

Protokoll zum
Bochumer Steuerseminar für Praktiker und Doktoranden
Am 18. April 2008*

RA/FAfStR Dr. Asmus Mihm
Partner, Allen & Overy LLP

**„Unternehmensfinanzierung nach der Unternehmensteuerreform
Erste praktische Erfahrungen mit der Zinsschranke“**

* Dr. Heike Rüping, Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Steuerrecht, Bochum

Überblick

1. (Historische) Einführung.....	2
2. Betriebsbegriff.....	3
3. Steuerungsgrößen Zinsaufwand und Schuldzinsüberhang.....	5
4. Ausnahmen.....	7
a) Freigrenze von 1 Mio. EUR.....	7
b) Fehlende Konzernierung.....	8
c) Escape-Klausel.....	9
5. Vortragsfähiger Zinsaufwand.....	11
6. Auswirkungen der Zinsschranke beim fremdfinanzierten Unternehmenskauf.....	12
7. Fazit.....	12

1. (Historische) Einführung

Herr Dr. Mihm stellte dar, dass es bereits 1987 erste Ansätze zur Begrenzung des Zinsabzuges durch ein BMF-Schreiben¹ gegeben habe. Dabei wurde es als missbräuchliche Gestaltung angesehen, wenn die Gesellschaft mit weniger als 10% Eigenkapital ausgestattet war, was zur Nichtberücksichtigung des Zinsaufwands führte. Der BFH hat im Jahre 1992 entschieden², dass dieser Pauschalregelung die Rechtsgrundlage fehlt, so dass der Erlass aufgehoben wurde.

Zum Jahr 1994 wurde durch das Standortsicherungsgesetz³ dann eine erste Fassung des § 8a KStG eingeführt. Da die Regelung nur Kapitalgesellschaften erfasste, nutzten viele Unternehmen diese Gesetzeslücke, indem sie eine Personengesellschaft als Führungsgesellschaft in Deutschland etablierten. Die Vorschrift wurde daraufhin im Jahre 2000 nachgebessert, also insbesondere verschärft. Einen safe haven gab es nicht. Durch die Lankhorst-Hohorst-Rechtsprechung des EuGH⁴ ergab sich im Jahr 2002, dass eine Regelung nur für ausländische Gesellschaften unzulässig ist, weshalb § 8a KStG im Jahr 2004 durch das Korb II-Gesetz auch auf Inlandsgesellschaften erstreckt wurde. Das stellte sich insbesondere für den Mittelstand als gravierendes Problem dar.

Zum Jahr 2008 hat der Gesetzgeber durch die Unternehmensteuerreform⁵ das Konzept der Zinsabzugsbeschränkung dann vollständig geändert und nach US-amerikanischem Vorbild eine Zinsschranke eingeführt, die insbesondere in den §§ 4h EStG, 8a KStG geregelt ist. Eine Sonderregelung für Organkreise enthält § 15 S. 1 Nr. 3 KStG; den zeitlichen Anwendungsbe-

¹ Schreiben v. 16.3.1987, BStBl. I 1987, 373.

² Urteil v. 5.2.1992 – I R 127/90, BStBl. II 1992, 532.

³ Gesetz v. 13.9.1993, BStBl. I 1993, 774.

⁴ Urteil v. 12.12.2002 – C-324/00, EuGHE I 2002, 11779 = DStR 2003, 25.

⁵ Gesetz v. 14.8.2007, BGBl. I 2007, 1912.

reich regeln §§ 52 Abs. 12d EStG, 34 Abs. 6a, 10 KStG. Nach der Neuregelung darf der die Zinserträge übersteigende Zinsaufwand eines Betriebes (sog. Schuldzinsüberhang) nur bis zur Höhe von 30% des steuerlichen EBITDA abgezogen werden. Ausnahmen dazu sind die Freigrenze (Schuldzinsüberhang kleiner als 1 Mio. EUR), die Konzernfreiheit (wenn weiter keine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung des Betriebes besteht) und die Escape-Klausel, wenn nicht eine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung bei irgendeiner Konzerngesellschaft besteht. Letztere Ausnahme wurde eingeführt, weil internationale Konzerne wegen der hohen Steuersätze in Deutschland häufig versucht haben, bei den deutschen Unternehmen eine möglichst hohe Fremdkapitalquote zu etablieren.

