

§ 8a**Betriebsausgabenabzug für Zinsaufwendungen bei Körperschaften (Zinsschranke)**

(1) ¹§ 4h Abs. 1 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass anstelle des maßgeblichen Gewinns das maßgebliche Einkommen tritt. ²Maßgebliches Einkommen ist das nach den Vorschriften des Einkommensteuergesetzes und dieses Gesetzes ermittelte Einkommen mit Ausnahme der §§ 4h und 10d des Einkommensteuergesetzes und des § 9 Abs. 1 Nr. 2 dieses Gesetzes. ³§ 8c gilt für den Zinsvortrag nach § 4h Absatz 1 Satz 5 des Einkommensteuergesetzes mit der Maßgabe entsprechend, dass stille Reserven im Sinne des § 8c Absatz 1 Satz 7 nur zu berücksichtigen sind, soweit sie die nach § 8c Absatz 1 Satz 6 abzehbaren nicht genutzten Verluste übersteigen. ⁴Auf Kapitalgesellschaften, die ihre Einkünfte nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 des Einkommensteuergesetzes ermitteln, ist § 4h des Einkommensteuergesetzes sinngemäß anzuwenden.

(2) § 4h Abs. 2 Satz 1 Buchstabe b des Einkommensteuergesetzes ist nur anzuwenden, wenn die Vergütungen für Fremdkapital an einen zu mehr als einem Viertel unmittelbar oder mittelbar am Grund- oder Stammkapital beteiligten Anteilseigner, eine diesem nahe stehende Person (§ 1 Abs. 2 des Außensteuergesetzes vom 8. September 1972 – BGBl. I S. 1713 –, das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 28. Mai 2007 – BGBl. I S. 914 – geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung) oder einen Dritten, der auf den zu mehr als einem Viertel am Grund- oder Stammkapital beteiligten Anteilseigner oder eine diesem nahe stehende Person zurückgreifen kann, nicht mehr als 10 Prozent der die Zinserträge übersteigenden Zinsaufwendungen der Körperschaft im Sinne des § 4h Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes betragen und die Körperschaft dies nachweist.

(3) ¹§ 4h Abs. 2 Satz 1 Buchstabe c des Einkommensteuergesetzes ist nur anzuwenden, wenn die Vergütungen für Fremdkapital der Körperschaft oder eines anderen demselben Konzern zugehörenden Rechtsträgers an einen zu mehr als einem Viertel unmittelbar oder mittelbar am Kapital beteiligten Gesellschafter einer konzernzugehörigen Gesellschaft, eine diesem nahe stehende Person (§ 1 Abs. 2 des Außensteuergesetzes) oder einen Dritten, der auf den zu mehr als einem Viertel am Kapital beteiligten Gesellschafter oder eine diesem nahe stehende Person zurückgreifen kann, nicht mehr als 10 Prozent der die Zinserträge übersteigenden Zinsaufwendungen des Rechtsträgers im Sinne des § 4h Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes betragen und die Körperschaft dies nachweist. ²Satz 1 gilt nur für Zinsaufwendungen aus Verbindlichkeiten, die in dem voll konsolidierten Konzernabschluss nach § 4h Abs. 2 Satz 1 Buchstabe c des Einkommensteuergesetzes ausgewiesen sind und bei Finanzierung durch einen Dritten einen Rückgriff gegen einen nicht zum Konzern gehörenden Gesellschafter oder eine diesem nahe stehende Person auslösen.

KStDV: –

Stand der kommentierten Gesetzesfassung:

Gesetz v. 22.12.2009, BStBl I 2010, 2

Inhalt

	Rz.
1	1–22a
1.1	1–6d
1.2	7–13a
1.3	14–19
1.4	20–21c
1.5	21d
1.6	22–22a
2	23–43a
2.1	23–36
2.1.1	23–23a
2.1.2	24–30
2.1.3	31
2.1.4	32–36
2.2	37–41a
2.3	42–43a
3	44–75d
3.1	44–50
3.2	50a–67b
3.2.1	50a
3.2.2	51–59
3.2.3	59a–59d
3.2.4	60–67b
3.2.4.1	60–61a
3.2.4.2	62–63
3.2.4.3	64
3.2.4.4	65–67b
3.3	67c–67n
3.4	68–75d
3.4.1	68–70
3.4.2	71–75d
4	76–173
4.1	76
4.2	77–82
4.3	83–130
4.3.1	83–90
4.3.2	91–130
4.3.2.1	91–96
4.3.2.2	97–106
4.3.2.3	107–116
4.3.2.4	117–127

4.3.2.5	Besonderheiten bei nachgeordneten Personengesellschaften	128–130
4.4	Vergleichbare Eigenkapitalquote	131–173
4.4.1	Die sog. Escape-Klausel (§ 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) EStG)	131–163
4.4.1.1	Regelungszweck und -inhalt	131–133c
4.4.1.2	Der Eigenkapitalvergleich (Eigenkapitalquote)	134–163
4.4.1.2.1	Tatbestand des Eigenkapitalvergleichs	134–138
4.4.1.2.2	Korrektur des „Eigenkapitals“	139–148c
4.4.1.2.3	Anzuwendende Rechnungslegungsstandards	149–158
4.4.1.2.4	Sanktionen bei unrichtigen Abschlüssen	159–163
4.4.2	Einschränkungen für Körperschaften (§ 8a Abs. 3 KStG)	164–173
5	Definitionen (§ 4h Abs. 3 EStG)	174–210
5.1	Definition des „maßgeblichen Gewinns“	174–187
5.1.1	Allgemeines	174–178
5.1.2	„Maßgebliches Einkommen“ bei Körperschaften (§ 8a Abs. 1 S. 1, 2 KStG)	179–183
5.1.3	„Maßgeblicher Gewinn“ bzw. „maßgebliches Einkommen“ bei Organschaft	184–185
5.1.4	„Maßgeblicher Gewinn“ bei nachgeordneten Personengesellschaften	186–187
5.2	Definition der „Zinsaufwendungen und Zinserträge“	188–200c
5.2.1	Zinsaufwendungen (§ 4h Abs. 3 S. 2 EStG)	188–198
5.2.1.1	Zinsaufwendungen als „Vergütungen für Fremdkapital“	188–195j
5.2.1.2	Sondervergütungen, Sonderbetriebsausgaben II und Zinszahlungen des Gesellschafters bei nachgeschalteten Personengesellschaften	196–198
5.2.2	Zinserträge (§ 4h Abs. 3 S. 3 EStG)	199–199i
5.2.3	Auf- und Abzinsungsbeträge (§ 4h Abs. 3 S. 4 EStG)	200–200c
5.3	Definition der „Konzernzugehörigkeit“ (§ 4h Abs. 3 S. 5, 6 EStG)	201–210
6	Zinsschranke bei Holdinggesellschaften	211–213b
7	Gesonderte Feststellung des Zins- und EBITDA-Vortrags (§ 4h Abs. 4 EStG)	214–224

1 Allgemeines

1.1 Systematische Stellung der Vorschrift

§ 8a KStG stellt eine **besondere Vorschrift zur Ermittlung des steuerpflichtigen Einkommens** der Körperschaft dar. Sie ist daher im Ersten Kapitel des Zweiten Teils des Gesetzes zutreffend eingeordnet. **1**

Es handelt sich nicht um eine eigenständige Vorschrift; vielmehr baut sie auf § 4h EStG auf. § 4h EStG ist eine Vorschrift zur Ermittlung des Einkommens und daher nach § 8 Abs. 1 KStG auch auf Körperschaften anwendbar. § 8a KStG knüpft an diese Regelung an und enthält (lediglich) einige Modifikationen der Regelung über die Zinsschranke, die nur für Körperschaftsteuersubjekte gelten.

Zur Regelung der Zinsschranke nach § 4h EStG, § 8a KStG vgl. *Beußer*, FR 2009, 49; *Bron*, IStR 2008, 14; *Brunsbach/Syré*, IStR 2008, 157; *Demuth/Kaiser*, BB 2008, 2497; *Dörfler/Vogel*, BB 2007, 1084; *Dörr/Fehling*, Ubg 2008, 345; *Eilers*, FR 2007, 733; *Eilers*, Ubg 2008, 197; *Endres/Spengel/Reister*, Wpg 2007, 478; *Fischer/Wagner*, BB 2008, 1972; *Führich*, IStR 2007, 341; *Ganssauger/Matter*, DStR 2008, 213, 267; *Goebel/Eilinghoff*, IStR 2008, 233; *Goebel/Eilinghoff/Kim*, DStZ 2008, 630; **1a**

Häuselmann, FR 2009, 401; *Häuselmann*, FR 2009, 506; *Häuselmann*, Ubg 2009, 225; *Hageböke/Stangl*, DB 2008, 200; *Hahne*, DStR 2007, 1947; *Hartmann*, Ubg 2008, 277; *Heintges/Kamphaus/Loitz*, DB 2007, 1261; *Herstetter*, DB 2009, 79; *Herzberg*, GmbHR 2009, 367; *Herzig/Bohn*, DB 2007, 1 *Herzig/Liekenbrock*, Ubg 2009, 750; *Herzig/Lochmann/Liekenbrock*, DB 2008, 593; *Hey*, BB 2007, 1303; *Hoffmann*, GmbHR 2008, 113; *Hoffmann*, GmbHR 2008, 183; *Homburg*, FR 2007, 717; *Homburg/Houben/Maiterth*, Wpg 2007, 376; *Huken*, DB 2008, 544; *Kaminski*, Stbg 2008, 196; *Kessler/Ortmann-Babel/Zipfel*, BB 2007, 523; *Kirsch*, Der Konzern 2007, 657; *Knopf/Bron*, BB 2009, 1222; *Köhler*, DStR 2007, 597; *Köhler/Hahne*, DStR 2008, 1505; *Köster-Böckenförde/Clauss*, DB 2008, 2213; *Kollruss*, BB 2007, 1988; *Kollruss/Erl/Seitz/Gruebner/Niedental*, DStZ 2009, 117; *Kraft/Mayer-Theobald*, DB 2008, 2325; *Kreft/Schmitt-Homann*, BB 2008, 2099; *Kütting/Weber/Reuter*, DStR 2008, 1602; *Kussmaul/Pfirmann/Meyering/Schäfer*, BB 2008, 135; *Kussmaul/Ruiner/Schappe*, DStR 2008, 904; *Kussmaul/Ruiner/Schappe*, GmbHR 2008, 505; *van Lishaut/Schumacher/Heinemann*, DStR 2008, 2341; *Loitz/Neukamm*, Wpg 2008, 196; *Lüdenbach/Hoffmann*, DStR 2007, 636; *Meining/Telg*, IStR 2008, 507; *Möhlenbrock*, Ubg 2008, 1; *Musil/Volmering*, DB 2008, 12; *Pawelzik*, DB 2008, 2439; *Pawelzik*, Ubg 2009, 50; *Prinz*, FR 2008, 441; *Prinz*, DB 2008, 368; *Pung*, Ubg 2008, 254, 256; *Reiche/Kroschewski*, DStR 2007, 1330; *Rödder*, DStR Beihefter zu Heft 40/2007, S. 6; *Rödder/Hageböke/Stangl*, DB 2009, 1561; *Rödder/Stangl*, DB 2007, 479; *Röding*, DStR 2009, 2649; *Rohrer/Orth*, BB 2007, 2266; *Schaden/Käshammer*, BB 2007, 2259; *Schaden/Käshammer*, BB 2007, 2317; *Scheunemann/Dennisen/Behrens*, BB 2010, 23; *Schmidt-Fehrenbach*, Ubg 2008, 469; *Schmitz-Herscheidt*, BB 2008, 699; *Schön*, IStR 2009, 882; *Schulz*, DB 2008, 2043; *Schwarz*, IStR 2008, 11; *Schwedhelm/Finke*, GmbHR 2009, 281; *Spengel/Reister*, DB 2006, 1741; *Staats/Renger*, DStR 2007, 1801; *Stibi/Thiele*, BB 2008, 2507; *Strunk/Hofacker*, Stbg 2008, 249; *Thiel*, FR 2007, 729; *Töben*, FR 2007, 739; *Töben/Fischer*, BB 2007, 974; *Töben/Fischer*, GmbHR 2007, 532; *Töben/Fischer*, Ubg 2008, 149; *Töben/Lohbeck/Fischer*, FR 2009, 161; *Wagner/Fischer*, BB 2007, 1811; *Watrin/Wittkowski/Strohm*, GmbHR 2007, 785; *Weber-Grellet*, DStR 2009, 557; *Welling*, FR 2007, 735; *Wiese/Klass/Möhrle*, GmbHR 2007, 405; *Winkler/Käshammer*, Ubg 2008, 478.

Zu Alternativmodellen zur Zinsschranke vgl. *Herzig/Bohn/Fritz*, DStR 2009, Beihefter zu Heft 29/2009, S. 61ff.; zu einer Übersicht über die in anderen Staaten geltenden Regelungen vgl. *Herzig/Bohn*, IStR 2009, 253; *Lenz/Dörfler*, DB 2010, 18; zur rechtspolitischen Rechtfertigung der Vorschrift vgl. *Neumann*, Ubg 2009, 461.

Die Ansicht der Finanzverwaltung ist in BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718 niedergelegt.

- 2 § 4h EStG i. V. m. § 8a KStG enthält die Regelung über die „Zinsschranke“. Hierdurch wird die Abzugsfähigkeit von Zinsen eingeschränkt. **Grundgedanke der Vorschrift** ist, dass der Steuerpflichtige nicht in der Lage sein soll, den Ertrag seines Unternehmens über ein bestimmtes Maß hinaus durch Zinsen an Fremdkapitalgeber zu reduzieren. Vielmehr soll der Steuerpflichtige ohne Rücksicht auf die zu zahlenden Zinsen einen bestimmten Teil des von ihm erwirtschafteten Ertrags versteuern und

damit zur Deckung des Finanzbedarfs des Staats beitragen. Durch diese Regelung wird ein Element der objektiven Ertragskraft eines Unternehmens in die Ertragsteuern (ESt und KSt) hineingetragen, das bisher nur bei der GewSt von Bedeutung war. Die Regelung hat nicht mehr die (subjektive) Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen im Blick, sondern die objektive Ertragskraft des Unternehmens. Diese Ertragskraft wird durch die Zinsschranke z. T. unabhängig davon erfasst, ob sie (als Gewinnausschüttung) an die Eigenkapitalgeber oder (als Zinsen) an die Fremdkapitalgeber fließt. Für eine Ertragsteuer, die die subjektive wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen besteuert, ist das Element der objektiven Ertragskraft des Unternehmens (Gewerbebetriebs) ein Fremdkörper und durchbricht das objektive Nettoprinzip (zu den Auswirkungen auf die unternehmerische Finanzierungspraxis *Herzig/Lochmann/Liekenbrock*, DB 2008, 593; zu den Wirkungen der Zinsschranke in den verschiedenen betrieblichen Organisationsformen *Prinz*, DB 2008, 368; zur Bildung von latenten Steuern für den Zinsvortrag *Loitz/Neukamm*, Wpg 2008, 196; zum Vergleich der Regelung mit entsprechenden Regelungen in anderen Staaten *Goebel/Eilinghoff*, IStR 2008, 233; *Kessler/Obser*, IStR 2004, 187).

Jedoch trägt die Vorschrift durchaus auch Elementen des subjektiven wirtschaftlichen Leistungsfähigkeitsprinzips und dem **objektiven Nettoprinzip** Rechnung. Durch die relativ hohe Basis, von der aus der abzugsfähige Teil der Zinsen ermittelt wird, und durch den Zinsvortrag schränkt der Gesetzgeber in der als Normalfall zugrunde gelegten Situation eines Steuerpflichtigen, der auf längere Sicht über genügend Gewinne verfügt, um letztlich zu einem Zinsabzug zu kommen, das objektive Nettoprinzip und das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zwar ein, beseitigt diese Prinzipien aber nicht gänzlich. Die Vorschrift ähnelt in ihren Wirkungen insoweit § 10d Abs. 2 EStG, wonach auch Verluste in den Folgejahren nur betragsmäßig beschränkt abgezogen werden können. Ebenso wie § 10d Abs. 2 EStG verfolgt die Vorschrift daher eine Konzeption der „Mindestbesteuerung“ (zur Frage der Verfassungsmäßigkeit Rz. 7ff.).

Als Rechtsfolge enthält die Vorschrift eine (zeitweise) Abzugsbeschränkung für Zinsaufwendungen. In ihren Wirkungen ähnelt sie § 4 Abs. 5 EStG. Trotzdem sind beide Vorschriften nicht vergleichbar. Bei § 4 Abs. 5 EStG ist Regelungsgrund ein unangemessener oder sogar missbilligter Aufwand des Steuerpflichtigen. § 4h EStG i. V. m. § 8a KStG enthält ein solches Element der Missbilligung nicht. Insbes. ist § 8a KStG **keine Vorschrift zur Verhinderung von Missbräuchen**. Die Finanzierungsentscheidung des Steuerpflichtigen ist grundsätzlich zu akzeptieren. Insbes. dann, wenn die Finanzierung nicht durch den Gesellschafter, sondern durch Personen erfolgt, die dem Gesellschafter nicht nahe stehen (z. B. Banken), kann von einem Missbrauch keine Rede sein. Jedoch schränkt der Gesetzgeber die steuerlichen Wirkungen dieser Finanzierungsentscheidung ein, indem er die steuerliche Abzugsfähigkeit der Zinsaufwendungen streckt.

Die Vorschrift dient der **Verhinderung der Verlagerung von Besteuerungspotenzial** auf andere Personen bzw. ins Ausland und damit der Sicherung des Besteuerungssubstrats, das ein bestimmter Steuerpflichtiger generiert. Das Gesetz unterscheidet

det nicht, ob eine solche Verlagerung missbräuchlich ist oder nicht; erfasst werden missbräuchliche und nicht missbräuchliche Verlagerungen von Besteuerungssubstrat ab einer bestimmten Größenordnung. § 4h EStG und § 8a KStG stellen damit nicht die Verhinderung des Missbrauchs in den Vordergrund. Vielmehr will der Gesetzgeber auch bei hoher Fremdfinanzierung, die isoliert betrachtet nicht missbräuchlich sein muss, das **Konzept der Mindestbesteuerung** durchsetzen. Dem Gesetz liegt mehr der Gedanke zugrunde, dass auch ein Steuerpflichtiger mit hohem Fremdfinanzierungsaufwand einen Beitrag zu den Kosten der von ihm genutzten inländischen Infrastruktur leisten soll (Mindestbesteuerung), als der Gedanke der Verhinderung von Missbräuchen. Der in der Literatur vertretenen Ansicht, es handle sich um eine Missbrauchsverhinderungsvorschrift (z. B. *Hey*, BB 2007, 1303; *Kessler/Köhler/Knörzer*, IStR 2007, 418; *Rödter/Stangl*, DB 2007, 479), wird daher nicht zugestimmt (wie hier *Neumann*, Ubg 2009, 461).

- 6** Während § 4h EStG für alle und damit auch für an Nicht-Gesellschafter gezahlte Zinsaufwendungen gilt, enthalten die **Sonderregelungen** für Körperschaften in § 8a Abs. 2, 3 KStG starke Elemente einer Vorschrift **gegen eine missbräuchliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung**. Insoweit sind bestimmte Regelungen aus § 8a KStG a. F. in die neue Vorschrift übernommen worden.
- 6a** Gewinne, die ausgeschüttet werden können, unterliegen bei der Kapitalgesellschaft der GewSt, der körperschaftsteuerlichen Tarifbelastung nach § 23 Abs. 1 KStG von 15 % (bis Vz 2007: 25 %) sowie dem Solidaritätszuschlag hierauf von 5,5 %. Insgesamt beträgt die Steuerbelastung auf der Ebene der Körperschaft, je nach Höhe der GewSt, rd. 30 % (bis Vz 2007: rd. 39 %).
- 6b** Finanziert der Gesellschafter die Kapitalgesellschaft nicht mehr in vollem Umfang mit Eigenkapital, sondern mit Fremdkapital, so stellen die hierfür gezahlten Vergütungen grundsätzlich Betriebsausgaben dar, vermindern also den von der Kapitalgesellschaft zu versteuernden Gewinn. Diese **Fremdfinanzierung** hat folgende steuerlichen **Auswirkungen**:
- Ein inländischer Gesellschafter muss seine Dividenden der Abgeltungsteuer bzw. dem Teileinkünfteverfahren unterwerfen, wenn er eine natürliche Person ist (bis 2008: Halbeinkünfteverfahren). Ist der Gesellschafter eine Körperschaft, sind die Dividenden nach § 8b Abs. 1 KStG steuerlich nicht belastet, es sind aber 5 % der Dividende als nicht abziehbare Ausgaben zu behandeln (§ 8b Abs. 5 KStG). Im Fall der Gesellschafter-Fremdfinanzierung muss er die erhaltenen Zinsen mit dem vollen Steuersatz auf die volle Bemessungsgrundlage versteuern, sofern seine Beteiligung mindestens 10 % beträgt (§ 20 Abs. 1 Nr. 7 i. V. m. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b) EStG).
 - Ein ausländischer Gesellschafter muss die Dividenden nicht im Inland versteuern, abgesehen von einer etwaigen KapESt, die innerhalb der EU nicht erhoben wird, wenn der Gesellschafter eine mit mindestens 10 % beteiligte Kapitalgesellschaft ist; im Übrigen ist die KapESt in DBA weitgehend begrenzt. Zinsen muss der Gesellschafter im Inland bei entsprechender Gestaltung überhaupt nicht versteuern, da insoweit keine beschränkte Steuerpflicht besteht; es besteht auch keine Kapital-

ertragsteuerpflicht. Die steuerliche Belastung der Zinseinkünfte hängt damit in vollem Umfang von der Besteuerung im Heimatstaat ab.

Aus diesen Parametern lässt sich ermitteln, ob eine Gesellschafter-Fremdfinanzierung steuerlich günstiger ist als eine Eigenkapitalfinanzierung:

6c

- Für einen inländischen Anteilseigner ergibt sich die Vorteilhaftigkeit der einen oder anderen Finanzierungsform aus dem Vergleich der Steuerbelastung bei Gewinnausschüttung (Steuerbelastung von rd. 30 % bei der Kapitalgesellschaft, Abgeltungsteuer von 25 % bzw. persönlicher Steuersatz auf 60 % der Gewinnausschüttung bei dem Gesellschafter bzw. steuerfrei, wenn der Gesellschafter eine Körperschaft ist) mit der Steuerbelastung bei Gesellschafter-Fremdfinanzierung (GewSt auf Entgelte für Schulden bei der Kapitalgesellschaft, persönlicher Steuersatz auf die volle Fremdkapitalvergütung bei Beteiligung von mindestens 10 %, sonst Abgeltungsteuer von 25 %). Bei inländischen Gesellschaftern ist die Gesellschafter-Fremdfinanzierung danach nur unter besonderen Umständen günstiger, z. B. wenn der Gesellschafter selbst keiner Steuer unterliegt, wie etwa die öffentliche Hand.
- Für einen ausländischen Anteilseigner ist die Gesellschafter-Fremdfinanzierung günstiger, wenn die Steuerbelastung auf die Vergütungen in seinem Heimatland niedriger ist als die in der Bundesrepublik auf Gewinnausschüttungen lastende Steuerbelastung (Tarifbelastung, KapESt, Solidaritätszuschlag, GewSt).

Wenn die Steuerbelastung für die Gesellschafter-Fremdfinanzierung spricht, wird der Steuerpflichtige dazu animiert, Eigenkapital durch Gesellschafter-Fremdkapital zu ersetzen. Der Gesetzgeber versucht seinerseits, solchen Gestaltungen dann entgegenzutreten, wenn die Gesellschafter-Fremdfinanzierung als „unangemessen“ empfunden wird. Da die Gesellschafter-Fremdfinanzierung ein nur bei Körperschaften auftretendes Phänomen ist, hat der Gesetzgeber in § 8a Abs. 2, 3 KStG insoweit **verschärfende Sonderregelungen** eingeführt.

6d

1.2 Vereinbarkeit der Vorschrift mit höherrangigem Recht

Die Zinsschranke nach § 4h EStG, § 8a KStG differenziert nicht nach in- oder ausländischen Betrieben, nach in- oder ausländischen Darlehensgebern und nicht nach innerstaatlichen oder grenzüberschreitenden Darlehensverhältnissen. Es liegt daher keine, auch keine verdeckte Diskriminierung vor, sodass ein Verstoß gegen die **Grundfreiheiten des EG-Vertrags** schon im Tatbestand zu verneinen ist. Eine Erschwerung (Beschränkung) der Finanzierung reicht für einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten nicht aus, wenn damit nicht auch eine Diskriminierung grenzüberschreitender Verhältnisse verbunden ist (das übersieht *Homburg*, FR 2007, 717, 724). Dass Anlass der Regelung grenzüberschreitende Finanzierungsgestaltungen waren, führt nicht zu einer Diskriminierung, da die Regelung, wie sie tatsächlich Gesetz geworden ist, nicht zwischen inländischen und grenzüberschreitenden Finanzierungen unterscheidet (a. A. *Führich*, IStR 2007, 341). Auch die Ausnahmeregelungen (Kleinbetragsregelung, fehlende Konzernzugehörigkeit, Escapeklausel) differenzieren insoweit nicht (hierzu auch *Schön*, IStR 2009, 882).

7

- 7a** **Europarechtlich problematisch** ist jedoch die Regelung, dass ein **Organkreis** als ein Betrieb gilt. Die damit verbundene Erleichterung im Bereich der Zinsschranke ist wegen des „doppelten Inlandsbezugs“ nur für inländische Betriebe (Tochtergesellschaften) eröffnet. Hierin liegt eine Diskriminierung grenzüberschreitender Konzernstrukturen. Dies ist aber keine spezifische Frage der Zinsschranke, sondern Teil der allgemeinen Problematik des Erfordernisses des doppelten Inlandsbezugs (§ 14 KStG Rz. 15a). Auch dürfte die Voraussetzung eines Ergebnisabführungsvertrags als Rechtfertigung dafür genügen, nur bei dessen Vorliegen (wirtschaftlich) ein einheitliches Unternehmen und damit nur „einen“ Betrieb anzunehmen. Im Übrigen würde eine etwaige Europarechtswidrigkeit nur § 15 Nr. 3 KStG betreffen, es müsste entweder die Sonderregelung für Organschaften beseitigt oder der Betriebsbegriff grenzüberschreitend für ausländische Beteiligungsgesellschaften geöffnet werden (*Knopf/Bron*, BB 2009, 1222). Die europarechtlichen Bedenken können jedenfalls nicht dazu führen, dass § 8a KStG insgesamt unanwendbar ist. Dem Steuerpflichtigen wäre damit im Allgemeinen nicht geholfen.
- 8** Auch ein Verstoß gegen die **Zins- und Lizenzrichtlinie** v. 3.6.2003 (Richtlinie 2003/49/EG, ABl. 2003, L 157/49-54) liegt nicht vor. Nach dieser Richtlinie ist nur eine Besteuerung des Darlehensgebers in bestimmtem Umfang untersagt. So erfasst Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie nur „Einkünfte“ und stellt diese von Abzugs- oder Veranlagungssteuern im Quellenstaat frei. Die Richtlinie betrifft daher nur die Besteuerung des Zahlungsempfängers im Quellenstaat (nur dieser hat „Einkünfte“), nicht dagegen die steuerliche Behandlung des Darlehensnehmers (und damit die Abzugsfähigkeit der Zinsen bei dem Darlehensnehmer); hierzu enthält die Richtlinie keine Regelung (a. A. *Homburg*, FR 2007, 717, 726). Dieses Ergebnis wird auch durch die Erwägungsgründe 1 und 2 der Richtlinie bestätigt. Danach soll die Richtlinie die Gleichbehandlung des grenzüberschreitenden Zins- und Lizenzverkehrs mit entsprechenden Beziehungen innerhalb des einzelnen Mitgliedsstaats sicherstellen, also eine Diskriminierung der grenzüberschreitenden Beziehungen vermeiden. Die Zinsschranke betrifft aber gleichermaßen grenzüberschreitende und inländische Finanzierungen und wirkt daher nicht diskriminierend.
- 9** **Verfassungsrechtlich** bedenklich könnte sein, dass die Regelung die Abzugsfähigkeit von Finanzierungsaufwendungen einschränkt und damit das **objektive Nettoprinzip beeinträchtigt**. Allerdings ist bisher nicht geklärt, ob das objektive Nettoprinzip (anders als das subjektive Nettoprinzip) wirklich Verfassungsrang hat (vgl. z. B. *Lang*, StuW 2007, 3; es wird daher nicht *Hey*, BB 2007, 1303, gefolgt, die den Verfassungsrang des objektiven Nettoprinzips mehrmals als „unzweifelhaft“ bezeichnet). Auch diesen Verfassungsrang unterstellt, muss die Vorschrift nicht notwendig gegen Art. 3 GG oder Art. 14 GG verstoßen. Bedeutsam ist einmal, dass die Vorschrift Finanzierungsaufwendungen nicht generell vom Abzug ausschließt, sondern ihren Vortrag zulässt. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Vorschrift mit dem EBITDA als Bemessungsgrundlage eine relativ hohe Ausgangsbasis für den Zinsabzug vorsieht. Damit lässt das Gesetz grundsätzlich den vollständigen Abzug zu, wenn auch zeitlich gestreckt. Wenn vorgebracht wird, dass ein vollständiger Abzug

der Zinsaufwendungen in vielen Fällen eine Änderung der Finanzierung erfordert, ist auch dies kein Aspekt, der für die Verfassungswidrigkeit spricht; der Gesetzgeber hat grundsätzlich das Recht, Vorgaben für die Finanzierung zu machen.

Dass der Vortrag der Zinsaufwendungen bei Liquidation, Insolvenz oder in den Fällen des § 8c KStG wirkungslos wird und verfällt, genügt allein nicht zur Verfassungswidrigkeit der Vorschrift; dies sind Folgen, die generell mit den genannten Vorgängen verbunden sind (z. B. Verlustvortrag; bei Insolvenz werden alle Betriebsausgaben nicht abzugsfähig, weil nicht genügend Gewinne für einen Abzug zur Verfügung stehen).

9a

Bei der Beantwortung der Frage, ob § 8a KStG eine Regelung darstellt, die angesichts des Eingriffs in die Sphäre des Steuerpflichtigen noch angemessen ist, sind die Wirkungen der Vorschrift zu berücksichtigen. Befindet sich das Unternehmen in einem solchen Maß in der Verlustzone, dass auch durch die Hinzurechnung der nicht abzugsfähigen Zinsen kein positives Einkommen erzielt wird (was in Krisenfällen häufig gegeben sein wird), hat die Vorschrift keine andere Wirkung als die des Verlustvortrags; mangels positiven Einkommens hätten die Zinsen auch bei Abzugsfähigkeit keine sofortige Steuerminderung zur Folge. Weist das Unternehmen nach Berücksichtigung der Nichtabzugsfähigkeit der Zinsen und der dadurch bewirkten Steuerbelastung noch einen (handelsrechtlichen) Gewinn aus, hat die Vorschrift die Wirkung einer Mindestbesteuerung. Da das Unternehmen Gewinn erzielt, ist ein Mindestbeitrag zu dem staatlichen Finanzierungsbedarf jedenfalls nicht schlechthin unangemessen. Problematisch sind die Fälle, in denen das Unternehmen bei Abzug aller Zinsen noch einen Gewinn ausweisen würde, die Steuerbelastung durch die Nichtabzugsfähigkeit der Zinsen aber zu einem (handelsrechtlichen) Verlust führt (zu den verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich dieser Situation vgl. Rz. 13).

9b

Selbst Verfassungsrang unterstellt, ist eine **Einschränkung des objektiven Nettoprinzips** bei Vorliegen gewichtiger, sachgerechter Gründe **nicht ausgeschlossen**. Ein solcher sachgerechter Grund ist der Beitrag aller Unternehmen zu den Kosten der Infrastruktur, also der Gedanke einer „Mindeststeuer“. Eine solche Mindeststeuer widerspricht nicht schlechthin dem Charakter der ESt oder KSt als Personensteuer und hat schon bei der Einschränkung des Verlustabzugs (des Verlustrücktrags und des Verlustvortrags) Pate gestanden.

10

Gleichheitsrechtlich bedenklich könnte sein, dass Vergütungen für Fremd-Geldkapital ungünstiger behandelt werden als Vergütungen für Fremd-Sachkapital (Miete, Pacht). Hierfür lassen sich aber Rechtfertigungsgründe finden, insbes., dass Geldkapital wegen seiner leichten Transferierbarkeit wesentlich größere (missbräuchliche und nicht missbräuchliche) Verlagerungsmöglichkeiten bietet als Sachkapital.

11

Da die Zinsschranke den Gedanken einer „**Mindeststeuer**“ wenigstens z. T. verwirklicht, trägt sie objektive Elemente in die ESt und KSt als Personensteuern hinein, die diesen Steuern an sich fremd sind. Allerdings wird dieser Systembruch durch die Vortragfähigkeit der nicht abgezogenen Zinsen gemildert, sodass der Systembruch aus der Sicht eines Beitrags der Unternehmen zu den Kosten der Infrastruktur noch tragbar erscheint. Außerdem ist es nicht ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber eine

12

Personensteuer durch einen Paradigmenwechsel um objektive Elemente der Besteuerung ergänzt. Dass dies bisher nicht der Fall war, ist kein Argument gegen die Einführung solcher Elemente.

- 13** **Verfassungsrechtlich** aus diesen Gesichtspunkten **nicht mehr zu rechtfertigen** ist es m. E. allerdings, wenn aufgrund der Zinsschranke ein **Gewinn zu versteuern** ist, **der nicht entstanden ist**. Dies ist nicht der Fall, soweit die Besteuerung aufgrund der Zinsschranke einen Gewinn vollständig aufzehrt (dies wäre zwar ebenfalls eine Besteuerung an der Grenze der Verfassungswidrigkeit, aber m. E. als Grenzfall und unter dem Gesichtspunkt der Möglichkeit des Zinsvortrags und damit der späteren Steuerentlastung noch akzeptabel), sondern trifft dann zu, wenn die Besteuerung betriebswirtschaftlich zu Verlusten führt. Dieses Ergebnis tritt ein, wenn eine hohe Zinslast mit einem niedrigen Gewinn zusammentrifft. Hier kann die Besteuerung zur Insolvenz des Unternehmens führen; das wäre unter keinem denkbaren Gesichtspunkt verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Es **fehlt eine Milderungsklausel**, die verhindert, dass der Gewinn unter Berücksichtigung der in dem fraglichen Wirtschaftsjahr entstandenen Zinsaufwendungen (also ohne Berücksichtigung des Zinsvortrags) und der KSt unter 0 sinkt. Eine Besteuerung, die eingreift, obwohl kein entsprechender Gewinn erzielt wurde, also mehr als 100 % beträgt, ist konfiskatorisch und erdrosselnd und verstößt gegen Art. 14 GG; sie stellt einen Eingriff in das Eigentum dar, nicht mehr nur eine Inhaltsbestimmung. Für derart betroffene Unternehmen ist die Zinsschranke in der gegenwärtigen Form wegen Verstoßes gegen Art. 14 GG verfassungswidrig.
- 13a** Im Übrigen verstößt die Regelung m. E. nicht gegen die Grundrechte. In der Literatur wird die Vorschrift jedoch schlechthin als verfassungswidrig bezeichnet (*Gosch*, DStR 2007, 1553; *Hey*, BB 2007, 1303; *Musil/Volmering*, DB 2008, 12; *Knopf/Bron*, BB 2009, 1222).

1.3 Verhältnis zu anderen Regelungen

- 14** § 8a KStG steht in Konkurrenz zu anderen Regelungen, insbes. zu § 4 Abs. 4a EStG und zu § 10d EStG. Das Verhältnis zu diesen Regelungen ergibt sich aus der Systematik des § 8a KStG, der Zinsen in bestimmter Höhe als (noch) nicht abzugsfähige Betriebsausgaben einordnet. Bei pauschalierender Gewinnermittlung ist die Zinsschranke nicht anwendbar. Das betrifft insbes. die Gewinnermittlung nach § 5a EStG und nach § 13a EStG. Da der Gewinn im Rahmen dieser Gewinnermittlungsarten nicht unter Berücksichtigung von Betriebsausgaben ermittelt wird, stellt sich auch die Frage des Zinsabzugs nicht.
- 15** Nach § 4 Abs. 4a EStG können Schuldzinsen (z. B. bei nachgeordneten Personengesellschaften) nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden, wenn Überentnahmen getätigt worden sind. Die Regelung stellt den Betriebsausgabencharakter der betroffenen Schuldzinsen insgesamt infrage; Folge ist die endgültige Nichtabzugsfähigkeit. Demgegenüber lässt die Zinsschranke den Charakter der Zinsen als Betriebsausgaben unberührt, die Abzugsfähigkeit wird nur zeitweise ausgeschlossen. Daher hat § 4 Abs. 4a EStG Vorrang vor § 8a KStG. Entsprechend hat die Regelung über die verdeckte Gewinnausschüttung Vorrang vor § 8a KStG, da es sich bei „Gewinnausschüt-

tungen“ nicht mehr um Zinsen im Sinne von Betriebsausgaben handelt (*Dötsch/Pung*, in *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, KStG, § 8a Rz. 18; BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 18).

Ist in dem Jahr, in dem der Zinsaufwand entstanden ist, ein **Verlustvortrag** zu berücksichtigen, ist das Einkommen dieses Jahrs vor Verlustabzug nach den allgemeinen Vorschriften sowie der des § 8a KStG zu ermitteln. Es ist also unter Anwendung des § 8a KStG unter Ausschluss des Verlustvortrags zu berechnen, welcher Teil der Zinsen abzugsfähig ist. Der Ausschluss des Verlustabzugs bei dieser Ermittlung ergibt sich aus § 8a Abs. 1 S. 2 KStG, wonach bei der Ermittlung der sofort abzugsfähigen Zinsen § 10d EStG nicht zu berücksichtigen ist. Entsprechendes gilt für einen **Verlustrücktrag** aus dem Folgejahr. Der Zinsabzug im Rahmen des § 8a KStG geht also im Jahr des Entstehens des Zinsaufwands dem Verlustabzug (Verlustvortrag oder Verlustrücktrag) vor.

16

Ergeben sich aufgrund dieser Ermittlung ein Bestand an noch nicht abzugsfähigen, aber vortragsfähigen Zinsen und ein positives Einkommen, gilt Folgendes. Das positive Einkommen ist im Rahmen des § 10d EStG durch einen Verlustabzug (Verlustvortrag oder Verlustrücktrag) zu kürzen. Ein danach noch verbleibender Verlustabzug und die noch nicht abgezogenen, aber vortragsfähigen Zinsen sind auf das nächste Jahr vorzutragen. Ergibt sich im laufenden Jahr durch den Zinsabzug ein negatives Einkommen (z. B. durch Erhöhung der Bemessungsgrundlage durch Abschreibungen, durch Eingreifen der Escapeklausel), ist dieser Verlust nach § 10d EStG zurück- und vorzutragen (vgl. *Rödler/Stangl*, DB 2007, 479, 482).

16a

Im nächsten Jahr sind nach dem in Rz. 16a geschilderten Verfahren in einem ersten Schritt die abzugsfähigen Zinsen zu ermitteln. Dazu sind nach § 4h Abs. 1 S. 6 EStG die Zinsaufwendungen des laufenden Wirtschaftsjahrs mit den vorgetragenen Zinsaufwendungen zusammenzurechnen. Die vorgetragenen Zinsaufwendungen sind also ebenso zu behandeln wie die Zinsaufwendungen des laufenden Jahrs. Daraus sind der Betrag der in diesem Jahr abzugsfähigen Zinsaufwendungen und das entsprechende Einkommen (vor Verlustabzug) zu errechnen. Von diesem Einkommen ist der Verlustabzug (Verlustvortrag oder Verlustrücktrag) nach § 10d EStG vorzunehmen. Ein danach noch verbleibender Betrag an noch nicht abgezogenen Zinsaufwendungen sowie ein noch nicht ausgeglichener Verlust sind auf das nächste Jahr vorzutragen. Im Ergebnis hat daher auch im Vortragsjahr der **Abzug des Zinsvortrags Vorrang vor dem Verlustabzug** (Verlustvortrag oder Verlustrücktrag).

17

Der **Vorrang der Zinsschranke** gilt m. E. auch im Verhältnis zu **Verlustabzugsbeschränkungen**, z. B. nach den §§ 2a, 15a, 15b EStG. Verlustabzugsbeschränkungen setzen an „Verlusten“ oder „negativen Einkünften“, also dem steuerlichen Ergebnis an. Wenn aber Finanzierungsaufwendungen (noch) nicht abziehbar sind, sind sie im steuerlichen Ergebnis nicht enthalten. Daher ist in einem ersten Schritt das steuerliche Ergebnis unter Berücksichtigung der Regelung über die Zinsschranke zu ermitteln; ist dieses Ergebnis (trotz der Nichtabzugsfähigkeit der Zinsaufwendungen) negativ, ist über die Abzugsfähigkeit dieses negativen Ergebnisses zu entscheiden. Dies

18

stellt eine Kumulierung verschiedener Abzugsbeschränkungen dar (Köhler, DStR 2007, 597).

