

Tübinger Schriften  
zum Staats- und Verwaltungsrecht

---

Band 93

# Die Zinsschranke als Instrument zur Missbrauchsvermeidung und Steigerung der Eigenkapitalausstattung

Entstehung, Konzeption und  
verfassungsrechtliche Prüfung

Von

Alexander Jehlin



Duncker & Humblot · Berlin

ALEXANDER JEHLIN

Die Zinsschranke als Instrument  
zur Missbrauchsvermeidung und Steigerung  
der Eigenkapitalausstattung

Tübinger Schriften  
zum Staats- und Verwaltungsrecht

Herausgegeben von

Wolfgang Graf Vitzthum

in Gemeinschaft mit

Jochen von Bernstorff, Martin Heckel  
Karl-Hermann Kästner, Ferdinand Kirchhof

Hans von Mangoldt, Martin Nettesheim

Thomas Oppermann, Günter Püttner

Barbara Remmert, Michael Ronellenfitsch

Christian Seiler

sämtlich in Tübingen

Band 93

# Die Zinsschranke als Instrument zur Missbrauchsvermeidung und Steigerung der Eigenkapitalausstattung

Entstehung, Konzeption und  
verfassungsrechtliche Prüfung

Von

Alexander Jehlin



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät  
der Eberhard Karls Universität Tübingen  
hat diese Arbeit im Wintersemester 2012/2013  
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 21

Alle Rechte vorbehalten  
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0935-6061  
ISBN 978-3-428-14079-4 (Print)  
ISBN 978-3-428-54079-2 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-84079-3 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2012/2013 von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Zeit als Stipendiat und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen in München sowie während meines LL.M.-Studiums in London. Das Manuskript der Arbeit wurde im Januar 2012 fertig gestellt. Für die vorliegende Veröffentlichung wurden die wesentlichen Entwicklungen bis Dezember 2012 berücksichtigt.

Mein erster Dank gilt zwei ganz besonderen Persönlichkeiten, die mich in wissenschaftlicher aber auch menschlicher Hinsicht geprägt haben. Zum einen ist dies mein verehrter Doktorvater Herr Prof. Dr. Christian Seiler, dem ich für zahlreiche wertvolle Diskussionen, seinen Mut und seine Unterstützung während meiner Promotion danke. Zum anderen Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfgang Schön, der mir durch die Aufnahme am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen weit mehr als nur ein exzellentes wissenschaftliches Umfeld geboten und durch vielfältige Förderung ganz wesentlich zur Entstehung dieser Arbeit beigetragen hat.

Größten Dank schulde ich auch Herrn Dr. Georg Axer, der mir in freundschaftlicher Verbundenheit bei der Themenfindung und der kritischen Durchsicht des Manuskripts sehr geholfen hat sowie Herrn Dr. Erik Röder für seine hilfreichen Impulse insbesondere für den verfassungsrechtlichen Teil dieser Arbeit.

Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Burkhard Binnewies für die Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfgang Graf Vitzthum für die Unterstützung bei der Aufnahme in die Reihe „Tübinger Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht“.

Carlo Pohlhausen, Mauritz von Einem und Christian Marquart danke ich für die arbeitsintensive und heitere gemeinsame Zeit innerhalb und außerhalb des oben genannten Max-Planck-Instituts. Zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen hat auch das Team der Bibliothek sowie insbesondere Frau Gabriele Auer, die mir mit ihrer offenen und herzlichen Art manchen Ratschlag mit auf den Weg gegeben hat. Frau Stefanie Schmitz danke ich für die charmante Hilfe bei der Vorbereitung auf das Rigorosum sowie die kritische Durchsicht des Verlagsmanuskripts.

Schließlich möchte ich meinen Eltern Ruth und Helmut Jehlin für Ihre bisherige und zukünftige liebevolle Begleitung und Unterstützung in allen Lebenslagen danken. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

