

E. Ausnahmen von der Grundregel (§ 4h Abs 2)**I. Überblick**

- 64** § 4h Abs 2 S 1 Buchst a–c sieht drei Ausnahmen von der Grundregel des § 4h Abs 1 vor, die jeweils zu einer vollständigen Abzugsfähigkeit der Zinsaufwendungen führen. Für die Nicht-Anwendung der Zinsschranke ist ausreichend, wenn eine der Ausnahmen des § 4h Abs 2 S 1 Buchst a–c erfüllt ist.
- 65** Die Zinsschranke findet keine Anwendung, wenn die Netto-Zinsaufwendungen des Betriebs weniger als 3 Mio EUR betragen (§ 4h Abs 2 S 1 Buchst a, s Rn 71). Die Freigrenze soll vermeiden, dass die Zinsschranke auch auf kleinere und mittlere Untern anzuwenden ist.
- 66** Die Zinsschranke ist nach der sog Konzernklausel des § 4h Abs 2 S 1 Buchst b ebenfalls nicht anzuwenden, wenn der Betrieb nicht oder nur anteilmäßig zu einem Konzern gehört. Dies entspricht dem Telos der Zinsschranke, nach dem nur eine asymmetrische Fremdfinanzierung im Konzern zu Lasten Deutschlands sanktioniert werden soll. Ob ein Betrieb zu einem Konzern gehört, ist in § 4h Abs 3 S 5 und 6 geregelt (s Rn 278 ff).
- 67** Gehört ein Betrieb zu einem Konzern, lässt der GGeber unter den Vss der Escape-Klausel des § 4h Abs 2 S 1 Buchst c gleichwohl eine Ausnahme von der Zinsschrankenregelung zu. Soweit nachgewiesen werden kann, dass die EK-Quote des Betriebs am Schluss des vorangegangenen Stichtags gleich hoch oder höher ist als die EK-Quote des Konzern (abzüglich einer Nichtaufgriffsgrenze von 1 bzw 2 Prozentpunkten für Wj, die nach dem 31.12.2009 enden), findet die Zinsschranke keine Anwendung. Die Ausgestaltung der Escape-Klausel im Einzelnen ist komplex, mit einem hohen Erstellungs- und Nachweisaufwand verbunden sowie von zahlreichen Rechtsunsicherheiten geprägt.
- 68** Bei Kö ist die Konzern- und die Escape-Klausel nur anwendbar, wenn keine schädliche Ges-FremdFin vorliegt und dies nachgewiesen wird (§ 8a Abs 2 und 3 KStG). § 8a Abs 2 und 3 KStG sind auch bei PersGes zu beachten, an denen Kö unmittelbar oder mittelbar beteiligt sind (§ 4h Abs 2 S 2).
- 69** Bei der Prüfung der Ausnahmetatbestände empfiehlt sich gem gesetzlicher Reihenfolge zunächst die Freigrenze zu prüfen. Bei Überschreiten der Freigrenze ist die Prüfung der Konzern- bzw Escape-Klausel in Betracht zu ziehen.
- 70** Sofern eine der Ausnahmen des § 4h Abs 2 S 1 Buchst a–c erfüllt ist, wird die Grundregel des § 4h Abs 1 S 1 suspendiert. Laufende Zinsaufwendungen des Wj sind abzugsfähig (§ 4h Abs 2 S 1 Hs 1). Dies gilt auch für einen Zinsvortrag, der nach § 4h Abs 1 S 5 die Zinsaufwendungen des laufenden Wj erhöht. Dies ist insbes im Hinblick auf die Nutzung der Konzern- und Escape-Klausel von Bedeutung. Wird ein Zinsvortrag aufgebaut und sind in einem nachfolgenden Wj die Vss der Konzern- oder Escape-Klausel erfüllt, kann der Zinsvortrag in diesem Wj uneingeschränkt abgezogen werden. Entsteht hierdurch ein Verlust, wandelt sich der Zinsvortrag in einen Verlustvortrag nach § 10d (s Rn 61).⁵⁸

