

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  
Friedrichstraße 191  
10117 Berlin

HAUPTVERBAND DES  
DEUTSCHEN EINZELHANDELS  
Am Weidendamm 1A  
10117 Berlin

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

Berlin, den 20. Januar 2006

Herrn MinDirig Gert Müller-Gatermann  
Herrn MinR Peter Rennings  
Bundesministerium der Finanzen  
Unterabteilung IV B

11016 Berlin

**Gesellschafter-Fremdfinanzierung (§ 8a KStG)**

Entwurf eines BMF-Schreibens zu § 8a Abs. 6 KStG (GZ IV B 7 – S 2742a – 52/05)

Sehr geehrter Herr Müller-Gatermann,  
sehr geehrter Herr Rennings,

für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem o. g. Entwurf bedanken wir uns.

Der am 23.12.2005 vom Bundesfinanzministerium veröffentlichte Entwurf stimmt inhaltlich weitgehend mit dem unveröffentlichten ersten Diskussionspapier vom Juli 2005 überein. Zwar wurde die Gliederung völlig umstrukturiert, häufig wurde jedoch der Wortlaut der einzelnen Punkte beibehalten.

Vor diesem Hintergrund möchten wir in Ergänzung zu den in dieser Stellungnahme gemachten Anmerkungen auf die in unserer Eingabe vom 3.8.2005 hinweisen. Sie behalten weiterhin ihre Gültigkeit.

Angesichts der gravierenden Unstimmigkeiten im Zusammenhang mit § 8a Abs. 6 KStG plädieren wir erneut für eine Neufassung der gesetzlichen Regelung. Die Revision des § 8a KStG durch BMF-Schreiben in einigen Teilbereichen führt vielfach zu unbilligen Ergebnissen.

Die jetzige Vorschrift des § 8a Abs. 6 KStG erfasst auch das betriebswirtschaftlich notwendige Umhängen von Beteiligungen in einem Konzern, also nicht missbrauchsverdächtige Fälle. Erst durch die Auslegung im Entwurfsschreiben werden Transaktionen, die in betriebswirtschaftlich sinnvoller Weise mit Eigen- und Fremdkapital unterlegt sind, zu missbräuchlichen Gestaltungen mit der Konsequenz der Strafbesteuerung der Zinsen auf das Fremdkapital deklariert. Das wirtschaftlich sinnvolle Umhängen von Beteiligungen im Konzern wird so erschwert, wenn nicht sogar unmöglich gemacht.

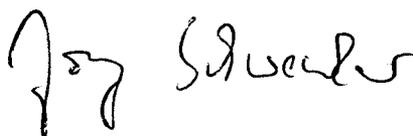
Hinzuweisen ist besonders auf den in der Praxis häufig anzutreffenden Fall, in dem der Erwerb der Anteile an einer Kapitalgesellschaft von einem Dritten über ein vorläufiges Akquisitonsvehikel (z. B. GmbH) erfolgt und dann (z. B. nach erfolgter Erlaubnis der Kartell- oder sonstiger Behörden) die Anteile innerhalb der Gruppe des Erwerbers umgehängt werden. Zinsen auf die gruppeninterne Fremdfinanzierung der Anteilsübertragung wären ohne jeglichen Entlastungsnachweis steuerlich nicht abzugsfähig. Zusätzlich würde die Erwerbengesellschaft dadurch bestraft, dass sie ihren safe haven bezüglich anderer Gesellschafter-Fremdfinanzierungen verliert (§ 8a Abs. 2 S. 2 KStG). Daraus resultiert eine nicht hinnehmbare Strafbesteuerung.

Solche erheblichen Gesetzesmängel bedürfen normalerweise einer Änderung der entsprechenden Vorschrift durch den Gesetzgeber. Wenn man sich allerdings nicht zu einer gesetzlichen Neuregelung durchringen kann, so bedarf auch die Teilregelung des § 8a Abs. 6 KStG einer Auslegung, die ihrem Sinn und Zweck entspricht. Mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht vereinbare Auslegungsergebnisse sind unter Nutzung des Rechtsinstitutes der teleologischen Reduktion zu vermeiden. Andererseits ist zu beachten, dass der Anwendungsbereich des § 8a Abs. 6 KStG als Missbrauchsvermeidungsnorm nicht über seinen Wortlaut hinaus ausgedehnt werden darf.

Wir bitten Sie, die in der Anlage enthaltenen Erwägungen und Anmerkungen zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüßen

DEUTSCHER INDUSTRIE- UND  
HANDELSKAMMERTAG



BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN  
INDUSTRIE



ZENTRALVERBAND DES DEUTSCHEN  
HANDWERKS



BUNDESVEREINIGUNG DER  
DEUTSCHEN ARBEITGEBERVERBÄNDE



BUNDESVERBAND DEUTSCHER  
BANKEN



HAUPTVERBAND DES DEUTSCHEN  
EINZELHANDELS



GESAMTVERBAND DER DEUTSCHEN  
VERSICHERUNGSWIRTSCHAFT



BUNDESVERBAND DES DEUTSCHEN  
GROSS- UND AUSSENHANDELS



Wir nehmen zu dem BMF-Entwurf wie folgt Stellung:

## I. Allgemeines

### Tz. 1 – Anwendungsvoraussetzungen

Entsprechend der Begründung des Gesetzes zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz soll § 8a Abs. 6 KStG eine Missbrauchsregelung für fremdfinanzierte Anteilsverkäufe innerhalb eines Konzerns darstellen, durch die Modelle verhindert werden sollen, in denen im Rahmen von nach § 8a Abs. 4 KStG begünstigten  Holding-Konstruktionen  die Verbesserung des Eigenkapitals (Safe-haven i. S. des § 8a Abs. 1 KStG) durch nach § 8b Abs. 2 KStG  steuerfreie Anteilsverkäufe  erfolgt (BT-Drs. 15/1518 vom 8.9.2003, S. 15).

Die Orientierung der Finanzverwaltung an der erstmaligen Anwendung der Veräußerungsgewinnbefreiung des § 8b Abs. 2 KStG findet sich auch in Tz. 33 des Entwurfschreibens wieder, denn die Grundsätze dieses BMF-Schreibens sollen nur solche fremdfinanzierten Anteilserwerbe erfassen, die nach dem 31.12.2001 durchgeführt wurden (vgl. unten Anmerkungen zu Tz. 33).

Zur Erfassung des Sinn und Zwecks des § 8a Abs. 6 KStG ist sowohl auf die Ebene des Veräußerers als auch auf die Ebene des Erwerbers abzustellen:

#### Ebene des Veräußerers:

Nach der Gesetzesbegründung will § 8a Abs. 6 KStG Gestaltungen innerhalb von Konzernen verhindern, bei denen unter Inanspruchnahme des § 8b Abs. 2 KStG Beteiligungen an Kapitalgesellschaften steuerfrei (bis auf 5 % des Veräußerungsgewinns) veräußert werden. Diese Anknüpfung wäre nachzuvollziehen und logisch, wenn nur solche konzerninternen Beteiligungsveräußerungen in den Anwendungsbereich des § 8a Abs. 6 KStG fielen, bei denen § 8b Abs. 2 KStG zur Anwendung käme. Denn durch die Freistellung der Gewinne bei Veräußerung von Beteiligungen an inländischen Kapitalgesellschaften entsteht seit dem Veranlagungszeitraum 2002 zusätzliches (steuerfrei mobilisiertes) Eigenkapital und damit eine höhere Basis für den Safe-haven.

