

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Wirtschaftswissenschaften
(Dr. rer. pol.)

am Fachbereich Wirtschaftswissenschaften,
Wirtschaftsinformatik und Wirtschaftsrecht der
Universität Siegen

Gesellschafter-Fremdfinanzierung unter Beachtung der Niederlassungs- und Kapital- verkehrsfreiheit

Präklusion, Substitution und Verbrauchstheorie als europarechts-
konforme Auslegungsmethoden des Jahressteuergesetzes 2007
und des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008

vorgelegt von

Ass. jur. Christoph Geeb

Siegen, 15.11.2007

Inhaltsübersicht

A. Einleitung.....	1
I. Gegenstand und Ziel.....	1
II. Gang der Untersuchung.....	2
B. Grundlagen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Steuerrecht.....	4
I. Korb II-Gesetz und JStG 2007.....	4
II. Unternehmensteuerreform 2008.....	7
C. Anwendbare Grundfreiheiten zur Beurteilung der steuerlichen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln.....	14
I. Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit.....	14
II. Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit.....	68
D. Kapitalverkehrsfreiheit.....	70
I. Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit.....	70
II. Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit.....	85
III. Rechtfertigung von Beeinträchtigungen durch Art. 57 Abs. 1 EGV.....	153
IV. Rechtfertigung von Beeinträchtigungen durch Art. 58 EGV.....	164
E. Niederlassungsfreiheit.....	170
I. Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit.....	170
II. Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit.....	172
III. Rechtfertigung von Beeinträchtigungen.....	183
F. Grenzüberschreitende Gesellschafter-Fremdfinanzierungen als Gegenstand der Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit.....	195
I. Überblick.....	195
II. Prämissen.....	197
III. Down-stream-loan.....	199
IV. Side-stream-loan.....	216
V. Up-stream-loan.....	274
VI. Zusammenfassung für die Rechtslage i.d.F. des JStG 2007.....	282
VII. Zinsschranke der Unternehmensteuerreform 2008.....	286
G. Zusammenfassung und Ergebnis.....	306
I. Verhältnis von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit.....	306
II. Präklusion von Belastungen in Drittstaatsverhältnissen.....	308
III. Substitution von Vergleichsgruppen zugunsten von Organschaften.....	309
IV. Verbrauchsmethode in grenzüberschreitenden Sachverhalten.....	312
V. Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des EGV.....	313
VI. Steuerbefreiung und Korrespondenzprinzip des JStG 2007.....	314
VII. Zurechenbare Belastung bei Qualifikationskonflikten.....	315
VIII. Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit.....	316
Verzeichnis der zitierten Literatur.....	317
Verzeichnis der zitierten Rechtsprechung.....	332
Verzeichnis der zitierten Schlussanträge der EuGH-Generalanwaltschaft.....	337
Verzeichnis der zitierten Verwaltungsanweisungen des BMF.....	339

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis.....	IX
Tabellenverzeichnis.....	XI
Definitionsverzeichnis.....	XII
Abkürzungsverzeichnis.....	XIII

Seite

A. Einleitung.....	1
I. Gegenstand und Ziel.....	1
II. Gang der Untersuchung.....	2
B. Grundlagen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Steuerrecht.....	4
I. Korb II-Gesetz und JStG 2007.....	4
1. Grundzüge der Regelung aus den §§ 8a, 8b KStG.....	4
2. Gesellschafter-Fremdfinanzierung bei Organschaft.....	6
II. Unternehmensteuerreform 2008.....	7
1. Grundzüge der Zinsschranke.....	7
a) Konzeption.....	7
b) Grundtatbestand.....	8
c) Freigrenze.....	9
d) Konzernklausel.....	9
e) Escape-Klausel.....	10
f) Zinsvortrag.....	11
2. Gesellschafter-Fremdfinanzierung bei Organschaft.....	13
C. Anwendbare Grundfreiheiten zur Beurteilung steuerlicher Regeln zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung.....	14
I. Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit.....	14
1. Einführung.....	14
2. Abgrenzung der Kapitalverkehrsfreiheit zu anderen Grundfreiheiten.....	15
a) Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit.....	15
aa) Grundsätzliches.....	15
bb) Abgrenzung in EU-Binnensachverhalten.....	17
cc) Abgrenzung in Drittstaatsachverhalten.....	18
dd) Abgrenzung bei Finanzierungsholdinggesellschaften.....	19
b) Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit.....	20
aa) Grundsätzliches.....	20
bb) Schrankenverweis des Art. 58 Abs. 2 EGV.....	22
cc) Vorbehaltsklausel des Art. 43 Abs. 2 EGV.....	23
dd) Abgrenzungsansatz des EuGH.....	23
(1) EuGH-Rs. "Lankhorst-Hohorst".....	23
(2) EuGH-Rs. "Konle".....	24
(3) EuGH-Rs. "Goldene Aktien".....	25
(4) EuGH-Rs. "Cadbury Schweppes".....	26
(5) EuGH-Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation".....	26
ee) Abgrenzung nach dem <i>bestimmenden Einfluss</i>	29
(1) Kumulative oder verdrängende Wirkung.....	29
(2) Wesentliche Beteiligung gemäß § 8a Abs. 3 S. 1 KStG.....	35
(3) Beherrschender Einfluss gemäß § 8a Abs. 3 S. 3 KStG.....	36
(4) Zinsschranke i.S.d. Unternehmensteuerreform 2008.....	36
(5) Bestimmender Einfluss i.S.d. EuGH.....	38

ff) Abgrenzung nach der unmittelbaren Betroffenheit.....	45
(1) Unmittelbarkeitskriterium der Generalanwälte Geelhoed und Alber..	45
(2) Unmittelbarkeitskriterium der Literatur.....	50
(3) Eigene Stellungnahme.....	51
gg) Abgrenzung bei Drittstaatensachverhalten.....	54
(1) Bedeutung für den Grundfreiheitschutz.....	54
(2) Unmittelbarkeitskriterium der Generalanwaltschaft.....	55
(3) Rechtsprechung des EuGH.....	55
(4) Besondere Kapitalbeteiligungs- und Stimmrechtsverhältnisse.....	59
(5) Eigene Stellungnahme.....	61
hh) Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach erfolgter Niederlassung.....	62
c) Abgrenzung zur Zahlungsverkehrsfreiheit.....	65
II. Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit.....	68
1. Verhältnis der Niederlassungsfreiheit zur Dienstleistungsfreiheit.....	68
a) Dauerhaftigkeit der wirtschaftlichen Betätigung.....	68
b) Abgrenzung in Fällen des § 8a KStG.....	68
c) Abgrenzung in Fällen der Zinsschranke.....	68
2. Verhältnis der Niederlassungsfreiheit zur Kapitalverkehrsfreiheit.....	69
D. Kapitalverkehrsfreiheit.....	70
I. Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit.....	70
1. Einführung.....	70
2. Persönlicher Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit.....	70
3. Räumlicher Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit.....	71
a) EU-weite Liberalisierung bis zum 31.12.1993.....	71
b) Weltweite Liberalisierung seit dem 1.1.1994.....	72
c) Merkmale des grenzüberschreitenden Kapitalverkehrs.....	72
4. Sachlicher Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit.....	72
a) Schutz von Direktinvestitionen und Darlehen.....	73
b) Schutz des Eigen- bzw. Fremdkapitalcharakters von Kapitalbewegungen....	74
aa) Konzeptionen zum Schutz der Kapitalbewegung.....	74
bb) Herkunftslandprinzip und Kapitalverkehrsbegriff.....	76
(1) Vorbemerkungen.....	76
(2) Herkunftslandprinzip.....	77
(3) Übertragbarkeit des Herkunftslandprinzips.....	77
(4) Ergebnis zur Übertragung des Herkunftslandprinzips.....	80
cc) Finalität des Kapitalverkehrsbegriffs.....	81
(1) Zweckbestimmung durch den Investor.....	81
(2) Schutz der Zweckbestimmung.....	82
dd) EuGH-Rechtsprechung zu den Goldenen Aktien.....	82
(1) Einfluss des Anteilseigners auf die Unternehmensführung.....	82
(2) Eingriff in Rechts- und Finanzierungsverhältnisse.....	83
(3) Abgrenzung zu Umqualifizierungen gem. Art. 9 Abs. 1 OECD-MA..	84
(4) Schutz des Finanzierungsverhältnisses.....	84
ee) Zwischenergebnis.....	84
II. Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit.....	85
1. Dualität der Beeinträchtigungsformen.....	85
2. Kriterien der Vergleichs- und Fallgruppenbildung.....	86
a) Vergleichbarkeit bei unbeschränkter und beschränkter Steuerpflicht.....	86
aa) Grundsätzliches.....	86
bb) Unbeschränkte Steuerpflicht des Inländers.....	87
cc) Unbeschränkte Steuerpflicht bei grenzüberschreitendem Sachverhalt.....	87

dd)	Fehlende Steuerpflicht bei grenzüberschreitendem Sachverhalt.....	88
	(1) Diskriminierung bei fehlender Steuerpflicht.....	88
	(2) Ausweitung des zu vergleichenden Sachverhaltes.....	88
	(3) Objektgebundenheit der Grundfreiheit.....	89
	(4) Erforderlichkeit der Vergleichbarkeitsprüfung bei Fehlender Steuerpflicht.....	90
ee)	Beschränkte Steuerpflicht bei grenzüberschreitendem Sachverhalt.....	90
ff)	EuGH-Rechtsprechung zur Vergleichbarkeit.....	91
	(1) Grundsätze der Rechtssache "Schumaker".....	91
	(2) Relevanz für beschränkt steuerpflichtige Holding-Gesellschaften.....	91
	(3) Rechtsprechung bei natürlichen Personen.....	92
	(4) Rechtsprechung bei juristischen Personen und Betriebsstätten.....	93
gg)	Zwischenergebnis.....	94
b)	Berücksichtigung von Organschaften bei der Gruppenbildung.....	95
aa)	Grundsätzliches.....	95
bb)	Auffassung der Literatur.....	96
cc)	Auffassung der Finanzverwaltung.....	96
dd)	Berücksichtigung von Steuergestaltungen durch den EuGH.....	97
	(1) Hintergrund der Rechtsprechung.....	97
	(2) Steuergestaltung bezogen auf ein Rechtssubjekt.....	97
	(3) Steuergestaltung zwischen zwei Rechtssubjekten.....	98
	(4) Ergebnisabführungsvertrag.....	99
	(5) Inlandsbezug der Organschaft.....	101
	(6) Nutzung der Steuergestaltung durch Inländer.....	102
	(7) Unveränderte Relevanz i.R.d Zinsschranke.....	103
ee)	Substituierung von Vergleichsgruppen durch den EuGH.....	104
	(1) Berücksichtigung der tatsächlichen Wettbewerbssituation.....	104
	(2) Wettbewerbssituation bei grenzüberschreitenden Konzernfinanzie- rungsstrukturen.....	105
	(3) Organkreis als inländische Vergleichsgruppe.....	106
ff)	Stellungnahme zur Inlandsbeschränkung der körperschaftsteuer- lichen Organschaft.....	107
	(1) Vorbemerkungen.....	107
	(2) EuGH Rs. "Marks & Spencer".....	108
	(3) Auswirkung auf die Vergleichsgruppenbildung.....	109
c)	Berücksichtigung der Anteilseignerbesteuerung bei der Gruppenbildung.....	110
aa)	Grundsätzliches.....	110
bb)	Regelungszusammenhang der §§ 8a, 8b KStG.....	110
cc)	Regelungszusammenhang i.R.d. Zinsschranke.....	111
d)	Vergleichbarkeit bei Drittstaatensachverhalten.....	112
aa)	Grundsätzliches.....	112
bb)	Fehlende Vergleichbarkeit.....	112
cc)	Eigene Stellungnahme.....	113
3.	Kapitalverkehrsfreiheit als Diskriminierungsverbot.....	118
a)	Offene und verdeckte Diskriminierung des Kapitalverkehrs.....	118
b)	Begriff der Attraktivität im Rahmen des Diskriminierungsverbotes.....	121
c)	Wirtschaftliche Doppelbesteuerung sowie Besteuerungsunterschiede.....	122
aa)	EU-Binnensachverhalte.....	122
	(1) Auffassung Schön.....	122
	(2) Auffassung Geelhoed.....	122
	(3) Eigene Stellungnahme.....	123
bb)	Drittstaatensachverhalte.....	131

4. Kapitalverkehrsfreiheit als Beschränkungsverbot.....	132
a) Beeinträchtigung bei formal gleichen Regelungen.....	132
b) Europarechtsrelevante Marktzugangsschwernisse.....	134
aa) Allgemeine Marktzugangsschwernisse.....	134
bb) Marktzugangsschwernis im Sinne des Beschränkungsverbotes.....	134
cc) Marktbegriff im Sinne des Beschränkungsverbotes.....	136
c) Erfassung europarechtsrelevanter Marktzugangsschwernisse.....	136
aa) Grundsätzliches.....	136
bb) "Dassonville"-Formel.....	136
cc) "Keck"-Formel.....	137
dd) "Cassis de Dijon"-Rechtsprechung.....	138
(1) Stellung im System der Grundfreiheiten.....	138
(2) Relevanz im Bereich der direkten Steuern.....	138
ee) Übertragbarkeit der Rs. "Dassonville" sowie der Rs. "Keck".....	139
ff) Übertragung der Rs. "Dassonville" sowie der Rs. "Keck".....	141
(1) Vorbemerkungen.....	141
(2) Beschränkung i.S.d. "Dassonville"-Formel.....	141
(3) Modalität i.S.d. "Keck"-Rechtsprechung.....	145
(4) Unterschiedlose Absatzbetroffenheit durch die Modalität.....	146
d) Kriterium der geminderten Attraktivität im Bereich der Freiheitsrechte.....	146
aa) Grundsätzliches.....	146
bb) Attraktivität von Investitionsalternativen.....	148
(1) Zulässige Investitionsalternativen.....	148
(2) Investitionsalternativen des ausländischen Darlehensgebers.....	149
(3) Investitionsalternativen des inländischen Darlehensgebers.....	150
e) Zwischenergebnis zur Erfassung von Marktzugangsschwernissen.....	150
5. Schutz des rein inländischen Kapitalverkehrs.....	151
a) Rechtsprechung des EuGH und BFH.....	151
b) Auffassungen in der Literatur.....	151
c) Eigene Stellungnahme.....	152
6. Zusammenfassung zur Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit.....	153
III. Rechtfertigung von Beeinträchtigungen durch Art. 57 Abs. 1 EGV.....	153
1. Einführung.....	153
2. Räumlicher Geltungsbereich.....	154
3. Sachlicher Geltungsbereich.....	154
a) Bezug auf die Kapitalverkehrsfreiheit.....	154
b) Bezug auf Direktinvestitionen.....	154
c) Bezug auf Drittstaatsverhältnisse.....	157
d) Kein Ausschluss durch den speziellen Steuervorbehalt.....	157
4. Zeitlicher Geltungsbereich.....	158
a) Stichtagsregelung des Art. 57 Abs. 1 EGV.....	158
b) Rechtsentwicklung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung.....	158
c) Stichtagsproblem im Fall des StandOG.....	159
d) Stillstandsklausel bei nachfolgender Rechtsänderung.....	162
e) Zinsschranke als Nachfolgeregelung des § 8a KStG.....	164
IV. Rechtfertigung von Beeinträchtigungen durch Art. 58 EGV.....	164
1. Rechtfertigung von Beeinträchtigungen durch Art. 58 Abs. 1 EGV.....	164
2. Rechtfertigung von Beeinträchtigungen durch Art. 58 Abs. 2 EGV.....	165
a) Problematische Verweisung auf die Niederlassungsfreiheit.....	165
b) Gesellschafter-Fremdfinanzierungen mit Drittstaatenbezug.....	166
c) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe aus der Niederlassungsfreiheit.....	168

E. Niederlassungsfreiheit.....	170
I. Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit.....	170
1. Persönlicher Anwendungsbereich.....	170
2. Räumlicher Anwendungsbereich.....	172
3. Sachlicher Anwendungsbereich.....	172
a) Primäre Niederlassungsfreiheit.....	172
b) Sekundäre Niederlassungsfreiheit.....	172
II. Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit.....	173
1. Diskriminierungsverbot.....	173
a) Offene Diskriminierung.....	173
b) Versteckte Diskriminierung.....	173
c) Mittelbare Diskriminierung.....	173
aa) Mittelbare Diskriminierung durch nationale Besteuerungsnormen.....	173
bb) Mittelbare Diskriminierung durch Doppelbesteuerungsabkommen.....	174
d) Faktische Benachteiligungen.....	175
e) Quasibeschränkungen durch nationales Steuerrecht.....	176
f) Diskriminierung durch die Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln i.d.F. des Korb II-Gesetzes?.....	176
aa) Grundsätzliches.....	176
bb) Formale Gleichbehandlung durch die §§ 8a, 8b KStG.....	176
cc) EuGH-Generalanwaltschaft sowie EuGH.....	178
g) Diskriminierung durch die Zinsschranke?.....	179
2. Beschränkungsverbot.....	180
a) Auffassung der EuGH-Generalanwaltschaft.....	180
b) Auffassung der Literatur und des EuGH.....	181
c) Maßgeblichkeit der "Dassonville"- und der "Keck"-Rechtsprechung.....	181
III. Rechtfertigung von Beeinträchtigungen.....	183
1. Kohärenz des Steuersystems.....	183
a) Kohärenz bei Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln.....	183
b) Strenge Kohärenz-Formel.....	183
c) Erweiterte Kohärenz-Formel.....	184
2. Verhinderung missbräuchlicher Steuerumgehung.....	186
a) Steuerlicher Missbrauch i.S.d. EuGH.....	186
b) § 8a KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes als Missbrauchsnorm.....	188
c) § 8a KStG als Sicherungsnorm des Ursprungsprinzips.....	190
d) Zinsschranke als Missbrauchsnorm.....	191
3. Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle.....	192
a) Steuerliche Kontrolle im Verhältnis zu EU-Mitgliedstaaten.....	193
b) Steuerliche Kontrolle im Verhältnis zu Drittstaaten.....	193
4. Sicherung des nationalen Haushaltsaufkommens.....	193
a) EU-Binnensachverhalte.....	193
b) Drittstaatensachverhalte.....	194
F. Grenzüberschreitende Gesellschafter-Fremdfinanzierungen als Gegenstand der Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit.....	195
I. Überblick.....	195
II. Prämissen.....	197
III. Down-stream-loan.....	199
1. Inländische Vergleichssachverhalte beim Down-stream-loan.....	199
2. EU-Binnensachverhalte beim Down-stream-loan.....	201
a) Fremdfinanzierung inländischer Tochter-Kapitalgesellschaft durch im EU-Ausland ansässige Mutter-Kapitalgesellschaft.....	201
b) Fremdfinanzierung ausländischer in einem anderen EU-Mitgliedstaat ansässiger Tochter-Kapitalgesellschaft durch inländische Mutter-Kapitalgesellschaft.....	203
aa) Grundsätzliches.....	203

bb) Anwendbarkeit bei korrespondierender Besteuerung.....	204
cc) Formelle Anforderungen.....	204
dd) Materielle Anforderungen.....	205
ee) Auswirkungen auf den Belastungsvergleich.....	209
3. Drittstaatsverhältnisse beim Down-stream-loan.....	210
a) Fremdfinanzierung inländischer Tochter-Kapitalgesellschaft durch in einem Drittstaat ansässige Mutter-Kapitalgesellschaft.....	210
b) Fremdfinanzierung einer Tochter-Kapitalgesellschaft in einem Drittstaat durch inländische Mutter-Kapitalgesellschaft.....	215
IV. Side-stream-loan.....	216
1. Einführung.....	216
2. Inländischer Vergleichsverhältnis beim Side-stream-loan.....	221
a) Vorbemerkungen.....	221
b) Inländischer Side-stream-loan ohne Organschaft.....	221
c) Inländischer Side-stream-loan mit Organschaft.....	222
aa) Grundsätzliches.....	222
bb) Organschaft mit beiden Tochtergesellschaften.....	223
cc) Organschaft mit dem Darlehensnehmer.....	224
3. EU-Sachverhalte beim Side-stream-loan.....	224
a) Vorbemerkungen.....	224
b) Darlehensnehmer im EU-Ausland.....	225
c) Mutter-Kapitalgesellschaft und Darlehensgeberin im EU-Ausland.....	227
d) Darlehensgeberin im EU-Ausland.....	230
e) Darlehensnehmer -und Geber im EU-Ausland.....	232
f) Mutter-Kapitalgesellschaft im EU-Ausland.....	235
g) Darlehensnehmer und Mutter-Kapitalgesellschaft in einem anderen EU-Mitgliedstaat.....	237
4. Drittstaatsverhältnisse beim Side-stream-loan.....	239
a) Vorbemerkungen.....	239
b) Darlehensnehmer im Drittstaat.....	240
c) Mutter-Kapitalgesellschaft und Darlehensgeber im Drittstaat.....	242
d) Mutter-Kapitalgesellschaft im Dritt- und Darlehensgeber in einem EU-Mitgliedstaat.....	246
e) Mutter-Kapitalgesellschaft in einem EU-Mitgliedstaat und Darlehensgeber im Drittstaat.....	250
f) Darlehensgeber im Drittstaat.....	254
g) Darlehensnehmer im Drittstaat und Darlehensgeber in einem EU-Mitgliedstaat.....	256
h) Darlehensnehmer und Darlehensgeber im Drittstaat.....	259
i) Mutter-Kapitalgesellschaft im Drittstaat.....	262
j) Darlehensnehmer in einem EU-Mitgliedstaat und Mutter- Kapitalgesellschaft in einem Drittstaat.....	264
k) Darlehensnehmer in einem EU-Mitgliedstaat und Darlehens- geber in einem Drittstaat.....	267
l) Darlehensnehmer in einem Drittstaat und Mutter-Kapitalge- sellschaft in einem EU-Mitgliedstaat.....	270
m) Darlehensnehmer in einem Drittstaat und Mutter-Kapital- gesellschaft in einem Drittstaat.....	272

V. Up-stream-loan.....	274
1. Inländischer Vergleichssachverhalt beim Up-stream-loan.....	274
a) Vorbemerkungen.....	274
b) Inländischer Up-stream-loan ohne Organschaft.....	276
c) Inländischer Up-stream-loan mit Organschaft.....	276
2. EU-Binnensachverhalte beim Up-stream-loan.....	278
a) Tochter-Kapitalgesellschaft im EU-Mitgliedstaat.....	278
b) Mutter-Kapitalgesellschaft im EU-Mitgliedstaat.....	279
3. Drittstaatsachverhalte beim Up-stream-loan.....	280
a) Tochter-Kapitalgesellschaft im Drittstaat.....	280
b) Mutter-Kapitalgesellschaft im Drittstaat.....	281
VI. Zusammenfassung für die Rechtslage i.d.F. des JStG 2007.....	282
1. Down-stream-loan-Finanzierungen.....	282
2. Side-stream-loan-Finanzierungen.....	283
3. Up-stream-loan-Finanzierungen.....	285
4. Zwischenergebnis zur Rechtslage i.d.F. des JStG 2007.....	286
VII. Zinsschranke der Unternehmensteuerreform 2008.....	286
1. Einführung.....	286
2. Down-stream-loan.....	288
a) Inländischer Vergleichssachverhalt.....	288
b) Grenzüberschreitende Down-stream-loan-Sachverhalte.....	291
3. Side-stream-loan.....	293
4. Up-stream-loan.....	297
5. Weitere Aspekte zur Europarechtskonformität der Zinsschranke.....	297
a) Vorbemerkungen.....	297
b) Keine offene Diskriminierung.....	298
c) Zinsvortrag.....	298
d) Organschaft.....	299
e) Vereinbarkeit der Zinsschranke mit der Mutter-Tochter-Richtlinie.....	300
f) Vereinbarkeit der Zinsschranke mit der EU-Zins- und Lizenz-	
gebühren-Richtlinie.....	301
aa) Anwendbarkeit der Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie.....	301
bb) Weiter Quellensteuerbegriff.....	302
cc) Enger Quellensteuerbegriff.....	303
6. Zwischenergebnis zur Zinsschranke.....	305
G. Zusammenfassung und Ergebnis.....	306
I. Verhältnis von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit.....	306
II. Präklusion von Belastungen in Drittstaatsachverhalten.....	308
III. Substitution von Vergleichsgruppen zugunsten von Organschaften.....	309
IV. Verbrauchsmethode in grenzüberschreitenden Sachverhalten.....	312
V. Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des EGV.....	313
VI. Steuerbefreiung und Korrespondenzprinzip des JStG 2007.....	314
VII. Zurechenbare Belastung bei Qualifikationskonflikten.....	315
VIII. Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit.....	316
Verzeichnis der zitierten Literatur.....	317
Verzeichnis der zitierten Rechtsprechung.....	332
Verzeichnis der zitierten Schlussanträge.....	337
Verzeichnis der zitierten Verwaltungsanweisungen des BMF.....	339

Abbildungsverzeichnis

	<i>Seite</i>
Abbildung Nr. 1: Organschaft und Vergleichsgruppenbildung	107
Abbildung Nr. 2: Inländische Down-stream-loan-Finanzierung.....	199
Abbildung Nr. 3: Grenzüberschreitende Down-stream-loan-Finanzierung I.....	201
Abbildung Nr. 4: Grenzüberschreitende Down-stream-loan-Finanzierung II.....	203
Abbildung Nr. 5: Down-stream-loan in Drittstaatensachverhalten I.....	210
Abbildung Nr. 6: Down-stream-loan in Drittstaatensachverhalten II.....	215
Abbildung Nr. 7: Inländische Side-stream-loan-Finanzierung.....	218
Abbildung Nr. 8: Side-stream-loan bei Organschaft mit zwei Tochtergesellschaften.....	223
Abbildung Nr. 9: Side-stream-loan in EU-Binnensachverhalten I.....	225
Abbildung Nr. 10: Side-stream-loan in EU-Binnensachverhalten II.....	227
Abbildung Nr. 11: Side-stream-loan in EU-Binnensachverhalten III.....	230
Abbildung Nr. 12: Side-stream-loan in EU-Binnensachverhalten IV.....	232
Abbildung Nr. 13: Side-stream-loan in EU-Binnensachverhalten V.....	235
Abbildung Nr. 14: Side-stream-loan in EU-Binnensachverhalten VI.....	237
Abbildung Nr. 15: Side-stream-loan in Drittstaatensachverhalten I.....	240
Abbildung Nr. 16: Side-stream-loan in Drittstaatensachverhalten II.....	242
Abbildung Nr. 17: Side-stream-loan in Drittstaatensachverhalten III.....	246
Abbildung Nr. 18: Side-stream-loan in Drittstaatensachverhalten IV.....	250
Abbildung Nr. 19: Side-stream-loan in Drittstaatensachverhalten V.....	254
Abbildung Nr. 20: Side-stream-loan in Drittstaatensachverhalten VI.....	256
Abbildung Nr. 21: Side-stream-loan in Drittstaatensachverhalten VII.....	259
Abbildung Nr. 22: Side-stream-loan in Drittstaatensachverhalten VIII.....	262
Abbildung Nr. 23: Side-stream-loan in Drittstaatensachverhalten IX.....	264
Abbildung Nr. 24: Side-stream-loan in Drittstaatensachverhalten X.....	267
Abbildung Nr. 25: Side-stream-loan in Drittstaatensachverhalten XI.....	270
Abbildung Nr. 26: Side-stream-loan in Drittstaatensachverhalten XII.....	272
Abbildung Nr. 27: Inländische Up-stream-loan-Finanzierung.....	276
Abbildung Nr. 28: Up-stream-loan in EU-Binnensachverhalten I.....	278
Abbildung Nr. 29: Up-stream-loan in EU-Binnensachverhalten II.....	279
Abbildung Nr. 30: Up-stream-loan in Drittstaatensachverhalten I.....	280
Abbildung Nr. 31: Up-stream-loan in Drittstaatensachverhalten II.....	281

Tabellenverzeichnis

	<i>Seite</i>
Tabelle Nr. 1: Anwendbarkeit von Grundfreiheiten für die Anteilseigner einer AG und SE nach § 8a Abs. 3 S. 1 und S. 3 KStG i.d.F. des JStG 2007 in EU-Binnensachverhalten.....	44
Tabelle Nr. 2: Anwendbarkeit der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit in Fällen der Zinsschrankenregelung der Unternehmensteuerreform 2008.....	45
Tabelle Nr. 3: Down-stream-loan ohne Organschaft.....	200
Tabelle Nr. 4: Down-stream-loan mit Organschaft.....	200
Tabelle Nr. 5: Grenzüberschreitende Down-stream-loan-Finanzierung.....	201
Tabelle Nr. 6: Keine Minderung der ausländischen Bemessungsgrundlage.....	209
Tabelle Nr. 7: Down-stream-loan in Drittstaatsachverhalten.....	211
Tabelle Nr. 8: Down-stream-loan im Verhältnis zur Schweiz und den USA.....	214
Tabelle Nr. 9: Finanzierung der Tochter-Kapitalgesellschaft im Drittstaat.....	215
Tabelle Nr. 10: Inländischer Side-stream-loan bei Umqualifizierungsmethode.....	218
Tabelle Nr. 11: Inländischer Side-stream-loan bei Verbrauchsmethode.....	219
Tabelle Nr. 12: Side-stream-loan bei Organschaft mit beiden Tochtergesellschaften.....	223
Tabelle Nr. 13: Side-stream-loan bei Organschaft mit der Darlehensnehmerin.....	224
Tabelle Nr. 14: Side-stream-loan in der EU mit Umqualifizierungsmethode.....	225
Tabelle Nr. 15: Side-stream-loan in der EU mit Verbrauchsmethode.....	226
Tabelle Nr. 16: Side-stream-loan in der EU mit Umqualifizierungsmethode.....	228
Tabelle Nr. 17: Side-stream-loan in der EU mit Verbrauchsmethode.....	229
Tabelle Nr. 18: Side-stream-loan in der EU mit Umqualifizierungsmethode.....	230
Tabelle Nr. 19: Side-stream-loan in der EU mit Verbrauchsmethode.....	231
Tabelle Nr. 20: Side-stream-loan in der EU mit Umqualifizierungsmethode.....	233
Tabelle Nr. 21: Side-stream-loan in der EU mit Verbrauchsmethode.....	234
Tabelle Nr. 22: Side-stream-loan in der EU mit Umqualifizierungsmethode.....	236
Tabelle Nr. 23: Side-stream-loan in der EU mit Verbrauchsmethode.....	237
Tabelle Nr. 24: Side-stream-loan in der EU mit Umqualifizierungsmethode.....	238
Tabelle Nr. 25: Side-stream-loan in der EU mit Verbrauchsmethode.....	239
Tabelle Nr. 26: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode.....	241
Tabelle Nr. 27: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode.....	242
Tabelle Nr. 28: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode.....	243
Tabelle Nr. 29: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode.....	244
Tabelle Nr. 30: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode.....	247

Tabelle Nr. 31: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode.....	248
Tabelle Nr. 32: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode.....	251
Tabelle Nr. 33: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode.....	252
Tabelle Nr. 34: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode.....	254
Tabelle Nr. 35: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode.....	255
Tabelle Nr. 36: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode.....	257
Tabelle Nr. 37: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode.....	258
Tabelle Nr. 38: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode.....	260
Tabelle Nr. 39: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode.....	261
Tabelle Nr. 40: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode.....	262
Tabelle Nr. 41: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode.....	263
Tabelle Nr. 42: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode.....	265
Tabelle Nr. 43: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode.....	266
Tabelle Nr. 44: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode.....	268
Tabelle Nr. 45: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode.....	269
Tabelle Nr. 46: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode.....	271
Tabelle Nr. 47: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode.....	271
Tabelle Nr. 48: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode.....	273
Tabelle Nr. 49: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode.....	273
Tabelle Nr. 50: Inländische Up-stream-loan-Finanzierung ohne Organschaft.....	276
Tabelle Nr. 51: Inländische Up-stream-loan-Finanzierung mit Organschaft.....	277
Tabelle Nr. 52: Tochter-Kapitalgesellschaft im EU-Mitgliedstaat.....	278
Tabelle Nr. 53: Mutter-Kapitalgesellschaft im EU-Mitgliedstaat.....	279
Tabelle Nr. 54: Up-stream-loan in Drittstaaten-Sachverhalten.....	280
Tabelle Nr. 55: Mutter-Kapitalgesellschaft im Drittstaat.....	281
Tabelle Nr. 56: Ergebnisübersicht Down-stream-loan-Finanzierungen.....	282
Tabelle Nr. 57: Ergebnisübersicht Side-stream-loan-Finanzierungen.....	283
Tabelle Nr. 58: Ergebnisübersicht Up-stream-loan-Finanzierungen.....	285
Tabelle Nr. 59: Zinsschranke: Inländischer Vergleichssachverhalt ohne Organschaft.....	288
Tabelle Nr. 60: Zinsschranke: Inländischer Vergleichssachverhalt ohne Organschaft.....	289
Tabelle Nr. 61: Zinsschranke: Inländischer Vergleichssachverhalt mit Organschaft I.....	289
Tabelle Nr. 62: Zinsschranke: Inländischer Vergleichssachverhalt mit Organschaft II.....	290
Tabelle Nr. 63: Down-stream-loan-Finanzierungen in EU-Binnensachverhalten.....	291
Tabelle Nr. 64: Down-stream-loan in grenzüberschreitenden Sachverhalten.....	292
Tabelle Nr. 65: Inländische Side-stream-loan-Finanzierungen ohne Organschaft.....	295
Tabelle Nr. 66: Inländische Side-stream-loan-Finanzierungen mit Organschaft.....	296

Definitionsverzeichnis

- EGV: Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft i.d.F. des Vertrages von Nizza zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte vom 26.2.2001; ABl. EG 2001 C 80, S. 1 ff.; zuletzt geändert durch den Vertrag über den Beitritt Bulgariens und Rumäniens zur Europäischen Union vom 25.4.2005 mit Wirkung zum 1.1.2007; ABl. EG 2005, Nr. L 157/11.
- EU-Mitgliedstaaten: Staaten, die dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigetreten sind; Stand 1.1.2007.
- Drittstaaten: Drittstaaten sind Staaten, die nicht dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigetreten sind; Stand 1.1.2007
- EU-Binnensachverhalt: Tatsächlicher oder gedachter grenzüberschreitender Wirtschaftsvorgang zwischen Marktteilnehmern eines EU-Mitgliedstaats einerseits und den Wirtschaftsteilnehmern eines oder mehrerer EU-Mitgliedstaaten andererseits.
- Drittstaatsachverhalt: Tatsächlicher oder gedachter grenzüberschreitender Wirtschaftsvorgang zwischen den Marktteilnehmern eines EU-Mitgliedstaates oder mehrerer EU-Mitgliedstaaten einerseits und den Wirtschaftsteilnehmern eines Drittstaats oder mehrerer Drittstaaten andererseits.
- In-bound-Sachverhalt: In-bound-Sachverhalte erfassen tatsächliche oder gedachte Vorgänge, in denen durch Darlehensgewährung Kapital vom Ausland in das Inland gelangt.
- Out-bound-Sachverhalt: Out-bound-Sachverhalte erfassen tatsächliche oder gedachte Vorgänge, in denen durch Darlehensgewährung Kapital vom Inland in das Ausland gelangt.

Abkürzungsverzeichnis

a.A., A.A.	andere Auffassung
Abs.	Absatz
abzgl.	abzüglich
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung(en)
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
AStG	Außensteuergesetz
Aufl.	Auflage
BA	Betriebsausgabe(n)
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BE	Betriebseinnahme(n)
BFH	Bundesfinanzhof
BGH	Bundesgerichtshof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI .	Bundesgesetzblatt
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BStBl	Bundessteuerblatt
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CH	Confoederatio Helvetica (Schweizerische Eidgenossenschaft)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
d.h.	das heißt
DK	Der Konzern (Zeitschrift)
DStJG	Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft e.V.

DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DStZ	Deutsche Steuerzeitung (Zeitschrift)
DSWR	Datenverarbeitung, Steuer, Wirtschaft, Recht (Zeitschrift)
EBIT	Earnings before interest and taxes
EBITDA	Earnings before interest, taxes, Depreciation and Amortization
ECTR	EC Tax Review (Zeitschrift)
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Union
EStB	Der Ertragssteuerberater (Zeitschrift)
EStDV	Einkommensteuer-Durchführungsverordnung
EStG	Einkommensteuergesetz
EStR	Einkommensteuerrichtlinien
et al.	et altera
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
F.	Fach
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FG	Finanzgericht
Fn.	Fußnote(n)
FR	Finanz-Rundschau (Zeitschrift)
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GewSt	Gewerbsteuer
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
glA.	gleiche Auffassung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die GmbH
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)

GmbH-Stb	GmbH-Steuerberater (Zeitschrift)
Gr.	Gruppe
G`ter	Gesellschafter
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
IAS	International Accounting Standards
i.d.F.	in der Fassung
i.d.F.v.	in der Fassung von/vom
i.d.R.	in der Regel
IdW	Institut der Wirtschaftsprüfer
i.e.S.	im engeren Sinne
IFRS	International Financial Reporting Standards
INF	Die Information über Steuer und Wirtschaft
Intertax	International Tax Review
i.R.d.	im Rahmen des/der
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
IStR	Internationales Steuerrecht (Zeitschrift)
i.V.m.	in Verbindung mit
IWB	Internationale Wirtschafts-Briefe
JA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JbFSt	Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht
JStG 2007	Jahressteuergesetz 2007
Kap.	Kapitel
KapESt	Kapitalertragsteuer
KSt.	Körperschaftsteuer
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KStR	Körperschaftsteuerrichtlinien
lit.	litera
MA	Musterabkommen

Mio.	Million
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer(n)
NRW	Nordrhein-Westfalen
NWB	Neue Wirtschafts-Briefe
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OECD-MA	OECD-Musterabkommen
OECD-MK	Kommentar zum OECD-Musterabkommen
OECD-RL	OECD-Richtlinie(n)
OFD	Oberfinanzdirektion
PIStB	Praxis Internationale Steuerberatung (Zeitschrift)
Pos.-Nr.	Positionsnummer
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer(n)
Rs.	Rechtssache
SA	Schlussanträge
SE	Societas Europaea, Europäische Aktiengesellschaft
sec.	section
Slg.	Amtliche Entscheidungssammlung des EuGH
sog.	sogenannte(s)
S.	Seite(n), Satz/Sätze
StandOG	Standortsicherungsgesetz
Stbg	Die Steuerberatung (Zeitschrift)
StbJb	Steuerberaterjahrbuch
StbKRep	Steuerberaterkongreß-Report
StBp	Die steuerliche Betriebsprüfung (Zeitschrift)
SteuerStud	Steuer und Studium (Zeitschrift)
StSenkG	Steuersenkungsgesetz
SolZ	Solidaritätszuschlag
StuW	Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift)

u.a.	unter anderem; und andere
UntStFG	Unternehmensteuerfortentwicklungsgesetz
USA	United States of America
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
VE, vE	verdeckte Einlage
Verb., verb.	verbundene
VGA, vGA	verdeckte Gewinnausschüttung
vgl.	vergleiche
v.	von; vom
WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
Z.B.; z.B.	zum Beispiel
ZfbF	Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZfhF	Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
z.T.	zum Teil

A. Einleitung

I. Gegenstand und Ziel

In der Rs. "Lankhorst-Hohorst" stellte der EuGH fest, dass die Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln i.d.F. des StandOG gegen das Diskriminierungsverbot des EGV verstoßen.¹ Nach dieser Entscheidung ist der Gesetzgeber im Jahr 2004 mit dem Korb II-Gesetz angetreten,² eine europarechtskonforme Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregel für das deutsche Steuerrecht zu schaffen.³ Nachfolgende Änderungen, etwa durch das JStG 2007 oder die Unternehmensteuerreform 2008, stehen als einfachgesetzliche Besteuerungsnormen gleichfalls unter dem Vorbehalt, dass sie nicht gegen höherrangiges europäisches Recht, insbesondere die Grundfreiheiten des EGV, verstoßen dürfen. Die Grundfreiheiten geben damit für die Besteuerung von grenzüberschreitend tätigen und finanzierten Unternehmen einen Rahmen vor.

Zu den Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln in den Fassungen ab dem Korb II-Gesetz liegt bisher keinerlei Rechtsprechung durch den EuGH oder den BFH vor. Das bislang erste und einzige FG-Urteil⁴ zu § 8a KStG i.d.F. des Korb II-Gesetzes hatte keine europarechtlichen Fragestellungen zum Gegenstand.⁵ Insofern besteht seitens der Judikative noch keine Festlegung zur Frage der Vereinbarkeit der bereits seit dem Jahr 2004 geltenden und angewendeten Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln mit den Grundfreiheiten des EGV.

Vor diesem Hintergrund soll mit dieser Arbeit eine Einschätzung zur Vereinbarkeit der seit dem Korb II-Gesetz bestehenden Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln mit den maßgeblichen Grundfreiheiten des EGV, der Niederlassungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit, erfolgen. Hierzu sollen neben einer Auswertung des bisherigen Rechtsprechungs- und Diskussions-

¹ EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11779.

² BGBl. I 2003, S. 2840; BStBl. I 2004, S. 14.

³ Dass der Gesetzgeber selbst ausdrücklich eine europarechtskonforme Regelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung anstrebt, ergibt sich bereits aus dem Gesetzgebungsverfahren zum Korb II-Gesetz; Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucks. 15/1518, Zu Art. 3 (KStG), Zu Nummer 1 (§ 8a), Allgemeines: „[M]it der Neuregelung wird die Gesellschafter-Fremdfinanzierung nunmehr europarechtskonform ausgestaltet.“

⁴ FG Hamburg Urt. v. 9.3.2007, EFG 2007, S. 787.

⁵ Vgl. Neu, EFG 2007, S. 787 (791).

standes zum Verhältnis der nationalen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln zu den Grundfreiheiten auch Argumentationen und Ansätze einer europarechtskonformen Auslegung nationaler Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln aufgezeigt werden.

II. Gang der Untersuchung

Die Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln haben seit dem Jahr 2004 fortlaufende Änderungen erfahren und werden durch die Unternehmensteuerreform 2008 grundlegend geändert. Im Kapitel B. der Arbeit sollen daher die Grundzüge der Regelung in ihrer jeweiligen Fassung kurz dargestellt werden.

Die Überprüfung von Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln auf Verstöße gegen die Grundfreiheiten des EGV erfordert vorab die Klärung, ob und in welchem Verhältnis maßgebliche Grundfreiheiten bei einer Prüfung zu berücksichtigen sind. Im Kapitel C. sind deshalb die Anwendungsverhältnisse der Niederlassungs-, Kapitalverkehrs- und weiterer Grundfreiheiten im Hinblick auf die zu untersuchenden Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln gegeneinander abzugrenzen. Ausgehend vom Wortlaut der jeweiligen Grundfreiheit werden die jeweiligen Interpretationen der Anwendungsverhältnisse durch den EuGH, die EuGH-Generalanwaltschaft und die Literatur dargestellt und einer kritischen Analyse unterzogen.

Nach der Abgrenzung der Grundfreiheiten untereinander erfolgt in den Kapiteln D. und E. die inhaltliche Untersuchung der Kapitalverkehrs- und der Niederlassungsfreiheit. Die jeweiligen Schutzbereiche, die Beeinträchtigungen sowie die Rechtfertigungsmöglichkeiten der beiden Grundfreiheiten sollen hier erarbeitet werden. Grundfreiheitsspezifische Fragestellungen, etwa die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit auf Drittstaatenangehörige, sollen entwickelt und Lösungsansätze aufgewiesen werden. Allgemeine Auslegungsprobleme, wie etwa die Berücksichtigung von Organschaften bei der Vergleichgruppenbildung, betreffen gleichermaßen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit und werden im Rahmen der zuerst behandelten Kapitalverkehrsfreiheit vorweggenommen.

Bei der Behandlung der Kapitalverkehrsfreiheit im Rahmen des Kapitel D. wird immer wieder der Aspekt des Drittstaats zu berücksichtigen sein. Die Kapitalverkehrsfreiheit ist zudem im Vergleich zu anderen Grundfreiheiten weit weniger durch Rechtsprechung und Literatur konkretisiert. Bei der Auslegung der Kapitalverkehrsfreiheit wird sich immer wieder die Frage einer Anlehnung an Rechtsgedanken, Prinzipien und Argumentationslinien des übrigen Europarechts ergeben.

Die Niederlassungsfreiheit wurde bereits durch die EuGH-Entscheidung in der Rs. "Lankhorst-Hohorst" zur Überprüfung der deutschen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln i.d.F. des StandOG herangezogen und wirft insofern weniger Fragestellungen auf. Die entsprechend kompaktere Darstellung der Niederlassungsfreiheit erfolgt in Kapitel E.

Die in den Kapiteln D. und E. erarbeiteten Grundlagen und Lösungsansätze sollen anschließend im Kapitel F. auf grenzüberschreitende Gesellschafter-Fremdfinanzierungskonstellationen angewendet werden. Es werden jeweils für das Korb II-Gesetz in seiner Modifikation durch das JStG 2007 und die Zinsschranke der Unternehmensteuerreform 2008 sechszwanzig grenzüberschreitende Gesellschafter-Fremdfinanzierungs-Konstellationen untersucht. Anhand dieser Konstellationen sollen Belastungsvergleiche zu rein inländischen Sachverhalten angestellt werden und insbesondere Aussagen zu einer Vereinbarkeit der Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln mit dem Inländergleichbehandlungsgebot des EGV getroffen werden. Im Rahmen dieser Belastungsvergleiche werden zudem die erarbeiteten Lösungsansätze der Präklusion, Substitution und der Verbrauchsmethode auf ihre Effektivität zur Erreichung einer europarechtskonformen Auslegung der Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln untersucht.

Kapitel G enthält eine abschließende zusammenfassende Würdigung vor dem Hintergrund der vom Gesetzgeber angestrebten Vereinbarkeit der nationalen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln mit den Diskriminierungs- und Beschränkungsverboten des EGV.

B. Grundlagen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Steuerrecht

I. Korb II-Gesetz und JStG 2007

1. Grundzüge der Regelung aus den §§ 8a, 8b KStG

Die Vorschrift des § 8a Abs. 1 S. 1 KStG sieht als zentrale Norm der Gesellschafter-Fremdfinanzierung bei Vergütungen, die eine Kapitalgesellschaft für Fremdkapital an einen wesentlich beteiligten Anteilseigner zahlt, die Umqualifizierung von Zinsen in verdeckte Gewinnausschüttungen vor, wenn nicht die Freigrenze von 250.000 € für die entsprechenden Vergütungen,⁶ die Nichtbeanstandungsgrenze bei erfolgsunabhängigen Vergütungen sowie die Möglichkeit zur Führung eines Drittvergleichs bei erfolgsunabhängigen Vergütungen eingreifen.⁷

Die Vorschrift des § 8a KStG erfasst unstreitig alle unbeschränkt oder beschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaften in ihrer Funktion als Darlehensnehmer⁸ sowie doppelansässige Kapitalgesellschaften mit Sitz oder Geschäftsleitung im Inland.⁹ Nach Auffassung der Finanzverwaltung ist § 8a KStG auch insoweit auf im Ausland ansässige Kapitalgesellschaften anzuwenden, als Rechtsfolgen für die im Inland steuerpflichtigen Anteilseigner oder ihnen gleichgestellte Personen¹⁰ gezogen werden können.¹¹ Auf der Seite des Darlehensnehmers sind mit dem In-Kraft-Treten des Korb II-Gesetzes¹² in- und ausländische Anteilseigner und die ihnen gleichgestellten Personen erfasst.¹³

⁶ Bei konzerninternen Finanzierungsvorgängen i.S.d. § 8a Abs. 6 KStG besteht die Freigrenze nicht; Vgl. Dörr/Geibel/Geißelmeier/Gemmel/Krauß/Schreiber, NWB 2004, Beilage 11, S. 1 (21).

⁷ Die Freigrenze gilt für festverzinsliche Vergütungen i.S.v. § 8a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KStG sowie erfolgsabhängige Vergütungen i.S.v. § 8a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KStG; Vgl. Köplin/Koch in: Erle/Sauter, KStG, § 8a KStG, Rn. 100 ff. und Rn. 105 ff.; Neu, EFG 2007, S. 787 (791).

⁸ Vgl. Herzig/Lochmann, StuW 2004, 144 (145).

⁹ Vgl. Prinz/Ley, FR 2003, S. 933 (934); Mensching/Bauer, BB 2003, S. 2429 (2430); Schwedhelm/Olbing/Binnewies, GmbHR 2003, S. 1385 (1389); Dötsch/Pung, DB 2004, S. 91 (93).

¹⁰ Gleichgestellte Personen sind (i) die dem Anteilseigner nahe stehenden Personen i.S.d. § 1 Abs. 2 AStG sowie (ii) darlehensgebende Dritte, die ihrerseits Rückgriff auf den Anteilseigner nehmen können.

¹¹ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 ff., Rn. 27; kritisch: Herzig/Lochmann, StuW 2004, S. 144 (145); siehe auch Kapitel F.

¹² Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz vom 22.12.2003, BStBl. I 2004, S. 14.

¹³ Die Gleichstellung in- und ausländischer Anteilseigner und der ihnen gleichgestellten Personen geht auf die EuGH-Entscheidung in der Rs. „Lankhorst-Hohorst“ vom

Rechtsfolge des § 8a Abs. 1 S. 1 KStG auf Ebene der finanzierten Kapitalgesellschaften ist die Umqualifizierung der geleisteten Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen und eine damit einhergehende außerbilanzielle Gewinnerhöhung;¹⁴ diese erfolgt unabhängig davon, ob die maßgebliche Vergütung an den wesentlich beteiligten Anteilseigner, eine nahe stehende Person oder an einen rückgriffsgesicherten Dritten geleistet wurde.¹⁵ Die verdeckten Gewinnausschüttungen gemäß § 8a KStG unterliegen bei den darlehensnehmenden Kapitalgesellschaften einer definitiven Ertragsteuerbelastung von 25 % Körperschaftsteuer zuzüglich 1,375 % Solidaritätszuschlag sowie Gewerbesteuer,¹⁶ da die verdeckten Gewinnausschüttungen als Gewinn i.S.v. § 7 S. 1 GewStG zu behandeln sind.¹⁷ Hinzu kommen liquiditätsbelastende Einbehaltungs- und Abführungspflichten für die vom Anteilseigner geschuldete Ertragsteuer aus § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG, § 8 Abs. 1 KStG.¹⁸

Auf Ebene des wesentlich beteiligten Anteilseigners führt eine verdeckte Gewinnausschüttung i.S.d. § 8a KStG zu einer Umqualifizierung von Zins-einkünften i.S.v. § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 EStG zu Einkünften aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG,¹⁹ und zwar unabhängig davon, ob die Bereitstellung des Fremdkapitals durch den wesentlich beteiligten

12.12.2002 zurück. In dieser Entscheidung war § 8a KStG in der Fassung des StandOG, der inländische anrechnungsberechtigte Anteilseigner von den Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln ausnahm, wegen Diskriminierung ausländischer Anteilseigner für europarechtswidrig erklärt worden; EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11779. Der deutsche Gesetzgeber hatte sich hierauf entschlossen, die steuerlichen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln auf inländische Anteilseigner und die ihnen gleichgestellten Personen auszuweiten; Köplin/Koch in: Erle/Sauter, KStG, § 8a KStG, Rn. 5.

¹⁴ Vgl. FG Hamburg Urt. v. 9.3.2007, EFG 2007, S. 787 (790); Neu, EFG 2007, S. 787 (792); Neumann/Stimpel, GmbHHR 2004, S. 392 (393).

¹⁵ Vgl. Holzaepfel/Köplin: Erle/Sauter, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, § 8a KStG, Rn. 347.

¹⁶ Vgl. Dörr/Geibel/Geißelmeier/Gemmel/Krauß/Schreiber, NWB 2004, Beilage 11, S. 1 (24).

¹⁷ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, 593 ff., Rn. 9.

¹⁸ Vgl. FG Hamburg Urt. v. 9.3.2007, EFG 2007, S. 787 (790); Neu, EFG 2007, S. 787 (791); BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 ff., Rn. 5.

¹⁹ Vgl. Neumann/Stimpel, GmbHHR 2004, S. 392 (393), Holzaepfel/Köplin in: Erle/Sauter, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, § 8a KStG, Rn. 354.

Anteilseigner, eine nahe stehende Person oder einen rückgriffsberechtigten Dritten erfolgt.²⁰

Weist der wesentlich beteiligte Anteilseigner die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft auf, sind die zu verdeckten Gewinnausschüttungen umqualifizierten Zinsen gemäß § 8b Abs. 1 KStG i.V.m. § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 S. 2 EStG steuerbefreit; die entsprechenden Einnahmen unterliegen jedoch gemäß § 8b Abs. 5 KStG einem Betriebsausgabenabzugsverbot i.H.v. 5 %.²¹ Mit der Einführung eines Korrespondenzprinzips durch das JStG 2007²² wird die Steuerbefreiung gemäß § 8b Abs. 1 S. 2 KStG nur noch für Bezüge gewährt, die das Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert haben.²³

Bei natürlichen Personen als wesentlich beteiligte Anteilseigner sind die verdeckten Gewinnausschüttungen gemäß § 3 Nr. 40a EStG i.V.m. § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 S. 2 EStG zur Hälfte steuerpflichtig. Kosten der Refinanzierung sind beim Anteilseigner gemäß § 3c Abs. 2 EStG nur zur Hälfte als Betriebsausgaben abziehbar.²⁴

2. Gesellschafter-Fremdfinanzierung bei Organschaft

Besteht zwischen finanzierter Kapitalgesellschaft und den wesentlich beteiligten Anteilseignern eine Organschaft i.S.d. §§ 14, 17 KStG, ergeben sich aus der Anwendung der §§ 8a, 8b KStG bei der Organgesellschaft grundsätzlich keine Belastungen. Da die in (verdeckte) Gewinnausschüttungen umqualifizierten Zinsvergütungen gemäß § 8 Abs. 3 KStG das Einkommen der Organgesellschaft nicht mindern dürfen, sind gegebenenfalls als Betriebsausgaben (§ 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG) geltend gemachte Fremdkapitalvergütungen bei der Organgesellschaft wieder durch eine Hinzurechnung gemäß § 8 Abs. 3 KStG zu neutralisieren. Die Organgesell-

²⁰ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, 593 ff., Rn. 4.

²¹ Vgl. Frotscher, DStR 2004, S. 377 (381); Dörr/Geibel/Geißelmeier/Gemmel/Krauß/Schreiber, NWB 2004, Beilage 11, S. 1 (25).

²² BGBl. I 2006, S. 2878 (2891).

²³ Zum europarechtlichen Aspekt des Korrespondenzprinzips in § 8b KStG i.d.F. des JStG 2007 siehe unter Punkt F.II.2.b).

²⁴ Vgl. Dörr/Geibel/Geißelmeier/Gemmel/Krauß/Schreiber, NWB 2004, Beilage 11, S. 1 (25).

schaft hat im Rahmen der Ergebnisabführung Gewinne an den Organträger weiterzuleiten; die durch Umqualifizierung gemäß § 8a KStG anfallenden verdeckten Gewinnausschüttungen werden als vorweggenommene Gewinnabführungen behandelt und sind gleichfalls im Rahmen der Ergebnisabführung an den Organträger abzuführen.²⁵ Bei der Organgesellschaft verbleibt regelmäßig kein steuerbares Einkommen.²⁶

Auf Ebene des Organträgers ist der von der Organgesellschaft für das Gesellschafter-Fremdkapital vereinnahmte Zinsertrag gemäß § 8a Abs. 1 KStG in Kapitaleinkünfte gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 S. 2 EStG umzuqualifizieren. Gemäß R 62 Abs. 2 KStR sind diese umqualifizierten verdeckten Gewinnausschüttungen beim Organträger zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung zu neutralisieren. Die Steuerbefreiungs- und Betriebsausgabenabzugsregeln des § 8b Abs. 1 und Abs. 5 KStG werden auf die umqualifizierten verdeckten Gewinnausschüttungen nicht angewendet.

II. Unternehmensteuerreform 2008

1. Grundzüge der Zinsschranke

a) Konzeption

Die Zinsschranke der Unternehmensteuerreform 2008²⁷ ersetzt den bisherigen § 8a KStG. Die Zinsschrankenregelung ist bereits in Wirtschaftsjahren anzuwenden, die nach dem 25.5.2007 beginnen und im Jahr 2008 enden (§ 52 Abs. 12d EStG 2008, § 34 Abs. 6a KStG 2008).²⁸ Während § 8a KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes lediglich Gesellschafter-Fremdfinanzierungssachverhalte sowie den Gesellschafter-Fremdfinanzierungen gleichgestellte Sachverhalte regelte, erfasst die Zinsschranke grundsätzlich alle betrieblichen Darlehen, unabhängig davon, ob Darlehen aufgrund einer gesellschaftsrechtlichen Veranlassung im weitesten Sinn oder von unabhän-

²⁵ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (597), Rn. 26.

²⁶ Nur ausnahmsweise hat die Organgesellschaft selbst eigenes Einkommen zu versteuern; eine solche Besteuerung durch die Organgesellschaft ergibt sich etwa bei Ausgleichszahlungen an außenstehende Anteilseigner gemäß § 16 KStG; Erle in: Erle/Sauter, KStG, § 16 KStG, Rn. 19.

²⁷ BGBl. I 2007, S. 1912.

²⁸ Vgl. Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (2); Hallerbach, StuB 2007, S. 289 (289); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (528); Töben/Fischer, BB 2007, S. 974 (974); Köhler, DStR 2007, S. (597) 604.

gigen Dritten (etwa Banken) gewährt wurden.²⁹ Die Zinsschrankenregelung ist im Gegensatz zu § 8a KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes nicht als Norm zur Umqualifizierung von Zins- in Dividendeneinkünfte konzipiert, sondern setzt als Betriebsausgabenabzugsverbot für Zinsaufwendungen bei der Gewinnermittlung des Zinsen zahlenden Darlehensnehmers an,³⁰ der hierzu in einem *Betrieb i.S.d. Zinsschrankenregel* zusammenzufassen ist.³¹ Die Gesellschafter-Fremdfinanzierung von Kapitalgesellschaften ist damit gesetzessystematisch zu einem Regelungsaspekt des Zinsschranken- grundtatbestandes (§ 4h KStG 2008, § 8a Abs. 1 KStG 2008) geworden.³²

b) Grundtatbestand

Gemäß § 4h Abs. 1 EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 1 S. 1 KStG 2008 sind Zinsaufwendungen von Kapitalgesellschaften,³³ soweit sie den Saldo von Zinserträgen und Zinsaufwendungen übersteigen (sog. Nettozinsaufwendungen³⁴), grundsätzlich nur bis zur Höhe von 30 % des um die Zinsaufwendungen und um die nach § 6 Abs. 2 S. 1, § 6 Abs. 2a S. 2 und § 7 EStG abgesetzten Beträge erhöhten und um die Zinserträge erniedrigten maßgeblichen Einkommens (steuerliches EBITDA³⁵) als Betriebsausgabe abziehbar.³⁶ Verbleibende Nettozinsaufwendungen i.H.v. 70 % des steuerlichen EBITDA erhöhen als Zinsvortrag im Rahmen der Berechnung der Zinsschranke die Zinsaufwendungen der folgenden Wirtschaftsjahre. Der Zinsvortrag erhöht hierbei nicht das maßgebliche Einkommen, das als Basis zur Berechnung des 30%igen Betriebsausgabenabzugs dient, § 4h Abs. 1 S. 2

²⁹ Vgl. Dörfler/Vogl, BB 2007, S. 1084 (1084); Hallerbach, StuB 2007, S. 289 (289); Töben/Fischer, BB 2007, S. 974 (974); Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (2); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (525).

³⁰ Vgl. Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (2); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (528).

³¹ Der Begriff des Betriebes i.S.d. Zinsschranke wird in der gesetzlichen Regelung nicht definiert. Zum Betriebsbegriff i.S.d. Zinsschranke siehe: Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/4841 v. 27.3.2007, S. 134; Köhler, DStR 2007, S. 597 (597); Hallerbach, StuB 2007, S. 289 (290).

³² Nur auf die schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung des § 8a Abs. 2 und Abs. 3 KStG 2008 abstellend: Führich, IStR 2007, S. 342 (343).

³³ Gemäß § 4h Abs. 3 S. 1 EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 1 KStG 2008 sind generell nur abzugsfähige Zinsen der Ermittlung der Nettozinsaufwendungen zugrunde zu legen. Einzelheiten hierzu: Köhler, DStR 2007, S. 597 (598).

³⁴ Vgl. Töben/Fischer, BB 2007, S. 974 (974).

³⁵ Zur Abgrenzung des steuerlichen EBITDA zum betriebswirtschaftlichen EBITDA siehe: Rödder/Stangl, 2007, S. 479 (480); Kröner/Esterer, DB 2006, S. 2084 (2085).

³⁶ Vgl. Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (2 ff.); Rödder/Stangl, DB 2007, S. 479 (479 ff.); Töben/Fischer, BB 2007, S. 974 (974 ff.); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (528 ff.).

EStG i.V.m. § 8a Abs. 1 KStG.³⁷ Nachfolgend wird ein Überblick über drei gesetzliche Ausnahmen gegeben, die die Anwendung des Grundtatbestandes ausschließen.

c) Freigrenze

Übersteigen die Nettozinsaufwendungen eines Betriebes nicht 1 Mio. €, ist die Zinsschrankenregelung gemäß § 4h Abs. 2 a) EStG 2008 nicht anzuwenden;³⁸ über die Verweisungsnorm des § 8 Abs. 1 KStG gilt diese Freigrenze auch für Kapitalgesellschaften.³⁹

d) Konzernklausel

Bei fehlender oder nur anteilmäßig gegebener *Konzernzugehörigkeit des Betriebs i.S.d. Zinsschranke*⁴⁰ entfällt gemäß § 4h Abs. 2 b) EStG 2008 grundsätzlich die Anwendung der Zinsschranke.⁴¹ Bei Kapitalgesellschaften schließt eine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung i.S.d. § 8a Abs. 2 KStG 2008 die Privilegierung durch die Konzernklausel aus.⁴² Nur wenn der Kapitalgesellschaft der Nachweis gelingt, dass nicht mehr als 10 % der Nettozinsaufwendungen an einen *wesentlich beteiligten Anteilseigner*⁴³, an eine diesem *nahe stehende Person*⁴⁴ oder an *rückgriffsberechtigte Dritte*⁴⁵

³⁷ Unzutreffend nimmt etwa *Hallerbach* an, dass der Zinsvortrag den in Folgejahren abziehbaren Zinsaufwand erhöht; *Hallerbach*, *StuB* 2007, S. 289 (294).

³⁸ Vgl. *Herzig/Liekenbrock*, *DB* 2007, S. 2387 (2388); *Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel*, *BB* 2007, S. 523 (529). *Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel*, *BB* 2007, S. 523 (529). Kritisch zur Ausgestaltung des § 4h Abs. 2 a) EStG 2008 als Freigrenze: *Rödder/Stangl*, *DB* 2007, S. 479 (480); *Hallerbach*, *StuB* 2007, S. 289 (290); *Köhler*, *DStR* 2007, S. 597 (598).

³⁹ Vgl. *Rödder/Stangl*, *DB* 2007, S. 479 (480).

⁴⁰ Für Zwecke der Zinsschranke gilt ein erweiterter Konzernbegriff gemäß § 4h Abs. 3 S. 5 EStG 2008; *Dörfler/Vogl*, *BB* 2007, S. 1084 (1085 ff.); *Hallerbach*, *StuB* 2007, S. 289 (290); *Rödder/Stangl*, *DB* 2007, S. 479 (480); *Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel*, *BB* 2007, S. 523 (529).

⁴¹ Zur tatsächlichen oder potenziellen Konzernzugehörigkeit i.S.v. § 4h Abs. 3 S. 5 EStG 2008 siehe: *Hallerbach*, *StuB* S. 487 (489).

⁴² Vgl. *Rödder/Stangl*, *DB* 2007, S. 479 (481); *Töben/Fischer*, *BB* 2007, S. 974 (976).

⁴³ Eine wesentliche Beteiligung liegt vor, wenn der Anteilseigner mehr als 25 % der Anteile an der finanzierten Kapitalgesellschaft unmittelbar oder mittelbar hält; *Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel*, *BB* 2007, S. 523 (529).

⁴⁴ Für den Begriff der nahe stehenden Person ist durch dynamische Verweisung § 1 Abs. 2 AStG verbindlich.

⁴⁵ Der durch das BMF-Schreiben v. 15.7.2004, *BStBl. I* 2004, S. 593 und BMF-Schreiben v. 22.7.2005, *BStBl. I* 2005, S. 820 im wesentlichen auf sog. back to back – Sachverhalte reduzierte Anwendungsbereich der Tatbestandsalternative „nahe stehende Person“ ist nicht auf die Zinsschranke aus § 8a KStG 2008 übertragbar. Zum weiten Begriff des rückgriffsberechtigten Dritten i.S.d. Zinsschranke siehe: Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/4841 v. 27.3.2007, S. 133; *Töben/Fischer*, *BB* 2007, S. 974 (976); *Rödder/Stangl*, *DB* 2007, S. 479 (481).

gewährt werden, kann die Konzernklausel zugunsten eines unbeschränkten Betriebsausgabenabzugs für Zinsaufwendungen greifen.⁴⁶

e) Escape-Klausel

Bei einer *Konzernzugehörigkeit des Betriebs i.S.d. Zinsschranke* kann die Anwendung der Zinsschranke vermieden werden, wenn der Konzern-Eigenkapitalquotenvergleich i.S.d. § 4h Abs. 2 c) EStG 2008 gelingt;⁴⁷ ist bei Kapitalgesellschaften aufgrund einer schädlichen Konzernfinanzierung gemäß § 8a Abs. 3 KStG 2008 die Escape-Klausel bereits nicht anwendbar, kommt es auf den Eigenkapitalquotenvergleich im Rahmen des § 4h Abs. 2 c) EStG 2008 nicht mehr an.⁴⁸

Eine schädliche Konzernfinanzierung von Kapitalgesellschaften liegt vor, wenn am Konzern i.S.d. Zinsschranke wesentlich beteiligte Gesellschafter, diesen nahe stehende Personen oder rückgriffsberechtigte Dritte Darlehen an eine *beliebige* in- oder ausländische Konzerngesellschaft oder eine dieser nachgeschalteten Mitunternehmenschaft gewähren und die Vergütungen für dieses Darlehen 10 % des Nettozinsaufwands übersteigt. Ein wichtiger Unterschied zur schädlichen Gesellschafter-Fremdfinanzierung i.S.d. § 8a Abs. 2 KStG 2008 besteht darin, dass gemäß § 8a Abs. 3 S. 2 KStG 2008 nur Gesellschafter-Fremdfinanzierungen, die in der Konzernbilanz auszuweisen sind, als schädlich eingestuft werden. Beim Konzernabschluss nach IFRS, der gemäß § 8a Abs. 3 S. 2 KStG 2008 i.V.m. § 4h Abs. 2 S. 1 c) S. 7 EStG 2008 grundsätzlich maßgeblich sein soll, werden gemäß IAS 27.24 Forderungen gegenüber einbezogenen Unternehmen mit den korrespondierenden Schulden verrechnet.⁴⁹ Erfolgt der Konzernabschluss gemäß § 8a Abs. 3 S. 2 KStG 2008 i.V.m. § 4h Abs. 2 S. 1 c) S. 9 EStG 2008 nach Maßgabe des HGB, sind im Rahmen der Schuldenkonsolidierung nach § 303 Abs. 1 HGB Forderungen und Verbindlichkeiten von in den Konzernabschluss einbezogenen Unternehmen gleichfalls nicht einzeln auszuweisen, sondern werden soweit sie sich in gleicher Höhe gegenüberstehen aufgerechnet; Aufrech-

⁴⁶ Vgl. Töben/Fischer, BB 2007, S. 974 (976); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (529).

⁴⁷ Vgl. Töben/Fischer, BB 2007, S. 974 (976).

⁴⁸ Vgl. Köhler, DStR 2007, S. 597 (599); Töben/Fischer, BB 2007, S. 974 (978).

⁴⁹ Vgl. Lüdenbach/Hoffmann, IFRS, § 32, Rn. 100.

nungsunterschiede sind grundsätzlich erfolgswirksam zu erfassen.⁵⁰ Folglich sind konzernintern gewährte Gesellschafter-Fremdfinanzierungen, die der Schuldenkonsolidierung unterliegen, sowohl bei Maßgeblichkeit des IFRS-Konzernabschlusses als auch des HGB-Konzernabschlusses mangels eines Einzelausweises nicht als schädlich i.S.d. Escape-Klausel zu qualifizieren.⁵¹

Liegt keine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung gemäß § 8a Abs. 3 KStG 2008 vor, greift die Zinsschranke gemäß § 4h Abs. 2 c) EStG 2008 nicht, wenn die Eigenkapitalquote des zinszahlenden Betriebs gleich groß oder größer als die Eigenkapitalquote des Konzerns i.S.d. Zinsschranke ist.⁵² Ein Unterschreiten der Konzern-Eigenkapitalquote durch den Betrieb um einen Prozentpunkt ist gemäß § 4h Abs. 2 S. c) S. 2 EStG 2008 unschädlich.

Beim Eigenkapitalquotenvergleich wird die Eigenkapitalquote des Konzerns des letzten Bilanzstichtags mit der des konzernzugehörigen Betriebs abgeglichen. Die Eigenkapitalquote ist das Verhältnis des Eigenkapitals zur Bilanzsumme; Eigenkapital und Bilanzsumme werden jedoch zu Zwecken des Quotenvergleichs modifiziert. Das Eigenkapital des Betriebes erhöht sich um den auf den Betrieb entfallenden Firmenwert und um die Hälfte der Sonderposten mit Rücklagenanteil (§ 273 HGB) und erniedrigt sich um stimmrechtsloses Eigenkapital, Anteile an anderen Konzerngesellschaften und Einlagen der letzten sechs Monate, die in diesem Zeitraum wieder zurückgezogen werden. Die Bilanzsumme kürzt sich um nicht im Konzernabschluss ausgewiesene Forderungen, denen Verbindlichkeiten in mindestens gleicher Höhe gegenüberstehen.⁵³

f) Zinsvortrag

Die laut Zinsschrankenregel nicht abzugsfähigen Zinsaufwendungen werden gemäß § 4h Abs. 1 S. 2 EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 1 KStG 2008 als Zinsvortrag zeitlich unbegrenzt in die Folgejahre vorgetragen. Sie erhöhen zum

⁵⁰ Vgl. Hense/Dreissig in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 303 HGB, Rn. 1.

⁵¹ Vgl. Töben/Fischer, BB 2007, S. 974 (978).

⁵² Vgl. Töben/Fischer, BB 2007, S. 974 (977); Hallerbach, StuB 2007, S. 289 (293); Rödder/Stangl, DB 2007, S. 479 (481); Köhler, DStR 2007, S. 597 (600); Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (9); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (529).

⁵³ Vgl. Töben/Fischer, BB 2007, S. 974 (977); Köhler, DStR 2007, S. 597 (600).

Zweck der Berechnung der Zinsschranke die Zinsaufwendungen, erhöhen jedoch nicht unmittelbar den Gewinn und die Bezugsgröße der 30 %-Regel (§ 4h Abs. 1 S. 3 EStG 2008).⁵⁴

Abbau und Nutzung des Zinsvortrags gestalten sich insbesondere bei Kapitalgesellschaften schwierig:

- Ein Abbau des Zinsvortrags erfolgt nur, wenn der Nettozinsaufwand des Veranlagungszeitraums die 30 %-Größe der Zinsschranke unterschreitet. Dies lässt sich etwa durch eine Darlehensrückführung auf ein nicht mehr der Zinsschranke unterliegendes Maß oder durch eine Ertragssteigerung zur Erhöhung des steuerlichen EBITDA erreichen.⁵⁵ Steuerliche Entlastungen durch Nichtanwendung der Zinsschranke können somit besonders wirtschaftlich erfolgreiche Unternehmen realisieren, während Unternehmen in schwieriger Ertragslage oder bei branchen- und tätigkeitsbedingter hoher Fremdfinanzierungsquote größere Schwierigkeiten haben, die Anwendung der Zinsschranke und die mit ihr einhergehende Liquiditätsbelastung zu vermeiden.⁵⁶
- Die Nutzung des Zinsvortrags in den Folgeperioden ist durch § 4h Abs. 1 S. 3 EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 1 S. 2 KStG 2008, § 8c KStG 2008 stark eingeschränkt. Bei Betriebsaufgabe sowie in Umwandlungsfällen droht gemäß § 4h Abs. 5 S. 1 EStG 2008 der Untergang unverbrauchter Zinsvorträge. Für Kapitalgesellschaften führen durch die Anknüpfung an die Verlustregelung aus § 8c KStG 2008 durch § 8a Abs. 1 S. 2 KStG 2008 bereits unmittelbare und mittelbare Beteiligungswechsel in Höhe von 25 % des gezeichneten Kapitals, der Mitgliedschaftsrechte, Beteiligungsrechte oder der Stimmrechte an Kapitalgesellschaften sowie Kapitalerhöhungen zu einem Verlust von Zinsvorträgen.⁵⁷

⁵⁴ Vgl. Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (530).

⁵⁵ Vgl. Hallerbach, StuB S. 487 (488).

⁵⁶ Vgl. Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (7).

⁵⁷ Zur Kritik an § 8c KStG 2008 als Verlustvorschrift: Lenz/Ribbrock, BB 2007, S. 587 (589); Wiese, DStR 2007, S. 741 (743); Hallerbach, StuB S. 487 (488).

Greift die Zinsschranke in einem einzelnen Veranlagungszeitraum nicht, ist ein bestehender Zinsvortrag in diesem Veranlagungszeitraum zwingend zu verrechnen. Zinsvorträge, die in diesen Veranlagungszeiträumen nicht vollständig aufgebraucht werden können, sind in den folgenden Veranlagungszeiträumen als Verlustvorträge zu berücksichtigen.

2. Gesellschafter-Fremdfinanzierung bei Organschaft

Gemäß § 15 S. 1 Nr. 3 KStG 2008 ist das Abzugsverbot der Zinsschrankenregelung auf der Ebene der Organgesellschaft nicht anzuwenden.⁵⁸ Organträger und alle mit ihm organschaftlich verbundene Gesellschaften bilden einen Betrieb i.S.d. Zinsschranke. Auf Ebene der Organgesellschaft sind somit bei der allgemeinen Gewinnermittlung Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen grundsätzlich voll abzugsfähige Betriebsausgaben i.S.v. § 4 Abs. 4 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG; dem Organträger wird ein entsprechend gemindertes Ergebnis zugerechnet.⁵⁹ Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen, die der Organträger von seinen Organgesellschaften erhält, stellen Betriebseinnahmen i.S.v § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, § 8 Abs. 1 KStG dar;⁶⁰ eine Umqualifizierung von Zinsen in verdeckte Gewinnausschüttungen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG) erfolgt nicht.⁶¹ Auf Ebene des Organträgers kommt die Zinsschrankenregelung vollumfänglich zur Anwendung,⁶² wobei die Freigrenze des § 4h Abs. 2 a) EStG 2008 in Höhe von 1 Mio. Euro unabhängig von der Anzahl der Organgesellschaften dem Organträger nur einmal zur Verfügung steht.⁶³

⁵⁸ Vgl. Herzig/Liekenbrock, DB 2007, S. 2387 (2387 f.).

⁵⁹ R 29 Abs. 1 Pos.-Nr. 16 KStR.

⁶⁰ Siehe auch § 15 S. 1 Nr. 3 S. 2 KStG 2008.

⁶¹ Vgl. Köhler, DStR 2007, S. 597 (597); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (528).

⁶² Vgl. Herzig/Liekenbrock, DB 2007, S. 2387 (2387 f.).

⁶³ Köhler sieht hierin eine nicht sachgerechte Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte, da Organträger mit mehreren Organgesellschaften dieselbe Freigrenze eingeräumt wird wie einem nur aus Organträger und einer Organgesellschaft bestehenden Organschaft: Köhler, DStR 2007, S. 597 (598).

C. Anwendbare Grundfreiheiten zur Beurteilung der steuerlichen Gesellschaftler-Fremdfinanzierungsregeln

I. Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit

1. Einführung

Nachfolgend wird die Anwendbarkeit von Grundfreiheiten auf die steuerlichen Regelungen zur Gesellschaftler-Fremdfinanzierung untersucht. Die jeweils anwendbaren Grundfreiheiten legen mit den ihnen spezifischen Inhalten die Leitlinien einer europarechtskonformen steuerlichen Behandlung der Gesellschaftler-Fremdfinanzierung fest. Ausgehend von der Kapitalverkehrsfreiheit, die sich mit ihrem Drittstaatenbezug und ihrem hohen Liberalisierungsgrad von den anderen Grundfreiheiten abhebt, werden die einzelnen in Betracht kommenden Anwendungsbereiche der Grundfreiheiten gegeneinander abgegrenzt.

Die Kapitalverkehrsfreiheit ist gemeinsam mit der Zahlungsverkehrsfreiheit eine der wesentlichen Grundfreiheiten des EGV zur Verwirklichung des in Art. 14 EGV beschriebenen Binnenmarktes.⁶⁴ Sie hat den Schutz des grenzüberschreitenden Kapitaltransfers zum Gegenstand. Der Kapitalverkehrsfreiheit kommt damit für die Allokation von Kapital zur Unternehmensfinanzierung im Europäischen Binnenmarkt sowie im Verhältnis zu Drittstaaten grundlegende Bedeutung zu.⁶⁵ In der Fassung des Vertrages von Nizza⁶⁶ stehen die Kapital- und die Zahlungsverkehrsfreiheit am Ende des Titel III über die Freizügigkeit und den freien Dienstleistungs- und Kapitalverkehr und konstituieren damit gemeinsam die fünfte Grundfreiheit des EGV. In Art. 3 Abs. 1 c) EGV ist der freie Kapitalverkehr als Mittel zur Verwirklichung des Binnenmarktes den anderen Grundfreiheiten gleichgestellt.⁶⁷ Die einheitliche Grundfreiheit des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs wird von EuGH und Literatur in die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 Abs. 1 EGV) und die Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 56 Abs. 2 EGV) unterschieden, da sich deren

⁶⁴ Vgl. Oppermann, Europarecht, § 23, S. 487, Rn. 3.

⁶⁵ Vgl. Schwenke, IStR 2006, S. 748 (748); Ress/Ukrow in: Grabitz/Hilf, vor Art. 56 EGV, Rn.1 ff; Böhmer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 56 EGV, Rn. 4; Schönfeld, Hinzurechnung, S. 42.

⁶⁶ ABLEG 2001 C 80, S. 1 ff.

⁶⁷ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1027, Rn. 2728.

Inhalte und Einschränkungsmöglichkeiten im Einzelnen, je nachdem ob der Kapital- oder der Zahlungsverkehr betroffen ist, stark unterscheiden.⁶⁸

Der Kapitalverkehr wurde mit der Kapitalverkehrsrichtlinie 88/361/EWG⁶⁹ auf den seit 1.7.1990 geltenden Stand liberalisiert.⁷⁰ In Art. 1 Abs. 1 der Kapitalverkehrsrichtlinie wurden die EU-Mitgliedstaaten darauf verpflichtet, alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zu beseitigen.⁷¹ Den Bestimmungen aus der Kapitalverkehrsrichtlinie sowie dem Art. 56 Abs. 1 EGV kommt seither unmittelbare Wirkung für die Teilnehmer des Wirtschaftsverkehrs zu.⁷² Im Gegensatz zu allen anderen Grundfreiheiten des EGV umfasst Art. 56 Abs. 1 EGV auch den Schutz des freien Kapitalverkehrs in Bezug auf Staaten, die keine EU-Mitgliedstaaten sind (erga-omnes-Prinzip).⁷³

2. Abgrenzung der Kapitalverkehrsfreiheit zu anderen Grundfreiheiten

a) Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit

aa) Grundsätzliches

Bei einer Untersuchung der steuerlichen Vorschriften zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung gemäß § 8a KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes⁷⁴ kommt einer Abgrenzung zwischen Kapitalverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit nur eine untergeordnete Bedeutung zu, da sich bei dieser Norm kaum Überschneidungspunkte zwischen der Kapitalverkehrsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit ergeben konnten. Mit einer Regelung im Sinne der Zins-schranke,⁷⁵ die auch Fremdfinanzierungen durch unabhängige Dritte und

⁶⁸ Die Zahlungsverkehrsfreiheit unterliegt etwa anders als die Kapitalverkehrsfreiheit nicht der Einschränkung durch Art. 57 EGV.

⁶⁹ Kapitalverkehrsrichtlinie RL 88/361/EWG zur Durchführung von Art. 67 der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA), ABl. EG 1988, Nr. L 178/5.

⁷⁰ Soweit Kessler/Eicker/Obser von einer vollständigen Liberalisierung des Kapitalverkehrs sprechen, trifft dies allenfalls isoliert für den Grundtatbestand des Art. 56 Abs. 1 EGV zu; aufgrund der in den Art. 56 bis 60 EGV vorgesehenen Einschränkungsmöglichkeiten kann nicht von einer vollständigen, sondern nur von einer graduellen Liberalisierung des Kapitalverkehrs gesprochen werden; Kessler/Eicker/Obser, IStR 2004, S. 325.

⁷¹ EuGH Urt. v. 6.6.2000, C-35/98, Rs. „Verkooijen“, Slg. 2000, I-4071 (4093), Rn. 33.

⁷² EuGH Urt. v. 23.2.1995, C-358/93 u. C-416/93, Rs. „Bordessa“, Slg. 1995, I-361 (387), Rn. 33; EuGH Urt. v. 14.12.1995, C-163/94, C-164/95 u. C-250/94, Rs. „Sanz de Lera“, Slg. 1995, I-4821 (4837), Rn. 41.

⁷³ Vgl. Smit, EC Tax Review 2006/4, page 203 (203); Schnitger, IStR 2005, S. 493 (493); Schwenke, IStR 2006, S. 748 (751).

⁷⁴ BGBl. I 2003, S. 2840 (2841).

⁷⁵ BGBl. I 2007, S. 1912.

Banken⁷⁶ erfasst, wird der Abgrenzung der Kapitalverkehrsfreiheit zur Dienstleistungsfreiheit jedoch wieder vermehrt Bedeutung zukommen. Berührungspunkte können sich dann etwa für die Darlehensvergabe durch Banken ergeben, die sowohl Kapitalverkehr als auch eine typische Bankdienstleistung darstellt und somit die Kapitalverkehrsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit betreffen kann. Gleiches gilt für Kapitaltransfers im Rahmen der Tätigkeit von Versicherungsunternehmen.⁷⁷ Die Gesellschafter-Fremdfinanzierung erfolgt demgegenüber regelmäßig durch Unternehmen, die nicht dem Kreditwesengesetz oder dem Versicherungsvertragsgesetz unterliegen. Sofern Banken sowie Versicherungen selbst als Gesellschafter-Fremdkapitalgeber auftreten, kann dies die Dienstleistungsfreiheit betreffen, falls die Gesellschafter-Fremdfinanzierung noch als typische Bank- bzw. Versicherungsdienstleistung zu qualifizieren ist.⁷⁸ Mit der Neuregelung der Abziehbarkeit von Fremdkapitalvergütungen durch die Zinsschranke der Unternehmensteuerreform 2008 ist zu beachten,⁷⁹ dass auch diese Darlehensvergütungen an gesellschaftsrechtlich nicht mit der finanzierten Gesellschaft verbundene Banken ein Betriebsausgabenabzugsverbot bei der finanzierten Gesellschaft gemäß § 4h Abs. 1 S. 1 EStG 2008, § 8a Abs. 1 S. 1 KStG 2008 zur Folge haben können. Eine Überschneidung zwischen Kapitalverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit ist weiterhin auch in den Fällen denkbar, in denen die Tätigkeit einer Finanzierungsholdinggesellschaft i.S.d. § 8a Abs. 4 KStG ausschließlich in der Vergabe und Abwicklung von Gesellschafter-Darlehen besteht, ohne dass diese Gesellschaften dem Kreditwesen- oder Versicherungsvertragsgesetz unterliegen; auf diesen Aspekt wird unter Punkt C.I.a)dd) näher eingegangen. Weiterhin können Banken auch bei einem Fremdvergleichsnachweis gemäß § 8a Abs. 1 Nr. 1 S. 1 KStG tätig werden;

⁷⁶ Hiermit sind Darlehen von Dritten und Banken gemeint, die bisher nicht als nahe stehende oder rückgriffsgesicherte Personengruppen vom Anwendungsbereich des § 8a KStG erfasst sind, jedoch im Rahmen der Zinsschranke ein Betriebsausgabenabzugsverbot auslösen würden. Siehe hierzu auch: Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (1); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (528); Rödder/Stangl, DB 2007, S. 479 (479).

⁷⁷ Bei der Tätigkeit von Versicherungen ist wie bei den Bankentätigkeiten eine Abgrenzung zwischen Dienstleistung- und Kapitalverkehrsfreiheit erforderlich, da die Versicherungstätigkeiten in Form von Kapitaltransfers und typischen Versicherungsdienstleistungen bestehen können; vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1046, R. 2777.

⁷⁸ Keine banküblichen Geschäfte liegen etwa vor, wenn Mittel an ein Kreditinstitut mit einer Zulassung gemäß § 32 Kreditwesengesetz zur weiter geleiteten Finanzierung von Untergesellschaften in konzernabhängigen Unternehmen gewährt werden; BMF-Schreiben v. 15.12.1994, BStBl. I 1995, S. 25 (34), Rn. 70.

⁷⁹ BGBl. I 2007, S. 1912.

dieser Umstand allein eröffnet jedoch nicht den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit für die unmittelbar an der Gesellschafter-Fremdfinanzierung Beteiligten.

bb) Abgrenzung in EU-Binnensachverhalten

Die zur Abgrenzung grenzüberschreitender Finanzierungssachverhalte zwischen EU-Mitgliedstaaten ergangene EuGH-Rechtsprechung ist uneinheitlich. Sie weist die gesamte Bandbreite möglicher Lösungen einer Abgrenzung zwischen Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit auf. In einigen Entscheidungen hat der EuGH die vorrangige Anwendbarkeit einer der beiden Grundfreiheiten angenommen.⁸⁰ Zum Teil geht er von einer kumulativen Anwendbarkeit einer der beiden Grundfreiheiten aus.⁸¹

Mit Art. 50 Abs. 1 EGV bietet sich die Herleitung einer Abgrenzungsregel aus dem Vertragstext an. Die dort gegebene Definition beschränkt den Dienstleistungsbegriff auf "[...] Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen [...]". Mithin könnte die Dienstleistungsfreiheit in Abgrenzung zur Kapitalverkehrsfreiheit als nachrangig angesehen werden.⁸² Der EuGH lehnt die Herleitung eines solchen Rangverhältnisses aus Art. 50 Abs. 1 EGV jedoch ab; die Definition stelle lediglich sicher, dass keine wirtschaftliche Tätigkeit aus dem Geltungsbereich der Grundfreiheiten herausfalle.⁸³

⁸⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 14.10.2004, C-71/02, Rs. „Karner“, Slg. 2004, I-3025 (3069), Rn. 47; EuGH Urt. v. 25.3.2004, C-36/02, Rs. „Omega“, Slg. 2004, I-9609 (9651), Rn. 27.; EuGH Urt. v. 26.5.2005, C-20/03, Rs. „Burmanjer“, Slg. 2005, I-4133 (4164), Rn. 35; EuGH Urt. v. 16.3.1999, C-222/97, Rs. „Trummer und Mayer“, Slg. 1999, I-1661 (1678), Rn. 23; EuGH Urt. v. 24.3.1994, C-275/92, Rs. „Schindler“, Slg. 1994, I-1039 (1088), Rn. 22; EuGH Urt. v. 28.1.1992, C-204/90, Rs. „Bachmann“, Slg. 1992, I-249 (285), Rn. 34.

⁸¹ Vgl. EuGH Urt. v. 22.1.2002, C-390/99, Rs. „Canal Satélite Digital“ Slg. 2002, I-607 (653), Rn. 31; EuGH Urt. v. 7.2.2002, C-279/00, Rs. „Kommission/Italien“, Slg. 2002, I-1425 (1436), Rn. 28; EuGH Urt. v. 28.4.1998, C-118/96, Rs. „Safir“, Slg. 1998, I-1897 (1929), Rn. 34; EuGH Urt. v. 9.7.1997, C-222/95, Rs. „Parodi“, Slg. 1997, I-3899 (3915), Rn. 10; EuGH Urt. v. 14.11.1995, C-484/93, Rs. Svenson und Gustavson“, Slg. 1995, I-3955 (3975), Rn. 8 und Rn. 11; EuGH Urt. v. 21.9.1988, C-267/86, Rs. „Van Eycke/ASPAs“, Slg. 1988, I-4769 (4793), Rn. 22 und Rn. 24.

⁸² Vgl. Kluth in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 50 EGV, Rn. 16.

⁸³ Vgl. EuGH Urt. v. 3.10.2006, C-452/04, Rs. „Fidium Finanz AG“, IStR 2006, S. 754, Rn. 32.

cc) Abgrenzung in Drittstaatensachverhalten

Die Dienstleistungsfreiheit ist auf den Schutz grenzüberschreitender Sachverhalte zwischen EU-Mitgliedstaaten beschränkt.⁸⁴ Die Kapitalverkehrsfreiheit gilt darüber hinaus auch für den Kapitalverkehr mit Drittstaaten.⁸⁵ Insofern dürfte sich bei Drittstaatensachverhalten aufgrund der fehlenden Überschneidung im räumlichen Anwendungsbereich der beiden Grundfreiheiten bereits keine Anwendungskonkurrenz ergeben. Gleichwohl hat der EuGH im Jahr 2006 mit der Rs. "Fidium Finanz AG"⁸⁶ in einem Drittstaatensachverhalt die Betroffenheit beider Grundfreiheiten bejaht.⁸⁷ Bei der Abgrenzung wurde die Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber der Dienstleistungsfreiheit als nachrangig betroffene Grundfreiheit nicht mehr berücksichtigt.⁸⁸ Die Nachrangigkeit der Kapitalverkehrsfreiheit soll sich ergeben, wenn die Beeinträchtigung des Kapitalverkehrs *zwangsläufige* Folge einer Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit ist.⁸⁹ Die Abgrenzung wird allein auf Ebene der sachlichen Anwendungsvoraussetzungen vorgenommen; die bei der Dienstleistungsfreiheit nicht vorliegende räumliche Anwendungsvoraussetzung bleibt hierbei unberücksichtigt. Im Falle, dass der Schutz der vorrangigen Grundfreiheit nicht greift, lässt der EuGH die nachrangige Grundfreiheit nicht mehr im Sinne eines "Wiederauflebens" zur Anwendung kommen.⁹⁰ Entsprechend wurde in der Fidium Finanz AG – Entscheidung nach Ablehnung der vorrangigen Dienstleistungsfreiheit wegen fehlender Anwendbarkeit in Drittstaatensachverhalten nicht wieder auf die räumlich anwendbare, aber als nachrangig qualifizierte Kapitalverkehrsfreiheit zurückgegriffen.

⁸⁴ Vgl. Tiedje/Troberg in: Groeben/Schwarze, EGV, Art. 49, Rn. 12; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 915, Rn. 2442.

⁸⁵ Vgl. Schwenke, IStR 2006, S. 748 (751); Follak in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, F. II, Rn. 3; Kiemel in: Groeben/Schwarze, EGV, Art. 56, Rn. 23 ff; Glaesner in: Schwarze, EU, Art. 56, EGV, Rn. 18.

⁸⁶ Die Fidium Finanz AG ist eine in der Schweiz ansässige Finanzdienstleistungsgesellschaft, die Klein- und Konsumentenkredite an Kunden in EU-Mitgliedstaaten vergibt. Sie unterliegt nach schweizerischem Recht mit ihrer Tätigkeit keiner bankenrechtlichen Aufsicht. Nach deutschem Kreditwesengesetz müsste die Fidium Finanz AG für ihre Tätigkeit in Deutschland eine feste Niederlassung begründen. Der EuGH sah keinen Verstoß gegen die in Drittstaatensachverhalten geltende Kapitalverkehrsfreiheit gegeben; ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit wurde wegen fehlender räumlicher Anwendung auf Drittstaatensachverhalte abgelehnt.

⁸⁷ EuGH Urt. v. 3.10.2006, C-452/04, Rs. „Fidium Finanz AG“, IStR 2006, S. 754, Rn. 43.

⁸⁸ EuGH Urt. v. 3.10.2006, C-452/04, Rs. „Fidium Finanz AG“, IStR 2006, S. 754, Rn. 34 und Rn. 48.

⁸⁹ EuGH Urt. v. 3.10.2006, C-452/04, Rs. „Fidium Finanz AG“, IStR 2006, S. 754, Rn. 48; kritisch: Sedemund, BB 2006, S. 2781 (2784).

⁹⁰ Vgl. Dölker/Ribbrock, BB 2007, S. 1928 (1929).

dd) Abgrenzung bei Finanzierungsholdinggesellschaften

Die Darlehensvergabe durch Banken im Sinne des Kreditwesengesetzes an Dritte wird vornehmlich durch die Dienstleistungsfreiheit des EGV geschützt.⁹¹ Die Darlehensvergabe im Rahmen einer Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch Finanzierungsholdinggesellschaften im Sinne von § 8a Abs. 4 KStG oder reine Konzernfinanzierungsgesellschaften mit nur einer wesentlichen Beteiligung kann zumindest als bankenähnliche Tätigkeit im Sinne des Kreditwesengesetzes qualifiziert werden, so dass sich insofern für diese Tätigkeit Abgrenzungsbedarf zur Dienstleistungsfreiheit ergeben könnte. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 7 Kreditwesengesetz gelten jedoch Unternehmen, die Bankgeschäfte ausschließlich mit Mutter-, Tochter- oder Schwesterunternehmen betreiben, nicht als Kreditinstitute. Finanzierungsholdinggesellschaften und reine Konzernfinanzierungsgesellschaften in ihrer Funktion als Gesellschafter-Fremdkapitalgeber sind damit keine Banken im Sinne des Kreditwesengesetzes. Bei der Bankdefinition nach dem Kreditwesengesetz handelt es sich zwar um eine nationale Definition; der EGV hält aber selbst keine Definition einer Bank oder einer Bankentätigkeit bereit. Mit Art. 51 Abs. 2 EGV knüpft der EGV vielmehr an die in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten bestehenden Definitionen von Banken und Versicherungen an, so dass dem Ausschluss der Gesellschafter-Fremdkapitalgeber durch § 2 Abs. 1 Nr. 7 Kreditwesengesetz auch für die Auslegung der Dienstleistungsfreiheit des EGV Relevanz zukommt. Bestätigt wird dies durch die Entscheidung in der Rs. "Fidium Finanz AG", die die Bankdefinition des Kreditwesengesetzes bei der Auslegung der Dienstleistungsfreiheit von in Drittstaaten ansässigen darlehensgewährenden Unternehmen zugrunde gelegt hat.⁹² Dies legt den Schluss nahe, dass die Darlehensvergabe durch Finanzierungsholdinggesellschaften oder reine Konzernfinanzierungsgesellschaften eher dem Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit als dem der Dienstleistungsfreiheit unterliegt.

⁹¹ Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1048, Rn. 2782; EuGH Urt. v. 14.11.1995, C-484/93, Rs. Svenson und Gustavson“, Slg. 1995, I-3955 (3975), Rn. 11.

⁹² Vgl. EuGH Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, Rs. „Cadbury Schweppes“, DStR 2006, S. 441, Rn. 33; EuGH Urt. v. 3.10.2006, C-452/04, Rs. „Fidium Finanz AG“, IStR 2006, S. 754, Rn. 39 u. Rn. 40: Bejahung einer gewerbsmäßigen Kreditvergabe i.S.d. KWG, obwohl die Fidium Finanz AG „kein Kreditinstitut im Sinne des Gemeinschaftsrechts“ ist.

Die Darlehensvergabe und Abwicklung der Unternehmensfinanzierung für Konzerngesellschaften durch Finanzierungsholdinggesellschaften oder durch reine Konzernfinanzierungsgesellschaften mit nur einer wesentlichen Beteiligung könnte auch unabhängig von der Qualifizierung als Bankentätigkeit eine Dienstleistung im Sinne des nicht abschließenden Katalogs des Art. 50 EGV sein. Dem steht jedoch die Rechtsprechung des EuGH entgegen, in der die Darlehensgewährung immer nur unter dem Aspekt der Dienstleistungsfreiheit erörtert wird, wenn ein Zusammenhang mit Banken oder Versicherungen vorliegt.⁹³ In Anlehnung an die Formulierung aus Art. 51 Abs. 2 EGV ist davon auszugehen, dass bei einer fehlenden Verbindung des Kapitalverkehrs zu einer Banken- oder Versicherungsdienstleistung allein die Kapitalverkehrsfreiheit zur Anwendung kommen soll.⁹⁴ Im Sinne der Definition des Art. 50 Abs. 1 EGV dürfte die Tätigkeit im Rahmen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung mithin den Vorschriften über die Niederlassungs- oder Kapitalverkehrsfreiheit unterliegen, so dass *insoweit* keine Dienstleistung im Sinne der Dienstleistungsfreiheit des EGV vorliegt.

b) Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit

aa) Grundsätzliches

Die Anwendungsbereiche der Niederlassungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit überschneiden sich.⁹⁵ Solche Überschneidungen der Anwendungsbereiche ergeben sich bei jedem zwischen zwei EU-Mitgliedstaaten erfolgenden, grenzüberschreitenden Niederlassungsvorgang, da hierzu immer Zahlungen und Finanzierungsgeschäfte über die EU-Binnengrenze hinweg erforderlich sind.⁹⁶ Die Einrichtung einer Hauptniederlassung in einem anderen EU-

⁹³ Vgl. EuGH Urt. v. 3.10.2006, C-452/04, Rs. „Fidium Finanz AG“, IStR 2006, S. 754, Rn. 51; EuGH Urt. v. 28.4.1998, C-118/96, Rs. „Safir“, Slg. 1998, I-1897; EuGH Urt. v. 14.11.1995, C-484/93, Rs. Svenson und Gustavson“, Slg. 1995, I-3955 (3975), Rn. 8 und Rn. 11; EuGH Urt. v. 28.11.1992, Rs. „Bachmann“, C-204/90, Slg. 1992, I-249 (284), Rn. 31.

⁹⁴ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 956, Rn. 2544 und 2545.

⁹⁵ Dies wird etwa bereits an den wechselseitigen Vorbehalten in Art. 43 Abs. 2 und Art. 58 Abs. 2 EGV deutlich: vgl. Lausterer, IStR 2003, S. 19 (20 f.); Sedemund, BB 2006, S. 2781 (2782).

⁹⁶ Vgl. SA des Generalanwalts Alber v. 14.10.1999 in der Rs. „Baars“, C-251/98, Slg. 2000, I-2787 (2792), Rn. 13; Dölker/Ribbrock, BB 2007, S. 1928 (1928); Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1040, Rn. 2758.

Mitgliedstaat in Ausübung der primären Niederlassungsfreiheit⁹⁷ erfordert Kapitalinvestitionen in Höhe des gesellschaftsrechtlich vorgeschriebenen Stamm- bzw. Grundkapitals, wenn die Hauptniederlassung in einer Kapitalrechtsform erfolgen soll.⁹⁸ Die zu Gründungszwecken erstmalig erfolgende Bereitstellung der sonstigen Produktionsfaktoren in Form von Arbeit und Boden im anderen EU-Mitgliedstaat fällt dagegen nicht zwingend in den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit.⁹⁹ Werden in Ausübung der sekundären Niederlassungsfreiheit rechtlich eigenständige Tochterunternehmen gegründet, ergeben sich auch hier zumindest unter dem Aspekt der Mindesteigenkapitalausstattung Überschneidungen zur Kapitalverkehrsfreiheit. Die Beteiligung an bestehenden Unternehmen in einem anderen EU-Mitgliedstaat durch Anteilskauf zur Begründung von Tochterunternehmen kann einerseits in Ausübung der sekundären Niederlassungsfreiheit erfolgen.¹⁰⁰ Sie stellt jedoch zugleich auch ausdrücklich einen Fall des Kapitalverkehrs im Sinne des Anhangs der Kapitalverkehrsrichtlinie dar,¹⁰¹ dem vom EuGH für die Auslegung des Kapitalverkehrsbegriffs eine maßgebliche Bedeutung für die Auslegung des Kapitalverkehrsbegriffs zugemessen wird.¹⁰² Erfolgt die Ausübung der sekundären Niederlassungsfreiheit durch Begründung einer unselbstständigen Betriebsstätte in dem anderen EU-Mitgliedstaat,¹⁰³ eröffnet sich aufgrund der erforderlichen Dotation der Betriebs-

⁹⁷ Die primäre Niederlassungsfreiheit erfasst die Übersiedelung einer Hauptniederlassung von einem EU-Mitgliedstaat in einen anderen EU-Mitgliedstaat; Roth in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, E. I, Rn. 36; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 726, Rn. 1933.

⁹⁸ Vgl. Von Wilmsowsky in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 12 I 1, S. 343, Rn. 2.

⁹⁹ Wird bei Begründung einer Hauptniederlassung der Weg der Anmietung oder Leasing von Betriebs- oder Verwaltungsgebäuden sowie von Produktionsmitteln gewählt, ist zweifelhaft, ob durch die damit verbundenen Zahlungsströme bereits der Begriff des Kapitalverkehrs im Sinne des Art. 56 Abs. 1 EGV erfüllt ist. Die Zahlung solcher laufenden Ausgaben für zeitlich begrenzte Nutzungsmöglichkeiten fällt jedoch in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit. Wird der Austauschvorgang als solches behindert, verdrängt die Dienstleistungsfreiheit in diesen Fällen auch die der Kapitalverkehrsfreiheit ähnliche Zahlungsverkehrsfreiheit aus Art. 56 Abs. 2 EGV; im Fall von Störungen des Gegenseitigkeitsverhältnisses tritt die Zahlungsverkehrsfreiheit gegenüber den spezielleren Freiheiten zurück.

¹⁰⁰ Vgl. SA des Generalanwalts Alber v. 14.10.1999 in der Rs. „Baars“, C-251/98, Slg. 2000, I-2789 (2792), Rn.32 f.

¹⁰¹ Vgl. Kapitalverkehrsrichtlinie RL 88/361/EWG zur Durchführung von Art. 67 der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA), Anhang I Rubrik I, ABl 1988 Nr. L 178/5.

¹⁰² Vgl. SA des Generalanwalts Alber v. 14.10.1999 in der Rs. „Baars“, C-251/98, Slg. 2000, I-2789 (2800), Rn. 49.

¹⁰³ Zum diskriminierungsfreien Wahlrecht zwischen Betriebsstätte und Tochtergesellschaft im Rahmen der sekundären Niederlassungsfreiheit siehe: EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-

stätte mit ausreichenden Finanzmitteln die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit.

Die Gewährung von Darlehen unterliegt der Kapitalverkehrsfreiheit und wird ausdrücklich im Anhang der Kapitalverkehrsrichtlinie aufgeführt.¹⁰⁴ Die Gründung einer Niederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat und deren erstmalige¹⁰⁵ finanzielle Ausstattung durch Eigenkapital sowie gegebenenfalls Fremdkapital und Gesellschafter-Fremdkapital erfolgen regelmäßig in einem engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang. Die Notwendigkeit, eine neu gegründete Niederlassung finanziell auszustatten, führt zwangsläufig zu einer grenzüberschreitenden Kapitalbewegung;¹⁰⁶ umgekehrt erfolgt die grenzüberschreitende Neugründung von Niederlassungen nach der grundsätzlichen Entscheidung, grenzüberschreitend Kapital in anderen Staaten zu investieren.

bb) Schrankenverweis des Art. 58 Abs. 2 EGV

Eine erste Verweisungsnorm im Verhältnis zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit findet sich in Art. 58 Abs. 2 EGV. Die Beschränkungsmöglichkeiten für die Niederlassungsfreiheit werden nach dieser Norm durch die Kapitalverkehrsfreiheit nicht berührt. Der Verweis in Art. 58 Abs. 2 EGV betrifft damit jedoch nicht den inhaltlichen Schutzzumfang der Kapitalverkehrsfreiheit, sondern lediglich die Rechtfertigungsebene und wird daher später an entsprechender Stelle behandelt.¹⁰⁷

253/03, Rs. „CLT-UFA“, Slg. 2006, I-1863 (1868), Rn. 17; EuGH Urt. v. 21.9.1999, C-307/97, Rs. „St. Gobain“, Slg. 1999, I- 6161 (6198), Rn. 44.

¹⁰⁴ Vgl. Ehlers/von Wilmsowky, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 12 I 1, S. 344, Rn. 2.; Kapitalverkehrsrichtlinie RL 88/361/EWG zur Durchführung von Art. 67 der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA), ABl. EG 1988, Nr. L 178/5 Kapitalverkehrsrichtlinie 88/361, Anhang I, Rubriken VII und VIII, ABl 1988, Nr. L 178/5.

¹⁰⁵ Zum Problem der Folgefinanzierung siehe auch C.I.2.b)hh).

¹⁰⁶ Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 35.

¹⁰⁷ Siehe hierzu unter D.IV.

cc) Vorbehaltsklausel des Art. 43 Abs. 2 EGV

Für die im Schutzbereich der Niederlassungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit bestehenden Überschneidungen ist Art. 43 Abs. 2 EGV maßgeblich.¹⁰⁸ Dieser Artikelabsatz sieht bei der Definition des Anwendungsbereichs der Niederlassungsfreiheit einen Vorbehalt hinsichtlich des Kapitalverkehrs vor.¹⁰⁹

Die Bedeutung der Vorbehaltsklausel aus Art. 43 Abs. 2 EGV ist umstritten. Teilweise wird sie in dem Sinn ausgelegt, dass der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit gegenüber der Niederlassungsfreiheit ein Anwendungsvorrang zukommt.¹¹⁰ Investitionen und Kapitaltransfers, die zur Gründung einer Niederlassung erforderlich sind, wären hiernach nicht den Art. 43, 48 EGV, sondern Art. 56 Abs. 1 EGV zuzuordnen.¹¹¹ Die Vorbehaltsklausel kann aber auch dahingehend verstanden werden, dass Kapitalbewegungen im Zusammenhang mit Niederlassungsvorgängen nicht ausschließlich durch die Art. 43, 48 EGV geschützt werden. Beeinträchtigende Maßnahmen müssen kumulativ auch den Anforderungen des Art. 56 EGV genügen.¹¹²

dd) Abgrenzungsansatz des EuGH

(1) EuGH-Rs. "Lankhorst-Hohorst"

Aus der im Jahr 2002 entschiedenen Rs. "Lankhorst-Hohorst",¹¹³ die zu § 8a KStG in der Fassung des StandOG¹¹⁴ ergangen war, lassen sich keine Rückschlüsse auf mögliche Abgrenzungsansätze des EuGH ziehen. Die Vorlagefrage war hinsichtlich der möglicherweise betroffenen Grundfreiheiten auf

¹⁰⁸ Vgl. SA der Generalanwältin Kokott v. 14.7.2005 in der Rs. „Bouanich“, C-265/04, Slg. 2006, I-925 (942), Rn. 71; SA des Generalanwalts Alber v. 14.10.1999 in der Rs. „Baars“, C-251/98, Slg. 2000, I-2787 (2792), Rn.13.

¹⁰⁹ Art. 43 Abs. 2 EGV: „Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine Angehörigen.“

¹¹⁰ Vgl. Roth in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, E. I, Rn. 47; Geiger, EUV/EGV, Art. 43, Rn. 1.

¹¹¹ Vgl. Tiedje/Troberg in: Groeben/Schwarze, EGV, Art. 43, Rn. 20; Roth in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, E. I, Rn. 47; Geiger, EUV/EGV, Art. 43, Rn. 1; Weber, EuZW 1992, S. 561 (564); Eckhoff in: Bleckmann, Europarecht, § 21 Rn. 1726.

¹¹² Vgl. SA der Generalanwältin Kokott v. 14.7.2005 in der Rs. „Bouanich“, C-265/04, Slg. 2006, I-925 (942), Rn. 71; Honrath, Kapitalverkehrsfreiheit, 1998, S. 109 f.; Müller, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 193; Schön, GS für Knobbe-Keuk, S. 743 (749 f.). Im Ergebnis gleiche Ansicht Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 700, Rn. 1860.

¹¹³ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11779.

¹¹⁴ BGBl. I 1993, S. 1569 (1576).

die Niederlassungsfreiheit beschränkt;¹¹⁵ und der EuGH hatte nach der Bejahung eines Verstoßes gegen eine Grundfreiheit mangels einer Entscheidungserheblichkeit keinen Anlass, auf weitere Grundfreiheiten einzugehen.

(2) EuGH-Rs. "Konle"

Die Rs. "Konle"¹¹⁶ betraf den Erwerb eines Grundstücks zur Aufnahme einer kaufmännischen Tätigkeit durch einen Ausländer. Für ausländische Erwerber bestand ein behördlicher Genehmigungsvorbehalt, der eine Voraussetzung für die Eintragung des Erwerbs im Grundbuch war. Inländische Grundstückserwerber waren von diesem Genehmigungsvorbehalt befreit. Der EuGH stellte fest, dass die Regelung sowohl die Niederlassungs- als auch die Kapitalverkehrsfreiheit berühre. Das Recht, in einem anderen EU-Mitgliedstaat Grundstücke zu erwerben, sei eine notwendige Ergänzung der Niederlassungsfreiheit. Aus dem Anhang I der Kapitalverkehrsrichtlinie RL 88/361/EWG ergebe sich, dass die Kapitalverkehrsfreiheit Geschäfte auch erfasse, die Gebietsfremde in Form von Immobilieninvestitionen vornähmen.¹¹⁷ Da der EuGH sich in seiner anschließenden Urteilsbegründung auf die Feststellung eines Verstoßes gegen die Kapitalverkehrsfreiheit beschränkte, kann geschlossen werden, dass der EuGH bei einer Überschneidung der Anwendungsbereiche zumindest von einer Gleichrangigkeit der beiden Grundfreiheiten ausgeht. Da die alternative Feststellung eines Verstoßes gegen die Niederlassungs- oder die Kapitalverkehrsfreiheit für die Bejahung eines Verstoßes ausreichend ist, muss die zu prüfende Regelung zumindest den kumulativen Anforderungen der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit genügen, um europarechtskonform zu sein.¹¹⁸

Dass der EuGH von einem weitergehenden Vorrang der Kapitalverkehrsfreiheit vor der Niederlassungsfreiheit ausgeht, kann zwar aus dem Urteil in der Rs. "Konle" nicht zweifelsfrei hergeleitet werden; der EuGH nimmt aus Gründen der Effektivität keine weitergehenden Erwägungen zur Betroffen-

¹¹⁵ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11779 (11810), Rn. 25.

¹¹⁶ EuGH Urt. v. 1.6.1999, C-302/97, Rs. „Konle“, Slg. 1999, I-3122 ff.

¹¹⁷ Vgl. EuGH Urt. v. 1.6.1999, C-302/97, Rs. „Konle“, Slg. 1999, I-3122 (3131), Rn. 22; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1031, Rn. 2734.

¹¹⁸ Vgl. Spengel/Golücke, RIW 2003, S. S. 333 (339); Lausterer, IStR 2003, S. 19 (20 f).

heit anderer Grundfreiheiten vor, wenn er den Verstoß gegen eine Grundfreiheit bejaht hat.¹¹⁹ In Anlehnung an die Rs. "Konle" und die Vorrangklausel des Art. 43 Abs. 2 EGV wird jedoch ein solcher Vorrang der Kapitalverkehrsfreiheit von der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur vertreten.¹²⁰

(3) EuGH-Rs. "Goldene Aktien"

In den Vertragsverletzungsverfahren gegen verschiedene EU-Mitgliedstaaten ("Goldene Aktien I bis VI"¹²¹) widersprach der EuGH nicht der von den Beteiligten angenommenen parallelen Betroffenheit der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit. Wie in der Rs. "Konle"¹²² ging der EuGH nach der Feststellung eines Verstoßes gegen die Kapitalverkehrsfreiheit jedoch nicht mehr auf die Niederlassungsfreiheit ein, da diese sich mit den Ausführungen zur Kapitalverkehrsfreiheit erübrigt hätten.¹²³ In der am 23.10.2007 ergangenen Entscheidung zum VW-Gesetz ("Goldene Aktien VII"¹²⁴) nahm der EuGH gleichfalls eine parallele Anwendbarkeit der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit an,¹²⁵ und folgte damit dem Antrag der Kommission, die bei Kontrollmehrheiten über Unternehmen die Kapitalverkehrsfreiheit für anwendbar hält.¹²⁶ Eine ausdrückliche Stellungnahme des EuGH zur Bedeutung der Vorbehaltsklausel aus Art. 43 Abs. 2 EGV ist bisher nicht erfolgt.¹²⁷ Aufgrund der Rechtsprechung in Sachen "Goldene Aktien" muss jedoch da-

¹¹⁹ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1041, Rn. 2761; Wellige, EuZW 2003, S. 427 (432).

¹²⁰ Vgl. Kiemle in: Groeben/Schwarze, EGV, Art. 56, Rn. 20; Eckhoff in: Bleckmann, Europarecht, § 21, Rn. 1726; Weber, EuZW 1992, S. 561 (564).

¹²¹ EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-367/98, Rs. „Goldene Aktien I (Kommission/Portugal)“, Slg. 2002, I-4731; EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-483/99, Rs. „Goldene Aktien II (Kommission/Frankreich)“, Slg. 2002, I-4781; EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-503/99, Rs. „Goldene Aktien III (Kommission/Belgien)“, Slg. 2002, I-4833; EuGH Urt. v. 13.5.2003, C-463/00, Rs. „Goldene Aktien IV (Kommission/Spanien)“, Slg. 2003, I-4581; EuGH Urt. v. 13.5.2003, C-98/01, Rs. „Goldene Aktien V (Kommission/Vereinigtes Königreich)“, Slg. 2003, I-4641; EuGH Urt. v. 2.6.2005, C-174/04, Rs. „Goldene Aktien VI (Kommission/Italien)“, Slg. 2005, I-4949 (4979), Rn. 20.

¹²² EuGH Urt. v. 1.6.1999, C-302/97, Rs. „Konle“, Slg. 1999, I-3122 (3138), Rn. 55;

¹²³ EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-367/98, Rs. „Goldene Aktien I (Kommission/Portugal)“, Slg. 2002, I-4731 (4777, Rn. 56); EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-483/99, Rs. „Goldene Aktien II (Kommission/Frankreich)“, Slg. 2002, I-4781 (4806, Rn. 56).

¹²⁴ EuGH Urt. v. 23.10.2007, C-112/05, Rs. „Goldene Aktien VII (Kommission/Deutschland)“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>.

¹²⁵ EuGH Urt. v. 23.10.2007, C-112/05, Rs. „Goldene Aktien VII (Kommission/Deutschland)“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 14 bis Rn. 17.

¹²⁶ EuGH Urt. v. 23.10.2007, C-112/05, Rs. „Goldene Aktien VII (Kommission/Deutschland)“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 15.

¹²⁷ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1040, Rn. 2760.

von ausgegangen werden, dass der EuGH die Vorbehaltsklausel des Art. 43 Abs. 2 EGV dahingehend auslegt, dass sich bei einer Betroffenheit der Niederlassungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit eine kumulative Anwendbarkeit beider Grundfreiheiten eröffnet.

(4) EuGH-Rs. "Cadbury Schweppes"

In der EuGH-Rs. "Cadbury Schweppes"¹²⁸ kam eine Anwendung der Niederlassungs-, der Kapitalverkehrs- und der Dienstleistungsfreiheit in Betracht. Der EuGH hat bei einer Abgrenzung der drei Grundfreiheiten in dieser Rechtssache der Niederlassungsfreiheit einen Vorrang eingeräumt.¹²⁹ Der Sachverhalt betraf die britische Hinzurechnungsbesteuerung im Zusammenhang mit niedrig besteuerten ausländischen Tochtergesellschaften. Bei im Vereinigten Königreich ansässigen Muttergesellschaften erfolgt eine Hinzurechnung niedrig besteuerten Gewinne ausländischer Tochtergesellschaften, während eine solche Hinzurechnung in reinen Inlandssachverhalten unterbleibt.¹³⁰ Verfahrensgegenständlich war eine in einem EU-Mitgliedstaat ansässige niedrig besteuerte Tochtergesellschaft, die Kapital ansammelte und dieses im Wege eines up-stream-loan ihrer im Vereinigten Königreich ansässigen Muttergesellschaft zur Verfügung stellte.¹³¹ Eine eventuell vorliegende Beschränkung der Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit sei eine unvermeidliche Konsequenz einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und rechtfertige keine eigenständige Prüfung der nachrangigen Grundfreiheiten.¹³²

(5) EuGH-Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation"

Mit der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation"¹³³ vom 13.3.2007, die die britischen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregelungen

¹²⁸ EuGH Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, Rs. „Cadbury Schweppes“, DStR 2006, S. 441.

¹²⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, Rs. „Cadbury Schweppes“, DStR 2006, S. 441, Rn. 33.

¹³⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, Rs. „Cadbury Schweppes“, DStR 2006, S. 441, Rn. 3 ff.

¹³¹ Vgl. EuGH Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, Rs. „Cadbury Schweppes“, DStR 2006, S. 441, Rn. 15.

¹³² Vgl. EuGH Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, Rs. „Cadbury Schweppes“, DStR 2006, S. 441, Rn. 33.

¹³³ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249.

zum Gegenstand hatte, bestätigte der EuGH den in der Rs. "Cadbury Schweppes" vertretenen Abgrenzungsansatz für Mutter-Tochter-Beteiligungen ab einer Beteiligungshöhe von 75 %.¹³⁴ Beschränkungen des freien Kapital- und Dienstleistungsverkehrs seien eine unvermeidliche Konsequenz einer eventuellen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und rechtfertigten keine Prüfung auf einen Verstoß gegen Art. 56 und Art. 49 EGV.

In den beiden ersten Entscheidungen zu den Goldenen Aktien hatte der EuGH noch argumentiert, dass etwaige Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit die unmittelbare Folge der Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit darstellten und damit einen Vorrang der Kapitalverkehrsfreiheit angenommen.¹³⁵ Insofern ist ein diametraler Umschwung in der Begründung des Anwendungsverhältnisses durch den EuGH feststellbar.¹³⁶ In der Entscheidung in der Rs. "Cadbury Schweppes" sowie der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation" ging der EuGH auf die Norm des Art. 43 Abs. 2 EGV nicht ein. Ungeklärt bleibt hiermit, wie trotz des ausdrücklichen Vorbehalts zugunsten der Kapitalverkehrsfreiheit in Art. 43 Abs. 2 EGV¹³⁷ die Niederlassungsfreiheit vorrangig zur Anwendung gelangt.¹³⁸ Andererseits folgt der EuGH in der Rs. "Cadbury Schweppes" nicht der Argumentation der Generalanwaltschaft,¹³⁹ dass bereits aufgrund der im konkreten *Sachverhalt* vorliegenden Mehrheitsbeteiligung im Verhältnis der Mutter- zur Tochtergesellschaft die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit ausgeschlossen sein soll.¹⁴⁰ Auch in der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation", die *Regelungen* zum Gegenstand hatte, die Mindestbeteiligungen von 75 % voraussetzte, stellte der EuGH klar, dass diese steuerlichen Gesellschafter-

¹³⁴ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 34 und Rn. 28.

¹³⁵ Vgl. EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-367/98, Rs. „Goldene Aktien I (Kommission/Portugal)“, Slg. 2002, I-4731 (4777, Rn. 56); EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-367/98, Rs. „Goldene Aktien II (Kommission/Frankreich)“, Slg. 2002, I-4781 (4806, Rn. 56); Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1043, Rn. 2766.

¹³⁶ Vgl. Dölker/Ribbrock, BB 2007, S. 1928 (1929).

¹³⁷ Siehe hierzu die Ausführungen unter C.I.2.b)cc).

¹³⁸ Zweifel an der Vereinbarkeit dieser EuGH-Rechtsprechung mit dem Wortlaut des EGV: Köhler/Tippelhofer, IStR 2007, S. 645 (647).

¹³⁹ Vgl. SA des Generalanwalts Léger v. 2.5.2006 in der Rs. „Cadbury Schweppes“, C-196/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 32.

¹⁴⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, Rs. „Cadbury Schweppes“, DStR 2006, S. 441, Rn. 33.

Fremdfinanzierungsregeln neben der Niederlassungsfreiheit auch die Kapitalverkehrsfreiheit berühren.¹⁴¹

Die in der Rs. "Cadbury Schweppes", der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation" sowie der Rs. "Stahlwerk Ergste Westig"¹⁴² vom EuGH gegebene Begründung des Vorrangs einer Grundfreiheit aufgrund einer zwangsläufigen Beeinträchtigung der anderen Grundfreiheit ist meines Erachtens insbesondere bei der steuerlichen Behandlung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch § 8a KStG ambivalent. Denn mit guten Gründen kann auch argumentiert werden, dass eine steuerliche Diskriminierung oder Beschränkung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung zwangsläufig dazu führt, dass die inländische Niederlassung wegen ihrer Wettbewerbsnachteile zu rein inländischen Sachverhalten aufgegeben werden muss.¹⁴³ Damit hat die Beeinträchtigung des freien Kapitalverkehrs eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit zur Folge. Die Begründung des EuGH ist insofern beliebig umkehrbar und stellt keine überzeugende Herleitung eines Vorrangs der Niederlassungsfreiheit dar.¹⁴⁴ Die Umkehrbarkeit spricht vielmehr dafür, dass sich Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit gegenseitig bedingen. Es liegt meines Erachtens daher näher, ein Gleichrang- und kein Vorrangverhältnis zwischen den beiden Grundfreiheiten anzunehmen.

Sowohl in der Rs. "Cadbury Schweppes" als auch in der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation" stellt der EuGH bei der Abgrenzung zwischen dem Anwendungsbereich der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit, in Anlehnung an die im Jahr 2006 ergangene Rs. "Fidium Finanz AG"¹⁴⁵ darauf ab, ob die jeweils streitgegenständliche steuerliche *Regelung* an der Niederlassungs- oder der Kapitalverkehrsfreiheit zu messen ist.¹⁴⁶ Mit

¹⁴¹ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 32 und Rn. 33.

¹⁴² Vgl. EuGH Beschluss v. 6.11.2007, C-415/06, Rs. „Stahlwerk Ergste Westig“, GmbHR 2008, S. 154 (155), Rn. 16.

¹⁴³ Vgl. *Kellersmann/Treisch*, die bei Besteuerungsnormen grundsätzlich nur von einer mittelbaren Betroffenheit von Grundfreiheiten ausgehen; Kellersmann/Treisch, *Europäische Unternehmensbesteuerung*, S. 191.

¹⁴⁴ Gleiche Ansicht: Schönfeld, DB 2007, S. 80 (81).

¹⁴⁵ Vgl. EuGH Urt. v. 3.10.2006, C-452/04, Rs. „Fidium Finanz AG“, IStR 2006, S. 754.

¹⁴⁶ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 33; EuGH Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, Rs. „Cadbury Schweppes“, DStR 2006, S. 441, Rn. 32.

den zu Drittstaatensachverhalten ergangenen Rs. "Lasertec"¹⁴⁷ und Rs. "Holböck"¹⁴⁸ aus dem Jahr 2007 hat der EuGH diese normenbezogene Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit ausdrücklich bestätigt und konkretisiert.¹⁴⁹

Die Niederlassungsfreiheit ist hiernach anzuwenden, wenn die fragliche Besteuerungsnorm auf der Tatbestandseite Mindestbeteiligungen voraussetzt, die einen *bestimmenden Einfluss* des Gesellschafters auf die Unternehmensentscheidung vermitteln würden. Besteuerungsnormen, die keine solche Mindestbeteiligung voraussetzen, unterliegen sowohl der Niederlassungs- als auch der Kapitalverkehrsfreiheit.¹⁵⁰ Die Frage, ob § 8a KStG i.d.F. des JStG 2007¹⁵¹ und die Zinsschranke der Unternehmensteuerreform 2008¹⁵² im Sinne dieses Abgrenzungsansatzes nach der Niederlassungs- oder der Kapitalverkehrsfreiheit zu beurteilen ist, wird im nächsten Abschnitt untersucht.

ee) Abgrenzung nach dem *bestimmenden Einfluss*

(1) Kumulative oder verdrängende Wirkung

Zur Abgrenzung im Zusammenhang zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit bei Unternehmensbeteiligungen hat der EuGH in seinen Entscheidungen in der Rs. "Baars"¹⁵³, "Goldene Aktien"¹⁵⁴, "X und Y"¹⁵⁵,

¹⁴⁷ Vgl. EuGH Beschluss v. 10.5.2007, C-492/04, Rs. „Lasertec“, IStR 2007, S. 439.

¹⁴⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 24.5.2007, C-157/05, Rs. „Holböck“, IStR 2007, S. 441.

