

A. Allgemeiner Teil

I. Grundaussage und Gegenstand der Vorschrift

1. Rechtspolitische Einordnung

§ 4 h geht auf die Unternehmensteuerreform 2008¹ zurück, ist durch das Jahressteuergesetz 2009² (Rdnr. A 124), das Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung³ (Rdnr. A 128) und zuletzt das Wachstumsbeschleunigungsgesetz⁴ (Rdnr. A 132) aber bereits nicht unwesentlich modifiziert worden. § 4 h schränkt für die Gewinneinkunftsarten die Möglichkeiten ein, **Schuldzinsen von der steuerlichen Bemessungsgrundlage abzuziehen**, und ist somit lex specialis zu § 4 Abs. 4.

A 1

Rechtsfolge

Als **Normzweck** nennt die Gesetzesbegründung der Unternehmensteuerreform 2008 neben der Missbrauchsbekämpfung⁵ verschiedene Lenkungs- zwecke. Hierzu zählen die längerfristige Sicherung des deutschen Steuer- substrats⁶, die Stärkung der Eigenkapitalausstattung deutscher Unter- nehmen⁷ sowie Investitionsanreize für Direktinvestitionen⁸. Daneben dient die Norm auch fiskalischen Zwecken, weil sich der Gesetzgeber von den durch die Zinsschranke generierten Steuermehreinnahmen einen Beitrag zur Gegenfinanzierung der mit der Unternehmensteuerreform 2008 verbundenen Tarifsenkungen versprochen hatte⁹.

A 2

Normzweck

Als Missbrauchsnorm ist die Vorschrift gegen **drei Formen der konzern- internen Fremdkapitalfinanzierung** zulasten des deutschen Fiskus ge- richtet. Deren Abwehr war bereits vor der Unternehmensteuerreform 2008 Regelungsgegenstand anderer Rechtsinstitute und ist dies z. T. auch weiterhin¹⁰:

A 3

Formen der konzerninternen Fremdkapital- finanzierung

- Bei der **Down-stream-Inboundfinanzierung** stattet die ausländische Mutterkapitalgesellschaft ihre deutsche Tochterkapitalgesellschaft mit wenig Eigenkapital aus und finanziert diese über Gesellschafter- darlehen. Der Zinsaufwand mindert die Bemessungsgrundlage der deutschen Tochterkapitalgesellschaft (§ 4 Abs. 4). Damit können die „Erträge“ der Tochter in Gestalt von Zinsen der ausländischen Mut- terkapitalgesellschaft zufließen, die typischerweise in einem Niedrig- steuerland angesiedelt ist. Bei einer Eigenkapitalfinanzierung könnten die an die Mutterkapitalgesellschaft ausgeschütteten Dividenden dage- gen nicht gewinnmindernd von der Bemessungsgrundlage abgezogen werden (§ 8 Abs. 3 Satz 1 KStG), sodass die von der Tochter erwirt- schafteten Gewinne auch in Deutschland besteuert werden müssten.

A 4

Down-stream- Inbound- finanzierung

1 G. v. 14. 8. 2007, BGBl I 2007, 1912 = BStBl I 2007, 630

2 G. v. 20. 12. 2007, BGBl I 2007, 3150 = BStBl I 2008, 218

3 G. v. 16. 7. 2009, BGBl I 2009, 1959 = BStBl I 2009, 782

4 G. v. 22. 12. 2009, BGBl I 2009, 3950 = BStBl I 2010, 2

5 BT-Drucks. 16/4841, 35

6 BT-Drucks. 16/4841, 29

7 BT-Drucks. 16/4841, 31

8 BT-Drucks. 16/4841, 31

9 BT-Drucks. 16/4841, 33 f.

10 Rödder/Stangl, DB 2007, 479; Rödder, DStR Beihefter 2007, 2 (6); siehe auch BT-Drucks. 16/4841, 29

Die Bekämpfung der schädlichen Down-stream-Inboundfinanzierung war vor der Unternehmensteuerreform 2008 Normzweck des § 8 a KStG a. F. sowie im Bereich der Gewerbesteuer Gegenstand der Hinzurechnungsnorm des § 8 Nr. 1 GewStG a. F. § 8 a KStG wurde durch die Unternehmensteuerreform 2008 vollständig neu gefasst und an die Zinsschranke angepasst. Ebenso modifiziert wurde die Vorschrift des § 8 Nr. 1 GewStG.

