



**Betriebswirtschaftliche Steuerlehre  
Vorsitzender des Wissenschaftlichen  
Beirats des Fachbereichs Tax der  
Ernst & Young AG**

Prof. Dr. Wolfgang Kessler, StB

Werderring 8

79085 Freiburg

Telefon 0761 / 203-92 01

Telefax 0761 / 203-92 02

e-mail:kessler@tax.uni-freiburg.de

<http://www.tax.uni-freiburg.de>

Datum: 20. April 2007

## **Die Zinsschranke im Rechtsvergleich: Problemfelder und Lösungsansätze**

Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats des Fachbereichs Tax der Ernst & Young AG,  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Steuerberatungsgesellschaft

**Mit der Unternehmensteuerreform 2008 soll die nominelle Steuerbelastung deutscher Kapitalgesellschaften auf unter 30% reduziert werden.<sup>1</sup> Ein weiteres wesentliches Ziel der Reform war – jedenfalls nach der Koalitionsvereinbarung<sup>2</sup> – eine möglichst weitgehende steuerliche Gleichbehandlung der Finanzierung durch Eigen- und Fremdkapital (Finanzierungsneutralität). Ob dieses Ziel mit der Einführung einer sog. Zinsschranke tatsächlich erreicht wird, soll im Weiteren erörtert werden. Die Sicherstellung einer finanzierungsneutralen Besteuerung wird jedenfalls nicht dadurch erleichtert, dass die Zinsschranke Elemente der Missbrauchsbekämpfung mit solchen der Gegenfinanzierung vermischt.<sup>3</sup> Die vorliegende Untersuchung macht deutlich, dass die geplante Regelung einem fiskalisch zwar im Kern durchaus verständlichen, steuersystematisch aber wenig überzeugenden und wettbewerbs- wie standortpolitisch geradezu katastrophalen Trend folgt und dabei in geradezu existenzgefährdender Weise über das Ziel hinausschießt. Deshalb sollen im Anschluss Wege zu einer verfassungskonformen, gut administrierbaren und wirtschaftspolitisch wünschenswerten Alternative aufgezeigt werden.**

<sup>1</sup> Kabinettsentwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes v. 14.03.2007, 56; *Herzig/Bohn*, DB 2007, 1, 1.

<sup>2</sup> Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD v. 11.11.2005, 69.

<sup>3</sup> *Köhler*, DStR 2007, 597, 604.

## 1. Der fatale europäische Trend zum Abzugsverbot

In Bezug auf die Rechtsfolgen von Unterkapitalisierungsnormen sind in der Staatenpraxis zwei unterschiedliche Ansätze zu beobachten. Schädliche Fremdkapitalvergütungen werden je nach Regelungsart entweder in verdeckte Gewinnausschüttungen umqualifiziert oder als nicht abzugsfähige Betriebsausgabe betrachtet. Die Bedeutung der einzelnen Ansätze unterlag in der vergangenen Dekade einem bemerkenswerten Wandel.<sup>4</sup> Vor zehn Jahren enthielt lediglich ein Drittel der *thin cap rules* in den damaligen EG-Ländern das Verbot des Betriebsausgabenabzuges (Abbildung 1). Heute gilt dies aber für 75% der EU-Unterkapitalisierungsnormen (Abbildung 1).

Als treibende Kraft hinter diesem unseligen, steuersystematisch gefährlichen Trend zum Abzugsverbot können drei Staatengruppen identifiziert werden. Zunächst haben mit Frankreich<sup>5</sup> und Großbritannien<sup>6</sup> zwei Mitgliedsländer ihre Umqualifizierung aufgegeben und den Weg hin zum Abzugsverbot bzw. zur Abschaffung der jeweiligen *thin cap rule* beschritten. Weiterhin kam es während des Beobachtungszeitraumes zur erstmaligen Einführung von Unterkapitalisierungsnormen in Dänemark<sup>7</sup> und den Niederlanden<sup>8</sup>. Beide Staaten haben sich dabei gegen die Umqualifizierung und für ein Abzugsverbot entschieden. Und drittens betrachtet unter den Beitrittsländern Osteuropas einzig die Tschechische Republik schädlichen Zinsaufwand als verdeckte Gewinnausschüttung.<sup>9</sup> Dagegen verwehren Lettland<sup>10</sup>, Litauen<sup>11</sup>, Polen<sup>12</sup> und Ungarn<sup>13</sup> die Anerkennung als Betriebsausgabe, ohne den Charakter der Zahlung zu ändern.

---

<sup>4</sup> *Obser*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung im europäischen Konzern, 2005, 140.

<sup>5</sup> *Obser*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung im europäischen Konzern, 2005, 138; *Weier/Seroin*, IStR 2005, 725, 729.

<sup>6</sup> *Kessler/Obser*, IStR 2004, 187, 189; *Nias/Purcell*, ET 2005, 435, 439.

