
Analysen und Berichte zum Wirtschafts- und Steuerrecht

Herausgegeben von Jun.-Prof. Dr. iur. Heribert M. Anzinger



TECHNISCHE
UNIVERSITÄT
DARMSTADT

Fachbereich Rechts- und
Wirtschaftswissenschaften

No. 3

Marc Braun

Vergleichende Analyse der Unterkapitalisierungs-
regelungen in Frankreich, USA und Deutschland
unter besonderer Berücksichtigung der Zinsschranke

Braun, Marc:

Vergleichende Analyse der Unterkapitalisierungsregelungen in Frankreich, USA und Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Zinsschranke / Marc Braun. - Darmstadt : Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Technischen Universität Darmstadt, 2009. - 83 S. : graph. Darst. - (Analysen und Berichte zum Wirtschafts- und Steuerrecht ; 3)

ISSN: 1868-0518

Bitte zitieren Sie dieses Dokument unter Angabe von:

URN: urn:nbn:de:tu-darmstadt-13460

URL: <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/1346>

Dieses Dokument wird bereitgestellt von tuprints, E-Publishing-Service der TU Darmstadt.

<http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de>

E-mail: tuprints@ulb.tu-darmstadt.de

Die Veröffentlichung steht unter folgender Creative Commons Lizenz:

Namensnennung-Keine kommerzielle Nutzung-Keine Bearbeitung 2.0 Deutschland

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/de/>



Zu dieser Reihe

In der Reihe *Analysen und Berichte zum Wirtschafts- und Steuerrecht* werden herausragende Studien- und Diplomarbeiten veröffentlicht, die einen Beitrag zum Erkenntnisgewinn insbesondere im Steuerrecht, im Bilanzrecht, im Unternehmensrecht, im Finanz-, Bank- und Kapitalmarktrecht und in angrenzenden Rechtsgebieten liefern wollen.

Anlass zur Begründung dieser Reihe war der Umstand, dass mir als Hochschullehrer immer wieder gute Arbeiten vorgelegt wurden, deren Gedanken und Erkenntnisse ich gerne einer breiteren Fachöffentlichkeit zugänglich gemacht hätte. Doch zu oft ließen vereinzelte methodologische Zweifel, kleinere formale Mängel oder schlicht der Umfang der Arbeiten den Weg zu einer wissenschaftlichen Zeitschriftenveröffentlichung als weit erscheinen. Und die studentischen Verfasser hatten zwar regelmäßig großes Interesse an einer Veröffentlichung, oft aber bereits bei Abgabe ihrer Arbeiten mit dem ersten Arbeitsvertrag ausgestattet, nicht mehr die Zeit zu den dafür notwendigen Kürzungen und Überarbeitungen.

Diese ausdrücklich als Forum für Studien- und Diplomarbeiten deklarierte Reihe ermöglicht es, weiterführende studentische Analysen und Berichte unredigiert herauszugeben.

Dr. iur. Heribert M. Anzinger, Juniorprofessor für Steuerrecht



Vorwort

Das Steuerrecht verhält sich gegenüber unternehmerischen Finanzierungsentscheidungen nicht neutral. Während die Vergütungen für die Überlassung von Eigenkapital (z.B. Dividendenausschüttungen) den steuerbaren Gewinn nicht mindern dürfen, sind Fremdkapitalaufwendungen (z.B. Darlehenszinsen) als Betriebsausgaben beim Schuldner gewinnmindernd abzugsfähig. In der internationalen Steuergestaltung wird diese Asymmetrie der steuerlichen Behandlung von Eigen- und Fremdkapital (auch) gezielt zur Gewinnverlagerung in Niedrigsteuerländer genutzt.

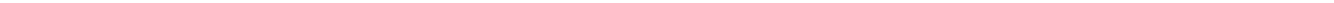
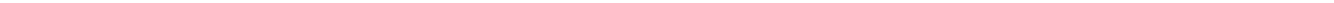
Mit Blick auf diese Steuergestaltungen haben fast alle entwickelten Industriestaaten in ihre nationalen Steuerrechtsordnungen Regelungen implementiert, die der gezielten Verlagerung von Steuersubstrat durch Fremdfinanzierungsgestaltungen ins Ausland entgegenwirken sollen. Mit diesen Regelungen beschäftigt sich die vorliegende Arbeit.

In den klassischen Varianten knüpfen die gesetzlichen Abzugsbeschränkungen für Fremdkapitalaufwendungen an das Verhältnis zwischen Eigen- und Fremdkapital an. Eine jeweils gesetzlich definierte Unterkapitalisierung führt zur Versagung oder Einschränkung des Betriebsausgabenabzugs. Deshalb spricht man von "Unterkapitalisierungsregeln", "thin capitalisations rules" oder "règles de sous-capitalisation". In Deutschland sind die zuvor in § 8 a KStG verankerten Unterkapitalisierungsregeln mit der Unternehmenssteuerreform 2008 durch die sog. "Zinsschranke" abgelöst worden. Diese knüpft nicht mehr allein an das Verhältnis von Eigenkapital und Fremdkapital an, ist ebenso komplex wie umstritten und gilt im internationalen Vergleich als ungewöhnlich.

In seiner, im Rahmen einer Studienarbeit angefertigten Studie vergleicht Marc Braun die neuen deutschen Regelungen mit den "earning stripping rules" in den USA und den vorgenannten "règles de sous-capitalisation" in Frankreich. Herausgearbeitet werden die Tatbestandsvoraussetzungen der jeweiligen Regelungen und aufgezeigt werden Gemeinsamkeiten ebenso wie Unterschiede. Bezogen auf die Praxis werden am Beispiel der Wohnungs- und Immobilienwirtschaft besondere branchenspezifische Wirkungen der Zinsschranke aufgezeigt. Ebenso problematisiert der Verfasser die Auswirkungen der Zinsschranke aus sog. Leveraged Buy-out und geht auf mögliche Ausweichgestaltungen ein. Eingegangen wird auch auf die Effekte der Zinsschranke in wirtschaftlichen Schwächephasen.

Im März 2009

Dr. iur. Heribert M. Anzinger, Juniorprofessor für Steuerrecht



Marc Braun

Vergleichende Analyse der Unterkapitalisierungsregelungen in Frankreich, USA und Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Zinsschranke



Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	7
Abbildungsverzeichnis.....	9
Abkürzungsverzeichnis.....	10
1. Einleitung.....	12
2. Unterkapitalisierungsregelungen.....	14
2.1. Notwendigkeit von Unterkapitalisierungsregelungen.....	14
2.2. Grundkonzeptionen im internationalen Überblick.....	15
2.3. Entstehung und Entwicklung der Unterkapitalisierungsregelungen.....	18
2.3.1. USA.....	18
2.3.1.1. Entstehung der <i>earnings stripping rules</i>	18
2.3.1.2. Überlegungen zur Verschärfung der geltenden Regeln.....	19
2.3.2. Frankreich.....	20
2.3.2.1. Entstehung der <i>règles de sous-capitalisation</i>	20
2.3.2.2. Verschärfung der <i>règles de sous-capitalisation</i>	22
2.3.3. Deutschland.....	23
2.3.3.1. Entstehung der Regelung zur Gesellschafterfremdfinanzierung.....	23
2.3.3.2. Unternehmenssteuerreform 2008 und Einführung der Zinsschranke.....	24
3. Rechtsvergleich.....	26
3.1. Grundkonzeption.....	26
3.1.1. USA – <i>earnings stripping rules</i>	26
3.1.2. Frankreich – <i>règles de sous-capitalisation</i>	27
3.1.3. Deutschland – Zinsschranke.....	28
3.2. Anwendungsbereich.....	28
3.2.1. USA.....	28
3.2.2. Frankreich.....	30
3.2.3. Deutschland im Vergleich.....	31
3.3. Zinsabzugsgrenze.....	34
3.3.1. USA.....	34
3.3.2. Frankreich.....	36
3.3.3. Deutschland im Vergleich.....	38
3.4. Ausnahmen und Entschärfungen.....	40
3.4.1. USA.....	40
3.4.1.1. <i>Safe Haven</i>	40
3.4.1.2. <i>Affiliated Group</i>	41
3.4.2. Frankreich.....	41
3.4.2.1. Freigrenzen.....	41
3.4.2.2. Cash-Pool-Systeme.....	42
3.4.2.3. Leasinggesellschaften und Kreditinstitute.....	42

3.4.2.4. Konzernverschuldungsquotient	42
3.4.2.5. Steuerlicher Organkreis.....	43
3.4.3. Deutschland im Vergleich	44
3.4.3.1. Freigrenze	44
3.4.3.2. Stand-Alone-Klausel	44
3.4.3.3. Escape-Klausel.....	45
3.4.3.4. Rückausnahmen	49
3.4.3.5. Organschaft.....	50
3.5. Rechtsfolgen und Zinsvortrag	51
3.5.1. USA	51
3.5.2. Frankreich	52
3.5.3. Deutschland im Vergleich	53
4. Auswirkungen der Zinsschranke	56
4.1. Relevanz der Zinsschranke für die Planung deutscher Unternehmen.....	56
4.2. Branchenabhängige Auswirkungen am Beispiel der Wohnungs- und Immobilienwirtschaft ...	58
4.3. Auswirkungen der Zinsschranke auf Leveraged Buy-outs.....	61
4.4. Krisenverschärfende Wirkung der Zinsschranke in wirtschaftlichen Schwächephasen	63
5. FAZIT	65
Geführtes Interview im Rahmen der Studienarbeit	67
Literaturverzeichnis	68
Anhang	77
I. Prüfungsschema Zinsschranke.....	77
II. Steuerentlastung und Finanzierung der Unternehmenssteuerreform (Quelle:BMF)	77
III. Beispielrechnung Krisenunternehmen – Substanzbesteuerung	78
IV. Rechenbeispiel zur Wirkungsweise der verglichenen Unterkapitalisierungsvorschriften.....	79

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 3-1: Einfaches Rechenbeispiel zur Bestimmung des abzugsfähigen Zinsanteils.....	35
Abbildung 3-2: Definition des EBITDA laut Anwendungserlass des BMF vom 4. Juli 2008	38
Abbildung 3-3: Berechnung der betrieblichen Eigenkapitalquote	47
Abbildung 4-1: Immobilienunternehmen mit FK-Anteil über 75 % (Quelle: BFW Research 2008).....	58
Abbildung 4-2: Zusatzbelastung aus der Zinsschranke in verschiedenen Konstellationen von FK-Quote, Rendite und FK-Zins (Quelle: Deloitte, Gutachten zur Zinsschranke (2008)).....	59

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
ATI	Adjusted Taxable Income
CMF	Code monétaire et financier
EBITDA	Earnings before interest, taxes, depreciation and amortization
EK	Eigenkapital
FCDC	Foreign Controlled Domestic Corporation Section
FK	Fremdkapital
GAAP	Generally Accepted Accounting Principles
IAS	International Accounting Standards
IFRS	International Financial Reporting Standards
IRC	Internal Revenue Code
IRS	Internal Revenue Service
LBO	Leveraged Buy-outs
PPP	Public Private Partnership
Prop. Reg.	Proposed Regulations
RCAIA	Résultat courant avant impôts, majoré des intérêts déductibles et amortissements.
Rdnr.	Randnummer
REIT	Real Estate Investment Trust
Sec.	Section
vGA	verdeckte Gewinnausschüttung
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz

1. Einleitung

Unterschiede in der Steuergesetzgebung verschiedener Staaten werden von international tätigen Unternehmen als Chance und Anlass zugleich begriffen, intelligente Lösungen zur Minderung ihrer Steuerlast zu entwickeln. Neben der tatsächlichen Verlagerung von Produktions- oder Betriebsstätten in ein Niedrigsteuerland gibt es eine Vielzahl virtueller Gestaltungsmöglichkeiten: So z.B. die Abrechnung künstlich überhöhter Verrechnungspreise bei konzerninternen Lieferungen an eine im Hochsteuerland ansässige Tochtergesellschaft. Für diese reduziert sich damit der Gewinn und die zu zahlende Ertragsteuer (*transfer pricing*).¹ Bei einer anderen Variante werden Konzerngesellschaften in Hochsteuerländern durch konzerninterne Darlehen gezielt mit Fremdkapital ausgestattet (Gesellschafterfremdfinanzierung), da diese im Gegensatz zu Dividenden grundsätzlich als Betriebsausgabe abzugsfähig sind. Mit derartigen Finanzierungsstrukturen können Unternehmen ggf. in erheblichem Maße inländisches Ertragspotential ins niedrig besteuerte Ausland verlagern.

Viele Länder schützen sich gegen derartige Steuergestaltungen mit speziellen Unterkapitalisierungsvorschriften. Erst kürzlich haben Frankreich und Deutschland ihre Regelwerke verschärft. In Deutschland wurde 2008 im Rahmen der Reform des Unternehmensteuergesetzes die so genannte Zinsschranke eingeführt, mit der die bisher geltenden Regelungen der Gesellschafterfremdfinanzierung nach § 8a KStG aF abgelöst wurden.

In der aktuellen wirtschaftlichen Situation, mit teilweise stark zurückgehenden Gewinnen, wird die neue Zinsschranke für die Mehrheit der Gesellschaften zum dominierenden Thema der Unternehmensteuerreform. Kritische Stimmen aus Wirtschaft und Politik gibt es zur Genüge. Die Zinsschranke drohe die Finanzklemme vieler Unternehmen in der Wirtschaftskrise zusätzlich dramatisch zu verschärfen.² Eilers merkt in einem kürzlich im Handelsblatt erschienen Artikel kritisch an: „Wer es verantworten kann, milliardenschwere Rettungspakete für einzelne Unternehmen in Seenot zu organisieren, darf auch nicht untätig bleiben, um die Mehrheit der deutschen Unternehmen zumindest um die gefährlichen Klippen der Zinsschranke herum zu lotsen.“³

Die Vermeidung von Gewinnabflüssen über die Reglementierung der Abzugsfähigkeit von Finanzierungsaufwendungen scheint zwingend geboten. Dennoch sollte die Art der Ausgestaltung nicht dazu führen, dass die Wettbewerbsfähigkeit der eigenen Wirtschaft im Verhältnis zu anderen Staaten zu sehr dadurch leidet. Die Notwendigkeit, zwischen diesen beiden Zielen die Balance zu halten, wirft die Frage nach einem Vergleich der national unterschiedlichen Lösungen auf. Die folgende Analyse setzt die als Pionier der Unterkapitalisierungsregelungen geltenden amerikanischen *earnings stripping rules* mit den reformierten europäischen Lösungen der deutschen Zinsschranke und der französischen *règles de sous-capitalisation* in Bezug, geht auf wesentliche Unterschiede ein und erörtert die jeweiligen Vor- und Nachteile.

Zunächst wird unter Einbezug aktueller empirischer Untersuchungen die grundlegende These untersucht, dass Steuersatzdifferenzen nachweisbare Effekte auf die Finanzierungsstruktur multinationaler Unternehmen haben und somit der generelle Verdacht der steuerinduzierten

¹ Genschel, ZIB 2000, 267, 279.

² Focus vom 8.12.2008 (Nr.50), (Thewes).

³ Handelsblatt vom 27.11.08, S.18 (Eilers).

Gewinnverlagerung gerechtfertigt ist. Dem folgt ein kurzer Überblick der angewandeten Grundkonzeptionen zur Regelung der Gesellschafterfremdfinanzierung, vornehmlich auf europäischer Ebene. Das einführende Kapitel endet mit einer Erörterung der Ziele und Entstehung der drei verglichenen Regelwerke sowie der wichtigen Impulse zu deren Weiterentwicklung.

Im nachfolgenden, zentralen Teil der Arbeit wird die deutsche Zinsschranke mit den amerikanischen *earings stripping rules* und den neugestalteten französischen *règles de sous-capitalisation* vertiefend verglichen. Dabei werden die Anwendungsbereiche, die Berechnungsmodi des nicht abzugsfähigen Zinsanteils, Ausnahmeregelungen und Rechtsfolgen nacheinander analysiert. In der Vorgehensweise werden immer zuerst die amerikanischen und französischen Vorschriften gegenübergestellt, um jeweils zum Abschluss eines Unterpunktes am Beispiel der deutschen Regelungen eine vergleichende Gesamtbetrachtung durchzuführen.

Vor dem Hintergrund der untersuchten unterschiedlichen Vorgehensweisen, Stärken und Schwächen der drei verglichenen Ländersysteme geht die Arbeit abschließend in einem eigenen Kapitel auf die Auswirkung der Zinsschranke auf das Wirtschaftsgeschehen in Deutschland ein. Dabei wird ein Bogen geschlagen von Problemen in der konkreten Anwendung, über die beispielhafte Betrachtung der Folgen der Zinsschranke auf eine Branche mit strukturell hohem Fremdkapitalanteil, bis hin zu den Einflüssen auf Leveraged Buy-outs, deren Geschäftsmodell wesentlich auf fremdkapital-intensiven Gestaltungen aufbaut. Zum Schluss dieses Kapitels wird auf die aktuell aufkommende Diskussion über die Rolle der Zinsschranke in wirtschaftlichen Schwächephasen eingegangen.

2. Unterkapitalisierungsregelungen

2.1. Notwendigkeit von Unterkapitalisierungsregelungen

Finanzierungsentscheidungen in Unternehmen hängen von einer Vielzahl unterschiedlicher Determinanten ab. Steuerlich motivierte Überlegungen bilden dabei nicht immer den dominierenden Bezugspunkt. So zeigt eine Befragung von *Brounen, De Jong* und *Koedijk*, dass bei der Mehrheit der Unternehmen das strategische Ziel der finanziellen Flexibilität im Vordergrund steht.⁴ Flexibilität wird dabei begriffen als die Fähigkeit eines Unternehmens, sich jederzeit an schwankende Kapitalbedürfnisse anpassen zu können. Je größer die rein steuerlichen Unterschiede in den Finanzierungskosten der zur Verfügung stehenden Kapitalformen sind, um so eher bestimmen steuerliche Überlegungen die Finanzierungspolitik.⁵ Insbesondere bei grenzüberschreitenden Finanzierungen kann das Steuersatzgefälle zwischen den Staaten im Rahmen konzerninterner Gestaltungen genutzt und dadurch eine erhebliche Steuerersparnis erreicht werden.

In dieser Absicht werden oft die in Hochsteuerländern ansässigen Tochtergesellschaften eines Konzerns mit einer geringen Eigenkapitalbasis ausgestattet und über konzerninterne Darlehen der Muttergesellschaft fremdfinanziert. Da Zinszahlungen im Gegensatz zu Dividenden grundsätzlich als Betriebsausgabe abzugsfähig sind, mindern sie die Ertragsteuerbemessungsgrundlage der Tochtergesellschaft im entsprechenden Hochsteuerland, während die Zinserträge der darlehensgebenden Muttergesellschaft im Niedrigsteuerland einer geringeren Gewinnsteuerbelastung unterliegen.

Wegen dieser Gestaltungsoption steht bei international tätigen Unternehmen stets die Vermutung im Raum, dass sie im Rahmen ihres Kapitalmanagements Steuersubstrat aus Hoch- in Niedrigsteuerländer verlagern. Ergebnisse aus neueren empirischen Untersuchungen bekräftigen dies und zeichnen ein einheitliches und ebenso eindeutiges Bild über die Effekte von Steuersatzdifferenzen bei der Kapitalstrukturplanung international aufgestellter deutscher Unternehmen. *Mintz* und *Weichenrieder* z.B. untersuchen die Hypothese, ob deutsche Industrieunternehmen ihre in Hochsteuerländern ansässigen Tochtergesellschaften mit mehr Fremdkapital ausstatten als diejenigen in Niedrigsteuerländern (Outbound-Investitionen).⁶ Sie kommen zu dem Ergebnis, dass ein Anstieg des ausländischen Nominalsteuersatzes um zehn Prozentpunkte im Durchschnitt zu einer um 5,6 Prozentpunkte erhöhten Fremdkapitalquote einer ausländischen Tochtergesellschaft führt.

Damit liefern sie einen ersten Indikator für Gewinnverschiebungen durch grenzüberschreitende Steuergestaltungen.⁷ *Büttner* und *Wamser* zeigen darüber hinaus, dass es nicht allein auf den Steuersatz im Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft ankommt; entscheidend ist vielmehr die Steuersatzdifferenz zwischen dem Land der Tochter und dem Land mit den niedrigsten Steuern, in dem der internationale Konzern tätig ist.⁸ Steigt die Steuersatzdifferenz zwischen diesen Ländern um 10 Prozentpunkte, so führt dies nach ihrer Studie zu einem Anstieg der Fremdkapitalquote der

⁴ Brounen/Jong/Koedijk, *Journal of Banking and Finance* 2006, 1409, 1420.

⁵ Ismer et al., S.100.

⁶ Paneldatenanalyse von Outbound-Investitionen zwischen 1996 und 2004.

⁷ Mintz/Weichenrieder, *CESifo Working Paper* 2005 (No. 1612), 1, 3 ff.

⁸ Büttner/Wamser, *CESifo Working Paper Series* 2007 (No. 1959), 1 ff.

Tochtergesellschaft im höher besteuerten Land um 6.8 Prozentpunkte. Auch für den spiegelbildlichen Fall der Inbound-Investitionen untermauern mehrere ökonomische Untersuchungen die Regel, dass hohe Steuersätze in Deutschland zur Folge haben, dass hier operierende Tochtergesellschaften ausländischer Muttergesellschaften mit deutlich höherem konzerninternem Fremdkapital finanziert werden.⁹ Die empirischen Ergebnisse deuten somit einheitlich auf grenzüberschreitende Gewinnverschiebungen innerhalb multinationaler Unternehmen durch Steuergestaltungen in der Finanzierungsstruktur hin.

Man kann es als klassisches, staatliches Eigenschutzverhalten bezeichnen, wenn die betroffenen Länder, darunter auch Deutschland, die USA und Frankreich, versuchen, solche Gewinnverlagerungen über entsprechende Regelungen zur Gesellschafterfremdfinanzierung zu verhindern. In der Literatur werden in diesem Zusammenhang die Begriffe Unterkapitalisierung (*sous-capitalisation*, *thin capitalisation*) und Gesellschafterfremdfinanzierung oft synonym verwendet, obwohl sie nicht identisch sind. Blumenberg definiert als Gesellschafterfremdfinanzierung alle Finanzierungs-gestaltungen, bei denen Anteilseigner, die eine Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung besitzen, der Gesellschaft Darlehen gewähren.¹⁰ Der Begriff Unterkapitalisierung, der relativ unscharf lediglich eine dünnere Eigenkapitaldecke beschreibt, wird in diesem Zusammenhang ebenfalls verwandt, da die Vorschriften zur Gesellschafterfremdfinanzierung regelmäßig an ein bestimmtes Eigenkapitalverhältnis anknüpfen.¹¹ Zur Vereinfachung wird im Folgenden nicht unterschieden zwischen Regelungen zur Unterkapitalisierung (*sous-capitalisation*, *thin capitalisation*) und Vorschriften zur Gesellschafterfremdfinanzierung, da sie den gleichen Regelungskomplex bezeichnen.

2.2. Grundkonzeptionen im internationalen Überblick

Im internationalen Vergleich lassen sich die verschiedenen Instrumentarien zur Regelung der Gesellschafterfremdfinanzierung grundsätzlich in drei Kategorien unterteilen:¹² Länder mit spezialgesetzlich normierten Unterkapitalisierungsvorschriften, Länder ohne gesonderte Gesetze, die aber allgemeinsteuerliche Vorschriften auf diese Fälle anwenden, und Länder, die keinerlei gesetzliche Vorschriften zur Gesellschafterfremdfinanzierung kennen.

In Luxemburg z.B., das keine spezialgesetzliche Unterkapitalisierungsregeln kennt, prüft die Finanzbehörde im Einzelfall mittels Drittvergleich, ob Missbrauchstatbestände vorliegen (*arm's length test*). Die Verwaltungspraxis nimmt regelmäßig Missbrauch an, wenn das Verhältnis von Fremdkapital zu Eigenkapital größer als 85:15 ist; in diesen Fällen erfolgt eine Umqualifizierung in verdeckte Gewinnausschüttungen.¹³

Da ein solcher Drittvergleich sowohl von der Steuerbehörde als auch von den Unternehmen nur schwierig zu erbringen ist, versuchen viele Staaten mit immer restriktiveren spezialgesetzlichen

⁹ Overesch/Wamser, ZEW Discussion Paper 2006 (Nr. 075); Schwarz, IStR 2008, 11, 13.

¹⁰ Blumenberg, S.38; Möglich, da KG und Anteilseigner nach dem Trennungsprinzip rechtlich selbstständig sind.

¹¹ Blumenberg, S.39.

¹² Zielke, RIW 2006, 604, 606.

¹³ Meier, Gesellschafterfremdfinanzierung 2007, S.76.

Vorschriften ihr Steuersubstrat zu schützen.¹⁴ Häufig knüpfen sie dabei ihre Regelungen zur Gesellschafterfremdfinanzierung an maximal zulässige Fremd- zu Eigenkapital Verhältnisse. Die dabei am häufigsten angewandte Fremdkapital- zu Eigenkapitalrelation beträgt 3:1.¹⁵

Die Tabelle gibt einen Überblick über internationale Unterkapitalisierungsregeln.¹⁶

Staat	Art der Regeln			FK/EK Verhältnis	Frei- grenze	Anwendung			Mindest- beteiligung	Umqualifizierung	
	Besond. Regeln	Allg. Regeln	Keine Regeln			Inlands- fälle	EU- Fälle	Nicht-EU Fälle		in Dividenden	in nicht ab- zugsf. BA
Deutschland aF	X			1,5:1	250.000	X	X	X	≥ 25 %	X	
Deutschland nF	X			(Escape)	1.000.000	X	X	X			X
Frankreich	X			1,5:1	150.000	X	X	X			X
Großbritannien ¹⁷	X					X	X	X	≥ 75%		X
Irland ¹⁸		X						X			
Luxemburg		X		85:15			X	X		X	
Niederlanden	X			3:1		X	X	X	≥ ⅓ %		X
Österreich		X				X	X	X	≥ 25%	X	
Polen	X			3:1		X	X	X	≥ 25%		X
USA	X			1,5:1		(X)	X	X	≥ 50%		X
Spanien	X			3:1				X	≥ 25%	X	
Estland, Slowakei			X	-	-	-	-	-	-	-	-
Griechenland, Malta			X	-	-	-	-	-	-	-	-
Schweden, Zypern			X	-	-	-	-	-	-	-	-

Bei spezialgesetzlich normierten Vorschriften zur Gesellschafterfremdfinanzierung lassen sich zwei Arten unterscheiden:¹⁹ Zum einen Regelungen, die nicht abzugsfähige Zinszahlungen in verdeckte Gewinnausschüttungen umqualifizieren, und solche, die den Zinsabzug als Betriebsausgabe auf Ebene der Schuldnergesellschaft untersagen.

Die Ausgestaltung in Form einer Zinsabzugsbeschränkung hat regelmäßig eine Doppelbesteuerung zur Folge. Neben einer Abzugsversagung der Zinsen auf Seiten der Schuldnergesellschaft kommt es i.d.R. im Empfängerstaat zu einer regulären Zinsbesteuerung. Eine solche Doppelbelastung sei nach Kessler nur in echten Missbrauchsfällen zu rechtfertigen.²⁰ Demgegenüber kann bei Umqualifizierungsvorschriften eine Doppelbesteuerung meist verhindert werden, da hier häufig die international vorgesehene Entlastung für (Schachtel-) Dividenden Anwendung findet.²¹ Kessler zeigt

¹⁴ Brügger/Rechberger, L'Expert Comptable Suisse 2007, 191, 193.

¹⁵ Brügger/Rechberger, L'Expert Comptable Suisse 2007, 191, 193.

¹⁶ Vgl. Zielke, RIW 2006, 600, 605f.; Meier, Gesellschafterfremdfinanzierung (2007), S. 70 ff.; Kessler, Köhler, Knörzel, IStR 2007, 418, 420 ff. (Tabelle umfasst nicht alle existierenden Regelungen).

¹⁷ Die Regelung in Großbritannien sieht grundsätzlich keinen festen Safe Haven vor, akzeptiert aber in der Regel ein Eigen-/Fremdkapitalverhältnis in Höhe von 1:1.

¹⁸ Zinsen, die an eine zu 75% nichtansässige Muttergesellschaft gezahlt werden, werden als Dividende behandelt, allerdings nur bei nicht in der EU ansässigen Gesellschaften mit denen kein DBA besteht.

¹⁹ Blumenberg, S.430.

²⁰ Kessler, Köhler, Knörzel, IStR 2007, 418, 419.

²¹ Kessler, Köhler, Knörzel, a.a.O. ; Ein besonderes Problem dabei ist, dass die im Schuldnerstaat umqualifizierten Fremdkapitalvergütungen im Empfängerstaat häufig weiterhin als Zinsen und nicht als (Schachtel-) Dividenden behandelt werden. Nach OECD Empfehlung sollen die beteiligten Staaten solche Zweifelsfragen in einem Verständigungsverfahren diskutieren (OECD-Kommentar Nr.34 Art.25 Abs.4).

auf, dass es bei der Ausgestaltung der Rechtsfolgen der Unterkapitalisierungsvorschriften inzwischen einen klaren internationalen Trend hin zur Zinsabzugsbeschränkung gibt, weg von einer Umqualifizierung in Dividenden. Danach beinhaltete 1998 gerade mal ein Drittel der europäischen Unterkapitalisierungsvorschriften das Verbot des Betriebsausgabenabzuges; zehn Jahre später waren es bereits 75%.²²

Der *Ruding* Ausschuss hatte bereits im Jahre 1992 einen Harmonisierungsbedarf auf dem weiten Feld der Unternehmensteuer ausdrücklich bestätigt.²³ Zwar haben einige EU-Staaten infolge der EuGH Rechtsprechung in den Fällen *Lankhorst-Hohorst*²⁴ und *Bosal*²⁵ ihre Regelungen zur Gesellschafterfremdfinanzierung angepasst, dennoch nutzten sie diese Gelegenheit nicht, ihre nationalen Vorschriften zu harmonisieren. *Meier* ist der Ansicht, mit einer europaweiten Harmonisierung könnte der Anreiz zumindest für Steuergestaltungen durch EU-interne Gewinnverlagerungen reduziert werden.²⁶ Eine tragfähige Lösung zur Gesellschafterfremdfinanzierung sei nur auf abkommens- bzw. europarechtlicher Ebene möglich, schließt sich *Hey* dieser Argumentation an; Lösungsansätze auf nationaler Ebene hingegen blieben immer unzulänglich.²⁷

Erste Ansätze in diese Richtung kommen von einer Arbeitsgruppe der Europäischen Kommission, die sich als langfristiges Ziel die Schaffung einer gemeinsamen, konsolidierten Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage für EU-weite Aktivitäten von Konzernen gesteckt hat.²⁸ Im Rahmen dieser Arbeitsgruppe "Gemeinsame Konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage" (AG GKKB) wird eine Aufnahme von bestimmten Missbrauchsbekämpfungsvorschriften in die GKKB-Regelung diskutiert, u.a. auch die Aufnahme einer Missbrauchsvorschrift zur Beschränkung der Zinsabzugsfähigkeit von Zinsen.²⁹ Mit einer EU-weit einheitlich festgelegten Regelung könne verhindert werden, dass die Vorschriften zur Gesellschafterfremdfinanzierung einzelner Mitgliedsstaaten ins Leere laufen.³⁰ Dieser Fall tritt ein, wenn einzelne Mitgliedstaaten keine Unterkapitalisierungsregeln kennen und aus diesem Grund die Konzernfinanzierung vornehmlich über Tochtergesellschaften in diesen Ländern abgewickelt wird.³¹

²² Kessler/Köhler/Knörzel, IStR 2007, 418.

²³ Knobbe-Kneuk, EC Tax Review 1992, 22 ff.

²⁴ EuGH v. 12.12.2002, Rs. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst* Slg. 2002 (I-11779).

²⁵ EuGH v. 18.09.2003, Rs. C-168/01, *Bosal* Slg. 2000 (I-9409).

²⁶ *Meier*, *Gesellschafterfremdfinanzierung* (2007), S.219.

²⁷ *Hey* in *Tipke/Lang*, *Steuerrecht* (2008), § 11 Rdnr. 56.

²⁸ European Commission, *Company Taxation in the Internal Market* (2001), S.1 ff.

²⁹ Europäische Kommission, *Vorschriften zur Missbrauchsbekämpfung* (2008), S.1 ff.

³⁰ *Spengel/Wendt*, *ZEW* 2007, 1, 23.

³¹ *Spengel/Wendt*, *ZEW* 2007, 1, 12; Problematisch sei dies nicht nur für die nationale Steuerbasis des betroffenen Mitgliedsstaates, sondern auch, da es den Anteil am Konzernergebnis, der den anderen an der GKKB beteiligten Mitgliedsstaaten zusteht.

2.3. Entstehung und Entwicklung der Unterkapitalisierungsregelungen

2.3.1. USA

2.3.1.1. Entstehung der *earnings stripping rules*

Nachdem sich die USA Anfang der achtziger Jahre von einem Kapitalexport- zu einem Kapitalimportland zu entwickeln begannen, verschlechterte sich das steuerliche Klima für ausländische Investoren zunehmend.³² Gleichzeitig wuchs der Verdacht einer Erosion des amerikanischen Steueraufkommens durch unangemessen hohe Fremdfinanzierungen ausländischer Anteilseigner. Wie auch in anderen Hochsteuerländern eröffnete die Abzugsfähigkeit der Fremdkapitalzinsen - Zinsaufwendungen mindern gemäß Sec. 163(a) IRC die steuerliche Bemessungsgrundlage - die Möglichkeit missbräuchlicher Steuergestaltungen: Eine in den USA ansässige Kapitalgesellschaft zahlt an eine ausländische nahe stehende Person Darlehenszinsen und verlagert somit in den USA erwirtschaftete Gewinne in niedriger besteuerte Länder.