58 So auch *Möhlenbrock* Ubg 2008, 5 f.

II. Freigrenze (§ 4h Abs 2 S 1 Buchst a)

Die Zinsabzugsbeschränkung des § 4h Abs 1 S 1 ist nicht anzuwenden, wenn der Betrag der Zinsaufwendungen, soweit er den Betrag der (stpf) Zinserträge übersteigt, weniger als 1 Mio EUR beträgt. Die Freigrenze ist durch das BürgerentlastungsG KV v 16.7.2009⁵⁹ auf 3 Mio EUR angehoben worden. Die Anhebung galt zunächst zeitlich befristet erstmals für Wj, die nach dem 25.5.2007 beginnen und nicht vor dem 1.1.2008 enden, und letztmals für Wj, die vor dem 1.1.2010 enden (§ 52 Abs 12d S 3). Soweit das Wj des Betriebs dem Kj entspricht, gilt die Erhöhung der Freigrenze damit rückwirkend für die VZ 2008 und 2009. Die erhöhte Freigrenze von 3 Mio EUR gilt nach dem WachstumsBG⁶⁰ nun zeitlich unbegrenzt (§ 52 Abs 12d S 3).

71

Da § 4h Abs 2 S 1 Buchst a als Freigrenze und nicht als Freibetrag ausgestaltet ist, ist die Zinsschranke bei einem Netto-Zinsaufwand (Saldo aus Zinsaufwendungen und Zinserträgen) bis zu 999 999,99 EUR bzw 2 999 999,99 EUR nicht anzuwenden.⁶¹ Beträgt der Netto-Zinsaufwand mind 1 Mio EUR bzw 3 Mio EUR, kommt die Freigrenze nicht zur Anwendung. Der Netto-Zinsaufwand ist auf Basis der Zinserträge und Zinsaufwendungen iSd § 4h Abs 3 zu ermitteln (s Rn 172 ff), dh es gehen nur Zinserträge und Zinsaufwendungen in die Freigrenze ein, die sich auf den maßgeblichen Gewinn ausgewirkt haben.⁶²

72

Die Freigrenze soll dazu dienen, kleine und mittlere Betriebe von der Zinsschranke auszunehmen (sog Mittelstandskomponente).⁶³ Ein Freibetrag würde diesem Ziel besser gerecht.⁶⁴ Zudem gewährt die Freigrenze keine Planungssicherheit. Wird ein Darlehen mit variablem Zinssatz aufgenommen (zB Euribor + x %), können im Einzelfall bereits marginale Leitzinserhöhungen dazu führen, dass die Freigrenze überschritten wird. Bei der Steuerplanung ist dies entspr zu berücksichtigen.⁶⁵

73

Die Freigrenze ist betriebsbezogen anzuwenden. Ein Einzelunternehmer kann mehrere Betriebe haben, ihm stehen entspr mehrere Freigrenzen zu. MitU steht eine Freigrenze zu. Die Freigrenze gilt auch für Kö, PersVer und Vermögensmassen.⁶⁶ Für den Organkreis wird die Freigrenze nur einmal gewährt. Mangels Betriebseigenschaft steht vermögensverwaltenden PersGes keine Freigrenze zu. Unter Gestaltungsgesichtspunkten kann eine Vervielfältigung der Freigrenze durch Schaffung mehrerer Betriebe in Betracht kommen, zB durch steuerneutrale Einbringung in KapGes nach § 20 UmwStG oder in PersGes nach § 24 UmwStG.⁶⁷ Insbes bei Immobilienerwerben im Rahmen von Asset Deals sollten die einzelnen Immobilien über eine entspr Anzahl von Zweckgesellschaften erworben werden, um auf Ebene der einzelnen Ges von der Freigrenze Gebrauch machen zu können.

74

59 BGBl I 2009, 1959.

60 BT-Drucks 17/15, BR-Drucks 865/09.

61 *Rödler/Stangl* DB 2007, 480.

62 *Gosch/Förster* § 4h Rn 61.

63 BT-Drucks 16/4841, 48.

64 So auch *Köhler* Unternehmenssteuerreform 2008, 115 Rn 62 ff.

65 *H/H/R/Hick* § 4h Anm 41; *Köhler* Unternehmenssteuerreform 2008, 115 Rn 64.

66 *BMF* BStBl I 2008, 718 Rn 56.

67 *Kröner/Bolik* DStR 2008, 1312.

