



BDI

Steuern und
Finanzpolitik



BDI/KPMG-Studie 2009

Die Behandlung von Finanzierungsaufwendungen

Ein Vergleich der Zinsschranke in Deutschland
mit den Regelungen in den USA, Italien, Frankreich,
den Niederlanden und Schweden.

BDI/KPMG-Studie 2009

Die Behandlung von Finanzierungsaufwendungen

Ein Vergleich der Zinsschranke in Deutschland mit den Regelungen in den USA, Italien, Frankreich, den Niederlanden und Schweden.

A. Vorwort

Die Neuauflage der gemeinsamen Studie von BDI und KPMG stellt die Zinsschranke den in den USA, Niederlanden sowie in Frankreich, Italien und Schweden bestehenden Regelungen gegenüber. Aufgrund des weltweiten Wirtschaftsabschwungs kommt der krisenverschärfenden Wirkung der Zinsschranke im Rahmen des Vergleichs der detaillierten Ausgestaltungen besondere Bedeutung zu.

Die Zinsschranke steht auch nach ihrem Inkrafttreten weiterhin in der steuerpolitischen Diskussion. Auslöser ist die weltweite Wirtschaftskrise. Durch Gewinneinbrüche einerseits und Risikoaufschläge bei Krediten andererseits erhöht sich für viele Unternehmen das Risiko, den gestiegenen Zinsaufwand steuerlich nicht mehr geltend machen zu können. Bereits strukturell liefern deutsche Unternehmen der Zinsschranke eine große Angriffsfläche. So zeigte bereits die für das konjunkturstarke Jahr 2007 ermittelte durchschnittliche Eigenkapital-Quote von 25 % die starke Abhängigkeit deutscher Unternehmen von Fremdfinanzierungen.

Mit der Voraufgabe wurde ein internationaler Vergleich mit ähnlich angelegten zinsabzugsbegrenzenden Regimen im Hinblick auf die Einführung der Zinsschranke in Deutschland vorgenommen. Die Gegenüberstellung der einzelnen Regelungsinhalte verdeutlichte den Nachbesserungsbedarf im laufenden Gesetzgebungsverfahren. Insbesondere die ursprünglich vorgesehene Begrenzung des Zinsabzugs durch Zugrundelegung des EBIT stellte sich als besonders scharfe Ausprägung der deutschen Zinsschranke gegenüber den verglichenen Vorschriften in anderen Staaten heraus und wurde im laufenden Gesetzgebungsverfahren kurzfristig angepasst.

Wenn auch Wirkung und Ausmaß der weltweiten Wirtschaftskrise im Gesetzgebungsverfahren nicht vorausgesehen werden konnten, so zeigt sich gleichwohl der strukturell krisenverschärfende Regelungscharakter der deutschen Zinsschranke. Umso mehr fanden in der Neuauflage der Zinsschranken-Studie die Elemente in vergleichbaren Regelungen anderer Länder besondere Beachtung, die den krisenverschärfenden Wirkungen vorbeugen bzw. sie abmildern.

Der detaillierte Vergleich mit den Vorschriften in den USA, Niederlanden und in Frankreich sowie nunmehr auch in Schweden und Italien soll der Politik als Hilfestellung mit Blick auf den weiteren Handlungsbedarf zur Anpassung der Zinsschranke dienen.

Mit freundlichen Grüßen



Ernst Gröbl
Mitglied des Vorstands
KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft



Dr. Werner Schnappauf
Hauptgeschäftsführer
Bundesverband der Deutschen Industrie

Inhaltsverzeichnis

A. Vorwort	3
B. Einleitung	7
C. Deutschland	9
1. Die Regelung im Überblick	9
2. Inkrafttreten.....	10
3. Verhältnis zu anderen Vorschriften.....	10
4. Tatbestandsvoraussetzungen.....	10
a. Zinsen	10
b. Betrieb	11
c. Steuerliches EBITDA	12
5. Rechtsfolgen.....	12
a. Abzugsbegrenzung	12
b. Zinsvortrag.....	12
6. Ausnahmenvorschriften	13
a. Freigrenze	13
b. Konzernzugehörigkeit	14
c. Escape-Klausel	14
d. Rückausnahme: Gesellschafterfremdfinanzierung	15
7. Organschaft	16
8. Krisenverschärfende Wirkung der Zinsschranke.....	17
D. Internationaler Vergleich	19
I. USA.....	20
1. Die Regelung im Überblick	20
2. Inkrafttreten	20
3. Verhältnis zu anderen Vorschriften.....	20
4. Tatbestandsvoraussetzungen	20
a. Personenkreis	20
aa) Darlehensgewährung zwischen nahe stehenden Personen	20
bb) Back-to-Back-Sachverhalte.....	21
cc) Darlehensgewährung durch Dritte.....	21
b. Zinsaufwand	22
c. Angepasstes steuerpflichtiges Einkommen und überschüssiger Nettozinsaufwand.....	23
d. Verhältnis Fremdkapital zu Eigenkapital.....	23
5. Rechtsfolgen	23
6. Darlehensgewährung an gruppenangehörige Gesellschaften	24
a. Konsolidierte Unternehmensgruppe (consolidated affiliated group)	25
b. Nicht konsolidierte Unternehmensgruppe (non consolidated affiliated group)	25
7. Anwendung auf Personengesellschaften	26
8. Ausblick.....	26
II. Italien	27
1. Die Regelung im Überblick	27
2. Inkrafttreten	27
3. Verhältnis zu anderen Vorschriften.....	27
4. Tatbestandsvoraussetzungen	27
a. Personenkreis	27
b. Zinsaufwand/Zinsertrag	27
c. EBITDA.....	28

5. Rechtsfolgen	28
a. Nichtabzugsfähigkeit	28
b. Zinsvortrag.....	28
c. EBITDA-Vortrag.....	28
6. Ausnahmevorschriften	29
a. Steuerliche Konsolidierung	29
b. Banken, Versicherungen und sonstige Finanzunternehmen	30
c. Besonderheiten für Holdinggesellschaften	30
7. Anwendung auf Personengesellschaften	30
8. Ausblick.....	30
III. Frankreich.....	31
1. Die Regelung im Überblick	31
2. Inkrafttreten	31
3. Verhältnis zu anderen Vorschriften.....	31
a. Allgemeine Verrechnungspreisregelungen.....	31
b. Angemessenheit des Zinssatzes bei Gesellschafterdarlehen	31
4. Tatbestandsvoraussetzungen	32
a. Personenkreis	32
aa) Verbundene Gesellschaften.....	32
bb) Betriebsstätten	32
cc) Investmentfonds.....	32
b. Zinssatzkriterium	33
c. Grenzwerte für die Abzugsfähigkeit des Zinsaufwands	33
5. Rechtsfolgen	34
a. Nichtabzugsfähigkeit der Zinsen	34
b. Zinsvortrag.....	34
c. Anwendungsprobleme	34
6. Ausnahmevorschriften	35
a. Kreditinstitute und Leasinggesellschaften	35
b. Cash-Pool-Systeme.....	35
c. Escape-Klausel: Konzernverschuldungsquotient.....	35
d. Organschaft/Steuerliche Konsolidierung	36
aa) Französischer Organkreis	36
bb) Steuerliche Konsolidierung	36
7. Anwendung auf Personengesellschaften	36
IV. Niederlande.....	38
1. Die Regelung im Überblick	38
2. Inkrafttreten	38
3. Verhältnis zu anderen Vorschriften.....	38
4. Tatbestandsvoraussetzungen	39
a. Personenkreis	39
aa) Darlehensnehmer als Mitglied einer Unternehmensgruppe	39
bb) Nahe stehende Person als Darlehensgläubiger	39
cc) Fremde Dritte als Darlehensgläubiger	39
b. Zinsaufwand.....	40
c. Verhältnis Fremd- zu Eigenkapital	40
5. Rechtsfolgen	41
6. Anwendung des Safe Haven auf Gruppenebene	42
7. Anwendung auf Personengesellschaften	43
8. Ausblick.....	43

V. Schweden.....	44
1. Die Regelung im Überblick	44
2. Inkrafttreten	44
3. Verhältnis zu anderen Vorschriften.....	44
4. Tatbestandsvoraussetzungen	44
a. Personenkreis	44
b. Zinsaufwand	44
5. Rechtsfolgen	45
6. Ausnahmegesetze	45
a. 10 %-Regelung	45
b. Vorliegen von überwiegend wirtschaftlichen Gründen	45
7. Anwendung auf Personengesellschaften	45
8. Ausblick.....	45
E. Tabellarische Übersicht	46
F. Fazit und Handlungsempfehlungen.....	50
G. Schlusswort.....	54

B. Einleitung

Die Zinsschranke begrenzt den steuerlichen Abzug von unternehmerischen Finanzierungskosten. Aufgrund des gestiegenen Finanzierungsbedarfs vieler Unternehmen entfaltet sie in der derzeitigen Wirtschaftslage eine krisenverschärfende Wirkung und steht deshalb im Fokus der aktuellen steuerpolitischen Diskussion.

Die Zinsschranke wurde im Rahmen der Unternehmenssteuerreform 2008¹ eingeführt. Zwei Ziele wurden mit der Neuregelung verfolgt. Zum einen war beabsichtigt, die bis dato bestehende Regelung des § 8a KStG a. F. zur Gesellschafterfremdfinanzierung, die auch infolge ihrer Anpassung an europarechtliche Vorgaben zunehmend in die Kritik geraten war, vollständig zu ersetzen. Zum anderen wurde die Zinsschranke als Instrument der Missbrauchsvermeidung eingeführt. Sie soll zu einer Sicherung des Steuersubstrats führen, indem sie insbesondere verhindert, dass in Deutschland erwirtschaftete Erträge durch Zinszahlungen an Konzerngesellschaften ins Ausland transferiert werden. Unternehmen, die ohne konzerninterne Gestaltungen eine hohe Fremdfinanzierungsquote aufweisen, sollen hingegen nicht von der Zinsschranke erfasst werden.²

Bereits während des Gesetzgebungsverfahrens wurde nicht nur von Seiten der Wirtschaft kritisiert, dass die Zinsschranke in der gegenwärtigen Ausgestaltung eine solche Differenzierung nicht gewährleisten kann. Zwar wurde auch als Ergebnis der Erörterungen in der Vorauflage dieser Studie die Bemessungsgrundlage um Abschreibungen erhöht, d. h. vom (steuerlichen) EBIT zum (steuerlichen) EBITDA³ erweitert. Die grundsätzliche Zielgenauigkeit der Vorschrift besteht jedoch weiterhin. Dabei ist die überschießende Wirkung der Zinsschranke vor allem darauf zurückzuführen, dass nicht nur das Steueraufkommen der Vorgängerregelung in § 8a KStG a. F. gesichert, sondern darüber hinaus ein deutliches Mehraufkommen generiert werden soll. Zudem unterscheidet die Zinsschranke nicht mehr zwischen notwendigen externen Fremdfinanzierungen und konzerninternen Steuergestaltungen. Vielmehr wird der Abzug von Finanzierungszinsen für Gesellschafter- und Drittdarlehen (z. B.

gewöhnliche Bankfinanzierungen oder Unternehmensanleihen) gleichermaßen beschränkt.

Die Auswirkungen dieses »Webfehlers« werden in der aktuellen Wirtschaftskrise besonders deutlich. Gewinneinbrüche mindern den Umfang der Abzugsfähigkeit von Finanzierungsaufwendungen. Darüber hinaus erhöhen sich die Finanzierungskosten aufgrund von Risikoaufschlägen und einem gestiegenen Fremdfinanzierungsbedarf – ein Zangengriff, der die Unzulänglichkeiten der Zinsschranke in der Krise belegt und die ohnehin angespannte Liquiditätslage vieler Unternehmen belastet.⁴ Aktuelle Studien zeigen, dass bereits in konjunkturell guten Zeiten ein Vielfaches der im Gesetzgebungsverfahren schätzungsweise angegebenen 300 Unternehmen von der Zinsschranke betroffen ist.⁵

In der Kritik stehen insbesondere der mit nur 30 % des EBITDA zu niedrig angesetzte Zinsabzug sowie die fehlende Möglichkeit, einen ungenutzten EBITDA-Betrag in Folgejahre vorzutragen, um kurzfristige Ergebnisschwankungen auszugleichen. Ein weiteres erhebliches Manko ist die Wirkungslosigkeit der sog. Escape-Klausel. Unterschreitet die Eigenkapitalquote des Unternehmens die konzernübliche Eigenkapitalquote um nicht mehr als einen Prozentpunkt, greift die Escape-Klausel und die Zinsschranke kommt nicht zur Anwendung. Zahlreiche Unternehmen können diesen Eigenkapital-Escape

1 Vgl. Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.8.2007, BStBl. I 2007, S. 630.

2 Vgl. Fraktionsentwurf des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 vom 27.3.2007, BT-Drs. 16/4841, S. 31.

3 Vgl. dazu ausführlich Abschnitt C.4.c.

4 Die krisenverschärfende Wirkung der Zinsschranke wird nicht nur in der Fachpresse – vgl. WiWo vom 23.3.2009, S. 26, FTD vom 8.1.2009, S. 9, HB vom 7.4.2009, S. 4 sowie Focus vom 30.3.2009, S. 24 –, sondern auch in der Fachliteratur – vgl. Eilers, DStR 2009, S. 137 und Frischmuth, Ubg 2009, S. 264 – thematisiert.

5 Das von der Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft und der Münchener Kanzlei Peters, Schönberger & Partner erarbeitete Gutachten zeigt, dass von 70.000 untersuchten Unternehmen 1.454 Unternehmen von der Zinsschranke erfasst werden, vgl. vbw/PSP, Unternehmensteuerreform 2008: Zinsschranke und Hinzurechnung schaffen Überlast, Mai 2008, S. 4. Das Gutachten des DIW geht auf dieser Basis immerhin von 1.058 betroffenen Unternehmen aus, vgl. Bach/Buslei (DIW), Empirische Analysen zur Zinsschranke auf Grundlage von Handelsbilanzdaten, März 2009, S. 21. Blaufus/Lorenz prognostizieren, dass insgesamt bis zu 1.500 Unternehmen von der Zinsschranke betroffen sind, vgl. dieselben, Wem droht die Zinsschranke?, ZfB 2009, S. 503 (510).

allerdings wegen der mit einem Prozentpunkt zu gering gewählten Toleranzgrenze und wegen des Abzugs der Beteiligungsbuchwerte vom Eigenkapital nicht in Anspruch nehmen. Überdies ist auch die Restriktion der schädlichen Gesellschafterfremdfinanzierung, die den Escape ausschließt, zu streng bemessen.

Kleine Korrekturen – wie die temporäre Erhöhung der Freigrenze von 1 Mio. € auf 3 Mio. € für die Veranlagungszeiträume 2008 und 2009 im Rahmen des Bürgerentlastungsgesetzes Krankenversicherung⁶ – sind nicht ausreichend, um die Krisenverschärfung abzumildern. Viele Unternehmen trifft die Zinsabzugsbegrenzung weiterhin unvermindert. Es bedarf vielmehr struktureller Anpassungen, die auch der aktuellen Wirtschaftslage Rechnung tragen.

Nachfolgend wird die deutsche Zinsschranke den jeweiligen nationalen Regelungen zur Abzugsfähigkeit von Finanzierungsaufwendungen in den USA, Italien, Frankreich, den Niederlanden und Schweden gegenüber gestellt. Es erfolgt ein Vergleich der Anwendungsvoraussetzungen, Rechtsfolgen und Ausnahmeregelungen der Vorschriften. Hieraus sollen Rückschlüsse für die Diskussion über die erforderlichen steuerpolitischen Schritte bei der deutschen Zinsschranke gezogen werden.

6 Vgl. Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung, BGBl. I 2009, S. 1959 ff.

C. Deutschland

Die deutsche Zinsschranke begrenzt den steuerlichen Abzug des Nettozinsaufwands auf 30 % des steuerlichen EBITDA, sofern dieser die Freigrenze von 1 Mio. € (für Veranlagungszeiträume 2008 und 2009 von 3 Mio. €) übersteigt. Nichtabzugsfähige Beträge können in Folgejahre vorgetragen werden. Keine Anwendung findet die Zinsschranke, wenn der Betrieb nicht zu einem Konzern gehört oder nachgewiesen wird, dass die Eigenkapitalquote eines konzernzugehörigen Betriebs nicht um mehr als einen Prozentpunkt unter der des Konzerns liegt und gleichzeitig keine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung vorliegt.

1. Die Regelung im Überblick

Die Zinsschranke i. S. d. § 4h EStG gilt unabhängig von der Rechtsform für alle Steuerpflichtigen, die Gewinneinkünfte erzielen. Dabei ist irrelevant, ob die Zinsen an einen Gesellschafter oder an fremde Dritte (z. B. eine Bank) gezahlt werden.

Bei Anwendung der Zinsschranke können Zinsaufwendungen, welche die Zinserträge des Unternehmens übersteigen, nur noch in Höhe von 30 % des nach den steuerlichen Vorschriften ermittelten Gewinns vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen (sog. steuerliches EBITDA) als Betriebsausgaben berücksichtigt werden. Von der Zinsschranke ausgenommen sind folgende Fälle:

- Der Zinssaldo (Zinsaufwendungen abzüglich Zinserträge) beträgt weniger als 1 Mio. € (Freigrenze). Für die Veranlagungszeiträume 2008 und 2009 beträgt er weniger als 3 Mio. €.⁷
- Der Betrieb gehört nicht zu einem Konzern.
- Die Eigenkapitalquote des Betriebs unterschreitet die Eigenkapitalquote des Konzerns nicht um mehr als einen Prozentpunkt.

Es ergibt sich daraus folgende Prüfreihenfolge:
Übersteigen die Zinserträge eines Unternehmens dessen Zinsaufwand, so kann dieser vollständig von der steu-

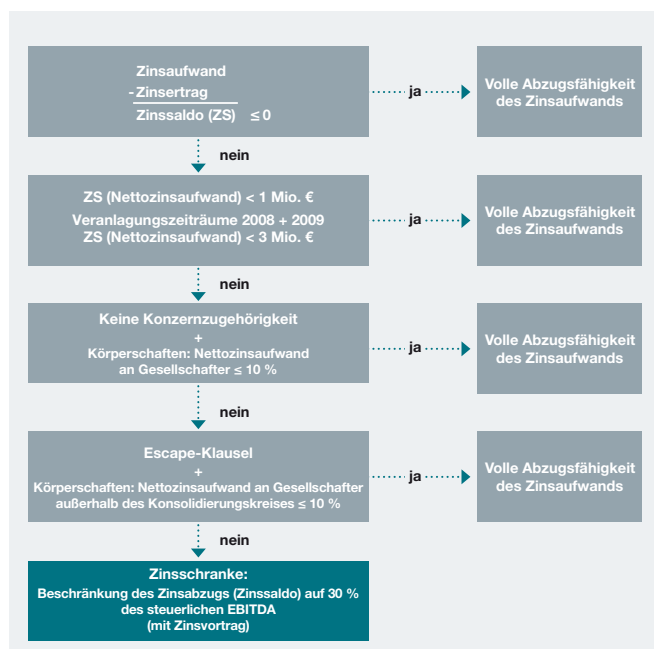
erlichen Bemessungsgrundlage abgezogen werden. Die Abzugsfähigkeit des gesamten Zinsaufwands ist ebenso gewährleistet, wenn der Zinssaldo (Nettozinsaufwand) weniger als 1 Mio. € (3 Mio. € in den Veranlagungszeiträumen 2008 und 2009) beträgt.

Sofern der Nettozinsaufwand die Freigrenze überschreitet, wird in einem nächsten Schritt geprüft, ob das Unternehmen einem Konzern angehört. Ist dies nicht der Fall, bleibt der Zinsaufwand ebenfalls vollständig abzugsfähig. Für Körperschaften gilt jedoch eine weitere Voraussetzung. Selbst wenn der Betrieb keinem Konzern angehört, muss zusätzlich nachgewiesen werden, dass keine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung vorliegt. Dazu dürfen Fremdkapitalzinsen, die an einen wesentlich Beteiligten, an eine diesem nahe stehende Person oder an einen (auf die Vorgenannten) rückgriffsberechtigten Dritten gezahlt werden, nicht mehr als 10 % des Nettozinsaufwands der Körperschaft ausmachen.

Gehört der Betrieb zu einem Konzern, kann er durch die sog. Escape-Klausel dem beschränkten Zinsabzug entgehen. Dazu ist für den Betrieb die Eigenkapitalquote zu ermitteln und anschließend mit der des Konzerns zu vergleichen. Ein vollständiger Zinsabzug ist möglich, wenn die Konzerneigenkapitalquote nicht um mehr als einen Prozentpunkt unterschritten wird. Zusätzliche Voraussetzungen bestehen auch hier für Körperschaften. Die Escape-Klausel kann von einer Körperschaft lediglich dann in Anspruch genommen werden, wenn Fremdkapitalzinsen, die an einen wesentlich Beteiligten, an eine diesem nahe stehende Person oder an einen (auf die Vorgenannten) rückgriffsberechtigten Dritten gezahlt werden, sowohl bei ihr als auch bei allen anderen Konzernunternehmen maximal 10 % des Nettozinsaufwands ausmachen. Zinszahlungen innerhalb des Konzerns sind von dieser Einschränkung allerdings ausgenommen, ebenso

⁷ Die Erhöhung der Freigrenze erfolgt rückwirkend ab der erstmaligen Anwendung der Zinsschranke, d. h. für Wirtschaftsjahre, die nach dem 25. Mai 2007 beginnen und nicht vor dem 1. Januar 2008 enden. Letztmalig ist die erhöhte Freigrenze für Wirtschaftsjahre anwendbar, die vor dem 1. Januar 2010 enden. Damit wird die Anhebung der Freigrenze grundsätzlich auf die Veranlagungszeiträume 2008 und 2009 beschränkt.

der Rückgriff auf ein Konzernunternehmen. Kurz: Ein voller Zinsabzug wird gewährt, wenn die Eigenkapitalquote des Betriebs maximal einen Prozentpunkt niedriger ist als die des Konzerns und Gesellschafterfremdfinanzierungszinsen nicht mehr als 10 % des Nettozinsaufwands ausmachen. Andernfalls besteht eine endgültige Beschränkung des Zinsabzugs auf 30 % des EBITDA. Die in einem Jahr nicht abzugsfähigen Zinsaufwendungen können unbeschränkt in Folgejahren vorgetragen werden.



2. Inkrafttreten

Die Zinsschranke wurde mit dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008 eingeführt. Sie ist erstmals für Wirtschaftsjahre anzuwenden, die nach dem 25. Mai 2007 beginnen und nicht vor dem 1. Januar 2008 enden.

3. Verhältnis zu anderen Vorschriften

Die Zinsschranke erfasst nur solche Zinsaufwendungen, die den maßgeblichen Gewinn bzw. das maßgebliche Einkommen gemindert haben.⁸ Zinsaufwendungen, die aufgrund anderer Vorschriften als nicht abziehbar qualifiziert werden,⁹ fallen daher nicht unter die Regelung.¹⁰ Insbesondere Zinsen, die als verdeckte Gewinnausschüttungen keine Einkommensminderung bewirken, unterliegen nicht der Zinsschranke.¹¹

Die Abzugsbeschränkung der Zinsschranke gilt grundsätzlich auch für die Gewerbesteuer.¹² Eine 25 %ige Hinzurechnung im Rahmen des § 8 Nr. 1 Buchst. a GewStG ist nur für den abzugsfähigen Zinsanteil vorzunehmen, da nur dieser bereits den Gewinn gemindert hat. Gelangen zunächst nicht abzugsfähige Zinsaufwendungen im Rahmen des Zinsvortrags in einem späteren Jahr zum Abzug, ist die gewerbesteuerliche Hinzurechnung zu diesem Zeitpunkt vorzunehmen.¹³

Beispiel 1

Aufgrund der Zinsschranke ist bei der M-AG im Wirtschaftsjahr 01 lediglich Zinsaufwand i. H. v. 1 Mio. € als Betriebsausgabe abzugsfähig. Es verbleibt ein nicht abzugsfähiger Anteil von 2 Mio. €, der im Rahmen des Zinsvortrags erst im darauf folgenden Wirtschaftsjahr geltend gemacht werden kann.

Im Wirtschaftsjahr 01 werden dem Gewerbeertrag 250.000 € hinzugerechnet; im Wirtschaftsjahr 02 sind es 500.000 €.

4. Tatbestandsvoraussetzungen

a. Zinsen

Bei der Zinsschranke werden Zinsaufwendungen und -erträge berücksichtigt, die aus der Überlassung von Fremdkapital bzw. aus Kapitalforderungen jeder Art resultieren und den maßgeblichen Gewinn gemindert bzw. erhöht

⁸ § 4h Abs. 3 Satz 2 EStG.

⁹ Dazu zählen auch nicht abziehbare Zinsaufwendungen i. S. d. § 3c Abs. 1 und 2 EStG, § 4 Abs. 4a EStG sowie § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 8a EStG.

¹⁰ Vgl. BMF-Schreiben vom 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl. I 2008, S. 718 (im Folgenden: BMF-Schreiben zur Zinsschranke), Tz. 18.

¹¹ § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG; siehe auch Beispiel 2, S. 11.

¹² § 7 Satz 1 GewStG.

¹³ Vgl. Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 vom 30.3.2007, BR-Drs. 220/07, S. 76.

haben.¹⁴ Dazu zählen Zinsen zu festen und variablen Zinssätzen, Gewinnbeteiligungen in Form von Vergütungen für partiarische Darlehen, typisch stille Beteiligungen, FK-Genussrechte und Gewinnschuldverschreibungen sowie Umsatzbeteiligungen.¹⁵ Zinsen nach §§ 233 ff. AO werden nicht erfasst.¹⁶ Auch Vergütungen aus der vorübergehenden Überlassung von Sachkapital stellen grundsätzlich keine Zinsen i. S. d. Vorschrift dar. Eine Ausnahme bilden Leasingverträge, bei denen das wirtschaftliche Eigentum am Leasinggegenstand auf den Leasingnehmer übergeht. Hier sind entsprechende Zinsanteile zu erfassen.¹⁷ Auf- und Abzinsung von Forderungen und Verbindlichkeiten werden grundsätzlich auch berücksichtigt.¹⁸ Dies gilt laut Auffassung der Finanzverwaltung jedoch nicht für Erträge aus der erstmaligen Bewertung von Verbindlichkeiten. Auch die vom Nennwert abweichende Bewertung von Kapitalforderungen mit dem Barwert soll nicht zu Zinsaufwendungen i. S. d. Zinsschranke führen.¹⁹ Zinsen, die als Sondervergütung eines Mitunternehmers gezahlt werden, sind weder als Zinsaufwendungen bei der Mitunternehmerschaft, noch als Zinserträge beim Mitunternehmer zu erfassen. Entsprechende Aufwendungen oder Erträge, die Sonderbetriebsausgaben oder -einnahmen sind, werden der Mitunternehmerschaft zugeordnet.²⁰

Beispiel 2

Bei der M-AG sind u. a. die folgenden Aufwendungen und Erträge angefallen:

Zinsaufwendungen für Bankdarlehen	5.000.000 €	+	5.000.000 €
Zinsen für emittierte Unternehmensanleihe	14.000.000 €	+	14.000.000 €
Nachzahlungszinsen nach § 233a AO	1.000.000 €		–
Zinserträge aus Darlehen an Konzerntochter	2.000.000 €	./.	2.000.000 €
Zinsaufwendungen aus Gesellschafterdarlehen	4.000.000 €	+	4.000.000 €
Hinzurechnung einer vGA aus überhöhter Zinszahlung	1.000.000 €		–
Fingierte Finanzierungsanteile aus der GewSt-Hinzurechnung von Mietzahlungen	500.000 €		–
			= 21.000.000 €

Die M-AG weist einen Nettozinsaufwand von 21 Mio. € auf.

b. Betrieb

Die Zinsschranke begrenzt den Abzug der Zinsaufwendungen eines Betriebs.²¹ Dem Betriebsbegriff kommt daher eine besondere Bedeutung zu. Ein Betrieb liegt vor, wenn Gewinneinkünfte erzielt werden.²² Ein Einzelunternehmer kann mehrere Betriebe haben.²³ Mangels Gewinneinkünften stellt eine vermögensverwaltende Personengesellschaft ohne gewerbliche Prägung keinen Betrieb dar.²⁴ Mitunternehmerschaften und Kapitalgesellschaften haben lediglich einen Betrieb i. S. d. Zinsschranke.²⁵ Zum Betrieb einer Mitunternehmerschaft zählt nicht nur das Gesamthandsvermögen, sondern auch das Sonderbetriebsvermögen der Gesellschafter.²⁶ Ein Organkreis wird in diesem Zusammenhang als ein Betrieb angesehen.²⁷ Bei einer Organgesellschaft findet die Zinsschranke daher keine Anwendung.

Betriebsstätten sind keine eigenständigen Betriebe.²⁸ Unbeantwortet lässt die Finanzverwaltung jedoch, inwieweit die Beiträge einer ausländischen Betriebsstätte (Zinsaufwendungen, Gewinn, Abschreibungen etc.) auf Ebene des inländischen Stammhauses zu berücksichtigen sind. Hierbei sollte darauf abgestellt werden, ob die Einkünfte der ausländischen Betriebsstätte im Inland der Steuerpflicht unterliegen. Inländische Betriebsstätten eines

14 § 4h Abs. 3 Satz 2 und 3 EStG.

15 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 15.

16 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 16.

17 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 25. Verbleibt das wirtschaftliche Eigentum hingegen beim Leasinggeber, ist nur beim Finanzierungsleasing von Immobilien eine Erfassung der Zinsanteile in den Leasingraten im Rahmen der Zinsschranke möglich. Vgl. hierzu BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 26.

