

Homburg, Stefan

Article — Manuscript Version (Preprint)

Die Zinsschranke - eine beispiellose Steuerinnovation

Finanz-Rundschau

Suggested Citation: Homburg, Stefan (2007) : Die Zinsschranke - eine beispiellose Steuerinnovation, Finanz-Rundschau, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, pp. 717-728

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/92398>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Die Zinsschranke – eine beispiellose Steuerinnovation

Die nunmehr in § 4h EStG vorgesehene Zinsschranke ist das dogmatisch interessanteste Element der Unternehmensteuerreform 2008/2009. Auch nach Ansicht ihrer Initiatoren handelt es sich um eine Regelung ohne Parallelen im ausländischen Steuerrecht. Der Verfasser analysiert die ökonomischen Wirkungen dieser Innovation und ordnet die Zinsschranke anschließend in das Normengefüge des nationalen und internationalen Rechts ein. Dabei ergeben sich sowohl Zweifel an der ökonomischen Vernunft dieser Maßnahme als auch Zweifel an ihrer rechtlichen Zulässigkeit. Der Aufsatz ist die Langfassung eines am 18. Juni 2007 gehaltenen Vortrags beim 23. Berliner Steuergespräch.

1. Einleitung

Obwohl die Globalisierung gelegentlich überschätzt wird,¹ besteht Übereinstimmung, dass sie die Gesetzgeber vor neue Herausforderungen stellt, und zwar insbesondere bei der Unternehmensbesteuerung. Die seit einem Vierteljahrhundert weltweit zu beobachtende Senkung der Unternehmenssteuersätze, meist einhergehend mit Erweiterungen der Bemessungsgrundlagen, zeugt davon. Diese Strategie des *tax rate cut cum base broadening* hat zu einem bemerkenswerten und nicht allgemein bekannten Ergebnis geführt: Während die Körperschaftsteuersätze der Industriestaaten in den letzten 25 Jahren beträchtlich sanken, sind die Körperschaftsteueraufkommen durchweg gestiegen – und zwar nicht nur absolut, sondern sogar relativ zum jeweiligen Bruttoinlandsprodukt.² Aus diesem Blickwinkel lässt sich die These eines Wettlaufs gegen Null nur als unverständliches Horrorgemälde – oder Wunschdenken – abtun.³ Man denkt unwillkürlich an den großen *Schumpeter*, der einst meinte, dass in der Steuerpolitik „wenigstens für Schlagworte das Gesetz der freien Konkurrenz noch gilt: Dasjenige siegt, welches das billigste ist. Auf keinem anderen Gebiete des Wissens wäre dergleichen möglich. Nur in wirtschaftlichen Dingen hält jeder sich für

* StB Prof. Dr. Stefan Homburg ist Direktor des Instituts für Öffentliche Finanzen der Leibniz Universität Hannover.

1 Hierzu sehr lehrreich: C. C. v. Weizsäcker, Logik der Globalisierung, 3. Auflage 1999.

2 P. B. Sørensen, Can Capital Income Taxes Survive? 2006, Cesifo Working Paper No. 1793, S. 8 und 9. Der von Sørensen ausgewiesene Anteil des deutschen Körperschaftsteueraufkommens am Bruttoinlandsprodukt umfasst nicht die Gewerbesteuer und ist deshalb untypisch gering.

3 Zu einem Wettlauf gegen Null kommt es zumindest dann nicht, wenn grenzüberschreitende Einkünfte nach der Anrechnungsmethode besteuert werden und für Nichtansässige ein Gleichbehandlungsgebot gemäß Art. 24 OECD-MA besteht: C. Fuest und B. Huber, Why Capital Income Taxes Survive in Open Economies, 2002, International Tax and Public Finance, S. 567–589.

einen berufenen Fachmann und für berechtigt, arglos jahrhundertealte Holzwege zu wandeln.“⁴

Die Steuerwissenschaft hat den zitierten Kurs der Tarifsenkung plus Erweiterung der Bemessungsgrundlage bisher unterstützt. Er versprach einen Gewinn an Effizienz und Gerechtigkeit, so lange die Erweiterung der Bemessungsgrundlage darin bestand, Steuervergünstigungen zu streichen oder Umgehungen zu vereiteln. Die aktuelle Steuerreform bedeutet aber einen Bruch mit dem bisherigen Prinzip: Sie beschränkt sich nicht auf die legitime Lückenschließung, sondern schneidet – nach einem Bild von *Schön*⁵ – tief ins Fleisch, indem sie die Tarifsenkung teilweise durch Verstöße gegen das Nettoprinzip und andere tragende Grundsätze des Steuerrechts finanziert. Der Öffentlichkeit, der es allgemein schwerfällt, zwischen systematisch gebotenen Ausnahmen und ungerechtfertigten Schlupflöchern zu unterscheiden, ist dieser im wahrsten Sinne des Wortes einschneidende Kurswechsel nicht bewusst. Für die Steuerwissenschaft stellt sich aber die Frage, ob sie eine Tarifsenkung um jeden Preis auch dann unterstützen will, wenn diese durch Eingriffe in essentielle Besteuerungsprinzipien erkaufte wird.⁶ Die jüngst beschlossene Zinsschranke bietet Gelegenheit für eine paradigmatische Reflexion.

In den folgenden Abschnitten 2. und 3. werden die Grundzüge der Neuregelung in aller Kürze vorgestellt und mit ausländischen Normen verglichen. Im Zentrum der Arbeit steht Abschnitt 4. Darin werden die ökonomischen Wirkungen der Zinsschranke analysiert und wird dieses Instrument aus volkswirtschaftlicher Perspektive beurteilt. In Abschnitt 5. schließt sich eine Würdigung unter europa-, völker- und verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten an. Um es nicht bei bloßer Kritik zu belassen, zeigt Abschnitt 6. alternative Wege auf. Abschnitt 7. beschließt die Arbeit mit einem Fazit. Die Darstellung bezieht sich auf den Gesetzentwurf⁷ in der vom Finanzausschuss vorgeschlagenen Fassung;⁸ diese hat der Bundestag am 25. Mai 2007 verabschiedet.

2. Grundzüge der geplanten Zinsschranke

Seit Veröffentlichung des Referentenentwurfs ist die Zinsschranke in zahlreichen Aufsätzen detailliert beschrieben worden.⁹ Um Wiederholungen zu vermeiden und die Angelegenheit auf den Punkt zu bringen, wird nachfolgend nur das Gerippe der Neuregelung beschrieben, die den Abzug von Zinsaufwand betriebsbezogen einschränkt. Dabei können

4 J. A. Schumpeter, Aufsätze zur Soziologie, 1953, Tübingen.

5 W. Schön, Mündliche Stellungnahme anlässlich der öffentlichen Anhörung des Finanzausschusses des Bundestags vom 25. April 2007, Protokoll 16/56, S. 7.

6 Vgl. auch J. Hey, Verletzung fundamentaler Besteuerungsprinzipien durch die Gegenfinanzierungsmaßnahmen des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, Betriebs-Berater 2007, S. 1303-1309.

7 Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 vom 27. März 2007, BT-Drucksache 16/4841.

8 Beschlussempfehlung des Finanzausschusses, BT-Drucksache 16/5452 vom 23. Mai 2007.

9 Vgl. nur S. Köhler, Erste Gedanken zur Zinsschranke nach der Unternehmensteuerreform, 2007, Deutsches Steuerrecht, S. 597–604, T. Rödder und I. Stangl, Zur geplanten Zinsschranke, 2007, Der Betrieb, S. 479–485.

Einzelunternehmer mehrere Betriebe haben, Personen- und Kapitalgesellschaften nur einen Betrieb; Organkreise gelten gemäß § 15 Satz 1 Nr. 3 KStG als ein Betrieb.

Nach der Grundregel des § 4h Abs. 1 EStG dürfen Zinsaufwendungen, soweit sie die Zinserträge eines Betriebs übersteigen (Zinssaldo), nur bis zur Höhe von 30 Prozent des um den Zinssaldo und die Abschreibungen erhöhten Gewinns abgezogen werden. Der Satz von 30 Prozent rekurriert mithin auf den steuerlichen EBITDA.¹⁰ Bei Kapitalgesellschaften tritt das Einkommen an die Stelle des Gewinns (§ 8a Abs. 1 KStG).

Beispiel 1: Ein Autozulieferer erleidet in der Rezession einen Verlust laut Steuerbilanz von 20 Mio. Euro. Darin enthalten sind Zinsaufwendungen von 60 Mio. Euro und Abschreibungen von 10 Mio. Euro; Zinserträge hat das Unternehmen nicht. Der um den Zinssaldo und die Abschreibungen erhöhte Gewinn beträgt 50 Mio. und die Zinsschranke 30 Prozent davon, also 15 Mio. Euro. Folglich sind Schuldzinsen in Höhe von 15 Mio. Euro abziehbar, während die übrigen 45 Mio. Euro dem Abzugsverbot unterfallen. Der steuerpflichtige Gewinn beträgt 25 Mio. Euro. Ist das Unternehmen eine Personengesellschaft, schulden die Gesellschafter trotz des erlittenen Verlustes bis zu 11,25 Mio. (45 Prozent) Euro Einkommensteuer.

Unter den drei folgenden – in § 4h Abs. 2 Satz EStG genannten – Ausnahmen gilt die Zinsschranke nicht, so dass es beim unbeschränkten Abzug der Zinsaufwendungen bleibt:

- Kleinbetriebsklausel (Buchstabe a): Der Zinssaldo beträgt weniger als 1 Mio. Euro. Bei Überschreitung dieser Freigrenze greift die Zinsschranke für den gesamten Betrag.
- Konzernklausel (Buchstabe b): Der Betrieb gehört nicht oder nur anteilmäßig einem Konzern an.
- Öffnungsklausel¹¹ (Buchstabe c): Der Betrieb gehört einem Konzern an, aber die Eigenkapitalquote des Betriebs unterschreitet die Eigenkapitalquote des Konzerns um nicht mehr als einen Prozentpunkt. Bei der Berechnung des Eigenkapitals ist dieses um die Buchwerte etwaiger Beteiligungen zu kürzen.

