

details **AKTUELL**

AUS DEN FACHBEREICHEN VON LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

GARANTIE BEI UNTERNEHMENSKÄUFEN – RECHTSSICHERHEIT DURCH ÄNDERUNG DES § 444 BGB

In Unternehmenskaufverträgen schaffen die Parteien in aller Regel privatautonom ein spezifisches Garantie- und Haftungsregime. Mit Inkrafttreten der Schuldrechtsreform zum 01.01.2002 war erhebliche Unsicherheit aufgekommen, ob derartige Vereinbarungen in Unternehmenskaufverträgen der neuen Regelung des § 444 BGB standhalten.

Danach kann sich ein Verkäufer auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen werden, nicht berufen, wenn der Verkäufer eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat. In Unternehmens- und Beteiligungskaufverträgen werden üblicherweise sogenannte selbstständige Garantien bezüglich des Kaufgegenstandes abgegeben, gleichzeitig werden jedoch die Rechtsfolgen bei Verletzung von Garantien nach Art und insbesondere Höhe vertraglich eingeschränkt. Die Parteien vereinbaren damit ein auf die jeweilige Transaktion zugeschnittenes "Garantieregime".

Seit der Neufassung des § 444 BGB besteht erhebliche Unsicherheit, ob derartige Haftungsbeschränkungen wirksam vereinbart werden konnten. In der juristischen Literatur wird zwar mittlerweile ganz überwiegend vertreten, dass der neu gefasste § 444 BGB im Bereich von Unternehmens- und Beteiligungskaufverträgen individualvertraglichen Haftungsbeschränkungen zu selbstständigen Garantieverprechen nicht im Wege steht. Es gibt jedoch weiterhin Gegenstimmen, die derartige Einschränkungen bei selbstständigen Garantieverprechen als unzulässig ansehen. Die verbleibende Restunsicherheit hat der Gesetzgeber jetzt

beseitigt. Durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen ist § 444 BGB dahingehend geändert worden, dass individualvertragliche, haftungsbeschränkende Vereinbarungen nur unwirksam sind, soweit für die Beschaffenheit der Sache eine Garantie übernommen worden ist. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll durch diese Änderung klargestellt werden, dass § 444 BGB inhaltliche Begrenzungen selbstständiger Garantien in Unternehmens- und Beteiligungskaufverträgen nach Art und Höhe (etwa hinsichtlich der Haftungssumme etc.) ausdrücklich gestattet und ein Haftungsausschluss und eine Haftungsbeschränkung nur in dem Umfang untersagt sind, soweit die (unter Umständen nach Art und Höhe begrenzte Garantie) vom Verkäufer übernommen wurde.

Damit ist nun auch durch den Gesetzgeber klargestellt, dass § 444 BGB der üblichen Praxis bei Unternehmens- und Beteiligungskaufverträgen nicht im Wege steht, Garantien des Verkäufers spezifisch auszugestalten und, insbesondere bzgl. der Rechtsfolgen, einzuschränken.

KREDITVERGABE DER GMBH AN GESELLSCHAFTER

In der Praxis wird vielfach übersehen, dass der BGH in einer Entscheidung vom 24.11.2003 (Az.: II ZR 171/01) entschieden hat, dass die Gewährung von Krediten an Gesellschafter, die nicht aus Rücklagen oder Gewinnvorträgen, sondern zu Lasten des gebundenen Vermögens der GmbH erfolgen, auch dann grundsätzlich als verbotene Auszahlungen von Gesellschaftsvermögen zu bewerten sind, wenn der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter im Einzelfall vollwertig sein sollte.

Bis zu dieser Entscheidung sind die Rechtsprechung und die herrschende Meinung im Schrifttum immer davon ausgegangen, dass die Vergabe eines Darlehens an einen Gesellschafter zulässig sei, sofern das Darlehen angemessen verzinst und der Gesellschafter auf Dauer solvent und kreditwürdig ist. Im Rahmen einer reinen bilanzrechtlichen Betrachtungsweise wird durch eine solche Kreditgewährung das gebundene Vermögen der GmbH nicht angegriffen, da es sich im Ergebnis nur um einen Aktivtausch handelt, bei dem anstelle der Barmittel der GmbH der Rückgewähranspruch gegen den betreffenden Gesellschafter tritt.

Die Entscheidung des BGH vom 24.11.2003 führt demgegenüber jedoch im Ergebnis zu einem absoluten Darlehensverbot, weil die Gewährung eines Darlehens selbst dann von den Kapitalerhaltungsregeln erfasst werden soll, wenn der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter vollwertig ist.

Der BGH begründet seine Auffassung damit, dass der Vermögensschutz der Gesellschaft sich nicht in der Garantie einer bilanzmäßigen Rechnungsziffer erschöpfe, sondern auch die Erhaltung einer die Stammkapitalziffer deckenden Haftungsmasse gebiete. Durch die Darlehensvergabe an einen Gesellschafter werde aber das Garantievermögen dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger entzogen und diesen im Gegenzug nur eine rechnerische, nicht aber sofort realisierbare Forderung zur Verfügung gestellt.

Eine Ausnahme von dem Kreditvergabeverbot erwägt der BGH in einem obiter dictum nur für den Fall, dass die Darlehensvergabe allein im Interesse der Gesellschaft liegt, die Darlehensbedingungen einem Drittvergleich standhalten und die Kreditwürdigkeit des Gesellschafters selbst bei Anlegung strengster Maßstäbe außer Zweifel steht oder die Rückzahlung des Darlehens durch werthaltige Sicherheiten voll gewährleistet ist.

Problematische Auswirkungen hat diese Entscheidung vor allem im Rahmen eines bei Konzernen vielfach üblichen zentralen Cash-Managements, bei der alle im Konzern vorhandenen liquiden Mittel bei der Mutter oder einer speziellen Betreibergesellschaft zusammengefasst werden; die einzelnen abhängigen Gesellschaften geben dabei ihre überschüssige Liquidität dorthin ab und erhalten von dort im Bedarfsfall erforderliche Kredite.

Durch die Entscheidung des BGH werden die Anforderungen an die Ausgestaltung von Cash-Management-Systemen verschärft; vorbehaltlich des Abschlusses eines Beherrschungsvertrages darf die abhängige GmbH, sobald das Stammkapital angegriffen wird, Finanzmittel nur noch gegen adäquate Besicherung abgeben.