- 19 Nach § 8 Nr. 1 Buchst. a) GewStG werden Zinsaufwendungen zu einem Viertel der Bemessungsgrundlage der GewSt hinzugerechnet. Diese Hinzurechnung erfolgt allerdings nur, soweit die Zinsaufwendungen den Gewinn aus Gewerbebetrieb gemindert haben. Soweit die Zinsaufwendungen nach § 8a KStG nicht abzugsfähig sind, haben sie den Gewinn aus Gewerbebetrieb nicht gemindert. Es erfolgt also keine Hinzurechnung in dem Erhebungszeitraum, in dem die Zinsaufwendungen als nicht abziehbar behandelt worden sind. Werden die Zinsaufwendungen vorgetragen und in einem späteren Wirtschaftsjahr abgezogen, haben sie den Gewinn aus Gewerbebetrieb dieses Wirtschaftsjahrs gemindert. Für den entsprechenden Erhebungszeitraum erfolgt dann nach § 8 Nr. 1 Buchst. a) GewStG eine Hinzurechnung. Für die gewerbesteuerliche Hinzurechnung kommt es also nicht darauf an, für welches Jahr die Zinsaufwendungen entstanden sind, sondern nur, in welchem Wirtschaftsjahr (bzw. in welchem Erhebungszeitraum) die Zinsaufwendungen den Gewinn aus Gewerbebetrieb gemindert haben.

1.4 Inkrafttreten der Regelung

- 20 Nach § 34 Abs. 6a S. 3 KStG ist § 8a KStG erstmals auf Wirtschaftsjahre anzuwenden, die nach dem 25.5.2007 (dem Tag des Gesetzesbeschlusses des Bundestags) beginnen und nicht vor dem 1.1.2008 enden. Das bedeutet für Steuerpflichtige mit einem dem **Kj. entsprechenden Wirtschaftsjahr**, dass die Vorschrift erstmals für das Wirtschaftsjahr und den Vz 2008 anzuwenden ist. Für diese Steuerpflichtige ist das erste Wirtschaftsjahr, das nach dem 25.5.2007 beginnt, das am 1.1.2008 beginnende Wirtschaftsjahr.
- 20a Für Steuerpflichtige mit einem vom **Kj. abweichenden Wirtschaftsjahr** gilt die Neuregelung ab dem Wirtschaftsjahr, das nach dem 25.5.2007 beginnt. Da dieses Wirtschaftsjahr aber nicht vor dem 1.1.2008 enden darf, gilt die Neuregelung nur für solche Wirtschaftsjahre, die nach dem 31.12.2007 enden. Das Ergebnis dieses Wirtschaftsjahrs wird nach § 7 Abs. 4 S. 2 KStG im Vz 2008 besteuert. Auch für die Fälle des abweichenden Wirtschaftsjahrs ist die Neuregelung daher erstmals im Vz 2008 anzuwenden. Dann gilt sie allerdings auch schon für Zinsen, die in diesem Wirtschaftsjahr, aber vor dem 1.1.2008, also noch im Jahr 2007, gezahlt wurden.
- 20b Wurde im Jahr 2007 ein **Rumpfwirtschaftsjahr** eingeschaltet, das nach dem 25.5.2007 begonnen, aber am 31.12.2007 oder vorher geendet hat, galt die Regelung nicht. Steuerpflichtige mit abweichendem Wirtschaftsjahr und hohem Zinsaufwand konnten daher die Anwendung des § 8a KStG hinauszögern, indem sie in der zweiten Jahreshälfte durch Einschalten eines Rumpfwirtschaftsjahrs, das am 31.12.2007 endete, auf ein dem **Kj. entsprechendes Wirtschaftsjahr** übergingen. Insoweit wurde der bis zum 31.12.2007 anfallende Zinsaufwand aus der Regelung des § 8a KStG herausgehalten. Da es sich um die Umstellung des Wirtschaftsjahrs von einem vom **Kj. abweichenden Wirtschaftsjahr** auf ein dem **Kj. entsprechendes Wirtschaftsjahr** handelte, war nach § 7 Abs. 4 S. 3 KStG keine Zustimmung des FA erforderlich.

Mit der Anwendbarkeit der Neuregelung endet die Anwendbarkeit des § 8a KStG a. F. **20c**

Für bestimmte Steuerpflichtige wird die **Anwendbarkeit der Neuregelung weiter hinausgeschoben**, um ihnen die Gelegenheit zur Umfinanzierung zu geben (§ 34 Abs. 6a S. 4 KStG). Dies betrifft Körperschaftsteuersubjekte, bei denen eine **Gebietskörperschaft** oder eine andere Einrichtung des öffentlichen Rechts die **Gewährträgerhaftung übernommen** hat. Für diese Körperschaften gilt die Einschränkung nach § 8a Abs. 2, 3 KStG nicht. Nach Abs. 2 ist die Anwendung des § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. b EStG, wonach die Zinsschranke nicht greift, ausgeschlossen, wenn die Körperschaft nicht zu einem Konzern gehört, aber eine Gesellschafter-Fremdfinanzierung (einschließlich des Rückgriffs des Darlehensgebers auf den Gesellschafter oder eine nahe stehende Person) von mehr als 10 % der Zinsaufwendungen besteht. Diese Verschärfung der Regelung durch Abs. 2 soll nicht für Körperschaften gelten, wenn die Rückgriffsmöglichkeiten des Dritten allein auf der Gewährträgerhaftung einer Gebietskörperschaft oder einer anderen Einrichtung des öffentlichen Rechts gegenüber den Gläubigern beruhen und die Verbindlichkeiten, auf die sich die Gewährträgerhaftung bezieht, bis zum 18.7.2001 vereinbart waren; die Dauer der Laufzeit dieser Verbindlichkeiten ist ohne Bedeutung. **21**

Privilegiert wird also nur die Gewährträgerhaftung der öffentlichen Hand, also nur die Möglichkeit des Rückgriffs eines Darlehensgebers, der keine nahe stehende Person ist. Eine Darlehensgewährung durch den Gewährträger ist daher nicht privilegiert. Da die Gewährträgerhaftung nur für Kreditinstitute der öffentlichen Hand gilt (Landesbanken, Sparkassen), muss es sich bei dem Steuerpflichtigen, für dessen Verbindlichkeiten die Gewährträgerhaftung eingreift, um ein Kreditinstitut handeln. **21a**

In den genannten Fällen gilt für die genannten Darlehen auch nicht die Verschärfung der Zinsschranke durch § 8a Abs. 3 KStG; nach dieser Vorschrift ist die Möglichkeit, nach § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c EStG durch Eigenkapitalvergleich eine gleichmäßige Eigenkapitalquote nachzuweisen, ebenfalls davon abhängig, dass der Zinsaufwand aus der Gesellschafter-Fremdfinanzierung nicht mehr als 10 % beträgt. Auch diese Regelung gilt für die genannten Steuerpflichtigen und die genannten Darlehen, die einer Gewährträgerhaftung unterliegen, nicht. **21b**

Schließlich gibt es in § 34 Abs. 6a S. 4 Hs. 2 KStG eine weitere Erleichterung für der Gewährträgerhaftung unterliegende Verbindlichkeiten. § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. b) und c) EStG gelten nicht für Darlehen, die bis zum 18.7.2005 vereinbart wurden, wenn deren Laufzeit nicht über den 31.12.2015 hinausgeht. Anders als bei Darlehen, die bis zum 18.7.2001 vereinbart wurden, und die auch bei unbegrenzter Laufzeit begünstigt sind, gilt die Privilegierung bei diesen Darlehen nur, wenn ihre Laufzeit bis zum 31.12.2015 begrenzt ist. **21c**

1.5 Rechtsentwicklung

Die Vorschrift wurde durch Gesetz v. 14.8.2007 (BStBl I 2007, 630) eingeführt und ersetzt § 8a KStG i. d. F. des Gesetzes v. 20.12.2001 (BStBl I 2002, 1428). **21d**

Durch Gesetz v. 16.7.2009 (BStBl I 2009, 782) wurde zwar nicht § 8a KStG geändert, wohl aber in § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. a EStG, der auch im Rahmen des § 8a KStG gilt, die Freigrenze von 1 Mio. EUR auf 3 Mio. EUR erhöht, allerdings nur für Wirtschaftsjahre, die nach dem 25.5.2007 beginnen und nicht vor dem 1.1.2008 enden, bis zu Wirtschaftsjahren, die vor dem 1.1.2010 enden. Die Beschränkung auf Wirtschaftsjahre, die vor dem 1.1.2010 enden, wurde jedoch durch Gesetz v. 22.12.2009 (BStBl I 2010, 2) aufgehoben, sodass die Anhebung der Freigrenze auf 3 Mio. EUR zeitlich unbegrenzt gilt.

Durch Gesetz v. 22.12.2009 (BStBl I 2010, 2) wurde wiederum § 4h EStG geändert, was ebenfalls Auswirkungen auf § 8a KStG hat. In § 4h Abs. 1 EStG wurde ein EBITDA-Vortrag eingeführt, der nach Abs. 4 gesondert festzustellen ist. In § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c S. 2 EStG wurde die Unschädlichkeitsgrenze für den Eigenkapitalvergleich von 1 Prozentpunkt auf 2 Prozentpunkte angehoben. In § 8a Abs. 1 KStG wurde die Regelung an den Erhalt des Verlust- und Zinsvortrags bei Vorliegen stiller Reserven angepasst.

1.6 Gestaltungsmöglichkeiten

22 Die Gestaltungsmöglichkeiten zur Vermeidung der Zinsschranke sind begrenzt. Abgesehen von den im Gesetz selbst vorgesehenen Ausnahmen von der Zinsschranke (Kleinbetragsregelung, Rz. 77; fehlende Konzernzugehörigkeit, Rz. 83; Escapeklausel, Rz. 131) kommen folgende Möglichkeiten in Betracht (vgl. auch *Kussmaul/Ruiner/Schappe*, GmbH 2008, 505; *Reiche/Kroschewski*, DStR 2007, 1330; *Eilers*, Ubg 2008, 197; *Dörr/Fehling*, Ubg 2008, 345):

- Umwandlung von Gesellschafter-Fremdkapital in Eigenkapital;
- Reduzierung des Zinsaufwands, indem Fremdkapital durch vollwertige Bürgschaften gesichert wird und dadurch einem niedrigeren Zinssatz unterliegt; Bürgschaftsprovisionen fallen nicht unter den Zinsbegriff der Zinsschranke;
- Aufnahme eines niedrig verzinslichen Fremdwährungsdarlehens, wobei das Kursrisiko abgesichert wird; weder etwaige Kursverluste noch die Absicherungskosten sind Zinsaufwand;
- Vereinbarung einer Verzinsung, die sich der Höhe nach an dem EBITDA orientiert, um die 30 %-Grenze einzuhalten (Rz. 49); bei Darlehensgewährung durch einen Gesellschafter kann eine solche Gestaltung aber als unüblich erscheinen, sodass die Einordnung als verdeckte Gewinnausschüttung ein Risiko darstellt (zu Gestaltungen zur Erhöhung des EBITDA s. Rz. 56b ff.);
- Sicherstellung, dass die Eigenkapitalquoten der Tochtergesellschaften der des Konzerns entsprechen. Als Faustformel ist dies der Fall, wenn die Muttergesellschaft ihr Eigenkapital als Eigenkapital an die Tochtergesellschaften weitergibt, während von der Muttergesellschaft aufgenommenes Fremdkapital als Fremdkapital an die Tochtergesellschaften weitergegeben wird;
- Schaffung von Organstrukturen, die als „ein Betrieb“ und daher konzernfrei gelten (Rz. 31);

- mehrfache Ausnutzung der Freigrenze durch Bildung mehrerer Tochtergesellschaften;
- Schaffung eines Einheitsunternehmens, das nicht mehr „konzernangehörig“ ist;
- Aufgliederung eines Einheitsunternehmens in Tochtergesellschaften, die nicht organisch verbunden sind, um die Freigrenze mehrfach auszunutzen;
- Finanzierung von ertragstarken Tochtergesellschaften (hohes EBITDA) mit Fremdkapital, von ertragschwachen Tochtergesellschaften (niedriges EBITDA) mit Eigenkapital;
- Aufnahme von Sachkapital (Miete, Pacht, bestimmte Formen des Leasing) anstelle von Geldkapital (Rz. 195);
- Nutzung des mehrfachen Ansatzes von Gewinnen bei Personengesellschaften (Rz. 67 mit Hinweis zur gegenteiligen Ansicht der Finanzverwaltung);
- bei vermögensverwaltender Tätigkeit ausländischer natürlicher Personen: Wahl der Rechtsform einer Personengesellschaft oder einer Körperschaft, die nicht einer Kapitalgesellschaft entspricht, da insoweit kein „Betrieb“ vorliegt (für Kapitalgesellschaften vgl. § 8a Abs. 1 S. 4 KStG);
- Vereinbarung einer Wertpapierleihe über verzinsliche Wertpapiere, um bei dem Entleiher höhere Zinserträge zu generieren. Die Vergütung des Entleiher an den Verleiher ist nicht als Zinsaufwand (Entleiher) oder Zinsertrag (Verleiher) einzustufen. Die Finanzverwaltung tendiert aber dazu, in solchen Gestaltungen einen Rechtsmissbrauch nach § 42 AO zu sehen (vgl. BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 24).

Das „Interest-Pooling-Model“ (*Kollruss*, GmbHR 2009, 637) zielt nicht auf die Vermeidung der Zinsschranke, sondern macht sich eine Lücke im GewStG zunutze, wonach eine ausländische Betriebsstätte in einem Niedrigsteuerland keinem Aktivitätstest unterliegt, die Zinseinnahmen einer Finanzierungs-Betriebsstätte im niedrig besteuerten Ausland also keiner Gewerbesteuer unterliegen. Fraglich an diesem Modell ist einmal, ob eine Finanzierungs-Betriebsstätte wirklich eine gewerbliche Betriebsstätte i. S. d. § 12 AO darstellt oder als Vermögensverwaltung einzuordnen ist, und ob das Geldkapital nach den Rechtsprechungsgrundsätzen zur „funktionalen Betrachtungsweise“ wirklich der Betriebsstätte (oder nicht dem Stammhaus) zuzuordnen ist.

22a

2 Tatbestand der Vorschrift

2.1 Persönlicher Geltungsbereich

2.1.1 Allgemeines

Die Vorschrift ist grundsätzlich auf alle Steuerpflichtigen und Personengesellschaften (bzw. „Betriebe“, Rz. 37) anwendbar. Sie enthält insoweit keine Ausnahmen. Insbesondere gibt es keine „Bereichsausnahmen“, nach denen bestimmte Branchen generell aus der Regelung ausgenommen werden. Damit wird den Besonderheiten solcher Branchen nicht genügend Rechnung getragen. Beispiele sind etwa Spezialbanken mit geringen Zinserträgen (z. B. Investmentbanken), Versicherungen, Leasing-Gesellschaften, für die die Finanzverwaltung allerdings eine Billigkeitsregelung geschaffen hat

23

(Rz. 195a), sowie Unternehmen der Wohnungs- und Immobilienwirtschaft (hierzu von *Cölln*, DStR 2008, 1853).

- 23a** Für Gestaltungen im Bereich der öffentlich privaten Partnerschaft (ÖPP/PPP) hat die Finanzverwaltung (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 84ff.; hierzu *Demuth/Kaiser*, BB 2008, 2497; *Töben/Fischer*, Ubg 2008, 149, 154) umfangreiche Hinweise zur Anwendung der Zinsschranke sowie Darstellungen der verschiedenen Vertragskonzepte gegeben..

2.1.2 Körperschaften

- 24** § 8a KStG enthält keine besondere Bestimmung für den persönlichen Geltungsbereich der Vorschrift. Damit gilt die Regelung für **alle Körperschaftsteuersubjekte** i. S. d. § 1 Abs. 1 KStG, also nicht nur für diejenigen Körperschaften, die nach § 8 Abs. 2 KStG nur Einkünfte aus Gewerbebetrieb haben können (Kapitalgesellschaften, Genossenschaften, VVaG), sondern auch für Vereine, Stiftungen, Zweckvermögen und gewerbliche Betriebe von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.
- 25** Für die **KGaA** gelten Besonderheiten, da diese Gesellschaftsform in einen körperschaftlichen und einen mitunternehmerähnlichen Teil aufgespalten ist (§ 9 KStG Rz. 11ff.). Diese Spaltung ist auch für die Zinsschranke nachzuvollziehen (hierzu auch *Rödler/Hageböke/Stangl*, DB 2009, 1561). Der körperschaftliche Teil unterliegt als Körperschaft der Zinsschranke. Das bedeutet, dass die Besteuerungsgrundlagen, die dem persönlich haftenden Gesellschafter zuzuordnen sind, für die Berechnung der Zinsschranke auszuscheiden sind (Gewinnanteil, Rz. 182; Kapitalanteil, Rz. 144). Für Zwecke der Zinsschranke unterhält der persönlich haftende Gesellschafter selbst einen Betrieb mit seiner mitunternehmerähnlichen Beteiligung (§ 15 Abs. 1 Nr. 3 EStG; ebenso *Rödler/Hageböke/Stangl*, DB 2009, 1561). Hierbei sind sein Gewinnanteil und sein persönlich haftendes Kapital (für eine etwaige Anwendung der Escape-Klausel) anzusetzen.
- 25a** Im Ergebnis sind also die auf den körperschaftlichen Teil der KGaA entfallenden Zinsaufwendungen von den den persönlich haftenden Gesellschafter persönlich treffenden Zinsen zu unterscheiden. Entsprechend ist auch der Zinsvortrag für beide Bereiche gesondert festzustellen. Demgegenüber sieht die Finanzverwaltung (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 8) die KGaA insgesamt nur als einen Betrieb an, bezieht also die Gewinnanteile sowie Zinsaufwendungen und -erträge des persönlich haftenden Gesellschafter in die Besteuerungsgrundlagen der (körperschaftsteuerlichen) KGaA ein.
- 26** Durch den Verweis auf § 4h EStG gilt die Vorschrift nicht unmittelbar für Steuerpflichtige, sondern für „Betriebe“. Das bedeutet, dass die Vorschrift bei Körperschaftsteuersubjekten, die keinen „Betrieb“ unterhalten, nicht unmittelbar eingreift (zum Begriff des Betriebs Rz. 37). Bei Körperschaften bedeutet diese Regelung, dass sie unmittelbar nur für wirtschaftliche Geschäftsbetriebe i. S. d. § 14 AO gilt. Soweit eine Körperschaft **keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb** unterhält (Vermögensverwaltung; steuerbefreite Körperschaften), greift die Vorschrift daher unmittelbar nicht ein. Für **Zweckbetriebe** i. S. d. § 65 AO gilt die Vorschrift zwar, da Zweckbetriebe

einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb darstellen. Da die Körperschaft hinsichtlich dieser Betriebe aber ebenfalls steuerbefreit ist, hat die Regelung keine steuerlichen Auswirkungen.

Jedoch erweitert § 8a Abs. 1 S. 4 KStG den Anwendungsbereich der Zinsschranke dadurch, dass § 4h EStG auf **Kapitalgesellschaften**, die Einkünfte nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 EStG beziehen, sinngemäß anzuwenden ist. Das betrifft Kapitalgesellschaften, die keinen „Betrieb“ unterhalten, sondern Überschusseinkünfte erzielen, also insbes. Einkünfte aus Vermögensverwaltung. Diese Regelung kann nur **beschränkt steuerpflichtige vermögensverwaltende Kapitalgesellschaften** betreffen. Sie zielt in erster Linie auf ausländische Kapitalgesellschaften, die in unbewegliches Vermögen im Inland investieren. Insoweit dürfte die Vorschrift aber leerlaufen. Nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. f S. 2 EStG gilt für die Einkünfte dieser Kapitalgesellschaften aus Vermietung und Verpachtung eine dem § 8 Abs. 2 KStG entsprechende Regelung, d. h., die Einkünfte werden als gewerblich eingestuft. Danach haben diese Kapitalgesellschaften insoweit wie inländische Kapitalgesellschaften einen Gewerbebetrieb kraft Rechtsform und den Gewinn nach § 4 EStG zu ermitteln; sie unterhalten also einen Betrieb, der unter die Zinsschranke fällt, soweit der Gewinn im Inland steuerpflichtig ist (*van Lishaut/Schumacher/Heinemann*, DStR 2008, 2341). Gestaltungsüberlegungen, die Investition einer ausländischen Kapitalgesellschaft über eine inländische vermögensverwaltende Personengesellschaft zu leiten, für die die „Bruchteilsbetrachtung“ gilt (Rz. 27c; *Töben/Fischer*, Ubg 2008, 149; *Dörr/Fehling*, Ubg 2008, 345), führen also nicht zur Vermeidung der Zinsschranke. Inländische Kapitalgesellschaften können nicht unter diese Regelung fallen, da sie keine Überschusseinkünfte haben können.

Diese Erweiterung des Anwendungsbereichs betrifft nur Kapitalgesellschaften, nicht andere Körperschaften. Da es sich um ausländische Kapitalgesellschaften handeln muss, ist maßgebend, ob die ausländische Gesellschaft nach ihrer Rechtsform einer inländischen Kapitalgesellschaft entspricht (Typenvergleich). Außerdem muss die Körperschaft beschränkt steuerpflichtig sein. Unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften können nach § 8 Abs. 2 KStG keine Einkünfte i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 2 EStG haben. Erfasst werden können daher nur beschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften. Sonstige Körperschaften fallen nur dann unter die Zinsschranke, wenn sie einen „Betrieb“ unterhalten, also gewerbliche Einkünfte erzielen. Vermögensverwaltende Körperschaften, die keine Kapitalgesellschaften sind, fallen nicht unter die Zinsschranke.

§ 8a Abs. 1 S. 4 KStG ordnet die „sinngemäße“ Anwendung des § 4h EStG in diesen Fällen an. Das bedeutet, dass diese Vorschrift anwendbar ist, obwohl kein „Betrieb“ vorliegt. Für die Anwendung dieser Vorschrift, und auch des § 8a Abs. 2, 3 KStG, ist von der Voraussetzung des Vorliegens eines „Betriebs“ zu abstrahieren. Das bedeutet, dass es auf die Konzernzugehörigkeit der vermögensverwaltenden ausländischen Kapitalgesellschaft nach § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. b) EStG sowie ihre Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach § 8a Abs. 2 KStG ankommt, sowie, dass auch für die ausländische vermögensverwaltende Kapitalgesellschaft ein Eigenkapitalvergleich nach § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) EStG, § 8a Abs. 3 KStG vorgenommen werden kann (zur Problematik *Töben/Fischer*, Ubg 2008, 149, 151f.).

- 27c** Dies gilt auch, soweit eine vermögensverwaltende (in- oder ausländische) Personengesellschaft zwischen die ausländische Kapitalgesellschaft und die inländische Vermögensanlage geschaltet wird (insoweit a. A. *Töben/Fischer*, Ubg 2008, 149, 153; *Meining/Telg*, IStR 2008, 507). Die Wirtschaftsgüter der zwischengeschalteten vermögensverwaltenden Personengesellschaft sind den ausländischen Kapitalgesellschaften anteilig zuzurechnen (Rz. 41), sodass diese insoweit der beschränkten Steuerpflicht unterliegen; dann gilt für sie § 8a Abs. 1 S. 4 KStG.
- 28** Bei **steuerbefreiten Körperschaften** geht die Regelung ins Leere, da sie ohnehin nicht der Steuer unterliegen, die Zinsbegrenzung also keine steuerlichen Wirkungen hat. Aber auch soweit diese Körperschaften der Steuerpflicht unterliegen, dürfte die Zinsschranke regelmäßig keine Auswirkungen haben. Auf diese steuerpflichtigen Körperschaften ist die Zinsschranke nur anwendbar, wenn sie einen Gewerbebetrieb unterhalten (wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb). Bei diesen Körperschaften wird der Saldo der Zinsaufwendungen regelmäßig unter 3 Mio. EUR liegen (Rz. 77); außerdem werden solche Körperschaften regelmäßig nicht einem Konzern angehören (Rz. 83). Bedeutung kann die Zinsschranke aber z. B. bei **unternehmenstragenden Stiftungen** haben.
- 29** Nach Auffassung der Finanzverwaltung (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl II 2008, 718, Rz. 66) bilden bei einer GmbH & Co. KG die KG und die „typische“ Komplementär-GmbH nur „einen“ Betrieb und damit keinen „Konzern“ (Rz. 89a). Eine typische Komplementär-GmbH ist eine GmbH, deren einzige Aufgabe die Übernahme der Vertretung und Geschäftsführung der KG sowie der Haftung für die KG ist. Entsprechendes gilt für vergleichbare Formen wie die AG & Co. KG und die Limited & Co. KG.
- 29a** Da eine GmbH unabhängig von ihrer Tätigkeit immer einen „Betrieb“ unterhält (vgl. Rz. 39), kann diese Verwaltungsanweisung nur als sachliche Billigkeitsmaßnahme nach § 163 AO Rechtswirkung haben (zur Problematik auch *Töben/Fischer*, Ubg 2008, 149, 153). Laut BMF soll diese Regelung nicht gelten, wenn die Komplementär-GmbH eine eigene Geschäftstätigkeit entfaltet und ihr eigene Zinsaufwendungen zuzuordnen sind. In diesem Fall bilden KG und Komplementär-GmbH zwei Betriebe i. S. d. Zinsschranke, die auch einen Konzern bilden können.
- 30** Auch ein **Betrieb gewerblicher Art** von juristischen Personen des öffentlichen Rechts fällt unter die Zinsschranke. Wegen des grundsätzlichen Verbots der Zusammenrechnung mehrerer Betriebe gewerblicher Art (§ 4 KStG Rz. 21) ist jeder Betrieb für die Zinsschranke gesondert zu behandeln, auch wenn diese Betriebe den gleichen Träger haben. Eine Zusammenfassung mehrerer Betriebe zu einem einheitlichen Betrieb für Zwecke der Zinsschranke ist nur zulässig, wenn eine Zusammenfassung nach den allgemeinen Regeln zulässig ist (§ 4 KStG Rz. 21).

2.1.3 Organträger und Organgesellschaften

- 31** Für Zwecke der Zinsschranke gelten Organgesellschaften und Organträger nach § 15 S. 1 Nr. 3 KStG als „ein Betrieb“. Daher ist die Zinsschranke nicht auf der Ebene der einzelnen Organgesellschaft anzuwenden. Das Gesetz regelt nicht klar, ob die Zins-

schranke dann für den Organkreis oder für den Organträger anzuwenden ist. Da ein Organkreis als solcher kein Steuersubjekt, also steuerlich nicht relevant ist, kann die Vorschrift nur so zu verstehen sein, dass die Zinsschranke auf der Ebene des Organträgers eingreift. Das lässt sich aus dem Wortlaut des § 15 S. 1 Nr. 3 KStG ableiten, in dem von einem „Einkommen des Organträgers“ gesprochen wird und wonach die Zinsaufwendungen und -erträge der Organgesellschaften bei dem Organträger zu berücksichtigen sind. Systematisch ergibt sich dieses Ergebnis daraus, dass nur der Organträger ein Einkommen hat, das aus dem eigenen Einkommen und dem zugerechneten Einkommen der Organgesellschaften besteht. Daher unterhält der Organträger den für die Zinsschranke maßgebenden „Betrieb“, in den die Besteuerungsgrundlagen der Organgesellschaften einzubeziehen sind (§ 15 KStG Rz. 45ff.).

2.1.4 Nachgeordnete Personengesellschaften

Schließlich ist § 8a KStG auch auf **Personengesellschaften und andere Mitunternehmerschaften** anwendbar, wenn diese unmittelbar oder mittelbar einer Körperschaft nachgeordnet sind. Zweck der Vorschrift ist es, zu verhindern, dass die für Körperschaften geltenden Einschränkungen des § 8a KStG durch Einschaltung von Personengesellschaften umgangen werden können. Diese Vorschrift ist in § 4h Abs. 2 S. 2 EStG systematisch falsch eingeordnet; sie müsste in § 8a KStG enthalten sein.

32

„Nachgeordnet“ sein können nur Personengesellschaften, bei denen die Gesellschafter als Mitunternehmer anzusehen sind. Dies sind in erster Linie die Personenhandels-gesellschaften (OHG, KG) sowie die atypische stille Gesellschaft. Die atypisch stille Gesellschaft kann ein „Betrieb“ i. S. d. Zinsschranke und daher auch eine nachgeordnete Personengesellschaft sein (*Frotscher*, EStG, § 4h EStG, Rz. 27b; *Kraft/Mayer-Theobald*, DB 2008, 2325). Nachgeordnete Personengesellschaften sind weiterhin gewerblich geprägte Personengesellschaften, nicht aber vermögensverwaltende Personengesellschaften, an denen neben Körperschaften auch natürliche Personen beteiligt sind, die daher nicht gewerblich geprägt sind. Solche Personengesellschaften unterhalten keinen „Betrieb“ und fallen daher nicht unter die Zinsschranke (Rz. 37).

32a

Eine nachgeordnete Personengesellschaft liegt unabhängig davon vor, ob der Gesellschafter und/oder die Mitunternehmerschaft im Inland oder im Ausland (dann mit inländischer Betriebsstätte) ansässig ist (*Hoffmann*, GmbHR 2008, 183).

32b

Die **KGaA** ist hiervon betroffen, soweit es sich um die Beteiligung des persönlich haftenden Gesellschafters handelt, der nach § 15 Abs. 1 Nr. 3 EStG mitunternehmerähnlich behandelt wird. Der Teil der KGaA, auf den sich die Beteiligung der Kommanditaktionäre bezieht, ist eine Kapitalgesellschaft und damit eine Körperschaft, so dass insoweit § 8a KStG unmittelbar gilt (zur Auffassung des BMF zur KGaA Rz. 25; zur Behandlung der KGaA § 9 KStG Rz. 9ff.).

33

Unmittelbar nachgeordnet ist eine Gesellschaft (Mitunternehmerschaft) einer Körperschaft, wenn die Körperschaft unmittelbarer Gesellschafter (Mitunternehmer) der Gesellschaft ist. **Mittelbar nachgeordnet** ist die Gesellschaft einer Körperschaft, wenn zwar unmittelbarer Gesellschafter wiederum eine Personengesellschaft (Mitunternehmerschaft) ist, an dieser aber eine Körperschaft als Gesellschafter (Mitunter-

34

nehmer) beteiligt ist. Entsprechendes gilt für noch höherstufige Personengesellschafts-Konstruktionen.

- 34a** Betroffen von der Regelung ist auch die **GmbH & Co. KG**; i. S. d. Gesetzes ist die KG der GmbH „nachgeordnet“, da die GmbH an ihr beteiligt ist. Das gilt auch, wenn die GmbH keine Einlage in die KG geleistet hat, wenn sie nur Mitunternehmerin ist (*Wagner/Fischer*, BB 2007, 1811). Allerdings hat das BMF (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 66) insoweit eine Ausnahmeregelung geschaffen, als eine „typische“ GmbH & Co. KG (bei der die Komplementär-GmbH keine eigene Geschäftstätigkeit verfolgt) als „ein“ Betrieb gilt (Rz. 29). Da dann nur ein Betrieb vorliegt, kann die KG keine „nachgeordnete Personengesellschaft“ sein; vielmehr wird sie wie jede andere Personengesellschaft behandelt. § 4h Abs. 2 S. 2 EStG gilt für diese GmbH & Co. KG daher nicht, und damit auch nicht § 8a Abs. 2, 3 KStG. Diese Regelung des BMF, die sich nicht aus dem Gesetz ergibt, ist als sachliche Billigkeitsmaßnahme nach § 163 AO anzusehen.
- 34b** Für die Frage, ob eine Personengesellschaft einer Körperschaft „nachgeordnet“ ist, kommt es nicht auf die Höhe der Beteiligung der Körperschaft an der Personengesellschaft an. Es muss also keine wesentliche Beteiligung vorliegen (Rz. 35b; *Wagner/Fischer*, BB 2007, 1811; *Schmitz-Herscheidt*, BB 2008, 699; a. A. *Hoffmann*, GmbHR 2008, 183, der eine wesentliche Beteiligung verlangt).
- 35** Die Regelung ist insoweit unklar, als nicht deutlich wird, wie eine Personengesellschaft oder andere Mitunternehmerschaft zu behandeln ist, an der unmittelbar und/oder mittelbar sowohl Körperschaften als auch natürliche Personen beteiligt sind. Die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/4841, 48) ist ebenfalls unklar. Danach sollen Personengesellschaften und andere Gesellschaften, bei denen der Gesellschafter als Mitunternehmer anzusehen ist, in § 8a KStG einbezogen werden, wenn sie einer Körperschaft nachgeordnet sind und „damit § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG für die Zinsaufwendungen der Gesellschaft keine Anwendung finden“ (zu dieser systemwidrigen Formulierung Rz. 129). M. E. kann die Personengesellschaft nur insoweit „nachgeordnet“ sein, als an ihr Körperschaften beteiligt sind. Im Verhältnis zu natürlichen Personen als Gesellschaftern gilt § 8a KStG nicht. Zinsaufwendungen fallen daher nur insoweit unter § 8a KStG, als es dem Verhältnis der Beteiligung von Körperschaften an der Personengesellschaft entspricht (zur Frage der schädlichen Gesellschafter-Fremdfinanzierung in diesen Fällen Rz. 128).
- 35a** § 8a KStG a. F. hatte den Begriff der „nachgeordneten Gesellschaft“ vermieden und die Regelung auf Darlehen von mittelbar wesentlich beteiligten Gesellschaftern beschränkt. Damit konnte der Regelungsgehalt des Gesetzes durch Auslegung ermittelt werden. Bei dem Begriff der „nachgeordneten Gesellschaft“, der im Gesetz weder verwendet noch definiert wird, ist das nicht mehr ohne Weiteres der Fall. Einen Anhaltspunkt ergibt jedoch die Rechtsfolge für die „nachgeordnete Gesellschaft“. Danach sollen die für Körperschaften geltenden Einschränkungen des § 8a Abs. 2 und 3 KStG auch für diese Mitunternehmerschaften gelten. Es soll also vermieden werden, dass eine Körperschaft die für sie geltenden Einschränkungen hinsichtlich der Konzernzugehörigkeit und der sog. Escape-Klausel dadurch umgehen kann, dass sie eine

Mitunternehmerschaft einschaltet. Dieser Gesetzeszweck erfordert eine Regelung aber nur, soweit an der Mitunternehmerschaft unmittelbar oder mittelbar Körperschaften beteiligt sind. Soweit die Mitunternehmer natürliche Personen sind, führt die Einschaltung einer Personengesellschaft nicht zu einer Verbesserung der Rechtsstellung bezüglich der Zinsschranke. Die Vorschrift ist also so zu lesen, dass die Einschränkungen für Körperschaften für Mitunternehmerschaften nur gelten, „soweit“ an ihnen unmittelbar oder mittelbar Körperschaften beteiligt sind. Eine Mitunternehmerschaft ist also nur insoweit „nachgeschaltet“ als an ihr unmittelbar oder mittelbar Körperschaften beteiligt sind. Insbes. für die Anwendung der „Escape-Klausel“ ist bei Mitunternehmerschaften daher zu unterscheiden, ob und inwieweit an ihnen unmittelbar oder mittelbar natürliche Personen oder Körperschaften beteiligt sind.

Sind an einer Personengesellschaft sowohl Körperschaften als auch natürliche Personen als Mitunternehmer beteiligt, stellt sich die Frage, ob die Personengesellschaft nur dann „nachgeordnete Gesellschaft“ ist, wenn die Beteiligung der Körperschaft eine gewisse Mindesthöhe erreicht. In der Literatur wird die Ansicht vertreten, die Beteiligung müsse mehr als 25 % betragen (*Hoffmann*, GmbH 2008, 183; *Prinz*, FR 2008, 441). Dem ist nicht zu folgen. Schon der Gesetzeswortlaut gibt nichts für das Erfordernis einer Mindestbeteiligung her. In § 8a Abs. 2, 3 KStG, der für die nachgeordnete Personengesellschaft gelten soll, hat der Gesetzgeber durchaus zur Höhe einer Beteiligung Stellung genommen; aus dem Schweigen bei § 4h Abs. 2 S. 2 EStG ist daher zu schließen, dass keine Mindestbeteiligung erforderlich ist. Das wird auch durch die Begründung des Gesetzentwurfs (BT-Drs. 16/4841, 48) bestätigt. Dort wird auf die Regelung der Sondervergütungen nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG Bezug genommen; die Behandlung der Sondervergütungen ist aber nicht von einer bestimmten Beteiligungshöhe abhängig (im Ergebnis ebenso *Schmitz-Herscheid*, BB 2008, 699; *van Lishaut/Schumacher/Heinemann*, DStR 2008, 2341).

Rechtsfolge für eine nachgeschaltete Personengesellschaft ist, dass für sie in erster Linie § 4h EStG gilt; insbes. ist § 4h Abs. 1 EStG, nicht § 8a Abs. 1 KStG anzuwenden. Lediglich für die Anwendung des § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. b) und c) EStG sind, soweit die Mitunternehmerschaft eine „nachgeschaltete Gesellschaft“ ist, die Einschränkungen des § 8a Abs. 2 und 3 KStG zu beachten.

2.2 Begriff des „Betriebs“

Nach § 4h Abs. 1 EStG ist die Regelung auf Zinsaufwendungen eines „Betriebs“ anzuwenden; § 8a KStG enthält für Körperschaften insoweit keine Abweichungen. Das Gesetz definiert den Begriff des „Betriebs“ nicht. Der Begriff „Betrieb“ wird auch in § 20 UmwStG verwendet, doch ist dieser Begriff nicht unmittelbar für § 8a KStG anwendbar, da die Regelung einen anderen Zweck verfolgt. Außerdem erscheint der Begriff z. B. in der Zusammensetzung als „Betriebsvermögen“ in § 4 Abs. 1 EStG, als „Gewerbebetrieb“ in § 15 Abs. 1 S. 1 EStG und als „Teilbetrieb“ in § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG. In § 15 Abs. 1 S. 1 EStG werden die Begriffe „Betrieb“ und „Unternehmen“ identisch verwendet. Im Rahmen des § 4h EStG hat der Begriff „Betrieb“ die Funktion, die unternehmerische Tätigkeit, für die die Zinsschranke gilt, abzugrenzen.

zen von der privaten Tätigkeit (Vermögensverwaltung), für die das nicht der Fall ist. Allgemein ist unter einem Betrieb eine selbstständige und unternehmerisch lebensfähige, organisatorisch abgeschlossene Einheit von personellen, sachlichen und immateriellen Produktions- und Leistungsfaktoren zu verstehen, die darauf gerichtet ist, am Markt Leistungen anzubieten und nachzufragen. Zur weiteren Konkretisierung des Begriffs kann die systematische Stellung des § 4h EStG im Unterabschnitt „2. Gewinn“ herangezogen werden. Die unternehmerische Einheit muss danach darauf gerichtet sein, Gewinneinkünfte zu erzielen. Unter einem „Betrieb“ ist daher eine land- und forstwirtschaftlich oder eine gewerblich tätige, selbstständige organisatorische Unternehmenseinheit oder eine entsprechende Einheit im Bereich der selbstständigen Tätigkeit zu verstehen (*Frotscher*, EStG, § 4 EStG Rz. 18ff.). Danach liegt ein Betrieb immer dann vor, wenn originär gewerbliche Einkünfte nach § 15 Abs. 1 S. 1 EStG erzielt werden oder wenn die Einkünfte wegen Vorliegens einer gewerblichen Prägung nach § 15 Abs. 3 EStG oder bei Körperschaften wegen § 8 Abs. 2 KStG als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu qualifizieren sind (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 5; *Schaden/Käshammer*, BB 2007, 2317, 2319). Gewerblich geprägte Personengesellschaften, Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit unterhalten also immer einen „Betrieb“, auch wenn sie ausschließlich vermögensverwaltend tätig sind.

