

Betriebs Berater

40 | 2019

BMF: Zeitwertkonten ... Kettenbefristung ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... 30.9.2019 | 74. Jg. Seiten 2305–2368

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Frank Saliger und **Prof. Dr. Michael Tsambikakis**, RA/FAStrafR/FAMedizinR
Verbandssanktionen: Reform mit Augenmaß

WIRTSCHAFTSRECHT

Prof. Dr. Markus Gehrlein, RiBGH
BB-Rechtsprechungsreport zur Unternehmensinsolvenz 2018/2019 – Teil I | 2307

STEUERRECHT

Dr. Andreas Eggert, RA/StB
Einkünftekorrekturen bei Finanzierungen in internationalen Konzernen –
Anmerkungen zum BFH-Urteil I R 73/16 | 2327

Katharina Meurs, M.Sc.
Steuerliche Behandlung von Zeitwertkonten bei Gesellschaftsorganen:
BMF-Schreiben vom 8.8.2019 | 2333

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Jochen Pilhofer, WP/StB/CPA, und **Sascha B. Herr**, M.A.
Fast Close – Mythos und Wirklichkeit | 2347

ARBEITSRECHT

Lorenz Lloyd Fischer
Die Rechtsprechungsänderung zum befristungsrechtlichen Vorbeschäftigungsverbot
und ihre Folgen für die Personalpraxis | 2356

Dr. Andreas Eggert, RA/StB

Einkünftekorrekturen bei Finanzierungen in internationalen Konzernen – Anmerkungen zum BFH-Urteil I R 73/16

In einem Leiturteil vom 27.2.2019 – I R 73/16 (BB 2019, 1327 m. BB-Komm. *Bünning*) hat der BFH zu grundlegenden Fragen im Zusammenhang mit der Ausbuchung von konzerninternen Darlehen und der Korrektur von Einkünften nach § 1 Abs. 1 AStG Stellung genommen. Dabei hat er seine bisherige Rechtsprechung zum Konzernrückhalt und der Beschränkung von § 1 Abs. 1 AStG auf Preisberichtigungen in DBA-Fällen geändert. Dieser Beitrag enthält Anmerkungen zu dem Urteil und eine Darstellung allgemeiner Gesichtspunkte, die bei der steuerlichen Beurteilung von grenzüberschreitenden konzerninternen Finanzierungen in Zukunft besonders beachtet werden sollten.

I. Sachverhalt und Entscheidung des BFH in der Rechtssache I R 73/16

Die Klägerin ist eine inländische GmbH und als Alleingesellschafterin Organträgerin der inländischen A GmbH. Die Organgesellschaft A GmbH war wiederum zu 99,98% an der B N.V., einer in Belgien ansässigen Kapitalgesellschaft beteiligt. Die B N.V. hatte bei der A GmbH ein Verrechnungskonto, das ab dem 1.1.2004 mit 6% pro Jahr verzinst wurde. Die Forderungen der A GmbH aus diesem Konto waren nicht besichert. Im Jahr 2005 (Streitjahr) vereinbarten die A GmbH und die B N.V. einen Forderungsverzicht gegen Besserschein. Die Höhe des Forderungsverzichts entsprach nach der Vorstellung der Parteien dem Teil der Forderung der A GmbH aus dem Verrechnungskonto, der aufgrund der wirtschaftlichen Schwierigkeiten der B N.V. wertlos geworden war.

Das Finanzamt rechnete die aus dem Forderungsverzicht resultierende Gewinnminderung der A GmbH wegen der fehlenden Besicherung der Forderungen aus dem Verrechnungskonto gemäß § 1 AStG außerbilanziell wieder hinzu. Die hiergegen gerichtete Klage zum FG Düsseldorf hatte Erfolg.¹ Der BFH ist dagegen der Ansicht, dass das Finanzamt die außerbilanzielle Korrektur zu Recht vorgenommen hat, weshalb er das Urteil des FG Düsseldorf aufhob und die Klage abwies.

II. Rahmen der Entscheidung des BFH

Das vorliegende Leiturteil des BFH betrifft die Gesellschafterfinanzierung in internationalen Konzernen mit Fremd- und Eigenkapital. Die kürzlich veröffentlichten Parallelurteile des BFH vom 27.2.2019 (I R 51/17 und I R 81/17)² bestätigen das Leiturteil. In diesem komplexen Themenbereich sind aktuell zahlreiche weitere Verfahren beim BFH anhängig.³ In diesen Verfahren geht es nicht darum, ob ein bestimmtes Instrument (zum Beispiel ein Genussrecht) steuerlich als Eigenkapital anzusehen ist und so die Gesellschafterstellung für Zwecke der

Besteuerung erstmalig begründet.⁴ Vielmehr geht es um Fälle, in denen unstreitig ein Gesellschaftsverhältnis besteht und das Finanzamt Einkünftekorrekturen gemäß § 1 Abs. 1 AStG vornimmt.

Für die Prüfung möglicher Einkünftekorrekturen bei der Finanzierung innerhalb eines Konzerns lassen sich zwei Ebenen unterscheiden.⁵

– Die erste Ebene betrifft die grundlegende Einordnung eines Finanzierungsinstruments als Fremd- oder Eigenkapital (Korrektur dem Grunde nach oder Strukturanpassung).⁶

– Die zweite Ebene betrifft die Höhe der Vergütung für die Finanzierung (Einkünftekorrektur der Höhe nach oder Preisberichtigung).⁷

In der Vergangenheit führte die Anwendung von § 1 Abs. 1 AStG durch die Rechtsprechung typischerweise nur zu einer Korrektur der Zinshöhe.

III. Zweifache Änderung der bisherigen Rechtsprechung des I. Senats

Mit dem Leiturteil vom 27.2.2019 ändert der I. Senat des BFH seine bisherige Rechtsprechung in zweifacher Hinsicht. Die Bedeutung des Konzernrückhalts wird gegenüber früheren Urteilen deutlich eingeschränkt.⁸ Eine Kehrtwende macht der BFH zudem in Bezug auf die bisher angenommene Beschränkung des Korrekturbereichs von § 1 Abs. 1 AStG auf Preisberichtigungen in DBA-Fällen.⁹ Diese Beschränkung gibt er mit dem Urteil I R 73/16 auf. Die genauen Auswirkungen dieser zweifachen Änderung der bisherigen Rechtsprechung sind noch nicht absehbar. Insgesamt dürfte es jedoch zu einer Zunahme von Korrekturen nach § 1 Abs. 1 AStG sowie der Annahme von vGA

1 FG Düsseldorf, 10.11.2015 – 6 K 2095/13 K, EFG 2017, 553.

2 Die Urteile betreffen mit einer KG als Muttergesellschaft einer chinesischen Ltd. (I R 51/17) und einem Fall, in dem einer EU-Tochtergesellschaft möglicherweise nicht ausreichend besicherte Gesellschafter-Darlehen gewährt wurden und zu deren Gunsten eine Bürgschaft übernommen wurde (I R 81/17), etwas andere Sachverhalte, in der Begründung wiederholen diese Urteile aber im Wesentlichen nur das Urteil I R 73/16 oder verweisen auf dieses.

