

A. Die Zinsschranke¹

Bearbeiter: Prof. Dr. Thomas Rödder

I. Ausgangspunkt und Überblick

- 1 Ein bedeutender Bestandteil der Unternehmensteuerreform 2008 ist die Einführung der sog. Zinsschranke (Einführung von § 4h EStG n.F. und eines neuen § 8a KStG unter Wegfall des bisherigen § 8a KStG).² Durch die Zinsschranke werden die steuerlichen Rahmenbedingungen für die Unternehmensfinanzierung in ihren Grundfesten verändert.³
- 2 Ausgangspunkt der Zinsschrankenregelung ist die finanzpolitische Einschätzung, dass – idealtypisch gesehen – mehrere Fallgruppen der Unternehmens- und Konzernfinanzierung aus fiskalischer Sicht als problematisch einzustufen sind, weil sie einen Verlust an Steuersubstrat für den deutschen Fiskus auslösen (übermäßige Down-stream-Inboundfinanzierung durch Gesellschafter,⁴ Up-stream-Inboundfinanzierung durch ausländische Tochtergesellschaften, Refinanzierung von Outboundinvestments). Trotz des Abzielens auf diese Fallkonstellationen erfasst die Zinsschranke alle Zinsaufwendungen, also auch die aus normalen in- und ausländischen Bankfinanzierungen von Inlandsinvestments. Die Zinsschranke regelt ein (idealerweise nur temporär wirkendes) Betriebsausgabenabzugsverbot, eine Umqualifizierung in eine vGA⁵ findet nicht statt.
- 3 Gem. § 52 Abs. 12d EStG n.F. gilt § 4h EStG n.F. erstmals für Wirtschaftsjahre, die nach dem Tag des Gesetzesbeschlusses des BT (25. 5. 2007) beginnen und nicht vor dem 1. 1. 2008 enden. Entsprechendes gilt für § 8a KStG n.F.
Im Überblick ist bei der Prüfung der Zinsschranke wie folgt vorzugehen:
- 4 *Erste Prüfungsschritte*
 - Identifizierung des relevanten Betriebs (vor allem: Personengesellschaft, Kapitalgesellschaft, Organkreis).
 - Feststellung der Konzernfreiheit bzw. Konzernzugehörigkeit des relevanten Betriebs (anhand des zinsschrankenspezifischen weiten Konzernbegriffs).

¹ Zum Teil in Anlehnung an Rödder/Stangl, DB 2007, 479. Vgl. auch z.B. Dörfner/Vogl, BB 2007, 1084; Fühlich, ISfR 2007, 341; Heintges/Kamphaus/Loitz, DB 2007, 1261; Hennrichs, DB 2007, 2101; Herzig/Liekenbrock, DB 2007, 2387; Homburg, FR 2007, 717; Köhler, DStR 2007, 597; Lüdenbach/Hoffmann, DStR 2007, 636; Neumann, EStB 2007, 292; Stangl/Hageböke in: Schaumburg/Rödder, Unternehmensteuerreform 2008; Thiel, FR 2007, 729; Töben/Fischer, GmbHR 2007, 532; BB 2007, 974; Wagner, BB 2007, 1811.

² Flankierende Änderungen sind in § 15 Satz 1 Nr. 3 KStG n.F. und in die §§ 4 Abs. 2 Satz 2, 20 Abs. 9 und 24 Abs. 6 UmwStG n.F. aufgenommen worden.

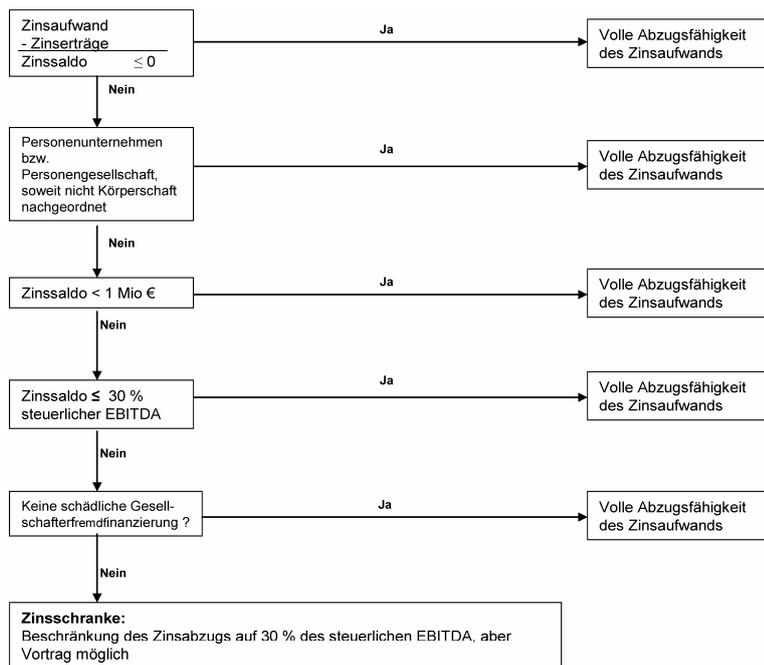
³ Zur Frage der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung, wenn und soweit die Zinsschranke nicht greift, vgl. § 8 Nr. 1 GewStG n.F.

⁴ Auch Hinweis auf die Fälle der Finanzierung durch nahestehende Personen sowie die Fälle der Rückgriffsfinanzierung.

⁵ Siehe auch § 10 Rz. 390.