Im Laufe des Vortrags entwickelte sich eine Diskussion über den Zweck der Regelung. Prof. Seer kritisierte, dass nicht erkennbar sei, wogegen sich die Regelung richtet, bzw. welcher Typus geregelt werden soll. Er stellte dar, dass der Abzug von Zinsaufwand der Normalfall sei, der mit dem objektiven Nettoprinzip in Einklang stehe und dass eine Einschränkung erläuterungsbedürftig sei. Dies sei nicht geschehen, so dass sich die Regelung zur Zinsschranke als reine fiskalische Willkür darstelle. Aus dem Publikum wurde angemerkt, dass man die Regelung so verstehen könnte, dass die 30% eine Nichtaufgriffsgrenze darstellen und die Escape-Klausel den Grundgedanken darstelle. Dabei stellt sich jedoch das Problem, dass der Gesetzgeber insoweit quasi eine Beweislastumkehr geregelt hat. Wenn der Gesetzgeber das Ziel hatte, 70% der Zinsaufwendungen für nicht abzugsfähig zu erklären, so erhalten die Ertragsteuern, wie Prof. Seer darstellte, einen Objektsteuercharakter. Der Entscheidung fehle jedoch die Sachgesetzlichkeit.

Um Zweifelsfragen zu klären, hat das BMF zur Zinsschranke am 20.2.2008 den Entwurf eines Schreibens herausgegeben (BMFE). Dieses Schreiben könnte im Mai ergehen, wird jedoch ein Abteilungsleitervorbehalt geltend gemacht, ist mit dem Schreiben nicht vor Herbst zu rechnen. Herr Dr. Mihm hält das Schreiben in der jetzigen Form nicht für ausreichend, weil es Lücken enthält, etwa hinsichtlich einer Definition der Konzernzugehörigkeit. Zudem schafft es keinerlei Erleichterungen für Unternehmen.

2. Betriebsbegriff

Die Zinsschranke ist betriebsbezogen, allerdings wird der Begriff des Betriebes weder im Gesetz noch im BMFE definiert. Herr Dr. Mihm stellte dar, dass Einzelunternehmen mehrere Betriebe haben können, während Mitunternehmerschaften nur einen Betrieb haben, was im Grundsatz auch für Kapitalgesellschaften gelte, während insoweit allerdings möglicherweise

existierende Ausnahmen nicht geregelt seien. Ausländische Betriebsstätten stellen hingegen keine Betriebe dar, ebenso wenig haben vermögensverwaltende Personengesellschaften einen Betrieb. Schließlich gilt ein Organkreis gem. § 15 S. 2 Nr. 3 KStG als ein Betrieb.

Die Zinsschranke wird jedoch in § 8a Abs. 1 S. 4 KStG auch auf Nicht-Betriebe ausgedehnt. Sie findet nämlich auch auf ausländische Kapitalgesellschaften Anwendung, die ihren Gewinn durch Einnahmenüberschussrechnung ermitteln. Damit sollen insbesondere Immobilieninvestitionen ausländischer Zweckgesellschaften in Deutschland erfasst werden. Herr Dr. Mihm stellt dar, dass solche Investitionen wegen der im Vergleich zu den USA geringeren Base in Deutschland durchaus häufig sind. Allerdings werden ausländische Rechtsträger nicht erfasst, die keine Kapitalgesellschaften sind. Dies könnte etwa eine niederländische Stiftung oder eine Genossenschaft nach niederländischem oder schweizerischem Recht sein, die den Vorteil haben, dass hier im Gegensatz zum deutschen Recht ein Genosse genügt. Insoweit kann sich allerdings das Problem stellen, dass die ausländische Genossenschaft im Rahmen eines Typenvergleichs mit einer deutschen Genossenschaft vergleichbar bleiben muss.