3 Nicht abschließend: I R 14/16; I R 4/17; I R 5/17; I R 19/17; I R 32/17; I R 54/17; I R 62/17; I R 72/17; I R 14/18; I R 21/18; I R 34/18.

4 Hierzu *Schön* (Hrsg.), *Eigenkapital und Fremdkapital*, 2013, S. 1.

5 BFH, 17.12.2014 – I R 23/13, BStBl. II 2016, 261, BB 2015, 626 m. BB-Komm. *Rudolf*, Rn. 19; BFH, 11.10.2012 – I R 75/11, BStBl. II 2013, 1046, BB 2013, 358 m. BB-Komm. *Böing*, Rn. 11.

6 Hierzu ausführlich *Ditz*, in: *Flick/Wassermeyer/Baumhoff u.a., Außensteuerrecht*, Stand: August 2019, § 1 AStG, Rn. 2204 ff.; *Roglmeier*, *IStr* 2018, 678 ff.; *Jerabek/Kofler/Kroppen/Rasch*, in: *Kofler/Schitger, BEPS Handbuch*, 2019, Kap. I Aktionspunkte 8 – 10 Rn. 63.

7 Beispielsweise: EuGH, 31.5.2018 – C-382/16, *Hornbach-Baumarkt*, ECLI:EU:C:2018:366, EWS 2018, 228, BB 2018, 1429, Tenor; FG Münster, 7.12.2016 – 13 K 4037/13 K, F, EFG 2017, 334 (Rev. anh.: BFH I R 4/17); FG Sachsen, 26.1.2016 – 3 K 653/11, EFG 2016, 1328 (Rev. anh.: BFH I R 14/16).

8 Siehe bisher zum Konzernrückhalt BFH, 24.6.2015 – I R 29/14, BStBl. II 2016, 258, BB 2015, 2544 m. BB-Komm. *Isselmann*; BFH, 29.10.1997 – I R 24/97, BStBl. II 1998, 573, BB 1998, 776; 21.12.1994 – I R 65/94, BFHE 176, 571, BB 1995, 1174.

9 BFH, 24.6.2015 – I R 29/14, BStBl. II 2016, 258, BB 2015, 2544 m. BB-Komm. *Isselmann* und BFH, 17.12.2014 – I R 23/13, BStBl. II 2016, 261, BB 2015, 626 m. BB-Komm. *Rudolf*.

und dadurch bei internationalen Konzernen zu mehr Fällen von Doppelbesteuerung kommen.¹⁰

1. Konzernrückhalt und Besicherung von Gesellschafterdarlehen

In dem Leiturteil setzt sich der BFH bei der Prüfung auf beiden Ebenen mit dem Konzernrückhalt auseinander. Die Frage des Konzernrückhalts¹¹ bei der Unternehmensfinanzierung spielt in weiteren gerade beim BFH anhängigen Verfahren eine Rolle.¹²

a) Erste Ebene (Fremd- oder Eigenkapital)

Bisher ging der BFH bei der Prüfung der Frage, ob ein Gesellschafterdarlehen steuerlich als (verdeckte) Einlage zu behandeln ist (1. Ebene), davon aus, dass für die Annahme von Fremdkapital keine Sicherheiten gegenüber Konzerngesellschaften erforderlich sind, wenn die Konzernbeziehungen für sich gesehen Sicherheit bieten. Diese Sicherheiten ergeben sich vor allem aus der Möglichkeit der Muttergesellschaft, auf die Schuldnerin Einfluss zu nehmen. Zudem berücksichtigen auch unabhängige Gläubiger bei der Darlehensvergabe unter Umständen die Erwartung, dass die Obergesellschaft für die Darlehenssumme einstehen wird.¹³ Fehlende Sicherheiten können daher allein keine Umdeutung eines Darlehens in Eigenkapital rechtfertigen.¹⁴ Umgekehrt soll der Konzernrückhalt aber nicht zu einer „immerwährenden“ Besicherung führen und schließt steuerwirksame Teilwertabschreibungen von Forderungen¹⁵ gegenüber Konzerngesellschaften daher nicht generell aus.¹⁶

In dem Leiturteil I R 73/16 geht der BFH unter Ziffer II.3. auf die Auswirkungen des Konzernrückhalts auf der 1. Ebene ein und prüft, ob die Forderung gegenüber der B.N.V. betrieblich veranlasst war. Dabei schränkt er die Bedeutung des Konzernrückhalts im Vergleich zu früheren Urteilen¹⁷ ein. Ohne Hinzutreten einer rechtlichen Verpflichtung bringe der Begriff des Konzernrückhalts nur die Üblichkeit zum Ausdruck, innerhalb eines Konzerns Kreditansprüche nicht wie unter Fremden abzusichern. Die fehlende Besicherung von konzerninternen Darlehen sei ein nicht fremdüblicher Umstand, der jedoch nicht ausschließe, dass das Darlehen betrieblich veranlasst ist und damit auch steuerlich Fremdkapital darstellt. Maßgeblich sei eine Gesamtabwägung, ob die Beteiligten – trotz der fehlenden fremdüblichen Besicherung – von einer Kapitalüberlassung auf Zeit und einer Rückzahlung des Darlehens ausgegangen sind.

Letztlich lässt der BFH jedoch offen, ob die Einräumung des Verrechnungskontos durch die A GmbH als Gewährung von Eigenkapital anzusehen ist, weil das FG Düsseldorf die erforderliche Gesamtabwägung (die in der Revisionsinstanz nicht nachgeholt werden kann) nicht vorgenommen hatte. Die Frage, ob das Verrechnungskonto dem Grunde nach eine Gewährung von Fremd- oder von Eigenkapital darstellt, ist aus der Sicht des BFH auch nicht entscheidungserheblich, weil er bei der Prüfung auf der 2. Ebene zu dem Ergebnis kommt, dass die Gewinnminderung aufgrund des Forderungsverzichts jedenfalls nach § 1 Abs. 1 AStG außerbilanziell korrigiert werden muss.

b) Zweite Ebene (Einkünftekorrektur der Höhe nach)

Der BFH unterstellt im Rahmen der Prüfung auf der 2. Ebene unter Ziffer II.4. des Leiturteils, dass das Darlehen betrieblich veranlasst war und damit dem Grunde nach Fremdkapital darstellte. Der Teilwert der Forderung, auf die verzichtet wurde, betrug null Euro, weshalb es bei der A GmbH zu einer Gewinnminderung in Höhe des Verzichts-

trags kam.¹⁸ Diese Gewinnminderung muss jedoch nach Ansicht des BFH gemäß § 1 Abs. 1 AStG außerbilanziell neutralisiert werden, weil das Darlehen nicht fremdüblich besichert war. Die Grundsätze eines früheren Urteils des I. Senats des BFH, wonach eine fehlende Besicherung für sich genommen keine Berichtigung einzelner Darlehensbedingungen rechtfertigt,¹⁹ gibt der BFH ausdrücklich auf.

Zu den Bedingungen einer Darlehensbeziehung i.S.v. § 1 Abs. 1, Abs. 4 AStG gehört nach Ansicht des BFH auch die Frage der Besicherung. Er geht davon aus, dass ein unabhängiger Kreditgeber gegenüber der B.N.V. auf banküblichen Sicherheiten bestanden hätte, weshalb die fehlende Besicherung eine nicht fremdübliche Bedingung war. Gerade diese nicht fremdübliche Bedingung sei ursächlich für den Forderungsverzicht. Dem „Berichtigungsbefehl“ von § 1 Abs. 1 AStG sollen nur die Einkünfterminderungen unterfallen, die gerade durch die fehlende Fremdüblichkeit einzelner Bedingungen veranlasst sind.

