

Aktuelles zur Finanzierung bei GmbHs aus steuerrechtlicher Perspektive

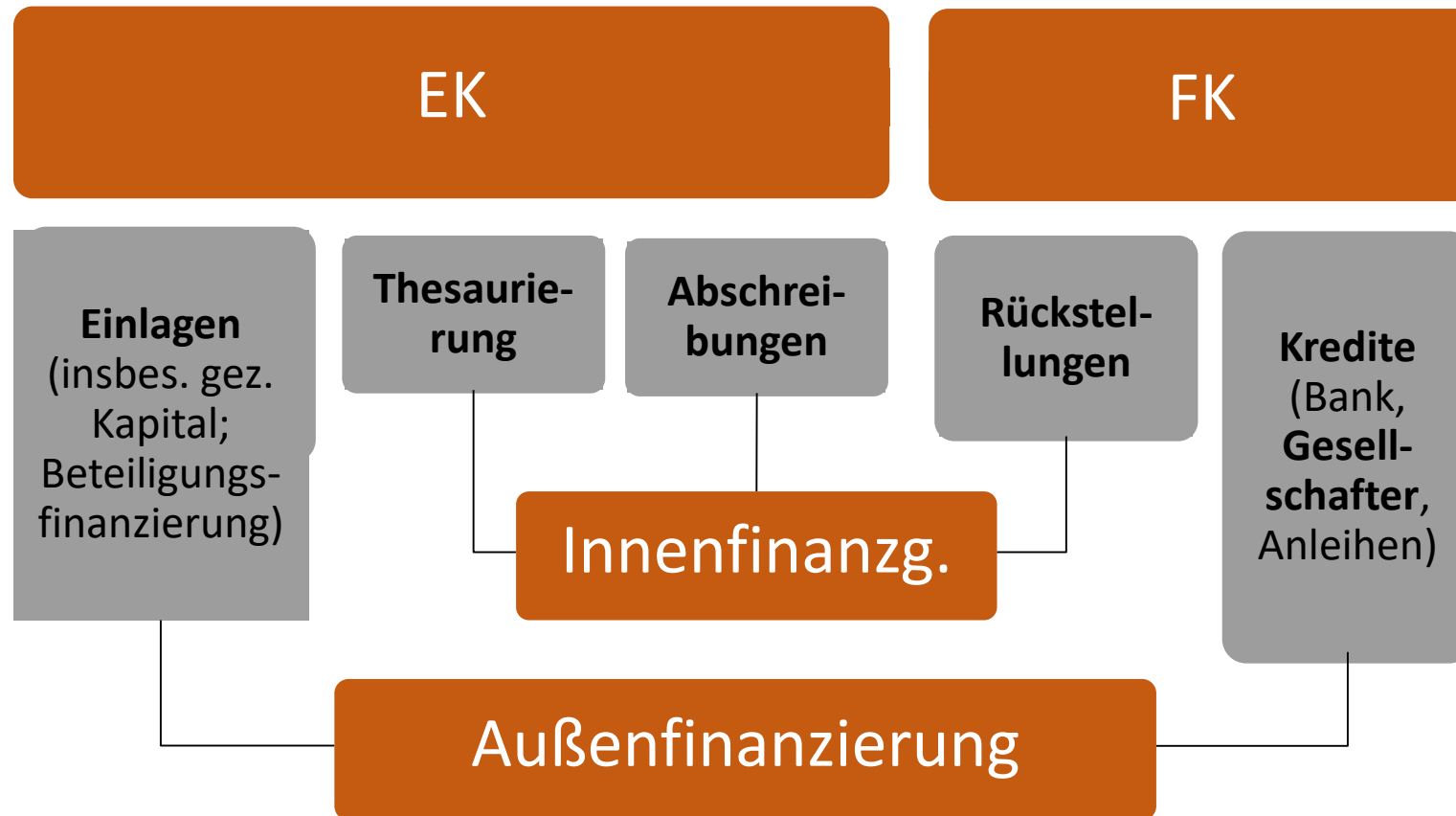
Prof. Dr. *Joachim Hennrichs*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Bilanz- und Steuerrecht der Universität zu Köln