18 § 4h Abs. 3 Satz 4 EStG.

19 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 27.

20 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 19.

21 § 4h Abs. 1 Satz 1 EStG.

22 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 2.

23 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 3.

24 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 5.

25 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 6 und 7.

26 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 6.

27 § 15 Satz 1 Nr. 3 S. 2 KStG. Vgl. auch BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 10.

28 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 9.

ausländischen Stammhauses sollten nicht von der Zinsschranke erfasst werden, da hier bereits die Grundsätze zum Dotationskapital von Betriebsstätten²⁹ Anwendung finden.³⁰

Beispiel 3

Der ABC-Konzern besteht aus der A-KG als Konzernmutter. Sie hält 100 %ige Beteiligungen an der B-GmbH und der C-GmbH. Die C-GmbH verfügt über eine weitere Produktionsstätte im Inland (Betriebsstätte). A-KG und B-GmbH bilden eine ertragsteuerliche Organschaft. Der Konzern besteht daher aus insgesamt 2 Betrieben (1. Organschaft aus A-KG und B-GmbH, 2. C-GmbH inkl. Betriebsstätte).

c. Steuerliches EBITDA

Bemessungsgrundlage der Zinsschranke ist das steuerliche EBITDA, d. h. der um Zinserträge verminderte und um Zinsaufwendungen sowie Abschreibungen i. S. d. § 6 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 2a sowie des § 7 EStG erhöhte steuerpflichtige Gewinn eines Unternehmens.³¹ Steuerfreie Gewinnanteile bleiben außer Ansatz. Auch Teilwertabschreibungen werden nicht wieder hinzugerechnet. Insofern unterscheidet sich das steuerliche EBITDA i. S. d. § 4h EStG vom EBITDA-Begriff im üblichen betriebswirtschaftlichen Sinn. Bei Körperschaften wird auf das Einkommen abgestellt.³²

Beispiel 4

Die M-AG erzielt einen Steuerbilanzgewinn von 10 Mio. €. Darin enthalten sind planmäßige Abschreibungen auf Sachanlagen in Höhe von 30 Mio. €, steuerfrei erhaltene Dividenden in Höhe von 3 Mio. €, nicht abzugsfähige Betriebsausgaben in Höhe von 1 Mio. €, Zinsaufwand in Höhe von 20 Mio. € und Zinserträge in Höhe von 1 Mio. €.

Steuerbilanzgewinn	10 Mio. €
./. Steuerfreie Dividenden	./. 3 Mio. €
+ nicht abzugsfähige Betriebsausgaben	+ 1 Mio. €
= maßgebliches Einkommen i. S. d. Zinsschranke	= 8 Mio. €
./. Zinserträge	./. 1 Mio. €
+ Zinsaufwendungen	+ 20 Mio. €
+ Abschreibungen auf Sachanlagen	+ 30 Mio. €
= Steuerliches EBITDA	= 57 Mio. €

Zinsaufwendungen, Zinserträge, Abschreibungen und Anteile am maßgeblichen Gewinn, die in das steuerliche EBITDA einer Mitunternehmerschaft einfließen, werden aufgrund der betriebsbezogenen Betrachtung der Zinsschranke beim Mitunternehmer nicht noch einmal berücksichtigt.

5. Rechtsfolgen

a. Abzugsbegrenzung

Bei Anwendung der Zinsschranke wird der Abzug des Nettozinsaufwands eines Betriebs auf 30 % des steuerlichen EBITDAs reduziert.³³

Beispiel 5

(Fortführung Beispiel 4)

Das steuerliche EBITDA der M-AG beträgt 57 Mio. €. Es sind Zinsaufwendungen in Höhe von 20 Mio. € und Zinserträge in Höhe von 1 Mio. € angefallen.

Der Nettozinsaufwand beläuft sich auf 19 Mio. € (= 20 Mio. €. / ./. 1 Mio.). Davon sind 17,1 Mio. € steuerlich abzugsfähig (= 57 Mio. * 30 %). Insgesamt betragen die abzugsfähigen Zinsaufwendungen 18,1 Mio. € (= 1 Mio. + 17,1 Mio.). 1,9 Mio. € verbleiben als nichtabzugsfähiger Teil (= 20 Mio. €. / ./. 18,1 Mio.)

b. Zinsvortrag

Zinsaufwendungen, die aufgrund der Zinsschranke in einem Wirtschaftsjahr nicht abgezogen werden dürfen, können im Rahmen eines Zinsvortrags unbegrenzt in Folgeperioden vorgetragen werden.³⁴ Dort führen sie zu einer Erhöhung des Nettozinsaufwands, wodurch die Freigrenze überschritten werden kann. Im Rahmen der EBITDA-Ermittlung findet der Zinsvortrag keine Berück-

29 Vgl. BMF-Schreiben vom 24.12.1999 (Betriebsstättenerlass), BStBl. I 1999, S. 1076, Tz. 2.5.1.

30 Vgl. Dörfler, Ubg 2008, S. 693 (694).

31 § 4h Abs. 1 Satz 1 EStG.

32 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 41.

33 § 4h Abs. 1 Satz 1 EStG.

34 § 4h Abs. 1 Satz 2 EStG.

sichtigung.³⁵ Ein Rücktrag nicht abzugsfähiger Zinsaufwendungen ist nicht möglich.

Der Zinsvortrag wird gesondert festgestellt. Eine spätere Nutzung des Zinsvortrags wird jedoch nur möglich sein, wenn zukünftig erheblich höhere Gewinne erzielt werden und bzw. oder erheblich weniger Zinsaufwendungen vorliegen. Anderenfalls droht die Nichtabzugsfähigkeit definitiv zu werden.

Darüber hinaus geht ein nicht verbrauchter Zinsvortrag bei Aufgabe oder Übertragung des Betriebs vollständig unter.³⁶ Für das Ausscheiden eines Mitunternehmers ist ein anteiliger Untergang des Zinsvortrags in Höhe der Beteiligungsquote des Ausscheidenden vorgesehen.³⁷ Dadurch kann ein Zinsvortrag verloren gehen, der eigentlich auf das Sonderbetriebsvermögen eines anderen Mitunternehmers zurückzuführen ist.³⁸ Ebenso soll die Aufgabe oder Übertragung eines Teilbetriebs zu einem anteiligen Untergang des Zinsvortrags führen.³⁹ Schwierigkeiten bereitet dabei die verursachungsgerechte Zuordnung des Zinsvortrags.⁴⁰ Als Aufgabe eines Teilbetriebs wird auch das Ausscheiden einer Organgesellschaft aus dem Organkreis angesehen.⁴¹ Ein vororganschaftlich entstandener Zinsvortrag einer Organgesellschaft kann zudem während der Organschaft nicht genutzt werden.⁴²

Bei Körperschaften führt die Anwendung des § 8c KStG, d. h. die Übertragung von mehr als 25 % der Gesellschaftsanteile, nicht nur zu einem (anteiligen) Untergang der Verlustvorträge, sondern auch der Zinsvorträge.⁴³ In Umwandlungsfällen wird der Zinsvortrag ebenfalls wie der Verlustvortrag behandelt.

Durch eine Ergänzung im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2009 ist § 8c KStG darüber hinaus auch auf den Zinsvortrag einer Gesellschaft anzuwenden, soweit an dieser unmittelbar oder mittelbar eine Körperschaft als Mitunternehmer beteiligt ist.⁴⁴ Damit soll verhindert werden, dass vor dem Erwerb einer Beteiligung an einer Körperschaft der verlustverursachende Betrieb auf eine Tochter-Personenge-

sellschaft ausgegliedert wird, um den Untergang von Zinsvortrag und gewerbesteuerlichem Verlustvortrag durch den Anteilseignerwechsel an der Körperschaft zu vermeiden.

Beispiel 6

Das steuerliche EBITDA der M-AG beläuft sich auf -2 Mio. €. Der Nettozinsaufwand beträgt 3 Mio. €. Fände die Zinsschranke keine Anwendung, entstünde ein Verlustvortrag von 5 Mio. €.

Durch die Anwendung der Zinsschranke beträgt der Verlustvortrag 2 Mio. €. Der Zinsvortrag beläuft sich auf 3 Mio. €. Im Vergleich zum Verlustvortrag ist der Zinsvortrag i. d. R. sehr viel schwerer nutzbar. Während ein Verlustvortrag in einer Gewinnsituation stets (in Höhe von 60 % der Einkünfte nach Überschreiten der 1 Mio. €-Grenze) verrechenbar ist, kann ein Zinsvortrag nur nach Berücksichtigung des laufenden Zinsaufwands ausgeglichen werden.

6. Ausnahmegesetze

a. Freigrenze

Die Zinsschranke greift grundsätzlich nicht, wenn der als Differenz aus Zinsaufwendungen und -erträgen verbleibende Nettozinsaufwand weniger als 1 Mio. € beträgt.⁴⁵ Im Rahmen des Bürgerentlastungsgesetzes Krankenversicherung wurde die Freigrenze für die Veranlagungszeiträume 2008 und 2009 auf 3 Mio. € erhöht. Die zeitlich befristete Erhöhung der Freigrenze soll der Entlastung und der Stärkung von mittelständischen Unternehmen dienen. Sie soll sicherstellen, dass die Zinsschranke bei diesen Unternehmen auch während der Konjunkturkrise nicht zur Nichtabziehbarkeit von Zinsaufwendungen führt.⁴⁶

Da es sich um eine Freigrenze (und nicht um einen Freibetrag) handelt, führt auch ein nur knappes Überschreiten zur Anwendung der Zinsschranke auf den gesamten Nettozinsaufwand, soweit kein anderer Ausnahmetatbestand erfüllt ist. Es sind daher erhebliche Belastungssprünge möglich. Für einen Organkreis wird die Freigrenze nur einmal gewährt. Der Belastungsunterschied bei einem Zinssaldo in Höhe von 2.999.999 € und 3 Mio. € kann für die Veranlagungszeiträume 2008 und 2009 ca. 900.000 € betragen.

Beispiel 7

Die M-AG hält im gesamten Wirtschaftsjahr 2008 100 %ige Beteiligungen an der T1-GmbH sowie der

35 § 4h Abs. 1 Satz 3 EStG. Vgl. auch BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 46.

36 § 4h Abs. 5 Satz 1 EStG.

37 § 4h Abs. 5 Satz 2 EStG.

38 Vgl. auch Hierstetter, DB 2009, S. 79 (80) und Dörfler, Ubg S. 693 (700).

39 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 47. In der Fachliteratur wird vielfach darauf hingewiesen, dass diese Interpretation der Finanzverwaltung nicht vom Gesetzestext gedeckt sei, vgl. z. B. Hierstetter, DB 2009, S. 79 (80), Dörfler, Ubg S. 693 (700), Göbel/Eilinghoff/Kim, DStZ 2008, S. 630 (636) und Hölzer/Nießner, FR 2008, S. 845 (847).

40 Vgl. auch Dörfler, Ubg 2008, S. 693 (700).

41 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 47. Kritisch dazu vgl. Beußer, FR 2009, S. 49 (54).

42 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 48.

43 § 8a Abs. 1 Satz 3 KStG.

44 § 4h Abs. 5 Satz 3 EStG.

45 § 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst. a EStG.

46 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zu dem Gesetzentwurf Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung vom 17.6.2009, BT-Drs. 16/13429, S. 68.

T2-GmbH. Der Nettozinsaufwand der M-AG beträgt 2.970.000 €, der T1-GmbH 3.100.000 € und der T2-GmbH 300.000 €.

Die M-AG und die T2-GmbH, nicht aber die T1-GmbH können die Freigrenze in Anspruch nehmen.

Bilden die M-AG und die T2-GmbH eine körperschaftsteuerliche Organschaft, kann die Freigrenze nicht beansprucht werden, da dann der kumulierte Nettozinsaufwand mit 3.270.000 € zu hoch ausfällt.

b. Konzernzugehörigkeit

Die Zinsschranke findet grundsätzlich auch dann keine Anwendung, wenn ein Betrieb nicht zu einem Konzern gehört.⁴⁷ Bei der Bestimmung der Konzernzugehörigkeit wird ein erweiterter Konzernbegriff zugrunde gelegt.⁴⁸ Konzernzugehörigkeit ist gegeben, wenn der Betrieb nach den einschlägigen Rechnungslegungsstandards (vorrangig IFRS) in einen Konzernabschluss einzubeziehen ist oder einbezogen werden könnte.⁴⁹ Wird daher ein Unternehmen aus Wesentlichkeitsgründen nicht in den Konzernabschluss einbezogen, ist trotzdem von einer Konzernzugehörigkeit auszugehen.⁵⁰ Darüber hinaus liegt ein Konzern vor, wenn die Finanz- oder Geschäftspolitik des in Frage stehenden Betriebs mit einem oder mehreren anderen Betrieben einheitlich bestimmt werden kann.⁵¹ Dementsprechend kann auch dann ein Konzern bestehen, wenn eine natürliche Person Beteiligungen an mehreren beherrschten Kapitalgesellschaften in ihrem Privatvermögen hält (sog. Gleichordnungskonzern).⁵² Durch einen Einzelunternehmer mit mehreren Betrieben wird allerdings kein Konzern begründet.

Unternehmen, die lediglich anteilmäßig in einen Konzernabschluss einbezogen werden, sog. Gemeinschaftsunternehmen, gehören nicht zu einem Konzern i. S. d. Zinsschranke.⁵³ Dies gilt ebenso für assoziierte Unternehmen. Entspricht der Konzern einem Organkreis, liegt ebenfalls kein zinsschrankenrelevanter Konzern vor, da nur ein Betrieb besteht.⁵⁴

Aus zeitlicher Sicht wird die Konzernzugehörigkeit nach den Verhältnissen am vorangegangenen Abschlussstichtag beurteilt.⁵⁵ Im Fall der unterjährigen Veräußerung einer Konzerngesellschaft, die zum Schluss des Geschäftsjahres nicht mehr in einen Konzern einbezogen wird, ist

für Zwecke der Zinsschranke daher immer noch von einer Konzernzugehörigkeit auszugehen.⁵⁶

Beispiel 8

Die M-AG befindet sich im Streubesitz. Sie veräußert zum 1. Juni 2009 ihre 100 %ige Beteiligung an der T-AG. Das Wirtschaftsjahr entspricht dem Kalenderjahr. Andere Gesellschaftsanteile besitzt die M-AG nicht. Da zum vorangegangenen Stichtag, dem 31. Dezember 2008, sowohl die M-AG als auch die T-AG noch Bestandteil eines Konzerns waren, findet grundsätzlich die Zinsschranke für beide Gesellschaften auch im Wirtschaftsjahr 2009 noch Anwendung.

Das Abstellen auf den vorangegangenen Abschlussstichtag eröffnet jedoch auch für den umgekehrten Fall eines Erwerbs entsprechenden Spielraum.

Beispiel 9

Die M-AG befindet sich im Streubesitz. Sie erwirbt zum 1. Juni 2009 eine 100 %ige Beteiligung an der T-AG. Das Wirtschaftsjahr entspricht dem Kalenderjahr. Andere Gesellschaftsanteile besitzt die M-AG nicht. Da zum vorangegangenen Stichtag, dem 31. Dezember 2008, noch keine Beteiligung bestand und die M-AG nicht Teil eines Konzerns ist, findet die Zinsschranke für die M-AG auch im Wirtschaftsjahr 2009 grundsätzlich keine Anwendung.

c. Escape-Klausel

Die Zinsschranke greift grundsätzlich auch dann nicht, wenn ein Betrieb zwar einem Konzern angehört, aber die Eigenkapitalquote des Konzerns um nicht mehr als einen Prozentpunkt unterschritten wird.⁵⁷ Die Eigenkapitalquote bildet das Verhältnis des Eigenkapitals zur Bilanzsumme ab.⁵⁸ Zu Vergleichszwecken müssen Konzern- und Einzelabschluss nach einheitlichen Rechnungslegungsstandards aufgestellt worden sein. Dabei wird wiederum vorrangig auf die IFRS abgestellt.⁵⁹ Liegen keine einheitlichen Abschlüsse vor, ist eine Anpassung mithilfe einer Überleitungsrechnung vorzunehmen.⁶⁰

Bei der Ermittlung der Eigenkapitalquote eines konzernzugehörigen Unternehmens kommt nach Auffassung der Finanzverwaltung die sog. Scheibentheorie⁶¹ zum Tragen,

47 § 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst. b EStG.

48 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 59.

49 § 4h Abs. 3 Satz 5 EStG.

50 Vgl. Dörfler, Ubg 2008, S. 693 (701).

51 § 4h Abs. 3 Satz 6 EStG.

52 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 60.

53 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 61.

54 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 65.

55 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 68.

56 Kritisch dazu vgl. Köhler/Hahne, DStR 2008, S. 1505 (1514). Dörfler gibt in diesem Zusammenhang zu Bedenken, dass insbesondere die für den Eigenkapitalvergleich nötigen Informationen nicht mehr vom Veräußerer zu erhalten seien, vgl. derselbe, Ubg 2008, S. 693 (703).

57 § 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst. c EStG.

58 § 4h Abs. 2 Satz 3 EStG.

59 § 4h Abs. 2 Satz 8 EStG.

60 Vgl. dazu ausführlich Henrichs, DStR 2007, 1926.

61 Vgl. Lüdenbach/Hofmann, DStR 2007, S. 636 (639); Küting/Weber/Reuter, DStR 2008, S. 1602 (1605); Dörfler, Ubg 2008, S. 693 (704).

wonach die Vermögensgegenstände und Schulden im Einzelabschluss mit den Werten anzusetzen sind, mit denen sie im Konzernabschluss ausgewiesen werden.⁶² Indes spricht der Gesetzeswortlaut eigentlich eher für die Erstellung eines originären Einzelabschlusses. Die Scheibentheorie kann sich bei konzerninternen Übertragungen negativ auf die Eigenkapitalquote des Betriebs auswirken, wenn die übertragenen Vermögensgegenstände im Einzelabschluss mit den (niedrigeren) Konzernbilanzwerten anzusetzen sind und diesen aufgrund aufgedeckter stiller Reserven höhere Kaufpreisverbindlichkeiten gegenüber stehen.⁶³

Um die Mehrfachnutzung von Eigenkapital innerhalb einer Beteiligungskette zu verhindern,⁶⁴ ist bei der Eigenkapitalermittlung des Betriebs u. a. die Kürzung der Beteiligungsbuchwerte in- und ausländischer Konzerngesellschaften vorgesehen.⁶⁵ Diese Vorschrift führt insbesondere für Holdinggesellschaften zu einer erheblichen Verringerung des Eigenkapitals. Der ohnedies sehr eng bemessene Toleranzbereich von einem Prozentpunkt wird mit der Folge eines eingeschränkten Zinsabzugs regelmäßig überschritten. Ausländische Konzerne, die im Inland Investitionen von größerem Ausmaß tätigen, bündeln üblicherweise ihre inländischen Konzerngesellschaften in einer inländischen (Teil)Konzern-Holding. Die Finanzierung der inländischen Konzerngesellschaften erfolgt dabei über die inländische Holdinggesellschaft, deren Vermögen im Wesentlichen aus Beteiligungen besteht.⁶⁶

Obwohl eine umfassende Lösung dieser Problematik weiterhin aussteht, konnte im Gesetzgebungsverfahren zum Unternehmensteuerreformgesetz zumindest eine Erleichterung erreicht werden. Die Kürzung der Bilanzsumme um konzernintern weitergereichtes Fremdkapital⁶⁷ soll gewährleisten, dass Fremdkapital des Betriebs, das einem anderen Konzernunternehmen als Darlehen zur Verfügung gestellt wird, nicht die Eigenkapitalquote des Betriebs belastet.⁶⁸

Beispiel 10

Die M-AG hält als Holdinggesellschaft sämtliche Beteiligungen des Konzerns. Ihr Vermögen besteht weitgehend aus diesen Beteiligungen. Sie sind im Wesentlichen fremdfinanziert. Die Eigenkapitalquote des Konzerns beläuft sich auf 23 %.

M-AG			
Anlagevermögen	1.000	Eigenkapital	300
<i>davon Beteiligungen</i>	<i>900</i>	Fremdkapital	900
Umlaufvermögen	200		
Bilanzsumme	1.200	Bilanzsumme	1.200

Die unangepasste Eigenkapitalquote der M-AG beläuft sich auf 25 % (300/1.200). Damit wäre die Eigenkapitalquote des Konzerns überschritten. Der Escape würde eigentlich gelingen. Im Rahmen der Zinsschranke ist jedoch das Eigenkapital der M-AG um die Anteile an anderen Konzerngesellschaften zu kürzen. Dadurch entsteht ein negatives Eigenkapital. Die Escape-Klausel kann nicht in Anspruch genommen werden.

d. Rückausnahme: Gesellschafterfremdfinanzierung

Die Gesellschafterfremdfinanzierung i. S. d. ebenfalls durch die Unternehmensteuerreform 2008 neugefassten § 8a KStG ist für die Zinsschranke in zweierlei Hinsicht von Bedeutung:

- Die Zinsschranke findet bei Körperschaften trotz fehlender Konzernzugehörigkeit Anwendung (Rückausnahme I), wenn mehr als 10 % des Nettozinsaufwands einer Körperschaft auf einer Gesellschafterfremdfinanzierung beruhen.⁶⁹ Davon ist bei Zinszahlungen an Anteilseigner auszugehen, die zu mehr als 25 % mittel- oder unmittelbar an der Körperschaft beteiligt sind. Gleiches gilt für Zinszahlungen an Personen, die solchen Anteilseignern nahe stehen oder für Zinszahlungen an (auf die Vorgenannten) rückgriffsberechtigte Dritte. Dabei wird jede faktische Rückgriffsmöglichkeit berücksichtigt.⁷⁰ Insbesondere werden auch sog. Back-to-Back-Finanzierungen erfasst, bei denen eine Bank als Dritter ein Darlehen an die Gesellschaft gewährt und der Anteilseigner der Gesellschaft eine korrespondierende Einlage bei der Bank unterhält. Die Abtretung der Einlageforderung an die Bank soll keine Voraussetzung sein.

Beispiel 11

An der AB-GmbH sind die natürlichen Personen A und B zu jeweils 50 % beteiligt. Für eine Investition nimmt die AB-GmbH ein Bankdarlehen auf. Als Sicherheit verlangt die Bank von den Gesellschaftern A und B ein Pfandrecht an den Anteilen an der AB-GmbH. Andere Zinsaufwendungen sind bei der AB-GmbH nicht angefallen. Auch Zinserträge liegen nicht vor.

62 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 73.

63 Vgl. Dörfler, Ubg 2008, S. 693 (704).

64 Ausführlich dazu vgl. Möhlenbrock, Ubg 2007, S. 1 (10).

65 § 4h Abs. 2 Satz 5 EStG.

66 Kritisch dazu vgl. Rödder/Stangl, DB 2007, S. 479 (484), Eilers, FR 2007, S. 733 (735) und Welling, FR 2007, S. 735 (738).

67 § 4h Abs. 2 Satz 6 EStG.

68 Vgl. Fraktionsentwurf des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 vom 27.3.2007, BT-Drs. 16/4841, S. 49.

69 § 8a Abs. 2 KStG.

70 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 83.

Die AB-GmbH gehört nicht zu einem Konzern. Allerdings gelten die Gesellschafter A und B als wesentliche Anteilseigner, da sie zu mehr als 25 % beteiligt sind. Das Pfandrecht der Bank wird von der Finanzverwaltung als faktische Rückgriffsmöglichkeit auf die wesentlich beteiligten Anteilseigner interpretiert.⁷¹ Es liegt eine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung i. S. d. Zinsschranke vor, da mehr als 10 %, nämlich 100 %, des Nettozinsaufwands betroffen sind.

- Darüber hinaus greift die Zinsschranke bei konzernzugehörigen Körperschaften auch ohne Rücksicht auf die Höhe der Eigenkapitalquote (Rückausnahme II), wenn ihr eigener Nettozinsaufwand oder der einer anderen Konzerngesellschaft zu mehr als 10 % aus den o. g. Gesellschafterfremdfinanzierungen resultieren.⁷² Dabei sind jedoch nur Zinszahlungen an konzernfremde Personen schädlich – die Verbindlichkeit muss im konsolidierten Konzernabschluss ausgewiesen sein.⁷³ Die Berücksichtigung aller in- und ausländischen Konzerngesellschaften bei der Prüfung der Gesellschafterfremdfinanzierungen führt vielfach, insbesondere bei heterogenen internationalen Konzernen, zu einer faktischen Nichtanwendbarkeit der Escape-Klausel. Gleichwohl wird ein erheblicher Verwaltungsaufwand generiert.⁷⁴

Beispiel 12

Die M-AG (Konzern-Eigenkapitalquote 25 %) hält eine 100 %ige Beteiligung an der T-AG (Eigenkapitalquote 30 %). Die T-AG refinanziert sich ausschließlich über die Finanzierungsgesellschaft FG in den Niederlanden, an der sie 30 % der Anteile hält.

Die Voraussetzungen für den Eigenkapital-Escape sind zunächst erfüllt, da die Eigenkapitalquote der T-AG über der entsprechenden Konzernquote liegt. Aufgrund einer schädlichen Gesellschafterfremdfinanzierung der T-AG kann die Escape-Klausel allerdings nicht in Anspruch genommen werden:

- Die Verbindlichkeit der T-AG gegenüber FG ist im konsolidierten Abschluss ausgewiesen.
- Die M-AG ist wesentliche Anteilseignerin der T-AG. Mittelbar ist sie auch an der FG wesentlich beteiligt. Die M-AG ist deshalb eine nahe stehende Person der FG.

- Der Nettozinsaufwand der T-AG entfällt zu 100 % (> 10 %) auf das Darlehen der FG.

Übersteigt daher der Nettozinsaufwand der T-AG die Freigrenze, wird der Zinsabzug der T-AG durch die Zinsschranke begrenzt.

7. Organschaft

Die Zinsschranke ist lediglich auf Ebene des Organträgers anzuwenden.⁷⁵ Deshalb sind im zugerechneten Einkommen der Organgesellschaft befindliche Zinsaufwendungen oder Zinserträge beim Organträger zu berücksichtigen. Im Falle der Organschaft bestimmt sich das steuerliche EBITDA des Organkreises aus den Gewinnen, Abschreibungen, Zinsaufwendungen und Zinserträgen des Organträgers und der Organgesellschaften.⁷⁶ Die Freigrenze findet nur beim Organträger Anwendung.⁷⁷ Da Organträger und Organgesellschaft als ein Betrieb gelten, werden Finanzierungen innerhalb einer Organschaft nicht von der Zinsschranke erfasst. Entspricht darüber hinaus der Konzern einem Organkreis, liegt kein Konzern i. S. d. Zinsschranke vor, so dass auch Zinsen für Drittdarlehen grundsätzlich keiner Abzugsbeschränkung unterliegen.⁷⁸

Wie bereits beschrieben ist eine Nutzung vororganschaftlicher Zinsvorträge einer Organgesellschaft während des Bestehens der Organschaft nicht möglich.⁷⁹ Während der Organschaft entstehende Zinsvorträge sind dem Organträger zuzurechnen. Das Ausscheiden einer Organgesellschaft aus dem Organkreis stellt die Finanzverwaltung der Aufgabe eines Teilbetriebs gleich. Damit verbunden ist der anteilige Untergang des Zinsvortrags.⁸⁰ Diese Rechtsfolge ist zu kritisieren. Zum einen fehlt es an einer entsprechenden Regelung. Zum anderen sind die dem Zinsvortrag vergleichbaren körperschaftsteuerlichen und gewerbsteuerlichen Verluste dem Organträger zuzuordnen und bleiben bei Beendigung der Organschaft unberührt. Zudem werden aus Sicht der Zinsschranke durch Beendigung der Organschaft lediglich aus einem Betrieb wieder zwei Betriebe. Dies ist mit einer Ausgliederung i. S. des § 20 UmwStG vergleichbar, bei der ein Zinsvortrag nicht untergeht, sondern nach § 20 Abs. 9 UmwStG beim Einbringenden verbleibt und nicht auf den Übernehmenden übergeht.⁸¹

71 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 83.

72 § 8a Abs. 3 Satz 1 KStG.

73 § 8a Abs. 3 Satz 2 KStG.

74 Vgl. auch Schmidt/Loschelder, EStG, 2008, § 4h Tz. 20.

75 § 15 Satz 1 Nr. 3 KStG.

76 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 45.

77 Vgl. auch Abschnitt C.6.a.

78 Die Zinsschranke findet nur dann Anwendung, wenn eine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung i. S. d. § 8a Abs. 2 KStG vorliegt (Rückausnahme I). Vgl. auch Abschnitt C.6.d.

79 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 47 sowie bereits Abschnitt C.5.b.

80 Vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke, Tz. 48 sowie bereits Abschnitt C.5.b.

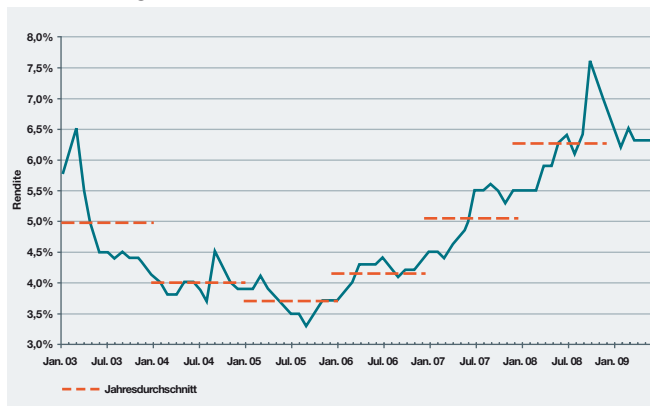
81 Vgl. Dörfler, Ubg 2008, S. 693 (700).