Diese Argumentation des BFH ist schwer nachvollziehbar. Der BFH prüft zweifach, ob eine Wertminderung von konzerninternen Darlehensforderungen korrigiert werden muss, erst bei der Frage, ob steuerlich Fremd- oder Eigenkapital vorliegt (1. Ebene) und dann bei der Frage der Einkünftekorrektur der Höhe nach, weil bestimmte Darlehensbedingungen nicht fremdüblich sind (2. Ebene). Dadurch schafft er eine Kategorie von Fremdkapital, das bei Wertminderungen ähnlich wie Eigenkapital behandelt wird, dessen Gewährung beim Gesellschafter aber nicht zu Anschaffungskosten²⁰ führt.

Die Aufspaltung der Einkünftekorrektur und isolierte Betrachtung einzelner Bedingungen im Rahmen von § 1 Abs. 1 AStG wird der Systematik von § 1 AStG nicht gerecht.²¹ Bei der Prüfung möglicher Einkünftekorrekturen wird die gesamte Geschäftsbeziehung in den Blick genommen. Die zutreffenden Fremdvergleichswerte müssen auf Basis einer umfassenden Funktionsanalyse bestimmt werden (§ 1 Abs. 3 S. 1 AStG). Diese Gesamtbetrachtung zeigt sich schon an den formellen Vorgaben, wonach Steuerpflichtige zu Geschäftsbeziehungen i.S.v. § 1 Abs. 4 AStG eine umfangreiche Sachverhalts- und Angemessenheitsdokumentation erstellen müssen (§ 90 Abs. 3 S. 2 AO). Es leuchtet nicht ein, weshalb bei einzelnen Verrechnungspreisfragen – wie hier der Wertminderung von Forderungen – eine gänzlich andere Methodik angewendet werden soll, bei der einzelne Bedingungen isoliert betrachtet werden.

10 Sehr kritisch zu der Änderung der Rechtsprechung und deren Folgen für die Praxis: *Gosch/Rautenstrauch*, GmbH R 2019, R180 „Die Änderung der Rechtsprechung steht argumentativ auf tönernen Füßen“; ebenso kritisch *Bünning*, BB 2019, 1330; *Breuninger*, GmbH R 2019, 731; *Kahlenberg/Kempelmann/Rieck*, DB 2019, 1752; siehe auch *Leidel*, NZG 2019, 899.

11 Zum Begriff des Konzernrückhalts: *Krüger*, DStZ 2017, 284.

12 I R 4/17, vorhergehend FG Münster, 7.12.2016 – 13 K 4037/13 K,F; I R 19/17, EFG 2017, 334 vorhergehend FG Hamburg, 9.2.2017 – 5 K 9/15, EFG 2017, 763; I R 32/17, vorhergehend FG Köln, 22.2.2017 – 13 K 493/12 (n. v.); I R 62/17, vorhergehend FG Köln, 29.6.2017 – 10 K 771/16, EFG 2017, 1812; I R 21/18, vorhergehend FG Köln, 19.4.2018 – 10 K 2115/16, EFG 2018, 1669.

13 BFH, 24.6.2015 – I R 29/14, BStBl. II 2016, 258, BB 2015, 2544 m. BB-Komm. *Isselmann*.

14 BFH, 29.10.1997 – I R 24/97, BStBl. II 1998, 573, BB 1998, 776.

15 § 6 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 EStG.

16 BFH, 24.6.2015 – I R 29/14, BStBl. II 2016, 258, BB 2015, 2544 m. BB-Komm. *Isselmann*; a.A. wonach die konzerninterne Forderung werthaltig ist, solange die Tochtergesellschaft ihre Verpflichtungen im Außenverhältnis erfüllt, BMF, 29.3.2011 – IV B 5-5 1341/09, BStBl. I 2011, 277, Rn. 13.

17 BFH, 24.6.2015 – I R 29/14, BStBl. II 2016, 258, BB 2015, 2544 m. BB-Komm. *Isselmann*; BFH, 29.10.1997 – I R 24/97, BStBl. II 1998, 573, BB 1998, 776.

18 Vgl. BFH, 9.6.1997 – GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307, BB 1997, 1735.

19 BFH, 21.12.1994 – I R 65/94, BB 1995, 1174, BFHE 176, 571.

20 § 6 Abs. 6 S. 2 EStG.

21 A.A. *Wacker*, FR 2019, 454.

Dazu kommt bei der Prüfung der Fremdüblichkeit von Gesellschafterdarlehen das Problem, dass diese häufig aus zivilrechtlichen Gründen nicht zu den genau gleichen Konditionen gewährt werden können wie Darlehen von unabhängigen Dritten.²² Dies kann an besonderen Kapitalerhaltungsvorschriften liegen oder daran, dass der Anspruch auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens trotz gewährter Sicherheiten im Insolvenzfall nachrangig ist.²³ Auch diesem Umstand muss im Rahmen einer Gesamtbetrachtung Rechnung getragen werden.²⁴ Zum Beispiel kann meines Erachtens aus fehlenden Sicherheiten nicht geschlossen werden, dass das Darlehen steuerlich wie Eigenkapital zu behandeln ist, wenn diese Sicherheiten wegen der zivilrechtlichen Besonderheiten für Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich ohnehin wertlos wären. Der Gesetzgeber hat sich trotz der zivilrechtlichen Besonderheiten von Gesellschafterdarlehen dafür entschieden, diese steuerlich wie Fremdkapital zu behandeln, wenn sie ernsthaft vereinbart sind.²⁵ Für eine punktuelle steuerliche Gleichbehandlung von Fremdkapitalinstrumenten mit Eigenkapital bedarf es daher einer konkreten gesetzlichen Anordnung (z. B. § 8b Abs. 3 S. 4 bis 8 KStG in den Fassungen ab 2008).²⁶

Die isolierte Betrachtung einzelner Bedingungen kann zu widersprüchlichen Ergebnissen führen. Geht es in Outbound-Darlehensfällen nicht wie hier um eine Wertminderung, sondern um den angemessenen Zinssatz, stellt sich ebenso die Frage, wie sich eine fehlende Besicherung auswirkt. Womöglich werden Finanzämter in Zukunft unter Berufung auf die Einschränkung des Konzernrückhalts durch das Leiturteil des BFH im Fall einer fehlenden Besicherung häufiger einen höheren fremdüblichen Zinssatz annehmen, weil sich fremde Dritte das höhere Ausfallrisiko entsprechend vergüten lassen würden. Es wäre jedoch widersprüchlich, steuerlich eine höhere Vergütung wegen des Ausfallrisikos anzunehmen und zugleich eine weitere steuerliche Korrektur vorzunehmen, wenn sich dieses Ausfallrisiko realisiert.²⁷ Der BFH geht in seinem Leiturteil nicht darauf ein, wie solche widersprüchlichen Ergebnisse verhindert werden sollen, die als Folge der Vermischung der Ebenen – Einordnung dem Grunde nach und Preiskorrektur – und der isolierten Betrachtung einzelner Bedingungen der Geschäftsbeziehung eintreten können.²⁸