- 75 Die Freigrenze bezieht sich auf den Gewinnermittlungszeitraum. Gewinnermittlungszeitraum bei Einkünften aus Gewerbebetrieb ist das Wj (§ 4a Abs 1, § 7 Abs 4 KStG).⁶⁸ Die Freigrenze gilt demnach auch für ein Rumpf-Wj. Somit kann die Freigrenze in einem VZ auch mehrfach zur Anwendung kommen.
- 76 Zinsvorträge können dazu führen, dass die Freigrenze in einem laufenden Wj überschritten wird.⁶⁹ Ein Zinsvortrag erhöht die Zinsaufwendungen des laufenden Wj (§ 4h Abs 1 S 5). Damit geht der Zinsvortrag auch in diejenigen Zinsaufwendungen ein, die in die Prüfung der Freigrenze einzubeziehen sind.⁷⁰

III. Konzernklausel (§ 4h Abs 2 S 1 Buchst b)

- 77 Nach § 4h Abs 2 S 1 Buchst b ist § 4h Abs 1 S 1 nicht anzuwenden, wenn „der Betrieb nicht oder nur anteilmäßig zu einem Konzern gehört“. Damit findet die Zinsschranke auf nicht konzernzugehörige Betriebe keine Anwendung. Zinsaufwendungen des laufenden Wj sowie ein etwaiger Zinsvortrag sind abzugsfähig.
- 78 Nach § 4h Abs 3 S 5 gehört ein Betrieb zu einem Konzern, wenn er nach dem für die Anwendung der Escape-Klausel zugrunde zu legenden Rechnungslegungsstandard mit einem oder mehreren anderen Betrieben konsolidiert wird oder werden könnte. Nach dem erweiterten Konzernbegriff des § 4h Abs 3 S 6 gehört ein Betrieb auch dann zu einem Konzern, wenn seine Finanz- und Geschäftspolitik mit einem oder mehreren anderen Betrieben einheitlich bestimmt werden kann.
- 79 Der Konzernbegriff des § 4h Abs 3 S 5 und 6 setzt die Möglichkeit der Vollkonsolidierung des Betriebs voraus. § 4h Abs 3 S 5 bezieht sich auf Unterordnungskonzerne, während § 4h Abs 3 S 6 Gleichordnungskonzerne erfasst, bei denen die Konzernspitze kein Untern iSd maßgeblichen Rechnungslegungsstandards ist.⁷¹
- 80 Nicht voll konsolidierte Untern gehören daher nicht zu einem Konzern. Eine nur anteilmäßige Konzernzugehörigkeit ist nicht ausreichend. Gemeinschaftlich geführte Untern nach § 310 HGB, die nur anteilmäßig in den Konzernabschluss einbezogen werden (Quotenkonsolidierung) sind somit nicht konzernzugehörig. Dies gilt auch für vergleichbare Fälle nach anderen Rechnungslegungsstandards (zB nach IAS 31).⁷²
- 81 Entspr gilt für assoziierte Untern nach § 311 HGB, die in dem Konzernabschluss des G'ter mit dem anteiligen EK angesetzt werden können, und diesen vergleichbare Untern.⁷²
- 82 Zu Einzelheiten der Bestimmung der Konzernzugehörigkeit s Rn 278 ff. Nach dem Wortlaut des § 4h Abs 3 S 5 und 6 liegt ein Konzern nur dann vor, wenn mind zwei der in den Konzernabschluss einbezogenen Untern als Betriebe iSd Zinsschranke qualifizieren (s Rn 279, 281).
- 83 Nicht konzernzugehörige Kö und diesen nachgeordnete MitU können die Konzernklausel nur in Anspruch nehmen, wenn zusätzlich nachgewiesen wird, dass keine schädliche G'ter-FremdFin vorliegt (§ 8a Abs 2 KStG, § 4h Abs 2 S 2 iVm § 8a Abs 2 KStG).

68 *BMF BStBl I* 2008, 718 Rn 58.

69 *BMF BStBl I* 2008, 718 Rn 46.

70 Vgl *Grotherr IWB* 2007, Gruppe 3, Fach 3 770; *Köhler DStR* 2007, 598; aA *Gosch/Förster* § 4h Rn 64.

71 *Dörfler Ubg* 2008, 701 f.

72 *BMF BStBl I* 2008, 718 Rn 61.

