31. Januar 2012

Ausländische Finanzierungsgesellschaften

Verbriefungsstrukturen – Ersatz für besicherte Darlehen (covered bonds)

Währungsrisiken – Steuerfriktion bei Währungsabsicherung

- Tagungsskript anlässlich des Hamburger Forums für Unternehmenssteuerrecht 2012 –

von Dr. Hubert Schmid, Frankfurt

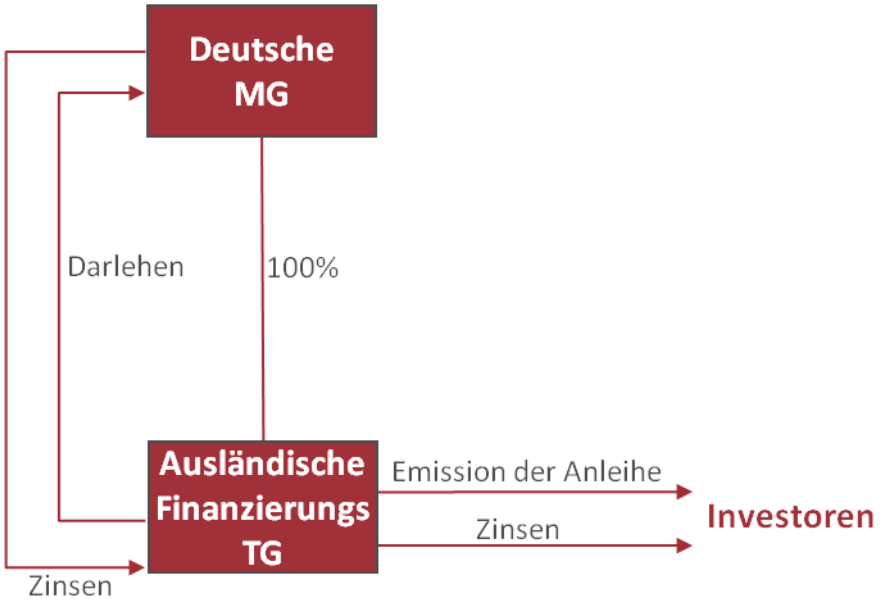
CLIFFORD CHANCE PARTNERSCHAFTSGESELLSCHAFT VON RECHTSANWÄLTEN, WIRTSCHAFTSPRÜFERN, STEUERBERATERN UND SOLICITORS • SITZ: FRANKFURT AM MAIN • AG FRANKFURT AM MAIN PR 1000

1. Ausländische Finanzierungsgesellschaften

1.1. Gründe für die Errichtung ausländischer Finanzierungsgesellschaften

Als Finanzierungsgesellschaften werden allgemein solche Gesellschaften bezeichnet, deren primäre Aufgabe darin liegt, Kapital auf in- und ausländischen Geld- und Kapitalmärkten aufzunehmen und Konzerngesellschaften zur Verfügung zu stellen[1].

Eine typische Gestaltung kann wie folgt aussehen:



Die Vorteile der Einschaltung einer ausländischen Finanzierungsgesellschaft sind insbesondere:

- Liberalität des ausländischen Kapitalmarkts (niedrige regulatorische Hürden);
- günstiges Abkommensnetz im Sitzstaat;
- keine Kapitalertragsteuer auf Zinseinnahmen und –ausgaben;
- geringe Besteuerung des Finanzierungsergebnisses im Ausland;
- keine gewerbesteuerliche Belastung im Ausland.

[1] *Jacobs/Endres/Spengel*, in: Jacobs, Internationale Unternehmensbesteuerung, 7. Auflage 2011, 1130.

1.2. Hinzurechnungsbesteuerung nach AStG

Der deutsche Gesetzgeber versucht, unerwünschten Gestaltungen, wie z.B. die Einschaltung ausländischer Finanzgesellschaften mit Hilfe des Außensteuerrechts zu verhindern[2]. Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen dieser Regelungen sollen im Weiteren dargestellt werden.

1.2.1. Voraussetzungen für die Hinzurechnungsbesteuerung

Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Regeln der Hinzurechnungsbesteuerung ergeben sich aus den §§ 7, 8 AStG[3]:

- Unbeschränkt Steuerpflichtige sind zu mehr als der Hälfte an einer ausländischen Gesellschaft beteiligt (entscheidend: Halten der Beteiligung an der ausländischen Gesellschaft zum Ende von deren Wirtschaftsjahr[4]);
- Die ausländische Gesellschaft erzielt passive Einkünfte, also Einkünften, die nicht unter den Katalog des § 8 Abs. 1 AStG fallen; und (kumulativ)
- Die ausländische Gesellschaft ist niedrigbesteuert (§ 8 Abs. 3 AStG), d. h. effektive Steuersatz im Ausland liegt unter 25 %.

Die Beteiligungsschwelle sinkt auf 1 %, wenn mehr als 10 % der Bruttoerträge der ausländischen Kapitalgesellschaft Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter (§ 7 Abs. 6a AStG) sind; keine Beteiligungsschwelle besteht, womit jede Beteiligung schädlich ist, wenn die ausländische Kapitalgesellschaft fast ausschließlich (über 90 %) Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter erzielt.

Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter sind Einkünfte, die im wesentlichen aus der Forderungen, Wertpapieren und Beteiligungen erzielt werden (§ 7 Abs. 6a AStG).

1.2.2. Folgen der Hinzurechnungsbesteuerung

Die Folgen der Hinzurechnungsbesteuerung ergeben sich aus den §§ 7, 10 AStG[5]:

---

2 *Kahle/Cortez*, Ubg 2011, 949, 951.

3 Vgl. *Protzen*, in: Kraft, Außensteuergesetz, 1. Auflage 2009, Rn. 6.

4 BFH, Urteil vom 12. Juli 1989 - I R 46/85 (BStBl. II 1990, 113, 116).

5 Vgl. *Protzen*, in: Kraft, AStG, 1. Auflage 2009, § 7 Rn. 6.

- *Steuerpflicht* der passiven und niedrigbesteuerten (Zwischen-)Einkünfte zu dem Teil, der auf die dem Steuerinländer zuzurechnende Beteiligung am Nennkapital der ausländischen Gesellschaft entfällt (§ 7 Abs. 1 a. E. AStG);

- Erfassung der Zwischeneinkünfte als Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG) bzw. als gewerblicher Gewinn (§ 10 Abs. 2 AStG), der der Körperschaft- und Gewerbesteuer unterliegt.

- Zeitliche Erfassung beim Steuerinländer unmittelbar nach Ablauf des Wirtschaftsjahres der ausländischen Gesellschaft.

- Anrechnung der im Ausland gezahlten Steuern (§ 12 AStG) oder Abzug der Steuern vom Hinzurechnungsbetrag (§ 10 Abs. 1 AStG).

- Der Hinzurechnungsbetrag gilt zwar als Dividende[6].; dies soll aber (nach Streichung des § 10 Abs. 5 AStG) nicht für die Anwendung von DBAs gelten[7].

Der Steuerpflichtige wird in etwa so behandelt, als hätte er die Einkünfte der ausländischen Gesellschaft direkt in Deutschland erzielt. Einige wesentliche Abweichungen gegenüber der "Inlandsbesteuerung" bestehen jedoch:

- Gewinn kann alternativ durch Einnahme-Überschussrechnung (§ 4 Abs. 3 EStG) oder Betriebsvermögensvergleich ermittelt werden (§ 10 Abs. 3 S. 2 AStG; Abschnitt 10.3.1.1 AStG-Erlass[8]);

- die Zinsschranke (§§ 4h EStG und 8a KStG) findet keine Anwendung;

- die Freistellung von Dividenden und (teilweise) Veräußerungsgewinnen erfolgt nicht nach § 8b Abs.1 und 2 KStG, sondern nach § 8 Abs.1 Nr. 8 und 9 AStG;

---

[6] Fraglich ist die Einordnung des Hinzurechnungsbetrags unter den DBA. Es könnte als Dividende qualifiziert werden und damit dem inländischen Besteuerungsrecht unterliegen oder als gewerblicher Gewinn eines Unternehmens, der nicht der deutschen Besteuerung unterliegt, vgl. Wassermeyer/Schönfeld, Außensteuerrecht, Vor §§ 7-14, Rn. 101 ff.

[7] *Gosch*, in: ders., Körperschaftsteuergesetz, 2. Auflage 2009, § 8b, Rn. 25 ff.

[8] Schreiben betr. Grundsätze zur Anwendung des Außensteuerrechts vom 14. Mai 2004, BStBl. Sondernr.1/2004 S.3.

- auch ohne Organschaft werden Ergebnisse einer Zwischengesellschaft und ihr nachgeschalteter Zwischengesellschaften steuerlich konsolidiert (Abschnitt 14.1.6 AStG-Erlass);

- ein Gesellschafterwechsel führt entgegen § 8c KStG nicht zum Wegfall der Verlustvorträge der Zwischengesellschaft (Abschnitt 10.3.5.3 AStG-Erlass[9]).

- § 15 Abs. 4 EStG – beschränkte Abzugsfähigkeit von Verlusten aus Differenzgeschäften sollte nicht gelten. § 10 Abs. 3 Satz 1 AStG verweist auf die deutschen Einkommensermittlungsvorschriften. § 15 Abs. 4 EStG ist keine Einkommensermittlungsvorschrift; sie regelt die steuerliche Abzugsfähigkeit von bestimmten Aufwendungen[10].

1.2.3. Ausnahmen von der Hinzurechnungsbesteuerung

1.2.3.1. Ausländische Finanzierungsgesellschaften (§ 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG)

Besonders relevant für Finanzierungsgesellschaften ist die Regelung des § 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG. Danach liegen bei Einkünften, die aus "der Aufnahme und darlehensweise Vergabe von Kapital" stammen, keine (schädlichen) Einkünfte von Zwischengesellschaften vor, sofern nachgewiesen wird, dass das Kapital ausschließlich auf ausländischen Kapitalmärkten aufgenommen und aktiven Betrieben und Betriebstätten außerhalb von Deutschland oder inländischen Betrieben zur Verfügung gestellt wird.

Was ist im Einzelfall unter dem "im Ausland aufgenommenen Kapital" zu verstehen? Vor allem stellt sich hier die Frage, ob neben der Fremd- auch die Eigenkapitalaufnahme erfasst wird. Das Gesetz spricht von "Aufnahme […] von Kapital". Kapital sollte Eigen- und Fremdkapital umfassen. Der AStG-Erlass spricht, neben der "Emission von Anleihen" und der "Aufnahme von Darlehen" nur von Kapital, "wenn es sonst auf ausländischen Kapitalmärkten von Personen zur Verfügung gestellt ist, die

---

[9] Der AStG-Erlass in Abschnitt 10.3.5.3 ist allgemein gefasst und spricht nur von Gesellschafterwechsel; er bezog sich aber nicht ausdrücklich auf die damalige Regelung in § 8 Abs. 4 KStG. Wegen der allgemeinen Formulierung in Abschnitt 10.3.5.3 sollte § 8c KStG keine Anwendung finden.

