

AmCham Germany · Postfach 10 01 62 · 60001 Frankfurt am Main

Per E-Mail: [IVC2@bmf.bund.de](mailto:IVC2@bmf.bund.de)  
Bundesministerium der Finanzen  
Herrn Dr. Nils Weith  
Leiter der Steuerabteilung  
Wilhelmstr. 97  
10117 Berlin

American Chamber of  
Commerce in Germany e.V.

---

Börsenplatz 13–15  
60313 Frankfurt am Main  
Postfach 10 01 62  
60001 Frankfurt am Main  
Charlottenstr. 42  
10117 Berlin  
[www.amcham.de](http://www.amcham.de)

---

E. policy@amcham.de

07. Nov. 2024

## Entwurf eines überarbeiteten BMF-Schreibens zur Zinsschranke (§ 4h EStG; § 8a KStG)

**GZ: IV C 2 - S 2742-a/23/10005 :007 | DOK: 2024/0852871**

Sehr geehrter Herr Dr. Weith,

wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf eines aktualisierten Anwendungsschreibens zur Zinsschrankenregelung (§ 4h EStG i.V.m. § 8a KStG) und weisen bei dieser Gelegenheit auf die beim BVerfG unter dem Aktenzeichen 2 BvL 1/16 weiter anhängige Frage der Verfassungsmäßigkeit der Regelung hin.

Wir beschränken uns auf einige aus unserer Sicht praxisrelevante Aspekte des Entwurfs, die sich auch auf die künftige Handhabung in der Betriebsprüfungspraxis auswirken dürften. Es wäre unseres Erachtens wünschenswert, wenn die Auslegung der Finanzverwaltung das sich bereits aus der strukturellen Doppelbesteuerung der Regelung ergebende Konfliktpotenzial weitestgehend reduzieren und so Verwaltung, Finanzgerichte und Unternehmen entlasten würde. Dies erscheint insbesondere vor dem Hintergrund des hohen Investitions- und Investitionsfinanzierungsbedarf zur notwendigen Transformation der Wirtschaft geboten. Steuerliche Hemmnisse bei der Finanzierung von Investitionen schaden dem Wirtschafts-, Investitions- und Innovationsstandort Deutschland.

### Vorbemerkung

Wir begrüßen das Bekenntnis der Bundesregierung zu einer Reduzierung von „Überregulierungsmaßnahmen“ bei der Umsetzung von EU-Richtlinien im Rahmen der Wachstumsinitiative (Punkt 14 des „49-Punkte-Plans“ vom 5. Juli 2024). Danach soll

künftig nur noch eine 1:1-Umsetzung von EU-Regeln in nationales Recht vorgenommen werden und bestehende Überregulierungen „reduziert“ werden. Unseres Erachtens ist es dringend erforderlich, diese Vorgabe auch bei der Auslegung von gesetzlichen Regelungen, die der Umsetzung von EU-Recht dienen, zu beachten. Vorliegend wurden die Zinsschrankenregelungen durch das Kreditzweitmarktförderungsgesetz vom 22.12.2023 verschärft. Dies erfolgt anlässlich des Ablaufens der Umsetzungsfrist nach Art. 11 Abs. 6 der sog. Anti-Steuervermeidungsrichtlinie („ATAD“) am 1. Januar 2024, beinhaltet allerdings zusätzlich auch Verschärfungen, die in keinem Zusammenhang mit den Regelungen dieser Richtlinie stehen.

## Einzelanmerkungen

### ***I. Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs (§ 4h Abs. 3 Satz 2 und 3 EStG, Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 ATAD)***

Nach Art. 2 Abs. 1 ATAD bezieht sich die EU-Zinsschrankenregelung auf „Zinsaufwendungen“ (so bereits nach bisheriger Fassung des § 4h EStG) sowie auf „sonstige Kosten, die nach nationalem Recht wirtschaftlich gleichwertig sind mit Zinsen und Aufwendungen im Zusammenhang mit der Beschaffung von Kapital“ handeln. Die Neufassung von § 4h Abs. 3 Satz 2 EStG sollte diese „sonstigen Kosten“ mit in die nationale Umsetzungsregelung aufnehmen.