<sup>7</sup> *Emmeluth*, TMI Forum 2004, Vol. 25, 13, 13ff.

<sup>8</sup> *Kessler/Obser*, IStR 2004, 187, 190; *Schröder*, TMI Forum 2004, 32, 35ff.; *Smit/Smith*, ET 2005, 417, 418ff.

<sup>9</sup> *Trezziová/Fekar*, ET 2005, 378, 380. Zu neueren Entwicklungen *Fekar*, 2007 WTD 74-1.

<sup>10</sup> *Kronbergs*, ET 2005, 407, 409.

<sup>11</sup> *Degeys*, ET 2005, 410, 412.

<sup>12</sup> *Brzeziński/Hayder*, ET 2005, 424, 425.

<sup>13</sup> *Végh/Szűcs*, ET 2005, 398, 399.

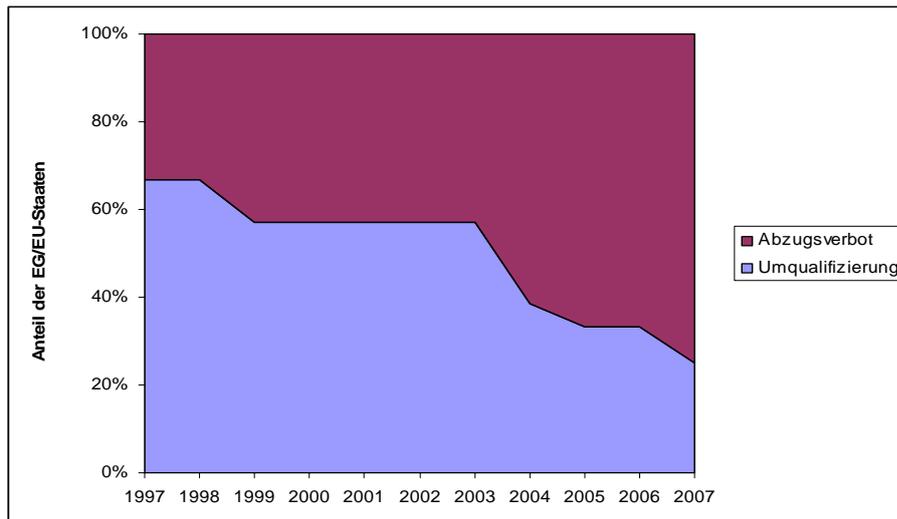


Abbildung 1: Verteilung der Rechtsfolgen aller Unterkapitalisierungsnormen in der EG/EU (außer Bulgarien und Rumänien); Quelle: Eigene Berechnungen.

## 2. Systemwidrigkeit des Abzugsverbots

Die Umqualifizierung setzt auf Ebene des Darlehensnehmers und Darlehensempfängers an und vermeidet damit im Grundsatz auch im grenzüberschreitenden Verhältnis zuverlässig jede steuerliche Doppelbelastung der betroffenen Fremdkapitalvergütungen. Ursächlich hierfür ist die international übliche Freistellung von Dividendenzahlungen.<sup>14</sup> Demgegenüber impliziert der neue europäische Trend zum Abzugsverbot mehr als eine Erhöhung der steuerlichen Bemessungsgrundlage des Kapitalnehmers. Es kommt in gleichem Maße zu einer regulären Zinsbesteuerung auf Seiten des Kapitalgebers. Damit entsteht eine Doppelbelastung des Finanzierungsaufwandes, welche aus ökonomischer Perspektive<sup>15</sup> nur in echten Missbrauchsfällen zu rechtfertigen ist.

## 3. Stand des Gesetzgebungsverfahrens

Ungeachtet der dargelegten Argumente, soll der bisherige § 8a KStG und dessen Umqualifizierung einschlägiger Fremdkapitalvergütungen in Dividenden im Rahmen der Unternehmensteuerreform 2008 durch eine sog. Zinsschranke ersetzt werden. Laut Kabinettsentwurf vom 14.03.2007 soll den betroffenen Mittelabflüssen die Anerkennung als

<sup>14</sup> *Ernst*, TNI 2006, 657, 658; *Kessler*, DB 2003, 2507, 2508f. (zu § 8a KStG i.d.F. des Korb II-Gesetzes).

<sup>15</sup> Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, Stellungnahme zu den Plänen der Bundesregierung zur Unternehmensteuerreform 2008, 2ff.; *Homburg*, Allgemeine Steuerlehre, 2007, 256.

Betriebsausgabe verweigert werden, ohne dass der Kapitalgeber von einer Dividendenbesteuerung profitieren kann. Damit schließt sich die Regierung der Gruppe von Staaten an, welche den (vermeintlichen) Missbrauch mit einem Abzugsverbot auf Ebene des Darlehensempfängers ohne entsprechende Gegenberichtigung beim Darlehensgeber bekämpfen wollen.

