

Verrechnungspreise

Vögele / Borstell / Bernhardt

5., vollständig neubearbeitete Auflage 2020

ISBN 978-3-406-71598-3

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Bei der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung ist zu beachten, dass der Begriff der „**Zinsaufwendungen**“ gem. § 4h Abs. 3 EStG nicht zwingend deckungsgleich ist mit dem gewerbesteuerlichen Begriff „**Entgelt für Schulden**“ in § 8 Nr. 1 Buchst. a) GewStG. So sind Auf- und Abzinsungen unverzinslicher und niedrig verzinslicher Verbindlichkeiten oder Kapitalforderungen als Entgelte in die Zinsschranke mit einzubeziehen. Andererseits bleiben Finanzierungsentgelte für Miete, Pacht und Leasing im Rahmen der Zinsschranke unberücksichtigt.⁵⁶²

4. Ausnahmen

Das Gesetz definiert **drei Ausnahmen** von der Anwendung der Zinsschranke. Ent- 315 weder

1. der die Zinserträge übersteigende Zinsaufwand ist geringer als € 3 Mio. (**Freigrenze**),⁵⁶³ oder
2. der Betrieb gehört nicht oder nur anteilmäßig zu einem Konzern (**Konzernklausel**)⁵⁶⁴ und im Falle einer Körperschaft liegt **keine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung** vor,⁵⁶⁵ oder
3. der Betrieb gehört zwar zu einem Konzern, die Höhe der Eigenkapitalquote des Betriebes als **Verhältnis von Eigenkapital zu Bilanzsumme** ist aber mindestens so hoch wie die des Gesamtkonzerns auf konsolidierter Basis (**Escape-Klausel**).⁵⁶⁶ Ein Unterschreiten der Konzernquote ist unschädlich, sofern diese nicht mehr als zwei Prozentpunkte beträgt.⁵⁶⁷ Die Escape-Klausel gilt bei einer Körperschaft nur, wenn **keine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung** vorliegt.⁵⁶⁸

Mit der Gewährung einer **Freigrenze** wird vermieden, dass kleine und mittlere Unternehmen belastet bzw. kleinere Finanzierungen iRd Zinsschranke aufgegriffen werden. Als Reaktion auf die Finanzkrise wurde die **Freigrenze iRd Bürgerentlastungsgesetzes erhöht**. Die Freigrenze ist betriebsbezogen⁵⁶⁹ und wird in Bezug auf den Nettozinsaufwand des Betriebes innerhalb eines Wirtschaftsjahres gewährt.⁵⁷⁰ Entsprechend dem Charakter einer Freigrenze ist die Voraussetzung für die Ausnahme von der Zinsschranke in voller Höhe nicht erfüllt, wenn der Nettozinsaufwand in einem Wirtschaftsjahr € 3 Mio. oder mehr beträgt (**Fallbeileffekt**).

Für die Anwendung der **Konzernklausel** ist ein weiter Konzernbegriff zugrunde zu legen, bei dem drei Tatbestandsalternativen in Betracht kommen. Die drei Tatbestandsalternativen lassen sich definieren mit **Konsolidierung, Möglichkeit der Konsolidierung** und **Beherrschung**. Der Konzernbegriff iSd Zinsschranke leitet sich nicht unmittelbar aus dem **handelsrechtlichen Konzernbegriff** ab (wie es bspw. durch Bezugnahme auf § 18 AktG oder §§ 290ff. HGB denkbar wäre).

Primäres Kriterium für die Erfüllung der Konzernklausel iSd Zinsschranke ist die Zugehörigkeit bzw. die Möglichkeit der Zugehörigkeit zu einem **Konsolidierungskreis**.⁵⁷¹ Da die bloße Möglichkeit zur Konsolidierung ausreicht, ist im Umkehrschluss ein Konzern

⁵⁶² Vgl. hierzu ausführlich die Analyse von Krempelhuber NWB, 5369 ff.

⁵⁶³ Vgl. § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. a) EStG. In der ursprünglichen Fassung des Gesetzes betrug die Freigrenze € 1 Mio.

⁵⁶⁴ Vgl. § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. b) EStG.

⁵⁶⁵ Vgl. § 8a Abs. 2 KStG.

⁵⁶⁶ Vgl. § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) EStG.

⁵⁶⁷ Vgl. § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) S. 2 EStG. In der ursprünglichen Fassung des Gesetzes betrug die maximal zulässige Abweichung 1 Prozentpunkt.

⁵⁶⁸ Vgl. § 8a Abs. 2 KStG.

⁵⁶⁹ Vgl. BMF-Zinsschranke, Tz. 56.

⁵⁷⁰ Vgl. BMF-Zinsschranke, Tz. 58.

