

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung	1
	1. Überblick	1
	2. Entwicklung	2
II.	Regelungsinhalt	4
	1. Anwendungsbereich	4
	2. Rechtsfolge	5
	3. Gewerbesteuerliche Auswirkungen	7
	4. zeitlicher Anwendungsbereich	8
	5. Auswirkungen auf die Gliederungsrechnung	8
III.	Vermeidungsstrategien	10
	1. Thesaurierung von Erträgen bei der operativen Gesellschaft mit anschließender Veräußerung der Beteiligung	10
	2. Halten der inländischen Beteiligung über eine ausländische Zwischenholding	11
	a) Repatriierungsstrategien	12
	aa) Umleitung von Einkünften	13
	bb) Umformung von Einkünften	13
	cc) Temporäre Abschirmung von Einkünften	15
	b) Allokationsstrategien	16
	aa) Verlagerung nach unten	17
	bb) Verlagerung nach oben	19
	c) Kombinationsmöglichkeiten	19
	d) Problemstellungen	21
	3. Betriebsstätteinkünfte anstatt Ausschüttung	22
	4. Unzulässige Gestaltungsalternativen	22
IV.	Übereinstimmung mit der Freiheit des Kapitalverkehrs	23

I. Einführung

1. Überblick

Vor Inkrafttreten des § 8 b Abs. 5 KStG (bzw. § 8 b Abs. 7) zum VZ 1999 kam eine Beschränkung der Abzugsfähigkeit der Betriebsausgaben nur insoweit in Betracht, als diese im unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit steuerfreien Einkünften standen.

Zu unterscheiden war jedoch, ob die Aufwendungen nachvollziehbar und unmittelbar im wirtschaftlichen Zusammenhang mit den steuerfreien Beteiligungserträgen standen - dann entfiel deren Abzugsfähigkeit aufgrund der Anwendung von § 3 c EStG oder ob diese im Zusammenhang mit der Beteiligung an sich anfielen – dann waren diese aufgrund der Steuerpflicht beim Verkauf der Beteiligung abzugsfähig. Damit fand eine Unterscheidung nach der Veranlassungsebene der Beteiligungsaufwendungen statt. Problematisch war jedoch die Zuordnung der einzelnen Ausgaben zu der jeweiligen Veranlassungsebene.

Durch die Ausweitung des § 8 b Abs. 2 KStG auch auf Veräußerungsgewinne aus ausländischen Beteiligungen hat sich die Sachlage dahingehend geändert, dass nunmehr auf beiden Veranlassungsebenen (bei ausländischen Beteiligungserträgen sowie Veräußerungsgewinnen) Steuerfreiheit gegeben ist.

In Abgrenzung zur Generalnorm des § 3 c EStG, welche grundsätzlich auf jegliche steuerfreie Erträge anzuwenden ist, bezieht sich § 8 b Abs. 5 KStG ausschließlich auf die Betriebsausgaben im Zusammenhang mit steuerfreien ausländischen Beteiligungserträgen und verdrängt insoweit als *lex specialis* die Generalklausel des § 3 c Abs. 1 EStG. Die Platzierung dieser Neuregelung erfolgte dementsprechend im KStG und nicht im EStG, da eine Befreiung der Beteiligungserträge nur dann in Betracht kommt, wenn der inländische Dividendenempfänger eine Körperschaft ist.

Nach § 8 b KStG gelten nunmehr 5 % von den Bezügen im Sinne des Absatzes 1 an einer ausländischen Gesellschaft, die bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleiben, als Ausgaben, die nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden dürfen und somit außerbilanziell wieder zu korrigieren sind.

Dies sollte auch vor dem Hintergrund des Schachtelprivileges betrachtet werden, mit dessen Ziel es grds. vereinbar war, sämtliche Betriebsausgaben der Muttergesellschaft, die mit der Schachtelbeteiligung zusammenhängen (hauptsächlich Zinsen auf Darlehen zum Erwerb der Beteiligung und Konzernverwaltung) zum Abzug zuzulassen, da sie sonst weder bei der Mutter- noch bei der Tochtergesellschaft abziehbar wären, obwohl sie mit dem insgesamt bei Mutter- und Tochtergesellschaft steuerpflichtigen Steuergut zusammenhängen¹.

2. Entwicklung

Entsprechend der ersten durch das StEntlG 1999 ab Veranlagungszeitraum 1999 geltenden Fassung des neu eingefügten § 8 b Abs. 7² sollten 15% der von der Körperschaftsteuer befreiten Gewinnausschüttungen einer ausländischen Gesellschaft für die Anwendung des § 3 c EStG als Betriebsausgaben gelten, die mit den Einnahmen in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen. Damit sollten pauschal 15 % der Einnahmen als Betriebsausgaben, die mit steuerfreien Dividenden (andere Einnahmen insbesondere verdeckte Gewinnausschüttungen, Kapitalrückzahlungen oder auch Einnahmen aus ausländischen Gesellschaften, die als Mitunternehmenschaften nach deutschem Recht anzusehen wären, wurden dagegen nicht erfasst³) zusammenhängen und daher nicht abziehbar waren, fingiert werden. Im übrigen unterlagen die BA keinem Abzugsverbot, wodurch eine Zuordnung der BA zu der entsprechenden Veranlassungsebene entfiel.

Diese Regelung verstieß jedoch gegen höherrangiges Recht, da gem. Art. 4 Abs. 2 der Mutter-/Tocherrichtlinie zwar jeder Mitgliedstaat bestimmen darf, dass Kosten der Beteiligung an der Tochtergesellschaft nicht vom steuerpflichtigen Gewinn der Muttergesellschaft abgesetzt werden können, bei einer pauschalen Festsetzung der mit der Beteiligung zusammenhängenden Verwaltungskosten darf dieser jedoch 5 % der von der Tochtergesellschaft ausgeschütteten Gewinne nicht überschreiten. Obwohl die vorgegebenen 5 % nur als Pauschalierungsgrenze für die nichtabziehbaren Verwaltungskosten angesehen wurde und die richtlinienkonform nichtabziehbaren Finanzierungskosten nicht in diesem Pauschalbetrag enthalten waren, wurde die Regelung als nicht richtlinienkonform eingestuft, da der Begriff der Verwaltungskosten nach dem Regelungszusammenhang und dem Zweck

¹ IStR 12/ 99 S 365.

² Steuerentlastungsgesetz 1999/ 2000/ 2002 vom 24.3. 1999, BGBl I S. 402.

³ DStR 2000 S. 92.

der Richtlinie weit auszulegen sein soll und damit alle mit der Beteiligung anfallenden Kosten und damit auch Finanzierungskosten umfassen⁴. Aus diesem Grund erfolgte eine Änderung im Rahmen des Steuerbereinigungsgesetz 1999⁵ rückwirkend zum VZ 1999.

