

Protokoll zum
Bochumer Steuerseminar für Praktiker und Doktoranden
vom 25. März 2011*

StB Dipl.-Finw. (FH) Martin Heyes, LL.M.
Warth & Klein Grant Thornton

**„Zinsschranke – Sündenfall oder wirksame
Abwehr missbräuchlicher Gestaltungen?“**

*Dipl.-Kfm. Dipl.-Bw. (FH) Henrik Sundheimer, ext. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Steuerrecht, Bochum.

1. Einleitung	2
2. Überblick	2
3. Grundlagen	4
4. Vorliegen einer Missbrauchskonzeption sowie folgerichtige Umsetzung	5
4.1 Grundkonzeption der Zinsschranke	6
4.2 Eigenkapital-Quotenvergleich als Herzstück	10
4.3 Missbrauchsindikator in Form einer 30%igen EBITDA-Grenze	15
5. Zweckerfüllung der Zinsschranke	19
6. Fazit	19
Literaturhinweise	19

1. Einleitung

Herr Heyes stellt zu Beginn den geplanten Aufbau seines Vortrags vor. Grundsätzlich gehe es dabei um Zweck, Nutzen und Rechtfertigung der Zinsschranke. Insofern würden auch keine Anwendungseinzelfälle betrachtet. Daher werde er nach einem kurzen Überblick und einer grundlegenden Einführung der Frage nachgehen, auf welche Fragestellung die Zinsschranke versuche eine Antwort zu geben. Anschließend wolle er überprüfen, ob, und wenn ja, welche Missbrauchskonzeption der Zinsschranke zugrunde liege. Im nächsten Schritt sei dann die folgerichtige Umsetzung einer solchen Missbrauchskonzeption zu überprüfen, woran sich die Frage anschließe, ob der von der Zinsschranke verfolgte Zweck erfüllt werde. Der Vortrag schließe mit einem Fazit und etwaig anzustellenden Folgeüberlegungen.

2. Überblick

Herr Heyes gibt zunächst einen kurzen Überblick über die Regelungen der durch das UntStRefG 2008 eingeführten Zinsschranke (§§ 4h, 8a KStG). Hiernach sei betrieblicher Zinsaufwand nur bis zu max. 30 % des steuerlichen EBITDA abzugsfähig. Die Beschränkung des Zinsaufwandsabzugs könne nur vermieden werden, wenn eine der drei Ausnahmen greife (§ 4h Abs. 2 i.V.m. § 8a Abs. 2, Abs. 3 KStG). Im Gegensatz zur Regelung des § 8a KStG a. F. wirke sich die Zinsschranke beim Empfänger der Zinszahlungen nicht in Form einer verdeckten Gewinnausschüttung aus. Jedoch ginge durch die Zinsabzugsbeschränkung der Regelung der Zinsaufwand nicht vollständig verloren. Vielmehr erfolge eine Periodenglättung durch EBITDA- und Zinsvortrag. Eine Milderung habe die Zinsschranke durch das BürgEntlG und das WachstBeschlG erfahren. Zu nennen seien hier insbesondere die Anhebung der Freigrenze auf 3 Mio. €, die Einführung eines EBITDA-Vortrags sowie das Vorsehen einer 2%igen Toleranzgrenze im Rahmen des Eigenkapitalquotenvergleichs. Die

Zinsschranke sei ein komplexes Regelungsgebilde mit zahlreichen umstrittenen Einzelfragen.¹ Zu dem ohnehin schon weiten Anwendungsbereich der Zinsschranke, welcher grundsätzlich alle Unternehmen erfasse, käme eine rechtsverschärfende Auslegung durch die Finanzverwaltung hinzu. Des Weiteren manifestiere die Zinsschranke eine umfassende Beweislastumkehr zu Lasten der Unternehmen. Zudem bereiten den Rechtsanwendern das absolute Novum der steuerrechtlichen Anknüpfung an die Konzern-Rechnungslegung und die IFRS enorme Probleme. Das vom Gesetzgeber formulierte Ziel der Zinsschranke sei die Bekämpfung² asymmetrischer (grenzüberschreitender) Finanzierungsstrukturen zu Lasten des deutschen Fiskus (Primärziel) sowie die Gegenfinanzierung³ der Steuersatzsenkungen (Sekundärziel). Betroffen seien (nach Einführung der o. g. Milderung) wegen der hohen Freigrenze für den Zinsaufwand vor allem Unternehmen gehobener Größenklassen (Fremdkapital von rd. 50 Mio. €). Dabei sei unklar, wie viele Unternehmen tatsächlich unter die Zinsschrankenregelung fallen. Schätzungen aufgrund von Studien gingen von 300 bis 1.200 Fällen mit Steuerbelastungen durch die Zinsschranke aus. Nach Auffassung von *Herrn Heyes* dürfte der Mittelstand damit wohl von der Zinsschranke nicht betroffen sein. Es bestehe nahezu allgemeiner Konsens bei Unternehmern, Beratern und in der Wissenschaft, dass eine Regelung, welche die Beschränkung des Zinsaufwands an eine 30%ige Grenze des EBITDA knüpfe kein geeigneter, weil ein zu pauschaler Indikator für missbräuchliche bzw. nicht fremdübliche Finanzierungsgestaltungen sei. Zudem sei der Zinsaufwand, ebenso wie die Eigenkapitalquote, stark branchenabhängig. Die Regelung sei nicht zielgenau und erzeuge Kollateralschäden, da auch missbrauchsunverdächtige Unternehmen betroffen seien. Zudem erstrecke sich die Zinsschranke auch auf reine Inlandsfälle, so dass sie diesbezüglich den Charakter einer überschießenden Missbrauchsverhinderungsvorschrift habe. Durch die Ausgestaltung der Zinsschranke käme es zu zweifelhaften Wirkungen: Starke Unternehmen profitierten, während schwache Unternehmen unabhängig von missbräuchlichen Gestaltungen Opfer der Regelung seien. Damit entspreche die Norm eher einer Mindestbesteuerung vor Zinsen. Die vom Gesetzgeber vorgesehenen Ausnahmeregelungen von der Zinsschranke seien unpraktikabel. Im Einzelnen sei der Konzernumfang praxisfern und deutlich zu weit. Zudem sei der Eigenkapitalquoten-Escape zu aufwendig, komplex und gelinge in der Praxis selten. Die in diesem Rahmen vorgesehene Toleranzgrenze sei zu gering, und die Beteiligungsbuchwertkürzung führe dazu, dass deutsche Konzerne vom Eigenkapitalquoten-Escape ausgeschlossen seien. Durch die Einbeziehung jedes Rückgriffs im Rahmen der Rückausnahmeregelungen käme es zudem dazu, dass

¹ Vgl. *Herzig/Liekenbrock*, Ubg 2011, 102 ff.

² Vgl. BT-Drs. 16/4841, 31.

³ Vgl. BT-Drs. 16/4841, 30 f.

diese nicht planbar seien. Grundsätzlich verletze die Zinsschranke mit ihrem Verbot des Abzugs betrieblich veranlasster Aufwendungen das objektive Nettoprinzip. Strittig sei, ob dies mit dem Argument der Typisierungs- und Missbrauchsbekämpfung gerechtfertigt werden könne, oder ob vielmehr die Kompensation von im Rahmen der Einführung des UntStRefG 2008 schwindenden Steuersubstrats im Vordergrund stünde. Die Rechtfertigung der Typisierungs- und Missbrauchsbekämpfung werde bezweifelt, da nicht realitätsgerecht typisiert wurde und nicht wesentlich missbräuchliche Fälle getroffen würden. Zudem stelle sich die Frage der Kollision mit Europarecht. Zusammenfassend stellt *Herr Heyes* fest, dass die h. M. die Zinsschranke als verfehlt ansieht. Nach seiner Aussage wird sie selbst von den meisten Vertretern der Finanzverwaltung negativ bewertet. Insofern bestehe Anpassungsbedarf. Nichts desto trotz sieht *Herr Heyes* in der Zinsschranke einen interessanten und mutigen Ansatz des Gesetzgebers, der der Globalisierung Rechnung trägt.