8. Krisenverschärfende Wirkung der Zinsschranke

In der aktuellen Wirtschaftskrise wird die Zinsschranke zur Belastungsprobe für viele Unternehmen, denn die Regelung lässt keinen Puffer für Konjunkturschwankungen. Die drastischen Gewinneinbrüche vieler Unternehmen vergrößern derzeit die Angriffsfläche der Zinsschranke um ein Vielfaches. Allein die Chemische Industrie musste im 1. Quartal 2009 einen Umsatzrückgang von 17 % gegenüber dem Vorjahr verzeichnen. Für die Elektrotechnik- und Elektronikindustrie beläuft sich das Umsatzminus auf 25 %. Die Automobilindustrie ist sogar mit einem Umsatzeinbruch von 45 % konfrontiert.

Gleichzeitig haben sich die Finanzierungsaufwendungen aufgrund von Risikoaufschlägen und einem gestiegenen Fremdfinanzierungsbedarf erheblich erhöht. Speziell im Vergleich zum Finanzierungsniveau des Jahres 2007, in dem die Einführung der Zinsschranke Gegenstand der politischen Diskussion war, ist beispielsweise eine deutliche Erhöhung der Verzinsung von Unternehmensanleihen um 200 bis 300 Basispunkte zu verzeichnen.

Entwicklung der Renditen für Unternehmensanleihen



Quelle: Deutsche Bundesbank



Dieses trotz der jüngsten EZB-Leitzinssenkungen⁸² gestiegene Niveau wird sowohl aus der Durchschnittsbetrachtung der Bundesbank über alle Unternehmen als auch aus der beispielhaften Darstellung einzelner Unternehmensdaten (bei unverändertem Rating) deutlich.

	Ausgabezeitpunkt	Kupon	Enthaltener Risikoaufschlag
BASF	04.12.2008	6,000 %	265 BP
	26.09.2007	5,000 %	52 BP
Daimler	08.12.2008	9,000 %	600 BP
	23.05.2008	5,000 %	65 BP
E.ON	19.01.2009	5,500 %	205 BP
	02.10.2007	5,125 %	60 BP
VW	15.01.2009	6,875 %	375 BP
	18.10.2007	4,875 %	47 BP

Die durch die Zinsschranke verminderte steuerliche Abzugsfähigkeit der gestiegenen Finanzierungsaufwendungen verschärft Liquiditätsengpässe und lässt Finanzierungskosten erneut ansteigen. Dieser Kreislauf beschleunigt nicht nur den Eintritt eines Unternehmens in die Krise; er verzögert auch den Prozess der Krisenbewältigung.

Zwar resultieren in einem Verlustjahr trotz der Hinzurechnung nicht abzugsfähiger Zinsaufwendungen vielfach keine unmittelbaren zusätzlichen Steuerbelastungen aus der Zinsschranke. Die Wirkung der Zinsschranke zeigt sich jedoch in den ersten Folgeperioden des Aufschwungs umso deutlicher. Schließlich laufen im Verlustfall die nicht abziehbaren Zinsen vollständig in den Zinsvortrag und nicht in den »allgemeinen Verlustvortrag«. In den Folgejahren wird den Unternehmen ein vollständiger Zinsabzug geschweige denn eine Verrechnung des Zinsvortrags kaum gelingen. Vielmehr wird das Unternehmen in der Phase eines erhöhten Liquiditätsbedarfs, um die durch den Verlust angestiegene Verschuldung abzubauen sowie Vorräte und Investitionen zu finanzieren, mit einem überproportionalen Steueraufwand belastet. Eine aktuelle Studie zeigt, dass nur etwa 17 % der untersuchten Unternehmen den Zinsvortrag innerhalb der nächsten drei Jahre teilweise oder ganz nutzen können.⁸³

Im Gegensatz dazu verkennt leider das Gutachten des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung diese peri-

82 Seit dem 8.10.2008 hat die EZB den Leitzins in sieben Schritten von 3,75 % auf derzeit 1,0 % gesenkt. 2007 lag der EZB-Leitzins noch bei 4,0 %.

83 Vgl. Blaufus/Lorenz, Wem droht die Zinsschranke?, ZfB 2009, S. 503 (519).

odenübergreifenden Zusammenhänge, indem es lediglich die Verlustperiode betrachtet, in der durch die Zinsschranke vielfach gerade keine unmittelbaren Zusatzbelastungen ausgelöst werden.⁸⁴ Darüber hinaus kann auch die unveränderte Berücksichtigung der Zinsaufwendungen auf dem Niveau des Jahres 2006 nicht überzeugen, so dass gerade in der Krise von einer erhöhten Anzahl betroffener Unternehmen auszugehen ist.

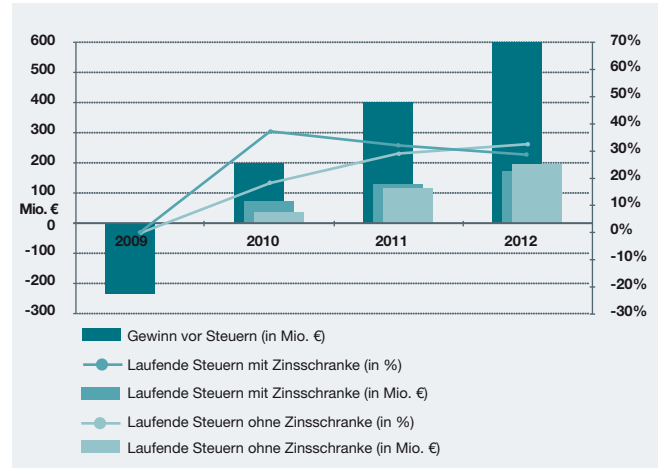
Beispiel 13

Die M-AG weist in den Wirtschaftsjahren 2009 bis 2012 die folgenden Kennzahlen auf (in Mio. €):

	2009	2010	2011	2012
Gewinn vor Steuern	-230	200	400	600
Nettozinsaufwand	400	400	400	400
Abschreibungen	600	600	600	600

Durch die Anwendung der Zinsschranke ergibt sich in der Summe eine steuerliche Mehrbelastung von 29 Mio. €. Sofern kein Anteilseignerwechsel i. S. d. § 8c KStG den bestehenden Zinsvortrag untergehen lässt, kann diese Mehrbelastung unter der weiteren Voraussetzung hinreichender Gewinne zwar im Zeitablauf durch den Abbau

Wirkung der Zinsschranke in der Krise



des Zinsvortrags kompensiert werden. Der drastische Liquiditätsentzug belastet das Unternehmen jedoch in der wichtigen Phase des Turnarounds, in der ein erhöhter Liquiditätsbedarf zum Abbau der Verschuldung und zur Finanzierung von Vorräten und Investitionen besteht. Im Wirtschaftsjahr 2010 erhöht sich die Steuerbelastung durch die Zinsschranke um 38 Mio. €.

Laufende Steuern mit Zinsschranke (in Mio. €)				
	2009	2010	2011	2012
Körperschaftsteuer				
Steuerliches EBITDA	770	1.200	1.400	1.600
30 % des steuerlichen EBITDA	231	360	420	480
Nichtabzugsfähiger Zinsanteil	169	40	0	0
Bemessungsgrundlage KSt	-61	240	400	600
abzgl. Verlustvortrag	-61	179	400	600
abzgl. Zinsvortrag	-61	179	380	520
Körperschaftsteuer inkl. SolZ	0	28	60	82
Zinsvortrag	169	209	189	109
Verlustvortrag	61	0	0	0
Gewerbsteuer				
Bemessungsgrundlage der Hinzurechnung	231	360	420	480
Hinzurechnung gem. § 8 Nr. 1a GewStG	58	90	105	120
Gewerbeertrag	-3	330	485	640
abzgl. Verlustvortrag	-3	327	485	640
Gewerbsteuer	0	46	68	90
Verlustvortrag	3	0	0	0
Gesamt	0	74	128	172
Zinsvortrag	169	209	189	109
Verlustvortrag	61	0	0	0
Nettoertrag	230	200	400	600

84 Vgl. Bach/Buslei (DIW), Empirische Analysen zur Zinsschranke auf Grundlage von Handelsbilanzdaten, März 2009.

D. Internationaler Vergleich

Abzugsbegrenzungen von Fremdfinanzierungsaufwendungen existieren auch in anderen Ländern. Insoweit ist die Zinsschranke kein Sonderweg des deutschen Steuerrechts. Im Vergleich erscheinen die strengen Maßstäbe der deutschen Regelung jedoch überbordend. Während die deutsche Zinsschranke sowohl Fälle mit Auslands- als auch mit Inlandsbezug erfasst, erstreckt sich die amerikanische *Thin-Capitalization-Rule* ausschließlich auf Vergütungen an Empfänger, die in den USA nicht steuerpflichtig sind, also praktisch allein auf Auslandsfälle. Frankreich, Italien und die Niederlande haben eine der Zinsschranke vergleichbare Vorschrift eingeführt. Die Zinsabzugsbeschränkung in Schweden ist dagegen wesentlich enger gefasst als die in den anderen Ländern eingeführten *Thin-Capitalization-Rules* bzw. Zinsschrankenregelungen. Ob die Regelungen dieser Länder Implikationen für Deutschland haben können, soll im Folgenden untersucht werden.

I. USA

Die US-amerikanischen *Earnings Stripping Rules* beschränken Gesellschafterfremdfinanzierungen aus dem Ausland. Der Zinsabzug wird verwehrt, wenn der Nettozinsaufwand der Gesellschaft 50 % des angepassten steuerpflichtigen Einkommens übersteigt und zusätzlich der *Safe Haven* von 1,5:1 überschritten wird.

1. Die Regelung im Überblick

Seit 1989 bestehen in den USA Regelungen, die eine übermäßige Fremdfinanzierung von in den USA ansässigen Gesellschaften durch im Ausland ansässige nahe stehende Personen verhindern. Unterliegen die gezahlten Zinsen nicht der Steuerpflicht in den USA, ist ihre Abzugsfähigkeit davon abhängig, dass das Verhältnis von Fremdkapital zu Eigenkapital auf der Ebene der Zins zahlenden Gesellschaft höchstens 1,5:1 beträgt und die Nettozinsaufwendungen insgesamt einen Betrag von 50 % des (um bestimmte Bestandteile korrigierten) steuerpflichtigen Einkommens der Gesellschaft nicht übersteigen.

Gehört die in den USA ansässige Gesellschaft einer Unternehmensgruppe an (*affiliated group*), wird überprüft, ob diese Merkmale auf Ebene der Unternehmensgruppe erfüllt sind. Nicht abzugsfähige Zinsbeträge können unbegrenzt vorgetragen und in künftigen Jahren genutzt werden.

2. Inkrafttreten

Die gegenwärtige Regelung der *Earnings Stripping Rules* in § 163(j) des Internal Revenue Code (IRC) wurde durch den Omnibus Budget Reconciliation Act im Jahr 1989 eingeführt und im Jahr 1993 u. a. auf Darlehensgewährungen durch Dritte mit Rückgriffsberechtigung ausgedehnt.

Durch die Begrenzung des Abzugs von Zinsaufwendungen einer in den USA ansässigen Kapitalgesellschaft an eine ausländische nahe stehende Person wollte der US-Kongress eine übermäßige Erosion des US-amerikanischen Steueraufkommens verhindern. Zudem sollten durch Finanzierungsgestaltungen erlangte Steuervorteile ausländischer Konzerne gegenüber inländischen Unternehmen eingeschränkt werden. Des Weiteren wurde darauf verwiesen, dass andere Industriestaaten bereits entsprechende Regelungen eingeführt hätten.⁸⁵

3. Verhältnis zu anderen Vorschriften

Vor der Anwendung der *Earnings Stripping Rules* muss geprüft werden, ob Fremd- oder Eigenkapital vorliegt. Ist ein Darlehen in Eigenkapital umzuqualifizieren, stellen die hierauf gezahlten Vergütungen Dividenden dar, die nicht abziehbar sind. Die Abgrenzungskriterien für Eigen- und Fremdkapital sind im Wesentlichen in IRC § 385(b) aufgelistet. Danach ist u. a. maßgebend, ob eine angemessene, feste Verzinsung vereinbart wurde und welche Rangstellung die Finanzierung im Verhältnis zu anderen Gläubigern einnimmt. Daneben haben die Gerichte in zahlreichen Entscheidungen weitere Abgrenzungskriterien herausgearbeitet.

Des Weiteren müssen die allgemeinen Voraussetzungen für einen Zinsabzug gegeben sein. Sonderregelungen bestehen für ausländische Kapitalgesellschaften.⁸⁶ Bei Zinszahlungen zwischen nahe stehenden Personen ist außerdem Voraussetzung, dass die Zinsen nicht nur entstanden (*accrued*) sind, sondern auch tatsächlich gezahlt werden.⁸⁷

4. Tatbestandsvoraussetzungen

a. Personenkreis

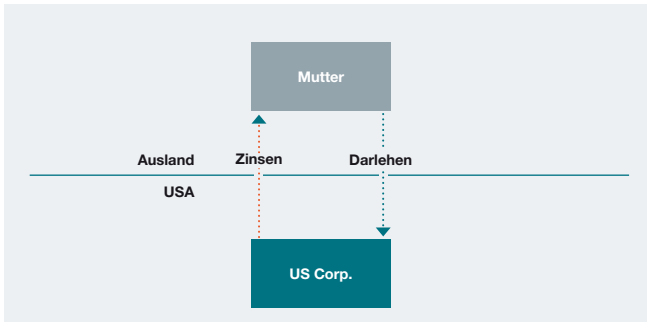
aa) Darlehensgewährung zwischen nahe stehenden Personen

Die *Earnings Stripping Rules* finden in erster Linie Anwendung, wenn Zinsen von einer in den USA ansässigen Kapitalgesellschaft an eine außerhalb der USA ansässige nahe stehende Person gezahlt werden und die Zinsen bei dieser nicht im Zusammenhang (*effectively connected*) mit einer Geschäftstätigkeit in den USA stehen, d. h. nicht der Besteuerung in den USA unterliegen.⁸⁸

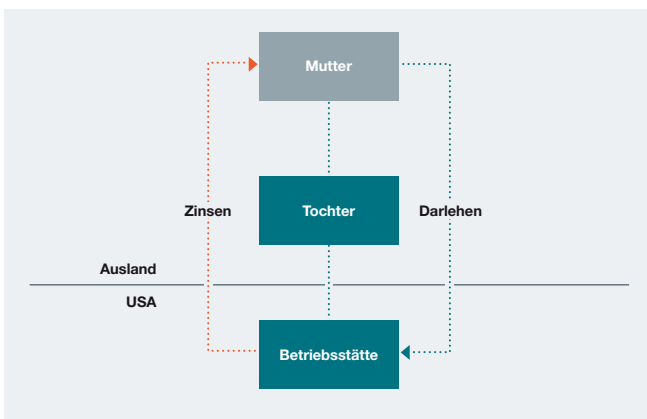
⁸⁶ Treasury Regulation (Reg.) § 1.882-5.

⁸⁷ IRC § 267(a)(3).

⁸⁸ Vgl. IRC § 163(j)(3)(A) i. V. m. § 882 – «...taxable income which is effectively connected with the conduct of a trade or business within the United States.»



Ist eine ausländische Kapitalgesellschaft – z. B. durch eine in den USA belegene Betriebsstätte – in den USA beschränkt steuerpflichtig, unterliegen die zu Lasten des US-amerikanischen Steueraufkommens gezahlten Zinsen ebenfalls den *Earnings Stripping Rules*.⁸⁹ Dabei sind die Sonderregelungen zum Dotationskapital zu beachten.⁹⁰



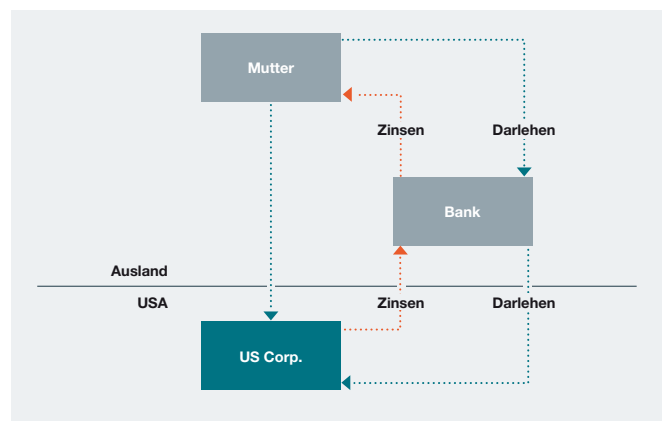
Die Vorschriften der IRC § 267(b) und § 707(b) (1) regeln, wann eine Person als nahe stehend gilt. Nahe stehende Personen sind demnach u. a.

- (1) natürliche Personen, die einen Anteil von mehr als 50 % an der Gesellschaft (unmittelbar oder durch Zurechnung des Anteilsbesitzes von Familienangehörigen oder anderen Personen) halten,
- (2) Kapitalgesellschaften derselben Unternehmensgruppe, die in einer Mutter-Tochter-Beziehung oder in einer Schwesterbeziehung zueinander stehen und die auf jeder Ebene durch eine Beteiligungsquote von über 50 % verbunden sind oder

- (3) Personengesellschaften, die einen Anteil von mehr als 50 % an der Kapitalgesellschaft halten oder die zu einem Anteil von mehr als 50 % von der Kapitalgesellschaft gehalten werden (entweder unmittelbar oder durch Zurechnung des Anteilsbesitzes von anderen Personen).

bb) Back-to-Back-Sachverhalte

Der Zinsabzug wird unabhängig davon versagt, ob die Zinsen unmittelbar oder mittelbar (*directly or indirectly*) an die nahe stehende Person gezahlt werden.⁹¹ Die *Earnings Stripping Rules* erfassen damit grundsätzlich auch sog. Back-to-Back-Konstellationen, in denen das Fremdkapital von der nahe stehenden Person einem unabhängigen Dritten (z. B. einer Bank) überlassen wird, der das Fremdkapital aufgrund eines zusätzlichen Darlehensvertrages an die Kapitalgesellschaft weiterreicht.⁹² Die nahe stehende Person ist in diesen Fällen die eigentliche Zinsempfängerin, da die Zinsen durch den Dritten »hindurch geleitet« werden. Indizien für eine Back-to-Back-Finanzierung sind z. B. die mangelnde wirtschaftliche Kontrolle des Dritten über die empfangenen Zinszahlungen oder fehlende wirtschaftliche Gründe für die Zwischenschaltung des Dritten.⁹³



cc) Darlehensgewährung durch Dritte

Seit dem Revenue Reconciliation Act aus dem Jahr 1993 fallen unter bestimmten Voraussetzungen auch Darlehensgewährungen durch Dritte unter die *Earnings Stripping Rules*. Zinsen auf ein von einem Dritten an eine in den USA ansässige Kapitalgesellschaft gewährtes Darlehen, das durch eine nahe stehende, außerhalb den USA ansäs-

⁸⁹ Vgl. Prop. Reg. § 1.163(j)-8.

⁹⁰ Reg. § 1.882-5.

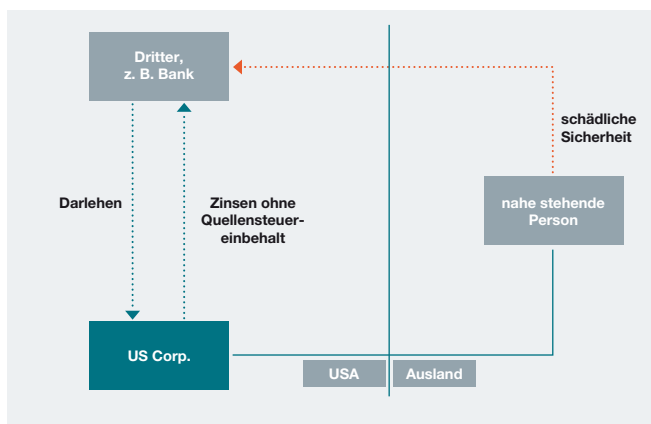
⁹¹ IRC § 163(j)(3)(A). Vgl. auch Prop. Reg. § 163(j) – 1(f).

⁹² Vgl. Bittker/Lokken, Fundamentals of International Taxation, Tz. 66-65.

⁹³ Vgl. Preamble Prop. Reg. § 1.163(j) – 9 mit Verweis auf Rev. Rul. 84-152, 1984-2 C.B. 381, Rev. Rul. 84-153, 1984-2 C.B. 383, und Rev. Rul. 87-89, 1989-2 C.B. 195.

sige Person besichert ist,⁹⁴ dürfen danach nicht abgezogen werden, wenn

- eine sog. schädliche Sicherheit (*disqualified guarantee*) zwischen dem Dritten und einer im Ausland ansässigen nahe stehenden Person vorliegt und
- keine Quellensteuer⁹⁵ (*gross basis tax*) auf die an den Dritten gezahlten Zinsen erhoben wird.⁹⁶



Als eine schädliche Sicherheit (*disqualified guarantee*) gilt eine Vereinbarung, nach der eine Person unmittelbar, mittelbar oder auf andere Art und Weise bedingt oder unbedingt die Gewähr für die Begleichung der Verbindlichkeit einer anderen Person übernimmt.⁹⁷ Die US-Finanzverwaltung hat die Möglichkeit, diese Definition durch weitere Kriterien (*regulations*) zu modifizieren.⁹⁸

Obwohl der Wortlaut der Regelung darauf hindeutet, dass nur Sicherheiten, die einen rechtlichen Anspruch verbürgen, einbezogen werden sollen, ergibt sich aus der Gesetzgebungshistorie eine weite Auslegung der Vorschrift. Sie soll jede Form der Kreditunterstützung (*any form of credit support*) durch eine nahe stehende Gesellschaft erfassen, insbesondere die Verpflichtung zur Leistung einer Kapitaleinlage zugunsten des Schuldners oder die Verpflichtung, für die Erhaltung seiner finanziellen Leistungs-

fähigkeit einzustehen. Einbezogen werden sollen auch durch eine Patronatserklärung (*comfort letter*) begründete Verpflichtungen, unabhängig davon, ob hierdurch eine wirksame rechtliche Verpflichtung begründet wird.⁹⁹

Dabei ist irrelevant, ob der Dritte als Zinsempfänger mit den Zinserträgen in den USA steuerpflichtig ist. Die Regelung versagt somit auch dann den Zinsabzug beim Darlehensempfänger, wenn die Zinserträge beim Empfänger in den USA der Besteuerung unterliegen, insbesondere wenn die Zinsen an eine in den USA ansässige Bank gezahlt werden.¹⁰⁰

Der Zinsabzug bleibt jedoch möglich, wenn die Zinsen bei einer hypothetischen unmittelbaren Zahlung an die nahe stehende ausländische Person bei dieser der Veranlagung in den USA unterlegen hätten.¹⁰¹

Der Zinsabzug auf Drittdarlehen wird des Weiteren nicht versagt, wenn die US-Gesellschaft einen beherrschenden Anteil an dem Garantiegeber hält (sog. *upstream-Sicherheiten*). Als beherrschender Anteil (*controlling interest*) wird ein Anteil von mindestens 80 % des Kapitals oder der Stimmrechte an einer Kapitalgesellschaft oder ein Anteil von mindestens 80 % am Ergebnis und am Kapital einer sonstigen Gesellschaft verstanden.¹⁰² Insofern sind Zinsen auf Drittdarlehen stets abzugsfähig, wenn sie von einer 100 %-igen Tochtergesellschaft des Darlehensnehmers besichert werden.

b. Zinsaufwand

Voraussetzung für die Anwendung der *Earnings Stripping Rules* ist, dass zu Lasten des US-amerikanischen Steueraufkommens Zinsen an eine nahe stehende Gesellschaft gezahlt werden und die Zinserträge in den USA nicht der Besteuerung unterliegen.¹⁰³ Im Fall von Zinszahlungen an Dritte werden eine schädliche Sicherheit und eine fehlende Quellenbesteuerung vorausgesetzt.

Zinsen gelten als in den USA besteuert, wenn sie dort entweder im Rahmen einer Nettobesteuerung erfasst werden oder mit US-Quellensteuer belastet werden.

Die Versagung des Zinsabzugs kommt daher in Betracht, wenn Zinsen an eine im Ausland ansässige nahe stehende Person gezahlt werden und der Zinsempfänger in den USA eine (volle oder teilweise) Entlastung von der Quellensteuer nach dem jeweils anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) geltend machen kann. Umgekehrt wird der volle Zinsabzug gewährt, wenn die Zinszahlungen an die ausländische nahe stehende Person

94 Der Fall der Sicherheitsgewährung durch eine steuerbefreite Person (IRC § 163(j)(6)(D)(i)(I)) bleibt im Folgenden außer Betracht.

95 Zu bestimmen nach IRC § 871(a)(1) oder § 881(a).

96 IRC § 163(j)(3)(B), § 163(j)(6)(D)(i)(II).

97 IRC § 163(j)(6)(D)(iii): «[...] any arrangement under which a person (directly or indirectly through an entity or otherwise) assures, on a conditional or unconditional basis, the payment of another person's obligation under the indebtedness.»

98 Vgl. IRC § 163(j)(6)(D)(iii): «Except as otherwise provided in the regulations, the term »guarantee« includes [...]»

99 Vgl. 1993 House Report No. 103-11, 103d Congress, 1st Sess. 249.

100 Vgl. Bittker/Lokken, Fundamentals of International Taxation, Tz. 66-67.

101 IRC § 163(j)(6)(D)(ii)(I).

102 Vgl. Bittker/Lokken, Fundamentals of International Taxation, Tz. 66-68.

103 IRC § 163(j)(3)(A).

der vollen US-Quellensteuer von 30 % unterliegen. Macht der Empfänger eine Ermäßigung der Quellensteuer nach dem jeweils anwendbaren DBA geltend, wird der Teil der Zinszahlung als steuerfrei angesehen, der dem Verhältnis der Quellensteuerreduktion zum Quellensteuersatz nach nationalem US-Steuerrecht entspricht.¹⁰⁴

Ob an eine steuerlich transparente Gesellschaft (z. B. Personengesellschaft) gezahlte Vergütungen als in den USA der Besteuerung unterliegend zu behandeln sind, ist auf Ebene des jeweiligen Gesellschafters zu entscheiden.¹⁰⁵

c. Angepasstes steuerpflichtiges Einkommen und überschüssiger Nettozinsaufwand

Der Zinsabzug wird für die dargestellten Arten der Gesellschafterfremdfinanzierung versagt, wenn – neben der Überschreitung des Fremdkapital-/Eigenkapitalverhältnisses (s. u.) – der Nettozinsaufwand (*net interest expense*) eines Jahres 50 % des angepassten steuerpflichtigen Einkommens (*adjusted taxable income*) überschreitet.

$$\begin{aligned} & \text{net interest expense} \\ & \text{./. 50 \% adjusted taxable income} \\ & = \text{excess interest expense} \end{aligned}$$

Unter dem Nettozinsaufwand wird der gesamte Zinsaufwand eines Steuerjahres abzüglich aller Zinserträge dieses Steuerjahres verstanden.¹⁰⁶

Das angepasste steuerpflichtige Einkommen bezeichnet das steuerpflichtige Einkommen eines Steuerjahres vor Abzug u. a. des Nettozinsaufwands, der Verlustvorträge¹⁰⁷ und Abschreibungen.¹⁰⁸ Im Ergebnis wird damit das maßgebliche Einkommen einer Cash-Flow-Größe angenähert:

$$\begin{aligned} & \text{taxable income} \\ & + \text{net interest expense} \\ & + \text{net operating loss deduction} \\ & + \text{depreciation, amortization, depletion} \\ & = \text{adjusted taxable income} \end{aligned}$$

d. Verhältnis Fremdkapital zu Eigenkapital

Liegt überschüssiger Nettozinsaufwand (*excess interest expense*) vor, tritt die Zinsabzugsbeschränkung nur ein, wenn zusätzlich das Verhältnis von Fremd- zu Eigenkapital auf der Ebene der Zins zahlenden Gesellschaft 1,5:1 übersteigt. Das Fremdkapital wird durch die bei der Gesellschaft bestehenden Verbindlichkeiten, das Ei-

genkapital durch den Betrag bestimmt, um den die Vermögenswerte der Gesellschaft die Verbindlichkeiten übersteigen.¹⁰⁹ Die Vermögenswerte der Gesellschaft werden mit ihren fortgeführten steuerlichen Buchwerten am Ende des Steuerjahres berücksichtigt.¹¹⁰ Kurzfristige Verbindlichkeiten (bis zu 90 Tagen) und Verbindlichkeiten zur Finanzierung von Warenbeständen werden nicht erfasst,¹¹¹ allerdings erfolgt auch eine Kürzung der entsprechenden Vermögenswerte.¹¹² Zudem ist das Eigenkapital um die Buchwerte der Beteiligungen an verbundenen Unternehmen zu kürzen.¹¹³

5. Rechtsfolgen

Zinszahlungen an nahe stehende Personen oder an rückgriffgesicherte Dritte sind nicht abzugsfähig, wenn

- der Nettozinsaufwand der Gesellschaft (*net interest expense*) 50 % des angepassten steuerpflichtigen Einkommens (*adjusted taxable income*) überschreitet und
- das Verhältnis von Fremdkapital zu Eigenkapital (*safe haven of debt to equity*) der Gesellschaft 1,5:1 übersteigt.