Im Falle der Bundesrepublik Deutschland erscheint es nicht nur ökonomisch erforderlich, die hieraus resultierende Doppelbesteuerung auf „missbräuchliche Steuergestaltungen“<sup>16</sup> zu begrenzen.<sup>17</sup> Vielmehr stellt die geplante Zinsschranke auch eine Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips dar. Nach ständiger Rechtssprechung des BVerfG<sup>18</sup> ist ein derart eklatanter Verstoß gegen das Gebot der Besteuerung nach Leistungsfähigkeit in Art. 3 Abs. 1 GG allenfalls zu rechtfertigen, wenn eine realitätsgerechte Typisierung von Gestaltungsmissbrauch stattfindet.

#### 4. Probleme bei der Typisierung von Missbrauch ...

Der Kabinettsentwurf vom 14.03.2007 enthält ein komplexes Regelungsbandel, um den Anwendungsbereich der Zinsschranke auf echte Missbrauchsfälle zu beschränken. Während die Freigrenze von 1 Mio. € mit wirtschaftspolitischen Motiven begründet wird<sup>19</sup>, dienen die Regelungen in § 4h Abs. 2 b), c) EStG-E primär einer Ausrichtung der Norm auf (vermeintliche) Missbrauchsfälle. So werden an dieser Stelle konzernfreie Unternehmen sowie konzerngebundene Betriebe, deren Eigenkapitalquote mindestens jener des erweiterten Konsolidierungskreises entspricht, von der Zinsschranke ausgenommen (sog. *Escape-Klausel*).<sup>20</sup>

Im Sinne einer zweiten Unschädlichkeitsgrenze beinhaltet auch § 4h Abs. 1 EStG-E eine Ausnahme vom Abzugsverbot für Fremdkapitalvergütungen. Demnach dürfen konsolidierte Betriebe ohne *Escape*-Möglichkeit ihren Nettozinsaufwand bis zu einer Höhe von 30% des

---

<sup>16</sup> Kabinettsentwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes v. 14.03.2007, 64.

<sup>17</sup> Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, Stellungnahme zu den Plänen der Bundesregierung zur Unternehmensteuerreform 2008, 2ff.; *Homburg*, Allgemeine Steuerlehre, 2007, 256.

<sup>18</sup> BVerfG, Urteil v. 25.09.1992, 2 BvF 4, 5/89, BVerfGE 87, 152, 172; BVerfG, Urteil v. 10.4.1997, 2 BvL 77/92, BVerfGE 96, 1, 6; *Schmitt*, DStZ 2004, 600, 604.

<sup>19</sup> „Die Freigrenze [...] stellt sicher, dass kleine und mittlere Betriebe nicht von den Beschränkungen der Abzugsfähigkeit der Zinsaufwendungen betroffen sind“, Kabinettsentwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes v. 14.03.2007, 79.

<sup>20</sup> Kritisch zur Umsetzung *Lüdenbach/Hoffmann*, DStR 2007, 636, 636ff.

steuerlichen EBIT als Betriebsausgabe geltend machen. Bei identischen Renditeansprüchen von Eigen- und Fremdkapital typisiert der Gesetzgeber damit eine Eigenkapitalquote von 70%.<sup>21</sup>

Weder die einzelnen Regelungen zur Typisierung von Missbrauch noch deren Summe vermag jedoch die ökonomisch und verfassungsrechtlich gebotene Begrenzung auf künstliche Kapitalstrukturen zu garantieren.<sup>22</sup> Dies wird besonders offenkundig im Zusammenhang mit der Kreditfinanzierung internationaler Konzerne. Deren deutsche Betriebe verfügen regelmäßig über eine geringere Eigenkapitalquote als ihre ausländischen Schwestergesellschaften (Abbildung 2). Ein Vergleich der Finanzierungsstrukturen kann folglich nicht als realitätsgerechte Typisierung von Gestaltungsmissbrauch gelten.

Obgleich die zweite Unschädlichkeitsgrenze damit eine besondere Bedeutung erhält, weicht der Gesetzgeber auch an dieser Stelle vom „Regelfall“<sup>23</sup> ab. So liegt die mittlere Eigenkapitalausstattung deutscher Industriebetriebe weit unter dem entlastenden Wert von 70% der Bilanzsumme (Abbildung 2). Wiederum kann von einer begründeten Missbrauchsvermutung keine Rede sein. Im Ergebnis kommt es zu einer ökonomisch unsinnigen und grundgesetzwidrigen Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips, welche auch durch die Möglichkeit eines Vortrages nicht zu rechtfertigen ist.<sup>24</sup>