3. Grundlagen

Zunächst stellt *Herr Heyes* die Frage in den Raum, welche Fallgestaltungen der Gesetzgeber erfassen wollte. Diesbezüglich sei die Gesetzesbegründung eindeutig aber abstrakt. Ziel der Regelung sei die Vermeidung missbräuchlich asymmetrischer Finanzierungsstrukturen international agierender Konzerne zu Lasten des deutschen Fiskus.⁴ Weitere Ziele seien die Generierung von Steueraufkommen, der Anreiz zur Verlagerung von Erträgen nach Deutschland sowie die Stärkung der Eigenkapitalquoten.⁵ Welche Fallgestaltungen damit konkret gemeint sein sollen, lasse sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen. Die konkret für missbräuchlich gehaltenen Fälle sowie die Frage, welches Element grenzüberschreitender Unternehmensaktivitäten missbräuchlich ist, bleiben offen. Insofern sei zu untersuchen, ob die Steuerersparnis durch Nutzung internationaler Steuersatzunterschiede zu Lasten des deutschen Fiskus bereits missbräuchlich ist. Der internationale Steuerwettbewerb sei dem Gesetzgeber ein Dorn im Auge, und er versuche die Absaugung von Steuersubstrat mit entsprechenden Maßnahmen zu verhindern. Drei Fallgruppen gelten in diesem Zusammenhang aus fiskalischer Sicht als kritisch:⁶ Down-stream-Inboundfinanzierung; Up-stream-Inboundfinanzierung; Outboundfinanzierung. Im Rahmen der Down-stream-Inboundfinanzierung (Fallgruppe 1) finanziere eine ausländische Muttergesellschaft eine Tochtergesellschaft im Inland mit Darlehen statt mit Eigenkapital. Damit komme es zu einer Verlagerung von Gewinnen in das (niedriger besteuerte) Ausland. Bei der Up-Stream-Inboundfinanzierung (Fallgruppe 2) finanziere

⁴ Vgl. BT-Drs. 16/4841, 31.

⁵ Vgl. ebenda, 30 f.

⁶ Vgl. Rödder, DStR 2007 Beih. zu Heft 40, 1 ff.

re eine deutsche Muttergesellschaft ihre (niedrig besteuerte) ausländische Tochtergesellschaft mit Eigenkapital. Im Anschluss hieran gewähre die Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft ein Darlehen, so dass Gewinne aus dem Inland als Zinsen in das (niedriger steuernde) Ausland verlagert würden. Zudem seien die Gewinnausschüttungen von der Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft gem. § 8b KStG steuerfrei. Die Outboundfinanzierung (Fallgruppe 3) gestalte sich in der Form, dass eine inländische Muttergesellschaft ihre ausländische Tochtergesellschaft mit Eigenkapital ausstatte. Die für die Ausstattung benötigten Mittel würden seitens der Muttergesellschaft durch einen Bankkredit finanziert. Der Zinsabzug aus der Refinanzierung sei bei der Muttergesellschaft als Betriebsausgabe abzugsfähig während die Dividenden aus der Tochtergesellschaft in Deutschland nach § 8b KStG steuerfrei vereinnahmt würden. Gemeinsam sei den Fallgruppen, dass die Steuersatzunterschiede in den einzelnen Staaten starke Anreize zur Ergebnisverlagerung in niedrig besteuerte Staaten setzen, welche wiederum durch die fehlende Finanzierungsneutralität der Besteuerung hinsichtlich Eigenkapital und Fremdkapital erleichtert würde. Dies offenbare die Schwäche des Besteuerungssystems, so dass diese nicht in der Missbrauchsintention der Unternehmen sondern in der Inkonsequenz des Rechts die Ursache zu suchen sei. Darüber hinaus sei die Ausnutzung von nationalen Steuersatzdifferenzen nach Ansicht des EuGH sogar essentieller Teil des Binnenmarktes. Gleiches gelte auch für die Finanzierung von Gesellschaften mittels Eigen- oder Fremdkapital. Nach Ansicht des BFH sei die gewählte Gestaltung nach den Grundsätzen der Finanzierungsfreiheit in den Grenzen der gesetzlichen Rahmenbedingungen steuerlich anzuerkennen. Eine befriedigende Lösung habe der Gesetzgeber bislang noch nicht finden können. Die bis zur Einführung der Zinsschranke geltenden Regelungen, wie etwa § 8a KStG a. F. und § 7 ff. AStG, seien problematisch, da die Grundfreiheiten gerade eine Beschränkung bzw. Benachteiligung grenzüberschreitender Aktivitäten schützen, solange es sich nicht um rein künstliche Gestaltungen bzw. Missbrauchsfälle handele. Mit der Zinsschranke werde ein neuer Anlauf versucht, welcher nach Ansicht von *Herr Heyes* eine sehr innovative Lösung des Gesetzgebers darstelle.

4. Vorliegen einer Missbrauchskonzeption sowie folgerichtige Umsetzung

Herr Heyes stellt seine Grundannahmen zur der Frage dar, worin die Missbrauchskomponente bei einer Steuergestaltung durch Finanzierung liegen könne. Festzuhalten sei zunächst, dass der deutsche Fiskus die Ergebnisse für sich als inakzeptabel ansehe. Jedoch sei die Verlagerung von Steuersubstrat nicht per se missbräuchlich. Missbrauch fange dort an, wo außersteuerliche Gründe der Gestaltung deutlich in den Hintergrund treten würden, die Gestaltung also

künstlich würde. Jedoch stelle sich die Frage, wann diese Fallgruppen vorlägen. Gehe man von der abstrakten Zielvorgabe der Zinsschranke aus, also der Vermeidung missbräuchlicher asymmetrischer Finanzierungsstrukturen international agierender Konzerne zu Lasten des deutschen Fiskus, so scheine die Norm eher eine Mindestbesteuerung vor Zinsaufwand mit dem Ziel der Generierung von Steueraufkommen zu sein. Des Weiteren könne es sich aber auch um eine überschießende Missbrauchsvermeidungsvorschrift handeln. Bei der Zinsschranke handle es sich um eine typisierende Missbrauchsvermeidungsnorm, da eine Analyse der Wirkung den tatsächlichen Regelungsgehalt zeige. Die Zinsschranke sei gesetzestechisch als allgemeine Zinsaufwandsabzugsbeschränkung mit Ausnahmen und Rückausnahmen angelegt. Tatsächlich eingeschränkt werde aber nur der Zinsabzug für bestimmte, mutmaßlich missbräuchliche Fälle.

4.1 Grundkonzeption der Zinsschranke

Der Kern der Regelung lässt sich entgegen des vom Gesetz vorgesehenen Regel-Ausnahme-Rückausnahme-Konzeptes nach Auffassung von *Herrn Heyes* wie folgt formulieren: „Zinsaufwendungen eines Betriebs sind nur bis 30% des steuerlichen EBITDA abziehbar, wenn der Betrieb zu einem Konzern gehört und über eine schlechtere Eigenkapitalquote als der Gesamtkonzern verfügt (2% Toleranzgrenze) und der Zinsaufwand den Betrag von 3 Mio. €/Wj. übersteigt. Gleiches gilt in Fällen nicht nur unwesentlicher Gesellschafterfremdfinanzierung“. Jedoch stelle sich in diesem Zusammenhang die Frage, warum der Gesetzgeber so verwirrend kodiert habe? Warum habe er nicht die Fälle benannt, die er für missbräuchlich hält? Festzuhalten sei, dass nicht der Charakter der Vorschrift sie zu einer Missbrauchsverordnung mache sondern vielmehr ihre Technik. Denn die Technik diene der bloßen Umkehr der Beweislast. Dies sei damit zu begründen, dass der Gesetzgeber schlechte Erfahrungen mit der Sachverhaltsermittlung in Konzernsachverhalten gemacht habe (bspw. im Rahmen des § 1 AStG, da die Finanzverwaltung hier die Weigerung von ausl. Konzernmüttern zur Vorlage von Unterlagen nicht zu Lasten des Steuerpflichtigen auslegen darf). *Herrn Heyes* zur Folge sei dies zwar kein schönes Ergebnis, aber wegen der Ermittlungsprobleme vertretbar. Nach *Herrn Prof. Seers* Auffassung ist der Ansatz dahingehend gelungen, dass es im Kern der Regelung um die Umkehr der Beweislast geht. Der Wortlaut des Gesetzes stelle auf das Nettoergebnis ab, was offensichtlich auch so gewollt sei. Dies entspräche auch dem objektiven Nettoprinzip. Dieses sei kein absolutes Prinzip und sei daher einer Durchbrechung zugänglich. Hier könne die Durchbrechung in der Missbrauchsbekämpfung liegen. Jedoch stelle sich dann die Frage wo und was der Missbrauch sei. Dabei sei eine komplexe Struktur nicht mit Missbrauch gleichzusetzen. Grundsätzlich könne man hier bspw. diskutieren, ob im Rahmen