⁵⁷¹ Vgl. § 4h Abs. 3 S. 5 EStG.

immer dann gegeben und eine Ausnahme von der Zinsschranke dementsprechend nicht möglich, wenn der **maßgebliche Rechnungslegungsstandard** (bspw. IFRS, US-GAAP, HGB oder Rechnungslegungsstandard eines EU-Mitgliedstaates) eine Konsolidierung nicht explizit ausschließt.⁵⁷² Hierdurch laufen handelsrechtliche Bilanzierungswahlrechte leer⁵⁷³ und es kann die Erstellung eines konsolidierten Abschlusses bzw. die Einbeziehung von handelsrechtlich nicht konsolidierten Gesellschaften alleine für steuerliche Zwecke notwendig sein. Gemäß dem Gesetzeswortlaut⁵⁷⁴ ist **Vollkonsolidierung** erforderlich, dh Gemeinschaftsunternehmen⁵⁷⁵ oder assoziierte Unternehmen⁵⁷⁶ sind nicht Teil eines Konzerns iSd Zinsschranke.

- 318 Sofern eine Vollkonsolidierung weder vorhanden noch möglich ist, kann auch die **Möglichkeit der Bestimmung einer einheitlichen Finanz- oder Geschäftspolitik** zur Annahme der Konzernzugehörigkeit⁵⁷⁷ und damit zum Ausschluss der Konzernklausel führen. Die einheitliche Leitung kann u. a. auch durch eine natürliche Person oder durch eine vermögensverwaltend tätige Gesellschaft ausgeübt werden.⁵⁷⁸
- 319 Nach Auffassung der FinVerw. wird ein Konzern iSd Zinsschranke nicht begründet durch einen **Einzelunternehmer mit mehreren Betrieben**,⁵⁷⁹ eine **Betriebsaufspaltung**⁵⁸⁰ oder einen **Organkreis**.⁵⁸¹
- 320 Strittig war zum Zeitpunkt der Einführung der Zinsschranke die aufgrund des Gesetzeswortlautes⁵⁸² vorherrschende Interpretation, dass die weit verbreitete Struktur einer **GmbH & Co. KG** mit der GmbH als Komplementärin ohne Einlage sowie einer natürlichen Person als Alleingesellschafter der GmbH und einzigem Kommanditist bereits zur **Bildung eines Konzerns** im Sinne der Zinsschranke⁵⁸³ mit der GmbH & Co. KG als nachgeordneter Personengesellschaft führt. Diese Folgerung war in Anbetracht des primären Gesetzeszweckes der Einführung einer Zinsschranke⁵⁸⁴ vom Gesetzgeber jedoch nicht beabsichtigt. Dementsprechend stellt die FinVerw. klar, dass sie derartige Fälle nicht als Konzern verstanden wissen will, sofern die GmbH keine eigene Geschäftstätigkeit ausübt.⁵⁸⁵

Beispiel: Der Einzelhändler A erwirbt zur Erweiterung seiner Angebotspalette 100 % der Anteile an der ABC GmbH. Die ABC GmbH produziert ein Sortiment, welches A über sein Einzelunternehmen bislang nicht anbieten kann. Das Einzelunternehmen von A sowie die ABC GmbH bilden für die Anwendung der Zinsschranke einen Konzern.

Beispiel: Der Einzelhändler A erwirbt zur Erweiterung seiner Angebotspalette den Geschäftsbetrieb der ABC GmbH und eröffnet am Standort der ABC GmbH eine Zweigniederlassung. Mit der Eröffnung der Zweigniederlassung entsteht kein Konzern.

- 321 Die Frage der Konzernzugehörigkeit wird grundsätzlich anhand der **Verhältnisse am letzten vorangehenden Abschlussstichtag** beurteilt, bei Neuentstehung eines Konzerns gilt die Konzernzugehörigkeit erst ab dem **folgenden Abschlussstichtag**.⁵⁸⁶

⁵⁷² S. zu den Konsolidierungsvorschriften iE *Heintges/Kamphaus/Loitz* DB 2007, 1261 ff.

⁵⁷³ ZB die größenabhängigen Befreiungen von der Konsolidierungspflicht.

⁵⁷⁴ Vgl. § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. b) EStG.

⁵⁷⁵ Gem. § 310 HGB.

⁵⁷⁶ Gem. § 311 HGB.

⁵⁷⁷ Vgl. § 4h Abs. 3 S. 6 EStG.

⁵⁷⁸ Vgl. BMF-Zinsschranke, Tz. 60.

⁵⁷⁹ Vgl. BMF-Zinsschranke, Tz. 62.

⁵⁸⁰ Vgl. BMF-Zinsschranke, Tz. 63.

⁵⁸¹ Vgl. BMF-Zinsschranke, Tz. 65.

⁵⁸² Vgl. § 4h Abs. 2 S. 2 EStG.

⁵⁸³ S. hierzu ausführlich *Dörfler/Vogl* BB 2007, 1085.

⁵⁸⁴ „Mit der Zinsschranke wird das inländische Steuersubstrat gesichert“. Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum UStRG 2008 v. 14.3.2007, 78.

