

DEUTSCHER INDUSTRIE- UND  
HANDELSKAMMERTAG  
Breite Str. 29  
10178 Berlin

BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN  
INDUSTRIE  
Breite Str. 29  
10178 Berlin

ZENTRALVERBAND DES  
DEUTSCHEN HANDWERKS  
Mohrenstrasse 20-21  
10117 Berlin

BUNDESVEREINIGUNG DER  
DEUTSCHEN ARBEITGEBERVERBÄNDE  
Breite Str. 29  
10178 Berlin

BUNDESVERBAND DEUTSCHER  
BANKEN  
Burgstraße 28  
10178 Berlin

GESAMTVERBAND DER DEUTSCHEN  
VERSICHERUNGSWIRTSCHAFT  
Wilhelmstraße 43 / 43 G  
10117 Berlin

HAUPTVERBAND DES  
DEUTSCHEN EINZELHANDELS  
Am Weidendamm 1A  
10117 Berlin

BUNDESVERBAND DES DEUTSCHEN  
GROSS- UND AUSSENHANDELS  
Am Weidendamm 1A  
10117 Berlin

Berlin, den 14. März 2008

Herrn MinR Peter Rennings  
Leiter Referat IV B 7

- PER EMAIL -

### **Anwendungsschreiben zur Zinsschranke gem. § 4h EStG und § 8a KStG**

Sehr geehrter Herr Rennings,

für die Möglichkeit, zum Entwurf des Anwendungsschreibens zur Zinsschranke Stellung nehmen zu dürfen, danken wir und nehmen diese Gelegenheit gern wahr. Grundsätzlich möchten wir darauf hinweisen, dass trotz des Umfangs des o. g. Entwurfsschreibens leider eine Vielzahl praktisch hoch relevanter Fragen und technischer Details noch ungeklärt bleibt. Dies gilt insbesondere für den Problembereich der Konzernzugehörigkeit sowie auch der Nachweisführung, dass keine Gesellschafterfremdfinanzierung vorliegt. Im Einzelnen möchten wir anmerken:

**Rz. 6:**

Fraglich bleibt, ob die Zuordnung von (Sonder-)Betriebsvermögen bei doppel- und mehrstöckigen Personengesellschaften bzw. bei mitunternehmerischen Betriebsaufspaltungen auch für Zwecke der Zinsschranke unterschiedlich i. S. d. R 15.5 Abs. 2 EStR einerseits und H 15.8 Abs. 1 „Vermietung zwischen Schwester-Personengesellschaften“ EStH andererseits erfolgt.

**Rz. 11:**

Als Fremdkapital werden Kapitalzuführungen definiert, die „nach steuerlichen Kriterien nicht zum Eigenkapital gehören“. Diesbezüglich bitten wir um Prüfung, ob und ggf. in welchem Umfang ein Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) Auswirkung entfaltet. Ausgehend davon sollen sämtliche Gesellschafterdarlehen per se, d. h. unabhängig vom Vorliegen einer Krise, mit Nachrang im Überschuldungsstatus versehen werden. In der Konsequenz könnte auch die Rechtsprechung des BFH zur Unterscheidung von Eigen- und Fremdkapital mit Inkrafttreten des MoMiG ihren zivilrechtlichen Anknüpfungspunkt an den Begriff der „Krise“ verlieren und den erwähnten „steuerlichen Kriterien“ einen gänzlich neuen Inhalt geben.

**Rz. 15:**

An dieser Stelle fehlt der klarstellende Hinweis auf § 2 Abs. 2a InvStG, nach dem die dort genannten Investorserträge als Zinserträge i. S. d. Zinsschranke beim Anleger anzusehen sind.

**Rz. 16:**

Es wird für zahlreiche Fallgestaltungen die Frage offen gelassen, ob „zinsgleiche Aufwendungen“ vorliegen. Um hier für Klarheit zu sorgen, sollten ausdrücklich Aufwendungen wie Bankprovisionen und -gebühren, Swap- und Forex-Hedging Kosten nicht als Zinsaufwendungen angesehen werden.

**Rz. 22:**

Es erscheint nicht sachgerecht, Wertpapierleihen unter Generalverdacht zur Generierung künstlicher Zinseinnahmen beim Entleiher zu stellen. Dafür besteht an dieser Stelle keine Notwendigkeit, da zur Überprüfung der Missbräuchlichkeit mit § 42 AO eine spezielle Rechtsnorm existiert. Zudem stellt die Wertpapierleihe eine gängige Finanzierungspraxis dar.