AKTUELLE ENTWICKLUNGEN ZUR GESELLSCHAFTER-FREMDFINANZIERUNG

Kaum eine steuerliche Vorschrift hat in diesem Jahr die Gemüter der Wirtschaft so erhitzt, wie der neue § 8 a Körperschaftsteuergesetz (KStG).

§ 8 a KStG knüpft bestimmte steuerliche Konsequenzen an Vergütungen, welche eine Kapitalgesellschaft für von Anteilseignern gewährtes Fremdkapital zahlt. Für Veranlagungszeiträume bis einschließlich 2003 erfasste die Vorschrift de facto ausschließlich Fremdfinanzierungen inländischer Kapitalgesellschaften durch ausländische Anteilseigner. Dieses Konzept hat der Europäische Gerichtshof in der sog. "Lankhorst-Hohorst Entscheidung" vom 12.12.2002 als Verstoß gegen die europäische Niederlassungsfreiheit verworfen.

Als Reaktion darauf hat der deutsche Gesetzgeber – erstmals für den Veranlagungszeitraum 2004 – die Regelung des § 8 a KStG auf Kapitalgesellschaften mit inländischen Gesellschaftern ausgedehnt und modifiziert.

Die Ausdehnung der Vorschrift auf reine Inlandsfälle und deren Modifikation hat zu einer Reihe neuer, intensiv diskutierter Probleme geführt. Durch Schreiben vom 15.07.2004 hat das Bundesfinanzministerium (nachfolgend "BMF-Schreiben") zu grundlegenden Anwendungsfragen der Neuregelung Stellung genommen. Auf Basis des BMF-Schreibens lassen sich die wesentlichen Grundzüge des neuen § 8 a KStG wie folgt skizzieren:

I. ALLGEMEINES/GRUNDFALL DES § 8 A KStG

§ 8 a KStG unterscheidet steuerschädliche und steuerunschädliche Fremdfinanzierungen. Dabei gilt die Norm – anders als für Veranlagungszeiträume bis 2003 – nun gleichermaßen für Kapitalgesellschaften mit deutschen und ausländischen Anteilseignern. Der Grundfall, den § 8 a KStG vor Augen hat, ist die Fremdfinanzierung durch einen Anteilseigner der Kapitalgesellschaft; klassischer Beispielsfall ist dabei die Gewährung eines verzinslichen Darlehens durch den Anteilseigner an die Kapitalgesellschaft. Ist eine solche Fremdfinanzierung nach § 8 a KStG steuerschädlich, gilt die von der Kapitalgesellschaft für das Fremdkapital geleistete Vergütung als verdeckte Gewinnausschüttung.

Die fingierte verdeckte Gewinnausschüttung führt zu unterschiedlichen Konsequenzen auf der Ebene der Kapitalgesellschaft einerseits und der Ebene des das Fremdkapital gewährenden Anteilseigners andererseits. Auf der Ebene der Gesellschaft wird die für das Fremdkapital gezahlte Vergütung dem Steuerbilanzgewinn der Kapitalgesellschaft gewinnerhöhend hinzugerechnet und führt damit zu einer höheren Körperschaft- und Gewerbesteuerbelastung. Auf der Ebene des Anteilseigners wird die von der Kapitalgesellschaft für das Fremdkapital gezahlte Vergütung als Einkünfte aus Kapitalvermögen (um-)qualifiziert. Die Vergütung unterliegt damit dem Halbeinkünfteverfahren, also nur zur Hälfte der Einkommensteuer.

Ist der Anteilseigner ebenfalls eine Kapitalgesellschaft, ist die Vergütung nach § 8 b KStG steuerfrei, mit Ausnahme eines Anteils von 5 % (§ 8 b Abs. 5 KStG). Die steuerlichen Konsequenzen des § 8 a KStG auf der Ebene des Anteilseigners unterscheiden sich damit je nach dem, wer Anteilseigner der Kapitalgesellschaft ist.

BEISPIEL

An der G-GmbH ist der Gesellschafter A zu 100 % beteiligt. A gewährt G ein Darlehen in Höhe von 20 Mio. €. Für die Überlassung des Fremdkapitals zahlt G Zinsen p.a. von 1 Mio. €. G erwirtschaftet einen Steuerbilanzgewinn von 600.000 €. Das Darlehen soll in voller Höhe nach § 8 a KStG steuerschädlich sein. Das Wirtschaftsjahr der Gesellschaft soll dem Kalenderjahr entsprechen. Je nach dem, ob A eine inländische natürliche Person, eine inländische Kapitalgesellschaft oder ausländische Kapitalgesellschaft ist, stellen sich die Konsequenzen des § 8 a KStG wie folgt dar (gewerbesteuerliche Aspekte sind nicht berücksichtigt):

Auf der Ebene der G-GmbH:	
Steuerbilanzgewinn	600.000 €
verdeckte Gewinnausschüttung	1.000.000 € (Hinzurechnung gemäß §§ 8 a, 8 Abs. 2 KStG)
körperschaftsteuer pflichtiges Einkommen	1.600.000 €
Körperschaftsteuer (25 %)	400.000 €
Kapitalertragsteuer (20 %):	200.000 € (auf den ausgeschütteten Betrag)

Auf der Ebene des Anteilseigners A:			
A ist eine	inländische natürliche Person	inländische Kapitalgesellschaft	ausländische Kapitalgesellschaft
Einkünfte aus Kapitalvermögen	1.000.000 €	1.000.000 €	(abhängig vom ausländischen Recht)
davon steuerbefreit	500.000 € (Halbeinkünfteverfahren)	950.000 € (§ 8 b KStG)	dto.
steuerliche Bemessungsgrundlage:	500.000 €	50.000 €	dto.

Das Beispiel verdeutlicht die unterschiedlichen Folgen des § 8 a KStG. Auf der Ebene der GmbH neutralisiert die fingierte verdeckte Gewinnausschüttung die durch den Zinsabfluss eingetretene Minderung des Gewinns. Auf der Ebene des Anteilseigners unterscheiden sich die Ergebnisse je nach dem, ob es sich um eine natürliche Person oder eine Kapitalgesellschaft handelt. Die Qualifizierung der verdeckten Gewinnausschüttung als Einkünfte aus Kapitalvermögen führt bei der Kapitalgesellschaft zu einer weitgehenden Steuerbefreiung (bis auf 5 % der Vergütung, die als nicht abzugsfähige Betriebsausgaben gilt). Bei natürlichen Personen bleiben wegen des Halbeinkünfteverfahrens nur 50 % der verdeckten Gewinnausschüttung steuerfrei. Bei ausländischen Kapitalgesellschaften ist die Antwort vom ausländischen Steuerrecht abhängig. Bei Abfluss der Vergütung für das Fremdkapital hat die Kapitalgesellschaft 20 % Kapitalertragsteuer abzuführen.