Herr Dr. Mihm stellte als ersten diesbezüglichen Problemfall den einer sog. Betriebsstätten-KG dar. Dabei sind an einer KG die A-GmbH als Komplementärin mit 99,99% des Kapitals und die B-GmbH als Kommanditistin mit 0,01% des Kapitals beteiligt. Eine Mitunternehmerschaft besteht aber nicht, etwa weil die B-GmbH ihre Beteiligung treuhänderisch für die A-GmbH hält oder nur eine feste Verzinsung ihrer Einlage ohne Teilnahme am Gewinn oder an den stillen Reserven erhält. Es stellt sich nunmehr das Problem, dass zwar der A-GmbH das gesamte Vermögen der KG für Körperschaftsteuerzwecke zugerechnet wird, die KG aber als eigenständiges Gewerbesteuersubjekt zu betrachten ist. Ungeklärt ist nunmehr, ob denn die KG für Zwecke der Zinsschranke als eigener Betrieb anzusehen ist. Es erscheint insoweit nicht akzeptabel, zwischen Gewerbe- und Körperschaftsteuer zu trennen. Bei der Annahme von zwei Betrieben ergibt sich zudem der Vorteil, dass diese einen höheren Zinsabzug haben. Auf Rückfrage erläuterte Herr Dr. Mihm, dass solche Fälle in der Praxis dann vorkommen, wenn etwa bei Immobilien eigenständige Rechtssubjekte benötigt werden, um den jeweiligen Gläubigerkreis einzuengen.

Als möglichen Gestaltungsfall stellte Herr Dr. Mihm folgenden Fall vor: Zwei ausländische Kapitalgesellschaften sind an einer deutschen KG beteiligt, wobei die Kommanditistin die Geschäftsführung übernimmt, weshalb die KG nach R 15.8 Abs. 6 EStR nicht gewerblich geprägt ist. Bei dieser Gestaltung handelt es sich um gängige Beratungspraxis. Wenn nun die

KG lediglich ein inländisches Grundstück vermietet, also nur vermögensverwaltend tätig ist, stellt sich die Frage, ob die Zinsschranke Anwendung findet. Nach Literaturauffassung gibt es im Inland keinen Betrieb, weil die KG im Inland nur vermögensverwaltend tätig ist. Auch § 8a Abs. 1 S. 4 KStG ist unanwendbar, weil er nur für Kapitalgesellschaften gilt. Weiterhin wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass die Zinsschranke auch für die ausländischen Kapitalgesellschaften keine Anwendung findet, weil nur das anteilige Ergebnis der KG, nicht aber die einzelnen Einnahmen und Ausgaben in das Ergebnis eingehen. Insoweit zweifelt Herr Dr. Mihm jedoch, ob dies im Ergebnis richtig ist und würde die Gestaltung für die Praxis nicht verwenden.

Für empfehlenswerter hält er hingegen die Gestaltung, dass zwei ausländische Kapitalgesellschaften an einer ausländischen Personengesellschaft (z.B. niederländische Kommanditgesellschaft = CV) beteiligt sind und die CV ein inländisches Grundstück vermietet. Hierbei ist die CV gewerblich geprägt, hat also einen Betrieb. Dieser befindet sich jedoch im Ausland, in Deutschland wird hingegen nur eine vermögensverwaltende Tätigkeit ausgeübt. § 8 Abs. 1 S. 4 KStG findet keine Anwendung, weil die CV keine Kapitalgesellschaft ist. Auch § 4h Abs. 2 S. 2 EStG hilft nicht weiter, weil ein Verweis auf § 8a Abs. 1 KStG fehlt.

3. Steuerungsgrößen Zinsaufwand und Schuldzinsüberhang

Zinsaufwand definiert sich als Vergütung für Fremdkapital, die den maßgeblichen Gewinn gemindert hat, wenn die Rückzahlung des Fremdkapitals oder Entgelt für die Überlassung des Fremdkapitals zur Nutzung zugesagt oder gewährt worden ist, auch wenn die Höhe des Entgelts von einem ungewissen Ereignis abhängt. Daher sind auch gewinnabhängige Entgelte erfasst. Der Begriff der Zinserträge wird spiegelbildlich definiert. Herr Dr. Mihm stellt insoweit eine Parallele zur Regelung des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG her.

Der Zinsabzug ist auf 30% des steuerlichen EBITDA begrenzt. EBITDA heißt "Earnings Before Interests, Taxes, Depreciation and Amortization" und meint eine betriebswirtschaftliche Kennzahl. Anknüpfungspunkt ist der steuerpflichtige Gewinn bzw. das zu versteuernde Einkommen. Diesem werden Zinsaufwand und planmäßige Abschreibungen hinzugerechnet, während andererseits der Zinsertrag abgezogen wird. Weiterhin erhöhen verdeckte Gewinnausschüttungen und nicht abziehbare Betriebsausgaben das Zinsabzugspotential, allerdings bleiben steuerfreie Einnahmen (etwa Veräußerungsgewinne oder Dividenden) unberücksichtigt, so dass sich der Zinsabzug für Unternehmen mit hohen steuerfreien Einnahmen als schwieriger darstellt.