Beispiel 2: Eine Holdinggesellschaft, deren Eigenkapitalquote der Eigenkapitalquote des Konzerns entspricht, erzielt Dividendeneinnahmen von 10 Mio. Euro und zahlt Schuldzinsen in gleicher Höhe; sonstige Einnahmen und Aufwendungen hat sie nicht. Der Zinssaldo beträgt 10 Mio. Euro, weil Dividenden keine Zinserträge sind. Bei der Berechnung der Eigenkapitalquote ist das Eigenkapital der Holding nach § 4h Abs. 2 Satz 5 EStG um die Beteiligungsbuchwerte zu kürzen. Hierdurch sinkt die Eigenkapitalquote der Holding unter den Konzerndurchschnitt, vielleicht sogar auf Null. Als Rechtsfolge begrenzt die Zinsschranke den Schuldzinsenabzug auf 0,15 Mio. Euro (30 Prozent von 5 Prozent nicht abziehbaren Betriebsausgaben nach § 8b Abs. 5 KStG). Diese Rechtsfolge lässt sich im Inlandsfall durch Organschaft verhindern.

¹⁰ Ursprünglich knüpfte die Regelung an den steuerlichen EBIT an; dies wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens geändert; zur Begründung vgl. Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucksache 16/5491 vom 24. Mai 2007.

¹¹ Der Begründungstext (FN 7), S. 58 spricht in mustergültigem Denglisch von einer „Escape-Klausel“.

Komplettiert wird dieses Arrangement durch zwei Rückausnahmen, die in erster Linie für Kapitalgesellschaften gelten, aber auch für Personengesellschaften, die einer Kapitalgesellschaft nachgeordnet sind (§ 4h Abs. 2 letzter Satz EStG):

- § 8a Abs. 2 KStG suspendiert die Konzernklausel, wenn die Körperschaft Zinsen in Höhe von mehr als 10 Prozent des Zinssaldos an einen zu mehr als 25 Prozent beteiligten Anteilseigner, eine diesem nahe stehende Person oder einen auf solche Anteilseigner oder solche Personen rückgriffsberechtigten Dritten gezahlt hat (schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung).
- § 8a Abs. 3 KStG suspendiert auch die Öffnungsklausel, wenn irgendein dem Konzern zugehöriger Rechtsträger eine der drei vorstehend genannten Bedingungen erfüllt. In beiden Fällen liegt die Beweislast für das Nichtbestehen schädlicher Gesellschafter-Fremdfinanzierungen bei der Körperschaft.

Beispiel 3: Müller und Koch sind Anteilseigner einer OHG in Frankfurt/O. und einer Handelsgesellschaft in Poznan. Bisher stellen sie für jede Gesellschaft einen Einzelabschluss nach nationalem Recht auf. Nach neuem Recht führen Müller und Koch einen „Konzern“, wie nachfolgend deutlich wird. Um die Öffnungsklausel nutzen zu können, müssen sie laut § 4h Abs. 2 Satz 8 EStG zwei Einzelabschlüsse sowie einen Konzernabschluss erstellen und gegebenenfalls testieren lassen; diese Abschlüsse sind nach einheitlichem Recht zu erstellen, hier nach IFRS, deutschem oder polnischem Recht.

Nicht abziehbare Schuldzinsen werden vorgetragen und in späteren Jahren abgezogen, § 4h Abs. 1 Satz 2 EStG, soweit die Zinsschranke in diesen späteren Jahren nicht erneut greift. Insofern bedeutet die Schranke zunächst einen Zinsnachteil, im Verlustfall auch einen potentiell tödlichen Liquiditätsnachteil. Wird der Betrieb veräußert oder war der fiskalische Todesstoß erfolgreich, geht der Zinsvortrag unter, und der Zinsnachteil schlägt in einen endgültigen Nachteil um, § 4h Abs. 5 EStG. Bei Kapitalgesellschaften genügt sogar schon eine unmittelbare oder mittelbare Übertragung der Anteilsmehrheit, um den Zinsvortrag mitsamt dem Verlustvortrag vollständig untergehen zu lassen. Dies ergibt sich aus § 8 Abs. 1 Satz 3 KStG i. V. m. § 8c KStG, der Neuregelung des Verlustabzugs.

Beispiel 4: Ein sanierungsbedürftiger Betrieb kann überhaupt keine Schuldzinsen abziehen, wenn der um Zinssaldo und Abschreibungen erhöhte Gewinn gleich Null oder negativ ist. Beim späteren Verkauf an einen Sanierer gehen Zinsvortrag und Verlustvortrag ersatzlos unter.

Drei Merkmale der Neuregelung verdienen besondere Erwähnung: Erstens stellt § 4h Abs. 3 EStG nicht auf Konzerne im üblichen Wortsinn ab; vielmehr liegt ein Konzern vor, wenn ein Konzernabschluss erstellt wird, wenn er erstellt werden könnte oder wenn die Finanz- und Geschäftspolitik des Betriebs mit der Politik anderer Betriebe einheitlich bestimmt werden kann.¹² Zweitens sind die Kleinbetriebsklausel, die Öffnungsklausel und

¹² Die Ein-Mann-GmbH & Co. KG ist demnach ein Konzern. Allerdings nimmt die Begründung (FN 7, S. 82 f.) etliche Sachverhalte, etwa Betriebsaufspaltungen, vom Konzernbegriff aus, obwohl sie nach dem Gesetzeswortlaut darunter fallen.

die beiden Rückausnahmen nach § 8a Abs. 2 und 3 KStG „digitale Normen“, die nicht an der Rechtsfolge ansetzen, sondern am Tatbestand. Selbst eine geringfügige Verletzung der jeweils maßgebenden Grenze – man denke an Betriebsprüfungen oder geänderte Zinskonditionen – löst abrupt die volle Wirkung der Zinsschranke aus.

Drittens werden Finanzierungen durch fremde Dritte, etwa Banken, nicht etwa versehentlich getroffen, sondern mit voller Absicht, weil die Zinsschranke ausweislich der Entwurfsbegründung „neben Vergütungen, die an wesentlich beteiligte Anteilseigner gezahlt werden, jede Art der Fremdfinanzierung, also insbesondere auch die Bankenfinanzierung“ erfassen soll.¹³

Aus diesem Grund lässt sich die Neuregelung dogmatisch nicht als weiterentwickelte Norm der Gesellschafter-Fremdfinanzierung einordnen, sondern sie beruht auf einem ganz anderen Ansatz: Die Zinsschranke will nicht Umgehungen und Missbräuche verhindern, sondern ihre Ratio besteht allein in der Sicherung des „Steuersubstrats“, was immer ein solches „Substrat“ auch sein mag.¹⁴ Dieser eminente Verstoß gegen das Nettoprinzip soll dem Fiskus 600 Mio. Euro eintragen.¹⁵

3. Ein Blick ins Ausland

Abzugsbeschränkungen für Schuldzinsen sind in Deutschland und im Ausland durchaus üblich. Sie greifen bei privater Veranlassung (§ 12 EStG), wirtschaftlichem Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen (§ 3c EStG), verdeckten Gewinnausschüttungen (§ 8 Abs. 3 KStG), überhöhten Verrechnungspreisen (§ 1 AStG), Überentnahmen (§ 4 Abs. 4a EStG) oder allgemein in Missbrauchsfällen (§ 42 AO).¹⁶ Diese Regeln sind im großen und ganzen akzeptabel, zum Teil sogar systematisch geboten.

Darüber hinaus sehen Deutschland und andere europäische Staaten zunehmend auch die Finanzierung einer Kapitalgesellschaft durch ihre Anteilseigner als Missbrauch. Allerdings ist die Rechtslage in diesem Punkt besonders divers. Etliche Nachbarn haben Spezialnormen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung verabschiedet, andere greifen solche Finanzierungen nur mittels ihrer allgemeinen Missbrauchsvorschriften auf, wieder andere erkennen in der Gesellschafter-Fremdfinanzierung keinen Missbrauch.¹⁷ Manche der

13 Gesetzentwurf (FN 7), S. 79.

14 Gesetzentwurf (FN 7), S. 1. „Substrat“ ist ein unscharfes Modewort, das die wohldefinierten Begriffe „Steuerbemessungsgrundlage“ und „Steueraufkommen“ zunehmend verdrängt.

15 Siehe Bericht des Finanzausschusses (FN 10), S. 27, i. V. m. dem Gesetzentwurf (FN 7). Dem Bruttoaufkommen von 1,075 Mrd. stehen Mindereinnahmen durch Wegfall des § 8a KStG a. F. von 475 Mio. Euro gegenüber.

16 Vgl. zum ausländischen Recht *International Fiscal Association*, Deductibility of Interest and Other Financing Charges in Computing Income. Cahiers de Droit Fiscal International LXXIXa, 1994, Deventer. Darin weist D. J. van Nus auf einen niederländischen Gesetzentwurf aus 1993 hin (S. 309), der eine § 4h EStG vergleichbare Regelung vorsah, aber nur für Zinszahlungen an verbundene Unternehmen gelten sollte. Der Entwurf trat nicht in Kraft.

17 N. Maier, Die Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung im internationalen Vergleich, 2006, Dissertation Universität Würzburg.