¹⁴⁹ Vgl. auch *Schönfeld*, der auf Grundlage der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“ und Rs. „Cadbury Schweppes“ noch eine normgegenstandsbezogene Abgrenzung vorgeschlagen hatte. Besteuerungsnormen, die vornehmlich Finanzierungsvorgänge zum Gegenstand haben, sollten hiernach der Kapitalverkehrsfreiheit, Besteuerungsnormen, die vornehmlich Niederlassungsvorgänge zum Gegenstand haben, nach der Niederlassungsfreiheit zu beurteilen sein. Ungeachtet der sich mit dieser Abgrenzung eröffnenden Interpretationsmöglichkeiten, hätte diese sachgegenstandsbezogene Sichtweise im Fall der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, die primär Kapitalströme zum Regelungsgegenstand hat, für die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit gesprochen. Zur sachgegenstandsbezogenen Sichtweise im Einzelnen: Schönfeld, DB 2007, S. 80 (81).

¹⁵⁰ Vgl. EuGH Beschluss v. 10.5.2007, C-492/04, Rs. „Lasertec“, IStR 2007, S. 439, Rn. 19; EuGH Urt. v. 24.5.2007, C-157/05, Rs. „Holböck“, IStR 2007, S. 441, Rn. 22; FG Münster Urt. v. 9.11.2007, EFG 2008, S. 406 (408); Köhler/Tippelhofer, IStR 2007, S. 645 (648).

¹⁵¹ BGBl. I 2006, S. 2878.

¹⁵² BGBl. I 2007, S. 1912.

¹⁵³ Vgl. EuGH Urt. v. 13.4.2000, Rs. „Baars“, C-251/98, Slg. 2000, I-2805.

¹⁵⁴ Vgl. EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-367/98, Rs. „Goldene Aktien I (Kommission/Portugal)“, Slg. 2002, I-4731; EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-483/99, Rs. „Goldene Aktien II (Kommission/Frankreich)“, Slg. 2002, I-4781; EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-503/99, Rs. „Goldene Aktien III (Kommission/Belgien)“, Slg. 2002, I-4833; EuGH Urt. v. 13.5.2003, C-463/00, Rs. „Goldene Aktien IV (Kommission/Spainien)“, Slg. 2003, I-4581; EuGH Urt. v.

"Bouanich"¹⁵⁶, "Keller Holding"¹⁵⁷, "Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation"¹⁵⁸ sowie "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation"¹⁵⁹ auch auf das Kriterium der Einflussnahme durch Beteiligung (*bestimmender Einfluss*) abgestellt. Dem europarechtlichen Kriterium des *bestimmenden Einflusses* kommt hinsichtlich einer Überprüfung der steuerlichen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln insofern Bedeutung zu, als § 8a Abs. 1 KStG einen wesentlich Beteiligten oder einen Anteilseigner mit beherrschendem Einfluss auf die Kapitalgesellschaft (§ 8a Abs. 3 S. 3 KStG) voraussetzt. Eine Beteiligung ist gemäß § 8a Abs. 3 S. 1 KStG wesentlich, wenn der Anteilseigner unmittelbar oder mittelbar zu mehr als einem Viertel am Grund- oder Stammkapital der finanzierten Kapitalgesellschaft beteiligt ist, wobei die Verteilung der Stimmrechte nicht maßgeblich ist.¹⁶⁰ Liegt keine wesentliche Beteiligung vor, kann der Anteilseigner allein (§ 8a Abs. 3 S. 3 Alternative 1 KStG) oder zusammen mit anderen Anteilseignern (§ 8a Abs. 3 S. 3 Alternative 2 KStG) einen beherrschenden Einfluss auf die Kapitalgesellschaft ausüben.¹⁶¹

Mit der Rs. "Baars" des Jahres 2000 erfolgte eine Stellungnahme des EuGH zum Anwendungsverhältnis der Niederlassungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit bei höheren Beteiligungsquoten.¹⁶² Ein Angehöriger eines EU-Mitgliedstaates, der durch das Ausmaß seiner unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einer Gesellschaft in einem anderen EU-Mitgliedstaat *bestimmenden Einfluss* erhält, soll von seiner Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen; wird er ohne *bestimmenden Einfluss* tätig, handelt er im Rahmen der

13.5.2003, C-98/01, Rs. „Goldene Aktien V (Kommission/Vereinigtes Königreich)“, Slg. 2003, I-4641; EuGH Urt. v. 2.6.2005, C-174/04, Rs. „Goldene Aktien VI (Kommission/Italien)“, Slg. 2005, I-4949 (4979), Rn. 20; EuGH Urt. v. 23.10.2007, C-112/05, Rs. „Goldene Aktien VII (Kommission/Deutschland)“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>.

¹⁵⁵ Vgl. EuGH Urt. v. 21.11.2002, C-436/00, Rs. „X und Y II“, 2002, I-10847 (10861), Rn. 37.

¹⁵⁶ Vgl. SA der Generalanwältin Kokott v. 19.1.2006 in der Rs. „Bouanich“, C-265/04, Slg. 2006, I-923 (943), Rn. 72.

¹⁵⁷ Vgl. EuGH Urt. v. 23.2.2006, Rs. „Keller Holding“, C-471/04, Slg. 2006, I-2111.

¹⁵⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2006, C-374/04, Rs. „Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 39.

¹⁵⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 28.

¹⁶⁰ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.12.1994, BStBl. I 1995, S. 25 (26), Rn. 10, berichtigt S. 176; Gosch, in: Gosch, KStG, § 8a KStG, Rn. 108.

¹⁶¹ Vgl. Köplin/Koch in: Erle/Sauter, KStG, 8a KStG, Rn. 452 ff.

¹⁶² Vgl. EuGH Urt. v. 13.4.2000, Rs. „Baars“, C-251/98, Slg. 2000, I-2805.

Kapitalverkehrsfreiheit.¹⁶³ Schnitger¹⁶⁴, Freitag¹⁶⁵ und Ohler¹⁶⁶ hatten die Abgrenzung nach dem *bestimmenden Einfluss* noch so verstehen können, dass dieser die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit zugunsten der Niederlassungsfreiheit ausschließe.¹⁶⁷

Diese Sicht muss jedoch aufgrund der seither ergangenen Rechtsprechung des EuGH zu den so genannten "Goldenen Aktien I bis VII", "X und Y" sowie "Cadbury Schweppes" als überholt angesehen werden. Die Rechtsprechung zu den "Goldenen Aktien" wurde am 4.6.2002 mit der Rs. "Kommission/Portugal" eröffnet. Eine Bestimmung, die die Beteiligung ausländischen Kapitals an privatisierten portugiesischen Gesellschaften, insbesondere Versicherungen und Banken, je nach den Umständen auf 40 % der Beteiligung beschränkt, verstößt gegen die Kapitalverkehrsfreiheit.¹⁶⁸ Mit der Entscheidung wird dem ausländischen Investor somit auch die Möglichkeit gegeben, sich jenseits einer 40%igen Beteiligungshöhe und damit auch in beherrschender Weise an Unternehmen zu beteiligen.¹⁶⁹ Die Beteiligungsmöglichkeit in Höhe von 40 % bis 100 % wird bereits durch die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit garantiert,¹⁷⁰ ohne dass es auf die Niederlassungsfreiheit

¹⁶³ Vgl. EuGH Urt. v. 21.11.2002, C-436/00, X und Y, FR 2003, S. 84 (90), Rn. 68; EuGH Urt. v. 13.4.2000, Rs. „Baars“, C-251/98, Slg. 2000, I-2805 (2814), Rn. 20; Geiger, EUV/EGV, Art. 56 EGV, Rn. 4.

¹⁶⁴ Vgl. Schnitger, IStR 2002, S. 711 (712).

¹⁶⁵ Vgl. Freitag, EWS 1997, 186 (190 f.).

¹⁶⁶ Vgl. Ohler, WM 1996, 1801 (1802 f.); anders inzwischen Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 56 Rn. 114-117.

¹⁶⁷ Da die Gesellschafter-Fremdfinanzierung eine wesentliche Beteiligung voraussetzt, würde nach den Ansichten von *Schnitger*, *Freitag* und *Ohler* die Kapitalverkehrsfreiheit im Rahmen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung nur für den Teilbereich der wesentlichen Beteiligung bis zur Beteiligung mit bestimmendem Einfluss Anwendung finden können. Diese Einschränkung des Anwendungsbereichs würde jedoch nur für EU-weite Sachverhalte gelten. Bei Sachverhalten mit Drittstaatenbezug ergibt sich dagegen bereits keine Anwendungskonkurrenz, da die Niederlassungsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten keine Anwendung findet. Im Verhältnis zu Drittstaaten wäre daher auch unter Zugrundelegung der Ansicht von *Schnitger*, *Freitag* und *Ohler* die Kapitalverkehrsfreiheit unabhängig vom Vorliegen eines *bestimmenden Einflusses* bei jeder Beteiligungshöhe anwendbar.

¹⁶⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-367/98, Rs. „Kommission/Portugal (Goldene Aktie I)“, Slg. 2002, I-4756 (4776), Rn. 53; SA des Generalanwalts Ruiz-Jarabo v. 3.7.2001 in der Rs. „Kommission/Portugal (Goldene Aktie I)“, C-367/98, Slg. 2002, I-4733 (4736), Rn. 4.

¹⁶⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-367/98, Rs. „Kommission/Portugal (Goldene Aktie I)“, Slg. 2002, I-4756 (4776), Rn. 42; SA des Generalanwalts Ruiz-Jarabo v. 3.7.2001 in der Rs. „Kommission/Portugal (Goldene Aktie I)“, C-367/98, Slg. 2002, I-4733 (4736), Rn. 4.

¹⁷⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-367/98, Rs. „Kommission/Portugal (Goldene Aktie I)“, Slg. 2002, I-4756 (4776), Rn. 42; SA des Generalanwalts Ruiz-Jarabo v. 3.7.2001 in der

ankommt.¹⁷¹ Der EuGH hat in der Rs. "Kommission/Portugal" (Goldene Aktie I) nach der Bejahung eines Verstoßes gegen die Kapitalverkehrsfreiheit folglich auf die Prüfung der Niederlassungsfreiheit verzichtet.¹⁷²

In der Rs. "Kommission/Frankreich" (Goldene Aktie II)¹⁷³ wurde eine Beschränkung der Beteiligungshöhe auf 1/3 an bestimmten Kapitalgesellschaften¹⁷⁴ durch ein französisches Dekret als nicht mit der Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar angesehen.¹⁷⁵ Mit der durch Ministererlaubnis auszusetzenden Beschränkung der Beteiligungshöhe sollte nach dem Vorbringen der französischen Regierung "das Entscheidungszentrum dieser Gesellschaften in Frankreich [ver-]bleiben".¹⁷⁶ Mithin war Gegenstand der Rechtssache auch die Beteiligungsmöglichkeit, die einem Investor einen *bestimmenden Einfluss* auf die jeweilige Kapitalgesellschaft verschafft. Der EuGH hat sich auch in dieser Rs. auf die Feststellung eines Verstoßes gegen die Kapitalverkehrsfreiheit beschränkt.¹⁷⁷ Dies kann nur dahingehend gedeutet werden, dass die Kapitalverkehrsfreiheit auch im Bereich von Beteiligungshöhen, die einen bestimmenden oder beherrschenden Einfluss vermitteln, anwendbar ist.

In der Rs. "Kommission/Belgien" (Goldene Aktie III) hat der EuGH im Ergebnis einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit sowie gegen die Niederlassungsfreiheit abgelehnt.¹⁷⁸ Die Entscheidung bestätigt jedoch die parallele Anwendbarkeit der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit im Bereich der Unternehmensbeteiligungen, die einen *bestimmenden Einfluss*

Rs. „Kommission/Portugal (Goldene Aktie I)“, C-367/98, Slg. 2002, I-4733 (4736), Rn. 4.

¹⁷¹ Vgl. EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-367/98, Rs. „Kommission/Portugal (Goldene Aktie I)“, Slg. 2002, I-4756 (4776), Rn. 56.

¹⁷² Vgl. EuGH Urt. v. 4.6.2002, Rs. „Kommission/Portugal (Goldene Aktie I)“, C-367/98, Slg. 2002, I-4756 (4776), Rn. 56.

¹⁷³ Vgl. EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-367/98, Rs. „Kommission/Frankreich (Goldene Aktie II)“, Slg. 2002, I-4785.

¹⁷⁴ Dies sind etwa Elf-Aquitaine Production, Elf-Antar France, Elf-Gabon und Elf Congo.

¹⁷⁵ EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-483/99, Rs. „Kommission/Frankreich (Goldene Aktie II)“, Slg. 2002, I-4785 (4806), Rn. 54.

¹⁷⁶ Vgl. EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-483/99, Rs. „Kommission/Frankreich (Goldene Aktie II)“, Slg. 2002, I-4785 (4799), Rn. 28.

¹⁷⁷ Vgl. EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-483/99, Rs. „Kommission/Frankreich (Goldene Aktie II)“, Slg. 2002, I-4785 (4806), Rn. 54 und Rn. 56.

¹⁷⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-483/99, Rs. „Kommission/Belgien (Goldene Aktie III)“, C-483/99, Slg. 2002, I-4809 (4836), Rn. 59; zu den Einzelheiten, die zu dieser abweichenden Entscheidung geführt haben siehe insbesondere: Oechsler, NZG 2007, S. 161 (163).

vermitteln. Die belgische Regelung räumte aufgrund einer Sonderaktie das Recht ein, getroffene Verwaltungsentscheidungen, die den energiepolitischen Leitlinien Belgiens zuwiderlaufen würden, außer Kraft zu setzen.¹⁷⁹ Der EuGH sah jeweils die Anwendungsbereiche der Kapitalverkehrsfreiheit¹⁸⁰ und der Niederlassungsfreiheit¹⁸¹ eröffnet, lehnte aber aufgrund von Rechtfertigungsgründen jeweils für die Niederlassungsfreiheit und für die Kapitalverkehrsfreiheit einen Verstoß ab.

In der das VW-Gesetz betreffenden EuGH-Entscheidung vom 23.10.2007 ("Goldene Aktien VII"¹⁸²) zog der EuGH zur Überprüfung von Normen, die u.a. einen *bestimmenden Einfluss auf die Unternehmensführung* betreffen¹⁸³ gleichfalls die Kapitalverkehrsfreiheit heran,¹⁸⁴ und bejahte einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit.¹⁸⁵ Auf die gleichfalls betroffene Niederlassungsfreiheit brauchte der EuGH nicht mehr einzugehen.¹⁸⁶

In der Rs. "X und Y" hatte der EuGH für die Fälle einer Beteiligung, die einen *bestimmenden Einfluss* vermittelt, einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit bejaht und eine Prüfung der Kapitalverkehrsfreiheit nur noch für die Fallgruppen erforderlich gehalten, in denen die Niederlassungsfreiheit wegen einer zu geringen Beteiligungshöhe nicht anwendbar war.¹⁸⁷ Folglich ging er in den Fällen einer Beteiligung, die einen *bestimmenden Einfluss* vermittelt, von einer kumulativen Anwendung der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit aus.

¹⁷⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-483/99, Rs. „Kommission/Belgien (Goldene Aktie III)“, Slg. 2002, I-4809 (4831), Rn. 39.

¹⁸⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-483/99, Rs. „Kommission/Belgien (Goldene Aktie III)“, Slg. 2002, I-4809 (4831), Rn. 40.

¹⁸¹ Vgl. EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-483/99, Rs. „Kommission/Belgien (Goldene Aktie III)“, Slg. 2002, I-4809 (4836), Rn. 59.

¹⁸² EuGH Urt. v. 23.10.2007, C-112/05, Rs. „Goldene Aktien VII (Kommission/Deutschland)“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>.

¹⁸³ EuGH Urt. v. 23.10.2007, C-112/05, Rs. „Goldene Aktien VII (Kommission/Deutschland)“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 14.

¹⁸⁴ EuGH Urt. v. 23.10.2007, C-112/05, Rs. „Goldene Aktien VII (Kommission/Deutschland)“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 14 bis Rn. 17.

¹⁸⁵ EuGH Urt. v. 23.10.2007, C-112/05, Rs. „Goldene Aktien VII (Kommission/Deutschland)“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 56.

¹⁸⁶ EuGH Urt. v. 23.10.2007, C-112/05, Rs. „Goldene Aktien VII (Kommission/Deutschland)“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 14 bis 16.

¹⁸⁷ Vgl. EuGH Urt. v. 21.11.2002, C-436/00, Rs. „X und Y“, Slg. 2002, I-10847 (10870), Rn. 68.

Mit der in 2006 entschiedenen Rs. "Keller Holding"¹⁸⁸ sowie der 2007 entschiedenen Rs. "Rewe Zentralfinanz"¹⁸⁹ wurde dem EuGH die Frage eines Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit und gegen die Kapitalverkehrsfreiheit im Fall einer zu 100 % beteiligten Muttergesellschaft vorgelegt. Der EuGH nahm in beiden Rechtssachen einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit an und verzichtete unter Hinweis auf diesen Verstoß auf die Prüfung der Kapitalverkehrsfreiheit.¹⁹⁰

Auch in der am 12.9.2006 ergangenen Entscheidung in der Rs. "Cadbury Schweppes" folgte der EuGH nicht der Argumentation des Generalanwalts Léger,¹⁹¹ dass bereits aufgrund der Mehrheitsbeteiligung im Verhältnis der Mutter- zur Tochtergesellschaft die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit ausgeschlossen sei.¹⁹² Mithin ist davon auszugehen, dass der EuGH der Kapitalverkehrsfreiheit auch bei höheren Beteiligungsquoten, die einen *bestimmenden Einfluss* vermitteln, eine Geltungswirkung beimisst.¹⁹³

Das vom EuGH benutzte Abgrenzungskriterium der Beteiligungshöhe ist somit dahingehend zu verstehen, dass bei einer Beteiligung ohne *bestimmenden Einfluss* allein die Kapitalverkehrsfreiheit anwendbar ist, und sich bei einem *bestimmenden Einfluss* zusätzlich der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit als eine der Kapitalverkehrsfreiheit gleichwertige Grundfreiheit eröffnet. Bei einem *bestimmenden Einfluss* verdrängt die Niederlassungsfreiheit hiernach nicht die Kapitalverkehrsfreiheit, sondern tritt kumulativ neben sie.¹⁹⁴ Dieses Verständnis vom Anwendungsbereich der beiden

¹⁸⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-471/04, Rs. „Keller Holding“, Slg. 2006, I- 2111, (2115), Rn. 13.

¹⁸⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 29.3.2007, C-347/04, Rs. „Rewe Zentralfinanz“, RIW 2007, S. 390, Rn. 23 und Rn. 71.

¹⁹⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 29.3.2007, C-347/04, Rs. „Rewe Zentralfinanz“, RIW 2007, S. 390, Rn. 71; EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-471/04, Rs. „Keller Holding“, Slg. 2006, I-2111 (2127), Rn. 51.

¹⁹¹ Vgl. SA des Generalanwalts Léger v. 2.5.2006 in der Rs. „Cadbury Schweppes“, C-196/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 32.

¹⁹² Vgl. EuGH Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, Rs. „Cadbury Schweppes“, DStR 2006, S. 441, Rn. 33.

¹⁹³ Vgl. Lausterer, IStR 2003, S. 19 (21).

¹⁹⁴ Gleiche Ansicht: SA des Generalanwalts Alber v. 14.10.1999 in der Rs. „Baars“, C-251/00, Slg. 2000, I-2787 (2801), Rn. 50; Kessler/Eicker/Obser, IStR 2004, S. 325 (326); Musil, DStZ 2003, S. 649 (650); Lausterer, IStR 2003, S. 19 (21); Jacobs, Internationale Unternehmensbesteuerung, 2002, S. 203 f.; Bröhmer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV,

Grundfreiheiten vermeidet einen Widerspruch zur Vorbehaltsklausel des Art. 43 Abs. 2 EGV, die zumindest eine kumulative Anwendung der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit vorsieht, falls es zu inhaltlichen Überschneidungen kommt.¹⁹⁵

Mit der Rs. "Cadbury Schweppes" aus dem Jahr 2006 und der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation" aus dem Jahr 2007 hat der EuGH bei der Abgrenzung nach dem *bestimmenden Einfluss* an die jeweiligen Rechtsvorschriften angeknüpft.¹⁹⁶ Das Abgrenzungsmerkmal des *bestimmenden Einflusses* ist demnach normenbezogen auszulegen. Hinsichtlich der in dieser Arbeit untersuchungsgegenständlichen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln in der Fassung des JStG 2007¹⁹⁷ sowie der Unternehmenssteuerreform 2008¹⁹⁸ ist für die Anwendung der Kapital- und Niederlassungsfreiheit demnach entscheidend, ob die jeweilige Besteuerungsnorm ihren Tatbestandsvoraussetzungen nach einen *bestimmenden Einfluss* auf die Unternehmensentscheidung im Sinne der EuGH-Rechtsprechung voraussetzt.¹⁹⁹ Dementsprechend sind in einer nachfolgenden Prüfung die Tatbestände der Gesellschafter-Fremdfinanzierungs- und Zinsschrankenregeln des JStG 2007 und der Unternehmensteuerreform 2008 daraufhin zu untersuchen, ob sie einen *bestimmenden Einfluss* im Sinne der EuGH-Rechtsprechung voraussetzen.

(2) Wesentliche Beteiligung gemäß § 8a Abs. 3 S. 1 KStG

Man könnte bereits das Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Beteiligung selbst als eine widerlegbare Vermutung eines beherrschenden Einflusses auf die Kapitalgesellschaft ansehen. Die Gleichstellung des Anteilseigners mit beherrschendem Einfluss durch § 8a Abs. 3 S. 3 KStG spricht jedoch gegen

Art. 56, Rn. 23; Ehlers/von Wilmsowsky, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 12 I 4, S. 346.

¹⁹⁵ Vgl. oben unter Punkt C.I.2.b)cc), wonach Art. 43 Abs. 2 EGV entweder einen Anwendungsvorrang der Kapitalverkehrsfreiheit, zumindest jedoch eine kumulative Anwendung der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit vorschreibt.

¹⁹⁶ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 33; EuGH Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, Rs. „Cadbury Schweppes“, DStR 2006, S. 441, Rn. 32.

¹⁹⁷ BGBl. I 2006, S. 2878.

¹⁹⁸ BGBl. I 2007, S. 1912.

¹⁹⁹ Vgl. Schießl, StuB 2007, S. 584 (586).

eine solche Auslegung des § 8a Abs. 3 S. 1 KStG. Mit Finanzverwaltung²⁰⁰ und Schrifttum²⁰¹ ist davon auszugehen, dass der Begriff der wesentlichen Beteiligung nur auf die Beteiligung von mehr als einem Viertel am Grund- oder Stammkapital der finanzierten Kapitalgesellschaft abstellt. Die Verteilung der Stimmrechte auf die Anteilseigner ist bei der Bestimmung einer wesentlichen Beteiligung nicht maßgeblich.

(3) Beherrschender Einfluss gemäß § 8a Abs. 3 S. 3 KStG

Der Begriff des beherrschenden Einflusses aus § 8a Abs. 3 S. 3 KStG lehnt sich an die Definition in A 31 Abs. 6 KStR an.²⁰² Der Anteilseigner muss aufgrund eigener Stimmrechtsmehrheit (§ 8a Abs. 3 S. 3 Alternative 1 KStG) oder im Zusammenwirken mit anderen Anteilseignern (§ 8a Abs. 3 S. 3 Alternative 2 KStG) bei der Finanzierungsentscheidung der Kapitalgesellschaft seinen Willen zugunsten einer Gesellschafter-Fremdfinanzierung tatsächlich durchsetzen.²⁰³ Das Zusammenwirken mit anderen Anteilseignern erfordert zumindest Stimmrechtsvereinbarungen zwischen den Anteilseignern.²⁰⁴

(4) Zinsschranke i.S.d. Unternehmensteuerreform 2008

Die Gesellschafterstellung ist im Rahmen der Zinsschrankenregelung der Unternehmensteuerreform 2008²⁰⁵ nur im Erweiterungstatbestand für den Fall einer fehlenden Konzernzugehörigkeit gemäß § 4h Abs. 2 b) EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 2 KStG 2008²⁰⁶ sowie im Rahmen der Sondervorschrift zur Ermittlung der Eigenkapitalquote gemäß § 4h Abs. 2 b) EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 3 KStG 2008 von Bedeutung.²⁰⁷ Der Grundtatbestand der Zinsschranke ist mit § 4h Abs. 1 S. 1 EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 1 KStG 2008 unabhängig von den Beteiligungsverhältnissen ausgestaltet und erfasst grundsätzlich alle Entgelte für Schulden. Diese allgemeine Tatbestandsan-

²⁰⁰ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.12.1994, BStBl. I 1995, S. 25 (26), Rn. 10, (berichtigt, S. 176).

²⁰¹ Vgl. Köner in: E&Y, KStG-Kommentar, § 8a KStG, Rn. 215, Fn. 2; Pung/Dötsch in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, KStG, § 8a KStG n.F., Rn. 389.

²⁰² Vgl. BMF-Schreiben v. 15.12.1994, BStBl. I 1995, S. 25 (27), Rn. 14, berichtigt S. 176.

²⁰³ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.12.1994, BStBl. I 1995, S. 25 (27), Rn. 15, berichtigt S. 176.

²⁰⁴ Vgl. Prinz zu Hohenlohe/Rautenstrauch in: Erle/Sauter, KStG, § 8a KStG, Rn. 462; Kröner in: E/Y, KStG, § 8a, Rn. 225; Prinz in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 8a, Rn. 172; Frotscher in: Frotscher/Maas, KStG, § 8a, Rn. 166.

²⁰⁵ BGBl. I 2007, S. 1912.

²⁰⁶ Vgl. Herzig/Liekenbrock, DB 2007, S. 2387 (2389).

²⁰⁷ Vgl. Herzig/Liekenbrock, DB 2007, S. 2387 (2390).

knüpfung spricht dafür, dass durch die Zinsschranke bei einer normenbezogenen Abgrenzung der Grundfreiheiten²⁰⁸ primär der Kapitalverkehr und nicht der Niederlassungsvorgang gesellschaftsrechtlich verbundener Kapitalgesellschaften Regelungsgegenstand ist.

Im Falle einer fehlenden oder nur anteilmäßig gegebenen Zugehörigkeit eines durch das Abzugsverbot des § 4h Abs. 1 S. 1 EStG 2008 betroffenen Betriebes zu einem Konzern entfällt auch die Anwendung der Zinsschrankenregelung (Konzern-Klausel). Dieser Dispens von der Zinsschranke wird durch § 8a Abs. 2 KStG 2008 wieder eingeschränkt.²⁰⁹ § 4h Abs. 2 S. 1 b) EStG 2008 ist nur anzuwenden, wenn die Körperschaft nachweist, dass die Vergütung für Fremdkapital an einen zu mehr als einem Viertel unmittelbar oder mittelbar beteiligten Anteilseigner, eine ihm nahe stehende Person (§ 1 Abs. 2 AStG) oder einen Dritten, der auf den zu mehr als einem Viertel beteiligten Anteilseigner oder eine ihm nahe stehende Person zurückgreifen kann, nicht mehr als 10 % der die Zinserträge übersteigenden Zinsaufwendungen i.S.d. § 4h Abs. 3 S. 2 EStG 2008 betragen.²¹⁰ Die Anknüpfung an die unmittelbar oder mittelbar zu mehr als einem Viertel am Grund- bzw. Stammkapital beteiligten Anteilseigner entspricht dem Tatbestand der "wesentlichen Beteiligung" des § 8a Abs. 3 S. 1 KStG in der Fassung des JStG 2007. Nicht mehr in der geplanten Zinsschranke erfasst ist ein beherrschender Einfluss durch Zusammenschluss mehrerer Anteilseigner i.S.d. § 8a Abs. 3 S. 3 KStG in der Fassung des JStG 2007. Insofern kann zumindest für die Tatbestandsanknüpfung des § 4h Abs. 3 S. 2 EStG 2008 auf die Ausführungen zur "wesentlichen Beteiligung" des § 8a Abs. 3 S. 1 KStG in der Fassung des JStG 2007 verwiesen werden.²¹¹

Im Falle einer Konzernzugehörigkeit kann die Anwendung der Zinsschranke gleichwohl gemäß § 4h Abs. 2 c) EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 3 KStG 2008 vermieden und ein unbeschränkter Betriebsausgabenabzug vorgenommen

²⁰⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 33; EuGH Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, Rs. „Cadbury Schweppes“, DStR 2006, S. 441, Rn. 32.

²⁰⁹ Vgl. Rödder/Stangl, DB 2007, S. 479 (481).

²¹⁰ Vgl. Herzig/Liekenbrock, DB 2007, S. 2387 (2389).

²¹¹ Siehe hierzu unter Punkt C.I.2.b)ee(2).

werden (Escape-Klausel). Die Escape-Klausel kommt in Abgrenzung zur Konzernklausel, die bei fehlender oder nur anteilmäßiger Konzernzugehörigkeit greift, nur bei einer zu 100 % bestehenden Konzernzugehörigkeit zur Anwendung. Dies ergibt sich zum einen aus dem Wortlautvergleich der Konzern- und der Escape-Klausel: Wenn im Rahmen der Konzernklausel von einem *anteilmäßigen* Gehören, in der Escape-Klausel dagegen nur von einem Gehören gesprochen wird, setzt dieses Gehören im Rahmen der Escape-Klausel die vollständige, d.h. hundertprozentige, Konzernzugehörigkeit voraus.²¹² Mit der Definitionsnorm des § 4h Abs. 3 S. 5 EStG 2008 wird der Begriff des Gehörens zwar noch dahingehend erweitert, dass ein Betrieb zu einem Konzern gehört, wenn seine Finanz- und Geschäftspolitik mit einem oder mehreren Betrieben einheitlich bestimmt werden kann.²¹³ Ausweislich der Gesetzesbegründung kann ein solcher Einfluss in der Regel nur durch einen einzelnen mittelbar oder unmittelbar beteiligten Anteilseigner oder Gesellschafter ausgeübt werden.²¹⁴

(5) Bestimmender Einfluss i.S.d. EuGH

Nachfolgend soll der europarechtliche Begriff des *bestimmenden Einflusses* hinsichtlich seiner Begründung durch Kapital- und Stimmrechtsmehrheiten näher festgelegt werden. Die Quantifizierung des *bestimmenden Einflusses* wird eine spezifisch auf steuerliche Gesellschafter-Fremdfinanzierungsvorschriften ausgerichtete Abgrenzung zwischen der Niederlassungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit in EU-Binnenfinanzierungssachverhalten erlauben. Wie in der nachfolgenden Untersuchung zu zeigen ist, wirkt sich das Kriterium des *bestimmenden Einflusses* von darlehensgebenden Anteilseignern in EU-Binnensachverhalten nur dahingehend aus, ob der Grundfreiheitsschutz durch die Kapitalverkehrsfreiheit oder die Niederlassungsfreiheit oder durch eine kumulative Anwendung beider Grundfreiheiten gewährt wird. In später zu untersuchenden Drittstaatsachverhalten²¹⁵ kommt dem Begriff des *bestimmenden Einflusses* eine weitergehende Bedeutung zu; der *bestimmende*

²¹² Vgl. Hallerbach, StuB 2007, S. 289 (290).

²¹³ Erkennbar lehnt sich diese Formulierung an die des IAS 27 an; vgl. Hallerbach, StuB 2007, S. 289 (290).

²¹⁴ Vgl. Kabinettsentwurf v. 14.3.2007, S. 82; abrufbar im Online-Angebot der StuB.

²¹⁵ Siehe hierzu unter Punkt C.I.2.b)gg).

Einfluss ist für die Frage entscheidend, ob in Drittstaatsverhältnissen überhaupt Grundfreiheitschutz gewährt wird.²¹⁶

Bei einer Einflussnahme auf Unternehmensentscheidungen kann sich der Anteilseigner grundsätzlich auf seine Kapitalbeteiligung, seine Stimmrechte sowie auf Stimmrechtsvereinbarungen stützen.²¹⁷ Zu untersuchen ist, wie der EuGH diese Einflussnahmemöglichkeiten mittels Kapitalbeteiligung und Stimmrechten bei der Feststellung eines *bestimmenden Einflusses* berücksichtigt.

Die Beteiligung i.H.v. 2/3 am Kapital einer Gesellschaft vermittelt laut EuGH unstreitig einen *bestimmenden Einfluss* auf deren Unternehmensentscheidung;²¹⁸ eine Kapitalbeteiligung i.H.v. 1/3 ist dagegen zur Annahme eines *bestimmenden Einflusses* nicht ausreichend.²¹⁹ Im Falle einer südafrikanischen Kapitalgesellschaft hat der BFH bei einer Kapitalbeteiligung von 50,01 % einen bestimmenden Einfluss der Gesellschafter angenommen und mithin neben der Kapitalverkehrsfreiheit auch die Niederlassungsfreiheit für

²¹⁶ Vgl. Brandenburg, BB 2008, S. 864 (872).

²¹⁷ Weitere nicht im Zusammenhang mit Gesellschafterrechten stehende Einflussmöglichkeiten des Anteilseigners werden bei der Auslegung des europarechtlichen Begriffs des *bestimmenden Einflusses* durch den EuGH insbesondere im Rahmen der Rechtsprechung zu den „Goldenen Aktien“ nicht herangezogen. Für die Abgrenzung der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit durch das Kriterium des *bestimmenden Einflusses* ist damit ausschließlich auf gesellschaftrechtliche Beteiligungsrechte abzustellen; vgl. Rehm/Nagler, IStR 2007, S. 700 (701); Köhler/Tippelhofer, IStR 2007, S. 645 (647). Soweit der EuGH in der Rs. „Lasertec“ auch die Intention des Gesetzgebers anführt, bestimmte Beteiligungsverhältnisse als *bestimmenden Einfluss* zu qualifizieren (EuGH Beschluss v. 10.5.2007, C-492/04, Rs. „Lasertec“, IStR 2007, S. 439, Rn. 22), stützte er sich gleichwohl auf die im konkreten Fall vorliegende 66%ige Beteiligung am Stammkapital, um einen *bestimmenden Einfluss* auf die Lasertec GmbH zu begründen (vgl. EuGH Beschluss v. 10.5.2007, C-492/04, Rs. „Lasertec“, IStR 2007, S. 439, Rn. 23; Dölker/Ribbrock, BB 2007, S. 1928 (1931)). Dass solche *kapitalmässigen* Beteiligungen von mehr als 50 % allein bereits einen *bestimmenden Einfluss* auf die Unternehmensführung vermitteln, ist unstreitig. Das Abstellen auf die Intentionen des Gesetzgebers kann zudem nicht entscheidungserheblich für die Auslegung von Grundfreiheiten des EGV sein: Der einzelne EU-Mitgliedstaat kann nicht durch einseitige nationale Gesetze den Inhalt und die Reichweite des EGV zu seinen Gunsten ändern; ebenso kritisch: Dölker/Ribbrock, BB 2007, S. 1928 (1931 u. 1932).

²¹⁸ Ständige Rechtsprechung: EuGH Beschluss v. 10.5.2007, C-492/04, Rs. „Lasertec“, IStR 2007, S. 439, Rn. 23, Rechtsform: deutsche GmbH; EuGH Urt. v. 24.5.2007, C-157/05, Rs. „Holböck“, IStR 2007, S. 441, Rn. 31, Rechtsformen: schweizerische und österreichische GmbH; EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 32, Rechtsform: britische Aktiengesellschaft.

²¹⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 13.4.2000, Rs. „Baars“, C-251/98, Slg. 2000, I-2805 (2814), Rn. 20 u. Rn. 21.

anwendbar erachtet.²²⁰ Abhängig vom anzuwendenden Gesellschaftsrecht dürfte bei Kapitalgesellschaften damit grundsätzlich ab einer mehrheitlichen Kapitalbeteiligung von 50 % ein *bestimmender Einfluss* im Sinne der Niederlassungsfreiheit gegeben sein.²²¹

Eine unter dieser Schwelle liegende oder fehlende Kapitalbeteiligung kann durch einen entsprechend hohen Stimmrechtsanteil des Gesellschafters kompensiert werden. Bezogen auf EU-Binnensachverhalte der Gesellschafter-Fremdfinanzierung ist, soweit das deutsche Gesellschaftsrecht anwendbar ist,²²² das europarechtliche Abgrenzungsmerkmal des *bestimmenden Einflusses* bei einem Stimmrechtsanteil von mehr als 75 % des darlehensgewährenden Anteilseigners einer Aktiengesellschaft zu sehen.²²³ Diese Einschätzung ergibt sich aus der in § 119 AktG geregelten Kompetenzverteilung zwischen der Hauptversammlung der Anteilseigner und dem Vorstand einer Aktiengesellschaft. Der Abschluss eines Gesellschafter-Darlehens stellt eine Maßnahme der Kapitalbeschaffung dar. Gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 6 AktG kann die Hauptversammlung mit mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals Kapitalbeschaffungsmaßnahmen im Sinne der §§ 182 ff. AktG beschließen. Gesellschafter-Darlehen sind jedoch nicht im Katalog der §§ 182 AktG enthalten; gemäß der Kompetenzverteilung des § 119 AktG stellt diese Form der Kapitalbeschaffung eine Geschäftsführungsmaßnahme dar. Auf diese Maßnahmen der Geschäftsführung kann die Hauptversammlung keinen direkten Einfluss ausüben,²²⁴ da Geschäftsführungsmaßnahmen nur auf Verlangen des Vorstandes zum Gegenstand der

²²⁰ Vgl. BFH Urte. v. 9.8.2006, BStBl. II 2007, S. 279; a.A. BMF-Schreiben v. 21.3.2007, BStBl. I 2007, S. 302 f.

²²¹ Vgl. Rehm/Nagler, IStR 2007, S. 700 (701); Köhler/Tippelhofer, IStR 2007, S. 645 (647).

²²² Kontrollmöglichkeiten im Verhältnis des Anteilseigners zur Kapitalgesellschaft beurteilt der EuGH nach Maßgabe der nationalen aktien- und gesellschaftsrechtlichen Vorschriften, vgl. EuGH Urte. v. 24.5.2007, C-157/05, Rs. „Holböck“, IStR 2007, S. 441, Rn. 35; EuGH Urte. v. 12.12.2006, C-446/04, Rs. „Test Claimants in the FII Group Litigation“, IStR 2007, S. 69, Rn. 128.

²²³ Gleiche Ansicht im Falle britischer Kapitalgesellschaften allerdings ohne nähere Begründung: EuGH Urte. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 28; SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 34.

²²⁴ Ein indirekter Einfluss auf den Abschluss ergibt sich durch die Ersetzung des nicht abschlusswilligen Vorstandes; eine solche Ersetzung ist mit 75% der Stimmrechte möglich.

Hauptversammlung gemacht werden können.²²⁵ Demnach haben selbst drei Viertel der auf der Hauptversammlung anwesenden Anteilseigner keinen direkten Einfluss auf den Abschluss eines Darlehensvertrages mit den Anteilseignern. Diese Stimmrechtsmehrheit erlaubt jedoch mittelbar durch In-Aussicht-Stellen von alternativen Kapitalerhöhungs- oder Herabsetzungsmaßnahmen im Sinne der §§ 182 ff AktG eine Entscheidung zur vertraglichen Vereinbarung zwischen Anteilseigner und Kapitalgesellschaft über eine Gesellschafter-Fremdfinanzierung durchzusetzen. Es dürfte daher ab einer Stimmrechtsmehrheit von 75 % an einer Aktiengesellschaft von einem *bestimmenden Einfluss* der Anteilseigner im Sinne der EuGH-Rechtsprechung auszugehen sein. Der *bestimmende Einfluss* von Anteilseignern auf eine SE²²⁶ entspricht aufgrund der Verweisung in Art. 9 Abs. 1 c) ii) der SE-Verordnung²²⁷ auf das nationale AktG der Beteiligungsquote bei Aktiengesellschaften.

Bei Kapitalgesellschaften in der Rechtsform der GmbH besteht ein grundsätzlich unbeschränktes Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung gegenüber der Geschäftsführung.²²⁸ Das europarechtliche Merkmal des *bestimmenden Einflusses* des Anteilseigners auf Unternehmensentscheidungen ist im Falle eines GmbH-Anteilseigners bereits bei mehr als 50% der Stimmrechtsanteile gegeben,²²⁹ da mit dieser einfachen Mehrheit der Abschluss eines Darlehensvertrags mit den Gesellschaftern sichergestellt werden kann.²³⁰

²²⁵ Die Aufnahme von (Gesellschaft-)Darlehen steht regelmäßig unter dem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates; Raiser/Veil, Kapitalgesellschaften, § 15 Rn. 11, S. 179. Die verweigerte Zustimmung des Aufsichtsrates zu einer Darlehensaufnahme führt jedoch im Verhältnis zum Darlehensnehmer nicht zur Unwirksamkeit der Darlehensaufnahme, Raiser/Veil, Kapitalgesellschaften, § 15 Rn. 7, S. 179.

²²⁶ Societas Europaea, Europäische Aktiengesellschaft.

²²⁷ VO (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABIEG 2001, Nr. L 294/1.

²²⁸ Vgl. Ulmer in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Band 1, S. 19, Rn. A 28.

²²⁹ Vgl. Köhler/Tippelhofer, IStR 2007, S. 645 (647).

²³⁰ Entsprechend hat etwa das FG Baden-Württemberg in seinem Vorlagebeschluss v. 14.10.2004 bei einer 66 %igen Beteiligung einer schweizerischen AG an einer deutschen GmbH eine Darlehensvergabe als Direktinvestition qualifiziert; FG Baden-Württemberg Beschluss v. 14.10.2004, IStR 2005, S. 275 (276).

Relative Stimmrechtsmehrheiten oder Kapital- und Stimmrechtsanteile, die an Sperrminoritäten anknüpfen,²³¹ können zwar einen faktischen Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen vermitteln. Diese Einflussnahmemöglichkeit setzt aber ein einverständliches Entgegenkommen der anderen Stimmrechtsinhaber beziehungsweise der Geschäftsleitung der finanzierten Kapitalgesellschaft voraus, das aufgrund einer frei durchgeführten Güterabwägung zustande kommt.²³² Die Formulierung *bestimmender* Einfluss beinhaltet dagegen den Gedanken, dass ungeachtet entgegenstehender Widerstände bei den anderen Anteilseignern unternehmerische Entscheidungen gesellschaftsrechtlich einseitig durch einen Anteilseigner durchgesetzt werden können. Soweit der Begriff des beherrschenden Anteilseigners aus § 8a Abs. 3 S. 3 KStG auch ein Zusammenwirken mit anderen Anteilseignern durch Stimmrechtsvereinbarungen erfasst,²³³ ist dies nicht auf den *bestimmenden Einfluss* im Sinne der EuGH-Rechtsprechung übertragbar. Das europarechtliche Abgrenzungskriterium des *bestimmenden Einflusses* wurde im Rahmen von EuGH-Entscheidungen zur Anwendung gebracht, in denen die Einflussnahme auf die Stimmrechtsmehrheit durch so genannte Goldene Aktien Verfahrensgegenstand war. Der vom EuGH verwendete Begriff des *bestimmenden Einflusses* bezieht sich damit gerade auch auf den Schutz der Einflussnahme durch Stimmrechte. Der Begriff klammert somit notwendigerweise faktische Einflussnahmemöglichkeiten durch Sperrminoritäten in allen inländischen Kapitalgesellschaftsrechtsformen aus.²³⁴ Stimmrechtsvereinbarungen der Anteilseigner stellen in diesem Zusammenhang nur eine faktische Einflussnahmemöglichkeit dar. Sie begründet allenfalls zivilrechtliche Ansprüche gegen die an der Stimmrechtsvereinbarung beteiligten Anteilseigner, nicht jedoch gesellschaftsrechtliche Rechte gegenüber der Kapitalgesellschaft selbst.

²³¹ Entsprechende Sperrminoritäten bestehen etwa bei Satzungsänderung von Kapitalgesellschaften, die gemäß § 179 Abs. 2 AktG bzw. gemäß § 53 Abs. 2 GmbHG eine Mehrheit von drei Viertel der Stimmrechte erfordern, oder bei Entscheidungen zur Eingehung von Unternehmensverträgen, § 293 Abs. 1 AktG.

²³² Die Entscheidung ist in diesem Zusammenhang als frei zu bezeichnen, da alternative Kapitalbeschaffungsmaßnahmen im Sinne der §§ 182 ff. AktG gesellschaftsrechtlich nicht durchgesetzt werden könnten.

²³³ Vgl. Hoheisel, *Gesellschafter-Fremdfinanzierung*, S. 18.

²³⁴ Vgl. SA der Generalanwältin Kokott v. 14.7.2005 in der Rs. „Bouanich“, C-265/04, Slg. 2006, I-923 (943), Rn. 72.

Für den Ausschluss der Einflussnahme durch Stimmrechtsabreden spricht auch folgende Überlegung. Da beliebig viele Stimmrechtsvereinbarungen abgeschlossen werden können, kann selbst bei Kapitalgesellschaften, die ausschließlich von Kleinstanteilseignern gehalten werden, ein Kleinstanteilseigner aufgrund einer Vielzahl von Stimmrechtsabreden entscheidende Mehrheiten in der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung einer Kapitalgesellschaft erreichen.²³⁵ Schlösse der europarechtliche Begriff des *bestimmenden Einflusses* die Kontrolle mittels Stimmrechtsvereinbarungen ein, könnten Kleinstanteilseigner aufgrund von Stimmrechtsvereinbarungen in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit gelangen.²³⁶ Portfolio-Investitionen sind jedoch nach herrschender Rechtsprechungs- und Literaturmeinung von der Niederlassungsfreiheit ausgeschlossen und fallen ausschließlich in den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit.²³⁷ Folglich erfasst der europarechtliche Begriff des *bestimmenden Einflusses* nicht die Unternehmenskontrolle, die auf Stimmrechtsvereinbarungen beruht.

Aufgrund des Kriteriums des beherrschenden Einflusses sind für eine Abgrenzung der Niederlassungs- von der Kapitalverkehrsfreiheit bei EU-Binnensachverhalten²³⁸ folgende Fallgruppen zu unterscheiden.

²³⁵ Die trennscharfe Abgrenzung einer ausschließlichen Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit zugunsten von Kleinst- bzw. Portfolio-Anlegern ohne bestimmende Kontrolle und der kumulierten Anwendung der Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit zugunsten der Anteilseigner mit Kontrollmehrheit kritisiert etwa *Oechsler*. Für ihn stellt die unterschiedliche Anwendung der Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit auf Groß- und Kleininvestoren eine kaum zu rechtfertigende Ungleichbehandlung dar; er spricht sich daher gegen die Kontrollmehrheit als Abgrenzungsmerkmal zwischen Kapital- und Niederlassungsfreiheit aus und befürwortet die kumulative Anwendung der Kapital- und Niederlassungsfreiheit auch für Kleinst- bzw. Portfolio-Anleger; *Oechsler*, NZG 2007, S. 161 (162).

²³⁶ So lässt der EuGH die in § 8a Abs. 3 S. 3 Alt. 2 KStG erfolgte Gleichstellung eines Portfolio-Anteilseigners mit einem wesentlich beteiligten Anteilseigner durch den deutschen Gesetzgebers dahinstehen und stützt die Anwendung der Niederlassungsfreiheit auf die im konkreten Fall gegebene 66%ige Kapitalbeteiligung (EuGH Beschluss v. 10.5.2007, C-492/04, Rs. „Lasertec“, IStR 2007, S. 439, Rn. 22 und Rn. 23). Soweit der EuGH in der Rs. „Lasertec“ auch die Intention des Gesetzgebers anführt, bestimmte Beteiligungsverhältnisse als *bestimmenden Einfluss* zu qualifizieren (EuGH Beschluss v. 10.5.2007, C-492/04, Rs. „Lasertec“, IStR 2007, S. 439, Rn. 22), kann dies nicht entscheidungserheblich für die Auslegung von Grundfreiheiten des EGV sein: Der einzelne EU-Mitgliedstaat kann nicht durch einseitige nationale Gesetze den Inhalt und die Reichweite des EGV zu seinen Gunsten ändern; ebenso kritisch: *Dölker/Ribbrock*, BB 2007, S. 1928 (1931 u. 1932).

²³⁷ Vgl. SA der Generalanwältin Kokott v. 14.7.2005 in der Rs. „Bouanich“, C-265/04, Slg. 2006,I-923 (943), Rn. 73.

²³⁸ Die Abgrenzungssystematik leitet sich aus der Rechtsprechung zu EU-Binnensachverhalten ab und gilt mithin nur für Finanzierungssachverhalte zwischen EU-

Tabelle Nr. 1: Anwendbarkeit von Grundfreiheiten für die Anteilseigner einer AG und SE nach § 8a Abs. 3 S. 1 und S. 3 KStG i.d.F. des JStG 2007 in EU-Binnen-sachverhalten

Gesellschaftsanteil einer AG/SE	< 25 % Kapitalanteil	> 25 % < 50 % Kapitalanteil	> 50 % Kapitalanteil
< 75 % Stimmrechtsanteil	Kapitalverkehrsfreiheit anwendbar Nicht wesentlich am Kapital beteiligter Anteilseigner, der nur zusammen mit anderen Anteilseignern unmittelbar oder mittelbar Stimmrechtsanteile von mehr als 75 % an einer AG hält (Fälle des § 8a Abs. 3 S. 3 Alternative 2 KStG)	Kapitalverkehrsfreiheit anwendbar Wesentlich beteiligter Anteilseigner im Sinne des § 8a Abs. 3 S. 1 KStG mit einem unmittelbaren oder mittelbaren Stimmrechtsanteil von 75 % oder weniger an einer AG (Fälle des § 8a Abs. 3 S. 1 KStG)	Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit kumulativ anwendbar Wie nebenstehend: Fälle des § 8a Abs. 3 S. 1 KStG
> 75 % Stimmrechtsanteil	Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit kumulativ anwendbar Nicht wesentlich beteiligter Anteilseigner, der aufgrund eigener unmittelbar oder mittelbar gehaltener Anteile eine Stimmrechtsmehrheit von mehr als 75 % an einer AG hält (Fälle des § 8a Abs. 3 S. 3 Alternative 1 KStG)	Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit kumulativ anwendbar Wesentlich beteiligter Anteilseigner im Sinne des § 8a Abs. 3 S. 1 KStG mit einem unmittelbaren oder mittelbaren Stimmrechtsanteil von mehr als 75 % an einer AG (Fälle des § 8a Abs. 3 S. 1 KStG)	Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit kumulativ anwendbar Wie nebenstehend: (Fälle des § 8a Abs. 3 S. 1 KStG)

Bei der Zinsschrankenregelung der Unternehmensteuerreform 2008 kann aufgrund des Grundtatbestandes aus § 4h Abs. 1 EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 1 KStG 2008, der nicht mehr anteilseignerbezogen ist, eine sinnvolle Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit nur bei getrennter Betrachtung der Konzern-Klausel-Fälle (§ 4h Abs. 2 S. 1 b) EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 2 KStG 2008) und der Escape-Klausel-Fälle gemäß § 4h Abs. 2 S. 1 c) EStG i.V.m. § 8a Abs. 3 KStG 2008 erfolgen.²³⁹

Mitgliedstaaten. Die Abgrenzung im Verhältnis mit Drittstaaten unter dem Aspekt des bestimmenden Einflusses wird unter Punkt C.I.2.b)gg(4) gesondert behandelt.

²³⁹ Zu diesen beiden Klauseln siehe oben unter Punkt B.II.1.d) und e).

Tabelle Nr. 2: Anwendbarkeit der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit in Fällen der Zinsschrankenregelung der Unternehmensteuerreform 2008

Gesellschaftsanteil einer AG/SE	100 % Kapitalanteil Escape-Klausel-Fälle gemäß § 4h Abs. 2 S. 1 c) EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 3 KStG 2008.	> 25 % < 50 % Kapitalanteil Konzern-Klausel-Fälle gemäß des § 4h Abs. 2 S. 1 b) EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 2 KStG 2008	> 50 % < 100% Kapitalanteil Konzern-Klausel-Fälle gemäß des § 4h Abs. 2 S. 1 b) EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 2 KStG 2008
< 75 % Stimmrechtsanteil	Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit anwendbar Zu 100% beteiligter Anteilseigner, der unmittelbar oder mittelbar Stimmrechtsanteile von 75 % oder weniger an einer AG hält.	Kapitalverkehrsfreiheit anwendbar ²⁴⁰ Zu mehr als einem Viertel bis zur Hälfte unmittelbar oder mittelbar beteiligter Anteilseigner mit einem unmittelbaren oder mittelbaren Stimmrechtsanteil von 75 % oder weniger an einer AG	Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit anwendbar Zu mehr als der Hälfte unmittelbar oder mittelbar beteiligter Anteilseigner mit einem unmittelbaren oder mittelbaren Stimmrechtsanteil von 75 % oder weniger an einer AG
> 75 % Stimmrechtsanteil	Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit kumulativ anwendbar Zu 100% beteiligter Anteilseigner, der unmittelbar oder mittelbar Stimmrechtsanteile von mehr als 75 % an einer AG hält.	Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit kumulativ anwendbar Zu mehr als einem einem Viertel bis zur Hälfte unmittelbar oder mittelbar beteiligter Anteilseigner im Sinne des § 4h Abs. 2 S. 1 b) EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 2 KStG 2008 mit einem unmittelbaren oder mittelbaren Stimmrechtsanteil von mehr als 75 % an einer AG	Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit kumulativ anwendbar Zu mehr als einem Viertel unmittelbar oder mittelbar beteiligter Anteilseigner im Sinne des § 4h Abs. 2 S. 1 b) EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 2 KStG 2008 mit einem unmittelbaren oder mittelbaren Stimmrechtsanteil von mehr als 75 % an einer AG

ff) Abgrenzung nach der unmittelbaren Betroffenheit

(1) Unmittelbarkeitskriterium der Generalanwälte Geelhoed und Alber

Die Generalanwaltschaft des EuGH mit den Generalanwälten *Geelhoed* und *Alber* spricht sich bei der Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit für die Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Eingriffen in den Schutzbereich der beiden Grundfreiheiten aus.²⁴¹

²⁴⁰ Es liegt weder eine ausreichende Stimmrechtsbeteiligung noch eine ausreichende Kapitalbeteiligung zur Begründung eines *bestimmenden Einflusses* auf die Unternehmensentscheidung vor, so dass die Niederlassungsfreiheit nicht anwendbar ist.

²⁴¹ Bereits in einer 1995 ergangenen Grundsatzentscheidung zur Kapitalverkehrsfreiheit, der Rs. „Svenson und Gustavson“, hatte die Generalanwaltschaft mit Generalanwalt *El-*

Unter Zugrundelegung dieses Abgrenzungskriteriums sieht Generalanwalt *Geelhoed* im Fall der britischen Regeln zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit nicht eröffnet.²⁴² Seien durch einen Eingriff sowohl die Niederlassungs- als auch die Kapitalverkehrsfreiheit unmittelbar betroffen, müsse die nationale Vorschrift mit Art. 43 und 56 EGV vereinbar sein.²⁴³ Wie der EuGH gehen somit *Geelhoed* und *Alber* bei einer unmittelbaren Betroffenheit beider Grundfreiheiten von einer Gleichrangigkeit der Grundfreiheiten aus.²⁴⁴ Nach *Geelhoed* und *Alber* muss die Vorbehaltsklausel des Art. 43 Abs. 2 EGV so verstanden werden, dass diese nur in Fällen unmittelbarer Eingriffe in beide Grundfreiheiten gilt und die entsprechende nationale Vorschrift den kumulativen Anforderungen der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit genügen muss.²⁴⁵ Ist die Kapitalverkehrsfreiheit dagegen nur mittelbar betroffen, verdrängt die unmittelbar betroffene Niederlassungsfreiheit die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit vollständig; die nationale Regelung muss in diesen Fällen nur noch den Anforderungen der Niederlassungsfreiheit und nicht den Anforderungen der Kapitalverkehrsfreiheit genügen. Generalanwalt *Alber* hat im Jahr 2000 in der Rs. "Baars" die von ihm vertretenen Grundsätze zur Abgrenzung zwischen der Niederlassungsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit formuliert. Sie lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Liegt ein unmittelbarer Eingriff in die Freiheit des Kapitalverkehrs vor, der nur mittelbar zu einem Hindernis für die Niederlassung führt, so sind insoweit allein die Vorschriften über den Kapitalverkehr anwendbar.²⁴⁶

mer gegenüber dem EuGH *erfolglos* die Ansicht einer lediglich mittelbaren Betroffenheit vertreten, die nicht zu einer Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit führen sollte, SA des Generalanwalts *Elmer* v. 17.5.1995 in der Rs. „*Svenson und Gustavson*“, C-484/93, Slg. 1995, I-3957 (3960), Rn. 13 f. Die Generalanwaltschaft vertritt mit Generalanwalt *Tesaro* in der Rs. „*Safir*“ die gleiche Auffassung im Verhältnis der Kapitalverkehrsfreiheit zur Dienstleistungsfreiheit, so dass hier von einem einheitlichen Ansatz innerhalb der Generalanwaltschaft gesprochen werden kann.

²⁴² Vgl. SA des Generalanwalts *Geelhoed* v. 29.6.2006 in der Rs. „*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 38.

²⁴³ Vgl. SA des Generalanwalts *Alber* v. 14.10.1999 in der Rs. „*Baars*“, C-251/98, Slg. 2000, I-2787 (2795), Rn. 27.

²⁴⁴ Siehe oben unter Punkt C. I 2. b) dd) (2) und (3).

²⁴⁵ *Geelhoed* vermeidet bei seinen Ausführungen zum Verhältnis der beiden Grundfreiheiten die eindeutige Nennung des Absatz 2 des Art. 43 EGV und spricht lediglich vom Verhältnis des Art. 43 zu Art. 56 EGV.

²⁴⁶ SA des Generalanwalts *Alber* v. 14.10.1999 in der Rs. „*Baars*“, C-251/98, Slg. 2000, I-2787 (2792), Rn. 26.

- Liegt ein unmittelbarer Eingriff in die Niederlassungsfreiheit vor, der wegen der Behinderung der Niederlassung mittelbar zu einer Reduzierung der Kapitalströme zwischen den EU-Mitgliedstaaten führt, so sind insoweit allein die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit anwendbar.²⁴⁷
- Liegt ein unmittelbarer Eingriff sowohl in die Freiheit des Kapitalverkehrs als auch in das Niederlassungsrecht vor, so sind beide Grundfreiheiten anwendbar und die staatliche Maßnahme muss den Anforderungen beider Grundfreiheiten genügen.²⁴⁸
- Bei Feststellung eines nach nationalem Gesellschaftsrecht zu beurteilenden substantiellen Einflusses des Anteilseigners auf die Unternehmensentscheidungen können allenfalls die Fallgruppen einer mittelbaren Betroffenheit der Kapitalverkehrsfreiheit gegeben sein.²⁴⁹

Der EuGH hat in seiner Entscheidung zur Rs. "Baars" im Jahr 2000 nach der Bejahung eines Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit zu den Abgrenzungskriterien *Albers* keine Stellung mehr nehmen müssen.²⁵⁰ In der Entscheidung zur Rs. "Salzburger Zweitwohnungssteuer" im Jahr 2002 folgte der EuGH dagegen ausdrücklich nicht den Ausführungen des Generalanwalts *Geelhoed* zu einer mittelbaren Betroffenheit der Kapitalverkehrsfreiheit durch Besteuerungsnormen und ging in seiner Entscheidung ohne weiteres von einem Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit aus.²⁵¹

Der EuGH hat in seiner Entscheidung zur Rs. "Baars" jedoch einen von *Alber* angesprochenen Anknüpfungspunkt aufgegriffen und hierzu eine eigene Aussage getroffen: Bei einem *bestimmenden Einfluss* des Anteilseigners auf die Unternehmensentscheidung ist auch nach Auffassung des EuGH der

²⁴⁷ SA des Generalanwalts Alber v. 14.10.1999 in der Rs. „Baars“, C-251/98, Slg. 2000, I-2787 (2792), Rn. 26.

²⁴⁸ SA des Generalanwalts Alber v. 14.10.1999 in der Rs. „Baars“, C-251/98, Slg. 2000, I-2787 (2796), Rn. 30.

²⁴⁹ SA des Generalanwalts Alber v. 14.10.1999 in der Rs. „Baars“, C-251/98, Slg. 2000, I-2787 (2796), Rn. 33 und Rn. 48.

²⁵⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 13.4.2000, Rs. „Baars“, C-251/98, Slg. 2000, I-2787 (2820), Rn. 42.

²⁵¹ Vgl. EuGH Urt. v. 5.3.2002, Rs. „Salzburger Zweitwohnungssteuer“, verb. Rs. C-515/99, C-519/99 bis C-524/99 und C-526/99 bis C-540/99, Slg. 2002, I-2157 (2204), Rn. 31.

Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet. Allerdings schließt dies im Gegensatz zu *Albers* Ansatz die kumulative Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit nicht aus.²⁵²

Die von *Alber* und *Geelhoed* zur Abgrenzung verwendeten Begriffe der unmittelbaren und mittelbaren Betroffenheit von Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit sind von ihnen in den Schlussanträgen zu der Rs. "Baars", der Rs. "Salzburger Zweitwohnungssteuer"²⁵³ sowie der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation" konkretisiert worden. In der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation" lehnt *Geelhoed* eine unmittelbare Betroffenheit der Kapitalverkehrsfreiheit durch die britischen Steuerregeln zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung ab. Die zur Gründung von Tochtergesellschaften in anderen Staaten *notwendigen* Kapitaltransfers seien lediglich mittelbare Folge der Gründung und mithin der Ausübung der Niederlassungsfreiheit.²⁵⁴ *Alber* hatte noch in der Rs. "Baars" eine unmittelbare Betroffenheit einer Grundfreiheit gerade in dem Fall bejaht, wenn die betroffene Tätigkeit eine *notwendige* Ergänzung einer durch eine Grundfreiheit geschütz-

²⁵² Siehe oben unter Punkt C.I.2.b)ee)(5).

²⁵³ Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 20.11.2001 in der Rs. „Salzburger Zweitwohnungssteuer“, verbundene Rs. C-515/99, C-519/99 bis C-524/99 und C-526/99 bis C-540/99, Slg. 2002, I-2168, Rn. 35 und I-2172 Rn. 55; Generalanwalt *Geelhoed* sah die Kapitalverkehrsfreiheit durch eine steuerliche Belastung nur mittelbar betroffen und lehnt nachfolgend einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit ab, bejaht aber den Verstoß gegen andere Grundfreiheiten.

²⁵⁴ Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 36; Generalanwalt *Geelhoed* geht ohne nähere Begründung von einer unmittelbaren Betroffenheit der Niederlassungsfreiheit durch Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln aus und konzentriert sich auf den Nachweis einer lediglich mittelbaren Betroffenheit der Kapitalverkehrsfreiheit, um deren Anwendbarkeit gemäß den in den SAn zur Rs. „Baars“ entwickelten Grundsätzen (siehe oben unter Punkt C.I.2.b)ff)) verneinen zu können. Es ist jedoch bereits streitig, ob die steuerlichen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln eine unmittelbare Betroffenheit der Niederlassungsfreiheit auslösen. Eine solche unmittelbare Betroffenheit der Niederlassungs- sowie der Kapitalverkehrsfreiheit wird in der Literatur abgelehnt. Durch steuerliche Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln würden weder Modalitäten des Kapitaltransfers noch die Tätigkeit einer Niederlassung unmittelbar geregelt; es werde lediglich an eine bestimmte zulässige Form der Ausübung der Grundfreiheit eine negative steuerliche Folge geknüpft. Damit seien beide Grundfreiheiten nur mittelbar betroffen und die Umqualifizierung von Zinsen in Dividenden am Maßstab der Kapitalverkehrsfreiheit sowie der Niederlassungsfreiheit zu messen (vgl. Kellersmann/Treichs, Europäische Unternehmensbesteuerung, S. 191). Da die in den Schlussanträgen zur Rs. „Baars“ entwickelten Grundsätze jeweils die unmittelbare Betroffenheit der Niederlassungsfreiheit voraussetzen, entzöge eine lediglich mittelbare Betroffenheit der Niederlassungsfreiheit durch Besteuerungsnormen wie sie durch die Literatur vertreten wird den Ausführungen Geelhoeds zum Anwendungsvorrang der Niederlassungsfreiheit bereits die Grundlage.

ten Tätigkeit darstellt.²⁵⁵ *Geelhoed* räumt in seinen Schlussanträgen zur Rs. "Test Claimants" zwar ein, dass die Ausübung der Niederlassungsfreiheit *zwangsläufig* eine Kapitalüberführung erfordere,²⁵⁶ löst den Widerspruch zu den in der Rs. "Baars" aufgestellten Grundsätzen jedoch nicht auf. Mithin ist die Notwendigkeit bzw. die Zwangsläufigkeit eines auf einen Niederlassungsvorgang folgenden Kapitaltransfers nicht der entscheidende Grund, weshalb *Geelhoed* lediglich eine mittelbare Betroffenheit der Kapitalverkehrsfreiheit annimmt. Man muss auf die auch von *Alber* in der Rs. "Baars" gegebene Begründung zurückgehen, wonach eine unmittelbare Betroffenheit nicht vorliegen soll, weil nicht der Kapitaltransfer als solcher sondern (nur) dessen Verwendung (in dem anderen Staat) weniger attraktiv werde.²⁵⁷

Diese Begründung legt einen Kapitalverkehrsbegriff zugrunde, der von der konkreten wirtschaftlichen Verwendung des Kapitals im anderen Staat losgelöst ist. *Geelhoed* steht damit im Widerspruch zu dem herrschenden Verständnis vom Kapitalverkehr,²⁵⁸ das auf das Merkmal einer "anlageorientierten" Vermögensübertragung abstellt und somit der konkreten wirtschaftlichen Verwendung des Kapitals im Bestimmungsland entscheidende Bedeutung beimisst.²⁵⁹

²⁵⁵ Vgl. SA des Generalanwalts Alber v. 14.10.1999 in der Rs. „Baars“, C-251/98, Slg. 2000, I-2787 (2795), Rn. 28.

²⁵⁶ Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 36.

²⁵⁷ Hinsichtlich dieser Begründung verweist Generalanwalt Geelhoed auf die SA des Generalanwalts Alber v. 14.10.1999 in der Rs. „Baars“ C-251/98, Slg. 2000, I-2787 (2800), Rn. 47.

²⁵⁸ Der freie Kapitalverkehr hat Finanzgeschäfte zum Gegenstand, bei denen es in erster Linie um die Anlage oder die Investition des betreffenden Betrages und nicht um die Vergütung einer Dienstleistung geht: EuGH Urt. v. 31.1.1984, verbundene Rs. 286/82 und 26/83, Rs. „Luisi und Carbone“, Slg. 1984, I-377 (404), Rn. 22.

²⁵⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 31.1.1984, verbundene Rs. 286/82 und 26/83, Rs. „Luisi und Carbone“, Slg. 1984, I-377 (404), Rn. 22; EuGH Urt. v. 14.12.1995, Rs. „Sanz de Lera“, verb. Rs. C-163/94, C-165/94 und C-250/94, Slg. 1995, I-4821; Follak in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, F. II, Rn. 4; Bröhmer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 56, Rn. 14; Dölker/Ribbrock, BB 2007, S. 1928 (1928); Spengel/Golücke, RIW 2003, S. 333 (338); Schön, GS Knobbe-Keuk, S. 743 (746), Bleckmann, Europarecht, Rn. 1181 f.

(2) Unmittelbarkeitskriterium der Literatur

Die Literatur vertritt ebenfalls eine Abgrenzung nach dem Grad der Betroffenheit der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit.²⁶⁰

- Unmittelbare Eingriffe in die Kapitalverkehrsfreiheit, die nur mittelbar zu einem Hindernis für die Niederlassung führen, sind allein nach der Kapitalverkehrsfreiheit zu beurteilen.
- Unmittelbare Eingriffe in die Niederlassungsfreiheit, die wegen der Behinderung der Niederlassung auch mittelbar zu einer Reduzierung von grenzüberschreitenden Kapitalbewegungen führen, sind insoweit allein anhand der Niederlassungsfreiheit zu beurteilen.
- Wird unmittelbar sowohl in den freien Kapitalverkehr als auch in das Niederlassungsrecht eingegriffen, ist die staatliche Maßnahme an den kumulativen Anforderungen der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit zu messen.

Bei Anwendung dieser Systematik auf die Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln im Sinne des Korb II-Gesetzes²⁶¹ wäre die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit nur ausgeschlossen, wenn die §§ 8a, 8b KStG einen unmittelbaren Eingriff in die Niederlassungsfreiheit darstellen würden und hierdurch lediglich grenzüberschreitende Gesellschafter-Fremdfinanzierungen als mittelbare Folge ausbleiben würden. Eine solche Konstellation ist jedoch nicht gegeben: Die Ausstattung einer grenzüberschreitenden Niederlassung mit Gesellschafter-Fremdkapital ist zu jedem Zeitpunkt möglich; eine anfänglich nur mit Eigenkapital gegründete Niederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat kann im Verlauf einer wirtschaftlichen Tätigkeit der Tochtergesellschaft auf eine Gesellschafter-Fremdkapitalfinanzierung umgestellt werden. Die §§ 8a, 8b KStG greifen unabhängig vom Zeitpunkt eines Niederlassungsvorgangs Umstände in der Finanzierung eines Unternehmens auf.

²⁶⁰ Vgl. Schürmann in: Lenz/Borchardt, EUV/EGV, Art. 56 EGV, Rn. 12; Ress/Ukrow in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 56 EGV, Rn. 31; Sedlazeck in: Streinz, EUV/EGV, Art. 56, Rn. 13.

²⁶¹ BGBl. I 2003, S. 2840 (2841).

Die Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln greifen somit primär und damit unmittelbar in den freien Kapitalverkehr ein.

Aus diesem primären, unmittelbaren, steuerlichen Eingriff in den Kapitalverkehr können sich gegebenenfalls sekundäre Auswirkungen für die Existenz einer Niederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat ergeben und insofern *auch* unmittelbare oder mittelbare Wirkungen für die Niederlassungsfreiheit der jeweiligen Mutter-Kapitalgesellschaft haben. Aufgrund des unmittelbaren Eingriffs der §§ 8a, 8b KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes²⁶² in den Kapitalverkehr wäre nach den Kriterien der Literatur zumindest von einer kumulativen Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit, gegebenenfalls auch von einer ausschließlichen Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit, auszugehen.

(3) Eigene Stellungnahme

Die von *Geelhoed* und *Alber* zur Begründung des Unmittelbarkeitskriteriums gegebene Erklärung offenbart ein Verständnis des freien Kapitalverkehrs, das im Gegensatz zur Literatur und EuGH die Zweckrichtung einer Kapitalbewegung als irrelevant ansieht. Der anlageorientierte Zweck ist das entscheidende Abgrenzungsmerkmal zu grenzüberschreitenden Zahlungen, die zur Bewirkung von Gegenleistungsansprüchen aus grenzüberschreitenden Austauschverträgen vorgenommen werden und der Zahlungsverkehrsfreiheit unterliegen.²⁶³ Die Begründung verkennt damit die spezifische Schutzrichtung der Kapitalverkehrsfreiheit für anlageorientierte, grenzüberschreitende Investitionen.

Gegen die von *Geelhoed* und *Alber* entwickelte Auslegung lassen sich weitere Punkte vorbringen. Durch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Unmittelbarkeit droht die Umgehung des Art. 43 Abs. 3 EGV, der einen

²⁶² BGBl. I 2003, S. 2840 (2841).

²⁶³ Vgl. EuGH Urt v. 31.1.1984, C-286/82 u. 26/83, Rs. „Luisi und Carbone“, Slg. 1984, 377, Rn. 22; EuGH Rs. „Sanz de Lera“, Slg. 1995, I-4821; Hailbronner/Jochum, Europarecht II, S. 241, Rn. 666; Follak in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, F. II, Rn. 4; Bröhmer in: Callies/Ruffert, EGV, Art. 56, Rn. 14; Dölker/Ribbrock, BB 2007, S. 1928 (1928); Spengel/Golücke, RIW 2003, S. 333 (338); Schön, GS Knobbe-Keuk, S. 743 (746), Bleckmann, Europarecht, Rn. 1181 f; Herdegen, Europarecht, § 19, Rn. 1.

Vorbehalt zugunsten der Kapitalverkehrsfreiheit enthält. Ohne das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Unmittelbarkeit der Betroffenheit und dem Vorliegen der sonstigen erforderlichen Voraussetzungen müssten im Falle einer Betroffenheit beider Grundfreiheiten gemäß der Vorbehaltsklausel des Art. 43 Abs. 3 EGV zumindest beide Grundfreiheiten kumulativ zur Anwendung kommen.²⁶⁴ Das in seiner Begründung nicht klar umrissene, ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der unmittelbaren Betroffenheit führt zu Rechtsunsicherheit²⁶⁵ und ist geeignet, den Sinn der Vorbehaltsklausel aus Art. 43 Abs. 3 EGV ins Gegenteil zu verkehren. In der Rs. "Bouanich", die gleichfalls im Bereich der direkten Besteuerung ergangen ist, verzichteten andere Teile der EuGH-Generalanwaltschaft auf die von *Geelhoed* entwickelte Abgrenzung nach der Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung; in Anbetracht des Art. 43 Abs. 2 EGV wenden diese Teile der Generalanwaltschaft bei kontrollvermittelnden Anteilmehrheiten die Kapitalverkehrsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit kumulativ an.²⁶⁶

Das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der unmittelbaren Betroffenheit verkürzt die Rechte der Grundfreiheitsträger, indem sie sich nur auf die Niederlassungs- und nicht auch auf die Kapitalverkehrsfreiheit berufen können. Die Einführung eines solchen einschränkenden Tatbestandsmerkmals widerspricht damit dem europarechtlichen Auslegungsgrundsatz, dass die Grundfreiheiten des EGV größtmögliche Wirksamkeit zugunsten der geschützten Unionsbürger und EU-Gesellschaften entfalten sollen.²⁶⁷

Die Einführung einer Abgrenzung nach dem Maß der Betroffenheit führt zu Verwerfungen im Verhältnis zu Drittstaaten: Da die Niederlassungsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten nicht gilt, ergäbe sich das Paradoxon, dass bei einer mittelbaren Betroffenheit der Kapitalverkehrsfreiheit Drittstaateninves-

²⁶⁴ Siehe hierzu oben unter Punkt C.I.2.b)cc).

²⁶⁵ Vgl. Ohler, EuZW 2002, 249 (252).

²⁶⁶ Vgl. SA der Generalanwältin Kokott v. 14.7.2005 in der Rs. „Bouanich“, C-265/04, Slg. 2006, I-923 (942), Rn. 71; SA der Generalanwältin Kokott v. 3.3.2005 in der Rs. „Goldene Aktien VI (Kommission/Italien)“, C-174/04, Slg. 2005, I-4933 (4941), Rn. 22.

²⁶⁷ Die Auslegung nach der größtmöglichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts entspricht dem vom EuGH vertretenen Auslegungsgrundsatz des *effet utile*: Bleckmann/Pieper in Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, B. I. Rn. 38; Hey, StuW 2004, S. 193 (196); Musil, DSfZ 2003, S. 649 (650); SA der Generalanwältin Kokott v. 14.7.2005 in der Rs. „Bouanich“, C-265/04, Slg. 2006, I-923 (941), Rn. 65.

titionen durch die Kapitalverkehrsfreiheit geschützt wären, während grenzüberschreitende Investitionen in der EU auf die im Schutzzumfang engere (unmittelbar betroffene) Niederlassungsfreiheit zurückgeworfen wären. Der EGV würde hier dem Kapitalverkehr mit Drittstaaten mehr Freiheiten einräumen als dem EU-Binnenkapitalverkehr.

Die von *Geelhoed* angeführte zwangsläufige Verbindung eines Niederlassungsvorganges und einer finanziellen Ausstattung dieser Niederlassung mit Gesellschafter-Fremdkapital²⁶⁸ besteht nicht. Niederlassungsvorgang und Gesellschafter-Fremdfinanzierung können zeitlich und sachlich unabhängig voneinander erfolgen. Es besteht die Möglichkeit, eine Niederlassung zunächst allein durch Eigen- oder durch das Fremdkapital Dritter²⁶⁹ auszustatten und erst nach der Gründungsphase der Niederlassung zu einer Finanzierung mit Gesellschafter-Fremdkapital überzugehen. Es besteht zwar die Notwendigkeit einer erstmaligen Finanzierung einer Niederlassung;²⁷⁰ diese muss aber nicht in Form von Gesellschafter-Fremdkapital erfolgen.

Die Prämisse, die steuerlichen Regeln zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung führten zu einer unmittelbaren Betroffenheit der Niederlassungsfreiheit, wird nicht untermauert. Die Literatur vertritt dagegen mit guten Argumenten die Auffassung, dass die Anknüpfung eines Steuertatbestandes an wirtschaftliche Sachverhalte in Form einer grenzüberschreitenden Gesellschafter-Fremdfinanzierung allenfalls eine mittelbare Betroffenheit von Grundfreiheiten zur Folge haben kann.²⁷¹ Demnach wären sowohl die Kapitalverkehrs- als auch

²⁶⁸ SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 36: „Wendet man diese Kriterien auf den vorliegenden Fall [einer Gesellschafter-Fremdfinanzierung] an, so ist, soweit dies für die Gründung dieser Tochtergesellschaft notwendig ist, dieser Kapitalverkehr meines Erachtens eine rein mittelbare Folge dieser Gründung.“

²⁶⁹ Hiermit sind Darlehen von Dritten und Banken gemeint, die nicht als nahe stehende oder rückgriffsgesicherte Personengruppen vom Anwendungsbereich des § 8a KStG erfasst sind.

²⁷⁰ Vgl. SA des Generalanwalts Alber v. 14.10.1999 in der Rs. „Baars“, C-251/98, Slg. 2000, I-2787 (2792), Rn. 13; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1040, Rn. 2758.

²⁷¹ So lehnen etwa *Treich/Kellersmann* eine unmittelbare Betroffenheit der Niederlassungs- sowie der Kapitalverkehrsfreiheit durch Besteuerungsmaßnahmen ab. Durch steuerliche Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln würden weder Modalitäten des Kapitaltransfers noch die Tätigkeit einer Niederlassung unmittelbar geregelt; es werde lediglich an eine bestimmte zulässige Form der Ausübung der Grundfreiheit eine negative steuerliche Folge geknüpft. Damit seien beide Grundfreiheiten nur mittelbar betroffen und die Umqualifizierung von Zinsen in Dividenden am Maßstab der Kapitalverkehrsfreiheit so-

die Niederlassungsfreiheit durch die steuerlichen Regeln zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung nur mittelbar betroffen; die Grundsätze aus der Rs. "Baars" treffen zu Fällen, in denen die in Betracht kommenden Grundfreiheiten jeweils nur *mittelbar* berührt sind, keine Aussage.

Die Begründung, die Kapitalverkehrsfreiheit sei lediglich mittelbar betroffen, da sie zwangsläufig auf eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit folge, ist umkehrbar: Eine steuerliche Diskriminierung oder Beschränkung des freien Kapitalverkehrs im Rahmen grenzüberschreitender Gesellschafter-Fremdfinanzierungen führt zu einer Benachteiligung im Wettbewerb mit rein inländischen Sachverhalten, die zum Nichteintritt bzw. Austritt aus einem inländischen Markt führen kann. Die Beeinträchtigung des freien Kapitalverkehrs hat mittelbar auch negative Auswirkungen auf die inländische Niederlassung als solche.²⁷²

gg) Abgrenzung bei Drittstaatsverhalten

(1) Bedeutung für den Grundfreiheitsschutz

Besondere Bedeutung kommt der Abgrenzung zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit bei Drittstaatsverhalten zu.²⁷³ Während die Niederlassungsfreiheit auf grenzüberschreitende Sachverhalte zwischen EU-Mitgliedstaaten beschränkt ist,²⁷⁴ gilt die Kapitalverkehrsfreiheit auch im Verhältnis zu Drittstaaten.²⁷⁵ Bei einem Anwendungsvorrang der Niederlassungsfreiheit droht der im Verhältnis zu Drittstaaten ausgeweitete Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit leer zu laufen.²⁷⁶ In Drittstaatsverhalten kann es dann zur Versagung jeglichen Grundfreiheitsschutzes durch den EGV kommen.

wie der Niederlassungsfreiheit zu messen; Kellersmann/Treisch, Europäische Unternehmensbesteuerung, S. 191.

²⁷² Vgl. EuGH Urt. v. 4.6.2002; C-367/98, Rs. „Goldene Aktien I (Kommission/Portugal)“, Slg. 2002, I-4731 (4777), Rn. 56; EuGH Urt. v. 4.6.2002; C-483/99, Rs. „Goldene Aktien II (Kommission/Frankreich)“, Slg. 2002, I-4781 (4806), Rn. 56.

²⁷³ Vgl. Hinny in: Lüdicke, Europarecht, 2006, S. 45 (47); Schießl, StuB 2007, S. 584 (586).

²⁷⁴ Vgl. SA des Generalanwalts Alber v. 14.10.1999 in der Rs. „Baars“, C-251/98, Slg. 2000, I-2787 (2796), Rn. 30.

²⁷⁵ Vgl. Hinny in: Lüdicke, Europarecht, 2006, S. 45 (46); Bröhmer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 57 Rn. 1; Dölker/Ribbrock, BB 2007, S. 1928 (1928).

²⁷⁶ Vgl. Köhler/Tippelhofer, IStR 2007, S. 645 (647); Hinny in: Lüdicke, Europarecht, 2006, S. 45 (46); Schnitger, IStR 2005, 493 (501).

(2) Unmittelbarkeitskriterium der Generalanwaltschaft

Die Generalanwaltschaft des EuGH mit den Generalanwälten *Geelhoed*, *Alber* und *Elmer* vertritt in der Frage des Verhältnisses der Niederlassungsfreiheit zur Kapitalverkehrsfreiheit eine Abgrenzung nach dem Grad der Betroffenheit der jeweiligen Grundfreiheit.²⁷⁷ Die Ansicht der Generalanwaltschaft lässt sich von 1995 bis zu jüngsten EuGH-Rechtssachen nachweisen, ohne dass der EuGH das Kriterium der unmittelbaren Betroffenheit aufgenommen oder bestätigt hätte. Die Generalanwaltschaft wendet das Abgrenzungskriterium unabhängig davon an, ob EU-Binnensachverhalte²⁷⁸ oder Sachverhalte mit Drittstaatenbezug betroffen sind.²⁷⁹ Das in Drittstaatsachverhalten geltende Unmittelbarkeitskriterium folgt somit den bereits in der Rs. "Baars" ausformulierten Prüfungsschritten aus dem Jahr 2000.²⁸⁰ Die Generalanwaltschaft nimmt bereits eine auf sachlicher Ebene bestehende Anwendungskonkurrenz zum Anlass, die Abgrenzung mittels des Unmittelbarkeitskriteriums vorzunehmen. Weitere Tatbestandsvoraussetzungen wie räumliche, persönliche oder zeitliche Anwendung der jeweiligen Grundfreiheit, die gegebenenfalls eine Anwendungskonkurrenz der beiden Grundfreiheiten ausschließen könnten, werden nicht berücksichtigt. Diese Vorgehensweise hat bei Drittstaatsachverhalten zur Folge, dass eine Konkurrenz zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit angenommen wird, obwohl die Niederlassungsfreiheit bei Drittstaatsachverhalten räumlich nicht anwendbar ist.

(3) Rechtsprechung des EuGH

Eine Analyse der EuGH-Rechtsprechung zur Abgrenzung bei Drittstaatsachverhalten kann sich nur auf einige wenige Einzelentscheidungen stützen.²⁸¹ Die Rs. "Ospelt und Schlössle Weissenberg"²⁸² aus dem Jahr 2003

²⁷⁷ Siehe oben unter Punkt C.I.2.b)ff).

²⁷⁸ Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 92 und Rn. 100.

²⁷⁹ Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 95, Rn. 96, Rn. 98 und Rn. 100.

²⁸⁰ Vgl. SA des Generalanwalts Alber v. 14.10.1999 in der Rs. „Baars“, C-251/98, Slg. 2000, I-2787 (2796), Rn. 30.

²⁸¹ Vgl. Schnitger, IStR 2005, S. 493 (493).

²⁸² EuGH Urt. v. 23.9.2003, C-452/01, Rs. „Ospelt und Schlössle Weissenberg“, Slg. 2003, I-9743.

betrif etwa eine Grundstücksübertragung an eine nicht in der EU ansässige liechtensteinische Stiftung. Die Grundstücksübertragung fiel jedoch eindeutig in den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit²⁸³ und bot damit keinen Anlass für eine Abgrenzung zu anderen Grundfreiheiten.²⁸⁴ In der Rs. "Van Hilten" aus dem Jahr 2006, die die Erbenbesteuerung im Verhältnis Niederlande/Schweiz zum Gegenstand hatte, erfolgte aufgrund des Anhangs I der Kapitalverkehrsrichtlinie RL 88/361/EWG²⁸⁵ gleichfalls eine eindeutige Qualifizierung als Kapitalverkehr.²⁸⁶ Der EuGH machte in seiner Begründung für die Fälle eine Einschränkung, "die mit keinem ihrer wesentlichen Elemente über die Grenzen eines EU-Mitgliedstaats hinausweisen".²⁸⁷ Die Formulierung könnte darauf hindeuten, dass der EuGH sich bei Drittstaatsverhältnissen eine Vorrangprüfung vorbehalten möchte und bei Drittstaatsverhältnissen nicht ohne weiteres von einer kumulativen Anwendbarkeit betroffener Grundrechte ausgeht.²⁸⁸ Naheliegender ist jedoch, dass der EuGH in der Rs. "Van Hilten" trotz Ansässigkeit der Erben in einem Drittland (Schweiz) nicht vom Vorliegen eines Drittstaatsverhältnisses ausgegangen ist.²⁸⁹ Denn er lehnte einen Verstoß mit der abschließenden Begründung ab, dass die fragliche steuerliche Regelung nur für die Staatsangehörigen des betreffenden EU-Mitgliedstaats gelte und keine Beschränkung des Kapitalverkehrs in Bezug auf die Staatsangehörigen der anderen *EU-Mitgliedstaaten* darstelle.²⁹⁰

²⁸³ Vgl. EuGH Urt. v. 23.9.2003, C-452/01, Rs. „Ospelt und Schlössle Weissenberg“, Slg. 2003, I-9743, (9789), Rn. 7.

²⁸⁴ Zudem konnte die liechtensteinische Stiftung Rechte aus Art. 40 des EWG-Vertrages geltend machen, so dass bereits kein Drittstaatsverhältnis im Sinne des Art. 56 Abs. 1 EGV gegeben war.

²⁸⁵ ABIEG 1988, Nr. L 178, S. 5.

²⁸⁶ Vgl. EuGH Urt. v. 23.2.2006, C- 513/03, Rs. „Van Hilten“, Slg. 2006, I-1957 (1996), Rn. 40.

²⁸⁷ Vgl. EuGH Urt. v. 23.2.2006, C- 513/03, Rs. „Van Hilten“, Slg. 2006, I-1957 (1996), Rn. 42.

²⁸⁸ Ein Anwendungsvorrang in Drittstaatsverhältnissen würde gegenüber einer kumulativen Anwendung von Grundfreiheiten in EU-Binnenverhältnissen tendenziell einen geringeren Grundfreiheitsschutz vermitteln. Eine solche Differenzierung entspräche einem System des abgestuften Grundfreiheitsschutzes im Verhältnis des EU-Binnenmarktes zu Drittstaaten; Schnitger, IStR 2005, S. 493.

²⁸⁹ Die vom EuGH nicht vorgenommene Einordnung des Falles als Drittstaatsverhältnis ist zum Teil auf Kritik gestoßen; Schwenke, IStR 2006, S. 748 (749).

²⁹⁰ Im Original nicht kursiv: EuGH Urt. v. 23.2.2006, C- 513/03, Rs. „Van Hilten“, Slg. 2006, I-1957 (1997), Rn. 46.

Die Rs. "Fidium Finanz AG" vom 3.10.2006 gibt Aufschlüsse zumindest darüber, unter welchen Umständen der EuGH in Drittstaatsverhältnissen eine gleichzeitige Betroffenheit der Kapitalverkehrsfreiheit mit anderen Grundfreiheiten (Anwendungskonkurrenz) gegeben sieht. Bei der Prüfung auf das Vorliegen einer Anwendungskonkurrenz zwischen Kapitalverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit für Drittstaatsverhältnisse hatte der EuGH in der Rs. "Fidium Finanz AG" eine sachliche Betroffenheit beider Grundfreiheiten zur Annahme einer Anwendungskonkurrenz ausreichen lassen, ohne dass die fehlende räumliche Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit im Rahmen der Abgrenzung berücksichtigt worden wäre.²⁹¹

Mit den Entscheidungen in der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation"²⁹² und der Rs. "Lasertec"²⁹³ ging der EuGH ausdrücklich auf grenzüberschreitende Gesellschafter-Fremdfinanzierungen im Verhältnis zu Drittstaaten ein.²⁹⁴ Verfahrensgegenständlich waren jeweils Mutter-Tochterbeteiligungen mit mehr als 75 % bzw. 66 %, so dass ein *bestimmender Einfluss* der jeweils im Drittstaat ansässigen Mutter-Kapitalgesellschaften durch Kapitalbeteiligung auf die unternehmerische Entscheidung der jeweiligen Tochter-Kapitalgesellschaften gegeben war.²⁹⁵ Der EuGH nahm bei der Abgrenzung der Niederlassungsfreiheit zur Kapitalverkehrsfreiheit bereits bei einer gleichzeitigen *sachlichen* Betroffenheit der beiden Grundfreiheiten eine Anwendungskonkurrenz an.²⁹⁶ Der fehlenden räumlichen Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten wurde keine Bedeutung beigemessen. Richtigerweise wurde die Anwendung der Niederlassungsfrei-

²⁹¹ Siehe oben unter Punkt C.I.2.a)cc).

²⁹² Vgl. EuGH Urte. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249.

²⁹³ Vgl. EuGH Beschluss v. 10.5.2007, C-492/04, Rs. „Lasertec“, IStR 2007, S. 439.

²⁹⁴ Vgl. EuGH Urte. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 98 bis Rn. 100.

²⁹⁵ Vgl. EuGH Urte. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 33 und Rn. 32; EuGH Beschluss v. 10.5.2007, C-492/04, Rs. „Lasertec“, IStR 2007, S. 439, Rn. 23. Etwa lässt der EuGH in der Rs. „Lasertec“ die in § 8a Abs. 3 S. 3 Alt. 2 KStG erfolgte Gleichstellung eines Portfolio-Anteilseigners mit einem wesentlich beteiligten Anteilseigner durch den deutschen Gesetzgeber dahinstehen und stützt die Anwendung der Niederlassungsfreiheit auf die im konkreten Fall gegebene 66%ige Kapitalbeteiligung; EuGH Beschluss v. 10.5.2007, C-492/04, Rs. „Lasertec“, IStR 2007, S. 439, Rn. 22 und Rn. 23.

²⁹⁶ Vgl. EuGH Urte. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 33 und Rn. 34; EuGH Beschluss v. 10.5.2007, C-492/04, Rs. „Lasertec“, IStR 2007, S. 439, Rn. 24.

heit für in Drittstaaten ansässige Kapitalgesellschaften verneint.²⁹⁷ Die in Drittstaaten anwendbare Kapitalverkehrsfreiheit wurde dagegen nicht (wieder) aufgegriffen und geprüft. Diese Vermischung sachlicher und räumlicher Anwendungsvoraussetzungen durch den EuGH weist systematische Schwächen auf und lässt allenfalls das Ziel erkennen, die Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten nicht zur Anwendung und Wirtschaftssubjekte außerhalb der EU nicht in den Genuss wirtschaftlicher Freiheiten des EGV kommen zu lassen.²⁹⁸ Ein solches Ziel würde jedoch verkennen, dass die Kapitalverkehrsfreiheit auch das Recht der EU-Bürger und EU-Gesellschaften schützt, von vorteilhaftem In-bound-Kapital aus Drittstaaten zu profitieren oder Out-bound-Investitionen in Drittstaaten zu tätigen, die für EU-Bürger und EU-Gesellschaften vorteilhaft sind.²⁹⁹ Eine generelle Nichtanwendung der Kapitalverkehrsfreiheit verhindert zwar eine gegebenenfalls ungerechtfertigte Privilegierung von Wirtschaftsteilnehmern aus Drittstaaten, verkürzt aber die Grundfreiheiten der primär durch den EGV geschützten EU-Bürger und EU-Gesellschaften. Zum Problem einer nicht im Sinne des EGV liegenden Privilegierung von Drittstaatenangehörigen durch das erga-omnes-Prinzip der Kapitalverkehrsfreiheit, wird in dieser Arbeit die Präklusionslösung vertreten. Sie erlaubt es den an einer Kapitalbewegung beteiligten EU-Bürger und EU-Gesellschaften sich in Drittstaatsachverhalten weiterhin auf die Kapitalverkehrsfreiheit zu berufen.³⁰⁰

Bei einer Bejahung einer Anwendungskonkurrenz kommen meines Erachtens grundsätzlich drei Lösungsmöglichkeiten in Betracht. Es kann auf das Unmittelbarkeitskriterium abgestellt werden, wobei dessen konkrete Auslegung durch die EuGH-Generalanwaltschaft wenig überzeugend ist. Die zweite Möglichkeit besteht in der Annahme eines Rangverhältnisses zwischen den

²⁹⁷ Vgl. EuGH Beschluss v. 10.5.2007, C-492/04, Rs. „Lasertec“, IStR 2007, S. 439, Rn. 27.

²⁹⁸ Gleiche Ansicht *Köhler/Tippelhofer*, die mit dem Hinweis auf den Wortlaut des EGV an der Zulässigkeit einer solchen zielorientierten Auslegung durch den EuGH zweifeln; *Köhler/Tippelhofer*, IStR 2007, S. 645 (647).

²⁹⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 6.3.2007, C-292/04, Rs. „Meilicke“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 33 und Rn. 34; *Köhler/Eicker*, DStR 2004, S. 672 (673); *Lausterer*, IStR 2003, S. 19 (22); EuGH Urt. v. 19.1.2006, C-265/04, Rs. „Bouanich“, Slg. 2006, I-945 (956), Rn. 34: Die Kapitalverkehrsfreiheit schützt auch das Recht im Inland ansässiger Gesellschaften diskriminierungsfrei Kapital von im Ausland ansässigen Investoren aufzunehmen.

³⁰⁰ Näheres hierzu unter Punkt D.II.2.d)cc).

beiden betroffenen Grundfreiheiten. Mit der Entscheidung in der Rs. "Fidium Finanz AG" hatte der EuGH bei einem eindeutig als Drittstaatensachverhalt gekennzeichneten Fall die Kapitalverkehrsfreiheit als nachrangig angesehen.³⁰¹ Die sich im EU-Binnensachverhalt der Rs. "Cadbury Schweppes" andeutende Annahme einer Nachrangigkeit der Kapitalverkehrsfreiheit im Zusammenhang mit Besteuerungsnormen³⁰² wurde in der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation"³⁰³ und Rs. "Lasertec"³⁰⁴ ausdrücklich auf Drittstaatensachverhalte ausgedehnt.³⁰⁵ Klärungsbedürftig wäre bei dieser Lösung jedoch die Bedeutung des Art. 43 Abs. 2 EGV, der ausdrücklich einen Vorrang zugunsten der Kapitalverkehrsfreiheit vorsieht.³⁰⁶ Als dritte Lösungsalternative bietet sich an, die vom EuGH in EU-Binnensachverhalten bejahte kumulative Anwendung der Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit³⁰⁷ auch auf die Finanzierungssachverhalte mit Drittstaatenbezug zu übertragen.

(4) Besondere Kapitalbeteiligungs- und Stimmrechtsverhältnisse

Selbst bei Zugrundelegung der für die Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit engsten Lösung einer Anwendungskonkurrenz,³⁰⁸ ergeben sich von § 8a KStG erfasste Drittstaatensachverhalte auf die die Kapitalverkehrsfreiheit Anwendung finden kann.

Die Anwendung in Drittstaatensachverhalten kann sich für folgende Beteiligungsverhältnisse ergeben: Dem nicht wesentlich am Kapital beteiligten Anteilseigner im Sinne des § 8a Abs. 3 S. 3 Alt. 2 KStG stehen nicht mehr als die Hälfte der Stimmrechtsanteile an finanzierten Gesellschaften mbH bzw. nicht mehr als drei Viertel der Stimmrechte bei Aktiengesellschaften und SE

³⁰¹ Vgl. EuGH Urt. v. 3.10.2006, C-452/04, Rs. „Fidium Finanz AG“, IStR 2006, S. 754, Rn. 49.

³⁰² Vgl. EuGH Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, Rs. „Cadbury Schweppes“, DStR 2006, S. 441, Rn. 33.

³⁰³ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249.

³⁰⁴ Vgl. EuGH Beschluss v. 10.5.2007, C-492/04, Rs. „Lasertec“, IStR 2007, S. 439.

³⁰⁵ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 98 bis Rn. 100; EuGH Beschluss v. 10.5.2007, C-492/04, Rs. „Lasertec“, IStR 2007, S. 439, Rn. 25.

³⁰⁶ Siehe hierzu oben unter Punkt C.I.2.b)cc) sowie unter Punkt C.I.2.b)dd)(4).

³⁰⁷ Siehe hierzu oben unter Punkt C.I.2.b)dd)(2) sowie unter Punkt C.I.2.b)dd)(3).

³⁰⁸ Siehe hierzu oben unter Punkt C.I.2.b)gg)(3).

zu. Diese Beteiligung kann einerseits den Tatbestand des § 8a Abs. 1 KStG erfüllen. Andererseits fehlt solchen Beteiligungsverhältnissen der *bestimmende Einfluss* auf die Unternehmensentscheidung: weder die Beteiligung am Kapital noch die Stimmberechtigung reichen zur Begründung einer Unternehmenskontrolle aus. Diese Beteiligungen wären damit gemäß der EuGH-Rechtsprechung nicht vom Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit erfasst und unterliegen lediglich der Kapitalverkehrsfreiheit.³⁰⁹ Folglich ergibt sich bei diesen Beteiligungsverhältnissen bereits auf *sachlicher* Tatbestandsebene keine Anwendungskonkurrenz zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit. Mangels einer sachlichen Anwendungskonkurrenz verbleibt lediglich die Kapitalverkehrsfreiheit als sachlich anwendbare Grundfreiheit. Gestützt wird diese Einschätzung durch den Beschluss in der Rs. "Lasertec" vom 10.5.2007. Der EuGH hat in dieser Entscheidung die vom deutschen Gesetzgeber vorgesehene Gleichstellung des nicht wesentlich am Kapital beteiligten Anteilseigners, der nur im Verbund mit anderen einen beherrschenden Einfluss ausüben kann (§ 8a Abs. 3 S. 3 Alt. 2 KStG), mit einem nicht wesentlich am Kapital beteiligten Anteilseigner der bereits aufgrund *eigener* Stimmrechtsanteile beherrschenden Einfluss ausüben kann (§ 8a Abs. 3 S. 3 Alt. 1 KStG) dahinstehen lassen.³¹⁰ Stattdessen hat der EuGH die Anwendung der Niederlassungsfreiheit auf die im Fall "Lasertec" gegebene 66%ige *Kapitalbeteiligung* gestützt,³¹¹ die als solche bereits ausreichend ist einen bestimmenden Einfluss zu bejahen.

Für den nicht wesentlich am Kapital beteiligten Anteilseigner, der aufgrund *eigener* Stimmrechtsanteile einen beherrschenden Einfluss auf die Kapitalgesellschaft ausübt (§ 8a Abs. 3 S. 3 Alt. 1 KStG), besteht in Drittstaatsachenverhalten eine sachliche Anwendungskonkurrenz zwischen der Niederlassungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit; die Kapitalverkehrsfreiheit würde bei Zugrundelegung der oben dargestellten engen Konkurrenzlösung³¹² hinter die

³⁰⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 21.11.2003, C-436/00, Rs. „X und Y“, Slg. 2002, I-10847 (10870), Rn. 68; Bröhmer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 56, Rn. 25.

³¹⁰ Vgl. EuGH Beschluss v. 10.5.2007, C-492/04, Rs. „Lasertec“, IStR 2007, S. 439, Rn. 22.

³¹¹ Vgl. EuGH Beschluss v. 10.5.2007, C-492/04, Rs. „Lasertec“, IStR 2007, S. 439, Rn. 23.

³¹² Siehe hierzu oben unter Punkt C.I.2.b)gg)(3).

Niederlassungsfreiheit zurücktreten und im Ergebnis nicht zur Anwendung gelangen.

(5) Eigene Stellungnahme

Die Ausblendung der räumlichen Anwendungsvoraussetzungen der Grundfreiheiten bei der Prüfung einer Anwendungskonkurrenz zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit erscheint nicht sachgerecht.³¹³ Die räumlichen Anwendungsvoraussetzungen sind außer bei der Kapitalverkehrsfreiheit bei allen Grundrechten gleich; sie gelten lediglich für EU-Binnensachverhalte.³¹⁴ Insofern ist es verständlich, dass den räumlichen Anwendungsvoraussetzungen bei der Frage, welche Grundfreiheit einschlägig ist, grundsätzlich keine Bedeutung zugemessen wird. Die Kapitalverkehrsfreiheit weist mit ihrem Drittstaatenbezug (erga-omnes-Geltung) jedoch eine Besonderheit auf,³¹⁵ die Berücksichtigung finden muss, um dieser Grundfreiheit gerecht zu werden. Die Frage einer Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit darf erst dann gestellt werden, wenn diese Grundfreiheit allen ihren Anwendungsvoraussetzungen nach Anwendung finden kann.³¹⁶ Da die Niederlassungsfreiheit in Drittstaatsachverhalten nicht anwendbar ist, ergibt sich in Drittstaatsachverhalten bereits keine Anwendungskonkurrenz zur Kapitalverkehrsfreiheit. Auch bei Annahme einer solchen Anwendungskonkurrenz bestünde mit Art. 43 Abs. 2 EGV grundsätzlich ein Vorbehalt zugunsten der Kapitalverkehrsfreiheit.³¹⁷ Handelt es sich tatsächlich um geschützten Kapitalverkehr mit Drittstaaten im Sinne des Art. 56 Abs. 1 EGV kommt meines Erachtens der Niederlassungsfreiheit keine Bedeutung zu.³¹⁸

Das Erfordernis, vor der Bejahung einer Anwendungskonkurrenz alle Anwendungsvoraussetzungen der betroffenen Grundfreiheiten zu berücksichti-

³¹³ Für eine differenzierte Prüfung der verschiedenen Tatbestandsebenen spricht etwa auch Cordewener aus: Cordewener, DStR 2004, S. 6 (7).

³¹⁴ Vgl. Sedemund, BB 2006, S. 2781 (2782).

³¹⁵ Cordewener, Grundfreiheiten, S. 226, Fn. 186: Die Kapitalverkehrsfreiheit ist aufgrund des erga-omnes-Prinzips eine atypische Grundfreiheit; vgl. auch Dölker/Ribbrock, BB 2007, S. 1928 (1928).

³¹⁶ Buchmann, Grundfreiheiten, S. 65: Die Frage einer Abgrenzung darf erst dann gestellt werden, wenn ein und die selbe staatliche Maßnahme objektiv tatsächlich geeignet ist, mehrere Grundfreiheiten zu beschränken.

³¹⁷ Der EuGH geht in der Rs. „Cadbury Schweppes“ nicht auf Art. 43 Abs. 2 EGV ein.

³¹⁸ Gleiche Ansicht: FG Hamburg Urt. v. 9.3.2004, EFG 2004, S. 1573; Schönfeld, IStR 2005, S. 410 (411).

gen, kann aus dem Grundsatz der Gleichwertigkeit der Grundfreiheiten³¹⁹ sowie dem Aspekt der Entscheidungserheblichkeit hergeleitet werden. Kann die Anwendung einer Norm aufgrund eines Tatbestandsmerkmals effektiv ausgeschlossen werden, erübrigen sich weitere Rechtsausführungen, wie etwa Konkurrenzfragen zu Grundfreiheiten. Die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit bei Drittstaatensachverhalten führt auch nicht zu einer dem Sinn des EGV zuwiderlaufenden steuerlichen Privilegierung von Drittstaatensachverhalten gegenüber den EU-Binnensachverhalten. Drittstaatensachverhalte unterliegen anders als EU-Binnensachverhalte uneingeschränkt dem Steuervorbehalt des Art. 58 Abs. 1 a) EGV.³²⁰ Zudem können Drittstaatensachverhalte bereits auf Schutzbereichsebene durch verschiedene Argumentationen und insbesondere durch die in dieser Arbeit favorisierte Präklusionslösung beschränkt werden.³²¹

hh) Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach erfolgter Niederlassung

Ist die Gründung einer Niederlassung sowie die damit einhergehende erstmalige finanzielle Ausstattung erfolgt, rückt das Verhältnis zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit für die laufende Unternehmensfinanzierung in den Vordergrund. Folgefinanzierungen und Änderungen in einer bestehenden Unternehmensfinanzierung, etwa der erstmalige Übergang zu einer Gesellschafter-Fremdfinanzierung, stellen sich hier primär als Kapitalbewegungen dar, so dass die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit aus Art. 56 Abs. 1 EGV naheliegt.

Die Niederlassungsfreiheit könnte hier mit der Argumentation Anwendung finden, dass Folgefinanzierungen und Änderungen in der Finanzierungsstruktur auf den Niederlassungsvorgang zurückwirken oder in ihrer Bedeutung einem (neuen) Niederlassungsvorgang gleichkommen. Die Generalanwaltschaft des EuGH hat sich im Fall der steuerlichen Gesellschafter-Fremdfin-

³¹⁹ So etwa Buchmann, Grundfreiheiten, S. 65.

³²⁰ 7. Erklärung der vertragsschließenden EU-Mitgliedstaaten in der Schlussakte des Maastrichter Vertrages; vgl. Dautzenberg, RIW 1998, S. 537 (542).

³²¹ Siehe näheres hierzu unter C.I.2.d) cc).

anzierung³²² nur für den Fall der Gründung einer Tochterkapitalgesellschaft für die Anwendung der Niederlassungsfreiheit ausgesprochen.³²³ Die Beschränkung der Abgrenzungsfrage auf die Phase der Unternehmensgründung oder die Phase des Anteilerwerbes findet sich auch in dem vom EuGH in der Rs. "X und Y"³²⁴ aufgestellten Abgrenzungskriterium des *bestimmenden Einflusses* des Anteilseigners auf die Gesellschaft wieder. Eine Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit ist hiernach nur erforderlich, wenn der Anteilseigner bestimmenden Einfluss *erhält*, also eine durch Gründung oder Anteilerwerb ausgelöste Veränderung des Einflusses auf die Gesellschaft vorliegt.³²⁵ In der zu den Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln des StandOG³²⁶ ergangenen Rs. "Lankhorst-Hohorst" verwendete der EuGH hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit zwar eine inhaltlich weitere Formulierung. Die Niederlassungsfreiheit schütze "den Erwerb, die Gründung und die *Beibehaltung* einer Tochtergesellschaft" in einem anderen EU-Mitgliedstaat.³²⁷ Dies hätte gegebenenfalls darauf hindeuten können, dass auch nach einem Niederlassungsvorgang erfolgende Änderungen an der Finanzierung einer Tochtergesellschaft der Niederlassungsfreiheit unterliegen. Allerdings war die Vorlagefrage in der Rs. "Lankhorst-Hohorst" auch auf die Niederlassungsfreiheit beschränkt.³²⁸ Der EuGH hatte keinen Anlass, aus dogmatischen Gründen Stellung zum Verhältnis der Niederlassungs- zur Kapitalverkehrsfreiheit zu nehmen, so dass der Übernahme der bereits in anderen Entscheidungen zitierten Formulierung in den Begründungstext der Rs. "Lankhorst-Hohorst" keine weitergehende Bedeutung zukommen dürfte. Der Lankhorst-Hohorst-Entscheidung lag zudem ein Gesellschafterdarlehen zu-

³²² Die Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, betrifft die steuerliche Behandlung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Rahmen einer so genannten „thin cap group“ durch das Vereinigte Königreich (UK).

³²³ SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 35 „...soweit...“.

³²⁴ EuGH Urt. v. 21.11.2003, C-436/00, Rs. „X und Y“, Slg. 2002, I-10847 (10870 f.), Rn. 68 u. Rn. 75.

³²⁵ Durch Umwandlungs- und Einbringungsvorgänge kann sich gleichfalls der beherrschende Einfluss auf die Gesellschaft verschieben. Umwandlungs- und Einbringungsvorgänge stellen somit weitere Fallgruppen dar, in denen sich die Abgrenzungsfrage zwischen dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit stellen kann.

³²⁶ BGBl. I 1993, S. 1569 (1576).

³²⁷ Im Original nicht kursiv; EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11779 (11812), Rn. 32.

³²⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11779 (11810), Rn. 25.

grunde, das in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Stammkapitalerhöhung in Höhe von 2 Mio. DM gewährt wurde.³²⁹ Folglich betraf auch die Gesellschafter-Fremdfinanzierung in der Rs. "Lankhorst-Hohorst" ein Gesellschafterdarlehen, das im Zusammenhang mit einem Vorgang stand, der in seiner gesellschaftsrechtlichen Bedeutung einem neuen Niederlassungsvorgang gleichkam.

Abgrenzungsbedarf zwischen der Niederlassungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit ergibt sich für die Unternehmensfinanzierung durch Gesellschafter-Fremdkapital demnach insbesondere für die Gründungsphase von Kapitalgesellschaften oder nach Vorgängen, die in ihrer Bedeutung einer Niederlassung gleichkommen. Für Änderungen einer laufenden Unternehmensfinanzierung durch Gesellschafter-Fremdfinanzierungen, die nicht im Zusammenhang mit Unternehmensgründungen oder niederlassungsähnlichen Vorgängen stehen, fehlt ein hinreichender Zusammenhang zur Niederlassungsfreiheit.³³⁰ Die allgemeine Intention, eine Niederlassung über die gesamte Zeit der wirtschaftlichen Tätigkeit in einem EU-Mitgliedstaat aufrechterhalten zu wollen, kann eine klar abgrenzbare Kapitalbewegung in ihrem Bedeutungsgehalt nicht verdrängen.³³¹ Mithin dürfte sich beim Übergang zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach erfolgter Niederlassung die Abgrenzungsfrage zwischen der tendenziell engeren Niederlassungsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit nicht mehr stellen.³³²

³²⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11779 (11805), Rn. 5.

³³⁰ Bröhmer in: Calliess/Ruffert, EGV, Art. 56, Rn. 25 sieht etwa eine kumulative Anwendung der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit nur für Kapitalbewegungen gegeben, die mit dem Niederlassungsvorgang im Ausland „verbunden“ sind.

³³¹ Vgl. Musil, DStZ 2003, S. 649 (650).

³³² Der Abschluss der für die Niederlassungsfreiheit noch relevanten Finanzierungsphase, ist insbesondere bei einer Verwendung verschiedener Finanzierungsinstrumente zur Abdeckung des Gesamtinvestitionsbedarfs zu Beginn einer Niederlassung schwierig. Die Laufzeiten, die für die erstmals an die Gesellschaft ausgereichten Gesellschafterdarlehen vereinbart wurden, können ein erster Anhaltspunkt zu einer Bestimmung sein. So betrafen die in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, streitgegenständlichen Darlehen des Lafarge-Konzerns zur Begründung einer Niederlassung in Großbritannien circa 50 % des Finanzierungsvolumens und wiesen eine durchschnittliche Laufzeit von 1 ½ Jahren auf; SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 19, 20 und 21. Dies schließt m.E. nicht aus, dass im Falle längerer Lauffristen die Gesellschafter-Darlehen der Gründungsphase aus dem zeitlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit laufen können und sie dann allein der im Schutzzumfang weiteren Kapitalverkehrsfreiheit unterliegen; auf eine Abgrenzung zur tendenziell engeren Niederlassungsfreiheit käme es in diesen Fällen nicht mehr an.

c) Abgrenzung zur Zahlungsverkehrsfreiheit

Die Zahlungsverkehrsfreiheit schützt die grenzüberschreitende Hingabe von Zahlungsmitteln zur Bewirkung einer Gegenleistung.³³³ Die Kapitalverkehrsfreiheit hat dagegen den Schutz einer grenzüberschreitenden einseitigen anlageorientierten Wertübertragung zum Gegenstand.³³⁴ Überschneidungspunkte der Anwendungsbereiche ergeben sich, da auch bei Investitionen im Sinne des freien Kapitalverkehrs zwangsläufig schuldrechtliche Zahlungsansprüche entstehen und durch Hingabe von Zahlungsmitteln beglichen werden müssen. Darlehensauszahlungsansprüche sowie Zinszahlungs- und Darlehensrückzahlungsansprüche stellen im Rahmen eines Darlehensverhältnisses auch Zahlungs- und Gegenleistungspflichten dar. Zur Abgrenzung stellen der EuGH und die Literatur auf die anlageorientierte Zweckbindung der Wertübertragung ab;³³⁵ steht diese im Vordergrund, eröffnet sich der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit. Dies lässt jedoch die Frage offen, ob jede einzelne Zahlungspflicht gesondert oder die Gesamtheit wechselseitiger Zahlungspflichten im Rahmen eines Vertragsverhältnisses darauf überprüft werden sollen, ob aufgrund eines Anlagezwecks eine Zuordnung zur Kapitalverkehrsfreiheit erfolgt. Das Rechtsverhältnis bei der Unternehmensfinanzierung zwischen dem Gesellschafter als Darlehensgeber und dem finanzierten Unternehmen als Darlehensnehmer gliedert sich, soweit inländisches Zivilrecht zugrunde zu legen ist,³³⁶ in Haupt- und Nebenpflichten des Darlehensvertrages.³³⁷ Hauptpflicht des Darlehensgebers ist es, dem Darlehensnehmer die vereinbarte Darlehenssumme zur Verfügung zu stellen.³³⁸ Hauptpflicht des Darlehensnehmers ist die Rückgewähr der Darlehenssumme nach Ablauf der

³³³ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1050, Rn. 2787; Ress/Ukrow in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 56, Rn. 174; Schürmann in: Lenz/Borchardt, EUV/EGV, Art. 56 EGV, Rn. 5; Bröhmer in: Callies/Ruffert, EGV, Art. 56 EGV, Rn. 60.

³³⁴ Vgl. Kienzl, IStR 2005, S. 693 (696); EuGH Urt. v. 31.1.1984, C-286/82 u. 26/83, Rs. „Luisi und Carbone“, Slg. 1984, S. 377 (404), Rn. 21; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1032, Rn. 2736; Dölker/Ribbrock, BB 2007, S. 1928 (1928).

³³⁵ Vgl. EuGH Urt. v. 31.1.1984, C-286/82 u. 26/83, Rs. „Luisi und Carbone“, Slg. 1984, 377, Rn. 22; EuGH Rs. „Sanz de Lera“, Slg. 1995, I-4821; Hailbronner/Jochum, Europarecht II, S. 241, Rn. 666; Follak in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, F. II, Rn. 4; Bröhmer in: Callies/Ruffert, EGV, Art. 56, Rn. 14; Spengel/Golücke, RIW 2003, S. 333 (338); Schön, GS Knobbe-Keuk, S. 743 (746), Bleckmann, Europarecht, Rn. 1181 f.; Herdegen, Europarecht, § 19, Rn. 1.

³³⁶ Die Gewährung von Fremdwährungsdarlehen schließt die Anwendung des inländischen Zivilrechts nicht aus; Palandt, BGB, § 488, Rn. 5.

³³⁷ Vgl. Harenberg, NWB 2005, S. 3759 (3770).

³³⁸ Vgl. Palandt, BGB, § 488, Rn. 6; Harenberg, NWB 2005, S. 3759 (3793).

vereinbarten Darlehenszeit.³³⁹ Die Zinszahlungspflicht des Darlehensnehmers wird als Nebenpflicht des Darlehensverhältnisses angesehen.³⁴⁰ Sie kann in Form eines Agio,³⁴¹ Disagio³⁴² oder als laufend zu erbringende Zinszahlungen³⁴³ bewirkt werden. Das Darlehensverhältnis besteht damit aus einer Leistung in Form einer zeitlich begrenzten Kapitalüberlassung und einer Gegenleistung in Form der Zinszahlung.

Die Gewährung und die Tilgung der Darlehenssumme werden nach ganz herrschender Meinung als Kapitalverkehr angesehen und der Kapitalverkehrsfreiheit zugeordnet.³⁴⁴ Die Darlehenshingabe verschiebt das Kapital zum Darlehensnehmer; die Tilgung kehrt diese Kapitalbewegung um und ist als *actus contrarius* der Darlehenshingabe gleichfalls Kapitalverkehr im Sinne der Kapitalverkehrsfreiheit. Hinsichtlich der Zinszahlungspflicht als Nebenpflicht des Darlehensvertrages vertritt *Honrath* jedoch, dass laufende Zahlungen auf den Kapitalverkehr nicht der Kapitalverkehrs-, sondern der Zahlungsverkehrsfreiheit unterlägen; einmalige (Zins-)Zahlungen seien dagegen von der Kapitalverkehrsfreiheit erfasst.³⁴⁵

Die Differenzierung *Honraths* zwischen den laufend und den einmalig erbrachten Fremdkapitalvergütungen für den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit würde sich auch bei der Prüfung der Vereinbarkeit der Gesellschafter-Fremdfinanzierung mit der Kapitalverkehrsfreiheit niederschlagen. Zu prüfen wäre hiernach, ob durch die steuerlichen Regeln zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung die grenzüberschreitende Darlehenshingabe diskriminiert oder beschränkt wird (1) oder ob sie die Darlehenshingabe

³³⁹ Vgl. Palandt, BGB, § 488, Rn. 35 und Rn. 12.

³⁴⁰ Vgl. Palandt, BGB, § 488, Rn. 18; Harenberg, NWB 2005, S. 3759 (3793).

³⁴¹ Das Agio (Aufgeld), das der Schuldner über den Nennbetrag seiner Schuld hinaus zahlt, weil der Gläubiger ihm die Rückzahlung des Kapitals vor Fälligkeit gestattet, ist nicht Schuldtilgung, sondern Gegenleistung für die Kapitalüberlassung und fällt unter § 20 Abs. 1 Nr. 7 bzw. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG; BFH Urt. v. 13.10.1988, VIII R 156/84, BStBl II 1988, S. 252; BFH Urt. v. 25.6.1974, VII R 109/69, BStBl. II 1974, S. 735; Harenberg, NWB 2005, S. 3759 (3760).

³⁴² Das Disagio (Abgeld, Damnum) ist der Auszahlungsabschlag bei einer Darlehensgewährung und führt beim Darlehensnehmer zu einer Erhöhung der Effektivverzinsung; der Begriff des Disagio wird auch im Zusammenhang mit der Ausgabe von Anleihen verwendet; Harenberg, NWB 2005, S. 3759 (3771); Palandt, BGB, § 488, Rn. 34.

³⁴³ Zinsen sind nicht begriffsnotwendig fortlaufend zu zahlen; Harenberg, NWB 2005, S. 3759 (3793).

³⁴⁴ So auch *Honrath*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 48 und S. 50.

³⁴⁵ *Honrath*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 48 und S. 50.

be nicht beeinträchtigt und lediglich der Zinszahlungsverkehr diskriminiert oder beschränkt wird (2). Im ersten Fall wäre die Kapitalverkehrsfreiheit mit Art. 56 Abs. 1 EGV sowie die Rechtfertigungsnormen der Art. 57 und 58 EGV zu beachten; im zweiten Fall wäre die Zahlungsverkehrsfreiheit gemäß Art. 56 Abs. 2 EGV einschlägig. Da die Rechtfertigungsnorm des Art. 57 Abs. 1 EGV nicht auf die Zahlungsverkehrsfreiheit anwendbar ist,³⁴⁶ käme der untergeordneten vertraglichen Vereinbarung einer einmaligen oder laufenden Zinszahlung auch entscheidende Bedeutung für den europarechtlichen Schutz einer Investition zu.³⁴⁷

Für die differenzierte Beurteilung der laufenden Zahlungen wird das Argument angeführt, die laufenden Zahlungen stellen volkswirtschaftlich gesehen Zahlungen für Dienstleistungen und mithin Gegenleistungen im Sinne der Zahlungsverkehrsfreiheit dar.³⁴⁸ Dies erklärt jedoch nicht, warum nach *Honraths* Auffassung einmalige Zinszahlungen der Kapitalverkehrsfreiheit unterliegen sollen, obwohl auch diese einmaligen Zahlungen Gegenleistungen für die zeitlich begrenzte Kapitalüberlassung darstellen. Auch ein Blick in die Kapitalverkehrsrichtlinie rechtfertigt keine Differenzierung im Sinne *Honraths*. In der Kapitalverkehrsrichtlinie RL 88/361/EWG³⁴⁹ wird in Rubrik I zwar die "Kredit- oder Darlehensrückzahlung" als Kapitalverkehr im Sinne der Kapitalverkehrsrichtlinie aufgeführt. Dies schließt aber die Darlehenszinszahlungen nicht aus dem Kapitalverkehrsbegriff aus. Ausdrücklich sieht der EuGH in der Nomenklatur der Rubrik I keine erschöpfende Aufzählung zur Definition des Kapitalverkehrs.³⁵⁰ Zudem werden in Rubrik VIII "Darlehen und Finanzkredite von Gebietsfremden an Gebietsansässige" unter den Kapitalverkehrsbegriff gefasst, ohne dass zwischen Darlehenstilgung und Zinszahlung differenziert wird.³⁵¹ Vorzugswürdig erscheint daher

³⁴⁶ Vgl. Bröhmer in: Calliess/Ruffert EGV, Art. 57, Rn. 3; Hobe, Europarecht, § 18, Rn. 729, S. 226.

³⁴⁷ Vgl. Ehlers/von Wilmsky, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 12 II, S. 348, Rn. 6.

³⁴⁸ Vgl. Honrath, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 49.

³⁴⁹ Kapitalverkehrsrichtlinie RL 88/361/EWG zur Durchführung von Art. 67 der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA), ABl. EG 1988, Nr. L 178, S. 5.

³⁵⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 3.10.2006, C-452/04, Rs. „Fidium Finanz AG“, IStR 2006, S. 754, Rn. 5; EuGH Urt. v. 23.2.2006, C- 513/03, Rs. „Van Hilten“, Slg. 2006, I-1957 (1983), Rn. 3.

³⁵¹ Kapitalverkehrsrichtlinie RL 88/361/EWG zur Durchführung von Art. 67 der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA), ABl. EG 1988, Nr. L 178, S. 5 f.

der Ansatz, dass Zinszahlungen als Gegenleistung für die zeitlich begrenzte Überlassung von Kapital neben der Zahlungsverkehrsfreiheit auch am Schutz der für die Hauptleistung geltenden Grundfreiheit teilnehmen.³⁵² Hiernach unterliegen Darlehensgewährung, Darlehenstilgung und Zinszahlungen jeweils dem Schutz der Kapitalverkehrsfreiheit.

II. Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit

1. Verhältnis der Niederlassungsfreiheit zur Dienstleistungsfreiheit

a) Dauerhaftigkeit der wirtschaftlichen Betätigung

Der Erbringer einer Dienstleistung wird in einem von seinem Heimatstaat verschiedenen EU-Mitgliedstaat im Sinne des Art. 50 Abs. 3 EGV nur vorübergehend tätig. Eine Niederlassung im Sinne der Art. 43 EGV beinhaltet dagegen eine dauerhafte wirtschaftliche Integration in die Strukturen des Aufnahmestaates.³⁵³

b) Abgrenzung in Fällen des § 8a KStG

Im Rahmen einer steuerlichen Behandlung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch § 8a KStG ergibt sich eine dauerhafte wirtschaftliche Integration im obigen Sinn bereits aufgrund der wesentlichen oder beherrschenden Beteiligung des Anteilseigners an der finanzierten Kapitalgesellschaft gemäß § 8a Abs. 3 S. 1 oder S. 3 KStG. Gegebenenfalls betroffene Gruppen, wie nahe stehende Personen (§ 8a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KStG) oder rückgriffsberechtigte Dritte (§ 8a Abs. 1 S. 2 KStG) leiten sich jeweils von dieser gesellschaftsrechtlichen Beteiligung des Anteilseigners ab und rechtfertigen keine differenzierte Betrachtungsweise in Bezug auf etwaig betroffene Grundfreiheiten. Die Fälle des § 8a KStG dürften hiernach nicht der Dienstleistungsfreiheit unterliegen.

c) Abgrenzung in Fällen der Zinsschranke

Die Zinsschranke des § 4h Abs. 1 EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 1 KStG 2008 knüpft im Gegensatz zur Regelung des § 8a KStG nicht mehr an die umge-

³⁵² Vgl. Ehlers/von Wilmowsky, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 12 II, S. 348, Rn. 6; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1050, R. 2787; Follak in: Dauses, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, F. II., Rn. 14.