Vor dem Hintergrund der Gesetzesbegründung ist es jedoch nicht einleuchtend, warum § 8a Abs. 6 KStG auch auf solche Anteilsveräußerungen Anwendung finden soll, bei denen zwar der Veräußerer eine Kapitalgesellschaft ist, aber der Anteilserwerb beim Erwerber nicht zu einer Verbesserung seines Safe-havens nach § 8a Abs. 2, 4 KStG führt, weil keine nach § 8b Abs. 2 KStG begünstigte Anteilsveräußerung vorliegt. Beispielhaft kann die Auslegung der Finanzverwaltung dazu führen, dass Anteilserwerbe unter § 8a Abs. 6 KStG fallen, in denen keine Verbesserung des Safe-havens erfolgt, wenn die erwerbende Kapitalgesellschaft keine Holding i. S. des § 8a Abs. 4 KStG ist.

Zudem muss überhaupt ein Veräußerungsgewinn entstehen. Kann die Beteiligung lediglich zum Buchwert oder zu einem darunter liegenden Wert verkauft werden, ist für § 8a Abs. 6 KStG kein Raum. Streng genommen liegt auch bei einem steuerfreien Gewinn keine Verbesserung des Safe-haven vor, wenn dieser ausgeschüttet wird.

Auch müsste die Veräußerung einer Beteiligung durch eine ausländische Muttergesellschaft aus unternehmenspolitischen/strategischen Gründen an eine inländische Kapitalgesellschaft von der Anwendung des § 8a Abs. 6 KStG ausgenommen werden. Aus dem Gesetzeszweck ergibt sich, dass der Veräußerer eine im Inland zu veranlagende Kapitalgesellschaft sein muss. Nur eine im Inland veranlagungspflichtige (unbeschränkt bzw. beschränkt steuerpflichtige) Kapitalgesellschaft kann ihren

Safe-haven durch eine Veräußerung ausweiten und dadurch Raum für eine höhere Fremdfinanzierung und damit einen höheren steuerlich abzugsfähigen Finanzierungsaufwand schaffen. Sollen aber auch solche konzerninternen Veräußerungen, bei denen die Veräußerung zu keiner Erhöhung des Safe-haven führt, unter § 8a Abs. 6 KStG zu subsumieren sein, dann dürfen folgerichtig nur solche konzerninternen Veräußerungen in den Anwendungsbereich fallen, die erst nach Inkrafttreten des § 8a Abs. 6 KStG stattgefunden haben, d. h. nur konzerninterne Veräußerungen nach dem 31.12.2003 sind betroffen.

#### Ebene des Erwerbers:

Von den Rechtsfolgen des § 8a Abs. 6 KStG ist zudem der Erwerber betroffen. Bei ihm tritt eine Nichtabzugsfähigkeit der Zinsen auf das zum Erwerb der Kapitalgesellschaft eingesetzte Fremdkapital ein. Dabei ist zu beachten, dass der Erwerb einer Beteiligung durch eine Kapitalgesellschaft deren für den Safe-haven maßgebliches Eigenkapital wegen § 8a Abs. 2 S. 2 KStG („Eigenkapital ist das gezeichnete Eigenkapital ... abzüglich der Buchwerte der Beteiligungen am Grund- oder Stammkapital einer Kapitalgesellschaft“) reduziert oder ganz vernichtet. Es erfolgt damit eine Doppelbestrafung: zum einen durch § 8a Abs. 6 KStG (Versagung des Abzugs sämtlicher Finanzierungskosten ohne Freigrenze und ohne Abstellen auf Laufzeit sowie ohne Inanspruchnahme eines Safe-haven bzw. des Drittvergleichs) und zum anderen durch Reduzierung bzw. Vernichtung des Eigenkapitals der Erwerberkapitalgesellschaft (§ 8a Abs. 2 S. 2 KStG). Die Anwendung des § 8a Abs. 6 KStG muss in einem solchen Fall unterbleiben.

Des Weiteren bitten wir darum, folgendes Grundprinzip in der Tz. 1 zu verankern:

§ 8a Abs. 6 KStG ist als Missbrauchsvermeidungsvorschrift eng auszulegen. Wird der Tatbestand des Spezialgesetzes nicht erfüllt, ist dieses Gesetz aus Gründen der Rechtslogik nicht mehr anwendbar. Denn die das Verdikt des § 42 AO konstituierende Feststellung, das Steuergesetz sei umgangen worden, kann nicht mehr getroffen werden. § 42 AO wird durch spezialgesetzliche Vorschriften zur Verhinderung der Steuerumgehung nach dem allgemeinen Grundsatz über die *lex specialis* verdrängt, wenn und soweit der Gesetzgeber seine Wertung für einen speziellen Bereich konkretisiert hat und mangels Tatbestandsmäßigkeit des Spezialgesetzes für eine hiervon unabhängige Bewertung als „Umgehung“ die gesetzliche Grundlage fehlt (vgl. *Fischer*, in: Boruttau, 2002, Grunderwerbsteuer, Rn. 820 zu § 1 GrEStG; auch Urteil des BFH vom 15. Dezember 1999, BStBl II 2000, S. 527 zu § 50c EStG als § 42 AO verdrängende Spezialnorm). Auch das Rechtsinstitut des Gesamtplans darf keine Anwendung mehr finden (*Fischer*, a. a. O., Rn. 818 zu § 1 GrEStG; siehe zur Nichtanwendbarkeit des Rechtsinstituts Gesamtplan auch unten, Tz. 11, 15 und 30). Das Rechtsinstitut des Gesamtplans ist – soweit durch dessen Anwendung Verböserungen gegenüber dem Wortlaut einer steuerlichen Vorschrift eintreten – eine Fallgruppe des § 42 AO.

**Petition:** Die Vorschrift des § 8a Abs. 6 KStG sollte auf die Fälle teleologisch reduziert werden, in denen beide o. g. Voraussetzungen (nach § 8a Abs. 4 KStG begünstigte Holding-Konstruktion sowie Verbesserung des Eigenkapitals (Safe-haven) durch nach § 8b Abs. 2 KStG steuerfreie Anteilsverkäufe) kumulativ erfüllt sind. Dabei sollten auf Veräußererseite nur die Fälle berücksichtigt werden, in denen dem Veräußerer ein Steuervorteil tatsächlich entsteht, d. h. die Anteilsübertragung steuerbegünstigt ist und stille Reserven aufgedeckt werden. Erfolgt keine Verbesserung des Safe-haven, hat eine Anwendung des § 8a Abs. 6 KStG zu unterbleiben. § 8a Abs. 6 KStG dürfte mithin nicht anwendbar sein auf Veräußerungen, die

- in Deutschland beim Veräußerer nicht gem. § 8b Abs. 2 KStG steuerlich außer Ansatz bleiben (z. B. § 8b Abs. 7, 8 KStG) oder
- die in Deutschland nicht steuerbar bzw. für die Deutschland kein Besteuerungsrecht hat (z. B. nach DBA) oder

- bei denen kein Veräußerungsgewinn entsteht.

