

Begegnungen im Recht

Ringvorlesung der Bucerius Law School
zu Ehren von Karsten Schmidt
anlässlich seines 70. Geburtstags

Mohr Siebeck

Begegnungen im Recht



Begegnungen im Recht

Ringvorlesung der Bucerius Law School
zu Ehren von Karsten Schmidt
anlässlich seines 70. Geburtstags

Herausgegeben von den Professorinnen und
Professoren der Bucerius Law School

Mohr Siebeck

Karsten Schmidt, geboren 1939; Studium in Kiel und München; 1972 Promotion; 1976 Habilitation; Professor in Göttingen, Hamburg und Bonn; Direktor des Seminars für Handels-, Schifffahrts- und Wirtschaftsrecht in Hamburg (1977–1997) und des Instituts für Handels- und Wirtschaftsrecht in Bonn (1997–2004); Mitglied und Vorsitzender verschiedener wissenschaftlicher Akademien und Vereinigungen (Zivilrechtslehrervereinigung, Hamburger Akademie der Wissenschaften, Academia Scientiarum et Artium Europaea, Academia Nacional de Cordoba [Arg.], Institute for Advanced Legal Studies); Ehrendoktor der Universitäten Athen und Wien; Träger des Emil von Sauer-Preises, des Dr.-Günther-Buch-Preises der Buch-Gedächtnisstiftung Hamburg; 2006 Bundesverdienstkreuz Erster Klasse; seit 2004 Präsident der Bucerius Law School, Hamburg.

ISBN 978-3-16-150998-8 / eISBN 978-3-16-162986-0 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2011 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Der siebzigste Geburtstag erschien uns als ein schönes Ereignis, um Karsten Schmidt als Menschen, Wissenschaftler und Präsidenten mit einer Ringvorlesung seiner Kolleginnen und Kollegen der Bucerius Law School zu ehren. Getragen wurde die Ringvorlesung außerdem von der Idee, die rechtswissenschaftlichen Fachsäulen ins Gespräch zu bringen und dieses Gespräch in den anschließenden Diskussionen mit den Zuhörern zu öffnen. Jede Vorlesung bestand aus zwei Vorträgen unterschiedlicher Fachrichtungen. Die folgenden Beiträge sind das bleibende Zeichen unseres Geschenks. Der Beschenkte soll sich daran erfreuen und ein wohlgesonnener Leser mag darin manchen fruchtbaren Gedanken finden.

Hamburg im Sommer 2011

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Birgit Weitemeyer</i> Der Einfluss des Europarechts auf die Besteuerung und Finanzierung der Konzerne. Ein Beitrag zum Zusammenspiel von Gesellschafts- und Steuerrecht	1
<i>Rüdiger Veil</i> Zukunftsfragen der Konzernrechtsforschung	21
<i>Michael Fehling</i> Ökonomische Analyse im öffentlichen Recht als Methode zur Reformulierung und Operationalisierung von Gerechtigkeitsfragen ...	39
<i>Christoph H. Seibt</i> Readjustierung des Kapitalmarktrechts mithilfe ökonomischer Analysen ..	69
<i>Meinhard Hilf</i> Lissabon und die Grenzen der Integration	89
<i>Hans-Bernd Schäfer</i> Insolvenzrecht für internationale Staatsschulden und der Stabilisierungsmechanismus der Eurozone	99
<i>Doris König</i> Die Jurisdiktion des Flaggenstaats im modernen Seevölkerrecht	115
<i>Karsten Thorn</i> Die Flagge als Anknüpfungsmoment im Internationalen Privatrecht	131

Christian Bumke

Institution und Intimität. Die Ehe, ihre Leitbilder und ihr Recht
aus verfassungsrechtlicher Sicht 155

Anne Rötbel

Institution und Intimität. Die Ehe, ihre Leitbilder und ihr Recht
aus privatrechtlicher Sicht 173

Jörn Axel Kämmerer

Von der Renaissance der Beleihung 195

Frank Saliger

Privatisierung im Strafrecht 215

Thomas Rönau

Strafrecht und Selbstregulierung – Chance oder Risiko? 237

Matthias Jacobs

Schutz der „Jungen“ im Arbeitsrecht.
Am Beispiel der Entgeltdiskriminierung jüngerer Arbeitnehmer 259

Hermann Pünder

Staatsverschuldung und Generationengerechtigkeit.
Die neue „Schuldenbremse“ im Vergleich zum überkommenen Recht 275

Florian Faust

Der Einfluss des europäischen Privatrechts auf das deutsche
Vertragsrecht 299

Reinhard Zimmermann

Europäisches Privatrecht – Irrungen, Wirrungen 321

Verfasserverzeichnis 351

Der Einfluss des Europarechts auf die Besteuerung und Finanzierung der Konzerne

Ein Beitrag zum Zusammenspiel
von Gesellschafts- und Steuerrecht¹

Birgit Weitemeyer

Sehr verehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren!

