

**Immo Schultz-Aßberg
Matthias von Rönn (Hrsg.)**

**Internationales Steuer- und
Gesellschaftsrecht Aktuell**

2010
HDS-Verlag
Weil im Schönbuch

HDS
erlag

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.de> abrufbar

ISBN E-Book: 978-3-95554-056-2

ISBN Print: 978-3-941480-13-1

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede
Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne
Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für
Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und
Verarbeitung in elektronischen Systemen.

© 2010 HDS-Verlag
Harald Dauber
www.hds-verlag.de
info@hds-verlag.de

HDS-Verlag Weil im Schönbuch

Die Herausgeber

Immo Schultz-Aßberg, ist Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. Er ist als Partner der Sozietät Graf von Westphalen in Hamburg tätig. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind die Optimierung von Unternehmens- und Konzernstrukturen, die Begleitung von Immobilien- und M&A-Transaktionen und die steuerrechtliche Gestaltung der Unternehmensnachfolge.
E-Mail: immo.schultz-assberg@grafvonwestphalen.com

Dr. Matthias von Rönn, ist Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. Er studierte Rechtswissenschaften und Betriebswirtschaftslehre in Hamburg und promovierte 1990 zum Doktor der Rechtswissenschaften. Er war seit 1990 für die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Busch & Partner – seit 1994 als Partner – in Hamburg tätig. Seit 2003 ist er Partner bei der Sozietät Graf von Westphalen in Hamburg. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der umfassenden steuerrechtlichen und betriebswirtschaftlichen Beratung von Unternehmen, insbesondere bei Umstrukturierungen und Privatisierungen. Er ist Autor diverser Fachpublikationen.

Die Autoren

Néji Baccouche, Professor, Rechtswissenschaftliche Fakultät Sfax, Tunesien.

Dominik Bressler, LL.B., studierte Wirtschaftsrecht in Lüneburg und Winterthur (Schweiz). Nach einem Praktikum im German Tax and Legal Center der KPMG AG in Zürich (Schweiz) im Jahr 2009 ist er derzeit als fachlicher Mitarbeiter in der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft Graf von Westphalen Busch & Partner in Hamburg tätig. Weiterhin ist er Assistent am Lehrstuhl für Wirtschaftsprivat- und Steuerrecht, insbesondere Unternehmensbesteuerung von Prof. Dr. Dr. hc. Michael Preißer an der Leuphana Universität Lüneburg. Neben der Mitarbeit an Lehr- und Forschungsprojekten, wirkt er hierbei vor allem an der Erstellung von gesellschafts- und steuerrechtlichen Beiträgen und Fachbüchern mit.

Natia Dzvelaia, LL.M. Eur., studierte Wirtschaftsrecht an der Fakultät für Wirtschaftsrecht in Tiflis und an der Fachhochschule Lüneburg. Nach einem Jahr der Tätigkeit im EU-Projekt (Support of the Reforms of the Georgian Parliament) als Juristin, hat sie ein LL.M. Studium an den Universitäten Hannover und Rouen (Frankreich) absolviert. Nach den Praktiken bei CMS Hasche Sigle in Köln und in Moskau und der Tätigkeit bei der Anwaltskanzlei Brödermann & Jahn in Hamburg, arbeitet sie nun im Bereich des Wirtschaftsrechts bei der Kanzlei Zarth, Lahmsen und Kollegen.

Katrin Hauschild, Diplom-Wirtschaftsjuristin (FH), studierte Wirtschaftsrecht in Lüneburg und ist seit 2007 als freie Mitarbeiterin für die Steuerberatungskanzlei Thomas Glaser in Lüneburg tätig.

Prof. Dr. Claus Herfort, Dipl. Kfm., Steuerberater. Nach Studium und Promotion am Institut für Ausländisches und Internationales Finanz- und Steuerwesen der Universität Hamburg begann Claus Herfort seine berufliche Laufbahn bei einer internationalen Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaft. Seit 1999 ist er Partner in der Steuerabteilung der PricewaterhouseCoopers AG in Hamburg und leitet hier den Bereich Mergers & Acquisitions. In dieser Eigenschaft betreut er internationale Unternehmenskäufe bzw. Zusammenschlüsse sowie grenzüberschreitende Restrukturierungen und Börsengänge. Im Frühjahr 2003 übernahm Claus Herfort den Lehrstuhl für Internationales Steuerrecht, insbesondere Außensteuerrecht und M&A an der damaligen Fachhochschule Lüneburg, heute Leuphana Universität Lüneburg. Neben steuerlichen Themen zum Unternehmenskauf lehrt er insbesondere zu den Themenbereichen DBA, Außensteuerrecht, Hinzurechnungsbesteuerung sowie Verrechnungspreise. Seit dem Jahr 2001 unterrichtet Prof. Herfort darüber hinaus im Rahmen des Studiengangs Master of International Taxation (M.I. Tax) der Universität Hamburg, ebenfalls in den Fachgebieten Unternehmenskauf und Hinzurechnungsbesteuerung. Er ist Verfasser und Co-Autor zahlreicher Aufsätze und Kommentare im Bereich des internationalen Steuerrechts.

Peter Kiel, Prof. Dr. iur., ist Professor für Bürgerliches Recht an der Hochschule Wismar und dort Leiter der Präsenzstudiengänge Wirtschaftsrecht (Bachelor und Master). Nach mehrjähriger Tätigkeit als Rechtsanwalt war er als Gründungsprofessor am Aufbau des Fachbereichs Wirtschaftsrecht der damaligen Fachhochschule Nordostniedersachsen in Lüneburg beteiligt. Der Schwerpunkt seiner Lehrtätigkeit liegt auf dem Gebiet des deutschen und internationalen Vertrags- und Gesellschaftsrechts sowie auf dem Kapitalmarktrecht.

Thierry Lambert, ist Professor an der Université Paul Cézanne (Aix - Marseille III) und Präsident des Institut international des sciences fiscales (IISF).

Marc Leroy, ist Professor für Steuersoziologie, Forschungsleiter des CRDT (Gis-Grate/CNRS) an der Universität Reims.

Christian Lopez, ist Dozent an der Universität Cergy-Pontoise. Er ist Mitglied der Forschungsgruppe Rechts- und Politikwissenschaften.

Johann Missal, Diplom-Wirtschaftsjurist (FH), ist seit 2008 bei Watson, Farley & Williams LLP in Hamburg als Associate im Bereich der Steuerberatung, insbesondere auf dem Gebiet der geschlossenen Fonds, tätig.

Dr. Michael Nicolaus, ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht. Er war zunächst für eine große Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaft tätig; seit 1998 ist er Hamburger Partner der überörtlichen Rechtsanwaltssozietät Graf von Westphalen. Zudem war Herr Dr. Nicolaus über mehrere Jahre Lehrbeauftragter der Fachhochschule Nordostniedersachsen und sodann der Leuphana Universität in Lüneburg. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht.

Prof. Dr. Popova L.V., Oryol State Technical University, Russland.

Maximilian Preißer, LL.B. hat nach einem Studium der Rechtswissenschaften an der Bucerius Law School mit dem Schwerpunktbereich Unternehmens- und Steuerrecht den schriftlichen Teil der ersten juristischen Prüfung (1. Staatsexamen) absolviert. Er ist Doktorand am Alfred Krupp-Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Unternehmens- und Wirtschaftsrecht von Prof. Dr. Rüdiger Veil (Bucerius Law School). Während der Zeit bis zur mündlichen Prüfung arbeitet Herr Preißer in der M&A-Boutique RITTSTIEG Rechtsanwälte in Hamburg. Die Kanzlei ist spezialisiert auf Transaktionen und gesellschaftsrechtliche Beratung inhabergeführter sowie börsennotierter Unternehmen und Finanzinvestoren.