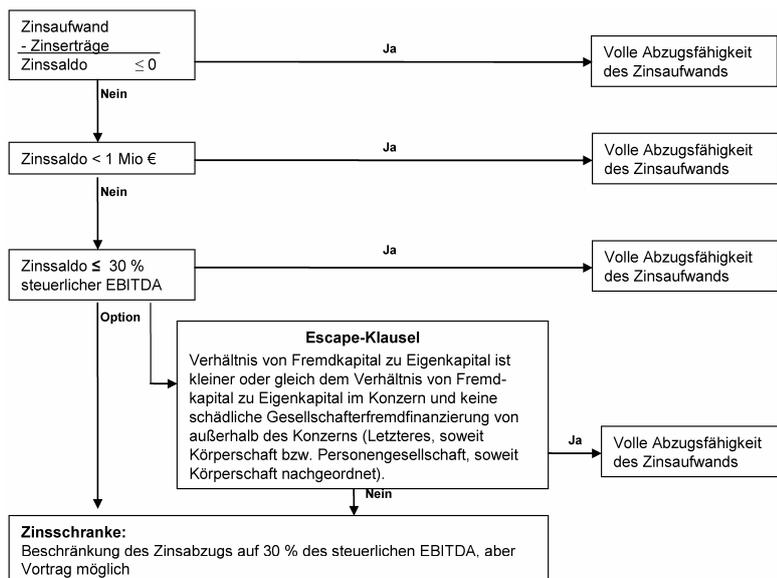
Prüfschema für den Nichtkonzernfall

5



Prüfschema für den Konzernfall

6



(einstweilen frei)

7-9

II. Zinsschranken-Grundregel

10 Die Zinsschranken-Grundregel ist in § 4h Abs. 1 S. 1 EStG n.F. enthalten, greift also (auch) für Personenunternehmen. Danach sind Zinsaufwendungen eines Betriebs abziehbar in Höhe des Zinsertrags, darüber hinaus nur bis zur Höhe von 30% des um die Zinsaufwendungen und um die nach § 6 Abs. 2 S. 1, § 6 Abs. 2a S. 2 und § 7 EStG abgesetzten Beträge erhöhten und um die Zinserträge verminderten maßgeblichen Gewinns.

11 § 4h Abs. 1 S. 1 EStG n.F. stellt auf die Zinsaufwendungen eines „Betriebs“ ab. Hiermit soll zum Ausdruck kommen, dass für jeden Betrieb eines Steuerpflichtigen (mit dem Gewinneinkünfte erzielt werden)⁶ eine eigenständige Zinsschranke zu errechnen ist. Auch für (Gewinneinkünfte erzielende) Personengesellschaften⁷ dürfte eine eigenständige Zinsschranke gelten. Personengesellschaften bilden mit ihrem gesamten steuerlichen Betriebsvermögen (inkl. Sonder- und Ergänzungsbilanzen) einen Betrieb.⁸ Auch Kapitalgesellschaften⁹ haben immer einen Betrieb.¹⁰ Nach § 15 S. 1 Nr. 3 KStG n.F. sind Organgesellschaften¹¹ und Organträger wie ein Betrieb zu behandeln.¹² Auch ein mehrstufiger Organkreis (Kettenorganschaft) gilt insgesamt als ein Betrieb. Ausweislich der Begründung des RegE sollen als Betriebe i.S.d. § 4h EStG nur inländische Betriebe anzusehen sein.

Da Personengesellschaften – gewerbesteuerähnlich – als Betrieb für Zwecke der Zinsschranke angesehen werden, auf der anderen Seite aber einkommensteuerlich Transparenz gegeben ist, wirkt sich das steuerliche Ergebnis einer Personengesellschaft für Zwecke der Zinsschranke – überschießend – zweifach aus: bei der Personengesellschaft selbst sowie bei den Mitunternehmern. Der Gesetzeswortlaut lässt eine Kürzung wie in § 9 Nr. 2 GewStG nicht zu.¹³

Ausländische Betriebstätten eines inländischen Stammhauses sind kein eigenständiger Betrieb i.S.d. § 4h EStG. Für die EK-Dotation¹⁴ der Betriebstätte gelten unverändert die bisherigen Grundsätze.¹⁵

⁶ Auf die Art der Gewinnermittlung kommt es nicht an. Die Anwendbarkeit auf §§ 13 und 18 EStG ist allerdings str.

⁷ Siehe § 2 Rz. 220 sowie zu Personengesellschaften im Konzernverbund § 3 Rz. 515.

⁸ Aufgrund des Einbezugs der Zinsaufwendungen und -erträge im Sonderbetriebsvermögen können sich gravierende fremdbestimmte Steuerwirkungen und besondere Verrechnungsfragen ergeben.

⁹ Siehe § 2 Rz. 152.

¹⁰ Vgl. auch den Sonderfall (inländische Objektgesellschaften) des § 8a Abs. 1 S. 4 KStG n.F.

¹¹ Siehe § 3 Rz. 156.

¹² Hierzu wird sich der Technik der Bruttomethode bedient: § 4h EStG n.F. ist auf Ebene der Organgesellschaft nicht anzuwenden; Zinsaufwendungen und -erträge der Organgesellschaft (und – bei sachgerechtem Verständnis – auch: Abschreibungen) sind dem Organträger zuzurechnen und unterliegen dort den Schranken des § 4h EStG n.F. bzw. des § 8a KStG n.F. Finanzierungen im Organkreis sind für Zwecke der Zinsschranke irrelevant. Auch der Freibetrag und die Prüfung des sog. Escapes beziehen sich bei sachgerechtem Verständnis auf den Organkreis insgesamt. Ist eine inländische Betriebstätte Organträger, wird in den Betrieb Organkreis das ausländische Stammhaus wohl nicht einbezogen.

¹³ Vgl. aber zu § 4 Abs. 4a EStG BMF v. 17. 11. 2005, BStBl. I 2005, 1019 Rz. 8.

¹⁴ Zum Dotationskapital siehe auch § 7 Rz. 310.