³⁵³ Vgl. Schlag in: Schwarze, EGV, Art. 43, Rn. 2; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 727, Rn. 1938.

hungsanfällige Gesellschafterstellung des Fremdkapitalgebers an;³⁵⁴ Beteiligungsverhältnisse werden gegebenenfalls nur noch bei der Berechnung eines konzernweiten Eigenkapital/Fremdkapital-Verhältnisses im Rahmen einer Escape-Klausel³⁵⁵ sowie bei der Anwendung der Konzern-Klausel³⁵⁶ eine Rolle spielen. Mithin können auch Darlehen von gesellschaftsrechtlich nicht verbundenen Dritten (z.B. Banken) bei der finanzierten Kapitalgesellschaft ein Betriebsausgabenabzugsverbot für Fremdkapitalvergütungen auslösen.³⁵⁷

Bei einer abstrakten Betrachtungsweise fehlt der geplanten Zinsschranke damit eine tatbestandliche Anknüpfung an eine gesellschaftsrechtliche Kontrollmehrheit, die ihrerseits Voraussetzung für die Anwendung der Niederlassungsfreiheit ist.³⁵⁸ Fremdfinanzierungen durch gesellschaftsrechtlich nicht verbundene Banken müssten anhand der Dienstleistungsfreiheit beurteilt werden;³⁵⁹ sonstige Fremdfinanzierungen durch Gesellschafter und Dritte wären durch die Kapitalverkehrsfreiheit erfasst. Bei einer konkreten Betrachtungsweise müsste anhand der beiden Kriterien *bestimmender Einfluss* und *Bankenzusammenhang*³⁶⁰ der jeweils streitgegenständliche Finanzierungssachverhalt der Niederlassungsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit oder der Kapitalverkehrsfreiheit zugeordnet werden.

2. Verhältnis der Niederlassungsfreiheit zur Kapitalverkehrsfreiheit

Die Frage des Verhältnisses zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit in Bezug auf steuerliche Regeln zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung wurde, ausgehend von der Kapitalverkehrsfreiheit, unter dem Punkt C.I.2.b) behandelt; auf die dortigen Erörterungen und Ergebnisse wird hiermit verwiesen.

³⁵⁴ Vgl. Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (1); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (528); Rödder/Stangl, DB 2007, S. 479 (479).

³⁵⁵ § 4h Abs. 2 c) EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 3 KStG 2008.

³⁵⁶ § 4h Abs. 2 b) EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 2 KStG 2008.

³⁵⁷ Vgl. Rödder/Stangl, DB 2007, S. 479 (479).

³⁵⁸ Vgl. EuGH Ur. v. 13.4.2000, Rs. „Baars“, C-251/98, Slg. 2000, I-2805.

³⁵⁹ Bei einem Bankenzusammenhang ist die Dienstleistungsfreiheit i.d.R. vorrangig; vergleiche oben unter Punkt C.I.2.a)dd).

³⁶⁰ Siehe hierzu oben unter Punkt C.I.2.a)dd).

D. Kapitalverkehrsfreiheit

I. Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit

1. Einführung

Nach der Klärung der Anwendungsverhältnisse zwischen den Grundfreiheiten im Kapitel C. soll nun auf den Inhalt der einzelnen Grundfreiheiten eingegangen werden. Hierbei soll mit der Kapitalverkehrsfreiheit begonnen werden, da sie sich insbesondere durch ihren räumlichen Anwendungsbereich von den übrigen Grundfreiheiten des EGV abhebt.³⁶¹

2. Persönlicher Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit

Die Kapitalverkehrsfreiheit ist zwar eine objektgebundene Grundfreiheit, da sie ihrem Wortlaut nach den Kapitalverkehr als Schutzgut zum Gegenstand hat.³⁶² Grundfreiheiten können jedoch nur durch natürliche oder juristische Personen wahrgenommen werden.³⁶³ Die Kapitalverkehrsfreiheit muss folglich die am grenzüberschreitenden Kapitaltransfer beteiligten Rechtssubjekte schützen. Notwendigerweise schützt sie umfänglich alle Seiten einer Investition; die aktive Kapitalverkehrsfreiheit des Darlehensgebers bedingt die passive Kapitalverkehrsfreiheit des Darlehensnehmers³⁶⁴ sowie die Freiheit eines eventuell eingeschalteten Darlehensvermittlers. Da in der Rubrik IX des Anhangs I zur Kapitalverkehrs-Richtlinie 88/361 auch die Rechtsgeschäfte zur Sicherung des Kapitaltransfers (Bürgschaften, andere Garantien und Pfandrechte) der Kapitalverkehrsfreiheit unterliegen,³⁶⁵ erweitert sich die persönliche Anwendung auch um die entsprechenden Kreise der Sicherungsgeber. Berechtig sind natürliche Personen sowie BGB-Gesellschaften, Handels- und Kapitalgesellschaften.³⁶⁶ Die persönliche Berechtigung ist von der Staatsangehörigkeit oder dem Gründungs- und Geschäftsleitungssitz sowie dem Gesellschaftsstatut unabhängig,³⁶⁷ so dass auch in Drittstaaten ansässige,

³⁶¹ Vgl. Dölker/Ribbrock, BB 2007, S. 1928 (1928).

³⁶² Vgl. Kessler/Eicker/Obser, IStR 2005, S. 658 (665); Lausterer, IStR 2003, S. 19 (22); Haferkamp, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 82; Kellersmann/Treisch, Europäische Unternehmensbesteuerung, S. 141.

³⁶³ Vgl. Sedemund, BB 2006, S. 2781 (2782).

³⁶⁴ Vgl. Lausterer, IStR 2003, S. 19 (22).

³⁶⁵ Vgl. Bröhmer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 56 EGV, Rn. 33; Schürmann in: Lenz/Borchert, EUV/EGV, Art. 56 EGV, Rn. 3; Dölker/Ribbrock, BB 2007, S. 1928 (1928).

³⁶⁶ Vgl. Kellersmann/Treisch, Europäische Unternehmensbesteuerung, S. 141.

³⁶⁷ Die steuerliche Ungleichbehandlung nicht gebietsansässiger Anteilseigner kann zum Nachweis von Wettbewerbsnachteilen der im Inland ansässigen Kapitalgesellschaft von

natürliche oder juristische Personen sich auf die Kapitalverkehrsfreiheit berufen und ihre Rechte vor den Gerichten des jeweiligen EU-Mitgliedstaats geltend machen können.³⁶⁸ Der zugunsten von EU- und Drittstaatenangehörigen wirkende Schutzbereich des Art. 56 Abs. 1 EGV wird auch als erga-omnes-Wirkung der Kapitalverkehrsfreiheit bezeichnet.³⁶⁹

3. Räumlicher Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit

a) EU-weite Liberalisierung bis zum 31.12.1993

Die bis zum 1.7.1990 umzusetzende und ab diesem Zeitpunkt unmittelbar anzuwendende Kapitalverkehrsrichtlinie³⁷⁰ gewährleistete mit Art. 1 Abs. 1 Kapitalverkehrsrichtlinie lediglich die Kapitalverkehrsfreiheit zwischen den EU-Mitgliedstaaten. Die entsprechende Verpflichtung enthält auch Art. 40 des am 2.5.1992 abgeschlossenen und zum 1.1.1994 in Kraft getretenen EWR-Abkommens,³⁷¹ da der dortige Art. 40 dem Wortlaut des Art. 56 EGV entspricht.³⁷² Die EWR-Staaten (Island, Liechtenstein und Norwegen) sind zwar Drittstaaten im Sinne des Art. 56 Abs. 1 EGV; über den nach wie vor geltenden Art. 40 des EWR-Abkommens ist der Kapitalverkehr zu den EWR-Staaten aber wie der Kapitalverkehr zwischen EU-Mitgliedstaaten geschützt.³⁷³ In Bezug auf Drittstaaten enthielt die Kapitalverkehrsrichtlinie aus dem Jahr 1990 mit Art. 7 Abs. 1 Kapitalverkehrsrichtlinie dagegen nur ein als Absichtserklärung formuliertes Liberalisierungsgebot.³⁷⁴

ihr geltend gemacht werden, vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2006, C-374/04, Rs. „Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 33. Die Geltendmachung kann im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit auch dann erfolgen, wenn die Kapitalgesellschaft mit einem außerhalb der EU geltenden Gesellschaftsrechtsstatut gegründet wurde; die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EGV privilegiert dagegen ausschließlich Gesellschaften, die nach europäischen Gesellschaftsrechtsstatuten gegründet wurden; Oechsler, NZG 2007, S. 161 (163).

³⁶⁸ Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 10.4.2003 in der Rs. „Ospelt und Schlössle Weissenberg“, C-452/01, Slg. 2003, I-9743 (9757), Rn. 45; EuGH Urt. v. 14.12.1995, C-163, C-165/94 und C-250/94, Rs. „Sanz de Lera“, Slg. 1995, I-4821 (4833 f.), Rn. 4 und Rn. 19 ff; Hinny in: Lüdicke, Europarecht, S. 45 (46); Schießl, StuB 2007, S. 584 (585).

³⁶⁹ Vgl. Smit, EC Tax Review 2006/4, page 203 (203); Schwenke, IStR 2006, S. 748 (751); Kienzl, IStR 2005, S. 693 (698).

³⁷⁰ Kapitalverkehrsrichtlinie RL 88/361/EWG zur Durchführung von Art. 67 der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA), ABl. EG 1988, Nr. L 178/5.

³⁷¹ Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2.5.1992, ABl. EG 1994, Nr. L 1/3.

³⁷² Vgl. Rehm/Nagler, IStR 2005, S. 261 (262); Haferkamp, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 21.

³⁷³ Vgl. EuGH Urt. v. 23.9.2003, C-452/01, Rs. „Ospelt und Schlössle Weissenberg“, Slg. 2003, I-9743. In der Rechtssache hatte sich eine in Liechtenstein ansässige Person unter Hinweis auf Art. 40 EWR-Abkommen auf die Kapitalverkehrsfreiheit berufen.

³⁷⁴ Vgl. Rehm/Nagler, IStR 2005, S. 261 (262).

b) Weltweite Liberalisierung seit dem 1.1.1994

Seit dem 1.1.1994 verpflichtet die Kapitalverkehrsfreiheit mit dem Wortlaut des Art. 56 Abs. 1 EGV alle EU-Mitgliedstaaten zur Gewährleistung eines freien Kapitalverkehrs gegenüber anderen EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten.³⁷⁵ Die Kapitalverkehrsfreiheit weist neben der gleich lautenden Zahlungsverkehrsfreiheit mit dem seit dem 1.1.1994 bestehenden Drittstaatenbezug den weitesten räumlichen Anwendungsbereich unter den Grundfreiheiten des EGV auf.³⁷⁶ Der weltweite Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit eröffnet nicht nur Unionsbürgern, sondern jedermann die Fähigkeit, Träger der Grundfreiheit zu sein.³⁷⁷ Dies hat zur Folge, dass nicht in der EU ansässige natürliche oder juristische Personen sich auf die Kapitalverkehrsfreiheit berufen können und als subjektives Recht vor mitgliedstaatlichen Gerichten, so etwa vor deutschen Finanzgerichten, geltend machen können.³⁷⁸

c) Merkmale des grenzüberschreitenden Kapitalverkehrs

Gegenstand der in Art. 56 Abs. 1 EGV geregelten Grundfreiheit ist der Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten der EU einerseits sowie zwischen den EU-Mitgliedstaaten und dritten Ländern andererseits. Grenzüberschreitend ist der Kapitalverkehr, wenn sich die Belegenheit des Wertes, in den investiert werden soll, in einem anderen EU- oder Drittstaat befindet. Die Staatsangehörigkeit der am Kapitalverkehr beteiligten natürlichen oder juristischen Personen ist für die Inanspruchnahme der Kapitalverkehrsfreiheit dagegen nicht relevant.³⁷⁹ Damit handelt es sich bei der Kapitalverkehrsfrei-

³⁷⁵ Die Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit aus Art. 56 EGV auf einen Drittstaat wurde vom EuGH zum ersten Mal im Verhältnis USA/Frankreich bestätigt, EuGH Urte. v. 14.3.2000, C-54/99, Rs. „Église de scientologie“, Slg. 2000, I-1335. In der Rechtssache wurde ein französisches Vorabgenehmigungsverfahren für Direktinvestitionen aus den USA als Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit qualifiziert.

³⁷⁶ Die der Kapitalverkehrsfreiheit strukturähnliche Warenverkehrsfreiheit ermöglicht für Angehörige von Drittstaaten nur unter den Voraussetzungen des Art. 30 und Art. 9 EGV die Berufung auf die Warenverkehrsfreiheit; Bleckmann/Pieper in: Dausies, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, B.I Rn. 139.

³⁷⁷ Die Freiheitsträgerschaft einer natürlichen oder juristischen Person ist eine verfahrensrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzung zur Geltendmachung von Grundfreiheiten; Bleckmann/Pieper in: Dausies, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, B.I, Rn. 118.

³⁷⁸ Vgl. Kellersmann/Treisch, Europäische Unternehmensbesteuerung, S. 141; Ress/Ukrow in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 56 EGV, Rn. 73; Schürmann in: Lenz/Borchardt, EUV/EGV, Art. 56 EGV, Rn. 14; Hobe, Europarecht, § 18, S. 225, Rn. 724. Durch die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten werden jedoch keine Rechte zugunsten von Drittstaatenangehörigen begründet: Hobe, Europarecht, § 18, S. 228, Rn. 732.

³⁷⁹ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1027, Rn. 2727.

heit, wie bei der Warenverkehrsfreiheit auch, um eine gegenstandsbezogene Grundfreiheit. Art. 56 Abs. 1 EGV schützt grundsätzlich alle Kapitaltransfers in und aus einem EU-Mitgliedstaat, unabhängig davon, aus welchem Staat das Kapital stammt oder in welchen Staat das Kapital abfließt. Der Schutz erfordert auch nicht, dass der Verkehr grenzüberschreitend zwischen selbstständigen Rechtssubjekten, etwa zwischen Konzernunternehmen, erfolgen muss. Unternehmensinterne grenzüberschreitende Kapitaltransfers eines Stammhauses an seine im Ausland bestehende Betriebsstätte sind genauso geschützt³⁸⁰ wie Kapitaltransfers in nicht unternehmerisch organisiertes Sachkapital (etwa Immobilien zur Erzielung von Vermietungseinkünften).³⁸¹

4. Sachlicher Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit

a) Schutz von Direktinvestitionen und Darlehen

Der in Art. 56 Abs. 1 EGV verwendete Kapitalverkehrsbegriff wird mangels einer Definition im EGV³⁸² im Wesentlichen durch den Anhang der Kapitalverkehrsrichtlinie aus dem Jahr 1988 geprägt; sie ist auch nach der Aufnahme der Kapitalverkehrsfreiheit in den EGV durch den Unionsvertrag im Jahr 1993 Indiz zur Bestimmung der Reichweite der Kapitalverkehrsfreiheit.³⁸³ Der Anhang fasst bestimmte Kapitalgeschäfte unter dem Begriff des Kapitalverkehrs zusammen,³⁸⁴ enthält jedoch selbst keine abschließende Definition des Kapitalverkehrs.³⁸⁵ In den Rubriken I des Anhangs werden als Direktinvestitionen die Gründung hundertprozentiger Tochtergesellschaften sowie die Gründung und Erweiterung von Zweigniederlassungen genannt;³⁸⁶ gleichfalls sind auch die Beteiligung an neuen oder bestehenden Unternehmen mittels Aktienerwerb und Wertpapierkäufe auf dem Kapitalmarkt als eine Form der

³⁸⁰ Vgl. Bindl, IStR 2006, S. 339 (342).

³⁸¹ Vgl. EuGH Urt. v. 1.6.1999, C-302/97, Rs. „Konle“, Slg. 1999, I-3122 ff.

³⁸² Vgl. EuGH Urt. v. 3.10.2006, C-452/04, Rs. „Fidium Finanz AG“, IStR 2006, S. 754, Rn. 41; SA des Generalanwalts Geelhoed v. 20.11.2001 in der Rs. „Salzburger Zweitwohnungsteuer“, Slg. 2002, I-2161 (2169), Rn. 40.

³⁸³ So ausdrücklich die SA des Generalanwalts Alber in der Rs. „Baars“, C-251/98, Slg. 2000, I-2787 (2801), Rn. 49; EuGH Urt. v. 3.10.2006, C-452/04, Rs. „Fidium Finanz AG“, IStR 2006, S. 754, Rn. 41.

³⁸⁴ Kapitalverkehrsrichtlinie RL 88/361/EWG vom 24.6.1988, ABl. EG 1988 L 178, S. 5 ff.

³⁸⁵ Vgl. Streinz, Europarecht, § 12, S. 349, Rn. 895; EuGH Urt. v. 3.10.2006, C-452/04, Rs. „Fidium Finanz AG“, IStR 2006, S. 754, Rn. 5; Schürmann in Lenz/Borchardt, EUV/EGV, Art. 56 EGV, Rn. 3.

³⁸⁶ Kapitalverkehrsrichtlinie RL 88/361/EWG vom 24.6.1988, ABl. EG 1988 L 178, S. 5 ff., Nr. 1.

Direktinvestition aufgeführt.³⁸⁷ Die Direktinvestition als Unterform des Kapitalverkehrs setzt voraus, dass die Möglichkeit der tatsächlichen Beteiligung an der Verwaltung einer Gesellschaft und deren Kontrolle gegeben ist.³⁸⁸

Daneben ist ausdrücklich die Darlehensvergabe in der Kapitalverkehrsrichtlinie RL 88/361/EWG als Teil des liberalisierten Kapitalverkehrs erfasst: In der Rubrik VIII des Anhanges zur Kapitalverkehrsrichtlinie RL 88/361/EWG sind unter der Überschrift "Darlehen und Finanzkredite" Darlehen und Kredite von Gebietsfremden an Gebietsansässige genannt.³⁸⁹ Der dortige Bezug auf Gebietsfremde und Gebietsansässige schließt Darlehensverhältnisse zu Drittstaatenangehörigen nicht aus;³⁹⁰ zudem sind die Aufzählungen in den einzelnen Rubriken nicht abschließend.³⁹¹

b) Schutz des Eigen- bzw. Fremdkapitalcharakters von Kapitalbewegungen

aa) Konzeptionen zum Schutz der Kapitalbewegung

Die Gesellschafter-Fremdfinanzierung kann als Finanzierungsform im Hinblick auf den Anhang der Kapitalrichtlinie sowohl als Form der Direktinvestition als auch als Spezialfall einer Darlehensvergabe gesehen werden. Die Fremdfinanzierung eines Unternehmens durch seine Gesellschafter enthält sowohl Elemente einer Eigen- als auch einer Fremdkapitalfinanzierung. Diese Ambivalenz wirft die weitergehende Frage auf, ob und inwieweit der Eigen- bzw. Fremdkapitalcharakter einer Kapitalbewegung durch Art. 56 Abs. 1 EGV geschützt ist. Hierbei kann grundsätzlich zwischen den beiden folgenden Schutzkonzepten unterschieden werden.

- Die Kapitalverkehrsfreiheit schützt die Möglichkeit mittels einer Direktinvestition, eines Darlehens oder einer anderen durch Art. 56 Abs. 1 EGV

³⁸⁷ Kapitalverkehrsrichtlinie RL 88/361/EWG vom 24.6.1988, ABl. EG 1988 L 178, S. 5 ff., Nr. 2.

³⁸⁸ Vgl. Schwenke, IStR 2006, S. 748 (749).

³⁸⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 3.10.2006, C-452/04, Rs. „Fidium Finanz AG“, IStR 2006, S. 754, Rn. 6.

³⁹⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 3.10.2006, C-452/04, Rs. „Fidium Finanz AG“, IStR 2006, S. 754, Rn. 42.

³⁹¹ Vgl. EuGH Urt. v. 3.10.2006, C-452/04, Rs. „Fidium Finanz AG“, IStR 2006, S. 754, Rn. 5; EuGH Urt. v. 23.2.2006, C- 513/03, Rs. „Van Hilten“, Slg. 2006, I-1957 (1983), Rn. 3; Haferkamp, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 23.

geschützten Kapitalbewegung eine Investition zu tätigen. Die inhaltliche Ausgestaltung der Investitionsform bleibt dem jeweiligen EU-Mitgliedstaat vorbehalten. Gesellschafts- und steuerrechtliche Umqualifizierungen können, wenn sie diskriminierungsfrei ausgestaltet sind, vorgenommen werden. Als Vertreter dieser Ansicht sind etwa *Schön*,³⁹² *Geelhoed*³⁹³ sowie *Wellige*³⁹⁴ zu nennen.

- Die Kapitalverkehrsfreiheit schützt auch den Charakter einer Kapitalbewegung, nämlich ob diese als Direktinvestition in Form einer Eigenkapitalbeteiligung oder als Darlehen und damit als Fremdkapitalinvestition erfolgen soll. Die inhaltliche Ausgestaltung der Investitionsform, etwa in Gestalt einer gesellschafts- oder steuerrechtlichen Umqualifizierung durch die jeweiligen EU-Mitgliedstaaten, ist möglich, bedarf jedoch als Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit einer europarechtlichen Rechtfertigung. Dieser Ansatz findet sich etwa bei *Körner*³⁹⁵ und *Schnitger*³⁹⁶ sowie in den Schlussanträgen des Generalanwalts *Mischo*³⁹⁷ in der Rs. "Lankhorst-Hohorst".³⁹⁸

Geht man mit der zweiten Auffassung davon aus, dass ein bereits vor der Durchführung der grenzüberschreitenden Wertverschiebung gefasster Entschluss, die Investition im anderen EU-Mitgliedstaat als Fremdkapital- oder

³⁹² *Schön* sieht die bloße Existenz einer gleichmäßigen Steuerbelastung eines wirtschaftlichen Vorganges an sich nicht als ausreichend an, um den Schutzbereich der Grundfreiheiten zu eröffnen. Er beschränkt damit die Niederlassungsfreiheit im steuerlichen Bereich auf ein Diskriminierungsverbot; Schön, *Europarechtliche Grundlagen für Gesellschafts- und Steuerrecht*, GmbH-StB 2006, S. 9 (11); Schön, *Unternehmensbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, StbJB 2003/2004, S. 27 (31) m.w.N.; speziell zu § 8a: Schön, *Unternehmensbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, StbJB 2003/2004, S. 27 (65) m.w.N.

³⁹³ Vgl. SA des Generalanwalts *Geelhoed* v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 40.

³⁹⁴ Vgl. *Wellige*, *EuZW* 2003, S. 427 (432).

³⁹⁵ Vgl. *Körner*, *IStR* 2004, S. 253 (260); *Haferkamp*, *Kapitalverkehrsfreiheit*, S. 37.

³⁹⁶ Vgl. *Schnitger*, *IStR* 2004, S. 635 (637).

³⁹⁷ Die Schlussanträge in der Rs. „Lankhorst-Hohorst“ nehmen mit Aussagen zur Finanzierungsfreiheit auch zum Freiheitsaspekt der durch § 8a KStG betroffenen Grundfreiheiten Stellung: SA des Generalanwalts *Mischo* in der Rs. „Lankhorst-Hohorst“ v. 26.9.2002, C-324/00, *Slg.* 2002, I-11779 (11791), Rn. 53, Rn. 54, Rn. 55 und Rn. 56.

³⁹⁸ Das Urteil in der Rs. „Lankhorst-Hohorst“ erging zu § 8a KStG in der Fassung des StandOG, der bereits aufgrund seiner Anknüpfung an für Inländer bestehende Anrechnungsmöglichkeiten mittelbar diskriminierend wirkte. Insofern brauchte der EuGH auf den von der Generalanwaltschaft angesprochenen Aspekt der Finanzierungsfreiheit nicht mehr einzugehen; EuGH *Urt.* v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, *Slg.* 2002, I-11779 (11811), Rn. 29 i.V.m. Rn. 32.

als Eigenkapitalfinanzierung vorzunehmen, von der Kapitalverkehrsfreiheit geschützt ist, müssen sich Vorschriften, die bei der Anlage von Kapital nach den Kapitalanlageformen differenzieren, an der Kapitalverkehrsfreiheit messen lassen.³⁹⁹

Nimmt man dagegen mit *Schön* und *Geelhoed* an, die inhaltliche Ausgestaltung einer grenzüberschreitenden Investition sei nicht vom Schutz durch die Kapitalverkehrsfreiheit erfasst, beschränkt sich die Prüfung der Vorschriften des anderen EU-Mitgliedstaates darauf, ob sie den wertmäßigen Transfer von Vermögen über die Grenze diskriminiert oder beschränkt. Die Frage, in welchen Anlageformen dieses transferierte Vermögen im anderen EU-Mitgliedstaat investiert wird, wäre dann als ein rein innerstaatlicher Sachverhalt anzusehen. Vorschriften, die bei einer Investition ins Inland nach der Anlageform des transferierten Kapitals differenzieren, würden dann eine grundsätzlich europarechtlich zulässige Diskriminierung inländischer Anlagesachverhalte darstellen.⁴⁰⁰

Die Beantwortung der Frage, inwieweit die Eigen- oder Fremdkapitaleigenschaft einer Kapitalbewegung durch Art. 56 Abs. 1 EGV geschützt ist, ist hiernach dafür entscheidend, ob steuerliche Umqualifizierungen die Eingriffsschwelle einer Grundfreiheit überschreiten und gegebenenfalls welche Anforderungen an die Rechtfertigung eines solchen steuerlich motivierten Eingriffs zu stellen sind.

bb) Herkunftslandprinzip und Kapitalverkehrsbegriff

(1) Vorbemerkungen

Mit dem europarechtlichen Herkunftslandprinzip besteht eine europarechtliche Leitlinie, die gegebenenfalls für die Beantwortung der Frage herangezogen werden kann, inwieweit der Kapitalverkehrsbegriff den Eigen- und

³⁹⁹ Vgl. Haferkamp, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 37.

⁴⁰⁰ Hierzu Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1033, Rn. 2742: Der Schutz des Art. 56 Abs. 1 EGV greift nur bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ein; mitgliedstaatsinterne Vorgänge werden von der Kapitalverkehrsfreiheit nicht erfasst. Nationale Rechtsvorschriften für den innerstaatlichen Kapitalverkehr stellen deshalb auch keine Beschränkung i.S.d. Art. 56 Abs. 1 EGV dar.

Fremdkapitalcharakter grenzüberschreitender Unternehmensfinanzierungen schützt.

(2) Herkunftslandprinzip

Für die Warenverkehrsfreiheit wurde in Anwendung des Herkunftslandprinzips festgestellt, dass eine einmal nach den Regeln eines EU-Mitgliedstaates hergestellte Ware überall in der EU in den Verkehr gebracht werden kann.⁴⁰¹ Im Verkehr des jeweiligen Bestimmungslandes unterliegt sie dann lediglich den in den Rs. "Dassonville", "Cassis de Dijon" und "Keck" ausformulierten Beschränkungen.⁴⁰² Nationale Regelungen des Aufnahmestaates stellen demnach eine Beeinträchtigung des Schutzbereichs der betreffenden Grundfreiheit dar, die unter Umständen gerechtfertigt werden kann.⁴⁰³ Das Herkunftslandprinzip korrespondiert von daher mit dem Verständnis der betreffenden Grundfreiheit als Freiheitsrecht; in diesem Rahmen können auch nichtdiskriminierende Regelungen des Aufnahmestaates eine Beeinträchtigung des Schutzbereichs darstellen.⁴⁰⁴ Für die nach dem so genannten Korb II-Gesetz⁴⁰⁵ erfolgte Gleichbehandlung von Gesellschafter-Fremdfinanzierungen in- und ausländischer Tochter-Kapitalgesellschaften im Rahmen des § 8a KStG ergibt sich insofern gleichfalls eine Relevanz des Herkunftslandprinzips.

(3) Übertragbarkeit des Herkunftslandprinzips

Kapitalverkehrs- und Warenverkehrsfreiheit weisen eine hohe strukturelle Verwandtschaft auf; die Übertragung von Auslegungsgrundsätzen zwischen diesen beiden Verkehrsfreiheiten wird daher ganz überwiegend bejaht.⁴⁰⁶ Gegen eine Übertragung von Prinzipien von der Warenverkehrsfreiheit auf die Kapitalverkehrsfreiheit wird von einzelnen Autoren eingewandt, die Wa-

⁴⁰¹ Vgl. EuGH Urt. v. 28.2.1979, C-120/78, Rs. „Cassis de Dijon“, Slg. 1979, 649 (664), Rn. 14.

⁴⁰² Die Anwendung der Dassonville-, Keck- und Cassis – Formel im Bestimmungsland braucht an dieser Stelle für die Relevanz des Herkunftslandprinzips für die im Ausland beginnende Kapitalbewegung nicht näher ausgeführt zu werden.

⁴⁰³ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 69, Rn. 164

⁴⁰⁴ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 69, Rn. 164

⁴⁰⁵ BGBl. I 2003, S. 2840 (2841).

⁴⁰⁶ Vgl. Cordewener, Grundfreiheiten, S. 227; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1053, Rn. 2796; Schürmann in: Lenz/Borchert, EUV/EGV, Art. 56, Rn. 17; Oppermann, Europarecht, 2. Auflage, § 22, S. 121, Rn. 1491; Haferkamp, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 82.

renverkehrsfreiheit zerfalle in eine *Warenimportfreiheit* gemäß Art. 28 EGV und eine *Warenexportfreiheit* gemäß Art. 29 EGV, die Kapitalverkehrsfreiheit erfasse mit Art. 56 Abs. 2 EGV dagegen einheitlich (Kapital-)Import- und Export-Sachverhalte.⁴⁰⁷ Diese Vorbehalte sprechen im Ergebnis jedoch nicht gegen eine Übertragbarkeit des Herkunftslandprinzips auf die Kapitalverkehrsfreiheit. Zum einen unterscheiden sich Art. 28 und 29 EGV nur durch das Wort *Einfuhrbeschränkung* (Art. 28 EGV) und *Ausfuhrbeschränkung* (Art. 29 EGV) und sind ansonsten in ihrem Wortlaut völlig identisch. Aus einer systematisch getrennten Regelung von Warenimport- und Warenexportsachverhalten in Art. 28 und Art. 29 EGV und einer einheitlichen Regelung von Kapitalimport- und Kapitalexportsachverhalten lassen sich keine weitergehenden materiellrechtlichen Differenzierungen zwischen den beiden Grundfreiheiten herleiten.⁴⁰⁸ Zum anderen ist eine Differenzierung zwischen Export- und Importsachverhalten im Rahmen der Warenverkehrs- und Kapitalverkehrsfreiheit fragwürdig, da sich der Export des einen Wirtschaftsteilnehmers regelmäßig als Import des anderen am Verkehr beteiligten Wirtschaftssubjekts darstellt und grundsätzlich beide Wirtschaftsbeteiligte sich darauf berufen könnten,⁴⁰⁹ dass ihre aktive bzw. passive Verkehrsfreiheit verletzt sei.⁴¹⁰

Die Warenverkehrsfreiheit erfasst die grenzüberschreitende Bewegung körperlicher Produkte; sind diese Produkte nach den Bestimmungen eines EU-Mitgliedstaates hergestellt, sind sie gemäß dem Herkunftslandprinzip auch im Bestimmungsland für den Verkehr zuzulassen. Kapital kann gleichfalls als unkörperliches Haupt- oder Nebenprodukt der wirtschaftlichen Tätigkeit von Unternehmen angesehen werden. Dieses Kapital kann in einem Unternehmen zusammengezogen werden, in neuen rechtlichen Formen (etwa Darlehen oder Beteiligungskapital) zusammengestellt und im Wege eines Kapitalexports an Unternehmen oder Endkunden in anderen EU-Mitgliedstaaten wei-

⁴⁰⁷ Vgl. Haferkamp, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 82.

⁴⁰⁸ Gleiche Ansicht: Roth, ZHR 1995, S. 78 (83); Von Wilmsky, Europäisches Kreditsicherungsrecht, S. 21.

⁴⁰⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 20.2.1979, 120/78, Rs. „Cassis“, Slg. 1979, S. 649 (651), Rn. 1; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 96, Rn. 232.

⁴¹⁰ Zum weiten persönlichen Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit, der insbesondere nicht nach der Ansässigkeit der am Kapitalverkehr beteiligten Wirtschaftssubjekte differenziert, siehe unter Punkt D.I.1. und D.I.2.b).

tergereicht werden.⁴¹¹ Die Zusammenziehung von Kapital und die Bereitstellung des Kapitals in einer neuen rechtlichen Form kann als herstellungsähnlicher Vorgang bezeichnet werden. Wird das Kapital in der besonderen Rechtsform eines Gesellschafter-Fremdkapitaldarlehens in einem Unternehmen eines EU-Mitgliedstaates für ein in einem anderen EU-Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen bereitgestellt und ist die Vergabe von Gesellschafter-Fremdkapitaldarlehen im ersten EU-Mitgliedstaat zulässig, könnte das Herkunftslandprinzip mit der Folge Anwendung finden, dass das Gesellschafter-Fremdkapitaldarlehen in dieser Form vom Bestimmungsland anzuerkennen ist. Der Schutz des Herkunftslandprinzips für Investitionsvorgänge kann sich nur auf die Form und die Zweckbestimmung beziehen, die dem Kapital vor dem Überschreiten der Grenze im Herkunftsland gegeben wurde.⁴¹²

Die für die Warenverkehrsfreiheit formulierten Grundsätze zum Herkunftslandprinzip lassen sich hiernach grundsätzlich auf die Auslegung des Kapitalverkehrsbegriffs übertragen.⁴¹³ Die Kapitalverkehrsfreiheit ist jedoch nicht wie die Warenverkehrsfreiheit auf den Verkehr zwischen EU-Mitgliedstaaten beschränkt, sondern gilt auch im Verhältnis zu Drittstaaten (erga-omnes-Wirkung).⁴¹⁴ Denkbar ist zwar, dass das Herkunftslandprinzip auch auf Kapital angewendet wird, das aus Drittstaaten stammt. Das Herkunftslandprinzip ist jedoch im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit entwickelt worden, die sich ausschließlich auf EU-Binnensachverhalte bezogen. Die EU kann mit den ihr zugewiesenen europarechtlichen Möglichkeiten auf die EU-Mitgliedstaaten als Herkunftsländer der Waren einwirken. Im Verhältnis zu Drittstaaten hat die EU keine entsprechenden Möglichkeiten. Dies spricht dafür, dass die erga-omnes-Wirkung der Kapitalverkehrsfreiheit einer Übertragbarkeit des Herkunftslandprinzips entgegensteht. Solange der Kapitalverkehr sich auf EU-Binnensachverhalte beschränkt, stünde die erga-omnes-Wirkung einer Übertragung des Herkunftslandprinzips zwar nicht grundsätzlich entgegen. Gegebenenfalls bestünde aber die Gefahr einer gespaltenen Auslegung des

⁴¹¹ Vgl. Wellige, S. 427 (432).

⁴¹² Vgl. Wellige, S. 427 (432).

⁴¹³ Vgl. Wellige, S. 427 (432).

⁴¹⁴ Vgl. Dölker/Ribbrock, BB 2007, S. 1928 (1928).

Kapitalverkehrsbegriffs, wenn dessen Auslegung in EU-Binnensachverhalten einerseits dem Herkunftslandprinzip folgt, in Drittstaatsachverhalten dagegen abweichend ausgelegt werden müsste.

(4) Ergebnis zur Übertragung des Herkunftslandprinzips

Unterstellt man eine Übertragbarkeit der Grundsätze des Herkunftslandprinzips auf die Kapitalverkehrsfreiheit, ließe sich die Übertragung des Herkunftslandprinzips auf den Kapitalverkehrsbegriff wie folgt fassen:

- Eine in einem anderen EU-Mitgliedstaat nach dessen Recht zulässigerweise als Eigen- oder Fremdkapitalinvestition begonnene Kapitalbewegung ist überall in der EU mit diesem Eigen- oder Fremdkapitalcharakter im Verkehr fortzuführen; Einschränkungen oder Umdeutungen des Eigen- oder Fremdkapitalcharakters im Bestimmungsland der Kapitalbewegung sind nur unter Beachtung von Grundsätzen zulässig, die sich an die Rechtsprechung in den Rs. "Dassonville", "Cassis de Dijon" und "Keck" anlehnen.⁴¹⁵
- Die Übertragung des Herkunftslandprinzips auf den Kapitalverkehrsbegriff spräche dafür, dass der Eigen- und Fremdkapitalcharakter einer Kapitalbewegung als integrativer Bestandteil des Kapitalverkehrsbegriffs vom Schutz der Kapitalverkehrsfreiheit erfasst ist und damit eine Umqualifizierung grundsätzlich nur unter Rechtfertigungsgesichtspunkten in Betracht kommt.

Aufgrund des problematischen Drittstaatenbezugs der Kapitalverkehrsfreiheit droht jedoch zumindest eine gespaltene Auslegung des Kapitalverkehrsbegriffs, was entscheidend gegen eine Übertragung des Herkunftslandprinzips spricht.

⁴¹⁵ In Drittstaatsachverhalten können nach der in dieser Arbeit vertretenen Präklusionslösung nur unmittelbar bei EU-Bürgern und EU-Gesellschaften eintretende Nachteile zu einer Beeinträchtigung von Grundfreiheiten des EGV führen. Näheres zur Präklusionslösung unter Punkt D.II.2.d)cc).

cc) Finalität des Kapitalverkehrsbegriffs

(1) Zweckbestimmung durch den Investor

Sowohl der EuGH⁴¹⁶ als auch die Literatur⁴¹⁷ legen den Kapitalverkehrsbegriff final aus; bei der Bestimmung des Kapitalverkehrs wird auf den Anlagezweck der grenzüberschreitenden Kapitalbewegung abgestellt. Der subjektiv zu bestimmende Anlagezweck der Kapitalbewegung leitet sich aus der Intention des Kapitalinvestors ab.⁴¹⁸ Damit kommt der Zweckbestimmung des Kapitalinvestors zu Inhalt, Art und Zielrichtung der Kapitalbewegung maßgebliche Bedeutung für die Bestimmung des Kapitalverkehrsbegriffes zu. Im Rahmen einer Finanzierungsentscheidung bestimmt der Kapitalinvestor nicht nur, dass Kapital ungeachtet seiner konkreten Form grenzüberschreitend in einen anderen EU-Staat bewegt werden soll.⁴¹⁹ Die grundsätzliche Entscheidung zugunsten einer Auslandsinvestition ist ein, aber nicht der einzige Aspekt im Rahmen einer Investitionsentscheidung.⁴²⁰ Regelmäßig legt der Investor die grenzüberschreitende Kapitalinvestition im Rahmen der zur Verfügung stehenden Rechtsformen hinsichtlich des Inhalts, des Umfangs und der Laufzeiten weitestgehend vorab vertraglich bindend fest. Anlagezweck und Inhalt der vertraglich vereinbarten Investition bedingen einander. Damit kommt über die Finalität des Kapitalverkehrs auch der inhaltlichen Festlegung, ob die Kapitalinvestition in Form von Eigenkapital, Fremdkapital oder in Form von Gesellschafter-Fremdkapital erfolgen soll, maßgebliche Bedeutung für den Inhalt und die Art der Kapitalbewegung zu.⁴²¹ Dementsprechend gaben in einer Studie der EU-Kommission zur Frage des Einflusses von Steuern auf unternehmerische Entscheidungen 77 %

⁴¹⁶ Vgl. EuGH Urt. v. 6.6.2000, C-35/98, Rs. „Verkooijen“, Slg. 2000, I-4113 (4127), Rn. 34 ff.; EuGH Urt. v. 31.1.1984, verbundene Rs. 286/82 und 26/83, Rs. „Luisi und Carbone“, Slg. 1984, I-377 (404), Rn. 22; EuGH Urt. v. 14.12.1995, verbundene Rs. C-163/94, C-165/94 und C-250/94, Rs. „Sanz de Lera“, Slg. 1995, I-4821.

⁴¹⁷ Vgl. Follak in: Dausers, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, F. II, Rn. 4; Bröhmer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 56, Rn. 8 und Rn. 14; Spengel/Golücke, RIW 2003, S. 333 (338); Schön: GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 743 (746), Bleckmann, Europarecht, Rn. 1181 f.; Ress/Ukrow in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 56 EGV, Rn. 29, Schürmann in: Lenz/Borchardt, EUV/EGV, Art. 56 EGV, Rn. 3, Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 10, Rn. 212; Dölker/Ribbrock, BB 2007, S. 1928 (1928).

⁴¹⁸ Vgl. Kruschwitz, Investitionsrechnung, S. 9 f.

⁴¹⁹ Vgl. *Geelhoed*, der nach seiner Begründung der Verwendung des Kapitals im anderen EU-Mitgliedstaat keine Relevanz für den Grundfreiheitschutz zumisst; siehe hierzu unter Punkt C.I.2.b)ff(1).

⁴²⁰ Vgl. Kruschwitz, Investitionsrechnung, S. 7 f.

⁴²¹ Vgl. SA des Generalanwalts Mischo in der Rs. „Lankhorst-Hohorst“ v. 26.9.2002, C-324/00, Slg. 2002, I-11781 (11791), Rn. 53, Rn. 54, Rn. 55 und Rn. 56; Kruschwitz, Investitionsrechnung, S. 16.

der Unternehmen an, dass bei der Entscheidung, dem Unternehmen neues Kapital entweder in Form von Eigenkapital oder in Form von Fremdkapital zuzuführen, die steuerliche Behandlung ein entscheidungserheblicher Gesichtspunkt sei.⁴²²

(2) Schutz der Zweckbestimmung des Investors

In der Rs. "Verkoijen" hat der EuGH eine Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit darin gesehen, dass die freie Entscheidung des Investors über die Art der Anlage (Anlage in Finanz- oder Sachkapital) beeinflusst wird.⁴²³ Der Schutz der Kapitalverkehrsfreiheit umfasst damit notwendigerweise auch den Eigen- und Fremdkapitalcharakter einer grenzüberschreitenden Kapitalbewegung, den der ausländische Kapitalinvestor final vorgesehen hat. Die bereits im Ausland erfolgte Entscheidung, eine grenzüberschreitende Kapitalinvestition in Form von Fremdkapital vorzunehmen und danach behandelt zu werden, ist Teil der durch Art. 56 EGV garantierten Finanzierungsfreiheit.⁴²⁴ Hierbei kann dahinstehen, ob § 8a KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes Zinsen in Dividenden oder auch Fremd- in Eigenkapital umqualifiziert;⁴²⁵ im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit ist entscheidend, dass durch die steuerliche Umqualifizierung Fremdkapital wie eine Kapitaleinlage behandelt wird und mithin die vom Kapitalinvestor grenzüberschreitend ausgeübte Finanzierungsfreiheit bei der Besteuerung nicht anerkannt wird.⁴²⁶

dd) EuGH-Rechtsprechung zu den Goldenen Aktien

(1) Einfluss des Anteilseigners auf die Unternehmensführung

Der EuGH hat sich in seiner bisherigen Rechtsprechung noch nicht zu der speziellen Frage äußern müssen, inwieweit die Kapitalverkehrsfreiheit den Eigen- oder Fremdkapitalcharakter einer Kapitalbewegung schützt. Mit seiner Rechtsprechung zu den Goldenen Aktien hat er jedoch zu Eingriffen in

⁴²² Vgl. Europäische Kommission, European Tax Survey – Working paper no. 3/2004, page 92-95; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/resources/documents/tax_survey.pdf.

⁴²³ Vgl. Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 10, Rn. 212; EuGH Urt. v. 6.6.2000, C-35/98, Rs. „Verkoijen“, Slg. 2000, I-4113 (4127), Rn. 34 ff.

⁴²⁴ Vgl. SA des Generalanwalts Mischo in der Rs. „Lankhorst-Hohorst“ v. 26.9.2002, C-324/00, Slg. 2002, I-11779 (11791), Rn. 53, Rn. 54, Rn. 55 und Rn. 56.

⁴²⁵ Zu dieser Frage siehe BMF-Schreiben v. 15.12.1994, BStBl. I 1995, S. 25, Rn. 1 und 76; Streck, KStG, § 8a Rn. 1; Körner, IStR 2004, S. 217 (228).

⁴²⁶ So ausdrücklich die SA des Generalanwalts Mischo in der Rs. „Lankhorst-Hohorst“ v. 26.9.2002, C-324/00, Slg. 2002, I-11779 (11791), Rn. 53, Rn. 54, Rn. 55 und Rn. 56.

die Kapitalverkehrsfreiheit Stellung genommen, bei denen die Ausgestaltung der Rechte zwischen Kapitalinvestor und Kapitalempfänger entscheidende Bedeutung zukam.

Zahlreiche EU-Mitgliedstaaten hatten durch Aktien mit Sonderrechten sowie Genehmigungsvorbehalten bei unternehmerischen Entscheidungen durch Anteilseigner in das zivilrechtliche Rechtsverhältnis zwischen Kapitalinvestor und Kapitalempfänger eingegriffen.⁴²⁷ Das ursprüngliche, durch privatrechtlichen Aktienkauf begründete Rechtsverhältnis zwischen dem Kapitalinvestor und seinem Unternehmen wurde durch die in Frage stehenden staatlichen Maßnahmen zugunsten staatlicher Zwecke inhaltlich umgestaltet. Dieser Sachverhalt lässt sich insofern mit der steuerlichen Gesellschafter-Fremdfinanzierung vergleichen, da auch bei der steuerlichen Gesellschafter-Fremdfinanzierung das ursprünglich zwischen Anteilseigner und Unternehmen privatrechtlich zulässigerweise vereinbarte Rechts- und Finanzierungsverhältnis in Form der Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch einseitige staatliche Umqualifizierung zum Zweck der Besteuerung inhaltlich in eine Eigenkapitalbeteiligung mit Dividendenausschüttung umgestaltet wird.⁴²⁸ Die steuerlichen Regeln zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung wirken wie Goldene Aktien auf den Inhalt des zwischen Kapitalinvestor und Kapitalempfänger bestehenden Finanzierungsverhältnisses ein.

(2) Eingriff in Rechts- und Finanzierungsverhältnisse

Der EuGH hat im Rahmen seiner Goldenen Aktien-Rechtsprechung die einseitige inhaltliche Umgestaltung des Rechts- und Finanzierungsverhältnisses zwischen Kapitalinvestor und finanziertem Unternehmen stets als Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit qualifiziert;⁴²⁹ eine *Rechtfertigung* des Eingriffs in die Kapitalverkehrsfreiheit wurde lediglich in einem Verfahren gegen Bel-

⁴²⁷ Vgl. EuGH Urte. v. 4.6.2002, C-367/98, Rs. „Goldene Aktien I (Kommission/Portugal)“, Slg. 2002, I-4731; EuGH Urte. v. 4.6.2002, C-483/99, Rs. „Goldene Aktien II (Kommission/Frankreich)“, Slg. 2002, I-4781; EuGH Urte. v. 4.6.2002, C-503/99, Rs. „Goldene Aktien III (Kommission/Belgien)“, Slg. 2002, I-4833; EuGH Urte. v. 13.5.2003, C-463/00, Rs. „Goldene Aktien IV (Kommission/Spanien)“, Slg. 2003, I-4581; EuGH Urte. v. 13.5.2003, C-98/01, Rs. „Goldene Aktien V (Kommission/Vereinigtes Königreich)“, Slg. 2003, I-4641; EuGH Urte. v. 2.6.2005, C-174/04, Rs. „Goldene Aktien VI (Kommission/Italien)“, Slg. 2005, I-4949 (4979), Rn. 20.

⁴²⁸ Vgl. SA des Generalanwalts Mischo in der Rs. „Lankhorst-Hohorst“ v. 26.9.2002, C-324/00, Slg. 2002, I-11779 (11791), Rn. 53, Rn. 54, Rn. 55 und Rn. 56.

⁴²⁹ Vgl. Oechsler, NZG 2007, S. 161 (163).

gien angenommen, das ein gerichtlich nachprüfbares ministerielles Widerspruchsrecht zur Sicherstellung der Energieversorgung in Kriegs- und Krisenzeiten zum Gegenstand hatte.⁴³⁰

(3) Abgrenzung zu Umqualifizierungen gemäß Art. 9 Abs. 1 OECD-MA

In Abgrenzung zu zweiseitig zwischen zwei Staaten vereinbarten Doppelbesteuerungsabkommen, die auch Umqualifizierungstatbestände enthalten können,⁴³¹ handelt es sich bei den steuerlichen Regeln zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung um einseitige Umqualifizierungen eines einzelnen EU-Mitgliedstaates. Diese einseitigen steuerlichen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln entsprechen mit ihrer Gestaltungswirkung auf die privatrechtlichen Finanzierungsverhältnisse damit eher den einzelstaatlich vorgeschriebenen Regeln der Goldenen Aktien als den DBA, die zwischen zwei Staaten vereinbart werden.

(4) Schutz des Finanzierungsverhältnisses

Die Rechtsprechung zu den Goldenen Aktien zeigt, dass der EuGH auch die inhaltlichen Rechts- und Finanzierungsverhältnisse des Anteilseigners zu dessen Gesellschaft dem Schutz der Kapitalverkehrsfreiheit unterwirft. Da das Rechts- und Finanzierungsverhältnis zwischen Gesellschafter-Fremdkapitalgeber und finanziertem Unternehmen diesem Verhältnis entspricht, ist davon auszugehen, dass dieses Rechts- und Finanzierungsverhältnis mit seinem spezifischen Eigen- und Fremdkapitalcharakter gleichfalls dem Schutz der Kapitalverkehrsfreiheit unterliegt.

ee) Zwischenergebnis

Die in den Abschnitten bb) bis dd) untersuchten Aspekte zum Schutzzumfang der Kapitalverkehrsfreiheit hinsichtlich des spezifischen Eigen- oder Fremdkapitalcharakters einer Kapitalbewegung sprechen dafür, dass die oben dar-

⁴³⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-503/99, Rs. „Goldene Aktien III (Kommission/Belgien)“, Slg. 2002, I-4809 (4833), Rn. 49; zu den Einzelheiten, die zu dieser abweichenden Entscheidung in der Rechtsprechung zu „Goldenen Aktien“ führten, siehe: Oechsler, NZG 2007, S. 161 (163).

⁴³¹ Vgl. Art. 9 Abs. 1 OECD-MA, Wassermeyer in: Debatin/Wassermeyer, DBA, Art. 9 MA, Rn. 107.

gestellte zweite Schutzkonzeption⁴³² vorzuziehen ist. Der Kapitalverkehrsbegriff umfasst hiernach auch den Eigen- bzw. Fremdkapitalcharakter einer Finanzierung durch Gesellschafter-Darlehen.

II. Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit

1. Dualität der Beeinträchtigungsformen

Die Kapitalverkehrsfreiheit kann auf zweierlei Arten beeinträchtigt werden. Einerseits können Maßnahmen der einzelnen EU-Mitgliedstaaten oder der Gemeinschaftsorgane in Form einer *Diskriminierung* eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes gegenüber einem inländischen Sachverhalt vorliegen.⁴³³ Diese Diskriminierung setzt zwingend eine Ungleichbehandlung voraus.⁴³⁴ Andererseits können Maßnahmen zu einer *Beschränkung* einer Grundfreiheit führen. Beschränkungen können bereits dann vorliegen, wenn lediglich die Freiheit einer (grenzüberschreitenden) Wirtschaftstätigkeit eingeschränkt wird, ohne dass diese Freiheitseinschränkung in Relation zu einer inländischen wirtschaftlichen Betätigung gesetzt werden müsste.

Während alle Grundfreiheiten a priori Diskriminierungsverbote darstellen, war für einzelne Grundfreiheiten, die nicht ausdrücklich ein Beschränkungsverbot enthielten, umstritten, ob auch sie Beschränkungsverbote enthalten.⁴³⁵ Inzwischen nimmt der EuGH jedoch für alle Grundfreiheiten ein Beschränkungsverbot an.⁴³⁶

Im Bereich der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit nimmt der EuGH zur Feststellung eines Verstoßes ausdrücklich eine so genannte Parallelprüfung auf gleichheitswidrige Diskriminierungen und freiheitswidrige Beschränkungen vor.⁴³⁷ Die Kapitalverkehrsfreiheit, die nach ihrem Wortlaut bereits einen

⁴³² Siehe hierzu unter Punkt D.I.4.b)(aa).

⁴³³ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 162, Rn. 428.

⁴³⁴ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 168, Rn. 441.

⁴³⁵ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 62, Rn. 145.

⁴³⁶ Vgl. Hailbronner/Jochum, Europarecht II, S. 62, Rn. 210; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 162, Rn. 428.

⁴³⁷ Vgl. EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-367/98, Rs. „Goldene Aktien I (Kommission/Portugal)“, Slg. 2002, I-4731 (4773), Rn. 43; EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-483/99, Rs. „Goldene Aktien II (Kommission/Frankreich)“, Slg. 2002, I-4781 (4802), Rn. 40; EuGH Urt. v. 13.5.2003, C-463/00, Rs. „Goldene Aktien IV (Kommission/Spanien)“, Slg. 2003, I-4581 (4630), Rn. 45 u. Rn. 56; EuGH Urt. v. 13.5.2003, C-98/01, Rs. „Goldene Aktien V (Kommission/Vereinigtes Königreich)“, Slg. 2003, I-4641 (4662), Rn. 43; EuGH Urt. v. 2.6.2005, C-

unbeschränkten Kapitalverkehr gewährt,⁴³⁸ enthält daher über ein bloßes Diskriminierungsverbot hinaus auch ein Beschränkungsverbot.⁴³⁹

Die Prüfung der Vereinbarkeit von Maßnahmen und Normen mit EU-Grundfreiheiten erfolgt anhand von Vergleichs- und Fallgruppen. Mit Vergleichsgruppen lassen sich Diskriminierungen nachweisen.⁴⁴⁰ Innerhalb einer Vergleichsgruppe wird ein grenzüberschreitender Sachverhalt mit einem rein inländischen Sachverhalt verglichen. Die Betrachtung einer Vergleichsgruppe ist daher relativ und erfolgt auf gleicher Betrachtungsstufe, d.h. jeweils zwischen zwei konkreten Lebenssachverhalten. Demgegenüber werden Fallgruppen gebildet, wenn das Beschränkungsverbot der Kapitalverkehrsfreiheit angesprochen werden soll. Fallgruppen bestehen lediglich aus einem konkreten Sachverhalt, der sich auf den abstrakten Inhalt der Grundfreiheit bezieht.

2. Kriterien der Vergleichs- und Fallgruppenbildung

a) Vergleichbarkeit bei unbeschränkter und beschränkter Steuerpflicht

aa) Grundsätzliches

In mehreren Urteilen hat der EuGH sich mit dem Verhältnis der direkten Steuern zum Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten befasst. Er hat eine Reihe von Kriterien aufgestellt, anhand derer zu überprüfen ist, ob eine unterschiedliche Behandlung der Steuerpflichtigen nach dem nationalen Steuerrecht mit dem Recht der EU vereinbar ist. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH liegt eine Diskriminierung vor, wenn unterschiedliche Vorschriften auf gleichartige, vergleichbare Situationen angewandt werden oder wenn dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewandt wird.⁴⁴¹ Voraussetzung für die Feststellung einer Diskriminierung

174/04, Rs. „Goldene Aktien VI (Kommission/Italien)“, Slg. 2005, I-4949 (4979), Rn. 20; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 167, Rn. 439; Schürmann in: Lenz/Borchardt, EUV/EGV, Art. 56 EGV, Rn. 17.

⁴³⁸ Gemäß Art. 56 Abs. 1 und Abs. 2 EGV sind „alle Beschränkungen“ des Kapital- und Zahlungsverkehrs verboten.

⁴³⁹ Vgl. Ehlers/von Wilmosky, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 12 II, S. 348, Rn. 7; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 173, Rn. 456; Schnitger, IStR 2005, S. 493 (500).

⁴⁴⁰ Vgl. Schwenke, IStR 2006, S. 748 (751).

⁴⁴¹ Vgl. EuGH Urt. v. 14.9.1999, C-391/97, Rs. „Gschwind“, Slg. 1999, 5478 (5487), Rn. 21.

im Bereich der direkten Steuern ist folglich die Vergleichbarkeit der betroffenen Steuerpflichtigen.⁴⁴²

bb) Unbeschränkte Steuerpflicht des Inländers

Bei der Bildung von Vergleichsgruppen zur Feststellung unzulässiger Diskriminierungen ist ein rein inländischer Sachverhalt mit einem grenzüberschreitenden Sachverhalt zu vergleichen. Das Diskriminierungsverbot soll am Maßstab der Behandlung des Inländers bzw. des inländischen Sachverhalts verhindern,⁴⁴³ dass ein vergleichbarer grenzüberschreitender Sachverhalt schlechter behandelt wird.⁴⁴⁴ Bei einer Vergleichsgruppenbildung im Bereich der direkten Steuern unterliegt die inländische natürliche oder juristische Person regelmäßig der unbeschränkten Steuerpflicht.⁴⁴⁵ Es stellt sich die Frage, ob ein grenzüberschreitender Sachverhalt nur dann mit dem Inlandssachverhalt vergleichbar ist, wenn die betroffenen natürlichen oder juristischen Personen die gleiche Steuerpflicht aufweisen.

cc) Unbeschränkte Steuerpflicht bei grenzüberschreitendem Sachverhalt

Unproblematisch vergleichbar ist ein grenzüberschreitender Sachverhalt, bei dem die betroffene Person der unbeschränkten Steuerpflicht unterliegt. Dies ist etwa der Fall, wenn doppelansässige Kapitalgesellschaften mit inländischer Geschäftsleitung oder inländischem statutarischen Sitz mit Kapitalgesellschaften verglichen werden, die Geschäftsleitung und statutarischen Sitz im Inland haben. Sowohl die juristischen Personen des grenzüberschreiten-

⁴⁴² Die Frage der Vergleichbarkeit zwischen Gebietsansässigen und Gebietsfremden stellt sich nicht nur für natürliche Personen, sondern auch für juristische Personen; Randelzhofer/Forsthoft in: Grabitz/Hilf, EUV/EGV, vor Art. 39-55 EGV, Rn. 227; Lang in: Wagner/Wedl, Bilanz, S. 113 (117).

⁴⁴³ Bei personengebundenen Grundfreiheiten ist die Behandlung der juristischen oder natürlichen Personen maßgebend; bei objektgebundenen Grundfreiheiten wie der Kapitalverkehrsfreiheit oder der Warenverkehrsfreiheit kann auch allein auf die Behandlung eines Sachverhaltes als geschütztes Objekt abgestellt werden. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 94, Rn. 228.

⁴⁴⁴ Vgl. EuGH Urt. v. 5.7.2005, C-376/03, Rs. „D.“, Slg. 2005, I-5821 (5862), Rn. 25, Rn. 26 und Rn. 28.

⁴⁴⁵ Aufgrund der alternativen Anknüpfung der Körperschaftsteuerpflicht an eine inländische Geschäftsleitung oder einen inländischen statutarischen Sitz einer Kapitalgesellschaft gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG ist klarzustellen, dass nur Kapitalgesellschaften mit inländischer Geschäftsleitung und inländischem statutarischen Sitz bei der Vergleichsgruppenbildung als Inlandssachverhalt in Frage kommen. Jede unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht aufgrund alternativer Erfüllung des § 1 Abs. 1 KStG ist ein grenzüberschreitender Sachverhalt, der im Rahmen einer Diskriminierungsprüfung nicht mit einem anderen grenzüberschreitenden Sachverhalt verglichen werden darf.

den Sachverhalts als auch die juristischen Personen des reinen Inlandssachverhalts erfüllen beide die unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht gemäß § 1 Abs. 1 KStG. Sie sind damit bereits hinsichtlich ihrer unbeschränkten Steuerpflicht in einer vergleichbaren Lage.

dd) Fehlende Steuerpflicht bei grenzüberschreitendem Sachverhalt

(1) Diskriminierung bei fehlender Steuerpflicht

Grenzüberschreitende Sachverhalte, bei denen die gegebenenfalls diskriminierte Person weder der inländischen unbeschränkten noch der beschränkten Steuerpflicht unterliegt, sind nur in eng umgrenzten Konstellationen denkbar. Fraglich ist bereits, ob eine Person, die keiner Steuerpflicht unterliegt, durch eine steuerliche Maßnahme in diskriminierender Weise beeinträchtigt werden kann. Denn die Beeinträchtigung einer Person setzt zumindest eine Belastung in rechtlicher oder tatsächlicher Form voraus, die sich bei einer fehlenden Steuerpflicht dieser Person nicht sofort erschließt. Die diskriminierende Belastung einer nicht steuerpflichtigen Person kann sich bei Ausweitung der zu vergleichenden Sachverhalte (2) und durch den spezifischen Anknüpfungspunkt objektgebundener Grundfreiheiten (3) ergeben; eine fehlende Steuerpflicht schließt somit nicht bereits die Möglichkeit einer diskriminierenden Beeinträchtigung aus.

(2) Ausweitung des zu vergleichenden Sachverhaltes

Betrachtet man bei der diskriminierenden Beeinträchtigung nicht nur die Belastung der nicht steuerpflichtigen Personen, sondern auch etwa den grenzüberschreitenden Finanzierungszusammenhang zwischen einer nicht steuerpflichtigen Person und einem inländischen Darlehensnehmer, weitet man den zu vergleichenden Sachverhalt im Rahmen der Diskriminierungsprüfung aus.⁴⁴⁶ Für diesen ausgeweiteten, grenzüberschreitenden Finanzierungszusammenhang können sich im Vergleich zu rein inländischen Finanzierungsbeziehungen Belastungen ergeben. Wirken sich diese Belastungen für den grenzüberschreitenden Finanzierungszusammenhang in negativer Weise auf die Investitionsentscheidung des *nicht steuerpflichtigen* Investors aus, kann

⁴⁴⁶ In diesem Fall muss sich korrespondierend auch der rein inländische Vergleichssachverhalt auf einen rein inländischen Finanzierungszusammenhang ausweiten.

hierin eine diskriminierende Belastung für eine *nicht steuerpflichtige* Person liegen.

(3) Objektgebundenheit der Grundfreiheit

Die Grundfreiheiten lassen sich in subjekt- und objektgebundene Grundfreiheiten einteilen.⁴⁴⁷ Die Niederlassungsfreiheit etwa ist subjektbezogen, da sie die Freiheit einer natürlichen oder juristischen Person garantiert, sich für wirtschaftliche Zwecke in anderen EU-Mitgliedstaaten niederzulassen. Die Kapitalverkehrsfreiheit wie auch die Warenverkehrsfreiheit sind dagegen als Produktverkehrsfreiheiten objektgebundene Grundfreiheiten.⁴⁴⁸ Die Warenverkehrsfreiheit ermöglicht die grenzüberschreitende Warenbewegung in andere EU-Mitgliedstaaten; die Kapitalverkehrsfreiheit schützt den grenzüberschreitenden Kapitaltransfer. Die subjektbezogenen Grundfreiheiten schützen dagegen nur die natürlichen oder juristischen Personen, die die Grundfreiheit etwa durch Begründung einer Niederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat ausüben.⁴⁴⁹ Die Niederlassungsfreiheit steht etwa der Muttergesellschaft bzw. dem Stammhaus zu, nicht jedoch der Tochtergesellschaft bzw. der Betriebsstätte. Bei objektgebundenen Grundfreiheiten können sich dagegen die am geschützten Objekt Beteiligten auf die Grundfreiheit berufen. Bei der Warenverkehrsfreiheit können der Warenimporteur und der Warenexporteur,⁴⁵⁰ bei der Kapitalverkehrsfreiheit der Investor und der Empfänger der Investition die Grundfreiheit geltend machen.⁴⁵¹ Bei einer objektgebundenen Grundfreiheit wie der Kapitalverkehrsfreiheit kann daher auch eine nicht steuerpflichtige natürliche oder juristische Person vorbringen, der Kapitaltransfer zwischen zwei EU-Mitgliedstaaten, an dem sie als Investor oder Investitionsempfänger beteiligt ist, sei in diskriminierender Weise verletzt.

⁴⁴⁷ Vgl. Haferkamp, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 82; Schnitger, Grundfreiheiten, S. 104; Ress/Ukrow in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 56 EGV, Rn. 23.

⁴⁴⁸ Haferkamp, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 82; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 94, Rn. 228; Schnitger, Grundfreiheiten, S. 104.

⁴⁴⁹ Vgl. Dölker/Ribbrock, BB 2007, S. 1928 (1928).

⁴⁵⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 20.2.1979, 120/78, Rs. „Cassis“, Slg. 1979, S. 649 (651), Rn. 1; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 96, Rn. 232.

⁴⁵¹ Unbenommen bleibt das Recht der Kommission sowie anderer EU-Mitgliedstaaten in Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 226 EGV gegen einzelne EU-Mitgliedstaaten wegen Verstößen gegen die Kapitalverkehrsfreiheit und anderer Grundfreiheiten einzuleiten; vgl. SA des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer v. 13.2.2007 in der Rs. „VW-Gesetz“, C-112/05, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>.

(4) Erforderlichkeit der Vergleichbarkeitsprüfung bei fehlender Steuerpflicht

Da bei einer Sachverhaltsausweitung sowie bei objektgebundenen Grundfreiheiten wie der Kapitalverkehrsfreiheit eine Diskriminierung nicht bereits aufgrund einer fehlenden Steuerpflicht ausgeschlossen werden kann, stellt sich auch für die Gruppe der nicht steuerpflichtigen Personen die Frage, ob sie aufgrund einer durch die Steuerpflicht bedingten Lage nicht mit unbeschränkt Steuerpflichtigen vergleichbar sind.

ee) Beschränkte Steuerpflicht bei grenzüberschreitendem Sachverhalt

Bei grenzüberschreitenden In-bound-Finanzierungen erfüllt ein im Ausland ansässiges, wesentlich beteiligtes Unternehmen regelmäßig zumindest die beschränkte Steuerpflicht.⁴⁵² Werden aufgrund der wesentlichen Beteiligung Dividenden ausgeschüttet, erzielt es inländische Einkünfte gemäß § 49 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 a) EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG; gleiches gilt, wenn man mit der überwiegenden Meinung⁴⁵³ sowie der Rechtsprechung⁴⁵⁴ Fremdkapitalvergütungen aus hingegebenen Darlehen in verdeckte Gewinnausschüttungen gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 S. 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 a) EStG umqualifiziert. Werden etwa aufgrund fehlender Gewinne keine Dividenden ausgeschüttet und fehlen weitere inländische Einkünfte i.S.v. § 49 EStG, kann die Umqualifizierung von Fremdkapitalvergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen gemäß § 8a KStG die beschränkte Steuerpflicht eines beteiligten ausländischen Unternehmens zur Folge haben. Die Umqualifizierung begründet in diesem Fall originär die beschränkte Körperschaftsteuerpflicht von Kapitalgesellschaften, die im Ausland ansässig sind.

⁴⁵² Vgl. Streck, KStG, § 2 Rn. 3 und Rn. 4.

⁴⁵³ Vgl. Dötsch/Pung, DB 2005, S. 10 (12); Rödder/Schumacher, DStR 2004, S. 758; (Gerit)Frotscher, Zu den Wirkungen des § 8a KStG n.F., DStR 2004, S. 754; Rödder/Schumacher, DStR 2003, 1725 (1729); BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (594), Rn. 4; a.A. Wassermeyer, DStR 2004, S. 749.

⁴⁵⁴ Ausdrücklich lehnt das FG Hamburg die von *Wassermeyer* geäußerte Auffassung, die Umqualifizierung von Zinsen in verdeckte Gewinnausschüttungen schlage nicht auf die Ebene des Anteilseigners durch, ab; FG Hamburg Urt. v. 9.3.2007, EFG 2007, S. 787 (789).

ff) EuGH-Rechtsprechung zur Vergleichbarkeit

(1) Grundsätze der Rechtssache "Schumaker"

Mit der Rs. Schumaker nahm der EuGH grundlegend zu den Grundfreiheiten im Bereich der direkten Steuern Stellung.⁴⁵⁵ Die Entscheidung "Schumaker" betraf eine beschränkt steuerpflichtige natürliche Person mit Wohnsitz in Belgien und einem Arbeitsort in Deutschland, an dem sie auch nahezu 90 % ihres Einkommens erzielte.⁴⁵⁶ Der EuGH stellte fest, dass beschränkt steuerpflichtige Personen durch den Quellenstaat generell anders behandelt werden dürfen als unbeschränkt Steuerpflichtige. Eine Gleichstellung sei nur dann erforderlich, wenn der Steuerpflichtige nahezu seine gesamten Einkünfte, d.h. ca. 90 % seines Welteinkommens, im Quellenstaat erzielt.⁴⁵⁷ Eine Vergleichbarkeit beschränkt Steuerpflichtiger und unbeschränkt Steuerpflichtiger wurde damit grundsätzlich verneint, da sich der beschränkt Steuerpflichtige im Vergleich zum unbeschränkt Steuerpflichtigen in einer grundsätzlich anderen Situation befände.⁴⁵⁸

(2) Relevanz für beschränkt steuerpflichtige Holding-Gesellschaften

Werden inländische Unternehmen durch ausländische beschränkt steuerpflichtige Holding-Gesellschaften i.S.v. § 8a Abs. 4 KStG finanziert, können die Grundsätze der Rs. "Schumaker" für diese Form des grenzüberschreitenden Kapitalverkehrs von Bedeutung sein. Im Rahmen des durch § 8a Abs. 4 KStG gesteckten Tätigkeitsspektrums können Holding-Gesellschaften vergleichbar mit der steuerpflichtigen Person der Rs. "Schumaker" nur geringe bis mäßige Tätigkeiten zur Generierung aktiver Einkünfte an ihrem Sitz entfalten. Insbesondere bei Finanzierungs- und Führungs-Holdings sowie deren Mischformen kann es sich ergeben, dass lediglich 10 % des Holding-Einkommens aus aktiver Tätigkeit im (ausländischen) Sitzstaat und 90 % aus passiven Tätigkeiten im (inländischen) Quellenstaat stammt, in dem die Holding-Gesellschaft beschränkt steuerpflichtig ist.

⁴⁵⁵ Vgl. EuGH Urt. v. 14.2.1995, C-279/93, Rs. „Schumaker“, Slg. 1995, I-225 (249).

⁴⁵⁶ Vgl. EuGH Urt. v. 14.2.1995, C-279/93, Rs. „Schumaker“, Slg. 1995, I-225 (263), Rn. 46.

⁴⁵⁷ Vgl. EuGH Urt. v. 14.2.1995, C-279/93, Rs. „Schumaker“, Slg. 1995, I-225 (263), Rn. 46f.

⁴⁵⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 14.2.1995, C-279/93, Rs. „Schumaker“, Slg. 1995, I-225 (260), Rn. 31; Schön, GmbH-StB 2006, 9 (11).

(3) Rechtsprechung bei natürlichen Personen

In der Rs. "Gschwind"⁴⁵⁹ aus dem Jahr 1999 bestätigte der EuGH seine in der Rs. "Schumaker" geäußerte Sichtweise hinsichtlich der Vergleichbarkeit unbeschränkt und beschränkt steuerpflichtiger natürlicher Personen. Versagt ein EU-Mitgliedstaat Gebietsfremden bestimmte Steuervergünstigungen, die er Gebietsansässigen gewährt, so ist dies laut EuGH in Anbetracht der objektiven Unterschiede zwischen der Situation der Gebietsansässigen und derjenigen der Gebietsfremden nicht diskriminierend, da sich beide grundsätzlich nicht in einer vergleichbaren Lage befinden.⁴⁶⁰

Mit der Entscheidung "Gerritse"⁴⁶¹ aus dem Jahr 2003 stellte der EuGH klar, dass beschränkt Steuerpflichtige durch Steuererhebungsverfahren gegenüber unbeschränkt Steuerpflichtigen nicht benachteiligt werden dürfen;⁴⁶² eine Vergleichbarkeit wurde in diesem Fall zumindest hinsichtlich der progressiven Belastung von Einkommen bejaht.⁴⁶³ Bei der Auslegung der Kapitalverkehrsfreiheit in der Rs. "D" aus dem Jahr 2005 unterstrich der EuGH, dass eine Vergleichbarkeit mit Inlandssachverhalten nur gegeben sei, wenn die Beziehung des Ausländers zum Inland nicht unwesentlich ist und lehnte ei-

⁴⁵⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 14.9.1999, C-391/97, Rs. „Gschwind“, Slg. 1999, I-5478; von dem in den Niederlanden ansässigen Ehepaar Gschwind erzielte Herr Gschwind in Deutschland 58 %, seine Frau in den Niederlanden 42 % des Familieneinkommens. Herr Gschwind wurde in Deutschland antragsgemäß als unbeschränkt Steuerpflichtiger behandelt (§ 1 Abs. 3 EStG). Da seine Frau über 24.000 DM und auch mehr als 10 % des Familieneinkommens erzielte, erhielt Herr Gschwind nicht den Splittingtarif (§§ 1a Abs. 1 Nr. 2, 26 EStG). Es widerspricht laut EuGH nicht der Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 39 EGV), wenn eine Zusammenveranlagung nur gewährt wird, wenn der nicht im Inland steuerpflichtige Ehepartner bestimmte Einkunftsgrenzen nicht überschreitet.

⁴⁶⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 14.9.1999, C-391/97, Rs. „Gschwind“, Slg. 1999, I-5478 (5487), Rn. 23 und Rn. 27.

⁴⁶¹ Vgl. EuGH Urt. v. 12.6.2003, C-234/01, Rs. „Gerritse“, Slg. 2003, I-5933 (5945); dem in den Niederlanden ansässigen Musiker Gerritse wurden von seiner deutschen Gage nach § 50a Abs. 4, Abs. 5 S. 4 EStG (1997) pauschal 25 % als Abzugsteuer einbehalten. Wegen der Abgeltungswirkung des Steuerabzugs sah das Gesetz weder eine Veranlagung (Grundfreibetrag) noch die Berücksichtigung von Werbungskosten vor. Der Ausschluss des Betriebsausgabenabzugs verstößt laut EuGH gegen die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 49 EGV, die Versagung des Grundfreibetrags verstößt dagegen nicht gegen das Gemeinschaftsrecht. Die pauschale Besteuerung mit 25 % verletzt die Dienstleistungsfreiheit, soweit sich – ohne Berücksichtigung des Grundfreibetrags – bei Tarifbesteuerung eine geringere Belastung ergibt.

⁴⁶² Wegen des weiterhin bestehenden Betriebsausgabenabzugsverbotes für spezielle, nicht gebietsansässige Leistungserbringer (Künstler, Sportler, Journalisten, etc.) hat die Europäische Kommission zum 26.3.2007 ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 226 EGV gegen die Bundesrepublik eingeleitet, abrufbar unter: http://www.ec.europa.eu/taxation_customs/common/infringements/infringement_cases/index_en.htm.

⁴⁶³ Vgl. EuGH Urt. v. 12.6.2003, C-234/01, Rs. „Gerritse“, Slg. 2003, I-5933 (5961), Rn. 53.

nen Verstoß gegen die Grundfreiheiten ab.⁴⁶⁴ Die Entscheidungen machen deutlich, dass der EuGH bei natürlichen Personen grundsätzlich die Vergleichbarkeit unbeschränkter und beschränkter Steuerpflichtiger verneint und nur in Einzelentscheidungen, so etwa in der Rs. "Gerritse", hiervon abgeht.⁴⁶⁵

(4) Rechtsprechung bei juristischen Personen und Betriebsstätten

Die fehlende Vergleichbarkeit unbeschränkt und beschränkt steuerpflichtiger natürlicher Personen begründet der EuGH in seinen Entscheidungen maßgeblich mit dem Erfordernis, dass die steuerliche Berücksichtigung der persönlichen Lebens- und Familienverhältnisse sowie der persönlichen Steuerkraft der natürlichen Personen grundsätzlich im Wohnsitzstaat zu erfolgen habe.⁴⁶⁶ Wegen des für die natürlichen Personen spezifischen Anknüpfungspunktes wird die Übertragung der Rechtsprechung zur fehlenden Vergleichbarkeit unbeschränkt und beschränkt Steuerpflichtiger auf juristische Personen sowie auf die Betriebsstätten ausländischer juristischer Personen in der Literatur und der Generalanwaltschaft des EuGH abgelehnt.⁴⁶⁷ Der EuGH ist in seinen Entscheidungen, in denen eine Diskriminierung beschränkt steuerpflichtiger juristischer Personen im Vergleich zu unbeschränkt steuerpflichtigen juristischen Personen zu prüfen war, auch bisher im Grundsatz von einer Vergleichbarkeit ausgegangen.⁴⁶⁸ In der am 23.02.2006 entschiedenen Rs. "CLT-

⁴⁶⁴ Vgl. EuGH Urt. v. 5.7.2005, C-376/03, Rs. „D.“, Slg. 2005, I-5821 (5866), Rn. 43; das Vermögen des D. befand sich zu 90% im Sitzstaat Deutschland und zu 10% in den Niederlanden. Nach niederländischem Vermögensteuerrecht, das nach EuGH mit dem Ertragsteuerrecht vergleichbar ist, stand ihm dort kein Freibetrag zu. In den Niederlanden ansässige Steuerpflichtige erhielten dagegen einen Freibetrag. Auch dem im Übrigen mit D vergleichbaren, jedoch in Belgien ansässigen Steuerpflichtigen stand aufgrund DBA B/NL in NL ein Freibetrag zu. Laut EuGH liegt kein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EGV) vor, weil sich wesentliches Vermögen des D in seinem Sitzstaat befindet. D kann sich über Art. 56 EGV (Kapitalverkehrsfreiheit) auch nicht auf die günstigere Regelung des DBA Niederlande/Belgien berufen.

⁴⁶⁵ Schön geht gleichfalls davon aus, dass eine Differenzierung zwischen beschränkt und unbeschränkt Steuerpflichtigen nur noch im Bereich der persönlichen Lebensverhältnisse natürlicher Personen zulässig ist; Schön, GmbH-StB 2006, S. 9 (11).

⁴⁶⁶ Vgl. EuGH Urt. v. 5.7.2005, C-376/03, Rs. „D.“, Slg. 2005, I-5821 (5862), Rn. 27; EuGH Urt. v. 12.6.2003, C-234/01, Rs. „Gerritse“, Slg. 2003, I-5933 (5961), Rn. 52; EuGH Urt. v. 14.9.1999, C-391/97, Rs. „Gschwind“, Slg. 1999, 5478 (5487), Rn. 22; EuGH Urt. v. 14.2.1995, C-279/93, Rs. „Schumaker“, Slg. 1995, I-225 (260), Rn. 33.

⁴⁶⁷ Vgl. SA des Generalanwalts Léger v. 14.4.2005, in der Rs. „CLT-UFA“, C-253/03, Slg. 2006, I-1831 (1848), Rn. 63 ff.; Dörr, DK 2005, 576 (578); Englisch, StuW 2003, S. 88 (92); Schön, IStR 2004, 289 (292); Hey, StuW 2004, 193 (195).

⁴⁶⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-253/03, Rs. „CLT-UFA“, Slg. 2006, I-1831 (1871), Rn. 30; EuGH Urt. v. 21.9.1999, C-307/97, Rs. „Saint Gobain“, Slg. 1999, I-6161 (6169), Rn. 38 ff.; EuGH Urt. v. 29.4.1999, C-311/97, Rs. „Royal Bank of Scotland“, Slg. 1999,

UFA"⁴⁶⁹ widersprach der EuGH ausdrücklich dem Standpunkt der Verfahrensgegnerin BRD, die zwischen einer beschränkt steuerpflichtigen Betriebsstätte eines im luxemburgischen Ausland ansässigen Stammhauses und einer im deutschen Inland unbeschränkt steuerpflichtigen Tochtergesellschaft eine nicht vergleichbare Lage annahm.⁴⁷⁰ Eine Unterscheidung durch den EuGH je nach konkret betroffener Grundfreiheit ist nicht ersichtlich, so dass sich diese Rechtsprechung auch auf Diskriminierungen im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit erstreckt. Demnach befinden sich unbeschränkt steuerpflichtige und beschränkt steuerpflichtige juristische Personen grundsätzlich in einer vergleichbaren Lage.

gg) Zwischenergebnis

Für im Ausland ansässige beschränkt steuerpflichtige *natürliche* Personen, die als Gesellschafter einer inländischen Kapitalgesellschaft von der Umqualifizierung gemäß § 8a KStG betroffen sind, sind im Rahmen der Geltendmachung einer europarechtswidrigen Diskriminierung die Grundsätze der Rs. "Schumaker" zur fehlenden Vergleichbarkeit unbeschränkt und beschränkt steuerpflichtiger Personen verbindlich. Von natürlichen Personen gehaltene Anteile an Holding-Gesellschaften können jedoch bereits bei entsprechender Verteilung der Einkünfte zwischen ihrem Wohnsitzstaat mit ca. 10 % und dem Quellenstaat mit ca. 90 % gemäß der "Schumaker"- Rechtsprechung ausnahmsweise vergleichbar sein.⁴⁷¹ Wird diese Einkunftsverteilung nicht erreicht, etwa weil sich die Einkünfte aus Beteiligungen aus verschiedenen Quellenstaaten zusammensetzen, liegt eine mit der Rs. "Gerritse" vergleichbare Einkommensverteilung vor, bei der der Steuerpflichtige nur einen geringen Teil seiner Gesamteinkünfte aus einem Quellenstaat bezog.⁴⁷² Eine Ver-

I-2651 (2675), Rn. 29; EuGH Urt. v. 28.1.1986, C-270/83, Rs. „Kommission/Frankreich (avoir fiscal)“, Slg. 1986, 273 (280), Rn. 19.

⁴⁶⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-253/03, Rs. „CLT-UFA“, Slg. 2006, I-1861; Das EuGH-Urteil wurde durch den BFH dahin gehend umgesetzt, dass der Gewinn der grenzüberschreitenden Zweigniederlassung nicht mit dem hohen Betriebsstättensteuersatz gemäß § 23 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 S. 1 und § 2 Nr. 1 KStG 1991 mit 42 v.H. zu besteuern ist, BFH Urt. v. 9.8.2006, BB 2006, S. 2616 (2617).

⁴⁷⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-253/03, Rs. „CLT-UFA“, Slg. 2006, I-1831 (1868 ff.), Rn. 19, Rn. 22 und Rn. 23; siehe auch die SA des Generalanwalts Léger v. 14.4.2005, in der Rs. „CLT-UFA“, C-253/03, Slg. 2006, I-1831 (1848), Rn. 63 ff.

⁴⁷¹ Siehe oben unter Punkt D.II.2.a)ff)(2).

⁴⁷² Vgl. EuGH Urt. v. 12.6.2003, C-234/01, Rs. „Gerritse“, Slg. 2003, I-5933 (5960), Rn. 46.

gleichbarkeit wird in Fällen dieser Einkunftsverteilung nur bejaht, wenn sich der beschränkt Steuerpflichtige etwa aufgrund geringer Einkünfte aus einem Quellenstaat als unbeschränkt Steuerpflichtiger behandeln lassen könnte (vgl. § 1 Abs. 3 i.V.m. § 50a EStG 1996).⁴⁷³

Ausländische Anteilseigner oder Holdinggesellschaften dagegen, die als *juristische* Personen organisiert sind, unterliegen nicht den spezifischen Einschränkungen der "Schumaker"-Rechtsprechung hinsichtlich einer Vergleichbarkeit mit rein inländischen unbeschränkt Steuerpflichtigen.⁴⁷⁴ Gleiches gilt für ausländische Anteilseigner in der Rechtsform von Personengesellschaften oder Rechtsformen, die mit Personengesellschaften vergleichbar sind. Die Regelung des § 8a KStG betrifft die objektiven Besteuerungsmerkmale, bei der nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH davon auszugehen ist, dass jede Ungleichbehandlung beschränkt oder unbeschränkt Steuerpflichtiger für unzulässig erklärt wird, ohne dass es auf die gesonderte Feststellung einer Vergleichbarkeit im Sinne der Schumaker-Doktrin ankäme.⁴⁷⁵

b) Berücksichtigung von Organschaften bei der Gruppenbildung

aa) Grundsätzliches

Die Bildung einer körperschaftsteuerlichen Organschaft gemäß den §§ 14-19 KStG stellt für im Inland ansässige, durch Beteiligung verbundene Kapitalgesellschaften eine Möglichkeit dar, nachteilige Folgen einer Anwendung der §§ 8a, 8b KStG abzuwenden.⁴⁷⁶ Zum Erhebungszeitraum 2002 wurde zudem die gewerbsteuerliche Organschaft in ihren wesentlichen Voraussetzungen der körperschaftsteuerlichen Organschaft angeglichen, § 2 Abs. 2 GewStG.⁴⁷⁷ Inländischen Kapitalgesellschaften steht daher mit einer kombinierten Körperschaft- und gewerbsteuerlichen Organschaft ein ertragsteuerliches Ges-

⁴⁷³ Vgl. EuGH Urt. v. 12.6.2003, C-234/01, Rs. „Gerritse“, Slg. 2003, I-5933 (5961), Rn. 49.

⁴⁷⁴ Vgl. Schön, GmbH-StB 2006, 9 (11).

⁴⁷⁵ Vgl. Schön, IStR 2004, 289 (292); Bindl, IStR 2006, 339 (344).

⁴⁷⁶ Vgl. Herzig/Wagner, DStR 2006, 1 (9); Körner, BB 2003, S. 2436 (2440); Wagner, DStZ 2004, 185, (188); Körner, 2004, S. 253 (260).

⁴⁷⁷ Vgl. Erle in: Erle/Sauter, KStG, § 14 KStG, Rn. 615.

taltungsmittel zur Verfügung.⁴⁷⁸ Nachfolgend ist zu untersuchen, ob und inwieweit diese für inländische Beteiligungsstrukturen bestehende Möglichkeit bei der Bildung von Vergleichsgruppen zur Feststellung einer europarechtsrelevanten Diskriminierung zu berücksichtigen ist.

bb) Auffassung der Literatur

Die Literatur bezieht ausdrücklich mit Hinweis auf die EuGH-Rechtsprechung oder durch entsprechende Vergleichsgruppenbildung die im Inland bestehende Möglichkeit, eine Organschaft einzugehen, bei der Bildung von Diskriminierungssachverhalten ein.⁴⁷⁹ Die Untersuchung von in- und ausländischen Sachverhalten beschränkt sich ihrer Auffassung nach nicht auf den theoretischen Vergleich der jeweils für den in- und ausländischen Sachverhalt einschlägigen Normen. Zu erfassen sind auch realtypische Sachverhalte. Insbesondere sind typische Gestaltungsmaßnahmen in den Vergleich einzubeziehen, die dazu führen, dass nachteilige Normen praktisch ausschließlich oder hauptsächlich nur bei grenzüberschreitenden Sachverhalten eingreifen.⁴⁸⁰ Die Möglichkeit, für im Inland ansässige aneinander beteiligte Kapitalgesellschaften eine Organschaft einzugehen, ist dieser Auffassung nach eine typische Gestaltungsmaßnahme, um die nachteiligen Folgen der §§ 8a, 8b KStG auszuschließen.⁴⁸¹ Die Möglichkeit der Eingehung einer Organschaft ist hiermit bei der Bildung rein inländischer Vergleichsgruppen zu berücksichtigen.

cc) Auffassung der Finanzverwaltung

Eine Stellungnahme des BMF zur Berücksichtigung der Organschaft bei Vergleichsgruppen im Zusammenhang mit der Gesellschafter-Fremdfinanzierung ist bisher nicht erfolgt. *Hahn* (Landesfinanzverwaltung Thüringen) räumt ein, dass der EuGH die Prüfung auf einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten des EGV nicht nur anhand der abstrakten Norm, sondern auch an-

⁴⁷⁸ Vgl. Briese, *StuB* 2004, S. 57 (60); Herzig/Lochmann, *DB* 2004, S. 825 (827); Erle in: Erle/Sauter, *KStG*, § 14 *KStG*, Rn. 153.

⁴⁷⁹ Vgl. Hornig, *PIStB* 2007, S. 215 (215 f.); Führich, *IStR* 2007, S. 342 (344); Herzig/Wagner, *DStR* 2006, 1 (9); Scheunemann, *IStR* 2005, 303 (305); Körner, *IStR* 2004, S. 253 (260).

⁴⁸⁰ Vgl. Körner, *IStR* 2004, S. 253 (260); Hornig, *PIStB* 2007, S. 215 (215 f.); Führich, *IStR* 2007, S. 342 (344).

⁴⁸¹ Vgl. Rehm/Nagler, *IStR* 2006, S. 859 (860); Nagler/Kleinert, *DB* 2005, S. 855 (855 f.); Herzig/Wagner, *DStR* 2006, 1 (9); Scheunemann, *IStR* 2005, 303 (305).

hand der tatsächlichen Wirkung der Norm auf in- und ausländische Sachverhalte überprüft.⁴⁸² Hierbei seien von Inländern praktizierte Vermeidungsstrategien bei der Vergleichsprüfung zu berücksichtigen.⁴⁸³ Offen bleibt, ob *Hahn* unter diese inländischen Vermeidungsstrategien auch die Organschaft fasst.

dd) Berücksichtigung von Steuergestaltungen durch den EuGH

(1) Hintergrund der Rechtsprechung

Der EuGH hat in mehreren Urteilen entscheidend auf die praktische Normwirkung für in- und ausländische Sachverhalte abgestellt.⁴⁸⁴ Ausschlaggebend sei, dass die Grundfreiheiten des EGV es dem Berechtigten gestatten, tatsächlich und unter denselben Bedingungen wie die inländischen Wirtschaftsbeteiligten am Wirtschaftsleben des anderen EU-Mitgliedstaates teilzunehmen.⁴⁸⁵ Unter den Schutz der Grundfreiheiten fallen damit all jene Maßnahmen, die die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit in dem EU-Mitgliedstaat erlauben oder so erleichtern, dass es den Begünstigten gestattet wird, tatsächlich unter denselben Bedingungen wie die inländischen Wirtschaftsbeteiligten am Wirtschaftsleben des EU-Mitgliedstaates teilnehmen zu können.⁴⁸⁶

(2) Steuergestaltung bezogen auf ein Rechtssubjekt

Mit der Rs. "Eurowings"⁴⁸⁷ liegt eine entsprechende Entscheidung zur deutschen Gewerbesteuer und damit im Bereich der direkten Steuern vor. Hiernach indiziert eine Regelung, die einen steuerlichen Vorteil für eine Mehrzahl inländischer Sachverhalte vorsieht, diesen Vorteil jedoch immer dann versagt, wenn grenzüberschreitende Sachverhalte betroffen sind, eine Un-

⁴⁸² Der EuGH berücksichtigt zunehmend bei steuerrechtlichen Normen neben der gesetzgeberischen Intention (aims) die steuerlichen Belastungswirkungen für grenzüberschreitende Sachverhalte (effects); Hahn, GmbHR 2003, S. 1245 (1248); Englisch, RIW 2005, S. 187 (192).

⁴⁸³ Vgl. Hahn, GmbHR 2003, S. 1245 (1248).

⁴⁸⁴ Vgl. EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-253/03, Rs. „CLT-UFA“, Slg. 2006, I-1861 (1869), Rn. 23; EuGH Urt. v. 26.10.1999, C-294/97, Rs. „Eurowings“, Slg. 1999, I-7463 (7474), Rn. 35; EuGH Urt. v. 30.11.1995, C-55/94, Rs. „Gebhard“, Slg. 1995, I-4165 (4195), Rn. 25; Englisch, RIW 2005, S. 187 (192).

⁴⁸⁵ Vgl. EuGH Urt. v. 30.11.1995, C-55/94, Rs. „Gebhard“, Slg. 1995, I-4165 (4195), Rn. 25.

⁴⁸⁶ Vgl. SA des Generalanwalts Tizzano v. 7.7.2005 in der Rs. „Sevic Systems“, C-411/03, Slg. 2005, I-10805 (10814), Rn. 29.

⁴⁸⁷ Vgl. EuGH Urt. v. 26.10.1999, C-294/97, Rs. „Eurowings“, Slg. 1999, I-7463.

gleichbehandlung.⁴⁸⁸ Der steuerliche Vorteil wurde in dieser Rechtssache nur für *ein* unabhängiges, an einem Leistungsaustausch beteiligtes Wirtschaftssubjekt bejaht.

(3) Steuergestaltung zwischen zwei Rechtssubjekten

Die zum 23.2.2006 ergangene Entscheidung in der Rs. "CLT-UFA"⁴⁸⁹ hat jedoch den Begriff des steuerlichen Vorteils weiter konkretisiert und lässt Rückschlüsse für steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten zwischen *zwei* Rechtssubjekten zu. In der Rs. "CLT-UFA" waren aufgrund § 23 Abs. 2 und Abs. 3 KStG 1991 die Gewinne einer inländischen Betriebsstätte, die vom im luxemburgischen Ausland ansässigen Stammhaus entnommen worden waren, mit einem besonderen 42%igen Betriebsstättensteuersatz belegt worden. Eine Tochtergesellschaft mit Sitz und/oder Geschäftsleitung in der BRD hätte dagegen der Körperschaftsteuer unterlegen, die in dem Fall, dass der Gewinn nicht ausgeschüttet worden wäre, 45 % des Gewinns vor Abzug der Steuer betragen hätte. Diese hohe Steuerbelastung hätte jedoch nachträglich auf 33,5 % gemindert werden können, indem gemäß § 27 Abs. 1, § 49 Abs. 1 KStG 1994 und § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 44d Abs. 1 EStG 1994 die Gewinnausschüttung der Muttergesellschaft bis zum Ablauf des 30.06.1996 zugeflossen wäre. Falls der Gewinn nach dem 30.06.1996 an die Muttergesellschaft ausgeschüttet worden wäre, hätte sich die Steuerbelastung nach § 44d Abs. 1 S. 3 EStG in Verbindung mit § 49 Abs. 1 KStG auf 30 % des Gewinns gemindert. In der Regel wurde von dieser Möglichkeit, die Steuerbelastung zu mindern, auch Gebrauch gemacht.

Im Rahmen einer Vergleichsgruppenbildung durch den EuGH wären für die Bildung des rein inländischen Sachverhaltes hiernach bis zu drei verschiedene Sachverhaltsalternativen in Betracht gekommen. Der EuGH hätte den besonderen Betriebsstättensteuersatz von 42 % mit der Besteuerung nicht ausgeschütteter Gewinne bei der Tochtergesellschaft zu 45 % vergleichen können. Er hätte des Weiteren den Betriebsstättensteuersatz mit dem hypothetischen Sachverhalt einer frühen, bis 30.06.1996, erfolgenden Gewinnaus-

⁴⁸⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 26.10.1999, C-294/97, Rs. „Eurowings“, Slg. 1999, I-7463 (7445), Rn. 40.

⁴⁸⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-253/03, Rs. „CLT-UFA“, Slg. 2006, I-1861.

schüttung und dem damit einhergehenden Steuersatz von 33,5 % vergleichen können. Oder er hätte auch seiner hypothetischen inländischen Vergleichsgruppe eine nach dem 30.06.1996 erfolgende Gewinnausschüttung unterstellen können, und so den Betriebsstättensteuersatz von 42 % mit der Besteuerung in Höhe von 30 % vergleichen können.

Tatsächlich hat der EuGH unter Hinweis auf die von inländischen Tochtergesellschaften regelmäßig genutzte Möglichkeit, durch entsprechende Ausschüttungspolitik die steuerliche Belastung auf 33,5 % oder gar auf 30 % zu mindern, diese beiden Steuersätze seiner inländischen Vergleichsgruppe zugrunde gelegt.⁴⁹⁰ Dies spricht dafür, dass der EuGH bei der Bildung der inländischen Vergleichsgruppe auch Gestaltungen berücksichtigt, die in der Regel von Inländern gewählt werden, um die steuerliche Belastung zu mindern. Hierbei werden nicht nur Gestaltungsmöglichkeiten, die ein einzelnes Rechtssubjekt in Anspruch nehmen kann, sondern auch Gestaltungsmöglichkeiten zwischen verschiedenen Rechtssubjekten berücksichtigt. Der EuGH legt bei seiner Begründung in der Rs. "CLT-UFA" zugrunde, dass inländische Muttergesellschaften die steuermindernde Ausschüttungspolitik ihrer Tochtergesellschaften kontrollieren und berücksichtigt damit rechtssubjektübergreifende steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten.⁴⁹¹

(4) Ergebnisabführungsvertrag

Die Möglichkeit, durch Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrages eine steuerliche Organschaft zwischen zwei Kapitalgesellschaften einzugehen, stellt sich nach den obigen Kriterien gleichfalls als eine rechtssubjektübergreifende steuerliche Gestaltungsmöglichkeit dar. Sie ist bei einer Überprüfung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung auf Diskriminierungen bei der Bildung der inländischen Vergleichsgruppe zu berücksichtigen, da sie regelmäßig von Inländern wahrgenommen wird.

⁴⁹⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-253/03, Rs. „CLT-UFA“, Slg. 2006, I-1831 (1868), Rn. 16; der EuGH fasste die Sachverhaltsalternativen mit einer steuerlichen Belastung von 33,5 % und 30 % zusammen und stellte gegenüber dem Betriebsstättensteuersatz von 42 % eine unzulässige Benachteiligung von Betriebsstätten gegenüber rechtlich eigenständigen Tochtergesellschaften fest.

⁴⁹¹ Vgl. EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-253/03, Rs. „CLT-UFA“, Slg. 2006, I-1831 (1869), Rn. 23.

Der Ergebnisabführungsvertrag zwischen Organgesellschaft und Organträger ist eine Tatbestandsvoraussetzung der körperschaftsteuerlichen Organschaft. Insbesondere der Umstand, dass Abschluss und Kündigung des Ergebnisabführungsvertrages im Ermessen der Vertragspartner stehen, macht die körperschaftsteuerliche Organschaft zu einem steuerlichen Gestaltungsinstrument.⁴⁹² Dass die Regeln zur körperschaftsteuerlichen Organschaft im Vergleich zu Gruppenbesteuerungssystemen anderer Staaten hohe Ansprüche an die Eingehung, Durchführung und Laufzeit stellen,⁴⁹³ steht der Annahme eines Gestaltungsrechts nicht entgegen. Die Rechtsfolgen nach Begründung einer Organschaft sind zwar größtenteils zwingend. Insbesondere die Ergebnisabführungs- und Verlustübernahmeverpflichtungen im Organkreis legen unternehmerische Entscheidungsmöglichkeiten zur Ergebnisverwendung weitgehend gesetzlich fest.⁴⁹⁴ Die Entscheidungsmöglichkeit, durch Abschluss bzw. Nichtabschluss eines Ergebnisabführungsvertrages die Rechtsfolgen der Organschaft eintreten oder nicht eintreten zu lassen, spricht aber entscheidend für das Vorliegen eines steuerlichen Gestaltungsrechts.⁴⁹⁵

Die am Organkreis beteiligten natürlichen und juristischen Personen sind zivilrechtlich selbstständig und werden auch nach Eingehung der Organschaft als eigenständige Steuersubjekte behandelt.⁴⁹⁶ Die Vorteile der Organschaft im Rahmen der §§ 8a, 8b Abs. 1 und Abs. 5 KStG vermitteln sich jedoch nur durch die rechtssubjektübergreifende Ergebniszurechnung zwischen Organgesellschaft und Organträger. Die Ausführungen des EuGH zur Rs. "CLT-UFA" zeigen jedoch, dass dieser Umstand der Annahme einer steuerlichen Gestaltungsmöglichkeit nicht entgegensteht.

⁴⁹² Vgl. Erle/Sauter, KStG, § 14, Rn. 153; Hoheisel, GmbHR 2006, S. 802 (806); Grotherr, FR 1995, S. 1.

⁴⁹³ Vgl. Erle in: Erle/Sauter, KStG, Vor §§ 14-19 KStG, Rn. 111 ff.

⁴⁹⁴ Die Rechtsfolge der Ergebnisabführung gemäß § 14 Abs. 1 S. 1 KStG wird durch § 301 AktG definiert. Freie Gewinnrücklagen können gebildet werden und sind von der Ergebnisabführung ausgenommen; ihre Bildung steht jedoch unter dem Vorbehalt einer wirtschaftlichen Begründung im Rahmen einer kaufmännischen Beurteilung, § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 4; vgl. Erle in: Erle/Sauter, KStG, § 14 KStG, Rn. 158; Frotscher in: Frotscher/Maas, KStG, § 14, Rn. 193.

⁴⁹⁵ Vgl. Erle in: Erle/Sauter, KStG, § 14, Rn. 153; Grotherr, FR 1995, S. 1.

⁴⁹⁶ Vgl. BFH Urt. v. 7.2.2007, DStR 2007, S. 895 (987); Dörfler/Adrian/Geeb, DStR 2007, S. 1889 (1890); Erle in: Erle/Sauter, KStG, Vor §§ 14-19, Rn. 7; Frotscher in: Frotscher/Maas, KStG, § 14 KStG, Rn. 261.

(5) Inlandsbezug der Organshaft

Die Körperschaftsteuerliche Organshaft kann aufgrund ihres nach wie vor bestehenden doppelten Inlandsbezuges grundsätzlich nur von im *Inland ansässigen Rechtssubjekten* in Anspruch genommen werden: Die Organgesellschaft muss gemäß § 14 Abs. 1 S. 1, § 17 S. 1 KStG Geschäftsleitung und Sitz im Inland haben; soweit der Organträger nicht Sitz und Geschäftsleitung im Inland hat, muss er als (doppelansässiger) Organträger zumindest einen inländischen Geschäftsleitungssitz aufweisen.⁴⁹⁷ Ausländische Gesellschaften sowie doppelansässige Gesellschaften mit einem inländischen statutarischen und einem ausländischen Geschäftsleitungssitz bleiben von der Organträgerfunktion ausgeschlossen.⁴⁹⁸

Von diesem doppelten Inlandsbezug der am Organkreis beteiligten Gesellschaften besteht mit dem in § 18 KStG geregelten ausländischen Organträger zwar eine Ausnahme.⁴⁹⁹ Es ist aber zweifelhaft, ob diese Ausnahmenvorschrift im Rahmen einer europarechtlichen Diskriminierungsprüfung ausreichend ist, den grundsätzlichen Inlandsbezug der Organshaft zu verneinen. Denn in der Rs. "Lankhorst-Hohorst" hat der EuGH es als ausreichend angesehen, dass "ausländische Gesellschaften *im Allgemeinen*" nicht anrechnungsberechtigt waren,⁵⁰⁰ und somit keinen vollständigen Ausschluss grenzüberschrei-

⁴⁹⁷ UntStFG v. 20.12.2001, BStBl. I 2002, S. 35.

⁴⁹⁸ Dass sich beim Organträger die Geschäftsleitung und nicht auch alternativ der statutarische Sitz im Inland befinden muss, hängt mit der tie-breaker-rule des Art. 4 Abs. 3 O-ECD-MA zusammen und soll sicherstellen, dass doppelt ansässige Gesellschaften für Zwecke des DBA als in Deutschland ansässig gelten; Jorewitz, EG-Konformität, S. 197; Erle in: Erle/Sauter, KStG, § 14 KStG, Rn. 34.

⁴⁹⁹ Eine im Ausland ansässige Kapitalgesellschaft kann Organträger einer inländischen Organgesellschaft sein, wenn eine inländische Betriebsstätte des Organträgers besteht, der Ergebnisabführungsvertrag mit dieser inländischen Betriebsstätte abgeschlossen wird und auch die sonstigen Voraussetzungen der §§ 14 bis 19 KStG vorliegen. Aufgrund der Ergebniszurechnung zur inländischen Betriebsstätte bleiben die Ergebnisse der Organgesellschaft beschränkt steuerpflichtig. Im Falle eines ausländischen Organträgers ist eine direkte Ergebniszurechnung zwischen Organgesellschaft und Organträger, wie er in den §§ 14, 15 KStG vorgesehen ist, demnach nicht möglich. § 18 KStG weist damit gegenüber der Organshaft gemäß den §§ 14, 17 KStG ein europarechtsrelevantes Regelungsdefizit auf; Erle in: Erle/Sauter, KStG, § 18 KStG, Rn. 44; Dötsch, DK 2004, S. 531 (532).

⁵⁰⁰ Im Original nicht kursiv: EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11802 (11811), Rn. 28; SA des Generalanwalts Mischo v. 26.9.2002 in der Rs. „Lankhorst-Hohorst“, C -324/00, Slg. 2002, I-11779 (11789), Rn. 40: Die Bundesrepublik hatte im Fall des § 8a KStG in der Fassung des StandOG mit dem Spezialfall einer Patronatsklärung nachgewiesen, dass § 8a KStG in der Fassung des StandOG nicht nur grenzüberschreitende, sondern ausnahmsweise auch rein inländische Sachverhalte erfass-

tender Sachverhalte vom steuerlichen Vorteil zur Bedingung einer diskriminierenden Regelung gemacht.

In der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation" hat der EuGH einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit für beschränkende britische Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregelungen bejaht, die "vor allem für Darlehen, die von gebietsfremden Muttergesellschaften gewährt wurden".⁵⁰¹ Zudem setzt die Ausnahmvorschrift des § 18 S. 1 KStG die Ergebnisabführung einer inländischen Organgesellschaft an eine inländische Zweigniederlassung voraus. Gewährt die inländische Zweigniederlassung der inländischen Organgesellschaft ein dem § 8a KStG unterliegendes Darlehen, kann eine steuerliche Begünstigung durch Anwendung der §§ 8a, 8b KStG auf die umqualifizierten Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen allenfalls im Inlandsverhältnis der Organgesellschaft zur Zweigniederlassung erfolgen. Gewährt der ausländische Organträger der inländischen Organgesellschaft ein dem § 8a KStG unterliegendes Darlehen, gilt aufgrund der Einkommenszurechnung zur inländischen Zweigniederlassung § 8b Abs. 1 und Abs. 5 KStG gleichwohl nur im Verhältnis der Inlandszweigniederlassung zur inländischen Organgesellschaft. Zudem darf nach den Grundsätzen der Rs. "St. Gobain"⁵⁰² sowie "CLT-UFA"⁵⁰³ einer grenzüberschreitend tätigen Kapitalgesellschaft die Niederlassung mittels einer inländischen Tochter-Kapitalgesellschaft nicht mit dem Hinweis erschwert werden, es bestehe nach § 18 KStG die Möglichkeit, eine inländische Zweigniederlassung zu errichten.

(6) Nutzung der Steuergestaltung durch Inländer

Die Gestaltungsmöglichkeit der Organschaft muss im Sinne der "CLT-UFA"-Entscheidung auch *regelmäßig* von Inländern in Anspruch genommen werden; in der Rs. "Lankhorst-Hohorst" hat der EuGH darauf abgestellt, dass eine "große Mehrheit" der im Inland ansässigen Unternehmen

sen könne; der entsprechende Vortrag wurde durch die EuGH-Generalanwaltschaft ausdrücklich und vom EuGH in schlüssiger Weise als irrelevant zurückgewiesen.

⁵⁰¹ Im Original nicht kursiv: EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 44.

⁵⁰² Vgl. EuGH Urt. v. 21.9.1999, C-307/97, Rs. „Saint Gobain“, Slg. 1999, I-6161 (6167), Rn. 24.

⁵⁰³ Vgl. EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-253/03, Rs. „CLT-UFA“, Slg. 2006, I-1831 (1868), Rn. 17.

von der Besteuerungsnorm begünstigt sei.⁵⁰⁴ An anderer Stelle wird auch die Formulierung der "Mehrzahl der [inländischen] Unternehmen" verwendet, für die ein steuerlicher Vorteil vorgesehen sei.⁵⁰⁵ Repräsentatives statistisches Material über den tatsächlichen Verbreitungsgrad der Organschaft unter den Unternehmen, die ihren Voraussetzungen nach einen Organkreis bilden könnten, liegt zurzeit nicht vor. Schätzungen gehen jedoch dahin, dass etwa 75 % aller deutschen Aktiengesellschaften mit mehr als 90 % des Kapitals sowie etwa 50 % der Gesellschaften mbH in organschaftlich organisierte Konzerne eingebunden sind.⁵⁰⁶ Damit kann im Ergebnis die Organschaft als eine steuerliche Gestaltungsmöglichkeit angesehen werden, die regelmäßig und vor allem von Inländern genutzt wird und daher bei der Bildung der inländischen Vergleichsgruppe zu berücksichtigen ist.

(7) Unveränderte Relevanz i.R.d. Zinsschranke

Die Qualifizierung der Organschaft als steuerliches Gestaltungsmittel i.S.d. oben besprochenen EuGH-Rechtsprechung behält auch im Rahmen der Zinsschranke der Unternehmensteuerreform 2008 ihre Gültigkeit. Die körperschaftsteuerliche Organschaft ist lediglich durch den in § 15 S. 1 Nr. 3 KStG 2008 neu geregelten Organbetrieb geändert worden. Die Elemente des Ergebnisabführungsvertrages,⁵⁰⁷ des Inlandsbezuges⁵⁰⁸ und der Nutzung der Organschaft durch Inländer,⁵⁰⁹ die zur Bejahung eines steuerlichen Gestaltungsmittels geführt haben, sind durch die Unternehmensteuerreform 2008 unverändert geblieben, so dass die Organschaft auch unter dem Regime der Unternehmenssteuerreform 2008 als steuerliches Gestaltungsmittel zu qualifizieren ist, das bei der Vergleichsgruppenbildung zu berücksichtigen ist.⁵¹⁰

⁵⁰⁴ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11802 (11811), Rn. 28.

⁵⁰⁵ Vgl. EuGH Urt. v. 26.10.1999, C-294/97, Rs. „Eurowings“, Slg. 1999, I-7463 (7445), Rn. 40.

⁵⁰⁶ Vgl. Burwitz, Konzernfinanzierung, S. 7.

⁵⁰⁷ Siehe hierzu unter Punkt D.II.2.b)dd)(4).

⁵⁰⁸ Siehe hierzu unter Punkt D.II.2.b)dd)(5) sowie Musil, DB 2008, S. 12 (15).

⁵⁰⁹ Siehe hierzu unter Punkt D.II.2.b)dd)(6).

⁵¹⁰ Vgl. Musil, DB 2008, S. 12 (15); Prinz DB 2008, S. 368 (370).

ee) Substituierung von Vergleichsgruppen durch den EuGH

(1) Berücksichtigung der tatsächlichen Wettbewerbssituation

Bei der Bildung von Vergleichsgruppen besteht die Möglichkeit, aufgrund einer Analyse der Wettbewerbssituation einen inländischen Vergleichssachverhalt durch einen anderen inländischen Vergleichssachverhalt zu ersetzen. Ergibt sich, dass ein grenzüberschreitender Sachverhalt tatsächlich nicht mit einer inländischen Vergleichsgruppe, sondern mit einer anderen Vergleichsgruppe in wirtschaftlichem Wettbewerb steht, kann bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen der ursprüngliche inländische Vergleichssachverhalt ersetzt werden. Das Instrument der Substitution soll durch eine sachgerechte Wahl der Vergleichsgruppen die faktische Wettbewerbsneutralität nationaler Regelungen auf einem realen Markt eines EU-Mitgliedstaats gewährleisten.⁵¹¹ Die Substitution einer Vergleichsgruppe kann bereits bei der Möglichkeit einer Wettbewerbssituation erfolgen, ohne dass der Wettbewerb im Einzelnen nachgewiesen werden müsste.⁵¹²

Die Rechtsprechung zur Substitution von Vergleichssachverhalten wurde ursprünglich anhand des grenzüberschreitenden Warenverkehrs entwickelt, bei dem bestimmte Warenangebote im anderen EU-Mitgliedstaat nicht in Konkurrenz zu ihrem Äquivalent, sondern mit einer anderen Warengattung in Wettbewerb traten.⁵¹³ Rechtlicher Anknüpfungspunkt für eine Substituierung einer inländischen Vergleichsgruppe ist Art. 90 Abs. 2 EGV. Die Sicherstellung der Wettbewerbsneutralität für grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeiten durch die Wahl sachgerechter Vergleichsgruppen ist eine allgemeine Voraussetzung für die zutreffende Beurteilung von Diskriminierungssachverhalten. Der Gedanke der Substituierung findet demgemäß nicht nur im Rahmen des freien Warenverkehrs, sondern auch bei anderen Grundfreiheiten,

⁵¹¹ Vgl. Waldhoff in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 90 EGV, Rn. 18; S. Wägenbaur in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 95, Rn. 58; Waldhoff in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 90 EGV, Rn. 18.

⁵¹² Vgl. Waldhoff in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 90 EGV, Rn. 18.

⁵¹³ Vgl. EuGH Urt. v. 9.7.1987, C-356/85, Rs. „Kommission/Belgien“, Slg. 1987, 3299 (3324 f.), Rn. 9; EuGH Urt. v. 7.5.1987, C-193/85, Rs. „Co-Frutta“, Slg. 1987, S. 2085 (2110 f.), Rn. 15 ff.; EuGH Urt. v. 4.4.1986, C-27/67, Rs. „Fink-Frucht“, Slg. 1968, S. 333 (346 f.).

etwa bei der Kapitalverkehrsfreiheit oder der Niederlassungsfreiheit, Anwendung.⁵¹⁴

(2) Wettbewerbssituation bei grenzüberschreitenden Konzernfinanzierungsstrukturen

Die wettbewerbsorientierte Rechtsprechung des EuGH zur Substituierung inländischer Vergleichssachverhalte wirft bei einer Vergleichsgruppenbildung für grenzüberschreitende Konzernfinanzierungssachverhalte die Frage auf, mit welchen inländischen Wirtschaftsteilnehmern diese in einem faktischen Wettbewerb stehen und ob gegebenenfalls bei einer Diskriminierungsprüfung das entsprechende inländische Konzernfinanzierungsmodell als inländischer Vergleichssachverhalt heranzuziehen ist.

Geht man davon aus, dass im Inland ansässige Kapitalgesellschaften, die die Voraussetzungen einer körperschaftsteuerlichen Organschaft gemäß § 14 bis 19 KStG mitbringen, in der Regel eine solche auch begründen, um sich die entsprechenden steuerlichen Vorteile zu sichern,⁵¹⁵ trifft eine grenzüberschreitend finanzierte Kapitalgesellschaft regelmäßig auf Wettbewerber, die diesen steuerlichen Vorteil aufweisen. Die grenzüberschreitende Konzernstruktur tritt folglich nicht in einen Wettbewerb zu nichtorganschaftlich organisierten Mutter-Tochter-Beteiligungen ein, sondern sie steht in faktischer Konkurrenz zu inländischen Organgesellschaften bzw. Organkreisen. Unter Wettbewerbsaspekten erscheint es daher sachgerechter, in Organkreise eingebundene Organgesellschaften oder die Organkreise selbst als inländische Vergleichssachverhalte heranzuziehen.

Im nachfolgenden Abschnitt wird auf die Frage eingegangen, ob der inländische Vergleichssachverhalt lediglich die einzelne Organgesellschaft umfassen sollte oder aus dem durch Organträger und Organgesellschaft gebildeten Organkreis bestehen sollte.

⁵¹⁴ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 57, Rn. 133 und Rn. 134.

⁵¹⁵ Dies entspricht dem eigennutzorientierten Rationalverhalten, das regelmäßig einer Auslegung zu Grunde zu legen ist; Sauter/Heurung, GmbHR 2001, S. 165 (165 ff.); Kirchner in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 5, Rn. 38.

(3) Organkreis als inländische Vergleichsgruppe

Der inländische Vergleichssachverhalt dient der Feststellung von Unterschieden zwischen grenzüberschreitenden und rein inländischen Wirtschaftsvorgängen durch handels- oder steuerrechtliche Belastungen. Die ertragsteuerliche Organschaft gemäß §§ 14-19 KStG und § 2 Abs. 2 Sätze 2 und 3 GewStG führt aufgrund ihres Zurechnungskonzepts dazu,⁵¹⁶ dass das steuerbilanzielle Ergebnis der Organgesellschaft in der Regel den Wert Null annimmt.⁵¹⁷ Auch das handelsrechtliche Ergebnis der Organgesellschaft weist regelmäßig den Wert Null auf,⁵¹⁸ da die ertragsteuerliche Organschaft eine handelsrechtliche Ergebnisabführung gemäß § 291 Abs. 1 AktG bzw. eine Verlustübernahme gemäß § 302 Abs. 1 AktG durch die Obergesellschaft voraussetzt.⁵¹⁹ Körperschaft- und Gewerbesteuerumlagen, mit denen der Organträger gezahlte Steuern für zugerechnetes Einkommen der Organgesellschaft (rück-)belastet, mindern zwar das handelsbilanzielle Ergebnis der Organgesellschaft.⁵²⁰ Ertragsteuerliche Belastungseffekte zulasten der Organgesellschaft gehen von den Körperschaft- und Gewerbesteuerumlagen, abgesehen von der Bestimmung des Höchstbetrages für Spendenzahlungen, jedoch nicht aus.⁵²¹

Aufgrund des Zurechnungskonzepts kommt der isolierten Betrachtung der steuerlichen Belastungswerte einer Organgesellschaft bei einem Vergleich der Steuerbelastung mit grenzüberschreitend finanzierten Kapitalgesellschaften nur eine eingeschränkte Aussagekraft zu: Die Ertragsteuerbelastung der Organgesellschaft wäre regelmäßig mit dem Wert Null anzusetzen.

⁵¹⁶ Vgl. Winter in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, Vor § 14, Rn. 11; Danelsing in: Heuermann, Blümich, § 14 KStG, Rn. 168 ff. Positives wie negatives Einkommen der Organgesellschaft wird dem Organträger zugerechnet und durch ihn versteuert.

⁵¹⁷ R 29 Abs. 1 Positionsnummer 16 KStR. Zu einem durch die Organgesellschaft selbst zu versteuernden Einkommen kann es etwa bei Ausgleichszahlungen an außenstehende Gesellschafter im Sinne des § 16 KStG kommen; Erle in Erle/Sauter, KStG, § 14 KStG, Rn. 255.

⁵¹⁸ Vgl. Erle in Erle/Sauter, KStG, § 14 KStG, Rn. 255.

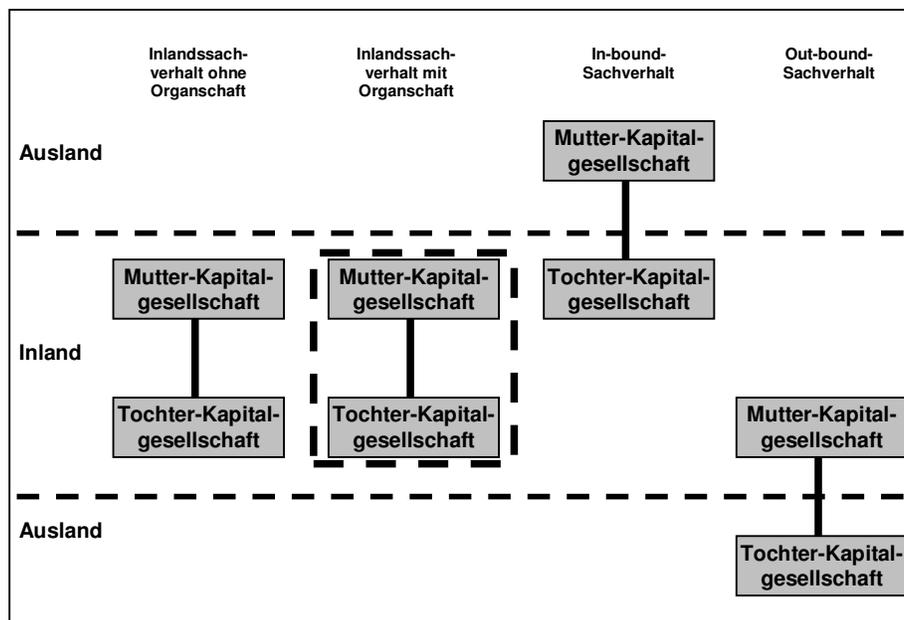
⁵¹⁹ Ist die Obergesellschaft nicht in der Kapitalgesellschaftsrechtsform einer Aktiengesellschaft oder SE organisiert, ergibt sich eine entsprechende handelsrechtliche Ergebnisübernahmeverpflichtung für sonstige Kapitalgesellschaftsrechtsformen aufgrund der Rechtssprechung zum sogenannten faktischen Konzern, Erle in Erle/Sauter, KStG, § 17 KStG, Rn. 53 ff.

⁵²⁰ Vgl. Habersack, BB 2007, S. 1397 (1403); Erle in Erle/Sauter, KStG, § 14 KStG, Rn. 352.

⁵²¹ Vgl. Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, § 275 HGB, Rn. 194; Erle in Erle/Sauter, KStG, § 14 KStG, Rn. 353 und 371.

Im Rahmen eines steuerlichen Belastungsvergleichs, der bei den grenzüberschreitenden Sachverhalten an die formale Steuerschuldnerschaft der Beteiligten anknüpft, ist daher nicht die einzelne Organgesellschaft, sondern der aus Organgesellschaft und Organträger bestehende Organkreis als inländische Vergleichsgruppe heranzuziehen. Soweit im Rahmen der neuen Zins-schrankenregelung der Unternehmensteuerreform 2008 Organträger und Organgesellschaften als ein einheitlicher *Organbetrieb* behandelt werden (§ 15 S. 1 Nr. 3 KStG 2008),⁵²² spricht dies bereits gegen eine isolierte Heranziehung der Organgesellschaft als rein inländische Vergleichsgruppe.⁵²³

Abbildung Nr. 1: Organschaft und Vergleichsgruppenbildung



ff) Stellungnahme zur Inlandsbeschränkung der körperschaftsteuerlichen Organschaft

(1) Vorbemerkungen

Die körperschaftsteuerliche Organschaft setzt mit ihren Anforderungen an den Organträger und die Organgesellschaft einen doppelten Inlandsbezug der am Organkreis beteiligten Kapitalgesellschaften voraus und schließt

⁵²² BGBl. I 2007, S. 1912.

⁵²³ Vgl. Hornig, PIStB 2007, S. 215 (215).

hiermit im Ergebnis grenzüberschreitende Organschaften aus.⁵²⁴ Da hierdurch grenzüberschreitende Konzerne im Gegensatz zu rein inländischen Kapitalgesellschaften die Belastung aus § 8b Abs. 5 KStG nicht vermeiden können, steht die Inlandsbeschränkung der körperschaftsteuerlichen Organschaft unter dem Verdikt europarechtswidrig zu sein.⁵²⁵ Mit Hinweis auf die mutmaßliche Europarechtswidrigkeit der Inlandsbegrenzung der Organschaft, lehnt *Prinz* die Heranziehung inländischer Organschaften als Vergleichssachverhalte bei der Überprüfung von europarechtswidrigen Beeinträchtigungen durch Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln ab.⁵²⁶ In der nachfolgenden Untersuchung ist zu zeigen, dass die von *Prinz* angeführten Bedenken im Ergebnis nicht gegen eine Heranziehung der Organschaft als inländischen Vergleichssachverhalt im Rahmen der Diskriminierungsprüfung sprechen.

(2) EuGH Rs. "Marks & Spencer"

Mit der Entscheidung in der Rs. "Marks & Spencer"⁵²⁷ hatte der EuGH über das britische Konzernbesteuerungssystem (group relief) zu entscheiden. Der britische group relief lässt bei einer inländischen Muttergesellschaft den Abzug von Verlusten, die eine im Ausland ansässige Tochtergesellschaft erlitten hat, nicht zu.⁵²⁸ Der britische group relief ist damit wie die deutsche Organschaft auf inländische Konzernstrukturen beschränkt. Der EuGH hat in seiner Entscheidung die Inlandsbeschränkung der konzerninternen Verlustverrechnung grundsätzlich als zulässig anerkannt.⁵²⁹ Entsprechende Liquiditätsvorteile zugunsten rein inländischer Konzerne sind europarechtskonform, wenn durch eine Verlustregelung sichergestellt ist, dass definitiv gewordene Auslandsverluste, die bei der ausländischen Tochter nach Ausschöpfung aller

⁵²⁴ Siehe hierzu die Ausführungen zum Inlandsbezug von Organträger und Organgesellschaft unter Punkt D.III.b)dd).

⁵²⁵ Antwort der Bundesregierung v. 5.2.2007 auf die kleine Anfrage des Abgeordneten Dr. Solms u.a., BT-Drucks. 16/4281; Erle in: Erle/Sauter, KStG, § 14 KStG, Rn. 561; Kußmaul/Tcherveniachki, StuB 2005, S. 626 (631); Balmes/Brück/Ribbrock, BB 2005, S. 966 (969); Birkenfeld u.a., BB 2005, S. 754 (755); Eicker, Stbg 2005, S. 197 (202); Micker, DB 2003, S. 2734 (2738).

⁵²⁶ Vgl. *Prinz* in: Piltz/Schaumburg, Internationale Unternehmensfinanzierung, S. 21 (68); Dötsch/Pung in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, KStG, § 8a KStG, Rn. 86.

⁵²⁷ Vgl. EuGH Urt. v. 13.12.2005, C-446/03, Rs. „Marks & Spencer“, Slg. 2005, I-10866.

⁵²⁸ Anhang 17a Abs. 6 ICTA.

⁵²⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 13.12.2005, C-446/03, Rs. „Marks & Spencer“, Slg. 2005, I-10866 (10880), Rn. 37.