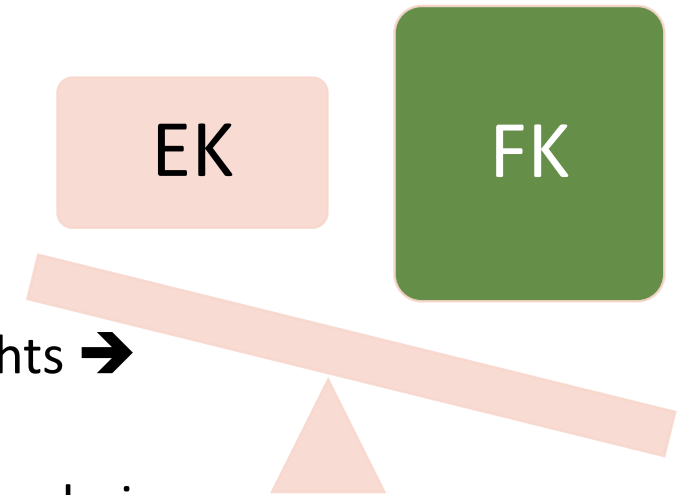
Agenda

- Grundlagen
- Nachrangige Gesellschafterdarlehen und § 5 IIa EStG in der Gewinnermittlung der Gesellschaft
- Eigenkapitalersetzende Gesellschafterfinanzierungshilfen in der Einkünfteermittlung des Gesellschafters (BFH IX R 36/15; BFH VIII R 13/15)
- Stille Einlagen zwischen EK und FK und zwischen Handels- und Steuerrecht
- Abzinsungssatz für Pensionsrückstellungen gem. § 6a EStG (6%) im gegenwärtigen Niedrigzinsumfeld (BVerfG 2 BvL 22/17 auf Vorlage FG Köln 10 K 977/17)
- De lege ferenda: RiLi-Vorschlag der EU-Kommission für eine Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKB)

Systematik der Finanzierungsformen



Debt Bias



- *De lege lata*: **fehlende Finanzierungsneutralität** des Steuerrechts →
 - FK-Zinsen sind grundsätzlich als BA abziehbar, EK-„Zinsen“ (Dividenden) dagegen nicht. → FK-Zinsen werden daher nur beim Kapitalgeber besteuert, EK-Erträge demgegenüber sowohl auf Ebene der Gesellschaft als auch beim Anteilseigner. → **steuerliche Begünstigung der FK-Finanzierung** (sog. **Debt Bias**).
 - Abmilderung der Schiefelage durch **Zinsschranke**, aber grundsätzliche Ungleichbehandlung bleibt im geltenden Recht angelegt.

Nachrangdarlehen in der StB

- Allein **gesetzlicher Nachrang** gem. § 39 I Nr. 5 InsO → Weiterhin **Passivierungspflicht** (allg. M.).
- **Vereinbarter Nachrang** (§ 39 II InsO):
 - „**Unspezifiziert**“ mit **Belastung auch des gegenwärtigen Vermögens** → Weiterhin **Passivierungspflicht**.
 - „**Spezifiziert**“ i.S. § 5 IIa EStG (= zu erfüllen nur aus künftigen Einnahmen oder Gewinnen) → **Ausbuchung in StB** (so BFH I R 100/10; I R 44/14; I R 25/15; aus der Lit. namentlich *Schulze-Osterloh*, BB 2017, 427; *K. Schmidt*, BB 2016, 2 (5)); je m.w.N.).

Was ist die Gegenbuchung?

- BFH I R 100/10: Auflösung der Verbindlichkeit wird in voller Höhe ertragswirksam!
- BFH I R 44/14; I R 25/15:
 - Auflösung der Verbindlichkeit ist (nur, aber immerhin) **i.H. des werthaltigen Teils der Forderung** des Gesellschafters eine **erfolgsneutrale Einlage**;
 - **i.Ü., d.h. i.H. des nicht mehr werthaltigen Teils** (→ in der Praxis also meist überwiegend, denn der Rangrücktritt wird ja erst relevant, wenn die Gesellschaft in wirtschaftlichen Schwierigkeiten ist!), **ertragswirksam**.
- **A.A.** (Einlage ist i.H. des *gesamten* auszubuchenden Betrags erfolgsneutral) m.E. zu Recht: *Altrichter-Herzberg*, GmbHR 2017, 185 f.; *W. Müller*, BB 2016, 491 (494); *Pöschke*, NZG 2017, 1408 (1410, 1414); *Schulze-Osterloh*, NZG 2017, 641.

