

Lehre und Forschung im Internationalen Steuerrecht

2023

ISBN 978-3-406-80954-5

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

rungsgewinn nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e Doppelbuchst. cc EStG.⁸⁰ Diese Doppelbesteuerung können die Vertragsstaaten mit einer Änderung des Art. 13 Abs. 4 OECD-MA vermeiden (→ II. 2.).

Schließlich kann entsprechend dem in → I. erwähnten Beispiel von *Frotscher* nach der Veräußerung einer Immobilie die Immobilienquote sinken und das dt. Besteuerungsrecht entfallen. Soweit die daraus folgende passive Entstrickung steuerpflichtig ist (→ III. 2.), tritt ebenfalls eine wirtschaftliche Doppelbesteuerung ein.⁸¹

4. Ausweichgestaltungen

Mit dem Rückbetrachtungszeitraum bleiben Anteile an Gesellschaften, deren Immobilienquote unter die maßgebliche Grenze fällt, noch 365 Tage steuerlich in Deutschland verstrickt. Eine Entstrickung wird trotz Wegfall der Qualifikation als Immobilienkapitalgesellschaft mit überwiegend inländischem Grundvermögen zeitlich hinausgeschoben. Innerhalb dieser Jahresfrist könnte die Gesellschaft über eine Gewinnausschüttung den Wert ihrer Anteile senken. Danach wäre die Steuer auf eine Veräußerung oder Entstrickung auf Basis des um den Veräußerungsgewinn geminderten Anteilswertes weniger belastend. In der Literatur wird einer solchen Ausweichgestaltung entgegengehalten, dass der Charakter der Regelung als Missbrauchsvermeidungsvorschrift den Aufschub der Besteuerung bei Unterschreitung der Immobilienquote ausschließen sollte.⁸²

Dagegen könnte eine Thesaurierung des Veräußerungsgewinns auf Ebene der Immobilienkapitalgesellschaft mit dem Ziel, nach Ablauf des Rückbetrachtungszeitraums ohne dt. Steuerpflicht zu veräußern, an dem weit gefassten Wortlaut des § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e Doppelbuchst. cc EStG scheitern. Dieser knüpft die Steuerpflicht daran, dass der Anteilswert auf inländischem Vermögen „beruht“. Damit könnten auch thesaurierte Veräußerungsgewinne umfasst sein, die aus einem Verkauf inländischer Grundstücke entstanden sind.⁸³

Die Besteuerung ist leicht vermeidbar, wenn bereits beim Erwerb der Anteile an der Immobilienkapitalgesellschaft eine steuerliche Optimierung der späteren Veräußerung durch einen Erwerb über eine ausländische Holdingkapitalgesellschaft erfolgt.⁸⁴ Veräußert die Holding später ihre Anteile, führt der Veräußerungsgewinn zu beschränkt steuerpflichtigen Einkünften, die nach § 8b Abs. 2 KStG in Deutschland steuerfrei sind (→ III. 2.).

⁸⁰ Vgl. Cloer/Hagemann/Lichel/Schmitt BB 2018, 1686 (1690).

⁸¹ Vgl. Pietrek/Busch/Mätzig IStR 2014, 660 (661).

⁸² Vgl. Grotherr IWB 2020, 607 (608).

⁸³ Vgl. Kirchhof/Seer/Gosch, 21. Aufl. 2022, EStG § 49 Rn. 36b; Junkers DStR 2019, 660 (664).

⁸⁴ Vgl. Weiss/Brühl BB 2018, 2135 (2137).

IV. Fazit

Der Besteuerung von Anteilen an Immobilienkapitalgesellschaften beschränkt Steuerpflichtiger fehlt ein konsistentes System zur Erfassung der Wertveränderungen, die auf die Zeit der steuerlichen Verstrickung in Deutschland entfallen. Derzeit werden in Abhängigkeit der Rechtsform und Tätigkeit des Anteilseigners unterschiedliche Werte einer Veräußerungsgewinnbesteuerung zugrunde gelegt. Darüber hinaus erscheint eine nur für Körperschaften eintretende Entstrickungsbesteuerung rechtfertigungsbedürftig, zumal sie durch Gestaltungen leicht vermeidbar ist.



beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

FLORIAN GEIGER*

Die Sanierung ausländischer Tochtergesellschaften – steuerliche Auswirkungen im Inland

I. Vorbemerkung

Bis Oktober 2004 kannte ich *Gerrit Frotscher* lediglich als großen Namen aus der Literatur. Da ich zur ersten Vorlesung – aus Stuttgart mit dem ersten Flieger landend – sehr früh da war, hat *Gerrit Frotscher* mir freundlicherweise den noch verschlossenen Seminarraum geöffnet. Neben vielen fachlichen Erkenntnissen in dem nun folgenden Jahr war es *Gerrit Frotscher* stets sehr wichtig, uns auch die Dinge rechts und links des Steuerrechts zu vermitteln. Einstieg, Durchführung und Start einer gelungenen Präsentation, beispielsweise. Oder die Erkenntnis, dass Besprechungen – wenn diese gut vorbereitet sind – auch mal nach zwei Minuten enden können. Mehr als zehn Jahre später arbeitete ich mit *Gerrit Frotscher* anlässlich der Grundlagenausbildung meiner jungen Kolleginnen und Kollegen im Internationalen Steuerrecht zusammen. Mich hat es immer wieder beeindruckt, wie *Gerrit Frotscher* einen fachlichen und menschlichen Draht zu den – auch aus meiner Sicht – sehr jungen Teilnehmenden aufbauen konnte. Im zweiten Jahr bot ich den (neuen) Teilnehmenden – dem allgemeinen Trend folgend – „das Du“ an. Verbunden mit dem Hinweis, dass dies natürlich nur intern gelte. *Gerrit Frotscher* ergänzte nonchalant – „Wieso intern? Ich bin Gerrit“.

II. Ausgewählte Kapitalmaßnahmen zur Sanierung von Tochterkapitalgesellschaften im Ausland

Die Expansion von Unternehmensaktivitäten im Ausland mittels einer dort zu etablierenden Tochterkapitalgesellschaft erfordert neben einem für den jeweiligen lokalen Markt passenden Geschäftsmodell und dem unternehmerischen Engagement auch die erforderliche finanzielle Ausstattung. Der Grundsatz der Finanzierungsfreiheit erlaubt es dem im Inland ansässigen Stammhaus als Gesellschafter der im Ausland ansässigen Tochterkapitalgesellschaft frei über deren Finanzierung mit Eigen- oder Fremdkapital zu entscheiden.¹

* StB Florian Geiger, M.I.Tax ist Partner im Stuttgarter Büro der KPMG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft AG.

¹ Vgl. BFH 8.12.1997 – GrS 1–2/95, BStBl. II 1998, 193; BFH 25.2.2009 – IX R. 62/07, BStBl. II 2009, 459.

Die Ausstattung mit Eigenkapital ist aus Sicht der im Inland ansässigen Gesellschafterin in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, nachfolgend auch M-GmbH genannt, aus steuerlicher Sicht wenig vorteilhaft. Im Gewinnfall unterliegt die Ausschüttung von Gewinnen der Verwendungsreihenfolge des § 27 Abs. 1 S. 3 KStG. Ein Direktzugriff auf das mittels Kapitaleinlagen generierte steuerliche Einlagekonto ist nur möglich, wenn kein ausschüttbarer Gewinn (mehr) vorhanden ist.² Kapitalauskehrungen in Form von Dividenden sind damit (wirtschaftlich) lediglich zu 95% steuerfrei.³ Gleichzeitig unterliegen Wertberichtigungen auf die durch Kapitaleinlagen erhöhten Anschaffungskosten bzw. deren Totalverlust dem Abzugsverbot des § 8b Abs. 3 S. 3 KStG.⁴

Alternativ kann die M-GmbH die im Ausland, beispielsweise in Spanien, ansässige Tochterkapitalgesellschaft in der Rechtsform einer S.L. (nachfolgend auch: „T-S.L.“) mit Fremdkapital, dh mittels eines Gesellschafterdarlehens, finanzieren. Durch T-S.L. generierte Liquidität kann in Höhe des Gesellschafterdarlehens unbesteuert zurückgeführt werden. Die für das Gesellschafterdarlehen vereinbarten Zinsen führen zwar auf Ebene der M-GmbH zu Betriebseinnahmen, die dem regulären Steuersatz unterliegen. Gleichzeitig ist jedoch der durch die Zinsen generierte Aufwand unter Berücksichtigung der allgemeinen Einschränkungen bei der T-S.L. steuerwirksam abziehbar.⁵