Die Zinsschranke greift nach § 4h Abs. 1 S. 1 EStG n.F. unabhängig davon, ob die Zinsen an einen Gesellschafter oder bspw. an eine fremde Bank gezahlt werden.¹⁶ Von der Zinsschranke ist der Zinsaufwandssaldo (i.S.v. Zinsaufwendungen ./. Zinserträge) des „Betriebs“ erfasst. Über die Zinserträge hinausgehende Zinsaufwendungen sind nur bis zur Höhe von 30% des um die Zinsaufwendungen und die Abschreibungen i.S.v. §§ 6 Abs. 2 S. 1, 6 Abs. 2 a S. 2 und § 7 EStG erhöhten und um die Zinserträge verminderten „maßgeblichen Gewinns“ des „Betriebs“ abziehbar. Nach § 4h Abs. 3 S. 1 EStG n.F. ist dieser „maßgebliche Gewinn“ als steuerpflichtiger Gewinn definiert, der nach den Vorschriften des EStG mit Ausnahme des § 4h Abs. 1 EStG n.F. zu ermitteln ist. Die Zinsschranke knüpft daher im Ergebnis an ein „steuerliches EBITDA“ an. Durch das Abstellen auf den steuerpflichtigen Gewinn kann sich das steuerliche EBITDA von dem in der Betriebswirtschaftslehre üblicherweise verwendeten EBITDA drastisch unterscheiden.

Für Kapitalgesellschaften ist die Zinsschranke in § 8a Abs. 1 S. 1 und S. 2 KStG n.F. geregelt. § 4h Abs. 1 S. 1 EStG ist danach mit der Maßgabe anzuwenden, dass anstelle des maßgeblichen Gewinns das maßgebliche Einkommen zu berücksichtigen ist. Maßgebliches Einkommen ist das nach den Vorschriften des EStG und KStG ermittelte Einkommen mit Ausnahme der §§ 4h und 10d EStG und § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG. Bei Kapitalgesellschaften wird somit nicht auf den Gewinn, sondern auf das Einkommen abgestellt, was nach der Begründung des RegE bspw. zur Folge haben soll, dass Einkommenserhöhungen aufgrund von vGAs das steuerliche EBITDA und damit das Zinsausgleichsvolumen erhöhen. Wesentlich ist diese Weichenstellung auch im Hinblick auf § 8b KStG. Denn sie bedeutet, dass bspw. aus Gewinnausschüttungen nur 5% für eine Erhöhung des Zinsausgleichsvolumens zur Verfügung stehen, was insb. bei Holdinggesellschaften¹⁷ zu Problemen führt.¹⁸

Welche Zinsaufwendungen und -erträge (die „betriebsbezogen“ zu ermitteln sind) von der Zinsschranke erfasst werden, wird von § 4h Abs. 3 S. 2 bis 4 EStG geregelt. Danach sind Zinsaufwendungen Vergütungen für Fremdkapital, die den maßgeblichen Gewinn gemindert haben. Zinserträge sind Erträge aus Kapitalforderungen jeder Art, die den maßgeblichen Gewinn erhöht haben. Die Auf- und Abzinsung unverzinslicher oder niedrig verzinslicher Verbindlichkeiten oder Kapitalforderungen führen ebenfalls zu Zinserträgen oder Zinsaufwendungen. Durch das Abstellen auf „Fremdkapital“ und „Kapitalforderungen“ gilt im Grundsatz ein enger Zinsbegriff. Nach der Begründung zum RegE sollen bspw. Dividenden, Zinsen nach § 233ff. AO, Skonti und Boni nicht von der Zinsschranke erfasst werden. § 4h Abs. 3 S. 4 EStG n.F. dehnt den Zinsbegriff auch auf rechnerische Zinsen in unverzinslichen und niedrig verzinslichen Verbindlichkeiten/Kapitalforderungen aus. Aufzinsungen von Rückstellungen dürften

¹⁵ BMF v. 24. 12. 1999, BStBl. I 1999, 1076.

¹⁶ Zu der Bedeutung einer Konzernzugehörigkeit siehe jedoch Rz. 51.

¹⁷ Zur Holding siehe auch § 8 Rz. 100ff.

¹⁸ Dies ist ein Beispiel dafür, dass das steuerliche EBITDA i.S.d. § 4h EStG n.F. drastisch von einem EBITDA im üblichen betriebswirtschaftlichen Sinne abweichen kann. Für Holdinggesellschaften kommt erschwerend hinzu, dass im Rahmen der Escape-Klausel eine Beteiligungsbuchwertkürzung vorgesehen ist, ohne eine Ausnahme für Holdinggesellschaften vorzusehen. Zur Escape-Klausel siehe auch § 3 Rz. 569.

§ 10 15–21

A. Die Zinsschranke

nach der Gesetzesformulierung nicht zu den Zinsaufwendungen zählen. Zinserträge in gehaltenen Investmentfonds sind relevante Zinserträge (§ 2 Abs. 2 a InvStG i. d. F. des JStG 2008).

Es gibt keine Bereichsausnahme der Zinsschranke für Banken etc. Dies kann problematisch sein, wenn Zinsaufwendungen Erträge gegenüberstehen, die nicht als Zinserträge im vorstehenden Sinne qualifiziert werden können. Entsprechendes gilt z.B. auch bei Leasingunternehmen.

15–19 (einstweilen frei)

III. Rechtsfolge und Wirkungen der Zinsschranke

20 Rechtsfolge der Zinsschranke ist die (idealiter nur temporäre) Nichtabziehbarkeit der Zinsen auf Ebene des Zinszahlenden (zum Zinsvortrag siehe Rz. 35 ff.). Eine Umqualifizierung auf der Ebene des Zinsempfängers bzw. Anteilseigners findet – anders als dies nach der Verwaltungsauffassung zu § 8 a KStG der Fall ist¹⁹ – nicht statt.

Die folgenden Beispiele stellen die Steuerwirkungen der Zinsschranke für den Einperiodenfall bei Fehlen von Abschreibungen dar. Hierbei wird die Regelung nach § 4h EStG n. F., die im Ergebnis nur zu 30% des steuerlichen EBITDA frei verrechenbaren Zinsaufwendungen führt, mit dem Status quo verglichen (ohne Anwendung des § 8 a KStG).²⁰

21

Variante 1	Status Quo	Zinsschranke
Steuerl. EBIT(DA) ²¹	100,00	100,00
./. Zinsen	100,00	100,00
Ergebnis nach Zinsen	0,00	0,00
MindestBMG	0,00	70,00
GewSt-Hinzur.	50,00	7,50
./. GewSt	8,34	10,85
./. KSt/SolZ	0	11,09
Ergebnis nach Steuern	- 8,34	- 21,94
Steuersatz in %	8,34/0,00	21,94/0,00

Variante 2	Status Quo	Zinsschranke
Steuerl. EBIT(DA) ²¹	50,00	50,00
./. Zinsen	100,00	100,00
Ergebnis nach Zinsen	- 50,00	- 50,00
MindestBMG	0,00	35,00
GewSt-Hinzur.	50,00	3,75
./. GewSt	0	5,43
./. KSt/SolZ	0	5,54
Ergebnis nach Steuern	- 50,00	- 60,97
Steuersatz in %	0,00/-50,00	10,97/-50,00

¹⁹ Vgl. BMF v. 5. 7. 2004, IV A 2 – S 2742 a – 20/04, BStBl I 2004, 593 Rz. 11.

