

Grenzüberschreitende Beteiligungs- und Zinserträge

Prof. Dr. Jürgen Lüdicke
Rechtsanwalt/Steuerberater, Hamburg

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none">I. EinführungII. Grenzüberschreitende Zinserträge<ul style="list-style-type: none">1. Abgrenzung zu Beteiligungserträgen2. Beschränkte Steuerpflicht bei Zinserträgen3. Freistellung im Quellenstaat4. Vollzugsdefizite bei grenzüberschreitenden SparzinsenIII. Grenzüberschreitende Beteiligungserträge<ul style="list-style-type: none">1. Allgemeines2. Grenzüberschreitende Beteiligungserträge von Kapitalgesellschaften: Freistellung vs. indirekte Anrechnung3. Berücksichtigung der steuerlichen Vorbelastung der ausländischen Beteiligungsgesellschaft4. Beteiligungsaufwand | <ul style="list-style-type: none">5. Kapitalrückzahlungen von ausländischer Gesellschaft6. Kapitalertragsteuer bei ausländischen Gesellschaftern7. Besteuerung von Veräußerungsgewinnen vs. Beteiligungserträge<ul style="list-style-type: none">a) Grundkonzeptionen im deutschen Steuerrecht und im DBA-Rechtb) Exkurs: Verdeckte Einlagen nach dem JStG 2007IV. Bruttobesteuerung von Beteiligungs- und Zinserträgen im QuellenstaatV. Anrechnung und Abzug ausländischer Steuer im AnsässigkeitsstaatVI. Unterkapitalisierung, GesellschafterfremdfinanzierungVII. Schlussbemerkung |
|---|--|

I. Einführung

Das Thema „Grenzüberschreitende Beteiligungs- und Zinserträge“ hat eine steuerrechtliche wie auch eine steuerpolitische Dimension. Durch die Debatte der letzten Monate über die sog. Besteuerung von Zinsaufwand und aufgrund verschiedener Regelungen im JStG 2007¹ hat das Thema eine ungeahnte Aktualität erhalten.

Die Zahlungsbilanzstatistik der Deutschen Bundesbank² weist für das Jahr 2005 vom Ausland erhaltene Vermögenseinkommen (Kapitalertragseinnahmen) von insgesamt 133 Mrd. Euro sowie entsprechende Abflüsse an das

1 Dem bei der Jahrestagung der DStJG am 12.9.2006 gehaltenen Vortrag lag noch der Regierungsentwurf eines Jahressteuergesetzes 2007 (JStG 2007) – BR-Drucks. 622/06 v. 1.9.2006 – zugrunde; das JStG 2007 ist inzwischen in Kraft getreten als Gesetz v. 13.12.2006, BGBl. I 2006, 2878.

2 http://www.bundesbank.de/statistik/statistik_aktuell_aussenwirtschaft.php.

Ausland von 123 Mrd. Euro aus. Darin sind aus dem Ausland bezogene Dividenden von 28 Mrd. Euro und ins Ausland gezahlte Dividenden von 18 Mrd. Euro enthalten. Die grenzüberschreitend gezahlten Zinsen betragen in beiden Richtungen jeweils knapp 100 Mrd. Euro, davon jeweils rund die Hälfte für Anleihen und die andere Hälfte für Kredite.³

Die volkswirtschaftliche Bedeutung dieser grenzüberschreitenden Kapitalerträge steht außer Frage. Steuerpolitisch liegen zwei grundsätzliche Erkenntnisse auf der Hand. Das in diesen Zahlungsströmen zum Ausdruck kommende Einkommen aus Kapital stellt ein durchaus wesentliches Steuersubstrat dar, dessen Besteuerung haushaltspolitisch nicht zu vernachlässigen ist. Andererseits muss jegliche Besteuerung dem Faktum Rechnung tragen, dass auch die zu Grunde liegenden Investitionen und Kapitalströme ein bedeutender volkswirtschaftlicher Faktor – jedoch international sehr beweglich, ja sogar „flüchtig“ – sind. Internationale Steuerplanung ist ein Faktum und als solche auch weder zu beanstanden noch zu unterbinden.⁴

Die nachfolgenden Überlegungen beginnen mit einigen vergleichsweise einfachen Fragestellungen bei der Besteuerung grenzüberschreitender Zinserträge und wenden sich sodann den deutlich komplexeren Problemstellungen bei grenzüberschreitenden Beteiligungserträgen, namentlich Dividenden, zu. Daran anschließend folgen einige Überlegungen zu Fragen, die sich im Quellenstaat bzw. im Ansässigkeitsstaat für Zins- und Beteiligungserträge in gleicher Weise stellen. Last but not least ist die Gesellschafterfremdfinanzierung als eine der ganz wesentlichen Schnittstellen zwischen Beteiligungserträgen und Zinserträgen zu würdigen.

II. Grenzüberschreitende Zinserträge

1. Abgrenzung zu Beteiligungserträgen

Grenzüberschreitende Zinserträge müssen in vielen Staaten wie auch in Deutschland von Beteiligungserträgen abgegrenzt werden, wenn die Beteiligungserträge wegen ihrer körperschaftsteuerlichen Vorbelastung einer abweichenden Besteuerung unterliegen. Beispielhaft seien hierfür das deutsche Halbeinkünfteverfahren oder das österreichische Halbsatzverfahren genannt.

Während die Abgrenzung vielfach keine weiteren Probleme aufwirft, kann sie sich bei untypischen, mitunter als hybrid bezeichneten Kapitalanlagen als problematisch erweisen. Für das deutsche Steuerrecht sei hierzu beispielhaft

3 <http://www.bundesbank.de/download/volkswirtschaft/zahlungsbilanzstatistik/2006/zahlungsbilanzstatistik092006.pdf>, S. 30 ff.

4 Vgl. speziell zur Steuerplanung beim Einsatz von Kapitalgesellschaften *Spengel*, Gutachten G zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. G 17 f.

auf die Regelung in § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG verwiesen, nach der – korrespondierend zu § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG – Gewinnanteile aus Genussrechten, mit denen das Recht am Gewinn und Liquidationserlös einer Kapitalgesellschaft verbunden ist, wie Beteiligungserträge (Dividenden) besteuert werden. Fehlt es an der Beteiligung am Gewinn *und* Liquidationserlös, liegen andere Kapitalerträge und damit Zinsen im weitesten Sinne vor. Es liegt auf der Hand, dass sich die Frage einer solchen Abgrenzung in vielen Staaten in vergleichbarer Weise stellt; sie stellt sich auch für die Anwendung der DBA. Ebenso liegt es auf der Hand, dass die Abgrenzungskriterien in anderen Staaten andere sein können. Dies kann in Ausnahmefällen selbst bei Dividenden einer Kapitalgesellschaft der Fall sein.⁵ Qualifikationskonflikte sind in solchen Fällen unvermeidlich.

Zwei weitere Grenzlinien zwischen Zins- und Beteiligungserträgen sind zu erwähnen, nämlich die Qualifizierung überhöhter Zinsen als verdeckte Gewinnausschüttung und die Gesellschafterfremdfinanzierung. Hierauf ist später zurückzukommen.⁶

2. Beschränkte Steuerpflicht bei Zinserträgen

Deutschland knüpft die beschränkte Steuerpflicht von Kapitalerträgen vielfach an den inländischen Wohnsitz, die inländische Geschäftsleitung oder den inländischen Sitz des Schuldners dieser Kapitalerträge. Dies gilt beispielsweise für Zinsen aus partiarischen Darlehen und Einnahmen aus typisch stillen Gesellschaften.⁷ Um die Besteuerung auch im Verhältnis zu anderen DBA-Staaten zu ermöglichen, ist Deutschland in seiner Abkommenspraxis dazu übergegangen, solche Erträge nicht der Regelung des Art. 11 OECD-MA für Zinsen zu unterstellen, wonach eine Besteuerung regelmäßig ausscheiden oder auf höchstens 10 % begrenzt würde.⁸ Vielmehr wird für derartige gewinnabhängige Zahlungen, die beim Schuldner Betriebsausgaben darstellen, entweder ein deutlich erhöhtes Quellenbesteuerungsrecht oder sogar ein unbegrenztes Besteuerungsrecht vereinbart.⁹

Im Gegensatz zu solchen gewinnabhängigen Zinserträgen unterliegen sog. einfache Darlehenszinsen, die ein inländischer Schuldner zahlt, nicht der beschränkten Steuerpflicht. Da diese Zinsen vielfach ebenfalls Betriebsausgaben darstellen werden, erstaunt der Verzicht auf jegliche Besteuerung auf

5 So können – zum Ausgleich der Geldentwertung – Ausschüttungen brasilianischer Kapitalgesellschaften, die aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses an deren Anteilseigner gezahlt werden, bei der Gesellschaft unter bestimmten Umständen als sog. Eigenkapitalverzinsung abziehbar sein; vgl. *Krabbe* in Debatin/Wassermeyer DBA Brasilien Art. 10 Rz. 12 m. w. N.

6 Unten sub III.3. und VI.

7 § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a i. V. m. § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG.

8 Vgl. Abkommensübersicht bei *Vogel/Lehner*, DBA⁴, Art. 11 Rz. 48.

9 Vgl. Abkommensübersicht bei *Vogel/Lehner*, DBA⁴, Art. 11 Rz. 48, 51.

den ersten Blick. Ist der Empfänger der Zinsen in einer Steueroase ansässig, können die Zinsen endgültig niedrig besteuert sein oder sogar jeglicher Besteuerung entgehen.

Nachdem einfache Darlehenszinsen vorübergehend der im Jahr 1989 eingeführten und schon nach sechs Monaten wieder abgeschafften sog. kleinen Kapitalertragsteuer von 10 % unterlegen hatten,¹⁰ blieb es bei der Einführung des Zinsabschlags im Jahr 1993 dabei, dass einfache Darlehenszinsen grundsätzlich nicht der beschränkten Steuerpflicht unterliegen. Der Verzicht auf die Besteuerung von einfachen Darlehenszinsen war im Wesentlichen dem Finanzplatz Deutschland und der Sicherung des Zustroms ausländischen Kapitals sowie der DBA-rechtlichen Lage geschuldet.¹¹ Allen gleichheitsrechtlichen Bedenken zum Trotz¹² wird man die Entscheidung angesichts des rechtstatsächlichen Umfelds in anderen Staaten auch heute noch als finanzpolitisch wise bezeichnen können. Eine Besteuerung wäre gegenüber vielen DBA-Partnerstaaten ohne eine Änderung der Abkommen ohnehin nicht durchsetzbar; für eine solche Änderung fehlt es derzeit an einem internationalen Konsens.¹³

Einfache Darlehenszinsen, die an einen ausländischen Gläubiger gezahlt werden, unterliegen allerdings in zwei Fällen ausnahmsweise der beschränkten Steuerpflicht: bei Tafelgeschäften und bei Besicherung der Darlehensforderung durch inländischen Grundbesitz. Die Einbeziehung der im Tafelgeschäft ausgezahlten Zinsen in die beschränkte Steuerpflicht ist vor dem Hintergrund zu sehen und gerechtfertigt, dass anderenfalls die Besteuerung von Steuerinländern bei Tafelgeschäften kaum sicherzustellen wäre; Steuer ausländischer werden kaum auf deutsche Bankschalter angewiesen sein.

Einen genaueren Blick verdient hingegen die Anknüpfung der beschränkten Steuerpflicht an die Besicherung der Darlehensforderung durch inländischen Grundbesitz; diese Besicherung führt selbst dann zur beschränkten Steuerpflicht der Zinsen, wenn weder der Gläubiger noch der Schuldner Inländer

10 § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a EStG i.d.F. des StRefG 1990 v. 25.7.1988, BGBl. I 1988, 1093 – BStBl. I 1988 S. 224 und des HbgJG 1989 v. 20.12.1988, BGBl. I 1988, 2262 – BStBl. I 1989 S. 19; Änderungen wieder aufgehoben durch Gesetz zur Änderung des StRefG 1990 sowie zur Förderung des Mietwohnungsbaus und von Angestellten in Privathaushalten v. 30.6.1989, BGBl. I 1989, 1267 – BStBl. I 1989 S. 251. Zu Einzelheiten vgl. Lüdicke in Lademann, EStG, § 49 Anm. 686 ff.

