

# Gesellschafterfremdfinanzierung in Frankreich und Zinsschranke - ein Rechtsvergleich

Bearbeitet von  
Anna Sabrina Cryns, Joachim Hennrichs

1. Auflage 2011. Buch. 573 S. Hardcover  
ISBN 978 3 631 61729 8  
Format (B x L): 14,8 x 21 cm  
Gewicht: 830 g

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Unternehmensrecht > Unternehmen und Steuern, Investitionszulage](#)

Zu [Leseprobe](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

# Einleitung

## A. Problemstellung

Die Unternehmensfinanzierung gehört zu einem der zentralen Steuergestaltungsinstrumente. Hintergrund ist, dass die zivilrechtliche Ausgestaltung der Finanzierung einer Kapitalgesellschaft durch ihre Gesellschafter entscheidenden Einfluss auf die Steuerbelastung von Gesellschaft und Gesellschafter hat. In klassischen Körperschaftsteuersystemen geht die Eigenkapitalfinanzierung mit der Doppelbelastung der Dividende<sup>1</sup> einher, während Zinsen primär der Besteuerung auf Ebene des Gläubiger-Gesellschafter unterliegen.<sup>2</sup> Grenzüberschreitend lässt sich damit durch Wahl der Finanzierungsarten Eigen- und Fremdkapital die Ebene des Steuerzugriffs – Sitzstaat der finanzierenden Gesellschaft oder Ansässigkeitsstaat des Anteilseigners – bestimmen.<sup>3</sup> International operierende Unternehmen steht mit der Gestaltung ihrer Finanzierungsstruktur insoweit ein Mittel zur Verfügung, durch das sie in der Lage sind, ein bestehendes Steuersatzgefälle zwischen Quellen- und Ansässigkeitsstaat ohne übermäßigen Aufwand für sich nutzbar zu machen. Gefördert wird dieser „Steuerwettbewerb“<sup>4</sup> zwischen den Staaten auch vom EuGH, der durch eine extensive Interpretation der Marktfreiheiten grundsätzlich jede das grenzüberschreitende Wirtschaften behindernde Regelung verbietet und dadurch Räume für steuervermeidende Gestaltungen eröffnet.<sup>5</sup>

- 
- 1 Die hieraus resultierende Doppelbesteuerung wird jedoch in aller Regel auf Anteilseignerebene abgemildert oder beseitigt. Vgl. dazu *Hey*, in: H/H/R, EStG/KStG, 1999, Einf. KStG, Rn. 9 ff.
  - 2 Vgl. *Helminen*, The Dividend Concept in International Tax Law – Dividend Payments between Corporate Entities, 1999, S. 321; *Rohatgi*, Basic International Taxation, 2005, Volume 1, S. 264 ff.; *Castagnède*, Précis de fiscalité internationale, 2006, S. 77.
  - 3 Vgl. nur *Hey*, Nationale Missbrauchsvorschriften im Spannungsfeld von DBA- und EU-Recht, in: Lüdicke, 2009, S. 137 (141).
  - 4 Eingehend hierzu *Seiler*, Steuerstaat und Binnenmarkt, in: FS für Isensee, 2007, S. 875 ff.
  - 5 Vgl. EuGH v. 16.07.1998, Rs. C-264/96, *ICI*, Slg. 1998, I-4695, Rn. 26; EuGH v. 26.10.1999, Rs. C-294/97, *Eurowings*, Slg. 1999, I-744, Rn. 43 f.

Ein solches Verhalten des Steuerpflichtigen, das sich in schlichter Rechtsanwendung erschöpft, ist für sich selbst genommen nicht dem Vorwurf der Steuerumgehung ausgesetzt. Wie *Fischer*<sup>6</sup> es bereits formulierte, stellt sich die Freiheit, seine Verhältnisse so einzurichten, dass diese eine möglichst geringe steuerliche Belastung nach sich ziehen, als „Magna Charta“ des Steuerpflichtigen dar.

Für den Quellen- und Ansässigkeitsstaat der finanzierten Gesellschaft bedeutet diese Art der Steuerplanung allerdings eine Gefährdung seines Anspruchs auf Besteuerung der dort erwirtschafteten Gewinne, zumal ein Quellenbesteuerungsrecht häufig aufgrund innerstaatlicher Regelungen<sup>7</sup> oder auf supranationaler Ebene<sup>8</sup> ausgeschlossen sein wird. Dass sich die nationalen Gesetzgeber daher gegen eine missbräuchliche Ausnutzung der mit den unterschiedlichen Finanzierungsarten verbundenen Belastungsunterschiede schützen möchten, ist nachvollziehbar und legitim.