Übersteigt der Betrag von 50 % des angepassten steuerpflichtigen Einkommens eines Steuerjahres die Nettozinsaufwendungen für das Fremdkapital (*excess limitation*), so kann dieser Überschuss als bislang ungenutztes Abzugspotenzial auf die drei nachfolgenden Steuerjahre vorgetragen werden (*excess limitation carry forward*).¹¹⁴

$$\begin{aligned} & 50 \% \text{ adjusted taxable income} \\ & \text{./. net interest expense} \\ & = \text{excess limitation carry forward} \end{aligned}$$

Nicht abzugsfähig sind die an die nahe stehende Person gezahlten Zinsen, die in den USA nicht der Besteuerung unterliegen, maximal aber der überschüssige Nettozinsaufwand (*excess interest expense*).¹¹⁵ Es erfolgt keine Umqualifizierung des nicht abzugsfähigen Zinsaufwands in eine verdeckte Gewinnausschüttung. Die nicht abzugsfähigen Zinsen können unbeschränkt vorgetragen und in künftigen Jahren genutzt werden.

104 IRC § 163(j)(5)(B). Vgl. auch Prop. Reg. § 1.163(j) – 4(b).

105 IRC § 163(j)(5)(A). Vgl. auch Abschnitt D.1.7.

106 IRC § 163(j)(6)(B).

107 I. S. d. IRC § 172.

108 IRC § 163(j)(6)(A).

109 IRC § 163(j)(2)(C).

110 IRC § 163(j)(2)(C)(i).

111 Vgl. Prop. Reg. § 1.163(j) – 3(b)(2).

112 Vgl. Prop. Reg. § 1.163(j) – 3(c)(3).

113 Vgl. Prop. Reg. § 1.163(j) – 3(c)(2) i. V. m. Prop. Reg. § 1.163(j) – 5(a)(2) and (3) and IRC § 1504(a).

114 IRC § 163(j)(2)(B)(ii), (iii).

115 IRC § 163(j)(1)(A).

Beispiel 1

Eine Gesellschaft hat jährliche Zinsaufwendungen gegenüber Gesellschaftern und Dritten in Höhe von \$ 150 Mio. Hiervon entfallen \$ 75 Mio. auf Verbindlichkeiten gegenüber nahe stehenden Personen, die nicht der Besteuerung in den USA unterliegen. Gleichzeitig erzielt sie aus eigenem Vermögen jährliche Zinserträge in Höhe von \$ 30 Mio. Das Einkommen der Gesellschaft beträgt \$ 50 Mio. Hierin sind außer den Zinsaufwendungen und -erträgen Abschreibungen in Höhe von \$ 20 Mio. enthalten. Der Nettozinsaufwand (*net interest expense*) berechnet sich wie folgt (Angaben in \$):

Zinsaufwand	150 Mio.
./. Zinsertrag	30 Mio.
= Nettozinsaufwand	120 Mio.

Das angepasste steuerpflichtige Einkommen (*adjusted taxable income*) ermittelt sich folgendermaßen:

Einkommen	50 Mio.
+ Nettozinsaufwand	120 Mio.
+ Abschreibungen	20 Mio.
= Angepasstes steuerpflichtiges Einkommen	190 Mio.

Der überschüssige Nettozinsaufwand ergibt sich schließlich wie folgt:

Nettozinsaufwand	120 Mio.
./. 50 % des angepassten steuerpflichtigen Einkommens	95 Mio.
= Überschüssiger Nettozinsaufwand	25 Mio.

Die an nahe stehende Personen geleisteten Zinsen (\$ 75 Mio.) sind in Höhe des überschüssigen Nettozinsaufwands (\$ 25 Mio.) unter der Annahme, dass der *Safe Haven* von 1,5:1 überschritten ist, nicht abzugsfähig. In Höhe von \$ 50 Mio. sind die Zinsen abzugsfähig. Die an Dritte gezahlten Zinsen sind in voller Höhe abzugsfähig, da es sich annahmegemäß nicht um schädlich besicherte Darlehen handelt.¹¹⁶

Beispiel 2

Sachverhalt wie vorstehend. Im Vorjahr hatte die Gesellschaft ein Einkommen von \$ 200 Mio. Alle übrigen Sachverhaltsangaben gelten auch für das Vorjahr. Das angepasste steuerpflichtige Einkommen (*adjusted taxable income*) des Vorjahres berechnet sich wie folgt (Angaben in \$):

Einkommen	200 Mio.
+ Nettozinsaufwand	120 Mio.
+ Abschreibungen	20 Mio.
= Angepasstes steuerpflichtiges Einkommen	340 Mio.

Die Zinsen waren im Vorjahr vollständig abzugsfähig, da die Nettozinsaufwendungen (\$ 120 Mio.) nicht mehr als 50 % des angepassten steuerpflichtigen Einkommens (\$ 170 Mio.) betragen.

Das nicht ausgeschöpfte Zinsabzugspotenzial ergibt sich folgendermaßen:

Nettozinsaufwand	120 Mio.
./. 50 % des angepassten steuerpflichtigen Einkommens	170 Mio.
= Nicht ausgeschöpftes Zinsabzugspotenzial	50 Mio.

Dieses im Vorjahr nicht ausgeschöpfte Zinsabzugspotenzial kann in das laufende Steuerjahr vorgetragen werden (insgesamt bis zu drei Jahre). Der überschüssige Nettozinsaufwand im laufenden Jahr (Beispiel 1) ermittelt sich daher wie folgt:

Überschüssiger Nettozinsaufwand	25 Mio.
./. Vorgetragenes nicht ausgenutztes Zinsabzugspotenzial	50 Mio.
= Verbleibender überschüssiger Nettozinsaufwand	0 Mio.

Sämtliche Zinsaufwendungen sind daher im laufenden Jahr abziehbar. Das verbleibende nicht ausgeschöpfte Zinsabzugspotenzial von \$ 25 Mio. kann weiter vorgetragen werden.

6. Darlehensgewährung an gruppenangehörige Gesellschaften

Gehört die in den USA ansässige darlehensempfangende Gesellschaft zu einer Unternehmensgruppe (*affiliated group*), kommt es für die Bestimmung der maßgeblichen

¹¹⁶ IRC § 163(j)(3) i. V. m. 163(j)(1)(A).

Kenngrößen nicht auf die darlehensempfangende Gesellschaft, sondern auf die in den USA ansässige Unternehmensgruppe insgesamt an.¹¹⁷ Die Einzelheiten hängen maßgeblich davon ab, ob die Unternehmensgruppe eine konsolidierte Steuererklärung (*consolidated tax return*) abgibt.

Eine Unternehmensgruppe liegt vor, wenn mindestens 80 % der Stimmrechte oder des Kapitals einer Kapitalgesellschaft mittelbar oder unmittelbar von einer anderen Kapitalgesellschaft gehalten werden. Ist dies der Fall, stellt die erstgenannte Gesellschaft eine einer Unternehmensgruppe angehörige Gesellschaft dar, die die andere Gesellschaft und die mit ihr verbundenen Gesellschaften einschließt.¹¹⁸ Eine Unternehmensgruppe liegt damit insbesondere dann vor, wenn zwei in den USA ansässige Gesellschaften durch dieselbe Muttergesellschaft gehalten werden.¹¹⁹

a. Konsolidierte Unternehmensgruppe (*consolidated affiliated group*)

Das Verhältnis von Fremdkapital zu Eigenkapital einer konsolidierten Unternehmensgruppe wird durch die Zusammenfassung der einzelnen Wirtschaftsgüter und Schulden jedes Gruppenmitglieds auf den letzten Tag des Wirtschaftsjahres, für das eine konsolidierte Steuererklärung abzugeben ist, bestimmt.¹²⁰ Grundsätzlich sind hierbei gemäß den Grundsätzen der Konsolidierung Forderungen und Verbindlichkeiten zwischen den US-Gruppengesellschaften gegeneinander aufzurechnen und insofern nicht im Fremdkapital-/Eigenkapital-Verhältnis zu berücksichtigen.

Die für den Zinsabzug maßgeblichen Berechnungen sind auf konsolidierter Basis durchzuführen.¹²¹ Hierzu ist das konsolidierte angepasste steuerpflichtige Einkommen der Unternehmensgruppe (*consolidated group's adjusted taxable income*) nach den einschlägigen Regeln zu ermitteln. Nicht der Besteuerung in den USA unterliegende Vergütungen sind alle Zinsen, die an eine mit einer Gesellschaft der Unternehmensgruppe nahe stehende Gesellschaft gezahlt werden, unabhängig davon, welche Gesellschaft die jeweilige Vergütung gezahlt hat.¹²² Der überschüssige Zinsaufwand (*disallowed interest expense carry forward*) wird auf konsolidierter Basis vorgetra-

gen.¹²³ Scheidet eine Gesellschaft aus der Unternehmensgruppe aus, so wird ihr der Anteil des konsolidierten Nettozinsaufwandes der Unternehmensgruppe zugeordnet, der dem Verhältnis des gesamten Nettozinsaufwandes der Gesellschaft während der Zeit der Gruppenzugehörigkeit zu dem gesamten Nettozinsaufwand aller Gruppengesellschaften entspricht.¹²⁴ Das nicht ausgeschöpfte Abzugspotenzial (*excess limitation carry forward*) wird ebenfalls auf konsolidierter Basis vorgetragen.¹²⁵ Beim Ausscheiden einer Gesellschaft aus der Unternehmensgruppe wird das nicht ausgeschöpfte Zinsabzugspotenzial nicht anteilig der ausgeschiedenen Gesellschaft zugeordnet, sondern verbleibt in voller Höhe bei der Unternehmensgruppe.

b. Nicht konsolidierte Unternehmensgruppe (*non consolidated affiliated group*)

Im Fall einer nicht konsolidierten Unternehmensgruppe wird das maßgebliche Verhältnis von Fremdkapital zu Eigenkapital gesondert für jede Gesellschaft auf den letzten Tag des Wirtschaftsjahres der jeweiligen Gesellschaft bestimmt.¹²⁶ Bei der Verhältnisermittlung für die einzelne Gruppengesellschaft werden Verbindlichkeiten und Forderungen gegenüber anderen Gruppengesellschaften nicht berücksichtigt.¹²⁷ Ebenso bleiben Beteiligungen an anderen Gruppengesellschaften und andere Vermögensgegenstände, deren Berücksichtigung zu einer Doppelzählung von Vermögen der Gruppe führen würde, unberücksichtigt.¹²⁸

Die erforderlichen Kenngrößen sind nicht auf konsolidierter Basis zu ermitteln, sondern richten sich nach einem vierstufigen Schema:¹²⁹

- Die Bestimmung der steuerfreien Vergütungen, des Zinsertrags, des Zinsaufwands und des angepassten steuerpflichtigen Einkommens erfolgt getrennt für jede Gesellschaft.
- Die auf der Ebene der jeweiligen Gesellschaft ermittelten Beträge werden auf Ebene der Unternehmensgruppe zusammengefasst.

117 IRC § 163(j)(6)(C): »All members of the same affiliated group (within the meaning of section 1504(a)) shall be treated as one taxpayer.«

118 Vgl. Prop. Reg. § 1.163(j) – 5(a)(2).

119 Vgl. Croker/Birnkrant, 75 J. Tax'n 318, Number 5, S. 318.

120 Vgl. Croker/Birnkrant, 75 J. Tax'n 318, Number 5, S. 318.

121 Vgl. Prop. Reg. § 1.163(j) – 5(b)(2).

122 Vgl. Prop. Reg. § 1.163(j) – 5(b)(3).

123 Vgl. Prop. Reg. § 1.163(j) – 5(b)(5).

124 Vgl. Prop. Reg. § 1.163(j) – 5(b)(6)(i).

125 Vgl. Prop. Reg. § 1.163(j) – 5(b)(5).

126 Vgl. Prop. Reg. § 1.163(j) – 5(d)(1).

127 Vgl. Prop. Reg. § 1.163(j) – 5(d)(2).

128 Vgl. Prop. Reg. § 1.163(j) – 5(d)(3) und Croker/Birnkrant, Journal of Tax'n, Volume 75, Number 5, S. 318 f.

129 Vgl. Croker/Birnkrant, Journal of Tax'n, Volume 75, Number 5, S. 324 ff.

- Die Begrenzung der Abzugsfähigkeit des Zinsaufwandes (*excess interest expense*) errechnet sich aus dem Überschuss der Nettozinsaufwendungen der Unternehmensgruppe über den Anteil von 50 % des steuerpflichtigen Einkommens der Gruppe zuzüglich des nicht ausgeschöpften Zinsvortrags der Gruppe. Der nicht abzugsfähige überschüssige Zinsaufwand (*excess interest expense*) wird den Gesellschaften im Verhältnis der von der Gesellschaft gezahlten steuerfreien Vergütungen zu den gesamten steuerfreien Vergütungen der Unternehmensgruppe dieses Steuerjahres zugeordnet.
- Der einer Gruppengesellschaft zuzuordnende Zinsvortrag für das nächste Steuerjahr entspricht dem Anteil des nicht abzugsfähigen überschüssigen Nettozinsaufwands der Gesellschaft am gesamten nicht abzugsfähigen überschüssigen Nettozinsaufwand der Gruppe im laufenden Jahr. Das nicht ausgeschöpfte Zinsabzugspotenzial der Gruppe, das im laufenden Jahr nicht verbraucht wurde und daher vorgetragen wird, wird den Gruppengesellschaften im Verhältnis des nicht ausgeschöpften Zinsabzugspotenzials der einzelnen Gesellschaft aus dem vorangegangenen Jahr zum nicht ausgeschöpften Zinsabzugspotenzial der Gruppe aus dem vorangegangenen Jahr zugeordnet. Überschüssiger Nettozinsaufwand, der im laufenden Jahr nach Abzug des vorgetragenen nicht ausgeschöpften Zinsabzugspotenzials entsteht, wird den Gruppengesellschaften im Verhältnis des Anteils der einzelnen Gesellschaft am nicht ausgeschöpften Zinsabzugspotenzial des laufenden Jahres zur Summe des im laufenden Jahres nicht ausgeschöpften Zinsabzugspotenzials aller Gruppengesellschaften zugeordnet.

7. Anwendung auf Personengesellschaften

Die *Earnings Stripping Rules* finden auf Personengesellschaften keine Anwendung. Nahe stehende Personen haben somit grundsätzlich die Möglichkeit, durch Darlehensvergabe an Personengesellschaften die Beschränkungen der Gesellschafterfremdfinanzierungsregeln zu vermeiden. Soweit eine Kapitalgesellschaft an einer Personengesellschaft beteiligt ist, werden jedoch der Zinsertrag, der Zinsaufwand und die Verbindlichkeiten der Personengesellschaft dem Gesellschafter in Höhe seiner Beteiligung an der Personengesellschaft anteilig zugerechnet.¹⁵⁰

Ob Vergütungen, die eine US-Kapitalgesellschaft an eine nahe stehende Personengesellschaft (z. B. Mutter-Personengesellschaft) zahlt, als nicht in den USA steuerpflichtig zu behandeln (und daher den *Earnings Stripping*

Rules zu unterwerfen) sind, ist auf der Ebene des Gesellschafters der Personengesellschaft zu beurteilen. Die von der Kapitalgesellschaft gezahlten Vergütungen sind den Gesellschaftern der Personengesellschaft anteilig zuzurechnen. Allerdings werden an eine Personengesellschaft gezahlte Zinsen nicht als an eine nahe stehende Person gezahlt angesehen, wenn weniger als 10 % der Anteile an der Personengesellschaft von Personen gehalten werden, die nicht der US-Besteuerung unterliegen. In diesem Fall sind die gezahlten Zinsen bei der Kapitalgesellschaft insgesamt abzugsfähig. Dies gilt nicht für Zinsen, die einem Gesellschafter der Personengesellschaft zugerechnet werden, der eine der Kapitalgesellschaft nahe stehende Person ist.¹⁵¹

Beispiel 3

Eine Personengesellschaft hält alle Anteile an einer in den USA ansässigen Körperschaft. Die Personengesellschaft erhält Zinszahlungen von der Körperschaft. Mehr als 90 % der Beteiligung am Vermögen und Gewinn der Personengesellschaft werden von zwei oder mehr in den USA steuerpflichtigen Personen gehalten. Keiner der Gesellschafter hat einen Anteil von mehr als 50 % am Kapital und Gewinn der Personengesellschaft.

Sämtliche Zinszahlungen der Körperschaft an die Personengesellschaft werden als Zinszahlungen an nicht verbundene Personen behandelt und unterliegen nicht den *Earnings Stripping Rules*.

Beispiel 4

Sachverhalt wie vorstehend mit dem Unterschied, dass 10 % oder mehr des Anteils am Vermögen und dem Gewinn der Personengesellschaft von Körperschaften gehalten werden, die mit ihrem Anteil an der Personengesellschaft in den USA nicht steuerpflichtig sind. In diesem Fall werden die Zinsen insoweit als an eine nahe stehende Person gezahlt angesehen und unterliegen den *Earnings Stripping Rules*.

Im Ergebnis soll durch die Regelung verhindert werden, dass Personengesellschaften unter die *Earnings Stripping Rules* fallen, wenn der Anteil der Gesellschafter, die nicht der Besteuerung in den USA unterliegen, gering (< 10 %) ist.

8. Ausblick

In der Vergangenheit wurden immer wieder Gesetzentwürfe vorgelegt, die eine Verschärfung der *Earnings Stripping Rules* beinhalteten. Diese sind bislang allerdings nicht umgesetzt worden. Derartige Bestrebungen sind aber auch in Zukunft zu erwarten.

150 IRC § 163(j)(8). Vgl. Prop. Reg. § 1.163(j)–2(e)(4), (5) und –2(g).

151 IRC § 163(j)(4)(B)(i).

II. Italien

Die italienische Zinsschranke begrenzt den steuerlichen Abzug des Nettozinsaufwandes auf 30 % des handelsrechtlichen EBITDA. Nicht abzugsfähige Zinsbeträge sowie nicht ausgeschöpftes Zinsabzugspotenzial können in Folgejahre vorgetragen werden.

1. Die Regelung im Überblick

Die italienischen Regelungen zur Zinsabzugsbeschränkung sind stark an die deutsche Zinsschrankenregelung angelehnt. Ihnen unterliegen alle in Italien ansässigen Kapitalgesellschaften sowie in Italien belegene Betriebsstätten ausländischer Gesellschaften. Es sind sowohl Zinsaufwendungen aus Gesellschafterdarlehen als auch aus Drittdarlehen betroffen. Die Zinsaufwendungen eines Wirtschaftsjahres sind bis zur Höhe der steuerpflichtigen Zinserträge desselben Wirtschaftsjahres vollständig und der übersteigende Nettozinsaufwand bis zur Höhe von 30 % des operativen Gewinns vor Abschreibungen (handelsrechtliches EBITDA) im jeweiligen Wirtschaftsjahr abzugsfähig. Der nicht abzugsfähige Teil der Zinsaufwendungen kann zeitlich unbegrenzt vorgetragen werden; dies gilt ab 2010 auch für das nicht ausgeschöpfte Zinsabzugspotenzial, also den nicht genutzten Teil der 30 % des EBITDA.

2. Inkrafttreten

Mit dem Haushaltsgesetz zum Jahreswechsel 2007/2008 wurde in Italien die Regelung zur Abzugsfähigkeit von Zinsaufwendungen grundlegend reformiert. Die bislang gültigen Unterkapitalisierungsregeln nach Art. 98 TUIR (*Testo Unico delle Imposte sui Redditi* – Einheitstext der Steuern auf das Einkommen) sowie der Zinsabzug nach dem anteiligen Eigenkapital nach Art. 97 TUIR wurden durch eine – im Kern der deutschen Regelung entsprechenden – Zinsschranke ersetzt. Von der Neuregelung werden sowohl Gesellschafterdarlehen als auch Darlehen eines fremden Dritten erfasst. Die Neuregelung trat zum 1. Januar 2008 in Kraft und ist erstmals auf Wirtschaftsjahre anzuwenden, die nach dem 31. Dezember 2007 beginnen.

3. Verhältnis zu anderen Vorschriften

Zinsaufwendungen aus Geschäftsbeziehungen mit Unternehmen, die ihren Sitz in einem nicht auf der sog. Weißen Liste¹³² aufgeführten Land haben, sind steuerlich nicht

abzugsfähig. Diese Vorschrift hat Vorrang vor der Zinsschrankenregelung.

4. Tatbestandsvoraussetzungen

a. Personenkreis

Der Zinsschranke unterliegen grundsätzlich nur in Italien ansässige Kapitalgesellschaften sowie in Italien belegene Betriebsstätten ausländischer Gesellschaften. Es werden sämtliche Darlehensbeziehungen erfasst, unabhängig davon, ob die Darlehen von Gesellschaftern, nahe stehenden Personen oder fremden Dritten gewährt werden.

b. Zinsaufwand/Zinsertrag

Zinsaufwand eines Wirtschaftsjahres ist bis zur Höhe der steuerpflichtigen Zinserträge desselben Wirtschaftsjahres vollständig abzugsfähig. Der die Zinserträge übersteigende Betrag der Zinsaufwendungen (Nettozinsaufwand) kann nur bis zur Höhe von 30 % des operativen Gewinns vor Abschreibungen (EBITDA) der Kapitalgesellschaft im jeweiligen Wirtschaftsjahr abgezogen werden.

Zu den für die Zinsschrankenregelung relevanten Schuldzinsen zählen alle Zinsaufwendungen aus kurz-, mittel- und langfristigen Darlehen, Zinsaufwendungen aus Finanzierungsleasing, Zinsaufwendungen aus der Emission von Obligationen sowie sonstige zinsähnliche Aufwendungen. Grundsätzlich unberücksichtigt bleiben Verzugszinsen im Zusammenhang mit Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen. Auch Zinsaufwendungen, die im Rahmen der Herstellungskosten von Immobilien aktiviert werden, also aus Darlehen, die zum Zweck der Herstellung bzw. Sanierung einer Immobilie abgeschlossen wurden, unterfallen nicht der Zinsschrankenregelung. Insofern unterliegen Bauunternehmen de facto keiner Einschränkung bei der Abzugsfähigkeit von Zinsaufwendungen.

Die für die Bestimmung des Nettozinsaufwandes relevanten Zinserträge sind analog zu den Zinsaufwendungen definiert, vorbehaltlich der folgenden Ausnahmen: Zinsen im Zusammenhang mit Forderungen aus Lieferungen und Leistungen sind nicht einzubeziehen. Hingegen sind nach Art. 96 Abs. 3 TUIR fiktive Zinserträge aus Forderungen gegen die öffentliche Verwaltung aus mehrjäh-

¹³² Auf der sog. Weißen Liste sind Länder aufgeführt, mit denen ein angemessener Informationsaustausch vereinbart wurde.

rigen Werklieferungsverträgen anzusetzen, wenn diese bestimmte Zahlungsansprüche des Steuerpflichtigen nicht innerhalb festgesetzter Fristen begleicht.

c. EBITDA

Das Gesetz stellt zur Ermittlung des EBITDA auf das handelsrechtliche und nicht auf das steuerliche EBITDA ab. Die Ermittlung des für den Zinsabzug relevanten operativen Betriebsergebnisses erfolgt unter Verweis auf die Gliederungsvorschriften für die Gewinn- und Verlustrechnung nach Art. 2425 des italienischen Zivilgesetzbuches und bestimmt sich im Einzelnen wie folgt:

*Umsatzerlöse der Kapitalgesellschaft
(Buchstabe A der GuV-Gliederung)*
*./. Produktions- und Vertriebsaufwendungen
(Buchstabe B der GuV-Gliederung)*
 + *Abschreibungen auf materielle und immaterielle
Wirtschaftsgüter*
 + *Leasingraten für betrieblich genutzte Wirtschaftsgüter*
 = EBITDA

Das operative Betriebsergebnis als Bezugsgröße für den beschränkten Zinsabzug beinhaltet weder das Beteiligungs-¹³³ noch das Finanzergebnis. Bei Zugrundelegung der für börsennotierte Unternehmen, Banken und Versicherungen verpflichtend anzuwendenden¹³⁴ IFRS ist die EBITDA-Ermittlung auf Basis der korrespondierenden Posten der Gewinn- und Verlustrechnung durchzuführen.

Das EBITDA wird im Wirtschaftsjahr 2008 um 10.000 € und im Wirtschaftsjahr 2009 um 5.000 € erhöht (Übergangsregelung).

5. Rechtsfolgen

a. Nichtabzugsfähigkeit

Zinsaufwand, der unter die Beschränkung der Zinsschrankenregelung fällt (d. h. die 30 %-Grenze übersteigt), ist beim Darlehensnehmer steuerlich nicht abzugsfähig. Dieser nicht abzugsfähige Zinsaufwand wird beim Darlehensgeber als Empfänger der Zinsen nicht (mehr) durch Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung in eine Dividende umqualifiziert. Vielmehr unterliegt der Zinsvortrag beim Darlehensgeber, ungeachtet der Nichtabzugs-

fähigkeit beim Darlehensnehmer, uneingeschränkt der Besteuerung.¹³⁵

b. Zinsvortrag

Der nicht abzugsfähige Teil der Schuldzinsen kann zeitlich unbegrenzt vorgetragen werden, um diesen in späteren Jahren unter den genannten Restriktionen (in Höhe der Zinserträge oder im Rahmen der 30 %-Grenze) zu nutzen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Zinsvortrag wiederum den Zinsaufwand in den Folgejahren erhöht.¹³⁶

Bei Verschmelzungen und Spaltungen gehen Zinsvorträge, entsprechend den Verlustvorträgen, von der übertragenden auf die aufnehmende Gesellschaft über, soweit die folgenden beiden Bedingungen kumulativ erfüllt sind:¹³⁷

- Der Übergang des Zinsvortrags auf die aufnehmende Gesellschaft ist maximal bis zur Höhe des Eigenkapitals der übertragenden Gesellschaft möglich, wobei Kapitalerhöhungen, die innerhalb von 24 Monaten vor dem Umstrukturierungsvorgang vorgenommen wurden, unberücksichtigt bleiben, und
- Umsatzerlöse und Personalaufwand in der Gewinn- und Verlustrechnung der übertragenden Gesellschaft müssen im Geschäftsjahr vor dem Verschmelzungs- bzw. Spaltungsbeschluss mehr als 40 % des Durchschnitts der Umsatzerlöse bzw. des Personalaufwands der beiden vorangegangenen Jahre betragen.

Dabei ist bislang noch ungeklärt, ob ein verbleibender Zinsvortrag parallel zum verbleibenden Verlustvortrag in Höhe des Eigenkapitals der übertragenden Gesellschaft auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen kann. Sollte dies nicht der Fall sein, stellt sich die Frage, ob vorrangig der Verlust- oder Zinsvortrag zu übertragen ist, der dann dementsprechend das Eigenkapital »verbraucht«.

c. EBITDA-Vortrag

Neben der unbeschränkten Vortragsmöglichkeit der nicht abzugsfähigen Zinsen besteht ab dem dritten Wirtschaftsjahr nach Inkrafttreten der Zinsschrankenregelung, d. h. ab 2010, auch die Möglichkeit, das nicht ausgeschöpfte Zinsabzugspotenzial, also den in der Periode nicht genutzten Teil der 30 % des EBITDA, vorzutragen und für den Zinsabzug in künftigen Perioden zu nutzen.

133 Durch die explizite Anknüpfung an das operative Betriebsergebnis bestehen zwar grundsätzlich Unterschiede zur Bemessungsgrundlage der deutschen Zinsschranke. Im Ergebnis bleiben aufgrund der weitgehenden Steuerfreiheit aufgrund von § 8b KStG jedoch auch dort Beteiligungserträge außer Ansatz. Vgl. Abschnitt C.4.c.

134 Art. 2 Decreto Legislativo Nr. 38/2005.

135 Art. 96 TUIR.

136 So auch bei der deutschen Zinsschranke. Vgl. Abschnitt C.5.b.

137 Art. 172 Abs. 7 TUIR.

Beispiel 1

Wirtschaftsjahr 2008

Eine Kapitalgesellschaft hat jährliche Zinsaufwendungen gegenüber Gesellschaftern und Dritten in Höhe von 300.000 € sowie zinsähnliche Aufwendungen in Höhe von 10.000 €. Die jährlichen Zinserträge belaufen sich auf 15.000 €. Den Umsatzerlösen der Gesellschaft im Wirtschaftsjahr 2008 in Höhe von 15 Mio. € stehen Produktionskosten in Höhe von 14,5 Mio. €, Abschreibungen auf materielle und immaterielle Wirtschaftsgüter in Höhe von jeweils 150.000 € sowie Leasingraten in Höhe von 50.000 € gegenüber. Der Nettozinsaufwand berechnet sich wie folgt:

Zinsaufwand	300.000 €
+ Zinsähnliche Aufwendungen	10.000 €
./. Zinsertrag	15.000 €
= Nettozinsaufwand	295.000 €

Das handelsrechtliche EBITDA lässt sich wie folgt ermitteln:

Umsatzerlöse	15.000.000 €
./. Produktionskosten	14.500.000 €
= Differenz	500.000 €
+ Abschreibungen auf materielle Wirtschaftsgüter	150.000 €
+ Abschreibungen auf immaterielle Wirtschaftsgüter	150.000 €
+ Leasingraten	50.000 €
= EBITDA	850.000 €
30 % EBITDA + 10.000 € (Übergangsregelung 2008)	265.000 €

Der im Wirtschaftsjahr 2008 nicht abzugsfähige Zinsaufwand beläuft sich folglich auf 30.000 € (= 295.000 € - 265.000 €).

Wirtschaftsjahr 2009

Im Folgejahr beträgt der Nettozinsaufwand 135.000 €. Das EBITDA beläuft sich auf 500.000 €.

Der grundsätzlich abzugsfähige Nettozinsaufwand beträgt 155.000 € (= 30 % * 500.000 € zzgl. 5.000 € aufgrund der Übergangsregelung 2009). Zusätzlich zu den Zinsaufwendungen des Wirtschaftsjahres 2009 in Höhe von 135.000 € können daher im Rahmen des Zinsvortrags 20.000 € aus dem Vorjahr geltend gemacht werden.

