

# Münchener Schriften zum Internationalen Steuerrecht Heft 30: Die Zinsschranke im Unternehmensteuerreformgesetz 2008: Zur Frage ihrer Vereinbarkeit mit dem Verfassungs-, Europa- und Abkommensrecht

von  
Shuning Shou

1. Auflage

Münchener Schriften zum Internationalen Steuerrecht Heft 30: Die Zinsschranke im Unternehmensteuerreformgesetz 2008: Zur Frage ihrer Vereinbarkeit mit dem Verfassungs-, Europa- und Abkommensrecht – Shou

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Internat. Steuerrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2010

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 60019 7

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XVII
Literaturverzeichnis .....	XXI

## Einleitung

I. Vorstellungen des Zinsschrankenkonzepts .....	1
1. Die Zinsschranke als Reformkonzept .....	1
2. Untersuchungsgegenstand .....	2
II. Zielsetzung und Aufbau der Untersuchung .....	3
III. Gegenwärtiger Stand der Untersuchung .....	3

## Kapitel 1. Einführung in die Problematik

A. Ausgangslage: Eigen-/Fremdfinanzierung und deren steuerliche Konsequenzen .....	5
I. Eigen- und Fremdfinanzierung und ihre Vergütungen .....	5
1. Eigenkapital im Handelsrecht und Körperschaftsteuerrecht ....	6
2. Fremdkapital .....	6
3. Gegenleistungen für Eigen- bzw. Fremdfinanzierung .....	7
II. Steuerliche Belastungsunterschiede zwischen Eigen- und Fremdfinanzierung auf der Ebene der Gesellschaft nach den Grundregeln .	7
1. Körperschaftsteuer .....	7
2. Gewerbesteuer .....	8
3. Zwischenergebnis .....	8
III. Steuerliche Belastungsunterschiede zwischen Eigen- und Fremdfinanzierung auf der Ebene der Gesellschafter bzw. Darlehensgeber nach den Grundregeln .....	9
1. Besteuerung von Dividenden auf der Ebene der Gesellschafter ..	9
a) Natürliche Person als Gesellschafter .....	9
b) Körperschaft als Gesellschafter .....	9
2. Besteuerung der Zinseinnahmen auf der Ebene der Darlehensgeber .....	10

3. Zwischenergebnis	11
IV. Unterschiedliche steuerliche Gesamtbelastung und die Folge der Gestaltung	11
B. Gegenmaßnahmen im vorherigen deutschen Steuerrecht	14
I. § 8a KStG a.F. als Einschränkung der Gesellschafterfremdfinanzierung	14
1. Die Grundidee des § 8a KStG a.F. und Überblick über dessen Inhalt	14
a) Die Grundidee des § 8a KStG a.F.	14
b) Tatbestandsvoraussetzungen des § 8a KStG a.F. im Überblick	15
c) Rechtsfolge des § 8a KStG a.F.	16
2. Probleme des § 8a KStG a.F.	19
a) Ungeklärte Bereiche bei Tatbestandsmerkmalen und Rechtsfolgen	19
b) Offene Gestaltungs- bzw. Missbrauchsmöglichkeiten	20
c) Verfassungsrechtliche Bedenken	20
d) Europarechtliche Bedenken	21
3. Zwischenergebnis	23
II. Hinzurechnungsbesteuerung gem. §§ 7 ff. AStG	23
1. Geltendes Konzept der Hinzurechnungsbesteuerung	23
a) Tatbestandsvoraussetzungen	24
b) Rechtsfolge	24
2. Europarechtliche Bedenken	25
C. Die Zinsschranke als Reformkonzept	26
I. Grundgedanke und mögliche Variationen der Zinsschranke	27
II. Die Zinsschranke im Unternehmensteuerreformgesetz 2008	28
1. Die Grundregel der Zinsschranke	28
2. Ausnahmen von der Zinsschranke	32
a) Freigrenze	32
b) Keine oder nur anteilmäßige Konzernzugehörigkeit	32
c) Escape-Klausel	33
3. Besonderheiten bei Körperschaften	34
a) „Maßgebliches Einkommen“ anstelle vom „maßgeblichen Gewinn“	34
b) Beschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften	34
c) Einschränkung der Ausnahmen von den Zinsschrankenregelungen	35
d) Sonderregelung für die Organschaft	36