Fraglich und Gegenstand dieses Beitrags ist zum einen, unter welchen Voraussetzungen die M-GmbH im Vorfeld einer bilanziellen Sanierung Wertminderungen des Gesellschafterdarlehens bzw. im Falle einer Sanierung dessen vollständigen Ausfall mittels Verzichts steuerwirksam geltend machen darf. Zum anderen wird untersucht, ob ein vollständiger Verzicht auf dieses Darlehen auf Ebene der M-GmbH darüber hinaus gehende Konsequenzen, namentlich mit Blick auf die Hinzurechnungsbesteuerung, haben könnte.⁶ Ergänzend wird die Frage eruiert, wie sich das Ergebnis ändert, wenn die Muttergesellschaft in Deutschland als Personengesellschaft (nachfolgend: „M-GmbH & Co. KG“) agiert, die zu 100% von der natürlichen Person M mit Wohnsitz in Deutschland gehalten wird.⁷

III. Grundfall: Wertberichtigung von Forderungen

Sofern das von der M-GmbH an die T-S.L. gewährte Gesellschafterdarlehen zwar notleidend wird, ein Verzicht auf dieses Darlehen für die Zwecke der bilan-

² Vgl. Frotscher/Drüen/Endert KStG § 27 Rn. 40.

³ Vgl. § 8b Abs. 1 und 5 KStG.

⁴ Vgl. Frotscher/Drüen/Frotscher KStG § 8b Rn. 347.

⁵ Zu denken ist beispielsweise an die Regelung der Zinsschranke, welche durch die sog. ATAD I (Richtlinie (EU) 2016/1164 zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts v. 19.7.2016, ABl. L 193, 1, die Spanien als Mitgliedsstaat der EU ebenfalls umgesetzt hat) in allen Mitgliedsstaaten der EU eingeführt werden muss.

⁶ Vgl. §§ 7 ff. AStG.

⁷ Auf die ebenfalls von M zu 100% gehaltene Komplementär-GmbH wird vorliegend aus Relevanzgründen nicht weiter eingegangen.

ziellen Sanierung der T-S.L. jedoch noch nicht erforderlich ist, stellt sich dennoch bereits die Frage, ob die Wertminderung des Gesellschafterdarlehens steuerwirksam geltend gemacht werden kann. Zunächst muss aufgrund des Maßgeblichkeitsgrundsatzes⁸ eine Wertminderung des Buchwertansatzes in der Handelsbilanz vorliegen. Dann muss gem. § 5 Abs. 6 EStG darauf geachtet werden, ob es vorrangige Vorschriften für die Steuerbilanz gibt.⁹ Für den Fall, dass die Wertminderung auch in der Steuerbilanz akzeptiert wird, muss geprüft werden, ob es weitergehende Vorschriften gibt, wonach die steuerbilanziell abgebildete Wertminderung außerbilanziell korrigiert werden muss.

Das der T-S.L. durch die M-GmbH gewährte Gesellschafterdarlehen gehört handelsrechtlich zu den Vermögensgegenständen des Umlaufvermögens¹⁰, da es nicht dauerhaft dem Betrieb der M-GmbH zu dienen bestimmt ist. Somit gilt handelsrechtlich das strenge Niederstwertprinzip selbst bei einer nur vorübergehenden Wertminderung.¹¹ Steuerlich ist dies – in Form einer Teilwertabschreibung, § 6 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 EStG – etwas eingeschränkt nur bei einer „voraussichtlich dauernden Wertminderung“ durch Ausübung eines Wahlrechts möglich (Durchbrechung der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz¹²).¹³ Der sog. Konzernrückhalt steht einer dauernden Wertminderung und damit einer Teilwertabschreibung nicht entgegen.¹⁴ Dieser ist lediglich für Forderungen Dritter gegenüber der Kapitalgesellschaft, dh im Außenverhältnis, relevant.¹⁵ Auch in der Anlaufphase einer Kapitalgesellschaft wird eine Wertberichtigung mangels dauernder Wertminderung abgelehnt.¹⁶