²⁰ Unter Zugrundelegung von § 8 Nr. 1 GewStG n.F. sowie der künftigen Ertragsteuerbelastung bei einem Hebesatz von 400%.

²¹ Nichtvorhandensein von Abschreibungen unterstellt.

Variante 3	Status Quo	Zinsschranke
Steuerl. EBIT(DA) ²¹	100,00	100,00
./ Zinsen	50,00	50,00
Ergebnis nach Zinsen	50,00	50,00
MindestBMG	0,00	70,00
GewSt-Hinzur.	12,50	7,50
./ GewSt	12,51	10,85
./ KSt/SolZ	9,89	11,09
Ergebnis nach Steuern	27,60	28,06
Steuersatz in %	44,80	43,88

Vorstehend wird deutlich, in welchem Umfang durch die Zinsschranke gegen das Nettoprinzip verstoßen werden kann. Gerade bei nicht prosperierenden Unternehmen kann sie sich drastisch auswirken. Dass ein Zinsvortrag gewährt wird, wird häufig nicht helfen. Es wird sich zeigen, ob die Verwerfungen in der Praxis so groß sind, dass die Zinsschranke geändert werden muss. Jedenfalls bei einer konjunkturellen Eintrübung dürfte die Wahrscheinlichkeit dafür sehr hoch sein.
(einstweilen frei)

22–34

IV. Zinsvortrag

Nach § 4h Abs. 1 Satz 2 und 3 EStG n. F. sind Zinsaufwendungen, die nicht abgezogen werden dürfen, in die folgenden Wirtschaftsjahre vorzutragen (Zinsvortrag). Sie erhöhen die Zinsaufwendungen dieser Wirtschaftsjahre, nicht aber den maßgeblichen Gewinn. Von der Zinsschranke erfasste Zinsaufwendungen sind mithin grds. nur temporär als nicht abzugsfähige Betriebsausgaben zu qualifizieren. Sie können in folgende Wirtschaftsjahre vorgetragen und dort unter Beachtung der Regelung zur Zinsschranke gegebenenfalls abgezogen werden.²² Ist die Abzugsfähigkeit der Zinsen in Folgeperioden wahrscheinlich (was allerdings bei der gegenwärtigen Gesetzesfassung nur eher selten der Fall sein wird), können in der Rechnungslegung²³ nach IFRS bzw. US-GAAP im Jahr des Greifens der Zinsschranke aktive latente Steuern gebildet werden, sodass in diesen Fällen die Zinsschranke keinen Einfluss auf die effektive Steuerquote haben sollte.

Der Zusammenhang des Zinsvortrags mit der Mindestbesteuerung wird im Gesetz nicht explizit geregelt. Aus der Gesetzssystematik ergibt sich aber, dass zunächst die Verrechnung von Zinsvorträgen im Rahmen der Zinsschranke zur Anwendung kommt, bevor der Mindestbesteuerungsmechanismus bei der Verrechnung von Verlustvorträgen greift. Sollte der Zinsvortrag aufgrund des Greifens einer Escape-Klausel oder aus anderen Gründen in einem Vortragsjahr zu abzugsfähigen Zinsaufwendungen führen, die einen Verlust verursachen oder erhöhen, würde der Betrag dementsprechend in den normalen Mindestbesteuerungsmechanismus der Verlustvortragsverrechnung²⁴ einbezogen.

²¹ Nichtvorhandensein von Abschreibungen unterstellt.

²² Der Zinsvortrag ist jährlich gesondert festzustellen; vgl. § 4h Abs. 4 EStG n. F. Im Organschaftsfall handelt es sich bei zutreffendem Verständnis des § 15 Satz 1 Nr. 3 KStG n. F. um einen Vortrag auf Ebene des Organträgers (was auch bei einer Beendigung der Organschaft so bleiben sollte, obwohl dann der Betrieb Organkreis nicht mehr gegeben ist).

²³ Siehe § 12 Rz. 1 ff.

²⁴ Siehe auch § 11 zu Verlustverwertungsstrategien.

- 36 Zu der Frage des Schicksals des Zinsvortrags²⁵ bei Unternehmensumstrukturierungen sieht das Gesetz Folgendes vor: Ein nicht verbrauchter Zinsvortrag geht bei einer Betriebsaufgabe oder -übertragung unter (§ 4h Abs. 5 Satz 1 EStG n. F.).²⁶ Bei dem Ausscheiden aus einer Mitunternehmerschaft kommt es zu einem quotalen Untergang (§ 4h Abs. 5 Satz 2 EStG n. F.).²⁷ Nach § 8a Abs. 1 Satz 3 KStG n. F. findet die neue Vorschrift des § 8c KStG n. F. auch auf den Zinsvortrag Anwendung. Auch bei Umwandlungen teilt der Zinsvortrag grds. das Schicksal des Verlustvortrags und geht dementsprechend unter bzw. nicht auf die Übernehmerin über (§§ 4 Abs. 2 Satz 2, 20 Abs. 9, 24 Abs. 6 UmwStG n. F.).²⁸

37–44 (einstweilen frei)