Petra Raßfeld-Wilske, LL.M., Rechtsanwältin, Fachanwältin für Steuerrecht, ist schwerpunktmäßig auf dem Gebiet des Steuer- und Erbrechts tätig. Nach der Ausbildung zur Bankkauffrau und dem Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Hamburg folgte ein Masterstudium der Ökonomischen Analyse des Rechts an den Universitäten Hamburg, Gent (Belgien) und Manchester (Großbritannien). Seit 1999 ist Petra Raßfeld-Wilske als Rechtsanwältin bei Graf von Westphalen Busch und Partner bzw. der Vorgängergesellschaft tätig, seit 2005 als Fachanwältin für Steuerrecht. Im Lauf der Tätigkeit spezialisierte sie sich zunehmend auf den Bereich Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht. Sie ist Mitautorin des 2009 erstmals erschienenen Erbschaft- und Schenkungsteuerkommentars Rödl/Preißer.

Thomas Rupp, Diplom-Finanzwirt (FH), Oberamtsrat und Sachbearbeiter im KSt-/Außensteuerreferat im Finanzministerium Baden-Württemberg, Referent im Bereich Aus- und Fortbildung. Er ist Autor des Kommentars Dötsch/Jost/Pung/Witt, Die Körperschaftsteuer.

Markus Salzmann, Steuerberater, Diplom-Wirtschaftsjurist (FH). Markus Salzmann ist derzeit als Prokurist bei der Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in Hamburg be-

schäftigt und als Manager im Bereich Indirect Taxation tätig. Seine umfassenden Kenntnisse zum chinesischen Umsatzsteuerrecht eignete er sich während eines längeren Auslandsaufenthaltes in China an. Seine Beratungsschwerpunkte liegen insbesondere in der grenzüberschreitenden umsatzsteuerlichen Beratung von in- und ausländischen Unternehmen. Außerdem hat er sich auf die umsatzsteuerliche Beratung von Unternehmenskäufen und IPO's spezialisiert. Herr Salzmann ist Autor verschiedener Publikationen zum chinesischen Steuerrecht.

Verena Scheibe, Steuerberaterin und Diplom-Wirtschaftsjuristin (FH) ist seit 2006 im Hamburger Büro von Watson, Farley & Williams LLP in der International Tax Group als Senior Associate tätig. Nach dem Studienabschluss im Jahre 2001 arbeitete sie zunächst bei PricewaterhouseCoopers in Hamburg. Ihre Tätigkeitsschwerpunkte liegen in der steuerlichen Konzeption und Beratung von Geschlossenen Fonds, Private Equity- und Immobilientransaktionen. Daneben ist sie als Dozentin an der Bucerius Law School in Hamburg sowie beim Fachinstitut für Steuerrecht e.V. in Hamburg tätig.

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. (GTU Tiflis) **Thomas Schomerus**, studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Hamburg und Göttingen. Nach Beendigung des Referendariats mit dem 2. Staatsexamen begann er eine Tätigkeit als Verwaltungsbeamter im Dienst der Freien und Hansestadt Hamburg, insbesondere in den Bereichen Bau- und Umweltrecht. Darüber hinaus hatte er diverse Lehraufträge an der Universität Hamburg und an anderen Hochschulen. 1996 wurde er zum Professor für Öffentliches Recht, insbesondere Wirtschaftsverwaltungsrecht am Fachbereich Wirtschaftsrecht der damaligen Fachhochschule Nordostniedersachsen, Lüneburg ernannt. Seit 2004 ist er Professor für Öffentliches Recht, insbesondere Energie- und Umweltrecht an der Universität Lüneburg. Er leitet diverse Forschungsprojekte zum Umwelt- und Energierecht. 2005 wurde ihm durch die Georgische Technische Universität in Tiflis die Ehrendoktorwürde verliehen. 2007–2009 war er Lecturer an der Southampton Solent University, UK.

Immo Schultz-Aßberg, ist Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. Er ist als Partner der Sozietät Graf von Westphalen in Hamburg tätig. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind die Optimierung von Unternehmens- und Konzernstrukturen, die Begleitung von Immobilien- und M&A-Transaktionen und die steuerrechtliche Gestaltung der Unternehmensnachfolge. E-Mail: immo.schultz-assberg@grafvonwestphalen.com

Nina Schütte, LL.M. (Internationales Steuerrecht), Steuerberaterin und Dipl.-Wirtschaftsjuristin (FH), ist Partnerin im Hamburger Büro der BRL Boege Rohde Luebbehuesen Partnerschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern. Ihre Beratungsschwerpunkte liegen in der nationalen und internationalen steuerlichen Gestaltungsberatung für Unternehmen. Hierbei hat sie sich insbesondere auf die Bereiche der steuerlichen Strukturierung von Inbound-Investitionen, Unternehmensumstrukturierungen und -transaktionen sowie internationale Steuerplanung spezialisiert. Frau Schütte ist Kommentatorin des OECD-Musterabkommens sowie des Umwandlungssteuergesetzes und Autorin verschiedener steuerrechtlicher Fachbeiträge.

Dr. Matthias von Rönn ist Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. Er studierte Rechtswissenschaften und Betriebswirtschaftslehre in Hamburg und promovierte 1990 zum Doktor der Rechtswissenschaften. Er war seit 1990 für die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Busch & Partner – seit 1994 als Partner – in Hamburg tätig. Seit 2003 ist er Partner bei der Sozietät Graf von Westphalen in Hamburg. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der umfassenden steuerrechtlichen und betriebswirtschaftlichen Beratung von Unternehmen, insbesondere bei Umstrukturierungen und internationaler Steuerplanung. Er ist Autor diverser Fachpublikationen.

Vorwort der Herausgeber

Gesellschaftsrecht und Steuerrecht sahen und sehen sich durch das Fortschreiten der Globalisierung einem erheblichen Anpassungsdruck ausgesetzt. Sie sollen grenzüberschreitende wirtschaftliche Aktivitäten nicht nur nicht behindern, sondern sogar aktiv befördern.

Das Buch hat nicht zum Ziel, den – wohl untauglichen – Versuch einer systematischen Gesamtdarstellung des internationalen Gesellschaftsrechts und Steuerrechts zu unternehmen. Es versteht sich nicht als Lehrbuch, sondern als Nachschlagewerk, in dem thematisch breit gestreut schlaglichtartig eine Reihe von aktuellen Fragestellungen beleuchtet werden.

Einzigartig ist der Ansatz, Artikel von Autoren verschiedener Jurisdiktionen in einem Werk zu bündeln. Dies erlaubt Einblicke in Rechtsfortbildungen ausländischer Staaten, die Anregungen für Verbesserungen nationalen Rechts geben.

Die Autoren sind Hochschullehrer und Praktiker. Ihr Ziel ist es, dem Leser Anregungen zu aktuellen gesellschaftsrechtlichen und steuerrechtlichen Fragestellungen, aber auch Hilfestellung bei der Lösung praktischer Fälle zu geben. Ob dieses Ziel erreicht wird, mögen die Leser entscheiden.

Die Autoren bedanken sich beim Verlag, insbesondere bei Herrn Dauber für die kooperative Unterstützung bei der Erstellung des Buches, vor allem aber auch bei Kathrin Hauschild und Dominik Bressler, die uns „tat- und ratkräftig“ unterstützt haben.

