

Dr. Will Dendorfer, Steuerberater/Certified Public Accountant, München, und
Elisa Fay, Certified Public Accountant, Atlanta

Länderreport USA

I. Rechtspolitischer Hintergrund für Gesellschafterdarlehen an US-Gesellschaften

Deutsche Unternehmen und Immobiliengesellschaften finanzieren ihre Tochtergesellschaft in den USA häufig mit Gesellschafterdarlehen (*Shareholder Loans*) bzw. gruppeninternen Darlehen (*Related Party Loans* oder allgemein *Related Party Debt*). Im Folgenden wird der Begriff *Related Party Debt* als Obergriff verwendet, der auch Gesellschafterdarlehen beinhalten kann.

Die Vorteile der Finanzierung mittels *Related Party Debt* werden oft darin gesehen, dass die Möglichkeit der unbürokratischen Rückzahlung des Darlehens ggf. zur Minderung der Haftungssubstanz beiträgt und dass die Schuldzinsen ggf. die steuerliche Bemessungsgrundlage der US-Gesellschaft mindern. Dies gewähre gegenüber der Finanzierung mittels Eigenkapital und gegenüber der Fremdfinanzierung mittels Bankdarlehen eine gewisse Flexibilität. Dass das gerade im US-Geschäft schon aus haftungsrechtlichen Gründen nicht generalisiert werden kann, liegt auf der Hand. Aus US-steuerlicher Sicht sind Finanzierungsgestaltungen, die zur Minderung der US-Steuerbemessungsgrundlage beitragen und als regelungsbedürftig angesehen werden, problematisch. Sie werden nachfolgend (unten II.) behandelt.

Darüber hinaus beabsichtigt der zum *U.S. Department of the Treasury* gehörende *Internal Revenue Service* (IRS) – also die US-Bundesfinanzbehörde – die Einführung von verschärften Vorschriften im Rahmen der Umqualifizierung von *Related Party Debt* in Eigenkapital (dazu unten II. 3. b). Sie sind im Kontext mit den Bestrebungen des IRS zu sehen, solche Gestaltungen von US-Unternehmen (vor allem multinationaler Konzerne), die Einkünfte in das US-Ausland u. a. durch *Corporate Inversions* verlagern, zu unterbinden (s. dazu Sec. 7874 IRC; zum Begriff *Dendorfer*, Überblick über das Steuerrecht der USA, in: Wassermeyer, Doppelbesteuerung, Losebl., Bd. VI, Anhang USA, Rdnr. 124 ff.).

II. Gesellschafterdarlehen im US-amerikanischen Ertragsteuerrecht

1. US-Zinsabzugsbeschränkungen bei anerkannten Gesellschafterdarlehen

Sofern das Gesellschafterdarlehen für US-steuerliche Zwecke nicht als eigenkapitalersetzend qualifiziert, somit als Darlehen anerkannt und wie Fremdkapital behandelt wird, kann es dennoch den folgenden Zinsabzugsbeschränkungen unterliegen:

a) US-Zinsschranke

Nach der allgemeinen Regel der Sec. 267(a)(3) IRC i.V.m. Reg. §1.267(a)-3 sind Betriebsausgaben (wie z.B. Schuldzinsen) im Verhältnis zu einer ausländischen nahestehenden Person grundsätzlich nur in dem Steuerjahr abzugsfähig, in dem ein Zahlungsabfluss erfolgt. Die Aufwandsverbuchung allein reicht nicht aus, um die steuerliche Abzugsfähigkeit zu erreichen.

Schuldzinsen für Gesellschafterdarlehen an einen ausländischen Gesellschafter unterliegen ferner der Sonderregel der Sec. 163(j) IRC (*Earnings Stripping Rules*). Im Grundfall ist der Zinsschuldner eine US-Kapitalgesellschaft (bzw. eine Gesellschaft, die für US-steuerliche Zwecke als intransparent besteuert wird), deren Anteile zu mehr als 50% von einem ausländischen Anteilseigner direkt oder indirekt gehalten werden (zu den Rechtsformen und ihrer US-steuerlichen Einordnung vgl. *Dendorfer*, in Beck'sches Steuerberaterhandbuch 2015/2016, Kapitel H./XXXVII: US-Steuerrecht, Rdnr. 935 f.).

Ferner unterliegen den *Earnings Stripping Rules* – abweichend vom Grundfall – Schuldzinsen einer ausländischen Kapitalgesellschaft (bzw. einer ausländischen Gesellschaft, die für US-steuerliche Zwecke als intransparent besteuert wird), die in Zusammenhang mit ihrer US-steuerlichen Betriebsstätte oder ihrer Beteiligung an einer (US-steuerlich transparenten) Personengesellschaft oder (transparenten) Limited Liability Company angefallen sind.

Die Schuldzinsen sind nicht abzugsfähig, wenn folgende weitere Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind (vereinfachte Darstellung am Beispiel des oben erwähnten Grundfalls):

- (1) Der Zinsschuldner weist einen Verschuldungsgrad (Relation von Fremd- zu Eigenkapital) von mehr als 1,5 : 1 auf, hat also eine Eigenkapitalquote von nicht mehr als 40%.
- (2) Der Zinsbetrag unterliegt beim Empfänger nicht oder nur teilweise (z. B. bei DBA-reduzierter Quellensteuer) der US-Ertragsteuer.
- (3) Der Nettoszinsaufwand (Zinsaufwand abzüglich Zinsertrag – *Net Interest Expense*) ist höher als 50% des modifizierten Einkommens (u. a. vor Abzug des Nettoszinsaufwands, US-Körperschaftsteueraufwand, US-AfA, US-Verlustvortrag).