Eine solche Verlagerung ist besonders attraktiv in einem klassischen Körperschaftsteuersystem, wie es in den USA existent ist, da so versucht werden kann, eine doppelte Besteuerung der Gewinne zu verhindern.³³ Die latente Vermutung missbräuchlicher Steuergestaltungen wurde untermauert durch statistische Daten des *Treasury Departments*, nach denen US-Tochtergesellschaften ausländischer Unternehmen trotz deutlich gestiegener Bruttoeinnahmen kaum noch Steuern zahlten.³⁴ Im Jahre 1986 bspw. standen einem Umsatzvolumen von 543 Milliarden Dollar bei in den USA ansässigen Gesellschaften ausländischer Unternehmen Aufwendungen in Höhe von 544 Milliarden Dollar gegenüber. Es war nahe liegend, dass die US Regierung bei derart ausgeglichenen Verhältnissen missbräuchliche Steuergestaltung annahm.

Der US-Kongress registrierte einen fatalen Doppeleffekt bei der Umgehung der US-Besteuerung im Rahmen der zunehmenden Fremdkapitalisierung amerikanischer Unternehmen durch ausländische Anteilseigner: Einerseits entfiel bei den amerikanischen Unternehmen dank der hohen Zinszahlungen nahezu völlig die US-Körperschaftsteuer, andererseits unterlagen die erhaltenen Zinszahlungen auf Ebene des ausländischen Anteilseigners nach amerikanischem Recht zwar einer Quellensteuer, mit Blick auf die US-Abkommenspolitik reduzierte sich diese in der Praxis aber meistens auf Null.³⁵

Um dieser Steuererosion entgegenzuwirken, sah sich der US-Kongress immer nachdrücklicher veranlasst, die amerikanischen Bundessteuerbehörde (*Internal Revenue Service*) mit den entsprechenden Kompetenzen auszustatten. Im Jahr 1989 wurde schließlich die erste spezielle und wohl bedeutendste gesetzliche Maßnahme zur steuerlichen Beschränkung der Gesellschafterfremdfinanzierung in den USA ergriffen.³⁶ Im Rahmen des *Omnibus Budget Reconciliation Act of 1989* wurde eine Zinsabzugsbeschränkung bei Fremdfinanzierung von US-Unternehmen durch ausländische und steuerfreie inländische Gesellschafter eingeführt, die so genannten *earnings stripping rules* in Sec. 163(j) des IRC.³⁷

³² Blumenberg, S.440.

³³ Homburg, FR 2007, 717, 720.

³⁴ Schulze, Tax Analyst 1990, 1, 5.

³⁵ House Report, 101st Congress, 1st Session 1242 (1989).

³⁶ Garlock, Federal Income Taxation of Debt Instruments 2007, K.20, S.4.

³⁷ Omnibus Budget Reconciliation Act of 1989, Public Law 101-239, v.19.12.1989.

Präsident Clinton hatte bereits während seiner Wahlkampagne weitere Maßnahmen in diesem Bereich gefordert. Er kritisierte, dass Tochter- und Beteiligungsgesellschaften ausländischer Unternehmen in den USA durch Steuergestaltungen immer noch erheblich weniger Steuern an den amerikanischen Staat zahlen müssten als vergleichbare amerikanische Firmen.³⁸ Während seiner Präsidentschaft verabschiedete dann der US Kongress den durch die Clinton Regierung initiierten *Omnibus Budget Reconciliation Act of 1993*, in dem die bestehenden *earnings stripping rules* verschärft wurden. So wurde das Abzugsverbot auf Zinszahlungen für Darlehen von fremden Dritten ausgedehnt, sofern das Darlehen durch eine der US-Schuldnergesellschaft nahe stehende ausländische oder inländische steuerbefreite Person besichert war.³⁹

2.3.1.2. Überlegungen zur Verschärfung der geltenden Regeln

Trotz mehrfacher Nachbesserung gibt es bis heute starke Zweifel an der Wirksamkeit der *earnings stripping rules*.⁴⁰ Die politische wie die wissenschaftliche Diskussion haben zahlreiche Änderungsvorschläge hervorgebracht. Besondere Bedeutung gewann der so genannte Thomas Bill Vorschlag aus dem *American Competiveness and Corporate Accountability Act of 2002*.⁴¹ Das US-Finanzministerium übernahm ihn 2004 in das *Blue Book*, in dem jährlich die Steueränderungsvorschläge für das Folgejahr veröffentlicht werden. Er forderte folgende Verschärfungen: Abschaffung des *safe haven*, Herabsetzung der 50% Grenze auf 35% des angepassten Einkommens, Versagung der Abzugsfähigkeit bei Misslingen eines Vergleiches der Gesellschafts- mit der Konzern-eigenkapitalquote, Beschränkung des Zinsvortrages auf lediglich fünf Jahre und Streichung der Vortragsmöglichkeit für nicht ausgeschöpftes Zinsabzugspotential.⁴²

Der Vorschlag des US-Finanzministeriums für 2004 weist sowohl im Wegfalls des *safe haven*, wie auch in der Escape-Möglichkeit über einen Eigenkapitalquotenvergleich mit der Konzerneigenkapitalquote deutliche Parallelen zur deutschen Zinsschranke auf und könnte insofern als Vorbild gedient haben.⁴³ In den USA selbst wurde der Vorschlag nach heftiger Kritik aus der Wirtschaft noch nicht einmal im Repräsentantenhaus zur Abstimmung gestellt.

Nach den bis dahin weitgehend erfolglosen Bemühungen zur weiteren Verschärfung der US-Regelungen wurde das amerikanische Finanzministerium im Rahmen des *American Jobs Creation Act of 2004* beauftragt, eine Studie über die Wirkungsweise der aktuellen *earnings stripping rules* zu erstellen. Insbesondere sollte untersucht werden, ob die Regelung des Sec. 163(j) IRC die Verlagerung von Einkünften ins Ausland effektiv verhindere.⁴⁴ Die mit Spannung erwarteten Ergebnisse der Studie wurden mit zwei Jahren Verspätung veröffentlicht und brachten zudem keine Klarheit bezüglich der Effektivität der aktuellen *earnings stripping rules*.⁴⁵ Nur im Falle bestimmter ausländisch beherrschter US-Kapitalgesellschaften (*Foreign Controlled Domestic Corporations, FCDC*), der Gruppe der *Inverted*

³⁸ Hatzis-Schoch, GmbHR 1993, 41, 45.

³⁹ Burgess/Penlington/Rapids, The Tax Adviser 2004, 545.

⁴⁰ Hufbauer/Assa, International Economics Policy Briefs 2003, 2 ff.

⁴¹ Kessler/Köhler/Knörzer, IStR 2007, 419.

⁴² ACCAA 2002, H.R. 5095, 107th Congress, 11.07.2002, Sec. 201, S.50 ff.

⁴³ Kessler/Köhler/Knörzer, IStR 2007, 418, 420.

⁴⁴ Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties, S.9 f.

⁴⁵ Kawano/Tanenbaum, Corporate Business Taxation 2008, 9, 10.

Companies, konnten Indizien für missbräuchliche Steuer-gestaltungen aufgezeigt werden.⁴⁶ Von einer *Inverted Company* wird gesprochen, wenn multi-nationale Konzerne ihre US-Muttergesellschaft durch eine ausländische Muttergesellschaft ersetzen, die in einer Steueroase, z.B. auf den Bermudas, ansässig ist. Nicht selten existiert diese nur als Briefkastengesellschaft. Hauptmotiv einer solchen Invertierung ist es, ausländische Einkünfte der Steuerhoheit der USA zu entziehen und die amerikanische Körperschaftsteuer für in den USA erzielte Einkünfte durch Zinszahlungen an die neue ausländische Muttergesellschaft zu senken.⁴⁷ Ein Aufsehen erregender Fall dieser Art war die Androhung des amerikanischen Traditionsunternehmens *Stanely Works*⁴⁸ im Jahre 2002, seine Hauptgeschäftsstelle ins Steuerparadies Bermuda zu verlegen. Das Steuersparvolumen hätte dabei 30 Millionen Dollar US-Steuern jährlich ausgemacht.⁴⁹

Missbrauchshinweise für andere Fallgruppen ausländisch beherrschter US-Kapitalgesellschaften (*FCDC*) konnten damals in letzter Konsequenz nicht verifiziert werden.⁵⁰ Das Finanzministerium schlug daher ein neues Steuerformular (Form 8926)⁵¹ vor, um zunächst die für einen eindeutigen Befund nötigen Informationen zu erhalten.⁵² Der erst im Dezember 2008 veröffentlichte Entwurf des Steuerformulars sieht Meldepflichten u.a zu folgenden Punkten vor: Fremdkapitalquote des Unternehmens, Nettozinsaufwand, Zinsüberhang und Zinsvortrag.

Mit Blick auf die neue Mehrheit der Demokraten im Senat wie im Repräsentantenhaus wird erwartet, dass schon im zweiten Halbjahr 2009 verschärfende Steuergesetzänderungen eingeleitet werden könnten.⁵³ Allerdings bleibt abzuwarten, ob dies vor dem Hintergrund der weltweiten Finanzkrise durchsetzbar sein wird.

2.3.2. Frankreich

2.3.2.1. Entstehung der *règles de sous-capitalisation*

Eine gesetzliche Zinsabzugsbegrenzung für Gesellschafterdarlehen wurde in Frankreich erstmals in Art. 212 aF des *Code général des impôts* (CGI) im Rahmen des Jahressteuergesetzes 1990 erlassen. Ziel war es, Unterkapitalisierungen (*sous-capitalisation*) französischer Kapitalgesellschaften infolge einer Fremdfinanzierung durch ausländische Anteilseigner und die damit einhergehende Steuererosion (*invasion fiscale internationale*) zu unterbinden.⁵⁴ Damals wurde die steuerliche Zinsabzugsfähigkeit für Darlehen beschränkt, bei denen das Gesellschafterfremdkapital das 1,5 - fache des gezeichneten Kapitals der Gesellschaft überstieg und gleichzeitig die Fremdkapitalzinsen an einen unmittelbar beteiligten, beherrschenden Gesellschafter ausgezahlt wurden. Dabei galt ein Gesellschafter als

⁴⁶ Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties, S.23 ff.

⁴⁷ Martinez-Serrno/Patterson, S.117.

⁴⁸ Amerikanischer Werkzeughersteller

⁴⁹ Wempe/Seida, National Tax Journal 2004, 806 ff.

⁵⁰ Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties, S.25 f.

⁵¹ Disqualified Corporate Interest Expense Disallowed Under Section 163(j) and Related Information.

⁵² Kawano/Tanenbaum, Corporate Business Taxation 2008, 9, 10.

⁵³ Evans/Heck/Kirk, TPCA 2008, 10.

⁵⁴ Débats parlementaires Assemblée Nationale, Journal Officiel, deuxième séance du 3.12.1990, S.6318.

beherrschend, wenn er aktiv an der Geschäftsführung der Kapitalgesellschaft mitwirkte oder unmittelbar mit mehr als 50% am stimm- oder dividendenberechtigten Kapital beteiligt war.⁵⁵

Der Anwendungsbereich der französischen Unterkapitalisierungsvorschrift in ihrer alten Fassung war jedoch noch sehr begrenzt. Die Abzugsbeschränkung bezog sich nur auf Darlehen direkter Gesellschafter. Darlehen fremder Dritter - auch wenn sich der Anteilseigner für das Darlehen verbürgt hatte - fielen im Unterschied zu den *earnings stripping rules* nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift. Im Gegensatz zur Mehrheit der existierenden europäischen Unterkapitalisierungsregelungen wurden auch Darlehen von verbundenen aber nicht unmittelbar beteiligten Unternehmen nicht von der Vorschrift erfasst.⁵⁶ Dies öffnete die Tür zu einfachen Steuerumgehungen. Anstatt die französische Tochtergesellschaft eines Konzerns über Fremdkapital der unmittelbaren Anteilseigner zu finanzieren, wurde dies einfach von verbundenen Schwestergesellschaften übernommen.⁵⁷

Des Weiteren galt die Beschränkung auch nicht bei Zinszahlungen an in Frankreich ansässige Muttergesellschaften (*société mère*) i.S.d. Art.145 CGI. Dies stellte eine großzügige Ausnahme dar, die umso bemerkenswerter war, da eine Mutter-Tochter Beziehung bereits bei einer 5 % Beteiligung der Mutter- an der Tochtergesellschaft angenommen wurde. Ausländische Muttergesellschaften waren jedoch weiterhin der Abzugsbeschränkung nach Art. 212 CGI unterworfen.⁵⁸ Somit war der Anwendungsbereich der Vorschrift grundsätzlich beschränkt auf französische Gesellschaften, denen Fremdkapital von einem unmittelbaren, nicht in Frankreich steuerpflichtigen Anteilseigner gewährt wurde.⁵⁹

In dieser Ungleichbehandlung französischer und ausländischer Muttergesellschaften sah zuletzt auch der „*Conseil d’Etat*“ - das oberste Finanzgericht in Frankreich - in einer Entscheidung aus dem Jahre 2003 einen Verstoß des Art. 212 CGI gegen die gemeinschaftsrechtliche Niederlassungs-freiheit des Art.43 EGV (*SARL Coréal Gestion*).⁶⁰ Der Entscheidung des höchsten französischen Gerichts war ein intensiver gesellschaftlicher Meinungsstreit vorweg gegangen.⁶¹ Während die Fachliteratur in der französischen Regelung bereits früh, nahezu durchgängig, eine Diskriminierung von Tochtergesellschaften mit ausländischer Mutter gegenüber denjenigen mit französischer Mutter sah, wollte die Finanzverwaltung und auch der Gesetzgeber in Art. 212 CGI zunächst keine Diskriminierung im Sinne der europäischen Vorschriften erkennen.⁶² Es fehle an der erforderlichen Vergleichbarkeit der Sachverhalte, war jahrelang das Hauptargument.⁶³ Die Wende kam mit einer Entscheidung des EuGH im Jahr 2002 in der Rechtssache der deutschen Lankhorst-Hohorst GmbH, bei der ein mit der französischen Regelung vergleichbarer Sachverhalt für europarechtswidrig erklärt wurde. Damit stand zu erwarten, dass der EuGH auch den Art. 212 CGI für europarechtswidrig erklären würde. Der *Conseil d’Etat* schloß sich daher der Argumentation des Europäischen Gerichtshofes an und stellte, ohne ein Vorentscheidungsverfahren durch den EuGH in Betracht zu ziehen, den Verstoß des Art. 212 CGI aF gegen die Niederlassungsfreiheit fest.

⁵⁵ De Waal, *Revue de Droit des Affaires Internationales* 2000, 520; Serion/Weier, *IStR* 2005, 725, 727.

⁵⁶ Weier/Seroin, *IStR* 2005, 725, 728.

⁵⁷ Calisti/Leberre, *LPA* 2005 n°259, 5.

⁵⁸ Roumélian, *Intertax* 2003, 245.

⁵⁹ Weier/Seroin, *IStR* 2005, 725, 727.

⁶⁰ Davoudet, *Intertax* 2005, 55; *Conseil d’Etat* v. 30. 12. 2003, *RJF* 2004, n° 249047 (*Coréal Gestion*).

⁶¹ Vgl. Steverding, S.121-135.

⁶² Hellio/Leutner, *IWB* 2002 S.43

⁶³ Steverding S.130.

In Folge dieses Urteils des *Conseil d'Etat* in Sachen *SARL Coréal Gestion* kam das französische Finanzministerium nicht mehr umhin, die Vorschriften anzupassen. Im Jahr 2005 veröffentlichte es schließlich eine Richtlinie, die den Anwendungsbereich des Art 212 CDI aF deutlich einschränkte:⁶⁴ Die Unterkapitalisierungsregeln wurden insoweit mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang gebracht, dass sie nur noch bei Darlehensgebern als anwendbar erklärt wurden, die in einem nicht EU-Staat ansässig waren, mit dem entweder kein Doppelbesteuerungsabkommen bestand oder dessen DBA keine Nichtdiskriminierungsklausel enthielt.⁶⁵ Damit wurden die französischen Unterkapitalisierungsvorschriften faktisch so eingeschränkt, dass Frankreich letztendlich nicht mehr über wirksame Mittel zur Eingrenzung missbräuchlicher Steuergestaltungen verfügte. Der französische Gesetzgeber war somit zum Handeln gezwungen.

2.3.2.2. Verschärfung der *règles de sous-capitalisation*

Am 29. Dezember 2005 verabschiedete der französische Gesetzgeber unter dem damals neu im Amt befindlichen Premierministers *Dominique de Villepin* das Jahressteuergesetz 2006, das neben weitreichenden Änderungen im Bereich der Unternehmensbesteuerung vor allem eine Senkung der Einkommensteuertarife (*impôts sur le revenu*) und Korrekturen der Gewerbesteuer einführte.⁶⁶

Der französische Gesetzgeber verfolgte damit ähnliche Ziele wie die deutsche Seite: Das Besteuerungssystem sollte vereinfacht, gerechter gestaltet und die Attraktivität des Wirtschaftsstandortes gestärkt werden.⁶⁷ Die signifikanteste Änderung erfuhren dabei die Regeln zur Gesellschafterfremdfinanzierung. Nach der Einengung der Unterkapitalisierungsvorschriften in Folge der Entscheidung des *Conseil d'Etat* wurde nach einem umfassenden Beratungsprozess mit Unternehmen und Fachverbänden der Art. 212 CGI komplett überarbeitet.⁶⁸ Mit der am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Neufassung des Art. 212 CGI wollte man zum einen politisch den Forderungen nach Europarechtskonformität Rechnung tragen und zum anderen instrumentell eine wirksame Hürde gegen missbräuchliche Unterkapitalisierung schaffen.⁶⁹ Die neuen Regelungen sollten nicht mehr so leicht durch einfache Steuergestaltung umgangen werden können. Bis dato wurden die französischen Unterkapitalisierungsregeln im eigenen Land als wenig entwickelt angesehen bzw. als "*rustique*"⁷⁰ bezeichnet, um die Worte des französischen Regierungskommissars *Gilles Bachelier* aus seiner Abschlussbegründung vor dem *Conseil d'Etat* aufzugreifen.⁷¹

⁶⁴ Bulletin Officiel des Impôts n°13 v. 12. 1. 2005.

⁶⁵ Weier/Seroin, IStR, 725, 727.

⁶⁶ Loi de Finances pour 2006, n° 2005-1719 v. 30.12.2005, Journal Officiel.

⁶⁷ Schienke, IStR 2006, 302.

⁶⁸ Davoudet, International Tax Review 2006, 55, 56.

⁶⁹ Rapport assemblée nationale, S.207 ff.

⁷⁰ rustikal, einfach, bäuerlich.

⁷¹ Conclusion de Commissaire du gouvernement Gilles Bachelier, Conseil d'Etat, N° 233894 (SA Andritz).

2.3.3. Deutschland

2.3.3.1. Entstehung der Regelung zur Gesellschafterfremdfinanzierung

Im Rahmen des Standortsicherungsgesetzes von 1993⁷² fand mit dem § 8a KStG erstmals eine Regelung zur Gesellschafterfremdfinanzierung Eingang ins deutsche Steuerrecht. Sie löste damit die zuvor durch Rechtsprechung in mehreren BFH Entscheidungen entwickelte Lehre vom verdeckten Stammkapital ab.⁷³ In seiner damaligen Form war der § 8a KStG auf von ausländischen Anteilseignern gewährte Darlehen beschränkt. Man wollte gezielt Missbrauchsgestaltungen, d.h. Einkommensverschiebungen ins Ausland, durch übermäßige Gesellschafterfremdfinanzierung vermeiden und damit den Verlust des deutschen Steuersubstrats verhindern.⁷⁴ Allerdings sah der Europäische Gerichtshof in der Ungleichbehandlung von In- und Auslandsfällen eine Europarechtswidrigkeit.⁷⁵ Mit dem Lankhorst-Hohorst Urteil im Jahr 2002 stellte er einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit (EGV Art.43) fest.⁷⁶ Die Lankhorst-Hohorst GmbH – ein deutscher Hersteller von Tauwerk und Fischernetzen – hatte erfolgreich gegen eine Umqualifizierung ihrer Zinszahlungen an ihren niederländischen Anteilseigner in verdeckte Gewinnausschüttungen geklagt. Mit der Urteilsbegründung wurde ein Exempel statuiert mit signifikanten Auswirkungen nicht nur auf die deutschen Regelungen, sondern – wie bereits ausgeführt – auch auf die Neufassung der französischen Unterkapitalisierungsregelungen.

Um das europarechtliche Defizit zu beseitigen, wurde der Anwendungsbereich der Regelung erheblich erweitert und ab dem Jahr 2004 durch das Korb-II Gesetz auch auf Inlandssachverhalte ausgedehnt.⁷⁷ Nach § 8a KStG damaliger Fassung, der zentralen Vorschrift zur Gesellschafter-fremdfinanzierung, wurden Zinsen, die eine Kapitalgesellschaft an einen wesentlich beteiligten Anteilseigner für die langfristige Überlassung von Fremdkapital zahlte, unter bestimmten Voraussetzungen in eine verdeckte Gewinnausschüttung umqualifiziert. Dies war der Fall, wenn das vom Anteilseigner gewährte Fremdkapital das 1,5-fache des anteiligen Eigenkapitals überstieg, die Summe der Vergütungen die Freigrenze von 250.000 Euro überschritt und der Fremdkapitalnehmer das Darlehen unter sonst gleichen Umständen nicht auch von einem fremden Dritten hätte erhalten können (sog. Drittvergleich).⁷⁸ Auch die Darlehensvergabe durch einen Dritten, der beim Anteilseigner selbst oder einer diesem nahe stehenden Person Rückgriff nehmen konnte, wurde gemäß § 8a Abs.1 S.2 KStG aF von der Vorschrift erfasst.

Mit der Ausweitung der Vorschrift auf Inlandssachverhalte wurde aus der ursprünglich gegen grenzüberschreitende Steuererosion angelegten Norm eine körperschaftssteuerliche Vorschrift zur Einkommensermittlung, die auch bei innerstaatlichen Gesellschaften zu beachten war.⁷⁹ Diese Ausdehnung verursachte sowohl bei rein national tätigen Gesellschaften als auch auf Seiten der

⁷² Standortsicherungsgesetz vom 13.9.1993, BStBl. I 1993, 774.

⁷³ Steverding, S.10; BFH v.20.8.1954, I 130/53 U, BStBl. III 1954, 336; v.28.10.1964, I 198/62 U, BStBl. III 1965, 312.

⁷⁴ BDI, Die Behandlung von Finanzierungsaufwendungen (2007), S.8.

⁷⁵ Prinz/Cordewenen, GmbHR 2003, 80.

⁷⁶ EuGH v. 12. 12. 2002, Rs. C-324/00, Lankhorst-Hohorst Slg. 2002 (I-11779).

⁷⁷ Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz 22.12.2003 („Korb II“), BGBl. I, S.2840.

⁷⁸ BDI, Die Behandlung von Finanzierungsaufwendungen (2007), S.8.

⁷⁹ Prinz, FR 2004, 334.

Finanzverwaltung einen beträchtlichen zusätzlichen Bearbeitungsaufwand.⁸⁰ Thiel ist der Ansicht, dass der Versuch des Gesetzgebers, die Vorschrift des § 8a KStG aF durch wenige Änderungen europarechtskonform zu gestalten, zu großer Rechtsunsicherheit und praktischen Anwendungsproblemen geführt habe.⁸¹ In der Praxis erwies sich insbesondere die Trennung von Gesellschafter- und Nichtgesellschafterfremdfinanzierung in Rückgriffsfällen als schwierig.⁸²

2.3.3.2. Unternehmenssteuerreform 2008 und Einführung der Zinsschranke

In der Wirtschafts- und Steuerpolitik hat sich die aktuelle große Koalition neben der Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit, der Standortattraktivität und der Planungssicherheit für Unternehmen u.a. zum Ziel gesetzt, die Rechtsform- und Finanzierungsneutralität sowie die Sicherung der deutschen Steuerbasis zu stärken.⁸³ In diesem Kontext wurde am 06. Juli 2007 mit der Zustimmung des Bundesrates die Unternehmensteuerreform 2008 beschlossen.⁸⁴

Vor der Steuerreform wies Deutschland laut Jahresgutachten des Sachverständigenrates 2007 im Vergleich zu den anderen Europäischen Staaten die höchste tarifliche und die zweithöchste effektive Durchschnittssteuerbelastung für Kapitalgesellschaften auf. Fehlende steuerliche Wettbewerbsfähigkeit wirkt sich in zweierlei Hinsicht nachteilig aus: Zum einen hängen die Standort- und Investitionsentscheidungen multinationaler Unternehmen maßgeblich von der Höhe der effektiven Durchschnittssteuerbelastung ab. Zum anderen nutzen Unternehmen in Hochsteuerländern alle gesetzlichen Spielräume - sei es über Finanzierungsgestaltungen oder Verrechnungspreise - um Gewinne an Standorten mit niedrigeren Gewinnsteuersätzen auszuweisen und so das Steueraufkommen zu reduzieren.⁸⁵ Um die Standortattraktivität allgemein zu steigern, senkte der Gesetzgeber im Rahmen der Reform die nominelle Gesamtbelastung von Unternehmen mit Körperschaft- und Gewerbesteuer von 38,65% auf 29,83%.

Trotz der damit gesunkenen Steuersatzdifferenz zwischen Deutschland und den relevanten Niedrigsteuerländern vertraute man nicht darauf, dass diese Maßnahme genügen würde, um Gewinnverlagerungen ins Ausland zu verhindern. Zusätzlich verschärfte man deshalb die gesetzlichen Barrieren für Steuerarbitrage.⁸⁶ Die alten, als ineffizient geltenden Vorschriften zur Gesellschafterfremdfinanzierung (§ 8a KStG aF) wurden durch eine verschärfte Zinsschranke ersetzt (§ 4h EStG i.V.m § 8a KStG).

Gleichzeitig wurden die Hinzurechnungstatbestände bei der Gewerbesteuer ausgeweitet und die steuerlichen Folgen von Funktionsverlagerungen neu geregelt. Ab 2009 gilt zusätzlich eine Abgeltungssteuer auf Erträge aus Kapitalanlagen. Von diesen Maßnahmen erwartet man insgesamt u.a. einen deutlichen Effekt im Rahmen der Gegenfinanzierung der durch die Unternehmenssteuerreform entstehenden Steuermindereinnahmen. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll allein die

⁸⁰ Steverding, S.101.

⁸¹ Thiel, FR 2007, 729.

⁸² Rödder, DB 2007, 479; Romswinkel/Weßling GmbH 2004, 269.

⁸³ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, S.81 ff.

⁸⁴ BGBl. 2007, S.1912.

⁸⁵ Jahresgutachten Sachverständigenrat 2007, S.270.

⁸⁶ Hey, BB 2007, 1303, 1309.

Zinsschranke mit 600 Millionen Euro dazu beitragen. Insgesamt hofft man für 2008 auf diesem Weg das Entlastungsvolumen der Unternehmensteuerreform auf 5 Milliarden Euro begrenzen zu können.⁸⁷

Die Einführung der neuen Zinsschranke mit der gewinnabhängigen Ausgestaltung und der erheblichen Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf sämtliche Zinsaufwendungen hat einen grundlegenden Paradigmenwechsel der Unterkapitalisierungsvorschriften in Deutschland eingeleitet. Die strategischen Ziele der Zinsschranke sieht der Gesetzgeber dabei laut Gesetzesbegründung in der Sicherung des deutschen Steuersubstrats sowie in der Abwehr missbräuchlicher Steuergestaltung.⁸⁸ Insbesondere folgende verlustrelevanten Fälle sollen erfasst werden:⁸⁹ Down-stream-Inboundfinanzierungen (ausländische Muttergesellschaft vergibt ein Darlehen an die inländische Tochtergesellschaft), Up-stream-Inboundfinanzierungen (Darlehensgewährung einer ausländischen Tochter an die inländische Muttergesellschaft)⁹⁰ und Outboundfinanzierungen (inländische Muttergesellschaft finanziert den Erwerb einer ausländischen Tochtergesellschaft durch einen Bankkredit)⁹¹.

Mit der gewinnabhängigen Abzugsbeschränkung will der Gesetzgeber Konzernen einen Anreiz geben, Gewinne ins Inland zu verlagern, da sie die Abzugsfähigkeit ihrer Fremdkapitalzinsen so verbessern können.⁹² Kleine inländische Unternehmen sollen durch eine Freigrenze von der Anwendung der Vorschrift ausgenommen werden.⁹³ Unternehmen, die ohne steuerliche Gestaltung eine hohe Außenfinanzierung aufweisen, soll die Anwendung erspart bleiben, wenn sie nachweisen können, dass diese Finanzierungsstruktur für den Konzern typisch ist (Escape-Klausel).⁹⁴ Mit dem Instrument der Escape-Klausel will der Gesetzgeber darüber hinaus einen Anreiz zur Stärkung der Eigenkapitalbasis deutscher Unternehmen geben.

⁸⁷ BT-Drs. 16/4841, S.42; Homburg, FR 2007, 717, 720 (Dem Bruttoaufkommen von 1,075 Milliarden Euro stehen Mindereinnahmen durch Wegfall des § 8a KStG a.F. von 475 Millionen Euro gegenüber).

⁸⁸ BT-Drs. 16/4841, S.35.

⁸⁹ Welling, FR 2007, 735, 737.

⁹⁰ Die Darlehenszinsen sind grundsätzlich auf Ebene der Muttergesellschaft als Betriebsausgabe abzugsfähig. Werden die vereinnahmten Zinsen von der TG an die MG ausgeschüttet, so kann die MG die 95% Steuerfreiheit nach § 8b Abs.1,5 in Anspruch nehmen.

⁹¹ Die an die Bank zu zahlenden Zinsen sind nach geltender Rechtslage von der inländischen Bemessungsgrundlage abzugsfähig. Aus dem Eigenkapitalinvestment erhält die Mutter zudem nach § 8b Abs.1,5 KStG zu 95% steuerfreie Dividenden.

⁹² BT-Drs. 16/4841, S.48.

⁹³ BT-Drs. 16/4841, S.31.

⁹⁴ BT-Drs. 16/4841, S.31.

3. Rechtsvergleich

3.1. Grundkonzeption

3.1.1. USA – *earnings stripping rules*

Die amerikanischen Regeln zur Unterkapitalisierung sind aus rechtssystematischer Sicht stufenweise aufgebaut. Vor Anwendung der *earnings stripping rules* wird nach Sec. 385 IRC zunächst geprüft, ob es sich bei dem vorliegenden Darlehen tatsächlich um Fremdkapital handelt oder ob gegebenenfalls eine Umqualifizierung in Eigenkapital vorgenommen werden muss;⁹⁵ unter dem Aspekt des Rechtsverhältnisses betrachtet wird damit geprüft, ob es sich um ein gesellschafts- oder um ein schuldrechtliches Verhältnis handelt.⁹⁶ Nach Sec. 385(b) IRC sind folgende Abgrenzungskriterien maßgeblich:

- Nachrangigkeit einer Finanzierung im Vergleich zu anderen Gläubigern,
- Möglichkeit der Wandlung eines Finanzinstrumentes in Eigenkapital,
- Verhältnis von Eigen- zu Fremdkapital im Unternehmen,
- schriftliche Vereinbarung einer Rückzahlung zu einem bestimmten Termin
- und die Vereinbarung einer festen Verzinsung.

Da zum § 385 IRC keine ausführenden Verwaltungsrichtlinien existieren, stützt man sich bei der Qualifizierung der Finanzierungsinstrumente in *equity* oder *debt* insbesondere auf die durch zahlreiche gerichtliche Entscheidungen (*case law*) zusätzlich herausgearbeiteten Abgrenzungskriterien ab, wie z.B. Mitbestimmungsrechte im Management als Indikator für Eigenkapital.⁹⁷

Erst nach diesem vorgeschalteten Schritt und der Bestätigung, dass es sich entsprechend der Prüfkriterien um Fremdkapital handelt, greifen die in Sec.163(j)IRC geregelten *earnings stripping rules* und bestimmen, ob es zu einer Versagung des steuerlichen Abzugs der Zinsaufwendungen kommt. In Grundzügen dargestellt, greift die amerikanische Unterkapitalisierungsvorschrift, wenn eine US-Kapitalgesellschaft als Fremdkapitalnehmer Zinszahlungen an wesentlich beteiligte Gesellschafter oder diesen nahe stehende Personen leistet, die wiederum in den USA keiner oder einer reduzierten Besteuerung unterliegen. Zudem müssen folgende zwei Tatbestände gemeinsam erfüllt werden:⁹⁸ Das Verhältnis von Fremd- zu Eigenkapital (*debt-to-equity ratio*) des fremd-finanzierten Unternehmens überschreitet den so genannten *safe haven* von 1.5:1 und die Zinszahlungen sind als übermäßig einzustufen (*excess interest expense*); dies ist der Fall, wenn der Nettozinsaufwand einer US-Kapitalgesellschaft mehr als 50% des nach bestimmten Vorschriften angepassten zu versteuernden Einkommens beträgt.

Unter diesen Voraussetzungen liegt ein steuerliches Abzugsverbot der Zinszahlungen auf Ebene der fremdfinanzierten Gesellschaft vor. Der Anteil nicht abzugsfähiger Zinsen kann allerdings unbegrenzt

⁹⁵ Hufbauer/Assa, PB 2003, 1, 8.

⁹⁶ Peter, IFSt-Schrift Nr. 436, S.60.

⁹⁷ Zwei Verwaltungsrichtlinien wurden zu Sec. 385 IRC erlassen, welche jedoch 1983 - als teilweise widersprüchlich angesehen - bereits wieder zurückgezogen wurden.