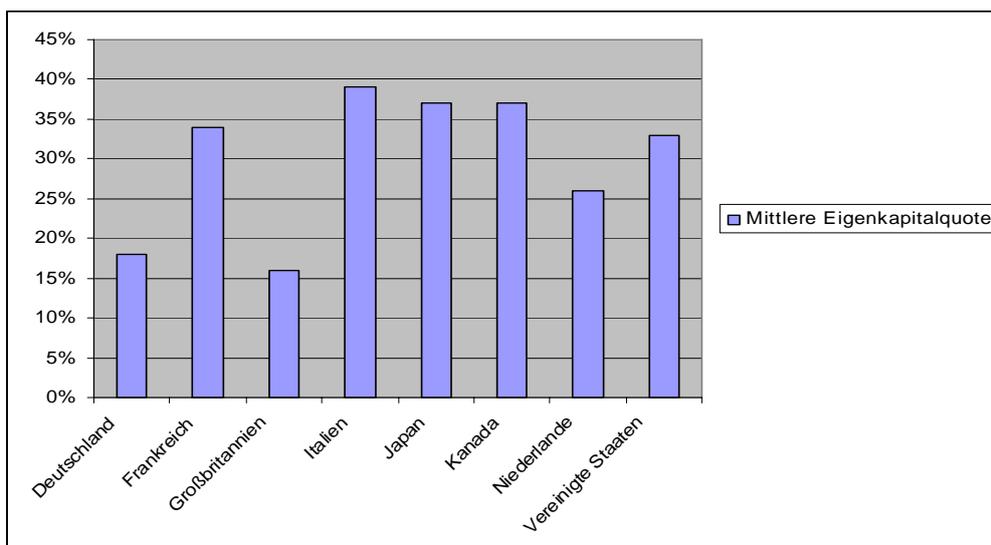


Abbildung 2: Mittlere Eigenkapitalquote börsennotierter Gesellschaften 1991-1998 (book-to-value); Quelle: *De Nederlandsche Bank*, Quarterly Bulletin September 2006, 66.

<sup>21</sup> Rödder/Stangl, DB 2007, 479, 483.

<sup>22</sup> Köhler, DStR 2007, 597, 604.

<sup>23</sup> BVerfG, Urteil v. 10.04.1997, 2 BvL 77/92, BVerfGE 96, 1, 6.

<sup>24</sup> Köhler, DStR 2007, 597, 603; Rödder/Stangl, DB 2007, 479, 484; Schreiber/Overesch, DB 2007, 813, 816.

## 5. ... und deren Verschärfung bei Holdingaktivitäten

Während das Abzugsverbot der geplanten Zinsschranke bereits im Falle einer flachen Organisation von Unternehmensgruppen problematisch erscheint, gilt dies umso mehr für mehrgliedrige Konzernstrukturen. Hier versperrt die Beteiligungsbuchwertkürzung in § 4h Abs. 2c) EStG-E jede *Escape*-Möglichkeit. Und gleichzeitig übersteigt der Nettozinsaufwand dieser Gesellschaften regelmäßig die Unschädlichkeitsgrenze von 30% des steuerlichen EBIT, weil je nach Rechtsform der Obergesellschaft körperschaftsteuerliches Schachtelprivileg oder Halbeinkünfteverfahren Anwendung findet. De facto besteht ein vollständiges Abzugsverbot für Zinsaufwand, welches auch durch die jüngsten Änderungen in § 4h Abs. 2c) EStG-E nicht gelockert wird.<sup>25</sup> Bei den in nahezu allen etwas größeren Unternehmen üblichen und betriebswirtschaftlich durchaus sehr sinnvollen Holdingaktivitäten verschärft sich die Annahme realitätsferner Kapitalstrukturen damit zu einer allumfassenden Missbrauchsvermutung. Diese Steigerung ins Schlechte widerspricht gesetzgeberischer Tradition<sup>26</sup>, ökonomischer Vernunft<sup>27</sup> und verfassungsrechtlicher Pflicht<sup>28</sup>.

Hinzu kommt, dass die Annahme einer 100%igen Finanzierung der Beteiligungen mit Eigenkapital ein Fremdkörper in der Systematik der Zinsschranke ist, welche - der Realität entsprechend - von einer Mischfinanzierung mit Eigen- und Fremdkapital ausgeht. Nach dieser inneren prozentualen Logik dürfte allenfalls der auf das anteilig für die Finanzierung der Beteiligung eingesetzte Fremdkapital entfallende Teil des Zinsaufwands unter das Abzugsverbot fallen.

---

<sup>25</sup> Entgegen dem BMF-Entwurf v. 02.02.2007 sieht der Kabinettsentwurf eine Kürzung der Bilanzsumme um Kapitalforderungen gegenüber anderen Konzerngesellschaften vor. Da die Beteiligungsbuchwertkürzung jedoch regelmäßig das gesamte Eigenkapital einer Holding aufzehrt, läuft diese vermeintliche Verbesserung des Gesetzesvorhabens ins Leere. Zudem vernachlässigt die Änderung Holding-typische Bankkredite, welche zum Erwerb von Beteiligungen eingesetzt werden.

<sup>26</sup> „[E]ine flexible Finanzausstattung nachgeordneter Beteiligungsgesellschaften“ wurde bereits im Zusammenhang mit § 8a KStG i.d.F. des StandOG als Regelungsziel einer Unterkapitalisierungsnorm genannt, BT-Drs. 12/5016, 93.