Die Beweislast, dass die Vss der Konzernklausel des § 4h Abs 2 S 1 Buchst b und des § 8a Abs 2 KStG vorliegen, trägt der StPfl.⁷³ 84

IV. Escape-Klausel (§ 4h Abs 2 S 1 Buchst c)

1. Allgemeines. Die Beschränkungen der Zinsschranke sind nach § 4h Abs 2 S 1 Buchst c S 1 nicht anwendbar, wenn der Betrieb zwar zu einem Konzern gehört, aber seine EK-Quote am Schluss des vorangegangenen Abschlussstichtages gleich hoch oder höher ist als die des Konzerns (EK-Vergleich). Ein Unterschreiten der EK-Quote des Konzerns bis zu 1 bzw 2 Prozentpunkten WachstumsBG ist unschädlich (Buchst c S 2). Damit findet die Zinsschranke grds keine Anwendung, soweit die EK-Quote des konzernzugehörigen Betriebs mind der um 1 bzw 2 Prozentpunkte idF WachstumsBG reduzierten EK-Quote des Konzerns entspricht oder höher ist. Die Erhöhung des Toleranzrahmens von einem auf zwei Prozentpunkte ist erstmals für Wj anzuwenden, die nach dem 31.12.2009 enden (§ 52 Abs 12d S 4). 85

Zudem ist für Kö und diesen nachgeordneten MitU das Fehlen einer schädlichen G'ter-FremdFin von außerhalb des Konzerns nachzuweisen (s § 8a KStG Rn 97 ff). 86

IE unterstellt der GGeber eine missbräuchliche Verlagerung von FK in das Inl, wenn die EK-Quote des inl Konzernunternehmens nicht mind derjenigen des Gesamtkonzerns entspricht. Auf die Höhe der Zinsaufwendungen, die sich aus unterschiedlichen Darlehensbedingungen ergeben können, kommt es hingegen nicht an. 87

Gelingt der EK-Vergleich, sind die laufenden Zinsaufwendungen abzugsfähig. Ein bestehender Zinsvortrag kann in voller Höhe genutzt werden.⁷⁴ 88

Die Escape-Klausel ist betriebsbezogen anzuwenden. Gelingt einem inl Betrieb der EK-Vergleich aufgrund einer zu niedrigen EK-Quote nicht, kann dennoch bei einem anderen inl Betrieb des Konzerns mit entspr höherer EK-Quote die Escape-Klausel genutzt werden. Anderes gilt für die G'ter-FremdFin nach § 8a Abs 3 KStG: Liegt bei einem Rechtsträger des Konzerns eine schädliche G'ter-FremdFin vor, ist die Escape-Klausel für sämtliche KonzernGes ausgeschlossen (zur Kritik s § 8a KStG Rn 89). 89

Die EK-Quote für Zwecke der Escape-Klausel ist das Verhältnis des EK zur Bilanzsumme (§ 4h Abs 2 S 2 Buchstb c S 3). Die EK-Quote des Konzerns bemisst sich nach dem Konzernabschluss, der den Betrieb umfasst. Die EK-Quote des Betriebs ist auf Grdl des Jahres- oder Einzelabschlusses zu ermitteln. Die dem EK-Vergleich zugrunde liegenden Abschlüsse sind einheitlich nach demselben Rechnungslegungsstandard aufzustellen, was idR eine Überleitung des Einzelabschlusses auf den für den EK-Vergleich maßgebenden Rechnungslegungsstandard erfordert. 90

Maßgebend für den EK-Vergleich sind die EK-Quoten des Betriebs und des Konzerns am Schluss des vorangegangenen Abschlussstichtages. Bei Neugründung eines Betriebs ist gem BMF-Schreiben auf das EK in der Eröffnungsbilanz abzustellen.⁷⁵ Gleichwohl ist der Konzernabschluss des vorangegangenen Abschlussstichtages nicht um den neu gegründeten Betrieb zu erweitern. Dies sollte entspr bei Neugründung 91

73 *Gosch/Förster* § 4h Rn 71.

74 *D/J/P/W/Möhlenbrock/Pung* § 8a Rn 128.