Gestaltungsmöglichkeiten gehen dahin, Zinsaufwand zu vermeiden oder den Schuldzinsüberhang zu mindern. Dabei stellte Herr Dr. Mihm zunächst dar, dass die Überlassung von Sachkapital nicht zu Zinsaufwand führt, so dass Miete oder Leasing statt einem finanzierten Kauf von Anlagevermögen in Betracht kommen kann. Dies kann aber möglicherweise wegen der doppelten Gewerbesteuerbelastung teuer werden. Zudem ist bei ausländischen Vermietern/Leasinggebern die Pflicht zum Quellensteuerabzug nach § 50a Abs. 4 S. 1 Nr. 3 EStG zu beachten. Schließlich ist beim Finanzierungsleasing bei Immobilien zu beachten, dass der Zinsanteil ausgewiesen werden kann, was im Interesse des Leasinggebers liegen kann, weil er dadurch höhere Zinserträge hat. Als Alternative kommt auch die Wertpapierleihe in Betracht. Der Betrieb leiht sich eine Bundesanleihe, veräußert sie im Markt und kauft vom Erlös eine Maschine. Bei Fälligkeit wird die Anleihe im Markt zurückerworben und zurückgegeben oder Schadensersatz gezahlt. Die Leihgebühr und die Ausgleichszahlungen stellen keinen Zinsaufwand dar. Entsprechende Gestaltungen sind auch mit Edelmetallen denkbar. Allerdings stellt sich hier das Problem, ob darin ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten liegt. Prof. Seer wies insoweit darauf hin, dass ein außersteuerlicher Grund für diese Gestaltung erforderlich sei. Herr Dr. Mihm sah diesbezüglich eher bei kleineren Betrieben ein Problem, während Großbetriebe ohnehin einen regen Wertpapierhandel unterhalten.

Eine andere Möglichkeit ist der Forderungsverkauf, denn echtes Factoring führt, auch nach BMFE, nicht zu Zinsaufwand. Daher könnten, statt Kredit aufzunehmen, auch Forderungen verkauft werden. Stehen diese nicht in ausreichendem Maß zur Verfügung, könnten diese dadurch generiert werden, dass der Betrieb an ein anderes (neu zu gründendes) Konzernunternehmen verpachtet wird, so dass ein Pachtzinsanspruch entsteht. Dabei wird eine Organschaft gegründet, um die gewerbesteuerlichen Folgen zu minimieren.

Der Schuldzinsüberhang kann durch die Verminderung der Zinsaufwendungen oder Erhöhung der Zinserträge gemindert werden. Dabei könnte eine Fremdfinanzierung mit einem Darlehen in Niedrigzins-Währung (z.Zt. japanischer Yen oder auch USD) erfolgen, wobei die Währungsrisiken über Derivate abgesichert werden. Dabei stellen nur die niedrigen Fremdwährungszinsen Zinsaufwand dar. Die Aufwendungen unter dem Derivat hingegen werden nicht für eine Kapitalüberlassung geschuldet und gehen daher nicht in den Zinsaufwand ein. Die Gestaltung stellt sich insoweit als Wette auf den Kurs dar.

Herr Dr. Mihm bildete ein weiteres Beispiel, in dem ein Betrieb eine Aktienanleihe mit Kupon von 12% und Emittententilgungswahlrecht und zudem eine Verkaufsoption auf die Aktien erwirbt. Dabei führt der Kupon zu Zinsertrag, der den Schuldzinsüberhang mindert. Bei Kurssteigerung ist ggf. § 15 Abs. 4 S. 3 EStG zu beachten. Fällt der Kurs hingegen, erfüllt der Emittent mit Aktien, die unter der Option weiterverkauft werden. Der Verlust aus der Tilgung der Anleihe ist abzugsfähig. Herr Dr. Mihm stellte dar, dass Großunternehmen derlei Geschäfte über ihre Steuerabteilung ohne Weiteres abwickeln, weil sie regelmäßig versuchen, eine höhere Rendite als Bundesanleihen zu erzielen.