V. Ausnahmen von der Zinsschranke

- 45 § 4h Abs. 2 Satz 1 EStG n. F. enthält drei Ausnahmen von der Zinsschranke (Freigrenze, fehlende Konzernzugehörigkeit und Escape-Klausel). Diese werden für Kapitalgesellschaften im Hinblick auf die Möglichkeit der Gesellschafter-Fremdfinanzierung²⁹ nach § 8a Abs. 2 (Ausnahme im Fall fehlender Konzernzugehörigkeit) und Abs. 3 (Escape-Klausel bei Konzernzugehörigkeit) KStG n. F. modifiziert.³⁰

1. Freigrenze

- 46 § 4h Abs. 2 Satz 1 Bst. a EStG n. F. enthält eine Freigrenze, wonach die Zinsschranke nicht greift, wenn der die Zinserträge übersteigende Zinsaufwand weniger als 1 Mio. € beträgt. Demnach kommt es für übersteigende Zinsaufwendungen ab 1 Mio. € zu einem vollen Zugriff der Zinsschranke, während sie bei übersteigenden Zinsaufwendungen bis zu 999999,99 € nicht greift. Die Freigrenze dürfte auch auf Körperschaftsteuerpflichtige anwendbar sein.

2. Keine Konzernzugehörigkeit/Nichtvorliegen schädlicher Gesellschafter-Fremdfinanzierung

- 47 Nach § 4h Abs. 2 Satz 1 Bst. b EStG n. F. ist die Zinsschranke nicht auf Betriebe anzuwenden, die nicht zu einem Konzern gehören. Hier wird die Zielsetzung der Zinsschranke als Regelung zur Missbrauchsvermeidung deutlich. Der Gesetzentwurf geht zumindest im Grundsatz davon aus, dass in den Fällen, in denen ein Unternehmen nicht einem Konzern zugehörig ist, keine missbräuchli-

²⁵ Siehe § 3 Rz. 567.

²⁶ Unklar ist das Schicksal eines Zinsvortrags im Erbfall. Bei Kapitalgesellschaften sollte eine Betriebsaufgabe oder -übertragung ausgeschlossen sein, da sie immer einen Betrieb behält. Allerdings soll dies dem Vernehmen nach mglw. bei einer Betriebseinbringung anders zu sehen sein. Zur besonderen Problematik der Beendigung der Organschaft s. bereits Fn. 22.

²⁷ Hierbei sollen nach der Begründung des RegE die bei § 10a GewStG geltenden Grundsätze entsprechend anwendbar sein.

²⁸ Z. T. könnte die Rechtslage sogar schärfer als bei Verlustvorträgen sein.

²⁹ Siehe § 3 Rz. 558 sowie § 10 Rz. 117.

³⁰ S. auch § 4h Abs. 3 Satz 2 EStG n. F. für einer Körperschaft nachgeordnete Mitunternehmerschaften.

che Darlehensgewährung erfolgen kann. Dieser Gedanke gilt allerdings nur stark eingeschränkt, da der Gesetzentwurf einen „erweiterten Konzernbegriff“³¹ verwendet und für die Gesellschafter-Fremdfinanzierung von Kapitalgesellschaften in § 8 a Abs. 2 KStG n.F. Einschränkungen enthält.

Nach § 4 h Abs. 3 Satz 5 EStG n.F. gehört ein Betrieb zu einem Konzern, wenn er nach dem für die Anwendung des § 4 h Abs. 2 Satz 1 Bst. c EStG n.F. zugrundegelegten Rechnungslegungsstandard (IFRS, subsidiär Handelsrecht eines EU-Mitgliedstaats, ggf. US-GAAP)³² mit einem oder mehreren anderen Betrieben konsolidiert wird oder werden könnte.³³ Der handelsrechtlich (größt-)mögliche Konsolidierungskreis entfaltet somit unmittelbare steuerliche Wirkung. Ein Betrieb soll nach § 4 h Abs. 3 Satz 6 EStG n.F. auch dann zu einem Konzern gehören, wenn seine Finanz- oder Geschäftspolitik mit einem oder mehreren anderen Betrieben einheitlich bestimmt werden kann. Ausweislich der Begründung zum RegE soll hiermit eine Anlehnung an das Beherrschungsverhältnis nach IAS 27 erfolgen.³⁴

Der weite Konzernbegriff der Zinsschranke soll nach str. Auffassung auch zur Erfassung von „Gleichordnungskonzernen“ i. w. S. führen. Die Einzelheiten sind allerdings noch unklar. Die klassische Betriebsaufspaltung soll nach der Gesetzesbegründung nicht zur Annahme eines Konzern führen. Diskutiert wird dagegen – unverständlicherweise – die Konzerneigenschaft einer einfachen GmbH & Co. KG.³⁵ Eine nur anteilmäßige Konsolidierung reicht nicht aus, um eine Konzernbeziehung i. S. d. § 4 h EStG n. F. zu begründen. Die Behandlung assoziierter Unternehmen ist str. Unklar ist auch die Behandlung von PPP-Gesellschaften, von SPVs im Rahmen von ABS-Gestaltungen³⁶ etc. Im Ergebnis werden in praxi Nichtkonzerne im vorstehenden Sinne eher selten gegeben sein.³⁷ Eine Quotenkonsolidierung reicht grds. nicht für die Annahme eines Konzerns.³⁸

Die Nichtanwendung der Zinsschranke bei fehlender Konzernzugehörigkeit nach § 4 h Abs. 2 S. 1 Buchst. b EStG n. F. ist – wie bereits erwähnt – bei Kapitalgesellschaften nach § 8 a Abs. 2 KStG n.F. in Fällen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung eingeschränkt.³⁹ Danach ist § 4 h Abs. 2 S. 1 Buchst. b EStG nur anzuwenden, wenn die Vergütungen für Fremdkapital an einen zu mehr als

³¹ Vgl. Begründung zum RegE.

³² Das Vorliegen und die Abgrenzung eines Konzerns nach IFRS wird grds. nach dem sog. Control-Konzept vorgenommen (es genügt die Möglichkeit der Beherrschung). Das HGB stellt dagegen grds. auf die einheitliche Leitung ab.

³³ Konsolidierungswahlrechte führen also nicht zum Nichtvorliegen eines Konzerns.