<sup>27</sup> Analog zu § 3c EStG und § 8b Abs. 5 KStG *Kessler*, in: Herzig/Günkel/Niemann, Steuerberater-Jahrbuch 2001/2002, 339, 361.

<sup>28</sup> Auch wenn die Holding als Kapitalgesellschaft firmiert, stellt sie gem. Art. 19 Abs. 3 GG eine Trägerin von Grundrechten dar. Damit verstößt die ungerechtfertigte Durchbrechung des objektiven Nettoprinzipis gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

## 6. Alternative Typisierungen von Missbrauch

In den vorangegangenen Abschnitten wurde deutlich, dass die geplante Zinsschranke im europäischen Trend zum Abzugsverbot liegt, ihre Ausgestaltung jedoch den Ansprüchen von Wirtschaftspolitik und Grundgesetz nicht genügt. Ein Blick in andere Industrieländer macht deutlich, dass zwischen diesen beiden Erkenntnissen keine Kausalität besteht. Vielmehr gelingt es einer ganzen Reihe von Staaten, ähnlich ausgestaltete Abzugsverbote mit einer realitätsgerechten Typisierung von Missbrauch in Einklang zu bringen.

### 6.1 Königreich der Niederlande

Im Königreich der Niederlande besteht bereits seit dem Jahre 2004 eine Unterkapitalisierungsnorm, welche einschlägigen Zinszahlungen die Anerkennung als Betriebsausgabe verwehrt, ohne eine Umqualifizierung vorzunehmen.<sup>29</sup> Der relevante Art. 10d Wet VpB vermeidet jedoch realitätsferne Missbrauchsvermutungen. Verantwortlich hierfür ist zunächst eine Beschränkung des Anwendungsbereiches auf die Darlehensfinanzierung von Kapitalgesellschaften durch deren Anteilseigner.<sup>30</sup> Aber auch weniger gravierende Unterschiede zur deutschen Zinsschranke (Tabelle 1) schärfen die Treffsicherheit der Norm. So entspricht der *safe haven* von 3:1<sup>31</sup> dem Regelfall der Kapitalausstattung niederländischer Industriebetriebe (Abbildung 2). Weiterhin besteht eine Ausnahme für Holdinggesellschaften.<sup>32</sup> Im Ergebnis verschwinden die Einwände gegen den konzerninternen Eigenkapitalvergleich, welcher auch Den Haag als zweite Unschädlichkeitsgrenze dient.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Kessler/Obser, IStR 2004, 187, 190; Schröder, TMI Forum 2004, 32, 35ff.; Smit/Smith, ET 2005, 417, 418ff. Die dänische Unternehmensteuerreform 2007 hat keine wesentlichen Änderungen von Art. 10d Wet VpB bewirkt, van der Donk/Hemels, TNI 2007, 727, 730. Allerdings verringert die sog. *group interest box* den Anreiz zur Unterkapitalisierung, van der Donk/Hemels, TNI 2007, 727, 727.

<sup>30</sup> Obser, Gesellschafter-Fremdfinanzierung im europäischen Konzern, 2005, 108.

<sup>31</sup> Kessler/Obser, IStR 2004, 187, 190; Schröder, TMI Forum 2004, 32, 37; Smit/Smith, ET 2005, 417, 419.

<sup>32</sup> Smit/Smith, ET 2005, 417, 418.

<sup>33</sup> Kessler/Obser, IStR 2004, 187, 190; Schröder, TMI Forum 2004, 32, 38; Smit/Smith, ET 2005, 417, 418ff.

			Art. 10d Wet VpB	Kabinettsentwurf vom 14.03.2007
<b>Anwen- dungs- bereich</b>	Persönlich	Kapitalgesellschaften	X	X
		Personengesellschaften und Einzelunternehmen	-	X
	Sachlich	Bankdarlehen	-	X
		Gesellschafterfremdfinanzierung	X	X
	Safe Haven (Eigenkapital-bezogen)		X	-
	Escape durch fehlende Konzernzugehörigkeit		X	X
	Escape durch Eigenkapitalquotenvergleich		X	X
<b>Rechts- folgen</b>	Abzugsverbot		X	X
	Vortrag		-	X
<b>Holdingsdiskriminierung</b>			-	X

Tabelle 1: Vergleich zwischen Art. 10d Wet VpB und dem Kabinettsentwurf vom 14.03.2007.