*Up-stream-Inbound-finan-
zierung*

A 5 – Bei der **Up-stream-Inboundfinanzierung** gewährt die ausländische Tochterkapitalgesellschaft der inländischen Mutterkapitalgesellschaft ein Darlehen. Die Darlehenszinsen verkürzen die Bemessungsgrundlage der inländischen Mutterkapitalgesellschaft (§ 4 Abs. 4) und werden bei der im Niedrigsteuerland ansässigen Tochterkapitalgesellschaft versteuert. Dividendenausschüttungen in Höhe der Zinsen an die inländische Mutterkapitalgesellschaft können von dieser nach § 8 b Abs. 1, Abs. 5 KStG zu 95 % steuerfrei vereinnahmt werden. Derartige Gestaltungen einzuschränken, war und ist neben § 4 h auch Regelungsgegenstand der §§ 7 ff. AStG. Gewerbesteuerlich wurde das Problem vor der Unternehmensteuerreform über eine hälftige Hinzurechnung der Dauerschuldentgelte gem. § 8 Nr. 1 GewStG a. F. gelöst. An deren Stelle ist nunmehr durch § 8 Nr. 1 GewStG n. F. eine Hinzurechnung eines Viertels aller Entgelte für Schulden getreten.

Outbound-Finanzierung

A 6 – Bei der **Outbound-Finanzierung** finanziert die inländische Mutterkapitalgesellschaft den Erwerb einer ausländischen Tochterkapitalgesellschaft. Die von der Mutterkapitalgesellschaft entrichteten Zinsen vermindern deren Bemessungsgrundlage (§ 4 Abs. 4). Dagegen können die von der ausländischen Tochterkapitalgesellschaft ausgeschütteten Dividenden von der inländischen Mutterkapitalgesellschaft nach § 8 b Abs. 1, Abs. 5 zu 95 % steuerfrei vereinnahmt werden.

Gesellschafter-fremdfinanzierung

A 7 Besonderen Argwohn des Gesetzgebers erregt die übermäßige **Gesellschafterfremdfinanzierung**, die vor Inkrafttreten der Unternehmensteuerreform 2008 Gegenstand des § 8 a KStG a. F. war¹¹. Dieser sind auch im Kontext der Zinsschranke in § 8 a Abs. 2 und 3 KStG n. F. verschärfende Sondervorschriften für die Gesellschafterfremdfinanzierung gewidmet. Eine übermäßige Verlagerung von Fremdfinanzierungsaufwendungen auf inländische Gesellschaften innerhalb eines Konzernverbundes wird hingegen bereits durch die Escape-Klausel des § 4 h Abs. 2 Satz 1 Bstb. c sanktioniert¹².

Reaktionen auf die Finanzkrise

A 8 Von Beschränkungen der Abzugsfähigkeit von Schuldzinsen sind vor allem ertragsschwache Unternehmen betroffen. Deren erhöhter Kreditbedarf muss aber nicht notwendigerweise das Ergebnis einer aggressiven Steuergestaltung zulasten des deutschen Fiskus sein, sondern kann auch die Folge der **Finanzkrise** sein. Um sicherzustellen, dass mittelständische Unternehmen auch in der aktuellen Krisensituation nicht durch die Zinsschranke tangiert werden und um die Position deutscher Unternehmen im internationalen Wettbewerb zu verteidigen¹³, ist die Zinsschranke daher

¹¹ Schön, IStR 2009, 882

¹² BT-Drucks. 16/4841, 75

¹³ BT-Drucks. 16/12674, 1; BT-Drucks. 17/15, 10

sowohl durch das Bürgerentlastungsgesetz (Rdnr. A 128) wie durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz entschärft bzw. abgemildert worden (Rdnr. A 132).