⁹⁸ Blumenberg, S.255.

in die Folgejahre vorgetragen werden. Zudem kann Zinsabzugspotential, das nicht ausgeschöpft werden konnte, da der Nettozinsaufwand unterhalb der 50% Grenze bleibt, in den nächsten drei Folgejahren genutzt werden.⁹⁹

3.1.2. Frankreich – *règles de sous-capitalisation*

Im Rahmen des Finanzgesetzes 2006 wurde nach Scheitern einer ersten Initiative im Jahr 2004 eine tiefgreifende Reform der französischen Regeln gegen missbräuchliche Unterkapitalisierung durchgeführt.¹⁰⁰ Mit dieser Gesetzesnovelle wurden alle verbundenen Unternehmen (*sociétés liées*), zwischen denen ein Abhängigkeitsverhältnis besteht (*liens de dépendance*), in den Anwendungsbereich des Art. 212 CGI miteinbezogen. Dazu gehören auch inländische Mutter-gesellschaften, die im Gegensatz zur alten Vorschrift nun ebenfalls miterfasst werden.

Die neue französische Regelung kennt, wie schon die alte Fassung, zwei unterschiedliche Wege bei der Begrenzung des Abflusses von Gewinnsteuersubstrat:¹⁰¹ Einmal wird der Zinsabzug generell auf einen von der französischen Finanzverwaltung veröffentlichten Durchschnittszinssatz für mittelfristige Darlehen begrenzt. Darüber hinaus kommt ein kompliziertes Formelkonstrukt zur Anwendung. Danach greift eine Begrenzung der Zinsabzugsfähigkeit nach Art. 212 CGI erst dann, wenn der Zinsaufwand an verbundene Unternehmen folgende drei Grenzen überschreitet: Erstens, das Verhältnis des von verbundenen Unternehmen erhaltenen Fremdkapitals übersteigt das 1,5 fache des Eigenkapitals der Kapital aufnehmenden Gesellschaft,¹⁰² zweitens, die an verbundene Gesellschaften gezahlten Zinsen übersteigen die von diesen erhaltenen Zinserträge und drittens, diese sind zudem größer als 25% des um bestimmte Posten korrigierten laufenden Gewinns vor Steuern. Eine Beschränkung der steuerlichen Abziehbarkeit findet nur statt, wenn alle drei Nichtbeanstandungs-grenzen überschritten werden.

Der höchste der drei zu ermittelnden Werte bildet dabei die Obergrenze der Abzugsfähigkeit. Der Zinsanteil, der den so definierten Höchstbetrag überschreitet, kann nicht von den Ergebnissen des Geschäftsjahres abgezogen werden, es sei denn, er beträgt weniger als 150.000 Euro. Der nicht abzugsfähige Anteil darf unter Berücksichtigung einer jährlichen Kürzung um 5% in die folgenden Jahre vorgetragen werden. Dem signifikant ausgeweiteten Anwendungsbereich der französischen Vorschrift stehen zahlreiche Ausnahmen gegenüber, auf die in Gliederungspunkt 3.4.2 näher eingegangen wird.

⁹⁹ Rudden/Woywode, DB 1993, 1045.

¹⁰⁰ Loi de Finances pour 2006, n° 2005-1719, Journal Officiel v. 31.12.2005.

¹⁰¹ Brügger/Rechberger, L'Expert-Comptable Suisse, 191, 194.

¹⁰² Bei Überschreiten dieses safe haven sind die anteilig auf den übersteigenden Teil des Fremdkapitals entfallenden Zinsen schädlich.

3.1.3. Deutschland – Zinsschranke

Die neue Zinsschranke (§ 4h EStG, § 8a KStG) löst sich vom bisherigen Gesellschafterbezug und verfolgt einen mehr pauschalen Ansatz als der bisherige § 8a KStG aF.¹⁰³ In den Anwendungsbereich der neuen Vorschrift fallen nunmehr nicht nur Gesellschafterfremdfinanzierungen, sondern gleichermaßen Fremdfinanzierungen durch fremde Dritte.

Nach der Grundregel des § 4h Abs.1 EStG dürfen Zinsaufwendungen eines Betriebs bis zur Höhe des Zinsertrages desselben Steuerjahres als Betriebsausgaben abgezogen werden. Darüber hinaus sind sie - vorausgesetzt die Zinsaufwendungen übersteigen den Zinsertrag - zusätzlich nur noch bis zur Höhe von 30% eines modifizierten Betriebsergebnisses (steuerliches EBITDA) abziehbar.¹⁰⁴ Zudem normiert § 4h Abs. 2 EStG drei Ausnahmetatbestände: Der Zinsabzug wird nicht beschränkt, solange der Nettoszinsaufwand unter einer Freigrenze von einer Million Euro bleibt, der Betrieb nicht oder nur anteilmäßig zu einem Konzern gehört oder die betriebseigene Eigenkapitalquote um maximal 1% geringer ist als die des Konzerns. In § 8a Abs.2 und Abs.3 KStG sind zudem zwei Rückausnahmen definiert, nach denen die Zinsschranke trotz Vorliegen der Ausnahmetatbestände (Stand-Alone-Klausel, Escape-Klausel) zur Anwendung kommt, sobald eine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung von mehr als 10% des Zinssaldos vorliegt.¹⁰⁵ Nicht abziehbaren Schuldzinsen bleibt der Abzug im aktuellen Wirtschaftsjahr verwehrt, sie können aber zeitlich unbegrenzt vorgetragen werden.

Im Vergleich zur alten Regelung kommt es nach amerikanischem Vorbild sowohl in den aktuellen deutschen als auch in den französischen Vorschriften nicht mehr zu einer Umqualifizierung der abzugsbeschränkten Fremdkapitalzinsen in verdeckte Gewinnausschüttungen, sondern zu einer reinen Abzugsversagung.¹⁰⁶

3.2. Anwendungsbereich

3.2.1. USA

Nach US-Steuerrecht umfasst der Sec. 163(j) IRC grundsätzlich nur Körperschaften. Die Fremdkapitalaufnahme durch Personengesellschaften bleibt unberücksichtigt, es sei denn, es liegt eine von der Finanzverwaltung als missbräuchliche Umgehung der Gesetzesnorm angesehene nachgeschaltete Personengesellschaft vor.¹⁰⁷

Auf Ebene des **Fremdkapitalgebers** wird vorausgesetzt, dass es sich um eine nahe stehende Person handelt, deren Zinseinkünfte zudem keiner oder keiner vollen Besteuerung in den USA unterliegen (Sec. 163(j)(3)(A) IRC i.V.m. Sec. 163 (j)(4) IRC).¹⁰⁸ Der klassische Anwendungsfall liegt vor, wenn Zinsen von einem in den USA ansässigen Fremdkapitalnehmer an eine im Ausland ansässige nahe

¹⁰³ Dötsch/Pung in Dötsch/Jost/Pung/Witt, KStG, § 8a Rdnr. 2.

¹⁰⁴ Loschelder in Schmidt, EStG, § 4h Rdnr. 8.

¹⁰⁵ Tipke/Lang, Steuerrecht (2008), § 11 Rdnr. 53.

¹⁰⁶ Rapport Assemblée Nationale 2005, 207 ff.

¹⁰⁷ Peter, IFSt-Schrift Nr. 436, S.66.

¹⁰⁸ Des Weiteren auch Muttergesellschaften der fremdfinanzierten Körperschaft, die steuerlich als Real Investment Trust nach § 163(j)(3)(C) i.V.m. §856(l) IRC qualifiziert werden.

stehende Person gezahlt werden und der Zinsempfänger eine volle oder teilweise Entlastung von der Quellensteuer nach dem jeweils anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen geltend machen kann.¹⁰⁹ Nach dem deutsch-amerikanischen DBA darf von Seiten der USA keine Quellensteuer erhoben werden (Art. 11 Abs.1 DBA), womit die Zinszahlungen - unter der Annahme, dass die weiteren Voraussetzungen der *earnings stripping rules* erfüllt sind - zumindest vorläufig nicht abzugsfähig sind. Neben ausländischen Zinsgläubigern will man damit vordringlich auch steuerbefreite Pensionsfonds an Gestaltungen hindern.¹¹⁰

Der Begriff nahe stehende Person (*related party*) wird genauer umschrieben in Sec. 267(b) und Sec. 707(b)(1) IRC:¹¹¹ Um nahe stehende Personen handelt es sich insbesondere dann, wenn zwischen zwei Vertragsparteien ein unmittelbares oder mittelbares Beteiligungsverhältnis besteht, bei dem eine Partei an der anderen mehr als 50% der Gesellschaftsanteile besitzt. *Joint ventures*, in denen ausländische Investoren Beteiligungen von 50% oder weniger der Kapitalanteile halten, fallen somit nicht unter den Anwendungsbereich der *earnings stripping rules*.¹¹² Eine weitere Möglichkeit, als nahe stehende Person im Sinne des US-Steuerrechts zu gelten, liegt vor, wenn zwei Gesellschaften zur selben Unternehmensgruppe gehören (*same controlled group*) und einer gemeinsamen Mutter-gesellschaft zuzuordnen sind, die direkt oder indirekt mehr als 50% der stimmberechtigten Anteile an beiden Gesellschaften hält.¹¹³

Im Zuge des US-Steuerreformgesetzes von 1993 wurde der Anwendungsbereich auf **Darlehensgewährung durch fremde, rückgriffsberechtigte Dritte** ausgeweitet. Die Zinsabzugsbeschränkung greift in diesen Fällen auch, soweit die dem Fremdgäubiger geleisteten Zinsen auf Basis der Bruttoeinkünfte keiner Besteuerung in den USA unterliegen und der Dritte Rückgriff auf eine dem US-Schuldner nahe stehende Person nehmen kann.¹¹⁴ Die Rückgriffsberechtigung in Form einer Garantie umfasst laut amerikanischem *Internal Revenue Code (IRC)* grundsätzlich alle Vereinbarungen, mittels derer eine nahe stehende Person dem Fremdgäubiger die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners versichert (Sec. 163(j)(6)(D)(iii) IRC), unabhängig davon, ob diese Vereinbarung rechtlich durchsetzbar ist oder nicht.¹¹⁵ Diese Regelung wird sehr weit ausgelegt und gilt mitunter auch für alle Absichtserklärungen oder Zusagen, das Kapital des Schuldners durch eine Einlage zu erhöhen oder für die Erhaltung seiner finanziellen Stabilität einzustehen.¹¹⁶

Missbräuchliche Durchlauffinanzierungen - auch unter dem Begriff *Back-to-Back* bekannt - werden ebenfalls grundsätzlich von den *earnings stripping rules* erfasst.¹¹⁷ Darunter fallen Darlehen, die eine ausländische Muttergesellschaft an eine Bank vergibt, die ihrerseits in gleicher Höhe ein Darlehen an

¹⁰⁹ BDI, Die Behandlung von Finanzierungsaufwendungen (2007), S.19.

¹¹⁰ Homburg, FR 2007, 717, 720.

¹¹¹ Federal Income Taxation of Debt Instruments 2007, ¶ 2004.03.

¹¹² Janka, RIW 1991, 939, 940; Rudden/Woywode, DB 1993, 1045,1046.

¹¹³ Prop. Reg. §1.163(j)-2(g)(4). Bei Zinszahlungen an verbundene Personengesellschaften muss - obwohl der Sec. 163(j) IRC als solcher grundsätzlich keine Anwendung auf Personengesellschaften findet - beachtet werden, dass es sich auch um eine nahe stehende Person handelt, wenn insgesamt mehr als 10% der Anteile an dieser Personengesellschaft von nicht in den USA steuerpflichtigen KGs gehalten werden.

¹¹⁴ Blumenberg, S.282.

¹¹⁵ Yanowitz, Tax Notes International 1993, 1099, 1107.

¹¹⁶ House Report No.11, 103. Congress, 1st Session (1993), S.402.

¹¹⁷ BDI, Die Behandlung von Finanzierungsaufwendungen (2007), S.20.

eine US-Tochtergesellschaft gewährt.¹¹⁸ Die Fremdkapitalzinsen zahlt die US-Tochtergesellschaft schließlich an die Bank, die diese wiederum an die nahe stehende ausländische Muttergesellschaft weitergibt. Wahrer Zinsempfänger ist somit die nahe stehende Person d.h. die ausländische Muttergesellschaft.

Als Fremdkapital qualifiziert Sec. 163(j)(1)(A) IRC grundsätzlich alle Verbindlichkeiten gleich welcher Art und Fristigkeit. Auch bei hybriden Finanzierungsinstrumenten greifen die *earnings stripping rules*, wenn eine Qualifizierung als Fremdkapital nach den allgemeinen Grundsätzen des Steuerrechts - insbesondere nach Sec. 385 IRC - erfolgt. In Hinblick auf die rasche Entwicklung neuer hybrider Finanzinstrumente kann sich dies im Einzelfall als äußerst problematisch erweisen. Grundsätzlich gelten die hybriden Finanzinstrumente als Fremdkapital, wenn die Eigenkapitaleigenschaften „*equity features*“ weniger als 50% des aktuellen Marktwertes ausmachen.¹¹⁹ Diese sog. „*equity features*“ liegen vor, wenn ein Wandlungsrecht der hybriden Finanzinstrumente in Aktien vorliegt und ein Anspruch auf erfolgsabhängige Vergütungen besteht. Nicht erfasst als Fremdkapital werden laut US-Finanzverwaltung Rückstellungen für kurzfristige Verbindlichkeiten (*short term liabilities*)¹²⁰ und Darlehensschulden, wenn diese sich auf ein identifizierbares Gut des Umlaufvermögens beziehen (*commercial financing liabilities*).¹²¹

3.2.2. Frankreich

Grundvoraussetzung für die Anwendung des Art. 212 CGI ist die Körperschaftsteuerpflicht.¹²² In Frankreich sind damit prinzipiell folgende Gesellschaftsformen von den *règles de sous-capitalisation* betroffen, da diese der Körperschaftsteuer (*impôts sur les sociétés*) unterliegen: Aktiengesellschaften (*société anonymes, SA*), vereinfachte Aktiengesellschaften (*sociétés par actions simplifiées, SAS*), Gesellschaften mit beschränkter Haftung (*sociétés à responsabilité limitée, SARL*), Kommanditgesellschaften auf Aktien (*sociétés en commandite par actions, SCA*) sowie Betriebsstätten ausländischer Kapitalgesellschaften.¹²³

Die neue Vorschrift (Art. 212 CGI) wird im Vergleich zur vorherigen Regelung nicht mehr ausschließlich auf Darlehen von unmittelbaren Anteilseignern, sondern gleichermaßen auf alle Fremdfinanzierungen durch verbundene Unternehmen, so genannte *sociétés liées* angewandt.¹²⁴ Vorausgesetzt wird dabei ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem **Fremdkapitalgeber und dem Fremdkapitalnehmer**. Ein solches wird gemäß Art. 39 Abs. 12 a) CGI insbesondere dann vermutet, wenn eine Gesellschaft die Mehrheit des Grund- bzw. Stammkapitals der finanzierten Gesellschaft direkt oder indirekt durch eine Mittelperson hält (*critère de droit*) oder Entscheidungsgewalt über die fremdfinanzierte Gesellschaft ausübt (*critère de fait*).

¹¹⁸ Janka, RIW 1991, 940, 943.

¹¹⁹ Federal Income Taxation of Debt Instruments, S.1030.

¹²⁰ Short term liabilities umfassen u.a. trade payables (Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen) und advances received from sales (Vorauszahlungen).

¹²¹ Proposed Regulation § 1.163(j)-3(b)(2); Flick, IStR 1994,124,125.

¹²² Rapport Assemblée Nationale 2005, S.209.

¹²³ Die offene Handelsgesellschaft (SNC) und die Kommanditgesellschaften (SCS) sind normalerweise auf der Ebene ihrer Gesellschafter zu besteuern, können sich jedoch für eine Besteuerung nach der Körperschaftsteuer optional entscheiden.

¹²⁴ Pierre, Droit des Sociétés 2006, 4, 6.

Von einem Abhängigkeitsverhältnis wird ebenfalls ausgegangen bei einer Darlehensgewährung zwischen zwei Gesellschaften, die beide unter der gemeinsamen Beherrschung einer dritten Gesellschaft stehen (Art.39 Abs.12 b) CGI), indem diese entweder von beiden die Mehrheit des Kapitals hält oder direkte Entscheidungsgewalt über diese Gesellschaften besitzt. D.h. von nun an fallen auch zwischen verbundenen Schwestergesellschaften gewährte Darlehen unter den Anwendungsbereich der französischen Gesellschafterfremdfinanzierungsregelungen.¹²⁵ Eine einfache Umgehung der Vorschriften durch Zwischenschaltung einer Schwestergesellschaft ist somit nicht mehr möglich.¹²⁶ Auch die bis dahin vorgesehene Ausnahme für französische Muttergesellschaften und die damit einhergehende Diskriminierung ausländischer Muttergesellschaften wurde gestrichen. Mit dieser Gleichbehandlung korrigierte Frankreich seine Regelung im Sinne der Vereinbarkeit mit dem primären Gemeinschaftsrecht der EU.¹²⁷

Im Gesamtergebnis hat der französische Gesetzgeber mit der Vielzahl an Änderungen den Anwendungsbereich des Regelwerkes erheblich ausgeweitet. Dies gilt auch, wenn man berücksichtigt, dass die französische Neuregelung im Gegensatz zu anderen europäischen Unterkapitalisierungsvorschriften - wie z.B. die in den Niederlanden, Dänemark und Spanien - darauf verzichtet, Konstellationen zu erfassen, bei denen Darlehen von rückgriffsberechtigten Dritten gewährt werden.¹²⁸ Auch die eingeführten Abmilderungen schmälern diese Gesamtbewertung nicht. So sind neben Ausnahmeregelungen für Kreditinstitute und Leasinggesellschaften¹²⁹ auch Verbindlichkeiten, die im Rahmen von Geschäftsbeziehungen zwischen verbundenen Unternehmen entstehen, grundsätzlich von der Regelung ausgenommen.¹³⁰ Im Resümee lässt sich unstrittig festhalten, dass insbesondere mit Blick auf die durch einfache Steuergestaltung überaus leicht zu umgehende, alte französische Vorschrift die neue Gesetzeslage einen großen Fortschritt darstellt.¹³¹

3.2.3. Deutschland im Vergleich

Ansatzpunkt der Abzugsbeschränkung auf **Ebene des Fremdkapitalnehmers** sind bei der Zinsschranke die Zinsaufwendungen eines "Betriebs". Eine Legaldefinition des Betriebsbegriffes wird im Wortlaut des § 4h EStG jedoch nicht vorgegeben. Nach *Hoffmann* will der Gesetzgeber den Betriebsbegriff gem. § 4h EStG offensichtlich als Oberbegriff wirtschaftlicher Betätigung verstanden wissen, so dass u.a. einzelkaufmännische Gewerbebetriebe, gewerbliche Mitunternehmerschaften und Kapitalgesellschaften erfasst werden würden.

Bei dieser rechtsformübergreifenden Zielrichtung der Betriebsdefinition sind - wie in dem vom BMF im Juli 2008 veröffentlichten Anwendungsschreiben zur Zinsschranke erläutert - folgende Besonderheiten zu beachten: Ein Einzelunternehmer kann mehrere getrennte Betriebe haben, Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften unterhalten hingegen stets nur einen Betrieb. Dabei

¹²⁵ Calisti, Leberre, Les Petites Affiches 2005, 5, 7.

¹²⁶ Schienke, IStR 2006, 302.

¹²⁷ Hervé Kruger, Droit Fiscal (2007), S.411.

¹²⁸ Affejee/Dion, Bulletin Fiscal 2006, 231, 234.

¹²⁹ Siehe Kapitel 3.4.2.3.

¹³⁰ Bulletin Officiel des Impôts, Instruction 4 H-8-07, S. 2 ff; Viegener, IWB 2006, 1429, 1431.

¹³¹ Lugand/Hamis, Droit & Patrimoine 2006, 42, 43.

werden rein vermögensverwaltend tätige Personengesellschaften nicht als Betrieb im Sinne der Zinsschranke erfasst. Bei Organschaften gelten Organträger und Organgesellschaft als ein Betrieb (Betriebsfiktion), wobei hier die Zinsschranke nur auf Ebene des Organträgers greift.¹³² Nicht betroffen von der Zinsschranke sind im Grundsatz Einzelunternehmen, die keine weitere Beteiligung halten, Verbriefungszweckgesellschaften, die im Mittelstand weit verbreitete Betriebsaufspaltung sowie PPP-Projektgesellschaften (Public Private Partnership), die nicht in einen Konzern eingebunden sind.¹³³

Im Ergebnis ist der Anwendungsbereich der Zinsschranke im Vergleich zur alten Regelung deutlich ausgeweitet worden, da nunmehr grundsätzlich alle Rechtsformen der wirtschaftlichen Betätigung, insbesondere auch Personengesellschaften erfasst werden.¹³⁴ Im Vergleichsfeld, das diese Arbeit betrachtet, ist der Anwendungsbereich im Deutschen Recht damit am weitesten gefasst, da die französischen und amerikanischen Vorschriften im Grundsatz nur bei Körperschaften greifen. US-Recht betreffend ist allerdings zu bemerken, dass die dortige Finanzverwaltung eine Ausdehnung der Vorschrift bei missbräuchlicher Gestaltung in Form von nachgeschalteten Personengesellschaften vornehmen kann.¹³⁵

Anders als die Regelung zur Gesellschafterfremdfinanzierung in § 8a KStG aF, die nur Zinszahlungen an wesentlich beteiligte Anteilseigner, nahe stehende Personen und rückgriffsberechtigte Dritte erfasste, differenziert die in § 4h EStG geregelte Zinsschranke nicht mehr nach der Person des **Fremdkapitalgebers**, sondern erfasst jegliche Art der Fremdfinanzierung. Insbesondere sind damit auch gewöhnliche Bankkredite - für den deutschen Mittelstand weiterhin die wesentliche Finanzierungsform - betroffen,¹³⁶ unabhängig davon, ob sie besichert sind oder nicht.¹³⁷ *Grotherr* merkt hierzu kritisch an, dass durch diese Art der Gestaltung beileibe nicht nur die vom Gesetzgeber als Hauptziel dargestellten drei Fallgruppen (Down-stream-Inbound, Up-stream-Inbound und Outbound-Finanzierungen) betroffen seien, sondern vielmehr jede Art der Fremdfinanzierung.¹³⁸ Von Missbrauch könne nach *Hoffmann* insbesondere bei einer schlichten Fremdkapitalaufnahme durch ein reines Drittbankdarlehen keine Rede sein.¹³⁹ Vielfach wird kritisiert, dass die Gesetzesregelung weit über den zur Umsetzung der Missbrauchsabwehr notwendigen Rahmen hinausgehe und vielmehr der Fiskalzweck der Gegenfinanzierung in der Summe dominiere.¹⁴⁰ Diese Kritik reflektierend resümiert *Homburg* überspitzt, wenn man die Zinsschranke als reine Missbrauchsregelung sehe, müsse der Gesetzgeber in letzter Konsequenz auch den Verzicht aufs Rauchen als Umgehung der Tabaksteuer werten und den Nichtraucher zur Kasse bitten.¹⁴¹

Im Vergleich zum pauschalen deutschen Ansatz des Anwendungsbereiches der Zinsschranke handelt es sich bei den amerikanischen und den neuen französischen Vorschriften grundsätzlich weiterhin um

¹³² Anwendungsschreiben BMF 2008, S.2 ff.

¹³³ BT-Drs. 16/4841, S.48 (Die Zinsschranke ist in diesen Fällen allenfalls bei einer Gesellschafterfremdfinanzierung anzuwenden).

¹³⁴ Vgl. Goebel, Eilinghoff, IStR 2008, 233, 241; Kussmaul/Ruiner/Schappe, GmbHR 2008, 505, 506.

¹³⁵ Peter, IFSt-Schrift Nr.436, S.66.

¹³⁶ Schwedhelm in Streck, KStG, § 8a Rdnr. 2.

¹³⁷ Prinz, FR 2008, 441, 442.

¹³⁸ Grotherr, IWB 2007, 762.

¹³⁹ Hoffmann in Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 4a Rdnr.1.

¹⁴⁰ Töben, FR 2007, 739; Welling, FR 2007, 735; Schwedhelm in Streck, KStG, § 8a Rdnr.4.

¹⁴¹ Homburg, FR 2007, 717, 724.

reine Gesellschafterfremdfinanzierungsregelungen, die nur Zinsaufwand auf Darlehen zwischen verbundenen Unternehmen (*sociétés liées*) bzw. nahe stehenden Personen vom Abzug ausschließen.¹⁴² In Anbetracht der Zielsetzung der Vorschriften zur Gesellschafterfremdfinanzierung - Vermeidung von missbräuchlichen Steuergestaltungen durch Gewinnverlagerungen innerhalb eines Konzerns - erscheint dies zweckmäßiger.

In den USA fallen über die französische Vorschrift hinausgehend auch Fremdfinanzierungen rückgriffsberechtigter Dritter unter die Vorschrift; auf französischer Seite bleibt dieser Aspekt unbehandelt. Allerdings ist hier anzumerken, dass das Bestreben, die Fremdfinanzierung durch rückgriffsberechtigte Dritte in die normative Eingrenzung mit einzubeziehen, erhebliche und bis dato weitgehend ungeklärte Probleme aufwirft. Deshalb bleibt es zweifelhaft, ob dieser Bereich überhaupt jemals angemessen und in allen Facetten geregelt werden kann.¹⁴³

Durch die Ausweitung ihrer Anwendungsbereiche erfassen die neuen deutschen Unterkapitalisierungsvorschriften und ebenso die neuen französischen Regelungen sowohl Fälle mit Auslandsbezug wie auch reine Inlandsfälle. Die *earnings stripping rules* des amerikanischen Rechts erstrecken sich hingegen ausschließlich auf Zinszahlungen an Fremdkapitalgeber, die in den USA mit diesen Vergütungen nicht steuerpflichtig sind, also praktisch allein auf Auslandsfälle.¹⁴⁴ Dieser Umstand stellt zwar eindeutig einen Verstoß gegen die Diskriminierungsklausel des Artikel 24 Abs. 4 des OECD-Musterabkommen dar. Danach darf die Zinsabzugsfähigkeit nicht, wie es im amerikanischen Recht der Fall ist, vom Wohnsitz des Empfängers abhängen.¹⁴⁵ Allerdings komme der Gleichbehandlungsfrage nach *Blumenberg* keine große praktische Bedeutung zu, da die USA faktisch an ihrer *treaty override* Praxis festhalten würden.¹⁴⁶ Der Begriff *treaty override* bezeichnet in diesem Zusammenhang die bewusste Inkaufnahme eines Widerspruchs von US-Gesetzen zu internationalen Abkommen.

Die neue deutsche Zinsschranke differenziert im **sachlichen Anwendungsbereich** weder nach Höhe und Laufzeit, noch nach Art oder Marktüblichkeit einer Fremdfinanzierung, sondern erfasst im Grunde Fremdfinanzierungsaufwendungen jeder Art.¹⁴⁷ § 4h Abs.3 S.2 und S.3 EStG definieren hierbei Zinsaufwendungen als Vergütungen für Fremdkapital, die den maßgeblichen Gewinn mindern, und Zinserträge als Erträge aus Kapitalforderungen jeder Art, die den maßgeblichen Gewinn erhöhen. Der Gesetzeswortlaut spricht explizit von Geldkapital und schließt somit im Umkehrschluss Vergütungen für die Überlassung von Sachkapital wie z.B. Miete oder Leihe aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift aus.¹⁴⁸ Bestimmte hybride Finanzierungsformen, d.h. Finanzierungsinstrumente mit Eigenkapital- und Fremdkapitaleigenschaften, wie z.B. typisch stille Beteiligungen, obligationenartige Genussrechte und partiarische Darlehen fallen ebenso unter die Zinsschrankenregelung.¹⁴⁹ Offensichtlich schwebt dem Gesetzgeber ein erweiterter Zinsbegriff vor, insofern dass auch Vergütungen, die zwar nicht als Zins berechnet werden, aber Vergütungscharakter haben, unter

¹⁴² BDI, Die Behandlung von Finanzierungsaufwendungen (2007), S.45.

¹⁴³ Peter, IFSt-Schrift Nr.436, S.96.

¹⁴⁴ Peter, a.a.O.

¹⁴⁵ Flick, IStR 2002, 802, 804.

¹⁴⁶ Blumenberg, S.336.

¹⁴⁷ Glutsch/Otte/Schult, Unternehmensrecht (2008), S.125.

¹⁴⁸ Scheunemann/Socher, BB 2007, 1144,1148.

¹⁴⁹ Anwendungsschreiben BMF Juli 2008, Rdnr. 11.

Zinsaufwendungen bzw. Zinserträge fallen (wie z.B. Damnum, Disagio und Provisionen und Gebühren an den Fremdkapitalgeber).¹⁵⁰

Die amerikanischen und französischen Vorschriften klammern im **sachlichen Anwendungsbereich** ihrer Unterkapitalisierungsregelungen bestimmte Verbindlichkeiten aus: Auf französischer Seite betrifft dies die Verbindlichkeiten, die zwischen verbundenen Unternehmen, zwischen denen eine Geschäftsbeziehung besteht, entstehen (z.B. kurzfristige Lieferantenkredite); auf US-Seite sind kurzfristige, im Zusammenhang mit Umlaufvermögen stehende, Verbindlichkeiten ausgeklammert. Durch diese Ausnahmen wird die Fremdfinanzierung des laufenden Geschäfts nicht eingeschränkt, sondern vielmehr im Sinne einer praktikablen Anwendung deutlich vereinfacht. Das deutsche Gesetz kennt derartige Ausnahmen nicht.¹⁵¹

3.3. Zinsabzugsgrenze

3.3.1. USA

Nach US-Recht kommt bei Zinszahlungen - vorausgesetzt sie fallen, wie unter Punkt 3.2.1 erläutert, in den Anwendungsbereich der *earnings stripping rules* – eine Abzugsbeschränkung zum Tragen, wenn das Verhältnis von Fremdkapital zu Eigenkapital der Gesellschaft 1.5:1 übersteigt (*safe haven*) und die gezahlten Zinsvergütungen übermäßig sind (*excess interest expense*).¹⁵² Übermäßige Zinsvergütungen liegen vor, wenn der Nettozinsaufwand (*net interest expense*) die Summe aus 50% des bereinigten zu versteuernden Einkommens (*adjusted taxable income*) einschließlich des vortragsfähigen Zinsabzugspotential aus den drei vorangegangenen Steuerjahren (*excess limitation carryforward*) übersteigt (siehe Abb. 3-1: Punkt 3).¹⁵³ Das bereinigte zu versteuernde Einkommen (*adjusted taxable income, ATI*) wird aus dem steuerlichen Einkommen, ermittelt nach den Vorschriften des IRC, hergeleitet. Dazu ist das steuerliche Einkommen um die Position Nettozinsaufwand, den Verlustvortrag und um Abschreibungen zu korrigieren (Abb. 3-1: Punkt 2).

Ziel dabei ist es, eine mehr *cash-flow* orientierte Größe zu erhalten, die es nach Auffassung des Gesetzgebers ermöglicht, die Fähigkeit der Gesellschaft zu laufenden Zinszahlungen darzustellen.¹⁵⁴ Der so berechnete Zinsüberhang kann nur insoweit im Abzug beschränkt werden, wie dieser an eine nahe stehende Person, einen rückgriffsberechtigten Dritten oder an eine als *Real Estate Investment Trust REIT* qualifizierte Gesellschaft gezahlt worden ist.¹⁵⁵ D.h. nur der jeweils kleinere Betrag aus Zinsüberhang (*excess interest expense*) und schädlichem Zinsanteil (*disqualified interest*) ist nicht abzugsfähig (Abb.3-1: Punkt 4).¹⁵⁶ Der effektiv nicht zum Abzug zugelassene Zinsanteil (*disallowed interest*) ist im nächsten Jahr erneut dem Nettozinsaufwand zuzuschlagen. Wenn die Gesellschaft keine

¹⁵⁰ Hoffmann in Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 4h Rdnr. 55-57.

¹⁵¹ Goebel/Eilinghoff, IStR 2008, 233, 241.

¹⁵² Peter, IFSt-Schrift Nr.436, S.65.

¹⁵³ Burgess/Penlington/Rapids, The Tax Adviser 2004, 545; Granwell/DeCarlo/Mayo, Intertax 1991,405,406.

¹⁵⁴ Rudden/Woywode, DB 1993,1045,1047.

¹⁵⁵ Goebel/Eilinghoff, IStR 2008, 233, 235.

¹⁵⁶ Peter, IFSt-Schrift Nr.436, S.75.

Gegenmaßnahmen ergreift, kann der vorzutragende Anteil der Zinsaufwendungen schnell ansteigen, so dass er im Ergebnis nicht mehr innerhalb angemessener Zeit aufgebraucht werden kann.¹⁵⁷

Die Frage, ob eine Abzugsfähigkeit zum Tragen kommt, hängt somit primär von der Ertragslage der fremdfinanzierten Gesellschaft ab.¹⁵⁸ Janka vertritt die Ansicht, die Vorschrift beginne insbesondere bei der in diesem Abschnitt erläuterten Berechnung der abzugsfähigen Zinsen unübersichtlich zu werden, nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass sie an dieser Stelle nicht weniger als sechs steuerliche Phantasiebegriffe definiere.¹⁵⁹

Die Gesetzesmethodik soll an folgendem Kurzbeispiel verdeutlicht werden (ausführlicheres Beispiel siehe Anhang¹⁶⁰): Ein US-Tochtergesellschaft hat Zinsaufwendungen in Höhe von 400 Millionen Euro zu leisten; hiervon entfallen 310 Millionen Euro auf ein Bankdarlehen und 90 Millionen Euro auf ein Gesellschafterdarlehen einer im Ausland ansässigen Muttergesellschaft.¹⁶¹ Gleichzeitig hat sie jährlich Zinserträge in Höhe von 250 Millionen Euro und ein Einkommen in Höhe von 100 Millionen Euro.¹⁶² Unter der Annahme, dass der *safe haven* von 1.5:1 überschritten ist, kommt man zu dem Ergebnis, dass die an nahe stehende Personen geleisteten Zinsen (90 Millionen Euro) in Höhe des Zinsüberhanges (15 Millionen Euro) nicht abzugsfähig sind.