Jedenfalls darf § 8a Abs. 6 KStG im Falle der konzerninternen Anteilsveräußerung, bei denen die Veräußerung zu keiner Erhöhung des Safe-haven führt, erst nach dem 31.12.2003 Anwendung finden.

Zudem bitten wir um Klarstellung, dass § 42 AO und damit das Rechtsinstitut des Gesamtplans im Rahmen des § 8a Abs. 6 KStG keine Anwendung finden können.

## II. Erwerbsvoraussetzungen

### Tz. 3 – Mindestbeteiligungsquote

Das BMF-Schreiben bestimmt, dass es für die Anwendung des § 8a Abs. 6 KStG auf eine bestimmte Mindestbeteiligungsquote (§ 271 Abs. 1 HGB) nicht ankommen soll. Auch wenn der im ursprünglichen Erstentwurfsschreiben enthaltene Erwerb von Zwergbeteiligungen keine ausdrückliche Erwähnung mehr findet, wird er damit von der Regelung erfasst. Dieser Festlegung, dass es auf eine bestimmte Mindestbeteiligungsquote nicht ankomme, ist zu widersprechen.

Das Steuerrecht vom Handelsrecht abzukoppeln, halten wir nicht für sinnvoll. Die Anwendung des § 8a Abs. 6 KStG setzt voraus, dass eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft mit Fremdkapital erworben wurde. Der Begriff der „Beteiligung“ ist in § 8a KStG nicht definiert, so dass auf die handelsrechtliche Definition in § 271 Abs. 1 HGB abgestellt werden muss. Zudem ist der in § 8a Abs. 6 KStG verwendete Beteiligungsbegriff mit dem entsprechenden Begriff in § 8a Abs. 4 KStG identisch (siehe Tz. 83 des BMF-Schreibens vom 15.12.1994 zu § 8a KStG). Nach § 8a Abs. 4 S. 1 KStG ist eine Kapitalgesellschaft u. a. dann als Holding anzusehen, wenn ihre Haupttätigkeit darin besteht, Beteiligungen an Kapitalgesellschaften zu halten und zu finanzieren. Nach § 271 Abs. 1 HGB liegt im Zweifel eine Beteiligung dann vor, wenn mindestens 20 % der Anteile an einer Kapitalgesellschaft bestehen. Im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsordnung sollte die Definition bzw. die Vermutung auch für steuerliche Zwecke gelten.

Eine Interpretation, nach der jeder Anteil unter § 8a Abs. 6 KStG fallen würde, scheidet zudem schon deshalb aus, weil der Gesetzgeber selbst für den Fall der Erfassung aller Anteile unabhängig von der Beteiligungsquote (so in § 8b KStG) nicht den Begriff Beteiligung, sondern „Anteil“ gewählt hat. Hätte der Gesetzgeber jeden Anteil – auch Streubesitz – erfassen wollen, hätte er daher den Begriff „Anteil“ wie in § 8b Abs. 2 KStG wählen müssen.

Es ist zu überlegen, ob nicht – entgegen dem Erlass aus 1994 – sogar eine Beteiligung von 25 % sachgerecht wäre. Denn § 8a KStG fußt gerade auf dem Gedanken des wesentlichen Einflusses und nimmt diesen bei wesentlicher Beteiligung, d. h. bei einer Beteiligung von größer 25 % an. Daher wäre es u. E. sogar sachgerecht, auf diese Beteiligungshöhe abzustellen.

**Petition:** Es sollte auf eine Beteiligungshöhe von 25 % abgestellt werden. Sofern auf § 271 Abs. 1 HGB (20 %) abgestellt würde, sollte Tz. 3 wie folgt lauten:

„Für die Anwendung des § 8a Abs. 6 KStG bestimmt sich der Begriff der Beteiligung nach § 271 Abs. 1 HGB. Eine Beteiligung liegt daher regelmäßig dann vor, wenn mindestens 20 % der Anteile an einer Kapitalgesellschaft erworben wurden.“

#### **Tz. 4 – Erwerb eigener Anteile des Erwerbers**

Wie bereits festgestellt, will § 8a Abs. 6 KStG als Missbrauchsregelung für fremdfinanzierte Anteilsverkäufe innerhalb eines Konzerns Holding-Strukturen verhindern, die auf eine Verbesserung des Eigenkapitals durch nach § 8b Abs. 2, 4 KStG steuerfreie Anteilsverkäufe zielen. Der Erwerb eigener Anteile des Erwerbers ist wirtschaftlich eine Kapitalherabsetzung. Mit eigenen Anteilen kann jedoch keine Holding-Struktur begründet werden. Auch aus der Gesetzesbegründung zu § 8a Abs. 6 KStG lässt sich nicht entnehmen, dass Fremdfinanzierungsaufwand, der jedenfalls wirtschaftlich dazu dient, das eigene Kapital herabzusetzen, steuerlich sanktioniert werden sollte.

**Petition:** Der Erwerb eigener Anteile des Erwerbers sollte aus dem Anwendungsbereich des BMF-Schreibens herausgenommen werden, da mit eigenen Anteilen keine Holdingstruktur begründet werden kann.

#### **Tz. 9 – Veranlassungszusammenhang/-zeitraum**

Inhaltlich hat sich das Entwurfsschreiben gegenüber dem Erstentwurf zwar insofern verbessert, als nunmehr für den Zusammenhang zwischen der Überlassung des Fremdkapitals und dem Erwerb der Kapitalbeteiligung ein Zeitraum von weniger als einem Jahr gefordert wird. Der Erstentwurf war noch von einem Zeitraum von mindestens zwei Jahren ausgegangen.

Jedoch ist § 8a Abs. 6 KStG als Missbrauchsvermeidungsnorm eng auszulegen. Der Wortlaut des Gesetzes („zum Zwecke“) erfordert daher einen unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang. Andernfalls kann es zu zufallsbedingten Zuordnungen von Fremdkapital und Beteiligungsakquisitionen und der Besteuerung einer Absicht kommen. Bis zum tatsächlichen Übergang der Anteile können sich die Verhältnisse geändert haben (z. B. der Veräußerer oder die finanzierende Gesellschaft sind zu diesem Zeitpunkt nicht mehr wesentlich beteiligt, die erwerbende Gesellschaft wurde zwischendurch veräußert). Ein Veranlassungszusammenhang kann daher immer nur dann zweifelsfrei hergestellt werden, wenn die Darlehensaufnahme betragsgleich und zeitgleich mit dem Erwerb der Beteiligung erfolgt, also eine bilanzverlängernde Buchung per Beteiligung an Verbindlichkeiten erfolgt. Für alle anderen Fälle gilt, dass sich Geld nicht „anstreichen“ lässt, so dass allenfalls eine mehr oder minder willkürliche Zuordnung von Finanzierungsmitteln zu Gegenständen der Aktivseite der Bilanz erfolgt.