Gesellschafterdarlehen sind eigenständige Wirtschaftsgüter, die unabhängig von dem Wirtschaftsgut „Beteiligung“ in der Steuerbilanz mittels Teilwertabschreibung wertberichtigt werden können.¹⁷ Zunächst ist dabei die Beteiligung in voller Höhe abzuschreiben, erst dann kann die Wertberichtigung mittels Teilwertabschreibung auf das Gesellschafterdarlehen erfolgen.¹⁸ Grund dafür ist, dass beispielsweise im Falle einer Veräußerung der Beteiligung die Verbindlichkeit aus dem Gesellschafterdarlehen im Sinne einer sog. cash- and debt-free-Betrachtung den Kaufpreis für die Beteiligung in voller Höhe mindert. Im Regelfall wird ein Erwerber der Betei-

⁸ Vgl. § 5 Abs. 1 S. 1 EStG.

⁹ Vgl. Schmidt/Kulosa EStG § 6 Rn. 5.

¹⁰ Vgl. § 247 Abs. 2 HGB, Umkehrschluss zum Begriff des Anlagevermögens, BeBiKo/Schubert/Berberich HGB § 247 Rn. 51 sowie Ausweis im Gliederungsschema des § 266 Abs. 2 B.II.3 HGB.

¹¹ Vgl. § 253 Abs. 4 HGB sowie BeBiKo/Schubert/Berberich HGB § 253 Rn. 560f.

¹² Vgl. Schmidt/Kulosa EStG § 6 Rn. 361 mit Verweis auf BMF 12.3.2010, geändert durch BMF 22.6.2010, BStBl. I 2010, 597 Rn. 15.

¹³ Vgl. Frotscher/Geurts/Happe/Mutscher EStG § 6 Rn. 247.

¹⁴ Vgl. BFH 24.6.2015 – I R 29/14, BStBl. II 2016, 258, entgegen BMF 29.3.2011, BStBl. I 2011, 277.

¹⁵ Vgl. BFH 12.4.2017 – I R 36/15, BFH/NV 2018, 58.

¹⁶ Vgl. DPM/Pung KStG § 8b Rn. 247 mwN.

¹⁷ Vgl. BFH 14.1.2009 – I R 52/08, BStBl. II 2009, 674.

¹⁸ Vgl. Forst/Schaaf/Küpper EStB 2009, 442 (444); DPM/Pung KStG § 8b Rn. 247. Ausführlich zur Ermittlung des Teilwerts anhand der Verhältnisse der Darlehensnehmerin vgl. Benz/Böing Ubg 2012, 440.

ligung darauf abzielen, sowohl die Beteiligung als auch die Forderung aus dem Gesellschafterdarlehen zu erwerben. In einem solchen Fall wird er aus vorgenannten Gründen einer notleidenden Beteiligung lediglich einen symbolischen Wert von € 1 beimessen¹⁹ und für die Forderung einen Betrag bieten, für den er die Tilgungsfähigkeit der Zielgesellschaft basierend auf den eigenen Werterwartungen unterstellt. Die zwingende steuerliche Folge ist, dass im Fall einer Veräußerung einer Beteiligung der daraus erzielte Gewinn gem. § 8b Abs. 2 KStG iVm § 8b Abs. 5 KStG (wirtschaftlich) zu 95% steuerfrei ist. Wird dagegen die vorgenannte Forderung entgeltlich abgetreten, ist ein daraus resultierender Veräußerungsgewinn – genau wie ein Tilgungsgewinn – in voller Höhe steuerpflichtig.