Staaten mit kodifizierten Regelungen qualifizieren Zinsen in Dividenden um, während andere den Betriebsausgabenabzug beschränken. *Kessler* hat einen gewissen Trend zum Abzugsverbot ausgemacht, dem sich jetzt auch Deutschland anschließt.¹⁸

Pionier gesetzlicher Beschränkungen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung sind aber die USA. Die dortigen Regeln haben eine viel längere Historie und vor allem einen anderen Hintergrund als die aktuelle deutsche Debatte. Sie gehen auf das klassische Körperschaftsteuersystem zurück, das Gewinne von Kapitalgesellschaften doppelt belastet. Die doppelte Besteuerung der Eigenkapitalerträge rief in Verbindung mit der einfachen Besteuerung der Fremdkapitalerträge schon vor dem Zweiten Weltkrieg findige Gestalter auf den Plan. Einen Markstein der Entwicklung bildet das Urteil *Kelley* des U. S. Supreme Court aus dem Jahre 1946, in dem das Gericht ein Fremdkapital-Eigenkapital-Verhältnis von 4 : 1 als unbedenklich passieren ließ (*safe haven*) und damit die bis heute währende „Epoche der Verhältniszahlen“ einleitete.¹⁹ Die USA schufen ihre Regeln zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung nicht, um internationalen Gestaltungen zu begegnen, sondern aus einem innerstaatlichen Grund.

In dieser Tradition verabschiedete der amerikanische Kongress mit dem *Revenue Reconciliation Act 1989* die sogenannte *earnings stripping limitation*, die in gewisser – aber nicht in jeder – Hinsicht als Vorläufer der Zinsschranke angesehen werden kann. Gemäß sec. 163(j) IRC in seiner aktuellen Fassung greift die Beschränkung ab einem Fremdkapital-Eigenkapital-Verhältnis von 1,5 : 1 und ab einem Zinssaldo (*net interest expense*) von 50 Prozent des Gewinns vor Zinssaldo, Abschreibungen und Verlustvortrag (*adjustable taxable income*). Darüber hinausgehende Schuldzinsen sind nicht abziehbar, soweit sie an nahe stehende Personen gezahlt werden und beim Empfänger keiner oder einer ermäßigten US-Besteuerung unterliegen (*disqualified interest*).²⁰

Die Rechtsfolgen der *earnings stripping limitation* und der deutschen Zinsschranke unterscheiden sich gravierend, da Bankkredite und Kredite seitens fremder Dritter von der amerikanischen Regelung nicht im geringsten berührt werden. Betroffen sind allein Zinsen an Gesellschafter und nahe stehende Personen, und diese ausschließlich dann, wenn die Zinsen beim Empfänger nicht voll besteuert werden. Damit will man neben ausländischen Zinsgläubigern vor allem steuerbefreite Pensionsfonds an Gestaltungen hindern. Demgegenüber greift die deutsche Zinsschranke auch bei normalen Bankkrediten oder wenn Fremdmittel durch Emission von Obligationen aufgebracht werden. Sie geht damit weit über die amerikanische Regelung hinaus.

Alles in allem gibt es für die Zinsschranke im Ausland kein Vorbild, weder in den USA, noch in Frankreich²¹ oder den Niederlanden²². Alle ausländischen Normen beschränken

18 *W. Kessler*, Die Zinsschranke im Rechtsvergleich: Problemfelder und Lösungsansätze, 2007, Schriftliche Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Finanzausschusses des Bundestags am 25. April 2007.

19 *J. Blumenberg*, Die Gesellschafter-Fremdfinanzierung. Unter besonderer Berücksichtigung der Unternehmensverhältnisse in den USA, 1997, Baden-Baden, S. 192.

20 Seit 1993 führen auch bestimmte *back to back*-Finanzierungen zu *disqualified interest*.

21 Code général des impôts, Art. 212.

lediglich den Abzug von Zinszahlungen an Gesellschafter und diesen nahe stehende Personen, während die Zinsschranke auch bei bank- bzw. marktüblichen Finanzierungen durch fremde Dritte zur Anwendung kommt. Da mit den USA, Frankreich und den Niederlanden lediglich drei Staaten den Zinsabzug scharf beschränken, während viele andere keinerlei Notwendigkeit für solche Regelungen sehen, bedeutet die Einschätzung, Deutschland folge mit der Zinsschranke einem internationalen Trend, eine Irreführung der Öffentlichkeit. Vielmehr hatten die politischen Initiatoren der Zinsschranke Recht, wenn sie im Vorfeld der Gesetzgebung meinten: „Die Zinsschranke mit Escape-Klausel ist ambitioniert und ohne Beispiel.“²³

4. Ökonomische Beurteilung

Weil die wirtschaftlichen Wirkungen der Zinsschranke eine gegenüber Rechtsfragen vorgreifliche Tatsache sind, erscheint es angemessen, dem Rechtsteil eine ökonomische Analyse voranzustellen. Begonnen sei mit folgender grundlegender Terminologie: Unternehmen produzieren Güter und Dienstleistungen unter Einsatz verschiedener Produktionsfaktoren, die man traditionell Arbeit, Boden und Kapital nennt. Bei der Produktion entstehen Arbeitslöhne, Grundrenten und Kapitalerträge. Die Kapitalerträge bestehen aus einer risikoadäquaten Verzinsung und einem darüber hinausgehenden Reingewinn, einer „Überverzinsung“. Reingewinne beruhen auf dem Ort der Produktion, insbesondere auf der Inanspruchnahme öffentlicher und privater Infrastruktur.²⁴ Wird das Unternehmen ausschließlich eigenfinanziert, entspricht der steuerrechtliche Gewinn der Summe aus kalkulatorischer Eigenkapitalverzinsung und Reingewinn. Bei ausschließlicher Fremdfinanzierung entspricht der steuerrechtliche Gewinn lediglich dem Reingewinn identisch, da Fremdkapitalzinsen als Aufwand abgezogen werden.

Das internationale Steuerrecht weist die Besteuerungshoheiten nicht gemäß der theoretischen Unterscheidung zwischen Verzinsung und Reingewinn zu – und darin liegt die Crux des Problems –, denn diese beiden Größen sind nicht direkt beobachtbar. Vielmehr hat sich der Grundsatz herausgebildet, dass der Quellenstaat den Gewinn besteuert, der Ansässigkeitsstaat des Zinsgläubigers die Fremdkapitalzinsen. Aus diesem Grund hängt das Besteuerungsrecht für die Zinsen davon ab, ob es sich um Eigenkapital- oder Fremdkapitalzinsen handelt. Insbesondere Konzerne berücksichtigen diese Konvention des internationalen Steuerrechts im Rahmen ihrer Finanzierungsentscheidungen:

- Eine in Deutschland ansässige Konzernobergesellschaft kann ihre Auslandstochter mit reichlich Eigenkapital ausstatten. Das ist vorteilhaft, wenn die ausländische Steuerbelas-

22 Wet op de Vennootschapsbelasting, Art. 10a.

23 o. V., Zinsschranke als Ersatz für § 8a KStG, 2006. Die in Berlin zirkulierenden „grauen Papiere“ sind oft aufschlussreicher als die stromlinienförmigen offiziellen Entwurfsbegründungen.

24 Neben solchen ortsspezifischen Reingewinnen gibt es personenspezifische Reingewinne, die auf besonderen persönlichen Fähigkeiten beruhen. Sie werden im Text vernachlässigt.

stung unter der deutschen liegt; die repatriierten Gewinne der Tochter bleiben durch § 8b KStG fast steuerfrei.

- Der geschilderte Vorteil lässt sich steigern, wenn die Mutter ihrer Tochter weiteres Eigenkapital zuführt und zugleich bei der Tochter ein Darlehen aufnimmt. Die Darlehenszinsen mindern die inländische Steuerbelastung, werden im Ausland gering besteuert und hernach weitgehend steuerfrei repatriiert.
- Umgekehrt halten ausländische Konzernobergesellschaften das Eigenkapital ihrer deutschen Töchter knapp und statten sie lieber mit Fremdkapital aus²⁵.

In Ermangelung eines passenden Fachbegriffs seien derartige Finanzierungsentscheidungen, soweit dabei marktgerechte Zinsen gezahlt werden, Gestaltungen vom Typ A genannt. Gestaltungen vom Typ A senken die Steuerbelastung der (pagatorischen oder kalkulatorischen) Verzinsung durch deren Verlagerung in den niedriger besteuerten Staat. Hingegen unterliegt der Reingewinn stets im Quellenstaat der Besteuerung, auch wenn die dortige Steuer höher ist als im Ansässigkeitsstaat. Gegen diese unliebsame Rechtsfolge richten sich Gestaltungen vom Typ B, die nachfolgend an einem Beispiel verdeutlicht seien.

Beispiel 5: Eine in Deutschland ansässige Kapitalgesellschaft erhält von ihrem ausländischen Anteilseigner ein Darlehen mit stark überhöhtem Zinssatz. Hierdurch wird der Reingewinn der deutschen Gesellschaft formal in einen Fremdkapitalzins verwandelt und steuerfrei aus Deutschland herausgezogen.

Eine Gestaltung vom Typ B mindert das Gesamtsteueraufkommen durch künstliche Einkünfteumqualifikation und verschiebt gleichzeitig Steueraufkommen vom Quellenstaat zum Ansässigkeitsstaat. Diese Umgehung verwehrt dem Quellenstaat, auf den in seinem Hoheitsgebiet entstandenen Reingewinn zuzugreifen, obwohl das (ökonomisch sinnvolle) Telos des Doppelbesteuerungsrechts einen Zugriff erlaubt. Bis hier zusammengefasst muss scharf zwischen zwei Gestaltungen unterschieden werden. Gestaltungen vom Typ A konzentrieren das Eigenkapital bei Zahlung marktüblicher Zinsen dort, wo wenig Steuern anfallen. Im Gegensatz hierzu zielen Gestaltungen vom Typ B darauf ab, Reingewinne in Zinsen umzuqualifizieren und anschließend steuerfrei zu extrahieren. Hierdurch wird der Quellenstaat seines Besteuerungsrechts beraubt.