Dies erfordert u.E. kumulativ,

- i. einen Bezug zu Zinsen (im engeren Sinne) oder der Beschaffung von Kapital. Dabei muss es sich zwingend um Fremdkapital in Geld (zur zeitlich befristeten Nutzung überlassen) handeln; Sachkapitalüberlassungen fallen nicht darunter (so zutreffend Rn 12 Satz 1 des Entwurfs);
- ii. dieser Aufwand muss mit Zinsaufwand und dem unmittelbar zur Beschaffung von Fremdkapital in Geld entstandenen Aufwand „nach nationalem Recht wirtschaftlich gleichwertig“ sein. Dabei ist u.E. insbesondere die bisherige Rechtsprechung des BFH zu berücksichtigen.
- iii. Es muss sich um tatsächlich anfallenden Aufwand handeln, der ohne die Anwendung der Zinsschranke als Betriebsausgabe abzugsfähig wäre.

Da die Zinsschrankenregelung sich im Übrigen auf die sog. Nettozinsaufwendungen bezieht, mithin auf die (Brutto-)Zinsaufwendungen abzüglich der (Brutto-)Zinserträge, ist es u.E. zwingend, dass Aufwands- und Ertragspositionen bei der Anwendung des EStG spiegelbildlich kongruent auszulegen sind, das heißt, dass sämtliche Ertragspositionen, die auf der Aufwandsseite unter die Zinsschranke fallen würden, bei der Ermittlung des Nettozinsaufwands eines Betriebs berücksichtigt werden müssen.

Aus diesen grundsätzlichen systematischen Überlegungen ergeben sich insbesondere folgende Ableitungen für einzelne Rn des Entwurfs:

### 1. Rn 11 bzw. 19 des Entwurfs

Laut Verwaltungsauffassung sind die Begriffe Zinsaufwendungen und Zinserträge deckungsgleich zu verstehen.

#### **Petitur**

Wir regen als Klarstellung eine Ergänzung in Abschnitt 2.2 dahingehend an, dass die beispielhaft für Zinsaufwendungen und Zinserträgen genannten Positionen auf Empfängerseite entsprechend zu Zinserträgen und Zinsaufwendungen im Sinne der Zinsschranke führen.

### 2. Rn 12 / 26 des Entwurfs

Nach dem Entwurf bezieht sich die Zinsschrankenregelung nach wie vor „*grundsätzlich*“ nur auf die Überlassung von Fremdkapital in Geld. Im Gegensatz dazu ist die Regelung „*grundsätzlich*“ nicht anwendbar auf Sachkapitalüberlassungen. Es ist nicht nachvollziehbar, warum diese Aussage durch die Einschränkung „*grundsätzlich*“ relativiert werden soll.

#### **Petitur**

Wir regen deshalb an, das Wort „*grundsätzlich*“ zu streichen und durch diese Klarstellung einen wichtigen Beitrag zur rechtssicheren Anwendung des § 4h Abs. 3 EStG zu leisten. Dies steht u.E. auch nicht im Widerspruch zur Behandlung von (Geld-)Darlehen in bestimmten Fällen des sog. Finanzierungsleasing nach Maßgabe der BFH-Rechtsprechung und der darauf Bezug nehmenden BMF-Schreiben zur Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an Leasinggegenständen, die in Rn 30 des Entwurfs angesprochen werden. Denn auch in diesen Fällen wird tatsächlich Geldkapital (vom Leasingnehmer an den Leasinggeber) überlassen.

### 3. Fremdkapitalüberlassung i.S.d. Zinsschrankenregelung Factoringverhältnissen, Rn 15 / 18 des Entwurfs

Nach Rn 14 / 30 / B5 bzw. B7 des bisherigen BMF-Schreibens zur Zinsschrankenregelung vom 4.7.2008 galt die Abtretung einer Forderung zu einem Betrag unter dem Nennwert im Falle des unechten Factorings (ohne Übernahme des Ausfallrisikos) als eigenständige Überlassung von Fremdkapital im Sinne der Zinsschranke. Dies soll nun in Rn 15 / 18 des Entwurfs generell auch auf Fälle des echten Factorings (mit Übernahme des Ausfallrisikos) ausgedehnt werden. Ein Grund für diese Ausdehnung, die im Gegensatz zur BFH-Rechtsprechung im Zusammenhang mit den gewerbesteuerlichen Hinzurechnungsvorschriften steht (IV R 28/10), ist nicht ersichtlich.