- 38** Ein Einzelunternehmer kann mehrere Betriebe unterhalten, eine Personengesellschaft oder eine Kapitalgesellschaft hat dagegen nur einen Betrieb. Von einer **Mehrheit von Betrieben** abzugrenzen ist der **Begriff „Konzern“**, der im Rahmen der Zinsschranke wesentliche Bedeutung hat. So findet die Zinsschranke nach § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. b) EStG keine Anwendung, wenn der Betrieb nicht zu einem Konzern gehört (Rz. 83, 201). Begrifflich sind „Betrieb“ und „Konzern“ nicht kompatibel. Zu einem Konzern gehören regelmäßig nur rechtsfähige Einheiten (Kapital- und Personengesellschaften), während der Betrieb nicht rechtsfähig sein muss (mehrere Betriebe einer natürlichen Person). Das bedeutet, dass eine natürliche Person mehrere Betriebe haben kann, die für die Zinsschranke jeweils für sich zu beurteilen sind, jedoch keinen Konzern bilden, weil Träger eine natürliche Person ist. Daher bildet auch ein **Unternehmen mit Betriebsstätten im In- und Ausland** regelmäßig einen einheitlichen Betrieb, keinen Konzern.
- 39** Für die Anwendung des § 8a KStG ist der Begriff „Betrieb“ weniger problematisch als bei der Anwendung des § 4h EStG auf natürliche Personen, weil er insoweit keine wesentliche Abgrenzungsfunktion zu erfüllen hat. Körperschaften, die nur Einkünfte aus Gewerbebetrieb haben können, unterhalten immer einen „Betrieb“, auch wenn sie nur vermögensverwaltend tätig sind. Sie können auch nur einen einzigen Betrieb haben. Insoweit bezieht sich die Anwendung des § 4h EStG i. V. m. § 8a KStG auf die ganze Körperschaft.
- 39a** Das gilt uneingeschränkt, soweit die Körperschaft unbeschränkt steuerpflichtig ist. Die Regelung gilt dann unabhängig davon, ob es sich um Körperschaften deutscher oder ausländischer Rechtsform handelt. Soweit diese Körperschaften ausländischen Rechts ihre Geschäftsleitung im Inland haben (der Sitz im Inland wird bei auslän-

dischen Rechtsformen nicht vorkommen) und den in § 8 Abs. 2 KStG aufgeführten Rechtsformen vergleichbar sind, können sie nur Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielen und unterhalten daher nur einen einzigen „Betrieb“ i. S. d. § 4h EStG.

Ist die Körperschaft beschränkt steuerpflichtig, kann sie unabhängig von ihrer Rechtsform auch andere Einkünfte als solche aus Gewerbebetrieb haben, da § 8 Abs. 2 KStG für sie nicht gilt. Bei diesen Körperschaften muss ein „Betrieb“ vorliegen; das ist der Fall, wenn die Körperschaft die Definition in Rz. 37 erfüllt, also einer land- und forstwirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht, eine gewerblich tätige, selbstständige organisatorische Unternehmenseinheit oder eine entsprechende Einheit im Bereich der selbstständigen Tätigkeit darstellt. Im Bereich der Einkünfte aus Gewerbebetrieb ist dazu eine originär gewerbliche Tätigkeit nach § 15 Abs. 2 EStG erforderlich.

39b

Soweit eine Körperschaft nicht nur Einkünfte aus Gewerbebetrieb hat, kann sie auch Überschusseinkünfte erzielen und unterhält insoweit keinen „Betrieb“. Für beschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften enthält § 8a Abs. 1 S. 4 KStG aber insoweit eine Erweiterung; danach fallen beschränkt steuerpflichtige Einkünfte auch dann unter die Zinsschranke, wenn sie nicht im Rahmen eines „Betriebs“ bezogen werden (Rz. 27).

39c

Nach dem Gesetzeswortlaut ist die Anwendung der Zinsschranke nicht unmittelbar auf inländische Betriebe (Betriebsstätten) beschränkt; eine solche Beschränkung ergibt sich aber mittelbar aus § 4h Abs. 3 S. 2 EStG, jedenfalls für die Fälle des Bestehens eines **DBA mit Freistellungsmethode** (zu pauschal insoweit *Dötsch/Pung*, in *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, KStG, § 8a (URefG 2008), Rz. 25). Danach fallen nur solche Zinsaufwendungen unter die Vorschrift, die den „maßgeblichen Gewinn“, d. h. den im Inland steuerpflichtigen Gewinn (§ 4h Abs. 3 S. 1 EStG) gemindert haben. Ein „Gewinn“ wird nur im Bereich der Gewinneinkünfte ermittelt, nicht im Rahmen der Überschusseinkünfte. Daraus folgt, dass die Zinsschranke nur anwendbar ist, wenn ein im Inland steuerpflichtiger land- und forstwirtschaftlicher, gewerblicher oder freiberuflicher Gewinn vorliegt und bei dessen Ermittlung Zinsaufwendungen zu berücksichtigen sind. Im Inland ist der Gewinn aber nur steuerpflichtig, wenn bei Land- und Forstwirtschaft Grundstücke im Inland belegen sind, wenn gewerbliche Einkünfte aus einer inländischen Betriebsstätte („Betrieb“) bezogen werden oder wenn bei selbstständiger Arbeit im Inland eine Betriebsstätte oder feste Einrichtung unterhalten wird. Handelt es sich bei der inländischen Tätigkeit, isoliert betrachtet, um eine Vermögensverwaltung, liegt kein inländischer Betrieb und damit kein „Gewinn“ i. S. d. Zinsschranke vor. Allerdings ist § 8a KStG auch auf diese Fälle sinngemäß anwendbar, wenn es sich bei dem ausländischen Rechtsträger um eine Kapitalgesellschaft handelt und wenn die Einkünfte als Überschusseinkünfte im Rahmen der isolierenden Betrachtungsweise (§ 49 Abs. 2 EStG) steuerpflichtig sind (Rz. 27). Handelt es sich bei dem verwalteten Vermögen um Grundstücke und bei den Einkünften um solche aus Vermietung und Verpachtung, enthält § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. f S. 2 EStG eine Sonderregelung. Danach sind bei solchen vermögensverwaltenden ausländischen Kapitalgesellschaften die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung als gewerblich einzuordnen. Die ausländische Kapitalgesellschaft muss dann den Gewinn nach § 4

39d

EStG ermitteln und unterhält damit als inländische Gewinnermittlungseinheit einen „Betrieb“ i. S. d. Zinsschranke (Rz. 27).

- 39e** Besteht kein DBA bzw. ein DBA, das für Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb oder selbstständiger Arbeit die Anrechnungsmethode vorsieht, dann unterliegen auch ausländische Betriebe im Rahmen der unbeschränkten Steuerpflicht der deutschen Besteuerung; hierbei ist die Zinsschranke auf sie anzuwenden.
- 40** Für Zwecke der Zinsschranke gilt der Organkreis nach § 15 S. 1 Nr. 3 KStG als „ein Betrieb“. Daher ist die Zinsschranke nicht auf der Ebene der einzelnen Organgesellschaft anzuwenden (§ 15 KStG Rz. 45ff.).
- 41** Der Begriff „Betrieb“ hat eine wesentliche Abgrenzungsfunktion bei **nachgeordneten Personengesellschaften** (Rz. 32). Für nachgeordnete Personengesellschaften gilt grundsätzlich § 4h Abs. 1 EStG; sie fallen daher nur unter die Vorschrift, wenn sie einen „Betrieb“ unterhalten. Das ist bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften nicht der Fall; sie fallen schon deshalb aus der Regelung des § 4h Abs. 2 S. 2 EStG heraus, weil sie keine Mitunternehmerschaften sind. Damit können nachgeordnete Personengesellschaften nur solche sein, die Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb oder selbstständiger Arbeit erzielen. Für ausländische Personengesellschaften mit Überschusseinkünften (vermögensverwaltende Personengesellschaften) enthält das Gesetz, anders als für Kapitalgesellschaften in § 8a Abs. 1 S. 4 KStG (Rz. 27) keine Erweiterung.
- 41a** Betriebe unterhalten auch gewerblich geprägte Personengesellschaften nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG, also solche, an denen nur Kapitalgesellschaften als persönlich haftende Gesellschafter beteiligt sind (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBlI 2008, 718, Rz. 5; *Schaden/Käshammer*, BB 2007, 2317, 2319; *Köster-Böckenförde/Clauss*, DB 2008, 2213). Vermögensverwaltende Personengesellschaften, bei denen das nicht der Fall ist, sind keine „nachgeordnete Personengesellschaften“, da sie kein „Betrieb“ sind; sie fallen dann nicht unter die Zinsschranke, auch wenn an ihnen Kapitalgesellschaften (neben natürlichen Personen) als persönlich haftende Gesellschafter beteiligt sind. Bei diesen Gesellschaften sind Gewinne, Zinserträge und -aufwendungen sowie Abschreibungen anteilig bei den Gesellschaftern zu erfassen (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBlI 2008, 718, Rz. 43).

2.3 Zinsaufwendungen und ihr Empfänger

- 42** § 4h EStG bezweckt, den Abzug von Zinsaufwendungen einzuschränken („Zinsschranke“). Maßgebliches Tatbestandsmerkmal ist daher der Begriff „**Zinsaufwendungen**“. Wegen der Bedeutung dieses Begriffs im Rahmen der Vorschrift enthält § 4h Abs. 3 S. 2 EStG eine Legaldefinition und S. 4 eine Sonderregelung für Auf- und Abzinsungsbeträge. Diese Regelung gilt über die Generalverweisung in § 8 Abs. 1 KStG (Rz. 68) auch für Körperschaften im Rahmen des § 8a KStG. Das Gesetz unterscheidet, anders als § 8a KStG a. F., nicht mehr zwischen kurzfristigen und langfristigen Zinsaufwendungen und auch nicht mehr zwischen gewinnabhängigen und nicht gewinnabhängigen Zinsaufwendungen (zum Inhalt und Umfang des Zinsbegriffs im Rahmen des § 8a KStG vgl. Rz. 188).

Das Gesetz stellt an den **Empfänger der Zinsaufwendungen** keine besonderen Anforderungen. Das bedeutet, dass alle Zinsaufwendungen i. S. d. § 4h Abs. 3 S. 2 EStG unter die Vorschrift fallen. Der Empfänger der Zinsaufwendungen braucht also weder ein Gesellschafter noch eine nahe stehende Person zu sein. Damit kommt es auch nicht darauf an, ob und in welcher Höhe der Zinsempfänger an der Körperschaft beteiligt ist; er braucht daher auch nicht wesentlich beteiligt zu sein. Im Rahmen des Grundtatbestands spielen auch Fragen der Rückgriffsberechtigung des Zinsempfängers auf einen (wesentlich beteiligten) Gesellschafter oder eine diesem nahe stehende Person keine Rolle. Diese Fragen stellen sich nur bei den besonderen Einschränkungen, die § 8a Abs. 2, 3 KStG für Körperschaften für die Nichtgeltung der Zins-schranke vorsieht.

43

Es ist auch ohne Bedeutung, ob die Zinsen bei dem Empfänger zu gewerblichen Einkünften oder zu Einkünften aus Kapitalvermögen gehören, der beschränkten Steuerpflicht unterliegen oder mangels beschränkter Steuerpflicht im Inland nicht besteuert werden. Die Vorschrift erfasst also sowohl Zinszahlungen an Gewerbebetriebe (z. B. Banken), an Privatpersonen (z. B. Privatdarlehen von Gesellschaftern) als auch an Ausländer.

43a

3 Rechtsfolgen

3.1 Zinsschranke für Zinsaufwendungen (§ 4h Abs. 1 EStG)

Nach § 4h Abs. 1 S. 1 EStG sind Zinsaufwendungen eines Betriebs nur beschränkt abzugsfähig (zum Begriff „Betrieb“ Rz. 37). § 8a Abs. 1 KStG übernimmt diese Regelung durch eine direkte Verweisung auf § 4h Abs. 1 S. 1 EStG und enthält lediglich Bestimmungen zur Errechnung der Bemessungsgrundlage (zur Behandlung bei der GewSt Rz. 19).

44

Die **Abzugsfähigkeit der Zinsen ist jeweils für das Wirtschaftsjahr** zu ermitteln. Es ist also die Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug für das Wirtschaftsjahr festzustellen und auf dieser Grundlage die Abzugsfähigkeit der in diesem Wirtschaftsjahr angefallenen Zinsen zu prüfen. Dies gilt sowohl für Wirtschaftsjahre, die dem Kj. entsprechen, als auch für abweichende Wirtschaftsjahre. Die gleichen Grundsätze gelten für Rumpfwirtschaftsjahre; auch in diesem Fall ist die Abzugsfähigkeit jeweils auf der Grundlage der Bemessungsgrundlage des Rumpfwirtschaftsjahrs zu ermitteln.

44a

Die **Zinsaufwendungen** (zum Begriff Rz. 188) sind in abzugsfähige und nicht abzugsfähige, aber vortragsfähige Zinsaufwendungen **aufzuteilen**. Dies geschieht in mehreren Schritten:

45

- Im ersten Schritt sind die Zinsaufwendungen mit den Zinserträgen desselben Betriebs und desselben Wirtschaftsjahrs miteinander zu verrechnen.
- Im zweiten Schritt sind dann noch verbleibende Zinsaufwendungen bis zur Höhe von 30 % der maßgeblichen Bemessungsgrundlage (sog. „EBITDA“) abzugsfähig.

Maßgeblich für die Zuordnung der Zinsaufwendungen zu dem einzelnen Wirtschaftsjahr ist die Minderung des Gewinns (arg. § 4h Abs. 3 S. 2 EStG). Die Zinsaufwendungen sind also für die Prüfung der Abzugsfähigkeit demjenigen Wirtschaftsjahr zuzu-

46

ordnen, in dem sie den Gewinn gemindert haben. Bei bilanzierenden Körperschaften kommt es also nicht auf den Abfluss der Zinsen, sondern in erster Linie auf die bilanzielle Auswirkung der Zinsen, auch soweit sie ggf. in Rückstellungen und Rechnungsabgrenzungsposten enthalten sind, an.

- 46a** Vorausgezahlte Zinsen sind abzugrenzen. Sie führen daher in dem Wirtschaftsjahr, in dem sie durch die Auflösung des Rechnungsabgrenzungspostens gewinnwirksam werden, zu Zinsaufwendungen.
- 47** Auch für die Zuordnung der **Zinserträge** zu einem Wirtschaftsjahr gilt die Zuordnung zum maßgeblichen Gewinn (zum Begriff der Zinserträge Rz. 199). Die Zinserträge sind demjenigen Wirtschaftsjahr (auch Rumpfwirtschaftsjahr) zuzuordnen, in dem sie den Gewinn erhöht haben. Wurde ein Zinsanspruch aktiviert, ist er dem Wirtschaftsjahr der Aktivierung, und daher der Gewinnauswirkung, zuzuordnen. Im Voraus vereinnahmte Zinserträge sind ebenso wie vorausgezahlte Zinsaufwendungen abzugrenzen. Sie führen daher nicht im Wirtschaftsjahr der Vereinnahmung, sondern in dem Wirtschaftsjahr, in dem sie wegen Auflösung des Rechnungsabgrenzungspostens gewinnwirksam werden, zu Zinserträgen.
- 48** Abzugsfähig sind Zinsaufwendungen in Höhe der Zinserträge des gleichen Betriebs und des gleichen Wirtschaftsjahrs. Da Körperschaften nur einen einzigen Betrieb haben (Rz. 37ff.), hat bei ihnen das Merkmal des „gleichen Betriebs“ keine eigenständige Bedeutung. Einzubeziehen in diese Saldierung sind aber nur Zinsaufwendungen und -erträge, die der deutschen Besteuerung unterliegen, also nicht solche einer Freistellungsbetriebsstätte, wohl aber solche einer Anrechnungsbetriebsstätte.
- 48a** Soweit **Zinsaufwendungen und Zinserträge** dem gleichen Wirtschaftsjahr zuzuordnen sind, sind sie in einem ersten Schritt miteinander **zu verrechnen**. Diese Regelung hat besondere Bedeutung für Banken; da bei ihnen die Zinserträge regelmäßig die Zinsaufwendungen übersteigen, fallen sie i. d. R. nicht unter die Zinsschranke.
- 48b** Die Zinsschranke ist lediglich auf den Betrag der Zinsaufwendungen anzuwenden, der die Zinserträge des gleichen Wirtschaftsjahrs übersteigt (Saldo der Zinsaufwendungen). Diese Verrechnung ist auf das gleiche Wirtschaftsjahr (einschließlich eines Rumpfwirtschaftsjahrs) beschränkt. Ein Überschuss an Zinserträgen eines Wirtschaftsjahrs kann nicht in ein anderes Wirtschaftsjahr vor- oder zurückgetragen werden, um dort mit einem Überschuss an Zinsaufwendungen verrechnet zu werden. Ein Überschuss an Zinserträgen ist daher an das jeweilige Wirtschaftsjahr gebunden und geht für Zwecke der Zinsschranke verloren, wenn er nicht mit Zinsaufwendungen des gleichen Wirtschaftsjahrs verrechnet werden kann.
- 49** Bleibt nach der Verrechnung von Zinsaufwendungen und -erträgen noch ein **Saldo der Zinsaufwendungen**, können diese Zinsaufwendungen i. H. v. 30 % der maßgebenden Bemessungsgrundlage (Rz. 51ff.) abgezogen werden (zur „Kleinbetragsregelung“ Rz. 77). Diese Zinsen stellen **abziehbare** Betriebsausgaben des maßgeblichen Wirtschaftsjahrs dar und mindern die Bemessungsgrundlage für die KSt. Soweit die Zinsaufwendungen über die Grenze von 30 % hinausgehen, handelt es sich im maßgeblichen Wirtschaftsjahr (dem Wirtschaftsjahr, in dem sie den Gewinn gemindert haben) um nicht abzugsfähige Betriebsausgaben. Sie werden bei der Er-

mittlung des zu versteuernden Einkommens hinzugerechnet und erhöhen die Bemessungsgrundlage für die KSt. Sie werden gesondert festgestellt (Rz. 214) und können zeitlich unbegrenzt vorgetragen werden (Rz. 68).

Die **Rechtsfolge der Zinsschranke** ist auf die Abzugsfähigkeit der Zinsen sowie auf die Ebene der die Zinsen zahlenden Körperschaft begrenzt. Die Zinsen bleiben Betriebsausgaben; sie sind jedoch steuerlich (noch) nicht abzugsfähig. Die Zinsschranke hat keine steuerlichen Auswirkungen auf das Fremdkapital, für das die Zinsaufwendungen gezahlt werden. Es bleibt steuerlich Fremdkapital, wird also nicht etwa in (steuerliches) Eigenkapital umqualifiziert. Schließlich hat die Regelung auch keine Auswirkungen auf den Gesellschafter der Körperschaft, und zwar auch dann nicht, wenn er der Empfänger der Zinsaufwendungen ist. Die Zinsaufwendungen werden auf der Ebene der Körperschaft nicht in eine verdeckte oder sonstige Gewinnausschüttung umqualifiziert. Entsprechend erfolgt auch keine Umqualifizierung der Zinserträge bei dem Gesellschafter in Gewinnausschüttungen (Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG). Daher ist bei dem Gesellschafter weder § 8b Abs. 1 EStG anwendbar noch das Teileinkünfteverfahren nach § 3 Nr. 40 EStG. Im Ergebnis sind die Zinsaufwendungen bei der zahlenden Körperschaft (noch) nicht abziehbar, bei dem Empfänger der Zinserträge werden sie aber in vollem Umfang besteuert. Es entsteht daher eine (temporäre) **Doppelbelastung der Zinserträge**.

50

3.2 Bemessungsgrundlage für die Zinsschranke

3.2.1 Systematik

Die Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug bestand ursprünglich nur aus dem sog. EBITDA (zum Begriff Rz. 51) des laufenden Wirtschaftsjahres. Durch Gesetz v. 22.12.2009 (BStBl I 2010, 2) wurde diese Bemessungsgrundlage um eine zweite Bemessungsgrundlage ergänzt. Diese zweite Bemessungsgrundlage besteht in dem EBITDA-Vortrag der vorhergehenden 5 Wirtschaftsjahre. Diese zweite Bemessungsgrundlage ist nicht alternativ zu der ersten, sondern tritt kumulativ zu der ersten Bemessungsgrundlage (EBITDA des laufenden Wirtschaftsjahrs) hinzu. Das Verhältnis der beiden Bemessungsgrundlagen zueinander regelt § 4h Abs. 1 S. 4 EStG. Danach können Zinsaufwendungen nur insoweit gegen den EBITDA-Vortrag aus den vorangegangenen Wirtschaftsjahren verrechnet werden, als die Zinsaufwendungen nicht gegen das EBITDA des laufenden Wirtschaftsjahrs verrechnet werden können. Die Verrechnung gegen die Bemessungsgrundlage des laufenden Wirtschaftsjahrs hat also Vorrang. Erst danach kommt eine Verrechnung gegen den EBITDA-Vortrag in Betracht. Das hat Bedeutung, da der EBITDA-Vortrag nach 5 Wirtschaftsjahren verfällt; für den Steuerpflichtigen wäre es also günstiger, Zinsaufwendungen zuerst gegen den EBITDA-Vortrag zu verrechnen, erst dann gegen das EBITDA des laufenden Wirtschaftsjahrs. Das Gesetz sieht aber eine andere Verrechnungsreihenfolge vor und räumt dem Steuerpflichtigen kein Wahlrecht ein.

50a

3.2.2 EBITDA des laufenden Wirtschaftsjahrs

- 51** Die Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug ist in § 8a Abs. 1 S. 1 KStG durch Verweisung auf § 4h Abs. 1 S. 1 EStG mit der Maßgabe geregelt, dass an die Stelle des „maßgeblichen Gewinns“ das „maßgebliche Einkommen“ tritt. Nach dieser Regelung ist Bemessungsgrundlage das **maßgebliche Einkommen** (Rz. 179) zuzüglich der Zinsaufwendungen, der Auswirkungen der Bewertungsfreiheit für geringwertige Wirtschaftsgüter nach § 6 Abs. 2 S. 1 EStG (Rz. 53), der Auswirkungen der „Poolabschreibung“ nach § 6 Abs. 2a EStG (Rz. 54) und der AfA nach § 7 EStG (Rz. 55). Abgezogen von der Bemessungsgrundlage werden die Zinserträge (Rz. 199). Da diese Berechnung für den „Betrieb“ erfolgt, sind entsprechende Besteuerungsgrundlagen von Organgesellschaften, die mit dem Organträger nach § 15 S. 1 Nr. 3 KStG „einen“ Betrieb bilden, bei dem Organträger bei der Errechnung des EBITDA zu berücksichtigen.
- 51a** Im Ergebnis ist die Bemessungsgrundlage eine Art „steuerliches EBITDA“, d. h. Earnings (für Körperschaften: Einkommen) before Interests, Taxes and Depreciation/Amortisation. Der Gesetzgeber hat diesen Begriff durch Gesetz v. 22.12.2009 (BStBl I 2010, 2) in § 4h Abs. 1 EStG eingeführt und ihn in Abs. 1 S. 2 definiert.
- Durch Gesetz v. 22.12.2009 (BStBl I 2010, 2) ist die Terminologie hinsichtlich der Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug geändert worden, ohne dass sich insoweit eine materielle Änderung ergeben hat. Aus dem EBITDA des laufenden Wirtschaftsjahrs ist das „verrechenbare EBITDA“ zu bilden. Dieses verrechenbare EBITDA besteht nach § 4h Abs. 1 S. 2 EStG aus 30 % des EBITDA des laufenden Wirtschaftsjahrs. Der nach Abzug der Zinserträge noch bestehende Saldo der Zinsaufwendungen kann in Höhe dieses verrechenbaren EBITDA abgezogen werden (zum weiteren Abzug in Höhe des vorgetragenen verrechenbaren EBITDA Rz. 59a).
- 51b** Im Vergleich zu § 4h EStG ist bemerkenswert, dass die **KSt** der Bemessungsgrundlage hinzugerechnet wird, während dies nach § 4h EStG für die ESt nicht entsprechend der Fall ist (vgl. auch Rz. 176).
- 52** Ausgangswert für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage ist nach Abs. 1 S. 1 das „maßgebliche Einkommen“ (zu diesem Begriff grundsätzlich Rz. 179). Das maßgebliche Einkommen ist auf der Ebene des „Betriebs“ zu ermitteln, d. h. im Regelfall auf der Ebene der einzelnen Körperschaft. Fraglich ist jedoch das EBITDA bei Organshaft, wenn eine Organgesellschaft Ausgleichszahlungen an Minderheitsgesellschafter nach § 16 KStG leistet. Das EBITDA ist auf der Ebene des Organträgers zu ermitteln, da ihm die Besteuerungsgrundlagen der Organgesellschaften zugerechnet werden. Das Einkommen, das aus der Ausgleichszahlung und der darauf ruhenden KSt-Last besteht, wird aber gerade nicht dem Organträger, sondern der Organgesellschaft zugerechnet. Es besteht in diesem Sonderfall also ein Einkommen der Organgesellschaft. M. E. sind das Einkommen des Organträgers und die aus den Ausgleichszahlungen stammenden Einkommen der Organgesellschaften für die Ermittlung des EBITDA zusammenzurechnen. Nach § 15 S. 1 Nr. 3 KStG ist der Organkreis nur „ein“ Betrieb, kann also nur ein EBITDA haben. Zwar ist für die Organ-

gesellschaft § 4h EStG nicht anzuwenden; das bedeutet aber nicht, dass maßgebliches Einkommen der Organgesellschaften außer Betracht bleibt, sondern dass die Wirkungen der Zinsschranke auf die Ebene des Organträgers verlagert werden. Das Einkommen aus den Ausgleichszahlungen als Einkommen der Organgesellschaft ist Teil des maßgeblichen Einkommens des „Betriebs“. Die Vorschrift gibt keinen Anhaltspunkt dafür, einen Teil des maßgeblichen Einkommens des Betriebs „Organschaft“ außer Betracht zu lassen.

Dem maßgeblichen Einkommen hinzuzurechnen sind die **Zinsaufwendungen** des laufenden Wirtschaftsjahrs. Die gezahlten Zinsen erhöhen also die Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug. Entsprechend sind **Zinserträge** von dem maßgeblichen Einkommen abzuziehen, vermindern also die Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug. Dadurch wird die Regelung des § 4h Abs. 1 S. 1 EStG berücksichtigt, wonach der Zinsschranke der Saldo zwischen Zinsaufwendungen und Zinserträgen unterliegt. Die Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug wird daher im Ergebnis um den (positiven) Saldo zwischen Zinsaufwendungen und Zinserträgen (also dem Überschuss an Zinsaufwendungen) erhöht. Ist der Saldo negativ (d. h. überwiegen die Zinserträge), vermindert sich die Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug. Das ist ohne Bedeutung für die im laufenden Wirtschaftsjahr gezahlten Zinsen (die ja abzugsfähig sind, da sie die Zinserträge nicht übersteigen), hat aber Auswirkungen auf den Abzug vortragener Zinsen aus den Vorjahren (Rz. 68). **52a**

Die Bemessungsgrundlage erhöht sich nur um den Überschuss der Zinsaufwendungen des laufenden Jahrs. Ist ein Zinsvortrag aus Vorjahren vorhanden, kann dieser zwar i. H. v. 30 % der Bemessungsgrundlage abgezogen werden, er erhöht diese Bemessungsgrundlage aber nicht (§ 4h Abs. 1 S. 6 EStG). Andererseits sind überschießende Zinserträge der Vorjahre nicht vortragsfähig. Sie können weder mit Zinsaufwendungen des laufenden Jahrs verrechnet werden, noch vermindern sie die Bemessungsgrundlage des laufenden Jahrs. **52b**

Die Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug erhöht sich um regelmäßige Abschreibungen. Dazu gehört die Bewertungsfreiheit für **geringwertige Wirtschaftsgüter** nach § 6 Abs. 2 EStG. Die Grenze für die Bewertungsfreiheit ist durch Gesetz v. 14.8.2007 (BGBl I 2007, 1912) auf 150 EUR herab- und durch Gesetz vom 22.12.2009 (BStBl I 2010, 2) wieder auf 410 EUR heraufgesetzt worden. Da diese Bewertungsfreiheit an die Stelle der regelmäßigen AfA tritt, sind die im Anschaffungs- oder Herstellungsjahr abgesetzten Beträge für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage der Zinsschranke wieder hinzuzurechnen. **53**

Die Bemessungsgrundlage ist weiterhin um die sog. **Poolabschreibung** (Abschreibung eines Sammelpostens) für Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens zu erhöhen, bei denen die Anschaffungs- oder Herstellungskosten mehr als 150 bzw. 410 EUR, aber nicht mehr als 1.000 EUR betragen haben (§ 6 Abs. 2a EStG). Die Abschreibung des Sammelpostens erfolgt, unabhängig von der Nutzungsdauer der Wirtschaftsgüter, über fünf Jahre, einschließlich des Jahrs des Zugangs zu dem Sammelposten. Auch diese Abschreibung tritt an die Stelle der regelmäßigen AfA und ist daher durch Erhöhung der Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug zu berücksichtigen. **54**

- 55** Ebenfalls dem Einkommen hinzuzurechnen sind die im laufenden Wirtschaftsjahr vorgenommenen **Abschreibungen** nach § 7 EStG. Die Hinzurechnung betrifft bei beweglichen Wirtschaftsgütern die lineare und die degressive AfA, außerdem die Gebäude-AfA nach § 7 Abs. 4-5a EStG. Da für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage § 7 EStG in vollem Umfang einbezogen worden ist, ist die Bemessungsgrundlage auch um Absetzungen für Substanzverringerung nach § 7 Abs. 6 EStG zu erhöhen.
- 56** Nicht erhöht wird die Bemessungsgrundlage um **Sonderabschreibungen, erhöhte Absetzungen** und **Abzugsbeträge** (wie § 7g EStG). Dies betrifft die §§ 7b–7k EStG sowie die §§ 81–82i EStDV. Diese Absetzungen vermindern das Einkommen; mangels Hinzurechnung bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage bleibt es endgültig bei dieser Minderung des Einkommens und der Bemessungsgrundlage.
- 56a** Nicht ausdrücklich geregelt ist, ob die Bemessungsgrundlage statt um Sonderabschreibungen und erhöhte Absetzungen wenigstens um die entsprechende lineare AfA erhöht werden kann. Neben Sonderabschreibungen sind nach § 7a Abs. 4 EStG auch lineare AfA nach § 7 Abs. 1, 4 EStG vorzunehmen; diese lineare AfA sind bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage hinzuzurechnen. Erhöhte Absetzungen treten an die Stelle der regulären AfA, und zwar auch insoweit, als es sich um die Mindest-AfA nach § 7a Abs. 3 EStG in Höhe der linearen AfA nach § 7 Abs. 1, 4 EStG handelt.
- 56b** § 4h Abs. 1 EStG bestimmt lediglich, dass die AfA nach § 7 EStG der Bemessungsgrundlage hinzuzurechnen ist. AfA nach § 7 EStG ist zwar die lineare AfA, die neben den Sonderabschreibungen vorzunehmen ist, nicht aber die Sonderabschreibung selbst und auch nicht die erhöhte Absetzung, und zwar auch nicht in Höhe der Mindest-AfA nach § 7a Abs. 3, 4 EStG. Das bedeutet, dass diese Abschreibungen nicht der Bemessungsgrundlage hinzugerechnet werden können. Sonderabschreibungen und erhöhte Absetzungen verdrängen also die reguläre AfA nach § 7 EStG; in dieser Höhe steht kein Abschreibungsvolumen für die reguläre AfA mehr zur Verfügung. Dies bedeutet, dass das Volumen der Sonderabschreibungen und erhöhten Absetzungen auch nicht zu einer Erhöhung der Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug führt. Das Gesetz bestimmt nur, dass die „nach § 7 EStG abgesetzten Beträge“ hinzuzurechnen sind, also die Beträge, die tatsächlich nach § 7 EStG abgesetzt worden sind. Das schließt es aus, (nur) für die Bemessungsgrundlage des Zinsabzugs fiktive Abschreibungen nach § 7 EStG so zu verrechnen, wie sie entstanden wären, wenn anstelle der Sonderabschreibungen und erhöhten Absetzungen Abschreibungen nach § 7 EStG vorgenommen worden wären. Die Inanspruchnahme von Sonderabschreibungen und erhöhten Abschreibungen vermindert also endgültig die Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug. Das ist bei Ausübung der Abschreibungswahlrechte zu berücksichtigen.
- 57** Eine **Teilwertabschreibung** nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 S. 2, Nr. 2 S. 2 EStG mindert den Gewinn und das Einkommen und damit auch die Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug. Eine Vorschrift zur Hinzurechnung dieser Beträge enthält § 4h EStG nicht; ebenso wenig wie bei Sonderabschreibungen und erhöhten Absetzungen (Rz. 56ff.)

kann nach einer Teilwertabschreibung eine „fiktive Abschreibung“ nach § 7 EStG verrechnet werden. Der Betrag der Teilwertabschreibung geht also für Zwecke der Bemessungsgrundlage der Zinsschranke verloren.

Eine **Wertaufholung** nach einer Teilwertabschreibung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 S. 4, S. 2 Nr. 3 EStG erhöht den Gewinn und das Einkommen und damit auch die Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug. Da die Teilwertabschreibung die Bemessungsgrundlage gemindert hat, ist es konsequent, dass die Wertaufholung diese Bemessungsgrundlage erhöht. **57a**

Besonderheiten gelten für die **Teilwertabschreibung und Wertaufholung bei Anteilen** an Körperschaften (Kapitalgesellschaften). Die Teilwertabschreibung darf nach § 8b Abs. 3 S. 3 KStG das Einkommen nicht mindern, ist also dem Einkommen hinzuzurechnen. Das gilt auch für Zwecke der Bemessungsgrundlage für die Zinsschranke. Eine Teilwertabschreibung mindert die Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug also nicht. Eine Wertaufholung bei Anteilen nach vorangegangener Teilwertabschreibung führt nach § 8b Abs. 2 S. 3 KStG nicht zu steuerpflichtigem Einkommen. Der Betrag der Wertaufholung ist also bei der Einkommensermittlung abzuziehen. Dies gilt auch für die Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug. Eine Wertaufholung bei Anteilen an Körperschaften erhöht daher die Bemessungsgrundlage nicht. **57b**

Das Gesetz enthält keine Regelung über die Auswirkungen der Bildung und Auflösung von **steuerfreien Rücklagen** auf die Bemessungsgrundlage. Daraus folgt, dass die Bemessungsgrundlage sich in Übereinstimmung mit den jeweiligen Gewinnauswirkungen erhöht oder mindert. Die Bildung einer steuerfreien Rücklage vermindert den Gewinn und damit das Einkommen; damit wird auch die Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug geringer. Die Auflösung der Rücklage erhöht den Gewinn und das Einkommen; damit wird die Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug höher. Die Übertragung der Rücklage auf ein Ersatzwirtschaftsgut bei § 6b EStG bzw. der Rücklage für Ersatzbeschaffung hat dagegen keine Auswirkung auf die Bemessungsgrundlage der Zinsschranke. Zwar wird hierdurch das AfA-Volumen geringer und damit auch der Betrag der hinzuzurechnenden AfA. Der Gewinn ist aber um die nicht in Anspruch genommenen AfA-Beträge höher, sodass sich insgesamt keine Auswirkungen auf die Bemessungsgrundlage der Zinsschranke ergeben. **58**

In gewissem Rahmen können die Bildung und Auflösung von steuerfreien Rücklagen dazu verwendet werden, einen Teil der Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug in andere Wirtschaftsjahre zu verlagern. Dies erfolgt durch die Bildung der Rücklage in einem Jahr mit einer Bemessungsgrundlage, die nicht in voller Höhe für den Zinsabzug benötigt wird, und die Auflösung der Rücklage in einem Jahr, in dem die Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug nicht ausreicht (allgemein zu steuerfreien Rücklagen *Frotscher*, EStG, § 5 EStG Rz. 283ff.). **58a**

- 59** Zusammenfassend bestehen folgende **Gestaltungsmöglichkeiten** zur Erhöhung der Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug:
- Ansatz des gemeinen Werts oder eines Zwischenwerts bei Umwandlungen;
 - Verzicht auf Sonderabschreibungen, erhöhte Absetzungen und entsprechende Abzugsbeträge;
 - Wertaufholung bei Wirtschaftsgütern außer Anteilen an Körperschaften;
 - Auflösung von steuerfreien Rücklagen.

3.2.3 EBITDA-Vortrag als Bemessungsgrundlage

- 59a** Durch Gesetz v. 22.12.2009 (BStBl I 2010, 2) ist eine weitere Bemessungsgrundlage eingeführt worden, nämlich der EBITDA-Vortrag aus den vorangegangenen 5 Wirtschaftsjahren. Vortragfähig ist nach § 4h Abs. 1 S. 3 EStG das „verrechenbare EBITDA“; dieses beträgt nach § 4h Abs. 1 S. 2 EStG 30 % des EBITDA. Daher beträgt der Vortrag des „verrechenbaren EBITDA“ 30 % der Summe der EBITDA der einzelnen Wirtschaftsjahre. Der EBITDA-Vortrag kann also ohne weitere Umrechnung mit dem Saldo der Zinsaufwendungen des laufenden Wirtschaftsjahrs verrechnet werden, ohne darauf (erneut) den Prozentsatz von 30 % anzuwenden (zur Ermittlung des EBITDA-Vortrags Rz. 67n).
- 59b** Die Verrechnung des Saldos der Zinsaufwendungen mit dem EBITDA-Vortrag aus den vorangegangenen Wirtschaftsjahren ist nachrangig gegenüber der Verrechnung des Zinssaldos mit dem verrechenbaren EBITDA des laufenden Wirtschaftsjahrs. Es hat also zuerst eine Verrechnung mit der Bemessungsgrundlage des laufenden Wirtschaftsjahrs zu erfolgen; erst dann kann der EBITDA-Vortrag zur Verrechnung herangezogen werden. Innerhalb des EBITDA-Vortrags hat die Verrechnung nach der zeitlichen Reihenfolge zu erfolgen. Zuerst ist der Zinssaldo daher mit dem verrechenbaren EBITDA des ältesten der 5 Wirtschaftsjahre zu verrechnen, danach mit dem nächstjüngeren usw. Diese Reihenfolge ist für den Steuerpflichtigen günstig, da der EBITDA-Vortrag nach 5 Jahren verfällt (Rz. 67l) und daher die Verrechnung nach der zeitlichen Reihenfolge das verrechenbare EBITDA in größtmöglichem Umfang vor dem Verfall schützt.
- 59c** Die Regelung über das „verrechenbare EBITDA“ ist nach § 52 Abs. 12d S. 4 ff. EStG erstmals für Wirtschaftsjahre anzuwenden, die nach dem 31.12.2009 enden, also für den Vz 2010. Das bedeutet, dass grundsätzlich für dieses Wirtschaftsjahr erstmals ein vortragfähiges EBITDA zu ermitteln ist. Betroffen ist bei Steuerpflichtigen, bei denen das Wirtschaftsjahr das Kalenderjahr ist, das Wirtschaftsjahr 2010, bei Steuerpflichtigen mit abweichendem Wirtschaftsjahr das Wirtschaftsjahr 2009/2010. Da für dieses Wirtschaftsjahr ein vortragfähiges EBITDA erstmals zu ermitteln ist, steht es erst für die Zinsverrechnung im Wirtschaftsjahr 2011 bzw. 2010/2011 zur Verfügung; im Wirtschaftsjahr 2010 bzw. 2009/2010 kann regelmäßig noch kein EBITDA-Vortrag bestehen.
- 59d** Jedoch ermöglicht es § 52 Abs. 12d S. 5 EStG auf Antrag des Steuerpflichtigen, die Vorträge des verrechenbaren EBITDA nach den Grundsätzen des § 4h Abs. 1 EStG für die Wirtschaftsjahre, die nach dem 31.12.2006 beginnen und vor dem 1.1.2010

enden, zu ermitteln. Diese Ermittlung darf nur EBITDA-Beträge erfassen, die noch nicht durch die Verlustverrechnung in den Vorjahren verbraucht worden sind. Diese EBITDA-Vorträge erhöhen das verrechenbare EBITDA des ersten Wirtschaftsjahrs, das nach dem 31.12.2009 endet, also des Wirtschaftsjahrs 2010 bzw. 2009/2010. Damit stehen diese Vorträge bereits für die Verrechnung mit dem Zinssaldo für das Wirtschaftsjahr 2010 bzw. 2009/2010 zur Verfügung (zur Ermittlung Rz. 67n).

3.2.4 Sonderfälle

3.2.4.1 Bemessungsgrundlage bei einem Organkreis

Die Bestimmung des § 15 S. 1 Nr. 3 KStG, dass Organträger und Organgesellschaften „einen“ Betrieb bilden, hat auch Auswirkungen auf die Ermittlung der Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug. Da der Organträger maßgeblich ist (§ 15 KStG Rz. 45ff.), ist die Bemessungsgrundlage auf der Ebene des Organträgers zu ermitteln (zum insoweit geltenden „maßgeblichen Gewinn“ bzw. „maßgeblichen Einkommen“ Rz. 179). Für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug auf der Ebene des Organträgers gelten grundsätzlich die allgemeinen Bestimmungen (Rz. 51ff.). Ausgangswert ist das Einkommen des Organträgers, das aus dessen eigenem Einkommen und den ihm zugerechneten Einkommen der Organgesellschaften besteht (zur Einkommensermittlung bei Organschaft § 14 KStG Rz. 261, 291).