Aus ökonomischer Sicht ist eine gesetzliche Regelung, die Gestaltungen vom Typ B entgegenwirkt, nicht nur akzeptabel, sondern wünschenswert: Reingewinne entstehen zum Teil durch staatlich bereitgestellte Infrastruktur, weshalb es sachgerecht erscheint, dass der Quellenstaat einen Teil des Reingewinns in Form von Steuern erhält. Geschieht das nicht,

²⁵ *Moore und Ruane* haben den Einfluss des im Sitzstaat von Konzerntöchtern geltenden Körperschaftsteuersatzes auf die Eigenkapitalquote dieser Tochtergesellschaften untersucht und einen signifikant negativen Zusammenhang gefunden. So weisen Töchter mit Sitz in Deutschland durchschnittlich eine Eigenkapitalquote von 47 Prozent auf, während der Wert für Töchter in Irland bei 98 Prozent liegt. Der genannte Zusammenhang verschwindet aber, wenn die Betrachtung auf Konzerne beschränkt wird, deren Obergesellschaften in Anrechnungsstaaten ansässig sind. *P. J. Moore und F. P. Ruane*, Taxation and the Financial Structure of Foreign Direct Investment, 2005 IIIS Discussion Paper No. 88.

fehlen sowohl Mittel als auch Anreize zur Bereitstellung von Infrastruktur. Um Gestaltungen vom Typ B zu verhindern, ist keine spezialgesetzliche Regelung erforderlich, sondern es reicht die Generalklausel des § 1 AStG. Denn Gestaltungen vom Typ B funktionieren offensichtlich nur bei Rechtsgeschäften zwischen nahe stehenden Personen, und sie beinhalten Bedingungen, die unabhängige Dritte nicht vereinbaren würden.

Nach dem hier vertretenen Standpunkt sind darüber hinausgehende Spezialnormen zur Bekämpfung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung nicht nur überflüssig, sondern schädlich und abzulehnen. Das gilt insbesondere für die Zinsschranke. Sie läuft dem Ziel der Produktionseffizienz zuwider, dem aus volkswirtschaftlicher Sicht ein überragender Stellenwert zukommt. Jahrzehnte mathematischer Forschung zum optimalen Steuersystem haben nämlich ein sehr robustes Ergebnis erbracht, das Produktionseffizienztheorem von *Diamond* und *Mirrlees*. Hiernach sollte ein Steuersystem, das unvermeidlich Verzerrungen auslöst, Unternehmensentscheidungen unverzerrt lassen und lediglich die Konsumentenentscheidungen verzerren. Viele zeitgeschichtliche Entwicklungen, insbesondere das Mehrwertsteuersystem und der Wegfall der meisten Verkehrsteuern, sind vor diesem Hintergrund zu sehen; auch das Nettoprinzip dient aus ökonomischer Sicht dem Ziel der Produktionseffizienz.²⁶ Ein Teilaspekt des Produktionseffizienzziels besteht darin, auch Finanzierungsentscheidungen unverzerrt zu lassen.²⁷

Finanzierungsentscheidungen beruhen auf einer komplexen Abwägung verschiedenster steuerlicher und außersteuerlicher Faktoren.²⁸ Eigenkapital hat den Nachteil, dass es oft nicht ausreichend zur Verfügung steht, weshalb insbesondere kleine, junge und innovative Unternehmen ohne Fremdkapitaleinsatz zu langsam wachsen würden, mit negativen Folgen für die volkswirtschaftliche Dynamik.²⁹ Fremdkapitaleinsatz erhöht die Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz bei schlechter Geschäftslage. Die damit verbundenen Kosten hängen stark von der Branche ab: Oft gehen mit dem Zerfall eines Unternehmens der Wert einer funktionierenden Organisation, Bekanntheit und Reputation oder unfertige Forschungsergebnisse verloren, kurz das, was man gemeinhin den Firmenwert nennt. Unternehmen, deren potentielle Fremdkapitalgeber mit dieser Gefahr rechnen, sind auf Eigenkapital einschließlich Wagniskapital angewiesen. In anderen Fällen, insbesondere in der Immobilienbranche, verursachen Insolvenzen geringere Kosten, weil Immobilien auch ohne das Unternehmen werthaltig bleiben; solche Branchen weisen vergleichsweise hohe Fremdkapitalquoten auf.³⁰

26 S. Homburg, Allgemeine Steuerlehre, 5. Auflage 2007, München, S. 163, 166.

27 S. Homburg (FN 26), S. 251 ff.

28 Vgl. hierzu das Standardwerk R. A. Brealey, S. C. Myers und F. Allen, Principles of Corporate Finance, 8. Auflage 2006, New York. Nach dem *Modigliani-Miller-Theorem* ist die Finanzierungsstruktur unter idealisierenden Bedingungen irrelevant; diese liegen in der Realität aber nicht vor.

29 Fuest, Huber und Nielsen erklären die vergleichsweise hohen Fremdkapitalquoten kleiner und mittlerer Unternehmen mit Informationsasymmetrien. Siehe C. Fuest, B. Huber und S. B. Nielsen, Why is the Corporate Tax Rate Lower than the Personal Tax Rate?, 2002, Journal of Public Economics, S. 157–174.

30 R. A. Brealey, S. C. Myers und F. Allen (FN 28), S. 487. Auch der Widerstand gegen die Aufnahme neuer Gesellschafter oder der Wunsch, das Management zu disziplinieren, kann eine Fremdfinanzierung nahelegen.

Auch innerhalb eines Konzerns gibt es gewichtige außersteuerliche Gründe für die Wahl bestimmter Finanzierungsformen. Als Beweis hierfür kann gelten, dass auch Gesellschaften reiner Inlandskonzerne, für die steuerliche Motive keine Rolle spielen, in ganz unterschiedlichem Ausmaß mit Eigen- und Fremdkapital ausgestattet sind. Man betrachte beispielsweise einen Spartenkonzern, dessen Tochtergesellschaften Geschäftsfelder wie Immobilienwirtschaft, Handel und Produktion bedienen. Im status quo ante werden die Töchter unterschiedliche Eigenkapitalquoten aufweisen und einige Eigenkapitalquoten daher zwangsläufig unter dem Durchschnitt liegen, was die Inanspruchnahme der Öffnungsklausel ausschließt. Will der Konzern dies ändern, was überhaupt nur bei Besitz aller Anteile an den Tochtergesellschaften ernsthaft in Betracht kommt, muss er die Refinanzierungen der Töchter vermischen und eine geringere Kostentransparenz in Kauf nehmen. Die Zinsschranke erzwingt unwirtschaftliches Verhalten.

Insgesamt existiert keine normale oder typische Eigenkapitalquote. Wer sein Eigenheim mittels einer Vollfinanzierung erworben hat, weiß aus eigener Anschauung, dass manche Investitionen ohne Eigenkapital finanziert werden können. Aus diesem Grund ist die dem amerikanischen Rechtskreis entlehnte Vorstellung einer „Unterkapitalisierung“ ökonomisch falsch. Jede uniforme Eigenkapitalquote, die der Gesetzgeber als unbedenklich vorschreibt, verzerrt innerstaatlich Finanzierungsentscheidungen³¹ und verletzt das Produktionseffizienzziel, indem sie manche Unternehmen trifft und andere nicht³².

Im Vergleich zu den traditionellen Unterkapitalisierungsregeln ist die Zinsschranke ein weit schädlicheres Instrument. Sie lässt sich entgegen mancher Literaturansicht nicht in eine typisierte Eigenkapitalquote umrechnen, weil Eigen- und Fremdkapitalrenditen, je nach Unternehmen, verschieden sind und die Eigenkapitalrenditen viel stärker schwanken: Auch ein Unternehmen mit einer Eigenkapitalquote von z. B. 80 Prozent kann dem Abzugsverbot unterfallen, wenn es in der Rezession Verluste erleidet. Darüber hinaus liegt die Vermutung nahe, dass Konzerne mit eigenen Steuerabteilungen die Zinsschranke durch kluge Gestaltung zu umgehen vermögen, während Unternehmen mit einer „Ingenieursethik“, die sich um Steuern nicht kümmern, Nachteile erleiden.

Die Zinsschranke zu umgehen ist nicht besonders schwierig, weil dieses Instrument entgegen der Entwurfsbegründung nicht „jede Art der Fremdfinanzierung“³³ trifft, sondern allein die Fremdfinanzierung durch Kredit. Durch Verkauf und Rückmietung von Gebäuden, Maschinen oder Patenten können Schuldzinsen unter Inkaufnahme entsprechender Kosten in Mieten, Pachten und Lizenzgebühren transformiert werden, bei denen die Anwendung der Zinsschranke von vornherein ausscheidet. Ein solches *sale and lease back*

31 Buettner et al. finden empirisch einen deutlichen Einfluss der Unterkapitalisierungsregeln auf die Finanzierungsstrukturen. T. Buettner, M. Overesch, U. Schreiber und G. Wamser, The Impact of Thin-Capitalization Rules on Multinationals' Financing and Investment Decisions, 2006, CESifo Working Paper No. 1817.

32 Vom Gesetzgeber erzwungene Eigenkapitalquoten nehmen die Unternehmen freilich nicht passiv hin, sondern greifen bei hoher Eigenkapitalquote tendenziell stärker zu Steuersparmodellen, siehe J. R. Graham und A. L. Tucker, Tax Shelters and Corporate Debt Policy, 2006, Journal of Financial Economics, S. 563–594.

33 Entwurfsbegründung (FN 7), S. 78.

funktioniert selbstverständlich nicht allein im Zusammenspiel mit inländischen Gesellschaften, die als Leasinggeber ihrerseits der Zinsschranke unterliegen, sondern erfordert die Einschaltung mindestens eines ausländischen Unternehmens.