II. VORAUSSETZUNGEN DES § 8 A KStG

Nach § 8 a KStG ist nicht jede Gewährung von Fremdkapital steuerschädlich, sondern nur unter folgenden Voraussetzungen.

1. Fremdkapital durch wesentlich beteiligte Anteilseigner oder nahe stehende Personen

Diese Vorschrift setzt voraus, dass das Fremdkapital von einem wesentlich beteiligten Gesellschafter zur Verfügung gestellt wird. Wesentlich beteiligter Anteilseigner ist, wer zu wenigstens 25 % am Grund- oder Stammkapital der Kapitalgesellschaft beteiligt ist (§ 8 a Abs. 3 S. 1 KStG). Nach dem Gesetzeswortlaut werden sowohl unmittelbare als auch mittelbare Beteiligungen erfasst.

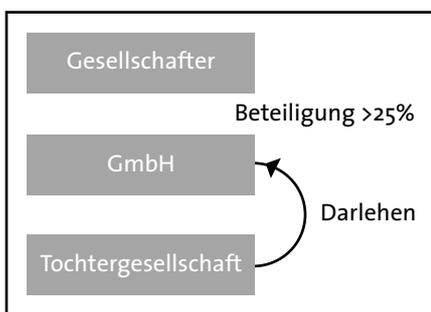
Das BMF-Schreiben schränkt dies nun dahingehend ein, daß Anteilseigner im Sinne der Vorschrift nur der unmittelbar beteiligte Anteilseigner sein kann. Wesentlich beteiligt kann ein Anteilseigner jedoch auch mit einer Beteiligung unter 25 % sein, wenn er zusammen mit anderen Anteilseignern mehr als 25 % der Anteile hält und mit diesen anderen Anteilseignern eine Personenvereinigung bildet (etwa in Form einer BGB-Gesellschaft) oder mit diesen ein Beherrschungsverhältnis besteht (§ 8 a Abs. 3 S. 2 KStG). Wesentlich beteiligter Anteilseigner ist darüber hinaus auch, wer trotz einer geringeren Beteiligung als 25 % alleine oder gemeinsam mit anderen Anteilseignern einen beherrschenden Einfluss auf die Kapitalgesellschaft ausübt.

§ 8 a KStG erfasst darüber hinaus auch die Gewährung von Fremdkapital durch Personen, die einem wesentlich beteiligten Anteilseigner nahe stehen (§ 8 a Abs. 1 S. 2 KStG). Insofern bezieht sich die Vorschrift auf § 1 Abs. 2 Außensteuergesetz (AStG). Danach sind nahe stehende Personen insbesondere Mutter- und Tochtergesellschaften des Anteilseigners.

Aber selbst Tochtergesellschaften der Kapitalgesellschaft, der das Fremdkapital

gewährt wird, sollen nach dem BMF-Erlass nahe stehende Personen des zu mehr als 25 % beteiligten Anteilseigners sein.

§ 8 a KStG kann damit auch in Konstellationen Anwendung finden, in denen eine Tochtergesellschaft ihrer Muttergesellschaft Fremdkapital zur Verfügung stellt und der Anteilseigner an der Muttergesellschaft wesentlich beteiligt ist. Denkbar wäre dies auch in dem Fall, dass die Muttergesellschaft über ein konzerninternes Cash Pooling nicht nur kurzfristig Kredit der Tochtergesellschaft in Anspruch nimmt und dafür eine Vergütung geschuldet wird. Im Schaubild ist die Tochtergesellschaft nahe stehende Person des Anteilseigners.



2. Wann ist Fremdkapital nach § 8 a KStG steuerschädlich?

Nicht jede Gewährung von Fremdkapital durch einen wesentlich beteiligten Anteilseigner oder eine ihm nahe stehende Person ist nach § 8 a KStG steuerschädlich. Dies ist vielmehr nur unter folgenden Voraussetzungen der Fall:

a) Kein kurzfristiges überlassenes Fremdkapital

Das Fremdkapital darf nicht nur kurzfristig vom Anteilseigner überlassen werden. Im Gesetz fehlt eine Definition der kurzfristigen Überlassung. Das BMF-Schreiben verweist hierzu auf die Definition der Dauerschulden in § 8 Nr. 1 Gewerbesteuergesetz (GewStG). Eine nicht nur kurzfristige Überlassung muss damit in der Regel angenommen werden, wenn Fremd-

kapital mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr überlassen wird (R 45 Abs. 3 S. 9 GewStR).

b) Überschreitung der Freigrenze von 250.000 €

§ 8 a KStG sieht eine Freigrenze von 250.000 € vor. Steuerschädliches Fremdkapital liegt erst vor, wenn die Vergütung für das Fremdkapital insgesamt einen Betrag von 250.000 € überschreitet. Dabei handelt es sich um eine Freigrenze, nicht um einen Freibetrag. Ist die Grenze überschritten, wird die gesamte Vergütung als steuerschädlich behandelt und nicht nur der 250.000 € übersteigende Teil.

Die Freigrenze bezieht sich auf die Kapitalgesellschaft, nicht auf den das Fremdkapital gewährenden Anteilseigner. Sie steht der Kapitalgesellschaft für jeden Veranlagungszeitraum einmal zur Verfügung.

Damit ist für jeden Veranlagungszeitraum zu prüfen, ob sämtliche Vergütungen einer Kapitalgesellschaft für Fremdkapital an wesentlich beteiligte Anteilseigner oder nahe stehende Personen die Freigrenze überschreiten.

c) Vergütung besteht nicht in einem Bruchteile des Fremdkapitals

Besteht die von der Kapitalgesellschaft für die Überlassung des Fremdkapitals zu zahlende Vergütung nicht in einem prozentualen Anteil (Bruchteile) des überlassenen Fremdkapitals (etwa bei stillen Gesellschaften, partiarischen Darlehen, Umsatzbeteiligung etc.), gilt die Vergütung ohne jede weitere Voraussetzung als verdeckte Gewinnausschüttung.