4. Ausnahmen

a) *Freigrenze von 1 Mio. EUR*

Die Zinsschranke ist ab einer Freigrenze von 1 Mio. EUR Zinssaldo anzuwenden. Dabei kann bei Neuinvestitionen zunächst versucht werden, möglichst kleine Betriebe zu bilden, damit der Schuldzinsüberhang unter diesem Betrag bleibt. Immerhin lassen sich schließlich bei einem Zinssatz von 5% damit bereits knapp 20 Mio. EUR zinsschrankenfrei fremdfinanzieren, wobei diese Darlehen auch Gesellschafterdarlehen sein können. Bei kleineren Immobilieninvestitionen lassen sich daher etwa Ein-Objekt-Gesellschaften gründen oder ein Objekt durch mehrere Kapitalgesellschaften als Miteigentümer erwerben, wobei sich auch hier die Frage nach § 42 AO stellt, wenn fünf Parallelgesellschaften ein Objekt erwerben. Als wirtschaftlicher Grund für eine solche Gestaltung kann jedoch etwa angeführt werden, dass die einzelnen Objekte von der Haftung gegenüber Drittgläubigern abgeschottet werden sollen. Zu beachten ist im Bereich der Immobilien auch, dass Bauzeitzinsen aktiviert werden können, so dass auch insoweit die Zinsschranke abgewendet werden kann.

Weiterhin ist zu beachten, dass (zumindest zurzeit) Bearbeitungsgebühren und Bereitstellungsprovisionen, sofern sie sich im Rahmen des Üblichen halten, keinen Zinsaufwand darstellen. Bei der Zinsplanung sollte auch berücksichtigt werden, dass der Zinsvortrag des vergangenen Jahres erneut Zinsaufwand darstellt. Prof. Seer bemerkte, dass der Zinsbegriff zurzeit sehr technisch verstanden werde und zog insoweit den Vergleich zur Regelung des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, der mehrfach ergänzt wurde.

Herr Dr. Mihm führte das Beispiel eines Industrieunternehmens an. Dabei wird die deutsche Enkelgesellschaft über die US-amerikanische Mutter finanziert, wobei die Zinsen 30% des EBITDA übersteigen und die Escape-Klausel nicht greift. Die deutsche GmbH könnte nun-

mehr Wirtschaftsgüter in Tochterpersonengesellschaften ausgliedern, um von der Freigrenze Gebrauch zu machen, wobei einerseits Teilbetriebe nach § 24 UmwStG übertragen werden können, andererseits einzelne Wirtschaftsgüter nach § 6 Abs. 5 S. 3 EStG. Die Schulden werden dann negatives Sonderbetriebsvermögen und sind bei der entsprechenden Tochterpersonengesellschaft für Zwecke der Zinsschranke zu berücksichtigen. Wenn nunmehr jedes Tochterunternehmen weniger als 1 Mio. EUR Schuldzinsüberhang hat, sind die Zinsen unabhängig von der Eigenkapitalquote abziehbar. Als wirtschaftlicher Grund für die Restrukturierung kann erneut eine Haftungsabschottung angeführt werden.

Eine fehlgeschlagene Zinsplanung, die dazu führt, dass die Freigrenze geringfügig überschritten wird, löst die Folge aus, dass nur noch 30% des EBITDA abziehbar sind, denn es handelt sich bei der Grenze von 1 Mio. EUR um eine Freigrenze und nicht um einen Freibetrag. Prof. Seer gab insoweit zu bedenken, dass ein Freibetrag rechtsdogmatisch sinnvoller wäre. Als Gegenmaßnahme – um den Fehlschlag zu verhindern – bietet sich hier an, den Zinssatz, der gegenüber Muttergesellschaften zu zahlen ist, herabzusetzen oder von dieser ein kurzfristiges zinsloses Darlehen in Anspruch zu nehmen, um so Zinserträge zu generieren. Kann der Zinsabzug so nicht gerettet werden, kommt es zum Zinsvortrag, der im Folgejahr erneut gegen die Freigrenze läuft. Daher kann es möglicherweise sinnvoll sein, den Zinsvortrag dadurch zu beseitigen, dass die Anteile an der deutschen Gesellschaft so umgehängt werden, dass der Zinsvortrag nach § 8a Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 8c S. 2 KStG wegfällt.