Der nicht abzugsfähige Zinsbetrag (*Zinsüberhang – Disallowed Interest*) kann auf künftige Jahre (unbegrenzt) vorgetragen werden, in denen die Voraussetzungen der *Earnings Stripping Rules* ggf. nicht mehr vorliegen. Zinsen für Rangrücktrittsdarlehen von Gesellschaftern sowie jegliche weitere Form von Kreditunterstützung – z.B. Bürgschaft, Patronatserklärung (*Comfort Letter*), Nachschussverpflichtung – durch nahestehende Personen fallen unter die Zinsschrankenregelung. Sofern das Gesellschafterdarlehen bereits als eigenkapitalersetzend (dazu unten II. 3.) behandelt wird, greifen die *Earnings Stripping Rules* nicht, da dann der Schuldzinsenabzug nicht existent ist und stattdessen durch eine als fiktiv angenommene Dividendenausschüttung ersetzt wird.

Auf der Ebene derjenigen US-Bundesstaaten, die bei der Ermittlung ihrer Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage von der des Bundes ausgehen, wird die eventuelle Nichtabzugsfähigkeit von Schuldzinsen für Gesellschafterdarlehen indirekt übernommen.

b) Verrechnungspreisregeln (*Transfer Pricing Rules*)

In Bezug auf die Höhe der beim Zinsschuldner geltend gemachten Zinsen für Gesellschafterdarlehen gelten grund-

sätzlich auch die US-Verrechnungspreisregeln (Sec. 482 IRC), wonach unangemessen hohe Schuldzinsen nicht als Betriebsausgaben anerkannt werden können (vgl. dazu allg. *Dendorfer*, in: Beck'sches Steuerberaterhandbuch 2015/2016, a. a. O., Rdnr. 955). Die vom IRS monatlich bekannt gegebenen Zinssatztabellen (*Applicable Federal Rates*) werden herkömmlicherweise als Indikatoren amtlich anerkannter Zinssätze im Sinne einer *Safe Harbor*-Regelung angesehen.

2. US-Mitteilungspflichten bei anerkannten Gesellschafterdarlehen

Gesellschafterdarlehensverhältnisse führen regelmäßig dazu, dass die darlehensnehmende US-Gesellschaft bestimmte Mitteilungspflichten zu erfüllen hat. Dazu gehören u. a.:

- (1) Eine inländische US-steuerlich intransparente Gesellschaft, die direkt oder indirekt zu mindestens 25 % im Auslandsbesitz steht – bzw. eine ausländische US-steuerlich intransparente Gesellschaft mit einer US-Betriebsstätte (bzw. Beteiligung an einer steuerlich transparenten Gesellschaft) – hat zusammen mit der jährlichen US-Körperschaftsteuererklärung die geschäftlichen Leistungsbeziehungen zu melden, die sie mit ihren über die ausländische Muttergesellschaft verbundenen in- oder ausländischen Unternehmen tätigt (Formular 5472 – *Information Return of a 25% Foreign-owned US Corporation or a Foreign Corporation Engaged in a US Trade or Business*). Die ausländischen Gruppengesellschaften haben die berichtspflichtige US-Gesellschaft zum Zustellungs- und Auskunftsberechtigten gegenüber dem IRS zu bestellen. Die Nichtabgabe oder verspätete Abgabe des Formulars 5472 ist bußgeldbeschwert (s. auch *Temin*, Tax Reporting and Dealing with Noncompliance, in: Practising Law Institute, Basics of International Taxation 2016, S. 175 ff.).
- (2) Der Schuldner des Gesellschafterdarlehens hat jede Zinszahlung mit Formular 1042-S dem Zinsgläubiger und dem IRS zu melden sowie eine jährliche Meldung mit Formular 1042 beim IRS einzureichen. Die Nichtabgabe oder verspätete Abgabe der Formulare ist bußgeldbeschwert.
- (3) Der darlehensgebende Gesellschafter hat zur Geltendmachung seiner DBA-Berechtigung der zinszahlungsleistenden US-Gesellschaft (*Withholding Agent*) das Formular W-8BEN-E vorzulegen, in dem der US-Quellensteuersatz auf die Schuldzinsen beantragt sowie der FATCA-Status des Zinsempfängers mitgeteilt wird (zu FATCA s. *Dendorfer*, in: Wassermeyer, a. a. O., Rdnr. 137 ff.).

3. Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen (bzw. Related Party Debt)

a) Geltendes Recht (Case Law zu Sec. 385 IRC)

Sec. 385 IRC (*Treatment of Certain Interests in Corporations as Stock or Indebtedness*) soll die Umqualifizierung von Gesellschafterdarlehen in Eigenkapital regeln. Dort finden sich aber keine entsprechenden gesetzlich definierten Kriterien. Sec. 385(a) IRC enthält lediglich die Autorisierung zum Erlass von *Treasury Regulations*, während in Sec. 385(b) IRC nur allgemeine Hinweise für die Ausgestaltung solcher *Regulations* zu finden sind. Gegenwärtig liegen sie nur als Entwurf vor (s. unten II. 3. b.).

Die Vorschrift erstreckt sich nur auf die Umqualifizierung von Gesellschafterfinanzierungen bei US-Corporations (d.h. bei US-steuerlich intransparenten Gesellschaften), denn die Umqualifizierung im Fall von Personengesell-

schaften ist aufgrund ihrer steuerlich transparenten Behandlung (*Flow-through Entities*) nicht veranlasst.

