

Leseprobe zu



Kirchhof (Hrsg.)

Einkommensteuergesetz

Kommentar

12. überarbeitete Auflage, 2013, 2600 Seiten, gebunden Leinen, Kommentar, 16 x 24cm

ISBN 978-3-504-23093-7

Verfügbarkeit: erscheint März 2013

154,00 €

4h Betriebsausgabenabzug für Zinsaufwendungen (Zinsschranke)

(1) ¹Zinsaufwendungen eines Betriebs sind abziehbar in Höhe des Zinsertrags, darüber hinaus nur bis zur Höhe des verrechenbaren EBITDA. ²Das verrechenbare EBITDA ist 30 Prozent des um die Zinsaufwendungen und um die nach § 6 Absatz 2 Satz 1 abzuziehenden, nach § 6 Absatz 2a Satz 2 gewinnmindernd aufzulösenden und nach § 7 abgesetzten Beträge erhöhten und um die Zinserträge verminderten maßgeblichen Gewinns. ³Soweit das verrechenbare EBITDA die um die Zinserträge geminderten Zinsaufwendungen des Betriebs übersteigt, ist es in die folgenden fünf Wirtschaftsjahre vorzutragen (EBITDA-Vortrag); ein EBITDA-Vortrag entsteht nicht in Wirtschaftsjahren, in denen Absatz 2 die Anwendung von Absatz 1 Satz 1 ausschließt. ⁴Zinsaufwendungen, die nach Satz 1 nicht abgezogen werden können, sind bis zur Höhe der EBITDA-Vorträge aus vorangegangenen Wirtschaftsjahren abziehbar und mindern die EBITDA-Vorträge in ihrer zeitlichen Reihenfolge. ⁵Danach verbleibende nicht abziehbare Zinsaufwendungen sind in die folgenden Wirtschaftsjahre vorzutragen (Zinsvortrag). ⁶Sie erhöhen die Zinsaufwendungen dieser Wirtschaftsjahre, nicht aber den maßgeblichen Gewinn.

(2) ¹Absatz 1 Satz 1 ist nicht anzuwenden, wenn

- a) der Betrag der Zinsaufwendungen, soweit er den Betrag der Zinserträge übersteigt, weniger als drei Millionen Euro beträgt,
- b) der Betrieb nicht oder nur anteilmäßig zu einem Konzern gehört oder
- c) der Betrieb zu einem Konzern gehört und seine Eigenkapitalquote am Schluss des vorangegangenen Abschlussstichtages gleich hoch oder höher ist als die des Konzerns (Eigenkapitalvergleich). ²Ein Unterschreiten der Eigenkapitalquote des Konzerns um bis zu zwei Prozentpunkte ist unschädlich.

³Eigenkapitalquote ist das Verhältnis des Eigenkapitals zur Bilanzsumme; sie bemisst sich nach dem Konzernabschluss, der den Betrieb umfasst, und ist für den Betrieb auf der Grundlage des Jahresabschlusses oder Einzelabschlusses zu ermitteln. ⁴Wahlrechte sind im Konzernabschluss und im Jahresabschluss oder Einzelabschluss einheitlich auszuüben; bei gesellschaftsrechtlichen Kündigungsrechten ist insoweit mindestens das Eigenkapital anzusetzen, das sich nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs ergeben würde. ⁵Bei der Ermittlung der Eigenkapitalquote des Betriebs ist das Eigenkapital um einen im Konzernabschluss enthaltenen Firmenwert, soweit er auf den Betrieb entfällt, und um die Hälfte von Sonderposten mit Rücklagenanteil (§ 273 des Handelsgesetzbuchs) zu erhöhen sowie um das Eigenkapital, das keine Stimmrechte vermittelt – mit Ausnahme von Vorzugsaktien –, die Anteile an anderen Konzerngesellschaften und um Einlagen der letzten sechs Monate vor dem maßgeblichen Abschlussstichtag, soweit ihnen Entnahmen oder Ausschüttungen innerhalb der ersten sechs Monate nach dem maßgeblichen Abschlussstichtag gegenüberstehen, zu kürzen. ⁶Die Bilanzsumme ist um Kapitalforderungen zu kürzen, die nicht im Konzernabschluss ausgewiesen sind und denen Verbindlichkeiten im Sinne des Absatzes 3 in mindestens gleicher Höhe gegenüberstehen. ⁷Sonderbetriebsvermögen ist dem Betrieb der Mitunternehmerschaft zuzuordnen, soweit es im Konzernvermögen enthalten ist.

⁸Die für den Eigenkapitalvergleich maßgeblichen Abschlüsse sind einheitlich nach den International Financial Reporting Standards (IFRS) zu erstellen. ⁹Hiervon abweichend können Abschlüsse nach dem Handelsrecht eines Mitgliedstaats der Europäischen Union verwendet werden, wenn kein Konzernabschluss nach den IFRS zu erstellen und offen zu legen ist und für keines der letzten fünf Wirtschaftsjahre ein Konzernabschluss nach den IFRS erstellt wurde; nach den Generally Accepted Accounting Principles der Vereinigten Staaten von Amerika (US-GAAP) aufzustellende und offen zu legende Abschlüsse sind zu verwenden, wenn kein Konzernabschluss nach den IFRS oder dem Handelsrecht eines Mitgliedstaats der Europäischen Union zu erstellen und offen zu legen ist. ¹⁰Der Konzernabschluss muss den Anforderungen an die handelsrechtliche Konzernrechnungslegung genügen oder die Voraussetzungen erfüllen, unter denen ein Abschluss nach den §§ 291 und 292 des Handelsgesetzbuchs befreiende Wirkung hätte. ¹¹Wurde der Jahresabschluss oder Einzelabschluss nicht nach denselben Rechnungslegungsstandards wie der Konzernabschluss aufgestellt, ist die Eigenkapitalquote des Betriebs in einer Überleitungsrechnung nach den für den Konzernabschluss geltenden Rechnungslegungsstandards zu ermitteln. ¹²Die Überleitungsrechnung ist einer prüferischen Durchsicht zu unterziehen. ¹³Auf Verlangen der Finanzbehörde ist der Abschluss oder die Überleitungsrechnung des Betriebs durch einen Abschlussprüfer zu prüfen, der die Voraussetzungen des § 319 des Handelsgesetzbuchs erfüllt.

¹⁴Ist ein dem Eigenkapitalvergleich zugrunde gelegter Abschluss unrichtig und führt der zutreffende Abschluss zu einer Erhöhung der nach Absatz 1 nicht abziehbaren Zinsaufwendungen, ist ein Zuschlag entsprechend § 162 Absatz 4 Satz 1 und 2 der Abgabenordnung festzusetzen. ¹⁵Bemessungsgrundlage für den Zuschlag sind die nach Absatz 1 nicht abziehbaren Zinsaufwendungen. ¹⁶§ 162 Absatz 4 Satz 4 bis 6 der Abgabenordnung gilt sinngemäß.

²Ist eine Gesellschaft, bei der der Gesellschafter als Mitunternehmer anzusehen ist, unmittelbar oder mittelbar einer Körperschaft nachgeordnet, gilt für die Gesellschaft § 8a Absatz 2 und 3 des Körperschaftsteuergesetzes entsprechend.

(3) ¹Maßgeblicher Gewinn ist der nach den Vorschriften dieses Gesetzes mit Ausnahme des Absatzes 1 ermittelte steuerpflichtige Gewinn. ²Zinsaufwendungen sind Vergütungen für Fremdkapital, die den maßgeblichen Gewinn gemindert haben. ³Zinserträge sind Erträge aus Kapitalforderungen jeder Art, die den maßgeblichen Gewinn erhöht haben. ⁴Die Auf- und Abzinsung unverzinslicher oder niedrig verzinslicher Verbindlichkeiten oder Kapitalforderungen führen ebenfalls zu Zinserträgen oder Zinsaufwendungen. ⁵Ein Betrieb gehört zu einem Konzern, wenn er nach dem für die Anwendung des Absatzes 2 Satz 1 Buchstabe c zugrunde gelegten Rechnungslegungsstandard mit einem oder mehreren anderen Betrieben konsolidiert wird oder werden könnte. ⁶Ein Betrieb gehört für Zwecke des Absatzes 2 auch zu einem Konzern, wenn seine Finanz- und Geschäftspolitik mit einem oder mehreren anderen Betrieben einheitlich bestimmt werden kann.

(4) ¹Der EBITDA-Vortrag und der Zinsvortrag sind gesondert festzustellen. ²Zuständig ist das für die gesonderte Feststellung des Gewinns und Verlusts der Gesellschaft zuständige Finanzamt, im Übrigen das für die Besteuerung zuständige Finanzamt. ³§ 10d Absatz 4 gilt sinngemäß. ⁴Feststellungsbescheide sind zu erlassen, aufzuheben oder zu ändern, soweit sich die nach Satz 1 festzustellenden Beträge ändern.

(5) ¹Bei Aufgabe oder Übertragung des Betriebs gehen ein nicht verbrauchter EBITDA-Vortrag und ein nicht verbrauchter Zinsvortrag unter. ²Scheidet ein Mitunternehmer aus einer Gesellschaft aus, gehen der EBITDA-Vortrag und der Zinsvortrag anteilig mit der Quote unter, mit der der ausgeschiedene Gesellschafter an der Gesellschaft beteiligt war. ³§ 8c des Körperschaftsteuergesetzes ist auf den Zinsvortrag einer Gesellschaft entsprechend anzuwenden, soweit an dieser unmittelbar oder mittelbar eine Körperschaft als Mitunternehmer beteiligt ist

Verwaltung: BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718.

<p>A. Grundaussagen der Vorschrift</p> <p>I. Regelungsgegenstand. § 4h als überschießend typisierende Missbrauchskausal 1</p> <p>II. Verhältnis zum Verfassungsrecht. Durchbrechung des Leistungsfähigkeitsprinzips 3</p> <p>III. Anwendungsbereich</p> <p>1. Persönlicher Anwendungsbereich: Unternehmen aller Art 7</p> <p>2. Sachlicher Anwendungsbereich: Fremdfinanzierungen aller Art 8</p> <p>B. Regel: Zinsabzugsbeschränkung und Zinsvortrag (Abs. 1, 4, 5)</p> <p>I. Zweistufige Abzugsbegrenzung (Abs. 1 S. 1)</p> <p>1. Überblick 9</p> <p>2. Stufe 1: Abzug von (Brutto-)Zinsaufwendungen bis zur Höhe der Zinserträge 10</p> <p>3. Stufe 2: Abzug von (Netto-)Zinsaufwendungen bis 30 % des steuerlichen EBITDA 11</p> <p>4. Die beiden Abzugsobergrenzen in der Zusammenschau 13</p> <p>II. Einzelne Tatbestandsmerkmale</p> <p>1. Betrieb 14</p>	<p>2. Zinsaufwendungen und -erträge 17</p> <p>III. Zwei Vortragsregeln: EBITDA- und Zinsvortrag</p> <p>1. Tatbestandsebene: EBITDA-Vortrag (Abs. 1 S. 3-4) 21</p> <p>2. Rechtsfolgenebene: Zinsvortrag (Abs. 1 S. 5-6) 22</p> <p>3. Untergang unverbrauchter EBITDA- und Zinsvorträge (Abs. 5) 23</p> <p>4. Gesonderte Feststellung des EBITDA- und Zinsvortrags (Abs. 4) 27</p> <p>C. Drei Ausnahmetatbestände (Abs. 2 S. 1) 27a</p> <p>I. Freigrenze (Abs. 2 S. 1 lit. a)</p> <p>1. Grundgedanke 28</p> <p>2. Betriebsbezogenheit 29</p> <p>3. Paralleler Zinsbegriff 31</p> <p>4. Jahresbetrag 32</p> <p>5. Auswirkungen des Zinsvortrages 33</p> <p>II. Nichtzugehörigkeit zum Konzern (Abs. 2 S. 1 lit. b)</p> <p>1. Grundgedanke 34</p> <p>2. Konzernbegriff (Abs. 3 S. 5, 6) 35</p> <p>3. Anteilige Konzernzugehörigkeit 38</p> <p>III. Konzerninterner Eigenkapitalvergleich (Abs. 2 S. 1 lit. c)</p> <p>1. Grundgedanke 39</p>
---	--

2. Eigenkapitalquote	41	a) Grundsatz	55
3. Betrieb und Konzern	42	b) Einzelheiten	57
4. Bilanzanpassungen	44	3. Anhang: Die Organschaft	61
5. Vorrang internationaler Rechnungs- legungsstandards	49	II. Mitunternehmerschaften	
6. Nachweisfragen und Sanktionen	52	1. Grundsätzliches	63
D. Anwendung auf Gesellschaften		2. Rückausnahmen	
I. Körperschaften		a) Grundsatz	64
1. Grundsätzliches	54	b) Einzelheiten	65
2. Rückausnahmen		E. Auswirkungen auf die Gewerbesteuer	67