⁵⁸⁵ Vgl. BMF-Zinsschranke, Tz. 66.

⁵⁸⁶ Vgl. BMF-Zinsschranke, Tz. 68.

Trotz **Zugehörigkeit zu einem Konzern** kommt die Zinsschranke nicht zur Anwendung, wenn die Bedingungen des **Eigenkapitalvergleichs** erfüllt sind (**Escape-Klausel**). IRd Eigenkapitalvergleichs wird die **Eigenkapitalquote eines Betriebes** mit der **Eigenkapitalquote des Konzerns** (inkl. des Betriebes) verglichen. Sofern die Eigenkapitalquote des Betriebes die Eigenkapitalquote des Konzerns um **nicht mehr als zwei Prozentpunkte** unterschreitet, wird der Zinsabzug des Betriebes nicht begrenzt. Als Eigenkapitalquote wird hierbei das **Verhältnis des Eigenkapitals zur Bilanzsumme** bezeichnet, das sich aus dem handelsrechtlichen Konzernabschluss bzw. Einzelabschluss ableitet.⁵⁸⁷ Vorrangig sollen der für die Ermittlung der Eigenkapitalquote herangezogene Konzern- und Einzelabschluss nach **IFRS** erstellt sein,⁵⁸⁸ nachrangig dazu können auch gemäß den Rechnungslegungsvorschriften eines EU-Mitgliedstaates (zB nach HGB) oder nach US-GAAP erstellte Abschlüsse berücksichtigt werden.⁵⁸⁹ Es wird auf die bilanziellen Verhältnisse am **vorangegangenen Abschlussstichtag** abgestellt.⁵⁹⁰

Beispiel: Die M GmbH ist Teil eines Konzerns. Von dritten Banken hat die M GmbH mehrere Darlehen zur Finanzierung ihres Geschäftsbetriebes erhalten (keine Möglichkeit des Rückgriffs iSd § 8a Abs. 3 KStG). Das Eigenkapital der M GmbH beträgt € 12,0 Mio., die Bilanzsumme € 48,0 Mio. Hieraus errechnet sich eine Eigenkapitalquote der M GmbH von 25%. Die Escape-Klausel ist erfüllt und eine Beschränkung des Betriebsausgabenabzugs der Zinsaufwendungen findet nicht statt, sofern die Eigenkapitalquote des Konzerns nicht mehr als 27% beträgt.

Ausgehend von den handelsrechtlichen Abschlüssen sind für den Eigenkapitalvergleich 323 ggf. **Anpassungsrechnungen** vorzunehmen, mit denen u.a. durch die unterschiedliche Ausübung von Bilanzierungswahlrechten⁵⁹¹ oder die Aufstellung nach unterschiedlichen Rechnungslegungsstandards⁵⁹² bestehende Differenzen ausgeglichen werden:

Eigenkapitalquote (Eigenkapital/Bilanzsumme) des Betriebes gem. Jahresabschluss/Einzelabschluss

+/- Anpassungsrechnung zur einheitlichen Ausübung von Bilanzierungswahlrechten in Konzern- und Jahres-/Einzelabschluss

+/- Überleitungsrechnung zur Beseitigung von Differenzen aufgrund unterschiedlicher Rechnungslegungsstandards in Konzern- und Jahres-/Einzelabschluss

= Zwischensumme 1

Anpassung des Eigenkapitals des Betriebs des Darlehensnehmers⁵⁹³

- + auf den Betrieb des Darlehensnehmers entfallender Firmenwert (sofern im Konzernabschluss ausgewiesen)
- + 50% der Sonderposten mit Rücklageanteil (§ 273 HGB)
- Eigenkapitalanteile, die keine Stimmrechte vermitteln (ohne Vorzugsaktien)
- Anteile an anderen Konzerngesellschaften
- innerhalb von 6 Monaten vor dem Abschlussstichtag getätigte Einlagen (soweit diese innerhalb von 6 Monaten nach dem Abschlussstichtag getätigte Entnahmen oder Ausschüttungen gegenüberstehen)

= Zwischensumme 2

Anpassung der Bilanzsumme des Betriebs des Darlehensnehmers⁵⁹⁴

- Kapitalforderungen, die nicht im Konzernabschluss ausgewiesen sind und denen nicht- bzw. niedrig verzinsliche Verbindlichkeiten in mindestens gleicher Höhe gegenüberstehen

⁵⁸⁷ Vgl. § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) S. 3 EStG.

⁵⁸⁸ Vgl. § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) S. 8 EStG.

⁵⁸⁹ Vgl. § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) S. 9 EStG.

⁵⁹⁰ Vgl. § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) S. 1 EStG.

⁵⁹¹ Vgl. § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) S. 4 EStG.

⁵⁹² Vgl. § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) S. 11 EStG.

⁵⁹³ Vgl. § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) S. 5 EStG.

⁵⁹⁴ Vgl. § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) S. 6 EStG.