Sowohl in Deutschland als auch in Frankreich verstärkten sich schon sehr früh<sup>9</sup> die Bestrebungen, einer übermäßigen Fremdkapitalausstattung von Kapitalgesellschaften durch ihre Anteilseigner einen Riegel vorzuschieben. Der deutsche Gesetzgeber nahm sich dieser Problematik durch den im Zuge des StandOG von 1993<sup>10</sup> eingeführten § 8a KStG jedoch

---

6 Siehe *Fischer*, DB 1996, S. 644 (647).

7 Das deutsche Steuerrecht kennt eine beschränkte Steuerpflicht auf Zinsen gem. § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. c EStG im Wesentlichen nur dann, wenn das Darlehen durch inländischen Grundbesitz gesichert ist. Frankreich verzichtet auf eine abgeltende Quellensteuer gem. Art. 119 bis, 125 A – III CGI in den Fällen des Art. 131 quater CGI und des Art. 119 quater CGI.

8 So versagt die ZL-RL (Richtlinie 2003/49/EG des Rates v. 03.06.2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. EG Nr. L 157 v. 26.06.2003, S. 49) dem Quellenstaat die Besteuerung von Zinszahlungen zwischen verbundenen Unternehmen. Auch sehen zahlreiche Abkommen ein ausschließliches Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaates des Gläubigers vor.

9 Die Diskussion um die steuerliche Behandlung der Gesellschafterfremdfinanzierung setzte in Deutschland mit der Einführung des Anrechnungsverfahrens und der damit einhergehenden Abschaffung der Mehrfachbelastung der durch Kapitalgesellschaften ausgeschütteten Gewinne im Zuge der Körperschaftsteuerreform 1977 ein. Auch in Frankreich sah schon eine Verwaltungsanweisung von 1928 die Nichtabzugsfähigkeit von Zinsen, die an Gesellschafter geleistet wurden, in einigen Konstellationen vor.

10 Vgl. Gesetz zur Verbesserung der steuerlichen Bedingungen zur Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland im europäischen Binnenmarkt (Standortsicherungsgesetz – StandOG) v. 13. September 1993, BStBl. I 1993, S. 774. Vgl. dazu z.B. *Herzig*, StuW 1993, S. 237.

deutlich später als der französische Gesetzgeber an, der bereits 1941<sup>11</sup> die Regelung des Art. 212 Code général des impôts<sup>12</sup> (CGI) zur Gesellschafterfremdfinanzierung verabschiedete. Zwischen beiden Regelungen bestand eine enge sachliche Verzahnung, da sie ab einem bestimmten Fremd-/Eigenkapitalverhältnis an wesentlich beteiligte Gesellschafter gezahlte Zinsen als verdeckte Gewinnausschüttungen (vGA) dem Gewinn der Gesellschaft wieder hinzurechneten. Bedeutender war allerdings, dass sich ihre Anwendungsbereiche ursprünglich auf nicht zur Körperschaftsteuer veranlagten, also hauptsächlich auf ausländische Anteilseigner, begrenzten. Diese Restriktion führte zu ihrem späteren „Todesstoß“: Im Jahre 2002 erklärte der EuGH in seinem Urteil „Lankhorst-Hohorst“<sup>13</sup> die Vorschrift des § 8a KStG a.F. als mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrags unvereinbar. Durch dieses europarechtliche Verdict waren neben Deutschland nun auch viele andere Mitgliedstaaten aufgerufen, ihre ebenfalls nicht EU-konformen Regelungen neu zu fassen. Grundsätzlich standen dabei zwei unterschiedliche Lösungsansätze zur Auswahl: Ein gleichheits- und beschränkungsfreier Zustand konnte entweder durch Beseitigung der die Inländer begünstigenden und die (EU-)Ausländer benachteiligenden Rechtsnorm oder umgekehrt durch gleiche Belastung beider „Parteien“ herbeigeführt werden.

Aus der fiskalischen Interessenlage heraus hat der deutsche Gesetzgeber den letzten Weg gewählt und sich durch das Korb II-Gesetz<sup>14</sup> mit Wirkung zum 01.01.2004 für die Ausdehnung des § 8a KStG auf Inlands-sachverhalte ausgesprochen. Nach den kritischen Worten von *Gosch*<sup>15</sup> ist damit eine „Gleichheit zu Lasten aller“ hergestellt worden.<sup>16</sup>

---

11 Vgl. Gesetz v. 13. Januar 1941, Anhang I. Vgl. dazu *Viegener*, RIW 1982, S. 103; *Dellatre*, Nationalbericht Frankreich, in: IFA, International aspects of thin capitalization, CDFI 1996, Volume LXXXVIB, S. 419; *Bauer*, StuW 2009, S. 163 (166).