Abgrenzung

- **Allein die Vermögenslosigkeit des Schuldners führt nicht** dazu, eine rechtlich bestehende Verpflichtung aus dem handels- oder steuerrechtlichen Abschluss **auszubuchen (keine „Münchhausen-Bilanzierung“**; so deutlich BFH I R 25/15; jetzt auch OFD Frankfurt a.M., DB 2017, 1937)!
- **Keine Einlage durch Nicht-Gesellschafter →** Bei Rangrücktritt durch Nicht-Gesellschafter-Gläubiger, der unter § 5 IIa EStG fällt, ist Wegfallgewinn stets **in voller Höhe ertragswirksam.**

Sanierungsgewinn

- Soweit Verbindlichkeit gem. § 5 IIa EStG wegfällt und dies ertragswirksam wird (nach BFH beim Gesellschafter-Rangrücktritt i.H. des nicht mehr werthaltigen Teils der Forderung; beim Nicht-Gesellschafter-Rangrücktritt in voller Höhe), entsteht grds. ein **steuerpflichtiger Gewinn**. → **konterkariert den wirtschaftlichen Zweck des Rangrücktritts** (nämlich den Schuldner zu entlasten).
- **Steuerfreiheit von „Sanierungsgewinnen“? →**
 - BMF-Sanierungserlass; von BFH GrS 1/15 v. 28.11.2016 für verfassungswidrig befunden.
 - **§ 3a EStG-E; § 7b GewStG-E** (BT-Drucks. 18/12128): ggf. Steuerfreiheit bei Schuldenerlass zum Zwecke einer unternehmensbezogenen Sanierung. Dürfte auch für den ertragswirksamen Teil des Wegfallgewinns gem. § 5 IIa EStG gelten (zutr. Förster/Hechtner, DB 2017, 1536 (1538)).

Zinsen auf § 5 IIa EStG-Verbindlichkeiten

- Sind Zinsen auf Verbindlichkeiten, die wegen § 5 IIa EStG auszubuchen sind, weiterhin als BA abziehbar?
 - **1. Ansicht:** § 5 IIa EStG-Verbindlichkeiten sind **EK** und Zinsen darauf deshalb „**EK-Zinsen**“ = **Ergebnisverwendung** (in diese Richtung *Briese*, DStR 2017, 799 (801 f.)).
 - **2. Ansicht:** § 5 IIa EStG-Verbindlichkeiten bleiben **FK** (das nur [vorübergehend] nicht passiviert werden darf) und **Zinsen** darauf **BA** (so BFH I R 41/87, BStBl. II 1991, 588: schwebend fortbestehender Veranlassungszusammenhang; *Häuselmann*, BB 1993, 1552 (1553); *Pöschke*, NZG 2017, 1408 (1413 f., 1416 f.); *Schlotter*, StbJb 2014/15, S. 325 (350)).

Eigenkapitalersetzende Gesellschafterhilfen und AK

- *Beispiel: Die A-GmbH ist in einer Krise. Mehrheitsgesellschafter A gewährt eine Bürgschaft, weil die D-Bank der GmbH sonst keinen Kredit mehr gewährt hätte. A wird aus der Bürgschaft in Anspruch genommen. Die Gesellschaft wird schließlich liquidiert. A macht bei seiner ESt-Erklärung einen Auflösungsverlust i.H.v. 100 T€ geltend (25 T€ ausgefallene Stammeinlage und 75 T€ als nachträgliche AK aus der Inanspruchnahme der Bürgschaft).*

Hintergrund (1) – Dualismus der Einkunftsarten

§ 2 I 1 Nr.	Einkünfte aus...	System
1	LuF	Gewinn~
2	Gewerbebetrieb	
3	Selbständige	
4	Nichtselbst. Arb.	Über- schuss~
5	Kapital	
6	VuV	
7	Sonstige	

(1) Gewinneinkünfte →
Reinvermögenszugangstheorie → BV
steuerverstrickt.

(2) Überschusseinkünfte → Quellentheorie →
steuerbar nur die Erträge aus der Quelle
(„der Apfel“), nicht die Quelle selbst („der
Stamm“) → Stammvermögen zählt nicht zur
steuerbaren Einkommenssphäre, sondern
zum steuerlich irrelevanten Privatbereich.