- +/- Anpassung der Bilanzsumme als Folgewirkung von Anpassungen des Eigenkapitals des Darlehensnehmers (bspw. Firmenwert)
- +/- Anpassung des Eigenkapitals und/oder der Bilanzsumme aufgrund von Sonderbetriebsvermögen⁵⁹⁵
- = Eigenkapitalquote für Zwecke der Zinsschranke

Beispiel (Fortsetzung): Die M GmbH ist Teil eines Konzerns, dessen Eigenkapitalquote auf Basis des zum letzten Abschlussstichtag nach IFRS erstellten Konzernabschlusses 31% beträgt. Das Eigenkapital der M GmbH iHv € 12,0 Mio. und die Bilanzsumme iHv € 48,0 Mio. sind wie folgt anzupassen:

- + € 2,0 Mio. Ausgleich der Differenzen HGB Einzelabschluss M GmbH versus IFRS Konzernabschluss,
- + € 2,5 Mio. eigener Firmenwert M GmbH,
- € 1,0 Mio. Anteile an anderen Konzerngesellschaften.

Hieraus ergibt sich ein angepasstes Eigenkapital der M GmbH für Zwecke der Zinsschranke iHv € 15,5 Mio. und eine angepasste Bilanzsumme iHv € 51,5 Mio. Die Eigenkapitalquote der M GmbH beträgt nach Durchführung der Anpassungen 30% und ist damit um einen Prozentpunkt niedriger als die des Konzerns. Die Escape-Klausel ist dennoch anwendbar, da die Eigenkapitalquote der M GmbH nicht mehr als zwei Prozentpunkte unterhalb der Konzernquote liegt.

Die Anpassungs- bzw. Überleitungsrechnung ist auf Verlangen der Finanzbehörde durch einen Abschlussprüfer zu prüfen.⁵⁹⁶

- 324 Führt die **Korrektur** eines zunächst nicht zutreffend erstellten Abschlusses zu höheren nicht abziehbaren Zinsaufwendungen, ist auf die insgesamt nicht abziehbaren Zinsaufwendungen ein **Zuschlag gem. § 162 Abs. 4 S. 1 und 2 AO** – dh in Höhe von mindestens € 5.000 – festzusetzen.⁵⁹⁷
- 325 Die Befreiungen von der Beschränkung des Betriebsausgabenabzugs gemäß der **Konzernklausel** und der **Escape-Klausel** gelten nur dann, wenn keine **schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung** vorliegt. Eine **Gesellschafterfremdfinanzierung** liegt vor, wenn eine **Körperschaft** iSd KStG Fremdkapital erhält von
- einem Anteilseigner, der unmittelbar oder mittelbar zu mehr als einem Viertel am Grund- oder Stammkapital der Körperschaft beteiligt ist,
 - einer diesem Anteilseigner nahe stehenden Person iSv § 1 Abs. 2 AStG oder
 - einem Dritten, der auf den Anteilseigner oder eine diesem nahe stehende Person zurückgreifen⁵⁹⁸ kann.
- 326 **Schädlich** ist eine solche Gesellschafterfremdfinanzierung, wenn die darauf gezahlten Vergütungen **mehr als 10 % des Nettozinsaufwandes** der Körperschaft ausmachen.⁵⁹⁹ Ob die Begriffe „Vergütung“ und „Zinsaufwand“ deckungsgleich sind, ergibt sich nicht aus dem Gesetz. Der Vergleich der **Bruttogröße** „Vergütung auf Fremdkapital“ mit der **Nettogröße** „Nettozinsaufwand“ (dh nach Verrechnung mit den Zinserträgen der Körperschaft) führt zu einer Ungleichbehandlung zum Nachteil des Steuerpflichtigen. Eine weitere Verschärfung ergibt sich daraus, dass nach Auffassung der FinVerw. **in- und ausländische Finanzierungen** einzubeziehen sind,⁶⁰⁰ dh auch Vergütungen für Fremdkapital werden berücksichtigt, die den im Inland steuerpflichtigen Gewinn nicht gemindert haben.

⁵⁹⁵ Das Sonderbetriebsvermögen ist dem Betrieb der Mitunternehmerschaft zuzuordnen, soweit es im Konzernvermögen enthalten ist. Vgl. § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) S. 7 EStG.

⁵⁹⁶ Vgl. § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) S. 13 EStG.

⁵⁹⁷ Vgl. § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. c) S. 14 EStG.

⁵⁹⁸ Der Rückgriff eines Dritten kann nach Auffassung der deutschen FinVerw. nicht nur durch eine Garantie oder eine harte Patronatserklärung begründet werden, sondern bspw. auch durch eine weiche Patronatserklärung, eine Back-to-Back-Finanzierung oder durch faktisches Einstehen für die Schuld. Vgl. BMF-Zinsschranke, Tz. 83.

⁵⁹⁹ Vgl. § 8a Abs. 2 und 3 KStG.

