

SCHÄFFER  
POESCHEL

# 1 Konzeptionelle Grundlagen des § 4h EStG

Schrifttum:

*Hey, Verletzung fundamentaler Besteuerungsprinzipien ...*, BB 2007, 1303;  
*Homburg, Die Zinsschranke – eine beispiellose Steuerinnovation*, FR 2007, 717, 721;  
*Watrin/Strohm/Wittkowski, Auswirkungen der Unternehmenssteuerreform 2008 auf die  
 Besteuerung von Kapitalgesellschaften*, GmbHR 2007, 787.

## 1.1 Gesetzliche Zielsetzung

Aus der Gesetzesbegründung<sup>1</sup> sind zwei Zielsetzungen<sup>2</sup> ersichtlich:

- Sicherung der inländischen Steuerbasis durch Verhinderung von Finanzierungsverlagerungen;
- generelle Missbrauchsabwehr.

Beide Begründungsansätze überlagern sich. Aus fiskalischer Sicht stellt offensichtlich jedwede »Verlagerung« von inländischen Besteuerungsgrundlagen in ausländische Fiskalhoheiten einen **Missbrauch** dar – einerlei aus welchen Gründen eine solche Verlagerung stattfindet. Diese kann – und wird dies auch häufig tun – durchaus wirtschaftlich vernünftigen Planungsüberlegungen entspringen. Sicherlich gibt es Gestaltungsmissbräuche bei den Transfers von inländischem Steuersubstrat (»Gewinn«) in das Ausland. Unzulässig ist demgegenüber eine Gleichsetzung von Verlagerung der Steuersteuerbemessungsgrundlage und Missbrauch.<sup>3</sup> Von Missbrauch kann erst recht bei einer »normalen« Bankfinanzierung (s Rn 111) – also der schlichten Aufnahme von Fremdkapital – nicht die Rede sein. Der **Fiskalzweck** »Gegenfinanzierung« dominiert (s Rn 12).<sup>4</sup> Tatsächlich kann eine – wie immer ausgestaltete – Zinsabzugsbeschränkung ihre steuerökonomische Berechtigung haben, wenn eine »Gestaltung« durch überhöhten Zinsaufwand Gewinn aus dem Entstehungsland abzieht, um ihn dann als Dividende zu repatriieren (»Typ B« bei *Homburg*).<sup>5</sup>

1 BT-Drucks 16/4841, 29 ff.

2 *Heuermann* (in Blümich EStG § 4h Tz 4) spricht unter Einbeziehung der Betriebsausgaben-Abzugsbeschränkung von einer »Melange«.

3 Ähnlich *Hey*, BB 2007, 1304.

4 So auch *Driën*, StuW 2008, 165.

5 *Homburg*, FR 2007, 721.