[10] *Edelmann*, in: Kraft, AStG, 1. Auflage 2009, § 10 Rn. 530 – 533.

im Ausland ansässig sind"[11]. Sollte sich diese Vorschrift nur auf Fremdkapital beziehen, ist unklar, nach welchen Regeln die Grenzziehung zwischen Eigen- und Fremdkapital erfolgt. Ist Steuerrecht, HGB, IAS oder Aufsichtsrecht maßgeblich? Diese Frage stellt sich gerade bei Hybridinstrumente, wenn sie nach IAS, HGB oder Aufsichtsrecht als Eigenkapitalinstrumente qualifiziert werden. Stille Einlagen bei Banken gelten nach KWG als Eigenkapital und steuerlich als Fremdkapital[12].

Das nicht auf ausländischen Kapitalmärkten aufgenommene Kapital ist schädlich. Das auf ausländischen Kapitalmärkten aufgenommene Kapital, einschließlich des Eigenkapitals[13], sollte dagegen nicht schädlich sein.

Die Finanzierungsgesellschaft darf die aufgenommenen Gelder nur mittels Darlehen im Konzern weitergeben. Das vom deutschen Anteilseigner oder ihm nahestehenden Personen gewährte Eigenkapital darf dagegen nicht zur Vergabe von Darlehen eingesetzt werden. Ausländische Konzerngesellschaften dürfen nur dann finanziert werden, wenn der Nachweis erbracht werden kann, dass sie einer aktiven Tätigkeit (gemäß § 8 Abs.1 Nr.1 bis 6 AStG) nachgehen.

Können die Vorgaben des AStG an eine ausländische Finanzierungsgesellschaft erfüllt werden, dann unterliegt die Zinsmarge, die die Finanzierungsgesellschaft verdient, nicht der Hinzurechnungsbesteuerung und kann vom Gesellschafter steuerfrei (§ 8b Abs. 1 KStG) vereinnahmt werden. Da die Finanzierungsgesellschaft marktgerechte Preise vereinbaren muss, sollte das Gewinnpotential der Gesellschaft beschränkt sein.

1.2.3.2. Aktive EU-/EWR Gesellschaft (§ 8 Abs. 2 AStG)

Bislang waren die Regelungen der Hinzurechnungsbesteuerung nur typisierend als Missbrauchsbekämpfungsvorschriften geregelt, ohne dass der inländische Steuerpflichtige die Möglichkeit hatte, mittels eines Gegenbeweises zu belegen, dass die Zwischenschaltung der ausländischen Gesellschaft aus wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen

---

[11] BFM-Schreiben vom 14. Mai 2004, IV B 4 – S 1340 – 11/04 (BStBl. I 2004, 3) unter Tz. 8.7.1.2.

[12] Stille Einlagen werden nunmehr als "Sonstiges Kapital" i. S. d. § 10 Abs. 4 KWG bezeichnet. Fraglich, ob Maßgeblichkeitsgrundsatz bezüglich der Eigenkapitalqualifikation gilt; zweifelnd OFD Rheinland, Hinweis vom 14.Dezember 2011 (DB 2012, 21).

[13] A. A. Wassermeyer, Außensteuerrecht, § 8 Rn. 256.

Gründen erfolgte und nicht nur rein steuerlich motiviert war[14]. Die Möglichkeit des Gegenbeweises ist nunmehr unter bestimmten Bedingungen eröffnet[15]:

- Zu mehr als 50 % inländisch beherrschte Zwischengesellschaft hat Sitz oder Geschäftsleitung in einem anderen EU-/EWR-Mitgliedstaat (§ 8 Abs. 2 S. 1 AStG).
- Es wird eine „tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit“ (§ 8 Abs. 2 Satz 1 AStG a. E.) ausgeübt.
- Auskünfte auf Grundlage der EG-Amtshilfe-Richtlinie oder vergleichbare Auskunftsregelungen (§ 8 Abs. 2 S. 2 AStG) werden gewährt.
- Fremdvergleichsgrundsatz bei Geschäftsbeziehungen mit nahe stehenden Personen wird gewahrt (§ 8 Abs. 2 S. 5 AStG).

Bei erfolgreichem Nachweis ist die Gesellschaft keine Zwischengesellschaft. Eine Hinzurechnungsbesteuerung erfolgt nicht.

Diese Ausnahme gilt auch für Einkünfte mit Kapitalanalagecharakter[16], wenn eine 50 % Inlandsbeherrschung vorliegt.

1.3. Investmentsteuerrecht

Die Ausländische Finanzierungsgesellschaften könnte als ausländischer Fonds qualifizieren. In diesem Fall würde das AStG durch das Investmentsteuerrecht verdrängt (§ 1 Abs. 7 AStG), es sei denn die Wirkungen des Investmentsteuerrecht würden durch ein Doppelbesteuerungsabkommen vereitelt.

Findet das InvStG Anwendung, müsste die Finanzierungsgesellschaft umfangreichen Nachweis- und Veröffentlichungspflichten (§ 5 InvStG) nachkommen, um eine Strafbesteuerung des Anlegers bzw. Gesellschafters nach § 6 InvStG (fiktive Gewinnerhöhung) zu vermeiden.

---

[14] *Vogt*, in: Blümich, AStG, 112. Auflage, § 8 Rn. 151.

[15] Damit wird in erster Linie die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-196/04 (Cadbury Schweppes) umgesetzt, vgl. Begründung im Gesetzesentwurf, BT-Drs. 16/6290, 92; zuvor bereits BMF-Schreiben v. 8. Januar 2007, IV B 4-S 1351-1/07 (BStBl. I 2007, 99).

[16] Wassermeyer/Schönfeld, Außensteuerrecht, § 8 Rn.450.

Die Leitidee der Investmentbesteuerung ist das Transparenzprinzip, also die grundsätzliche Gleichbehandlung des Anlegers in Investmentanteilen mit dem Direktanleger[17].

Ein Fonds (Investmentvermögen) ist ein Vermögen zur gemeinsamen Kapitalanlage, das nach dem Grundsatz der Risikomischung in bestimmte Vermögensgegenstände (§ 1 Satz 2 InvG) investiert.

Bei einer Finanzierungsgesellschaft steht aber nicht die Risikomischung und die gemeinsame Kapitalanlage im Vordergrund, sondern vielmehr die Aufnahme von Kapital und die Finanzierung von Konzerngesellschaften.

1.3.1. Formelle Voraussetzungen der Anwendbarkeit des InvStG

Ein Investmentanteil setzt in formeller Hinsicht voraus, dass dem Anleger auf Wunsch sein Anteil an dem ausländischen Investmentvermögen gegen Rückgabe der Anteile ausgezahlt wird oder dass die Investmentgesellschaft in ihrem Sitzstaat einer Investmentaufsicht unterliegt (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 InvStG und § 2 Abs. 9 InvG)[18]. An dieser formalen Voraussetzung sollte es bei einer Finanzierungsgesellschaft fehlen, wenn der Gesellschafter nicht die Rücknahme der Gesellschaftsanteile verlangen kann. Bei einem Alleingesellschaftern und entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Regelungen in der betreffenden ausländischen Rechtsordnung (Rückkauf eigener Anteile) mag es nicht ausgeschlossen sein, dass der Anleger (Alleingesellschafter) eine "Rücknahme" seiner Anteile erreichen kann.

Nach der Auslegung durch die BaFin sollte eine individuelle Rücknahmemöglichkeit nicht schädlich sein:

> "Im Hinblick auf das Rückgaberecht kommt es nicht auf einzelne mit Anlegern individuell getroffene Rücknahmeregelungen an, sondern auf ein für die Mehrheit der Anteile geltendes Rückgaberecht."[19]

---

[17] Zur grundsätzlichen Neuausrichtung des Investmentsteuerrechts, siehe Bericht der Arbeitsgruppe (von Bund, Hessen und Nordrhein-Westfalen) über die "Neukonzeption der Investmentbesteuerung" vom 15. Dezember 2011.

[18] BMF-Schreiben vom 18. August 2009, IV C 1 – S1980 – 1/08/10019 – Anhang 7 unter Hinweis auf das Rundschreiben 14/2008 (WA) zum Anwendungsbereich des Investmentgesetzes nach § 1 Satz 1 Nr. 3 InvG.

[19] Siehe BMF-Schreiben in Fn.18 und das dortige BaFin-Schreiben in Anlage 7.

1.3.2. Materielle Voraussetzungen der Anwendbarkeit des InvStG

Damit ein Vermögen als Fonds qualifiziert, müssen mehr als 90 % des Nettoinventarwerts in taugliche Vermögensgegenstände nach § 2 Abs. 4 InvG angelegt sein[20] und zwar nach dem Grundsatz der Risikomischung. Die entsprechende Risikomischung ist gemäß dem BaFin-Rundschreiben 14/2008 bei einem Investment in mehr als drei Vermögensgegenstände mit unterschiedlichen Anlagerisiken gegeben (nach Ziffer 6 der BaFin-FAQ ist maßgebend, ob der objektive Geschäftszweck auf eine risikogemischte Anlage ausgelegt ist; es ist auf Vertragsbedingungen oder Satzung bzw. ähnliche Bestimmungen abzustellen). Das Halten der Vermögensgegenstände muss Anlagezwecken und nicht etwa der Unterhaltung von Liquidität dienen. Schließlich müssen bestimmte Anlagegrenzen eingehalten werden.

Sofern eine Beteiligung von natürlichen Personen nicht durch schriftliche Vereinbarung ausgeschlossen ist, darf nach Ziffer 5 der BaFin-FAQ die Beteiligung an Unternehmen, die nicht zum Handel an einer Börse zugelassen sind, nicht mehr als 20 % und Investitionen in unverbriefte Darlehen max. 30 % betragen.

Wenn die Finanzierungsgesellschaft überwiegend unverbriefte Darlehen vergibt, sollte sie daher nicht als Fonds qualifizieren.

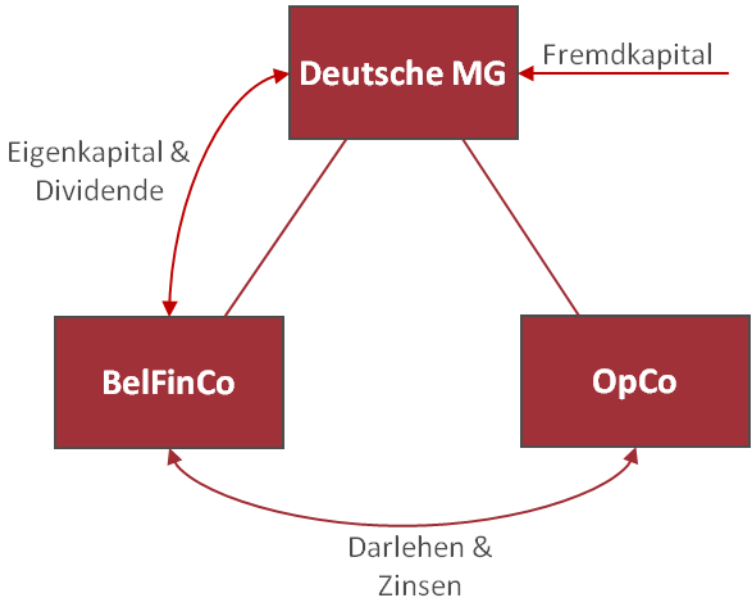
1.4. Beispiele ausländischer Finanzierungsgesellschaften

Ausländische Finanzierungsgesellschaften nutzen unterschiedliche ausländische Rahmenbedingungen. Einerseits werden günstige lokale Besteuerungssysteme genutzt (z. B. günstige Betriebsstättenbesteuerung, Steueranrechnung, fiktive Ausgaben, Steuerbefreiungen), andererseits werden Vergünstigungen in DBAs genutzt (Freistellung; Steueranrechnung). Nachfolgend nur eine kleine Auswahl der verschiedenen Möglichkeiten.