Literatur: *Beußer*, Der Zinsvortrag bei der Zinsschranke, FR 2009, 49; *Bohn/Loose*, Ausgewählte Zweifelsfragen bei der Anwendung des EBITDA-Vortrags, DStR 2011, 241; *Brunsbach*, Eigenkapitalvergleich iRd. Zinsschranke – Bestimmung des relevanten Konzerns, IStR 2010, 745; *Dörr/Geibel/Fehling*, Die neue Zinsschranke, NWB 2007, 5199; *Führich*, Ist die geplante Zinsschranke europarechtskonform?, IStR 2007, 341; *Ganssaue/Mattern*, Der Eigenkapitaltest iRd. Zinsschranke, DStR 2008, 213, 267; *Grotherr*, Funktionsweise und Zweifelsfragen der neuen Zinsschranke 2008, IWB 2007, 1489; *Hallerbach*, Problemfelder der neuen Zinsschrankenregelung des § 4h EStG, StuB 2007, 487; *Heintges/Kamphaus/Loitz*, Jahresabschluss nach IFRS und Zinsschranke, DB 2007, 1261; *Hennrichs*, Zinsschranke, Eigenkapitalvergleich und IFRS, DB 2007, 2101; *Herzig/Liekenbrock*, Zinsschranke im Organkreis, DB 2007, 2387; *Herzig/Liekenbrock*, Zum EBITDA-Vortrag der Zinsschranke, DB 2010, 690; *Hey*, Verletzung fundamentaler Besteuerungsprinzipien durch die Gegenfinanzierungsmaßnahmen des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BB 2007, 1303; *Hierstetter*, Zinsvortrag und Restrukturierung, DB 2009, 79; *Hoffmann*, Die Zinsschranke bei mitunternehmerischen PerGes. GmbH 2008, 113; *Hoffmann*, Die einer Körperschaft nachgeordnete MU'schaft bei der Zinsschranke, GmbHR 2008, 183; *Homburg*, Die Zinsschranke – eine beispiellose Steuerinnovation, FR 2007, 717; *Kessler/Köhler/Knörzer*, Die Zinsschranke im Rechtsvergleich: Problemfelder und Lösungsansätze, IStR 2007, 418; *Kessler/Lindemer*, Die Zinsschranke nach dem Wachstumsbeschleunigungsgesetz, DB 2010, 472; *Köhler*, Erste Gedanken zur Zinsschranke nach der Unternehmensteuerreform, DStR 2007, 597; *Köhler/Hahne*, BMF-Schreiben zur Anwendung der stl. Zinsschranke und zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung bei Kapitalgesellschaften, DStR 2008, 1505; *Köster*, Zinsschranke: Eigenkapitaltest und Bilanzpolitik, BB 2007, 2278; *Köster-Böckenförde*, Der Begriff des „Betriebs“ iRd. Zinsschranke, DB 2008, 2213; *Lenz/Dörfler*, Die Zinsschranke im internationalen Vergleich, DB 2010, 18; *van Lishaut/Schuhmacher/Heinemann*, Besonderheiten der Zinsschranke bei PerGes., DStR 2008, 2341; *Lüdenbach/Hoffmann*, Der IFRS-Konzernabschluss als Bestandteil der Steuerbemessungsgrundlage für die Zinsschranke nach § 4h EStG-E, DStR 2007, 636; *Mössner*, International-steuerrechtliche Aspekte der Zinsschranke, in: Lüdicke, Unternehmensteuerreform 2008 im internationalen Umfeld, 2008, 1 ff.; *Musil/Volmering*, Systematische, verfassungsrechtliche und europarechtliche Probleme der Zinsschranke, DB 2008, 12; *Rödter*, Entsteht ein EBITDA-Vortrag in Jahren mit einem Zinsertragsüberhang?, DStR 2010, 529; *Schaden/Käshammer*, Die Neuregelung des § 8a KStG iRd. Zinsschranke, BB 2007, 2259; *Schaden/Käshammer*, Der Zinsvortrag iRd. Regelungen zur Zinsschranke, BB 2007, 2317; *Schmitz-Herscheidt*, Zinsschranke und Gesellschafterfremdfinanzierung bei nachgeordneten MU'schaften, BB 2008, 699; *Schulz*, Zinsschranke und IFRS – Geklärte, ungeklärte und neue Fragen nach dem Anwendungserlass v. 4.7.2008, DB 2008, 2043; *Thiel*, Die stl. Behandlung v. Fremdfinanzierungen im Unternehmen, FR 2007, 729; *Töben/Fischer*, Die Zinsschranke – Regelungskonzept und offene Fragen, BB 2007, 974; *Wagner/Fischer*, Anwendung der Zinsschranke bei PersGes., BB 2007, 1811; *Weber-Grellet*, Der Konzernbegriff des § 4h EStG, DStR 2009, 557.

A. Grundaussagen der Vorschrift

I. Regelungsgegenstand. § 4h als überschießend typisierende Missbrauchsklausel. Der Gesetzgeber bezweckt mit der Zinsschranke des § 4h¹ (iVm. § 8a KStG), die **Verlagerung v. in Deutschland erwirtschaftetem Steuersubstrat ins Ausland** zu beschränken (abzugrenzen v. der hinzunehmenden Verlagerung der zu besteuern den wirtschaftlichen Tätigkeit).² Er reagiert damit auf einen durch unterschiedliche Steuersätze ausgelösten, v. EuGH begünstigten „Steuerwettbewerb“³ zw. den Staaten. Rechtl. Dreh- und Angelpunkt ist eine weite Interpretation der Marktfreiheiten, die grds. jede das grenzüberschreitende Wirtschaften behindernde Regelung verbietet und dadurch iErg. Räume für steuervermeidende Gestaltungen eröffnet. Insbes. wird eine Missbrauchsbekämpfung zwar theoretisch anerkannt, aber an derart hohe Voraussetzungen geknüpft, dass sie praktisch kaum jemals erfolgreich sein dürfte.⁴

1 § 4h wurde eingeführt durch G v. 14.8.2007, BGBl. I 2007, 1912 (1913); zur erstmaligen Anwendbarkeit s. § 52 Abs. 12d (Wj.), die nach dem 25.5.2007 beginnen und nicht vor dem 1.1.2008 enden; dh. für Unternehmen, deren Wj. mit dem Kj. identisch ist: ab VZ 2008). – Die Vorschrift wurde seither mehrfach geändert, insbes. durch G. v. 22.12.2009, BGBl. I 2009, 3950.

2 BT-Drucks. 16/4841, 47f.

3 Eingehend hierzu *Seiler*, FS Isensee, 2007, 875 ff.

4 EuGH v. 12.9.2006 – C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), IStR 2006, 670: Im praktischen Ergebnis lediglich Abschluss reiner Briefkastenfirmen.

Speziell grenzüberschreitend verbundene Unternehmen ohne Interessengegensatz können diese Rechtslage nutzen, um einerseits durch eigens an diesem Zweck ausgerichtete Gesellschafterfremdfinanzierungen inländ. Gewinne ins DBA-begünstigte Ausland zu verlagern und andererseits ohnehin entstehenden Aufwand wie zB Zinsen gezielt im Inland anfallen zu lassen. Da der EuGH eine Schlechterstellung v. Sachverhalten mit Auslandsbezug in grds. jedem Einzelfall untersagt, kann der Gesetzgeber diesem Missstand nur durch eine gleichlaufende Beschränkung grds. aller vergleichbaren Konstellationen (einschl. des reinen Inlandssachverhaltes) begegnen. Der Gesetzgeber hat sich vor der Alt., entweder Gewinnverlagerungen durch bloße Vertragsgestaltung (dh. ohne Verlagerung der wirtschaftlichen Tätigkeit) hinzunehmen oder auch wirtschaftlich angemessene (Inlands- wie Auslands-) Sachverhalte zu belasten, für eine typisierende Missbrauchsklausel mit deutlich überschießendem Gehalt entschieden.

- 2 Zu diesem Zweck führt **Abs. 1** eine **zweigliedrige Schranke für den Abzug v. Zinsaufwendungen** als BA ein. Zinsen aller Art können hiernach im Jahr ihrer stl. Zugehörigkeit grds. nur bis zur Höhe gegenläufiger Zinserträge geltend gemacht werden. Darüber hinaus wird ein sofortiger Abzug bis zur Höhe des „verrechenbaren EBITDA“ zugelassen. Dieses beträgt grds 30 % des sog. „steuerlichen EBITDA“, das als am Gewinn vor Zinsen und Abschreibungen ausgerichtete Kennzahl ein ökonomisches Indiz für eine angemessene Finanzierungsstruktur liefern soll, das dabei aber weder branchenspezifische Besonderheiten noch zw. den Jahren schwankende Geschäftsergebnisse verarbeiten kann. Je nach Ergebnis dieser Berechnung greift sodann alternativ eine v. zwei Vortragsregelungen. Nicht (sofort) abzugsfähige Zinsaufwendungen werden in die Folgejahre vorgetragen, in denen sie im Falle dann geänderter wirtschaftlicher Verhältnisse (insbes. deutlich höherer Gewinn oder erheblich niedrigeres Zinsniveau) abgezogen werden können. Umgekehrt kann ein aktuell ungenutztes „verrechenbares EBITDA“ das Abzugsvolumen der folgenden fünf Wj. erhöhen. **Abs. 2** fügt dieser iErg. strengen Regel **drei Ausnahmetatbestände** (Freigrenze für Nettozinsaufwand unter 3 Mio. Euro, Nichtzugehörigkeit zum Konzern, Einhalten der konzerninternen Eigenkapitalquote) hinzu, bei denen eine missbräuchliche (dh. unangemessene grenzüberschreitende) Gestaltung ausgeschlossen erscheint. Da die Vorschrift jedoch nicht nach ihrem eigentlichen Regelungsziel differenzieren darf, können diese Ausnahmen (auch in ihrer zwischenzeitlich erweiterten Gestalt) nicht wenige an sich unbedenkliche Konstellationen nicht erfassen und belassen sie dadurch im Anwendungsbereich der Zinsschranke (für MU'schaften und Körperschaften treten überdies noch nachteilige Rückausnahmen hinzu). **Abs. 3** definiert einzelne Tatbestandselemente der ersten beiden Absätze. **Abs. 4–5** liefern ergänzende Regelungen zum Zins- und EBITDA-Vortrag (gesonderte Feststellung, Untergang bei BetrAufg. oder -umstrukturierung).
- 3 **II. Verhältnis zum Verfassungsrecht. Durchbrechung des Leistungsfähigkeitsprinzips.** Diese überschießend typisierende Missbrauchsklausel kann den Abzug betrieblich veranlasster Zinsaufwendungen auch in Fällen wirtschaftlich angemessener Finanzierungen (inländ. wie grenzüberschreitender Natur) ausschließen. Der Zinsvortrag hält zwar grds. die Möglichkeit offen, diesen Abzug in Folgejahren nachzuholen, jedoch werden dessen Voraussetzungen bei gleichbleibenden wirtschaftlichen Verhältnissen auch in Zukunft fehlen, so dass sich das vorübergehende dann zum dauerhaften Abzugsverbot wandelt, das schließlich im endg. Untergang des Zinsvortrages (**Abs. 5**) münden kann.¹ Auf diese Weise wird das **objektive Nettoprinzip** als Teilprinzip des vor allem gleichheitsrechtl. eingeforderten Leistungsfähigkeitsprinzips durchbrochen.
- 4 Die hierin angelegten erheblichen Ungleichbehandlungen wirtschaftlich vergleichbarer Sachverhalte (Zinsen/sonstiger Finanzierungsaufwand; Zinsen unter/über der Grenze des verrechenbaren EBITDA; vorübergehende/endg. Nichtberücksichtigung je nach Schicksal des Zinsvortrags; Differenzierungen je nach Konzernzugehörigkeit und -struktur etc.) lassen sich nicht durch das legislative Ziel rechtfertigen, fiskalschädliche Gestaltungen idR *anderer* StPfl. einzudämmen. Insbes. hat der Gesetzgeber die ihm eingeräumten Spielräume zulässiger Typisierung überschritten, vor allem weil typischerweise auch Sachverhalte einbezogen werden (sollen), bei denen jeder Missbrauchsverdacht ausscheidet, daneben auch weil sich die Differenzierungskriterien bereits ihrem Wesen nach nur bedingt als Missbrauchsindikatoren eignen (zB 30 %-Anteil am stl. EBITDA als generell übermäßig restriktiv typisieren-

¹ Der Zinsvortrag läuft de facto häufig leer; *Schaden/Käshammer*, BB 2007, 2317 ff. – Angesichts dessen darf dahingestellt bleiben, ob das objektive Nettoprinzip allein durch die Möglichkeit eines späteren Abzuges gewahrt werden kann; hiergegen *Hey*, BB 2007, 1303 (1305).

des¹, zudem nicht branchenspezifisch diff.² sowie die Gründungsphase und den Krisenfall ignorierendes Angemessenheitskriterium; überfordernder Konzernbegriff iRd. Ausnahme gem. Abs. 2 S. 1 lit. b; mangelnde Aussagekraft des Eigenkapitalvergleichs nach Abs. 2 S. 1 lit. c im Mischkonzern mit typischerweise branchenabhängig unterschiedlichen Eigenkapitalquoten). § 4h verletzt daher den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG).³ Legislative Reparaturen innerhalb der Vorschrift haben diesen Befund zwar quantitativ entschärft, dem Grunde nach aber nicht beseitigt. Die außerordentliche Kompliziertheit der (überdies ihrerseits durch Gestaltung umgehbarer⁴) Vorschrift könnte außerdem erhebliche Vollzugsdefizite und damit eine Ungleichheit im tatsächlichen Belastungserfolg nach sich ziehen.⁵

Die verfassungsrechtl. Bedenken gegen § 4h erschöpfen sich nicht in einer Beanstandung seiner ungleichen Wirkungen. Denn je nach den konkreten Verhältnissen des Unternehmens droht sogar eine **Substanzbesteuerung**, bei der die Steuerlast den Gewinn übersteigt. Dies gilt insbes. im Fall des Zusammentreffens v. hohem Zinsaufwand und niedrigem, infolge erheblicher Verluste womöglich sogar negativem EBITDA. Speziell in Unternehmenskrisen, für die eine solche Situation nicht untypisch sein dürfte, kann § 4h dadurch existenzgefährdend wirken.⁶ Jedenfalls in solchen Härtefällen dürfte die Zinsschranke auch als **unverhältnismäßiger Eingriff** in die Vermögensrechte der StPfl. (Art. 2 Abs. 1, 14 GG) anzusehen sein.