Hintergrund (2) – § 17 EStG

- **Beteiligung an Kapitalgesellschaft $\geq 1\%$ \rightarrow Beteiligung ist steuerverstrickt („gehört zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb“) \rightarrow Veräußerungsgewinn steuerbar.**
- **§ 17 I, IV EStG:** zu den **Einkünften aus Gewerbebetrieb** gehört auch der **Gewinn aus der Auflösung** von Kapitalgesellschaften. **Steuerbar** ist dabei **auch ein** aus der Auflösung einer Kapitalgesellschaft entstehender **Verlust**.
- **Auflösungsgewinn/-verlust** i.S. von § 17 I, II, IV EStG =
 Gemeiner Wert des zugeteilten / zurückgezählten Vermögens
 ./.**Auflösungskosten (§ 17 II EStG) und**
 ./.**Anschaffungskosten.**
- \rightarrow **Inanspruchnahme aus der Bürgschaft als AK?**

Bisherige Rechtsprechung zu § 17 EStG

- Der Ausfall **EK-ersetzender Gesellschafterdarlehen** oder die **Inanspruchnahme aus EK-ersetzenden Gesellschafterbürgschaften** führt beim Gesellschafter zu **nachträglichen AK i.S. des § 17 EStG**. → Ausfall der Forderung wirkt sich steuerlich aus (erhöht Auflösungsverlust).
- Mit einem **Darlehen oder einer Bürgschaft**, die der Gesellschafter der Gesellschaft **wie ein fremder Dritter gewährt**, unterfällt der Gesellschafter dagegen dem Anwendungsbereich des **§ 20 EStG**. → Ausfall der Forderung nach bislang h.M. außerhalb der steuerbaren Sphäre („privater Verlust“; str.).

BFH IX R 36/15 – Leitsätze

1. Mit der Aufhebung des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG ist die gesetzliche Grundlage für die bisherige Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Aufwendungen des Gesellschafters aus eigenkapitalersetzenden Finanzierungshilfen als nachträgliche Anschaffungskosten im Rahmen des § 17 EStG entfallen.
- 2. Aufwendungen des Gesellschafters aus seiner Inanspruchnahme als Bürge für Verbindlichkeiten der Gesellschaft führen nicht mehr zu nachträglichen Anschaffungskosten auf seine Beteiligung.**

BFH IX R 36/15 – AK (1)

- Tz. 37: „Den (nachträglichen) **Anschaffungskosten der Beteiligung** können grundsätzlich **nur solche Aufwendungen des Gesellschafters** zugeordnet werden, **die nach handels- und bilanzsteuerrechtlichen Grundsätzen zu einer offenen oder verdeckten Einlage in das Kapital der Gesellschaft führen**“ (wie Nachschüsse i.S. §§ 26 ff. GmbHG, sonstige Zuzahlungen nach § 272 II Nr. 4 HGB wie Einzahlungen in Kapitalrücklage oder Verzicht auf noch werthaltige Forderung).
- Tz. 38: „**Ausfall eines Darlehens** oder der **Ausfall mit einer Bürgschaftsregressforderung** führen hingegen grundsätzlich **nicht mehr zu AK der Beteiligung.**“

BFH IX R 36/15 – AK (2)

- Tz. 38: „Etwas **anderes** [d.h. weiterhin nachträgliche AK] kann sich ergeben, **wenn die vom Gesellschafter gewährte Fremdkapitalhilfe aufgrund der vertraglichen Abreden mit der Zuführung einer Einlage in das Gesellschaftsvermögen wirtschaftlich vergleichbar ist**. Dies kann der Fall sein bei [...] Vereinbarung eines **Rangrücktritts i.S. des § 5 IIa EStG** [...]. In einem solchen Fall [...] dem Darlehen auch bilanzsteuerrechtlich die Funktion von zusätzlichem Eigenkapital zu“.
- **Einstweilen offen: Nachträgliche AK** beim Gesellschafter dann auch nur **i.H. des werthaltigen Teils der Forderung** (Symmetrie zur Einlage bei Gesellschaft) **oder in voller Höhe?**

BFH IX R 36/15 – Vertrauensschutz

LS 3: „Die **bisherigen Grundsätze** zur Berücksichtigung von nachträglichen Anschaffungskosten aus eigenkapitalersetzenden Finanzierungshilfen sind **weiter anzuwenden**, wenn der Gesellschafter eine **eigenkapitalersetzende Finanzierungshilfe bis zum Tag der Veröffentlichung dieses Urteils geleistet** hat oder wenn eine Finanzierungshilfe des Gesellschafters bis zu diesem Tag eigenkapitalersetzend geworden ist“.

Bis 31.10.2008 (= vor MoMiG)	1.11.2008 – 27.9.2017 (MoMiG bis Veröffentlichung BFH IX R 36/15)	Ab 28.9.2017 (ab Veröffentlichung BFH IX R 36/15)
Alte Rechtslage (d.h. EK-ersetzende Finanzierungshilfen führen zu nachträglichen AK auf die Beteiligung).	Vertrauensschutz, d.h. Gfter. kann sich auf „alte Rechtslage“ berufen.	Neue Rechtslage, d.h. EK-ersetzende Finanzierungshilfen führen nicht mehr zu nachträglichen AK auf die Beteiligung.