Hamburg, im Mai 2010

Matthias von Rönn/Immo Schultz-Aßberg

Inhaltsübersicht

Die Herausgeber	V
Die Autoren	VII
Vorwort der Herausgeber	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIV
I. Internationales Steuerrecht	1
1. Die Zinsschranke	3
2. Aktuelle steuerrechtliche Aspekte der Sitzverlegung inländischer Kapitalgesellschaften	21
3. Inbound Akquisition über einer Personengesellschaft – Steuerliche Chancen und Risiken	33
4. Aktuelle Fragen zur Betriebsstättenbesteuerung	42
5. Die Verschonungsmöglichkeiten für Auslandsvermögen nach dem ErbStG – Ausländische Unternehmensanteile und Immobilien im Nachlass –	50
6. Steueroasen in der aktuellen internationalen Entwicklung und der Informationsaustausch in Steuersachen nach Artikel 26 OECD-Musterabkommen	63
7. Härteres Vorgehen gegen unkooperative „Steueroasen“ – Erhöhte Mitwirkungspflichten durch Steuerhinterziehungsbekämpfungsgesetz und Steuerhinterziehungsbekämpfungsverordnung und ihre Auswirkungen auf die unternehmerische Praxis	75
8. Zur Konkurrenz von Doppelbesteuerungsabkommen und anderen zwischenstaatlichen Abkommen anhand der Besteuerung von ausländischen Betriebsstätteneinkünften	92
9. Personengesellschaften im Kreuzfeuer des internationalen Steuerrechts – Die französische Halbtransparenz und die italienische Ungleichbehandlung von Personengesellschaften	101
10. Chinesische Mehrwertsteuer – Besonderheiten beim Vorsteuerabzug	116
11. Der Globale Steuerwettbewerb	126
12. Aufbau einer «Steuerpolizei» in Frankreich	137
13. Elemente zur Analyse der Steuerpolitik	144
14. Probleme und Entwicklungslinien eines sozial orientierten und Monosteuer-systems in Russland	159
15. Die Vielschichtigkeit der „Steuerparadiese“	172
16. Aktuelles zur Funktionsverlagerung	181
II. Internationales Gesellschaftsrecht	193
1. Der Wegzug von Gesellschaften als Herausforderung für das internationale Gesellschaftsrecht	195
2. Die Fälle Liechtenstein und Schweiz – Beweisverwertungsverbote im Lichte des Grundsatzes des fairen Verfahrens	207
3. Societas Privata Europaea und Auslandsgesellschaften – Neue und alte Wege nach Europa für den deutschen Mittelstand	216
4. Neuerungen des georgischen Gesellschaftsrechts 2005-2010	233
5. Steuergeheimnis und Informationsfreiheitsrecht	239
Stichwortregister	247

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEAO	Anwendungserlass zur Abgabenordnung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AfA	Absetzung für Abnutzung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
AStG	Außensteuergesetz
Az.	Aktenzeichen
BewG	Bewertungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BilMoG	Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drs	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
EK	Eigenkapital
ErbStG	Erbschaftsteuergesetz
ErbStH	Erbschaftsteuerhinweis
ErbStR	Erbschaftsteuerrichtlinien
ErbStRG	Erbschaftsteuerreformgesetz
EStG	Einkommensteuergesetz
EStH	Einkommensteuerhinweis
EStR	Einkommensteuerrichtlinie
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FG	Finanzgericht
FGO	Finanzgerichtsordnung
FRL	Fusionsrichtlinie
FVerIV	Verordnung zur Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes nach § 1 Abs. 1 des Außensteuergesetzes in Fällen grenzüberschreitender Funktionsverlagerungen

GAufzV	Gewinnabgrenzungsaufzeichnungsverordnung
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GWG	Geringwertige Wirtschaftsgüter
H	Hinweis
HGB	Handelsgesetzbuch
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
IFRS	International Financial Reporting Standards
i.H.v.	in Höhe von
InsO	Insolvenzordnung
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
InvZulG	Investitionszulagengesetz
JStG	Jahressteuergesetz
KG	Kommanditgesellschaft
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KStDV	Körperschaftsteuer-Durchführungsverordnung
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KStH	Körperschaftsteuerhinweis
KStR	Körperschaftsteuerrichtlinie
Ltd.	Limited
Mio.	Million
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
n.v.	nicht veröffentlicht
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OECD-MA	OECD-Musterabkommen
OFD	Oberfinanzdirektion
R	Richtlinie
Rz.	Randziffer

s.	siehe
SE	Europäische Gesellschaft
sog.	sogenannte
SolzG	Solidaritätszuschlagsgesetz
SPE	Societas Privata Europaea/Europäische Privatgesellschaft
StBaG	Steuerbürokratieabbaugesetz
StGB	Strafgesetzbuch
SteuerHBekV	Steuerhinterziehungsbekämpfungsverordnung
Tz.	Textziffer
UG	Unternehmergeellschaft
UIG	Umweltinformationsgesetz
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz
UStDV	Umsatzsteuerdurchführungsverordnung
UStG	Umsatzsteuergesetz
UStR	Umsatzsteuerrichtlinien
UStRefG	Unternehmenssteuerreformgesetz
VIG	Verbraucherinformationsgesetz
VO-E	Kommissionsentwurf über eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft

I. Internationales Steuerrecht

I. Die Zinsschranke

Inhaltsverzeichnis

1.1	Überblick	3
1.2	Anwendungsbereich	4
1.3	Grundregel und Wirkungsweise	6
1.4	Definition des steuerlichen EBITDA	7
1.5	EBITDA- und Zinsvortrag	7
1.5.1	EBITDA-Vortrag	7
1.5.2	Zinsvortrag	9
1.5.3	Feststellung und Untergang von EBITDA- und Zinsvorträgen	10
1.6	Ausnahmetatbestände	11
1.6.1	Freigrenze	11
1.6.2	Fehlende Konzernzugehörigkeit	11
1.6.3	Eigenkapitalquotenvergleich	12
1.6.4	Sonderregelungen für Körperschaften	18
1.7	Verfassungs- und europarechtliche Bedenken	19

I.1 Überblick

Ein wesentliches Element des UntStRefG 2008¹ war die sog. „**Zinsschranke**“, die die steuerliche Abziehbarkeit von Zinsaufwand beschränkt. Grundlage ist ein für alle Rechtsformen geltender § 4h EStG, der für Körperschaften von einem grundlegend geänderten § 8a KStG flankiert wird. Nach § 4h Abs. 1 EStG können die Zinsaufwendungen eines Betriebs in Höhe der Zinserträge voll, darüber hinaus aber nur bis zur Höhe des verrechenbaren EBITDA (30 % des steuerlichen Gewinns vor Zinsen und Abschreibungen) als Betriebsausgabe abgezogen werden. Das ungenutzte EBITDA und der nicht abziehbare Teil der Zinsaufwendungen können in spätere Wirtschaftsjahre vorgetragen werden.² Mit der Zinsschranke hat der Steuergesetzgeber in doppelter Hinsicht legislatives Neuland betreten. Zum einen erfasst das Abzugsverbot nicht mehr nur Zinsen, die an den Adressatenkreis des § 8a KStG a.F. (Gesellschafter, diesen nahestehende Personen und rückgriffsberechtigte Dritte) gezahlt werden, sondern alle Fremdkapitalvergütungen, unabhängig davon, woher die Mittel stammen. Zum anderen öffnet sich das deutsche Ertragsteuerrecht dem Einfluss internationaler Konzernrechnungslegungsstandards, indem es die Nichtanwendbarkeit der Zinsschrankenregel in zwei komplexen Ausnahmetatbeständen von der Konzernfreiheit des fremdfinanzierten Betriebs oder – im Falle seiner Konzernzugehörigkeit – vom Bestehen eines am Maßstab der Konzerneigenkapitalquote durchgeführten Kapitalstrukturtests (Escape-Klausel) abhängig macht. Richtschnur für beide Ausnahmen ist ein **auf der Basis internationaler Rechnungslegungsstandards erstellter Konzernabschluss**. Ziel der Zinsschranke ist es, den Verlust deutschen Steuersubstrats durch verschiedene aus Sicht des Gesetzgebers problematische Fremdfinanzierungsgestaltungen (Down-stream-Inboundfinanzierungen durch ausländische Gesellschafter, Up-stream-Inboundfinanzierungen durch Auslandstöchter, Refinanzierung von Outboundinvestments)³ zu verhindern.

¹ BGBl I 2007, 1912.

² Der mit dem WachsBeschlG vom 22.12.2009 (BGBl I 2009, 3950) eingeführte EBITDA-Vortrag wird erstmals für das Wirtschaftsjahr ermittelt, das nach dem 31.12.2009 endet, kann aber nach § 52 Abs. 12d Satz 5 EStG auf Antrag um die (fiktiven) EBITDA-Vorträge der Jahre 2007 bis 2009 erhöht werden.