Im Laufe der Zeit entwickelte sich ein umfassendes *Case Law* zu der Problematik (vgl. Abschn. III der Präambel zu dem Entwurf der geplanten *Treasury Regulations* zu Sec. 385 IRC; dazu unten II. 3. b.). Die US-steuerliche Rechtsprechung entwickelte Grundsätze, die u. a. auf das Formerfordernis, den Verschuldungsgrad, die Darlehensgewährung durch alle Gesellschafter im gleichen Verhältnis sowie auf das Gesamtbild der Verhältnisse abstellen (vgl. z. B. die Entscheidung *PepsiCo v. Commissioner*, TC Memo 2012-269 [2012]). Die Verlautbarung des IRS in der Notice 94-47, 1994-1 CB 357 enthält weitere brauchbare Anhaltspunkte, wie z. B. das Fehlen eines Rückzahlungstermins bzw. Tilgungsplans und den revolvierenden Charakter des ungesicherten Darlehens. Die umfangreichen Kriterien aus der Rechtsprechung sind auch in der Zusammenfassung des *Staff of the Joint Committee on Taxation* (JCS-1-89, at 35-37 [1989]) wiedergegeben und lassen ebenso erkennen, dass das *Case Law* vom Fremdvergleichsgrundsatz geprägt ist:

- schriftlicher Darlehensvertrag mit angemessenen Vertragsbedingungen,
- kein Rangrücktritt,
- relativ hohe Eigenkapitalquote,
- keine Option auf Umwandlung in Aktienanteile,
- Darlehensverhältnis unabhängig von Anteilseignerschaft,
- Absicht der Vertragsparteien, ein Darlehensverhältnis einzugehen,
- Zinshöhe und Rückzahlungsbedingungen unabhängig vom wirtschaftlichen Erfolg des Darlehensnehmers,
- Besicherung des Darlehens,
- Ausweis des Darlehens als Verbindlichkeit im handelsrechtlichen Jahresabschluss.

Die Umqualifizierung eines eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens in Eigenkapital führt i. d. R. zu den folgenden steuerlichen Konsequenzen:

- (1) Der US-steuerliche Schuldzinsenabzug beim Darlehensnehmer wird versagt, während die Zinseinkünfte beim deutschen Gesellschafter der deutschen Ertragsteuer unterliegen.
- (2) Die Zinszahlung wird als Dividendenzahlung angesehen, die im Fall des deutschen Investments in den USA je nach Rechtsform des Darlehensgebers (deutsche Kapitalgesellschaft, Personengesellschaft bzw. natürliche Person) i. d. R. einer DBA-begünstigten US-Quellensteuer von 0%, 5% oder 15% unterliegt (30% falls der Darlehensgeber die *Limitation-on-Benefits*-Vorschriften des Art. 28 DBA-Deutschland/USA verletzt).
- (3) Die Darlehenstilgung stellt bis zur Höhe der kumulierten *Earnings & Profits* eine steuerpflichtige Dividende dar (Sec. 316(a) IRC). Der übersteigende Betrag wird bis zur Höhe des steuerlichen Buchwerts der Beteiligung als steuerfreie Rückzahlung von Eigenkapital behandelt. Der Restbetrag gilt als Veräußerungsgewinn oder -verlust, der je nach Sachverhalt steuerbegünstigt sein kann. Die *Earnings & Profits* einer Corporation leiten sich aus den kumulierten thesaurierten Gewinnen (*Retained Earnings*) nach Maßgabe bestimmter Modifikationen ab (Sec. 312 IRC).
- (4) Die Behandlung des Darlehens als eigenkapitalersetzend führt zu einer verdeckten Einlage der Darlehensvaluta, die den steuerlichen Buchwert der Anteile an der darlehensnehmenden Gesellschaft erhöht.

Beim Rangrücktrittsdarlehen (*Subordinated Shareholder Loan*) verpflichtet sich der darlehensgebende Gesellschafter gegenüber seiner Gesellschaft, das Darlehen während der finanziellen Krise der Gesellschaft nicht zurückzufordern. Das Rangrücktrittsdarlehen wird nach US-Steuerrecht regelmäßig als eigenkapitalersetzend behandelt.

Bei der Patronatserklärung (*Comfort Letter*) verpflichtet sich der Patron entweder im Innenverhältnis zur Tochtergesellschaft oder im Außenverhältnis zu deren Gläubiger, die Tochtergesellschaft finanziell so auszustatten, dass sie zur Erfüllung der Verbindlichkeiten fristgerecht imstande ist. „Hart“ formuliert kann das eine Rechtspflicht gegenüber den Gläubigern auslösen. Bei der „weichen“ Formulierung handelt es sich um eine rechtlich unverbindliche Erklärung „guten Willens“. Die „harte“ Patronatserklärung wird nach US-Steuerrecht wie ein Rangrücktrittsdarlehen behandelt.

Der Ertragszuschuss ist ein (Geld-)Zuschuss zur Verstärkung der Ertragskraft, dem keine Gegenleistung gegenübersteht. Er wird im US-Steuerrecht regelmäßig wie eine erfolgsneutrale Einlage, also wie eine Zuführung zu den Kapitalrücklagen, behandelt.

b) Geplante Neuregelung

Am 4. 4. 2016 gab der IRS den Entwurf der KSt-Richtlinien zu Sec. 385 IRC (*Notice of Proposed Rulemaking – Treatment of Certain Interests in Corporations as Stock or Indebtedness*, REG-100860-15, u. a. veröffentlicht in IRB 2016-17, S. 636 ff.) bekannt. In dem rd. 240000 Schriftzeichen (mit Leerzeichen) umfassenden Werk werden die Proposed Reg. §1.385-1 bis §1.385-4 vorgestellt. Die geplante Einführung wird mit der Notwendigkeit begründet, die als unzulässig angesehenen Finanzierungsgestaltungen, insbesondere im internationalen Kontext und flankierend zu den Regelungen zur *Corporate Inversion* (dazu oben I.), bekämpfen zu müssen.