#### **Petitur**

Wir regen an, dass Rn 15 bzw. 18 insoweit auf Fälle des unechten Factorings beschränkt werden und im Übrigen die bisherige Regelung wiederhergestellt wird. Danach räumte die Finanzverwaltung dem Steuerpflichtigen im Rahmen echter Factoringverhältnisse ein durch übereinstimmenden Antrag

auszuübendes Wahlrecht zur Behandlung als Fremdkapitalüberlassung i.S.d. Zinsschranke ein (Rn 14 / 32 des bisherigen BMF-Schreibens vom 4.7.2008), durch das eine korrespondierende Behandlung der Transaktion beim Zessionar und Zedenten im Inland sichergestellt werden sollte. Ohne Wahlrechtsausübung ergibt sich dann im Rahmen sog. echte Factoringverhältnisse kein Zinsaufwand- und -ertrag i.S.d. Zinsschrankenregelung.

#### **4. Zinsaufwendungen i.S.d. Zinsschranke, Rn 16 ff. des Entwurfs**

Im Gegensatz zum bisherigen Anwendungserlass vom 4.7.2008 (dort Rn 20) soll nach dem Entwurf künftig die Abschreibung aus im Rahmen der Herstellungskosten kapitalisierten Aufwendungen, z.B. Bauzeitzinsen) als Zinsaufwand i.S.d. Zinsschranke behandelt werden. Dies ist abzulehnen, da dieser Abschreibungsaufwand nicht mit Zinsaufwand i.S.d. Zinsschranke wirtschaftlich vergleichbar ist. Diese unterschiedliche wird insbes. durch die im alten Zinsschranken-Anwendungserlass noch zitierte BFH-Rechtsprechung zu den gewerbesteuerlichen Hinzurechnungsvorschriften bestätigt (I R 19/02; ebenso nachfolgend III R 24/18).

##### **Petition**

Beibehaltung des Inhalts von Rn 20 des bisherigen Anwendungsschreibens in Rn 16 des Entwurfs sowie Streichung des 6. Spiegelstrichs in Rn 17 des Entwurfs („Amortisation (Abschreibung oder Ausbuchung) kapitalisierter Zinsen“) bzw. dessen Aufnahme in die Liste der Beispiele von Aufwand, der nicht Zinsaufwand i.S.d. Zinsschranke darstellt (Rn 28 des Entwurfs).

#### **5. Zinsaufwand i.S.d. Zinsschranke, Rn 18 des Entwurfs**

Nach dem Entwurf soll „*fiktiver Zinsaufwand im Rahmen eines Vorteilsverbrauchs (auch in Form eines fiktiven Beteiligungsaufwands) bei einer verdeckten Gewinnausschüttung*“ Zinsaufwand i.S.d. Zinsschranke darstellen.

Dies trifft u.E. nicht zu. Bei einer sog. vGA im Dreieck besteht die verdeckte Gewinnausschüttung regelmäßig in einem Nutzungsvorteil zwischen Schwester-gesellschaften. Auf Ebene der Empfängerin der verdeckten Gewinnausschüttung liegt in diesen Fällen jedoch gerade kein Schuldverhältnis im Zusammenhang mit einer Fremdkapitalfinanzierung vor, die eine entsprechende Zuordnung des Aufwands aus dem Vorteilsverbrauch rechtfertigen würde. Zudem handelt es sich bei dem Aufwand aus der „Verbrauchstheorie“ um einen Aufwand eigener Art und gerade nicht um Zinsaufwand. Er ist mit Zinsaufwand im Zusammenhang mit Bardarlehen auch nicht wirtschaftlich vergleichbar. Der Verbrauch des Aufwands auf Ebene des Gesellschafters ist durch die Beteiligung an der Tochtergesellschaft veranlasst und jedenfalls nicht durch eine Finanzierungsmaßnahme.

##### **Petition**

Spiegelstrich 6 in Rn 18 des Entwurfs ist demzufolge ersatzlos zu streichen.

Im Übrigen regen wir an, die zusätzliche Nennung von „*ähnlichen Aufwendungen*“ in der Liste in Rn 18 auch zu streichen, da der Zusatz u.E. keine zusätzliche Klarheit bei der Auslegung der gesetzlichen Regelung bringt.