Auch wenn Beteiligung und Gesellschafterdarlehen zwei eigenständige Wirtschaftsgüter sind, greift das außerbilanzielle Abzugsverbot des § 8b Abs. 3 KStG seit 2008²⁰ für Darlehensbeziehungen entsprechend²¹. Dies jedenfalls dann, wenn die darlehensgewährende Gesellschafterin – wie im obigen Ausgangsfall – zu mehr als einem Viertel am Stammkapital der Darlehensempfängerin beteiligt ist und kein Drittvergleich geführt werden kann.²² In den Veranlagungszeiträumen vor 2008 wurde dieses außerbilanzielle Abzugsverbot durch § 1 AStG erreicht,²³ was jedoch – dem Anwendungsbereich des § 1 AStG entsprechend – nur für grenzüberschreitende Darlehensbeziehungen relevant sein kann. § 8b Abs. 3 S. 4 ff. KStG gilt für inländische und grenzüberschreitende Darlehensbeziehungen.²⁴ Die Anwendung des § 8b Abs. 3 S. 4 KStG ist nicht auf die Rechtsform der Kapitalgesellschaft als Darlehensgeberin und Gesellschafterin der darlehensempfangenden Kapitalgesellschaft beschränkt. Soweit an einer darlehensgewährenden Personengesellschaft eine Kapitalgesellschaft beteiligt ist, gilt die Abzugsbeschränkung entsprechend.²⁵

§ 8b Abs. 3 S. 7²⁶ bzw. implizit auch S. 4 KStG unterstellen, dass die Darlehensgewährung durch den Gesellschafter gesellschaftlich veranlasst ist. Die Unterscheidung des Großen Senats des BFH²⁷ zwischen dem werthaltigen und dem wertlosen Teil einer Forderung ist vorliegend im Falle einer Teilwertabschreibung – mangels eines zu einer potenziellen Einlage führenden Verzichts – nicht relevant. Bei einer voraussichtlich dauernden Wertminderung ist jedoch auch im Fall der zu prüfenden Teilwertabschreibung allenfalls eine steuerwirksame Wertberichtigung der Anschaffungskosten des Gesellschafterdarlehens auf den niedrigeren Teilwert möglich.

¹⁹ Vgl. Schwenker/Fischer DStR 2010, 1117 (1118).

²⁰ Vgl. BFH 14.1.2009 – I R 52/08, BStBl. II 2009, 674.

²¹ Vgl. Frotscher/Geurts/Happe/Mutscher EStG § 6 Rn. 349b.

²² Vgl. § 8b Abs. 3 S. 4 ff. KStG. Dieses Abzugsverbot ist verfassungsgemäß, vgl. BFH 12.3.2014 – I R 87/12, BStBl. II 2014, 859.

²³ Vgl. BMF 29.3.2011, BStBl. I 2011, 277 Rn. 35 sowie BFH 13.1.2022 – I R 15/21, BFH/NV 2022, 831.

²⁴ Vgl. FG Berlin-Brandenburg 29.8.2017 – 11 V 11184/17, DStRE 2018, 733, Beschwerde anhängig beim BFH unter I B 102/17, jedoch hinsichtlich der Frage, ob Forderungen aus Lieferungen und Leistungen wirtschaftlich mit einer Darlehensgewährung vergleichbar sind. Vgl. auch Neumann/Watermeyer Ubg 2008, 748 und Hölscher Ubg 2016, 72.

²⁵ Vgl. Frotscher/Drüen/Frotscher KStG § 8b Rn. 381.

²⁶ Vgl. Frotscher/Drüen/Frotscher KStG § 8b Rn. 420.

²⁷ Vgl. BFH 9.6.1997 – GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307.

Wird die Vermutung der gesellschaftlichen Veranlassung widerlegt, greift die Abzugsbeschränkung des § 8b Abs. 3 S. 4 KStG gem. § 8b Abs. 3 S. 7 KStG nicht.²⁸ Dies erfordert jedoch, dass der Steuerpflichtige erfolgreich einen Drittvergleich führt.²⁹ Der Nachweis muss sowohl für den Zeitpunkt der Darlehensgewährung als auch im Nachgang bezüglich der Frage, ob ein fremder Dritter das Darlehen im Fall einer Krise von der Darlehensempfängerin zurückgefordert hätte, geführt werden.