12 Allgemeines Steuergesetzbuch.

13 Vgl. EuGH v. 12.12.2002, Rs. C-324/00, *Lankhorst/Hohorst*, Slg. 2002, I-11779.

14 Vgl. Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz v. 22.12.2003, BStBl. I 2001, S. 14. Vgl. außerdem die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 15/1518, S. 14.

15 Vgl. *Gosch*, DStR 2007, S. 1553 (1558 f.).

16 Vgl. auch die Äußerungen des früheren GA *Geelhoed* in dessen Schlussanträgen v. 29.06.2006 in der Rs. *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, Slg. 2007, I-2107, Rn. 68. Darin bedauert er, dass einzelne Mitgliedstaaten „auf Nummer“ sicher gingen, indem sie den Geltungsbereich ihrer Vorschriften auf rein innerstaatliche Sachverhalte ausdehnen, „bei denen die Gefahr des Missbrauchs nicht gegeben“ sei. Eine solche Ausdehnung sei kontraproduktiv und „das Anathema für den Binnenmarkt“. Ebenso *Pohl/Raupach*, Überreglementierung der Besteuerung des

Auch Frankreich reagierte auf die Vorgaben des EuGH. Im Jahre 2003 erklärte der Conseil d'État (CE) als oberstes Finanzgericht<sup>17</sup> in zwei grundlegenden Urteilen „*Andritz*“ und „*SARL Coréal Gestion*“<sup>18</sup> die Vorschrift des Art. 212 CGI als konträr zu solchen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA), die eine Nichtdiskriminierungsklausel enthalten, sowie zu den Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts. Eine Modernisierung des Art. 212 CGI wurde daher als dringend erforderlich angesehen. Dieser Aufgabe nahm sich der französische Gesetzgeber durch das Finanzgesetz für 2006<sup>19</sup> an, welches eine tiefgreifende Änderung und Erweiterung der französischen Regelungen zur steuerrechtlichen Behandlung von Fremdfinanzierungsaufwendungen mit sich brachte. Die neuen erst seit dem 01.01.2007 geltenden „*règles de sous-capitalisation*“ betreffen nunmehr alle in- und ausländischen verbundenen Unternehmen.

In Deutschland sind derartige Reformbestrebungen durch das Unternehmensteuerreformgesetz (UntStRefG) 2008 v. 14.08.2007<sup>20</sup> umgesetzt worden. In diesem Rahmen ist der bisherige Gesellschafterfremdfinanzierungsartikel des § 8a KStG a.F. abgelöst und durch eine „doppelstufige“ Zinsschranke (§§ 4h EStG, 8a KStG n.F.) ersetzt worden. Anlass der Einführung der Zinsschranke waren neben der Gegenfinanzierung der UntStRef vor allem die behauptete Gestaltungsanfälligkeit des § 8a KStG a.F.<sup>21</sup> Mit der Zinsschranke ist ein Paradigmenwechsel in der Behandlung von Fremdfinanzierungsaufwendungen vollzogen worden. Nach § 4h EStG wird die Abzugsfähigkeit von Zinsen nunmehr grundsätzlich auf 30% des steuerlichen EBITDA<sup>22</sup> begrenzt. Der Gesetzgeber beruft sich für diese Regelung auf ausländische Vorbilder, insbesondere

---

Inlandsfalls – Ausweg aus der EG-Rechtswidrigkeit oder Irrweg?, in: FS für Wassermeyer, 2005, S. 179 ff.

- 17 In Frankreich teilen sich sowohl Zivil- als auch Verwaltungsgerichte die Zuständigkeit in Steuerrechtssachen. Die Verwaltungsgerichte sind dabei für die direkten Steuern und die Umsatzsteuer, die Zivilgerichte für die Vermögen-, Register- und Stempelsteuern sowie einige ältere indirekte Steuern zuständig. Vgl. hierzu *Beltrame*, La fiscalité en France, 2009, S. 126 ff.
- 18 Vgl. CE v. 30.12.2003, n° 233–894, *SA Andritz*, RJF 2004, n° 238; CE v. 30.12.2003, n° 249–047, *SARL Coréal Gestion*, RJF 2004, n° 233.
- 19 Vgl. Jahresfinanzgesetz für 2006 v. 30.12.2005, n° 2005–1719, JO v. 31.12.2005, n° 304, S. 20597, Art. 113.
- 20 Vgl. BGBl. I 2007, S. 1912; BStBl. I 2007, S. 630.
- 21 Vgl. *Thiel*, FR 2007, S. 729; ähnlich *Herzig/Bohn*, DB 2007, S. 1; *Möhlenbrock*, Ubg 2008, S. 1 (2). Zweifelfnd hinsichtlich der Gestaltungsanfälligkeit des § 8a KStG a.F. *Töben*, FR 2007, S. 739 (742).
- 22 Earnings before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization.

auf die amerikanische Earnings Stripping Rule des § 163(j) IRC<sup>23</sup>, die ihrerseits auch der französischen Vorschrift Modell gestanden hat. Die vorliegende Arbeit wird jedoch belegen, dass die Zinsschranke weit über Art. 212 CGI hinausgeht und bereits im Vorfeld der Gesetzgebung nicht zu Unrecht als „ambitioniert und ohne Beispiel“<sup>24</sup> bezeichnet wurde.