³⁴ Die Begründung zum RegE erwähnt die Möglichkeit, dass natürliche Personen an einer Konzernspitze stehen können. So soll ein Konzern i. S. d. § 4 h EStG n. F. bspw. auch dann vorliegen, wenn eine natürliche Person beherrschend an zwei Kapitalgesellschaften beteiligt ist bzw. wenn sie neben einem Einzelunternehmen auch eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft beherrschend hält. Siehe auch § 2 Rz. 90.

³⁵ Siehe § 2 Rz. 280.

³⁶ Die nach der Begründung des RegE nicht zu einem Konzern gehören sollen.

³⁷ Besteht allerdings neben dem Organkreis, der als ein Betrieb gilt, kein weiterer Betrieb, liegt kein Konzern vor.

³⁸ Erst recht sollte dies für assoziierte Unternehmen gelten.

³⁹ Ist eine Gesellschaft, bei der der Gesellschafter als Mitunternehmer anzusehen ist, unmittelbar oder mittelbar einer Körperschaft nachgeordnet, gilt für die Gesellschaft § 8 a Abs. 2 und 3 KStG n. F. entsprechend (§ 4 h Abs. 3 S. 2 EStG n. F.).

einem Viertel am Grund- oder Stammkapital unmittelbar oder mittelbar beteiligten Anteilseigner, eine diesem nahestehende Person (§ 1 Abs. 2 AStG) oder einen Dritten, der auf den zu mehr als einem Viertel am Grund- oder Stammkapital beteiligten Anteilseigner oder eine diesem nahestehende Person zurückgreifen kann, nicht mehr als 10% der die Zinserträge übersteigenden Zinsaufwendungen der Körperschaft i.S.d. § 4h Abs. 3 EStG n.F. betragen und die Körperschaft dies nachweist.⁴⁰ Werden mehr als 10% der die Zinserträge übersteigenden Zinsaufwendungen aufgrund von Gesellschafterdarlehen i.o.S. gezahlt, so ist die Zinsschranke (mit Relevanz für alle Zinsaufwendungen, nicht nur die Gesellschafterdarlehenszinsen) auch bei einer nicht zu einem Konzern gehörigen Gesellschaft anwendbar.

- 50 Die Neuregelung ist verglichen mit dem geltenden § 8a KStG in bedeutenden Aspekten schärfer. Während § 8a KStG eine Eigenkapital-/Fremdkapitalratio von 1 : 1,5 akzeptiert, duldet § 8a Abs. 2 KStG n.F. lediglich Zinsaufwendungen aus Gesellschafterdarlehen i.H.v. 10%. Allerdings ist bei der Bemessung der 10% nur auf die die Zinserträge übersteigenden Zinsaufwendungen abzustellen. Ähnlich dem geltenden § 8a KStG sind Gesellschafterdarlehen von „wesentlichen“ Anteilseignern, diesen Nahestehenden oder rückgriffsberechtigten Dritten schädlich. Während die FinVerw. bei dem geltenden § 8a KStG allerdings den Rückgriff aktuell nur eingeschränkt definiert,⁴¹ spricht sich die Begründung des RegE im Rahmen des § 8a KStG n.F. – unter Anlehnung an die alte Verwaltungsauffassung zu § 8a KStG⁴² – für eine sehr weite Rückgriffsdefinition aus. So soll ein schädlicher Rückgriff bereits dann vorliegen, wenn der Anteilseigner/Nahestehende dem Dritten gegenüber faktisch für die Erfüllung der Schuld einsteht; ein konkreter rechtlich durchsetzbarer Anspruch soll keine Voraussetzung für einen schädlichen Rückgriff sein. Die im geltenden § 8a KStG vorgesehene Escape-Möglichkeit mittels Fremdvergleich ist in § 8a Abs. 2 KStG n.F. nicht enthalten. Während im geltenden § 8a KStG bei einem Überschreiten des Safe-Havens nur die auf das übersteigende Fremdkapital entfallenden Zinsen schädlich sind, führt ein Überschreiten der 10%-Grenze i.S.d. § 8a Abs. 2 KStG n.F. vollumfänglich zur Schädlichkeit.

3. Konzernzugehörigkeit/Eigenkapitalvergleich und Nichtvorliegen schädlicher Gesellschafter-Fremdfinanzierung

- 51 Eine weitere Ausnahme von der Zinsschranke enthält § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c EStG n.F. Die Regelung gilt grds. auch für Kapitalgesellschaften, wird insoweit aber nach § 8a Abs. 3 KStG n.F. ebenfalls für die Gesellschafter-Fremdfinanzierung eingeschränkt.⁴³

Eigenkapitalvergleich

- 52 Hiernach greift die Zinsschranke nicht, wenn die Eigenkapitalquote des Betriebs⁴⁴ nicht schlechter ist als die des Konzerns, wobei eine Toleranz von ledig-

⁴⁰ Höhere Zinserträge können insoweit also c. p. schädlich sein.

⁴¹ Vgl. BMF v. 15. 7. 2004, IV A 2 – S 2742 a – 20/04, BStBl. I 2004, 593 i.V.m. BMF v. 22. 7. 2005, IV B 7 – S 2742 a – 31/05, BStBl. I 2005, 820.

⁴² Vgl. BMF v. 15. 12. 1994, IV B 7 – S 2742 a – 63/94, BStBl. I 1995, 25 (ber. 176) Rz. 21.

⁴³ S. auch bereits Fn. 39.

⁴⁴ Ggf.: des Organkreises.

lich einem Prozentpunkt gewährt wird. Der Eigenkapitalvergleich ist anhand der Bilanzen auf das Ende des vorangegangenen Wj. zu führen.⁴⁵ Grundsätzlich sind die Eigenkapitalquoten sowohl für den Betrieb als auch für den Konzern nach den IFRS zu bestimmen.⁴⁶ Falls keine IFRS-Rechnungslegung zu publizieren ist und auch kein IFRS-Abschluss erstellt wird resp. wurde, kann hilfsweise auf die Rechnungslegung nach dem Handelsrecht eines EU-Mitgliedstaats abgestellt werden. Wenn auch hiernach kein zu publizierender Abschluss vorliegt, kann unter bestimmten Voraussetzungen auf die Rechnungslegung nach US-GAAP abgestellt werden. Die Escape-Klausel erfordert, dass der maßgebliche Abschluss des Betriebs mit einer „prüferischen Durchsicht“ zu versehen und auf Verlangen durch einen Abschlussprüfer zu testieren ist.