⁶⁰⁰ Vgl. BMF-Zinsschranke, Tz. 82.

Die Unschädlichkeit der Gesellschafterfremdfinanzierung ist **von der Körperschaft nachzuweisen**.

Im Falle der **Escape-Klausel** ist die Definition der Gesellschafterfremdfinanzierung erweitert um **andere Konzerngesellschaften**, dh Darlehensnehmer kann neben der Körperschaft selbst auch ein anderer Rechtsträger des Konzerns sein und die Beteiligung des Anteilseigners kann am Grund- oder Stammkapital **jeder Gesellschaft des Konzerns** bestehen.⁶⁰¹ Als weitere Voraussetzung einer schädlichen Gesellschafterfremdfinanzierung müssen die Verbindlichkeiten, auf welche die Vergütungen gezahlt werden, in dem voll **konsolidierten Konzernabschluss ausgewiesen** sein bzw. bei Finanzierung durch einen Dritten muss der **Rückgriff** gegen einen nicht konzernangehörigen Gesellschafter oder eine diesem nahe stehende Person ausgelöst werden.⁶⁰²

Im Ergebnis ist die **Escape-Klausel** aus Sicht einer Körperschaft immer dann nicht anwendbar, wenn für irgendeine in- oder ausländische Gesellschaft des Konzerns nicht nachgewiesen werden kann, dass bei dieser keine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung vorliegt, wobei **konzerninterne Finanzierungen** nicht als „schädlich“ gelten.⁶⁰³ Wie der erforderliche lückenlose Nachweis für alle Konzerngesellschaften in der Praxis geführt werden kann, bleibt offen.

Allen drei Ausnahmetatbeständen ist gemeinsam, dass im Falle der **Nichterfüllung der Voraussetzungen** die Abzugsbeschränkung gemäß der Zinsschranke **vollumfänglich** und in **voller Höhe des Nettozinsaufwandes** greift (**Fallbeileffekt**). So ist bspw. in Fällen der schädlichen Gesellschafterfremdfinanzierung nicht nur der Abzug auf Gesellschafterdarlehen beschränkt, sondern unabhängig vom Darlehensgeber jeglicher über die Zinserträge hinausgehende Zinsaufwand.

5. Kommentierung und Vergleich mit den vorhergehenden Rechtsnormen

Das Konzept der **Zinsschranke** weist wesentliche Unterschiede auf hinsichtlich Anwendungsbereich und Wirkung gegenüber der zuvor geltenden Vorschrift über die **Gesellschafterfremdfinanzierung** gem. § 8a KStG aF. Die bedeutendste Änderung stellt die erhebliche **Ausweitung des Anwendungsbereichs** dar, wonach die Zinsschranke auch inländische Sachverhalte, in jedweder Rechtsform geführte Betriebe sowie Finanzierungen durch fremde Dritte erfasst. Auch wird nicht mehr hinsichtlich der **Finanzierungsbedingungen** oder der **Art der Vergütung** unterschieden. Aus der Anwendung der Vorschrift resultierende **Korrekturen** finden nunmehr nur noch einseitig auf **Ebene des Darlehensnehmers** statt, so dass zumindest vorübergehend eine wirtschaftliche Doppelbesteuerung eintritt. Die Umqualifizierung des Zinsaufwands ist nicht mehr definitiv, sofern ein **Zinsvortrag** in künftigen Wirtschaftsjahren genutzt werden kann. Andererseits wird gem. der Zinsschranke jeglicher Zinsaufwand als nicht abziehbar behandelt, nicht nur die an Anteilseigner bzw. die an Anteilseignern nahe stehenden Personen gezahlten Vergütungen.

Der **Fremdvergleich** ist unter der Zinsschrankenregelung irrelevant. Ein solcher wäre auch kaum in der Praxis umsetzbar, da auch durch fremde Dritte begebene Darlehen Gegenstand der Begrenzung des Zinsabzugs sind.

Die **Funktionsweise** der Zinsschranke ist demzufolge grundsätzlich anders als dies unter der Vorgängerregelung des § 8a KStG aF der Fall war. Einige der daraus resultierenden Effekte veranschaulicht das folgende Beispiel:

Beispiel: Konzerngesellschaft A AG erhält zur Finanzierung ihres Geschäftsbetriebes von der niederländischen Konzernholding H NV für eine Laufzeit von 48 Monaten ein Darlehen in Höhe von € 100 Mio. Es handelt sich hierbei um die einzige von A AG in Anspruch genommene Finanzierung.

⁶⁰¹ Vgl. § 8a Abs. 3 S. 1 KStG.

⁶⁰² Vgl. § 8a Abs. 3 S. 2 KStG.

⁶⁰³ Vgl. BMF-Zinsschranke, Tz. 80.