München, im Dezember 2012

*Alexander Jehlin*



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	19
I. Missbräuchliche Gewinnverlagerung als legislative Herausforderung .....	20
II. Die Zinsschranke als neuartiges Regelungsinstrument .....	24
III. Verfassungsrechtliche Fragwürdigkeit des § 4h EStG .....	25
<b>B. Das legislative Tetralemma bei der Besteuerung konzerninterner Finanzierungs- entgelte</b> .....	28
I. Zusammensetzung des Tetralemmas .....	28
1. Nationale Regelungen .....	29
a) Besteuerung von ins Ausland fließenden Zinsen .....	29
aa) Allgemein .....	29
bb) Historischer Hintergrund .....	29
(1) National .....	29
(2) International .....	31
b) Besteuerung der Repatriierung von Unternehmensgewinnen über Divi- denden .....	32
aa) Körperschaftsteuerliches Beteiligungsprivileg .....	32
bb) Internationales gewerbsteuerliches Schachtelprivileg .....	33
cc) Hintergrund .....	34
2. Völkerrechtliche Vereinbarungen .....	36
a) Besteuerung von ins Ausland fließenden Zinsen .....	37
aa) Deutsche Abkommenspolitik .....	37
bb) Hintergrund des Verzichts auf Quellenbesteuerung .....	38
(1) National .....	38
(2) International .....	39
cc) Ergebnis .....	41
b) Besteuerung der Repatriierung von Unternehmensgewinnen über Divi- denden .....	42
aa) Deutsche Abkommenspolitik .....	42
bb) Hintergrund der abkommensrechtlichen Freistellung .....	44
cc) Ergebnis .....	45
3. Europarechtlicher Einfluss .....	46



a) Fehlende Kompetenz zur Harmonisierung der direkten Steuern	47
b) Einfluss auf die Besteuerung konzerninterner Finanzierungsentgelte	49
aa) Schiefelage durch partielle Harmonisierung	51
(1) Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie	51
(2) Mutter-Tochter-Richtlinie	52
(3) Telos der Richtlinien	53
(4) Kritik	54
(a) Schwierigkeiten einer Neuverhandlung	54
(b) Lediglich partielle Harmonisierung	55
(c) Mögliche Behebung der Schiefelage	58
bb) Verstärkung der Schiefelage durch die Rechtsprechung des EuGH	59
(1) Weiter Schutzbereich der Grundfreiheiten	60
(a) Unmittelbare Anwendbarkeit – Rechtssache Lankhorst-Hohorst	60
(b) Mittelbare Anwendbarkeit	61
(aa) Thin Cap Group Litigation	61
(bb) Lammers & Van Cleeff	62
(2) Weite Auslegung der Grundfreiheiten	63
(a) Entwicklungsprozess der Interpretation der Grundfreiheiten	63
(b) Unterschiedliche Auswirkungen der Interpretationsansätze	66
(c) Streit um die Auslegung der Grundfreiheiten	68
(3) Enge Auslegung von Rechtfertigungsgründen	70
(a) Kohärenz	72
(b) Missbrauchsvermeidung	73
(c) Unterschiedliche Interpretation von Missbrauch	74
(d) Kritik	76
(4) Tendenzen zu einem erweiterten Verständnis	77
(a) Erweiterter Katalog geeigneter Rechtfertigungsgründe	78
(b) Andeutung einer praktikableren Auslegung der Erforderlichkeit	79
(5) Zwischenergebnis	81
c) Ergebnis zum europarechtlichen Einfluss	83
4. „Wettbewerb“ der Steuerrechtsordnungen	83
a) Steuerpolitischer Rahmen und privatwirtschaftliches Kalkül	83
b) Unterschiedliche Ertragsteuerbelastung und staatliches Kalkül	85
5. Ergebnis	87
a) Lageanalyse	87
b) Weitgehende Ausweglosigkeit	89
II. Auswirkungen des Tetralemmas	90