Deutschland und Frankreich sind jedoch nicht die einzigen Staaten, die über ausgeklügelte gesetzliche Regelungen zur Verhinderung einer übermäßigen Gewinnabsorption durch Fremdfinanzierungsgestaltungen verfügen. Ein Blick ins europäische Ausland zeigt, dass auch dort die grundlegende Überarbeitung der Unterkapitalisierungsvorschriften auf der Tagesordnung steht.<sup>25</sup>

So sind beispielsweise in Italien mit Wirkung ab dem 01.01.2008 in Art. 96 TUIR<sup>26</sup> Neuregelungen<sup>27</sup> zur Abzugsfähigkeit der Zinsaufwendungen eingeführt worden, die in Anlehnung an die deutsche Zinsschranke keine Unterscheidung mehr zwischen Gesellschafterdarlehen und Darlehen eines fremden Dritten vornehmen.<sup>28</sup> Zinsaufwendungen eines Wirtschaftsjahres sind nunmehr in Höhe der Zinserträge desselben Wirtschaftsjahres uneingeschränkt abzugsfähig, darüber hinaus ist der Betriebsausgabenabzug auf 30% des modifizierten Betriebsergebnisses (sog. „risultato operativo lordo“) beschränkt. Vorgesehen ist zudem die Möglichkeit des Vortrags des in einem Jahr nichtabzugsfähigen Netto-

- 
- 23 Eingehend zur amerikanischen Regelung *Peter*, Die deutschen und die amerikanischen Steuerregeln zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Rechtsvergleich, IFSt-Schrift Nr. 436, 2006; *Ernst*, Tax Notes Int'l. 2006, S. 657 ff.; *BDI/KPMG*, Die Behandlung von Finanzierungsaufwendungen – Ein Vergleich der in Deutschland geplanten Zinsschranke mit den Regelungen in den USA, Frankreich und den Niederlanden, Studie v. April 2007, S. 18 ff. (Internetquelle); *Jacobs*, Internationale Unternehmensbesteuerung, 2007, S. 956 ff.; *Goebel/Eilinghoff*, IStR 2008, S. 233 ff.; *Lenz/Dörfler*, DB 2010, S. 16 (20); *Bohm*, Zinsschranke und Alternativmodelle zur Beschränkung des steuerlichen Abzugs, 2009, S. 154 ff.
- 24 Vgl. o.V., Zinsschranke als Ersatz für § 8a KStG, 2006 (Internetquelle). Dem zustimmend *Homburg*, FR 2007, S. 717 (720 f.).
- 25 Einen Vergleich der internationalen Alternativen zur Zinsschranke liefern jüngst *Lenz/Dörfler*, DB 2010, S. 16 (20 ff.).
- 26 Testo Unico delle imposte sui redditi = Einheitstext der Steuern auf das Einkommen.
- 27 Die Neuregelungen ersetzen die alten Unterkapitalisierungsregeln des Art. 98 TUIR sowie den Abzug gem. anteiligem Eigenkapital nach Art. 97 TUIR.
- 28 Vgl. zur italienischen Zinsschranke *Romani/Grabbe/Imbrenda*, IStR 2008, S. 210 ff.; *Rossi*, Tax Notes Int'l. 2008, S. 307 ff.; *Marino/Russo*, Intertax 2008, S. 204 ff.; *Bauer*, StuW 2009, S. 163 (170 f.); *Lenz/Dörfler*, DB 2010, S. 16 (20). Zur Gegenüberstellung mit der deutsche Zinsschranke vgl. *Kessler/Dietrich*, DB 2010, S. 240 (241 ff.).

zinsaufwands.<sup>29</sup> Im Jahre 2010 wurde ferner – wie auch in Deutschland – ein EBITDA-Vortrag eingeführt.<sup>30</sup> Die italienische Neuregelung liefert folglich den Beweis, dass die Zinsschrankenregelung längst kein Unikum mehr darstellt.