- 3–5 vorläufig frei
- 6 Einen dieser als missbräuchlich erachteten Gestaltungsansätze sieht der Gesetzgeber in der (ungebührlichen) Fremdfinanzierung inländischer Tochtergesellschaften ausländischer Konzerne. Eine solche bewirkt im Gegensatz zur Eigenkapital-Finanzierung im Inland Betriebsausgaben bei einer Tochter-Kapitalgesellschaft, die der Empfänger im Ausland als Betriebseinnahmen versteuern muss – anders als die regelmäßig im Empfängerstaat steuerfreien Dividenden (bei Eigenkapital-Finanzierung).
- 7 Diesem fiskalisch unerwünschten »Treiben« wollte der Gesetzgeber seit etwa 1987 durch die Beschränkung der **Gesellschafter-Fremdfinanzierung** in § 8a KStG a. F. in mehreren Anläufen entgegentreten. Diese Ansätze wurden generell als nicht sehr wirksam erkannt. Den Todesstoß erfuhren sie mit der Entscheidung des EuGH v 12.12.2002<sup>6</sup>: **Diskriminierung** von EU-Ausländern.
- 8–10 vorläufig frei
- 11 Auf dieses europarechtliche Verdikt musste der Gesetzgeber reagieren. Er konnte die Diskriminierung beseitigen, d. h. **Gleichheit für alle** herstellen durch
- Beseitigung der die Inländer begünstigenden und die (EU-)Ausländer benachteiligenden Rechtsnorm oder (umgekehrt)
  - gleiche Belastung beider »Parteien«.
- 12 Aus der **fiskalischen** Interessenlage heraus (s Rn 2) hat der Gesetzgeber den letzten Weg gewählt: »Herstellung der Gleichheit zu Lasten aller.«<sup>7</sup> Zur steuerökonomischen Beurteilung des gewählten Weges wird verwiesen auf Rn 181 ff).
- 13 Dabei will der Gesetzgeber zwei Unternehmenstypen verschonen<sup>8</sup>:
- Kleine inländische Betriebe (s Rn 151 ff) durch eine **Freigrenze** (s Rn 301).
  - Große konzernfreie inländische Unternehmen durch die **Konzernklausel** (s Rn 331) in Verbindung mit der **Organschaft** (s Rn 1221).
- 14 Umgekehrt ist das fiskalische Ziel ausgerichtet auf folgende grenzüberschreitende **Finanzierungsstrukturen**<sup>9</sup>:
- Down-stream-Inbound: Darlehensfinanzierung durch die Auslandsmutter der inländischen Tochter mit Zinsaufwand in Deutschland.

6 C-324/00 *Lankhorst-Hohorst*, IStR 2003, 55.

7 *Gosch*, DStR 2007, 1559; *Heuermann* in Blümich § 4h EStG Tz 29.

8 *Homburg*, FR 2007, 725.

9 *Welling*, FR 2007, 737; ähnlich *Neumann*, EStB 2007, 292; *Rödder*, Beihefter zu DStR 2007, Heft 40, 6; *Hick* in: H/H/R Jahresband 2008 J07-4.

- Up-stream-Inbound: Darlehensgewährung der ausländischen Tochter an die inländische Mutter mit Zinsaufwand in Deutschland und (Rück-)Aus-schüttung des Zinsertrages im Ausland nach Deutschland, wo die Dividen-de zu 95 % steuerfrei ist.
- Down-stream-Outbound: Finanzierung des Erwerbs einer ausländischen Tochtergesellschaft von der inländischen Muttergesellschaft durch Bank-kredit; dem Zinsaufwand im Inland steht eine zu 95 % steuerfreie Dividen-de aus dem Ausland gegenüber.  
vorläufig frei