Inwieweit bei konzerninternen Finanzierungen im Einzelfall ein Konzernrückhalt zu berücksichtigen ist, der dazu führt, dass der Markt der Konzerngesellschaft eine Bonität zuspricht, die besser ist als die Bonität dieser Gesellschaft bei isolierter Betrachtung, ist eine der Kernfragen der Fremdüblichkeit von Konzernfinanzierungen und wird differenziert diskutiert.²⁹ Die pauschale Aussage im BFH-Urteil I R 73/16, dass an der bisherigen Rechtsprechung zum Konzernrückhalt nicht mehr festgehalten wird, gibt der Praxis keine Leitlinien für die Beantwortung dieser Frage.³⁰

2. Sperrwirkung des Art. 9 Abs. 1 OECD-MA

In zwei grundlegenden Urteilen hat der BFH 2014 und 2015 entschieden, dass DBA-Bestimmungen, die Art. 9 Abs. 1 OECD-Musterabkommen zum Grundsatz des „*dealing at arm's length*“ entsprechen, Berichtigungen nach § 1 Abs. 1 AStG auf Preiskorrekturen beschränken.³¹ Danach können Verrechnungspreiskorrekturen bei konzerninternen Darlehen nur zu Anpassungen der Zinshöhe führen. Nicht möglich ist eine Korrektur von Teilwertabschreibungen.

Dabei ging der BFH davon aus, dass dem Fremdvergleich in DBA-Fällen ein abkommenseigenes und dadurch einheitliches Begriffsverständnis zu Grunde liegt, das Doppelbesteuerung verhindern soll.

Eine Korrektur dem Grunde nach sei dem Arm's-Length-Grundsatz fremd, weil dieser sich auf Preisberichtigungen beschränke.³² Diese Rechtsprechung stand im Einklang mit der in der Literatur vertretenen Ansicht, dass Verrechnungspreisvorschriften sich auf Korrekturen der Höhe nach beschränken.³³ Entsprechend können Korrekturen dem Grunde nach nur auf andere Rechtsgrundlagen gestützt werden.³⁴ Das BMF ist jedoch anderer Ansicht und belegte die beiden Urteile mit einem Nichtanwendungserlass.³⁵

Diese Rechtsprechung gibt der I. Senat des BFH in dem Leiturteil vom 27.2.2019 mit der Begründung auf, dass eine fehlende Besicherung eine „Bedingung“ i. S. v. Art. 9 Abs. 1 OECD-MA sei. Diese Feststellung ist meines Erachtens zutreffend, sie gibt jedoch für sich genommen keine ausreichende Begründung für eine außerbilanzielle Korrektur der Wertminderung von Forderungen. Die entscheidende Frage, warum die fehlende Besicherung sich bei der Korrektur der Wertminderung und nicht durch Annahme eines höheren Zinses auswirken soll, lässt der BFH offen. Auch geht er nicht darauf ein, ob eine wirksame Besicherung des Gesellschafterdarlehens durch die Darlehensnehmerin nach belgischem Recht überhaupt möglich gewesen wäre.

An seiner bisherigen Rechtsprechung zur Sperrwirkung von Art. 9 Abs. 1 OECD-MA betreffend vGA nach § 8 Abs. 3 S. 2 KStG bei beherrschenden Gesellschaftern allein aus formellen Gründen³⁶ hält der I. Senat des BFH in dem Leiturteil vom 27.2.2019 dagegen ausdrücklich weiter fest.³⁷

22 *Bünning*, BB 2019, 1330.

23 In Deutschland ergibt sich der Nachrang aus § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4, Abs. 5 InsO, die Gewährung von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen ist häufig nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO anfechtbar.

24 Halten die gesetzlich angeordnete Nachrangigkeit für einen wichtigen Gesichtspunkt bei der Bestimmung des fremdüblichen Zinssatzes: *Scholz/Köhler*, DStR 2018, 15; *Ebeling/Grundmann/Nolden*, IStR 2018, 584; a. A. FG Köln, 29.6.2017 – 10 K 771/16, EFG 2017, 1812, Rn. 35 (Rev. anh.: BFH I R 62/17).

25 BFH, 5.2.1992 – I R 127/90, BStBl. II 1992, 532, BB 1992, 676; *Scholz/Köhler*, DStR 2018, 18.

26 Zu den Wertungswidersprüchen zwischen § 8b Abs. 3 S. 6 KStG und § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO; *Mylich*, ZIP 2013, 2449.

27 *Kahlenberg/Kempelmann/Rieck*, DB 2019, 1755.

28 *Wacker* geht davon aus, dass die fehlende Besicherung in der Regel nicht durch eine höhere Verzinsung kompensiert werden kann, weil fremde Dritte in der Regel Kreditsicherheiten einfordern: *Wacker*, FR 2019, 454. Diese Aussage ist in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend, ebenso *Kahlenberg/Kempelmann/Rieck*, DB 2019, 1754. Zum Beispiel finanzieren sich viele Unternehmen am Markt unter anderem mit Mezzanine-Kapital und anderen eigenkapitalähnlichen Instrumenten, die zumindest nur nachrangig besichert werden. Das entsprechende Risiko wird durch einen höheren Zinssatz vergütet.

29 Zum Beispiel OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* 2017, Tz. 1.164 ff.; *Jerabek/Kofler/Kroppen/Rasch*, in: *Kofler/Schitger*, BEPS Handbuch, 2019, Kapitel I Aktionspunkte 8–10, Rn. 74; *Scholz/Köhler*, DStR 2018, 17 f.; *Greil/Wargowska*, IStR 2018, 538.

30 Ebenso kritisch: *Kahlenberg/Kempelmann/Rieck*, DB 2019, 1753.

31 BFH, 24.6.2015 – I R 29/14, BStBl. II 2016, 258, BB 2015, 2544 m. BB-Komm. *Isselmann* und BFH, 17.12.2014 – I R 23/13, BStBl. II 2016, 261, BB 2015, 626 m. BB-Komm. *Rudolf*; zu diesen Urteilen: *Steiner/Ullmann*, IStR 2019, 412.

32 BFH, 24.6.2015 – I R 29/14, BStBl. II 2016, 258, BB 2015, 2544 m. BB-Komm. *Isselmann*, Rn. 17; BFH, 17.12.2014 – I R 23/13, BStBl. II 2016, 261, BB 2015, 626 m. BB-Komm. *Rudolf*, Rn. 19; grundlegend bereits zur „formellen“ vGA: BFH, 11.10.2012 – I R 75/11, BStBl. II 2013, 1046, BB 2013, 358 m. BB-Komm. *Böing*, Rn. 11.

33 Nicht abschließend: *Prinz/Scholz*, FR 2011, 926 f.; *Ditz/Liebchen* IStR 2012, 102 f.; *Ditz/Quilitzsch*, IStR 2015, 123. *Roglmeier*, IStR 2018, 678; *Kahlenberg*, IWB 2018, 603; a. A. *Schrall/Steiner/Ullmann*, Ubg 2019, 212.

34 Zur Korrektur nach § 8b Abs. 3 S. 4 ff. KStG und Art. 9 Abs. 1 OECD-MA: *Gosch*, in: *Gosch*, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b, Rn. 278c.