## **6. Unverständliche Bezugnahmen auf Auf- und Abzinsungsfälle, Rn 27 / 90 des Entwurfs**

Der Verweis in Rn 27 und Rn 90 zu Auf- und Abzinsungen ist nicht verständlich. Rn 23 beschreibt einen Fall, der eine noch nicht realisierte Geldforderung aus einem Dauerschuldverhältnis zum Gegenstand hat. Es wird nicht klar, warum sich Aussagen zu einer Auf- oder Abzinsung in der Rn. 23 finden lassen sollten, bei der es aufgrund des Realisationsprinzips gem. § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB noch zu keiner bilanziellen Erfassung kommen kann.

### **Petiturum**

Die Verweise in Rn 27 und 90 auf Rn 23 sind ersatzlos zu streichen.

## **7. Nicht gerechtfertigte Einschränkung der Aussage zu Teilwertberichtigungen, Rn 27 des Entwurfs**

Nach dem Entwurf führen Teilwertberichtigungen auf eine Kapitalforderung „grundsätzlich“ nicht zu Zinsaufwendungen oder Zinserträgen i.S.d. Zinsschrankenregelung. Dies suggeriert, dass es ausnahmsweise auch Fälle geben könne, in denen Teilwertberichtigungen zu Zinsaufwendungen oder Zinserträgen führen könnten. Demgegenüber führen Teilwertberichtigungen auf Kapitalforderungen jedoch nie zu Zinsaufwendungen oder Zinserträgen i.S.d. Zinsschrankenregelung.

### **Petiturum**

Die Einschränkung „grundsätzlich“ in Rn 27 sollte ersatzlos gestrichen werden.

## **8. Einführung einer Missbrauchsvermutung für Fälle der Wertpapierleihe, Rn 29 des Entwurfs**

Die Zinsschrankenregelung stellt ihrerseits bereits eine spezielle Regelung zur Vermeidung tatsächlicher oder typisierend unterstellter Gestaltungen zur vom Gesetzgeber als unangemessen befundener Fremdfinanzierungen inländischer Unternehmen dar. Dafür nimmt der Gesetzgeber sogar internationale Doppelbesteuerung zu Lasten der betroffenen Unternehmen in Kauf. Es ist deshalb nicht angebracht und nach der bisherigen BFH-Rechtsprechung zum Verhältnis der allgemeinen Missbrauchsklausel in § 42 AO zu speziellen Missbrauchsvermeidungsnormen auch rechtlich zweifelhaft, den allgemeinen Missbrauchsvorbehalt im Kontext der Spezialregelung der Zinsschranke hervorzuheben.

Insbesondere ist es u.E. nicht angemessen, eine bestimmte Form von Sachdarlehen, auf die die Zinsschrankenregelung bereits dem Grunde nach grundsätzlich keine Anwendung findet (siehe oben zu Rn 12 / 26 Entwurf) gegenüber anderen Formen von Sachdarlehen besonders unter einen generellen Missbrauchsverdacht zu stellen, wie dies in Rn 29 des Entwurfs vorgesehen ist.

Davon zu unterscheiden sind Fragen des wirtschaftlichen Eigentums an den verliehenen Wertpapieren, die sich unabhängig von Zinsschrankenthemen stellen können und zu denen sich die Finanzverwaltung an anderer Stelle bereits geäußert hat.

**Petition**

Rn 29 des Entwurfs sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

**9. Beispiel 1 zur Bemessung des steuerlichen EBITDA, Rn 32 des Entwurfs**

Die Hinweise zu dem Fall beschränken sich bislang auf die Frage des im laufenden Jahr abzugsfähigen Zinsaufwands in Jahren, in denen neben laufendem Zinsaufwand auch ein Zinsvortrag zu berücksichtigen ist. Zutreffend wird festgehalten, dass im Beispielfall sowohl der laufende Zinsaufwand wie auch der Zinsvortrag voll abzugsfähig ist. Es fehlt allerdings der Hinweis auf die Entstehung eines EBITDA-Vortrags (entsprechend zur Vorgehensweise bei Beispiel 2 – Rn 41).

**Petition**

Wir regen an, die Lösungshinweise zu Beispiel 1 in Rn 32 des Entwurfs durch den Hinweis auf einen EBITDA-Vortrag von EUR 20 Millionen zu vervollständigen.

