 Einstweilen frei:

IV. Rechtsfolge: Entsprechende Geltung von Abs. 1–4 (Abs. 5, einleitender Satz)

205 1. Allgemeines

Zur Verhinderung von Umgehungsmöglichkeiten durch Betriebsstätten oder PersGes., die eine Anrechnungsberechtigung vermitteln, ordnet der Einleitungssatz des Abs. 5 die entsprechende Geltung der Abs. 1–4 an. In direkter Form ist § 8a bei beiden Umgehungsgestaltungen nicht anwendbar, da wegen Zwischenschaltung einer Betriebsstätte oder PersGes. eine Anrechnungsberechtigung für die Beteiligungseinkünfte besteht (§§ 50, 51) und die inl. Einmalbesteuerung von in „übermäßige“ FK Vergütungen gekleideten Gewinnen nicht sichergestellt ist.

Entsprechende Geltung bedeutet, daß für bestimmte Fälle von Finanzierungs-gestaltungen durch nichtanrechnungsberechtigte Anteilseigner mit „vermittelter“ Anrechnungsberechtigung die Rechtsgrundlagen und -folgen der Abs. 1–4 zur Anwendung kommen unter Berücksichtigung der Mißbrauchsvermeidungszwecke. Die Verweisregelung in Abs. 5 erstreckt sich auf den gesamten Norminhalt und muß durch den Rechtsanwender im einzelnen konkretisiert werden. Der Rechtsverweis kann steurmetho-disch in Abs. 1–4 nicht getroffene Regelungen grundsätzlich nicht abdecken (zB Regelungen für den Empfänger der vGA).

► *Einigkeit bei der Rechtsanwendung* besteht insbes. hinsichtlich der uneingeschränkten Anwendbarkeit folgender Regelungen bei Beachtung etwaiger umgehungsbedingter Besonderheiten:

- *Abs. 1* mit den verschiedenen vergütungsabhängigen safe haven, Fremdver-gleichs- und Gegenbeweismöglichkeiten sowie der Erweiterung des betroffenen Personenkreises auf dem Anteilseigner nahestehende Personen iSd. § 1 Abs. 2 AStG ohne eigene Anrechnungsberechtigung sowie bestimmte rück-griffsbefugte Dritte;
- *Abs. 2* betreffend den Begriff des anteiligen EK unter Berücksichtigung han-delsbilanzieller Vorschriften sowie der verlustbezogenen Öffnungsklausel;
- *Abs. 3* betreffend die Definition einer wesentlichen Beteiligung sowie gleichge-stellte Gestaltungen;
- *Abs. 4* mit den Sonderregelungen für Holdinggesellschaften und andere ver-bundene Unternehmen.

► *Str.* ist dagegen die Frage der Rechtsfolgen, insbes. der Zurechnung einer festgestellten vGA bei Überschreiten der jeweils zur Anwendung kommenden stlichen Nichtaufgriffsgrenzen und fehlender Gegenbeweismöglichkeit; zu Einzelheiten s. Anm. 206, 207. Auf der Ebene der inl. KapGes. darf die festgestellte vGA das Einkommen unstr. nicht mindern; die Ausschüttungsbelastung ist nach allgemeinen Grundsätzen herzustellen, KapErtrSt. muß entsprechend einbehalten und abgeführt werden.

2. Zurechnung der verdeckten Gewinnausschüttung bei Abs. 5 Nr. 1 (Umgehungsmöglichkeit 1) 206

Die FinVerw. folgert aus der entsprechenden Anwendung von Abs. 1 Satz 1, daß die unmittelbar von der inl. KapGes. an den Nichtanrechnungsberechtigten gezahlten Zinsen diesem als vGA zuzurechnen sind. Dadurch wird die für den nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner herzustellende Ausschüttungsbelastung iSd. § 27 Abs. 1 definitiv, da er sich nicht auf die über den inl. Betrieb „vermittelte“ Anrechnungsberechtigung berufen kann. Das Ergebnis des inl. Betriebs bleibt nach Auffassung der FinVerw. unberührt (s. dazu BMF v. 15. 12. 94, BStBl. I 1995 S. 25 Tz. 94).