Bei den *Proposed Regulations* (im Folgenden als „Richtlinienentwurf“ bezeichnet) handelt es sich um geplante Vorschriften, die nach der Finalisierung den Charakter einer Durchführungsverordnung und damit Gesetzeskraft haben. In Fachkreisen rechnet man damit, dass der Richtlinienentwurf noch in diesem Jahr finalisiert wird.

Der Richtlinienentwurf beschreibt u.a. die Tatbestandsmerkmale, die erfüllt sein müssen, damit als unzulässig angesehene Gestaltungen im Rahmen von *Related Party Debt* ganz oder teilweise in Eigenkapital umqualifiziert werden können. Dabei gelten die Regelungen grundsätzlich rückwirkend ab dem 4. 4. 2016 (zu den Ausnahmen s. Richtlinienentwurf, Reg. §1.385-3(h)). Zur Regelung des Anwendungsbereichs bedient sich der Richtlinienentwurf des Tatbestands der *Expanded Group* der Sec. 1504(a) IRC, der aber für Zwecke des Richtlinienentwurfs erweitert wurde: Zur *Expanded Group* in diesem Sinne gehören alle Kapitalgesellschaften (*Corporations*), die mit der darlehensnehmenden Kapitalgesellschaft direkt oder indirekt – z. B. mittels Personengesellschaften (*Partnerships*) – zu mindestens 80% (Stimmrecht oder Verkehrswert der Anteile) verbunden sind. Die 80%-Grenze vermindert sich im Fall der nur teilweisen Umqualifizierung (*Bifurcation Rule*; hier nicht weiter behandelt) auf 50%.

Fallbeispiel: Die deutsche Muttergesellschaft MG hält 100% der Anteile an der US-Tochtergesellschaft USTG, 90% an der deutschen Tochtergesellschaft DTG und 40% an der österreichischen Tochtergesellschaft ÖTG. MG vergibt ein Gesell-

schafterdarlehen an USTG. Die *Expanded Group* besteht aus MG, USTG und DTG.

Nach den allgemeinen Regeln gehören zum Tatbestand der *Corporation* alle nach US-Steuerrecht als intransparent behandelten Rechtsformen, so z. B. auch die Limited Liability Company (LLC) und die Limited Partnership (LP), sofern sie für US-steuerliche Zwecke als intransparent behandelt werden, weil sie z. B. das *Check-the-box*-Wahlrecht ausgeübt haben (zu den Rechtsformen und ihrer US-steuerlichen Einordnung vgl. *Dendorfer*, in: Beck'sches Steuerberaterhandbuch 2015/2016, a. a. O., Rdnr. 935 f.). Nach derzeitigem Verständnis des Richtlinienentwurfs umfasst sein Anwendungsbereich die folgenden Unternehmensrechtsformen:

- (1) Die darlehensnehmende Gesellschaft ist eine nach dem Recht eines der US-Bundesstaaten (oder dem District of Columbia) gegründete US-Corporation (bzw. wird US-steuerlich als intransparent behandelt), und
- (2) die darlehensgebende Gesellschaft ist
 - eine nach dem Recht eines der US-Bundesstaaten (oder dem District of Columbia) gegründete US-Kapitalgesellschaft oder eine Kapitalgesellschaft mit Sitz im US-Ausland (bzw. wird US-steuerlich als intransparent behandelt), oder
 - eine nach dem Recht eines der US-Bundesstaaten (oder dem District of Columbia) gegründete US-Personengesellschaft oder eine Personengesellschaft im US-Ausland (bzw. wird US-steuerlich als transparent behandelt), sofern sie von mindestens einer Kapitalgesellschaft (US-steuerlich intransparent) gehalten wird und die Kapitalgesellschaft als Mitglied der *Expanded Group* zu qualifizieren ist.

Personengesellschaften werden so behandelt, als ob ihre Vermögensgegenstände unmittelbar von ihren Gesellschaftern gehalten werden (*Aggregate Concept*; ähnlich der früheren deutschen Bilanzbündeltheorie). Somit sind z. B. die folgenden Szenarien betroffen (vereinfachte Annahme, dass sämtliche Beteiligungen jeweils zu mindestens 80% gehalten werden):

Darlehensnehmer	Darlehensgeber, der zugleich Gesellschafter des Darlehensnehmers ist
a) US Corporation	dt. GmbH oder AG
b) US Corporation	dt. GmbH & Co. KG (US-steuerlich transparent), die eine GmbH oder AG als Gesellschafterin hat
c) US Corporation	dt. GmbH & Co. KG (US-steuerlich intransparent), die natürliche Person(en) als Gesellschafter hat

Ferner fallen z. B. die folgenden Szenarien *nicht* unter den Anwendungsbereich (vereinfachte Annahme, dass sämtliche Beteiligungen jeweils zu mindestens 80% gehalten werden):

Darlehensnehmer	Darlehensgeber, der zugleich Gesellschafter des Darlehensnehmers ist
a) US Corporation	dt. natürliche Person(en)
b) US Corporation	dt. GmbH & Co. KG (US-steuerlich transparent), die von den natürlichen Personen gehalten wird
c) US LP (US-steuerlich transparent)	dt. GmbH (US-steuerlich intransparent) oder AG
d) US LLC (US-steuerlich transparent)	dt. GmbH (US-steuerlich intransparent) oder AG
e) US Corporation	dt. GmbH (US-steuerlich transparent), gehalten von natürlichen Personen

Ist aber in der vorstehenden Alternative (a) der Darlehensgeber, abweichend vom Gesellschafter, eine US-steuerlich intransparente GmbH, fällt diese Alternative unter den Anwendungsbereich des Richtlinienentwurfs. Gleiches gilt für die Alternative (b), falls der Darlehensgeber hier wiederum eine US-steuerlich intransparente GmbH ist, die nicht zugleich Gesellschafter ist.