**Rz. 24:**

Erträge anlässlich der erstmaligen Bewertung einer unverzinslichen Verbindlichkeit, die aus der gebotenen Abzinsung entstehen, sollen nicht als Zinserträge i. S. d. Zinsschranke erfasst werden. Diese Verfahrensweise findet keine Grundlage im Gesetztext. Vielmehr wird in § 4h Abs. 3 S. 4 EStG ausdrücklich klargestellt, dass auch

solche Erträge als Zinserträge anzusehen sind. Die davon abweichende Beurteilung im o. g. Entwurfsschreiben hat daher keine Rechtsgrundlage.

**Rz. 38:**

An dieser Stelle regen wir eine explizite Klarstellung an, dass das EBITDA selbstverständlich nicht um die nichtabzugsfähigen Betriebsausgaben i. S. d. § 8b Abs. 3 und Abs. 5 KStG zu mindern ist.

**Rz. 39:**

Die Nichtberücksichtigung mitunternehmerischer Gewinnanteile ist mit dem Gesetzeswortlaut in § 4h Abs. 3 S. 1 EStG nicht vereinbar. Dort wird auf den steuerpflichtigen Gewinn Bezug genommen. In diesem sind wiederum mitunternehmerische Gewinnanteile als unmittelbare Bestandteile erfasst.

Zudem schlagen wir vor, dass bei der Mitunternehmerschaft festgehalten wird, inwieweit ihr Gewinn bereits durch Zinsaufwand „verbraucht“ worden ist. Nicht verbrauchte Gewinnanteile sollten das maßgebliche EBITDA oder den entsprechenden Gewinn der Muttergesellschaft erhöhen.

**Rz. 43:**

Zinsvorträge sollen bei der Prüfung der Freigrenze nach § 4h Abs. 2 S. 1 Buchst. a EStG berücksichtigt werden. Dies hätte ein schnelleres Überschreiten der Freigrenze zur Folge. Da sie im Hinblick auf den Finanzierungsbedarf mittelständischer Unternehmen ohnedies zu niedrig bemessen sind, sollte der Zinsvortrag nicht noch verschärfend berücksichtigt werden.

**Rz. 44:**

Der anteilige Untergang des Zinsvortrags bei Aufgabe oder Übergang eines Teilbetriebs ist vom Gesetzeswortlaut in § 4h Abs. 5 EStG nicht gedeckt. Abgesehen davon bleibt fraglich, nach welchem Schlüssel (Buchwerte, Teilwerte, Zwischenwerte) eine Aufteilung erfolgen sollte. Auch für die Aufgabefiktion bei Ausscheiden aus dem Organkreis bestehen im Wortlaut der Vorschrift keinerlei tatbestandliche Anknüpfungspunkte. Selbst die Finanzverwaltung schien bislang davon auszugehen, dass der Zinsvortrag des Organträgers mit Beendigung der Organschaft nicht wegfällt (vgl. *Möhlenbrock*, Detailfragen der Zinsschranke aus Sicht der Finanzverwaltung, UBG 2008, S. 6).

**Rz. 49:**

Gemäß § 4h Abs. 5 S. 2 EStG geht der Zinsvortrag beim Ausscheiden eines Mitunternehmers anteilig mit der Beteiligungsquote unter. Diese Regelung ist einschränkend auszulegen. Sie kann denklogisch nur solche Zinsvorträge betreffen, die aus der Gesamthandsbilanz resultieren. Wie in Rz. 48 zutreffend dargestellt, sind nichtabziehbare Zinsaufwendungen aus einer Sonderbilanz allein dem jeweiligen Mitunter-

nehmer zuzurechnen. Scheidet nun ein anderer Mitunternehmer aus, kann dies nicht dazu führen, dass die im Sonderbetriebsbereich des erstgenannten Mitunternehmers aufgelaufenen Zinsvorträge anteilig untergehen. Das Ausscheiden eines Gesellschafters darf sich dahingehend nicht zu Lasten der Mitgesellschafter auswirken. Im angeführten Beispiel hat der ausscheidende Mitunternehmer C schließlich den bestehenden Zinsvortrag nicht verursacht. Daher kann er auch nicht anteilig bei dessen Ausscheiden untergehen. Konsequenterweise müsste dann allerdings auch im Falle des ausscheidenden Mitunternehmers A der Zinsvortrag vollständig untergehen, da er alleine diesem Gesellschafter zuzurechnen ist.

In diesem Zusammenhang sollte ebenfalls klargestellt werden, dass für den Fall der Anwachsung die Grundsätze des Mitunternehmerwechsels mit der Folge eines anteiligen Untergang des Zinsvortrags gelten.

**Rz. 61:**

Für die Fälle, in denen eine inländische Gesellschaft mit ausländischen Betriebsstätten unter die Zinsschranke fällt, ist das Verhältnis zwischen den Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätzen zum Dotationskapital und § 4h EStG zu klären.