(1) Nettozinsaufwand (net interest expense)		(3) Ermittlung des Zinsüberhangs	
Zinsaufwand	400	Nettozinsaufwand inkl. Zinsvortrag aus Vorj.	150
./. Zinsertrag	250	./. 50% des angepassten Einkommens (ATI)	135
= Nettozinsaufwand	150	./. Zusätzl. Abzugspotential der letzten 3 Jahre	0
		= Zinsüberhang (excess interest expense)*	15
		Zinsanteil an nahe stehende Personen **	90
(2) Angepasstes Einkommen (ATI)		(4) Ermittlung der abzugsfähigen Zinsen	
steuerpflichtiges Einkommen (TI)	100	Nettozinsaufwand	150
+ Nettozinsaufwand	150	./. Minimum aus * und ** (=disallowed interest)	15
+ Verlustvorträge	0	= abzugsfähiger Zinsanteil des Nettozinsaufw.	140
+ Abschreibungen	20		
= angepasstes Einkommen (ATI)	270		

Abbildung 3-1: Einfaches Rechenbeispiel zur Bestimmung des abzugsfähigen Zinsanteils

¹⁵⁷ Janka, RIW 1991,939,942.

¹⁵⁸ Blumenberg, S.305.

¹⁵⁹ Janka, RIW 1991,939,941 (1. Net interest expense, 2 excess interest expense 3. Disqualified interest expense 4. excess limitation carryforward 5. Adjusted taxable income 6. Related person).

¹⁶⁰ Auf einen identischen Beispielsachverhalt werden dort die französische ,amerikanische und deutsche Unterkapitalisierungsvorschrift über einen 3 Jahreszeitraum hinweg angewandt, um die Ergebnisse schließlich – unter den getroffenen Annahmen – vergleichen zu können.

¹⁶¹ Quellensteuerreduktion im DBA beträgt 0%.

¹⁶² Unter der Annahme, dass der *safe haven* von 1.5:1 überschritten wird.

3.3.2. Frankreich

Grundvoraussetzung für die Abzugsfähigkeit von Zinsen ist im französischen Recht die vollständige Einzahlung des Nennkapitals (Art. 212 CGI i.V.m. Art.39 Abs.1 Nr.3 CGI). Wie schon vorher kurz erwähnt, wird in einer ersten Prüfstufe zunächst die Angemessenheit des Zinssatzes festgestellt (Art. 39 Abs.1 Nr.3 CGI). Danach dürfen die gezahlten Zinsen den durchschnittlichen Jahreszinssatz, wie er von Kreditinstituten üblicherweise für Darlehen mit variablem Zinssatz bei einer Anfangslaufzeit von mehr als zwei Jahren vereinbart wird, nicht überschreiten.¹⁶³ Dieser wird monatlich vom französischen Wirtschafts- und Finanzministerium festgelegt und betrug im ersten Halbjahr 2008 durchschnittlich 6%.¹⁶⁴ Liegt der gezahlte Zinssatz darüber, ist der überschüssige Zinsanteil nicht abzugsfähig.¹⁶⁵ Die den Durchschnittzinssatz übersteigenden Zinsen bleiben jedoch abzugsfähig, wenn mittels eines Fremdvergleichs der Nachweis erbracht werden kann, dass unter gleichen Bedingungen einem unabhängigen Kreditinstitut ein ähnlich hoher Zinssatz hätte gezahlt werden müssen.¹⁶⁶

Wird im ersten Schritt keine Überschreitung des Durchschnittzinssatzes festgestellt, erfolgt danach eine Prüfung nach Maßgabe bestimmter Verhältnisrechnungen.¹⁶⁷ Dabei unterliegt der Abzug der Zinsen einer Beschränkung, wenn folgende drei Grenzen überschritten werden:¹⁶⁸

Die **erste Nichtbeanstandungsgrenze (*limite d'endettement global*)** bezieht sich auf das Verhältnis der von verbundenen Unternehmen erhaltenen Darlehen zum Eigenkapital.¹⁶⁹ Überschreitet das von verbundenen Unternehmen erhaltene Fremdkapital nicht das 1,5 fache des Eigenkapitals des Kapital aufnehmenden Unternehmens, bleiben die Zinsen vollständig abzugsfähig.

Im Vergleich zur alten Rechtslage wird nun das Eigenkapital und nicht mehr das gezeichnete Kapital herangezogen. Mit dieser Umstellung hat man auf die Kritik reagiert, dass diese Bezugsgröße nur beschränkt aussagefähig sei.¹⁷⁰ Ein Abstellen auf das gezeichnete Kapital bestraft bspw. eine Gesellschaft selbst dann, wenn deren Anteilseigner erhebliche Eigenkapitalrücklagen gebildet haben, ohne sie gleichzeitig ins gezeichnete Kapital eingegliedert zu haben.

Im Unterschied zum gezeichneten Kapital werden nun mit dem Eigenkapital zusätzlich Rücklagen, Jahresüberschüsse und Jahresfehlbeträge sowie Gewinn- und Verlustvorträge berücksichtigt.¹⁷¹ Hierdurch ergeben sich in gewissem Maße Steuergestaltungsspielräume, da die Höhe des Eigenkapitals u.a. durch Zuführungen oder Ausschüttungen beeinflusst werden kann.¹⁷² Des Weiteren wird dem Unternehmen ein Wahlrecht eingeräumt, die Höhe des Eigenkapitals am Anfang oder am Ende des entsprechenden Jahres zu Grunde zu legen. Diese Lockerung im Vergleich zur alten Vorschrift erlaubt es,¹⁷³ aus einem Anstieg des Eigenkapitals im Verlaufe des Jahres Vorteile zu ziehen oder im Fall einer Abnahme den negativen Effekt zu reduzieren.¹⁷⁴ Im Gegensatz zu dieser steuergestalterisch nutzbaren

¹⁶³ Davoudet, International Tax Review 2006,55,56.

¹⁶⁴ Conférence Paris - nouvelles règles de sous capitalisation, S.12.

¹⁶⁵ BDI, Behandlung von Fremdfinanzierungsaufwendungen (2007), S.27.

¹⁶⁶ Weier/Seroin, IStR 2005,725,728; BDI, S.30.

¹⁶⁷ Steverding, S.135.

¹⁶⁸ Calisti/Leberre, Les Petites Affiches 2005, 5, 8.

¹⁶⁹ Weier/Seroin, IStR 2005, 725,728.

¹⁷⁰ Kruger, Les Petites Affiches 2006, 5, 10.

¹⁷¹ Rapport Assemblée Nationale 2005, S.421.

¹⁷² BDI, Behandlung von Fremdfinanzierungsaufwendungen (2007), S.31.

¹⁷³ Kruger, Droit Fiscal (2007), S.413.

¹⁷⁴ Affejee/Dion, Bulletin Fiscal 2006, 231, 235.

Wahloption werden die Darlehensstände gem. Art. 212 Abs.2 Nr.1 a) CGI als Durchschnitt des jeweiligen Wirtschaftsjahres ermittelt.

Die **zweite Nichtbeanstandungsgrenze** (*limite de couverture d'intérêt*) bezieht sich nach dem Vorbild der *earning stripping rules* auf das Verhältnis zwischen Zinsen und laufendem Gewinn vor Steuern im entsprechenden Veranlagungsjahr. Der Betrag der an verbundene Unternehmen zu zahlenden Zinsen darf 25% des laufenden Gewinns vor Steuern, erhöht um die an verbundene Unternehmen gezahlten Zinsen, Abschreibungen und anteilige Leasinggebühren¹⁷⁵, nicht übersteigen (RCAIA)¹⁷⁶. Wird diese Grenze eingehalten, sind die Fremdkapitalzinsen sofort abziehbar.¹⁷⁷ Auf diese Weise kann ein Unternehmen, obwohl es ggf. eine hohe Fremdfinanzierung durch konzerninterne Darlehen in Anspruch genommen hat und somit Grenze eins überschreitet, dem Verbot der Zinsabzugsfähigkeit entkommen, solange es hohe Gewinne aufweist.¹⁷⁸

Die **dritte Nichtbeanstandungsgrenze** (*la limite correspondant aux intérêts recus de sociétés liées*) besagt, dass der Betrag der an verbundene Unternehmen gezahlten Zinsen nicht den Betrag der von diesen erhaltenen Zinsen übersteigen darf.¹⁷⁹ Mit dieser dritten Grenze soll vermieden werden, dass Unternehmen, die als Intermediäre in einem Konzernverbund agieren und somit fast immer die ersten beiden Nichtbeanstandungsgrenzen überschreiten, durch ein doppeltes Zinsabzugsverbot auf zwei Ebenen betroffen sind.¹⁸⁰ Dieser Fall könnte z.B. bei einer Schwestergesellschaft eintreten, die Gesellschafterdarlehen aufnimmt und diese an ihre Töchter weiterleitet.¹⁸¹ Ohne Berücksichtigung der dritten Nichtbeanstandungsgrenze würde neben der Tochtergesellschaft auch der als Intermediär agierenden Schwestergesellschaft ein Abzugsverbot drohen und folglich eine Beschränkung auf gleich zwei Ebenen eintreten.

Wie gesagt, nur wenn alle drei Nichtbeanstandungsgrenzen überschritten werden, kommt eine Beschränkung der Abzugsfähigkeit zum Tragen. Dabei bildet der höchste Wert, der bei der Anwendung der drei Grenzregelungen entsteht, die Abzugsgrenze für konzerninterne Zinszahlungen. Insgesamt ist die Grundformel so kompliziert angelegt, dass der französische Gesetzgeber sein Ziel einer Vereinfachung der Steuergesetzgebung zumindest bei der neuen Unterkapitalisierungsvorschrift offenbar aus den Augen verloren zu haben scheint.

Ein **Kurzbeispiel** soll die Ermittlungsgrundsätze der Abzugsbegrenzung veranschaulichen (ausführliches Beispiel siehe Anhang): Die französische Tochtergesellschaft *BioMedical SA* der deutschen Muttergesellschaft *Technologie AG* verfügt zum Jahresabschluss über ein Eigenkapital von 2.5 Mio. Euro und einen korrigierten steuerlichen Gewinn (RCAIA) von 1.35 Millionen Euro. Aufgrund eines Darlehens der Muttergesellschaft hat sie bei einem Jahreszinssatz von 5% Darlehenszinsen in Höhe von 250.000 Euro zu zahlen. Zudem hat sie jährliche Zinserträge in Höhe von 100.000 Euro. Die zu ermittelnden Grenzen berechnen sich wie folgt:

¹⁷⁵ Erfasst werden damit solche, die bei Ausübung von Kaufoptionen zu aktivieren sind, dies betrifft insbesondere Immobilienleasing, vgl. Viegner, IWB 2006, 1429, 1433.

¹⁷⁶ RCAIA = Résultat courant avant impôts, majoré des intérêts déductibles et amortissements.

¹⁷⁷ Steverding, S.137.

¹⁷⁸ Kruger, Droit Fiscal (2007), S.414.

¹⁷⁹ BDI, Behandlung von Fremdfinanzierungsaufwendungen (2007), S.31.

¹⁸⁰ Rapport Assemblée National 2005, S.421.

¹⁸¹ Steverding, S.136.

- 150% des Eigenkapitals ergeben einen Grenzwert von 3.750.000 Euro. Abzugsfähig sind demnach höchstens die Zinsen auf diesen Grenzbetrag, folglich **187.500 Euro** (3.750.00 € x 5%). Im Fall einer Abzugsbeschränkung, sind die anteilig auf den übersteigenden Teil des Fremdkapitals entfallenden Zinsen schädlich
- Die zweite Grenze beläuft sich auf 25% des *RCAIA*, demnach **337.500 Euro**.
- Die Zinserträge der *BioMedical SA* in Höhe von **100.000 Euro** bilden die dritte Grenze.

Der höchste der drei Grenzwerte ist maßgeblich. Mit 337.000 € liegt dieser Wert über den insgesamt zu zahlenden Darlehenszinsen. Im Ergebnis bleiben somit die kompletten 250.000 Euro vom Jahresergebnis der *BioMedical SA* als Betriebsausgaben abzugsfähig.

3.3.3. Deutschland im Vergleich

Zinsaufwendungen eines Betriebs unterliegen nach der deutschen Vorschrift in der Höhe der Zinserträge keinen Abzugsbeschränkungen. Ein darüber hinaus gehender Nettozinsaufwand ist nur in Höhe von 30% des maßgeblichen EBITDA abzugsfähig.¹⁸² Die EBITDA Kennziffer wird aus dem nach EStG ermittelten Gewinn bestimmt, erhöht um Zinsaufwendungen sowie steuerlich zulässige Abschreibungen und vermindert um Zinserträge (Abb. 3-2).¹⁸³ Bei Körperschaften tritt an die Stelle des maßgeblichen Gewinns das nach Vorschriften des EStG und KStG ermittelte Einkommen. Im ursprünglichen Gesetzesentwurf sollten Abschreibungen zunächst nicht in die Bezugsgröße mit einbezogen werden. Dies hätte dazu geführt, dass nur die EBIT Kennzahl - die oft erheblich niedriger als das EBITDA ausfällt - Bemessungsgrundlage gewesen wäre.

Nachdem man bereits die von der Stiftung Marktwirtschaft vorgeschlagene weitaus weniger restriktive Abzugsgrenze in Höhe von 60% des EBIT-Wertes verworfen hatte,¹⁸⁴ wurde auf Initiative des Finanzausschusses schließlich doch noch beschlossen, Abschreibungen mit zu berücksichtigen, mit der Begründung, Anreize für Anlageinvestitionen in Deutschland schaffen zu wollen.¹⁸⁵ Allerdings schwächt die Nichtberücksichtigung von Teilwertabschreibungen und von Forschungs- und Entwicklungskosten die vermeintliche Verbesserung gleich wieder erheblich ab.¹⁸⁶ Zu beachten ist weiter, dass das hier betrachtete steuerliche EBITDA nicht mit dem betriebswirtschaftlichen EBITDA nach HGB, IFRS oder US-GAAP gleichzusetzen ist.¹⁸⁷

Steuerpflichtiger Gewinn bzw. (Einkommen bei Körperschaften)
./. Zinserträge
+ Zinsaufwendungen
+ Abschreibungen nach §6 Abs.2 und 2a sowie § 7 EStG
+ (Verlustabzug i.S.d. § 10d EStG)
+ (Spendenabzug i.S.d. § 9 Abs.1 Satz 1 Nr.2 KStG)
= steuerliches EBITDA

Abbildung 3-2: Definition des EBITDA laut Anwendungserlass des BMF vom 4. Juli 2008¹⁸⁸

¹⁸² Anwendungsschreiben BMF Juli 2008.

¹⁸³ Goebel/Eilinghof, IStR 2008, 233, 239.

¹⁸⁴ Thiel, FR 2007, 729, 730.

¹⁸⁵ BT-Drs. 16/5491, S.17.

¹⁸⁶ Kessler/Köhler/Knörzer, IStR 2007,418,419.

¹⁸⁷ Vgl. Loschelder in Schmidt, EStG, § 4h Rdnr. 11.

¹⁸⁸ In Klammer gesetzte Werte betreffen Körperschaften.

EBITDA ist eine am maßgeblichen Gewinn bzw. Einkommen orientierte Kennzahl, die ein Indiz für eine ökonomisch angemessene Finanzierungsstruktur liefern soll, dabei jedoch weder zwischen den Jahren schwankende Geschäftsergebnisse noch branchenspezifische Besonderheiten verarbeiten kann.¹⁸⁹ Insbesondere für Branchen, die im besonderen Maße auf Fremdfinanzierung angewiesen sind, wie z.B. der Schiffsbau, ist die 30% EBITDA Abzugsgrenze zu eng gesetzt.¹⁹⁰ In der Literatur wird die Kappungsgrenze in Höhe von 30% des EBITDA durchweg als zu niedrig kritisiert. Es handele sich weniger um eine Vorschrift mit positiver Anreizwirkung für die Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, sondern eher um eine steuerverschärfende Gegenfinanzierungsmaßnahme, so *Hallerbach*.¹⁹¹

Zudem wirkt sich ein gewinnorientiertes Angemessenheitskriterium besonders in wirtschaftlichen Schwächephasen nachteilig aus, da Unternehmen, die sich in einer Krisensituation befinden, niedrigere EBITDA erwirtschaften und somit höhere Zinsaufwendungen nicht voll steuerlich geltend machen können. Besonders in Zeiten der Wirtschaftskrise mit allgemein sinkenden Unternehmensgewinnen verstärken sich damit die negativen Konsequenzen der Zinsschranke (und somit letztlich auch die Folgen der Krise). Im Ergebnis kann es somit, wie *Blumenberg* treffend anmerkt, vorkommen, dass das Abzugsverbot auch Fälle ohne missbräuchliche Gestaltungen erfasst (insbesondere bei ungünstiger Ertragslage), während umgekehrt ein Abzugsverbot bei Unternehmen trotz missbräuchlicher Steuergestaltungen, aufgrund einer entsprechend günstigen Ertragslage nicht zum Tragen kommt.¹⁹² Der Zweck der Regelung wird in solchen Fällen regelrecht pervertiert.

Die Unterkapitalisierungsvorschriften in Frankreich, USA und Deutschland orientieren sich im Grunddesign ihrer Zinsabzugsgrenze mit den EBITDA, ATI und RCAIA Werten an drei sehr ähnlich Ertragskennziffern, die zudem nach weitgehend gleicher Systematik aus dem steuerpflichtigen Gewinn abgeleitet werden. Das gewinnorientierte Kriterium der *earnings stripping rules* ist mit 50% des ATI allerdings weitaus weniger restriktiv ausgestaltet als die deutsche Zinsschrankenregelung. Der Unterschied zwischen der 50% und 30% Kappungsgrenze führt - wie in der Beispielrechnung im Anhang nachzuvollziehen ist¹⁹³ - zu einer weitaus höheren Belastung in Deutschland als in den USA. Dieser Belastungsunterschied nimmt zu, um so größer die Differenz zwischen dem Anteil der gesamten Fremdfinanzierung und dem Gesellschafterfremdfinanzierungsanteil wird. Dies beruht darauf, dass im amerikanischen Recht lediglich die an nahe stehende Personen gezahlten Zinsen betrachtet werden, im deutschen Recht hingegen der gesamte Fremdkapitalaufwand.

Neben der unterschiedlichen Höhe der Kappungsgrenzen unterscheiden sich die amerikanische und deutsche Vorschrift allerdings nicht wesentlich hinsichtlich der Ermittlung des nicht abzugsfähigen Zinsanteils. In beiden Fällen bilden die Nettozinsaufwendungen die Ausgangsgröße, bevor die gewinnabhängigen Größen abgezogen werden.

Im Vergleich zur deutschen und amerikanischen Vorschrift sind die *règles de sous-capitalisation* hinsichtlich der gewinnabhängigen Kappungsgrenze mit 25% des RCAIA nochmals restriktiver gestaltet, allerdings führen sie in der Summe durch eine flexiblere Ausgestaltung nur selten zu höheren

¹⁸⁹ Seiler in Kirchhof, EStG, § 4h Rdnr. 2.

¹⁹⁰ Köhler, DStR 2007, 597, 601; Schaden/Käshammer, BB 2007, 2317.

¹⁹¹ Hallerbach, StuB 2007,

¹⁹² Blumenberg, S.306.

¹⁹³ siehe Anhang (Beispielrechnung basierend auf dem gleichen Sachverhalt in allen 3 Fällen).

Belastungen als die deutsche Regelung. Dies liegt zum einen daran, dass neben der 25% Grenze auch die weiteren zwei Nichtbeanstandungsgrenzen überschritten sein müssen, und zum anderen daran, dass im französischen Recht nur die an verbundene Unternehmen gezahlten Zinsen berücksichtigt werden, nicht aber die gesamten Fremdkapitalzinsen wie im deutschen Recht.

3.4. Ausnahmen und Entschärfungen

3.4.1. USA

3.4.1.1. *Safe Haven*

Im US-Recht wird die Abzugsfähigkeit von Zinsen beschränkt, wenn das Verhältnis von Fremdkapital zu Eigenkapital 1.5:1 (*debt-to-equity ratio*) überschreitet. Das Eigenkapital muss also mehr als 40% der Bilanzsumme oder 66,6% des Fremdkapitals betragen, damit das Abzugsverbot der *earnings stripping rules* nicht zum Tragen kommt.¹⁹⁴ Neben dieser als *safe haven* bezeichneten Regelung gibt es keine weiteren Entschärfungen z. B. durch einen Freibetrag oder eine Freigrenze. Vom Vermittlungsausschuss nachträglich beschlossen, sollte die *safe haven* Regelung sicherstellen, dass Unternehmen mit einer hohen Eigenkapitalausstattung, nicht aufgrund periodischer Einnahmeschwankungen unter die Zinsabzugsbegrenzung fallen.¹⁹⁵

Nach Sec. 163(j)(2)(C) IRC werden unter Fremdkapital alle Verbindlichkeiten gleich welcher Art verstanden, unabhängig von der Rückzahlungsfrist und der Person des Zinsgläubigers.¹⁹⁶ Per Verwaltungsrichtlinie wurde festgelegt, dass Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen erst nach Ablauf von 90 Tagen hinzugerechnet und Darlehensschulden nicht bei der Berechnung des Fremdkapitals berücksichtigt werden, wenn sie mit dem laufenden Geschäftsbetrieb im Zusammenhang stehen und zugleich durch kurzfristig liquidierbare Vermögensgegenstände abgesichert sind.¹⁹⁷ Die Berechnung der Verschuldungsquote erfolgt auf Grundlage fortgeführter Buchwerte aus der Steuerbilanz. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt dafür ist grundsätzlich der letzte Tag des Steuerjahres der US-Schuldnergesellschaft; ein Wahlrecht zwischen Jahresanfang und Jahresende wie in der französischen Regelung besteht somit nicht. Das Eigenkapital ergibt sich aus der um das Fremdkapital verminderten Summe sämtlicher Vermögenswerte. Diese sind zu erhöhen um Beteiligungswerte an Personengesellschaften und im Gegenzug zu kürzen um Beteiligungen an verbundenen US-Kapitalgesellschaften; letzteres jedoch nur, wenn eine 80% Mindestbeteiligung an den Stimmrechten vorliegt.¹⁹⁸ Beteiligungen an ausländischen und steuerbefreiten Kapitalgesellschaften mindern das maßgebliche Eigenkapital nicht; insofern gilt ein beschränktes Holdingprivileg.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Peter, IFSt-Schrift Nr.436, S.72.

¹⁹⁵ Blumenberg, S.274.

¹⁹⁶ Janka, RIW 1991, 940.

¹⁹⁷ Proposed Regulation Sec.1.163(j)-3(B)(2).

¹⁹⁸ Proposed Regulation Sec.1.163(j)-3(C)(2).

¹⁹⁹ Goebel/Eilinghoff, IStR 2007, 233, 235.

In den USA wird die Unternehmensfinanzierung im Gegensatz zu Europa traditionell vorrangig über den Kapitalmarkt realisiert und weniger über Bankkredite. Die so zu erklärende höhere durchschnittliche Eigenkapitalausstattung amerikanischer Unternehmen im Vergleich zu europäischen ist im Hinblick auf die *safe haven* Regelung positiv zu sehen. Allerdings wird an der starren Ausgestaltung der Verhältniszahl der US-Regelung kritisiert, dass den je nach Unternehmensgröße, Lebenszyklus oder konjunktureller Lage der Gesellschaft stark schwankenden Eigenkapitalisierungsverhältnissen keinerlei Rechnung getragen wird.

3.4.1.2. *Affiliated Group*

Für Zwecke der Abzugsbeschränkung nach den *earnings stripping rules* werden die Mitglieder einer Unternehmensgruppe i.S.d. Sec. 1504(a) IRC als eine Steuereinheit behandelt.²⁰⁰ Eine so genannte *affiliated group* liegt dann vor, wenn eine Muttergesellschaft mindestens 80% der Stimmrechte oder des Kapitals einer oder mehrerer US-Tochtergesellschaften hält. Dabei dürfen die Mitglieder einer solchen Unternehmensgruppe bei der Ermittlung der relevanten Kennziffern (EK:FK Verhältnis, ATI, Zinsüberhang) für die *earnings stripping rules* das konsolidierte Ergebnis der Gruppe zu Grunde legen. Im Vergleich zur isolierten Berechnung kann sich die Gruppenberechnung zu Gunsten des einzelnen Unternehmens auswirken. Hinsichtlich der *safe haven* Regelung kann z.B. ein übermäßig fremdfinanziertes Einzelunternehmen als Mitglied einer mit ausreichend Eigenkapital ausgestatteten Unternehmensgruppe einer Abzugsbeschränkung der Zinsen durch die Gruppenbetrachtung entkommen.²⁰¹ Allerdings sind ausländische und steuerbefreite Gesellschaften als Gruppenmitglieder von dieser gestaltungsstarken Regelung ausgeschlossen;²⁰² ein wichtiges Planungsinstrument zur Vermeidung der Abzugsbeschränkung wird ihnen damit verwehrt. So ist es nicht verwunderlich, dass dies als eine deutliche Benachteiligung ausländischer Unternehmen nachdrücklich kritisiert wird.²⁰³

3.4.2. Frankreich

Der Ausweitung des Anwendungsbereiches der *règles de sous-capitalisation* in der neuen französischen Regelung stehen mehrere Ausnahmen gegenüber.

3.4.2.1. Freigrenzen

Im Gegensatz zu den USA führte der französische Gesetzgeber mit der Reform der *règles de sous-capitalisation* eine Freigrenze ein. Danach tritt keine Zinsabzugsbeschränkung ein, solange der Betrag nicht abzugsfähiger Zinsen unter 150000 Euro bleibt. Auf diese Weise sollen kleinere und mittlere Unternehmen vor der Regelung geschützt werden. Kritisiert wird jedoch, dass mit der Freigrenze ein "Schwelleneffekt" (*effets de seuils*) entsteht: Schon das Überschreiten der Grenze um nur einen Euro bewirkt, dass dem kompletten Zinsbetrag - und nicht nur dem die 150.000 Euro Grenze

²⁰⁰ Rudden/Woywode, DB 1993, 1045,1046.

²⁰¹ Goebel/Eilinghoff, IStR 2008, 233,235.

²⁰² Janka, RIW 1991, 939, 941, (Sec. 1504(b) IRC)

²⁰³ Janka, RIW 1991,939,942; Blumenberg, S.280.

übersteigenden Anteil - der Abzug verwehrt wird. Bei nur leichter Unterschreitung der 150.000 Euro Grenze bleibt hingegen der volle Betrag abziehbar.²⁰⁴

3.4.2.2. Cash-Pool-Systeme

Die französischen Unterkapitalisierungsvorschriften greifen ebenfalls nicht bei Konzernfinanzierungen durch international gebräuchliche Cash-Pool-Systeme (*pools de trésorerie*).²⁰⁵ Cash-Pooling wird als Instrument zum Liquiditätsausgleich zwischen einzelnen Konzernunternehmen genutzt und erfreut sich in der Praxis internationaler Konzerne seit Jahren großer Beliebtheit.²⁰⁶ Dabei wird die überschüssige Liquidität auf einem gemeinsamen Hauptkonto - dem sogenannten Masterkonto - zusammengefasst. Im Fall eines Liquiditätsengpasses einer Konzerngesellschaft kann zuerst auf die angesammelte Liquidität zurückgegriffen werden, bevor eine teure Fremdkreditaufnahme am Kapitalmarkt wahrgenommen werden muss.²⁰⁷

3.4.2.3. Leasinggesellschaften und Kreditinstitute

Auch für Zinsen, die im Zusammenhang mit der Anschaffung von Gegenständen entstehen, die über Leasingverträge anderen Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellt werden, sieht die Regelung in Frankreich keine Begrenzung der Abzugsfähigkeit vor (Art.317-7 *Code monétaire et financier*).²⁰⁸ Diese Entlastung gilt allerdings nicht bei Leasing mit Kaufoption. Ein Antrag im Senat, der zweiten Kammer des französischen Parlaments, diese Einschränkung aufzuheben, wurde abgelehnt.²⁰⁹

Auch Bankgeschäfte und Geschäfte, die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb von Kreditinstituten im Sinne des Art. 511-9 CMF gehören, fallen nicht unter die Vorschrift und bleiben voll abzugsfähig.²¹⁰ Nach *Viegner* handelt es sich dabei um eine großzügige Befreiung, die alle Geschäftsbereiche der Kredit- und Finanzierungsinstitute betreffe.²¹¹ Die Intention dabei ist, Unternehmen, die Tochtergesellschaften von Kreditinstituten sind, davon abzuhalten bei der Konkurrenz, d.h. außerhalb der Gruppe, nach Krediten zu fragen, um so eine vollkommene Abzugsfähigkeit der Zinsen zu gewährleisten.²¹²

3.4.2.4. Konzernverschuldungsquotient

Gehört eine Gesellschaft einem Konzern an, so kann sie sich einer Abzugsbeschränkung der Zinsen durch den Beweis entziehen, dass ihr Verschuldungsquotient nicht den des konsolidierten Konzernquotienten (*exception groupe*) überschreitet (Art.212 Abs.3 CGI). Man greift hierbei auf den

²⁰⁴ Hervé Kruger, *Droit Fiscal* (2007), S.423.

²⁰⁵ Hervé Kruger, *Droit Fiscal* (2007), S.420.

²⁰⁶ Pierre, *Droit des Sociétés* 2006, 4, 8.

²⁰⁷ Burger, Ulbrich, *Beteiligungscontrolling* (2005), S.469.

²⁰⁸ Viegner, *IWB* 2006, 1429, 1437.

²⁰⁹ Affejee/Dion, *Bulletin Fiscal* 2006, 231, 236.

²¹⁰ BDI, S.32.

²¹¹ Viegner, *IWB* 2006, 1429, 1437.

²¹² Affejee/Dion, *Bulletin Fiscal* 2006, 231,237.

Konzernbegriff im französischen Handelsgesetzbuch zurück (L.233-16 *Code de Commerce*), der dort definiert wird als eine Gesamtheit französischer oder ausländischer Unternehmen, die der ausschließlichen Kontrolle ein und derselben Gesellschaft oder juristischen Person unterworfen sind.

Kommen IFRS oder US-GAAP als maßgebliche Rechnungslegungsstandards zur Anwendung, dienen sie als Grundlage für die Berechnung der Verschuldungsquotienten.²¹³ Nur wenn der Konzern ausschließlich nach den französischen Rechnungslegungsstandards i.S.d. Artikel L.233-16 bis L.233-27 publiziert und folglich kein Abschluss nach IFRS und US-GAAP durchgeführt wurde, kann der Konzernverschuldungsquotient weiterhin auf Grundlage der französischen Standards berechnet werden.²¹⁴ Bei den Verschuldungsquotienten der betrachteten Gesellschaft sind sämtliche Verbindlichkeiten und nicht nur die Gesellschafterdarlehen anzusetzen. Das maßgebliche Eigenkapital ist dabei nicht um mögliche Beteiligungen zu kürzen, sofern darin vom französischen Gesetzgeber keine Umgehungsmöglichkeit gesehen wird (Kaskadeneffekt).²¹⁵ Bei der Ermittlung des Konzernverschuldungsquotienten muss entsprechend beachtet werden, dass Verbindlichkeiten gegenüber anderen Konzerngesellschaften zu neutralisieren sind. Jedenfalls wird der Beweis eines niedrigeren Verschuldungsgrades für das betroffene französische Unternehmen, besonders wenn es sich um eine Gesellschaft eines internationalen Konzerns handelt, hinsichtlich der zu erbringenden Verschuldungsnachweise mit erheblichem Aufwand verbunden sein.²¹⁶

3.4.2.5. Steuerlicher Organkreis

Im französischen Steuerrecht ist das Institut der Organschaft (*les groupes intégrés fiscalement*) seit 1988 anerkannt. Es besagt, dass die Ergebnisse einer Tochtergesellschaft bei der konsolidierenden französischen Muttergesellschaft auf Antrag zusammengefasst und besteuert werden können.²¹⁷ Organträger kann dabei nicht nur eine französische Kapitalgesellschaft sein, sondern auch eine französische Zweigniederlassung einer ausländischen Körperschaft.²¹⁸

Zu den wesentlichen Voraussetzungen einer Organschaft gehören, dass der Organträger von jeder Organgesellschaft 95% Mindestbeteiligung am stimm- und dividendenberechtigten Kapital hält und die Organschaft für mindestens 5 Jahre besteht. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, wird zunächst auf Ebene jeder einzelnen Gesellschaft berechnet, ob ein nichtabzugsfähiger Zinsaufwand besteht. Dieser wird nicht auf Ebene der einzelnen Organgesellschaften vorgetragen, sondern fließt in das konsolidierte Ergebnis der Muttergesellschaft ein. Hier unterliegt der nicht abzugsfähige Zinsaufwand einer zweiten Verhältnisrechnung auf Konzernebene.²¹⁹ Allerdings wird im Gegensatz zur amerikanischen Regelung das Verhältnis Eigenkapital zu Fremdkapital wie bei der Einzelbetrachtung nicht berücksichtigt; allein das Konzernergebnis ist relevant.²²⁰ Beträgt der konzerninterne Zinsaufwand der gesamten Gruppe weniger als 25% des laufenden Gewinns vor Steuern, zuzüglich

²¹³ Instruction 4 H-8-07, S.34; Werden sowohl US-GAAP als auch IFRS Abschlüsse aufgestellt, so muss der IFRS Abschluss verwandt werden.

²¹⁴ Davoudet, *International Tax Review* 2006,55,56.