Nach der neuen Regelung galten nunmehr 5 % der Dividenden aus Anteilen an einer ausländischen Gesellschaft, die von der Körperschaftsteuer befreit sind, als BA, die mit den Einnahmen in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang stehen. Die Vorschrift war auf Dividenden anzuwenden, die nach einem DBA oder dem KStG von der Körperschaftsteuer befreit waren oder nach dem Wortlaut eines DBA die Einkünfte aus Dividenden oder die Nettoeinkünfte, die den Dividenden entsprechen, freigestellt sind, so dass der Dividendenbegriff des jeweiligen DBA maßgeblich war (im Gegensatz dazu ist der Dividendenbegriff des § 20 EStG enger gefasst, da hierunter nur Gewinnanteile gemeint sind, die auf einem formellen Ausschüttungsakt basieren). Damit wurden zwar auch verdeckte Gewinnausschüttungen⁶ erfasst jedoch nicht Einkünfte i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG auch wenn sie nach der Dividendendefinition des DBA zu den Dividenden i.S. des DBA gehören⁷. Nach Verwaltungsauffassung wurden auch Liquidationsgewinne und Kapitalrückzahlungen sowie steuerfreie Gewinne aus stillen Beteiligungen miterfasst. (Der Vorschlag des Bundesrates, das pauschale Abzugsverbot auch auf Veräußerungsgewinne auszudehnen, wurde von der Bundesregierung mit der Begründung abgelehnt, dass dies auch wirtschaftlich begründete Umstrukturierungen beträfe und damit den Standort Deutschland beeinträchtige, außerdem sei der Anreiz für Umgehungen angesichts des auf 5 % reduzierten Pauschalsatzes eher gering).

Durch Gesetz vom 20.12.2001⁸ erfolgte nochmals eine Modifizierung des Gesetzes dahingehend, dass die Regelung nunmehr im Absatz 5 platziert wurde und zum anderen dass der Wortlaut abgeändert wurde: das Wort „Dividenden“ ist durch „Bezüge“ i.S. des Absatz 1 ersetzt worden.

⁴ DStR 2000 S. 90, Ziffer (3).

⁵ BGBl. I 1999 S. 2601.

⁶ BMF Schreiben vom 10.1.2000 (BStBl. I S. 71).

⁷ Kommentar zum KStG 1999 Dötsch, Pung § 8 b Rn. 277.

⁸ BGBl. I 2001 S. 3858.

II. Regelungsinhalt

1. Anwendungsbereich

Die Vorschrift ist zu beziehen auf Bezüge i.S. des Abs. 1, d.h. insbesondere Dividenden sowie auch verdeckte Gewinnausschüttungen, ausgenommen sind jedoch Einkünfte i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG.

Bemessungsgrundlage für die nicht abzugsfähigen BA sind die o.g. Bezüge vor Abzug der Quellensteuer⁹ im Sinne § 8 b Abs. 1 KStG aus Anteilen an einer ausländischen Gesellschaft, die bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleiben¹⁰. Damit knüpft das pauschale Abzugsverbot an die nach § 8 b Absatz 1 steuerfrei gestellten ausländischen Dividenden an. Auf Zufluss- oder Abflussprinzipien ist nicht abzustellen, sondern lediglich, in welcher Höhe im Bilanzgewinn steuerfreie ausländische Bezüge enthalten sind. Sind die Dividenden nach den Grundsätzen zur phasengleichen Aktivierung von Dividendenansprüchen bereits in dem Jahr zu erfassen, für das die Tochtergesellschaft ausschüttet, kommt es auf den steuerlich maßgebenden Zeitpunkt an¹¹.

Unerheblich ist, in welcher Höhe tatsächlich Aufwendungen entstanden sind, sondern der Ansatz der fiktiven nichtabzugsfähigen Ausgaben richtet sich allein nach der Höhe der ausgeschütteten Bezüge. Die Regelung greift daher sowohl ein, wenn gar keine unter § 3 c Abs. 1 EStG zu subsumierenden BA angefallen sind, als auch in den Fällen, in denen die in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit den steuerfreien Dividenden stehenden Betriebsausgaben sich auf ein Vielfaches des Pauschalbetrages belaufen.

Auf die tatsächlichen Aufwendungen findet § 3 c EStG daneben jedoch keine Anwendung. Sofern die tatsächlichen Aufwendungen niedriger als 5 % bzw. gar keine entstanden sind, geht dies folglich zu Lasten der Gesellschaft. Im Gegensatz dazu sind Gesellschaften mit höheren Aufwendungen besser gestellt, da diese nach der alten Rechtslage in Gänze nicht abzugsfähig waren.

⁹ Kommentar zum KStG 1999 Dötsch, Pung § 8 b Rn. 292.

¹⁰ Kommentar zum KStG 1999 Dötsch, Pung § 8 b Rn. 110.

¹¹ IStR 2000 Seite 55.

Durch die neue Pauschalierungsregel können allerdings nunmehr selbst mit hohen Refinanzierungskosten verbundene Auslandsinvestitionen attraktiv werden, denn sofern bisher ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Aufwendungen und Dividende vorlag, war ein Betriebsausgabenabzug in vollem Umfang versagt, die Nichtabzugsfähigkeit reduziert sich nunmehr auf 5% der Erträge.

Beispiel:

Inländische Muttergesellschaft muss zur Finanzierung der Auslandsbeteiligung Darlehen aufnehmen, für welches Zinsaufwendungen i.H. von 10 Mio anfallen. Sofern die Ausschüttung ebenfalls 10 Mio. beträgt, beläuft sich das handelsrechtliche Jahresergebnis auf 0 – Steuerlich war der Betriebsausgabenabzug in voller Höhe ausgeschlossen. Somit bestand kein Anreiz für diese Investition. Gem. § 8 b Abs. 5 können künftig 9,5 Mio. Zinsaufwand als Betriebsausgabe abgesetzt werden, da nur noch pauschal 5 % der Dividenden als nichtabzugsfähige BA gelten und damit einem Abzugsverbot unterliegen.

Eine entsprechende Bestimmung für Betriebsausgaben in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Realisation von Veräußerungsgewinnen besteht nicht. § 3 c EStG wird insofern nicht verdrängt, sondern bleibt anwendbar.

Für die steuerliche Behandlung der Aufwendungen, die mit sonstigen Bezügen aus der Beteiligung an einer ausländischen Gesellschaft zusammenhängen, gilt § 3 c Abs. 1 EstG¹².

2. Rechtsfolge

Letztlich bedeutet dies eine Saldierung von Einnahmen mit den fiktiven Betriebsausgaben. Zum anderen ist in Höhe der nichtabzugsfähigen Betriebsausgaben eine Hinzurechnung zum Gewinn außerhalb der Bilanz vorzunehmen¹³.

Die Fiktion des § 8 b Abs. 5 führt im Ergebnis zum einen dazu, dass die Bezüge aus ausländischen Beteiligungen i.S. des § 8 b Abs. 1 lediglich zu 95 % steuerfrei gestellt sind und in Höhe von 5 % der als nichtabzugsfähige Betriebsausgaben fingierten Beteiligungserträge mit 25% Körperschaftssteuer belastet werden. Das bedeutet somit, dass die im Ausland bereits mit Körperschaftssteuer belasteten Dividenden im Inland erneut der Körper-

¹² BMF-Schreiben vom 20.1.1997 BStBl. I S. 99.

¹³ Kommentar zum KStG 2002 § 8 b Rn. 108 i.V.m. Kommentar zum KStG1999 § 8 b Rn. 290.

schaftssteuer unterliegen, soweit die als nicht abzehbaren Betriebsausgaben fingierten ausländischen Gewinnanteile dem steuerpflichtigen Ergebnis wieder hinzugerechnet werden.