Sofern in den vorstehenden Alternativen (c) und (d) die LP bzw. LLC die Anteile einer US-Corporation hält, sind die Regelungen des Richtlinienentwurfs auf diese US-Corporation anwendbar.

Der Richtlinienentwurf stützt sich im Wesentlichen auf die folgenden Tatbestandsgruppen:

aa) Umqualifizierung in Eigenkapital mangels ausreichender Dokumentation (Documentation Rule)

Die darlehensnehmende Gesellschaft (steuerlich intransparente Behandlung) in der *Expanded Group* hat innerhalb von 30 Tagen (120 Tagen in Sonderfällen) seit Darlehensaufnahme in ihren Akten zu dokumentieren, dass

- eine rechtliche Verpflichtung zur Darlehensrückzahlung (also z. B. ordnungsgemäßer Darlehensvertrag) besteht,
- die Gläubigerrechte durchsetzbar und gegenüber den Gesellschaftern vorrangig sind,
- die Darlehensbedingung und -rückzahlung finanziell machbar ist (z. B. aufgrund eines Cash-Flow-Plans, Credit Study, u. Ä.),
- die Behandlung des Darlehensverhältnisses wie unter fremden Dritten erfolgte (wobei erhöhte Anforderungen z. B. im Fall von revolvingenden Krediten und Cash Pooling-Vereinbarungen bestehen).

Den erhöhten Dokumentationsanforderungen unterliegen Darlehensnehmer jedoch nur, wenn

- mindestens eines der Mitglieder der *Expanded Group* börsennotiert ist oder
- die Bilanzsumme aller Mitglieder der *Expanded Group* mehr als USD 100 Mio. beträgt oder
- der Gesamtumsatz der *Expanded Group* mehr als USD 50 Mio. beträgt.

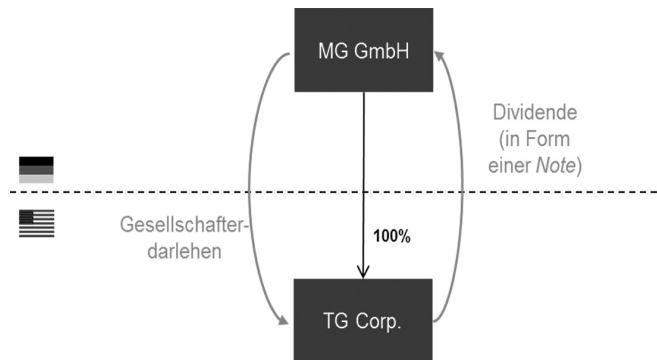
Handelt es sich z. B. um eine Unternehmensgruppe ohne Börsennotierung und werden die beiden vorgenannten Schwellenbeträge nicht erreicht, entfallen die 30-Tage-Frist und die Dokumentation der finanziellen Machbarkeit. Es gelten hier aber trotzdem weiterhin die im *Case Law* zu Sec. 385 IRC entwickelten Fremdvergleichskriterien.

bb) Automatische Umqualifizierung in Eigenkapital in Distributed Debt-Fällen (General Rule)

Bei der als *General Rule* bezeichneten Vorschrift bezieht sich der Richtlinienentwurf auf die folgenden drei Fallgruppen:

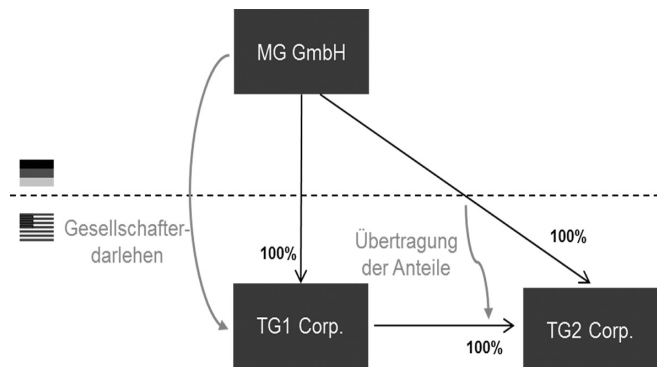
(1) Dividendenausschüttung und sofortige Rückführung als Gesellschafterdarlehen: Es handelt sich hierbei um ein *Schütt-aus-hol-zurück-Verfahren*, ohne dass Geldmittel fließen. Im US-steuerlichen Sprachgebrauch wird der Vorgang etwas unglücklich als *Distribution of a Debt Instrument* bezeichnet. Damit ist die „Ausschüttung“ einer *Promissory Note* gemeint, wobei die *Note* eine Verpflichtung des Darlehensnehmers schriftlich bestätigt, dass die Darlehensvaluta bei Fälligkeit zurückbezahlt wird.