1.4.1. Belgische Finanzierungsgesellschaften mit fiktivem Zinsabzug

Eine typische Struktur im Zusammenhang mit einer belgischen Finanzierungsgesellschaft sieht wie folgt aus:

[20] BaFin-Rundschreiben 14/2008.



In der dargestellten Struktur finanziert die deutsche Muttergesellschaft (Deutsche MG) die belgische Tochtergesellschaft ausschließlich mit Eigenkapital. Die Tochtergesellschaft agiert als Finanzierungsgesellschaft (BelFinCo).

Gewinn der BelFinCo fließen als Dividenden an die Deutsche MG.

BelFinCo finanziert die Konzerngesellschaften (OpCo) durch verzinsliche Darlehen.

Die Struktur erscheint auf den ersten Blick ungünstig, da BelFinCo zwar Zinseinnahmen erzielt, mangels Eigenkapitalfinanzierung jedoch keine Aufwendung geltend machen kann.

Hier hilft das belgische Steuerrecht mit einem Abzug fiktiver Zinsen weiter. Danach wird die BelFinCo so gestellt, als hätte sie statt Eigenkapital Fremdkapital zu einem Zinssatz von 3,425 % (Zinssatz für das Jahr 2011) erhalten. Es wird dabei auf das Eigenkapital zum Ende des vorangegangenen Wirtschaftsjahres abgestellt (NID – *Notional Interest Deduction*)[21].

[21] *Jacobs/Endres/Spengel*, in: Jacobs, Internationale Unternehmensbesteuerung, 7. Auflage 2011, 1137 m. w. N.

NID wird ermittelt durch Multiplikation des Eigenkapitals mit dem Prozentsatz, welcher dem Zinssatz für langfristige belgische Staatsanleihen entspricht[22].

Die BelFinCo unterliegt dem regulären Steuersatz von 33,99 % in Belgien.

Aufgrund der NID ist die Steuerbelastung auf die Zinseinnahmen der BelFinCo marginal.

Schüttet die BelFinco ihre Erträge aus, sind die Dividenden bei der Deutsche MG zu 95 % steuerfrei (§ 8b Abs. 1, 5 KStG) und zu 100 % nach DBA Belgien (Art. 23 Abs. 1 Nr. 3).

Quellensteuer bei Gewinnausschüttung innerhalb der EU werden zudem nicht erhoben, wenn die Vorgaben der Mutter-Tochter-Richtlinie (RL Nr. 90/435) erfüllt sind. Eine Vorgabe der Richtlinie ist, dass die Tochtergesellschaft nicht steuerbefreit sein darf (Art. 2 Abs. 1 der RL). Die NID führt aber zum einen regelmäßig nicht zu einer Null-Besteuerung und zudem liegt keine Steuerbefreiung vor, sondern fiktive Betriebsausgeben.

Problematisch erscheint diese Struktur vor dem Hintergrund der Hinzurechnungsbesteuerung. Es liegen niedrig besteuerte und zudem passive Einkünfte vor. Außerdem liegen alle stimmberechtigten Anteile in der Hand eines unbeschränkt Steuerpflichtigen (Deutsche MG).

Die Zinseinkünfte der BelFinCo könnten der Deutsche MG nach §§ 7 Abs. 1 a. E., 10 AStG zugerechnet werden.

Die Ausnahmeregelung für ausländische Finanzierungsgesellschaften in § 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG könnte erfüllt sein, da BelFinCo als Finanzierungsgesellschaft agiert. Seinem Wortlaut nach erfasst diese Ausnahme nur solche Einkünfte, die "aus der Aufnahme und darlehensweise Vergabe von Kapital" stammen. Der Ausdruck Kapital sollte Fremd- und Eigenkapital erfassen. Die wohl h. M. sieht eine Eigenkapitalfinanzierung als schädlich an. Meines Erachtens kommt es allein darauf an, wo das (Eigen-) Kapital aufgenommen wurde. Nur Kapital, das "ausschließlich an ausländischen Kapitalmärkten" und nicht bei nahestehenden Personen aufgenommen wurde, kann für Finanzierungswecke eingesetzt werden. Daran fehlt es hier, da das (Eigen-) Kapital nicht außerhalb Deutschlands aufgenommen wurde und zudem eine nahestehende Person (der

[22] Für das Wirtschaftsjahr 2011 beträgt der effektive Satz [3,425 %].

Gesellschafter) das Kapital zur Verfügung stellte. Damit scheidet die Anwendbarkeit des § 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG aus.

Der Hinzurechnungsbesteuerung würde nicht eingreifen, wenn der Nachweis erbracht werden kann, dass BelFinCo eine aktive EU/EWG Gesellschaft gemäß § 8 Abs. 2 AStG ist. Bei der BelFinCo handelt es sich um eine EU-Gesellschaft, an der die Deutsche MG als unbeschränkt steuerpflichtige mehrheitlich beteiligt ist. Daher käme es hier im Einzelfall darauf an, ob der Nachweis gelingt, dass die BelFinCo einer "tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit" in Belgien nachgeht. Gelingt der entsprechende Nachweis nicht, kommt es zur Hinzurechnungsbesteuerung der Zinseinkünfte der BelFinCo auf Ebene der Deutsche MG.

Beispielsberechnung:

Belgische Finanzierungsgesellschaft

Eigenkapitalausstattung	1000
Ausgegebene Darlehen	1000
Zinseinnahmen (4 %)	40
NID	34,25
Steuersatz in Belgien	33,99%

Deutsche MG

Fremdfinanzierung	1000
Zinsaufwand	40

Ergebnis BelFinCo	Zinseinnahmen		40,00	
	NID		34,25	
	Gewinn vor Steuern		5,75	
	Steuern		1,95	
	Ergebnis		38,05	
				AStG
Ergebnis Deutsche MG	Dividende		38,05	38,05
		5%	1,90	1,90 [1)]
	Zinsaufwand		40,00	40,00
	Hinzurechnungsbetrag		0,00	38,05
	Ergebnis vor Steuern		-38,10	-0,05

Steuererstattung (30%)	-11,43	-0,02

		AStG
Finanzierungskosten des Konzerns	40,00	40,00
Steuereffekt bei den Töchtern (Steuersatz 30%)	-12,00	-12,00
Steuereffekt bei der Deutsche MG (Steuersatz 30%)	-11,43	-0,02
Steuerbelastung BelFinCo	1,95	1,95
Finanzierungskosten nach Steuern	**18,53**	29,94
Eine Verbessung gegenüber dem Benchmark-Deal um	34%	-1,94

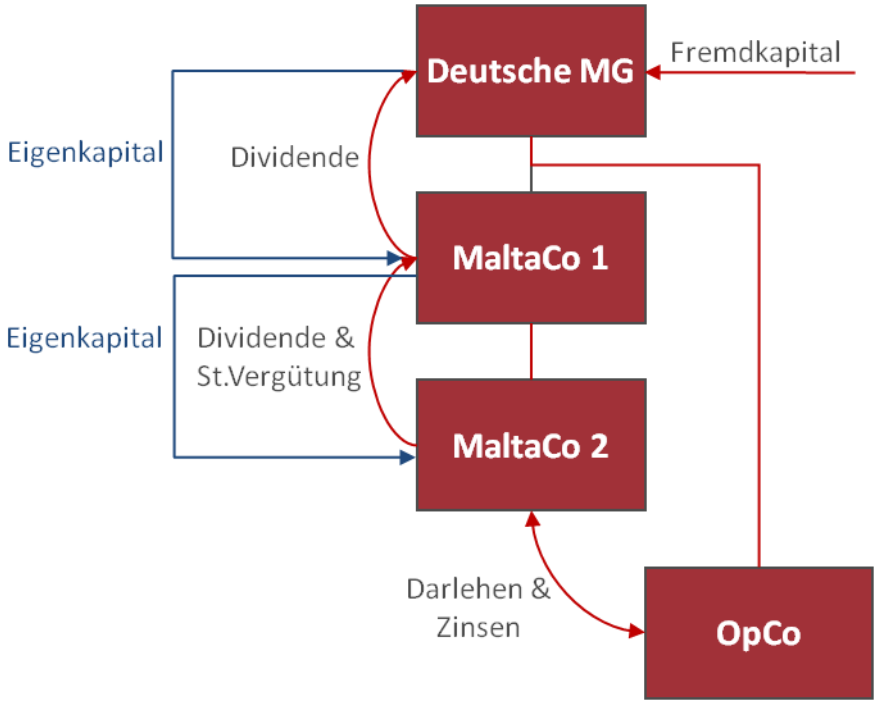
Benchmark-Deal

Der Konzern hat eine Fremdfinanzierung in Höhe von	1000
und zahlt Zinsen von 4%	40
Die Zinsen sind steuerlich absetzbar - Steuereffekt (Steuersatz 30%)	12
Die Finanzierungskosten im Konzern belaufen sich nach Steuern auf	**28**

Zu 1): Gegen die Anwendung der 5 % Besteuerung nach § 8b Abs. 5 KStG aus systematischen Gründen, Wassermeyer/Schönfeld, Außensteuerrecht, § 10 Rn. 208.2.

1.4.2. Finanzierungsgesellschaften in Malta

Eine typische Struktur im Zusammenhang mit maltesischen Finanzierungsgesellschaft sieht wie folgt aus:



In der dargestellten Struktur finanziert die Deutsche MG ihre maltesische Tochtergesellschaft (MaltaCo 1) ausschließlich mit Eigenkapital. MaltaCo 1 finanziert ihre Tochtergesellschaft (MaltaCo 2) ebenfalls nur mit Eigenkapital. MaltaCo 2 reicht verzinsliche Darlehen an Konzerngesellschaften (OpCo) aus.

Malta Gesellschaften unterliegen einer Besteuerung von 35 %.

Schüttet MaltaCo2 Dividenden aus, erhält der Gesellschafter (MaltaCo 1) einen Steuergutschrift in Höhe von 6/7 der Steuer, die die MaltaCo2 auf den Ausschüttungsbetrag bezahlt hat. Dividendenerträge der MaltaCo2 werden nicht besteuert.