Vergütungen für Fremdkapital, die nicht in einem Bruchteile des Kapitals bestehen, einem wesentlich beteiligten Anteilseigner gewährt werden und die Freigrenze von 250.000 € überschreiten, sind damit per se verdeckte Gewinnausschüttungen. Auf weitere Voraussetzungen kommt es nicht an.

d) Vergütung besteht in einem Bruchteil des Fremdkapitals

Besteht die Vergütung dagegen in einem Bruchteil des Fremdkapitals (typischerweise Zinsen), fingiert § 8 a KStG eine verdeckte Gewinnausschüttung nur unter weiteren Voraussetzungen. Die Vorschrift sieht einen sog. "safe-haven" vor. Soweit sich die Fremdkapitalfinanzierung im Rahmen des "safe-haven" hält, ist sie steuerunschädlich.

"Safe-haven" ist das 1,5-fache des Eigenkapitals der Gesellschaft, das anteilig auf den das Fremdkapital gewährenden Anteilseigner entfällt. Übersteigt die gezahlte Vergütung zu keinem Zeitpunkt des jeweiligen Wirtschaftsjahres das 1,5-fache des anteiligen Eigenkapitals, liegt keine verdeckte Gewinnausschüttung vor. Nur der den "safe-haven" übersteigende Betrag wird von § 8 a KStG erfasst. Der "safe-haven" beträgt seit der Neuregelung für sämtliche Kapitalgesellschaften einheitlich das 1,5-fache des anteiligen Eigenkapitals. Die früher vorhandene Privilegierung von Holding-Gesellschaften (wonach der "safe-haven" das 3-fache des anteiligen Eigenkapitals betrug) ist ersatzlos entfallen.

Eigenkapital ist nach § 8 a Abs. 2 Satz 2 KStG – inhaltlich übereinstimmend mit der alten Fassung – das Eigenkapital zum Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres laut Handelsbilanz, das wie

folgt ermittelt wird:

Die im Rahmen der Eigenkapitalberechnung vorzunehmende Kürzung der Beteiligungsbuchwerte gilt für sämtliche Beteiligungen an inländischen und ausländischen Kapitalgesellschaften, jedoch ausgenommen eigene Anteile der Kapitalgesellschaft. Lediglich bei reinen Holding-Gesellschaften (§ 8 a Abs. 4 KStG) erfolgt keine Beteiligungsbuchwertkürzung.

Ist die Kapitalgesellschaft an Personengesellschaften beteiligt (Tochter-Personengesellschaften), wird im Rahmen der Ermittlung des anteiligen Eigenkapitals der Buchwert der Beteiligung an der Tochter-Personengesellschaft durch die anteiligen Buchwerte der einzelnen Vermögensgegenstände der Personengesellschaft ersetzt (§ 8 a Abs. 2 Satz 3 KStG).

Die Buchwerte der Einzelwirtschaftsgüter der Tochter-Personengesellschaft werden nach handelsrechtlichen Grundsätzen ermittelt; Sonder- und Ergänzungsbilanzen bleiben unberücksichtigt (Tz. 32 des BMF-Schreibens).

Welche Auswirkungen sich aus der Ersetzung des Beteiligungswertes durch die anteiligen Buchwerte der Vermögensgegenstände der Tochter-Personengesellschaft ergeben, lässt sich nicht pauschal beantworten. Je nach Einzelfall können

daraus positive aber auch negative Folgen für die Gesellschafterfremdfinanzierung resultieren. Die Nichtberücksichtigung von steuerlichen Sonder- und Ergänzungsbilanzen ist jedoch in aller Regel negativ.

Soweit das 1,5-fache des anteiligen Eigenkapitals und damit der "safe-haven" überschritten ist, stellt die Vergütung von Fremdkapital grundsätzlich eine verdeckte Gewinnausschüttung gem. § 8 a Abs. 1 Nr. 2 KStG dar, es sei denn, der Kapitalgesellschaft gelingt der Nachweis, daß sie das Fremdkapital unter gleichen Umständen auch von einem fremden Dritten erhalten hätte (Drittvergleich). Die Beweislast trägt die Gesellschaft. In der Praxis ist der Drittvergleich schwierig.

GEZEICHNETES KAPITAL

- ausstehende Einlagen
- Buchwerte der Beteiligungen am Grund- und Stammkapital einer (Tochter-) Kapitalgesellschaft (sog. "Beteiligungsbuchwertkürzung")
- + Kapitalrücklage
- + Gewinnrücklagen
- +/- Gewinnvortrag/Verlustvortrag
- +/- Jahresüberschuss/ Jahresfehlbetrag
- + 50 % der Sonderposten mit Rücklageanteil
- = **EIGENKAPITAL DER KAPITALGESELLSCHAFT**

III. AUSGEWÄHLTE SONDERFÄLLE DES § 8 A KStG

Im BMF-Schreiben nimmt die Finanzverwaltung nun erstmals zu einigen besonderen Finanzierungswegen, deren Voraussetzungen und steuerlichen Folgen Stellung. Diese sollen nachfolgend kurz skizziert werden:

1. Drittfinanzierung durch eine nahe stehende Person

Erfolgt die Fremdfinanzierung durch eine nahe stehende Person im Sinne des § 1 Abs. 2 AStG und ist die Fremdfinanzierung gemäß den oben dargestellten Voraussetzungen steuerschädlich, werden die Vergütungen steuerlich nicht bei der nahe stehenden Person, sondern beim wesentlich beteiligten Anteilseigner erfasst (Tz. 13 des BMF-Schreibens). Die Zahlung von Zinsen an eine dem wesentlich beteiligten Anteilseigner nahe stehende Person führt also zu einer verdeckten Gewinnausschüttung an den Anteilseigner selbst. Beim Anteilseigner ergeben sich damit die unter Ziffer I. dargestellten steuerlichen Konsequenzen.

Handelt es sich bei der dem Anteilseigner nahe stehenden Person ihrerseits um eine Kapitalgesellschaft, kommt es zudem zu einer verdeckten Einlage bei dieser nahe stehenden Person. Der Wertansatz der vom Anteilseigner an der das Fremdkapital gewährenden Kapitalgesellschaft gehaltenen Beteiligung erhöht sich folglich entsprechend; die für die Fremdkapitalüberlassung gezahlten Vergütungen stellen aus Sicht des Anteilseigners nachträgliche Anschaffungskosten dar.

2. Fremdfinanzierung durch eine Tochtergesellschaft

Daß auch die Fremdfinanzierung durch Tochtergesellschaften von § 8 a KStG erfasst werden kann, ist bereits unter Ziffer II. 1. dargestellt worden. Auch die Tochtergesellschaft kann nahe stehende Personen des Anteilseigners der Muttergesellschaft sein. Nach dem Wortlaut des § 8 a KStG

müsste auch in diesem Fällen eine verdeckte Gewinnausschüttung der Darlehensnehmerin an ihren Anteilseigner angenommen werden.