der Outboundfinanzierung (Fallgruppe 3) ein Missbrauch vorliege, da der Zinsaufwand, welcher der Generierung von Erträgen im niedrig besteuerten Ausland dient, in Deutschland abgezogen werden kann, während die Dividenden der Tochtergesellschaft steuerfrei repatriert werden können. Insofern könne die Frage gestellt werden, ob die Zinsaufwendungen der Tochtergesellschaft zugeordnet werden müssen. Nach einer Anmerkung aus dem *Publikum* würde das aber der Finanzierungsfreiheit widersprechen. Nach Aussage von *Herrn Heyes* kommt er später im Verlaufe des Vortrags nochmal auf die Frage zurück, wie Missbrauch zu definieren sei. Es sei festzuhalten, dass die Regelung inländische Betriebe treffen solle, die gemeinsam mit anderen Betrieben beherrscht werden und höher fremdkapitalisiert sind als der übrige Konzern. Gleiches gelte bei nicht nur unwesentlicher Gesellschafterfremdfinanzierung. Nicht missbräuchlich seien jedoch Fälle mit einem Zinsaufwand von weniger als 3 Mio. € im Wirtschaftsjahr. *Herr Heyes* stellt nunmehr die Frage in den Raum, was der Gesetzgeber mit dieser Regelung für typisierend missbräuchlich halte und ob diese Annahmen grundsätzlich geeignet seien, missbräuchlich asymmetrische Finanzierungen zu Lasten des deutschen Fiskus zu identifizieren. Faktisch würde die Zinsschranke ausnahmslos auf Unternehmen mit und ohne Auslandskontakt angewendet. In diesem Zusammenhang stelle sich die Frage, ob nur grenzüberschreitende Gestaltungen getroffen werden sollten. Missbrauch i.S.d. Zinsschranke liegt nach Auffassung von *Herrn Heyes* bei verbundenen Unternehmen mit asymmetrischen Finanzierungsstrukturen vor, also wenn Zinsaufwand unabhängig von der refinanzierten Einheit angeordnet wird. Dabei sei die relevante Steuerarbitrage nicht nur grenzüberschreitend sondern auch im Inland möglich (z.B. bei verschiedenen GewSt-Hebesätzen zwischen zwei Kommunen). Jedoch scheine der Gesetzgeber hierbei nicht an Missbrauch zu denken. Ein Teilnehmer aus dem *Publikum* gibt den Hinweis, dass es gerade in seinem Mandantenkreis zwei aktuelle Fälle zur Zinsschranke mit reinem Inlandsbezug gibt, so dass auch tatsächlich reine Inlandsfälle der Zinsschranke unterworfen werden. *Herr Heyes* sieht diese Ausweitung darin begründet, dass eine drohende Europarechtswidrigkeit vermieden werden sollte. Einer weiteren Wortmeldung aus dem *Publikum* zur Folge betrifft der Missbrauch ja nur einen Teil der UntStRef 2008. Ziel sei es auch gewesen, die Steuerreform aufkommensneutral zu halten. Insofern wurde eine Möglichkeit gesucht, die Senkung des KSt-Satzes auf 15 % gegen zu finanzieren. Dieser Fiskalzweck ist nach Ansicht von *Herrn Heyes* nicht rechtfertigbar. Nach Auffassung von *Prof. Seer* habe eine zweistufige Prüfung zu erfolgen: Auf der ersten Stufe gehe es um die Prüfung einer unzulässigen Gegenfinanzierung. Insofern stelle sich die Frage, in wie weit der Gesetzgeber befugt sei, Steuersubstrat zu erhalten. Er weist darauf hin, dass eine Zinsabzugsbeschränkung, welche allein auf dem Gedanken der Gegenfinanzierung

und damit der Erhaltung von Steuersubstrat beruhe, wohl nicht verfassungskonform sei. Daraus schließe sich auf einer zweiten Stufe die Frage an, womit die Zinsabzugsbeschränkung gerechtfertigt werden könne, oder ob Zinsaufwand mit der ihm folgenden Zuordnung sakrosankt sei. Ggf. könne Missbrauch eine solche Zinsabzugsbeschränkung rechtfertigen. Dann müsse aber § 4 Abs. 1 S. 3, 4 EStG unilateral überarbeitet werden. Zudem greift er die Frage auf, wie sich der Fall denn gestalten würde, wenn im Bsp. der Outboundfinanzierung (Fallgruppe 3) eine Betriebsstätte statt einer Tochtergesellschaft vorläge. Insofern hätte eine Zuordnung der Zinsaufwendungen nach den Grundsätzen des OECD-MA zu einer Betriebsstätte zu erfolgen. Wenn keine Zuordnung möglich sei, hätte man ggf. betriebsstättenloses Betriebsvermögen (mit Verweis auf Kramer⁷). Insofern stelle sich die Frage, ob der Gesetzgeber bei Kapitalgesellschaften ebenfalls so zu verfahren habe. *Herr Dr. Lüdicke* weist darauf hin, dass dies ohne eine gemeinsame Körperschaftsteuerliche Bemessungsgrundlage (GKKB) nicht möglich sei. Solange diese noch nicht eingeführt wäre, müsse man an der Landesgrenze Halt machen. *Herr Heyes* gibt abschließend in Sachen Rechtfertigung der Missbrauchsvorschrift den Hinweis, dass sich Missbrauch nur mit dem „Unwerturteil“ des BFH⁸ rechtfertigen ließe. Im Anschluss hieran stellt er seine Analyse des Mechanismus der Zinsschranke als typisierende Missbrauchsvermeidungsnorm vor. Auf der ersten Stufe (Vorfilter) finde nach seiner Auffassung eine Identifikation von (Konzern-) Betrieben statt, die mutmaßlich steuerliche Gestaltungen vornehmen (können). Auf der zweiten Stufe erfolge dann die Korrektur bzw. Begrenzung des abziehbaren Zinsaufwands im Fall von überhöhter Fremdfinanzierung. *Prof. Seer* weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass eine Rechtfertigung ähnlich wie bei der Hinzurechnung im Rahmen der Gewerbesteuer gegeben sein müsse, um eine dem Gleichheitssatz entsprechende Gleichheit herzustellen. Im Anschluss hieran geht *Herr Heyes* auf die von ihm entwickelten Thesen bezüglich der ersten Stufe (Vorfilter) der Zinsschranke ein. Im Fokus der Zinsschranke stünden verbundene Unternehmen, da diese ihre Steuerbelastung durch gruppeninterne Allokation von Eigen- und Fremdkapital gestalten können. Er begründet diese These damit, dass Konzerne als wirtschaftliche Einheit bei rechtlicher Vielfalt geführt und gesehen werden. Von seinem Standpunkt aus betrachtet sei es auch vollkommen irrelevant, ob bspw. ein Lohnfertiger mit Eigen- oder Fremdkapital ausgestattet würde. Das einzige was für den Lohnfertiger zähle, wäre die Liquidität. Die Entscheidung für Eigen- oder Fremdkapital wäre zu großen Teilen steuerlich motiviert. Die Angemessenheit der Finanzierung einer Konzerngesellschaft sei daher vom Ganzen her zu beurteilen. Im *Publikum* finden sich Stimmen, die diesen Gedanken teilen und argumentieren, dass der Konzern

⁷ Vgl. *Kramer*, IStR 2010, 239 ff.