Die Dividendeneinkünfte der Deutsche MG sind im Weiteren zu 95 % steuerfrei (§ 8b Abs. 1, 5 KStG). Ein Quellensteuerabzug findet hierbei nicht statt.

Es stellt sich die Frage, ob das AStG Anwendung findet.

(a) MaltaCo2

MaltaCo2 könnte eine nachgeschaltete Zwischengesellschaft gem. § 14 Abs. 1 AStG sein. Dazu müsste passive und niedrig besteuerte Einkünfte erzielen.

MaltaCo2 unterliegt einer effektiven Besteuerung von 35 %. Bei der Belastungsberechnung sind Steuern nicht zu berücksichtigen, die bei Dividendenausschüttungen dem unbeschränkt Steuerpflichtigen (Deutsche MG) oder ihr nahestehender Gesellschaften (MaltaCo1) erstattet werden (§ 8 Abs. 3 S. 2 AStG)[23]. Da 6/7 der Steuer erstattet werden, unterliegt MaltaCo2 einer effektiven Steuerbelastung von unter 25 %.

MaltaCo2 ist keine Finanzierungsgesellschaft nach § 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG, da vom unbeschränkt Steuerpflichtigen (indirekt) ausschließlich mit Eigenkapital finanziert ist.

Die Zurechnungsbesteuerung scheidet daher nur dann aus, wenn MaltaCo2 einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit in Malta nachgeht und dies nachweisen kann (§ 8 Abs. 2 AStG). Fraglich ist, ob § 8 Abs. 2 AStG auch auf nachgeschaltete Zwischengesellschaft Anwendung findet. § 14 AStG, der die nachgeschalteten Zwischengesellschaften erfasst, läßt eine Zurechnung nur dann entfallen, wenn aktive Einkünfte nach § 8 Abs.1 vorliegen; auf § 8 Abs. 2 AStG wird nicht verwiesen[24]. Dem Umkehrschluss aus § 8 Abs. 2 S. 3 AStG könnte – zumindest bei reiner Wortlautlautauslegung – zu entnehmen sein, dass eine Exkulpationsmöglichkeit nach § 8 Abs. 2 AStG in Bezug auf die zugerechneten niedrig besteuerten Einkünfte der nachgeschalteten Zwischengesellschaft zumindest auf Ebene der (vorgeschalteten) Zwischengesellschaft besteht, soweit die nachgeschaltete Zwischengesellschaft ihren Sitz in der EU/EWR hat. Eine andere Auslegung würde die Frage aufwerfen, ob die Zurechnungsbesteuerung europarechtswidrig ist.

(b) MaltaCo1

MaltaCo 1 bezieht Dividendeneinkünfte. Es handelt sich dabei um aktive Einkünfte i. S. d. § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG.

Fraglich ist hier allerdings, ob auch die von dem maltesischen Fiskus gewährte Vergütung der Körperschaftsteuer unter den Begriff "Gewinnausschüttungen" i. S. d. § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG gefasst werden kann. Die Körperschaftsteuervergütung wird vom Staat und nicht von der

[23] *Vogt*, in: Blümich, AStG, 112. Auflage, Rn. 203; vgl. auch die Begründung zum Gesetzesentwurf, BT-Drs. 17/2249, 85.

[24] Insoweit nicht eindeutig auch BMF-Schreiben vom 8. Januar 2007, IV B 4-S 1351-1/07 (BStBl. I S. 99).

ausschüttenden Gesellschaft gewährt[25]. Gewinnausschüttungen werden "von Kapitalgesellschaften" vorgenommen[26]. Die Steuergutschrift des maltesischen Staates ist daher keine Dividende. Insofern liegen keine aktiven Einkünfte vor.

Es liegt eine Niedrigbesteuerung i. S. d. § 8 Abs. 3 AStG vor, da die Steuergutschrift nicht besteuert wird.

Geht MaltaCo2 keiner eigenen Geschäftstätigkeit nach, ist ein Zurechnungsbetrag zu ermitteln. Dabei ist die in Malta gezahlte Steuer nicht abzuziehen (§ 10 Abs. 1 S. 3 AStG). Damit kann es zu einer doppelten Erfassung dieser Steuern kommen, dann bei MaltaCo2 sind die Steuern aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung nicht abzugsfähig und erhöhen daher den Zurechnungsbetrag. Bei MaltaCo1 erscheint die Steuer als Steuererstattung wieder und erhöht den Hinzurechnungsbetrag. Eine nur einmalige Berücksichtigung sieht das Gesetz nicht ausdrücklich vor. Aus Sinn und Zweck der Regelung sollte es wohl nur zu einer einmaligen und nicht doppelten Besteuerung kommen.

Beispielsrechnung:

Finanzierungsgesellschaft in Malta

Steuersatz 35 %
Steuergutschrift - 6/7 der Steuer auf den ausgeschütteten Betrag

MaltaCo1

Eigenkapitalausstattung	1000
Beteiligung an MaltaCo2	1000
Zinseinnahmen	0
Steuersatz	35,00%

MaltaCo2

Eigenkapitalausstattung		1000
Ausgegebene Darlehen		1000
Zinseinnahmen	4 %	40

[25] Vgl. *Rödel*, in: Kraft, AStG, 1. Auflage 2009, § 8 Rn. 494: "gesellschaftsrechtlich veranlasste, offene oder verdeckte Verteilung des Gewinns einer Kapitalgesellschaft, der im Rahmen des Geschäftszwecks der Gesellschaft erwirtschaftet worden ist, an ihre Gesellschafter"; ähnlich die Begründung zum Gesetzentwurf (BR-Drs. 638/01, 69), die insoweit von "Dividenden" spricht.

[26] Vgl. dagegen *Wittkowski/Hielscher*, BC 2010, 569, 573, wonach die Erstattungsansprüche gegen den maltesischen Fiskus im Zusammenhang mit der Dividendenausschüttung bisher nicht zu berücksichtigen waren.

Steuersatz	35,00 %

Deutsche MG

Fremdfinanzierung		1000
Zinsaufwand	4 %	40

			Zurechnungsbesteuerung	
				AStG
Ergebnis MaltaCo2	Zinseinnahmen	40,00		
	Steuern	14,00		
	Ergebnis	26,00		
Ergebnis MaltaCo1	Dividende	26,00		
	Steuergutschrift	12,00	§10 I S.3	38,00
	Steuern	0,00		
	Ergebnis	38,00		

			Hinzurechnungsbesteuerung		
			AStG	AStG	
Ergebnis Deutsche MG	Dividende	38,00	38,00	38,00	
	5 %	1,90	1,90	1,90	
	Zinsaufwand	40,00	40,00	40,00	
	Hinzurechnungsbetrag	0,00	12,00	50,00	1)
	Ergebnis vor Steuern	-38,10	-26,10	11,90	
	Steuererstattung (30 %)	-11,43	-7,83	3,57	

		AStG	AStG
Finanzierungskosten des Konzerns	40,00	40,00	40,00
Steuereffekt bei OpCos (Steuersatz 30 %)	-12,00	-12,00	-12,00
Steuereffekt bei der Deutsche MG (Steuersatz 30 %)	-11,43	-7,83	3,57
Steuerbelastung MaltaCo 1 u. MaltaCo2	2,00	2,00	2,00
Finanzierungskosten nach Steuern	**18,57**	22,17	33,57
Eine Verbesserung gegenüber dem Benchmark-Deal um	34 %	21%	-5,57

Benchmark-Deal

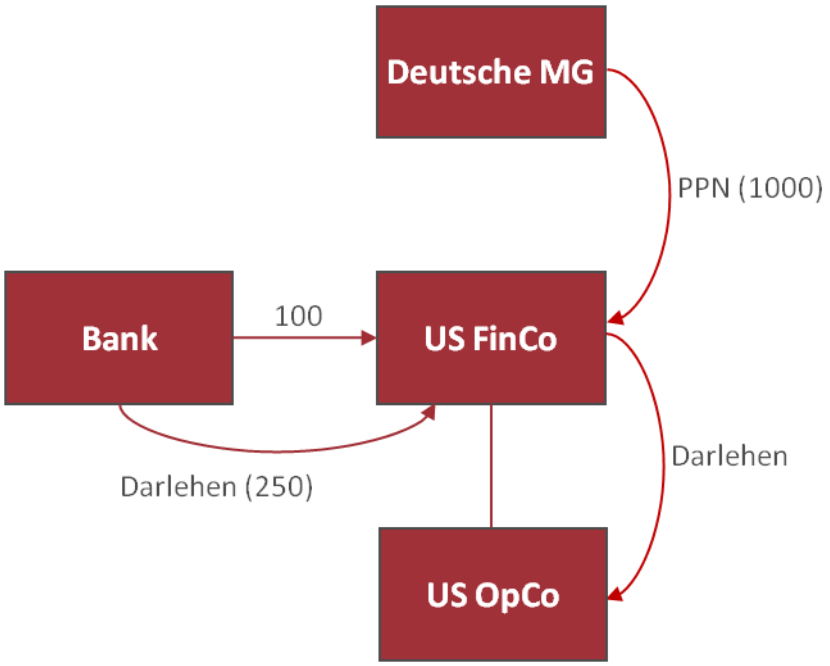
Der Konzern hat eine Fremdfinanzierung in Höhe von	1000
und zahlt Zinsen von 4 %	40
Die Zinsen sind steuerlich absetzbar - Steuereffekt (Steuersatz 30 %)	12

Die Finanzierungskosten im Konzern belaufen sich nach Steuern auf	**28**

Zu 1): Wenn der Zurechnungsbetrag nicht um die Steuern gekürzt wird (§ 10 Abs.1 Satz 3 AStG) und die nicht gekürzte Steuer zu einer Steuererstattung geführt hat, die den Hinzurechnungsbetrag erhöht, dann sollte eigentlich der Hinzurechnungsbetrag entsprechend gekürzt werden (38 statt 50)

1.4.3. Finanzierungsgesellschaften in den USA

Eine typische Struktur im Zusammenhang mit einer US-amerikanischen Finanzierungsgesellschaft sieht wie folgt aus:



In der oben dargestellten Struktur gewährt die Deutsche MG der US-amerikanischen Finanzierungsgesellschaft (US FinCo) ein gewinnabhängiges Darlehen, das einen kombinierten Zinscoupon vorsieht; dieser enthält einen festen Zinsbestandteil und einen gewinnabhängigen Zinsbestandteil. US FinCo vergibt Darlehen an operativ tätige Konzerngesellschaften der Deutschen MG[27].

[27] Der Fall entspricht dem vom BFH entschiedenen Fall, siehe Fn. 28; zum Sachverhalt des FG Düsseldorf vom 23. Juli 2009 – 16 K 4353/05 F (EFG 2009, 2004)..