35 BMF, 30.3.2016 – IV B 5 – S 1341/11/10004-07, BStBl. I 2016, 455; hierzu *Greil/Wargowska*, IStR 2016, 157.

36 Hierzu BFH, 11.10.2012 – I R 75/11, BStBl. II 2013, 1046, BB 2013, 358 m. BB-Komm. *Böing*.

37 BFH, 27.2.2019 – I R 73/16, BStBl. II 2019, 394, unter II.4 b) cc) (3), BB 2019, 1327 m. BB-Komm. *Bünning*.

IV. Gesetzliche Abzugsverbote

Neben den allgemeinen Korrektornormen für nicht fremdübliche konzerninterne Geschäftsbeziehungen, insbesondere § 1 AStG, § 8 Abs. 3 S. 2 KStG (vGA) und § 8 Abs. 3 S. 3 KStG (verdeckte Einlage), gibt es mit § 8b Abs. 3 S. 4 bis 8 KStG und § 3c Abs. 2 S. 2 bis 5 EStG weitere punktuelle Korrektornormen betreffend die Finanzierung von Kapitalgesellschaften durch ihre Gesellschafter.

Das Leiturteil des BFH vom 27.2.2019 bezieht sich auf das Streitjahr 2005. § 8b Abs. 3 KStG in der 2005 geltenden Fassung bestand nur aus den Sätzen 1 bis 3. Die Sätze 4 bis 8 wurden erst durch das JStG 2008 mit Wirkung für den Veranlagungszeitraum 2008 eingefügt.³⁸ Für die Veranlagungszeiträume ab 2008 kommt es auf die Frage nicht mehr an, ob die Minderung des Gewinns einer Körperschaft im Zusammenhang mit einem nicht fremdüblichen Gesellschafterdarlehen an eine Tochter-Kapitalgesellschaft, an der eine unmittelbare/mittelbare Beteiligung von mehr als 25 % besteht, in grenzüberschreitenden Fällen nach § 1 Abs. 1 AStG korrigiert werden kann. Die entsprechende außerbilanzielle Korrektur folgt bereits aus § 8b Abs. 3 S. 4, S. 6 KStG. Gleiches gilt für die Gewährung von Sicherheiten für ein Darlehen an die Tochter-Kapitalgesellschaft und für Forderungen aus Handlungen, die einer Darlehensgewährung wirtschaftlich vergleichbar sind.³⁹

In der Literatur wird teilweise vertreten, dass DBA-Regelungen entsprechend Art. 9 Abs. 1 OECD-MA auch Korrekturen nach § 8b Abs. 3 S. 4 bis 8 KStG und § 3c Abs. 2 S. 2 bis 5 EStG sperren.⁴⁰ Dieser Ansicht wurde bereits in finanzgerichtlichen Entscheidungen widersprochen.⁴¹ Hierzu ist ein Revisionsverfahren⁴² anhängig, in dem der I. Senat des BFH diese Sperrwirkung aller Voraussicht nach ebenso ablehnen wird, weil er eine Sperrwirkung von Art. 9 Abs. 1 OECD-MA für Korrekturen dem Grunde nach jetzt insgesamt ablehnt.

Gehören die Anteile an der ausländischen Kapitalgesellschaft zum Betriebsvermögen einer natürlichen Person oder zum (Sonder)Betriebsvermögen einer Personengesellschaft,⁴³ an der natürliche Personen beteiligt sind, kann es auch für Veranlagungszeiträume ab 2008 darauf ankommen, ob Gewinnminderungen im Zusammenhang mit der Gewährung von Darlehen oder Sicherheiten an die Kapitalgesellschaft nach § 1 Abs. 1 AStG außerbilanziell korrigiert werden können.⁴⁴ Die Neuregelung zum Teileinkünfteverfahren in § 3c Abs. 2 S. 2 bis 5 EStG, wonach der Betriebsausgabenabzug in Bezug auf Gewinnminderungen im Zusammenhang mit der Finanzierung der (ausländischen) Kapitalgesellschaft (an der eine unmittelbare/mittelbare Beteiligung von mehr als 25 % besteht) auf 60 % begrenzt sein kann, gilt erst ab dem Veranlagungszeitraum 2015.⁴⁵

Denkbar ist, dass ein Finanzamt unter Berufung auf das Leiturteil der BFH vom 27.2.2019 und § 1 Abs. 1 S. 4 AStG auch für Veranlagungszeiträume ab 2015 eine außerbilanzielle Hinzurechnung des 60%igen Teils der Gewinnminderung vornimmt, der nach § 3c Abs. 2 S. 2 EStG eigentlich abziehbar bleibt.⁴⁶ Eine solche weitere außerbilanzielle Hinzurechnung von 60 % wäre meines Erachtens jedoch nicht mit der Systematik und dem Sinn und Zweck von § 3c Abs. 2 EStG und § 1 Abs. 1 AStG vereinbar.⁴⁷ Nach § 3c Abs. 2 S. 1 EStG kommt es auch bei Teilwertabschreibungen der Anteile an der Kapitalgesellschaft nur zu einer steuerlichen Nichtabziehbarkeit von 40 % des Abschreibungsbetrags.⁴⁸ Auch wenn man wie der BFH in seinem Leiturteil vom 27.2.2019 davon ausgeht, dass die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes gemäß § 1 Abs. 1 AStG bei Wertminderungen

zu einer steuerlichen Gleichbehandlung von Eigenkapital und eigenkapitalähnlichem Fremdkapital führt, darf das steuerliche Abzugsverbot in Bezug auf Fremdkapital nach § 3c Abs. 2 S. 2 EStG zumindest nicht weiter gehen als das Abzugsverbot bei der Gewährung von Eigenkapital nach § 3c Abs. 2 S. 1 EStG. Dies wäre aber der Fall, wenn man § 1 Abs. 1 AStG neben § 3c Abs. 2 S. 2 EStG anwenden würde.

V. Grundsätze des EuGH-Hornbach-Urteils sollen bei Ausbuchung unbesicherter Darlehen keine Rolle spielen

In dem Leiturteil vom 27.2.2019 setzt der BFH sich auch mit der Frage auseinander, ob die Grundsätze des EuGH-Urteils in der Rechtssache Hornbach vom 31.5.2018⁴⁹ der außerbilanziellen Korrektur der Gewinnminderung aufgrund des Darlehensverzichts entgegenstehen.