³ Rödder/Stangl, DB 2007, 479, 480; Mössner, Steuerrecht international tätiger Unternehmen, Rz. A 71 f.; Schaum-

1.2 Anwendungsbereich

Die Zinsschranke gilt rechtsformunabhängig für alle inländischen Betriebe, die sich ganz oder teilweise über Fremdkapital finanzieren. Während natürliche Personen gleichzeitig mehrere selbständige Betriebe führen können⁴, unterhalten Personengesellschaften und Körperschaften jeweils nur einen Betrieb, der insgesamt den Beschränkungen des § 4h EStG unterliegt⁵. Bei einer **Mitunternehmerschaft** werden nicht nur die im Gesamthandsvermögen anfallenden Zinsaufwendungen, sondern auch alle als Sonderbetriebsausgaben zu qualifizierenden Zinsaufwendungen der Mitunternehmer erfasst. Nicht betroffen sind dagegen Zinsaufwendungen der Mitunternehmerschaft, die aus von Mitunternehmern gewährten Darlehen resultieren. Hier werden die im Gesamthandsvermögen anfallenden Zinsaufwendungen durch die korrespondierenden Sonderbetriebseinnahmen (Zinserträge) der Mitunternehmer neutralisiert und unterliegen deshalb im Rahmen des Gesamtbetriebs keiner Abzugsbeschränkung⁶. Neben den herkömmlichen Betriebstypen fingiert § 15 Nr. 3 Satz 2 KStG im **Organschaftsfall** (§§ 14 ff. KStG) einen einheitlichen Organkreisbetrieb. Für die **Bemessung der dem Organkreisbetrieb auferlegten Abzugsbeschränkung** sind die Zinsaufwendungen und Zinserträge des Organkreisbetriebs und sämtlicher Organgesellschaften zu saldieren.

Die **inländische Betriebsstätte eines ausländischen Stammhauses** unterliegt nicht den Beschränkungen des § 4h EStG.⁷ Insoweit gelten die von der Rechtsprechung formulierten Dationsgrundsätze.⁸ Eine Ausnahme soll nach der Gesetzesbegründung⁹ gelten, wenn die Betriebsstätte unter den Voraussetzungen des § 18 Satz 1 KStG Organträger eines inländischen Organkreises ist. In diesem Fall unterhält die ausländische Kapitalgesellschaft mit ihrem ausländischen Betrieb und dem inländischen Organkreis zwei selbständige Betriebe i.S.v. § 4h EStG. Die **inländische Betriebsstätte des Steuerausländers** wird dem inländischen Organkreis zugeordnet und dort im Rahmen des von § 15 Nr. 3 KStG fingierten Organkreisbetriebs den Zinsabzugsbeschränkungen der §§ 4h EStG, 8a KStG unterworfen. Bei der **ausländischen Betriebsstätte eines deutschen Stammhauses** hängt der Zugriff der Zinsschranke davon ab, ob es sich bei der Auslandsbetriebsstätte um eine Anrechnungs- oder um eine Freistellungsbetriebsstätte handelt. Liegt die Auslandsbetriebsstätte in einem Staat, mit dem Deutschland kein DBA abgeschlossen hat oder in einem Staat, mit dem ein DBA besteht, das der Anrechnungsmethode folgt, unterliegt das Einkommen dieser Betriebsstätte der deutschen Einkommen- oder Körperschaftsteuer. Das **in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige Stammhaus** kann die auf seine ausländischen Betriebsstätteneinkünfte entfallende ausländische Steuer auf die deutsche Steuer anrechnen (§§ 34c Abs. 1, 34d Nr. 2a EStG bzw. § 26 Abs. 6 KStG i.V.m. § 34c Abs. 1 Satz 2 bis 5 EStG) oder (wahlweise) bei der Ermittlung der Einkünfte abziehen (§ 34c Abs. 2 EStG bzw. § 26 Abs. 6 KStG i.V.m. § 34c Abs. 2 EStG). Bei einer **Anrechnungsbetriebsstätte** fallen deshalb auch die der ausländischen Betriebsstätte zuzuordnenden Fremdkapitalzinsen in den Anwendungsbereich der Zinsschranke.¹⁰ Diese mindern den nach deutschem Steuerrecht (§ 146 Abs. 2

burg/Jesse in Lutter/Scheffler/Schneider (Hrsg.), Konzernfinanzierung, Rz. 37.1 ff.; Schultz-Aßberg in Preißer/Pung, Die Besteuerung der Personen- und Kapitalgesellschaften, Abschn. A II. 5. Rz. 4 ff.

⁴ BFH vom 09.08.1989, BStBl II 1989, 901.

⁵ BMF vom 04.07.2008, BStBl I 2008, 718, Rz. 6 f.

⁶ Zu weiteren Besonderheiten bei Mitunternehmerschaften s. Kußmaul/Ruiner/Schappe, DStR 2008, 904; van Lishaut/Schumacher/Heinemann, DStR 2008, 2341; Wagner/Fischer, BB 2007, 1811.

⁷ a.A. s. Hick in H/H/R, § 4h Anm. J 07-14.

⁸ BFH vom 25.06.1986, BStBl II 1986, 785; BFH vom 23.08.2000, BStBl II 2002, 207; BFH vom 20.03.2002, BFH/NV 2002, 1017.

⁹ BT-Drs. 16/4841, 77.

¹⁰ zur Zurechnung von Zinsaufwand im Betriebsstättenfall vgl. Borstell/Brüninghaus in Vögele, Handbuch der Verrechnungspreise, Kap. M Rz. 69 ff.; Raab/Looks in Löwenstein/Looks, Betriebsstättenbesteuerung, Rz. 756 ff.

Satz 4 AO) ermittelten steuerpflichtigen Betriebsstättengewinn (§ 4h Abs. 3 Satz 1 und 2 EStG) und sind deshalb von der Zinsschranke genauso betroffen, wie die dem inländischen Stammhaus zuzuordnenden Zinsaufwendungen. Demgegenüber mindern die einer **Freistellungsbetriebsstätte** zuzuordnenden Fremdkapitalzinsen den in Deutschland steuerpflichtigen Gewinn nicht und bleiben deshalb von der Zinsschranke unberührt.

Anders als § 8a KStG a.F. erfasst die Zinsschranke nicht nur Vergütungen, die an wesentlich beteiligte Gesellschafter, diesen nahestehende Personen oder rückgriffsberechtigte Dritte gezahlt werden, sondern **jede Art von Zinsaufwand**, also auch den, der im Rahmen einer klassischen Bankenfinanzierung anfällt. Den der Abzugsbeschränkung des § 4h EStG unterworfenen Zinsaufwand definiert das Gesetz als „Vergütungen für Fremdkapital, die den maßgeblichen Gewinn gemindert haben“ (§ 4h Abs. 3 Satz 2 EStG). Was im Einzelnen unter den Begriff des „**Fremdkapitals**“ fällt, ist gesetzlich nicht geregelt. Nach der Gesetzesbegründung¹¹ und der Auffassung der Finanzverwaltung¹² soll es sich dabei nur um Geldkapital handeln. Das **dem Betrieb zur Verfügung gestellte Sachkapital** (z.B. Mietgrundstück) fällt dagegen nicht unter den Fremdkapitalbegriff des § 4h EStG. Zum **Fremdkapital** gehören danach insbesondere fest und variabel verzinsliche Darlehen, partiarische Darlehen, typisch stille Beteiligungen, Gewinnschuldverschreibungen und Fremdkapitalgenussrechte (nicht dagegen zum Eigenkapital gehörende Genussrechte i.S.v. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG).