2. Die Funktionsweise der Zinsschranke im Überblick

§ 4 h begrenzt die Möglichkeiten, **Zinsaufwendungen** in der Periode, in der sie tatsächlich angefallen sind, **zum Abzug zu bringen**. In personeller Hinsicht findet die Zinsschranke allein auf **Betriebe** i. S. d. § 4 h Abs. 1 Satz 1 Anwendung. Der Begriff des Betriebs ist nicht legaldefiniert, ist aber mit der Ausnahme des § 8 a Abs. 1 Satz 4 KStG (Rdnr. B 16, B 30) mit allen Steuerpflichtigen gleichbedeutend, die Gewinneinkünfte erzielen (zum Begriff des Betriebs unten Rdnr. B 11 ff.; zur Nichtanwendung bei typisierender Gewinnermittlung Rdnr. B 15).

A 9

Betriebsbezug

Soweit Zinsaufwand lediglich in Höhe von Zinserträgen anfällt, läuft die Zinsschranke leer und sind die Zinsen ohne jede Einschränkung in vollem Umfang als Betriebsausgaben abziehbar (§ 4 h Abs. 1 Satz 1 HS. 1 – s. Rdnr. A 243). Bei einem **negativen Zinssaldo** kann Zinsaufwand hingegen nur in Höhe des sogenannten **verrechenbaren EBITDA** abgezogen werden (§ 4 h Abs. 1 Satz 1 HS. 2). Was der Gesetzgeber unter Zinsaufwand und Zinserträgen versteht, ist in § 4 h Abs. 3 Satz 2–4 legaldefiniert.

A 10

*negativer
Zinssaldo*

Das Akronym EBITDA ist eine ursprünglich aus der Betriebswirtschaftslehre entlehnte Kennzahl zur Ermittlung der Ertragskraft eines Unternehmens, die für earnings before interest, taxes, depreciation and amortization steht („Ertrag vor Zinsen, Steuern, Abschreibungen auf Sachanlagen und Abschreibungen auf immaterielle Vermögensgegenstände“)¹⁴. Für die Zwecke der Zinsschranke ist das sogenannte **verrechenbare EBITDA** in § 4 h Abs. 1 Satz 2 legaldefiniert. Dabei handelt es sich um 30 % des um die Zinsaufwendungen und um die nach § 6 Abs. 2 Satz 1 abzuziehenden, nach § 6 Abs. 2 a Satz 2 gewinnmindernd aufzulösenden und nach § 7 abgesetzten Beträge erhöhten und um die Zinserträge verminderten maßgeblichen Gewinns.

A 11

*verrechenbares
EBITDA*

Sofern Zinsaufwand nach der Grundregel des § 4 h Abs. 1 Satz 1 HS. 2 nicht abzugsfähig ist, wurde durch das **Wachstumsbeschleunigungsgesetz** (Rdnr. A 139) in § 4 h Abs. 1 Satz 4 eine erweiterte Abzugsfähigkeit geschaffen. Nach der Neuregelung kann Zinsaufwand gegebenenfalls auch in Höhe des in den vorangegangenen fünf Wirtschaftsjahren angesammelten **EBITDA-Vortrags** abgezogen werden. Legaldefiniert wird der EBITDA-Vortrag in § 4 h Abs. 1 Satz 3 HS. 1 als die Differenz des verrechenbaren EBITDA mit den um die Zinserträge geminderten Zinsaufwendungen des Betriebs.

A 12

*EBITDA-
Vortrag*

Auch derjenige Zinsaufwand, der weder nach der Grundregel des § 4 h Abs. 1 Satz 1 HS. 2 noch nach § 4 h Abs. 1 Satz 4 abgezogen werden kann, ist nicht endgültig verloren. Vielmehr erlaubt § 4 h Abs. 1 Satz 5 den verbleibenden, nicht abziehbaren Zinsaufwand in die folgenden Wirtschafts-

A 13

Zinsvortrag

¹⁴ Durch das Abstellen auf den steuerpflichtigen Gewinn knüpft die Zinsschranke im Ergebnis an ein „steuerliches EBITDA“ an, das sich von dem in der Betriebswirtschaftslehre üblicherweise verwendeten EBITDA erheblich unterscheiden kann (Rödter, in: Kessler/u. a. (Hrsg.), Konzernsteuerrecht², § 10 Rdnr. 12).