Gegenüberstellung der Abzugsfähigkeit von Beteiligungsaufwendungen

Beispiel:

Abzugsfähigkeit von Beteiligungsaufwand für inländische Dividenden¹⁴

	Jahr 01	Jahr 02	Jahr 03	Summe
Dividende	0	90	20	110
Beteiligungsaufwand	30	30	30	90
abzugsfähig	30	0	10	40

® Einnahmen sind immer steuerfrei und werden aus der Bemessungsgrundlage herausgenommen

® Ausgaben sind dagegen nur abzugsfähig, soweit sie die im VZ enthaltenen Dividenden aus der konkreten Beteiligung übersteigen

Abzugsfähigkeit von Beteiligungsaufwand für ausländische Dividenden

	Jahr 01	Jahr 02	Jahr 03	Summe
Dividende	0	90	20	110
Beteiligungsaufwand	30	30	30	90
abzugsfähig	30	25,5	29	84,5

® 5 % der im VZ von einer ausländischen Tochtergesellschaft bezogenen Dividenden sind nicht abzugsfähig

® darüber hinaus sind die Betriebsausgaben in vollem Umfang abziehbar

¹⁴ Grafik entnommen aus DB 2000 S. 1933.

Insofern kann es bei mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen im Inland sowie auch im Ausland gehaltenen Beteiligungen sinnvoll sein, den Beteiligungsaufwand den ausländischen Beteiligungen zuzuordnen, da im Gegensatz zu § 3 c EStG die Nichtabziehbarkeit der Betriebsausgaben auf 5 % der ausländischen Beteiligungserträge begrenzt ist. Insofern wäre zu überlegen, die Eigenkapitalausstattung der ausländischen Tochtergesellschaften ausschließlich mit Fremdkapital vorzunehmen verbunden mit einer geringeren Fremdkapitalausstattung der inländischen Tochtergesellschaften.

3. Gewerbesteuerliche Auswirkungen

Die Dividendenfreistellung des § 8 b Abs. 1 beeinflusst über § 7 GewStG auch die Höhe des Gewerbeertrages, so dass das internationale gewerbesteuerliche Schachtelprivileg gem. § 9 Nr. 7 GewStG keine Wirkung mehr entfaltet.

Soweit Betriebsausgaben bei der Ermittlung des körperschaftsteuerlichen Einkommens abzugsfähig sind, gilt dies entsprechend für die Ermittlung des Gewerbeertrages. Die in den abzugsfähigen Betriebsausgaben enthaltenen Schuldzinsen sind jedoch der hälftigen Hinzurechnung als Dauerschuldzinsen unterworfen.

Der nach § 8 b Abs. 5 anzusetzende Betrag der nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben führt zu einer Erhöhung des körperschaftsteuerlichen Einkommens, welches sich über § 7 GewStG auch auf die Ermittlung des Gewerbeertrages auswirkt. Da es für die steuerfreien ausländischen Dividenden keinen gewerbesteuerlichen Kürzungsanspruch gibt, weil die Dividenden im Gewinn aus Gewerbebetrieb nicht enthalten sind, kann der gem. § 8 b Abs. 5 KStG anzusetzende Betrag auch nicht von einem Kürzungsbetrag gemindert werden – die in § 9 Nr. 7 GewStG vorgesehene Kürzung greift nicht. Der nach § 8 b Abs. 5 KStG anzusetzende Betrag unterliegt somit der Gewerbesteuer.

Problematisch ist zu sehen, dass es im Hinblick auf Schuldzinsen für den fremdfinanzierten Erwerb durch die Anwendung des § 8 Nr. 1 GewStG im Hinblick auf die tatsächlich angefallenen Schuldzinsen zu einer gewerbesteuerlichen Doppelbelastung kommen kann, da der nach § 8 b Abs. 5 anzusetzende Betrag im Wesentlichen auch die Schuldzinsen umfasst.

Beispiel¹⁵

Eine inländische Kapitalgesellschaft ist zu 50% an einer ausländischen Kapitalgesellschaft beteiligt. Die Anschaffungskosten für den Erwerb der Beteiligung i.H.v. 1 Mio Euro wurden in

voller Höhe mit einem Zinssatz i.H.v. 6% fremdfinanziert. Die Tilgung ist zunächst ausgesetzt. Die im VZ vereinnahmte Dividende beträgt 200.000 Euro. Diese ist gem. § 8 b Abs. 1 KStG bei der Ermittlung des Einkommens der inländischen Kapitalgesellschaft außer Ansatz zu lassen.

Die im VZ tatsächlich angefallenen Schuldzinsen belaufen sich auf 60.000 Euro. Diese sind in voller Höhe bei Ermittlung des körperschaftssteuerlichen Einkommens abzugsfähig. Dies gilt gem. § 7 GewStG auch für die Ermittlung des Gewerbeertrages.

Die Schuldzinsen für den fremdfinanzierten Beteiligungserwerb unterliegen gem. § 8 Nr. 1 GewStG der hälftigen Hinzurechnung, d.h. in Höhe von 30.000 Euro. Nach § 8 b Abs. 5 KStG liegen 5% von 200.000 Euro nichtabzugsfähige Betriebsausgaben vor = 10.000 Euro. Über § 7 GewStG erhöht dieser Betrag auch den Gewerbeertrag – Insoweit werden hier im Ergebnis die Schuldzinsen zweifach von der Gewerbesteuer erfasst (obwohl der von § 8 b Abs. 5 KStG anzusetzende Betrag nicht nur Schuldzinsen umfasst).

4. Zeitlicher Anwendungsbereich

Der § 8 b Abs. 7 in der Fassung des Steuerentlastungsgesetzes war erstmals für den VZ 1999 anzuwenden, da dessen Änderung durch das Steuerbereinigungsgesetz 1999 ebenfalls rückwirkend zum VZ 1999 vorgenommen wurde, ist die alte Fassung jedoch nicht zur Anwendung gekommen.

Gem. § 34 Abs. 4 KStG ist die neue Fassung des § 8 b KStG erstmals für den VZ anzuwenden, für den erstmals das KStG in der Fassung des Art. 3 des Gesetzes vom 23.10.2000 anzuwenden ist.

5. Auswirkungen auf die Gliederungsrechnung

In der Gliederungsrechnung erfolgte eine Erfassung von lediglich 95% der ausländischen Bezüge als Zugang zum EK 01 – und somit eine Minderung der steuerfreien Gewinnausschüttung um den nicht als abziehbar geltenden Betrag i.H. von 5 %.

¹⁵ Entnommen aus Betriebs-Berater 2001 Seite 602.

Die nach Abzug der der steuerfreien Gewinnausschüttung zugeordneten Betriebsausgaben (5% der Gewinnausschüttung) verbleibenden tatsächlich angefallenen und abziehbaren Betriebsausgaben mindern das zu versteuernde Einkommen nach den allgemeinen Regeln (entweder als Minderung des Zugang zum belasteten Eigenkapital oder in Verlustfällen als Abzug vom Teilbetrag EK 02). Soweit die der steuerfreien Gewinnausschüttung zugeordneten Betriebsausgaben die tatsächlich angefallenen Betriebsausgaben übersteigen, erhöhen sie das steuerliche Einkommen und damit auch das i.d.R. belastete vEK¹⁶.

Beispiel¹⁷:

Handelsbilanzgewinn vor Steuern vom Einkommen und Ertrag beträgt 1250 DM. Darin enthalten sind nach DBA steuerfreie Dividenden i.H. von 500 DM und damit zusammenhängende Betriebsausgaben i.H. von 250 DM.

Einkommensermittlung

Vorläufiger Handelsbilanzgewinn	1250
% steuerfreie Dividende	% 500
+ nichtabziehbare Betriebsausgabe (§ 8 b Abs. 7 a.F.) 5 % von 500	+25
Zu versteuerndes Einkommen	775

Gliederungsrechnung

		Summe	EK 40	EK 01
Einkommen	775			
KSt 40%	% 310			
Zugang EK 40	465	465	465	
Steuerfreie Dividende	500			
Nichtabziehbare Betriebsausgabe	% 25			
Zugang EK 01	475	475		475
vEK		940	465	475

¹⁶ BStBl. I 2000 S. 71.