**10. Maßgeblicher Gewinn i.S.v. § 4h Abs. 3 Satz 1 EStG, Rn 35 des Entwurfs**

Nach dem Entwurf soll entgegen des allgemeinen Prinzips der transparenten Besteuerung von Mitunternehmerschaften das EBITDA einer nachgeordneten Mitunternehmerschaft aus dem EBITDA des Mitunternehmers wieder gekürzt werden, um eine Doppelberücksichtigung zu vermeiden. Nach § 4h Abs. 3 Satz 1 EStG ist der maßgebliche Gewinn der nach den Vorschriften des EStG mit Ausnahme von § 4h Abs. 1 EStG ermittelte steuerpflichtige Gewinn. Die im Entwurf vorgesehene Kürzung des EBITDA bei der Obergesellschaft (Mitunternehmer) ergibt sich aus diesem Wortlaut gerade nicht. Demzufolge hat das FG Köln die Berücksichtigung des maßgeblichen Gewinns einer Untergesellschaft bei der Oberpersonengesellschaft auch ausdrücklich zugelassen (10 K 1916/12). Das Gericht wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sich aus dem Transparenzprinzip ebenso ergebe, dass ein Verlust der nachgelagerten Mitunternehmerschaft das EBITDA der Obergesellschaft (Mitunternehmer) für Zwecke der Zinsschranke mindern würde. Das beim BFH unter dem Az IV R 4/14 dazu anhängige Verfahren wurde bis zur Entscheidung des BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit der Zinsschranke (2 BvL 1/16) ausgesetzt.

**Petition**

Wir regen an, Rn 35 an den aktuellen Stand der Rechtsprechung des FG Köln und den Gesetzeswortlaut des § 4h Abs. 3 Satz 1 EStG anzupassen. Hilfsweise regen wir an, aus Transparenzgründen zumindest den Hinweis auf die Entscheidung des FG Köln und das anhängige BFH-Verfahren mit aufzunehmen.

### **11. Aufteilung und Zuordnung des maßgeblichen Einkommens oder Gewinns, Rn 40 des Entwurfs**

Nach § 8a Abs. 1 Satz 1 KStG ist § 4h Abs. 1 Satz 2 EStG bei Körperschaften mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle des maßgeblichen Gewinns (§ 4h Abs. 3 Satz 1 EStG) das maßgebliche Einkommen (§ 8a Abs. 1 Satz 2 KStG) tritt.

Die in Rn 40 vorgesehene Regelung zur Aufteilung und Zuordnung des maßgeblichen Einkommens zu einzelnen Wirtschaftsjahren von Körperschaften, soweit dies erforderlich ist, fehlt im Zusammenhang mit der Grundregel des § 4h Abs. 1 Satz 2 EStG, auf die § 8a Abs. 1 Satz 1 KStG Bezug nimmt, ohne dass für diese unterschiedliche Regelung ein Grund erkennbar ist. Vielmehr kann es auch bei Steuerpflichtigen, die lediglich dem EStG unterliegen, zu zwei Wirtschaftsjahren innerhalb eines Veranlagungszeitraums kommen.

#### **Petition**

Wir regen an, die in Rn 40 vorgesehene Regelung bereits in den Teil zum maßgeblichen Gewinn von lediglich den Vorschriften des EStG unterliegenden Steuerpflichtigen (z.B. in einer neuen Rn 34, die der Rn 35 im bisherigen Entwurf vorangehen könnte) aufzunehmen, die dann in Rn 40 wiederholt werden kann. Alternativ kann Rn 40 auf diese – neu einzufügende – Rn Bezug nehmen.

### **12. Beschränkung der Freigrenzenregelung nach § 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst a) EStG auf laufende Nettozinsaufwendungen, Rn 42 des Entwurfs**

Gem. § 4h Abs. 1 Satz 7 EStG finden die Ausnahmen von der Zinsschrankenregelung in § 4h Abs. 2 Satz 1 EStG keine Anwendung, soweit Zinsaufwendungen aufgrund eines Zinsvortrags erhöht wurden. Im Umkehrschluss heißt dies u.E., dass die Freigrenze nur auf laufende Zinsaufwendungen des jeweiligen Wirtschaftsjahres Anwendung findet. Soweit Zinsaufwendungen daher ausschließlich aus vorangehenden Wirtschaftsjahren vorgetragen wurden, greift folglich die allgemeine Zinsschrankenregelung nach § 4h Abs. 1 Satz 1 bis 6 EStG.