jahre vorzutragen (**Zinsvortrag**). Gem. § 4h Abs. 1 Satz 6 erhöht der Zinsvortrag die Zinsaufwendungen dieser Wirtschaftsjahre, nicht aber den maßgeblichen Gewinn. Mit Rücksicht auf die Legaldefinition des verrechenbaren EBITDA kann der Zinsvortrag nur genutzt werden, wenn sich die Gewinnsituation des Betriebs erheblich verbessert, eine Ausnahmenvorschrift des § 4h Abs. 2 Satz 1 Bstb. a-c greift oder eine Minderung der Zinsaufwendungen erreicht wird. Was die erhebliche Verbesserung der Gewinnsituation angeht, so ist aufgrund der Definition des verrechenbaren EBITDA als 30 % des EBITDA in § 4h Abs. 1 Satz 2 für die Nutzung von 1 € vorgetragener Zinsen eine Erhöhung des EBITDA (typischerweise durch die Erhöhung des maßgeblichen Gewinns) in Höhe von 3,3 € notwendig¹⁵.

A 14 Um den Anwendungsbereich des § 4h auf die Abwehr aggressiver Steuergestaltungen zulasten des deutschen Fiskus zu begrenzen, wird die Zinsschranke in § 4h Abs. 2 Satz 1 durch **drei Ausnahmetatbestände eingegrenzt**. Demnach ist die Zinsschranke nicht anzuwenden, sofern

Ausnahmetatbestände

A 15 – der Betrag der Zinsaufwendungen, soweit er den Betrag der Zinserträge übersteigt, weniger als 3 000 000 € beträgt (§ 4h Abs. 2 Satz 1 Bstb. a – sog. **Kleinbetriebklausel, Freigrenze**, Rdnr. C 2),

Kleinbetriebklausel

A 16 – der Betrieb nicht oder nur anteilmäßig zu einem Konzern gehört (§ 4h Abs. 2 Satz 1 Bstb. b – sog. **Konzernklausel, Stand-alone-Klausel**, Rdnr. C 14; der Begriff des Konzerns i. S. d. Zinsschranke ist in § 4h Abs. 3 Satz 5, 6 legaldefiniert – Rdnr. D 51),

Stand-alone-Klausel

A 17 – der Betrieb zwar zu einem Konzern gehört, aber seine Eigenkapitalquote am Schluss des vorangegangenen Abschlussstichtages gleich hoch oder höher ist als die des Konzerns (§ 4h Abs. 2 Satz 1 Bstb. c – sog. **Escape-Klausel**, Rdnr. C 60). Ein Unterschreiten der Eigenkapitalquote des Konzerns um bis zu zwei Prozentpunkte ist unschädlich (§ 4h Abs. 2 Satz 2).

Escape-Klausel

A 18 Ziel der ersten Einschränkung ist es, **kleine und mittlere Betriebe** aus dem Anwendungsbereich der Zinsschranke auszunehmen. Die beiden anderen Einschränkungen sollen hingegen einen vollständigen Abzug der Zinsaufwendungen ermöglichen, sofern keine grenzüberschreitende (Konzern-) Steuerplanung **zulasten des deutschen Fiskus** betrieben wird.

Ratio des § 4h Abs. 2 Satz 1 Bstb. a-c

A 19 § 4h Abs. 2 Satz 2 erklärt die Einschränkungen der Stand-alone-Klausel und der Escape-Klausel für Körperschaften durch § 8a Abs. 2, 3 KStG (Rdnr. A 23) für Mitunternehmerschaften, an denen Körperschaften beteiligt sind, für entsprechend anwendbar, um zu verhindern, dass § 8a Abs. 2, 3 KStG durch die **Nachsaltung einer Personengesellschaft** umgangen wird.

Körperschaften nachgeschaltete Personengesellschaften

A 20 In Anbetracht der primären Zielrichtung der Zinsschranke, eine grenzüberschreitende Konzernsteuerplanung zulasten des deutschen Fiskus zu erschweren, liegt der **eigentliche Anwendungsschwerpunkt des § 4h im Bereich des Körperschaftsteuerrechts**. Im KStG wird der Anwendungsbereich der Zinsschranke durch eine Reihe weiterer Bestimmungen modifi-

Bedeutung für das Körperschaftsteuerrecht

¹⁵ Insoweit missverständlich *Schaden/Käshammer*, BB 2007, 2317

ziert, die den Grundtatbestand zum Teil einschränken, zum Teil aber auch ausweiten:

- Nach § 8 a Abs. 1 Satz 1, 2 KStG tritt an die Stelle des maßgeblichen Gewinns das **maßgebliche Einkommen**. § 8 a Abs. 1 Satz 3 KStG regelt das Schicksal des Zinsvortrags im Fall eines Mantelkaufs. § 8 a Abs. 1 Satz 4 erweitert den personellen Anwendungsbereich der Zinsschranke auf vermögensverwaltende Kapitalgesellschaften.