Fallbeispiel: TG schüttet an MG eine *Note* aus, in der die Verpflichtung zur Rückzahlung des vereinbarten Gesellschafterdarlehens enthalten ist. Es findet ein Passivtausch statt (Eigenkapital gegen Gesellschafterdarlehen).



(2) Ausgabe einer *Promissory Note* als Gegenleistung für den Erwerb der Anteile eines Mitglieds der *Expanded Group*. Mit anderen Worten: Aufnahme eines Gesellschafterdarlehens zur Finanzierung des Erwerbs der Anteile an einem verbundenen Unternehmen durch ein Tauschgeschäft.

Fallbeispiel: TG1 erwirbt die Anteile an der Schwestergesellschaft TG2 von der Muttergesellschaft MG im Tausch gegen eine *Note*.



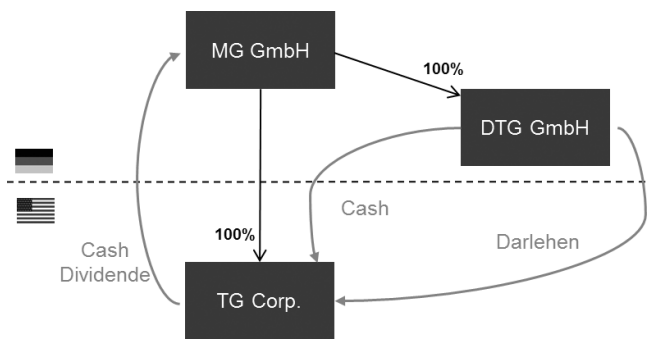
(3) Ausgabe einer *Promissory Note* als als Gegenleistung für den Erwerb von Vermögensgegenständen im Rahmen einer steuerfreien Umstrukturierung innerhalb der *Expanded Group*.

Den *Distributed Debt*-Szenarien ist gemein, dass bei der darlehensnehmenden Gesellschaft Eigenkapital durch Gesellschafterdarlehen ersetzt wird, ohne dass neues Kapital in die darlehensnehmende Gesellschaft investiert wird (vgl. auch *Wang*, IRS Issues Prop. Regulations Intended to Limit Earnings Stripping, in: Practising Law Institute, Basics of International Taxation, 2016, S. 337 ff., 340 f.).

cc) Automatische Umqualifizierung in Eigenkapital in Fällen grundlegender Absicht der Finanzierung von Distributed Debt und ähnlichen Fällen (Funding Rule)

Um etwaige Umgehungsmöglichkeiten bei der Anwendung der *General Rule* auszuschließen, soll die *Funding Rule* Gestaltungen auffangen, bei denen bei der Aufnahme der *Related Party Debt* die grundlegende Absicht (*Principal Purpose*) bestand, die oben beschriebenen *Distributed Debt*-Fälle und ähnliche Fälle zu finanzieren.

Fallbeispiel: TG schüttet eine Dividende in Cash an die deutsche Muttergesellschaft MG aus und finanziert die Ausschüttung mit einem Gesellschafterdarlehen, das sie von der deutschen Schwestergesellschaft DTG erhalten hat.



Der Richtlinienentwurf geht sogar soweit, eine *unwiderlegbare Vermutung (Rebuttable Presumption)* in den Tatbestand mit aufzunehmen, dass die Finanzierungsabsicht evident ist, sofern die *Related Party Debt* innerhalb von 36 Monaten vor bzw. 36 Monaten nach der Dividendenausschüttung bzw. des Erwerbs vereinbart wurde.

Der als *Per-se Rule* bezeichnete Bestandteil der *Funding Rule* gilt nicht für Transaktionen im normalen Geschäftsverkehr, z. B. im Fall des Einkaufs von Warenvorräten. *Cash Pooling*-Aktivitäten fallen aber nicht unter die Ausnahmeregelung.

dd) Umqualifizierung in Eigenkapital in Missbrauchsfällen (Anti-abuse Rule)

Als Auffangregelung fungiert ferner die *Anti-abuse Rule*, die zur Umqualifizierung der *Related Party Debt* in Eigenkapital dient, wenn eine Gestaltung gewählt wird, mit der die Anwendung der *General Rule* oder der *Funding Rule* verhindert werden soll. Proposed Reg. §1.385-3 enthält entsprechende Fallbeispiele.

ee) Ausnahmeregelung

Der Anwendung der *General Rule*, *Funding Rule* und *Anti-abuse Rule* unterliegen darlehensnehmende Corporations u. a. nicht, sofern

- die Summe der eigenkapitalersetzenden *Related Party Debt* der *Expanded Group* den Betrag von USD 50 Mio. nicht übersteigt und
- die Summe der im Steuerjahr ausgegebenen eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen der darlehensnehmenden Gesellschaft den Betrag ihrer *Earnings & Profits* (s. oben II. 3. a) im gleichen Jahr nicht übersteigt.

4. Umwandlung von Gesellschafterdarlehen in Kapitalrücklagen

Die Umwandlung von (anerkannten) Gesellschafterdarlehen in Eigenkapital – also gerade entgegengesetzt dem bisherigen Betrachtungsgegenstand – kann außersteuerliche Gründe haben, wie z. B. die Verbesserung des Bilanzbildes der US-Tochtergesellschaft durch den Wegfall des Gesellschafterdarlehens. Ferner wird oft die steuerliche Rechtssicherheit gegenüber dem steuerlichen Risiko einer Umqualifizierung des Gesellschafterdarlehens in Eigenkapital z. B. im Fall einer US-steuerlichen Betriebsprüfung favorisiert.