Für das Darlehen wird über die gesamte Laufzeit ein Zinssatz von 8% vereinbart, so dass bei A AG ein Zinsaufwand in Höhe von € 8 Mio p.a. anfällt. Der vereinbarte Darlehenszinssatz ist als fremdvergleichskonform anzusehen. Jedoch ist A AG nicht in der Lage, einen Nachweis zu erbringen, dass ein fremder Dritter unter vergleichbaren Umständen das Darlehen ebenfalls gewährt hätte. Die Eigenkapitalquote der A AG ist regelmäßig um mehr als zwei Prozentpunkte niedriger als die des konsolidierten Gesamtkonzerns.

	Jahr 1	Jahr 2	Jahr 3	Jahr 4
verrechenbares EBITDA von A AG (in Mio. €)	9,0	10,0	14,0	6,0
Zinsertrag von A AG (in Mio. €)	2,8	2,2	1,6	1,2
Nettozinsaufwand von A AG (in Mio. €)	5,2	5,8	6,4	6,8
Verhältnis Fremd- zu Eigenkapital bei A AG	1,5:1	2,0:1	3,0:1	5,0:1
Ergebnis:				
Steuerlich abzugsfähiger Zinsaufwand gem. § 8a KStG aF (in Mio. €)	8,0	6,0	4,0	2,4
Steuerlich abzugsfähiger Zinsaufwand gem. Zinsschranke (in Mio. €)	5,5	5,2	5,8	3,0

- 331 Gem. § 8a KStG aF beträgt in obigem Beispiel der steuerlich abzugsfähige Zinsaufwand der Jahre 1 bis 4 insgesamt **€ 20,4 Mio.**, der restliche Zinsaufwand iHv € 11,6 Mio. wird als **vGA** umqualifiziert. Gem. der Zinsschranke beträgt der steuerlich abzugsfähige Zinsaufwand im gleichen Zeitraum insgesamt **€ 19,5 Mio.**, der restliche Zinsaufwand wird in den betreffenden Jahren bei A AG als nicht abzugsfähige Betriebsausgabe qualifiziert. Jedoch steht gem. der Zinsschranke am Ende des Jahres 4 ein **Zinsvortrag** iHv € 12,5 Mio. zur Verfügung, der als Zinsaufwand in künftigen Jahren mit dem EBITDA verrechnet werden kann.

Wandelt man das Beispiel ab und unterstellt eine Darlehensvergabe durch eine in Deutschland ansässige Konzerngesellschaft oder durch eine nicht konzernzugehörige und nicht wesentlich an A AG beteiligte Bank an Stelle der H NV, wäre gem. § 8a KStG aF der gesamte Zinsaufwand iHv € 8,0 Mio. p.a. bei A AG als Betriebsausgabe abzugsfähig. Das Ergebnis gem. Zinsschranke bliebe bei dieser Konstellation jedoch unverändert von dem in obiger Tabelle gezeigten.

- 332 Das Beispiel zeigt neben dem erweiterten **Anwendungsbereich** auch die im Vergleich zu § 8a KStG aF deutlich erhöhte **Komplexität der Zinsschranke**. Es ist nicht mehr nur ein Faktor (das Verhältnis von Fremd- zu Eigenkapital) primär für die Höhe des abzugsfähigen Zinsaufwandes maßgeblich, sondern eine Kombination aus Ertrag und Nettozinsergebnis. Dabei ist die Ermittlung zumindest des Faktors „EBITDA“ als uU aufwändig anzusehen. Die **Überwachung** drohender Beschränkungen des Zinsabzuges im Verlauf des Wirtschaftsjahres und ein entsprechendes Handeln vor dessen Ablauf werden hierdurch deutlich erschwert. Auch die **Prüfung** etwaiger Befreiungsmöglichkeiten erscheint unter der Zinsschranke – mit Ausnahme der Freigrenze des § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. a) EStG – aufwändiger, insb. in Konzernfällen als praktisch kaum durchführbar.

- 333 Inwiefern sich die Zinsschranke im Vergleich zu § 8a KStG aF **für ein Unternehmen vorteilhaft oder nachteilig** auswirkt, ist in erster Linie von den individuellen Umständen des Einzelfalls abhängig. **Konzernfinanzierungsgesellschaften** sollten tendenziell profitieren, denn diese haben häufig einen hohen Fremdkapitalanteil mit entsprechenden Einschränkungen unter § 8a KStG aF, verdienen aber eine stabile Marge auf den eigenen Refinanzierungsaufwand mit dem Ergebnis eines Nettozinsertrages, so dass der Zinsaufwand unter der Zinsschranke in voller Höhe abzugsfähig ist. Problematisch ist die Zinsschranke hingegen für **Start-Up-Unternehmen**, für **niedrigfunktionale Unternehmen** mit ho-

hem Kapitaleinsatz und vergleichsweise geringem EBITDA (zB Auftragsfertiger) sowie für **Holdinggesellschaften**, deren Erträge zum überwiegenden Teil aus nur zu 5% in den steuerlichen Gewinn eingehenden Dividendenzahlungen bestehen und üblicherweise hoher Finanzierungsaufwand anfällt.