Rn 42 des Entwurfs nimmt nur zu dem in der Praxis nur selten anzutreffenden Fall Stellung, dass die Summe aus laufenden Zinsaufwendungen und Zinsvortrag insgesamt unterhalb der Freigrenze des § 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst a) EStG von 3 Millionen Euro bleibt und lässt den praktisch relevanteren Fall, in dem die laufenden Zinsaufwendungen, auf die sich der Anwendungsbereich der Freigrenze nach § 4h Abs. 1 Satz 7 EStG n.F. beschränkt, unterhalb der Freigrenze bleiben, dieser Betrag aber bei Mitberücksichtigung auch eines Zinsvortrags (auf den die Freigrenzenregelung nicht mehr anwendbar ist), außer Betracht.

#### **Petition**

Wir regen an, Rn 42 klarstellend dahingehend zu ergänzen, dass die Freigrenzenregelung auf einen unterhalb der Freigrenze bleibenden laufenden Nettzinsaufwand auch dann Anwendung findet, wenn es einen darüber hinausgehenden Zinsvortrag aus Vorjahren gibt, auf den die Freigrenzenregelung keine Anwendung findet. In diesen Fällen ist die allgemeine Zinsschrankenregelung nach § 4h Abs. 1 Satz 1 bis 6 EStG anwendbar.

**13. Keine Gleichstellung des Ausscheidens einer Organgesellschaft aus einer Organshaft mit der Aufgabe eines Teilbetriebs i.S.v. § 4h Abs. 5 Satz 4 EStG, Rn 43 des Entwurfs**

Nach Rn 43 letzter Satz soll das Ausscheiden einer Organgesellschaft aus einer Organshaft, etwa durch Beendigung - oder auch nur durch die fehlende Durchführung - eines Gewinnabführungsvertrags, generell als Aufgabe eines Teilbetriebs gelten. Eine gesetzliche Grundlage für diese über den Gesetzeswortlaut hinausgehende Auslegung zum Nachteil der betroffenen Unternehmen ist nicht ersichtlich. Auch die neu in § 4h Abs. 5 Satz 3 Halbsatz 2 EStG aufgenommene Rechtsfolgenverweisung auf § 15 Abs. 3 UmwStG stützt diese These nicht. Zum einen handelt es sich lediglich um eine Rechtsfolgenverweisung, so dass die Tatbestandsvoraussetzungen sich ausschließlich aus § 4h Abs. 5 Satz 4 EStG ergeben. Im Übrigen fingiert § 15 Abs. 1 Satz 3 UmwStG, auf den § 4h Abs. 5 Satz 3 Halbsatz 2 EStG nicht verweist, allenfalls eine 100%ige Kapitalbeteiligung an einer Kapitalgesellschaft als (fiktiven) Teilbetrieb für Zwecke der Spaltungsvorschriften des UmwStG.

**Petitem**

Der letzte Satz in Rn 43 ist daher u.E. mangels Rechtsgrundlage ersatzlos zu streichen.

**14. Mittelbarer schädlicher Beteiligungserwerb einer Organgesellschaft, Rn 49 des Entwurfs**

Nach dem Entwurf sollen auch laufende Zinsaufwendungen einer Organgesellschaft im Falle eines unterjährigen mittelbaren schädlichen Beteiligungserwerbs untergehen. Die Rechtsgrundlage dafür wird nicht genannt und bleibt unklar. Ein Untergang auch laufender Aufwendungen ist in den Zinsschrankenvorschriften für diesen Fall nicht vorgesehen. Es steht zu vermuten, dass hier auf eine entsprechende Anwendung von § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG, der auch unterjährige Verluste in den Untergang nach einem schädlichen Beteiligungserwerb eingehen lässt, abgestellt wird. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Norm wird derzeit vom BVerfG überprüft (2 BvL 19/17), nachdem das vorliegende Gericht diese in einem ausführlich begründeten Vorlagebeschluss verneint hatte (FG Hamburg, 2 K 245/17).

Allerdings ergibt sich die in Rn 49 angenommene Rechtsfolge – bei unterstellter Verfassungsmäßigkeit der Norm - für laufende unterjährige Zinsaufwendungen im Falle eines unterjährigen schädlichen Beteiligungserwerb allgemein weder aus dem Wortlaut des § 4h Abs. 5 EStG noch aus dem Wortlaut des § 8a Abs. 1 KStG.