Nach Art. 10 Absatz 5 DBA-USA fallen gewinnabhängige Zinsen unter den Dividendenartikel und gelten nicht als Zinsen. Sofern die US FinCo die gewinnabhängigen Zinszahlungen als Betriebsausgaben abziehen kann, haben die USA nach Art. 10 Abs. 6 DBA das alleinige Besteuerungsrecht. Nach dem BFH-Urteil vom 19. Mail 2010 [28] muss Deutschland die Zinseinkünfte daher nach Art. 23 Abs. 3 S. 1 Buchst. a Satz 1 DBA USA freistellen. Eine Freistellung der Zinseinkünfte in Deutschland erfolgt allerdings nach Auffassung der Finanzverwaltung nur dann, wenn sie in den USA tatsächlich besteuert wurden [29]. Dies ist der Fall, da die festen Zinsbestandteile, nicht die variablen Zinsbestandteile in den USA besteuert werden.

Die Hinzurechnungsbesteuerung greift nicht ein, da die Deutsche MG an der USFinCo nicht beteiligt ist.

Im Folgenden ein Rechenbeispiel:

Finanzierungsgesellschaft in USA

USFinCo erhält Darlehen von	Deutsche MG	1000
	Bank	200
Zinssatz des Bankdarlehens		4 %
Fester Zinssatz des Darlehens der D MG		4 %
zusätzlicher variabler Zinssatz des Darlehens der D MG		0,25 %
USFinCo vergibt Darlehen zu Zinssatz von		4,30 %

Effekte der Finanzierung durch die Deutsche MG
(die Finanzierung durch Bank wird nicht berücksichtigt)

USFinCo

Eigenkapitalausstattung	0
Darlehen	1000
Zinsausgaben (variabler Coupon)	2,50
Zinsausgaben (fixer Coupon)	40,00

[28] BFH, Urteil vom 19. Mai 2010 - I R 75/09 (BStBl. II 2011, 208). Das Urteil erging zum DBA USA 1989.

[29] BMF-Schreiben vom 28. Februar 2011, IV B 5 – S. 1301 – USA/10/10006 (BStBl. II 2011, 182).

Zinseinnahmen	43,00
Steuersatz	35,00 %

Deutsche MG

Fremdfinanzierung	0
Darlehen	1000
Zinseinnahmen	2,50
Zinsaufwand	0

Ergebnis USFinCo	Zinseinnahmen	43,00
	Zinsausgaben	42,50
	Steuern	0,18
	Ergebnis	0,33
Ergebnis Deutsche MG	Zinsertrag	42,50
	US Steuern auf variablen Zins	0,88
	DBA freigestellte Einnahmen	41,63
	Ergebnis nach Steuern	41,63

Finanzierungskosten des Konzerns (ohne Bankdarlehen)	0,00
Steuereffekt bei USFinCo	-0,18
US Steuereffekt bei der Deutsche MG (Steuersatz 35 %)	-0,88
Steuereffekt bei US Tochtergesellschaften (Steuersatz 35 %)	15,05
Effekt nach Steuern	**14,00**
Eine Verbesserung gegenüber dem Benchmark-Deal um	**11,85**

Benchmark-Deal

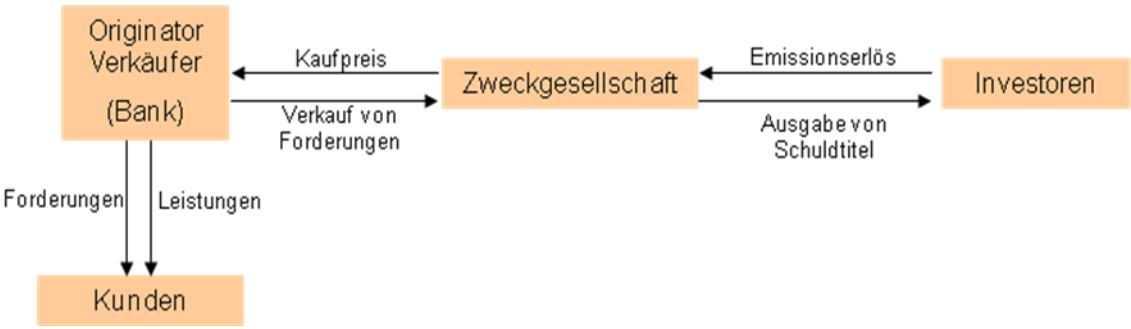
Konzerndarlehen an US Tochtergesellschaften	1000
US Tochtergesellschaften zahlen Zinsen von 4,3 %	-43
Die Zinsen sind steuerlich absetzbar - Steuereffekt (Steuersatz 35 %)	15,05
Konzern vereinnahmt	
Zinsen	43
Steuer auf vereinnahmte Zinsen (dt. Steuersatz 30%)	-12,9
Effekt nach Steuern	**2,15**

2. Verbriefung als Mittel der Finanzierung

2.1. Grundlegendes

Neben dem Einsatz von Finanzierungsgesellschaften kommt als weitere Möglichkeit der Finanzierung die sog. Verbriefung (Securitisation) in Betracht. Verbriefung bedeutet die Schaffung von handelbaren Wertpapieren (Securities) aus Forderungen (= zukünftige Zahlungsströme) oder Eigentumsrechten im weitesten Sinne. In einer Verbriefungstransaktion veräußert der Verkäufer (Originator) zukünftige Zahlungsströme an einen Käufer (SPV). Dabei wird angestrebt, die Transaktion so auszugestalten, dass die Forderungen mit bilanzbefreiender Wirkung auf die Zweckgesellschaft übergehen (sog. True Sale)[30]. Der Verkauf und die Abtretung der Forderungen wird dem Drittschuldner nicht offengelegt. Vielmehr zieht regelmäßig der Verkäufer auf Grundlage eines mit dem Käufer abgeschlossenen Servicevertrages die Forderungen für den Verkäufer ein und leitet die erhaltenen Gelder an ihn weiter. Der Käufer refinanziert diesen Kauf durch die Emission von Wertpapieren auf dem Kapitalmarkt. Da es sich bei dem Käufer in der Regel um sog. Einzweckgesellschaften handelt, wird der gesamte Prozess durch einen Dritten (Arranger) beratend und vor allem strukturierend begleitet. Die von der Zweckgesellschaft ausgegebenen Wertpapiere werden als Asset-Backed-Securities (ABS) bezeichnet, da sie durch die der Verbriefung zu Grunde liegenden Forderungen oder Gegenstände besichert werden.

Eine typische Verbriefungsstruktur sieht wie folgt aus:



Der Vorteil von Verbriefungstransaktionen liegt darin, dass der Originator Forderungen gegen Kunden sofort, das heißt bereits vor deren Fälligkeit, in Liquidität umwandeln kann. Gleichzeitig werden die Forderungen, die per se nicht kapitalmarktfähig sind, in handelbare Wertpapiere (*Securities*)

[30] Dazu maßgeblich die Stellungnahme IDW RS HFA 8 vom 9. Dezember 2003.

verwandelt. Dadurch wird ein größerer Investorenkreis angesprochen, der eine wesentlich einfachere Refinanzierung der Zweckgesellschaft ermöglicht[31].

2.2. Ausgewählte steuerliche Aspekte

2.2.1. Anerkennung der ausländischen Ankaufsgesellschaft (§ 42 AO)

Der BFH hatte sich wiederholt im Zusammenhang mit sog. Basisgesellschaften mit der Frage beschäftigt, inwieweit die Einschaltung einer ausländischen Basisgesellschaft auch steuerlich anzuerkennen ist und in welchen Fällen sie einen Rechtsmissbrauch i. S. d. § 42 AO darstellt. Nach ständiger Rechtsprechung erfüllen im niedrig besteuerten Ausland errichtete Basisgesellschaften eines Steuerinländers den Tatbestand des § 42 AO, wenn für ihre Errichtung wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen und wenn sie keine eigene wirtschaftliche Tätigkeit entfalten[32]. Das eigenwirtschaftliche Tätigwerden setzt dabei grundsätzlich ein Mindestmaß an personellen und sachlichen Ressourcen im Ansässigkeitsstaat voraus. Verfügt die Gesellschaft mithin in ihrem Sitzstaat weder über eigenes Personal bzw. eigene Büroräume noch über eine eingerichtete Infrastruktur (Telefon, Faxgerät), so können diese tatsächlichen Gegebenheiten im Einzelfall die Vermutung rechtfertigen, dass die Zwischenschaltung der ausländischen Gesellschaft lediglich formaler Natur ist (sog. funktionslose Basisgesellschaften)[33]. Aufbauend auf diesem Verständnis hat der BFH ausländischen Kapitalgesellschaften insbesondere in der früheren Rechtsprechung die Anerkennung mit dem Argument versagt, sie verfügten weder über (nennenswertes) Personal noch über Geschäftsräume[34].

Fraglich ist, ob auch in Bezug auf den Einsatz eines ausländischen Forderungskäufers (SPV) die Gefahr besteht, dass diese Struktur von der

---

31 Vgl. *Schmid/Dammer*, IStR 2001, 1 f.

32 z. B. BFH, Urteil vom 29. Januar 1975 – I R 135/70 (BStBl. II 1975, 553); BFH, Urteil vom 5. März 1986 – I R 201/82 (BStBl. II 1986, 496); BFH, Urteil vom 29. Oktober 1997 – I R 35/96 (BStBl. II 1998, 235); BFH, Urteil vom 19. Januar 2000 – I R 94/97 (BStBl. II 2001, 222); BFH, Urteil vom 20. März 2002 – I R 63/99 (BFH/NV 2002, 1197).

33 BFH, Urteil vom 23. Oktober 2002 – I R 39/01 (BFH/NV 2003, 289).

34 Vgl. BFH Urteil vom 10. Juni 1992 – I R 105/89 (BStBl. II 1992, 1029); BFH, Urteil vom 23. Oktober 2002 – I R 39/01 (BFH/NV 2003, 289) BFH, Urteil vom 1. April 2003 - I R 39/02 (BStBl. II 2003, 869); Überblick siehe bei *Hölzemann*, IStR 2006, 830, 832 f.

Finanzverwaltung und Rechtsprechung als Rechtsmissbräuchlich und damit der Käufer steuerlich nicht anerkannt wird.

Hierfür spricht zunächst der Umstand, dass in den typischen Verbriefungsmodellen der Forderungskäufer in der Regel mit Ausnahme der Forderungen über keine eigenen Wirtschaftsgüter verfügen wird. Während die Verbriefung in einem weitestgehend automatisierten Verfahren verläuft, wird der entscheidende Bereich – namentlich die Betreuung der verkauften Forderungen – auf den Servicer ausgelagert, der hierfür über die erforderlichen Einrichtungen verfügt. Der Forderungskäufer selbst hat dagegen zumeist kein eigenes Personal. Diese fehlende personelle und sachliche Ausstattung ("Substanzlosigkeit") könnte gegen eine "eigene wirtschaftliche Tätigkeit" des Forderungskäufers sprechen.