**Rz. 65:**

Konsequenterweise sollte in Entsprechung zu Tz. 67 auf die Verhältnisse am letzten Abschlussstichtag und nicht auf das Wirtschaftsjahr abgestellt werden.

Darüber hinaus erscheint die stichtagsbezogene Betrachtung zum Ende des vorangegangenen Wirtschaftsjahres/Abschlussstichtages jedoch im Fall der Neubegründung einer Organschaft problematisch. Hier entsteht die Organschaft erst mit Wirksamwerden des Gewinnabführungsvertrages zu Beginn des folgenden Wirtschaftsjahres. Entspricht der neu gebildete Organkreis dem gesamten Konzern, kann der Organschaftsbetrieb in seinem ersten Jahr den Stand-alone-Escape nach § 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst. b EStG nicht führen, da die Veränderung der Verhältnisse erst nach dem Stichtag stattgefunden hat. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit sollte in diesem Fall auf den Beginn des Wirtschaftsjahres abgestellt werden.

**Rz. 67:**

Bei Neugründungen soll für die Anwendung des Eigenkapital-Escapes ausnahmsweise auf das Eigenkapital in der Eröffnungsbilanz abgestellt werden. Diese Regelung ist zu begrüßen. Allerdings ist sicherzustellen, dass das Eigenkapital der Eröffnungsbilanz auch im Konzerneigenkapital berücksichtigt wird. Zudem sollte für Umwandlungsfälle, in denen der übernehmende Rechtsträger neu entsteht, ebenfalls auf die Eröffnungsbilanz abgestellt werden. Keine Aussage trifft der Entwurf zur Frage der Eigenkapitalquotenermittlung, wenn Konzern und Betrieb unterschiedliche Abschlussstichtage aufweisen.

**Rz. 71:**

Die vorgesehene Beteiligungsbuchwertkürzung versperrt den Ausweg, den die Eigenkapital-Escape-Klausel aus der Zinsschranke weisen soll. Sie kann regelmäßig von Holdinggesellschaften nicht genutzt werden. Der Zinsabzug von Inlandskonzernten wird damit auf 30 % ihres steuerlichen EBITDA begrenzt. Diesbezüglich sind Lösungsansätze dringend zu diskutieren, um diese überschießende Wirkung zu beschränken. Bspw. sieht das BMF-Schreiben vom 15. Dezember 1994 (BStBl. 1995 I, S. 25) vor, dass keine Kürzung um die Buchwerte der Beteiligungen an ausländischen Kapitalgesellschaften stattfindet.

Sollte das grundsätzliche Ziel einer Beschränkung der Beteiligungsbuchwertkürzung nicht über den Verwaltungsweg erreichbar sein, sind gesetzliche Änderungen erforderlich. In Anlehnung an § 8a Abs. 4 KStG a. F. kommt diesbezüglich auch die Einführung eines Holdingprivilegs in Betracht, im Rahmen dessen keine Beteiligungsbuchwertkürzung bei der Obergesellschaft zulasten der Escape-Klausel der Untergesellschaften vorgenommen wird.

**Rz. 74:**

Hier fehlt es an der Nennung der US-GAAP i. S. d. § 4h Abs. 2 S. 9 EStG.

**Rz. 75:**

Hier sollte klargestellt werden, dass die Begriffe „Zinsaufwendungen“ in § 8a Abs. 2 KStG und „Vergütungen für Fremdkapital“ in § 4h Abs. 3 Satz 2 EStG inhaltsgleich sind.

Von den Regelungen zur Gesellschafterfremdfinanzierung werden auch solche Fälle erfasst, in denen die einer Körperschaft nachgeordnete Mitunternehmerschaft dem wesentlich an der Körperschaft beteiligten Anteilseigner Zinsen für eine Darlehensüberlassung zahlt. Fraglich hierbei ist, ob im Rahmen der Prüfung der 10%-Relation auf die Verhältnisse bei der Personengesellschaft oder bei der Kapitalgesellschaft abgestellt wird.

**Rz. 76:**

Eine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung i. S. d. § 8a Abs. 3 KStG, die auf den gesamten Konzern wirkt, liegt selbst dann vor, wenn das fragliche Gesellschafter- oder Drittdarlehen einer anderen als der deutschen Kapitalgesellschaft, d. h. auch einer ausländischen Konzerngesellschaft gewährt wird. Bei dieser Regelung handelt es sich insbesondere hinsichtlich der Einbeziehung ausländischer Rechtsträger um eine weit überschießende Norminterpretation. Die Notwendigkeit einer derartigen Einbeziehung folgt weder aus dem Gesetzestext noch aus dem Normzweck. Wie plädieren daher ausdrücklich dafür, dass nur für die inländische Besteuerung relevante Gesellschafterfremdfinanzierungen schädlich sein sollten. Zumindest aber sollten, um unverhältnismäßige Auswirkungen dieser Vorgehensweise zu vermeiden, an im

Ausland ansässige Konzerngesellschaften gezahlte Zinsen in diesem Zusammenhang unberücksichtigt bleiben, sofern diese nicht mehr als 1 % des Zinssaldos betragen.