§ 4h offenbart mit alledem ein **legislatives Dilemma**: Das v. Gesetzgeber angestrebte legitime Regelungsziel, vorhandenes Steuersubstrat am Ort seiner Erwirtschaftung (dh. im Inland) zu besteuern, lässt sich allenfalls noch mit begrenztem Erfolg verwirklichen, weil den meisten hierauf gerichteten Regelungsoptionen entweder ein Verstoß gegen die europäischen Marktfreiheiten oder gegen das grundgesetzliche Leistungsfähigkeitsprinzip droht. Demgemäß vermeidet § 4h zwar spezifisch grenzüberschreitende und dadurch marktfreiheitswidrige Differenzierungen, erkaufte dies aber durch eine überschießende Missbrauchsabwehr, deren Verfassungsverstoß sogar Bedingung ihrer Europarechtskonformität⁷ ist. Angesichts dessen könnte und sollte sich der nationale Gesetzgeber vorl. mit einer behutsameren Regelung speziell zur schädlichen Gesellschafterfremdfinanzierung begnügen (angelehnt zB an einen überarbeiteten § 8a KStG aF), die immerhin einen Teil der Probleme lösen könnte.⁸

1 § 4h unterstellt – bei hypothetisch identischer Rendite auf Eigen- und Fremdkapital sowie ungeachtet der Abschreibungen – eine angemessene Eigenkapitalquote v. 70 %. Diese unrealistische Typisierung ist deutlich strenger als die international am ehesten vergleichbare Regelung, die US-amerikanischen „Earning Stripping Rules“ nach Section 163(j) Internal Revenue Code (IRC), die ab einem 1:1,5-Verhältnis v. Eigen- und Fremdkapital greift (und überdies nur auf Gesellschafterfremdfinanzierungen abzielt); vgl. *Goebel/Eilinghoff*, IStR 2008, 233 ff.; *Homburg*, FR 2007, 717 (720). Hieran angelehnt hat die Stiftung Marktwirtschaft vorgeschlagen, den Zinsabzug bis max. 60 % des Gewinns vor Zinsen zuzulassen (mit ergänzendem Zinsvortrag); s. *Thiel*, FR 2007, 729 (730).

2 § 4h berücksichtigt nicht, dass bestimmte Branchen in besonderem Maße auf Fremdfinanzierung angewiesen sind (zB Factoring-Gesellschaften, Leasingunternehmen, Schiffsbau, Finanzierungsholding, Private-Equity-Fonds); vgl. *Köhler*, DStR 2007, 597 (601); *Schaden/Käshammer*, BB 2007, 2317.

3 Vgl. FG Berlin-Bdgb. v. 13.10.2011 – 12 V 12089/11, DStRE 2012, 555 (556 f.) (AdV); ferner *Hey*, BB 2007, 1303 (1305 f.); *Musil/Volmering*, DB 2008, 12 (14 f.); vgl. auch *Dörr/Geibel/Fehling*, NWB 2007, 5199 (5205); *Hallerbach*, StuB 2007, 487 (493); *Thiel*, FR 2007, 729 (730).

4 In Betracht kommen insbes. zinsvermeidende Gestaltungen (zB sale-and-lease-back-Verfahren), die sich steuergünstig für den Schuldner auswirken. Ihre spiegelbildlich steuerschädliche Wirkung für den Gläubiger lässt sich durch zwischengeschaltete Auslandsgesellschaften umgehen.

5 Insbes. erscheint es fraglich, ob die FinVerw. hinreichend qualifiziertes Personal zur Anwendung v. § 4h einsetzen können wird; *Köhler*, DStR 2007, 597 (602). Zur Rückwirkung legislativ angelegter Vollzugsdefizite auf die Vereinbarkeit auch des materiellen G mit Art. 3 GG BVerfG v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239 (268 ff.); v. 9.3.2004 – 2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94 (112 ff.).

6 Zur Unternehmenskrisen verschärfenden Wirkung v. § 4h *Hallerbach*, StuB 2007, 487 (489).

7 § 4h dürfte mangels spezifisch grenzüberschreitender Wirkung schon nicht den Tatbestand der Marktfreiheiten erfüllen, jedenfalls aber im Lichte der behutsameren jüngeren EuGH-Rspr. (zB EuGH v. 15.5.2008 – C-414/06 (*Lidl Belgium*), DStR 2008, 1030) rechtfertigbar sein. Ein anderes mag allenfalls mit Blick auf die inländ. Unternehmen vorbehaltene Organschaft gelten (s. Rn. 61 f.). Die Zinsschranke fällt zudem nicht unter Art. 1 Zins/Lizenzgebühren-RL, da dort die Zinsbesteuerung beim Gläubiger, nicht die Abzugsfähigkeit beim Schuldner gemeint ist; vgl. EuGH v. 21.7.2011 – C-397/09 (*Scheuten Solar Technology GmbH*), IStR 2011, 766 Rn. 24 ff. (zur Gewerbesteuer); aA zuvor *Köhler*, DStR 2007, 597 (604): Verstoß gegen die RL; ebenso mit eher wirtschaftlicher Begr. *Homburg*, FR 2007, 717 (725). Zu Art. 9 OECD-MA aus ökonomischer Perspektive *Homburg*, FR 2007, 717 (725 f.). – Eingehend zum Themenkreis *Mössner*, in: Lüdicke, Unternehmensteuerreform 2008 im internationalen Umfeld, 2008, 1 (37 ff.).

8 Vgl. auch die Reformerrwägungen bei *Homburg*, FR 2007, 717 (726 ff.). – Rechtsvergleichend lässt sich ein (insbes. europäischer) Trend zum Abzugsverbot beobachten; *Kessler/Köhler/Knörzer*, IStR 2007, 418 ff.; *Lenz/Dörfler*, DB 2010, 18 ff.

- 7 **III. Anwendungsbereich. 1. Persönlicher Anwendungsbereich: Unternehmen aller Art.** Die Zinsschranke nach § 4h gilt grds. für alle im Inland zur Besteuerung herangezogenen Unternehmen unabhängig v. ihrer Organisationsform, dh. für Einzelunternehmen, MU'schaften und (gem. § 8a Abs. 1 KStG mit gewissen Modifikationen) Körperschaften. Ob diese ihren Gewinn nach § 4 Abs. 1 oder 3 ermitteln, ist unerheblich.
- 8 **2. Sachlicher Anwendungsbereich: Fremdfinanzierungen aller Art.** § 4h erfasst alle Gewinneinkunftsarten und alle der inländ. Gewinnermittlung zuzuordnenden Zinsaufwendungen. Die Vorschrift differenziert dabei grds. weder nach der Art, Höhe, Laufzeit oder Marktüblichkeit einer Fremdfinanzierung noch nach der Pers. des Geldgebers (bei allerdings nochmals strengeren Zusatzregelungen in § 8a KStG für Gesellschafterfremdfinanzierungen). Insbes. werden auch Bankdarlehen einbezogen. Voraussetzung der Anwendbarkeit v. § 4h ist allein, dass die anfallenden Zinsen nach allg. Grundsätzen und sonstigen Vorschriften (im Inland) zum Abzug als BA zugelassen wären. Vorrangig anzuwenden sind daher das Veranlassungsprinzip (§ 4 Abs. 4), die allg. Regeln zeitlicher Zuordnung v. BA sowie jene Vorschriften, die den Zinsabzug aus anderen Gründen einschränken (zB §§ 3c, 4 Abs. 4a, 4 Abs. 5 Nr. 8a) oder den Zinsaufwand in Gewinnbestandteile umqualifizieren (zB § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 8 Abs. 3 S. 2 KStG). – § 4h regelt nur den Zinsabzug beim Schuldner und lässt die Besteuerung beim Empfänger unberührt.

B. Regel: Zinsabzugsbeschränkung und Zinsvortrag (Abs. 1, 4, 5)

- 9 **I. Zweistufige Abzugsbegrenzung (Abs. 1 S. 1). 1. Überblick.** Der Abzug an sich berücksichtigungsfähiger Zinsaufwendungen (s. Rn. 17) eines einzelnen Betriebes (s. Rn. 14 ff.) unterliegt gem. Abs. 1 S. 1 und vorbehaltlich der Ausnahmen nach Abs. 2 S. 1 (s. Rn. 28 ff.) zwei nacheinander anzuwendenden Obergrenzen. Beide gemeinsam formulieren eine restriktiv typisierende Angemessenheitsklausel, die den Umfang höchstens anzuerkennender Zinsaufwendungen letztlich in Abhängigkeit v. der Ertragskraft des Betriebes bemisst. Hiernach nicht abzugsfähige Zinsen werden dem Gewinn außerbilanziell hinzugerechnet, gesondert festgestellt (Abs. 4; s. Rn. 27) und gem. Abs. 1 S. 5 in spätere Wj. vorgetragen, in denen sie ggf. abgezogen werden können.
- 10 **2. Stufe 1: Abzug von (Brutto-)Zinsaufwendungen bis zur Höhe der Zinserträge.** § 4h Abs. 1 S. 1 1. Fall formuliert zunächst die systematische Grundregel, dass (Brutto-)Zinsaufwendungen jeglicher Art im Jahr ihrer stl. Zugehörigkeit (§ 4 Abs. 1 oder § 4 Abs. 3 iVm. § 11) ohne weiteres (nur) bis zur Höhe der demselben Wj. zuzurechnenden Zinserträge (zur Definition beider Begriffe Rn. 17f.) abgezogen werden dürfen.
- 11 **3. Stufe 2: Abzug von (Netto-)Zinsaufwendungen bis 30 % des steuerlichen EBITDA.** Die den Zinsertrag übersteigenden Zinsaufwendungen (Nettozinsaufwand) dürfen im lfd. Wj. zusätzlich (nur) bis zur Höhe des verrechenbaren EBITDA geltend gemacht werden (2. Fall v. Abs. 1 S. 1). Das „verrechenbare“ EBITDA beträgt gem. Abs. 1 S. 2 30 % des sog. „steuerlichen“ EBITDA (s. Rn. 12). – Wird das verrechenbare EBITDA eines Wj. nicht vollständig ausgenutzt, ist es iÜ in die folgenden fünf Wj. vorzutragen (Abs. 1 S. 3; s. Rn. 21). Umgekehrt erhöht sich das aktuelle Abzugsvolumen ggf. um einen EBITDA-Vortrag aus früheren Jahren.
- 12 Das den Abzugsrahmen materiell bestimmende stl. EBITDA („earnings before interest, taxes, depreciation and amortization“) deckt sich, obwohl es ihm konzeptionell nachempfunden ist, nicht mit dem betriebswirtschaftlichen EBITDA. Es errechnet sich originär steuerrechtl. aus dem „maßgeblichen Gewinn“, dh. dem nach den übrigen Vorschriften des G (mit Ausnahme v. § 4h) ermittelten stpfl. Gewinn (§ 4h Abs. 3 S. 1), der um die Zinsaufwendungen und bestimmte Abschreibungen (§ 6 Abs. 2 S. 1, Abs. 2a S. 2, § 7)¹ erhöht und um die Zinserträge gemindert wird. Folglich erhöhen stfreie Erträge (zB § 8b KStG bei erheblichen Folgen für Holdinggesellschaften) das Abzugsvolumen nicht, ebenso wie unbeachtlicher Aufwand (zB § 3c) es nicht verkürzt.²
- 13 **4. Die beiden Abzugsobergrenzen in der Zusammenschau.** Je nach Höhe v. Zinsaufwand und EBITDA sind somit (vorbehaltlich der Ausnahme nach Abs. 2) folgende Konstellationen zu unterscheiden: (1) Der Bruttozinsaufwand kann bis zur Höhe der Zinserträge sofort abgezogen werden. Ein hierdurch eröffnetes, aber wg. niedrigerer Zinsaufwendungen ungenutztes

1 Die Hinzurechnung dieser Abschreibungen (EBITDA statt EBIT) wurde dem ursprünglichen Gesetzentwurf auf Empfehlung des FinA hinzugefügt; BT-Drucks. 16/5452, 10. – TW- oder Sonderabschreibungen erhöhen den maßgeblichen Gewinn nicht.

2 Zu Sonderproblemen der Berechnung s. BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 40 ff.

Abzugsvolumen verfällt. (2) Ein verbleibender Nettozinsaufwand (Bruttozinsaufwand abzgl. -ertrag) ist bis zur Höhe eines positiven verrechenbaren EBITDA zzgl. eines etwaigen EBITDA-Vortrages aus früheren Wj. sofort abzugsfähig. Ergänzend gilt: (a) Übersteigt der Nettozinsaufwand diese Größe, ist er iÜ vorzutragen. (b) Bleibt er hinter dem aktuellen verrechenbaren EBITDA zurück, wird dessen Rest vorgetragen. (3) Ist das (stl. wie verrechenbare) EBITDA negativ (bei hohem Verlust), bleiben der Abzug bis zur Höhe der Zinserträge und die Ausnutzung alter EBITDA-Vorträge unberührt. Ein restlicher Zinsaufwand (nicht aber das negative EBITDA) ist vorzutragen.

II. Einzelne Tatbestandsmerkmale. 1. Betrieb. Abs. 1 S. 1 ist betriebsbezogen anzuwenden, dh. für jeden Betrieb einzeln. Der Begriff des Betriebs¹ ist dabei grds. iSv. § 16 zu verstehen.² Einzelpersonen können hiernach über mehrere Betriebe verfügen. MU'schaften und Körperschaften haben (auch bei mehreren Betriebsstätten) nur je einen Betrieb. – Ausland. Betriebsstätten inländ. Unternehmen können Teil eines gemeinsamen Betriebs sein.³ Umgekehrt fallen auch inländ. Betriebsstätten beschränkt stpfl. Unternehmen unter diesen Begriff.⁴ Beides erlangt aber nur Bedeutung, soweit der entspr. Zinsaufwand überhaupt der inländ.⁵ Gewinnermittlung unterliegt.⁶ – Im Fall der Organschaft gelten Organträger und -gesellschaften § 15 S. 1 Nr. 3 KStG zusammen als ein Betrieb (Näheres s. Rn. 61f.).