75 *BMF* BStBl I 2008, 718 Rn 70.

einer Ges durch Umwandlung gelten.⁷⁶ Erfolgt die Betriebsgründung ausschl mit EK (zB durch Bargründung) beträgt die betriebliche EK-Quote im Rahmen der Eröffnungsbilanz 100 %. Vorbehaltlich einer schädlichen G'ter-FremdFin iSd § 8a Abs 3 KStG dürfte der EK-Vergleich in derartigen Fällen im Gründungsjahr grds gelingen.⁷⁷

- 92 Sofern der Abschlussstichtag des Betriebs vom Abschlussstichtag des Konzerns abweicht, ist für den EK-Vergleich derjenige Abschluss des Betriebs maßgeblich, der in den Konzernabschluss eingegangen ist. Dabei kann es sich auch um einen Zwischenabschluss handeln,⁷⁸ der zB nach § 299 Abs 2 S 2 HGB aufzustellen ist, wenn der Abschlussstichtags des Betriebs um mehr als drei Monate vor dem Stichtag des Konzernabschlusses liegt.
- 93 **2. Ermittlung der EK-Quote des Konzerns. – a) Maßgeblicher Rechnungslegungsstandard.** Die **EK-Quote des Konzerns** bemisst sich nach dem Konzernabschluss, der den Betrieb umfasst und ergibt sich aus dem Verhältnis des konsolidierten EK (einschließlich Minderheitsanteile) zur Konzernbilanzsumme (§ 4h Abs 2 S 1 Buchst c S 3).
- 94 Bei der Ermittlung der EK-Quote des Konzerns ist der größtmögliche Konsolidierungskreis mit dem sich für diesen Konsolidierungskreis ergebenden obersten Rechtsträger als Konzernspitze zugrunde zu legen.⁷⁹
- 95 Für Zwecke des EK-Vergleichs ist der Konzernabschluss der Konzernspitze maßgeblich. Teilkonzernabschlüsse können nicht verwendet werden. Das Konzernrecht prüft ausgehend vom M-Untern (oberster Rechtsträger), ob ein Konzernabschluss aufzustellen ist und welche Untern in die Konsolidierung einzubeziehen sind.⁸⁰ Für die Bestimmung des anwendbaren Rechnungslegungsstandards sind die Verhältnisse auf Ebene der Konzernspitze entscheidend („Prinzip der Maßgeblichkeit des obersten Rechtsträgers“).⁸¹
- 96 Das EK des Konzerns kann grds unverändert aus dem Konzernabschluss übernommen werden.⁸² Bestehende Konzernabschlüsse können unverändert für den EK-Vergleich herangezogen werden, wenn sie nach den §§ 291, 292 und 315a HGB befreiende Wirkung haben. Sie müssen nicht um diejenigen konzernzugehörigen Betriebe erweitert werden, die zulässigerweise, zB aus Wesentlichkeitsgründen (§ 296 HGB), nicht in den Konzernabschluss einbezogen wurden. Gleichwohl sind derartige Betriebe weiterhin als konzernzugehörig anzusehen. Dies hat Bedeutung für § 8a Abs 3 KStG, da auch für diese Betriebe der Nachweise einer fehlenden schädlichen G'ter-FremdFin zu führen ist (s § 8a KStG Rn 91 ff).

76 Einschränkungen können sich ergeben, wenn das übertragene Vermögen doppelt berücksichtigt wird, vgl *D/J/P/W/Möhlenbrock/Pung* § 8a Rn 133.

77 *Dörfler* Ubg 2008, 704; *Köhler/Hahne* DStR 2008, 1515.

78 *BMF* BStBl I 2008, 718 Rn 70.

79 *BT-Drucks* 16/4841, 50.

80 *Blümich/Heuermann* § 4h Rn 53.

81 *GIA D/J/P/W/Möhlenbrock/Pung* § 8a Rn 135; *Frotscher/Frotscher* § 4h Rn 89; *Hennrichs* DB 2007, 2103.

82 *BMF* BStBl I 2008, 718 Rn 72.