Das BMF-Schreiben (Tz. 17) stellt nun klar, dass dies nicht die Position der Finanzverwaltung ist. Im Falle steuerschädlicher Fremdfinanzierungen durch eine Tochtergesellschaft kommt es vielmehr zu einer verdeckten Einlage bei der Tochtergesellschaft.

Auf der Ebene der das Fremdkapital in Empfang nehmenden Muttergesellschaft sind die für die Überlassung des Fremdkapitals gezahlten Vergütungen nicht abzugsfähig und erhöhen das körperschaftsteuerpflichtige Einkommen der Kapitalgesellschaft. Die verdeckte Einlage auf der Ebene der Tochtergesellschaft bewirkt gleichzeitig eine entsprechende Reduzierung des körperschaftsteuerpflichtigen Einkommens der Tochtergesellschaft. § 8 a KStG führt dadurch zu einer Verschiebung der Steuerlast von der Tochtergesellschaft auf die Darlehensnehmerin, die Muttergesellschaft. Anders als in den unter Ziffer III. 1. dargestellten Konstellationen der Fremdfinanzierung durch sonstige nahe stehende Personen werden bei der Finanzierung durch eine Tochtergesellschaft jedoch keine Einkünfte aus Kapitalvermögen beim Anteilseigner fingiert.

3. Fremdfinanzierung durch rückgriffsberechtigter Dritte

Bereits die alte Fassung des § 8 a KStG stellte die Fremdfinanzierung durch einen Dritten, der auf den Anteilseigner oder eine diesem nahe stehende Person zurückgreifen kann, der Fremdfinanzierung durch den Anteilseigner selbst gleich (§ 8 a Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 KStG a.F.).

Durch die Ausdehnung des § 8 a KStG auf Inlandsfälle werden von der Vorschrift nun neben Gesellschafterdarlehen auch echte Fremdfinanzierungsstrukturen erfasst, wenn dem Dritten gegen einen wesentlichen Anteilseigner der finanzier-

ten Kapitalgesellschaft oder eine diesem nahe stehende Person eine Rückgriffsmöglichkeit zusteht. Die Vorschrift erfasst damit dem Wortlaut nach nun auch sämtliche Fälle, in denen sich eine Kapitalgesellschaft bei einer Bank finanziert und ein wesentlich beteiligter Gesellschafter gegenüber der Bank bürgt oder sonstige Sicherheiten stellt.

Insbesondere diese Ausdehnung ist auf erhebliche Kritik gestoßen. In der Tagespresse ist der geänderte § 8 a KStG deshalb schon als "Totengräber der Bauindustrie" bezeichnet worden (SZ vom 02.04.2004). Erschwerend kam hinzu, dass die Finanzverwaltung zum alten § 8 a KStG die Ansicht vertrat, eine Rückgriffsmöglichkeit gegenüber dem Anteilseigner setze nicht unbedingt einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch (etwa aufgrund einer Bürgschaft oder Garantie) voraus. Es genüge vielmehr, dass der Anteilseigner oder eine ihm nahe stehende Person dem finanzierenden Dritten gegenüber faktisch für die Erfüllung der Schuld einsteht (Tz. 21 des BMF-Schreibens zu § 8 a KStG aus 1994).

Durch das neue BMF-Schreiben hat die Finanzverwaltung diese Position zurückgenommen und zudem den Anwendungsbereich des § 8 a KStG in Rückgriffsfällen weiter eingeschränkt. Das neue BMF-Schreiben (Tz. 19) stellt nun klar, dass eine Rückgriffsmöglichkeit gegenüber dem wesentlich beteiligten Anteilseigner nur besteht, wenn der finanzierende Dritte einen rechtlichen Anspruch (aus Garantie, Patronatserklärung oder Bürgschaft) hat oder zu seinen Gunsten eine dingliche Sicherheit (Sicherheitseigentum, Grundschuld etc.) besteht. Darüber hinaus beschränkt die Finanzverwaltung die Anwendung des § 8 a KStG in Rückgriffsfällen auf sog. Back-to-back-Finanzierungen (Tz. 20 des BMF-Schreibens).

Als Back-to-back-Finanzierungen werden Konstellationen angesehen, bei denen ein Dritter der Kapitalgesellschaft Fremdkapital zur Verfügung stellt und der wesentlich beteiligte Anteilseigner seinerseits

gegen den finanzierenden Dritten eine Forderung hat, auf die der Dritte zurückgreifen kann. Beispielhaft für eine Back-to-back-Finanzierungsstruktur erwähnt das BMF-Schreiben den Fall, dass die Fremdfinanzierung der Kapitalgesellschaft durch den Dritten mit Einlagen oder sonstigen (längerfristigen) Kapitalüberlassungen des Anteilseigners an den finanzierenden Dritten im Zusammenhang steht.

Eine Back-to-back-Finanzierung liegt damit jedenfalls dann vor, wenn das Darlehen der Bank an die Kapitalgesellschaft im Zusammenhang mit Einlagen des Anteilseigners bei der Bank steht. Über dieses Beispiel hinaus enthält jedoch auch das neue BMF-Schreiben keine genaue Definition der Back-to-back-Finanzierung.

Es verbleibt damit weiter Rechtsunsicherheit in diesem Bereich. Dies ist insbesondere deshalb misslich, weil die Beweislast bei der finanzierenden Kapitalgesellschaft bzw. beim Anteilseigner liegt. Völlig offen ist weiterhin, ob auch bei Back-to-back-Finanzierungsmodellen der Nachweis möglich ist, dass die Finanzierung einem Drittvergleich standhält bzw. mit welchen Mitteln der Nachweis geführt werden kann. Es spricht einiges dafür, dass im Rahmen des Drittvergleichs die Rückgriffsmöglichkeit beim Anteilseigner unberücksichtigt bleibt; berücksichtigt werden lediglich Sicherungsmittel der Kapitalgesellschaft (Tz. 62 des BMF-Schreibens aus 1994).