¹⁷ Entnommen aus Kommentar zum KStG 1999 § 8 b Rn. 268ff.

III. Vermeidungsstrategien

Ein Ansatzpunkt zur Umgehung oder Milderung der Rechtsfolgen des § 8 b Abs. 5 ergibt sich daraus, dass diese Vorschrift Gewinnausschüttungen einer ausländischen Gesellschaft voraussetzt. Sie findet deshalb keine Anwendung, wenn die ausländische Gesellschaft die Gewinne thesauriert bzw. eine Gewinnausschüttung an die inländische Muttergesellschaft vermieden wird.

1. Thesaurierung von Erträgen bei der operativen Gesellschaft verbunden mit einer Veräußerung der Beteiligung

Die Rechtsfolgen des § 8 b Abs. 5 lassen sich somit definitiv dadurch vermeiden, dass die beteiligte Körperschaft ihre Auslandsbeteiligung vor der Ausschüttung veräußert und sich das Ausschüttungsvolumen mit dem Kaufpreis vergüten lässt, da Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an einer inländischen oder ausländischen Gesellschaft gem. § 8 b Abs. 2 steuerbefreit sind.

Bei späterer Veräußerung der Anteile kommt bei der Realisierung von Gewinnen nicht § 8 b Abs. 5 zur Anwendung, sondern § 3 c EStG, so dass lediglich der Betriebsausgabenabzug im Jahr der Veräußerung eingeschränkt wird. Im Zusammenhang mit dieser Gestaltung wäre es daher sinnvoll, in den Nichtausschüttungsjahren möglichst hohe und im Veräußerungsjahr möglichst niedrige Betriebsausgaben zu generieren. Dies kann dadurch erreicht werden, dass das für die Beteiligungsfinanzierung erforderliche Darlehen in den Nichtausschüttungsjahren (teilweise) getilgt wird, so dass im Veräußerungsjahr keine bzw. geringere Zinsbelastungen anfallen.

Da ohne Ausschüttung von Dividenden ebenfalls keine nichtabzugsfähigen Betriebsausgaben anfallen, sind diese aufgrund eines fehlenden Zusammenhangs mit Erträgen in voller Höhe abziehbar.

Eine weitere Möglichkeit wäre, die Gewinnausschüttungen nicht jährlich, sondern in größeren Zeitabständen vorzunehmen – hierdurch wird allerdings lediglich ein Zinseffekt erzielt, weil die spätere Ausschüttung thesaurierter Gewinne dann zu einem entsprechend höheren Betrag an nichtabzugsfähigen Betriebsausgaben führt¹⁸.

Problematisch ist jedoch, dass durch die Thesaurierung die Liquidität bei der ausländischen Tochtergesellschaft bis zur Ausschüttung gebunden wird und zusätzlich die thesaurierten Erträge mit Währungsrisiken verbunden sind. Zudem ist das eingeschränkte Abzugsverbot im Ausschüttungsjahr zu beachten (§ 3 c EStG).

Diese Gestaltungsalternative wäre folglich nur dann sinnvoll, wenn es sich nicht um eine strategisch und betriebswirtschaftlich notwendige Beteiligung, sondern lediglich um eine reine Finanzanlage handelt¹⁹. In allen anderen Fällen erscheint diese Gestaltungsalternative aus den dargestellten Gründen nicht optimal.

2. Halten inländischer Beteiligungen über eine ausländische Zwischenholding

Die Vorteilhaftigkeit der Zwischenschaltung einer ausländischen Holding hängt maßgeblich von der Wahl des Standortes ab. Da die steuerlichen Vor- bzw. Nachteile relativ ungleich auf die einzelnen Länder verteilt sind, kann keine Aussage bezüglich eines universell geeigneten Standortes getroffen werden, sondern dieser hängt vielmehr von den individuellen Bedürfnissen und Verhältnissen des einzelnen Falles ab²⁰.

Bei der Auswahl des geeigneten Standortes sind damit neben den nationalen Rechtsvorschriften die individuellen Gestaltungsziele, Gestaltungsfaktoren und Ausgangsdaten zu berücksichtigen.

¹⁸ IStR 1997 S. 643.

¹⁹ Betriebs-Berater 1999 S.717.

²⁰ Internationale Steuerplanung, Kessler, Teil 3 A S.192.

Konstruktion

In dem jeweiligen Land, in dem die ausländische Gesellschaft, an der die Anteile gehalten werden, ihren Sitz hat, wird eine Holding in Form einer Kapitalgesellschaft gegründet.

Durch die Errichtung einer Zwischenholding findet eine Übertragung von Einkunftsquellen auf ein weiteres Steuersubjekt (Substitutionseffekt) statt, welches zusätzlich bei Bedarf in den Prozess der Einkommenserzielung eingebunden werden kann.

Bei der Nutzung dieses Steuersubjektes kann unterschieden werden, ob diese auf ergänzender Ebene neben Grund- und Spitzeneinheit stattfindet, um auf der Grundeinheit bereits realisierte Einkünfte zeitnah auf die Ebene der Spitzengesellschaft zu transferieren oder vorübergehend auf der Ebene der Holding zu thesaurieren (Repatriierungsstrategien) bzw., ob diese als originäre Besteuerungsebene an die Stelle der Grund- oder Spitzeneinheit tritt, um noch nicht realisierte Einkünfte als erstes Glied der Kette zu realisieren (Allokationsstrategien). Die nachfolgend vorgestellten Gestaltungsalternativen können bei Bedarf jedoch auch miteinander kombiniert werden.

a) Repatriierungsstrategien

Bei den Repatriierungsstrategien wirkt die Holding lediglich als ergänzendes Einkünfteerzielungssubjekt, das zusätzlich neben Grund- und Spitzeneinheit eingebunden wird. Folglich durchlaufen die realisierten Einkünfte bei der Durchleitung von der operativen Grundeinheit zur Spitzeneinheit eine weitere Stufe, so dass grds. eine Vergrößerung der potentiell steuerpflichtigen Einkünfte des Gesamtkonzerns stattfindet, ohne dass mit der Einbeziehung des zusätzlichen Einkünfteerzielungssubjekts eine Veränderung des ökonomischen Gewinns stattfindet – damit erhöht sich die Gefahr, der mehrfachen Erfassung desselben steuerlichen Gewinns (Kaskadeneffekt).

Eine Änderung tritt jedoch lediglich in der Zurechnung der konzernintern erzielten Einkünfte ein. Die Repatriierungsstrategien berühren damit ausschließlich die Gestaltung des Einkommenstransfers.

Diese Gestaltungsform kann jedoch nur dann sinnvoll sein, wenn eine Besteuerung der Erträge im Sitzstaat der Zwischenholding nicht stattfindet bzw. so gering ist, dass die bei Durchleitung insgesamt anfallenden Quellensteuern zuzüglich einer ggf. erhobenen

Ausschüttungskörperschaftssteuer niedriger sind als bei einer unmittelbar an die Spitzeneinheit erfolgten Ausschüttung.