In jedem Fall ist eine Umkehr der Beweislast zu Lasten des Steuerpflichtigen abzulehnen, da nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast für steuererhöhende Umstände die Finanzverwaltung zu tragen hat.

**Petition:** Der vom BMF für den Veranlassungszeitraum vorgesehene Zeitraum von einem Jahr zwischen Fremdkapitalüberlassung und Beteiligungserwerb ist zu lang und sollte richtigerweise insgesamt gestrichen werden, da im Rahmen des § 8a Abs. 6 KStG ausschließlich auf das finale Veranlassungsprinzip abzustellen ist. Bleibt es jedoch bei einem Veranlassungszeitraum von einem Jahr, ist aus unserer Sicht die Beweislast der Finanzverwaltung zuzuweisen.

### **Tz. 10 – Gemischt veranlasste Fremdkapitalüberlassung**

Nach Tz. 10 sollen bei einem gemischt veranlassten Darlehen die Voraussetzungen des § 8a Abs. 6 KStG erfüllt sein, soweit es durch den Erwerb einer Kapitalbeteiligung veranlasst ist.

Sofern die Finanzverwaltung in den Fällen der gemischt veranlassten Darlehen keine prozentuale Aufteilung vorsieht, ergeben sich für die Praxis erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten. Denn wenn eine Kapitalgesellschaft Fremdkapital aufnimmt und gleichzeitig auch Eigenmittel zur Anschaffungsfinanzierung einsetzt, die zum gleichzeitigen Erwerb von Sachgütern und einer Kapitalgesellschaftsbeteiligung verwendet werden, ist eine eindeutige Zuordnung der Finanzierungsmittel zu den Erwerbsvorgängen im Regelfall nicht möglich.

Insofern ist von besonderer Bedeutung, wer bei mehreren gleichzeitigen Anschaffungsvorgängen den Veranlassungszusammenhang zwischen der Fremdkapitalaufnahme und dem Beteiligungserwerb nachzuweisen hat. Da § 8a Abs. 6 KStG den Steuerpflichtigen keine zusätzlichen Nachweispflichten auferlegt, müsste die Finanzverwaltung den Veranlassungszusammenhang darlegen, wenn Sie die Fremdkapitalvergütungen in verdeckte Gewinnausschüttungen umqualifizieren will. Um dem Steuerpflichtigen Planungssicherheit zu geben, wäre es jedoch sinnvoller, die Regelung dahingehend abzuändern, dass bei gemischt veranlassten Darlehen eine prozentuale Aufteilung des Fremdkapitals auf den Erwerb der Kapitalgesellschaftsbeteiligungen und der sonstigen Investitionen unter Berücksichtigung der Eigenmittel je Geschäftsjahr erfolgt.

**Petition:** Das BMF-Schreiben sollte bei gemischt veranlassten Darlehen eine prozentuale Aufteilung des Fremdkapitals auf den Erwerb der Kapitalgesellschaftsbeteiligungen und der sonstigen Investitionen unter Berücksichtigung der Eigenmittel je Geschäftsjahr vorsehen.

### **Tz. 11 – Mittelbarer Erwerb einer Kapitalbeteiligung**

Anteilsenerwerb im Sinne des § 8a Abs. 6 KStG soll auch der mittelbare Anteilsenerwerb sein, wenn die Überlassung des Fremdkapitals nach dem erkennbaren Willen der Beteiligten mit dem Ziel des Erwerbs einer Kapitalbeteiligung erfolgt. Soweit innerhalb einer Unternehmensgruppe in dem im Entwurf angeführten Beispiel ein Gesellschafter einer Tochterkapitalgesellschaft (I1-GmbH) ein verzinsliches Darlehen gewährt und sodann I1-GmbH die empfangenen Mittel mittels eines unverzinslichen Kredits an die Enkel-Kapitalgesellschaft (I2-GmbH) weiterreicht, damit diese später Anteile an einem anderen Gruppenunternehmen (E-GmbH) erwirbt, soll demnach das verzinsliche Darlehen in den Anwen-

dungsbereich des § 8a Abs. 6 KStG fallen. Die Zinszahlung von I1-GmbH an den Gesellschafter wäre demnach als verdeckte Gewinnausschüttung zu behandeln.

Aus dem Wortlaut des § 8a Abs. 6 S. 1 KStG ergibt sich eindeutig, dass das einer Vergütung unterliegende Fremdkapital zum Zwecke des Erwerbs einer Beteiligung am Grund- oder Stammkapital an einer Kapitalgesellschaft aufgenommen worden sein muss. Es genügt zum einen eben nicht, dass in die Finanzierungskette eine unverzinsliche Kreditvergabe eingeschaltet ist. Tatbestandsmäßig ist § 8a Abs. 6 KStG deshalb nicht erfüllt, wenn ein unverzinslicher Kredit zum Erwerb einer Beteiligung verwendet wird. § 8a Abs. 6 S. 1 Nr. 1 KStG regelt zum anderen ausschließlich den Erwerb einer Beteiligung, d. h. den Erwerb einer unmittelbaren Beteiligung. Ein mittelbarer Erwerb im Rahmen eines Gesamtplans ist gesetzlich grundsätzlich nicht vorgesehen. Die Tatsache, dass der mittelbare Erwerb von § 8a Abs. 6 KStG erfasst sein soll, ergibt sich somit nicht aus dem Gesetz. Das Ergebnis soll aber nach Tz. 11 des Entwurfs aus dem Gesamtplan der Beteiligten gerechtfertigt werden. Die Grundlage für die Anwendung des Rechtsinstituts „Gesamtplan“ ist im Ergebnis eine Konkretisierung der allgemeinen Missbrauchsnorm des § 42 AO (siehe auch oben, Anmerkungen zu Tz. 1). Da es sich bei § 8a Abs. 6 KStG um eine spezielle Missbrauchsnorm handelt, können allgemeine (zum Beispiel aus § 42 AO) abgeleitete Missbrauchskategorien, wie die Rechtsfigur des Gesamtplans, keinen Eingang in die Auslegung des § 8a Abs. 6 KStG finden (so auch *Kessler*, DB 2005, S. 2766, 2769 unter Hinweis auf das BFH-Urteil vom 20.8.2003, BStBl. II 2004, S. 616). So ist das Rechtsinstitut des Gesamtplans – soweit durch dessen Anwendung Verböserungen gegenüber dem Wortlaut einer steuerlichen Vorschrift eintreten – eine Fallgruppe des § 42 AO.