Das Einkommen ist um die Zinsaufwendungen zu erhöhen und um die Zinserträge zu vermindern. Dabei sind die Zinsaufwendungen und -erträge aller Organgesellschaften und des Organträgers bei dem Organträger zu berücksichtigen. Die Organschaft führt daher einerseits zu einer Verrechnung der innerorganschaftlichen Zinsaufwendungen und -erträge, andererseits zu einer Saldierung aller von den Organgesellschaften und dem Organträger an außerhalb des Organkreises stehende Gläubiger gezahlten Zinsaufwendungen und aller von außerhalb des Organkreises stehenden Schuldnern erhaltenen Zinserträge. Sind die Zinsaufwendungen höher als die Zinserträge, erhöht dieser Saldobetrag die Bemessungsgrundlage. Sind die Zinserträge höher als die Zinsaufwendungen, vermindert dieser Saldobetrag die Bemessungsgrundlage.

Bei dem Organträger ebenfalls zu erfassen sind Abschreibungen aller Organgesellschaften und des Organträgers (Rz. 55ff.); insoweit bestehen keine Besonderheiten. Das gilt ebenfalls für die Bildung und Auflösung von steuerfreien Rücklagen (Rz. 58), für Teilwertabschreibungen und Wertaufholungen (Rz. 57).

3.2.4.2 Bemessungsgrundlage bei Überschusseinkünften (§ 8a Abs. 1 S. 4 KStG)

Auch für Körperschaften mit Überschusseinkünften gilt, dass sie nur einen einzigen Betrieb haben können (Rz. 37ff.). Das hat insbes. Bedeutung für **steuerbefreite Körperschaften** mit mehreren steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben. Diese Betriebe sind zu einem einheitlichen Betrieb i. S. d. Zinsschranke zusammenzufassen. Für diesen einheitlichen Betrieb ist die Bemessungsgrundlage zu ermitteln. Der steuerfreie Bereich ist hierbei nicht einzubeziehen, da er steuerlich irrelevant ist. Erzielt die Körperschaft Überschusseinkünfte, gelten für die Ermittlung der Zinsschranke keine abweichenden Regeln. Das Einkommen ist daher auf der Grundlage

einer Einnahme-Überschussrechnung zu ermitteln; dabei sind steuerfreie Einkünfte (z. B. nach § 8b KStG) abzuziehen, steuerpflichtige Bestandteile, wie Personensteuern, aber hinzuzurechnen. AfA erhöhen – wie ausgeführt (Rz. 55ff.) – die Bemessungsgrundlage. Die Bemessungsgrundlage erhöht sich um Zinsaufwendungen des laufenden Wirtschaftsjahrs und vermindert sich um entsprechende Zinserträge.

- 63** Da auch bei Körperschaften mit Überschusseinkünften auf das „Einkommen“ als Bemessungsgrundlage abzustellen ist, greift der „**automatische Verlustausgleich**“ innerhalb einer Einkunftsart und zwischen verschiedenen Einkunftsarten ein. Eine Körperschaft kann zwar verschiedene Einkunftsarten, aber nur ein Einkommen haben. Für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug sind also die Einkünfte aus allen Einkunftsarten zusammenzurechnen. Dementsprechend sind auch die Zinsaufwendungen, die den verschiedenen Einkunftsarten zugeordnet sind, für die Ermittlung des abzugsfähigen Betrags zu einem Zinsbetrag zusammenzufassen.

3.2.4.3 Bemessungsgrundlage bei einem Betrieb gewerblicher Art

- 64** Auch für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage bei einem Betrieb gewerblicher Art gelten grundsätzlich keine Besonderheiten. Auch hier ist Ausgangswert das Einkommen, erhöht um Personensteuern, AfA und Zinsaufwendungen, vermindert um Zinserträge. Zu berücksichtigen ist lediglich, dass es zwischen Träger und Betrieb gewerblicher Art keine Darlehensverhältnisse geben kann. Zinszahlungen des Trägers an den Betrieb sind daher Einlagen und erhöhen das Einkommen und damit die Bemessungsgrundlage nicht. Zinszahlungen des Betriebs an den Träger sind Einkommensverwendung (Gewinnabführung) und vermindern daher Einkommen und Bemessungsgrundlage nicht.

3.2.4.4 Bemessungsgrundlage bei nachgeschalteten Personengesellschaften

- 65** Bemessungsgrundlage bei einer (nachgeschalteten) Personengesellschaft (zum Begriff Rz. 32) ist jeder Gewinnbestandteil, der den steuerpflichtigen Gewinn der Personengesellschaft beeinflusst, also auf der Ebene der Personengesellschaft ermittelt und als Gewinn aus der Personengesellschaft festgestellt wird. Darunter fallen die Ergebnisse aus der **Gesamthandsbilanz**, den **Ergänzungsbilanzen** und den **Sonderbilanzen I und II** der Gesellschafter. Das hat zur Folge, dass Aufwand aus den Ergänzungs- und Sonderbilanzen den „maßgeblichen Gewinn“ mindert, Erträge hieraus ihn erhöhen (zu Sondervergütungen Rz. 196).
- 65a** Soweit der steuerliche Gewinn um (noch) nicht abzugsfähigen Zinsaufwand zu erhöhen ist, hat eine verursachungsgerechte Aufteilung dieses Mehrgewinns auf die einzelnen Gesellschafter zu erfolgen (etwa danach, bei wem die Zinsaufwendungen als Sonderbetriebsausgaben II angefallen sind, oder aus wessen Sonder- oder Ergänzungsbilanz die Gewinnminderungen stammen, die zur Nichtabzugsfähigkeit der Zinsen geführt haben). Im Einzelfall kann dies schwierige Zuordnungsfragen hervorrufen.
- 66** Für die nachgeschaltete Personengesellschaft gilt nach § 4h Abs. 2 S. 2 EStG die Regelung des § 8a Abs. 2 und 3 KStG entsprechend. Damit ist ausgesagt, dass § 8a

Abs. 1 KStG nicht gilt, d. h., dass § 4h Abs. 1 EStG anwendbar bleibt. Das bedeutet, dass es für die Personengesellschaft nicht auf ein „maßgebliches Einkommen“ ankommt (das es für Personengesellschaften nicht gibt), sondern auf den „maßgeblichen Gewinn“ i. S. d. § 4h Abs. 3 S. 1 EStG. Dieser **maßgebliche Gewinn** ist nicht der Steuerbilanzgewinn, sondern der steuerpflichtige Gewinn, also vermindert um steuerfreie Vermögensmehrungen und erhöht um steuerlich nicht anzusetzende Verluste und nichtbilanzielle Gewinnbestandteile (wie den Berichtigungsbetrag nach § 1 AStG und den Hinzurechnungsbetrag nach den §§ 7ff. AStG). Insoweit sowie hinsichtlich der Auswirkungen von AfA, Zinsen, Teilwertabschreibungen und Zuschreibungen sowie steuerfreien Rücklagen gilt Entsprechendes wie für Körperschaften (Rz. 51ff.; zu Zinsen als Sonderbetriebseinnahmen und -ausgaben Rz. 196).

Verlustvor- und -rückträge sind auf der Ebene der Personengesellschaft nicht zu berücksichtigen; sie wirken sich unmittelbar auf der Ebene der Gesellschafter aus.

66a

Eine **Unabgestimmtheit** ergibt sich im Verhältnis **zwischen der Personengesellschaft und der Körperschaft**, der sie nachgeschaltet ist. Der Gewinn der Personengesellschaft ist der Ausgangspunkt für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage des Zinsabzugs auf der Ebene der Personengesellschaft. Gleichzeitig geht der Gewinn der Personengesellschaft nach der Theorie der Kapitalkontenspiegel aber auch in den steuerlichen Gewinn und damit in das Einkommen der Kapitalgesellschaft, die Gesellschafter der Personengesellschaft ist, ein und erhöht damit deren Bemessungsgrundlage; Entsprechendes gilt im Fall eines Verlusts der Personengesellschaft. Insoweit wird der **Gewinn bzw. Verlust der Personengesellschaft doppelt** bei der Bemessungsgrundlage für die Zinsschranke **berücksichtigt**.

67

Diese Folge ist nach dem Gesetzeswortlaut unvermeidlich. Einen Anhaltspunkt, dieses Ergebnis durch Auslegung zu beseitigen, bietet der Gesetzestext nicht (zu Gestaltungsmöglichkeiten, indem Personengesellschaften hintereinander geschaltet werden und dadurch bei jeder in der Beteiligungskette höher stehenden Personengesellschaft der steuerpflichtige Gewinn um die steuerlichen Gewinne aller nachgeschalteten Personengesellschaften erhöht wird (Kumulationswirkung), *Hahne*, DStR 2007, 1947). Allerdings vertritt die Finanzverwaltung (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 42) die Auffassung, dass die Ergebnisse der Mitunternehmerschaft bei dem Gesellschafter nicht berücksichtigt werden dürfen. M. E. fehlt für diese Verwaltungsanweisung eine Rechtsgrundlage. Handelt es sich allerdings um eine vermögensverwaltende Personengesellschaft, sollen die Zinsaufwendungen und -erträge sowie AfA der Personengesellschaft unmittelbar bei den Gesellschaftern erfasst werden, da eine vermögensverwaltende Personengesellschaft keinen „Betrieb“ bildet (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 43).

67a

Sinnvoll wäre es, das Ergebnis der Personengesellschaft, die einen „Betrieb“ bildet, nur für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug auf der Ebene der Personengesellschaft zu verwenden. Dies setzt voraus, dass für die Ebene des Gesellschafter eine Vorschrift existiert, wonach das Einkommen der Körperschaft für Zwecke der Zinsschranke um den (anteiligen) Gewinn der Personengesellschaft zu

67b

kürzen ist. Eine solche Kürzungsvorschrift ist nur für den Eigenkapitalvergleich (Rz. 145) vorhanden, nicht aber für die Prüfung des Zinsabzugs außerhalb des Eigenkapitalvergleichs (d. h. nicht für die Frage des „maßgeblichen Gewinns“).

3.3 Vortrag des verrechenbaren EBITDA

- 67c** Wird das in einem Wirtschaftsjahr vorhandene verrechenbare EBITDA nicht ausgenutzt, wird es nach § 4h Abs. 1 S. 3 EStG in die folgenden 5 Wirtschaftsjahre vorgetragen. „Verrechenbares EBITDA“ sind nach § 4h Abs. 1 S. 2 EStG 30 % des EBITDA des laufenden Wirtschaftsjahrs zuzüglich des verrechenbaren EBITDA der vorangegangenen 4 Wirtschaftsjahre. Das vorzutragende verrechenbare EBITDA ermittelt sich daher aus zwei Komponenten, nämlich aus 30 % des EBITDA des laufenden Wirtschaftsjahrs und aus dem nicht ausgenutzten verrechenbaren EBITDA der vorangegangenen 4 Wirtschaftsjahre.
- 67d** Vorgetragen werden kann nur das nicht ausgenutzte verrechenbare EBITDA. Nicht ausgenutzt ist das verrechenbare EBITDA eines Wirtschaftsjahrs insoweit, als es den Zinssaldo eines Wirtschaftsjahrs (Zinsaufwendungen abzüglich Zinserträge) übersteigt. Der Zinssaldo eines Wirtschaftsjahrs wird also in einem ersten Schritt mit dem verrechenbaren EBITDA des gleichen Wirtschaftsjahrs verrechnet.
- 67e** Vorgetragen wird weiter das nicht ausgenutzte verrechenbare EBITDA der Vorjahre. Nicht ausgenutzt ist dieses verrechenbare EBITDA, soweit es weder in den Vorjahren noch im laufenden Wirtschaftsjahr mit dem Zinssaldo verrechnet werden konnte.
- 67f** Der Zinsvortrag errechnet sich daher aus der Summe des noch nicht ausgenutzten verrechenbaren EBITDA des laufenden Wirtschaftsjahrs und aus dem nicht ausgenutzten verrechenbaren EBITDA der Vorjahre, soweit die Vortragsfrist von 5 Jahren noch nicht abgelaufen ist. Dieser Vortrag wird gesondert festgestellt (Rz. 214ff.).
- 67g** Für den EBITDA-Vortrag hat jedoch noch eine Korrektur hinsichtlich des EBITDA des laufenden Wirtschaftsjahrs zu erfolgen. Nach § 4h Abs. 1 S. 3 Hs. 2 EStG darf ein nicht genutztes verrechenbares EBITDA eines laufenden Wirtschaftsjahrs nicht vorgetragen werden, wenn ein uneingeschränkter Zinsabzug möglich war, weil die Ausnahmetatbestände des Abs. 2 eingegriffen haben. In diesem Fall wird der Zinsabzug ermöglicht, ohne dass ein verrechenbares EBITDA genutzt wird. Im Gegenzug soll dieses EBITDA dann verfallen, also nicht vorgetragen werden können.
- 67h** § 4h Abs. 1 S. 3 Hs. 2 EStG erfasst diejenigen Fälle, in denen ein uneingeschränkter Zinsabzug möglich ist, weil der Zinssaldo weniger als 3 Mio. EUR beträgt (§ 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. a EStG), weil der Betrieb nicht oder nur anteilmäßig zu einem Konzern gehört (§ 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. b EStG), oder weil der Escape-Nachweis erfüllt werden konnte (§ 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c EStG). Kein EBITDA-Vortrag entsteht daher, wenn in einem Wirtschaftsjahr überhaupt kein Zinsaufwand entstanden ist. Ist der Betrieb eine Körperschaft, ist diese Regelung auf die zusätzlichen Einschränkungen nach § 8a Abs. 2, 3 KStG zu beziehen. Das bedeutet, dass im Fall der fehlenden Konzernzugehörigkeit trotz Erfüllung des Tatbestands des § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. b EStG das nicht genutzte verrechenbare EBITDA des laufenden Wirtschaftsjahrs vorgetragen werden kann, wenn die Zinsschranke wegen einer schädli-

chen Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach § 8a Abs. 2 KStG eingreift. Gleiches gilt, wenn zwar der Escape-Nachweis nach § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c EStG gelungen ist, trotzdem die Zinsschranke nach § 8a Abs. 3 KStG eingreift, weil eine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung vorliegt.

Der Ausschluss nach § 4h Abs. 1 S. 3 Hs. 2 EStG betrifft nur das verrechenbare EBIDTA desjenigen Wirtschaftsjahrs, in dem die Zinsen uneingeschränkt verrechnet werden können. Ein vorher entstandener EBIDTA-Vortrag bleibt bestehen und kann innerhalb der 5-Jahres-Frist weiter vorgetragen werden (*Bien/Wagner*, BB 2009, 2627, 2632).

67i

Da § 4h Abs. 1 S. 3 EStG nach § 52 Abs. 12d S. 4 EStG erstmals für Wirtschaftsjahre gilt, die nach dem 31.12.2009 enden, also für das kalendergleiche Wirtschaftsjahr 2010 bzw. das abweichende Wirtschaftsjahr 2009/2010, kann sich für diese Wirtschaftsjahre grundsätzlich noch kein vorgetragenes verrechenbares EBITDA aus Vorjahren ergeben haben; vielmehr ist ein vorzutragendes verrechenbares EBITDA erstmals aus dem verrechenbaren EBITDA des laufenden Wirtschaftsjahrs 2010 bzw. des abweichenden Wirtschaftsjahrs 2009/2010 zu ermitteln. Allerdings enthält § 52 Abs. 12d S. 5 EStG eine antragsabhängige Sonderregelung. Der Steuerpflichtige kann beantragen, für Wirtschaftsjahre, die nach dem 31.12.2006 beginnen und vor dem 1.1.2010 enden, ein vortragbares verrechenbares EBITDA zu ermitteln und dieses in das Wirtschaftsjahr 2010 bzw. das abweichende Wirtschaftsjahr 2009/2010 vorzutragen. Bei den Wirtschaftsjahren, für die danach ein vortragbares verrechenbares EBITDA ermittelt werden kann, handelt es sich um das Wirtschaftsjahr 2007 bzw. das abweichende Wirtschaftsjahr 2006/2007 bis zu dem Wirtschaftsjahr 2009 bzw. dem abweichenden Wirtschaftsjahr 2008/2009. Die Ermittlung dieses vortragbaren verrechenbaren EBITDA erfolgt nach den Grundsätzen des § 4h Abs. 1–3 EStG. Es ist also zu ermitteln, welches verrechenbare EBITDA in dem jeweiligen Wirtschaftsjahr für die Verrechnung mit dem Zinssaldo verbraucht wurde; nur das übersteigende verrechenbare EBITDA geht in den EBITDA-Vortrag ein. Soweit ein uneingeschränkter Zinsabzug infolge der Tatbestände des § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. a – c EStG möglich war, entsteht kein EBITDA-Vortrag.

67j

Trotz der Formulierung des Gesetzes, dass der EBITDA-Vortrag nach den Grundsätzen des § 4h Abs. 1 S. 1–3 EStG zu ermitteln ist, ist eine Abweichung von dieser Regelung erforderlich. In den Wirtschaftsjahren, die vor dem 1.1.2010 geendet haben, war kein EBITDA-Vortrag möglich. Daher darf ein solcher Vortrag bei der Ermittlung der vortragsfähigen Beträge der genannten Wirtschaftsjahre auch nicht berücksichtigt werden. Das bedeutet, dass der EBITDA-Vortrag nicht gemindert werden darf, wenn nach der jetzt geltenden Regelung eine Verrechnung mit Zinsaufwendungen möglich gewesen wäre. Da eine Verrechnung des Zinssaldos mit dem EBITDA-Vortrag in dem genannten Zeitraum nicht möglich war und tatsächlich auch nicht erfolgt ist, dürfen auch die Folgerungen einer solchen Verrechnung, nämlich die Verminderung des EBITDA-Vortrags, nicht gezogen werden. Der EBITDA-Vortrag für die genannten Jahre ist für jedes Wirtschaftsjahr zu ermitteln, da für jedes Wirtschaftsjahr die Vortragsfrist von 5 Jahren gilt (zum Verfall des EBIDTA-Vortrags Rz. 67l, 67m).

67k

67l Das vorgetragene verrechenbare EBITDA eines jeden Wirtschaftsjahrs verfällt nach 5 Wirtschaftsjahren. Es sind also Wirtschaftsjahre anzusetzen, nicht Zeitjahre; daher zählen auch Rumpfwirtschaftsjahre als volle Wirtschaftsjahre. Die Beschränkung des Vortrags auf 5 Wirtschaftsjahre unterliegt keinen verfassungsrechtlichen Bedenken (a. A. *Nacke*, DB 2009, 2507). Es bestand aufgrund des Jahressteuerprinzips keine verfassungsrechtliche Notwendigkeit, überhaupt einen EBITDA-Vortrag zuzulassen. Dann kann eine auf 5 Jahre beschränkte Zulassung auch nicht verfassungswidrig sein. Zu berücksichtigen ist dabei, dass es nicht um den Verfall von unmittelbaren Besteuerungsgrundlagen geht (z. B. Verluste, Zinsvortrag); vielmehr bleiben die Zinsen abzugsfähig, lediglich ihr Abzug verzögert sich. Der (erstmalige) EBITDA-Vortrag des Wirtschaftsjahrs 2010 (2009/2010) kann daher letztmalig im Wirtschaftsjahr 2015 (2014/2015) mit einem Zinssaldo verrechnet werden; ist dies bis zu diesem Wirtschaftsjahr nicht möglich, verfällt er. Um den EBITDA-Vortrag in größtmöglichem Umfang zu erhalten, erfolgt die Verrechnung mit dem Zinssaldo nach dem Entstehungszeitpunkt des EBITDA-Vortrags, d. h. der früher entstandene EBITDA-Vortrag ist zuerst zu verrechnen. Wird von dem Antragsrecht des § 52 Abs. 12d S. 5 EStG Gebrauch gemacht und ein EBITDA-Vortrag bereits ab dem Wirtschaftsjahr 2007 (2006/2007) ermittelt, kann der EBITDA-Vortrag des Wirtschaftsjahrs 2007 (2006/2007) letztmalig im Wirtschaftsjahr 2012 (2011/2012) genutzt werden; danach verfällt er.

67m Dagegen verweist § 8a KStG für den EBITDA-Vortrag nicht auf § 8c KStG. Die Verweisung in § 8a Abs. 1 S. 3 KStG erfasst nur den Zinsvortrag, nicht den EBITDA-Vortrag (*Bien/Wagner*, BB 2009, 2627, 2633; *Herzig/Bohn*, DStR 2009, 2341, 2345). Es dürfte insoweit ein Fehler im Gesetzgebungsverfahren vorliegen. Im Regierungsentwurf (BT-Drs. 17/15, 5ff.) ist ein Untergang der EBITDA-Vorträge zwar bei der Aufgabe oder Übertragung eines Betriebs (§ 4h Abs. 5 S. 1 EStG), beim Ausscheiden eines Mitunternehmers (§ 4h Abs. 5 S. 2 EStG), bei der Umwandlung (§ 4 Abs. 2 S. 2 UmwStG), der Verschmelzung (§ 12 Abs. 3 i. V. m. § 4 Abs. 2 S. 2 UmwStG), der Spaltung (§ 15 Abs. 3 UmwStG) und der Einbringung (§ 20 Abs. 9 UmwStG) vorgesehen, nicht jedoch in den Fällen des § 8c KStG. In § 4h Abs. 5 S. 3 EStG, der die entsprechende Anwendung des § 8c KStG anordnet, ist nur der Zinsvortrag, nicht der EBITDA-Vortrag erfasst worden. Auch die Verweisung in § 8a Abs. 1 S. 3 KStG auf § 8c KStG ist über den Zinsvortrag hinaus nicht auf den EBITDA-Vortrag erweitert worden. Damit ist ein Verfall des EBITDA-Vortrags in den Fällen des § 8c KStG nicht Gesetz geworden.

67n Der EBITDA-Vortrag für Wirtschaftsjahre, die nach dem 31.12.2009 enden, ist also nach folgendem Schema zu ermitteln:

EBITDA-Vortrag aus den Wirtschaftsjahren 2007 (2006/2007) bis 2009 (2008/2009) – auf Antrag

- + nicht verbrauchtes verrechenbares EBITDA des laufenden Wirtschaftsjahrs
- Verbrauch des EBITDA-Vortrags im laufenden Wirtschaftsjahr
- EBITDA-Vortrag wegen Ablaufs der 5-Jahres-Frist
- = EBITDA-Vortrag für das folgende Wirtschaftsjahr

3.4 Vortrag nicht abzugsfähiger Zinsen

3.4.1 Zinsvortrag

Soweit Zinsen die Grenze von 30 % der Bemessungsgrundlage übersteigen, können sie in dem Wirtschaftsjahr, in dem sie angefallen sind, steuerlich nicht abgesetzt werden. Stattdessen ermöglicht § 4h Abs. 1 S. 5 EStG den **zeitlich unbegrenzten Vortrag** dieser Zinsen für den Abzug in einem der Folgejahre. Einen Rücktrag des Zinsaufwands sieht das Gesetz nicht vor. § 8a Abs. 1 KStG bestimmt zwar nicht ausdrücklich, dass diese Regelung auch für Körperschaften gilt, jedoch handelt es sich um eine Einkommensermittlungsvorschrift, die nach § 8 Abs. 1 KStG auch ohne ausdrückliche Verweisung für Körperschaften gilt.

68

Die vorgetragenen Zinsen sind im nächsten Wirtschaftsjahr mit dem dann angefallenen Saldo von Zinsaufwand und -ertrag zusammenzurechnen und im Rahmen des Höchstbetrags von 30 % der für dieses Wirtschaftsjahr geltenden Bemessungsgrundlage abzuziehen. Zusammengerechnet werden die vorgetragenen Zinsen aber nur mit dem Zinsaufwand des folgenden Wirtschaftsjahrs. Dagegen erhöhen die vorgetragenen Zinsen nicht die Bemessungsgrundlage des Vortragsjahrs. Sie gehören daher nicht zu dem Zinsaufwand i. S. d. § 4h Abs. 1 S. 1 EStG, der dem maßgeblichen Gewinn hinzuzurechnen ist.

68a

Der **Abzug** der vorgetragenen Zinsen hat **im jeweils nächsten Wirtschaftsjahr** zu erfolgen, d. h., es gibt kein Wahlrecht des Steuerpflichtigen, den Zinsvortrag in ein späteres Jahr zu verschieben. Wenn der Zinsvortrag in einem Wirtschaftsjahr innerhalb des Höchstbetrags abgezogen werden kann, hat der Abzug in diesem Wirtschaftsjahr zu erfolgen.

68b

Ist der Abzug der vortragfähigen Zinsen in der Zukunft wahrscheinlich, können latente Steuern aktiviert werden. In diesem Fall wirkt sich die Zinsschranke in der Konzernsteuerquote nicht aus (Rödler/Stangl, DB 2007, 479, 482).

68c

Nicht ausdrücklich geregelt ist, ob der Zinsvortrag vorab mit den Zinserträgen des Vortragsjahrs zu verrechnen ist. M. E. ist das nicht der Fall. § 4h Abs. 1 S. 1 EStG bezieht sich bei der Verrechnung von Zinsaufwendungen mit Zinserträgen auf die Aufwendungen und Erträge des jeweils laufenden Wirtschaftsjahrs. Der Zinsvortrag wird erst in S. 2 geregelt, also systematisch nach der Verrechnung von Zinsaufwand und -ertrag. Daraus folgt m. E., dass die Verrechnung von **Zinsaufwand und -ertrag auf das jeweils laufende Jahr begrenzt** ist.

69

Beispiel:

Die Körperschaft hat im Jahr 01 einen Zinsvortrag von 100. Im Jahr 02 beträgt die Bemessungsgrundlage ohne Berücksichtigung der in diesem Jahr angefallenen Zinserträge 300; Zinsaufwendungen sind in diesem Jahr nicht entstanden. Im Einkommen sind Zinserträge von 100 enthalten.

Der Zinsvortrag von 100 kann nicht vorab mit den Zinserträgen des Jahrs 02 von 100 verrechnet werden. Zusätzlich mindert der Zinsertrag die Bemessungsgrundlage, sodass nur eine Bemessungsgrundlage für die Verrechnung mit dem Zinsvortrag von 200 zur Verfügung steht. Daraus ergibt sich ein höchstmöglicher Zins-

abzug von 30 % = 60. Die verbleibenden 40 an nichtabzugsfähigen Zinsen sind weiter vorzutragen.

- 70** Der verbleibende Zinsvortrag ist gesondert festzustellen und in den Folgejahren fortzuschreiben (Rz. 214).

3.4.2 Verfall des Zinsvortrags (§ 8a Abs. 1 S. 3 KStG)

- 71** Nach § 8a Abs. 1 S. 3 KStG gilt § 8c KStG für den Zinsvortrag entsprechend. Das bedeutet, dass der Zinsvortrag untergeht, wenn ein **schädlicher Beteiligungserwerb** vorliegt. Ein schädlicher Beteiligungserwerb liegt vor, wenn innerhalb von fünf Jahren unmittelbar oder mittelbar mehr als 25 % oder mehr als 50 % des gezeichneten Kapitals, der Mitgliedschaftsrechte, Beteiligungsrechte oder Stimmrechte an einen Erwerber oder eine ihm nahe stehende Person übertragen werden oder wenn ein vergleichbarer Sachverhalt vorliegt. Beträgt der schädliche Beteiligungserwerb mehr als 25 %, erlischt der Zinsvortrag anteilig im Verhältnis des schädlichen Beteiligungserwerbs. Beträgt der schädliche Beteiligungserwerb mehr als 50 %, erlischt der Verlustvortrag vollständig.
- 71a** Da § 8a KStG die Vorschrift des § 8c KStG uneingeschränkt in Bezug nimmt und nur eine Anpassung hinsichtlich der Verrechnung mit den stillen Reserven vornimmt, verfällt der Zinsvortrag nicht, wenn ein Ausschlussstatbestand oder einer der Tatbestände des § 8c Abs. 1a oder Abs. 2 KStG vorliegt (Rz. 75b; zum Verfall des EBIT-DA-Vortrags Rz. 67m).
- 72** Die Vorschrift enthält für Körperschaften mit § 8a Abs. 1 S. 3 KStG eine eigenständige und abschließende Regelung zum **Verfall des Zinsvortrags**. Daneben ist § 4h Abs. 5 EStG für Kapitalgesellschaften und andere Körperschaften, die nur Einkünfte aus Gewerbebetrieb haben können, schon der Natur der Regelung nach nicht anwendbar, da es bei Körperschaften nur eine Liquidation, nicht aber eine „Betriebsaufgabe oder Betriebsübertragung“ gibt. Insoweit ist die Beschränkung der Verweisung in § 8a Abs. 1 S. 1 KStG auf § 4h Abs. 1 S. 1 EStG sachgerecht; die Verweisung erfasst damit nicht § 4h Abs. 5 EStG. Körperschaften, die nur Einkünfte aus Gewerbebetrieb haben können, haben immer einen Betrieb, weil sie während ihres Bestehens zwingend Einkünfte aus Gewerbebetrieb haben (Rz. 24ff.; *Schaden/Käshammer*, BB 2007, 2317, 2319). Das ändert sich auch nicht dadurch, dass sie ihren (d.h. „einen“) Betrieb aufgeben oder übertragen; die verbleibenden Aktivitäten begründen, auch wenn sie vermögensverwaltender Art sind, einen „Betrieb“. Der Zinsvortrag geht daher erst mit **Liquidation der Körperschaft** (einschließlich Umwandlung, Verschmelzung, Spaltung) unter.
- 72a** Nicht auf Körperschaften anwendbar ist daher die Verwaltungsanweisung (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 47 S. 2, 3), wonach der Zinsanteil bei der Aufgabe eines Teilbetriebs anteilig untergeht und das Ausscheiden einer Organgesellschaft aus dem Organkreis als Aufgabe eines Teilbetriebs gilt. Die Nichtanwendbarkeit auf Körperschaften ergibt sich schon daraus, dass § 4h Abs. 5 EStG und damit die Regelungen zur Betriebsaufgabe und -übertragung für Körperschaften nicht gelten. Auch im Übrigen hat die Auffassung des

BMF im Rahmen des § 4h EStG keine Rechtsgrundlage. Die Vorschrift enthält nur für die „Betriebsaufgabe“ eine Regelung, nicht für die „Teilbetriebsaufgabe“; insoweit ist der Gesetzeswortlaut eindeutig. Völlig verfehlt ist die Einordnung des Ausscheidens einer Organgesellschaft aus einem Organkreis (z. B. durch Auflösung des Ergebnisabführungsvertrags) als „Aufgabe eines Teilbetriebs“. Das Ausscheiden einer Organgesellschaft aus einem Organkreis hat keine Ähnlichkeit mit der Aufgabe eines Teilbetriebs (auch wenn dieser überhaupt unter § 4h Abs. 5 EStG fallen würde; *Köhler/Hahne*, DStR 2008, 1505, 1513).

Allerdings enthält die Regelung eine **Lücke**, soweit **Körperschaften** betroffen sind, die auch **andere Einkünfte als solche aus Gewerbebetrieb** haben können. Unterhält z. B. ein Verein einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, kann dieser Betrieb aufgegeben oder veräußert werden; da der Verein dann nur noch eine Vermögensverwaltung betreibt, unterhält er keinen Betrieb mehr, die Zinsschranke ist nicht mehr anwendbar. Nach dem Zweck der Regelung wäre es in diesen Fällen erforderlich, dass der Zinsvortrag des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs entsprechend § 4h Abs. 5 EStG verfällt. Dazu fehlt aber eine entsprechende Verweisung; auch insofern enthält § 8a Abs. 1 S. 3 KStG eine abschließende Sonderregelung. Solange kein Tatbestand des § 8c KStG verwirklicht wird, bleibt der Zinsvortrag also erhalten; die Zinsen werden in voller Höhe sofort abzugsfähig, da der Verein im geschilderten Fall mangels eines Betriebs nicht mehr der Zinsschranke unterliegt.

72b

Handelt es sich um eine **nachgeordnete Personengesellschaft** (Rz. 32), gilt § 8c KStG nicht entsprechend, da nach § 4h Abs. 2 S. 2 EStG nur § 8a Abs. 2 und 3 KStG entsprechend auf die nachgeordnete Personengesellschaft anzuwenden ist, nicht Abs. 1. Für den Verfall des Zinsvortrags gilt dann § 4h Abs. 5 EStG. Danach verfällt der Zinsvortrag vollständig, wenn der Betrieb der nachgeordneten Personengesellschaft aufgegeben oder auf einen anderen Steuerpflichtigen übertragen wird. Der Zinsvortrag verfällt anteilig in Höhe der Beteiligungsquote, wenn ein Mitunternehmer aus der nachgeordneten Personengesellschaft ausscheidet. Nach dem Wortlaut des Gesetzes gilt dies auch, wenn der Mitunternehmer seinen Mitunternehmeranteil vollständig auf eine Person überträgt, die auch bisher schon Mitunternehmer war. Das gilt auch bei dem Ausscheiden eines Mitunternehmers aus einer zweigliedrigen Personengesellschaft, also bei der Anwachsung an den verbleibenden Mitunternehmer.

73

Nach ihrem Zweck, die Übertragung des Vorteils aus dem Zinsvortrag zu verhindern, wird man die Vorschrift so auszulegen haben, dass der Zinsvortrag auch insoweit untergeht, als der Mitunternehmer einen Teil seines Mitunternehmeranteils auf einen Gesellschaftsfremden oder einen Mitunternehmer überträgt, selbst also nicht (vollständig) ausscheidet. Wenn eine vollständige Übertragung des Mitunternehmeranteils (Ausscheiden des Mitunternehmers) diese Folgen hat, ist kein sachlicher Grund ersichtlich, die Übertragung eines Teils des Mitunternehmeranteils anders zu behandeln.

73a

Der Zinsvortrag eines übertragenden Rechtsträgers geht bei einer **Umwandlung** nicht auf den übernehmenden Rechtsträger über. Das hat die folgenden Auswirkungen:

74

- Bei der **Umwandlung** einer Körperschaft auf eine Personengesellschaft oder eine natürliche Person nach den §§ 3ff. UmwStG geht der Zinsvortrag nicht auf den

übernehmenden Rechtsträger über, sondern verfällt mit dem Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers (§ 4 Abs. 2 S. 2 UmwStG).

- Entsprechendes gilt bei einer **Verschmelzung** nach den §§ 11ff. UmwStG. § 12 Abs. 3 Hs. 2 UmwStG verweist auf § 4 Abs. 2 UmwStG, und damit auch auf dessen S. 2. Auch bei der Verschmelzung geht daher der Zinsvortrag der übertragenden Körperschaft unter.
- Gleiches gilt für die **Aufspaltung** nach § 15 UmwStG. Bei der **Abspaltung** mindert sich der Zinsvortrag der übertragenden Körperschaft nach § 15 Abs. 3 UmwStG in dem Verhältnis der gemeinen Werte des übergehenden Vermögens zu dem bei der übertragenden Körperschaft verbleibenden Vermögen. Auch hier geht der anteilige Zinsvortrag nicht auf die übernehmende Körperschaft über, sondern geht unter.

75 Bei einer **Einbringung** nach § 20 UmwStG geht ein verbleibender Zinsvortrag des Einbringenden nicht auf die übernehmende Körperschaft über (§ 20 Abs. 9 UmwStG). Damit bleibt der Zinsvortrag bei dem Einbringenden grundsätzlich erhalten und nutzbar. Allerdings ist nach der Person des Einbringenden zu unterscheiden:

- Ist der Einbringende eine Körperschaft, gilt dies uneingeschränkt. Der Zinsvortrag könnte nur entsprechend § 8c KStG bei ihm untergehen; ein diesbezüglicher Tatbestand liegt aber nicht vor.
- Ist der Einbringende eine Personengesellschaft oder eine natürliche Person und wird der ganze Betrieb eingebracht, handelt es sich um die Übertragung eines Betriebs i. S. d. § 4h Abs. 5 EStG; der Zinsvortrag geht unter. Handelt es sich nur um die Einbringung eines Teilbetriebs, ist der Tatbestand des § 4h Abs. 5 EStG nicht erfüllt, der Zinsvortrag bleibt bei dem Einbringenden erhalten.

75a Werden **Anteile nach § 21 UmwStG eingebracht**, kann der Zinsvortrag bei der Kapitalgesellschaft, deren Anteile eingebracht werden, untergehen, wenn ein Tatbestand des § 8c KStG vorliegt. Die Einbringung von mehr als 25 % der Anteile oder mehr als 50 % der Anteile ist zumindest ein „vergleichbarer Sachverhalt“ und damit ein schädlicher Beteiligungserwerb, der zum anteiligen oder völligen Verfall des Zinsvortrags führt.

Für die Einbringung in eine Personengesellschaft nach § 24 UmwStG bestimmt § 24 Abs. 6 UmwStG, dass hinsichtlich des Zinsvortrags des Einbringenden die Regelung für Einbringungen nach § 20 UmwStG (d. h. § 20 Abs. 9 UmwStG) entsprechend gilt. Der Zinsvortrag geht daher nicht auf die übernehmende Personengesellschaft über.

75b Der Zinsvortrag geht nicht unter, wenn ein Ausschlussstatbestand des Abs. 1 oder einer der Tatbestände des § 8c Abs. 1a oder Abs. 2 KStG vorliegt; § 8a Abs. 1 S. 3 KStG verweist auf § 8c KStG in vollem Umfang, ohne hinsichtlich einzelner Ausschlussstatbestände oder einzelner Absätze des § 8c KStG Einschränkungen zu enthalten. Der Zinsvortrag bleibt daher erhalten, wenn der Anteilserwerb nicht schädlich ist, weil dieselbe Person an dem übertragenden und dem übernehmenden Rechtsträger zu jeweils 100 % unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist und daher ein konzerninterner Anteilserwerb vorliegt (§ 8c KStG Rz. 100ff.).

Weiter bleiben Zinsen trotz Vorliegens eines schädlichen Beteiligungserwerbs i. S. d. § 8c Abs. 1 KStG vortragsfähig und damit abziehbar, soweit sie die anteiligen bzw. bei einem Beteiligungserwerb von mehr als 50 % die gesamten stillen Reserven des inländischen Betriebsvermögens i. S. d. § 8c Abs. 1 S. 6, 7 KStG nicht übersteigen (hierzu grundsätzlich § 8c KStG Rz. 128ff.). Die stillen Reserven sind daher nach § 8c Abs. 1 S. 6 KStG mit den vorhandenen Verlusten und auch mit den vorhandenen Zinsvorträgen zu verrechnen, um die untergehenden Verluste bzw. Zinsvorträge zu ermitteln. Um eine Doppelberücksichtigung der stillen Reserven sowohl bei den vortragsfähigen Verlusten als auch bei den vortragsfähigen Zinsen zu vermeiden, ist eine Verrechnungsreihenfolge erforderlich. Diese Reihenfolge enthält § 8a Abs. 1 S. 3 KStG. Danach werden Zinsvorträge nur insoweit mit stillen Reserven verrechnet, und bleiben dementsprechend erhalten, als diese stillen Reserven die nicht genutzten Verluste übersteigen. Die stillen Reserven sind somit zuerst mit den Verlusten, dann mit dem Zinsvortrag zu verrechnen. Für die Verrechnung mit dem Zinsvortrag kann daher nur der nach der Verrechnung mit den Verlusten noch verbleibende Betrag der stillen Reserven genutzt werden. Diese Regelung ist nach § 34 Abs. 6a S. 6 KStG auf Beteiligungserwerbe anwendbar, die nach dem 31.12.2009 erfolgen (zu dieser Regelung, die der für § 8c Abs. 1 KStG nach § 34 Abs. 7b S. 2 KStG entspricht, § 8c KStG Rz. 128).

75c

Der Zinsvortrag geht außerdem nicht unter, wenn der Tatbestand des § 8c Abs. 1a KStG erfüllt ist, also eine steuerlich begünstigte Sanierung vorliegt (§ 8c KStG Rz. 161ff.). Schließlich bleibt der Zinsvortrag erhalten, wenn in den Beteiligungserwerb eine Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft eingeschaltet ist (§ 8c Rz. 250ff.).

75d

4 Ausschlussregeln

4.1 Grundlagen

§ 4h Abs. 2 S. 1 EStG enthält drei verschiedene Ausschlussregeln für die Zinsschranke. Diese Ausschlussregeln beziehen sich jeweils auf das laufende Wirtschaftsjahr, d. h., sie sind für jedes Wirtschaftsjahr gesondert anzuwenden. Andererseits erfassen diese Ausschlussbestimmungen den zu dem Zeitpunkt, zu dem sie verwirklicht sind, jeweils vorhandenen Bestand an Zinsen, d. h. die Zinsaufwendungen des laufenden Jahrs und einen etwaigen Zinsvortrag (*Schaden/Käshammer*, BB 2007, 2317). Wenn daher der Saldo aus Zinsaufwendungen und -erträgen sowie der Zinsvortrag unter der Kleinbetragsgrenze liegen, wenn der Betrieb im maßgebenden Wirtschaftsjahr nicht zu einem Konzern gehört oder wenn für ein Wirtschaftsjahr die Escape-Klausel eingreift, können alle Zinsen einschließlich des Zinsvortrags abgezogen werden. Soweit durch den Abzug dieses kumulierten Zinsaufwands ein Verlust entsteht, ist dieser nach § 10d EStG vortragsfähig.