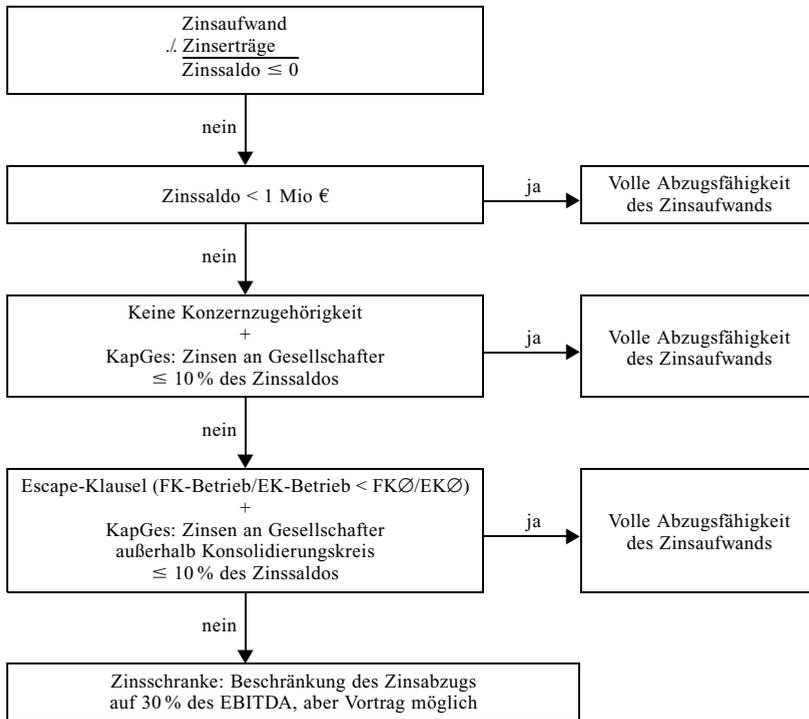
## 1.2 Technische Ausgestaltung

- 21 Die so verordnete »Gleichmacherei« (s Rn 12) bezieht sich auf
- in- und ausländische Steuersubjekte, also auch aus dem Nicht-EU-Bereich (s Rn 155),
  - die Rechtsform (»Betrieb« s Rn 151 ff),
  - den Fremdkapital-Geber (s Rn 111),
  - Unternehmensfinanzierung insgesamt (s Rn 61),
  - die Besteuerung beim Vergütungsempfänger (s Rn 12).
- 22 Dabei bedient sich der Gesetzgeber aus steuerökonomischer Sicht im Wesentlichen zweier Techniken:
- Die **Beschränkung** des Zinsausgabenabzugs auf eine bestimmte Ergebnisgröße, das steuerliche EBITDA (s Rn 141),
  - wird **nicht kompensiert** durch eine entsprechende Nichtversteuerung (s Rn 41 ff) beim Zinsempfänger (wie vergleichbar bei der Umqualifizierung von überhöhtem Zinsaufwand in eine vGA nach § 8a KStG a. F.).
- 23 Die Zinsschrankenregelung ist auf der Grundlage des Betriebs-Begriffs **rechtsformübergreifend**, aber nicht **rechtformneutral** konzipiert.<sup>10</sup> Der Grund liegt in der Definition des Betriebes, insbesondere bei Organschaft (s Rn 1221), im Konzerntatbestand (s Rn 331) und in der »Vorordnung« von Körperschaften innerhalb einer Personengesellschaftskette (s Rn 1001 ff).
- 24 In nachfolgender grafischer Darstellung stellt sich die Zinsschranke wie folgt dar<sup>11</sup>.
- 25–30 vorläufig frei

---

<sup>10</sup> Prinz, DStR 2008, 368.

<sup>11</sup> nach Welling, FR 2007, 737.

**Aufbau der Zinsschranke**

## 1.3 Gesetzesaufbau

31 § 4h EStG ist wie folgt **strukturiert**:

- Abs 1: Abzugbeschränkung mit Zinsvortrag (Grundnorm s Rn 81 ff).
- Abs 2: drei Ausnahmen (s Rn 301 ff).
- Abs 3: diverse Definitionen (s Rn 86 ff).
- Abs 4: Verfahrensrecht zum Zinsvortrag (s Rn 700 ff).
- Abs 5: Untergang des Zinsvortrags (s Rn 751 ff).

32 Ergänzt wird der Regelungsbereich des § 4h im Bereich der steuerpflichtigen **Körperschaften** durch

- Einbeziehung von (einer Körperschaft) nachgeordneten Mitunternehmerschaften (s Rn 1001 ff),
- Festlegung einer schädlichen Gesellschafterfremdfinanzierung (s Rn 1146 ff),
- Untergang des Zinsvortrages (s Rn 761 ff).

33–35 vorläufig frei

## 1.4 Grundlegende Einwendungen

### 1.4.1 Verfassungsrecht

Der partielle Ausschluss von betrieblich veranlassten Zinsen vom Abzug bei der Bemessungsgrundlage verstößt »massivst«<sup>12</sup> gegen das **objektive Nettoprinzip** als »Grundpfeiler jedweder Besteuerung«. Dieser Verstoß ist verfassungsrechtlich unhaltbar und gesellt sich zu einer ganzen Anzahl einschlägiger »Gesetzestechniken«. <sup>13</sup> Der Befund gilt auch unter Berücksichtigung der Vortragsfähigkeit von nicht abziehbaren Zinsen im späteren Veranlagungszeitraum, weil dieser aus der ökonomischen Zwangslage heraus regelmäßig nicht wirksam wird (s Rn 251). Er gilt erst recht im Hinblick auf den regressiven Tarifverlauf (s Rn 263), denn dadurch wird die Leistungsunfähigkeit besteuert.  
vorläufig frei 37–40