## 6.2 Königreich Dänemark

Die Pläne zur dänischen Unternehmensteuerreform beinhalten ein Abzugsverbot für alle Arten der Fremdkapitalfinanzierung, soweit der Nettoszinsaufwand 80% des steuerlichen EBIT übersteigt.<sup>34</sup> Trotz deutlicher Parallelen im sachlichen Anwendungsbereich (Tabelle 2) vermag das dortige Vorhaben dem betriebswirtschaftlichen Regelfall eher gerecht zu werden als sein deutsches Pendant. Ursächlich hierfür ist ein *safe haven* in Höhe von 6,5% des Wertes bestimmter Aktiva.<sup>35</sup> Mit diesem Bezug auf das Schuldendeckungspotential einer Unternehmung fingiert der dänische Gesetzesentwurf das Entscheidungskalkül eines unbeteiligten Kreditgebers und erhebt es gleichzeitig in den Rang einer *benchmark* für Missbrauch. Da zudem alle inländischen Beteiligungen bei der Berechnung des *safe haven* Berücksichtigung finden, kann die Diskriminierung rein dänischer Holdinggesellschaften vermieden werden.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> *Fornaes*, TNI 2007, 137, 137f.

<sup>35</sup> *Fornaes*, TNI 2007, 137, 137f.

<sup>36</sup> Einschränkungen ergeben sich jedoch im Hinblick auf ausländische Unternehmensbeteiligungen. Diese gehen lediglich mit 20% ihres Wertes in den *safe haven* ein, *Fornaes*, TNI 2007, 137, 138. Es besteht daher eine europarechtlich bedenkliche Diskriminierung grenzüberschreitender Holdinggesellschaften.

			Dänischer Regierungsentwurf vom 02.04.2007	Deutscher Kabinettsentwurf vom 14.03.2007
<b>Anwendungsbereich</b>	Persönlich	Kapitalgesellschaften	X	X
		Personengesellschaften und Einzelunternehmen	-	X
	Sachlich	Bankdarlehen	X	X
		Gesellschafterfremdfinanzierung	X	X
	Safe Haven (Aktiva-bezogen)		X	-
	Escape durch fehlende Konzernzugehörigkeit		-	X
	Escape durch Eigenkapitalquotenvergleich		-	X
<b>Rechtsfolgen</b>	Erfolgsabhängiges Abzugsverbot für Nettozinsaufwand		X	X
	Vortrag		(X)	X
<b>Holdingsdiskriminierung</b>			(-)	X

Tabelle 2: Vergleich zwischen dem dänischen Regierungsentwurf vom 02.04.2007 und dem deutschen Kabinettsentwurf vom 14.03.2007

### 6.3. Vereinigte Staaten von Amerika

In den Vereinigten Staaten von Amerika kommt es bereits seit dem Jahre 1989 zur Begrenzung der Gesellschafterfremdfinanzierung.<sup>37</sup> Eine Verschärfung dieser sog. *earnings stripping rules* ist regelmäßig Gegenstand von politischer Debatte und wissenschaftlicher Diskussion. Besonderen Einfluss gewann hierbei der *American Competitiveness and Corporate Accountability Act of 2002*<sup>38</sup>. Dieser Reformentwurf enthielt ein Abzugsverbot für Fremdkapitalvergütungen an ausländische Gesellschafter, soweit der Nettozinsaufwand 35% des *adjusted taxable income*<sup>39</sup> übersteigt und ein Vergleich mit der Konzerneigenkapitalquote misslingt.

In Bezug auf konsolidierte Unternehmen offenbaren sich deutliche Parallelen zwischen der deutschen Zinsschranke und beschriebener Gesetzesinitiative des *United States House Committee on Ways and Means*. So verzichten beide Unterkapitalisierungsnormen auf einen

<sup>37</sup> Revenue Reconciliation Act of 1989, P.L. 101-239, Sec. 7210.

<sup>38</sup> H.R. 5095, 107th Cong., 2d Sess., 11.07.2002, Sec. 201.

<sup>39</sup> Beim *adjusted taxable income* handelt es sich um den nach steuerlichen Grundsätzen ermittelten *cash flow* der Unternehmung, *Rokoff/Rosenfeld*, in: Practising Law Institute Tax Law and Estate Planning Course Handbook Series Tax Law and Practice, Sept.-Nov., 2006, Tz. 694f. (Westlaw Citation: 731 PLI/Tax 675).

safe haven (Tabelle 3). Im Gegenzug kommt es nur zu Abzugsverbot und Vortrag, falls ein Vergleich der Eigenkapitalquoten scheitert (Tabelle 3).

		American Competitiveness and Corporate Accountability Act of 2002	Kabinettsentwurf vom 14.03.2007	
<b>Anwendungs- bereich</b>	Persönlich	Kapitalgesellschaften	X	X
		Personengesellschaften und Einzelunternehmen	-	X
	Sachlich	Bankdarlehen	-	X
		Gesellschafterfremdfinanzierung	X	X
	Safe Haven		-	-
	Escape durch fehlende Konzernzugehörigkeit		-	X
	Escape durch Eigenkapitalquotenvergleich		X	X
<b>Rechts- folgen</b>	Erfolgsabhängiges Abzugsverbot für Nettozinsaufwand		X	X
	Vortrag		X	X
<b>Holdingsdiskriminierung</b>		X	X	

Tabelle 3: Vergleich zwischen *American Competitiveness and Corporate Accountability Act of 2002* und dem Kabinettsentwurf vom 14.03.2007.