Wir gehen heute ein zweifaches Wagnis ein. Zum einen haben wir die große Aufgabe, Ihnen zu Ehren, Herr Schmidt, den Beginn der Ringvorlesung „Recht im Wandel“ zu gestalten. Zum anderen starten wir mit einem auch für Juristen nicht wenig sperrigen Doppelthema des Konzernrechts und, noch ärger, des Konzernsteuerrechts. Ich hoffe aber, die engen Zusammenhänge zwischen den steuerrechtlichen Gestaltungsmotiven und den gesellschaftsrechtlichen Folgen unter den besonderen Bedingungen des Europarechts deutlich machen zu können und weiß, dass Sie, sehr verehrter Herr Schmidt, das Zusammenspiel zwischen Gesellschafts- und Steuerrecht sehr genau verfolgen.

A. Konzernfinanzierung

Eine zentrale Aufgabe der Unternehmensleitung ist die Gestaltung der optimalen Finanzstruktur. Hierbei gilt es verschiedene Ziele miteinander in Einklang zu bringen und diese fortwährend den aktuellen Entwicklungen anzupassen. So schafft eine hohe Eigenkapitalquote die Sicherheit eines festen Finanzpolsters und Unabhängigkeit gegenüber Dritten, wie es das unbeeindruckt durch die Finanzkrise gekommene italienische Unternehmen Ferrero gezeigt hat.² Ein hoher Anteil an Fremdfinanzierung kann dagegen durch den Leverage Effekt zu einer attraktiven Eigenkapitalrendite führen. Diese betriebswirtschaftliche Kennzahl zeigt an, wie hoch der Gewinn gemessen am Eigenkapital ausgefallen ist, d.h. wie sich das Eigenkapital verzinst hat. Bei ei-

¹ Der am 2.12.2009 gehaltene Vortrag wurde auf den Rechtsstand vom 1.4.2011 gebracht.

² Tobias Piller, Die geheimnisvolle Schokoladendynastie, FAZ.NET v. 21.11.2009.

nem großen Anteil an Fremdkapital mit mäßigem Zinssatz führt der Leverage Effekt dazu, dass die Eigenkapitalrendite steigt. Gemäß der Leverage-Formel $EKR = GKR + (GKR - i) * FK/EK$ setzt sich die Eigenkapitalrendite EKR aus der Gesamtkapitalrentabilität GKR (Gewinn + Zinsaufwand bezogen auf das Gesamtkapital) und der Differenz aus Gesamtkapitalrentabilität und dem Fremdkapitalzins i , multipliziert mit dem Verschuldungsgrad (FK/EK) zusammen. Ist diese Differenz positiv, verzinst sich das Eigenkapital höher als die aktuellen Kreditzinsen betragen.³ Dieser Effekt lässt sich steigern, indem man den Fremdkapitalanteil an der Unternehmensfinanzierung erhöht. So lässt sich bei einem Fremdkapitalzins von 4 % und einer Gesamtkapitalrentabilität von 7,5 % mit einem Verschuldungsgrad von 90 % eine Eigenkapitalrendite von 39 % erreichen. Diesen Effekt machen sich zunehmend nicht nur Private Equity Gesellschaften für den fremdfinanzierten Erwerb von Beteiligungen zu Nutze, sondern auch andere Unternehmen für die laufende Konzernfinanzierung, wie es *Christoph H. Seibt* auf dem ZHR-Symposium im Jahre 2007 analysiert hat.⁴ Gefährlich ist, dass der Leverage-Effekt auch in die andere Richtung wirkt. Liegt die Gesamtkapitalrentabilität unter dem Fremdkapitalzins, etwa weil die Zinsen steigen oder die Rentabilität abnimmt, fallen die Verluste umso höher aus, je höher der Verschuldungsgrad gewählt wurde.⁵ Damit macht ein hoher Verschuldungsgrad anfällig für unvorhergesehene Entwicklungen auf dem Finanz- und Kapitalmarkt, wie es die Porsche Automobil Holding SE⁶ und das Unternehmen Schaeffler⁷ bei ihren überwiegend fremdfinanzierten Versuchen der Übernahme der VW AG bzw. der Continental AG erfahren mussten.

Zwischen der „echten“ Fremd- und der „echten“ Eigenkapitalfinanzierung liegt die in der Praxis gängige Fremdfinanzierung durch die Gesellschafter, die ihrer Gesellschaft Darlehen gewähren. Diese Form der Mezzanine-Finanzierung⁸ stellt ein probates Mittel der Unternehmenssanierung dar und ist eine Reaktion auf geänderte Bedingungen am Kapitalmarkt und auf die infolge der Vereinbarung von Basel II und der Finanzkrise restriktivere Kreditvergabepraxis der Banken. Gegenüber der echten Ausstattung mit Eigenkapital be-

³ *Karlheinz Küting/Claus-Peter Weber*, Die Bilanzanalyse, 9. Aufl. Stuttgart 2009, S. 326 ff.