### 1.4.2 Doppelte Besteuerung

Die nicht abzugsfähigen Zinsen in diesem Kontext sind eindeutig und ausschließlich betrieblich veranlasst. Sie muss(t)en deshalb bei irgendeinem Steuersubjekt in irgendeiner Fiskalhoheit von der Steuerbemessungsgrundlage abgezogen werden können. Ist das nicht der Fall, muss in steuerökonomischer Betrachtung zwingend (hilfsweise) auf der Einnahmenseite eine Kompensation durch Nichtbesteuerung erfolgen. 41

Der deutsche Gesetzgeber folgt mit seiner »Lösung« der Nichtabzugsfähigkeit beim Zinsschuldner in Verbindung mit einer Besteuerung beim Zinsempfänger (also **doppelte Besteuerung**) einem »unseligen« internationalen Trend zur Bekämpfung missliebiger Finanzierungsgestaltungen.<sup>14</sup> 42

Folgende Staaten – ohne Vollständigkeitsgarantie – haben eine der Zinsschranke ähnliche Abzugsbeschränkung – statt Umqualifikation in vGA – eingeführt oder sind dabei, dies zu tun: 43

- **Niederlande:** Das Betriebsausgabenabzugsverbot für Zinsen beschränkt sich auf solche an Gesellschafter. Dabei gilt – wie nach dem früheren § 8a

<sup>12</sup> Gosch, DStR 2007, 1559.

<sup>13</sup> Vgl im Einzelnen auch zur verfassungsrechtlichen Beurteilung Hey, BB 2007, 1304; Musil/Volmering, DB 2008, 14.

<sup>14</sup> Kessler/Köhler/Knörzer, IStR 2007, 418 mit Einzelnachweisen zu verschiedenen Staaten und daraus abgeleiteten Verbesserungsvorschlägen gegenüber der deutschen »Lösung« sowie Musil/Volmering, DB 2008, 13.

KStG – ein *safe haven* der Finanzierungsstruktur (Verhältnis von Eigen- zu Fremdkapital) von 1 : 3, was in etwa dem statistischen Durchschnitt der Industriebetriebe entspricht. Außerdem besteht eine Befreiung für Holdinggesellschaften.

- **Dänemark:** Die Gesetzesplanung sieht eine Abzugsbeschränkung von Nettozinsaufwand vor, der 80 % des EBITDA übersteigt. Dabei ist ein *safe haven* in Höhe von 6,5 % des Wertes bestimmter Aktiva vorgesehen, wodurch ein Bezug auf das Finanzierungsverhalten fremder Kreditgeber hergestellt wird. Speziell zu Gunsten von Holdinggesellschaften sollen 20 % des Wertes aller ausländischen Beteiligungen in den *safe haven* einbezogen werden.
- **USA**<sup>15</sup>: Seit 1989 gibt Regeln zur Beschränkung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung (sogenannte *earnings stripping rules*). Eine Gesetzesinitiative in 2002 enthielt vergleichbare Regeln wie die jetzige deutsche Zinsschranke mit Verzicht auf einen *safe haven* und einem Eigenkapitalquotenvergleich im Konzern (s Rn 521). Die fortlaufende Gesetzesdiskussion hat auch einen Vorschlag zur Einführung einer differenzierten Schuldendeckungsquote für sieben verschiedene *Asset-Quoten* gebracht. Danach gilt derzeit<sup>16</sup>:
  - Die US-Regeln beschränken sich auf die Gesellschafterfinanzierung.
  - Das Abzugsvolumen beläuft sich auf 50 % des EBITDA.
- **Italien**<sup>17</sup>: Der Nettozinsaufwand ist in Höhe von 30 % des (geringfügig anders als in Deutschland definierten) EBITDA abzugsfähig. vorläufig frei