76

4.2 Kleinbetragsgrenze (§ 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. a EStG)

Nach § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. a EStG ist die Zinsschranke nicht anzuwenden, wenn der positive Saldo aus Zinsaufwendungen und -erträgen **weniger als 1 Mio. EUR** beträgt.

77

- 77a** Durch Gesetz v. 16.7.2009 (BStBl I 2009, 782) wurde die Kleinbetragsgrenze auf 3 Mio. EUR erhöht. Diese Erhöhung gilt erstmals für Wirtschaftsjahre, die nach dem 25.5.2007 beginnen und nicht vor dem 1.1.2008 enden. Die neue Kleinbetragsgrenze ist daher rückwirkend ab Inkrafttreten des § 8a KStG anzuwenden (Rz. 20). Die Erhöhung der Kleinbetragsgrenze war ursprünglich auf Wirtschaftsjahre beschränkt, die vor dem 1.1.2010 enden, also letztmalig für den Vz 2009 anzuwenden. Durch Gesetz v. 22.12.2009 (BStBl I 2010, 2) wurde diese zeitliche Begrenzung ersatzlos gestrichen. Die neue Kleinbetragsgrenze von 3 Mio. EUR gilt daher zeitlich unbegrenzt. Sie ist nach § 8 Abs. 1 KStG in vollem Umfang auf Körperschaften anzuwenden; § 8a KStG enthält insoweit keine Abweichungen.
- 77b** Maßgebend ist der positive Saldo aus Zinsaufwendungen und -erträgen. Es handelt sich um denselben Saldo wie in Rz. 52. Er ist also ebenfalls aus den dem jeweiligen Wirtschaftsjahr zurechenbaren Zinsaufwendungen und -erträgen zu bilden. Die Regelung des § 4h Abs. 1 S. 1 EStG, dass zuerst Zinsaufwendungen mit Zinserträgen zu saldieren sind, gilt also auch für die Anwendung der Kleinbetragsregelung (zum Zinsvortrag Rz. 79).
- 77c** In die Kleinbetragsregelung einzubeziehen sind nur Zinsaufwendungen, die bei der **inländischen Gewinnermittlung** abgezogen werden (BT-Drs. 16/4841, 48). Das bedeutet, dass Zinsaufwendungen, die einer ausländischen Betriebsstätte zuzuordnen sind, die Freigrenze nicht verbrauchen, wenn nach dem jeweiligen DBA die Freistellungsmethode anzuwenden ist. Einzubeziehen sind aber Zinsen einer ausländischen Anrechnungsbetriebsstätte.
- 78** Die Kleinbetragsgrenze gilt pro Wirtschaftsjahr, damit in voller Höhe auch für ein Rumpfwirtschaftsjahr. Da sich die Kleinbetragsgrenze zudem auf den jeweiligen „Betrieb“ (Rz. 37) bezieht, kann jeder Betrieb i. S. d. Zinsschranke den Kleinbetrag ausnutzen (zu Organkreisen § 15 KStG Rz. 45ff.). Auch soweit mehrere Betriebe einen Konzern bilden, kann jede Konzerngesellschaft die Freigrenze ausnutzen.
- 79** Die Kleinbetragsgrenze bezieht sich auf den Saldo, um den die Zinsaufwendungen die Zinserträge übersteigen. Damit wird auf den Saldo nach § 4h Abs. 1 S. 1 EStG Bezug genommen, d. h. auf die Zinsaufwendungen und Zinserträge des jeweils laufenden Jahrs (Rz. 48). **Vortragsfähige Zinsen** der Vorjahre erhöhen nach § 4h Abs. 1 S. 4 EStG die Zinsaufwendungen des laufenden Jahrs. Das bedeutet, dass für die Frage, ob der Saldo der Zinsaufwendungen über die Zinserträge die Freigrenze übersteigt, die vortragsfähigen Zinsaufwendungen einzubeziehen sind. Hohe vortragsfähige Zinsen verhindern also die Inanspruchnahme der Kleinbetragsgrenze in den Folgejahren, auch wenn die Zinsaufwendungen, die in diesen Jahren angefallen sind, jeweils unter der Freigrenze liegen.
- 80** Bei **(nachgeschalteten) Personengesellschaften** ist die Freigrenze auf alle Zinsaufwendungen zu beziehen, die in die Ermittlung des steuerpflichtigen Gewinns der Personengesellschaft eingehen. Das ist eine Folgewirkung der Definition des „maßgeblichen Gewinns“ in § 4h Abs. 3 EStG. Da es auch bei der Freigrenze um die Minderung des „maßgeblichen Gewinns“ um Zinsaufwendungen geht, müssen alle Zinsaufwendungen einbezogen werden, die nur auf der Ebene der Personengesell-

schaft, nicht aber auf der Ebene des Gesellschafters, steuerlich berücksichtigt werden können. Das bedeutet, dass bei der Freigrenze nicht nur Zinsaufwendungen zu berücksichtigen sind, bei denen die Personengesellschaft selbst Darlehensschuldner ist, sondern auch Zinsaufwendungen des Gesellschafters, die für Darlehen des **Sonderbetriebsvermögens II** entstehen. Da die Freigrenze auf der Ebene der Personengesellschaft ermittelt wird, sind alle Zinsaufwendungen der Personengesellschaft sowie Zinsaufwendungen aus dem Sonderbetriebsvermögen II aller Gesellschafter zusammenzurechnen. Nicht in den Bereich der Freigrenze fallen Zinsaufwendungen der Personengesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern. Hierbei handelt es sich steuerlich nicht um Zinsaufwendungen, sondern um **Vorweggewinn**. Die Zinsschranke, und damit die Freigrenze, gilt für solche Zinsaufwendungen nicht. Dagegen sind Zinsen, die der Gesellschafter für **Darlehen an die Personengesellschaft** zahlt, Zinsaufwendungen i. S. d. Zinsschranke und daher in die Freigrenze des Gesellschafters einzubeziehen; steuerlich bestehen insoweit keine Sondervorschriften. Bei der Personengesellschaft handelt es sich um Zinserträge, die für die Anwendung der Freigrenze mit Zinsaufwand verrechnet werden können.

Soweit der Zinssaldo unter 3 Mio. EUR liegt, sind die Zinsaufwendungen in voller Höhe abziehbar. Der Betrag von 3 Mio. EUR ist eine **Freigrenze**, kein Freibetrag. Wenn der Saldo der Zinsaufwendungen über die Zinserträge 3 Mio. EUR oder mehr beträgt, ist die Zinsschranke auf den gesamten Zinssaldo anzuwenden. Eine Glättungsregelung für einen Zinssaldo, der 3 Mio. EUR beträgt oder knapp darüber liegt, sieht das Gesetz nicht vor. **81**

Die Kleinbetragsregelung ist auf der Ebene des jeweiligen Betriebs anzuwenden, bei Körperschaften also auf die jeweilige Körperschaft. Das bedeutet, dass **innerhalb eines Konzerns** jede konzernangehörige Gesellschaft die Freigrenze in Anspruch nehmen kann. Etwas anderes gilt nur für **Organkreise**. Da nach § 15 S. 1 Nr. 3 KStG Organtträger und Organgesellschaft als „ein Betrieb“ gelten, kann ein Organkreis die Freigrenze auch nur einmal in Anspruch nehmen. **82**

4.3 Fehlende Konzernzugehörigkeit

4.3.1 Nichtanwendung der Zinsschranke (§ 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. b) EStG)

Nach § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. b) EStG ist die Regelung über die Zinsschranke nicht anwendbar, wenn der Betrieb nicht oder nur anteilig zu einem Konzern gehört. Für den Begriff „**Konzernzugehörigkeit**“ enthält § 4h Abs. 3 S. 5, 6 EStG eine **Definition**. Danach gehört ein Betrieb zu einem Konzern, wenn er nach dem maßgebenden Rechnungslegungsstandard (Rz. 149) mit einem oder mehreren anderen Betrieben konsolidiert wird oder konsolidiert werden könnte. Ein Betrieb gehört weiter dann zu einem Konzern, wenn seine Finanz- und Geschäftspolitik mit einem oder mehreren anderen Betrieben einheitlich bestimmt werden kann (zu Einzelheiten zum Begriff der Zugehörigkeit zum Konzern Rz. 201). **83**

Die Zugehörigkeit zu einem Konzern setzt **mindestens zwei Betriebe** voraus. Außerdem setzt ein Konzern voraus, dass die konzernangehörigen Betriebe rechtlich selbstständig sind, also Rechtsfähigkeit besitzen (arg. § 15 Abs. 1 AktG). „Konzernfähig“ **83a**

sind daher Körperschaften und Personengesellschaften sowie Einzelunternehmer als Konzernspitze. Dagegen ist ein „Betrieb“, der nicht rechtsfähig ist, nicht konzernfähig. Dies betrifft insbesondere den Betrieb gewerblicher Art; dieser kann aber die Konzernspitze sein, wenn zu seinem Betriebsvermögen mindestens zwei Mehrheitsbeteiligungen gehören. Soweit ein Einzelunternehmer mehrere Betriebe i. S. d. Zinsschranke unterhält, bilden diese keinen Konzern; die Ausnahme des § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. b) EStG ist also auf eine Mehrheit von Betrieben anwendbar (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 62). Daher bilden ein inländisches Unternehmen und eine ausländische Betriebsstätte keinen Konzern (vgl. BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 64). Die steuerlichen Folgen der Kapitalausstattung der Betriebsstätte richten sich nach den Grundsätzen des Dotationskapitals. Ebenso bilden mehrere in- und ausländische unselbstständige Betriebe keinen Konzern.

- 84** Das Gesetz regelt nicht, auf welchen **Zeitpunkt oder Zeitraum** für die Beurteilung der Zugehörigkeit zu einem Konzern abzustellen ist. M. E. ist auf den Zeitraum abzustellen, in dem die Zinsen entstanden sind, d. h. in dem sie den Gewinn (das Einkommen) gemindert haben. Wenn der Betrieb zu diesem Zeitpunkt zu einem Konzern gehört hat, greift die Zinsschranke ein. Nach Ansicht der Finanzverwaltung (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 68; s. auch *Huken*, DB 2008, 547) soll auf die Verhältnisse des vorangehenden Abschlussstichtags abgestellt werden. Bei der Neubildung eines Konzerns gelten die Gesellschaften danach erst ab dem nächsten Abschlussstichtag als konzernangehörig (s. auch *Fischer/Wagner*, BB 2008, 1877; *Köhler/Hahne*, DStR 2008, 1514; *Schmidt-Fehrenbach*, Ubg 2008, 469, 473; *Töben/Lohbeck/Fischer*, FR 2009, 161; *Herzig/Liekenbrock*, Ubg 2009, 750). Das ist m. E. nur als Vereinfachungsregelung richtig; der Steuerpflichtige kann auch eine taggenaue Berücksichtigung der Konzernzugehörigkeit verlangen. Bei Neugründungen ist die neu gegründete Gesellschaft daher ab der Neugründung konzernangehörig.
- 84a** Beim **Wechsel der Zugehörigkeit zu einem Konzern** sind die Zinsen in vollem Umfang abziehbar, wenn die Konzernzugehörigkeit im Lauf eines Wirtschaftsjahrs beginnt und die Zinsen einen Zeitraum vor der Konzernzugehörigkeit betreffen. Sind andererseits Zinsen in der Zeit der Konzernzugehörigkeit entstanden, und endet diese Konzernzugehörigkeit im Lauf oder zum Ende eines Wirtschaftsjahrs, werden alle Zinsaufwendungen ohne Begrenzung steuerlich abzugsfähig (d. h. auch der Zinsvortrag, der während der Konzernzugehörigkeit entstanden ist), da die Zinsschranke ab Entfallen der Konzernzugehörigkeit nicht mehr gilt, also keine Abzugsbeschränkung mehr besteht.
- 84b** Bei einer Organschaft entfällt die Konzernzugehörigkeit der Organgesellschaften wegen der Geltung als „ein“ Betrieb ab dem Wirtschaftsjahr, für das die Organschaft erstmalig wirksam ist. Es genügt daher, dass die Eintragung des Ergebnisabführungsvertrags in das Handelsregister zu diesem Zeitpunkt vorliegt (*Herzig/Liekenbrock*, Ubg 2009, 750).

Da eine Körperschaft ebenso wie eine Personengesellschaft nur einen einzigen Betrieb haben kann (Rz. 39), setzt die Konzernzugehörigkeit bei Körperschaften voraus, dass mindestens zwei Körperschaften vorhanden sind, die von dem Gesellschafter beherrscht werden (zur notwendigen Beteiligungsquote Rz. 104). Möglich ist auch, dass der Gesellschafter als Einzelunternehmer einen Betrieb unterhält und die Körperschaft zusammen mit dem Einzelunternehmen einen Konzern bildet.

85

Voraussetzung für die Konzernzugehörigkeit bleibt in allen Fällen die **Konsolidierungspflicht** oder **Konsolidierungsmöglichkeit**. Da es auf die Konsolidierungsmöglichkeit ankommt, vertritt das Gesetz den „größtmöglichen Konzernbegriff“. Danach liegt auch dann ein Konzern vor, wenn es sich bei den Tochtergesellschaften nur um unbedeutende Beteiligungen i. S. d. § 296 Abs. 2 HGB handelt. Ein Konzern i. S. d. Zinsschranke liegt auch dann vor, wenn er unterhalb der Größenkriterien des § 293 (Anschluss S. 35)

86

ebenso wie ein Rückgriff nur wegen der Vergütungen; schädlich ist dann natürlich auch eine Rückgriffsmöglichkeit wegen beider Forderungen.

Weiter setzt der Tatbestand voraus, dass der Dritte auf den Anteilseigner oder eine diesem nahe stehende Person „zurückgreifen“ kann. Die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/4841, 74, 75) erwähnt als Rückgriffsmöglichkeit eine Garantie- oder Bürgschaftserklärung, dingliche Sicherheiten (Sicherungseigentum, Grundschuld) und eine bei dem Dritten unterhaltene haftende Einlage. Weiter wird aber ausgeführt, dass es genügt, wenn der Anteilseigner oder die nahe stehende Person faktisch für die Erfüllung einstehen oder dass eine harte oder weiche Patronatserklärung abgegeben wurde; daneben seien auch andere Formen möglich. Jedenfalls besteht danach die Möglichkeit eines Rückgriffs, wenn der kreditgebende Dritte einen rechtlichen Anspruch gegen den Anteilseigner oder eine nahe stehende Person hat. Dieser rechtliche Anspruch kann sich aus einer schuldrechtlichen vertraglichen Verpflichtung (Garantieerklärung, Patronatserklärung, Bürgschaft, Schuldbeitritt; Wechselsicherheit), aus einer dinglichen Sicherheit (Sicherungseigentum, Grundschuld, Verpfändung eines Guthabens für den Kredit, Verpfändung von Anteilen an der kreditnehmenden Gesellschaft (insoweit a. A. *Töben/Fischer*, Ubg 2008, 149, 153), sonstiges Pfandrecht), aus dem Gesetz, etwa im Fall eines Unternehmensvertrags, oder bei einer Personengesellschaft aufgrund der unbeschränkten Haftung des OHG-Gesellschafters oder des Komplementärs ergeben. Erfasst werden auch Pfand- und sonstige Rechte aufgrund von AGB.

121

Die Verpfändung von Anteilen an der kreditnehmenden Gesellschaft wollen *Töben/Fischer* (Ubg 2008, 149, 159) nicht als „Rückgriff“ ansehen, weil der Kreditgeber dadurch nicht mehr an Sicherheiten erhält als er aus dem Darlehensvertrag mit der kreditnehmenden Gesellschaft ohnehin hat. M. E. ist das wirtschaftlich zwar richtig, ändert aber nichts daran, dass die Verpfändung der Anteile durch den Gesellschafter einen „Rückgriff“ gegen Wirtschaftsgüter des Gesellschafters (und eben nicht gegen die kreditnehmende Gesellschaft) ermöglicht.

121a

In der Praxis gibt es vielfältige vertragliche Formen, die eine direkte Zuordnung von Sicherungen zu einem Kredit nicht zulassen, trotzdem aber als (vollständige oder unvollständige) Sicherung angesehen werden. Damit stellt sich die Frage, ob auch rechtlich nicht verpflichtende Beziehungen eine „Rückgriffsmöglichkeit“ darstellen können. Die Begründung des Gesetzentwurfs (BT-Drs. 16/4841, 74, 75) bejaht dies (ebenso BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 83). M. E. findet diese Ansicht in der Gesetzesfassung aber keinen Ausdruck und ist daher abzulehnen. Eine „Rückgriffsmöglichkeit“ besteht nur, wenn der Kreditgeber diesen Rückgriff auch gegen den Willen des Gesellschafters oder der nahe stehenden Person durchsetzen kann, also einen rechtlich bestehenden „Rückgriffsanspruch“ hat. Besteht ein solcher Anspruch nicht, „kann“ der Darlehensgeber nicht auf eine andere Person zurückgreifen.

122

Ein Beispiel ist die **Patronatserklärung**. Unter Abs. 2 fällt eine Patronatserklärung, die bürgschaftsgleiche Wirkungen hat. „Weichere“ Patronatserklärungen fallen dagegen nicht unter Abs. 2, wenn sie keine (rechtlich wirksame) Rückgriffsmöglichkeit

122a

gegen den die Patronatserklärung Abgebenden enthalten. Erklärt etwa der Anteilshaber, es sei Konzernpolitik, alle Tochtergesellschaften, und damit auch die inländische Kapitalgesellschaft, in die Lage zu versetzen, Kredite zurückzuzahlen, besteht für den Kreditgeber immer nur eine Rückgriffsmöglichkeit gegenüber dem Kreditnehmer (der infolge der Patronatserklärung auch liquide sein wird), nicht gegenüber dem die Patronatserklärung abgebenden Anteilshaber. Maßgebend ist immer, ob die Patronatserklärung eine rechtlich durchsetzbare Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen des die Patronatserklärung Abgebenden enthält. Entsprechend reichen rein tatsächliche Rückgriffsmöglichkeiten, die rechtlich nicht fundiert sind, für die Anwendung des Abs. 2 nicht aus (z. B. die Erwartung, die Konzernmuttergesellschaft werde für den Kredit eintreten, um eine Schädigung des Konzernrufs zu vermeiden; „Rückhalt im Konzern“; zu weit daher BT-Drs. 16/4841, 74, 75, und BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 83, wonach es genügen soll, dass der Anteilshaber faktisch eintreten; wie hier *Kreft/Schmitt-Homann*, BB 2008, 2099). Bei **Konzernverhältnissen** kann auch nicht regelmäßig davon ausgegangen werden, dass die Muttergesellschaft für Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft eintreten wird; die Konzernzugehörigkeit allein begründet daher keinen Rückgriff (ebenso *Kreft/Schmitt-Homann*, BB 2008, 2099). Wenn das „Zurückgreifenkönnen“ über einen rechtlichen Anspruch oder eine dingliche Sicherheit hinaus auch faktische, rechtlich nicht gesicherte Verhältnisse hätte erfassen sollen, hätte dies im Gesetzestext zum Ausdruck kommen müssen.

- 122b** Rangrücktrittsvereinbarungen, nach denen der Gesellschafter bzw. die nahe stehende Person mit ihrer Forderung hinter die des Dritten zurücktritt, begründen keinen „Rückgriff“ des Dritten auf Vermögen des Gesellschafters bzw. der nahe stehenden Person, sind also nicht schädlich (*Kreft/Schmitt-Homann*, BB 2008, 2099).
- 123** Eine **Rückgriffsmöglichkeit** besteht aber **aufgrund eines Ergebnisabführungsvertrags** oder eines sonstigen Unternehmensvertrags, wenn das Darlehen einer abhängigen Gesellschaft gegeben wird. Dann kann der kreditgebende Dritte aufgrund des § 302 AktG auf den Organträger zurückgreifen; Abs. 2 ist seinem Wortlaut nach erfüllt. Allerdings hat dies bei Bestehen eines Organschaftsverhältnisses keine negativen steuerlichen Auswirkungen, da der Organkreis ohnehin als „ein Betrieb“ behandelt wird (§ 15 KStG Rz. 45ff.). Auswirkungen kann dieser Fall jedoch haben, wenn kein Organschaftsverhältnis besteht. Das kann der Fall sein, wenn keine finanzielle Eingliederung vorliegt oder wenn die Organschaft „verunglückt“ ist (z. B. Nichteinhaltung der Fünf-Jahres-Frist; überhöhte Gewinnabführungen usw.). Allerdings wird dann ein Konzern vorliegen, sodass Abs. 2 ohnehin nicht anwendbar ist.
- 124** Nach dem Gesetzeswortlaut muss eine **Rückgriffsmöglichkeit „auf den Anteilseigner oder eine nahe stehende Person“** bestehen. Dies deutet darauf hin, dass der Anteilseigner bzw. die nahe stehende Person eine persönliche Verpflichtung übernehmen muss, damit Abs. 2 anwendbar ist. Das würde bedeuten, dass nur solche Sicherungsvereinbarungen die Anwendung des Abs. 2 hervorrufen, die mit einer persönlichen Verpflichtung des Anteilseigners bzw. der nahe stehenden Person verknüpft sind (z. B. Bürgschaft, harte Patronatserklärung). Ist das Sicherungsrecht

jedoch so gestaltet, dass ihm keine persönliche Schuld entspricht, sondern nur der Zugriff auf einen bestimmten Vermögensgegenstand eingeräumt wird (z. B. Grundschuld, der keine persönliche Verpflichtung des Grundstückseigentümer zugrunde liegt), wäre bei dieser Auffassung Abs. 2 nicht anwendbar.

M. E. kann der Ausdruck „Rückgriff auf eine Person“ aber nicht so verstanden werden. Aus dem Zweck der Vorschrift folgt, dass Abs. 2 dann anwendbar sein soll, wenn das überlassene Darlehen letztlich, und sei es bei Insolvenz des Darlehensnehmers, aus dem Vermögen des Anteilseigners oder einer nahe stehenden Person getilgt wird. Maßgebend ist also nicht die Person des Anteilseigners als solche, sondern die Haftung seines Vermögens. Dann ist es aber auch ohne Bedeutung, ob das Vermögen ganz oder nur in Teilen haftet. Die Vorschrift ist also so zu verstehen, dass Abs. 2 eingreift, wenn der Darlehensgeber auf das Vermögen (bzw. einzelne Vermögensgegenstände) des Anteilseigners oder nahe stehender Personen zurückgreifen kann.

124a

Abs. 2 soll auch eingreifen, wenn **Rückgriffsmöglichkeiten ohne unmittelbare Sicherungen** bestehen. Das ist etwa der Fall, wenn Guthaben des Anteilsinhabers oder der ihm nahe stehende Personen infolge von Einzelvereinbarungen oder AGB letztlich für die Rückzahlung des Kredits in Anspruch genommen werden können. Über **Konzernverrechnungsklauseln** kann damit eine Beziehung eines Einzelkredits zu den Guthaben aller konzernangehörigen Gesellschaften des Anteilsinhabers bei allen konzernangehörigen Instituten des Kreditgebers hergestellt werden.

125

Das Gesetz enthält keinen Hinweis zur **Höhe der Rückgriffsmöglichkeit**. Das bedeutet, dass jede Rückgriffsmöglichkeit zur Anwendung des Abs. 2 führt, unabhängig von ihrer Höhe. Die Rückgriffsmöglichkeit führt daher auch dann zur Anwendung des Abs. 2, wenn sie der Höhe nach beschränkt ist und nicht die Höhe der Darlehensschuld bzw. der Vergütungen erreicht. Daher schadet jede Rückgriffsmöglichkeit, unabhängig von ihrem Betrag. Die Einschränkungen der Finanzverwaltung (BMF v. 15.7.2004, IV A 2 – S 2742a – 20/04, BStBl I 2004, 593) zu § 8a KStG a.F. (Beschränkung auf back-to-back-Fälle und auf die Höhe der dem Anteilseigner zufließenden Zinsen) können nicht übernommen werden. Der Gesetzgeber hat in Kenntnis der Problematik keine entsprechenden einschränkenden Regelungen im Gesetz verankert.

126

Lückenhaft ist das Gesetz hinsichtlich der Frage, für welchen Zeitraum die Rückgriffsmöglichkeit bestehen muss. Insoweit ist davon auszugehen, dass Abs. 2 nur für denjenigen **Zeitraum** gilt, für den die **Rückgriffsmöglichkeit** besteht. Endet die Rückgriffsmöglichkeit (weil z. B. das Guthaben abgezogen wird), besteht für eine Anwendung des Abs. 2 kein rechtfertigender Grund mehr.

127

4.3.2.5 Besonderheiten bei nachgeordneten Personengesellschaften

Für nachgeordnete Personengesellschaften gilt nach § 4h Abs. 2 S. 2 EStG die Regelung des § 8a Abs. 2 KStG entsprechend. Das bedeutet, dass die Zinsschranke bei einer nachgeordneten Personengesellschaft mangels Zugehörigkeit zu einem Konzern nur dann nicht anwendbar ist, wenn bei ihr keine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung vorliegt. Die Frage ist dann von Bedeutung, wenn ein Gesellschafter der

128

Personengesellschaft eine Körperschaft ist (sie also „nachgeordnet“ ist), aber die Personengesellschaft trotzdem nicht zu dem Konzern der Körperschaft gehört, weil keine Mehrheitsbeteiligung besteht (zum Begriff der nachgeordneten Personengesellschaft Rz. 32).

- 128a** Zur Beantwortung der Frage, ob eine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung vorliegt, ist auf die Verhältnisse bei der Personengesellschaft abzustellen. Es kommt also darauf an, ob bei der Personengesellschaft eine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung vorliegt, nicht, ob dies bei der Körperschaft, der die Personengesellschaft nachgeordnet ist, der Fall wäre, wenn das Darlehen der Gesellschafter-Körperschaft anstatt der Personengesellschaft gegeben worden wäre (*Wagner/Fischer*, BB 2007, 1811; *Schmitz/Herscheidt*, BB 2008, 699). Das Gesetz stellt auf die Verhältnisse bei dem jeweiligen Betrieb ab, also im vorliegenden Fall auf die bei der Personengesellschaft. Daher soll nach § 4h Abs. 2 S. 2 EStG die Regelung des § 8a Abs. 2 KStG auf die nachgeordnete Personengesellschaft angewendet werden, nicht auf ihren Gesellschafter.
- 128b** Eine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung liegt bei nachgeordneten Personengesellschaften nur dann vor, wenn das Darlehen von einem Gesellschafter (Rz. 129) bzw. einer nahe stehenden Person bzw. einem Dritten mit Rückgriffsmöglichkeit auf die genannten Personen gegeben wird und die Beteiligung größer als 25 % ist. Da auf die Verhältnisse der Personengesellschaft abgestellt wird, ist maßgeblich, ob eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung von mehr als 25 % an der Personengesellschaft besteht. Wird das Darlehen nicht von einem unmittelbaren Gesellschafter der Personengesellschaft, sondern von einem mittelbaren Gesellschafter gegeben, ist nicht maßgebend, wie hoch der Darlehensgeber an dem Gesellschafter beteiligt ist, sondern nur, ob der Darlehensgeber mittelbar zu mehr als 25 % an der Personengesellschaft beteiligt ist (bestr.; ebenso *Möhlenbrock*, Ubg 2008, 1ff.; a. A. *Schmitz-Herscheidt*, BB 2008, 699; *van Lishaut/Schumacher/Heinemann*, DStR 2008, 2341).
- 128c** Soweit Darlehen von Personen gegeben werden, die an der Personengesellschaft weder unmittelbar noch mittelbar wesentlich beteiligt sind, liegt nach der hier vertretenen Ansicht daher keine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung vor, gleichgültig, ob diese Gesellschafter Körperschaften oder natürliche Personen sind (ebenso *Wagner/Fischer*, BB 2007, 1811).
- 128d** Entsprechend ist für die Prüfung der 10 %-Grenze auf die Ebene der Personengesellschaft abzustellen. Es ist also zu ermitteln, ob die an den Gesellschafter (Rz. 129), die nahe stehende Person bzw. den rückgriffsberechtigten Dritten fließenden Zinsen mehr als 10 % des gesamten Zinssaldos der Personengesellschaft betragen.
- 128e** Eine weitere Frage, die bei einer nachgeordneten Personengesellschaft auftritt, deren Gesellschafter nur zum Teil Körperschaften sind, ist, in welcher Höhe die an diese Gesellschafter bzw. ihnen nahe stehende Personen oder rückgriffsberechtigte Dritte gezahlten Zinsen für Zwecke der Zinsschranke anzusetzen sind. Diese Frage lässt sich m. E. anhand des Prinzips des § 4h Abs. 3 S. 2 EStG beantworten. Danach sind „Zinsaufwendungen“ i. S. d. Zinsschranke nur solche Zinsaufwendungen, die den

„maßgeblichen Gewinn“ der nachgeordneten Personengesellschaft gemindert haben. Da die Personengesellschaft nur insoweit „nachgeordnet“ ist, als an ihr Körperschaften beteiligt sind (Rz. 35), ist „maßgeblicher Gewinn“ nur der Gewinn, der nach der Gewinnverteilungsabrede diesen Körperschaften zugerechnet wird. Zinsen der Personengesellschaft sind für die Zinsschranke also nur insoweit zu berücksichtigen, als sie den Gewinnanteil der Körperschaft, die Gesellschafter der nachgeordneten Personengesellschaft ist, gemindert haben. Das richtet sich nach der jeweils anwendbaren Gewinnverteilungsabrede (zu der besonderen Frage, wie Zinsen zu berücksichtigen sind, die den Gewinn nicht gemindert haben, weil sie Sondervergütungen sind, Rz. 129).

Eine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung der Personengesellschaft liegt jedenfalls vor, wenn das Darlehen von einer nahe stehenden Person des Gesellschafters oder von einem Dritten gegeben wird, der auf den Gesellschafter oder die nahe stehende Person zurückgreifen kann (zu diesen Begriffen Rz. 97, 107). Fraglich ist aber, wie zu verfahren ist, wenn das **Darlehen von der Körperschaft** gegeben wird, die Mitunternehmer der Personengesellschaft ist. § 8a Abs. 2 KStG ist dann anwendbar, wenn die Körperschaft zu mehr als 25 % an der Personengesellschaft beteiligt ist. Allerdings stellt sich die Frage, ob die Zinsen, die die Personengesellschaft an die Körperschaft zahlt, überhaupt der Zinsschranke unterfallen, also „Zinsen“ i. S. d. § 4h EStG sind. Nach § 4h Abs. 3 S. 2 EStG sind Zinsaufwendungen nur solche Vergütungen für Fremdkapital, die den maßgeblichen Gewinn gemindert haben. Von der Personengesellschaft an den Mitunternehmer gezahlte Zinsen sind aber nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG Vorweggewinn, mindern also den Gewinn der Personengesellschaft nicht (Rz. 196). Dies wirft wiederum die Frage auf, ob die Regelung zur **Zinsschranke** bei der nachgeordneten Personengesellschaft **Vorrang vor** § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG haben soll. Zu § 8a KStG a. F. hat die Finanzverwaltung die Auffassung vertreten, dass die Regelung über die Gesellschafter-Fremdfinanzierung Vorrang vor der Einordnung als Sondervergütung hat (BMF v. 15.7.2004, IV A 2 – S 2742a – 20/04, BStBl I 2004, 593, Rz. 53). Darauf, dass diese Auffassung auch unter der Neufassung aufrechterhalten werden soll, deutet die Gesetzesbegründung hin (BT-Drs. 16/4841, 48; ebenso *Schmitz/Herscheid*, BB 2008, 699), wo ausgeführt wird, dass § 8a KStG entsprechend auf Personengesellschaften Anwendung finden solle, wenn diese einer Körperschaft nachgeordnet sind „und damit § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG für die Zinsaufwendungen der Gesellschaft keine Anwendung findet“. Diese Formulierung ist nur so zu verstehen, dass bei nachgeordneten Personengesellschaften § 4h EStG und § 8a KStG Vorrang vor der Einordnung der Zinsaufwendungen als Vorweggewinn haben sollen. Dieser Ansicht ist sowohl nach Wortlaut als auch nach Systematik und Zweck des Gesetzes nicht zu folgen (insoweit auch *Hoffmann*, GmbHR 2008, 183). Für einen Vorrang der Zinsschranke enthält der Gesetzestext keinen Hinweis; § 4h Abs. 3 S. 2 EStG spricht vielmehr für das Gegenteil, da die Vorabvergütungen den Gewinn nicht mindern. Auch systematisch gibt es keinen Grund, zwischen Vergütungen für Gesellschafter-Darlehen an natürliche Personen (Vorweggewinn) und an Körperschaften als Gesellschafter (Zinsschranke) zu unterscheiden. Hier stellt

sich die Frage der verfassungsrechtlichen Gleichbehandlung, da ein sachlicher Unterschied für eine ungleiche Behandlung der Zinsaufwendungen nicht zu erkennen ist. Nach dem Zweck des Gesetzes ist ein Vorrang der Zinsschranke nicht geboten. Wenn der Gewinn durch die Vorabvergütungen nicht gemindert wird, besteht für die Prüfung der Abzugsfähigkeit der Zinsaufwendungen kein Grund mehr (im Ergebnis ebenso *Wagner/Fischer*, BB 2007, 1811). Dementsprechend vertritt die Finanzverwaltung (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 19) die Ansicht, dass die Regelung zu Sondervergütungen Vorrang hat, wenn diese im Inland steuerpflichtig sind (Rz. 196ff.). Im Ergebnis fallen daher Zinszahlungen einer nachgeordneten Personengesellschaft an die unmittelbar beteiligte Körperschaft als Mitunternehmer nicht unter die Zinsschranke, da diese Zinsaufwendungen den „maßgeblichen Gewinn“ der Personengesellschaft nicht gemindert haben (zu Zinsaufwendungen an Ausländer, die im Inland nicht steuerpflichtig sind, Rz. 196). Entsprechendes muss dann auch für mittelbar beteiligte Gesellschafter i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 S. 2 EStG gelten.

130 Unterstellt man, entgegen der hier vertretenen Ansicht, den **Vorrang der Zinsschranke**, stellt sich eine Reihe von **Zweifelsfragen**:

- So fragt sich, ob bei einer nachgeordneten Personengesellschaft alle Gesellschafter-Zinsaufwendungen unter die Zinsschranke fallen, oder nur diejenigen, die an Gesellschafter gezahlt werden, die Körperschaften sind. M. E. ist die zweite Alternative vorzuziehen. Es besteht kein Grund, Zinsaufwendungen an eine natürliche Person nur deshalb nicht nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG zu erfassen, weil an der Personengesellschaft auch eine Körperschaft beteiligt ist.
- Fallen Zinsaufwendungen an die Körperschaft als Mitunternehmer unter die Zinsschranke, heißt dies, dass diese Aufwendungen bei der Personengesellschaft den Gewinn mindern müssen, während sie bei dem Gesellschafter als Zinsertrag zu erfassen sind. Entgegen § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG sind die Zinsen daher dem Grunde nach abzugsfähige Betriebsausgaben. Es stellt sich die Frage, ob dies nur für den Teil der Zinsaufwendungen gelten soll, die nach den Regelungen der Zinsschranke nicht abzugsfähig sind, oder für alle an die Körperschaft geleisteten Zinsaufwendungen. Auch hier muss der zweiten Alternative gefolgt werden, d. h., wenn man schon die Ansicht vertritt, dass bei nachgeordneten Personengesellschaften die Regelung über die Zinsschranke Vorrang hat, muss das für alle Zinsaufwendungen gelten, für die die Personengesellschaft nachgeordnete Gesellschaft ist. Andernfalls entstünden unlösbare Wertungswidersprüche. Wird der Vorrang der Zinsschranke nämlich auf die Zinsaufwendungen beschränkt, die nach § 4h EStG, § 8a KStG nicht abzugsfähig sind, können diese Zinsen durch den Zinsvortrag in einem der Folgejahre abzugsfähig werden. Entweder müsste man das Ergebnis hinnehmen, dass für gleichartige Zinsaufwendungen § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG z. T. gilt (nach der Zinsschranke abzugsfähige Zinsen) und z. T. nicht gilt (Zinsschranke), oder man müsste im Vortragjahr den Abzug unter Hinweis auf § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG verweigern, also die Qualifizierung der Zinsen von dem Jahr abhängig machen, in dem sie abgezogen werden können. Für beides gäbe

es systematisch keine Rechtfertigung. Bei Vorrang der Zinsschranke sind daher Zinsen an den Gesellschafter, der eine Körperschaft ist, bei der Personengesellschaft entweder sofort im Rahmen der Zinsschranke oder im Vortragsjahr als Betriebsausgaben abzugsfähig.

- Außerdem stellt sich die Frage, ob der Vorrang nur insoweit gelten soll, als die Körperschaft wesentlich beteiligt ist (weil nur insoweit § 8a Abs. 2, 3 KStG Sonderregelungen enthält), oder in vollem Umfang. M. E. müsste der Vorrang der Zinsschranke für alle Fälle gelten, soweit eine Körperschaft beteiligt ist. § 4h Abs. 2 S. 2 EStG macht die Eigenschaft als „nachgeordnete Gesellschaft“ nicht davon abhängig, ob Körperschaften (allein oder zusammen) zu mehr als 25 % beteiligt sind (*Schmitz/Herscheidt*, BB 2008, 699). Ist die Personengesellschaft eine nachgeordnete Gesellschaft, greift § 8a Abs. 2 KStG folglich bereits dann ein, wenn eine natürliche Person, die (mittelbar oder unmittelbar) wesentlich beteiligt ist, eine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung vornimmt (a. A. *Hoffmann*, GmbHR 2008, 183). Nach der hier vertretenen Auffassung kann dieser Fall nur bei einem mittelbar beteiligten Gesellschafter, bei nahe stehenden Personen und bei einem rückgriffberechtigten Dritten vorliegen, da bei einem direkt beteiligten Gesellschafter die Regelung über Sondervergütungen Vorrang hat (Rz. 129).
- Eine weitere Zweifelsfrage stellt sich bei der Annahme des Vorrangs der Zinsschranke hinsichtlich der Höhe der Zurechnungsquote, nämlich ob hinsichtlich des unmittelbar oder mittelbar beteiligten Gesellschafters die gesamten Zinsaufwendungen einzubeziehen sind oder nur der nach der Gewinnverteilung auf die beteiligte Kapitalgesellschaft entfallende Anteil (zur letzteren Ansicht vgl. BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 51; *Schmitz/Herscheidt*, BB 2008, 699). M. E. kann sich diese Frage wiederum nicht stellen, wenn man der Regelung über die Sondervergütungen Vorrang einräumt. Dann kann die Zinsschranke nur bei nahe stehenden Personen und bei einem rückgriffberechtigten Dritten vorliegen. In diesen Fällen müssen die Zinsaufwendungen entsprechend dem Gewinnverteilungsschlüssel zugeordnet werden.

4.4 Vergleichbare Eigenkapitalquote

4.4.1 Die sog. Escape-Klausel (§ 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) EStG)

4.4.1.1 Regelungszweck und -inhalt

§ 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) EStG enthält die wichtigste Ausnahme von der Zinsschranke. Grundgedanke dieser Ausnahmeregelung ist, dass die Zinsschranke verhindern soll, dass die deutsche Tochtergesellschaft eines internationalen Konzerns überproportional mit Fremdkapital finanziert und dadurch das (der relativ hohen deutschen Steuerbelastung unterliegende) Besteuerungspotenzial überproportional vermindert wird, während andere dem Konzern angehörende (und einer niedrigeren Steuerbelastung unterliegende) Betriebe (Muttergesellschaft, Tochtergesellschaften) in stärkerem Maße mit Eigenkapital finanziert werden und dadurch einen geringeren Zinsaufwand haben. Hieraus ergibt sich die Regelung des § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) EStG. Wenn der Betrieb zu einem Konzern gehört, ist die Zinsschranke nicht an-

131

wendbar, wenn die Eigenkapitalquote des Betriebs am Schluss des vorangegangenen Bilanzstichtags ebenso hoch wie oder höher als die des Gesamtkonzerns ist; eine geringfügige Unterschreitung der Eigenkapitalquote des Gesamtkonzerns schadet nicht. Die Vorschrift zielt also darauf ab, dass der deutsche Betrieb im gleichen Verhältnis finanziert wird wie der Durchschnitt des Konzerns. Unterschiede im Aufgabebereich, der eine unterschiedliche Finanzierungsstruktur erforderlich machen kann, werden damit nicht berücksichtigt. Es wird nicht auf eine angemessene oder betriebswirtschaftlich notwendige oder sinnvolle oder marktübliche Finanzierungsstruktur abgestellt, sondern auf die durchschnittliche Konzernfinanzierungsstruktur.