Zudem muss der I1-GmbH nicht bekannt sein, für welche Investition I2-GmbH die empfangenen Mittel einsetzt. Die I1-GmbH müsste nach der im Entwurf zum Ausdruck kommenden Auffassung der Finanzverwaltung daher die Steuern auf eine vGA zahlen, deren Ursache sie gar nicht kennt und auch nicht gelegt hat.

Die Unhaltbarkeit der Anwendbarkeit der Rechtsfigur des Gesamtplans ergibt sich auch aus einer leichten Änderung des in Tz. 11 des Entwurfes erwähnten Beispiels. Wenn I1-GmbH die erhaltenen Mittel an I2-GmbH durch Zuführung weiteren Eigenkapitals (an Stelle des unverzinslichen Darlehens) weitergeleitet hätte, müsste es bei Zugrundelegung des Denkansatzes der Finanzverwaltung ebenfalls zu einer Anwendung des § 8a KStG kommen. Die von I1-GmbH an den Gesellschafter geleisteten Zinsen wären entsprechend der Rechtsfigur des Gesamtplans verdeckte Gewinnausschüttungen. Obwohl die Refinanzierung durch die I1-GmbH (Darlehen des Gesellschafters) in unmittelbarem Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung von I2-GmbH steht und damit die Refinanzierung nicht in den Anwendungsbereich des § 8a Abs. 6 KStG fällt, soll dieser unmittelbare Zusammenhang durchbrochen und ein Zusammenhang zwischen der Refinanzierung und dem Erwerb der Beteiligung an der E-GmbH hergestellt werden. Dies veranschaulicht, dass Tz. 11 so keinen Bestand haben kann und gestrichen werden muss.

Noch unverständlicher werden die Überlegungen der Finanzverwaltung, wenn das Beispiel in Tz. 11 des Entwurfs dahingehend abgewandelt wird, dass das Darlehen von I1-GmbH an I2-GmbH verzinslich gestellt wird. Die Verzinslichkeit ist in Konzernen der üblicherweise anzutreffende Tatbestand. Dann würden nämlich plötzlich zwei verdeckte Gewinnausschüttungen vorliegen.

**Petition:** Tz. 11 sollte gestrichen werden. Andernfalls sollte klargestellt werden, dass nur der Erwerb einer unmittelbaren Beteiligung von § 8a Abs. 6 S. 1 Nr. 1 KStG erfasst wird.

### Tz. 12 – Beendigung des Veranlassungszusammenhangs

Zwar ist zu begrüßen, dass in dem jetzigen Entwurf im Vergleich zu der Arbeitsfassung vom Sommer letzten Jahres der Wegfall des Veranlassungszusammenhangs bei Veräußerung der Kapitalbeteiligung nicht mehr in allen Fällen ausgeschlossen wird. Diesen Schluss ziehen wir aus der Formulierung „Ein bestehender Veranlassungszusammenhang wird nicht bereits dadurch beendet, dass ...“. Allerdings wird nicht klar, in welchen konkreten Einzelfällen ein Wegfall des Veranlassungszusammenhangs akzeptiert wird.

Zudem ist aus unserer Sicht grundsätzlich zu fordern, dass sowohl zum Stichtag der Veräußerung als auch in den jeweiligen Veranlagungszeiträumen Veräußerer und Fremdkapitalgeber dem relevanten Personenkreis angehören müssen. Denn § 8a Abs. 6 KStG knüpft an zwei Transaktionen an: die Überlassung von Fremdkapital zur Finanzierung des Beteiligungserwerbs und die Veräußerung einer Kapitalbeteiligung. Nach dem Entwurf soll die Fremdkapitalüberlassung zeitraumbezogen und der Veräußerungsvorgang zeitpunktbezogen sein. Der Fremdkapitalgeber muss im Zeitpunkt der Zinszahlung dem Konzern angehörig sein, während der Veräußerer lediglich im Zeitpunkt der Veräußerung konzernzugehörig sein muss. Nach dem BMF-Schreiben wird ein bestehender Veranlassungszusammenhang nicht (bereits) dadurch beendet, dass die Kapitalbeteiligung veräußert oder die erworbenen Anteile wegfallen (Auflösung oder Umwandlung). Dies ist so nicht haltbar. Sowohl zum Stichtag der Veräußerung als auch in den jeweiligen Veranlagungszeiträumen müssen Veräußerer und Fremdkapitalgeber dem relevanten Personenkreis angehören. Die durch ein „und“ verbundene Voraussetzung sowie die Verwendung des Präsens in § 8a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 KStG („...eine dem Anteilseigner nahe stehende Person ... oder ein Dritter ... ist“) lassen allein diese Auslegung zu.

Die in dem Entwurfsschreiben vorgenommene Auslegung entspricht damit nicht dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Sobald die Beteiligung nicht mehr besteht, sei es durch Veräußerung, Liquidation oder Umwandlung in eine Personengesellschaft, kann es auch keinen Veranlassungszusammenhang zwischen Darlehen und Beteiligung mehr geben. Damit besteht nach der Gesetzesintention auch keinerlei Veranlassung, die weiterlaufenden Zinsen nach § 8a Abs. 6 KStG vom Abzug auszunehmen.

Vor diesem Hintergrund ist auch die Lösung zu dem Beispielfall in Tz. 24 so zu formulieren, dass nur Vermögensminderungen ab dem 28.2.2002 zu verdeckten Gewinnausschüttungen führen können (und nicht ab dem 1.10.2001), da es in dem Zeitraum davor noch keine Beteiligung gab und daher kein Veranlassungszusammenhang bestehen konnte.

Sofern das Darlehen von einem rückgriffsberechtigten Dritten gewährt wurde, hat der die Beteiligung veräußernde Erwerber i. d. R. keine Möglichkeit, das Darlehen entschädigungslos zurück zu zahlen. Des Weiteren ist mit dieser Veräußerung ja nur der Zustand hergestellt, der auch durch die erste Veräußerung erreicht wurde (Erhöhung des Eigenkapitals durch Veräußerung eines Wirtschaftsguts). Upstream-merger auf den Veräußerer oder Spaltungsfälle, in denen die Beteiligung wieder auf den Veräußerer übertragen werden, müssen ebenfalls den Veranlassungszusammenhang aufheben.

Das BMF-Schreiben geht in Tz. 12 nicht auf revolving Darlehen bzw. Kontokorrentdarlehen ein, bei denen permanent teilweise Tilgungen und Wiederaufnahmen für andere Investitionen getätigt werden. Es ist also weiterhin offen, ob teilweise Tilgungen vorrangig das nach § 8a Abs. 6 KStG schädliche Darlehen tilgen. Unseres Erachtens ist daraus der Schluss zu ziehen, dass derartige Darlehen nicht unter § 8a Abs. 6 KStG fallen.