Angesichts der Gemeinsamkeiten beider Ansätze darf die deutsche Zinsschranke wohl kaum als „ambitioniert und ohne Beispiel“<sup>40</sup> bezeichnet werden. Zudem können aus dem Fortgang der U.S.-amerikanischen Diskussion wertvolle Verbesserungsvorschläge für die Unternehmensteuerreform 2008 gewonnen werden. So übernahm die Regierung Bush den Gesetzesentwurf in ihren Budgetvorschlag für das Fiskaljahr 2004.<sup>41</sup> Nach massiver Kritik aus Wissenschaft und Praxis wurde jedoch ein *underlying asset safe harbor* hinzugefügt.<sup>42</sup> Darin war vorgesehen, die Aktiva in sieben verschiedene Gruppen einzuteilen und je nach Schuldendeckungspotential mit unterschiedlichen Kennzahlen zu multiplizieren.<sup>43</sup> Im

<sup>40</sup> *Bundesministerium der Finanzen*, Zinsschranke als Ersatz für § 8a KStG, [http://www.bundesfinanzministerium.de/lang\\_DE/DE/Aktuelles/046\\_\\_j,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/046\\_j](http://www.bundesfinanzministerium.de/lang_DE/DE/Aktuelles/046__j,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/046_j), abgerufen am 17.04.2007.

<sup>41</sup> *Department of Treasury*, General Explanation of the Administration's Fiscal Year 2004 Revenue Proposals, 105.

<sup>42</sup> *Wollman*, TNI 2003, 483, 496.

<sup>43</sup> Für das Gesetzesvorhaben wurde kein Wortlaut spezifiziert. Eine Beschreibung findet sich jedoch in *Department of Treasury*, General Explanation of the Administration's Fiscal Year 2004 Revenue Proposals, 104ff.

Ergebnis hätte der bislang unverwirklichte<sup>44</sup> Vorschlag das Abzugsverbot auf missbräuchliche Gestaltungen der Kapitalstruktur beschränkt.<sup>45</sup> Dies gilt umso mehr, als der *underlying asset safe harbor* auch Unternehmensbeteiligungen berücksichtigen sollte.<sup>46</sup> Somit wäre die Holdingdiskriminierung abgewendet, welche sich im ursprünglichen Gesetzesentwurf aus dem Zusammenspiel von Schachtelprivileg und *adjusted taxable income* ergeben hätte.

## 7. Lehren für die Zinsschranke

Bedauerlicherweise folgt der Kabinettsentwurf vom 14.03.2007 dem unseligen europäischen Trend zum Abzugsverbot für Fremdkapitalzinsen. In der Bundesrepublik sind hiervon jedoch nicht nur eindeutig missbräuchliche steuerminimierende Gewinnverlagerungen betroffen, sondern auch ökonomisch sinnvolle und verfassungsrechtlich geschützte Finanzierungsstrukturen. Damit hebt sich Deutschland deutlich negativ von der Gruppe der anderen Staaten mit einem Abzugsverbot ab. So ist dem Königreich der Niederlande, dem Königreich Dänemark und den USA eine erheblich größere Zielgenauigkeit bei der Bekämpfung von Gewinnverlagerungen zu bescheinigen. Allerdings fällt deren Vorteil gegenüber den deutschen Plänen unterschiedlich hoch aus. Dies gilt insbesondere für den niederländischen *safe haven*, welcher sich am Eigenkapital der Gesellschaft orientiert. Hier wird die Kreditentscheidung einer unabhängigen Bank nur näherungsweise abgebildet<sup>47</sup>, obgleich darin eine *benchmark* für künstliche Finanzierungsstrukturen gesehen werden kann<sup>48</sup>.

Demgegenüber zeugt der Blick nach Dänemark und in die USA von einem internationalen Trend, die Beschränkung des Zinsabzuges von den Aktiva der Unternehmung abhängig zu machen. Da ein unbeteiligter Kapitalgeber den *assets* eine größere Aufmerksamkeit schenken wird als dem Verhältnis der Eigenkapitalquoten im Konzern, ist diesen beiden Ländern auch größerer Erfolg bei der realitätsgerechten Typisierung von Missbrauch zu bescheiden als dem

---

<sup>44</sup> Änderungen der U.S.-amerikanischen Unterkapitalisierungsnorm werden erst mit Abschluss einer Studie erwartet, zu deren Durchführung das *Department of Treasury* gem. Sec. 424 des *American Jobs Creation Act of 2004* verpflichtet ist, *Department of Treasury*, General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2008 Revenue Proposals, 91 ("is conducting a study").

<sup>45</sup> *Department of Treasury*, General Explanation of the Administration's Fiscal Year 2004 Revenue Proposals, 104.