A 21
maßgebliches Einkommen
- Eingeschränkt wird der Anwendungsbereich durch die Sonderregel des § 15 Satz 1 Nr. 3 KStG für **Organschaften** (ausführlich unten Rdnr. B 99). Gem. § 15 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 KStG ist die Zinsschranke nicht auf Organgesellschaften anzuwenden. Vielmehr gelten Organgesellschaft und Organträger gem. § 15 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 KStG als ein Betrieb. Eine körperschaftsteuerliche Organschaft kann im Grundsatz nur zwischen Gesellschaften gebildet werden, deren Geschäftsleitung und Sitz im Inland gelegen ist. In diesen Fällen reiner Inlandsgestaltungen kann durch Darlehen Steuersubstrat lediglich zwischen verschiedenen Gesellschaften verschoben, dem deutschen Fiskus aber nicht entzogen werden. Gemessen an der Zielrichtung der Zinsschranke ist die Ausnahmebestimmung des § 15 Satz 1 Nr. 3 KStG für Organschaften folgerichtig. Da die Modifikation des Betriebsbegriffs grenzüberschreitende Konzerne gegenüber rein inländischen Konzernen benachteiligt, wirft § 15 Satz 1 Nr. 3 KStG aber die Frage seiner Vereinbarkeit mit dem Europarecht auf (vgl. unten Rdnr. A 221).

A 22
Organschaften
- Ausgeweitet wird der Anwendungsbereich des § 4h hingegen durch Rückausnahmen von den Ausnahmebestimmungen des § 4h Abs. 2 Satz 1 Bstb. b und c, die § 8 a Abs. 2 und 3 KStG für bestimmte Fälle der **Gesellschafterfremdfinanzierung** vorsieht. Unter den im Einzelnen in § 8 a Abs. 2, 3 KStG genannten Voraussetzungen kann ein Betrieb, der durch einen Gesellschafter fremdfinanziert wird, auch dann in den Anwendungsbereich der Zinsschranke fallen, wenn er nicht Teil eines Konzerns ist oder seine Eigenkapitalquote die in § 4h Abs. 2 Satz 1 Bstb. c gezogene Grenze einhält.

A 23
Verschärfung für die Gesellschafterfremdfinanzierung

3. Grundfragen und Grundprobleme

Die Zinsschranke gehört zu den unübersichtlichsten Bestimmungen des deutschen Unternehmensteuerrechts¹⁶. Die übermäßige Komplexität ist zu einem nicht unwesentlichen Teil auch **europarechtlich bedingt**, weil die zwingenden Vorgaben des Primärrechts die Handlungsspielräume des Gesetzgebers bei der Abwehr von Gewinnverlagerungsstrategien deutlich eingeschränkt haben. So zwingen die Diskriminierungsverbote der europäischen Grundfreiheiten nach überwiegender Auffassung den Gesetzgeber dazu, entweder ganz auf Vorschriften zur Abwehr von Gewinnverlagerungen zu verzichten oder ihren Anwendungsbereich auch auf reine Inhaltssachverhalte auszudehnen, obwohl die Bekämpfung derartiger Gestaltungen fiskalisch allein in Auslandssachverhalten geboten ist¹⁷.

A 24

Ursachen der übermäßigen Komplexität

¹⁶ Vgl. etwa *Goebel/Eilinghoff*, DSfZ 2010, 487; exemplarisch etwa auch *Hoffmann*, GmbHR 2008, 927, der die Zinsschranke als steuerökonomisches Monstrum bezeichnet.

¹⁷ *Hey*, StuW 2004, 193 (207 f.).

Daneben ist die **Vollzugsunfähigkeit der Zinsschranke** aber auch handwerklichen Mängeln des Gesetzgebers und einer verfehlten Gesetzes-systematik geschuldet.