§ 4h Abs. 5 Satz 3 EStG nimmt zwar auf § 8c KStG Bezug, bezieht sich aber ausschließlich auf Mitunternehmenschaften unter Beteiligung von Körperschaften und nicht auf Organschaftsfälle. § 8a Abs. 1 Satz 3 KStG bezieht sich allein auf einen Zinsvortrag aus Vorjahren, nicht aber auf laufenden Zinsaufwand des Jahres des unterjährigen Beteiligungserwerbs.

**Petitem**

Wir regen an, Rn 49 an den Gesetzeswortlaut anzupassen und klarzustellen, dass unterjährige Zinsaufwendungen einer Organgesellschaft in der



angesprochenen Konstellation nicht untergehen. Soweit auf einen schädlichen Beteiligungserwerb Bezug genommen wird, sollte die Rechtsgrundlage dafür ausdrücklich genannt werden und dann aus Transparenzgründen auch auf das anhängige BVerfG-Verfahren zu § 8c Abs. 1 KStG hingewiesen werden. Hilfsweise regen wir an, Rn 49 zu streichen.

#### **15. Stand-alone-Klausel, § 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst. b) EstG, Rn 62 des Entwurfs**

Die Voraussetzungen der Ausnahme von der Zinsschrankenregelung für konzernfreie Betriebe (§ 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst b) EstG a.F.) wurde durch das Kreditweitzmarkt-förderungsgesetz vom 22.12.2023 wesentlich zu Lasten der betroffenen Unternehmen eingeschränkt. Nach Tz 62 letzter Satz des Entwurfs müssen die verschärften neuen gesetzlichen Voraussetzungen nunmehr während des gesamten Wirtschaftsjahres vorliegen. Demgegenüber stellte Rn 68 des BMF-Schreibens vom 4.7.2008 für die Frage, ob ein Betrieb zu einem Konzern gehört oder nicht, allgemein auf die Verhältnisse am vorangegangenen Abschlussstichtag ab. Da nach bisherigem Recht allein zwischen nicht konzernangehörigen (§ 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst. b) EstG a.F.) und konzernangehörigen (§ 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst. c) EstG a.F.) unterschieden wurde, war dieser Zeitpunkt grundsätzlich für beide (alternative) Einordnungen eines Betriebs maßgeblich. Nach Rn 68 des neuen Entwurfs soll zwar für die Frage der Konzernzugehörigkeit im Rahmen des § 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst. c) EstG unverändert auf diesen Zeitpunkt abgestellt werden. Demgegenüber soll nun künftig für die Frage der Stand-alone-Klausel nach § 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst. b) EstG auf das gesamte Wirtschaftsjahr abgestellt werden, ohne dass diese unterschiedliche Behandlung gesetzlich geregelt wäre. Unklare gesetzliche Regelungen dürfen u.E. nicht zu Lasten des Steuerpflichtigen ausgelegt werden.

#### **Petition**

Wir regen an, Rn 62 letzter Satz des Entwurfs dahingehend anzupassen, dass im Einklang mit der bisherigen Behandlung und im Einklang mit Rn 68 des Entwurfs auch für die Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst. b) EstG (Stand-alone-Klausel) auf die Verhältnisse am vorangegangenen Abschlussstichtag abzustellen ist.

#### **16. Rückgriffsberechtigte Dritte i.S.v. § 8a Abs. 3 KStG, Rn 87 des Entwurfs**

Die Rn ist insoweit unverändert gegenüber der bisherigen Rn 83 des BMF-Schreibens vom 4.7.2008, enthält allerdings u.E. zum Teil sehr zweifelhafte Schlussfolgerungen. So ist bereits die Aussage, dass ein rein faktisches (freiwilliges) Entstehen eines Konzernmitglieds für die Verbindlichkeiten des in Frage stehenden Rechtsträgers gegenüber dem außenstehenden Gläubiger ausreicht, auch wenn kein konkreter Anspruch besteht, fraglich. Insbesondere stellt auch das in Rn 87 enthaltene Beispiel u.E. gerade keinen typischen Fall einer back-to-back Finanzierung und damit auch keinen Fall der Rückgriffsberechtigung i.S.d. § 8a Abs. 3 KStG dar. Allein der Umstand, dass eine Konzerngesellschaft ein Bankdarlehen bei irgendeiner Bank unterhält, lässt nach allgemeiner Erfahrung gerade nicht den Schluss zu, dass diese für Verbindlichkeiten (irgend)eines inländischen Rechtsträgers einsteht. Dafür bedarf es –

entgegen Rn 87 Satz 3 Halbsatz 2 des Entwurfs - grundsätzlich der Abtretung der Einlageforderung.