⁸ Vgl. BFH v. 14.8.1991, I B 240/90, BStBl. II 1991, 935 ff.

schließlich von der Konzernspitze aus geführt würde. Andererseits wird argumentiert, dass viele Gesellschaften über ihre Finanzierung selbständig entscheiden können, ohne von der Konzernspitze beeinflusst zu werden. Außerdem sei der Finanzierungsneutralität Rechnung zu tragen. In diesem Zusammenhang stelle sich auch die Frage, wo das Fremdkapital zugeordnet werden solle, wenn nicht der mit Fremdkapital ausgestatteten Gesellschaft. *Herr Dr. Lüdicke* sieht das von *Herrn Heyes* angeführte Argument kritisch, da Konzerne insbesondere funktional geführt würden, und man sich insofern eher die einzelnen Funktionen als die Konzernspitze anschauen müsse. Zudem sei die lokale Geldaufnahme durch die Tochtergesellschaften auch durch die geringeren Bankmargen begründet und damit nicht nur steuerlich motiviert. *Prof. Seer* stellt in diesem Zusammenhang fest, dass derjenige der mit Eigenkapital finanziert, nicht schlechter gestellt werden solle, als derjenige der mit Eigenkapital finanziert. Diesbezüglich weist *Herr Dr. Lüdicke* darauf hin, dass ausländische Rechtsordnungen dem Phänomen genau umgekehrt begegnen. Dort sei eine Fiktion von Zinsaufwand erlaubt, wenn die Gesellschaft über Eigenkapital verfügt. Fremdkapitalzinsen seien so zu behandeln wie Dividenden. Wenn man das auf die nationale Ebene transferieren wolle, müssen Zinserträge aber auch steuerfrei gestellt werden, und zwar auch für Privatpersonen. *Prof. Seer* merkt an, dass man dies ja auch auf Körperschaften beschränken könne und erläutert, dass es ihm primär darum gehe, Gleichheit herzustellen. Dies könne natürlich auf unterschiedlichem Wege erfolgen. *Herr Dr. Weckerle* merkt diesbezüglich an, dass die Wahl der Ausstattung mit Eigen- oder Fremdkapital durch den Gesellschafter nur bei Kapitalgesellschaften möglich sei. Außerdem wäre es auch sinnvoll, die Zinsschranke auf Körperschaften zu beschränken, da lediglich der Körperschaftsteuersatz eine Anpassung von 25% auf 15% erfahren hätte, und die Einführung der Zinsschranke zur Gegenfinanzierung dieser Anpassung diene. Die konkrete Umsetzung der zuvor formulierten Annahme kommt nach Aussage von *Herrn Heyes* durch § 4h Abs. 2 S. 1 lit. b), Abs. 3 S. 5 f. EStG zum Ausdruck. Danach finde die Zinsschranke nur Anwendung auf einheitlich beherrschte Betriebe. Dieser Fokus sei gerechtfertigt. Erforderlich sei zudem eine Mehrheitsbeteiligung. *Herr Dr. Lüdicke* kritisiert diesbezüglich, dass er dem Gedanken einer steuerlich motivierten Fremdkapitalfinanzierung mit dem Effekt der Absaugung von Steuersubstrat bei einer 90-100%igen Beherrschung folgen könne. Bei einem größeren Anteil an Minderheitsaktionären bestehe aus deren Sicht jedoch kein Interesse, Steuersubstrat abzusaugen. Die Einbeziehung des sog. Gleichordnungskonzerns ist nach Auffassung von *Herrn Heyes* geboten, da eine Beherrschung nicht davon abhängen dürfe, ob der oberste Konzerträger ein Unternehmen sei oder nicht. Der Rechnungslegungsstandard scheine ihm weitgehend bedeutungslos. Kritisch sehe er hingegen

die Ausnahmeregelungen im BMF-Schreiben für Betriebsaufspaltung und Unternehmen in öffentlicher Trägerschaft.

4.2 Eigenkapital-Quotenvergleich als Herzstück

Herr Heyes stellt den Eigenkapitalvergleich als zweite Kernannahme des Vorfilters der Zinsschranke heraus. Dabei zeige sich missbräuchliche asymmetrische Fremdfinanzierung in einer gegenüber dem Konzernabschluss abweichenden Eigenkapitalquote. Diese Grundannahme klinge erst einmal angesichts der gruppeninternen Gestaltungsüberzeugungen logisch und konzeptionell überzeugend. Jedoch stelle sich die Frage, wie sich eine asymmetrische Finanzierung im Konzern besser feststellen lasse als mit einem Eigenkapitalquotenvergleich. Theoretisch sei der Eigenkapitalquotenvergleich überzeugend. Jedoch sei die Annahme gleicher Eigenkapitalquoten im Konzern realitätsfern. Denn Konzernunternehmungen hätten nur in der Theorie eine auch nur annähernd gleiche Eigenkapitalquote. Dies sei vor allem damit zu begründen, dass heute Konzerne vornehmlich in der Form eines Mischkonzerns vorlägen, und insofern ein Vergleich zwischen den einzelnen Konzernunternehmungen schlicht nicht möglich bzw. sinnvoll sei. *Herr Dr. Lüdicke* weist in Bezug auf den Eigenkapitalquotenvergleich hin, dass es ja auch Investitionsförderungsdarlehen gäbe, welche (richtigerweise) in der Bilanz der Tochtergesellschaft passiviert würden, und stellt die Frage in den Raum, ob dies nicht widersprüchlich in Bezug auf die Annahme sei, auch in einem solchen Fall eine schädliche Fremdfinanzierung anzunehmen. Grundsätzlich stellt *Herr Heyes* in Bezug darauf fest, dass die Eigenkapitalquote ein wichtiger Indikator für die Stabilität und Kreditwürdigkeit eines Unternehmens sei. Außerdem sei der Einsatz von Fremdkapital nach dem Leverage-Effekt betriebswirtschaftlich geboten. Die optimale Eigenkapitalquote hänge jedoch vom Risiko der jeweiligen Unternehmung ab. Daher existiere keine allgemein angemessene Eigenkapitalquote. Wolle man eine solche bilden, so lasse sich dies am ehesten bei Betrieben derselben Branche realisieren, da diese Unternehmen ein ähnliches Funktions- und Risikoprofil haben. Jedoch sei zu beachten, dass auch innerhalb einer Branche die Eigenkapitalquoten eine enorme Streuweite haben, die im Durchschnitt nur unzureichend dargestellt werde. Insofern sei die Eigenkapitalquote beim Rating auch nur eine Kennziffer von vielen. Die Eigenkapitalquoten von Unternehmen mit unterschiedlichen Funktions- und Risikoprofilen müssen zwangsweise auseinanderfallen. Ihr Vergleich hätte eine mäßige Aussagekraft hinsichtlich übermäßiger Fremdfinanzierung, so dass sie bei arbeitsteiligen Konzernen und bei Mischkonzernen praktisch nur zufällig gleich sein können. Die Eigenkapitalquote sei daher zur Herstellung eines Fremdvergleichs völlig ungeeignet. Ein Eigenkapitalquotenvergleich zeige nur an, dass die Konzernfinanzierung asymmetrisch zu Lasten des Betriebs erfolge. Erst in einem zweiten

Schritt könne daher die konkrete Prüfung erfolgen, ob dies zu einer korrekturbedürftigen übermäßigen Fremdfinanzierung geführt habe. Im Anschluss stellt Herr Heyes die Probleme des Eigenkapitalquotenvergleichs anhand von Beispielfällen dar.