1. Steuerliche Vorteilhaftigkeit europaweiter Konzernfinanzierung .....	91
a) Downstream-Inbound-Finanzierung .....	92
b) Upstream-Inbound-Finanzierung .....	93
c) Outbound-Finanzierung .....	94
2. Europarechtliche Fragwürdigkeit bisher genutzter Abwehrmaßnahmen .....	96
a) Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach § 8a KStG a.F. ....	97
aa) Einführung einer gesonderten Norm .....	97
bb) Ausweitung der Spezialnorm durch „Lankhorst-Hohorst“ .....	98
cc) § 8a KStG i. d. F. des StVergAbG .....	99
dd) Kritik an der Wirksamkeit und europarechtliche Fragwürdigkeit .....	100
b) Hinzurechnungsbesteuerung der §§ 7 ff. AStG (a.F.) .....	103
aa) Allgemeiner Regelungsinhalt und Rechtsfolge .....	103
bb) Kritik und europarechtliche Fragwürdigkeit .....	103
c) Gewerbesteuerliche Hinzurechnung nach § 8 Nr. 1 GewStG (a.F.) .....	105
aa) Allgemeiner Regelungsinhalt und jüngste Änderungen .....	105
bb) Europarechtliche Fragwürdigkeit .....	106
III. Ergebnis .....	107
<b>C. Die Zinsschranke als funktionale Antwort auf das Tetralemma .....</b>	<b>109</b>
I. Einführung der Zinsschranke .....	109
1. Vorgeschichte .....	109
2. Gesetzgebungsverfahren .....	109
3. Offizieller Telos der Regelung .....	111
a) Wirtschaftspolitische Zielsetzungen .....	112
b) Direkte fiskalpolitische Zielsetzungen .....	113
II. Das Regelungskonzept der Zinsschranke .....	115
1. Inhalt der Vorschrift .....	117
a) Tatbestandsvoraussetzungen .....	118
aa) Persönlicher Anwendungsbereich .....	118
bb) Sachlicher Anwendungsbereich .....	119
cc) Maßgeblicher Gewinn/verrechenbares EBITDA .....	121
dd) EBITDA-Vortrag .....	122
b) Rechtsfolgen .....	123
aa) Abzugsbeschränkung und Zinsvortrag .....	123
bb) Untergang eines nicht verbrauchten Zins- oder EBITDA-Vortrags .....	124
c) Ausnahmeregelungen .....	125
aa) Freigrenze .....	125

bb) Konzern-Klausel .....	126
cc) Eigenkapital-Klausel .....	128
d) Besonderheiten für Körperschaften .....	129
aa) Maßgebliches Einkommen anstatt maßgeblicher Gewinn .....	129
bb) Suspendierung der Konzern-Klausel .....	130
cc) Suspendierung der Eigenkapital-Klausel .....	130
dd) Strittige Berechnung der Zehn-v. H.-Grenze .....	131
2. Vereinfachtes Prüfungsschema .....	131
3. Ergebnis .....	132
<b>D. Die Verfassungskonformität der Zinsschrankenregelung .....</b>	<b>135</b>
I. Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG .....	135
1. Maßstäbe .....	136
a) Messung steuerlicher Gleichbehandlung .....	136
aa) Historischer Hintergrund .....	136
bb) Leistungsfähigkeitsprinzip als Ausfluss des allgemeinen Gleichheits-	
satzes .....	137
(1) Diskussion um den Verfassungsrang .....	137
(2) Notwendigkeit einer Konkretisierung .....	138
cc) Gebot der Folgerichtigkeit .....	140
(1) Allgemein .....	140
(2) Prinzipien- bzw. Systemwechsel .....	141
dd) Objektives Nettoprinzip .....	143
(1) Stellenwert in Rechtsprechung und Schrifttum .....	143
(2) Notwendigkeit einer Konkretisierung .....	146
(a) Inhaltlich .....	146
(b) Zeitlich .....	147
b) Die Zulässigkeit etwaiger Abweichungen vom Gleichheitsmaßstab .....	148
aa) Rechtfertigungsanforderung .....	149
bb) Inhalt besonderer sachlicher Rechtfertigung .....	150
(1) Allgemein fiskalpolitische Zwecke .....	150
(2) Typisierungs- und Vereinfachungserfordernisse .....	151
(3) Steuerliche Missbrauchsabwehr .....	152
(4) Außersteuerliche Förderungs- und Lenkungszwecke .....	153
cc) Verzicht einer freiheitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung .....	154
2. Vereinbarkeit der Zinsschranke mit den gleichheitsrechtlichen Vorgaben .....	155
a) Frage nach der Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips .....	155
aa) Zinsschrankenregelung als Prinzipien- bzw. Systemwechsel .....	156