Auch in Dänemark ist mit der UntStRef v. 01.07.2007 die Abzugsfähigkeit der Nettofinanzierungsaufwendungen auf 80% des jährlichen steuerlichen EBIT<sup>31</sup> beschränkt worden.<sup>32</sup> Im Unterschied zum deutschen Gesetzgeber hat sich Dänemark allerdings für eine Kumulationslösung<sup>33</sup> entschieden: So sieht § 11 SEL<sup>34</sup> neben der Ergebnisgrenze ein Fremd-/Eigenkapitalverhältnis i.H.v. 4:1 sowie eine (erweiterte) Aktivagrenze<sup>35</sup> vor.<sup>36</sup>

Schließlich lässt sich ein Reformwille auch über Europas Grenzen hinaus feststellen. Beispielhaft kann an dieser Stelle die Volksrepublik China genannt werden. Diese hat zum 01.01.2008 erstmals eine steuerliche „thin capitalization rule“ zur Begrenzung der Gesellschafterfremdfinanzierung eingeführt.<sup>37</sup> Nach dem neuen „Enterprise Income Tax Law“<sup>38</sup> wird der Abzug von Zinsaufwand aus Darlehen von nahe stehenden Gesellschaf-

---

29 In Abweichung zur deutschen Zinsschranke beinhaltet die italienische Zinsschranke allerdings einen Vortrag nicht genutzten Zinsabzugspotentials. Vgl. *Herzig/Bohn*, IStR 2009, S. 253 (261); *Bauer*, StuW 2009, S. 163 (171).

30 Vgl. *Lenz/Dörfler*, DB 2010, S. 18 (21). *Kessler/Dietrich*, DB 2010, S. 240 (241) weisen jedoch darauf hin, dass die italienische Regelung keine zeitliche Beschränkung des Vortrags vorsieht.

31 Earnings before Interest.

32 Vgl. zur dänischen Ergebnisgrenze *Becker-Christensen/Klemp/Hansen/Bjørnholm*, Tax Notes Int'l. 2007, S. 440 ff.; *Pedersen*, Bulletin for International Taxation 2007, S. 489 ff.

33 Zur Kumulationslösung vgl. *Herzig/Bohn*, IStR 2009, S. 253 (259).

34 Selskabsskatteoven (SEL) = dänisches Körperschaftsteuergesetz.

35 Danach bemisst sich die Höhe der maximal abzugsfähigen Zinsaufwendungen nach einer gesetzlich festgelegten (fiktiven) Standardverzinsung des qualifizierten Aktivvermögens, welches sich in Dänemark aus dem Produktivvermögen zusammensetzt. Vgl. ausführlich zur Aktivagrenze *Kessler/Köhler/Knörzner*, IStR 2007, S. 418 (420 u. 421); *Herzig/Bohn*, IStR 2009, S. 253 (257 f.); *Herzig/Bohn/Fritz*, DStR 2009, Beihefter zu Heft 29, S. 61 (65 ff.); *Bohn*, Zinsschranke und Alternativmodelle zur Beschränkung des steuerlichen Abzugs, 2009, S. 329 ff.

36 Vgl. *Herzig/Bohn*, IStR 2009, S. 253 (259); *Bauer*, StuW 2009, S. 163 (173).

37 Vgl. dazu *Wang*, IStR 2008, S. 242 (245 f.); *Becker/Loose*, PISb 2008, S. 37 (39); *Jinyan Li/He Huang*, Bulletin for International Taxation 2008, S. 275 (284).

38 Vgl. Enterprise Income Tax Law of the People's Republic of China v. 16.03.2007, Zhuxiling [2007] No. 63 sowie die Implementation Regulations of the Enterprise Income Tax Law of the People's Republic of China, v. 06.12.2007 (bekanntgegeben am 11.12.2007), Guowuyuanling [2007] No. 512.

ten versagt, wenn das verzinsliche Fremdkapital des chinesischen Unternehmens das Eigenkapital um einen bestimmten Faktor überschreitet.<sup>39</sup> Der konkrete Wert des maximal zulässigen Fremdkapitals ist allerdings noch nicht festgelegt worden.<sup>40</sup> Insgesamt ähnelt die Neuregelung damit der bisherigen deutschen Regelung des § 8a KStG.

Die Reaktionen auf die vom deutschen sowie vom französischen Gesetzgeber gewählten Lösungen zur Bekämpfung einer Verlagerung von Steuersubstrat durch Fremdfinanzierungsgestaltungen sind durchaus unterschiedlich ausgefallen. Während die Regelungen der §§ 4h EStG, 8a KStG massiver Kritik ausgesetzt sind, halten sich die Vorwürfe gegen die französische Vorschrift des Art. 212 CGI in Grenzen. Die erhobenen Einwände setzen an verschiedenen Ebenen an.