6. Missbrauchsannahme „Eigenkapitalquote“

Eigenkapitalquotenvergleich als Missbrauchsindikator
 Zeigt der EKQ-Vergleich strukturelle Überfinanzierung an?

1. Beispielfall:

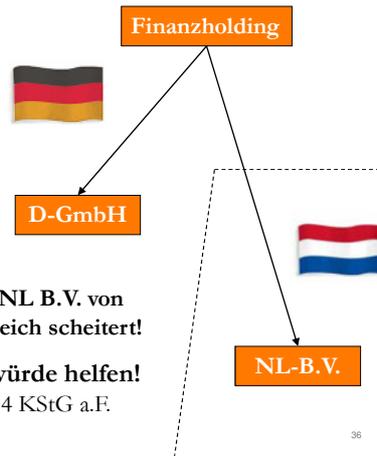
Finanzholding mit je Tochter-Kapitalgesellschaften in D und NL.
 Beide haben EK und FK von je 50.

Im Jahr 01 macht die NL-B.V. einen Gewinn von 10, die D-GmbH erleidet einen Verlust von 5.

Zum 31.12. hat D-GmbH eine EKQ von 47,3%, die NL B.V. von 54,5%, der Konzern 51,2% - der nächste EKQ-Vergleich scheitert!

Nur ein unterjähriger Eigenkapitalausgleich würde helfen!
 Alternativ: Regelung zu Verlusten ähnlich § 8a Abs. 1 S. 4 KStG a.F.

© 2011 Warth & Klein Grant Thornton AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft- Alle Rechte vorbehalten.



Im Beispielfall 1 scheitert damit der Eigenkapitalquotenvergleich der D-GmbH. Um ein solches Ergebnis zu verhindern müsste nach Auffassung von Herrn Heyes ein unterjähriger Eigenkapitalausgleich geschaffen werden. Alternativ käme eine Regelung ähnlich zu § 8 Abs. 2 S. 4 KStG a. F. in Frage.

6. Missbrauchsannahme „Eigenkapitalquote“

Eigenkapitalquotenvergleich als Missbrauchsindikator
 Zudem bestehen bilanzstrukturelle Probleme ...

2. Beispiel: Bilanzbild einer deutschen GmbH

Aktiva		Passiva	
Anlagevermögen	5.000	Eigenkapital	2.000
Umlaufvermögen	5.000	Pensionsrückstellungen	2.000
		Sonstige Rückstellungen	1.000
		Verbindlichkeiten ggü. Kreditinstituten	2.000
		Verbindlichkeiten LuL	3.000
	10.000		10.000

- Die Eigenkapitalquote liegt bei 20%.
- Deutschland hat im internationalen Vergleich nicht nur geringe Eigenkapitalquoten, sondern auch hohe bilanzielle Pensionsverpflichtungen!

© 2011 Warth & Klein Grant Thornton AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft- Alle Rechte vorbehalten.

Im Beispielsfall 2 weist er darauf hin, dass deutsche Unternehmen zwar im internationalen Vergleich eine vergleichsweise geringe Eigenkapitalquote haben. Dies aber unter anderem darauf zurückzuführen sei, dass deutsche Unternehmen verhältnismäßig hohe bilanzielle Pensionsverpflichtungen aufweisen. Des Weiteren sei festzustellen, dass die Eigenkapitalquote zwar den Anteil des Eigenkapitals an der Gesamtfinanzierung messe, jedoch nicht alles Fremdkapital zinsschrankenrelevant sei. Die Wertung beim Eigenkapitalquotenvergleich und die Zinsaufwandsdefinition stünden insofern im Widerspruch zueinander, was wiederum darauf hindeuten würde, dass der Eigenkapitalquotenvergleich keine strukturelle Fremdfinanzierung aufzeige. Demnach wäre nach seiner Auffassung die Quote verzinslichen Fremdkapitals zur Bilanzsumme für die Zinsschranke deutlich aussagekräftiger und damit ein besserer Indikator. Angesicht der ansatzimmanenten Probleme und der Ungenauigkeit des Eigenkapitalquotenvergleichs scheine die 2%ige Toleranzgrenze seiner Einschätzung nach sehr knapp bemessen. Insofern wäre eine Anhebung der Toleranzgrenze auf bspw. 10% in Erwägung zu ziehen. Damit würde zwar eine gewisse Missbrauchs- und Gestaltungsanfälligkeit erkaufte. Diese könne jedoch auf der zweiten Stufe durch entsprechende Korrekturmaßnahmen ausgeglichen werden.

Im Anschluss geht *Herr Heyes* auf die Beurteilung des Rückgriffs auf die IFRS-Rechnungslegung ein. Primär sei der Konzernabschluss/Einzelabschluss nach IFRS maßgeblich. Werde kein IFRS-Konzernabschluss erstellt, könne für den Eigenkapitalquotenvergleich auf HGB bzw. EU-/US-GAAP zurückgegriffen werden. *Herr Heyes* hält diese Vorgehensweise für eine Erleichterung und zweckdienlich. Inhaltlich problematisch wären nach seiner Auffassung abweichende Ergebnisse je nach Rechnungslegungsstandard, welche er jedoch nicht ermitteln konnte. In diesem Zusammenhang weist *Herr Dr. Lüdicke* darauf hin, dass es in den verschiedenen Rechnungslegungsstandards unterschiedliche Wahlrechte und Pflichten gäbe. So seien Zweckgesellschaften nach US-GAAP etwa verpflichtend einzubeziehen, nach HGB hingegen nicht. Insofern bestünden sehr wohl gewichtige Divergenzen zwischen den verwendeten Rechnungslegungsstandards. Des Weiteren sei zu kritisieren, dass der Gesetzgeber es bei dem Verweis auf die IFRS versäumt hätte zu regeln, ob er im Rahmen von § 4h EStG an die EU-IFRS oder an die Full-IFRS anknüpfen wolle. Insofern laufe der Verweis ins Leere.

Im Anschluss hieran stellt *Herr Heyes* die Frage, ob die Kürzung der Beteiligungsbuchwerte sachlich zwingend oder als Todesstoß für den Eigenkapitalquotenvergleich anzusehen sei. Grundsätzlich verhindere die Beteiligungsbuchwertkürzung das Gelingen des Eigenkapitalquotenvergleichs. Sie liege der Annahme zugrunde, die Beteiligung wäre vollständig mit

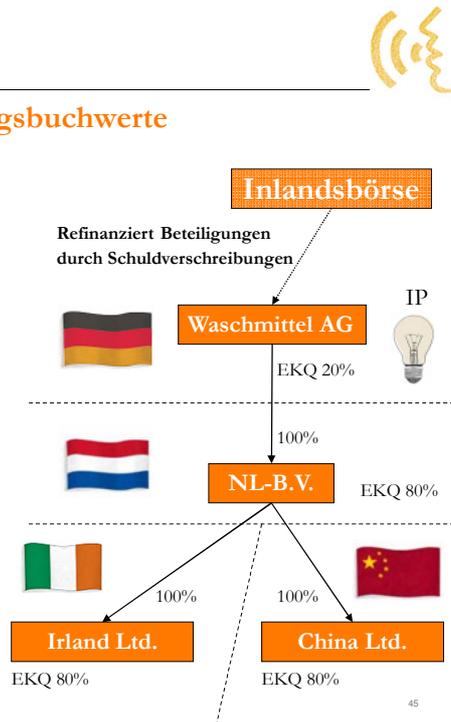
Eigenkapital finanziert, was sachlich jedoch geboten sein könnte. Dies begründet er damit, dass der Konzern nur ein Eigenkapital habe, welches für den Eigenkapitalquotenvergleich daher auch nur einmal, entweder bei der Mutter- oder Tochtergesellschaft, berücksichtigt werden könne. Im Rahmen der Zinsschranke würde das Eigenkapital zwingend der Tochtergesellschaft zugeordnet. Dies sei regelmäßig dann vorteilhaft, wenn bei der Tochtergesellschaft der operative Betrieb läge. Probleme beständen bei inländischen Holdinggesellschaften, da die Refinanzierung faktisch sanktioniert sei. Dazu stellte er folgenden Beispielfall dar:

6. Missbrauchsannahme „Eigenkapitalquote“

Sonderthema Kürzung Beteiligungsbuchwerte
Problemkreis Inlandsholding (2/3)

- Beispielfall: Inlands-AG refinanziert sich am deutschen Kapitalmarkt.
- Zinsaufwand wird vollständig von der Waschmittel AG getragen.
- Mittel fließen zu 75% in Auslands-EK-Investments (dort niedrig besteuert).
- Wie ist der Fall steuerlich zu beurteilen?
- Wie wäre der Fall zu lösen, wenn die Auslandsgesellschaften PersG wären?
- Ist Refinanzierungsaufwand nicht (wirtschaftlich) dem Ort der operativen Tätigkeit zuzuordnen?