44–45

### 1.4.3 EU-Recht, Doppelbesteuerungsabkommen

46

Der Gesetzgeber versucht durch flächendeckende Gleichbehandlung inländischer und ausländischer Personen und Sachverhalte (s Rn 2) die **Europatauglichkeit** der Zinsabzugsbeschränkung zu sichern. Dabei muss er auch verdeckte Diskriminierungen wie z. B. im Fall »Lankhorst-Hohorst« (s Rn 7) vermeiden. Ein solcher Verstoß gegen **primäres** Europarecht könnte liegen in der<sup>18</sup>

- Freigrenze (s Rn 301 ff),
- Konzernzugehörigkeit (s Rn 331 ff),
- Organschaft (s Rn 1221).

<sup>15</sup> Goebel/Eilinghoff, IStR 2008, 233.

<sup>16</sup> Welling, FR 2007, 739.

<sup>17</sup> Romani/Grabbe/Imbrenda, IStR 2008, 210.

<sup>18</sup> Nach Führich, IStR 2007, 343; Homburg, FR 2007, 723 ff. Dazu ausführlich Heuermann in Blümich EStG § 4h EStG Tz 24 ff.

M. E. kommt in diesem Kontext der **Organschaft** besondere Bedeutung zu. Bei ihr fehlt die inländische und ausländische Gleichheit, was einer Diskriminierung gleichkommt.<sup>19</sup> Ein rein inländischer Konzern mit ausschließlich Kapitalgesellschaften als Gesellschafter kann die Zinsschranke – unter weiteren Voraussetzungen – durch Begründung einer Organschaft umgehen (s Rn 1222). Dieser Weg ist dem deutschen Konzern mit Auslands-Töchtern oder dem ausländischen Konzern mit inländischem Teilkonzern verbaut. Ob es Rechtfertigungsgründe für diese Ungleichbehandlung entsprechend dem primären Gemeinschaftsrecht gibt, kann nur vom EuGH entschieden werden.

47

Die Zinsschranke verstößt »vorsätzlich und ohne Rechtfertigung«<sup>20</sup> gegen die Niederlassungs- und Verkehrssteuerfreiheit (Art. 43, 56 EG), weil sie verhindern will, »dass Konzerne mittels konzerninterner Fremdkapital-Finanzierung in Deutschland erwirtschaftete Erträge ins Ausland transferieren«<sup>21</sup>.

48

Auch sekundäres Gemeinschaftsrecht kann von der Zinsschrankenregelung betroffen sein, und zwar die Zins- und Lizenzrichtlinie.<sup>22</sup> Der Grund liegt in der »technischen« Ausgestaltung der Zinsschranke (s Rn 22). Wenn die Nichtabzugsfähigkeit von Zinsaufwand durch Umqualifikation in eine vGA erfolgt, liegt kein Zinsaufwand vor; die Zins- und Lizenzrichtlinie ist nicht anwendbar, der Empfänger ist korrespondierend befreit oder ermäßigt besteuert. Anders bei schlichter Nichtabzugsfähigkeit mit (voller) Versteuerung der Zinsen beim Empfänger (s Rn 22). Denn dann ist zu beurteilen, ob sich hinter der möglichen Nichtabzugsfähigkeit von Zinsaufwand eine verdeckte und unzulässige Besteuerung im Quellenstaat verbirgt.

49

Ähnliche Überlegungen drängen sich auch generell im **zwischenstaatlichen** Besteuerungsrecht auf, das im Rahmen von völkerrechtlichen Verträgen eine doppelte Besteuerung gerade verhindern soll. In der Zinsschranke kann ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 OECD-MA (Besteuerungsrecht des Unternehmens-Ansässigkeitsstaates) und Art. 11 OECD-MA (Besteuerungsrecht des Staates der Ansässigkeit des Zinsempfängers) gesehen werden.<sup>23</sup>

50

vorläufig frei

51–55

19 *Musil/Volmering*, DB 2008, 15, die auch einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit erkennen.

20 *Schmidt/Loschelder*, § 4h EStG 27. Aufl. Tz 3.