²¹⁵ Vgl. Viegner, *IWB* 2006, 1429, 1437; Weier/Seroin, *IStR* 2005, 725, 729.

²¹⁶ BDI, S.33; *Rapport Assemblée Nationale* 2005,S.470 f.

²¹⁷ Viegner, *IWB* 2006, 1429, 1437.

²¹⁸ Schultze, *IStR* 2005, 730, 734.

²¹⁹ *Rapport Assemblée Nationale* 2005, S.475.

²²⁰ Weier/Seroin, *IStR* 2005, 725, 728.

Zinsen an verbundene nicht zur Organschaft gehörende Unternehmen, zuzüglich abzugsfähige Abschreibungen und abzüglich innerhalb der Organschaft gezahlter Dividenden, so ist der Aufwand wiederum steuerlich komplett anrechenbar.²²¹ D.h. obwohl auf Ebene der einzelnen Organgesellschaften eine Nichtabzugsfähigkeit der Zinsaufwendungen festgestellt wurde, kann durch die Gruppenbetrachtung ein günstigeres Ergebnis erreicht werden.²²²

Im französischen Recht besteht darüber hinaus die Möglichkeit zu einer grenzüberschreitenden *integration fiscale*. Liegt eine Zustimmung des französischen Finanzministeriums vor, so können nach Art. 209 CGI die Gewinne und Verluste von ausländischen Betriebstätten sowie von in- und ausländischen Tochtergesellschaften bei einer Mindestbeteiligung von 50% auf Ebene der französischen Konzerngesellschaft konsolidiert werden.²²³

3.4.3. Deutschland im Vergleich

3.4.3.1. Freigrenze

Um kleinere und mittlere Unternehmen möglichst von der Regelung auszunehmen, hat der deutsche Gesetzgeber eine Freigrenze von einer Millionen Euro festgelegt.²²⁴ Solange der Nettozinsaufwand, d.h. Zinsaufwendungen abzüglich Zinserträge, unter dieser Grenze bleibt, greift die Zinsschrankenregelung nicht.²²⁵ Im Gegensatz dazu bezieht sich die Freigrenze in der französischen Regelung nicht auf das Saldo von Zinsaufwendungen und Zinserträgen vor Berücksichtigung der 30% EBITDA Abzuges, sondern setzt erst beim als nicht abzugsfähig deklarierten Zinsanteil an. Aus der betragsmäßig niedrigeren Ausgestaltung der französischen Freigrenze lassen sich somit keine direkten Rückschlüsse auf eine restriktivere Gestaltung im Vergleich zur deutschen Variante ziehen, da trotz gleicher Regelungskategorie systematisch sehr unterschiedliche Wege gegangen werden.

Kritisiert wird an der Freigrenze - wie auch bei der französischen Variante - die dabei entstehende Belastungsschwelle: Unternehmen, welche die Grenze um nur einen Euro überschreiten, sind einer sprunghaft höheren Steuerbelastung ausgesetzt. In der Literatur wird an dieser Stelle mehrfach gefordert, statt einer Freigrenze einen Freibetrag einzuführen.²²⁶ Köhler fordert gar einen relativen Freibetrag, der z.B. an den Umsatz eines Unternehmens gekoppelt werden könnte.²²⁷

3.4.3.2. Stand-Alone-Klausel

Nach der Konzernklausel ist die Zinsschranke nicht anzuwenden, wenn ein Betrieb nicht oder nur anteilmäßig zu einem Konzern gehört (§ 4h Abs.2 S. 1 b) EStG). Nach § 4 h Abs. 3 S. 5 EStG gehört ein Betrieb zu einem Konzern, wenn er nach den zugrunde liegenden Rechnungslegungsstandards (IFRS, nach dem Handelsrecht eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union oder nach US-GAAP) mit

²²¹ BDI, Behandlung von Fremdfinanzierungsaufwendungen (2007), S.33.

²²² Weier/Seroin, a.a.O.

²²³ Schultze, IStR 2005, 730, 734.

²²⁴ BT-Drs. 16/4841, S.31.

²²⁵ § 4 h Abs. 2 Satz 1 a) EStG n.F.

²²⁶ Endres/Spengel/Reister, WpG 2007, 478, 485; Herzig/Bohn, DB 2007, 1, 2.

²²⁷ Köhler, DStR 2007, 598.

einem oder mehreren Betrieben konsolidiert wird oder werden könnte.²²⁸ Somit wird hier auf den größtmöglichen Konsolidierungskreis abgestellt.²²⁹ Darüber hinaus ist in Anlehnung an das Beherrschungsverhältnis nach IAS 27 die Zugehörigkeit zu einem Konzern ebenfalls zu bejahen, wenn die Finanz- und Geschäftspolitik dieses Betriebes mit einem oder mehreren anderen Betrieben einheitlich bestimmt werden kann (erweiterter Konzernbegriff).²³⁰ Gemeinschaftsunternehmen gemäß § 310 HGB, Joint Ventures und PPP-Projektgesellschaften werden aufgrund ihrer nur anteilmäßigen Konzernzugehörigkeit somit nicht von der Zinsschranke erfasst.²³¹

3.4.3.3. Escape-Klausel

Als dritter Ausnahmetatbestand ist die Escape-Klausel gemäß § 4h Abs.2 S.1 c) EStG vorgesehen. Demnach unterliegt ein zu einem Konzern gehörender Betrieb nicht der Zinsschranke, wenn seine Eigenkapitalquote (Eigenkapital/Bilanzsumme x 100) die des Konzerns nicht oder nicht mehr als um ein Prozent unterschreitet und zusätzlich keine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung vorliegt. *Seiler* sieht den Missbrauchsverdacht als entkräftet an, wenn ein Betrieb nicht über das konzernintern übliche Maß fremdfinanziert ist und damit den Ausnahmetatbestand erfüllt. In diesem Fall könne auf eine angemessene Gestaltung der konzerninternen Beziehungen geschlossen werden, bei der weder eine überhöhte Gesellschafterfremdfinanzierung noch eine künstliche Verlagerung sonstigen Zinsaufwandes auf eine verbundene Gesellschaft zu befürchten sei.²³²

In branchenreinen Konzernen, in denen die einzelnen Tochtergesellschaften generell ähnliche Eigenkapitalquoten aufweisen, kann man eine solche Vermutung ableiten. Allerdings sind multinationale Mischkonzerne wie z.B. Siemens oder General Electric häufig in den verschiedensten Branchen mit unterschiedlichen Kapitalstrukturen vertreten. Eine Gegenüberstellung der jeweiligen Quoten wäre nach *Hoffmann* ein Vergleich zwischen Äpfeln und Birnen, so dass daraus letztendlich keine Schlussfolgerung über eine eventuelle Missbrauchsgestaltung gezogen werden könne.²³³ So wird (auch ohne Vorliegen übermäßiger Steuergestaltungen) der Vergleich zwischen einer Tochtergesellschaft, die in Branchen mit traditionell niedriger Eigenkapitalausstattung tätig ist, wie z.B. die Hausbank eines großen Automobilherstellers (Ø-Eigenkapitalquote Bankensektor 5-7%),²³⁴ und dem zugehörigen Industriekonzern - z.B. Automobilkonzern (Ø-Eigenkapitalquote Maschinenbau 18-21%) - regelmäßig nicht gelingen.

In zeitlicher Hinsicht ist bei der Anwendung der Escape-Klausel auf die Eigenkapitalquote am vorangegangenen Abschlussstichtag abzustellen.²³⁵ Ein Wahlrecht wie im französischen Recht, die Höhe des Eigenkapitals am Anfang oder am Ende des entsprechenden Jahres zu Grunde zu legen, besteht nicht.

²²⁸ Reiche/Kroschewski, DStR 2007, 1330, 1332.

²²⁹ BT-Drs. 16/4841.

²³⁰ BT-Drs. 16/4841; Welling, FR 2007, 735, 738.

²³¹ Töben/Fischer, BB 2007, 974, 976.

²³² Seiler in Kirchhoff, EStG, § 4h Rdnr.70.

²³³ Hoffmann in Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 4h Rdnr. 202.

²³⁴ Ismer et al., Unternehmensfinanzierung (2008), S. 52.

²³⁵ Anwendungsschreiben BMF 2008, Rdnr. 70.

Als maßgebliche Rechnungslegungsnorm sind die für den Eigenkapitalvergleich notwendigen Jahresabschlüsse einheitlich nach den IFRS zu erstellen. Hilfsweise können Abschlüsse nach dem Handelsrecht eines Mitgliedstaates der Europäischen Union verwendet werden, wenn kein Konzernabschluss nach den IFRS zu erstellen ist bzw. in den letzten fünf Jahren nicht erstellt wurde. Besteht auch hierzu keine Verpflichtung, so können nochmals nachrangig auch die *Generally Accepted Accounting Principles* der USA (US-GAAP) verwendet werden.²³⁶ Um die Vergleichbarkeit des Konzerns und des Betriebsabschlusses sicherzustellen, sind die Wahlrechte in beiden Abschlusskategorien einheitlich auszuüben. Allerdings dürfte es hierbei nur wenige Probleme geben, da die Vorgaben der internen Erstellungsrichtlinien für den Konzernabschluss (*manuals*) schon für die IFRS II-Bilanz zu beachten sind.²³⁷

Fehlt es an einheitlichen Abschlüssen, muss eine Überleitungsrechnung nach dem für den Konzernabschluss geltenden Rechnungslegungsstandard erstellt werden, verbunden mit einer so genannten prüferischen Durchsicht. Unter einer prüferischen Durchsicht ist keine Abschlussprüfung zu verstehen, sondern eine kritische Würdigung eines Jahresabschlusses auf Grundlage einer Plausibilitätsbeurteilung.²³⁸ Sollte die prüferische Durchsicht der Finanzverwaltung nicht genügen, so kann von ihrer Seite eine Prüfung durch einen Abschlussprüfer verlangt werden, deren Kosten wiederum vom Betrieb bzw. Konzern zu übernehmen sind.

Mit der neuerlichen Maßgeblichkeit der internationalen Standards der Rechnungslegung im Steuerrecht wird in der konkreten Anwendung sicherlich eine hohe Anzahl bisher unbekannter Fragestellungen aufkommen. Es ist zweifelhaft, ob die Finanzverwaltung über die Kapazitäten zu deren Bearbeitung verfügt, oder ob sie regelmäßig eine für den Steuerpflichtigen kostspielige Abschlussprüfung der Überleitungsrechnung verlangen wird.²³⁹ Nach *Schwedhelm* sollte bei dieser Ermessensentscheidung des Finanzamtes erwartet werden dürfen, dass die für das Unternehmen ausgelöste Kostenbelastung möglichst in einem angemessenen Verhältnis zur steuerlichen Auswirkung der Zinsschranke steht.²⁴⁰

Im Gegensatz zu den *earnings stripping rules* - dort wird das maßgebliche Eigenkapital aus der Steuerbilanz heraus berechnet - richten sich sowohl Deutschland als auch Frankreich nach den Rechnungslegungsgrundsätzen der IFRS, nach nationalem Handelsrecht oder nach *US-GAAP*. Durch den Einzug der internationalen Rechnungslegungsstandards ins Steuerrecht - eine Mischung zweier eigenständiger Gebiete - wird zwangsläufig die Anwendung der Unterkapitalisierungsregeln komplexer, neue Problembereiche eröffnen sich und der administrative Aufwand steigt.

Bei der Bestimmung des EK-Verhältnisses müssen gemäß Anwendungsschreiben des BMF vom 4. Juli 2008 die in Abbildung 3-3 aufgelisteten Modifikationen des Eigenkapitals vorgenommen werden, bevor diese Werte in die Vergleichsrechnung eingehen.²⁴¹

²³⁶ Seiler in Kirchhoff, EStG, § 4h Rdnr.81.

²³⁷ Hoffmann in Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 4a Rdnr. 204.

²³⁸ IDW Prüfungsstandard 900 - Grundsätze für die prüferische Durchsicht von Abschlüssen.

²³⁹ Hoffmann in Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 4h Rdnr. 199 f.

²⁴⁰ Schwedhelm in Streck, KStG, § 8a Rdnr. 57.

²⁴¹ Anwendungsschreiben des BMF 2008, S.16-17.

+	anteiliger Geschäfts- oder Firmenwert
+ /-	Korrektur der Wertansätze der Vermögenswerte und Schulden
+	50% des Sonderpostens mit Rücklagenanteil (nach §273 HGB)
-	EK, dass keine Stimmrechte vermittelt, mit Ausnahme von Vorzugsaktien
-	Anteile an anderen Konzerngesellschaften
+ / -	Sonderbetriebsvermögen, das im Konzernvermögen enthalten ist
-	Missbräuchliche Einlagen: Einlagen der letzten sechs Monate vor dem maßgeblichen Abschlussstichtag, soweit ihnen Entnahmen oder Ausschüttungen innerhalb der ersten 6 Monate nach dem maßgeblichen Stichtag gegenüberstehen.
=	korrigiertes Eigenkapital

Abbildung 3-3: Berechnung der betrieblichen Eigenkapitalquote

Das bilanzielle Eigenkapital eines Betriebs ist u.a. anteilig um einen im Konzernabschluss enthaltenen Firmenwert zu erhöhen, um Inkonsistenzen zwischen Einzel- und Konzernabschluss zu beseitigen. Im konzernweiten Abschluss ist nämlich der im Rahmen einer Unternehmensakquisition erworbene *Goodwill* enthalten, im betrieblichen Einzelabschluss jedoch nicht.²⁴² Die herrschende Meinung fordert hier zudem eine Einbeziehung der anderen gemäß IFRS 3 auf Konzernebene aufzudeckenden stillen Reserven in den Erhöhungsbetrag, um auf diese Weise die Vergleichbarkeit der beiden Abschlüsse zu sichern.²⁴³

Einen besonders massiven Eingriff stellt die Kürzung um Beteiligungsbuchwerte dar. Diese Anteile werden herausgerechnet, um Mehrfachberücksichtigungen bzw. einen Kaskadeneffekt (Vervielfältigung des Eigenkapitals z.B. durch Ketteneinlagen in einer Beteiligungskette) zu vermeiden.²⁴⁴ Im Ergebnis wird sich insbesondere bei Gesellschaften mit umfangreichen Beteiligungen die Eigenkapitalquote schnell gegen Null reduzieren. Dadurch werden insbesondere Holdinggesellschaften nur selten die Möglichkeit erhalten, die Vermeidung der Zinsabzugsbeschränkung über die Escape-Klausel wahrzunehmen.²⁴⁵

Ein Holdingprivileg, analog zur alten Regelung des § 8a KStG aF, ist nicht vorgesehen. Dies wird allerdings von vielen Seiten gefordert.²⁴⁶ Im Vergleich zur deutschen Regelung wird im Rahmen der korrespondierenden Ausnahmeregelung der *règles de sous-capitalisation* keine Kürzung der Beteiligungsbuchwerte vorgenommen.²⁴⁷ Bei der Ermittlung des maßgeblichen Eigenkapitals im amerikanischen Recht gilt ein beschränktes Holdingprivileg.²⁴⁸ Des Weiteren ist das Eigenkapital des Betriebs im Rahmen der Zinsschranke um Bestandteile zu kürzen, die keine Stimmrechte vermitteln, Vorzugsaktien ausgenommen. Die Korrekturvorschrift bezieht sich somit insbesondere auf die hybriden Finanzierungsformen des Mezzanine Kapitals, wie z.B. Genussrechte, typisch stille Beteiligungen oder Nachrangdarlehen.²⁴⁹ Ziel dieser Regelung ist es, die Anwendung der Zinsschranke auch dann sicherzustellen, wenn das Mezzanine Kapital einerseits im Jahresabschluss zwar als Eigenkapital

²⁴² Hoffmann in Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 4h Rdnr. 213.

²⁴³ Seiler in Kirchhof, EStG, § 4h Rdnr. 7; Köster, BB 2007, 2278, 2282.

²⁴⁴ Welling, FR 2007, 735, 738.

²⁴⁵ Hoffmann in Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 4h Rdnr. 216.

²⁴⁶ Lüdenbach/Hoffmann, DStR 2007, 636, 638; Interview D.Cazzonelli (Leiter Steuern Deutsche Telekom).

²⁴⁷ Bulletin Officiel des Impôts, Instruction 4 H-8-07.

²⁴⁸ Siehe Abschnitt 3.4.1.1.

²⁴⁹ Seiler in Kirchhof, EStG § 4h Rdnr. 77.

ausgewiesen wird, andererseits aber als Betriebsausgabe abgezogen werden kann, da es steuerlich wie Fremdkapital behandelt wird.²⁵⁰ Die Qualifikation als Mezzanine-Kapital richtet sich dabei uneingeschränkt nach dem für den Eigenkapitalvergleich maßgeblichen Rechnungslegungsstandard.

Problematisch ist, dass die Abgrenzung zwischen Eigenkapital und Fremdkapital - insbesondere bei Mezzanine-Kapital als hybrider Finanzierungsform mit Charakteristika beider Kapitalformen - oftmals in den einzelnen Rechnungslegungsstandards unterschiedlich gehandhabt wird. Während bei einer Rechnungslegung nach deutschem HGB die Gläubigerschutzfunktion und das Vorsichtsprinzip im Vordergrund stehen, ist eine IFRS Bilanz primär darauf ausgerichtet, entscheidungsrelevante Informationen für Investoren zu vermitteln (Informationsfunktion).²⁵¹ Dies drückt sich - hinsichtlich der Bilanzierung der Höhe nach - unter anderem in der *Fair Value* (Marktpreise) Bewertung bestimmter Vermögensgegenstände und Schulden aus.

Im Gegensatz dazu gilt im HGB das Herstellungs- bzw. das Anschaffungskostenprinzip. Daher kann es bei der Bilanzierung der Höhe nach zu erheblichen Unterschieden zwischen HGB und IFRS Eigenkapitalwerten kommen. An dieser Stelle sei erwähnt, dass eine Studie von Bernhard Pellens²⁵² in Zusammenarbeit mit dem Bankhaus Sal. Oppenheim zu dem Ergebnis kommt, dass die Rechnungslegungsvorschriften nach IFRS die Finanzkrise begünstigt und verschärft haben; dies sei insbesondere deshalb der Fall, da die Bewertung zu aktuellen Marktpreisen stark schwankende bzw. volatile Eigenkapital- und Gewinnausweise in den Bilanzen nach sich ziehen und somit indirekt das Anschaffungs- bzw. Herstellungs-kostenprinzip des HGB gelobt wird.²⁵³

Neben der Bilanzierung der Höhe nach sind die Regeln der IFRS zur Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital zu beachten. Nach IAS 32.16 liegt Eigenkapital grundsätzlich dann vor, wenn das entsprechende Eigenkapitalinstrument keine vertraglichen Pflichten zur Lieferung flüssiger Mittel oder anderer finanzieller Vermögenswerte begründet. Danach scheint ein Eigenkapitalausweis nur dann begründet, wenn keine Zahlungsverpflichtung vorliegt.²⁵⁴ Kriterien für eine Zahlungsverpflichtung können dabei sein: Die Pflicht zur Rückzahlung der überlassenen finanziellen Vermögenswerte, das Kündigungsrecht eines Inhabers des Finanzinstruments oder die Verpflichtung, eine laufende Vergütung für die überlassenen finanziellen Vermögenswerte zu leisten.²⁵⁵

Im Gegensatz zum IFRS steht bei der Eigenkapitalabgrenzung nach HGB die Haftungsfunktion im Vordergrund. Das IDW definiert daran angelehnt Mezzanine Kapital nach HGB als Eigenkapital, wenn bestimmte Anforderungen an die Dauerhaftigkeit der Kapitalüberlassung, das Verlustdeckungs-potential des Kapitals und die Nachrangigkeit erfüllt sind.²⁵⁶ Im Ergebnis sind somit durchaus Situationen denkbar, in denen nach IFRS Eigenkapital vorliegt, nach HGB hingegen nicht. Dies ist bspw. der Fall, wenn keine Verlustbeteiligung des Mezzanine Gebers vorliegt.²⁵⁷

²⁵⁰ Glutsch/Otte/Schult, Das neue Unternehmensrecht (2008), S.160.

²⁵¹ Bofinger et al., DB 2008, 2543, 2546.

²⁵² Inhaber des Lehrstuhls für internationale Rechnungslegung an der Ruhr-Universität Bochum.

²⁵³ Sal. Oppenheim IFRS Studie 2008.

²⁵⁴ Breidhardt, S.89.

²⁵⁵ KPMG, S.7 ff.

²⁵⁶ Werner/Gündel, Mezzanine Kapital 2005, S.13.

²⁵⁷ Breidhardt, S.89.

3.4.3.4. Rückausnahmen

Die beiden Gegenausnahmen nach § 8a Abs.2 und 3 KStG bringen die Zinsschranke in Fällen einer so genannten schädlichen Gesellschafterfremdfinanzierung wieder zur Anwendung, auch wenn die Gesellschaft nicht zu einem Konzern gehört oder ihre Eigenkapitalquote besser ist als die des Gesamtkonzerns. In anderen Worten, Gesellschaften die von den genannten Ausnahmetatbeständen Escape-Klausel bzw. Stand-Alone-Klausel - Gebrauch machen wollen, müssen zuerst die Barrieren des neuen § 8a KStG überwinden.²⁵⁸ Dazu muss die Körperschaft den Nachweis erbringen, dass keine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung vorliegt. Nach den gemeinsamen Grundtatbeständen von § 8a Abs.2 und Abs.3 KStG ist dieser erbracht, wenn nicht mehr als zehn Prozent der Nettozinsaufwendungen als Fremdkapitalvergütung an einen unmittelbar oder mittelbar am Grund- oder Stammkapital beteiligten Anteilseigner, an eine diesem nahe stehende Person oder an einen Dritten, der auf die zuvor genannten Personen zurückgreifen kann, geleistet wurden.

Um die Zinsschranke mittels der Escape-Klausel zu umgehen, muss der betroffene Betrieb zusätzlich nachweisen, dass bei allen dem Konzern angehörenden Unternehmen – unabhängig, ob diese im Ausland oder Inland ansässig sind - keine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung vorliegt. Konzerninterne Finanzierungen sind dabei unschädlich, da sie im Zuge der Schuldenkonsolidierung aus dem Konzernabschluss eliminiert werden. Greift die Zinsschranke aufgrund der Rückausnahme, so unterliegen nunmehr nicht nur die an die Anteilseigner gezahlten, sondern sämtliche Zinsen einer Abzugsbeschränkung.²⁵⁹

Die überaus komplex angelegte Escape-Klausel wird deshalb insbesondere bei großen internationalen Konzernen eher selten zur Anwendung kommen können. Selbst wenn alle Register zur erfolgreichen Durchführung des Eigenkapitalvergleichs – z.B. durch die Verschmelzung einzelner Konzerngesellschaften - gezogen wurden, wird häufig nicht auszuschließen sein, dass irgendwo auf der Welt in einer konzernzugehörigen Gesellschaft eine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung vorliegt und somit die Abzugsbeschränkung durch die Zinsschranke ausgelöst wird.²⁶⁰ Hinzu kommt, dass die dem Steuerpflichtigen vom Gesetzgeber ausdrücklich auferlegte Nachweispflicht schnell mit zusätzlichen Aufwendungen verbunden ist. Vor diesem Hintergrund rät *Köster* den Betrieben zu einer vorherigen Kosten-Nutzen-Analyse, in der sich ggf. herausstellen könne, dass eine Hinnahme der Zinsschranke bzw. ein Rechtsverzicht insgesamt günstiger sei.²⁶¹

Im Vergleich zum französischen Pendant ist die deutsche Escape-Klausel damit weitaus restriktiver ausgestaltet. Der wesentliche Unterschied zur französischen Vorschrift liegt darin, dass nicht nur für die betrachtete Gesellschaft, sondern für alle Konzerngesellschaften der Nachweis zu erbringen ist, dass keine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung vorliegt. Im Resümee ist die deutsche Escape-Klausel damit insgesamt zu komplex ausgestaltet; sie stellt eine wenig planungssichere Ausnahmeregel dar und ist im Grunde nicht praxistauglich.²⁶²

²⁵⁸ Hoebel/Eilinghof, IStR 2008, 233, 241.

²⁵⁹ Dörfler/Vogl, BB 2007, 1084.

²⁶⁰ Hoffmann in Littmann/Bitz/Pustin, EStG, § 4a Rdnr. 228.

²⁶¹ Köster, BB 2007, 2278, 2280.

²⁶² Thiel, FR 2007, 729,732.

3.4.3.5. Organschaft

Eine ertragssteuerliche Organschaft im Deutschen Recht setzt voraus, dass ein auf mindestens fünf Jahre angelegter und tatsächlich umgesetzter Ergebnisabführungsvertrag und eine finanzielle Eingliederung vorliegen. Eine finanzielle Eingliederung ist dann gegeben, wenn dem Organträger die Mehrheit der Stimmrechte aus den Anteilen an der Organgesellschaft unmittelbar oder mittelbar zusteht. Die vergleichbaren Ausnahmeregelungen auf französischer und amerikanischer Seite sind in dieser Hinsicht restriktiver, da sie jeweils 95% bzw. 80% als Mindestbeteiligungen voraussetzen. Vergleichbar mit den amerikanischen Regeln zur *affiliated group* ist eine Organschaft nach § 14 KStG allerdings nur zwischen inländischen Körperschaften zulässig. Deutsche Konzerne dürfen somit ihre ausländischen Tochtergesellschaften im Organkreis nicht mitberücksichtigen. *Hoffmann und Herzig/Liekenbrock* sehen darin eine europarechtlich bedenkliche Diskriminierung ausländischer Mehrheitsbeteiligungen.²⁶³

Für Zwecke der Zinsschranke werden Organträger und Organgesellschaften zusammengefasst und gelten als ein Betrieb. Auf die einzelnen Organgesellschaften ist die Zinsschranke nicht anzuwenden. Stattdessen werden die maßgeblichen Zinserträge und Zinsaufwendungen zusammengefasst, verrechnet und nur auf Ebene der Organträgerin der Zinsschranke unterworfen.²⁶⁴ Somit gleichen sich Zinsaufwendungen und Zinserträge unter den Organgesellschaften aus.²⁶⁵ Zu beachten ist allerdings, dass die Freigrenze nur einmal für den gesamten Organkreis gilt.²⁶⁶

Im Ergebnis bieten die drei verglichenen Regelungen ähnliche Möglichkeiten, die Beschränkung der Abzugsfähigkeit durch Begründung einer Organschaft, *affiliated group* bzw. *groupes fiscalement intégrés* zu umgehen. In allen drei nationalen Vorschriften können die Folgen einer hohen Fremdfinanzierung einer einzelnen Gesellschaft durch eine hohe Eigenkapitalausstattung bzw. ein gutes wirtschaftliches Ergebnis anderer Gruppenmitglieder ausgeglichen werden.²⁶⁷ Der gestalterisch relevanteste Unterschied liegt wohl in der Tatsache, dass allein Frankreich die Möglichkeit einer internationalen Organschaft bietet, nach der unter gewissen Voraussetzungen auch ausländische Gesellschaften berücksichtigt werden können.²⁶⁸

²⁶³ Herzig/Liekenbrock, DB 2007, 2387; Hoffmann in Littmann/Bitz/Pust, EStG, §4h Rdnr. 25.

²⁶⁴ Hoffmann in Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 4h Rdnr.451.

²⁶⁵ Eilers/Ottermann in Lüdicke/Sistermann, Unternehmensteuerrecht (2008), § 8 Rdnr. 62.

²⁶⁶ Glutsch/Otte/Schult, S.195.

²⁶⁷ Calisti/Leberre, Les Petites Affiches 2005, 5, 8.

²⁶⁸ Jacobs, S.975.

3.5. Rechtsfolgen und Zinsvortrag

3.5.1. USA

Liegen die Voraussetzungen der Abzugsbeschränkung nach den *earnings stripping rules* vor, so wird ein Betriebsausgabenabzug auf **Ebene des Fremdkapitalnehmers** versagt und die nicht abzugsfähigen Zinsen erhöhen entsprechend das zu versteuernde Einkommen. Im Gegensatz zur alten deutschen Regelung nach § 8a KStG aF werden diese Zinszahlungen nicht in verdeckte Gewinnausschüttungen umqualifiziert, sondern behalten ihren steuerrechtlichen Charakter.²⁶⁹ Wie unter Punkt 3.1.1. bereits erläutert setzt der Sec. 163(j) IRC voraus, dass die Zinsen in den USA keiner Besteuerung unterliegen.²⁷⁰

Werden Zinsen an eine im Ausland ansässige Person gezahlt und fällt deshalb eine Quellensteuer an, bleiben die Zinszahlungen insoweit abziehbar.²⁷¹ Allerdings sehen nahezu alle mit den USA geschlossenen DBA eine Quellensteuerbefreiung oder zumindest eine Ermäßigung vor. Nach dem deutsch-amerikanischen DBA darf beispielsweise in den USA keine Quellensteuer erhoben werden (Art.11 Abs.1), womit die Voraussetzung der *earnings stripping rules* hinsichtlich Steuerbefreiung erfüllt ist und die Zinsen von der Abzugsbeschränkung erfasst werden. Bei Doppelbesteuerungsabkommen, die nur teilweise die Quellensteuererhebung reduzieren, erfolgt analog nur eine anteilige Versagung des Zinsabzugs.²⁷²

Wie schon beschrieben, sind nur von der amerikanischen Steuer befreite, inländische Darlehensgeber und nach DBA steuerbefreite ausländische Gesellschaften von den *earnings stripping rules* betroffen. Auf der Ebene der steuerbefreiten inländischen, meist gemeinnützigen Vereinigungen gibt es keine weiteren steuerlichen Auswirkungen. Auf der **Ebene des ausländischen Fremdkapitalgebers** werden allerdings die Zinserträge nach jeweiligem nationalen Steuerrecht als Zinseinkünfte qualifiziert und unterliegen regelmäßig der vollen Besteuerung im Ansässigkeitsstaat.

Damit kommt es beim Greifen der *earnings stripping rules* im aktuellen Steuerjahr zu einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung der Zinsen. Sind diese Zinsen nicht in späteren Jahren als Betriebsaufgabe abziehbar, so entsteht eine Definitivbelastung.²⁷³ In diesen Fällen besteht lediglich die Möglichkeit, ein Verständigungsverfahren einzuleiten. Nach Blumenberg ist es jedoch unwahrscheinlich, dass die beteiligten Steuerbehörden in solchen Fällen ein Verständigungsverfahren eröffnen oder der Empfängerstaat einseitig sein Recht auf Besteuerung aufgibt.²⁷⁴

Soweit ein Zinsaufwand im aktuellen Steuerjahr nicht abzugsfähig (*disqualified interest*) ist, bedeutet dies nicht generell ein Ausschluss vom Betriebsausgabenabzug. Der nicht abzugsfähige Zinsanteil kann gemäß Sec. 163 (j)(1)(A) IRC zeitlich unbegrenzt in die Folgejahre vorgetragen und gegen ungenutzte Anrechnungsbeträge verrechnet werden. Im günstigsten Fall tritt somit lediglich eine vor-übergehende Steuermehrzahlung auf, die durch spätere Steuerminderzahlungen wieder kompensiert werden

²⁶⁹ Goebel/Eilinghoff, IStR 2008, 233,236.

²⁷⁰ Peter, IFSt-Schrift Nr.436, S.78.

²⁷¹ Goebel, Eilinghof, IStR 2008, 233, 241.

²⁷² Prop.Reg. § 1.163(j)-4

²⁷³ Zur Problematik der Doppelbesteuerung vgl. Boidmann, TNI 2003, 879, 896.

²⁷⁴ Blumenberg, S.296.

kann.²⁷⁵ Allerdings muss die Gesellschaft dazu entweder eine erhöhte Ertragslage aufweisen oder entsprechende Gegenmaßnahmen in Form einer erhöhten Eigenkapitalfinanzierung einleiten. Ansonsten steigt der Anteil vorzutragender Zinsen sehr rasch an, im Sinne eines „Schneeball-effektes“.

Dies führt dazu, dass der angesammelte **Zinsvortrag** nicht mehr innerhalb angemessener Zeit aufgebraucht werden kann.²⁷⁶ Besonders bei stark fremdkapitalisierten Unternehmen mit längerer Ertragsschwäche kann die Abzugsbeschränkung somit schnell einen definitiven Charakter annehmen.²⁷⁷ Ein kurzes Beispiel soll verdeutlichen, wie durch den Zinseffekt eine Definitivbelastung eintritt:²⁷⁸ Der gegenwärtige Barwert eines Zinsvortrages in Höhe von 1.000 Euro, der erst in 7 Jahren verrechnet werden kann, beträgt bei einem Kalkulationszinssatz von 10% lediglich ca. 500 Euro. Dies bedeutet, vereinfacht gesagt, dass 500 Euro im Vergleich zu einem sofortigen Betriebsausgabenabzug verloren gehen.

Ist in einem Steuerjahr hingegen die Hälfte des *adjusted taxable income (ATI)* sogar größer als der Nettozinsaufwand, wird das Zinsabzugspotential nicht vollkommen ausgeschöpft und kann gemäß §163(j)(2)(B)(ii) IRC als Überschuss auf die drei nachfolgenden Jahre vorgetragen werden (*excess limitation carry forward*). Dieser vom Vermittlungsausschuss²⁷⁹ nachträglich hinzugefügte Punkt soll eine gewisse Flexibilität in Situationen ermöglichen, in denen das steuerpflichtige Einkommen schwankt.²⁸⁰ Die Verrechnung ungenutzten Zinsabzugsspielraums erfolgt nach dem FIFO-Verfahren, d.h. die ältesten ungenutzten Überschüsse werden zuerst verrechnet.²⁸¹ Werden Zinsabzugspotentiale nicht innerhalb eines Dreijahreszeitraumes genutzt, verfallen sie endgültig.