Beispiel: Die X-GmbH verfügt zum Bilanzstichtag 31. 12. 01 über ein EK von 100. Der Ausländer A ist über seine inl. Betriebsstätte an der X-GmbH beteiligt und gewährt dieser im Jahr 02 ein Darlehen iHv. 500 zu einem angemessenen Festzins von 8 vH.
Lösung: Der safe haven gem. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 in der Relation 1:3 ist um 200 überschritten. Bei fehlender Fremdvergleichsmöglichkeit ergibt sich eine dem Einkommen bei der X-GmbH hinzuzurechnende vGA iHv. 16 (8 vH von 200); die vGA ist unmittelbar dem A, nicht der inl. Betriebsstätte zuzurechnen.

Im Schrifttum wird dagegen insbes. von *Schwebel* (in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8a KStG Anm. 32b) eine direkte Zurechnung der vGA an die zwischengeschaltete inl. Betriebsstätte oder PersGes. verlangt. Die Vergütungen werden dadurch zu Einnahmen der inl. Betriebsstätte und bewirken eine Anrechnungsberechtigung des (mittelbar beteiligten) Anteilseigners (Anwendung des Betriebsstättensteuersatzes gem. § 23 Abs. 2, 3 iHv. 42 vH; zur Diskriminierungsproblematik s. *Rädler/Lausterer*, DB 1994 S. 699; *dies.*, DB 1993 S. 451). Gerechtfertigt wird dieses Ergebnis damit, daß bei einer EKZuführung durch den inl. Betrieb anstelle einer FKGewährung für Gewinnausschüttungen ebenfalls eine Anrechnungsberechtigung bestanden hätte.

Stellungnahme: UE ist die von der FinVerw. vertretene Rechtsauffassung zutreffend, zumindest zweckentsprechend; die Zurechnung der vGA entspricht dem Zahlungsfluß. Mit Abs. 5 Nr. 1 sollen Umgehungsmöglichkeiten bei Fremdfinanzierungsgestaltungen durch Nichtanrechnungsberechtigte verhindert werden, so daß eine „entsprechende“ Geltung von Abs. 1 den Ausschluß der kstlichen Anrechnungsberechtigung beim Vergütungsempfänger erfordert; direkte Regelungen für den Empfänger der Kapitalvermögenseinkünfte enthält § 8a allerdings nicht. Steuersystematisch ist diese zurechnungsbezogene Rechtsfolge einer „entsprechenden“ Geltung der Abs. 1–4 nicht auf Fälle direkter Anwendbarkeit übertragbar (s. zur Zurechnungsfrage für eine § 8a-vGA allgemein Anm. 32). Die von *Schwebel* (aaO Anm. 32b) gezogene Rechtsfolge ermöglicht demgegenüber eine kstliche Anrechnung (bei Inkaufnahme von Steuersatznachteilen, außer in Verlustsituationen) und verlagert die Problemlösung in den Bereich der Unterkapitalisierung inl. Betriebsstätten (ähnlich auch *Franz/Rupp*, BB 1993 Beil. 20 S. 22); uE würde dies vom Ergebnis her mit der Zwecksetzung des Abs. 5 Nr. 1 nicht im Einklang stehen.