Exkurs: Nachträgliche AK bei Zuzahlungen in Kapitalrücklage

- BFH IX R 5/15: Beitrittsaufforderung an das BMF.
 - **HGB:**
 - **Ebene der Kapitalgesellschaft:** Zuzahlungen in das EK sind bei der Kapitalgesellschaft als **Kapitalrücklage** auszuweisen (§ 272 II Nr. 4 HGB).
 - **Ebene des Gesellschafters: Nachträgliche AK** i.S. des § 255 I 1, 2 HGB!
 - **EStG:** Berücksichtigung i.R. der Gewinnermittlung nach **§ 17 II 1 EStG**.
 - Ggf. **Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten** i.S.d. **§ 42 AO?**

Folgefrage: § 20 I Nr. 7, II Nr. 7 EStG? (1)

- **Private Kapitalforderungen** führen zu **Einkünften aus Kapitalvermögen** (§ 20 I Nr. 7 EStG).
- Steuerbar sind zwar auch **Veräußerungsgewinne/-verluste** nach Maßgabe des § 20 II (Nr. 7) EStG.
- Aber: **wird auch Verlust aus dem Ausfall einer privaten Kapitalforderung erfasst?**
 - **Verneinend** u.a. **BMF** BStBl. I 2016, 85; FG Düsseldorf, BB 2015, 1639: Stamm sei bei privaten Einkünften nicht steuerverstrickt, **unbeachtlicher privater Vermögensverlust**.
 - **Bejahend** **BFH VIII R 13/15** (= DStR 2017, 2801; noch nicht in BStBl.!); *Aigner*, DStR 2016, 345; *Moritz*, DStR 2014, 1636 (1643 f.); dagegen **Nichtanwendungserlass** OFD NRW DB 2018, 415. →

Folgefrage: § 20 I Nr. 7, II Nr. 7 EStG? (2)

- **Arg.:**
 - Mit Einführung der **Abgeltungssteuer** sollte eine **vollständige steuerliche Erfassung aller Wertänderungen im Zusammenhang mit Kapitalanlagen** erreicht werden; insoweit wurde die **traditionelle quellentheoretische Trennung von Vermögens- und Ertragsebene für Kapitaleinkünfte aufgegeben**.
 - **Arg. § 20 II 2 EStG: gewollte Gleichstellung von Veräußerung und Rückzahlung von privaten Kapitalforderungen.**
 - **Gebot der Folgerichtigkeit; gleiche Einbuße an steuerlicher Leistungsfähigkeit.**
- Gilt (nur) für **Forderungen, die der Abgeltungssteuer unterliegen (= nach dem 31.12.2008 erworben; zu Fallgruppen und Gestaltungsmöglichkeiten s. Förster, DB 2018, 336).**

Folgefrage: § 20 I Nr. 7, II Nr. 7 EStG? (3)

- Forderungsausfall = **Tatbestand der Endbesteuerung** →
- **Steuerbarer Verlust erst, wenn endgültig feststeht, dass keine weiteren Zahlungen mehr erfolgen.**
 - **Eröffnung des InsO-Vf.** als solche **nicht ausreichend.**
 - Wohl aber bei **Ablehnung des InsO-Vf. mangels Masse** oder wenn aus **anderen Gründen** feststeht, dass keine Rückzahlung mehr erfolgen wird.

Stille Einlagen zwischen EK und FK

- *Beispiel: Die A-GmbH schließt mit S einen Vertrag über die Errichtung einer stillen Gesellschaft. S soll zwar an laufenden Gewinnen und Verlusten, nicht aber am Liquidationserlös und am Goodwill der A-GmbH beteiligt sein. Die Einlage erfolgt unbefristet und ist seitens des S nicht kündbar. Für den Fall der Insolvenz der A-GmbH ist ein Nachrang vereinbart. Die Mitwirkungs- und Kontrollrechte des Stillen sind darauf beschränkt, eine Abschrift des Jahresabschlusses verlangen zu können. Prüfungs- und Mitentscheidungsrechte hat der Stille nicht.*