*übermäßige
Weite des
Grundtat-
bestandes*

- A 25** Ein Grundübel der Zinsschranke ist die **übermäßige Weite des Grundtatbestandes**, der sich auf sämtliche Formen der Fremdfinanzierung erstreckt. Da dies weit über das eigentliche gesetzgeberische Ziel hinaus-schießt, im grenzüberschreitenden Konzern schädliche Gewinnverlage-rungen zulasten des deutschen Fiskus abzuwehren (Rdnr. A 3), sieht sich der Gesetzgeber gezwungen, den zu weit geratenen Grundtatbestand durch ein komplexes System von Ausnahmen und Rückausnahmen ein-zuschränken. Der wirkliche Anwendungsbereich der Norm erschließt sich deshalb erst in der Zusammenschau des § 4h Abs. 1 Satz 1 HS. 2 mit den diffizilen Ausnahmebestimmungen bzw. Rückausnahmen des § 4h Abs. 2, des § 8a Abs. 2, 3 KStG sowie des § 15 Satz 1 Nr. 3 KStG (Rdnr. A 20).

*neue Begriffs-
schöpfungen und
Rechtsinstitute*

- A 26** § 4h „bereichert“ das deutsche Unternehmensteuerrecht zudem um eine ganze Reihe **neuer Begriffsschöpfungen und Rechtsinstitute**, zu denen u. a. der Betriebsbegriff, das verrechenbare EBITDA, der EBITDA-Vortrag, der Zinsbegriff sowie der Konzernbegriff der Zinsschranke gehören. Einige dieser neuen Begriffe sind legaldefiniert (Rdnr. B 3). Andere Be-griffe, insbesondere den zentralen Begriff des Betriebs i. S. d. Zinsschranke (Rdnr. B 4), setzt der Gesetzgeber hingegen voraus, was die Rechtspraxis mit erheblichen Unsicherheiten und Auslegungsproblemen belastet. Wei-terhin sind die Legaldefinitionen des § 4h **gesetzestechisch missglückt**. Hierzu trägt bei, dass der Gesetzgeber diese nicht an einer Stelle zusam-menfasst, sondern über mehrere Absätze verteilt hat. Die weitaus größten Probleme wirft in dieser Hinsicht der Konzernbegriff der Zinsschranke auf, der in § 4h Abs. 3 Satz 5 unter Bezug auf den im Rahmen des Eigen-kapitalquotenvergleichs nach § 4h Abs. 2 Satz 1 Bstb. c maßgeblichen Rechnungslegungsstand definiert ist. Der maßgebliche Rechnungsle-gungsstandard ist in § 4h Abs. 2 Satz 1 Bstb. c Satz 8–10 normiert, die wiederum Verweise auf die IFRS, das Handelsrecht der EU-Mit-gliedstaaten sowie US-GAAP enthalten. Insbesondere der Rückgriff auf die US-amerikanischen Rechnungslegungsstandards ist unter rechtsstaat-lichen Aspekten in höchstem Maße problematisch (Rdnr. A 198).

*Verortung von
Personengesell-
schaften*

- A 27** Weitere Auslegungsprobleme wirft die Verortung von Personengesell-schaften auf. Hier stellt sich in zahlreichen Kontexten – unter anderem beim Betriebsbegriff (Rdnr. B 39), dem EBITDA-Vortrag (Rdnr. B 127) und dem Zinsvortrag (Rdnr. B 137) – die Frage, ob § 4h auf die Perso-nengesellschaft selbst oder die einzelnen Personengesellschafter abstellt. Nicht geregelt ist ferner, wie die Abzugsbeschränkung des § 4h Abs. 1 Satz 1 auf die verschiedenen Mitunternehmer aufgeteilt wird (Rdnr. D 176). Die Unklarheiten sind z. T. durch nur schwer aufzulösende **Wider-sprüche zwischen dem Normtext und der Gesetzesbegründung** bedingt. So ordnet der Gesetzgeber in § 4h Abs. 5 Satz 2 beim Ausscheiden eines Ge-sellschafters den Untergang des EBITDA-Vortrags und des Zinsvortrags mit der Quote an, mit der der ausgeschiedene Gesellschafter an der Ge-sellschaft beteiligt war. In der Gesetzesbegründung wird dazu ausgeführt, der Zinsvortrag gehe beim Ausscheiden eines Mitunternehmers entspre-