Verlustberücksichtigungsmöglichkeiten in deren Ansässigkeitsstaat verbleiben, von der inländischen Muttergesellschaft geltend gemacht werden können.⁵³⁰

Die körperschaftsteuerliche Organschaft gemäß §§ 14-19 KStG mit der Verlustübernahmepflicht aus den § 17 S. 2 bzw. § 14 Abs. 1 S. 2 KStG i.V.m. § 302 Abs. 1 AktG vermittelt einen dem group relief vergleichbaren Liquiditätsvorteil für rein auf das Inland beschränkte Konzerne.⁵³¹ Den deutschen Organschaftsregeln fehlt zwar eine Regelung zur Übernahme ausländischer Definitivverluste,⁵³² die grundsätzliche Beschränkung von konzerninternen Verlustverrechnungsmöglichkeiten auf das Inland ist unter Zugrundelegung der "Marks & Spencer"-Entscheidung aber nicht per se als europarechtswidrig zu bezeichnen. Dies schließt allerdings nicht aus, dass Liquiditätsvorteile die nicht aufgrund von Verlustverrechnungsmöglichkeiten,⁵³³ sondern durch die Steuerbefreiungs- und Betriebsausgabenabzugsverbote gemäß § 8a, § 8b Abs. 1 und Abs. 5 KStG vermittelt werden, zu einer Europarechtswidrigkeit führen. Entscheidend ist, ob die grundsätzliche Anerkennung der Inlandsbeschränkung von Konzernbesteuerungssystemen im Sinne der "Marks & Spencer"-Entscheidung weit zu verstehen ist und damit alle Liquiditätsvorteile erfasst, die mit der Gruppenbesteuerung verbunden sind, oder ob auch im Rahmen von Konzernbesteuerungssystemen Steuervorteile isoliert auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten zu untersuchen sind.

(3) Auswirkung auf die Vergleichsgruppenbildung

Die Beantwortung der Frage, ob die Organschaft aufgrund ihres Inlandsbezuges europarechtswidrig ist, muss im Rahmen dieser Untersuchung nicht entschieden werden. Selbst wenn die auf das Inland beschränkte Organschaft hinsichtlich dieses Aspekts gegen Europarecht verstoßen sollte, schließt dies nicht aus, dass sie im Rahmen eines Vergleiches zu grenzüberschreitenden Gesellschafter-Fremdfinanzierungen als inländische Vergleichsgruppe heran-

⁵³⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 13.12.2005, C-446/03, Rs. „Marks & Spencer“, Slg. 2005, I-10866 (10885), Rn. 59.

⁵³¹ Vgl. Erle in: Erle/Sauter, KStG, § 14 KStG, Rn. 565.

⁵³² Vorschläge zu deren Gestaltung liefern etwa: Dötsch/Pung, DK 2006, S. 130 (131); Balmes/Brück/Ribbrock, BB 2006, S. 186 (188); Saß, DB 2006, S. 123 (127), Dörr, DK 2004, S. 15 (19).

⁵³³ Vgl. § 17 S. 2 bzw. § 14 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 302 Abs. 1 AktG.

gezogen werden kann. Dürften im Rahmen von Diskriminierungsprüfungen nur europarechtskonforme inländische Vergleichsgruppen herangezogen werden, könnte sich gerade derjenige EU-Mitgliedstaat seiner europarechtlichen Verantwortung entziehen, der seinen Inlandsmarkt besonders europarechtsfeindlich ausgestaltet hat und seine Inländer durch verschiedenste europarechtswidrige Maßnahmen, etwa einer europarechtswidrigen Organschaftsregelung, begünstigt. Die von *Prinz* vorgetragene Bedenken stehen somit im Ergebnis der Verwendung von Organkreisen als inländische Vergleichsgruppen nicht entgegen, selbst wenn der Inlandsbezug der Organschaft europarechtswidrig sein sollte.

c) Berücksichtigung der Anteilseignerbesteuerung bei der Gruppenbildung

aa) Grundsätzliches

Bei der Bildung einer Vergleichsgruppe zur Feststellung einer Diskriminierung durch Gesellschafter-Fremdkapitalregeln ist die Besteuerung des darlehensgebenden Anteilseigners zu berücksichtigen.⁵³⁴ Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass die Vergleichsgruppen den gesamten für die Diskriminierung relevanten Regelungszusammenhang erfassen müssen.⁵³⁵ Diskriminierende Maßnahmen können sowohl beim darlehensgebenden Anteilseigner als auch bei der darlehensnehmenden Gesellschaft ansetzen. Die Kapitalverkehrsfreiheit schützt sowohl die aktive Kapitalvergabe durch den Anteilseigner als auch die passive Kapitalaufnahme durch die finanzierte Kapitalgesellschaft.⁵³⁶

bb) Regelungszusammenhang der §§ 8a, 8b KStG

Eine im Inland ansässige, darlehensgebende Anteilseignerin in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft kann die nach § 8a Abs. 1 KStG umqualifi-

⁵³⁴ Vgl. Köhler/Eicker, DStR 2004, S. 672 (673); Cordewener, Grundfreiheiten, S. 234.

⁵³⁵ Bereits die Anknüpfung an ein grenzüberschreitendes Element ist ausreichend, um eine betroffene Regelung vollumfänglich einer europarechtlichen Überprüfung zu unterziehen: Kessler/Eicker/Obser, S. 658 (667); EuGH Urt. v. 16.7.1998, C-264/96, Rs. „ICI“, Slg. 1998, I-4695 (4720), Rn. 16.

⁵³⁶ Vgl. EuGH Urt. v. 6.3.2007, C-292/04, Rs. „Meilicke“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 33 und Rn. 34; Köhler/Eicker, DStR 2004, S. 672 (673); Haferkamp, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 82; Lausterer, IStR 2003, S. 19 (22); EuGH Urt. v. 19.1.2006, C-265/04, Rs. „Bouanich“, Slg. 2006, I-945 (956), Rn. 34: Die Kapitalverkehrsfreiheit schützt auch das Recht im Inland ansässiger Gesellschaften, diskriminierungsfrei Kapital von im Ausland ansässigen Investoren aufzunehmen.

zierten Gesellschafterfremdkapitalvergütungen gemäß § 8b Abs. 1 KStG steuerfrei vereinnahmen. Sie darf gemäß § 8b Abs. 5 KStG 5 % der umqualifizierten Gesellschafterfremdkapitalvergütungen nicht als Betriebsausgabe abziehen mit der Folge, dass insoweit eine Besteuerung erfolgt. Die Regelung des § 8b Abs. 1 und Abs. 5 KStG greift für unbeschränkt und beschränkt körperschaftsteuerpflichtige Bezieher von Einkünften i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 a) EStG.⁵³⁷ Die Steuerbefreiung des § 8b KStG ist insbesondere auch dann anwendbar, wenn ein im Ausland ansässiger Anteilseigner allein aufgrund der umqualifizierten Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8 Abs. 1 KStG beschränkt körperschaftsteuerpflichtig wird. Unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtige Anteilseigner und beschränkt körperschaftsteuerpflichtige Anteilseigner sind vergleichbar.⁵³⁸ Da die Vergleichsgruppen den gesamten für die Diskriminierung relevanten Regelungszusammenhang erfassen müssen,⁵³⁹ sind bei der Vergleichsgruppenbildung auch die §§ 8a und 8b KStG mit den Besteuerungsfolgen für den Anteilseigner zu berücksichtigen.⁵⁴⁰

cc) Regelungszusammenhang i.R.d. Zinsschranke

Mit der Zinsschrankenregelung der Unternehmensteuerreform 2008⁵⁴¹ ist der Regelungszusammenhang zwischen den §§ 8a, 8b KStG entfallen. Wegen fehlender Umqualifizierung von Zinsvergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen stellen Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen keine Einkünfte gemäß § 8b Abs. 1 KStG i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG dar.⁵⁴² Mit der Zinsschrankenregelung ist nunmehr der Regelungszusammenhang der §§ 8a KStG 2008, 8 Abs. 1 KStG, 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG maßgeblich und entsprechend bei der Vergleichsgruppenbildung zu berücksichtigen.

⁵³⁷ Vgl. Gosch in: Gosch, § 8b KStG, Rn. 10; Gröbl/Adrian in: Erle/Sauter, KStG, § 8b KStG, Rn. 68.

⁵³⁸ Siehe hierzu unter Punkt D.I.2.a)gg).

⁵³⁹ Bereits die Anknüpfung an ein grenzüberschreitendes Element ist ausreichend, um eine betroffene Regelung vollumfänglich einer europarechtlichen Überprüfung zu unterziehen: Kessler/Eicker/Obser, S. 658 (667); EuGH Urt. v. 16.7.1998, C-264/96, Rs. „ICI“, Slg. 1998, I-4695 (4720), Rn. 16.

⁵⁴⁰ Vgl. Holzapfel/Köplin in: Erle/Sauter, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, § 8a KStG, Rn. 84.

⁵⁴¹ BGBl. I 2007, S. 1912.

⁵⁴² Vgl. Köhler, DStR 2007, S. 597 (597); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (528).

d) Vergleichbarkeit bei Drittstaatsachverhalten

aa) Grundsätzliches

Die Kapitalverkehrsfreiheit schützt aufgrund ihres erga-omnes-Prinzips neben dem grenzüberschreitenden Kapitalverkehr innerhalb des EU-Binnenmarktes grundsätzlich auch den Kapitalverkehr mit Drittstaaten.⁵⁴³ Die EuGH-Generalanwaltschaft versucht bereits auf Ebene der Anwendungskonkurrenz zwischen verschiedenen Grundfreiheiten den inhaltlich sehr weitgehenden Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit zu begrenzen.⁵⁴⁴ Es bestehen aber auch Überlegungen, eine Begrenzung damit zu begründen, dass Drittstaatsachverhalte mit EU-Binnensachverhalten nicht vergleichbar seien. Es wird darüber hinaus auch eine Begrenzung auf Ebene der Rechtfertigungsgründe vertreten.⁵⁴⁵ Im nachfolgenden Abschnitt werden Ansatzpunkte und Begründungen einer Begrenzung des Schutzes für Drittstaatsachverhalte untersucht, die den Aspekt der *Vergleichbarkeit* bei Drittstaaten betreffen.

bb) Fehlende Vergleichbarkeit

Teilweise wird Besteuerungssachverhalten zwischen einem Drittstaat und einem EU-Mitgliedstaat eine Vergleichbarkeit mit einem Besteuerungssachverhalt in einem EU-Mitgliedstaat abgesprochen.⁵⁴⁶ Innerhalb der EU sei durch Sekundärrecht im steuer- und gesellschaftsrechtlichen Bereich⁵⁴⁷ eine

⁵⁴³ Vgl. Smit, EC Tax Review 2006/4, page 203 (203); Schnitger, IStR 2005, S. 493 (493); Schwenke, IStR 2006, S. 748 (751); Kienzl, IStR 2005, S. 693 (698); Dölker/Ribbrock, BB 2007, S. 1928 (1928).

⁵⁴⁴ Zur Anwendung des Unmittelbarkeitskriterium in EU-Binnensachverhalten und Drittstaatsachverhalten durch die EuGH-Generalanwaltschaft siehe oben unter den Punkten C.I.b)ff)(1) sowie C.I.b)gg)(2).

⁵⁴⁵ Wie unter Punkt D.IV.2.b) noch zu zeigen ist, kann es auf der Rechtfertigungsebene zu einer Besserstellung der der Drittstaatenangehörigen gegenüber EU-Angehörigen kommen, da letztere gemäß Art. 58 Abs. 2 EGV ohne weiteres den Schranken aus Niederlassungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit unterliegen, während Drittstaatenangehörige zunächst nur den Schranken der Kapitalverkehrsfreiheit unterliegen und es zweifelhaft ist, ob und wie die Schranken der Niederlassungsfreiheit auf sie angewendet werden sollen.

⁵⁴⁶ Vgl. Paal, RIW 2005, S. 735 (736); Ebke, JZ 2003, S. 927 (930).

⁵⁴⁷ Richtlinie 2003/49/EG des Rates v. 3.6.2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten (Abl Nr. L 157 v. 26.6.2003); Richtlinie 2003/48/EG des Rates v. 3.6.2003 im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen (Abl Nr. L 157 v. 26.6.2003); Richtlinie 90/434/EWG des Rates v. 23.7.1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensanteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen (Abl Nr. L 225 v. 20.8.1990); Richtlinie 90/435/EWG des Rates v. 23.7.1990 für das gemein-

eigene steuerliche Systematik entstanden, die mit Steuersystemen in Drittstaaten, die von dieser Entwicklung ausgeschlossen waren, nicht mehr vergleichbar sei.⁵⁴⁸

Teilweise wird vertreten, eine Vergleichbarkeit zu verneinen, wenn steuerliche Normen eines Drittstaates bewusst zur Schädigung der Europäischen Gemeinschaft konzipiert sind.⁵⁴⁹ Dies sei etwa dann der Fall, wenn der Drittstaat für in der EU ansässige Unternehmen geringere Steuersätze oder Steuerbefreiungen vorsehe. Die Vergleichbarkeit sei hier nicht gegeben, da andere EU-Mitgliedstaaten sowie die Kommission der EU keine Möglichkeit besäßen, diesen schädigenden Maßnahmen von Drittstaaten, etwa im Wege von Vertragsverletzungsverfahren, entgegenzuwirken.⁵⁵⁰

Es wird auch in Betracht gezogen, die Schutzwirkung der Kapitalverkehrsfreiheit auf EU-Bürger und in der EU gegründete und ansässige Gesellschaften im Hinblick auf ihre Auslandsanlage in Drittstaaten zu beschränken.⁵⁵¹ Art. 56 Abs. 1 EGV würde hiernach nicht die Angehörigen von Drittstaaten privilegieren, die innerhalb der EU investieren; allerdings wären hierbei auch EU-Bürger und in der EU gegründete und ansässige Gesellschaften (EU-Gesellschaften⁵⁵²) gegebenenfalls in ihrer passiven Kapitalverkehrsfreiheit, d.h. in ihrer Funktion als Empfänger vorteilhafter Investitionen aus Drittstaaten, nicht mehr von Art. 56 Abs. 1 EGV geschützt.

cc) Eigene Stellungnahme

Die Argumentation einer fehlenden Vergleichbarkeit aufgrund einer weitgehenden Angleichung der Steuersysteme innerhalb der EU verkennt die im

same Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (Abl Nr. L 225 v. 20.8.1990).

⁵⁴⁸ Vgl. Schön in: Gocke/Gosch/Lang, FS für Wassermeyer, S. 489 (512 f.); in diesem Sinne auch: Englisch, RIW 2005, S. 187 (189).

⁵⁴⁹ Vgl. Schön in: Gocke/Gosch/Lang, FS für Wassermeyer, S. 489 (513 f.); Schnitger, IStR 2005, S. 493 (494).

⁵⁵⁰ Vgl. Schwenke, IStR 2006, S. 748 (752); Schön in: Gocke/Gosch/Lang, FS für Wassermeyer, S. 489 (513 f.); Schnitger, IStR 2005, S. 493 (494); Böing, EWS 2007, S. 55 (59).

⁵⁵¹ Vgl. Schwenke, IStR 2006, S. 748 (751); Schön in: Gocke/Gosch/Lang, FS für Wassermeyer, S. 489 (496 f.).

⁵⁵² EU-Gesellschaften sind Gesellschaften, die nach dem Gesellschaftsrechtsstatut eines EU-Mitgliedstaates gegründet und in einem EU-Mitgliedstaat, der nicht unbedingt der Staat der Gesellschaftsgründung sein muss, ansässig sind.

Bereich der direkten Steuern weitgehend noch bestehenden Unterschiede zwischen den einzelnen EU-Mitgliedstaaten.⁵⁵³ Die Argumentation einer fehlenden Vergleichbarkeit wird zudem dann problematisch, wenn die Steuerrechtsnormen des betroffenen Drittstaates denen des EU-Mitgliedstaates im konkreten Einzelfall gleichen sollten.⁵⁵⁴

Soweit vorgeschlagen wird, die erga-omnes-Wirkung in der Art einzuschränken, dass nur Out-bound-Investitionen von EU-Bürgern oder EU-Gesellschaften zu schützen sind, wird vernachlässigt, dass die Kapitalverkehrsfreiheit auch die passive Kapitalaufnahme durch EU-Bürger und EU-Gesellschaften schützt.⁵⁵⁵ Es ist in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich, warum Out-bound-Investitionen schützenswerter sein sollen als die Nutzung von In-bound-Kapital durch EU-Bürger und EU-Gesellschaften.

Meines Erachtens ist bei einer möglichen Begrenzung gegenüber Drittstaatenangehörigen von der in Art. 14 Abs. 2 EGV sowie Art. 17 EGV niedergelegten Zielsetzung des EGV auszugehen. Im Sinne einer institutionenökonomischen Interpretation des Gemeinschaftsrechts ist zu fragen, welche Interpretation der Grundfreiheiten aus Sicht der EU-Bürger und EU-Gesellschaften i.S.d. Art. 48 EGV eine Nutzensteigerung zur Folge hat.⁵⁵⁶ Durch die Gewährung von wirtschaftlichen Grundfreiheiten an EU-Bürger und EU-Gesellschaften soll gemäß Art. 14 EGV ein gemeinsamer Binnenmarkt geschaffen werden, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist.⁵⁵⁷ Richtigerweise ist damit durch den EGV keine (steuerliche) Privilegierung von Drittstaaten und deren Wirtschaftssubjekten intendiert.⁵⁵⁸ Vielmehr dient die Nutzung der wirt-

⁵⁵³ Vgl. Schnitger, IStR 2005, S. 493 (494).

⁵⁵⁴ Vgl. Schnitger, IStR 2005, S. 493 (494).

⁵⁵⁵ Vgl. EuGH Ur. v. 19.1.2006, C-265/04, Rs. „Bouanich“, Slg. 2006, I-945 (956), Rn. 34; Köhler, DStR 2004, S. 672 (673); Kessler, DB 2003, S. 2507 (2512).

⁵⁵⁶ Vgl. Kirchner in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 5, Rn. 57.

⁵⁵⁷ Nach Kienzl dienen die Grundfreiheiten des EGV der Verwirklichung des Binnenmarktes, der in Wirtschaftsbeziehungen zwischen den EU-Mitgliedstaaten und nicht in Wirtschaftsbeziehungen zwischen EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten besteht: Kienzl, IStR 2005, S. 693 (698).

⁵⁵⁸ Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, S. 256, Rn. 628; Schwenke, IStR 2006, S. 748 (752); Schön in: Gocke/Gosch/Lang, FS für Wassermeyer, S. 489 (490 f.); Schnitger, IStR 2005, S. 493 (494).

schaftlichen Grundfreiheiten durch EU-Bürger und EU-Gesellschaften der Verwirklichung eines gemeinsamen EU-Binnenmarktes.

Die Kapitalverkehrsfreiheit übernimmt hierbei die ökonomische Funktion, eine unverzerrte und damit optimale Kapitalversorgung im EU-Binnenmarkt zu gewährleisten.⁵⁵⁹ Die Rechte aus dem EGV, und damit auch die Kapitalverkehrsfreiheit, werden gemäß Art. 17 Abs. 2 EGV jedoch nur den Unionsbürgern zugestanden.⁵⁶⁰ Zu den Berechtigten des EGV müssen aufgrund ausdrücklicher Gleichstellung (etwa durch Art. 48 EGV) oder in sinngemäßer Anwendung des Gleichstellungsgedankens aus Art 48 EGV auch in der EU gegründete Gesellschaften (EU-Gesellschaften) gezählt werden.

Natürliche oder juristische Personen aus Drittstaaten können aufgrund des Art. 17 Abs. 2 EGV keine eigenen Rechte geltend machen. Soweit die Kapitalverkehrsfreiheit Beschränkungen "des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern" verbietet, ist diese Formulierung allein nicht ausreichend, um eine Rechtsgewährung im Sinne des Art. 17 Abs. 2 EGV annehmen zu können. Die Nennung der Drittstaaten in Art. 56 Abs. 1 EGV ist nur objektiver Anknüpfungspunkt zur Beschreibung der Richtung eines grenzüberschreitenden Wirtschaftsvorgangs und soll keine subjektiven (Abwehr-)Rechte zugunsten von Drittstaatenangehörigen begründen.⁵⁶¹ Die Wirkung des Art. 56 Abs. 1 EGV ist daher unter dem Gesichtspunkt eines *effet utile*⁵⁶² einseitig zugunsten von EU-Bürgern und EU-Gesellschaften auszulegen.⁵⁶³

⁵⁵⁹ Vgl. Rödder/Schönfeld, IStR 2005, S. 523 (527); Haferkamp, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 37.

⁵⁶⁰ Vgl. Kaufmann-Bühler in: Lenz/Borchardt, EUV/EGV, Art. 17 EGV, Rn. 4.

⁵⁶¹ Vgl. Hobe, Europarecht, § 18, S. 225, Rn. 724 i.V.m. S. 228, Rn. 732.

⁵⁶² Die Auslegung nach dem *effet utile* entspricht dem vom EuGH vertretenen Grundsatz, wonach das Gemeinschaftsrecht mit der größtmöglichen Wirksamkeit für die im EGV geschützten Rechtsgüter auszulegen ist; vgl. Kirchner in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 5, Rn. 21; Bleckmann/Pieper in Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, B. I. Rn. 38; Hey, StuW 2004, S. 193 (196); Musil, DSz 2003, S. 649 (650); SA der Generalanwältin Kokott v. 14.7.2005 in der Rs. „Bouanich“, C-265/04, Slg. 2006, I-925 (941), Rn. 65.

⁵⁶³ Oppermann vertritt bei der Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber Drittstaaten ebenfalls eine *gemeinschaftsorientierte* Auslegung. Durch sie soll der Schutz des EU-Binnenmarkts gewährleistet werden; vgl. Oppermann, Europarecht, § 23, S. 491, Rn. 16.

Für eine solche Auslegung spricht etwa ein Vergleich der Kapitalverkehrsfreiheit mit der Warenverkehrsfreiheit: Beide Grundfreiheiten schützen die sachliche Kapital- bzw. Warenbewegung über die Grenze. Bei der Warenverkehrsfreiheit ist mit Art. 23 Abs. 2 EGV jedoch klargestellt, dass das Abstellen auf die bloße *Warenbewegung* nicht ausreichend ist, dass auch Waren aus Drittstaaten an diesem Warenverkehr teilnehmen können.⁵⁶⁴ Waren aus Drittstaaten dürfen am innergemeinschaftlichen Warenverkehr nur teilnehmen, wenn sie in einem Mitgliedstaat gemäß Art. 25 EGV zum freien Verkehr zugelassen wurden.⁵⁶⁵ Die bloße Teilnahme eines Drittstaatenangehörigen an einer *Kapitalbewegung* mit einem EU-Mitgliedstaat dürfte hiernach gleichfalls nicht ausreichen, um i.S.d. Art. 56 Abs. 1 EGV persönlich eine unbeschränkte Kapitalbewegung in Anspruch nehmen zu können.⁵⁶⁶

Auch im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs wird mit Art. 49 Abs. 2 EGV deutlich, dass allein mit der Bezeichnung der Leistungsrichtung (Art. 49 Abs. 1 EGV) keine persönliche Berechtigung von Drittstaatenangehörigen erfolgt.⁵⁶⁷

Bei der Prüfung von Drittstaatsverhalten sollte eine Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit nur dann angenommen werden, wenn und soweit eine unmittelbare Beeinträchtigung bei den am Kapitalverkehr beteiligten EU-Bürgern oder EU-Gesellschaften vorliegt. Beeinträchtigungen und Nachteile, die unmittelbar bei der in Drittstaaten ansässigen Seite einer Kapitalbewegung eintreten und gegebenenfalls hierdurch den Kapitalverkehr mit Drittstaaten insgesamt mittelbar beeinträchtigen, wären demnach irrelevant.⁵⁶⁸

⁵⁶⁴ Vgl. Hailbronner/Jochum, Europarecht II, S. 65, Rn. 220.

⁵⁶⁵ Vgl. Geiger, EUV/EGV, Art. 24 EGV, Rn. 2.

⁵⁶⁶ Vgl. Hailbronner/Jochum, Europarecht II, S. 78, Rn. 266.

⁵⁶⁷ Nach Art. 49 Abs. 2 EGV kann durch einen Beschluss des Rates das Dienstleistungskapitel auch auf Drittstaatsangehörige erstreckt werden, die in der Gemeinschaft ansässig sind; ein solcher Beschluss ist bisher noch nicht gefasst worden; Hailbronner/Jochum, Europarecht II, S. 79, Rn. 268.

⁵⁶⁸ Art. 56 EGV entfaltet insofern gegenüber Drittstaatenangehörigen nur eine eingeschränkte Schutzwirkung. Eine inhaltlich nicht näher ausgeführte Einschränkung der Schutzwirkung für Drittstaatenangehörige fordert bereits Odendahl, JA 1996, S. 221 (223).

Drittstaatenangehörige sind damit nicht von der verfahrensrechtlichen Geltendmachung von Verstößen gegen die Kapitalverkehrsfreiheit ausgeschlossen;⁵⁶⁹ sie sind jedoch darauf verwiesen, lediglich die Beeinträchtigungen der am Kapitalverkehr beteiligten EU-Bürger und EU-Gesellschaften geltend zu machen.⁵⁷⁰ Das Vorbringen ihrer eigenen Beeinträchtigungen wäre dagegen präkludiert und führt nicht zur Bejahung eines Verstoßes gegen EU-Grundfreiheiten.⁵⁷¹

In diesem Sinn kann auch die Rs. "Fidium Finanz AG" verstanden werden: Der Umstand, dass das im Drittstaat (Schweiz) ansässige darlehensgewährende Unternehmen dem inländischen Kreditwesengesetz unterliegt und eine Zweigniederlassung im Inland errichten muss, stellt durchaus eine Belastung des Drittstaatenangehörigen dar. Da die Belastung des Drittstaaten-Unternehmens mit den Kosten einer inländischen Zweigstelle jedoch keine unmittelbaren Nachteile für die einzelnen im Inland ansässigen EU-Bürger und EU-Gesellschaften als Darlehensnehmer nach sich zieht, liegt im Ergebnis kein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit vor.⁵⁷²

Eine Präklusionslösung gewährleistet einen vollumfänglichen Schutz von In- und Out-bound-Investitionen von EU-Bürgern und EU-Gesellschaften im Verhältnis zu Drittstaaten, ohne dass Drittstaatenangehörige entgegen der Intention des EGV gegenüber den in der EU ansässigen Wirtschaftssubjekten privilegiert werden würden.⁵⁷³

⁵⁶⁹ Vgl. Hobe, Europarecht, § 18, S. 225, Rn. 724 i.V.m. S. 228, Rn. 732.

⁵⁷⁰ Vgl. hierzu auch die Rs. „Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation“, in der die Geltendmachung einer steuerlichen Ungleichbehandlung von nicht gebietsansässigen Anteilseignern zum Nachweis von Wettbewerbsnachteilen durch die im Inland ansässige Kapitalgesellschaft vorgebracht wird, EuGH Urt. v. 12.12.2006, C-374/04, Rs. „Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 33; Hobe, Europarecht, § 18, S. 225, Rn. 724 i.V.m. S. 228, Rn. 732.

⁵⁷¹ Vgl. Hobe, der sich zwar für die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit auch im Verhältnis zu Drittstaatenangehörigen ausspricht, für Drittstaatenangehörige aber keine subjektiven Rechte zur Geltendmachung eigener Benachteiligungen im Rahmen des EGV gegeben sieht; Hobe, Europarecht, § 18, S. 225, Rn. 724 i.V.m. S. 228, Rn. 732.

⁵⁷² Vgl. EuGH Urt. v. 3.10.2006, C-452/04, Rs. „Fidium Finanz AG“, IStR 2006, S. 754, Rn. 51.

⁵⁷³ Anders als die Ansätze von *Schwenke* und *Schön*, die lediglich Out-bound-Investitionen in Drittstaaten von der Kapitalverkehrsfreiheit geschützt sehen wollen, würde eine Interpretation im Sinne einer Präklusion nicht die passive Kapitalverkehrsfreiheit der begünstigten Normadressaten beeinträchtigen. Bei einer institutionenökonomischen Bewertung eines Interpretationsansatzes sind negative Nebenwirkungen für die Normadressaten zu

Im Rahmen einer Umqualifizierung von Gesellschafterfremdkapitalvergütungen bei inländischen Kapitalgesellschaften gemäß § 8a KStG könnten hiernach in Drittstaatsachverhalten nur deren inländische Belastungen, etwa die Liquiditätsbeeinträchtigung durch die Abführung der Kapitalertragsteuer⁵⁷⁴ oder inländische Liquiditätsbelastungen aufgrund fehlender Möglichkeit zur Eingehung von körperschaftsteuerlichen Organschaften, geltend gemacht werden. Soweit eine Umqualifizierung von Zinsen in Dividenden bei einer in Drittstaaten ansässigen Kapitalgesellschaft tatsächlich durchgesetzt oder lediglich für inländische Besteuerungszwecke fiktiv durchgeführt⁵⁷⁵ wird, könnten nur die hieraus für den inländischen Leistungsempfänger nachteiligen Rechtsfolgen als Grund eines Verstoßes gegen die Kapitalverkehrsfreiheit vorgebracht werden.

Im Falle der Zinsschrankenregelung der Unternehmensteuerreform 2008⁵⁷⁶ könnten hiernach an der Darlehensbeziehung beteiligte Drittstaatenangehörige nur vorbringen, das Betriebsausgabenabzugsverbot für Zinsaufwand behindere die passive Kapitalverkehrsfreiheit der im Inland ansässigen Darlehensnehmer. Ausgeschlossen wäre dagegen die Argumentation, das Betriebsausgabenabzugsverbot mache die Darlehensaufnahme im Drittland unattraktiv und verletze damit die aktive Kapitalverkehrsfreiheit des Drittstaatenangehörigen in Form der Darlehensvergabe.

3. Kapitalverkehrsfreiheit als Diskriminierungsverbot

a) Offene und verdeckte Diskriminierung des Kapitalverkehrs

Das Diskriminierungsverbot umfasst offene und verdeckte Diskriminierungen.⁵⁷⁷ Verdeckte Diskriminierungen können zudem in unmittelbare und mit-

berücksichtigen. Der fehlende Schutz der passiven Kapitalverkehrsfreiheit in den Lösungen von *Schwenke* und *Schön* spräche im Rahmen einer institutionenökonomischen Bewertung als negative Nebenwirkung gegen deren Ansatz. Vgl. Kirchner in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 5 Rn. 59.

⁵⁷⁴ Da in EU-Binnensachverhalten durch die Mutter-Tochter-Richtlinie eine inländische Belastung mit Quellensteuer in der Form der Kapitalertragsteuer regelmäßig ausgeschlossen ist, stellt die Quellensteuer insofern eine für Drittstaatsachverhalte besonders typische Belastung dar.

⁵⁷⁵ BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (598), Rn. 27.

⁵⁷⁶ BGBl. I 2007, S. 1912.

⁵⁷⁷ Die offene Diskriminierung wird synonym auch als direkte Diskriminierung und die verdeckte Diskriminierung als indirekte Diskriminierung bezeichnet.

telbare Diskriminierungen differenziert werden; strittig ist die Einordnung von faktischen Beeinträchtigungen als Diskriminierung, da sie einen Grenzfall zum allgemeinen Beschränkungsverbot bilden.⁵⁷⁸ Offene Diskriminierungen sind Ungleichbehandlungen, die ausdrücklich an die Herkunft der Leistung oder die Staatsangehörigkeit der natürlichen Person anknüpfen;⁵⁷⁹ bei juristischen Personen besitzen die Merkmale des satzungsmäßigen Sitzes, der Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung dieselbe Funktion wie die Staatsangehörigkeit bei natürlichen Personen.⁵⁸⁰ Verdeckte Diskriminierungen knüpfen zwar nicht an Staatsangehörigkeit oder Sitz an, betreffen aber Tatbestandsmerkmale, die typischerweise nur oder ganz überwiegend von grenzüberschreitenden Sachverhalten erfüllt werden.⁵⁸¹ Zum Nachweis einer solchen grundrechtsrelevanten Beschränkung ist es ausreichend, wenn statistisch mehr in den Schutzbereich der Grundfreiheit fallende Rechtsträger als inländische Rechtsträger von der belastenden Maßnahme betroffen sind.⁵⁸²

Der EuGH sieht in einer steuerlich induzierten Renditeminderung einen Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit.⁵⁸³ Steuervorteile, die Gebietsansässigen vorbehalten bleiben und zu einer Erleichterung der Steuerlast gegenüber den nicht begünstigten Gebietsfremden führen, stellen eine diskriminierende Beschränkung des Kapitalverkehrs dar.⁵⁸⁴ Nach der Rechtsprechung reicht es zur Annahme eines Grundfreiheitsverstößes aus, wenn durch steuerliche Vorteile für Inländer grenzüberschreitende Steuersachverhalte eine temporäre

⁵⁷⁸ Siehe hierzu auch die näheren Ausführungen unter E.II.1.

⁵⁷⁹ Vgl. Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 10, Rn. 22; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 171, Rn. 452; Erle/Sauter, KStG, § 14 KStG, Rn. 220.

⁵⁸⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 14.2.1986, C-270/83, Rs. „Avoir fiscal“, Slg. 1986, I-273 (304), Rn. 18; EuGH Urt. v. 21.9.1999, C-307/97, Rs. „Saint Gobain“ Slg. 1999, I-6161 (6195), Rn. 36; EuGH Urt. 29.4.1999, C-311/97, Rs. „Royal Bank of Scotland“ Slg. 1999, I-2651 (2673), Rn. 23.

⁵⁸¹ Vgl. Schulze/Zuleeg, Europarecht, I. § 10, Rn. 22; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 171, Rn. 452; EuGH Urt. v. 7.5.1998, C-350/96, Rs. „Clean Car“, Slg. 1998, I-2521, (2546), Rn. 27; EuGH Urt. v. 12.2.1974, C-152/73, Rs. „Sotgui“, Slg. 1974, S. 153 (164), Rn. 11 f.

⁵⁸² Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 833, Rn. 2215.

⁵⁸³ Vgl. EuGH Urt. v. 19.1.2006, C-265/04, Rs. „Bouanich“, Slg. 2006, I-945 (955 f.), Rn. 32 bis Rn. 36; EuGH Urt. v. 8.3.2001, C-410/98, Rs. „Metallgesellschaft/Hoechst“, Slg. I-2001, I-1760 (1775), Rn. 44; Hornig, PIStB 2007, S. 215 (215); Hahn, IStR 2006, S. 169 (171).

⁵⁸⁴ Vgl. EuGH Urt. v. 19.1.2006, C-265/04, Rs. „Bouanich“, Slg. 2006, I-945 (955), Rn. 33.

Schlechterstellung erfahren.⁵⁸⁵ Mithin stellen steuerrechtlich induzierte Liquiditätsvorteile für Inländer bereits eine europarechtsrelevante Beeinträchtigung dar.⁵⁸⁶ Solche einseitigen Steuervorteile zugunsten Gebietsansässiger, die ausländische Investoren abhalten, Beteiligungen von im Inland ansässigen Gesellschaften zu erwerben, verletzen die Kapitalverkehrsfreiheit.⁵⁸⁷ Gleichzeitig wird die Möglichkeit inländischer Gesellschaften, bei nicht im Inland ansässigen Investoren Kapital aufzunehmen, beeinträchtigt.⁵⁸⁸

Zur Bejahung einer diskriminierenden Beschränkung ist es bereits ausreichend, wenn die steuerlich induzierte Renditeminderung im Rahmen mehrstufiger grenzüberschreitender Konzerne auf *einer* von mehreren möglichen Besteuerungsebenen festgestellt wird. Kommt es in einem solchen grenzüberschreitenden Konzern zu einer durch Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln bedingten Mehrbelastung im Quellenstaat und aufgrund einer Qualifikationsverkettung im Ansässigkeitsstaat⁵⁸⁹ zu einer insgesamt *geringeren* Gesamtsteuerbelastung, liegt gleichwohl eine europarechtsrelevante Diskriminierung des grenzüberschreitenden Konzerns vor.⁵⁹⁰ Eine eventuell geringere Gesamtsteuerbelastung über mehrere Ebenen hinweg sprach etwa in der Rs. "Lankhorst-Hohorst" nicht gegen einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten.⁵⁹¹ Andererseits indiziert eine durch Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln bedingte temporäre steuerliche Mehrbelastung einer grenzüberschreitenden Konzernfinanzierung einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit, da zumindest auf einer Besteuerungsebene eine diskriminierende Mehrbelastung gegenüber dem rein inländischen Sachverhalt vorliegt.

⁵⁸⁵ Vgl. EuGH Urt. v. 29.3.2007, C-347/04, Rs. „Rewe Zentralfinanz“, RIW 2007, S. 390, Rn. 29 f.; EuGH Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, Rs. „Cadbury Schweppes“, DStR 2006, S. 441, Rn. 45; Hornig, PISStB 2007, S. 215 (215); Sedemund, BB 2006, S. 2118 (2119).

⁵⁸⁶ Vgl. EuGH Urt. v. 29.3.2007, C-347/04, Rs. „Rewe Zentralfinanz“, RIW 2007, S. 390, Rn. 29 f.; EuGH Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, Rs. „Cadbury Schweppes“, DStR 2006, S. 441, Rn. 45; Hornig, PISStB 2007, S. 215 (215); Sedemund, BB 2006, S. 2118 (2119).

⁵⁸⁷ Vgl. SA der Generalanwältin Kokott v. 14.7.2005 in der Rs. „Bouanich“, C-265/04, Slg. 2006, I-925 (933), Rn. 33.

⁵⁸⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 19.1.2006, C-265/04, Rs. „Bouanich“, Slg. 2006, I-945 (956), Rn. 34.

⁵⁸⁹ Die angesprochene Qualifikationsverkettung liegt etwa vor, wenn Deutschland als Quellenstaat der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütung zugunsten eines im Ausland ansässigen Anteilseigners aufgrund § 8a KStG diese Fremdkapitalvergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen umqualifiziert, und der Ansässigkeitsstaat des ausländischen Anteilseigners diese Umqualifizierung zu Besteuerungszwecken nachvollzieht.

⁵⁹⁰ Vgl. Zielke, RIW 2006, 600 (609).

⁵⁹¹ Vgl. Zielke, RIW 2006, 600 (609).

b) Begriff der Attraktivität im Rahmen des Diskriminierungsverbotes

Der EuGH stellt bei der Feststellung von Ungleichbehandlungen regelmäßig auch darauf ab, dass durch nationale Regeln oder Maßnahmen die Ausübung einer durch die Grundfreiheiten geschützten Tätigkeit nicht *weniger attraktiv* werden dürfe.⁵⁹² Eine isolierte steuerliche Unattraktivität der grenzüberschreitenden Investition ist bereits ausreichend, um eine Verletzung von Grundfreiheiten anzunehmen.⁵⁹³ Nichtsteuerliche Aspekte, die eine Investition in einer Gesamtabwägung gleichwohl vorteilhaft erscheinen lassen, sind demnach bei einer Diskriminierungsprüfung von Besteuerungsnormen im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit nicht zu berücksichtigen. Die Prüfung, ob die Ausübung einer Grundfreiheit aufgrund von Besteuerungsnormen für grenzüberschreitende Sachverhalte *weniger attraktiv* ist, setzt in relativer Sicht einen Vergleichssachverhalt als Bezugspunkt voraus.⁵⁹⁴

Bei der Prüfung auf einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot verwendet der EuGH damit zwei Herangehensweisen. Einerseits kann die Anknüpfung einer (Besteuerungs-)Norm an objektive Merkmale wie die Staatsangehörigkeit oder das Gesellschaftsrechtsstatut zur Feststellung einer Diskriminierung führen.⁵⁹⁵ Andererseits kann die Betrachtung der Normwirkung auf einen gedachten Grundfreiheitsträger gleichfalls einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot begründen.⁵⁹⁶

⁵⁹² Vgl. EuGH Urt. v. 6.3.2007, C-292/04, Rs. „Meilicke“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 24; EuGH Urt. v. 12.12.2006, C-446/04, Rs. „Test Claimants in the FII Group Litigation“, IStR 2007, S. 69, Rn. 64; EuGH Urt. v. 19.1.2006, C-265/04, Rs. „Bouanich“, Slg. 2006, I-945 (956), Rn. 34; EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-253/03, Rs. „CLT-UFA“, Slg. 2006, I-1863 (1868), Rn. 17; EuGH Urt. v. 14.12.2006, C-170/05, Rs. „Denkavit“, IStR 2007, S. 62, Rn. 30; EuGH Urt. v. 15.7.2004, C-315/02, Rs. „Lenz“, Slg. 2004, I-7081 (7089), Rn. 21; EuGH Urt. v. 7.9.2004, C-319/02, Rs. „Manninen“, Slg. 2004, I-7498 (7506), Rn. 23; EuGH Urt. v. 15.6.2004, C-242/03, Rs. „Weidert und Paulus“, Slg. 2004, I-7379 (7398), Rn. 14. EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11779 (11811), Rn. 32.

⁵⁹³ Vgl. Hahn, IStR 2006, S. 169 (171).

⁵⁹⁴ Vgl. Cordewener, Grundfreiheiten, S. 292.

⁵⁹⁵ Siehe hierzu unter Punkt D.II.3.a).

⁵⁹⁶ Siehe hierzu unter Punkt D.II.3.b).

c) Wirtschaftliche Doppelbesteuerung sowie Besteuerungsunterschiede
aa) EU-Binnensachverhalte

(1) Auffassung Schön

Nach der Ansicht von *Schön* führen die wirtschaftliche Doppelbesteuerung sowie die Besteuerungsunterschiede zwischen den EU-Mitgliedstaaten nicht zur Verletzung der Grundfreiheiten des EGV. Insbesondere betrifft der Umstand, dass im Rahmen des Korb II-Gesetzes⁵⁹⁷ Zinsen als Gewinnausschüttungen inländischer Kapitalgesellschaften bei inländischen Anteilseignern dem Halbeinkünfteverfahren bzw. den §§ 8b Abs. 1 und Abs. 5 KStG unterliegen, während ausländische Anteilseigner in deren Sitzstaat die Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen als gewöhnliche Kapitalerträge zu versteuern haben, nicht mehr die Grundfreiheiten.⁵⁹⁸ Die unterschiedliche Behandlung der Anteilseigner ist Ausdruck der im Bereich der direkten Steuern bestehenden Steuerhoheit der einzelnen EU-Mitgliedstaaten.⁵⁹⁹ Den EU-Mitgliedstaaten steht es damit frei, eigenständige Kategorien von Einkunftsquellen zu bilden und entsprechende Ermäßigungen vorzusehen; Verwerfungen zwischen in- und ausländischen Anteilseignern durch §§ 8a, 8b KStG sind nach Auffassung von Schön allenfalls auf Ebene des Doppelbesteuerungsrechts zu korrigieren.⁶⁰⁰

(2) Auffassung Geelhoed

Geelhoed kommt zum gleichen Ergebnis wie *Schön*, indem er Beeinträchtigungen, die nur auf dem Nebeneinander nationaler Steuerverwaltungen, Unterschieden zwischen nationalen Steuersystemen oder der Aufteilung der Besteuerungskompetenz zwischen zwei Steuersystemen beruhen, als Quasibeschränkung qualifiziert und diese aus dem Schutzbereich der Grundfreiheiten ausnimmt.⁶⁰¹ Er begründet dies damit, dass die steuerrechtliche Differenzie-

⁵⁹⁷ BGBl. I 2003, S. 2840 (2842).

⁵⁹⁸ Vgl. Schön, GmbH-StB 2006, S. 9 (11); Schön, IStR 2004, S. 289 (299); Schön, Stbjb. 2003/2004, S. 27 (66 f.).

⁵⁹⁹ Vgl. Art. 93 EGV, der die direkten Steuern aus dem Harmonisierungsverfahren ausklammert und somit in der Rechtsetzungskompetenz der einzelnen EU-Mitgliedstaaten belässt.

⁶⁰⁰ Vgl. Schön, IStR 2004, S. 289 (299 f.). Vgl. auch: SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 56.

⁶⁰¹ Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 23.2.2006 in der Rs. „Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation“, C-374/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 55;

zung zwischen (weltweiter) Sitzstaat- und (territorialer) Quellenstaat-Zuständigkeit gemeinschaftsrechtlich anzuerkennen sei.⁶⁰² Die Aufteilung der Besteuerungskompetenz auf der Grundlage der Staatsangehörigkeit könne nicht als Diskriminierung gewertet werden, da in Ermangelung gemeinschaftsrechtlicher Vereinheitlichungs- oder Harmonisierungsmaßnahmen und insbesondere nach Art. 293 EGV sich die Befugnis der Vertragsparteien ergibt, die Kriterien für die Aufteilung ihrer Steuerhoheit untereinander festzulegen, um Doppelbesteuerungen zu beseitigen.⁶⁰³

(3) Eigene Stellungnahme

Gegen *Geelhoeds* Herleitung einer Quasibeschränkung im Bereich der Besteuerung von Mutter-Tochter-Kapitalgesellschaften spricht die Mutter-Tochter-Richtlinie, die als Harmonisierungsmaßnahme im Rahmen des Art. 293 EGV das Quellensteuerprinzip für den Teilbereich der grenzüberschreitenden Dividendenausschüttung im Mutter-Tochter-Verhältnis in der EU außer Kraft setzt.⁶⁰⁴ Die EU-Mitgliedstaaten sind bei der Qualifizierung von Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen nicht mehr frei, sondern haben aufgrund einer Harmonisierungsmaßnahme im Sinne des Art. 293 EGV ihre Besteuerungshoheit im Bereich der direkten Besteuerung von Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen nach Maßgabe der Grundfreiheiten des EGV auszuüben.⁶⁰⁵ Sie sind gehalten, die Normen zur Besteuerung von Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen zwischen Mutter-Tochtergesellschaften in der Art auszugestalten, dass es nicht zu einseitigen Verwerfungen und Belastungen kommt, die EU-Kapitalgesellschaften zum Austritt aus dem Markt eines

SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 53.

⁶⁰² Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 23.2.2006 in der Rs. „Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation“, C-374/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 52; SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 53.

⁶⁰³ Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 23.2.2006 in der Rs. „Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation“, C-374/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 52; SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 53.

⁶⁰⁴ Art 5 der Mutter/Tochter-Richtlinie; Voß in: Dausens, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 2, J., Rn. 137.

⁶⁰⁵ Zur Herleitung der Maßgeblichkeit der Grundfreiheiten bei grenzüberschreitenden Ausschüttungsvorgängen siehe: EuGH EuGH Urt. v. 12.12.2006, C-446/04, Rs. „Test Claimants in the FII Group Litigation“, IStR 2007, S. 69, Rn. 45; EuGH Urt. v. 12.12.2006, C-374/04, Rs. „Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 51 sowie Rn. 55; SA der Generalanwältin Kokott v. 14.7.2005 in der Rs. „Bouanich“, C-265/04, Slg. 2006, I-925 (937), Rn. 47.

anderen EU-Mitgliedstaates zwingen oder abschreckend auf einen Markteintritt wirken.⁶⁰⁶ Insofern kann auch bereits das Risiko der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung eine faktische Beeinträchtigung von Grundfreiheiten zur Folge haben.⁶⁰⁷ Eine tatsächlich eingetretene (wirtschaftliche) Doppelbesteuerung stellt eine Behinderung des freien Kapitalverkehrs dar.⁶⁰⁸

Mit den Schlussanträgen und der Entscheidung in der Rs. "Bouanich"⁶⁰⁹ sowie den Ausführungen in der EuGH-Entscheidung zur Rs. "Test Claimants in the FII Group Litigation"⁶¹⁰ ist des Weiteren davon auszugehen, dass die bloße Verminderung einer steuerlichen Doppelbelastung auf DBA-Ebene nicht ausreicht, um eine zuvor erfolgte Beeinträchtigung durch einen EU-Mitgliedstaat zu korrigieren.⁶¹¹ Wirtschaftliche Doppelbelastungen können in In-bound-Fällen⁶¹² vorliegen, wenn die Bundesrepublik Deutschland als Quellenstaat von Gesellschafter-Fremdkapitalvergütung, die an einen im Ausland ansässigen Anteilseigner geleistet werden, aufgrund § 8a KStG Vergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen umqualifiziert, der Ansässigkeitsstaat des ausländischen Anteilseigners diese Umqualifizierung zu Besteuerungszwecken jedoch nicht nachvollzieht.⁶¹³

⁶⁰⁶ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2006, C-374/04, Rs. „Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 55.

⁶⁰⁷ Vgl. Köhler/Eicker, DStR 2004, 672 (673).

⁶⁰⁸ Vgl. SA des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer v. 26.10.2006, C-376/03, Rs. „D.“, Slg. 2005, I-5821 (5843), Rn. 85.

⁶⁰⁹ Vgl. SA der Generalanwältin Kokott v. 14.7.2005 in der Rs. „Bouanich“, C-265/04, Slg. 2006, I-925 (938), Rn. 52 f. und Rn. 69; EuGH Urt. v. 19.1.2006, C-265/04, Rs. „Bouanich“, Slg. 2006, I-945 (959), Rn. 50.

⁶¹⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2006, C-446/04, Rs. „Test Claimants in the FII Group Litigation“, IStR 2007, S. 69, Rn. 49.

⁶¹¹ Als maßgebliches Kriterium einer Beeinträchtigung stellt der EuGH darauf ab, ob eine Diskriminierung durch die Anwendung unterschiedlicher Vorschriften auf gleiche Sachverhalte oder die Anwendung gleicher Vorschriften auf unterschiedliche Sachverhalte vorliegt. Die Ausschüttung von Dividenden im Inland und die grenzüberschreitende Ausschüttung seien dann gleich zu behandeln, wenn die Situationen vergleichbar sind; EuGH Urt. v. 12.12.2006, C-446/04, Rs. „Test Claimants in the FII Group Litigation“, IStR 2007, S. 69, Rn. 46.

⁶¹² Dies sind Finanzierungen inländischer Kapitalgesellschaften durch ausländische Anteilseigner, die grenzüberschreitende Zahlungen von Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen in den Ansässigkeitsstaat des jeweiligen ausländischen Anteilseigners auslösen.

⁶¹³ Es handelt sich hierbei um einen Einkünftequalifikationskonflikt aufgrund innerstaatlicher Rechtsunterschiede als einen Unterfall eines doppelbesteuerungsrechtlichen Qualifikationskonflikts. Auf den Unterfall eines Einkünftequalifikationskonfliktes aufgrund unterschiedlicher Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen wird hier nicht näher eingegangen. Dieser Unterfall betrifft vornehmlich das Verhältnis der Zins-Definition aus Art. 11 Abs. 3 OECD-MA zum Dividenden-Begriff des Art. 10 OECD-MA sowie die 1997 in das OECD-MA aufgenommenen Grundsätze zur Unterkapitalisierung, vgl. Kommentar zum OECD-MA, Art. 23A OECD-MA, Rn. 67.

Auf Ebene der in Deutschland ansässigen Kapitalgesellschaft unterliegen die in verdeckte Gewinnausschüttungen umqualifizierten Zinsen der Körperschaft-, Gewerbesteuer und dem Solidaritätszuschlag. Ist der Empfänger der Fremdkapitalvergütung in der EU ansässig, fällt bereits aufgrund Art. 5 der Mutter-Tochter-Richtlinie⁶¹⁴ keine Quellensteuer bei der in Deutschland ansässigen Kapitalgesellschaft an; hierzu ist ein Antrag gemäß § 43b Abs. 1 S. 1 EStG zu stellen.⁶¹⁵

Auf Ebene des ausländischen Anteilseigners erfolgt in dessen Ansässigkeitsstaat die steuerliche Behandlung der Zahlungen als Zinsen; an die Einordnung der Zahlungen bei der in Deutschland ansässigen Kapitalgesellschaft ist der Ansässigkeitsstaat nicht gebunden.⁶¹⁶ Würde der Ansässigkeitsstaat des Anteilseigners die Umqualifizierung von Zinsen in Dividenden nachvollziehen, könnte die in Doppelbesteuerungsabkommen für das Mutter-/Tochterverhältnis vorgesehene Methode zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung im Ansässigkeitsstaat wirksam werden.⁶¹⁷ Je nach der im Einzelnen zwischen Quellen- und Ansässigkeitsstaat vereinbarten Methode zur Vermeidung der Doppelbesteuerung würden die in verdeckte Gewinnausschüttungen umqualifizierten Zinsen als Dividenden von der Besteuerung im Ansässigkeitsstaat freigestellt (Art. 23A OECD-MA) oder unter Anrechnung der ausländischen Steuern besteuert (Art. 23B OECD-MA). Eine fehlende Qualifikationsverkettung hat zur Folge, dass das gleiche wirtschaftliche Substrat in beiden Staaten ungemildert besteuert wird, so dass eine wirtschaftliche Doppelbesteuerung vorliegt.⁶¹⁸

Im Verhältnis zu den anderen 26 EU-Mitgliedstaaten wird die in der Bundesrepublik Deutschland als Quellenstaat vorgenommene Umqualifizierung von Zinsen in Dividenden in den Ansässigkeitsstaaten der Anteilseigner ganz

⁶¹⁴ Mutter-Tochter-Richtlinie 2003/123/EG v. 22.12.2003, ABl. EG 2004, Nr. L 7 S. 41.

⁶¹⁵ Vgl. Jesse, IStR 2005, S. 151 (151).

⁶¹⁶ Vgl. Schreiber, Besteuerung der Unternehmen, S. 393.

⁶¹⁷ Vgl. Zielke, RIW 2006, S. 600 (606).

⁶¹⁸ Die wirtschaftliche Doppelbelastung erfolgt zum Einen durch die inländische Besteuerung beim Darlehensnehmer als verdeckte Gewinnausschüttung und zum Zweiten durch die Besteuerung im Ansässigkeitsstaat des Darlehensnehmers als Zinseinnahmen, die nicht von der Dividenden-Freistellung der Mutter-Tochter-Richtlinie erfasst ist.

überwiegend nicht nachvollzogen. Lediglich in Frankreich, Italien,⁶¹⁹ Slowakei, Slowenien und Spanien⁶²⁰ wird die Umqualifizierung übernommen;⁶²¹ im Verhältnis zu den anderen 21 EU-Mitgliedstaaten⁶²² fehlt es an einer Qualifikationsverkettung.

Für Kapitalbewegungen können auch marginale Ertragsunterschiede relevant sein.⁶²³ Minimale Abweichungen in der Besteuerung entfalten Auswirkungen auf die Kapitalbewegung; der Kapitalgeber passt die konkrete rechtliche Ausgestaltung von weiterer Investition an oder verzichtet sogar auf grenzüberschreitende Investitionen.⁶²⁴ Damit liegt bereits bei einer geringfügigen wirtschaftlichen Schlechterstellung bzw. Ungleichbehandlung des Kapitalexports oder Kapitalimports durch Steuervorschriften der einzelnen EU-Mitgliedstaaten eine Beschränkung des Kapitalverkehrs vor.⁶²⁵ Festzuhalten ist, dass bei der Anwendung der steuerlichen Regeln zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung auf grenzüberschreitende Sachverhalte Ertragsunterschiede zu rein inländischen Finanzierungssachverhalten entstehen und eine europarechtsrelevante Diskriminierung zur Folge haben können.

Teilweise wird mit dem Hinweis auf den Zurechnungsaspekt eine europarechtsrelevante Diskriminierung verneint. Eine wirtschaftliche Doppelbesteuerung durch nicht aufeinander abgestimmte Steuersysteme könne nicht einem einzelnen EU-Mitgliedstaat zugerechnet werden; eine wirtschaftliche Benachteiligung entstehe erst im Zusammenspiel mit ausländischen Besteue-

⁶¹⁹ Von der ausschüttenden Tochtergesellschaft gezahlte Steuern auf umqualifizierte Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen werden im Rahmen eines antragsgebundenen Verfahrens dem in Italien ansässigen Anteilseigner erstattet; Obser, *Gesellschafter-Fremdfinanzierung*, S. 148.

⁶²⁰ Eine Regelung, nach der der Qualifikation des Quellenstaates zu folgen ist, soweit sich diese mit den spanischen Gesellschafter-Fremdkapitalvorschriften deckt, bestand nur bis 1995. Seither erfolgt eine Anerkennung nur nach Maßgabe des jeweils geltenden DBA, Obser, *Gesellschafter-Fremdfinanzierung*, S. 148.

⁶²¹ Vgl. Zielke, *RIW* 2006, S. 600 (608).

⁶²² Das zum 1.1.2007 gemeinsam mit Rumänien der EU beigetretene Bulgarien erkennt zumindest im Rahmen des Art. 9 des DBA Bulgarien/Bundesrepublik Deutschland die Umqualifizierung von Forderungen in Dividenden an. In Art. 9 des DBA Rumänien/Bundesrepublik Deutschland werden dagegen nur „aus Gesellschaftsanteilen stammende Einnahmen“ den Dividenden gleichgestellt, so dass bei Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen, die aufgrund von Darlehensvereinbarungen geleistet werden, eine abkommensrechtliche Anerkennung zweifelhaft ist; vgl. Zielke, *RIW* 2006, S. 600 (607, Fn. 34).

⁶²³ Vgl. EuGH Urt. v. 14.12.2006, C-170/05, Rs. „Denkavit“, *IStR* 2007, S. 62, Rn. 50.

⁶²⁴ Vgl. Müller, *Kapitalverkehrsfreiheit*, S. 341.

⁶²⁵ Vgl. Müller, *Kapitalverkehrsfreiheit*, S. 341.

nungsnormen, auf die der (Quellen-)Staat keinen Einfluss habe.⁶²⁶ Demgegenüber weist etwa *Geelhoed* dem Quellenstaat die Verantwortung zu, dass die durch den Quellenstaat vorgenommene Umqualifizierung von Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen in Zinsen im Ansässigkeitsstaat des Anteilseigners nachvollzogen wird.⁶²⁷ Bereits in den Rs. "Schumaker"⁶²⁸ und "Wielockx"⁶²⁹ erfolgte die Zurechnung eines Nachteils zulasten des Quellenstaates, da aufgrund der konkret bestehenden Doppelbesteuerungsabkommen keine Möglichkeit bestand, eine steuerliche Benachteiligung zu korrigieren.⁶³⁰

Mit der Umqualifizierung einer Einkunftsart hat der umqualifizierende Quellenstaat zudem in erhöhtem Maße das Risiko gesetzt, dass diese Umqualifizierungen in anderen Staaten gegebenenfalls nicht anerkannt werden.⁶³¹ Die Umqualifizierung von Einkunftsarten erhöht im Gegensatz zu steuerrechtlichen Definitionen von Einkunftsarten, die lediglich bestehende wirtschaftliche Vorgänge abbilden, die Gefahr von Qualifikationskonflikten.⁶³² Die durch Umqualifizierungen verursachten wirtschaftlichen Beeinträchtigungen sind daher dem Normgeber zuzurechnen, der entsprechende Umqualifizierungen vornimmt.⁶³³ Dieser Verursachungs- und Zurechnungszusammenhang wird auch grundsätzlich nicht dadurch unterbrochen, dass der Ansässigkeitsstaat der darlehensgebenden Kapitalgesellschaft aufgrund von DBA eine solche Beeinträchtigung durch eine Anerkennung der Umqualifizierung vermeiden soll.⁶³⁴ Die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs kommt

⁶²⁶ Vgl. Hahn, GmbHR 2004, S. 277 (277).

⁶²⁷ Vgl. SA des Generalanwalts *Geelhoed v. 29.6.2006* in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 113 erster Spiegelstrich und Rn. 69.

⁶²⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 14.2.1995, C-279/93, Rs. „Schumaker“, Slg. 1995, I-225 (249).

⁶²⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 11.8.1995, Rs. „Wielockx“, C-80/04, Slg. 1995, I-2493 (2517), Rn. 27.

⁶³⁰ Vgl. Kellersmann/Treisch, Europäische Unternehmensbesteuerung, S. 150 ff.

⁶³¹ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2006, C-374/04, Rs. „Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 70; Spengel/Braunagel, StuW 2006, S. 34 (37).

⁶³² Die Besteuerung hat sich grundsätzlich nach den gewählten bürgerlich-rechtlichen Gestaltungen auszurichten; vgl. BFH Urt. v. 1.9.1982, BStBl. II 1983, S. 147; BFH Urt. v. 10.12.1975, BStBl. II 1976, S. 226.

⁶³³ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2006, C-374/04, Rs. „Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 70; Spengel/Braunagel, StuW 2006, S. 34 (37).

⁶³⁴ Vgl. SA des Generalanwalts *Geelhoed v. 29.6.2006* in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 56.

dann in Betracht, wenn der umqualifizierende Quellenstaat im Rahmen eines solchen DBA sicherstellt, dass eine *gleichwertige* Behandlung für die grenzüberschreitend geleisteten, umqualifizierten Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen im Vergleich zu rein inländisch geleisteten Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen vorgesehen ist. Das Erfordernis einer *gleichwertigen* Behandlung durch DBA ist vom EuGH sowohl für Out-bound-Finanzierungen⁶³⁵ als auch im Rahmen einer Entscheidung zu den britischen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln für In-bound-Finanzierungen aufgestellt worden.⁶³⁶

Eine *gleichwertige* Behandlung auf Ebene des DBA müsste demnach eine Betriebsausgabenabzugsregelung im Sinne des § 8b Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 KStG für grenzüberschreitend an ausländische Anteilseigner geleistete Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen vorsehen. Eine Übernahme der Qualifikation allein wäre nicht ausreichend. Ist man der Auffassung, dass als inländische Vergleichssachverhalte inländische Organkreise heranzuziehen sind, ist eine *gleichwertige* Behandlung nur gegeben, wenn das DBA eine Ergebniszurechnung zum ausländischen Anteilseigner im Sinne des § 15 KStG sicherstellen würde. Die Besteuerung der nach § 8b Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 KStG bzw. § 15 KStG ermittelten Bemessungsgrundlage muss anschließend laut der DBA-rechtlichen Systematik dem Grunde und der Höhe nach gemäß dem Steuerrecht des Ansässigkeitsstaates des Anteilseigners erfolgen. Belastungen, die sich aus *dieser* Besteuerung des Anteilseigners durch den Ansässigkeitsstaat ergeben, sind als rein inländische Besteuerungssachverhalte dem Schutzbereich des EGV entzogen.⁶³⁷ Die europarechtliche Verantwortlichkeit des umqualifizierenden Quellenstaates für Belastungen des ausländischen Anteilseigners reicht dagegen bis zu einer (*gleichwertigen*) Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen. Kann eine solche gleichwertige Behandlung durch

⁶³⁵ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2006, C-374/04, Rs. „Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 55.

⁶³⁶ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 90.

⁶³⁷ Mit *Schön* ist insoweit davon auszugehen, dass die bloße Existenz einer gleichmäßigen Steuerbelastung eines wirtschaftlichen Vorganges an sich nicht ausreichend ist, den Schutzbereich der Grundfreiheiten zu eröffnen; Schön, StbJB 2003/2004, S. 65.

den Quellenstaat nicht sichergestellt werden, indiziert dies einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten des EGV durch den Quellenstaat.⁶³⁸

Die Umqualifizierung von Zinsen in Dividende als nationale Besteuerungsmethode ist im Rahmen der Abkommen zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung zwar zulässig.⁶³⁹ Sie birgt jedoch das Risiko, dass aufgrund von Qualifikationskonflikten mit dem Ansässigkeitsstaat die Vermeidung einer Doppelbelastung fehlschlägt, und die auf DBA-Ebene nicht beseitigte europarechtswidrige Belastung für den grenzüberschreitenden Sachverhalt dem umqualifizierenden Quellenstaat zugerechnet wird.⁶⁴⁰

Diese Abgrenzung der Verantwortlichkeit für steuerliche Doppelbelastungen zwischen zwei oder mehreren beteiligten EU-Mitgliedstaaten stellt die Einhaltung des Inländergleichbehandlungsgrundsatzes auch dann sicher, wenn der Quellenstaat für reine Inlandssachverhalte Sonderregelungen wie etwa §§ 14, 17 KStG vorsieht. Je komplizierter diese nur Inländer begünstigenden Sonderregelungen ausgestaltet werden, umso schwieriger ist es, diese in den DBA mit anderen Staaten *gleichwertig* umzusetzen und sich damit seiner Verantwortlichkeit für eine grundfreiheitsbeschränkende Doppelbesteuerung zu entziehen.⁶⁴¹

Der Zurechnungsaspekt kann auch im Hinblick auf die Umsetzung des Art. 5 Abs. 1 der Mutter-Tochter-Richtlinie⁶⁴² betrachtet werden. Falls der Ansässigkeitsstaat des Anteilseigners die Umqualifizierung von Gesellschafter-Fremdkapitalzinsen in verdeckte Gewinnausschüttungen nicht nachvollzieht und somit eine Freistellung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 der Mutter-Tochter-

⁶³⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 90.

⁶³⁹ Vgl. Vogel/Lehner, DBA, Art. 23 OECD-MA, Rn. 67 und 68.

⁶⁴⁰ Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 113 erster Spiegelstrich und Rn. 69.

⁶⁴¹ Insofern ist bereits aufgrund der vom EuGH gebotenen *gleichwertigen* Behandlung grenzüberschreitender Finanzierungen eine Angleichung der Gewinnermittlungsvorschriften zwischen den EU-Mitgliedstaaten erforderlich; vgl. zur Angleichung der Gewinnermittlungsvorschriften im Rahmen einer gemeinsamen europaweiten Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage: Spengel/Braunagel, StuW 2006, S. 34 (46).

⁶⁴² Richtlinie (EWG) Nr. 90/435 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten in der Fassung der Richtlinie 2003/123/EG v. 22.12.2003, ABl. EG 2004 Nr. L 7, S. 41.

Richtlinie nicht vornimmt, könnte argumentiert werden, dieser Ansässigkeitsstaat verstoße gegen die Mutter-Tochter-Richtlinie oder der Ansässigkeitsstaat trage zumindest mit dem Quellenstaat eine gemeinsame gleichrangige Verantwortung für die (Nicht-)Umsetzung des Art. 5 Abs. 1 der Mutter-Tochter-Richtlinie.

Dem steht entgegen, dass der Begriff der Gewinnausschüttung aus Art. 1 Abs. 1 erster Spiegelstrich der Mutter-Tochter-Richtlinie autonom, d.h. aus der Richtlinie selbst und nicht aus dem nationalen Recht abzuleiten ist. Andernfalls könnte der einzelne EU-Mitgliedstaat durch entsprechende nationale Definitionen von Gewinnausschüttungen einseitig den Anwendungsbereich europäischen Sekundärrechts bestimmen. Einzelstaatliche oder vertragliche Bestimmungen bei der Definition von Gewinnausschüttungen sind gemäß Art. 1 Abs. 2 der Mutter-Tochter-Richtlinie nur für Zwecke der Verhinderung von Steuerhinterziehung und von Missbräuchen zulässig. Bereits in der Rs. "Lankhorst-Hohorst" wurde festgestellt, dass die Umqualifizierung durch § 8a KStG nicht die Anforderungen einer Missbrauchsnorm erfüllt.⁶⁴³ Der jeweilige Ansässigkeitsstaat ist damit bei der Quellensteuerbefreiung gemäß Art. 5 Abs. 1 der Mutter-Tochter-Richtlinie nicht an die Qualifikation des Quellenstaates gebunden,⁶⁴⁴ sondern hat ausgehend vom autonomen Gewinnausschüttungsbegriff der Mutter-Tochter-Richtlinie die Quellensteuerbefreiung vorzunehmen. Es ist ihm hierbei nicht vorzuwerfen, wenn er Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen ihrem wirtschaftlichen Gehalt entsprechend als Zinsen ansieht. Die Umqualifizierung durch § 8a KStG stellt auch insbesondere keine Missbrauchsbestimmung im Sinne des Art. 1 Abs. 2 der Mutter-Tochter-Richtlinie dar,⁶⁴⁵ so dass auch nicht aus richtlinienimmanenten Gründen die Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen wie verdeckte Gewinnausschüttungen behandelt werden müssen. Der jeweilige Ansässigkeitsstaat, der die Umqualifizierung nicht nachvollzieht und eine Besteuerung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen als Zinsen vornimmt, könnte viel-

⁶⁴³ Dies trifft auch für § 8a KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes zu; näheres hierzu unter Punkt E.III.2.b).

⁶⁴⁴ Vgl. Schreiber, Besteuerung der Unternehmen, S. 393.

⁶⁴⁵ Vgl. hierzu auch *Spengel/Braunagel*, die für die Umqualifizierung von Zinsen in Dividenden gemäß § 8a KStG eine gemäß Art. 5 Abs. 1 der Mutter-Tochter-Richtlinie unzulässige Quellenbesteuerung in Betracht ziehen; Spengel/Braunagel, *StuW* 2006, S. 34 (37).

mehr auf sein Besteuerungsrecht im Sinne der Zins- und Lizenzrichtlinie⁶⁴⁶ verweisen. Die Zins- und Lizenzrichtlinie verbietet alle Quellensteuern auf im Konzernverbund gezahlte Zinsen; die Besteuerung der Zinsen ist dem Ansässigkeitsstaat der vereinnahmenden Darlehensgeberin zugewiesen.⁶⁴⁷

Auch unter dem Blickwinkel der Umsetzung der Mutter-Tochter-Richtlinie kommt damit dem umqualifizierenden Quellenstaat eine zurechenbare Verantwortlichkeit für eine wirtschaftliche Doppelbelastung der grenzüberschreitend geleisteten Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen zu.

bb) Drittstaatsachverhalte

Drittstaatsachverhalte unterliegen im Vergleich zu reinen Inlandssachverhalten spezifischen, durch die Grenzüberschreitung bedingten Belastungen.⁶⁴⁸ Aufgrund der in dieser Arbeit vertretenen Präklusionslösung⁶⁴⁹ sollen hier jedoch nur die Belastungen aus Drittstaatsachverhalten dargestellt werden, die sich unmittelbar auf die inländische EU-Kapitalgesellschaft auswirken.

Während in EU-Binnensachverhalten unter den Voraussetzungen der Mutter-Tochter-Richtlinie in Verbindung mit § 43b EStG ein Quellenabzug für im EU-Ausland ansässige Darlehensgeber vermieden werden kann, kann es bei in Drittstaaten ansässigen Darlehensgebern zu einer zusätzlichen Belastung für die Liquidität der inländischen Darlehensnehmer kommen, wenn diese die Quellensteuer in Form der Kapitalertragsteuer einbehalten und an die Finanzverwaltung abführen müssen.⁶⁵⁰ Aufgrund der bestehenden Einbehaltungs- und Abführungspflicht zulasten der inländischen Kapitalgesellschaft liegt eine unmittelbare inländische Liquiditätsbelastung vor, die nicht präkludiert ist.

⁶⁴⁶ Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten der Europäischen Union; Richtlinie 2003/49/EG des Rates v. 3.6.2003, Abl. EU Nr. L 157, S. 49, geändert durch die Richtlinie 2004/66/EG des Rates v. 26.4.2004, Abl. EU Nr. L 168, S. 35.

⁶⁴⁷ Vgl. Dörr, IStR 2005, S. 109 (110).

⁶⁴⁸ Vgl. Voß in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 2, J., Rn. 163 „Handlungskosten“; SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 42 „Verwaltungslast“.

⁶⁴⁹ Zur Präklusionslösung siehe unter Punkt D. II. 2.d) cc).

⁶⁵⁰ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.12.1994, BStBl. I 1995, S. 25, Tz. 76; Schild, IStR 2005, S. 217 (222).

4. Kapitalverkehrsfreiheit als Beschränkungsverbot

a) Beeinträchtigung bei formal gleichen Regelungen

Eine auf inländische und grenzüberschreitende Sachverhalte unterschiedslos anwendbare nationale steuerliche Regelung kann auch dann europarechtswidrig sein, wenn dadurch faktisch die Ausübung der Kapitalverkehrsfreiheit ausländischer Fremdkapitalgeber erschwert wird.⁶⁵¹ Auch wenn Regelungen nicht zu einer Ungleichbehandlung im Sinne einer Diskriminierung führen, können sie Anteilseigner aus anderen EU-Mitgliedstaaten abhalten, in das Kapital eines inländischen Unternehmens zu investieren.⁶⁵²

Dass die Kapitalverkehrsfreiheit ein über das Diskriminierungsverbot hinausgehendes Verbot von Freiheitsbeschränkungen enthält, ergibt sich etwa aus der Rs. "Sandoz".⁶⁵³ Die Rechtssache betraf Beurkundungsgebühren für Darlehensverträge. Die Beurkundungsgebühr wurde sowohl für im Ausland geschlossene als auch für inländische Darlehensverträge erhoben, so dass eine formale Gleichbehandlung von in- und ausländischen Sachverhalten vorlag. Gleichwohl sah der EuGH in der Gebührenerhebung eine Maßnahme, die geeignet ist, Gebietsansässige davon abzuhalten, bei in einem anderen EU-Mitgliedstaat ansässigen Personen ein Darlehen aufzunehmen; eine solche Regelung stelle eine Beschränkung des Kapitalverkehrs dar.⁶⁵⁴ Folglich geht der EuGH davon aus, dass trotz formal gleicher Behandlung von in- und ausländischen Sachverhalten eine Beschränkung des Kapitalverkehrs vorlie-

⁶⁵¹ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 163, Rn. 428; Schürmann in: Lenz/Borchardt, EUV/EGV, Art. 56 EGV, Rn. 17; Köhler/Eicker, DStR 2004, S. 672 (673); Schulze/Zuleeg, Europarecht, §10, Rn. 23; a. A. Schön, der die bloße Existenz einer gleichmäßigen Steuerbelastung eines wirtschaftlichen Vorganges an sich nicht als ausreichend ansieht, den Schutzbereich der Grundfreiheiten zu eröffnen. Er klammert damit gleichwohl faktisch bestehende Nachteile und den Freiheitsaspekt der Grundfreiheiten aus und beschränkt die Niederlassungsfreiheit im steuerlichen Bereich auf ein Diskriminierungsverbot; Schön, StjB 2003/2004, S. 31 m.w.N.; speziell zu § 8a: Schön, StjB 2003/2004, S. 65 m.w.N.

⁶⁵² Vgl. EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-367/98, Rs. „Goldene Aktien I (Kommission/Portugal)“, Slg. 2002, I-4731 (4773), Rn. 44; EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-483/99, Rs. „Goldene Aktien II (Kommission/Frankreich)“, Slg. 2002, I-4781 (4802), Rn. 40; EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-503/99, Rs. „Goldene Aktien III (Kommission/Belgien)“, Slg. 2002, I-4833 (4630), Rn. 56; EuGH Urt. v. 13.5.2003, C-98/01, Rs. „Goldene Aktien V (Kommission/Vereinigtes Königreich)“, Slg. 2003, I-4641 (4662), Rn. 43; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1053, Rn. 2795; Schürmann in: Lenz/Borchardt, EUV/EGV, Art. 56 EGV, Rn. 17; Körner, IStR 2004, S. 251 (260).

⁶⁵³ Vgl. EuGH Urt. v. 14.10.1999, C-439/97, Rs. „Sandoz“, Slg. 1999, I-7066 ff.

⁶⁵⁴ Vgl. EuGH Urt. v. 14.10.1999, C-439/97, Rs. „Sandoz“, Slg. 1999, I-7066 (7074), Rn. 19 f.

gen kann. Die im Rahmen des Korb II-Gesetzes⁶⁵⁵ erfolgte Gleichstellung⁶⁵⁶ in- und ausländischer Gesellschafter-Fremdfinanzierungssachverhalte in den §§ 8a, 8b KStG durch die Einbeziehung inländischer Anteilseigner und den ihnen gleichgestellten Personengruppen schließt hiermit einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten des EGV nicht grundsätzlich aus.⁶⁵⁷

Die Kapitalverkehrsfreiheit als Beschränkungsverbot betrifft nicht die inhaltlichen Bedingungen, unter denen in- und ausländische Marktteilnehmer im Rahmen eines inländischen Marktes miteinander konkurrieren. Das Beschränkungsverbot schützt vielmehr den gleichberechtigten Zutritt auf einen Inlandsmarkt als Vorbedingung für einen in diesem inländischen Markt stattfindenden Wettbewerb.⁶⁵⁸ Bestehen im Inland unterschiedslos geltende Regeln, wird die im EGV garantierte Wettbewerbsneutralität nicht verletzt, es sei denn, es erfolgt eine tatsächliche Behinderung von Wirtschaftsteilnehmern aus anderen EU-Mitgliedstaaten.⁶⁵⁹

Das Schutzkonzept, wonach nur ein unterschiedsloser Zugang zu den einzelnen Inlandsmärkten gewährt wird, die durch die einzelnen EU-Mitgliedstaaten gebildet werden, geht Teilen des Schrifttums, die auf einen einheitlichen EU-Binnenmarkt hinweisen, nicht weit genug. Mit Art. 3 c) i.V.m. Art. 10 S. 1 EGV verpflichten sich die EU-Mitgliedstaaten einen Binnenmarkt zu schaffen, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Kapitalverkehr gekennzeichnet ist. Aus der Sicht eines Tätigwerdens in einem einheitlichen europäischen Binnenmarkt können unterschiedslos geltende Regelungen für denjenigen, der in einen neuen inländischen Markt eines EU-Mitgliedstaates eindringen will, ein entscheidendes Hindernis sein.⁶⁶⁰ Dieser absoluten, nicht auf die inländischen Märkte, sondern auf den EU-Binnenmarkt bezogenen Sichtweise⁶⁶¹ kommt meines Erachtens zumindest für den

⁶⁵⁵ BGBl. I 2003, S. 2840 (2841).

⁶⁵⁶ Fraglich ist bereits, ob das Korb II-Gesetz angesichts der inländischen Organschaft tatsächlich zu einer Gleichstellung inländischer und grenzüberschreitender Finanzierungssachverhalte geführt hat; siehe hierzu auch unter Punkt D.II.4.c)ff)(2).

⁶⁵⁷ Vgl. Schnitger, Grundfreiheiten, S. 235.

⁶⁵⁸ Vgl. Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 10, Rn. 27.

⁶⁵⁹ Vgl. Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 10, Rn. 27; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 158 Rn. 414.

⁶⁶⁰ Vgl. Steindorf, ZHR 1994, S. 149 (160).

⁶⁶¹ Vgl. Cordewener, Grundfreiheiten, S. 253.

Bereich der direkten Steuern keine Bedeutung zu, da sie eine Pflicht der EU-Mitgliedstaaten zur Schaffung eines harmonisierten Binnenmarktes voraussetzen würde.⁶⁶² Der EGV belässt den EU-Mitgliedstaaten jedoch die Kompetenz durch Regelungen im Bereich der direkten Steuern, Rahmenbedingungen für ihren inländischen (Teil-)markt zu setzen, der sie dann von den Märkten anderer EU-Mitgliedstaaten unterscheidet.⁶⁶³ Üben die einzelnen EU-Mitgliedstaaten die ihnen im Bereich der direkten Steuern verbliebene Kompetenz aus, kann der EGV aus seiner eigenen Konzeption heraus hinsichtlich der Belastung durch steuerliche Regeln keinen unterschiedlosen Zugang zum EU-Binnenmarkt mehr gewähren, sondern nur noch den gleichen Zutritt auf einen vom jeweiligen EU-Mitgliedstaat gebildeten Inlandsmarkt ermöglichen.⁶⁶⁴

b) Europarechtsrelevante Marktzugangerschwernisse

aa) Allgemeine Marktzugangerschwernisse

Das erstmalige Tätigwerden auf (Inlands-)Märkten macht für neue Marktteilnehmer gegenüber einer laufenden Marktteilnahme in der Regel besondere Anstrengungen erforderlich, die etwa mit dem Begriff der Markterschließungskosten beschrieben werden können.⁶⁶⁵ Sie erschweren neuen Marktteilnehmern, unabhängig davon, ob sie inländische oder ausländische Marktteilnehmer sind, den Marktzugang (allgemeine Marktzugangerschwernisse).

bb) Marktzugangerschwernisse im Sinne des Beschränkungsverbot

Das auf die Gewährung des Marktzugangs gerichtete Beschränkungsverbot soll in Abgrenzung zu den allgemeinen Marktzugangerschwernissen die Marktzugangerschwernisse verhindern, die spezifisch darauf zurückzuführen sind, dass der Marktzutritt im Rahmen einer grenzüberschreitenden Wirtschaftstätigkeit erfolgen soll. Nur diese Marktzugangerschwernisse sind im Rahmen des europarechtlichen Beschränkungsverbot als relevant anzusehen.

⁶⁶² Kritisch zum weit verstandenen freiheitlichen Gehalt der Grundfreiheiten im Steuerrecht: Kellersmann/Treisch, Europäische Unternehmensbesteuerung, S. 146.

⁶⁶³ Art. 93 EGV sieht lediglich im Bereich der indirekten Steuern eine Regelungskompetenz der Europäischen Organe vor.

⁶⁶⁴ Vgl. Cordewener, Grundfreiheiten, S. 253.

⁶⁶⁵ Vgl. BStBl I (Sonderbeilage) 1983, S. 31, Rn. 3.4.1.

Die schlechtere Ausgangsposition ausländischer Mitbewerber auf einem inländischen Markt kann ihre Ursache darin haben, dass dieser ausländische Mitbewerber sowohl den in seinem (Heimat-)Markt als auch den im inländischen (Ziel-)Markt geltenden Regelungen genügen muss. Diese für die Qualität und Normung körperlicher Waren vertretene Sicht kann auch auf die Situation von Finanzierungsprodukten, wie etwa die Darlehensvergabe im Rahmen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, übertragen werden. Der Nachteil ergibt sich hier aus der Kostenbelastung, die den ausländischen Mitbewerber trifft, um seine Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Heimat- und im Zielstaat in ordnungsgemäßer Weise durchzuführen, während den rein inländischen Mitbewerber nur die Kosten treffen, die für eine im Inland ordnungsgemäße Durchführung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung anfallen. Diese *betriebswirtschaftliche* Doppelbelastung,⁶⁶⁶ die sich hauptsächlich aus Steuerberatungs- und Beurkundungskosten u.ä. zusammensetzen dürfte,⁶⁶⁷ geht, wie die *steuerliche* Doppelbelastung auch, auf nicht aufeinander abgestimmte Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregelungen innerhalb der EU zurück. Sie stellt jedoch eine betriebswirtschaftliche Doppelbelastung dar und ist insofern von der steuerlichen Doppelbelastung durch nicht aufeinander abgestimmte Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregelungen zwischen den Staaten zu trennen.⁶⁶⁸ Teilweise wird in der Literatur vertreten, diese spezifischen Schwierigkeiten des grenzüberschreitenden Marktzutritts als *versteckte Diskriminierungen* und nicht als Beschränkungen zu qualifizieren.⁶⁶⁹

⁶⁶⁶ Gemeint ist hier die Belastung des Betriebsergebnisses vor Steuern.

⁶⁶⁷ Diese Kosten werden etwa von Generalanwalt Geelhoed mit dem Begriff der „Verwaltungslast“ aufgrund grenzüberschreitender Wirtschaftstätigkeit umschrieben. Sie stellen seiner Auffassung nach „Quasibeschränkungen“ dar, die nicht durch den EGV erfasst sind: SA des Generalanwalts Geelhoed v. 23.2.2006 in der Rs. „Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation“, C-374/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 41; SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 68; Voß in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 2, J., Rn. 163.

⁶⁶⁸ Der EuGH sieht bereits diese betriebswirtschaftliche Doppelbelastung aus dem Besteuerungsvorgang selbst als Beschränkung an, auch wenn es im Ergebnis nicht zu einer steuerlichen Belastung des grenzüberschreitenden Vorgangs kommt. Bereits die Ausübung der Steuerhoheit birgt die Gefahr mehrfacher Belastung in sich; EuGH Urt. v. 12.12.2006, C-374/04, Rs. „Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 70.

⁶⁶⁹ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 71, Rn. 166; Kingreen, Grundfreiheiten, S. 122.

c) Erfassung europarechtsrelevanter Marktzugangerschwernisse

aa) Grundsätzliches

Wenn durch das Beschränkungsverbot lediglich europarechtsrelevante, nicht aber allgemeine Marktzugangerschwernisse beseitigt oder verhindert werden sollen, ergibt sich die Frage, mit welchen Instrumentarien solche europarechtsrelevanten Marktzugangsbeschränkungen im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit erfasst werden können. Teilweise wird in diesem Zusammenhang die Übernahme der so genannten "Dassonville"-Formel⁶⁷⁰ sowie die ergänzende Keck-Rechtsprechung favorisiert,⁶⁷¹ die beide vom EuGH ursprünglich im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit entwickelt wurden.⁶⁷² Andere Teile der Literatur stellen im Bereich des Beschränkungsverbotes zentral auf die Formulierung der "geminderten Attraktivität" für die Feststellung eines Verstoßes gegen die Kapitalverkehrsfreiheit ab.⁶⁷³

bb) "Dassonville"-Formel

Im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit hat der EuGH mit der "Dassonville"-Entscheidung festgestellt, dass jede Regelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen ist.⁶⁷⁴ Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung zwischen EU-Mitgliedstaaten sind gemäß Art. 30 EGV, unbeschadet der dem Art. 30 EGV nachfolgenden Bestimmungen, verboten.⁶⁷⁵ Der EuGH hatte mit der Rs. "Dassonville" die Anforderungen an eine beschränkende Maßnahme gering angesetzt und diese niedrige

⁶⁷⁰ *Oechsler* befürwortet uneingeschränkt die Übertragung der Dassonville-Rechtsprechung auf die Kapitalverkehrsfreiheit, sieht jedoch unter Hinweis auf die bisherige EuGH-Rechtsprechung zu Art. 56 EGV noch keine Anwendung der Keck-Formel im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit. Er schließt jedoch nicht aus, dass es im Laufe einer Konkretisierung der Rechtsprechung auch im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit zu einer Übernahme der Keck-Formel kommen wird. Er verweist hierbei auf die Rechtsprechungsentwicklung bei der Warenverkehrsfreiheit, bei der die Dassonville-Formel erst nach mehreren EuGH-Entscheidungen durch die Keck-Rechtsprechung eingeschränkt wurde: *Oechsler*, NZG 2007, S. 161 (163).

⁶⁷¹ Vgl. *Kessler/Eicker/Obser*, IStR 2004, S. 325 (328); *Schürmann* in *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV, Art. 56 EGV, Rn. 17; *Schulze/Zuleeg*, Europarecht, § 10, Rn. 212 und Rn. 213; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1053, Rn. 2796; *Schnitger*, Grundfreiheiten, S. 238.

⁶⁷² Vgl. *Schulze/Zuleeg*, Europarecht, § 10, Rn. 212.

⁶⁷³ Vgl. *Körner*, IStR 2004, S. 251 (260).

⁶⁷⁴ Vgl. EuGH Urt. v. 11.7.1974, C-8/74, Rs. „Dassonville“, Slg. 1974, I-837 (852), Rn. 5.

⁶⁷⁵ Vgl. *Lux* in: *Lenz/Borchardt*, EUV/EGV, Art. 28, Rn. 28.

Eingriffsschwelle zur Annahme einer grundfreiheitsrelevanten Beschränkung auch in nachfolgenden Entscheidungen aufrechterhalten.⁶⁷⁶

cc) "Keck"-Formel

In einer der "Dassonville"-Entscheidung nachfolgenden Rechtsprechung wurde die weite "Dassonville"-Formel durch die Rs. "Keck" modifiziert. Nicht jede nationale Regelung, die sich als eine Beschränkung der geschäftlichen Freiheit auswirken würde, sollte vom Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit erfasst sein.⁶⁷⁷ Das Verbot der Maßnahmen gleicher Wirkung, wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen, wurde auf das eigentliche Anwendungsfeld des freien Warenverkehrs in einem Binnenmarkt reduziert. Der EuGH erklärte die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken, für nicht geeignet, den Handel zwischen den EU-Mitgliedstaaten im Sinne des "Dassonville"-Urteils unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern. Erforderlich sei, dass diese Bestimmungen für alle betroffenen Marktteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und dass sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse sowie der Erzeugnisse aus anderen EU-Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren.⁶⁷⁸ Diese als "Keck"-Formel bezeichnete Einschränkung nimmt bestimmte, vom nationalen Recht vorgeschriebene Verkaufsmodalitäten vom Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit aus, sofern sie den Absatz der inländischen und importierten Erzeugnisse rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren. Sind diese beiden Bedingungen erfüllt, so ist eine nationale Regelung nicht geeignet, den Marktzugang in europarechtsrelevanter Weise zu versperren oder zu erschweren.

Die um die "Keck"-Formel ergänzte "Dassonville"-Rechtsprechung unterscheidet damit die allgemeine von der spezifisch grenzüberschreitenden, europarechtsrelevanten Marktzugangserchwernis. Hiernach wird die im EGV garantierte Wettbewerbsneutralität durch im Inland unterschiedslos geltende

⁶⁷⁶ Vgl. EuGH Urt. v. 24.11.2005, C-366/04, Rs. „Schwarz“, Slg. 2005, I-10153 (10163), Rn. 28; EuGH Urt. v. 6.6.1995, C-470/93, Rs. „Mars“, Slg. 1995, I-1923 (1940), Rn. 12.

⁶⁷⁷ Vgl. Weiss, RIW 2006, S. 170 (173).

⁶⁷⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 24.11.1993, C-267/91 und C-268/91, Rs. „Keck“, Slg. 1993, I-6097 (6131), Rn. 16.

Ausübungsregeln nicht verschoben, außer es erfolgt eine tatsächliche Behinderung von Wirtschaftsbeteiligten aus anderen EU-Mitgliedstaaten.⁶⁷⁹

dd) "Cassis de Dijon"- Rechtsprechung

(1) Stellung im System der Grundfreiheiten

Die "Cassis de Dijon"- Rechtsprechung konkretisiert die weit gefassten Grundsätze der Rs. "Dassonville" sowie der Rs. "Keck", indem sie unterschiedslos anwendbare Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit für zulässig erklärt, wenn (erstens) keine Gemeinschaftsregelung besteht und (zweitens) die Beschränkung notwendig und aus zwingenden Erfordernissen gerechtfertigt ist.⁶⁸⁰ Im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit ist die "Cassis de Dijon"-Doktrin nach ganz überwiegender Ansicht ein ungeschriebener Rechtfertigungsgrund aufgrund "Öffentlicher Ordnung" (ordre-public-Klausel).⁶⁸¹ Obwohl die "Cassis"-Formel im Zuge der "Dassonville"- und "Keck"-Rechtsprechung entwickelt wurde, wird sie anders als die Rechtsprechung zur Rs. "Dassonville" und Rs. "Keck" nicht als inhaltliche Konkretisierung der Grundfreiheit angesehen.⁶⁸² Übertragen auf die Kapitalverkehrsfreiheit würde sie folglich eine ungeschriebene nationale Schranke des freien Kapitalverkehrs darstellen.⁶⁸³

(2) Relevanz im Bereich der direkten Steuern

Der ständigen Anwendung der "Cassis de Dijon"- Grundsätze durch den EuGH im Bereich der Warenverkehrsfreiheit⁶⁸⁴ steht die weitgehend ungeklärte Relevanz der "Cassis"-Rechtsprechung im Rahmen einer Übertragung auf die Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber.

Es ist streitig, ob der Rechtfertigungsgrund des zwingenden Erfordernisses zum Schutz der "Öffentlichen Ordnung" im Sinne der "Cassis"-Rechtsprechung auch die Sicherstellung des öffentlichen Finanzbedarfs durch

⁶⁷⁹ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 158, Rn. 414.

⁶⁸⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 20.2.1979, C-120/78, Rs. „Cassis de Dijon“, Slg. 1979, I-649.

⁶⁸¹ Vgl. Oppermann, Europarecht, § 19, S. 417, Rn. 30 ff.

⁶⁸² Schürmann wendet die Cassis-Rechtsprechung nicht auf der Schutzbereichsebene an; Schürmann in: Lenz/Borchardt, EUV/EGV, Art. 56, Rn. 18 ff.

⁶⁸³ Vgl. Oppermann, Europarecht, § 23, S. 490, Rn. 14; Schürmann in: Lenz/Borchardt, EUV/EGV, Art. 56, Rn. 22.

⁶⁸⁴ Etwa EuGH Urt. v. 24.11.2005, Rs. „Schwarz“, Slg. 2005, I-10153; EuGH Urt. v. 6.6.1995, C-470/93, Rs. „Mars“, Slg. 1995, I-1923.

Steuern umfasst. Da die steuerlichen Regeln zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch die Umqualifizierung von Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen in der Regel zu einem höheren Steueraufkommen führen und zur Deckung des öffentlichen Finanzbedarfs beitragen, kann der "Cassis de Dijon"-Rechtsprechung insofern Bedeutung zukommen. Unter Berufung auf die "Öffentliche Ordnung" ist bei einer Übertragung der "Cassis"-Rechtsprechung auf die Kapitalverkehrsfreiheit eine Rechtfertigung für eine gegebenenfalls vorliegende Beschränkung des freien Kapitalverkehrs denkbar.⁶⁸⁵ Tatsächlich wird das Argument der Sicherung der Finanzmittel regelmäßig von den EU-Mitgliedstaaten als Rechtfertigung von Besteuerungsnormen vorgebracht.⁶⁸⁶ Der EuGH hat den Rechtfertigungsgrund jedoch in ständiger Rechtsprechung, meist ohne nähere Begründung, immer zurückgewiesen.⁶⁸⁷

ee) Übertragbarkeit der Rs. "Dassonville" sowie der Rs. "Keck"

Die Anwendung der zur Warenverkehrsfreiheit entwickelten Grundsätze aus den EuGH-Entscheidungen Rs. "Dassonville" und Rs. "Keck" setzt voraus, dass diese auf die Kapitalverkehrsfreiheit übertragbar sind. Für eine Übertragbarkeit der Grundsätze spricht insbesondere die strukturelle Vergleichbarkeit zwischen der Warenverkehrsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit.⁶⁸⁸

Die Grundtatbestände der Warenverkehrs- und der Kapitalverkehrsfreiheit aus den Art. 28, 29 EGV⁶⁸⁹ sowie Art. 56 Abs. 1 EGV⁶⁹⁰ enthalten beide ein

⁶⁸⁵ So noch *Weber* ausdrücklich in der 1. Auflage in: Lenz, EUV/EGV, Art 73b, Rn. 12.

⁶⁸⁶ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11779 (11814), Rn. 36; EuGH Urt. v. 16.7.1998, C-264/96, Rs. „ICI“, Slg. 1998, I-4695 (4723), Rn. 28.

⁶⁸⁷ Vgl. EuGH Urt. v. 13.12.2005, C-446/03, Rs. „Marks & Spencer“, Slg. 2005, I-10866, (10881), Rn. 44; EuGH Urt. v. 12.12.2002, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, C-324/00, Slg. 2002, I-11802 (11814), Rn. 36; EuGH Urt. v. 16.7.1998, C-264/96, Rs. „ICI“, Slg. 1998, I-4695 (4723), Rn. 28.

⁶⁸⁸ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1053, Rn. 2796; Schürmann in: Lenz/Borhardt, EUV/EGV, Art 56 Rn. 17; Cordewener, Grundfreiheiten, S. 227; Schnitger, Grundfreiheiten, S. 240; für eine Übertragung der Rechtfertigungsgrundsätze aufgrund der Vergleichbarkeit zwischen Warenverkehrs- und Kapitalverkehrsfreiheit spricht sich auch *Oppermann* aus: Oppermann, Europarecht, 2. Auflage, § 22, S. 121, Rn. 1491; Haferkamp, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 82.

⁶⁸⁹ Art. 28 EGV: „Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedstaaten verboten.“

weitgehendes Verbot beschränkender Maßnahmen. Aufgrund der in beiden Grundtatbeständen weit angelegten Freiheit stellt sich für beide Grundfreiheiten das Problem einer inhaltlichen Konkretisierung und der Ausgestaltung notwendiger Beschränkungen. Im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit ist mit der "Dassonville"- und der "Keck"-Formel bereits früh in einem Hin und Her gegenläufiger Tendenzen⁶⁹¹ eine Systematik zur Lösung dieses Problems entwickelt worden. Aufgrund der späten Aufnahme der Kapitalverkehrsfreiheit in den EGV im Jahr 1993 sowie der vergleichsweise wenigen Entscheidungen zu dieser Grundfreiheit,⁶⁹² bietet sich eine Übernahme der bereits austarierten Grundsätze der Warenverkehrsfreiheit an. Insofern ist es widersprüchlich, wenn etwa *Haferkamp* mit dem Hinweis auf die in der Vergangenheit liegende wechselvolle Rechtsprechungsentwicklung von "Dassonville", "Keck" und "Cassis de Dijon" eine Übertragung ablehnt und damit der Kapitalverkehrsfreiheit eine inzwischen handhabbare, rechtssichere Anwendung von Auslegungsgrundsätzen vorenthalten möchte.⁶⁹³ Die Rechtsprechungsentwicklung im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit spricht eher für eine Übertragung auf strukturell vergleichbare Grundfreiheiten als gegen sie.⁶⁹⁴

Bei beiden Grundfreiheiten handelt es sich hinsichtlich ihres geschützten Rechtsgutes um objektbezogene Grundfreiheiten.⁶⁹⁵ Sie knüpfen an den

⁶⁹⁰ Art. 56 Abs. 1 EGV: „Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.“

⁶⁹¹ *Weiss* beschreibt mit dieser Formulierung treffend die verschiedenen Entwicklungsphasen zur Auslegung der Warenverkehrsfreiheit. Nach einer inhaltlich starken Ausweitung durch die „Dassonville“-Rechtsprechung erfolgte deren Einschränkung durch die Rs. „Keck“ und eine inhaltliche Differenzierung durch die „Cassis“-Entscheidung. Vgl. hierzu: *Weiss*, RIW 2006, S 170 (173).

⁶⁹² Vgl. *Schulze/Zuleeg*, Europarecht, § 10, Rn. 213.

⁶⁹³ Vgl. *Haferkamp*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 83.

⁶⁹⁴ So befürwortet etwa *Oechsler* uneingeschränkt die Übertragung der Dassonville-Rechtsprechung auf die Kapitalverkehrsfreiheit, sieht jedoch unter Hinweis auf die bisherige EuGH-Rechtsprechung zu Art. 56 EGV noch keine Anwendung der Keck-Formel im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit. Er schließt jedoch nicht aus, dass es im Laufe einer Konkretisierung der Rechtsprechung auch im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit zu einer Übernahme der Keck-Formel kommen wird. Er verweist hierbei auf die Rechtsprechungsentwicklung bei der Warenverkehrsfreiheit, bei der die Dassonville-Formel erst nach mehreren EuGH-Entscheidungen durch die Keck-Rechtsprechung eingeschränkt wurde: *Oechsler*, NZG 2007, S. 161 (163).

⁶⁹⁵ Vgl. *Kessler/Eicker/Obser*, IStR 2005, 658 (665); *Lausterer*, IStR 2003, S. 19 (22); *Schnitger*, Grundfreiheiten, S. 240; *Haferkamp*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 82; *Kellersmann/Treich*, Europäische Unternehmensbesteuerung, S. 141.

Schutz wirtschaftlicher Objekte, Kapital und Waren, sowie an deren grenzüberschreitende Verbringung an. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit sowie die Dienstleistungsfreiheit stellen mangels verbringungsfähiger Objekte auf die Tätigkeit der natürlichen oder juristischen Personen ab. Kapital und Waren sind bereits im Herkunftsland als solche existent; sie können im Wege des freien Verkehrs ohne inhaltliche Änderung über EU-Binnengrenzen bewegt werden. Eine Arbeitserbringung erfolgt demgegenüber erst durch eine Tätigkeit im jeweiligen Zielstaat; eine grenzüberschreitende Niederlassung und eine Dienstleistung entstehen erst durch die Aufnahme unternehmerischer Tätigkeit im Zielstaat selbst. Die EuGH-Generalanwaltschaft hat sich bisher nur im Zusammenhang mit der *Niederlassungsfreiheit* ausdrücklich gegen eine Übernahme der "Keck"-Rechtsprechung ausgesprochen.⁶⁹⁶

ff) Übertragung der Rs. "Dassonville" sowie der Rs. "Keck"

(1) Vorbemerkungen

Während sich der weite Grundsatz von "Dassonville" noch leicht auf die Kapitalverkehrsfreiheit übertragen lässt, sind bei den spezifisch auf den Warenverkehr bezogenen Begriffen der "Keck"-Rechtsprechung Anpassungen erforderlich. Insbesondere ist zu klären, was bezogen auf den Kapitalverkehr eine "Verkaufmodalität" darstellt (erstes Merkmal der Keck-Formel) und wie durch diese Modalität der "Absatz des importierten und inländischen Erzeugnisses" in gleicher Weise berührt sein kann (zweites Merkmal der Keck-Formel).

(2) Beschränkung i.S.d. "Dassonville"-Formel

Das Beschränkungsverbot knüpft an eine für alle Wirtschaftsteilnehmer geltende und unterschiedslos wirkende steuerliche Regelung an.⁶⁹⁷ Liegen differenzierende oder unterschiedlich wirkende Regelungen vor, kommt eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes in Betracht.

⁶⁹⁶ Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 48.

⁶⁹⁷ Vgl. Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 10, Rn. 212.

Die steuerlichen Vorschriften zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung in der Fassung des Korb II-Gesetzes weisen in § 8a KStG eine formale Gleichstellung zwischen in- und ausländischen Sachverhalten auf, so dass insofern eine Beschränkung vorliegt, die für alle Wirtschaftsteilnehmer gilt und unterschiedslos wirkt.⁶⁹⁸ Diese Sichtweise muss jedoch ausblenden, dass durch den Vergleich der grenzüberschreitenden Gesellschafter-Fremdfinanzierung mit einer Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Rahmen einer inländischen Organschaft gleichwohl das Diskriminierungsverbot einschlägig sein kann.⁶⁹⁹ Nur unter Berücksichtigung dieser Prämisse kann in § 8a KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes eine für alle Wirtschaftsteilnehmer geltende und unterschiedslos wirkende Regelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung gesehen werden.⁷⁰⁰

Die Regelung des § 8a KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes wird im Rahmen der Unternehmensteuerreform 2008⁷⁰¹ durch die Zinsschranke (§ 4h Abs. 1 EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 1 KStG 2008) ersetzt.⁷⁰² Die Zinsschranke ist als eine für alle inländischen und grenzüberschreitend tätigen Wirtschaftssubjekte unterschiedslos geltende Norm ausgestaltet. Vergleichbar zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung in der Fassung des Korb II-Gesetzes sowie dem JStG 2007 ist es jedoch auch bei der geplanten Zinsschranke möglich, durch die Eingehung einer ertragsteuerlichen Organschaft i.S.d. §§ 14 bis 19 KStG die Anwendung der Zinsschranke bei einzelnen Tochter-Kapitalgesellschaften zu vermeiden (§ 15 S. 1 Nr. 3 KStG 2008).⁷⁰³ Besteht in einem grenzüberschreitend angesiedelten Konzern eine inländische Tochter-Kapitalgesellschaft, die etwa wegen Immobilien-Investitionen einen hohen Kapitalbedarf im Inland hat, kann dieser Konzern negative Folgen des Betriebsausgabenabzugsverbotes bei der Anwendung der Zinsschranke auf die inländische Tochter-Kapitalgesellschaft nicht durch die Begründung einer ertragsteuerlichen Organschaft vermeiden.

⁶⁹⁸ Vgl. Schön, GmbH-StB 2006, S. 9 (11); Schön, StbjB 2003/2004, S. 27 (31).

⁶⁹⁹ Siehe hierzu die Ausführungen oben unter Punkt D.II.4.c)ff(2).

⁷⁰⁰ Bezug auf den Fall des § 8a KStG nehmend: Schön, StbjB 2003/2004, S. 27 (65).

⁷⁰¹ BGBl. I 2007, S. 1912.

⁷⁰² Vgl. Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (2).

⁷⁰³ Vgl. Hornig, PISStB 2007, S. 215 (215 f.); Hallerbach, StuB 2007, S. 487 (493); Führich, ISrR 2007, S. 342 (343).

Jede Regelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Kapitalverkehr unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, stellt sich grundsätzlich als eine unzulässige Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit dar.⁷⁰⁴ Im Inland ansässige Kapitalgesellschaften dürfen im Rahmen des Beschränkungsverbot aus Art. 56 Abs. 1 EGV nicht gehindert werden, grenzüberschreitend Kapital, z.B. in der Form des Darlehens, aufzunehmen oder zu gewähren.⁷⁰⁵ Eine Absicht des EU-Mitgliedstaates zur Beschränkung des freien Kapitalverkehrs ist nicht erforderlich; für einen Verstoß ist die objektive tatsächliche oder potenziell bestehende Behinderung ausreichend.⁷⁰⁶

Durch die steuerliche Umqualifizierung von Darlehenszinsen in Dividenden wird zwar nach Auffassung der Finanzverwaltung kein Fremdkapital in Eigenkapital umqualifiziert.⁷⁰⁷ Entscheidend ist jedoch, dass die Gesellschafter-Fremdfinanzierung in ihrer steuerlichen Wirkung beim Anteilseigner wie eine Eigenkapitalanlage behandelt wird.⁷⁰⁸ Das als grenzüberschreitendes Fremdkapital gegebene Kapital entfaltet beim Durchlaufen des inländischen Rechtssystems nicht die Wirkungen von Fremdkapital, sondern generiert Eigenkapitalvergütungen. Hierin kann eine auf steuerlicher Ebene bestehende freiheitsbeschränkende Marktzugangssperre für grenzüberschreitende Gesellschafter-Fremdfinanzierungen gesehen werden. Denn im Ergebnis wird eine im Ausland als Gesellschafter-Fremdfinanzierung begonnene Kapitalbewegung nicht als solche auf dem inländischen Finanzierungsmarkt zugelassen.⁷⁰⁹ Die nachteilige steuerliche Behandlung des Gesellschafter-

⁷⁰⁴ Vgl. Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 10, Rn. 112; Oechsler, NZG 2007, S. 161 (162); EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-483/99, Rs. „Goldene Aktien II (Kommission/Frankreich)“, Slg. 2002, I-4781, Rn. 41; Müller, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 162.

⁷⁰⁵ Vgl. EuGH Urt. v. 14.10.1999, C-439/97, Rs. „Sandoz“, Slg. 1999, I-7041 (7074), Rn. 19.

⁷⁰⁶ Vgl. Saß, FR 1991, S. 705 (706).

⁷⁰⁷ Auffassung der Bundesrepublik Deutschland laut den Schlussanträgen des Generalanwalts Mischo in der Rs. „Lankhorst-Hohorst“ v. 26.9.2002, C-324/00, Slg. 2002, I-11779 (11791), Rn. 54.

⁷⁰⁸ SA des Generalanwalts Mischo in der Rs. „Lankhorst-Hohorst“ v. 26.9.2002, C-324/00, Slg. 2002, I-11779 (11791), Rn. 55.

⁷⁰⁹ In diesem Zusammenhang liegt der gleichheitsrechtliche Hinweis nahe, dass mit § 8a KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes eine Marktzugangssperre auch für Inländer bestehe und insofern der europarechtliche Grundsatz der Inländergleichbehandlung gewährleistet sei. Hierbei ist jedoch auch die für die Inländer bestehende Möglichkeit zu berücksichtigen, Nachteile einer Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch die Eingehung

Fremdkapitals bei der Qualifizierung der Vergütungen wirkt zudem wie eine mengenmäßige Beschränkung von Fremdkapital bei der Unternehmensfinanzierung. Im Rahmen der "Dassonville"-Formel sind Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen grundsätzlich verboten.

Auch Unsicherheiten bezüglich einer steuerlichen Behandlung der grenzüberschreitend geleisteten Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen können dazu führen, dass entsprechende Angebote von Gesellschafter-Darlehen nicht im inländischen Markt platziert werden oder wieder vom inländischen Markt genommen werden.⁷¹⁰ So wirkt sich etwa der Umstand, ob der Ansässigkeitsstaat eines ausländischen Anteilseigners eine im Inland vorgenommene Umqualifizierung von Zinsvergütungen in Dividenden nachvollzieht und somit keine Versteuerung als Zinsen erfolgt,⁷¹¹ auf die Preisgestaltung des Kapitals⁷¹² und auf dessen Wettbewerbsfähigkeit mit inländischem Kapital aus.⁷¹³ Wird hierdurch ein Markteintritt von grenzüberschreitendem Gesellschafter-Fremdkapital verhindert oder dessen Austritt aus einem inländischen Markt verursacht, betrifft dies das Beschränkungsverbot, das eine wettbewerbsneutrale Marktteilnahme grenzüberschreitender Leistungen sicherstellen soll.

Im Fall der Zinsschranke der Unternehmensteuerreform 2008⁷¹⁴ findet dagegen keine inhaltliche Umgestaltung der Kapitalbewegung oder ihrer Wirkungen in Form der Generierung von Zinseinkünften statt. Soweit die Zins-

einer körperschaftsteuerlichen Organschaft zu vermeiden: siehe hierzu unter Punkt D.II.4.c)ff)(2).

⁷¹⁰ Der Wettbewerbsnachteil tritt etwa durch die Verausgabung von zusätzlichen Transaktions- und Informationsbeschaffungskosten zur Beseitigung der Unsicherheit ein; vgl. Schönfeld, *StuW* 2005, S. 158 (160).

⁷¹¹ Vgl. Zielke, *RIW* 2006, S. 600 (607 f.).

⁷¹² Die auf eine Investition entfallende Steuerlast zieht in der Regel Preiserhöhungen für die Sach- und Finanzinvestitionen nach sich; vgl. Kruschwitz, *Investitionsrechnung*, S. 130; Hoheisel, *GmbHR* 2006, S. 802 (802).

⁷¹³ Bei grenzüberschreitendem Gesellschafter-Fremdkapital besteht in der Regel aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Verbindung zwischen ausländischem Anteilseigner und inländischem Darlehensnehmer zwar kein Wettbewerb zu inländischen Gesellschafter-Fremdkapitalangeboten; der Wettbewerb fällt aus, wenn keine inländischen Anteilseigner vorhanden sind, die ein Gesellschafter-Fremdkapitaldarlehen gewähren könnten. Aufgrund der Schwierigkeiten mit grenzüberschreitenden Gesellschafter-Fremdfinanzierungen kann es jedoch dazu kommen, dass inländische oder ausländische Fremdfinanzierungen durch gänzlich unabhängige Dritte vorgezogen werden. In der Konsequenz bedeutet dies einen Verzicht auf freien grenzüberschreitenden Kapitalverkehr in Form von Gesellschafter-Fremdkapital. Darin kann eine Behinderung des freien Kapitalverkehrs gesehen werden, der seine Ursache in inländischen Umqualifizierungsnormen hat.

⁷¹⁴ *BGBI. I* 2007, S. 1912.

schranke an den wirtschaftlichen Sachverhalt von grenzüberschreitenden Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen einen Besteuerungstatbestand knüpft, wird der wirtschaftliche Gehalt der grenzüberschreitenden Fremdkapitalbewegung nicht geändert.⁷¹⁵

(3) Modalität i.S.d. der "Keck"-Rechtsprechung

Der Begriff der Verkaufsmodalität aus der "Keck"-Rechtsprechung wird im Rahmen einer Übertragung auf die Kapitalverkehrsfreiheit so verstanden, dass rein vertriebsbezogene Maßnahmen des Kapitalverkehrs nicht in den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit fallen.⁷¹⁶ Hierunter werden etwa die verbindliche Vorgabe einheitlicher Formulare oder bestimmter Geschäftszeiten für das Bankengewerbe und die Versicherungswirtschaft gefasst. Vorgaben oder Genehmigungen, die den Investitionsvorgang als solchen betreffen, gehen über den Begriff der Regelung bloßer Modalitäten des Kapitalverkehrs hinaus.⁷¹⁷ Regelungen oder Praktiken, die den Zugang zu einer selbstständigen Erwerbstätigkeit behindern, sind nicht den Modalitäten gleichzustellen.⁷¹⁸

Maßnahmen, die den Charakter einer Investition inhaltlich in einem wesentlichen Punkt ändern, fallen damit nicht unter den Begriff einer bloßen Modalität im Sinne der Keck-Formel. Nach der Auffassung *Schürmanns* ist insbesondere der mitgliedstaatliche Eingriff in die gesellschaftsinterne Willensbildung ein Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit, der nicht mehr unter den Begriff der bloßen Modalität im Sinne der "Keck"-Rechtsprechung fällt.⁷¹⁹ Die steuerliche Umqualifizierung von Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen gemäß § 8a KStG dürfte in diesem Zusammenhang keine bloße Modalität mehr darstellen: In die durch die Gesellschafter getroffene Entscheidung zur Finanzierung mit Gesellschafter-Fremdkapital wird durch die steuerliche Umqualifizierung eingegriffen.

⁷¹⁵ Vgl. Köhler, DStR 2007, S. 597 (597); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (528).

⁷¹⁶ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1055, Rn. 2799.

⁷¹⁷ Vgl. EuGH Ur. v. 13.5.2003, C-463/00, Rs. „Goldene Aktien IV (Kommission/Spanien)“, Slg. 2003, I-4581 (4631), Rn. 59; EuGH Ur. v. 13.5.2003, Rs. „Goldene Aktien V (Kommission/Vereinigtes Königreich)“, C-98/01, Slg. 2003, I-4641 (4662), Rn. 45; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1055, Rn. 2799.

⁷¹⁸ Vgl. Fischer, Europarecht A, S. 307, Rn. 17.

⁷¹⁹ Vgl. Schürmann in Lenz/Borhardt, EUV/EGV, Art. 56 EGV, Rn. 18.

Das Betriebsausgabenabzugsverbot für Fremdkapitalvergütungen im Rahmen der Zinsschranke des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 betrifft zunächst nur die steuerliche Behandlung von Zinsaufwand beim inländischen Darlehensnehmer. Die Nichtabzugsfähigkeit von Zinsaufwand macht die Aufnahme von Großkrediten bei Gesellschaftern oder Dritten,⁷²⁰ etwa gegenüber einer Eigenkapitalfinanzierung weniger attraktiv. Sie hat hierdurch auch Auswirkungen auf die Absatzfähigkeit von Großkrediten am Inlandsmarkt.⁷²¹ Die Zinsschranke ist in diesem Sinn bereits keine Modalität im Sinn der EuGH-Rechtsprechung, da sie nicht beim Anbieter, sondern beim Abnehmer des Kapitals ansetzt.

(4) Unterschiedslose Absatzbetroffenheit durch die Modalität

Das Merkmal der Verkaufsmodalität wird um den Aspekt der unterschiedslosen Absatzbetroffenheit ergänzt. Eine nicht der Kapitalverkehrsfreiheit unterliegende Modalität liegt nur vor, wenn diese Modalität den Absatz der Leistung des grenzüberschreitenden Anbieters im gleichen Maße betrifft wie den Absatz des inländischen Anbieters. Nach obiger Einschätzung ist bei § 8a KStG sowie der Zinsschranke bereits eine Modalität zu verneinen.⁷²²

d) Kriterium der geminderten Attraktivität im Bereich der Freiheitsrechte

aa) Grundsätzliches

Statt der Erfassung europarechtsrelevanter Marktzugangsschwernisse durch die "Dassonville"-Formel leiten Teile der Literatur europarechtsrelevante Beschränkungen anhand einer *geminderten Attraktivität* ab.⁷²³ Der Begriff der *geminderten Attraktivität* wird vom EuGH regelmäßig zur Begründung von Verstößen gegen den Grundsatz der Inländergleichbehandlung verwen-

⁷²⁰ Die Zinsschranke erfasst grundsätzlich alle Fremdkapitalvergütungen, unabhängig davon, ob eine gesellschaftsrechtliche Verbindung zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer besteht.

⁷²¹ Darlehensgeber sind in diesem Zusammenhang als Anbieter von Kapital in Form von Darlehen, Darlehensnehmer als Abnehmer von Kapital zu sehen.

⁷²² Siehe unter Punkt D.II.4.c)ff)(3).

⁷²³ Vgl. Wagner, DStZ 2004, S. 185, (188); Körner, IStR 2004, S. 253 (260).

det.⁷²⁴ Teile der Literatur ziehen den Begriff der *geminderten Attraktivität* darüber hinaus auch heran, wenn die Kapitalverkehrsfreiheit als Freiheitsrecht betroffen ist.⁷²⁵ Mit dem Hinweis auf eine *geminderte Attraktivität* für grenzüberschreitende Gesellschafter-Fremdfinanzierungen wird ein Verstoß der steuerlichen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln gegen den Freiheitsgehalt der Kapitalverkehrsfreiheit angenommen.⁷²⁶ Soweit sich hierbei auf das Urteil in der Rs. "Lankhorst-Hohorst"⁷²⁷ berufen wird,⁷²⁸ ist dies jedoch nicht unproblematisch. Denn in der Rs. "Lankhorst-Hohorst" wurde ein Verstoß gegen eine Grundfreiheit als *Gleichheitsrecht* festgestellt, da der streitgegenständliche § 8a KStG in der von 1996 bis 1998 geltenden Fassung ausländische Darlehensgeber diskriminierte.⁷²⁹ Die Kapitalverkehrsfreiheit als Freiheitsrecht wurde mit dieser EuGH-Entscheidung dagegen nicht angesprochen.

Soweit der EuGH den Begriff der *geminderten Attraktivität* verwendet, nimmt er ausdrücklich⁷³⁰ oder in seiner weiteren Begründung⁷³¹ einen Vergleich mit rein inländischen Sachverhalten vor. Somit besteht bei der Verwendung des Begriffs der *geminderten Attraktivität* immer ein unmittelbarer oder mittelbarer Zusammenhang mit einer Diskriminierungsprüfung. Dies

⁷²⁴ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2006, C-446/04, Rs. „Test Claimants in the FII Group Litigation“, IStR 2007, S. 69, Rn. 64; EuGH Urt. v. 19.1.2006, C-265/04, Rs. „Bouanich“, Slg. 2006, I-945 (956), Rn. 34; EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-253/03, Rs. „CLT-UFA“, Slg. 2006, I-1863 (1868), Rn. 17; EuGH Urt. v. 14.12.2006, C-170/05, Rs. „Denkavit“, IStR 2007, S. 62, Rn. 30; EuGH Urt. v. 15.7.2004, C-315/02, Rs. „Lenz“, Slg. 2004, I-7063 (7089), Rn. 21; EuGH Urt. v. 7.9.2004, C-319/02, Rs. „Manninen“, Slg. 2004, I-7477 (7506), Rn. 23; EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11779 (11811), Rn. 32; EuGH Urt. v. 15.6.2004, C-242/03, Rs. „Weidert und Paulus“, Slg. 2004, I-7379 (7398), Rn. 14.

⁷²⁵ Vgl. Wagner, DStZ 2004, 185, (188); Oechsler, NZG 2007, S. 161 (162); Körner, IStR 2004, S. 251 (260).

⁷²⁶ Vgl. Körner, IStR 2004, S. 251 (260).

⁷²⁷ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11779 (11811), Rn. 32.

⁷²⁸ Vgl. Körner, IStR 2004, S. 251 (260).

⁷²⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11779 (11811), Rn. 31.

⁷³⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 19.1.2006, C-265/04, Rs. „Bouanich“, Slg. 2006, I-945 (956), Rn. 34; EuGH Urt. v. 7.9.2004, C-319/02, Rs. „Manninen“, Slg. 2004, I-7477 (7506), Rn. 23; EuGH Urt. v. 15.6.2004, C-242/03, Rs. „Weidert und Paulus“, Slg. 2004, I-7379 (7398), Rn. 14.

⁷³¹ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2006, C-446/04, Rs. „Test Claimants in the FII Group Litigation“, IStR 2007, S. 69, Rn. 64; EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-253/03, Rs. „CLT-UFA“, Slg. 2006, I-1863 (1868), Rn. 17; EuGH Urt. v. 14.12.2006, C-170/05, Rs. „Denkavit“, IStR 2007, S. 62, Rn. 30; Urt. v. 15.7.2004, C-315/02, Rs. „Lenz“, Slg. 2004, I-7063 (7089), Rn. 21; EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11779 (11811), Rn. 32.

legt den Schluss nahe, dass in der EuGH-Rechtsprechung dem Begriff der *geminderten Attraktivität* im Bereich der Freiheitsrechte keine maßgebliche Rolle zukommt. Wenn die Freiheitsausübung "weniger attraktiv" sein soll, setzt dies einen Vergleichssachverhalt voraus; die Formulierung spricht damit die Gleichheitskomponente und folglich das Diskriminierungsverbot, nicht aber den Freiheitsaspekt an.⁷³² Gegen die Anwendung des Begriffs zum Nachweis einer Beschränkung des Freiheitsaspekts der Grundfreiheiten des EGV sprechen zudem weitere inhaltliche Gründe. Diese sollen im nachfolgenden Abschnitt näher dargestellt werden.

bb) Attraktivität von Investitionsalternativen

(1) Zulässige Investitionsalternativen

Die Begründung einer Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit aufgrund einer geminderten Attraktivität setzt einen relativen Bezugspunkt voraus. Es ist zu fragen, gegenüber welchem Vergleichssachverhalt die Besteuerungsnorm eine Verminderung der Attraktivität verursachen soll.

Eine geminderte Attraktivität bei *Diskriminierungsverboten* wird durch den Vergleich von rein inländischen mit grenzüberschreitenden Sachverhalten ermittelt; im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit erfolgt dies durch den Vergleich von zwei Investitionsalternativen. Im Rahmen des *Beschränkungsverbot*, das den Zutritt zu Inlandsmärkten gewährleistet, könnte für ausländische Darlehensgeber nur die Alternative "Grenzüberschreitende Investition im Inland" mit der Alternative "Nichtinvestition im Inland" verglichen werden. Der Vergleich "Grenzüberschreitende Investition im Inland" mit einer ausschließlich im Ausland erfolgenden Investition ist nur betriebswirtschaftlich, nicht aber im Rahmen des europarechtlichen Beschränkungsverbot zulässig. Denn die steuerlichen Belastungsunterschiede zwischen den einzelnen EU-Mitgliedstaaten für jeweils rein inländische Finanzierungssachverhalte stellen keine europarechtsrelevanten Beeinträchtigungen dar. Die steuertarifliche Belastung rein inländischer Wirtschaftsvorgänge in den verschie-

⁷³² Vgl. Cordewener, Grundfreiheiten, S. 292.

denen EU-Mitgliedstaaten ist Teil des im europäischen Binnenmarkt gewollten Wettbewerbs der Steuersysteme.⁷³³

(2) Investitionsalternativen des ausländischen Darlehensgebers

Der für den ausländischen Darlehensgeber europarechtlich zulässige steuerliche Belastungsvergleich der "Grenzüberschreitenden Investition im Inland" mit der "Nichtinvestition im Inland"⁷³⁴ wird immer dazu führen, dass die erste Alternative steuerliche Belastungen verursacht, während die Nichtinvestition konsequenterweise ebenfalls keine steuerlichen Belastungen mit sich bringt. Da gemäß EuGH die isolierte steuerliche Belastung einer Investition als Kriterium einer Beeinträchtigung herangezogen werden kann,⁷³⁵ würde sich die grenzüberschreitende Inlandsinvestition des ausländischen Darlehensgebers regelmäßig europarechtlich als "weniger attraktiv"⁷³⁶ darstellen, obwohl sie auch auf europarechtlich zulässige Belastungsunterschiede der verschiedenen Steuersysteme der EU-Mitgliedstaaten zurückgehen kann. Das Kriterium der geminderten Attraktivität ist damit nicht zum Nachweis einer Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit als Freiheitsrecht geeignet; bei der Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit als Gleichheitsrecht kommt dem Kriterium der geminderten Attraktivität gleichwohl eine ungeschmälerete Bedeutung zu.⁷³⁷

⁷³³ Die unterschiedliche Tarifbelastung der Unternehmensgewinne durch die einzelnen EU-Mitgliedstaaten stellt eine der Hauptursachen für steuerliche Belastungsgefälle innerhalb der EU dar. Für sich genommen würde deshalb eine Harmonisierung des Körperschaftsteuersatzes ganz wesentlich zum Abbau von Verzerrungen bei Standort-, Investitions- und Finanzierungsentscheidungen von Kapitalgesellschaften beitragen. Damit würde jedoch ein zentrales Element nationaler Steuersouveränität aufgegeben; deshalb und auch mit Blick auf das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 EGV) wird eine Harmonisierung der Körperschaftsteuersätze zumindest derzeit nicht angestrebt; vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament: Der Beitrag der Steuer- und Zollpolitik zur Lissabon-Strategie, KOM (2005) 532 endg. v. 25.10.2005, S. 6; Schön, GmbHStB 2006, S. 9 (11); SA des Generalanwalts Geelhoed v. 23.2.2006 in der Rs. „Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation“, C-374/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 44 und Rn. 45; SA des Generalanwalts Léger v. 2.5.2006 in der Rs. „Cadbury Schweppes“, C-196/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 55.

⁷³⁴ Die „Nichtinvestition“ entspricht im Rahmen einer steuerlichen Investitionsrechnung dem Projekt Null; vgl. Kruschwitz, Investitionsrechnung, S. 138.

⁷³⁵ Vgl. EuGH Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, Rs. „Cadbury Schweppes“, DStR 2006, S. 441, Rn. 45; Sedemund, BB 2006, S. 2118 (2119); Hornig, PStB 2007, S. 215 (215 f.).

⁷³⁶ Die ausdrückliche Differenzierung der Attraktivität in eine europarechtliche und eine betriebswirtschaftliche Attraktivität erfolgt zu Klarstellungszwecken. Das unverzinsliche „Stehenlassen“ von Kapital ist gegenüber einer Investition, die den Zinsertrag nicht vollständig wegsteuert, regelmäßig (betriebswirtschaftlich) nicht attraktiver.