© 2011 Warth & Klein Grant Thornton AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft- Alle Rechte vorbehalten.

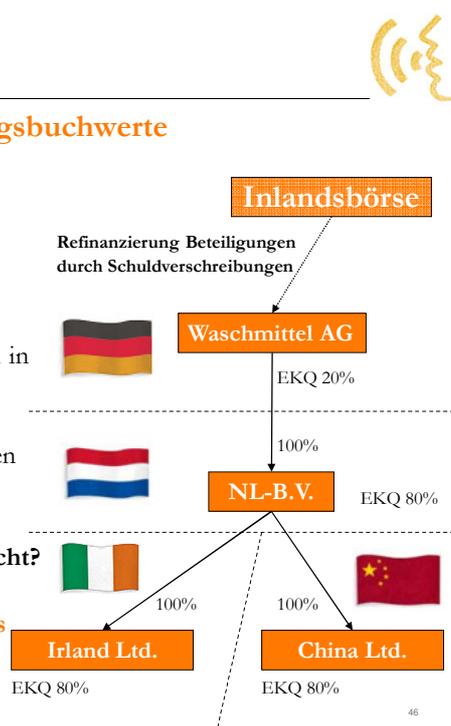


6. Missbrauchsannahme „Eigenkapitalquote“

Sonderthema Kürzung Beteiligungsbuchwerte
Problemkreis Inlandsholding (3/3)

- Der Refinanzierungsaufwand wäre wirtschaftlich den (niedrig) besteuerten Erträgen im Ausland zuzuordnen.
- Dennoch ist der Refinanzierungsaufwand in Deutschland (ohne ZS) voll abziehbar.
- Wg. steuerfreien Dividenden, § 8b KStG, macht das allerdings nur bei ausreichenden Inlanderträgen Sinn.
- Welches Ergebnis wäre hier sachgerecht?
- **Muss man nicht feststellen, dass der Konzern unausgewogen zu Lasten des Inlands finanziert wird?**
- **Außersteuerliche Gründe??**

© 2011 Warth & Klein Grant Thornton AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft- Alle Rechte vorbehalten.



Nach Auffassung von *Herr Heyes* müsse man in diesem Fall zu dem Ergebnis kommen, dass der Konzern einseitig zu Lasten des deutschen Fiskus finanziert wird. *Prof. Seer* stellt fest, dass der Zinsaufwand im vorliegenden Fall ja weder bei der Muttergesellschaft noch bei der Tochtergesellschaft abzugsfähig sei, ohne dass der Gesetzgeber hierfür ein Argument liefere. Insofern sei es vorstellbar, dass § 4h EStG als verkappte Regelung des § 8b Abs. 5 KStG fungiere. Jedoch sei er der Auffassung, dass der Gesetzgeber aus verfassungsrechtlichen Gründen dazu verpflichtet sei, bei Einführung einer solchen Regelung darauf hinzuweisen, dass Refinanzierungskosten aus den im Beispielfall genannten Gründen nicht abzugsfähig sein sollen. Denn bei Einführung einer Norm müsse unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten der Lenkungszweck benannt sein. Des Weiteren müsse die Norm normenklar und zielgerichtet formuliert sein. Insofern hätte er seine Zweifel, ob die Norm verfassungsrechtlich damit gerechtfertigt werden könne, Steuersubstrat zu sichern. Im Anschluss geht *Herr Heyes* darauf ein, ob neben dem Eigenkapitalquotenvergleich weiterer Regelungsbedarf besteht. Weitere Annahme der Zinsschranke sei, dass auch ein Anfangsverdacht in Bezug auf missbräuchliche asymmetrisch Fremdfinanzierung bestehe, wenn der Betrieb nicht nur unwesentlich vom Gesellschafter oder sonstigen Nahestehenden finanziert wird. Dabei gelte die Annahme, dass die Finanzierung nicht aufgrund eigener Bonität gewährt werde. Dies gelte auch für Umgehungsgestaltungen (Besicherung und Rückgriffsmöglichkeiten). In diesem Zusammenhang sieht er eine Finanzierung dann als missbräuchlich an, wenn die Finanzierung dem Grunde, der Höhe oder den Konditionen nach nur aufgrund des Konzernrückhalts gewährt wird.

Im Anschluss hieran geht *Herr Heyes* auf die Ausgestaltung der Freigrenze in Höhe von 3 Mio. € ein, die nach seiner Auffassung eine Feinjustierung des Vorfilters darstelle. Dabei sei die Annahme zulässig und plausibel, dass nur Unternehmen einer gewissen Größenordnung steuerlich gestalten können, da asymmetrische grenzüberschreitende Strukturen die Kompetenz und Steuerung eines größeren Betriebes erfordern würden. Die Regelung stelle im Vergleich zu § 8a KStG a. F. eine erhebliche Erleichterung für kleinere Betriebe im Rahmen der Gesellschafterfremdfinanzierung dar. Das Abstellen auf den Zinssaldo sei in diesem Zusammenhang vorteilhaft, da somit die Weiterbelastung von Zinsaufwand zinsschrankenneutral möglich sei (anders als bei § 8 Nr. 1 GewStG). Abschließend zog *Herr Heyes* ein Zwischenfazit zu den von ihm getroffenen Feststellungen auf der 1. Stufe. Hier ginge es um die typisierte Identifikation mutmaßlich missbräuchlicher Fälle steueroptimierter Fremdfinanzierung. Darunter fallen Konzernunternehmungen mit auffälliger Eigenkapitalquote, und einer nicht nur unwesentlichen Gesellschafterfremdfinanzierung. Die Grundannahmen könnten

dabei theoretisch überzeugen. Die praktische Umsetzung sei allerdings durch die gewählte Typisierung sehr grob, so dass bei mehr Betrieben eine asymmetrische Fremdfinanzierung unterstellt werde, als es tatsächlich der Fall ist. Insofern müsse auf der 2. Stufe eine Korrektur erfolgen, damit auch tatsächlich nur diejenigen Fälle erfasst werden, die asymmetrisch fremdfinanzieren. Insofern sollte eine typisierte Überprüfung des konkreten Zinsabzugs anhand der eigenen Ertragskraft erfolgen, welche bei einer entsprechenden Überfinanzierung zu korrigieren wäre. *Herr Dr. Lüdicke* stellt in diesem Zusammenhang die Frage, wie der Gesetzgeber auf die Größe von 3 Mio. € kommt. Des Weiteren sei unklar, ob der Gesetzgeber mit dem § 4h EStG eine fiktive Darlehensweiterreichung manifestieren wolle. Nach Auffassung von *Herrn Heyes* ist die Größenordnung von 3 Mio. € eine unter Gleichheitsgesichtspunkten gerechtfertigte Größe, da grenzüberschreitende Strukturen eine gewisse Größe des Betriebes erforderten. Auf die zweite Frage von *Herrn Dr. Lüdicke* ging *Herr Heyes* nicht weiter ein.