- Die EK-Quoten des Konzerns und des Betriebs sind einheitlich nach dem angewendeten Rechnungslegungsstandard zu ermitteln, nach denen der Konzernabschluss aufgestellt wird.⁸³ **97**
- Der für den Konzernabschluss (und damit auch für den Einzelabschluss des Betriebs) maßgebliche Rechnungslegungsstandard wird in § 4h Abs 2 S 1 Buchst c S 8 und 9 bestimmt. Dabei besteht für den StPfl grds kein Wahlrecht, sondern die S 8 und 9 geben eine Reihenfolge vor. **98**
- Nach § 4h Abs 2 S 1 Buchst c S 8 sind die für den EK-Vergleich maßgeblichen Abschlüsse grds einheitlich nach den International Financial Reporting Standards (IFRS) zu erstellen. **99**
- Hiervon abw können nach § 4h Abs 2 S 1 Buchst c S 9 HS 1 Abschlüsse nach dem Handelsrecht eines Mitgliedstaats der EU (zB HGB) verwendet werden, wenn kein Konzernabschluss nach den IFRS zu erstellen und offen zu legen ist und für keines der letzten fünf Wj ein Konzernabschluss nach den IFRS erstellt wurde. **100**
- Nach den US-GAAP aufzustellende und offen zulegende Abschlüsse sind zu verwenden, wenn kein Konzernabschluss nach den IFRS oder dem Handelsrecht eines Mitgliedstaats der EU zu erstellen und offen zu legen ist (§ 4h Abs 2 S 1 Buchst c S 9 HS 2). **101**
- Aus der gesetzlichen Regelung des § 4h Abs 2 S 1 Buchst c S 8 und 9 ergeben sich folgende Konsequenzen: **102**
- Sofern eine Verpflichtung zur Aufstellung und Veröffentlichung eines Konzernabschlusses nach IFRS besteht (zB nach § 315a Abs 1 und 2 HGB), sind die IFRS auch für die dem EK-Vergleich zugrunde liegenden Abschlüsse maßgeblich. Entspr gilt, wenn von dem Wahlrecht des § 315a Abs 3 HGB Gebrauch gemacht wurde.
 - Der Gesetzeswortlaut lässt offen, ob die vom IASB verabschiedeten IFRS (original IFRS) oder die in Anwendung des Komitologie-Verfahrens in sekundäres EU-Recht übernommenen IFRS (endorsed IFRS) maßgeblich sind. Nach der Gesetzesbegründung sollen die endorsed IFRS anzuwenden sein. Dies ist sachgerecht, da die IFRS erst durch ihr Endorsement zu innerstaatlichen Rechtsnormen werden.⁸⁴
 - Die IFRS sind auch dann maßgeblich, wenn in den vergangenen fünf Jahren ein Konzernabschluss nach den IFRS erstellt und offen gelegt wurde. Auch bei einem Wechsel auf einen anderen Rechnungslegungsstandard soll der StPfl für Zwecke des EK-Vergleichs noch weitere fünf Jahre an die IFRS gebunden sein. Dies gilt nach dem Wortlaut auch dann, wenn der Konzernabschluss freiwillig aufgestellt wurde (zB für Zwecke des EK-Vergleichs) und keine Pflicht zur Erstellung und Offenlegung bestand. Dies ist nicht sachgerecht. Sofern IFRS-Abschlüsse lediglich für interne Zwecke⁸⁵ (einschl des EK-Vergleichs) erstellt wurden, entfalten sie keine Bindungswirkung im Hinblick auf § 4h Abs 2 S 1 Buchst c S 9.

83 *D/J/P/W/Möhlenbrock/Pung* § 8a Rn 129.

84 *Blümich/Heuermann* § 4h Rn 55. Für M-Untern mit Sitz in einem Nicht-EU-Staat, die nach den original IFRS bilanzieren, sollte es ausreichend sein, den auf Basis der original IFRS aufgestellten Abschluss in analoger Anwendung des § 4h Abs 2 S 1 Buchst c S 11 auf einen Abschluss auf Basis der endorsed IFRS überzuleiten. Die Überleitungsrechnung unterliegt in entsprechender Anwendung des § 4h Abs 2 S 1 Buchst c S 12 der prüferischen Durchsicht.

85 *D/J/P/W/Möhlenbrock/Pung* § 8a Rn 135.