Nach § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c S. 5 EStG n.F. ist das Eigenkapital des Betriebs um die im Einzelabschluss des Betriebs ausgewiesenen Anteile an anderen Konzerngesellschaften zu kürzen. Ob es sich um in- oder ausländische Konzerngesellschaften (Kapital- oder Personengesellschaften) handelt, ist genauso irrelevant wie die Finanzierung des Beteiligungserwerbs. Konsequenterweise muss dann auch die Bilanzsumme um diese Beteiligungsbuchwerte gekürzt werden. Anders als der geltende § 8a Abs. 4 S. 1 KStG sieht das Gesetz keine Ausnahme von der Beteiligungsbuchwertkürzung für Holdinggesellschaften vor. Dem Eigenkapital hinzuzurechnen ist dagegen u. a. ein im Konzernabschluss enthaltener Firmenwert, soweit er auf den inländischen Betrieb entfällt. Das Eigenkapital ist auch um Eigenkapital zu kürzen, das keine Stimmrechte vermittelt (Ausnahme: Vorzugsaktien).⁴⁷ Die Bilanzsumme ist um innerkonzernliche Kapitalforderungen und die damit korrespondierenden Verbindlichkeiten zu kürzen. Weitere Korrekturen regelt § 4h Abs. 2 Buchst. c S. 5ff. EStG.⁴⁸

Aufgrund des niedrigen Prozentsatzes des frei verrechenbaren Zinsaufwandsüberschusses wird die Escape-Klausel⁴⁹ häufig über die Frage des steuerwirksamen Zinsabzugs entscheiden. Dafür ist die Klausel aber ungeeignet. Sie ist sehr komplex und wird in vielen praktischen Fällen schon aus formalen Gründen nicht beansprucht werden können (so ist es z.B. problematisch, dass möglicherweise nicht auf die konkrete Konzernabgrenzung lt. Konzernbilanz abgestellt werden soll, es müssen für Organkreise nicht existierende Teilkonzernabschlüsse erstellt werden etc.). Aber auch unabhängig davon sind mindestens zwei in diesem Zusammenhang im Gesetz getroffene Wertungen nicht nachvollziehbar. Zum einen ist vorgesehen, dass der Escape dann nicht gelingt, wenn die EK-Quote des inländischen Betriebs die des Konzerns um mehr als einen Prozentpunkt unterschreitet. Das damit verbundene „Alles-oder-Nichts“-Prinzip widerspricht der dogmatischen Basis der Escape-Klausel. Diese geht im Ergebnis da-

⁴⁵ Vgl. auch BMF v. 15. 12. 1994, BStBl. I 1995, 25 Rz. 29.

⁴⁶ Für den Organkreis ist ggf. ein Teilkonzernabschluss zu erstellen. Das IAS 32-Problem von Personengesellschaften berücksichtigt das Gesetz, indem bei gesellschaftsrechtlichen Kündigungsrechten mindestens das EK anzusetzen ist, das sich nach den Vorschriften des HGB ergeben würde. Sonderbetriebsvermögen ist dem Betrieb der Mitunternehmerschaft zuzuordnen, soweit es im Konzernvermögen enthalten ist. Die entsprechenden Detailfragen sind noch unklar.

⁴⁷ Erfasst sind also vor allem bestimmte Varianten sog. Mezzaninekapitals.

⁴⁸ Wobei im Einzelnen nicht klar geregelt ist, wann Auswirkungen für das Eigenkapital und wann Auswirkungen für die Bilanzsumme gegeben sind.

⁴⁹ Siehe auch § 3 Rz. 569.

hin, dass in den grds. von der Zinsschranke betroffenen Fällen für Finanzierungsaufwendungen nicht mehr eine an Rechtsform und Fremdvergleich orientierte Betrachtungsweise akzeptiert wird, sondern nur noch eine Konzernbetrachtung mit einer Aufteilung von Fremdkapital nach einem grds. an der Bilanzsumme orientierten Schlüssel. Dann muss aber auch die Fremdkapitalquote lt. Konzern auch für den inländischen Rechtsträger akzeptiert werden, und zwar unabhängig davon, um wieviel Prozent dessen tatsächliche Fremdkapitalquote die Konzernfremdkapitalquote übersteigt. Zumindest müsste die Toleranz von einem Prozentpunkt deutlich erweitert werden. Zum zweiten ist die durchgängig vorgesehene volle Beteiligungsbuchwertkürzung bei der Ermittlung des Eigenkapitals des inländischen Betriebs in den meisten Fällen nicht gerechtfertigt. Zwar ist es im Grundsatz verständlich, dass aus der Sicht des Gesetzgebers ungewünschte Eigenkapitalkaskadeneffekte verhindert werden sollen. Im Inland wird aber der Organkreis⁵⁰ als ein Betrieb betrachtet, sodass in den praktisch besonders relevanten Fällen gar kein Kaskadeneffekt erreicht werden kann. Jedenfalls im Hinblick auf Auslandsbeteiligungen ist ein Kaskadeneffekt nicht denkbar. Gegen die Kürzung des Beteiligungsbuchwerts spricht weiter, dass die Erträge aus erworbenen Beteiligungen nur zu 5% den für die Zinsschranke maßgeblichen Gewinn erhöhen, sodass Holdingaktivitäten ein zweites Mal „bestraft“ würden. Überdies trifft die Kürzung des Beteiligungsbuchwerts – wirtschaftspolitisch problematisch – vor allem Inlands- und Outboundinvestments. Und zu beanstanden ist auch, dass aus der Sicht einer inländischen Mutter die Kürzung unterstellt, dass die Tochtergesellschaften vollumfänglich mit Eigenkapital finanziert wurde. Eine Eigenkapitalfinanzierung lediglich in Höhe der konzernweiten Eigenkapitalquote wird nicht akzeptiert. Auch stellt sich die Frage, warum nicht nach dem Vorbild des heutigen § 8a KStG eine Holdingregelung vorgesehen ist. Die vorgesehene anteilige Berücksichtigung eines im Konzernabschluss vorhandenen Firmenwerts bei der Ermittlung des Eigenkapitals des Betriebs lässt die Problematik der Beteiligungsbuchwertkürzung nicht entfallen.