Die handelsrechtlichen Rechnungslegungskreise bei der stillen Gesellschaft

- Stille Ges. = **Innen-Ges.** → Die stille Gesellschaft als solche ist **kein Rechtsträger** und unterfällt **nicht §§ 238, 242 HGB!** → Gesetzlich **bilanzierungspflichtig** ist **nicht die stille Ges., sondern nur der Geschäftsinhaber.**
- Zwar kann Als-ob-Handelsbilanz der stillen Ges. vereinbart sein (namentlich bei „Innen-KG“).
- Aber auch dann gilt: (Vorab-) Abrechnung unter den stillen Gesellschaftern gemäß der Als-ob-HB der „virtuellen KG“ ist von der externen Rechnungslegung des Geschäftsinhabers zu unterscheiden und geht in diese ein (*K. Schmidt, ZHR 2014, 10 (48 f.)*).

Typische stille Einlagen im Jahresabschluss des Geschäftsinhaber

- Stille Einlagen sind im Jahresabschluss des Geschäftsinhabers nach bislang **h.M.** grds. als **Verbindlichkeit** auszuweisen (FK; „qualifizierter Kredit“, BFH v. 14.11.2012 - I R 19/12; BFH v. 27.3.2012 - I R 62/08):
 - **Ausgleichsforderung** bei Beendigung (§ 235 HGB).
 - **Insolvenzforderung** des Stillen (§ 236 I HGB).
 - **Verlustteilnahme** (§ 231 HGB) allein soll daran nach bislang h.M. nichts ändern (*K. Schmidt* in MünchKomm. HGB, 3. Aufl. 2012, § 230 Rn. 170 m.w.N. zur h.M.; **a.A.** [wg. Verlustteilnahme Ausweis unter dem EK!] namentlich *Knobbe-Keuk*, ZIP 1983, 127 (129 f.); *Schön*, ZGR 1990, 220 (229); *Lutter*, DB 1993, 2441 (2444 f.);
- **Anders § 25 I 1 RechKredV** für Kreditinstitute: Stille Einlagen unter dem Posten Nr. 12 Buchst. a: Eigenkapital / **Gezeichnetes Kapital! Gewinnanteile** des Stillen aber **trotzdem** im **Aufwand** (Pos. 26 Formblatt 3 zur RechKredV).

Stille Gesellschaft im Steuerrecht (1)

- Keine steuerliche Maßgeblichkeit branchenspezifischer Sondervorschriften (z.B. § 25 I 1 RechKredV).
- Keine Identität handels- und steuerrechtlicher Begrifflichkeiten der „atypisch“ stillen Gesellschaft.
- Bislang ganz h.M.: **Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes** wegen vorrangiger steuerspezifischer Abgrenzungsvorschriften: → **typische vs. atypische stille Beteiligung nach Maßgabe der § 15 I 1 Nr. 2, § 20 I Nr. 4 EStG.**

Stille Gesellschaft im Steuerrecht (2)

- Bei der **typischen** stillen Gesellschaft hat die Einlage **FK-Charakter** (arg. § 20 I Nr. 4 EStG; BFH v. 14.11.2012 - I R 19/12; BFH v. 27.3.2012 - I R 62/08). Gewinnanteile an den Stillen sind beim Prinzipal **Betriebsausgaben** (§ 4 IV EStG).
- Bei der **atypischen** stillen Gesellschaft ist die Einlage dagegen **EK-ähnlich** (mit Folge § 15 I 1 Nr. 2 EStG), wenn der Stille
 - **MU-Risiko** trägt (= Teilhabe an Verlusten und an stillen Reserven einschließlich des Goodwill bei Liquidation) und
 - **MU-Initiative** entfalten kann (= Kontrollrechte mindestens wie ein Kommanditist); vgl. BFH IV R 52/11; BFH IV R 100/06; je m.w.N.
- **Im Beispiel:** hiernach *steuerlich typische* stille Gesellschaft, weil der Stille kein ausreichendes MU-Risiko und keine MU-Initiative hat! → Darlehensähnliche Kapitalüberlassung (§ 20 I Nr. 4 EStG) → Bei GmbH abzugsfähige BA!