Vergütungen (für Fremdkapital) sind alle Gegenleistungen, die der Betrieb für die Überlassung von Fremdkapital aufwendet. Nach Auffassung der Finanzverwaltung¹³ gehören hierzu neben Zinsen, die zu einem Bruchteil des zur Verfügung gestellten Kapitals bemessen werden, auch erfolgsabhängige Vergütungen (z.B. erfolgsabhängige Ausschüttungen auf Fremdkapitalgenussscheine, gewinnabhängige Vergütungen an typisch stille Gesellschafter) sowie Vergütungen, die zwar nicht als Zins berechnet werden, aber Vergütungscharakter haben (z.B. das als Rechnungsabgrenzungsposten aktivierte Damnum in Höhe des jeweiligen Auflösungsbetrags, Vorfälligkeitsentschädigungen (strittig), Provisionen und Gebühren, die an Fremdkapitalgeber gezahlt werden). **Vergütungen, die nicht an den Fremdkapitalgeber zu zahlen oder anderen Leistungen zuzuordnen sind** (z.B. Kreditvermittlungsprovisionen, Bürgschaftsprovisionen etc.), fallen dagegen nicht in den Anwendungsbereich der Zinsschranke. **Nicht erfasst werden außerdem** Dividenden, Steuerzinsen nach §§ 233 ff. AO, Lieferantenskonti und Boni. Zinsaufwendungen für Fremdkapital, das zur Finanzierung der Herstellung eines Wirtschaftsguts verwendet wird (z.B. Bauzeitzinsen), dürfen nach § 255 Abs. 3 Satz 2 HGB als Bestandteil der Herstellungskosten aktiviert werden, soweit sie auf den Zeitraum der Herstellung entfallen. Die nachfolgende Ausbuchung bzw. Abschreibung solcher Aktivposten führt nicht zu Zinsaufwendungen i.S.d. Zinsschranke.¹⁴ Nach der Legaldefinition des § 4h Abs. 3 Satz 2 EStG sind in den beschränkt abziehbaren Zinssaldo nur die Zinsaufwendungen einzubeziehen, die den maßgeblichen steuerlichen Gewinn gemindert haben. **Steuerlich nicht abziehbare Zinsen** fallen deshalb nicht unter die Zinsschranke. Unklar ist die Behandlung von Zinsen, die zwar abziehbare Betriebsausgaben sind, aufgrund gesetzlicher Verlustabzugsbeschränkungen (§§ 2a, 15a, 15b EStG) aber nur zu verrechenbaren und nicht zu abzugsfähigen Verlusten geführt haben. Nach hier vertretener Auffassung bewirkt die fehlende Abzugsfähigkeit des Verlustes keine Umqualifikation des in den Verlust eingeschlossenen Zinsaufwands.¹⁵

¹¹ BT-Drs. 16/4841, 49.

¹² BMF vom 04.07.2008, a.a.O., Rz. 11.

¹³ BMF vom 04.07.2008, a.a.O., Rz. 15.

¹⁴ BMF vom 04.07.2008, a.a.O., Rz. 20.

¹⁵ Ebenso s. Köhler, DStR 2007, 597, 598; a.A. Scheunemann/Socher, BB 2007, 1144, 1147 [Fn. 25].

Nach § 4h Abs. 3 Satz 4 EStG fallen in den der Zinsschranke unterworfenen Zinssaldo auch die Erträge aus der Abzinsung unverzinslicher oder niedrig verzinslicher Verbindlichkeiten (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 EStG), der Aufwand aus der (Wieder-)Aufzinsung unverzinslicher oder niedrig verzinslicher Verbindlichkeiten (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 i.V.m. Nr. 2 Satz 2 EStG) und der Aufwand aus der Abzinsung unverzinslicher oder niedrig verzinslicher Geldforderungen. Durch die **Abzinsung langfristiger Rückstellungen** nach § 6 Abs. 1 Nr. 3a Buchst. e) EStG sollen dagegen keine in den Zinssaldo einfließenden Zinserträge generiert werden.¹⁶ Dies gilt nach Auffassung der Finanzverwaltung auch bei Rückstellungen, die für ungewisse Geldleistungsverpflichtungen gebildet werden (z.B. Schadensrückstellungen von Versicherungsunternehmen). Nach meiner Auffassung lässt § 4h Abs. 3 Satz 4 EStG einen solchen Umkehrschluss nicht zu, sodass die Nichtberücksichtigung von Abzinsungserträgen auf Rückstellungen beschränkt bleibt, die für Sachleistungsverpflichtungen gebildet wurden.

1.3 Grundregel und Wirkungsweise

Die Ermittlung der nach § 4h EStG abziehbaren Zinsaufwendungen erfolgt in einem mehrstufigen Prüfungsmodus.

- Auf der **ersten Stufe** werden die im jeweiligen Wirtschaftsjahr angefallenen Zinsaufwendungen und Zinserträge gegenübergestellt. In Höhe der Zinserträge ist der Zinsaufwand unbeschränkt abziehbar. Die Zinsschranke kommt also erst zur Anwendung, wenn der Zinsaufwand die Zinserträge übersteigt und ein negativer Zinssaldo entsteht.
- Bis zu einer **Freigrenze von 3 Mio. €**¹⁷ unterliegt auch ein negativer Zinssaldo keinem Abzugsverbot (**1. Ausnahme**). Bei Überschreiten des Grenzwerts wird der gesamte negative Zinssaldo von der Zinsschranke erfasst.
- Auch bei einem negativen Zinssaldo von mehr als 3 Mio. € kommt die Zinsschranke nicht zur Anwendung, wenn der Betrieb nicht oder nur anteilmäßig zu einem **Konzern** gehört (**2. Ausnahme**). Für Körperschaften und Mitunternehmenschaften, an denen Körperschaften beteiligt sind, gilt dies allerdings nur, wenn sie keine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung in Anspruch genommen haben (**1. Rückausnahme**). Eine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung liegt vor, wenn die an wesentlich beteiligte Gesellschafter, diesen nahestehende Personen oder rückgriffsberechtigte Dritte gezahlten Zinsen **mehr als 10 % des negativen Zinssaldos** ausmachen.
- Bei einem konzernzugehörigen Betrieb wird die Abzugsbeschränkung vermieden, wenn der Betrieb nachweist, dass seine Eigenkapitalquote am vorangegangenen Abschlussstichtag nicht um mehr als zwei¹⁸ Prozentpunkte unter der des Konzerns lag (**3. Ausnahme** oder sog. „**Escape-Klausel**“). Für Körperschaften und diesen nachgeordnete Mitunternehmenschaften gilt dies wiederum nur, wenn keine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung in Anspruch genommen wurde (**2. Rückausnahme**). Eine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung liegt in diesem Fall vor, wenn Zinsen, die die Konzernzugehörige Körperschaft oder ein demselben Konzern zugehöriger anderer Rechtsträger an wesentlich beteiligte **Konzernexterne** Gesellschafter, diesen nahestehende Personen oder rückgriffsberechtigte Dritte gezahlt haben, mehr als 10 % des negativen Zinssaldos des fremdfinanzierten Rechtsträgers ausmachen.

¹⁶ BMF vom 04.07.2008, a.a.O., Rz. 22.

¹⁷ Die ursprünglich 1 Mio. € betragende Freigrenze war zunächst durch das BürgEntlG (BGBl I 2009, 1959) zeitlich befristet auf 3 Mio. € angehoben worden. Mit dem WachsBeschlG (BGBl I 2009, 3950) wird diese erhöhte Freigrenze unbefristet fortgeführt.

¹⁸ Die ursprüngliche 1 % betragende Tolleranzgrenze wurde durch das WachsBeschlG (BGBl I 2009, 3950) für Wirtschaftsjahre, die nach dem 31.12.2009 enden, auf 2 % angehoben.

- Falls keine der drei Ausnahmen greift, ist der negative Zinssaldo, der 30 % des verrechenbaren EBITDA übersteigt, vom Abzug ausgeschlossen.