Im folgenden sollen 3 Repatriierungstechniken unterschieden werden:

aa) Umleitung von Einkünften

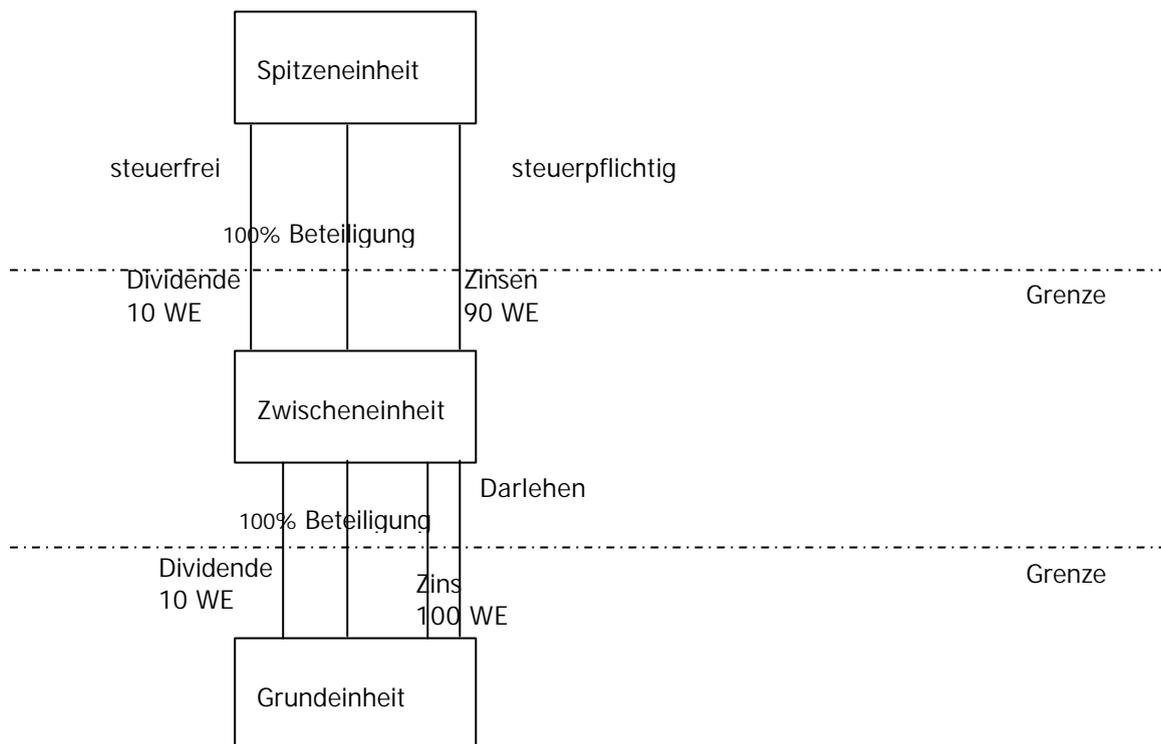
Bei der Umleitung von Einkünften werden die Einkünfte nicht direkt von der Grundeinheit zur Spitzeneinheit fließen, sondern über die Holding umgeleitet, so dass sich im Ergebnis lediglich die Transferroute der Einkünfte verlängert.

Der typische Anwendungsfall ist die Vereinnahmung und frühestmögliche Weiterausschüttung von Dividenden über eine Zwischenholding, wobei die bei einer direkten Ausschüttung an die Spitzeneinheit anfallende Quellensteuer reduziert und ggf. sogar ganz vermieden werden kann (sog. Treaty Shopping bzw. Directive Shopping).

bb) Umformung von Einkünften

Bei der Umformung von Einkünften verändert sich bei den Umformungsgestaltungen auch die steuerliche Qualifikation der Einkünfte, da die Holding die von ihr vereinnahmten Einkünfte nicht einfach weiterleitet, sondern in eine andere Einkunftsart transformiert. Dies ist häufig aufgrund der freien Wahl der Finanzierung der nachfolgenden Einheiten durch Eigen- oder Fremdkapital möglich.

Typisch für diese Gestaltung ist die Vergabe von verzinslichen Gesellschafterdarlehen seitens der Holding. Auf der Ebene der Grundeinheit werden dann die anfallenden Gewinnausschüttungen in Zinsaufwand umgeformt und an die Zwischenholding ausgeschüttet. Die der Holding als Zinserträge zufließenden Einkünfte können dann als Dividenden der Spitzeneinheit weiterausgeschüttet werden. Als Ziel dieser Gestaltungsmaßnahme kommt neben der Minderung bzw. Vermeidung von Quellensteuern durch Zwischenschaltung einer Holding in einem Land, das keine oder nur eine sehr geringe Quellensteuer auf Zinsen erhebt, insbesondere die Generierung von Erträgen in Niedrigsteuerländern sowie die Nutzung von innerstaatlichen Körperschaftsteuer-Gutschriften in Betracht, sofern dies im nationalen Recht vorgesehen ist.



Voraussetzung ist wiederum für diese Gestaltungsmaßnahme, dass die korrespondierenden Zinserträge auf der Ebene der Holding und allen nachgelagerten Zwischeneinheiten nicht oder nur gering mit Körperschaft- und Quellensteuer belastet werden.

Denkbar wäre diese Gestaltung jedoch auch auf einer vorgelagerten Stufe, sofern die inländische Muttergesellschaft ein aufgenommenes Darlehen nicht zum Zweck des direkten Erwerbs von Anteilen an der ausländischen Enkelgesellschaft erwirbt, sondern der ausländischen Zwischenholding als Darlehen zum Erwerb der ausländischen Enkelgesellschaft zur Verfügung stellt. Die von der Enkelgesellschaft an die Holding ausgeschütteten Gewinne werden auf dieser Ebene umqualifiziert in Darlehensaufwendungen und an die inländische Muttergesellschaft zur Tilgung deren Darlehens weitergeleitet. Bei dieser Form der Gestaltung bieten sich hybride Formen zinsabhängiger Kapitalüberlassung an. Der bei der Grundeinheit erzielte Gewinn, wird dann in Form einer Dividende in Höhe von 10% und in Höhe von 90% in Form eines Zinses über die Zwischeneinheit zur deutschen Spitzeneinheit weitergeleitet, wobei unterstellt werden soll, dass sich Zinsaufwand und Zinsertrag bei der Zwischenholding genau aufheben.

Der Nachteil bei dieser Gestaltungsmöglichkeit ist darin zu sehen, dass ein Großteil der von der ausländischen Grundeinheit erwirtschafteten Erträge als steuerpflichtige Zinserträge in Deutschland zu versteuern ist. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass ggf. eine Anrechnung der für die direkte Beteiligung an der Zwischenholding geleistete Quellensteuer

in Betracht kommt. Eine weitere Gefahr dieser Gestaltung besteht darin, dass die nationalen Steuersysteme diese Art der Gesellschafter-Fremdfinanzierung ggf. höhere Quellensteuern festlegen als für die eigentlichen Zinsen bzw. dass eine Umqualifizierung in verdeckte Gewinnausschüttungen erfolgt²¹. Auch unter dem Aspekt, der Weiterauschüttung an die deutschen Anteilseigner aufgrund der weiteren Steuerbelastung sowie unter Liquiditätsgesichtspunkten erscheint diese Form der Gestaltung fragwürdig. Dem könnte allerdings entgegengehalten werden, dass der inländischen Muttergesellschaft aufgrund ihres Status auf dem Geldmarkt ein höheres Ansehen genießt bzw. bessere Darlehenskonditionen eingeräumt würden, so dass ggf. günstigere Finanzierungsmöglichkeiten bestehen könnten.

cc) Temporäre Abschirmung von Einkünften

Bei der temporären Abschirmung von Einkünften wird der Einkommenstransfer auf der Ebene der Holding vorübergehend unterbrochen, weil sie die von der Grundeinheit empfangenen Einkünfte nicht unmittelbar an die Spitzeneinheit weiterleitet, sondern thesauriert und reinvestiert²².