1. Hornbach-Urteil und Schreiben des BMF hierzu

In dem Hornbach-Urteil kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass die Niederlassungsfreiheit⁵⁰ einer Regelung zur Einkünftekorrektur bei nicht fremdüblichen Bedingungen in grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen zwischen nahestehenden Personen wie § 1 Abs. 1 AStG grundsätzlich nicht entgegensteht. Allerdings müssen die Steuerpflichtigen die Möglichkeit haben, nachzuweisen, dass die nicht fremdüblichen Bedingungen aus *wirtschaftlichen Gründen* vereinbart wurden. Dem Hornbach-Urteil lag ein Fall zu Grunde, in dem eine deutsche AG zu Gunsten ihrer mittelbaren belgischen Tochter-Kapitalgesellschaften unentgeltliche Garantie- und Patronatserklärungen abgab. Das deutsche Finanzamt erhöhte das Einkommen der AG nach § 1 Abs. 1 AStG um eine fiktive fremdübliche Vergütung für diese Sicherheiten. Dabei hat der EuGH sich nicht genauer zu der Frage geäußert, was unter wirtschaftlichen Gründen zu verstehen ist.⁵¹ Das BMF hat zwischenzeitlich durch Schreiben vom 6.12.2018⁵² auf das Hornbach-Urteil reagiert und möchte den Nachweis wirtschaftlicher Gründe auf Sanierungsmaßnahmen beschränken. Gemäß dem Schreiben unterbleibt eine Korrektur nach § 1 Abs. 1 S. 1 AStG in EU/EWR-Fällen,⁵³

38 Jahressteuergesetz 2008 vom 20.12.2007, BGBl. I 2007, 3150.

39 § 8b Abs. 3 S. 4, S. 7 KStG; zur Warenlieferung im Konzern: FG Münster, 19.12.2017 – 10 K 3556/13 K, F, EFG 2018, 673.

40 Ditz/Quilitzsch, ISR 2015, 123 f.; Engelen/Luckhaupt/Quilitzsch, ISR 2015, 377 ff.; Schnorberger/Langkau, ISR 2015, 244; Hölscher, Ubg 2016, 78 f.; a. a. u. a. Gosch, in: Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b, Rn. 278c.

41 Bereits ablehnend FG Münster, 17.8.2016 – 10 K 2301/13 K, EFG 2016, 1810, m. Anm. Vasel; FG Hamburg, 9.2.2017 – 5 K 9/15, EFG 2017, 763 m. Anm. Krehl (Rev. anh.: BFH I R 19/17); FG Münster, 19.12.2017 – 10 K 3556/13 K, F, EFG 2018, 673.

42 BFH I R 19/17.

43 Zur Betriebsaufspaltung: BFH, 25.11.2004 – IV R 7/03, BStBl. II 2005, 354, BB 2005, 1428.

44 Zu einem Fall mit Streitjahr 2008: BFH, 27.2.2019 – I R 51/17, wobei der BFH gar nicht auf § 3c Abs. 2 EStG eingeht.

45 Einführung durch Gesetz vom 22.12.2014, BGBl. I 2014, 2417.

46 Bejahen diese weitergehende Korrekturmöglichkeit: Wacker, FR 2019, 456, Fn. 42; Maetz, ISR 2019, 485. In einem Fall mit Streitjahr 2008 lehnte das Finanzamt eine Einkommensminderung aufgrund der Wertminderung des Darlehens auch insoweit insgesamt ab, wie die Wertminderung auf natürliche Personen als Gesellschafter entfiel: BFH, 27.2.2019 – I R 51/17, vorhergehend FG Köln, 17.5.2017 – 9 K 1361/14, EFG 2017, 1738, m. Anm. Pint.

47 A. A. offenbar Wacker, FR 2019, 456, Fn. 42; Maetz, ISR 2019, 485.

48 Erhard/Valta, in: Blümich: EStG/KStG/GewStG, Stand: Mai 2019, § 3c EStG, Rn. 59.

49 EuGH, 31.5.2018 – C-382/16, Hornbach-Baumarkt, ECLI:EU:C:2018:366, EWS 2018, 228, BB 2018, 1429 Tenor; Vorlage des FG Rheinland-Pfalz, 28.6.2016 – 1 K 1472/13, EFG 2016, 1678.

50 Art. 49 AEUV i. V. m. Art. 54 AEUV.

51 Hierzu Eggert, BB 2019, 418, m. w. N.; Hoffmann, ISR 2019, 580, m. w. N.

52 BMF, 6.12.2018 – IV B 5 – S 1341/11/10004-09, BStBl. I 2018, 1305.

53 Nach dem BFH-Urteil, 27.2.2019 – I R 51/17 steht das Unionsrecht einer Einkünftekorrektur nach § 1 Abs. 1 AStG in Bezug auf Drittstaaten nicht entgegen.

„soweit der Steuerpflichtige sachbezogene, wirtschaftliche Gründe nachweisen kann, die eine vom Fremdvergleichsgrundsatz abweichende Vereinbarung erfordern, um die sonst bedrohte wirtschaftliche Existenz der Unternehmensgruppe als solcher oder der dem Steuerpflichtigen nahestehenden Person zu sichern (sanierungsbedingte Maßnahme).“⁵⁴

Zu den fremdunüblichen Vereinbarungen im Rahmen von Sanierungen können meines Erachtens auch unbesicherte, niedrig- oder unverzinsliche Darlehen gehören.⁵⁵

2. BFH wendet Grundsätze des Hornbach-Urteils nicht an

Der BFH lehnt die durch das BMF vorgenommene Bildung von Fallgruppen für die Anwendung der Grundsätze des Hornbach-Urteils dagegen ab. Aus den Gründen des Hornbach-Urteils ergebe sich „zweifelsfrei“, dass das nationale Gericht jeweils im Rahmen einer Einzelfallabwägung prüfen muss,

„mit welchem Gewicht die jeweils zu beurteilende Abweichung vom Maßstab des Fremdüblichen in den Territorialitätsgrundsatz und die hierauf gründende Zuordnung der Besteuerungsrechte eingreift“.

Die Kriterien für diese Abwägung lässt der BFH offen, und es ist unklar, ob es nach der Vorstellung des BFH überhaupt wirtschaftliche Gründe geben kann, die einen Eingriff in die Zuordnung der Besteuerungsrechte der beteiligten Staaten rechtfertigen können. Mangels Ausführungen des BFH, welche wirtschaftlichen Gründe unter Umständen beachtlich sein können, hängt die Einzelfallabwägung des BFH in der Luft. Es ist nicht klar, welche Interessen der Steuerpflichtigen gegen die staatlichen Interessen abgewogen werden müssen.

Konkret führt der BFH aus, dass das Darlehen strukturell der Zuführung von Eigenkapital nahe gestanden habe und eine unterschiedliche Behandlung von Einlage und Darlehensverzicht mit Rücksicht auf den unionsrechtlich anerkannten Geltungsanspruch der Gewinnabgrenzung nach fremdüblichen Bedingungen ausgeschlossen sei. Nach der Rechtsprechung des EuGH gilt dieser Grundsatz der Gewinnabgrenzung nach fremdüblichen Bedingungen aber nicht absolut. Auch die Garantie- und Patronatserklärungen im Hornbach-Urteil waren nach den Feststellungen des vorliegenden FG Rheinland-Pfalz zumindest teilweise eigenkapitalersetzend.⁵⁶ Daher schließt der eigenkapitalersetzende Charakter eines Darlehens allein nicht aus, dass der Steuerpflichtige gemäß den Grundsätzen des Hornbach-Urteils wirtschaftliche Gründe für das Abweichen vom Fremdvergleichsgrundsatz vorbringen kann.