11 Vgl. BT-Drucks. 12/2501, 12.

12 Vgl. auch Schön, DStJG 23 (2000), S. 191/213 m. w. N.

13 Nicht auszuschließen ist freilich, dass sich entsprechende Forderungen längerfristig durchzusetzen vermögen; vgl. etwa Krause-Junk/Müller in FS Helmut Debatin, 1997, S. 255/265; Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen, Reform der internationalen Kapitaleinkommensbesteuerung, Schriftenreihe des BMF, Heft 65 (1999), S. 69 ff., 112 ff.; ähnlich McLure, Tax Policies for the XXIst Century, in IFA Congress Vol. 21d (1996), Visions of the Tax Systems of the XXIst Century, S. 9/44.

sind, die Zinsen mit anderen Worten vom Ausland ins Ausland gezahlt werden. Die altehrwürdige Regelung¹⁴ überzeugt weder systematisch noch im Ergebnis. Zwar legt das Abstellen auf inländischen Grundbesitz einen Gedankan an das international anerkannte Belegenheitsprinzip¹⁵ nahe. Bei Lichte betrachtet fehlt es indessen an jeglichem Bezug zwischen dem Zinsertrag und dem Grundbesitz. Dementsprechend ändert die Besicherung auch nichts an der Anwendbarkeit des Zinsartikels der DBA¹⁶ auf die Zinsen mit der Folge des weitgehenden Ausschlusses des deutschen Besteuerungsrechts. Rechtsvereinigung bietet sich an.¹⁷

3. Freistellung im Quellenstaat

Das OECD-MA schlägt in Art. 11 Abs. 2 ein auf 10 % des Bruttobetragtes der Zinsen begrenztes Quellenbesteuerungsrecht vor. Die moderne Staatenpraxis tendiert zumindest zwischen Industriestaaten dazu, dem Quellenstaat für einfache Darlehenszinsen keinerlei Besteuerungsrecht einzuräumen.¹⁸ Bei gewinnabhängigen Vergütungen, etwa aus partiarischen Darlehen oder stillen Beteiligungen, behält Deutschland sich, ebenso wie etliche andere Staaten, allerdings häufig ein begrenztes oder sogar unbegrenztes Quellenbesteuerungsrecht vor.¹⁹

Auch innerhalb der Europäischen Union bestehen Bestrebungen, die Quellenbesteuerung zu reduzieren. So ist seit 2004 nach der Richtlinie über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten (Zins-/Lizenzrichtlinie – ZLRL)²⁰ in gewissen Konzernfällen die Erhebung von Quellensteuern auf Zinsen und Lizenzzahlungen ausgeschlossen. Allerdings gilt dies nur im Verhältnis zwischen unmittelbarer Mutter- und Tochtergesellschaft sowie zwischen Schwestergesellschaften.

14 Vgl. § 3 Abs. 2 Nr. 6 EStG 1925; § 49 Nr. 5 EStG 1934; kritisch bereits *E. Becker*, Die Grundlagen der Einkommensteuer, 1940 (Reprint 1982), S. 152 f.

15 Vgl. Art. 6 und Art. 13 Abs. 1 OECD-MA als Ausdruck dessen.

16 Art. 11 OECD-MA.

17 Die Regelung wurde früher ggü. den Niederlanden durch eine Sonderbestimmung im DBA Deutschland-Niederlande (Art. 4 Abs. 3 a. F.) „abgesichert“; nachdem die Niederlande eine entsprechende nationale Bestimmung zur beschränkten Steuerpflicht zum 1.1.1987 gestrichen hatten und Steuerpflichtige dies steuerplanerisch nutzten, um durch Besicherung von Forderungen mit niederländischem Grundbesitz jeglicher Besteuerung zu entgehen, wurde das DBA durch Änderungsprotokoll v. 21.5.1991 zu Recht geändert (vgl. im Einzelnen *Galavazi* in *Debatin/Wasermeyer*, DBA Niederlande Art. 4 Rz. 70). Die Abschaffung der unsinnigen beschränkten Steuerpflicht derartiger Fälle auch in Deutschland wurde indessen nicht einmal in Erwägung gezogen.

18 Vgl. Abkommensübersicht bei *Vogel/Lehner*, DBA⁴, Art. 11 Rz. 48.

19 So oben Fn. 9.

20 Richtlinie 2003/49/EG des Rates vom 3.6.2003, Abl. EG L 157/49 v. 26.6.2003.

Der in der DBA-Praxis und der Zins-/Lizenzrichtlinie zum Ausdruck kommende Konsens der Industriestaaten, auf eine Quellenbesteuerung einfacher Darlehenszinsen zu verzichten, dürfte auf absehbare Zeit unumkehrbar sein. Für den Besteuerungsverzicht spricht nicht zuletzt die ansonsten bestehende Gefahr einer Überbesteuerung im Quellenstaat. Bei der aus Praktikabilitätsgründen üblichen abgeltenden Bruttobesteuerung von den Einnahmen ist eine Überbesteuerung in all den Fällen vorgezeichnet, in denen die Darlehensgewährung, die den grenzüberschreitenden Zinserträgen zu Grunde liegt, ihrerseits refinanziert ist.²¹ Die erzielbare Marge wird in aller Regel niedriger sein als ein noch so bescheidener Quellensteuerabzug von beispielsweise 10 %.

4. Vollzugsdefizite bei grenzüberschreitenden Sparzinsen

Die Behandlung grenzüberschreitender Zinserträge wäre ohne einen Hinweis auf spezifische Vollzugsdefizite zweifellos unvollständig, zumal wir es hier ersichtlich nicht nur mit einem deutschen, sondern mit einem weltweiten Phänomen zu tun haben.

Ob dem Phänomen in absehbarer Zeit durch eine Harmonisierung der Quellenbesteuerung in wichtigen Industriestaaten beizukommen ist²², erscheint bei realistischer Betrachtung eher zweifelhaft. Stellt schon die Einigung der wesentlichen Industriestaaten eine nicht zu unterschätzende Herausforderung dar, so dürften selbst nach einem solchen Schritt genügend Lücken verbleiben. Für diese Einschätzung sprechen auch erste Erfahrungen mit der seit Juli 2005 in Kraft getretenen Richtlinie über private Ersparniszinsen der EU,²³ die immerhin auch in einigen angrenzenden Steueroasen angewendet wird.²⁴ Nach Presseberichten²⁵ bleiben die aufgrund der Zinsenrichtlinie erhobenen Steuern deutlich hinter den Erwartungen zurück. Dazu dürften auch innovative Produkte beitragen, welche von der Zinsenrichtlinie schlicht nicht erfasst sind.²⁶ Letztlich zeigen diese Erfahrungen,

21 So auch OECD-MK zu Art. 11 Tz. 7.1.

22 Vgl. den Vorschlag des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesfinanzministerium in seinem Jahresgutachten 1998 (a. a. O., Fn. 13), S. 69 ff., 112 ff.

23 Richtlinie 2003/48/EG des Rates vom 3.6.2003 im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen, ABLEG L 157/38 v. 26.6.2003; die Zinsrichtlinie findet auch in abhängigen und assoziierten Gebieten Anwendung (vgl. Erwägungsgrund Nr. 24, Art. 7 und Art. 17 Abs. 2 (ii) der Richtlinie; ferner § 16a der Zinsinformationsverordnung – ZIV v. 26.1.2004, BGBl. I 2004, 428). Vgl. auch *Seiler/Lohr*, DStR 2005, 537.

24 Andorra, Liechtenstein, Monaco, San Marino, Schweiz. Zum Zinsbesteuerungsabkommen mit der Schweiz vgl. eingehend *Hinny* in Lüdicke (Hrsg.), *Europa-recht – Ende der nationalen Steuersouveränität?*, 2006, S. 45/68 ff.

25 „Zinssteuer fließt spärlich“, Handelsblatt, 8.2.2006, S. 29.

26 Vgl. auch die Kleine Anfrage v. 30.3.2006 sowie die Antwort der Bundesregierung v. 19.4.2006 zur „Anwendung der EU-Zins-Steuer-Richtlinie und massiver Kapi-

dass punktuelle Regelungen, welche wirtschaftlich ähnliche oder vergleichbare Sachverhalte nicht erfassen, im internationalen ebenso wie im rein nationalen Kontext problematisch sind.

III. Grenzüberschreitende Beteiligungserträge

1. Allgemeines

Bei grenzüberschreitenden Beteiligungserträgen von Kapitalgesellschaften ist – nicht anders als bei innerstaatlichen Beteiligungserträgen – die Grundproblematik darin zu sehen, dass zur Besteuerung des Gewinns der Kapitalgesellschaft als weitere Ebene die Besteuerung des Gesellschafters hinzutritt. Der Gesellschafter wiederum wird traditionellerweise sowohl vom Staat der ausschüttenden Gesellschaft als auch von seinem Ansässigkeitsstaat besteuert. Um es vorweg zu nehmen: Die hieraus zwangsläufig folgenden Probleme sind bis heute weder bei Beteiligungserträgen von natürlichen Personen²⁷ noch bei Beteiligungserträgen von Kapitalgesellschaften gelöst.

Im Ausgangspunkt besteht freilich weitgehend Konsens: Die Kapitalgesellschaft unterliegt mit ihren thesaurierten und ihren ausgeschütteten Gewinnen einer selbstständigen Körperschaftsteuer.²⁸ Hiervon geht auch das OECD-Musterabkommen aus.²⁹ Mit diesem Grundkonzept sind nicht nur ein klassisches Körperschaftsteuersystem sowie Shareholder-Relief-Systeme vereinbar, sondern auch ein körperschaftsteuerliches Anrechnungssystem.³⁰

Allerdings muss die Körperschaftsteuer auch in einem Anrechnungssystem im grenzüberschreitenden Fall als endgültige Steuer auf den Gewinn der Kapitalgesellschaft verstanden werden. Dadurch ist sichergestellt, dass die im Ansässigkeitsstaat oder in einem Betriebsstättenstaat von der Kapitalgesellschaft erzielten Gewinne dort – unabhängig von der persönlichen Situation der Anteilseigner – endgültig besteuert werden. Dieses Verständnis schließt zwar innerhalb der EU die Notwendigkeit einer grenzüberschrei-

talabfluss aus Europa nach dem mittleren und fernen Osten“, BT-Drucks. 16/1104 und 16/1257.

27 Zur Besteuerung von Dividenden natürlicher Personen im Binnenmarkt vgl. Mitteilung der Kommission v. 19.12.2003, KOM(2003) 810 endgültig.

28 In diesem Sinne bereits *Knobbe-Keuk* in FS Franz Klein, 1994, S. 347/358; vgl. auch *Frotscher*, Körperschaftsteuer, 2004, S. 7 ff., Tz. 10 ff.

29 *Wassermeyer* in *Debatin/Wassermeyer* MA Art. 10 Rz. 12.

30 Übersichten über die in verschiedenen Staaten angewendeten Systeme finden sich bei *Hey* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, Einf. KStG, Anm. 230 ff. (Stand 1999), bei *Jacobs*, Internationale Unternehmensbesteuerung², S. 116 ff., sowie bei *Vann*, General Report, Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVIIIa (2003), S. 21 ff.; vgl. zum deutschen Landesbericht auch *Djanani/Herbener*, IStR 2003, 506.

tenden Anrechnung in Situationen wie in den Rechtssachen *Manninen*³¹ und *Meilicke*³² nicht aus.³³ Es begrenzt diese Anrechnung durch den Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters jedoch richtigerweise auf die Höhe der individuellen Steuer des Gesellschafters; eine Erstattung der ausländischen Körperschaftsteuer durch den Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters ist nach diesem Verständnis weder notwendig noch angebracht.³⁴ Ebenso wenig ist der Ansässigkeitsstaat der ausschüttenden Kapitalgesellschaft gehalten, einem ausländischen Gesellschafter Körperschaftsteuer im Wege der Vollanrechnung zu erstatten, wenn diese den Betrag der von dem nur beschränkt steuerpflichtigen Gesellschafter geschuldeten Steuer übersteigt.³⁵ Bis zur Höhe der von dem ausländischen Gesellschafter erhobenen Steuer muss freilich eine Anrechnung gewährt werden, wenn die Körperschaftsteuer – mindestens – bis zu dieser Höhe auch im Inlandsfall zur Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung angerechnet wird.³⁶

Es entspricht seit Jahrzehnten deutscher Tradition, die Vorbelastung von Dividenden mit Körperschaftsteuer zu berücksichtigen – bis zum Jahr 2000 mit Ausnahme der Schachteldividenden allerdings nur bei Vorbelastung mit *deutscher* Körperschaftsteuer. Lösungsansätze waren der gespaltene Körperschaftsteuersatz bis 1976³⁷, das Anrechnungsverfahren und derzeit das Halbeinkünfteverfahren einschließlich der körperschaftsteuerlichen Beteiligungsertragsbefreiung. Sämtliche Lösungsansätze sind bei grenzüber-

31 EuGH v. 7.9.2004 – Rs. C-319/02, *Manninen*, Slg. 2004, I-7477, 7498.

32 Anh. Rs. C-292/04; Schlussanträge des Generalanwalts *Tizzano* v. 10.11.2005, Tz. 20 ff.

33 Die unterschiedslose Berücksichtigung der Vorbelastung von Dividenden mit inländischer wie mit ausländischer Körperschaftsteuer im Halbeinkünfteverfahren lässt nachträglich erkennen, dass die Nichtberücksichtigung ausländischer Körperschaftsteuer im Anrechnungsverfahren weder in der Sache noch gemeinschaftsrechtlich gerechtfertigt war; so auch *Mössner* in Lüdicke (Hrsg.), *Internationale Aspekte der Unternehmenssteuerreform, 2001*, S. 27/51. Angesichts dessen erscheint die im EuGH-Verfahren in der Rs. *Meilicke* (C-292/04) begehrte (einzel-fallbezogene) Berücksichtigung der ausländischen Körperschaftsteuer durch Anrechnung umso folgerichtiger.