Unternehmen in einer **finanziellen Krise** werden iRd Zinsschranke potentiell zusätzlich belastet. Dies haben auch die Erfahrungen der globalen Finanzkrise der Jahre 2007 ff. gezeigt, worauf mit einer Anpassung der gesetzlichen Regelung reagiert werden musste. Auch nach dieser gesetzlichen Anpassung ist jedoch bei der Möglichkeit des Zinsvortrages und der damit verbundenen Nachholung des Zinsabzugs in einem späteren Wirtschaftsjahr wiederum die Abzugsbeschränkung im jeweiligen Wirtschaftsjahr zu beachten. Ertrags schwache Unternehmen, die in Zeiten einer schlechten Konjunkturlage einen Großteil der Steuerpflichtigen bilden, werden daher meist über mehrere Jahre einen **vortragsfähigen Zinsaufwand** akkumulieren, anstatt diesen mit Zinserträgen bzw. Gewinnen ausgleichen zu können. Als einer der Folgeeffekte kann auch die Werthaltigkeit eines **aktiven latenten Steuerpostens** fragwürdig sein, denn es bedarf hierzu eines begründeten Nachweises über die spätere Abzugsfähigkeit der in einem Wirtschaftsjahr nicht abzugsfähigen Zinsaufwendungen.⁶⁰⁴

Weiterhin ist zu beachten, dass ein Vortrag von Zinsaufwand nur möglich ist, soweit es sich um den gleichen Rechtsträger handelt. Diese Einschränkung ist insb. für die Finanzierung von **Projektgesellschaften** problematisch, denn ein in der Projektierungsphase aufgebauter Zinsvortrag wird meist endgültig verfallen.

Kaum überschaubar sind die Konsequenzen der Zinsschranke für **Private Equity-Gesellschaften** bzw. **Venture Capital-Gesellschaften**. Häufig werden diese Gesellschaften zusammen mit den von ihnen erworbenen Beteiligungen einen Konzern iSd Zinsschranke bilden. Da das Finanzierungselement von erheblicher Bedeutung für solche Gesellschaften ist, kann nicht ausgeschlossen werden, dass deren Geschäftsmodell durch die Zinsschranke in Frage gestellt wird.

Projekt- bzw. Private Partnership-Modelle mit **Beteiligung der öffentlichen Hand** sind von der Anwendung der Zinsschranke nicht ausgenommen. Zu einigen dieser Modelle und ihrer Behandlung für Zwecke der Zinsschranke äußert sich die FinVerw. explizit unter dem Oberbegriff „**Öffentliche Private Partnerschaften**“.⁶⁰⁵

Für **Projekt- und Zweckgesellschaften** ist es aufgrund zahlreicher Zweifelsfragen in der Praxis äußerst wichtig, die grundsätzliche Anwendbarkeit der Zinsschranke zu verifizieren. Denn diese Gesellschaften sollen gem. der Gesetzesbegründung nicht erfasst werden, sofern sie nicht in einen (Teil)Konzern eingebunden sind.

Im Hinblick auf **Gemeinschaftsrecht** beseitigt die Zinsschranke wohl die für § 8a 335 KStG aF festgestellte Problematik der Beschränkung von durch den AEUV garantierten **Grundfreiheiten**. Unbestritten ist dies jedoch trotz der besonderen Berücksichtigung dieses Aspekts bei der Entwicklung einer gesetzlichen Folgeregelung und der folgerichtigen Ausweitung des Anwendungsbereichs auf inländische Sachverhalte nicht.⁶⁰⁶ Zweifel werden u.a. geäußert aufgrund der Nichtanwendung der Abzugsbegrenzung bei Finanzierungen innerhalb einer **Organschaft**. Dass eine Organschaft nach derzeitigem Gesetzesstand⁶⁰⁷ in **grenzüberschreitenden Fällen** nach wie vor nicht in gleicher Weise wie bei **Inlandssachverhalten** gebildet werden kann, stellt einen potentiellen Verstoß gegen EU-Recht dar,⁶⁰⁸ der sich ggf. auf die Organschaftsregelung der Zinsschranke erstrecken könnte.

⁶⁰⁴ Vgl. hierzu IAS 12 und IAS 37 sowie ausführlich *Kirsch PiR*, 237 ff.

⁶⁰⁵ Vgl. BMF-Zinsschranke, Tz. 84–90.

⁶⁰⁶ Kritisch äußert sich hierzu bspw. *Führich IStR* 2007, 341.

⁶⁰⁷ Vgl. § 14 Abs. 1 S. 1 und S. 1 Nr. 2 S. 1 KStG, § 17 S. 1 KStG, § 2 Abs. 2 S. 2 GewStG.

⁶⁰⁸ Hierzu u.a. BFH 29.1.2003, BStBl. II 2004, 1043; *Micker DB* 2003, 2734 ff.; Vertragsverletzungsverfahren der EU Nr. 2008/4909 gegen die Bundesrepublik Deutschland.