chend den Grundsätzen zu § 10 a GewStG anteilig unter¹⁸, was auch in einer damit in Zusammenhang stehenden Antwort der Bundesregierung auf eine Prüfbitte des Bundesrates aufgegriffen wird¹⁹. Die entsprechende Aussage ist zumindest missverständlich. Denn entgegen der Gesetzesbegründung sind bei Personengesellschaften Träger des Rechts auf den gewerbesteuerlichen Verlustabzug die einzelnen Mitunternehmer (R 10 a.3 (3) GewStR 2009²⁰). Sofern ein Gesellschafter aus der Personengesellschaft ausscheidet, geht der gewerbesteuerliche Verlustvortrag deshalb nicht in Höhe seiner Beteiligungsquote, sondern in der Höhe unter, in der der Fehlbetrag dem ausscheidenden Gesellschafter nach § 10 a Satz 4, 5 GewStG zuzurechnen ist (R 10 a.3 (3) GewStR 2009). Beide Größen können, werden aber insbesondere dann nicht miteinander übereinstimmen, wenn es bereits vor dem Ausscheiden eines Mitunternehmers zu einem Gesellschafterwechsel gekommen ist. Auswirkungen hat die vorstehend erörterte Thematik nicht nur beim Ausscheiden eines Mitunternehmers (Rdnr. F 47), sondern bereits bei der vorgelagerten Frage, ob und gegebenenfalls wie ein Zinsvortrag auf die einzelnen Mitunternehmer alloziert werden muss (Rdnr. B 137).

Das zur Zinsschranke ergangene BMF-Schreiben²¹ zeigt deutlich, dass sich die Finanzverwaltung bei der Auslegung des § 4 h in weiten Teilen **an gewerbesteuerlichen Grundsätzen** orientiert. Beispiele hierfür sind etwa die mangelnde Berücksichtigung des Gewinnanteils einer Personengesellschaft bei den Mitunternehmern in Anlehnung an § 9 Nr. 2 GewStG (Rdnr. D 17) oder die Einordnung der KGaA in Anlehnung an § 8 Nr. 4 GewStG (Rdnr. B 115). Im Gesetzestext und auch in der Gesetzesbegründung kommt dies allerdings nicht mit der gebotenen Deutlichkeit zum Ausdruck, was eine der Hauptursachen für zahlreiche kontroverse Auslegungsprobleme der Zinsschranke ist. Explizit auf die Gewerbesteuer Bezug genommen wird in der Gesetzesbegründung allein im Kontext der Auswirkungen des Ausscheidens eines Mitunternehmers auf den EBITDA- und Zinsvortrag einer Personengesellschaft (§ 4 h Abs. 5 Satz 2 – Rdnr. F 47). Eine Stütze findet die Position der Finanzverwaltung indes in der Grundkonzeption der Zinsschranke. Mit der Gewerbesteuer vergleichbar ist auch § 4 h darauf gerichtet, die objektive Ertragskraft eines Betriebs zu erfassen und so ähnlich wie § 8 Nr. 1 Bstb. a GewStG die Bemessungsgrundlage durch eine Beschränkung des Zinsabzugsvolumens zu verbreitern. Auf dieser Linie liegt es auch, dass die Rechengrößen der Zinsschranke durchgehend am „Betrieb“ ansetzen. Damit wird der Betrieb der Zinsschranke in ähnlicher Weise rechtlich verselbstständigt, wie dies im Gewerbesteuerrecht für den Unternehmer zutrifft (§ 5 Abs. 1 Satz 1 GewStG) und in der Steuerschuldnerschaft der Personengesellschaft (§ 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG) zum Ausdruck kommt.