34 So jetzt ausdrücklich EuGH v. 12.12.2006 – Rs. C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Rz. 52.

35 So jetzt EuGH v. 12.12.2006 – Rs. C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, Rz. 59, mit der zutreffenden Begründung, dass anderenfalls der Staat der ausschüttenden Gesellschaft „auf sein Recht zur Besteuerung eines Einkommens, das durch eine in seinem Hoheitsgebiet ausgeübte wirtschaftliche Tätigkeit erzielt wurde, verzichten muss“.

36 So EFTA-Gerichtshof v. 23.11.2004, Rs. E-1/04, Rz. 10: „The practical result of the imputation system is that dividends are tax-free in the hand of shareholders with general tax liability in Norway and will only be taxed in the company's hand at a rate of 28 per cent.“, insoweit in der nicht amtlichen Übersetzung in ISTR 2005, 55 nicht abgedruckt.

37 Überblick bei *Seer*, *Die Entwicklung der GmbH-Besteuerung*, Köln, 2005, S. 67 f. m. w. N.

schreitenden Beteiligungserträgen mit Schwierigkeiten behaftet. Mangels internationaler Koordination müssen sie unvollkommen bleiben. Realistischerweise ist freilich selbst innerhalb der Europäischen Union auf absehbare Zeit nicht mit einer Harmonisierung zu rechnen.³⁸

Ein gewisser Konsens ist bei der Quellenbesteuerung von Dividenden zu verzeichnen. Jedenfalls bei Streubesitzdividenden pflegen die Staaten an der Quelle zu besteuern. Die Quellensteuer wird in den DBA üblicherweise auf 15 % begrenzt. Im Vergleich mit der Zinsbesteuerung, bei der sich jedenfalls zwischen Industriestaaten ein Nullsatz durchgesetzt hat, erstaunt dieser Befund. Immerhin stammen die Dividenden aus im Quellenstaat bereits versteuertem Einkommen der Kapitalgesellschaft, während die Zinsen regelmäßig die Bemessungsgrundlage im Quellenstaat gemindert haben. So führt auch der amtliche Kommentar der OECD zutreffend aus, dass eine Besteuerung ausschließlich im Ansässigkeitsstaat dem Wesen der Dividenden am besten entspreche, um dann freilich resignierend festzustellen, es wäre „unrealistisch zu erwarten, dass jegliche Besteuerung der Dividenden an der Quelle aufgegeben wird“.³⁹

Für konzerninterne Dividenden erkennen inzwischen viele Staaten an, dass jedenfalls bei qualifizierten Schachtelbeteiligungen eine Mehrfachbesteuerung der Gewinne vermieden werden sollte. Dies erfordert in jedem Fall den vollständigen Verzicht auf eine Quellenbesteuerung von Schachteldividenden. Innerhalb der Europäischen Union ist dieses Ziel seit 1992 durch die Mutter-/Tochter-Richtlinie im Wesentlichen erreicht.⁴⁰ In der deutschen Abkommenspraxis ist die Vereinbarung eines Nullsatzes für Schachteldividenden hingegen erst seit wenigen Jahren und nur gegenüber ausgewählten Staaten zu beobachten.⁴¹ Diese Tendenz könnte sich zwischen Industriestaaten allerdings in der nächsten Zeit aufgrund der neueren US-amerikanischen Abkommenspolitik verstärken, bei Ausgewogenheit des Abkommens für Konzernbeteiligungen⁴² auf die für Schachteldividenden im US-Muster-

38 Vgl. auch die insofern nicht allzu optimistische Mitteilung der Kommission v. 19.12.2006, KOM(2006) 823 endgültig, in welcher bereits in der Einleitung einige selbst bei Einführung einer Gemeinsamen Konsolidierten Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKKB/CCCTB) weiterbestehende Probleme angerissen werden.

39 OECD-MK zu Art. 10 Tz. 6.

40 Richtlinie Nr. 90/435/EWG des Rates über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten v. 23.7.1990, Abl. EG L 225/6 v. 20.8.1990.

41 Vgl. Abkommensübersicht bei *Vogel/Lehner*, DBA⁴, Art. 10 Rz. 67.

42 Allerdings Beteiligungsgrenze von 80 %; vgl. Art. 10 Abs. 3 DBA Deutschland-USA i.d.F. des Entwurfs des Gesetzes zu dem Protokoll vom 1.6.2006 zur Änderung des am 29.8.1989 unterzeichneten Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und zur Verhinderung der Steuerverkürzung auf dem Gebiet der

abkommen 2006⁴³ grundsätzlich vorgesehene Quellensteuer in Höhe von 5 % zu verzichten.

2. Grenzüberschreitende Beteiligungserträge von Kapitalgesellschaften: Freistellung vs. indirekte Anrechnung

Im Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft wird die konzerninterne Doppelbelastung mit Körperschaftsteuer je nach dessen Tradition⁴⁴ entweder durch Freistellung der Dividenden oder durch indirekte Anrechnung der von der Tochtergesellschaft gezahlten Körperschaftsteuer vermieden.⁴⁵ Beide Verfahren können auf qualifizierte Beteiligungen beschränkt sein oder von der ersten Aktie an gewährt werden. So hat beispielsweise Deutschland bis zum Jahr 2000 die DBA-Schachtelfreistellung ebenso wie die in Nicht-DBA-Fällen unilateral gewährte indirekte Körperschaftsteueranrechnung⁴⁶ an eine 10 %ige Beteiligung geknüpft und zum Teil unter das zusätzliche Erfordernis eines Aktivitätsvorbehalts gestellt. Seit 2001 stellt § 8b Abs. 1 KStG in- und ausländische Dividenden unabhängig von jeder Beteiligungsquote frei, um jegliche Doppelbelastung mit Körperschaftsteuer zu vermeiden. Gewerbesteuerlich ist es – auf politischen Druck der Gemeinden – allerdings bei der Schachtelgrenze von 10 % geblieben.⁴⁷

Mit Blick auf die im angelsächsischen Rechtskreis übliche indirekte Anrechnung ausländischer Körperschaftsteuer wird auch in Deutschland gelegentlich diskutiert, ob wir von der Beteiligungsertragsbefreiung zur indirekten Anrechnung übergehen sollten. Die dazu ins Feld geführten Argumente sollen an dieser Stelle nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden. Nur so viel: Die indirekte Anrechnung ausländischer Körperschaftsteuer ist als Arbeitsbeschaffungsprogramm nicht zu unterschätzen. Angesichts der heutzutage häufig anzutreffenden tiefen Konzerngliederung könnte eine solche indirekte Körperschaftsteueranrechnung jedenfalls nicht auf der ersten oder zweiten Stufe ausländischer Tochtergesellschaften Halt machen, ohne zu erheblichen Verwerfungen und Gerechtigkeitsdefiziten zu führen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass eine indirekte Anrechnung ausländischer Körperschaftsteuer statt der Freistellung der Dividenden selbst dann nicht zwingend eingeführt werden müsste, wenn Deutschland in seiner Abkom-

Steuern vom Einkommen und vom Vermögen und einiger anderer Steuern, BT-Drucks. 16/2708.

43 United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006, <http://www.ustreas.gov/offices/tax-policy/library/model006.pdf>.

44 Vgl. auch die umfangreichen Ausführungen im OECD-MK zu Art. 10 Tz. 40 ff. zu den „Auswirkungen der Besonderheiten des innerstaatlichen Steuerrechts einiger Staaten“ auf abkommensrechtliche Bestimmungen zur Dividendenbesteuerung.

45 Art. 4 Abs. 1 Mutter-/Tochter-Richtlinie lässt wahlweise die Freistellung der Dividenden oder die indirekte Körperschaftsteueranrechnung zu.

46 § 26 Abs. 2 KStG a. F.

47 Vgl. § 9 Nr. 2a, 7 und 8 GewStG.

menspolitik allgemein von der Freistellungs- zur Anrechnungsmethode übergehen würde.⁴⁸

3. Berücksichtigung der steuerlichen Vorbelastung der ausländischen Beteiligungsgesellschaft

Beteiligungsertragsbefreiung und Halbeinkünfteverfahren bezwecken die Vermeidung bzw. Abmilderung der Doppelbelastung mit Ertragsteuern, welche aus der steuerlichen Selbstständigkeit der Beteiligungsgesellschaft als eigenständigem Körperschaftsteuersubjekt herrührt. Inlands- und Auslandsfall unterscheiden sich insoweit im Ausgangspunkt nicht. Anders als bei Dividenden von inländischen Gesellschaften, liegt die tatsächliche Vorbelastung bei ausländischen Gesellschaften freilich außerhalb der Reichweite der deutschen Steuergesetze. An dieser Stelle hat der Gesetzgeber eine bemerkenswerte Grundentscheidung getroffen: Die vollständige bzw. hälftige Steuerbefreiung der Dividende nach § 3 Nr. 40 EStG oder § 8b Abs. 1 KStG wird ohne Rücksicht auf die tatsächliche steuerliche Vorbelastung gewährt.⁴⁹ Diese Lösung erspart zweifelsfrei umfangreichen Ermittlungsaufwand, der anderenfalls beim Bezug ausländischer⁵⁰ Beteiligungserträge von Nöten wäre.

Die soeben dargestellte Grundentscheidung wird freilich durch zwei wesentliche Maßnahmen flankiert – die eine *de lege lata* und die andere *de lege ferenda*.⁵¹

De lege lata kommt seit 2001 der Hinzurechnungsbesteuerung nach dem Außensteuergesetz die zusätzliche Funktion zu, die ausreichende steuerliche Vorbelastung von Erträgen ausländischer Körperschaften bei passivem Erwerb sicherzustellen. Im Hinblick auf den anschließenden Vortrag zur Hinzurechnungsbesteuerung⁵² ist an dieser Stelle auf Einzelheiten und Probleme der Hinzurechnungsbesteuerung nicht weiter einzugehen. Im hier

48 So kennen auch andere Staaten trotz genereller Vermeidung der internationalen *rechtlichen* Doppelbesteuerung mittels der Anrechnungsmethode die Freistellung von Schachteldividenden; vgl. für Schweden etwa Art. 23 Abs. 2 und Abs. 3 DBA Deutschland-Schweden, dazu *Lüdicke* in Debatin/Wassermeyer, DBA Schweden Art. 23 Rz. 100 ff.

49 Zur vorübergehend diskutierten Frage, ob hierin ein Verstoß gegen den EU-Verhaltenskodex für die Unternehmensbesteuerung liegt, vgl. *Desens*, IStR 2003, 613/614 f.

50 Im Einzelfall sind allerdings auch inländische Beteiligungserträge ohne Vorbelastung denkbar, etwa bei Ausschüttung steuerfrei bezogener Investitionszulagen oder bei DBA-befreiten Einkünften, welche auch im Ausland tatsächlich nicht oder nur unwesentlich besteuert wurden.

51 Das zum Zeitpunkt des Vortrags am 12.9.2006 erst im Entwurf vorliegende Jahressteuergesetz 2007 (JStG 2007) ist inzwischen in Kraft getreten (Gesetz v. 13.12.2006, BGBl. I 2006, 2878).