Als problematisch erweist sich zunächst die Vereinbarkeit beider Unterkapitalisierungsvorschriften mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen, insbesondere mit dem gleichheitsrechtlich eingeforderten Leistungsfähigkeitsprinzip in Gestalt des objektiven Nettoprinzips. Sowohl in Frankreich als auch in Deutschland stellt das Leistungsfähigkeitsprinzip eines der Fundamentalprinzipien für das Ertragsteuerrecht dar. Der sog. „*faculté contributive*“<sup>41</sup> wird in Art. 13 der französischen Menschenrechtserklärung von 1789 (sog. „*DDHC*“<sup>42</sup>) sogar *expressis verbis* der Rang eines Verfassungsprinzips eingeräumt. Im Grundgesetz fehlt es an einer vergleichbaren Spezialnorm; dennoch erkennt das BVerfG den Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit in st. Rspr.<sup>43</sup> als allgemeines Verfassungsgebot an und leitet diesen aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG ab. Weiter konkretisiert wird das Leistungsfähigkeitsprinzip in beiden Ländern durch das sog. Nettoprinzip bzw. „*principe de l'imposition du revenu net*“. Dieses gebietet die uneingeschränkte Berücksichtigung durch die Erwerbstätigkeit veranlasster Aufwendungen. Da Art. 212 CGI sowie § 4h EStG in bestimmten Fällen

---

39 Vgl. Art. 46 des neuen Unternehmensinkommensteuergesetz sowie Art. 119 der neuen Durchführungsverordnung.

40 Das ursprünglich im Entwurf der Durchführungsverordnung vorgesehene Fremd-/Eigenkapitalverhältnis von 3:1 wurde in die endgültige Fassung nicht übernommen.

41 Der französische Begriff „*faculté*“ meint (steuerliche) Leistungsfähigkeit oder (steuerliches) Leistungsvermögen.

42 Sog. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*.

43 Vgl. BVerfG v. 17.01.1957, 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, 55 (70 f.); BVerfG v. 02.10.1973, 1 BvR 345/73, BVerfGE 36, 66 (72); BVerfG v. 23.11.1976, 1 BvR 150/75, BVerfGE 43, 108 (120); BVerfG v. 03.11.1982, 1 BvR 620/781, BvR 1335/78, 1 BvR 1104/79 u. 1 BvR 363/80, BVerfGE 61, 319 (343 f.); BVerfG v. 22.02.1984, 1 BvL 10/80, BVerfGE 66, 214 (223); BVerfG v. 22.06.1995, 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 (134 ff.).



den Abzug betrieblich veranlasster Zinsaufwendungen verbieten, sind sie verdächtig, gegen das objektive Nettoprinzip zu verstoßen.

In Frankreich ist die Problematik einer möglichen Verletzung des objektiven Nettoprinzips allerdings nicht thematisiert worden. Weshalb ein solches Bedürfnis bislang nicht bestand, könnte zum einen daran liegen, dass der Conseil Constitutionnel<sup>44</sup> (C.C.) bis vor kurzem in formeller Hinsicht (Steuer-) Gesetze lediglich vor deren Inkrafttreten überprüfen durfte – und dies nur nach Anrufung ausgewählter Personenkreise<sup>45</sup>. Eine Möglichkeit, Art. 212 CGI im Nachhinein zu Fall zu bringen, bestand folglich nicht. Seit der Verfassungsänderung v. 23.07.2008<sup>46</sup>, durch die eine konkrete Normenkontrolle in die französische Verfassung verankert wurde, ist dieser Wege allerdings nunmehr theoretisch eröffnet. Zum anderen ist von Bedeutung, dass die Verfassungskontrolle in materieller Hinsicht beschränkt ist: Einen Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip nimmt das französische Verfassungsgericht nur bei einem offenbaren Einschätzungsirrtum des Gesetzgebers (sog. „erreuer manifeste d’appréciation“) an.

In Deutschland hingegen ist die Diskussion um die Vereinbarkeit der Zinsschranke mit dem objektiven Nettoprinzip in voller Schärfe entbrannt. Im Vergleich zum C.C. stellt das BVerfG deutlich höhere Anforderungen an die Konformität einer Vorschrift mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip bzw. objektiven Nettoprinzip. Durchbrechungen werden nur bei Vorliegen eines besonderen, sachlich rechtfertigenden Grundes gebilligt.<sup>47</sup> Zwar ist auch hier der Kontrollmaßstab dadurch herabgesetzt, dass dem Gesetzgeber die Befugnis eingeräumt wird, typisierende und pauschalierende Regelungen zu treffen.<sup>48</sup> Allerdings müssen diese Typisierungen realitätsgerecht sein und den Anforderungen des Verhältnis-

---

44 Französisches Verfassungsgericht. Zur Entstehung und Organisation des Verfassungsgerichts vgl. *Rousseau*, *Droit du contentieux constitutionnel*, 2008, S. 23 ff.; *Blachèr*, *Droit constitutionnel*, 2009, S. 39 ff.