**Petition:** Es ist zu begrüßen, dass Veräußerungen der Beteiligung den Veranlassungszusammenhang grundsätzlich beenden können. Das BMF-Schreiben ist insofern zu berichtigen, als Veräußerer und Fremdkapitalgeber zum Stichtag der Veräußerung und in den jeweiligen Veranlagungszeiträumen dem relevanten Personenkreis angehören müssen. In jedem Fall bitten wir, die Fälle zu konkretisieren, in denen der Veranlassungszusammenhang beendet wird. Upstream-merger auf den Veräußerer oder Spaltungsfälle, in denen die Beteiligung wieder auf den Veräußerer übertragen werden, müssen ebenfalls den Veranlassungszusammenhang aufheben. § 8a Abs. 6 KStG ist u. E. nicht auf revolving Darlehen bzw. Kontokorrentkredite anzuwenden.

### **Tz. 13 – Umfinanzierungen**

Nach Tz. 13 des Entwurfsschreibens beendet eine Umfinanzierung den Veranlassungszusammenhang nur, soweit die mit dem ursprünglichen Fremdkapital erworbenen Anteile nicht mehr zum Vermögen der Kapitalgesellschaft gehören, also verkauft wurden.

Unseres Erachtens macht es sich damit die Finanzverwaltung zu einfach und schießt über das Ziel hinaus, Missbräuche zu verhindern. Wenn das ursprünglich für den konzerninternen Anteilserwerb aufgenommene Fremdkapital ersetzt wird, z. B. durch ein Bankdarlehen ohne Rückgriff, liegt kein im Sinne des § 8a Abs. 6 KStG aufgenommener Kredit mehr vor, so dass eine Umqualifizierung der Zinsen in verdeckte Gewinnausschüttungen nicht zulässig ist.

Auch dürfte § 8a Abs. 6 KStG keine Anwendung finden, wenn sich der ursprüngliche Zweck des Fremdkapitals geändert und einen neuen Inhalt bekommen hat. Wenn die Rückführung des Fremdkapitals aus laufenden/operativen Betriebseinnahmen erfolgt und Fremdmittel zur Finanzierung der Betriebsausgaben aufgenommen werden, führt diese Fremdmittelaufnahme nicht sukzessive zum Abbau mit gleichzeitigem Aufbau eines nach § 8a Abs. 6 KStG schädlichen Darlehens (Grundsätze des Zweikontenmodells, siehe *Kessler, a. a. O.*).

Mindestens muss die Umfinanzierung durch einen fremden Dritten steuerunschädlich sein. Spätestens bei Umfinanzierung eines Zweckdarlehens, das ursprünglich dem Erwerb einer konzerninternen Beteiligung diente, wird deutlich, dass bei Refinanzierung die gesamte Aktivseite der Kapitalgesell-

schaft finanziert wird. Eine spezifische Zuordnung des Refinanzierungsdarlehens zum inkriminierten Vermögensgegenstand Beteiligung ist nicht mehr möglich. Eine spezifische Zuordnung wird nur ausnahmsweise dann möglich sein, wenn die inkriminierte Beteiligung als Sicherheit für das Ursprungs- und das Refinanzierungsdarlehen dient.

Zudem ist das Abstellen auf den Begriff „Zwischenfinanzierung“ in Tz. 13 S. 3 nicht sachgerecht, da hier erneut eine Beweislast zu Lasten der Steuerpflichtigen umgekehrt wird. Zumindest sind die Begrifflichkeiten „Zwischenfinanzierung“ und darüber hinaus „nach dem Gesamtbild der Verhältnisse“ zu definieren.

**Petition:** Die „Umfinanzierung“ ist genauer zu definieren. Es kann keinesfalls auf eine Veräußerung der erworbenen Beteiligung zur Beendigung des Veranlassungszeitraums im Falle einer Umfinanzierung ankommen.

### III. Beteiligungsvoraussetzungen

#### Tz. 15 – Qualifikation des Veräußerers der Kapitalbeteiligung als Anteilseigner der erwerbenden Kapitalgesellschaft

Nach Tz. 15 muss die Qualifikation des Veräußerers der Kapitalbeteiligung als Anteilseigner der erwerbenden Kapitalgesellschaft im Zeitpunkt des schädlichen Anteilserwerbs vorliegen. Ein Hineinwachsen des Veräußerers in die Rolle des Anteilseigners der fremdfinanzierten Kapitalgesellschaft oder in die dem Anteilseigner nahe stehende Person soll schädlich sein, wenn es einem Gesamtplan entspricht.

Dies widerspricht dem Wortlaut des § 8a Abs. 6 KStG; eine teleologische Erweiterung des Wortlauts nach den Grundsätzen des Gesamtplans ist nicht möglich (siehe dazu bereits oben, Tz. 1, 11).

Vielmehr müsste der Wortlaut des § 8a Abs. 6 KStG im Wege der teleologischen Reduktion eingengt werden. Ansonsten würden Fälle, die auch von der Finanzverwaltung sicherlich nicht erfasst werden sollen, von § 8a Abs. 6 KStG betroffen.

Beispiel: Der Erwerber führt über ein vorläufiges Akquisitionsvehikel (GmbH) den Erwerb von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft von einem Dritten durch. Nach Billigung des Erwerbs durch die Kartellbehörden überträgt das vorläufige Akquisitionsvehikel die Anteile an die endgültige Erwerbengesellschaft innerhalb der Unternehmensgruppe. Der noch zu zahlende Kaufpreis wird durch einen Kredit eines verbundenen Unternehmens und durch ein mit Rückgriff unterlegtes Darlehen einer Bank finanziert.

Hier würde § 8a Abs. 6 KStG voll eingreifen. Fraglich ist, ob die Rückgriffsfinanzierung durch die Bank dann unschädlich ist, wenn keine back-to-back-Finanzierung vorliegt. Mit anderen Worten stellt sich die Frage, ob die teleologische Reduktion nach dem BMF-Schreiben vom 22.7.2005 auch in Fällen des § 8a Abs. 6 KStG greift. Nach Tz. 19 des Erstentwurfs dieses BMF-Schreibens sollte das nicht der Fall sein. Danach wäre der Gegenbeweis nach Tz. 20 des BMF-Schreibens vom 15.7.2004 (konkretisiert durch BMF-Schreiben vom 22.7.2005) nicht möglich. Allerdings hat Tz. 23 des neuen Ent-

wurfs zu einer Änderung geführt. Der Entlastungsbeweis scheint zulässig zu sein. Nur der von einem verbundenen Unternehmen gewährte Kredit fielen unter § 8a Abs. 6 KStG. Letzteres kann aber auch nicht richtig sein. Das Akquisitionsvehikel kann kein schädlicher Veräußerer sein. In den Tz. 14 ff. müsste dies klargestellt werden.

**Petition:** Eine Anwendung des Instituts des Gesamtplans ist im Rahmen von § 8a Abs. 6 KStG als Missbrauchsvermeidungsvorschrift nicht möglich. Wir bitten um entsprechende Berücksichtigung. Darüber hinaus müsste in bestimmten Fällen eine teleologische Reduktion erfolgen.