Stille Einlagen – handelsrechtliche Grenzziehung

- Praxis orientiert sich für die EK-FK-Abgrenzung auch bei stillen Einlagen an **IDW HFA 1/1994**. Hiernach Ausweis unter dem EK, wenn:
 - **Nachrangigkeit** im Insolvenz- und Liquidationsfall;
 - Erfolgsabhängigkeit der Vergütung sowie **Verlustteilnahme** bis zur vollen Höhe der Einlage; und
 - **Längerfristigkeit** der Kapitalüberlassung.
- **Keine Relevanz** haben danach:
 - Beteiligung auch am Liquidationserlös und am Goodwill.
 - „Mitunternehmer-Initiative“!
- **Im Beispiel:** entsprechend IDW HFA 1/1994 **Ausweis unter dem EK!**

OFD NRW v. 12.05.2016 (DB 2016, 1407)

- Ein **Genussrecht**, das nach den Grundsätzen von IDW HFA 1/1994 „schon in der Handelsbilanz nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung keine Verbindlichkeit darstellt“, dürfe „auch in der Steuerbilanz nicht als Verbindlichkeit ausgewiesen werden“.
- Ausschüttungen auf solche nach GoB als EK einzuordnende Genussrechte seien Einkommensverwendung, die gem. § 8 III 1 KStG das Einkommen nicht mindern darf.
- § 8 III 2 KStG bleibe (nur) für solche Genussrechte relevant, die nach IDW HFA 1/1994 FK seien.

Neue Kampflinien

- Bislang war es möglich, (auch) stille Einlagen so zu gestalten, dass sie zwar in der HB unter dem EK ausgewiesen werden (weil die Kriterien nach IDW HFA 1/1994 erfüllt sind), sie steuerlich aber typische stille Einlagen mit FK-Charakter sind (weil kein MU-Risiko oder keine MU-Initiative) und Auszahlungen auf diese Einlagen deshalb Betriebsausgaben sind.
- Übertragbarkeit von **OFD NRW v. 12.5.2016** (DB 2016, 1407) auf stille Einlagen??
- Wenn nein, dann **anderweitige Maßgeblichkeit** (z.B. des Kriteriums der Verlusttragung)? **Oder Durchbrechung der Maßgeblichkeit?**

§ 6a EStG im Niedrigzinsumfeld (1)

- **Status Quo und Wirkungen:**
 - **Pensionsrückstellungen als Instrument der Innenfinanzierung.**
 - Zinsabhängigkeit der wirtschaftlichen Belastung von langfristigen Verpflichtungen → **Abzinsung.**
 - **Zinssatz von 6 %** gemessen am Marktzins für Kapitalanlagen deutlich zu hoch → **gemessen am „Wegschaffungswert“** der Verpflichtungen (= der Betrag, den sich ein Übernehmer an Deckungsvermögen zahlen lassen würde) **zu niedriger Steuerbilanzwert** der Pensionsrückstellungen → **stille Lasten** in der StB.
 - Negativer steuerlicher Anreiz für betriebliche Altersversorgung.

§ 6a EStG im Niedrigzinsumfeld (2)

- **Würdigung:**

- Wohl h.L.: **Gemessen am Marktzins** keine zulässige Typisierung mehr → **rechtspolitisch fragwürdig** und **verfassungsrechtlich zweifelhaft** (*Hey/Steffen*, ifst-Schrift Nr. 511 (2016); *Hey*, FR 2016, 485).
- BMF u. Teile der Lit.: **Zinssatz orientiere sich** nicht am Marktzins für Kapitalanlagen, sondern **an Gesamtkapitalrendite** der Unternehmen. → **6% nach wie vor im Rahmen des gesetzgeberischen Typisierungsspielraums** (*Weckerle*, DB 2017, 1284 (1286 ff.)).

- **Ausblick:**

- Jetzt **Vorlagebeschluss des FG Köln v. 12.10.2017, 10 K 977/17** → BVerfG-Entscheidung zu erwarten (**BVerfG 2 BvL 22/17**).
- **Fiskalpolitische Spielräume zur Angleichung von HB und StB?**
- **GKB?!**

Ausblick de lege ferenda – GKB (1)

- Ursache für EK-FK-Abgrenzungstreitigkeiten ist der im geltenden Recht angelegte **Debt Bias** →
- Denkbare **Alternativen**:
 - **Dividendenabzugsverfahren** = (tatsächlich) ausgeschüttete Dividende wird im Jahr der Ausschüttung wie BA von der steuerlichen Bemessungsgrundlage abgezogen.
 - **Zinsbereinigte Gewinnsteuer** (*notional interest deduction*) = Abzug fiktiver (nicht der tatsächlich ausgeschütteten!) EK-Zinsen als BA. ← Spielart davon in Art. 11 **GKB-RiLi-Vorschlag** (KOM(2016) 685 v. 25.10.2016) enthalten: sog. Freibetrag für Wachstum und Investitionen durch Abzug fiktiver Zinsen auf den Eigenkapitalzuwachs der Periode.