52 Vgl. S. 319 ff.

interessierenden Zusammenhang ist allerdings festzuhalten, dass die Funktion der Sicherstellung einer ausreichenden steuerlichen Vorbelastung von Auslandsdividenden allenfalls zufälliges, wenngleich häufiges Ergebnis der Anwendung der Hinzurechnungsvorschriften sein kann. So findet nämlich die Hinzurechnungsbesteuerung unter den näheren Voraussetzungen der §§ 7 ff. AStG im Zeitpunkt der Erzielung der passiven Einkünfte durch die ausländische Zwischengesellschaft statt, auch wenn diese Erträge niemals an einen unbeschränkt steuerpflichtigen Anteilseigner ausgeschüttet werden. Umgekehrt sind tatsächlich erzielte Beteiligungserträge beim inländischen Anteilseigner auch dann nach § 3 Nr. 40 EStG oder § 8b Abs. 1 KStG begünstigt, wenn die zu Grunde liegenden Gewinne der ausländischen Gesellschaft passiver Natur und niedrig besteuert sind, aber im Zeitpunkt ihrer Erzielung – warum auch immer – keine deutsche Hinzurechnungsbesteuerung ausgelöst haben.

*De lege ferenda*⁵³ sieht das JStG 2007 vor, durch Ergänzung des § 3 Nr. 40 Buchst. d EStG und § 8b Abs. 1 Satz 2 KStG die Begünstigungen für sonstige Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG und für Einnahmen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 9 2. Halbsatz EStG davon abhängig zu machen, dass dieselben das Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert haben. Nach der Gesetzesbegründung zielt die Regelung auf verdeckte Gewinnausschüttungen ab, die bei der Beteiligungsgesellschaft – aus welchen Gründen auch immer – als abziehbare Betriebsausgabe behandelt werden.⁵⁴ Dasselbe soll für DBA-Schachteldividenden gelten.⁵⁵ Dabei soll es bei ausländischen Beteiligungsgesellschaften auf die Behandlung nach dem ausländischen Steuerrecht ankommen. Ein derartiges materiellrechtliches Korrespondenzprinzip, welches man auch als Qualifikationsverkettung bezeichnen könnte, war dem Gesetz bislang in Inlandsfällen und erst recht in grenzüberschreitenden Fällen fremd.⁵⁶ Ist die ausländische Beteiligungsgesellschaft ihrerseits in mehreren ausländischen Staaten steuerpflichtig, wird die Frage zu klären sein, auf das Steuerrecht welches Staates es dabei ankommen soll.

Notabene: Die Gesetzesänderung wird vermutlich auch dazu dienen, mit gewisser Verspätung eine Regelung in dem BMF-Schreiben vom 15. Juli 2004⁵⁷ zur Neufassung des § 8a KStG zu salvieren. Die Finanzverwaltung wollte darin beim inländischen Gesellschafter die Umqualifizierung von

53 Siehe Fn. 51.

54 Vgl. Regierungsentwurf des JStG 2007, BR-Drucks. 622/06, Einzelbegründung zu § 3 Nr. 40 Buchst. d EStG-E, S. 65, und zu § 8b Abs. 1 KStG-E, S. 119.

55 § 8b Abs. 1 Satz 3 KStG-E, dazu BR-Drucks. 622/06, S. 119 f. Infolge der Verweisung auf die Rechtsfolge des Satz 2 der Vorschrift wird die Einschränkung des DBA-Schachtelprivilegs nur für darunter fallende verdeckte Gewinnausschüttungen gelten; ebenso *Grotherr*, RIW 2006, 898/901.

56 Insgesamt kritisch *Grotherr*, RIW 2006, 898/900 f.

57 BMF-Schreiben v. 15.7.2004, BStBl. I 2004 S. 593, Tz. 27.

Zinsen, welche eine unterkapitalisierte ausländische Gesellschaft zahlt, in eine verdeckte Gewinnausschüttung u. a. davon abhängig machen, dass der ausländische Staat im Rahmen seiner Besteuerung diese Zinsen seinerseits umqualifiziert und nicht zum Abzug zulässt. Für diese Qualifikationsverketzung war bislang eine gesetzliche Grundlage nicht erkennbar.⁵⁸

Hiervon abgesehen erscheint das generelle Anliegen des Gesetzentwurfs rechtspolitisch verständlich, Halbeinkünfteverfahren und Beteiligungsertragsbefreiung für verdeckte Gewinnausschüttungen zu versagen, wenn dieselben bei der Beteiligungsgesellschaft nicht ebenfalls als verdeckte Gewinnausschüttung behandelt worden sind, sondern ihren Gewinn gemindert haben.

Die in dem ursprünglichen Gesetzentwurf noch enthaltene Problematik von verdeckten Gewinnausschüttungen in Dreiecksverhältnissen⁵⁹, die in dem diesem Beitrag zugrunde liegenden Vortrag ausführlicher behandelt wurde, sucht die endgültige Gesetzesfassung durch Ergänzungen in § 3 Nr. 40 Buchst. d Satz 3 EStG und § 8b Abs. 1 Satz 4 KStG zu vermeiden.

4. Beteiligungsaufwand

Die steuersystematisch zutreffende Behandlung von Aufwand des Gesellschafters im Zusammenhang mit seiner Beteiligung erweist sich schon im rein nationalen Kontext als schwierig.⁶⁰ Bei grenzüberschreitenden Beteiligungserträgen liegt es auf der Hand, dass die internationale Zuordnung des Beteiligungsaufwands im nationalen Alleingang nicht befriedigend zu bewerkstelligen ist.⁶¹

Es stellen sich zwei grundsätzliche Fragen. Ist bei grenzüberschreitenden Beteiligungserträgen die Berücksichtigung von Beteiligungsaufwand jeden-

58 Zu Recht kritisch auch *Frotscher*, KStG/UmwStG-Kommentar, § 8a KStG Rz. 33 a.E.; *Hey* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 18. Aufl. 2005, § 11 Rz. 85; *Grotherr*, RIW 2006, 898/900.

59 Kommt der von der ausländischen Beteiligungsgesellschaft verdeckt gewährte Vorteil nicht dem inländischen Gesellschafter, sondern einer ihm nahe stehenden Person zugute, hätte die im Gesetzentwurf noch enthaltene Regelung zu einer völlig unsystematischen und nicht zu rechtfertigenden Besteuerung des Gesellschafters führen können. Als Beispiel wäre die Vorteilsgewährung zwischen ausländischen Tochtergesellschaften zu nennen. Entgegen der Intention der Entwurfsverfasser würden nicht weiße Einkünfte verhindert, sondern eine internationale Doppelbesteuerung begründet.

60 Auf die Problematik der hälftigen Versagung des Abzugs von Beteiligungsaufwand soll hier nicht näher eingegangen werden; kritisch etwa *Hey*, DStJG Sonderband (2001), Unternehmenssteuerreform, S. 20 f.; *Schön*, StuW 2000, 151/154; *von Beckerath* in *Kirchhof*, EStG⁵, § 3c Rz. 27 ff.; *Seiler*, Gutachten F zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. F 55.

61 *Hey* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht¹⁸, § 11 Rz. 39.

falls durch einen der beiden Staaten überhaupt angezeigt? Diese Frage muss eindeutig bejaht werden. Die Richtigkeit lässt sich mit folgender Kontrollüberlegung belegen: Wenn beide Staaten – wie Deutschland – im rein innerstaatlichen Fall trotz Beteiligungsertragsbefreiung Aufwand übereinstimmend zum Abzug zulassen, kann dies im grenzüberschreitenden Fall nicht von *beiden* Staaten ohne Systembruch *a limine* ausgeschlossen werden.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob der Staat des Gesellschafters oder der Staat der Gesellschaft den Beteiligungsaufwand berücksichtigen soll. Wenn ein Steuersystem wie das unsere trotz der Beteiligungsertragsbefreiung des § 8b Abs. 1 KStG Beteiligungsaufwand des Gesellschafters im Grundsatz zum Abzug zulässt, mag es auf den ersten Blick nahe liegen, dies auf Fälle zu beschränken, in denen die Beteiligungserträge aus im Inland versteuertem Einkommen der Kapitalgesellschaft stammen. Warum – so lässt sich fragen – sollte Aufwand, der mit lediglich im Ausland versteuertem Einkommen der Beteiligungsgesellschaft im Zusammenhang steht, zum Abzug zugelassen werden? Eine solcherart differenzierende Regelung hatten bekanntlich die Niederlande bis zur *Bosal*-Entscheidung des EuGH.⁶² An dieser Stelle soll die *gemeinschaftsrechtliche* Gleichbehandlungsproblematik nicht näher behandelt werden, zumal der EuGH zwischenzeitlich in der Rechtssache *Keller Holding*⁶³ die von ihm entwickelten Grundsätze bestätigt und auf das frühere deutsche Zusammenspiel zwischen § 3c EStG und den DBA-Schachtelprivilegien angewendet hat.⁶⁴

Als Alternative kommt die Berücksichtigung des Beteiligungsaufwands im Staat der Gesellschaft in Betracht.⁶⁵ Ihr stehen erhebliche praktische Probleme entgegen. Ein Abzug bei der Kapitalgesellschaft scheidet offensichtlich aus. Der Beteiligungsertrag des Gesellschafters wird im Zweifel keiner oder allenfalls einer begrenzten Quellenbesteuerung unterliegen.⁶⁶ Ein möglicher Entlastungseffekt wäre insofern begrenzt. Sofern der Beteiligungsaufwand einen – steuerpflichtigen – Beteiligungsertrag übersteigt, stellte sich die Frage, ob der steuerliche Verlust womöglich mit zufällig vorhandenen anderweitigen inländischen Einkünften im Quellenstaat verrechnet oder vorgetragen werden könnte.

Dies alles zeigt, dass die durch den EuGH erzwungene Gleichbehandlung des Beteiligungsaufwands bei Auslands- und bei Inlandsbeteiligungen im

62 EuGH v. 18.9.2003 – Rs. C-168/01, *Bosal Holding*, Slg. 2003, I-9401.

63 EuGH v. 23.2.2006 – Rs. C-471/04, *Keller Holding*, IStR 2006, 235 m. Anm. *Forstboff*, S. 222, und *Lüdicke/Hummel*, IStR 2006, 694.

64 Dem EuGH folgend zu § 8b Abs. 5 KStG (2002) nun auch BFH v. 9.8.2006 – I R 95/05, IStR 2006, 864; auf die im entschiedenen Fall relevante Problematik der Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber einem Drittstaat soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

65 Hierfür möglicherweise *Hey* in Tipke/Lang, Steuerrecht¹⁸, § 11 Rz. 39.

66 Vgl. Art. 10 Abs. 2 OECD-MA, Art. 4 Abs. 2 Mutter-/Tochter-Richtlinie.

Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters auch generell durchaus einiges für sich hat.

5. Kapitalrückzahlungen von ausländischer Gesellschaft

Beteiligungserträge gehören gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG nicht zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen, soweit bei der ausschüttenden Körperschaft das steuerliche Einlagekonto i. S. des § 27 KStG als verwendet gilt. Entsprechendes galt unter dem Anrechnungsverfahren für Ausschüttungen aus dem sog. EK 04.⁶⁷ Derartige Einlagerückzahlungen sind vom Gesellschafter mit dem Beteiligungsansatz zu verrechnen; übersteigen Sie den Beteiligungsansatz, werden sie steuerpflichtig, sofern sie in einem Betriebsvermögen des Gesellschafters anfallen oder der Gesellschafter i. S. des § 17 EStG beteiligt ist.⁶⁸ Im Ergebnis werden derartige Einlagerückzahlungen bis zur Höhe des Beteiligungsansatzes nicht wie Gewinnausschüttungen, sondern wie Rückzahlungen von Nennkapital behandelt. Dieser Gleichklang ist sachgerecht, weil auch die Rückzahlung von sonstigen Einlagen keinen Ertrag aus der Beteiligung darstellt.

Im grenzüberschreitenden Fall besteht die Gefahr, dass dieser Gleichklang verfehlt wird, obwohl er in der Sache ebenso angemessen wäre. Aus deutscher steuerlicher Sicht liegt die Schwierigkeit darin, dass nach dem Steuerrecht des ausländischen Staates die nicht in das Nennkapital geleisteten Einlagen der Gesellschafter regelmäßig nicht in vergleichbarer Weise festgestellt und fortgeschrieben werden. Der BFH hat eine Einlagenrückgewähr ausländischer Gesellschaften bislang in den Fällen anerkannt, in denen sich die Rückzahlung der Einlage hinlänglich klar aus der *handelsrechtlichen* Behandlung bei der Gesellschaft nach ausländischem Recht ergab.⁶⁹

Der Gesetzgeber will das Problem für den Bereich der EU durch eine im SEStEG⁷⁰ vorgesehene Ergänzung des § 27 KStG regeln, um eine derzeit recht offensichtliche Benachteiligung der Beteiligung an ausländischen Kapitalgesellschaften zu beseitigen. Der Gesetzentwurf macht freilich den erheblichen Regelungsaufwand deutlich, mit welchem der Gesetzgeber ein

67 § 30 Abs. 2 Nr. 4 KStG vor dem StSenkG.