Dies führt zum letzten und wichtigsten Gesichtspunkt der Bewertung. Während die Erfinder der Zinsschranke hierin ein *perpetuum mobile* entdeckt zu haben glauben, das fiskalische Erträge abwirft, ohne dem Standort zu schaden, erzeugt die Zinsschranke tatsächlich massive Anreize zur Verlagerung von Produktion und Beschäftigung ins Ausland. Um dies zu sehen, betrachte man nur ein inländisches Unternehmen, das Arbeitsplätze in Deutschland schaffen will. Nach neuem Recht läuft das Unternehmen Gefahr, der Zinsschranke zu unterfallen, wenn es die erforderlichen Investitionen durch Kredite finanziert und damit seine Eigenkapitalquote verschlechtert. Gründet das Unternehmen statt dessen eine Auslandstochter, die ihrerseits Kredite aufnimmt und die Arbeitsplätze im Ausland schafft, hat das zwei Vorteile: Erstens wird die Tochter von keiner vergleichbaren Regelung getroffen. Zweitens verbessert sich die relative Eigenkapitalquote des deutschen Unternehmens aufgrund der Fremdfinanzierung der Auslandstochter, was im Hinblick auf die Öffnungsklausel nützlich sein kann. Die von der Auslandstochter erzielten Gewinne werden nach wie vor steuerfrei repatriert, weshalb die Bilanz der Verlagerung für den deutschen Fiskus, dem mindestens die Lohnsteuer der andernfalls beschäftigten deutschen Arbeitnehmer entgeht, negativ ist.

Verallgemeinert schadet die Zinsschranke dem Standort, indem sie die Kapitalkosten der Fremdfinanzierung von Investitionen in Deutschland erhöht. Bisher war die Fremdfinanzierung das Ventil, das Inlandsinvestitionen trotz der vergleichsweise hohen Steuerbelastung rentabel machte. Dieser Finanzierungsweg sorgte dafür, dass inländische Investitionen, deren Vorsteuerrenditen über dem Weltmarktzins lagen, durchgeführt werden konnten. Das wird künftig anders sein.

Alles in allem verbindet die Zinsschranke minimalen Nutzen mit maximalem Schaden. Ihr fiskalischer Nutzen ist minimal, da sie durch kluge Gestaltung jener Unternehmen, die sich auf kluge Gestaltungen verstehen, umgangen werden kann. Zugleich ist der volkswirtschaftliche Schaden maximal, weil die Zinsschranke gerade jene Unternehmen, die aufgrund ihres defensiven Steuergebarens nichts Böses ahnen, in erratischer Weise trifft, insbesondere im Verlustfall. Insolvenzen werden dramatisch verschärft, weil trotz der Verluste Steuern auf fingierte Gewinne anfallen. Außenwirtschaftlich erzeugt die Zinsschranke Anreize zur Verlagerung von Produktion und Arbeitsplätzen ins Ausland, während sie innerstaatlich die Finanzierungsentscheidungen verzerrt. Hierdurch entfaltet die Zinsschranke subtile ungewollte Lenkungswirkungen: So ist eine Bank mit normalem Kreditgeschäft kaum betroffen, eine Investmentbank aber sehr wohl, weil ihre Einnahmen nicht aus Zinserträgen bestehen, sondern aus Gebühren.

Die Festlegung der gewünschten Steuereinnahmen ist eine genuin politische Entscheidung, die kaum hinterfragt werden kann. Jedoch darf die Steuerwissenschaft mit guten Gründen verlangen, dass ein politisch bestimmtes Budget mit geringsten Kollateralschäden finanziert wird. Hält der Gesetzgeber Mehreinnahmen von 600 Mio. Euro – dem

geschätzten Mehrertrag durch die Zinsschranke – für unumgänglich, sollte er diesen Betrag auf effiziente Weise erwirtschaften, etwa durch Anhebung des Körperschaftsteuersatzes um ungefähr 0,7 Punkte. Eine Verzerrung von Produktionsentscheidungen ist immer das schlechteste Mittel, und deshalb sind Finanzierungsschikanen, die über allgemeine Regelungen wie § 42 AO, § 8 Abs. 3 KStG oder § 1 AStG hinausgehen, abzulehnen. Das gilt bereits für den bisherigen § 8a KStG, und für die Zinsschranke gilt es erst recht.

Wer schon lange mit der fixen Idee lebt, es gäbe eine allgemeingültige normale Eigenkapitalquote, dem mag diese Kritik zu weit gehen. Deshalb sei betont: Wirtschaftlich ist die Vorstellung einer normalen Eigenkapitalquote ebenso abwegig wie die Fiktion eines normalen Arbeitslohns. Der gerecht denkende Jurist wäre empört, wenn Arbeitnehmer nicht ihr tatsächliches, sondern ein als normal erdichtetes Einkommen versteuern müssten. Der Ökonom ist über die Unterstellung „normaler Eigenkapitalquoten“ ebenso entsetzt.

5. Rechtliche Beurteilung

Dass die Zinsschranke volkswirtschaftlich verfehlt ist, ändert nichts an ihrer Wirksamkeit, weil der Gesetzgeber ökonomisch törichte Normen beschließen darf und von diesem Recht auch ausgiebig Gebrauch macht. Daher sei nun gefragt, ob die Neuregelung rechtlich Bestand haben wird.

5.1 Europarecht

Zunächst ist zu prüfen, ob die Zinsschranke mit europäischem Recht kollidiert. Bekanntlich strebt die Europäische Gemeinschaft nach Art. 2 EG die Schaffung eines Gemeinsamen Marktes ohne Binnengrenzen an³⁴. Art. 10 EG verbietet den Mitgliedstaaten alle Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Vertragsziele gefährden könnten (negative Gemeinschaftstreue). Zwar besitzen die Mitgliedstaaten die primäre Zuständigkeit für die direkten Steuern, doch haben sie ihre Befugnisse nach ständiger Rechtsprechung des EuGH³⁵ unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts auszuüben und dabei die Grundfreiheiten und das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EG zu beachten. Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit – bzw. bei Gesellschaften: aufgrund des Sitzes, Art. 48 EG – laufen diesen Vorgaben ebenso zuwider wie Maßnahmen, welche die Ausübung einer Grundfreiheit beschränken, obwohl sie Inländer und Ausländer formal gleichbehandeln.³⁶ So verneinte der EuGH im bekannten Urteil *Bosman* die Zulässigkeit einer UEFA-Regelung, die für Vereinswechsel Ablösesummen festlegte, obwohl die Höhe der Ablöse

³⁴ Konsolidierte Fassung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Amtsblatt Nr. C-321 vom 29. Dezember 2006, S. E/37 ff.

³⁵ Vgl. etwa EuGH vom 11. August 1995, Rs. C-80/94 (*Wielockx*), Tz. 16.

³⁶ B. J. M. Terra und P. J. Wattel, *European Tax Law*, 4. Auflage 2005, The Hague, S. 56.

nicht davon abhing, ob der Fußballspieler ins Ausland oder zu einem anderen inländischen Verein wechselte.³⁷

Die Zinsschranke behindert die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG), vor allem aber die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EG).³⁸ Sie hält inländische und ausländische Unternehmen davon ab, den wirtschaftlichsten Finanzierungsweg zu wählen und zwingt sie zum Einsatz solcher Finanzierungen, die dem deutschen Staatssäckel die maximale Einnahme versprechen. Damit steigen aus Sicht eines ausländischen Unternehmens die Kapitalkosten inländischer Investitionen, weil das ausländische Unternehmen faktisch gezwungen wird, seine deutsche Tochter mit hohem Eigenkapital auszustatten. Ebenso steigen die Kapitalkosten eines deutschen Unternehmens, das im übrigen Gemeinschaftsgebiet investiert und nunmehr gezwungen ist, seine Auslandstochter stark fremdzufinanzieren, damit es nicht selbst von der Zinsschranke getroffen wird (die Gefahr, dass hierdurch die Tochter einer ausländischen Abzugsbeschränkung unterfällt, kommt hinzu). Diese Verteuerung grenzüberschreitender Investitionen ist nicht akzidentelle Folge, sondern Hauptabsicht, denn der Entwurfsbegründung zufolge soll die Zinsschranke „verhindern, dass Konzerne mittels grenzüberschreitender konzerninterner Fremdkapitalfinanzierung in Deutschland erwirtschaftete Erträge ins Ausland transferieren.“³⁹

In den zu erwartenden Verfahren vor dem EuGH werden die Petenten die Offenherzigkeit des deutschen Gesetzgebers, der ihnen den wichtigsten Angriffspunkt nachgerade auf dem Präsentierteller darbietet, dankbar aufgreifen; schließlich bedeutet eine Attacke speziell auf „grenzüberschreitende“ Finanzierungen, dass Deutschland die Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit vorsätzlich beschränken will. Allerdings bedeuten Beschränkungen für sich genommen noch keinen Vertragsverstoß. Vielmehr ist nach dem üblichen Prüfschema zu fragen, ob die Beschränkung gerechtfertigt, geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist. Die Mehrung des nationalen Steueraufkommens gibt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH keinen ausreichenden Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung einer Grundfreiheit ab. Demgegenüber können Regeln zur Verhinderung von Missbräuchen zulässig sein. Um dies näher zu untersuchen, sei auf die im vorigen Abschnitt eingeführte Terminologie zurückgegriffen. Eine Gestaltung vom Typ A, bei der marktübliche Zinsen gezahlt werden, mag steuerlich motiviert sein, doch ist sie schon nach nationalem Recht ebenso wenig missbräuchlich wie die Gründung einer GmbH & Co. KG. Der Gesetzgeber bestimmt, welche steuerlichen Folgen er an gewisse Sachverhalte knüpft, und die Steuerpflichtigen entscheiden anschließend, welche Sachverhalte sie verwirklichen. In der Meidung eines hochbesteuerten Sachverhalts liegt für sich genommen kein Missbrauch.

³⁷ EugH vom 15. Dezember 1995, Rs. C-415-93 (*Bosman*).

³⁸ Aufgrund der konvergierenden Auslegungen der Art. 43 und 56 EG durch den EuGH kommt es auf die Unterscheidung dieser beiden Grundfreiheiten vorrangig in Drittlandsfällen an, für die Art. 43 EG nicht gilt.

³⁹ Entwurfsbegründung (FN 7), S. 57.

