

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

## **Zur Vereinbarkeit des § 8 a KStG mit dem gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbot**

Durch Neufassung des § 4 Abs. 4 a EStG durch das StBereinG 1999 hatte der Gesetzgeber ein Einsehen: Der Feldzug gegen das Veranlassungsprinzip und gegen das damit korrespondierende Mehrkontenmodell wurde aufgegeben und durch eine Regelung ersetzt, bei welcher der Unternehmer das aus Einlagen und Gewinnen resultierende buchmäßige Eigenkapital entnehmen kann, ohne den Schuldzinsenabzug für das Unternehmen zu gefährden. Auch wenn die Vorschrift noch verbesserungsfähig ist, stellt die Entscheidung des Gesetzgebers einen Schritt in die richtige Richtung dar (vgl. Pasch, DStZ 2000 S. 117). Der Unternehmer kann jetzt das ganze buchmäßige Eigenkapital entnehmen und durch Fremdkapital ersetzen, ohne den Schuldzinsenabzug zu gefährden. Erst wenn das Eigenkapital negativ wird, werden Schuldzinsen nicht mehr abzugsfähig.

Mit dieser systematisch richtigen Lösung liefert der Gesetzgeber unabsichtlich ein weiteres und wohl durchschlagendes Argument dafür, daß § 8 a KStG eine mit EG-Recht nicht zu vereinbarende Diskriminierung von Ausländern darstellt (so bisher schon Baranowski, Besteuerung von Auslandsbeziehungen, 2. Aufl. 1996, S. 238; W. Meilicke, FR 1995 S. 297, [301 f.]; Hey, RIW 2000 S. 66, jeweils m.w.N.). Damit liegt hier die Situation vor, über welche der EuGH schon zu § 8 Nr. 7 GewStG (Urteil vom 26.10.1999, Rs. 294/97, Eurowings, DB 1999 S. 2246; vgl. hierzu schon W. Meilicke RIW 1985 S. 801) entschieden hat: Im Ausland ansässige Unternehmer müssen für ihre inländischen Tochtergesellschaften Eigenkapital zur Verfügung stellen, im Inland ansässige Unternehmer brauchen dies unter sonst gleichen Verhältnissen aber nicht zu tun, sondern können das buchmäßige Eigenkapital in vollem Umfang abziehen, für die private Lebensführung einsetzen und trotzdem Schuldzinsen - auch an ihnen nahestehende Personen im Ausland - als Betriebsausgaben abziehen.

Nachdem das FG Münster im Beschl. v. 24.1.2000 (StED 2000 S. 167) die Vereinbarkeit des § 8 a KStG mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 43 (früher Art. 52) EGV für ernstlich zweifelhaft erklärt, ist nicht mehr fraglich ob, sondern nur noch wann der EuGH Gelegenheit erhalten wird, auch dieses Diskriminierungsverbot für unzulässig zu erklären. Fraglich ist ferner, ob ein Mitgliedstaat ungestraft permanent gegen Diskriminierungsverbote verstoßen und diese, wie im Entwurf des sogenannten Steuersenkungsgesetzes 2000 vorgesehen, noch verschärfen darf, ohne sich nach den Regeln der Francovich-Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 19.11.1991 Rs. C-6/90 und C-9/90, DB 1992 S. 423) schadensersatzpflichtig zu machen, wenn er sich der Anwendung des § 8 a KStG auf in der EU ansässige Anteilseigner berührt.

Außerdem stellt § 4 Abs. 4 a EStG klar, daß die von § 8 a KStG betroffenen Körperschaften ausschließlich wegen der ausländischen Ansässigkeit ihrer Anteilseigner diskriminiert werden, so daß auch ein Verstoß gegen Art. 24 Abs. 5 OECD-Musterabkommen vorliegt. Wie Baranowski (a.a.O.) zutreffend ausführt, kommt der gegenteiligen Auffassung der OECD-Beratungskommission kein Gewicht zu, weil diese aus Vertretern der Fiscali besteht, die in der Frage parteiisch sind.

Deshalb kann § 8 a KStG nur gegenüber solchen Ländern angewandt werden, die nicht der EU angehören und mit denen auch kein dem Art. 24 Abs. 5 OECD-Musterabkommen entsprechendes Diskriminierungsverbot besteht.

4.1.1.13