Der einzelne Betrieb ist jeweils in seiner Gesamtheit zu betrachten. Zinsaufwendungen und -erträge des Sonderbetriebsvermögens einzelner MU'er sind daher (nach Anwendung v. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, der Sondervergütungen auf Gesellschafterfremdfinanzierungen neutralisiert) in eine gemeinsame Berechnung der Zinsschranke einzustellen.⁷ Zinsabzugsbeschränkung und -vortrag sind also gesellschaftsbezogen zu ermitteln (eine andere Frage ist jene nach der anschließenden Aufteilung abzugsfähiger Zinsen; hierzu Rn. 63). Die Freigrenze (Abs. 2 S. 1 lit. a) und grds. auch der Eigenkapitalvergleich im Konzern (vgl. Abs. 2 S. 1 lit. c S. 7) sind ebenfalls auf die gesamte MU'schaft zu beziehen.

Unterhält ein StPfl. mehrere Betriebe, kann sich diese Betriebsbezogenheit vor- und nachteilig auf die Anwendbarkeit der Ausnahmeklauseln nach Abs. 2 S. 1 auswirken. Einerseits kann die Geringfügigkeitsgrenze nach lit. a mehrfach ausgenutzt werden. Andererseits können bereits zwei Einzelunternehmen (ebenso zwei MU'er- oder Körperschaften) einen Konzern iSv. lit. b bilden (s. Rn. 35ff.), so dass dieser Ausnahmetatbestand entfällt und nur noch der strengere Eigenkapitalvergleich nach lit. c als Ausnahmemöglichkeit in Betracht kommt.

2. Zinsaufwendungen und -erträge. § 4h Abs. 3 S. 2 definiert den Begriff der **Zinsaufwendungen** als „Vergütungen für Fremdkapital, die den maßgeblichen Gewinn gemindert haben“. Die parallele Formulierung zu § 8a Abs. 1 S. 1 KStG aF legt nahe, den Begriff iS dessen bisheriger Handhabung zu interpretieren.⁸ Fremdkapital sind hiernach grds. alle passivierungsfähigen Kapitalzuführungen in Geld, die nach strechtl. Grundsätzen nicht zum EK gehören.⁹ Nach der Gesetzesbegründung¹⁰ soll damit nur die vorübergehende Überlassung v. Kapital zur Nutzung gemeint sein. Eine Vergütung muss weder als Zins berechnet werden¹¹

1 Zu diesem Kernbegriff der Zinsschranke Köster-Böckenförde, DB 2008, 2213 ff.

2 Dörr/Geibel/Fehling, NWB 2007, 5199 (5201); Köhler, DStR 2007, 597 (598); vgl. auch Schaden/Käshamer, BB 2007, 2317 (2319).

3 BT-Drucks. 16/4841, 50.

4 AA Grotherr, IWB 2007, 1489 (1496, 1498f.).

5 Diese Frage dürfte nach den Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätzen (BMF v. 24.12.1999, BStBl. I 1999, 1076) zu beantworten sein; vgl. BT-Drucks. 16/4841, 50, 77.

6 Zu verschiedenen grenzüberschreitenden Konstellationen Mössner, in: Lüdicke, Unternehmensteuerreform 2008 im internationalen Umfeld, 2008, 1 (11 ff.).

7 BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 6, 19, 42, 50 ff. Vgl. auch die Stellungnahme des BR; BT-Drucks. 16/5377, 10; ferner Hallerbach, StuB 2007, 487 (488); Wagner/Fischer, BB 2007, 1811.

8 Zur Anwendung gelangen könnte damit insbes. BMF v. 15.12.1994, BStBl. I 1995, 25; ebenso Grotherr, IWB 2007, 1489 (1497); vgl. auch Dörr/Geibel/Fehling, NWB 2007, 5199 (5202).

9 BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 11 nennt als Bsp.: fest und variabel verzinsliche sowie partiarische Darlehen, typische stille Beteiligungen, Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechtskapital; zu Forfaitierung und Factoring s. Tz. 14, 29 ff. – S. auch die Zusammenstellung wichtiger Finanzierungsinstrumente bei Köhler/Hahne, DStR 2008, 1505 (1506f.).

10 BT-Drucks. 16/4841, 49. Inwiefern hiermit materielle Einschränkungen gemeint sind (etwa bei der Behandlung stiller Ges.), kann der Gesetzesbegründung nicht eindeutig entnommen werden. Vgl. auch BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 12: auf die Dauer der Überlassung komme es nicht an.

11 BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 15: Vergütungscharakter haben zB Damnum, Disagio und Vorfälligkeitsentscheidung sowie Provisionen und Gebühren an den Fremdkapitalgeber.

noch fest vereinbart sein und darf auch v. einem ungewissen Ereignis (zB Gewinnhöhe) abhängen. Nicht einbezogen sind dagegen Aufwendungen für die Überlassung v. Sachen (Miete, Leasingraten¹), immateriellen Gütern (Lizenzgebühren), Zahlungen auf überlassenes EK (Dividenden), ebenso wenig Skonti, Boni und Zinsen nach §§ 233 ff. AO.

- 18 **Zinserträge** sind gem. Abs. 3 S. 3 „Erträge aus Kapitalforderungen jeder Art, die den maßgeblichen Gewinn erhöht haben“. Der Begriff ist spiegelbildlich zum Zinsaufwand zu interpretieren, also auf solche Vergütungen zu beschränken, deren Abzug beim Leistenden der Zinsschranke nach § 4h unterfallen könnte.²
- 19 Als Zinsen (Aufwand wie Ertrag) gelten nach Abs. 3 S. 4 auch die **Auf- und Abzinsung** unverzinslicher oder niedrig verzinslicher Verbindlichkeiten oder Kapitalforderungen.³ Damit werden auch rein steuerbilanzielle Abzinsungsgebote (zB § 6 Abs. 1 Nr. 3⁴) einbezogen, bei denen unmittelbar keine Gegenleistung für eine Kapitalüberlassung gewährt wird.
- 20 **Gestaltungsempfehlung:** Insbes. konzernangehörige (zur Definition s. Rn. 35 ff.) Unternehmen sollten darauf achten, ihren Zinsaufwand zu begrenzen. Hierzu empfiehlt es sich, Fremd- durch EK zu ersetzen und möglichst Sach- statt Geldkapital nachzufragen (zB sale-and-lease-back-Verfahren). Ggf. kann (mit wichtiger Einschränkung für Kapital- und Pers-Ges.; s. Rn. 58 f.) auch in Betracht kommen, spiegelbildlich die eigenen Zinserträge zu steigern.
- 21 **III. Zwei Vortragsregeln: EBITDA- und Zinsvortrag. 1. Tatbestandsebene: EBITDA-Vortrag (Abs. 1 S. 3–4).** Ein nicht ausgenutztes Abzugsvolumen in Gestalt eines den Nettozinsaufwand übersteigenden verrechenbaren EBITDA (bei Nettozinsertträgen kann hier das gesamte verrechenbare EBITDA angesetzt werden⁵) ist gem. Abs. 1 S. 3 in die folgenden fünf Wj. vorzutragen (v. Gesetzgeber ungenau als „EBITDA-Vortrag“ bezeichnet).⁶ Nicht vortragsfähig ist ein verrechenbares EBITDA aus Wj., in denen Abs. 2 die Anwendung v. Abs. 1 S. 1 ausschließt, in denen der Zinsaufwand also uneingeschränkt geltend gemacht werden kann (Abs. 1 S. 3 2. HS). Ein EBITDA-Rücktrag findet nicht statt. – In den Folgejahren erhöht sich das durch Abs. 1 S. 1 gebildete Abzugsvolumen um die kumulierten EBITDA-Vorträge; gegenläufig sind die EBITDA-Vorträge im Umfang ihrer Ausnutzung und in der Reihenfolge ihres Entstehens aufzulösen (Abs. 1 S. 4). Ein ungenutzter EBITDA-Vortrag verfällt nach Ablauf v. fünf Jahren.
- 22 **2. Rechtsfolgenebene: Zinsvortrag (Abs. 1 S. 5–6).** Ein nach Anwendung v. Abs. 1 S. 1 (1. und 2. Fall) sowie Abs. 1 S. 4 verbleibender Überhang derzeit nicht abzugsfähiger Zinsen kann gem. Abs. 1 S. 5 zeitlich unbegrenzt in die folgenden Wj. vorgetragen werden.⁷ Ein Zinsrücktrag ist dagegen nicht möglich. – Ein vorgetragener Zinsaufwand kann im Folgejahr abgezogen werden, sofern dann die Abzugsvoraussetzungen des Abs. 1 S. 1 vorliegen oder nun eine der Ausnahmen des Abs. 2 S. 1 (s. Rn. 28 ff.) eingreift. Hierbei erhöhen die vorgetragenen Zinsen die Zinsaufwendungen des Folgejahrs (s. auch Rn. 33 zu den Auswirkungen auf die Freigrenze nach Abs. 2 S. 1 lit. a), nicht aber den jetzt maßgeblichen Gewinn, dh. nicht das neue Abzugsvolumen (Abs. 1 S. 6).
- 23 **3. Untergang unverbrauchter EBITDA- und Zinsvorträge (Abs. 5).** EBITDA- und Zinsvortrag teilen (mit Ausnahme der Fünfjahresfrist des Abs. 1 S. 3) weitgehend das gleiche

1 Zu Ausnahmen s. BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 25 f. (insbes. Zinsanteil bei Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Leasingnehmer).

2 Gemäß § 2 Abs. 2a InvStG gelten auch ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge eines Investmentvermögens, die aus Zinserträgen stammen, beim Anleger als Zinserträge.

3 Rechenbeispiele in BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 27 f. (mit fragwürdiger Ausnahme für Sachverhalte erstmaliger Bilanzierung) – Gemeint sind jeweils nur (auf- oder abzuzinsende) Geldzahlungs-, nicht aber Sachleistungspflichten; ebenso *H/H/R*, § 4h Rn. 81; *Köhler/Hahne*, DStR 2008, 1505 (1507).

4 Hierzu *H/H/R*, § 4h Rn. 81. S. dort auch zum Sonderproblem der Swap-Geschäfte.

5 Dies folgt bereits aus dem Wortlaut v. S. 3, weil die Zinsaufwendungen durch die Zinserträge auf null gemindert werden, jedenfalls aber aus dem Sinn und Zweck des § 4h, da ansonsten ein höherer Zinsaufwand steuergünstig wirkte; ebenso *Rödter*, DStR 2010, 529 (530); aA *Blümich*, § 4h Rn. 47 (kein EBITDA-Vortrag); zu weitgehend *Bohn/Loose*, DStR 2011, 241 (243) (Summe aus verrechenbarem EBITDA und Nettozinserttrag vortragbar).

6 Diese Regelung gilt für alle Wj., die nach dem 31.12.2009 enden (§ 52 Abs. 12d S. 4). Für frühere Wj. (ab 2007) kann das verrechenbare EBITDA gem. § 52 Abs. 12d S. 5 auf Antrag (je gesondert) nach gleichen Grundsätzen berechnet und dann (insgesamt) in das erste Wj. vorgetragen werden, das nach dem 31.12.2009 endet. Wird es in diesem Jahr nicht verbraucht, kann es nach allg. Regeln weiter vorgetragen werden. – Zum EBITDA-Vortrag *Herzig/Liekenbrock*, DB 2010, 690 ff.; *Kessler/Lindemer*, DB 2010, 472 ff.

7 Zum Folgenden *Beußer*, FR 2009, 49 ff.

Schicksal. Beide sind ungeachtet der an sich objektiven, betriebsbezogenen Konzeption der Zinsschranke streng an den Unternehmensträger gebunden. Demgemäß gehen im Fall einer **Aufgabe oder Übertragung** (s. § 16) des Betriebes bis dahin nicht verbrauchte EBITDA- und Zinsvorträge nach Abs. 5 S. 1 endg. unter. Die FinVerw. erstreckt diese Regelung auch auf die – im Unterschied zu § 16 – sprachlich nicht einbezogene Aufgabe oder Übertragung eines TB, die den (EBITDA- und) Zinsvortrag anteilig untergehen lässt.¹ Beides gilt mangels Ausnahmeregelung auch für unentgeltliche Übertragungsvorgänge (zB vorweggenommene Erbfolge).

Gleichzustellen sind nach Abs. 5 S. 2 Sachverhalte des **Ausscheidens** eines MU'ers, dh. 24
der Aufgabe oder Übertragung seines MU'anteils, bei denen ein EBITDA- oder Zinsvortrag der Ges. entspr. der Beteiligungsquote des ausscheidenden G'ters untergeht. Sofern man wie die FinVerw. auch die Aufgabe oder Übertragung v. TB als steuerschädlich ansieht, müssten wohl auch die nur teilw. Aufgabe oder Übertragung eines MU'anteils einbezogen werden (so dass ein allmähliches Abschmelzen einer Beteiligung keine Vorteile brächte). Folgerichtig wären vergleichbare Veränderungen der Beteiligungsverhältnisse (zB Eintritt eines neuen G'ters) ebenso zu behandeln. – Für den Anteilseignerwechsel bei Körperschaften gelten §§ 8a Abs. 1 S. 3, 8c KStG (lt. Gesetzeswortlaut bezogen nur auf den Zins-, nicht auf den EBITDA-Vortrag). Diese Regelung ist gem. § 4h Abs. 5 S. 3 entspr. anzuwenden auf den Zinsvortrag v. MU'schaften, an denen eine Körperschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist. Gleichlaufende Zusatzregelungen finden sich (bei Einbeziehung auch des EBITDA-Vortrags) für sonstige Umstrukturierungsmaßnahmen (§§ 4 Abs. 2 S. 2, 15 Abs. 3, 20 Abs. 9, 24 Abs. 6 UmwStG).² – Diese weitreichenden Untergangstatbestände lassen sich als eindeutiger Wille des Gesetzgebers kaum im Wege bloßer Auslegung berichtigen (s. aber Rn. 3 ff. zur **Rückwirkung auf die Verfassungsmäßigkeit** der Gesamtregelung).