132 § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) EStG greift nur ein, wenn der **Betrieb zu einem Konzern gehört**. Diese Einschränkung ist selbstverständlich, da nur dann die Ermittlung einer durchschnittlichen Eigenkapitalquote für den Gesamtkonzern und der Vergleich dieser Quote mit der einer einzelnen Gesellschaft sinnvoll sind. Gehört der Betrieb nicht zu einem Konzern, greift die Zinsschranke schon nach Buchst. b) nicht ein, ohne dass auf einen Eigenkapitalvergleich abzustellen wäre.

132a Für den Eigenkapitalvergleich wird nicht zwischen Gesellschafter-Fremdfinanzierung und Drittfinanzierung unterschieden (zur Einschränkung des Eigenkapitalvergleichs bei Gesellschafter-Fremdfinanzierung bei Körperschaften Rz. 164). Maßgebend ist allein, ob es sich bei dem Kapital um Eigen- oder Fremdkapital handelt.

133 Die Zinsschranke greift nicht ein, wenn die Eigenkapitalquote des Betriebs (der Gesellschaft) ebenso hoch wie oder höher als die Eigenkapitalquote des Konzerns ist. Ein **geringfügiges Unterschreiten der Eigenkapitalquote** des Konzerns ist unschädlich. Als geringfügig sieht das Gesetz das Unterschreiten um bis zu **einen Prozentpunkt** an.

Beispiel:

Die Eigenkapitalquote des Konzerns beträgt 34 %. Daher muss die Eigenkapitalquote des Betriebs, bei dem der Zinsabzug infrage steht, mindestens 33 % betragen, soll die Zinsschranke nicht anwendbar sein.

133a Durch Gesetz v. 22.12.2009 (BStBl I 2010, 2) ist diese Grenze auf **2 Prozentpunkte** angehoben worden. Diese gilt nach § 52 Abs. 12d S. 4 EStG für Wirtschaftsjahre, die nach dem 31.12.2009 enden, also für die Ermittlung des Escapes für die Wirtschaftsjahre ab 2010 bzw. für abweichende Wirtschaftsjahre ab 2009/2010.

133b Diese Geringfügigkeitsgrenze von einem bzw. zwei Prozentpunkten ist sehr niedrig; sie dürfte in der Praxis kaum zu Erleichterungen führen.

133c Es kommt nur auf die Eigenkapitalquote des Konzerns an; ein Drittvergleich wird nicht vorgenommen. Es ist also weder maßgebend, ob die durchschnittliche Eigenkapitalquote bei vergleichbaren Unternehmen höher oder niedriger ist, noch, ob die Eigenkapitalquote des fraglichen Betriebs marktgerecht ist.

4.4.1.2 Der Eigenkapitalvergleich (Eigenkapitalquote)

4.4.1.2.1 Tatbestand des Eigenkapitalvergleichs

134 Bei dem Eigenkapitalvergleich ist die Eigenkapitalquote des Betriebs nach bestimmten Regeln zu ermitteln und dann mit der ebenfalls nach bestimmten Regeln ermittel-

ten Eigenkapitalquote des Konzerns zu vergleichen. Der Eigenkapitalvergleich ist das Kernstück, gleichzeitig aber auch die schwierigste und problematischste Regelung. Die Ausgestaltung des Eigenkapitalvergleichs im Gesetz ist so kompliziert, dass ein **Eigenkapitalvergleich** in vielen Fällen **in der Praxis kaum durchführbar**, jedenfalls aber mit hohen Kosten verbunden sein wird (zur Problematik auch *Stibi/Thiele*, BB 2008, 2507; *Schulz*, DB 2008, 2043).

§ 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) S. 3 EStG definiert die **Eigenkapitalquote** als das Verhältnis des Eigenkapitals zur Bilanzsumme. Für die Ermittlung dieses Verhältnisses ist für den **Konzern** auf den Konzernabschluss (Rz. 149ff.) abzustellen, der den Betrieb umfasst, bei dem die Abzugsfähigkeit der Zinsaufwendungen infrage steht. Bei der Ermittlung der Eigenkapitalquote des Konzerns sind alle konsolidierungsfähigen Gesellschaften einzurechnen (Rz. 203). Dabei ist es ohne Bedeutung, ob diese Gesellschaften einen „Betrieb“ i. S. d. Zinsschranke bilden oder nicht (a. A. *Winkler/Käshammer*, Ubg 2008, 478, 481). Lediglich für die Frage, ob nach § 4h Abs. 3 S. 5, 6 EStG ein Konzern vorliegt und der „Betrieb“ zu ihm gehört, müssen mindestens zwei Betriebe gegeben sein. Liegt danach aber ein Konzern vor, sind nach § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) EStG alle Gesellschaften, auch wenn sie wegen einer rein vermögensverwaltenden Tätigkeit kein „Betrieb“ sind, einzubeziehen. Das gilt auch für die Konzernspitze. Folge ist, dass Darlehen von vermögensverwaltenden konzernangehörigen Unternehmen (Finanzierungsgesellschaften) keine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung darstellen, da sie in dem maßgeblichen Konzernabschluss dann durch Konsolidierung entfallen. Würde man die vermögensverwaltenden Gesellschaften einschließlich einer nur vermögensverwaltenden Konzernspitze aus dem Eigenkapitalvergleich ausschließen, würde eine Finanzierung durch diese Gesellschaften zu einer schädlichen Gesellschafter-Fremdfinanzierung führen.

135

Bilanzwerte von nicht konsolidierten Gesellschaften (wie Gemeinschaftsunternehmen) sind nicht zu übernehmen, d. h., eine Teilkonsolidierung ist rückgängig zu machen (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 72). Stattdessen ist der in den Bilanzen der konsolidierten Konzerngesellschaften enthaltene Bilanzansatz (z. B. Anteile an Gemeinschaftsunternehmen mit den Anschaffungskosten) beizubehalten (*Ganssaue/Mattern*, DStR 2008, 213, 218; a. A. *Lüdenbach/Hoffmann*, DStR 2007, 636; unklar insoweit *Henrichs*, DB 2007, 2101, 2104).

135a

Für den **Betrieb** ist das Verhältnis des Eigenkapitals zur Bilanzsumme auf der Grundlage des Jahres- oder Einzelabschlusses auf den maßgeblichen Abschlussstichtag zu ermitteln. Dies ist der dem Wirtschaftsjahr, für das der Zinsabzug infrage steht, vorhergehende Abschlussstichtag. Bei neu gegründeten Unternehmen ist die Escape-Klausel daher nicht anwendbar. Anderer Auffassung ist die Finanzverwaltung (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 70); danach soll bei der Neugründung eines Betriebs auf das Eigenkapital der Eröffnungsbilanz abgestellt werden. Die Eigenkapitalquote des Betriebs nach der Eröffnungsbilanz ist dann mit der Eigenkapitalquote des Konzerns zum vorhergehenden Abschlussstichtag zu vergleichen; der Konzernabschluss zu diesem Zeitpunkt ist nicht um den neu gegründe-

136

ten Betrieb zu erweitern. Diese Regelung steht mit dem Gesetzestext nicht in Einklang und ist daher nur als Billigkeitsregelung nach § 163 AO zu rechtfertigen.

136a Ähnliche Probleme entstehen, wenn erstmals ein Konzern gebildet wird (s. auch *Herzig/Liekenbrock*, Ubg 2009, 750, 753 für Organkreise). Dann existiert in dem ersten Jahr des Bestehens des Konzerns noch keine Konzernbilanz auf den Abschlussstichtag des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs. Hier sind vier Lösungen denkbar:

- Die erste Lösung bestünde darin, in einem solchen Fall für das erste Jahr keinen Escape zuzulassen. Dies würde wohl gegen das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und gegen Art. 3 GG verstoßen.
- Die zweite Lösung wäre es, auf das Ende des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs eine fiktive Konzernbilanz aufzustellen. Dies würde wohl dem Prinzip des Gesetzes, auf den vorherigen Abschlussstichtag abzustellen, genügen, wäre aber eine Fiktion, da zu diesem Zeitpunkt noch kein Konzern bestanden hat.
- Als dritte Lösung könnte auf (fiktive) Eröffnungsbilanzen zum Zeitpunkt der Bildung des Konzerns abgestellt werden. Auch hierfür gibt das Gesetz keine Rechtsgrundlage.
- Da keine dieser Lösungsmöglichkeiten dem Gesetz entspricht, bleibt nur die vierte Möglichkeit, nämlich für das erste Jahr des Bestehens des Konzerns noch von einer „fehlenden Konzernzugehörigkeit“ auszugehen und für dieses Jahr eine Ausnahme von der Zinsschranke nach § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. b) EStG zu akzeptieren.

136b Weicht der Abschlussstichtag des Betriebs von demjenigen des Konzerns ab, ist derjenige Abschluss des Betriebs maßgebend, der in den Konzernabschluss eingegangen ist (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 70).

137 Sowohl für den Konzernabschluss als auch für den Jahres- oder Einzelabschluss ist auf die **handelsrechtliche Rechnungslegung** abzustellen, also auf die Handelsbilanz, nicht auf die Steuerbilanz. Allerdings enthält die Vorschrift im Weiteren steuerrechtlich bedingte Korrekturen des handelsrechtlichen Abschlusses. Das kann dazu führen, dass dem Eigenkapitalvergleich Abschlüsse zugrunde zu legen sind, die in vollem Umfang weder den handels- noch den steuerrechtlichen Vorschriften entsprechen. Es entsteht dadurch u. U. neben der Handels- und der Steuerbilanz eine **eigene Eigenkapitalvergleichsbilanz** (zu den Bilanzierungsgrundsätzen Rz. 139ff.).

138 Für den Betrieb, bei dem die Abzugsfähigkeit der Zinsen infrage steht, ist das gesamte Eigenkapital dem Vergleich zugrunde zu legen, nicht nur das Eigenkapital, das sich aus Wirtschaftsgütern ergibt, die im Inland der Besteuerung zugrunde zu legen sind. In das **Eigenkapital** sind also **ausländische Betriebsteile** (Betriebsstätten) auch dann einzubeziehen, wenn nach dem einschlägigen DBA die Freistellungsmethode gilt.

4.4.1.2.2 Korrektur des „Eigenkapitals“

139 § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) S. 4-7 EStG enthält Sonderregelungen für den Ansatz des Eigenkapitals bzw. der Bilanzsumme; dadurch sollen Verzerrungen vermieden werden. Nach Verwaltungsauffassung (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001,

BStBl I 2008, 718, Rz. 71) sind diese Korrekturen nicht durch eine Neuauflistung der Konzern- und der Einzelbilanz vorzunehmen, sondern in einer Nebenrechnung. Konzernbilanz und Einzelabschluss bleiben also unverändert.

Die erste **Korrektur** in S. 4 betrifft **Wahlrechte**. Diese sind im Konzernabschluss und im Jahres- bzw. Einzelabschluss einheitlich auszuüben. Damit soll sichergestellt werden, dass der Eigenkapitalvergleich auf einer einheitlichen Basis stattfindet. Das Gesetz regelt nicht, welche Wahlrechtsausübung – die im Konzern- oder die im Einzelabschluss – vorrangig ist. Es bleibt daher dem Steuerpflichtigen überlassen, ob er die Wahlrechtsausübung aus dem Konzern- auf den Einzelabschluss überträgt oder umkehrt. Wahlrechte dürfen aber nicht neu ausgeübt werden, d. h., der Steuerpflichtige ist an die Wahlrechtsausübung im Einzelabschluss und/oder die im Konzernabschluss gebunden. Er kann das Wahlrecht nicht unabhängig von der bisherigen Wahlrechtsausübung neu ausüben (zu den in IFRS möglichen Wahlrechten *Kirsch*, Der Konzern 2007, 657; *Köster*, BB 2007, 2278).

139a

Eine weitere Korrektur nach S. 4 erfasst **Eigenkapital, das gesellschaftsrechtlichen Kündigungsrechten unterliegt**. Dies betrifft vor allem Personengesellschaften, aber auch Genossenschaften und Fonds. Soweit der Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag das Recht hat, seinen Anteil jederzeit (evtl. nach einer Kündigung) gegen eine Abfindung zurückzugeben, hat dies nach IAS 32.18b zur Folge, dass kein Eigenkapital, sondern eine Verbindlichkeit auszuweisen ist. U. U. darf die Personengesellschaft dann überhaupt kein Eigenkapital ausweisen. Für den Eigenkapitalvergleich wird dem nicht gefolgt, da die Personengesellschaft dann immer von der Anwendung der Escape-Klausel ausgeschlossen sein könnte (zur Problematik auch *Heintges/Kamphaus/Loitz*, DB 2007, 1261). Stattdessen ist das Eigenkapital der Personengesellschaft nach den Vorschriften des HGB (also nicht nach IAS) zu ermitteln. Die Anwendung der Vorschriften des HGB betrifft aber nur die Ermittlung des Eigenkapitals. Für Ansatz und Bewertung der Aktiva und Passiva bleiben die IFRS maßgebend (Rz. 149). Nach HGB ist die Einlage des Gesellschafters als Eigenkapital auszuweisen. Dieses wird dadurch ermittelt, dass die im Konzernabschluss ausgewiesenen Aktiva den im Konzernabschluss enthaltenen Passiva (ohne das Eigenkapital) gegenübergestellt werden. Im Ergebnis bleibt es also bei der Anwendung der IFRS; es wird lediglich ignoriert, dass ein Kündigungsrecht besteht, das Eigenkapital der Personengesellschaft wird daher nicht in Verbindlichkeiten umqualifiziert (*Henrichs*, DB 2007, 2101, 2106). Der Ansatz des Eigenkapitals der Personengesellschaften nach HGB gilt sowohl für den Einzelabschluss der Personengesellschaft als auch für den Konzernabschluss.

140

Weitere Korrekturen enthält § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) S. 5 EStG. Danach ist das Eigenkapital des Betriebs im Einzelabschluss um einen im Konzernabschluss enthaltenen **Firmenwert** zu erhöhen, soweit er auf den Betrieb entfällt (hierzu *Pawelzik*, Ubg 2009, 50). Dieser Fall liegt vor, wenn die Anteile an dem Betrieb (Kapitalgesellschaft) erworben wurden und dabei ein Aufpreis wegen des Firmenwerts gezahlt wurde. Damit soll die Vergleichbarkeit mit der Eigenkapitalquote in der Konzernbilanz, die den Firmenwert enthält, sichergestellt werden.

141

- 141a** Dagegen gibt es keine ausdrückliche Bestimmung, das Eigenkapital des Betriebs zu erhöhen, soweit das Mutterunternehmen die **stillen Reserven** in den Wirtschaftsgütern des Betriebs, einschließlich immaterieller Wirtschaftsgüter, aufdeckt. Die aufgedeckten stillen Reserven würden dann nur das Eigenkapital des Konzerns, nicht aber das Eigenkapital des Betriebs im Einzelabschluss erhöhen (so *Lüdenbach/Hoffmann*, DStR 2007, 636, 639; *Heintges/Kamphaus/Loitz*, DB 2007, 1261, 1264; *Köster*, BB 2007, 2278; *Dötsch/Pung*, in *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, KStG, § 8a Rz. 73; *Herzig/Liekenbrock*, Ubg 2009, 750, 755f). Dies würde zu systemwidrigen Konsequenzen führen, da dadurch die Vergleichsgrößen „Eigenkapital in der Konzernbilanz“ und „Eigenkapital im Einzelabschluss“ ungleichnamig würden (ebenso *Hennrichs*, DB 2007, 2101, 2105). M. E. ist daher das Eigenkapital des Betriebs auch um die im Konzernabschluss aufgedeckten stillen Reserven zu erhöhen (ebenso BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 73; sog. Push-down-accounting). Dies entspricht der Regelung für den Firmenwert; es ist nicht ersichtlich, warum nur ein Firmenwert bei dem Einzelabschluss berücksichtigt werden soll, nicht aber aufgedeckte stille Reserven. Ansatzpunkt für diese Auslegung ist § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) S. 8 EStG, wonach auch der Einzelabschluss nach dem jeweiligen Konzernrechnungslegungsstandard zu erstellen ist. Wenn im Konzernabschluss stille Reserven aufgedeckt werden, muss dies daher auch im Einzelabschluss erfolgen. Ansatzpunkt für diese Auslegung ist auch die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/4841, 49), wonach Vermögenswerte im Einzelabschluss mit den Werten anzusetzen sind, mit denen sie im Konzernabschluss ausgewiesen werden.
- 141b** Probleme entstehen in diesem Fall jedoch bei der Zuordnung der Akquisitionsschulden. Wenn die erworbenen stillen Reserven für den Eigenkapitaltest dem erworbenen Betrieb zugeordnet werden, wäre es nur logisch, dies auch mit den entsprechenden Akquisitionsverbindlichkeiten zu tun. Der Gesetzestext enthält hierfür keinen Anhaltspunkt, verbietet eine solche Zuordnung allerdings auch nicht. M. E. sollte daher im Interesse einer konsequenten Ermittlung der Eigenkapitalquote eine entsprechende Zuordnung erfolgen (hierzu *Pawelzik*, Ubg 2009, 50, 53).
- 142** Soweit der Betrieb **Sonderposten mit Rücklageanteil** gebildet hat, ist das Eigenkapital des Betriebs im Einzelabschluss nach S. 5 um die Hälfte des Sonderpostens zu erhöhen. Das gilt auch, soweit nach dem Rechnungslegungsstandard keine Sonderposten gebildet werden dürfen, sondern Fremdkapital auszuweisen ist. Dadurch wird berücksichtigt, dass der Sonderposten sich aus einem Eigenkapitalanteil und aus einem Rückstellungsanteil für Steuern zusammensetzt. Die Korrektur hat nur im Einzelabschluss zu erfolgen, da im Konzernabschluss nach IFRS regelmäßig kein Sonderposten gebildet werden kann, dort der Eigenkapitalanteil also bereits als Eigenkapital ausgewiesen sein wird. Nach den Änderungen des HGB durch das BilMoG v. 25.5.2009 (BStBl I 2009, 650) können Sonderposten letztmals in Einzel- und Konzernabschlüssen für vor dem 1.1.2010 beginnende Geschäftsjahre gebildet werden; allerdings besteht ein Wahlrecht, diese danach zugunsten der Gewinnrücklagen aufzulösen oder darüber hinaus fortzuführen und nach den für sie ursprünglich geltenden Vorschriften aufzulösen (Art. 67 Abs. 3 EGHGB).

Weiter bestimmt S. 5, dass das Eigenkapital des Betriebs um das sog. **Mezzanine-Kapital** zu kürzen ist. Hierbei handelt es sich um Positionen, die im strengen Sinne kein Eigenkapital sind, aber aufgrund besonderer handelsrechtlicher Vorschriften (insbes. der internationalen Rechnungslegungsstandards) als Eigenkapital ausgewiesen werden können („Quasi-Eigenkapital“). Die Einordnung dieses Mezzanine-Kapitals als Eigenkapital für den Eigenkapitalvergleich wird als unsachgemäß angesehen, weil die Vergütungen für dieses Eigenkapital u. U. als Betriebsausgaben abgezogen werden können. Für den Eigenkapitalvergleich darf dieses Kapital daher nicht als Eigenkapital berücksichtigt werden. Definiert ist das Mezzanine-Kapital in S. 5 als Eigenkapital, das keine Stimmrechte vermittelt. Es handelt sich z. B. um Genussrechtskapital, Kapital bei stiller Gesellschaft und Ähnliches.

143

Hinsichtlich des **Genussrechtskapitals** ergibt sich dann aber eine Unabgestimmtheit. Beteiligungähnliches Genussrechtskapital soll nicht als Eigenkapital eingeordnet werden, obwohl Vergütungen hierfür nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden dürfen, also keine Zinsaufwendungen sind, sondern Gewinnausschüttungen. M. E. sollte Genussrechtskapital nur ausgeschieden werden, wenn es steuerrechtlich als Verbindlichkeit behandelt wird, wenn es also nicht beteiligungsähnlich ist (ebenso *Heintges/Kamphaus/Loitz*, DB 2007, 1261, 1265).

143a

Nicht gekürzt wird aber das Kapital, das in stimmrechtslosen **Vorzugsaktien** verbrieft ist. Dieses Kapital ist echtes Eigenkapital, kein Mezzanine-Kapital, und daher in den Eigenkapitalvergleich einzubeziehen.

143b

Handelt es sich bei dem Betrieb um eine **KGaA**, ist das Eigenkapital um das persönlich haftende Kapital des Komplementärs zu kürzen (a. A. jedoch, insoweit konsequent, BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 8, 44; zur Diskussion der abweichenden Ansicht des BMF Rz. 25, 182). Es handelt sich nicht um „Mezzanine-Kapital“, obwohl der persönlich haftende Gesellschafter für seine Hafteinlage in der Hauptversammlung der KGaA kein Stimmrecht hat (§ 285 Abs. 1 S. 1 AktG; *Kollruss*, BB 2007, 198). Der persönlich haftende Gesellschafter hat hinsichtlich seines Haftkapitals eine wesentlich stärkere Stellung, als wenn er nur ein Stimmrecht hätte; er hat nämlich, unabhängig von der Höhe seines Haftkapitals nach § 285 Abs. 2 S. 1 AktG ein Zustimmungsrecht. Seine Beteiligung vermittelt daher eine stärkere Stellung als mit Stimmrecht ausgestattete Aktien. Der Abzug des haftenden Kapitals ergibt sich aber daraus, dass der persönlich haftende Gesellschafter selbst einen „Betrieb“ darstellt, für den die nicht abziehbaren Zinsaufwendungen gesondert zu ermitteln sind (Rz. 25). Für einen etwaigen Eigenkapitalvergleich ist daher das Haftkapital diesem Betrieb, nicht dem „körperschaftlichen Teil“ der KGaA, zuzuordnen. Es gilt daher das Gleiche wie für den Gewinnanteil des persönlich haftenden Gesellschafters (insoweit ebenso *Kollruss*, BB 2007, 198).

144

Weiter ist das Eigenkapital nach S. 5 um **Anteile an anderen Konzerngesellschaften** zu kürzen. Damit soll ein „Kaskadeneffekt“ vermieden werden, bei dem das den Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellte Eigenkapital doppelt (bei der Muttergesellschaft und bei der Tochtergesellschaft) gezählt würde. Durch die Kürzung des Eigenkapitals der Muttergesellschaft um den Buchwert der Anteile wird das Eigen-

145

kapital für den Eigenkapitalvergleich nur bei der Tochtergesellschaft erfasst. Allerdings geht die Vorschrift über ihren Zweck, Doppelerfassungen zu vermeiden, hinaus. Hat die Muttergesellschaft die Anteile an der Tochtergesellschaft von einem Dritten zu einem über pari liegenden Preis erworben, ist die Kürzung bei der Muttergesellschaft um die Anschaffungskosten der Beteiligung höher als das bei der Tochtergesellschaft vorhandene Eigenkapital. Das Aufgeld bei Erwerb der Anteile wird dann bei dem Eigenkapitalvergleich überhaupt nicht berücksichtigt.

- 145a** Die Kürzung hat unabhängig davon zu erfolgen, ob sich die Muttergesellschaft und die Tochtergesellschaft im Inland oder Ausland befindet. Das ist systematisch richtig, da in allen Fällen der Wert der Beteiligung beim Eigenkapitalvergleich sonst doppelt erfasst würde.
- 145b** Gekürzt werden Beteiligungen an allen Arten von Konzerngesellschaften, nicht nur von Anteilen an Kapitalgesellschaften oder Körperschaften. Der Kürzung unterliegen daher auch Beteiligungen an Personengesellschaften; die Höhe der Beteiligung ist unbeachtlich (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 74; *Wagner/Fischer*, BB 2007, 1811, 1816). Nicht gekürzt werden die Buchwerte von Darlehen an Beteiligungsgesellschaften, auch wenn es sich um kapitalersetzende Darlehen handelt. Mit Darlehen ist kein „Kaskadeneffekt“ verbunden (*Ganssaue/Matzer*, DStR 2008, 213, 269).
- 145c** Durch die Kürzung der Beteiligung an Personengesellschaften wird die Unabgestimmtheit, die durch die Anwendung der Kapitalspiegelmethode entsteht (Rz. 67), zumindest für den Eigenkapitalvergleich beseitigt.
- 145d** Anteile an Gesellschaften, die keine „Konzerngesellschaften“ sind, also nicht in den Konsolidierungskreis einbezogen werden dürfen, werden nicht gekürzt. Dies betrifft Minderheitsbeteiligungen sowie Anteile an nicht konsolidierten Gemeinschaftsunternehmen.
- 145e** Da nur Anteile an „anderen“ Konzerngesellschaften gekürzt werden, erfolgt keine Kürzung um den Buchwert eigener Anteile (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 74; *Heintges/Kamphaus/Loitz*, DB 2007, 1261, 1264).
- 145f** Die Korrekturen (Hinzurechnungen oder Kürzungen) haben nur bei dem Eigenkapital zu erfolgen, nicht bei dem zweiten Parameter der Ermittlung des Eigenkapitals, der Bilanzsumme (hierzu *Köster*, BB 2007, 2278). Es können sich dadurch Verzerrungen ergeben, weil Eigenkapital und Bilanzsumme nicht mehr „gleichnamig“ sind. Die Finanzverwaltung (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 76) sieht daher auch eine Kürzung bei der Bilanzsumme vor.
- 146** Eine weitere Korrektur nach S. 5 betrifft **kurzfristige Einlagen**. Es soll verhindert werden, dass der Steuerpflichtige das Eigenkapital für den Eigenkapitalvergleich vor dem maßgeblichen Stichtag kurzfristig durch Einlagen erhöht und nach dem maßgeblichen Stichtag wieder entsprechende Entnahmen tätigt („Window-dressing“). Bei dem Eigenkapitalvergleich wird daher die Erhöhung des Eigenkapitals des Betriebs in den letzten sechs Monaten vor dem maßgeblichen Abschlussstichtag nicht berücksichtigt, soweit Eigenkapital innerhalb der ersten sechs Monate nach dem maßgeben-

den Abschlussstichtag entnommen (Betrieb, Personengesellschaft) oder ausgeschüttet (Kapitalgesellschaft) worden ist. Nämlichkeit der eingelegten und ausgekehrten Eigenkapitalteile ist nicht erforderlich, praktisch auch kaum feststellbar. Es genügt eine betragsmäßige Übereinstimmung. Das gilt auch dann, wenn die Nämlichkeit im Einzelfall ausgeschlossen werden kann. So sind bei einer Kapitalgesellschaft die Einlagen in die Kapitalrücklage einzustellen, während die Ausschüttung aus dem Gewinnvortrag bzw. den Gewinnrücklagen erfolgt. Trotzdem ist die Einlage bei dem Eigenkapitalvergleich insoweit nicht anzusetzen, als sich Einlage und Ausschüttung betragsmäßig ausgleichen. Auch diese Kürzung hat nur bei dem Eigenkapital, nicht auch bei der Bilanzsumme zu erfolgen. Um Gleichnamigkeit zu erreichen, sollte die Kürzung auch bei der Bilanzsumme vorgenommen werden.

Nach § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) S. 6 EStG ist die Bilanzsumme um **Kapitalforderungen** zu kürzen, die nicht im Konzernabschluss ausgewiesen sind, weil sie gegenüber einer anderen Konzerngesellschaft bestehen und daher bei der Konsolidierung entfallen. Voraussetzung ist, dass der Kapitalforderung des Betriebs in gleicher Höhe Verbindlichkeiten i. S. d. § 4h Abs. 3 EStG gegenüberstehen. Damit wird der Fall erfasst, dass der Betrieb Fremdkapital aufgenommen und dieses Fremdkapital anderen Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellt hat. Die Kürzung bei der Bilanzsumme (nicht bei dem Eigenkapital) bedeutet, dass die Weitergabe eines Darlehens an eine andere Konzerngesellschaft die Eigenkapitalquote des Betriebs nicht belastet.

147

Unter „Kapitalforderungen“ sind m. E. längerfristige Darlehen zu verstehen, die zur Finanzierung von Anlagevermögen und für Akquisitionen aufgenommen werden. Nicht unter diesen Begriff fallen daher kurzfristige Forderungen, insbesondere solche aus Lieferungen und Leistungen, sowie Kontokorrentkredite, die nicht der mittel- oder langfristigen Finanzierung dienen. Da somit die kurzfristigen Forderungen aus Lieferungen und Leistungen sowie Kontokorrentkredite bei dem Betrieb in der Bilanzsumme enthalten sind, obwohl auch sie im Konzernabschluss durch Konsolidierung entfallen, entsteht wiederum eine „Ungleichnamigkeit“ zwischen Einzel- und Konzernabschluss (zur Problematik *Pawelzik*, DB 2008, 2439).

147a

Nach § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) S. 7 EStG ist **Sonderbetriebsvermögen**, das im Konzernvermögen enthalten ist, dem Betrieb der Personengesellschaft zuzuordnen, obwohl es handelsrechtlich bei der Personengesellschaft nicht bilanziert wird. Entsprechend ist das Sonderbetriebsvermögen aus der Bilanz des Gesellschafters bei Eigenkapital und Bilanzsumme auszuschneiden, um eine Doppelerfassung zu verhindern. Diese Regelung soll Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Zuordnung von Wirtschaftsgütern verhindern. Da die handelsrechtlichen Regelungen über die Konzernrechnungslegung einschließlich der IFRS Sonderbetriebsvermögen nicht kennen, bedeutet diese Regelung, dass die Konzernbilanz dem Eigenkapitalvergleich nicht unverändert zugrunde gelegt werden kann (s. auch *Wagner/Fischer*, BB 2007, 1811, 1815). Das Sonderbetriebsvermögen ist zu konsolidieren, d. h., soweit Forderungen oder Verbindlichkeiten gegen andere konzernangehörige Gesellschaften bestehen, entfallen diese durch die Konsolidierung.

148

- 148a** Soweit das Sonderbetriebsvermögen nicht im Konzernabschluss enthalten ist, sich also im rechtlichen Eigentum einer außerhalb des Konsolidierungskreises stehenden Person befindet oder Privatvermögen darstellt, erfolgt keine Zuordnung bei der Personengesellschaft; dieses Sonderbetriebsvermögen nimmt also am Eigenkapitalvergleich (weder beim Kapital noch bei der Bilanzsumme) nicht teil.
- 148b** Werte der **Ergänzungsbilanzen** repräsentieren aufgedeckte stille Reserven bei der Personengesellschaft. Diese Werte sind daher bei der Personengesellschaft zu berücksichtigen.
- 148c** Aus Billigkeitsgründen braucht nach Verwaltungsauffassung (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 72) keine Erweiterung des Konzernabschlusses um solche Gesellschaften zu erfolgen, die nach den Grundsätzen des § 296 HGB nicht konsolidiert werden müssen (Rz. 204). Diese Regelung widerspricht dem Sinn des Gesetzes und ist als Billigkeitsregelung nach § 163 AO nur insoweit anwendbar, als sie für den Steuerpflichtigen günstig wirkt, also die Einbeziehung die Eigenkapitalquote des Konzerns mindern würde. Der Steuerpflichtige kann die Einbeziehung verlangen, wenn die Einbeziehung zu einer Verminderung der Eigenkapitalquote des Konzerns führen würde (zur Konsolidierung von Gemeinschaftsunternehmen Rz. 135). Entsprechendes gilt für das Ausscheiden von Verbriefungszweckgesellschaften aus dem Konzernabschluss (vgl. BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 72).

4.4.1.2.3 Anzuwendende Rechnungslegungsstandards

- 149** § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) S. 8–11 EStG behandelt die anzuwendenden Rechnungslegungsstandards. Nach S. 8 sind die für den Eigenkapitalvergleich maßgebenden Abschlüsse **in erster Linie** nach den **IFRS** (International Financial Reporting Standards) aufzustellen. Gemeint sind damit die von der EU anerkannten Standards, nicht die (noch) nicht von der EU übernommenen Standards (*Kirsch*, Der Konzern 2007, 657; *Schulz*, DB 2008, 2043). Das Gesetz ordnet an, dass die Abschlüsse „einheitlich“ nach IFRS zu erstellen sind. Das bedeutet, dass sowohl der Einzelabschluss des Betriebs als auch der Konzernabschluss nach demselben Rechnungslegungsstandard zu erstellen ist. Ist der Einzelabschluss nicht nach IFRS aufgestellt worden, muss allein für den Eigenkapitalvergleich ein solcher Abschluss erstellt werden (*Lüdenbach/Hoffmann*, DStR 2007, 636; zur Möglichkeit einer „Überleitungsrechnung“ Rz. 157).
- 149a** Der Konzernabschluss für den Eigenkapitalvergleich ist auf der Ebene des obersten Mutterunternehmens aufzustellen („größtmöglicher Konsolidierungskreis“; Rz. 203). Teilkonzernabschlüsse können also nicht verwendet werden.
- 149b** Für **Organkreise**, die als ein Betrieb gelten, bedeutet dies, dass für diesen Betrieb nur für Zwecke des Eigenkapitalvergleichs ein „Einzelabschluss“ nach IFRS zu erstellen, ein solcher Abschluss nach Handelsrecht jedoch nicht erforderlich ist.
- 150** Problematisch an der Regelung ist, dass sowohl für den Konzernabschluss als auch für den Einzelabschluss nicht der handelsrechtliche Rechnungslegungsstandard (IFRS) verwendet werden kann, sondern ein **Rechnungslegungsstandard unter Vornahme steuerrechtlich gebotener Anpassungen** (Rz. 139). Insbes. müssen die

Bilanzdaten derjenigen Gesellschaften einbezogen werden, die zwar konsolidiert werden können, aber nicht müssen, und die damit in dem tatsächlich aufgestellten konsolidierten Abschluss nicht enthalten sind. Der Gegenmeinung von *Hennrichs* (DB 2007, 2101) wird nicht gefolgt. *Hennrichs* argumentiert, dass die Definition der
(Anschluss S. 63)

Die Bemessungsgrundlage wird durch den Zinsabzug nicht beeinflusst, d. h., die Ermittlung der Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug wird zur Vermeidung rechnerischer Schwierigkeiten nicht durch das Ergebnis dieser Ermittlungen, nämlich den zulässigen Zinsabzug, beeinflusst. Das „Einkommen“ i. d. S. ist daher um alle Zinsaufwendungen vermindert (Rz. 177).

Die Bemessungsgrundlage wird nicht um einen etwaigen **Verlustabzug** (Verlustvortrag oder Verlustrücktrag) nach § 10d EStG vermindert. Vielmehr ist das Einkommen um einen etwaigen Verlustabzug zu erhöhen, soweit dieser das Einkommen gemindert hat.

Schließlich wird das Einkommen als Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug nicht um abzugsfähige **Spenden** nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG gemindert. Dem Einkommen hinzuzurechnen sind also die abzugsfähigen Spenden des laufenden Jahrs (die sich also innerhalb der für das laufende Wirtschaftsjahr geltenden Höchstbeträge halten), einschließlich der erhöhten Zuwendungen an Stiftungen, soweit diese das Einkommen gemindert haben. Hinzuzurechnen sind aber auch Großspenden der Vorjahre, die auf das laufende Wirtschaftsjahr vorgetragen und innerhalb der Höchstbeträge abgezogen wurden. Im Ergebnis vermindern Spenden also die Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug nicht, unabhängig davon, ob sie abziehbar sind oder nicht.

Da Abs. 1 S. 1 auf das Einkommen als Ausgangswert für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage verweist, wird dieser Wert um alle Beträge erhöht, die in das Einkommen eingehen, und entsprechend um alle Beträge vermindert, die aus dem Einkommen ausgeschieden werden. Ausgangswert für das Einkommen ist der Steuerbilanzgewinn, also – für Wirtschaftsjahr bis einschließlich 2009 – der nach einer dem Maßgeblichkeitsgrundsatz entsprechenden Steuerbilanz ermittelte Bilanzgewinn. Soweit der Maßgeblichkeitsgrundsatz nicht gilt (z. B. Bilanzierungshilfen, Drohverlustrückstellungen, Abweichungen bei anderen Rückstellungen, Aufwandsrückstellungen, Beteiligung an Personengesellschaften), muss dies bei der Ermittlung des Steuerbilanzgewinns bereits berücksichtigt worden sein (zu Abweichungen zwischen Handels- und Steuerbilanz *Frotscher*, EStG, § 5 EStG Rz. 50; zu Beteiligungen an Personengesellschaften Rz. 67).

Dem **Steuerbilanzgewinn hinzuzurechnen** sind alle Beträge, die das Einkommen erhöhen. Dies sind insbes.

- steuerlich nicht abziehbare Gewinnminderungen. Bedeutsam sind hier insbes. Teilwertabschreibungen auf Kapitalanteile, die nach § 8b Abs. 3 S. 3 KStG das Einkommen nicht mindern dürfen (Rz. 57);
- nicht ausgleichs- oder abzugsfähige Verluste, z. B. nach den §§ 2a, 15 Abs. 4, 15a EStG; steuerfreie Übernahmeverluste nach § 4 Abs. 6, § 12 Abs. 2 UmwStG; ausländische Verluste, die der Freistellung unterliegen;
- Zuschläge und Hinzurechnungen, die bilanziell nicht in Erscheinung treten, z. B. der Gewinnzuschlag nach § 6b Abs. 7 EStG, § 7g Abs. 5 EStG a. F., der Berichtigungsbetrag nach § 1 AStG, der Hinzurechnungsbetrag nach den §§ 7ff. AStG;
- verdeckte Gewinnausschüttungen nach § 8 Abs. 3 KStG;

- nicht abziehbare Ausgaben nach § 10 KStG. Dies bedeutet insbes., dass Personensteuern, und damit insbes. die KSt sowie nicht abziehbare Nebenleistungen hierauf, die Bemessungsgrundlage erhöhen. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um in- oder ausländische Personensteuern (einschließlich einer etwaigen ausländischen Vermögensteuer) handelt. Daher erhöht auch ausländische KSt die Bemessungsgrundlage. Gleiches gilt für sonstige nicht abziehbare Ausgaben nach § 10 KStG bzw. § 4 Abs. 5 EStG;
- die Belastung mit GewSt. Über § 8 Abs. 1 KStG gilt auch die Regelung des § 4 Abs. 5b EStG. Danach sind die GewSt und die darauf entfallenden Nebenleistungen keine Betriebsausgaben, dürfen also das Einkommen nicht mindern. Auch die GewSt ist also dem Einkommen hinzuzurechnen und erhöht die Bemessungsgrundlage.

181 Dagegen ist das **Einkommen** als Ausgangswert der Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug um folgende Beträge **gemindert**:

- steuerfreie Vermögensmehrungen; dies betrifft Einlagen, die InvZul, Ausschüttungen anderer Körperschaften nach § 8b Abs. 1 KStG, steuerfreie Veräußerungsgewinne aus Beteiligungen und ähnliche Vermögensmehrungen nach § 8b Abs. 2 KStG; hinzuzurechnen sind aber 5 % nach § 8b KStG;
- steuerlich nicht zu berücksichtigende Übernahmegewinne nach § 4 Abs. 7, § 12 Abs. 2 UmwStG;
- ausländische Einkünfte, die der Freistellungsmethode unterliegen.

182 Handelt es sich um eine **KGaA**, wird das maßgebende Einkommen nach § 9 Nr. 1 KStG auch um die auf den persönlich haftenden Gesellschafter entfallenden Gewinnanteile gemindert (a. A. jedoch BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 44). Für eine Nichtanwendung des § 9 Nr. 1 KStG enthält das Gesetz keine Rechtsgrundlage (ebenso *Rödler/Hageböke/Stangl*, DB 2009, 1561, die zu Recht eine Regelungslücke verneinen). Nach § 8a Abs. 1 S. 1 KStG ist das „Einkommen“ der KGaA maßgebend. Dieses Einkommen ist aber nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 KStG um den Gewinnanteil des persönlich haftenden Gesellschafters gekürzt. Eine Nichtanwendung dieser Vorschrift hätte ausdrücklich geregelt werden müssen. Der Gewinnanteil steht als EBITDA dem persönlich haftenden Gesellschafter zu, wenn bei ihm die Zinsschranke Anwendung findet (*Rödler/Hageböke/Stangl*, DB 2009, 1561).

182a Für die Berechnung des Zinsabzugs bei der KGaA steht dieser Gewinnanteil also nicht als Teil des EBITDA zur Verfügung (ebenso *Kollruss*, BB 2007, 1988). Strittig ist, ob dem persönlich haftenden Gesellschafter auch ein seiner Beteiligung entsprechender Teil der Zinsaufwendungen der KGaA zuzuordnen ist (hierzu *Rohrer/Orth*, BB 2007, 2266). M. E. ist das zu verneinen, da § 9 Nr. 1 KStG dem persönlich haftenden Gesellschafter einen „Teil des Gewinns“ zuordnet, also nach dem Zinsabzug (a. A. *Rödler/Hageböke/Stangl*, DB 2009, 1561). Dann sind die von der KGaA gezahlten Zinsaufwendungen für Zwecke der Zinsschranke nur der KGaA zuzuordnen. Gleiches gilt für andere Faktoren des EBITDA, die auf der Ebene der KGaA verwirklicht werden (Steuern und AfA).