⁴ *Christoph H. Seibt*, Gläubigerschutz bei Änderung der Kapitalstruktur durch Erhöhung des Fremdkapitalanteils (Leveraged Recapitalization/Leveraged Buy Out), ZHR 171 (2007), 282 ff.

⁵ *Küting/Weber*, Bilanzanalyse (Fn. 3), S. 328.

⁶ *Anselm Waldermann*, Wiedeking scheidert mit Angriff auf Volkswagen, Spiegel online v. 5.6.2998, www.spiegel.de.

⁷ *Angela Maier*, Schaeffler zieht sich aus dem Schuldensumpf, Financial Times Deutschland v. 28.3.2011, www.ftd.de.

⁸ *Michael Häger/Manfred Elkemann-Reusch*, Mezzanine Finanzierungsinstrumente, 2. Aufl. Berlin 2007, S. 22 ff.

steht der Vorteil der leichteren Rückzahlbarkeit ohne förmliche Kapitalherabsetzung, wenn das Kapital nicht mehr benötigt wird.⁹ Schließlich dient die Darlehensvergabe durch Gesellschafter der Optimierung des Cash-Managements im Konzern.¹⁰

B. Steuerliche Anreize für Finanzierungsentscheidungen

Alle Finanzierungsentscheidungen werden durch steuerliche Überlegungen beeinflusst. Die Finanzierung durch Eigenkapital ist im Vergleich zur Fremdfinanzierung teurer, abhängig von dem Zinssatz für Fremdkapital sowie der Ertragsteuerbelastung der Gewinne. Die fehlende Finanzierungsneutralität des deutschen Steuerrechts wird seit langem kritisiert.¹¹

I. Nationale Betrachtung

Die höhere steuerliche Belastung der Eigenkapitalfinanzierung gilt bereits in rein nationalen Gestaltungen: Bei der Finanzierung der Gesellschaft durch Darlehen der Gesellschafter, also downstream gewährten Darlehen, kann die Gesellschaft die an die Gesellschafter gezahlten Zinsen als Betriebsausgaben gem. § 4 Abs. 4 EStG abziehen, was die Körperschaftsteuerbelastung von 15 % sowie den Solidaritätszuschlag von 5,5 % hierauf sowie die Gewerbesteuer von durchschnittlich 14 %, dh eine Ertragsteuerlast von 29,83 % mindert. Bei einem durchschnittlichen Gewerbesteuerhebesatz von 400 % sowie einer Hinzurechnung von 25 % der Zinsen zu der steuerlichen Bemessungsgrundlage¹² wird hierdurch eine Steuerbelastung von 25,33 % der gezahlten Zinsen vermieden. Ist der Gesellschafter eine natürliche Person, muss er die eingenommenen Zinsen in voller Höhe als Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG versteuern. Diese Einkünfte unterfallen seit dem 1.1.2009 aber dem niedrigen abgeltenden Steuersatz von höchstens 25 % plus Solidaritätszuschlag und gegebenenfalls Kirchensteuer, § 32d Abs. 1 S. 1 EStG, sofern der Gesellschafter mit einem Anteil von weniger als 10 % an der

⁹ Kurt Kiethe, Mezzanine-Finanzierung und Insolvenzrisiko, DStR 2006, S. 1763 ff.

¹⁰ Daniel Franke, Cash Pooling als konzerninternes Finanzierungsinstrument – Chancen und Risiken, ZSteu 2009, S. 10 ff.

¹¹ Vgl. bereits Brigitte Knobbe-Keuk, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl. Köln 1993, S. 1; aus jüngerer Zeit Christoph Spengel, Steuervereinfachung aus Unternehmenssicht, DB 2011, Beilage Standpunkte zu Heft 1, S. 3 f.; zur Abgeltungssteuer Frank Hechtner/Jochen Hundsdoerfer, Schedulesbesteuerung von Kapitaleinkünften mit der Abgeltungssteuer: Belastungswirkungen und neue Problemfelder, StuW 2009, S. 23 ff.

¹² Vor der Unternehmensteuerreform 2008 wurden sogar statt nun 25 % 30 % der gezahlten Entgelte für Schulden der gewerbesteuerlichen Bemessungsgrundlage hinzugerechnet.