4. Besteuerung des Zinsempfängers .....	36
5. Wirkung bei der Gewerbesteuer .....	37
<i>D. Überblick über die Regelungen in anderen Ländern .....</i>	<i>37</i>
I. Überblick über die Regelungen in den EU-Ländern .....	38
1. Spezielle Unterkapitalisierungsvorschriften in den meisten EU-Ländern .....	38
2. Sonstige Lösungen in den EU-Ländern .....	39
3. Die neue Gesetzgebungsentwicklung in Dänemark und Italien ..	41
a) Dänemark .....	41
b) Italien .....	42
II. Unterkapitalisierungsregelungen in den USA und der Ukraine ....	43
1. „Earnings Stripping Rules“ in den USA .....	43
2. Die Regelungen in der Ukraine .....	44
III. Zwischenfazit .....	45

## Kapitel 2. Vereinbarkeit der Zinsschranke mit dem Verfassungsrecht

<i>A. Vereinbarkeit der Zinsschranke mit dem allgemeinen Gleichheitssatz und den Freiheitsrechten .....</i>	<i>47</i>
I. Vereinbarkeit des Grundkonzepts der Zinsschranke mit dem allgemeinen Gleichheitssatz und den Freiheitsrechten .....	48
1. Grundkonzept der Zinsschranke und das objektive Nettoprinzip	49
a) Das objektive Nettoprinzip als verfassungsrechtliche Vorgabe	50
aa) Literaturmeinungen .....	51
1. Das Gebot der Folgerichtigkeit .....	51
2. Grundrechtliche Konkretisierung des objektiven Nettoprinzi- ps .....	52
bb) Rechtsprechung .....	55
1. Entwicklung der Entscheidungen des Bundesverfas- sungsgerichts .....	55
2. Kompromissantwort des BFH .....	57
cc) Stellungnahme .....	58
b) Durchbrechung des objektiven Nettoprinzi- ps durch die Zins- schränke .....	60
aa) Im Fall des Untergangs des Zinsvortrags .....	61
bb) Beschränkung mit offener Vortragsmöglichkeit .....	62
c) Rechtfertigung der Durchbrechung? .....	63
aa) Rechtfertigung der Zinsschranke als solche .....	64

bb) Rechtfertigung der pauschalierten Beschränkung des § 4h Abs. 1 EStG?	66
1. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Typisierung und Pauschalierung	67
2. Art und Weise der Typisierung und ihre unterschiedlichen Grenzen für den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum	68
3. Rechtfertigung der Pauschalierung in § 4h Abs. 1 EStG?	69
2. Ungleichbehandlung zwischen unterschiedlichen Einkunftsarten	71
a) Gebot der Gleichbehandlung der Einkunftsarten	72
b) Durchbrechung des Gebots der Gleichbehandlung der unterschiedlichen Einkunftsarten durch die Zinsschranke und ihre Rechtfertigung	73
II. Vereinbarkeit der Zinsschranke in ihrer Ausgestaltung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz und den Freiheitsrechten	75
1. Vereinbarkeit der Freigrenze des § 4h Abs. 2 Buchst. a EStG mit dem allgemeinen Gleichheitssatz	75
a) Zuordnung der Pauschalierung in Gestalt der Freigrenze in § 4h Abs. 2 Buchst. a EStG	75
b) Rechtfertigung der Freigrenze	76
2. Ungleichbehandlung der Körperschaften und Personengesellschaften vor dem Gebot der Rechtsformneutralität der Besteuerung	78
a) Das Prinzip der Rechtsformneutralität als verfassungsrechtliches Gebot	78
aa) Gleichheitsrechtliches Gebot	78
bb) Freiheitsrechtliches Gebot	79
cc) Gebot aus dem Finanzverfassungsrecht und dem Steuerstaatsprinzip	81
b) Ergebnis zur Ungleichbehandlung im Rahmen der Einschränkung der Ausnahmeregelungen	82
c) Ergebnis zur Ungleichbehandlung durch Anwendung mehrerer Rechnungslegungsstandards	82
3. Ungleichbehandlung beim tatsächlichen Gesetzesvollzug	84
III. Zwischenergebnis	86
<i>B. Vereinbarkeit der Zinsschranke mit dem Bestimmtheitsgrundsatz</i>	87
I. Anforderung des Bestimmtheitsgebots an das Steuerrecht	88
1. Position des Bundesverfassungsgerichts	88
2. Standpunkt des BFH	89
3. Literaturmeinungen	90