A 28*Nähe zur
Gewerbesteuer*

18 BT-Drucks. 16/4841, 50

19 BT-Drucks. 16/5377, 25

20 BMF v. 28. 4. 2010 – GewStR 2009, BStBl I 2010, Sondernummer 1/2010, 2

21 BMF v. 4. 7. 2008, BStBl I 2008, 718

verfassungs-
rechtliche
Probleme

A 29 Als einschränkende *lex specialis* zu § 4 Abs. 4 durchbricht die Zinsschranke das objektive Nettoprinzip. In der Literatur ist daher immer wieder die Vereinbarkeit des § 4h mit dem in Art. 3 Abs. 1 GG verankerten **Leistungsfähigkeitsprinzip** bezweifelt worden (Rdnr. A 162). Nachdem der 1. Senat des BFH im März 2012 einem Aussetzungsantrag wegen ernstlicher Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 8a Abs. 2 Var. 3 KStG stattgegeben²² und das FG Berlin-Brandenburg bereits im Oktober 2011²³ generelle Zweifel an der Verfassungskonformität angemeldet und gleichlautend entschieden hat (Rdnr. A 163), haben diese Stimmen noch einmal an Gewicht gewonnen. Angesichts der übermäßigen Komplexität der Norm und der problematischen Verweisungstechnik der Legaldefinition des § 4h Abs. 3 Satz 5 werden auch Einwände gegen die Vereinbarkeit der Norm mit dem **Bestimmtheitsgrundsatz** erhoben (Rdnr. A 193). Weitere verfassungsrechtliche Einwände setzen an einer Verletzung der **Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG** und einem Verstoß gegen den Halbteilungsgrundsatz (Rdnr. A 190) an.

europarechtliche
Einwände

A 30 Neben der verfassungsrechtlichen Kritik ist die Zinsschranke auch **europarechtlichen Bedenken** ausgesetzt. Hierzu trägt vor allem die Benachteiligung grenzüberschreitender gegenüber inländischen Konzernen bei. Da sich Letztere durch die Bildung einer Organschaft der Anwendung der Zinsschranke entziehen können (§ 4h Abs. 2 Satz 1 Bstb. b i. V. m. § 15 Satz 1 Nr. 3 KStG), muss sich die Norm auf den Prüfstein der europäischen Grundfreiheiten stellen lassen (Rdnr. A 221). Weitere Angriffspunkte sind die Vereinbarkeit der Norm mit dem europäischen Sekundärrecht zur Unternehmensbesteuerung, insbesondere der Mutter-Tochter-Richtlinie (Rdnr. A 201) sowie der Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie (Rdnr. A 204). Ernst zu nehmenden Einwänden ist § 4h nicht zuletzt aber auch unter **abkommensrechtlichen** Aspekten ausgesetzt (Rdnr. A 225).

4. Rechtsmethodische Prämissen

Bindung an
den Willen des
historischen
Gesetzgebers

A 31 Mit der Zinsschranke hat der Gesetzgeber eine Regelung getroffen, die in ihrer Komplexität nahezu ohne Beispiel ist und eine Vielzahl schwieriger Rechtsfragen aufwirft (Rdnr. A 24). Ziel der Auslegung muss es sein, diese im Einklang mit dem **Willen des historischen Gesetzgebers** zu beantworten. Dieses Auslegungsziel und die damit verbundene Parteinahme für die subjektive Theorie der Gesetzesauslegung²⁴ ist ein Gebot des Demokratieprinzips. Dem Gesetzgeber mag man zwar die Verkenntung systemtragender Prinzipien des Steuerrechts bei der Normierung der Zinsschranke vorhalten²⁵, seinen Wertungen kommt aber mit Blick auf das demokratische Prinzip des Grundgesetzes gleichwohl Verbindlichkeit zu. Insofern lebt das Steuerrecht in besonderer Weise aus dem „Diktum des Gesetzgebers“²⁶.

²² BFH v. 13. 3. 2012 – I B 111/11, DB 2012, 1071

²³ FG Berlin-Brandenburg v. 13. 10. 2011 – 12 V 12089/11, EFG 2012, 358 = FR 2012, 167

²⁴ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre³, S. 627 f.; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie⁶, Rdnr. 812; zur Kontroverse zwischen objektiver und subjektiver Auslegung auch Zippelius, Juristische Methodenlehre¹⁰, S. 21 ff. m. w. N.

²⁵ Statt vieler nur Hey, BB 2007, 1303 (1305 ff.)

²⁶ BVerfG v. 24. 1. 1962 – 1 BvR 232/60, BVerfGE 13, 318 (328) = BStBl I 1962, 506; Bühler/Strickrodt, Steuerrecht, Bd. I³, S. 658 f.