Der Gewinnanteil wird dem persönlich haftenden Gesellschafter zugeordnet und bildet dort die Basis für die Berechnung der nichtabziehbaren Ausgaben des Betriebs des persönlich haftenden Gesellschafters (Rz. 25; a. A. jedoch BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 44, wonach der Gewinnanteil nicht in das EBITDA des persönlich haftenden Gesellschafters einzubeziehen ist).

182b

Aus dem maßgeblichen Einkommen ist in einem weiteren Schritt die Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug zu ermitteln (vgl. Rz. 51).

183

5.1.3 „Maßgeblicher Gewinn“ bzw. „maßgebliches Einkommen“ bei Organschaft

Da der Organkreis nach § 15 S. 1 Nr. 3 KStG als ein einziger Betrieb gilt (§ 15 KStG Rz. 45ff.), ist für ihn der „maßgebliche Gewinn“ bzw. das „maßgebliche Einkommen“ zu ermitteln. Diese Ermittlung erfolgt auf der Ebene des Organträgers, da für die Organgesellschaft § 4h EStG nicht gilt (§ 15 S. 1 Nr. 3 KStG; § 15 KStG Rz. 45ff.). Eine Ermittlung auf der Ebene des „Organkreises“ ist nicht möglich, da der Organkreis selbst kein Steuerrechtssubjekt ist und daher weder Gewinn noch Einkommen haben kann.

184

Für die Organgesellschaft ist das „maßgebliche Einkommen“ nach den für Körperschaften geltenden Grundsätzen zu bilden (Rz. 179). Dabei sind die organschaftliche Gewinnabführung bzw. die organschaftliche Verlustübernahme nicht zu berücksichtigen, d. h., es ist ein eigenes Einkommen der Organgesellschaft zu ermitteln und dem Organträger zuzurechnen (zur Einkommensermittlung bei der Organgesellschaft § 14 KStG Rz. 261). Auf der Ebene der Organgesellschaft bleibt die Gewinn- und Einkommensermittlung unberührt, erfolgt also weiterhin nach organschaftlichen Grundsätzen (ebenso *Kussmaul/Pfirkmann/Meyering/Schäfer*, BB 2008, 135). Die Regelung, dass die dem Organkreis angehörenden Gesellschaften „einen“ Betrieb bilden, bedeutet nicht, dass eine Ergebniskonsolidierung zu erfolgen hat. Diese Bestimmung gilt nur für die Anwendung der Zinsschranke (also z. B. für die Verrechnung von Zinsaufwendungen und -erträgen innerhalb des Organkreises zur Ermittlung des Zinssaldos), führt aber nicht zu einer Änderung der Einkommensermittlung.

184a

Auf der Ebene des Organträgers ist der „maßgebliche Gewinn“ bzw. das „maßgebliche Einkommen“ zu ermitteln. Welcher der beiden Begriffe einschlägig ist, richtet sich nach der Rechtsform des Organträgers. Ist dieser eine natürliche Person oder eine Personengesellschaft, ist der „maßgebliche Gewinn“ i. S. d. § 4h Abs. 3 S. 1 EStG zu bestimmen; ist der Organträger eine Körperschaft, ist das „maßgebliche Einkommen“ nach § 8a Abs. 1 S. 2 KStG anzusetzen. In beiden Fällen ist die Ergebnisabführung bzw. die Verlustübernahme aus dem Gewinn bzw. dem Einkommen herauszurechnen und durch die Hinzurechnung des Einkommens der Organgesellschaft zu ersetzen (zur Einkommensermittlung bei dem Organträger § 14 KStG Rz. 291).

184b

Ist der Organträger eine Personengesellschaft oder eine natürliche Person, entsteht hierdurch ein systemwidriges Ungleichgewicht. Für den Organträger ist der „Gewinn“ zu ermitteln, für die Organgesellschaft aber das „Einkommen“. Zur Ermittlung des maßgeblichen Gewinns bei der Personengesellschaft bzw. der natürlichen Person

185

sind dabei „Gewinn“ (der Personengesellschaft bzw. der natürlichen Person) und „Einkommen“ (der Organgesellschaft) zusammenzurechnen. Nach dem Gesetz ist diese systemwidrige Zusammenrechnung zweier ungleichnamiger Werte unvermeidbar.

5.1.4 „Maßgeblicher Gewinn“ bei nachgeordneten Personengesellschaften

- 186** Ist eine Personengesellschaft eine „nachgeordnete Gesellschaft“ (Rz. 32), ist für sie trotzdem der „maßgebliche Gewinn“ (Rz. 174), nicht das „maßgebliche Einkommen“ zu ermitteln. Personengesellschaften haben kein Einkommen. Nach § 4h Abs. 2 S. 2 EStG gelten für nachgeordnete Gesellschaften zwar einige Vorschriften des § 8a KStG; in Bezug genommen werden aber nur § 8a Abs. 2, 3 KStG, nicht dagegen Abs. 1. Daher gilt für nachgeordnete Gesellschaften weiterhin § 4h Abs. 3 S. 1 EStG und damit der „maßgebliche Gewinn“. § 8a Abs. 1 S. 1, 2 KStG mit der Ersetzung des „maßgeblichen Gewinns“ durch das „maßgebliche Einkommen“ gilt für Personengesellschaften nicht.
- 187** Die nachgeordnete Personengesellschaft wird, trotz ihrer Stellung als nachgeordnet, für die Zinsschranke als eigenständiger Betrieb behandelt, d. h., sie hat einen eigenen „maßgeblichen Gewinn“. Dieser ist der Ermittlung der Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug nach den allgemeinen Regeln zugrunde zu legen. Da der Gewinn der nachgeordneten Personengesellschaft aufgrund der „Spiegelbildmethode“ auch in der Steuerbilanz der Körperschaft, die Gesellschafter ist, ausgewiesen wird, wird er bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage doppelt berücksichtigt (Rz. 67).

5.2 Definition der „Zinsaufwendungen und Zinserträge“

5.2.1 Zinsaufwendungen (§ 4h Abs. 3 S. 2 EStG)

5.2.1.1 Zinsaufwendungen als „Vergütungen für Fremdkapital“

- 188** § 8a KStG enthält keine eigenständige Regelung, für welche Leistungen der Körperschaft an die Darlehensgeber die Vorschrift gelten soll. Daher ist über die Verweisung in Abs. 1 S. 1 § 4h EStG anzuwenden.
- 188a** Sachlich erfasst die **Vorschrift** Zinsaufwendungen, die von der Körperschaft geleistet werden. Die Vorschrift ist **unsauber formuliert**. § 4h Abs. 1 EStG spricht von „Zinsaufwendungen“ und definiert diesen Begriff in Abs. 3 als „Vergütungen für Fremdkapital, die den maßgeblichen Gewinn gemindert haben“. § 8a KStG verwendet die Begriffe „Zinsaufwendungen“ und „Vergütungen für Fremdkapital“ in Abs. 2 und 3 ziemlich wahllos, ohne dass ein Grund für die Verwendung des einen oder des anderen Begriffs erkennbar wird. Diese Frage ist von Bedeutung, weil „Zinsaufwendungen“ nicht mit „Vergütungen für Fremdkapital“ identisch sein müssen. So sind Gewinnanteile des typischen stillen Gesellschafters keine Zinsen, wohl aber Vergütungen für Fremdkapital.
- 188b** Definiert wird der Begriff „Zinsaufwendungen“ in § 4h Abs. 3 S. 2 EStG als „Vergütungen für Fremdkapital“. Da „Vergütungen für Fremdkapital“ – wie ausgeführt – nicht dasselbe sein müssen wie „Zinsaufwendungen“, stellt sich die Frage, was das Gesetz unter „Zinsaufwendungen“ versteht. Da § 4h Abs. 3 S. 2 EStG, der über die

Verweisung in § 8 Abs. 1 KStG auch für Körperschaften gilt, eine Legaldefinition enthält, kann der Begriff „Zinsaufwendungen“ für die Zinsschranke von dem sonst üblichen Verständnis der „Zinsaufwendungen“ abweichen. Das Gesetz verwendet dann einen **nur für die Zinsschranke geltenden Begriff „Zinsaufwendungen“**, dessen Inhalt und Umfang durch § 4h Abs. 3 S. 2 EStG bestimmt werden. Damit ist der Ausdruck **„Vergütungen für Fremdkapital“** maßgebend; Zinsaufwendungen im Rahmen des § 8a KStG sind damit alle Aufwendungen, die Vergütungen für Fremdkapital darstellen.

Es muss sich um Vergütungen für „Fremdkapital“ handeln. Fremdkapital steht im Gegensatz zu Eigenkapital. Eigenkapital ist Kapital, das, wenigstens im Grundsätzlichen, zum Zweck der Erreichung des Gesellschaftszwecks gegeben wird („Beitrag“); zwischen Eigenkapitalgeber und Kapitalgesellschaft besteht also eine „Zweckgemeinschaft“, die auf Erreichung des Gesellschaftszwecks gerichtet ist. Bei Fremdkapital besteht kein gemeinsamer Zweck; es werden vielmehr gegensätzliche Zwecke verfolgt. Der Fremdkapitalgeber erstrebt eine möglichst hohe Verzinsung, der Fremdkapitalnehmer dagegen eine möglichst niedrige Verzinsung. Während Eigenkapital der Kapitalgesellschaft auf Dauer von den Anteilseignern zur Verfügung gestellt wird, steht Fremdkapital der Kapitalgesellschaft grundsätzlich nur auf Zeit, wenn auch u. U. langfristig, zur Verfügung. Fremdkapital ist daher dadurch gekennzeichnet, dass in irgendeiner Form ein **Rückzahlungsanspruch** besteht (BT-Drs. 16/4841, 49), während dies bei Eigenkapital ohne Beschluss der Kapitalgesellschaft (z. B. Kapitalherabsetzungsbeschluss) nicht der Fall ist. Das Fremdkapital vermittelt eine **Gläubigerstellung**, die grundsätzlich, z. B. im Insolvenzverfahren, vor der Stellung des Anteilseigners rangiert. „Fremdkapital“ ist daher jedes Kapital, das in der Steuerbilanz als Verbindlichkeit einschließlich Rückstellungen zu passivieren ist. Auf die Behandlung in der Handelsbilanz kommt es nicht an, allerdings dürfte insoweit auch kein Unterschied bestehen, da handelsrechtlich auch Quasi-Eigenkapital (kapitalersetzende Darlehen) Fremdkapital ist. Ein Unterschied dürfte nur insoweit bestehen, als bestimmte Genussrechte steuerlich wie Eigenkapital behandelt werden (beteiligungähnliche Genussrechte), handelsrechtlich aber Fremdkapital bleiben (Rz. 143).

Kein Unterscheidungsmerkmal von Eigen- und Fremdkapital ist die Form der geschuldeten Vergütung. Zwar ist die Vergütung für Eigenkapital regelmäßig erfolgs-, die für Fremdkapital nicht erfolgsabhängig; doch gibt es auch erfolgsabhängige Vergütungen für Fremdkapital (z. B. partiarische Darlehen) und nicht erfolgsabhängige Vergütungen für Eigenkapital (z. B. garantierte Dividende für Minderheitsgesellschafter).

Fremdkapital i. S. d. § 8a Abs. 1 KStG ist danach jedes zugeführte Kapital, das nach steuerlichen Kriterien nicht zum Eigenkapital gehört (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 11; zu Sachkapital Rz. 195). Es wird gebildet aus Darlehen, partiarischen Darlehen, typischen stillen Beteiligungen, Gewinnschuldverschreibungen, nicht beteiligungsähnlichem Genussrechtskapital sowie kapitalersetzenden Darlehen. Da es auf die steuerliche Einordnung als Fremdkapital

189

190

190a

ankommt, zählt bei Banken auch dem haftenden Eigenkapital zuzurechnendes Fremdkapital zu dem Fremdkapital i. S. d. Zinsschranke (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 13).

- 190b** Kein Fremdkapital bilden Nennkapital, Kapital- und Gewinnrücklagen, Gewinnvortrag, beteiligungsähnliche Genussrechte (deren Vergütungen nach § 8 Abs. 3 S. 2 KStG als Gewinnausschüttung behandelt werden, § 8 KStG Rz. 122ff.) und mitunternehmerische Beteiligungen an der Kapitalgesellschaft, etwa atypische stille Beteiligungen. Dividenden und andere Gewinnausschüttungen, auch verdeckte Gewinnausschüttungen, und Auskehrungen auf beteiligungsähnliche Genussrechte sind daher keine Zinsen i. S. d. Zinsschranke.
- 191** Kein Fremdkapital sind **Forderungen**, die **gegen Besserungsabrede** erlassen worden sind. Durch den auflösend bedingten Verzicht sind die Forderungen erloschen. Tritt der Besserungsfall ein, entsteht ab diesem Zeitpunkt wieder Fremdkapital. Werden aufgrund der Besserungsvereinbarung auch für die zurückliegende Zeit Zinsen gezahlt, sind diese für Zwecke des § 8a KStG der Zeit ab Wiederaufleben der Schuldverpflichtung zuzurechnen. Das Wiederentstehen der Schuldverpflichtung hat nur schuldrechtliche, keine steuerrechtliche Rückwirkung. Die Zinsen sind daher dem Wirtschaftsjahr des Eintretens des Besserungsfalls zuzurechnen.
- 192** Nach § 4h Abs. 1 S. 1 EStG gilt die Zinsschranke für „Zinsaufwendungen“. Zinsaufwendungen sind alle Leistungen der Körperschaft, die zivilrechtlich Entgelt für die Überlassung von Fremdkapital und dem Grunde nach Betriebsausgaben sind. Erfasst werden damit nur Vergütungen für das Fremdkapital, nicht dagegen Wertveränderungen des Fremdkapitals selbst. Diese liegen in der Vermögensebene und stellen keine „Vergütungen“ dar.
- 192a** Die Zinsaufwendungen müssen an den Gläubiger des Fremdkapitals geleistet werden (*Häuselmann*, FR 2009, 506); Zahlungen an Dritte sind keine „Zinsaufwendungen“, sondern Zahlungen aus einem von dem Darlehensverhältnis getrennten Vertragsverhältnis. Zahlungen an Dritte können nur Zinsaufwendungen sein, wenn sie im Wege des abgekürzten Zahlungswegs auf Rechnung des Darlehensgebers an den Dritten gezahlt werden.
- 192b** Kein Zinsaufwand liegt vor, wenn der Gläubiger die Forderung zu einem Preis unter dem Nennwert abtritt. Zinsaufwand kann sich nur aus dem Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger ergeben, nicht aus dem Verhältnis des alten Gläubigers zu dem neuen Gläubiger.
- 192c** Nach § 4h Abs. 3 S. 2 EStG müssen die Zinsaufwendungen den maßgeblichen Gewinn (d. h. für Körperschaften: das maßgebliche Einkommen; Rz. 179) gemindert haben. Zinsaufwendungen, die bereits nach anderen Vorschriften bei der Ermittlung des Einkommens, z. B. als verdeckte Gewinnausschüttung oder nach § 4 Abs. 5 Nr. 8a EStG (Hinterziehungszinsen), hinzugerechnet worden sind, sind daher keine „Zinsaufwendungen“ i. d. S. (Rz. 15). Ebenfalls keine Zinsaufwendungen i. S. d. Zinsschranke sind Zinsen, die nicht das „maßgebliche Einkommen“ gemindert haben, weil sie ausländischen Einkünften zuzuordnen sind, für die im Inland die Freistellungsmethode gilt. Soweit eine Doppelbesteuerung durch die Anrechnungsmethode

zu vermeiden ist, sind die Zinsaufwendungen aber einzubeziehen, da sie dann das „maßgebliche“, d. h. das im Inland steuerpflichtige Einkommen gemindert haben.

Nach der Systematik muss das maßgebliche Einkommen desjenigen Steuerpflichtigen gemindert werden, der das Fremdkapital aufgenommen hat. Die Minderung irgendeines anderen Gewinns bzw. Einkommens genügt nicht (zur Bedeutung Rz. 195d).

192d

Das Gesetz unterscheidet, anders als § 8a KStG a. F., nicht zwischen Zinsaufwendungen für kurzfristige und für längerfristige Darlehen. Daher fallen auch Zinsaufwendungen für kurzfristiges Fremdkapital (Zinsen für Kontokorrentkredite; Lieferantenkredite; Zinsen für verlängerte Zahlungsziele; Säumniszinsen) unter die Regelung (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Tz. 12). Es muss sich aber um „Vergütungen für Fremdkapital“ handeln (§ 4h Abs. 3 S. 2 EStG). Zinsen, die nicht i. d. S. „für“ Fremdkapital gezahlt werden, fallen daher nicht unter diese Vorschrift, selbst wenn sie den Vorteil aus einer verspäteten Zahlung abgelten sollen. Nicht unter die Regelung fallen daher die Zinsen nach den §§ 233ff. AO (Steuer-, Aussetzungs-, Hinterziehungszinsen) und besondere Zuschläge, wie Säumniszuschläge; diese Aufwendungen dürfen nach § 10 Nr. 2 KStG das maßgebliche Einkommen nicht mindern und werden daher nach § 4h Abs. 3 S. 3 EStG aus dem Zinsbegriff ausgegrenzt. Ebenfalls nicht unter die Vorschrift fallen Zinselemente in Raten bei Ratenzahlungen (a. A. *Häuselmann*, FR 2009, 506, 511). Diese sind auch anteilig keine Zinsen, selbst wenn sie wirtschaftlich (teilweise) Zinscharakter haben. Ebenfalls keinen Zinscharakter haben Boni und Rabatte. Bereitstellungszinsen fallen nicht unter die Regelung, da sie keine Vergütung für eine Kapitalüberlassung sind. Zinsswapaufwendungen sind keine Zinsen, da sie nicht auf dem Darlehensvertrag, sondern auf einem besonderen Rechtsverhältnis beruhen (*Schmidt-Fehrenbacher*, Ubg 2008, 469, 471; *Häuselmann*, FR 2009, 509, 513). Gleiches gilt für Zinsoptionen, Zinsbegrenzungsvereinbarungen und Zinstermingeschäfte (*Häuselmann*, FR 2009, 509, 513). Währungskursverluste sind keine Vergütungen für die Überlassung des Fremdkapitals und bilden daher keine Zinsaufwendungen.

193

Zinsaufwendungen sind bei der Abwicklung einer verdeckten Gewinnausschüttung zu korrigieren. Gewährt die Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft ein zu hoch verzinsliches Darlehen, ist der den Marktzins übersteigende Betrag begrifflich eine Gewinnausschüttung, kein Zinsaufwand. Außerdem hat diese überhöhte Zahlung durch die Hinzurechnung als verdeckte Gewinnausschüttung das maßgebliche Einkommen nicht gemindert. Das gilt jedoch nicht, wenn die Korrektur nach § 1 AStG erfolgt. Hat die Muttergesellschaft der Tochtergesellschaft ein zu niedrig bzw. nicht verzinsliches Darlehen gegeben, erfolgt die Korrektur nicht über einen fiktiven Zins, sondern nur bei der Muttergesellschaft; die Tochtergesellschaft wird hiervon nicht berührt. Daher kann auch kein Zinsaufwand vorliegen.

193a

Werden die Vergütungen für die Überlassung von Fremdkapital gezahlt, ist ihre Form für die Anwendung der Zinsschranke ohne Bedeutung. Vergütungen für Fremdkapital sind alle Leistungen des Schuldners an den Gläubiger, die Zinscharakter haben. Die Vergütungen müssen daher nicht in einem Prozentsatz des überlassenen Ka-

194

pitals bestehen; sie können auch gewinn- oder umsatzabhängig sein oder auf einer sonstigen Grundlage berechnet werden. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten richtet es sich nach deutschem Steuerrecht, ob Zinsaufwendungen in diesem Sinne vorliegen. Das gilt auch, soweit es auf von ausländischen Rechtsträgern gezahlte Zinsen ankommt (z. B. bei der Frage der schädlichen Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Rahmen der Escape-Klausel). Das gilt auch, wenn die Aufwendungen nach dem einschlägigen DBA dem Dividendenartikel unterfallen. Auch in diesem Fall handelt es sich für Zwecke der Zinsschranke um Zinsaufwendungen.

- 194a** Neben Zinsen mit einem festen oder variablen Zinssatz fallen daher auch Vergütungen für ein partiarisches Darlehen, für eine typische stille Gesellschaft und für darlehensähnliche Genussrechte unter die Vorschrift. Gleiches gilt für eine Umsatzbeteiligung des Fremdkapitalgebers. Vergütungen mit Zinscharakter, die unter die Vorschrift fallen, sind etwa Damnum, Disagio, Provisionen und Gebühren, die an den Fremdkapitalgeber gezahlt werden (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 15). Vorfälligkeitsentschädigungen haben ebenfalls Zinscharakter; sie werden als Ersatz für entgehende Zinsen gezahlt (insoweit zu Unrecht a. A. Köhler/Hahne, DStR 2008, 1505, 1508; Häuselmann, FR 2009, 506, 508f).
- 194b** Keine Zinsen sind Kurssicherungskosten; es ist daher möglich, niedrige Zinsen eines Fremdwährungsdarlehens mit höheren Kurssicherungskosten zu kombinieren. Ebenfalls keine Vergütungen für Fremdkapital sind Beratungskosten und Provisionen, die an Dritte (Finanzierungsberater) gezahlt werden, da nur Zahlungen an den Darlehensgeber Zinscharakter haben.
- 194c** Vergütungen für eine atypische stille Beteiligung sind Gewinnanteile aus einer Mitunternehmenschaft und daher für den Tätigen keine Zinsaufwendungen. Verlustzuweisungen bei der typischen stillen Gesellschaft sind aber umgekehrt keine Zinsaufwendungen bei dem Stillen.
- 194d** Ebenfalls keine Zinsaufwendungen sind Erbauzinsen; sie sind das Nutzungsentgelt für ein Grundstück (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 21).
- 194e** Werden Zinsen zulässigerweise als Herstellungskosten eines Wirtschaftsguts aktiviert („Bauzeitinsen“, § 255 Abs. 3 S. 2 HGB), handelt es sich bei den daraus resultierenden Abschreibungsbeträgen nicht mehr um Zinsaufwendungen; diese Abschreibungen unterliegen daher nicht der Zinsschranke (BFH v. 30.4.2003, I R 19/02, BStBl II 2004, 192, BFH/NV 2003, 1269; BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 20). Bei dem Darlehensgläubiger handelt es sich aber um Zinserträge.
- 194f** Nach Verwaltungsauffassung (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 94) sollen Vergütungen für Darlehen aus öffentlichen Haushalten bzw. von bestimmten steuerbefreiten Körperschaften nicht unter die Zinsschranke fallen. Genannt werden Förderdarlehen, öffentliche und nicht öffentliche Baudarlehen, Wohnungsfürsorgemittel und Mittel, die mit Auflagen (z. B. Mietpreisbindung) verbunden sind. Zu rechtfertigen ist diese Regelung nur als sachliche Billigkeitsregelung nach § 163 AO.

Das überlassene Kapital muss Geldkapital sein (ebenso BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 11). Das ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Vorschrift, wohl aber aus dem Gesetzeszweck und dem Gesamtzusammenhang, in dem § 8a KStG steht. Vergütungen für die Überlassung von Sachkapital fallen daher nicht unter die Vorschrift (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 23). Der Gesetzgeber ist nicht den Weg gegangen, aus diesen Nutzungsvergütungen entsprechend § 8 Nr. 1 GewStG einen Zinsanteil herauszurechnen und im Rahmen der Zinsschranke zu erfassen. Nicht anwendbar ist die Regelung daher auf **Miet- und Pachtzinsen**, auf Vergütungen für **Wertpapierdarlehen** und **Lizenzzahlungen**.

195

Unter Geldkapital fallen auch verbrieft **Schuldverschreibungen**. Es handelt sich sowohl handels- als auch steuerrechtlich um Gelddarlehen, nicht um einen Wertpapierkauf. Die Ausgabe einer Schuldverschreibung führt zu Fremdkapital in Höhe des Nennbetrags. Dies ist ein Darlehensbetrag, der nur auf Zeit überlassen wird. Die Vergütung für die Schuldverschreibung fällt also unter die Zinsschranke, unabhängig davon, ob sie fest oder gewinnabhängig ist. Daher bilden auch **Wandel- und Optionsanleihen** Fremdkapital i. d. S., Wandelanleihen jedoch nur solange, wie das Wandlungsrecht nicht ausgeübt worden ist.

195a

Leasingvergütungen fallen nicht unter die Vorschrift, wenn das Leasinggut dem Leasinggeber zuzurechnen ist. Leasing ist keine Überlassung von Fremdkapital, die Leasingraten sind dementsprechend keine Vergütungen für Fremdkapital. Wird das Leasinggut dagegen dem Leasingnehmer zugerechnet, hat dieser den Leasinggegenstand mit den Anschaffungs- oder Herstellungskosten zu aktivieren. In entsprechender Höhe hat er eine Verbindlichkeit zu passivieren; diese bildet Fremdkapital i. S. d. § 4h Abs. 3 EStG. Die Leasingrate ist in einen Zins-, einen Kosten- und einen Tilgungsanteil aufzuspalten und steuerlich entsprechend der Natur der Teil-Leasingraten zu behandeln (*Frotscher*, EStG, § 4 EStG Rz. 275). Der Zinsanteil ist daher Zinsaufwand und fällt unter die Zinsschranke (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 25).

195b

Diese Regelung führt zu unbilligen Ergebnissen, wenn der Leasinggegenstand dem Leasinggeber zuzurechnen ist. Dieser wird Zinsaufwand aus der Finanzierung der Anschaffung oder Herstellung des Leasinggegenstands haben, seine Einnahmen bestehen aber aus Leasingraten, also nicht aus Zinserträgen, obwohl insoweit wirtschaftlich eine Abhängigkeit der Zinsaufwendungen von den Leasingeinnahmen gegeben ist. Die Finanzverwaltung (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 26) räumt insoweit eine Billigkeitsregelung für Finanzierungsleasing über Immobilien ein. Wenn das Leasinggut bei diesen Leasingverhältnissen dem Leasinggeber zuzurechnen ist und dieser dem zuständigen Finanzamt nachweist, dass die Leasingraten während der Grundmietzeit zusätzlich des Erlöses eines von Anfang an vereinbarten Optionsrechts die Anschaffungs- oder Herstellungskosten, die Finanzierungskosten und alle Nebenkosten decken, können Zinserträge aus den Leasingraten herausgerechnet und im Rahmen der Zinsschranke als Zinserträge angesetzt werden. Der Leasinggeber muss allerdings die Zinsanteile gegenüber dem Lea-

195c

singnehmer offen ausweisen. Der Leasingnehmer muss gegenüber dem für ihn zuständigen Finanzamt schriftlich und unwiderruflich erklären, dass er die Zinsanteile im Rahmen der Zinsschranke als Zinsaufwendungen behandeln wird. Es erfolgt somit eine korrespondierende Erfassung der Zinserträge und der Zinsaufwendungen im Rahmen der Zinsschranke.

- 195d** Gedanklich setzt diese Billigkeitsregelung voraus, dass der Leasingnehmer im Inland ansässig ist; nur dann kann er die Erklärung gegenüber dem Finanzamt abgeben, und nur dann besteht auch ein deutsches Besteuerungsinteresse hieran. Ist der Leasingnehmer im Ausland ansässig, ist m. E. die Billigkeitsregelung auf den (inländischen) Leasinggeber anzuwenden, ohne dass es der entsprechenden Erklärung des Leasingnehmers bedarf. Andernfalls könnte zumindest bei grenzüberschreitenden Leasingverhältnissen in der EU ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten vorliegen (*Fischer/Wagner*, BB 2008, 1922, 1974).
- 195e** Für Leasingverträge, die bis zum 25.5.2007 abgeschlossen worden sind, ist diese Regelung bis zur ersten Änderungsmöglichkeit des Vertrags auch dann anwendbar, wenn keine korrespondierende Behandlung bei dem Leasingnehmer erfolgt.
- 195f** Ebenfalls keine Überlassung von Fremdkapital ist echtes **Factoring/Forfaitierung** (endgültiger Verkauf von Forderungen). Aus Billigkeitsgründen lässt es die Finanzverwaltung aber zu, den Vorgang auf einvernehmlichen schriftlichen Antrag von Zedent und Zessionar als Überlassung von Fremdkapital zu behandeln. Die Differenz zwischen dem Nennwert der Forderung und dem Verkaufspreis ist bei dem Verkäufer Zinsaufwand, bei dem Käufer Zinsertrag. Entgelte für die Übernahme von Risiken und Kosten sind jedoch keine Zinsaufwendungen beim Zedenten und keine Zinserträge beim Zessionar, allerdings ist insoweit ein gesonderter Ausweis in der Rechnung des Zessionars erforderlich. Die Bilanzierung erfolgt weiterhin als Forderungsverkauf (zu Einzelheiten zur Antragstellung und steuerlichen Behandlung BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 14, 32–34).
- 195g** Dagegen stellt unechtes Factoring/Forfaitierung, bei dem das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bei dem Zedenten verbleibt, eine Darlehensgewährung gegen sicherungsweise Abtretung der Forderungen dar und begründet daher Fremdkapital; die Vergütungen hierfür fallen unter die Zinsschranke. Der Zinsanteil wird durch die Differenz zwischen dem Nennwert der Forderungen und dem Entgelt für die Übertragung der Forderungen ermittelt. In dieser Höhe haben der Zedent und der Zessionar Rechnungsabgrenzungsposten zu bilden und über die Laufzeit der Vereinbarung zeitanteilig aufzulösen, bei ratenweiser Tilgung nach der Zinsstaffelmethode. Die Auflösungsbeträge stellen Zinsaufwand bei dem Zedenten und Zinsertrag bei dem Zessionar dar. Entgelte für die Übernahme von Risiken und Kosten sind jedoch keine Zinsaufwendungen beim Zedenten und keine Zinserträge beim Zessionar, allerdings ist insoweit ein gesonderter Ausweis in der Rechnung des Zessionars erforderlich (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 14, 30). Entsprechende Grundsätze wie für echtes und unechtes Factoring (einschließlich der Billigkeitsregelung für echtes Factoring) gelten auch für sonstige Abtretungen von

Forderungen. Dabei ist der Rechtsgrund der abgetretenen Forderung ohne Bedeutung. Auch die Abtretung von Forderungen aus der Überlassung von Sachkapital kann daher unter die Zinsschranke fallen (zu Einzelheiten mit Berechnungsbeispielen BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 35–39).

Leistungen aufgrund von Deckungsrückstellungen oder Rückstellungen für Beitragsrückerstattungen bei Versicherungsunternehmen (§§ 21, 21a KStG) sind keine Vergütungen für Fremdkapital, sie sind daher nicht in die Zinsschranke einzubeziehen (BT-Drs. 16/4841, 49). Auch Auf- oder Abzinsungsbeträge bei Rückstellungen fallen nicht unter den Zinsbegriff (*Rödler/Stangl*, DB 2007, 479; BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718 Tz. 22).

195h

Gibt eine konzernangehörige Gesellschaft einer Schwestergesellschaft ein unverzinsliches Darlehen, führt die Unverzinslichkeit zu einer verdeckten Gewinnausschüttung an die gemeinsame Muttergesellschaft. Bei der Muttergesellschaft ist die verdeckte Gewinnausschüttung zu erfassen (wenn es sich um eine Körperschaft handelt, nach § 8b Abs. 1, 5 KStG), gleichzeitig tritt aber ein „Verbrauch“ des Vorteils ein, d. h. sie hat Betriebsausgaben in gleicher Höhe (fiktive Zinszahlungen; Anh. vGA zu § 8 KStG Rz. 238, 243). Damit wird die Frage aufgeworfen, ob diese fiktiven Zinszahlungen bei der Muttergesellschaft „Zinsen“ i. S. d. § 4h Abs. 3 S. 2 EStG sind (hierzu *Pung*, Ubg 2008, 254, 256). Nimmt man bei der Muttergesellschaft Zinsaufwendungen an, müssen in diesem Dreiecksverhältnis auch entsprechende Zinseinnahmen angesetzt werden, da sich Zinseinnahmen und Zinsaufwendungen nach den Definitionen des § 4h Abs. 3 S. 2 EStG entsprechen. Zinseinnahmen können nur bei der die verdeckte Gewinnausschüttung leistenden Gesellschaft vorliegen. Es müsste also die Konstruktion vertreten werden, dass die darlehensgewährende Gesellschaft Zinseinnahmen (von der Muttergesellschaft oder der Schwestergesellschaft) erhalten und an die Muttergesellschaft als verdeckte Gewinnausschüttung weitergeleitet hat. Dies wäre jedoch eine Fiktion, die steuerlich nicht zugrunde gelegt werden kann. Der Vorteilsverbrauch bei der Muttergesellschaft wird zwar wie Zinsaufwand behandelt, das bedeutet aber nicht, dass es sich auch i. S. d. Zinsschranke um Zinsaufwand handelt. Zinsaufwendungen sind in § 4h Abs. 3 S. 2 EStG definiert als „Vergütungen für Fremdkapital, die den maßgeblichen Gewinn gemindert haben“. Das bedeutet, dass Fremdkapital bei dem Steuerpflichtigen vorliegen muss, bei dem der maßgebliche Gewinn (das maßgebliche Einkommen) gemindert worden ist (Rz. 192). Die Muttergesellschaft hat aber kein „Fremdkapital“ aufgenommen; bei ihr wird lediglich das maßgebliche Einkommen wie bei Zinsaufwendungen gemindert. Das allein, ohne die Aufnahme von Fremdkapital, genügt zur Anwendung der Zinsschranke nicht.

195i

Fremdkapital hat nur die konzernangehörige Gesellschaft aufgenommen, die das zinslose Darlehen erhalten hat. Nach der Theorie von der Abwicklung der verdeckten Gewinnausschüttung im Dreiecksverhältnis wird bei ihr aber das maßgebende Einkommen nicht um Zinsaufwendungen gemindert. Bei ihr ist daher das Merkmal der Aufnahme von Fremdkapital erfüllt, nicht aber das der „Minderung des maßgeblichen Einkommens“. Auch bei dieser Gesellschaft ist daher die Zinsschranke nicht anwendbar. Daraus folgt, dass auch bei der das Darlehen gewährenden Gesellschaft kein Zins-

195j

ertrag zugeordnet werden kann. Die Abwicklung einer verdeckten Gewinnausschüttung im Dreiecksverhältnis führt daher nicht zusätzlich zum Eingreifen der Zinsschranke.

5.2.1.2 Sondervergütungen, Sonderbetriebsausgaben II und Zinszahlungen des Gesellschafters bei nachgeschalteten Personengesellschaften

- 196** Unklar kann sein, wem Zinsaufwendungen zuzuordnen sind, wenn der Gesellschafter einer Personengesellschaft Zinsen als Sondervergütungen von der Personengesellschaft erhält oder wenn er die Beteiligung an der Personengesellschaft mit Kredit finanziert hat, die Verbindlichkeiten und die Kreditzinsen daher als Sonderbetriebsvermögen II einzuordnen sind.
- 196a** **Sondervergütungen sind nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG** Bestandteil des Gewinns der Mitunternehmerschaft, d. h., sie werden steuerlich nicht als Zinsaufwand, sondern als Gewinnanteil behandelt. Da sich die Begriffe „maßgeblicher Gewinn“ bei der Personengesellschaft bzw. „maßgebliches Einkommen“ bei dem Gesellschafter nach steuerlichen Vorschriften richten (Rz. 175), bedeutet dies, dass die Sondervergütungen zum „maßgeblichen Gewinn“ der Personengesellschaft gehören, dort also keinen Zinsaufwand (sondern Gewinn) bilden, und dass sie bei dem Gesellschafter ebenfalls als Gewinn aus der Mitunternehmerschaft einzuordnen sind, nicht als Zinsertrag.
- 196b** Nach Verwaltungsmeinung (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 19) soll das nur für Zinsen gelten, die im Inland steuerpflichtig sind. Das hat Bedeutung für beschränkt steuerpflichtige Körperschaften, die an einer inländischen Personengesellschaft beteiligt sind und diese mit Darlehen finanzieren. Nach der neueren Rechtsprechung (*Frotscher*, EStG, § 49 EStG Rz. 28ff.) sind auf solche Zinsen bei Bestehen eines DBA nicht die Vorschriften über Unternehmergewinne, sondern diejenigen über Zinsen anzuwenden. Infolgedessen werden diese Zinsen nicht in Deutschland, sondern im Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters besteuert. Laut BMF soll es sich dann bei der inländischen Personengesellschaft um Zinsaufwendungen, bei dem ausländischen Gesellschafter um Zinserträge handeln, obwohl nach der deutschen Qualifikation Sondervergütungen, und damit gewerbliche Gewinne vorliegen. M. E. ist das im Ergebnis richtig, weil „Zinsaufwendungen“ nach der Definition des § 4h Abs. 3 S. 2 EStG alle Aufwendungen für Fremdkapital sind, die den maßgeblichen Gewinn gemindert haben. Wenn das Besteuerungsrecht für die Sondervergütungen nicht der Bundesrepublik zusteht, mindern sie den maßgeblichen, d. h. in Deutschland steuerpflichtigen Gewinn und stellen dann nach der genannten Definition Zinsaufwendungen dar.
- 197** **Sonderbetriebsausgaben II in Form von Zinsen** sind m. E. ebenfalls der Mitunternehmerschaft als Zinsaufwand, nicht dem Gesellschafter, zuzuordnen (ebenso *Wagner/Fischer*, BB 2007, 1811; BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 19). § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) S. 7 EStG bestimmt, dass Sonderbetriebsvermögen (und damit auch negatives Sonderbetriebsvermögen II) der Mitunternehmerschaft zuzuordnen ist. Diese Regelung gilt allerdings unmittelbar nur für den Eigenkapitalvergleich, nicht für die Frage, wem die Zinsen für die Berechnung der Abzugsfähigkeit als Sonderbetriebsausgaben II steuerlich zuzuordnen sind. Die

Antwort ergibt sich aus der Definition des § 4h Abs. 3 EStG für den „maßgeblichen Gewinn“ bzw. des § 8a Abs. 1 S. 2 KStG für das „maßgebliche Einkommen“. Diese Begriffe richten sich nach den steuerlichen Vorschriften, d. h. maßgebend ist, wem die Zinsaufwendungen steuerlich zuzuordnen sind. Steuerlich sind Sonderbetriebsausgaben II der Mitunternehmerschaft (Personengesellschaft) zuzuordnen, d. h., der Zinsaufwand ist als Zinsaufwand im Rahmen der Gewinnermittlung der Personengesellschaft und damit bei ihr für die Ermittlung der nicht abzugsfähigen Zinsen anzusetzen. Dies ist systematisch richtig, da Sonderbetriebsausgaben den Gewinn der Mitunternehmerschaft, nicht den des Gesellschafters, mindern.

Dagegen handelt es sich bei **Zinsen, die der Gesellschafter für ein Darlehen an die Personengesellschaft zahlt**, um Zinsaufwand des Gesellschafters und um Zinserträge der Personengesellschaft. Insoweit werden die Zinsaufwendungen, anders als bei Zinszahlungen der Personengesellschaft an den Gesellschafter, steuerlich nicht umqualifiziert. Bei dem Gesellschafter unterliegen diese Zinsaufwendungen also der Zinsschranke. Bei der Personengesellschaft können diese Zinserträge gegen Zinsaufwendungen verrechnet werden und vermindern damit den Saldo der Zinsaufwendungen, die der Zinsschranke unterliegen. **198**

5.2.2 Zinserträge (§ 4h Abs. 3 S. 3 EStG)

Zinserträge sind nach § 4h Abs. 3 S. 3 EStG Erträge aus Kapitalforderungen jeder Art, die den maßgeblichen Gewinn (das maßgebliche Einkommen) erhöht haben. Es gilt damit eine den Zinsaufwendungen weitgehend entsprechende Definition; im Einzelfall können jedoch Differenzen auftreten, da die Begriffe „Zinsaufwendungen“ und „Zinserträge“ im Gesetz nicht notwendig korrespondieren. **199**

„Zinserträge“ sind bei dem Gläubiger der Kapitalforderung alle Erträge, die bei dem Schuldner „Zinsaufwendungen“ sind (s. daher Rz. 188ff.). Gewinnanteile bei typischer stiller Gesellschaft haben bei dem Geschäftsherrn zwar Zinscharakter und sind bei dem Stillen Zinserträge; dies gilt aber umgekehrt nicht für Verlustzuweisungen. Dem Stillen zugeordnete Verluste haben bei dem Geschäftsherrn nicht den Charakter von Zinserträgen, bei dem Stillen nicht den von Zinsaufwendungen (*Häuselmann*, FR 2009, 506, 512). **199a**

Ebenfalls als Zinserträge i. S. d. § 4h EStG, § 8a KStG gelten ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge aus Investmentvermögen, die aus Zinserträgen i. S. d. § 4h Abs. 3 S. 3 EStG stammen (§ 2 Abs. 2a InvStG, eingefügt durch Gesetz v. 20.12.2007, BStBl I 2008, 218). **199b**

Zinserträge liegen nur vor, wenn sie von dem Schuldner an den Gläubiger gezahlt werden; Zinszuschüsse Dritter sind keine Zinserträge. Ebenfalls kein Zinsertrag ergibt sich bei einem Erwerb einer Forderung unter dem Nennwert; die Rechtsgrundlage dieses Ertrags liegt in dem Abtretungsvertrag zwischen altem und neuem Gläubiger, nicht in dem Darlehensverhältnis (*Häuselmann*, FR 2009, 506, 508). **199c**

Im Rahmen der Zinsschranke werden die „Erträge“ erfasst, nicht die Einkünfte aus Zinsen. Die Zinserträge werden also durch Refinanzierungskosten, Kurssicherungs- **199d**

kosten, Kapitalertragsteuer und ausländische Quellensteuer nicht gemindert (*Häuselmann*, FR 2009, 506).