Sähe man die Zinsschranke als Missbrauchsregelung, könnte der Gesetzgeber im nächsten Schritt den Verzicht aufs Rauchen als Umgehung der Tabaksteuer werten und für die Nichtraucher einen Zigarettenkonsum in Höhe von 30 Prozent des physiologischen Maximums fingieren, um sie anschließend zur Kasse zu bitten. Dergleichen mag fiskalisch attraktiv sein, doch besteht nach der Rechtsprechung des EuGH kein Zweifel, dass in der Wahl günstiger Finanzierungsformen kein Missbrauch liegt, sondern ganz im Gegenteil ein legitimer Gebrauch der Grundfreiheiten.⁴⁰ Die Freiheit des Kapitalverkehrs erlaubt es, sowohl Eigenkapital als auch Fremdkapital innerhalb des Gemeinsamen Marktes beliebig zu verteilen. Hieraus folgt logisch die Freiheit zur Wahl unterschiedlicher Eigenkapitalquoten im Konzern.⁴¹

Anders verhält es sich bei Gestaltungen vom Typ B. Hierbei deutet der Steuerpflichtige einen verwirklichten hochbesteuerten Sachverhalt (Erzielung eines Reingewinns) künstlich in einen niedrig besteuerten Sachverhalt (Erzielung einer Verzinsung) um. Obwohl das missbräuchlich ist, vermögen Gestaltungen vom Typ B, da sie bereits den oben zitierten allgemeinen Missbrauchsvorschriften unterfallen, die Zinsschranke nicht zu rechtfertigen. Letztere lässt sich nicht einmal als überschießende Missbrauchsvorschrift einordnen, da sie nicht nur im Nebeneffekt, sondern sogar in erster Linie Gestaltungen vom Typ A trifft, die keinen Missbrauch darstellen.

Die Zinsschranke bewirkt über die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit hinaus eine versteckte Diskriminierung.⁴² Betrachtet man nämlich das Ineinandergreifen von Regel, Ausnahme und Rückausnahme unter dem Gesichtspunkt des Inlandsbezugs, verschleiert der Gesetzgeber nur mühsam, dass er drei Unternehmenstypen verschonen will:

- Kleine inländische Unternehmen durch die Kleinbetriebsklausel,
- große konzernfreie inländische Unternehmen durch die Konzernklausel sowie
- große Inlandskonzerne durch die Konzernklausel in Verbindung mit der Organschaft, die den gesamten Konzern zu einem einzigen Betrieb im Sinne der Zinsschranke deklariert, § 15 Satz 1 Nr. 3 KStG.

Als primäre Normadressaten verbleiben internationale Konzerne, die einen alle Konzernteile umfassenden Organkreis nicht bilden können.⁴³ § 14 KStG verlangt nämlich u. a. den doppelten Inlandsbezug der Organgesellschaft und lässt nur ausländische Rechtsträger mit inländischer Betriebsstätte als Organträger zu; zudem muss ein Gewinnabführungs-

⁴⁰ *Tax jurisdiction shopping* sieht der EuGH nicht als Missbrauch, vgl. *Terra und Wattel* (FN 36), S. 163.

⁴¹ Im Urteil vom 12. September 2006 (Rs. 196/04, *Cadbury-Schweppes*) hat der EuGH zum Ausdruck gebracht, dass er einen Missbrauch nur in rein künstlichen Gestaltungen („wholly artificial arrangements“, Tz. 51, 55) konzidiert. Unter diesen Begriff fällt die Fremdfinanzierung zu marktüblichen Konditionen sicher nicht.

⁴² Zur versteckten Diskriminierung vgl. EuGH vom 8. Mai 1990, Rs C-175/88 (*Biehl*).

⁴³ Gl. A. G. *Führich*, Ist die geplante Zinsschranke europarechtskonform?, 2007, Internationales Steuerrecht, S.341–345.

vertrag nach § 291 AktG bestehen.⁴⁴ Folglich bestehen internationale Konzerne stets aus mehreren Betrieben im Sinne der Zinsschranke.⁴⁵ Ihnen nutzt die Konzernklausel nichts und die Öffnungsklausel wenig, weil derartige Konzerne die in § 8a Abs. 2 und 3 KStG geforderten Nachweise nichtexistenter Rechtsverhältnisse kaum beibringen können.

Bis hierher zusammengefasst konfiguriert die Zinsschranke mit europäischem Recht, indem sie die Kapitalverkehrsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit beschränkt und nicht mit Gründen gerechtfertigt werden kann, die der EuGH in seiner bisherigen Rechtsprechung anerkannt hat. Darüber hinaus stellt die Neuregelung eine versteckte Diskriminierung nach dem Sitz der Gesellschaft dar. Hiergegen gerichtete Klagen haben gute Erfolgsaussichten.

Als wäre das nicht schon genug, können sich internationale Konzerne außerdem auf einen Verstoß gegen die Zins- und Lizenzrichtlinie berufen.⁴⁶ Diese Richtlinie verlangt unter anderem, dass Deutschland Zinsen, die eine deutsche Kapitalgesellschaft an eine im übrigen Gemeinschaftsgebiet ansässige verbundene Kapitalgesellschaft zahlt, von allen „darauf erhebbaren Steuern – unabhängig davon, ob sie an der Quelle abgezogen oder durch Veranlagung erhoben werden – befreit“.⁴⁷ Zwar lässt der Wortlaut offen, ob damit nur eine Veranlagung des Zinsgläubigers oder auch eine Veranlagung des Zinsschuldners gemeint ist, doch tut diese Unschärfe nichts zur Sache: Das Telos der Richtlinie besteht ausweislich ihrer Begründung⁴⁸ darin, jede auch nur temporäre Doppelbesteuerung zu verhindern, was nur gelingt, wenn dem Ansässigkeitsstaat sowohl die Besteuerung des Zinsgläubigers als auch die Besteuerung des Zinsschuldners verwehrt ist; schließlich haben beide Besteuerungsmethoden dieselbe wirtschaftliche Wirkung. Dem Ziel der Vermeidung von Doppelbesteuerungen läuft die Zinsschranke diametral zuwider, weil die nicht abziehbaren Schuldzinsen sowohl beim Zinsschuldner als auch beim Zinsgläubiger der Besteuerung unterliegen. Wegen der von vornherein ausscheidenden Anrechnungsmöglichkeit ist die Wirkung der Zinsschranke sogar schärfer als die einer (verbotenen) Quellensteuer. Eine derartige „Doppelbesteuerung aus Prinzip“ mag Traum aller Fiskalritter sein. Europarechtlich zulässig ist sie nicht.⁴⁹ Rätselhaft bleibt, warum die Bundesregierung, die schon so oft vor dem EuGH unterlegen ist, nunmehr sehenden Auges ein Manöver vorge-

44 Die beiden erstgenannten Anforderungen sind offene Diskriminierungen. Das Erfordernis eines Gewinnabführungsvertrags (§ 14 Abs. 1 Satz 1 KStG i. V. m. § 291 Abs. 1 AktG) stellt eine versteckte Diskriminierung dar, deren Wirkung darauf beruht, dass ein Gewinnabführungsvertrag nach dem Gesellschaftsrecht der meisten Mitgliedstaaten unzulässig ist.

45 Zur ausländischen Obergesellschaft mit inländischer Betriebsstätte vgl. Gesetzentwurf (FN 7), S. 132.

46 Richtlinie 2003/49/EG des Rates vom 3. Juni 2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten, Amtsblatt Nr. L 157 vom 26. Juni 2003 S. 49 ff.

47 Richtlinie 2003/49/EG, Art. 1 Abs. 1.

48 Vgl. Begründung des Richtlinienvorschlages in KOM (1998) 67 endg. vom 4. März 1998, insbesondere Tz. 10 und 11: Der Ansässigkeitsstaat des Zinsgläubigers soll zur Verhinderung von Doppelbesteuerungen das *ausschließliche* Besteuerungsrecht erhalten.

49 Art. 5 der Richtlinie schränkt deren Gültigkeit bei Betrug oder Missbrauch zwar ein, doch liegt darin, wie oben ausgeführt, kein möglicher Rechtfertigungsgrund für die Zinsschranke.

schlagen hat, das höherrangiges europäisches Recht in derart offenkundiger und platter Weise verletzt. Schon jetzt lässt sich das Fazit ziehen, dass die Zinsschranke rechtlich keine große Zukunft hat.

5.2 Völkerrecht

Wegen der Europarechtswidrigkeit der Zinsschranke seien die folgenden Bemerkungen kurz gehalten, denn Völkerrechtswidrigkeit allein führt nicht zur Unwirksamkeit. Die Ausführungen beziehen sich, wie üblich, nicht auf die konkreten völkerrechtlichen Verträge, sondern auf das OECD-MA, an das sich die deutschen DBA anlehnen. Mit den DBA werden im wesentlichen zwei Ziele verfolgt. Erstens tragen sie dem Interesse der Steuerpflichtigen, nicht mehrfach besteuert zu werden, durch den Methodenartikel (Art. 23 OECD-MA) Rechnung. Zweitens schützen sie die Interessen der Vertragsstaaten, einen angemessenen Teil des Steueraufkommens zu erhalten, durch die Verteilungsnormen. Die Art. 6 bis 20 OECD-MA weisen das Besteuerungsrecht, je nach Einkunftsart, entweder dem Quellenstaat oder dem Ansässigkeitsstaat oder beiden zu; kommt es zur Kollision, ist diese vom Ansässigkeitsstaat aufzulösen.