21 BT-Drucks 16/4841, 957.

22 Vgl. dazu *Dörr/Fehling*, NWB F 2, 9375 v 13.07.2007.

23 *Homburg*, FR 2007, 725; *Hick* in H/H/R Jahresband 2008, J07-5; dagegen *Mössner*, in J. Lüdicke (Hrsg.), *Unternehmensteuerreform 2008 im internationalen Umfeld*, 2008, 38; Art. 11 OECD-MA sagt nichts über den Betriebsausgabenabzug der Zinsen und Art. 7 OECD-MA befasst sich nicht mit der nationalen Gewinnermittlung, ähnlich *Sedemund*, BB 2008, 1831.

### 1.4.4 Missbrauchsvermutung

56 Die Zielsetzung der Zinsabzugsbegrenzung liegt (insbesondere) in der Verhinderung einer unerwünschten Schmälerung der inländischen Steuerbemessungsgrundlage (s Rn 6). Deshalb muss der »Betrieb« (s Rn 151 ff) – das Übersteigen der Freigrenze (s Rn 301) unterstellt – nicht nur, wie üblich, den Betriebsausgaben-Charakter des Zinsaufwandes belegen (hier kein Problem), sondern auch die Einhaltung der Tatbestandsvoraussetzung für die Ausnahmen von der Zinsschranke (s Rn 331 ff). Umgekehrt formuliert: Der Missbrauch wird von Gesetzes wegen unterstellt und muss vom Steuerpflichtigen widerlegt werden. Der vollständige Abzug von betrieblich veranlasstem Aufwand (hier Zinsen) mutiert zur Ausnahme, die Abzugsbeschränkung wird zur Regel.<sup>24</sup>

57 Nach anderer Ansicht<sup>25</sup> kann keine Missbrauchsvorschrift vorliegen, da

- einerseits regelmäßig auch fremdübliche und sinnvolle Finanzierungsge-  
staltungen erfasst,
- andererseits missbräuchliche unterhalb der Freigrenze (s Rn 301) nicht be-  
rücksichtigt werden.

So gesehen kann man die Zinsabzugsbeschränkung auch als **Fiskalnorm** ansehen (s Rn 2). Jedenfalls sollen unerwünschte Zinsausgaben im Inland verhindert werden (s Rn 11).

58 Erkennt man in § 4h EStG eine Missbrauchsverhinderungsregel, wird dadurch die Anwendung von § 42 Abs. 2 AO nicht verhindert:<sup>26</sup>

- Ist der Anwendungsbereich der Zinsschranke eröffnet, kommt also die Abzugsbeschränkung zum Tragen, bedarf es der Heranziehung von § 42 Abs. 2 AO nicht.
- Kommt es nicht zur Abzugsbeschränkung, kann trotzdem ein Missbrauch vorliegen (s Rn 1346 zur Wertpapierleihe),

59–60 vorläufig frei

<sup>24</sup> Hallerbach, StuB 2007, 487.

<sup>25</sup> Schmidt/Loschelder, § 4h EStG 27. Aufl. Tz 3.

<sup>26</sup> So wenigstens BMF v. 17.07.2008, DStR 2008, 1591; ähnlich Hick in H/H/R Jahresband 2008 J07-7.

### 1.4.5 Keine Finanzierungsneutralität

Die Gesetzestechnik zur Erreichung der Zielsetzung – Sicherung der inländischen Steuerbemessungsgrundlage (s Rn 6) – besteht in der Förderung der Eigenkapital-Finanzierung der Unternehmen. Deshalb wird das Fremdkapital diskriminiert. Die Finanzierungsneutralität der Unternehmensbesteuerung wird missachtet<sup>27</sup> und gegen das Gebot unternehmerischer Finanzierungsfreiheit verstoßen.<sup>28</sup>

61

vorläufig frei

62–65

---

27 *Watrin/Strohm/Wittkowski*, GmbHR 2007, 787.

28 *Hick* in H/H/R Jahresband 2008 J07-5.