bb) Vereinbarkeit mit dem objektiven Nettoprinzip .....	158
cc) Zwischenergebnis .....	161
b) Rechtfertigung einer Durchbrechung des objektiven Nettoprinzipts .....	162
aa) Allgemeine Sicherung des deutschen Steuersubstrats .....	162
bb) Missbrauchsabwehr .....	163
(1) Grundtatbestand .....	164
(a) Allgemein .....	164
(b) Bezugsgröße verrechenbares EBITDA .....	165
(aa) Ungenaue Erfassung .....	165
(bb) Wirkung einer Sollbesteuerung .....	168
(c) Zwischenergebnis .....	168
(2) Ausnahmeregelungen .....	169
(a) Freigrenze .....	169
(b) Konzern-Klausel .....	171
(c) Eigenkapital-Klausel .....	173
(d) Rückausnahme Gesellschafter-Fremdfinanzierung .....	174
(3) Zwischenergebnis .....	177
cc) Steigerung der Eigenkapitalquote .....	179
(1) Eigenkapitalsteigernde Wirkung .....	180
(2) Ausgestaltung .....	181
(a) Zielbereich .....	181
(aa) Persönlich .....	181
(bb) Sachlich .....	183
(b) Einschränkung von Umgehungsmöglichkeiten .....	183
(c) Kontraproduktive Wirkungsweise .....	184
(3) Zwischenergebnis .....	186
c) Ergebnis zur Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG .....	186
II. Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG Abs. 1 Satz 2 .....	187
1. Maßstäbe .....	188
a) Die Eigentumsgarantie als Maßstab der Besteuerung .....	188
aa) Enge Auslegung der Eigentumsgarantie .....	189
bb) Weite Auslegung der Eigentumsgarantie .....	190
b) Rechtfertigung eines Eingriffs .....	192
aa) Keine Verhältnismäßigkeitsprüfung bei reinen Fiskalzwecknormen ...	193
bb) Verhältnismäßigkeitsprüfung bei nicht primären Fiskalzwecknormen .	194
(1) Steuernormen ohne primären Fiskalzweck .....	194
(2) Belastungsgrundentscheidung und deren Durchbrechung .....	195
c) Zwischenergebnis .....	196

2. Vereinbarkeit der Zinsschranke mit den Vorgaben der Eigentumsgarantie . . . .	197
a) Schutzbereichseingriff und Rechtfertigung vor Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG . .	197
b) Verhältnismäßigkeitsprüfung . . . . .	198
aa) Allgemeine Sicherung des deutschen Steuersubstrats . . . . .	198
bb) Missbrauchsabwehr . . . . .	198
(1) Geeignetheit . . . . .	199
(2) Erforderlichkeit . . . . .	199
(3) Angemessenheit . . . . .	203
(a) Belastungswirkung . . . . .	203
(aa) Regelfall . . . . .	203
(bb) Ausnahmefälle . . . . .	205
(b) Volkswirtschaftlicher Nutzen . . . . .	206
(aa) Unsicherheit des Gesetzgebers . . . . .	206
(bb) Uneinigkeit der Wissenschaft . . . . .	209
(cc) Aufteilungsschwierigkeiten . . . . .	212
(c) Abwägung und Zwischenergebnis . . . . .	213
cc) Steigerung der Eigenkapitalquote . . . . .	215
(1) Geeignetheit . . . . .	216
(2) Erforderlichkeit . . . . .	217
(3) Angemessenheit . . . . .	219
(a) Immanente Eigenkapitalvorgaben . . . . .	219
(b) Volkswirtschaftlicher Nutzen . . . . .	224
(c) Abwägung und Zwischenergebnis . . . . .	224
c) Ergebnis zur Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG . . . . .	226
III. Ergebnis der verfassungsrechtlichen Untersuchung . . . . .	227
<b>E. Gegenbeweismöglichkeit – europäische Lösung . . . . .</b>	<b>230</b>
I. Unterschiedliche steuerliche Behandlung von Fremd- und Eigenkapital . . . . .	230
II. Die Zinsschranke als Produkt eines legislativen Tetralemmas . . . . .	230
1. Zusammensetzung des Tetralemmas . . . . .	230
2. Tetralemma führt zu Steuersubstratsverlust und legislativer Einengung . . . . .	232
III. Die Zinsschranke ist eine funktionale Antwort auf das Tetralemma . . . . .	233
1. Zielbündel der Zinsschranke . . . . .	233
2. Breit angelegtes Regelungskonzept der Zinsschranke . . . . .	233
3. Anerkennung und Reaktion auf das Tetralemma . . . . .	234
IV. Die Zinsschranke ist nicht verfassungskonform . . . . .	235

Inhaltsverzeichnis	13
1. Unvereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz	235
2. Unvereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie	236
V. Ausblick	236
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>240</b>
<b>Sachverzeichnis</b>	<b>265</b>

## **Tabellen- und Abbildungsverzeichnis**

Tabelle 1:	Gesamtübersicht über die immanenten Eigenkapitalvorgaben . . . . .	222
Tabelle 2:	Eigenkapitalvorgaben für die Risikoklassen 8 bis 10 (diverse Branchen) . .	223

\* \* \*

Abbildung 1:	Downstream-Inbound-Finanzierung . . . . .	93
Abbildung 2:	Upstream-Inbound-Finanzierung . . . . .	94
Abbildung 3:	Outbound-Finanzierung . . . . .	95
Abbildung 4:	Vereinfachtes Prüfungsschema der Zinsschranke . . . . .	132