Gemäß Art. 7 OECD-MA sollen Unternehmensgewinne dort besteuert werden, wo sie wirtschaftlich entstehen. Daher liegt das primäre Besteuerungsrecht für Gewinne – wenn man von Betriebsstättengewinnen absieht – bei dem Staat, in dem sich das Unternehmen befindet, während das Besteuerungsrecht für Zinsen nach Art. 11 OECD-MA primär dem Ansässigkeitsstaat des Zinsgläubigers zusteht. Diese fein austarierte Steuerverteilung wird durch Art. 9 Abs. 1 OECD-MA für den Fall verbundener Unternehmen eingeschränkt: Hiernach darf der erstgenannte Staat den Unternehmensgewinn nur dann berichtigen (sprich: erhöhen), wobei der andere Staat eine Gegenberichtigung vornimmt, wenn das Unternehmen mit einem ausländischen Unternehmen verbunden ist, mit diesem Geschäftsbedingungen vereinbart hat, die dem Drittvergleich nicht standhalten und der Gewinn dadurch gemindert wurde. *Vogel* ist zuzustimmen, dass diese Ermächtigungsnorm, die innerstaatlich durch § 1 AStG ausgefüllt wird, nicht nur für verbundene Unternehmen gilt, sondern erst recht für unverbundene Unternehmen, weil das Ziel der Vermeidung von Doppelbesteuerungen andernfalls nicht erreicht würde.⁵⁰ Zwar hat der Staat, in dem sich das Unternehmen befindet, das Recht zu bestimmen, was genau er unter Gewinn versteht, doch darf er Einkünfte, für die er das Besteuerungsrecht an den anderen Staat vertraglich abgetreten hat, nicht willkürlich dem Gewinn zuschlagen und das DBA auf diese Weise unterlaufen. Genau dies geschieht aber durch § 4h EStG, weil Schuldzinsen, für die Deutschland nach seinen DBA kein oder nur ein begrenztes Besteuerungsrecht hat, in Deutschland besteuert werden, als wären sie Gewinne.

Die Zinsschranke ist insofern eine völkerrechtswidrige Regelung, die der durch Art. 7, 9 und 11 OECD-MA normierten Steuerverteilung widerspricht. Sie verletzt nicht nur die betroffenen Unternehmen in ihren Rechten, sondern auch die Partnerstaaten, indem sie

⁵⁰ K. Vogel, DBA-Kommentar, 4. Auflage 2003, Art. 9, Tz. 39.

Steueraufkommen durch bewusste Doppelbesteuerung des Fremdkapitals unilateral ins Inland zu verschieben trachtet; Unternehmen sollen einen Anreiz zur Eigenfinanzierung erhalten, deren Ertrag in Deutschland besteuert wird. Die Hauptlast werden indes nicht die Partnerstaaten tragen, sondern die Unternehmen, denn sie werden Objekte einer systematischen Doppelbesteuerung. In einem etwaigen Verständigungsverfahren nach Art. 25 OECD-MA werden die Partnerstaaten keine Gegenberichtigung gemäß Art. 9 Abs. 2 OECD-MA akzeptieren, sondern zu Recht darauf hinweisen, dass die Zinsschranke keine Gewinnberichtigung nach Art. 9 Abs. 1 OECD-MA darstellt.

5.3 Verfassungsrecht

Nach dem objektiven Nettoprinzip mindern betrieblich veranlasste Aufwendungen das zu versteuernde Einkommen. Dieser tragende Grundsatz des deutschen Einkommensteuerrechts – und des Einkommensteuerrechts überhaupt – wird durch die Zinsschranke verletzt, weil Schuldzinsen einem partiellen Abzugsverbot unterliegen. Durchbrechungen des Nettoprinzips sind zulässig, wenn es für sie eine stichhaltige Begründung gibt. Im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 GG kann die Begründung nicht darin bestehen, die Durchbrechung führe zu Mehreinnahmen, sondern sie muss einen vom Einnahmenziel – das sich durch Tarifierhöhung jederzeit gleichheitskonform verfolgen ließe – unabhängigen Grund haben. Dieser ist vorliegend nicht ersichtlich, zumindest nicht aus der Begründung des Gesetzentwurfs. *Müller-Gatermann* hat die Bedeutung der Zinsschranke zwar abweichend von der offiziellen Sprachregelung mit der „beabsichtigten Einführung einer Abgeltungsteuer für Kapitalerträge“⁵¹ begründet, doch macht das die Sache nicht besser, weil die Abgeltungsteuer ihrerseits gleichheitswidrig ist und Unrecht nicht durch Unrecht legitimiert werden kann.⁵²

Gleichwohl erscheint der Erfolg einer Verfassungsbeschwerde fraglich. In einem jüngeren Beitrag hat *Lang* die schwankende Haltung nachgezeichnet, die das Bundesverfassungsgericht gegenüber dem Nettoprinzip während der letzten Jahrzehnte eingenommen hat.⁵³ Die Lektüre dieses Aufsatzes dämpft jede Erwartung⁵⁴, denn das Bundesverfassungsgericht räumt dem Gesetzgeber bei Verletzungen des Nettoprinzips einen großen Spielraum ein. Da diese Judikatur den Gesetzgeber wiederum ermutigt, wird sich an der von *Lang* beklagten Lage womöglich wenig ändern: „Der Steuerabzug von Erwerbsaufwendungen gilt Politikern als frei verfügbare Manipulationsmasse, die zudem im Bundesfinanzministeri-

51 *G. Müller-Gatermann*, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, Die Steuerberatung, S. 145–161, hier S. 152.

52 Da die Abgeltungsteuer Zinsen und Dividenden beim Empfänger gleich belastet, steigt der Unternehmenswert künftig tendenziell mit dem Verschuldungsgrad, wie er das in den USA schon immer getan hat, siehe *J. R. Graham*, A Review of Taxes and Corporate Finance, 2006, Foundations and Trends in Finance, S. 573–691.

53 *J. Lang*, Der Stellenwert des objektiven Nettoprinzips im deutschen Einkommensteuerrecht, 2007, Steuer und Wirtschaft, S. 3–15.

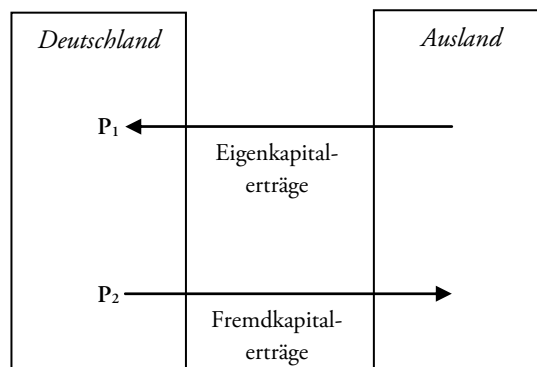
54 Vor allem angesichts 1 BvR 338/68 vom 7. November 1972, als das Bundesverfassungsgericht das Abzugsverbot für die Hälfte der Aufsichtsratsvergütungen (§ 10 Nr. 4 KStG) mit dem Argument guthieß, hierin liege ein Mittel zur Begrenzung solcher Vergütungen.

um so geknetet wird, dass sie fiskalisch beherrschbar bleibt.“⁵⁵ Vielleicht entsinnt sich das Bundesverfassungsgericht aber seiner Forderung, der Gesetzgeber habe die von ihm getroffenen Belastungsentscheidungen folgerichtig umzusetzen. Dem Postulat der Folgerichtigkeit genügt die Zinsschranke zweifellos nicht.

Ein zweiter verfassungsrechtlich bedenklicher Punkt betrifft den Konzernbegriff. Aufgrund der sehr weit gefassten Tatbestandsmerkmale ist insbesondere bei großen Unternehmensgruppen – mit Holding, Zwischenholdings, Projektgesellschaften usw. – keinesfalls klar, wo der Konzern eigentlich endet; hierauf kommt es im Hinblick auf die Öffnungsklausel aber entscheidend an.

6. Ein alternativer Lösungsansatz

Es schickt sich nicht, der Regierung und dem Gesetzgeber Fehler vorzurechnen ohne Hinweis darauf, wie man es anders machen könnte. Die Politik wird die folgenden Vorschläge kaum aufgreifen, weil die Materie zu kompliziert ist und das sprichwörtliche Bohren dicker Bretter im Sinne von *Max Weber* verlangt. Um so wichtiger erscheint es, dass wenigstens einige Fachleute in der Administration zur Besinnung kommen und erkennen, dass der Weg, auf dem die deutsche Steuerpolitik wandelt, ein ausgemachter Irrweg ist.



Um dies zu zeigen, seien die oben diskutierten Gestaltungen⁵⁶ abstrakt visualisiert, wobei die Zinsschranke zunächst ausgeklammert bleibt: Eine individuell optimale Finanzierung siedelt Eigenkapital im niedrig besteuerten Ausland an und Fremdkapital im Inland. Der Eigenkapitalertrag bleibt in Deutschland weitgehend steuerfrei (vgl. aber § 8b Abs. 5 KStG) und ebenso der Fremdkapitalertrag, der – je nach Art der Fremdfinanzierung – lediglich den gewerbesteuerlichen Hinzurechnungen unterliegt (vgl. § 8 GewStG). Diese Hinzurechnungen begegnen übrigens denselben Bedenken wie die Zinsschranke, da auch sie ein Unterlaufen der europa- und völkerrechtlich normierten Steuerverteilung bezwecken; das Urteil *Eurowings* wird nicht das letzte in dieser Angelegenheit bleiben.⁵⁷

⁵⁵ J. Lang (FN 53), S. 2.

⁵⁶ Siehe den Text zu Beginn des Abschnitts 4.

⁵⁷ EuGH vom 26. Oktober 1999, Rs. C-294/97 (*Eurowings*). Leider fehlt der Raum, diesen Gesichtspunkt zu vertiefen.

Insgesamt beruht die in der Abbildung geschilderte Lage, die für den deutschen Fiskus fraglos unbefriedigend ist, auf dem Zusammenwirken folgender vier Faktoren:

- Aus dem Ausland stammende Eigenkapitalerträge werden im DBA-Fall durch Anwendung des Art. 23A OECD-MA freigestellt.
- Ist der Empfänger eine Kapitalgesellschaft, erfolgt die Freistellung sogar unilateral durch § 8b KStG.
- An das Ausland gezahlte Fremdkapitalerträge unterliegen im DBA-Fall nach Art. 11 OECD-MA keiner oder einer geringen Quellenbesteuerung.
- Ist der Empfänger ein verbundenes Unternehmen im übrigen Gemeinschaftsgebiet, entfällt der Quellenabzug wegen der Zins- und Lizenzrichtlinie, die dem DBA vorgeht, ganz.