§ 8b Abs. 3 S. 4ff. KStG enthält keine Aussage, wie der Nachweis zu führen ist.³⁰ S. 7 Hs. 2 regelt nur, dass lediglich die eigenen Sicherungsmittel der Gesellschaft berücksichtigt werden dürfen. Rechtsprechung existiert zu dieser Regelung – soweit ersichtlich – noch nicht. In der Begründung zum Gesetzentwurf³¹ sind drei Konstellationen aufgeführt, die dazu führen, dass eine Darlehensüberlassung nicht als fremdüblich anzusehen ist. Dies ist der Fall, wenn Darlehensverträge (i) nicht verzinslich, (ii) verzinslich, aber ohne eine Sicherheitsvereinbarung oder aber (iii) zwar verzinslich und mit Sicherheitsvereinbarung abgeschlossen werden, jedoch „das Darlehen bei Eintritt der Krise nicht zurückgefordert wird“. Damit wäre der Drittvergleich im Falle einer fehlenden Besicherung auch dann nicht möglich, wenn die darlehensnehmende Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensvergabe die höchste Bonität gehabt hätte,³² was wenig überzeugend ist.³³ Stattdessen sollte die Auffassung von Finanzverwaltung, Rechtsprechung und Literatur zu § 1 AStG herangezogen werden.³⁴ Laut Auffassung der Finanzverwaltung fällt eine Teilwertabschreibung nicht unter die Berichtigungspflicht des § 1 AStG, wenn ein Darlehensvertrag zwar ohne Vereinbarung einer tatsächlichen Sicherheit, dafür jedoch unter Berücksichtigung eines angemessenen Risikozuschlags auf den Zinssatz abgeschlossen wurde.³⁵ Dass es – zumindest für Zwecke des § 1 AStG – auf eine Besicherung des konzerninternen Darlehens nicht ankommt, teilen – nach Aufhebung der Entscheidung vom 27.2.2019³⁶ durch das Bundesverfassungsgericht³⁷ – zwischenzeitlich auch (wieder) der BFH³⁸ und die OECD-Verrechnungspreisleitlinien zu Finanztransaktionen.³⁹ Hinzuweisen ist auf die jüngere BFH-Rechtsprechung,

²⁸ Vgl. DPM/Pung KStG § 8b Rn. 263.

²⁹ Vgl. DPM/Pung KStG § 8b Rn. 260.

³⁰ Vgl. Neumann/Watermeyer Ubg 2008, 748 Tz. 2.6.

³¹ Vgl. BR-Drs. 544/07, 95.

³² Vgl. Neumann/Watermeyer Ubg 2008, 748 Tz. 2.6.

³³ Vgl. Frotscher/Drüen/Frotscher KStG § 8b Rn. 428; Jahn IStR 2022, 123, der als eigene Auffassung in Tz. 5.5 darlegt, dass die Gesetzesbegründung „nichts zur Konzernüblichkeit der Besicherung von Darlehen im Allgemeinen“ aussagt mit Verweis auf OECD, BFH und Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise.

³⁴ Vgl. Kosner/Kaiser DStR 2012, 925; Frotscher/Drüen/Frotscher KStG § 8b Rn. 420.

³⁵ Vgl. BMF 29.3.2011, BStBl. I 2011, 277 Tz. 3.1f.

³⁶ Vgl. BFH 27.2.2019 – I R 73/16, BStBl. II 2019, 394.

³⁷ Vgl. BVerfG 4.3.2021 – 2 BvR 1161/19, DSrR 2021, 777.

³⁸ Vgl. BFH 9.6.2021 – I R 32/17, BFH/NV 2022, 49 sowie BFH 13.1.2022 – I R 15/21, BFH/NV 2022, 831, insoweit jeweils entsprechend BFH 29.10.1997 – I R 24/97, BStBl. II 1998, 573. S. auch Nolden/Ebeling IStR 2021, 10, die anhand von empirischen Analysen zeigen, dass Besicherungen kein Beleg für eine Fremdüblichkeit von Darlehensbeziehungen sind.

³⁹ OECD (2018), OECD-Verrechnungspreisleitlinien für multinationale Unternehmen und Steuerverwaltungen 2017 (nachfolgend: „OECD-Verrechnungspreisleitlinien“), OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264304529-de>. Tz. 10.56.

wonach aus einem Konzernrückhalt keine werthaltige Besicherung des Rückzahlungsanspruchs gesehen werden kann.⁴⁰ Daher sind für die Bonitätsprüfung die „stand alone“-Verhältnisse⁴¹ der zu finanzierenden Konzerngesellschaft heranzuziehen.⁴² Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn ein konzernfremder Darlehensgeber bspw. die strategische Bedeutung der zu finanzierenden Konzerngesellschaft bonitätserhöhend ansieht.⁴³