1.4 Definition des steuerlichen EBITDA

Die Zinsschranke bemisst die **Abzugsfähigkeit von Zinsaufwendungen** anhand eines sog. **steuerlichen EBITDA** (= earnings before interest, taxes, depreciation and amortization), das für Personenunternehmen und Körperschaften wie folgt zu berechnen ist.¹⁹

Personenunternehmen	Körperschaften
Steuerpflichtiger Gewinn vor Anwendung des § 4h EStG	Einkommen der Körperschaften i.S.v. § 8 Abs. 1 KStG vor Anwendung des § 4h EStG
./. Zinserträge	./. Zinserträge
+ Zinsaufwendungen	+ Zinsaufwendungen
+ Abschreibungen nach § 6 Abs. 2 Satz 1 (GWG) und Abs. 2a Satz 2 EStG (Poolabschreibung) sowie § 7 EStG (reguläre AfA)	+ Abschreibungen nach § 6 Abs. 2 Satz 1 (GWG) und Abs. 2a Satz 2 EStG (Poolabschreibung) sowie § 7 EStG (reguläre AfA)
	+ Verlustabzug i.S.v. § 10d EStG (Verlustrück- und -vortrag)
	+ Spendenabzug i.S.v. § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KStG
= steuerliches EBITDA	= steuerliches EBITDA

Sonderabschreibungen und Teilwertabschreibungen i.S.v. § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG erhöhen den maßgeblichen Gewinn nicht.

1.5 EBITDA- und Zinsvortrag

1.5.1 EBITDA-Vortrag

Um die vielfach kritisierten krisenverschärfenden Wirkungen²⁰ der Zinsschranke zu mildern, eröffnet das WachBeschlG den betroffenen Betrieben die Möglichkeit, steuerlich ungenutztes EBITDA befristet in die fünf folgenden Wirtschaftsjahre vorzutragen und dort im Bedarfsfall zur Erhöhung des Abzugsvolumens zu nutzen (§ 4h Abs. 1 Satz 3 EStG).²¹ Scheitert der vollständige Abzug der Zinsaufwendungen in einem der folgenden Wirtschaftsjahre daran, dass das in diesem Jahr erwirtschaftete EBITDA nicht ausreicht, um den negativen Zinssaldo vollständig abzudecken, kann der **EBITDA-Vortrag** zur Erhöhung des Abzugsvolumens herangezogen werden. Dabei werden die in den Vorjahren festgestellten EBITDA-Vorträge nach dem **Fifo-Prinzip** („first in - first out“) in der zeitlichen Abfolge ihrer Entstehung verwendet. Vorträge, die nicht innerhalb von fünf Jahren verbraucht werden, verfallen. Kommt die Zinsschranke nicht zur Anwendung, weil eine der in § 4h Abs. 2 EStG normierten Ausnahmeregelungen greift, wird für dieses Jahr kein EBITDA-Vortrag festgestellt (§ 4h Abs. 1 Satz 3 EStG).

¹⁹ BMF vom 04.07.2008, a.a.O., Rz. 40 f.

²⁰ Vgl. hierzu *Blaufus/Lorenz*, StuW 2009, 323; *Eilers/Bühning*, DStR 2009, 137; Schreiben des IDW zu steuerlichen Maßnahmen zur Abmilderung der Auswirkungen der Finanzmarktkrise, FN-IDW 2008, 506.

²¹ Zur Einführung des EBITDA-Vortrags s. *Schneider/Roderburg*, FR 2010, 58, 62; *Wittkowski/Hielscher*, BRZ 2010, 11, 15; *Kessler/Dietrich*, DB 2010, 240, 241; *Herzig/Liekenbrock*, DB 2010, 690; *Bien/Wagner*, BB 2009, 2627, 2632.

Beispiel:

Der zum K-Konzern gehörende Betrieb B weist für die Jahre 2010 bis 2013 folgende Ergebnisse aus:

	2010	2011	2012	2013	2014	2015
	Mio. €					
Steuerliches EBITDA	100	50	60	80	40	70
./. Abschreibungen	./. 20	./. 20	./. 20	./. 20	./. 20	./. 20
+ Zinserträge	10	10	15	12	14	15
./. Zinsaufwendungen	./. 30	./. 28	./. 17	./. 18	./. 28	./. 20
= Gewinn vor Steuern	60	12	38	54	26	45
Hinzurechnung nach § 4h EStG						
./. Zinsaufwendungen	./. 30	./. 28	./. 17	./. 18	./. 28	./. 20
+ Zinserträge	10	10	15	12	14	15
= negativer Zinssaldo	./. 20	./. 18	./. 2	./. 6	./. 14	./. 5
+ verrechenbares EBITDA (30 %)	30	15		24	12	21
=	10	./. 3		18	./. 2	16
./. Einstellungen in den EBITDA-Vortrag	./. 10	0		./. 18	0	./. 16
+ Entnahmen aus dem EBITDA-Vortrag	0	3		0	2	0
= Hinzurechnung	0	0		0	0	0

Entwicklung des EBITDA-Vortrags						
EBITDA-Vortrag Vorjahr	0	10	7	7	25	23
Einstellungen und Entnahmen	10	./. 3	0	18	./. 2	16
Verfall nach Fristablauf	0	0	0	0	0	./. 5
EBITDA-Vortrag	10	7	7	25	23	34

Lösung: Das verrechenbare EBITDA des Wirtschaftsjahres 2010 (30 Mio. €) überschreitet den negativen Zinssaldo von ./. 20 Mio. € um 10 Mio. €. Das in 2010 ungenutzt bleibende EBITDA wird in die folgenden fünf Wirtschaftsjahre vorgetragen (EBITDA-Vortrag). Da das verrechenbare EBITDA des Jahres 2011 (15 Mio. €) nicht ausreicht, um den negativen Zinssaldo dieses Jahres (./. 18 Mio. €) auszugleichen, wird der fehlende Teil (3 Mio. €) aus dem EBITDA-Vortrag des Jahres 2010 gedeckt. In 2012 entsteht kein (neuer) EBITDA-Vortrag, weil der negative Zinssaldo von 2 Mio. € die Freigrenze von 3 Mio. € unterschreitet und die Zinsschrankenregelung deshalb nicht zum Zuge kommt. In 2013 übersteigt das verrechenbare EBITDA (24 Mio. €) den negativen Zinssaldo (./. 6 Mio. €) um 18 Mio. €; der übersteigende Teil wird vorgetragen. In 2014 übersteigt der negative Zinssaldo (./. 14 Mio. €) das verrechenbare EBITDA (12 Mio. €). Der Fehlbetrag (2 Mio. €) wird dem EBITDA-Vortrag entnommen. Dabei wird der älteste noch aus 2010 stammende Teil des EBITDA-Vortrags zuerst verwendet (sog. Fifo-Verfahren („first in - first out“)). In 2015 werden dem EBITDA-Vortrag weitere 16 Mio. € zugeführt. Der Rest des noch aus 2010 stammenden Vortrags (5 Mio. €) verfällt wegen Ablaufs der Fünf-Jahres-Frist.

Auf Antrag des Steuerpflichtigen wird das verrechenbare EBITDA des ersten nach dem 31.12.2009 endenden Wirtschaftsjahres um (fiktive) EBITDA-Vorträge erhöht, die sich für Wirtschaftsjahre ergeben, die nach dem 31.12.2006 begonnen und vor dem 01.01.2010 geendet haben (§ 52 Abs. 12d Satz 5 EStG). Unklar ist, ob ein in einem Jahr ausgewiesenes **negatives EBITDA** den (fiktiven) EBITDA-Vortrag reduziert oder ob für dessen Berechnung nur positive Beträge zu berücksichtigen sind.²² Unklar ist weiter, ob der (fiktive) EBITDA-Vortrag leerläuft, wenn in 2010 kein positives EBITDA entsteht.²³

1.5.2 Zinsvortrag

Nicht abziehbare Zinsaufwendungen dürfen nach § 4h Abs. 1 Satz 5 EStG zeitlich unbegrenzt in nachfolgende Wirtschaftsjahre vorgetragen werden. Dort erhöhen sie die Zinsaufwendungen, nicht aber den maßgeblichen Gewinn dieser Wirtschaftsjahre (§ 4h Abs. 1 Satz 6 EStG). Die **Wirkungen eines Zinsvortrags und sein Zusammenwirken mit einem EBITDA-Vortrag** zeigt das folgende Beispiel.

Beispiel: Für den Betrieb B wurde zum 31.12.2010 ein EBITDA-Vortrag von 5 Mio. € festgestellt. In 2011 erzielt B ein EBITDA von 50 Mio. €. Abschreibungen wurden i.H.v. 10 Mio. € verrechnet. Der negative Zinssaldo beträgt ./.. 25 Mio. € (= ./.. 30 Mio. € Zinsaufwendungen + 5 Mio. € Zinserträge).