Problematisch sind insbesondere § 8b KStG und die Zins- und Lizenzrichtlinie. Während die in Anlehnung an Art. 11 und 23A OECD-MA normierten Befreiungen nämlich mit Steuerfreunden ausgehandelt werden, gelten § 8b KStG und die Bestimmungen der Zins- und Lizenzrichtlinie auch im Verhältnis zu Staaten mit aggressiver Steuerpolitik. Daher haben diese beiden Normen, die überdies jüngeren Datums als die DBA-Bestimmungen sind, die Malaise beträchtlich verschärft. Durch § 4h EStG und § 8 GewStG will Deutschland der Zwickmühle jetzt in ökonomisch schädlicher und rechtlich fragwürdiger Weise enttrinnen.

Eine systematische Lösung setzt an der Steuerfreiheit der Eigenkapitalerträge an (Punkt P₁ in der obigen Abbildung) oder an der Steuerfreiheit der Fremdkapitalerträge (Punkt P₂), am besten an beiden. Holzschnittartig skizziert umfasst die Lösung folgende Maßnahmen: Erstens sind die Befreiungen nach Art. 23A OECD-MA und § 8b KStG aufzuheben und durch eine Anrechnung der im Ausland gezahlten Steuern (analog § 34c EStG und § 26 Abs. 2 KStG in der bis 2000 geltenden Fassung) zu ersetzen.⁵⁸ Hierdurch entstehen Mehreinnahmen, wenn das Ausland niedrig besteuert, und erhält das Ausland einen Anreiz, *nicht* niedrig zu besteuern, weil seine Steuer bis zur Höhe der deutschen Steuer angerechnet wird und insofern für die Steuerpflichtigen einen durchlaufenden Posten bildet.

Zweitens ist die beschränkte Steuerpflicht auszuweiten und sind Fremdkapitalzinsen einer mäßigen Kapitalertragsteuer in der Größenordnung von 25 Prozent zu unterwerfen⁵⁹. In Bezug auf eine derartige Quellensteuer, die beim Zinsgläubiger ansetzt und von dessen Ansässigkeitsstaat angerechnet wird, gilt der Satz, eine kleine offene Volkswirtschaft solle Quellensteuern tunlichst vermeiden, nicht, weil die Attraktivität von Investitionen in Deutschland aufgrund der Anrechnung der Steuer im Ausland unberührt bleibt. Das

58 Dies ist nach Art. 4 der Mutter-Tochter-Richtlinie zulässig. Vgl. Richtlinie 90/435/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, Bl. L 225 vom 20. August 1990, S. 6 ff. in der derzeit gültigen Fassung.

59 Vgl. auch C. Spengel und M. Golücke, *Gesellschafter-Fremdfinanzierung: Implikationen der EG-Rechtswidrigkeit von § 8a KStG für die Praxis und den Gesetzgeber*, 2003, *Recht der internationalen Wirtschaft*, S. 333–347.

lange gepflegte Null-Quellensteuer-Ideal hat sich überlebt, weil es auf dem (teilweise geschürten) Missverständnis beruht, die Volkswirtschaftslehre attackiere jede Form der Quellenbesteuerung. In Wirklichkeit gilt das nationalökonomische Verdikt nur definitiv, im Ausland nicht anrechenbaren Quellensteuern. Zu diesen gehört bei wirtschaftlicher Betrachtung auch die Zinsschranke. Übrigens haben sich die USA in ihrem neuen Musterabkommen ebenfalls vom Null-Quellensteuer-Ideal verabschiedet.⁶⁰

Während § 8b KStG durch einfaches Bundesgesetz geändert werden kann, verlangt die Neuverhandlung der DBA, zumindest was den Quellensteuersatz angeht, einen längeren Atem. Der Übergang von der Freistellungs- zur Anrechnungsmethode könnte indes auch durch einen (sanften) *treaty override* erfolgen. Dieser widerspräche zwar dem Wortlaut, aber nicht dem Geist des Abkommens; denn die Kollisionsauflösung ist Angelegenheit des Ansässigkeitsstaates und lässt die Verteilung des Steueraufkommens unberührt. Zumindest jene Vertragspartner, die ihre Ansässigen selbst nach der Anrechnungsmethode besteuern, müssten Verständnis aufbringen, wenn Deutschland ebenso verfährt.⁶¹

Der vielleicht schwierigste Punkt betrifft die Neuverhandlung der Zins- und Lizenzrichtlinie. Warum Deutschland dieser Richtlinie, deren Verabschiedung Einstimmigkeit voraussetzte, zugestimmt hat, bleibt unerfindlich. Möglicherweise tat man dies in der Erwartung, Deutschland als einer der weltweit größten Kapitalexporteure würde von niedrigen Quellensteuern der Kapitalimportstaaten profitieren. Wenn es so war, dann hat man sich verspekuliert, weil die Anpassungsreaktionen der Unternehmen und Märkte unberücksichtigt blieben. Vielleicht steckt aber auch etwas ganz anderes dahinter: Schließlich beklagt der deutsche Fiskus schon seit Jahrzehnten, er dürfe Fremdkapitalzinsen im Fall ausländischer Zinsgläubiger nicht voll besteuern, während er in seiner Abkommenspolitik die Quellensteuern systematisch herunterverhandelt, um ungeschmälerten Zugriff auf die Einnahmen deutscher Zinsgläubiger zu erhalten.⁶² Aus dieser Sicht ist die Zinsschranke ein aggressiver Versuch, zum Schaden der Partnerstaaten und Unternehmen sowohl herinkommende als auch herausfließende Zinsen zu besteuern.

Immerhin kann die jetzige Situation auch den anderen Mitgliedstaaten nicht recht sein. Ein EU-weit geltender Quellensteuersatz von z. B. 25 Prozent liegt durchaus im Interesse der ärmeren und insbesondere der neuen Mitgliedstaaten, die hierdurch als Kapitalimportstaaten zusätzliche Steuereinnahmen erhalten. Aber selbst wenn das nicht zutrifft, kann Deutschland, der Zahlmeister der Europäischen Union, genügend Druck aufbauen, um eine Änderung der Richtlinie zu erwirken.

Durch Übergang von der Freistellungs- zur Anrechnungsmethode und durch eine mäßige Quellenbesteuerung, die Anrechnungsüberhänge vermeidet, wird die Kapitalallokation

60 W. Kessler und R. Eicke, Hinter dem Horizont – Das neue US-Musterabkommen und die Zukunft der US-Steuerpolitik, 2007, Internationales Steuerrecht, S. 159–162.

61 Im übrigen sind § 50d Abs. 8 und 9 EStG bereits erste zaghafte Schritte in Richtung eines generellen Wechsels von der Freistellung zur Anrechnung.

62 So bereits R. Pöllath und A. Rädler, 1980, Die vorgeschlagene Erweiterung des § 8 Abs. 3 KStG, Beilage Nr. 8/80 zu der Betrieb, Heft 21.

nicht gestört und werden die größten Besteuerungslücken geschlossen. Die Steuergestaltungsfront würde sich merklich entspannen, was auch positive Folgewirkungen für die deutsche Wirtschaft hätte, denn viele der heutigen Streitpunkte – etwa Verrechnungspreise im Betriebsstättenfall – wären in dem skizzierten System gegenstandslos.

7. Schluss

Nicht durch die Globalisierung, sondern durch Fehlentscheidungen des Gesetzgebers ist die Basis der deutschen Unternehmensbesteuerung in Mitleidenschaft gezogen worden. Kausal hierfür mag sein, dass deutsche Steuergesetze in einem wirtschaftsfernen Biotop entstehen, welches praktische Hinweise und wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse gleichermaßen ignoriert. In einem Akt der Verzweiflung versucht der deutsche Gesetzgeber nunmehr, die Folgen seiner Fehlentscheidungen durch suspekte Mittel wie die Zinsschranke nach § 4h EStG zu reparieren.

Steuersystematisch lässt sich die Zinsschranke nicht als überschießende Missbrauchsregelung einordnen, sondern nur als fiskalische Überspannung, die maximalen ökonomischen Schaden mit minimalem fiskalischem Nutzen verbindet. Die Regelung richtet sich tatbestandlich nicht gegen Steuerumgehungen, sondern gegen legitime – durch nationales und internationales Recht geschützte – Finanzierungsentscheidungen der Unternehmen, denen Deutschland die Legitimität nunmehr in einem unilateralen und aggressiven Akt abspricht, um Steuermehreinnahmen in Höhe von armseligen 600 Mio. Euro einzustreichen. Schon nach dem bisherigen Diskussionsstand ist klar, dass der volkswirtschaftliche Schaden den fiskalischen Ertrag bei weitem übersteigt: Unternehmen werden in unwirtschaftliche Finanzierungen getrieben, ihre Entrichtungskosten steigen durch Beratungs- und Umstrukturierungsaufwand enorm, und es wird Unternehmenszusammenbrüche geben, weil Betriebe künftig in kritischen Verlustphasen Steuern auf fingierte Gewinne zu zahlen haben.

Rechtlich, insbesondere europarechtlich, hat die Zinsschranke kaum Überlebenschancen. Es steht zu befürchten, dass Deutschland jetzt einige Jahre verschenkt, bis die Rechtswidrigkeit der Zinsschranke auch amtlich ist, und der Staat hernach Milliarden zu erstatten hat. Steuerpolitisch erscheint es besser, die Abschaffung des § 4h EStG zum Prüfstein für die kommende Bundestagswahl zu machen. Eine gegen diesen Irrsinn gerichtete Initiative ist durchaus erfolgversprechend, zumal sich schon jetzt kaum noch ein Politiker oder Ministerialer öffentlich zur Zinsschranke bekennen will. Niemand will es gewesen sein.