Allerdings hat der BFH seit den sog. Dublin-Dock-Urteilen[35] entschieden, dass die Zwischenschaltung einer ausländischen Kapitalgesellschaft jedenfalls nicht *allein* deshalb gemäß § 42 AO rechtsmissbräuchlich sei, weil die Gesellschaft über keinen eingerichteten Geschäftsbetrieb verfüge und die Abwicklung der Wertpapiergeschäfte durch eine Managementgesellschaft erfolge. Die irischen Kapitalgesellschaften hatten in dem entschiedenen Fall weder eigenes Personal noch eigene Büroräume, Fax bzw. Telefon, sondern hatten die Verwaltung vielmehr auf einen externen Manager ausgelagert. Dieser Umstand allein sollte für eine rechtlichen Missbrauch nicht ausreichend sein. Es hätten weitere Gründe hinzutreten müssen. Gegen die Annahme eines Rechtsmissbrauchs sprach vor allem, dass der Abschluss solcher Managementverträge im Rahmen der besonderen Standortförderung in Irland sogar Förderungsvoraussetzung war. Darüber hinaus war es gerade im Kapitalanlagebereich üblich, sich einschlägig versierter Dritter als Dienstleister zu bedienen. In dem dritten sog. Dublin-Dock-Urteil[36] bekräftigte der BFH seine Linie. Auch in dem sog. Hilversum-II-Urteil[37] entschied der BFH, dass § 42 AO nicht bereits deshalb zur Anwendung kommen sollte, weil die ausländische Gesellschaft über keine eigenen Räume oder Personal verfügte. Dieser Umstand trat zurück, weil für die Zwischenschaltung der ausländischen Gesellschaften wirtschaftliche Gründe vorlagen. Entscheidend war, dass die Struktur insbesondere auf Dauer und nicht nur vorübergehend

---

[35] BFH, vom 19. Januar 2000 – I R 94/97 (BStBl. II 2001, 222); BFH, Urteil vom 19. Januar 2000 – I R 117/97 (BFH/NV 2000, 824).

[36] BFH, Urteil vom 25. Februar 2004 – I R 42/02 (BStBl. II 2005, 14).

[37] BFH, Urteil vom 31. Mai 2005 - I R 74, 88/04 (IStR 2005, 710).

erfolgte und Teil eines Struktur- und Strategiekonzeptes war, das konzernintern durchgängig verwirklicht worden war.

Aus der neueren Rechtsprechung wird ersichtlich, dass die fehlende Ausstattung der ausländischen Gesellschaft mit *eigenen* Mitteln nicht bereits die "eigenständige wirtschaftliche Tätigkeit" ausschließen muss. Vielmehr kann das Outsourcen von Tätigkeiten auf Dritte durch wirtschaftliche Gründe gerechtfertigt sein und die Vermutung einer bloßen Briefkastengesellschaft widerlegen. Im Falle von Forderungskäufern, die zugleich Verbriefungsgesellschaften sind, ist eine "Substanzlosigkeit" gerade wirtschaftlich intendiert und typisch. So ist ein für die Emission von Schuldtiteln erforderliches positives Rating insbesondere davon abhängig, dass das Insolvenzrisiko der Verbriefungsgesellschaft minimal ist. Dazu darf die Gesellschaft keine Vertragsverhältnisse begründen, die gesetzliche Verbindlichkeiten begründen können (bspw. Personal). Dritte, die die ausgegliederten Aufgaben übernehmen, müssen auf die klageweise Durchsetzung von Rückgriffsansprüchen verzichten. Daraus folgt, dass die Substanzlosigkeit letztlich notwendige Voraussetzung der Verbriefungsstruktur ist. Die mittellose Verbriefungsgesellschaft ist daher nicht ausschließlich zur Begründung einer Steuerersparnis eingesetzt, sondern beruht auf bewussten wirtschaftlichen Entscheidungen. Von einer reinen "Briefkastengesellschaft" kann somit keine Rede sein. § 42 AO sollte hier daher in den typischen Verbriefungsstrukturen keine Anwendung finden.

2.2.2. Steuerpflicht des Forderungskäufers (SPV) in Deutschland

Der regelmäßig im Ausland ansässige und von dort aus die Geschäfte leitende Käufer der Forderungen unterliegt grundsätzlich keiner unbeschränkten Steuerpflicht in Deutschland. Im Einzelfall ist dagegen zu prüfen, ob beschränkte Steuerpflicht bestehen kann. Diese setzt inländische Einkünfte i. S. d. § 49 EStG voraus. Gewerbliche inländische Einkünfte gem. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a erfordern eine inländische Betriebsstätte (§ 12 AO)[38] .

Eine Betriebsstätte setzt grundsätzlich das Unterhalten einer festen Geschäftseinrichtung durch den Käufers im Inland voraus, welche der Tätigkeit seines Unternehmens dient (§ 12 AO). Geschäftseinrichtung ist in diesem Sinne generell jeder körperliche Gegenstand und jede

[38] Auf die Anknüpfung an die Tätigkeit eines selbständigen Vertreters (§ 13 AO) soll hier nicht eingegangen werden.

Zusammenfassung körperlicher Gegenstände, die geeignet sind, der Tätigkeit des Unternehmens zu dienen. Eine entsprechende Geschäftseinrichtung wird der Forderungskäufer im Inland in der Regel nicht haben. Es wäre allenfalls an die Zurechnung einer Geschäftseinrichtung des im Inland ansässigen Servicers zu denken. Dies würde allerdings voraussetzen, dass der Forderungskäufer auch Verfügungsmacht über diese Geschäftseinrichtung hätte. Ausreichend wäre dabei auch eine tatsächliche Verfügungsbefugnis, die der Nutzungsbefugnis einer Mieters gleichkommt, z. B. Untermiete oder Pacht.

Möglicherweise könnte aber auch weniger genügen, um die Geschäftseinrichtung des Servicers dem Forderungskäufer zuzurechnen. Anlass für eine derartige Überlegung könnte das Urteil des BFH vom 24. August 2011[39] geben. In diesem Urteil ging es um eine englische LP (Limited Partnership), die als geschlossener Fonds konzipiert war und die mit einer Ltd. einen Managementvertrag geschlossen hatte, weil die Ltd. bzw. deren angestellte Manager über die nach englischem Recht erforderlichen Genehmigungen zur Vornahme von Finanztransaktionen verfügten. Der BFH entschied, dass die LP eine in Großbritannien belegene Betriebsstätte unterhalten habe, der die gewerblichen Einkünfte zuzurechnen gewesen seien. "Dass sie dazu die Räumlichkeiten und das Personal der Ltd. als Managementgesellschaft nutzte, [sei] unbeachtlich. Ausschlaggebend [sei], dass sie mittels der vertraglichen Überantwortung von Aufgaben und dadurch mittels eines entsprechenden sachlichen und personellen 'Apparats' in der Lage war, ihrer unternehmerischen Tätigkeit 'operativ' nachzugehen, und dass sie infolgedessen Zugriff in Gestalt einer Verfügungsmacht über die fraglichen Räumlichkeiten hatte. Soweit der Senat in seinem Beschluss v. 22. April 2009 die bloße Mitnutzung der Räume eines Vertragspartners nicht hat ausreichen lassen, um eine Betriebsstätte annehmen zu können, liege dem eine andere Situation zugrunde. Infolge des Managementvertrages sei die LP auch ohne ein ihr vertraglich eingeräumtes eigenes Nutzungsrecht nicht nur gelegentliche Mitnutzerin der Räume der Ltd gewesen".

Fraglich ist, ob folglich die Geschäftseinrichtung des Servicers aufgrund des Servicevertrages dem Forderungskäufer zugerechnet werden und damit eine eigene Betriebsstätte begründen könnte. Zwar könnte man hier vertreten, dass der Forderungskäufer durch den Servicevertrag "Aufgaben", wie beispielsweise Forderungseinziehung etc., auf den Servicer "überantwortet"

[39] BFH, Beschluss vom 24. August 2011 - I R 46/10 (BFH/NV 2011, 2165).

habe. Diese Aufgabe, das Servicing, hat für den Forderungskäufer sicherlich auch eine große wirtschaftliche Relevanz, weil erst durch die Einziehung der Forderungen die laufenden Zinsansprüche der Investoren bedient werden können. Indes lässt sich schwerlich die Auffassung vertreten, dass der Forderungskäufer erst dadurch "in der Lage war, seiner unternehmerischen Tätigkeit 'operativ' nachzugehen". Vielmehr lagert der Forderungskäufer nur eine Aufgabe (unter vielen) aus. Es besteht also ein wesentlicher Unterschied zu dem Managementvertrag aus dem genannten BFH-Urteil, welcher bereits für die unternehmerische Tätigkeit an sich unentbehrlich war. Erst durch das zur Verfügung gestellte Management war die LP handlungsfähig. Das Management erfüllte quasi die Funktionen eines (geschäftsführenden) "Organs".

2.2.3. Umsatzsteuer – Haftung des Forderungskäufers (§ 13c UStG)

Werden Forderungen aus umsatzsteuerpflichtigen Leistungen verkauft, dann haftet der Forderungskäufer nach § 13c Abs. 1 S. 1 i. V. m. Abs. 2 UStG dafür, dass die betragsmäßig in der erworbenen Forderung enthaltene Umsatzsteuer an das Finanzamt gezahlt wird. Die Haftung ist jedoch grundsätzlich auf den Betrag an Umsatzsteuer beschränkt, um den der Nennwert der verkauften Forderung den für die Forderung gezahlten Kaufpreis übersteigt ("Differenzhaftung")[40].

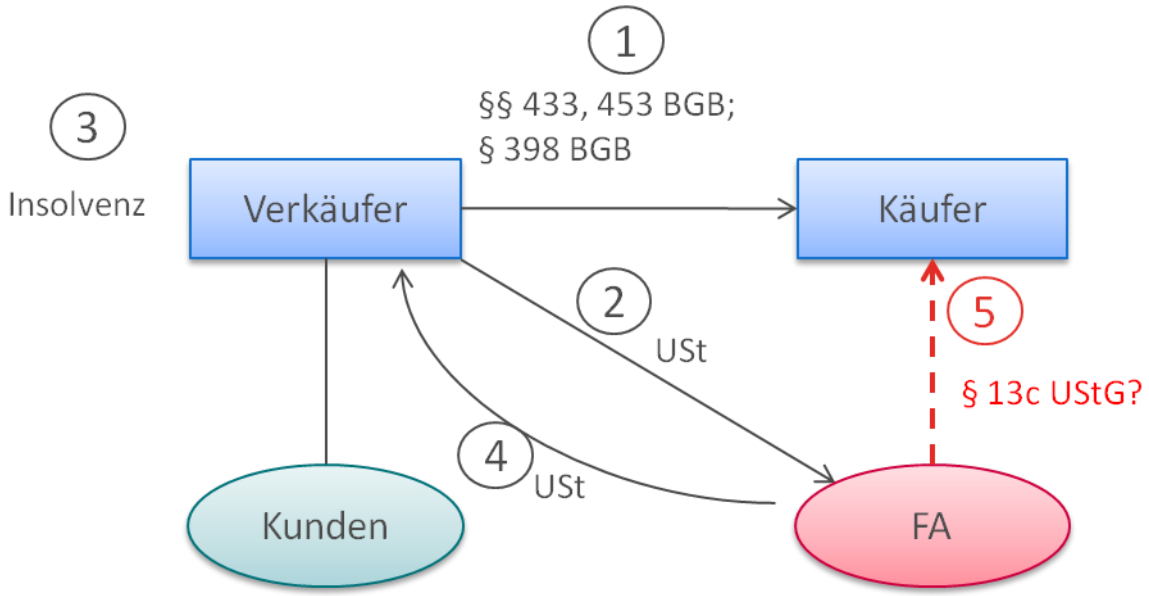
Nach dem BFH Urteil vom 9. Dezember 2010[41] ergeben sich indes Zweifel, ob die Haftung des Forderungskäufers nicht doch in voller Höhe und ohne Berücksichtigung des gezahlten Kaufpreises besteht, wenn über das Vermögen des Forderungsverkäufer das Insolvenzverfahren eröffnet wird und erst danach die Forderung eingezogen wird.