4.3 Missbrauchsindikator in Form einer 30%igen EBITDA-Grenze

Herr Heyes stellt die zweite Grundannahme der Missbrauchstypisierung auf der 2. Stufe dar. Liege der Zinsaufwand (Saldo) eines Betriebs über 30% seiner Ertragskraft, werde insoweit von einer überhöhten, missbräuchlichen Fremdfinanzierung ausgegangen. Diese Betrachtung beziehe sämtlichen Zinsaufwand ein. Der Ansatz weiche damit gravierend von allen bisherigen Konzepten ab, da die Angemessenheit der Fremdfinanzierung bislang stets von der Relation des Fremdkapitals zum Eigenkapital beurteilt wurde. Die Vorgehensweise finde er interessant. Jedoch stelle sich die Kernfrage, wodurch Kreditwürdigkeit bzw. Bonität vermittelt würde. Festzustellen sei, dass dies primär durch die Ertragskraft geschehe und damit die Zukunft des Unternehmens in den Fokus rücke. Dieses Ergebnis decke sich mit der Vorgehensweise in der Unternehmensbewertung und im Bankenrating (EBITDA interest coverage). Daraus folgert *Herr Heyes*, dass wenn sich das Maß bzw. Übermaß der Fremdfinanzierung eines Unternehmens gut an der Relation der Ertragskraft zu den Schulden bzw. dem Zinsaufwand messen lässt, ein solcher Ansatz grundsätzlich auch steuerlich tragfähig sein dürfte. Im *Publikum* kommt die Frage auf, welcher Zusammenhang zwischen Zinsschranke und Rating bestehe. *Herr Heyes* erläutert, dass er untersuchen möchte, ob die im Rahmen der Zinsschranke gewählte 30%-Grenze die Realität widerspiegle. *Prof. Seer* merkt an, dass zunächst 70% des EBIT als Größenordnung diskutiert wurden, bis man dann im Finanzausschuss des Bundestages sich auf 30 % des EBITDA als Grenze geeinigt hätte. *Herr Heyes* weist darauf hin, dass die Höhe der Grenze mit dem Argument der besseren Steuerung des Steueraufkommens begründet wurde.

10. Missbrauchskorrektur auf der 2. Stufe der Zinsschranke

1. Grundannahme der Missbrauchstypisierung auf der 2. Stufe
 Interessante Erkenntnisse aus ext. Bonitätsbeurteilung / Rating & Co.

Beispielskennzahlen und –bonitätsbewertung

(Auswertung später)



5.2.1 Bilanzbonitätsbewertung der Branche

	Ø 20% Beste Unternehmen	Ø 20-40% Unternehmen	Ø 40-60% Unternehmen	Ø 60-80% Unternehmen	Ø 20% Schlechteste Unternehmen
Finanzkraft					
Cash Flow zur Gesamtleistung (%)	8,02	6,72	11,68	3,41	1,20
Cash Flow zur Effektivverschuldung (%)	42,73	23,62	13,27	8,27	2,23
Cash Flow ROI (%)	14,69	10,84	5,65	4,90	1,67
dynamische Entschuldungsdauer (Jahre)	0,98	3,63	21,78	6,43	5,30
Rentabilität					
Eigenkapitalrentabilität (%)	19,74	16,36	12,48	4,71	-2,67
Gesamtkapitalrentabilität (%)	9,52	6,72	7,82	4,01	2,12
Umsatzrentabilität (%)	5,74	3,49	-0,19	0,88	-0,63
Rohertragsquote (%)	54,66	48,86	69,46	50,86	57,03
EBIT Interest Coverage	19,93	5,49	1,30	1,52	0,72
EBITDA Interest Coverage	30,94	10,19	9,74	3,29	1,74
Personalaufwandsquote (%)	25,72	21,13	44,02	20,25	25,11
Materialaufwandsquote (%)	45,05	51,14	60,98	49,64	44,87
Cost Income Ratio (%)	93,88	95,77	99,20	98,06	100,57

Quelle: Creditreform Branchenrating/Musterbranche, Stand 04/2010, Creditreform Ratingagentur, Neuss

© 2011 Warth & Klein Grant Thornton AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft- Alle Rechte vorbehalten.

60

10. Missbrauchskorrektur auf der 2. Stufe der Zinsschranke

1. Grundannahme der Missbrauchstypisierung auf der 2. Stufe
 Interessante Erkenntnisse aus ext. Bonitätsbeurteilung / Rating & Co.

Beispielskennzahlen und –bonitätsbewertung (2/2)

Tabelle 1: Dreijahresmediane für bereinigte Hauptkennzahlen von Industrieunternehmen

Adjusted Key Industrial Financial Ratios, Long-Term Debt [Three-year (2002 to 2004) Medians]							
	AAA	AA	A	BBB	BB	B	CCC
EBIT interest coverage (x)	23.8	19.5	8.0	4.7	2.5	1.2	0.4
EBITDA interest coverage (x)	25.5	24.6	10.2	6.5	3.5	1.9	0.9
FFO/total debt (%)	203.3	79.9	48.0	35.9	22.4	11.5	5.0
Free oper. cash flow/total debt (%)	127.6	44.5	25.0	17.3	8.3	2.8	(2.1)
Total debt/EBITDA (x)	0.4	0.9	1.6	2.2	3.5	5.3	7.9
Return on capital (%)	27.6	27.0	17.5	13.4	11.3	8.7	3.2
Total debt/capital (%)	12.4	28.3	37.5	42.5	53.7	75.9	113.5
No. of companies	5	17	125	210	281	256	29

Quelle: Standard & Poor's, Adjusted Key U.S. Industrial Financial Ratios, August 2005, 2.

© 2011 Warth & Klein Grant Thornton AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft- Alle Rechte vorbehalten.

61

In diesem Zusammenhang stelle sich jedoch die Frage, ob die noch zulässige, nicht übermäßige Fremdfinanzierung eines Betriebs mit der Relation von Zinsaufwand zu Ertrag sachgerecht gemessen werden kann und ob die 70/30-Relation der Zinsschranke diese Grenze akzeptabel beschreibe. Bonitätsbeurteilungen und Ratings erfolgen auch auf Basis von Kennzahlen. Dabei seien Ertrags- in Relation zur Verschuldungs-Kennziffern wichtig. Denn es ließen sich statistisch belastbare Aussagen über die Abhängigkeit von Kennzahlen zur Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz bzw. Zahlungsunfähigkeit treffen. Wichtig sei allerdings neben der Eigenkapitalquote auch der EBITDA Interest Coverage. Insofern lasse sich damit eine Überfi-

finanzierung anhand des EBITDA/Zinsaufwands-Verhältnis eines Unternehmens erkennen, da sie hohe Zinslasten in Relation zum Ertrag anzeige und ein hoher Zinsanteil für eine unsolide Finanzierung des Unternehmens stehe. Jedoch sei es unüblich, Ratings und Bonitätsbeurteilungen aufgrund einzelner Kennziffern vorzunehmen, da dies zu unzutreffenden Ergebnissen führen würde. Ein sachgerechtes Rating ziele vielmehr auf eine gewichtete Zusammenwertung zahlreicher Hard- und Soft-Facts ab. Dieser fremdübliche Ansatz sei allerdings von einer (zwangsläufig) typisierenden steuergesetzlichen Regelung nicht sinnvoll abbildbar. Insofern könne festgehalten werden, dass die Beurteilung einer Über-Fremdfinanzierung einer Unternehmung sich zwar grundsätzlich mit der Kennziffer Zinsaufwand zu EBITDA gut messen lasse, aber das alleinige Abstellen auf diese Relation nicht ausreiche und damit eine weitere, sehr grobe Typisierung bedeute, die wiederum zu deutlicher Trennungsunschärfe mit entsprechender Streuweite und Kollateralschäden führe. Darauf aufbauend stellt Herr Heyes die Frage der konkreten Ausgestaltung der Kennziffer in Form der 30%-Grenze in den Raum. Das Schrifttum würde die Angemessenheit verneinen, jedoch ohne ausreichende Begründung. Die Unangemessenheit von 30% des EBITDA würde aus den traditionell schlechten und zudem stark branchenheterogenen Eigenkapitalquoten der deutschen Wirtschaft hergeleitet. Sodann werde von den (bekannten) Eigenkapitalquoten auf die Zinsaufwand zu EBITDA Quote geschlossen. Dies sei allerdings wenig aussagekräftig, denn viele unbekannte Größen (wie z. B. Fremdkapitalanteil und –zinssatz) würden geschätzt. Herr Heyes weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass das Verhältnis Zinsaufwand zu EBITDA i.R.d. Zinsschranke nicht untersucht zu sein scheine. Insofern habe er eine solche Untersuchung angestellt.