3.5.2. Frankreich

Die neue Rechtslage sieht eine Beschränkung der steuerlichen Abziehbarkeit auf Ebene des Fremdkapitalnehmers vor, wenn alle drei unter Punkt 3.3.2. erwähnten Grenzen überschritten werden. Die Bemessungsgrundlage, die in Frankreich grundsätzlich einem Körperschaftsteuersatz von 33,3% (*impôts sur les sociétés*) unterliegt, wird somit nicht gemindert.²⁸² Bemerkenswert dabei ist die Änderung, dass nicht abziehbare Zinsaufwendungen im Vergleich zum Art. 212 aF CGI nicht mehr als Gewinnausschüttungen gelten. Damit unterliegt der Zinsempfänger zwar nicht der französischen Kapitalertragsteuer, andererseits kann er auch nicht mehr von einer Freistellung so genannter Schachteldividenden profitieren und muss demnach die erhaltenen Zinsen voll versteuern.²⁸³ Dies wiederum hat zur Folge, dass es zu einer inländischen Doppelbesteuerung kommen kann, da die Begrenzung des sofortigen Abzugs beim Schuldner nicht durch eine entsprechende Begrenzung der Zinsbesteuerung beim französischen verbundenen Gläubiger ausgeglichen würde.²⁸⁴

²⁷⁵ Blumenberg, S.294.

²⁷⁶ Janka, RIW 1991, 939, 942.

²⁷⁷ Göbel/Eilinghoff, IStR 2008, 233, 236.

²⁷⁸ Der Barwert (*Gegenwartswert, present value*) entspricht dem Wert, den zukünftig anfallende Zahlungsströme in der Gegenwart besitzen ($\text{Barwert}(Z) = Z / (1+r)^t$), Blumenberg, S.294.

²⁷⁹ Ausschuss mit Vertretern beider Häuser des Kongresses, mit der Intention, Differenzen über Details in einer Gesetzesvorlage zu diskutieren (*Conference committee*).

²⁸⁰ Janka, RIW 1991, 939,941.

²⁸¹ Blumenberg. S.273.

²⁸² Pierre, *Droit des Sociétés* 2006,4,5.

²⁸³ BDI, S.31, Steverding, S.137.

²⁸⁴ Seroin/Weier, IStR 2006, 725, 729.

Nach amerikanischem Vorbild wurde zudem beschlossen, dass der im aktuellen Veranlagungszeitraum nicht abzugsfähige Zinsaufwand auf die folgenden Wirtschaftsjahre vorgetragen (*deduction différée*) und ein Abzug nachgeholt werden kann, soweit der Zinsaufwand hierdurch nicht 25% des steuerlichen Gewinns eines Jahres überschreitet.²⁸⁵ Dabei ist zu beachten, dass der Zinsvortrag im folgenden Jahr noch ungeschmälert gilt, aber in den darauf folgenden Jahren um jeweils 5% gekürzt wird.²⁸⁶ Der Gesetzgeber begründet den jährlichen 5% Abschlag des Zinsvortrages damit, einen Anreiz für die Unternehmen schaffen zu wollen, die Fremdfinanzierungsaufwendungen durch erhöhte Eigenkapitalisierung so schnell wie möglich zu senken.²⁸⁷ Schienke kritisiert, dass der Aufschiebung nicht abzugsfähiger Zinsen in die Folgejahre bereits eine finanzielle Sanktion darstelle und eine weitere in Form eines Abschlags von 5% nicht nötig sei.²⁸⁸

In einem Ende Dezember 2007 veröffentlichten Anwendungsschreiben zur neuen Unterkapitalisierungsvorschrift - erlassen vom *Ministère de l'Économie, des Finance et de l'Emploi* - wurde präzisiert, unter welchen Voraussetzungen der Zinsvortrag verlorengelht. Dies ist der Fall nach einer Betriebsaufgabe,²⁸⁹ bei einer Fusion oder bei einer Unternehmensspaltung; bei internen Unternehmensumstrukturierungen hingegen kann der Zinsvortrag erhalten werden, sofern vorher ein Genehmigungsschreiben der Finanzverwaltung eingeholt wurde.²⁹⁰ Damit der vorgetragene überschüssige Zinsanteil nicht endgültig verloren geht, muss das Unternehmen ein ausreichend hohes Jahresergebnis erwirtschaften, um gleichzeitig die aktuellen Finanzaufwendungen und zusätzlich die vorgetragenen Zinsen aus den Vorjahren abziehen zu können. Gelingt dies nicht, unterliegt der verlorene Anteil des Zinsvortrages einer definitiven inländischen Doppelbesteuerung.

3.5.3. Deutschland im Vergleich

Soweit keine Ausnahme greift und die Nettozinsaufwendungen 30% des maßgeblichen EBITDA überschreiten, wird ein Abzug als Betriebsausgaben auf **Ebene des Fremdkapitalnehmers** im entsprechenden Veranlagungszeitraum versagt. Anders als in der alten Fassung behält der nichtabzugsfähige Zinsanteil den Charakter einer Betriebsausgabe und wird nicht in eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) umqualifiziert.²⁹¹ Deutschland und Frankreich folgen mit dem Abzugsverbot der allgemeinen europäischen Entwicklung.²⁹² In allen drei verglichenen Rechtssystemen findet keine Umqualifizierung in verdeckte Gewinnausschüttungen statt, vielmehr tritt eine Nichtabzugsfähigkeit der Zinsen auf Ebene des Fremdkapitalnehmers und damit einhergehend eine Erhöhung der steuerlichen Bemessungsgrundlage ein.

Im Gegensatz zur alten Fassung des §8a KStG aF hat die Zinsschranke auf der Ebene des **Fremdkapitalgebers** keine anderen steuerlichen Auswirkungen als bei Nichterfassung durch die Zinsschranke. Beim Darlehensgeber wirken die Zinserträge gewinnerhöhend und sind voll zu

²⁸⁵ Perrotin, Les Petites Affiches 2007, 3, 4.

²⁸⁶ Viegner, IWB 2006, 1429, 1436.

²⁸⁷ Rapport assemblée nationale, S.223.

²⁸⁸ Schienke, IStR 2006, 302, 303.

²⁸⁹ Instruction 4 H-8-07, S.46.

²⁹⁰ Instruction 4 H-8-07, S.47.

²⁹¹ Goebel/Eilinghoff, IStR 2008,233,240.

²⁹² Kessler/Köhler/Knörzer, IStR 2007, 418.

versteuern.²⁹³ Somit droht, wie im Fall der Abzugsverbote in Frankreich und den USA, eine Doppelbesteuerung des Finanzierungsaufwandes, da neben der Abzugsbeschränkung auf Seiten des Kapitalnehmers der Kapitalgeber nicht mehr von einer Dividendenbesteuerung profitieren kann.²⁹⁴

Die Zinsschranke steht auch in einer Wechselwirkung zur Gewerbesteuer. Nur derjenige Zinsaufwand unterliegt der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung, der bei der Einkommens- bzw. Körperschaftsteuer abzugsfähig war.²⁹⁵ Nach § 8 Nr.1 GewStG wird nämlich vorausgesetzt, dass der Zinsaufwand den Gewerbeertrag tatsächlich gemindert hat; für Zinsaufwendungen, die nach der Zinsschranke nicht abzugsfähig sind, trifft dies nicht zu.

Ebenso wie in Frankreich und Amerika können die nicht abzugsfähigen Zinsaufwendungen bei der deutschen Regelung in die folgenden Steuerjahre vorgetragen werden. Eine betragsmäßige oder zeitliche Einschränkung ist nicht vorgesehen.²⁹⁶ Zudem ist der **Zinsvortrag** für jeden einzelnen Betrieb gesondert festzustellen. Damit der Zinsvortrag auch tatsächlich in den Folgejahren steuerlich geltend gemacht werden kann, müssen entweder die Nettozinsaufwendungen erheblich niedriger sein als im Entstehungsjahr des Zinsvortrages, der Gewinn muss höher ausfallen oder einer der Ausnahmetatbestände muss greifen. Aus der 30% Grenze ergibt sich, dass um einen Euro Zinsvortrag abziehen zu können, 3.33 Euro mehr EBITDA erzielt werden müssen.²⁹⁷ Zudem ist ein Verstoß der Zinsschranke gegen das objektive Nettoprinzip als ein entscheidendes Prinzip im deutschen Steuerrecht nicht von der Hand zu weisen.²⁹⁸ Ein solcher Verstoß liegt vor, wenn die als Betriebsausgaben zu qualifizierende Zinsen einem temporären oder endgültigem Abzugsverbot unterliegen.²⁹⁹ Der Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip wird auch nicht durch die Vortragsmöglichkeit geheilt.

Der Zinsvortrag erhöht den Zinsaufwand der Folgejahre, jedoch nicht die Bemessungsgrundlage EBITDA. Ohne diese Einschränkung würde sich das Abzugsvolumen im neuen Jahr allein durch die vorgetragenen Zinsaufwendungen erhöhen.³⁰⁰ Allerdings können auf diesem Weg schnell nachteilige Situationen im Hinblick auf die Anwendung der Freigrenze entstehen: Ein Betrieb, der ohne Berücksichtigung des Zinsvortrages noch unterhalb der Freigrenze blieb, liegt nach der vorgeschriebenen Hinzurechnung des Zinsvortrages schnell darüber. *Seiler* kritisiert, dass allein ein über Jahre kumulierter Zinsvortrag selbst kleiner und mittlerer Unternehmen die Freigrenze dauerhaft aushebeln könne.³⁰¹ Köhler fordert aus diesem Grund ein Wahlrecht, das dem Steuerpflichtigen freistellt, ob er den Zinsvortrag auflösen oder nur den Zinsaufwand des aktuellen Veranlagungsjahres zum Abzug bringen möchte.³⁰² Obwohl die französische Vorschrift ebenfalls eine Freigrenze beinhaltet, tritt dort diese Problematik nicht auf. Ein Aushebeln der Freigrenze durch einen kumulierten Zinsvortrag ist nicht möglich, da der Zinsvortrag nicht den für die Anwendung der Freigrenze entscheidenden Zinsaufwand der Folgejahre erhöht. Der Zinsvortrag wird vielmehr ausschließlich

²⁹³ Schwedhelm in Streck, KStG, § 8a Rdnr.3.

²⁹⁴ Kessler/Köhler/Knörzer, IStR 2007, 418.

²⁹⁵ Glutsch/Otte/Schult, S.168.

²⁹⁶ Köhler/Hahne, DStR 2008,1505,1512.

²⁹⁷ Schaden/Käshammer, 2317.

²⁹⁸ Vgl. Detailliertere Ausführungen finden sich bei Hey, BB 2007,1303 ff.

²⁹⁹ Herzig, Bohl, DB 2007,1, 2.

³⁰⁰ Seiler in Kirchhof, EStG, § 4h Rdnr. 40.

³⁰¹ Seiler in Kirchhof, EStG § 4h Rdnr. 55.

³⁰² Köhler/Hahne, DStR 2008, 1505, 1512.

herangezogen, wenn in einem Wirtschaftsjahr ungenutztes Zinsabzugspotential anfällt und die vorgetragenen Zinsaufwendungen somit nachträglich noch abgezogen werden können.

Ein signifikanter Unterschied zwischen deutschem und französischem Recht liegt in der Regelung des Verlusts des Zinsvortrages. Gegenüber der französischen Vorschrift, bei der der Zinsvortrag im Rahmen von Umstrukturierungsmaßnahmen grundsätzlich erhalten werden kann, ist die deutsche wesentlich restriktiver:³⁰³ So führt das Ausscheiden eines Mitunternehmers aus einer Personengesellschaft abhängig vom Gewinnverteilungsschlüssel zu einem anteiligen Untergang vorhandener Zinsvorträge.³⁰⁴ Nach Aufgabe oder Übertragung eines Betriebes geht der Zinsvortrag endgültig verloren (§4h Abs.5 S. 1 EStG), ebenso nach Veräußerung von mehr als 50% der Kapitalgesellschaftsanteile. Bei einer Abspaltung von Kapitalgesellschaftsvermögen i.S.d. § 15 Abs.3 UmwStG oder einer Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf eine Personengesellschaft gemäß § 4 Abs.2 S.2 UmwStG kommt es ebenfalls zu einem endgültigen Wegfall der vorgetragenen Zinsen.³⁰⁵ Es können somit auch konzerninterne Umstrukturierungen zum Verlust von Zinsvorträgen führen. Der Untergang des Zinsvortrags (und Verlustvortrags) kann wirtschaftlich sinnvolle Umstrukturierungen von Unternehmen behindern. Eine weniger restriktive Regelung wie im französischen Recht wäre sinnvoll.

³⁰³ Auf amerikanischer Seite sind keine Regelungen dazu vorhanden.

³⁰⁴ Dötsch/Pung in Dötsch/Jost/Pung/Witt, KStG, § 8a Rdnr.119.

³⁰⁵ Tipke/Lang, Steuerrecht (2008), §11 Rdnr. 54.

4. Auswirkungen der Zinsschranke

4.1. Relevanz der Zinsschranke für die Planung deutscher Unternehmen

Im Rahmen einer Umfrage des Steuerseminars der Universität Köln geben 55,7% der 239 befragten kapitalmarktorientierten Unternehmen an, dass ihr Nettozinsaufwand 30% des steuerlichen EBITDA übersteigt; selbst nach einer Berücksichtigung der drei Ausnahmetatbestände, Freigrenze, Stand-Alone- und Escape-Klausel, sind es noch 42,9%.³⁰⁶ Daraus lassen sich zum einen Rückschlüsse auf die hohe Relevanz der Zinsschranke ziehen, zum anderen scheinen die Verschonungstatbestände nicht die erhoffte Entlastungswirkung für die Unternehmen zu bringen.

Die dargestellte Datenlage wurde Ende 2007, also zu Zeiten relativ hoher Unternehmensgewinne, erhoben. In Zeiten konjunktureller Schwäche und niedrigerer Unternehmenserträge wären aufgrund der gewinnabhängigen Ausgestaltung des Zinsabzugspotentials (30% EBITDA Grenze) signifikant schlechtere Umfragewerte zu erwarten. Entsprechendes gilt für das von der Kanzlei Peters, Schönberger & Partner (PSP) zeitnah erstellte Gutachten zur Zinsschranke, das die Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft in Auftrag gegeben hat. Dabei hat die Auswertung der Jahresabschlussdaten³⁰⁷ von 70.044 Unternehmen ergeben, dass 1.454 davon unter die Zins-schranke fallen, weitaus mehr als die im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens angenommenen 200 bis 500 Unternehmen.³⁰⁸

Ebenso überraschend, weil erwartungskonträr, ist die Feststellung des Gutachtens, dass überwiegend nicht internationale Großkonzerne betroffen sind, sondern mehr als 90% der Unternehmen aus dem mittelständischen Bereich, mit einem EBITDA von unter 50 Millionen Euro, stammen.³⁰⁹ Damit scheint die fiskalische Fessel der Zinsschranke ihre Wirkung mehr in Richtung eines für die Stärke der deutschen Wirtschaft entscheidenden Segmentes zu entfalten. Bei mittelständigen Unternehmen handelt es sich überwiegend um national aufgestellte Unternehmen, die mit einem tendenziell geringeren Steuergestaltungspotential agieren, als es sich international aufgestellten Großkonzernen eröffnet. Es wird zu beobachten sein, wie sich diese Situation unter der neuen Zinsschranke über die Jahre entwickelt und welche Auswirkungen sie entfaltet.

Wie oben erwähnt, scheinen die drei Ausnahmebestände nicht die erhoffte Entlastung zu bringen. Im Mittelpunkt der Kritik steht hier vornehmlich die Ausgestaltung der Escape-Klausel. Auch wenn sie von der Mehrzahl der Unternehmen als wichtigste Ausnahmeregel genannt wird, scheint sie nur in den wenigsten Fällen anwendbar zu sein.³¹⁰ *Welling* äußert kritisch, dass die Beteiligungsbuchwertkürzung faktisch dazu führe, dass inländischen Organkreisen bei nennenswerten in- und ausländischem Beteiligungsbesitz in vielen Fällen überhaupt kein Eigenkapital mehr verbleibe; dies wiederum lasse einen Vergleich mit der Konzerneigenkapitalquote in der Mehrheit der Fälle scheitern.³¹¹

³⁰⁶ Herzig/Lochmann/Liekenbrock, DB 2008, 593 ff.

³⁰⁷ Basierend auf Handelsregistereinträgen und Finanzinformationen aus der DAFNE Datenbank.

Personenunternehmen und Fälle, die unter den erweiterten Konzernbegriff fallen, konnten somit nicht erfasst werden.

³⁰⁸ Meister, FAZ vom 26.10.2006, S.14; VBW, Zinsschranke (2008), S.4.

³⁰⁹ VBW, Zinsschranke (2008), S.11.

³¹⁰ Herzig/Lochmann/Liekenbrock, Intertax 2008, 577, 584.

³¹¹ *Welling*, FR 2007, 735, 738.

Eine weitere Schwachstelle der Escape-Klausel, die zu häufiger Kritik führt, liegt in den restriktiven Voraussetzungen der Gesellschafterfremdfinanzierung von Konzerngesellschaften gem. § 8a Abs.3 KStG. Um die Escape-Klausel nutzen zu können, muss das Unternehmen nachweisen, dass es im gesamten Konzern, weltweit, zu keiner schädlichen Gesellschafterfremdfinanzierung kommt.³¹² Dem überwiegenden Anteil (77,8%) der von dieser Rückausnahme (§ 8a Abs.3 KStG) betroffenen Fälle gelingt es nicht, diesen Nachweis umfassend zu erbringen.³¹³ Nicht zuletzt aufgrund der in dieser Nachweisproblematik liegenden Praxisferne fordern *Herzig/Lochmann/Liekenbrock* eine Nachbesserung durch den Gesetzgeber.³¹⁴

Die Tatsache, dass im Rahmen der Escape-Klausel erstmalig die IFRS Relevanz im Rahmen der steuerlichen Gewinnermittlung zum Tragen kommt, bringt eine zusätzliche Erschwernis in der konkreten Handhabung. Unternehmen müssen dafür Sorge tragen, über entsprechende Mitarbeiter mit fundierten IFRS Kenntnissen zu verfügen.³¹⁵ Cazzonelli ist der Ansicht, dass dies zu einer Mehrbelastung insbesondere von mittelständischen Unternehmen führen könne, während für DAX Unternehmen mit großen Steuerabteilungen dies in der Regel kein Problem darstelle.³¹⁶

In der Gesamtschau ist die aktuelle Ausgestaltung der Escape-Klausel in Verbindung mit der Rückausnahme nach § 8a Abs.3 KStG der wirtschaftspolitisch proklamierten Planungssicherheit der Unternehmen insgesamt eher abträglich. Sie ist mit unnützen Zusatzkosten verbunden und weist eine nur begrenzte Wirksamkeit auf.

Neben dieser mehr anwendungsorientierten Kritik fällt auch die Gesamtbilanz der Zinsschranke eher negativ aus. Gemäß der Studie von *Herzig/Lochmann/Liekenbrock* vertritt die deutliche Mehrheit der befragten Steuerabteilungsleiter die Meinung, dass durch die Zinsschranke nicht nur generell der Steuerplanung ein höherer Stellenwert im Rahmen von Investitions- und Finanzierungsentscheidung zukomme, sondern speziell - und darin liegt wohl der Kern der Kritik - das Risiko von fremdfinanzierten Projekten sich erhöhe.³¹⁷ Diese Entwicklung läuft ökonomisch gesehen im Grundsatz dem Produktionseffizienztheorem nach *Diamond* und *Mirrlees* zuwider, nach dem nur steuerlich unverzerrte Produktions- und Investitionsentscheidungen das gesamtwirtschaftliche Einkommen maximieren.³¹⁸

Homburg wendet ein, dass es bisher vordringlich die Abzugsfähigkeit der Fremdkapitalaufwendungen gewesen sei, die Inlandsinvestitionen trotz vergleichsweise hoher Steuerbelastung in Deutschland attraktiv gemacht hätten. In der Zinsschranke sieht er nunmehr gar einen Anreiz für Unternehmen, ihre Produktion ins Ausland zu verlagern, da es für Unternehmen interessant geworden sei, mit Krediten finanzierte Auslandstochtergesellschaften in Ländern ohne Unterkapitalisierungsvorschriften zu gründen. So verbessere sich die relative Eigenkapitalquote der deutschen Gesellschaften im Vergleich zur Konzerneigenkapitalquote und die Gewinne der ausländischen Tochtergesellschaft könnten steuerfrei repatriiert werden.³¹⁹

³¹² Thiel, FR 2007, 729, 731.

³¹³ Herzig/Lochmann/Liekenbrock, DB 2008, 593, 597.

³¹⁴ Herzig/Lochmann/Liekenbrock, DB 2008, 593, 598.

³¹⁵ Kussmaul et al., BB 2008, 135, 140.

³¹⁶ Interview im Rahmen der Studienarbeit (5.1.2009).

³¹⁷ Herzig/Lochmann/Liekenbrock, DB 2008, 593, 601.

³¹⁸ Diamond/Mirrlees, American Economic Review 1971, 8 ff.

³¹⁹ Homburg, FR 2007, 717, 724.

4.2. Branchenabhängige Auswirkungen am Beispiel der Wohnungs- und Immobilienwirtschaft

Unternehmen der Wohnungs- und Immobilienbranche sind wegen ihrer traditionell hohen Fremdkapitalausstattung im besonderen Maße von der neuen Zinsschrankenregelung betroffen. Fremdkapitalquoten von 70% bis 90% sind keine Seltenheit, sondern branchenüblich.³²⁰

97 Prozent aller Bauträger arbeiten mit mehr als 75 Prozent Fremdkapital. Bei den Projektentwicklern sind es 62 Prozent.



Abbildung 4-1: Immobilienunternehmen mit FK-Anteil über 75 % (Quelle: BFW Research 2008)

Bedingt durch das meist geringe Investitionsrisiko in diesem Wirtschaftszweig sind die Renditeerwartungen im Immobiliensektor im Durchschnitt eher gering; im Bereich der Wohnungsvermietung bspw. liegen sie lediglich zwischen 3% und 5%.³²¹ Aufgrund des Zusammenspiels hoher Zinszahlungen und niedriger Ertragsersparungen trifft die gewinnabhängige Ausgestaltung der Zinsschranke in Form einer 30%-EBITDA-Grenze den renditeschwachen Immobiliensektor besonders stark.

Die **bestandshaltenden Immobiliengesellschaften**, die sich durch konstant hohe Zinsbelastungen auszeichnen, sind davon in extremer Weise betroffen, da bei schlechter Ertragslage die aktuelle Regelung schnell zur Substanzbesteuerung führen kann.³²² Selbst bei einer vergleichsweise hohen Rendite von 6%, einem angenommenem Zinsniveau von 5% und einem branchenüblichen Verschuldungsgrad von 70% stellen sich hohe Zusatzbelastungen ein (Abb. 4-2: Zusatzbelastung in diesem Fall 41,84%).

Die Finanzstruktur im **Grundstückshandel** zeichnet sich ebenfalls durch eine hohe Kapitalbindung aus. Die volatile Ertragslage in diesem Marktsegment führt somit zu stark schwankenden Auswirkungen der Zinsschranke.³²³ Abmildernd wirkt, dass in Jahren mit hohen EBITDA Werten, die bis dahin nicht abzugsfähigen vorgetragenen Zinsen verrechnet werden können.

³²⁰ Herzig/Lochmann/Liekenbrock, DB 2008, 593, 602.

³²¹ Deloitte, Gutachten zur Zinsschranke (2008), S.4

³²² Cölln, DStR 2008, 1853, 1855.

³²³ Deloitte, Gutachten zur Zinsschranke (2008), S.6.

Nur bei **Bauträgern und Projektentwicklern** halten sich die Auswirkungen der Zinsschranke in Grenzen, da diese die Möglichkeit haben, Zinsen als so genannte Bauzeitzinsen zu aktivieren.³²⁴ Problematisch dabei ist, dass die Zinskosten, die vor Baubeginn, z.B. bei der Vorfinanzierung von Planungskosten, und während der Verwertungsphase anfallen, nicht aktiviert werden können und somit unter die Zinsschranke fallen.³²⁵

FK-Quote	50%			70%			90%			
FK-Zins	4,00%	5,00%	6,00%	4,00%	5,00%	6,00%	4,00%	5,00%	6,00%	
Rendite (GK)										
2,00%										
3,00%										
4,00%	36,10%	351,95%								
5,00%	8,46%	24,61%	67,68%	43,99%	541,46%					
6,00%	2,08%	9,02%	20,30%	15,04%	41,84%	162,44%	48,73%	730,97%		
7,00%	0,00%	3,49%	9,37%	6,77%	18,05%	40,61%	20,30%	59,07%	446,71%	
8,00%	0,00%	0,66%	4,51%	2,85%	9,61%	20,30%	10,83%	27,07%	67,68%	
9,00%	0,00%	0,00%	1,77%	0,56%	5,26%	11,94%	6,09%	15,72%	33,23%	
10,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	2,65%	7,38%	3,25%	9,90%	20,30%	

- Verlust, aber Steuerzahlung
- Zusatzbelastung >100%
- Zusatzbelastung >30%
- Zusatzbelastung >10%
- Zusatzbelastung bis 10%

Abbildung 4-2: Zusatzbelastung aus der Zinsschranke in verschiedenen Konstellationen von FK-Quote, Rendite und FK-Zins (Quelle: Deloitte, Gutachten zur Zinsschranke (2008))

Folgende drei Gestaltungen werden in der Immobilienwirtschaft als Möglichkeit zur Reduzierung der steuerlichen Belastung durch die Zinsschranke diskutiert, auch wenn sie , vorweg bemerkt, sehr aufwendig und nur von begrenzter Wirkung sind und somit nur wenig Planungssicherheit schaffen.³²⁶

Eine Möglichkeit wird darin gesehen, Immobilienunternehmen in mehrere Objektgesellschaften zu untergliedern, um über diesen Weg die Freigrenze von einer Million Euro mehrfach nutzen zu können (sog. **Atomisierung**). Diese Vorgehensweise bietet sich am ehesten bei Neuinvestitionen an, da hier die Immobilien schon beim Erwerb einzeln oder in kleinen Gruppen in Besitzgesellschaften überführt werden können.³²⁷ Im Rahmen einer nachträglichen Umstrukturierung ist zu beachten, dass die Immobilien ertragsneutral i.S.d. § 24 UmwStG oder § 6 Abs.5 EStG übertragen werden, damit eine hohe Steuerbelastung durch die Aufdeckung stiller Reserven im Immobilienvermögen vermieden werden kann.³²⁸ Nach § 24 UmwStG können nur Vermögensteile in eine Objektgesellschaft eingebracht werden, die einen so genannten Teilbetrieb darstellen. Ein solcher liegt grundsätzlich vor, wenn es sich um einen selbständigen Teil des Gesamtbetriebes handelt, der allein überlebensfähig wäre.³²⁹ Da Immobilienobjekte oft zentral verwaltet werden, ist diese Selbständigkeit bei Projektentwicklern, Grundstückshändlern und Bestandshaltern häufig nicht gegeben.³³⁰ Die zweite Möglichkeit einer ertragsneutralen Übertragung nach § 6 Abs.5 EStG setzt voraus, dass keine Verbindlichkeiten mit übertragen werden, da ansonsten von einer entgeltlichen Vermögensübertragung ausgegangen wird, die wiederum zu einer Aufdeckung der stillen Reserven führen könnte.³³¹ Der entscheidende Nachteil

³²⁴ Deloitte, Gutachten zur Zinsschranke (2008), S.6.

³²⁵ Cölln, DStR 2008, 1853, 1853.

³²⁶ Tepper, Cölln, Immobilienwirtschaft 2008, 16, 19.

³²⁷ Handelsblatt vom 17.08.2008, S.39 (Reichel).

³²⁸ Cölln, DStR 2008, 1853, 1855.

³²⁹ BFH vom 18.10.1999, GrS 2/98, BStBl II 2000, 123.

³³⁰ Cölln, DStR 2008, 1853, 1855.

³³¹ Cölln, DStR 2008, 1853, 1855.

der Atomisierung ist der hohe administrative Zusatzaufwand³³² So fallen z.B. Gründungskosten für die neue Objektgesellschaft sowie Mehrkosten für die höhere Anzahl der Jahresabschlüsse an. Um nicht unter einen Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO zu fallen, muss zudem nachgewiesen werden, dass die Gestaltung wirtschaftlich begründbar ist.

Die Zusammenfassung mehrerer Immobiliengesellschaften zu einem **Organkreis** ist eine weitere steuerliche Gestaltungsoption. Umfasst der konsolidierte Kreis den gesamten Konzern, so besteht die Möglichkeit durch Begründen einer Organschaft die Zinsschranke vollständig zu vermeiden. In diesem Fall gilt der Organkreis insgesamt als ein Betrieb, und die Zinsschranke kommt aufgrund fehlender Konzernzugehörigkeit nicht zur Anwendung (Stand-Alone-Klausel).³³³ Ausländische Gesellschaften und inländische Personengesellschaften als Verbund sind nicht organschaftsfähig.³³⁴ Dies bedeutet, dass Immobiliengesellschaften, die in Form einer Personengesellschaft geführt werden, zuerst in eine Kapitalgesellschaft umzuwandeln wären.³³⁵

Auch in Situationen, in denen die Organschaft nicht den vollständigen Konzern umfasst (dies ist aufgrund der Voraussetzungen einer nationalen Organschaft in allen internationalen Konzernen der Fall), kann die Gründung einer Organschaft sinnvoll sein.³³⁶ Durch die organkreisweite Saldierung der Zinsen und Erträge steigt die Chance, dass die 30% EBITDA Grenze nicht überschritten wird und die Zinsschranke somit nicht wirkt.³³⁷ Bei Organkreisen, die nur aus reinen Immobiliengesellschaften bestehen, hat diese Gestaltung allerdings nur wenig Aussichten auf Erfolg, da diese, wie bereits erwähnt, in überwiegend großer Menge über Bankkredite finanziert und zudem strukturell bedingt sehr ertragsschwach sind.

Kurz sei noch der Eigenkapitalquotenvergleich (Escape-Klausel) als Gestaltungsmöglichkeit, erwähnt, der jedoch regelmäßig, besonders wenn das Immobilienunternehmen in Konzernabschlüssen von Versicherungsunternehmen, Kreditinstituten oder Industrieunternehmen gehalten wird, nicht zum Zuge kommen wird.³³⁸

Grundsätzlich zielt die Zinsschranke darauf ab, internationalen Beteiligungsgesellschaften, wie z.B. Fortress steuerlich motivierte Gestaltungen zu erschweren. Der US Investor Fortress z.B. hat seine Immobilienholding Gagfah so aufgestellt, dass die deutschen Tochtergesellschaften den Erwerb ihrer Bestände über Darlehen der in Luxemburg ansässigen Muttergesellschaft finanzieren; so können in Deutschland die Zinskosten vom Betriebsergebnis steuermindernd abgezogen werden.³³⁹

Der Gesetzgeber schießt insbesondere mit Blick auf die inländische Immobilienwirtschaft weit über das ursprüngliche Ziel, missbräuchliche Verlagerung von Gewinnen ins Ausland zu vermeiden, hinaus.³⁴⁰ Die hohe Fremdkapitalisierung inländischer Immobilienunternehmen resultiert nicht aus

³³² Reichel, Handelsblatt vom 17.08.2008, S.39.

³³³ Kussmaul/Ruiner/Schappe, GmbHR 2008, 505, 513.

³³⁴ Vgl. Hoffmann in Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 4h Rdnr.451.

³³⁵ Cölln, DStR 2008, 1853, 1856.

³³⁶ Kussmaul/Ruiner/Schappe, GmbHR 2008, 505, 513.

³³⁷ Reichel, Handelsblatt vom 17.08.2008, S.39.

³³⁸ Deloitte, Gutachten zur Zinsschranke (2008), S.9

³³⁹ Haimann, Hamburger Abendblatt vom 17.11.07, S.11.

³⁴⁰ Cölln, DStR 2008, 1853, 1859.

grenzüberschreitenden Steuergestaltungen, sondern entspringt den üblichen, ökonomischen Strukturmerkmalen der Immobilienbranche.³⁴¹

Im Gegensatz zur deutschen Zinsschranke gelten im französischen Recht weiterhin relativ flexible steuerliche Rahmenbedingungen bei der Finanzierung von Immobilieninvestitionen.³⁴² Zinsen auf Bankdarlehen, die der Finanzierung einer Immobilie dienen, werden nicht von den *règles de sous-capitalisation* erfasst und bleiben weiterhin unbeschränkt abzugsfähig.

4.3. Auswirkungen der Zinsschranke auf Leveraged Buy-outs

Ein Leveraged Buy-out (LBO) bezeichnet eine überwiegend mit Fremdkapital finanzierte Unternehmensübernahme. Aufgrund der hohen Fremdfinanzierung sind hier die Auswirkungen der Zinsschranke zu betrachten. Ziel des umfangreichen Einsatzes von Fremdkapital ist es, den so genannten Leverage Effekt (Hebeleffekt) auszunutzen, der den Eigenkapitalgebern hohe Renditechancen bietet.³⁴³ Demnach führt ein hoher Fremdkapitalanteil zu einer Verbesserung der Eigenkapitalrendite, solange die Gesamtkapitalrendite höher ist als der Fremdkapitalzinssatz.