45 Insbesondere ist eine Anrufung durch den Bürger unzulässig. Im Gegensatz zur deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit ist das Verfahren vor dem C.C. folglich eine Kontrollinstanz im Gesetzgebungsverfahren, aber keine Rechtsschutzinstanz für den Bürger.

46 Vgl. loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République v. 23.07.2008, n° 2008–724, JO v. 24.07.2008, S. 11890, Art. 29 u. 30.

47 Vgl. BVerfG v. 30.09.1998, 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88 (95 ff.); BVerfG v. 04.12.2002, 2 BvR 400/98, BVerfGE 107, 27 (48); BVerfG v. 21.06.2006, 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164 (181).

48 St. Rspr., vgl. BVerfG v. 10.04.1997, 2 BvL 77/92, BVerfGE 96, 1 (6) m.w.N.

mäßigkeitsgrundsatzes genügen.<sup>49</sup> Vorausgesetzt, eine Verletzung des Nettoprinzips wird nicht bereits aufgrund der Möglichkeit des Zinsvortrags negiert, wird zu prüfen sein, ob der deutsche Gesetzgeber den von ihm angegebenen<sup>50</sup> und allein anzuerkennenden<sup>51</sup> Missbrauchsvermeidungszweck zielgenau und normenklar in §§ 4h EStG, 8a KStG umgesetzt hat.

Neben einer Beanstandung ihrer ungleichen Wirkungen sind §§ 4h EStG, 8a KStG u. Art. 212 CGI zudem verdächtig, gegen Europäisches Recht zu verstoßen. Zwar finden beide Regelungen rein formal sowohl auf grenzüberschreitende Sachverhalte als auch auf Inlandssachverhalte Anwendung. Insoweit scheinen sie auf den ersten Blick nicht dem Einwand ausgesetzt zu sein, grenzüberschreitend innerhalb der EU investierende Unternehmen zu behindern. Europarechtliche Probleme bereitet im Rahmen der Zinsschranke allerdings die „Organschaftsklausel“ in § 15 Satz 1 Nr. 3 KStG, wonach der gesamte Organkreis als ein Betrieb gilt. Durch diese Fiktion wird nur Inlandskonzernen die Möglichkeit eröffnet, der Zinsschranke durch Begründung einer Organschaft weitgehend auszuweichen. Ähnlich werden auch in Frankreich nur national tätige Unternehmen in die Lage versetzt, durch die Bildung einer körperschaftsteuerlichen sog. „*intégration fiscale*“ gem. Art. 223 B CGI nichtabzugsfähigen Zinsaufwand auf Ebene einer Organgesellschaft vom zu versteuernden Ergebnis der Gruppe abzuziehen. Darin könnte eine unzulässige Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG bzw. der Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 56 EG gesehen werden. Auch sekundäres Gemeinschaftsrecht könnte von §§ 4h EStG, 8a KStG u. Art. 212 CGI betroffen sein, und zwar die Zins- und Lizenzgebührenrichtlinie (ZL-RL)<sup>52</sup>. Der Grund liegt in der „technischen“ Ausgestaltung beider Regelungen. Wenn die Nichtabzugsfähigkeit von Zinsaufwand durch Umqualifikation in vGA erfolgt, liegt kein Zinsaufwand vor; die

---

49 Zu Recht *Hey*, *StuW* 2008, S. 167 (176); *Drüen*, *StuW* 2008, S. 3 (14). Auch *Englisch*, *StuW* 2007, S. 221 (232) geht von einem „Verhältnismäßigkeitsvorbehalt“ aus.

50 Vgl. BT-Drucks. 16/4841, S. 35.

51 Es wird sich zeigen, dass das andere vom Gesetzgeber angegebene Ziel der Sicherung des inländischen Steuersubstrats als Rechtfertigungsgrund ungeeignet ist. Vgl. unten Dritter Teil A. II. 2. b. aa. u. bb. Vgl. auch *Homburg*, *FR* 2007, S. 717 (726); *Lang*, Kritik an der Unternehmensteuerreform 2008, in: *FS für Reiss*, 2008, S. 379 (391); *Drüen*, *StuW* 2008, S. 3 (11 f.); *Musil*, *DB* 2008, S. 12 (14 f.); *Hey*, in: *Tipke/Lang*, *Steuerrecht*, 2010, § 11 Rn. 56.

52 Vgl. Richtlinie 2003/49/EG des Rates v. 03.06.2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten, *ABl. EG* Nr. L 157 v. 26.06.2003, S. 49.

ZL-RL ist mithin nicht anwendbar. Anders verhält es sich bei schlichter Nichtabzugsfähigkeit mit voller Versteuerung der Zinsen beim Empfänger. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob sich hinter der möglichen Nichtabzugsfähigkeit von Zinsaufwand eine verdeckte und unzulässige Besteuerung im Quellenstaat verbirgt.