Gesellschaft beteiligt ist, § 32 Abs. 2 Nr. 1 b) EStG. Hingegen sind die Dividenden und Gewinnausschüttungen aus der Bereitstellung von Eigenkapital bei der Gesellschaft selbst nicht steuerlich abziehbar, sondern sind auf der Ebene der Gesellschaft mit 29,83 % Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer sowie Solidaritätszuschlag definitiv belastet. Der nach Steuern übrig gebliebene Betrag, der als Dividende ausgeschüttet wird, unterliegt bei natürlichen Personen, die den Anteil in ihrer privaten Vermögensverwaltung halten, gem. §§ 3 Nr. 40 S. 2, 32d Abs. 1 S. 1 EStG ebenfalls der Abgeltungsteuer in Höhe von 25 % (zuzüglich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer). Die steuerliche Privilegierung der Fremdkapitalfinanzierung ist durch die Einführung der Abgeltungsteuer seit 2009 verstärkt worden. So betrug der Vorteil der Fremdfinanzierung für Privatanleger im Jahr 2007 lediglich 1,05 Prozentpunkte,¹³ seit dem Jahr 2009 beträgt er 19,38 %.¹⁴ Verantwortlich hierfür ist die Einbeziehung der Zinseinkünfte in den niedrigen abgeltenden Steuersatz, obgleich diese bereits auf der Ebene der Gesellschaft die Bemessungsgrundlage gemindert haben.

Die unterschiedliche steuerliche Belastung von Zinsen und Dividenden ist bereits als verfassungswidrig bezeichnet worden.¹⁵ Allerdings besteht die Ungleichbehandlung nur, wenn man die Besteuerung der Finanzierungsformen auf der Ebene der Gesellschaft und auf der Ebene des Anteilseigners addiert. Zu dieser Problematik hatte das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidungen vom 21.6.2006 zur steuerlichen Gleichbehandlung von Unternehmen festgestellt, eine wirtschaftliche Doppelbelastung ausgeschütteter Gewinne auf der Ebene der Gesellschaft und zusätzlich auf der Ebene der Gesellschafter sei zulässig, weil die Abschirmwirkung der Vermögenssphäre einer Kapitalgesellschaft einen hinreichenden sachlichen Grund für eine formell getrennte Betrachtung von Gesellschaft und Gesellschafter liefere.¹⁶ Die Finanzwissenschaft bemängelt gleichwohl zu Recht die fehlende Finanzierungsneutralität der jüngsten Reform der Unternehmensbesteuerung, die zu einem weiteren Push-Out von Eigenkapital führen werde.¹⁷

Nicht der niedrigen Abgeltungsteuer, sondern der Tarifbesteuerung von maximal 42 %¹⁸ unterliegen die Zinseinkünfte beim Gesellschafter nach § 32d

¹³ *Hechtner/Hundsdoerfer* (Fn. 11), *StuW* 2009, S. 23 (32).

¹⁴ *Hechtner/Hundsdoerfer* (Fn. 11), *StuW* 2009, S. 23 (30).

¹⁵ *Jens Intemann*, Einbeziehung von Dividenden in die Abgeltungssteuer verfassungswidrig?, *DB* 2007, S. 1658 ff.

¹⁶ *BVerfGE* 116, 164 (198 f.); bestätigt durch *BVerfG*, *DStR* 2010, S. 2393 (2396).

¹⁷ Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2007/2008, November 2007, Rz. 414; *Dirk Kiesewetter/Rainer Niemann* [et al.], arqus-Stellungnahme zur notwendigen Reform der Abgeltungsteuer, *DB* 2008, S. 957; *Hechtner/Hundsdoerfer* (Fn. 11), *StuW* 2009, S. 23 (31).

¹⁸ Bzw. 45 % wenn das zu versteuerte Einkommen 250.731 € (zusammen veranlagte Ehegatten 501.462 €) oder mehr beträgt, § 32a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 EStG, so genannte „Reichensteuer“.

Abs. 2 Nr. 1 b) EStG, wenn der Darlehensgeber zu 10 % oder mehr an der Gesellschaft beteiligt ist. Auch hier bleibt aber der Steuervorteil aus der Abziehbarkeit der Zinsen als Betriebsausgaben bei der Gesellschaft, während die steuerliche Vorbelastung auf der Ebene der Gesellschaft bei der Gewinnausschüttung, also bei der Finanzierung mit Eigenkapital, an die Gesellschafter nicht berücksichtigt wird.¹⁹ Der Vorteil der Fremdfinanzierung rührt aus der nur teilweisen Belastung mit Gewerbesteuer und ist damit abhängig von dem örtlichen Hebesatz.²⁰ Außerdem wird bei Beteiligungen von mindestens 10 % des fremdfinanzierenden Gesellschafters gem. § 32d Abs. 2 S. 2 EStG anders als bei Gewinnausschüttungen an Gesellschafter (dort nur soweit diese zu 25 % an der Gesellschaft beteiligt oder mindestens zu 1 % beteiligt und in ihr beruflich tätig sind, § 32 Abs. 2 Nr. 3 EStG) die Pauschalierung des Werbungskostenabzugs in Höhe von 801 € nach § 20 Abs. 9 EStG außer Kraft gesetzt. Damit ist auch die ihrerseits fremdfinanzierte Fremdkapitalfinanzierung gegenüber der fremdfinanzierten Eigenkapitalbeteiligung steuerlich bei Beteiligungen zwischen 10 % und 25 % privilegiert.²¹