In Betracht zu ziehen ist diese Form der Gestaltung für den Fall der pauschalierten nichtabzugsfähigen Betriebsausgaben sowie insbesondere bei einem Sitz der Muttergesellschaft in einem Anrechnungsland. Dies bedeutet, dass die im Ausland erhobenen Steuern auf die deutsche Einkommens- bzw. Körperschaftssteuer angerechnet wird soweit sie der deutschen Einkommens- bzw. Körperschaftssteuer entsprechen. Zu unterscheiden ist hierbei, ob das Steuerniveau im Ansässigkeitsstaat der Spitzeneinheit über oder unter dem der Grundeinheit liegt. Sofern die anrechenbaren Ertragssteuern auf Ebene der Grundeinheit niedriger sind als der maßgebliche Steuersatz der Spitzeneinheit, kann durch die vorübergehende Abschirmung von Einkünften ein Heraufschleusen auf das höhere Steuerniveau hinausgeschoben werden.

Liegt dagegen das Steuerniveau der Spitzeneinheit unter dem der Grundeinheit, kann die wegen des potentiellen Anrechnungsüberhangs drohende definitive Belastung mit Quellensteuer durch eine temporäre Abschirmung von Einkünften zumindest hinausgeschoben werden (tax deferral), sofern der Einkommenstransfer auf die Ebene der Holding weitgehend ohne Belastung mit Körperschafts- und Quellensteuer erfolgen kann.

²¹ Internationale Steuerplanung, Hoffmann, Teil 3 B Seite 527.

²² Ebenroth/ Neiss, BB 1990, 145 ff.

Darüber hinaus resultieren aus der Reinvestition der um die ersparten Steuern erhöhten Gewinne zumindest tendenziell höhere Erträge in den Folgeperioden, da der für die Wiederanlage verfügbare Investitionsbetrag und damit auch die Rückflüsse aus der Investition von Periode zu Periode zunehmen. Dieser Zinseszinsseffekt kann dazu führen, dass trotz der späteren Nachversteuerung bei Weiterausschüttung an die Spitzeneinheit ein höherer Nettoertrag als bei unmittelbarer Ausschüttung verbleibt. Im Fall der nichtabzugsfähigen Betriebsausgaben, die sich pauschal nach den ausgeschütteten Gewinnen bemessen, müsste sich demnach die Erträge aufgrund des Zinseffektes höher bemessen, als bei unmittelbarer Ausschüttung an die Muttergesellschaft.

Die Abschirmung von Einkünften ist grds. auch ohne Zwischenschaltung einer Holding möglich (s.a. unter II.1.), allerdings nur dann, wenn die Spitzeneinheit die Ausschüttungspolitik der Grundeinheit beeinflussen kann, was bei einer Minderheitsbeteiligung nicht der Fall wäre.

Sofern die Thesaurierung auf der Ebene der Grundeinheit aus wirtschaftlichen Gründen nicht sinnvoll sein sollte und daher eine Anlage innerhalb oder außerhalb des Konzerns erfolgen soll, wäre folglich zweckmäßigerweise eine Holding zwischenzuschalten.

b) Allokationsstrategien

Im Gegensatz zu den Repatriierungsstrategien, bei denen die Holding als zusätzliches Einkünfteerzielungssubjekt dient, findet bei den Allokationsstrategien eine gezielte Realisation von Einkommensbestandteilen auf der Ebene der Holding statt, so dass die Holding diese Einkommensbestandteile originär und stellvertretend für die Grund- und Spitzeneinheiten erzielt. Insofern findet eine Änderung der Zurechnung der extern erzielten Einkünfte statt, die immer dann sinnvoll ist, wenn hierdurch ein günstigeres Ergebnis erreicht werden kann, als durch eine Realisation auf der Ebene der Grund- oder Spitzeneinheit.

Nach der Richtung, in die die Verlagerung stattfindet, ist zu unterscheiden nach einer Verlagerung nach unten (top down) bzw. nach oben (bottom up)

aa) Verlagerung nach unten

Eine Verlagerung von der Spitzeneinheit auf die Holding ist nur hinsichtlich der Einkünftebestandteile denkbar, die wirtschaftlich mit der Beteiligung zusammenhängen. Dies betrifft damit insbesondere die Erzielung von Veräußerungs- und Liquidationsgewinnen bzw. entsprechenden Verlusten sowie von Teilwertabschreibungen auf die Beteiligung bzw. auf Gesellschafterdarlehen und die Verlagerung von Aufwand im Zusammenhang mit dem Erwerb und dem Halten der Beteiligung.

Die Erzielung von Gewinnen vorrangig auf der Ebene der Zwischenholding ist in dem Fall sinnvoll, wenn der Sitzstaat der Spitzeneinheit diese nicht oder im gleichen Umfang begünstigt wie derjenige des Holdingstandortes. Entsprechendes gilt für die Realisation von Verlusten und Teilwertabschreibungen sowie Aufwand im Zusammenhang mit dem Erwerb und dem Halten von Beteiligungen (debt push down) so auch im Fall der nichtabzugsfähigen Betriebsausgaben des § 8 b Abs. 5.

Ausgehend von einer Beteiligung in einem DBA-Land wird in diesem eine Holding in Form einer Kapitalgesellschaft gegründet. Diese nimmt ein Darlehen zur Finanzierung der Beteiligung auf bzw. sofern die Beteiligung bereits von der Muttergesellschaft gehalten wird, kann die Beteiligung von der Zwischenholding erworben werden. Die Zwischenholding bildet somit mit der oder den Tochtergesellschaften eine Organschaft nach den Vorschriften des jeweiligen DBA-Landes. Die Gewinne der Tochtergesellschaften werden dann sofort an die Holding weitergeleitet. Bei den im Ausland anfallenden steuerpflichtigen Dividenden sind die bei der Holding anfallenden Fremdkapitalzinsen voll abzugsfähig (s.a. nachfolgende Abb.) und mindern damit das steuerpflichtige Ergebnis der Holding²³. Damit dies von Vorteil ist, muss die Belastung mit ausländischer Körperschaftssteuer vergleichbar mit der inländischen Belastung sein. Ist dies der Fall, wird so eine Abzugsfähigkeit der Betriebsausgaben erreicht. In der wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung kann es keinen Unterschied machen, ob das steuerpflichtige Ergebnis der Muttergesellschaft oder der Zwischenholding gemindert ist.

Damit werden der volle Betriebsausgabenabzug der Finanzierungskosten bei der Holding gesichert, im Gegensatz zum eingeschränkten Abzug bei der Muttergesellschaft. Nachfolgend ist jedoch der veränderte Dividendentransfers ins Inland zu ermitteln²⁴.

²³ IStR 1997 S. 643, 644.

²⁴ Internationale Steuerplanung, Hoffmann, Teil 3 B Seite 531.