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz, Absätze
AdV	Aussetzung der Vollziehung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung(en)
AG	Aktiengesellschaft
al.	alii, aliae, alia
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
Artt.	Artikel (Plural)
AStG	Außensteuergesetz
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie e. V.
BFH	Bundesfinanzhof
BFH/NV	Sammlung amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMF	Bundesministerium für Finanzen
BR-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundesrates
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT	Deutscher Bundestag
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CBIT	Comprehensive Business Income Tax
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CES	Center for Economic Studies
CFC	Controlled Foreign Company
c.p.	ceteris paribus
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern e. V.
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
ders.	Derselbe



d. h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DJT	Deutscher Juristentag
DStJG	Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft e. V.
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung (Zeitschrift)
EBIT	Earnings Before Interest and Taxes
EBITDA	Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
EG	Europäische Gemeinschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EK	Eigenkapital
EStG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Entscheidungssammlung des Europäischen Gerichtshofs
EUR	Euro
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f.	folgende(r)
F.	Fach, Fassung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei
ff.	fortfolgende
FG	Finanzgericht
FK	Fremdkapital
Fn.	Fußnote(n)
FR	Finanzrundschau (Zeitschrift)
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt, Generalanwältin
gem.	gemäß
GewSt	Gewerbsteuer
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
grds.	grundsätzlich
GS	Gedächtnisschrift
GWG	geringwertige Wirtschaftsgüter
Harv. L. Rev	Harvard Law Review (Zeitschrift)
HFR	höchstrichterliche Finanzrechtsprechung
HGB	Handelsgesetzbuch

h. M.	herrschende(r) Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
IAS	International Accounting Standards
ICI	Imperial Chemical Industries
ICTA	Income and Corporation Taxes Act
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engeren Sinne
Ifo	Institut für Wirtschaftsforschung
IFRS	International Financial Reporting Standards
i.H.v.	in Höhe von
INF	Die Information über Steuern und Wirtschaft (Zeitschrift)
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
i. S. d.	im Sinne der, im Sinne des
IStR	Internationales Steuerrecht (Zeitschrift)
i. V. m.	in Verbindung mit
IW	Institut der deutschen Wirtschaft Köln
IWB	Internationale Wirtschaftsbriefe (Zeitschrift)
i. w. S.	im weiteren Sinne
JbFStR	Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht
Jg.	Jahrgang
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KoR	Kapitalmarktorientierte Rechnungslegung (Zeitschrift)
KÖSDI	Kölner Steuerdialog (Zeitschrift)
KPMG	Klynveld Peat Marwick Goerdeler
KStÄndGE	Entwurf des Körperschaftsteueränderungsgesetzes
KStG	Körperschaftsteuergesetz
lit.	litera(e)
MA	Musterabkommen
Mio.	Million(en)
Mrd.	Milliarde(n)
M-T-R	Mutter-Tochter-Richtlinie
m. w. N.	mit weitere(m/n) Nachweis(en)
n.a.	nicht anwendbar
n.e.	nicht erfasst
n. F.	neue Fassung(en)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer(n)
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NWB	Neue Wirtschaftsbriefe (Zeitschrift)
NYU J. Int'l L. & Pol.	New York University Journal of International Law and Politics (Zeitschrift)
OECD	Organisation of Economy Cooperation and Development
OECD-MA	OECD-Musterabkommen
OECD-MK	OECD-Musterkommentar
OFD	Oberfinanzdirektion
o. g.	oben genannt(e/r/s)

PP	Prozentpunkt(e)
PSP	Peters, Schöneberger & Partner GbR
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RL.	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
Rs.	Rechtssache
RStBl.	Reichssteuerblatt
RT	Reichstag
Rz.	Randziffer(n), Randzeichen
S.	Satz, Sätze, Seite(n)
s. E.	seines Erachtens
sog.	so genannte(r/s)
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StandOG	Gesetz zur Verbesserung der steuerlichen Bedingungen zur Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland im europäischen Binnenmarkt
StB	Der Steuerberater (Zeitschrift)
StBJB	Steuerberater-Jahresbuch
StEntlG	Steuerentlastungsgesetz
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
StuB	Steuer und Bilanz (Zeitschrift)
StuW	Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift)
SWI	Steuern und Wirtschaft International (Zeitschrift)
TNI	Tax Notes International (Zeitschrift)
Tz.	Textziffer(n)
u. a.	und andere, unter anderem
UK	United Kingdom
UN	United Nations
USA	United States of America
US-GAAP	United States – Generally Accepted Accounting Principles
usw.	und so weiter
v.	von/vom
vbw	Vereinigung der bayerischen Wirtschaft e. V.
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VGR	Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung
v. H.	vom Hundert
VZ	Veranlagungszeitraum
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium (Zeitschrift)
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z. B.	zum Beispiel
ZEW	Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
Z-L-R	Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie

\* \* \*

Im Übrigen werden die allgemein gebräuchlichen Abkürzungen verwendet. Es sei hierbei verwiesen auf Kirchner/Butz, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Aufl., Berlin 2003.

## A. Einleitung

Der Volksmund hält das Steuerrecht für eine eher trockene Materie und sieht diejenigen, die sich damit auseinandersetzen, in einem meist nur wenig besseren Licht. Dass an diesem Vorurteil durchaus Zweifel angebracht sind, zeigen u. a. die Fachbeiträge zur Novellierung der steuerlichen Abzugsfähigkeit betrieblicher Zinsaufwendungen durch die sogenannte Zinsschranke. Denn bei der Analyse dieses Kernelements der Unternehmensteuerreform des Jahres 2008 weichen Finanz- und Steuer(rechts)experten von ihrem sonst sehr sachlichen Vokabular ab und bedienen sich eines lebendigen und bunten Sprachjargons. Diese meist wohl bewusst versteckt gehaltenen, literarischen und rhetorischen Talente kommen zum Vorschein, wenn sie sich zur Pointierung dieser in § 4h EStG i. V. m. § 8a KStG geregelten Gewinnermittlungsvorschrift bildhafter Vergleiche aus anderen wissenschaftlichen Disziplinen bedienen und damit die Leidenschaft für ihr eigenes Fach unterstreichen.

So nutzen die Autoren Beispiele aus der Zoologie, indem sie die Regelung – noch harmlos – als „Tiger“<sup>1</sup> beschreiben, der mit „Biss“<sup>2</sup> oder recht „zahnlos“<sup>3</sup> daherkomme. Aus dem Blickwinkel eines Meteorologen sei die Zinsschranke eine „Schönwetterreform“<sup>4</sup>, da sie „bei schlechtem Wetter“<sup>5</sup> zu nichts taue.<sup>6</sup> Etwas düsterer fallen die Beurteilungen mit Bezug zur Pyrotechnik und Medizin aus. Dann nennen sie die Regelung eine „gezündete Lunte“<sup>7</sup> oder einen „Brandbeschleuniger“<sup>8</sup> und vergleichen deren Wirkung mit der einer „Giftspritze“<sup>9</sup>, die „brutal“<sup>10</sup> in den Steuerkreislauf eingedrungen sei und schon „leicht erkältete Unternehmen auf die Intensivstation“<sup>11</sup> schicke. Auch um historische Parallelen ist man bemüht. Zur Illustration der Trennschärfe der Zinsschranke sucht man mit dem „Schafott“<sup>12</sup> das

---

<sup>1</sup> Jarass, in: BT, Protokoll Nr. 16/56, Finanzausschuss Wortprotokoll, S. 49.

<sup>2</sup> Freitag, in: BT, Protokoll Nr. 16/56, Finanzausschuss Wortprotokoll, S. 57.

<sup>3</sup> Freitag, in: BT, Protokoll Nr. 16/56, Finanzausschuss Wortprotokoll, S. 57 mit Bezug auf Jarass, in: BT, Protokoll Nr. 16/56, Finanzausschuss Wortprotokoll, S. 49.

<sup>4</sup> Verweis auf Welling bei Richter/Fischer, Tagungsbericht 23. Berliner Steuergespräch, S. 11.

<sup>5</sup> Neumann, Ubg 2009, 461.

<sup>6</sup> Ähnlich Eickhorst, BB 2007, 1707 ff.

<sup>7</sup> Zitiert bei Neumann, Ubg 2009, 461.

<sup>8</sup> Zitiert bei Neumann, Ubg 2009, 461.

<sup>9</sup> Haarmann, in: BT, Protokoll Nr. 16/56, Finanzausschuss Wortprotokoll, S. 48.

<sup>10</sup> Schaumburg, in: BT, Protokoll Nr. 16/56, Finanzausschuss Wortprotokoll, S. 51.

<sup>11</sup> Schön, FAZ v. 9.10.2009, S. 14.