Der Vorteil der Abziehbarkeit der Zinsen von der steuerlichen Bemessungsgrundlage besteht unabhängig davon, in welcher Form das Fremdkapital beschafft wird, also ob Gesellschafter Darlehen vergeben, ob am Kapitalmarkt Anleihen begeben werden oder die Finanzierung durch Banken erfolgt. In den beiden letzten Fällen wirkt sich der Steuervorteil der Abziehbarkeit der Fremdkapitalzinsen auf der Ebene der Gesellschaft jedoch noch stärker aus, da in diesen Fällen eine korrespondierende Steuerbelastung der fremdfinanzierenden Gesellschafter nicht ins Kalkül zu ziehen ist. Dies gilt etwa für große Publikumskapitalgesellschaften im Streubesitz. Für sie ist die Konzernsteuerquote, also das Verhältnis der Ertragsteuern zum Gewinn, entscheidend für den Wettbewerb am Kapitalmarkt, da sich dieser Wert auf das Ergebnis je Aktie auswirkt. Einfach gesagt: was die Gesellschaft versteuern musste, kann sie nicht mehr in Form von Dividenden ausschütten. Kann die Steuerlast durch Fremdkapitalfinanzierung gesenkt werden und verbessert diese Finanzierungsform noch dazu durch den Leverage Effekt die Eigenkapitalrendite, kann sie mit günstigen Kennzahlen werben.²²

Betrachtet man die Situation bei verbundenen Unternehmen im Konzern, also bei einer Mutterkapitalgesellschaft als Anteilseigner an einer anderen Tochtergesellschaft, ist die Fremdfinanzierung ebenfalls schon auf rein natio-

¹⁹ *Otto H. Jacobs*, Unternehmensbesteuerung und Rechtsform, 4. Aufl. München 2009, S. 623.

²⁰ *Stefan Homburg*, Die Abgeltungsteuer als Instrument der Unternehmensfinanzierung, DStR 2007, S. 686 (689 a.E.).

²¹ Vgl. *Hechtner/Hundsdoerfer* (Fn. 11), StuW 2009, S. 23 (31).

²² *Rainer Zielke*, Internationale Steuerplanung mit Gesellschafter-Fremdfinanzierung in der Europäischen Union, Norwegen und der Schweiz, StuW 2009, S. 63 ff.

naler Ebene steuerlich vorteilhafter als die Eigenkapitalfinanzierung. Die Muttergesellschaft muss aufgrund des Schachtelprivilegs des § 8b Abs. 1 und 5 KStG zwar nur 95 % der von der Tochtergesellschaft an sie ausgeschütteten Dividendeneinkünfte der Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer und dem Solidaritätszuschlag unterwerfen, während sie Zinseinkünfte in voller Höhe versteuern muss. Auf der Ebene der Tochtergesellschaft sind die Zinsaufwendungen aber in voller Höhe Betriebsausgaben und minderten dort die Steuerlast, während dies bei den Dividendenausschüttungen nicht der Fall ist. Damit findet bei der Fremdfinanzierung nur einmal eine steuerliche Belastung der Zinsen in Höhe von 29,83 %, nämlich auf der Ebene der Mutter statt. Bei der Eigenkapitalfinanzierung wird der Betrag einmal auf der Ebene der Tochter mit 29,83 % belastet und zusätzlich mit dem gleichen Prozentsatz bezogen auf den 5 %igen Anteil der nach Steuern übrig gebliebenen, an die Muttergesellschaft als Dividende ausgeschütteten Betrag. Bei mehrstufig gestalteten Konzernen tritt durch die Addition des auf jeder Ebene steuerpflichtigen Anteils von 5 % der Gewinnausschüttungen der so genannte Kaskadeneffekt ein,²³ so dass die Fremdkapitalfinanzierung in mehrstufigen Konzernen steuerlich gegenüber der Bereitstellung von Eigenkapital günstiger ist. Diese Nachteile lassen sich allein durch die ertragsteuerliche Organschaft nach den §§ 14 ff. KStG vermeiden.