b) *Fehlende Konzernierung*

Die Zinsschranke gilt grundsätzlich nur für Betriebe, die zu einem Konzern gehören. Dabei gilt ein weiter Konzernbegriff nach IFRS, HGB oder dem Standard eines anderen EU-Mitgliedsstaates, hilfsweise auch US-GAAP, soweit dies für den geprüften Konzernabschluss verwendet wird. Es ist darauf abzustellen, ob der Betrieb konsolidiert werden könnte. Weiterhin ist der sog. Gleichordnungskonzern erfasst, der besteht, wenn die Finanz- oder Geschäftspolitik des Betriebs mit anderen Unternehmen einheitlich bestimmt werden kann (§ 4h Abs. 3 S. 6 EStG). BMFE erörtert insoweit, dass Einzelunternehmen mit mehreren Betriebsstätten, einfache Betriebsaufspaltungen und GmbH & Co KGs nicht zu einem Konzern gehören. Auch ein Organkreis stellt für sich gesehen keinen Konzern, sondern einen Betrieb dar.

Zu dieser Ausnahme existiert eine Rückausnahme, denn auch konzernfreie Betriebe unterliegen bei schädlicher Gesellschafterfremdfinanzierung gem. § 8a Abs. 2 KStG der Zinsschranke. Die Zinszahlungen der Körperschaft an die wesentlich beteiligten Gesellschafter und die

ihnen nahe stehenden Personen dürfen nicht mehr als 10% des Schuldzinsüberhangs betragen. Dazu zählen auch rückgriffsberechtigte Dritte, wobei die Regelung nicht auf Back-to-back-Finanzierungen beschränkt ist und auch ein rechtlich durchsetzbarer Anspruch nicht erforderlich ist.

Bei folgendem Beispiel ist die Rückausnahme gegeben: Eine deutsche Joint-venture GmbH wird von zwei GmbHs zu jeweils 50% gehalten. Sie finanziert sich bei einer Bank, wobei das Darlehen durch Verpfändung der GmbH-Anteile gesichert wird. Hier ist die JV-GmbH zwar nicht konzernangehörig, weil keiner der Gesellschafter beherrschend ist. Sie sind allerdings beide wesentlich beteiligte Gesellschafter, so dass die Rückgriffsmöglichkeit der Bank zur Anwendung der Zinsschranke führt. Dies kann jedoch durch Einschaltung einer Holdinggesellschaft als Alleingesellschafterin der JV GmbH und Begründung einer Organschaft zwischen diesen verhindert werden. Die Anteilsverpfändung begründet keinen schädlichen Rückgriff gegen Gesellschafter außerhalb des Betriebs. Allerdings ist dieser Fall im BMFE noch nicht geregelt.

c) *Escape-Klausel*

Nach der Escape-Klausel findet die Zinsschranke insgesamt keine Anwendung, wenn die Eigenkapitalquote des Betriebs mindestens gleich hoch ist wie die Eigenkapitalquote des Konzerns. Die Eigenkapitalquote bestimmt sich aus dem Quotienten von Eigenkapital und Bilanzsumme. Dabei ist das Unterschreiten der Eigenkapitalquote des Konzerns um 1% unschädlich. Diese Prozentzahl wird jedoch als zu gering eingestuft. Die Eigenkapitalquote des Konzerns wird nach den Rechnungslegungsstandards ermittelt, nach denen der Konzernabschluss erstellt wird. Dabei wird das Eigenkapital um eigene Beteiligungen des Betriebs an anderen Konzerngesellschaften gekürzt. Das bedeutet, dass es im Gegensatz zu früher kein Holdingprivileg gibt. Herr Dr. Mihm stellte kurz die Berechnung des Eigenkapitals und der Bilanzsumme nach § 4h Abs. 2 Nr. 3 S. 3-7 EStG vor. Zu bemerken war insoweit, dass in die Berechnung Positionen wie der Sonderposten mit Rücklageanteil eingehen sollen, die es in der IFRS-Bilanz nicht gibt.

Auch insoweit gilt, dass die Escape-Klausel bei schädlicher Gesellschafterfremdfinanzierung keine Anwendung findet. Dabei dürfen die Zinszahlungen irgendeiner Konzerngesellschaft an wesentlich beteiligte Gesellschafter, nahe stehende Personen oder rückgriffsberechtigte Dritte nicht mehr als 10% betragen. Das gilt nur für Zinsaufwendungen, die im konsolidierten Konzernabschluss ausgewiesen sind, d.h. nicht für Verbindlichkeiten innerhalb des Konzerns.