Der anzunehmende Sachverhalt ist wie folgt:

---

[40] Vgl. UStAE zu § 13c Abs. 27 S. 1: "In den Fällen des Forderungsverkaufs gilt die Forderung nicht durch den Abtretungsempfänger als vereinnahmt, soweit der leistende Unternehmer für die Abtretung der Forderung eine Gegenleistung in Geld vereinnahmt (z. B. bei entsprechend gestalteten Asset-Backed-Securities (ABS)-Transaktionen)".

[41] BFH, Urteil vom 9. Dezember 2010 – V R 22/10 (BStBl. II 2011, 996).



1 Verkauf der Forderung.
2 Verkäufer führt Umsatzsteuer aus dem zugrundeliegenden Umsatz an das Finanzamt ab.
3 Verkäufer wird insolvent; das Insolvenzverfahren wird eröffnet.
4 Die Umsatzsteuer wird an die Insolvenzmasse erstattet.

Der BFH hat in dem oben genannten Urteil entschieden, dass ein Unternehmen nach Eröffnung der Insolvenz aus zwei Unternehmensteilen (dem "vorinsolvenzrechtlichen Unternehmensteil" und dem "insolventen Unternehmensteil") bestehe, zwischen denen einzelne umsatzsteuerrechtliche Berechtigungen und Verpflichtungen nicht verrechnet werden können. Umsatzsteuerschulden des vorinsolvenzrechtlichen Unternehmensteils könnten nur zur Tabelle angemeldet, nicht aber wie z. B. Masseverbindlichkeiten durch Steuerbescheid gegen den Insolvenzverwalter festgesetzt werden.

Der BFH hat weiter entschieden, dass alle bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht vereinnahmten Entgelte aus vor Verfahrenseröffnung erbrachten Leistungen beim vorinsolvenzrechtlichen Unternehmensteil aus Rechtsgründen uneinbringlich werden, da der Entgeltanspruch ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr durch diesen Unternehmensteil vereinnahmt werden könne, sondern nur noch durch den insolventen Unternehmensteil. Daher erhält der vorinsolvenzrechtliche Unternehmensteil die bezahlte Umsatzsteuer zurück, wenn die Umsatzsteuer schon abgeführt wurde. Das Finanzamt wird im Regelfall ausstehende Steuern mit dieser Umsatzsteuererstattung verrechnen. In diesem Fall erhält

der Insolvenzverwalter keine Zahlung vom Finanzamt und damit keine Liquidität zur Begleichung von Masseverbindlichkeiten.

Wird die Forderung nach Insolvenzeröffnung tatsächlich eingezogen, schuldet der insolvente Unternehmensteil die Umsatzsteuer; diese Steuerschuld ist Masseverbindlichkeit. Der Insolvenzverwalter erhält aber keine Einziehungserlöse. Die Forderung wurde an das Verbriefungsvehikel verkauft, dem die Einziehungserlöse zustehen. Sollte die Insolvenzmasse nicht in der Lage sein, die Umsatzsteuer ans Finanzamt zu bezahlen, dann stellt sich bezüglich der Haftung nach § 13c UStG die Frage, ob

(a) der Forderungskäufer für die gesamte Umsatzsteuer haftet und die beschränkte Differenzhaftung nicht greift,

(b) nur die Differenzhaftung greift; oder

(c) eine Haftung des Forderungskäufers ausgeschlossen ist.

M. E. ist eine Haftung des Forderungskäufers ausgeschlossen, weil der Forderungsverkäufer die Umsatzsteuer bereits an das Finanzamt abgeführt hat. Für Zwecke der Haftung nach § 13c UStG ist der Forderungskäufer ein Unternehmen. Die "künstliche" Aufspaltung dieses Unternehmens im Insolvenzfall ändert nichts daran, dass das Finanzamt die volle Umsatzsteuer erhalten hat, wobei unterstellt wird, dass das Unternehmen vor Insolvenzeröffnung die Umsatzsteuer in voller Höhe ans das Finanzamt abgeführt hat. Folgt man der Trennung in zwei Unternehmen(-steile), dann hat der Forderungskäufer vom insolventen Verkäufer keine Forderung erworben (sondern vom "Vorinsolvenz-Verkäufer"), so dass keine Haftung für Umsatzsteuer des insolventen Verkäufers entstehen kann.

Folgt man der Aufspaltung in zwei Unternehmen auch im Rahmen der Haftungsregelung nach § 13c UStG, dann hätte jedenfalls der insolvente Unternehmensteil keine Umsatzsteuer an das Finanzamt abgeführt. Gleichwohl hat der Forderungskäufer einen Kaufpreis bezahlt. Der Kaufpreis konnte auch nur an den vorinsolvenzrechtlichen Unternehmensteil gezahlt werden, weil zum Zeitpunkt der Zahlung noch keine Insolvenz vorlag.

Eine unbeschränkte Haftung des Forderungskäufers entstünde, wenn darauf abzustellen wäre, dass der insolvente Unternehmensteil einerseits keine Umsatzsteuer ans Finanzamt abgeführt und auch vom Forderungskäufer keinen Kaufpreis erhalten hat. Diese Sichtweise würde aber außer Acht

lassen, dass der Forderungskäufer vom insolventen Unternehmensteil keine Forderung gekauft hat.

Eine Haftung würde Verbriefungsgesellschaften belasten und könnte das Rating beeinflussen. Dabei ist zu bedenken, dass damit gerechnet werden muss, dass die Insolvenzmasse nicht über ausreichendes Vermögen verfügt, um die Umsatzsteuer bezahlen zu können.

In dem BMF-Schreiben vom 9. Dezember 2011[42] hat die Finanzverwaltung zu dieser Frage keine Aussage getroffen. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, eine Haftung nach § 13c UStG bestehe nicht, weil die verkaufte Forderung nicht mehr zu Insolvenzmasse gehöre und der Ausfall einer solchen Forderung nicht fingiert werde[43].

Damit Forderungsverkäufe (und damit u.a. Verbriefungstransaktionen) nicht mit Unsicherheiten aufgrund der BFH Entscheidung belastet werden, sollte die Steuerverwaltung daher klarstellen, dass der Auffassung in der Literatur zu folgen ist, wonach keine Haftung des Forderungskäufers besteht.

2.2.4. Das wirtschaftliche Eigentum an Forderungen

Ein wesentliches Merkmal von Verbriefungsmodellen in Form eines "True-Sale" ist der vollständige *bilanzielle* Übergang der Forderungen von dem Verkäufer (Originator) auf den Forderungskäufer (Zweckgesellschaft). Es soll insbesondere vermieden werden, dass die Gestaltung beim Verkäufer als ein gesichertes Darlehensgeschäft bilanziert wird, bei der neben den als Kaufpreis zufließenden liquiden Mitteln eine korrespondierende Verbindlichkeit auszuweisen ist. Steuerrechtlich hätte dies zur Folge, dass Finanzierungskosten vor allem in Anbetracht der Zinsschranke (§ 4h EStG; § 8a KStG) sowie der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung (§ 8 Nr. 1 Buchst a GewStG)[44] nur eingeschränkt abziehbar wären. Bei konzerninternen Verbriefungstransaktionen könnten zudem Wertberichtigungen auf die hier angenommenen Darlehen steuerlich beschränkt sein (§ 8 Abs. 3 S. 4 ff. KStG).

---

[42] BMF-Schreiben vom 9. Dezember 2011, IV D 2 – S 7330/09/10001 :001 (BStBl. I 2011, 1273).

[43] Vgl. *Wäger*, DStR 2011, 1925, 1932 f.; *Kahler/Schmidt*, DB 2012, 197, 202 f.

[44] Nach der derzeitigen Fassung des § 8 Nr. 1 Buchstabe a S. 2, 3 GewStG werden (echte) Forderungsverkäufe in gleicher Weise wie Finanzierungsaufwendungen belastet, so dass die praktische Relevanz einer Unterscheidung nach geltender Rechtslage gering sein dürfte, vgl. *Schmid*, DStR 2011, 794, 798.

Für die bilanzielle Nachvollziehung des Forderungsübergangs die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Forderungen erforderlich[45]. Die überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur verlangt hierfür insbesondere den *vollständigen* Übergang der Bonitätsrisiken aus den veräußerten Forderungen auf den Erwerber[46]. Unter Bonitätsrisiko versteht man allgemein das Risiko der Verwertbarkeit der Forderungen auf der Grundlage der Fähigkeit und des Willens des Drittschuldners, die Forderung bedienen zu können[47].

In diesem Zusammenhang hatte der BFH in seinem Urteil vom 26. August 2010[48] entschieden, dass der der Forderungsverkäufer ein Bonitätsrisiko zurückhält, wenn der Forderungskäufer bei der Kaufpreisbemessung einen Risikoeinbehalt (vorläufigen Bonitätsabschlag von 4 %) vornimmt, der den "erwarteten Forderungsausfall" (historische Ausfallquote 0,1 %) deutlich übersteigt, aber nach Maßgabe des tatsächlichen Forderungseingangs erstattungsfähig ist.

Fraglich ist, ob die Argumentation der herrschenden Meinung und insbesondere des BFH, wonach für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums der Forderung insbesondere auf die vollständige Übertragung des Bonitätsrisikos abzustellen ist, trägt oder es nicht vielmehr auf den Übergang der tatsächlichen Verfügungsbefugnis abzustellen wäre. Hierbei soll nur auf einige Punkte hingewiesen werden, die hierfür sprechen:

- Aus § 39 Abs. 1 Nr. 1 AO ergibt, dass sich das wirtschaftliche Eigentum nach der "tatsächlichen Herrschaft" über das Wirtschaftsgut bestimmt. Hierbei soll entscheidend sein, ob der Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausgeschlossen werden kann. Risiken und Chancen sind nach der Vorschrift indes kein Kriterium zur Bestimmung des wirtschaftlichen Eigentums;

- die vom BFH vorgenommene Differenzierung zwischen einem nur vorläufigen (angemessenen) und einem endgültigen (unangemessenen)

---

45 Vgl. IDW RS HFA 8 vom 9. Dezember 2003, Rn. 7.

46 Vgl. BFH, Urteil vom 26. August 2010 – I R 17/09 (BFH/NV 2011, 143) m. w. N.; IDW RS HFA 8 vom 9. Dezember 2003, Rn. 7 ff.; aus der Fachliteratur statt vieler Adler/Düring/Schmaltz, 6. Auflage, § 246 HGB, Rn. 326.