II. Internationale Gestaltungen

Bei international angesiedelten Konzernen kommt hinzu, dass durch den geschickten Einsatz der Fremdfinanzierung eine Verlagerung der zu versteuernden Gewinne in das niedriger besteuerte Ausland ermöglicht wird. In einer gängigen Gestaltung finanziert etwa eine im Ausland ansässige Mutterkapitalgesellschaft ihre inländische Tochtergesellschaft direkt oder über eine konzerninterne Finanzierungsgesellschaft mit Fremdkapital, so genannte „Downstream-Inbound-Finanzierung“. Die von der deutschen Tochtergesellschaft gezahlten Zinsen mindern die steuerliche Bemessungsgrundlage der Tochter in Deutschland und werden nach den Regelungen des Internationalen Steuerrechts im Sitzstaat der ausländischen Muttergesellschaft vielfach niedriger als in Deutschland steuerlich belastet.

In einer weiteren Fallgruppe stattet eine inländische Mutterkapitalgesellschaft ihre im Ausland ansässige niedrig besteuerte Tochterkapitalgesellschaft mit Eigenkapital aus. Mit diesen Mitteln gewährt die Tochtergesellschaft der Mutter ein Darlehen, so genannte „Up-stream-Inbound-Finanzierung“. Auch

²³ Die Regelung ist als typisierende Pauschalierung der mit den steuerfreien Einkünften korrespondierenden Werbungskosten verfassungsgemäß, BVerfG DStR 2010, S. 2393 (2396).

hier macht die Mutter die an die Tochter gezahlten Zinsen als Betriebsausgaben im Inland steuermindernd geltend. Die Tochter hat die Zinsen im niedrig besteuerten Ausland als Einnahme zu versteuern. Zahlt die Tochter ihre Gewinne, in denen auch diese Zinszahlungen enthalten sind, an die deutsche Mutter aus, sind diese durch das Schachtelprivileg des § 8b Abs. 1 und 5 KStG auch über die Grenze hinweg zu 95 % steuerfrei.

Warum ist diese Gestaltungen so attraktiv sind, zeigt ein Blick auf die Steuersätze innerhalb der EU. Die Ertragsteuerbelastung der Gewinne liegt in Deutschland aktuell bei 29,41 %. Höher sind die Belastungen lediglich in Italien (31,4 %), Belgien (33,99 %), Frankreich (33,33 %) und Spanien (30 %).²⁴ Erheblich niedriger sind die Ertragsteuern etwa in Zypern mit 10 %, Irland mit 12,5 %, Lettland mit 15 %, Ungarn mit 16 %; Slowakei und Polen mit 19 %, Litauen und Lettland mit 15 %, Tschechien und Slowenien mit 19 % sowie in der Schweiz mit 21,17 %.²⁵ Irland war lange Zeit als Standort für internationale Finanzdienstleister und damit auch für die konzerninterne Cashpool-Verwaltung besonders interessant, weil die in den Dublin Docklands angesiedelten Unternehmen einen Körperschaftsteuersatz von nur 10 % leisten mussten, eine bis 2005 von der EU-Kommission genehmigte Beihilfe.²⁶

All diese Faktoren – hohe Steuersätze im Inland, niedrige im Ausland, hohe Attraktivität der Gesellschafterfremdfinanzierung auch in reinen Inlandssachverhalten – führt zu einer traditionell hohen Fremdkapitalquote deutscher Unternehmen. Sie lag im Jahre 2003 in Deutschland bei durchschnittlich 82 %, in Belgien bei 50 % und in den USA bei 60 %.²⁷

C. Gesellschaftsrechtliche Gefahrenlagen

Gesetzgeber und Rechtsprechung haben gegen die Gefahren einer Kreditvergabe von Gesellschaftern an ihre Gesellschaft eine Fülle von Instrumenten geschaffen. Hierzu gehören die Regelungen zur Rückzahlung von eigenkapitaler-

²⁴ Von höheren Gewerbesteuersätzen ausgehend vgl. die Tabelle in BDI (Hrsg.), Die Steuerbelastung der Unternehmen in Deutschland, 2011, S. 14. Höher sind die Steuersätze in Japan und den USA mit jeweils rund 40 %, die sich dem europäischen Steuerwettbewerb nicht stellen müssen.

²⁵ KPMG's Corporate and Indirect Tax Survey 2010, S. 12 ff.

²⁶ ABl. EG v. 18.12.1998 Nr. C 395 S. 14 ff. Als die Genehmigung der Beihilfe auslief, senkte Irland seinen allgemeinen Steuersatz auf 12,5 % und wendet diesen seit 2006 auch auf die Dublin Docks an, vgl. *Andreas Körner*, Techniken konzerninterner Gewinnverlagerung, Baden-Baden 2004, S. 21.