- Unterliegt ein inl M-Untern keiner Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses nach den §§ 290ff HGB (zB weil die größenabhängigen Befreiungstatbestände des § 293 HGB in Anspruch genommen wurden), hat das M-Untern ein Wahlrecht, den Einzel- und Konzernabschluss entweder nach dem Handelsrecht eines Mitgliedstaats der EU (zB HGB) oder IFRS aufzustellen.
- Für in Nicht-EU-Staaten ansässige M-Untern, die einen Konzernabschluss nach nationalen Rechnungslegungsvorschriften erstellen (local GAAP, zB Japan GAAP), sind für Zwecke des EK-Vergleichs die IFRS oder das Handelsrecht eines Mitgliedstaats der EU⁸⁶ maßgebend. Zur Vermeidung von unnötigem Mehraufwand sollte es zulässig sein, einen Abschluss nach local GAAP in analoger Anwendung des § 4h Abs 2 S 1 Buchst c S 11 auf IFRS überzuleiten, wobei die Überleitungsrechnung einer prüferischen Durchsicht zu unterziehen ist (§ 4h Abs 2 S 1 Buchst c S 12 analog).
- Abschlüsse nach US-GAAP können für den EK-Vergleich nur dann Verwendung finden, falls das oberste Konzernmutterunternehmen verpflichtet ist, seinen Konzernabschluss nach US-GAAP aufzustellen und offen zu legen. Dies ist regelmäßig nur für an US-Börsen zugelassene Untern der Fall.⁸⁷ Soweit für in Nicht-EU-Staaten ansässige M-Untern keine Verpflichtung zur Aufstellung und Offenlegung eines Konzernabschlusses nach US-GAAP besteht, finden die IFRS oder das Handelsrecht eines Mitgliedstaates der EU Anwendung.⁸⁸ Dies gilt auch für in den USA ansässige, nicht börsennotierte Untern, für die keine Verpflichtung besteht, einen Konzernabschluss nach US-GAAP aufzustellen und offen zu legen.

103 Der Konzernabschluss muss nach § 4h Abs 2 S 1 Buchst c S 10 den **Anforderungen an die handelsr Konzernrechnungslegung** genügen oder die Vss erfüllen, unter denen ein Abschluss nach den §§ 291 und 292 HGB befreiende Wirkung hätte. Nach der Gesetzesbegründung ist der dem EK-Vergleich zugrunde gelegte Konzernabschluss von einem **Abschlussprüfer** zu testieren.⁸⁹ Zudem muss der Abschluss des Betriebs als auch der Konzernabschluss in **deutscher Sprache** oder in einer beglaubigten Übersetzung vorgelegt werden.⁸⁹ Der Verweis auf die §§ 291 und 292 HGB kann im Einzelfall zu Problemen führen. ZB ist fraglich, ob ein Konzernabschluss ohne Konzernlagebericht befreiende Wirkung haben kann. ME sollten auch diese Abschlüsse für Zwecke der Zinsschranke anerkannt werden, da ein Konzernlagebericht keine Auswirkungen auf die für die Escape-Klausel relevanten EK-Quoten hat.

104 b) Konsolidierungskreis beim Unterordnungs- und Gleichordnungskonzern. Ein Betrieb gehört nach § 4h Abs 3 S 5 zu einem Konzern, wenn er nach dem für die Anwendung der Escape-Klausel nach § 4h Abs 2 S 1 Buchst c zugrunde gelegten Rechnungslegungsstandard mit einem oder mehreren anderen Betrieben konsolidiert wird oder werden könnte (sog **Unterordnungskonzern**). Der Konsolidierungskreis bemisst sich bei Unterordnungskonzernen allein nach Maßgabe des für Zwecke der Escape-Klausel einschlägigen Rechnungslegungsstandards.⁹⁰ Die Vorschrift des § 4h

86 S *Frotscher/Frotscher* § 8a KStG Rn 155, aA *Blümich/Heuermann* § 4h Rn 74.

87 *KPMG* US-GAAP, 4. Aufl 2006, 375 ff; *Niehuis/Thyll* Konzernabschluss nach US-GAAP, 2. Aufl, 80.

88 *Gosch/Förster* § 4h Rn 90; *Frotscher/Frotscher* § 4h Rn 93. AA iSe zwingenden Anwendung der IFRS *Henrichs* DB 2007, 2103.

89 BT-Drucks 16/4841, 49.

90 *Dörfler* Ubg 2008, 702; *Töben/Fischer* Ubg 2008, 153.