11. Angemessenheit der 30% EBITDA-Grenze

Lässt sich aus einer Überschreitung von 30% EBITDA auf eine übermäßige Fremdfinanzierung schließen?
 Beispielerkenntnisse I : Standard & Poor/Ratingagentur

Adjusted Key Industrial Financial Ratios, Long-Term Debt [Three-year (2002 to 2004) Medians]							
	AAA	AA	A	BBB	BB	B	CCC
EBIT interest coverage (x)	23.8	19.5	8.0	4.7	2.5	1.2	0.4
EBITDA interest coverage (x)	25.5	24.6	10.2	6.5	3.5	1.9	0.9
= Interest EBITDA coverage	3,9%	4,1%	9,8%	15,4%	28,6%	52,6%	111%

← Investment-Grade
Spekulativ →

- Unternehmen mit 30% EBITDA gelten bereits als hoch fremdfinanziert und damit risikoreich!

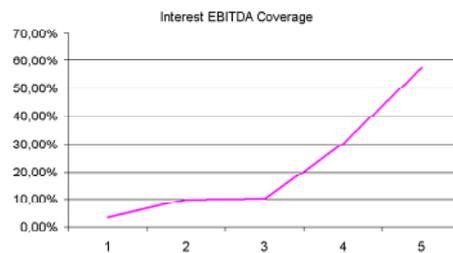
Bei der Analyse der Ratios von Standard & Poor stellt *Herr Heyes* fest, dass ein Unternehmen mit einem 30%igen Zinsaufwand/EBITDA-Ratio bereits als spekulativ anzusehen sei.

11. Angemessenheit der 30% EBITDA-Grenze

Lässt sich aus einer Überschreitung von 30% EBITDA auf eine übermäßige Fremdfinanzierung schließen?
 Bespielerkenntnisse II: Creditreform

Creditreform Rating Agentur	Ø 20% Beste Unternehmen	Ø 20-40% Unternehmen	Ø 40-60% Unternehmen	Ø 60-80% Unternehmen	Ø 20% Schlechteste Unternehmen
EBIT Interest Coverage	19,93	5,49	1,30	1,52	0,72
EBITDA Interest Coverage	30,94	10,19	9,74	3,29	1,74
Interest EBIT Coverage	5,02%	18,21%	76,92%	65,79%	138,89%
Interest EBITDA Coverage	3,23%	9,81%	10,27%	30,40%	57,47%

- Im vierten Quartil liegt die Durchschnittsquote bei rd. 30%
- 30% EBITDA ist mit 65% EBIT vergleichbar.



Hinsichtlich der Daten von Creditreform weist *Herr Heyes* darauf hin, dass die Zinsaufwand/EBITDA-Quote deutlich geringer streue als die Eigenkapitalquote. Sie sei auch branchenabhängig, aber bei weitem nicht so stark. Das Durchschnittsunternehmen liege deutlich unterhalb der 30%-Grenze und sei damit von der Zinsschranke nicht berührt. Dies gelte branchenübergreifend. Nach der hier dargestellten Analyse dürften nur die 20-30% der am stärksten verschuldeten Unternehmen eine Zinsaufwand/EBITDA-Ratio von mehr als 30% haben. Diese Fälle könnten nach seiner Auffassung aber nicht als per se missbräuchlich angesehen werden. Insofern stelle sich die Frage ob dieses Resultat zur Unzulässigkeit der Typisierung führe. *Prof. Seer* stellt in diesem Zusammenhang fest, dass der Gesetzgeber bei der Norm willkürlich vorgegangen sei. Eine solch empirische Sorgfalt hätte der Gesetzgeber bei der Wahl der 30%-Grenze nicht walten lassen. Insofern müsse man ihm helfen. Hier würde ähnlich wie in § 4 Abs. 5 EStG eine Angemessenheitsgrenze gezogen und damit eine verkappte typisierende Abgrenzung von Steuerhoheiten geschaffen. Jedoch stelle sich in diesem Zusammenhang die Frage, wie viel Eigenkapital ein Unternehmen benötige, um kreditwürdig zu sein. *Herr Heyes* sieht die 30%-Grenze als Vorfilter dafür, ob eine hohe Fremdfinanzierung als missbräuchlich gelten kann. Um einen solchen Vergleich herzustellen greife er auf die Empirie zurück. *Prof. Seer* weist hinsichtlich des Missbrauchsbegriffs darauf hin, dass § 4h EStG als Spezialnorm des § 42 AO gelten könne, da ein bestimmtes Verhalten vom Gesetzgeber als „artificial“ (künstlich) angesehen wird. Dies sei grundsätzlich eine gesetzge-

berische Entscheidung. Dennoch hat *Prof. Seer* weiterhin Probleme mit dem Missbrauchsbe-
griff. Wenn man hier Missbrauch definieren und im Anschluss bejahen würde, dann habe eine
Angemessenheitsprüfung zu erfolgen. Dabei sei zu beachten, dass das objektive Nettoprinzip
nicht als absolut zu verstehen sei. *Herr Dr. Weckerle* weist darauf hin, dass die Wirtschafts-
lenkung nicht Aufgabe des Steuergesetzgebers sei. *Herr Heyes* erwidert diesbezüglich, dass
die Zinsschranke ja nur greife, wenn ein Konzern vorliege und dieser hoch fremdfinanziert
sei. Insofern würde er hier keine Wirtschaftslenkung sondern vielmehr eine grobe Miss-
brauchsbekämpfung sehen. *Prof. Seer* fragt in diesem Zusammenhang, welche Norm denn
nach Auffassung von *Herrn Heyes* umgangen wird. Nach seiner Auffassung würde es an einer
solchen Umgehung bisher nämlich mangeln.

5. Zweckerfüllung der Zinsschranke

Aufgrund der fortgeschrittenen Zeit konnte auf diesen Gliederungspunkt nicht mehr einge-
gangen werden.

6. Fazit

Herr Heyes fasst das Ergebnis seines Vortrages wie folgt zusammen. Die Zinsschranke sei ein
schwieriges Konstrukt. Die der Zinsschranke zugrunde liegende theoretische Basis sei durch-
dacht und äußerst innovativ, jedoch gestalte sich die Umsetzung bedeutend schwieriger, und
sei daher sehr grob geraten. Insofern würden von der Zinsschranke auch viele Unternehmen
erfasst, die von der Intention der Regelung her nicht erfasst werden sollten. *Prof. Seer* weist in
diesem Zusammenhang darauf hin, dass ein Missbrauch die Umgehung einer Norm verlange.
Insofern sei zu prüfen ob eine Umgehung i. R. d. § 42 AO einschlägig sei. Wenn kein typi-
sierter Missbrauch vorläge, könne die Norm einer Angemessenheitsprüfung nicht standhalten.

Literaturhinweise

Bundestag: BT-Drs. 16/4841, 1 ff.

Bundesfinanzhof: Urteil v. 14.8.1991, I B 240/90, BStBl. II 1991, 935 ff.

Herzig, Norbert/Liekenbrock, Bernhard: Expertenbefragung zu Rechtsunsicherheiten der
Zinsschranke, Ubg 2011, 102-112.

Kramer, Jörg-Dietrich: Nochmal: Das Darlehen des ausländischen Mitunternehmers an seine
deutsche Personengesellschaft und § 50d Abs. 10 EStG, IStR 2010, 239-241.

Rödter, Thomas: Unternehmensteuerreformgesetz 2008, DStR 2007 Beih. zu Heft 40, 1-19.