Ausblick de lege ferenda – GKB (2)

• **Zinsbereinigte Gewinnsteuer – Pro:**

- Gleichstellung von EK- und FK-Zinsen → **Finanzierungsneutralität.**
- Gegenüber dem Status Quo Verbesserung der EK-Finanzierung → **Anreize zur EK-Bildung.**
- KSt wird bei Ausschüttung im Dividendenabzugsverfahren i.E. voll und bei der zinsbereinigten Gewinnsteuer typisierend eliminiert. → wirtschaftlich Effekt einer **Teilhhabersteuer** → Verbesserung der **Rechtsformneutralität.**
- Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen der EK-Finanzierung kann **Anreize zu mehr Investitionen in Unternehmen** setzen.

Ausblick de lege ferenda – GKB (3)

• **Zinsbereinigte Gewinnsteuer – Contra:**

- Dividendenabzugsverfahren setzt steuerliche Anreize zur **gezielten Dividendenpolitik**.
- Zinsbereinigte Gewinnsteuer **erhöht die Komplexität** (notwendige Abgrenzung des steuerlichen EK) und schafft neue Abgrenzungsfragen.
- Im Vergleich zum Status Quo möglicherweise **für Fiskus teuer**. Ausgleich der Steuerausfälle durch höhere Steuersätze wenig attraktiv.
- Zinsbereinigung **nur für Unternehmen / KSt oder auch für ESt?**
- **EU-Regulierung** dieses zentralen Bereichs der direkten Steuern nebst teilweiser Verlagerung der Gerichtsbarkeit (BFH → EuGH) politisch **wünschenswert?**
- Vom **Bundesrat abgelehnt!** (BR-Drucks. 641/16, Tz. 7.)

Ausblick de lege ferenda – GKB (4)

- **Zusätzliche steuerliche Förderung von F&E-Projekten:**
 - **§ 5 Abs. 2 EStG:** Aktivierungsverbot = **Sofortabschreibung!**
 - **Art. 9 GKB-RiLi-Vorschlag:**
 - **Erhöhter BA-Abzug** i.H.v. grds. 50 % der tatsächlich entstandenen Kosten, d.h. es dürften mehr BA gewinnmindernd abgezogen werden, als tatsächlich angefallen sind (**Gewinnminderung um 150 % der tatsächlich angefallenen Ausgaben!**)
 - Für Start-Ups soll der erhöhte BA-Abzug sogar 100 % betragen (also Gewinnminderung um 200 % der tatsächlich angefallenen Kosten, Art. 9 III UAbs. 2 RL-Entwurf)!
- ➔ **Verbesserung der Abschreibungen ➔ Verbesserung der Finanzierungsbedingungen.**
- Aber: vom **Bundesrat abgelehnt!** (BR-Drucks. 641/16, Tz. 6.)

Ausblick de lege ferenda – GKB (5)

- **Bewertung von Rückstellungen nach GKB-RiLi-Vorschlag:**
 - **Abzinsung mit dem durchschnittlichen jährlichen EURIBOR-Zinssatz für kurzfristige Schuldtitel** (Art. 23 GKB-RiLi-Vorschlag)
 - Im gegenwärtigen Niedrigzinsumfeld: nach GKB-RiLi-Vorschlag **deutlich niedrigere Abzinsungssätze als 5,5%** (§ 6 I Nr. 3a lit. e EStG: allgemein für Rückstellungen) **bzw. 6%** (§ 6a III 3 EStG: für Pensionsrückstellungen im Besonderen)
 - ➔ **Höhere Rückstellungswertansätze ➔ Verbesserung der Finanzierungsbedingungen.**
 - Aber: **Mitgliedstaaten-Wahlrecht für Pensionsrückstellungen** (Art. 24 GKB-RiLi-Vorschlag) ➔ Deutschland könnte es bei § 6a EStG belassen.
 - Ferner: auch dieser Vorschlag wurde vom **Bundesrat** bereits **abgelehnt!** (BR-Drucks. 641/16, Tz. 6.)

Kontakt

- Prof. Dr. *Joachim Hennrichs*
Institut für Gesellschaftsrecht / Lehrstuhl für
Bürgerliches Recht, Bilanz- und Steuerrecht
Universität zu Köln
Albertus-Magnus-Platz
50923 Köln
- Tel.: 0221-470 2700
- Email: joachim.hennrichs@uni-koeln.de
- Web: www.bilanzrecht.uni-koeln.de