Nicht abgezogener Zinsaufwand 2008	30.000 €
./. Möglicher Zinsabzug	20.000 €
= Zinsvortrag	10.000 €

Es verbleibt ein Zinsvortrag in Höhe von 10.000 €.

Wirtschaftsjahr 2010

Im Wirtschaftsjahr 2010 beträgt der Nettozinsaufwand 150.000 €. Das EBITDA beläuft sich auf 600.000 €.

Grundsätzlich kann Nettozinsaufwand in Höhe von 180.000 € berücksichtigt werden (= 30 % * 600.000 €). Zusätzlich zu den Zinsaufwendungen des Jahres 2010 in Höhe von 150.000 € ist daher ein Abzug von weiteren 30.000 € möglich. Da der bestehende Zinsvortrag lediglich 10.000 € in Anspruch nimmt, verbleiben 20.000 €, die in Folgejahren im Rahmen des EBITDA-Vortrags genutzt werden können.

Möglicher zusätzlicher Zinsabzug	30.000 €
./. Nicht abgezogener Zinsaufwand 2009	10.000 €
= EBITDA-Vortrag	20.000 €

Es verbleibt ein EBITDA-Vortrag in Höhe von 20.000 €, also der in der Periode nicht durch Zinsaufwand genutzte Teil der 30 % des EBITDA.

6. Ausnahmenvorschriften

a. Steuerliche Konsolidierung

Bei Anwendung der nationalen Gruppenbesteuerung¹³⁸ besteht die Möglichkeit, dass der nicht abzugsfähige Teil der Schuldzinsen einer Gruppengesellschaft durch eine andere Gruppengesellschaft mit ausreichend EBITDA genutzt werden kann. Die Berücksichtigung erfolgt auf Ebene des Gruppenergebnisses, d. h. der bei einer Gruppengesellschaft nicht abzugsfähige Nettozinsaufwand wird vom zu versteuernden Ergebnis der Gruppe abgezogen, sofern innerhalb der Gruppe bei mindestens einer Gesellschaft die 30 %-Grenze nicht ausgeschöpft ist. Auch die fiktive Berücksichtigung des EBITDA einer ausländischen Gesellschaft ist möglich, sofern bei Anwendung der Gruppenbesteuerung die italienische Gesellschaft von Beginn des relevanten Wirtschaftsjahres, direkt oder indirekt, mehr als 50 % des Kapitals, der Stimmrechte oder der Beteiligungsrechte der ausländischen Gesellschaft hält, die Wirtschaftsjahre der Gesellschaften übereinstimmen und

138 Art. 117 ff. TUIR.

ein testierter Abschluss der ausländischen Gesellschaft vorliegt.

Zinsvorträge, die bei einer Gesellschaft bereits vor Eintritt in die Gruppenbesteuerung entstanden sind, bleiben von der Verrechnung innerhalb der Gruppe ausgeschlossen.

Beispiel 2

Eine Gruppe besteht aus zwei Kapitalgesellschaften A und B. Im Jahr 2010 beträgt der Nettozinsaufwand von A 150.000 € und das EBITDA 400.000 €. B hat einen Nettozinsaufwand in Höhe von 80.000 € und ein EBITDA von ebenfalls 400.000 €. Ohne die Gruppenregelung könnte A Zinsaufwendungen in Höhe von 30.000 € nicht abziehen ($30\% * 400.000\text{ €} = 120.000\text{ €}$), während B nicht genutztes EBITDA in Höhe von 133.333 € hätte ($30\% * 266.667\text{ €} = 80.000\text{ €}$). Da auf Gruppenebene allerdings ein Zinsabzug in Höhe von 240.000 € möglich ist ($30\% * 800.000\text{ €}$) und der gesamte Nettozinsaufwand nur 230.000 € ($150.000\text{ €} + 80.000\text{ €}$) beträgt, ist für das Jahr 2010 ein vollständiger Zinsabzug bei A und B in Folge der Gruppenregelung möglich. Es verbleibt ein EBITDA-Vortrag (30% des EBITDA) auf Gruppenebene in Höhe von 10.000 €.

b. Banken, Versicherungen und sonstige Finanzunternehmen

Banken, Versicherungen sowie sonstige Finanzunternehmen sind von der allgemeinen Zinsschrankenregelung ausgenommen. Durch das »Manovra Correttiva« (Gesetz Nummer 133) aus dem Jahr 2008 wurde die Abzugsfähigkeit von Nettozinsaufwendungen für diesen Unternehmenskreis indes auf pauschal 96 % (Wirtschaftsjahr 2009) beschränkt. Innerhalb der Gruppe ist ein vollständiger Abzug der Zinsaufwendungen aus Darlehen zwischen den einbezogenen Gesellschaften möglich, allerdings beschränkt auf die Summe der an Dritte zu zahlenden Zinsaufwendungen.

c. Besonderheiten für Holdinggesellschaften

Von der Zinsschrankenregelung betroffen sind Holdinggesellschaften, sofern diese nicht ausschließlich Anteile an Banken, Versicherungen oder sonstigen Finanzunternehmen halten. Diese i. w. S. Industrieholdings weisen in der Regel ein vergleichsweise niedriges bzw. negatives EBITDA aus, da Dividenden aufgrund der Nichtberücksichtigung des Finanzergebnisses nicht darin enthalten sind. Im Ergebnis ist der Abzug von Zinsaufwendungen damit maximal in Höhe der Zinserträge möglich. Aufgrund der beschriebenen Struktur kann bei reinen Holdinggesellschaften ein Abzug im Rahmen des Zinsvortrags auch in Folgejahren regelmäßig nicht erfolgen. Eine Nut-

zung von Zinsvorträgen kann jedoch erreicht werden, indem entweder operative Aktivitäten der Tochtergesellschaften auf die Holdinggesellschaft verlagert werden oder die Gruppenbesteuerung angewendet wird.

7. Anwendung auf Personengesellschaften

Einzelunternehmen und Personengesellschaften fallen grundsätzlich nicht unter die Zinsschranke. Kapitalgesellschaften könnten daher durch einen Formwechsel in eine Personengesellschaft die unbeschränkte Abzugsfähigkeit von Zinsaufwendungen sicherstellen. Die Finanzierung einer Kapitalgesellschaft über eine Personengesellschaft ist prinzipiell zulässig, allerdings können Verluste einer Personengesellschaft, an der eine Kapitalgesellschaft beteiligt ist, nur mit in den folgenden fünf Jahren erzielten Gewinnen derselben Personengesellschaft verrechnet und damit nicht auf Ebene der Kapitalgesellschaft genutzt werden.¹³⁹

8. Ausblick

In Zeiten der Wirtschafts- und Finanzmarktkrise hat der italienische Gesetzgeber für Geschäftsjahre, die nach dem 31.12.2008 beginnen, ein Entlastungsinstrument für Unternehmen geschaffen, die erheblich durch Zinsaufwendungen und/oder Personalkosten belastet sind, welche im Rahmen der Besteuerung mit der regionalen Wertschöpfungssteuer (IRAP) grundsätzlich nicht oder nur beschränkt abgezogen werden können. Sofern Personal- respektive Zinsaufwendungen zuvor im Rahmen der IRAP-Ermittlung berücksichtigt wurden, können diese Unternehmen pauschal 10 % der IRAP von der körperschaftsteuerlichen (IRES) bzw. einkommensteuerlichen (IRPEF) Bemessungsgrundlage abziehen.

139 Art. 101 Abs. 6 TUIR.

III. Frankreich

Die seit 2007 anwendbaren Regelungen der französischen Gesellschafterfremdfinanzierung gelten für verbundene Unternehmen. Die Abzugsfähigkeit von Zinsaufwendungen wird anhand eines zweistufigen Verfahrens geprüft. Nach einer Angemessenheitsprüfung des Zinssatzes bestimmt sich der weitere Zinsabzug durch einen Vergleich mit drei Grenzwerten, die an den steuerlichen Gewinn, das Eigenkapital sowie die Höhe der Zinserträge anknüpfen. Der niedrigste Betrag an Zinsaufwand, der nach Überschreiten einer der drei Grenzwerte verbleibt, ist nicht abzugsfähig, wenn die Freigrenze von 150.000 € überschritten wird.

1. Die Regelung im Überblick

Von vornherein nicht abzugsfähig sind Zinsaufwendungen von verbundenen Unternehmen, soweit der zugrunde liegende Zinssatz den jährlichen durchschnittlichen Zinssatz übersteigt, den Banken auf Darlehen mit variablem Zinssatz und einer Laufzeit von über zwei Jahren berechnen. Der sich ergebende Differenzbetrag wird als verdeckte Gewinnausschüttung ergebniswirksam hinzugerechnet.

Der verbleibende, zunächst als angemessen qualifizierte Zinsaufwand ist in einem zweiten Schritt jedoch nur bis zum höchsten der nachfolgenden Grenzwerte als Betriebsausgabe abzugsfähig:

- (1) 25 % des steuerlichen Gewinns vor Zinsen und Abschreibungen
- (2) 1,5-fache des Eigenkapitals multipliziert mit einem amtlich veröffentlichten Höchstzinssatz
- (3) Summe der von verbundenen Unternehmen erhaltenen Zinserträge

Beträgt der übersteigende Zinsaufwand nicht mehr als 150.000 € (Freigrenze), bleibt die Abzugsfähigkeit erhalten. In einem Wirtschaftsjahr nicht abzugsfähige Zinsanteile können in Folgejahre vorgetragen werden.

2. Inkrafttreten

Die Regelungen des Art. 212 des französischen Steuergesetzbuches (*Code Général des Impôts*, im folgenden CGI) zur steuerlichen Behandlung von Fremdfinanzierungsaufwendungen traten zum 1. Januar 2007 in Kraft. Die sog. *règles de sous-capitalisation* haben eine starke Ausweitung erfahren. Gleichzeitig bestehen jedoch zahlreiche Ausnahmetatbestände.

3. Verhältnis zu anderen Vorschriften

Die Regelungen zur Gesellschafterfremdfinanzierung treten neben die Verrechnungspreisvorschriften (a.) und die speziellen Vorschriften für Darlehen, die von unmittelbaren Gesellschaftern gewährt werden (b.).

a. Allgemeine Verrechnungspreisregelungen

Bei Auslandsbeziehungen überprüft die französische Finanzverwaltung allgemein, ob ein indirekter Gewinntransfer von einem französischen Unternehmen zugunsten eines im Ausland ansässigen verbundenen Unternehmens stattfindet.¹⁴⁰ Dabei werden neben den Verrechnungspreisen auch Finanzierungsgestaltungen einem Fremdvergleich unterzogen. Zinsen und Kapitalvergütungen müssen angemessen sein und dürfen keine unübliche Geschäftsmaßnahme¹⁴¹ darstellen, damit der Abzug nicht (anteilig) versagt wird.

b. Angemessenheit des Zinssatzes bei Gesellschafterdarlehen

Die Abzugsfähigkeit von Finanzierungsaufwendungen auf Darlehen unmittelbarer Gesellschafter setzt voraus, dass das Nennkapital von den Gesellschaftern vollständig eingezahlt wurde.¹⁴² Darüber hinaus dürfen Zinsen auf Gesellschafterdarlehen nicht den jährlichen durchschnittlichen Zinssatz übersteigen, den Banken auf Darlehen mit variablem Zinssatz und einer Laufzeit von über zwei Jah-

140 Art. 57 CGI. Vgl. auch Direction Générale des Impôts du Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, Bulletin Officiel des Impôts, 4-C-2-99, N° 114 v. 21. Juni 1999 (<http://doc.impots.gouv.fr>).

141 Sog. *acte anormal de gestion*, vergleichbar mit der deutschen Rechtsfigur der Entscheidung des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, vgl. Weier/Seroin, IStR 2005, S. 725 (727).

142 Art. 39-1-3 CGI.

ren berechnen.¹⁴³ Wird dieser Höchstzinssatz überschritten, ist der überschüssige Zinsanteil nicht abzugsfähig.

Die anwendbaren Höchstzinssätze werden in regelmäßigen Abständen vom Wirtschafts- und Finanzministerium veröffentlicht.¹⁴⁴

Abschluss des jeweiligen Geschäftsjahres	Referenzsatz
1. Quartal 2008	5,54 %
2. Quartal 2008	5,60 %
3. Quartal 2008	6,93 %
4. Quartal 2008	6,78 %
Zeitraum 31.12.2008 bis 30.01.2009	6,21 %
Zeitraum 31.01.2009 bis 27.02.2009	6,32 %
Zeitraum 28.02.2009 bis 30.03.2009	6,42 %

4. Tatbestandsvoraussetzungen

a. Personenkreis

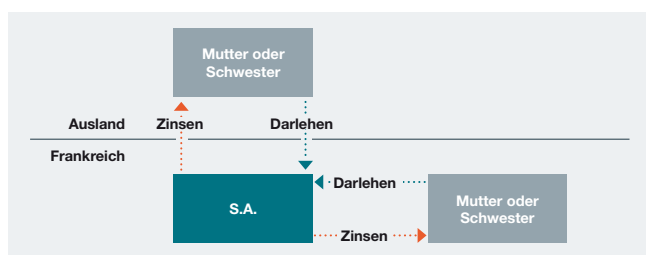
aa) Verbundene Gesellschaften

Die Bestimmungen des Art. 212 CGI finden Anwendung auf solche Zinsen, die von einem Darlehensschuldner an ein verbundenes Unternehmen gezahlt werden.¹⁴⁵ Die Ansässigkeit des verbundenen Unternehmens in Frankreich oder einem anderen Staat ist dabei nicht von Bedeutung.

Verbundene Unternehmen liegen vor,

- wenn eine Gesellschaft direkt oder indirekt, d. h. über eine dritte Gesellschaft, mindestens 50 % des Kapitals der anderen Gesellschaft hält¹⁴⁶ (Dies gilt auch, wenn eine Gesellschaft die faktische Kontrolle über die andere Gesellschaft ausüben kann, z. B. aufgrund der ihr zustehenden Stimmrechte oder über vertragliche Vereinbarungen.), oder

- wenn mehrere Unternehmen rechtlich oder tatsächlich der beherrschenden Kontrolle¹⁴⁷ desselben Unternehmens unterliegen.¹⁴⁸



bb) Betriebsstätten

Ende 2007 wurde durch eine Verwaltungsvorschrift des Wirtschafts- und Finanzministeriums bestimmt,¹⁴⁹ dass Art. 212 CGI auch auf Betriebsstätten i. S. d. Art. 5 OECD-Musterabkommen anwendbar ist. Dass Betriebsstätten weder juristische Personen sind noch Eigenkapital im eigentlichen Sinn haben können, blieb dabei unberücksichtigt. Da Betriebsstätten zur Finanzierung ihrer Geschäftstätigkeit jedoch über Kapital verfügen, spricht man von »Quasi-Eigenkapital«, das für die Anwendung des Art. 212 CGI wie reguläres Eigenkapital behandelt wird. Aufgrund des in Frankreich geltenden Territorialitätsprinzips¹⁵⁰ sind allerdings nur die in Frankreich erwirtschafteten Gewinne einzubeziehen.¹⁵¹ Deswegen müssen die nicht ausschließlich in Frankreich erwirtschafteten Gewinne einer französischen – wie auch einer ausländischen Gesellschaft – aufgeteilt werden. Für die Anwendung des Art. 212 CGI sind daher auch nur die Zinsen, die auf Betriebsstätten in Frankreich entfallen, relevant.

cc) Investmentfonds

Die o. a. Verwaltungsvorschrift bestimmt, dass Art. 212 CGI auch auf Investmentfonds¹⁵², die mit der Schuldnerin i. S. d. Art. 39-12 CGI verbunden sind, anwendbar ist, ob-

143 Art. 39-1-3 CGI. Vgl. auch Maier, Die Regelungen zur Gesellschafts-fremdfinanzierung im internationalen Vergleich, 2006, S. 90 und Schultze, IStR 2005, S. 730 (733).

144 Vgl. Direction Générale des Impôts du Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, Bulletin Officiel des Impôts, 4-C-1-09, N° 3 v. 9. Januar 2009 (<http://doc.impots.gouv.fr>).

145 Sog. *Sociétés liées* i. S. d. Art. 39-12 CGI. Diese Bestimmung wurde 2002 im Rahmen der steuerlichen Behandlung von Lizenzvergütungen geschaffen. Vgl. Viegner, IWB 2006, Fach 5 Frankreich Gr. 2, S. 142 f. sowie Tillmanns zu Frankreich, in: Mennel/Förster, S. 61.

146 Art. 39-12-a) CGI.

147 I. S. d. Art. 39-12 a) CGI.

148 Art. 39-12-b) CGI. Vgl. auch Hedio/Leutner, IWB 2005, Fach 5 Frankreich Gr. 2, S. 1425 (1426) sowie Viegner, IWB 2006, Fach 5 Frankreich Gr. 2, S. 1429 (1430). Damit entspricht der Begriff der verbundenen Unternehmen weitgehend dem im Rahmen der Verrechnungspreiskorrekturvorschrift des Art. 57 CGI.

149 Vgl. Direction Générale des Impôts du Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, Bulletin Officiel des Impôts, 4-H-8-07, N°133 v. 31. Dezember 2007, S. 30.

150 Das Territorialitätsprinzip, *principe de territorialité*, beruht auf Art. 209 I CGI.

151 Vgl. Direction Générale des Impôts du Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, Bulletin Officiel des Impôts, 4-H-8-07, N°133 v. 31. Dezember 2007, S. 30 f.

152 *Fonds Communs de Placements (FCP)*.

wohl Investmentfonds selbst keine Rechtspersönlichkeit besitzen.¹⁵³

Andere Finanzierungsaufwendungen des Investmentfonds sind grundsätzlich vom Anwendungsbereich des Art. 212 CGI ausgeschlossen.

b. Zinssatzkriterium

Die steuerliche Abzugsfähigkeit von Finanzierungsaufwendungen zwischen verbundenen Gesellschaften hängt von zwei Kriterien ab. Dazu zählen das Zinssatzkriterium und das Kriterium einer ausreichenden Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft (Verhältnis von Eigen- zu Fremdkapital).

In diesem Zusammenhang gelten die bereits dargestellten Höchstzinssätze¹⁵⁴ nicht nur für Darlehen unmittelbarer Gesellschafter, sondern auch mittelbar verbundener Unternehmen.¹⁵⁵ Der Zinssatz wird als angemessen beurteilt, solange er sich in den Grenzen des Jahresdurchschnitts der mittleren effektiven Zinssätze für Kredite mit variablem Zinssatz bewegt, die von den Kreditinstituten an Unternehmen für eine Laufzeit von über zwei Jahren in der Praxis gewährt werden.¹⁵⁶

Darüber hinaus wird die Höchstzinsregelung für verbundene Unternehmen durch eine am Fremdvergleichsgrundsatz orientierte Korrekturmöglichkeit ergänzt. Zinsen, die zu einem höheren Satz berechnet werden, können nur dann zum Abzug zugelassen werden, wenn die Schuldnergesellschaft darlegt, dass unter den gegebenen besonderen Umständen sowie der speziellen Finanzierungscharakteristika der berechnete Zinssatz als fremdüblich einzustufen ist.¹⁵⁷ Dabei muss laut Verwaltungsauffassung der Nachweis erbracht werden, dass ein unabhängiges Kreditinstitut unter denselben Bedingungen einen vergleichbar hohen Zinssatz angeboten hätte.¹⁵⁸

Bei einem unangemessenen Zinssatz ist der über den fiktiven angemessenen Satz hinausgehende Anteil als verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizieren und endgültig nicht abzugsfähig.¹⁵⁹ Abhängig von den jeweiligen

DBA-Klauseln wird hierauf auch Kapitalertragsteuer erhoben.¹⁶⁰

c. Grenzwerte für die Abzugsfähigkeit des Zinsaufwands
Trotz Feststellung des »regulären« Charakters und der Angemessenheit der angewandten Zinssätze sind die Finanzierungsaufwendungen nach Maßgabe spezieller Verhältnisrechnungen nur bis zur höchsten der drei folgenden Grenzen als Betriebsausgabe abzugsfähig:

- Das von verbundenen Unternehmen erhaltene Gesellschafterfremdkapital darf das 1,5-fache des Eigenkapitals der darlehensempfangenden Gesellschaft nicht überschreiten. Maßgeblich sind die auf das zulässige Gesellschafterfremdkapital entfallenden Zinsen.

Eine Steueroptimierung in begrenztem Umfang ist möglich, da die Höhe des Eigenkapitals durch Ausschüttungen, Zuführungen bzw. Erhöhungen beeinflusst werden kann.

In diesem Rahmen besteht für das Unternehmen ein Wahlrecht, das maßgebende Eigenkapital zu Beginn oder zum Ende des Wirtschaftsjahres zu bestimmen. Dagegen kommt es bei der Ermittlung des Fremdkapitals nicht auf den Bilanzstichtag, sondern auf den durchschnittlichen Betrag der im Laufe des Geschäftsjahres bestehenden Gesellschafterdarlehen oder entsprechend zu qualifizierenden Positionen an.¹⁶¹ Ende 2007 wurde vom Wirtschafts- und Finanzministerium bestimmt, dass das Nennkapital statt des Eigenkapitals als Maßstab herangezogen werden kann. Daran kann die Gesellschaft Interesse haben, wenn das Eigenkapital unter das Nennkapital fällt, d. h. wenn die Rücklagen nicht ausreichen, um die Verluste zu decken. Aufgrund handelsrechtlicher Vorschriften darf das Eigenkapital jedoch dauerhaft nicht weniger als 50 % des Nennkapitals betragen.¹⁶² Ein Verstoß gegen diese handelsrechtliche Regelung kann dazu führen, dass die erste Grenze als überschritten gilt.

- Der Betrag der geleisteten Zinsen darf nicht mehr als 25 % des laufenden Gewinns der Darlehensnehmerin vor Steuern, erhöht um die an verbundene Unterneh-

153 Vgl. auch Direction Générale des Impôts du Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, Bulletin Officiel des Impôts, 4-H-8-07, N°133 v. 31. Dezember 2007, S. 11.

154 Vgl. Abschnitt D.III.3.b.

155 Art. 212-I CGI i. V. m. Art. 39-1-3° CGI.

156 Vgl. wiederum Maier, Die Regelungen zur Gesellschafterfremdfinanzierung im internationalen Vergleich, 2006, S. 90 und Schultze, IStR 2005, S. 730 (733).

157 Vgl. Hellio/Leutner, IWB 2005, Fach 5 Frankreich Gr. 2, S. 1425 (1426) und Tillmanns zu Frankreich, in: Mennel/Förster, S. 61.

158 Dieser Vergleich mit einem Darlehensangebot eines unabhängigen Kreditinstituts ist in der Praxis höchst umstritten.

159 Art. 109-1-1, 109-1-2, 111 c CGI.

160 Vgl. auch Weier/Seroin, IStR 2005, S. 725 (729).

161 Vgl. Viegener, IWB 2006, Fach 5 Frankreich Gr. 2, S. 1429 (1432).

162 Art. L.223-42 und L.225-248 des französischen Handelsgesetzbuchs (Code de commerce). Vgl. auch Direction Générale des Impôts du Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, Bulletin Officiel des Impôts, 4-H-8-07, N°133 v. 31. Dezember 2007, S. 22.

men gezahlten Zinsen, AfA¹⁶³ und bestimmte anteilige Leasingraten¹⁶⁴, betragen.¹⁶⁵

- Der Betrag der an verbundene Unternehmen geleisteten Zinsen darf den Betrag der von diesen verbundenen Unternehmen erhaltenen Zinsen nicht übersteigen.¹⁶⁶

5. Rechtsfolgen

a. Nichtabzugsfähigkeit der Zinsen

Der höchste der im vorangegangenen Abschnitt 4.c. dargestellten Beträge bildet die Obergrenze der Abzugsfähigkeit der Zinszahlungen an verbundene Unternehmen. Der übersteigende Zinsanteil ist im betreffenden Geschäftsjahr abzugsfähig, sofern er weniger als 150.000 € beträgt.¹⁶⁷ Wird diese Freigrenze überschritten, ist der gesamte Zinsanteil, der über der Obergrenze liegt, nicht abzugsfähig.

Diese Zinsanteile gelten als nicht abzugsfähige Betriebsausgaben. Eine Umqualifizierung in eine (verdeckte) Gewinnausschüttung erfolgt nicht, so dass keine Kapitalertragsteuer erhoben wird.¹⁶⁸ Allerdings profitiert der Zinsempfänger auch nicht vom Schachtelprivileg und muss die Zinserträge in voller Höhe versteuern.¹⁶⁹

b. Zinsvortrag

Der in einem Jahr nicht abzugsfähige Zinsanteil kann vorgetragen und vom Ergebnis der folgenden Wirtschaftsjahre in Abzug gebracht werden. Während der Vortrag in das Folgejahr ungeschmälert möglich ist, erfolgt ab dem zweiten Jahr der Vortrag unter Abzug eines jährlichen Abschlags von 5 %.¹⁷⁰

c. Anwendungsprobleme

Der Regelung des Art. 212 CGI weist einige steuerrechtliche Unausgewogenheiten und Anwendungsprobleme in der Praxis auf.

- Da mit der Begrenzung des sofortigen Zinsabzugs beim Schuldner keine entsprechende Begrenzung der Besteuerung der Zinserträge beim französischen verbundenen Gläubiger einhergeht, kommt es zu einer – zumindest vorübergehenden – inländischen Doppelbelastung.¹⁷¹
- Fraglich ist die steuerliche Behandlung der nicht abzugsfähigen Zinsen bei einem ausländischen Darlehensgläubiger, wie z. B. einer deutschen Muttergesellschaft. Da die Zinszahlungen aus französischer Sicht nicht als verdeckte Gewinnausschüttung qualifiziert werden¹⁷², unterliegen sie auch nicht der Freistellung in Deutschland unter den Voraussetzungen des Schachtelprivilegs des Art. 20 Abs. 1 b Satz 1 DBA Frankreich.
- Zudem erscheint die Angemessenheit der jährlichen 5 %-Kürzung fraglich, da allein die Tatsache der zeitlichen Verzögerung der Abzugsfähigkeit für sich eine finanzielle Belastung beinhaltet.¹⁷³
- Des Weiteren wird die in Bezug auf das laufende Ergebnis ermittelte Begrenzung aller Zinszahlungen an verbundene Unternehmen von lediglich 25 % (nach Anpassungen) den Anforderungen der Praxis nicht gerecht. Als Alternative war bei Abschluss der neuen Fassung des Artikels 212 CGI in 2005 in der Diskussion, die neuen Regelungen in Übereinstimmung mit den US-amerikanischen Regeln nur auf den Nettozinsaufwand anzuwenden, d. h. nach Abzug der von verbundenen Parteien erhaltenen Zinszahlungen, um nicht solche Unternehmen zu bestrafen, die Darlehen aufnehmen, um sie weiterzugeben. Diese Beschränkung wurde jedoch nicht in das Gesetz aufgenommen.

Beispiel 1

Die französische Tochtergesellschaft F – der deutschen Muttergesellschaft D – verfügt zum Abschluss des Geschäftsjahres am 30. März 2008 über ein Eigenkapital von

163 Hierdurch sollen Großinvestitionen, die auf Fremdkapital angewiesen sind, gefördert werden. Vgl. Rapport Commission des Finances, Doc. Assemblée Nationale, 2568, zit. bei Viegener, IWB 2006, Fach 5 Frankreich Gr. 2, S. 1429 (1432).

164 Dabei handelt es sich um Leasingraten, die bei Ausübung von Kaufoptionen zu aktivieren sind. Betroffen sind daher insbesondere das Leasing von Immobilien. Vgl. Viegener, IWB 2006, Fach 5 Frankreich Gr. 2, S. 1429 (1432).

165 Durch diese ergebnisbezogene Höchstgrenze kommt die Intention des Gesetzgebers zum Ausdruck, finanzierungsbedingte Gewinnverlagerungen ins Ausland zu unterbinden. Vgl. Viegener, IWB 2006, Fach 5 Frankreich Gr. 2, S. 1429 (1432).

166 Vgl. hierzu Weier/Seroin, IStR 2005, S. 725 (728).

167 Durch diese Schwelle sollen KMU und Bagatellfälle von den Regelungen ausgeschlossen werden. Vgl. Toulemonat/Faulcon, option finance n° 884, 22. Mai 2006, S. 38.

168 I. S. d. Art. 119 bis CGI.

169 Vgl. Hellio/Leutner, IWB 2005, Fach 5 Frankreich Gr. 2, S. 1425 (1427).

170 Sog. *Déduction différée*. Kritisch dazu vgl. Schienke, IStR 2006, S. 302 (303).

171 Es sei denn, Schuldner und Gläubiger gehören dem gleichen steuerlichen Organkreis an, da hier die gezahlten Zinsen keine Berücksichtigung finden.

172 Vgl. Direction Générale des Impôts du Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, Bulletin Officiel des Impôts, 4-H-8-07 N°133 v. 31. Dezember 2007.

173 So auch Schienke, IStR 2006, S. 302 (303).

3 Mio. €. D hatte ihr Anfang 2004 ein langfristiges Darlehen in Höhe von 5 Mio. € zu einem Jahreszinssatz von 6 % zur Verfügung gestellt. Zum 30. März 2008 weist F einen steuerlichen Gewinn von 500.000 € aus. Daneben besteht eine Jahres-AfA von 200.000 € sowie Zinserträge von 100.000 €. ¹⁷⁴

Erste Stufe: Zinssatzkriterium

Der Zinssatz liegt mit 6 % über dem Referenzwert von 5,54 %. ¹⁷⁵ Wenn der Nachweis der Angemessenheit des höheren Satzes im Rahmen des Fremdvergleichs nicht gelingt, wird die Differenz als verdeckte Gewinnausschüttung qualifiziert und ist endgültig nicht abzugsfähig. Die verdeckte Gewinnausschüttung beträgt hier 23.000 €.