²⁷ *Wolfgang Kessler/Stefan Köhler/Daniel Knörzer*, Die Zinsschranke im Rechtsvergleich: Problemfelder und Lösungsansätze, StR 2007, S. 418 (419); Studie der IHK Nürnberg, WiM 2003, S. 12, abrufbar unter www.nuernberg.ihk.de/ihk_nbg/IHK_NBG/Home/IHK-Magazin_WiM/Index.jsp.

setzenden Gesellschafterdarlehen, die Rückzahlungssperren der § 30 GmbHG und § 57 AktG, die Entwicklung der auf § 826 BGB gestützten Haftungsfallgruppe des existenzvernichtenden Eingriffs und die Schutzmechanismen des Konzernrechts.²⁸

Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 (MoMiG)²⁹ wurden die früheren Haftungstatbestände für downstream von der Mutter- an die Tochtergesellschaft gewährte Darlehen und deren Rückzahlung reformiert. Sämtliche Darlehen der Gesellschafter an ihre Gesellschaft stehen gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO im letzten Rang der Insolvenzforderungen. Zusätzlich unterliegen nach § 135 Abs. 1 InsO Rechtshandlungen, die in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens dem Gesellschafter Sicherung oder im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag Befriedigung gewährt haben, der Insolvenzanfechtung.³⁰ Die früheren Regelungen, die nur auf eigenkapitalersetzende Darlehen anwendbar waren, sind wegen der damit verbundenen Abgrenzungsprobleme aufgehoben worden.³¹ Nach *Karsten Schmidt* lässt sich die potentielle Haftung der Gesellschafter mit dem Darlehenskapital durch ihre Finanzierungsverantwortung für die Gesellschaft rechtfertigen, die durch das neue Recht klar hervortrete und „vom Ballast des vormaligen Kapitalersatzrechts“ befreit worden sei.³² Gegen die übermäßige Darlehensvergabe upstream von der Tochter- an die Muttergesellschaft greifen die Rückzahlungsverbote der § 30 GmbHG und § 57 AktG ein.³³ Schließlich können die Gesellschafter für einen existenzvernichtenden Eingriff nach § 826 BGB haften, etwa wenn durch die Tochter an die Muttergesellschaft als Darlehen zur Verfügung gestellte Mittel im Rahmen des Cash-Pooling bei sich abzeichnenden Liquiditätsproblemen der Muttergesellschaft verloren gehen.³⁴ Hinzu tritt die Geschäftsführerhaftung nach § 43 Abs. 3 GmbHG und § 64 GmbHG.

Deutlich werden derartige durch die internationale Finanzierungs- und Steueroptimierung verursachte Gefahren an einem gesellschaftsrechtlichen

²⁸ Vgl. hierzu nur *Rüdiger Veil*, Zukunftsfragen der Konzernrechtsforschung, in diesem Band, S. 21.

²⁹ BGBl. I, 2026.

³⁰ Zu Einzelheiten vgl. nur *Markus Gehrlein*, Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG, BB 2008, S. 846 ff.; *ders.*, Das Eigenkapitalersatzrecht im Wandel seiner gesetzlichen Kodifikation, BB 2011, S. 3 ff.; *Karsten Schmidt*, Gesellschafterdarlehen im GmbH- und Insolvenzrecht nach der MoMiG-Reform – eine alternative Sicht, ZIP 2010, Beilage zu Heft 39, S. 15 ff.

³¹ *Gehrlein* (Fn. 30), BB 2008, S. 846.

³² *Karsten Schmidt* (Fn. 30), ZIP 2010, Beilage zu Heft 39, S. 15 (20).

³³ Zur Abkehr von der bilanziellen Betrachtungsweise und den Folgen nach dem November-Urteil des BGH vgl. *Gerald Spindler*, Konzernfinanzierung, ZHR 171 (2007), S. 245 (250 ff.).

³⁴ *Spindler* (Fn. 33), ZHR 171 (2007), S. 245 (263 f.).

Haftungsfall, den das OLG München am 24.11.2005 entschieden hatte.³⁵ Die US-amerikanische Muttergesellschaft hatte ihre deutsche Tochtergesellschaft aufgefordert, einen Betrag von 1,1 Mio. US-Dollar über ihre irische Finanzierungsgesellschaft im Rahmen eines Cash-Pool-Managements ohne Sicherheiten oder weitere Vereinbarungen an Schwestergesellschaften auszuführen. Das Geld wurde insolvenzbedingt nie zurückbezahlt. Das OLG München bestätigte die Verpflichtung des Geschäftsführers der GmbH auf Zahlung des Betrags von über 1,2 Mio. Euro auf der Grundlage der §§ 43 Abs. 2 und 3, 30 Abs. 1 GmbHG a.F., da die Zahlung im Rahmen des Cash-Pools aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens erfolgte. *Karsten Schmidt* hat insofern ganz zu Recht die Aufmerksamkeit auf das strenge Haftungsregime für den Geschäftsführer gelenkt, während das MoMiG die Haftungsfolgen für die finanzierungsverantwortlichen Gesellschafter durch die Einführung der so genannten bilanziellen Betrachtungsweise gelockert hat.³⁶