Darüber hinaus sind im Interesse der Rechtssicherheit und der Bürokratieeindämmung für Unternehmen nähere Erläuterungen zu Inhalt und Form der Nachweisführung gem. § 8a Abs. 3 KStG unerlässlich.

#### **Rz. 79:**

Eine Rückgriffsmöglichkeit i. S. d. § 8a Abs. 2 und Abs. 3 KStG soll schon dann vorliegen, wenn der Anteilseigner oder die ihm nahestehende Person dem Dritten gegenüber faktisch für die Erfüllung der Schuld einsteht. Diese Definition geht deutlich zu weit. Sie macht den Tatbestand der Vorschrift konturlos und eine klare Abgrenzung unmöglich. Daraus folgt eine überschießende Anwendung der Zinsschrankenregelung. So ist bspw. kaum erkennbar, wie eine Kapitalgesellschaft überhaupt noch den Nachweis führen kann, dass keine Rückgriffsmöglichkeit besteht.

#### **Rz 87:**

In Satz 1 muss „Auftraggeber“ durch „Auftragnehmer“ ersetzt werden.

Bei sog. F-Modellen entsteht beim Übergang der Bauleistung keine gestundete Forderung an den öffentlichen Auftraggeber, da dem privaten Betreiber im Gegenzug das Recht beliehen wird, im eigenen Namen Maut zu erheben. Wenn keine gestundete Forderung besteht, kann auch kein gesonderter Darlehensvertrag mit dem öffentlichen Auftraggeber geschlossen werden. Folge hieraus wäre, dass bei F-Modellen kein saldierungsfähiger Zinsertrag generiert werden kann. Der für den öffentlichen Auftraggeber übernommene Finanzierungsaufwand für das Verkehrsprojekt wäre damit in voller Höhe zinsschrankenbelastet. Um ungerechtfertigte Benachteiligungen zu vermeiden, ist bei F-Modellen daher ein Zinsertrag in der Höhe anzusetzen, in der Zinsaufwendungen in die Mauthöhenberechnung einbezogen werden können.

Es sollte darüber hinaus klargestellt werden, dass die Marktüblichkeit des in der gesonderten Darlehensvereinbarung bei A-Modellen angesetzten Zinses zumindest bis zur Höhe der eigenen Fremdfinanzierungsaufwendungen der PPP-Gesellschaft unterstellt werden kann. Soweit darüber hinaus Zinserträge anfallen, ist deren Marktüblichkeit nachzuweisen. Satz 5 sollte im Übrigen nicht so zu verstehen sein, dass die Marktüblichkeit der Zinserträge in jedem Wirtschaftsjahr nachzuweisen ist, indem die Zinsen auf den linear aufzulösenden Rechnungsabgrenzungsposten bezogen werden. Statt auf den aktiven Rechnungsabgrenzungsposten sollte auf den Zins- und Tilgungsplan des Darlehensvertrags Bezug genommen werden, der Bestandteil des Konzessionsvertrages mit dem öffentlichen Auftraggeber ist.

Hinsichtlich der Verwendungsreihenfolge der Entgelte beim A-Modell sind gemäß § 367 BGB zunächst die Zinsen, dann die Tilgung und anschließend die Betreiberentgelte anzusetzen. Daher sollte auch für Zwecke der Zinsschrankenregelung die Tilgung entsprechend der in der Darlehensvereinbarung getroffenen Tilgungsvereinbarung berücksichtigt werden.

Für Rückfragen stehen wir gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

DEUTSCHER INDUSTRIE- UND  
HANDELSKAMMERTAG



ZENTRALVERBAND DES DEUTSCHEN  
HANDWERKS



BUNDESVERBAND DEUTSCHER  
BANKEN



HAUPTVERBAND DES DEUTSCHEN  
EINZELHANDELS



BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN  
INDUSTRIE



BUNDESVEREINIGUNG DER  
DEUTSCHEN ARBEITGEBERVERBÄNDE



GESAMTVERBAND DER DEUTSCHEN  
VERSICHERUNGSWIRTSCHAFT



BUNDESVERBAND DES DEUTSCHEN  
GROSS- UND AUSSENHANDELS