6,00 % von 5 Mio. €	300.000 €
./. 5,54 % von 5 Mio. €	277.000 €
= Verdeckte Gewinnausschüttung	23.000 €

Zweite Stufe: Grenzwerte für die Abzugsfähigkeit des Zinsaufwands

Relation von Eigen- zu Fremdkapital:

Die Grenze beträgt 150 % des Eigenkapitals, also 4,5 Mio. €. Abzugsfähig sind demnach höchstens die auf diesen Grenzbetrag entfallenden Zinsen. Sie belaufen sich auf 249.300 €.

Eigenkapital	3.000.000 €
* 150 %	
= Bemessungsgrundlage	4.500.000 €
* 5,54 %	
= 1. Grenzbetrag	249.300 €

Ertragsgrenze:

Im Beispiel liegen keine Leasingraten vor. Insofern bilden 25 % des Gewinns vor Zinsen und AfA die zweite Grenze. Sie beträgt 200.000 €.

Gewinn	500.000 €
+ AfA	200.000 €
+ Zinserträge	100.000 €
= Bemessungsgrundlage	800.000 €
* 25 %	
= 2. Grenzbetrag	200.000 €

Zinserträge:

Die dritte Grenze bilden die erhaltenen Zinserträge. Diese beläuft sich auf 100.000 €.

= 3. Grenzbetrag	100.000 €
------------------	-----------

Die höchste der drei Grenzen ist maßgeblich. Sie beträgt 249.300 € (1. Grenzbetrag aus der EK/FK-Relation). Da der (angemessene) Zinsaufwand diese Grenze um lediglich 27.700 € (= 249.300 € ./. 277.000 €) und damit um weniger als 150.000 € übersteigt (Freigrenze), erfolgt jedoch keine Begrenzung des Zinsabzugs.

6. Ausnahmenvorschriften

Grundsätzlich vom Anwendungsbereich des Art. 212 CGI ausgeschlossen sind Finanzierungsaufwendungen, die an einen nicht verbundenen Darlehensgeber gezahlt werden. Dies gilt auch in den Fällen, in denen sich eine nahe stehende Person, z. B. der Anteilseigner, für dieses Darlehen verbürgt hat.

a. Kreditinstitute und Leasinggesellschaften

Daneben fallen auch Bankgeschäfte und Geschäfte, die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb von Kreditinstituten ¹⁷⁶ gehören, nicht in den Anwendungsbereich des Art. 212 CGI. Ebenso wenig sind Darlehen betroffen, die dazu dienen, Leasinggeschäfte zu finanzieren. Beim Leasinggeber sind Zinsen, die im Zusammenhang mit der Anschaffung von Gegenständen stehen, die über Leasingverträge verbundenen Gesellschaften zur Verfügung gestellt werden, nicht in die Berechnung der nicht abzugsfähigen Zinsen einzubeziehen. Damit unterliegen Kreditinstitute und Leasinggesellschaften nicht der Abzugsbeschränkung des Art. 212-II CGI. ¹⁷⁷

174 Siehe auch Viegener, IWB 2006, Fach 5 Frankreich Gr. 2, S. 1429 (1433 ff.) mit weiteren Beispielen.

175 Vgl. Abschnitt D.III.3.b.

176 I. S. d. Art L. 511-9 des französischen Kreditwesengesetzes (*Code monétaire et financier*).

177 Vgl. auch Viegener, IWB 2006, Fach 5 Frankreich Gr. 2, S. 1429 (1437).

b. Cash-Pool-Systeme

Gesellschaften, die ihre Finanzierungen innerhalb des Konzerns im Rahmen eines Cash-Pools¹⁷⁸ verwalten, können die von ihnen innerhalb dieses Systems gezahlten Zinsen vollständig und ohne Beschränkungen abziehen. Gleiches gilt für Zinsleistungen der Mitglieder eines solchen Systems an die verwaltende Gesellschaft.¹⁷⁹

c. Escape-Klausel: Konzernverschuldungsquotient

Art. 212-III CGI sieht vor, dass die Abzugsbeschränkung für eine Gesellschaft, die einem Konzern angehört, nicht anwendbar ist, wenn ihr Verschuldungsquotient nicht über dem konsolidierten Quotienten des maßgeblichen Konzerns liegt. Dabei sind auch ausländische Konzerngesellschaften zu berücksichtigen.¹⁸⁰

In praxi erweist es sich – ähnlich wie in Deutschland – schwierig, weltweit die erforderlichen Verschuldungsnachweise zu erhalten. Außerdem bildet z. B. der konsolidierte Verschuldungsquotient eines Konzerns, der in verschiedenen Geschäftsfeldern tätig ist, keinen verlässlichen Maßstab für eine Konzerngesellschaft, die ausschließlich in einem Sektor operiert.¹⁸¹

d. Organschaft/Steuerliche Konsolidierung

Eine weitere Ausnahmeregelung des Art. 212-II CGI betrifft die steuerliche Konsolidierung im Rahmen eines Organkreises (*intégration fiscale*).

aa) Französischer Organkreis

Auf Antrag besteht die Möglichkeit, die Ergebnisse aller französischen Tochtergesellschaften beim konsolidierenden Organträger zusammenzufassen und zu besteuern.¹⁸² Voraussetzung hierfür ist, dass der Organträger während des gesamten Wirtschaftsjahres an jeder Tochtergesellschaft unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 95 % beteiligt ist. Zudem muss es sich um Kapitalgesellschaften oder um zur Körperschaftsteuer optierende Personen-

gesellschaften mit Steuerpflicht in Frankreich handeln. Dabei darf der Organträger seinerseits von einer (französischen oder ausländischen) Gesellschaft, die der französischen Körperschaftsteuer unterliegt, nur zu weniger als 95 % gehalten werden.¹⁸³ Die Wirtschaftsjahre der Gesellschaften müssen zudem übereinstimmen.¹⁸⁴

Anders als bei der deutschen Organschaft ist in Frankreich das Vorliegen eines Gewinnabführungsvertrags keine Voraussetzung für die Annahme eines Organkreises. Zudem erfolgt innerhalb eines französischen Organkreises keine tatsächliche Abführung des Gewinns der Organgesellschaften an den Organträger (bzw. ein Ausgleich von Verlusten).

bb) Steuerliche Konsolidierung

Liegt eine Organschaft vor, wird zunächst der nach Art. 212 CGI nicht abzugsfähige Zinsanteil für jede Organgesellschaft getrennt ermittelt.¹⁸⁵ Dabei werden die von der Organgesellschaft an andere Organgesellschaften gezahlten Zinsen für die Berechnung der drei Nichtbeanstandungsgrenzen berücksichtigt. Jede Organgesellschaft muss die nicht abzugsfähigen Zinsanteile dann zunächst in ihre steuerliche Bemessungsgrundlage einbeziehen. Anders als nach den allgemeinen Regeln sind diese Anteile jedoch nicht vortragsfähig, sondern fließen bei dem Organträger in das konsolidierte Gesamtergebnis ein.¹⁸⁶

Der individuell errechnete nicht abzugsfähige Zinsanteil jeder Gesellschaft unterliegt sodann einer weiteren Verhältnisrechnung auf Organschaftsebene, um ggf. einen Anteil, der zuvor durch die Organgesellschaften in ihre eigene Bemessungsgrundlage einbezogenen Zinsen, wieder abziehen zu können.

Hierbei wird jedoch nicht das Verhältnis von Fremd- zu Eigenkapital zu Grunde gelegt, sondern der konzerninterne Zinsaufwand der gesamten Gruppe ohne Einbeziehung der zwischen den Organgesellschaften gezahlten Zinsen.¹⁸⁷ Entspricht dieser nicht mehr als 25 % des laufenden Gewinns der gesamten Gruppe vor Steuern, erhöht um die an verbundene Unternehmen gezahlten Zinsen, die nicht dem Organkreis angehören, und um die abzugsfähigen Abschreibungen sowie vermindert um die innerhalb der Organschaft gezahlten Dividenden, besteht die vollständige steuerliche Abzugsfähigkeit dieses Zinsaufwands.

178 *Convention de gestion centralisée de la trésorerie d'un groupe.*

179 Vgl. Hellio/Leutner, IWB 2005, Fach 5 Frankreich Gr. 2, S. 1425 (1427) und Tillmanns zu Frankreich, in: Mennel/Förster, S. 62.

180 Vgl. Weier/Seroin, IStR 2005, S. 725 (728). Der Konzern (*groupe*) wird dabei nach Art. L 233-16 Abs. 2 des französischen Handelsgesetzbuchs (*Code de commerce*) definiert als Gesamtheit französischer oder ausländischer Unternehmen, die unter ausschließlicher Kontrolle (rechtlicher, tatsächlicher oder vertraglicher Art) einer Gesellschaft steht. Hierauf verweist explizit Art. 212 Abs. 3 CGI. Vgl. Schienke, IStR 2006, S. 302 (303).

181 Vgl. Tillmanns zu Frankreich, in: Mennel/Förster, S. 63.

182 Art. 223 A – 223 Q CGI. Hierzu muss die Gruppe eine entsprechende Erklärung gegenüber der Finanzverwaltung abgeben und sich für einen Zeitraum von 5 Jahren binden. Dabei gilt nicht das all-in-all-out-Prinzip. Vielmehr kann eine Auswahl der einzubeziehenden Gesellschaften getroffen werden. Vgl. Schienke, IStR 2006, S. 302 (303).

183 Vgl. Tillmanns zu Frankreich, in: Mennel/Förster, S. 68.

184 Vgl. Sedlacek, IWB 2006, Fach 5 Frankreich Gr. 2, S. 1457 f.

185 Art. 223 B CGI.

186 Gemäß Art. 223 B CGI werden die speziellen Anpassungen des konsolidierten Gesamtergebnisses auf Ebene des Organträgers durchgeführt.

187 Vgl. Direction Générale des Impôts du Ministère de l'Economie, de l'Industrie, et de l'Emploi, Bulletin Officiel des Impôts, 4 H-8-07 N°133 des 31. Dezember 2007, S. 54, Rz. 165.

Der Abzug erfolgt dann auf Ebene des Organträgers.¹⁸⁸ Die vom Gesamtergebnis nicht abzugsfähigen Zinsen können in Folgejahre vorgetragen werden. Im Ergebnis wird der steuerlich integrierte Organkreis wie ein einheitliches Unternehmen behandelt.¹⁸⁹

Vielfach wird durch diese Vorgehensweise eine neutrale Besteuerung auf Ebene des Organkreises ermöglicht. Dies gelingt nicht, wenn einige Organgesellschaften ein negatives Ergebnis aufweisen, da dann der Gewinn des Organkreises und damit die Basis für die 25 %-Grenze verringert werden.

7. Anwendung auf Personengesellschaften

Auf dem Verwaltungsweg erläutert das Wirtschafts- und Finanzministerium die Anwendbarkeit des Art. 212 CGI auf Personengesellschaften, die nicht der Körperschaftsteuer unterliegen und deren Gesellschafter entsprechend ihren Gesellschaftsanteilen direkt und persönlich¹⁹⁰ besteuert werden.¹⁹¹ Die Anwendbarkeit des Art. 212 CGI ist dabei beschränkt auf die Anteile, die auf körperschaftsteuerpflichtige Kapitalgesellschaften¹⁹² als Gesellschafter der Personengesellschaft entfallen.

Auf einer ersten Stufe muss bestimmt werden, ob die Personengesellschaft eine der drei Nichtbeanstandungsgrenzen i. S. d. Art. 212 CGI überschreitet. Ist dies der Fall, gilt es zu überprüfen, ob die nicht abzugsfähigen Zinsen die Freigrenze in Höhe von 150.000 € auf Ebene der Personengesellschaft übersteigen.

Auf einer zweiten Stufe werden die Gewinne, einschließlich der von der Personengesellschaft gezahlten Zinsen, zwischen den verschiedenen körperschaftsteuerpflichtigen Gesellschaftern aufgeteilt. Dabei wird der Betrag der nicht abzugsfähigen, vortragsfähigen Zinsen um die Beteiligungsquote der nicht der Körperschaftsteuer unterliegenden Gesellschafter verringert. Die nicht sofort abzugsfähigen Zinsen erhöhen den Gewinnanteil der körperschaftsteuerpflichtigen Gesellschafter entsprechend ihrer Beteiligungsquote.

Beispiel 2

Eine französische Personengesellschaft hat zwei Gesellschafter, die natürliche Person A und die Kapitalgesellschaft B, die jeweils zu 50 % an der Personengesellschaft beteiligt sind. Die auf Ebene der Personengesellschaft ermittelten nicht abzugsfähigen Zinsen betragen 300.000 € (1. Stufe), der Gewinn der Personengesellschaft (einschließlich der gezahlten Zinsen) 200.000 €.

A und B werden jeweils 100.000 € an Gewinn zugewiesen. Der Gewinnanteil der Kapitalgesellschaft B erhöht sich jedoch um die auf sie entfallenden nicht abzugsfähigen Zinsen (50 % von 300.000 €) in Höhe von 150.000 €, so dass ihr Gewinnanteil im Ergebnis 250.000 € beträgt (2. Stufe). Es ergibt sich ein auf die Kapitalgesellschaft bezogener Zinsvortrag in Höhe von 150.000 €.

188 Vgl. Weier/Seroin, IStR 2005, S. 725 (728).

189 Vgl. Viegner, IWB 2006, Fach 5 Frankreich Gr. 2, S. 1429 (1438).

190 Art. 8 und 238 bis K CGI.

191 Folgende Gesellschaftsformen sind betroffen: *Sociétés en Nom Collectif*, *Sociétés en Commandite Simples*, *Sociétés Civiles*, *Sociétés en Participation* und *Sociétés à Responsabilité Limitée*, die wie Personengesellschaften besteuert werden. Vgl. Direction Générale des Impôts du Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, Bulletin Officiel des Impôts 4-H-8-07 N°133 v. 31. Dezember 2007, S. 48 ff.

192 *Impôt sur les sociétés*.

IV. Niederlande

Die Niederlande haben erst in Folge der Bosal-Entscheidung des EuGH Regelungen zur Gesellschafterfremdfinanzierung eingeführt. Diese stellen insbesondere auf das Verhältnis von Eigenkapital zu Fremdkapital ab. Erst bei Überschreiten dieses *Safe Havens* kann es zur Nichtabzugsfähigkeit von Zinsen kommen. Ab 2010 bzw. 2011 sollen neue Vorschriften zum Zinsabzug und zur Besteuerung von Zinseinkünften in Kraft treten, deren genaue Ausgestaltung noch offen ist.

1. Die Regelung im Überblick

In den Niederlanden sind Zinsen auf Gesellschafterdarlehen nicht abzugsfähig, wenn das Verhältnis von Fremdkapital zu Eigenkapital 3:1 übersteigt. Bei Überschreiten dieses *Safe Havens* wird der Abzug von Zinsen, die an einen Gesellschafter oder eine nahe stehende Person gezahlt werden, anteilig im Verhältnis des überschüssigen Fremdkapitals zum gesamten Fremdkapital verwehrt. Innerhalb einer Unternehmensgruppe besteht die Möglichkeit eines Eigenkapital-Escapes, wenn der Steuerpflichtige nachweist, dass das maßgebliche Verhältnis von Fremdkapital zu Eigenkapital bei der Kapitalgesellschaft nicht schlechter ist als auf Gruppenebene.

2. Inkrafttreten

Die Niederlande haben über viele Jahre auf besondere Regeln zur Gesellschafterfremdfinanzierung verzichtet. Solche Vorschriften wurden erst mit Wirkung zum 1. Januar 2004 erlassen, um Steuerausfälle in Folge der Bosal-Entscheidung¹⁹³ des Europäischen Gerichtshofs zu verhindern. Vor 2004 waren lediglich Aufwendungen im Zusammenhang mit ausländischen Beteiligungen, die unter das Schachtelprivileg fielen, nicht abzugsfähig. Der Europäische Gerichtshof entschied jedoch in der Rechtsache Bosal, dass diese Abzugsbeschränkung der Niederlassungsfreiheit nach dem EG-Vertrag widersprach und daher entsprechende Zinsaufwendungen zum Abzug zugelassen werden mussten.

3. Verhältnis zu anderen Vorschriften

Vor Anwendung der Gesellschafterfremdfinanzierungsregeln muss geprüft werden, ob die gezahlten Zinsen Vergütungen für die Überlassung von Fremdkapital darstellen oder ob Eigenkapital vorliegt. Nach den von der

Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen gilt, dass das Steuerrecht grundsätzlich dem Zivilrecht folgt.¹⁹⁴ In den folgenden drei Fällen können jedoch Fremdkapitalinstrumente in Eigenkapital umqualifiziert werden:

- (1) Es wurde nur scheinbar Fremdkapital zugeführt, tatsächlich wurde jedoch eine Kapitaleinlage erbracht (Scheingeschäft).
- (2) Es liegt ein sog. partizipatorisches Darlehen vor, d. h. der Darlehensgeber nimmt am Betriebserfolg des Darlehensnehmers teil.
- (3) Eine Kapitalgesellschaft gewährt ein Darlehen an eine Gesellschaft, an der sie eine Beteiligung¹⁹⁵ hält, und der Teilwert des Darlehens liegt wegen der wirtschaftlichen Situation des Darlehensnehmers unter dem Nennwert (Krisendarlehen).

Ein partizipatorisches Darlehen liegt insbesondere dann vor, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:¹⁹⁶

- Die Vergütung ist (nahezu ausschließlich) vom Gewinn des Darlehensnehmers abhängig.
- Das Darlehen ist nachrangig gegenüber allen anderen Gläubigern.
- Das Darlehen ist nicht planmäßig zu tilgen und nur im Fall der Insolvenz, eines vereinbarten Zahlungsauf-

¹⁹³ Urteil des EuGH vom 18. September 2003, C-168/01, EuGH 2003, S. 9409.

¹⁹⁴ Vgl. Urteil des Hoge Raad der Nederlanden (HR) vom 27. Januar 1988, BNB 1988/217.

¹⁹⁵ § 13 KStG-NL.

¹⁹⁶ Vgl. Urteil des HR vom 11. März 1998, BNB 1998/208 und vom 25. November 2005, BNB 2006/82.

schubs, der Liquidation oder erst nach einem Zeitraum von 50 Jahren rückzahlbar.

Wenn ein Darlehen in Eigenkapital umqualifiziert wird, sind Zinszahlungen auf das Darlehen insgesamt nicht abzugsfähig.

Daneben gibt es in den Niederlanden zahlreiche weitere Vorschriften, die den Zinsabzug beschränken und deren Prüfreihefolge gesetzlich vorgegeben ist, wie z. B. Vorschriften zu eigenkapitalähnlichem Fremdkapital, die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes, Vorschriften zu Basisgesellschaften, zu Wandel- und Optionsrechten, zu fremdfinanzierten Transaktionen sowie zu unterverzinlichen Darlehen im Konzern. Erst wenn diese Regelungen zur Zinsabzugsbeschränkung nicht zum Tragen kommen, sind die Vorschriften zur Gesellschafterfremdfinanzierung zu prüfen.

4. Tatbestandsvoraussetzungen

a. Personenkreis

aa) Darlehensnehmer als Mitglied einer Unternehmensgruppe

Die Gesellschafterfremdfinanzierungsregeln finden nur Anwendung, wenn der Darlehensnehmer eine Kapitalgesellschaft ist, die einer Unternehmensgruppe¹⁹⁷ angehört.¹⁹⁸ Insoweit hängt die Anwendbarkeit der steuerlichen Regeln zur Gesellschafterfremdfinanzierung von dem Vorliegen einer zivilrechtlichen Unternehmensgruppe ab. Dem liegt die Vorstellung zu Grunde, dass der Gesetzgeber vor allem die übermäßige Fremdfinanzierung durch gruppeninterne Darlehen einschränken will. Gesellschaften, die nicht Teil einer Unternehmensgruppe sind, sind durch die Gesellschafterfremdfinanzierungsregeln nicht betroffen.

Unter einer Unternehmensgruppe wird eine Mehrheit von Gesellschaften verstanden, die eine wirtschaftliche Einheit bilden. Eine Unternehmensgruppe liegt in der Regel vor, wenn die Gesellschaften eine organisatorische und wirtschaftliche Einheit bilden und über ein zentralisiertes Management verfügen. Insbesondere ist von einer Unternehmensgruppe auszugehen, wenn eine Gesellschaft die Mehrheit der Anteile (und damit die Mehrheit der Stimmrechte) an einer anderen Gesellschaft hält. Das Vorhandensein eines Konzernabschlusses wird als ein starkes Indiz für das Vorhandensein einer Unternehmensgruppe angesehen.

bb) Nahe stehende Person als Darlehensgläubiger

Die Gesellschafterfremdfinanzierungsregeln finden auf von einer Kapitalgesellschaft unmittelbar oder mittelbar an nahe stehende Personen gezahlte Zinsen Anwendung, soweit es sich bei dem Darlehensgläubiger um eine Gesellschaft handelt. Zinsen auf Darlehen, die von natürlichen Personen gewährt werden, sind damit stets abzugsfähig, unabhängig davon, ob es sich bei diesen um nahe stehende Personen handelt oder nicht.

Eine Gesellschaft gilt als gegenüber einer anderen Person nahe stehend, wenn¹⁹⁹

- die andere Person an der Gesellschaft eine Beteiligung von mindestens einem Drittel hält oder
- die Gesellschaft an der anderen Person eine Beteiligung von mindestens einem Drittel hält oder
- eine dritte Person an der Gesellschaft und an der anderen Person eine Beteiligung von mindestens einem Drittel hält.

Eine Beteiligung liegt vor, wenn eine Person an der anderen Person unmittelbar oder mittelbar über eine weitere Person beteiligt ist. Dabei ist nicht nur auf die kapitalmäßige Beteiligung, sondern auch auf die Stimmrechte abzustellen. Zudem kann ein partizipatorisches Darlehen unter bestimmten Voraussetzungen eine Beteiligung begründen. Insoweit sind alle Umstände des konkreten Falles zu würdigen.

cc) Fremde Dritte als Darlehensgläubiger

In bestimmten Fällen können auch Zinsen, die an einen fremden Dritten gezahlt werden, der Abzugsbeschränkung unterliegen. Dies gilt, wenn eine Back-to-Back-Finanzierung vorliegt oder wenn eine der Kapitalgesellschaft nahe stehende Person dem Dritten Sicherheiten gewährt (z. B. Garantien, Bürgschaften).

Eine Back-to-Back-Finanzierung liegt vor, wenn ein unabhängiger Dritter (z. B. eine Bank) der Kapitalgesellschaft ein Darlehen gewährt und die Bank von einer nahe stehenden Person ebenfalls ein Darlehen erhält, das gegenüber dem an die Kapitalgesellschaft ausgereichten Darlehen vergleichbare Konditionen aufweist (Laufzeit, Tilgung, etc.). Das gleiche gilt, wenn die nahe stehende Person bei der Bank ein Guthaben unterhält, das als Sicherheit für die Darlehensgewährung an die Kapitalgesellschaft dient.

197 I. S. d. § 2.24b des niederländischen Zivilgesetzbuches.

198 § 10d Abs. 2 KStG-NL.

199 § 10a Abs. 4 KStG-NL.

Sofern Sicherheiten von einer nahe stehenden Person gewährt werden, unterfallen die an den Dritten gezahlten Zinsen insofern nicht der Abzugsbeschränkung, als die Kapitalgesellschaft auch ohne die Sicherheitsleistung durch den Dritten in der Lage gewesen wäre, die Fremdmittel zu erlangen.²⁰⁰ Mit anderen Worten werden die Darlehen nur einbezogen, soweit der Dritte seine Darlehensgewährung unmittelbar von der Sicherheitsstellung durch die nahe stehende Person abhängig macht. Führt die Sicherheitsstellung nur dazu, dass das Darlehen zu günstigeren Konditionen aufgenommen werden kann (z. B. eine niedrigere Verzinsung oder längere Laufzeit), finden die Regeln zur Gesellschafterfremdfinanzierung keine Anwendung.

b. Zinsaufwand

Sämtlicher Zinsaufwand an Nahestehende und fremde Dritte mit Rückgriffsrechten ist unabhängig von seiner formalen Bezeichnung als Zins einzubeziehen. Hinsichtlich der Qualifikation ist grundsätzlich eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde zu legen.

c. Verhältnis Fremd- zu Eigenkapital

Die Gesellschafterfremdfinanzierungsregeln greifen, wenn

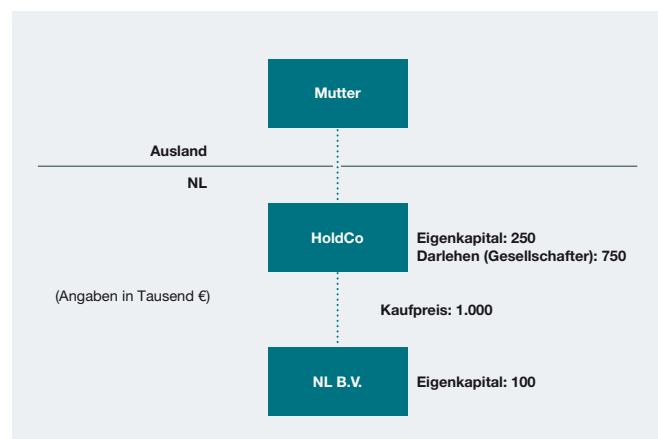
- das durchschnittliche Netto-Fremdkapital als Saldo aus empfangenen und gewährten Darlehen mehr als das Dreifache des durchschnittlichen Eigenkapitals (*Safe Haven*) und
- der überschießende Betrag mehr als 500.000 € (Freibetrag) betragen.

Für die Bestimmung des maßgeblichen *Safe Haven* ist das gesamte Fremdkapital der Kapitalgesellschaft (Gesellschafterdarlehen und Drittdarlehen) zu berücksichtigen und gegen die gesamten Forderungen (ggü. Gesellschaftern und Dritten) aufzurechnen. Die jeweiligen Durchschnittsbeträge ergeben sich aus dem nach steuerlichen Grundsätzen ermittelten Netto-Fremdkapital und Eigenkapital zu Beginn und zum Ende des Wirtschaftsjahres.

Das Eigenkapital ist nach allgemeinen steuerlichen Regeln zu bestimmen. So sind partizipatorische Gesellschafterdarlehen²⁰¹ als Eigenkapital zu behandeln. Für steuerliche Zwecke gebildete Rücklagen stellen kein Eigenkapital dar. Insbesondere wird das Eigenkapital – anders

als bei der deutschen Zinsschranke²⁰² – nicht um den Buchwert der Anteile an nachgeordneten Gesellschaften reduziert (keine Beteiligungsbuchwertkürzung).

Etwas anderes gilt dagegen im Fall einer niederländischen Organschaft (*fiscale eenheid*), bei der das für die Anwendung der Gesellschafterfremdfinanzierungsregeln maßgebliche Eigenkapital auf konsolidierter Basis zu ermitteln ist. Der Buchwert der Beteiligung an einer Tochtergesellschaft ist damit durch das anteilige steuerliche Eigenkapital der Tochtergesellschaft zu ersetzen. Dadurch kann auf Ebene der Muttergesellschaft ein negatives Eigenkapital entstehen. In diesem Fall ist das Eigenkapital der Muttergesellschaft mit 1 € anzusetzen.



Beispiel 1

Eine ausländische Unternehmensgruppe erwirbt Anteile an einer niederländischen Kapitalgesellschaft (B.V.) durch eine ebenfalls in den Niederlanden ansässige Holdinggesellschaft (HoldCo). Der Kaufpreis der Anteile an der Kapitalgesellschaft beträgt 1.000.000 €, ihr Eigenkapital 100.000 €. Die Holdinggesellschaft wird mit Eigenkapital in Höhe von 250.000 € und Gesellschafterfremdkapital in Höhe von 750.000 € finanziert.

Das Eigenkapital der HoldCo für Gesellschafterfremdfinanzierungszwecke wird um den Unterschiedsbetrag zwischen dem Buchwert der Anteile an der B.V. und ihrem Eigenkapital (1.000.000 € ./. 100.000 € = 900.000 €) gemindert. Es beträgt daher ./. 650.000 € (= 250.000 € ./. 900.000 €) und wird mit dem Mindestbetrag in Höhe von 1 € angesetzt. Der steuerunschädliche Finanzierungsrahmen für Netto-Fremdkapital beläuft sich nur auf den Freibetrag in Höhe von 500.000 €.

200 Vgl. Kamerstukken II 1995/96, 24696, Nr. 8, S. 18.

201 Vgl. Abschnitt D.IV.3.

202 Vgl. Abschnitt C.6.c.

Das für die Bestimmung des *Safe Haven* maßgebliche Fremdkapital ist der Saldo aller durch die Kapitalgesellschaft aufgenommenen abzüglich aller gewährten Darlehen (Netto-Fremdkapital). Soweit der Saldo den Freibetrag in Höhe von 500.000 € nicht übersteigt, ist die Abzugsfähigkeit der Zinsen nicht beschränkt. Einziehungspflichtig sind lediglich solche Darlehen, deren Zinsen grundsätzlich steuerlich abzugsfähig sind. Darlehen, deren Zinsen aufgrund anderer Vorschriften nicht abzugsfähig sind, werden nicht erfasst. Berücksichtigung finden allerdings zinslose Darlehen, die für steuerliche Zwecke als verzinslich behandelt werden.²⁰³

5. Rechtsfolgen

Liegt eine übermäßige Fremdfinanzierung vor, weil der *Safe Haven* überschritten wird, so ist der geringere der folgenden beiden Beträge steuerlich nicht abzugsfähig:

- (1) Der Gesamtbetrag der von der Kapitalgesellschaft gezahlten Zinsen, multipliziert mit dem Verhältnis des überschüssigen Netto-Fremdkapitals zum gesamten Netto-Fremdkapital (unter Berücksichtigung von Gesellschafter- und Drittdarlehen bzw. -zinsen).
- (2) Der Saldo aus an nahe stehende Personen gezahlte Zinsen und den von nahe stehenden Personen erhaltenen Zinsen.