Der gesetzliche Untergang eines EBITDA- oder Zinsvortrages hindert dessen Übergang 25
auf andere Betriebe oder andere G'ter, sollte aber bei berichtigender Wortlautinterpretation einer Berücksichtigung im Rahmen einer **nachlaufenden Gewinnermittlung** desselben Betriebs (o desselben MU'ers) nicht entgegenstehen. Vorgetragene Zinsen können daher nachträgliche BE noch mindern. Ebenso können nachträgliche Zinsen – jeweils betriebsgebunden – die Ausnutzung eines noch offenen EBITDA-Vortrages ermöglichen oder einen neuen Zinsvortrag auslösen.

Gestaltungsempfehlung: Um einen ansonsten verlorenen Zinsvortrag doch noch nutzen 26
zu können, kann es uU ratsam sein, bestehende **Bilanzierungswahlrechte** (insbes. zu Wertansätzen bei Unternehmensnachfolgen oder Umstrukturierungsprozessen) zur Aufdeckung stiller Reserven einzusetzen, um den (Aufgabe-)Gewinn und damit das stl. EBITDA zu erhöhen.³

4. Gesonderte Feststellung des EBITDA- und Zinsvortrags (Abs. 4). EBITDA- (Abs. 1 27
S. 3) und Zinsvortrag (Abs. 1 S. 5) sind gem. Abs. 4 S. 1 gesondert festzustellen. Hierfür gilt § 10d Abs. 4 sinngemäß (§ 4h Abs. 4 S. 3). Zuständig ist bei PersGes. das für die gesonderte Feststellung des Gewinns und Verlusts der Ges. zuständige FA, iÜ das für die Besteuerung zuständige FA (Abs. 4 S. 2). Entsteht oder ändert sich ein vorzutragender EBITDA- oder Zinsbetrag, ist ein Feststellungsbescheid zu erlassen oder ein ergangener Bescheid aufzuheben oder zu ändern (Abs. 4 S. 4).

C. Drei Ausnahmetatbestände (Abs. 2 S. 1)

Abs. 2 S. 1 lit. a–c normieren drei alternative Ausnahmetatbestände, bei deren (v. StPfl. zu 27a
beweisenden) Eingreifen der typisierende Missbrauchsverdacht nach Abs. 1 S. 1 als entkräftet angesehen wird und deshalb ein uneingeschränkter Abzug betrieblich veranlasster Zinsen (lfd. Zinsaufwand und etwaige Zinsvorträge) möglich bleibt.

I. Freigrenze (Abs. 2 S. 1 lit. a). 1. Grundgedanke. Kleinere und mittlere Unternehmen 28
sind regelmäßig nicht in der v. Gesetzgeber beanstandeten Art und Weise (gedacht: grenzüberschreitend) verschachtelt, würden aber durch die Zinsschranke erheblichen finanziellen Nachteilen und einem hohen bürokratischen Aufwand unterworfen. Die Freigrenze des lit. a entbindet deswegen Betriebe v. der Anwendung der Zinsschranke, wenn der Saldo ihrer

1 So zum Zinsvortrag BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 47; str. – Noch offen bleibt, nach welchen Maßstäben der (EBITDA- und) Zinsvortrag aufgeteilt werden soll.

2 Hierzu *Schaden/Käshammer*, BB 2007, 2317 (2321 f.); *Hierstetter*, DB 2009, 79 (81 ff.).

3 Vgl. *Schaden/Käshammer*, BB 2007, 2317 (2322).

Zinsaufwendungen und Zinserträge weniger als **drei Mio. Euro** beträgt (die anfänglich vorgesehene Beschränkung auf eine Mio. Euro wurde rückwirkend ersetzt). Ab dieser Grenze unterfallen sie (sofern nicht eine der beiden anderen Ausnahmen eingreift) uneingeschränkt der Regel nach Abs. 1 S. 1.¹

- 29 **2. Betriebsbezogenheit.** Die Freigrenze des lit. a ist (auch im Konzern) mit Blick auf den **einzelnen Betrieb** anzuwenden, dh. v. MU'schaften (einschl. Sonderbetriebsvermögen), Körperschaften und Organkreisen (s. Rn. 61) je einmalig, v. einer nat. Pers. mit mehreren Betrieben dagegen mehrmalig auszunutzen.
- 30 **Gestaltungsempfehlung:** Verbundene Unternehmen mittlerer Größe sollten angesichts dieses engen Betriebsbezuges ggf. einen Verzicht auf eine Organshaft und eine Zergliederung in kleinere Einheiten erwägen. Anzuraten ist hierzu eine je konkrete Vergleichsrechnung.
- 31 **3. Paralleler Zinsbegriff.** In die Berechnung der Freigrenze einzubeziehen sind nur solche Zinsaufwendungen, die auch der Abzugsbeschränkung nach Abs. 1 S. 1 unterliegen können. Anzusetzen sind daher nur der **inländ.** Gewinnermittlung unterfallende Zinsen², was sich insbes. für beschränkt StPfl. günstig auswirken kann, die im Inland lediglich eine Betriebsstätte unterhalten und deshalb nur die ihr zugeordneten Zinsanteile ansetzen müssen.
- 32 **4. Jahresbetrag.** Die Freigrenze nach lit. a bezieht sich auf das **gesamte Wj.**, dh. idR auf das ganze Kj., ggf. aber auch auf ein abw. (Rumpf-)Wj. Bestand die StPfl. nur zeitweise oder fielen Zinsen nur temporär an (zB Unternehmensgründung oder -aufgabe im Laufe des VZ), ist die Freigrenze nicht anteilig zu kürzen.
- 33 **5. Auswirkungen des Zinsvortrages.** Nachteilig wirkt schließlich Abs. 1 S. 6, nach dem gem. Abs. 1 S. 5 vorgetragene Zinsaufwendungen im Folgejahr den nun anfallenden Zinsen hinzuzurechnen sind. Folgerichtig bezieht die FinVerw. sie dann auch bei der Anwendung der Freigrenze ein.³ Als Konsequenz dessen könnte allein ein über Jahre **kumulierter Zinsvortrag** selbst kleiner oder mittlerer Betriebe die Freigrenze dauerhaft aushebeln und wäre kaum noch abbaubar. Der für sich betrachtet steuergünstige Zinsvortrag schließe in einen langfristigen Nachteil um. Dieses wortlautgetreue, aber zweckwidrige Ergebnis sollte durch eine teleologische Reduktion vermieden werden, die Abs. 1 S. 6 auf die Summe der noch zum Abzug anstehenden Zinsen bezieht, für die Berechnung der Freigrenze aber lediglich auf die aktuellen Zinsaufwendungen abstellt. Jedenfalls sollte die FinVerw. den StPfl. als Billigkeitsmaßnahme gestatten, nicht abgezogene Zinsen wahlweise sogleich in das übernächste Jahr vortragen zu dürfen.⁴
- 34 **II. Nichtzugehörigkeit zum Konzern (Abs. 2 S. 1 lit. b). 1. Grundgedanke.** Der v. Abs. 1 S. 1 erhobene Missbrauchsverdacht erscheint ferner dann als ausgeschlossen, wenn ein Betrieb nicht in unternehmerischer Verbundenheit mit anderen (gedacht: ausländischen) Betrieben steht, er also gem. Abs. 2 S. 1 lit. b „nicht oder nur anteilmäßig zu einem Konzern gehört“ („stand-alone-Klausel“). Typische Adressaten dieser Regelung sind Einzelunternehmer oder im Streubesitz befindliche KapGes., die jeweils keine eigenen Beteiligungen halten.⁵ – Für Körperschaften (s. Rn. 55 ff.) oder einer Körperschaft nachgeordnete MU'schaften (s. Rn. 64 f.) wird diese Ausnahme gem. § 8a Abs. 2 KStG (iVm. § 4h Abs. 2 S. 2) durch eine Gegenausnahme für den Fall sog. schädlicher Gesellschafterfremdfinanzierungen eingeschränkt.
- 35 **2. Konzernbegriff (Abs. 3 S. 5, 6).** Der Begriff des „Konzerns“ iSv. lit. b wird durch Abs. 3 S. 5–6 im Lichte der Missbrauch vermutenden ratio der Norm eigenständig (dh. unabhängig v. Bilanzrecht) und sehr **weit definiert**. Es genügt, wenn eine der beiden Begriffsalternativen (S. 5 oder 6) eingreift.⁶ – Vorauszusetzen ist dabei stets, dass es sich um zwei (oder mehrere) „Betriebe“ iSv. § 4h handelt. Hieran fehlt es etwa bei der Organshaft, die gem. § 15 S. 1 Nr. 3 KStG ein einziger Betrieb, dh. kein Konzern idS ist (s. Rn. 61 f.). Die FinVerw. versteht zu-

1 Kritik begegnet vor allem die Ausgestaltung der Norm als bloße Freigrenze (nicht Freibetrag); so zB Köhler, DStR 2007, 597 (598). – Hingegen dürfte die Höhe der Freigrenze nach ihrer Anhebung genügen, um kleinere Betriebe angemessen zu verschonen.

2 BT-Drucks. 16/4841, 48.

3 BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 46. S. auch Grotherr, IWB 2007, 1489 (1500).

4 Vgl. auch H/H/R, § 4h Rn. 35; Köhler/Hahne, DStR 2008, 1505 (1512).

5 BT-Drucks. 16/4841, 48.

6 Maßgeblicher Zeitpunkt soll dabei (außer bei Neugründungen) grds. der vorangegangene Bilanzstichtag sein, so dass unterjährige Veränderungen idR folgenlos bleiben; BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 68.

dem (in praktisch sinnvoller, aber kaum gesetzmäßiger Normreduktion) die GmbH & Co KG als einheitlichen Betrieb, sofern die GmbH keine eigenständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübt (und weder GmbH noch KG anderweitig zu einem Konzern gehören).¹ Auch eine unselbstständige Betriebsstätte in einem anderen Land ist kein „zweiter“ Betrieb iS dieser Konzerndefinition²; umgekehrt gilt Gleiches. – Der Konzernbegriff iSv. lit. b entscheidet zugleich über die alternative Anwendbarkeit v. lit. c (s. aber Rn. 43 zum Konzernbegriff des Eigenkapitalvergleichs).

– Nach Abs. 3 S. 5 gehört ein Betrieb einem Konzern an, wenn er nach den für den dritten 36
Ausnahmetatbestand (Abs. 2 S. 1 lit. c) konkret maßgeblichen Rechnungslegungsstandards (s. Rn. 49 f.) mit einem oder mehreren anderen Betrieben konsolidiert wird oder auch nur werden könnte. Es genügt also eine bloße **Konsolidierungsmöglichkeit**, selbst wenn sie (zB wegen untergeordneter Bedeutung iSv. § 296 Abs. 2 HGB) zulässigerweise nicht in Anspr. genommen wird. Zu wählen ist jeweils der größtmögliche Konsolidierungskreis mit dem zugehörigen obersten Rechtsträger.³

– Ebenso gehört ein Betrieb gem. Abs. 3 S. 6 zu einem Konzern, wenn die Finanz- und Geschäfts- 37
politik des Betriebs mit einem oder mehreren anderen Betrieben **einheitlich bestimmt** werden kann. Der Gesetzgeber hat sich damit bewusst an Begriff und Voraussetzungen eines Beherrschungsverhältnisses nach IAS 27 („control“) angelehnt.⁴ IErg. kann uU auch eine nat. Pers., die zwei Betriebe innehat, einen (Gleichordnungs-)Konzern iSv. § 4h bilden.⁵ Laut Gesetzesbegründung⁶ soll dies allerdings nicht bereits für die (an sich diesen weiten Konzernbegriff erfüllende) bloße BetrAufsp. gelten.

3. Anteilige Konzernzugehörigkeit. Die Zinsschranke bleibt auch dann unanwendbar, 38
wenn ein Betrieb „nur anteilmäßig“ zu einem Konzern gehört. Die genaue Reichweite dieser Einschränkung erscheint fraglich, weil die weite Konzerndefinition in Abs. 3 S. 5–6 auch bloße Mehrheitsbeteiligungen einbezieht, weil also offensichtlich nicht jede nur anteilige Beteiligung ausgenommen sein kann. IErg. soll es lt. Gesetzesbegründung⁷ für die Ausnahme nach lit. b genügen, wenn ein **gemeinschaftlich geführtes Unternehmen** iSv. § 310 HGB (oder ein vergleichbares Unternehmen iS alternativ anzuwendender Standards) **nur anteilmäßig konsolidiert** wird und es **nicht v. einem einzelnen Rechtsträger beherrscht** wird.⁸ Als erklärendes Bsp. nennt die Gesetzesbegründung PPP-Projektgesellschaften.⁹ Entspr. soll nach dem Normverständnis des subj.-historischen Gesetzgebers auch für bestimmte Verbriefungszweckgesellschaften im Rahmen v. Asset-Backed-Security-Gestaltungen gelten.¹⁰

III. Konzerninterner Eigenkapitalvergleich (Abs. 2 S. 1 lit. c). 1. Grundgedanke. Bei konzern- 39
zugehörigen Betrieben (dh. alternativ zu lit. b; zum insoweit maßgeblichen Konzernbegriff s. Rn. 35 ff.) gilt der typisierende Missbrauchsverdacht als entkräftet, wenn diese nicht in konzernunüblich hohem Maße fremdfinanziert sind, weil dann – jedenfalls bei branchenreinen Konzernen – auf eine angemessene Gestaltung der konzerninternen (gemeint: grenzüberschreitenden) Beziehungen geschlossen werden kann, bei der weder eine überhöhte Ge-

1 BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 66 (bei eigenen Zinsaufwendungen der GmbH sei eine schädliche Geschäftstätigkeit anzunehmen). – Vgl. hingegen *Hallerbach*, StuB 2007, 487 (490): v. einem Einzelgesellschafter getragene GmbH & Co KG als Konzern.