Der BFH geht in dem Leiturteil nicht weiter auf die Anwendung von § 1 Abs. 1 AStG bei unentgeltlichen Garantie- und Patronatserklärungen ein, die dem Hornbach-Urteil zu Grunde lagen, weil ein wichtiger Unterschied zwischen der Gewährung dieser Sicherheiten und dem Darlehensverzicht darin bestehe, dass die Zusage von Sicherheiten anders als der Darlehensverzicht mit keiner Änderung des Vermögens- und Liquiditätsstatus des leistenden Gesellschafters einhergehe und es zu keinem Kapitaltransfer komme. M. E. sind die beiden Fälle jedoch vergleichbar. Die Stellung von Sicherheiten und die Auszahlung eines verzinslichen Darlehens haben beide für sich genommen keine Auswirkungen auf das Vermögen der gewährenden Gesellschaft. Verschlechtert sich jedoch danach die wirtschaftliche Situation der Schuldnerin und kann diese ihre Verbindlichkeiten nicht mehr voll bedienen, kommt es sowohl bei der Stellung von Sicherheiten als auch bei der Darlehensgewährung zu einer Vermögensminderung bei der gewährenden Gesellschaft und damit zu einem Kapitaltransfer.⁵⁷

Einzigster Unterschied ist, dass der Kapitaltransfer bei der Gewährung von Sicherheiten gegebenenfalls mittelbar über einen dritten Darlehensgeber abläuft.

Welche wirtschaftlichen Gründe ein Abweichen vom Fremdüblichen nach den Grundsätzen des Hornbach-Urteils des EuGH rechtfertigen können, ist nach wie vor ungeklärt. Der BFH geht in seinem Leiturteil vom 27.2.2019 gar nicht auf diese Frage ein. M. E. sollten Fallgruppen gebildet werden, welche wirtschaftlichen Gründe in Betracht kommen.⁵⁸ Dadurch könnte für die Praxis Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit geschaffen werden. In dem Parallelurteil I R 81/17 hatte der BFH unter anderem über die steuerlichen Folgen der Inanspruchnahme aus einer zu Gunsten einer österreichischen Tochtergesellschaft gewährten Bürgschaft zu entscheiden. Selbst hier lehnt der BFH eine Einschränkung von § 1 Abs. 1 AStG ab. Meines Erachtens wäre jedenfalls in Bezug auf die Bürgschaft eine Vorlage an den EuGH gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV zwingend gewesen, weil es sehr naheliegender ist, dass die Grundsätze des Hornbach-Urteils auf die Inanspruchnahme aus einer Bürgschaft anwendbar sind.⁵⁹

VI. Zukünftige Leitlinien

Durch Maßnahmen des Gesetzgebers wurde der Anwendungsbereich von § 1 AStG in Bezug auf konzerninterne Finanzierungen stark ausgedehnt. Nach Ansicht des BFH gehörten eigenkapitalersetzende Leistungen des Gesellschafters schon nicht zu den Geschäftsbeziehungen i. S. v. § 1 Abs. 4 AStG in den Fassungen bis 2002,⁶⁰ so dass zum Beispiel eine eigenkapitalersetzende Garantie eines Gesellschafters nicht in den Anwendungsbereich von § 1 Abs. 1 AStG fiel.⁶¹ Der Begriff der Geschäftsbeziehung in § 1 Abs. 4 AStG wurde jedoch mehrfach erweitert,⁶² weshalb auch eigenkapitalersetzende Maßnahmen darunter fallen können.⁶³ Dazu kommt nun das BFH-Leiturteil vom 27.2.2019, wonach Art. 9 Abs. 1 OECD-MA den Anwendungsbereich von § 1 Abs. 1 AStG nicht auf Korrekturen der Höhe nach beschränkt.

Die Ausweitung des Anwendungsbereichs von § 1 Abs. 1 AStG auf Korrekturen dem Grunde nach und die Vermischung mit der zweiten Ebene der Preisberichtigung führt für internationale Konzerne zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Häufig ist nicht klar, wann eine Korrektur dem Grunde nach und wann eine Korrektur der Höhe nach zu erfolgen hat. Sinnvoll wäre es, § 1 AStG wie bisher als reine Preisberichtigungsvorschrift zu behandeln.⁶⁴ Der BFH hat seine gegenteilige Ansicht jedoch in dem Leiturteil vom 27.2.2019 deutlich gemacht. Für die Praxis müssen Leitlinien entwickelt werden, wie eine widersprüchliche Anwendung des mittlerweile sehr weitgehenden § 1 AStG

54 Zu diesem Schreiben: *Ditz/Quilitzsch*, DB 2019, 456; *Kahlenberg*, IStR 2019, 335; *Eggert*, BB 2019, 417.

55 *Eggert*, BB 2019, 419.

56 FG Rheinland-Pfalz, 28.6.2016 – 1 K 1472/13, EFG 2016, 1678, Rn. 12, 35.

57 *Maetz* geht davon aus, dass der Gesellschafter im Fall einer Patronatserklärung gegenüber der Tochtergesellschaft im Einstandsfall Fremdkapital hingeben kann: *Maetz*, IStR 2019, 490. M. E. würde die Finanzverwaltung Darlehen, die im Einstandsfall gewährt werden, wahrscheinlich in vielen Fällen steuerlich wie Eigenkapital behandeln.

58 Vorschlag zu Fallgruppen und einer sehr restriktiven Anwendung der Grundsätze des Hornbach-Urteils: *Maetz*, IStR 2019, 490.

59 Zu Teilwertabschreibungen auf dem Hornbach-Urteil: *Kahlenberg*, IStR 2019, 337.

60 BFH, 25.6.2014 – I R 88/12, BFH/NV 2015, 57.

61 BFH, 29.11.2000 – I R 85/99, BStBl. II 2002, 720, BB 2001, 921.

62 Vgl. § 21 Abs. 11 S. 1, Abs. 16, Abs. 20 S. 3 und Abs. 22 AStG.

63 *Vögele/Raab* in: *Vögele/Borstell/Engler*, Verrechnungspreise, 4. Aufl. 2015, Kapitel A, Rn. 164; Sächsisches FG, 26.1.2016 – 3 K 653/11, EFG 2016, 1328, Rn. 41; FG Rheinland-Pfalz, 28.6.2016 – 1 K 1472/13, EFG 2016, 1678, Rn. 12 und Rn. 35.

64 Ebenso *Breuninger*, GmbHR 2019, 730.

und eine daraus resultierende Doppelbesteuerung bei konzerninternen Finanzierungen in Zukunft verhindert werden kann.