Maßgeblich für die Rückausnahme ist der Zinssaldo einer jeden Konzerngesellschaft, der mit deren Zinsaufwendungen, soweit sie an Gesellschafter oder Gleichgestellte entrichtet werden, zu vergleichen ist. Das bedeutet, dass bei hohen Erträgen nur ein sehr kleiner Saldo vorhanden ist. Der Gesetzeswortlaut enthält ein „oder“, so dass man annehmen könnte, es genügt, wenn eine Konzerngesellschaft die 10%-Grenze eingehalten hat. Es ist jedoch wohl davon auszugehen, dass alle Gesellschaften diese Grenze einhalten müssen. Es gilt auch hier der weite Rückgriffsbegriff, so dass hier auch weiche Patronatserklärungen und Back-to-back-Finanzierungen erfasst sind.

Das Problem ist, dass die Nachweispflicht für diese negative Tatsache beim Steuerpflichtigen liegt. Herr Dr. Mihm machte deutlich, dass es in der Praxis kaum möglich sei, einen solchen Nachweis zu erbringen. Er bildete den Fall, dass ein Internationaler Konzern mit US-Amerikanischer Mutter besteht, bei dem die deutsche Gesellschaft 5% zum Gesamtgewinn beiträgt. Insoweit ist es unverhältnismäßig, alle Konzernabschlüsse auf die genannten Tatsachen zu überprüfen. Auch Prof. Seer merkte an, dass er die Beweislastregel für unangemessen halte, weil sie nicht mit zumutbarem Aufwand erfüllbar sei. Daher sind in der Praxis bislang auch kaum Strategien zum Nachweis entwickelt worden.

An folgendem Beispiel lässt sich die fehlende praktische Umsetzbarkeit und Willkür erläutern: Eine US-Amerikanische Gesellschaft hält über eine niederländische Gesellschaft Anteile an einer deutschen GmbH, der sie ein Darlehen gegeben hat, die sich aber auch über ein Bankdarlehen finanziert. Zudem hält die Großmutter 51% der Anteile an einer Joint-Venture Gesellschaft in Singapur, die ebenfalls hauptsächlich von ihr, aber auch von einer Bank ein Darlehen erhalten hat. Es soll nunmehr auf die Anwendung der Rückausnahme ankommen, denn die Verschuldung der deutschen GmbH entspricht der Konzernverschuldung. Dann kommt es wiederum alleine auf die Zinseinnahmen der Gesellschaft in Singapur an, ob die Zinsen in Deutschland abziehbar sind.

Herr Dr. Mihm brachte weiterhin das Beispiel eines Internationalen Konzerns mit der Besonderheit, dass eine ausländische konzernangehörige Gesellschaft eine Betriebsstätte in Deutschland unterhält. Die Zinsschranke findet auch auf beschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften Anwendung, soweit sie in Deutschland steuerpflichtig sind. Es stellt sich die Frage nach dem maßgeblichen Betrieb. Zwar stellt eine Betriebsstätte grundsätzlich keinen Betrieb dar, gleichwohl ist nach Literaturauffassung § 4h EStG auf die inländische Gewinnermittlung der Betriebsstätte anzuwenden. Das bedeutet, dass für die Anwendung der Frei-

grenze und die Ermittlung der Eigenkapitalquote lediglich das Ergebnis der Betriebsstätte heranzuziehen ist. Bei der Beurteilung hingegen, ob aus Sicht der anderen Konzerngesellschaften eine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung vorliegt, ist auf den Gesamtbetrieb und nicht nur auf die Betriebsstätte abzustellen.

Ein weiteres Beispiel für die Probleme bei der Anwendung der Regelungen ist eine mittelständische Gruppe, bei der eine GmbH & Co KG besteht, die die Beteiligungen an einigen GmbHs hält und von einer Bank finanziert wird. Die Anteile an der KG halten A zu 43%, B zu 27% und die C-GmbH zu 30%, wobei A die Anteile an der C-GmbH zu 100% hält. Hier liegt wohl gem. § 4h Abs. 3 S. 6 EStG ein Gleichordnungskonzern vor, da A die C-GmbH, die KG und die darunter angesiedelten Gesellschaften beherrscht. Für die Berechnung der Eigenkapitalquote stellt sich bereits die Frage, wer hier überhaupt die Konzernspitze ist. Auch beim Sonderbetriebsvermögen ergeben sich Probleme, da zwar die Beteiligung des A an der C-GmbH Sonderbetriebsvermögen ist, dieses aber nicht zum Konzernvermögen gehört, weil Vermögen einer natürlichen Person nach HGB nicht zum Konzern gehört. Schließlich kann sich durch die Kürzung der Beteiligungen ein negatives Eigenkapital ergeben.