Liegt eine nach § 8 a KStG steuerschädliche Back-to-back-Finanzierung vor, sind die von der Kapitalgesellschaft gezahlten Zinsen als verdeckte Gewinnausschüttung dem Steuerbilanzgewinn hinzuzurechnen, erhöhen damit das körperschaftsteuerpflichtige Einkommen und die Körperschaftsteuerbelastung. Zu Einkünften aus Kapitalvermögen beim Anteilseigner kommt es dagegen nur, wenn beim Anteilseigner aus der Back-to-back-Finanzierung ein Vermögensvorteil eintritt (Tz. 22 des BMF-Schreibens).

Darüber hinaus stellt das BMF-Schreiben

(Tz. 24) klar, dass die von der Kapitalgesellschaft auf die verdeckte Gewinnausschüttung abzuführende Kapitalertragsteuer bereits als abgegolten gilt, soweit die von der finanzierenden Bank an den Anteilseigner im Rahmen der Back-to-back-Finanzierung gezahlte Vergütung mit Kapitalertragsteuer belastet ist. Nur die Einkünfte des Anteilseigners aus der Back-to-back-Finanzierung werden folglich in verdeckte Gewinnausschüttungen der Kapitalgesellschaft umqualifiziert.

Insoweit gelten die unter Ziffer I. dargestellten Grundsätze. Ist der Anteilseigner eine natürliche Person, gilt das Halbeinkünfteverfahren. Handelt es sich um eine inländische Kapitalgesellschaft, sind die Einkünfte zu 95 % steuerfrei. 5 % der Einkünfte gelten als nichtabzugsfähige Betriebsausgaben (§ 8 b Abs. 5 KStG).

4. Fremdfinanzierung bei Organschaft

Die oben unter Ziffer I. dargestellten Grundsätze zur Ermittlung des körperschaftsteuerpflichtigen Einkommens gelten auch, wenn zwischen der finanzierten Kapitalgesellschaft und dem wesentlich beteiligten Anteilseigner eine Organschaft besteht. Aufgrund der Organschaft sind die von § 8 a KStG erfassten verdeckten Gewinnausschüttung jedoch vorweggenommene Gewinnabführung, werden körperschaftsteuerrechtlich also dem Anteilseigner als Organträger zugeordnet. Als vorweggenommene Gewinnabführung aufgrund des Organverhältnisses unterliegen die Vergütungen für das überlassene Fremdkapital nicht der Kapitalertragsteuer (Tz. 26 des BMF-Schreibens).

5. Sonderregelungen für Holding-Gesellschaften

§ 8 a Abs. 4 KStG sieht Sonderregelungen für Holding-Gesellschaften vor. Zwar ist der früher geltende, höhere "safe-haven" (anteiliges Eigenkapital x Faktor 3) entfallen. Auch für Holding-Gesellschaften gilt lediglich ein "safe-haven" in Höhe des 1,5-fachen des anteiligen Eigenkapitals.

Sonderregelungen bestehen jedoch noch bei der Berechnung des Eigenkapitals.

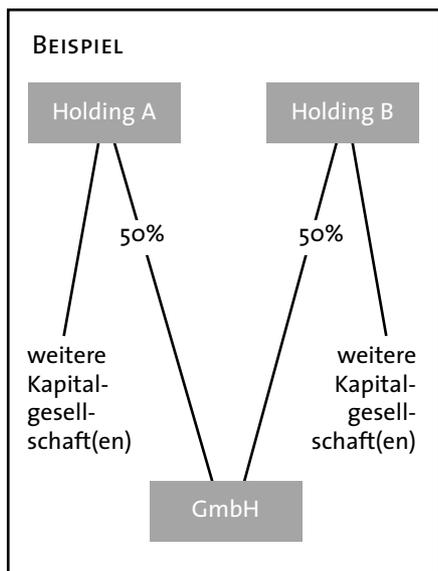
Bei Holding-Gesellschaften erfolgt abweichend von der Grundregel des § 8 a Abs. 2 Satz 2 KStG keine Beteiligungsbuchwertkürzung (§ 8 Abs. 4 Satz 1 KStG; dazu bereits oben Ziffer III. 2. d). Für Holding-Gesellschaften gilt damit ein höherer "safe-haven".

Holding-Gesellschaft im Sinne der Vorschrift ist jede Kapitalgesellschaft, deren Haupttätigkeit darin besteht, Beteiligungen an anderen Kapitalgesellschaften zu halten und diese zu finanzieren oder deren Vermögen zu mehr als 75 % ihrer Bilanzsumme aus Beteiligungen an anderen Kapitalgesellschaften besteht.

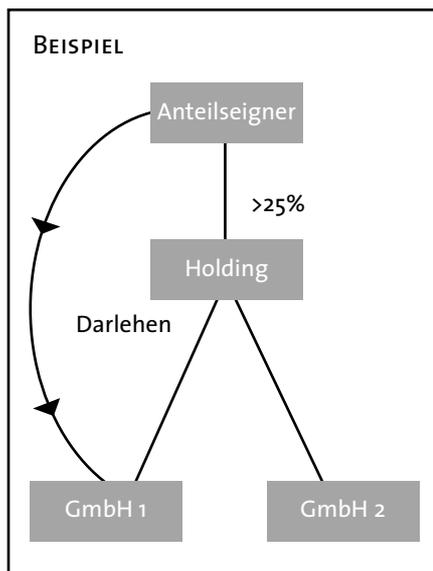
Das BMF-Schreiben hat diese gesetzliche Regelung dahingehend präzisiert, dass Holding-Gesellschaft nur eine im Inland steuerpflichtige Kapitalgesellschaft sein kann (Tz. 39 des BMF-Schreibens). Holding-Gesellschaft ist zudem nur eine Gesellschaft, die unmittelbar Beteiligungen an anderen Kapitalgesellschaften hält, wobei jedoch die Zwischenschaltung von Personengesellschaften unschädlich ist (Tz. 40 des BMF-Schreibens). Darüber hinaus vertritt die Finanzverwaltung die Ansicht, dass nur Kapitalgesellschaften, die einen wesentlich beteiligten Anteilseigner haben, Holding-Gesellschaften im Sinne des § 8 Abs. 4 KStG sein können (Tz. 41 des BMF-Schreibens).

Holding-Gesellschaft kann jeweils nur die Spitze eines Konzerns sein. Zwischengesellschaften in einer Beteiligungskette können nicht Holding-Gesellschaften im Sinne des § 8 Abs. 4 KStG sein (Tz. 46 des BMF-Schreibens).

In horizontalen Beteiligungsstrukturen, bei denen mehrere wesentlich beteiligte Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft die Holding-Voraussetzungen erfüllen, greifen die Sonderregelungen für Holding-Gesellschaften jedoch ein. Jede der so beteiligten Gesellschaften ist als Holding-Gesellschaft zu qualifizieren (Tz. 47 des BMF-Schreibens).