Abs 3 S 5 (und 6) bestimmt nach dem Wortlaut nur, wann ein Betrieb zu einem Konzern gehört (s Rn 278 ff). Sie bestimmt jedoch nicht den Konsolidierungskreis. § 4h Abs 3 S 5 verweist insofern auf den maßgeblichen Rechnungslegungsstandard.

Der sich aus der Anwendung des maßgeblichen Rechnungslegungsstandards ergebende Konsolidierungskreis kann weiter sein als der Kreis der nach § 4h Abs 3 S 5 konzernzugehörigen Betriebe. Im Konzernabschluss können auch Ges enthalten sein, die keinen Betrieb iSd Zinsschranke darstellen, zB ausl vermögensverwaltende Ges. **105**

Nach § 4h Abs 3 S 6 gehört ein Betrieb auch dann zu einem Konzern, wenn seine Finanz- und Geschäftspolitik mit einem oder mehreren anderen Betrieben einheitlich bestimmt werden kann (sog **Gleichordnungskonzern**). Die Vorschrift erfasst insbes Konstellationen, in denen eine Konsolidierung nach dem maßgeblichen Rechnungslegungsstandard auf einen beherrschenden G'ter ausscheidet, zB wenn eine nat Pers als Konzernspitze die Anteile an den beherrschten Ges im PV hält. Dies gilt nach Ansicht der FinVerw auch, wenn es sich bei der Konzernspitze um eine vermögensverwaltende Ges und damit nicht um einen Betrieb iSd Zinsschranke handelt.⁹¹ Die Aussage der FinVerw in Rn 60 des BMF-Schreibens ist missverständlich. Ist zB eine ausl (vermögensverwaltende) Holding-KapGes nach dem anzuwendenden Rechnungslegungsstandard Konzernspitze und wird auf diese konsolidiert, ist dies auch für Zwecke des EK-Vergleichs maßgebend. Die Aussage in Rn 60 des BMF-Schreibens bezieht sich offensichtlich auf Fondsstrukturen iRv Private Equity und Venture Capital mit idR (vermögensverwaltenden) PersGes als Fondsvehikel, die nach Auffassung der FinVerw unter § 4h Abs 3 S 6 zu subsumieren sind. Konsequenterweise sollte jedoch zur Abgrenzung des Konsolidierungskreises allein der zugrunde zu legende Rechnungslegungsstandard maßgeblich sein. **106**

Nach der FinVerw sind in den Konzernabschluss nur die beherrschten Betriebe einzu-beziehen, wenn die Konzernspitze selbst kein Betrieb iSd § 4h ist.⁹² Die Verhältnisse des G'ter als Spitze des Konzerns bleiben außer Acht, insbes im Hinblick auf eine mögliche Fremdfinanzierung des Erwerbs der Anteile an den beherrschten Ges.⁹³ **107**

Das BMF-Schreiben enthält keine Einzelheiten zur Ermittlung der EK-Quote von Gleichordnungskonzernen. ME sollte der Konzernabschluss und das Konzerneigenkapital durch eine Querkonsolidierung, dh im Wege der Addition der unmittelbar von der Konzernspitze gehaltenen Beteiligungen ermittelt werden (sog Combined Financial Statements).⁹⁴ Zwischengewinne aus den Lieferungs- und Leistungsbeziehungen zwischen den KonzernGes sollten zu eliminieren sein. Entspr gilt für Forderungen und Verbindlichkeiten iRd Schuldenkonsolidierung. Sofern die unmittelbar vom beherrschenden Rechtsträger gehaltenen Ges ihrerseits oberste Einheit von Teilkonzernen sind, sollten zunächst Teilkonzernabschlüsse nach allg Grundsätzen zu erstellen sein, die in einem zweiten Schritt iRd Querkonsolidierung zusammenzufassen sind.⁹⁵ **108**

91 *BMF BStBl I* 2008, 718 Rn 60; krit *Dörfler Ubg* 2008, 702.

92 *BMF BStBl I* 2008, 718 Rn 60.

93 Ausnahmen können sich bei Qualifikation als negatives SBV von PersGes ergeben, § 4h Abs 2 S 1 Buchstab c S 7.

94 *Dörfler Ubg* 2009, 702.

95 *Dörfler Ubg* 2008, 702.