Sofern die Einlage in die Kapitalrücklagen (*Paid-in Capital*) erfolgt und die darlehensgebende Muttergesellschaft die Darlehensforderung noch nicht abgeschrieben hat, kann die Einlage grundsätzlich US-ertragsteuerfrei erfolgen. Falls jedoch der Buchwert der Darlehensforderung der Mutterge-

sellschaft niedriger ist als die Darlehensverbindlichkeit der US-Tochtergesellschaft, ergibt sich in Höhe der Differenz ein US-steuerlicher Gewinn.

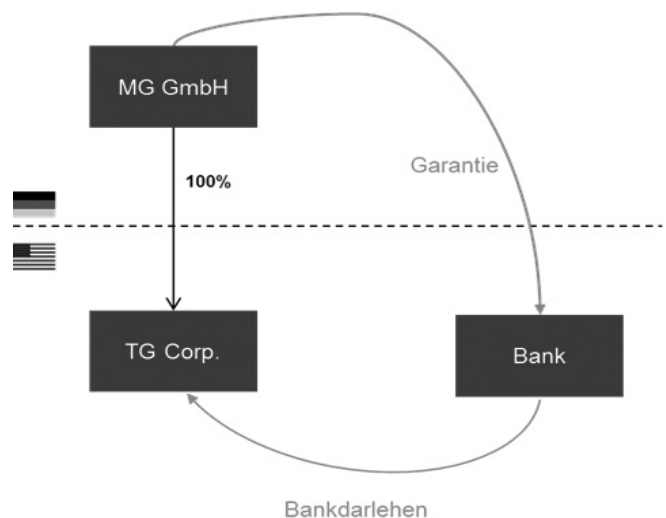
Als sichere Alternative kann der Weg gewählt werden, dass die Muttergesellschaft liquide Mittel in die Kapitalrücklagen der Tochtergesellschaft einzahlte und diese die Mittel zur Rückzahlung des Gesellschafterdarlehens verwendet.

III. Wirtschaftliche Bewertung

Die Finanzierung der US-Tochtergesellschaft (TG) mittels Gesellschafterdarlehen bedarf aus deutscher und vor allem aus US-steuerlicher Sicht eines relativ hohen Maßes an Feineinstellung. Außerdem unterliegen im Fall von Gesellschafterdarlehen der deutschen Muttergesellschaft (MG) die vereinnahmten Darlehenszinsen der deutschen Ertragsteuer, während die Zinsen auf Ebene der US-Tochtergesellschaft u. U. nicht abzugsfähig sind (s. oben II. 1. bis 3.).

Dagegen erscheint die Finanzierung der TG mittels eines Bankdarlehens mit der TG als Darlehensnehmerin weniger problemföhlend und weniger beratungsintensiv, selbst wenn die MG für die Rückzahlung und Bedienung des Bankdarlehens garantiert.

Fallbeispiel:



Aufgrund der Garantie der MG gegenüber der Bank kann die US-Zinsschranke (*Earnings Stripping Rules*) greifen, wenn – wie im obigen Fallbeispiel – die darlehensnehmende TG für US-steuerliche Zwecke als intransparent behandelt wird (z. B. Corporation) oder wenn sie eine US-steuerlich transparente Gesellschaft ist (z. B. *Limited Partnership*), die MG aber eine Kapitalgesellschaft (US-steuerlich intransparent) ist.

Ferner wird bei der Finanzierungsgestaltung die Anwendung des *Case Law* zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen vermieden. Die geplanten Neuregelungen im Richtlinienentwurf des IRS zu Sec. 385 IRC sind ebenfalls nicht anwendbar (vorausgesetzt, die Bank ist keine nahestehende Person im Verhältnis zur MG oder TG, wovon im Normalfall ausgegangen werden kann).

Trotz der eventuellen Garantie der MG gegenüber der Bank können die *Earnings Stripping Rules* vermieden werden, wenn es sich um eine – aus US-steuerlicher Sicht – volltransparente Beteiligungsstruktur handelt (z. B. Kombinati-

	Geltendes Recht (Case Law)	Prop. Reg. § 1.385
Darlehensnehmer	US-Corporation (i. S. v. US-steuerlich intransparente Gesellschaft)	US-Corporation (i. S. v. US-steuerlich intransparente Gesellschaft) als Mitglied der <i>Expanded Group</i> (80% bzw. 50% Anteilsbesitz)
Darlehensgeber	Natürl. Person, Personengesellschaft, Kapitalgesellschaft, zugleich Gesellschafter der darlehensnehmenden Corporation	Kapitalgesellschaft (i. S. v. US-steuerlich intransparent) der <i>Expanded Group</i> , nicht unbedingt auch zugleich Gesellschafter der darlehensnehmenden Corporation
Dokumentationspflicht	Im Rahmen des Fremdvergleichs; keine Schwellenwerte	Erhöhte Anforderungen; grds. 30-Tage-Frist; Schwellenwerte: Börsennotierung oder Bilanzsumme der <i>Expanded Group</i> > USD 100 Mio. oder Umsatz der <i>Expanded Group</i> > USD 50 Mio.
Maßstab	Fremdvergleich; Auslegungsgrundsatz	Automatisch bei General Rule und Funding Rule; unwiderlegbare Vermutung bei Funding Rule; Auslegungsgrundsatz nur bei Anti-abuse Rule; Schwellenwerte: Summe der umqualif. Darlehen > USD 50 Mio., und Summe der umqualif. Darlehen im Stj. > Earnings & Profits im Stj.

on der deutschen GmbH & Co. KG mit der Limited Partnership [LP] in den USA, wobei bei Letzterer z. B. eine *Corporation* als *General Partner* für Zwecke der Haftungsbeschränkung eingesetzt ist). Hier sollten aber die Vorteile der Vermeidung der *Earnings Stripping Rules* und der Vermeidung des Risikos der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen mit eventuellen anderen Risiken (wie z. B. des Risikos der US-Nachlasssteuer im Fall des Ablebens eines Gesellschafters der GmbH & Co. KG) abgewogen werden.