⁷³⁷ Zum Begriff der Attraktivität im Rahmen des Diskriminierungsverbots siehe oben unter Punkt D.II.3.b).

(3) Investitionsalternativen des inländischen Darlehensgebers

Die Bedeutung des Kriteriums der geminderten Attraktivität bei der Kapitalverkehrsfreiheit als *Freiheitsrecht* stellt sich auch für den gleichfalls europarechtlich relevanten Out-bound-Fall, wenn also wesentlich beteiligte inländische Unternehmen Darlehen in andere EU-Mitgliedstaaten oder in Drittstaaten vergeben. Auch hier verbleibt bei einem steuerlichen Belastungsvergleich lediglich das europarechtsrelevante Vergleichspaar der "grenzüberschreitenden Investition im Ausland" und der "Nichtinvestition", die aus den bereits oben dargestellten Gründen immer zu einer geminderten (europarechtlichen) Attraktivität der Alternative "grenzüberschreitende Investition im Ausland" führen würde. Das Kriterium der *geminderten Attraktivität* ist damit auch im Fall eines inländischen Darlehensgebers nicht zur Feststellung einer Freiheitsbeschränkung geeignet.

e) Zwischenergebnis zur Erfassung von Marktzugangschwernissen

Die Untersuchung der Kapitalverkehrsfreiheit in der Funktion als Beschränkungsverbot hatte im ersten Untersuchungsschritt die Analyse des Inhalts des Beschränkungsverbot zum Gegenstand. Davon ausgehend, dass das Beschränkungsverbot nur vor den steuerlichen Maßnahmen schützen soll, die spezifisch den Marktzutritt über die Grenze erschweren,⁷³⁸ wurden zwei Modelle untersucht, mit denen diese spezifischen Marktzugangschwernisse erfasst werden könnten. Dies war zum einen die Herleitung einer Freiheitsbeschränkung durch den Begriff der *geminderten Attraktivität*⁷³⁹ und zum anderen der Rückgriff auf die zur Warenverkehrsfreiheit entwickelte "Dassonville"-Formel.⁷⁴⁰ Die Untersuchung zum Begriff der *geminderten Attraktivität* hat ergeben, dass bei diesem Ansatz die Tendenz besteht, vorschnell eine europarechtsrelevante Freiheitsbeschränkung durch Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln anzunehmen.⁷⁴¹ Durch dieses Ergebnis wird die Bedeutung des Begriffs der geminderten Attraktivität bei der Feststellung von Diskri-

⁷³⁸ Siehe oben unter Punkt D.II.4.b)bb).

⁷³⁹ Siehe oben unter Punkt D.II.4.d).

⁷⁴⁰ Siehe oben unter Punkt D.II.4.c).

⁷⁴¹ Zu dieser Kritik an einem absoluten Beschränkungsverbot im Bereich der direkten Steuern siehe: Reimer in: Kokott/Lehner, Grundfreiheiten, S. 57 ff.; Cordewener, Grundfreiheiten, S. 846.

minierungen, bei dem ein Vergleich zwischen zwei Sachverhalten vorgenommen wird, nicht geschmälert.⁷⁴² Demgegenüber kann mit der "Dassonville"-Formel an eine anerkannte Begründungssystematik aus der mit der Kapitalverkehrsfreiheit vergleichbaren Warenverkehrsfreiheit angeknüpft werden, mit der sich die spezifischen Marktzugangsschwernisse durch steuerliche Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln erfassen lassen.

5. Schutz des rein inländischen Kapitalverkehrs

a) Rechtsprechung des EuGH und BFH

Die Diskriminierungsverbote des EGV streben eine Gleichbehandlung grenzüberschreitender mit inländischen Wirtschaftstätigkeiten an, während Beschränkungsverbote Freiheiten für grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeiten gewähren sollen. Die Schlechterstellungen der rein inländischen Wirtschaftstätigkeit gegenüber grenzüberschreitenden Sachverhalten, die so genannte Inländerdiskriminierung, verbieten die Grundfreiheiten des EGV grundsätzlich nicht. Ausgehend von den Vorgaben des EGV verneint der EuGH⁷⁴³ sowie ausdrücklich für steuerliche Sachverhalte der BFH⁷⁴⁴ die Anwendung der Grundfreiheiten auf rein inländische Sachverhalte.

b) Auffassungen in der Literatur

Nach Auffassung von Schön ist der Bürger vor der so genannten Inländerdiskriminierung, bei der der reine Inlandsfall gegenüber dem grenzüberschreitenden Sachverhalt benachteiligt wird, nicht geschützt.⁷⁴⁵ Die Fokussierung des Rechtsschutzsystems auf grenzüberschreitende Sachverhalte und die damit einhergehende Vernachlässigung des reinen Inländerschutzes steht jedoch in der Kritik.⁷⁴⁶ Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass sich Auswirkungen der Grundfreiheiten auf rein inländische Finanzierungssachverhalte ergeben können, wenn bei der Umsetzung von EU-Richtlinien in nationale Gesetze grenzüberschreitende und rein inländische Sachverhalte gleich geregelt werden. Die Auslegung der Normen für die Anwendung auf den grenz-

⁷⁴² Siehe hierzu oben unter Punkt D.II.3.b).

⁷⁴³ Vgl. EuGH Urte. v. 26.1.1993, C-112/91, Rs. „Werner“, Slg. 1993, I-429 (470), Rn. 16; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 172, Rn. 455.

⁷⁴⁴ BFH Urte. v. 22.7.2003, BStBl. II 2003, S. 851 (852).

⁷⁴⁵ Vgl. Schön, GmbH-StB 2006, S. 9 (11); Geiger, EUV/EGV, Art. 12 EGV, Rn. 3; Birk in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, § 2 AO, Rn. 181.

⁷⁴⁶ Vgl. Roser, EStB 2006, S. 116 (118); Kanzler, FR 2003, S. 1192 (1192).

überschreitenden und den rein inländischen Sachverhalt sei in diesen Fällen untrennbar miteinander verknüpft. Die Auslegung des grenzüberschreitenden Sachverhaltes durch den EuGH müsse zwecks Vermeidung einer gespaltenen Auslegung dann auch Geltung für rein inländische Sachverhalte entfalten.⁷⁴⁷ Dies sei etwa bei § 8b Abs. 5 KStG der Fall, da hier der Gesetzgeber ein Wahlrecht aus Art. 4 Abs. 2 der Mutter-Tochter-Richtlinie ausgeübt habe.

c) Eigene Stellungnahme

Zwar hat der EuGH bereits mit der Rs. "ICI"⁷⁴⁸ festgestellt, dass eine Anknüpfung an ein grenzüberschreitendes Tatbestandselement ausreicht, um die betroffene Regelung einer EU-rechtlichen Überprüfung zu unterziehen.⁷⁴⁹ Dies setzt jedoch noch immer voraus, dass zumindest der verfahrensgegenständliche reale Lebenssachverhalt ein grenzüberschreitendes Element aufweisen muss. Solange nicht ein realer grenzüberschreitender Sachverhalt beeinträchtigt ist, liegt keine europarechtsrelevante Beeinträchtigung von Grundfreiheiten des EGV vor;⁷⁵⁰ die von *Thömmes* angeführte ungleiche Anwendung derselben Norm kann jedoch einen Verstoß gegen das nationale Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG darstellen.⁷⁵¹ Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass nach der hier vertretenen Auffassung der rein im Inland erfolgende Kapitalverkehr nicht vom EGV geschützt ist: Eine Schlechterstellung oder eine Beschränkung rein inländischer Gesellschafter-Fremdfinanzierungsstrukturen wäre vom EGV nicht erfasst.

6. Zusammenfassung zur Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit

Im Abschnitt D.II.2. wurden zunächst die Kriterien zur Bildung von Vergleichs- und Fallgruppen insbesondere die Einbeziehung der körperschaftsteuerlichen Organschaft und der Anteilseignerbesteuerung erarbeitet.

⁷⁴⁷ Vgl. Thömmes, IStR 2005, S. 684 (691).

⁷⁴⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 16.7.1998, Rs. „ICI“, C-264/96, Slg. 1998, I-4695 (4722), Rn. 23 und Rn. 24.

⁷⁴⁹ Vgl. Kessler/Eicker/Obser, IStR 2005, S. 658 (667).

⁷⁵⁰ Die gleiche Auffassung vertritt die Generalanwaltschaft des EuGH. Dies hindert sie nicht, die Belastungen für rein inländische Gesellschafter-Fremdfinanzierungen zu kritisieren, die nach der Ausweitung der Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln auf reine Inlandssachverhalte entstanden sind: SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 68.

⁷⁵¹ Vgl. Bullinger, IStR 2005, S. 370 (370 f.); ablehnend Birk in: Hübschmann/ Hepp/Spietaler, AO, § 2 AO, Rn. 181.

Anschließend erfolgte eine Erörterung der Kapitalverkehrsfreiheit in ihrer Funktion als Diskriminierungsverbot (D.II.3) und als Beschränkungsverbot (D.II.4) für Ausländer. Schließlich musste trotz der beachtenswerten Argumentation von *Thömmes* aufgrund der bisherigen EuGH-Rechtsprechung die Zulässigkeit einer Inländerdiskriminierung bejaht werden (D.II.5). Auf dieser Basis lassen sich erste Aussagen zu den Anforderungen einer europarechtskonformen Behandlung der Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln treffen.

Im Falle eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsgebot des EGV kann eine europarechtskonforme Regelung der steuerlichen Gesellschafter-Fremdfinanzierung hergestellt werden, indem rechtlich und wirtschaftlich eine Gleich- oder Besserstellung von EU-Binnensachverhalten gegenüber rein inländischen Finanzierungssachverhalten erfolgt. Hierfür ist die Gleichstellung in- und ausländischer Finanzierungssachverhalte im Rahmen des § 8a Abs. 1 KStG durch das Korb II-Gesetz⁷⁵² angesichts des Regelungszusammenhangs der §§ 8a, 8b KStG sowie der für Inländer bestehenden Möglichkeit, durch Eingehung einer körperschaftsteuerlichen Organschaft nachteilige Folgen des § 8a KStG zu vermeiden, jedoch nicht ausreichend. Gleiches gilt für die Zinsschranke der Unternehmensteuerreform 2008, die mit § 15 Nr. 3 KStG 2008 gleichfalls in Organschaftsfällen das Betriebsausgabenabzugsverbot für Zinsaufwendungen auf der Ebene der Organgesellschaft aussetzt.

III. Rechtfertigung von Beeinträchtigungen durch Art. 57 Abs. 1 EGV

1. Einführung

Die auch als Stillhalteklausele bezeichnete Regelung des Art. 57 Abs. 1 EGV sieht vor, dass Beschränkungen des Kapitalverkehrs in Bezug auf Drittstaaten zulässig sind, wenn sie am 31.12.1993 aufgrund einzelstaatlicher Rechtsvorschriften für den Kapitalverkehr mit Drittstaaten im Zusammenhang mit Direktinvestitionen oder der Niederlassung im Drittstaat bestanden haben. Somit besteht ein spezieller Rechtfertigungsgrund zur Beschränkung des Kapitalverkehrs im Verhältnis zu Drittstaaten.⁷⁵³

⁷⁵² BGBl. I 2003, S. 2840 (2841 ff.).

⁷⁵³ Art. 57 Abs. 1 EGV wird auch als stand-still-Klausel oder Unberührtheitsklausel bezeichnet, Grabitz/Hilf, Art. 57 EGV, Rn. 14; gebräuchlich sind auch die Bezeichnungen

2. Räumlicher Geltungsbereich

Die Stillstandsklausel betrifft das Verhältnis der einzelnen EU-Mitgliedstaaten zu Drittstaaten. Beschränkungen des Kapitalverkehrs im Verhältnis zu anderen EU-Mitgliedstaaten können nicht durch Art. 57 Abs. 1 EGV gerechtfertigt werden.⁷⁵⁴ Gleiches gilt für Kapitalverkehrsbeschränkungen der EU-Mitgliedstaaten im Verhältnis zu EWR-Staaten, da der Begriff des Drittstaats aus Art. 57 EGV der Definition des Art. 56 Abs. 1 EGV folgt und die EWR-Staaten im Rahmen des Art. 56 EGV nicht als Drittstaaten anzusehen sind.⁷⁵⁵

3. Sachlicher Geltungsbereich

a) Bezug auf die Kapitalverkehrsfreiheit

Art. 57 Abs. 1 EGV bezieht sich lediglich auf die Kapitalverkehrsfreiheit; die Zahlungsverkehrsfreiheit wird nach ganz überwiegender Meinung nicht von dieser Klausel erfasst.⁷⁵⁶

b) Bezug auf Direktinvestitionen

Die Stillhalteklausele bezieht sich ausdrücklich auf Beschränkungen, die im Zusammenhang mit Direktinvestitionen stehen.⁷⁵⁷ Direktinvestitionen in Form von Unternehmensbeteiligungen liegen gemäß den Rubriken I und III des Anhangs zur Kapitalverkehrsrichtlinie vor,⁷⁵⁸ wenn die Möglichkeit der tatsächlichen Beteiligung an der Verwaltung einer Gesellschaft und deren Kontrolle aufgrund eigener Anteile gegeben ist.⁷⁵⁹ Portfolio-Investitionen, die keine Kontrollmehrheit vermitteln, unterliegen nicht der Stillhalteklausele und können nur nach allgemeinen Rechtfertigungsgründen eingeschränkt werden.⁷⁶⁰ Fraglich ist, ob § 8a KStG sowie die Zinsschranke der Unterneh-

Bestandsklausel oder Reziprokklausel; vgl. Follak in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, F.II, Rn. 11.

⁷⁵⁴ Vgl. Ress/Ukrow in: Grabitz/Hilf, Art. 57 EGV, Rn. 14.

⁷⁵⁵ Vgl. EuGH Urt. v. 23.9.2003, C-452/01, Rs. „Ospelt und Schlössle Weissenberg“, Slg. 2003, I-9743.

⁷⁵⁶ Vgl. Ress/Ukrow in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 57, Rn. 1.

⁷⁵⁷ Vgl. Schönfeld, IStR 2005, S. 410 (414).

⁷⁵⁸ Kapitalverkehrsrichtlinie RL 88/361, Anhang I Rubrik I, ABl. EG 1988 Nr. L 178/5; Schürmann in: Lenz/Borchardt, EUV/EGV, Art. 56 EGV, Rn. 3.

⁷⁵⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 13.4.2000, Rs. „Baars“, C-251/98, Slg. 2000, I-2805 (2814), Rn. 20.

⁷⁶⁰ Vgl. Röhrbein/Eicker, BB 2005, S. 465 (470); Schnitger, IStR 2005, S. 493 (503); Ress/Ukrow in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 57, Rn. 7; Ohler, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 57, Rn. 3.

mensteuerreform 2008 in diesem Sinn eine Beschränkung von Direktinvestitionen darstellen.

Soweit die Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach § 8a KStG eine wesentliche Beteiligung im Sinne des § 8a Abs. 3 S. 1 KStG voraussetzt, greift die Steuernorm bereits in Fällen fehlender Stimmrechtsmehrheit, d.h. auch bei Portfolio-Investitionen. Der Begriff der Beherrschung aus § 8a Abs. 3 S. 3 KStG schließt gleichfalls Portfolio-Investitionen nicht aus, da die Beherrschung auch durch Zusammenwirken mehrerer Portfolio-Anteilseigner vorliegen kann (§ 8a Abs. 3 S. 3 Alternative 2 KStG). Die Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach § 8a KStG ist bei einer abstrakten Betrachtungsweise⁷⁶¹ bereits aufgrund dieser Tatbestandsanknüpfungen keine Norm, die ausschließlich Direktinvestitionen beschränkt.⁷⁶² Es schließt sich die Frage an, ob eine solche Norm, die abstrakt geeignet ist, sowohl auf Direktinvestitionen als auch auf Portfolioinvestitionen beschränkend zu wirken, unter die Stillstandsklausel des Art. 57 EGV fällt. Im Sinne eines weitgehenden Grundfreiheitsschutzes durch den EGV ist eine Anwendung der Klausel auf solche Normen eher zu verneinen als zu bejahen.⁷⁶³

Stellt man auf eine konkrete Betrachtungsweise der Norm ab, ergibt sich abhängig von der Lösung der Anwendungskonkurrenz zwischen der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit folgendes Bild.

- Wird in Drittstaatsachverhalten, in denen eine Kontrollmehrheit gegeben ist, eine sachliche Anwendungskonkurrenz zwischen Kapitalverkehrsfreiheit und Niederlassungsfreiheit dahingehend gelöst, dass die Niederlassungsfreiheit vorrangig oder ausschließlich anzuwenden ist,⁷⁶⁴ stellt sich die Frage der Stillstandsklausel nicht, da die Klausel nur bei

⁷⁶¹ Vgl. Schönfeld, IStR 2005, S. 410 (411 ff.).

⁷⁶² Vgl. Schönfeld, IStR 2005, S. 410 (414).

⁷⁶³ Richtigerweise sind die Grundfreiheiten des EGV auf den Schutz und die Gleichstellung von wirtschaftlichen Sachverhalten zwischen den EU-Mitgliedstaaten ausgerichtet und haben nur ausnahmsweise Drittstaatsachverhalte zum Gegenstand. Bei Normen, die wie Art. 57 EGV den Schutz von Drittstaatsachverhalten betreffen, kann daher der europarechtliche Auslegungsgrundsatz des „*effet utile*“ Einschränkungen unterliegen; zur erweiterten Auslegung von Rechtfertigungsgründen im Zusammenhang mit Drittstaatsachverhalten vgl. auch Schnitger, IStR 2005, S. 493 (494).

⁷⁶⁴ Siehe oben unter Punkt C.I.2.b)gg(3).

der Kapitalverkehrsfreiheit zu beachten wäre, im Rahmen der Niederlassungsfreiheit jedoch keine Anwendung findet.

- Wird die Anwendungskonkurrenz dahingehend gelöst, dass die Kapitalverkehrsfreiheit (kumulativ) anzuwenden ist,⁷⁶⁵ unterliegt dieser Sachverhalt einer stimmrechtsmehrheitsvermittelnden Direktinvestition der Stillstandsklausel.
- Ist aufgrund einer Portfolio-Investition in einem Drittstaat ausschließlich die Kapitalverkehrsfreiheit anwendbar,⁷⁶⁶ unterliegt sie wegen der konkret nicht gegebenen Kontrollmehrheit auch nicht der Stillstandsklausel des Art. 57 EGV, die mit dem Tatbestandsmerkmal der Direktinvestition eine solche Kontrollmehrheit voraussetzt.

In der Rs. "Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation" hat der EuGH die Frage, ob eine konkrete oder abstrakte Betrachtungsweise zugrunde zu legen ist, dahingehend gelöst, dass im Zweifel Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit kumulativ zur Anwendung kommen.⁷⁶⁷

Der Grundtatbestand der Zinsschranke gemäß § 4h EStG 2008, § 8a KStG 2008 weist keine beteiligungsbezogene Schwelle für eine Anwendung des Abzugsverbotes für Zinsaufwand auf. Der Grundtatbestand der Zinsschranke erfasst grundsätzlich beteiligungsunabhängig alle Darlehensverhältnisse einer fremdfinanzierten Kapitalgesellschaft.⁷⁶⁸ Insofern handelt es sich bei der Zinsschranke der Unternehmensteuerreform 2008 um eine Norm, die abstrakt geeignet ist, sowohl auf Direktinvestitionen als auch auf Portfolioinvestitionen beschränkend zu wirken. Soweit in § 8a KStG 2008 Beteiligungsschwellen für eine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung bestehen, beziehen diese sich lediglich auf die Dispens-Klauseln der Zinsschranke, nicht aber auf den Grundtatbestand der Regelung. Wie bei § 8a KStG i.d.F. des JStG 2007

⁷⁶⁵ Siehe oben unter Punkt C.I.2.b)gg(3).

⁷⁶⁶ Siehe oben unter Punkt C.I.2.b)gg(3).

⁷⁶⁷ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2006, C-374/04, Rs. „Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 40.

⁷⁶⁸ Vgl. Dörfler/Vogl, BB 2007, S. 1084 (1084); Hallerbach, StuB 2007, S. 289 (289); Töben/Fischer, BB 2007, S. 974 (974); Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (2); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (525).

dürfte die Zinsschranke damit als nicht spezifisch Direktinvestitionen regelnde Norm nicht unter die Klausel aus Art. 57 EGV fallen und folglich von ihr nicht eingeschränkt werden.

c) Bezug auf Drittstaatsverhältnisse

Unklar ist, ob Art. 57 Abs. 1 EGV einen Bestandsschutz für alle den Kapitalverkehr unmittelbar oder mittelbar betreffenden Maßnahmen gewährt oder ob nur solche Maßnahmen erfasst sein sollen, die ausschließlich und konkret den Kapitalverkehr mit Drittstaaten zum Gegenstand haben.⁷⁶⁹ *Ohler* spricht sich unter Hinweis auf den spezifischen Wortlaut der Stillstandsklausel für eine solche enge Auslegung aus.⁷⁷⁰ Teilweise wird kritisiert, durch eine solche enge Auslegung würde die Stillstandsklausel im Bereich der Besteuerungsnormen weitgehend leer laufen.⁷⁷¹ Allerdings bestehen etwa mit § 23 UmwStG 2002⁷⁷², § 1a EStG, § 43b EStG sowie § 50g EStG durchaus nationale Besteuerungsnormen, die bereits entsprechend den Kriterien der Stillstandsklausel ausdrücklich zwischen EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten differenzieren. Die Regelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch § 8a Abs. 1 KStG mit ihrer formalen Gleichstellung von in- und ausländischen Sachverhalten ist dagegen keine spezifische auf den Kapitalverkehr mit Drittstaaten bezogene Regelung. Gleiches gilt für die Zinsschranke, bei der die Betriebsausgabenabzugsbeschränkung für Zinsaufwendungen gleichfalls nicht danach differenziert, ob die Zinszahlungen an Darlehensgeber in anderen EU-Mitgliedstaaten oder Drittstaaten fließen.

d) Kein Ausschluss durch den speziellen Steuervorbehalt

Art. 57 EGV kann dem Grundsatz nach auf Maßnahmen aus dem steuerlichen Bereich angewendet werden. Der spezielle Steuervorbehalt aus Art. 58 EGV schließt nicht aus, dass allgemeine Rechtfertigungsgründe auch bei steuerlichen Maßnahmen Anwendung finden können.⁷⁷³ Art. 58 Abs. 3 EGV, über den die allgemeine Rechtfertigungsdogmatik des EuGH zum Tragen

⁷⁶⁹ Vgl. Peters/Gooijer, *European Taxation* 2005, page 475 (477).

⁷⁷⁰ Vgl. *Ohler*, *Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit*, Art. 57, Rn. 3; Smit, *EC Tax Review* 2006/4, page 203 (206).

⁷⁷¹ Vgl. *Kessler/Eicker/Obser*, *IStr* 2005, S. 658 (666).

⁷⁷² *BGBI. I* 2002, S. 4133, berichtigt durch: *BGBI. I* 2003, S. 738.

⁷⁷³ Vgl. *BFH Vorlagebeschluss v. 22.8.2006*, *IStr* 2006, S. 862 (863); kritisch: *Rehm/Nagler*, *IStr* 2006, S. 859 (861).

kommt,⁷⁷⁴ macht deutlich, dass die spezielle steuerliche Vorbehaltsklausel andere Rechtfertigungsgründe nicht ausschließen oder verdrängen soll.⁷⁷⁵

4. Zeitlicher Geltungsbereich

a) Stichtagsregelung des Art. 57 Abs. 1 EGV

Art. 57 Abs. 1 EGV sieht mit dem 31.12.1993 einen ausdrücklichen Stichtag für Regelungen vor, die unberührt von der Liberalisierung des Kapitalverkehrs weiterhin Geltung beanspruchen können. Der Steuervorbehalt aus Art. 58 EGV beinhaltet demgegenüber keine ausdrückliche Stichtagsregelung. Für ihn gilt jedoch eine Erklärung der EU-Mitgliedstaaten in der Schlussakte zum Maastrichtvertrag, die wie die Stillstandsklausel des Art. 57 Abs. 1 EGV auf das Bestehen von Regelungen zum 31.12.1993 Bezug nimmt.⁷⁷⁶ Insofern werfen die Stichtagsregelungen des Art. 57 Abs. 1 EGV und des Art. 58 EGV vergleichbare Fragestellungen auf. Entscheidend ist insbesondere, ob die Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln in der Fassung des StandOG eine vor dem 31.12.1993 bestehende Regelung darstellt.

b) Rechtsentwicklung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung

Eine erste Regelung im Sinne einer steuerlichen Behandlung von Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen wurde ab 1987 auf Grundlage einer Verwaltungsanweisung angewandt.⁷⁷⁷ Im Jahr 1993 erfolgte eine gesetzliche Normierung durch das StandOG.⁷⁷⁸ Das StandOG wurde am 13.9.1993 erlassen und trat am 18.9.1993 in Kraft. Es sah erstmals für den Veranlagungszeitraum 1994 im Rahmen des neu eingeführten § 8a KStG eine Begrenzung der

⁷⁷⁴ Vgl. Schnorr, FR 2006, S. 529 (534); Kessler/Eicker/Obser, IStR 2005, S. 658 (666); Cordewener, DStR 2004, S. 6 (8); SA der Generalanwältin Kokott v. 12.2.2004, in der Rs. „Weidert und Paulus“, C-242/03, Slg. 2004, I-7379 (7387), Rn. 27; Englisch, Dividendenbesteuerung, S. 280.

⁷⁷⁵ Vgl. EuGH Urf. v. 24.5.2007, C-157/05, Rs. „Holböck“, IStR 2007, S. 441, Rn. 36.

⁷⁷⁶ Der Wortlaut der Erklärung zu Art. 73d EGV (nunmehr Art. 58 EGV), die der Schlussakte des Vertrages über die Europäische Union beigelegt wurde, lautet: „Die Konferenz bekräftigt, dass das in Artikel 73d Abs. 1 Buchstabe a des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften erwähnte Recht der EU-Mitgliedstaaten, die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, nur für die einschlägigen Vorschriften gilt, die Ende 1993 bestehen. Diese Erklärung betrifft jedoch nur den Kapital- und Zahlungsverkehr zwischen den EU-Mitgliedstaaten.“

⁷⁷⁷ Vgl. BMF-Schreiben v. 16.3.1987, BStBl. I 1987, S. 373.

⁷⁷⁸ BGBl. I 1993, S. 1569 (1576).

steuerlichen Anerkennung der Fremdfinanzierung inländischer Kapitalgesellschaften vor.⁷⁷⁹

Eine umfassende Systemänderung wurde mit dem StSenkG vom 23.10.2000⁷⁸⁰ bei der Besteuerung von Körperschaften und ihrer Anteilseigner durch die Einführung des Halbeinkünfteverfahrens vorgenommen.⁷⁸¹ Die Gesellschafter-Fremdfinanzierung knüpfte nunmehr an Vergütungen an, die im Inland nicht im Rahmen einer Veranlagung erfasst waren; zudem wurde die Freigrenze (sog. "safe haven") angepasst.

Aufgrund der "Lankhorst-Hohorst"-Entscheidung vom 12.12.2002,⁷⁸² wonach § 8a Abs. 1 Nr. 2 in der Fassung des StandOG⁷⁸³ gegen die Niederlassungsfreiheit aus Art. 43, 48 EGV verstieß, wurden die Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln mit Wirkung zum Veranlagungszeitraum 2004 durch das so genannte Korb II-Gesetz neu gefasst.⁷⁸⁴ Der Anwendungsbereich der Vorschrift erstreckt sich seither auch auf Inländer.

c) Stichtagsproblem im Fall des StandOG

Die Beschränkung durch die Rechtsvorschrift des § 8a KStG in der Fassung des StandOG⁷⁸⁵ muss am 31.12.1993 bestanden haben, wenn sie unter die Stillstandsklausel des Art. 57 Abs. 1 EGV fallen soll.⁷⁸⁶ Fraglich ist, ob eine Beschränkung durch eine Vorschrift bereits zu bejahen ist, wenn die Vorschrift in Kraft getreten ist oder ob auf den Zeitpunkt abzustellen ist, ab dem die Vorschrift anzuwenden ist. Da § 8a KStG in der Fassung des StandOG zum 18.9.1993 in Kraft getreten ist,⁷⁸⁷ die Vorschrift jedoch erstmals für den Veranlagungszeitraum 1994 anzuwenden ist, entscheidet die Beantwortung dieser Frage darüber, ob § 8a KStG in den zeitlichen Anwendungsbereich der Stillstandsklausel des Art. 57 Abs. 1 EGV fällt.

⁷⁷⁹ Vgl. Holzapfel/Köplin in: Erle/Sauter, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, § 8a KStG, Rn. 15.

⁷⁸⁰ BGBl. I 2000, S. 1433 (1433 ff.).

⁷⁸¹ Vgl. Holzapfel/Köplin in: Erle/Sauter, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, § 8a KStG, Rn. 16.

⁷⁸² Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11779.

⁷⁸³ BGBl. I 1993, S. 1569 (1576).

⁷⁸⁴ BGBl. I 2003, S. 2840 (2841).

⁷⁸⁵ BGBl. I 1993, S. 1569 (1576).

⁷⁸⁶ Vgl. Schnitger, IStR 2004, S. 635 (636).

⁷⁸⁷ BGBl. I 1993, S. 1569 (1592).

Der englische Wortlaut des Art. 57 EGV ("[...] any restrictions which exist on 31 December 1991 [...]") wurde zwar mit der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation" ausdrücklich zum Gegenstand einer EuGH-Vorlagefrage gemacht.⁷⁸⁸ Die Anfrage bezieht sich aber auf britische Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregelungen aus den Sections 209, 212 sowie den Anhang 28 AA des Income and Corporation Taxes Act aus dem Jahr 1988. Eine weiterführende Stellungnahme des EuGH zum Problem der vor dem 31.12.1993 erlassenen, aber erst ab dem 1.1.1994 anzuwendenden steuerlichen Regeln, konnte in dieser Rechtssache demnach nicht erwartet werden.

Wie der englische, stellt auch der deutsche Wortlaut des EGV auf die vor dem 31.12.1993 bestehenden *Beschränkungen* ab. Hieraus folgern *Schnitger* und *Prinz*, dass nicht der Entstehungszeitpunkt der Regelung entscheidend ist, sondern wann die Regelung ihre beschränkende Rechtswirkung gegenüber dem Normadressaten entfaltet.⁷⁸⁹ Diese beschränkende Wirkung ist im Fall des § 8a KStG in der Fassung des StandOG erst mit dessen Anwendung ab dem 1.1.1994 gegeben.⁷⁹⁰ Für die von *Schnitger* und *Prinz* vertretene Auffassung spricht zum einen die genaue Orientierung am Wortlaut des EGV. Zum anderen kann diese enge Auslegung der Stillstandsklausel darauf verweisen, dass Art. 57 EGV eine Ausnahmenvorschrift zur Grundfreiheit aus Art. 56 Abs. 1 EGV darstellt⁷⁹¹ und Restriktionen einer Grundfreiheit des EGV grundsätzlich eng auszulegen sind.⁷⁹²

Im Zusammenhang mit Art. 57 Abs. 1 EGV wird ungeachtet des deutschen und englischen Wortlautes⁷⁹³ regelmäßig darauf abgestellt, ob die Rechtsvor-

⁷⁸⁸ Vgl. Thömmes/Stricof/Nakhai, Intertax 2004, Vol. 32, Issue 3, page 126 (130); SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 29.

⁷⁸⁹ Vgl. Schnitger, IStR 2004, S. 635 (636); Prinz, FR 2005, S. 370 (371).

⁷⁹⁰ Im Ergebnis gleiche Ansicht: Kessler/Eicker/Obser, IStR 2004, S. 325 (328).

⁷⁹¹ Vgl. Ress/Ukrow in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 57, Rn. 4 und 15; Peters/Gooijer, European Taxation 2005, page 475 (477).

⁷⁹² Vgl. Smit, EC Tax Review 2006/4, page 203 (203); Thömmes/Stricof/Nakhai, Intertax 2004, Vol. 32, Issue 3, page 126 (130); Peters/Gooijer, European Taxation 2005, page 475 (477); Hey, StuW 2004, S. 193 (196).

⁷⁹³ Der EGV ist mit jeder der offiziellen Amtssprachen der Europäischen Union verbindlich. Ergeben sich aus den verschiedenen amtssprachlichen Versionen des EGV Wortlautunterschiede, bildet der EuGH zu Auslegungszwecken einen gesamteuropäischen

schrift vor dem 31.12.1993 bestanden hat.⁷⁹⁴ EuGH und EuGH-Generalanwaltschaft beziehen sich hierbei teilweise auf den Erlass oder das In-Kraft-Treten der Regelungen;⁷⁹⁵ dies betrifft allerdings Fälle, in denen auch der Anwendungszeitpunkt der jeweils fraglichen Regelung vor dem 31.12.1993 gelegen hatte und mithin kein Anlass für eine genauere Differenzierung bestand.⁷⁹⁶

Es könnte vertreten werden, dass es für die Anwendung des Art. 57 EGV ausreichend ist, wenn die Regelung bis zum 31.12.1993 als gesetzliche Regelung in Kraft war. Die Frage, wann diese Regelung in der Praxis Rechtsverbindlichkeit erzeugt, könnte ein immanenter Teil des Bestandsschutzes von Art. 57 Abs. 1 EGV sein. Dieser Bestandsschutz schützt nicht nur etwa persönliche oder sachliche, sondern auch die zeitlichen Anwendungsvoraussetzungen einer beschränkenden Norm. Damit könnte auch eine zeitlich nach dem 31.12.1993 anzuwendende Regelung des § 8a KStG von der Stillstandsklausel erfasst sein.

Dieser Argumentation kann meines Erachtens ein *zweigliedriger Regelungsbegriff* entgegengestellt werden. Eine Regelung besteht aus zwei Komponenten: der Tatbestands- und der Rechtsfolgenseite. Die Tatbestandsseite beschreibt einen Lebenssachverhalt, die Rechtsfolgenseite ordnet für diesen Sachverhalt eine Rechtsfolge an. Vor dem 31.12.1993 bestand zwar mit dem zum 18.9.1993 in Kraft getretenen § 8a KStG eine Beschreibung eines Fremdfinanzierungssachverhaltes. An diese Sachverhaltsbeschreibung war für die Zeit vor dem 31.12.1993 aber keine Rechtsfolge angeschlossen; die an den Finanzierungssachverhalt geknüpfte Rechtsfolge des § 8a KStG sollte erst für die Zeit nach dem 31.12.1993 gelten. Legt man die in dieser Arbeit vertretene Definition eines *zweigliedrigen Regelungsbegriff* zugrunde, so erfüllt § 8a KStG erst ab dem 1.1.1994 den Begriff einer Regelung, da § 8a

Wortlaut, der das Ziel der europarechtlichen Norm am wirksamsten verfolgt; vgl. zu dieser Auslegungsmethode: Lutter, JZ 1992, S. 593 (599).

⁷⁹⁴ Vgl. Kessler/Eicker/Obser, IStR 2005, S. 658 (665); Kessler/Eicker/Obser, IStR 2004, S. 325 (328); a.A. Schnitger, IStR 2004, S. 635 (636); Sedemund, BB 2006, S. 2781 (2783).

⁷⁹⁵ Vgl. Kessler/Eicker/Obser, IStR 2004, S. 325 (328).

⁷⁹⁶ Vgl. Schnitger, IStR 2004, S. 635 (636); SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 4.

KStG ab diesem Zeitpunkt sowohl die Tatbestands- als auch die erforderliche Rechtsfolgenseite aufweist. Mithin handelt es sich bei § 8a KStG in der Fassung des StandOG um eine nach dem 31.12.1993 bestehende Regelung, die nicht durch die Stillstandsklausel des Art. 57 Abs. 1 EGV privilegiert wird.

d) Stillstandsklausel bei nachfolgender Rechtsänderung

Die Anwendung des Art. 57 Abs. 1 EGV auf § 8a KStG in der Fassung des StandOG ist umstritten; die nachfolgenden Änderungen des § 8a KStG durch das StSenkG⁷⁹⁷ und das Korb II-Gesetz⁷⁹⁸ werfen die weiterführende Frage auf, ob und inwieweit nachfolgende Änderungen bei der steuerlichen Behandlung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch Art. 57 EGV privilegiert sein können.

Der EuGH geht im Fall von nach dem 31.12.1993 erfolgten Rechtsänderungen weiterhin von einer "bestehenden" Regelung im Sinne des Art. 57 Abs. 1 EGV aus, wenn die neue Vorschrift der alten inhaltlich entspricht.⁷⁹⁹ Sie muss nur in den wichtigsten Punkten mit der früheren Regelung übereinstimmen. Änderungen, die zur Abmilderung oder Beseitigung von Verstößen gegen Gemeinschaftsrecht vorgenommen wurden, schaden einer Privilegierung durch Art. 57 Abs. 1 EGV nicht. Eine neue gesetzliche Regelung, die auf einem anderen Grundgedanken beruht als die Vorgängerregelung und mit der neue Verfahren eingeführt werden, ist dagegen nicht mehr durch die Stillstandsklausel privilegiert und unterliegt dem allgemeinen Grundfreiheitschutz des EGV.⁸⁰⁰

Nach diesen Kriterien wären die Rechtsänderungen an § 8a KStG im Jahr 2003 durch das Korb II-Gesetz für die Privilegierung durch Art. 57 Abs. 1 EGV unschädlich gewesen. Die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln auf Inländer erfolgte als Reaktion

⁷⁹⁷ BGBl. I 2000, S. 1433 (1452).

⁷⁹⁸ BGBl. I 2003, S. 2840 (2841).

⁷⁹⁹ Vgl. EuGH EuGH Ur. v. 24.5.2007, C-157/05, Rs. „Holböck“, IStR 2007, S. 441, Rn. 41.

⁸⁰⁰ Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 10.4.2003 in der Rs. „Ospelt und Schlössle Weissenberg“, C-452/01, Slg. 2003, I-9743 (9758), Rn. 52; ebenso EuGH Ur. v. 1.6.1999, Rs. „Konle“, C-302/97, Slg. 1999, I-3099 (3138), Rn. 52 f.; Kessler/Eicker/Obser, IStR 2005, S. 658 (665).

auf die Entscheidung in der Rs. "Lankhorst-Hohorst"⁸⁰¹ mit der Intention, eine europarechtskonforme Gleichbehandlung herbeizuführen.⁸⁰²

Der mit dem StSenkG vom 23.10.2000 erfolgte Systemwechsel vom Anrechnungsverfahren zum Halbeinkünfteverfahren brachte dagegen auch bei § 8a KStG die Änderung tatbestandlicher Anknüpfungspunkte⁸⁰³ und mit der Absenkung der Freigrenze (sog. "safe haven") auch materielle Verschärfungen gegenüber dem StandOG aus dem Jahr 1993.⁸⁰⁴ Die Literatur sieht in dieser systembedingten Anpassung eine derart starke inhaltliche Änderung der ursprünglichen Regelung, so dass ihrer Auffassung nach die Regelung in der Fassung des StSenkG (sowie alle nachfolgenden Änderungen) wohl nicht mehr unter die Privilegierung der Stillstandsklausel fallen dürften.⁸⁰⁵

Der BFH bewertet die Rechtsänderungen beim Systemübergang zum Halbeinkünfteverfahren in einer das AStG betreffenden Vorlegesache dagegen anders. Der BFH ließ die Frage, ob ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit vorliegt, dahinstehen, da die bereits vor dem 31.12.1993 bestehenden §§ 7 bis 14 AStG unter die Stillstandsklausel des Art. 57 Abs. 1 EGV fielen und die Privilegierung für Altregelungen eingreifen würde.⁸⁰⁶ Wie im Fall des § 8a KStG wurde von der Literatur auch zu den §§ 7 bis 14 AStG vertreten, dass die Hinzurechnungsbesteuerung im Sinne der §§ 7 bis 14 AStG im Zuge der Unternehmensteuerreform einen grundlegenden Systemwechsel erfahren habe, und die Nachfolgeregelung daher nicht mehr der Stillstandsklausel des Art. 57 EGV unterliege.⁸⁰⁷

e) Zinsschranke als Nachfolgeregelung des § 8a KStG

⁸⁰¹ EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11779.

⁸⁰² Vgl. Köplin/Koch in: Erle/Sauter, KStG, § 8a KStG, Rn. 5.

⁸⁰³ Insbesondere wurde die persönliche Anwendungsvoraussetzung des § 8a KStG in Form der „fehlenden Anrechnungsberechtigung“ des Anteilseigners durch die sachliche Anwendungsvoraussetzung „Vergütungen, die im Inland nicht im Rahmen einer Veranlagung erfasst werden“ ersetzt.

⁸⁰⁴ Vgl. Holzaepfel/Köplin in Erle/Sauter, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, § 8a KStG, Rn. 16.

⁸⁰⁵ Vgl. Thömmes/Stricof/Nakhai, Intertax 2004, Vol. 32, Issue 3, page 126 (130); Im Ergebnis zustimmend: Kessler/Eicker/Obser, IStR 2004, S. 325 (328).

⁸⁰⁶ Vgl. BFH Urt. v. 21.12.2005, DB 2006, S. 1139 (1140).

⁸⁰⁷ Vgl. zur geänderten Zielsetzung des AStG: Schönfeld, DStR 2006, S. 1216 (1217); BT-Drucks. 14/2683, S. 120 (132 f.); Wassermeyer in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff, AStG, Vor §§ 7 bis 14 AStG, Rn. 7 ff.; Lieber, FR 2002, S. 139 (141).

Die Einführung der Zinsschranke durch das Unternehmensteuerreformgesetz als Nachfolgeregelung des § 8a KStG ist nicht mehr als eine bestehende Regelung im Sinne des Art. 57 Abs. 1 EGV zu betrachten. Sie stellt eine Betriebsausgabenabzugsregelung (mit umfangreichen Ausnahmen) dar und unterscheidet sich damit von allen vorhergehenden Fassungen des § 8a KStG, die als Rechtsfolge jeweils eine Umqualifizierung von Zinsvergütungen in Dividenden vorsahen.⁸⁰⁸ Mithin unterläge eine neu eingeführte Zinsschranke nicht der Stillstandsklausel des Art. 57 Abs. 1 EGV.

IV. Rechtfertigung von Beeinträchtigungen durch Art. 58 EGV

1. Rechtfertigung von Beeinträchtigungen durch Art. 58 Abs. 1 EGV

Art. 58 Abs. 1 a) EGV räumt den einzelnen EU-Mitgliedstaaten im Bereich des Steuerrechts im Wege einer ausdrücklichen Rechtfertigungsnorm⁸⁰⁹ die Möglichkeit ein, die im Grundsatz inhaltlich weite Kapitalverkehrsfreiheit aus Art. 56 Abs. 1 EGV zu beschränken. Ohne die Relativierung durch Art. 58 Abs. 1 a) EGV würden die üblicherweise nach Wohnort und Kapitalanlageort differenzierenden Besteuerungsvorschriften der einzelnen EU-Mitgliedstaaten gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstoßen.⁸¹⁰ Der Steuervorbehalt wird durch Art. 58 Abs. 3 EGV einschränkend relativiert, wonach die Anwendung der Vorschriften weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs im Sinne des Artikels 56 darstellen dürfen. Der steuerlichen Vorbehaltsklausel kommt jedoch nach herrschender Auffassung sowie gemäß der Rechtsprechung des EuGH keine weitergehende Bedeutung zu, da die Klausel lediglich die allgemeinen Rechtsprechungsgrundsätze des EuGH konkretisiert.⁸¹¹

2. Rechtfertigung von Beeinträchtigungen durch Art. 58 Abs. 2 EGV

a) Problematische Verweisung auf die Niederlassungsfreiheit

⁸⁰⁸ Vgl. Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (2); Hallerbach, StuB 2007, S. 289 (289); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (528); Töben/Fischer, BB 2007, S. 974 (974); Köhler, DStR 2007, S. 604.

⁸⁰⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 19.1.2006, C-265/04, Rs. „Bouanich“, Slg. 2006, I-945 (956), Rn. 36.

⁸¹⁰ Vgl. Müller, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 338.

⁸¹¹ Vgl. Schnorr, FR 2006, S. 529 (534); Kessler/Eicker/Obser, IStR 2005, S. 658 (666); Cordewener, DStR 2004, S. 6 (8); SA der Generalanwältin Kokott v. 12.2.2004, in der Rs. „Weidert und Paulus“, C-242/03, Slg. 2004, I-7379 (7378), Rn. 27; Englisch, Dividendenbesteuerung, S. 280.

Der freie Kapitalverkehr erfährt mit der Verweisklausel des Art. 58 Abs. 2 EGV eine Einschränkung durch die für die Niederlassungsfreiheit geltenden Rechtfertigungsgründe.⁸¹² Die Klausel durchbricht damit den Grundsatz, wonach die einzelnen Grundfreiheiten nur durch die jeweils eigenen Rechtfertigungsgründe eingeschränkt werden können;⁸¹³ sie stellt damit eine Ausnahmevorschrift dar, die die Anwendung von Grundfreiheiten zusätzlich einengt und damit entsprechend den europarechtlichen Auslegungsregeln eher eng auszulegen ist.⁸¹⁴

Die Klausel sorgt im Rahmen der Fragestellung, ob die europarechtliche Bewertung der steuerlichen Gesellschafter-Fremdfinanzierung allein anhand der Niederlassungsfreiheit oder kumulativ auch nach Maßgabe der Kapitalverkehrsfreiheit zu beurteilen ist, zumindest auf Rechtfertigungsebene für einen Gleichlauf der beiden Grundfreiheiten.⁸¹⁵ Die steuerlichen Regeln zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung unterliegen entweder originär den Rechtfertigungsgründen der Niederlassungsfreiheit, wenn man ausschließlich den Schutzbereich der Niederlassung eröffnet sieht.⁸¹⁶ Hält man den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit für maßgeblich, sind die Rechtfertigungsgründe der Niederlassungsfreiheit gleichfalls aufgrund der Verweisungsnorm des Art. 58 Abs. 2 EGV für die Auslegung der Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit verbindlich.⁸¹⁷ Diese Parallelität der Rechtfertigungsgründe steht jedoch bei Finanzierungssachverhalten mit Drittstaatenbezug in Frage, da die Niederlassungsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten keine Anwendung findet.⁸¹⁸ Über Art. 58 Abs. 2 EGV könnten deren Rechtfertigungsgründe gleichwohl den Kapitalverkehr zu Drittstaaten beschränken. Zu klären ist

⁸¹² Art. 58 Abs. 2 EGV: „Dieses Kapitel [Freier Kapital- und Zahlungsverkehr] berührt nicht die Anwendbarkeit von Beschränkungen des Niederlassungsrechts, die mit diesem Vertrag vereinbar sind.“

⁸¹³ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1049, Rn. 2783.

⁸¹⁴ Vgl. Thömmes/Stricof/Nakhai, Intertax, Volume 32, Issue 3, page 126 (130).

⁸¹⁵ Dieser Gleichlauf der Grundfreiheiten wird auch als Konvergenz bezeichnet: SA des Generalanwalts Maduro v. 31.5.2006 in der Rs. „Rewe Zentralfinanz“, C-347/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 67; Thömmes, IWB 2006, S. 521 (524).

⁸¹⁶ Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 38.

⁸¹⁷ Vgl. Rehm/Nagler, IStR 2005, S. 261 (262).

⁸¹⁸ Vgl. FG Hamburg Urt. v. 9.3.2004, EFG 2004, S. 1573; Schönfeld, IStR 2005, S. 410 (411); siehe auch unter Punkt C.I.2.b)gg(5).

ferner die Frage, auf welche geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe die Klausel im Einzelnen verweist.

b) Gesellschafter-Fremdfinanzierungen mit Drittstaatenbezug

Es ist unklar, ob über Art. 58 Abs. 2 EGV die im Verhältnis zu Drittstaaten geltende Kapitalverkehrsfreiheit durch Rechtfertigungsgründe der Niederlassungsfreiheit beschränkt werden kann. Gemäß Art. 58 Abs. 2 EGV berührt die Kapitalverkehrsfreiheit "nicht die Anwendbarkeit von Beschränkungen des Niederlassungsrechts, die mit diesem Vertrag vereinbar sind." Beschränkungsmöglichkeiten des Niederlassungsrechts eröffnen sich jedoch nur, wenn die Niederlassungsfreiheit selbst räumlich anwendbar ist. Da die Niederlassungsfreiheit nur im Gebiet der EU-Mitgliedstaaten Anwendung findet, ergibt sich in Drittstaaten bereits keine Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit. Für entsprechende Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit in Drittstaaten sind folglich keine Anwendungsfälle denkbar. Gemäß dem Wortlaut der Verweisungsnorm aus Art. 58 Abs. 2 EGV können demnach Drittstaatsverhältnisse, die der Kapitalverkehrsfreiheit unterliegen, nicht durch Rechtfertigungsgründe aus der Niederlassungsfreiheit beschränkt werden.

Eine fehlende Beschränkungsmöglichkeit der Kapitalverkehrsfreiheit bei Drittstaatsverhältnissen durch Rechtfertigungsgründe aus der Niederlassungsfreiheit kann dazu führen, dass der EGV Kapitalbewegungen mit Drittstaatenbezug mehr Freiheiten vermittelt als Kapitalbewegungen zwischen den EU-Mitgliedstaaten. Kapitalbewegungen zwischen den EU-Mitgliedstaaten unterliegen aufgrund der Verweisungsnorm des Art. 58 Abs. 2 EGV sowohl dem speziellen Schranken katalog der Kapitalverkehrsfreiheit aus den Art. 57 bis 60 EGV als auch den Rechtfertigungsgründen aus der Niederlassungsfreiheit. Kapitalbewegungen im Verhältnis zu Drittstaaten würden dagegen lediglich durch die für die Kapitalverkehrsfreiheit maßgeblichen Rechtfertigungsgründe eingeschränkt werden.

Ist man der Auffassung, diese Privilegierung von Drittstaatsverhältnissen gegenüber EU-Binnensachverhalten laufe dem Zweck des EGV zuwider,⁸¹⁹

⁸¹⁹ Siehe hierzu die Ausführungen unter Punkt D.II.2.d)cc).

kommt eine teleologische Reduktion in Betracht. Die Verweisklausel des Art. 58 Abs. 2 EGV könnte für grenzüberschreitende Finanzierungssachverhalte zwischen den EU-Mitgliedstaaten nicht angewendet werden, um eine Schlechterstellung gegenüber den Drittstaatsachverhalten zu vermeiden. Dies führt allerdings dazu, dass die Verweisungsnorm des Art. 58 Abs. 2 EGV in Ermangelung jeglicher Anwendungsfälle faktisch leer liefe.

Die in Drittstaatsachverhalten durch den Wortlaut des Art. 58 Abs. 2 EGV bedingte leerlaufende Verweisung auf die Rechtfertigungsgründe der Niederlassungsfreiheit könnte jedoch auch als vom EGV vorgegeben hingenommen werden. Eine Besserstellung der Drittstaatsachverhalte ist hiermit nicht zwingend verbunden. Im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit sind neben dem Katalog der spezifischen Rechtfertigungsgründe aus Art. 57 bis 60 EGV auch weitere allgemeine Rechtfertigungsgründe für die Kapitalverkehrsfreiheit maßgeblich. Diese entsprechen in der Regel den allgemeinen Rechtfertigungsaspekten der anderen Grundfreiheiten, somit auch denen der Niederlassungsfreiheit.⁸²⁰ Soweit in diesem Zusammenhang eine Einschränkung des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten durch Ausweitung der Rechtfertigungsgründe in Betracht gezogen wird,⁸²¹ soll dies im Rahmen der Niederlassungsfreiheit behandelt werden.⁸²² Die zusätzliche Anwendung der allgemeinen von der EuGH-Rechtsprechung entwickelten Rechtfertigungsaspekte entspricht damit auch im Ergebnis der Interpretation des Art. 58 Abs. 3 EGV,⁸²³ der auch für den hier behandelten Art. 58 Abs. 2 EGV gilt.

c) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe aus der Niederlassungsfreiheit

Die Rechtfertigung staatlicher Maßnahmen aufgrund ungeschriebener europarechtlicher Rechtfertigungsgründe ist unter anderem aus Gründen des Legitimitäts- und Gewaltenteilungsprinzips problematisch. Der EuGH hält vordergründig für die Fälle offener Diskriminierung daran fest, dass eine Recht-

⁸²⁰ Vgl. SA des Generalanwalts Maduro v. 31.5.2006 in der Rs. „Rewe Zentralfinanz eG gegen Finanzamt Köln-Mitte“, C-347/04, IWB 2006, Heft 11, S. 521 (524).

⁸²¹ Vgl. Schnitger, IStR 2005, S. 493 (494).

⁸²² Siehe hierzu unter Punkt E.III.3.b) und E.III.4.d).

⁸²³ Vgl. Schnorr, FR 2006, S. 529 (534); Kessler/Eicker/Obser, IStR 2005, S. 658 (666); Cordewener, DSStR 2004, S. 6 (8); SA der Generalanwältin Kokott v. 12.2.2004, in der Rs. „Weidert und Paulus“, C-242/03, Slg. 2004, I-7379 (7387), Rn. 27; Englisch, Dividendenbesteuerung, S. 280.

fertigung durch im EGV nicht angelegte Gründe nicht zulässig ist.⁸²⁴ Er behilft sich, indem dem Grunde nach *offene Diskriminierungen* als *versteckte Diskriminierungen* oder unspezifisch als *Beschränkungen* bezeichnet werden, so dass sich die Anwendung ungeschriebener Rechtfertigungsgründe ohne direkten Widerspruch eröffnet.⁸²⁵

Für ungeschriebene Rechtfertigungsgründe ergibt sich jedoch dann kein Anwendungsbereich, wenn bereits im EGV enthaltene, so genannte geschriebene Rechtfertigungsgründe einen Rechtfertigungsaspekt abschließend regeln. In solchen Fällen kommt allenfalls eine Auslegung des geschriebenen Rechtfertigungsgrundes im Rahmen der zulässigen Auslegungsgrenzen in Betracht.⁸²⁶ Während die früh ausformulierte Niederlassungsfreiheit nur vergleichsweise wenig geschriebene Rechtfertigungsgründe im EGV vorsieht, weist die im EGV immer wieder schrittweise liberalisierte Kapitalverkehrsfreiheit eine ungleich höhere Regelungsdichte bei den Rechtfertigungsgründen auf. Mit den Art. 57 bis 60 EGV wurden für die Kapitalverkehrsfreiheit eine Vielzahl spezieller, geschriebener Rechtfertigungsgründe geschaffen, die gemäß den europarechtlichen Auslegungsgrundsätzen als spezielle Ausnahmetatbestände zu einer Grundfreiheit durchgängig eng und damit zugunsten der Unionsbürger auszulegen sind.⁸²⁷ Durch die Verweisklausel des Art. 58 Abs. 2 EGV kann es dazu kommen, dass vom EuGH zur Niederlassungsfreiheit entwickelte und weitergeführte ungeschriebene Rechtfertigungsgründe die speziellen geschriebenen Rechtfertigungsgründe der Kapitalverkehrsfreiheit aus Art. 57 bis 60 EGV "überlagern" und damit gegenstandslos werden lassen.

Die Verweisklausel des Art. 58 Abs. 2 EGV könnte auch in dem Sinne ausgelegt werden, dass die Klausel nur auf die tatsächlich im EGV geschriebenen Rechtfertigungsgründe der Niederlassungsfreiheit verweisen. Für eine

⁸²⁴ Vgl. Herzig/Wagner, DStR 2006, 1 (2); EuGH Urt. v. 29.4.1999, C-311/97, Rs. „Royal Bank of Scotland“, Slg. 1999, I-2664 (2676), Rn. 32; Englisch, RIW 2005, S. 187 (189).

⁸²⁵ Vgl. Herzig/Wagner, DStR 2006, 1 (3); Reimer, in: Kokott/Lehner, Grundfreiheiten, S. 43 f.; Englisch, Dividendenbesteuerung, S. 274 ff.

⁸²⁶ Im Sinne der EuGH-Rechtsprechung sind die so entwickelten Grundsätze bereits im EGV „angelegt“ und mithin zulässig.

⁸²⁷ Kiemel in: von der Groeben/Schwarze, EGV, Art. 56 EGV, Rn. 2; Ress/Ukrow in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 58 EGV, Rn. 1; Fischer, Europarecht B, § 17, S. 224, Rn. 532; Bröhmer in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, Art. 58, Rn. 2.

solche enge Auslegung würde zum einen der Ausnahmecharakter des Schrankenverweises aus Art. 58 Abs. 2 EGV sprechen.⁸²⁸ Zum anderen konnten die vertragsschließenden EU-Mitgliedstaaten bei der Formulierung der Verweisungsnorm auch nur von dem ihnen vorliegenden Vertragstext des EGV mit den dort ausdrücklich aufgeführten Rechtfertigungsklauseln ausgehen. Im Zweifel dürfte sich die Verweisungsnorm deshalb nach Intention der vertragsschließenden EU-Mitgliedstaaten auch nur auf die im EGV geschriebenen Rechtfertigungsgründe beziehen.

Demgegenüber kann die weite Formulierung des Art. 58 Abs. 2 EGV "...Beschränkungen, die mit diesem Vertrag vereinbar sind..." ihrem Wortlaut nach auch so verstanden werden, dass die vom EuGH im Einklang mit dem EGV entwickelten ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe erfasst sind, da auch sie noch Beschränkungen darstellen, die mit dem Vertrag vereinbar sind. Für die Bewertung der steuerlichen Regeln zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung sind es letztlich nur zwei ungeschriebene Rechtfertigungsgründe der Niederlassungsfreiheit, denen aufgrund Art. 58 Abs. 2 EGV Relevanz für die Rechtfertigung im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit zukommt. Dies ist einerseits der Rechtfertigungsgrund der steuerlichen Kohärenz⁸²⁹ und andererseits die Rechtfertigung zur Vermeidung von steuerlichem Missbrauch.⁸³⁰ Auf diese Rechtfertigungsgründe wird im Rahmen der Niederlassungsfreiheit eingegangen.⁸³¹

E. Niederlassungsfreiheit

I. Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit

1. Persönlicher Anwendungsbereich

Neben dem Schutz der Niederlassungsfreiheit zugunsten natürlicher Personen gemäß Art. 43 Abs. 1 S. 1 EGV können auch alle Gesellschaftsrechtsformen aus den EU-Mitgliedstaaten, gleichgültig, ob sie eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen oder nicht, die Niederlassungsfreiheit in Anspruch

⁸²⁸ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1049, Rn. 2783.

⁸²⁹ Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 85 f.

⁸³⁰ Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 62 f.

⁸³¹ Siehe hierzu unter Punkt E.III.

nehmen, sofern sie die Gleichstellungsvoraussetzungen des Art. 48 EGV erfüllen.⁸³² Gemäß Art. 48 Abs. 2 EGV sind alle Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften sowie sämtliche juristischen Personen des privaten und öffentlichen Rechts von der Niederlassungsfreiheit begünstigt, wenn sie einen Erwerbszweck,⁸³³ nicht notwendigerweise eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen.⁸³⁴ Diese Gesellschaften müssen im Sinn des Art. 48 Abs. 1 EGV nach dem Recht eines EU-Mitgliedstaates wirksam gegründet sein⁸³⁵ und einen statutarischen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der EU innehaben. Dies schließt auch die Gesellschaften vom Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit aus, die nach dem Recht eines Drittstaates gegründet worden sind und lediglich durch Verlegung des statutarischen Sitzes oder Geschäftsleitungssitzes in der EU ansässig geworden sind.⁸³⁶

Die Niederlassungsfreiheit als personengebundene Grundfreiheit schützt grundsätzlich nur das Recht derjenigen, die sich mittels Zweigniederlassungen, Tochtergesellschaften oder Betriebsstätten in einem anderen EU-Mitgliedstaat niederlassen wollen. Gleichwohl wurde in der Rs. "Lankhorst-Hohorst"⁸³⁷ zu § 8a KStG in der Fassung des StandOG⁸³⁸ nicht beanstandet, dass sich die Lankhorst-Hohorst GmbH als inländische Niederlassung der niederländischen Lankhorst-Hohorst BV auf die Niederlassungsfreiheit berufen hat und somit erfolgreich das Niederlassungsrecht ihrer Anteilseignerin geltend gemacht hat.⁸³⁹

Die Zinsschranke der Unternehmensteuerreform 2008 verzichtet im Vergleich zur Systematik des § 8a KStG auf eine Umqualifizierung der Zinsen

⁸³² Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 762, Rn. 2030.

⁸³³ Vgl. Randelzhofer/Forsthoff in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 48, Rn. 8.

⁸³⁴ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 762, Rn. 2030.

⁸³⁵ Maßgebend ist die wirksame Gründung nach dem jeweiligen nationalen Gesellschaftsrecht; vgl. Brödermann, IPR, Rn. 112; Forsthoff, EuR 2000, S. 167 (173).

⁸³⁶ Vgl. Randelzhofer/Forsthoff in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 48, Rn. 16.

⁸³⁷ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11779 (11802).

⁸³⁸ BGBl. I 1993, S. 1569 (1576).

⁸³⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11802 (11806), Rn. 6.

in Dividenden;⁸⁴⁰ die Rechtsfolge des Betriebsausgabenabzugsverbots für Zinsaufwand bleibt formal auf die im Inland ansässige finanzierte Kapitalgesellschaft beschränkt. Mit den Rs. "Lankhorst-Hohorst" sowie "Test Claimants" ist zu erwarten, dass dieser Aspekt ausreichend ist, damit die inländische Niederlassung sich auf rechtliche und faktische Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit ihrer Darlehensgeber berufen kann. Zu beachten ist jedoch, dass im Rahmen der Zinsschranke nicht mehr ausschließlich an eine gesellschaftsrechtliche Verbindung zwischen Darlehensgeber und Darlehensempfänger oder die ihnen gleichgestellten Personengruppen (nahe stehende Person bzw. rückgriffsberechtigte Dritte im Sinne des § 8a KStG) angeknüpft wird.⁸⁴¹ Die Niederlassungsfreiheit setzt eine gesellschaftsrechtlich begründete Kontrollmehrheit über die Niederlassung voraus.⁸⁴² Soweit die Darlehensgeber keine Anteilseigner der fremdfinanzierten Kapitalgesellschaft sind, werden daher Kapitalverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit gegenüber der Niederlassungsfreiheit vorrangig anzuwenden sein. In diesen Fällen einer fehlenden gesellschaftsrechtlichen Verbindung ist die Geltendmachung der Niederlassungsfreiheit sowohl durch den (ausländischen) Darlehensgeber als auch durch die (inländische) Darlehensnehmerin ausgeschlossen.⁸⁴³

2. Räumlicher Anwendungsbereich

Die Niederlassungsfreiheit schützt die grenzüberschreitende Niederlassung zwischen EU-Mitgliedstaaten;⁸⁴⁴ Drittstaatenangehörige sind grundsätzlich nicht Begünstigte der Niederlassungsfreiheit.⁸⁴⁵ Assoziierungsabkommen, die ausnahmsweise Drittstaatenangehörigen ein Recht im Sinne der Nieder-

⁸⁴⁰ Vgl. Köhler, DStR 2007, S. 597 (597); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (528).

⁸⁴¹ Vgl. Dörfler/Vogl, BB 2007, S. 1084 (1084); Hallerbach, StuB 2007, S. 289 (289); Töben/Fischer, BB 2007, S. 974 (974); Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (2); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (525).

⁸⁴² Vgl. EuGH Beschluss v. 10.5.2007, C-492/04, Rs. „Lasertec“, IStR 2007, S. 439, Rn. 23; EuGH EuGH Urt. v. 24.5.2007, C-157/05, Rs. „Holböck“, IStR 2007, S. 441, Rn. 31; EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 32; EuGH Urt. v. 13.4.2000, C-251/98, Rs. „Baars“, Slg. 2000, I-2805 (2814), Rn. 20 u. Rn. 21.

⁸⁴³ Zu diesem Aspekt der Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit siehe oben unter Punkt C.II.1.c).

⁸⁴⁴ Vgl. Bröhm in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 43 EGV, Rn. 6.

⁸⁴⁵ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 788, Rn. 2100.

lassungsfreiheit aus Art. 43 EGV vermitteln,⁸⁴⁶ sind bisher nur auf natürliche Personen beschränkt.⁸⁴⁷

3. Sachlicher Anwendungsbereich

a) Primäre Niederlassungsfreiheit

Die primäre Niederlassungsfreiheit beschreibt das Recht natürlicher Personen mit der Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates (Art. 43 Abs. 1 EGV) sowie in EU-Mitgliedstaaten gegründeten und in der EU ansässigen juristischen Personen (Art. 48 Abs. 1 EGV), eine Hauptniederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat zu begründen und aufrechtzuerhalten.⁸⁴⁸

b) Sekundäre Niederlassungsfreiheit

Unter dem Begriff der sekundären Niederlassungsfreiheit versteht man das Recht für natürliche und juristische Personen (Art. 43, 48 EGV), unter Beibehaltung ihres in einem EU-Mitgliedstaat befindlichen Hauptsitzes, selbstständige Tochtergesellschaften und unselbstständige Betriebsstätten, Zweigstellen und Agenturen in einem anderen EU-Mitgliedstaat zu gründen und zu betreiben.⁸⁴⁹ Konzerninterne grenzüberschreitende Unternehmensfinanzierungen in Form der Gesellschafter-Fremdfinanzierung betreffen hiermit nicht die primäre, sondern die sekundäre Niederlassungsfreiheit.

II. Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit

1) Diskriminierungsverbot

a) Offene Diskriminierung

Aus Art. 43 Abs. 2 EGV leitet sich die Verpflichtung der EU-Mitgliedstaaten ab, Begünstigte der Niederlassungsfreiheit wie Inländer zu behandeln. Hieraus ergibt sich ein Diskriminierungsverbot für die EU-

⁸⁴⁶ Abkommen der zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21.6.1999, ABl. L 114 v. 30.4.2002, S. 6 ff.; Weigell, IStR 2006, S. 190 (191); Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 789, Rn. 2101.

⁸⁴⁷ Vgl. Hinny in: Lüdike, Europarecht, S. 45 (50); Kessler/Eicker/Obser, IStR 2006, S. 658 (658); Weigell, IStR 2006, S. 190 (191).

⁸⁴⁸ Vgl. Dölker/Ribbrock, BB 2007, S. 1928 (1928); Bröhmer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 43 EGV, Rn. 9 u. 18.

⁸⁴⁹ Vgl. Bröhmer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 43 EGV, Rn. 9 u. 18.

Mitgliedstaaten. Die Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit durch eine offene Diskriminierung setzt bei natürlichen Personen voraus, dass eine Rechtsnorm unmittelbar an das Merkmal der Staatsangehörigkeit anknüpft.⁸⁵⁰ Im Fall von Kapitalgesellschaften liegt eine offene Diskriminierung regelmäßig bei einer Anknüpfung an den Geschäftsleitungssitz⁸⁵¹ oder an den Gründungssitz⁸⁵² vor.

b) Versteckte Diskriminierung

Das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 43 EGV schützt auch vor versteckten Diskriminierungen.⁸⁵³ Versteckte Diskriminierungen knüpfen nicht an das Kriterium der Staatsangehörigkeit oder des Gesellschaftssitzes, sondern an Unterscheidungsmerkmale an, die in der Regel nur bei ausländischen Begünstigten der Niederlassungsfreiheit vorliegen oder von Ausländern schwerer zu erfüllen sind als von Inländern.⁸⁵⁴

c) Mittelbare Diskriminierung

aa) Mittelbare Diskriminierung durch nationale Besteuerungsnormen

Mittelbare Diskriminierungen bezeichnen einen Unterfall der versteckten Diskriminierung. Sie werden bei Regelungen angenommen, die nicht unmittelbar mit der Ausübung der Erwerbstätigkeit zusammenhängen oder sich nicht unmittelbar auf die natürliche oder juristische Person des Niederlassungsberechtigten beziehen. Diese Regelungen sind vom Diskriminierungsverbot umfasst, da es für die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit keinen Unterschied macht, ob sich die Regelung unmittelbar auf die Aufnahme oder die Ausübung der wirtschaftlichen Erwerbstätigkeit bezieht oder ob sie in für den Begünstigten ebenso bedeutsamen Punkten seine Niederlassung

⁸⁵⁰ Vgl. Koenig/Haratsch/Pechstein, Europarecht, S. 349, Rn. 829; Randelzhofer/Forsthoff in: Grabitz/Hilf, EUV/EGV, vor Art. 39-55, Rn. 217; Roth in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E.I, Rn. 81; Scheuer in: Lenz/Borchardt, EUV/EGV, Art. 43 EGV, Rn. 5.

⁸⁵¹ Vgl. EuGH Urt. v. 21.9.1999, C-307/97, Rs. „Saint Gobain“ Slg. 1999, I-6161 (6195), Rn. 34; EuGH Urt. v. 16.7.1998, C-264/96, Rs. „ICI“, Slg. 1998, I-4695 (4705), Rn. 20.

⁸⁵² Vgl. EuGH Urt. v. 30.9.2003, C-167/01, Rs. „Inspire Art“, Slg. 2003, I-10155 (10226), Rn. 105.

⁸⁵³ Vgl. Scheuer in: Lenz/Borchardt, EUV/EGV, Art. 43 EGV, Rn. 5; Koenig/Haratsch/Pechstein, Europarecht, S. 350, Rn. 831.

⁸⁵⁴ Vgl. Roth in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E.I, Rn. 84; Koenig/Haratsch/Pechstein, Europarecht, S. 350, Rn. 831; Fischer, Europarecht A, S. 304, Rn. 10.

schwieriger gestaltet als für Inländer.⁸⁵⁵ Nationale Besteuerungsnormen sollen in der Regel nicht die Ausübung der Erwerbstätigkeit selbst gestalten, sondern knüpfen lediglich zu Besteuerungszwecken an gegebene wirtschaftliche Sachverhalte an. Mithin dürfte es sich bei diskriminierenden Besteuerungsnormen, die nicht offen an die Staatsangehörigkeit oder den Sitz anknüpfen, regelmäßig um den Fall einer mittelbaren Diskriminierung handeln.⁸⁵⁶ Der EuGH trennt in seinen Urteilen nicht streng zwischen den Begriffen einer verdeckten und einer mittelbaren Diskriminierung und verwendet sie teilweise auch synonym.⁸⁵⁷

bb) Mittelbare Diskriminierung durch Doppelbesteuerungsabkommen

Als mittelbare Diskriminierungen sind aufgrund der Rs. "Open skies"⁸⁵⁸ auch die Sachverhalte zu qualifizieren, in denen bilaterale Verträge eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit erst ermöglichen. Die Bundesrepublik Deutschland und die USA hatten in der Rs. "Open skies" ein bilaterales völkerrechtliches Abkommen im Bereich des Luftverkehrs abgeschlossen, das in seiner konkreten Ausgestaltung den USA ermöglichte, die Verkehrsrechte europäischer Luftfahrtunternehmen zu beschränken, wenn sich diese nicht im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland oder deren Staatsangehöriger befanden. Der EuGH sah diese Regelung als eine von der Bundesrepublik Deutschland zu verantwortende Diskriminierung im Rahmen der Niederlassungsfreiheit an.⁸⁵⁹ Abkommen zur Vermeidung von Doppelbesteuerungen (DBA) sind gleichfalls bilaterale Abkommen. Fehlt diesen DBA ein Passus, der sicherstellt, dass eine Umqualifizierung von Zinsen in Dividenden gemäß § 8a KStG im Ansässigkeitsstaat des darlehensgebenden Anteilseigners bei der Besteuerung durch den Ansässigkeitsstaat des Anteilseigners nachvollzogen wird und entstehen hierdurch diskriminierende Steuer Mehrbelastungen der grenzüberschreitenden Finanzierung,⁸⁶⁰ könnte

⁸⁵⁵ Vgl. Roth in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E.I, Rn. 83.

⁸⁵⁶ Vgl. Schnitger, Grundfreiheiten, S. 179.

⁸⁵⁷ Vgl. Schnitger, Grundfreiheiten, S. 179.

⁸⁵⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 5.11.2002, Rs. „Open skies“, C-476/98, Slg. 2002, I-9855.

⁸⁵⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 5.11.2002, Rs. „Open skies“, C-476/98, Slg. 2002, I-9855 (9912), Rn. 153.

⁸⁶⁰ Vgl. Köhler/Eicker, DStR 2004, S. 672 (673); Obser, IStR 2005, S. 799 (800).

diese diskriminierende Wirkung dem Quellenstaat zuzurechnen sein, der die Umqualifizierung vornimmt.⁸⁶¹

d) Faktische Benachteiligungen

Eine faktische Benachteiligung liegt vor, wenn der in- und der ausländische Begünstigte der Niederlassungsfreiheit rechtlich vollkommen gleich behandelt werden, der ausländische Begünstigte jedoch tatsächlich schlechter steht. Es ist umstritten, ob faktische Benachteiligungen bei der Ausübung der Niederlassungsfreiheit noch den Aspekt des Art. 43 EGV als Diskriminierungsverbot betreffen oder ob diese bereits den Freiheitsaspekt der Niederlassungsfreiheit im Sinne eines allgemeinen Beschränkungsverbot anprechen. Die EuGH-Generalanwaltschaft und Teile der Literatur lehnen ein allgemeines Beschränkungsverbot bei nationalen Besteuerungsregeln ab.⁸⁶² Faktische, wirtschaftliche Nachteile, die trotz rechtlicher Gleichbehandlung nachteilig auf die Niederlassungsfreiheit wirken, werden aber auch hier durch kasuistische Einschränkungen berücksichtigt.⁸⁶³ Andere fassen den Begriff der mittelbaren Diskriminierungen so weit, dass es eines Freiheitsaspekts der Niederlassungsfreiheit zur Berücksichtigung faktischer Benachteiligungen nicht mehr bedarf.⁸⁶⁴

e) Quasibeschränkungen durch nationales Steuerrecht

Die Generalanwaltschaft des EuGH umschreibt mit dem Begriff der *Quasibeschränkung* die unterschiedliche Behandlung grenzüberschreitender und rein inländischer Sachverhalte durch Besteuerungsnormen, die zwangsläufig

⁸⁶¹ Zum Zurechnungsaspekt siehe unter Punkt D.II.3.d)aa)(3).

⁸⁶² Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 48; Schön, GmbH-StB 2006, S. 9 (11); Schön, StbJ 2003/2004, S. 27 (31); speziell zu § 8a: Schön, StbJ 2003/2004, S. 27 (65); Wellige, EuZW 2003, S. 427 (432).

⁸⁶³ Die EuGH-Generalanwaltschaft sieht in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“ etwa nur dann keinen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit, wenn die Steuermehrbelastung des ausländischen Anteilseigners vermieden wird, indem der Ansässigkeitsstaat des Anteilseigners die Umqualifizierung anerkennt; SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 113.

⁸⁶⁴ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 795, Rn. 2117; Roth in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E.I, Rn. 82.

auf den Umstand zurückzuführen sind, dass die nationalen Besteuerungssysteme nach dem gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts nicht harmonisiert sind. Quasibeschränkungen stellen nach Auffassung der EuGH-Generalanwaltschaft keine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten dar. Steuerliche Benachteiligungen grenzüberschreitender Sachverhalte, die sich aus den Unterschieden der Steuersysteme oder der Aufteilung der Besteuerungskompetenz ergeben, sind Ausdruck der nach dem EGV für die direkten Steuern bestehenden nationalen Hoheit der einzelnen EU-Mitgliedstaaten und verletzen nicht die Grundfreiheiten des EGV.⁸⁶⁵

f) Diskriminierung durch die Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln i.d.F. des Korb II-Gesetzes?

aa) Grundsätzliches

Jede Art der Diskriminierung oder willkürlichen Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist nach Art. 48 EGV verboten. Als beeinträchtigende Maßnahmen kommen abstrakt-generelle Regelungen wie Gesetze oder Verwaltungsmaßnahmen, aber auch verwaltungsinterne Richtlinien und Anweisungen sowie hierauf beruhende Einzelakte in Betracht.⁸⁶⁶ Auch das Aufrechterhalten diskriminierender Vorschriften bei gleichzeitiger gemeinschaftsrechtskonformer Verwaltungspraxis beeinträchtigt den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit.⁸⁶⁷

bb) Formale Gleichbehandlung durch die §§ 8a, 8b KStG?

Teilweise wird § 8a Abs. 1 KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes als Norm angesehen, die in- und ausländische Begünstigte der Niederlassungsfreiheit rechtlich vollkommen gleich behandeln; steuerliche Mehrbelastungen, die etwa dadurch entstehen, dass der ausländische darlehensgebende Anteilseigner der Zinsbesteuerung unterliegt, weil sein Ansässigkeitsstaat die Umqualifizierung in Dividenden nicht nachvollzieht, könnten in diesem Zusammenhang Beeinträchtigungen darstellen, die weder als verdeckte Dis-

⁸⁶⁵ Zur Herleitung des Begriffs der Quasibeschränkung siehe die SA des Generalanwalts Geelhoed v. 23.2.2006 in der Rs. „Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation“, C-374/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 37 f.

⁸⁶⁶ Vgl. EuGH Urt. v. 9.5.1985, 21/84, Rs. „Kommission/Frankreich“, Slg. 1985, S. 1355 (1364 f.), Rn. 13.

⁸⁶⁷ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 790, Rn. 2105.

kriminierung noch als faktische Beeinträchtigung dem Schutz des EGV unterliegen.⁸⁶⁸

Bereits die Prämisse der gleichen rechtlichen Behandlung in- und ausländischer Sachverhalte ist bei dieser Ansicht fraglich. Der inländische Anteilseigner mit inländischer Beteiligung hat die Möglichkeit, mit der finanzierten Kapitalgesellschaft eine Organschaft einzugehen, der ausländische Anteilseigner aufgrund des Inlandsbezugs der Organschaft (§ 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 S. 1 KStG) dagegen nicht.⁸⁶⁹ Dem entsprechend sehen etwa *Herzig* und *Körner* in der Möglichkeit, mittels der inländischen Organschaft zwischen Tochter-Kapitalgesellschaft und Mutter-Kapitalgesellschaft die 5%ige Pauschalbesteuerung gemäß § 8b Abs. 5 KStG zu vermeiden, eine spezifische Benachteiligung des grenzüberschreitenden Niederlassungsvorgangs.⁸⁷⁰

Auch das mit dem JStG 2007⁸⁷¹ in § 8b KStG eingeführte Korrespondenz-Prinzip sieht eine formale Gleichbehandlung zwischen in- und ausländischen Sachverhalten vor. Allerdings droht auch hier den grenzüberschreitenden Gesellschafter-Fremdfinanzierungen der vollständige oder teilweise Ausschluss von der Steuerbefreiung gemäß § 8b Abs. 1 KStG, wenn der Ansässigkeitsstaat bei der Besteuerung der darlehensnehmenden Kapitalgesellschaft keine dem deutschen § 8a KStG entsprechende betragsmäßige Hinzurechnungen vornimmt. Eine solche exakte betragsmäßige Hinzurechnung im Rahmen der ausländischen Besteuerung ist regelmäßig nicht zu erreichen, so dass das Korrespondenzprinzip regelmäßig bei grenzüberschreitenden Finanzierungen zum teilweisen oder vollständigen Ausschluss von der Steuerbefreiung gemäß § 8b KStG führt. Demgegenüber erfüllen rein inländische Finanzierungen aufgrund des Regelungszusammenhangs der §§ 8a, 8b KStG regelmäßig die Voraussetzungen der Steuerbefreiung gemäß § 8b Abs. 1 KStG. Sofern man in diesem Umstand nicht bereits eine mittelbare Diskriminierung des grenzüberschreitenden Sachverhaltes sieht,⁸⁷² liegt eine faktische

⁸⁶⁸ Vgl. Schön, StbJ 2003/2004, S. 27 (65).

⁸⁶⁹ Vgl. Kröner in: Lüdicke, Europarecht, S. 127 (129).

⁸⁷⁰ Vgl. Herzig/Wagner, DStR 2006, S. 1 (9); Körner, BB 2003, S. 2436 (2440); Wagner, DStZ 2004, S. 185, (188); Körner, IStR 2004, S. 253 (260).

⁸⁷¹ BGBl. I 2006, S. 2878 (2891).

⁸⁷² Siehe hierzu unter Punkt D.II.3.a).

Benachteiligung des grenzüberschreitenden Sachverhaltes vor, die den Freiheitscharakter der Niederlassungs- und auch der Kapitalverkehrsfreiheit berührt.⁸⁷³ Ergeben sich im Sinne der "Dassonville"- und "Keck"-Formel aus diesen Benachteiligungen Auswirkungen auf den Marktzugang der grenzüberschreitend tätigen Kapitalgesellschaften, liegt ein rechtfertigungsbedürftiger Verstoß gegen Grundfreiheiten vor.

cc) EuGH-Generalanwaltschaft sowie EuGH

Im Rahmen der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation" hat die EuGH-Generalanwaltschaft zur britischen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsbesteuerung Anforderungen an eine europarechtskonforme Regelung formuliert, denen sich der EuGH vorbehaltlos angeschlossen hat.⁸⁷⁴ Diese Anforderungen sind grundsätzlich auf die deutschen Regeln zur Umqualifizierung von Gesellschafter-Fremdkapital in verdeckte Gewinnausschüttungen übertragbar. Sie wurden von der EuGH-Generalanwaltschaft zu den in der Vorlagefrage angesprochenen grenzüberschreitenden Finanzierungssachverhalten abstrakt formuliert, so dass sie auch auf die deutschen Regelungen, die wie die britischen thin cap rules Umqualifizierungen vorsehen, anwendbar sind.

Nach Einschätzung der EuGH-Generalanwaltschaft und des EuGH liegt kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit vor, wenn es dem Darlehensnehmer ohne größeren Aufwand möglich ist, den Beweis zu führen, dass das Geschäft kein Missbrauch darstellt und auch sichergestellt ist, dass die Umqualifizierung durch den anderen Staat nachvollzogen wird.⁸⁷⁵

Die deutschen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln in der Fassung des Korb II-Gesetzes genügen diesen beiden von der EuGH-Generalanwaltschaft aufgestellten und vom EuGH übernommenen Anforderungen nicht:

⁸⁷³ Vgl. Dörfler/Heurung/Adrian, DStR 2007, S. 514 (517).

⁸⁷⁴ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 82 und Rn. 83.

⁸⁷⁵ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 82; SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 92.

- Die Gegenbeweismöglichkeit des § 8a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KStG durch Fremdvergleich ist nicht ausreichend. Für die Fälle des § 8a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KStG ist keinerlei Gegenbeweismöglichkeit vorgesehen. Zudem ist die Gegenbeweismöglichkeit des § 8a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KStG in ihrer derzeitigen Form nicht geeignet, einen fehlenden Missbrauch nachzuweisen.⁸⁷⁶
- Weiterhin kann die Anerkennung einer Umqualifizierung in anderen Staaten nicht sichergestellt werden. Die anderen Staaten sind nicht zur Übernahme der Umqualifizierung verpflichtet. Eine DBA-rechtliche Regelung für eine Anerkennung ist nur in einigen wenigen DBA enthalten; nach der hier vertretenen Ansicht reicht zudem eine bloße DBA-rechtliche Übernahme der Qualifizierung nicht aus, um eine im Sinne des EuGH *gleichwertige Behandlung* im Vergleich zu Inländern sicherzustellen.⁸⁷⁷

g) Diskriminierung durch die Zinsschranke?

Der Grundtatbestand der Zinsschranke (§§ 4h EStG 2008, 8a KStG 2008) erfasst seinem Wortlaut nach gleichermaßen in- und ausländische Sachverhalte und enthält keine offene Diskriminierung grenzüberschreitender Gesellschaften-Fremdfinanzierungssachverhalte.⁸⁷⁸ Für Organschaftsfälle besteht mit § 15 Nr. 3 KStG 2008 jedoch eine Sondervorschrift, mit der in rein inländischen Finanzierungssachverhalten die Anwendung der Zinsschrankenregeln auf Ebene der Organgesellschaft vermieden werden kann.⁸⁷⁹ Entsprechend der Argumentation *Herzigs* und *Körners* zur Vermeidung der §§ 8a, 8b KStG kann hierin eine unterschiedliche Behandlung rein inländischer und grenzüberschreitender Finanzierungssachverhalte gesehen werden.⁸⁸⁰ Ob sich aus dieser unterschiedlichen Behandlung auch ein *Nachteil* zulasten

⁸⁷⁶ Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 71; EuGH Urt. v. 12.12.2002, Rs. Lankhorst-Hohorst, C-324/00, Slg. 2002, I-11779 (11814), Rn. 37; siehe auch unter Punkt E.III.2.b).

⁸⁷⁷ Zur näheren Begründung siehe unter Punkt D.II.3.d)aa)(3).

⁸⁷⁸ Vgl. Hornig, PISb 2007, S. 215 (216); Hallerbach, StuB 2007, S. 289 (289 und 290); Köhler, DStR 2007, S. 597 (599).

⁸⁷⁹ Vgl. Töben/Fischer, BB 2007, S. 974 (977); Köhler, DStR 2007, S. 597 (598); Hornig, PISb 2007, S. 215 (215).

⁸⁸⁰ Vgl. Hornig, PISb 2007, S. 215 (215); vgl. auch: Herzig/Wagner, DStR 2006, 1 (9); Körner, IStR 2004, S. 253 (260).

des grenzüberschreitenden Sachverhalts und damit eine verbotene Diskriminierung im Sinne des EGV ergibt, soll im Kapitel F. anhand von Belastungsvergleichen im Einzelnen untersucht werden.

2. Beschränkungsverbot

a) Auffassung der EuGH-Generalanwaltschaft

Generalanwalt Geelhoed spricht sich in der Rs. "Test Claimants" ausdrücklich gegen eine Übertragung des Keck-Urteils auf die *Niederlassungsfreiheit* aus Art. 43 EGV aus.⁸⁸¹ Der Begriff der unterschiedslos geltenden Beschränkungen der Freizügigkeit, die der EuGH bei der allgemeinen Freizügigkeit verwendet, kann seiner Auffassung nach nicht sinnvoll auf den Bereich der direkten Steuern übertragen werden. Es ist vielmehr darauf abzustellen, ob eine Besteuerungsregel unmittelbar oder mittelbar diskriminierend ist oder ob lediglich eine Quasibeschränkung vorliegt, bei der sich der Schutzbereich des Art. 43 EGV nicht eröffnet.⁸⁸² Quasibeschränkungen liegen nach Geelhoed vor, wenn eine steuerlich nachteilige Behandlung einer inländischen Tochtergesellschaft mit einer ausländischen Muttergesellschaft allein durch Unterschiede oder die Aufteilung der Besteuerungskompetenz auf zwei oder mehrere Steuersysteme von EU-Mitgliedstaaten verursacht wird und nicht durch eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung hervorgerufen wird, die sich aus den Vorschriften eines Steuersystems ergibt.⁸⁸³

b) Auffassung der Literatur und des EuGH

Weite Teile der Literatur sowie des EuGH bejahen die Niederlassungsfreiheit als Beschränkungsverbot.⁸⁸⁴ Mit der Rs. "Bosal" etwa sieht der EuGH es für

⁸⁸¹ Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 48.

⁸⁸² Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 48.

⁸⁸³ Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 50; SA des Generalanwalts Geelhoed v. 23.2.2006 in der Rs. „Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation“, C-374/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 38.

⁸⁸⁴ Vgl. Oechsler, NZG 2007, S. 161 (162); Hailbronner/Jochum, Europarecht II, S. 194, Rn. 554; Roth in: Dausers, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E.I, Rn. 79; Scheuer in:

eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit als ausreichend an, dass "eine Muttergesellschaft nämlich davor *zurückschrecken* [könnte], ihre Tätigkeit über eine in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Tochtergesellschaft auszuüben...".⁸⁸⁵ Der Begriff der abschreckenden Wirkung findet sich regelmäßig auch in der Rechtsprechung zu den "Golden Aktien".⁸⁸⁶ Auch die Literatur stellt bei der Bewertung von staatlichen Maßnahmen darauf ab, ob hiervon eine abschreckende Wirkung für die Ausübung des Freizügigkeitsrechts ausgeht.⁸⁸⁷

Diese vom EuGH und der Literatur verwendete Formulierung der *abschreckenden Wirkung* weist keine relative Verbindung mehr zu einem rein inländischen Bezugssachverhalt auf, sondern stellt nur noch auf die Verletzung eines der jeweiligen Grundfreiheit immanenten Freiheitsgehalts ab. Folglich wird der Grundfreiheit im Sinne eines Beschränkungsverbots ein absoluter Freiheitsgehalt zugewiesen, der über ein relatives Diskriminierungsverbot hinausgeht.⁸⁸⁸

c) Maßgeblichkeit der "Dassonville"- und der "Keck"-Rechtsprechung

Soweit ein Beschränkungsverbot im Rahmen der Niederlassungsfreiheit von der Literatur bejaht wird, spricht sie sich ganz überwiegend für die Übernahme der in der Rs. "Dassonville" und der Rs. "Keck" entwickelten Grundsätze aus.⁸⁸⁹ Hiernach enthalten die Art. 43, 48 EGV ein Beschränkungsverbot, soweit es sich um den Marktzugang für grenzüberschreitende Nieder-

Lenz/Borchardt, EUV/EGV, Art. 43 EGV, Rn. 9; Bröhmer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 43, Rn. 30; Koenig/Haratsch/Pechstein, Europarecht, S. 351, Rn. 832; Fischer, Europarecht A, S. 305, Rn. 14.

⁸⁸⁵ Im Original nicht kursiv: EuGH Urt. 18.9.2003, C-168/01, Rs. „Bosal“, Slg. 2003, 9431 (9442), Rn. 26; Lausterer, IStR 2003, S. 705 (705).

⁸⁸⁶ Zuletzt im Jahr 2005 mit der sechsten Entscheidung zum Themenbereich „Goldene Aktien“: EuGH Urt. v. 2.6.2005, C-174/04, Rs. „Goldene Aktien VI (Kommission/Italien)“, Slg. 2005, I-4949 (4979), Rn. 20.

⁸⁸⁷ Vgl. Oechsler, NZG 2007, S. 161 (162); Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1046, Rn. 2776; Koenig/Haratsch/Pechstein, Europarecht, S. 351, Rn. 832; Fischer, Europarecht A, S. 306, Rn. 15.

⁸⁸⁸ Vgl. Scheuer in Lenz: EUV/EGV, Art. 43 EGV, Rn. 9.

⁸⁸⁹ Vgl. Koenig/Haratsch/Pechstein, Europarecht, S. 352, Rn. 833; Habersack Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 13, Rn. 7; Fischer, Europarecht A, S. 305, Rn. 14; Kingreen in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art 28 EGV, Rn. 59 zweiter Spiegelstrich; Roth in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E.I, Rn. 80; Eberhartinger, EWS 1997, S. 43, (49); trotz Verweises auf entgegenstehende EuGH-Rechtsprechung a.A. Scheuer in: Lenz/Borchardt, EUV/EGV, Art. 43 EGV, Rn. 10.

lassungen handelt.⁸⁹⁰ Im Sinne der "Keck"-Rechtsprechung werden nieder- gelassene Gesellschaften eines anderen EU-Mitgliedstaates bei der Aus- übung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit den allgemeinen nationalen Bestim- mungen unterworfen. Behinderungen, die mit zwingenden, nicht diskrimi- nierenden Vorschriften des nationalen Steuer- und Gesellschaftsrechts ver- bunden sind, fallen nicht in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit, sondern sind als "Verkaufsmodalitäten" im Sinn der "Keck"- Rechtsprechung zu qualifizieren.⁸⁹¹ Diese im Inland unterschiedslos gelten- den Ausübungsregeln führen jedoch dann zu einer Verletzung der Nieder- lassungsfreiheit, wenn durch sie gleichwohl eine tatsächliche Behinderung der Wirtschaftsbeteiligten aus anderen EU-Mitgliedstaaten entsteht.⁸⁹²

Soweit von Teilen der Literatur die vorbehaltlose Übertragung der "Keck"- Rechtsprechung auf die Niederlassungsfreiheit abgelehnt wird, wenden sie vergleichbare Kriterien an. Die Niederlassungsfreiheit ist hiernach verletzt, wenn die Handlungsmöglichkeiten von Wirtschaftsteilnehmern aus anderen EU-Mitgliedstaaten behindert und diese abgehalten werden, in den betref- fenden Inlandsmarkt einzutreten oder dort zu bleiben.⁸⁹³

Zur Frage, ob die Umqualifizierungen im Rahmen der steuerlichen Behand- lung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung noch als "Verkaufsmodalitäten" im Sinne der "Keck"-Rechtsprechung zu qualifizieren sind, ist auf die im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit getroffene Einschätzung zu verwei- sen.⁸⁹⁴

III. Rechtfertigung von Beeinträchtigungen

1. Kohärenz des Steuersystems

a) Kohärenz bei Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln

Unter dem Gesichtspunkt der steuerlichen Kohärenz kann eine Maßnahme gerechtfertigt sein, wenn sich etwa steuerliche Vor- und Nachteile in der Per-

⁸⁹⁰ Vgl. Roth in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E.I, Rn. 80; Helios/Müller, BB 2004, 2333 (2335).

⁸⁹¹ Vgl. Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 13 Rn. 7.

⁸⁹² Vgl. Koenig/Haratsch/Pechstein, Europarecht, S. 352, Rn. 833; Frenz, Handbuch Euro- parecht, Band 1, S. 158, Rn. 414.

⁸⁹³ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 758, Rn. 2018.

⁸⁹⁴ Siehe unter Punkt D.II.4.c)ff(3).

son eines Steuerpflichtigen vereinen und zwischen be- und entlastenden Komponenten eine strenge Wechselwirkung gegeben ist.⁸⁹⁵

Eine solche *strenge* kohärente Systematik ist im Fall der steuerlichen Vorschriften zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Ergebnis nicht feststellbar.⁸⁹⁶ Wie nachfolgend zu zeigen ist, dürfte im Zusammenhang mit den Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln der steuerlichen Kohärenz als Rechtfertigungsgrund keine weitergehende Bedeutung zukommen.

b) Strenge Kohärenz-Formel

Der mit den Rs. "Bachmann"⁸⁹⁷ und Rs. "Kommission/Belgien"⁸⁹⁸ entwickelte Rechtfertigungsgrund kann in Abgrenzung zu den in den Schlussanträgen zur Rs. "Manninen"⁸⁹⁹, Rs. "Marks & Spencer"⁹⁰⁰ sowie in der Rs. "Keller Holding"⁹⁰¹ entscheidenden Kriterien als *strenge* Kohärenz bezeichnet werden.⁹⁰² Diese strenge Auslegung setzt einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Gewährung eines Steuervorteils und einem Ausgleich dieses Vorteils in Form einer steuerlichen Belastung voraus; Vorteilsgewährung und Vorteilsausgleich müssen im Rahmen der Besteuerung bei einem Steuerpflichtigen erfolgen.⁹⁰³

⁸⁹⁵ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11779 (11815), Rn. 42; EuGH Urt. v. 18.9.2003, C-168/01, Rs. „Bosal“, Slg. 2003, I-9430 (9443), Rn. 33; EuGH Urt. v. 26.6.2003, C-422/01, Rs. „Ramstedt“, Slg. 2003, I-6817 (6840), Rn. 31; EuGH Urt. v. 3.10.2002, C-136/00, Rs. „Danner“, Slg. 2002, I-8171 (8182), Rn. 33; EuGH Urt. v. 14.11.1995, C-484/93, EuGH Urt. v. 14.11.1995, C-484/93, Rs. „Svenson und Gustavson“, Slg. 1995, I-3955 (3977), Rn.18.

⁸⁹⁶ Siehe schon zu § 8a KStG in der Fassung des StandOG: EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11779 (11815), Rn. 41; zu § 8a KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes: Obser, ISr 2005, S. 799 (802).

⁸⁹⁷ Vgl. EuGH Urt. v. 28.1.1992, C-204/90, Rs. „Bachmann“, Slg. 1992, I-249 (282), Rn. 21 ff.

⁸⁹⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 28.1.1992, C-300/90, Rs. „Kommission/Belgien“, Slg. 1992, I-305 (319), Rn. 14 ff.

⁸⁹⁹ Vgl. SA der Generalanwältin Kokott v. 18.3.2004 in der Rs. „Manninen“, C-319/02, Slg. 2004, I-7477 (7494), Rn. 65; EuGH Urt. v. 7.9.2004, Rs. „Manninen“, C-319/02, Slg. 2004, I-7477 (7512), Rn. 45.

⁹⁰⁰ Vgl. SA des Generalanwalts Maduro v. 7.4.2005 in der Rs. „Marks & Spencer“, C-446/03, Slg. 2005, I-10837 (10859), Rn. 65 ff.; EuGH Urt. v. 13.12.2005, C-446/03, Rs. „Marks & Spencer“, Slg. 2005, I-10866, (10879), Rn. 33.

⁹⁰¹ Vgl. EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-471/04, Rs. „Keller Holding“, Slg. 2006, I-2111 (2124), Rn. 40 ff.

⁹⁰² Vgl. Herzig/Wagner, DStR 2006, S. 1 (3 sowie 5 f.).

⁹⁰³ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2006, C-446/04, Rs. „Test Claimants in the FII Group Litigation“, ISr 2007, S. 69, Rn. 93; EuGH Urt. v. 18.9.2003, Rs. „Bosal“, C-168/01, Slg. 2003, I-9430 (9443), Rn. 29; EuGH Urt. v. 12.12.2002, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, C-324/00, Slg. 2002, I-11779 (11815), Rn. 42; EuGH Urt. v. 8.3.2001, C-397/98 und C-

Bei einer Anwendung der Gesellschafter-Fremdkapitalvorschriften auf inländische Finanzierungssachverhalte liegen mit dem Anteilseigner bzw. den ihm gleichgestellten Personengruppen und der finanzierten Kapitalgesellschaft mindestens zwei eigenständige Steuerpflichtige vor. Die finanzierte Kapitalgesellschaft wird durch die mit der Umqualifizierung von Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen verbundenen Betriebsausgabenabzugsverbote und die Pflicht zur Kapitalertragsteuerabführung belastet. Die Steuerbefreiung in Form des § 8b Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 KStG erfolgt jedoch beim Empfänger der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen und damit bei einem *anderen* Steuerpflichtigen. Diese Verteilung von Vor- und Nachteilen durch die §§ 8a, 8b KStG auf zwei Steuerpflichtige liegt auch dann vor, wenn der rein inländische Finanzierungssachverhalt bei einer Diskriminierungsprüfung durch einen inländischen körperschaftsteuerlichen Organkreis zu ersetzen wäre (Substitution);⁹⁰⁴ inländische Organgesellschaft und Organträger bleiben trotz Ergebniszurechnung eigenständige Steuersubjekte.⁹⁰⁵

c) Erweiterte Kohärenz-Formel

Die hohen Anforderungen an eine Kohärenz werden von der EuGH-Generalanwaltschaft teilweise kritisch beurteilt.⁹⁰⁶ In der Rs. "Manninen" lehnte der EuGH hierauf eine Kohärenz mit der Begründung einer fehlenden Verhältnismäßigkeit ab und berief sich nicht auf das in dieser Rechtssache nahe liegende Argument der fehlenden Personenidentität.⁹⁰⁷ Auch in den

410/98, Rs. „Metallgesellschaft/Hoechst“, Slg. 2001, I-1760 (1781), Rn. 69 ff; EuGH Ur t. v. 13.4.2000, Rs. „Baars“, C-251/98, Slg. 2000, I-2805 (2819, Rn. 40; EuGH Ur t. v. 6.6.2000, C-35/98, Rs. „Verkooijen“, Slg. 2000, I-04071 (4132), Rn. 57; EuGH Ur t. v. 26.10.1999, C-294/97, Rs. „Eurowings“, Slg. 1999, I-7445 (7475), Rn. 42.

⁹⁰⁴ Siehe hierzu oben unter Punkt D.II.2.b)ee).

⁹⁰⁵ Vgl. Erle in: Erle/Sauter, KStG, Vor §§ 14-19 KStG, Rn. 7; Frotscher in: Frot-scher/Maas, KStG, § 14 KStG, Rn. 261; BFH Ur t. v. 7.2.2007, DStR 2007, S. 895 (987); Dörfler/Adrian/Geeb, DStR 2007, S. 1889 (1890).

⁹⁰⁶ Vgl. SA der Generalanwältin Kokott v. 18.3.2004 in der Rs. „Manninen“, C-319/02, Slg. 2004, I- 7477 (7492), Rn. 57; SA des Generalanwalts Maduro v. 7.4.2005 in der Rs. „Marks & Spencer“, C-446/03, Slg. 2005, I-10839 (10860), Rn. 68 ff.; a.A. SA des Ge-neralanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 88; SA des Generalanwalts Maduro v. 31.5.2006 in der Rs. „Rewe Zentralfinanz“, C-347/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 32.

⁹⁰⁷ Vgl. EuGH Ur t. v. 7.9.2004, Rs. „Manninen“, C-319/02, Slg. 2004, I-7477 (7511), Rn. 42; Rust, EWS 2004, S. 450 (452); Schnitger, FR 2004, S. 1357 (1360).

nachfolgenden Entscheidungen in der Rs. "Meilicke"⁹⁰⁸ sowie in der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation"⁹⁰⁹ hat der EuGH auf das Merkmal der Personenidentität verzichtet. Mit den Rs. "De Lasteyrie du Saillant"⁹¹⁰, Rs. "Keller Holding"⁹¹¹ sowie in den Schlussanträgen der Rs. "Marks & Spencer"⁹¹² wurde eine Kohärenz gleichfalls nur noch unter dem Gesichtspunkt einer fehlenden Verhältnismäßigkeit abgelehnt. In der Rs. "Manninen" hat der EuGH darüber hinaus einen länderübergreifenden, d.h. mittelbaren Zusammenhang zwischen schwedischen Anteilseignern und finnischen Kapitalgesellschaften angenommen und trotz dieses mittelbaren Zusammenhangs und fehlender Personenidentität das finnische Besteuerungssystem als kohärent bezeichnet.⁹¹³ Dies stellt eine Abkehr vom Erfordernis des unmittelbaren Zusammenhangs zwischen steuerlicher Be- und Entlastung sowie der Personenidentität als Kriterium kohärenter Steuersysteme dar.⁹¹⁴

Im Sinne einer erweiterten Kohärenz ist nunmehr lediglich erforderlich, dass für den Ausgleich von steuerlichen Be- und Entlastungen ein mittelbarer Zusammenhang über den wirtschaftlich selben Vorgang hergestellt wird und dass durch die rechtliche Ausgestaltung des Systems sichergestellt ist, dass die Entlastung des einen Steuerpflichtigen der Belastung des anderen Steuerpflichtigen im Umfang entspricht.⁹¹⁵ Die Verteilung von Vor- und Nachteilen durch die §§ 8a, 8b KStG auf zwei Steuerpflichtige stünde hiernach der Annahme einer Kohärenz nicht entgegen. Dagegen entsprechen die Nachteile des Betriebsausgabenabzugsverbotes und die Liquiditätsnachteile in Folge der Kapitalertragsteuerabführungspflichten regelmäßig nicht den Vorteilen

⁹⁰⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 6.3.2007, C-292/04, Rs. „Meilicke“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 26.

⁹⁰⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 68.

⁹¹⁰ EuGH Urt. v. 11.3.2004, C-9/02, Rs. „Hughes de Lasteyrie du Saillant“, Slg. 2004, I-2431 (2457), Rn. 65.

⁹¹¹ Vgl. EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-471/04, Rs. „Keller Holding“, Slg. 2006, I-2111 (2124), Rn. 42.

⁹¹² Vgl. SA des Generalanwalts Maduro v. 7.4.2005 in der Rs. „Marks & Spencer“, C-446/03, Slg. 2005, I-10839 (10860 f.), Rn. 68 und Rn. 71.

⁹¹³ Vgl. EuGH Urt. v. 7.9.2004, C-319/02, Rs. Manninen“, Slg. 2004, I-7498 (7512), Rn. 45.

⁹¹⁴ So etwa Stahlschmidt, FR 2006, S. 525 (528); a.A. Obser, IStR 2005, S. 799 (802).

⁹¹⁵ Vgl. SA der Generalanwältin Kokott v. 18.3.2004 in der Rs. „Manninen“, C-319/02, Slg. 2004, I-7477 (7493), Rn. 61; EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 68; EuGH Urt. v. 6.3.2007, C-292/04, Rs. „Meilicke“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 26; EuGH Urt. v. 7.9.2004, C-319/02, Rs. „Manninen“, Slg. I-2004, S. 7498 (7511), Rn. 42.

der Pauschalbesteuerung gemäß §§ 8b Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 KStG,⁹¹⁶ so dass kein mittelbarer Zusammenhang im Sinne einer erweiterten Kohärenz-Formel vorläge und der entsprechende Rechtfertigungsgrund im Ergebnis nicht greifen würde.⁹¹⁷ In der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Goup Ligation", die die britischen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln zum Gegenstand hatten, hat der EuGH die Anforderungen an den Ausgleich von Vor- und Nachteilen denkbar hoch angesetzt: *jede Erhöhung* steuerpflichtiger Gewinne muss *stets* durch einen entsprechenden steuerlichen Vorteil ausgeglichen werden.⁹¹⁸ Die Ausweitung der Kohärenz-Formel hat insgesamt nicht zu einer gesteigerten Bedeutung der Kohärenz als Rechtfertigungsgrund geführt.⁹¹⁹ Abgesehen von den beiden Entscheidungen vom 28.1.1992⁹²⁰ wurde eine Rechtfertigung aufgrund steuerlicher Kohärenz noch nie vom EuGH anerkannt.

2. Verhinderung missbräuchlicher Steuerumgehung

a) Steuerlicher Missbrauch i.S.d. EuGH

Der EuGH erkennt Regelungen zur Verhinderung steuerlichen Missbrauchs als Rechtfertigung einer Grundfreiheitsbeschränkung an.⁹²¹ In einer Reihe von Entscheidungen hat er den Missbrauchs begriff eng definiert und nur Normen als Rechtfertigungsgrund zugelassen, die an konkrete Missbrauchs-sachverhalte anknüpfen. Missbrauchsvorschriften müssen sich hiernach speziell auf rein künstliche Gestaltungen beziehen, die darauf ausgerichtet sind, der Anwendung von steuerlichen Vorschriften zu entgehen.⁹²² Unter den

⁹¹⁶ Aufgrund des § 8b Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 KStG kommt es zu einer faktischen Mindestbesteuerung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen in Höhe von 5% der Einnahmen.

⁹¹⁷ Gleiche Ansicht Obser, der zur Begründung auf grenzüberschreitende Beispiel abstellt: Obser, IStR 2005, S. 799 (802).

⁹¹⁸ Im Original nicht kursiv: EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Ligation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 69 und Rn. 55.

⁹¹⁹ Vgl. Herzig/Wagner, DStR 2006, S. 1 (3, Fußnote 27).

⁹²⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 28.1.1992, C-204/90, Rs. „Bachmann“, Slg. 1992, I-249; EuGH Urt. v. 28.1.1992, C-300/90, Rs. „Kommission/Belgien“, Slg. 1992, I-305.

⁹²¹ Vgl. EuGH Urt. v. 9.3.1999, C-212/97, Rs. „Centros“ Slg. 1999, I-1459 (1484); EuGH Urt. v. 30.9.2003, C-167/01, Rs. „Inspire Art“, Slg. 2003, I-10155 (10195); EuGH Urt. v. 30.11.1995, C-55/94, Rs. „Gebhard“, Slg. 1995, I-4165 (4186).

⁹²² Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Ligation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 74; EuGH Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, Rs. „Cadbury Schweppes“, DStR 2006, S. 441, Rn. 51; EuGH Urt. v. 12.12.2002, Rs. Lankhorst-Hohorst, C-324/00, Slg. 2002, I-11779 (11814), Rn. 37; EuGH Urt. v. 11.3.2004, C-9/02, Rs. „Hughes de Lasteyrie du Saillant“, Slg. 2004, I-2431 (2454), Rn. 50; EuGH Urt. v. 13.12.2005, C-446/03, Rs. „Marks & Spencer“, Slg. 2005, I-10866 (10884), Rn. 57;

Begriff der (künstlichen) Gestaltung fällt nicht bereits die grenzüberschreitende Gründung oder Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat, die allein zur Ausnutzung des Steuergefälles innerhalb der EU erfolgt.⁹²³ Wirtschaftlich vernünftige Gründe können gegen einen Missbrauch sprechen. Wird nur ein steuerlicher Vorteil angestrebt, verneint der EuGH das Vorliegen vernünftiger wirtschaftlicher Gründe.⁹²⁴ Werden Sachverhalte durch eine Norm lediglich generell erfasst, scheidet eine entsprechende europarechtliche Rechtfertigung aus.⁹²⁵

In der Rs. "Marks & Spencer" hat der EuGH eingeräumt, dass bereits der allgemeine Sachverhalt einer grenzüberschreitenden Verlustübertragung die Gefahr eines möglichen Missbrauchs berge und dieser durch den Erlass eines allgemein formulierten Verlustübertragungsverbotens verhindert werden könne.⁹²⁶ Soweit mit dieser Formulierung eine Relativierung der bisherigen engen Auslegung von Missbrauchsnormen beabsichtigt war, beschränkt der EuGH dies ausdrücklich auf den in der Rs. "Marks & Spencer" entschiedenen Sachverhalt. In seiner Begründung betont er, dass sonstige Missbrauchsnormen gemäß der ständigen Rechtsprechung weiterhin einer speziellen Missbrauchssituation bedürfen, um als Rechtfertigungsgrund anerkannt zu werden.⁹²⁷

Diese Anforderungen an eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit aufgrund von Missbrauchsgesichtspunkten lassen sich grundsätzlich auch auf die Kapitalverkehrsfreiheit übertragen, da die Rechtfertigungsebene der Grundfreiheit betroffen ist.⁹²⁸ Gemäß Art. 58 Abs. 2 EGV kann unter Miss-

EuGH Urt. v. 16.7.1998, C-264/96, Rs. „ICI“, Slg. 1998, I-4695 (4722), Rn. 26; EuGH Urt. v. 17.7.1997, C-28/95, Rs. „Leur Bloem“, Slg. 1997, I-4161 (4204), Rn. 41.

⁹²³ Vgl. EuGH Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, Rs. „Cadbury Schweppes“, DStR 2006, S. 441, Rn. 37; Böing, EWS 2007, S. 55 (59); Köhler/Tippelhofer, IStR 2007, S. 681 (683).

⁹²⁴ Vgl. EuGH Urt. v. 17.7.1997, C-28/95, Rs. „Leur Bloem“, Slg. 1997, I-4161 (4204), Rn. 41; a.A. Böing unter Verweis auf den Bereich der indirekten Steuern: Allein die Wahl einer steuermindernden Gestaltung stelle keinen Missbrauch dar; Böing, EWS 2007, S. 55 (59).

⁹²⁵ Vgl. Böing, EWS 2007, S. 55 (59); Köhler/Tippelhofer, IStR 2007, S. 681 (683).

⁹²⁶ Vgl. EuGH Urt. v. 13.12.2005, C-446/03, Rs. „Marks & Spencer“, Slg. 2005, I-10866 (10882), Rn. 49 und Rn. 50.

⁹²⁷ Vgl. EuGH Urt. v. 13.12.2005, C-446/03, Rs. „Marks & Spencer“, Slg. 2005, I-10866 (10884), Rn. 57.

⁹²⁸ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 1043, Rn. 2766 u. Rn. 2767.

brauchsgesichtspunkten sowohl die Niederlassungs- als auch die Kapitalverkehrsfreiheit eingeschränkt werden.

b) § 8a KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes als Missbrauchsnorm

Angesichts der vom EuGH aufgestellten Anforderungen an eine Rechtfertigung zur Verhinderung steuerlichen Missbrauchs ist meines Erachtens fraglich, ob § 8a KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes als Missbrauchsnorm zur Rechtfertigung von Beeinträchtigungen herangezogen werden kann.

Die Einführung des § 8a KStG in der Fassung des StandOG⁹²⁹ war mit der Begründung erfolgt, einer überzogenen Gesellschafter-Fremdfinanzierung solle die steuerliche Anerkennung versagt werden.⁹³⁰ Eine Unangemessenheit lässt sich nicht gesellschaftsrechtlich begründen, da bei Gründung von Kapitalgesellschaften lediglich die Pflicht besteht, das Stamm- bzw. Grundkapital in Form eines absoluten Geldbetrages als Eigenkapital aufzubringen.⁹³¹ Ein zwingendes relatives Verhältnis zwischen Eigen- und Fremdkapital bei Unternehmensfinanzierungen lässt sich auch nicht anhand eines betriebswirtschaftlichen Maßstabes herleiten.⁹³²

Die Bewertung einer steuerlich unangemessenen, überzogenen Gesellschafter-Fremdfinanzierung ergibt sich dem gesetzgeberischen Willen nach aus dem Umstand, dass erfolgsabhängige Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen vereinbart oder erfolgsunabhängige Vergütungen eine Freigrenze (sog. "safe haven") sowie ein bestimmtes Eigenkapital/Fremdkapital-Verhältnis überschreiten und ein Fremdvergleich nicht gelingt. Dieser Anknüpfungspunkt für eine steuerlich unangemessene Unternehmensfinanzierung ist vom StandOG⁹³³ über das UntStFG bis zum Korb II-Gesetz unverändert geblieben.

⁹²⁹ BGBl. I 1993, S. 1569 (1576).

⁹³⁰ Vgl. BT-Drucks 12/4487, S. 36.

⁹³¹ Vgl. Ulmer in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Band 1, § 5, Rn. 16; Hüffer, AktG, § 7 AktG, Rn. 4: Keine Abschaffung des festen Nennkapitals.

⁹³² Vgl. Holzapfel/Köplin in: Erle/Sauter, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, § 8a KStG, Rn. 23.

⁹³³ BGBl. I 1993, S. 1569 (1576).

Die Norm des § 8a KStG folgt mit diesem Anknüpfungspunkt durchgängig einem typisierenden Ansatz.⁹³⁴ Bereits in der Rs. "Lankhorst-Hohorst" hat der EuGH das Argument einer möglichen Steuerumgehung im Hinblick auf eine schädliche Generalisierung des § 8a KStG in der Fassung des StandOG zurückgewiesen.⁹³⁵ Der typisierende Ansatz, der die damalige Einschätzung des EuGH ausgelöst hat, ist durch die seither erfolgten Gesetzesänderungen nicht beseitigt worden. Des Weiteren spricht etwa auch die Ausdehnung des Anwendungsbereichs von Auslands- auf Inlandssachverhalte durch das Korb II-Gesetz für den § 8a KStG als allgemeine Besteuerungsnorm und gegen seinen Charakter als Missbrauchsnorm.⁹³⁶ Steuerlicher Missbrauch setzt einen Besteueranspruch voraus, dem durch missbräuchliche Steuerumgehung ausgewichen werden soll. Gegen einen im Ausland ansässigen darlehensgebenden Anteilseigner, dessen Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen nicht steuerbar sind und insbesondere nicht unter die Besteuerungsnorm des § 8 Abs.1 KStG i.V.m. § 49 Abs. 1 Nr. 5 c) EStG fallen, wird jedoch erst durch die Anwendung des § 8a KStG ein Steueranspruch begründet.

Die Anknüpfung an die Eigenkapital/Fremdkapital-Quoten als Hauptanknüpfungspunkt der Umqualifizierung enthält keine konkret missbräuchlichen Finanzierungssachverhalte; die in § 8a KStG beschriebenen Sachverhalte sind genereller Natur.⁹³⁷ Die Gegenbeweismöglichkeit aus § 8a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KStG für Fremdkapital, das bei sonst gleichen Umständen auch von fremden Dritten gewährt worden wäre, könnte ein tatbestandlicher Ansatzpunkt für eine einzelfallbezogene Bewertung im Sinne der EuGH-Rechtsprechung sein. Die Methode, bei der bei einem bestimmten Eigenkapital/Fremdkapital-Verhältnis die Vermutung eines Missbrauchs mittels

⁹³⁴ Vgl. Holzapfel/Köplin in: Erle/Sauter, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, § 8a KStG, Rn. 26.

⁹³⁵ EuGH Ur. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11802 (11814), Rn. 37.

⁹³⁶ Etwa sieht *Herzig* und *Wagner* mit § 8a KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes eine Entwicklung hin zu einer zentralen Einkommensermittlungsvorschrift für Kapitalgesellschaften; *Herzig/Bohn*, DB 2007, S. 1.

⁹³⁷ *Geelhoed* bezieht sich ausdrücklich auf die deutsche Besteuerungsnorm des § 8a KStG: SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 66; Holzapfel/Köplin in: Erle/Sauter, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, § 8a KStG, Rn. 26; EuGH Ur. v. 12.12.2002, Rs. Lankhorst-Hohorst, C-324/00, Slg. 2002, I-11779 (11814), Rn. 37.

Fremdvergleich (arm's length principle) entkräftet werden kann, ist jedoch nach der Entscheidung in der Rs. "Lankhorst-Hohorst"⁹³⁸ sowie nach der ausdrücklichen Einschätzung der Generalanwaltschaft in der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation"⁹³⁹ zur Bejahung einer einzelfallbezogenen Missbrauchsnorm nicht ausreichend. Der Qualifizierung als Missbrauchsnorm steht insbesondere entgegen, dass nicht genau der Teil der missbräuchlich gewährten Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen erfasst wird, sondern als Rechtsfolge des § 8a Abs. 1 S. 1 KStG die Umqualifizierung *aller* Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen angeordnet wird.⁹⁴⁰ Die Umqualifizierungsnorm geht damit über das für eine Missbrauchsverhinderung erforderliche Maß hinaus und wäre daher unverhältnismäßig.

Die tatbestandliche Anknüpfung in § 8a Abs. 1 S. 1 KStG sowie die Rechtsfolge der Gegenbeweismöglichkeit dürften hiernach nicht den Anforderungen des EuGH an eine steuerliche Missbrauchsnorm genügen.

c) § 8a KStG als Sicherungsnorm des Ursprungsprinzips

Die Gesellschafter-Fremdkapitalzinsen, die ein im Ausland ansässiger Anteilseigner aufgrund eines ungesicherten In-bound-Darlehen empfängt, unterliegen zunächst nicht der inländischen Besteuerung, da sie nicht durch § 49 Abs. 1 Nr. 5 c) EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG erfasst sind.⁹⁴¹ Der auf ungesicherte Darlehen beschränkte Verzicht auf Besteuerung bezweckt einen erhöhten Kapitalimport, der in Verbindung mit den inländischen Produktionsfaktoren Arbeit und Boden eine inländische Wertschöpfung generieren soll. Diese Freistellung von der Besteuerung stellt zugleich einen beschränkten⁹⁴² Verzicht auf das Ursprungsprinzip dar. Diesem Prinzip nach soll jeder Staat

⁹³⁸ EuGH Urt. v. 12.12.2002, Rs. Lankhorst-Hohorst, C-324/00, Slg. 2002, I-11779 (11814), Rn. 37.

⁹³⁹ SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 71.

⁹⁴⁰ Nach dem EuGH ist eine Umqualifizierung nur insoweit zulässig, als sie eine fremdübliche Vereinbarung übersteigt; EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 83; SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 71.

⁹⁴¹ Vgl. Lehner/Reimer, IStR 2005, S. 542 (548).

⁹⁴² Auf die Besteuerung von Eigenkapitalvergütungen ausländischer Anteilseigner etwa wird nicht verzichtet, § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) EStG. Vgl. auch Morgenthaler, IStR 1993, S. 258 (260 linke S., Fußnote 33).

grundsätzlich nur auf den im Inland erwirtschafteten Einkommensanteil zugreifen, wobei dem in- oder ausländischen Sitz des Steuersubjekts keine Bedeutung zukommt.⁹⁴³ Der zu besteuern im Inland erwirtschaftete Einkommensanteil leitet sich aus der Wertschöpfung ab, die der inländische Staat durch die Bereitstellung von Infrastruktur ermöglicht.⁹⁴⁴ Bei einer Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch ausländische Anteilseigner besteht jedoch die Gefahr, dass die inländischen Einkommensanteile für die Bereitstellung von Darlehen im Hinblick auf das Ursprungsprinzip durch zu hohe, im Inland nicht steuerbare Vergütungen unzutreffend abgebildet werden. Da gesellschaftsrechtliche Abhängigkeiten zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer bestehen, müssen die Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen sachgerecht ermittelt werden; es bietet sich hier die auch von der EuGH-Generalanwaltschaft favorisierte Fremdvergleichsmethode an.⁹⁴⁵ Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen, die über diesen Fremdvergleichswerten liegen, stellen insoweit inländische Einkommensanteile im Sinne des Ursprungsprinzips dar und sind in die inländische Besteuerung des Fremdkapitalgebers zurückzuführen (§§ 8a, 8 Abs. 1 KStG i.V.m. § 49 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 Buchstabe a EStG). Fasst man § 8a KStG in dieser Weise als Norm auf, die eine Gewinnverteilung entgegen des Ursprungsprinzips verhindern sollte, sind jedoch gleichfalls die bereits oben unter E.III.2.b) ausgeführten Anforderungen an eine europarechtskonforme Missbrauchsnorm verbindlich.

d) Zinsschranke als Missbrauchsnorm

Die zu § 8a KStG i.d.F. des Korb II-Gesetzes herausgearbeiteten Maßstäbe zur Bejahung einer Missbrauchsnorm im Sinne des EuGH sind auch an die Zinsschrankenregelung der Unternehmensteuerreform anzulegen. Im Vergleich zu § 8a KStG i.d.F. des Korb II-Gesetzes erfüllt die Zinsschranke noch weniger die Anforderungen an eine europarechtliche Missbrauchsnorm. Indem sie alle in- und ausländischen Großkredite erfasst, hat sie sachlich einen noch weiteren Anwendungsbereich als § 8a KStG i.d.F. des Korb II-Gesetzes. Ihr unterliegen grundsätzlich alle Darlehen eines Betriebes. Allein

⁹⁴³ Vgl. Morgenthaler, IStR 2000, S. 289 (292); Morgenthaler, IStR 1993, S. 258 (260); Lehner/Reimer, IStR 2005, S. 542 (542).

⁹⁴⁴ Vgl. Morgenthaler, IStR 1993, S. 258 (260).

⁹⁴⁵ Vgl. SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 66.

der Umstand, dass ein betriebliches Darlehen aufgenommen wird, kann jedoch nicht als *rein künstliche Gestaltung* im Sinne der Missbrauchsrechtsprechung des EuGH angesehen werden.⁹⁴⁶ Die Betriebsausgabenabzugsregelung für 30 % des Netto-Zinsaufwandes ist zudem eine stark generalisierende typisierende Regelung, die keine Anknüpfung an konkrete Missbrauchssachverhalte mehr erkennen lässt. Auch der durch rigide Regelungen erschwerte Abbau bestehender Zinsvorräte dürfte eher mit der Intention erfolgt sein, einen Anreiz für die (Rück-)Verlagerung von Gewinnen in fremdfinanzierte Wirtschaftseinheiten zu setzen, als dass eine missbräuchliche Nutzung des Zinsvortrags durch andere Gesellschaften verhindert werden sollte. Die Zins-schranke stellt damit abschließend betrachtet eine Besteuerungs-, nicht aber eine Missbrauchsnorm im Sinne des EuGH dar.⁹⁴⁷

3. Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle

a) Steuerliche Kontrolle im Verhältnis zu EU-Mitgliedstaaten

Die Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle kann als zwingender Grund des Allgemeinwohls Rechtfertigungswirkung entfalten.⁹⁴⁸ Im Verhältnis zu anderen EU-Mitgliedstaaten wird dieser Rechtfertigungsgrund jedoch aufgrund der Amtshilferichtlinie 77/799/EWG vom 19.12.1977 relativiert,⁹⁴⁹ die die nationalen Steuerverwaltungen zur Amtshilfe in grenzüberschreitenden Steuersachverhalten verpflichtet.⁹⁵⁰ Auch tatsächliche Schwierigkeiten zwischen den nationalen Steuerbehörden stellen i.d.R. keine Rechtfertigung dar.⁹⁵¹

b) Steuerliche Kontrolle im Verhältnis zu Drittstaaten

Über Art. 58 Abs. 2 EGV kann der Rechtfertigungsgrund der wirksamen steuerlichen Kontrolle auch Anwendung auf die Kapitalverkehrsfreiheit finden. Da diese Grundfreiheit auch im Verhältnis zu Drittstaaten gilt, kann

⁹⁴⁶ Vgl. Hallerbach, StuB 2007, S. 487 (493).

⁹⁴⁷ Gleiche Ansicht: Hallerbach, StuB 2007, S. 487 (493); Hornig, PISStB 2007, S. 215 (215 f.); Führich, IStR 2007, S. 341 (344).

⁹⁴⁸ Vgl. EuGH Urt. v. 15.5.1997, C-250/95, Rs. „Futura Singer“, Slg. 1997, I- 2492 (2501), Rn. 31.

⁹⁴⁹ ABLEG L 336, S. 15.

⁹⁵⁰ Vgl. SA des Generalanwalts Bot v. 11.9.2007 in der Rs. „A.“, C-101/05, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 60.