	2011	2012
	Mio. €	Mio. €
Steuerliches EBITDA	50	100
./.. Abschreibungen	./.. 10	./.. 10
+ Zinserträge	5	5
./.. Zinsaufwendungen	./.. 30	./.. 20
= (vorläufiger) Gewinn vor Steuern	15	75
Hinzurechnung nach § 4h EStG		
./.. Zinsaufwendungen laufendes Jahr	./.. 30	./.. 20
./.. Entnahme aus dem Zinsvortrag	0	./.. 5
+ Zinserträge	5	5
= negativer Zinssaldo	./.. 25	./.. 20
+ verrechenbares EBITDA (30 %)	15	30
+ Entnahmen aus dem EBITDA-Vortrag	5	0
= nicht abziehbarer Zinsaufwand (./..) bzw. ungenutztes EBITDA (+)	./.. 5	10
./.. Einstellungen in den EBITDA-Vortrag	0	./.. 10
+ Einstellungen in den Zinsvortrag	5	0
=	0	0

²² So *Kessler/Lindemer*, DB 2010, 472, 473 unter Hinweis auf BT-Drs. 17/147, 9 (m.E. lässt sich dieses wünschenswerte Ergebnis weder aus § 52 Abs. 12d Satz 5 EStG selbst noch aus den dazu vorliegenden Gesetzesmaterialien entnehmen).

²³ Im Gegensatz zu *Kessler/Lindemer*, DB 2010, 472, 473, bin ich der Auffassung, dass auch bei einem negativen 2010er EBITDA durch die Hinzurechnung eines positiven (fiktiven) EBITDA-Vortrags ein verrechenbares EBITDA entstehen kann.

Entwicklung des EBITDA-Vortrags		
EBITDA-Vortrag Vorjahr	5	0
+./.. Einstellungen (+) und Entnahmen (./.) laufendes Jahr	./.	5 10
= EBITDA-Vortrag	0	10
Entwicklung des Zinsvortrags		
Zinsvortrag Vorjahr	0	5
+./.. Einstellungen (+) und Entnahmen (./.) laufendes Jahr	5	./.
= Zinsvortrag	5	0

Lösung: Das verrechenbare EBITDA 2011 (30 % von 50 Mio. € = 15 Mio. €) und der EBITDA-Vortrag 2010 (5 Mio. €) lassen in 2011 einen Zinsabzug von maximal 20 Mio. € zu. Der verbleibende steuerlich nicht abziehbare Zinsaufwand i.H.v. 5 Mio. € wird als Zinsvortrag in das Jahr 2012 vorgetragen. In 2012 kann B diesen vorgetragenen Zinsaufwand (5 Mio. €) zusammen mit den Zinsaufwendungen des laufenden Jahres (20 Mio. €) steuerlich abziehen. Da das verrechenbare EBITDA (30 Mio. €) den um den Zinsvortrag erhöhten negativen Zinssaldo (20 Mio. €) übersteigt, ist der überschießende Teil als EBITDA-Vortrag in das Jahr 2012 vorzutragen.

1.5.3 Feststellung und Untergang von EBITDA- und Zinsvorträgen

EBITDA- und Zinsvorträge sind durch das für die Besteuerung zuständige Finanzamt gesondert festzustellen (§ 4h Abs. 4 Satz 1 EStG). Die **gesonderte Feststellung** ist für den Einkommen- und Körperschaftsteuerbescheid des folgenden Veranlagungszeitraums, aber auch für den Feststellungsbescheid auf den nachfolgenden Feststellungszeitpunkt, bindend (§ 182 Abs. 1 AO). Zuständig für die Feststellung ist bei Personengesellschaften²⁴ das zuständige Feststellungsfinanzamt, ansonsten das für den Betrieb zuständige Veranlagungsfinanzamt.

Nach § 4h Abs. 5 Satz 1 EStG gehen nicht verbrauchte EBITDA- und Zinsvorträge unter, wenn ein Betrieb aufgegeben oder übertragen wird. Bei der Auslegung des in § 4h EStG nicht definierten Tatbestandsmerkmals der „**Betriebsaufgabe**“ kann auf die zu § 16 Abs. 3 EStG entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze zurückgegriffen werden. Der Begriff der „**Betriebsübertragung**“ umfasst neben entgeltlichen (Veräußerungen) auch teil- und unentgeltliche Vorgänge (z.B. Schenkungen und Übertragungen zur Erfüllung von Vermächtnissen oder Pflichtteilsansprüchen). Keine Betriebsübertragung i.S.v. § 4h Abs. 5 Satz 1 EStG ist dagegen der Erbfall (Gesamtrechtsnachfolge)²⁵. Zum **Untergang eines Zins-/EBITDA-Vortrags** kommt es nur, wenn der gesamte Betrieb auf einen neuen Rechtsträger übergeht. Die Übertragung wirtschaftlichen Eigentums reicht aus; eine Nutzungsüberlassung genügt nicht. Die Auffassung der Finanzverwaltung²⁶, die bei der Aufgabe und Übertragung eines Teilbetriebs von einem anteiligen Untergang des Zinsvortrags ausgeht, steht im Widerspruch zum Gesetzeswortlaut und ist deshalb abzulehnen.²⁷ Beim **Ausscheiden eines Mitunternehmers**, geht der vorhan-

²⁴ Strittig ist, nach welchem Maßstab EBITDA- und Zinsvorträge bei einer Mitunternehmerschaft aufzuteilen sind; vgl. hierzu BMF vom 04.07.2008, a.a.O., Rz. 51 f.; *Middendorf/Stegemann*, INF 2007, 305, 307; *Hick* in H/H/R, § 4h Anm. J 07-17; *Hoffmann* in L/B/P, § 4h Rz. 324; *Schmidt/Loschelder* EStG § 4h Rz. 10; *Schultz-Aßberg*, a.a.O., Abschn. A II. 5. Rz. 107 f.

²⁵ A.A. s. *van Lishaut/Schumacher/Heinemann*, DStR 2008, 2341, 2344.

²⁶ BMF vom 04.07.2008, a.a.O., Rz. 47.

²⁷ Gl.A. s. *Köhler/Hahne*, DStR 2008, 1505, 1513; *Fischer/Wagner*, BB 2008, 1872, 1875; *Schmidt-Fehrenbacher*, Ubg 2008, 469, 476.

²⁸ Die Übertragung von Teil-Mitunternehmeranteilen bewirkt nach dem Wortlaut des § 4h Abs. 5 Satz 2 EStG

dene Zins-/EBITDA-Vortrag i.H.d. Beteiligungsquote unter, mit der der ausscheidende Mitunternehmer im Zeitpunkt seines Ausscheidens an der Mitunternehmerschaft beteiligt war (§ 4h Abs. 5 Satz 2 EStG).

Nach Auffassung der Finanzverwaltung²⁹ führt auch das **Ausscheiden einer Organgesellschaft aus einem Organkreis** (z.B. durch Kündigung des Ergebnisabführungsvertrages, Verkauf der Anteile oder Verlegung des Ortes der Geschäftsleitung ins Ausland) zu einem anteiligen Untergang des beim Organträger vorhandenen Zinsvortrags. Diese Auffassung lässt sich dem Gesetz indes nicht entnehmen, weil es beim Austritt einer Organgesellschaft aus einem **fortbestehenden** Organkreis an einer den Untergang des Zins-/EBITDA-Vortrags begründenden Betriebsaufgabe fehlt.

In **Umwandlungsfällen** gehen EBITDA- und Verlustvorträge ganz oder anteilig unter (§§ 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG, § 12 Abs. 3 i.V.m. 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG (§§ 15 Abs. 3, 20 Abs. 9, 24 Abs. 6 i.V.m. 20 Abs. 9 UmwStG).