<sup>46</sup> *Department of Treasury*, General Explanation of the Administration's Fiscal Year 2004 Revenue Proposals, 105.

<sup>47</sup> So bereits zu § 8a KStG i.d.F des Korb II-Gesetzes: *Obser*, Gesellschafterfremdfinanzierung im europäischen Konzern, 2005, 176.

<sup>48</sup> *Wollman*, TNI 2003, 483, 499.

deutschen Sonderweg über eine *Escape*-Klausel. Darüber hinaus gestaltet sich die Administrierbarkeit einer Aktiva-bezogenen Unterkapitalisierungsnorm erheblich leichter, weil regelmäßig auf die Anwendung ausländischer Rechnungslegungsstandards verzichtet werden kann. Die *Escape*-Klausel und ihr aufwändiger Vergleich der Finanzierungsverhältnisse verursacht hingegen gewaltige Kosten für Unternehmen und Finanzverwaltung.

Während der dänische Vorschlag an Problemen bei der Bestimmung des relevanten Zinssatzes leidet<sup>49</sup>, empfiehlt sich der U.S.-amerikanische *underlying asset safe harbor* in besonderem Maße als Ersatz für den bisher geplanten Vergleich der Eigenkapitalquoten. Es liegt nahe, der Kritik an einer unzureichenden Typisierung von Missbrauch durch die Zinsschranke in gleicher Weise zu begegnen wie die Regierung Bush. Hierfür wäre die *Escape*-Klausel um einen *underlying asset safe harbor* zu ergänzen. Da der Vergleich der Eigenkapitalquoten keinen Beitrag zu Verfassungskonformität und Praktikabilität der Norm leistet, erscheint es sogar ratsam, auf die *Escape*-Klausel vollständig zu verzichten, falls der U.S.-amerikanische Vorschlag Eingang in den Gesetzestext fände.<sup>50</sup>

In seiner konkreten Umsetzung könnte der *underlying asset safe harbor* an das Bilanzschema nach § 266 HGB anknüpfen (Tabelle 4). Durch die Berücksichtigung von Unternehmensbeteiligungen wäre auch die Diskriminierung von Holdinggesellschaften beseitigt. Weil es jedoch nur im U.S.-amerikanischen Steuerrecht möglich ist, von der bilanziellen Einordnung der Finanzierungsinstrumente abzuweichen<sup>51</sup>, sollte der deutsche Freibetrag auf erfolgsunabhängige Vergütungen beschränkt bleiben.

<b>Aktiva (§ 266 HGB)</b>	<b>Freibetrag je € Bilanzansatz</b>
Kassenbestand, Bankguthaben	0,9 €
Forderungen a.L.L.	0,8 €
Vorräte, Sachanlagen, Unternehmensbeteiligungen	0,7 €
Immat. Vermögensgegenstände	0,5 €

Tabelle 4: Vorschlag für einen *underlying asset safe harbor* in § 4h EStG.

<sup>49</sup> So bereits zu gleichlautenden Vorschlägen in den USA *Staff of Joint Committee on Taxation*, Veröffentlichung v. 18.01.1989, *Federal Income Tax Aspects of Corporate Financial Structures*, JCX-1-89, 160.

<sup>50</sup> Dies entspräche der Begrenzung der Gesellschafterfremdfinanzierung in der Schweiz. Soweit der Aktiva-bezogene Freibetrag überschritten wird, kommt es dort allerdings zu einer Umqualifizierung der Zinszahlungen in verdeckte Gewinnausschüttungen, *Altenburger/Ackerman*, ET 2005, 43, 43.

<sup>51</sup> United States Supreme Court, Urteil v. 07.01.1935, 293 U.S. 465, *Gregory v. Helvering*, 55 S.Ct. 266.

## 8. Fazit

Die geplante Zinsschranke geht in ihrem Anwendungsbereich weit über die international übliche Begrenzung auf steuerlich motivierte Kapitalstrukturen hinaus. Damit droht nicht nur der positive Effekt einer Steuersatzsenkung ins Gegenteil verkehrt zu werden, sondern auch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Während der Gesetzgeber mit der Steuersatzsenkung Augenmaß beweist und sich dem Mittelfeld der Industriestaaten nähert, schießt die Zinsschranke weit über das Ziel hinaus und bringt Deutschland damit international ins Abseits. Auf der Suche nach einem Ausweg hat vorliegender Beitrag die Unterkapitalisierungsnormen anderer Rechtssysteme dargestellt und bewertet. Dank überraschender Gemeinsamkeiten konnte eine verfassungskonforme, gut administrierbare und wirtschaftspolitisch wünschenswerte Alternative zur Zinsschranke identifiziert werden. Diese folgt dem internationalen Trend einer *asset*-bezogenen Typisierung missbräuchlicher Kapitalgestaltungen und verhindert zugleich eine Diskriminierung von Holdingaktivitäten.