Im Zuge einer klassischen LBO Transaktion gründen die Finanzinvestoren, zumeist in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, eine inländische Erwerbsgesellschaft (sog. Akquisitionsvehikel), um im Fall einer Insolvenz des Zielunternehmens (Target) die Haftung auf den Verlust der Kapitaleinlagen zu begrenzen.³⁴⁴ Anschließend wird die Erwerbsgesellschaft vom jeweiligen Finanz-investor, z.B. einem *Private Equity Fond*, zur Kaufpreisfinanzierung mit dem entsprechenden Eigenkapital ausgestattet. Der darüber hinausgehende Finanzierungsbedarf wird durch die Aufnahme von Fremdkapital gedeckt, zumeist eine Kombination aus vorrangig besicherten Krediten (*Senior Debt*) und hybriden Finanzierungsinstrumenten (Mezzanine Kapital).³⁴⁵ Das für den Kauf aufgenommene Fremdkapital wird wiederum aus dem *Cash Flow* des Zielunternehmens bedient und über die Vermögensgegenstände des Unternehmens abgesichert.³⁴⁶

Bei einem solchen Unternehmenskauf, der hauptsächlich mit Fremdkapital finanziert ist, steht die Abzugsfähigkeit der Zinsen im Vordergrund. Durch die Einführung der Zinsschranke wird dies nun erschwert. So hält die finanzierende Erwerbsgesellschaft lediglich die Beteiligungen an der Zielgesellschaft, wobei die Beteiligungserträge nach § 8b Abs.3 bzw. Abs.5 KStG nur mit einer Pauschale in Höhe von 5% in das steuerliche EBITDA einfließen.³⁴⁷ Im Ergebnis steht der Erwerbsgesellschaft somit nur 5% der Beteiligungserträge zur Verrechnung mit den Finanzierungsaufwendungen gegenüber. Die bisher üblichen Gestaltungsstrukturen, d.h. *debt push down* durch Begründung einer ertragsteuerlichen Organschaft zwischen Erwerbsgesellschaft und Zielgesellschaft oder durch Rücklagenausschüttung der Zielgesellschaft, stehen zwar unverändert zur

³⁴¹ Deloitte, Gutachten zur Zinsschranke (2008), S.12.

³⁴² Krenz/Müller, Immobilien Zeitung 2008, 21, 22.

³⁴³ Deutsche Bundesbank, Monatsbericht April 2007, S.17.

³⁴⁴ Schaumburg, Unternehmenskauf im Steuerrecht (2004), S.25 ff.

³⁴⁵ Tcherveniachki, M&A Review 2008, 351.

³⁴⁶ Feuglistaller, Müller, Volery, Entrepreneurship 2008, S.142.

³⁴⁷ Scheunemann/Socher, BB 2007, 1144, 1146.

Verfügung, können aber dank der verschärften Zinsschranke eine volle Abzugsfähigkeit der Zinsaufwendungen in den meisten Fällen nicht mehr garantieren.³⁴⁸

Fraglich ist, ob die Ausnahmetatbestände bei solchen LBO Transaktionen zur Anwendung kommen können. Bei einem angenommenen Zinssatz von 5% werden durch die **Freigrenze** in Höhe von einer Million Euro Finanzierungen in einem Gesamtvolumen von 20 Millionen Euro geschützt.³⁴⁹ Dieses Volumen wird allerdings bei den meisten LBO Transaktionen überschritten, so dass der Ausnahmetatbestand der Freigrenze in der Regel nicht in Anspruch genommen werden kann. Eine Gestaltungsmöglichkeit insbesondere im Bereich der *small* und *medium ticket* Akquisitionen besteht darin, den Anteilerwerb mit mehreren Akquisitionsgesellschaften durchzuführen.³⁵⁰ Die Fremdfinanzierungsaufwendungen werden auf die verschiedenen Erwerbsgesellschaften aufgeteilt, so dass sie im Ergebnis jeweils unter der Freigrenze von einer Millionen Euro bleiben.

Die Erfüllung des Ausnahmetatbestandes der fehlenden Konzernzugehörigkeit (**Stand-Alone-Klausel**) wird aufgrund der erheblichen Weite des maßgeblichen steuerlichen Konzernbegriffs bei den meisten LBO-Finanzierungsstrukturen nicht möglich sein.³⁵¹ Demnach ist nicht die tatsächliche Einbeziehung in einen Konzernabschluss vorausgesetzt, vielmehr führt auch die bloße Einbeziehungsmöglichkeit zu einer Konzernzugehörigkeit. In den meisten Fällen wird das Akquisitionsvehikel damit sowohl in Richtung des darüber liegenden Finanzinvestors als auch in Richtung der Zielgesellschaft (Target) aufgrund der Mehrheitsbeteiligungen als konzernzugehörig im Sinne des erweiterten Konzernbegriffs anzusehen sein.³⁵² In Ausnahmefällen lässt sich durch Gründung einer Organschaft zwischen Beteiligungsgesellschaften und Akquisitionsgesellschaft eine Konzernzugehörigkeit verhindern. Sinnvoll erscheint diese Gestaltung nur, wenn zudem die Akquisition durch mehrere *Private Equity Fonds* bzw. Investoren geschieht. Das Akquisitionsvehikel bzw. die ertragsteuerliche Organschaft wäre somit im Bezug zu den beteiligten *Private Equity Fonds* als Gemeinschaftsunternehmen im Sinne des § 310 HGB einzustufen, womit im Ergebnis eine Konzernzugehörigkeit umgangen werden könnte.³⁵³

Die Eigenkapitalquote der Akquisitionsgesellschaft wird aufgrund des hohen Fremdkapitalanteils grundsätzlich erheblich niedriger als die des gesamten Konzerns ausfallen. Hinzu kommt, dass nach § 4h Abs.2 Satz 5 EStG das Eigenkapital um Beteiligungsbuchwerte an gehaltenen Kapital- und Personengesellschaften gekürzt werden muss.³⁵⁴ Dem gegenüber steht eine regelmäßig signifikant höhere Konzerneigenkapitalquote, insbesondere wenn in den Konzernkreis mit hohem Eigenkapital ausgestattete *Private Equity* Firmen einzubeziehen sind. Ein Eigenkapitalvergleich im Rahmen der **Escape-Klausel** wird bei einem LBO somit in der Regel nicht erfolgreich sein.³⁵⁵

Sollte vor diesem Hintergrund kein Ausnahmetatbestand greifen, so können weitere Gestaltungsoptionen in Betracht gezogen werden, wie z.B. die Vermeidung von Fremdfinanzierungs-

³⁴⁸ Hoffmann in Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 4h Rdnr. 511.

³⁴⁹ Scheunemann/Socher, BB 2007, 1144, 1149.

³⁵⁰ Reiche, Kroschewski, DStR 2007, 1330, 1333 ff.

³⁵¹ Reiche, Kroschewski, a.a.O.

³⁵² Tcherveniachki, M&A Review 2008, 351, 358.

³⁵³ Hageböke/Stangl, DB 2008, 200.

³⁵⁴ Reiche, Kroschewski, a.a.O.

³⁵⁵ Scheunemann/Socher, BB 2007, 1144, 1150.

aufwand auf Seiten der Zielgesellschaft (*Target*) und ihren Tochtergesellschaften.³⁵⁶ Hier ist insbesondere an so genannte *Sale & Lease-Back* Transaktionen für fremdfinanzierte Anlagegüter sowie an die Verbriefung von Forderungen (z.B. *Asset-Backed-Securities*) zu denken.³⁵⁷ Eine weitere Option sind so genannte *Equity-Kicker*, die sich durch eine niedrigere Verzinsung während der Kreditlaufzeit auszeichnen z.B. verbunden mit der Gewährung eines Eigenkapitalanteils an der Zielgesellschaft (*Target*).³⁵⁸ Eine vom Gesetzgeber ausdrücklich erwünschte Option wäre die Verlagerung von ausländischen Gewinnen nach Deutschland, um damit das steuerliche EBITDA zu erhöhen.³⁵⁹ Diese Möglichkeit der Erhöhung des Abzugspotentials z.B. über Verrechnungspreisgestaltungen ist insbesondere dann interessant, wenn zu der Zielgesellschaft (*Target*) ausländische Tochtergesellschaften gehören.

Reiche/Kroschewski kommen zum Ergebnis, dass durch die Zinsschranke im Bereich der Akquisitionsfinanzierung zwar zusätzlicher Strukturierungsaufwand entstehe, letztendlich durch entsprechende Strukturierungen aber eine Abzugsbeschränkung in den meisten Fällen verhindert werden könne.³⁶⁰

4.4. Krisenverschärfende Wirkung der Zinsschranke in wirtschaftlichen Schwächephasen

Konzerngebundene **Krisenunternehmen** werden, obwohl sie nach den Zielvorgaben der Gesetzesbegründung eigentlich von der Zinsschranke verschont werden müssten, faktisch im besonderen Maße von dieser sanktioniert.³⁶¹ Die typischen Strukturmerkmale solcher Unternehmen verstärken in der Tendenz die nachteilige Wirkung der Zinsschranke:³⁶² Aufgrund der krisentypischen Ertragsschwäche (niedrige EBITDA Werte) sinkt das Abzugspotential für Fremdkapitalaufwendungen.³⁶³ Krisenunternehmen weisen zudem regelmäßig eine durch die laufenden Verluste stark verminderte Eigenkapitalquote auf. Ein rettender Eigenkapitalvergleich im Rahmen der Escape-Klausel wird somit nur selten gelingen. Hinzu kommt, dass Mezzanine Finanzierungen, eine bei Krisenunternehmen aufgrund ihrer Nachrangigkeit durchweg beliebte Finanzierungsalternative, mangels Vermittlung von Stimmrechten grundsätzlich nicht die Eigenkapitalquote des Betriebs erhöhen.³⁶⁴ Selbst im Falle eines positiven Vergleichs der betrieblichen und der konzernweiten Eigenkapitalquoten wird die Zinsschranke aufgrund der Rückausnahme nach § 8a Abs.2 und Abs. 3 KStG trotzdem regelmäßig zur Anwendung kommen, da Krisenunternehmen i.d.R. in hohem Maße über konzerninterne Gesellschafterdarlehen oder verbürgte Bankkredite finanziert werden.³⁶⁵

Auch der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung mahnt die systematisch nachteilige Wirkung der Zinsschranke in wirtschaftlichen Schwächephasen an, da selbst Unternehmen, die sich in einer Rentabilitäts- und Liquidationskrise befinden, in Verlustsituationen mit

³⁵⁶ Tcherveniachki, M&A Review 2008, 351, 358.

³⁵⁷ Scheunemann/Socher, BB 2007, 1144, 1148.

³⁵⁸ Hoffmann in Littmann/Bitz/Pust: EStG § 4h Rdnr. 515.

³⁵⁹ BT-Drs. 16/4841, S.48.

³⁶⁰ Reiche, Kroschewski, DStR 2007, 1330, 1333.

³⁶¹ VBW, Zinsschranke (2008), S.5.

³⁶² Hoffmann in Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 4h Rdnr. 500.

³⁶³ VBW, Zinsschranke (2008), S.6.

³⁶⁴ Eickhorst, BB 2007, 1707, 1708.

³⁶⁵ Hoffmann in Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 4h Rdnr. 500.

Gewinnsteuer belastet würden.³⁶⁶ Die beiden Faktoren, hohe Fremdkapitalaufwendungen und negative Ertragslage, führen für solche Unternehmen regelmäßig zu einer krisenverschärfenden Substanzbesteuerung (siehe Anhang: Bsp. Krisenunternehmen). In einer gesamtwirtschaftlichen Krise sinken darüber hinaus nicht nur die durchschnittlichen Ergebnisse, es steigen auch die Zinsausgaben, da von Seiten der Banken höhere Risikoaufschläge verlangt würden.³⁶⁷

Vor dem Hintergrund der Dramatik der wirtschaftlichen Situation und der Deutlichkeit und Breite der Kritik mag es verwundern, dass der Gesetzgeber im Rahmen des Jahresteuergesetzes 2009 keine zeitnahen Korrekturen beschlossen hat, obwohl die Zinsschranke in Zeiten des wirtschaftlichen Abschwungs die kritische finanzielle Situation der Unternehmen deutlich verschärft.³⁶⁸

Als ein vermutlich wirkungsvoller Ansatzpunkt zur Nachsteuerung der Zinsschranke sollte die Einführung eines *excess limitation carryforward*, wie er im amerikanischen Recht verankert ist, in Erwägung gezogen werden. Damit würde die Möglichkeit geschaffen, nicht ausgeschöpftes Zinsabzugspotential aus den Vorjahren mit überschüssigem Zinsaufwand aus der aktuellen Periode zu verrechnen; saisonale Schwankungen könnten somit ausgeglichen werden.³⁶⁹ Zumindest eröffnet sich für Unternehmen, die in den Vorjahren die Zinsschranke unterschritten haben, damit die Option, die negative Wirkung der Zinsschranke in Krisenzeiten ausgleichen zu können.³⁷⁰

In ähnlicher Weise betrifft dies auch junge und expandierende Unternehmen, die üblicherweise eine höhere Verschuldung aufweisen.³⁷¹ Diese zusätzliche Hürde ist insbesondere gegenüber jungen Unternehmen ungerechtfertigt und läuft gesamtwirtschaftlichen Interessen zuwider.

³⁶⁶ Sachverständigenrat, Jahresgutachten (2008), S.257.

³⁶⁷ Tartler, FTD vom 8.1.2009, S.9

³⁶⁸ BT-Drs. 16/10189, S.1 ff; BT-Drs. 16/11108, S.6.

³⁶⁹ Janka, RIW 1991, 939, 941.

³⁷⁰ Herzig/Bohn, DB 2007, 1, 10.

³⁷¹ Sachverständigenrat, Jahresgutachten 2008, S.252.

5. FAZIT

Die Einführung und Weiterentwicklung spezieller Unterkapitalisierungsvorschriften - sei es der *règles de sous-capitalisation* in Frankreich, der *earnings stripping rules* in den USA oder der Zinsschranke in Deutschland - folgt bei aller Unterschiedlichkeit der nationalen Regelwerke weitgehend dem gleichen Grundrational: Missbräuchliche Gewinnverlagerungen sollen vermieden werden, um im Inland erwirtschaftete Gewinne auch dort zu versteuern. Über diese fiskalische Absicht hinaus sahen sich die beiden EU-Staaten Frankreich und Deutschland auch wegen der Europarechtswidrigkeit ihrer alten Regelungen veranlasst, ihre Gesetze anzupassen.³⁷² Andere EU-Mitgliedstaaten haben inzwischen ihre Vorschriften ebenso überarbeitet.

Die EU Kommission warnte in diesem Zusammenhang vor einer Überreaktion. Es wäre bedauerlich, wenn Mitgliedstaaten, um dem Vorwurf der Diskriminierung zu entgehen, Maßnahmen gegen grenzübergreifende Steuerumgehungen auf rein innerstaatliche Sachverhalte ausdehnten, bei denen die Gefahr von Missbrauch gar nicht bestehe.³⁷³

Der vorliegende Rechtsvergleich zeigt jedoch, dass die deutsche Zinsschrankenregelung dieser Versuchung wohl nicht in ausreichendem Maß widerstanden hat. Mit der pauschalen Erfassung jeglichen Fremdkapitals schießt sie weit über das international übliche Maß der Bekämpfung missbräuchlicher Gewinnverlagerungen hinaus. Es entsteht vielmehr der Verdacht, dass der Fiskalzweck der Gegenfinanzierung dominiert. Die amerikanischen und französischen Vorschriften weisen im Vergleich eine weitaus höhere Zielgenauigkeit auf. Da missbräuchliche Gewinnverlagerungen fast ausschließlich über konzerninterne Finanzierungsgestaltungen ablaufen, beschränken sie konsequenter Weise den Anwendungsbereich ihrer Vorschriften auf Fremdkapital von verbundenen Unternehmen bzw. von nahe stehenden Personen; reine Bankfinanzierungen bleiben außen vor. Sie liefern damit eine angemessene Alternative zum neuen deutschen Ansatz.

Auch wenn die US-amerikanische und die französische Regelung sich nicht pauschal als Musterlösung anbieten, gibt es dennoch weitere sinnvolle Aspekte, die der deutschen Zinsschranke gut anstünden. So ist im amerikanischen Recht der abzugsfähige Teil des Zinsaufwands mit 50% des angepassten Gewinns weitaus weniger restriktiv angesetzt als die 30%ige deutsche Kappungsgrenze. Neben einer Erhöhung des abzugsfähigen Zinsanteils auf US-Niveau erscheint insbesondere der *excess limitation carryforward* ein überaus sinnvolles Gestaltungsinstrument, dessen Übernahme erörtert werden sollte. Die Möglichkeit, nichtgenutztes Zinsabzugspotential vorzutragen, könnte die unerwünscht prozyklische Wirkungsweise der Zinsschranke reduzieren, so dass saisonale Schwankungen nicht verstärkt, sondern ausgeglichen würden.

Das US-Recht klammert zudem kurzfristige, im Zusammenhang mit Umlaufvermögen stehende Verbindlichkeiten (commercial financing liabilities) von der Anwendung der *earnings stripping rules* aus, um die Fremdfinanzierung des laufenden Geschäfts nicht zu behindern. Insbesondere mit Blick auf die strukturell von der Zinsschranke stark betroffenen Handelsunternehmen³⁷⁴, mit ihrem hohen

³⁷² BDI, Die Behandlung von Finanzierungsaufwendungen (2007), S.44.

³⁷³ Europäische Kommission, Vorschriften zur Missbrauchsbekämpfung (2008), S.2-3.

³⁷⁴ Herzig/Lochmann/Liekenbrock, BB 2008, 593, 600.

Anteil an kurzfristigen Krediten, wäre dies gleichermaßen eine sinnvolle Ausnahme für die deutsche Zinsschranke.

Das französische Regelwerk enthält ebenso einige Elemente, die als Anregung zur Weiterentwicklung der deutschen Zinsschranke dienen könnten. Wie in den *règles de sous-capitalisation* könnte eine Anrechnung des Zinsvortrages auf die Freigrenze unterbleiben. Dies würde verhindern, dass ein über Jahre kumulierter Zinsvortrag selbst kleiner und mittlerer Unternehmen die Freigrenze dauerhaft aushebeln kann, obwohl genau dieses Klientel über die Freigrenze von der Zinsschranke verschont werden sollte.

Auch zur Verbesserung der mangelnden Wirksamkeit der Escape-Klausel kann der deutsche Gesetzgeber sich am einfacher angelegten Französischen Pendant orientieren (*exception group*). In diesem Sinn sollte auf die Beteiligungsbuchwertkürzung bei der Bestimmung des maßgeblichen Eigenkapitals verzichtet werden. Gleiches gilt für die verschärfte Rückausnahme der deutschen Zinsschranke, d.h. „Infizierung“ des gesamten Konzerns bei Vorliegen einer einzelnen schädlichen Gesellschafterfremdfinanzierung, die die französische Regelung ebenfalls nicht kennt. In der jetzigen Form ist die deutsche Escape-Klausel zu komplex, damit planungsunsicher und praxisfremd.

Die Gesamtbilanz der deutschen Zinsschranke fällt insgesamt sehr mager aus, hält man sich vor Augen, dass sie mit 600 Millionen Euro nur ca. 0,1% des gesamten Steueraufkommens in Deutschland ausmacht. Hombach fasst die Kritik in deutlichen Worten zusammen: *„Alles in allem verbindet die Zinsschranke minimalen Nutzen mit maximalem Schaden. Ihr fiskalischer Nutzen ist minimal, da sie durch kluge Gestaltung jener Unternehmen, die sich auf kluge Gestaltungen verstehen, umgangen werden kann. Zugleich ist der volkswirtschaftliche Schaden maximal, weil die Zinsschranke gerade jene Unternehmen, die aufgrund ihres defensiven Steuergebarens nichts Böses ahnen, in erratischer Weise trifft, insbesondere im Verlustfall.“*

Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber nicht länger vorgibt, auf die Evaluierung der Zinsschranke warten zu wollen, sondern zügig mit einer Nachbesserung reagiert, um dem Teufelskreis aus konjunktureller Schwächephase und Zinsschranke zu entkommen.



Geführtes Interview im Rahmen der Studienarbeit

Cazzonelli, Dieter
Steuerabteilungsleiter der Deutschen Telekom AG
Geführt am 5.01.2009 in Bonn

Literaturverzeichnis

AFFEJEE, DANIEL; DION, ELLIAN

Les LBO à l'épreuve des nouvelles règles de sous-capitalisation, BF n°3 2006, S. 231-243.
(Fundstelle: Bibliothèque nationale de France – Paris)

ASSEMBLEE NATIONALE

Rapport sur le projet de loi de finances pour 2006, 12 octobre 2005, n° 2568 (Tome II)
(zitiert: Rapport Assemblée Nationale 2005).

BIEG, HARTMUT; BOFINGER, PETER; KÜTING, KARLHEINZ; WASCHBUSCH, GERD; WEBER, PETER
Die Saarbrücker Initiative gegen den Fair Value, Der Betrieb Heft 47 (2008), S. 2543-2546
(zitiert: Bofinger et al.).

BLUMENBERG, JENS

Die Besteuerung der Gesellschafter- Fremdfinanzierung: Unter besonderer Berücksichtigung der Unternehmensverhältnisse in den USA, 1. Auflage, 1996, (zitiert: Blumenberg).

BREIDTHARDT, JULIAN

Die Behandlung ausgewählter derivativer Finanzinstrumente und mezzaniner Finanzierungsformen nach HGB, im Steuerrecht und nach IFRS, 1. Auflage, 2008, (zitiert: Breidthardt).

BRON, JAN-FREDERIK

Betriebsbegriff und beschränkte Steuerpflicht im Rahmen der Zinsschrankenregelung der §§ 4h EStG und 8a KStG, IStR Heft 1 (2008), S. 14-17.

BROUNEN, DIRK; ABE DE JONG; KOEDIJK, KEES

Capital structure policies in Europe: Survey Evidence, Journal of Banking and Finance (2006), S. 1409-1442.

BRÜGGER, URS; RECHBERGER, URS

Fremdfinanzierung im Konzern – Internationaler Trend zur Verschärfung der Steuervorschriften, L'Expert-Comptable Suisse 2007, S. 191-194.

BUNDESMINISTERIUM DER FINANZEN

Anwendungsschreiben vom 4. Juli 2008 zur Unternehmensteuerreform 2008 – Zinsschranke (§ 4h EStG, § 8a KStG), Berlin 2008 (zit.: Anwendungsschreiben BMF Juli 2008).

BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN INDUSTRIE

Die Behandlung von Finanzierungsaufwendungen – Ein Vergleich der in Deutschland geplanten Zinsschranke mit den Regelungen in den USA, Frankreich und den Niederlanden (zitiert: BDI, Die Behandlung von Finanzierungsaufwendungen (2007)).

BÜTTNER, THIESS; WAMSER, GEORG

Intercompany Loans and Profit Shifting – Evidence from Company-Level Data, CESifo Working Paper Series No.1959 Ifo Institute for Economic Research 2007.

BURGER, ANTON; ULBRICH, PHILIP

Beteiligungscontrolling, Oldenbourg Wissenschaftsverlag, 1. Auflage, 2005.

BURGESS, DEREK; PENLINGTON, JAMES; RAPIDS, GRAND

Earnings-Stripping Trap, The Tax Adviser 2004, S.545.

CALISTI, JEAN-LUC; LEBERRE, JÉRÔME

Réforme de l'article 212 du Code général des impôts: vrai régime de lutte contre la sous-capitalisation?, LPA n°259 2005, S. 5-13.

CDU/CSU/SPD (Hrsg.)

Gemeinsam für Deutschland. Mit Mut und Menschlichkeit. Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD vom 11.11.2005 Berlin, Fundstelle: <http://www.cducsu.de/upload/koavertrag0509.pdf> - zuletzt aufgerufen: 3.10.2008, (zitiert: Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD).

CÖLLN, IRA

Die Zinsschranke unter immobilienwirtschaftlichen Aspekten, DStR Heft 39 (2008), S. 1853-1859.

CREMER, UDO

Die neue Zinsschrankenregelung, Studium&Steuer, Heft 5, S. 242-249.

DAVOUDET, ERIC

Thin capitalization rules to get tougher in France, International Tax Review 2006, Vol. 17, Issue 1, S.55-57.

DE WAAL, ALLARD

The Application of French thin Capitalization Rules to U.S. Investors Investing in France, Revue de Droit des Affaires Internationales (2000), S. 520-527.

DELOITTE & TOUCHE

Zinsschranke: Nimmt die Wohnungs- und Immobilienwirtschaft die Hürde?, BFW Gutachten 2008, (zitiert: Deloitte Gutachten 2008).

DEPARTMENT OF TREASURY

Report to The Congress on: Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties, Washington, November 2007 (zitiert: Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties).

DEUTSCHE BUNDESBANK

LBO Transaktionen: Die Rolle von Finanzintermediären und Aspekte der Finanzstabilität, Monatsbericht April 2007.

DIAMOND, P; MIRRLEES, J.

Optimal Taxation and Public Production I: Production Efficiency, American Economic Review 61 (1971), S. 8-27.

DÖRFLER, HARALD; VOGL, ANDREAS

Unternehmenssteuerreform 2008: Auswirkung der geplanten Zinsschranke anhand ausgewählter Beispiele, BB 2007, S. 1084-1090.

DÖTSCH, EWALD; JOST, WERNER; PUNG, ALEXANDRA; WITT, GEORG

Die Körperschaftsteuer (Loseblatt-Kommentar), November 2007.

DROBETZ, WOLFGANG; PENSA, PASCAL; CLAUDIA, WÖHLE

Kapitalstrukturpolitik in Theorie und Praxis: Ergebnis einer Fragenbogenuntersuchung, Zeitschrift für Betriebswirtschaft 76 (2006), S. 253-285.

EICKHORST, DANIEL

Auswirkungen der Unternehmensteuerreform 2008 auf Krisenunternehmen und ihre Sanierung, BB Heft 32 (2007), S. 1707-1710.

ENDRES, DIETER; SPENGLER, CHRISTOPH; REISTER, TIMO

Neu Maß nehmen: Auswirkungen der Unternehmensteuerreform 2008, WPg 2007, S. 478-489.

EVANS, MICHAEL; HECK, PATRICK; KIRK, WILLIAM

The Impact of the Election on the Federal Tax Policy Debate: Are you Prepared?, Tax Policy Client Alert, 2008, S. 1-10.

EUROPÄISCHE KOMMISSION

Company Taxation in the Internal Market, Commission Staff (2001), Working Paper SEC 1681, Brüssel (zitiert: European Commission, Company Taxation in the Internal Market (2001)).

EUROPÄISCHE KOMMISSION

Vorschriften zur Missbrauchsbekämpfung, Arbeitsgruppe GKKB (Arbeitsunterlage 14. und 15. April 2008 (zitiert: Europäische Kommission, Vorschriften zur Missbrauchsbekämpfung (2008)).

FEUGLISTALLER, URS; MÜLLER, CHRISTOPH; VOLERY, THIERRY

Entrepreneurship, 2. Auflage, Gabler Verlag 2008.

FLICK, HANS

Wenn, dann aber richtig: Warum die Verschärfung der amerikanischen *Earnings stripping* Regeln durch den American Competitiveness and Corporate Accountability Act gegen das DBA D-USA verstoßen würde, IStR 2002, S. 802-806.

GARLOCK, DAVID

Federal Income Taxation of Debt Instruments, 2007 (Supplement), CCH.

GAVEAU, DOMINIQUE; COQUEREAU, BEATRICE

Nouvelles règles de sous-capitalisation: Révision nécessaire et optimisation des financements intra-groupe, conference du 21 octobre 2008: Ordre des experts-comptables Paris, (http://www.oecparis.fr/documents/894_support_conference_21_octobre_2008_international.pdf) (zitiert: Conférence nouvelles règles de sous-capitalisation 2008).

GENSCHEL, PHILIPP

Der Wohlfahrtsstaat im Steuerwettbewerb, Zeitschrift für Internationale Beziehungen Heft 2 (2000), S. 267-296.

GLUTSCH, SIEGFRIED; OTTE, INES; SCHULT, BERND

Das neue Unternehmensrecht – Richtig beraten nach der Unternehmensteuerreform 2008, 1. Auflage 2008 (zit.: Glutsch/Otte/Schult, Unternehmensrecht 2008).

GOEBEL, SÖREN; EILINGHOF, KAROLINA

Rechtsvergleichende Analyse der deutschen und amerikanischen Unterkapitalisierungsregeln unter besonderer Berücksichtigung der Zinsschranke, IStR Heft 7 (2008), S. 233-243.

GRANWELL, ALAN; DE CARLO, JOSEPH, MAYO, MARY

Proposed earnings stripping regulations – Limitations on interest deductions by corporations with related tax-exempt and foreign creditors, Intertax 1991, S. 405-414.

GROTHERR, SIEGFRIED

Funktionsweise und Zweifelsfrage der neuen Zinsschranke 2008, IWB 2007, S. 755-774.

HAGEBÖKE, JENS; STANGL, INGO

Zur Konzernfreiheit von assoziierten Unternehmen im Rahmen der Zinsschranke, Der Betrieb 2008, S. 200-202.

HATZIS-SCHOCH, BRENT

Auswirkungen der Reform des US-amerikanischen Steuerrechts auf deutsche Unternehmen, GmbH-Rundschau 1993, S. 41-45.

HELLIO, FRANCOIS; LEUTNER, GERD

Grenzüberschreitende Anwendbarkeit der französischen Gesellschafterfremdfinanzierungsvorschriften, Internationale Wirtschaftsbriefe Nr. 24 Fach 3a Gruppe 2 (2002), S. 43-44.

HERZIG, NORBERT; BOHN, ALEXANDER

Modifizierte Zinsschranke und Unternehmensfinanzierung, DB 2007, S. 1-10.

-
- HERZIG, NORBERT; LIEKENBROCK, BERNHARD
Zinsschranke im Organkreis, DB 2007, S. 2387-2395.
- HERZIG, NORBERT; LIEKENBROCK, BERNHARD, LOCHMANN, UWE
Die Zinsschranke im Lichte einer Unternehmensbefragung, DB 2008, S. 593-602.
- HERZIG, NORBERT; LIEKENBROCK, BERNHARD, LOCHMANN, UWE
Impact Study of the New German Interest Capping Rule, INTERTAX 2008, S. 577-584.
- HEY, JOHANNA
United States Experiences with Tax Competition: Potential Answers for Germany and the European Union, Institute of Tax Law – University of Cologne, Discussion Paper for the Fellows Forum 19.09.2007, (Internet: www.jeanmonnetprogram.org/fellowsforum/documents/HeyDiscussionpaperfor9-19-2007_final_.pdf).
- HOMBURG, STEFAN
Die Zinsschranke – eine beispiellose Steuerinnovation, FR 2007, S. 717-728.
- HUFBAUER, GARY; ASSA, ARIEL
Rules Against Earnings Stripping: Wrong Answer to Corporate Inversions, International Economics Policy Briefs 2003, S. 1-13.
- ISMER, ROLAND; KAUL, ASHOK; STEIN, INGRID; WOLF, MICHAEL
Unternehmensfinanzierung und internationale Unternehmensbesteuerung – Auswirkungen der Unternehmensteuerreform 2008, SR: Münchener Schriften zum Finanz- und Steuerrecht, Band. 1, 1. Auflage, Stuttgart 2008 (zitiert: Ismer et al.).
- JACOBS, OTTO
Internationale Unternehmensbesteuerung, Deutsche Investitionen im Ausland, Ausländische Investitionen im Inland, 6. Auflage, 2007 (zitiert: Jacobs).
- JANKA, WOLFGANG
Earnings Stripping Rules, RIW 1991, S. 939-946.
- KAWANO, AKEMI; TANENBAUM, EDWARD
Treasury Department releases its “Report to the Congress on Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties”, Corporate Business Taxation Monthly February 2008, S. 9-34.
- KESSLER, WOLFGANG; KÖHLER, STEFAN; KNÖRZER, DANIEL
Die Zinsschranke im Rechtsvergleich: Problemfelder und Lösungsansätze, IStR Heft 12 (2007), S. 418-422.
- KIRCHHOF, PAUL
Einkommensteuergesetz Kompaktcommentar, 8. Auflage, 2008.
- KOLLRUSS, THOMAS
Weiße und graue Einkünfte bei Outbound-Finanzierung einer ausländischen EU-Tochtergesellschaft nach Europarecht und dem JStG 2007, BB Heft 9 (2007), S. 467-477.
- KÖHLER, STEFAN
Erste Gedanken zur Zinsschranke nach der Unternehmenssteuerreform, DStR 2007, S. 597-604.
- KÖHLER, STEFAN; HAHNE, KLAUS
BMF-Schreiben zur Anwendung der steuerlichen Zinsschranke und zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung bei Kapitalgesellschaften – Wichtige Verwaltungsregeln, strittige Punkte und offene Fragen nach dem BMF-Schreiben vom 4.7.2008, DStR Heft 32 (2008), S. 1505-1516.

KÖSTER, OLIVER

Zinsschranke und Bilanzpolitik, Betriebs Berater Heft 47/ (2007) S. 2278-2284.

KRENZ, ROLAND; MÜLLER, MICHAEL

Immobilieninvestitionen in Frankreich, Immobilien Zeitung Nr.38 (2008), S. 21-27.

KROWELSCHKI, ROBERT; REICHE, FELIX

Akquisitionsfinanzierungen nach Einführung der Zinsschranke – erste Empfehlungen für die Praxis, DStR Heft 31 (2007), S. 1330-1336.

KRUGER, HERVÉ

Liberté de Gestion et Endettement des Entreprises en Droit Fiscal, 2007, Fundstelle: Bibliothèque Cujas de Droit et Sciences Économiques – Université Paris I Panthéon-Sorbonne (Zitiert: Hervé Kruger, Droit Fiscal (2007)).

KRUGER, HERVÉ

Gestion fiscale du financement des groupes multinationaux et principes communautaires, Les Petites Affiches n°199 (2006), S. 5-13.

KUßMAUL, HEINZ, PFIRMANN, ARMIN, STEPHAN, MEYERING, SCHÄFER, RENE

Ausgewählte Anwendungsprobleme der Zinsschranke, (zitiert: Kussmaul et al.).

KUßMAUL, HEINZ; RUINER, CHRISTOPH, SCHAPPE, CHRISTIAN

Ausgewählte Gestaltungsmaßnahmen zur Vermeidung der Anwendung der Zinsschranke, GmbH Rundschau, Heft 10 (2008), S. 505-514.