4. Eigene Auffassung .....	92
II. Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz .....	93
1. Zu § 8a Abs. 2 KStG .....	93
2. Zum Betriebsbegriff .....	94
3. Zum Konzernbegriff .....	95

### Kapitel 3. Vereinbarkeit der Zinsschranke mit dem Europarecht

A. Primärrecht .....	99
I. Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit .....	100
1. Diskriminierungsverbot .....	101
a) Keine offene Diskriminierung .....	103
b) Verdeckte Diskriminierung durch die Sonderregelungen für die Organschaft .....	103
aa) Europarechtliche Bewertung der Organschaftsregelungen in der Rechtssprechung und der Literatur .....	104
1. Outbound-Investition .....	105
2. Inbound-Investition .....	106
bb) Subsumierung im Rahmen der Zinsschranke .....	109
1. Verschärfte Anwendung der Zinsschranke auf interna- tionale Konzerne .....	109
2. Keine Möglichkeit zur europarechtskonformen Aus- legung .....	110
3. Rechtfertigung der versteckten Diskriminierung? ....	111
aa) Kohärenz des Steuersystems bzw. Territorialitäts- prinzip als Rechtfertigungsgrund? .....	111
bb) Missbrauchsbekämpfung als Rechtfertigungs- grund? .....	112
2. Beschränkungsverbot .....	114
a) Reichweite des Beschränkungsverbots der Niederlassungs- freiheit .....	117
aa) EuGH .....	117
bb) Schrifttum .....	118
b) Verstoß der Zinsschranke gegen das Beschränkungsverbot der Niederlassungsfreiheit? .....	120
aa) Wirkung der Zinsschranke auf dem nicht harmonisierten Bereich .....	121
bb) Wirkungsrichtung der Zinsschranke .....	122
II. Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit? .....	123
1. Schutzwirkung der Kapitalverkehrsfreiheit .....	124

2. Beschränkungen i.S.d. Kapitalverkehrsfreiheit auf dem Gebiet des Steuerrechts .....	125
a) Erlaubte Beschränkungsmöglichkeiten im Bereich des Steuerrechts .....	126
b) Abgestuftes System der Beschränkungen .....	126
c) Das „Sandoz“-Urteil und das „Columbus Container“-Urteil ..	127
3. Zwischenergebnis zur Zinsschranke .....	128
<b>B. Sekundärrecht .....</b>	<b>128</b>
<b>I. Mutter-Tochter-Richtlinie .....</b>	<b>131</b>
1. Auslegung der Quellenbesteuerung i.S.d. MTRL .....	131
a) Rechtsprechung des EuGH .....	132
aa) Das „Epson“-Urteil .....	132
bb) Das „Athinaiki“-Urteil .....	133
cc) Das „Oce van der Grinten“-Urteil .....	134
dd) Das „Test Claimants in the FII Group Litigation“-Urteil ..	135
ee) Das „Burda“-Urteil .....	136
b) Literaturmeinungen .....	137
2. Eigene Meinung zur Qualifizierung der Zinsschranke im Rahmen der MTRL .....	139
<b>II. Zins- und Lizenzgebührenrichtlinie .....</b>	<b>140</b>
1. Auslegung der „Quellensteuer“ i.S.d. ZLRL .....	140
a) Übertragbarkeit der Auslegung der „Quellensteuer“ i.S.d. MTRL des EuGH auf die ZLRL .....	140
b) Literaturmeinungen .....	141
2. Qualifizierung der Zinsschranke aufgrund der ZLRL .....	143
a) Unwesentlichkeit der Formen .....	143
b) Spezielle wirtschaftliche Wirkung als wesentlicher Maßstab ..	144
c) Bemessungsgrundlage der erhöhten Körperschaftsteuer und Umfang der nicht abziehbaren Zinsaufwendungen .....	145
d) Gebot der Einmalbesteuerung .....	146
3. Die Zinsschranke als Missbrauchsvorschrift i.S.d. ZLRL? .....	147
a) Auslegung der Missbrauchsklauseln der ZLRL .....	147
aa) Übertragbarkeit der Kriterien des Rechtsmissbrauchs von der FRL auf die ZLRL .....	148
bb) Die „Leur-Bloem“-Entscheidung .....	149
b) Die Zinsschranke als zulässige Missbrauchsvorschrift? .....	149
aa) Das „Ob“-Problem .....	150
bb) Das „Wie“-Problem .....	151