Kurz angesprochen wurde auch noch das Problem der Anwendung der Escape-Klausel bei Private Equity Fonds, welche die unterschiedlichsten Gesellschaften halten, so dass eine Konsolidierung in der Regel keinen Sinn macht. Außerdem stellt sich die Frage, wie groß der Konsolidierungskreis sein müsste. Soll danach die Escape-Klausel nicht angewendet werden, so kommt als Auweichreaktion die Verminderung des Zinsabzugs durch Off-Balance-Sheet-Finanzierung und Minimierung des Schuldzinsüberhangs in Betracht oder eine Dekonzernierung, evtl. durch Einschaltung „eigentümerloser“ Rechtsträger, etwa investmentrechtlicher Sondervermögen oder Stiftungen, wobei dadurch die Kontrollmöglichkeiten des Fonds verkleinert werden.

5. Vortragsfähiger Zinsaufwand

Die nicht abziehbaren Zinsaufwendungen sind gesondert festzustellen. Sie können dann grundsätzlich in Zukunft genutzt werden, allerdings unterliegt der Abzug auch in den Folgejahren der Zinsschranke. Ändern sich die strukturellen Voraussetzungen des Betriebes nicht, kann davon ausgegangen werden, dass ein Abzug auch in den Folgejahren nicht möglich ist.

Der vortragsfähige Zinsaufwand geht ganz bzw. anteilig unter, wenn der Betrieb aufgegeben oder übertragen wird, ein Mitunternehmer ausscheidet, eine Umwandlung in eine Personenge-

sellschaft oder Verschmelzung und Abspaltung auf eine Kapitalgesellschaft (§§ 3, 11, 15 UmwStG) erfolgt, der Betrieb nach §§ 20, 24 UmwStG eingebracht wird oder unmittelbar oder mittelbar mehr als 25% bzw. mehr als 50% der Anteile innerhalb von fünf Jahren an einen Erwerber, eine diesem nahe stehende Person oder Personen mit gleichgerichteten Interessen veräußert werden. Bei einer Anteilsveräußerung bis 50% geht der Verlustabzug teilweise verloren, darüber hinaus in vollem Umfang.

Hinsichtlich der Gewerbesteuer war festzustellen, dass nur die abziehbaren Zinsaufwendungen der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung unterliegen.

6. Auswirkungen der Zinsschranke beim fremdfinanzierten Unternehmenskauf

Herr Dr. Mihm führte eine Berechnung durch, nach der deutlich wurde, dass der Steueraufwand bei Anwendbarkeit der Zinsschranke gerade bei geringeren Gewinnen erheblich im Vergleich zur Altregelung steigt. Das bedeutet, dass der Cash-flow auch deutlich geringer wird. An diesem Wert wird jedoch der Unternehmenswert gemessen, so dass in seinem Beispiel statt eines Unternehmenswertes von 1,771 Mio. EUR unter altem Recht unter Anwendung der Zinsschranke nur ein Unternehmenswert von 1,478 Mio. EUR besteht. Das ist eine Minderung des Unternehmenswertes von 16,52%. Auch Prof. Seer bemerkte insoweit eine Wertvernichtung, die zudem durch eine geringere Veräußerungsgewinnbesteuerung den Steuereffekt der Zinsschranke zunichte macht.

7. Fazit

Herr Dr. Mihm führte aus, dass die Zinsschranke grundsätzlich zu einer Verteuerung von Investitionen in Deutschland führt, von der besonders kapitalintensive und wirtschaftlich schwache Unternehmen betroffen sind. Die möglichen Ausweichreaktionen reichen von bestimmten Finanzierungsvorschlägen, über eine Minimierung des Schuldzinsüberhangs, Begründung von Organschaften im Inland, Einschaltung von Nicht-Kapitalgesellschaften für den Erwerb von Immobilien im Inland, Verlagerung von Investitionen ins Ausland bis zur schnelleren Schließung von Verlustbetrieben.