⁹⁵¹ Vgl. EuGH Urt. v. 29.3.2007, C-347/04, Rs. „Rewe Zentralfinanz“, RIW 2007, S. 390, Rn. 56, Rn. 57 und Rn. 58; Körner, IStR 2004, S. 253 (260 ff).

nicht auf die EG-Amtshilferichtlinie⁹⁵² verwiesen werden, die ihrem räumlichen Anwendungsbereich nach eine steuerliche Kontrolle nur in EU-Binnensachverhalten gewährleisten kann. Insofern wird vertreten, dass dem Rechtfertigungsgrund im Verhältnis zu Drittstaaten eine größere Bedeutung zukommen kann.⁹⁵³

4. Sicherung des nationalen Haushaltsaufkommens

a) EU-Binnensachverhalte

Das Betriebsausgabenabzugsverbot für unqualifizierte Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen sowie die Besteuerung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen als Zinsen i.S.d. Korb II-Gesetzes tragen zum Steueraufkommen der Bundesrepublik Deutschland bei. Die Grundfreiheiten des EGV stellen jedoch die wirtschaftlichen Freiheiten der EU-Bürger und EU-Gesellschaften in den Vordergrund; Haushaltsinteressen der EU-Mitgliedstaaten vermögen Verstöße gegen diese Grundfreiheiten nicht zu rechtfertigen.⁹⁵⁴ Auch in der Rs. "Lankhorst-Hohorst" hat es der EuGH abgelehnt, die Gefahr einer Verschiebung von Steueraufkommen zwischen den EU-Mitgliedstaaten, die durch eine Fremdfinanzierung einer inländischen Tochtergesellschaft durch eine ausländische Muttergesellschaft entsteht, als Rechtfertigungsgrund für einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit anzuerkennen.⁹⁵⁵ In diesem Zusammenhang ist auch auf die Ausführungen zum Rechtfertigungsgrund des öffentlichen Finanzbedarfs im Sinne der Cassis-Formel zu verweisen.⁹⁵⁶

b) Drittstaatsachverhalte

Während der EuGH in EU-Binnensachverhalten regelmäßig die Sicherung des nationalen Haushaltsaufkommens nicht als Rechtfertigungsgrund zulässt, hat er zur Geltung dieses Rechtfertigungsaspektes in Drittstaatsachverhal-

⁹⁵² So etwa ausdrücklich im EU-Binnensachverhalt: EuGH Urt. v. 29.3.2007, C-347/04, Rs. „Rewe Zentralfinanz“, RIW 2007, S. 390, Rn. 56.

⁹⁵³ Vgl. SA des Generalanwals Bot v. 11.9.2007 in der Rs. „A.“, C-101/05, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 71; Schnitger, IStR 2005, S. 493 (494).

⁹⁵⁴ Vgl. EuGH Urt. v. 16.7.1998, C-264/96, Rs. „ICI“, Slg. 1998, I-4695 (4722), Rn. 28.

⁹⁵⁵ Vgl. EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00, Rs. „Lankhorst-Hohorst“, Slg. 2002, I-11779 (11814), Rn. 36.

⁹⁵⁶ Siehe unter Punkt D.III.4.c)dd)(2).

ten bislang keine Stellung genommen. BFH⁹⁵⁷ und Literatur⁹⁵⁸ bezweifeln meines Erachtens zu Recht, dass drohende Steuerausfälle eines EU-Mitgliedstaates durch Wirtschafts- und Besteuerungsvorgänge mit Drittstaaten grundsätzlich als Rechtfertigungsgrund im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit über die Verweisungsnorm des Art. 58 Abs. 2 EGV unbeachtlich sein sollen. Drittstaaten sind bei ihren legislativen und administrativen Maßnahmen zur Besteuerung von grenzüberschreitenden Finanzierungen im Verhältnis zur EU nicht deren rechtlichen Zwangs- und Harmonisierungsmaßnahmen im Steuerrecht unterworfen. Es droht daher, dass unter Berufung auf die Grundfreiheiten der Europäischen Union Steuersubstrat aus dem EU-Binnenraum in Drittstaaten abfließt, ohne dass die EU ihre Besteuerungsgrundsätze gegenüber diesen Drittstaaten Geltung verschaffen könnte.⁹⁵⁹

F. Grenzüberschreitende Gesellschafter-Fremdfinanzierungen als Gegenstand der Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit

I. Überblick

⁹⁵⁷ Vgl. BFH Vorlagebeschluss v. 22.8.2006, IStR 2006, S. 862 (863).

⁹⁵⁸ Vgl. Schön in: Gocke/Gosch/Lang, FS für Wassermeyer, S. 489 (515 f.).

⁹⁵⁹ Vgl. SA des Generalanwalts Bot v. 11.9.2007 in der Rs. „A.“, C-101/05, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 57.

In diesem Teil der Arbeit sollen die bisher erarbeiteten Grundsätze und Ergebnisse auf konkrete Konstellationen der internationalen Unternehmensfinanzierung angewendet werden. Insbesondere sollen die in dieser Arbeit entwickelten Interpretationsvarianten der Substitution, der Präklusion sowie der Verbrauchsmethode hinsichtlich ihrer Wirkung auf die Belastung grenzüberschreitender Finanzierungen mit inländischen Ertragsteuern im Einzelnen untersucht und dargestellt werden.⁹⁶⁰ Die Auswahl der Finanzierungs-konstellationen bildet die theoretisch möglichen Kombinationen aus drei Ansässigkeitsmerkmalen (Ansässigkeit im Inland, in einem anderen EU-Mitgliedstaat und in einem Drittstaat) sowie den Funktionen der an der Finanzierung beteiligten Kapitalgesellschaften ab.⁹⁶¹

- In Down-stream-loan-Sachverhalten mit der Tochter-Kapitalgesellschaft als Darlehensnehmer und der Mutter-Kapitalgesellschaft als Darlehensgeber sind zwei Finanzierungsfunktionen gegeben. In Verbindung mit den drei Ansässigkeitsmerkmalen ergeben sich zunächst 3² Konstellationen. Von diesen neun Konstellationen sind vier auszusondern, da sie ausschließlich Konstellationen zwischen im Ausland ansässigen Kapitalgesellschaften betreffen und im Sinne des inländischen Steuerrechts nicht steuerbar sind. Der in den verbleibenden fünf Konstellationen enthaltene rein inländische Sachverhalt betrifft eine organschaftlich nicht verbundene Mutter-Tochter-Konstellation; dieser organschaftlich nicht verbundene Mutter-Tochter-Konstellation kommt im Rahmen einer Diskriminierungsprüfung regelmäßig die Funktion der rein inländischen Vergleichsgruppe zu. Aufgrund der Wettbewerbssituationen sind für die Bildung der rein inländischen Vergleichsgruppe auch rein inländische Organkreise zu

⁹⁶⁰ Unterstellt man grenzüberschreitenden Investoren rationales Verhalten, lässt die Analyse der Steuerbelastung Rückschlüsse darauf zu, ob die Regeladressaten der Grundfreiheiten des EGV diese effektiv für grenzüberschreitende Finanzierungen nutzen und entsprechende Investitionsentscheidungen treffen. Zu einer solchen Wirkungsanalyse auf Grundlage eines ökonomischen Theorieansatzes siehe im Einzelnen: Kirchner in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 5, Rn. 41 ff.

⁹⁶¹ Zum Vergleich der Ertragsteuerbelastung mit Hilfe fallbezogener Analysen siehe auch Marx/Hetebrügge, DB 2007, S. 2381 (2384 f.): „Mit Hilfe der kasuistischen Veranlagungssimulation ist es möglich, die Gesamtsteuerbelastung auf Gesellschafts- und Gesellschafterebene abzubilden. Es werden die konkreten fallbezogenen Wirkungen einzelner Steuerarten mit Hilfe steuerlicher Berechnungen ermittelt [...]. Diese Art der Quantifizierung ermöglicht oft ein eine leichtere Nachvollziehbarkeit und einfachere Interpretation der steuerlichen Konsequenzen bei Realisierung eines bestimmten Sachverhalts.“

berücksichtigen.⁹⁶² Entsprechend ist ein rein inländischer Organkreis der Gruppe der relevanten Konstellationen hinzuzufügen. In Down-stream-loan-Sachverhalten sind demnach vier grenzüberschreitende und zwei inländische Finanzierungssachverhalte zu betrachten.

- In Side-stream-loan-Sachverhalten mit zwei Schwester-Kapitalgesellschaften in ihrer Funktion als Darlehensnehmer bzw. Darlehensgeber sowie einer gemeinsamen Mutter-Kapitalgesellschaft bestehen drei Funktionen (Darlehensgeber, Darlehensnehmer sowie Mutter-Kapitalgesellschaft), so dass sich in Verbindung mit den drei Ansässigkeitsmerkmalen (Inland, EU-Mitgliedstaat und Drittstaat) 3^3 Konstellationen ergeben. Von diesen 27 Konstellationen sind acht auszuschneiden, die ausschließlich Konstellationen zwischen im Ausland ansässigen Kapitalgesellschaften betreffen und somit im Sinne des inländischen Steuerrechts nicht steuerbar sind. Der in den verbleibenden 19 Konstellationen enthaltene rein inländische Sachverhalt betrifft eine organschaftlich nicht verbundene Mutter-Tochter-Konstellation. Aufgrund der Wettbewerbssituationen sind für die Bildung der rein inländischen Vergleichsgruppe auch rein inländische Organkreise zu berücksichtigen. Eine in rein inländischen Organkreisen eingebundene Konstellation ist daher der Gruppe der relevanten Konstellation hinzuzufügen. In Down-stream-loan-Sachverhalten sind demnach 18 grenzüberschreitende und zwei inländische Finanzierungssachverhalte zu betrachten.
- In Up-stream-loan-Sachverhalten mit der Tochter-Kapitalgesellschaft als Darlehensgeber und der Mutter-Kapitalgesellschaft als Darlehensnehmer sind zwei Finanzierungsfunktionen gegeben, so dass sich in Verbindung mit den drei Ansässigkeitsmerkmalen 3^2 Konstellationen ergeben. Von diesen neun Konstellationen sind vier auszusondern, die ausschließlich Konstellationen zwischen im Ausland ansässigen Kapitalgesellschaften betreffen und im Sinne des inländischen Steuerrechts nicht steuerbar sind. Der in den verbleibenden fünf Konstellationen enthaltene rein inländische Sachverhalt betrifft eine organschaftlich nicht verbundene Mutter-

⁹⁶² Siehe hierzu unter D.II.2.b)ee)(3).

Tochter-Konstellation; dieser organschaftlich nicht verbundenen Mutter-Tochter-Konstellation kommt bisher im Rahmen von Diskriminierungsprüfungen die Funktion der rein inländischen Vergleichsgruppe zu. Aufgrund der Wettbewerbssituationen sind für die Bildung der rein inländischen Vergleichsgruppe auch rein inländische Organkreise zu berücksichtigen. Der rein inländische Organkreis ist daher der Gruppe der relevanten Konstellation hinzuzufügen. In Up-stream-loan-Sachverhalten sind demnach vier grenzüberschreitende und zwei inländische Finanzierungssachverhalte zu betrachten.

Nach der Festlegung von Prämissen der Untersuchung in Abschnitt F.II. erfolgen in den Abschnitten F.III., F.IV. und F.V. die Belastungsrechnungen für die relevanten Finanzierungssachverhalte. Die hierbei gewonnenen Belastungswerte werden in Abschnitt F.VI. in Tabellen überführt. Anhand dieser Tabellen werden die Auswirkungen der in dieser Arbeit vertretenen Lösungsansätze zusammenfassend dargestellt. Im Abschnitt F.VII wird gesondert auf die Zinsschranke der Unternehmensteuerreform 2008 eingegangen.

II. Prämissen

Bei der Untersuchung wird u.a. von folgenden Annahmen ausgegangen:

- Alle Gesellschaften sind Kapitalgesellschaften im Sinne des nationalen und internationalen Steuerrechts.
- Die grenzüberschreitenden Finanzierungen werden ausschließlich über Kapitalgesellschaften und nicht mittels Betriebsstätten durchgeführt.
- Natürliche Personen als Anteilseigner werden nicht betrachtet.
- Die Wirtschaftsjahre der an der Finanzierungsstruktur beteiligten Kapitalgesellschaften sind deckungsgleich.
- Die Höhe der grenzüberschreitend gezahlten Fremdkapitalzinsen ist angemessen.
- Der Gewinn vor Steuern und Zinsen wird im Fall der Fremdkapitalfinanzierung vollständig durch Steuern und Zinsen aufgebraucht.
- Ertragsunabhängige Steuern sowie der Solidaritätszuschlag bleiben außer Ansatz; untersucht werden die Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer sowie Kapitalertragsteuer.

- Im Rahmen der Gewerbesteuer wird ein Hebesatz von 400 % angenommen.
- Betrachtet werden nur Belastungen durch *inländische* Ertragsteuern (KSt, GewSt sowie KapESt). Die Besteuerung durch den anderen EU-Mitgliedstaat oder Drittstaat wird grundsätzlich ausgeblendet.⁹⁶³
- Die DBA-Ebene ist grundsätzlich ausgeblendet; eine ausnahmsweise Berücksichtigung bei Drittstaatsachverhalten wie im Fall BRD/USA und BRD/CH werden gekennzeichnet. Eine zusätzliche Darstellung der DBA-Ebene erfolgt in diesen Fällen, da sich die entsprechenden DBA der Mutter-Tochter-Richtlinie annähern⁹⁶⁴ und gegebenenfalls die Drittstaatsachverhalte USA und Schweiz hinsichtlich der Belastungswirkung auf ein mit EU-Mitgliedstaaten vergleichbaren Stand mildern können.
- Refinanzierungskosten der Kapitalgesellschaften bleiben unberücksichtigt.
- Hybride Finanzinstrumente werden nicht betrachtet.
- Bei der inländischen Vergleichsgruppe mit einer Organschaft gemäß §§ 14-19 KStG werden Konzernsteuerumlagen nicht berücksichtigt. Steuerliche Effekte für die Gesamtbelastung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung ergeben sich aufgrund der Systematik der organschaftlichen Ergebniszurechnung aus der Körperschaft- und Gewerbesteuerumlage grundsätzlich nicht.⁹⁶⁵
- Alle beteiligten Kapitalgesellschaften verfügen über ausreichend freie Rücklagen, so dass für verdeckte Gewinnausschüttungen kein ehemaliges EK 02 als verwendet gilt; § 38 KStG kommt nicht zur Anwendung.
- Es wird die sofortige Steuerwirksamkeit von zulässigen Gewinnminderungen unter Vernachlässigung zeitlicher Aspekte unterstellt.
- Die Beteiligungsquote am Grund- bzw. Stammkapital beträgt jeweils 100 %; die Beteiligung an den Stimmrechten kann variieren und wird entsprechend kenntlich gemacht.

⁹⁶³ Dies betrifft insbesondere die Belastung durch eine Besteuerung eines anderen Staates im Falle von Qualifikationskonflikten. Zur Frage der Zurechnung dieser steuerlichen Belastungen wurde unter D.II.3.d)aa)(3) Stellung genommen.

⁹⁶⁴ Nach Artikel 15 des Zinsabkommens in Verbindung mit dem Beschluss 2004/911/EG des Rates vom 2. Juni 2004 ist die Entlastung von der Quellensteuer nach den Regelungen der Mutter-Tochter-Richtlinie im Verhältnis zur Schweiz entsprechend durchzuführen; BMF-Schreiben v. 28.6.2005, BStBl. I 2005, S. 858 f.

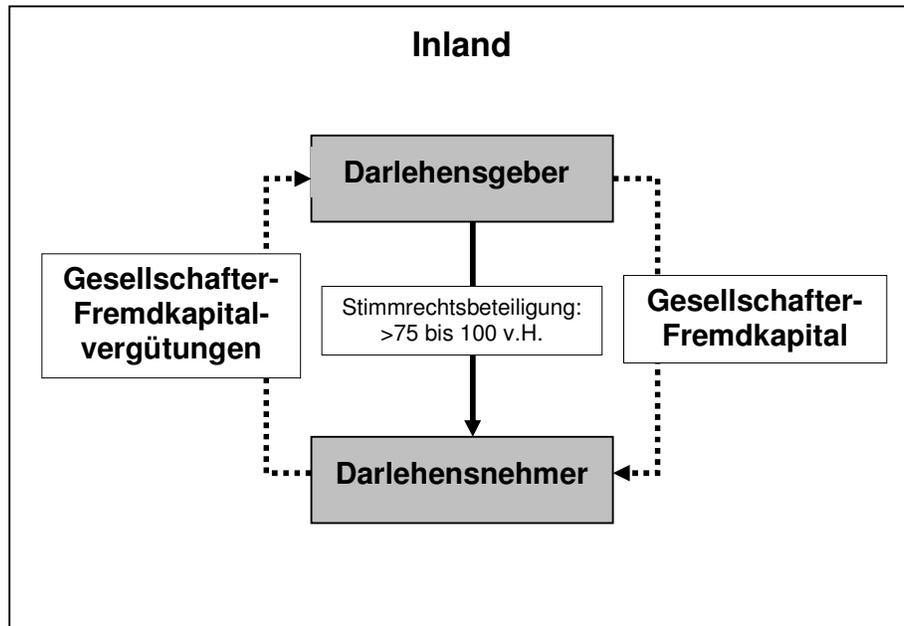
⁹⁶⁵ Vgl. Erle in: Erle/Sauter, KStG, § 14 KStG, Rn. 368 und 371; eine eingeschränkte Bedeutung für den Abzug von Spenden besteht bei der Gewerbesteuerumlage.

- Die Höhe der Fremdkapitalvergütungen in den zu untersuchenden Unternehmensfinanzierungen soll immer mehr als 1.000.000 Euro betragen, so dass sowohl der Anwendungsbereich der aktuellen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln aus § 8a KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes sowie der Zinsschranke i.S.d. Unternehmensteuerreform 2008⁹⁶⁶ eröffnet ist.⁹⁶⁷
- Alle Darlehensverhältnisse sind grundpfandrechtlich nicht gesichert.⁹⁶⁸

III. Down-stream-loan

1. Inländische Vergleichssachverhalte beim Down-stream-loan

Abbildung Nr. 2: Inländische Down-stream-loan-Finanzierung



Zur Bildung der rein inländischen Vergleichsgruppen sind sowohl Gesellschafter-Fremdfinanzierungen ohne organschaftliche Verbindung als auch mit organschaftlicher Verbindung gemäß §§ 14, 17 KStG heranzuziehen.⁹⁶⁹

Die finanzierten Tochter-Kapitalgesellschaften weisen mit Einkünften vor einer Zinszahlung an die Mutter-Kapitalgesellschaft i.H.v. 1 Mio. Euro eigene substantielle Einkünfte auf, die sich zunächst jedoch aufgrund der Ge-

⁹⁶⁶ BGBl. I 2007, S. 1912.

⁹⁶⁷ Vgl. Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (2).

⁹⁶⁸ Die Bundesrepublik Deutschland beschränkt ihr Recht zur Besteuerung von Zinsen, die an beschränkt Steuerpflichtige geleistet werden, im Wesentlichen auf die Fälle, in denen eine Grundpfandsicherung als genuine link vorliegt; Dörr, IStR 2005, S. 109 (109).

⁹⁶⁹ Siehe hierzu unter D.II.2.b)ee)(3).

sellschafter-Fremdkapitalvergütungen reduzieren. Die weitere steuerliche Behandlung ergibt sich im Einzelnen aus den nachfolgenden Tabellen.

Tabelle Nr. 3: Down-stream-loan ohne Organschaft

Konstellation	Down-stream-loan	
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	Inland
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0		
Einkünfte vor Zinszahlung		1.000.000
Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen als Betriebsausgaben, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG		- 1.000.000
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 1 KStG		+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern		= 1.000.000
Gewerbsteuer		166.666,67
Körperschaftsteuer		208.333,33
Ertragsteuern		= 375.000
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0		
Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen		1.000.000
Umqualifizierung in verdeckte Gewinnausschüttungen, § 8a Abs. 1 S. 1 KStG		= 1.000.000
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 KStG		- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG		+ 50.000
Ergebnis vor Steuern		= 50.000
Gewerbsteuer		8.333,33
Körperschaftsteuer		10.416,67
Ertragsteuern		= 18.750
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0		393.750

Tabelle Nr. 4: Down-stream-loan mit Organschaft

Konstellation	Down-stream-loan	
Funktion	Darlehensnehmer (Organgesellschaft)	Darlehensgeber (Organträger)
Ansässigkeit	Inland	Inland
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0		
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen		1.000.000
Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen als Betriebsausgaben, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG		- 1.000.000
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 1 KStG		+ 1.000.000
Gewinnabführung an den Organträger, R 29 Abs. 1 Pos.-Nr. 16 KStR		- 1.000.000
Ergebnis vor Steuern		= 0
Gewerbsteuer		0
Körperschaftsteuer		0
Ertragsteuern		= 0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0		
Einkünfte vor Berücksichtigung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen		0
Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen		+ 1.000.000
Abrechnung der verdeckten Gewinnausschüttung, R 62 Abs. 2 S. 1 KStR		- 1.000.000
Gewinnabführung durch die Organgesellschaft, R 29 Abs. 1 Pos.-Nr. 16 KStR		+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern		= 1.000.000
Gewerbsteuer		166.666,67
Körperschaftsteuer		208.333,33
Ertragsteuern		= 375.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0		375.000

Die rein inländischen Down-stream-loan-Finanzierungen liefern im Rahmen einer Diskriminierungsprüfung die Vergleichswerte für die kumulierte anfängliche Belastung der grenzüberschreitenden Down-stream-loan-Finanzierungen mit inländischen Ertragsteuern: Bei Ansatz einer organ-schaftlich nicht verbundenen Down-stream-loan-Finanzierung als inländische Vergleichsgruppe ist somit das rein inländische Belastungsniveau mit

dem Wert von 393.750 maßgeblich; bei einer Substitution der organschaftlich nicht verbundenen inländischen Vergleichsgruppe durch eine organschaftlich verbundene inländische Vergleichsgruppe ist bei Vergleichen mit grenzüberschreitenden Finanzierungen auf den Wert 375.000 abzustellen.

2. EU-Binnensachverhalte beim Down-stream-loan

a) Fremdfinanzierung inländischer Tochter-Kapitalgesellschaft durch im EU-Ausland ansässige Mutter-Kapitalgesellschaft

Abbildung Nr. 3: Grenzüberschreitende Down-stream-loan-Finanzierung I

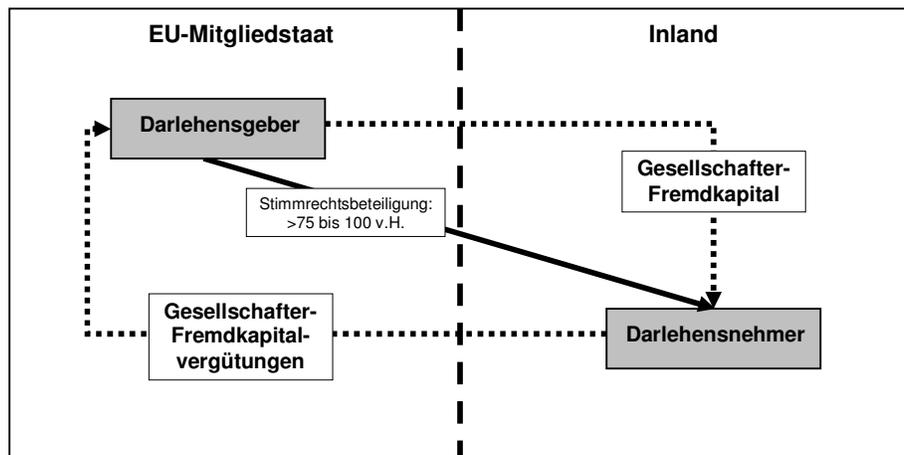


Tabelle Nr. 5: Grenzüberschreitende Down-stream-loan-Finanzierung

Konstellation	Down-stream-loan	
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	EU-Mitgliedstaat
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0		
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen		1.000.000
Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen als Betriebsausgaben, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG		- 1.000.000
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 1 KStG		+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern		= 1.000.000
Gewerbesteuer		166.666,67
Körperschaftsteuer		208.333,33
Ertragsteuern		= 375.000
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0		
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen		0
Verdeckte Gewinnausschüttungen, § 8a Abs. 1 S. 1 KStG		+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern		= 1.000.000
Kapitalertragsteuer		200.000
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie		- 200.000
Ertragsteuern		= 0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0		375.000

Die kumulierte anfängliche Belastung des Darlehensnehmers und des im EU-Ausland ansässigen Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern weist den Wert von 375.000 auf. Er entspricht dem geringsten inländischen

Belastungswert der rein inländischen Vergleichssachverhalte, dem Down-stream-loan im inländischen Organkreis (Wert aus Tabelle Nr. 4: 375.000). Eine europarechtsrelevante Benachteiligung hinsichtlich der kumulierten anfänglichen Belastung durch inländische Ertragsteuern liegt bei grenzüberschreitenden Down-stream-Finanzierungssachverhalten mit einer im EU-Ausland ansässigen Mutter-Kapitalgesellschaft nicht vor.

In der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Goup Ligation",⁹⁷⁰ die zu den britischen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln erging, wurde für die entsprechende grenzüberschreitende In-bound-Konstellation ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit aus Art. 43, 48 EGV festgestellt.⁹⁷¹ Der Verstoß war jedoch damit begründet worden, dass Belastungen durch die britischen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln von rein inländischen Down-stream-Finanzierungen, nicht aber für grenzüberschreitende Finanzierungen vermeidbar waren,⁹⁷² und somit "Beschränkungen vor allem für Darlehen, die von gebietsfremden Muttergesellschaften gewährt wurden", brachten.⁹⁷³ Aus den obigen Belastungsvergleichen ergibt sich, dass diese Argumentation zu grenzüberschreitenden Down-stream-loan-Sachverhalten aus der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Goup Ligation" nicht auf die deutsche Rechtslage übertragbar ist: Selbst wenn der inländische Organkreis als Instrument zur Vermeidung der Belastungen aus §§ 8a, 8b KStG den grenzüberschreitenden Sachverhalten nicht zur Verfügung steht, führt dies nicht zu (europarechtsrelevanten) Mehrbelastungen des grenzüberschreitenden Sachverhalts im Sinne der Rn. 95 der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Goup Ligation".

b) Fremdfinanzierung ausländischer in einem anderen EU-Mitgliedstaat ansässiger Tochter-Kapitalgesellschaft durch inländische Mutter-Kapitalgesellschaft

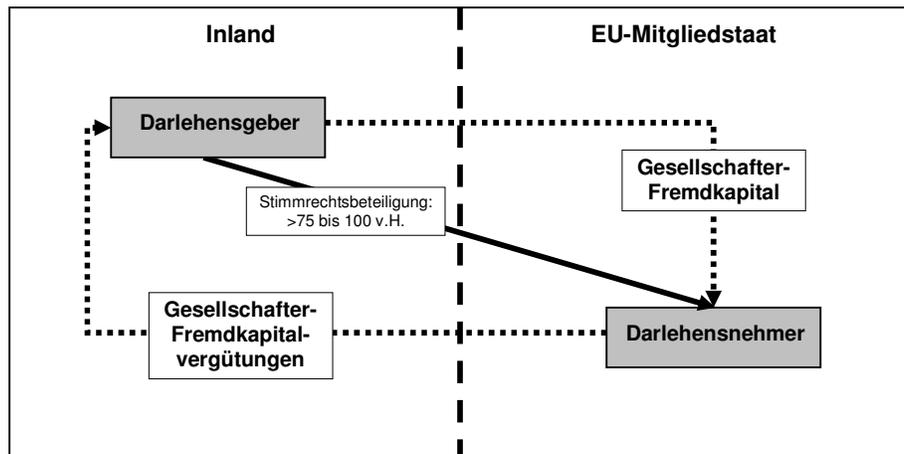
⁹⁷⁰ Vgl. EuGH Ur. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Ligation“, IStR 2007, S. 249.

⁹⁷¹ Vgl. EuGH Ur. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Ligation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 94 i.V.m. Rn. 61 und Rn. 44.

⁹⁷² Vgl. EuGH Ur. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Ligation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 43.

⁹⁷³ Vgl. EuGH Ur. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Ligation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 44.

Abbildung Nr. 4: Grenzüberschreitende Down-stream-loan-Finanzierung II



aa) Grundsätzliches

Bei Finanzierungen im Verhältnis zu EU-Mitgliedstaaten sowie zu Drittstaaten ist umstritten, ob die §§ 8a, 8b KStG auf die im Ausland ansässigen Kapitalgesellschaften anwendbar sind.

Der Wortlaut des § 8a KStG schließt die Anwendung auf die ausländische, weder unbeschränkt noch beschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaft nicht ausdrücklich aus.⁹⁷⁴ Allerdings kann die Rechtsfolge des § 8a KStG bei der im Ausland ansässigen Darlehensnehmerin nicht durchgesetzt werden. Teilweise folgert die Literatur daraus, dass die Anwendung des § 8a KStG im Verhältnis zwischen ausländischer Darlehensnehmerin und inländischer Darlehensgeberin generell nicht anwendbar ist. Es können damit auch keine Rechtswirkungen, insbesondere keine Besteuerung gemäß § 8b Abs. 1 und Abs. 5 KStG, für die inländische Kapitalgesellschaft abgeleitet werden.

bb) Anwendbarkeit bei korrespondierender Besteuerung

Demgegenüber befürworten Vertreter der Finanzverwaltung⁹⁷⁵ sowie das BMF in seinem Schreiben v. 15.7.2004⁹⁷⁶ bei im Ausland ansässigen Toch-

⁹⁷⁴ Vgl. Rödder/Ritzer, DB 2004, S. 891 (892).

⁹⁷⁵ Vgl. Hahn, GmbHR 2004, S. 277 ff.

ter-Kapitalgesellschaften eine fiktive Umqualifizierung von Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen. Die Rechtsfolge beschränkt sich auf die im Inland ansässige Darlehensgeberin. Sie kann die verdeckten Gewinnausschüttungen i.S.v. § 8b Abs. 1 und Abs. 5 KStG steuerlich gering belastet vereinnahmen. Voraussetzung hierzu ist nach Auffassung des BMF jedoch, dass die Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen nicht das Einkommen der ausländischen Kapitalgesellschaft bei ihrer Besteuerung durch den ausländischen Fiskus gemindert haben.⁹⁷⁷ Eine fehlende Minderung des Einkommens bei der Besteuerung durch den ausländischen Fiskus kann sich notwendigerweise nur nach dem jeweiligen Steuerrecht dieses ausländischen Fiskus richten.⁹⁷⁸ Um den Anforderungen einer korrespondierenden Besteuerung i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG in der Fassung des JStG 2007 zu genügen,⁹⁷⁹ müssen diese ausländischen Besteuerungsregeln in ihrer Auswirkung auf die Steuerbemessungsgrundlage den deutschen Hinzurechnungsregeln des § 8a KStG entsprechen.⁹⁸⁰ Die inländische Mutter-Kapitalgesellschaft, die ihrer ausländischen Tochter-Kapitalgesellschaft ein Gesellschafter-Darlehen gewährt, wird in diesem Fall wie bei einer reinen Inlandsfinanzierung belastet: Eine europarechtsrelevante Ungleichbehandlung soll hiernach nicht mehr vorliegen.⁹⁸¹

cc) Formelle Anforderungen

Zur Herstellung einer europarechtskonformen Rechtslage ist es jedoch nicht ausreichend, eine europarechtswidrige gesetzliche Vorschrift durch eine unter dem Gesetz stehende Verwaltungsvorschrift in Form von BMF-Schreiben im Rahmen einer geltungserhaltenden Reduktion⁹⁸² europarechtskonform anwenden zu lassen.⁹⁸³ Europarechtswidrige Maßnahmen

⁹⁷⁶ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (598), Rn. 27.

⁹⁷⁷ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (598), Rn. 27.

⁹⁷⁸ Vgl. Watermeyer in: H/H/R, § 8b KStG, Jahresband 2007, Rn. J 06-7; Dörfler/Heurung/Adrian, DStR 2007, S. 514 (516); Kollruss, BB 2007, S. 467 (471); Dötsch/Pung, DB 2007, S. 11 (13).

⁹⁷⁹ BGBl. I 2006, S. 2878.

⁹⁸⁰ Insofern ist der Verweis in § 8b Abs. 1 S. 2 KStG auf die inländische Norm des § 8 Abs. 3 KStG irreführend (vgl. Watermeyer in: H/H/R, § 8b KStG, Jahresband 2007, Rn. J 06-7) und muss dahingehend verstanden werden, dass die fehlende Einkommensminderung auf eine den deutschen Hinzurechnungsnormen entsprechende ausländische Besteuerungsnorm zurückgehen kann.

⁹⁸¹ Vgl. Kollruss, BB 2007, S. 467 (468); Hahn, GmbHR 2004, S. 277 ff.

⁹⁸² Vgl. Hahn, GmbHR 2004, S. 277 ff.

⁹⁸³ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 790, Rn. 2105.

lassen sich nur durch europarechtskonforme Maßnahmen beseitigen, die den gleichen Rang in der Normenhierarchie besitzen.⁹⁸⁴ Mit dem JStG 2007⁹⁸⁵ besteht mit den § 8b Abs. 1 S. 2 und 3 KStG für verdeckte Gewinnausschüttungen, die nach dem 18.12.2006 dem Anteilseigner zufließen,⁹⁸⁶ eine gesetzliche Rechtsgrundlage für die im BMF-Schreiben v. 15.7.2004, Tz. 27 vertretene Ansicht der Finanzverwaltung. Die Anwendung der §§ 8a, 8b KStG auf Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen, die von ausländischen Kapitalgesellschaften bis zum 18.12.2006 geleistet werden, kann sich ihrer Rechtsgrundlage nach nur auf das BMF-Schreiben v. 15.7.2004 stützen, das als eine unter dem formellen (Parlaments-)Gesetz stehende Norm nicht ausreichend wäre, eine europarechtskonforme Rechtslage herzustellen.

dd) Materielle Anforderungen

Das BMF-Schreiben v. 15.7.2004 führt auch hinsichtlich seines materiellen Inhalts keine Gleichbehandlung inländischer und grenzüberschreitender Finanzierungen herbei. Das BMF-Schreiben sieht eine Anwendung der §§ 8a, 8b KStG nur dann vor, wenn die Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen das Einkommen der ausländischen, zinszahlenden Kapitalgesellschaft nicht gemindert hat (Korrespondenz-Prinzip).⁹⁸⁷ Ein solches Korrespondenz-Prinzip⁹⁸⁸ bestand vor dem In-Kraft-Treten des JStG 2007 zum 18.12.2006 weder in Aus- noch in Inlandssachverhalten.⁹⁸⁹ Das BMF-Schreiben v. 15.7.2004 schrieb damit ein nur für grenzüberschreitende Sachverhalte geltendes Korrespondenz-Prinzip bei der Anwendung der §§ 8a, 8b KStG in

⁹⁸⁴ Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kann die Unvereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften mit Bestimmungen des EGV, selbst wenn diese unmittelbar anwendbar sind, abschließend nur durch zwingende innerstaatliche Bestimmungen behoben werden, die dieselbe rechtliche Wirkung besitzen wie die zu ändernde Bestimmung. Eine bloße Verwaltungspraxis, die die Verwaltung naturgemäß beliebig ändern kann und die nur unzureichend bekannt ist, kann nicht als rechtswirksame Erfüllung der Verpflichtung aus dem Vertrag angesehen werden, da die betroffenen Rechtssubjekte bezüglich des Umfangs der ihnen vom EGV garantierten Rechte in einem Zustand der Ungewissheit gelassen werden; EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-367/98, Rs. „Kommission/Portugal (Goldene Aktie)“, Slg. 2002, I-4756 (4772), Rn. 41; EuGH Urt. v. 9.3.2000, C-358/98, Rs. „Kommission/Italien“, Slg. 2000, I-1255 (1273), Rn. 17; EuGH Urt. v. 26.10.1995, C-151/94, Rs. „Kommission/Luxemburg“, Slg. 1995, I-3685 (3705), Rn. 18.

⁹⁸⁵ BGBl. I 2006, S. 2878 (2891).

⁹⁸⁶ § 34 Abs. 7 S. 11 KStG i.V.m. § 8b Abs. 1 S. 2 und 3 KStG.

⁹⁸⁷ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (598), Rn. 27.

⁹⁸⁸ Insgesamt kritisch zur Anwendung des Korrespondenzprinzips: Schulte/Behnes, GmbHR 2004, S. 1045 (1051); Benecke/Schnitger, IStR 2004, S. 44 (45); Golücke/Franz, GmbHR 2004, S. 708 (710); Rödder/Ritzer, DB 2004, S. 891 (892).

⁹⁸⁹ Vgl. Strnad, GmbHR 2006, S. 1321 (1323).

der Fassung *vor dem* JStG 2007 vor. Das BMF-Schreiben v. 15.7.2004 stellt damit seiner Regelung nach keine Gleichbehandlung grenzüberschreitender Sachverhalte mit rein inländischen Sachverhalten her, da für inländische Sachverhalte vor dem 18.12.2006 kein Korrespondenz-Prinzip galt. Das BMF-Schreiben v. 15.7.2004 ist damit weder seiner Form als Verwaltungsanweisung noch seinem materiellen Regelungsinhalt nach geeignet, eine europarechtskonforme Gleichbehandlung für bis zum 18.12.2006 vereinbarte Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen herzustellen.

Die Neuregelung des § 8b Abs. 1 S. 2 und 3 KStG durch das JStG 2007 hat zwar das Korrespondenz-Prinzip für in- und ausländische Sachverhalte eingeführt.⁹⁹⁰ Trotz formaler Gleichbehandlung in- und ausländischer Sachverhalte durch das Korrespondenzprinzip droht durch dessen Anwendung grenzüberschreitenden Finanzierungen der vollständige oder teilweise Ausschluss von der Besteuerung gemäß § 8b Abs. 1 und Abs. 5 KStG, wenn im ausländischen Ansässigkeitsstaat der darlehensnehmenden Kapitalgesellschaft keine oder nicht den deutschen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln entsprechende Hinzurechnungen von verdeckten Gewinnausschüttungen erfolgen. Die deutschen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln weisen durch die Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereichs auf nahe stehende Personen sowie rückgriffsgesicherte Personen insbesondere für side-stream-loan-Konstellationen derart komplexe Sonderregeln auf, dass es keine ausländischen korrespondierenden Regeln geben dürfte, die eine identische Besteuerung ergeben. Eine identische Besteuerung würde voraussetzen, dass die deutschen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln ohne Änderung durch andere Staaten in ihrer jeweils aktuellen Fassung übernommen würden. Da dies nicht der Fall ist, liegt regelmäßig keine vollständig korrespondierende Besteuerung in grenzüberschreitenden Sachverhalten vor, so dass es in diesen Sachverhalten regelmäßig zur vollständigen oder teilweisen Versagung der Steuerbefreiung nach § 8b Abs. 1 KStG kommt. Das Korrespondenzprinzip sanktioniert den Umstand, dass keine dem deutschen Steuerrecht entsprechenden Regelungen zur Anwendung kommen; das Korrespondenzprinzip wirkt damit wie eine versteckte Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit na-

⁹⁹⁰ Vgl. Kollruss, BB 2007, S. 467 (468); Dötsch/Pung, DB 2007, S. 11 (13).

türlicher Personen bzw. das Gesellschaftsrechtsstatut juristischer Personen, so dass in ihm eine versteckte Diskriminierung gesehen werden kann.

Bei rein inländischen Gesellschafter-Fremdfinanzierungen ist regelmäßig die Anwendung des § 8b KStG durch die Hinzurechnung auf Darlehensnehmer-ebene gewährleistet.⁹⁹¹ Zudem bilden inländische Finanzierungsstrukturen regelmäßig Organschaften; § 8b KStG findet in diesen Fällen bei der Organschaft keine Anwendung.⁹⁹² Der formal auf in- und ausländische Gesellschaften anwendbare § 8b KStG findet dann tatsächlich größtenteils nur Anwendung auf ausländische Gesellschaften, denen die Organschaft gemäß den §§ 14, 17 KStG verwehrt ist. Dieser Umstand kann eine verdeckte Diskriminierung darstellen. Verdeckte Diskriminierungen betreffen typischerweise grenzüberschreitende Sachverhalte;⁹⁹³ zum Nachweis solcher verdeckten Diskriminierungen ist es bereits ausreichend, wenn statistisch mehr in den Schutzbereich der Grundfreiheit fallende Rechtsträger als inländische Rechtsträger von der belastenden Maßnahme betroffen sind.⁹⁹⁴

Das Korrespondenzprinzip des § 8b KStG in der Fassung des JStG 2007 stellt damit zumindest faktische eine Steuerbefreiung für Inlandssachverhalte dar, die von grenzüberschreitenden Sachverhalten in der Regel nicht oder nur partiell erreicht werden kann. Insofern kann, je nach dogmatischer Einschätzung des Eingriffscharakters, eine verdeckte Diskriminierung oder eine den Grundsätzen der Rs. "Dassonville" sowie "Keck" unterliegende faktische Beeinträchtigung der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit vorliegen.⁹⁹⁵

Zur Rechtfertigung des Korrespondenzprinzips könnte vorgetragen werden, dieses Prinzip wende sich gegen eine als Missbrauch zu qualifizierende doppelte Nutzung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen zur Senkung

⁹⁹¹ Vgl. Dörfler/Heurung/Adrian, DStR 2007, S. 514 (517).

⁹⁹² Vgl. Gröbl/Adrian in: Erle/Sauter, KStG, § 8b KStG, Rn. 51.

⁹⁹³ Vgl. Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 10, Rn. 22; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 171, Rn. 452; EuGH Urt. v. 7.5.1998, C-350/96, Rs. „Clean Car“, Slg. 1998, I-2521, (2546), Rn. 27; EuGH Urt. v. 12.2.1974, C-152/73, Rs. „Sotgui“, Slg. 1974, S. 153 (164), Rn. 11 f.

⁹⁹⁴ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, S. 833, Rn. 2215.

⁹⁹⁵ Siehe hierzu auch E.II.1.f)bb) sowie E.II.2.c).

der Steuerbelastung, bei der ein Abzug als Zinsaufwand beim ausländischen Darlehensnehmer und gleichzeitig die Steuerbefreiung der Einkünfte beim Darlehensgeber geltend gemacht wird. Der EuGH hat in der Rs. "Marks & Spencer" die Möglichkeit eines Rechtfertigungsgrundes bei einer doppelten Verlustnutzung in Betracht gezogen.⁹⁹⁶ Zum einen erging jedoch die Entscheidung zum britischen Konzernrecht, in dem festgestellte Verluste durch Optionsausübung relativ beliebig verschiedenen Konzerngesellschaften zugewiesen werden können,⁹⁹⁷ so dass der Aspekt einer gegebenenfalls missbräuchlichen doppelten Verlustnutzung näher lag als dies bei § 8b KStG der Fall ist.⁹⁹⁸ Bereits in der nachfolgenden Entscheidung in der Rs. "REWE Zentralfinanz" aus dem Jahr 2007, die die Beschränkung der Teilwertabschreibung auf Auslandsbeteiligungen durch § 2a EStG 1990 betraf, hat der EuGH einen Rechtfertigungsgrund aufgrund drohender doppelter Verlustnutzung als nicht stichhaltig zurückgewiesen.⁹⁹⁹ Zum anderen betrifft das Korrespondenzprinzip des § 8b KStG in der Fassung des JStG 2007 nicht einmal die Nutzung eines gleichen Steuerelements in Form festgestellter Verluste, sondern verknüpft Steuerbefreiungs- und Gewinnermittlungsregeln, so dass bereits begrifflich keine doppelte *Verlust*berücksichtigung vorliegt und zweifelhaft ist, ob der EuGH diesen Rechtsgedanken zur Rechtfertigung von Eingriffen in entsprechender Weise heranziehen würde.¹⁰⁰⁰

ee) Auswirkungen auf den Belastungsvergleich

In den nachfolgenden Belastungsvergleichen wird im Sinne des § 8b Abs. 1 S. 2 KStG in der Fassung des JStG 2007 sowie im Sinne des BMF¹⁰⁰¹ davon ausgegangen, dass die Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen die Bemessungsgrundlage im Ausland nicht gemindert haben.

⁹⁹⁶ Vgl. EuGH Urt. v. 13.12.2005, C-446/03, Rs. „Marks & Spencer“, Slg. 2005, I-10866 (10881), Rn. 45.

⁹⁹⁷ Zu den Einzelheiten der Verlustzuweisungsmöglichkeiten im Rahmen des britischen group relief siehe: Erle in: Erle/Sauter, KStG, Vor §§ 14-19 KStG, Rn. 122.

⁹⁹⁸ In diesem Sinne der EuGH mit Verweis auf die Ausführungen des Generalanwalt Maduro: EuGH Urt. v. 29.3.2007, C-347/04, Rs. „Rewe Zentralfinanz“, RIW 2007, S. 390 (394).

⁹⁹⁹ Vgl. EuGH Urt. v. 29.3.2007, C-347/04, Rs. „Rewe Zentralfinanz“, RIW 2007, S. 390 (394).

¹⁰⁰⁰ Bereits ablehnend bei Verlusten, die Mutter- und Tochterkapitalgesellschaften betreffen: EuGH Urt. v. 29.3.2007, C-347/04, Rs. „Rewe Zentralfinanz“, RIW 2007, S. 390 (394).

¹⁰⁰¹ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (598), Rn. 27.

Tabelle Nr. 6: Keine Minderung der ausländischen Bemessungsgrundlage

Konstellation	Down-stream-loan	
	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	EU-Mitgliedstaat	Inland
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen		1.000.000
Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen als Betriebsausgaben		- 1.000.000
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen durch ausl. Besteuerungsnormen ¹⁰⁰²		+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern		= 1.000.000
Gewerbsteuer: nicht steuerbar		0
Körperschaftsteuer: nicht steuerbar		0
Ertragsteuern		= 0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen		0
Verdeckte Gewinnausschüttungen, § 8a Abs. 1 S. 1 KStG		+ 1.000.000
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG		- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG		+ 50.000
Ergebnis vor Steuern		= 50.000
Gewerbsteuer		8.333,33
Körperschaftsteuer		10.416,67
Ertragsteuern		= 18.750
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		18.750

Die in Down-stream-loan-Finanzierungen zwischen einer inländischen Mutter-Kapitalgesellschaft und einer im EU-Ausland ansässigen Tochter-Kapitalgesellschaft ermittelten Belastungswerte ergeben keine Benachteiligung von grenzüberschreitenden Sachverhalten.¹⁰⁰³ Liegt bei der ausländischen Tochter-Kapitalgesellschaft keine Einkommensminderung durch die gezahlten Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen vor, liegt die Belastung des grenzüberschreitenden Sachverhalts mit dem Wert 18.750 unter dem niedrigsten rein inländischen Belastungswert aus Tabelle Nr. 4 mit 375.000. Auch bei einer definitiven Minderung des Einkommens der ausländischen Tochter-Kapitalgesellschaft ergibt sich mit dem Wert 375.000 eine Belastung, die nicht über das niedrigste inländische Belastungsniveau hinausgeht. Hinsichtlich der anfänglichen kumulierten inländischen Ertragsteuerbelastung ergibt sich daher kein Ansatz einer europarechtsrelevanten Benachteiligung.¹⁰⁰⁴

3. Drittstaatensachverhalte beim Down-stream-loan

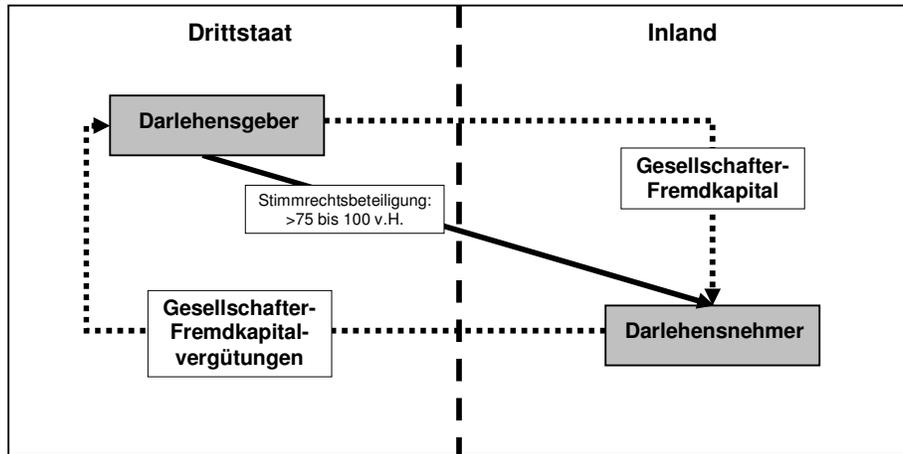
¹⁰⁰² Durch die Hinzurechnung im Rahmen der Besteuerung durch den ausländischen Fiskus liegt keine Minderung des Ergebnisses der ausländischen Tochter-Kapitalgesellschaft im Sinne des § 8b Abs. 1 S. 2 KStG in der Fassung des JStG 2007 sowie im Sinne des BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (598), Rn. 27 vor.

¹⁰⁰³ Gleiche Ansicht: Kollruss, BB 2007, S. 467 (475).

¹⁰⁰⁴ Gleiche Ansicht, wenn auch mit anderem Ansatz: Kollruss, BB 2007, S. 467 (468).

a) Fremdfinanzierung inländischer Tochter-Kapitalgesellschaft durch in einem Drittstaat ansässige Mutter-Kapitalgesellschaft

Abbildung Nr. 5: Down-stream-loan in Drittstaatsachverhalten I



Ist der Empfänger der Fremdkapitalvergütung in der EU ansässig, tritt bereits aufgrund Art. 5 der Mutter-Tochter-Richtlinie¹⁰⁰⁵ keine Quellensteuerbelastung bei der in Deutschland ansässigen Kapitalgesellschaft auf, da diese gemäß § 43b EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG zurückzuerstatten ist. Mit dem DBA BRD/USA in der Fassung des Revisionsprotokolls vom 1.6.2006 wird zwischen den USA und Deutschland ein Quellensteuersatz von 0 % für grenzüberschreitende Gewinnausschüttungen zwischen Mutter- und Tochterunternehmen, die eine Mindestbeteiligung von 80 % aufweisen, festgesetzt.¹⁰⁰⁶ Im Fall des DBA BRD/Schweiz ist ein solcher Nullsteuersatz bereits mit dem Revisionsprotokoll vom 12.3.2002 vereinbart worden.¹⁰⁰⁷ Insofern liegt in diesen Drittstaatsachverhalten zumindest eine Entlastung auf der Abkommensebene vor.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰⁵ Mutter-Tochter-Richtlinie 2003/123/EG v. 22.12.2003, ABl. EG 2004, Nr. L 7 S. 41.

¹⁰⁰⁶ Genauerer hierzu: Kreienbaum/Nürnberger, IStR 2006, S. 806 (806 f.); Zur Abkommensberechtigung beteiligter Kapitalgesellschaften siehe auch: Dörfler/Birker, GmbHR 2006, S. 867.

¹⁰⁰⁷ Nach Artikel 15 des Zinsabkommens in Verbindung mit dem Beschluss 2004/911/EG des Rates vom 2. Juni 2004 ist die Entlastung von der Quellensteuer nach den Regelungen der Mutter-Tochter-Richtlinie im Verhältnis zur Schweiz entsprechend durchzuführen; BMF-Schreiben v. 28.6.2005, BStBl. I 2005, S. 858 f.

¹⁰⁰⁸ Mit den Schlussanträgen und der Entscheidung in der Rs. „Bouanich“ sowie den Ausführungen in der EuGH-Entscheidung zur Rs. „Test Claimants in the FII Group Litigation“ ist jedoch zweifelhaft, ob die bloße Verminderung einer steuerlichen Doppelbelastung auf DBA-Ebene ausreichend wäre, um eine zuvor erfolgte Beeinträchtigung durch einen EU-Mitgliedstaat zu korrigieren; vgl. SA der Generalanwältin Kokott v. 14.7.2005 in der Rs. „Bouanich“, C-265/04, Slg. 2006, I-925 (938), Rn. 52 f. und Rn. 69; EuGH

Tabelle Nr. 7: Down-stream-loan in Drittstaatsachverhalten

Konstellation	Down-stream-loan	
	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	Drittstaat
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen		1.000.000
Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen als Betriebsausgaben, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG		- 1.000.000
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 1 KStG ¹⁰⁰⁹		+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern		= 1.000.000
Gewerbesteuer		166.666,67
Körperschaftsteuer		208.333,33
Ertragsteuern		= 375.000
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen		0
Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG		1.000.000
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG, § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG ¹⁰¹⁰		- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG		+ 50.000
Ergebnis vor Steuern		= 50.000
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 Abs. 1 KStG		10.000
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹⁰¹¹		- 0
Antrag nach § 50g Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie ¹⁰¹²		- 0
Ertragsteuern		= 10.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung ¹⁰¹³		385.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung		375.000

Die kumulierte anfängliche Belastung des Darlehensnehmers im Inland und des Darlehensgebers im Drittstaat durch inländische Ertragsteuern weist einen Wert von 385.000 auf und liegt damit unter dem rein inländischen Belastungsniveau organschaftlich unverbundener Inlandsfinanzierungen mit den Werten 393.750. Sieht man aufgrund einer wettbewerbsorientierten Betrachtungsweise die organschaftlich verbundenen Gesellschafter-Fremdfinanzierungen mit den Werten 375.000 (Tabelle Nr. 4) als relevante inländische Vergleichsgruppe an,¹⁰¹⁴ ergibt sich eine Benachteiligung des grenzüber-

Urt. v. 19.1.2006, C-265/04, Rs. „Bouanich“, Slg. 2006, I-945 (959), Rn. 50; EuGH Urt. v. 12.12.2006, C-446/04, Rs. „Test Claimants in the FII Group Litigation“, IStR 2007, S. 69, Rn. 49.

¹⁰⁰⁹ Durch die Hinzurechnung liegt keine Minderung des Ergebnisses der Tochter-Kapitalgesellschaft im Sinne des § 8b Abs. 1 S. 2 KStG in der Fassung des JStG 2007 sowie im Sinne des BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (598), Rn. 27 vor.

¹⁰¹⁰ Vgl. Gröbl/Adrian in: Erle/Sauter, KStG, § 8b KStG, Rn. 68; Gosch in: Gosch, KStG, § 8b KStG, Rn. 10.

¹⁰¹¹ Der Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG gilt nicht im Verhältnis zu Drittstaaten; Jesse, IStR 2005, S. 151 (151).

¹⁰¹² Der Antrag nach § 50g Abs. 1 S. 1 EStG gilt nicht für Zahlungen, die nach deutschem Recht als Gewinnausschüttungen behandelt werden, § 50g Abs. 2 Nr. 1 a) EStG. Zudem gilt § 50g EStG nicht in Drittstaatsachverhalten, Dörr, IStR 2005, S. 109 (114).

¹⁰¹³ Gemäß der Präklusionslösung sind Belastungen durch inländische Ertragsteuern, die unmittelbar die Drittstaaten-Beteiligten eines grenzüberschreitenden Kapitalbewegungsvorganges treffen, bei einer Diskriminierungsprüfung im Sinne des EGV nicht zu berücksichtigen. Näheres zur Herleitung der Präklusionslösung siehe unter D.II.2.d)cc).

¹⁰¹⁴ Zur Substitution von Vergleichsgruppen siehe oben unter Punkt D.II.2.b)ee).

schreitenden Sachverhaltes (Wert 385.000). Eine solche Benachteiligung müsste gegebenenfalls im Rahmen der Niederlassungs- oder der Kapitalverkehrsfreiheit durch europarechtsrelevante Gründe gerechtfertigt werden.

Eine solche Geltendmachung des Belastungsnachteils im Rahmen der Niederlassungsfreiheit würde gemäß Art. 48 EGV voraussetzen, dass die Mutter-Kapitalgesellschaft nach dem Gesellschaftsrecht eines EU-Mitgliedstaates gegründet und in einem EU-Mitgliedstaat ansässig ist. Demnach kann in der vorliegenden Konstellation die im Drittstaat ansässige Mutter-Kapitalgesellschaft sich nicht auf die Niederlassungsfreiheit des EGV berufen. In Betracht kommt die Geltendmachung der Benachteiligung im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit. Teilweise wird vertreten, die Niederlassungsfreiheit sei gegenüber der Kapitalverkehrsfreiheit vorrangig; die vorrangig anzuwendende Niederlassungsfreiheit gelte jedoch gegenüber Drittstaaten nicht. Insgesamt sei daher kein Verstoß gegen Grundfreiheiten feststellbar.¹⁰¹⁵ Diese Auffassung schließt jedoch die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit auch für die Fälle nicht aus, in denen die Stimmrechtsbeteiligung der Mutter-Kapitalgesellschaft unter 75 % und die Kapitalbeteiligung unter 50% sinkt.¹⁰¹⁶

Die Auffassung leidet zudem daran, dass der Niederlassungsfreiheit in Drittstaatsachverhalten zunächst ein Vorrang eingeräumt wird und anschließend unter Verweis auf die fehlende Anwendbarkeit der Niederlassung in Drittstaatsachverhalten gänzlicher Rechtsschutz durch den EGV versagt wird. Widerspruchsfreier wäre es, die Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten, ohne Bezug zur räumlich auf EU-Binnensachverhalte beschränkten Niederlassungsfreiheit, anzuwenden.¹⁰¹⁷

¹⁰¹⁵ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 98 bis Rn. 100; SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 96.

¹⁰¹⁶ Vgl. BFH Urt. v. 9.8.2006, BStBl. II 2007, S. 279; Rehm/Nagler, IStR 2007, S. 700 (701); Köhler/Tippelhofer, IStR 2007, S. 645 (647) sowie die Ausführungen unter Punkt C.I.2.b.)gg)(4).

¹⁰¹⁷ Siehe hierzu oben unter Punkt C.I.2.b.)gg)(5).

Unberechtigte steuerliche Privilegierungen von Drittstaatenangehörigen können mit der in dieser Arbeit vertretenen Präklusionslösung vermieden werden.¹⁰¹⁸ Tatsächlich ergäbe sich bei Anwendung der Präklusionslösung in Tabelle Nr. 7 nur noch eine kumulierte inländische Ertragsteuerbelastung von 375.000. Das im Rahmen einer Diskriminierungsprüfung relevante Belastungsniveau des grenzüberschreitenden Sachverhalts läge damit gleichauf mit dem niedrigsten rein inländischen Belastungsniveau (Tabelle Nr. 4): Selbst bei einer Substitution der inländischen Vergleichgruppe durch eine organschaftlich verbundene Finanzierungsstruktur wäre bei Anwendung der Präklusionslösung keine europarechtsrelevante Benachteiligung mehr festzustellen. Die Konstellation aus Tabelle Nr. 7 ist damit ein Beispiel, dass sich durch Kombination aus Substitutions- und Präklusionslösung eine europarechtskonforme Auslegung der untersuchten Besteuerungsnormen ergeben kann.

Ergibt sich aufgrund gegenseitigen Verzichts keine Quellenbesteuerung, wie dies etwa im Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zu den USA und der Schweiz abkommensrechtlich vereinbart wurde,¹⁰¹⁹ liegen bereits keine berücksichtigungsfähigen inländischen Belastungen des Drittstaatenangehörigen vor, die durch eine Präklusionslösung ausgeglichen werden müssten. Im Verhältnis zu Drittstaaten droht jedoch wie im Großteil der EU-Binnensachverhalte auch, dass die Umqualifizierung im Ansässigkeitsstaat des Darlehensgebers nicht nachvollzogen wird. Im Ergebnis würde dieses letztgenannte ertragsteuerliche Risiko im Rahmen einer steuerlichen Investitionsentscheidung gegen eine grenzüberschreitende Finanzierung sprechen.¹⁰²⁰

¹⁰¹⁸ Nach diesem Lösungsansatz können vom Darlehensnehmer sowie dem in einem Drittstaat ansässigen Darlehensgeber nur die steuerlichen Belastungen im Rahmen einer Diskriminierungsprüfung berücksichtigt werden, die unmittelbar den in der EU ansässigen Darlehensnehmer treffen. Näheres zur Präklusionslösung siehe unter D.II.2.d)cc).

¹⁰¹⁹ Vgl. BMF-Schreiben v. 28.6.2005, BStBl. I 2005, S. 858 f.

¹⁰²⁰ Siehe hierzu oben unter Punkt D.II.3.d)aa)(3).

Tabelle Nr. 8: Down-stream-loan im Verhältnis zur Schweiz und den USA

Konstellation	Down-stream-loan	
	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	USA oder Schweiz
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen		1.000.000
Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen als Betriebsausgaben, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG		- 1.000.000
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 1 KStG ¹⁰²¹		+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern		= 1.000.000
Gewerbesteuer		166.666,67
Körperschaftsteuer		208.333,33
Ertragsteuern		= 375.000
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen		0
Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG		1.000.000
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG ¹⁰²²		- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG		+ 50.000
Ergebnis vor Steuern		= 50.000
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 Abs. 1 KStG		200.000
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹⁰²³		- 0
Antrag nach § 50g Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie ¹⁰²⁴		- 0
Abkommensrechtliche Freistellung von der Quellensteuer DBA BRD/USA und DBA BRD/CH		- 200.000
Ertragsteuern		= 0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung ¹⁰²⁵		375.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung		375.000

¹⁰²¹ Siehe Fn. 1009.

¹⁰²² Siehe Fn. 1010.

¹⁰²³ Der Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG gilt nicht im Verhältnis zu Drittstaaten; Jesse, IStR 2005, S. 151 (151).

¹⁰²⁴ Der Antrag nach § 50g Abs. 1 S. 1 EStG gilt nicht für Zahlungen, die nach deutschem Recht als Gewinnausschüttungen behandelt werden, § 50g Abs. 2 Nr. 1 a) EStG. Zudem gilt § 50g EStG nicht in der vorliegenden Drittstaatenkonstellation; Dörr, IStR 2005, S. 109 (114).

¹⁰²⁵ Gemäß der Präklusionslösung sind Belastungen durch inländische Ertragsteuern, die unmittelbar die Drittstaaten-Beteiligten eines grenzüberschreitenden Kapitalbewegungsvorganges treffen, bei einer Diskriminierungsprüfung im Sinne des EGV nicht zu berücksichtigen. Näheres zur Herleitung der Präklusionslösung siehe D.II.2.d)cc).

b) Fremdfinanzierung einer Tochter-Kapitalgesellschaft in einem Drittstaat durch inländische Mutter-Kapitalgesellschaft

Abbildung Nr. 6: Down-stream-loan in Drittstaatsverhältnis II

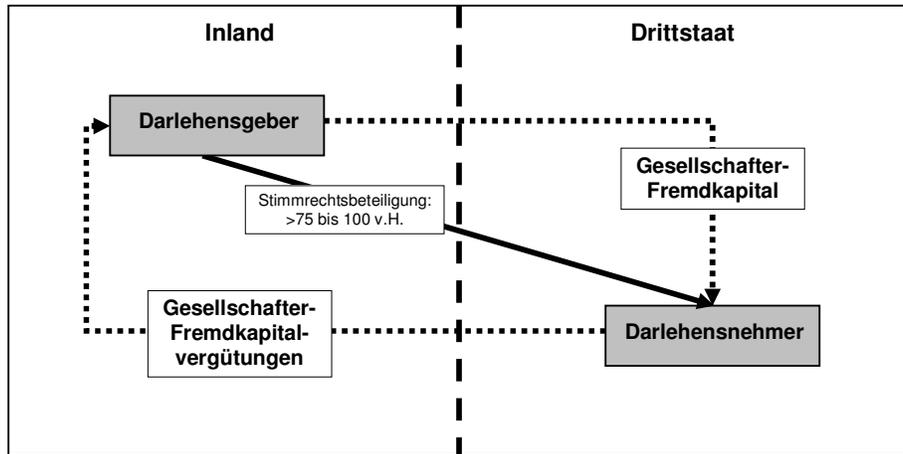


Tabelle Nr. 9: Finanzierung der Tochter-Kapitalgesellschaft im Drittstaat

Konstellation	Down-stream-loan	
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Drittstaat	Inland
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0		
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen		1.000.000
Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen als Betriebsausgaben		- 1.000.000
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen durch ausl. Besteuerungsnormen ¹⁰²⁶		+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern		= 1.000.000
Gewerbsteuer: nicht steuerbar		0
Körperschaftsteuer: nicht steuerbar		0
Ertragsteuern		= 0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0		
Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen		1.000.000
Umqualifizierung in verdeckte Gewinnausschüttungen, § 8a Abs. 1 S. 1 KStG		= 1.000.000
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 KStG		- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG		+ 50.000
Ergebnis vor Steuern		= 50.000
Gewerbsteuer		8.333,33
Körperschaftsteuer		10.416,67
Ertragsteuern		= 18.750
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung ¹⁰²⁷		18.750
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung		18.750

Im Vergleich zu rein inländischen Sachverhalten ergibt sich für die Konstellation der Tabelle Nr. 9 keine europarechtsrelevante Benachteiligung. Die

¹⁰²⁶ Durch die Hinzurechnung liegt keine Minderung des Ergebnisses der ausländischen Tochter-Kapitalgesellschaft im Sinne des § 8b Abs. 1 S. 2 KStG in der Fassung des JStG 2007 sowie im Sinne des BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (598), Rn. 27 vor.

¹⁰²⁷ Gemäß der Präklusionslösung sind Belastungen durch inländische Ertragsteuern, die unmittelbar die Drittstaaten-Beteiligten eines grenzüberschreitenden Kapitalbewegungsvorganges treffen, bei einer Diskriminierungsprüfung im Sinne des EGV nicht zu berücksichtigen. Näheres zur Herleitung der Präklusionslösung siehe D.II.2.d)cc).

Belastungswerte der grenzüberschreitenden Sachverhalte mit 18.750 liegen unter dem Belastungsniveau der rein inländischen Sachverhalte, die den Wert 393.750 für nicht organschaftlich organisierte Mutter-Tochter-Kapitalgesellschaften (Tabelle Nr. 3) sowie den Wert 375.000 für organschaftlich gebundene Kapitalgesellschaften (Tabelle Nr. 4) aufweisen.

IV. Side-stream-loan

1. Einführung

Bei Anwendung der §§ 8a, 8b KStG auf Side-stream-loans zwischen Schwestergesellschaften mit gemeinsamer Mutter-Kapitalgesellschaft besteht die Gefahr einer steuerlichen Mehrfachbelastung der Finanzierungsstruktur. Aus der Behandlung dieser zunächst nur für den Inlandsfall betrachteten Mehrfachbelastung entstehen auch Folgeprobleme für grenzüberschreitende Fremdfinanzierungen im Dreiecksverhältnis zwischen Schwester-Kapitalgesellschaften mit gemeinsamer Mutter-Kapitalgesellschaft.

Zahlt die darlehensnehmende Schwestergesellschaft an ihre als nahe stehende Person i.S.v. § 8a Abs. 1 S. 2 KStG zu qualifizierende Schwestergesellschaft Fremdkapitalvergütungen, erfolgt bei der gemeinsamen Mutter-Kapitalgesellschaft die Zurechnung einer verdeckten Gewinnausschüttung in Höhe der gezahlten Fremdkapitalvergütungen. Die gemeinsame Mutter-Kapitalgesellschaft hat diese gemäß § 8b Abs. 1 S. 1 und Abs. 5 S. 1 KStG mit einer Belastung von 5 % auf die von der Darlehensnehmerin geleisteten Fremdkapitalvergütungen zu versteuern. Daneben würden bei der darlehensgebenden Schwestergesellschaft die geleisteten Fremdkapitalvergütungen als reguläre Zinseinnahmen der Besteuerung unterliegen. Diese Systematik führt zu einer mehrfachen Belastung der geleisteten Fremdkapitalvergütungen, die nach weitgehender Auffassung durch entsprechende Korrekturmechanismen zu beseitigen ist.¹⁰²⁸ Vertreten wird in diesem Zusammenhang die Verbrauchs- und die Umqualifizierungsmethode.

Die Umqualifizierungsmethode ordnet die verdeckte Gewinnausschüttung in den Kontext des § 8 Abs. 3 KStG ein; sie sieht in den zwischen den

¹⁰²⁸ Vgl. Gosch in: Gosch, KStG, § 8a KStG, Rn. 160; IDW Stellungnahme, WPg 2004, S. 550 (551); Mensching/Bauer, BB 2003, S. 2429 (2433); Wassermeyer, DStR 2003, S. 2056 (2056); Rödder/Schumacher, DStR 2003, S. 2057 (2057).

Schwestergesellschaften geleisteten Fremdkapitalvergütungen einen einlagefähigen Vorteil i.S.v. des § 4 Abs. 1 S. 5 EStG i.V.m. § 8 Abs. 3 S. 2 KStG. Dieser wird durch die Mutter-Kapitalgesellschaft in die darlehensgebende Kapitalgesellschaft eingelegt¹⁰²⁹ und neutralisiert die Vereinnahmung der Fremdkapitalvergütungen. Die Behandlung der verdeckten Gewinnausschüttung bei der darlehensnehmenden Kapitalgesellschaft folgt der allgemeinen Systematik der §§ 8a, 8b KStG. Die der gemeinsamen Mutter-Kapitalgesellschaft zuzurechnenden verdeckten Gewinnausschüttungen sind gemäß § 8b Abs. 1 S. 1 und Abs. 5 S. 1 KStG zu versteuern; die steuerliche Belastung der Finanzierungsstruktur beschränkt sich insoweit auf die Pauschalbesteuerung in Höhe von 5 % der geleisteten Fremdkapitalvergütungen.¹⁰³⁰ Werden zwischen Mutter-Kapitalgesellschaft und darlehensnehmender Kapitalgesellschaft weitere Zwischengesellschaften eingeschoben, wird auf jeder dieser eingeschobenen Beteiligungsebenen die verdeckte Gewinnausschüttung in Höhe der Pauschalbesteuerung gemäß § 8b Abs. 5 S. 1 KStG belastet, da die verdeckte Gewinnausschüttung nur zwischen unmittelbar beteiligten Kapitalgesellschaften erfolgen kann.¹⁰³¹

Das Konzept der Verbrauchstheorie lehnt sich an die Rechtsfigur des abgekürzten Zahlungsweges an.¹⁰³² Die verdeckte Gewinnausschüttung aufgrund geleisteter Fremdkapitalvergütungen betrifft nur das Verhältnis der darlehensnehmenden Kapitalgesellschaft zum Anteilseigner. Die verdeckte Gewinnausschüttung ist daher ungeachtet gegebenenfalls zwischengeschalteter Beteiligungsstufen ausschließlich im Verhältnis der darlehensnehmenden Kapitalgesellschaft zum Anteilseigner zuzurechnen.¹⁰³³ Dem Anteilseigner wird eine fiktive Darlehensaufnahme¹⁰³⁴ bei seiner darlehensgewährenden

¹⁰²⁹ Hierbei erhöht sich entsprechend das steuerliche Einlagekonto gemäß 27 KStG; Frottscher in: Frottscher/Mass, KStG, § 27 KStG, Rn. 12.

¹⁰³⁰ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (596), Rn. 14 ff.; Köpplin/Koch in: Erle/Sauter, KStG, § 8a KStG, Rn. 362 ff.

¹⁰³¹ Vgl. Köpplin/Koch in: Erle/Sauter, KStG, § 8a KStG, Rn. 370; Gosch in: Gosch, KStG, § 8a KStG, Rn. 161a; BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (596), Rn. 15; Frottscher, DStR 2004, S. 377 (381); Rödder/Schumacher, DStR 2004, S. 749, DStR 2004, S. 758 (763).

¹⁰³² Vgl. BFH Urt. v. 20.8.1986, BStBl. II 1987, S. 455 ff.

¹⁰³³ Vgl. Groh, DB 2005, S. 629 (631).

¹⁰³⁴ Zutreffend spricht *Gosch* von einer fehlenden zivilrechtlichen Verbindlichkeit, sieht den Anteilseigner jedoch wirtschaftlich mit den Zinsausgaben belastet; Gosch in: Gosch, KStG, § 8a KStG, Rn. 161.

Tochter-Kapitalgesellschaft unterstellt; entsprechend wird beim Anteilseigner in Höhe der verdeckten Gewinnausschüttung ein Zinsaufwand angenommen. Die zugerechnete verdeckte Gewinnausschüttung wird insofern durch einen (fiktiven) Zinsaufwand der gemeinsamen Mutter-Kapitalgesellschaft verbraucht.¹⁰³⁵

Abbildung Nr. 7: Inländische Side-stream-loan-Finanzierung

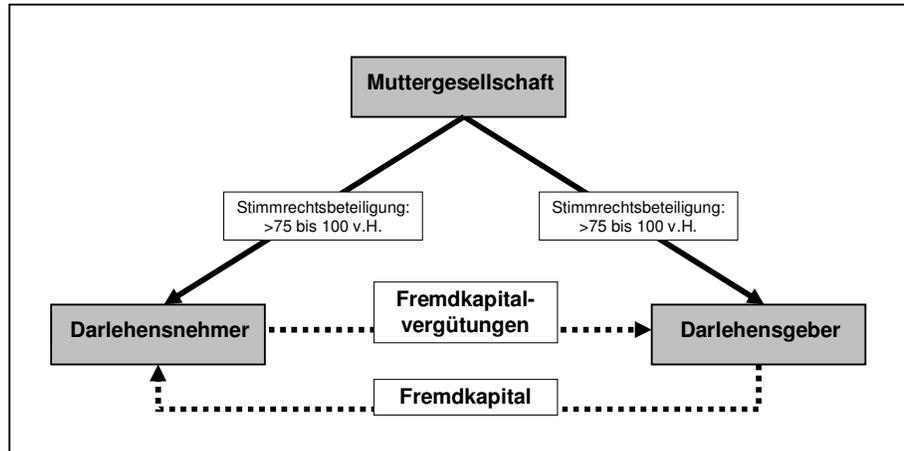


Tabelle Nr. 10: Inländischer Side-stream-loan bei Umqualifizierungsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	Inland	Inland
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben, § 4 Abs. 4 EStG			- 1.000.000
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 2 KStG ¹⁰³⁶			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen,			+ 1.000.000
Verdeckte Einlage durch Mutter-Kapitalgesellschaft (§ 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG)			- 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Kapitalertrag i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
Ergebnis vor Steuern			= 50.000
Gewerbsteuer			8.333,33
Körperschaftsteuer			10.416,67
Ertragsteuern			= 18.750
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			18.750

¹⁰³⁵ Vgl. Neumann/Stimpel, GmbHR 2004, S. 392 (396); Wassermeyer, DStR 2003, S. 2056 (2056); a.A. Rödder/Schumacher, DStR 2003, S. 1725 (1731); Rödder/Schumacher, DStR 2003, S. 2057 (2057).

¹⁰³⁶ Siehe Fn. 1009.

Tabelle Nr. 11: Inländischer Side-stream-loan bei Verbrauchsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	Inland	Inland
Methode	Verbrauchsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben, § 4 Abs. 4 EStG			- 1.000.000
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 2 KStG ¹⁰³⁷			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen,			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 1.000.000
Gewerbsteuer			166.666,67
Körperschaftsteuer			208.333,33
Ertragsteuern			= 375.000
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Kapitalertrag i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
Zinsaufwand (fiktiv)			- 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= -950.000
Gewerbsteuer			0
Körperschaftsteuer			0
Ertragsteuern			= 0
Verlustvortrag: wird nicht ausgewertet ¹⁰³⁸			
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			375.000

Die Anwendung der Verbrauchsmethode bei rein inländischen Side-stream-loan-Finanzierungen mit drei beteiligten Kapitalgesellschaften zeigt mit dem Wert 375.000 gegenüber der Umqualifizierungsmethode mit dem Belastungswert von 18.750 eine hohe anfängliche ertragsteuerliche Belastung der Finanzierungsstruktur. Die Anwendung der Umqualifizierungsmethode war von der Finanzverwaltung favorisiert worden¹⁰³⁹ und sollte mit dem JStG 2007¹⁰⁴⁰ u.a. durch die ausdrückliche Regelung der verdeckten Einlage in § 8 Abs. 3 S. 3 KStG eine gesetzliche Grundlage erhalten.¹⁰⁴¹ Hiernach

¹⁰³⁷ Siehe Fn. 1009.

¹⁰³⁸ Der Verlustvortrag im Rahmen der rein inländischen Vergleichsgruppe wird nicht ausgewertet. Denn der EuGH sieht bereits in einer anfänglichen temporären Liquiditätsverschlechterung für grenzüberschreitende Sachverhalte durch Besteuerungsnormen eine europarechtsrelevante Beeinträchtigung. Verlustvorträge, die sich erst in Folgeperioden begünstigend auswirken, können eingetretene Beeinträchtigungen des grenzüberschreitenden Sachverhalts in der aktuellen Periode nicht heilen. Der EuGH folgt damit einer strengen Einperiodenbetrachtung; vgl. EuGH Urt. v. 29.3.2007, C-347/04, Rs. „Rewe Zentralfinanz“, RIW 2007, S. 390, Rn. 29 f.; EuGH Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, Rs. „Cadbury Schweppes“, DStR 2006, S. 441, Rn. 45; Hornig, PISStB 2007, S. 215 (215); Sedemund, BB 2006, S. 2118 (2119).

¹⁰³⁹ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (596), Rn. 14 ff.

¹⁰⁴⁰ BGBl. I 2006, S. 2878 (2891).

¹⁰⁴¹ Vgl. Kollruss, BB 2007, S. 467 (468); Dörfler/Heurung/Adrian, DStR 2007, S. 514 (519); Strnad, GmbHR 2006, S. 1321 (1322).

ist die steuerliche Mehrfachbelastung im Rahmen von Side-stream-loan-Finanzierungen grundsätzlich durch die Umqualifizierungsmethode zu korrigieren.

Kann die Korrekturfunktion der Umqualifizierungsmethode in grenzüberschreitenden Finanzierungssachverhalten tatbestandlich nicht greifen, kommt die Verbrauchsmethode als alternative Korrekturmethode in Betracht. So greift die Verbrauchsmethode als Alternative zur Umqualifizierungsmethode ein, wenn etwa bei *zinslosen* Darlehen zwischen Schwester-Kapitalgesellschaften mangels eines einlagefähigen Vorteils die Umqualifizierungsmethode nicht angewendet werden kann.¹⁰⁴² Es liegt nahe, diesen Ansatz auf *verzinst* grenzüberschreitende Gesellschafter-Darlehen zu übertragen, in denen eine verdeckte Einlage bei der im Ausland ansässigen Gesellschaft gleichfalls nicht erfolgen kann.

Mit dem JStG 2007 wurden mit § 8 Abs. 3 S. 3 bis 5 KStG zwar die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Anwendung der von der Finanzverwaltung favorisierten Umqualifizierungsmethode geschaffen. Gesetzlich vorgeschrieben ist die Anwendung der Umqualifizierungsmethode jedoch nicht.¹⁰⁴³ Die weiterhin bestehende Offenheit des Gesetzes hinsichtlich der Besteuerungsmethode eröffnet in grenzüberschreitenden Sachverhalten die (alternative) Anwendung der Verbrauchsmethode. Mit der Anwendung der Verbrauchsmethode kann gegebenenfalls die ertragsteuerliche Belastung grenzüberschreitender Finanzierungssachverhalte auf das Ertragsteuerbelastungsniveau rein inländischer Side-stream-loan-Finanzierungsstrukturen reduziert und eine europarechtsrelevante Benachteiligung der grenzüberschreitenden Side-stream-loan-Finanzierungen vermieden werden.

Hiermit würden zwar rein inländische und grenzüberschreitende Finanzierungssachverhalte besteuermethodisch unterschiedlich behandelt, da rein inländische Sachverhalte nach der Umqualifizierungsmethode, hingegen grenzüberschreitende Sachverhalte nach der Verbrauchsmethode besteuert würden. Diese unterschiedliche Behandlung ist jedoch zulässig,

¹⁰⁴² Vgl. Thiel, DB 2006, S. 633 (634); Wassermeyer, DB 2006, S. 296 ff.

¹⁰⁴³ Vgl. Gosch in: Gosch, KStG, § 8a KStG, Rn. 161.

wenn sich hierdurch ein vergleichbares *Ergebnis* zwischen rein inländischen und dem grenzüberschreitenden Sachverhalt einstellt.¹⁰⁴⁴

In den nachfolgenden grenzüberschreitenden Side-stream-loan-Finanzierungen erfolgt daher neben der Umqualifizierungsmethode auch die (alternative) Darstellung der Belastungswerte nach der Verbrauchsmethode. In den beiden dargestellten rein inländischen Vergleichsgruppen wird auf die Darstellung der Verbrauchsmethode verzichtet.¹⁰⁴⁵

2. Inländischer Vergleichssachverhalt beim Side-stream-loan

a) Vorbemerkungen

Bei der Betrachtung des rein inländischen Vergleichssachverhaltes für Side-stream-loan-Sachverhalte wird zum einen unter b) eine Finanzierungsstruktur ohne organschaftliche Verbindung dargestellt. Zum anderen werden unter c) entsprechend den Erwägungen zur sachgerechten, wettbewerbsorientierten Bildung inländischer Vergleichsgruppen¹⁰⁴⁶ Finanzierungsstrukturen mit organschaftlicher Verbindung betrachtet, wobei zwischen den Möglichkeiten einer Side-stream-loan-Finanzierung mit einem und mit zwei Organkreisen unterschieden wird.

b) Inländischer Side-stream-loan ohne Organschaft

Die Belastungswerte der rein inländischen Vergleichsgruppe ohne organschaftliche Verbindung auf Grundlage der im Inland maßgeblichen Umqualifizierungsmethode entsprechen den Werten der Tabelle Nr. 10. Sie weist

¹⁰⁴⁴ Vgl. Spengel/Braunage, StuW 2006, S. 34 (36).

¹⁰⁴⁵ Der Verbrauchsmethode kommt gleichwohl auch in rein inländischen Organschafts-sachverhalten Bedeutung zu. Im Falle der Gewährung *zinsloser* Darlehen zwischen Schwester-Kapitalgesellschaften, die jeweils mit ihrer Mutter-Kapitalgesellschaft organschaftlich verbunden sind, handelt es sich bei dem Zinsvorteil um einen nicht einlagefähigen Vorteil. Die Umqualifizierungsmethode, die mittels einer verdeckten Einlage korrigiert, ist daher in diesen Fällen nicht anwendbar. Es kommt nach insoweit übereinstimmender Auffassung von Rechtsprechung und Finanzverwaltung auch im Organschaftsfall die Verbrauchsmethode zur Anwendung. Im Unterschied zur Finanzverwaltung rechnet die Rechtsprechung der Mutter-Kapitalgesellschaft nur ein um die verdeckte Gewinnausschüttung gekürztes Einkommen zu, so dass der Organkreis gegebenenfalls einen nach Auffassung der Finanzverwaltung unberechtigten Verlust ausweisen kann. Hinsichtlich des steuerpflichtigen Einkommens des Organkreises ergeben sich zwischen Rechtsprechung und Finanzverwaltung jedoch keine Unterschiede. Zu den Einzelheiten des Streitstandes siehe: Thiel, DB 2006, S. 633 (634); Wassermeyer, DB 2006, S. 296 ff.

¹⁰⁴⁶ Siehe hierzu unter D.II.2.b)ee)(3).

eine anfängliche kumulierte Ertragsteuerbelastung aller drei beteiligten Kapitalgesellschaften von 18.750 auf.

c) Inländischer Side-stream-loan mit Organschaft

aa) Grundsätzliches

Die Organschaft wird jeweils zwischen zwei Rechtssubjekten, dem Organträger und der Organgesellschaft eingegangen. Im Rahmen eines Side-stream-loan mit der gemeinsamen Mutter-Kapitalgesellschaft und den beiden Schwestergesellschaften kommen daher bei der Bildung des inländischen Vergleichssachverhaltes folgende Konstellationen in Betracht:

- Zwei Organkreise mit der Mutter-Kapitalgesellschaft; inländische Darlehensgeberin und inländische Darlehensnehmerin sind beide organschaftlich mit der Mutter-Kapitalgesellschaft verbunden¹⁰⁴⁷
- Ein Organkreis der Mutter-Kapitalgesellschaft mit der Darlehensnehmerin; die inländische Darlehensgeberin steht ohne organschaftliche Einbindung daneben, obwohl eine Organschaft mit der Mutter-Kapitalgesellschaft möglich wäre¹⁰⁴⁸

Wie in den folgenden Abschnitten bb) und cc) zu zeigen ist, ist eine Entscheidung zwischen diesen Varianten einer Organschaft im Dreiecksverhältnis entbehrlich. In beiden Varianten ergibt sich für den Organträger durch die Darlehensverhältnisse zwischen den Tochter-Kapitalgesellschaften keine anfängliche ertragsteuerliche Belastung.

¹⁰⁴⁷ Diese inländische Vergleichsvariante entspricht der Prämisse, wonach steuerliche Gestaltungen von Wirtschaftsteilnehmern ausgeübt werden, wenn und soweit sie eine vorteilhafte oder zumindest neutrale steuerliche Wirkung zur Folge haben; Sauter/Heurung, GmbHR 2001, S. 165 (165 ff.).

¹⁰⁴⁸ Diese inländische Vergleichsvariante lehnt sich an Rn. 26 des BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (597) an.

bb) Organschaft mit beiden Tochtergesellschaften

Abbildung Nr. 8: Side-stream-loan bei Organschaft mit zwei Tochtergesellschaften

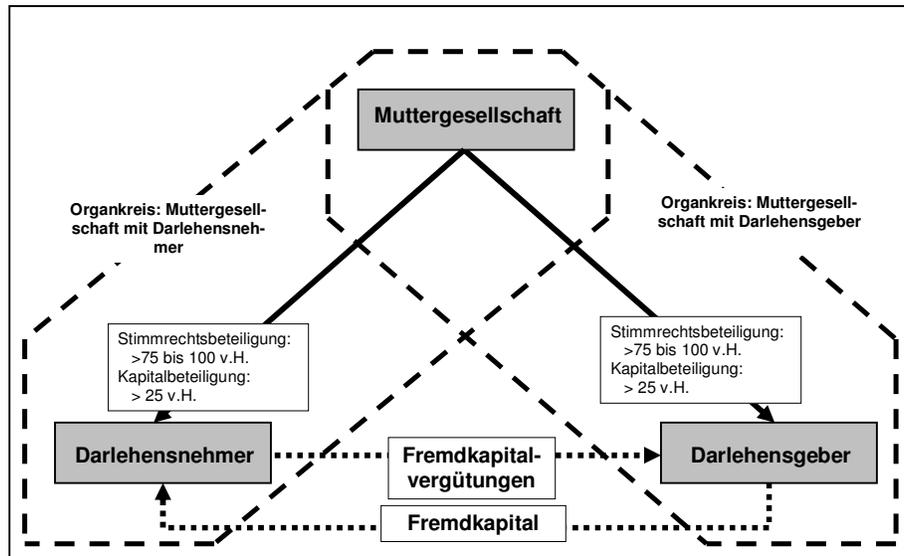


Tabelle Nr. 12: Side-stream-loan bei Organschaft mit beiden Tochtergesellschaften

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Organgesellschaft)	Darlehensgeber (Organgesellschaft)	Anteilseigner (Organträger)
Ansässigkeit	Inland	Inland	Inland
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben, § 4 Abs. 4 EStG			- 1.000.000
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 2 KStG ¹⁰⁴⁹			+ 1.000.000
Gewinnabführung an den Organträger, R 60 Abs. 3 S. 2 KStR			0
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen,			+ 1.000.000
Verdeckte Einlage durch Mutter-Kapitalgesellschaft (§ 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG)			- 1.000.000
Gewinnabführung an den Organträger, R 60 Abs. 3 S. 2 KStR			0
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Zurechnung des Einkommens der darlehensnehmenden OG, R 29 Abs. 1 S. 1 Pos.-Nr. 16 KStR			0
Zurechnung des Einkommens der darlehensgebenden OG, R 29 Abs. 1 S. 1 Pos.-Nr. 16 KStR			0
VGA i.S.v. §§ 8 Abs. 3 S. 2, 8a KStG als vorweggenommene Gewinnabführung ¹⁰⁵⁰			+ 1.000.000
Neutralisierung der vorweggenommenen Gewinnabführung ¹⁰⁵¹			- 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			0

¹⁰⁴⁹ Siehe Fn. 1009.

¹⁰⁵⁰ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (597), Rn. 26.

¹⁰⁵¹ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (597), Rn. 26.

cc) Organschaft mit dem Darlehensnehmer

Tabelle Nr. 13: Side-stream-loan bei Organschaft mit der Darlehensnehmerin

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Organgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Organträger)
Ansässigkeit	Inland	Inland	Inland
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben, § 4 Abs. 4 EStG,	- 1.000.000		
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 2 KStG ¹⁰⁵²	+ 1.000.000		
Gewinnabführung an den Organträger, R 60 Abs. 3 S. 2 KStR	0		
Ergebnis vor Steuern	= 0		
Ertragsteuern	0		
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen ¹⁰⁵³	+ 1.000.000		
Verdeckte Einlage durch Mutter-Kapitalgesellschaft (§ 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG)	- 1.000.000		
Gewinnabführung an den Organträger, R 60 Abs. 3 S. 2 KStR	0		
Ergebnis vor Steuern	= 0		
Ertragsteuern	0		
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Zurechnung des Einkommens der darlehensnehmenden OG, R 29 Abs. 1 S. 1 Pos.-Nr. 16 KStR	0		
VGA i.S.v. §§ 8 Abs. 3 S. 2, 8a KStG als vorweggenommene Gewinnabführung ¹⁰⁵⁴	+ 1.000.000		
Neutralisierung der vorweggenommenen Gewinnabführung ¹⁰⁵⁵	- 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 0		
Ertragsteuern	0		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0	0		

3. EU-Sachverhalte beim Side-stream-loan

a) Vorbemerkungen

Bei grenzüberschreitenden Fremdfinanzierungen zwischen Schwester-Kapitalgesellschaften mit einer gemeinsamen Mutter-Kapitalgesellschaft in EU-Sachverhalten können sechs Grundkonstellationen unterschieden werden. Die Darstellung dieser sechs Grundkonstellationen erfolgt in den Abschnitten b) bis g). Um die Auswirkungen der Verbrauchs- und der Umqualifizierungsmethode im Verhältnis zum EU-Ausland bewerten zu können, werden bei diesen sechs grenzüberschreitenden Sachverhalten jeweils Werte unter Zugrundelegung der Verbrauchs- und der Umqualifizierungsmethode ermittelt.

¹⁰⁵² Siehe Fn. 1009.

¹⁰⁵³ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (597), Rn. 26.

¹⁰⁵⁴ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (597), Rn. 26.

¹⁰⁵⁵ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (597), Rn. 26.

b) Darlehensnehmer im EU-Ausland

Abbildung Nr. 9: Side-stream-loan in EU-Binnensachverhalten I

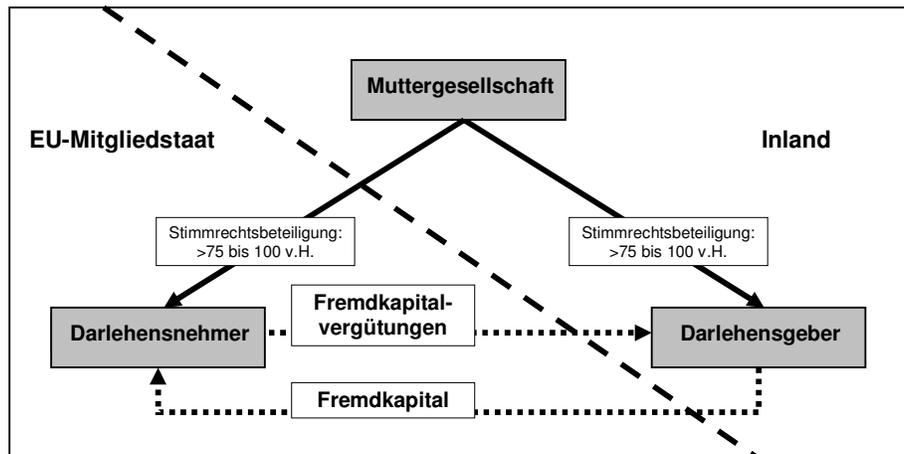


Tabelle Nr. 14: Side-stream-loan in der EU mit Umqualifizierungsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	EU-Mitgliedstaat	Inland	Inland
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als BA, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG ¹⁰⁵⁶	- 1.000.000		
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen durch ausl. Besteuerungsnormen ¹⁰⁵⁷	+ 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 0		
Ertragsteuern	0		
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen.	+ 1.000.000		
Verdeckte Einlage durch Mutter-Kapitalgesellschaft (§ 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG)	- 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 0		
Ertragsteuern	0		
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Kapitalertrag i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG	+ 1.000.000		
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG	- 1.000.000		
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG	+ 50.000		
Ergebnis vor Steuern	= 50.000		
Gewerbsteuer	8.333,33		
Körperschaftsteuer	10.416,67		
Ertragsteuern	= 18.750		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0	18.750		

¹⁰⁵⁶ Die Finanzverwaltung wendet auf den im EU-Mitgliedstaat ansässigen Darlehensnehmer die deutsche Besteuerungsnorm des § 8a KStG an, und zieht hieraus die Rechtsfolgen für inländische Schwester- und Mutter-Kapitalgesellschaften; BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (598), Rn. 27.

¹⁰⁵⁷ Durch die Hinzurechnung im Rahmen der Besteuerung durch den ausländischen Fiskus liegt keine Minderung des Ergebnisses der ausländischen Tochter-Kapitalgesellschaft im Sinne des § 8b Abs. 1 S. 2 KStG in der Fassung des JStG 2007 sowie im Sinne des BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (598), Rn. 27 vor. Dies setzt voraus, dass der ausländische Fiskus aufgrund seiner Besteuerungsnormen eine dem deutschen § 8a Abs. 1 KStG entsprechende Umqualifizierung im Dreiecksverhältnis vornimmt; eine solche exakt dem deutschen Recht entsprechende Besteuerung wird jedoch regelmäßig nicht vorliegen, so dass die Umqualifizierung regelmäßig nicht nachvollzogen wird.

Tabelle Nr. 15: Side-stream-loan in der EU mit Verbrauchsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	EU-Mitgliedstaat	Inland	Inland
Methode	Verbrauchsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als BA, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG ¹⁰⁵⁸			- 1.000.000
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen durch ausl. Besteuerungsnormen ¹⁰⁵⁹			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			= 0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen,			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 1.000.000
Gewerbsteuer			166.666,67
Körperschaftsteuer			208.333,33
Ertragsteuern			= 375.000
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Kapitalertrag i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
Zinsaufwand (fiktiv)			- 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= -950.000
Gewerbsteuer			0
Körperschaftsteuer			0
Verlustvortrag: wird nicht ausgewertet ¹⁰⁶⁰			
Ertragsteuern			= 0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			375.000

Diese grenzüberschreitende Konstellation bildet den im BMF-Schreiben v. 15.7.2004, Rn. 27 dargestellten Sachverhalt ab.¹⁰⁶¹ Mit der Umqualifizierungsmethode befindet sich die kumulierte anfängliche ertragsteuerliche Belastung der grenzüberschreitenden Finanzierung auf dem Belastungsniveau der rein inländischen Vergleichsgruppe, die nicht organschaftlich verbunden ist (Wert aus Tabelle Nr. 14: 18.750). Geht man aufgrund wettbewerbsorientierter Erwägungen davon aus, dass die organschaftliche Finanzierungsstruktur mit dem Belastungswert Null die relevante inländische Vergleichsgruppe darstellt,¹⁰⁶² liegt eine europarechtsrelevante Benachteiligung des grenzüberschreitenden Sachverhaltes vor, die der Rechtfertigung bedarf. Die Verbrauchsmethode steht aufgrund ihres hohen Belastungswertes mit 375.000 (Tabelle Nr. 15) nicht als alternative Besteuerungsmethode zur

¹⁰⁵⁸ Die Finanzverwaltung wendet auf den im EU-Mitgliedstaat ansässigen Darlehensnehmer die deutsche Besteuerungsnorm des § 8a KStG an, und zieht hieraus die Rechtsfolgen für inländische Schwester- und Mutter-Kapitalgesellschaften; BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (598), Rn. 27.

¹⁰⁵⁹ Siehe Fn. 1057.

¹⁰⁶⁰ Siehe Fn. 1038.

¹⁰⁶¹ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (598), Rn. 27.

¹⁰⁶² Siehe hierzu unter D.II.2.b)ee(3).

Vermeidung einer Benachteiligung des grenzüberschreitenden Finanzierungssachverhaltes zur Verfügung.

c) Mutter-Kapitalgesellschaft und Darlehensgeberin im EU-Ausland

Abbildung Nr. 10: Side-stream-loan in EU-Binnensachverhalten II

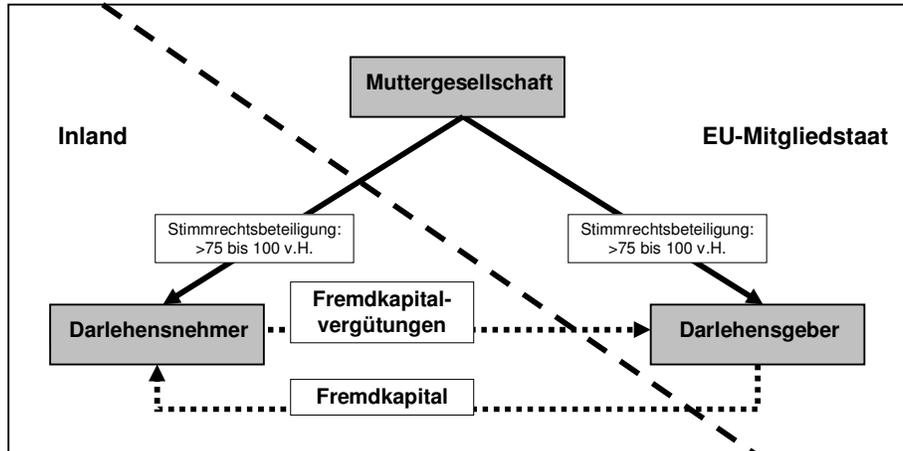


Tabelle Nr. 16: Side-stream-loan in der EU mit Umqualifizierungsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	EU-Mitgliedstaat	EU-Mitgliedstaat
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als BA, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG			- 1.000.000
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 2 KStG ¹⁰⁶³			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 c) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG ¹⁰⁶⁴			+ 1.000.000
Keine vE durch Mutter-Kapitalgesellschaft, § 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG ¹⁰⁶⁵			- 0
Ergebnis vor Steuern			= 1.000.000
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 Abs. 1 KStG			200.000
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹⁰⁶⁶			- 0
Antrag nach § 50g Abs. 1 EStG; § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG			- 200.000
Ertragsteuern			0
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Kapitalertrag i.S.d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung gem. § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) , § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG ¹⁰⁶⁷			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
Ergebnis vor Steuern			= 50.000
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 Abs. 1 KStG			10.000
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹⁰⁶⁸			- 10.000
Ertragsteuern			= 0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			0

¹⁰⁶³ Siehe Fn. 1009.

¹⁰⁶⁴ Die Gewerblichkeit des ausländischen Darlehensgebers muss i.S.v. § 49 Abs. 2 EStG außer Betracht bleiben, da andernfalls mangels einer inländischen Betriebsstätte (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 a) EStG) keine beschränkt steuerpflichtigen Einkünfte vorliegen würden. Durch Ausblendung des Gewerblichkeitsmerkmals liegen die Voraussetzungen der Einkunftsart gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 2 EStG vor; Wassermeyer in: Kirchhof/Söhn, EStG, Großkommentar, Band 13, § 20 EStG, Rn. A34; Kumpf in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, Band 13, § 49 EStG, Rn. 144; Frotscher in: Frotscher/Maas, KStG, § 8a KSt, Rn. 32. Die Vorschrift des § 8 Abs. 2 KStG in der Fassung des SEStEG (BGBl. I 2006, S. 2781 (2787)), wonach alle Einkünfte als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu behandeln sind, ist nicht anwendbar, da die im Ausland ansässige Kapitalgesellschaft nicht im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 KStG unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig ist. § 8 Abs. 2 KStG in der Fassung vor dem SEStEG war gleichfalls nicht auf im Ausland ansässige Kapitalgesellschaften anwendbar, da diese Kapitalgesellschaften nicht zur Buchführung gemäß HGB verpflichtet waren.

¹⁰⁶⁵ Bei der Einkunftsart gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 5 c) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG handelt es sich um eine Überschusseinkunftsart gemäß § 2 Abs. 2, Nr. 2 EStG. Das Gewerblichkeitsmerkmal, das im Inlandsfall zu einer Gewinneinkunftsart führt, muss gemäß § 49 Abs. 2 EStG ausgeblendet werden (siehe auch vorangehende Fußnote). Einlagehandlungen sind auf Gewinnermittlungsarten i.S.v. § 2 Abs. 2, Nr. 1 EStG i.V.m. §§ 4 Abs. 1, 4 Abs. 3 EStG beschränkt. Da der ausländische Darlehensgeber eine Überschusseinkunftsart gemäß § 2 Abs. 2, Nr. 2 EStG verwirklicht, greift die Korrektur mittels verdeckter Einlage bei ihm nicht; vgl. Watermeyer in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 8b KStG, Jahresband 2007, Rn. J 06-6 „Auslandsfall“.

¹⁰⁶⁶ Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt nicht für Fremdkapitalvergütungen i.S.d § 49 Abs. 1 Nr. 5 c) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG.

¹⁰⁶⁷ Siehe Fn. 1010.

¹⁰⁶⁸ Siehe Fn. 1066.

Tabelle Nr. 17: Side-stream-loan in der EU mit Verbrauchsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	EU-Mitgliedstaat	EU-Mitgliedstaat
Methode	Verbrauchsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als BA, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG	- 1.000.000		
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 2 KStG ¹⁰⁶⁹	+ 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 0		
Ertragsteuern	= 0		
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 c) EStG i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG	+ 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 1.000.000		
Kapitalertragsteuer	200.000		
Antrag nach § 50g Abs. 1 EStG; § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG	- 200.000		
Ertragsteuern	= 0		
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8 Abs. 1 KStG	+ 1.000.000		
Steuerbefreiung gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG ¹⁰⁷⁰	- 1.000.000		
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG	+ 50.000		
BA-Abzug für (fiktiven) Zinsaufwand, § 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1, § 8 Abs. 6 KStG ¹⁰⁷¹	- 0		
Ergebnis vor Steuern	= 50.000		
Kapitalertragsteuer	10.000		
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹⁰⁷²	- 10.000		
Ertragsteuern	= 0		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0	0		

Mit der anfänglichen ertragsteuerlichen Nullbelastung bei Anwendung der Umqualifizierungsmethode liegt der grenzüberschreitende Finanzierungs-sachverhalt auf gleichem Belastungsniveau wie der am geringsten belastete, rein inländische Finanzierungs-sachverhalt, dem Side-stream-loan mit organ-schaftlicher Verbindung. Für die Verbrauchsmethode als alternative Korrek-turmethode besteht kein Anwendungsbedarf.

¹⁰⁶⁹ Siehe Fn. 1009.

¹⁰⁷⁰ Siehe Fn. 1010.

¹⁰⁷¹ Der Betriebsausgabenabzug ist durch § 8 Abs. 6 KStG ausgeschlossen, da die Mutter-Kapitalgesellschaft beschränkt steuerpflichtig ist. Das Betriebsausgabenabzugsverbot entfällt jedoch, wenn etwa die Abgeltungswirkung gemäß § 32 KStG durch die Inanspruchnahme eines Haftungsschuldners entfällt; siehe im Einzelnen: Becht in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 32 KStG, Rn. 16; Lornsen-Veit/Odenbach in: Erle/Sauter, KStG, § 32 KStG, Rn. 17; Schulte in: Erle/Sauter, KStG, § 8 KStG, Rn. 727. Ist der Anteilseigner dagegen wie in der vorliegenden Konstellation in einem anderen EU-Mitgliedstaat ansässig, könnte gegebenenfalls mittels der Amtshilfe-Richtlinie ein Besteuerungsverfahren sichergestellt werden. Insofern könnte das Betriebsausgabenabzugsverbot des § 8 Abs. 6 KStG dann europarechtswidrig sein; vgl. Schulte in: Erle/Sauter, KStG, § 8 KStG, Rn. 730.

¹⁰⁷² Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt für Fremdkapitalvergütungen i.S.d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG.

d) Darlehensgeberin im EU-Ausland

Abbildung Nr. 11: Side-stream-loan in EU-Binnensachverhalten III

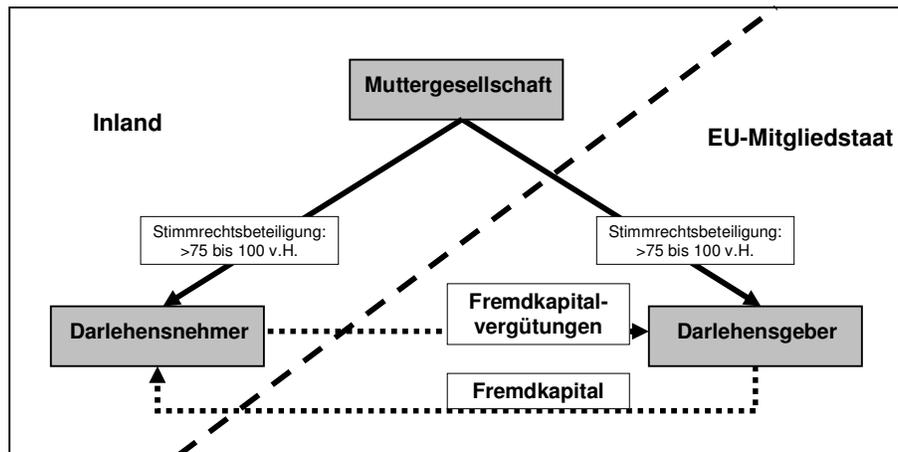


Tabelle Nr. 18: Side-stream-loan in der EU mit Umqualifizierungsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	EU-Mitgliedstaat	Inland
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als BA, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG	- 1.000.000		
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 2 KStG ¹⁰⁷³	+ 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 0		
Ertragsteuern	= 0		
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 c), § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG ¹⁰⁷⁴	+ 1.000.000		
Keine vE durch Mutter-Kapitalgesellschaft, § 4 Abs. 1 S. 1 EStG, § 8 Abs. 1 KStG ¹⁰⁷⁵	- 0		
Ergebnis vor Steuern	= 1.000.000		
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 Abs. 1 KStG	200.000		
Antrag nach § 50g Abs. 1 EStG; § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG	- 200.000		
Ertragsteuern	= 0		
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Kapitalertrag i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG	+ 1.000.000		
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG	- 1.000.000		
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG	+ 50.000		
Ergebnis vor Steuern	= 50.000		
Gewerbesteuer	8.333,33		
Körperschaftsteuer	10.416,67		
Ertragsteuern	= 18.750		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0	18.750		

¹⁰⁷³ Siehe Fn. 1009.

¹⁰⁷⁴ Siehe Fn. 1064.

¹⁰⁷⁵ Siehe Fn. 1065.

Tabelle Nr. 19: Side-stream-loan in der EU mit Verbrauchsmethode

Side-stream-loan			
Konstellation	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Funktion			
Ansässigkeit	Inland	EU-Mitgliedstaat	Inland
Methode	Verbrauchsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als BA, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG	- 1.000.000		
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 2 KStG ¹⁰⁷⁶	+ 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 0		
Ertragsteuern	= 0		
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 c), § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, § 8 Abs. 1 KStG	+ 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 1.000.000		
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 Abs. 1 KStG	200.000		
Antrag nach § 50g Abs. 1 EStG; § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG	- 200.000		
Ertragsteuern	= 0		
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Kapitalertrag i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG	+ 1.000.000		
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG	- 1.000.000		
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG	+ 50.000		
Zinsaufwand (fiktiv)	- 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= -950.000		
Gewerbesteuer	0		
Körperschaftsteuer	0		
Verlustvortrag: wird nicht ausgewertet ¹⁰⁷⁷			
Ertragsteuern	= 0		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0	0		

Mit der Umqualifizierungsmethode befindet sich die kumulierte anfängliche ertragsteuerliche Belastung der grenzüberschreitenden Finanzierung auf dem Belastungsniveau der rein inländischen Vergleichsgruppe, die nicht organschaftlich verbunden ist (Wert: 18.750). Geht man aufgrund wettbewerbsorientierter Erwägungen davon aus, dass die organschaftliche Finanzierungsstruktur mit dem Belastungswert Null die relevante inländische Vergleichsgruppe darstellt,¹⁰⁷⁸ müsste zur Vermeidung einer europarechtsrelevanten Benachteiligung der grenzüberschreitende Sachverhalt auf diese Nullbelastung gesenkt werden. Eine solche Absenkung ließe sich durch die Anwendung der Verbrauchsmethode erreichen. Der Vorteil der Verbrauchsmethode bleibt auch dann erhalten, wenn das Ergebnis vor Steuern (Wert in Tabelle Nr. 19: - 950.000) durch eigene Einkünfte des inländischen Anteilseigners positive Werte annimmt. Im Rahmen der Umqualifizierungsmethode würden eigene Einkünfte des inländischen Anteilseigners unmittelbar die steuerliche Bemessungsgrundlage erhöhen. Solange europä-

¹⁰⁷⁶ Siehe Fn. 1009.

¹⁰⁷⁷ Siehe Fn. 1038.

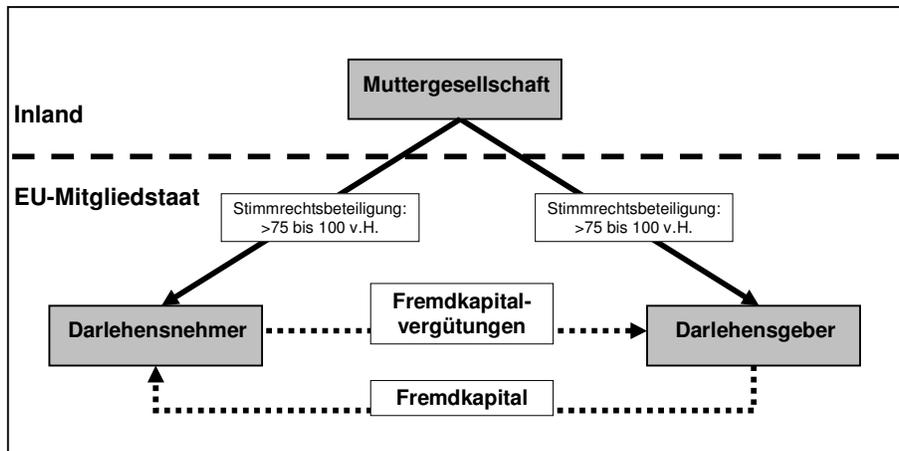
¹⁰⁷⁸ Siehe hierzu unter D.II.2.b)ee)(3).

rechtskonforme Ergebnisse bei der Besteuerung grenzüberschreitender Sachverhalte mit der Umqualifizierungsmethode erreicht werden können, könnte sie angewendet werden. Lassen sich mit ihr keine europarechtskonformen Ergebnisse erreichen, könnte auf die alternative Verbrauchsmethode gewechselt werden.

Mit der Anwendung der Verbrauchsmethode als europarechtskonforme Alternativmethode würden zwar rein inländische und grenzüberschreitende Finanzierungssachverhalte besteuermethodisch unterschiedlich behandelt, da rein inländische Sachverhalte nach der Umqualifizierungsmethode, grenzüberschreitende Sachverhalte hingegen nach der Verbrauchsmethode besteuert würden. Diese unterschiedliche Behandlung würde jedoch hinsichtlich der anfänglichen kumulierten Belastung durch inländische Ertragsteuern keine Benachteiligung des grenzüberschreitenden Finanzierungssachverhaltes zur Folge haben, und deshalb keine *verbotene* Ungleichbehandlung darstellen.¹⁰⁷⁹

e) Darlehensnehmer -und Geber im EU-Ausland

Abbildung Nr. 12: Side-stream-loan in EU-Binnensachverhalten IV



¹⁰⁷⁹ Vgl. Spengel/Braunagel, StuW 2006, S. 34 (36).

Tabelle Nr. 20: Side-stream-loan in der EU mit Umqualifizierungsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	EU-Mitgliedstaat	EU-Mitgliedstaat	Inland
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben			- 1.000.000
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen i.R.d. ausländischen Besteuerung ¹⁰⁸⁰			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			= 0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen nicht steuerbar ¹⁰⁸¹			+ 0
Ertragsteuern			= 0
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Kapitalertrag i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
Ergebnis vor Steuern			= 50.000
Gewerbesteuer			8.333,33
Körperschaftsteuer			10.416,67
Ertragsteuern			= 18.750
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			18.750

¹⁰⁸⁰ Siehe Fn. 1002.

¹⁰⁸¹ Im EU-Ausland geleistete und im EU-Ausland vereinnahmte Fremdkapitalvergütungen begründen keine beschränkte Steuerpflicht gemäß § 1 Abs. 4 i.V.m. § 49 EStG, § 8 Abs. 1 KStG.

Tabelle Nr. 21: Side-stream-loan in der EU mit Verbrauchsmethode

Side-stream-loan			
Konstellation	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Funktion			
Ansässigkeit	EU-Mitgliedstaat	EU-Mitgliedstaat	Inland
Methode	Verbrauchsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben			- 1.000.000
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen i.R.d. ausländischen Besteuerung ¹⁰⁸²			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			= 0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen nicht steuerbar ¹⁰⁸³			+ 0
Ertragsteuern			= 0
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Kapitalertrag i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
Zinsaufwand (fiktiv), § 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG ¹⁰⁸⁴			- 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= -950.000
Gewerbesteuer			0
Körperschaftsteuer			0
Verlustvortrag: wird nicht ausgewertet ¹⁰⁸⁵			
Ertragsteuern			= 0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			0

Mit der Umqualifizierungsmethode befindet sich die kumulierte anfängliche ertragsteuerliche Belastung der grenzüberschreitenden Finanzierung auf dem Belastungsniveau der rein inländischen Vergleichsgruppe, die nicht organschaftlich verbunden ist (Wert: 18.750). Geht man aufgrund wettbewerbsorientierter Erwägungen davon aus, dass die organschaftliche Finanzierungsstruktur mit dem Belastungswert Null die relevante inländische Vergleichsgruppe darstellt,¹⁰⁸⁶ müsste zur Vermeidung einer europarechtsrelevanten Benachteiligung der grenzüberschreitende Sachverhalt auf diese Nullbelastung gesenkt werden. Eine solche Absenkung ließe sich durch die Anwendung der Verbrauchsmethode erreichen. Hiermit würden zwar rein inländische und grenzüberschreitende Finanzierungssachverhalte besteu-

¹⁰⁸² Siehe Fn. 1002.

¹⁰⁸³ Im EU-Ausland geleistete und im EU-Ausland vereinnahmte Fremdkapitalvergütungen begründen keine beschränkte Steuerpflicht gemäß § 1 Abs. 4 i.V.m. § 49 EStG, § 8 Abs. 1 KStG.

¹⁰⁸⁴ Der Betriebsausgabenabzug ist regelmäßig nicht durch § 8 Abs. 6 KStG ausgeschlossen, da die beschränkt steuerpflichtige Mutter-Kapitalgesellschaft gemäß § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 EStG in Anspruch genommen werden kann und mithin die für das Betriebsausgabenabzugsverbot erforderliche Abgeltungswirkung i.S.d. § 32 KStG nicht vorliegt; siehe im Einzelnen: Becht in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 32 KStG, Rn. 16; Lornsen-Veit/Odenbach in: Erle/Sauter, KStG, § 32 KStG, Rn. 17; Schulte in: Erle/Sauter, KStG, § 8 KStG, Rn. 727.

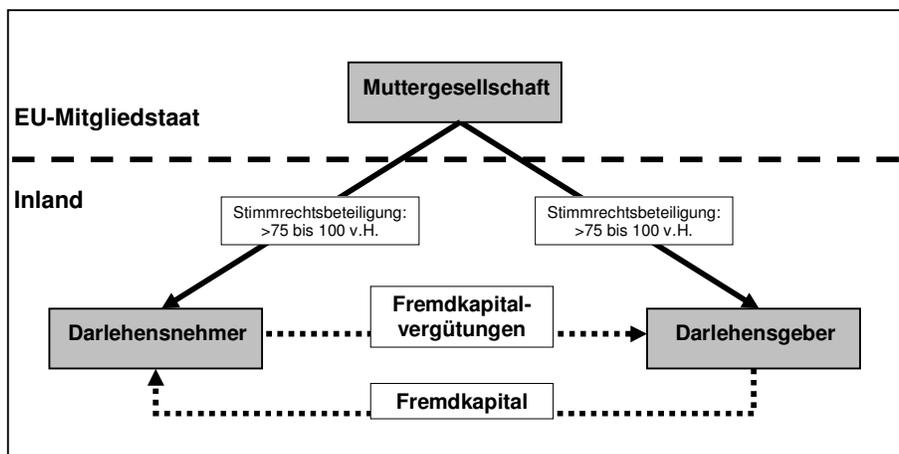
¹⁰⁸⁵ Siehe Fn. 1038.

¹⁰⁸⁶ Siehe hierzu unter D.II.2.b)ee)(3).

rechnungsmethodisch unterschiedlich behandelt, da rein inländische Sachverhalte nach der Umqualifizierungsmethode, grenzüberschreitende Sachverhalte hingegen nach der Verbrauchsmethode besteuert würden. Diese unterschiedliche Behandlung würde jedoch hinsichtlich der anfänglichen kumulierten Belastung durch inländische Ertragsteuern keine Benachteiligung des grenzüberschreitenden Finanzierungssachverhaltes zu Folge haben.¹⁰⁸⁷

f) Mutter-Kapitalgesellschaft im EU-Ausland

Abbildung Nr. 13: Side-stream-loan in EU-Binnensachverhalten V



¹⁰⁸⁷ Vgl. Spengel/Braunagel, StuW 2006, S. 34 (36).

Tabelle Nr. 22: Side-stream-loan in der EU mit Umqualifizierungsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	Inland	EU-Mitgliedstaat
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als BA, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG			- 1.000.000
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 2 KStG ¹⁰⁸⁸			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen,			+ 1.000.000
Verdeckte Einlage durch Mutter-Kapitalgesellschaft (§ 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG)			- 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Kapitalertrag i.S.d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung gemäß § 8b Abs. 1 S. 1 KStG, § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG ¹⁰⁸⁹			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
Ergebnis vor Steuern			= 50.000
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 Abs. 1 KStG			10.000
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹⁰⁹⁰			- 10.000
Ertragsteuern			= 0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			0

In dieser Konstellation (Tabelle Nr. 22) führt die Anwendung des § 8a KStG zu einer originären, beschränkten Steuerpflicht einer ausländischen Mutter-Kapitalgesellschaft. Die von ihr zu entrichtenden Kapitalertragsteuern können ihr jedoch durch einen Antrag gemäß § 43b EStG i.V.m. § 8b Abs. 1 KStG rückerstattet werden, so dass die Finanzierungsstruktur insgesamt nicht mit Ertragsteuern belastet ist. Mit dieser anfänglichen ertragsteuerlichen Nullbelastung bei Anwendung der Umqualifizierungsmethode liegt der grenzüberschreitende Finanzierungssachverhalt dann auf gleichem Belastungsniveau wie der am geringsten belastete, rein inländische Finanzierungssachverhalt, dem Side-stream-loan mit organschaftlicher Verbindung. Ein Wechsel auf die alternative Verbrauchsmethode (Tabelle Nr. 23) zur Erreichung des rein inländischen Belastungsniveaus ist nicht erforderlich.

¹⁰⁸⁸ Siehe Fn. 1009.

¹⁰⁸⁹ Siehe Fn. 1010.

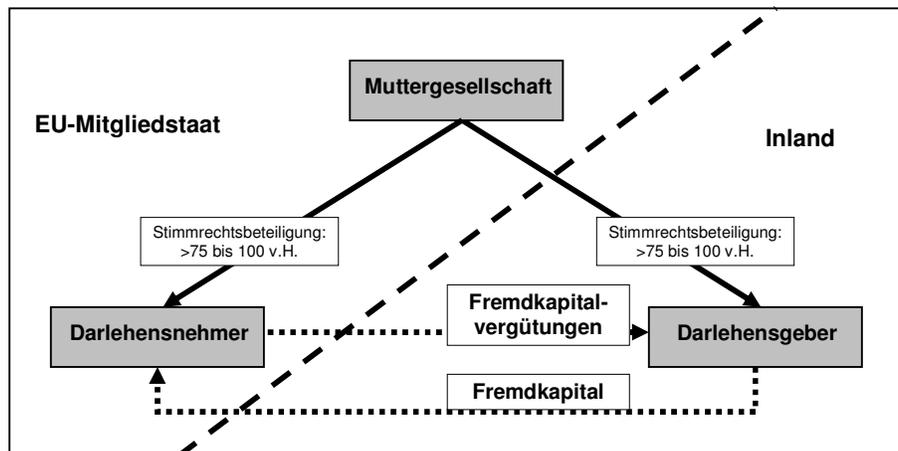
¹⁰⁹⁰ Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt für Fremdkapitalvergütungen i.S.d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG.

Tabelle Nr. 23: Side-stream-loan in der EU mit Verbrauchsmethode

Side-stream-loan			
Konstellation	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Funktion			
Ansässigkeit	Inland	Inland	EU-Mitgliedstaat
Methode	Verbrauchsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEST.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als BA, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG			- 1.000.000
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 2 KStG ¹⁰⁹¹			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			= 0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEST.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 1.000.000
Gewerbsteuer			166.666,67
Körperschaftsteuer			208.333,33
Ertragsteuern			= 375.000
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEST.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Kapitalertrag i.S.d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung gemäß § 8b Abs. 1 S. 1 KStG, § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG ¹⁰⁹²			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
BA-Abzug für (fiktiven) Zinsaufwand, § 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1, § 8 Abs. 6 KStG ¹⁰⁹³			- 0
Ergebnis vor Steuern			= 50.000
Kapitalertragsteuer			10.000
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹⁰⁹⁴			- 10.000
Ertragsteuern			= 0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEST.) in t=0			375.000

g) Darlehensnehmer und Mutter-Kapitalgesellschaft in einem anderen EU-Mitgliedstaat

Abbildung Nr. 14: Side-stream-loan in EU-Binnensachverhalten VI



¹⁰⁹¹ Siehe Fn. 1009.

¹⁰⁹² Siehe Fn. 1010.

¹⁰⁹³ Siehe Fn. 1071.

¹⁰⁹⁴ Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt für Fremdkapitalvergütungen i.S.d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG.

Tabelle Nr. 24: Side-stream-loan in der EU mit Umqualifizierungsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	EU-Mitgliedstaat	Inland	EU-Mitgliedstaat
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben			- 1.000.000
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen i.R.d. ausländischen Besteuerung ¹⁰⁹⁵			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen,			+ 1.000.000
Verdeckte Einlage durch Mutter-Kapitalgesellschaft (§ 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG)			- 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Kapitalertrag i.S.d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung gem. § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG ¹⁰⁹⁶			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
Ergebnis vor Steuern			= 50.000
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 Abs. 1 KStG			10.000
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹⁰⁹⁷			- 10.000
Ertragsteuern			= 0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			0

Mit der anfänglichen ertragsteuerlichen Nullbelastung bei Anwendung der Umqualifizierungsmethode liegt der grenzüberschreitende Finanzierungs-sachverhalt auf gleichem Belastungsniveau wie der am geringsten belastete, rein inländische Finanzierungs-sachverhalt, dem Side-stream-loan mit organ-schaftlicher Verbindung. Für eine alternative Anwendung der Verbrauchs-methode (Tabelle Nr. 25) besteht kein Bedarf.

¹⁰⁹⁵ Siehe Fn. 1002.

¹⁰⁹⁶ Siehe Fn. 1010.

¹⁰⁹⁷ Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt für Fremdkapitalver-gütungen i.S.d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG.

Tabelle Nr. 25: Side-stream-loan in der EU mit Verbrauchsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	EU-Mitgliedstaat	Inland	EU-Mitgliedstaat
Methode	Verbrauchsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben			- 1.000.000
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen i.R.d. ausländischen Besteuerung ¹⁰⁹⁸			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen,			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 1.000.000
Gewerbsteuer			166.666,67
Körperschaftsteuer			208.333,33
Ertragsteuern			= 375.000
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG ¹⁰⁹⁹			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
BA-Abzug für (fiktiven) Zinsaufwand, § 4 Abs. 1 S. 1 EStG, § 8 Abs. 1, § 8 Abs. 6 KStG ¹¹⁰⁰			- 0
Ergebnis vor Steuern			= 50.000
Kapitalertragsteuer			10.000
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹¹⁰¹			- 10.000
Ertragsteuern			= 0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			375.000

4. Drittstaatsverhältnisse beim Side-stream-loan

a) Vorbemerkungen

Bei Side-stream-loan-Finanzierungen im Verhältnis zu Drittstaaten können durch die inländische Ertragsbesteuerung Belastungen für die in Drittstaaten ansässigen Kapitalgesellschaften entstehen. Im Kapitel D. wurde bereits die Problematik einer Berücksichtigung dieser Belastungen von Drittstaatsangehörigen im Rahmen der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit des EGV aufgezeigt.¹¹⁰² Unter dem Stichwort der Präklusion steuerlicher Belastungen wurde zu diesem Problem ein Lösungsansatz entwickelt, dessen Auswirkungen nun auch im Rahmen des Belastungsvergleichs dargestellt werden sollen. Entsprechend werden für die kumulierte anfängliche Belastung mit inländischen Ertragsteuern Werte bei Anwendung und bei Nicht-

¹⁰⁹⁸ Siehe Fn. 1002.