3. Zurechnung der verdeckten Gewinnausschüttung bei Abs. 5 Nr. 2 (Umgehungsmöglichkeit 2) 207

Die FinVerw. stellt für die entsprechende Anwendung von Abs. 1 Satz 1 die Fiktion einer unmittelbaren Darlehensgewährung zwischen Nichtanrechnungsberechtigtem und inl. KapGes. auf, wobei der Durchgriff auf die Höhe der durchgeleiteten Darlehensbeträge nach Maßgabe der Refinanzierungskonditio-

nen beim Nichtanrechnungsberechtigten beschränkt wird. Die für den nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner herzustellende Ausschüttungsbelastung iSd. § 27 für die bei Überschreiten der safe haven entstehende vGA wird definitiv, da er sich nicht auf die über die PersGes. „vermittelte“ Anrechnungsberechtigung berufen kann. Die Zwischenschaltung der PersGes. bleibt „in einem gewissen Rahmen“ außer Betracht; für den im Durchruff dem Nichtanrechnungsberechtigten zugerechneten Finanzierungsteil erfolgt eine Korrektur von Ertrag und Vermögen der PersGes. S. zum Ganzen BMF v. 15. 12. 94 aaO Tz. 98; ähnlich auch *Wolff*, IStR 1993 S. 451.

Beispiel: Der Ausländer A ist mit 50 vH an der inl. OHG beteiligt, die 100 vH der Geschäftsanteile an der X-GmbH hält. A gewährt der OHG ein zu gleichen Konditionen im Ausland refinanziertes Darlehen iHv. 600 zu 10 vH Zinsen; die OHG reicht einen Darlehensteil von 500 zu 12,5 vH an die X-GmbH weiter. Deren EK zum vorangegangenen Bilanzstichtag beträgt 100.

Lösung: Die dem Ausländer A bei fehlender Fremdvergleichsmöglichkeit zuzurechnende vGA, für die eine definitiv wirkende Ausschüttungsbelastung bei der inl. GmbH entsteht, beträgt 35 (safe haven von A = 3×50 ; safe haven-Überschreitung: $500 \cdot 150 = 350$; vGA = 350×10 vH). Die von der Umqualifikation erfaßten Vergütungs- und Kapitalteile sind bei der OHG unberücksichtigt zu lassen.

Im Schrifttum werden im Hinblick auf die fiktionsgestützte Zurechnung der vGA beim nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner teilweise abweichende Rechtsauffassungen vertreten. Sie reichen vom Abzugsverbot für Refinanzierungskosten beim Nichtanrechnungsberechtigten (*Franz/Rupp*, BB 1993 Beil. 20 S. 22), über eine Begrenzung der kstlichen Anrechnungsmöglichkeit bis zur Feststellung, die Regelung laufe hinsichtlich der Rechtsfolgen beim Empfänger ins Leere (eingehender *Schwebel* aaO Anm. 33 b). Kritisch zur Fiktion der unmittelbaren Darlehensgewährung mit ihren Auswirkungen auf die stliche Behandlung der zwischengeschalteten PersGes. auch *Stellungnahme DIHT/BDI* v. 8. 6. 94 zu Tz. 95 des BMF-Entwurfs eines Einführungsschreibens, nv.

Stellungnahme: Die Schwierigkeiten bei der Rechtsfolgenbestimmung verdeutlichen, daß die Umgehungsregelung des Abs. 5 Nr. 2 insgesamt verfehlt ist. Der von der FinVerw. beabsichtigte Durchgriff durch die PersGes. mittels Fiktion sowie die dadurch ausgelösten Folgewirkungen im PersGesBereich dürften durch den Verweis des Abs. 5 auf die entsprechende Geltung der Abs. 1–4 nicht abgedeckt sein; § 8a insgesamt trifft lediglich Bestimmungen im Einkommensbereich der inl. KapGes., an einer Folgeregelung zB beim Empfänger fehlt es. Aber auch die im Schrifttum vorgeschlagenen Lösungen sind uE nicht, zumindest nicht vollständig durch den Rechtsverweis des Abs. 5 abgedeckt. Die Bedenken hinsichtlich der Praktikabilität und Verfassungsmäßigkeit des Abs. 5 Nr. 2 werden durch die Unklarheiten im Rechtsfolgenbereich verstärkt.