<sup>12</sup> Fahrenschon, in: BT, Protokoll Nr. 16/56, Finanzausschuss Wortprotokoll, S. 58.

negativste Symbol der Französischen Revolution, welches nur die „Guten“<sup>13</sup> oder – im sportlichen Sinne – die „Siegertypen“<sup>14</sup> keinen Kopf kürzer mache. Eher geharnischte Kritik wird mithilfe von biblischen Bildern formuliert. Dann wird die Regelung als Verstoß gegen höhere Gebote und daher als eine Art „Todsünde“<sup>15</sup> qualifiziert, deren Wirkung dem Vorbild Gottes zuwiderhandle, da sie eine „Stadt mit fünf Sündern und 1000 Gerechten“<sup>16</sup> trotzdem vernichten würde.

Aber von welcher Regelung ist hier eigentlich die Rede, die den mit der Materie Befassten solche Metaphern entlockt? Botanisch gesprochen „blühen [derartige Regelungen eigentlich] im Verborgenen“<sup>17</sup>, womit es naheläge, diese Norm der Familie der Schattengewächse zuzuordnen. Doch diesem unbeachteten Topos ist die Zinsschranke längst entwichen und steht mittlerweile im Rampenlicht der aktuellen Steuerdiskussion. So beschäftigen sich bisher über 400 Fachpublikationen mit ihr, von denen sogar fast die Hälfte ihren Namen in der Überschrift trägt.<sup>18</sup>

Dass dieser Regelung so viel Beachtung geschenkt wird, liegt nicht nur daran, dass sie eine große Angriffsfläche bietet, sondern wohl auch an den großen Zielen, die mit ihr erreicht werden sollen. Generell bezweckt der Gesetzgeber mit dieser Regelung die allgemeine Sicherung des in Deutschland erwirtschafteten Steuersubstrats. Speziell zielt die Zinsschranke auf die Einschränkung der Finanzierungspolitik internationaler Konzerne ab, die als „free rider“ das heimische staatliche Angebot ausnutzen, indem sie über interne Finanzierungsgestaltungen den Ort der tatsächlichen Erwirtschaftung ihrer Gewinne von dem Ort abkoppeln wollen, an dem sie ihre wesentlichen Steuerzahlungen leisten. Zusätzlich soll die Zinsschranke aber auch, so jedenfalls die amtliche Begründung des Gesetzgebers, die im internationalen Vergleich niedrige Eigenkapitalquote deutscher Unternehmen steigern und damit deren Insolvenzresistenz stärken.<sup>19</sup>

## **I. Missbräuchliche Gewinnverlagerung als legislative Herausforderung**

Die Kapitalausstattung eines Unternehmens bildet eine notwendige Voraussetzung für dessen Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr.<sup>20</sup> Für die Beschaffung von Kapital sind grundsätzlich die Eigentümer und damit die Gesellschafter

<sup>13</sup> *Fahrenschon*, in: BT, Protokoll Nr. 16/56, Finanzausschuss Wortprotokoll, S. 58.

<sup>14</sup> *Schön*, FAZ v. 15.3.2007, S. 12.

<sup>15</sup> *Loritz*, in: BT, Protokoll Nr. 16/56, Finanzausschuss Wortprotokoll, S. 43.

<sup>16</sup> *Schön*, in: BT, Protokoll Nr. 16/56, Finanzausschuss Wortprotokoll, S. 47. Zur Quelle dieses biblischen Zitats, siehe das Alte Testament, Buch Mose 18, 32.

<sup>17</sup> *Hey*, StuW 2008, 167 [Einfügung im Zitat in eckiger Klammer durch den Verf.].

<sup>18</sup> Siehe Datenbank „Beck-Online“ (Stand: 22.12.2012).

<sup>19</sup> BT-Drs. 16/4841, S. 31, 35.