**Kapitel 4. Vereinbarkeit der Zinsschranke mit dem Abkommensrecht**

<i>A. Anwendung des Art. 11 OECD-MA auf die Zinsschranke?</i>	154
I. Sachlicher und persönlicher Bezugspunkt des Art. 11 OECD-MA	154
II. Fehlende Anwendbarkeit auf die Zinsschranke	155
<i>B. Vereinbarkeit der Zinsschranke mit Art. 7 OECD-MA</i>	157
I. Gewinnermittlung und Gewinnzuordnung	158
II. Art. 7 Abs. 3 OECD-MA als Vorschrift der Gewinnzuordnung	160
<i>C. Vereinbarkeit der Zinsschranke mit Art. 9 OECD-MA</i>	162
I. Anwendbarkeit auf die Zinsschrankenregelungen	162
1. Schrankenwirkung von Art. 9 Abs. 1 OECD-MA auf die Zinsschranke als innerstaatliche Gewinnberichtigungsvorschrift	163
a) „Lediglich klarstellende Bedeutung“ als überholte Auffassung	163
b) Schrankenwirkung des Art. 9 Abs. 1 OECD-MA	164
c) Die Zinsschranke als Gewinnberichtigungsvorschrift	166
2. Anwendbarkeit von Art. 9 Abs. 1 OECD-MA auf die Zinsschranke als Gewinnkorrekturvorschrift im Rahmen der Finanzierungsentscheidung	167
a) Die Zinsschranke als Korrekturvorschrift im Hinblick auf die Finanzierungsentscheidung	167
b) Anwendbarkeit des Art. 9 Abs. 1 OECD-MA auf die Umqualifizierungsnorm und auf die Zinsschranke	168
3. Keine Befreiung wegen des Zinsvortrags	169
II. Verstoß der Zinsschranke gegen Art. 9 Abs. 1 OECD-MA	170
1. Schutzwirkung auch auf Transaktionen zwischen nicht verbundenen Unternehmen	171
a) Literaturmeinungen	171
b) Stellungnahme	172
c) Zwischenergebnis	174
2. Dealing-at-arm's-length-Prinzip	174
a) Dealing-at-arm's-length-Prinzip als Tatbestandsvoraussetzung	175
b) Dealing-at-arm's-length-Prinzip als Maßstab für den Umfang der Gewinnberichtigung	176
<i>D. Vereinbarkeit der Zinsschranke mit Art. 24 OECD-MA</i>	176
I. Verbot der Staatsangehörigkeitsdiskriminierung (Art. 24 Abs. 1 OECD-MA)	176



II. Verbot der an ausländische Schulden anknüpfenden Diskriminierung (Art. 24 Abs. 4 OECD-MA) . . . . .	177
III. Verbot der Beteiligungsdiskriminierung (Art. 24 Abs. 5 OECD-MA) . . . . .	178
IV. Verbot der Betriebstättendiskriminierung (Art. 24 Abs. 3 OECD-MA) . . . . .	179
1. Betriebstättendiskriminierung durch die Zinsschranke wegen der Organschaftsregelung . . . . .	180
2. Völkerrechtsfreundliche Auslegung des Betriebsbegriffs hinsicht- lich der beschränkt steuerpflichtigen Betriebstätten . . . . .	181
E. Rechtsfolge der Abkommensverletzung . . . . .	183
I. Anwendungsvorrang des Abkommensrechts . . . . .	183
II. Zur Verfassungsmäßigkeit der dem Abkommensrecht widersprechenden nationalen Steuernormen . . . . .	184
Zusammenfassung und Ausblick . . . . .	187