68 Zu Einzelheiten vgl. *Heinicke* in Schmidt, EStG²⁵, § 20 Rz. 89 m. w. N.

69 BFH-Urt. v. 27.4.2000 – I R 58/99, BStBl. II 2001, 168; in dem BFH v. 14.2.2006 – VIII R 49/03, BStBl. II 2006, 520, zugrunde liegenden Sachverhalt lag offenbar schon nach ausländischem (niederländischem) Recht keine Einlagenrückgewähr vor. Zum Streitstand im Schrifttum vgl. bspw. *Dötsch/Pung* in *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 8b Tz. 32a (Stand Juli 2006); *Gosch* in *Gosch*, KStG, § 8b Rz. 107; *Schmidt/Hageböke*, IStR 2002, 150/151; *Rödter/Schumacher*, DStR 2003, 909/910.

70 Neuer § 27 Abs. 8 KStG-E im Regierungsentwurf des SEStEG, BT-Drucks. 16/2710; inzwischen – mit hier nicht interessierenden Änderungen – in Kraft getreten als Gesetz v. 7.12.2006, BGBl. I 2006, 2782.

Umschlagen in eine Bevorzugung von Auslandsbeteiligungen zu vermeiden sucht.⁷¹ Teil dieses Regelungsaufwands ist eine Änderung der bislang in Inlandsfällen geltenden Grundsätze durch Neufassung des § 27 Abs. 1 KStG, welche nach Ansicht des Gesetzgebers auf Auslandsfälle – selbst innerhalb der EU – so nicht übertragbar sind.⁷² Es handelt sich um ein weiteres Beispiel für die ungelösten und in der Tat kaum lösbaren Probleme an der Schnittstelle verschiedener Besteuerungsregime.

6. Kapitalertragsteuer bei ausländischen Gesellschaftern

Erträge aus Beteiligungen an inländischen Kapitalgesellschaften unterliegen einem Kapitalertragsteuerabzug von 20 %.⁷³ Ausländische Gesellschafter unterliegen mit ihren Beteiligungserträgen der beschränkten Steuerpflicht, für die der Kapitalertragsteuerabzug im Regelfall abgeltende Wirkung hat.⁷⁴ Die deutschen DBA sehen für sog. Streubesitzdividenden regelmäßig einen Höchstsatz von 15 % und für sog. Schachteldividenden meist einen noch niedrigeren Satz, in Einzelfällen sogar den vollständigen Verzicht auf Kapitalertragsteuer vor.⁷⁵ Für Muttergesellschaften i. S. der Mutter-/Tochter-Richtlinie ist bereits seit Juli 1996 jegliche Besteuerung an der Quelle ausgeschlossen.⁷⁶

Im Gegensatz zu inländischen Gesellschaftern sind beschränkt steuerpflichtige Gesellschafter nach ausdrücklicher Regelung in § 43 Abs. 1 Satz 3 EStG von der Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens und der Beteiligungsertragsbefreiung ausgeschlossen. Die Regelung bezieht sich zwar nach Wortlaut und systematischer Stellung nur auf den Steuerabzug; ihr kommt aber nach herrschender Praxis⁷⁷ im Falle der abgeltenden Quellenbesteuerung auch materielle Bedeutung zu.⁷⁸

71 Kritisch *Werra/Teiche*, DB 2006, 1455/1458.

72 Vgl. die aml. Begründung zur Änderung des § 27 Abs. 1 KStG im Regierungsentwurf des SEStEG, BT-Drucks. 16/2710, 31 f.

73 § 43a Abs. 1 Nr. 1 EStG. Kritisch *Hey*, DStJG Sonderband (2001), Unternehmenssteuerreform, S. 5/22 f.

74 § 50 Abs. 5 Satz 1 EStG, § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG.

75 Vgl. Abkommensübersicht bei *Vogel/Lehner*, DBA⁴, Art. 10 Rz. 67.

76 Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 Mutter-/Tochter-Richtlinie in der ursprünglichen Fassung v. 23.7.1990.

77 Vgl. BMF-Schreiben v. 28.4.2003, BStBl. I 2003, 292, Tz. 11; Die Gesetzesbegründungen zu der ursprünglichen Vorschrift (§ 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG i. d. F. des StändOG (dazu BT-Drucks. 12/4487, 35) sowie zu der durch das UntStFG vorgenommenen Einfügung des § 43 Abs. 1 Satz 3 EStG (dazu BR-Drucks. 638/01, S. 55) sind insoweit allerdings nicht eindeutig.

78 So etwa *von Beckerath* in Kirchhof, EStG³, § 43 Rz. 13; a. A. etwa *Eckert*, IStR 2003, 406; ihm möglicherweise folgend: *Weber-Grellet* in Schmidt, EStG²⁵, § 43 Rz. 57.

Es ist zu bezweifeln, dass diese Regelung in jeder Hinsicht systemgerecht ist. Mit Blick auf die grundsätzlich unterschiedlichen Wirkungen wird man für die weiteren Überlegungen zwischen natürlichen Personen und körperschaftsteuerpflichtigen Gesellschaftern differenzieren müssen.

Bei natürlichen Personen hat die Versagung der hälftigen Steuerbefreiung im wirtschaftlichen Ergebnis⁷⁹ dieselbe Wirkung wie eine Verdoppelung des nominalen Steuersatzes. Eine Kapitalertragsteuer von 20 % auf den Bruttobetrag der vollen Dividende entspricht einer Steuer von 40 % auf die steuerpflichtige Hälfte der Dividende. Hälftige Freistellung und Halbierung des Steuersatzes bewirken im Grundsatz dieselbe Steuerbelastung.⁸⁰ Freilich ist zu konstatieren, dass eine Belastung der hälftigen Dividende mit 40 % in der Nähe des Einkommensteuerspitzensatzes liegt, was durch die Erhebung von nur 20 % Kapitalertragsteuer auf die volle Dividende – möglicherweise bewusst – verschleiert wird. Diese vergleichsweise hohe Belastung der von Steuerausländern bezogenen Dividenden kann man steuerpolitisch sicherlich diskutieren. Im hier interessierenden Zusammenhang ist indessen festzuhalten, dass die dem Halbeinkünfteverfahren zugrunde liegende Systematik durch die schlichte Höhe der Besteuerung nicht verletzt wird.⁸¹

Ganz anders stellt sich die Lage bei beschränkt körperschaftsteuerpflichtigen Gesellschaftern dar. Die Beteiligungsertragsbefreiung dient der Vermeidung mehrfacher Belastung ausgeschütteter Gewinne mit Körperschaftsteuer, solange dieselben den körperschaftsteuerpflichtigen Bereich noch nicht verlassen haben. Diese Maxime gilt für unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtige auch bei grenzüberschreitend aus dem Ausland bezogenen Beteiligungserträgen. § 8b Abs. 1 KStG wird bei unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtigen deshalb gleichermaßen auch auf aus dem Ausland bezogene Beteiligungsbeträge angewendet. Im hier interessierenden umgekehrten Fall des Bezuges von Beteiligungserträgen aus dem Inland durch ausländische, beschränkt steuerpflichtige Körperschaften liegt es naturgemäß außerhalb der Macht des deutschen Steuerrechts, die Befreiung dieser Beteiligungserträge im Rahmen der *ausländischen* Besteuerung der ausländischen Körperschaft zu gewährleisten. Weshalb jedoch die Beteiligungsertragsbefreiung im Rahmen der deutschen abgeltenden Quellenbesteuerung ausländischer Körperschaften nicht angewendet wird, ist unerfindlich, zumindest bei steuersystematischer, freilich nicht bei aufkommensmäßiger Betrachtung. Mög-

79 Vgl. allerdings die an die technische Steuerbefreiung der hälftigen Dividende anknüpfenden Überlegungen von *Eckert*, IStR 2003, 406/409.

80 Deshalb sind die wirtschaftlichen Wirkungen des deutschen Halbeinkünfteverfahrens und des österreichischen Halbsatzverfahrens im Grundsatz identisch.

81 Im Erg. ebenso mit Blick auf die Kapitalverkehrsfreiheit *Desens*, IStR 2003, 613/620 f.

liche praktische Schwierigkeiten beim Steuerabzug⁸² erfordern jedenfalls nicht, der ausländischen Kapitalgesellschaft jede Möglichkeit der Geltendmachung der Befreiung zu nehmen, etwa durch Antrag auf Freistellungsbescheinigung oder nachträgliche Veranlagung.

Die Missachtung der selbstgesetzten Sachgesetzlichkeiten dürfte sich allenfalls mit einer diffusen Befürchtung des Gesetzgebers erklären lassen, dass – anders als bei Weiterausschüttung durch eine inländische Körperschaft – die Besteuerung späterer Ausschüttungen der ausländischen Körperschaft nicht der deutschen Besteuerung unterliegt. Dass eine solche Befürchtung den in der Benachteiligung ausländischer EU-/EWR-Körperschaften⁸³ liegenden Eingriff in die gemeinschaftsrechtliche Niederlassungsfreiheit oder Kapitalverkehrsfreiheit nicht zu rechtfertigen vermag, erscheint offensichtlich⁸⁴ und soll an dieser Stelle nicht weiter ausgeführt werden.⁸⁵ Denn selbst unabhängig vom Gemeinschaftsrecht hat der Gedanke wenig Überzeugungskraft: Wird der inländische Beteiligungsertrag von der ausländischen Körperschaft nämlich in einer inländischen Betriebsstätte erzielt, findet im Rahmen der Betriebsstättengewinnermittlung § 8b Abs. 1 KStG Anwendung.⁸⁶ Der Beteiligungsertrag bleibt also (zu 95 %, § 8b Abs. 5 KStG) steuerfrei. Die Überführung des Gewinns von der inländischen Betriebsstätte in das ausländische Stammhaus löst ebenso wenig eine deutsche Steuer aus wie eine spätere Ausschüttung des Gewinns durch die ausländische Körperschaft. Die Beteiligungsertragsbefreiung wird in einem solchen Fall also durchaus gewährt, ohne dass die Besteuerung späterer Ausschüttungen mit deutscher Steuer sichergestellt ist. Die Versagung des § 8b Abs. 1 KStG im Rahmen der Kapitalertragsbesteuerung stellt deshalb einen allenfalls fiskalisch motivierten, darüber hinaus indessen nicht zu rechtfertigenden Systembruch dar.

82 So die im StandOG zur Erhebung der KESt auf sog. EK 01-Dividenden gegebene Begründung (BT-Drucks. 12/4487, 35); dazu aus Sicht der heutigen Rechtslage auch *Eckert*, IStR 2003, 406/409.

83 In der Praxis hat die Frage vornehmlich Bedeutung, wenn die Voraussetzungen der Mutter-/Tochter-Richtlinie i. V. m. § 43b EStG nicht erfüllt sind.

84 So schon *Dautzenberg*, BB 2001, 2137; ebenso *Desens*, IStR 2003, 613/621 m. w. N.; *Frotscher*, KStG/UmwStG-Kommentar, § 8b KStG Rz. 29c; *ders.*, Körperschaftsteuer (2004), S. 242.

85 Vgl. allerdings im hier vertretenen Sinne das zwischenzeitlich ergangene Urteil des EuGH v. 14.12.2006 – Rs. C-170/05, *Denkavit International BV/Denkavit France*, welches in der damaligen französischen Rechtslage, die weitgehend der heutigen deutschen Rechtslage entspricht, eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit erkennt (insb. Rz. 36 ff.; ähnlich schon EuGH v. 12.12.2006 – Rs. C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, Rz. 68 ff.).