¹⁰⁹⁹ Siehe Fn. 1010.

¹¹⁰⁰ Siehe Fn. 1071.

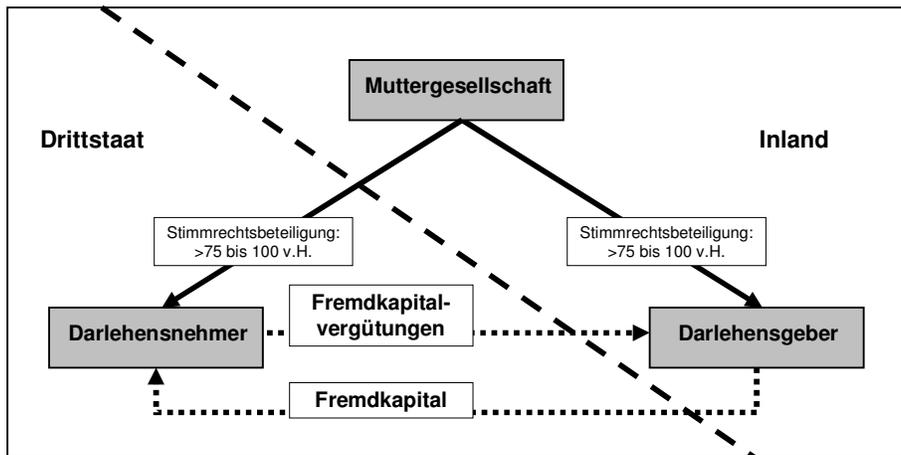
¹¹⁰¹ Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt für Fremdkapitalvergütungen i.S.d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG.

¹¹⁰² Siehe hierzu unter D.II.2.d)cc).

anwendung der Präklusionslösung ausgewiesen. Es sind zwölf Side-stream-loan-Konstellationen mit Drittstaatenberührung, jeweils bei Anwendung der Umqualifizierungs- und Verbrauchsmethode, darzustellen und hinsichtlich der Belastungswerte für die beiden rein inländischen Vergleichssachverhalte mit den Werten 18.750 (Tabelle Nr. 10) und Null (Tabelle Nr. 12) zu würdigen.

b) Darlehensnehmer im Drittstaat

Abbildung Nr. 15: Side-stream-loan in Drittstaatsachverhalten I



Mit der Umqualifizierungsmethode (Tabelle Nr. 26) befindet sich die kumulierte anfängliche ertragsteuerliche Belastung der grenzüberschreitenden Finanzierung auf dem Belastungsniveau der rein inländischen Vergleichsgruppe, die nicht organschaftlich verbunden ist (Wert: 18.750). Geht man aufgrund wettbewerbsorientierter Erwägungen davon aus, dass die organschaftliche Finanzierungsstruktur mit dem Belastungswert Null die relevante inländische Vergleichsgruppe darstellt,¹¹⁰³ liegt eine europarechtsrelevante Benachteiligung des grenzüberschreitenden Sachverhaltes vor, die der Rechtfertigung bedarf. Die Verbrauchsmethode steht aufgrund ihres hohen Belastungswertes mit 375.000 auch nicht als alternative Besteuerungsmethode zur Vermeidung einer Benachteiligung des grenzüberschreitenden Finanzierungssachverhaltes zur Verfügung (Tabelle Nr. 27). Diese Benachteiligung kann nach den Grundsätzen der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Goup Ligation" unter Berufung auf die Niederlassungsfreiheit der im

¹¹⁰³ Siehe hierzu unter Punkt D.II.2.b)ee)(3).

Inland ansässigen Mutter-Kapitalgesellschaft¹¹⁰⁴ sowie m.E. kumulativ im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit geltend gemacht werden.

Tabelle Nr. 26: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Drittstaat	Inland	Inland
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben	- 1.000.000		
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen i.R.d. ausländischen Besteuerung ¹¹⁰⁵	+ 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 0		
Ertragsteuern	0		
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen,	+ 1.000.000		
Verdeckte Einlage durch Mutter-Kapitalgesellschaft (§ 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG)	- 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 0		
Ertragsteuern	0		
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Kapitalertrag i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG	+ 1.000.000		
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG	- 1.000.000		
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG	+ 50.000		
Ergebnis vor Steuern	= 50.000		
Gewerbesteuer	8.333,33		
Körperschaftsteuer	10.416,67		
Ertragsteuern	= 18.750		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung	18.750		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung	18.750		

¹¹⁰⁴ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 95.

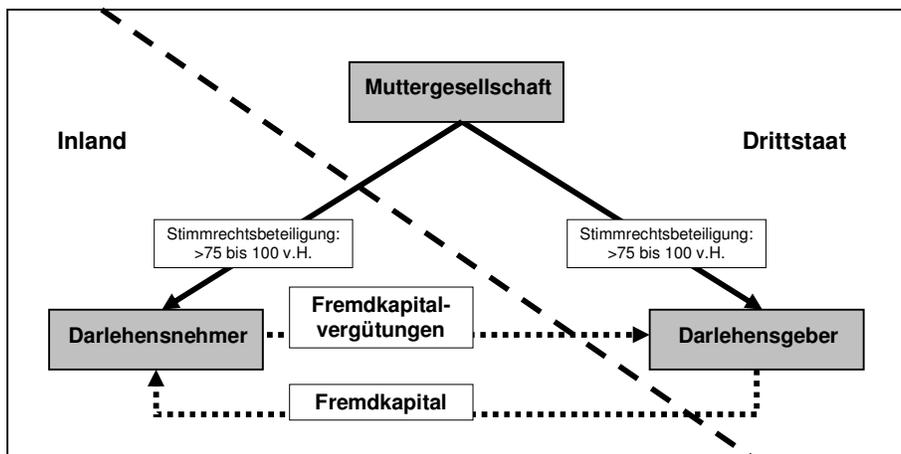
¹¹⁰⁵ Siehe Fn. 1002.

Tabelle Nr. 27: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode

Side-stream-loan			
Konstellation	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Funktion			
Ansässigkeit	Drittstaat	Inland	Inland
Methode	Verbrauchsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben	- 1.000.000		
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen i.R.d. ausländischen Besteuerung ¹¹⁰⁶	+ 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 0		
Ertragsteuern	= 0		
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen	+ 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 1.000.000		
Gewerbsteuer	166.666,67		
Körperschaftsteuer	208.333,33		
Ertragsteuern	= 375.000		
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Kapitalertrag i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG	+ 1.000.000		
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG	- 1.000.000		
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG	+ 50.000		
Zinsaufwand (fiktiv)	- 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= -950.000		
Gewerbsteuer	0		
Körperschaftsteuer	0		
Verlustvortrag: wird nicht ausgewertet ¹¹⁰⁷			
Ertragsteuern	= 0		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung	375.000		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung	375.000		

c) Mutter-Kapitalgesellschaft und Darlehensgeber im Drittstaat

Abbildung Nr. 16: Side-stream-loan in Drittstaatensachverhalten II



¹¹⁰⁶ Siehe Fn. 1002.

¹¹⁰⁷ Siehe Fn. 1038.

Tabelle Nr. 28: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	Drittstaat	Drittstaat
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als BA, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG			- 1.000.000
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 2 KStG ¹¹⁰⁸			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 c), § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG ¹¹⁰⁹			+ 1.000.000
Keine vE durch Mutter-Kapitalgesellschaft, § 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG ¹¹¹⁰			- 0
Ergebnis vor Steuern			= 1.000.000
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 Abs. 1 KStG			200.000
Antrag nach § 50g Abs. 1 EStG; § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG ¹¹¹¹			- 0
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹¹¹²			- 0
Ertragsteuern			= 200.000
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Kapitalertrag i.S.d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG ¹¹¹³			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
BA-Abzug für (fiktiven) Zinsaufwand, § 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1, § 8 Abs. 6 KStG ¹¹¹⁴			- 0
Ergebnis vor Steuern			= 50.000
Kapitalertragsteuer			10.000
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹¹¹⁵			- 0
Antrag nach § 50g Abs. 1 EStG; § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG ¹¹¹⁶			- 0
Ertragsteuern			= 10.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung			210.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung			0

¹¹⁰⁸ Durch die Hinzurechnung liegt keine Minderung des Ergebnisses der Tochter-Kapitalgesellschaft im Sinne des § 8b Abs. 1 S. 2 KStG in der Fassung des JStG 2007 sowie im Sinne des BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (598), Rn. 27 vor.

¹¹⁰⁹ Siehe Fn. 1064.

¹¹¹⁰ Siehe Fn. 1065.

¹¹¹¹ Die Quellensteuerrückerstattung des § 50g Abs. 1 EStG gilt nicht in den vorliegenden Drittstaatsverhältnissen, Dörr, IStR 2005, S. 109 (114). Mit dem StÄndG 2007 v. 19.7.2006 (BGBl. I 2006, S. 3112) wurde zudem in § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) ein Satz 2 eingefügt, mit dem klargestellt ist, dass die Muttergesellschaft als verbindendes Unternehmen in der EU ansässig sein muss; Wied in: Blümich, EStG, § 50g EStG, Rn. 4.

¹¹¹² Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt für Fremdkapitalvergütungen i.S.d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG und nicht für Zinseinkünfte; zudem gilt § 43b EStG nicht in Drittstaatsverhältnissen; Jesse, IStR 2005, S. 151 (151).

¹¹¹³ Siehe Fn. 1010.

¹¹¹⁴ Siehe Fn. 1071.

¹¹¹⁵ Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt nicht in Drittstaatsverhältnissen.

¹¹¹⁶ Die Quellensteuerrückerstattung des § 50g Abs. 1 EStG gilt gemäß § 50g Abs. 2 EStG nicht für Zahlungen, die nach deutschem Recht als (verdeckte) Gewinnausschüttungen behandelt werden.

Tabelle Nr. 29: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	Drittstaat	Drittstaat
Methode	Verbrauchsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als BA, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG			- 1.000.000
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 2 KStG ¹¹¹⁷			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 c) EStG, § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 1.000.000
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 KStG			200.000
Antrag nach § 50g Abs. 1 EStG; § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG ¹¹¹⁸			- 0
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹¹¹⁹			- 0
Ertragsteuern			= 200.000
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG ¹¹²⁰			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
BA-Abzug für (fiktiven) Zinsaufwand, § 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1, § 8 Abs. 6 KStG ¹¹²¹			- 0
Ergebnis vor Steuern			= 50.000
Kapitalertragsteuer			10.000
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹¹²²			- 0
Antrag nach § 50g Abs. 1 EStG; § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG ¹¹²³			- 0
Ertragsteuern			= 10.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung			210.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung			0

Ohne Anwendung der Präklusionslösung liegt die kumulierte anfängliche ertragsteuerliche Belastung der grenzüberschreitenden Finanzierung sowohl bei der Umqualifizierungsmethode mit dem Wert von 210.000 als auch bei der Verbrauchsmethode mit dem Wert von 210.000 weit über dem Belastungsniveau der rein inländischen Vergleichsverhältnisse mit den Werten von 18.750 bzw. Null. Diese Belastungsdifferenz wäre grundsätzlich ein Ansatzpunkt zur Feststellung einer europarechtsrelevanten rechtfertigungsbedürftigen Benachteiligung der grenzüberschreitenden Investitionsalternativen.

¹¹¹⁷ Siehe Fn. 1009.

¹¹¹⁸ Die Quellensteuerrückerstattung des § 50g Abs. 1 EStG gilt nicht in Drittstaatsverhältnissen.

¹¹¹⁹ Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt nicht in Drittstaatsverhältnissen.

¹¹²⁰ Siehe Fn. 1010.

¹¹²¹ Siehe Fn. 1071.

¹¹²² Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt nicht in Drittstaatsverhältnissen.

¹¹²³ Die Quellensteuerrückerstattung des § 50g Abs. 1 EStG gilt gemäß § 50g Abs. 2 EStG nicht für Zahlungen, die nach deutschem Recht als (verdeckte) Gewinnausschüttungen behandelt werden.

tive. Geht man mit der Präklusionslösung¹¹²⁴ jedoch davon aus, dass unmittelbar Drittstaaten-Kapitalgesellschaften betreffende ertragsteuerliche Belastungen bei einer Diskriminierungsprüfung nach dem EGV nicht berücksichtigt werden sollten, ergibt sich hinsichtlich der kumulierten anfänglichen ertragsteuerlichen Belastung keine Benachteiligung des grenzüberschreitenden Finanzierungssachverhaltes gegenüber rein inländischen Vergleichs-sachverhalten. Nach den Grundsätzen der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Goup Ligitation" wäre ein Verstoß gegen Grundfreiheiten bereits deshalb zu verneinen, weil für die im Drittstaat ansässige Mutter-Kapitalgesellschaft kein Niederlassungsrecht gemäß Art. 43, 48 EGV besteht¹¹²⁵, und die Kapitalverkehrsfreiheit nicht zu prüfen wäre.¹¹²⁶ Diese Begründung des EuGH für den Ausschluss der Kapitalverkehrsfreiheit verkennt m.E. das in Art. 56 EGV garantierte Recht eines inländischen Darlehensnehmers grenzüberschreitende Darlehen aus anderen EU-Mitgliedstaaten sowie Drittstaaten aufzunehmen.¹¹²⁷ Einzelheiten zu diesem Aspekt sowie eine Stellungnahme finden sich unter den Punkten C.I.2.b)gg)(3) sowie (5).

¹¹²⁴ Näheres zur Präklusionslösung siehe unter D.II.2.d)cc).

¹¹²⁵ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Ligitation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 98 bis Rn. 100.

¹¹²⁶ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Ligitation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 34.

¹¹²⁷ Vgl. EuGH Urt. v. 6.3.2007, C-292/04, Rs. „Meilicke“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 33 und Rn. 34; Köhler/Eicker, DStR 2004, S. 672 (673); Lausterer, IStR 2003, S. 19 (22); EuGH Urt. 19.1.2006, C-265/04, Rs. „Bouanich“, IStR 2006, 169 (170), Rn. 34: Die Kapitalverkehrsfreiheit schützt auch das Recht im Inland ansässiger Gesellschaften diskriminierungsfrei Kapital von im Ausland ansässigen Investoren aufzunehmen.

d) Mutter-Kapitalgesellschaft im Dritt- und Darlehensgeber in einem EU-Mitgliedstaat

Abbildung Nr. 17: Side-stream-loan in Drittstaatsachverhalten III

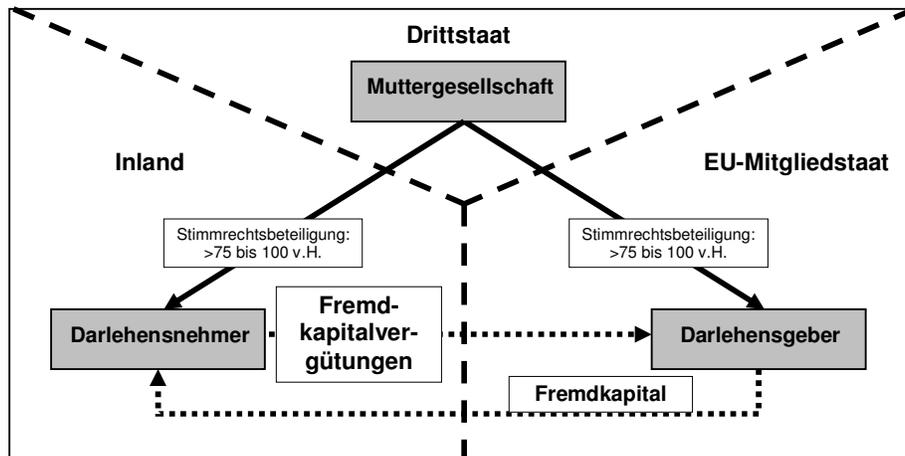


Tabelle Nr. 30: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	EU-Mitgliedstaat	Drittstaat
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als BA, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG			- 1.000.000
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 2 KStG ¹¹²⁸			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 c), § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG ¹¹²⁹			+ 1.000.000
Keine vE durch Mutter-Kapitalgesellschaft, § 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG ¹¹³⁰			- 0
Ergebnis vor Steuern			= 1.000.000
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 Abs. 1 KStG			200.000
Antrag nach § 50g Abs. 1 EStG; § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG ¹¹³¹			-0
Ertragsteuern			= 200.000
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Kapitalertrag i.S.d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG ¹¹³²			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
Ergebnis vor Steuern			= 50.000
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 Abs. 1 KStG			10.000
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹¹³³			- 0
Antrag nach § 50g Abs. 1 EStG; § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG ¹¹³⁴			- 0
Ertragsteuern			= 10.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung			210.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung			200.000

¹¹²⁸ Siehe Fn. 1009.

¹¹²⁹ Siehe Fn. 1064.

¹¹³⁰ Siehe Fn. 1065.

¹¹³¹ Der Umstand, dass das „dritte Unternehmen“ im Sinne des § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG im Drittstaat ansässig ist, stand einer Anwendung des § 50g EStG bis zum StÄndG 2007 nicht entgegen. Mit dem StÄndG 2007 v. 19.7.2006 (BGBl. I 2006, S. 1652) wurde jedoch in § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) ein Satz 2 eingefügt, nach dem die Muttergesellschaft als verbindendes Unternehmen in der EU ansässig sein muss; Wied in: Blümich, EStG, § 50g EStG, Rn. 4.

¹¹³² Siehe Fn. 1010.

¹¹³³ Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt nicht in Drittstaaten-sachverhalten.

¹¹³⁴ Die Quellensteuerrückerstattung des § 50g Abs. 1 EStG gilt gemäß § 50g Abs. 2 EStG nicht für Zahlungen die nach deutschem Recht als (verdeckte) Gewinnausschüttungen behandelt werden.

Tabelle Nr. 31: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	EU-Mitgliedstaat	Drittstaat
Methode	Verbrauchsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als BA, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG			- 1.000.000
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 2 KStG ¹¹³⁵			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 c) EStG, § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 1.000.000
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 Abs. 1 KStG			200.000
Antrag nach § 50g Abs. 1 EStG; § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG ¹¹³⁶			- 0
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹¹³⁷			- 0
Ertragsteuern			= 200.000
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG ¹¹³⁸			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
BA-Abzug für (fiktiven) Zinsaufwand, § 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1, § 8 Abs. 6 KStG ¹¹³⁹			- 0
Ergebnis vor Steuern			= 50.000
Kapitalertragsteuer			10.000
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹¹⁴⁰			- 0
Antrag nach § 50g Abs. 1 EStG; § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG ¹¹⁴¹			- 0
Ertragsteuern			= 10.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung			210.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung			200.000

Ohne Anwendung der Präklusionslösung liegt die kumulierte anfängliche ertragsteuerliche Belastung der grenzüberschreitenden Finanzierung bei der Umqualifizierungsmethode mit dem Wert von 210.000 über dem Belastungsniveau der rein inländischen Vergleichssachverhalte mit den Werten von 18.750 bzw. Null. Die Anwendung der Präklusionslösung kann lediglich die steuerliche Belastung bei der im Drittstaat ansässigen Mutter-

¹¹³⁵ Durch die Hinzurechnung liegt keine Minderung des Ergebnisses der Tochter-Kapitalgesellschaft im Sinne des § 8b Abs. 1 S. 2 KStG in der Fassung des JStG 2007 sowie im Sinne des BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (598), Rn. 27

vor.

¹¹³⁶ Siehe Fn. 1131.

¹¹³⁷ Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt nicht für Zinseinkünfte i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG. Der Darlehensgeber vereinnahmt Zinsen; lediglich im Verhältnis zur im Drittstaat ansässigen Mutter-Kapitalgesellschaft erfolgt eine Zurechnung umqualifizierter verdeckter Gewinnausschüttungen.

¹¹³⁸ Vgl. Gröbl/Adrian in: Erle/Sauter, KStG, § 8b KStG, Rn. 68; Gosch in: Gosch, KStG, § 8b KStG, Rn. 10.

¹¹³⁹ Siehe Fn. 1071.

¹¹⁴⁰ Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt nicht in Drittstaaten-sachverhalten.

¹¹⁴¹ Die Quellensteuerrückerstattung des § 50g Abs. 1 EStG gilt gemäß § 50g Abs. 2 EStG nicht für Zahlungen, die nach deutschem Recht als (verdeckte) Gewinnausschüttungen behandelt werden.

Kapitalgesellschaft i.H.v. 10.000 beseitigen, so dass noch eine über dem rein inländischen Niveau liegende Steuerbelastung verbleibt. Mit der Verbrauchsmethode ohne Anwendung der Präklusionslösung kann gleichfalls nur ein Belastungsniveau i.H.v. 210.000 erreicht werden. Die Kombination von Verbrauchsmethode und Präklusionslösung kann lediglich die steuerliche Belastung bei der im Drittstaat ansässigen Mutter-Kapitalgesellschaft i.H.v. 10.000 beseitigen, so dass mit dem Wert 200.000 eine über dem rein inländischen Niveau liegende Steuerbelastung verbleibt.

Die Konstellation hat eine grenzüberschreitende Kapitalbewegung zwischen zwei EU-Mitgliedstaaten zum Gegenstand, die mindestens die 10-fache Belastung gegenüber dem rein inländischen Sachverhalt mit dem Wert 18.750 aufweist. Unabhängig davon, ob man die rein inländische Organschaft als Vergleichsgruppe heranzieht, liegt hiermit eine erhebliche Benachteiligung grenzüberschreitender Gesellschafter-Fremdfinanzierungen vor. Diese Konstellation erbringt damit den Nachweis, dass die Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln, insbesondere § 8a KStG mit der Methode der verdeckten Einlage, originär in europarechtsrelevanter Weise benachteiligend wirken, und sich diese Benachteiligung nicht nur mittelbar über die (gegebenenfalls europarechtswidrige) Organschaft ergibt.

Die Konstellation deckt darüber hinaus auf, dass die Rechtsprechung des EuGH zur Anwendung von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit bei Gesellschafter-Fremdfinanzierungen zu erheblichen Rechtsschutzlücken bei innereuropäischen Kapitalbewegungen führt. Obwohl die grenzüberschreitende Kapitalbewegung zwischen zwei EU-Mitgliedstaaten erheblich benachteiligt ist, würde nach den Grundsätzen der Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Goup Ligation" sowie "Lasertec" ein Verstoß gegen Grundfreiheiten bereits deshalb zu verneinen sein, weil für die im Drittstaat ansässige Mutter-Kapitalgesellschaft kein Niederlassungsrecht gemäß Art. 43, 48 EGV besteht,¹¹⁴² und die Kapitalverkehrsfreiheit nicht zu prüfen sei.¹¹⁴³

¹¹⁴² Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Ligation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 98 bis Rn. 100; EuGH Beschluss v. 10.5.2007, C-492/04, Rs. „Lasertec“, IStR 2007, S. 439.

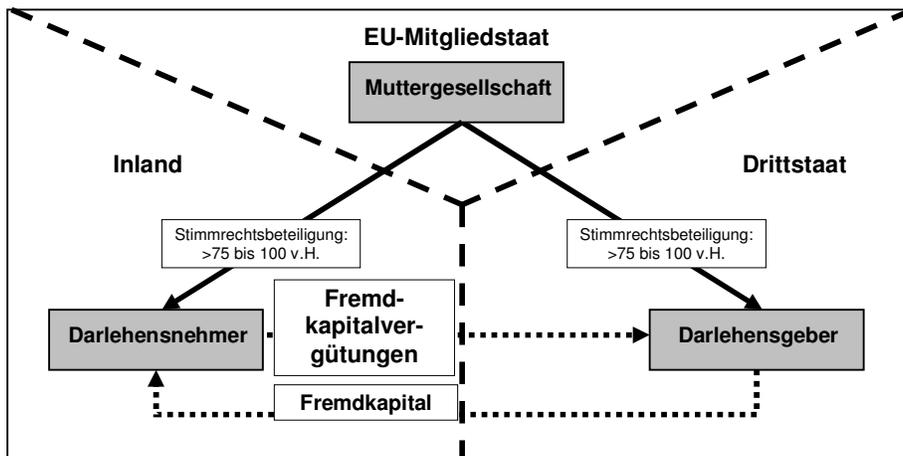
¹¹⁴³ Vgl. EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Ligation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 34.

Diese Begründung des EuGH für den Ausschluss der Kapitalverkehrsfreiheit verkennt m.E. das in Art. 56 EGV garantierte Recht eines inländischen Darlehensnehmer, grenzüberschreitende Darlehen aus anderen EU-Mitgliedstaaten aufzunehmen sowie das Recht einer im EU-Ausland ansässigen Schwester-Kapitalgesellschaft, ihrer im Inland ansässigen Schwester-Kapitalgesellschaft ein grenzüberschreitendes Darlehen zu gewähren. Nach dem EuGH schützt Art. 56 EGV diese passive Kapitalaufnahme und die aktive Kapitalvergabe in grenzüberschreitenden Sachverhalten.¹¹⁴⁴

Die Konstellation zeigt auch auf, dass die Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln des Korb II-Gesetzes trotz Anwendung mehrerer Korrekturmethode in Kombination kaum europarechtskonform auszulegen ist.

e) Mutter-Kapitalgesellschaft in einem EU-Mitgliedstaat und Darlehensgeber im Drittstaat

Abbildung Nr. 18: Side-stream-loan in Drittstaatsverhältnis IV



¹¹⁴⁴ Vgl. EuGH Urt. v. 6.3.2007, C-292/04, Rs. „Meilicke“, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 33 und Rn. 34; Köhler/Eicker, DStR 2004, S. 672 (673); Lausterer, IStR 2003, S. 19 (22); EuGH Urt. v. 19.1.2006, C-265/04, Rs. „Bouanich“, IStR 2006, 169 (170), Rn. 34: Die Kapitalverkehrsfreiheit schützt auch das Recht im Inland ansässiger Gesellschaften diskriminierungsfrei Kapital von im Ausland ansässigen Investoren aufzunehmen.

Tabelle Nr. 32: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode

Side-stream-loan			
Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	Drittstaat	EU-Mitgliedstaat
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als BA § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG	- 1.000.000		
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 2 KStG ¹¹⁴⁵	+ 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 0		
Ertragsteuern	= 0		
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 c), § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, § 8 Abs. 1 KStG ¹¹⁴⁶	+ 1.000.000		
Keine vE durch Mutter-Kapitalgesellschaft, § 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG ¹¹⁴⁷	- 0		
Ergebnis vor Steuern	= 1.000.000		
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 Abs. 1 KStG	200.000		
Antrag nach § 50g Abs. 1 EStG; § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG ¹¹⁴⁸	- 0		
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹¹⁴⁹	- 0		
Ertragsteuern	= 200.000		
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Kapitalertrag i.S.d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG	+ 1.000.000		
Steuerbefreiung gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG ¹¹⁵⁰	- 1.000.000		
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG	+ 50.000		
Ergebnis vor Steuern	= 50.000		
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 Abs. 1 KStG	10.000		
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie	- 10.000		
Ertragsteuern	= 0		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung	200.000		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung	0		

¹¹⁴⁵ Siehe Fn. 1009.

¹¹⁴⁶ Siehe Fn. 1064.

¹¹⁴⁷ Siehe Fn. 1065.

¹¹⁴⁸ Die Quellensteuerrückerstattung des § 50g Abs. 1 EStG gilt nicht für Zinszahlungen an Gläubiger in Drittstaaten; zudem liegt kein „verbundenes Unternehmen“ im Sinne des § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG vor, wenn eine Schwwestergesellschaft im Drittstaat ansässig ist, § 50g Abs. 3 Nr. 5 S. 2 EStG.

¹¹⁴⁹ Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt nicht in Drittstaaten-sachverhalten; zudem liegen Zinseinkünfte und nicht Gewinnausschüttungen vor.

¹¹⁵⁰ Siehe Fn. 1010.

Tabelle Nr. 33: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode

Side-stream-loan			
Konstellation	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Funktion			
Ansässigkeit	Inland	Drittstaat	EU-Mitgliedstaat
Methode	Verbrauchsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als BA, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG	- 1.000.000		
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 2 KStG ¹¹⁵¹	+ 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 0		
Ertragsteuern	= 0		
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 c) EStG, § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, § 8 Abs. 1 KStG	+ 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 1.000.000		
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 Abs. 1 KStG	200.000		
Antrag nach § 50g Abs. 1 EStG; § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG ¹¹⁵²	- 0		
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹¹⁵³	- 0		
Ertragsteuern	= 200.000		
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8 Abs. 1 KStG	+ 1.000.000		
Steuerbefreiung gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG ¹¹⁵⁴	- 1.000.000		
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG	+ 50.000		
BA-Abzug für (fiktiven) Zinsaufwand, § 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1, § 8 Abs. 6 KStG ¹¹⁵⁵	- 0		
Ergebnis vor Steuern	= 50.000		
Kapitalertragsteuer	10.000		
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹¹⁵⁶	- 10.000		
Ertragsteuern	= 0		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung	200.000		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung	0		

Ohne Anwendung der Präklusionslösung liegt die kumulierte anfängliche ertragsteuerliche Belastung der grenzüberschreitenden Finanzierung sowohl bei der Umqualifizierungsmethode als auch bei der Verbrauchsmethode jeweils mit dem Wert von 200.000 über dem Belastungsniveau der rein inländischen Vergleichssachverhalte mit den Werten von 18.750 bzw. Null. Diese Belastungsdifferenz wäre grundsätzlich ein Ansatzpunkt zur Feststellung einer europarechtsrelevanten rechtfertigungsbedürftigen Benachteiligung der grenzüberschreitenden Investitionsalternative. Der EuGH hat exakt in dieser Dreieckskonstellation einen Verstoß gegen das Niederlassungs-

¹¹⁵¹ Siehe Fn. 1009.

¹¹⁵² Die Quellensteuererrückerstattung des § 50g Abs. 1 EStG gilt nicht für Zinszahlungen an Gläubiger in Drittstaaten; zudem liegt kein „verbundenes Unternehmen“ im Sinne des § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG vor, wenn eine Schwestergesellschaft im Drittstaat ansässig ist, § 50g Abs. 3 Nr. 5 S. 2 EStG.

¹¹⁵³ Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt nicht in Drittstaaten-sachverhalten; zudem liegen Zinseinkünfte und nicht Gewinnausschüttungen vor.

¹¹⁵⁴ Siehe Fn. 1010.

¹¹⁵⁵ Siehe Fn. 1071.

¹¹⁵⁶ Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt für Fremdkapitalvergütungen i.S.d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG.

recht der in einem EU-Mitgliedstaat ansässigen Mutter-Kapitalgesellschaft bejaht.¹¹⁵⁷

Geht man mit der Präklusionslösung¹¹⁵⁸ davon aus, dass unmittelbar Drittstaaten-Kapitalgesellschaften betreffende ertragsteuerliche Belastungen bei einer Diskriminierungsprüfung nach dem EGV nicht berücksichtigt werden sollten, ergibt sich hinsichtlich der kumulierten anfänglichen ertragsteuerlichen Belastung keine Benachteiligung des grenzüberschreitenden Finanzierungssachverhaltes gegenüber rein inländischen Vergleichssachverhalten.

Mit dieser Konstellation liegt insofern ein Sonderfall vor, da die Präklusionslösung in diesem Drittstaatsachverhalt ein Einfallstor für eine ungerechtfertigte Privilegierung von Tochter-Kapitalgesellschaften in Drittstaaten sehen würde, während der EuGH bei seiner Entscheidung zu den britischen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln das Niederlassungsrecht der in der EU ansässigen Mutter-Kapitalgesellschaft herausgestellt hat. Nach den deutschen Besteuerungsregeln treten die Belastungseffekte ausschließlich bei dem im Drittstaat ansässigen Darlehensgeber und nicht bei der durch die Art. 43, 48 EGV geschützten Mutter-Kapitalgesellschaft auf. Es ist insofern offen, ob der EuGH auch bei einer Entscheidung zu den deutschen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit der Mutter-Kapitalgesellschaft bejahen würde.

¹¹⁵⁷ EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 95, dort: letzte Konstellation.

¹¹⁵⁸ Näheres zur Präklusionslösung siehe unter D.II.2.d)cc).

f) Darlehensgeber im Drittstaat

Abbildung Nr. 19: Side-stream-loan in Drittstaatensachverhalten V

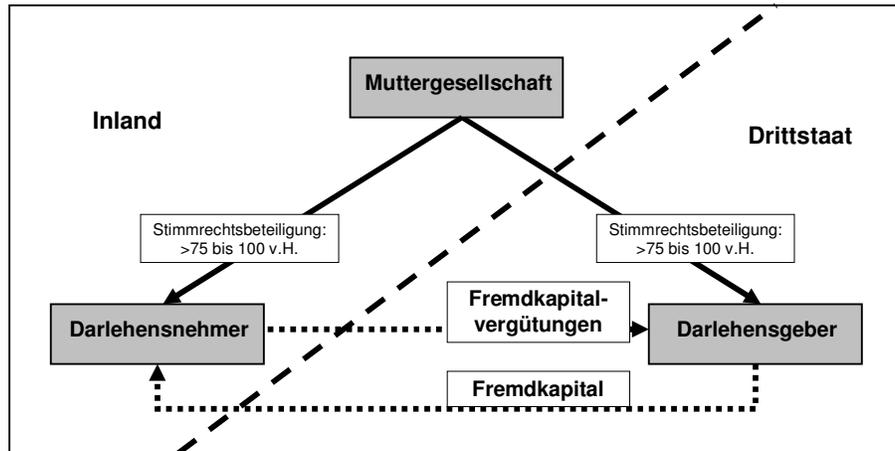


Tabelle Nr. 34: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	Drittstaat	Inland
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als BA, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG			- 1.000.000
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 2 KStG ¹¹⁵⁹			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 c), § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, § 8 Abs. 1 KStG ¹¹⁶⁰			+ 1.000.000
Keine vE durch Mutter-Kapitalgesellschaft, § 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG ¹¹⁶¹			- 0
Ergebnis vor Steuern			= 1.000.000
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 Abs. 1 KStG			200.000
Antrag nach § 50g Abs. 1 EStG; § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG ¹¹⁶²			- 0
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹¹⁶³			- 0
Ertragsteuern			= 200.000
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Kapitalertrag i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
Ergebnis vor Steuern			= 50.000
Gewerbesteuer			8.333,33
Körperschaftsteuer			10.416,67
Ertragsteuern			= 18.750
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung			218.750
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung			18.750

¹¹⁵⁹ Siehe Fn. 1009.

¹¹⁶⁰ Siehe Fn. 1064.

¹¹⁶¹ Siehe Fn. 1065.

¹¹⁶² Die Quellensteuererrückerstattung des § 50g Abs. 1 EStG gilt nicht für Zinszahlungen an Gläubiger in Drittstaaten; zudem liegt kein „verbundenes Unternehmen“ im Sinne des § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG vor, wenn eine Schwestergesellschaft im Drittstaat ansässig ist, § 50g Abs. 3 Nr. 5 S. 2 EStG.

¹¹⁶³ Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt nicht in Drittstaatensachverhalten; zudem liegen Zinseinkünfte und nicht Gewinnausschüttungen vor.

Tabelle Nr. 35: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	Drittstaat	Inland
Methode	Verbrauchsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als BA, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG	- 1.000.000		
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 2 KStG ¹¹⁶⁴	+ 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 0		
Ertragsteuern	= 0		
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 c) EStG, § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, § 8 Abs. 1 KStG	+ 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 1.000.000		
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 Abs. 1 KStG	200.000		
Antrag nach § 50g Abs. 1 EStG; § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG ¹¹⁶⁵	- 0		
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹¹⁶⁶	- 0		
Ertragsteuern	= 200.000		
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Kapitalertrag i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG	+ 1.000.000		
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG	- 1.000.000		
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG	+ 50.000		
Zinsaufwand (fiktiv)	- 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= -950.000		
Gewerbesteuer	0		
Körperschaftsteuer	0		
Verlustvortrag; wird nicht ausgewertet ¹¹⁶⁷			
Ertragsteuern	= 0		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung	200.000		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung	0		

Ohne Anwendung der Präklusionslösung liegt die kumulierte anfängliche ertragsteuerliche Belastung der grenzüberschreitenden Finanzierung sowohl bei der Umqualifizierungsmethode mit dem Wert von 218.750 als auch bei der Verbrauchsmethode mit dem Wert von 200.000 weit über dem Belastungsniveau der rein inländischen Vergleichssachverhalte mit den Werten von 18.750 bzw. Null. Diese Belastungsdifferenz wäre grundsätzlich ein Ansatzpunkt zur Feststellung einer europarechtsrelevanten rechtfertigungsbedürftigen Benachteiligung der grenzüberschreitenden Investitionsalternative. Geht man mit der Präklusionslösung¹¹⁶⁸ jedoch davon aus, dass unmittelbar Drittstaaten-Kapitalgesellschaften betreffende ertragsteuerliche Belastungen bei einer Diskriminierungsprüfung nach dem EGV nicht berücksichtigt werden sollten, ergibt sich hinsichtlich der kumulierten anfänglichen

¹¹⁶⁴ Siehe Fn. 1009.

¹¹⁶⁵ Siehe Fn. 1162.

¹¹⁶⁶ Siehe Fn. 1163.

¹¹⁶⁷ Siehe Fn. 1038.

¹¹⁶⁸ Näheres zur Präklusionslösung siehe unter D.II.2.d)cc).

ertragsteuerlichen Belastung gegenüber den organschaftlich nicht organisierten rein inländischen Finanzierungsstrukturen mit dem Belastungswert 18.750 keine Benachteiligung des grenzüberschreitenden Finanzierungs-sachverhaltes. Der rein inländische Belastungswert für organschaftlich organisierte Finanzierungs-sachverhalte von Null ließe sich nur bei Anwendung der Präklusionslösung und einem Wechsel auf die Verbrauchsmethode erreichen.

g) Darlehensnehmer im Drittstaat und Darlehensgeber in einem EU-Mitgliedstaat

Abbildung Nr. 20: Side-stream-loan in Drittstaats-sachverhalten VI

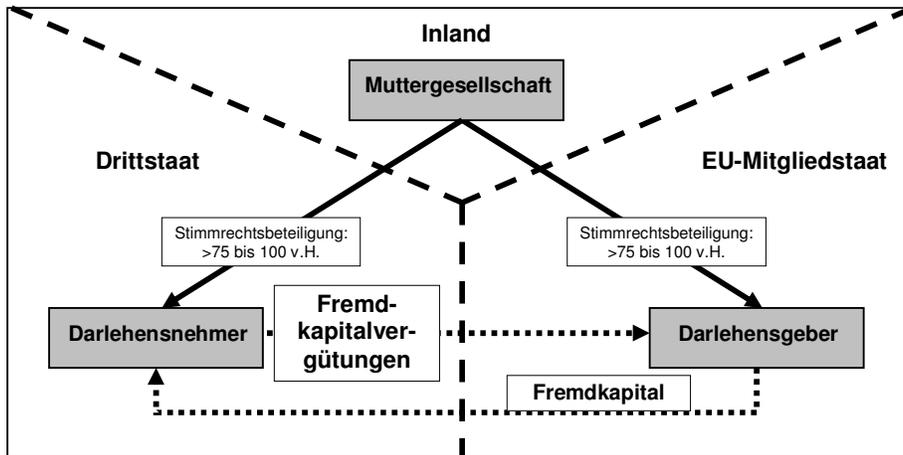


Tabelle Nr. 36: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Drittstaat	EU-Mitgliedstaat	Inland
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben			- 1.000.000
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen i.R.d. ausländischen Besteuerung ¹¹⁶⁹			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen nicht steuerbar ¹¹⁷⁰			+ 0
Ertragsteuern			= 0
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Kapitalertrag i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
Ergebnis vor Steuern			= 50.000
Gewerbesteuer			8.333,33
Körperschaftsteuer			10.416,67
Ertragsteuern			= 18.750
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung			18.750
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung			18.750

¹¹⁶⁹ Siehe Fn. 1002.

¹¹⁷⁰ In Drittstaaten geleistete und im EU-Ausland vereinnahmte Fremdkapitalvergütungen begründen keine beschränkte Steuerpflicht gemäß § 1 Abs. 4 i.V.m. § 49 EStG, § 8 Abs. 1 KStG.

Tabelle Nr. 37: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Drittstaat	EU-Mitgliedstaat	Inland
Methode	Verbrauchsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEST.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben	- 1.000.000		
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen i.R.d. ausländischen Besteuerung ¹¹⁷¹	+ 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 0		
Ertragsteuern	= 0		
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEST.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen nicht steuerbar ¹¹⁷²	+ 0		
Ertragsteuern	= 0		
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEST.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Kapitalertrag i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG	+ 1.000.000		
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG	- 1.000.000		
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG	+ 50.000		
Zinsaufwand (fiktiv)	- 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= -950.000		
Gewerbesteuer	0		
Körperschaftsteuer	0		
Verlustvortrag: wird nicht ausgewertet ¹¹⁷³			
Ertragsteuern	= 0		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEST.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung	0		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEST.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung	0		

Mit der Umqualifizierungsmethode befindet sich die kumulierte anfängliche ertragsteuerliche Belastung der grenzüberschreitenden Finanzierung auf dem Belastungsniveau der rein inländischen Vergleichsgruppe, die nicht organschaftlich verbunden ist (Wert: 18.750). Geht man aufgrund wettbewerbsorientierter Erwägungen davon aus, dass die organschaftliche Finanzierungsstruktur mit dem Belastungswert Null die relevante inländische Vergleichsgruppe darstellt,¹¹⁷⁴ müsste zur Vermeidung einer europarechtsrelevanten Benachteiligung der grenzüberschreitende Sachverhalt auf diese Nullbelastung gesenkt werden. Eine solche Absenkung ließe sich durch die Anwendung der Verbrauchsmethode erreichen. Hiermit würden zwar rein inländische und grenzüberschreitende Finanzierungssachverhalte besteuermethodisch unterschiedlich behandelt, da rein inländische Sachverhalte

¹¹⁷¹ Siehe Fn. 1002.

¹¹⁷² In Drittstaaten geleistete und im EU-Ausland vereinnahmte Fremdkapitalvergütungen begründen keine beschränkte Steuerpflicht gemäß § 1 Abs. 4 i.V.m. § 49 EStG, § 8 Abs. 1 KStG.

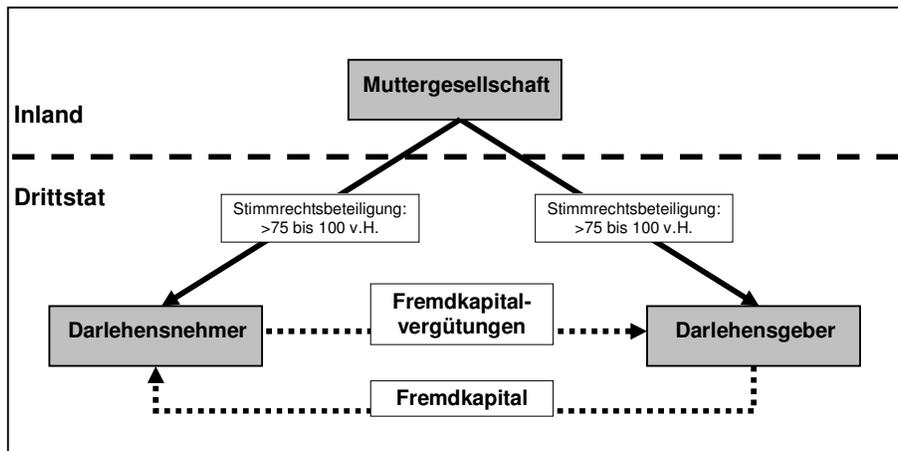
¹¹⁷³ Siehe Fn. 1038.

¹¹⁷⁴ Siehe hierzu unter Punkt D.II.2.b)ee)(3).

te nach der Umqualifizierungsmethode, hingegen grenzüberschreitende Sachverhalte nach der Verbrauchsmethode besteuert würden. Diese unterschiedliche Behandlung würde jedoch hinsichtlich der anfänglichen kumulierten Belastung durch inländische Ertragsteuern keine effektive Benachteiligung des grenzüberschreitenden Finanzierungssachverhaltes zur Folge haben.¹¹⁷⁵

h) Darlehensnehmer und Darlehensgeber im Drittstaat

Abbildung Nr. 21: Side-stream-loan in Drittstaatsachverhalten VII



¹¹⁷⁵ Vgl. Spengel/Braunagel, StuW 2006, S. 34 (36).

Tabelle Nr. 38: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Drittstaat	Drittstaat	Inland
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben			- 1.000.000
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen i.R.d. ausländischen Besteuerung ¹¹⁷⁶			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen nicht steuerbar ¹¹⁷⁷			+ 0
Ertragsteuern			= 0
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Kapitalertrag i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
Ergebnis vor Steuern			= 50.000
Gewerbesteuer			8.333,33
Körperschaftsteuer			10.416,67
Ertragsteuern			= 18.750
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung			18.750
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung			18.750

¹¹⁷⁶ Siehe Fn. 1002.

¹¹⁷⁷ In Drittstaaten geleistete und in Drittstaaten vereinnahmte Fremdkapitalvergütungen begründen keine beschränkte Steuerpflicht gemäß § 1 Abs. 4 i.V.m. § 49 EStG, § 8 Abs. 1 KStG.

Tabelle Nr. 39: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Drittstaat	Drittstaat	Inland
Methode	Verbrauchsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben	- 1.000.000		
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen i.R.d. ausl. Besteuerung ¹¹⁷⁸	+ 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 0		
Ertragsteuern	= 0		
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen nicht steuerbar ¹¹⁷⁹	+ 0		
Ertragsteuern	= 0		
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Kapitalertrag i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG	+ 1.000.000		
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG	- 1.000.000		
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG	+ 50.000		
Zinsaufwand (fiktiv)	- 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= -950.000		
Gewerbesteuer	0		
Körperschaftsteuer	0		
Verlustvortrag: wird nicht ausgewertet ¹¹⁸⁰			
Ertragsteuern	= 0		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung	0		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung	0		

Die Ergebnisse entsprechen den Werten der vorhergehenden Finanzierungs-konstellation mit den Tabellen Nr. 37 und Tabellen Nr. 38, so dass auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.

¹¹⁷⁸ Siehe Fn. 1002.

¹¹⁷⁹ In Drittstaaten geleistete und in Drittstaaten vereinnahmte Fremdkapitalvergütungen begründen keine beschränkte Steuerpflicht gemäß § 1 Abs. 4 i.V.m. § 49 EStG, § 8 Abs. 1 KStG.

¹¹⁸⁰ Siehe Fn. 1038.

i) Mutter-Kapitalgesellschaft im Drittstaat

Abbildung Nr. 22: Side-stream-loan in Drittstaatsachverhalten VIII

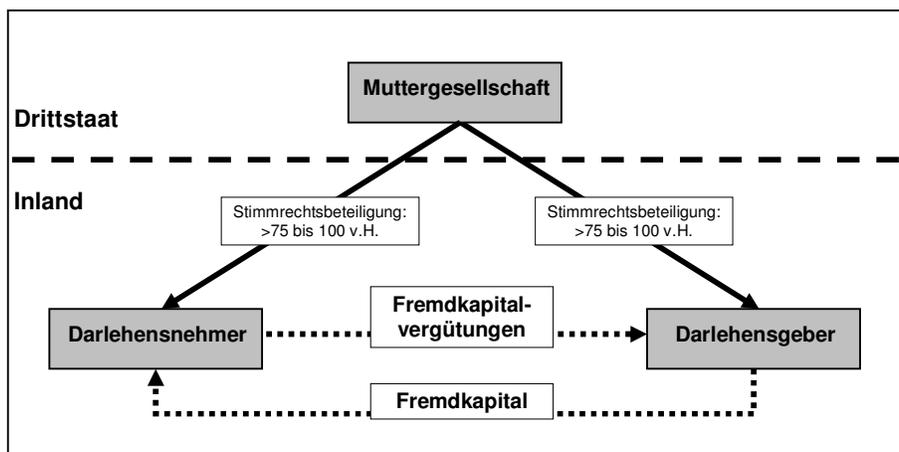


Tabelle Nr. 40: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	Inland	Drittstaat
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als BA, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG			- 1.000.000
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 2 KStG ¹¹⁸¹			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen,			+ 1.000.000
Verdeckte Einlage durch Mutter-Kapitalgesellschaft (§ 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG)			- 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Kapitalertrag i.S.d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
Ergebnis vor Steuern			= 50.000
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 Abs. 1 KStG			10.000
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹¹⁸²			- 0
Antrag nach § 50g Abs. 1 EStG; § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG ¹¹⁸³			- 0
Ertragsteuern			= 10.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung			10.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung			0

¹¹⁸¹ Siehe Fn. 1009.

¹¹⁸² Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt nicht in Drittstaatsachverhalten.

¹¹⁸³ Die Quellensteuerrückerstattung des § 50g Abs. 1 EStG gilt gemäß § 50g Abs. 2 EStG nicht für Zahlungen, die nach deutschem Recht als (verdeckte) Gewinnausschüttungen behandelt werden.

Tabelle Nr. 41: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	Inland	Drittstaat
Methode	Verbrauchsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als BA, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG			- 1.000.000
Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttungen, § 8 Abs. 3 S. 2, § 8a Abs. 1 S. 2 KStG ¹¹⁸⁴			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen,			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 1.000.000
Gewerbsteuer			166.666,67
Körperschaftsteuer			208.333,33
Ertragsteuern			= 375.000
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Kapitalertrag i.S.d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
BA-Abzug für (fiktiven) Zinsaufwand, § 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1, § 8 Abs. 6 KStG ¹¹⁸⁵			- 0
Ergebnis vor Steuern			= 50.000
Kapitalertragsteuer			10.000
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹¹⁸⁶			- 0
Antrag nach § 50g Abs. 1 EStG; § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG ¹¹⁸⁷			- 0
Ertragsteuern			= 10.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung			385.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung			375.000

Die kumulierte anfängliche ertragsteuerliche Belastung der grenzüberschreitenden Finanzierung liegt mit dem Wert von 10.000 unter dem Belastungsniveau des rein inländischen Vergleichssachverhalts ohne organschaftliche Verbindung, die den Wert 18.750 aufweist. Geht man aufgrund wettbewerbsorientierter Erwägungen dagegen davon aus, dass die organschaftliche Finanzierungsstruktur mit dem Belastungswert Null die relevante inländische Vergleichsgruppe darstellt,¹¹⁸⁸ müsste zur Vermeidung einer europarechtsrelevanten Benachteiligung der grenzüberschreitende Sachverhalt auf diese Nullbelastung gesenkt werden.¹¹⁸⁹ Eine solche Absenkung ließe sich

¹¹⁸⁴ Siehe Fn. 1009.

¹¹⁸⁵ Siehe Fn. 1071.

¹¹⁸⁶ Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt nicht in Drittstaaten-sachverhalten.

¹¹⁸⁷ Die Quellensteuerrückerstattung des § 50g Abs. 1 EStG gilt gemäß § 50g Abs. 2 EStG nicht für Zahlungen, die nach deutschem Recht als (verdeckte) Gewinnausschüttungen behandelt werden.

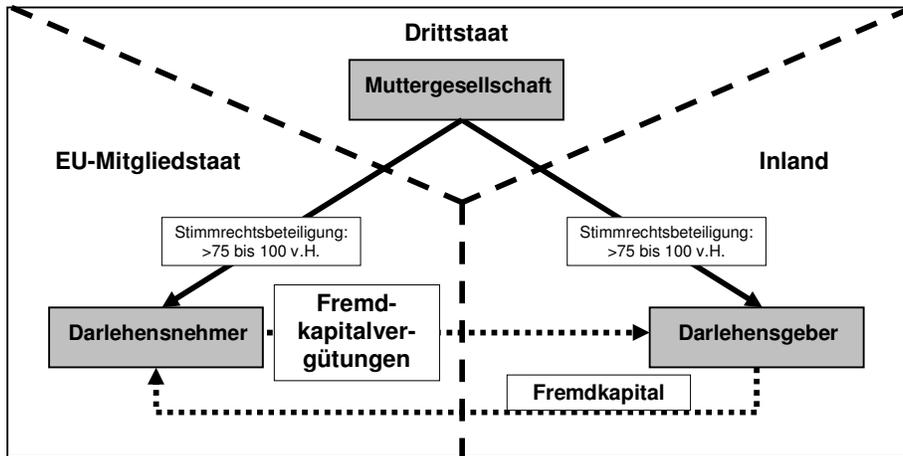
¹¹⁸⁸ Siehe hierzu unter Punkt D.II.2.b)ee)(3).

¹¹⁸⁹ Eine solche Geltendmachung des Belastungsnachteils im Rahmen der Niederlassungsfreiheit würde gemäß Art. 48 EGV voraussetzen, dass die Mutter-Kapitalgesellschaft nach dem Gesellschaftsrecht eines EU-Mitgliedstaates gegründet und in einem EU-Mitgliedstaat ansässig ist. Demnach kann die im Drittstaat ansässige Mutter-

durch die Anwendung der Präklusionslösung erreichen, bei der die Belastung der im Drittstaat ansässigen Mutter-Kapitalgesellschaft ausgeblendet wird.

j) Darlehensnehmer in einem EU-Mitgliedstaat und Mutter-Kapitalgesellschaft in einem Drittstaat

Abbildung Nr. 23: Side-stream-loan in Drittstaatsachverhalten IX



Kapitalgesellschaft sich nicht auf die Niederlassungsfreiheit des EGV berufen. In Betracht kommt jedoch die Geltendmachung der Benachteiligung im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit. Teilweise wird vertreten, die Niederlassungsfreiheit sei gegenüber der Kapitalverkehrsfreiheit vorrangig; die vorrangig anzuwendende Niederlassungsfreiheit gelte jedoch gegenüber Drittstaaten nicht. Es sei daher kein Verstoß gegen Grundfreiheiten feststellbar; EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 98 bis Rn. 100. Diese Auffassung des EuGH schließt jedoch die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit nicht für die Fälle aus, in denen die Stimmrechtsbeteiligung der Mutter-Kapitalgesellschaft unter 75 v.H. sinkt und gleichzeitig kein *bestimmender Einfluss* auf die Unternehmensentscheidung aufgrund der reinen Kapitalbeteiligung angenommen werden kann; siehe hierzu Näheres unter C.I.2.b)gg(4).

Tabelle Nr. 42: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	EU-Mitgliedstaat	Inland	Drittstaat
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben	- 1.000.000		
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen i.R.d. ausländischen Besteuerung ¹¹⁹⁰	+ 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 0		
Ertragsteuern	0		
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen,	+ 1.000.000		
Verdeckte Einlage durch Mutter-Kapitalgesellschaft (§ 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG)	- 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 0		
Ertragsteuern	0		
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 c), § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG ¹¹⁹¹	+ 1.000.000		
Keine vE durch Mutter-Kapitalgesellschaft, § 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG ¹¹⁹²	- 0		
Ergebnis vor Steuern	= 1.000.000		
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 Abs. 1 KStG	200.000		
Antrag nach § 50g Abs. 1 EStG; § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG ¹¹⁹³	- 0		
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹¹⁹⁴	- 0		
Ertragsteuern	= 200.000		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung	200.000		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung	0		

¹¹⁹⁰ Siehe Fn. 1002.

¹¹⁹¹ Siehe Fn. 1064.

¹¹⁹² Siehe Fn. 1065.

¹¹⁹³ Die Quellensteuerrückerstattung des § 50g Abs. 1 EStG gilt nicht in Drittstaatsachverhalten.

¹¹⁹⁴ Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt für Fremdkapitalvergütungen i.S.d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG und nicht für Zinseinkünfte; zudem gilt § 43b EStG nicht in Drittstaatsachverhalten; Jesse, IStR 2005, S. 151 (151 und 153).

Tabelle Nr. 43: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	EU-Mitgliedstaat	Inland	Drittstaat
Methode	Verbrauchsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben			- 1.000.000
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen i.R.d. ausl. Besteuerung ¹¹⁹⁵			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 1.000.000
Gewerbsteuer			166.666,67
Körperschaftsteuer			208.333,33
Ertragsteuern			= 375.000
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 5 a), § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG ¹¹⁹⁶			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
BA-Abzug für (fiktiven) Zinsaufwand, § 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1, § 8 Abs. 6 KStG ¹¹⁹⁷			- 0
Ergebnis vor Steuern			= 50.000
Kapitalertragsteuer			10.000
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie ¹¹⁹⁸			- 0
Antrag nach § 50g Abs. 1 EStG; § 50g Abs. 3 Nr. 5 b) cc) EStG ¹¹⁹⁹			- 0
Ertragsteuern			= 10.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung			385.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung			375.000

Ohne Anwendung der Präklusionslösung liegt die kumulierte anfängliche ertragsteuerliche Belastung der grenzüberschreitenden Finanzierung sowohl bei der Umqualifizierungsmethode mit dem Wert von 200.000 als auch bei der Verbrauchsmethode mit dem Wert von 385.000 weit über dem Belastungsniveau der rein inländischen Vergleichssachverhalte mit den Werten von 18.750 bzw. Null. Diese Belastungsdifferenz wäre grundsätzlich ein Ansatzpunkt zur Feststellung einer europarechtsrelevanten rechtfertigungsbedürftigen Benachteiligung der grenzüberschreitenden Investitionsalternative.¹²⁰⁰ Geht man mit der Präklusionslösung¹²⁰¹ jedoch davon aus, dass

¹¹⁹⁵ Siehe Fn. 1002.

¹¹⁹⁶ Siehe Fn. 1010.

¹¹⁹⁷ Siehe Fn. 1071.

¹¹⁹⁸ Das Quellensteuerabzugsverbot der Mutter-Tochter-Richtlinie gilt nicht in Drittstaaten-sachverhalten; Jesse, IStR 2005, S. 151 (151).

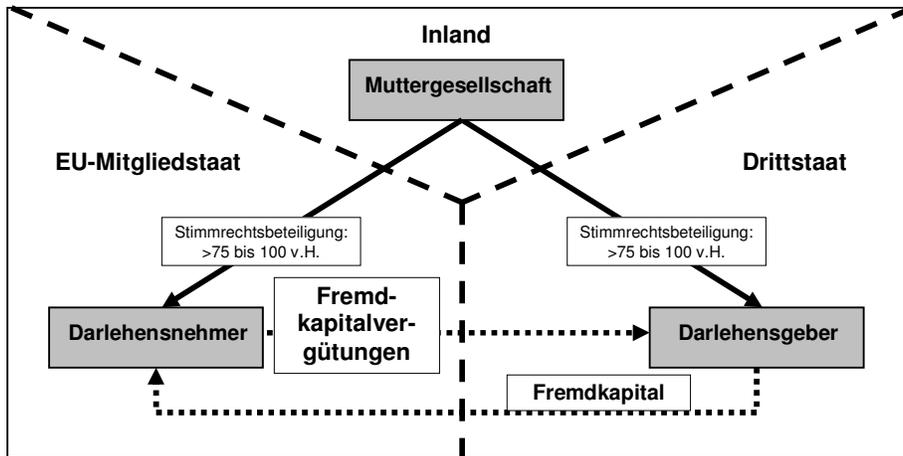
¹¹⁹⁹ Die Quellensteuerrückerstattung des § 50g Abs. 1 EStG gilt gemäß § 50g Abs. 2 EStG nicht für Zahlungen, die nach deutschem Recht als (verdeckte) Gewinnausschüttungen behandelt werden.

¹²⁰⁰ Eine solche Geltendmachung des Belastungsnachteils im Rahmen der Niederlassungsfreiheit würde gemäß Art. 48 EGV voraussetzen, dass die Mutter-Kapitalgesellschaft nach dem Gesellschaftsrecht eines EU-Mitgliedstaates gegründet und in einem EU-Mitgliedstaat ansässig ist. Demnach kann die im Drittstaat ansässige Mutter-

unmittelbar Drittstaaten-Kapitalgesellschaften betreffende ertragsteuerlichen Belastungen bei einer Diskriminierungsprüfung nach dem EGV nicht berücksichtigt werden sollten, ergibt sich bereits bei der Umqualifizierungsmethode hinsichtlich der kumulierten anfänglichen ertragsteuerlichen Belastung keine Benachteiligung des grenzüberschreitenden Finanzierungssachverhaltes gegenüber rein inländischen Vergleichssachverhalten. Für die Anwendung der Verbrauchsmethode besteht insofern kein Bedarf.

k) Darlehensnehmer in einem EU-Mitgliedstaat und Darlehensgeber in einem Drittstaat

Abbildung Nr. 24: Side-stream-loan in Drittstaatsachverhalten X



Kapitalgesellschaft sich nicht auf die Niederlassungsfreiheit des EGV berufen. In Betracht kommt jedoch die Geltendmachung der Benachteiligung im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit. Teilweise wird vertreten, die Niederlassungsfreiheit sei gegenüber der Kapitalverkehrsfreiheit vorrangig; die vorrangig anzuwendende Niederlassungsfreiheit gelte jedoch gegenüber Drittstaaten nicht. Es sei daher kein Verstoß gegen Grundfreiheiten feststellbar (EuGH Ur. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 98 bis Rn. 100). Diese Auffassung des EuGH schließt jedoch die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit nicht für die Fälle aus, in denen die Stimmrechtsbeteiligung der Mutter-Kapitalgesellschaft unter 75 v.H. sinkt und gleichzeitig kein *bestimmender Einfluss* auf die Unternehmensentscheidung aufgrund der reinen Kapitalbeteiligung angenommen werden kann; siehe hierzu Näheres unter C.I.2.b)gg)(4).

¹²⁰¹ Näheres zur Präklusionslösung siehe unter D.II.2.d)ee).

Tabelle Nr. 44: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	EU-Mitgliedstaat	Drittstaat	Inland
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben			- 1.000.000
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen i.R.d. ausländischen Besteuerung ¹²⁰²			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen nicht steuerbar ¹²⁰³			+ 0
Ertragsteuern			= 0
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Kapitalertrag i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG			+ 1.000.000
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG			- 1.000.000
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG			+ 50.000
Ergebnis vor Steuern			= 50.000
Gewerbesteuer			8.333,33
Körperschaftsteuer			10.416,67
Ertragsteuern			= 18.750
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung			18.750
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung			18.750

¹²⁰² Siehe Fn. 1002.

¹²⁰³ In einem EU-Mitgliedstaat geleistete und in Drittstaaten vereinnahmte Fremdkapitalvergütungen begründen keine beschränkte Steuerpflicht gemäß § 1 Abs. 4 i.V.m. § 49 EStG, § 8 Abs. 1 KStG.

Tabelle Nr. 45: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	EU-Mitgliedstaat	Drittstaat	Inland
Methode	Verbrauchsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben	- 1.000.000		
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen i.R.d. ausländischen Besteuerung ¹²⁰⁴	+ 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= 0		
Ertragsteuern	= 0		
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Fremdkapitalvergütungen nicht steuerbar ¹²⁰⁵	+ 0		
Ertragsteuern	= 0		
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0		
Kapitalertrag i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG	+ 1.000.000		
Steuerbefreiung, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG	- 1.000.000		
Betriebsausgabenabzugsverbot, § 8b Abs. 5 S. 1 KStG	+ 50.000		
Zinsaufwand (fiktiv)	- 1.000.000		
Ergebnis vor Steuern	= -950.000		
Gewerbesteuer	0		
Körperschaftsteuer	0		
Ertragsteuern	= 0		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung	0		
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inl. Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung	0		

Mit der Umqualifizierungsmethode befindet sich die kumulierte anfängliche ertragsteuerliche Belastung der grenzüberschreitenden Finanzierung auf dem Belastungsniveau der rein inländischen Vergleichsgruppe, die nicht organschaftlich verbunden ist (Wert: 18.750). Geht man aufgrund wettbewerbsorientierter Erwägungen davon aus, dass die organschaftliche Finanzierungsstruktur mit dem Belastungswert Null die relevante inländische Vergleichsgruppe darstellt,¹²⁰⁶ liegt eine europarechtsrelevante Benachteiligung des grenzüberschreitenden Sachverhaltes vor, die der Rechtfertigung bedarf.¹²⁰⁷ Eine Absenkung auf Null ließe sich jedoch durch die Anwendung der Verbrauchsmethode erreichen. Mit der Anwendung der Verbrauchsmethode als europarechtskonforme Alternativmethode würden

¹²⁰⁴ Siehe Fn. 1002.

¹²⁰⁵ In einem EU-Mitgliedstaat geleistete und in Drittstaaten vereinnahmte Fremdkapitalvergütungen begründen keine beschränkte Steuerpflicht gemäß § 1 Abs. 4 i.V.m. § 49 EStG, § 8 Abs. 1 KStG.

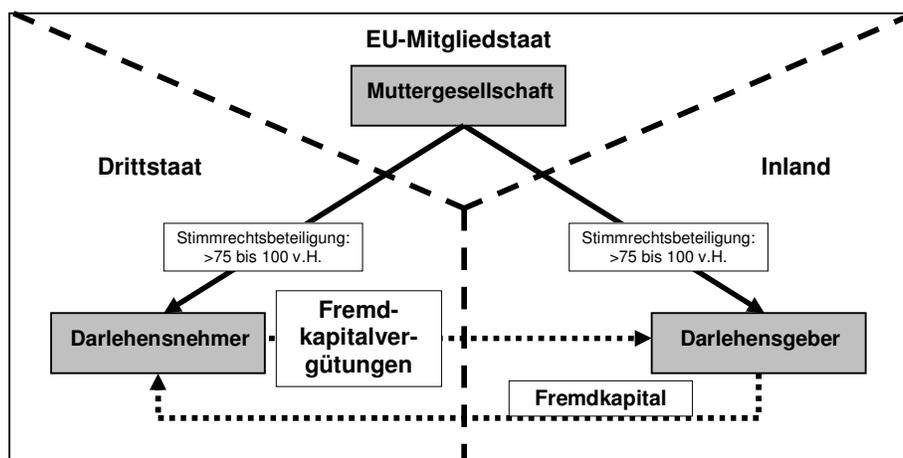
¹²⁰⁶ Siehe hierzu unter Punkt D.II.2.b)ee)(3).

¹²⁰⁷ Diese Benachteiligung kann nach den Grundsätzen der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Goup Ligation“ unter Berufung auf die Niederlassungsfreiheit der im Inland ansässigen Mutter-Kapitalgesellschaft (EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Ligation“, IStR 2007, S. 249, Rn. 95) sowie m.E. kumulativ im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit geltend gemacht werden; siehe hierzu unter Punkt C.I.2.b)ff)(3).

zwar rein inländische und grenzüberschreitende Finanzierungssachverhalte steuerlich unterschiedlich behandelt, da rein inländische Sachverhalte nach der Umqualifizierungsmethode, grenzüberschreitende Sachverhalte hingegen nach der Verbrauchsmethode besteuert würden. Diese unterschiedliche Behandlung würde jedoch hinsichtlich der anfänglichen kumulierten Belastung durch inländische Ertragsteuern keine Benachteiligung des grenzüberschreitenden Finanzierungssachverhaltes zur Folge haben.¹²⁰⁸

1) Darlehensnehmer in einem Drittstaat und Mutter-Kapitalgesellschaft in einem EU-Mitgliedstaat

Abbildung Nr. 25: Side-stream-loan in Drittstaatsverhältnissen XI



¹²⁰⁸ Vgl. Spengel/Braunagel, StuW 2006, S. 34 (36).

Tabelle Nr. 46: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode

Side-stream-loan			
Konstellation	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Funktion			
Ansässigkeit	Drittstaat	Inland	EU-Mitgliedstaat
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben			- 1.000.000
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen i.R.d. ausländischen Besteuerung ¹²⁰⁹			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen,			+ 1.000.000
Verdeckte Einlage durch Mutter-Kapitalgesellschaft (§ 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG)			- 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen nicht steuerbar ¹²¹⁰			+ 0
Ertragsteuern			= 0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			0

Tabelle Nr. 47: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode

Side-stream-loan			
Konstellation	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Funktion			
Ansässigkeit	Drittstaat	Inland	EU-Mitgliedstaat
Methode	Verbrauchsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben			- 1.000.000
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen i.R.d. ausländischen Besteuerung ¹²¹¹			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen,			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 1.000.000
Gewerbesteuer			166.666,67
Körperschaftsteuer			208.333,33
Ertragsteuern			= 375.000
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen nicht steuerbar ¹²¹²			+ 0
Ertragsteuern			= 0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			375.000

¹²⁰⁹ Siehe Fn. 1002.

¹²¹⁰ In Drittstaaten geleistete und im Inland vereinnahmte Fremdkapitalvergütungen, die ggf. als verdeckte Gewinnausschüttung des Drittstaatenangehörigen an seine in einem EU-Mitgliedstaat ansässige Mutter-Kapitalgesellschaft zu qualifizieren gewesen wären, begründen keine beschränkte Steuerpflicht gemäß § 1 Abs. 4 i.V.m. § 49 EStG, § 8 Abs. 1 KStG.

¹²¹¹ Siehe Fn. 1002.

¹²¹² In Drittstaaten geleistete und im Inland vereinnahmte Fremdkapitalvergütungen, die ggf. als verdeckte Gewinnausschüttung des Drittstaatenangehörigen an seine in einem EU-Mitgliedstaat ansässige Mutter-Kapitalgesellschaft zu qualifizieren gewesen wären, begründen keine beschränkte Steuerpflicht gemäß § 1 Abs. 4 i.V.m. § 49 EStG, § 8 Abs. 1 KStG.

Mit der anfänglichen ertragsteuerlichen Nullbelastung bei Anwendung der Umqualifizierungsmethode liegt der grenzüberschreitende Finanzierungs-sachverhalt auf gleichem Belastungsniveau wie der am geringsten belastete rein inländische Finanzierungs-sachverhalt, dem Side-stream-loan mit organ-schaftlicher Verbindung.

m) Darlehensnehmer in einem Drittstaat und Mutter-Kapitalgesell-schaft in einem Drittstaat

Abbildung Nr. 26: Side-stream-loan in Drittstaats-sachverhalten XI

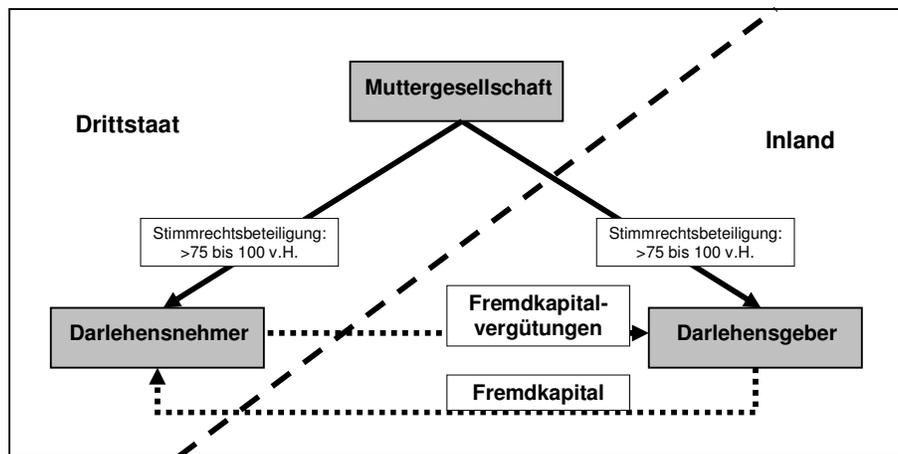


Tabelle Nr. 48: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Umqualifizierungsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Drittstaat	Inland	Drittstaat
Methode	Umqualifizierungsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben			- 1.000.000
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen i.R.d. ausländischen Besteuerung ¹²¹³			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen,			+ 1.000.000
Verdeckte Einlage durch Mutter-Kapitalgesellschaft (§ 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG)			- 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen nicht steuerbar ¹²¹⁴			+ 0
Ertragsteuern			= 0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			0

Tabelle Nr. 49: Side-stream-loan mit Drittstaaten und Verbrauchsmethode

Konstellation	Side-stream-loan		
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter- Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Drittstaat	Inland	Drittstaat
Methode	Verbrauchsmethode		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen an nahe stehende Person als Betriebsausgaben			- 1.000.000
Hinzurechnung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen i.R.d. ausländischen Besteuerung ¹²¹⁵			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen,			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 1.000.000
Gewerbesteuer			166.666,67
Körperschaftsteuer			208.333,33
Ertragsteuern			= 375.000
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Fremdkapitalvergütungen nicht steuerbar ¹²¹⁶			+ 0
Ertragsteuern			= 0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0			375.000

¹²¹³ Siehe Fn. 1002.

¹²¹⁴ In Drittstaaten geleistete und im Inland vereinnahmte Fremdkapitalvergütungen, die ggf. als verdeckte Gewinnausschüttung des Drittstaatenangehörigen an seine in einem Drittstaat ansässige Mutter-Kapitalgesellschaft zu qualifizieren gewesen wären, begründen keine beschränkte Steuerpflicht gemäß § 1 Abs. 4 i.V.m. § 49 EStG, § 8 Abs. 1 KStG.

¹²¹⁵ Siehe Fn. 1002.

¹²¹⁶ In Drittstaaten geleistete und im Inland vereinnahmte Fremdkapitalvergütungen, die ggf. als verdeckte Gewinnausschüttung des Drittstaatenangehörigen an seine in einem Drittstaat ansässige Mutter-Kapitalgesellschaft zu qualifizieren gewesen wären, begründen keine beschränkte Steuerpflicht gemäß § 1 Abs. 4 i.V.m. § 49 EStG, § 8 Abs. 1 KStG.

Die Werte entsprechen der Finanzierungs constellation unter Tabelle Nr. 46 und Tabelle Nr. 47, so dass auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.

V. Up-stream-loan

1. Inländischer Vergleichssachverhalt beim Up-stream-loan

a) Vorbemerkungen

Bei Up-stream-loan-Finanzierungen übernehmen Tochter-Kapitalgesellschaften die Funktion des Fremdkapitalgebers, um Mutter-Kapitalgesellschaften fremd zu finanzieren. Insofern handelt es sich bei dieser Konstellation gerade nicht um den Grundfall einer Gesellschafter-Fremdfinanzierung.¹²¹⁷ Die Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln des § 8a KStG finden nach Auffassung der Finanzverwaltung jedoch auch im Falle der Fremdfinanzierung einer Mutter-Kapitalgesellschaft durch ihre Tochter-Kapitalgesellschaft Anwendung. Die das Fremdkapital überlassende Tochter-Kapitalgesellschaft kann nach ihrer Auffassung eine nahe stehende Person des Anteilseigners der Mutter-Kapitalgesellschaft i.S.d. § 8a Abs. 1 S. 2 KStG sein.¹²¹⁸

Mit dem JStG 2007¹²¹⁹ kann gemäß § 8 Abs. 3 S. 4 KStG eine ergebnisneutrale verdeckte Einlage nur angenommen werden, wenn die Fremdkapitalvergütungen das Einkommen beim leistenden Gesellschafter nicht gemindert haben. In reinen Inlandssachverhalten kommen bei der Besteuerung des leistenden Gesellschafters die Grundsätze der Rn. 16 ff. des BMF-Schreibens vom 15.7.2007 zur Anwendung.¹²²⁰ Die Geltendmachung der geleisteten Fremdkapitalvergütungen als Betriebsausgaben wird beim Gesellschafter durch den Ansatz eines außerordentlichen Ertrags aus der Zuschreibung einer Beteiligungsbuchwerterhöhung neutralisiert. Durch den

¹²¹⁷ Deshalb spricht sich die ganz überwiegende Meinung in der Literatur gegen eine Anwendung des § 8a KStG auf Up-stream-loan-Sachverhalte aus; Gosch in Gosch, KStG, § 8a KStG, Rn. 177; Neumann/Stimpel, GmbHR 2004, S. 392 (395); Schulte/Behnes, GmbHR 2004, S. 1045 (1050); Golücke/Franz, GmbHR 2004, S. 708 (710); Köplin/Koch in: Erle/Sauter, KStG, § 8a KStG, Rn. 221; a.A. Groh, DB 2005, S. 629 (632).

¹²¹⁸ BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (595), Rn. 16; für eine teleologische Reduktion der Anwendung des § 8a KStG bei Up-stream-loan-Sachverhalten: Gosch in: Gosch, KStG, § 8a KStG, Rn. 177; Kröner in: Ernst & Young, KStG, § 8a KStG, Rn. 120; Neumann/Stimpel, GmbHR 2004, S. 392 (396).

¹²¹⁹ BGBl. I 2006, S. 2878 (2891).

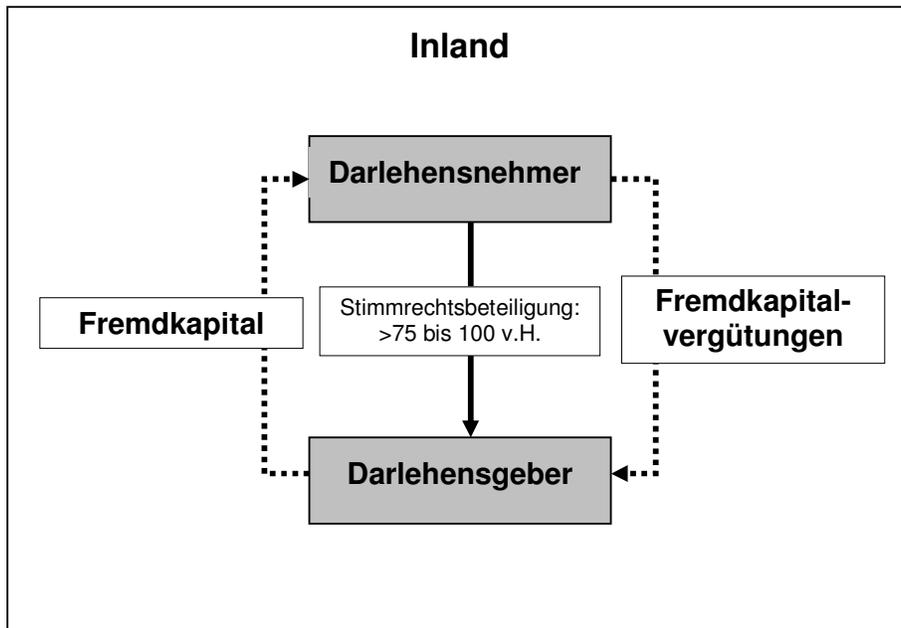
¹²²⁰ Vgl. BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (595), Rn. 16.

Ansatz dieses außerordentlichen Ertrages liegt im Ergebnis keine Einkommensminderung beim leistenden Gesellschafter vor, so dass im Sinne des § 8 Abs. 3 S. 4 KStG in der Fassung des JStG 2007 eine ergebnisneutrale (verdeckte) Einlage angenommen werden kann. In grenzüberschreitenden Up-stream-loan-Finanzierungen, in denen die leistende Mutter-Kapitalgesellschaft in einem anderen EU-Mitgliedstaat oder Drittstaat ansässig ist, wird es bei der Besteuerung durch den ausländischen Fiskus regelmäßig nicht zu einer Zuschreibung und einem Ansatz eines außerordentlichen Ertrages beim leistenden Gesellschafter kommen. Selbst wenn der ausländische Fiskus aufgrund eigener Fremdkapitalregelungen oder Vorschriften zu Fremdvergleichspreisen eine Buchwert-Erhöhung annehmen würde, würde er aus seiner Sicht ausländisches (deutsches) Besteuerungssubstrat, für das er kein Besteuerungsrecht hat, in sein Inland ziehen. Das Prinzip der korrespondierenden Behandlung von Fremdkapitalvergütungen durch den Ansatz verdeckter Einlagen auf Ebene der leistenden und der empfangenden Kapitalgesellschaft wirkt sich regelmäßig zulasten grenzüberschreitender Finanzierungssachverhalte aus, während in rein inländischen Finanzierungen die rein inländische Besteuerung sicherstellt, dass die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen. Die für grenzüberschreitende Finanzierungen nachteilige Regelung des § 8 Abs. 3 S. 4 KStG i.d.F. des JStG 2007 knüpft mittelbar an die Ansässigkeit der beteiligten Kapitalgesellschaften an und dürfte daher die Merkmale einer mittelbar diskriminierenden Regelung erfüllen.¹²²¹

Auf die Belastungen, die bei nicht korrespondierender Behandlung von Fremdkapitalvergütungen auf ausländische, darlehensnehmende Kapitalgesellschaften zukommen, wird an entsprechender Stelle unter F.V.2.b) und F.V.3.b) eingegangen. Grundsätzlich wird in den Belastungsvergleichen jedoch davon ausgegangen, dass die Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen die Bemessungsgrundlage im Ausland nicht gemindert haben.

¹²²¹ Näheres hierzu unter Punkt D.II.3.

Abbildung Nr. 27: Inländische Up-stream-loan-Finanzierung



b) Inländischer Up-stream-loan ohne Organschaft

Tabelle Nr. 50: Inländische Up-stream-loan-Finanzierung ohne Organschaft

Konstellation	Up-stream-loan	
Funktion	Darlehensnehmer (Mutter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	Inland
Methode	Umqualifizierung der Fremdkapitalvergütung in vE (BMF-Schreiben v. 15.7.2004, Rn. 17)	
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zinszahlung		0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebsausgaben, § 4 Abs. 4 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG		- 1.000.000
Außerordentlicher Ertrag aus Zuschreibungen des Beteiligungsbuchwert an der Tochtergesellschaft		+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern		= 0
Ertragsteuern		= 0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zinszahlung		0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen		+ 1.000.000
Fremdkapitalvergütungen als verdeckte Einlage (§ 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG)		- 1.000.000
Ergebnis vor Steuern		= 0
Ertragsteuern		= 0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		0

c) Inländischer Up-stream-loan mit Organschaft

Die Verwaltungsauffassung behandelt Fremdkapitalvergütungen im Rahmen von Up-stream-loan-Finanzierungen als verdeckte Einlage der Mutter-Kapitalgesellschaft in die Tochter-Kapitalgesellschaft; in Höhe der verdeckten Einlage erhöhen sich die nachträglichen Anschaffungskosten der Mutter-Kapitalgesellschaft auf die Beteiligung an der Tochter-Kapitalgesellschaft.¹²²²

¹²²² Vgl. BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593 (595), Rn. 17.

Im Rahmen eines Organkreises ist die Gesellschafter-Fremdkapitalvergütung gleichfalls als verdeckte Einlage des Organträgers zu behandeln, und führt beim Organträger zu einer Erhöhung des Beteiligungsbuchwerts an der Organgesellschaft.¹²²³ Bei der Organgesellschaft ist die verdeckte Einlage erfolgsneutral zu behandeln und hat keine Einkommenswirkung.¹²²⁴

Tabelle Nr. 51: Inländische Up-stream-loan-Finanzierung mit Organschaft

Konstellation	Up-stream-loan	
Funktion	Darlehensnehmer (Organträger)	Darlehensgeber (Organgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	Inland
Methode	Umqualifizierung der Fremdkapitalvergütung in vE (BMF-Schreiben v. 15.7.2004, Rn. 17)	
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zinszahlung		0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebsausgaben, § 4 Abs. 4 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG		- 1.000.000
Außerordentlicher Ertrag aus Zuschreibungen des Beteiligungsbuchwert an der Tochtergesellschaft		+ 1.000.000
Gewinnabführung durch die Organgesellschaft, R 29 Abs. 1 Pos.-Nr. 16 KStR		+ 0
Ergebnis vor Steuern		= 0
Ertragsteuern		= 0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zinszahlung		0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen		+ 1.000.000
Fremdkapitalvergütungen als verdeckte Einlage (§ 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG)		- 1.000.000
Gewinnabführung an den Organträger, R 29 Abs. 1 Pos.-Nr. 16 KStR		- 0
Ergebnis vor Steuern		= 0
Ertragsteuern		= 0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		0

Hinsichtlich des kumulierten anfänglichen ertragsteuerlichen Belastungswertes besteht zwischen dem rein inländischen Up-stream-loan-Finanzierungssachverhalts ohne Organschaft und dem mit Organschaft kein Unterschied. Im nachfolgenden Vergleich mit den EU-Binnensachverhalten und den Drittstaatsachverhalten ist folglich das rein inländische Belastungsniveau mit dem Wert Null anzusetzen.

¹²²³ Vgl. Erle in Erle/Sauter, KStG, § 14 KStG, Rn. 417 und Rn. 418.

¹²²⁴ Vgl. Frotscher in: Frotscher/Maas, KStG, § 14 KStG, Rn. 249.

2. EU-Binnensachverhalte beim Up-stream-loan

a) Tochter-Kapitalgesellschaft im EU-Mitgliedstaat

Abbildung Nr. 28: Up-stream-loan in EU-Binnensachverhalten I

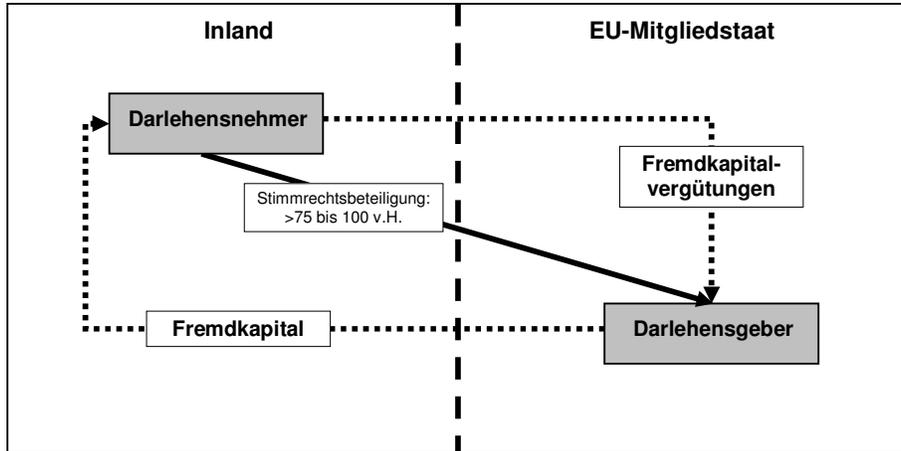


Tabelle Nr. 52: Tochter-Kapitalgesellschaft im EU-Mitgliedstaat

Konstellation	Up-stream-loan	
Funktion	Darlehensnehmer (Mutter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	EU-Mitgliedstaat
Methode	Umqualifizierung der Fremdkapitalvergütung in vE (BMF-Schreiben v. 15.7.2004, Rn. 17)	
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zinszahlung		0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebsausgaben, § 4 Abs. 4 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG		- 1.000.000
Außerordentlicher Ertrag aus Zuschreibungen des Beteiligungsbuchwert an der Tochtergesellschaft		+ 1.000.000
Ertragsteuern		= 0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zinszahlung		0
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 c), § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG ¹²²⁵		+ 1.000.000
Keine vE durch Mutter-Kapitalgesellschaft, § 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG ¹²²⁶		- 0
Ergebnis vor Steuern		= 1.000.000
Kapitalertragsteuer mit Abgeltungswirkung gemäß § 32 Abs. 1 KStG		200.000
Antrag nach § 50g Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie		- 200.000
Ertragsteuern		0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		0

Die kumulierte anfängliche Belastung mit inländischen Ertragsteuern erreicht mit dem Wert Null das rein inländische Belastungsniveau, so dass insofern keine Benachteiligung des grenzüberschreitenden Finanzierungs-sachverhalts vorliegt.

¹²²⁵ Siehe Fn. 1064.

¹²²⁶ Siehe Fn. 1065.

b) Mutter-Kapitalgesellschaft im EU-Mitgliedstaat

Abbildung Nr. 29: Up-stream-loan in EU-Binnensachverhalten II

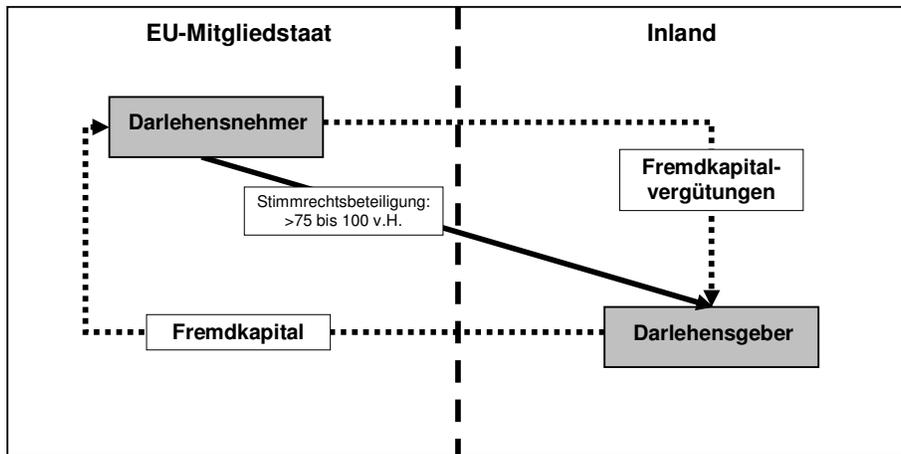


Tabelle Nr. 53: Mutter-Kapitalgesellschaft im EU-Mitgliedstaat

Konstellation	Up-stream-loan	
Funktion	Darlehensnehmer (Mutter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	EU-Mitgliedstaat	Inland
Methode	Umqualifizierung der Fremdkapitalvergütung in vE (BMF-Schreiben v. 15.7.2004, Rn. 17)	
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zinszahlung		0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebsausgaben		- 1.000.000
Außerordentlicher Ertrag aus Zuschreibungen des Beteiligungsbuchwert an der Tochtergesellschaft		+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern: nicht steuerbar		0
Ertragsteuern		= 0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zinszahlung		0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen		+ 1.000.000
Fremdkapitalvergütungen als verdeckte Einlage (§ 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG)		- 1.000.000
Ergebnis vor Steuern		= 0
Ertragsteuern		= 0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		0

Bei Behandlung der Fremdkapitalvergütungen beim ausländischen Darlehensnehmer und beim inländischen Darlehensnehmer i.S.v. § 8 Abs. 3 S. 4 KStG in der Fassung des JStG 2007 ergibt sich hinsichtlich der kumulativen anfänglichen Ertragsteuerbelastung keine Benachteiligung gegenüber der Nullbelastung der rein inländischen Vergleichssachverhalte.

3. Drittstaatsachverhalte beim Up-stream-loan

a) Tochter-Kapitalgesellschaft im Drittstaat

Abbildung Nr. 30: Up-stream-loan in Drittstaatsachverhalten I

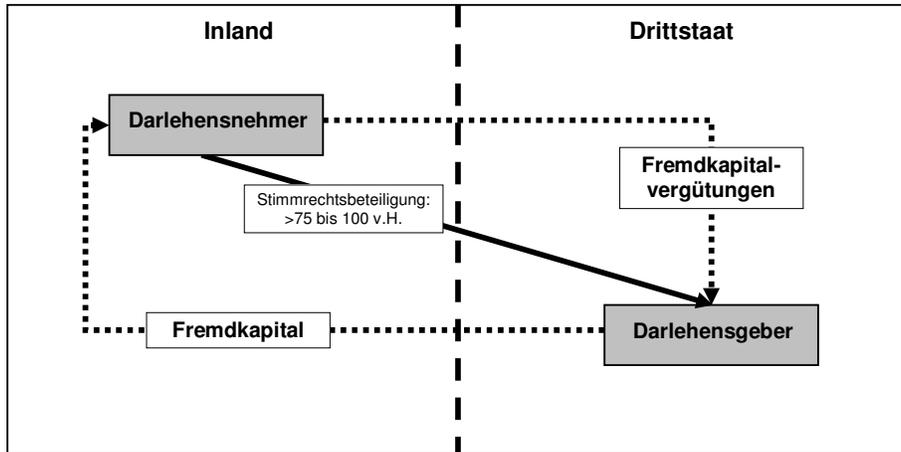


Tabelle Nr. 54: Up-stream-loan in Drittstaaten-Sachverhalten

Konstellation	Up-stream-loan	
Funktion	Darlehensnehmer (Mutter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	Drittstaat
Methode	Umqualifizierung der Fremdkapitalvergütung in vE (BMF-Schreiben v. 15.7.2004, Rn. 17)	
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zinszahlung		0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebsausgaben, § 4 Abs. 4 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG		- 1.000.000
Außerordentlicher Ertrag aus Zuschreibungen des Beteiligungsbuchwert an der Tochtergesellschaft		+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern		= 0
Ertragsteuern		= 0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zinszahlung		0
Fremdkapitalvergütungen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 c), § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG ¹²²⁷		+ 1.000.000
Keine vE durch Mutter-Kapitalgesellschaft, § 4 Abs. 1 S. 1 EStG, § 8 Abs. 1 KStG ¹²²⁸		- 0
Ergebnis vor Steuern		= 1.000.000
Kapitalertragsteuer		200.000
Antrag nach § 50g Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie		- 0
Antrag nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. der Mutter-Tochter-Richtlinie		- 0
Ertragsteuern		200.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung		200.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung		0

Mit der anfänglichen ertragsteuerlichen Nullbelastung liegt der grenzüberschreitende Finanzierungssachverhalt bei Anwendung der Präklusionslösung auf gleichem Belastungsniveau wie die rein inländischen Finanzierungssachverhalte, so dass sich insofern keine Benachteiligung des grenzüberschreitenden Finanzierungssachverhaltes ergibt.

¹²²⁷ Siehe Fn. 1064.

¹²²⁸ Siehe Fn. 1065.

b) Mutter-Kapitalgesellschaft im Drittstaat

Abbildung Nr. 31: Up-stream-loan in Drittstaatsachverhalten II

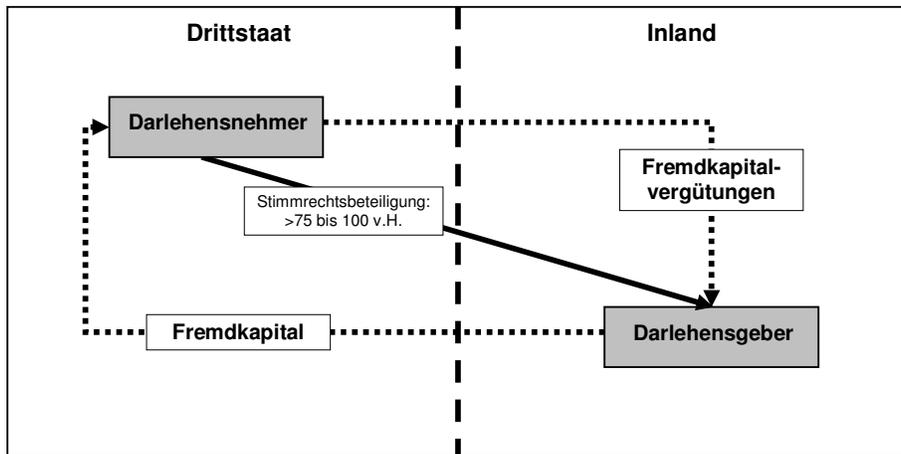


Tabelle Nr. 55: Mutter-Kapitalgesellschaft im Drittstaat

Konstellation	Up-stream-loan	
Funktion	Darlehensnehmer (Mutter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Drittstaat	Inland
Methode	Umqualifizierung der Fremdkapitalvergütung in vE (BMF-Schreiben v. 15.7.2004, Rn. 17)	
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zinszahlung		0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebsausgaben		- 1.000.000
Außerordentlicher Ertrag aus Zuschreibungen des Beteiligungsbuchwertes an der Tochter ¹²²⁹		+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern: nicht steuerbar		0
Ertragsteuern		= 0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zinszahlung		0
Fremdkapitalvergütungen als Betriebseinnahmen		+ 1.000.000
Fremdkapitalvergütungen als verdeckte Einlage (§ 4 Abs. 1 S. 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG)		- 1.000.000
Ergebnis vor Steuern		= 0
Ertragsteuern		= 0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 ohne Anwendung der Präklusionslösung		0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0 mit Anwendung der Präklusionslösung		0

Die kumulierte anfängliche Belastung mit inländischen Ertragsteuern erreicht mit dem Wert Null das rein inländische Belastungsniveau, so dass

¹²²⁹ Der Ansatz eines außerordentlichen Ertrags aus einer Zuschreibung des Beteiligungsbuchwertes einer inländischen Tochtergesellschaft erfolgt bei der ausländischen Mutter-Kapitalgesellschaft. Damit werden für Zwecke inländische Besteuerungszwecke deutsche Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln ohne Rechtsfolgewirkung auf ausländische, nicht steuerbare Gesellschaften angewendet. Der Wortlaut der Rn. 17 des BMF-Schreibens v. 15.7.2004 steht dem nicht entgegen, denn er differenziert nicht, ob die finanzierte Mutter-Kapitalgesellschaft im Ausland ansässig ist. Diese Anwendungssystematik wäre vergleichbar mit Rn. 27 des gleichen BMF-Schreibens v. 15.7.2004, in dem gleichfalls inländische Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregelungen ohne Rechtsfolgewirkung auf nicht steuerbare ausländische Kapitalgesellschaften angewendet werden.

insofern keine Benachteiligung des grenzüberschreitenden Finanzierungs-sachverhalts vorliegt.

VI. Zusammenfassung für die Rechtslage i.d.F. des JStG 2007

1. Down-stream-loan-Finanzierungen

Tabelle Nr. 56: Ergebnisübersicht Down-stream-loan-Finanzierungen

Fundort	Ansässigkeit der darlehensnehmenden Tochter-Kapitalgesellschaft	Ansässigkeit der darlehensgebenden Mutter-Kapitalgesellschaft	Belastungswert ohne Präklusion	Belastungswert mit Präklusion
Rein inländische Vergleichssachverhalte:				
Tabelle Nr. 3	Inland ohne Organshaft	Inland ohne Organshaft	393.750 €	393.750 €
Tabelle Nr. 4	Inland mit Organshaft	Inland mit Organshaft	375.000 €	375.000 €
Grenzüberschreitende Sachverhalte:				
Tabelle Nr. 5	Inland	EU	375.000 €	375.000 €
Tabelle Nr. 7	Inland	Drittstaat	385.000 €	375.000 €
Tabelle Nr. 6	EU	Inland	18.750 €	375.000 €
Tabelle Nr. 9	Drittstaat	Inland	18.750 €	18.750 €

Die Tabelle Nr. 56 gibt mit den grau unterlegten Werten 393.750 (aus Tabelle Nr. 3) und 375.000 (aus Tabelle Nr. 4) das zu erreichende rein inländische Belastungsniveau für die grenzüberschreitenden Down-stream-loan-Sachverhalte vor. Die grau unterlegten Werte der grenzüberschreitenden Sachverhalte kennzeichnen, ob und mit welcher Argumentation die rein inländischen Belastungswerte erreicht werden können.

Lediglich die Drittstaaten-Konstellation aus Tabelle Nr. 7 liegt über dem niedrigsten inländischen Belastungsniveau. Argumentiert man bei ihr im Sinne der Präklusionslösung ergibt sich hinsichtlich der anfänglichen kumulierten Belastung mit inländischen Ertragsteuern keine Benachteiligung mehr gegenüber den rein inländischen Vergleichssachverhalten.

2. Side-stream-loan-Finanzierungen

Tabelle Nr. 57: Ergebnisübersicht Side-stream-loan-Finanzierungen

Fundort	Ansässigkeit der darlehensnehmenden Tochter-Kapitalgesellschaft	Ansässigkeit der darlehensgebenden Tochter-Kapitalgesellschaft	Ansässigkeit der Mutter-Kapitalgesellschaft	Belastungswert nach Umqualifizierungsmethode ohne Präklusion	Belastungswert nach Umqualifizierungsmethode mit Präklusion	Belastungswert nach Verbrauchsmethode ohne Präklusion	Belastungswert nach Verbrauchsmethode mit Präklusion
Rein inländische Vergleichsachverhalte:							
Tabelle Nr. 10	Inland ohne Organschaft	Inland ohne Organschaft	Inland ohne Organschaft	18.750 €	18.750 €	375.000 €	375.000 €
Tabelle Nr. 12	Inland mit Organschaft	Inland mit Organschaft	Inland mit Organschaft	0 €	0 €	0 €	0 €
Grenzüberschreitende Sachverhalte:							
Tabelle Nr. 22, 23	Inland	Inland	EU	0 €	0 €	375.000 €	375.000 €
Tabelle Nr. 40, 41	Inland	Inland	Drittstaat	10.000 €	0 €	385.000 €	375.000 €
Tabelle Nr. 18, 19	Inland	EU	Inland	18.750 €	18.750 €	0 €	0 €
Tabelle Nr. 16, 17	Inland	EU	EU	0 €	0 €	0 €	0 €
Tabelle Nr. 30, 31	Inland	EU	Drittstaat	210.000 €	200.000 €	210.000 €	200.000 €
Tabelle Nr. 34, 35	Inland	Drittstaat	Inland	218.750 €	18.750 €	200.000 €	0 €
Tabelle Nr. 32, 33	Inland	Drittstaat	EU	200.000 €	0 €	200.000 €	0 €
Tabelle Nr. 28, 29	Inland	Drittstaat	Drittstaat	210.000 €	0 €	210.000 €	0 €
Tabelle Nr. 14, 15	EU	Inland	Inland	18.750 €	18.750 €	375.000 €	375.000 €
Tabelle Nr. 24, 25	EU	Inland	EU	0 €	0 €	375.000 €	375.000 €
Tabelle Nr. 42, 43	EU	Inland	Drittstaat	200.000 €	0 €	385.000 €	375.000 €
Tabelle Nr. 20, 21	EU	EU	Inland	18.750 €	18.750 €	0 €	0 €
Tabelle Nr. 38, 39	Drittstaat	Drittstaat	Inland	18.750 €	18.750 €	0 €	0 €
Tabelle Nr. 44, 45	EU	Drittstaat	Inland	18.750 €	18.750 €	0 €	0 €
Tabelle Nr. 26, 27	Drittstaat	Inland	Inland	18.750 €	18.750 €	375.000 €	375.000 €
Tabelle Nr. 46, 47	Drittstaat	Inland	EU	0 €	0 €	375.000 €	375.000 €
Tabelle Nr. 48, 49	Drittstaat	Inland	Drittstaat	0 €	0 €	375.000 €	375.000 €
Tabelle Nr. 36, 37	Drittstaat	EU	Inland	18.750 €	18.700 €	0 €	0 €

Die Tabelle Nr. 57 gibt mit den grau unterlegten Werten 18.750 (aus Tabelle Nr. 10) und Null (aus Tabelle Nr. 12) das zu erreichende rein inländische Belastungsniveau für die grenzüberschreitenden Side-stream-loan-Sachverhalte vor. Die grau unterlegten Werte der grenzüberschreitenden Sachverhalte kennzeichnen, ob und mit welcher Argumentation die rein inländischen Belastungswerte erreicht werden können.

Legt man den rein inländischen Wert für nicht organschaftlich verbundene Side-stream-Sachverhalte mit dem Wert 18.750 zugrunde, erreichen mit der Umqualifizierungsmethode (ohne Präklusion) 5 von 18 grenzüberschreitenden Konstellationen diesen Wert nicht. Den Belastungswert für organschaftlich verbundene Side-stream-Sachverhalte verfehlen mit der Umqualifizie-

rungsmethode (ohne Präklusion) 13 der 18 grenzüberschreitenden Konstellationen.

Mit Hilfe der Verbrauchsmethode (ohne Präklusion) als Alternative zur Umqualifizierungsmethode können insgesamt nur 10 von 18 grenzüberschreitenden Konstellationen das inländische Belastungsniveau von Null erreichen: in 5 Fällen¹²³⁰ erreicht die Umqualifizierungsmethode die Nullbelastung, in 5 Fällen¹²³¹ kann die Nullbelastung durch die alternative Anwendung der Verbrauchsmethode hergestellt werden. In den verbleibenden 8 von 18 Fällen kann demnach selbst der Wechsel zwischen Umqualifizierungs- und Verbrauchsmethode keine Absenkung auf inländische Belastungsniveaus erreichen. Bereits *Prinz zu Hohenlohe/Heurung* weisen darauf hin, dass in grenzüberschreitenden Sachverhalten weder die Umqualifizierungs- noch die Verbrauchsmethode als Korrekturmethode überzeugen können.¹²³² Die Umqualifizierung als Korrekturmethode weist dann Schwächen auf, wenn der Darlehensgeber in anderen EU-Mitgliedstaaten¹²³³ oder in Drittstaaten¹²³⁴ ansässig ist und die Korrektur mittels Einlagefiktion nicht greifen kann.¹²³⁵ Die (alternative) Anwendung der Verbrauchsmethode kann dagegen nur einzelne, nicht jedoch alle grenzüberschreitenden Konstellationen auf inländische Belastungsniveaus zurückführen. Die erfolgreiche Anwendung von zwei Korrekturmethode auf grenzüberschreitende Konstellationen zur Erreichung rein inländischer Belastungsniveaus spricht jedoch nicht gegen die angewendeten Korrekturmethode, sondern gegen die zu korrigierende Regelung aus den §§ 8a, 8b KStG.

Bei Anwendung der Präklusionslösung in Kombination mit der alternierenden Anwendung der Umqualifizierungs- und Verbrauchsmethode lässt sich in 15 von 18 grenzüberschreitenden Konstellationen die inländische Nullbe-

¹²³⁰ Siehe hierzu die Konstellation aus Tabelle Nr. 22, 16, 24, 46 und 48.

¹²³¹ Siehe hierzu die Konstellation aus Tabelle Nr. 19, 21, 37, 39 und 45.

¹²³² Vgl. *Prinz zu Hohenlohe/Heurung*, DB 2003, S. 2566 (2570); vgl. auch Gosch in: Gosch, KStG, § 8a KStG, Rn. 160 f.

¹²³³ Siehe hierzu die Konstellation aus Tabelle Nr. 30.

¹²³⁴ Siehe hierzu die Konstellation aus Tabelle Nr. 32, 34 und 28.

¹²³⁵ In 7 von 18 grenzüberschreitenden Konstellationen greift die Einlage als Korrekturmethode nicht ein (Tabelle Nr. 16, 18, 28, 30, 32, 34 und 42). Fünf dieser 7 grenzüberschreitenden Konstellationen liegen trotz Umqualifizierungsmethode weit über den inländischen Belastungswerten von 18.750 bzw. Null (Tabelle Nr. 28, 30, 32, 34 und 42).

lastung erreichen; zwei Konstellationen aus Tabelle Nr. 14 und Tabelle Nr. 26 erreichen zumindest das inländische Belastungsniveau für organschaftlich nicht verbundene Side-stream-Finanzierungen mit dem Wert 18.750. Die Konstellation aus Tabelle Nr. 30 bleibt jedoch mit mindestens dem 10-fachen des inländischen Belastungsniveaus belastet.

3. Up-stream-loan-Finanzierungen

Tabelle Nr. 58: Ergebnisübersicht Up-stream-loan-Finanzierungen

Fundort	Ansässigkeit der darlehensgebenden Tochter-Kapitalgesellschaft	Ansässigkeit der darlehensnehmenden Mutter-Kapitalgesellschaft	Belastungswert ohne Präklusion	Belastungswert mit Präklusion
Rein inländische Vergleichssachverhalte:				
Tabelle Nr. 50	Inland ohne Organschaft	Inland ohne Organschaft	0 €	0 €
Tabelle Nr. 51	Inland mit Organschaft	Inland mit Organschaft	0 €	0 €
Grenzüberschreitende Sachverhalte:				
Tabelle Nr. 52	Inland	EU	0 €	0 €
Tabelle Nr. 54	Inland	Drittstaat	200.000 €	0 €
Tabelle Nr. 53	EU	Inland	0 €	0 €
Tabelle Nr. 55	Drittstaat	Inland	0 €	0 €

Die Tabelle Nr. 58 gibt mit den beiden grau unterlegten Null-Werten (aus Tabelle Nr. 50 und Tabelle Nr. 51) das zu erreichende rein inländische Belastungsniveau für die grenzüberschreitenden Up-stream-loan-Sachverhalte vor. Die grau unterlegten Werte der grenzüberschreitenden Sachverhalte kennzeichnen, ob und mit welcher Argumentation die rein inländischen Belastungswerte erreicht werden können.

Die Null-Belastung der rein inländischen Vergleichssachverhalte wird bis auf eine Drittstaaten-Konstellation von allen grenzüberschreitenden Up-stream-loan-Konstellationen erreicht. Wird bei der Konstellation aus Tabelle Nr. 54 im Sinne der Präklusionslösung argumentiert, ergibt sich auch in diesem Drittstaatsachverhalt hinsichtlich der anfänglichen kumulierten Belastung mit inländischen Ertragsteuern keine Benachteiligung gegenüber den rein inländischen Vergleichssachverhalten.

4. Zwischenergebnis zur Rechtslage i.d.F. des JStG 2007

Festzuhalten ist, dass in Side-stream-loan-Finanzierungen hinsichtlich der anfänglichen Ertragsteuerbelastung ohne die Anwendung von Korrekturen teils erhebliche Benachteiligungen der grenzüberschreitenden Finanzierungs-Konstellationen feststellbar sind.¹²³⁶ Unter Zuhilfenahme der Verbrauchsmethode und mit einer Argumentation im Sinne der Präklusionslösung kann die Qualifizierung dieser Benachteiligungen als Diskriminierung im Sinn des EGV jedoch weitestgehend vermieden werden. Zumindest in einer Konstellation kommt es jedoch zu einer erheblichen Benachteiligung des grenzüberschreitenden Sachverhalts.¹²³⁷ In zwei weiteren grenzüberschreitenden Konstellationen verbleiben auch bei Anwendung von Korrekturmethode definitiv Belastungsnachteile gegenüber rein inländischen Organschaften.¹²³⁸

In Down-stream-loan-Sachverhalten und Up-stream-loan-Sachverhalten ergeben sich jeweils in Drittstaatsverhältnissen Nachteile, die jedoch bei einer Argumentation mit der Präklusionslösung, die auf diese steuerlichen Belastungseffekte bei Drittstaatsangehörigen zugeschnitten ist, bei einer Diskriminierungsprüfung auszublenden wären.

VII. Zinsschranke der Unternehmensteuerreform 2008

1. Einführung

In der Literatur war die Zinsschranke der Unternehmensteuerreform 2008 bereits Gegenstand verschiedener Vergleichsrechnungen, die sich allerdings auf Steuereffekte für unbeschränkt Steuerpflichtige bezogen oder es wurden intertemporäre, nationale Vergleiche zwischen geltender und geplanter Rechtslage durchgeführt.¹²³⁹ Für Zwecke dieser Arbeit ist dagegen ein Ver-

¹²³⁶ Hiermit liegt im Sinne von *Schön* bereits keine gleichmäßige Steuerbelastung ökonomischer Vorgänge durch die inländische Besteuerung vor, so dass auch nach der insoweit zurückhaltenden Auffassung *Schön*s eine Diskriminierung grenzüberschreitend tätiger Wirtschaftssubjekte vorliegen dürfte, *Schön*, StBjB 2003/2004, S. 27 (31).

¹²³⁷ Siehe hierzu die Konstellation aus Tabelle Nr. 30.

¹²³⁸ Siehe hierzu die Konstellationen aus Tabelle Nr. 14 und Tabelle Nr. 26.

¹²³⁹ Ein Vergleich zwischen der Rechtslage in der Fassung des JStG 2007 und der geplanten Regelung der Zinsschranke durch die Unternehmensteuerreform 2008 erfolgt etwa bei: *Scheunemann/Socher*, BB 2007, S. 1144 (1146); *Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel*, BB 2007, S. 523 (528). *Herzig* und *Bohn* stellen Belastungsvergleiche hinsichtlich der rein inländischen Auswirkungen der Zinsschranke im Falle des Verlustabzugs gemäß § 10d Abs. 2 EStG an: *Herzig/Bohn*, DB 2007, S. 1 (6).

gleich der rein inländischen mit der grenzüberschreitenden Rechtslage anzu-
stellen, wobei ausschließlich die künftigen Zinsschranken-Regeln der Un-
ternehmenssteuerreform 2008 zur Anwendung kommen. Nachfolgend soll
unter den Punkten 2. bis 4. ein entsprechender Vergleich für Down-stream-,
Side-stream- und Up-stream-loan-Finanzierungen erfolgen sowie abschlie-
ßend unter 5. auf weitere europarechtsrelevante Aspekte der geplanten Zins-
schranke eingegangen werden.

2. Down-stream-loan

a) Inländischer Vergleichssachverhalt

Tabelle Nr. 59: Zinsschranke: Inländischer Vergleichssachverhalt ohne Organschaft

Konstellation	Down-stream-loan	
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	Inland
Methode	Zinsschranke i.S.d. Unternehmensteuerreform 2008 ¹²⁴⁰	
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0		
Einkünfte vor Zinszahlung		1.000.000
Freigrenze ¹²⁴¹ , Konzernklausel ¹²⁴² oder Escape-Klausel ¹²⁴³ greifen nicht ein		
30 % des steuerlichen EBITDA ¹²⁴⁴ als abzugsfähige BA, § 4 Abs. 4 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG		- 300.000
Zinsvortrag für die Folgeperiode t=1 gemäß § 4h Abs. 1 EStG 2008, § 8 Abs. 1 KStG ¹²⁴⁵		(700.000)
Ergebnis vor Steuern		= 700.000
Körperschaftsteuer i.H.v. 15 % gemäß § 23 Abs. 1 KStG 2008		105.000
Hinzurechnung von 25 v.H. der Entgelte für Schulden, § 8 Nr. 1 a) S. 1 GewStG 2008 ¹²⁴⁶		(+ 50.000)
Gewerbsteuer: GewSt nicht als BA abziehbar ¹²⁴⁷ , GewSt-Messzahl: ¹²⁴⁸ 0,035; Detailrechnung ¹²⁴⁹		105.000
Ertragsteuern		= 210.000

¹²⁴⁰ BGBl. I 2007, S. 1912.

¹²⁴¹ Betragen die Zinsaufwendungen, soweit sie die Zinserträge übersteigen, weniger als 1 Mio. €, ist die Zinsschranke gemäß § 4h Abs. 2 a) EStG 2008, § 8 Abs. 1 KStG nicht anzuwenden; Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (529). Kritisch zur Ausgestaltung des § 4h Abs. 2 a) EStG 2008 als Freigrenze: Rödder/Stangl, DB 2007, S. 479 (480).

¹²⁴² Gehört der Betrieb nicht zu einem Konzern i.S.d. Zinsschranke, ist die Zinsschranke gemäß § 4h Abs. 2 b) EStG 2008 nicht anzuwenden; Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (529); Rödder/Stangl, DB 2007, S. 479 (480).

¹²⁴³ Im Falle einer Konzernzugehörigkeit entfällt die Zinsschranke gemäß § 4h Abs. 2c) S. 1 EStG 2008, wenn die Eigenkapitalquote des Betriebs der Konzerneigenkapitalquote entspricht; Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (9); Rödder/Stangl, DB 2007, S. 479 (481); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (529).

¹²⁴⁴ Die Einkünfte vor Zinszahlung abzüglich der Absetzungen für Abnutzungen entsprechen dem *steuerlichen* EBITDA gemäß § 4h Abs. 1 S. 1 EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 1 S. 1 KStG 2008, das vom betriebswirtschaftlichen EBITDA abzugrenzen ist; siehe hierzu: Rödder/Stangl, DB 2007, S. 479 (480); Kröner/Esterer, DB 2006, S. 2084 (2085). Zur Berechnung der Zinsschranke bei positiven und negativen steuerlichen EBITDA siehe Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (3); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (529).

¹²⁴⁵ Die Nutzung des Zinsvortrags in den Folgeperioden ist durch § 4h Abs. 1 S. 3 EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 1 S. 2 KStG 2008, § 8c KStG 2008 stark eingeschränkt. Bei Betriebsaufgabe sowie in Umwandlungsfällen droht gemäß § 4h Abs. 5 S. 1 EStG 2008 der Untergang unverbraucher Zinsvorträge. Zum Zinsvortrag siehe auch: Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (7); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (530); Rödder/Stangl, DB 2007, S. 479 (482); Töben/Fischer, BB 2007, S. 974 (975). Zur Kritik an § 8c KStG 2008 als Verlustvorschrift: Lenz/Ribbrock, BB 2007, S. 587 (589).

¹²⁴⁶ Bemessungsgrundlage der gewerbesteuerliche Hinzurechnung i.H.v. 25 % sind die nach Anwendung der Zinsschranke verbleibenden abzugsfähigen Zinsvergütungen, soweit sie den Freibetrag von 100.000 € überschreiten; Endres/Spengel/Reister, WPg 2007, S. 478 (486); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (530).

¹²⁴⁷ Die Gewerbesteuer ist gemäß § 4 Abs. 5b) EStG 2008 i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG nicht mehr als Betriebsausgabe von der Gewerbesteuerbemessungsgrundlage abziehbar.

¹²⁴⁸ Die Gewerbesteuermesszahl wird gemäß § 11 Abs. 2 GewStG 2008 von 0,05 auf 0,035 gesenkt; vgl. Marx/Hetebrügge, DB 2007, S. 2381 (2382).

¹²⁴⁹ Berechnung: (700.000 + 50.000 Hinzurechnungsbetrag abzgl. Freibetrag) * 400 * 0,035; vgl. auch Marx/Hetebrügge, DB 2007, S. 2381 (2382).

Tabelle Nr. 60: Zinsschranke: Inländischer Vergleichssachverhalt ohne Organschaft

Konstellation	Down-stream-loan	
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	Inland
Methode	Zinsschranke i.S.d. Unternehmensteuerreform 2008	
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen als BE, ¹²⁵⁰ § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, § 8 Abs. 1 KStG		1.000.000
Keine Steuerbefreiung gemäß § 8b Abs. 1 KStG ¹²⁵¹		- 0
Ergebnis vor Steuern		= 1.000.000
Körperschaftsteuer i.H.v. 15 % gemäß § 23 Abs. 1 KStG 2008		150.000
Keine Hinzurechnung von 25 v.H. der Entgelte für Schulden, § 8 Nr. 1 a) S. 1 GewStG 2008 ¹²⁵²		+ 0
Gewerbesteuer: GewSt nicht als BA abziehbar ¹²⁵³ , GewSt-Messzahl: ¹²⁵⁴ 0,035		140.000
Ertragsteuern		= 290.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		500.000

Tabelle Nr. 61: Zinsschranke: Inländischer Vergleichssachverhalt mit Organschaft I

Konstellation	Down-stream-loan	
Funktion	Darlehensnehmer (Organgesellschaft)	Darlehensgeber (Organträger)
Ansässigkeit	Inland	Inland
Methode	Zinsschranke i.S.d. Unternehmensteuerreform 2008 ¹²⁵⁵	
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zinszahlung		1.000.000
Zinsschranke auf Ebene der OG gemäß § 15 S. 1 Nr. 3 KStG 2008 nicht anwendbar		
Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen als BA, § 4 Abs. 4 EStG, § 8 Abs. 1 KStG		- 1.000.000
Gewinnabführung an den Organträger, R 29 Abs. 1 Pos.-Nr. 16 KStR		- 0
Ergebnis vor Steuern		= 0
Körperschaftsteuer i.H.v. 15 % gemäß § 23 Abs. 1 KStG 2008		0
Keine Hinzurechnung von 25 v.H. der Entgelte für Schulden, § 8 Nr. 1 a) S. 1 GewStG 2008 ¹²⁵⁶		+ 0
Gewerbesteuer: GewSt nicht als BA abziehbar ¹²⁵⁷ , GewSt-Messzahl: ¹²⁵⁸ 0,035		0
Ertragsteuern		= 0

¹²⁵⁰ Eine Umqualifizierung von Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG entfällt mit der Neufassung des § 8a Abs. 1 KStG. Die Empfänger von Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen haben die Vergütungen entsprechend der für sie anzuwendenden Regelungen als Zinseinkünfte zu versteuern; Köhler, DStR 2007, S. 597 (597); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (528).

¹²⁵¹ Die Steuerbefreiung des § 8b Abs. 1 S. 1 KStG bezieht sich auf Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10a) EStG. Mit dem Wegfall der Umqualifizierung von Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen durch § 8a Abs. 1 KStG 2008 sind die der Zinsschranke unterliegenden Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen nicht mehr von der Steuerbefreiung nach § 8b Abs. 1 KStG erfasst.

¹²⁵² Der Wortlaut des § 8 Nr. 1 a) S. 1 GewStG 2008 „Entgelte für Schulden“ erfasst sinngemäß nur die Entgelte für *eigene* Schulden der Kapitalgesellschaft. Empfängt eine Kapitalgesellschaft Entgelte für Schulden ihrer Darlehensnehmer (*fremde* Schulden), ist auf Ebene des Darlehensgebers zur Vermeidung einer doppelten Zinsbesteuerung keine gewerbesteuerliche Hinzurechnung i.S.v. § 8 Nr. 1 a) S. 1 GewStG 2008 vorzunehmen.

¹²⁵³ Siehe Fn. 1247.

¹²⁵⁴ Siehe Fn. 1248.

¹²⁵⁵ BGBl. I 2007, S. 1912.

¹²⁵⁶ Der Wortlaut des § 8 Nr. 1 a) S. 1 GewStG 2008 lässt eine Hinzurechnung i.H.v. 25 % der Entgelte für Schulden auch dann zu, wenn die Anwendung der Zinsschranke auf Ebene der Organgesellschaft aufgrund des § 15 S. 1 Nr. 3 KStG 2008 ausgeschlossen ist. Im Sinne des Beispiels aus den GewStR Abschnitt 41 S. 6 entfällt die gewerbesteuerliche Hinzurechnung gemäß § 8 Nr. 1 a) S. 1 GewStG 2008 auf Ebene der Organgesellschaft, da die Zinsen für das Gesellschafter-Fremdkapital im Gewerbeertrag des Organträgers enthalten ist.

¹²⁵⁷ Siehe Fn. 1247.

¹²⁵⁸ Siehe Fn. 1248.

Tabelle Nr. 62: Zinsschranke: Inländischer Vergleichssachverhalt mit Organschaft II

Konstellation	Down-stream-loan	
	Darlehensnehmer (Organgesellschaft)	Darlehensgeber (Organträger)
Funktion		
Ansässigkeit	Inland	Inland
Methode	Zinsschranke i.S.d. Unternehmensteuerreform 2008	
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0		
Einkünfte vor Berücksichtigung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen	0	
Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen als BE ¹²⁵⁹ § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, § 8 Abs. 1 KStG	+ 1.000.000	
Gewinnabführung durch die Organgesellschaft, R 29 Abs. 1 Pos.-Nr. 16 KStR	+ 0	
Ergebnis vor Steuern	= 1.000.000	
Körperschaftsteuer i.H.v. 15 % gemäß § 23 Abs. 1 KStG 2008	150.000	
Keine Hinzurechnung von 25 v.H. der Entgelte für Schulden, § 8 Nr. 1 a) S. 1 GewStG 2008 ¹²⁶⁰	+ 0	
Gewerbesteuer: GewSt nicht als BA abziehbar ¹²⁶¹ , GewSt-Messzahl: ¹²⁶² 0,035	140.000	
Ertragsteuern	= 290.000	
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0	290.000	

Vergleicht man die rein inländischen Belastungswerte für organschaftliche Verbindungen bei einer Down-stream-loan-Finanzierung unter dem Regime der Zinsschranke mit der bisher geltenden Umqualifizierung gemäß § 8a KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes, fällt auf, dass bereits im reinen Inlandsfall mit Einführung der Zinsschranke die Attraktivität einer organschaftlichen Verbindung steigt. Während bei § 8a KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes die Belastungsunterschiede zwischen einer organschaftlichen Verbindung¹²⁶³ mit dem Wert 375.000 und einer nicht organschaftlichen Verbindung¹²⁶⁴ mit dem Wert 393.750 vergleichsweise gering waren, zeigen sich unter dem Regime der Zinsschranke mit dem Belastungswert von 290.000 bei organschaftlicher Verbindung gegenüber dem Belastungswert von 500.000 bei nicht organschaftlicher Verbindung bereits deutliche Vorteile der Organschaft in reinen Inlandssachverhalten. Dies verschärft die grundsätzliche Frage, welcher Inlandssachverhalt im Rahmen einer europarechtlichen Diskriminierungsprüfung als sachgerechte Vergleichsgruppe für

¹²⁵⁹ Siehe Fn. 1250.

¹²⁶⁰ Legt man den Wortlaut des § 8 Nr. 1 a) S. 1 GewStG 2008 „Entgelte für Schulden“ entsprechend den GewStR Abschnitt 41 Abs. 1 S. 6 aus, sind von der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung nur die Entgelte für *eigene* Schulden der Kapitalgesellschaft erfasst. Konsequenterweise unterbleibt im Rahmen einer Organschaft im Gegensatz zu organschaftlich nicht organisierten Down-stream-loan-Finanzierungen eine gewerbesteuerliche Hinzurechnung, was im vorliegenden Beispiel bereits zu einem gewerbesteuerlichen Vorteil i.H.v. 35.000 für organschaftlich organisierte Finanzierungssachverhalte führt.

¹²⁶¹ Siehe Fn. 1247.

¹²⁶² Siehe Fn. 1248.

¹²⁶³ Siehe Tabelle Nr. 4.