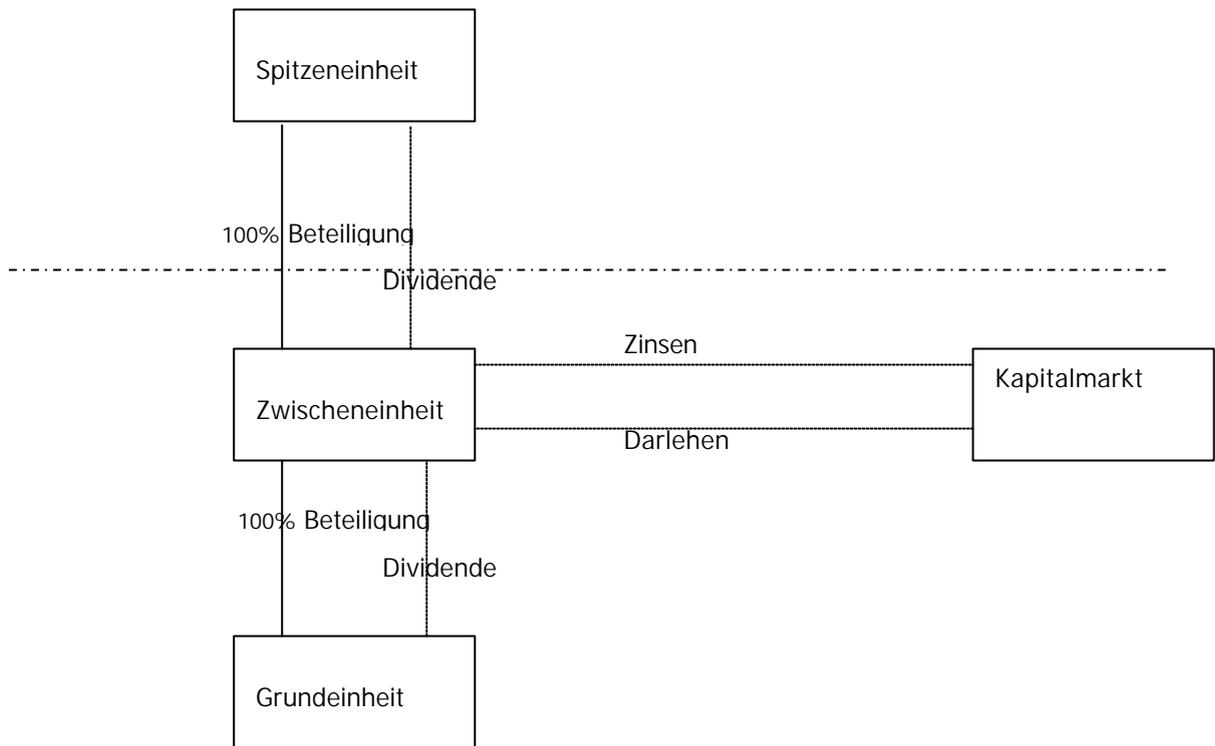
Eine derartige Gestaltung wäre in dem Fall empfehlenswert, wenn ein uneingeschränktes oder beschränktes Abzugsverbot für negative Einkünfte besteht und die Holding auch steuerpflichtige Einnahmen erzielt.

Der Vorteil dieser allerdings sehr komplexen Gestaltungsmaßnahme ist auch darin zu sehen, dass durch die Aufnahme des Darlehens am ausländischen Kapitalmarkt das Währungsrisiko bis zum Zeitpunkt der Weiterleitung an die Muttergesellschaft ausgesetzt wird (währungskongruente Finanzierung). Außerdem kann es sinnvoll sein, das Darlehen durch ein im entsprechenden Staat ansässiges Unternehmen zu tätigen. Als vorteilhaft kann sich auch die direkte Verwaltung der Beteiligungen vor Ort erweisen.

Voraussetzung für die Verlagerung positiver als auch negativer Einkünfte ist allerdings im Fall einer vorherigen Übertragung von Wirtschaftsgütern (von Darlehen oder der Beteiligung), dass dieser steuerneutral, d.h. insbesondere ohne Aufdeckung der stillen Reserven auf der Ebene der Spitzeneinheit vorgenommen werden kann, wofür es regelmäßig einer speziellen gesetzlichen Grundlage bedarf²⁵.

²⁵ Internationale Steuerplanung, Kessler, Teil 3 A Seite 198.

Schaubild über Refinanzierung der Beteiligung im Ausland²⁶



bb) Verlagerung nach oben

Da es für die Verlagerung der Einkünfteerzielung von der Grundeinheit auf die Spitzeneinheit einer speziellen Rechtsgrundlage bedarf, ist insbesondere die Möglichkeit einer Organschaft in Betracht zu ziehen, die u.a. auch die Saldierung von Gewinnen und Verlusten der beteiligten Konzerneinheiten auf der Ebene der Holding ermöglicht. Eine grenzüberschreitende Organschaft ist allerdings, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nicht möglich.

c) Kombinationsmöglichkeiten

Im Rahmen der Repatriierungsstrategien bietet sich neben einem parallelen Einsatz der Gestaltungsalternativen eine Kombination aus Abschirmung und Umformung der Einkünfte an. Hauptanwendungsfall hierfür ist die befristete Thesaurierung von Gewinnausschüttungen auf der Ebene der Holding mit anschließender Liquidation der Holding, wodurch Dividenden-

²⁶ Internationale Steuerplanung, Hoffmann, Teil3 B Seite 532.

ausschüttungen in Liquidationserträge umgewandelt werden. Diese Gestaltungsform käme insbesondere dann in Betracht, wenn der Sitzstaat der Zwischenholding zwar eine Quellensteuer auf Dividenden, aber keine auf Liquidationsausschüttungen erhebt, weil diese durch nationales Recht in Kapitalrückzahlungen und nicht als Gewinnausschüttung qualifiziert bzw. auch in dem Fall wie oben dargestellt ein eingeschränktes Verbot für den Abzug von Betriebsausgaben im Zusammenhang mit Beteiligungen besteht.

Im Bereich der Allokationsstrategien bieten sich bei fremdfinanziertem Erwerb eine Kombination aus Verlagerung von Finanzierungsaufwand aus dem Erwerb der Beteiligung von der Spitzeneinheit auf die Holding verbunden mit einer Verlagerung der Gewinne von der Grundeinheit auf die Holding an. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass die erworbene Tochtergesellschaft in einem Staat ansässig ist, dessen Steuerrecht eine unmittelbare Verlustverrechnung innerhalb des Konzernkreises (Organschaft) gestattet.

Wird die erworbene Grundeinheit in einem solchen Fall über eine zugleich als Kreditnehmer und Organträger fungierende Landesholding gehalten, können die Refinanzierungskosten unmittelbar mit den zugrundeliegenden operativen Gewinnen der erworbenen Grundeinheit saldiert werden. Vergleichbare Auswirkungen lassen sich über eine zusätzliche Errichtung einer Holding in einem Land realisieren, das eine grenzüberschreitende Organschaft kennt, da die Finanzierungskosten in diesem Fall u.U. sowohl die körperschaftssteuerliche Bemessungsgrundlage der Landesholding als auch der Spitzeneinheit mindern können.

Darüber hinaus wäre auch eine Kombination aus Verlagerung von negativen Einkünften nach unten und Repatriierung durch Umformung der Einkünfte möglich.

Dies käme insbesondere bei einer Verlagerung einer Teilwertabschreibung auf die Beteiligung von der Spitzeneinheit auf die Ebene der Holding und anschließende Liquidation der Holding, wodurch aus der Sicht der Spitzeneinheit im Ergebnis eine nicht abzugsfähige bzw. nur schwer durchsetzbare Teilwertabschreibung in einen steuerlich beachtlichen Liquidationsverlust umgewandelt wird.