86 Hierauf zu Recht hinweisend *Frotscher*, Internationales Steuerrecht², S. 205, Rz. 396.

7. Besteuerung von Veräußerungsgewinnen vs. Beteiligungserträge

a) Grundkonzeptionen im deutschen Steuerrecht und im DBA-Recht

Die Behandlung grenzüberschreitender Beteiligungserträge wäre unvollständig ohne einen Blick auf die Behandlung von Gewinnen und Verlusten aus der Veräußerung der Beteiligungsgesellschaft, zumal die dafür geltenden Bestimmungen auch auf Beteiligungserträge Anwendung finden können, wenn diese sich steuerlich als Einlagenrückgewähr darstellen.⁸⁷

§ 3 Nr. 40 EStG und § 8b Abs. 2 KStG unterwerfen Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften bekanntlich seit dem Jahr 2001 einem vergleichbaren Regime wie die aus der Beteiligung erzielten laufenden Erträge. Dieser Konzeption liegt die Überlegung zugrunde, dass derartige Veräußerungsgewinne bereits erzielte, aber noch nicht ausgeschüttete, oder aber zukünftige Erträge der Beteiligungsgesellschaft repräsentieren. Die Diskussion⁸⁸ dieser Grundkonzeption soll hier ebenso wenig aufgerollt werden wie die Frage, ob es systematisch folgerichtig ist, die hälftige oder vollständige Befreiung des Veräußerungsgewinns auch auf Verluste zu erstrecken.⁸⁹

Deutschland wendet die einschlägigen Vorschriften des Halbeinkünfteverfahrens in § 3 Nr. 40 EStG und zur Veräußerungsgewinnbefreiung in § 8b Abs. 2 und 3 KStG auch bei grenzüberschreitenden Beteiligungsverhältnissen an, und zwar sowohl in Inbound- als auch im Outbound-Fällen. Dieses erscheint *a prima vista* in sich schlüssig.

Bei näherem Hinsehen zeigt sich freilich, dass die Veräußerungsgewinnbesteuerung für beschränkt körperschaftsteuerpflichtige Gesellschafter unter Anwendung des § 8b Abs. 2 und 3 KStG von der Besteuerung der laufenden Beteiligungserträge abweicht, für welche die Beteiligungsertragsbefreiung des § 8b Abs. 1 KStG versagt wird. Die darin liegende Inkongruenz lässt sich aus den oben dargestellten Gründen⁹⁰ in systematisch

⁸⁷ Vgl. etwa § 17 Abs. 4 Satz 1, § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG; ferner BMF-Schreiben v. 28.4.2003, BStBl. I 2003, 292, Tz. 6 (zu § 8b Abs. 2 KStG). Zur DBA-rechtlichen Behandlung vgl. *Wassermeyer* in *Debatin/Wassermeyer*, MA Art. 10 Rz. 107; *Vogel/Lehmer*, DBA⁴, Art. 10 Rz. 219.

⁸⁸ Vgl. *Schön*, StuW 2000, 151/158; *Dötsch/Pung* in *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 8b Tz. 17 (Stand Juli 2006); *Frotscher*; KStG/UmwStG-Kommentar, § 8b Rz. 30; *Gosch* in *Gosch*, KStG, § 8b Rz. 150 f.; *Seiler*, Gutachten F zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. F 53 f.

⁸⁹ Verluste repräsentieren jedenfalls nicht thesaurierte oder zukünftige Erträge, welche potentiell die Eignung haben, zur Vermeidung einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung unter das Halbeinkünfteverfahren oder die Beteiligungsertragsbefreiung zu fallen; vielmehr besteht die Gefahr, dass derartige Verluste steuerlich endgültig unberücksichtigt bleiben. Die Regelung für systemgerecht haltend aber bspw. *Frotscher*; KStG/UmwStG-Kommentar, § 8b Rz. 30.

⁹⁰ Oben unter III.6.

einwandfreier Weise allerdings nur durch die Erstreckung der Beteiligungsertragsbefreiung auf beschränkt Körperschaftsteuerpflichtige beseitigen; sie ist keinesfalls Anlass, bei diesen Steuerpflichtigen auch noch die Veräußerungsgewinnbefreiung zu streichen.

In den auf grenzüberschreitende Beteiligungen häufig anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen spiegelt sich die im deutschen Steuerrecht im Grundsatz angestrebte Kongruenz zwischen der Besteuerung von Beteiligungserträgen und Veräußerungsgewinnen nicht wieder. Vielmehr ist die Aufteilung der Besteuerungsrechte durchaus unterschiedlich geregelt. Das OECD-Musterabkommen, dem die deutschen Abkommen in diesen Punkten weitgehend folgen, sieht für Dividenden in Art. 10 ein in der Höhe begrenztes Besteuerungsrecht des Quellenstaates sowie ein unbegrenztes Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaats mit der Verpflichtung zur Anrechnung der Quellensteuer vor. Nur bei Schachteldividenden ist Deutschland regelmäßig zur Freistellung verpflichtet, nach etlichen DBA allerdings nur bei Erfüllung einer Aktivitätsklausel. In einigen wenigen neueren Abkommen wird auch jegliche Quellenbesteuerung für Schachteldividenden ausgeschlossen.⁹¹

Demgegenüber steht entsprechend Art. 13 Abs. 5 OECD-Musterabkommen das Besteuerungsrecht für Veräußerungsgewinne allein dem Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters zu. Als Ausnahme hierzu sieht Art. 13 Abs. 4 OECD-MA für Gewinne aus der Veräußerung an gewissen Grundstücksgesellschaften ein Besteuerungsrecht des Quellenstaats vor.

Es bleibt abzuwarten, ob die Staatengemeinschaft im Rahmen der nicht zuletzt durch die Einführung des Halbeinkünfteverfahrens in Deutschland ausgelösten internationalen Diskussion über ein modernes Besteuerungsregime an der Schnittstelle zwischen Kapitalgesellschaft und Gesellschafter auf die Besteuerung der eigentlichen Beteiligungserträge begrenzt bleibt oder auch die aus derzeitiger deutscher Sicht damit eng zusammenhängende Frage der Besteuerung von Veräußerungserfolgen mit in den Blick nimmt.⁹²

91 Vgl. Abkommensübersicht bei *Vogel/Lehner*, DBA⁴, Art. 10 Rz. 67; nach Art. 10 Abs. 3 i.d.F. des Änderungsprotokolls vom 1.6.2006 zum DBA Deutschland-USA (vgl. Fn. 42) soll dies allerdings auf Wunsch der USA erst ab einer Beteiligungsgrenze von 80 % gelten.

92 Vgl. die Darstellung verschiedener Systeme bei *Vann*, General Report, Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVIIIa (2003), S. 21 ff.; hiernach weichen Dividenden- und Kapitalgewinnbesteuerung häufig voneinander ab („In most countries it seems that the CGT treatment is dictated by general capital gains rules for all assets rather than specific rules directed to the company shareholder issue. While a good deal of recent change is noted in branch reports, mostly they are of a general kind rather than specific to the company situation. Some countries have recently sought to produce greater consistency between dividends and capital gains with measures specifically in the company shareholder situation. Notably Germany

b) Exkurs: Verdeckte Einlagen nach dem JStG 2007

Im Zusammenhang mit der Schnittstelle zwischen Beteiligungserträgen und Veräußerungserfolgen erfordert der am 1. September 2006 vorgelegte Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Jahressteuergesetz 2007 (JStG 2007)⁹³ eine Anmerkung. Durch eine Ergänzung des § 8 Abs. 3 KStG sollen angebliche Besteuerungslücken verhindert werden. Die Bestimmung⁹⁴ sieht vor, dass sich das Einkommen einer Körperschaft erhöht, soweit eine verdeckte Einlage das Einkommen des Gesellschafters gemindert hat. Dies soll auch in grenzüberschreitenden Fällen gelten.⁹⁵

Die Nichtbesteuerung der durch eine verdeckte Einlage bewirkten Vermögensmehrung der Gesellschaft findet ihre Rechtfertigung darin, dass diese Vermögensmehrung nicht erwirtschaftet wurde, sondern societatis causa erfolgt ist.⁹⁶ Eine möglicherweise fehlerhafte Behandlung beim Gesellschafter⁹⁷ vermag daran – selbst bei Bestandskraft – nichts zu ändern. Diese schon für den Inlandsfall zu konstatierende Ausgangslage gilt auch im Verhältnis zu einem ausländischen Gesellschafter. Die geplante Regelung ist daher schon im gedanklichen Ansatzpunkt verfehlt und lediglich ein weiterer Beleg dafür, dass der Gesetzgeber selbst grundlegende systematische Zusammenhänge nicht mehr zur Kenntnis nimmt.⁹⁸

Darüber hinaus stellt sich bei einem ausländischen Gesellschafter die vom Gesetz weder angesprochene noch beantwortete Frage, ob entscheidend auf die Minderung seines Einkommens nach deutschem oder nach ausländischem Steuerrecht abzustellen sein soll. Würde auf die Besteuerung des Vorgangs beim Gesellschafter nach deutschem Steuerrecht abgestellt, liefe die Neuregelung im Falle ausländischer Gesellschafter weitgehend leer. Denn die vom Gesetzentwurf gesehene Gefahr, dass ein Gesellschafter den verdeckt eingelegten Vermögenswert zu Unrecht aufwandswirksam behandelt hat, wird sich bei einem ausländischen Gesellschafter im Regelfall nur im Rahmen von dessen ausländischer Besteuerung verwirklichen. Der einer verdeckten Einlage zugrunde liegende tatsächliche Vorgang wird beim

applies the half inclusion system to both, though many gains by individuals on sale are exempt from tax.“, a. a. O., S. 39).

93 BR-Drucks. 622/06, S. 24, 119; BT-Drucks. 16/2712; inzwischen in Kraft getreten als Gesetz v. 13.12.2006, BGBl. I 2006, 2878.

94 § 8 Abs. 3 Satz 4 KStG i.d.F. des JStG 2007 (§ 8 Abs. 3 Satz 3 KStG-E i.d.F. des Regierungsentwurfs).

95 Die Gesetzesbegründung des Regierungsentwurfs (BT-Drucks. 16/2712) schweigt zwar noch zu dieser Frage; der entsprechende Wille des Gesetzgebers wird indes aus einem Beispiel im Bericht des Finanzausschusses deutlich (BT-Drucks. 16/3368).

96 Vgl. etwa *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl., 1993, § 16 II, S. 580.

97 Hierauf hebt die Gesetzesbegründung ab.

98 Zu weiterer Kritik vgl. *Briese*, BB 2006, 2110/2111 f.

Gesellschafter hingegen zunächst keinen Bezug zur deutschen Besteuerung haben; die durch die verdeckte Einlage richtigerweise ausgelöste Erhöhung der Anschaffungskosten der Beteiligung wirkt sich nicht auf die laufende Besteuerung des ausländischen Gesellschafters aus und wird deshalb vor Veräußerung der Beteiligung nicht erfasst.

Dieser Befund könnte es in der Tat nahe legen, auf die Besteuerung des Gesellschafters nach ausländischem Steuerrecht abzustellen.⁹⁹ Insofern würde ein gewisser Gleichklang mit der im JStG 2007 vorgesehenen korrespondierenden Behandlung verdeckter Gewinnausschüttungen erreicht, für die es nach der Gesetzesbegründung auf die Minderung des Gewinns einer ausländischen Tochtergesellschaft nach ausländischem Steuerrecht ankommen soll.¹⁰⁰

Hiergegen sprechen freilich die folgenden Überlegungen. Erstens ist zu fragen, welchen Anlass Deutschland haben sollte, eine systematisch zutreffende steuerliche Behandlung einer nach deutscher Rechtswertung vorliegenden verdeckten Einlage in eine deutsche Kapitalgesellschaft davon abhängig zu machen, wie der ausländische Staat des Gesellschafters diesen Vorgang nach seinem Steuerrecht – sei es zutreffend oder fehlerhaft – beurteilt.

Zweitens, und dies ist in der Praxis noch gravierender, wird die Gefahr internationaler Doppelbesteuerung heraufbeschworen, mithin das Gegenteil der Verhinderung angeblicher Besteuerungslücken erreicht.¹⁰¹ Der Grund hierfür ist darin zu suchen, dass die Neuregelung den grundlegenden systematischen Zusammenhang zwischen verdeckter Einlage und späterer Veräußerungsgewinnbesteuerung beim Gesellschafter verkennt. Für die Frage, ob die verdeckte Einlage das Einkommen des Gesellschafters gemindert hat, will der Gesetzgeber offenbar nur auf den Zeitpunkt abstellen, in dem die verdeckte Einlage geleistet wird, nicht aber kumulativ auch auf die Auswirkungen im Zeitpunkt einer späteren Veräußerung (oder Liquidation) der Kapitalgesellschaft durch den einlegenden Gesellschafter.¹⁰² Wenn der ausländische Gesellschafter den verdeckt eingelegten Vermögenswert für ausländische Besteuerungszwecke nicht – wie es aus deutscher Sicht zutreffend wäre – auf den Beteiligungsansatz aktiviert, sondern aufwandswirksam behandelt, hat er zwar den „Vorteil“ einer sofortigen Einkommensminderung. Dem steht jedoch in gleicher Höhe der „Nachteil“ der Erhöhung eines später erzielten Veräußerungsgewinns gegenüber. Ob dieser Veräuße-

⁹⁹ So das in Fn. 95 erwähnte Beispiel im Bericht des Finanzausschusses.
¹⁰⁰ BR-Drucks. 622/06, S. 119 (zu § 8b Abs. 1 Satz 2 und 3 KStG-E); vgl. dazu oben III.3.