- 199e** Fraglich ist, ob steuerliche Erstattungsinsen „Zinserträge“ in diesem Sinne sind. Sie haben, anders als Nachzahlungsinsen auf Steuerforderungen, das maßgebliche Einkommen erhöht. Trotzdem sollten sie nicht als Zinserträge erfasst werden, da Rückzahlungsansprüche aus überzahlten Steuern nicht als „Kapitalforderungen“ eingeordnet werden sollten (a. A. *Schmidt-Fehrenbacher*, Ubg 2008, 469, 472).
- 199f** Veräußert der Gläubiger eine Zinsforderung, realisiert er damit den Zinsertrag (wenn er ihn nicht bilanziell schon vorher zu realisieren hatte). Das gilt auch für Stückzinsen; hierbei handelt es sich daher um einen Zinsertrag (*Häuselmann*, Ubg 2009, 225, 226f).
- 199g** Zinserträge können durch die Auswirkungen von verdeckten Gewinnausschüttungen zu korrigieren sein. Gibt die Muttergesellschaft der Tochtergesellschaft ein Darlehen zu einem überhöhten Zinssatz, stellt der überhöhte Teil bei ihr eine Gewinnausschüttung, kein Zinsertrag dar. Das gilt jedoch nicht, wenn eine Korrektur nach § 1 AStG zu erfolgen hat. Gibt die Muttergesellschaft der (ausländischen) Tochtergesellschaft ein unverzinsliches oder zu niedrig verzinsliches Darlehen, hat eine Korrektur nach § 1 AStG zu erfolgen. Der Berichtigungsbetrag ist lediglich eine steuerrechtliche Korrektur und hat keinen Zinscharakter, schon deswegen nicht, weil er von dem Darlehensnehmer nicht aufgewandt wird. Der Berichtigungsbetrag ist daher kein Zinsertrag.
- 199h** Zinserträge, die im Inland nicht steuerpflichtig sind, weil sie ausländische Einkünfte darstellen, für die die Freistellungsmethode gilt, sind nicht einzubeziehen, da sie das „maßgebliche Einkommen“ nicht erhöht haben (Rz. 192).
- 199i** Probleme kann diese Regelung bei **Finanzierungsgesellschaften** hervorrufen, die für die Finanzierung Darlehen aufnehmen, also Zinsaufwendungen haben, während die Einnahmen nicht als „Zinserträge“ i. d. S. einzuordnen sind. Das ist z. B. bei Leasingunternehmen der Fall, wenn das Leasinggut steuerlich dem Leasinggeber (der Finanzierungsgesellschaft) zugeordnet wird. Wenn sie Zinsaufwendungen für den Erwerb des Leasingguts haben, können diese unter die Abzugsbeschränkung der Zinsschranke fallen, weil die Leasingraten keine „Zinserträge“ sind, wenn das Leasinggut dem Leasinggeber zugerechnet wird (Rz. 195), also nicht gegen die Zinsaufwendungen verrechnet werden können. Ist das Leasinggut dagegen dem Leasingnehmer zuzurechnen, ist ein Teil der Leasingraten als „Zinserträge“ zu qualifizieren, ebenso wie bei dem Leasingnehmer als „Zinsaufwendungen“ (Rz. 195).

5.2.3 Auf- und Abzinsungsbeträge (§ 4h Abs. 3 S. 4 EStG)

- 200** Schließlich gehören zu den Zinsaufwendungen und -erträgen die Aufzinsungsaufwendungen des Schuldners bzw. die entsprechenden Erträge des Gläubigers bei niedrig- oder unverzinslichen Forderungen bzw. Verbindlichkeiten. Dies gilt auch für Nullcouponanleihen und ähnliche Finanzinstrumente (§ 4h Abs. 3 S. 4 EStG). Aufzinsungsaufwand entsteht bei dem Schuldner, wenn eine niedrig- oder unverzinsliche Anleihe unter dem Nennbetrag ausgegeben und zum Nennbetrag zurückgezahlt wird.

Bei dem Gläubiger entsteht ein entsprechender Aufzinsungsertrag. Die Differenz zwischen Ausgabe- und Nennbetrag stellt die Verzinsung dar, die bilanzmäßig entsprechend der Laufzeit abzugrenzen ist und als „Zinsaufwand“ oder „Zinsertrag“ unter die Zinsschranke fällt (hierzu sowie zu Berechnungsbeispielen BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 27).

Entsprechendes gilt, wenn ein Darlehen zum Nennwert aufgenommen und zu einem höheren Wert zurückgezahlt wird. Die Differenz zwischen Nenn- und Rückzahlungswert ist der Zinsaufwand bzw. -ertrag, der bilanzmäßig nach der Laufzeit abzugrenzen ist und als „Zinsaufwand“ oder „Zinsertrag“ unter die Zinsschranke fällt.

200a

Aufzinsungsaufwand bzw. der entsprechende Ertrag fällt an bei Nullcouponanleihen, unverzinslichen Schatzanweisungen, Finanzierungsschätzen, ab- oder aufgezinster Sparbriefen, Bundesschatzbriefen B usw.

200b

Nach Auffassung der Finanzverwaltung (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 27) soll der Ertrag aus der erstmaligen Abzinsung von Verbindlichkeiten kein Zinsertrag, der Aufwand aus der erstmaligen Abzinsung von Forderungen kein Zinsaufwand sein. M. E. gibt es für diese Abweichung von § 4h Abs. 3 S. 4 EStG keine Rechtsgrundlage.

200c

5.3 Definition der „Konzernzugehörigkeit“ (§ 4h Abs. 3 S. 5, 6 EStG)

§ 4h Abs. 3 S. 5, 6 EStG definiert, wann ein Betrieb zu einem Konzern gehört. Diese Regelung ergänzt § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. b) EStG, wonach die Zinsschranke nicht anwendbar ist, wenn der Betrieb nicht (oder nur anteilmäßig) zu einem Konzern gehört (Rz. 83, 90). Außerdem dient die Definition der Abgrenzung des Umfangs des Eigenkapitalvergleichs nach § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) EStG; jeder Betrieb, der nach § 4h Abs. 3 S. 5, 6 EStG zu einem Konzern gehört, ist in den Eigenkapitalvergleich einzubeziehen. Die Vorschrift gilt auch für Körperschaften.

201

Für die **Definition der Konzernzugehörigkeit** knüpft die Vorschrift an die handelsrechtliche Konzernrechnungslegung an. Den dafür erforderlichen Konzernrechnungslegungsstandard definiert die Vorschrift durch Verweis auf den Rechnungslegungsstandard nach § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) EStG (Rz. 149). Ein Betrieb gehört danach zu einem Konzern, wenn er nach dem genannten Rechnungslegungsstandard mit einem oder mehreren anderen Betrieben konsolidiert werden muss oder kann, also in den Konzernabschluss einbezogen werden muss oder kann. Damit ist nach dem dort definierten Rechnungslegungsstandard zu entscheiden, ob der Betrieb in den Konzernabschluss einzubeziehen ist oder einbezogen werden kann (*Heintges/Kamphaus/Loitz*, DB 2007, 1261). Daher kann auch ein Fonds (z. B. ein Private Equity Fonds) die Spitze eines Konzerns bilden, wenn Mehrheitsbeteiligungen an anderen Gesellschaften bestehen (*Töben/Fischer*, BB 2007, 974, 977; zur Problematik und den bei der Bestimmung der Konzernspitze auftretenden Problemen auch *Töben/Fischer*, Ubg 2008, 149, 154; *Ganssauger/Mattern*, DStR 2008, 213, 217). Wenn der Fonds selbst kein „Betrieb“ ist, müssen Mehrheitsbeteiligungen an mindestens zwei Gesellschaften bestehen (Rz. 204).

201a

- 202** Systematisch enthält die Vorschrift einen gewissen **Zirkelschluss**. Wenn der Betrieb nicht zu einem Konzern gehört, ist die Zinsschranke nach § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. b) EStG auf diesen Betrieb nicht anwendbar. Damit entfällt schon dem Grunde nach die Notwendigkeit eines Eigenkapitalvergleichs nach § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) EStG. Um festzustellen, ob die Notwendigkeit eines Eigenkapitalvergleichs entfällt, muss man aber den ersten Schritt eines Eigenkapitalvergleichs, nämlich die Feststellung der Konzernzugehörigkeit nach dem maßgebenden Rechnungslegungsstandard (zur Bestimmung vgl. Rz. 149), durchführen. Es ergibt sich also folgende **Prüfungsreihenfolge**:
- Ermittlung des nach § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) EStG maßgebenden Rechnungslegungsstandards für den Konzernabschluss;
 - Feststellung, ob der fragliche Betrieb nach diesem Rechnungslegungsstandard zu dem Konzern gehört, d. h. nach dem maßgeblichen Rechnungslegungsstandard in den Konzernabschluss einbezogen werden muss oder kann;
 - gehört der fragliche Betrieb nach dem maßgebenden Rechnungslegungsstandard nicht zu einem Konzern, ist für Körperschaften zu prüfen, ob bei dem Betrieb eine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach § 8a Abs. 2 KStG vorliegt. Gehört der Betrieb nicht zu einem Konzern und liegt auch keine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung vor, ist die Prüfung beendet; die Zinsschranke ist nicht anwendbar.
 - Gehört der Betrieb dagegen zu einem Konzern, ist der Eigenkapitalvergleich nach § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) EStG durchzuführen. Gehört der Betrieb nicht zu einem Konzern, liegt aber eine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung vor, ist die Zinsschranke anwendbar, ohne dass ein Eigenkapitalvergleich möglich wäre.
- 203** Die wesentliche Regelung des § 4h Abs. 3 S. 5 EStG besteht darin, dass sich die Konzernzugehörigkeit nach dem Rechnungslegungsstandard des § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) EStG richtet, und dass ein Betrieb nicht nur dann zu einem Konzern gehört, wenn er nach dem maßgeblichen Rechnungslegungsstandard in den Konzernabschluss einzubeziehen ist, sondern bereits dann, wenn er einbezogen werden könnte. Der **Konzernbegriff**, der für die Zinsschranke zugrunde zu legen ist, hat daher den **größtmöglichen Umfang**. Maßgebend ist dabei die Regelung des jeweils anzuwendenden Rechnungslegungsstandards; ein möglicherweise abweichender Konsolidierungskreis nach einem anderen Standard ist nicht maßgebend (*Meining/Telg.*, IStR 2008, 507; zum Zeitpunkt, zu dem die Konzernzugehörigkeit bestehen muss, Rz. 84).
- 204** Ein Betrieb gehört für Zwecke der Zinsschranke zu einem Konzern, wenn er in den Konzernabschluss einzubeziehen ist oder einbezogen werden könnte. Das Gesetz verweist damit auf den nach dem jeweiligen Handelsrecht zu bestimmenden Konsolidierungskreis. Allerdings entsteht dadurch ein Problem, dass das Gesetz für die Einheiten, die einen Konzern bilden, nicht direkt auf die handelsrechtliche Regelung verweist, sondern formuliert, dass der Betrieb mit einem oder mehreren anderen Betrieben konsolidiert wird oder konsolidiert werden könnte. Allein die Tatsache, dass handelsrechtlich eine konsolidierte Konzernbilanz aufgestellt wird oder aufgestellt werden könnte, genügt also nicht; in die Konsolidierung müssen „Betriebe“ einbezo-

gen werden. „Betrieb“ ist aber ein steuerrechtlicher Begriff, der diejenige Einheit umfasst, die Einkünfte aus Gewerbebetrieb, Land- und Forstwirtschaft oder selbstständiger Tätigkeit erzielt und für die der Gewinn nach § 4 EStG, eventuell i. V. m. § 5 EStG, ermittelt wird (Rz. 37ff.; *Frotscher*, EStG, § 4h EStG, Rz. 25ff.). Soweit keine „Betriebe“ in diesem Sinne vorliegen, kann auch (steuerrechtlich) kein Konzern bestehen, auch wenn handelsrechtlich eine Konsolidierung erfolgt.

Bedeutung hat dies insbesondere dann, wenn Konzernspitze eine nur vermögensverwaltend tätige ausländische juristische Person ist (hierzu *Winkler/Küshammer*, Ubg 2008, 478). Da für ausländische Kapitalgesellschaften § 8 Abs. 2 KStG nicht gilt, sind sie nur dann ein „Betrieb“, wenn sie einer originär gewerblichen Tätigkeit nachgehen (Rz. 39). Gleiches gilt für vermögensverwaltende Personengesellschaften. Zu berücksichtigen ist aber, dass steuerlich dann ein „Konzern“ vorliegt, wenn der Betrieb mit einem oder mehreren anderen Betrieben konsolidiert wird oder werden kann. Es ist daher nicht erforderlich, dass die Konzernspitze ein „Betrieb“ in diesem Sinne ist; es genügt, wenn der im Inland steuerpflichtige Betrieb mit mindestens einem anderen Betrieb (der nicht im Inland belegen sein muss) konsolidiert wird oder werden kann. Ein „Konzern“ i. S. d. Zinsschranke liegt daher bei einer vermögensverwaltenden Konzernspitze dann vor, wenn diese mindestens zwei „Betriebe“ kontrolliert. Ist von einer solchen Konzernspitze nur ein einziger, der inländische Betrieb abhängig, liegt kein „Konzern“ vor.

204a

Für den Konzernabschluss nach HGB bestimmt § 294 HGB den Konsolidierungskreis. Danach sind grundsätzlich alle **Tochterunternehmen in die Konsolidierung einzubeziehen**. Was ein „Tochterunternehmen“ ist, regelt § 290 Abs. 2 HGB. Ein Tochterunternehmen liegt danach vor.

204b

- die Mehrheit der Stimmrechte zusteht,
- das Recht zusteht, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzuberufen, wenn das Mutterunternehmen gleichzeitig Gesellschafter ist, oder
- das Recht zusteht, aufgrund eines Beherrschungsvertrags oder einer Satzungsbestimmung des Tochterunternehmens beherrschenden Einfluss auf dieses Unternehmen auszuüben.

Nach § 296 HGB brauchen **Tochterunternehmen nicht in den Konzernabschluss einbezogen** zu werden,

204c

- bei denen die Ausübung der Rechte des Mutterunternehmens erheblich und dauernd beschränkt ist,
- wenn die für die Aufstellung des Konzernabschlusses erforderlichen Angaben nur unter unverhältnismäßig hohen Kosten oder Verzögerungen zu erhalten sind,
- wenn die Anteile ausschließlich zum Zweck der Weiterveräußerung gehalten werden, oder
- wenn das Tochterunternehmen für die Beurteilung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Konzerns von untergeordneter Bedeutung („immaterial“) ist.

- 204d** Nach Verwaltungsauffassung (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 72) sind für Zwecke der Zinsschranke die in § 296 HGB (oder den entsprechenden Regelungen der IFRS oder ausländischer Konzernrechnungslegungsstandards) aufgeführten Tochterunternehmen nicht in den Konzernabschluss einzubeziehen. Diese Unternehmen bleiben jedoch für Zwecke der Zinsschranke konzernangehörig. Das Gesetz legt damit den größtmöglichen Konsolidierungskreis zugrunde und definiert die Konzernzugehörigkeit und damit den Konsolidierungsumfang für Zwecke der Zinsschranke anders als der Rechnungslegungsstandard; es muss daher u. U. nur für Zwecke der Zinsschranke ein von dem handelsrechtlichen Konzernabschluss abweichender „steuerlicher Konzernabschluss“ aufgestellt werden.
- 205** **Nicht zu einem Konzern gehören** damit, sodass die Zinsschranke nicht anwendbar ist,
- Einzelunternehmen (Körperschaften), die keine Beteiligungen halten; das gilt auch dann, wenn das Einzelunternehmen mehrere selbstständig geführte Betriebe unterhält;
 - mehrere Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts;
 - Besitz- und Betriebsgesellschaften bei der Betriebsaufspaltung (Rz. 88);
 - Organkreise, wenn keine Beteiligungen außerhalb des Organkreises gehalten werden (Rz. 31; § 15 KStG Rz. 45ff.);
 - Projektgesellschaften, die nicht in einen Konzern eingebunden sind;
 - Verbriefungszweckgesellschaften, die im Rahmen von Asset-Backed-Securities-Gestaltungen Forderungen erwerben oder Risiken aus Forderungen oder Versicherungsverträgen übernehmen, sowie andere Zweckgesellschaften, an denen keine beherrschende Beteiligung einer Konzerngesellschaft besteht. Dies gilt auch dann, wenn diese Gesellschaften allein aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise tatsächlich in den Konzernabschluss einbezogen worden sind (BT-Drs. 16/4841, 50; a. A., da dies im Gesetzestext keinen Ausdruck gefunden habe, *Hennrichs*, DB 2007, 2101; vgl. IAS 27). Verbriefungszweckgesellschaften können aber nach § 4h Abs. 3 S. 6 EStG in den Konsolidierungskreis einzubeziehen sein (Rz. 208; BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 67, 68).
 - Entsprechendes wie für Verbriefungszweckgesellschaften gilt für andere Zweckgesellschaften, einschließlich der Leasing-Objektgesellschaften (*Köster*, BB 2007, 2278).
- 205a** Einzelunternehmen gehören auch dann nicht zu einem Konzern, wenn sie Betriebsstätten im Ausland unterhalten (BT-Drs. 16/4841, 50), und zwar unabhängig davon, ob die Anrechnungs- oder die Freistellungsmethode gilt. Stammhaus und Betriebsstätten bilden einen einheitlichen „Betrieb“ i. S. d. Zinsschranke, und daher keinen Konzern (Rz. 38).
- 206** Diese Unternehmen unterliegen **trotz Nichtzugehörigkeit** zu einem **Konzern** allerdings dann der Zinsschranke, wenn eine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung vorliegt (Rz. 91).

Soweit ein Betrieb danach nicht oder nur anteilmäßig zu einem Konzern gehört (Rz. 90), ist sein Vermögen (Eigenkapital) beim Eigenkapitalvergleich insoweit aus dem Konzernabschluss herauszurechnen, als es in dem Abschluss enthalten ist. **207**

§ 4h Abs. 3 S. 6 EStG weitet den Konsolidierungskreis darüber hinaus aus. Danach gehört ein Betrieb für Zwecke der Zinsschranke zu einem Konzern, wenn seine **Finanz- und Geschäftspolitik** mit einem oder mehreren anderen Betrieben einheitlich bestimmt werden kann („Gleichordnungskonzern“). Auf welcher Grundlage diese Möglichkeit besteht, ist ebenso ohne Bedeutung wie der Umstand, ob dieser Einfluss tatsächlich ausgeübt wird. Die einheitliche Bestimmung muss die Finanz- **und** Geschäftspolitik betreffen. Einfluss nur auf die Finanzpolitik oder nur auf die Geschäftspolitik reicht nicht aus. Das Gesetz knüpft damit an das „Beherrschungsverhältnis“ („control“) nach IAS 27 an. Danach ist ein Tochterunternehmen (mit der Folge, dass es in den Konsolidierungskreis einzubeziehen ist) nicht nur ein im Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen, sondern nach IAS 27.13 auch ein Unternehmen, an dem das Mutterunternehmen weniger als die Hälfte der Stimmrechte hält, aber **208**

- aufgrund von Vereinbarungen über mehr als die Hälfte der Stimmrechte verfügen kann;
- die Finanz- und Geschäftspolitik gem. der Satzung oder einer Vereinbarung bestimmen kann;
- die Mehrheit der Geschäftsführungs- oder Aufsichtsorgane ernennen oder abberufen kann;
- über die Mehrheit der Stimmen bei Sitzungen der Geschäftsführungs- und/oder Aufsichtsorgane oder eines gleichwertigen Leitungsgremiums verfügen kann.

Soweit eine Konzernrechnungslegung nach IFRS zu erfolgen hat, hat diese steuerliche Regelung wegen der Geltung von IAS 27 keine eigenständige Bedeutung (vgl. *Henrichs*, DB 2007, 2101).

Die Regelung ähnelt zwar § 290 Abs. 2 HGB, stimmt aber nicht völlig mit ihm überein und führt daher insoweit zu einem steuerlich geänderten Konzernbegriff. Ein wesentlicher Unterschied besteht darin, dass nach § 4h Abs. 3 S. 6 EStG derjenige, der den beherrschenden Einfluss ausüben kann, kein „Unternehmen“ oder „Betrieb“ sein muss. Daher kann ein Gleichordnungskonzern auch vorliegen, wenn ein Gesellschafter Mehrheitsbeteiligungen an mehreren Kapitalgesellschaften im Privatvermögen bzw. eine vermögensverwaltende Gesellschaft mehrere Mehrheitsbeteiligungen hält (BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2742-a/07/10001, BStBl I 2008, 718, Rz. 60). In einem solchen Fall genügt das Halten nur einer Mehrheitsbeteiligung nicht, da nach § 4h Abs. 3 S. 6 EStG die Voraussetzung des einheitlichen Bestimmens der Geschäftspolitik neben dem infrage stehenden Betrieb für zusätzlich einen weiteren Betrieb gegeben sein muss. **208a**

Da es genügt, dass der beherrschende Einfluss ausgeübt werden „kann“, ist auch nicht erforderlich, dass der Gesellschafter tatsächlich in die Geschäftsleitung der „Betriebe“ eingreift (zur Problematik Rz. 87). **208b**

- 209** Anders als § 290 Abs. 2 Nr. 3 HGB, der eine Beherrschung aufgrund eines Beherrschungsvertrags oder eine Satzungsbestimmung verlangt, genügt die **Möglichkeit der einheitlichen Leitung auf anderer Grundlage**. Möglich sind etwa andere Unternehmensverträge als ein Beherrschungsvertrag, z. B. ein Betriebspacht- oder ein Betriebsüberlassungsvertrag (§ 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG). Die Vorschrift knüpft an § 17 Abs. 1 AktG an, der nach § 18 Abs. 1 S. 3 AktG zur Vermutung der Konzernangehörigkeit führt. Rechtsprechung und Literatur zu diesen Vorschriften können zur Auslegung herangezogen werden. Die Möglichkeit der einheitlichen Bestimmung der Geschäftspolitik liegt danach vor, wenn das herrschende Unternehmen den Organen des fraglichen Betriebs für den Fall Konsequenzen androhen kann, dass den Anweisungen des herrschenden Unternehmens nicht gefolgt wird. Ein mittelbarer Einfluss reicht aus. Maßgeblich ist nicht die tatsächliche Ausübung eines solchen Einflusses; die bloße Möglichkeit genügt. Die Einflussmöglichkeit muss aber auf gesellschaftsrechtlicher oder unternehmensvertragsrechtlicher Basis beruhen. Eine Mehrheitsbeteiligung ist nicht erforderlich; auch eine Minderheitsbeteiligung kann einen bestimmenden Einfluss gewähren.
- 209a** Eine auf schuldrechtlicher Grundlage beruhende oder nur tatsächlich mögliche Bestimmung einer einheitlichen Finanz- und Geschäftspolitik reicht nicht aus. Daher führen Lieferungs- und Leistungsbeziehungen, Lizenzbeziehungen, Kreditbeziehungen u. Ä. nicht zur Konzernzugehörigkeit, auch wenn diese Beziehungen für das fragliche Unternehmen überlebenswichtig sind und das Unternehmen daher den Vorstellungen des Vertragspartners zu folgen gezwungen ist.
- 210** Diese Regelung dehnt den Konzernbegriff und damit den Konsolidierungskreis auch dann aus, wenn der maßgebliche Rechnungslegungsstandard eine solche Ausdehnung nicht kennt.

6 Zinsschranke bei Holdinggesellschaften

- 211** Anders als § 8a KStG a. F. enthält die Neufassung der Vorschrift keine besonderen Regelungen für Holdinggesellschaften, d. h. für Gesellschaften, deren Haupttätigkeit in dem Halten von Beteiligungen und der Finanzierung der Beteiligungsgesellschaften besteht. Insbes. **fehlt ein „Holdingprivileg“**, wodurch die Abzugsfähigkeit der Zinsen für eine Holding erleichtert wird. Damit sind Holdinggesellschaften aufgrund ihrer besonderen Struktur besonders von der Zinsschranke betroffen (*Kessler/Köhler/Knörzer*, IStR 2007, 418).
- 211a** Holdinggesellschaften haben regelmäßig ein **niedriges „maßgebliches Einkommen“**, da ihre Einkünfte im Wesentlichen aus Gewinnausschüttungen bestehen, die nicht zu dem „maßgeblichen“ Einkommen gehören (Rz. 181). Die Erhöhung der Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug durch Hinzurechnung der AfA dürfte für Holdings keine wesentliche Bedeutung haben, da eine Holding regelmäßig keine wesentlichen AfA nach § 7 EStG hat. Insgesamt ist daher die Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug bei einer Holding systembedingt sehr gering. Sie dürfte im Wesentlichen aus dem Zinsaufwand selbst und den nicht abziehbaren Ausgaben nach § 8b Abs. 5 KStG bestehen. Im Ergebnis werden daher bei einer Holding regelmäßig bis zu 70 %

der Zinsaufwendungen nicht abzugsfähig sein. Der Zinsvortrag bietet keine Erleichterung, da auch in den Folgejahren keine höhere Bemessungsgrundlage für den Zinsabzug zur Verfügung stehen wird.

Nachteile hat die Holding auch bei der **Anwendung der „Escape-Klausel“** nach § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) EStG. Bei der Ermittlung der Eigenkapitalquote ist nach S. 5 dieser Vorschrift nämlich das Eigenkapital um Anteile an anderen Konzerngesellschaften zu kürzen. Damit soll ein „Kaskadeneffekt“ vermieden werden (Rz. 145). Da das Aktivvermögen der Holding überwiegend aus Beteiligungen an konzernangehörigen Gesellschaften bestehen wird, wird das Eigenkapital sehr stark gemindert. Ein „Holdingprivileg“ wie § 8a KStG a. F., wonach diese Kürzung bei Holdinggesellschaften unterbleibt, enthält die Vorschrift nicht. Hinzu kommt, dass die Kürzung nach dem Wortlaut der Vorschrift nur bei dem Eigenkapital erfolgt, nicht auch korrespondierend bei der Bilanzsumme (Rz. 145 a. E.). Die Holding wird dadurch nur eine sehr geringe Eigenkapitalquote aufweisen, die regelmäßig deutlich unter der des Gesamtkonzerns liegen wird. Eine Holding wird also kaum von der „Escape-Klausel“ Gebrauch machen können.

212

Positiv bei einer Holding, die die Beteiligungsgesellschaften finanziert, wirkt sich jedoch aus, dass die Zinsschranke nur die Differenz zwischen Zinsaufwand und -ertrag erfasst. Nimmt eine Holding Fremdkapital auf und leitet es an die Tochtergesellschaften weiter, unterliegt bei ihr daher nur die Differenz zwischen Soll- und Habenzinsen der Zinsschranke. Allerdings greift die Zinsschranke dann bei der abhängigen Gesellschaft ein, wo der Zinsertrag der Holding Zinsaufwand darstellt.

213

Eine Erleichterung für die Finanzierung in einem Holding-Konzern besteht darin, dass die **Kleinbetragsregelung** von 3 Mio. EUR (Rz. 77) **bei jeder einzelnen Gesellschaft** anwendbar ist. Diese Kleinbetragsregelung kann also von der Holding und jeder Tochtergesellschaft ausgenutzt werden.

213a

Eine weitere Möglichkeit, die Anwendung der Zinsschranke bei einer Holding zu vermeiden, ist die Bildung eines Organkreises. Da Organträger und Organgesellschaften als „ein Betrieb“ gelten (§ 15 KStG Rz. 45ff.), sind Zinsaufwendungen und -erträge innerhalb des Organkreises zu saldieren. Der Zinsschranke unterliegt dann nur die Differenz zwischen Soll- und Habenzinsen des ganzen Organkreises.

213b

7 Gesonderte Feststellung des Zins- und EBITDA-Vortrags (§ 4h Abs. 4 EStG)

Der Zinsvortrag ist nach § 4h Abs. 4 EStG gesondert festzustellen. **Festgestellt** werden nur die nicht abgezogenen und damit **vortragsfähigen Zinsaufwendungen**. Die im laufenden Jahr abziehbaren Zinsaufwendungen werden nicht gesondert festgestellt, sondern gehen als unselbstständige Besteuerungsgrundlagen in den Körperschaftsteuerbescheid des laufenden Jahrs ein.

214

Das Gesetz regelt nicht, auf welchen Zeitpunkt die Feststellung erfolgt. Da die Feststellung die im laufenden Wirtschaftsjahr nicht abgezogenen Zinsen betrifft, hat die Feststellung auf den **Schluss des jeweiligen Wirtschaftsjahrs**, nicht auf den Schluss des Vz zu erfolgen. Bei einem vom Kj. abweichenden Wirtschaftsjahr erfolgt also die Feststellung nicht auf den 31.12. des Kj., sondern auf den jeweiligen Bilanzstichtag.

214a

Die Feststellung ist auch dann auf den Schluss jeden Wirtschaftsjahrs vorzunehmen, wenn in einem Vz zwei Wirtschaftsjahre enden, also auch auf den Schluss eines Rumpfwirtschaftsjahrs.

- 215** **Ausgangspunkt** ist die gesonderte Feststellung der nicht abgezogenen Zinsen auf den Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs, die Grundlagenbescheid für die folgende Feststellung ist (**Feststellungszusammenhang**). Von dieser Feststellung ausgehend wird der Bestand an vorzutragenden Zinsaufwendungen zum Schluss des laufenden Wirtschaftsjahrs durch Berücksichtigung der Zu- und Abgänge ermittelt und der sich dadurch ergebende Betrag gesondert festgestellt. Die Ermittlung des festzustellenden Betrags ergibt sich nach der Verweisung auf § 10d Abs. 4 EStG sinngemäß aus § 10d Abs. 4 S. 2 EStG und damit aus dem Bestand der vorhergehenden Feststellung abzüglich der abgezogenen vorgetragenen Zinsaufwendungen im laufenden Wirtschaftsjahr und zuzüglich nicht abzogener Zinsaufwendungen des laufenden Wirtschaftsjahrs.
- 216** Ist kein Bestand an nicht abgezogenen Zinsaufwendungen vorhanden, hat keine Feststellung zu erfolgen. Da das Gesetz die Feststellung des „Zinsvortrags“ anordnet, wird der Fall des Fehlens des Zinsvortrags nicht erfasst, sodass nicht etwa ein Betrag von 0 festzustellen ist. Besteht Streit, ob ein Zinsvortrag vorhanden ist und dementsprechend eine Feststellung zu erfolgen hat, ist durch negativen Feststellungsbescheid (der besagt, dass eine Feststellung nicht durchzuführen ist) zu entscheiden.
- 217** Die Feststellung nach § 4h Abs. 4 EStG ist eine **gesonderte Feststellung von Besteuerungsgrundlagen** nach § 179 AO (*Frotscher*, in Schwarz, AO, § 179 AO, Rz. 1ff.). Sie unterliegt daher den Vorschriften über die Steuerfestsetzung (§ 181 Abs. 1 S. 1 AO) und damit insbes. den Vorschriften über die Feststellungsfrist in den §§ 169ff. AO.
- 217a** Die Feststellung ist **Grundlagenbescheid** für die gesonderte Feststellung auf den Schluss des folgenden Wirtschaftsjahrs nach § 171 Abs. 10 AO und entfaltet für diesen Feststellungsbescheid, der insoweit Folgebescheid ist, Bindungswirkung nach § 182 Abs. 1 AO. Die Bindungswirkung umfasst den Regelungsbereich des jeweiligen Feststellungsbescheids; dies ist der Bestand an noch nicht abgezogenen und daher vorzutragenden Zinsaufwendungen auf den Schluss des jeweiligen Wirtschaftsjahrs. Die Feststellung entfaltet ebenfalls Bindungswirkung für den Körperschaftsteuerbescheid des laufenden Jahres hinsichtlich des in dem Zinsabzug einzubeziehenden Zinsvortrags.
- 218** Die Feststellung ist von dem für die betroffene Körperschaft nach § 20 AO zuständigen FA vorzunehmen. Die Regelung des § 4h Abs. 4 S. 2 EStG zur Zuständigkeit des für die Feststellung von Gewinn oder Verlust zuständigen FA ist auf Personengesellschaften bzw. natürliche Personen zugeschnitten; für Körperschaften ist das „für die Besteuerung zuständige Finanzamt“ maßgebend.
- 219** Hinsichtlich der Verfahrensregelungen enthält die Vorschrift Überschneidungen. Einerseits wird auf § 10d Abs. 4 EStG verwiesen; andererseits sind in § 4h Abs. 4 S. 4 EStG Regelungen für den Erlass, die Aufhebung und die Änderung des Feststellungsbescheids enthalten, die weitgehend dem § 10d Abs. 4 S. 4 EStG entsprechen. Die

Verweisung auf § 10d Abs. 4 EStG ist daher so zu verstehen, dass sie S. 4 nicht erfasst, da insoweit in § 4h Abs. 4 S. 4 EStG eine Sonderregelung enthalten ist, die vorgeht. Die Verweisung auf § 10d Abs. 4 S. 5 EStG ist gegenstandslos, da die Änderungsvorschrift des § 4h Abs. 4 S. 4 EStG an die Änderung des festzustellenden Betrags, nicht an die Änderung des zugrunde liegenden Steuerbescheids (Körperschaftsteuerbescheid) anknüpft. Entsprechendes gilt für die Verweisung auf § 10d Abs. 4 S. 1 und S. 3 EStG; hier enthält § 4h Abs. 4 S. 2 EStG eine eigenständige, vorgehende Regelung. Die Verweisung auf § 10d Abs. 4 EStG erfasst daher im Ergebnis nur § 10d Abs. 4 S. 2 sowie S. 6 EStG (dazu Rz. 221). Gesetzestechisch ist die Verweisung daher unsauber formuliert.

Der Bescheid über die Feststellung der vortragsfähigen Zinsaufwendungen ist zu erlassen, aufzuheben oder zu ändern, soweit sich der festzustellende Betrag, d. h. der Betrag der vortragsfähigen Zinsaufwendungen auf den Stichtag des Schlusses des laufenden Wirtschaftsjahrs, ändert. Es genügt die **Änderung dieses Betrags**, d. h. die Neuberechnung; es ist nicht erforderlich, dass sich der Körperschaftsteuerbescheid des laufenden Vz, in dem die Zinsaufwendungen abgesetzt oder nicht abgesetzt wurden, ändert. Der Feststellungsbescheid kann daher auch dann geändert werden, wenn die Neuberechnung der vortragsfähigen Zinsaufwendungen nicht zu einer Änderung des Körperschaftsteuerbescheids geführt hat, etwa weil ohnehin wegen Verlusten keine KSt festzusetzen war.

220

Die Änderung des Feststellungsbescheids erfolgt unabhängig davon, aus welchen Gründen eine Änderung der festzustellenden vortragsfähigen Zinsaufwendungen erfolgt ist. Es kann sich um neue Tatsachen handeln (z. B. aufgrund von Feststellungen einer Außenprüfung), aber auch um eine Änderung sonstiger Besteuerungsgrundlagen (Gewinn, AfA), welche die Bemessungsgrundlage des Zinsabzugs im laufenden Wirtschaftsjahr geändert hat. Eine Änderung ist auch möglich, wenn eine Änderung der Feststellung des vorhergehenden Wirtschaftsjahrs erfolgt; dann kollidiert die Änderungsvorschrift mit § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO.

220a

Fraglich ist, ob auch **reine Rechtsfehler** bei der Ermittlung des festzustellenden Betrags nach dieser Änderungsvorschrift korrigiert werden können. M. E. ist das zu bejahen, da die Vorschrift nicht auf „neue Tatsachen“ und ähnliche Änderungsgründe beschränkt ist. Das Gesetz ermöglicht daher innerhalb der Festsetzungsfrist die richtige Ermittlung des Zinsvortrags; die Bestandskraft ist daher in großem Umfang eingeschränkt. Allerdings darf die Änderung nicht gegen die Bestandskraft des Feststellungsbescheids auf den Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs verstoßen. Wenn der Fehler bereits in dieser Feststellung enthalten war, ist diese Feststellung zu ändern und die des laufenden Jahrs dann im Wege der Folgeänderung anzupassen. Der Fehler ist also immer an der Quelle zu korrigieren. Eine Fehlerkorrektur „in der ersten offenen Feststellung“ wie bei der Bilanzberichtigung ist nicht möglich.

220b

Nach § 4h Abs. 4 S. 3 EStG ist auch § 10d Abs. 4 S. 6 EStG sinngemäß anzuwenden. Diese Vorschrift enthält eine Hemmung der Festsetzungsfrist. Danach endet die Feststellungsfrist für den Feststellungsbescheid auf den Schluss eines bestimmten Wirtschaftsjahrs nicht, solange nicht die Festsetzungsfrist für den entsprechenden Vz ab-

221

gelaufen ist. Solange sich noch Änderungen in der Erfassung der Zinsaufwendungen im Körperschaftsteuerbescheid des entsprechenden Vz ergeben können, kann auch der Feststellungsbescheid auf den Schluss des maßgebenden Wirtschaftsjahrs angepasst werden.

- 221a** Die besondere Durchbrechung der Festsetzungsfrist nach § 181 Abs. 5 AO gilt entsprechend der Verweisung auf § 10d Abs. 4 S. 6 Hs. 2 EStG nur, wenn die Finanzbehörde die Feststellung des Zinsvortrags pflichtwidrig unterlassen hat.
- 222** Die Vorschrift enthält keine besondere Rechtsgrundlage für die **Erklärung zur gesonderten Feststellung des Zinsvortrags** auf den Schluss des jeweiligen Wirtschaftsjahrs. M. E. kann jedoch, da es sich um eine gesonderte Feststellung nach § 179 AO handelt, die Regelung des § 181 Abs. 2 AO über die Erklärungspflicht herangezogen werden. Der Steuerpflichtige hat daher auf den Schluss des Vz eine Erklärung zur gesonderten Feststellung des Zinsvortrags abzugeben. Die Erklärung ist von den in § 34 AO genannten Personen eigenhändig zu unterschreiben. Dies sind die gesetzlichen Vertreter der Kapitalgesellschaft, also der Vorstand bzw. die Geschäftsführer (*Schwarz*, AO, § 34 AO Rz. 1ff.). Die Erklärung zur gesonderten Feststellung ist eine Steuererklärung i. S. d. §§ 149ff. AO; bei Nichtabgabe können daher Verspätungszuschläge nach § 152 AO festgesetzt werden (*Dumke*, in *Schwarz*, AO, Kommentierungen zu den §§ 149–153 AO).
- 223** In gleicher Weise wie der Zinsvortrag ist auch das vortragsfähige verrechenbare EBITDA auf den Schluss jeden Wirtschaftsjahrs gesondert festzustellen. Es wird daher auf die Rz. 214ff. verwiesen (zur Höhe des festzustellenden EBITDA Rz. 67n). Ohne dass dies im Gesetz ausdrücklich gesagt wird, ist der EBITDA-Vortrag nicht in einer Summe, sondern gesondert nach Entstehungsjahren gesondert festzustellen. Das ist notwendig, um den Ablauf der Vortragsfrist von 5 Jahren überwachen und über den Verfall nach Ablauf dieser Frist entscheiden zu können.
- 224** Wird der Antrag nach § 52 Abs. 12d S. 5 EStG gestellt, einen EBITDA-Vortrag bereits für die Wirtschaftsjahre zu ermitteln, die nach dem 31.12.2006 beginnen und vor dem 1.1.2010 enden (Rz. 59c), erfolgt insoweit keine gesonderte Feststellung; das Gesetz sieht eine solche Feststellung nicht vor. Vielmehr ist bei der Entscheidung über den Zinsabzug des Wirtschaftsjahrs 2010 bzw. des abweichenden Wirtschaftsjahrs 2009/2010 der EBITDA-Vortrag der vorangegangenen Jahre formlos zu ermitteln. Eine gesonderte Feststellung, dann aber auch für alle vorangegangenen Wirtschaftsjahre, hat erst für die nicht verbrauchten Beträge des verrechenbaren EBITDA im Zusammenhang mit der Feststellung des EBITDA-Vortrags auf den Schluss des Wirtschaftsjahrs 2010 bzw. des abweichenden Wirtschaftsjahrs 2009/2010 zu erfolgen.