Sofern die Grundeinheit seitens der Holding zumindest teilweise mit Fremdkapital finanziert wird, bietet es sich ferner an, dieses Fremdkapital im Anschluss an eine ggf. erforderliche Teilwertabschreibung der Forderung in Eigenkapital umzuwandeln, um die anderenfalls drohende Nachversteuerung aus einer zukünftigen Wertaufholung zu vermeiden, wenn der Ansässigkeitsstaat der Holding Veräußerungsgewinne aus Beteiligungen generell freistellt.

d) Problemstellungen

Bei der Einschaltung einer Zwischenholding zwischen die operative Konzerneinheit und die Konzernspitze ist zu beachten, dass diese grds. eine zusätzliche Besteuerungsebene darstellt. Damit findet bei einem Konzernaufbau, bei dem einer Zwischenholding mindestens eine Konzerneinheit vorgeschaltet und eine weitere Konzerneinheit nachgeschaltet ist, die Möglichkeit der Mehrfacherfassung des wirtschaftlichen Leistungserfolges, da prinzipiell die Konzernbesteuerung an die zivilrechtliche Rechtsfähigkeit der einzelnen Gesellschaften anknüpft. Die Erträge der einzelnen Konzerneinheiten werden damit im Ergebnis trotz ihrer Verbundenheit zu einer übergeordneten Einheit so veranlagt und besteuert als wäre jede einzelne Konzerngesellschaft eine rechtlich und wirtschaftlich selbständige Unternehmung.

Eine weitere Benachteiligung durch die Zwischenschaltung einer Holding ergibt sich daraus, dass die Möglichkeit zur indirekten Verlustkompensation in Form einer Teilwertabschreibung für den Wertverlust der Beteiligung an der Grundeinheit erschwert bzw. ganz ausgeschlossen ist. Dieser kann sich nämlich nur dann auf den Buchwert der Beteiligung der Spitzeneinheit an der Holding aus, wenn sich zugleich auch der Wert an dieser Beteiligung mindert. Dieser Umstand resultiert daraus, dass die Holding neben der verlustbefangenen Beteiligung auch andere Beteiligungen hält, deren stille Reserven den Wertverlust zumindest teilweise kompensieren. Darüber hinaus kann die Teilwertabschreibung bei der Holding weitgehend wirkungslos bleiben, weil die Holding ausschließlich oder zumindest überwiegend steuerbefreite Beteiligungserträge erzielt²⁷.

Des weiteren zu beachten wäre die Hinzurechnungsbesteuerung i.S. der §§ 7-14 AStG, wenn eine ausländische Gesellschaft (§ 7 Abs. 1 AStG) durch einen Steuerinländer beherrscht wird, in einem Niedrigsteuerland ansässig ist und lediglich passive Einkünfte erzielt.

Damit die Einkünfte der Zwischenholding nicht bei der Muttergesellschaft der Hinzurechnungsbesteuerung unterworfen werden, sollte bei einer Beteiligung in Niedrigsteuerländern darauf geachtet werden, nicht die Voraussetzungen für die Hinzurechnungsbesteuerung zu erfüllen.²⁸

Bei der Abwägung der steuerlichen Vor- und Nachteile der Zwischenschaltung einer Holding ist maßgeblich, ob das Steuerrecht des Sitzstaates diese Form der Gestaltung durch den

²⁷ Internationale Steuerplanung, Kessler Teil 3 A Seite 189,190.

²⁸ IStR 1997 Heft 21 S. 641 ff.

Heimatstaat der Spitzeneinheit anerkennt, so dass sich primär die Frage nach dem geeigneten Holdingstandort stellt.

Zu beachten ist auch, dass die Errichtung einer ausländischen Holding nicht unerhebliche Mittel bindet, da eine Auslandsgesellschaft nur bei einer entsprechenden sachlichen und personellen Ausstattung von den deutschen Finanzbehörden im Sinne der angestrebten Abschirmwirkung anerkannt wird und diese Ausstattung entsprechend teuer ist²⁹.

3. Betriebsstätteneinkünfte anstatt Ausschüttung

Fließen die Dividenden nicht als Gewinnausschüttungen, sondern als Betriebsstätteneinkünfte nach Deutschland zurück, ist § 8 b Abs. 5 ebenfalls nicht anwendbar. Allerdings dürfen auch keine Betriebsausgaben der Betriebsstätte zuzuordnen sein, wodurch die Einschaltung einer weiteren inländischen Einheit erforderlich ist.

Zu beachten wäre in diesem Zusammenhang, dass neben der mit jeder weiteren Beteiligung von Gesellschaften die Gefahr der Mehrfacherfassung ein und desselben wirtschaftlichen Leistungsergebnisses ein künstlicher Unternehmensaufbau Kosten für Verwaltung und Führung jeder Einheit mit sich bringt, als auch das Risiko inländischen als auch ausländischen Missbrauchsbestimmungen zu begegnen.

4. Unzulässige Gestaltungsalternativen

Bei den vorgestellten Gestaltungsalternativen ist darauf zu achten, dass diese nicht als unzulässig im Sinne von § 42 AO zu beurteilen sind. Dies wäre dann anzunehmen, wenn die Gestaltung gemessen am angestrebten Ziel, unangemessen ist, der Steuerminderung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonstige beachtliche nichtsteuerliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist. Insbesondere könnte dies anzunehmen sein, wenn eine Zwischenholding aus Liquiditätsgründen auf den Rückfluss von Geldern der operativen Einheit angewiesen

²⁹ Internationale Steuerplanung, Laudan Teil 3 A Seite 159.

wäre und die im Ausland angesammelten Ausschüttungsbeträge im Wege der Darlehensvergabe zurückgeführt würden.

IV. Übereinstimmung mit der Freiheit des Kapitalverkehrs

Betriebsausgaben im Zusammenhang mit ausländischen Beteiligungserträgen werden pauschal mit 5 % der ausländischen Beteiligungserträge abgegolten und darüber hinaus kann eine Minderung der Bemessungsgrundlage eintreten während inländische Betriebsausgaben weiterhin dem Abzugsverbot unterliegen - damit könnten ausländische Investitionen günstiger sein als inländische. Hierin könnte ein Verstoß gegen den Grundsatz der Kapitalverkehrsfreiheit zu sehen sein, da es sich um eine Diskriminierung des Inlandssachverhaltes handelt.

Umgekehrt könnte ebenfalls eine Diskriminierung des Auslandssachverhaltes anzunehmen sein, da die Fiktion eines 5%igen nicht abzugsfähigen Beteiligungsaufwandes nicht auf die Inlandsbeteiligung übertragen wird.

Letztlich könnte eine Pauschalregelung gegen das objektive Nettoprinzip verstoßen, da dieses die Berücksichtigung des mit der Einkunftsquelle verbundenen Erwerbisaufwand in tatsächlicher Höhe verlangt. Für vereinfachende Typisierungen bedarf es nämlich eines realitätsgerechten Ansatzes bei dem Normalfall des steuerlich relevanten Sachverhaltes. Gerade dieser lässt sich jedoch im Bereich der Finanzierungsaufwendungen nicht feststellen, denn Beteiligungen können entweder ausschließlich eigenfinanziert oder ausschließlich fremdfinanziert sein bzw. beliebig mischfinanziert sein – damit wäre jede Pauschale nicht realitätsgerecht³⁰.

Anlässlich der vielfach geäußerten Kritik bleibt daher die weitere Entwicklung abzuwarten.

³⁰ FR 2001 S. 390, 391.