Schließlich ist bei Konzernstrukturen zu berücksichtigen, dass nach der Auffassung der Finanzverwaltung Fremdfinanzierungen einer nachgeordneten Kapitalgesellschaft unmittelbar durch den Anteilseigner der Holding-Gesellschaft bzw. eine diesem nahe stehende Person oder einen gegenüber dem Anteilseigner rückgriffsberechtigten Dritten (mit Ausnahme der Holding-Gesellschaft selbst) immer steuerschädlich sind. Vergütungen der nachgeordneten Gesellschaft an den Anteilseigner sind also immer verdeckte Gewinnausschüttungen, wenn ein Drittvergleich nicht gelingt. In diesen Fällen gelten keine Freigrenze und kein "safe-haven" (Tz. 43 des BMF-Schreibens).



6. Fremdfinanzierung von Personengesellschaften

Die alte Fassung des § 8 a KStG nahm Finanzierungen an Personengesellschaften vom Anwendungsbereich der Vorschrift aus. Seit dem 01.01.2004 gilt die Vorschrift auch für Fremdkapitalüberlassungen an Personengesellschaften, an denen eine Kapitalgesellschaft (alleine oder zusammen mit ihr nahe stehenden Personen) unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 25 % beteiligt ist (§ 8 a Abs. 5 KStG). In diesen Fällen gilt das Fremdkapital als der beteiligten Kapitalgesellschaft überlassen.

Sämtliche Voraussetzungen des § 8 a KStG sind nicht auf der Ebene der Personengesellschaft, sondern auf der Ebene der Kapitalgesellschaft zu prüfen, der das Fremdkapital auf diese Weise zugerechnet wird (Tz. 50 des BMF-Schreibens). Allerdings ist der Drittvergleich auf der Ebene der Personengesellschaft zu führen.

7. Konzerninterne Umstrukturierung

§ 8 a Abs. 6 KStG enthält nun zusätzliche Beschränkungen für den Fall fremdfinanzierter konzerninterner Veräußerungen von Kapitalgesellschaften. Fremdkapital, das zum Zwecke des Erwerbs einer Beteiligung aufgenommen wurde, ist nach § 8 a KStG steuerschädlich, wenn der Veräußerer der Beteiligung und Fremdkapitalgeber ein wesentlich beteiligter Anteilseigner oder eine diesem nahe stehende Person ist. In diesem Fall gelten die Vergütungen für dieses Fremdkapital per se als verdeckte Gewinnausschüttungen. Ob darüber hinaus die übrigen Voraussetzungen des § 8 a KStG vorliegen, ist unerheblich (kein "safe-haven", kein Freibetrag). Die Vorschrift verhindert, dass durch konzerninterne Veräußerungen zusätzliches Eigenkapital geschaffen wird.

VI. SCHLUSSFOLGERUNGEN UND EMPFEHLUNGEN

Die Neufassung des § 8 a KStG zum 01.01.2004 hat durch die Ausdehnung auf inländische Anteilseigner in erheblichem Umfang neue Fragen und Probleme aufgeworfen. Ganz abgesehen davon erscheint sehr zweifelhaft, ob die Neuregelung das erstrebte Ziel, nämlich eine europarechtskonforme Regelung zu schaffen, tatsächlich erreicht hat. De facto benachteiligt die Vorschrift weiterhin ausländische Konzernobergesellschaften gegenüber inländischen. In der Literatur wird deshalb bereits vertreten, auch der neu gefasste § 8 a KStG sei europarechtswidrig.

In jedem Fall gebietet die Neufassung eine Untersuchung des "Finanzierungsstatus quo". Der komplizierte § 8 a KStG bietet an vielen Stellen Möglichkeiten, die bestehende Finanzierungsstruktur aus Steuergesichtspunkten zu optimieren. Exemplarisch genannt seien folgende Maßnahmen:

• Ausnutzung der Freigrenzen

Soweit die Zinsen für Fremdkapital nur geringfügig die Freigrenze überschreiten, ist über einen teilweisen Verzicht auf Zinsen nachzudenken. Eine Aufspaltung des Darlehens von einem auf mehrere Darlehensnehmer führt unter Umständen zu einer mehrfachen Nutzung der Freigrenze.

• Umschichtung in kurzfristiges Fremdkapital

Ob eine Umschichtung in kurzfristiges Fremdkapital, das von § 8 a KStG nicht erfasst wird, sinnvoll ist, muss im Einzelfall untersucht werden.

• Erhöhung des Eigenkapitals

Zur Erhöhung des Eigenkapitals der Kapitalgesellschaft und damit des "safe-haven" kommen eine Reihe von Maßnahmen in Betracht (etwa: Ausübung vorhandener Bilanzierungswahlrechte, Hebung stiller Reserven, Thesaurierung von Gewinnen und ggf. Leistung weiterer Einlagen). In Konzernstrukturen bietet sich zudem an, eine Kapitalgesellschaft mit Holding-Status zu schaffen, um den daraus resultierenden höheren "safe-haven" nutzen zu können.

• Grundsätzliche Änderung der Finanzierungsstruktur

Im Einzelfall mag es zudem möglich sein, anstelle von Darlehen Miet- oder sonstige Überlassungsverträge zu vereinbaren. Vergütungen für Gegenstände, die nicht in Geld bestehen, fallen grundsätzlich nicht unter § 8 a KStG.

ZUR REICHWEITE UNGESCHRIEBENER MITWIRKUNGSBEFUGNISSE DER HAUPTVERSAMMLUNG EINER AG

Der BGH hat mit zwei Entscheidungen vom 26.04.2004 (Az.: II ZR 155/02 und II ZR 154/02) seine in der Praxis als außerordentlich hinderlich empfundene "Holzmüller"-Rechtsprechung (BGHZ 83, 122 ff.) präzisiert und weiter entwickelt.

In der "Holzmüller"-Entscheidung aus dem Jahr 1982 ging es um die Ausgliederung des wertvollsten, etwa 80 % des Gesellschaftsvermögens ausmachenden Betriebsteils auf eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der dort beklagten AG. Der BGH formulierte damals, dass es in einer AG grundlegende Entscheidungen gebe, die durch die Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands und den Satzungswortlaut zwar formal noch gedeckt seien, gleichwohl aber so tief in die Mitgliedsrechte der Aktionäre und deren im Anteilseigentum verkörperte Vermögensinteressen eingriffen, dass der Vorstand vernünftigerweise nicht annehmen könne, er dürfe sie ausschließlich in eigener Verantwortung treffen, ohne die Hauptversammlung zu beteiligen.