Schließlich könnte sich auch das Abkommensrecht als Hürde für beide Unterkapitalisierungsvorschriften erweisen. Sowohl die Zinsschranke als auch Art. 212 CGI führen dazu, dass der Gewinn der Schuldner-Gesellschaft durch die Nichtabziehbarkeit bestimmter Zinszahlungen an Anteilseigner korrigiert wird. Da Art. 9 Abs. 1 OECD-MA eine Gewinnberichtigung zwischen verbundenen Unternehmen jedoch nur in den Grenzen des Fremdvergleichs zulässt, ist zu untersuchen, ob beide Vorschriften diesen Anforderungen gerecht werden. Ähnlich beschränkt auch Art. 11 Abs. 6 OECD-MA die Anwendung des Zinsartikels auf solche Zinszahlungen, die einem Fremdvergleich entsprechen. Ob diese Vorschrift allerdings einschlägig ist, wird davon abhängen, ob sie überhaupt Fälle einer übermäßigen Fremdfinanzierung erfasst. Ferner stellt sich die Frage, ob das Abkommensrecht die Behandlung der Zinszahlungen als Zinseinkünfte beim Empfänger erlaubt bzw. ob es ggf. Maßnahmen zur Vermeidung wirtschaftlicher Doppelbesteuerung vorsieht.

Innerhalb dieser rechtlichen Koordinaten ist die Problematik der Zinsschranke und des Art. 212 CGI anzusiedeln, welche Gegenstand dieser Untersuchung sind.

## **B. Gang der Untersuchung**

Im ersten Teil der Arbeit erfolgt eine Darstellung der Grundlagen der Gesellschafterfremdfinanzierung, um ein gewisses Grundverständnis für die Thematik zu eröffnen. In diesem Zusammenhang wird eine Abgrenzung zwischen der Eigen- und Fremdfinanzierung vorgenommen sowie auf die Besonderheiten hybrider Finanzierungsinstrumente eingegangen. Einen Schwerpunkt dieses Abschnitts bildet der steuerrechtliche Vergleich der Gesellschafterfremdfinanzierung gegenüber der Eigenfinanzierung sowohl im französischen und deutschen Inlandsfall als auch im deutsch-französischen grenzüberschreitenden Sachverhalt.

Der zweite Teil der Arbeit beschäftigt sich mit den in Frankreich und Deutschland bestehenden Unterkapitalisierungsvorschriften. Beleuchtet wird zunächst die französische Regelung der Gesellschafterfremdfinan-

zierung in Art. 212 CGI. Im Fokus der vorgenommenen Untersuchung stehen – neben der Entstehungsgeschichte – Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen der Vorschrift. Dem wird im Anschluss aus rechtsvergleichender Perspektive die durch das UntStRefG 2008 eingeführte Zinsschranke gem. §§ 4h EStG, 8a KStG gegenübergestellt. Dieser Vergleich erscheint angebracht, wurde doch bei Einführung der Zinsschranke auf die amerikanische „earnings stripping limitation“ gem. IRC § 163 (j) und damit auch indirekt auf die französische Regelung des Art. 212 CGI, die an dieser Vorschrift ebenfalls starke Anleihen nimmt, Bezug genommen<sup>53</sup>.

Im dritten Teil der Arbeit werden die französische Gesellschafterfremdfinanzierungsvorschrift und die Zinsschranke einer kritischen Würdigung unterzogen. Beurteilt werden beide Vorschriften dabei nach verfassungsrechtlichen Grundsätzen sowie nach Europa- und Abkommensrecht. Dieser Teil der Arbeit bildet neben dem Rechtsvergleich den Schwerpunkt der Ausarbeitungen.

Im vierten Teil der Arbeit werden auf Grundlage der Erkenntnisse der vorherigen Untersuchungen verschiedene Lösungsmöglichkeiten erörtert. Aufgezeigt werden zunächst einige Lösungsansätze auf europäischer Ebene. Dem schließt sich ein eigenständiger nationaler Lösungsvorschlag an, der möglichst weitgehend die verschiedenen Ebenen der Kritik anspricht und mit dem Regelungszweck der Missbrauchsvermeidung in Einklang gebracht werden soll. Dieser eigene Lösungsvorschlag wird anschließend auf den Prüfstein verfassungs-, europa- und abkommensrechtlicher Grundsätze gestellt.

Die Arbeit endet mit einer Zusammenfassung der zentralen Ergebnisse.

---

53 Vgl. z.B. Kröner/Esterer, DB 2006, S. 2084 (2086); Welling, FR 2007, S. 735 (738).