Der BFH legt seiner Rechtsprechung⁴⁴ – wie auch die Finanzverwaltung in den Verwaltungsgrundsätze-Verrechnungspreise⁴⁵ – auch die neuen OECD-Verrechnungspreisleitlinien⁴⁶ für Finanztransaktionen für die Bestimmung des Fremdvergleichs zugrunde.⁴⁷ Dort wird – neben den nachfolgend genannten Kriterien, die dort zumindest skizziert werden – auf die sog. „debt capacity“ abgestellt.⁴⁸ Also die Fähigkeit der zu finanzierenden Gesellschaft, den Schuldendienst in Form von Zins und Tilgung zu leisten. Ist die Schuldenkapazität nicht hoch genug und fehlen zudem zentrale Vereinbarungen wie Darlehenslaufzeit und ein Zinssatz, besteht die Möglichkeit, ein als „Darlehen“ bezeichnetes Finanzinstrument zumindest aus Verrechnungspreissicht als Eigenkapital zu betrachten. Dabei bezieht sich die Verrechnungspreisleitlinie auf Art. 9 OECD-MK Rn. 3b, wonach der Musterkommentar nicht nur zu einer fremdüblichen Verzinsung, sondern auch zu der Qualifikation eines Finanzinstruments als Eigen- oder Fremdkapital Stellung nimmt. Ergänzend judiziert die neuere Rechtsprechung⁴⁹ – entgegen der früheren Rechtsprechung des BFH⁵⁰ –, dass Art. 9 OECD-MA keine abkommensrechtliche Sperrwirkung gegenüber einer Berichtigung von Teilwertabschreibungen entfalten kann.⁵¹ Die von Nagler/Uterhark⁵² angestellten Überlegungen, inwieweit die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV einer Berichtigung von Teilwertabschreibungen im grenzüberschreitenden EU-Fall entgegenstehen könnten, dürfen jedoch lediglich

⁴⁰ Vgl. BFH 18.12.2019 – I R 72/17, BFH/NV 2020, 1049, so auch BMF 14.7.2021, BStBl. I 2021, 1098, Rn. 3.94.

⁴¹ Vgl. BFH 18.5.2021 – I R 4/17, BFH/NV 2021, 1595; Jahn IStR 2022, 123.

⁴² Vgl. BFH 14.8.2019 – I R 14/18, BFH/NV 2020, 755, anhängig beim BVerfG unter 2 BvR 1079/20.

⁴³ Vgl. BFH 18.5.2021 – I R 4/17, BFH/NV 2021, 1595; Jahn IStR 2022, 123 (127).

⁴⁴ Vgl. BFH 18.5.2021 – I R 4/17, BFH/NV 2021, 1595.

⁴⁵ Vgl. BMF 14.7.2021, BStBl. I 2021, 1098, Rn. 3.88 mit Verweis auf Kapitel X der OECD-Verrechnungspreisleitlinien.

⁴⁶ OECD-Verrechnungspreisleitlinien, s. Fn. 39.

⁴⁷ Vgl. Jahn IStR 2022, 123.

⁴⁸ Vgl. OECD-Verrechnungspreisleitlinien, Rn. 10.12f.

⁴⁹ Vgl. BFH 14.8.2019 – I R 34/18, BFH/NV 2020, 757, mit Bestätigung BFH 27.2.2019 – I R 73/16, BStBl. II 2019, 394.

⁵⁰ Vgl. BFH 24.6.2015 – I R 29/14, BStBl. II 2016, 258; BFH 29.10.1997 – I R 24/97, BStBl. II 1998, 573.

⁵¹ Vgl. Nagler/Uterhark IStR 2020, 590 mit weiteren Ausführungen, inwieweit dies die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV beeinträchtigt, insb. mit Blick auf die Rs. Hornbach-Baumarkt (EuGH 31.5.2018 – C-382/16, IStR 2018, 461 – Hornbach-Baumarkt, mAnm Uterhark/Nagler, Schnitger, Mitschke; BFH 9.6.2021 – I R 32/17, BFH/NV 2022, 49. Zur Anwendung auf § 8b Abs. 3 S. 4ff. KStG als spezielle Missbrauchsvermeidungsnorm vgl. DPM/Pung KStG § 8b Tz. 241 mwN.

⁵² Vgl. Nagler/Uterhark IStR 2020, 590.