¹⁰¹ Die in § 8 Abs. 3 Satz 5 KStG (Satz 4 des ursprünglichen Regierungsentwurfs) vorgesehene und durch den Finanzausschuss klarer gefasste Regelung zur Verhinderung von Doppelbesteuerungen in „typischen Dreieckskonstellationen“ löst das hier behandelte viel grundsätzlichere Problem nicht.

¹⁰² Dies kann auch im Inlandsfall zu unsystematischen Ergebnissen führen.

rungsgewinn im Ausland entsprechend den deutschen Regelungen in § 3 Nr. 40 EStG und § 8b Abs. 2 KStG in irgendeiner Weise steuerlich entlastet wird, steht dahin und kann keinesfalls als „Normalfall“ unterstellt werden; die Ergänzung des § 8 Abs. 3 KStG hiervon abhängig zu machen, verbietet sich von selbst.

Der Gesetzgeber hätte besser von der Regelung – zumindest für Auslandsfälle – vollständig Abstand genommen. Damit würden auch müßige Diskussionen vermieden, wie die inländische Körperschaft oder die Finanzverwaltung eigentlich verlässlich Kenntnis von der steuerlichen Behandlung des Gesellschafters im Ausland erlangen und diese gegebenenfalls beweisen sollen.

Die Neuregelung belegt einmal mehr, dass tatsächliche oder vermeintliche Besteuerungslücken im internationalen Steuerrecht sich allenfalls durch materielle Harmonisierung der Steuerrechtsordnungen, nicht aber durch punktuelle nationale Regelungen beseitigen lassen. Solche punktuellen Regelungen erscheinen auch deshalb und solange völlig unangebracht, als der jeweils umgekehrte Fall – nämlich die unabgestimmte doppelte Besteuerung eines Vorgangs in zwei Staaten – im Rahmen der unilateralen Regelungen ohne Weiteres in Kauf genommen wird.

IV. Bruttobesteuerung von Beteiligungs- und Zinserträgen im Quellenstaat

Die Besteuerung beschränkt steuerpflichtiger Empfänger von Zins- und Beteiligungserträgen erfolgt im Regelfall im Wege des abgeltenden Steuerabzugs von den Bruttoeinnahmen. Die wesentliche Problematik¹⁰³ ist darin zu sehen, dass Steuerausländer hierbei ihre Erwerbsaufwendungen nicht geltend machen können. Auch eine Verrechnung mit anderweitigen Verlusten ist regelmäßig ausgeschlossen. Diese Nachteile können in gewissem Umfang durch den Vorteil eines vergleichsweise niedrigen Steuersatzes aufgewogen werden; gerade bei Beteiligungserträgen besteht dieser Vorteil freilich nicht.¹⁰⁴

In diesem Zusammenhang erfolgt häufig ein Hinweis auf den objektsteuerartigen Charakter der beschränkten Steuerpflicht, wobei freilich offen bleibt, ob dieser eine Beschreibung des Befundes oder die innere Rechtfertigung desselben sein soll.¹⁰⁵ Für den abgeltenden Steuerabzug von den Bruttoeinnahmen streitet zweifellos die Praktikabilität beim Steuerabzug. So wird es

103 Neben der oben unter III.6. erörterten Versagung der Anwendung von § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8b Abs. 1 KStG bei Beteiligungserträgen.

104 Vgl. oben unter III.6.

105 Vgl. Kritik und Nachweise bei *Lüdicke* in Lademann, EStG, § 49 EStG Anm. 47 m. w. N. (Stand Sept. 1991); kritisch auch *Gosch* in Kirchhof, EStG³, § 49 Rz. 1 f.

dem zum Steuerabzug verpflichteten Darlehensnehmer oder der ausschüttenden Gesellschaft vielfach unmöglich sein, die persönliche Situation des Gläubigers zu berücksichtigen. Dieser Gesichtspunkt würde allerdings einer nachträglichen Antragsveranlagung nicht entgegenstehen.

Die abgeltende Bruttobesteuerung kann sich im Einzelfall als sehr ungerecht erweisen und mit einer Besteuerung nach Maßgabe der persönlichen Leistungsfähigkeit schwerlich in Einklang zu bringen sein. Der Bundesfinanzhof hat bereits im Jahre 1988¹⁰⁶ zur Vermeidung eines Verstoßes gegen Art. 14 GG eine Verpflichtung zum Billigkeitserlass bei sog. Überbesteuerung angenommen.

Innerhalb der EU und des EWR steht seit der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Gerritse*¹⁰⁷ fest, dass eine abgeltende Bruttobesteuerung im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten unzulässig ist, soweit daraus eine höhere Steuer als im vergleichbaren Inlandsfall resultiert. Das daraufhin ergangene umfangreiche BMF-Schreiben¹⁰⁸ greift allerdings deutlich zu kurz, weil es auf Künstler und Sportler beschränkt ist und die parallele Problematik in anderen Fällen der abgeltenden Abzugsbesteuerung, namentlich bei Kapitalerträgen aller Art, mit keinem Wort erwähnt wird. Hiervon abgesehen wäre es Aufgabe des Gesetzgebers, die einschlägigen Vorschriften so zu fassen, dass sich die gemeinschaftsrechtlich gebotene Rechtslage aus dem Gesetz selbst ergibt.¹⁰⁹

Mit Blick auf die Zins- und Beteiligungserträge fordert das Gemeinschaftsrecht mithin, den hierdurch geschützten ausländischen Steuerpflichtigen eine effektive verfahrensrechtliche Möglichkeit einzuräumen, ihre Beteiligungsaufwendungen im gleichen Umfang wie Steuerinländer geltend zu machen. Bei der dafür erforderlichen Veranlagung – oder vergleichbaren Verwaltungsverfahren (Quasiveranlagung) – ist Deutschland allerdings nicht gehindert, statt des Abzugsteuersatzes auch einen höheren Steuersatz gemäß der Steuertabelle anzuwenden. Die Einbeziehung der übrigen weltweiten Einkünfte für Zwecke des Progressionsvorbehalts wird dabei ebenfalls zulässig sein. Unzulässig und diskriminierend ist hingegen die für vergleichbare Fälle in § 32b Abs. 1 Nr. 5 EStG i.d.F. des JStG 2007¹¹⁰ vorgesehene und ebenfalls diskriminierende Beschränkung auf den positiven Progressionsvorbehalt.¹¹¹

106 Urt. v. 20.4.1988 – I R 219/82, BStBl. II 1990, 701.

107 EuGH v. 12.6.2003 – Rs. C-234/01, *Gerritse*, Slg. 2003, I-5933.

108 BMF v. 3.11.2003, BStBl. I 2003, 553; dazu treffend *Cordewener*, IStR 2004, 109.

109 Vgl. EuGH v. 26.10.1995 – Rs. C-151/94, *Biehl II*, Slg. 1995, I-3685, Tz. 18.

110 Durch das JStG 2007 unverändert aus der bisherigen Nr. 3 der Vorschrift übernommen.

111 Zur Europarechtswidrigkeit dieser Regelung bereits *Lüdicke* in GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 647/660 ff.

V. Anrechnung und Abzug ausländischer Steuer im Ansässigkeitsstaat

Die gesetzliche Ausgestaltung der Anrechnung ausländischer Steuern in § 34c EStG, die auch in DBA-Fällen ergänzend heranzuziehen ist, vermag weder aus systematischer Sicht noch im praktischen Ergebnis in jeder Hinsicht zu befriedigen. Insbesondere im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarktes werden im Schrifttum Defizite bemängelt. So wird zu Recht in Zweifel gezogen, ob die *per country limitation* bei der Höchstbetragsberechnung mit den auf die Verwirklichung eines Binnenmarktes zielenden europäischen Grundfreiheiten vereinbar ist.¹¹² Auch in Dreiecksfällen kann die Anrechnung ausländischer Steuern scheitern, wenn die Einkünfte – bspw. bei Bezug in einer ausländischen Betriebsstätte – für Zwecke des § 34c Abs. 1 EStG von der Verwaltungspraxis nicht als aus demjenigen Staat stammend angesehen werden, der die Quellensteuer erhebt.¹¹³

Eine Benachteiligung grenzüberschreitender Kapitaleinkommen tritt ferner ein, wenn die Anrechnung der im Ausland erhobenen Steuer in einer Verlustsituation daran scheitert, dass der Steuerpflichtige im fraglichen Veranlagungszeitraum im Inland keine Steuer zahlt. Zwar liegt in einem solchen Fall keine sofortige internationale Doppelbesteuerung vor. Soweit die fraglichen ausländischen Einkünfte jedoch einen Verlustvortrag mindern, lösen sie wirtschaftlich betrachtet nach Verbrauch des Verlustvortrags eine inländische Besteuerung aus. Im Anwendungsbereich der europarechtlichen Grundfreiheiten wird diese die grenzüberschreitenden Erträge benachteiligende Besteuerung im Schrifttum zu Recht unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *AMID*¹¹⁴ kritisiert.¹¹⁵ Die Diskriminierung kann durch die Gewährung eines sog. Anrechnungsvortrags vermieden werden, wie er in einigen ausländischen Staaten geläufig ist. Demgegenüber beseitigt die in § 34c Abs. 2 EStG vorgesehene Möglichkeit zum

112 Vgl. *Schön* in GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 743/774; *Schaumburg*, DStJG 24 (2001), 225/250 ff.; *Gosch* in Kirchhof, EStG³, § 34c Rz. 39.

113 Vgl. einerseits *Krabbe*, BB 1980, 1146/1148, und *Fischer* in Lüdicke (Hrsg.), Besteuerungspraxis bei grenzüberschreitender Tätigkeit, 2003, S. 163/195, sowie andererseits die Diskussionsbeiträge von *Wassermeyer* und *Lüdicke*, a. a. O., S. 217 ff.

114 EuGH v. 14.12.2000 – Rs. C-141/99, *AMID*, Slg. 2000, I-11619.

115 *Schnitger*, IWB Fach 11 Gruppe 2 S. 469/473 f.; *Loukots*, SWI 2001, 163/168 f.; *Cordewener/Schnitger*, StuW 2006, 50/74 ff.; zurückhaltender jetzt aber *Loukots*, SWI 2006, 250/252 f.; die Gewährung eines Anrechnungsvortrags für einen Drittstaatsfall (Japan) ablehnend öVwGH v. 28.9.2004, 2000/14/0172, GeS aktuell 2005, 167 m. abl. Anm. *Obermair/Weninger*, ecoloex 2005, 166 m. abl. Anm. *Weninger*; vgl. zur Notwendigkeit der Gewährung eines Anrechnungsvortrags in Fällen des Art. 23 B OECD-MA allgemein auch *Schuch*, Die Zeit im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen, 2002, S. 255 ff.

Abzug der ausländischen Steuer das Problem nicht, sondern mildert – in letztlich unsystematischer Weise – lediglich dessen Auswirkungen.

Der Abzug ausländischer Steuern soll durch eine im JStG 2007¹¹⁶ vorgesehene Verschärfung des § 34c Abs. 2 EStG eingeschränkt werden. Der Abzug soll nur noch möglich sein, soweit die ausländische Steuer auf ausländische Einkünfte entfällt, die nicht steuerfrei sind.

Die Regelung ist sachgerecht, soweit sie wegen abweichender Äußerungen im Schrifttum¹¹⁷ klarstellt, dass beispielsweise ausländische Quellensteuern auf Beteiligungserträge, die beim inländischen Empfänger nach § 8b Abs. 1 KStG freigestellt sind, nicht abgezogen werden können.