Weil sich die Ausgliederung in dem damals entschiedenen Fall im Kernbereich der Unternehmenstätigkeit abspielte, den wertvollsten Betriebszweig betraf und die Unternehmensstruktur von Grund auf änderte, sah der BGH diese Voraussetzungen seinerzeit als erfüllt an. Im Zuge dieser Entscheidung entstand in der Praxis große Rechtsunsicherheit darüber, ob nicht nur Ausgliederungen, sondern auch die Aufgabe von Geschäftsbereichen, die Veräußerung oder der Erwerb von Beteiligungen, der Börsengang der Gesellschaft oder einer Tochtergesellschaft etc. ungeschriebene Mitwirkungsbefugnisse der Hauptversammlung auslösen können. Unsicherheit bestand insbesondere auch über die Erheblichkeitsschwelle, was in der Unternehmenspraxis dazu führte, dass rein vorsorglich mit entsprechendem Aufwand Hauptversammlungen vorsichtshalber einberufen wurden, um das Risiko von Unterlassungs-, Rückabwicklungs- oder Schadenersatzansprüchen zu begrenzen.

In seinen beiden Urteilen vom 26.04.2004, die eine im Gelatine-Geschäft tätige AG betrafen und deshalb auch als "Gelatine"-Entscheidungen bekannt geworden sind, hat der BGH folgende Leitsätze aufgestellt:

1. Ungeschriebene Mitwirkungsbefugnisse der Hauptversammlung bei Maßnahmen, die das Gesetz dem Vorstand als Leitungsaufgabe zuweist, sind nur ausnahmsweise und in engen Grenzen anzuerkennen. Sie kommen allein dann in Betracht, wenn eine von dem Vorstand in Aussicht genommene Umstrukturierung der Gesellschaft an die Kernkompetenz der Hauptversammlung, über die Verfassung der Aktiengesellschaft zu bestimmen, rührt, weil sie Veränderungen nach sich zieht, die denjenigen zumindest nahekommen, welche allein durch eine Satzungsänderung herbeigeführt werden können.

2. Außer für Fälle von Ausgliederungen kann diese Ausnahmezuständigkeit jedenfalls für die Umstrukturierung einer Tochter- in eine Enkelgesellschaft wegen des mit ihr verbundenen weiteren Mediatisierungseffekts in Betracht kommen. Eine wesentliche Beeinträchtigung der Mitwirkungsbefugnis der Aktionäre liegt aber auch in diesen Fällen erst dann vor, wenn die wirtschaftliche Bedeutung der Maßnahme in etwa die Ausnahme wie in dem Senatsurteil BGHZ 83, 122 = NJW 1982, 870 erreicht.

3. Ist die Hauptversammlung danach ausnahmsweise zur Mitwirkung berufen, bedarf Ihre Zustimmung wegen der Bedeutung für die Aktionäre einer 3/4-Mehrheit.

Zwar trifft der BGH auch in den beiden Gelatine-Entscheidungen keine allgemeine Aussage über den Kreis der einer Zustimmung durch die Hauptversammlung unterliegenden Geschäftsführungsmaßnahmen. Er stellt allerdings fest, dass eine Mitwirkung der Hauptversammlung über Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands nur in ganz engen Grenzen, nämlich dann in Betracht kommt, wenn sie an die Kernkompetenz der Hauptversammlung, über die Verfassung der Gesellschaft zu bestimmen, rührt und in ihren Auswirkungen einem Zustand nahezu entspricht, der allein durch eine Satzungsänderung herbeigeführt werden kann. Die Überschreitung der im Schrifttum in diesem Zusammenhang genannten Schwellenwerte – sie beziehen sich auf unterschiedliche Parameter und schwanken zwischen 10 % und 50 % – sollen nach Ansicht des BGH gerade nicht ausreichen. Vielmehr sollen die beschriebenen Voraussetzungen, die zur Durchbrechung der vom Gesetz vorgesehenen Kompetenz- und Arbeitsteilung führen, regelmäßig erst dann erfüllt sein, wenn der Bereich, auf den sich die Maßnahme im konkreten Fall erstreckt, in seiner Bedeutung für die Gesellschaft die Ausmaße der Ausgliederung in dem vom Senat entschiedenen "Holzmüller"-Fall erreicht.

Im Ergebnis stellt sich der BGH damit auf den Standpunkt, dass in den Anwendungsbereich der "Holzmüller/Gelatine"-Rechtsprechung allein extreme Sachverhalte fallen und die im Schrifttum vertretenen quantitativen Wesentlichkeitsschwellen, die von 10 % des Grundkapitals bis zu 50 % der Bilanzsumme reichen, für diese Beurteilung unzureichend sind.

Für die Praxis klar stellt der BGH schließlich auch, dass eine Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals der Hauptversammlung notwendig ist, wenn eine entsprechende ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeit gegeben ist.

Für die Unternehmenspraxis ist mit der "Gelatine"-Entscheidung ein Teil der durch die "Holzmüller"-Entscheidung ausgelösten Rechtsunsicherheit beseitigt. Gleichwohl bleiben auch in der Zukunft einige Fragen offen.

Ungeklärt ist nach wie vor, welche weiteren Maßnahmen ihrer Art nach eine Einschaltung der Hauptversammlung erfordern können. Nicht geklärt ist auch die Reichweite der Hauptversammlungszuständigkeit bei Maßnahmen in Tochtergesellschaften und der Umfang der jeweils zu beachtenden Informationspflichten.

Diese allgemeinen Informationen sind nicht auf konkrete Sachverhaltsgestaltungen übertragbar und ersetzen nicht die anwaltliche Beratung im Einzelfall.

Wenn Sie Fragen zu den dargelegten Inhalten oder zu anderen Bereichen des Gesellschaftsrechts haben, wenden Sie sich gerne an:

Dr. Henning W. Wahlers
Telefon +49 (0)221 650 65-220
henning.wahlers@loschelder.net

Dr. Frank Heerstraßen
Telefon +49 (0)221 650 65-180
frank.heerstrassen@loschelder.net

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Hohenstaufenring 30 – 32
50674 Köln

Telefon 0049 (0)221 650 65-0
Telefax 0049 (0)221 650 65-110

www.loschelder.net