2 IErg. ebenso zur Auslandsbetriebsstätte deutscher Unternehmen BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 64.

3 BT-Drucks. 16/4841, 50. Ebenso *Dörr/Geibel/Fehling*, NWB 2007, 5199 (5208); *Hennrichs*, DB 2007, 2101 (2102).

4 BT-Drucks. 16/4841, 50. – Zum hierbei maßgeblichen Kriterium der „Beherrschung“ FG München v. 14.12.2011 – 7 V 2442/11, DStRE 2012, 692 (693 f.).

5 BT-Drucks. 16/4841, 50. Die genaue Reichweite dieser Konzerneigenschaft einzelner nat. Pers. bleibt indes vorerst ungeklärt. Undeutlich und wohl eher v. Ergebnis her gedacht BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 60 einerseits (mehrere privat gehaltene Beteiligungen an beherrschten Rechtsträgern genügen) und Tz. 62 andererseits (ein Einzelunternehmer mit mehreren Betrieben begründe „für sich“ noch keinen Konzern). – Zur GmbH & Co KG s. Rn. 35.

6 BT-Drucks. 16/4841, 50 (ohne weitere Erläuterung); ebenso BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 63.

7 BT-Drucks. 16/4841, 50.

8 IErg. ebenso BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 61 (auch für assoziierte Unternehmen iSv. § 311 HGB); *Hennrichs*, DB 2007, 2101 (2102); *Lüdenbach/Hoffmann*, DStR 2007, 636.

9 BT-Drucks. 16/4841, 50.

10 BT-Drucks. 16/4841, 50. Inwiefern diese (im Wortlaut nicht angelegte) Auslegung zutrifft und ob sie ggf. auf andere Zweckgesellschaften übertragen werden könnte, bleibt vorerst ungeklärt; zust. BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 67; abl. *Hennrichs*, DB 2007, 2101 (2102); vgl. auch *Heintges/Kamphaus/Loitz*, DB 2007, 1261 (1262); *Köster*, BB 2007, 2278 (2279); *Lüdenbach/Hoffmann*, DStR 2007, 636 (637).

sellschafterfremdfinanzierung noch eine künstliche Verlagerung sonstigen Zinsaufwands auf ein verbundenes Unternehmen zu befürchten ist. Als Maßstab hierfür ordnet Abs. 2 S. 1 lit. c¹ einen Eigenkapitalvergleich an, nach dem die Zinsschranke nicht anzuwenden ist, sofern die Eigenkapitalquote eines Betriebs mindestens ebenso hoch ist wie jene des gesamten Konzerns (S. 1 v. lit. c) oder jedenfalls nicht mehr als zwei Prozentpunkte² (S. 2) hinter ihr zurückbleibt („escape-Klausel“). – Bei Körperschaften (s. Rn. 55 ff.) oder einer Körperschaft nachgeordneten MU'schaften (s. Rn. 64 ff.) wird diese Ausnahme im Fall sog. schädlicher Gesellschaftsfremdfinanzierungen durch eine Gegen Ausnahme nach § 8a Abs. 3 KStG (iVm. § 4h Abs. 2 S. 2) überwunden.

- 40 **Gestaltungsempfehlung:** Der Eigenkapitalvergleich nach Abs. 2 S. 1 lit. c weist eine außerordentliche Komplexität auf und dürfte nicht selten hohe Beratungs- und Rechtsverfolgungskosten der Unternehmen nach sich ziehen. Deshalb ist vorab eine je konkrete Kosten-Nutzen-Analyse anzuraten, nach der uU ein Rechtsverzicht (dh. ein Hinnehmen der Zinsschranke) günstiger sein kann.³
- 41 **2. Eigenkapitalquote.** Ausschlaggebend für die Handhabung der Ausnahme nach Abs. 2 S. 1 lit. c sind Begriff und Berechnung der Eigenkapitalquote sowohl des Betriebs (soweit er der inländ. Gewinnermittlung unterliegt) als auch des gesamten (weltweiten) Konzerns. Die Eigenkapitalquote wird als **Verhältnis des EK zur Bilanzsumme** legaldefiniert und ist zum jeweils vorangegangenen Abschlussstichtag⁴ nach Maßgabe des Jahres- oder Einzelabschlusses des Betriebs einerseits und des (wiederum auf jeweils oberster Ebene⁵ konsolidierten) Konzernabschlusses⁶ andererseits zu ermitteln (S. 3 v. lit. c).
- 42 **3. Betrieb und Konzern.** Zunächst sind die beteiligten Ebenen je für sich zu betrachten. So sind ggf. **mehrere Einzelbilanzen eines Betriebs** iSv. § 4h vorab zusammenzufassen. Dies gilt etwa für die Gesellschafts- und Sonderbilanzen einer MU'schaft oder die Einzelabschlüsse der vorrangig in ihrem Binnenkreis zu konsolidierenden Organschaft.
- 43 Noch nicht abschließend geklärt ist, ob der **Konzernbegriff** für die Frage nach der Reichweite des Konzernabschlusses korrespondierend zur Frage nach der alternativen Anwendbarkeit v. Abs. 2 S. 1 lit. b und c (s. Rn. 35 ff.) bestimmt werden muss.⁷ Sinnvollerweise sollte an dieser Stelle nicht auf Abs. 3 S. 5–6, sondern auf die insoweit speziellere Konzerndefinition der gem. Abs. 2 S. 1 lit. c S. 8–13 konkret maßgeblichen Rechnungslegungsstandards (s. Rn. 49 f.) abgestellt werden, da ansonsten unverhältnismäßig aufwendige Korrekturen der Bilanzen erforderlich würden.⁸ Die Antwort auf diese Frage entscheidet darüber, ob nach Abs. 3 S. 5 (s. Rn. 36) konsolidierungsfähige Tochterunternehmen, die wegen Unwesentlichkeit im handelsrechtl. Konzernabschluss (zulässigerweise) nicht berücksichtigt worden sind, für Zwecke des Eigenkapitalvergleichs in den Konzernabschluss einzubeziehen sind.⁹ Spiegebildlich stellt sich die Frage, ob „nur anteilmäßig“ konzernangehörige (s. Rn. 38), deshalb nicht vollkonsolidierte Betriebe aus der Konzernbilanz herausgerechnet werden müssen.¹⁰
- 44 **4. Bilanzanpassungen.** Abs. 2 S. 1 lit. c liefert in S. 4–7 sodann punktuell ergänzende **Sonderregelungen** zur Bilanzierung sowohl im Betrieb als auch im Konzern, die auf eine einheitliche und aussagekräftige Gestaltung beider Rechenwerke abzielen, dabei aber noch zahlreiche Detailfragen unbeantwortet lassen.¹¹

1 Einzelheiten zum Folgenden bei *Ganssaue/Mattern*, DStR 2008, 213 ff., 267 ff.; *Hennrichs*, DB 2007, 2101 ff.

2 Für Wj., die vor dem 1.1.2010 enden: ein Prozent.

3 *Köster*, BB 2007, 2278 (2280); ähnlich speziell zum Verhältnis v. Zins- und Verlustvortrag *Schaden/Käshammer*, BB 2007, 2317 (2318).

4 Bei unterjähriger Betriebsgründung vergleicht die Praxis die Eigenkapitalquote lt. EB mit jener des nicht um den neuen Betrieb erweiterten Konzernabschlusses zum letzten Bilanzstichtag; BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 70.

5 *Hennrichs*, DB 2007, 2101 (2103).

6 Im Fall eines Gleichordnungskonzerns nach Abs. 3 S. 6, der nicht zugleich unter Abs. 3 S. 5 fällt, ist der Konzernabschluss sogar eigens für diesen Zweck zu erstellen.

7 Vgl. *Hennrichs*, DB 2007, 2101 (2104); *Schulz*, DB 2008, 2043 (2048).

8 Vgl. BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 72: bestehende Konzernabschlüsse werden grds. unverändert für den Eigenkapitalvergleich herangezogen, wenn sie nach den §§ 291, 292 und 315a HGB befreiende Wirkung haben (zu Ausnahmen s. ebenfalls Tz. 72). S. auch *Brunsbach*, IStR 2010, 745 ff.

9 Abl. BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 72 (wohl iS eines Wahlrechts zu verstehen); *Ganssaue/Mattern*, DStR 2008, 213 (217 f.); *Hennrichs*, DB 2007, 2101 (2104).

10 In diese Richtung BT-Drucks. 16/4841, 50; BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 72; dagegen *Hennrichs*, DB 2007, 2101 (2104).

11 S. auch *Töben/Fischer*, BB 2007, 974 (977) zum Sonderproblem des Eigenkapitalvergleichs bei Private-Equity-Investitionen (Fonds als Konzernspitze?).

Zunächst verlangt S. 4 1. HS, **Wahlrechte** in beiden Bilanzen einheitlich auszuüben (vgl. 45 zB § 300 Abs. 2 S. 2 HGB). Diese punktuelle Regelung dürfte sich dahingehend verallgemeinern lassen, dass auf beiden Ebenen zu berücksichtigende Positionen grds. nach Grund und Höhe parallel (bei vorrangiger Maßgeblichkeit der Konzernbilanz) anzusetzen sind.¹ – Bei (idR personen-)gesellschaftsrechtlichen **Kündigungsrechten** ist gem. S. 4 2. HS (abw. v. der nach IAS 32 vorgesehenen Umqualifizierung v. Eigen- in Fremdkapital) mindestens das nach HGB maßgebliche EK anzusetzen.²

Nach S. 5 ist das bilanzielle EK des Betriebs durch **Hinzurechnungen und Kürzungen** 46 anzupassen: Zu erhöhen ist es um einen im Konzernabschluss enthaltenen Firmenwert, soweit er auf den Betrieb entfällt. Entspr. sollten auch andere gem. IFRS 3 auf Konzernebene aufzudeckende stille Reserven das EK des Betriebs erhöhen, um die Vergleichbarkeit beider Abschlüsse zu gewährleisten.³ – Hinzuzurechnen ist ferner die Hälfte v. Sonderposten mit Rücklagenanteil, soweit diese gem. § 273 HGB in der HB ausgewiesen sind. – Zu kürzen ist das betriebliche EK dagegen um EK, das keine Stimmrechte vermittelt. Gemeint ist insbes. sog. Mezzanine-Kapital⁴ (zB Genussrechte ohne Beteiligung am Liquidationserlös), soweit dieses als EK bilanziert wird, aber wirtschaftlich eher dem Fremdkapital gleichsteht. Eine interne Gegen Ausnahme gilt für Vorzugsaktien (als Unterfall typisch gesellschaftsrechtl. Kapitalüberlassung). – Um Mehrfachberücksichtigungen zu vermeiden, sind auch die Anteile an anderen Konzerngesellschaften herauszurechnen (sofern nicht eine bereits vorab konsolidierte Organschaft mit ihnen besteht).⁵ – Schließlich ist das betriebliche EK (zur Vermeidung künstlicher Gestaltungen) um Einlagen der letzten sechs Monate vor dem Abschlussstichtag zu kürzen, sofern ihnen gegenläufige Entnahmen oder Ausschüttungen innerhalb v. sechs Monaten nach dem Abschlussstichtag gegenüberstehen. – Über den Wortlaut hinaus sollte jeweils auch die Bilanzsumme angepasst werden, um die Aussagekraft des Eigenkapitalvergleichs zu wahren.

Die Bilanzsumme des Betriebs (nicht aber das EK) ist gem. S. 6 um jene Kapitalforderungen 47 zu kürzen, die (infolge Konsolidierung) nicht im Konzernabschluss ausgewiesen sind und denen Verbindlichkeiten iSv. Abs. 3 in mindestens gleicher Höhe gegenüberstehen. Gemeint sind **fremdfinanzierte Darlehen an andere Konzernunternehmen**, deren bilanzverlängernde Einbeziehung die Eigenkapitalquote des Betriebs belasten würde.⁶

Sonderbetriebsvermögen ist schließlich, soweit es zugleich im (konsolidierten) Konzernvermögen 48 enthalten ist, für Zwecke des Eigenkapitalvergleichs auch dem BV der MU'schaft zuzuordnen (S. 7).⁷ Positives SBV erhöht mithin das EK des Betriebes, Fremdverbindlichkeiten des G'ters (auch zur Finanzierung seiner Beteiligung) mindern es.⁸

5. Vorrang internationaler Rechnungslegungsstandards. Die für alle weiteren Einzelfragen 49 ausschlaggebende Wahl der Rechnungslegungsstandards bevorzugt (entspr. der an sich allein auf grenzüberschreitende Sachverhalte abzielenden Motivation des Gesetzgebers) internationale Maßstäbe (S. 8–13 v. lit. c). Insbes. sind die Abschlüsse auf Betriebs- wie Konzernebene grds. einheitlich nach den **International Financial Reporting Standards (IFRS)**⁹

1 IErg. ähnlich BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 73.

2 Die Regelung überlagert nicht die einheitlich zu treffende Wahl der Rechnungslegungsstandards (s. Rn. 49 ff.), sondern modifiziert nur das hiernach anzusetzende EK. Noch ungeklärt ist, ob mindestens der gem. HGB berechnete Betrag maßgeblich ist (was bei nach IFRS bilanzierenden Unternehmen einen parallelen HGB-Abschluss erfordern würde) oder nur die materielle Klassifizierung als EK vorgeht. Einheitlichkeit und Einfachheit des EK-Vergleichs sprechen für die zweite Lösung. Ebenso *Henrichs*, DB 2007, 2101 (2106).