47 BFH, Urteil vom 26. August 2010 – I R 17/09 (BFH/NV 2011, 143).

48 BFH, Urteil vom 26. August 2010 – I R 17/09, a. a. O.

Bonitätsabschlag ist nicht nachvollziehbar, weil letztlich in beiden Fällen ein Teil des Bonitätsrisikos beim Forderungsverkäufer verbleibt;

- die Regelung des § 340b Abs. 5 S. 1 HGB in Bezug auf die bilanzielle Behandlung unechter Pensionsgeschäfte[49], bei denen das Risiko des Wertverfalls beim Pensionsgeber (Verkäufer) verbleibt, zeigt, dass die Übernahme eines Verlustrisikos kein geeignetes Kriterium für die Bestimmung des wirtschaftlichen Eigentums ist.

Nach Ansicht des BFH lag im entschiedenen Fall keine Übertragung von Forderungen vor, sondern ein Darlehen.

Der Forderungskäufer zahlte einen Kaufpreis von 96, der in ein Darlehen umqualifiziert wurde. Das Darlehen weist die Besonderheit auf, dass es vom Darlehensnehmer nicht zurückzuzahlen ist. Mit Übertragung der Forderung ist das Darlehen getilgt. Damit erkennt der BFH Darlehen an, deren Rückzahlung nur aus einer Quelle verlangt werden kann, für das der Darlehensnehmer aber nicht mit seinem Vermögen haftet (limited recourse Darlehen). Es bleibt selbst dann noch ein Darlehen, wenn diese Rückzahlungsquelle auf den Darlehensgeber übertragen wird.

Außerdem gibt es im entschiedenen Fall noch ein Darlehen in Höhe von 4. Dieses Darlehen wird aber erst ausgezahlt, wenn die Forderung in voller Höhe eingezogen wurde. Die Besonderheit dieses Darlehens ist, dass es im Zeitpunkt der Auszahlung bereits getilgt ist.

3. Währungsrisiken im Konzern

3.1. Ausgangssituation

Nach Berücksichtigung von Steuereffekten kann es zu einer Ineffizienz der Risikoabsicherung von Währungsrisiken kommen.

[49] § 340b Abs. 5 S. 1 HGB: "Im Falle von unechten Pensionsgeschäften sind die Vermögensgegenstände nicht in der Bilanz des Pensionsgebers, sondern in der Bilanz des Pensionsnehmers auszuweisen"; vgl. auch Rücknahmeverpflichtung im KfZ-Handel, BFH, Urteil vom 17. Januar 2010, I R 83/09.

Dazu folgendes Beispiel:

In der Ausgangssituation hat eine deutsche AG eine Beteiligung in den USA erworben. Damit besteht ein Währungsrisiko in US$. Das Risiko wird abgesichert. Dazu schließt die AG einen Währungs-Swap[50]. Unter dem Swap zahlt die AG US$ und erhält dafür Euro.

3.2. Auswirkungen von § 15 Abs. 4 EStG und § 8b KStG

Die Verlustausgleichsbeschränkung für Differenzgeschäfte (§ 15 Abs. 4 EStG) und das fehlende Zusammenspiel zwischen Währungsgewinn und Freistellung von Veräußerungsgewinnen (§8b KStG) führen zu Steuerbelastungen des Absicherungsgeschäfts.

US$ Investment der AG in Anteile:

	Anteile		Swap	
a	Währungsgewinn	Steuerfrei (95 %)	Währungsverlust aus Swap	§ 15 Abs. 4 EStG; § 10d EStG
b	Währungsverlust	nicht abzugsfähig	Währungsgewinn aus Swap	steuerpflichtig

Fall a und b steuerlich nicht effizient.

Im Falle eines Verlustes aus dem Währungsswap schränkt § 15 Abs. 4 S. 3 i. V. m. S. 1 und 2 EStG die Nutzung dieses Verlustes ein. Danach dürfen Verluste aus Termingeschäften mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten nicht verrechnet werden. Möglich ist lediglich ein Verlustrück- sowie ein

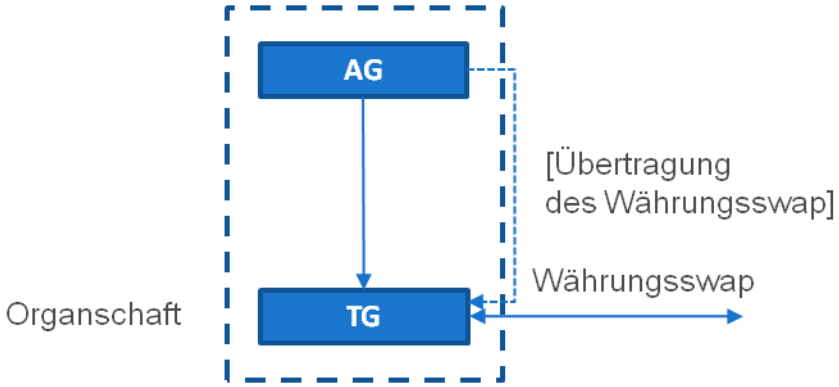
[50] Zum Begriff siehe *Jahn*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Auflage 2011, § 114 Rn. 4; zur Währungskurssicherung in der betrieblichen Praxis allgemein siehe *Ertl*, BC 2001, 133.

Verlustvortrag, mit der Möglichkeit einer intertemporärer Verrechnung mit anderen Gewinnen aus den Termingeschäften. Während es für betrieblich veranlasste Differenzgeschäfte eine Ausnahme vom Verlustnutzungsverbot gibt (§ 15 Abs. 4 S. 4 EStG), fehlt eine solche Ausnahme für Differenzgeschäfte, die sich auf Anteile beziehen, die steuerfrei veräußert werden können (§ 15 Abs. 4 S. 5 EStG)[51].

Außerdem sind Verluste aus Anteilen nicht steuerlich abzugsfähig, während korrespondierende Gewinne aus der Währungsabsicherung steuerpflichtig sind.

3.3. Lösungsmöglichkeiten

Es könnte daran gedacht werden, den Währungsswap durch eine Tochtergesellschaft abschließen zu lassen oder den Swap auf eine Tochtergesellschaft zu übertragen, mit der eine Organschaft begründet wird:



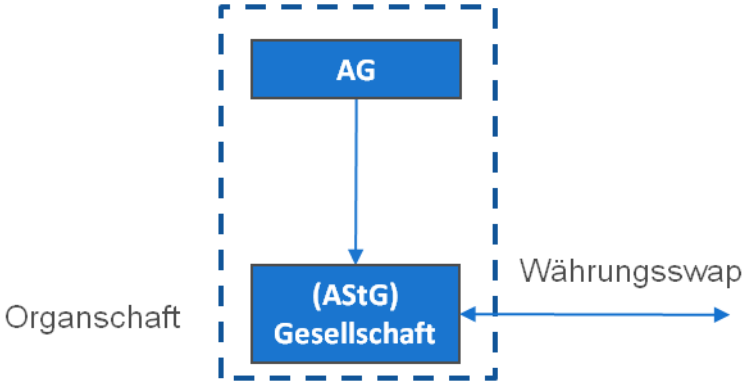
Im Falle eines gestiegenen Marktwertes des Währungsswap (+ 100) macht die AG bei Übertragung des Swaps einen Gewinn (= 100), während die Tochtergesellschaft den Swap mit dessen Anschaffungskosten aktiviert (100). Eine Übertragung führt zur Aufdeckung stiller Reserven.

[51] Zum Hintergrund siehe *Kanzler/Intemann*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG, § 15 Rn. 1565 (Stand: Erg.-Lfg. 249, 12.2011), wonach § 15 Abs. 4 S. 4 EStG nur solche Sicherungsgeschäfte von dem Verlustausgleichs- und Verlustabzugsverbot ausnehmen will, die sich auf in vollem Umfang stpfl. Aktiengeschäfte der Finanzunternehmen beziehen. Andernfalls wären Gestaltungen möglich, bei denen die Gewinne aus dem Grundgeschäft mit Aktien steuerfrei bleiben, während die Verluste aus dem Sicherungsgeschäft steuerlich geltend gemacht werden können; dies soll § 15 Abs. 4 S. 5 EStG verhindern.

Sinkt dagegen der Marktwert des Swaps im Veräußerungszeitpunkt (- 100) und zahlt die AG der Tochtergesellschaft ein Entgelt für die Übernahme des Swaps (100), entsteht bei der AG ein Verlust in Höhe des gezahlten Entgeltes. Dieser Verlust sollte kein Verlust aus einem Differenzausgleich sein, sondern ein Veräußerungsverlust. Bei der Tochtergesellschaft entsteht wegen des Passivierungsverbotes für Drohverlustrückstellungen (§ 5 Abs. 4a EStG) ein Gewinn (100)[52], der innerhalb der Organschaft mit dem Verlust verrechnet wird. Die Transaktion ist im Organkreis ergebnisneutral. Später könnte daran gedacht werden, die Tochtergesellschaft mitsamt der stillen Lasten aus dem Swap zu verkaufen. Die latenten Verluste können von einem Erwerber genutzt werden.

Wenn die TG den Währungsswap abschließt, dann erhöht sich die Flexibilität des Konzerns: Verkauf der TG oder Konsolidierung der Tochter durch Organschaft.

Abgewandelter Fall:



Die AG schließt das Währungsswap nicht selbst ab, sondern über eine unter das AStG fallende Tochtergesellschaft. Falls ein Gewinn unter dem Swap entsteht, verkauft die AG ihre Tochtergesellschaft mit einem Gewinn, der zu 95 % steuerbefreit ist. Falls ein Verlust unter dem Swap entsteht, ist eine Verlustverrechnung mit zukünftigen Erträgen der Tochtergesellschaft ohne die Einschränkung des § 15 Abs. 4 EStG möglich.

* * *

[52] Vgl. BMF-Schreiben vom 24. Juni 2011, IV C 6 – S 2137/0 – 03 (BStBl. I 2011, 627), Rn. 3, wonach Anschaffungsvorgänge nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung zwar erfolgsneutral zu behandeln seien, dies jedoch nur insoweit zur Anwendung komme, als keine steuerlichen Ansatz- und Bewertungsvorbehalte bestünden (hierbei wird auf die Regelungen in § 5 Abs. 2a – 4b, Abs. 5 S. 1 Nr. 2, § 6 Abs. 1 Nr. 3, 3a und § 6a EStG verwiesen).