LEHNER, MORIS

Der Einfluß des Europarechts auf die Doppelbesteuerungsabkommen, IStR Heft 10 (2001), S. 329-337.

LITTMANN, EBERHARD; BITZ, HORST, PUST, HARTMUT

Das Einkommensteuerrecht (Loseblatt-Kommentar), Band 1, Februar 2008.

LÜDENBACH, NORBERT; HOFFANN, WOLF-DIETER

Der IFRS-Konzernabschluss als Bestandteil der Steuerbemessungsgrundlage für die Zinsschranke nach § 4 h EStG-E, DStR 2007, S. 636-642.

MARTINEZ-SERRNO, ALICIA; PATTERSON, BEN, SABIK, MALGORZATA

Besteuerung in Europa: Jüngste Entwicklungen, Europäisches Parlament – Arbeitsdokument Reihe Wirtschaftsfragen 2003, S.1-126, (www.uni-mannheim.de/edz/pdf/dg4/ECON131_DE.pdf), (zitiert: Martinez-Serrno/Patterson).

MEIER, NINA

Die Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung im internationalen Vergleich, Dissertation Universität Würzburg, 2007, (zitiert: Meier, Gesellschafterfremdfinanzierung 2007).

MINTZ, JACK; WEICHENRIEDER, ALFONS

Taxation and the Financial structure of German outbound FDI, CESifo Working Paper Nr. 1612 (2005).

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES et DE L'EMPLOI, Bulletin Officiel des Impôts -

Instruction 4 H-8-07, Direction générale des impôts n°133, 2007,(zitiert: Bulletin Officiel des Impôts, Instruction 4 H-8-07).

NEUMANN, STEFFEN

Zinsschranke nach dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008 - Die schwierige Neuregelung in 9 Prüfungsschritten, EStB 2007, S. 292-297.

OVERESCH, MICHAEL, WAMSER, GEORG

German Inbound Investment, Corporate Tax Planning, and Thin-Capitalization Rules – A Differences Approach, ZEW Discussion Paper Nr. 06 -075.

PERROTIN, FRÉDÉRIQUE

Sous-capitalisation: les nouvelles règles du jeu fiscal, Les Petites Affiches n° 141 (2007), S. 3-6.

PETER, ALEXANDER

Die deutschen und die amerikanischen Steuerregeln zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Rechtsvergleich, 1. Auflage 2006, Hrsg.: Institut Finanzen und Steuern Bonn, IFSt-Schrift Nr. 436 , (zitiert: Peter, IFSt-Schrift Nr.436).

PIERRE, JEAN-LUC

Loi de finances pour 2006 - Loi de finances rectificative de décembre 2005 Droit des Sociétés n° 2 (2006), S. 4-18.

PRINZ, ULRICH; CORDEWENE, AXEL

Unterkapitalisierungsregelungen des §8a Abs. 1 Nr.2 KStG verstößt gegen Europarecht, GmbHR 2003, S. 80-84.

PRINZ, ULRICH

Mittelstandsfinanzierung in Zeiten der Zinsschranke, Finanz-Rundschau Heft 10 (2008), S. 441-448.

PRINZ, ULRICH

Rückgriffsgesicherte Bankdarlehen bei § 8a KStG, FR 2004, S. 334-340.

PWC

Steueränderungen 2008, 6. Auflage, 2008, Rudolf Haufe Verlag (zitiert: Steueränderungen 2008).

RICHTER, ANDREAS; FISCHER, HARDY

Fremdfinanzierung im Unternehmen – 23. Berliner Steuergespräch, Tagungsbericht Juni 2007 (zitiert: Berliner Steuergespräche Juni 2007).

RÖDDER, THOMAS; STANGL, INGO

Zur geplanten Zinsschranke, DB 2007, S. 479-485.

ROKOFF, GERALD; ROSENFELD, JACOB, U.S

Earnings Stripping Rules in the International Context, PLI-Tax 2004, S. 1155-1180.

ROMSWINKEL, MARCO; WEßLING, JOHANNES

§ 8a KStG – ein Musterbeispiel für verfehlte Gesetzgebung und ungeklärte Einzelfragen, GmbHR Heft 13 (2004), S. 269-272.

ROUMILIAN, OLIVIER

The End of French Thin Capitalization Rules, Intertax 31 (2003), S. 244-247.

RUDDEN, JOHN; WOYWODE, UWE

US- Beschränkungen für den Zinsabzug betreffen auch deutsche Konzernmütter, Der Betrieb Heft 21 (1993), S. 1045-1047.

SACCO, RODOLFO

Einführung in die Rechtsvergleichung, 1. Auflage, 2001.

SACHVERSTÄNDIGENRAT

Das Erreichte nicht verspielen, JG 2007/08, Wiesbaden (zit.: Sachverständigenrat, Jahresgutachten 2007).

SACHVERSTÄNDIGENRAT

Die Finanzkrise meistern – Wachstumsmärkte stärken, JG 2008/09, Wiesbaden
(zit.: Sachverständigenrat, Jahresgutachten 2008).

SAL. OPPENHEIM (Hrsg.)

Fair Value Rechnungslegung verschärft Krise – Studie mahnt raschen Reformbedarf an, Internetquelle:
www.oppenheim.de/internet/presseportal/10_pressemitteilungen/2008/2008-09-23_studie-fair-value-accounting/2008-09-23_pm_studie-fair-value-accounting.pdf, (zitiert: Sal. Oppenheim Studie IFRS 2008).

SCHADEN, MICHAEL; KÄSHAMMER, DANIEL

Der Zinsvortrag im Rahmen der Regelung zur Zinsschranke, BB 2007, S. 2317-2323.

SCHAUMBURG, HARALD

Unternehmenskauf im Steuerrecht, 3. Auflage, Stuttgart 2004.

SCHEUNEMANN, MARC; SOCHER, OLIVER

Zinsschranke beim Leveraged Buy-out, BB 2007, S. 1144-1151.

SCHIENKE, TANJA

Das französische Jahressteuergesetz für 2006, IStR 2006, 302-307.

SCHMIDT, LUDWIG

Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 27. Auflage, 2008.

SCHULZE, PASCAL

Frankreich als neuer Holdingstandort, IStR Heft 21 (2005), S. 730-734.

SCHULZE, RICHARD

Foreign Tax Equity, Tax Analysts' Daily Highlights 1990 Vol.18 No.16, S. 1-5.

SCHWARZ, PETER

Zur Notwendigkeit einer Zinsschranke: Empirische Befunde und Probleme, IStR Heft 1 (2008), S. 11-14.

SPENDEL, CHRISTOPH; WENDT, CARSTEN

Harmonisierung der Konzernbesteuerung innerhalb und an den Außengrenzen der Europäischen Union, ZEW Discussion Paper No. 07-043 (2007). (zitiert: SPENDEL/WENDT, ZEW 2007).

STEVERDING, JULIA Europarechtskonformität des § 8a des Körperschaftssteuergesetzes und des Art.212 Code Générales des Impôts, (Hrsg.) Birk/Pöllath/Saenger, (zitiert: Steverding).

STRECK, MICHAEL

KStG Kommentar, 7. Auflage 2008.

TAYLOR, WILLARD

Who Ate the Homework? The Treasury Department reports to Congress on Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties, Tax Management International Journal Vol. 37 Issue 2 (2008), S. 108-110.

TAUFFLIEB, CHARLES

Modification du ratio de sous-capitalisation : Un dispositif peu pénalisant, La Lettre du trésorier n°236 (2007), S. 20.

TEPPER, MARCO; CÖLLN, IRA

Eine Branche bereitet sich vor, Immobilienwirtschaft Heft 9 (2008), S. 16-23.

TCHERVENIACHKI, VASSIL

Strukturierung eines fremdfinanzierten Unternehmenskaufs, Praxisorientierte Analyse am Beispiel des LBOs der MTU Aero Engines, M&A REVIEW 2008, S. 351-358.

THIELE, STEFAN

IFRS und Zinsschranke nach dem BMF-Schreiben vom 4.7.2008 – Ausweg oder Irrweg? Betriebs Berater Heft 46 (2008), S. 2507-2511.

THIEL, JOCHEN

Die steuerliche Behandlung von Fremdfinanzierung im Unternehmen, Finanz Rundschau 15/2007, S. 729-733.

TIPKE, KLAUS

Lang, Joachim, Steuerrecht, 19. Auflage, 2008.

TÖBEN, THOMAS; FISCHER, HARDY

Die Zinsschranke - Regelungskonzept und offene Fragen, BB 2007, 974.

VAN DEN HURK, H.; WAGENAAR, B.

The Far-Reaching Consequences of the ECJ Decision in Bosal and the Response of the Netherlands, IBFD Bulletin June 2004, S. 269-278.

VEREINIGUNG DER BAYERISCHEN WIRTSCHAFT (Hrsg.)

Unternehmensteuerreform 2008: Zinsschranke und Hinzurechnung schaffen Überlast, 2008, S. 1-24, (zitiert: VBW, Zinsschranke (2008)).

VIEGENER, JOHANNES

Gesellschafterfremdfinanzierung in Frankreich – Neue Abzugsbeschränkungen für Zinsen, IWB Nr.5 Gruppe 2 (2006), S. 1429-1440.

YANOWITZ, M.R.

Section 163(j) and U.S. Subsidiaries with Foreign Shareholder Guaranteed Debt, Tax Notes International 1993, S. 1099-1107.

WEIER, DAGMAR; SEROIN, PATRICK

Reform der Gesellschafter-Fremdfinanzierung und der Unternehmensbesteuerung in Frankreich, IStR Heft 21 (2005), S. 725-730.

WELLING, BERTHOLD

Die Zinsschranke – Übersteigerte politische Zielvorgabe an eine Neuordnung der Regelung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung, Finanz Rundschau Heft 15 (2007), S. 735-739.

WEMPE, WILLIAM; SEIDA, JIM

Effective Tax Rate Changes and Earnings Stripping Following Corporate Inversion, National Tax Journal 57 (2004), S. 805-820.

WERNER, HORST; GÜNDEL, MATTHIAS, GÜNDEL

Mezzanine Kapital für den Mittelstand, 3. Auflage, 2005, (zitiert: Werner/Gündel, Mezzanine Kapital 2005).

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE WIRTSCHAFTSFORSCHUNG

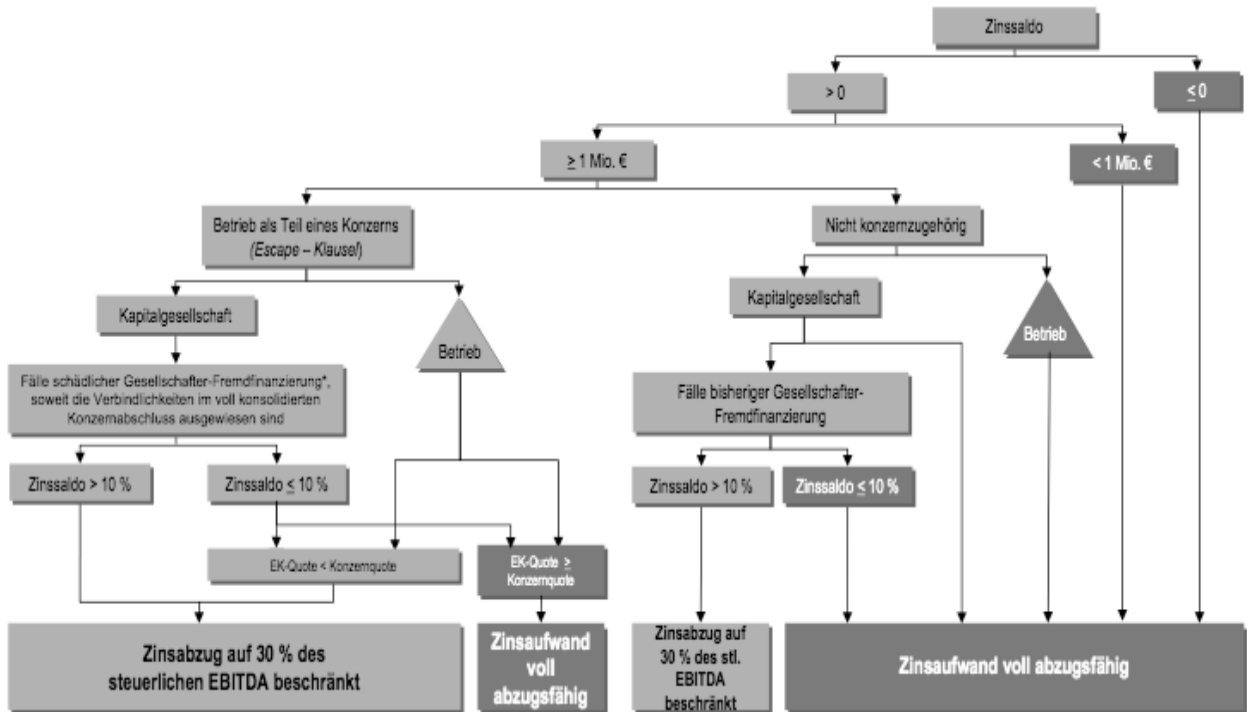
Stellungnahme des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW) zur öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzentwurf 16/4841 und weiteren Anträgen am Mittwoch, 25. April 2007 (zitiert: Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung 2007).

ZIELKE, RAINER

Gesellschafter-Fremdfinanzierung und Doppelbesteuerung in der Europäischen Union, RIW Heft 8 (2006), S. 600-610.

Anhang

I. Prüfungsschema Zinsschranke



II. Steuerentlastung und Finanzierung der Unternehmenssteuerreform (Quelle:BMF)

Steuerentlastung: 28,8
(Angaben in Mrd. Euro)

Senkung des Körperschaftsteuersatzes	11,6
Senkung der Gewerbesteuer-Meßzahl	6,3
Thesaurierungsbegünstigung	5,0
Anhebung des Faktors zur Gewerbesteueranrechnung	4,2
Abgeltungssteuer	1,7

28,8 Gegenfinanzierung
(Angaben in Mrd. Euro)

5,0	Finanzierungslücke durch Steuermindereinnahmen
10,2	Wegfall des Betriebsausgabenabzugs bei der Gewerbesteuer
3,6	Sicherung des deutschen Steuersubstrats
3,0	Abschaffung der degressiven Abschreibung
1,8	Besteuerung von Funktionsverlagerungen
1,5	Verschärfung der Mantelkaufregelungen
1,1	Zinsschranke
1,1	Gestaltungseinschränkung bei der Wertpapierleihe
0,8	Begrenzung der Sofortabschreibung geringwertiger Wirtschaftsgüter
0,7	Wegfall des Staffelftarifs bei der Gewerbesteuer

III. Beispielrechnung Krisenunternehmen – Substanzbesteuerung

Annahmen:

- Freigrenze wird überschritten
- Betrieb gehört zu einem Konzern
- Escape-Klausel greift nicht
- KSt/SolZ-Tarif 15,825
- GewSt-Hebesatz 400%

Bemerkung:

- Trotz Verlust in Periode t=1 und t=2 unterliegt das Unternehmen einer Besteuerung (Substanzbesteuerung).

	Wirtschaftsjahr (Angaben in Mio. Euro)	1	2	3	4	5	6
A. Ausgangsdaten							
	I. Steuerpflichtiges Einkommen	-1121	-10	1200	2110	3300	3500
	II. Zinsaufwand	3600	3600	3600	3600	3600	3600
	III. Zinsertrag	1200	1200	1200	1200	1200	1200
B. Berechnung des Nettozinsaufwandes							
	Zinsaufwand	3600	3600	3600	3600	3600	3600
./.	Zinsertrag	1200	1200	1200	1200	1200	1200
=	Nettozinsaufwand	2400	2400	2400	2400	2400	2400
C. Bemessungsgrundlage der Zinsschranke (steuerliches EBITDA)							
	Steuerpflichtiger Gewinn	-1121	-10	1200	2110	3300	3500
+	Nettozinsaufwendungen	2400	2400	2400	2400	2400	2400
+	Abschreibungen	1500	1500	1500	1500	1500	1500
+	Verlustabzug im Sinne von §10d EStG	0	0	0	0	0	0
+	Spendenabzug	0	0	0	0	0	0
=	steuerliches EBITDA	2779	3890	5100	6010	7200	7400
D. Berechnung des nicht abzugsfähigen Zinsanteils in der laufenden Periode							
	Nettozinsaufwand	2400	2400	2400	2400	2400	2400
./.	30% des EBITDA	833,7	1167	1530	1803	2160	2220
=	Nicht abzugsfähige Zinsen	1566,3	1233	870	597	240	180
E. Berechnung der insgesamt abziehbaren Zinsaufwendungen							
	Zinserträge	1200	2400	2400	2400	2400	2400
+	30% des EBITDA	833,7	1167	1530	1803	240	180
=	insgesamt abziehbaren Zinsaufwendungen	2033,7	3567	3930	4203	2640	2580
F. Berechnung des Zinsvortrags							
		1566,3	2799,3	3669,3	4266,3	4506,3	4686,3
G. Berechnung Steuerlast							
**	KSt-Bemessungsgrundlage (= A.I. + D)	445,3	1223	2070	2707	3540	3680
***	§ 8 Nr.1 GewStG (25 %)	208,42	291,75	382,50	450,75	540	555
	GewSt BMG (= ** + ***)	653,72	1514,75	2452,50	3157,75	4080	4235
	GewSt Last (3,5% * 400%)	91,52	212,06	343,35	442,09	571,20	592,90
	KSt/SolZ 15,825% aus Zeile **	70,46	193,53	327,58	428,38	560,20	582,36
	Steuerlast gesamt	161,99	405,60	670,92	870,46	1131,40	1175,26

IV. Rechenbeispiel zur Wirkungsweise der verglichenen Unterkapitalisierungsvorschriften

Die Funktionsweise der Abzugsbeschränkungen der französischen, amerikanischen und deutschen Unterkapitalisierungsvorschrift wird im Folgenden anhand eines vereinfachten Zahlenbeispiels erläutert. Dabei wird der gleiche Beispielsachverhalt für alle drei Fälle zu Grunde gelegt: Die Beispielgesellschaft wird sowohl mit Bankdarlehen fremdfinanziert als auch mit einem Gesellschafterdarlehen einer im Ausland ansässigen Muttergesellschaft.³⁷⁵ Betrachtet wird ein vierperiodiger Zeitraum, in dem sowohl Zinsaufwandsüberschüsse als auch ungenutztes Anrechnungsbeträge (nur relevant im US-Fall) berücksichtigt werden. Eingabeparameter in der erstellten EXCEL Tabelle ist zum einen der Zinsaufwand (untergliedert in Zinsen an unabhängige Dritte, Zinsen an nahe stehende Personen und Zinsen an rückgriffsberechtigte Dritte), Zinserträge, steuerpflichtiges Einkommen und Abschreibungen. Die Berechnung des abzugsfähigen bzw. nicht abzugsfähigen Zinsanteils nach Sec. 163(j) IRC, § 4a EStG bzw. Art. 212 CGI und die jeweiligen Auswirkungen auf das steuerliche Gesellschaftseinkommen sind den folgenden Tabellen zu entnehmen. (Um die Einflüsse der unterschiedlichen Steuersätze auszuklammern, werden die zu versteuernden Einkommen nach Anwendung der Gesellschafterfremdfinanzierung betrachtet). Die Berechnungen zum 2. Fall finden sich auf den folgenden Seiten (mit kurzer Beschreibung).

FALL 1:	Wirtschaftsjahr 1	Wirtschaftsjahr 2	Wirtschaftsjahr 3	Wirtschaftsjahr 4
Steuerpflichtiges Einkommen	300	480	150	30
Zinsen an unabhängige Dritte	700	970	700	700
Zinsen an nahe-stehende Personen	200	200	200	200
Zinsertrag	450	720	450	450

Steuerpflichtiges Einkommen:

	Wirtschaftsjahr 1	Wirtschaftsjahr 2	Wirtschaftsjahr 3	Wirtschaftsjahr 4
FRANKREICH	300	495	257	167
USA	300	435	290	70
DEUTSCHLAND	519	613	414	330

Fall 2 (Siehe Berechnung auf folgenden Seiten):

	Wirtschaftsjahr 1	Wirtschaftsjahr 2	Wirtschaftsjahr 3	Wirtschaftsjahr 4
Steuerpflichtiges Einkommen	300	480	150	30
Zinsen an unabhängige Dritte	870	690	450	375
Zinsen an nahe-stehende Personen	30	480	450	525
Zinsertrag	450	720	450	450

Steuerpflichtiges Einkommen:

In Mio. €	Wirtschaftsjahr 1	Wirtschaftsjahr 2	Wirtschaftsjahr 3	Wirtschaftsjahr 4
FRANKREICH	300	765	445	411
USA	330	450	275	230
DEUTSCHLAND	519	633	414	330

→ FAZIT: Im ersten Fall ergibt sich aus der deutschen Zinsschranke eine weitaus höhere Belastung durchweg in allen 4 Wirtschaftsjahren. Die gewählte Aufteilung zwischen Zinsen an unabhängige Dritte und Zinsen an nahe stehende Personen sind realistisch. (laut Ismer et al. beträgt die Gesellschafterfremdfinanzierung ca. 10-12% der gesamten Finanzierung).³⁷⁶ Auch im zweiten Fall (hier wurden höhere Zinsanteile an nahe stehende Personen angesetzt) ergibt sich im deutschen Fall durchweg ein höheres zu versteuerndes Einkommen als im amerikanischen Fall. Im französischen Fall ist in den Jahren 2-4 ein höheres Einkommen festzustellen, allerdings ist dabei zu beachten, dass zum einen der Anteil der Gesellschafterfremdfinanzierung hoch angesetzt wurde und zum anderen die Nichtbeanstandungsgrenzen 1 und 3 ausgeklammert wurden. Im Resümee lässt sich festhalten, dass die deutsche Regelung in fast allen Fällen zu einem höheren zu versteuernden Einkommen führen wird.

³⁷⁵ Quellensteuerreduktion im DBA beträgt annahmegemäß 0%.

³⁷⁶ Ismer et al., S.43.

USA – earnings stripping rules

	Wirtschaftsjahr	1	2	3	4
A. Ausgangsdaten					
I.	Steuerpflichtiges Einkommen (TI)	300	480	150	30
II.	Zinsaufwand	900	1170	900	900
	1. Zinsen an unabhängige Dritte	870	690	450	375
	2. Zinsen an nahestehende Personen	30	480	450	525
	3. Zinsen an rückgriffsberechtigte Dritte	0	0	0	0
III.	Zinsertrag	450	720	450	450
B. Berechnung des Nettozinsaufwandes (net interest expense)					
	Zinsaufwand	900	1170	900	900
./.	Zinsertrag	450	720	450	450
=	Nettozinsaufwand (net interest expense)	450	450	450	450
C. Berechnung des angepassten Einkommens (adjusted taxable income, ATI)					
	steuerpflichtiges Einkommen	300	480	150	30
+	Nettozinsaufwand (net interest expense)	450	450	450	450
+	Verlustvortrag	0	0	0	0
+	Abschreibungen	20	60	20	20
=	ATI	770	990	620	500
D. Berechnung des Zinsüberhangs (excess interest expense)					
	Nettozinsaufwand inkl. Zinsvortrag aus den Vorjahren	450	480	450	575
./.	50% des angepassten Einkommens (ATI)	385	495	310	250
./.	Zusätzliches Abzugspotential der letzten drei Jahre (ELC)	0	0	15	0
=	Zinsüberhang (excess interest expense)	65	-15	125	325
E. Berechnung der abzugsfähigen Zinsen					
	Nettozinsaufwand inkl. Zinsvortrag aus den Vorjahren	450	480	450	575
	I. Zinsüberhang (excess interest expense)	65	0	125	325
	II. Schädlicher Zinsanteil (disqualified interest A II 1+ A II 3)	30	480	450	525
./.	nicht abzugsfähiger Zinsanteil (disallowed interest)	30	0	125	325
	d.h. der kleiner Betrag aus E.I und E.II				
=	im laufenden Jahr abzugsfähige Zinsen	420	480	325	250
F. Berechnung des Zinsvortrags					
	Nettozinsaufwand inkl. Zinsvortrag aus den Vorjahren	450	480	450	575
./.	im laufenden Jahr abzugsfähige Zinsen	420	480	325	250
=	Zinsvortrag	30	0	125	325
G. Berechnung des effektiven Steuersatzes					
	Steuerpflichtiges Einkommen nach Abzugsbeschränkung	330	450	275	230
	Steuerlast (CTI von 35% angenommen)	115,5	157,5	96,25	80,5
	Effektiver Steuersatz (in %)	38,5	32,81	64,16	268,33

Getroffene Annahmen: Safe-haven von 1.5:1 wird überschritten. Alle Angaben sind in Millionen Euro.

Jahr 1: Die Beispielgesellschaft besitzt ein angepasstes Einkommen von 770 (ATI) und zahlt Zinsen von 870 an die Bank und 30 an die Muttergesellschaft. Der Nettozinsaufwand übersteigt 50% des ATI um 65. Dieser Zinsüberhang kann nur insoweit vom Abzug beschränkt sein, wie dieser an eine nahe stehende Person gezahlt wird. In diesem Fall sind also die an die Muttergesellschaft gezahlten Zinsen in Höhe von 30 nicht abzugsfähig und werden ins nächste Jahr vorgetragen. Das steuerpflichtige Einkommen nach der Abzugsbeschränkung beträgt 330.

Jahr 2: In diesem Jahr übersteigen die 50% des ATI den Nettozinsaufwand (inklusive Zinsvortrag aus T=1) um 15. D.h. zum einen wird der Zinsvortrag des Vorjahres abgebaut, zum anderen ergibt sich ein nichtgenutztes Zinsabzugspotential von 15 (excess interest expense), das in den Folgeperioden aufgebraucht werden kann. Das steuerpflichtige Einkommen nach der Abzugsbeschränkung beträgt 450 (480 -30).

Jahr 3: Im dritten Jahr übersteigt der Nettozinsaufwand die Summe aus 50% des ATI und dem ungenutzten Zinsabzugspotential aus t=2 um 125 (450-310-15). Von den an die Muttergesellschaft gezahlten Zinsen (450) sind nur 325 abziehbar; das steuerpflichtige Einkommen steigt von 150 auf 275.

Jahr 4: Auch in diesem Jahr übersteigt der um die nichtabziehbaren Zinsen des Vorjahres erhöhte Nettozinsaufwand 50% des ATI um 325 (Zinsvortrag aus Vorjahr schon mit eingerechnet). Das steuerpflichtige Einkommen erhöht sich somit um 200 auf 230 (Zinsvortrag wurde schon im Vorjahr berücksichtigt).

Deutschland – Zinsschranke

Wirtschaftsjahr (Angabe in Millionen)	1	2	3	4
A. Ausgangsdaten				
I. Steuerpflichtiges Einkommen	300	480	150	30
II. Zinsaufwand	900	1170	900	900
III. Zinsertrag	450	720	450	450
B. Berechnung des Nettozinsaufwandes				
Zinsaufwand	900	1170	900	900
./. Zinsertrag	450	720	450	450
= Nettozinsaufwand	450	450	450	450
C. Bemessungsgrundlage der Zinsschranke (steuerliches EBITDA)				
Steuerpflichtiger Gewinn ermittelt nach EStG und KStG	300	480	150	30
+ Nettozinsaufwendungen	450	450	450	450
+ Abschreibungen nach § 6 Abs .2 und 2a sowie §7 EStG	20	60	20	20
+ Verlustabzugim Sinne von §10d EStG	0	0	0	0
+ Spendenabzug im Sinne von §9 Abs.1 Nr.2 KStG	0	0	0	0
= steuerliches EBITDA	770	990	620	500
D. Berechnung des nicht abzugsfähigen Zinsanteils in der laufenden Periode				
Nettozinsaufwand inkl. Zinsvortrag aus den Vorjahren	450	669	822	1086
./. 30% des EBITDA	231	297	186	150
= Nicht abzugsfähige Zinsen	219	372	636	936
E. Berechnung der insgesamt abziehbaren Zinsaufwendungen				
Zinserträge	450	450	450	450
+ 30% des EBITDA	231	297	186	150
= insgesamt abziehbaren Zinsaufwendungen	681	747	636	600
F. Berechnung des Zinsvortrags				
=	219	372	636	936
G. Berechnung effektiver Steuersatz				
Steuerpflichtige Gewinn nach der Zinsschranke	519	633	414	330
Steuerlast bei Steuersatz 29,83% - KSt und GewSt	154,81	188,82	123,49	98,43
Effektiver Steuersatz (in %)	51,60	39,33	82,33	328,13

Getroffene Annahmen: Keine der Ausnahmen greift in diesem Fall (Freigrenze, Stand-Alone-Klausel, Escape-Klausel).

Jahr 1: Die Beispielgesellschaft besitzt ein steuerliches EBITDA von 770. Der Nettozinsaufwand übersteigt die 30% des EBITDA um 219. Das steuerpflichtige Einkommen nach der Abzugsbeschränkung beträgt somit 519. 219 werden ins nächste Jahr vorgetragen.

Jahr 2: In diesem Jahr sind 372 nicht abzugsfähig (Hierhin ist schon der Zinsvortrag aus t=1 enthalten). Der steuerpflichtige Gewinn nach der Abzugsbeschränkung ist somit 633 (480+372-219).

Jahr 3: Im dritten Jahr übersteigt der Nettozinsaufwand die 30 % EBITDA um 636 (Zinsvortrag aus t=2 von 372 enthalten). Der steuerpflichtige Gewinn nach der Abzugsbeschränkung ist somit 414 (150+636-372).

Jahr 4: Auch in diesem Jahr übersteigt der um die nichtabziehbaren Zinsen des Vorjahres erhöhte Nettozinsaufwand 30 % des EBITDA um 936 (Zinsvortrag aus Vorjahr schon mit eingerechnet). Der steuerpflichtige Gewinn nach der Abzugsbeschränkung ist somit 330 (30+936-636).

Frankreich règles de sous-capitalisation

Wirtschaftsjahr (Angaben in Millionen Euro)	1	2	3	4
A. Ausgangsdaten				
I. Steuerpflichtiges Einkommen (Résultat courant)	300	480	150	30
II. Zinsaufwand	900	1170	900	900
1. Zinsen an unabhängige Dritte (Prêt des sociétés liées)	870	690	450	375
2. Zinsen an nahestehende Personen	30	480	450	525
3. Zinsen an rückgriffsberechtigte Dritte	0	0	0	0
	0	0	0	0
C. Berechnung des korrigierten steuerlichen Gewinns (RCAIA)				
steuerpflichtiges Einkommen	300	480	150	30
+ Zinsen an nahestehende Personen	30	480	450	525
+ Abschreibungen	20	60	20	20
+ anteilige Leasinggebühren	0	0	0	0
= RCAIA	350	1020	620	575
D. Berechnung der nicht abzugsfähigen Zinsen				
Zinsen an nahestehende Personen	30	540	450	525
./. 25% RCAIA	87,5	255	155	143,75
= nicht abzugsfähige Zinsen	0	285	295	381,25
F. Berechnung des Zinsvortrags				
	0	285	565	931
G. Berechnung des effektiven Steuersatzes				
Steuerpflichtiges Einkommen nach Abzugsbeschränkung	300	765	445	411,25
Steuerlast (33,3%)	99	252,45	146,85	135,71
Effektiver Steuersatz (in %)	33	52,59	97,9	452,37

Jahr 1: Ausgangsbasis (im Gegensatz zur deutschen und amerikanischen Regel) sind bei der Berechnung des nicht abzugsfähigen Zinsanteils die Zinsen an nahe stehende Personen. Von diesem Betrag sind 25% des RCAIA abzuziehen. Im ersten Jahr übersteigen die 25% des RCAIA die Zinsen an nahe stehende Personen, somit findet keine Abzugsbeschränkung statt.

Jahr 2: In zweiten Jahr übersteigen die Zinsen an nahe stehende Personen 25% des RCAIA um 285. Dieser Betrag ist somit nicht als Betriebsausgabe abzugsfähig, sondern unterliegt einer Abzugsbeschränkung. Es ergibt sich ein steuerpflichtiges Einkommen von 765.

Jahr 3: Im dritten Jahr übersteigen die Zinsen an nahe stehende Personen 25% des RCAIA um 295. Aufgrund der Abzugsbeschränkung ergibt sich ein steuerpflichtiges Einkommen von 445.

Jahr 4: Auch im vierten Jahr übersteigen die Zinsen an nahe stehende Personen 25% des RCAIA um 381.25. Aufgrund der Abzugsbeschränkung ergibt sich ein steuerpflichtiges Einkommen von 411.25.

Annahmen: Die erste Nichtbeanstandungsgrenze (limite d'endettement global) ist überschritten (1.5:1 FK:EK). Darüber hinaus wird angenommen, dass auch die dritte Nichtbeanstandungsgrenze überschritten ist, um eine bessere Vergleichbarkeit zu gewährleisten (Betrag der an verbundene Unternehmen gezahlten Zinsen übersteigt die von diesen erhaltenen Zinsen). Als dritte Annahme ist die Freigrenze überschritten. Die jeweiligen Ausnahmen für Leasinggeschäfte und Kreditgeschäfte können ebenfalls nicht berücksichtigt werden.

Bereits erschienene Titel

- No. 1 Reinhard Becker, Tobias König und Kristijan Marelja:**
Die Bilanzierung und Eigenmittelunterlegung von Kreditrisiken bei Kredit-Arbitrage-Programmen unter Einschaltung von Zweckgesellschaften – Lehren aus der Finanzmarktkrise 2007 ff. für die Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung des HGB, der IFRS/IAS und des KWG
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/1218>
- No. 2 Gregor Merkel:**
Funktionsverlagerung nach der Unternehmenssteuerreform 2008 – Unter besonderer Berücksichtigung von Forschung und Entwicklung
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/1220>