Soweit die Begründung des Gesetzentwurfs¹¹⁸ darüber hinaus ausführt, dass bei ausländischen Beteiligungserträgen natürlicher Personen künftig als Folge des Halbeinkünfteverfahrens auch nur noch die Hälfte der ausländischen Quellensteuer gem. § 34c Abs. 2 EStG abgezogen werden kann, verkennt diese jedoch grundlegend die systematischen Zusammenhänge. Bei Einführung des Halbeinkünfteverfahrens hat sich der Gesetzgeber nach langer Diskussion völlig zu Recht dafür entschieden, ausländische Quellensteuern trotz hälftiger Dividendenbefreiung in voller Höhe nach § 34c Abs. 1 EStG anzurechnen¹¹⁹; diese Regelung besteht fort. Damit trägt das Gesetz der schon dargestellten Tatsache Rechnung, dass die hälftige Dividendenbefreiung nur ein technisches Mittel zur Ermäßigung der auf die Dividende entfallenden Einkommensteuer ist.¹²⁰ Es ist daher geradezu abwegig, nunmehr – nur – für Zwecke des Steuerabzugs anzunehmen, dass beim Bezug ausländischer Beteiligungserträge die Hälfte der ausländischen Quellensteuer auf in Deutschland steuerbefreite Einkünfte entfällt. Dies bedeutet im Klartext, dass ausländische Quellensteuer, die bei Anwendung der Anrechnungsmethode des § 34c Abs. 1 EStG in voller Höhe anrechenbar wäre, bei Anwendung der als Hilfsalternative gedachten Abzugsmethode nur zur Hälfte berücksichtigt wird. Es ist zu hoffen, dass demnächst klargestellt wird, dass die Neuregelung – entgegen der amtlichen Begründung – den Abzug ausländischer Steuern bei den unter das Halbeinkünfteverfahren fallenden ausländischen Beteiligungserträgen nicht einschränkt.

116 BR-Drucks. 622/06, S. 9, 90; BT-Drucks. 16/2712, 54.

117 Vgl. *Menhorn*, DStR 2005, 1885.

118 BR-Drucks. 622/06, S. 90; BT-Drucks. 16/2712, 54.

119 Der im Regierungsentwurf des StSenkG noch vorgesehene § 34c Abs. 7 EStG-E (BT-Drucks. 14/2683, 6, Begründung S. 116) wurde vom Finanzausschuss gestrichen (BT-Drucks. 14/3366, 18, Begründung S. 119); vgl. jetzt auch ausdrücklich R 34c Abs. 2 Satz 3 EStR.

120 Vgl. oben unter III.6 zu der grundsätzlich unterschiedlichen Wirkungsweise von Beteiligungsertragsbefreiung gem. § 8b Abs. 1 KStG und Halbeinkünfteverfahren gem. § 3 Nr. 40 EStG im Hinblick auf die deutsche Quellenbesteuerung.

VI. Unterkapitalisierung, Gesellschafterfremdfinanzierung

Abschließend sei noch einen Blick auf die Problematik der sog. Gesellschafterfremdfinanzierung geworfen. Dieses an der Schnittstelle zwischen Beteiligungs- und Zinserträgen angesiedelte Phänomen birgt namentlich in grenzüberschreitenden Konstellationen erhebliche Sprengkraft. Die Finanzierung der Kapitalgesellschaft mit Fremdkapital anstelle von Eigenkapital führt in rein nationalen Fällen zu einer Verschiebung des Steuersubstrats zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, je nach den Umständen also möglicherweise zwischen Körperschaftsteuer- und Einkommensteuerregime, zwischen Gewerbesteuerpflichtigen und nicht Gewerbesteuerpflichtigen oder – bei Fremdfinanzierung durch einen der Gewerbesteuer unterliegenden Gesellschafter – zwischen verschiedenen Gemeinden. In den Fällen grenzüberschreitender Gesellschafterfremdfinanzierung steht dem steuerlich relevanten Zinsabzug bei der Gesellschaft regelmäßig kein inländisches Besteuerungsrecht hinsichtlich der Zinserträge des Gesellschafters gegenüber. Es wäre unrealistisch anzunehmen, dass sich diese Ausgangslage in überschaubarer Zeit ändern lässt. Zum einen streiten, wie bereits dargestellt, durchaus gute Gründe dafür, einfache Darlehenszinsen nicht der beschränkten Steuerpflicht zu unterwerfen. Selbst wenn der nationale Gesetzgeber dies ändern wollte, wäre das deutsche Quellenbesteuerungsrecht für derartige Zinsen häufig gleichwohl durch die deutschen DBA oder durch die Zins-/Lizenzrichtlinie¹²¹ ausgeschlossen.

Die dogmatischen und praktischen Schwierigkeiten mit dem derzeitigen § 8a KStG sind bekannt¹²² und werden nicht zuletzt durch die BMF-Schreiben¹²³ verdeutlicht, die einerseits zwar für die Praxis hilfreich, andererseits aber teilweise gesetzesvertretend und damit rechtsstaatlich äußerst bedenklich sind. Einer Rückführung der Regelungen zur Gesellschafterfremdfinanzierung auf die fiskalisch besonders interessanten grenzüberschreitenden Fälle steht derzeit jedenfalls innerhalb der Europäischen Gemeinschaft die Rechtsprechung des EuGH¹²⁴ entgegen. Angesichts der auch im Inlandsfall durch Gesellschafterfremdfinanzierung erzielbaren Effekte ist die mit Wirkung ab 2004 erfolgte Erstreckung des § 8a KStG auf Inlandsfälle allerdings ohnehin keine reine Formalie.

121 Vgl. Fn. 20.

122 Vgl. zu dem nahezu unüberschaubaren Schrifttum die Nachweise bei *Pung/Dötsch* in *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 8a KStG, vor Rz. 1; *Gosch* in *Gosch*, KStG, § 8a KStG, vor Rz. 1.

123 BMF v. 15.12.1994, BStBl. I 1995, 25, ber. 176; BMF v. 15.7.2004, BStBl. I 2004, 593, mit Erläuterungen zur sog. Rückgriffsregelung durch BMF v. 22.7.2005, BStBl. I 2005, 829 und Ergänzungen zu § 8a Abs. 6 KStG durch BMF v. 19.9.2006, BStBl. I 2006, 559.

124 EuGH v. 12.12.2002 – Rs. C-324/00, *Lankhorst-Hoborst*, Slg. 2002, I-11779, IStR 2002, 55.

Der möglicherweise in Ansätzen vom Gesetzgeber intendierte und durch das BMF-Schreiben vom 15. Juli 2004 weiter konkretisierte Versuch, wirtschaftliche Doppelbesteuerung aufgrund der Anwendung des § 8a KStG durch die Annahme verdeckter Gewinnausschüttungen und in gewissen Konstellationen – extra legem – auch verdeckter Einlagen¹²⁵ sowie durch Einschränkung der Rückgriffsregelung¹²⁶ weitgehend zu vermeiden, dürfte von betroffenen Steuerpflichtigen zwar begrüßt werden, führt aber zu praktisch komplizierten und systematisch durchaus angreifbaren Lösungen. Im hier interessierenden Kontext grenzüberschreitender Gesellschafterfremdfinanzierung kommt hinzu, dass derartige Lösungen zwangsläufig nationale Inzellösungen sein müssen. Internationale wirtschaftliche Doppelbesteuerungen sind damit vorprogrammiert und letztlich nicht vermeidbar. Selbst innerhalb der Europäischen Union haben die Mitgliedstaaten nach der *Lankhorst-Hohorst*-Entscheidung des EuGH nicht zu einer abgestimmten Lösung gefunden.

Im Verhältnis zu anderen DBA-Staaten innerhalb und außerhalb Europas schwebt über der deutschen recht grob typisierenden „safe haven“-Lösung, die der Praxis an sich eine gewisse Gestaltungssicherheit bietet, zusätzlich das Damoklesschwert des Verstoßes gegen den DBA-rechtlichen arm's length-Grundsatz. Insbesondere bei gewinnabhängigen Vergütungen sowie Vergütungen für Finanzierungen i. S. des § 8a Abs. 6 KStG findet eine mit dem DBA-rechtlichen Fremdvergleichsgrundsatz des Art. 9 Abs. 1 OECD-MA in dieser Allgemeinheit nicht vereinbare Umqualifizierung statt, da ein Drittvergleich von vornherein nicht zugelassen wird.¹²⁷

Bei aller grundsätzlichen Kritik, welcher bei Betrachtung der Regelung im Detail noch vieles hinzuzufügen wäre, ist nicht zu verkennen, dass bessere Alternativen kaum in Sicht sind. Die seit dem Sommer 2006 im Zusammenhang mit der „Unternehmenssteuerreform 2008“ im politischen Raum dis-

125 Der – zur Vermeidung von Überbesteuerungen – von der Finanzverwaltung (BMF v. 15.7.2004, a. a. O., Tz. 14, 17; vgl. auch *Rödder/Schumacher*, DStR 2003, 1725/1731; zustimmend *Frotscher*, DStR 2004, 377/383) angenommenen Fiktion einer Einlage der an sich angemessenen Zinsen in den Fällen der Fremdfinanzierung durch Tochtergesellschaften oder eines Darlehens zwischen Schwestergesellschaften fehlt die gesetzliche Grundlage; ebenso *Wassermeyer*, DStR 2003, 2056; *Gosch* in *Gosch*, KStG § 8a Rz. 161; *Pung/Dötsch* in *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 8a KStG Rz. 281.

126 Der – zur Vermeidung von Überbesteuerungen durchaus gebotenen – Einschränkung der Rückgriffsfälle auf sog. back-to-back-Finanzierungen (durch BMF v. 15.7.2004, a. a. O., Tz. 19 ff., mit Erläuterungen in BMF v. 22.7.2005, a. a. O.) fehlt die gesetzliche Grundlage; ebenso *Hey* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 18. Aufl., 1995, § 11 Rz. 81.

127 Ebenso *Gosch* in *Gosch*, KStG, § 8a KStG, Rz. 37; *Wassermeyer* in *Debatin/Wassermeyer*, DBA, MA Art. 9 Rz. 77a, Art. 10 Rz. 114; vgl. schon *Knobbe-Keuk*, DB 1993, 60/64; differenzierend mit Blick auf die Rechtswirkungen *Frotscher*, KStG/UmwStG-Kommentar, § 8a Rz. 24.

kutierte generelle Abzugsbeschränkung für Darlehenszinsen¹²⁸ wird schon wegen der vorgezeichneten wirtschaftlichen Doppelbesteuerung der Zinsen und des Verstoßes gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip schwerlich eine insgesamt überzeugende Lösung sein.

Es spricht manches dafür, dass im Zuge weltweit sinkender Steuersätze die Notwendigkeit für Regelungen zur Begrenzung der Gesellschafterfremdfinanzierung abnimmt. Schließlich könnte es auch für Deutschland gesamtwirtschaftlich sinnvoller sein, im globalen Wettbewerb um Investitionen, Kapital und damit Arbeitsplätze und Wohlstand zu attrahieren, als die Erosion der Körperschaftsteuer durch komplizierte, streitanfällige und systematisch höchst bedenkliche Regelungen verhindern zu wollen.

VII. Schlussbemerkung

Dem Resümee sei ein Satz des Vorsitzenden unserer Gesellschaft aus seinem Rundschreiben zum letzten Jahreswechsel vorangestellt: „Der Kapitalmarkt unterliegt in der Weite und Flüchtigkeit der Geldtransfers den Gesetzmäßigkeiten des Weltmarktes, ist deswegen nur schwer an die Maßstäbe einer nationalen Rechtsordnung zu binden...“.¹²⁹

Die internationalen Herausforderungen dieser Zeit sind nicht einfach zu meistern; das gilt auch für die steuerlichen Herausforderungen. Internationale Steuergestaltungen, erst recht internationaler Steuerbetrug sind durch rein nationale Maßnahmen häufig nicht befriedigend in den Griff zu bekommen. Dieser Befund berührt nicht nur das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden, sondern auch den Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung. Dennoch sollte der Gesetzgeber den Mut aufbringen, Jahrzehnte alte Regelungen mit zeitbedingt protektionistischem Einschlag heutigen Realitäten zu öffnen, insbesondere nicht jedem grenzüberschreitenden Vorgang und jedem ausländischen Beteiligten zunächst mit Misstrauen zu begegnen. Dieses Petitum schließt freilich nicht die Bekämpfung eines unlauteren und schädlichen Steuerwettbewerbs aus.

In diesem Sinne ist zu wünschen, dass das deutsche Steuerrecht eine Ausweitung der eingangs genannten grenzüberschreitenden Investitionen und Zahlungsströme zunehmend fördert und nicht behindert.

128 Etwa in Form einer sog. „Zinsschranke“. Vgl. auch das vorläufige Ergebnis der Beratungen der Bundesregierung zur geplanten Unternehmenssteuerreform 2008 und insb. zur „Zinsschranke als Ersatz für § 8a KStG“, http://www.bundesfinanzministerium.de/lang_DE/DE/Aktuelles/046_.j;templateId=raw,property=publicationFile.pdf/046_.j.

129 Schreiben des Vorsitzenden der DStJG *Paul Kirchhof* vom 14.12.2005.