Eine Beschränkung des Zinsabzugs erfolgt damit nur, wenn der zweite Betrag größer als Null ist.

Beispiel 2

Eine Kapitalgesellschaft hat ein durchschnittliches Fremdkapital von 1.800.000 € und ein durchschnittliches Eigenkapital von 200.000 €. Das Fremdkapital setzt sich aus einem Darlehen von einer nahe stehenden Person in Höhe von 800.000 € (Zinssatz: 5 %) und einem Bankdarlehen in Höhe von 1.000.000 € zusammen (Zinssatz: 6 %). Die Kapitalgesellschaft weist zudem eine Darlehensforderung gegen eine nahe stehende Person in Höhe von 600.000 € aus (Zinssatz: 5 %). Der jährliche Zinsaufwand beträgt damit 100.000 €. Der Zinsertrag beläuft sich auf 30.000 €.

Bilanz	
Forderungen ggü. Gruppe 600.000 € (Zinsertrag 30.000 €)	Eigenkapital 200.000 €
	Verbindlichkeiten ggü. Gruppe 800.000 € (Zinsaufwand 40.000 €)
Andere Vermögenswerte 1.400.000 €	Verbindlichkeiten ggü. Banken 1.000.000 € (Zinsaufwand 60.000 €)
2.000.000 €	2.000.000 €

Das Netto-Fremdkapital ermittelt sich wie folgt:

Verbindlichkeiten	1.800.000 €
./. Forderungen	600.000 €
= Netto-Fremdkapital	1.200.000 €

Der *Safe Haven* beläuft sich auf 600.000 €. Überschüssiges Fremdkapital ergibt sich daher in Höhe von 100.000 €.

Eigenkapital	200.000 €
* 300 %	
= <i>Safe Haven</i>	600.000 €

Netto-Fremdkapital	1.200.000 €
./. <i>Safe Haven</i>	600.000 €
./. Freibetrag	500.000 €
= Überschüssiges Netto-Fremdkapital	100.000 €

Der Betrag der nicht abzugsfähigen Zinsen ermittelt sich damit aus dem niedrigeren der folgenden Beträge:

Überschüssiges Netto-Fremdkapital	100.000 €
/ Gesamtes Netto-Fremdkapital	1.200.000 €
= 8,33 %	
* Gesamter Zinsaufwand	100.000 €
= 1. Grenzbetrag	8.333 €

203 § 10 Abs. 7 KStG-NL.

Zinsaufwendungen an nahe stehende Personen	40.000 €
./. Zinserträge von nahe stehenden Personen	30.000 €
= 2. Grenzbetrag	10.000 €

Nichtabzugsfähig sind damit Zinsaufwendungen in Höhe von 8.333 €.

Gesamter Zinsaufwand	100.000 €
./. Davon abzugsfähige Zinsaufwendungen an nahe stehende Personen	31.667 €
./. Davon abzugsfähige Zinsaufwendungen an Dritte	60.000 €
= Nichtabzugsfähiger Zinsaufwand	8.333 €

Wenn im vorstehenden Beispiel die Kapitalgesellschaft vollständig durch Drittdarlehen finanziert werden würde, wären die gezahlten Zinsen vollständig abzugsfähig. Der Zinssaldo aus an nahe stehende Personen gezahlten und von diesen erhaltenen Zinsen würde dann negativ ausfallen.

6. Anwendung des Safe Haven auf Gruppenebene

Auf Antrag des Steuerpflichtigen kann der Betrag des nicht abzugsfähigen Zinsaufwands auch auf Basis der Fremdkapital-/Eigenkapitalrelation auf Gruppenebene ermittelt werden (Gruppen- bzw. Konzernklausel).

Wenn die Kapitalgesellschaft in ihrer Steuerbilanz über überschüssiges Fremdkapital verfügt (d. h. das Fremd-/Eigenkapitalverhältnis 3:1 übersteigt), kann die Anwendung der Gruppenklausel dennoch zur Abzugsfähigkeit des gesamten Zinsaufwandes führen. Durch die Gruppenklausel soll der besonderen Lage des Unternehmens bzw. der jeweiligen Branche besser Rechnung getragen werden. Der Antrag auf Anwendung der Gruppenklausel kann jedes Jahr neu gestellt werden und entfaltet keine Bindungswirkung für nachfolgende Jahre.

Für die Anwendung der Gruppenklausel werden die relevanten Parameter (überschüssiges Fremdkapital, gesamtes Fremdkapital, Eigenkapital) auf Gruppenebene bestimmt. Hierbei soll der nach niederländischem Recht erstellte Konzernabschluss zugrunde gelegt werden, der grundsätzlich nach niederländischen Rechnungslegungsstandards oder IFRS aufgestellt werden kann. Alternativ können auch Konzernabschlüsse nach anderen vergleichbaren Rechnungslegungsstandards verwendet werden (z. B. US-GAAP). Ist die Kapitalgesellschaft in mehr als einen Konzernabschluss einbezogen, ist der Konzernabschluss mit der höchsten ausgewiesenen Bilanzsumme maßgebend.

Das auf Ebene der Gruppe ermittelte Verhältnis von Fremd- zu Eigenkapital ist mit der Fremd-/Eigenkapitalrelation des (handelsrechtlichen) Einzelabschlusses der Kapitalgesellschaft zu vergleichen. Hierbei sind auch die konsolidierten Beteiligungen an Personengesellschaften einzubeziehen, d. h. die anteiligen Aktiva sowie das anteilige Fremdkapital ist in der Bilanz des Gesellschafters zu berücksichtigen. Bei Vorliegen einer Organschaft innerhalb der Gruppe ist das konsolidierte Organschaftsergebnis maßgebend. Grundsätzlich sollte aus Gründen der Vergleichbarkeit der Einzelabschluss nach demselben Rechnungslegungsstandard wie der Konzernabschluss aufgestellt werden. Wenn der Einzelabschluss der Kapitalgesellschaft und der zum Vergleich herangezogene Konzernabschluss nach unterschiedlichen Rechnungslegungsgrundsätzen aufgestellt werden, sind ggf. Überleitungsrechnungen notwendig.

Für Zwecke der Gruppenklausel ist das gesamte Fremdkapital maßgebend (Bruttobetachtung). Im Unterschied zur Bestimmung des *Safe Haven* im Grundtatbestand wird nicht auf das Netto-Fremdkapital abgestellt und das Fremdkapital ist nicht auf Darlehensverbindlichkeiten beschränkt.

Ist das Finanzierungsverhältnis bei der Kapitalgesellschaft gleich dem oder günstiger als das der Gruppe (ermittelt jeweils nach dem anwendbaren Rechnungslegungsstandard), ist die Abzugsfähigkeit der Zinsen nicht beschränkt.

Beispiel 3

Auf Basis der Steuerbilanz hat eine Kapitalgesellschaft ein Verhältnis von Netto-Fremdkapital zu Eigenkapital von 3,5:1. Auf Basis ihrer Handelsbilanz nach niederländischen Rechnungslegungsstandards beträgt das Verhältnis 4:1. Auf Gruppenebene besteht auf Basis der konsolidierten Bilanz nach niederländischen Rechnungslegungsstandards ein Verhältnis von 5:1.

Obwohl auf Basis der Steuerbilanz der Kapitalgesellschaft der *Safe Haven* von 3:1 überschritten ist, ist die Abzugsfähigkeit des Zinsaufwands nicht eingeschränkt, da das Verhältnis Fremdkapital zu Eigenkapital auf Einzelabschlussebene günstiger ist als auf Konzernabschlussebene, jeweils ermittelt nach niederländischem Handelsrecht.

Beispiel 4

Auf Basis der Handelsbilanz hat eine Kapitalgesellschaft Fremdkapital in Höhe von 500.000 € und Eigenkapital in Höhe von 100.000 € (Verhältnis 5:1). Das Verhältnis Fremdkapital zu Eigenkapital auf Ebene der Gruppe beträgt 4:1. Das überschüssige Fremdkapital der Kapitalgesellschaft (bei Außerachtlassung des Freibetrags) beträgt damit 100.000 € (= 500.000 \cdot 4 * 100.000).

7. Anwendung auf Personengesellschaften

Da Personengesellschaften grundsätzlich als steuerlich transparent behandelt werden, kommen die Gesellschafterfremdfinanzierungsregeln auf der Ebene des Gesellschafters zur Anwendung, sofern es sich bei diesem um eine Kapitalgesellschaft handelt. An eine Personengesellschaft gewährte Darlehen werden daher der Kapitalgesellschaft als Gesellschafter im Umfang ihrer Beteiligung an der Personengesellschaft zugeordnet. Soweit eine Personengesellschaft im Einzelfall nicht als steuerlich transparent behandelt wird, finden die Gesellschafterfremdfinanzierungsregeln unmittelbar auf Ebene der Personengesellschaft Anwendung.

8. Ausblick

Das Finanzministerium hat unlängst angekündigt, die Vorschriften zur Behandlung von Zinserträgen bzw. -aufwendungen zu reformieren. Die Neuregelungen sollten bereits zum 1. Januar 2010 in Kraft treten. Da jedoch noch keine Gesetzesvorschläge vorliegen, ist es wahrscheinlich, dass die neuen Vorschriften erst im Jahr 2011 eingeführt werden. Im Zuge der Neuregelung soll ein Großteil der bestehenden Regelungen zur Zinsabzugsbeschränkung, u. a. auch die Vorschriften zur Gesellschafterfremdfinanzierung, ersetzt werden.

Nach einem Konsultationspapier des niederländischen Finanzministeriums ist geplant, eine sog. Gruppenzinsbox einzuführen (*mandatory group interest box*). Sämtliche gruppeninternen Zinserträge und -aufwendungen sollen im Ergebnis nicht dem allgemeinen niederländischen Höchststeuersatz von 25,5 %, sondern nur einem effektiven Steuersatz von 5 % unterliegen. Durch die Einführung der Gruppenzinsbox und unter gleichzeitiger Abschaffung der bisherigen Regelungen zur Zinsabzugsbeschränkung wollen die Niederlande ihre Attraktivität als Standort für Finanzierungsgesellschaften weiter erhöhen.

Allerdings sind in dem Konsultationspapier auch Vorschläge enthalten, welche im Gegenzug den Zinsabzug aus Dritt- und Gesellschafterdarlehen beschränken sollen. Zum einen wird vorgeschlagen, dass Zinsaufwendungen im Zusammenhang mit der Finanzierung von Beteiligungserwerben nicht mehr abzugsfähig sein sollen. Zum anderen wird die Einführung einer Zinsschrankenregelung diskutiert, die weitgehend der deutschen Zinsschranke entsprechen würde.

V. Schweden

Zum 1. Januar 2009 traten in Schweden Regelungen zur Abzugsbeschränkung von Zinsaufwendungen in Kraft, um insbesondere einem sog. *debt-push-down* entgegen zu wirken. Die neuen Regelungen finden daher auf bestimmte steuerlich motivierte Finanzierungsgestaltungen zwischen nahe stehenden Unternehmen Anwendung.

1. Die Regelung im Überblick

Nach der Neuregelung sind Zinsaufwendungen nicht abzugsfähig, wenn das Darlehen von einer nahe stehenden Person gewährt und dazu verwendet wird, Anteilsrechte von Nahestehenden zu erwerben. Die Zinsabzugsbeschränkung findet keine Anwendung, wenn die Zinserträge beim Darlehensgeber mit mindestens 10 % besteuert werden oder für die Gestaltung überwiegend wirtschaftliche Gründe geltend gemacht werden können.

2. Inkrafttreten

Die Regelung zur Abzugsbeschränkung von Zinsen trat zum 1. Januar 2009 in Kraft. Bis dato gab es in Schweden keinerlei Vorschriften zur Zinsabzugsbeschränkung.

Die Neuregelung ist auf Zinsaufwendungen aus Verbindlichkeiten anzuwenden, die nach dem 31.12.2008 anfallen, auch wenn die Verbindlichkeiten vor dem Inkrafttreten des Gesetzes aufgenommen wurden. Die entsprechenden Vorschriften sind in Kap. 24, §§ 10a bis 10e des schwedischen Einkommensteuergesetzes (*inkomstskattelagen*, im Folgenden IL) kodifiziert.

3. Verhältnis zu anderen Vorschriften

In Schweden gilt grundsätzlich der Fremdvergleichsgrundsatz, wonach Zinszahlungen zwischen nahe stehenden Unternehmen nur dann steuerlich abzugsfähig sind, wenn die Finanzierungsvereinbarung auch unter fremden Dritten getroffen worden wäre.

4. Tatbestandsvoraussetzungen

a. Personenkreis

Die Neuregelung betrifft grundsätzlich nur Zinszahlungen zwischen nahe stehenden Unternehmen. Als nahe stehend gilt ein Unternehmen, wenn

- es entweder direkt oder indirekt, durch eine Beteiligung oder auf andere Weise einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben kann oder

- mit einem oder mehreren anderen Unternehmen unter einheitlicher Leitung steht.

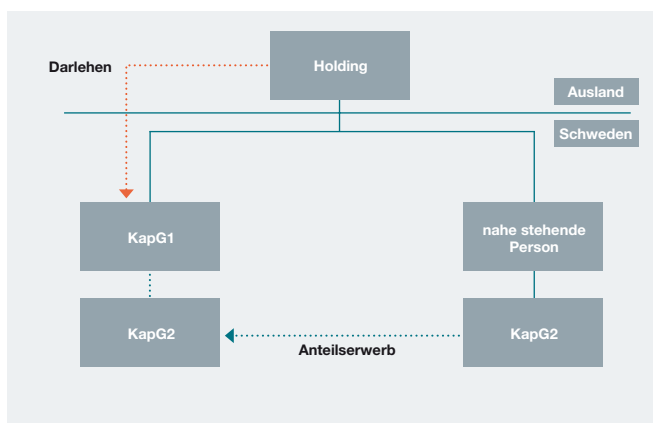
Die betroffenen Unternehmen können sowohl juristische Personen (insbesondere Kapitalgesellschaften) als auch schwedische Personengesellschaften sein. Ausländische Gesellschaften fallen ebenso unter die Neuregelung.

Darüber hinaus können auch Zinsaufwendungen, die an fremde Dritte (i. d. R. eine Bank) gezahlt werden, der Abzugsbeschränkung unterliegen, wenn ein nahe stehendes Unternehmen eine dem zugrunde liegenden Darlehen (hinsichtlich Laufzeit, Betrag, Tilgung, etc.) vergleichbare Forderung gegenüber einem fremden Dritten oder einer dem fremden Dritten nahe stehenden Person hat (sog. Back-to-Back-Finanzierung).

Im Umkehrschluss unterliegen Unternehmen, die keinem anderen Unternehmen nahe stehen, in Schweden keinen Zinsabzugsbeschränkungen. Zudem ist die Finanzierung durch eine natürliche Person, auch wenn diese dem Unternehmen nahe steht, in jedem Fall unschädlich.

b. Zinsaufwand

Einem Unternehmen wird der Abzug von Zinsaufwendungen auf Darlehen versagt, die von einem nahe stehenden Unternehmen gewährt werden, um Anteilsrechte (*delägarätter*) von einem nahe stehenden Unternehmen zu erwerben. Dabei ist irrelevant, ob diese für ein lang- oder kurzfristiges Investment gedacht sind (sog. konzerninterner *debt-push-down*). Insbesondere die folgenden Anteilsrechte sind hiervon erfasst: Aktien, Bezugsrechte, Anteile an einem Investmentfonds, gewinnabhängige Darlehen (in schwedischer Währung), Wandelschuldverschreibungen (in schwedischer Währung), Optionsrechte, deren Basiswert aus Aktien oder einem Aktienindex besteht, sowie weitere Finanzanlagen und Wertpapiere mit ähnlicher Wirkung.²⁰⁴



Eine Beschränkung des Zinsabzugs besteht ebenfalls für Zinsaufwendungen aus einem, von einem fremden Dritten zum Erwerb von Anteilsrechten gewährten, kurzfristigen Darlehen, das durch ein Darlehen von einem nahe stehenden Unternehmen abgelöst wird. Dies gilt unter der Voraussetzung, dass die Regelung zur Zinsabzugsbeschränkung anwendbar gewesen wäre, wenn das Darlehen von Anfang an statt durch einen fremden Dritten durch ein nahe stehendes Unternehmen gewährt worden wäre.

5. Rechtsfolgen

Die durch die Neuregelung bewirkte Beschränkung des Zinsabzugs ist definitiv; d. h. die Zinsaufwendungen sind beim Darlehensnehmer nicht abzugsfähig.

6. Ausnahmvorschriften

a. 10 %-Regelung

Der Darlehensnehmer ist von der Zinsabzugsbeschränkung ausgenommen, wenn er nachweist, dass die korrespondierenden (Zins-)Einnahmen beim nahe stehenden Darlehensgeber einem effektiven Steuersatz von mindestens 10 % unterliegen. Hierfür sind die Einnahmen aus der Darlehensvergabe auf Ebene des Darlehensgebers isoliert zu betrachten. Die Qualifikation als Zinseinkünfte im Ansässigkeitsstaat des Darlehensgebers ist nicht erforderlich, auch eine Qualifikation als (steuerpflichtige) Dividenden oder Kapitalerträge ist durch den Wortlaut abgedeckt. Bei Back-to-back-Situationen findet der 10 %-Test auf Ebene der dem Darlehensnehmer nahe stehenden Person auf die Zinserträge Anwendung, die aus der Forderung gegenüber dem fremden Dritten resultieren.

Bei hybriden Finanzierungsformen zwischen nahe stehenden Unternehmen soll die Ausnahmeregelung nicht zur Anwendung kommen, wenn die Einnahmen aus der Finanzierung im Ansässigkeitsstaat des Empfängers als steuerfreie Dividenden oder Kapitalerträge behandelt wer-

den. Entsprechendes gilt, wenn die Einnahmen aufgrund transparenter Behandlung des Darlehensgebers im Ansässigkeitsstaat (sog. *Check-the-box*) nicht der Besteuerung unterliegen. Als Konsequenz aus der Steuerfreistellung der Einnahmen beim Darlehensgeber kann der Darlehensnehmer die 10 %-Ausnahmvorschrift nicht anwenden, so dass ihm in diesen Fällen der korrespondierende Zinsabzug grundsätzlich verwehrt bleibt.

b. Vorliegen von überwiegend wirtschaftlichen Gründen

Die Zinsaufwendungen unterliegen ebenfalls nicht der Abzugsbeschränkung, wenn sich sowohl der Anteilserwerb als auch die Darlehensaufnahme von einem nahe stehenden Unternehmen durch wirtschaftlich beachtliche Gründe rechtfertigen lässt. Die Akquisitionsentscheidung und die Darlehensaufnahme müssen überwiegend, d. h. zu mindestens 75 %, auf wirtschaftlich beachtlichen Gründen beruhen und dürfen nicht maßgeblich steuerlich motiviert sein. Es ist nicht ausreichend, wenn nur eine der beiden Komponenten aus wirtschaftlich beachtlichen Gründen vereinbart wurde.

In einer Verwaltungsanweisung stellt die schwedische Finanzverwaltung ihr Verständnis der Regelung klar. Bei der Beurteilung der wirtschaftlich beachtlichen Gründe für die Darlehensaufnahme und den Anteilserwerb von einem nahe stehenden Unternehmen sollen alle Umstände berücksichtigt werden. Dieser Prüfung soll es auch bedürfen, wenn der gruppeninternen Akquisition eine externe Akquisition vorausging oder eine Veräußerung eines der Gruppe angehörigen Unternehmens an Dritte folgt. Zudem werden in der Verwaltungsanweisung Dokumentationsanforderungen präzisiert.

7. Anwendung auf Personengesellschaften

Die Zinsabzugsbeschränkung findet auch Anwendung, wenn Darlehensschuldner und/oder Darlehensgläubiger eine schwedische Personengesellschaft ist.

8. Ausblick

Der schwedische Gesetzgeber hat beschlossen, die Auswirkungen der Neuregelung zur Zinsabzugsbeschränkung, mithin deren Wirksamkeit im Hinblick auf die Einschränkung von ungewollten Steuergestaltungen, in der Zukunft zu überprüfen.

E. Tabellarische Übersicht

	Deutschland	USA
Inkrafttreten	26.05.2007 (erstmalig anwendbar für Wirtschaftsjahre, die nach dem 25.05.2007 beginnen und nicht vor dem 01.01.2008 enden)	10.07.1989
Finanzierungen aus dem...	In- und Ausland	Ausland
Beschränkung der Abzugsfähigkeit von Zinsen	Nettozinsaufwand > 30 % des steuerlichen EBITDA, es sei denn Nettozinsaufwand < 1 Mio. € (Freigrenze); Erhöhung der Freigrenze auf 3 Mio. € für VZ 2008 und 2009	<ul style="list-style-type: none"> • gesamter Nettozinsaufwand > 50 % des angepassten steuerpflichtigen Einkommens und • Überschreitung des Safe Haven von 1,5:1 (gesamtes Fremdkapital : Eigenkapital) und • Zinsen unterliegen nicht der Besteuerung (Netto- oder Quellenbesteuerung) in den USA <p>Nichtabzugsfähig ist der geringere der folgenden Beträge:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nettozinsaufwand, der 50 % des angepassten steuerpflichtigen Einkommens übersteigt • tatsächlich an Gesellschafter gezahlte Zinsen, die nicht der US-Besteuerung unterliegen
Definitionen	<ul style="list-style-type: none"> • Nettozinsaufwand ist Zinsaufwand abzüglich Zinsertrag (Gesellschafter und Dritte) • steuerliches EBITDA ist maßgebendes steuerpflichtiges Einkommen vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen 	<ul style="list-style-type: none"> • Nettozinsaufwand ist Zinsaufwand abzüglich Zinsertrag (Gesellschafter und Dritte) • angepasstes steuerpflichtiges Einkommen ist steuerpflichtiges Einkommen vor Abzug des Nettozinsaufwands, der Verlustvorträge und Abschreibungen • Safe Haven: Verhältnis des gesamten Fremdkapitals (Gesellschafter- und Drittdarlehen) zum Eigenkapital nicht größer als 1,5:1
Keine Anwendung der Zinsschranke, wenn ...	<ul style="list-style-type: none"> • Betrieb nicht oder nur anteilmäßig zu einem Konzern gehört und Zinsen auf Darlehen, die einer Körperschaft von einem wesentlich beteiligten Gesellschafter, einer diesem nahe stehenden Person oder einem auf die Vorgenannten rückgriffsberechtigten Dritten gewährt wurden, $\leq 10\%$ des Nettozinsaufwands sind • Betrieb zu einem Konzern gehört und seine Eigenkapitalquote um nicht mehr als einen Prozentpunkt unter der Eigenkapitalquote des Konzerns liegt sowie Zinsen auf Darlehen, die einer Körperschaft von einem außerhalb des Konzerns stehenden wesentlich beteiligten Gesellschafter oder einer diesem nahe stehenden Person oder einem auf die Vorgenannten rückgriffsberechtigten Dritten gewährt wurden, $\leq 10\%$ des Nettozinsaufwandes sind (Gesellschafterfremdfinanzierung kann zur Nichtanwendung der Escape-Klausel für alle Konzerngesellschaften führen, wenn sie von außerhalb des Konzerns erfolgt.) 	
Anwendung auch bei Inlandsbesteuerung des Zinsertrags	ja	grds. nein (außer in bestimmten Rückgriffs-sachverhalten)
Beteiligungshöhe Gesellschafter	<ul style="list-style-type: none"> • keine im Hinblick auf die Zinsschrankengrundregel • Beteiligung > 25 % (unmittelbar oder mittelbar) im Hinblick auf eine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung relevant 	unmittelbare oder mittelbare Beteiligung von > 50 % (nahe stehende Person)
Rechtsfolge – steuerliche Sanktion für Zinsen aus Fremdfinanzierungen durch...		
... konzernzugehörige Gesellschafter bzw. verbundene Unternehmen	ja	ja
... nicht konzernzugehörige Gesellschafter	ja	ja, falls nahe stehend
... nicht konzernzugehörige Dritte (mit Rückgriffsmöglichkeit, Back-to-Back-Finanzierungen)	ja	ja, grundsätzlich rechtlicher Sicherungsanspruch erforderlich, aber auch faktisches Entstehen für Schuld ausreichend (z. B. Patronatserklärung)
... nicht konzernzugehörige Dritte ohne Rückgriffsmöglichkeit	ja	nein
Umqualifikation in verdeckte Gewinnausschüttungen	nein	nein

Italien	Frankreich	Niederlande	Schweden
01.01.2008	01.01.2007	01.01.2004	01.01.2009 (auch auf nach dem 31.12.2008 anfallende Zinsaufwendungen anwendbar, die auf vor diesem Zeitpunkt begründeten Verbindlichkeiten beruhen)
In- und Ausland	In- und Ausland	In- und Ausland	In- und Ausland
Nettozinsaufwand > 30 % des handelsrechtlichen EBITDA (Erhöhung des EBITDA im Wj 2008 um 10.000 € und im Wj 2009 um 5.000 €)	<ul style="list-style-type: none"> • Gesellschafterfremdkapital überschreitet 1,5-fache des Eigenkapitals; maßgeblich ist der anteilig auf das überschüssige Gesellschafterfremdkapital entfallende Zinsaufwand und • an verbundene Unternehmen gezahlte Zinsen betragen mehr als 25 % des laufenden Gewinns vor Steuern, erhöht um an verbundene Unternehmen gezahlte Zinsen, Abschreibungen und Leasingraten und • Zinsaufwendungen an verbundene Unternehmen übersteigen Zinseinnahmen von verbundenen Unternehmen <p>Der die höchste Referenzgröße übersteigende Teil der Zinsaufwendungen ist nicht abzugsfähig, sofern die Freigrenze von 150.000 € überschritten wird.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Verhältnis von Netto-Fremdkapital zu Eigenkapital überschreitet 3:1 und • der überschießende Betrag überschreitet € 500.000 (Freibetrag) <p>Nichtabzugsfähig ist der geringere der folgenden Beträge:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Gesamtbetrag der gezahlten Zinsen multipliziert mit Verhältnis von überschüssigem Netto-Fremdkapital zum gesamten Netto-Fremdkapital • an Gesellschafter gezahlter Zinssaldo (Zinsen aus Darlehensverbindlichkeiten abzüglich Zinsen aus Darlehensansprüchen) 	Grundsätzlich volle Versagung des Zinsabzugs, wenn <ul style="list-style-type: none"> • Zinszahlungen zwischen nahe stehenden Unternehmen (Zinsaufwendungen gegenüber Dritten nur im Falle einer sog. Back-to-Back-Finanzierung) und • Darlehen für den Erwerb bestimmter Anteilsrechte (sog. delägarrätter) von einem nahe stehenden Unternehmen verwendet wurde
<ul style="list-style-type: none"> • Nettozinsaufwand ist Zinsaufwand abzüglich Zinsertrag (Gesellschafter und Dritte) • handelsrechtliches EBITDA ist operativer Gewinn vor Abschreibungen und Leasingraten 	Gesellschafterfremdkapital ist von verbundenen Unternehmen erhaltenes Fremdkapital	Netto-Fremdkapital ist Saldo aus allen Darlehensverbindlichkeiten und Darlehensansprüchen (Gesellschafterdarlehen und Drittdarlehen)	Anteilsrechte sind insbesondere Aktien, Bezugsrechte, Anteile an Investmentfonds, gewinnabhängige Darlehen (in schwedischer Währung), Wandelschuldverschreibungen (in schwedischer Währung), Optionsrechte, deren Basiswert aus Aktien oder einem Aktienindex besteht, sowie vergleichbare Finanzanlagen/Wertpapiere
	Nachweis, dass Eigenkapitalquote der Kapitalgesellschaft \geq Eigenkapitalquote des (weltweiten) Konzerns	Ermittlung des nicht abzugsfähigen Zinsaufwands auf Basis der Fremdkapital-/Eigenkapitalquote der Gruppe möglich (Gruppen- bzw. Konzernklausel)	<ul style="list-style-type: none"> • Nachweis, dass die korrespondierenden (Zins-)Erträge beim Darlehensgeber einem effektiven Steuersatz von mind. 10 % unterliegen • Erwerb der Anteilsrechte und Darlehensaufnahme beruhen auf wirtschaftlich beachtlichen Gründen (zu mindestens 75 % wirtschaftlich motiviert)
ja	ja	ja	grds. nein; keine Anwendung bei Besteuerung mit einem effektiven Steuersatz von mind. 10 % (KSt-Satz in Schweden: 26,3 %)
<ul style="list-style-type: none"> • grds. keine • bei EBITDA-Nutzung ausländischer Tochtergesellschaften muss vom Beginn des relevanten Wirtschaftsjahres an unmittelbar oder mittelbar eine mehr als 50 %-ige Beteiligung bestehen 	Beteiligung mind. 50 % oder beherrschende Stellung (verbundene Unternehmen)	<ul style="list-style-type: none"> • Vorliegen einer Unternehmensgruppe (organisatorische und wirtschaftliche Einheit) • Beteiligung von mindestens einem Drittel (nahe stehende Person) 	beherrschender Einfluss (durch direkte oder indirekte Beteiligung) oder einheitliche Leitung (nahe stehend)
ja	ja	ja	ja
ja	nein	ja, falls nahe stehend	ja, falls nahe stehend
ja	nein	ja, rechtlicher oder faktischer Sicherungsanspruch erforderlich; Gleichstellung mit Gesellschafterdarlehen nur insoweit, als Sicherheiten kausal für Kreditgewährung	ja
ja	nein	nein	bei kurzfristigem Darlehen grds. ja, falls es durch ein Darlehen von einem nahe stehenden Unternehmen abgelöst wird
nein	nein	nein	nein

	Deutschland	USA
Zinsvortrag	ja (zeitlich unbegrenzt)	ja (zeitlich unbegrenzt)
Vortrag von Zinsabzugspotenzial (EBITDA-Vortrag)	nein	ja (in die drei folgenden Steuerjahre)
Besondere Regeln für Gruppenbesteuerung/ Organschaft	ja, Organträger und Organgesellschaft wie ein Betrieb zu be- handeln	ja, Sonderregelungen für Unternehmensgrup- pen (mit oder ohne gemeinsame Veranlagung)
Ausnahmetatbestände	nein	nein

Italien	Frankreich	Niederlande	Schweden
ja (zeitlich unbegrenzt)	ja, ab 2. Jahr mit jährlichem Abschlag von 5 %	nein	nein
ab 2010 möglich	nein	nein	nein
ja, EBITDA inländischer sowie ggf. ausländischer Gruppengesellschaften nutzbar	ja, an Organschaft beteiligte Gesellschaften wie einheitliches Unternehmen zu behandeln	ja, maßgebliches Eigenkapital ist auf konsolidierter Basis zu ermitteln	nein
keine Anwendung auf Banken, Versicherungen, Finanzunternehmen, Einzelunternehmen, Personengesellschaften sowie faktisch Bauunternehmen, da Zinsaufwand für Immobilienherstellung nicht erfasst	keine Anwendung auf Kreditinstitute und Leasinggesellschaften; Erleichterung für Cash-Pool-Gestaltungen	keine Anwendung, wenn eine natürliche Person Gesellschafter ist	keine Anwendung bei Finanzierung durch eine natürliche Person

F. Fazit und Handlungsempfehlungen

Nahezu alle Staaten verfügen in ihren Steuersystemen über steuerpolitische Instrumente, die die Fremdfinanzierung von inländischen Unternehmen aus dem Ausland beschränken. Es soll verhindert werden, dass inländisches Besteuerungssubstrat durch den Abzug von Zinsaufwendungen gemindert wird, wenn die gezahlten Zinsen beim Empfänger nicht der inländischen Besteuerung unterliegen.