¹²⁶⁴ Siehe Tabelle Nr. 3.

grenzüberschreitende Finanzierungssachverhalte heranzuziehen ist. Die Beantwortung der Frage kann im Sinne einer pragmatischen Lösung dahinstehen, wenn das grenzüberschreitende Belastungsniveau niedriger als alle in Betracht kommenden rein inländischen Belastungsniveaus ist. Wie für § 8a KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes vorgeschlagen, sollte jedoch auch im Rahmen der Zinsschranke i.S.d. Unternehmensteuerreform 2008¹²⁶⁵ aus wettbewerbsorientierten Gesichtspunkten die vergleichsweise hoch belastete Gruppe der nicht organschaftlich organisierten Down-stream-loan-Finanzierungen durch die im Inlandsmarkt regelmäßig auftretende Gruppe der organschaftlich organisierten Down-stream-loan-Sachverhalte substituiert werden.¹²⁶⁶

b) Grenzüberschreitende Down-stream-loan-Sachverhalte

Tabelle Nr. 63: Down-stream-loan-Finanzierungen in EU-Binnensachverhalten

Konstellation	Down-stream-loan	
	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	Ausland (EU-Mitgliedstaat oder Drittstaat)
Methode	Zinsschranke i.S.d. Unternehmensteuerreform 2008 ¹²⁶⁷	
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zinszahlung		1.000.000
Freigrenze ¹²⁶⁸ , Konzernklausel ¹²⁶⁹ oder Escape-Klausel ¹²⁷⁰ greifen nicht ein		
30 % des steuerlichen EBITDA ¹²⁷¹ als abzugsfähige BA, § 4 Abs. 4 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG		- 300.000
Zinsvortrag für die Folgeperiode t=1 gemäß § 4h Abs. 1 KStG 2008, § 8 Abs. 1 KStG ¹²⁷²		(700.000)
Ergebnis vor Steuern		= 700.000
Körperschaftsteuer i.H.v. 15 % gemäß § 23 Abs. 1 KStG 2008		105.000
Hinzurechnung von 25 v.H. der Entgelte für Schulden, § 8 Nr. 1 a) S. 1 GewStG 2008 ¹²⁷³		(+ 50.000)
Gewerbesteuer: GewSt nicht als BA abziehbar ¹²⁷⁴ , GewSt-Messzahl: ¹²⁷⁵ 0,035; Detailrechnung ¹²⁷⁶		105.000
Ertragsteuern		= 210.000
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Ungesicherte G'ter-Fremdkapitalvergütungen ¹²⁷⁷ nicht steuerbar (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 c) aa) EStG)		0
Ertragsteuern		= 0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		210.000

¹²⁶⁵ BGBl. I 2007, S. 1912.

¹²⁶⁶ Zu den Argumenten, die für eine solche Substitution der Vergleichsgruppe spricht, siehe oben unter D.II.2.b)ee)(3).

¹²⁶⁷ BGBl. I 2007, S. 1912.

¹²⁶⁸ Siehe Fn. 1241.

¹²⁶⁹ Siehe Fn. 1242.

¹²⁷⁰ Siehe Fn. 1243.

¹²⁷¹ Siehe Fn. 1244.

¹²⁷² Siehe Fn. 1245.

¹²⁷³ Siehe Fn. 1246.

¹²⁷⁴ Siehe Fn. 1247.

¹²⁷⁵ Siehe Fn. 1248.

¹²⁷⁶ Siehe Fn. 1249.

¹²⁷⁷ Siehe Fn. 1250.

Tabelle Nr. 64: Down-stream-loan in grenzüberschreitenden Sachverhalten

Konstellation	Down-stream-loan	
Funktion	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Ausland (EU-Mitgliedstaat oder Drittstaat)	Inland
Methode	Zinsschranke i.S.d. Unternehmensteuerreform 2008 ¹²⁷⁸	
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Einkünfte vor Zinszahlung nicht steuerbar		0
Ertragsteuern		= 0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		
Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen als BE, ¹²⁷⁹ § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, § 8 Abs. 1 KStG		1.000.000
Keine Steuerbefreiung gemäß § 8b Abs. 1 KStG ¹²⁸⁰		- 0
Ergebnis vor Steuern		= 1.000.000
Körperschaftsteuer i.H.v. 15 % gemäß § 23 Abs. 1 KStG 2008		150.000
Keine Hinzurechnung von 25 v.H. der Entgelte für Schulden, § 8 Nr. 1 a) S. 1 GewStG 2008 ¹²⁸¹		+ 0
Gewerbsteuer: GewSt nicht als BA abziehbar ¹²⁸² , GewSt-Messzahl: ¹²⁸³ 0,035		140.000
Ertragsteuern		= 290.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers und des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapESt.) in t=0		290.000

Die grenzüberschreitenden Down-stream-loan-Sachverhalte müssen hinsichtlich der ausländischen Ansässigkeit nicht nach EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten unterschieden werden, da sich jeweils gleiche Belastungswerte auf Basis de lege lata ergeben.¹²⁸⁴ In grenzüberschreitenden Down-stream-loan-Finanzierungen einer inländischen Tochter-Kapitalgesellschaft durch eine ausländische Mutter-Kapitalgesellschaft (In-bound-Finanzierung) ergibt sich mit dem Wert 210.000 im Vergleich zur rein inländischen, nicht organschaftlich organisierten Vergleichsgruppe mit dem Wert 500.000 hinsichtlich der kumulierten anfänglichen Belastung mit inländischen Ertragsteuern keine Benachteiligung der grenzüberschreitenden Finanzierungen.

¹²⁷⁸ BGBI. I 2007, S. 1912.

¹²⁷⁹ Siehe Fn. 1250.

¹²⁸⁰ Die Steuerbefreiung des § 8b Abs. 1 S. 1 KStG bezieht sich auf Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10a) EStG. Mit dem Wegfall der Umqualifizierung von Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen durch § 8a Abs. 1 KStG 2008 sind die der Zinsschranke unterliegenden Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen nicht mehr von der Steuerbefreiung nach § 8b Abs. 1 KStG erfasst.

¹²⁸¹ Siehe Fn. 1252.

¹²⁸² Siehe Fn. 1247.

¹²⁸³ Siehe Fn. 1248.

¹²⁸⁴ Dies gilt für nicht grundpfandrechtlich gesicherte Darlehensverhältnisse, wie sie allen Untersuchungen im Abschnitt F zugrunde gelegt wurden. Nimmt man dagegen eine grundpfandrechtliche Darlehenssicherung als genuine link eines Besteuerungsrechts der Bundesrepublik Deutschland an (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 S. 1 c) EStG, § 8 Abs. 1 KStG), ergibt sich in EU-Binnensachverhalten aufgrund des § 50g EStG eine Null-Belastung, wie sie auch bei fehlender Steuerbarkeit aufgrund einer fehlenden grundpfandrechtlichen Darlehenssicherung auftritt. In Drittstaatsachverhalten ist § 50g EStG dagegen nicht anwendbar. Im Falle einer Grundpfandsicherung treten daher bei den in Drittstaaten ansässigen Darlehensgebern definitive Belastungen mit inländischen Ertragsteuern auf. Bei Anwendung der *Präklusionslösung* wären diese definitiven Belastungen von Drittstaatsangehörigen auszublenden, so dass auch in Drittstaatsachverhalten im Ergebnis keine europarechtsrelevante Benachteiligung anzunehmen wäre.

Dies gilt auch dann, wenn man aufgrund wettbewerbsorientierter Erwägungen davon ausgeht, dass die organschaftliche Finanzierungsstruktur mit dem Belastungswert 290.000 die relevante inländische Vergleichsgruppe darstellt.¹²⁸⁵ Die kumulierte anfängliche Belastung der grenzüberschreitenden Down-stream-loan-Finanzierungen mit inländischen Ertragsteuern liegt unterhalb des niedrigsten inländischen Belastungsniveaus.

In grenzüberschreitenden Down-stream-loan-Finanzierungen einer ausländischen Tochter-Kapitalgesellschaft durch eine inländische Mutter-Kapitalgesellschaft (Out-bound-Finanzierung) ergibt sich aufgrund des Belastungswertes 290.000 gleichfalls kein Belastungsnachteil im Vergleich zu den inländischen Sachverhalten mit den Werten 500.000 bzw. 290.000.

3. Side-stream-loan

Die Regelungstechnik der Zinsschranke setzt als Betriebsausgabenabzugsregelung auf Ebene des Vergütungsschuldners an und verzichtet auf eine Umqualifizierung in verdeckte Gewinnausschüttungen.¹²⁸⁶ Die Betriebsausgabenabzugsregelung greift bei Fremdkapitalvergütungen unabhängig davon, ob das Fremdkapital vom Anteilseigner sowie den ihm gleichgestellten Personen stammen.¹²⁸⁷ Im Gegensatz zu der Umqualifizierungstechnik des § 8a Abs. 1 KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes ergeben sich in Side-stream-loan-Sachverhalten keine auf die Gesellschafterstellung bezogenen Zurechnungsprobleme, die mittels (fiktiver) verdeckter Gewinnausschüttungen oder verdeckten Einlagen gelöst werden müssten.¹²⁸⁸ Belastungseffekte beschränken sich auf das Darlehensnehmer/Darlehensgeber-Verhältnis. Insofern ergeben sich in Side-stream-loan-Sachverhalten die gleichen Belastungseffekte wie in den oben bereits dargestellten grenzüberschreitenden Down-stream-loan-Sachverhalten. Wie dort erübrigt sich in Side-stream-loan-Sachverhalten eine Differenzierung des Auslands in EU-Ausland und

¹²⁸⁵ Siehe hierzu unter Punkt D.II.2.b)ee(3).

¹²⁸⁶ Vgl. Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (2); Köhler, DStR 2007, S. 597 (597); Rödder/Stangl, DB 2007, S. 479 (479); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (525).

¹²⁸⁷ Vgl. Köhler, DStR 2007, S. 597 (597); Rödder/Stangl, DB 2007, S. 479 (479); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (525).

¹²⁸⁸ Die Gesellschafterstellung ist im Rahmen der Zinsschranke nur noch im Rahmen des Erweiterungstatbestandes § 4h Abs. 2 b) EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 2 KStG 2008 sowie im Rahmen der Sondervorschrift zur Ermittlung der Eigenkapitalquote gemäß § 4h Abs. 2 b) EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 3 KStG 2008 von Bedeutung.

Drittstaat. Die beiden rein inländischen Vergleichssachverhalte in Side-stream-loan-Sachverhalten weisen hinsichtlich der kumulierten anfänglichen Ertragsteuerbelastung keine Abweichungen zu den inländischen Vergleichssachverhalten in Down-stream-loan-Sachverhalten auf.¹²⁸⁹ Insofern ist im vollen Umfang auf die Ausführungen im Abschnitt F.VII.2.b) zu verweisen.

Die Gleichheit in den Belastungseffekten bei jeweils organschaftlicher Verbindung bei Down-stream-loan-Sachverhalten¹²⁹⁰ und Side-stream-loan-Sachverhalten¹²⁹¹ mit dem Belastungswert 290.000 zeigt auch, dass durch die Organschaft in Side-stream-loan-Sachverhalten lediglich zusätzliche Ergebnisverrechnungsmöglichkeiten auf Ebene des Organträgers entstehen. Um eine Vergleichbarkeit zu gewährleisten, ist den Belastungsrechnungen auf Ebene der Tochter-Kapitalgesellschaften jedoch durchweg die gleiche Ertragssituation zu unterstellen, so dass sich die potenziell möglichen Verrechnungsmöglichkeiten eines aus zwei oder mehr Organkreisen mit demselben Organträger im Vergleich zu Finanzierungen innerhalb eines Organkreises nicht auswirken. Die europarechtliche Problematik, die sich aus lang anhaltenden Verlustphasen und hohem Fremdkapitalbedarf inländischer Tochter-Kapitalgesellschaftern ergeben, wird daher gesondert unter Punkt F.VII.5.c) behandelt.

¹²⁸⁹ Siehe Tabelle Nr. 59 und 60.

¹²⁹⁰ Siehe Tabelle Nr. 60.

¹²⁹¹ Siehe Tabelle Nr. 64.

Tabelle Nr. 65: Inländische Side-stream-loan-Finanzierungen ohne Organschaft

Konstellation	Side-stream-loan		
	Darlehensnehmer (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Darlehensgeber (Tochter-Kapitalgesellschaft)	Anteilseigner (Mutter-Kapitalgesellschaft)
Ansässigkeit	Inland	Inland	Inland
Methode	Zinsschranke i.S.d. Unternehmensteuerreform 2008 ¹²⁹²		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zinszahlung			1.000.000
Freigrenze ¹²⁹³ , Konzernklausel ¹²⁹⁴ oder Escape-Klausel ¹²⁹⁵ greifen nicht ein			
30 % des steuerlichen EBITDA ¹²⁹⁶ als abzugsfähige BA, § 4 Abs. 4 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG			- 300.000
Zinsvortrag für die Folgeperiode t=1 gemäß § 4h Abs. 1 KStG 2008, § 8 Abs. 1 KStG ¹²⁹⁷			(700.000)
Ergebnis vor Steuern			= 700.000
Körperschaftsteuer i.H.v. 15 % gemäß § 23 Abs. 1 KStG 2008			105.000
Hinzurechnung von 25 v.H. der Entgelte für Schulden, § 8 Nr. 1 a) S. 1 GewStG 2008 ¹²⁹⁸			(+ 50.000)
Gewerbesteuer: GewSt nicht als BA abziehbar ¹²⁹⁹ , GewSt-Messzahl: ¹³⁰⁰ 0,035; Detailrechnung ¹³⁰¹			105.000
Ertragsteuern			= 210.000
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen als BE, ¹³⁰² § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, § 8 Abs. 1 KStG			1.000.000
Keine Steuerbefreiung gemäß § 8b Abs. 1 KStG ¹³⁰³			- 0
Ergebnis vor Steuern			= 1.000.000
Körperschaftsteuer i.H.v. 15 % gemäß § 23 Abs. 1 KStG 2008			150.000
Keine Hinzurechnung von 25 v.H. der Entgelte für Schulden, § 8 Nr. 1 a) S. 1 GewStG 2008 ¹³⁰⁴			+ 0
Gewerbesteuer: GewSt nicht als BA abziehbar ¹³⁰⁵ , GewSt-Messzahl: ¹³⁰⁶ 0,035			140.000
Ertragsteuern			= 290.000
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Keine Zurechnung von Einkünften, vE oder vGA aufgrund der Zinsschranke			+0
Ertragsteuern			= 0
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEst.) in t=0			500.000

¹²⁹² BGBI. I 2007, S. 1912.

¹²⁹³ Siehe Fn. 1241.

¹²⁹⁴ Siehe Fn. 1242.

¹²⁹⁵ Siehe Fn. 1243.

¹²⁹⁶ Siehe Fn. 1244.

¹²⁹⁷ Siehe Fn. 1245.

¹²⁹⁸ Siehe Fn. 1246.

¹²⁹⁹ Siehe Fn. 1247.

¹³⁰⁰ Siehe Fn. 1248.

¹³⁰¹ Siehe Fn. 1249.

¹³⁰² Siehe Fn. 1250.

¹³⁰³ Siehe Fn. 1251.

¹³⁰⁴ Siehe Fn. 1252

¹³⁰⁵ Siehe Fn. 1247.

¹³⁰⁶ Die Gewerbesteuermesszahl wird gemäß § 11 Abs. 2 GewStG 2008 von 0,05 auf 0,035 gesenkt.

Tabelle Nr. 66: Inländische Side-stream-loan-Finanzierungen mit Organschaft

Konstellation	Side-stream-loan		
	Darlehensnehmer (Organgesellschaft)	Darlehensgeber (Organgesellschaft)	Anteilseigner (Organträger)
Ansässigkeit	Inland	Inland	Inland
Methode	Zinsschranke i.S.d. Unternehmensteuerreform 2008		
Belastung des Darlehensnehmers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEST.) in t=0			
Einkünfte vor Zinszahlung			1.000.000
Zinsschranke bei der Organgesellschaft gem. § 15 S. 1 Nr. 3 KStG 2008 nicht anwendbar ¹³⁰⁷			
Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen als BA, § 4 Abs. 4 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG			- 1.000.000
Gewinnabführung an den Organträger, R 29 Abs. 1 Pos.-Nr. 16 KStR			- 0
Ergebnis vor Steuern			= 0
Körperschaftsteuer i.H.v. 15 % gemäß § 23 Abs. 1 KStG 2008			0
Keine Hinzurechnung von 25 v.H. der Entgelte für Schulden, § 8 Nr. 1 a) S. 1 GewStG 2008 ¹³⁰⁸			+ 0
Gewerbsteuer: GewSt nicht als BA abziehbar ¹³⁰⁹ , GewSt-Messzahl: ¹³¹⁰ 0,035			0
Ertragsteuern			= 0
Belastung des Darlehensgebers durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEST.) in t=0			
Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen als BE, ¹³¹¹ § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, § 8 Abs. 1 KStG			1.000.000
Keine Steuerbefreiung gemäß § 8b Abs. 1 KStG ¹³¹²			- 0
Gewinnabführung an den Organträger, R 29 Abs. 1 Pos.-Nr. 16 KStR			- 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 0
Ertragsteuern			= 0
Belastung des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEST.) in t=0			
Einkünfte vor Zahlung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen			0
Keine Zurechnung von Einkünften, vE oder vGA aufgrund der Zinsschranke			+0
Ertragsteuern			= 0
Gewinnabführung durch die darlehensnehmende Organgesellschaft, R 29 Abs. 1 Pos.-Nr. 16 KStR			+ 0
Gewinnabführung durch die darlehensgebende Organgesellschaft, R 29 Abs. 1 Pos.-Nr. 16 KStR			+ 1.000.000
Ergebnis vor Steuern			= 1.000.000
Körperschaftsteuer i.H.v. 15 % gemäß § 23 Abs. 1 KStG 2008			150.000
Keine Hinzurechnung von 25 v.H. der Entgelte für Schulden, § 8 Nr. 1 a) S. 1 GewStG 2008 ¹³¹³			+ 0
Gewerbsteuer: GewSt nicht als BA abziehbar ¹³¹⁴ , GewSt-Messzahl: ¹³¹⁵ 0,035			140.000
Ertragsteuern			= 290.000
Kumulierte Belastung des Darlehensnehmers, des Darlehensgebers und des Anteilseigners durch inländische Ertragsteuern (KSt., GewSt. und KapEST.) in t=0			290.000

¹³⁰⁷ Die Freigrenze des § 4h Abs. 2 a) EStG 2008 i.H.v. 1 Mio. € kommt etwa unabhängig von der Anzahl der angeschlossenen Organgesellschaften auf Ebene des Organträgers nur einmal zur Anwendung, da der Organträger gemäß § 15 S. 1 Nr. 3 KStG 2008 mit den Organgesellschaften einen Betrieb i.S.d. Zinsschrankenregelung bildet. Zur Kritik an der Beschränkung der Freigrenze auf 1 Mio. € bei mehreren angeschlossenen Organgesellschaften siehe: Köhler, DStR 2007, S. 597 (598).

¹³⁰⁸ Der Wortlaut des § 8 Nr. 1 a) S. 1 GewStG 2008 lässt eine Hinzurechnung i.H.v. 25 % der Entgelte für Schulden auch dann zu, wenn die Anwendung der Zinsschranke auf Ebene der Organgesellschaft aufgrund des § 15 S. 1 Nr. 3 KStG 2008 ausgeschlossen ist. Im Sinne des Beispiels aus den GewStR Abschnitt 41 S. 6 entfällt die gewerbsteuerliche Hinzurechnung gemäß § 8 Nr. 1 a) S. 1 GewStG 2008 auf Ebene der Organgesellschaft, da die Zinsen für das Gesellschafter-Fremdkapital im Gewerbeertrag des Organträgers enthalten ist.

¹³⁰⁹ Siehe Fn. 1247.

¹³¹⁰ Siehe Fn. 1248.

¹³¹¹ Siehe Fn. 1250.

¹³¹² Die Steuerbefreiung des § 8b Abs. 1 S. 1 KStG bezieht sich auf Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10a) EStG. Mit dem Wegfall der Umqualifizierung von Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen durch § 8a Abs. 1 KStG 2008 sind die der Zinsschranke unterliegenden Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen nicht mehr von der Steuerbefreiung nach § 8b Abs. 1 KStG erfasst.

¹³¹³ Legt man den Wortlaut des § 8 Nr. 1 a) S. 1 GewStG 2008 „Entgelte für Schulden“ entsprechend den GewStR Abschnitt 41 Abs. 1 S. 6 aus, sind von der gewerbsteuerlichen Hinzurechnung nur die Entgelte für *eigene* Schulden der Kapitalgesellschaft erfasst. Konsequenterweise unterbleibt im Rahmen einer Organschaft im Gegensatz zu organschaftlich nicht organisierten Down-stream-loan-Finanzierungen eine gewerbsteuerliche Hinzurechnung, was im vorliegenden Beispiel bereits zu einem gewerbsteuerlichen Vorteil i.H.v. 35.000 für organschaftlich organisierte Finanzierungsverhältnisse führt.

¹³¹⁴ Siehe Fn. 1247.

¹³¹⁵ Siehe Fn. 1248.

4. Up-stream-loan

Im Gegensatz zur umstrittenen Anwendung des § 8a KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes auf Up-stream-loan-Finanzierungen¹³¹⁶ ist die Zinsschranke i.S.d. Entwurfs zur Unternehmensteuerreform 2008¹³¹⁷ auf diese Finanzierungen eindeutig anwendbar. Da die Zinsschranke unabhängig davon eingreift, ob Zinsen an einen Gesellschafter oder an einen fremden Dritten gezahlt werden,¹³¹⁸ ist die Richtung der Kapitalströme innerhalb einer Beteiligungsstruktur nicht mehr entscheidend für die steuerlichen Wirkungen der Zinsschranke.¹³¹⁹ Die Effekte hinsichtlich der kumulierten anfänglichen Belastung mit inländischen Ertragsteuern gleichen sich bei Down-stream-loan- und Up-stream-loan-Sachverhalten. Insofern kann auf die Ergebnisse zur Wirkung der Zinsschranke in Down-stream-loan-Sachverhalten verwiesen werden, bei denen keine Benachteiligung hinsichtlich der kumulierten anfänglichen Belastung mit inländischen Ertragsteuern feststellbar war.¹³²⁰

5. Weitere Aspekte zur Europarechtskonformität der Zinsschranke

a) Vorbemerkungen

Die Zinsschranke i.S.d. Unternehmensteuerreform 2008¹³²¹ weist hinsichtlich der anfänglichen kumulierten Belastung mit inländischen Ertragsteuern, wie oben unter den Punkten 1. bis 4. gezeigt, grundsätzlich keine europarechtsrelevanten Nachteile für grenzüberschreitende Gesellschafter-Fremdfinanzierungen auf. Dies schließt nicht aus, dass die Zinsschranke aus anderen Gründen als Methode insgesamt oder mit einzelnen ihrer Regelungen gegen Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit verstößt.

¹³¹⁶ Siehe hierzu unter Punkt F.V.1.a).

¹³¹⁷ BGBl. I 2007, S. 1912.

¹³¹⁸ Vgl. Rödder/Stangl, DB 2007, S. 479 (479); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (525).

¹³¹⁹ Die Gesellschafterstellung ist im Rahmen der Zinsschranke nur noch im Rahmen des Erweiterungstatbestandes § 4h Abs. 2 b) EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 2 KStG 2008 sowie im Rahmen der Sondervorschrift zur Ermittlung der Eigenkapitalquote gemäß § 4h Abs. 2 b) EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 3 KStG 2008 von Bedeutung.

¹³²⁰ Siehe oben unter Punkt F.VII.2.b).

¹³²¹ BGBl. I 2007, S. 1912.

b) Keine offene Diskriminierung

Die Normen des Grundtatbestandes der §§ 4h EStG 2008, 8a KStG 2008 unterscheiden formal nicht nach in- und ausländischen Sachverhalten. Insofern ist die Zinsschranke grundsätzlich auf rein inländische und grenzüberschreitende Darlehenssachverhalte anzuwenden.¹³²² Nach der Gesetzesbegründung wurde zwar auf die Verhinderung grenzüberschreitender Gestaltungen abgestellt,¹³²³ oder auch die Anwendung der Freigrenze gemäß § 4h Abs. 2 a) EStG 2008 i.H.v. 1 Mio. € nur für Zinsaufwendungen in Aussicht gestellt, die Gegenstand einer inländischen Gewinnermittlung waren.¹³²⁴ Im Gesetzestext der §§ 4h EStG 2008, 8a KStG 2008 findet sich eine solche Differenzierung jedoch nicht wieder.

c) Zinsvortrag

Die dem Betriebsausgabenabzugsverbot der Zinsschranke unterliegenden Schuldzinsen dürfen gemäß § 4h Abs. 1 S. 2 EStG 2008 unbegrenzt in spätere Wirtschaftsjahre vorgetragen werden (Zinsvortrag).¹³²⁵ Rein inländische Unternehmensfinanzierungen sind gegenüber grenzüberschreitenden Unternehmensfinanzierungen im Vorteil, da sie eine Organschaft begründen können. Sie können somit bereits im Jahr, in dem andere organschaftlich nicht verbundene Kapitalgesellschaften einen Zinsvortragsposten bilden müssten, Zinserträge aus anderen Kapitalgesellschaften gegenrechnen und somit die nachteiligen Wirkungen der Zinsschranke gegebenenfalls vermeiden.¹³²⁶ Grenzüberschreitende Unternehmensfinanzierungen können keine Organschaft begründen und einen Ausgleich nicht derart zeitnah herbeiführen. Der Nachteil bei grenzüberschreitenden Unternehmensfinanzierungen besteht hier nicht in effektiven Belastungsnachteilen,¹³²⁷ sondern in dem Fehlen abstrakter Verrechnungsmöglichkeiten. Die fehlende abstrakte Verrechnungsmöglichkeit kann m.E. jedoch schwerlich ein Diskriminierungsverbot erfüllen,

¹³²² Vgl. Hallerbach, StuB 2007, S. 289 (289); Köhler, DStR 2007, S. 597 (599).

¹³²³ Vgl. Hallerbach, StuB 2007, S. 289 (289 und 290).

¹³²⁴ Vgl. Köhler, DStR 2007, S. 597 (599).

¹³²⁵ Vgl. Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (530).

¹³²⁶ Da gemäß § 15 S. 1 Nr. 3 S. 2 KStG 2008 Organgesellschaft und Organträger hinsichtlich der Zinsschranke als ein Betrieb zu behandeln sind, ergeben sich auf Ebene des Organträgers Verrechnungsmöglichkeiten mit allen ihm angeschlossenen Organgesellschaften.

¹³²⁷ Wie unter den Punkten 1. bis 4. gezeigt, liegen solche Belastungsnachteile für grenzüberschreitende Finanzierungen selbst im Vergleich zu den besonders niedrig belasteten rein inländischen Organschaftsfällen gerade nicht vor.

wenn die grenzüberschreitenden Sachverhalte bereits ohne abstrakte Verrechnungsmöglichkeit unter dem rein inländischen Ertragsteuerbelastungsniveau organschaftlich verbundener Finanzierungen liegen. Gleichfalls dürfte die fehlende Verrechnungsmöglichkeit auch nicht gegen ein Beschränkungsverbot verstoßen, da sie angesichts der Besserstellung grenzüberschreitender Sachverhalte gegenüber rein inländischen verrechnungsfähigen Organschaftssachverhalten kaum eine abschreckende Wirkung für den Marktzutritt entfalten kann.

d) Organschaft

Unbestreitbar bleibt jedoch auch bei der Zinsschranke die Möglichkeit, durch die Eingehung einer ertragsteuerlichen Organschaft i.S.d. §§ 14 bis 19 KStG die Anwendung des Zinsschrankengrundtatbestandes punktuell bei einzelnen Tochter-Kapitalgesellschaften zu vermeiden (§ 15 S. 1 Nr. 3 KStG 2008).¹³²⁸ Branchen- und tätigkeitsabhängig kann der Vermeidung einer Anwendung der Zinsschrankenregelung für eine spezielle inländische Tochter-Kapitalgesellschaft essentielle Bedeutung zukommen. Weist etwa ein grenzüberschreitend angesiedelter Konzern eine inländische Tochter-Kapitalgesellschaft auf, die wegen Immobilien-Investitionen einen hohen (Gesellschafter-Fremd-)Kapitalbedarf im Inland hat, kann dieser Konzern negative Folgen des Betriebsausgabenabzugsverbotes bei der Anwendung der Zinsschranke auf die inländische Tochter-Kapitalgesellschaft nicht durch die Begründung einer ertragsteuerlichen Organschaft gemäß §§ 14, 17 KStG vermeiden. Auf die gemäß § 18 S. 1 KStG bestehende Möglichkeit eines ausländischen Organträgers, mittels einer inländischen Zweigniederlassung Organschaften im Inland zu begründen,¹³²⁹ darf aufgrund der in den Rs. "St. Gobain"¹³³⁰ und "CLT-UFA"¹³³¹ bejahten Wahlfreiheit der Niederlassungsform bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten nicht verwiesen werden.¹³³² Im Gegensatz zu einem rein inländischen Konzern, dessen Tochter-Kapitalgesellschaft ebenfalls aufgrund von Bautätigkeiten einen hohen Gesellschafter-Fremdkapital-

¹³²⁸ Vgl. Herzig/Liekenbrock, DB 2007, S. 2387 (2388).

¹³²⁹ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen Erle in: Erle/Sauter, KStG, § 18 KStG, Rn. 2 ff.

¹³³⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 21.9.1999, C-307/97, Rs. „Saint Gobain“, Slg. 1999, I-6161 (6167), Rn. 24.

¹³³¹ Vgl. EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-253/03, Rs. „CLT-UFA“, Slg. 2006, I-1831 (1868), Rn. 17.

¹³³² Siehe hierzu auch unter Punkt D.II.2.b)dd).

bedarf hat, kann die Anwendung des Betriebsausgabenabzugsverbotes des § 4h Abs. 1 EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 1 KStG 2008 nicht durch § 15 S. 1 Nr. 3 KStG 2008 vermieden werden.¹³³³

Die Organschaft wird teilweise auch unter dem Aspekt diskutiert, dass sie im Rahmen der Escape-Klausel, die die Anwendung der Zinsschranke insgesamt betrifft, zu Vorteilen gegenüber nicht organschaftlich organisierten Konzernen führen kann.¹³³⁴ Dies steht unter dem Vorbehalt, dass Organkreis und Konzern nicht bereits deckungsgleich sind und bereits die Konzernklausel eingreift.¹³³⁵ Im Rahmen der Eigenkapitalquotenermittlung kann durch die Einbeziehung von inländischen Mehrheitsbeteiligungen in einen Organkreis dessen Eigenkapitalquote verbessert werden und so gegebenenfalls die Anwendung der Zinsschranke vermieden werden. Ausländische Mehrheitsbeteiligungen, die nicht in den Organkreis einbezogen werden können, verbessern dagegen nicht die Eigenkapitalquote der finanzierten Gesellschaft.¹³³⁶

e) Vereinbarkeit der Zinsschranke mit der Mutter-Tochter-Richtlinie

Die Zinsschranke i.S.d. Unternehmensteuerreform 2008¹³³⁷ stellt sich als pauschalisierte Betriebsausgabenabzugsregelung im Rahmen der Einkünfteermittlung dar, die ihrem Grundtatbestand nach neben den reinen Fremdkapital-Darlehensvergütungen insbesondere auch die steuerliche Behandlung von Darlehensverhältnissen im Mutter-Tochter-Verhältnis regelt.¹³³⁸ Die Zinsschranke sieht somit gemäß § 4h Abs. 1 S. 1 EStG 2008 i.V.m. § 8a Abs. 1 KStG 2008 auch im Rahmen des Mutter-Tochter-Verhältnisses ein 70%iges Betriebsausgabenabzugsverbot für über dem steuerlichen EBITDA liegende Zinsaufwendungen vor. Das Betriebsausgabenabzugsverbot der §§ 8a, 8b Abs. 1 u. Abs. 5 KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes musste sich noch am höchstens zu 5 % zulässigen Betriebsausgabenabzug des Art. 4 Abs. 2 der

¹³³³ Allgemein wegen der abweichenden Behandlung deutscher Organschaftsbeteiligungen für einen Verstoß der Zinsschrankenregelung gegen EU-Recht: Köhler, DStR 2007, S. 597 (604); Herzig/Liekenbrock, DB 2007, S. 2387 (2388).

¹³³⁴ Vgl. Herzig/Liekenbrock, DB 2007, S. 2387 (2389); Köhler, DStR 2007, S. 597 (601); Töben/Fischer, BB 2007, S. 974 (977).

¹³³⁵ Vgl. Herzig/Liekenbrock, DB 2007, S. 2387 (2389).

¹³³⁶ Vgl. Herzig/Liekenbrock, DB 2007, S. 2387 (2389); Köhler, DStR 2007, S. 597 (601).

¹³³⁷ BGBl. I 2007, S. 1912.

¹³³⁸ Vgl. Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (528).

Mutter-Tochter-Richtlinie¹³³⁹ messen lassen. Noch vor In-Kraft-Treten des pauschalen Betriebsausgabenabzugsverbots in der Fassung des StEntlG 1999/2000/2002¹³⁴⁰ wurde die Quote des Abzugsverbotes durch das StBe-
reinG 1999¹³⁴¹ rückwirkend zum 1.1.1999 von 15 % auf 5 % der steuerfreien Dividende vermindert.¹³⁴² Die Mutter-Tochter-Richtlinie gilt gemäß Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie jedoch nur für Gewinnausschüttungen. Mit der Zinsschranke erfolgt keine Umqualifizierung von Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen mehr,¹³⁴³ so dass Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen im Mutter-Tochter-Verhältnis den Regelungen für Zinsen unterliegen.¹³⁴⁴ Folglich sind auch die Besteuerungsgrundsätze aus Art. 4 Abs. 2 der Mutter-Tochter-Richtlinie mit der Begrenzung der Betriebsausgabenabzugspauschale auf 5 % der ausgeschütteten Gewinne nicht mehr auf die Zinsvergütungen anwendbar, die der Zinsschranke unterliegen.

f) Vereinbarkeit der Zinsschranke mit der EU-Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie

aa) Anwendbarkeit der Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie

Aufgrund des Verzichts der Zinsschrankenregelung auf eine Umqualifizierung von Zinsen in Dividenden¹³⁴⁵ eröffnet sich im Gegensatz zur Rechtslage bis zur Unternehmensteuerreform 2008¹³⁴⁶ der Anwendungsbereich der EU-

¹³³⁹ Vgl. Mutter-Tochter-Richtlinie 2003/123/EG v. 22.12.2003, ABl. EG 2004, Nr. L 7 S. 41.

¹³⁴⁰ BGBl. I 1999, S. 402.

¹³⁴¹ BGBl. I 1999, S. 2601.

¹³⁴² Vgl. Gröbl/Adrian in: Erle/Sauter, KStG, § 8b KStG, Rn. 4.

¹³⁴³ Vgl. Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (2); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (528).

¹³⁴⁴ Vgl. Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (528).

¹³⁴⁵ Vgl. Köhler, DStR 2007, S. 597 (597); Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (2); Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 523 (528).

¹³⁴⁶ Die bis zur Unternehmensteuerreform geltenden Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln sehen eine Umqualifizierung von Zinsen in Dividenden als Rechtsfolge vor. Da gemäß Art. 4 Abs. 1 a) der EU-Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie ausdrücklich Zahlungen vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen waren, die nach dem Recht des Quellenstaates als Gewinnausschüttung zu behandeln sind, kam der EU-Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie bei der Beurteilung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung bis zur Unternehmensteuerreform 2008 zu Recht keine Bedeutung zu; vgl. Kempf/Straubing, 2005, S. 773 (775); Obser, S. 91; Frotscher in: Frotscher/Maas, KStG/UmwStG, § 8a KStG, Rn. 27; Prinz in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG 2004, § 8a KStG, Rn. J 03-5; Grotherr, IWB 2004, Fach 3 Gruppe 1, 2035, 2042; Pung/Dötsch in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, KStG, § 8a KStG, Rn. 86.

Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie.¹³⁴⁷ Die EU-Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie verbietet alle Quellensteuern auf im Konzernverbund gezahlte Zinsen zwischen verbundenen Unternehmen im EU-Binnenmarkt.¹³⁴⁸ Eine Besteuerung der Zinsen soll dem Ansässigkeitsstaat des Vergütungsempfängers vorbehalten bleiben.¹³⁴⁹

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH, dass die Qualifizierung einer Steuer, Abgabe oder Gebühr i.S.d. Gemeinschaftsrechts durch den EuGH nach den objektiven Merkmalen der Steuer unabhängig von ihrer Qualifikation im nationalen Recht vorzunehmen ist.¹³⁵⁰

Teilweise wird aus diesem Quellensteuerabzugsverbot der Grundsatz hergeleitet, Zinsen müssten im Sitzstaat des Zinszahlers grundsätzlich als Betriebsausgabe abzugsfähig bleiben; eine (wesentliche) Beschränkung des Betriebsausgabenabzugs für Zinsaufwendungen sei eine verdeckte Zinsbesteuerung an der Quelle, die gemäß der EU-Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie nicht zulässig sei.¹³⁵¹ Nachfolgend ist zu untersuchen, ob die Richtlinie im Sinne eines solch weiten Quellensteuerbegriffs interpretiert werden kann.

bb) Weiter Quellensteuerbegriff

Für einen weiten Quellensteuerbegriff spricht etwa der vierte Erwägungsgrund der Richtlinie. Demnach wird in der Beseitigung der Steuern – unabhängig davon, ob sie an der Quelle abgezogen oder durch Veranlagung erhoben werden – bei Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren in dem Mitgliedstaat, in dem diese Einkünfte anfallen, das geeignete Mittel zur steuerlichen Gleichbehandlung innerstaatlicher und grenzüberschreitender

¹³⁴⁷ Vgl. Richtlinie 2003/49/EG des Rates v. 3.6.2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten; ABl. EG L 157/49 v. 26.6.2003, geändert durch Richtlinie 2004/66/EG des Rates v. 26.4.2004, ABl. EG L 168, S. 35.

¹³⁴⁸ Vgl. Dörr, IStR 2005, S. 109 (109).

¹³⁴⁹ Vgl. Vierter Erwägungspunkt der EU-Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie, ABl. EG L 157/49 v. 26.6.2003.

¹³⁵⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 14.10.2001, C-294/99, Rs. „Athinaiki Zythopoiia“, Slg. 2001, I-6797 (6825), Rn. 27.

¹³⁵¹ Allgemein für einen Verstoß der Zinsschrankenregelung gegen die EU-Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie: Köhler, DStR 2007, S. 597 (604); Hornig, PISStB 2007, S. 215 (215 f.).

Finanzbeziehungen gesehen.¹³⁵² Auch Art. 1 Abs. 1 der EU-Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie differenziert nicht danach, bei welchem Steuersubjekt die Zinsbesteuerung erfolgt, so dass auch eine definitiv oder temporär¹³⁵³ wirkende Besteuerung durch Betriebsausgabenabzugsverbote beim Schuldner der Zinszahlungen vom Verbot des Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie erfasst sein kann. Die Richtlinienorm nennt mit dem Quellenabzug beim Zinszahler und der Veranlagung des Vergütungsempfängers zwar zwei Verfahren, die *nach Abschluss der Gewinnermittlung* ansetzen. Die Nennung ist jedoch nur beispielhaft und soll erkennbar nicht den inhaltlichen Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 1 der EU-Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie begrenzen: Die Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie soll ihrer Zielsetzung nach vielmehr sicherstellen, dass es maximal zu einer Einmalbesteuerung von Zinsen im Ansässigkeitsstaat des Zinsempfängers kommt.¹³⁵⁴ Ein Betriebsausgabenabzugsverbot für Zinsaufwand mit temporären und in Umwandlungsfällen ggf. definitiven Steuerbelastungseffekten¹³⁵⁵ stünde diesem Prinzip der Einmalbesteuerung entgegen, da die Zinsen beim Vergütungsempfänger nochmals einer Besteuerung durch dessen Ansässigkeitsstaat unterliegen. Die Richtlinie müsste dieser Sichtweise nach ihrem Anwendungsbereich einen weiten rechtssubjektübergreifenden Quellensteuerbegriff zugrunde legen.

cc) Enger Quellensteuerbegriff

Der Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie stellt jedoch auch auf "angefallene Einkünfte in Form von Zinsen" ab, so dass vertreten wer-

¹³⁵² Vgl. Vierter Erwägungspunkt der EU-Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie, ABl. EG L 157/49 v. 26.6.2003.

¹³⁵³ Die Nutzung eines Zinsvortrages wird in der Regel nur erfolgen können, wenn entweder der Gewinn sprunghaft ansteigt oder der Zinsaufwand sich entsprechend verringert; Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (2); Köhler, DStR 2007, S. 597 (603).

¹³⁵⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten v. 4.3.1998, KOM(1998), 67 endg. 98/0087 (CNS), S. 3 Nr. 11 „...so dass derartige Vergütungen nur einmal besteuert werden, nämlich in dem Mitgliedstaat des Nutzungsberechtigten.“; siehe auch: Dritter Erwägungspunkt der EU-Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie, ABl. EG L 157/49 v. 26.6.2003.

¹³⁵⁵ Die Belastung durch die Zinsschranke ist aufgrund der Methode des Zinsvortrags temporär. Die Nutzung eines Zinsvortrages wird in der Regel nur erfolgen können, wenn entweder der Gewinn sprunghaft ansteigt oder der Zinsaufwand sich entsprechend verringert. Da gemäß § 4h Abs. 5 S. 1 EStG 2008 bei Betriebsaufgabe oder Betriebsübertragung ein unverbraucher Zinsvortrag untergehen soll, tritt insofern eine definitive Steuerbelastung durch die Zinsschranke ein; Herzig/Bohn, DB 2007, S. 1 (2); Köhler, DStR 2007, S. 597 (603); Rödder/Stangl, DB 2007, S. 479 (482).

den könnte, die Einkunftsermittlung für Zinseinkünfte mit Betriebsausgabenabzugsverboten sei dem sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie entzogen; die Richtlinie setze erst für "Zinsen" ein, wie sie sich nach Durchführung der nationalen Besteuerungsnormen ergeben.¹³⁵⁶ Die EU-rechtlich autonome und vorrangige Zinsdefinition des Art. 2 a) der Richtlinie steht dieser Argumentation nicht entgegen, da auch dort auf den nationalen Steuerrechtsbegriff der "Einkunft" zurückgegriffen wird.¹³⁵⁷ Der EuGH hat jedoch in der Vergangenheit wiederholt deutlich gemacht, dass sich die Anwendbarkeit von EU-Richtlinien auf die objektiven Merkmale der Steuern richtet, unabhängig von ihrer Qualifikation im nationalen Recht.¹³⁵⁸

Ein Betriebsausgabenabzugsverbot für Zinsaufwendungen bei einer Besteuerung des *Vergütungsempfängers* würde zudem gegen Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie verstoßen. Für die aus Kapitalgeber und Kapitalnehmer bestehende Finanzierungsbeziehung macht es jedoch wirtschaftlich keinen Unterschied, ob die Kapitalvergütung durch ein Abzugsverbot beim Vergütungsempfänger unterworfen ist oder ob dieses Abzugsverbot beim Zinsschuldner anzuwenden ist. In beiden Fällen wird der freie Kapitalverkehr zwischen Darlehensnehmer- und Darlehensgeber durch eine inländische Zinsbesteuerung belastet. Der Umstand, dass rein inländische Finanzierungen den gleichen steuerlichen Belastungen ausgesetzt sind, führt nicht zu einer Richtlinienkonformität, da die Richtlinie gemäß ihres dritten Erwägungsgrundes über die reine Beseitigung von Belastungsunterschieden hinausgeht und auch Verwaltungslasten erfasst, die sich allein aus einer grenzüberschreitend anzuwendenden und damit schwieriger zu handhabenden Zinsbesteuerung ergeben.¹³⁵⁹ Es ist daher zweifelhaft, ob der EU-Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie ein enger Quellensteuerbegriff zugrunde gelegt werden kann.

¹³⁵⁶ Vgl. Kempf/Straubing, IStR 2005, S. 773 (774).

¹³⁵⁷ Der nationale Einkunfts-begriff ist verbindlich, da die EU-Richtlinie diesen Begriff verwendet, jedoch keine eigene Definition der Einkunft vorgibt. In diesen Fällen muss zur Ausfüllung des Einkunfts-begriffs in der Richtlinie auf die nationale Einkunfts-Definition zurückgegriffen werden.

¹³⁵⁸ Vgl. Kessler/Eicker/Schindler, IStR 2004, S. 678 (679); EuGH Urt. v. 4.10.2002, C-294/99, Rs. „Athinaiki Zythopoiia“, Slg. 2001, I-6813 (6825), Rn. 27.

¹³⁵⁹ Vgl. Dritter Erwägungspunkt der EU-Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie, ABl. EG L 157/49 v. 26.6.2003.

6. Zwischenergebnis zur Zinsschranke

Die formale Gleichbehandlung in- und ausländischer Sachverhalte im Rahmen der Zinsschranke schließt eine offene Diskriminierung grenzüberschreitender Sachverhalte aus.¹³⁶⁰ Die Belastungsvergleiche haben ergeben, dass auch bei der Annahme einer Organschaft als inländische Vergleichsgruppe grenzüberschreitende Gesellschafter-Fremdfinanzierungssachverhalte hinsichtlich der kumulierten anfänglichen Belastung mit inländischen Ertragsteuern nicht schlechter gestellt werden als die inländischen Organschaften. Damit werden zwar grenzüberschreitende Gesellschafter-Fremdfinanzierungen durch den Ausschluss von der Organschaft unterschiedlich behandelt. Die für die Annahme einer europarechtsrelevanten Diskriminierung erforderliche Schlechterstellung von Nicht-Gebietsansässigen hinsichtlich der inländischen Ertragsteuerbelastung liegt jedoch nicht vor.¹³⁶¹ Belastungen, die sich durch den Verwaltungsaufwand oder Bilanzerstellungs- und Nachweispflichten bei der Durchführung der Zinsschranke ergeben (Verwaltungslasten)¹³⁶² treffen nicht hauptsächlich grenzüberschreitende Sachverhalte; die Zinsschranke hat auch für rein inländische Sachverhalte umfangreichen Mehraufwand zur Folge.¹³⁶³ Dass diese Verwaltungslasten jedoch durch Eingehung einer Organschaft von rein inländischen Gesellschafter-Fremdfinanzierungen vermieden werden können, kann dagegen durchaus Anknüpfungspunkt einer Diskriminierung grenzüberschreitender Sachverhalte sein, da die Organschaft gemäß §§ 14, 17 KStG diesen grenzüberschreitenden Sachverhalten nicht offensteht und aufgrund der Niederlassungsfreiheit auch nicht auf die Organschaftsalternative des § 18 KStG verwiesen werden darf.¹³⁶⁴ Weiterhin hat die Untersuchung in F.VII.5. gezeigt, dass das Verhältnis der Zinsschranke zum Sekundärrecht in Form der EU-Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie als problematisch einzuschätzen ist.

¹³⁶⁰ Vgl. Führich, IStR 2007, S. 342 (344).

¹³⁶¹ Wohl a.A. Führich in: Führich, IStR 2007, S. 342 (344).

¹³⁶² Zur europarechtlichen Relevanz solcher Verwaltungslasten siehe: Voß in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 2, J., Rn. 163 „Handlungskosten“; SA des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, C-524/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>, Rn. 42 „Verwaltungslast“.

¹³⁶³ Vgl. Führich, IStR 2007, S. 342 (344).

¹³⁶⁴ Vgl. EuGH Rs. Urt. v. 21.9.1999, C-307/97, Rs. „Saint Gobain“, Slg. 1999, I-6161 (6167), Rn. 24; EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-253/03, Rs. „CLT-UFA“, Slg. 2006, I-1831 (1868), Rn. 17.

G. Zusammenfassung und Ergebnis

I. Verhältnis von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit

Mit den seit 2002 ergangenen Entscheidungen des EuGH zu den "Goldenen Aktien" war davon auszugehen, dass die Kapitalverkehrsfreiheit unabhängig davon, ob der Kapitalgeber einen *bestimmenden Einfluss* auf die unternehmerische Entscheidung des Kapitalnehmers ausüben kann, immer zur Anwendung kommen kann. Erlangt der Kapitalgeber *bestimmenden Einfluss*, war die Niederlassungsfreiheit kumulativ neben der Kapitalverkehrsfreiheit anwendbar. Die Übertragung dieses Anwendungsverhältnisses auf die europarechtliche Beurteilung steuerlicher Regeln zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung war unproblematisch, solange lediglich EU-Binnensachverhalte zu beurteilen waren: Hinsichtlich des Schutzzumfangs kann es in diesen EU-Binnensachverhalten mit *bestimmendem Einfluss* des Kapitalgebers regelmäßig dahinstehen, welche der beiden Grundfreiheiten im konkreten Fall zur Anwendung kommt. Eine vorbehaltlose Übertragung dieses Anwendungsverhältnisses auf Drittstaatsangehörige hätte jedoch zu dem widersprüchlichen Ergebnis führen können, dass außerhalb der EU befindliche Rechtssubjekte die vergleichsweise liberale Kapitalverkehrsfreiheit des EGV in Anspruch nehmen könnten. Demgegenüber hätten EU-Rechtssubjekte lediglich die um die Niederlassungsfreiheit gekürzte Kapitalverkehrsfreiheit geltend machen können, da bei einer kumulierten Anwendung der beiden Grundfreiheiten die Rechtfertigungsgründe der Niederlassungsfreiheit auch die Rechte aus der Kapitalverkehrsfreiheit begrenzen (Art. 58 Abs. 2 EGV). In Abschnitt C.III.2.d)cc) sowie D.IV.2.b) wurde aufgezeigt, dass eine solche Privilegierung von Drittstaatsangehörigen bei der steuerlichen Behandlung von Unternehmensfinanzierungen nicht im Sinne eines europarechtlichen Grundfreiheitsschutzes ist und es insofern einer Korrektur bedarf.

Die von den Generalanwälten *Geelhoed* und *Alber* mindestens seit dem Jahr 2000 vertretene Abgrenzung zwischen den Grundfreiheiten mittels eines Unmittelbarkeitskriteriums wurde in C.I.2.b)ff) genauer untersucht und kritisch gewürdigt.¹³⁶⁵ Es ist darauf hinzuweisen, dass die Ansicht von *Geelhoed* und *Alber* innerhalb der EuGH-Generalanwaltschaft nicht unumstritten ist und

¹³⁶⁵ Siehe hierzu unter Punkt C.I.2.b)ff)(3).

somit nicht die Auffassung der EuGH-Generalanwaltschaft insgesamt repräsentieren kann.¹³⁶⁶

Der in 2006 und 2007 in den Rs. "Cadbury Schweppes"¹³⁶⁷, "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation"¹³⁶⁸ sowie "Lasertec"¹³⁶⁹ aufkommende Abgrenzungsansatz des EuGH ist erkennbar darauf ausgerichtet, den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit zugunsten der Niederlassungsfreiheit zurückzudrängen.¹³⁷⁰ Der EuGH setzt sich damit zur in den Jahren 2002 bis 2007 ergangenen EuGH-Rechtsprechung zu den Goldenen Aktien ab, die grundsätzlich von einer kumulierten Anwendbarkeit der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit und somit von einer Gleichrangigkeit der beiden Grundfreiheiten ausgingen. Weder die in 2006 und 2007 angewandte Abgrenzungstechnik mittels eines sachlichen Konkurrenzverhältnisses, das die räumliche Anwendbarkeit außer Acht lässt, noch die beliebig umkehrbare Begründung des EuGH überzeugt.¹³⁷¹ Im Rahmen eines Belastungsvergleichs hat sich zudem das Paradoxon gezeigt, dass die Rechtsprechungsgrundsätze in einem Side-stream-loan-Sachverhalt gerade dann einen Grundfreiheitsschutz versagen würden, wenn eine Darlehensbeziehung zwischen EU-Mitgliedstaaten massiv gegenüber rein inländischen Finanzierungen benachteiligt wird.¹³⁷²

Die Abgrenzungsansätze des EuGH und der EuGH-Generalanwaltschaft mögen problematisch sein.¹³⁷³ Gleichwohl besteht die Notwendigkeit, die Anwendung von Grundfreiheiten auf Drittstaatenangehörige zu begrenzen.¹³⁷⁴ Mit der Präklusion wurde hierzu eine eigene Lösungsmöglichkeit entwickelt.

¹³⁶⁶ Vgl. SA der Generalanwältin Kokott v. 14.7.2005 in der Rs. „Bouanich“, C-265/04, Slg. 2006, I-923 (942), Rn. 71; SA der Generalanwältin Kokott v. 3.3.2005 in der Rs. „Goldene Aktien VI“ (Kommission/Italien), Slg. 2005, I-4933 (4941), Rn. 22.

¹³⁶⁷ Vgl. EuGH Urteil v. 12.9.2006, C-196/04, Rs. „Cadbury Schweppes“, DStR 2006, S. 441.

¹³⁶⁸ Vgl. EuGH Urteil v. 13.3.2007, C-524/04, Rs. „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“, IStR 2007, S. 249.

¹³⁶⁹ Vgl. EuGH Beschluss v. 10.5.2007, C-492/04, Rs. „Lasertec“, IStR 2007, S. 439.

¹³⁷⁰ Zur Kritik hieran vgl. Köhler/Tippelhofer, IStR 2007, S. 645 (647).

¹³⁷¹ Siehe hierzu unter Punkt C.I.2.b)gg)(3) und (5).

¹³⁷² Siehe hierzu die Side-stream-loan-Finanzierung unter Tabelle Nr. 30.

¹³⁷³ Vgl. Köhler/Tippelhofer, IStR 2007, S. 645 (647); Dölker/Ribbrock, BB 2007, S. 1928 (1932).

¹³⁷⁴ Siehe hierzu unter Punkt C.III.2.d)cc)

II. Präklusion von Belastungen in Drittstaatsachverhalten

Mit der in Abschnitt C.III.2.d)cc) vorgestellten Präklusionslösung sollte das legitime Ziel einer Begrenzung der Kapitalverkehrsfreiheit in Drittstaatsachverhalten und das im EGV verankerte Recht der EU-Wirtschaftssubjekte von einem freien Kapitalverkehr zu profitieren, einem effektiveren Interessenausgleich zugeführt werden. Belastungen des grenzüberschreitenden Kapitalverkehrs mit Drittstaaten, die unmittelbar oder mittelbar auf die Belastung eines Drittstaatsangehörigen zurückzuführen sind, sollen bei einer Diskriminierungsprüfung ausgeklammert, präkludiert werden. Solche Belastungen können nach diesem Lösungsansatz nicht mehr zu einem Verstoß gegen die Grundfreiheiten des EGV führen. Belastungen, die EU-Bürger oder EU-Gesellschaften bei ihren Kapitalbewegungen treffen, können dagegen weiterhin einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit nach sich ziehen.

Die Präklusionslösung wendet Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit in EU-Binnensachverhalten grundsätzlich kumulativ an; in Drittstaatsachverhalten kommt allein die Kapitalverkehrsfreiheit zur Anwendung. Die Präklusionslösung vermeidet damit einen Widerspruch zum Vorrang der Kapitalverkehrsfreiheit aus Art. 43 Abs. 2 EGV und gewährt auch in Drittstaatsachverhalten Grundfreiheitsschutz zugunsten von EU-Bürgern und EU-Gesellschaften, ohne dass es hierbei zu einer Privilegierung von Drittstaatsangehörigen kommt.¹³⁷⁵ Sie ist damit im Vergleich zur Lösung des EuGH, der in Drittstaatsachverhalten auch den EU-Bürgern bzw. EU-Gesellschaften den Grundfreiheitsschutz versagen würde,¹³⁷⁶ das mildere Mittel zur Begrenzung einer unberechtigten Privilegierung von Drittstaatsangehörigen.

Die Wirkungsweise sowie die Effizienz der Präklusionslösung wurden im Rahmen eines Belastungsvergleichs mit insgesamt 26 grenzüberschreitenden Gesellschafter-Fremdfinanzierungs-Konstellationen untersucht.¹³⁷⁷ Hiervon wiesen 16 Konstellationen einen Bezug zu einem Drittstaat auf, so dass die

¹³⁷⁵ Zu dieser Gefahr einer Privilegierung i.R.d. Rechtfertigung siehe unter Punkt D.IV.2.b).

¹³⁷⁶ Siehe hierzu die Konstellation mit der Darlehensvergabe zwischen zwei EU-Gesellschaften unter Tabelle Nr. 30.

¹³⁷⁷ Siehe hierzu Kapitel F.

Präklusion dem Grunde nach anwendbar war. In 7 dieser 16 Konstellationen konnten die Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln europarechtskonform ausgelegt werden, wenn im Sinne der Präklusionslösung argumentiert wurde, d.h. die Steuerbelastungen von Drittstaaten-Gesellschaften ausgeblendet wurden.¹³⁷⁸

In den unter F.VII. untersuchten Konstellationen zur Zinsschranke kam der Präklusionslösung zwar keine entscheidende Bedeutung zu. Dies war aber nur auf die Untersuchungsprämisse der fehlenden grundpfandrechtlichen Sicherung der Gesellschafter-Fremdfinanzierungen zurückzuführen. Bei unmittelbaren Belastungen von Drittstaatenangehörigen kann auch im Rahmen der Zinsschranke im Sinne der Präklusionslösung argumentiert werden.

Die Präklusion von Drittstaatenbelastungen stellt sich hiernach als eine zulässige, handhabbare und effiziente Argumentation im Rahmen einer Überprüfung der steuerlichen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln auf europarechtsrelevante Diskriminierungen dar.

III. Substitution von Vergleichsgruppen zugunsten von Organschaften

Zur Feststellung von Diskriminierungen im Rahmen einer Grundfreiheit des EGV müssen grenzüberschreitende Sachverhalte mit rein inländischen Sachverhalten verglichen werden. Die Substitution von Vergleichsgruppen betrifft die Frage, welche rein inländische Vergleichsgruppe bei Diskriminierungsprüfungen heranzuziehen ist. Der Auswahl der Vergleichsgruppe im Vorfeld einer Prüfung auf europarechtsrelevante Diskriminierungen kommt eine hohe, methodische Bedeutung zu, da sie unter Umständen die Prüfungsergebnisse determiniert. Unter D.II.2. wurden daher ausführlich die Kriterien einer Vergleichsgruppenbildung erörtert. In dieser Untersuchung wurden zwei Argumentationslinien herausgearbeitet, die dafür sprechen, dass Gesellschafter-Fremdfinanzierungen *organschaftlich* verbundener Mutter-Tochter-Beteiligungen als rein inländische Vergleichsgruppe heranzuziehen sind. Für diese inländische Vergleichsgruppe spricht zum einen die EuGH-Rechtsprechung zur Berücksichtigung steuerlicher Gestaltungsmög-

¹³⁷⁸ Siehe hierzu die Konstellationen unter Tabellen Nr. 7, 28, 32, 35, 41, 42 und 54.

lichkeiten bei der Vergleichgruppenbildung¹³⁷⁹ und zum anderen die gleichfalls auf den EuGH zurückgehende, wettbewerbsorientierte Substitution von Vergleichssachverhalten.¹³⁸⁰

Nach der ersten Argumentation sind laut EuGH steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten, die regelmäßig und überwiegend von Inländern in Anspruch genommen werden, bei der Bildung der rein inländischen Vergleichsgruppen zu berücksichtigen. Die zweite Argumentation nimmt die wettbewerbsorientierte Substitutionsrechtsprechung des EuGH auf und greift dann ein, wenn der grenzüberschreitende Sachverhalt nicht mit seinem rein inländischen Äquivalent, sondern mit einer anderen rein inländischen Vergleichsgruppe in einem *faktischen Wettbewerb* steht. Hierbei ist *bereits die Möglichkeit* einer wettbewerbsrechtlichen Situation mit der anderen rein inländischen Vergleichsgruppe ausreichend, ohne dass der faktische Wettbewerb mit dieser Vergleichsgruppe im Einzelnen nachgewiesen werden müsste.

Aufgrund wettbewerbsorientierter Gesichtspunkte wurde anschließend die rein inländische Organschaft zwischen Organträger und einer oder mehreren Organgesellschaften als sachgerechte inländische Vergleichsgruppe bestimmt. In den Belastungsvergleichen im Kapitel F. der Arbeit konnte daher neben den organschaftlich nicht organisierten rein inländischen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsstrukturen¹³⁸¹ auch die in Organschaften organisierten Gesellschafter-Fremdfinanzierungen als inländische Vergleichsgruppe zugrunde gelegt werden.¹³⁸²

Die Wahl von Organkreisen als inländische Vergleichsgruppe stellte zwar im Vergleich zu Gesellschafter-Fremdfinanzierungen in organschaftlich nicht verbundenen inländischen Mutter-Tochter-Konstellationen verschärfte Anforderungen an die Europarechtskonformität der Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln. Sie hat die Untersuchung jedoch nicht einseitig zu einer Feststellung einer europarechtsrelevanten Diskriminierung hin determiniert. Denn

¹³⁷⁹ Siehe hierzu unter Punkt D.II.2.b)dd).

¹³⁸⁰ Siehe hierzu unter Punkt D.II.2.b)ee).

¹³⁸¹ Siehe hierzu die Konstellationen der Tabellen Nr. 3, 10, 50.

¹³⁸² Siehe hierzu die Konstellationen der Tabellen Nr. 4, 12, 51.

bereits bei Zugrundelegung organschaftlich nicht verbundener Gesellschafter-Fremdfinanzierungen als inländische Vergleichsgruppe ergaben sich in 5 von 18 untersuchten grenzüberschreitenden Side-stream-loan-Finanzierungen Belastungsnachteile.¹³⁸³

Bei einer Substitution der Vergleichsgruppe wächst lediglich die Anzahl der benachteiligten grenzüberschreitenden Sachverhalte von 5 zu 18 auf 13 zu 18.¹³⁸⁴ Europarechtsrelevante Benachteiligungen in Side-stream-Sachverhalten bestehen also unabhängig davon, ob wie bisher organschaftlich nicht verbundene Gesellschafter-Fremdfinanzierungen oder methodisch sachgerechter inländische Organschaften als Vergleichssachverhalte herangezogen werden. Die Feststellung einer europarechtsrelevanten Benachteiligung ist damit nicht auf die gewählte Vergleichsmethode der Substitution, sondern darauf zurückzuführen, dass die nationalen Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln, insbesondere § 8a KStG mit der vom BMF vorgeschlagenen Lösung über eine verdeckte Einlage bei der gemeinsamen Mutter-Kapitalgesellschaft, in ihrer Tendenz den grenzüberschreitenden Kapitalverkehr diskriminieren.

Der Umstand, dass sich bereits bei einem Vergleich mit organschaftlich unverbundenen inländischen Gesellschafter-Fremdfinanzierungen Belastungsnachteile für grenzüberschreitende Gesellschafter-Fremdfinanzierungen ergeben, zeigt des Weiteren, dass die Benachteiligungen ihren Ursprung in den Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregeln i.d.F. des Korb II-Gesetzes haben und nicht auf die gleichfalls unter dem Verdikt der Europarechtswidrigkeit stehenden Organschaftsregeln zurückgehen.¹³⁸⁵

Der Substitutionsgedanke ist grundsätzlich auch auf die Zinsschranke der Unternehmensteuerreform anwendbar, da die Organschaften auch nach der Unternehmensteuerreform als Organbetriebe i.S.d. § 15 S. 1 Nr. 3 KStG 2008 im faktischen Wettbewerb zu grenzüberschreitenden, organschaftlich

¹³⁸³ Siehe hierzu die Konstellationen der Tabellen Nr. 28, 30, 32, 34, 42.

¹³⁸⁴ Siehe hierzu die Konstellationen der Tabellen Nr. 14, 18, 20, 26, 28, 30, 32, 34, 36, 38, 40, 42, 44.

¹³⁸⁵ Siehe hierzu insbesondere die Konstellation der Tabelle Nr. 30 sowie die Argumentation von *Prinz*, zu der unter Punkt D.II.2.b)ff) Stellung genommen wurde.

nicht organisierten Finanzierungsstrukturen stehen¹³⁸⁶ und auch der Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrages und die Nutzung der Organshaft durch Inländer weiterhin die Anforderungen an ein steuerliches Gestaltungsmittel erfüllen, das bei der Vergleichgruppenbildung zu berücksichtigen ist.¹³⁸⁷ In den untersuchten Konstellationen hätte die Substitution jedoch keine Auswirkung gehabt, da die grenzüberschreitenden Konstellationen sowohl gegenüber dem Organbetrieb als auch gegenüber den organ-schaftlich nicht organisierten inländischen Gesellschafter-Fremdfinanzierungen geringere Ertragsteuerbelastungen aufwiesen.¹³⁸⁸

IV. Verbrauchsmethode in grenzüberschreitenden Sachverhalten

Die von der Finanzverwaltung favorisierte Umqualifizierungsmethode, die Fremdkapitalvergütungen zwischen Tochter-Kapitalgesellschaften als eine verdeckte Einlage der gemeinsamen Mutter-Kapitalgesellschaft in die darlehensgebende Tochter-Kapitalgesellschaft ansieht, soll in Side-stream-loan-Konstellationen ungewollte Doppelbelastungen durch § 8a KStG neutralisieren. Diese Korrekturmethode versagt jedoch in grenzüberschreitenden Sachverhalten, wenn die Einlagefiktion beim beschränkt steuerpflichtigen Darlehensgeber nicht greifen kann.¹³⁸⁹ Während die Umqualifizierungsmethode in inländischen Dreiecks-sachverhalten die anerkanntermaßen ungewollten Doppelbelastungen durch § 8a KStG vermeiden kann,¹³⁹⁰ werden diese Doppelbelastungen in grenzüberschreitenden Sachverhalten nicht durch eine verdeckte Einlage neutralisiert und führen zu Benachteiligungen dieser grenzüberschreitenden Gesellschafter-Fremdfinanzierungen. Als Alternative zur Umqualifizierungsmethode wurde daher unter Punkt F.IV.1 die Verbrauchsmethode als alternative Lösung eingeführt: Sie kommt nur zur Anwendung, wenn sich mit der Umqualifizierungsmethode die Belastungs-nachteile für grenzüberschreitende Gesellschafter-Fremdfinanzierungen nicht beseitigen lassen.

¹³⁸⁶ Siehe hierzu oben unter Punkt F.VIII.2.a).

¹³⁸⁷ Siehe hierzu oben unter Punkt D.II.2.b)dd)(7).

¹³⁸⁸ Siehe hierzu oben unter Punkt F.VII.4.

¹³⁸⁹ Siehe hierzu die Konstellation aus Tabelle Nr. 28, 30, 32 und 34.

¹³⁹⁰ Hierbei zeigt sich die Umqualifizierungsmethode der Verbrauchsmethode *in reinen Inlandssachverhalten* tatsächlich überlegen; vgl. hierzu die Konstellation aus Tabelle Nr. 10 und 11.

Trotz der Regelung der verdeckten Einlage in § 8 Abs. 3 S. 3 KStG durch das JStG 2007 bleibt die Anwendung der Verbrauchsmethode in grenzüberschreitenden Sachverhalten nach nationalem Recht zulässig; europarechtlich ist ihre Anwendung geboten, um Belastungsnachteile im Vergleich zu rein inländischen Sachverhalten zu vermeiden.

Die Effizienz der alternativen Anwendung der Verbrauchsmethode für die Vermeidung einer europarechtsrelevanten Benachteiligung in Dreiecks-sachverhalten wurde im Rahmen der Belastungsvergleiche des Kapitel F. untersucht.¹³⁹¹ In 10 der 18 untersuchten Dreiecks-konstellationen konnten durch die kombinierte Anwendung der Umqualifizierungs- und Verbrauchsmethode europarechtsrelevante Nachteile beseitigt werden. Der Vorteil der alternierenden Kombination von Umqualifizierungs- und Verbrauchsmethode dürfte vor allem darin liegen, dass bereits durch die Auslegung *bestehender Gesetze* in einer größeren Anzahl von Dreiecks-konstellationen europarechtsrelevante Belastungen reduziert werden können.

V. Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des EGV

Die im Kapitel F. festgestellten Belastungswerte für grenzüberschreitende Gesellschafter-Fremdfinanzierungen betreffen offen erkennbare, direkt vergleichbare Belastungsnachteile. Bei einem solchen summarischen Abgleich indizieren bereits Belastungsnachteile für einzelne grenzüberschreitende Konstellationen, dass die Regelung nicht dem Diskriminierungsverbot des EGV genügt. Ob darüber hinaus weitere, schwerer nachweisbare offene oder verdeckte Diskriminierungen oder Beschränkungen von Grundfreiheiten durch die Regelung erfolgen, kann bei Vorliegen einer nachweisbaren offenen Diskriminierung dahinstehen.

Die in den Tabellen Nr. 56, 57 und 58 zusammengestellten Belastungswerte zeigen exemplarisch, dass grenzüberschreitende Konstellationen oft über den reinen Inlandsbelastungen liegen. Selbst bei Kombination mehrerer Korrekturmethode (Präklusion, Verbrauchsmethode) verbleiben grenzüberschreitende Konstellationen, die mehr als rein inländische Gesellschafter-

¹³⁹¹ Siehe hierzu unter Punkt F.IV.1 sowie die Konstellation aus Tabelle Nr. 22, 16, 24, 29, 33, 41, 43, 46 und 48.

Fremdfinanzierungen belastet werden.¹³⁹² Greifen keine Rechtfertigungsgründe,¹³⁹³ indizieren diese Belastungsnachteile einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des EGV.

Hinzu kommt, dass beim Belastungsvergleich *zugunsten* der Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregelung von der Idealbedingung ausgegangen wurde, dass es in den grenzüberschreitenden Gesellschafter-Fremdfinanzierungs-sachverhalten aufgrund einer korrespondierenden Besteuerung i.S.d. § 8b Abs. 1 S. 2 und 3 KStG i.d.F. des JStG 2007 zu einer Steuerbefreiung der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 5 a) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8b Abs. 1 S. 1 KStG kommt. Im nachfolgenden Abschnitt wird darauf eingegangen, dass eine solche Steuerbefreiung zugunsten der grenzüberschreitenden Sachverhalte im Gegensatz zu den Inlandsfällen regelmäßig jedoch nicht oder nicht vollständig erfolgt. Bei Berücksichtigung dieses Aspektes in den Belastungsvergleichen des Kapitel F. hätten sich weitere Benachteiligungen für die grenzüberschreitenden Sachverhalte ergeben.

VI. Steuerbefreiung und Korrespondenzprinzip des JStG 2007

Das Korrespondenzprinzip des JStG 2007 sieht eine Steuerbefreiung für vereinnahmte Gesellschafter-Fremdkapitalvergütungen gemäß § 8b Abs. 1 KStG nur noch vor, wenn diese beim Leistenden dessen Steuerbemessungsgrundlage nicht gemindert hat. Die Versagung der Steuerbefreiung stellt in letzter Konsequenz eine Sanktion dafür dar, dass die im Ausland ansässige Gesellschaft bei der Besteuerung durch den ausländischen Fiskus zugunsten des ausländischen Staatshaushalts nicht dem deutschen Recht entsprechenden Besteuerungsregeln unterliegt. Wenn nur eine korrespondierende, d.h. dem deutschen Recht entsprechende Besteuerung eine Gleichbehandlung der Steuerpflichtigen zur Folge hat, kann in einer solchen korrespondierenden Besteuerung eine verdeckte Anknüpfung an die Ansässigkeit des Vergütungsempfängers im Ausland und somit eine versteckte Diskriminierung gesehen werden.¹³⁹⁴

¹³⁹² Siehe hierzu die Konstellationen unter Tabellen Nr. 14, 26 und 30.

¹³⁹³ Zu den Rechtfertigungsgründen siehe unter D.III bis V sowie unter E.III.

¹³⁹⁴ Siehe hierzu unter Punkt F.III.2.b).

VII. Zurechenbare Belastung bei Qualifikationskonflikten

Unter Umständen wird bei der Besteuerung eines ausländischen Vergütungsempfängers durch dessen Fiskus die Umqualifizierung von Zinsvergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen nicht anerkannt, so dass die Vergütungen nicht als Dividenden gemäß Art. 23A OECD-MA von der Besteuerung freigestellt oder gezahlte Steuern nicht gemäß Art. 23B OECD-MA angerechnet werden, sondern als Zinsen ungemildert zu versteuern sind. Da der inländische Vergütungserbringer aufgrund § 8a KStG die Vergütung nicht als Betriebsausgabe abziehen darf, kommt es zu einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung desselben Substrates.

Ob dieser Umstand als europarechtlich irrelevant, als versteckte Diskriminierung oder als Beschränkung von Grundfreiheiten anzusehen ist, ist stark umstritten. Bei einer nominalen Belastungsgleichheit zwischen grenzüberschreitenden und rein inländischen Finanzierungssachverhalten würde das beim grenzüberschreitenden Sachverhalt bestehende Risiko einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung gegen eine Kapitalinvestition sprechen. Diese abschreckende Wirkung, die von einer potentiellen mit einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung belasteten Kapitalbewegung ausgeht, spricht dafür, dass der Marktzugang betroffen ist und mithin eine Beschränkung von Grundfreiheiten vorliegt.

Zur Beantwortung der Frage, ob eine solche Grundfreiheitsbeschränkung dem Ansässigkeits- oder dem Quellenstaat der Gesellschafter-Fremdkapitalvergütung zuzurechnen ist, erfolgte eine genaue Untersuchung der EuGH-Rechtsprechung zur "gleichwertigen Behandlung" sowie der Stellungnahmen der EuGH-Generalanwaltschaft. Aufgrund dieser Untersuchung dürfte eine Zurechnung zulasten des umqualifizierenden Quellenstaates wohl erst dann entfallen, wenn dieser Quellenstaat alles getan hat, um eine den Regeln des Quellenstaates entsprechende Festsetzung der Bemessungsgrundlage bei der Besteuerung des ausländischen Vergütungsempfängers durch den Ansässigkeitsstaat sicher zu stellen.¹³⁹⁵

¹³⁹⁵ Siehe hierzu unter Punkt D.II.3.c)aa)(3).

VIII. Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit

Die Kapitalverkehrsfreiheit enthält neben dem Diskriminierungsverbot¹³⁹⁶ auch ein Beschränkungsverbot, das über eine formale Gleichbehandlung in- und ausländischer Wettbewerber hinaus den gleichen Zugang zum inländischen Kapitalmarkt für die grenzüberschreitend tätigen Wettbewerber sichern soll.¹³⁹⁷ Um bei der Auslegung des Beschränkungsverbot es die europarechtsrelevanten Marktzugang erschwernisse zu erfassen, bietet sich der Rückgriff auf die "Dassonville" - Formel an.¹³⁹⁸ Die steuerliche Behandlung von Gesellschafter-Fremdfinanzierungen kann unter dem Aspekt einer Marktzugang erschwernis als eine Beeinträchtigung des Kapitalverkehrs zwischen EU-Mitgliedstaaten angesehen werden.¹³⁹⁹

¹³⁹⁶ Siehe hierzu unter Punkt C.II.3.

¹³⁹⁷ Siehe hierzu unter Punkt C.II.4.

¹³⁹⁸ Siehe hierzu unter Punkt C.II.4.c) und C.II.4.e.)

¹³⁹⁹ Siehe hierzu unter Punkt C.II.4.c) ff) sowie die Ausführungen zu Tabelle Nr. 30.

Verzeichnis der zitierten Literatur

Adler/Düring/Schmaltz:

Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, Erg.-Lief. 5, Stuttgart

Balmes, Frank/Brück, Michael/Ribbrock, Martin:

Das EuGH-Urteil Marks & Spencer: Grenzüberschreitende Verlustnutzung kommt voran!, BB 2006, S. 186

Beck'scher Bilanz-Kommentar:

6. Auflage, 2006

Benecke, Andreas/Schnitger, Arne:

Anwendung des § 8a KStG, IStR 2004, S. 44

Bindl, Elmar:

Nutzung von Personengesellschaften zur Vermeidung von § 8a KStG im Inbound-fall?, IStR 2006, S. 339

Birkenfeld, Wolfram/u.a.:

Grenzüberschreitende Verlustberücksichtigung im deutschen Steuerrecht, BB 2005, S. 754

Bleckmann, Albert:

Europarecht, 6. Auflage 1997

Böing, Christian:

Der Begriff des steuerlichen Gestaltungsmissbrauchs im Gemeinschaftsrecht, EWS 2007, S. 55

Brandenburg, Hermann Bernwart:

Aktuelle Entwicklungen im internationalen Steuerrecht, BB 2008, S. 864

Briese, André:

Die neuen Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach § 8a KStG, StuB 2004, S. 57

Brödermann, Eckhart:

[IPR] Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, 3. Auflage, Hamburg 2003

Buchmann, Heike:

[Grundfreiheiten] Die Vorschrift des § 609a BGB und die Grundfreiheiten des EGV, Mainz 1999

Bullinger, Patrick:

Inländerdiskriminierung im Steuerrecht am Beispiel des § 8 Nr. 7 GewStG, IStR 2005, S. 370

Burwitz, Gero:

[Konzernfinanzierung] Ausländische Konzernfinanzierungsgesellschaften im Internationalen Steuerrecht, Köln 2005

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias:

EUV/EGV, 3. Auflage, Neuwied/Kriftel 2007

Cloer, Adrian/Lavrelashvili, Nino:

Der EuGH entscheidet erneut über Verlustberücksichtigungsbeschränkungen, RIW 2007, S. 377

Cordewener, Axel:

[Grundfreiheiten] Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, Köln 2003

Cordewener, Axel:

Deutsche Unternehmensbesteuerung und europäische Grundfreiheiten – Grundzüge des materiellen und formellen Rechtsschutzsystems der EG, DStR 2004, S. 6

Dauses, Manfred:

Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, München 2007

Dauses, Manfred: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 2, München 2007

Dautzenberg, Norbert:

Die Kapitalverkehrsfreiheit des EG-Vertrages, der Steuervorbehalt des Art. 73d EGV und die Folgen für die Besteuerung, RIW 1998, S. 537

Debatin, Helmut/Wassermeyer, Franz:

Doppelbesteuerung, München Erg.-Lief. Mai 2007

Dölker, Angelika/Ribbrock, Martin:

Die Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten – nunmehr gefestigte Rechtsprechung?!, BB 2007, S. 1928

Dörfler, Oliver/Adrian, Gerrit/Geeb, Christoph:

Aktuelle Entwicklungen beim organschaftlichen Ausgleichsposten – zugleich Anmerkungen zum Urteil des BFH vom 5.2.2007, I R 5/05, DStR 2007, S. 1889

Dörfler, Oliver/Birker, Christian:

Die Abkommensberechtigung von Kapitalgesellschaften im Doppelbesteuerungsabkommen mit den USA, GmbHR 2006, S. 867

Dörfler, Oliver/Heurung, Rainer/Adrian, Gerrit:

Korrespondenzprinzip bei verdeckter Gewinnausschüttung und verdeckter Einlage, DStR 2007, S. 514

Dörfler, Harald/Vogl, Andreas:

Unternehmensteuerreform 2008: Auswirkung der geplanten Zinsschranke anhand ausgewählter Beispiele, BB 2007, S. 1084

Dörr, Ingmar:

Die Rechtssache CLT-UFA: Ein Medienkonzern im Rampenlicht des EuGH - Oder: Wieviel Rechtsformneutralität fordert der steuerliche Binnenmarkt?, DK 2005, S. 576

Dörr, Ingmar:

Praxisfragen zur Umsetzung der Zins- und Lizenzrichtlinie in § 50g EStG, IStR 2005, S. 109

Dörr, Ingmar:

Vorlage an den EuGH im Fall Marks and Spencer - der europaweiten Verlustberücksichtigung im Konzern einen Schritt näher?!, DK 2004, S. 15

Dörr, Ingmar/Geibel, Stephan/Geißelmeier, Werner/Gemmel, Heiko/Krauß, Rolf G./Schreiber, Susanne:
Die neuen Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung, NWB 2004, Beilage 11, S. 1

Dötsch, Ewald:
Ausgewählte Einzelfragen zur körperschaft- und gewerbsteuerlichen Organschaft, DK 2004, S. 531

Dötsch, Ewald/Pung, Alexandra:
JStG 2007: Die Änderungen des KStG und des GewStG, DB 2007, S. 11

Dötsch, Ewald/Pung, Alexandra:
Grenzüberschreitende Verlustverrechnung: Muss der deutsche Gesetzgeber wegen der europarechtlichen Entwicklung reagieren? , DK 2006, S. 130

Dötsch, Ewald/Pung, Alexandra:
Richtlinien-Umsetzungsgesetz: Änderungen des EStG, des KStG und des GewStG, DB 2005, S. 10

Dötsch, Ewald/Pung, Alexandra:
Die Neuerungen bei der Körperschaftsteuer und bei der Gewerbesteuer durch das Steuergesetzgebungspaket vom Dezember 2003, DB 2004, S. 91

Dötsch, Ewald/Jost, Werner/Pung, Alexandra/Witt, Georg:
[KStG] Die Körperschaftsteuer, 56. Erg.-Lief.

Eberhartinger, Eva:
Konvergenz und Neustrukturierung der Grundfreiheiten, EWS 1997, S. 43

Ebke, Werner:
Überseering: "Die wahre Liberalität ist Anerkennung", JZ 2003, S. 927

Ehlers, Dirk (Hrsg.):
Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Auflage, Berlin 2005

Eicker, Klaus:
Grenzüberschreitende Verlustberücksichtigung: Die Schlussanträge des Generalanwalts Maduro in der Rechtssache Marks & Spencer, Stbg 2005, S. 197

Endres, Dieter/Spengel, Christoph/Reister, Timo:
Neu Maßnahmen: Auswirkungen der Unternehmensteuerreform 2008, WPg 2007, S. 478

Englisch, Joachim:
Europarechtskonforme Dividendenbesteuerung – "Aims and effects"?, RIW 2005, S. 187

Englisch, Joachim:
Dividendenbesteuerung, Köln 2004

Englisch, Joachim:
Zur Dogmatik der Grundfreiheiten des EGV und ihren ertragsteuerlichen Implikationen, StuW 2003, S. 88

- Erle, Bernd/Sauter, Thomas:**
[KStG] Körperschaftsteuergesetz, 2. Auflage, Berlin 2006
- Erle, Bernd/Sauter, Thomas:**
Gesellschafter-Fremdfinanzierung, Frankfurt 2004
- Ernst & Young:**
[KStG] KStG-Kommentar, Erg.-Lief Aug. 2007
- Fischer, Hans Georg:**
[Europarecht A] Europarecht, 3. Auflage, Verlag Beck, München 2001
- Fischer, Hans Georg:**
[Europarecht B] Europarecht, Verlag Luchterhand, München 2005
- Forsthoff, Ulrich:**
Niederlassungsrecht für Gesellschaften nach dem Centros-Urteil des EuGH: eine Bilanz, EuR 2000, S. 167
- Freitag, Robert:**
Mitgliedstaatliche Beschränkungen des Kapitalverkehrs und Europäisches Gemeinschaftsrecht, EWS 1997, S. 186
- Frenz, Walter:**
Handbuch Europarecht, Band 1, 1. Auflage, Berlin 2004
- Frotscher, Gerrit:**
Die rechtlichen Wirkungen des § 8a KStG n. F., DStR 2004, S. 377
- Frotscher, Gerrit:**
Zu den Wirkungen des § 8a KStG n.F., DStR 2004, S. 754
- Frotscher, Gerrit/Maas, Ernst:**
KStG/UmwStG, Freiburg Erg.-Lief. 8/2007
- Führich, Gregor:**
Ist die Zinsschranke europarechtskonform?, IStR 2007, S. 342
- Geiger, Rudolf:**
EUV/EGV, München 2004
- Gocke, Rudolf/Gosch/Dietmar/Lang, Michael:**
[FS für Wassermeyer] Körperschaftsteuer, Internationales Steuerrecht, Doppelbesteuerung, Festschrift für Franz Wassermeyer zum 65. Geburtstag, München 2005
- Golücke, Martin/Franz, Matthias:**
Der Entwurf des neuen BMF-Schreibens zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung (§ 8a KStG) – eine erste Übersicht, GmbHR 2004, S. 708
- Gosch, Dietmar:**
[KStG] Körperschaftsteuergesetz, 1. Auflage, München 2005
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard:**
[EGV] Das Recht der Europäischen Union, 32. Erg.-Lief., München 2007

Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen:

[EGV] Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 1, 6. Auflage, Baden-Baden 2003

Groh, Manfred:

§ 8a KStG zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung: Einordnung von Fremdkrediten, DB 2005, S. 629

Grotherr, Siegfried:

Der Abschluß eines Gewinnabführungsvertrags als (un-)verzichtbares Tatbestandsmerkmal der körperschaftsteuerlichen Organschaft, FR 1995, S. 1

Habersack, Mathias:

Steuerumlagen im faktischen Konzern – konzernrechtlich betrachtet, BB 2007, S. 1397

Habersack, Mathias:

Europäisches Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, München 2006

Haferkamp, Ute:

[Kapitalverkehrsfreiheit] Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Baden-Baden 2003

Hahn, Hartmut:

Unterschiedliche Behandlung von Gebietsansässigen und Gebietsfremden beim Rückkauf von Aktien – DBA und Gemeinschaftsrecht, IStR 2006, S. 169

Hahn, Hartmut:

Europarechtswidrigkeit des neuen § 8a KStG?, GmbHR 2004, S. 277

Hahn, Hartmut:

Der Bosal-Fall und die eingeschränkte Problemlösungskapazität des EuGH, GmbHR 2003, S. 1245

Hailbronner, Kay/Jochum, Georg:

Europarecht II, Stuttgart 2006

Hallerbach, Dorothee:

Problemfelder der neuen Zinsschrankenregelung des § 4h EStG, StuB 2007, S. 487

Hallerbach, Dorothee:

Einführung einer Zinsschranke im Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, StuB 2007, S. 289

Harenberg, Friedrich:

Lexikon der Kapitalanlagen, Kapitalerträge und Finanzinnovationen, NWB 2005, S. 3759

Helios, Marcus/Müller, Thorsten:

Vereinbarkeit des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts mit dem EG-Vertrag, BB 2004, S. 2333

Herdegen, Matthias von:

Europarecht, 9. Auflage, München 2007

- Herzig, Norbert/Bohn, Alexander:**
Modifizierte Zinsschranke und Unternehmensfinanzierung, DB 2007, S. 1
- Herzig, Norbert/Liekenbrock, Bernhard:**
Zinsschranke im Organkreis, DB 2007, S. 2387
- Herzig, Norbert/Lochmann, Uwe:**
Die Belastungswirkungen von § 8a KStG n.F., DB 2004, S. 825
- Herzig, Norbert/Lochmann, Uwe:**
Anwendungsbereich und Rechtsfolgen von § 8a KStG n.F., StuW 2004, S. 144
- Herzig, Norbert/Wagner, Thomas:**
EuGH-Urteil "Marks & Spencer"-Begrenzter Zwang zur Öffnung nationaler Gruppenbesteuerungssysteme für grenzüberschreitende Sachverhalte, DStR 2006, S. 1
- Heuermann, Bernd (Hrsg.):**
[Blümich] Blümich EStG, KStG, GewStG, Erg.-Lief. Mai 2007
- Hey, Johanna:**
Perspektiven der Unternehmensbesteuerung in Europa, StuW 2004, S. 193
- Hobe, Stephan:**
Europarecht, 3. Auflage, Köln 2006
- Hoheisel, Michael:**
[Gesellschafter-Fremdfinanzierung] Gesellschafter-Fremdfinanzierung bei unbeschränkt Steuerpflichtigen, Hamburg 2006
- Hoheisel, Michael:**
Belastungswirkung des § 8a KStG, GmbHR 2006, S. 802
- Honrath, Alexander:**
[Kapitalverkehrsfreiheit] Umfang und Grenzen der Freiheit der Kapitalverkehrsfreiheit, 1. Auflage, Baden-Baden 1998
- Hornig, Marcus:**
Die Zinsschranke – ein europarechtlicher Irrweg, PISStB 2007, S. 215
- Hübschmann, Walter/Hepp, Ernst/Spitaler, Armin:**
[AO] Großkommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, 194. Erg.-Lief., Köln
- Hüffer, Uwe:**
[AktG] Aktiengesetz, 7. Auflage, München 2006
- Institut der Wirtschaftsprüfer:**
IDW Stellungnahme, Auslegungsfragen zu § 8a KStG, WPg 2004, S. 550
- Jacobs, Otto H.:**
Internationale Unternehmensbesteuerung, München 2002
- Janssen, Bernhard:**
Das Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Beteiligung in § 8a KStG, IStR 1998, S. 11

Jesse, Lenhard:

Richtlinien-Umsetzungsgesetz – EURLUmsG: Anpassung des § 43b EStG (Kapitalertragsteuerbefreiung) an die geänderte Mutter-Tochter-Richtlinie, IStR 2005, S. 151

Jorewitz, Gitta:

[EG-Konformität] Die Prüfung der EG-Konformität des deutschen Ertragsteuerrechts, Berlin 2004

Kanzler, H.-J.:

Zur sachlichen Rechtfertigung der Besteuerung von Unterhaltsleistungen beim Empfänger im Ausland, FR 2003, S. 1192

Kellersmann, Dietrich/Treich, Corinna:

Europäische Unternehmensbesteuerung, 1. Auflage, Wiesbaden 2002

Kempf, Andreas/Straubing, Peter:

Nochmal: Die EU-Zins-/Lizenrichtlinie und § 8 Nr. 1 GewStG, IStR 2005, S. 773

Kessler, Wolfgang:

Die Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Spannungsfeld zum Recht der Doppelbesteuerungsabkommen und Europarecht; DB 2003, S. 2507

Kessler, Wolfgang/Eicker, Klaus/Obser, Ralph:

Die Schweiz und das Europäische Steuerrecht, IStR 2005, S. 658

Kessler, Wolfgang/Eicker, Klaus/Obser, Ralph:

Die Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit, IStR 2004, S. 325

Kessler, Wolfgang/Eicker, Klaus/Schindler, Jörg:

Hinzurechnung von Dauerschuldzinsen nach § 8 Nr. 1 GewStG verstößt gegen die Zins-/Lizenzgebühren-Richtlinie, IStR 2004, S. 678

Kessler, Wolfgang/Knörzer, Daniel:

Dis Zinsschranke im Rechtsvergleich: Problemfelder und Lösungsansätze, IStR 2007, S. 418

Kessler, Wolfgang/Ortmann-Babel, Martina/Zipfel, Lars: Unternehmensteuerreform 2008: Die geplanten Änderungen im Überblick, BB 2007, S. 523

Kienzl, Ulrich-Peter:

Zuordnung von Kapitalgesellschaftsbeteiligungen zu ausländischen Betriebsstätten und Grundfreiheiten, IStR 2005, S. 693

Kingreen, Thorsten:

[Grundfreiheiten] Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Berlin 1999

Kirchhof, Paul/Söhn, Hartmut:

[EStG] Einkommensteuergesetz, Band 13, 178. Erg.-Lief., Heidelberg

Koenig, Christian/Haratsch, Andreas/Pechstein, Matthias:

Europarecht, 5. Auflage, Tübingen 2006

Köhler, Stefan:

Erste Gedanken zur Zinsschranke nach der Unternehmensteuerreform, DStR 2007, S. 597

Köhler, Stefan/Eicker, Klaus:

Aktuelles Beratungs-Know-how internationales Steuerrecht, DStR 2004, S. 672

Köhler, Stefan/Tippelhofer, Martina:

Verschärfung des § 42 AO durch das Jahresteuergesetz 2008? – Zum unterschiedlichen Missbrauchs begriff nach deutschem und europäischen Steuerrecht, IStR 2007, S. 681

Köhler, Stefan/Tippelhofer, Martina:

Kapitalverkehrsfreiheit auch in Drittstaatenfällen? – Zugleich Anmerkung zu den Entscheidungen des EuGH in der Rechtssache Lasertec (C-492/04) und Holböck (C-157/05) sowie zum BMF-Schreiben v. 21.3.2007 (IV B 7 – G 1421/0), IStR 2007, S. 645

Kokott, Juliane/Lehner, Moris (Hrsg.):

[Grundfreiheiten] Grundfreiheiten im Steuerrecht der EU-Staaten, München 2000

Kollruss, Thomas:

Weißer und grauer Einkünfte bei Outbound-Finanzierungen einer ausländischen EU-Tochterkapitalgesellschaft nach Europarecht und dem JStG 2007, BB 2007, S. 467

Körner, Andreas:

§ 8a KStG n.F. – Darstellung, Gestaltungsmöglichkeiten, Europarechtsinkonformität – Teil II, IStR 2004, S. 253

Körner, Andreas:

Das "Bosal"-Urteil des EuGH – Vorgaben für die Abzugsfähigkeit der Finanzierungsaufwendungen des Beteiligungserwerbs, BB 2003, S. 2436

Kreienbaum, Martin/Nürnberg, Eckart:

Für international operierende Unternehmen praxisrelevante Änderungen durch das Revisionsprotokoll zum DBA-USA, IStR 2006, S. 806

Kröner, Michael/Esterer, Fritz:

Steuerstandort Deutschland: Verhaltensmuster bestimmen den Erfolg der Unternehmensteuerreform, DB 2006, S. 2084

Kruschwitz, Lutz:

Investitionsrechnung, 11. Auflage, München 2007

Kußmaul, Heinz/Tcherveniachki, Vassil:

Die EuGH-Rechtssache Marks & Spencer und ihre Bedeutung für die körperschaftsteuerliche Organschaft, StuB 2005, S. 626

Lausterer, Martin:

Der Binnenmarkt hat keine Steuergrenzen, IStR 2003, S. 705

Lausterer, Martin:

X und Y: Neues zu den Grundfreiheiten des EG-Vertrages, IStR 2003, S. 19

Lehner, Moris/Reimer, Ekkehard:

Generalthema I: Quelle versus Ansässigkeit – Wie sind die grundlegenden Verteilungsprinzipien des Internationalen Steuerrechts austariert?, IStR 2005, S. 542

Lenz, Carl Otto/Borchardt, Klaus-Dieter (Hrsg.):

[EUV/EGV] EU- und EG-Vertrag, 4. Auflage, Köln 2006

Lenz, Carl Otto (Hrsg.):

[EUV/EGV] EU- und EG-Vertrag, 1. Auflage, Köln 1994

Lenz, Martin/Ribbrock, Martin:

Versagung des Verlustabzugs bei Anteilseignerwechsel – Kritische Analyse des § 8c KStG in der Fassung des Referentenentwurfs zur Unternehmensteuerreform 2008, BB 2007, S. 587

Lieber, Bettina:

Neuregelung der Hinzurechnungsbesteuerung durch das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz, FR 2002, S. 139

Lüdenbach, Norbert/Hoffmann, Wolf-Dieter:

IFRS, 4. Auflage, Freiburg 2006

Lüdicke, Jürgen:

[Europarecht] Europarecht – Ende der nationalen Steuersouveränität?, Köln 2006

Lutter, Marcus:

Die Auslegung des angeglichenen Rechts, JZ 1992, S. 593

Marx, Franz Jürgen/Hetebrügge, Dirk:

Unternehmensteuerreform 2008 im Spiegel der Teilrechnung, B 2007, S. 2381

Mensching, Oliver/Bauer, Andreas F.:

Die geplante Neufassung des § 8 a KStG: Auswirkungen auf Finanzierungsstrukturen und Unternehmenskauf, BB 2003, S. 2429

Micker, Lars:

Europarechtswidrigkeit der Organschaftsbesteuerung im Körperschaft- und Gewerbesteuerrecht?, DB 2003, S. 2734

Morgenthaler, Gerd:

Steuerparadiese und deutsche Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2000, S. 289

Morgenthaler, Gerd:

Beschränkte Steuerpflicht und Gleichheitssatz, IStR 1993, S. 258

Müller, Johannes:

[Kapitalverkehrsfreiheit] Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union, Berlin 2000

Musil, Andreas:

Systematische, verfassungsrechtliche und europarechtliche Probleme der Zinsbeschränke, DB 2008, S. 12

Musil, Andreas:

Neue Entwicklung in der Rechtsprechung zur verdeckten Gewinnausschüttung, DStZ 2003, S. 649

Nagler, Jürgen/Kleinert, Jens:

Das EuGH-Verfahren Marks & Spencer - Konsequenzen des Schlussantrages des Generalstaatsanwaltes, DB 2005, S. 855

Neu, Heinz:

Zur Kapitalertragsteuerpflicht von § 8a KStG – Vergütungen, EFG 2007, S. 787

Neumann, Ralf/Stimpel, Thomas:

Zweifelsfragen zu den Steuerfolgen von § 8a KStG n.F. bei Kapital- und Personengesellschaften im Inland, GmbHR 2004, S. 392

Obser, Ralph:

[Gesellschafter-Fremdfinanzierung] Gesellschafter-Fremdfinanzierung im europäischen Konzern, Freiburg 2005

Odendahl, Guido:

Die Grundfreiheit des Waren-, Kapital- und Zahlungsverkehrs, JA 1996, S. 221

Oechsler, Jürgen:

Erlaubte Gestaltungen im Anwendungsbereich des Art. 56 I EG, NZG 2007, S. 161

Ohler, Christoph:

EuGH: Salzburger Grundverkehrsbeschränkungen des Zweitwohnungserwerbs, EuZW 2002, S. 249

Ohler, Christoph:

Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, 1. Auflage, Berlin 2002

Ohler, Christoph:

Die Kapitalverkehrsfreiheit und ihre Schranken, WM 1996, S. 1801

Olfert, Klaus/Reichel, Christopher:

Finanzierung, 13. Auflage, Ludwigshafen 2005

Oppermann, Thomas:

Europarecht, 3. Auflage, München 2005

Oppermann, Thomas:

Europarecht, 2. Auflage, München 1999

Paal, Boris:

Deutsch-amerikanischer Freundschaftsvertrag und genuine link: Ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal auf dem Prüfstand, RIW 2005, S. 735

Palandt, Otto:

Bürgerliches Gesetzbuch, Aufl. 66, München 2006

Peters, Cees/Gooijer, Jan:

The free movement of Capital and Third Countries: Some Observations, European Taxation 2005, page 475

Piltz, Detlev/Schaumburg, Harald:

Internationale Unternehmensfinanzierung, Köln 2006

Prinz zu Hohenlohe, Franz/Heurung, Rainer:

Neufassung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung i.S. von § 8a KStG-E und Personengesellschaften, DB 2003, S. 2566

Prinz Ulrich:

Zinsschranke und Organisationsstruktur: Rechtsformübergreifend, aber nicht rechtsformneutral anwendbar, DB 2008, S. 368

Prinz, Ulrich:

Verstößt der "alte" § 8a KStG gegen die europäische Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EG)?, FR 2005, S. 370

Prinz, Ulrich/ Ley, Thomas:

Geplante Gesetzesänderungen zur Gesellschafterfremdfinanzierung nach § 8a KStG - Erste Analyse und Gestaltungsüberlegungen FR 2003, S. 933

Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger:

[Kapitalgesellschaften] Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Auflage, München 2006

Raupach, Arndt (Hrsg.):

Herrmann/Heuer/Raupach - Jahresband 2007, Köln 2007

Raupach, Arndt (Hrsg.):

Herrmann/Heuer/Raupach, [EStG/KStG] Einkommens- und Körperschaftsteuergesetz, Köln 2007

Rehm, Helmut/Nagler, Jürgen:

Verwaltung verweigert faktisch Anwendung von Art. 56 EG gegenüber Drittstaaten, IStR 2007, S. 700

Rehm, Helmut/Nagler, Jürgen:

Verbietet die Kapitalverkehrsfreiheit nach 1993 eingeführte Ausländerungleichbehandlung?, IStR 2006, S. 859

Rehm, Helmut/Nagler, Jürgen:

Ist § 8a KStG a.F. weltweit nicht mehr anwendbar?, IStR 2005, S. 261

Riesenhuber, Karl:

Europäische Methodenlehre, Berlin 2006

Rödter, Thomas/Ritzer, Claus: § 8a KStG n.F. im Outbound-Fall, DB 2004, S. 891

Rödter, Thomas/Schönfeld, Jens:

Meistbegünstigung und EG-Recht: Anmerkung zu EuGH vom 5.7.2005, C-376/03 ("D."), IStR 2005, 483, IStR 2005, S. 523

Rödter, Thomas/Schumacher, Andreas:

Erster Überblick über die geplanten Steuerverschärfungen und -entlastungen für Unternehmen zum Jahreswechsel 2003/2004, DStR 2003, S. 1725

Rödter, Thomas/Schumacher, Andreas:

Nochmals: Ungeklärte Rechtsfolgen bei der Verschärfung der Regeln zur Gesellschafterfremdfinanzierung, DStR 2003, S. 2057

Rödter, Thomas/Schumacher, Andreas:

Rechtsfolgen des § 8a KStG n.F. – Zugleich Replik zu Wassermeyer, DStR 2004, S. 749, DStR 2004, S. 758

Rödter, Thomas/Stangl, Ingo:

Zur geplanten Zinsschranke, DB 2007, S. 479

Röhrbein, Jens/Eicker, Klaus:

Verlustberücksichtigung über die Grenze - Aktuelle Rechtslage, BB 2005, S. 465

Roser, Frank:

Aspekte der Inländerdiskriminierung, EStB 2006, S. 116

Roth, Wulf-Henning:

Wettbewerb der Mitgliedstaaten oder der Hersteller?, ZHR 1995, S. 78

Rust, Alexander:

Renaissance der Kohärenz, EWS 2004, S. 450

Saß, Gert:

Nochmals: Zur Berücksichtigung von Verlusten ausländischer Tochtergesellschaften in der EU, DB 2006, S. 123

Saß, Gert:

Verstößt die Versagung des Schachtelprivilegs bei inländischen Betriebsstätten von Unternehmen anderer Mitgliedstaaten gegen das Prinzip der Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrages?, FR 1991, S. 705

Sauter, Thomas/Heurung, Rainer:

Errichtung steuerlicher Organschaften aufgrund der Unternehmenssteuerreform, GmbHR 2001, S. 165

Scheunemann, Marc/Socher, Oliver:

Zinsschranke bei Leveraged Buy-out, BB 2007, S. 1144

Scheunemann, Marc:

Europaweite Verlustberücksichtigung im Konzern, IStR 2005, S. 303

Schießl, Harald:

Neues zum Rangverhältnis zwischen Niederlassungsfreiheit und dem freien Kapitalverkehr, StuB 2007, S. 584

Schild, Claus:

Anwendung des § 8a KStG bei beschränkter Steuerpflicht, IStR 2005, S. 217

Schnitger, Arne:

[Grundfreiheiten] Die Grenzen der Einwirkung der Grundfreiheiten des EG-Vertrages auf das Ertragsteuerrecht, Freiburg 2006

Schnitger, Arne:

Die Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten, IStR 2005, S. 493

Schnitger, Arne:

Grenzüberschreitende Körperschaftsteueranrechnung und Neuausrichtung der Kohärenz nach dem EuGH-Urteil in der Rs. Manninen, FR 2004, S. 1357

Schnitger, Arne:

Mögliche Wirkungsgrenzen der Grundfreiheiten des EG-Vertrages am Beispiel des § 8a KStG, IStR 2004, S. 635

Schnitger, Arne:

Geltung der Grundfreiheiten des EGV für Drittstaatenangehörige im Steuerrecht, IStR 2002, S. 711

Schnorr, Randolph:

Die Ungleichbehandlung der Veräußerung von Anteilen an inländischen und ausländischen Kapitalgesellschaften in 2001 auf dem verfassungs- und europarechtlichen Prüfstand, FR 2006, S. 529

Schön, Wolfgang:

Europarechtliche Grundlagen für Gesellschafts- und Steuerrecht, GmbH-StB 2006, S. 9

Schön, Wolfgang:

Besteuerung im Binnenmarkt: die Rechtsprechung des EuGH zu den direkten Steuern, IStR 2004, 289

Schön, Wolfgang:

Unternehmensbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, StbJB 2003/2004, S. 27

Schön, Wolfgang (Hrsg.):

[GS für Knobbe-Keuk] Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997

Schönfeld, Jens:

[Hinzurechnung] Hinzurechnungsbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 42, 2005

Schönfeld, Jens:

EuGH konkretisiert Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten: Mögliche Konsequenzen und offene Fragen aus steuerlicher Sicht, DB 2007, S. 80

Schönfeld, Jens:

Verweist § 8 Abs. 1 KStG auch auf § 3 Nr. 4 EStG?, DStR 2006, S. 1216

Schönfeld, Jens:

Die Fortbestandsgarantie des Art. 57 Abs. 1 EG im Steuerrecht: Anmerkung zu FG Hamburg vom 9.3.2004, VI 279/01, EFG 2004, 1573, IStR 2005, S. 410

Schönfeld, Jens:

Hinzurechnungsbesteuerung zwischen Steuerwettbewerb und Grundfreiheiten, StuW 2005, S. 158

Schreiber, Ulrich:

Besteuerung der Unternehmen, 1. Auflage, Baden-Baden 2005

Schulte, Wilfried/Behnes, Stephan:

Gesellschafter-Fremdfinanzierung als verdeckte Gewinnausschüttung?, GmbHR 2004, S. 1045

Schulze, Rainer/Zuleeg, Manfred:

Europarecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2006

Schwedhelm, Rolf/Olbing, Klaus/Binnewies, Burhard: Gestaltungsüberlegungen zum Jahreswechsel 2003/2004 rund um die GmbH, GmbHR 2003, S. 1385

Schwenke, Michael:

Die Kapitalverkehrsfreiheit im Wandel?, IStR 2006, S. 748

Sedemund, Jan:

Die mittelbare Wirkung der Grundfreiheiten für in Drittstaaten ansässige Unternehmen nach den EuGH-Urteilen Fidium Finanz AG und Cadbury Schweppes, BB 2006, S. 2781

Sedemund, Jan:

EG-Vertrag, BB 2006, S. 2118

Smit, Daniel:

Capital movements and third countries: the significance of the standstill-clause ex-Article 57 (1) of the EC Treaty in the field of direct taxation, EC Tax Review 2006/4, page 203

Spengel, Christoph/Braunagel, Ralf:

EU-Recht und Harmonisierung der Konzernbesteuerung in Europa, StuW 2006, S. 34

Spengel, Christoph/Golücke, Martin:

Gesellschafter-Fremdfinanzierung: Implikationen der EG-Rechtswidrigkeit von § 8a KStG für die Praxis und den Gesetzgeber, RIW 2003, S. 333

Stahlschmidt, Michael:

Der EuGH und die Rechtssache Keller: weitere Fragen für die Kohärenzdogmatik, FR 2006, S. 525 (528)

Steindorf, Ernst:

Unvollkommener Binnenmarkt, ZHR 1994, S. 149

Streck, Michael:

KStG, 6. Auflage, München 2003

Streinz, Rudolf:

Europarecht, 7. Auflage, Heidelberg 2005

Streinz, Rudolf:

EUV/EGV, München 2003

Strnad, Oliver:

Das Korrespondenzprinzip in § 8, § 8b KStG gemäß JStG 2007, GmbHR 2006, S. 1321

Thiel, Jochen:

Kann die Korrektur der verdeckten Gewinnausschüttung einer Organgesellschaft zu einem Verlust der Muttergesellschaft führen?, DB 2006, S. 633

Thömmes, Otmar:

Abzugsbeschränkungen nach § 8b KStG und dem Halbeinkünfteverfahren, IStR 2005, S. 684

Thömmes, Otmar:

Beschränkung steuerlicher Teilwertabschreibungen auf Beteiligungen an EU-Tochtergesellschaften, IWB 2006, S. 521

Thömmes, Otmar/Stricof, Robert/Nakhai, Katja:

Thin Capitalization Rules and Non-Discrimination Principles; Intertax 2004, Vol. 32, Issue 3, page 126

Töben, Thomas/Fischer, Hardy:

Die Zinsschranke – Regelungskonzept und offene Fragen, BB 2007, S. 974

Ulmer, Peter/Habersack, Mathias/Winter, Martin:

GmbHG, Band 1, Tübingen 2005

Vogel, Klaus/Lehner, Morris:

[DBA] Doppelbesteuerungsabkommen: DBA, 4. Auflage, München 2003

Wagner, Siegfried:

Das "Bosal"- Urteil des EuGH und die Abzugsfähigkeit von Finanzierungsaufwendungen bei grenzüberschreitenden Konzernstrukturen, DStZ 2004, S. 185

Wagner, Alice/Wedl, Valentin:

[Bilanz] Bilanz und Perspektiven zum Europäischen Recht, Wien 2007

Wassermeyer, Franz:

§ 8a KStG n.F. und die gescheiterte Rückkehr zur Fiktionstheorie – keine Auswirkung auf Gesellschaftsebene, DStR 2004, S. 749

Wassermeyer, Franz:

Teilwertabschreibung auf eine zinslose Darlehensforderung des Gesellschafters gegen seine Gesellschaft, DB 2006, S. 296

Wassermeyer, Franz:

Ungeklärte Rechtsfolgen bei der Verschärfung der Regeln zur Gesellschafterfremdfinanzierung, DStR 2003, S. 2056

Wassermeyer, Franz/Piltz, Detlev (Hrsg.):

Flick/Wassermeyer/Baumhoff - Außensteuerrecht, Köln Erg.-Lief. Juli 2007

Weber, Stefan:

Kapitalverkehr und Kapitalmärkte im Vertrag über die Europäische Union, EuZW 1992, S. 561

Weber-Grellet, Heinrich:

Europäisches Steuerrecht, München 2005

Weigell, Jörg:

Geltung der Niederlassungsfreiheit auch im Verhältnis zur Schweiz, IStR 2006, S. 190

Weiss, Friedl:

"Market Access" – Marktzugang im Europa- und internationalen Handelsrecht, RIW 2006, S. 170

Wellige, Kristian:

Weg mit dem VW-Gesetz, EuZW 2003, S. 427

Wiese, Götz T.:

Der Untergang des Verlust- und Zinsvortrages bei Körperschaften, DStR 2007, S. 741

Wilmowsky, Peter von:

Europäisches Kreditsicherungsrecht, Tübingen 1996

Zielke, Rainer:

Gesellschafter-Fremdfinanzierung und Doppelbesteuerung in der Europäischen Union, RIW 2006, S. 600

Verzeichnis der zitierten Rechtsprechung

Europäischer Gerichtshof:

EuGH Urt. v. 6.11.2007, C-415/06,
Rs. "Stahlwerk Ergste Westig", GmbHR 2008, S. 154

EuGH Urt. v. 23.10.2007, C-112/05,
Rs. "Goldene Aktien VII (Kommission/Deutschland)",
abrufbar unter: <http://www.curia.eu>

EuGH Urt. v. 24.5.2007, C-157/05,
Rs. "Holböck", IStR 2007, S. 441

EuGH Beschluss v. 10.5.2007, C-492/04,
Rs. "Lasertec", IStR 2007, S. 439

EuGH Urt. v. 29.3.2007, C-347/04,
Rs. "Rewe Zentralfinanz", RIW 2007, S. 390

EuGH Urt. v. 13.3.2007, C-524/04,
Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation", IStR 2007, S. 249

EuGH Urt. v. 6.3.2007, C-292/04,
Rs. "Meilicke", abrufbar unter: <http://www.curia.eu>

EuGH Urt. v. 14.12.2006, C-170/05,
Rs. "Denkavit", IStR 2007, S. 62

EuGH Urt. v. 12.12.2006, C-374/04,
Rs. "Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation",
abrufbar unter: <http://www.curia.eu>

EuGH Urt. v. 12.12.2006, C-446/04,
Rs. "Test Claimants in the FII Group Litigation", IStR 2007, S. 69

EuGH Urt. v. 3.10.2006, C-452/04,
Rs. "Fidium Finanz AG", IStR 2006, S. 754

EuGH Urt. v. 12.9.2006, C-196/04,
Rs. "Cadbury Schweppes", DStR 2006, S. 441

EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-471/04,
Rs. "Keller Holding", Slg. 2006, I- 2111

EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-513/03,
Rs. "Van Hilten", Slg. 2006, I-1957

EuGH Urt. v. 23.2.2006, C-253/03,
Rs. "CLT-UFA", Slg. 2006, I-1863

EuGH Urt. v. 19.1.2006, C-265/04,
Rs. "Bouanich", Slg. 2006, I-945

EuGH Urt. v. 13.12.2005, C-446/03,
Rs. "Marks & Spencer", Slg. 2005, I-10866

EuGH Urt. v. 24.11.2005, C-366/04,
Rs. "Schwarz", Slg. 2005, I-10153

EuGH Urt. v. 5.7.2005, C-376/03,
Rs. "D.", Slg. 2005, I-5821

EuGH Urt. v. 6.6.1995, C-470/93,
Rs. "Mars", Slg. 1995, I-1923

EuGH Urt. v. 2.6.2005, C-174/04,
Rs. "Goldene Aktien VI (Kommission/Italien)", Slg. 2005, I-4949

EuGH Urt. v. 26.5.2005, C-20/03,
Rs. "Burmanjer", Slg. 2005, I-4133

EuGH Urt. v. 14.10.2004, C-36/02,
Rs. "Omega", Slg. 2004, I-9609

EuGH Urt. v. 7.9.2004, C-319/02,
Rs. "Manninen", Slg. 2004, I-7498

EuGH Urt. v. 15.7.2004, C-315/02,
Rs. "Lenz", Slg. 2004, I-7081

EuGH Urt. v. 15.6.2004, C-242/03,
Rs. "Weidert und Paulus", Slg. 2004, I-7379

EuGH Urt. v. 25.3.2004, C-71/02,
Rs. "Karner", Slg. 2004, I-3025

EuGH Urt. v. 11.3.2004, C-9/02,
Rs. "Hughes de Lasteyrie du Saillant", Slg. 2004, I-2431

EuGH Urt. v. 23.9.2003, C-452/01,
Rs. "Ospelt und Schlössle Weissenberg", Slg. 2003, I-9743

EuGH Urt. v. 12.6.2003, C-234/01,
Rs. "Gerritse", Slg. 2003, I-5933

EuGH Urt. v. 13.5.2003, C-98/01,
Rs. "Goldene Aktien V (Kommission/Vereinigtes Königreich)", Slg. 2003, I-4641

EuGH Urt. v. 13.5.2003, C-463/00,
Rs. "Goldene Aktien IV (Kommission/Spanien)", Slg. 2003, I-4581

EuGH Urt. v. 12.12.2002, C-324/00,
Rs. "Lankhorst-Hohorst", Slg. 2002, I-11779

EuGH Urt. v. 21.11.2002, C-436/00,
Rs. "X und Y", Slg. 2002, I-10847

EuGH Urt. v. 4.10.2002, C-294/99,
Rs. "Athinaiki Zythopoia", Slg. 2001, I-6813

EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-503/99,
Rs. "Goldene Aktien III (Kommission/Belgien)", Slg. 2002, I-4833

EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-367/98,
Rs. "Goldene Aktien II (Kommission/Frankreich)", Slg. 2002, I-4781

EuGH Urt. v. 4.6.2002, C-367/98,
Rs. "Goldene Aktien I (Kommission/Portugal)", Slg. 2002, I-4731

EuGH Urt. v. 5.3.2002, verb. Rs. C-515/99, C-519/99 bis C-524/99 und
C-526/99 bis C-540/99, Rs. "Salzburger Zweitwohnungssteuer", Slg. 2002, I-2157

EuGH Urt. v. 7.2.2002, C-279/00,
Rs. "Kommission/Italien", Slg. 2002, I-1425

EuGH Urt. v. 22.1.2002, C-390/99,
Rs. "Canal Satélite Digital", Slg. 2002, I-607

EuGH Urt. v. 8.3.2001, C-410/98,
Rs. "Metallgesellschaft/Hoechst", Slg. I-1760

EuGH Urt. v. 6.6.2000, C-35/98,
Rs. "Verkooijen", Slg. 2000, I-4071

EuGH Urt. v. 13.4.2000, C-251/98,
Rs. "Baars", Slg. 2000, I-2805

EuGH Urt. v. 14.3.2000, C-54/99,
Rs. "Église de scientologie", Slg. 2000, I-1335

EuGH Urt. v. 9.3.2000, C-358/98,
Rs. "Kommission/Italien", Slg. 2000, I-1255

EuGH Urt. v. 26.10.1999, C-294/97,
Rs. "Eurowings", Slg. 1999, I-7463

EuGH Urt. v. 14.10.1999, C-439/97,
Rs. "Sandoz", Slg. 1999, I-7066

EuGH Urt. v. 21.9.1999, C-307/97,
Rs. "Saint Gobain", Slg. 1999, I-6161

EuGH Urt. v. 14.9.1999, C-391/97,
Rs. "Gschwind", Slg. 1999, I-5478

EuGH Urt. v. 1.6.1999, C-302/97,
Rs. "Konle", Slg. 1999, I-3122

EuGH Urt. v. 29.4.1999, C-311/97,
Rs. "Royal Bank of Scotland", Slg. 1999, I-2651

EuGH Urt. v. 16.3.1999, C-222/97,
Rs. "Trummer und Mayer", Slg. 1999, I-1661

EuGH Urt. v. 16.7.1998, C-264/96,
Rs. "ICI", Slg. 1998, I-4695

EuGH Urt. v. 7.5.1998, C-350/96,
Rs. "Clean Car", Slg. 1998, I-2521

EuGH Urt. v. 28.4.1998, C-118/96,
Rs. "Safir", Slg. 1998, I-1897

EuGH Urt. v. 17.7.1997, C-28/95,
Rs. "Leur Bloem", Slg. 1997, I-4161

EuGH Urt. v. 9.7.1997, C-222/95,
Rs. "Parodi", Slg. 1997, I-3899

EuGH Urt. v. 15.5.1997, C-250/95,
Rs. "Futura Singer", Slg. 1997, I-2492

EuGH Urt. v. 14.12.1995, verb. C-163/94, C-164/95 u. C-250/94,
Rs. "Sanz de Lera", , Slg. 1995, I-4821

EuGH Urt. v. 30.11.1995, C-55/94,
Rs. "Gebhard", Slg. 1995, I-4165

EuGH Urt. v. 14.11.1995, C-484/93,
Rs. "Svenson und Gustavson", Slg. 1995, I-3955

EuGH Urt. v. 26.10.1995, C-151/94,
Rs. "Kommission/Luxemburg", Slg. 1995, I-3685

EuGH Urt. v. 11.8.1995, C-80/04,
Rs. "Wielockx", Slg. 1995, I-2493

EuGH Urt. v. 23.2.1995, C-358/93 u. C-416/93,
Rs. "Bordessa", Slg. 1995, I-361

EuGH Urt. v. 14.2.1995, C-279/93,
Rs. "Schumaker", Slg. 1995, I-225

EuGH Urt. v. 24.3.1994, C-275/92,
Rs. "Schindler", Slg. 1994, I-1039

EuGH Urt. v. 24.11.1993, C-267/91 und C-268/91,
Rs. "Keck", Slg. 1993, S. I-6097

EuGH Urt. v. 26.1.1993, C-112/91,
Rs. "Werner", Slg. 1993, I-429

EuGH Urt. v. 28.1.1992, C-204/90,
Rs. "Bachmann", Slg. 1992, I-249

EuGH Urt. v. 21.9.1988, C-267/86,
Rs. "Van Eycke/ASPA", Slg. 1988, I-4769

EuGH Urt. v. 9.7.1987, C-356/85,
Rs. "Kommission/Belgien", Slg. 1987, I-3299

EuGH Urt. v. 7.5.1987, C-193/85,
Rs. "Co-Frutta", Slg. 1987, I-2085

EuGH Urt. v. 4.4.1986, C-27/67,
Rs. "Fink-Frucht", Slg. 1968, I-333

EuGH Urt. v. 28.1.1986, C-270/83,
Rs. "Kommission/Frankreich (avoir fiscal)", Slg. 1986, I-273

EuGH Urt. v. 31.1.1984, verb. Rs. C-286/82 und C-26/83,
Rs. "Luisi und Carbone", Slg. 1984, I-377

EuGH Urt. v. 28.2.1979, C-120/78,
Rs. "Cassis de Dijon", Slg. 1979, I-649

EuGH Urt. v. 11.7.1974, C-8/74,
Rs. "Dassonville", Slg. 1974, I-837

EuGH Urt. v. 12.2.1974, C-152/73,
Rs. "Sotgui", Slg. 1974, S. 153

Bundesfinanzhof:

BFH Urt. v. 7.2.2007, DStR 2007, S. 895

BFH Vorlagebeschluss v. 22.8.2006, IStR 2006, S. 862

BFH Urt. v. 9.8.2006, BStBl. II 2007, S. 279

BFH Urt. v. 21.12.2005, DB 2006, S. 1139

BFH Urt. v. 22.7.2003, BStBl. II 2003, S. 851

BFH Urt. v. 13.10.1988, BStBl II 1988, S. 252

BFH Urt. v. 20.8.1986, BStBl. II 1987, S. 455

BFH Urt. v. 1.9.1982, BStBl. II 1983, S. 147

BFH Urt. v. 10.12.1975, BStBl. II 1976, S. 226

BFH Urt. v. 25.6.1974, BStBl. II 1974, S. 735

Finanzgerichte:

FG Münster Urt. v. 9.11.2007, EFG 2008, S. 406

FG Hamburg Urt. v. 9.3.2007, EFG 2007, S. 787

FG Baden-Württemberg Beschluss v. 14.10.2004, IStR 2005, S. 275

FG Hamburg Urt. v. 9.3.2004, EFG 2004, S. 1573

Verzeichnis der zitierten Schlussanträge der EuGH-Generalanwaltschaft

Schlussanträge des Generalanwalts Bot v. 11.9.2007 in der
Rs. "A.", C-101/05, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>

Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer v. 13.2.2007 in der
Rs. "VW-Gesetz", C-112/05, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>

Schlussanträge des Generalanwalts Geelhoed v. 29.6.2006 in der
Rs. "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation", C-524/04,
abrufbar unter: <http://www.curia.eu>

Schlussanträge des Generalanwalts Maduro v. 31.5.2006 in der
Rs. "Rewe Zentralfinanz eG gegen Finanzamt Köln-Mitte", C-347/04,
abrufbar unter: <http://www.curia.eu>

Schlussanträge des Generalanwalts Léger v. 2.5.2006 in der
Rs. "Cadbury Schweppes", C-196/04, abrufbar unter: <http://www.curia.eu>

Schlussanträge des Generalanwalts Geelhoed v. 23.2.2006 in der
Rs. "Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation", C-374/04,
abrufbar unter: <http://www.curia.eu>

Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer v. 26.10.2006 in der
Rs. "D.", C-376/03, Slg. 2005, I-5821

Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 14.7.2005 in der
Rs. "Bouanich", C-265/04, Slg. 2006, I-925

Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano v. 7.7.2005 in der
Rs. "Sevic Systems", C-411/03, Slg. 2005, I-10805

Schlussanträge des Generalanwalts Léger v. 14.4.2005 in der
Rs. "CLT-UFA", Rs. C-253/03, Slg. 2006, I-1831

Schlussanträge des Generalanwalts Maduro v. 7.4.2005 in der
Rs. "Marks & Spencer", C-446/03, Slg. 2005, I-10839

Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 18.3.2004 in der
Rs. "Manninen", C-319/02, Slg. 2004, I-7477

Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 3.3.2005 in der
Rs. "Goldene Aktien VI (Kommission/Italien)", C-174/04, Slg. 2005, I-4933

Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 12.2.2004 in der
Rs. "Weidert und Paulus", C-242/03, Slg. 2004, I-7379

Schlussanträge des Generalanwalts Geelhoed v. 10.4.2003 in der
Rs. "Ospelt und Schlössle Weissenberg", C-452/01, Slg. 2003, I-9743

Schlussanträge des Generalanwalts Mischo v. 26.9.2002 in der
Rs. "Lankhorst-Hohorst", C-324/00, Slg. 2002, I-11779

Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo v. 3.7.2001 in der
Rs. "Kommission/Portugal (Goldene Aktie I)", C-367/98, Slg. 2002, I-4733

Schlussanträge des Generalanwalts Geelhoed v. 20.11.2001 in der
Rs. "Salzburger Zweitwohnungsteuer", verbundene Rs. C-515/99, C-519/99 bis C-
524/99 und C-526/99 bis C-540/99, Slg. 2002, I-2168

Schlussanträge des Generalanwalts Alber v. 14.10.1999 in der
Rs. "Baars", C-251/98, Slg. 2000, I-2787

Schlussanträge des Generalanwalts Elmer v. 17.5.1995 in der
Rs. "Svenson und Gustavson", C-484/93, Slg. 1995, I-3957

Verzeichnis der zitierten Verwaltungsanweisungen des BMF

BMF-Schreiben v. 21.3.2007, BStBl. I 2007, S. 302

BMF-Schreiben v. 22.7.2005, BStBl. I 2005, S. 820

BMF-Schreiben v. 28.6.2005, BStBl. I 2005, S. 858

BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, S. 593

BMF-Schreiben v. 15.12.1994, BStBl. I 1995, S. 25, berichtigt S. 176

BMF-Schreiben v. 16.3.1987, BStBl. I 1987, S. 373