<sup>20</sup> *Lutter/Scheffler/Schneider*, in: dies. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, Rz. 1.46; *Pfeifer*, Steueroptimale Gesellschafter-Fremdfinanzierung einer Kapitalgesellschaft, S. 1.

bzw. Anteilseigner des Unternehmens verantwortlich.<sup>21</sup> Da in Deutschland der vom Bundesfinanzhof anerkannte Grundsatz der Finanzierungsfreiheit gilt, ist es den Gesellschaftern regelmäßig freigestellt, wie sie ihr Unternehmen finanzieren.<sup>22</sup> Ihnen steht damit auch die Möglichkeit offen, ihrem Unternehmen ihre eigenen Finanzressourcen zur Verfügung zu stellen. Diese können den Unternehmen grundsätzlich als Eigenkapital, z. B. in Form einer Beteiligung, oder als Fremdkapital, z. B. in Form eines Darlehens, zugänglich gemacht werden.<sup>23</sup> Bei Körperschaftsteuersubjekten spielt in diesem Zusammenhang das sogenannte Trennungsprinzip eine wesentliche Rolle. Es ermöglicht den Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft den (auch) steuerrechtlich anerkannten Abschluss schuldrechtlicher Verträge mit ihrem eigenen Unternehmen.<sup>24</sup>

Die Betriebswirtschaftslehre kennt hierbei keine allgemeingültigen Vorgaben zum idealen Verhältnis zwischen Eigen- und Fremdkapital.<sup>25</sup> Jedes Unternehmen hat seine Finanzierungsstruktur individuell unter Einbezug verschiedener Parameter wie Branchenzugehörigkeit, Finanzierungskosten oder Risikoeinschätzung selbst zu bestimmen. Nach dem anerkannten Theorem von Modigliani/Miller ist der Wert eines Unternehmens sogar unabhängig davon, ob und wie hoch dieses eigen- oder fremdkapitalfinanziert ist.<sup>26</sup> Auch das Gesellschaftsrecht gibt in diesem Zusammenhang nur marginale Leitlinien vor, da es lediglich das Minimum der Eigenkapitalausstattung verschiedener Rechtsformen bestimmt.<sup>27</sup> Sind die entsprechenden Mindeststandards erfüllt, bestehen in der Regel keine weiteren ge-

---

<sup>21</sup> *Obser*, Gesellschafter-Fremdfinanzierung im europäischen Konzern, S. 1; ähnlich *Mewes*, Die Finanzierung von Kapitalgesellschaften im steuerrechtlichen Kontext, S. V.

<sup>22</sup> BFH, BStBl. II, 1990, 817 (Schuldzinsabzug); BStBl. II 1992, S. 532 (536) (Eigenkapitalersatz); BStBl. II 1998, S. 193 (197) (Darlehenszinsen); BStBl. 1999 II, S. 342 (Respektierung Fremdfinanzierungswunsch). Siehe hierzu auch *Hey*, StuW 2005, 317 (323); *Loose/Maier*, in: Lüdicke/Sistermann (Hrsg.), Unternehmensteuerrecht, § 17, Rz. 27; *Holzäpfel/Köplin*, in: Erle/Sauter (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung, § 8a, Rz. 19.

<sup>23</sup> *Wöhe/Bilstein*, Grundzüge der Unternehmensfinanzierung, S. 19; *Rudolph*, in: Lutter/Scheffler/Schneider (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, Rz. 2.10.

<sup>24</sup> Vgl. § 1 Abs. 1 KStG. Hierbei stützt sich das Trennungsprinzip auch auf § 1 Abs. 1 AktG bzw. auf § 5 GmbHG, welche Kapitalgesellschaften eine eigene Rechtspersönlichkeit verleihen. Siehe hierzu auch *Teufel*, in: Lüdicke/Sistermann (Hrsg.), Unternehmensteuerrecht, § 2, Rz. 1. Im Gegensatz dazu unterliegen Personengesellschaften dem Transparenzprinzip. Dadurch ist deren Besteuerung im Grundsatz am Einzelunternehmer ausgerichtet und Leistungsvergütungen zwischen den Gesellschaftern und ihren Unternehmen wirken sich steuerlich regelmäßig nicht aus, da sie dem Gesamtgewinn der Personengesellschaft (wieder) hinzugefügt werden; siehe hierzu *Hey*, in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht, § 11, Rz. 1 ff.

<sup>25</sup> *Homburg*, FR 2007, 717 (722).

<sup>26</sup> *Tirole*, The Theory of Corporate Finance, S. 77 ff.

<sup>27</sup> Für eine Aktiengesellschaft ist nach § 7 AktG ein Minimalgrundkapital von EUR 50.000 vorgeschrieben. Dieser Betrag gilt nach § 278 Abs. 3 i. V. m. § 7 AktG auch für eine Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA). Für eine GmbH ist nach § 5 GmbHG die Hälfte dieses Betrags vorgesehen. Mit § 5a GmbHG ist nun auch die Gründung einer sogenannten „Mini-GmbH“ mit einem gesetzlich nicht vorgegebenen, niedrigeren Stammkapital erlaubt.