### **Tz. 19 – Stellung des Fremdkapitalgebers zu einem Zeitpunkt im Wirtschaftsjahr**

In dem in Tz. 19 dargestellten Beispiel ist § 8a Abs. 6 KStG nach dem Denkansatz der Finanzverwaltung ab 1.7.2002 erfüllt, so dass die Zinsen ab diesem Zeitpunkt zu verdeckten Gewinnausschüttungen führen. Die Voraussetzungen des § 8a Abs. 6 KStG sind jedoch auf die abgetretene bzw. verkaufte Forderung nicht anwendbar. Zum einen spricht der Wortlaut des § 8a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 KStG – „...eine dem Anteilseigner nahe stehende Person ... oder ein Dritter ... ist“ – gegen eine Anwendung des § 8a Abs. 6 KStG im Falle des Hineinwachsens des Fremdkapitalgebers. Zudem wurde das Beteiligungserwerbs-Darlehen ursprünglich durch den fremden Dritten A gewährt. Im Übrigen müssen für die Anwendung des § 8a Abs. 6 KStG nach dem Gesetzeswortlaut kumulativ zum Zeitpunkt des Erwerbs der schädlichen Beteiligung auch die Voraussetzung der konzerninternen Darlehensgewährung vorgesehen sein. Dies ist im Beispiel eindeutig nicht der Fall.

**Petition:** Tz. 19 ist entsprechend zu korrigieren.

### **Tz. 20 – Kurzfristig überlassenes Fremdkapital**

Nach Auffassung der Finanzverwaltung wird nach Tz. 20 des Entwurfes von § 8a Abs. 6 KStG auch kurzfristig überlassenes Fremdkapital erfasst. Damit wird von der Auslegung des § 8a Abs. 1 S. 1 KStG abgewichen. Zweckmäßiger wäre insoweit eine einheitliche Auslegung des Begriffs „Fremdkapital“, die sich an § 8a Abs. 1 S. 1 KStG anlehnt. Ansonsten würden auch kurzfristige Kaufpreisstundungen von der Regelung des § 8a Abs. 6 KStG erfasst.

**Petition:** Tz. 20 sollte den Hinweis auf eine einheitliche Auslegung des Begriffs „Fremdkapital“ i. S. des § 8a Abs. 1 S. 1 KStG enthalten, d. h. kurzfristig überlassenes Fremdkapital sollte der Regelung des § 8a Abs. 6 KStG nicht unterfallen.

### **Tz. 22 – Möglichkeit eines Drittvergleichs**

Im Rahmen des § 8a Abs. 6 KStG soll der sonst mögliche Entlastungsbeweis (Drittvergleich) nicht möglich sein. Warum dies so sein soll, ist nicht nachvollziehbar. Wie bereits festgestellt, ist es Sinn und Zweck des § 8a Abs. 6 KStG, im Anwendungsbereich der Vorschrift des § 8a KStG eine missbräuchliche Erhöhung des Safe-haven beim Erwerber zu verhindern. Bei Vorliegen eines Drittver-

gleichs wäre § 8a KStG im Allgemeinen aber regelmäßig nicht einschlägig, und so sollte im Sinne einer engen Auslegung der Missbrauchsregelung dieser Entlastungsbeweis auch in Absatz 6 zulässig sein.

Unabhängig davon muss der Fremdvergleich zumindest im internationalen Bereich bereits wegen der Anwendung des Art. 9 OECD-MA zugelassen werden (vgl. z. B. *Gosch*, in: Kommentar zum KStG, § 8a KStG, Rn. 37). Das Gleichheitsgebot gebietet die Anwendung der Regeln des Safe-haven und des Drittvergleichs auch in Inlandsfällen.

**Petition:** Die Finanzverwaltung sollte es dem Steuerpflichtigen auch im Rahmen des § 8a Abs. 6 KStG ermöglichen, einen entlastenden Drittvergleich zu führen. Zumindest im internationalen Bereich muss der Fremdvergleich aufgrund von Art. 9 OECD-MA zugelassen werden, wobei aufgrund des Gleichheitsgebotes ein Drittvergleich auch in Inlandsfällen zuzulassen ist.

#### IV. Rechtsfolgen

##### Tz. 23 – BMF-Schreiben vom 15.7.2004 und vom 22.7.2005

Hinsichtlich der Rechtsfolgen wird auf die Grundsätze der BMF-Schreiben vom 15.7.2004 und vom 22.7.2005 verwiesen. Danach wäre im Rahmen des § 8a Abs. 6 KStG bei Rückgriffsfällen kein Gegenbeweis zulässig gewesen. Nunmehr scheint – anders als noch im Erstentwurf – der Gegenbeweis begrüßenswerterweise nach Tz. 20 des BMF-Schreibens vom 15.7.2004 (Nichtvorliegen einer back-to-back Finanzierung, siehe dazu auch ergänzendes BMF-Schreiben vom 22.7.2005) im Falle des § 8a Abs. 6 KStG möglich zu sein (vgl. auch *Kessler*, a. a. O.). Die Zulassung des Gegenbeweises sollte ausdrücklich im BMF-Schreiben erwähnt werden.

**Petition:** In Tz. 23 sollte klargestellt werden, dass der Gegenbeweis auch im Rahmen von § 8a Abs. 6 KStG möglich ist.

##### Tz. 24 – Abgeschlossener Anteilsübergang

Nach Tz. 24 ist für das Eintreten der Rechtsfolgen des § 8a Abs. 6 KStG ein abgeschlossener Anteilsübergang nicht Voraussetzung. Dem ist zu widersprechen. Vielmehr sollte § 8a Abs. 6 KStG entsprechend dem Zweck der Vorschrift erst dann anwendbar sein, wenn eine Anteilsübertragung tatsächlich stattgefunden hat. Erst ab diesem Zeitpunkt können schließlich auch die mit der Übertragung verbundenen Steuervorteile i. S. d. Tz.1 erzielt werden. Deutlich wird dies insbesondere bei einem Auseinanderfallen von Darlehensgewährung und Anteilsübertragung über einen Bilanzstichtag (bei kalendergleichem Wirtschaftsjahr). Hier kann der Erwerber den Vorteil eines verbesserten Safe-haven auf Grund der Stichtagsbetrachtung des § 8a Abs. 2 KStG erst ab dem darauf folgenden Wirtschaftsjahr nutzen, während die Darlehenszinsen bereits ab Darlehensvergabe unter § 8a Abs. 6 KStG fallen.

Tz. 24 ist zudem dahingehend zu korrigieren, dass zwischen Fremdkapitalaufnahme und Beteiligungserwerb ein unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang bestehen muss. Als spezielle Missbrauchsvermeidungsvorschrift kann § 8a Abs. 6 KStG nicht über seinen Wortlaut hinaus ausgelegt werden. So ist auch der hier dargestellte Beispielsfall nicht vom Wortlaut gedeckt, in dem zunächst ein Darlehen gewährt und später eine Beteiligung erworben wird. Für den Interimszeitraum kann eine Anwendung des § 8a Abs. 6 KStG wegen Fehlens der kumulativen Voraussetzungen überhaupt nicht in Betracht kommen. Ob darüber hinausgehend der spätere Beteiligungserwerb unter § 8a Abs. 6 KStG fällt, dürfte nur dann zweifelsfrei feststehen, wenn die ursprüngliche Darlehensgewährung von vornherein der Zweckbestimmung „konzerninterne Beteiligungserwerbsfinanzierung“ diene und die liquiden Mittel für den Zwischenzeitraum hierfür spezifisch reserviert wurden.