#### **Petitur**

Wir regen an, Rn 87 des Entwurfs dahingehend anzupassen, dass grundsätzlich ein durchsetzbarer Anspruch des Gläubigers erforderlich ist, um einen potenziell schädlichen Rückgriffsfall zu bejahen. Soweit das anschließende Beispiel beibehalten werden soll, sollte Satz 3 Halbsatz 2 dahingehend korrigiert werden, dass in dem Fall grundsätzlich die Abtretung der Einlageforderung an die Bank erforderlich ist.

Insgesamt ist zu berücksichtigen, dass es praktisch für die betroffenen Unternehmen nicht darstellbar ist, einen umfassenden Negativbeweis zu führen. Es kann aber nicht unterstellt werden, dass der Gesetzgeber eine Regelung schaffen wollte, die faktisch ins Leere läuft, weil sie dem Steuerpflichtigen eine Beweislast aufbürdet, die in der Praxis kaum umfassend erbracht werden kann. Es wird insoweit angeregt, dass die Finanzverwaltung ihrerseits darlegt, wie sie sich einen praktisch einfach handhabbaren Nachweis der Voraussetzungen des § 8a Abs. 3 KStG vorstellt.

#### **17. Anwendungsregelung, § 52 Abs. 8b EStG, § 34 Abs. 4 Satz 2 KStG, Rn 1 des Entwurfs**

Der Entwurf lehnt sich für die Anwendung des neuen BMF-Schreibens an die gesetzliche Anwendungsregelung für die neue Gesetzesfassung an und gibt diese wörtlich wieder.

#### **Petitur**

Wir regen an, Rn 1 um eine Klarstellung zu ergänzen, nach der langfristige Finanzierungsbeziehungen, die bereits vor der Gesetzesänderung vereinbart wurden, insgesamt noch der alten Gesetzesfassung – und folglich auch dem BMF-Schreiben vom 4.7.2008 – unterliegen.

### **Ergänzende redaktionelle Hinweise**

- Rn 67 verweist zum Dotationskapital einer Betriebsstätte auf die sog. Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze von 1999 die zwischenzeitlich durch diverse jüngere Verwaltungsregelungen überlagert wurden. Wir regen daher an, den Hinweis auf die Verwaltungsgrundsätze 1999 um einen Hinweis auf die BsGaV, die VwG BsGA sowie DBA-Regelungen zu ergänzen (vgl. dazu insbes. Tz 460 ff. VwG BsGA).
- Tz 77 enthält im ersten Teil zur Ermittlung der Eigenkapitalquote des Betriebs einen leerlaufenden Verweis auf „Rn 0“. Dieser sollte – analog der damit korrespondierenden Liste zu den Anpassungen der Bilanzsumme des Betriebs durch einen Hinweis auf „Rn 75“ ersetzt werden.

- In Rn 86 wird schließlich auf „Vergleichsgrößen“ im Rahmen der Prüfung einer schädlichen Gesellschafterfremdfinanzierung Bezug genommen, die jeweils suggerieren, es handele sich dabei um ein wörtliches Zitat, obwohl der Gesetzeswortlaut des § 8a Abs. 3 KStG auch in seiner durch das Kreditweitmarktförderungsgesetz vom 22.12.2023 verschärften Fassung an dieser Stelle eine abweichende Terminologie verwendet. Wir regen daher eine Angleichung der Formulierung in Rn 86 an den Gesetzeswortlaut an. Demzufolge wäre die bisherige Formulierung „Summe der Vergütungen für Gesellschafterfremdkapital“ an die gesetzliche Formulierung „Vergütungen für Fremdkapital“ anzupassen. Die bisherige Formulierung „Nettozinsaufwendungen“ wäre zur Vermeidung von Missverständnissen an die gesetzliche Formulierung „die Zinsaufwendungen übersteigenden Zinsaufwendungen des Rechtsträgers“ anzupassen.

Für etwaige Rückfragen und eine weitergehende Erörterung stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Kai Strüngmann  
Chair, Tax Committee  
AmCham Germany



Christof K. Letzgas  
Chair, Tax Committee  
AmCham Germany

*AmCham Germany ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung eingetragen (Registernr. R001564), betreibt Interessenvertretung im Sinne des Lobbyregistergesetzes und auf Grundlage des Verhaltenskodex.*