3 *Heintges/Kamphaus/Loitz*, DB 2007, 1261 (1264); *Henrichs*, DB 2007, 2101 (2105 f.); *Köster*, BB 2007, 2278 (2282); *Lüdenbach/Hoffmann*, DStR 2007, 636 (639).

4 BT-Drucks. 16/4841, 49.

5 Vgl. BT-Drucks. 16/4835, 2: Vermeidung v. „Kaskadeneffekten“, durch die die Zinsschranke unterlaufen werden könnte. – Krit. zu dieser Regelung *Köhler*, DStR 2007, 597 (601). – Bei Holding-Gesellschaften mit fremdfinanzierten Beteiligungen kann diese Vorschrift zu einer negativen Eigenkapitalquote führen; *Lüdenbach/Hoffmann*, DStR 2007, 636 (638).

6 BT-Drucks. 16/4841, 49.

7 Vertiefend zu Folgeproblemen *Wagner/Fischer*, BB 2007, 1811 (1814 ff.).

8 *Köhler*, DStR 2007, 597 (602).

9 Kritisiert wird dieser Vergleichsmaßstab nicht zuletzt wegen der anderen Zielsetzung der IFRS. Sie fragen nicht nach der Leistungsfähigkeit, sondern bezwecken eine „fair presentation“, die sich am potentiellen Investor ausrichtet. Überdies wirft die Komplexität der Anwendungen der IFRS die Frage nach der Verhältnismäßigkeit auf; *Heintges/Kamphaus/Loitz*, DB 2007, 1261.

zu erstellen (S. 8).¹ Bei verfassungskonformer Interpretation sollte dies als statische Verweisung auf die auch v. § 315a HGB einbezogene europarechtl. Umsetzung dieser Standards, nicht als dynamische Verweisung auf die deutscher Gesetzgebung entzogenen „Original-IFRS“ verstanden werden.²

- 50 Bilanziert der Konzern nicht nach diesen Maßstäben, weil er hierzu (nach deutschem Recht) nicht verpflichtet ist und er die IFRS auch nicht in den letzten fünf Wj. freiwillig angewandt hat, können Betrieb und Konzern **nachrangig** das **Handelsbilanzrecht eines EU-Mitgliedstaates** (einschl. Deutschland) als gemeinsamen Rechnungslegungsstandard wählen (S. 9 1. HS). Besteht auch hierzu keine Verpflichtung, können nochmals nachrangig auch die **US-GAAP** (Generally Accepted Accounting Principles der USA) zur Anwendung gelangen (S. 9 2. HS).³
- 51 Der Konzernabschluss muss in jedem Fall den Anforderungen an die handelsrechtl. Konzernrechnungslegung (§ 290 HGB) genügen oder die Voraussetzungen einer befreienden Wirkung iSv. §§ 291 f. HGB erfüllen (S. 10). – Wurde der Jahres- oder Einzelabschluss des Betriebs nicht nach denselben Standards wie der Konzernabschluss erstellt, ist die Eigenkapitalquote des Betriebs in einer **Überleitungsrechnung** nach den für den Konzernabschluss maßgeblichen Standards zu ermitteln (S. 11). Die auf jeweils oberster Konzernebene anzuwendenden Regeln sind mithin auch auf den nachrangigen Ebenen heranzuziehen.⁴
- 52 **6. Nachweisfragen und Sanktionen.** Die **Beweislast** für eine gleich hohe oder höhere Eigenkapitalquote liegt beim Betrieb. Der Nachweis ist nur erbracht, wenn alle maßgeblichen Abschlüsse in deutscher Sprache oder in beglaubigter Übersetzung vorgelegt werden und der Konzernabschluss v. einem Abschlussprüfer testiert ist.⁵ Der Einzelabschluss und ggf. eine Überleitungsrechnung des Betriebs werden einer prüferischen Durchsicht unterzogen⁶; auf Verlangen der Finanzbehörde sind beide Rechenwerke durch einen Abschlussprüfer iSv. § 319 HGB zu prüfen (lit. c S. 12–13).
- 53 Schließlich ordnet Abs. 2 S. 1 lit. c **Sanktionen** für den Fall **unrichtiger Abschlüsse** an (S. 14–16). Führt der an ihrer Stelle anzusetzende zutr. Abschluss zu einer Erhöhung der nach Abs. 1 S. 1 nicht abziehbaren Zinsaufwendungen, ist entspr. § 162 Abs. 4 S. 1–2 AO ein Zuschlag auf den Unterschiedsbetrag (mindestens 5000 Euro) festzusetzen. Dabei gilt § 162 Abs. 4 S. 4–6 AO sinngemäß.

D. Anwendung auf Gesellschaften

- 54 **I. Körperschaften. 1. Grundsätzliches.** Die Zinsschranke des § 4h ist gem. § 8 Abs. 1 KStG grds. auf alle Körperschaften anwendbar.⁷ Die einzelne Körperschaft bildet dabei (einschl. ihrer Betriebsstätten) einen „Betrieb“ iSv. § 4h. – **§ 8a Abs. 1 KStG** (s. dort) bestätigt die Anwendbarkeit v. § 4h deklaratorisch und fügt dieser Aussage gewisse sachliche Modifikationen hinzu. Anstelle des „maßgeblichen Gewinns“ ist das nach EStG und KStG (mit Ausnahme v. §§ 4h, 10d EStG und § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG) ermittelte „maßgebliche Einkommen“ anzusetzen, das wiederum um die Zinsaufwendungen und die in § 4h Abs. 1 S. 2 benannten Abschreibungen zu erhöhen und um die Zinserträge zu mindern ist (S. 1–2). Für den Zinsvortrag (nach dem Gesetzeswortlaut nicht für den EBITDA-Vortrag) gelten zusätzlich §§ 8a Abs. 1 S. 3, 8c KStG (teilw. oder vollständiger Untergang bei qualifiziertem Anteilseignerwechsel).
- 55 **2. Rückausnahmen. a) Grundsatz.** Die wichtigste Modifikation zu § 4h liegt in den beiden Gegenausnahmen nach **§ 8a Abs. 2, 3 KStG**, die die alternativen Ausnahmetatbestände des

1 Eingehend hierzu *Schulz*, DB 2008, 2043 ff. – Speziell zu gestalterischen Möglichkeiten der Ausnutzung verbleibender Wahlrechte *Köster*, BB 2007, 2278 (2280 f.).

2 *Henrichs*, DB 2007, 2101 (2103). In diesem Sinne auch die Gesetzesbegründung; BT-Drucks. 16/4841, 48; ebenso *Lüdenbach/Hoffmann*, DStR 2007, 636 (641).

3 Noch ungeklärt bleibt die Frage, wie der Eigenkapitalvergleich bei einem Mutterunternehmen mit Sitz in einem Drittland (dh. weder in Europa noch in den USA) zu erfolgen hat, das nach keinem dieser Standards verfährt; hierzu *Henrichs*, DB 2007, 2101 (2103).

4 *Henrichs*, DB 2007, 2101 (2103, 2105).

5 BT-Drucks. 16/4841, 49.

6 BT-Drucks. 16/4841, 49; Anzuwenden sind die Grundsätze des Prüfungsstandards IDW PS 900.

7 S. ferner BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 zur Anwendung v. § 4h auf PPP-Gesellschaften (Tz. 84 ff.) und Unternehmen der öffentl. Hand (Tz. 91 ff.). Zum Sonderproblem der atypischen KGaA *Kollruss*, BB 2007, 1988; *Rohrer/Orth*, BB 2007, 2266.

§ 4h Abs. 2 S. 1 lit. b (Nichtzugehörigkeit zum Konzern) und lit. c (konzerninterner Eigenkapitalvergleich) – nicht jedoch die Freigrenze nach lit. a, die folglich über § 8 Abs. 1 S. 1 KStG uneingeschränkt gilt – für KapGes. in Fällen einer sog. schädlichen Gesellschafterfremdfinanzierung ausschließen und dadurch die Zinsschranke wieder (für sämtliche Zinsaufwendungen) zur Anwendung bringen.¹ – Die Körperschaft trägt jeweils die Beweislast für die Unschädlichkeit ihrer Finanzierung.

Eine solche **schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung** liegt nach dem gemeinsamen **Grundtatbestand** v. § 8a Abs. 2 und 3 im Wesentlichen dann vor, wenn (1.) Vergütungen für Fremdkapital an zu mehr als 25 % beteiligte Anteilseigner oder ihnen gesetzlich gleichgestellte Pers. gezahlt werden und (2.) alle derartigen Vergütungen zusammen² mehr als 10 % der die Zinserträge übersteigenden Zinsaufwendungen der Körperschaft (Zinssaldo) betragen. § 8a Abs. 2 KStG kann dabei grds. jede Gesellschafterfremdfinanzierung konzernunabhängiger Körperschaften erfassen. § 8a Abs. 3 KStG lenkt dagegen den Blick für konzernangehörige Ges. (Frage der Anwendbarkeit des Eigenkapitalvergleichs nach § 4h Abs. 2 S. 1 lit. c) auf konzernweite, aber in der Konzernbilanz nicht konsolidierte Gesellschafterfremdfinanzierungen, die eine an sich unschädliche Finanzierung einer anderen Ges. infizieren können (s. Rn. 60).

b) Einzelheiten. Diese Regelungen sind im Detail überaus anspruchsvoll ausgestaltet. 57

– Dies gilt zunächst für den in beiden Absätzen (2 und 3) grds. gleichlaufend formulierten **Grundtatbestand** einer schädlichen Gesellschafterfremdfinanzierung: So kann der Anteilseigner unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 25 % an der Körperschaft beteiligt sein. Dem G'ter gleichgestellt wird eine ihm nahe stehende Pers. iSv. § 1 Abs. 2 AktG sowie jeder Dritte, der auf den Anteilseigner oder eine ihm nahe stehende Pers. zurückgreifen kann. Letzteres soll nach der Gesetzesbegründung bereits dann anzunehmen sein, wenn der Anteilseigner oder die ihm nahe stehende Pers. dem Dritten faktisch (dh. auch ohne Anspr.) für die Erfüllung einsteht.³ – Der maßgebliche Zinsbegriff dürfte parallel zu § 4h Abs. 3 S. 2–4 zu verstehen sein (s. Rn. 17 ff.).

Hervorzuheben sind ferner die unterschiedlichen Bezugsgrößen der Berechnung einer schädlichen Gesellschafterfremdfinanzierung, die tatbestandlich an das Verhältnis der an einzelne Gläubiger geleisteten Bruttozinsaufwendungen zum Nettoszinsaufwand der ganzen Körperschaft (10 % v. Gesamtzinssaldo) anknüpft, so dass gleichzeitig erzielte eigene Zinserträge der Ges. diese rechnerische Relation zu ihrem Nachteil verschieben.⁴ 58

Gestaltungsempfehlung: Um das Verhältnis der an einen Anteilseigner oder eine ihm gleichgestellte Pers. gezahlten Bruttozinsen zum Gesamtzinssaldo der Ges. zu verbessern, kann es im Einzelfall ratsam sein, eigene Kapitalforderungen aufzulösen und die entspr. Mittel zur Tilgung v. Gesellschafterdarlehen einzusetzen. 59

– Nochmals komplexer geregelt (und in ihrer Berechtigung fragwürdiger) ist die tatbestandliche Modifikation der Rückausnahme zum konzerninternen **Eigenkapitalvergleich** nach § 4h Abs. 2 S. 1 lit. c („escape-Klausel“): § 8a Abs. 3 S. 1 KStG sieht hierzu vor, dass neben den Fremdkapitalvergütungen der zu beurteilenden Körperschaft auch solche anderer konzernangehöriger Rechtsträger einbezogen werden⁵ und dass ihr Empfänger zu mehr als 25 % an irgendeiner Konzerngesellschaft beteiligt sein kann, dass maW grds. jede schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung im gesamten Konzern auch andere Ges. infizieren kann.⁶ 60

1 BFH v. 13.3.2012 – I B 111/11, BStBl. II 2012, 611, hat ernstliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit v. § 8a Abs. 2 KStG angemeldet, soweit dessen 3. Alt. nicht nur sog. Back-to-back-Finanzierungen, sondern auch übliche Fremdfinanzierungen v. Kapitalgesellschaften bei Banken erfasst.

2 Vergütungen an mehrere G'ter oder gleich gestellte Empfänger werden zusammengerechnet (Gesamtbetrachtung); BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 82. – Zweifel an dieser Verwaltungspraxis äußert FG Nds. v. 18.2.2010 – 6 V 21/10, EFG 2010, 981 (AdV).

3 BT-Drucks. 16/4841, 75 in konkludentem Anschluss an BMF v. 15.12.1994, BStBl. I 1995, 25 Tz. 21; zust. und erläuternd BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 83; krit. dagegen *Schaden/Käshammer*, BB 2007, 2259 (2260 f.).