Auf der anderen Seite sind die steuerlichen Belastungsunterschiede zwischen verschiedenen Staaten ein natürlicher Anreiz für den Steuerpflichtigen, die Entstehung von Steuersubstrat dort zu fördern, wo die steuerliche Situation besonders günstig ist. Dies kann insbesondere durch eine entsprechende Ausstattung von Unternehmen mit Eigen- oder Fremdkapital geschehen. Die Finanzierungsfreiheit des Unternehmers, d. h. die Freiheit, das Unternehmen nach seiner Wahl mit Eigen- oder mit Fremdkapital auszustatten, ist auch für steuerliche Zwecke grundsätzlich anzuerkennen.

Regeln, die die Fremdfinanzierung von Unternehmen einschränken, müssen deshalb einen Ausgleich finden zwischen der Finanzierungsfreiheit des Unternehmers einerseits und dem legitimen Interesse der nationalen Fisci andererseits, eine übermäßige »Gewinnabsorption« in das Ausland zu verhindern und missbräuchlichen Gestaltungen vorzubeugen. Für die Mitgliedstaaten der EU ergibt sich darüber hinaus die Sondersituation, dass Gesellschafterfremdfinanzierungsregeln, die allein die Finanzierung aus dem Ausland beschränken, europarechtswidrig sind, da sie den ausländischen Gesellschafter im Vergleich zum inländischen Gesellschafter benachteiligen.

Im Rahmen der Unternehmensteuerreform 2008 wurde die bisherige Vorschrift zur Gesellschafterfremdfinanzierung in § 8a KStG a. F. durch die sog. Zinsschrankenregelung in § 4h EStG und § 8a KStG n. F. ersetzt. Mit der Zinsschranke soll ein Paradigmenwechsel in der Behandlung von Fremdfinanzierungsaufwendungen vollzogen werden. Die Abzugsfähigkeit von Fremdfinanzierungszinsen wird nicht nur dann eingeschränkt, wenn eine übermäßige Finanzierung durch den Gesellschafter stattfindet. Vielmehr sind Zinsen grundsätzlich nicht abzugsfähig, wenn sie 30 % des steuerlichen EBITDA überschreiten. Der Gesetzgeber beruft sich für diese Regelung auch auf ausländische Vorbilder, unter anderem auf die *Earnings Stripping Rules* in den USA.

Ein näherer Vergleich mit den Regeln anderer Staaten ergibt jedoch, dass die Zinsschranke in Anwendungsbezug und Rechtsfolgen weit über die entsprechenden Instrumente anderer Staaten hinausgeht.

- In den USA sind Zinsen auf Gesellschafterfremdkapital nicht abzugsfähig, soweit das Fremdkapital der Körperschaft einen *Safe Haven* von 1,5:1 und der Nettozinsaufwand der Körperschaft einen Betrag von 50 % des (angepassten) steuerpflichtigen Einkommens überschreiten. Im Vergleich zur Zinsschranke wird die Abzugsfähigkeit von Fremdfinanzierungszinsen somit erst dann beschränkt, wenn eine bilanzorientierte (Fremdkapital-Eigenkapital-Verhältnis) und eine gewinnorientierte Größe (Zinsaufwand im Verhältnis zu Gewinn) überschritten wird. Das gewinnorientierte Kriterium der Regelung ist zudem wesentlich weniger streng als im Rahmen der Zinsschranke ausgestaltet, da der abzugsfähige Teil des Zinsaufwands 50 % (und nicht nur 30 %) des (angepassten) steuerpflichtigen Einkommens beträgt. Das Zinsabzugspotenzial fällt dadurch deutlich höher aus.

Außerdem beziehen die US-amerikanischen Regeln zwar zur Ermittlung des maßgeblichen *Safe Haven* auch Drittdarlehen (d. h. nicht von Gesellschaftern oder gleichgestellten Personen gewährte Darlehen) ein, letztendlich werden aber nur Zinsen auf Gesellschafterdarlehen als nicht abzugsfähig behandelt. Nach der in Deutschland anzuwendenden Zinsschranke sind hingegen auch Zinsen auf Drittdarlehen von der Nichtabzugsfähigkeit betroffen.

- In Italien wurde zum 1. Januar 2008 eine der deutschen ähnliche Zinsschrankenregelung eingeführt. Dieser unterliegen sämtliche Darlehensbeziehungen einer in Italien ansässigen Kapitalgesellschaft, unabhängig davon ob die Darlehen von Gesellschaftern oder fremden Dritten gewährt werden. Der Nettozinsaufwand der Kapitalgesellschaft ist nur bis zur Höhe von 30 % des handelsrechtlichen EBITDA abzugsfähig. Der überschüssige Zinsaufwand ist steuerlich nicht abzugsfähig, kann aber zeitlich unbegrenzt vorgetragen werden. Im Gegensatz zur deutschen Zinsschranke besteht jedoch ab dem Jahr 2010 die Möglichkeit, nicht ausge-

schöpftes Zinsabzugspotenzial, also den in der Periode nicht genutzten Teil der 30 % des EBITDA, in spätere Veranlagungszeiträume vorzutragen.

- Nach den in Frankreich bestehenden Regelungen bestimmt sich die Abzugsfähigkeit von Fremdfinanzierungsaufwendungen zwischen verbundenen Unternehmen zunächst durch eine Gegenüberstellung des der Finanzierung zugrunde liegenden Zinssatzes mit dem amtlichen Höchstzinssatz und in einem zweiten Schritt durch einen Vergleich der verbleibenden Zinsaufwendungen gegenüber verbundenen Unternehmen mit drei Referenzgrößen: a) mit den Zinsen für Gesellschafterdarlehen bis zu einer Gesellschafterfremdkapital/Eigenkapital-Relation von 1,5 zu 1, b) mit 25 % des laufenden Gewinns vor Steuern, Zinsen, Abschreibungen und bestimmten anteiligen Leasingraten und c) mit der Summe der von verbundenen Unternehmen erhaltenen Zinserträge. Nicht abzugsfähig ist der die höchste Referenzgröße übersteigende Teil der Zinsaufwendungen, sofern die Freigrenze in Höhe von 150.000 € überschritten wird. Die Nichtabzugsfähigkeit betrifft damit nur Zinszahlungen zwischen verbundenen Unternehmen.

Zudem hat der Steuerpflichtige die Möglichkeit nachzuweisen, dass die Eigenkapitalquote der Kapitalgesellschaft genauso hoch wie oder höher ist als die des Konzerns. In diesem Fall sind die Zinsen voll abzugsfähig.

- In den Niederlanden sind Zinsen auf Gesellschafterdarlehen nicht abzugsfähig, wenn das (Netto-)Fremdkapital einen *Safe Haven* von 3:1 und einen Freibetrag von 500.000 € übersteigt. Gesellschafterzinsen sind voll abzugsfähig, wenn der Steuerpflichtige nachweist, dass das maßgebliche Verhältnis von Fremdkapital zu Eigenkapital nicht schlechter ist als auf Gruppenebene.
- Schweden hat abweichend von den zuvor untersuchten Ländern einen anderen Ansatz gewählt. Statt allgemeine Regelungen zur Gesellschafterfremdfinanzierung oder eine Zinsschranke einzuführen, wurde eine Vorschrift implementiert, die gezielt gegen die von der Finanzverwaltung als unerwünscht angesehenen *debt-push-down*-Gestaltungen gerichtet ist. Danach sind Zinsaufwendungen nur dann nicht abzugsfähig, wenn das Darlehen von nahe stehenden Personen gewährt wird, die Finanzmittel für den Erwerb von Anteilsrechten verwendet werden und die Ausnahmen einer mindestens 10 %-Besteuerung beim Zinsempfänger oder des Vorhandenseins von überwiegend wirtschaftlich beachtlichen Gründen nicht vorliegen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich die deutsche Zinsschranke in mehrfacher Hinsicht von den entsprechenden Regelungen der verglichenen Jurisdiktionen unterscheidet. Die Zinsschranke lässt Zinsen generell nicht zum Abzug zu, wenn sie ein bestimmtes Verhältnis des Zinsaufwands zum EBITDA überschreiten. Sie betrifft damit auch gewöhnliche Bankfinanzierungen, unabhängig davon, ob ein Rückgriff der Bank gegenüber dem Gesellschafter besteht. Demgegenüber handelt es sich bei den verglichenen ausländischen Vorschriften mit Ausnahme Italiens um reine Gesellschafterfremdfinanzierungsregeln, die nur den Abzug von Zinsaufwand auf Gesellschafterdarlehen beschränken.

Die einschneidenden Wirkungen der Zinsschranke werden auch durch die Escape-Klausel nicht wesentlich gemildert. Die Escape-Klausel sieht vor, dass die Zinsschranke keine Anwendung findet, wenn die Eigenkapitalquote der Gesellschaft maximal einen Prozentpunkt niedriger ist als die Eigenkapitalquote des Konzerns. Allerdings ist die Inanspruchnahme der Escape-Klausel im Falle einer Körperschaft von zusätzlichen, sehr strengen Voraussetzungen abhängig. Es darf keine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung vorliegen, d. h. die an wesentlich beteiligte Gesellschafter (oder diesen gleichgestellten Personen) gezahlten Vergütungen für Fremdkapital dürfen nicht mehr als 10 % der Nettozinsaufwendungen der Körperschaft betragen. Dieser Nachweis muss für sämtliche zum Konzern gehörende Rechtsträger erbracht werden. Wegen des (ausweislich der Gesetzesbegründung) weiten Verständnisses der Gesellschafterfremdfinanzierung wird der Anwendungsbereich der Escape-Klausel damit stark eingeschränkt. Für deutsche Konzerne ist darüber hinaus die Escape-Klausel wegen der Beteiligungsbuchwertkürzung de facto nicht anwendbar. Die Escape-Klauseln in Frankreich und den Niederlanden sind nicht mit entsprechenden Einschränkungen verbunden, sondern gewähren den Abzug von Zinsaufwendungen, wenn der Eigenkapitalvergleich gelingt.

Im Ergebnis führt die deutsche Zinsschrankenregelung in der gegenwärtigen Fassung zu einer deutlich stärkeren Beschränkung der Abzugsfähigkeit von Finanzierungsaufwendungen als die entsprechenden Regelungen der USA, Frankreichs, der Niederlande, Italiens oder Schwedens. In der deutschen Literatur wird ihre Wirkung mehrheitlich als überschießend kritisiert.²⁰⁵ Zudem führt die Zinsschranke vor dem Hintergrund der aktuellen Wirtschafts- und Finanzmarktkrise zu einer Verstärkung des Abschwungs, da dem Unternehmen dringend benötigte Liquidität entzogen wird. Der gewährte unbeschränkte Zinsvortrag wird bei gleichbleibender Unternehmenssituation wohl kaum

205 Vgl. Dörfler, Ubg 2008, S. 693 ff., Schmidt-Fehrenbacher, Ubg 2008, S. 469 ff., Prinz, FR 2008, S. 441 (443) und Köhler, DStR 2007, S. 597 (604).

zu nutzen sein, so dass im Ergebnis Zinsaufwand definitiv nicht abzugsfähig wird. Überdies betrifft die Zinsschranke weitaus mehr Unternehmen als zunächst angenommen; im Gesetzgebungsverfahren wurde die Aussage getroffen, dass lediglich rund 300 Unternehmen von der Zinsschranke betroffen seien. Aktuelle Untersuchungen²⁰⁶ proklamieren jedoch eine viel größere Betroffenheit. Insofern besteht die Notwendigkeit einer Abmilderung der Zinsschranke, um die Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands im Verhältnis zu anderen Staaten zu gewährleisten, übermäßige Belastungen und Verzerrungen im internationalen Wettbewerb zu vermeiden und nicht zuletzt um der aktuellen Wirtschafts- und Finanzmarktkrise entgegenzuwirken.

Vor dem Hintergrund der Wirtschafts- und Finanzmarktkrise könnte in Erwägung gezogen werden, die Zinsschrankenregelung für die Dauer der Krise auszusetzen. Zumindest sind strukturelle Anpassungen erforderlich. Denn gerade in ertragsschwachen Jahren führt die Zinsschranke dazu, dass Zinsaufwendungen steuerlich nicht mehr geltend gemacht werden können. Es kommt zu einer systematischen Nichtabzugsfähigkeit von Zinsen und insofern zu einer Substanzbesteuerung, welche die Eigenkapitalbasis zusätzlich schwächt. Daher sollte, wenn eine Aussetzung der Zinsschranke nicht erreicht werden kann, zumindest eine Verlustsperre in Erwägung gezogen werden, so dass die Zinsschranke in Verlustsituationen nicht zur Anwendung kommt.

Auch in grundsätzlicher Sicht sollte der Anwendungsbereich der deutschen Zinsschrankenregelung überdacht werden. In der gegenwärtigen Fassung unterliegen der Zinsschrankenregelung sämtliche Zinsaufwendungen eines Betriebs, unabhängig davon, ob die Fremdfinanzierung durch einen In- oder Ausländer, durch einen Gesellschafter oder fremden Dritten erfolgt. Hintergrund der Zinsschranke ist, die Entziehung von Gewinnen durch Gesellschafterdarlehen (ins Ausland) zu begrenzen. Die Regelung sollte daher stärker dahingehend eingeschränkt werden, dass Finanzierungen durch fremde Dritte, insbesondere durch Banken, nicht in den Anwendungsbereich der Zinsschranke fallen. Diese Einschränkung existiert z. B. auch in den USA, Frankreich, den Niederlanden und Schweden.

In jedem Fall sind jedoch die Eingriffskriterien der Zinsschranke abzumildern, im Einzelnen:

- Es sollte die EBITDA-Grenze, nach der sich die steuerliche Abzugsfähigkeit des Nettozinsaufwands bemisst, heraufgesetzt werden z. B. auf 50 %²⁰⁷ wie in den USA. Diese Anpassung sollte in Abhängigkeit von der künf-

tigen Ausgestaltung der Ausnahmetatbestände zur Zinsschranke erfolgen.

- Zudem sollte der Vortrag von nicht genutztem Zinsabzugspotential, also von nicht genutztem, für den Abzug relevanten (zurzeit 30 %) EBITDA eines Veranlagungszeitraums ermöglicht werden wie dies in den USA und in Italien ab 2010 erfolgt. Zudem könnte gegebenenfalls auch ein Rücktrag von nicht genutztem EBITDA ins Auge gefasst werden. Hierdurch wird verhindert, dass Unternehmen, die aufgrund ausreichendem EBITDA grundsätzlich nicht der Zinsschranke unterliegen, in ertragsschwachen Jahren zusätzlich steuerlich belastet werden und infolgedessen Liquidität einbüßen.
- Durch eine Zurechnung der angefallenen Aufwendungen für Forschung und Entwicklung zum EBITDA würde die Zinsschranke Unternehmen mit regelmäßig in hohem Maße auf Fremdkapital angewiesenen Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten in Deutschland nicht zusätzlich beeinträchtigen und könnte zudem entsprechende Anreize für eine Ansiedlung von Forschungs- und Entwicklungsunternehmen in Deutschland bieten.

Auch die Ausnahmetatbestände der Zinsschranke wirken nur sehr eingeschränkt und bedürfen der Nachbesserung, um ihrem eigentlichen Zweck gerecht werden zu können:

- Über der Freigrenze in Höhe von 1 Mio. € des Nettozinsaufwands liegen weitaus mehr Betriebe als zunächst angenommen, mit der Folge dass bei diesen Unternehmen die Zinsschranke zunächst uneingeschränkt greift. Die temporäre Erhöhung der Freigrenze für die Veranlagungszeiträume 2008 und 2009 auf 3 Mio. € durch das Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung ist zumindest ein zaghafter Schritt in die richtige Richtung. Hierdurch reduziert sich der von der Zinsschranke betroffene Unternehmenskreis. Allerdings bleiben trotz der Erhöhung der Freigrenze gerade die Unternehmen weiterhin von der Zinsschrankenregelung betroffen, die den größten Anteil des prognostizierten Belastungsvolumens tragen müssen. Darüber hinaus ist die Wirkung einer Freigrenze sehr formal, da bereits bei einer nur geringfügigen Überschreitung der gesamte Nettozinsaufwand der Zinsschranke unterworfen wird. Um dem zu entgegen, sollte die Freigrenze durch einen Freibetrag ersetzt werden.
- Konzernzugehörige Unternehmen haben die Möglichkeit, durch einen Eigenkapitalvergleich die Anwendung der Zinsschranke zu vermeiden (sog. Escape-Klausel).

²⁰⁶ Vgl. vbw/PSP, Unternehmensteuerreform 2008: Zinsschranke und Hinzurechnung schaffen Überlast, Mai 2008.

²⁰⁷ Vgl. auch Neumann, Ubg 2009, S. 461 (466).

Fremdfinanzierungen sind demnach dann unschädlich, wenn die Eigenkapitalquote des inländischen Unternehmens nicht mehr als einen Prozentpunkt unter der Eigenkapitalquote des gesamten Konzerns liegt. Dieser Eigenkapitalvergleich ist aus vielfältigen Gründen kritisch zu sehen: Grundsätzlich sind einheitliche Eigenkapitalquoten innerhalb eines Konzerns eher untypisch, aus wirtschaftlicher Sicht häufig nicht sinnvoll und insofern vom Grundsatz her als Indikator ungeeignet. Zudem ist die Regelung anfällig für bilanzpolitische Maßnahmen, wenig praktikabel und durch die Nachweispflicht des Steuerpflichtigen mit nicht unerheblichen zusätzlichen Aufwendungen verbunden.

- Den Besonderheiten einer (Finanzierungs-)Holding sollte durch Sonderregelungen (sog. Holdingprivileg) Rechnung getragen werden. Bei der Berechnung der Eigenkapitalquote eines Betriebs, welcher der Zinsschranke unterliegt, ist das Eigenkapital um die in seinem Einzelabschluss ausgewiesenen Beteiligungen an anderen Konzerngesellschaften zu korrigieren. Dies führt insbesondere bei Holdinggesellschaften regelmäßig zu unbilligen Ergebnissen und bedarf insofern der Korrektur; entsprechend sollte, wie z. B. in den Niederlanden, auf eine Beteiligungsbuchwertkürzung verzichtet werden. Dieser Verzicht auf die Beteiligungsbuchwertkürzung könnte – wie durch den Finanzausschuss des Bundesrats vorgeschlagen – durch einen gemeinsamen Antrag des Mutterunternehmens und aller ihm nachgeordneten Gesellschaften erfolgen. Im Gegenzug sollen die nachgeordneten Gesellschaften den Eigenkapital-Escape nicht mehr nutzen können.²⁰⁸
- Körperschaften können die kodifizierten Ausnahmetatbestände von der Zinsschranke (keine Konzernzugehörigkeit, Eigenkapital-Escape) nur nutzen, wenn die Vergütungen für Fremdkapital an einen wesentlich beteiligten Gesellschafter nicht mehr als 10 % der die Zinserträge übersteigenden Zinsaufwendungen betragen. Als maßgebliche Vergleichsgröße für die Beurteilung der Gesellschafterfremdfinanzierung dient somit der Nettozinsaufwand als Zinssaldo. Das Abstellen auf diesen Zinssaldo und damit der Vergleich einer Bruttogröße mit einer Nettogröße führt regelmäßig zu sachwidrigen Ergebnissen. So können z. B. bereits geringfügige Zinserträge, die unter Umständen sogar außerhalb des Einflussbereichs des Gesellschafters liegen, bewirken, dass der Zinssaldo sinkt und hierdurch die

schädliche 10 %-Grenze überschritten wird. Im Ergebnis kann nur eine einheitliche Bezugnahme auf Bruttogrößen, mithin die Bezugnahme auf den gesamten Finanzierungsaufwand der Körperschaft als Vergleichsgröße, zu sachgerechten Ergebnissen führen. Insofern bedarf § 8a KStG der Änderung.

- Abgesehen von der zweifelhaften Vergleichspaarbildung für die Bestimmung einer schädlichen Gesellschafterfremdfinanzierung bei Körperschaften muss auch die strikte Schädlichkeitsgrenze in Höhe von 10 % kritisiert werden. Gerade für kleinere Körperschaften kann diese Regelung die Nutzung der Konzernklausel verhindern, ohne dass eine missbräuchliche Gestaltung vorgenommen wurde. Vielmehr sollte die Schädlichkeitsgrenze nicht einheitlich festgelegt, sondern von einem Drittvergleich abhängig gemacht werden, der vom Gesellschafter zu führen ist.
- Insbesondere bedarf es einer Entschärfung der Vorschrift zur schädlichen Gesellschafterfremdfinanzierung im Rahmen des Eigenkapital-Escapes, welche die Ausnahme von der Zinsschranke daran anknüpft, dass der Nachweis erbracht wird, dass auch bei keinem anderen konzernzugehörigen Rechtsträger eine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung vorliegt. Ein solcher Nachweis wird mit zunehmender Komplexität der Konzernstrukturen immer schwieriger und ist damit im Ergebnis unrealistisch. Eine Entschärfung könnte z. B. durch die Einführung einer Bagatellgrenze für Gesellschafterfremdfinanzierungen erfolgen, nach der die Zinsaufwendungen für ein Darlehen eines wesentlich beteiligten Gesellschafters dann unschädlich sind, wenn sie nicht mehr als 1 % des gesamten Zinsaufwands des Konzerns ausmachen. Hierdurch würde verhindert, dass international weit verzweigte Konzerne auch dann unter die Zinsschranke fallen, wenn die Konzernfinanzierungen insgesamt den Bedingungen zur Nutzung der Escape-Klausel genügen, aber bei einer untergeordneten Konzerngesellschaft etwa im Ausland eine schädliche Finanzierungssituation vorliegt.

Da eine Abschaffung der Zinsschrankenregelung aktuell nicht zur Disposition steht, sollte umso mehr zumindest der offenkundigen Notwendigkeit einer Abmilderung der Regelung nachgegeben werden. Als Leitlinie könnten die Ausgestaltungen der Zinsabzugsbeschränkungen in den Vergleichsstaaten dienen. In jedem Fall ist eine schnelle Umsetzung der Anpassungsmaßnahmen erforderlich, da ansonsten ernste Liquiditätsprobleme in der Krise drohen.

²⁰⁸ Vgl. Empfehlung des Finanzausschusses des Bundesrats zum Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2009, BR-Drs. 545/1/08 vom 9.9.2008, S. 4.

G. Schlusswort

Die weltweite Wirtschaftskrise hat die ausgeprägte steuerpolitische Diskussion über die Zinsschranke erneut entfacht. Deutliche Gewinnrückgänge und gestiegener Finanzierungsaufwand haben dazu geführt, dass wesentlich mehr Unternehmen von der Zinsschranke betroffen sind als ursprünglich prognostiziert. Dies hat letztlich auch erste steuerpolitische Korrekturmaßnahmen erfordert: Die Freigrenze wurde für zwei Jahre von 1 Mio. € auf 3 Mio. € des Nettozinsaufwands erhöht. Trotz der Nachbesserung steht die Zinsschranke weiterhin im Fokus als sog. krisenverschärfende Regelung.

Vier wesentliche Gesichtspunkte prägen den internationalen Vergleich. Zum ersten muss unterschieden werden, ob die Regelungen lediglich auf Gesellschafterfremdfinanzierungen zielen oder sogar jeglichen Zinsaufwand einbeziehen. Von weiterer Bedeutung sind die Ausgestaltungen der Abzugsgrenzen für den Zinsaufwand.

Überdies zeigen sich in einigen Ländern Konjunktur glättende Elemente. So enthält beispielsweise die italienische Regelung eine Vortragsmöglichkeit nicht genutzten EBITDA-Volumens. Damit kann in wirtschaftlich erfolgreichen Jahren ein Polster für ertragsschwächere Jahre gebildet werden. Das Fehlen einer solchen Glättungsfunktion macht sich insbesondere bei der deutschen Zinsschranke aufgrund der engen Abzugsgrenzen bemerkbar.

Schließlich sind die Ausnahmeregelungen, d. h. die Vorschriften, die zur Nichtanwendung der Zinsschranke führen, von besonderer Relevanz. Die deutsche Zinsschranke enthält eine sog. Escape-Klausel, die den Beleg einer konzernweit einheitlichen Eigenkapitalquote erfordert. Die praktische Anwendbarkeit der Escape-Klausel ist insbesondere für eine Holding regelmäßig nicht gegeben. Die Kürzung der Beteiligungsbuchwerte bei der konzernweiten Eigenkapitalermittlung führt dazu, dass die inländische Holding in vielen Fällen ein negatives Eigenkapital ausweist. Die Escape-Klausel kommt somit nicht zur Anwendung, obwohl die Holding – ohne eine Beteiligungsbuchwertkürzung – eine im Konzern übliche Eigenkapitalquote aufweisen würde.

Die Studie verdeutlicht, dass die Hürden für den Zinsabzug in Deutschland besonders hoch gelegt wurden. Dies betrifft nicht nur die rigiden Grenzen für den Zinsabzug, sondern auch die eng gesteckten Ausnahmen von der Zinsschranke. Durch die zeitlich befristete Nachbesserung, die bereits zum 31.12.2009 ausläuft, wächst der Handlungsbedarf für die Steuerpolitik gleich zu Beginn der 17. Legislaturperiode.

Derweil zeichnet sich in den Niederlanden eine Kehrtwende im Rahmen der Zinsschranken-Regelung ab. Statt des Abwehrkampfes gegen Steueroptimierungen durch grenzüberschreitende Gesellschafterfremdfinanzierun-

gen, bieten die Niederlande steuerliche Anreize für positive Zinssalden.

Umso mehr bedarf es mit Blick auf den steuerpolitischen Handlungsbedarf einer faktenbasierten Analyse. Die nunmehr aktualisierte und erweiterte Gegenüberstellung der unterschiedlichen Regelungen zur Begrenzung des Abzugs von Zinsaufwendungen ist ein Beitrag hierzu. Die Studie liefert eine Momentaufnahme der steuerpolitischen Zielrichtungen der Steuersubstrat erhaltenden Vorschriften in Deutschland, den USA, Italien, Frankreich, den Niederlanden und Schweden. Die Dynamik der Wirtschaftskrise führt dazu, dass die Regelungen zur Zinsabzugsbeschränkung dieser Tribut zollen müssen: allen voran die besonders rigide deutsche Zinsschranke.

Impressum

BDI-Drucksache Nr. 437
ISSN 0407-8977

Herausgeber:

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI)
Breite Straße 29
D-10178 Berlin
T: 030 2028-0
www.bdi.eu

KPMG AG
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
Marie-Curie-Straße 30
D-60439 Frankfurt am Main
www.kpmg.com

Redaktionsschluss:

30. Juli 2009

Redaktion:

BDI
RA Berthold Welling
Leiter der Steuerabteilung
T: +49 30 2028-1546

Dr. Antje Fellingner
Referat Direkte Unternehmensbesteuerung und Bilanzsteuerrecht
T: +49 30 2028-1458

KPMG
Dr. Martin Lenz
Dipl.-Kaufmann, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater,
Partner, Leiter von National Tax, Frankfurt am Main
T: +49 69 9587-2718

Oliver Dörfler
Dipl.-Kaufmann, Steuerberater,
Partner, Frankfurt am Main
T: +49 69 9587-3384

Verlag:

Industrie-Förderung GmbH, Berlin

Gestaltungskonzept:

Factor Design
www.factor-design.com

Layout und Druck:

DCM Druck Center Meckenheim GmbH
www.druckcenter.de

Fotos Cover:

BDI/fotolia (mattilda), BDI/adpic, BDI/adpic