D. Steuerrechtliche Gestaltungsgrenzen nach nationalem Recht

Den Weg geebnet für die steuerrechtlich motivierten Gestaltungen der Fremdfinanzierung hatte der Bundesfinanzhof in den 70er Jahren mit seiner Entscheidung, es stehe dem Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft frei, ob er seine Gesellschaft mit Eigen- oder Fremdkapital ausstatte. Solange Zinsen in angemessener Höhe gezahlt werden, liege darin keine verdeckte Gewinnausschüttung nach § 8 Abs. 3 S. 2 KStG. Vorgehende Versuche der Finanzverwaltung, mit der Figur des verdeckten Stammkapitals die Anwendung der verdeckten Gewinnausschüttung auch auf angemessen hohe oder sogar zu niedrige Zinsen anzuwenden, waren damit gescheitert.³⁷ Der Steuergesetzgeber hat daraufhin mit verschiedenen Beschränkungen versucht den Weg wieder zu versperren, die allerdings allesamt gemeinschaftsrechtlich und aus nationaler Sichtweise rechtspolitisch problematisch sind.

³⁵ OLG München, ZIP 2006, S. 25; den Hinweis verdanke ich *Spindler* (Fn. 33), ZHR 171 (2007), S. 245 (263 f.).

³⁶ *Karsten Schmidt*, GmbH-Reform auf Kosten der Geschäftsführer?, GmbHR 2008, S. 449 ff.

³⁷ BFH BStBl. II 1976, 226; BFH BStBl. II 1992, 532; BFH GrS BStBl. II 1998, 197.

I. Verdeckte Gewinnausschüttungen nach § 8a KStG aF

Nach § 8a Abs. 1 KStG a.F., der durch das Standortsicherungsgesetz vom 13.9.1993³⁸ eingefügt worden war, galten Vergütungen für Fremdkapital, das eine unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaft von einem Anteilseigner erhalten hat, der wesentlich am Grund- und Stammkapital beteiligt war, als verdeckte Gewinnausschüttungen, wenn eine nicht in einem Bruchteil des Kapitals bemessene Vergütung vereinbart worden ist oder das Fremdkapital das Eineinhalbfache des anteiligen Eigenkapitals des Anteilseigners übersteigt. Die Vorschrift qualifizierte erstmals auch angemessene und sogar niedrigere als marktübliche Zinsen für Gesellschafterdarlehen in verdeckte Gewinnausschüttungen um und unterwarf sie damit der gleichen Besteuerung wie Dividenden, wenn die Fremd- gegenüber der Eigenfinanzierung eine bestimmte Quote erreichte. Dieser so genannte safe haven lag bei einem Verhältnis von Fremd- zu Eigenkapital von 60 % zu 40 %.

Diese Rechtsfolge galt nach § 8a Abs. 1 S. 2 KStG a.F. aber nur, wenn die Vergütung bei dem Anteilseigner im Inland nicht im Rahmen einer Veranlagung erfasst wird. Damit waren nach dem Willen des Gesetzgebers vor allem eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen ausländischer Anteilseigner betroffen, da in diesen Fällen die gewünschte einmalige Besteuerung der Erträge der Kapitalgesellschaft im Inland nach internationalem Steuerrecht nicht erreicht werden kann.³⁹ Nachdem der EuGH in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst die Vorschrift für europarechtswidrig gehalten hatte, weil sie nur im Verhältnis zum Ausland galt, wurde sie durch das so genannte Korb II-Gesetz vom 22.12.2003⁴⁰ rückwirkend seit 2002 auf reine Inlandssachverhalte ausgedehnt. Erfasst wurden aber nicht alle Fälle von Gesellschafterdarlehen. So musste der Gesellschafter zu mindestens 25 % beteiligt sein oder allein oder im Zusammenwirken mit anderen Anteilseignern einen beherrschenden Einfluss auf die fremdfinanzierte Kapitalgesellschaft ausüben können. Es bestand eine Freigrenze für Darlehen in Höhe von 250.000 €, und kurzfristige Fremdkapitalüberlassungen bis zu 6 Monaten blieben generell unschädlich.

³⁸ Art. 2 Nr. 3 des Gesetzes zur Verbesserung der steuerlichen Bedingungen zur Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland im Europäischen Binnenmarkt (Standortsicherungsgesetz – StandOG), BGBl. I 1993, 1569.

³⁹ Begr. zum RegE eines Standortsicherungsgesetzes, BR-Drucks. 1/93, 38.

⁴⁰ BGBl. I 2003, 2840.