1. Gleichbehandlung von Outbound- und Inbound-Fällen

Ein wichtiger Grundsatz sollte sein, dass Outbound- und Inbound-Fälle nach den gleichen Grundsätzen beurteilt werden müssen. So kommt zum Beispiel in einem *Outbound*-Fall, in dem eine deutsche Muttergesellschaft ihrer ausländischen Tochtergesellschaft ein Darlehen gewährt, eine Preisberichtigung nach § 1 Abs. 1 AStG in Betracht, wenn das Darlehen unbesichert ist und unabhängige Dritte entsprechend einen höheren Zinssatz vereinbart hätten. In Zukunft werden sich die Finanzämter bei der Erhöhung der Zinsen in solchen Fällen womöglich darauf berufen, dass der BFH mit seinem Leiturtel vom 27.2.2019 seine bisherige Rechtsprechung zum Konzernrückhalt aufgegeben hat. Die entsprechende Erhöhung ihrer Einkünfte durch das Finanzamt könnte die deutsche Muttergesellschaft praktisch wohl kaum mit dem Argument verhindern, dass die ausländische Tochtergesellschaft nur über wenig Eigenkapital verfügt und ein ordentlicher und gewissenhafter Gesellschafter daher statt des Darlehens eine Einlage geleistet hätte.⁶⁵

Für den umgekehrten *Inbound*-Fall, in dem eine ausländische Muttergesellschaft ihre deutsche Tochtergesellschaft mittels eines unbesicherten Gesellschafterdarlehens finanziert, darf das Finanzamt den Zinsabzug der Tochtergesellschaft daher auch nicht ganz oder teilweise wegen Annahme einer vGA nach § 8 Abs. 3 S. 2 KStG oder gemäß § 1 Abs. 1 AStG mit dem Argument versagen, dass die inländische Tochtergesellschaft nicht über ausreichendes Eigenkapital verfügt und ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter die inländische Tochtergesellschaft mit Eigenkapital finanziert hätte.⁶⁶ Auch der Grundsatz der Finanzierungsfreiheit⁶⁷ der Gesellschafter spricht für dieses Ergebnis. Hinzu kommt, dass die Unterkapitalisierungsregelung in § 8a KStG a.F. mit der Einführung der Zinsschranke im Jahr 2008⁶⁸ abgeschafft wurde. Die Zinsschranke gemäß § 4h EStG, § 8a KStG soll übermäßigen Zinsaufwand vermeiden und stellt insofern m. E. trotz § 1 Abs. 1 S. 4 AStG eine abschließende Spezialregelung dar. Es sollte nicht möglich sein, die explizit abgeschafften Unterkapitalisierungsregeln durch die „Hintertür“ des § 1 Abs. 1 AStG oder der vGA wieder einzuführen.⁶⁹

Die Ablehnung eines Konzernrückhalts kann in *Inbound*-Fällen für die Steuerpflichtigen günstig sein. Bisher berücksichtigen die Finanzämter bei Zinszahlungen von inländischen Tochtergesellschaften an ausländische Muttergesellschaften häufig nicht, dass das zu Grunde liegende Darlehen unbesichert ist und korrigieren vereinbarte Risikozuschläge mit Verweis auf den Konzernrückhalt nach § 1 Abs. 1 AStG.⁷⁰ Sollten sich die Steuerpflichtigen in Zukunft jedoch bei Preis Anpassungen in *Outbound*-Fällen in der Regel nicht mehr darauf berufen können, dass der relativ niedrige Zinssatz, den die ausländische Tochtergesellschaft für das Darlehen bezahlt, durch den Konzernrückhalt gerechtfertigt ist, sollte sich umgekehrt auch die Finanzverwaltung in *Inbound*-Fällen in den meisten Konstellationen nicht auf den Konzernrückhalt berufen können.

2. Differenzierte Betrachtung des Konzernrückhalts

Inwieweit ein Konzernrückhalt beim Fremdvergleich zu berücksichtigen ist, muss differenziert betrachtet werden. In der Praxis kommt es vor, dass Konzerngesellschaften von unabhängigen Kreditgebern bes-

sere Konditionen erhalten als vergleichbare Unternehmen ohne Konzernzugehörigkeit. Zumindest in Fällen, in denen solche günstigeren Konditionen konkret nachgewiesen werden können (z. B. anhand von vergleichbaren Darlehen, die von unabhängigen Dritten gewährt werden)⁷¹, wäre es nicht mit § 1 Abs. 3 AStG vereinbar, den Konzernrückhalt außer Acht zu lassen. Es ist zu hoffen, dass der BFH in seinen noch ausstehenden Urteilen zur Konzernfinanzierung genauere Aussagen zum Konzernrückhalt macht.

VII. Fazit

Das Leiturtel des BFH (I R 73/16) und die Parallelurteile (I R 51/17 und I R 81/17) werfen zahlreiche Fragen zur Finanzierung von internationalen Konzernen auf. Wenn die Rechtsprechung, die Finanzverwaltung und die Literatur sich in Zukunft mit diesen Fragen auseinandersetzen, sollte den folgenden Gesichtspunkten besondere Beachtung geschenkt werden:

1. Zur Erhöhung der Rechtssicherheit für die Steuerpflichtigen und zur Vermeidung von Doppelbesteuerungen sollte eine klare Systematik herausgearbeitet werden, wann es zu Einkünftekorrekturen dem Grunde nach und wann zur Preiskorrektur kommt. Dabei sollten für In- und Outboundfälle die gleichen Grundsätze gelten.
2. Eine Umdeutung von Fremd- in Eigenkapital aufgrund einer zu geringen Eigenkapitalausstattung sollte auch weiterhin nicht möglich sein, weil die Zinsschranke insofern eine abschließende Regelung darstellt.
3. Die Frage, wann ein Konzernrückhalt steuerlich beachtlich ist, sollte differenzierter betrachtet werden als bisher.
4. Im Rahmen des Fremdvergleichs sollte berücksichtigt werden, ob Gesellschafterdarlehen nach dem Zivilrecht des Staates der Darlehensnehmerin überhaupt zu den gleichen Bedingungen gewährt werden können wie Darlehen von Dritten.
5. In Bezug auf das Hornbach-Urteil des EuGH sollten Fallgruppen zu der Frage herausgearbeitet werden, wann ein Nachweis wirtschaftlicher Gründe in Betracht kommt.

Dr. Andreas Eggert, RA/StB, ist Senior Associate in der Praxisgruppe Steuerrecht der Sozietät Hogan Lovells International LLP in München. Die Beratung im Bereich Transfer Pricing gehört zu den Schwerpunkten seiner Tätigkeit.



⁶⁵ Nach der bis 2002 geltenden Rechtslage hätte ein eigenkapitalersetzendes Darlehen gar nicht zu einer Geschäftsbeziehung i. S. v. § 1 Abs. 4 AStG geführt, BFH, 29.4.2009 – I R 88/08, NV.

⁶⁶ Allgemein stellen auch eigenkapitalersetzende Darlehen steuerlich Fremdkapital dar, wenn sie ernsthaft vereinbart und durchgeführt werden: BFH, 5.2.1992 – I R 127/90, BStBl. II 1992, 532, BB 1992, 676; Ditz, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, Stand: August 2019, § 1 AStG, Rn. 2213; Rengers, in: Blümich: EStG/KStG/GewStG, Stand: Mai 2019, § 8 KStG, Rn. 584.

⁶⁷ Hierzu BFH, 5.2.1992 – I R 127/90, BStBl. II 1992, 532, BB 1992, 676; ausführlich zur Finanzierungsfreiheit: Prinz, FR 2009, 593.

⁶⁸ Unternehmenssteuerreformgesetz 2008 (UntStRefG 2008) vom 14.8.2007, BGBl. I 2007, 1912.

⁶⁹ Eigelshoven/Retzer, in: Kroppen/Rasch, Handbuch Internationale Verrechnungspreise, Stand: Januar 2019, OECD-Verrechnungspreisgrundsätze, Kapitel I Der Fremdvergleichsgrundsatz, Rn. 144.

⁷⁰ BMF, 29.3.2011 – IV B 5-S 1341/09, BStBl. I 2011, 277, Rn. 8 Buchst. c).

⁷¹ Ausführliches Beispiel: OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017, Tz. 1.164 ff.