Um nach der eventuellen gesetzlichen Einführung der *Regulations* zu Sec. 385 IRC (s. oben II.3.b) unerwartete US-Steuerkonsequenzen zu vermeiden, weil z. B. die eine oder andere – aus wirtschaftlichen, nicht steuermotivierten Gründen – Gestaltung zur automatischen Umqualifizierung in Eigenkapital führen könnte (z. B. aufgrund der *Funding Rule*), kann es auch hier ratsam sein, statt der gruppeninternen Finanzierung die Außenfinanzierung mit Hilfe eines Bankkredits direkt an die US-Tochtergesellschaft in Betracht zu ziehen.

Da der Anwendungsbereich der geplanten *Regulations* zur Sec. 385 IRC nicht alle darlehensnehmenden Gesellschaften bzw. ihre nahestehenden Personen bzw. Gesellschaften umfasst, wird auch für den Fall, dass die *Regulations* plangemäß finalisiert werden, das gegenwärtige Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen (*Case Law* zu Sec. 385 IRC) weiter – wenngleich eingeschränkt – gelten. Der folgende vereinfachte Vergleich des *Case Law* mit dem Richtlinienentwurf soll die Konturen andeuten, die vor allem durch die dort geregelten Schwellenwerte auftreten (s. Tabelle oben).

Aufgrund des im Richtlinienentwurf enthaltenen Dokumentationsanfordernisses der Machbarkeit der Gesellschafterdarlehensbedienung und -rückzahlung dürfte die Rolle der Kredit- und Finanzberatungsinstitute bei der Erstellung externer Machbarkeitsstudien bzw. *Credit Studies* in den Vordergrund rücken.

Die *General Rule* und die *Funding Rule* des Richtlinienentwurfs zur Sec. 385 IRC sollen dem Umstand entgegenwirken, dass in der US-Gesellschaft der Anteil der Gesellschafterfremdfinanzierung gegenüber dem der Eigenkapitalfinanzierung wächst, ohne dass neues Kapital in der US-Gesellschaft investiert wird. Davon ist die Finanzierung mit Gesellschafterdarlehen i. d. R. nicht betroffen, bei der neue liquide Mittel mit der Darlehensvaluta in die US-Tochtergesellschaft gelangen, ohne dass die bereits vorhandene Eigenkapitaldecke z. B. durch das *Schütt-aus-hol-zurück-Verfahren* (s. oben II.3.b(1)) vermindert wird. Das dürfte von vielen in den USA investierenden Familienunternehmen erleichternd aufgenommen werden.

Ratsam ist allerdings für den Fall, dass der Richtlinienentwurf finalisiert wird, jede geplante Aktivität im Rahmen der Finanzierung des US-Geschäfts daraufhin zu prüfen, welche kritischen US-steuerlichen Folgen sie auslösen könnte. Das gilt insbesondere für Dividendenausschüttungen, Aufnahme von Gesellschafterdarlehen bzw. Darlehen von nahestehenden Unternehmen oder Personen, Beteiligungsumstrukturierungen und Unternehmenskäufe. Ferner sollten die ordnungsgemäße Dokumentation der laufenden Gesellschafterdarlehen bzw. gruppeninternen Finanzierungsvereinbarungen überprüft und ggf. gruppeninterne Arbeitsanweisungen für die Dokumentationsanfordernisse erstellt werden, die mit dem *Case Law* bzw. dem Richtlinienentwurf konform gehen.

Der IRS hat mit dem Richtlinienentwurf nicht nur erforderlichen Geist bei der Namensgebung der darin enthaltenen zahlreichen Regeln (*General Rule*, *Funding Rule* etc.) gezeigt, sondern vor allem die Landschaft der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen verändert. Denn er hat den Anwendungsbereich auf die *Expanded Group* und damit auch auf die Darlehen von Nichtgesellschaftern (im Sinne von nahestehenden Unternehmen) erweitert sowie den Fokus von der *Thin Capitalization* (unangemessen hohe Gesellschafterdarlehen im Verhältnis zum Eigenkapital) auf die *Base Erosion* (das „Abtragen“ der US-Steuerbemessungsgrundlage) gelegt.



Dr. Will Dendorfer

Steuerberater und Certified Public Accountant, Mitglied des AICPA, New York. Promotion an der Universität Bayreuth. Partner bei der internationalen Beratungs- und Prüfungsgesellschaft Rödl & Partner und nach 27 Jahren Berufserfahrung in den USA (zuletzt New York) nunmehr von München aus tätig. Strategische US-Steuerplanung für deutsche Familienunternehmen, Medienunternehmen, Fondsgesellschaften und vermögende Privatpersonen in allen Phasen des US-Investments.



Elisa Fay

Certified Public Accountant, Mitglied des AICPA, New York. Master of Taxation der Georgia State University. Partnerin bei der internationalen Beratungs- und Prüfungsgesellschaft Rödl & Partner, leitet deren USA-weite Steuerabteilung. Im Rahmen ihrer Tätigkeit im nationalen und internationalen US-Steuerrecht spezialisierte sie sich auf die Steuerplanung für deutsche Familienunternehmen und deutsche vermögende Privatpersonen.