Nichtvorliegen schädlicher Gesellschafter-Fremdfinanzierung

- 54 § 8a Abs. 3 KStG n. F. enthält für Kapitalgesellschaften auch für den Konzern-Escape in Fällen einer Gesellschafter-Fremdfinanzierung eine Verschärfung. Danach scheidet die Möglichkeit des Eigenkapitalvergleichs aus, wenn eine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung gegeben ist, wobei nach § 8a Abs. 3 S. 1 KStG n. F. die gleiche 10%-Grenze anzuwenden ist wie in § 8a Abs. 2 KStG n. F. Nach § 8a Abs. 3 S. 2 KStG n. F. gilt diese Einschränkung nur für Zinsaufwendungen aus Verbindlichkeiten gegenüber Anteilseignern oder Nahestehenden oder rückgriffsberechtigten Dritten, die in der voll konsolidierten Konzernbilanz nach § 4h Abs. 2 Buchst. c EStG n. F. ausgewiesen sind. Nach letzterer Einschränkung greift die Verschärfung für die Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Ergebnis mithin nur für Darlehen, die von Konzernfremden gegeben werden, da nur diese in der voll konsolidierten Konzernbilanz auszuweisen sind (konzerninterne Darlehen unterliegen der Schuldenkonsolidierung). Darlehen von Rückgriffsberechtigten sind zwar nicht zu konsolidieren, sind aber nur schädlich, wenn der Rückgriff gegen einen nicht zum Konzern gehörenden Gesellschafter oder eine diesem nahestehende Person besteht. Allerdings ist nach dem Willen des

⁵⁰ Siehe § 3 Rz. 400 ff.

Gesetzgebers nicht nur eine Gesellschafter-Fremdfinanzierung der betrachteten Körperschaft, sondern auch eine solche eines anderen demselben Konzern zugehörenden Rechtsträgers auch für die betrachtete Körperschaft schädlich.⁵¹ Es soll eine Art „Gruppenhaftung“ resultieren.

Da Gesellschafter-Fremdfinanzierung – anders als *de lege lata* – sehr weit verstanden werden soll, stellt sich die Frage, wie der Nachweis technisch erbracht werden soll. Die heute übliche Bankenbescheinigung allein kann wohl nicht reichen. Nicht nur deshalb sollte erwogen werden, Rückgriffsfälle unverändert nur in back-to-back-Fällen zu erfassen. Nicht nachvollziehbar ist auch die Aussage, dass die schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung irgendeiner Konzerngesellschaft für alle Gesellschaften im Konzern schädlich sein soll. Es bedarf einer Konzentration auf den betreffenden Rechtsträger. Die nach dem Willen des Gesetzgebers vorgesehene „Gruppenhaftung“ ist nicht nachvollziehbar. Zumindest muss bei einer Gesellschafter-Fremdfinanzierung ausländischer Konzerneinheiten nachgewiesen werden können, dass die Darlehensmittel nicht an inländische Betriebe weitergeleitet worden sind. Außerdem darf im Konzernfall nur ein Rückgriff auf außerhalb des Konzerns befindliche nahestehende Personen schädlich sein (was wahrscheinlich gewollt ist; der Wortlaut ist aber nur für die Gesellschafter, nicht auch für die nahestehende Person klar). Schließlich ist die Ausgestaltung der 10%-Grenze als Alles-oder-Nichts-Prinzip nicht nachvollziehbar; es bedarf auch insoweit einer „Soweit“-Regelung. Möglicherweise bedarf es auch der Zulassung eines entlastenden Drittvergleichs.

(einstweilen frei)

55

56–99

B. Cash-Pooling

Bearbeiter: Wolfgang Oho

Im internationalen Konzern erzielen die Tochtergesellschaften und Betriebstätten ihre Einnahmen in verschiedenen Währungen und verursachen Ausgaben zur Finanzierung ihrer unternehmerischen Tätigkeit ebenfalls in verschiedenen Währungen. Dabei haben einige Unternehmenseinheiten (Mutter-, Tochtergesellschaft, Betriebstätten) Liquiditätsüberschüsse, die zu möglichst hohen Zinssätzen angelegt werden sollen, während andere Unternehmenseinheiten Mittelbedarf haben, der zu niedrigsten Kosten gedeckt werden soll. Um die Liquiditätssteuerung in einer Unternehmensgruppe zu optimieren, wenden Unternehmen Cash-Management-Systeme an. Eine Methode ist das sog. **Cash-Pooling**,⁵² das

100

⁵¹ Die Beteiligungsgrenzen und die 10%-Grenze sollen sich wohl auch im Konzernfall auf den jeweiligen fremdfinanzierten Rechtsträger (im Organschaftsfall auf den Organkreis) beziehen. Allerdings ist der Wortlaut insoweit unklar. Er bezieht sich auf 10% des negativen Zinssaldos des Rechtsträgers i. S. d. § 4 h Abs. 3 EStG n. F. Außerdem formuliert das Gesetz „oder“, obwohl offensichtlich „und“ gemeint ist. Und auch die Sinnhaftigkeit des wohl gewollten Verständnisses ist mehr als fraglich. Letztlich könnten bei einer Gesellschafter-Fremdfinanzierung ausländischer Konzerneinheiten nur die Fälle problematisch sein, in denen die Darlehensmittel an inländische Betriebe weitergeleitet werden.

⁵² Weitere Komponenten der angebotenen Cash-Management-Systeme sind im Wesentlichen „Balance Reporting“, „Netting und Devisen-Netting“, „Money-Transfer“, sowie die Beschaffung von Marktinformationen und Erstellung von Marktanalysen.