4 Vgl. *Schaden/Käshammer*, BB 2007, 2259 (2261).

5 Der Gesetzeswortlaut ist an dieser Stelle teleologisch zu berichtigen. Wäre § 4h Abs. 1 S. 1 lit. c (nur) anzuwenden, wenn die Fremdkapitalvergütungen der Körperschaft oder eines anderen konzernzugehörigen Rechtsträgers über der 10 %-Grenze liegen, könnte bereits irgendeine unschädliche Gesellschafterfremdfinanzierung (selbst ausländ. Töchter) die Ausnahme v. der Zinsschranke nach sich ziehen. Dies widerspricht der offensichtlichen Absicht des Gesetzgebers, der beide Möglichkeiten als alternativ schädlich angesehen hat. Vgl. *Dörr/Geibel/Fehling*, NWB 2007, 5199 (5210); *Staats/Renger*, DStR 2007, 1801.

6 Hierzu *Schaden/Käshammer*, BB 2007, 2259 (2264); *Töben/Fischer*, BB 2007, 974 (978).

§ 8a Abs. 3 S. 2 relativiert diese Aussage allerdings, vor allem indem nur Zinsaufwendungen aus solchen Verbindlichkeiten in die Prüfung der 10 %-Grenze eingestellt werden, die im voll konsolidierten Konzernabschluss (iSv. § 4h Abs. 2 S. 1 lit. c) ausgewiesen sind, so dass im Zuge der Konsolidierung herausgefilterte konzerninterne Fremdfinanzierungen an dieser Stelle unberücksichtigt bleiben.¹ (In Rückgriffsfällen muss zudem der Rückgriff auf einen nicht zum Konzern gehörenden G'ter oder eine ihm nahe stehende Pers. möglich sein.) IErg. schließt somit (nur) eine überhöhte Gesellschafterfremdfinanzierung durch außerhalb des Konzerns stehende wesentlich beteiligte Anteilseigner oder gleichgestellte Dritte den Eigenkapitalvergleich aus.² Im Lichte des Normzwecks sollte allerdings einschr. erwogen werden, nur der inländ. Gewinnermittlung unterliegende Zinsaufwendungen als schädlich anzusehen (europarechtl. unbedenkliche Benachteiligung v. Inlandssachverhalten), weil ansonsten selbst rein ausländ. Sachverhalte (zB schädliche Finanzierung einer ausländ. konzernangehörigen Ges. durch ihren ausländ. Minderheitsgesellschafter) bei inländ. Tochterunternehmen die Zinsschranke aktivieren könnten.³

- 61 **3. Anhang: Die Organshaft.** Abw. v. der grds. Betriebsqualität der einzelnen Körperschaft gilt die Organshaft⁴ gem. § 15 S. 1 Nr. 3 KStG für Zwecke der Anwendung v. § 4h als ein **gemeinsamer Betrieb**, wobei technisch die **Ebene des Organträgers** als Ort der Prüfung zu wählen ist.⁵ Als wichtigste Konsequenz hieraus schließt § 4h Abs. 2 S. 1 lit. b in vielen Fällen die Anwendung der Zinsschranke auf inländ. Organschaften aus.⁶ Bildet hingegen eines der beteiligten Unternehmen (Organträger oder -gesellschaft) zusammen mit einem außerhalb des Organkreises stehenden Betrieb einen Konzern, kommt ein Eigenkapitalvergleich nach § 4h Abs. 2 S. 1 lit. c zw. dem Organkreis (bei organkreisinterner Vorkonsolidierung) und dem Gesamtkonzern in Betracht.
- 62 Noch ungeklärt bleibt insoweit allerdings, ob dieser spezifische Betriebsbegriff **Gründung und Auflösung einer Organshaft** zu schädlichen Aufgabevorgängen iSv. § 4h Abs. 5 S. 1 werden lässt (zum Untergang v. EBITDA- und Zinsvorträgen bei BetrAufg. s. Rn. 23 ff.). Da die Beteiligungsverhältnisse an den fortbestehenden Gesellschaften jeweils unverändert bleiben, dürfte auch eine an den Ort ihres Entstehens gebundene Fortexistenz bisheriger (EBITDA- und) Zinsvorträge gerechtfertigt sein. Demgemäß ordnet § 15 S. 1 Nr. 3 KStG (anders als die Parallelregelungen des UmwStG) für die Gründung einer Organshaft keinen Untergang „vororganschaftlicher“ (EBITDA- und) Zinsvorträge, sondern eine (temporäre) Nichtanwendung v. § 4h auf die Organgesellschaft an, so dass deren (EBITDA- und) Zinsvorträge als bis zur Beendigung der Organshaft eingefroren angesehen werden dürften.⁷ Die Auflösung einer Organshaft lässt ihren Betrieb im bisherigen Organträger (verändert) fortbestehen, so dass ihm auch weiterhin der Vortrag v. zuvor auf selbiger Ebene nicht abgezogenen Zinsen (oder nicht ausgenutztem verrechenbaren EBITDA) zustehen sollte.⁸
- 63 **II. Mitunternehmenschaften. 1. Grundsätzliches.** § 4h ist als estl. Gewinnermittlungsvorschrift auch auf MU'schaften anzuwenden, dabei (als Modifikation des Transparenzprinzips) grds. **betriebs-, dh. gesellschaftsbezogen**, nicht gesellschafterbezogen zu handhaben.⁹ Son-

1 Diese Einschränkung erfasst indes keine Finanzierungen durch die Konzernspitze eines nicht konsolidierungsfähigen Gleichordnungskonzerns (§ 4h Abs. 3 S. 6), die folgerichtig nicht als „konzernintern“ behandelt werden; BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 80.

2 BT-Drucks. 16/4841, 75.

3 Vgl. BT-Drucks. 16/4841, 75. IErg. ebenso *Dörr/Geibel/Fehling*, NWB 2007, 5199 (5210); *aA* BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 82; *Ganssaue/Mattern*, DStR 2008, 213 (214 mit Fn. 11 – entspr. Formulierung in der Gesetzesbegründung als Versehen); *Köhler*, DStR 2007, 597 (600) (reiner Auslandsachverhalt genügt); zurückhaltend auch *Schaden/Käshammer*, BB 2007, 2259 (2264 f. – der Gesetzeswortlaut stehe einer einschr. Interpretation entgegen).

4 Hierzu *Herzig/Liekenbrock*, DB 2007, 2387 ff.

5 Diese Regelung soll ggf. die Zugehörigkeit einer inländ. Betriebsstätte, die in Deutschland als Organträger fungiert, zum Betrieb des ausländ. Stammhauses überlagern: inländ. Organkreis und ausländ. Stammhaus bilden zwei Betriebe (und damit einen Konzern); BT-Drucks. 16/4841, 77.

6 Diese Privilegierung der inländ. (§ 14 Abs. 1 KStG) Organshaft wird als europarechtl. bedenklich angesehen: *Führich*, IStR 2007, 341 (342 ff.); *Hallerbach*, StuB 2007, 487 (493 f.); *Herzig/Liekenbrock*, DB 2007, 2387 (2388); *Köhler*, DStR 2007, 597 (604); *Musil/Volmering*, DB 2008, 12 (15 f.); *Wagner*, IStR 2007, 650 (653 f.).

7 Vgl. BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 48; *Schaden/Käshammer*, BB 2007, 2317 (2322 f.).

8 *AA* BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 46 (Ausscheiden der Organgesellschaft aus dem Organkreis als Aufgabe eines TB); wie hier *Schaden/Käshammer*, BB 2007, 2317 (2322).

9 Zu weiteren Einzelfragen *Hoffmann*, GmbHR 2008, 113 ff.; *van Lishaut/Schumacher/Heinemann*, DStR 2008, 2341 ff.

derbereiche einzelner G'ter sind mithin (soweit sie nicht einem anderen BV zugehören) für Zwecke der **Berechnung** der (nicht-)abzugsfähigen Zinsen ergänzend in die einheitliche Gesamtbetrachtung des Betriebs einzustellen (s. Rn. 15). – Gesetzlich nicht eindeutig geklärt ist indes, auf welcher Ebene ein sich anschließender **Zinsabzug** zu verorten ist. Der Betriebsbezug des § 4h legt auch hier einen vorrangigen Abzug auf Gesellschaftsebene nahe.¹ Anteilig enthaltene Zinsen aus dem Sonderbereich wirken sich insofern also lediglich mittelbar auf die Besteuerung des einzelnen G'ters aus, indem sie ggf. den ihm zuzurechnenden Gewinnanteil erhöhen. Ein hiernach ungenutztes Abzugsvolumen sollte allerdings (statt eines betriebsbezogenen Zinsvortrages) sogleich den G'tern zugeordnet werden. Der dabei anzuwendende Aufteilungsmaßstab folgt nicht dem individuell getragenen Zinsaufwand (zumal dieser nur eine Teilgröße auf dem Weg zur Ermittlung der abzugsfähigen Zinsen darstellt), sondern (auch mit Blick auf Abs. 5 S. 2) der Gesellschafterstellung, dh. dem Gewinnverteilungsschlüssel.² Abw. Abreden sollten indes (vertikal wie horizontal) anerkannt werden. – Ebenfalls als Ausnahme v. strikten Betriebsbezug der Norm ist § 4h Abs. 5 S. 2 anzusehen, nach dem Gesellschafterwechsel zum anteiligen Untergang des betrieblichen EBITDA- und Zinsvortrages führen (s. Rn. 23 ff.). Gem. § 4h Abs. 5 S. 3 ist § 8c KStG in Fällen unmittelbarer oder mittelbarer Beteiligung v. Körperschaften entspr. anwendbar, so dass ein qualifizierter Anteilseignerwechsel bei der Körperschaft den Zinsvortrag der MU (nicht aber ihren EBITDA-Vortrag) anteilig untergehen lässt.

2. Rückausnahmen. a) Grundsatz. Die Gegenausnahmen nach § 8a Abs. 2, 3 KStG gelten gem. § 4h Abs. 2 S. 2 für die einer Körperschaft nachgeordnete MU'schaft entspr.³ Gemeint ist die PersGes., an der sich eine KapGes. beteiligt (zB GmbH & CoKG). Damit kann eine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung (s. Rn. 55 ff.) auch für diese Unternehmen die Anwendung v. Abs. 2 S. 1 lit. b und c (nicht: a) ausschließen. Für andere PersGes. (die keiner Körperschaft nachgeordnet sind) greifen die Ausnahmetatbestände des Abs. 2 S. 1 lit. a–c ohne Einschränkungen.

b) Einzelheiten. Eine „Nachordnung“ iSv. Abs. 2 S. 2 liegt mangels gesetzlicher Mindestanforderungen bei jeder (auch nur geringfügigen) Beteiligung einer KapGes. an einer PersGes. vor.⁴ Die sich anschließende Rechtsgrundverweisung auf § 8a Abs. 2, 3 KStG führt jedoch auch hier zum Erfordernis einer Beteiligungsquote v. über 25 % als Voraussetzung einer schädlichen Gesellschafterfremdfinanzierung.⁵

§ 4h Abs. 2 S. 2 iVm. § 8a Abs. 2, 3 KStG greifen erst nach Anwendung v. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ein, der v. der Ges. auf Gesellschafterfremdfinanzierungen gezahlte Zinsen zuvor in Gewinnbestandteile umqualifiziert hat.⁶ Insofern kann daher iErg. jeweils nur eine Fremdfinanzierung durch eine dem G'ter⁷ nahe stehende Pers. oder einen zum Rückgriff berechtigten Dritten schaden, nicht aber ein Darlehen eines MU'ers selbst (dh. der „vorgeordneten“ Körperschaft oder sonstiger G'ter). Dagegen können Verbindlichkeiten im SBV eines MU'ers schädliche Fremdfinanzierungen iSv. § 4h Abs. 2 S. 2 iVm. § 8a Abs. 2, 3 KStG sein.⁸

E. Auswirkungen auf die Gewerbesteuer

Gem. § 8 Nr. 1 lit. a GewStG werden Zinsaufwendungen dem Gewerbeertrag (§ 7 GewStG) zu einem Viertel hinzugerechnet, soweit sie zuvor bei der Ermittlung des Gewinns abgesetzt worden sind. Folglich bleiben gem. § 4h (vorl.) nicht abzugsfähige Zinsen außer Ansatz. Wird der Zinsabzug in späteren Jahren nachgeholt, folgt auch die Hinzurechnung. Eine gewstl. Doppelbelastung tritt also insoweit nicht ein.

1 Blümich, § 4h Rn. 41; aA H/H/R, § 4h Rn. 29 (anteilig je nach Verhältnis der getragenen Zinsaufwendungen).

2 So (allerdings sehr knapp und womöglich auch anders zu lesen) BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Tz. 51; dies gelte auch für Zinsaufwendungen des Sonderbereichs.

3 Hierzu *Schaden/Käshammer*, BB 2007, 2259 (2261 ff.); *Schmitz-Herscheidt*, BB 2008, 699 ff.; *Wagner/Fischer*, BB 2007, 1811 (1812 ff.).

4 Vgl. *Schaden/Käshammer*, BB 2007, 2259 (2261 f.); *Schmitz-Herscheidt*, BB 2008, 699 (700); *Wagner/Fischer*, BB 2007, 1811 (1812).

5 IErg. ebenso *Hoffmann*, GmbHR 2008, 183 (185 f.).

6 Missverständlich jedoch die (nicht weiter erläuterte) Gesetzesbegründung; BT-Drucks. 16/4841, 48: im Fall einer Nachordnung iSv. § 4h Abs. 2 S. 2 („damit“) finde § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 keine Anwendung. Wie hier *Wagner/Fischer*, BB 2007, 1811 (1813).

7 Noch ungeklärt ist, ob „G'ter“ idS nur eine „vorgeordnete“ Körperschaft oder jeder MU'er (mit mehr als 25 %-Beteiligung) sein kann; vgl. *Wagner/Fischer*, BB 2007, 1811 (1813).

8 *Wagner/Fischer*, BB 2007, 1811 (1813).