- 336 Bereits vor dem Wirksamwerden der neuen Regelung wurden intensiv Zweifel an der **Verfassungsmäßigkeit** der Zinsschranke geäußert,⁶⁰⁹ v.a. aufgrund des vermuteten Verstoßes gegen das **objektive Nettoprinzip**.⁶¹⁰ Die Frage der Verfassungsmäßigkeit hat bereits mehrfach die Finanzgerichte beschäftigt, was jedoch bislang nicht zu einer eindeutigen Klärung geführt hat. So hat der BFH in Verfahren zum **vorläufigen Rechts-schutz** zwar ernstliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit geäußert, bspw. hinsichtlich § 8a Abs. 2 Alt. 3 KStG (Rückausnahme von der Konzernklausel bei schädlicher Gesellschafterfremdfinanzierung).⁶¹¹ Jedoch scheint die deutsche FinVerw überzeugt, dass die Zinsschranke verfassungsgemäß ist.⁶¹² Der BFH hat daher zur endgültigen Klärung die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Zinsschranke dem **BVerfG** zur Entscheidung vorgelegt.⁶¹³
- 337 Unabhängig von der Frage der Europarechtskompatibilität und der Verfassungsmäßigkeit der Zinsschranke hat der vom deutschen Gesetzgeber eingeschlagene Weg die **internationale Steuerplanung** im Bereich der Fremdfinanzierung von Unternehmen erschwert. Denn eine pauschalierend wirkende Zinsschranke ohne alternative Nachweismöglichkeit des fremdvergleichstypischen Verhaltens steht dem international akzeptierten „**Arm's Length Principle**“ entgegen. Die Einseitigkeit der Korrektur alleine beim Darlehensnehmer (und nicht auch beim Darlehensgeber) erhöht das Risiko einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung. Auch die Komplexität der Regelung und die Schwierigkeiten bei der Steuerung ihrer Auswirkungen wirken sich für die Unternehmen nachteilig aus.
- 338 Vor dem Hintergrund der Zweifel an der wirtschaftlichen Angemessenheit und rechtlichen Zulässigkeit der deutschen Zinsschranke erscheint es bemerkenswert, dass diese Regelung sich inzwischen als internationale Konsenslösung sowohl seitens der OECD iRd **OECD/G20 BEPS-Project**⁶¹⁴ als auch der EU iRd der **ATAD**⁶¹⁵ entwickelt hat. Sie ist damit Grundlage für zahlreiche vergleichbare Rechtsvorschriften anderer Staaten.

6. Anrechenbarkeit von Wechselkursverlusten bei Konzerninternen Darlehen

a) Einleitung

Die Anrechenbarkeit von Wechselkursverlusten auf Gesellschafterdarlehen gestaltet sich in der Praxis schwierig. Die Drittvergleichs-Escape-Klausel kann angewendet werden und ermöglicht insoweit die Abzugsfähigkeit von Wechselkursverlusten.

- 339 Die steuerliche Behandlung konzerninterner Darlehen stellt multinationale Unternehmen regelmäßig vor Probleme. Insb. eine mögliche **Anrechenbarkeit von Wechselkursverlusten** (im Folgenden: WK-Verluste) auf Gesellschafterdarlehen im Rahmen des § 8b Abs. 3 KStG ist dabei Gegenstand fachlicher Kontroversen.⁶¹⁶

Im Folgenden soll daher betrachtet werden unter welchen Umständen Wechselkursverluste auf Gesellschafterdarlehen dennoch steuerlich geltend gemacht werden können.

⁶⁰⁹ Vgl. beispielhaft Rödder/Stangl DB 2007, 482ff.; Hey BB 2007, 1303ff.; Kessler/Köhler/Knörzer IStR 2007, 422; Köhler in Ernst&Young/BDI, Die Unternehmensteuerreform 2008, 110.

⁶¹⁰ So u.a. Loschelder in Schmidt, § 4h EStG, Rn. 4.

⁶¹¹ Vgl. BFH 13.3.2012, BStBl. II 2012, 611.

⁶¹² Vgl. Nichtanwendungserlass des BMF vom 13.11.2014 zum Beschluss des BFH vom 18.12.2013.

⁶¹³ Vgl. BFH 14.10.2015, BStBl. II 2017, 1240.

⁶¹⁴ Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, 2015 Final Report.

⁶¹⁵ Richtlinie 2016/1164/EU vom 12.7.2016 (Anti-Tax Avoidance Directive), Art. 4.

⁶¹⁶ § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG sagt: „Zu den Gewinnminderungen im Sinne des Satzes 3 [die steuerlich nicht geltend gemacht werden können] gehören auch Gewinnminderungen im Zusammenhang mit einer Darlehensforderung oder aus der Inanspruchnahme von Sicherheiten, die für ein Darlehen hingegeben wurden, (...).“