Kein Gleichlauf zwischen Zins- und EBITDA-Vortrag besteht bei **schädlichen Beteiligungserwerben i.S.v. § 8c KStG**. Hier geht nur der Zinsvortrag, nicht aber der EBITDA-Vortrag einer Körperschaft oder nachgeordneten Mitunternehmerschaft verloren, wenn innerhalb von fünf Jahren mehr als die Hälfte der Anteile an der Körperschaft mittelbar oder unmittelbar an einen Erwerber oder an eine diesem nahestehende Person übertragen werden (§§ 8a Abs. 1 Satz 3 KStG, 4h Abs. 5 Satz 3 EStG i.V.m. § 8c KStG). Eine Anteilsübertragung zwischen 25 % und 50 % führt lediglich zu einem anteiligen Verlust des Zinsvortrags.

1.6 Ausnahmetatbestände

1.6.1 Freigrenze

Auch bei negativem Zinssaldo fällt die Zinsschranke erst, wenn der negative Zinssaldo pro Betrieb und Wirtschaftsjahr den Grenzwert von 3 Mio. € erreicht oder übersteigt (§ 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst. a) EStG). Ein negativer Zinssaldo von 2.999.999,99 € bleibt also in voller Höhe abziehbar.

In der Praxis kursieren Gestaltungsempfehlungen, die eine **Aufspaltung („Atomisierung“ bestehender Betriebe in kleinere, rechtlich selbständige Einheiten** vorsehen, um so die Freigrenze mehrfach in Anspruch nehmen zu können.³⁰ Auch kann es für Betriebe, die aufgrund ihrer aktuellen Fremdverschuldung Gefahr laufen, zukünftig in den Anwendungsbereich der Zinsschranke zu fallen, zweckmäßig sein, fremdfinanzierte Neuinvestitionen nicht selbst vorzunehmen, sondern auf Tochterunternehmen zu verlagern.

1.6.2 Fehlende Konzernzugehörigkeit

Nach § 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst. b) EStG gilt die Zinsschranke nicht für Betriebe, die entweder überhaupt nicht oder nur anteilmäßig zu einem Konzern gehören. Gleiches gilt bei **Identität des Konzerns mit dem Organkreis**; in diesem Fall gibt es nur einen einzigen (nicht konzernzugehörigen) Organkreisbetrieb, der von der Zinsschranke unberührt bleibt. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass bei konzernfreien Betrieben, die Gefahr einer missbräuchlichen Fremdfinanzierung nicht besteht, und nimmt diese deshalb konsequenterweise aus dem Anwendungsbereich der Zinsschranke heraus.

keinen quotalen Untergang des Zins-/EBITDA-Vortrags; a.A. s. *Hick* in H/H/R, § 4h Anm. J 07-53; skeptisch auch im Hinblick auf eine mögliche weite Auslegung durch die Finanzverwaltung s. *van Lishaut/Schumacher/Heinemann*, DStR 2008, 2341.

²⁹ BMF vom 04.07.2008, a.a.O., Rz. 47

³⁰ Zu den Nebenwirkungen solcher Modelle s. *von Colln*, DStR 2008, 1853, 1855.

Das Tatbestandsmerkmal der **Konzernzugehörigkeit** wird in § 4h Abs. 3 Satz 5 EStG wie folgt beschrieben³¹: „Ein Betrieb gehört zu einem Konzern, wenn er nach dem für die Anwendung des Absatzes 2 Satz 1 Buchstabe c) zugrunde gelegten Rechnungslegungsstandard mit einem oder mehreren anderen Betrieben konsolidiert wird oder werden könnte.“ Das Gesetz spricht zwar von der **Konsolidierung des Betriebs**, meint aber zweifellos das den Betrieb innehabende Unternehmen (**entity**) als Adressat der nationalen oder internationalen Konzernrechnungslegungsvorschriften. Entscheidend ist nicht die tatsächliche Konsolidierung des Betriebs, sondern die Möglichkeit seiner Konsolidierung. Nach § 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst. c) Satz 8 und 9 EStG bestimmt sich diese vorrangig nach IFRS (IAS 27.12 bis 27.21) und nachrangig nach dem Handelsrecht eines EU-Mitgliedstaats (z.B. § 294 ff. HGB) oder US-GAAP (ARB 51.2 f.).

Eine nur **anteilmäßige Konzernzugehörigkeit** reicht nach § 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst. b) EStG nicht aus, um die Zinsschranke auszulösen. Quotenkonsolidierte Gemeinschaftsunternehmen (**jointly controlled entities**) i.S.v. IAS 31 bzw. § 310 HGB bleiben deshalb von der Zinsschranke verschont³². Entsprechendes gilt auch für die at equity einbezogenen Betrieben (**associates**), die zwar in der Gesetzesbegründung nicht ausdrücklich angesprochen werden, aufgrund ihrer vergleichsweise schwächeren Einbindung aber nicht schlechter behandelt werden können als Gemeinschaftsunternehmen.³³

Liegt kein Konzern i.S.v. § 4h Abs. 3 Satz 5 EStG vor, sind die Voraussetzungen des § 4h Abs. 3 Satz 6 EStG ergänzend zu prüfen. Danach gehört ein Betrieb auch dann zu einem Konzern im steuerlichen Sinne, wenn seine Finanz- und Geschäftspolitik mit einem oder mehreren anderen Betrieben einheitlich bestimmt werden kann (**erweiterter steuerrechtlicher Konzernbegriff**)³⁴. Nach Angleichung der nationalen Konzernrechnungslegungsvorschriften (§§ 290 HGB, 11 PubLG an die internationale Vorgaben in IAS 27 und SIC 12 durch das BilMoG³⁵ (Einbeziehung von Zweckgesellschaften in handelsrechtlichen Konzernabschluss, Übernahme des Control-Konzepts in § 11 PubLG) beschränkt sich die Bedeutung des § 4h Abs. 3 Satz 6 EStG auf Fälle, in denen eine an mehreren Kapital- oder Personengesellschaften beteiligte natürliche Person aufgrund fehlender Unternehmenseigenschaft nicht konzernrechnungslegungspflichtig ist.³⁶

Zweck- oder Objektgesellschaften (Special Purpose Entities oder „SPE“) sind nach IAS 27.13 i.V.m. SIC 12 und § 290 Abs. 2 Nr. 4 HGB konsolidierungspflichtig. Die Auffassung der Verwaltung³⁷, nach der ABS-Zweckgesellschaften nicht als konzernangehörig i.S.v. § 4h Abs. 2 EStG gelten sollen, wenn ihre Einbeziehung in den Konzernabschluss allein aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise erfolgt, wird sich vor dem Hintergrund des neuen § 290 Abs. 2 Nr. 4 HGB nicht mehr aufrecht erhalten lassen.³⁸

1.6.3 Eigenkapitalquotenvergleich

Nach § 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst. c) EStG können sich konzernzugehörige Betriebe dem **Zugriff der Zinsschranke entziehen**, wenn ihre Eigenkapitalquote am vorangegangenen Abschlussstichtag nicht um mehr als zwei Prozentpunkte unter der des Konzerns lag. Die Rege-

³¹ Zum steuerlichen Konzernbegriff s. *Weber-Grellet*, DStR 2009, 557.

³² BT-Drs. 16/4841, 50.

³³ Gl.A. s. BMF vom 04.07.2008, a.a.O., Rz. 61.

³⁴ Zur Bedeutung von § 4h Abs. 3 Satz 6 EStG s. *Scheunemann/Socher*, BB 2007, 1144, 1149; *Tüben/Fischer*, BB 2007, 974, 976; *Lüdenbach/Hoffmann*, DStR 2007, 636; *Schultz-Aßberg*, a.a.O., Abschn. A II. 5. Rz. 57 ff.

³⁵ BGBI I 2009, 1102.

³⁶ *Kozikowski/Ritter* in Beck'scher Bil-Komm, § 290 Rz. 107.

³⁷ BMF vom 04.07.2008, a.a.O., Rz. 67.

³⁸ Kritisch zur Verwaltungsmeinung s. *Schultz-Aßberg*, a.a.O., Abschn. A II. 5. Rz. 67 m.w.N.