Des Weiteren sollte von einer Verwendungsreihenfolge ausgegangen werden, wonach der Beteiligungserwerb vorrangig als mit Eigenkapital (einschließlich des nach § 8a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KStG gewinnabhängigen Fremdkapitals) finanziert gilt, das in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Beteiligungserwerb zugeführt wird.

**Petition:** Die Rechtsfolgen des § 8a Abs. 6 KStG sollten erst ab dem Zeitpunkt der tatsächlichen Anteilsübertragung eintreten. Zudem muss zwischen Fremdkapitalaufnahme und Beteiligungserwerb ein unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang bestehen. Es sollte von einer Verwendungsreihenfolge ausgegangen werden.

## **V. Erwerb der Kapitalbeteiligung durch eine Personengesellschaft**

### **Tz. 30 und 31 – Mittelbarer Anteilserwerb**

In dem Beispiel nimmt die I-GmbH ein Darlehen auf und gibt dieses als Eigenkapital an die Personengesellschaft I-GmbH & Co. KG weiter. Entsprechend dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut regelt § 8a Abs. 6 S. 2 KStG nur den Erwerb durch Personengesellschaften, nicht jedoch den Erwerb von Beteiligungen an Personengesellschaften, in deren Besitz Beteiligungen an Kapitalgesellschaften sind. Anderes könnte nur gelten, wenn § 8a Abs. 6 S. 2 KStG eine dem § 8b Abs. 6 KStG entsprechende Regelung enthalten würde. Dies ist jedoch nicht der Fall, so dass die von Tz. 26 des Entwurfs vorgenommene Auslegung dem eindeutigen Wortlaut der Norm widerspricht.

Der Erwerb einer Beteiligung an der E-GmbH durch die Personengesellschaft I-GmbH & Co. KG wird ebenfalls nicht von § 8a Abs. 6 KStG erfasst, da die Personengesellschaft die Beteiligung an der E-GmbH aus Eigenkapital refinanziert (so auch *Gosch*, Kommentar zum KStG, § 8a KStG, Rn. 341; *Dötsch/ Eversberg*, § 8a KStG, Rn. 502; *Pung*, in: *Der Konzern 2004*, S. 93, 97). Vor diesem Hintergrund sollte Tz. 30 einschließlich des Beispiels gestrichen werden.

Nach Tz. 30 des Entwurfs sollen die Grundsätze der Tz. 11 (mittelbarer Anteilserwerb) gelten. Ein schädlicher Anteilserwerb liege nach Tz. 30 vor, wenn die Überlassung des Fremdkapitals nach dem erkennbaren Willen der Beteiligten dem Erwerb einer Kapitalbeteiligung dienen soll (Gesamtplan). Aus den oben genannten Gründen (siehe oben, Anmerkungen zu Tz. 1, 11, 15) ist allerdings der mit-

telbare Beteiligungserwerb nach Gesamtplan unschädlich. Als spezielle Missbrauchsvermeidungsvorschrift kann § 8a Abs.6 KStG nicht über seinen Wortlaut hinaus ausgelegt werden. Die Grundsätze des Gesamtplans (§ 42 AO) können nicht zur Anwendung kommen.

**Petition:** Tz. 30 und 31 sollten gestrichen werden. Hilfsweise bitten wir um Korrektur des BMF-Schreibens.

## VI. Anwendung

### Tz. 33 – Anwendung

In Tz. 33 scheint ein Schreibfehler unterlaufen zu sein: Satz 1 stellt zunächst richtigerweise fest, dass § 8a Abs. 6 KStG nach § 34 Abs. 6a S. 1 KStG erstmals auf Wirtschaftsjahre anzuwenden ist, die nach dem 31.12.2003 beginnen. Jedoch werden von Satz 2 solche Anteilserwerbe erfasst, bei denen das obligatorische Rechtsgeschäft oder die Fremdkapitalüberlassung nach dem 31.12.2001 erfolgte.

Gleich, ob die Rückbeziehung bewusst oder unbewusst erfolgt ist, sie ist unzulässig und zerstört den Vertrauensschutz, da der Steuerpflichtige bei Altfällen zum Zeitpunkt des Beteiligungserwerbs noch nicht mit der Einführung des § 8a Abs. 6 KStG rechnen konnte. Die Vorschrift als typische Missbrauchsregelung kann in der Vergangenheit durchgeführte Handlungen nicht rückwirkend als missbräuchliche Maßnahmen deklarieren. Eine rückwirkende Anwendung würde in der Vergangenheit unter einer anderen Rechtslage verwirklichte Sachverhalte steuerlich diskreditieren und wäre daher auch verfassungsrechtlich nicht haltbar (echte Rückwirkung): Der Steuerpflichtige durfte bei seinen Umstrukturierungen auf geltendes Recht vertrauen und konnte entsprechende Dispositionen vornehmen (BFH-Beschluss vom 16.12.2003, DStRE 2004 S. 199). Daher sind durch die Vorschrift nur konzerninterne Anteilsübertragungen einzubeziehen, die nach Inkrafttreten des § 8a Abs. 6 KStG, also nach dem 31.12.2003, durchgeführt wurden. Die Beispiele im BMF-Schreiben sollten entsprechend angepasst werden.

Zudem sollte die Formulierung „oder die Überlassung des dem Erwerb dienenden Fremdkapitals“ gestrichen werden. Die „Überlassung“ von Fremdkapital erfolgt fortlaufend und immerwährend von anfänglicher Darlehensmittelübertragung bis zur Tilgung des Fremdkapitals. Gemeint ist im Erlassentwurf offenbar die „Einräumung des Kredites“, was ein einmaliger Rechtsakt, also das obligatorische Geschäft zur Gewährung eines Darlehens bzw. einer Kreditlinie ist. Die Darlehensmittelüberlassung bzw. tägliche Nutzung ist dann das dingliche Geschäft, das sich über die gesamte Laufzeit der Darlehensgewährung erstreckt.

Vor diesem Hintergrund sollte zudem klargestellt werden, dass die Prolongation von Kreditlinien oder auch Darlehen, die vor dem 1.1.2004 zum konzerninternen Beteiligungserwerb gewährt wurden, nicht unter den Anwendungsbereich der Neuregelung fällt.

**Petition:** Um einen hinreichenden Vertrauensschutz zu gewährleisten, sind in § 8a Abs. 6 KStG nur solche Anteilsübertragungen einzubeziehen, die nach In-Kraft-Treten des § 8a Abs. 6 KStG, also nach dem 31.12.2003, durchgeführt wurden. Auch Satz 2 der Tz. 33 sollte daher auf den 31.12.2003 als Stichtag für die erstmalige Anwendung abstellen. Alle Beispiele im BMF-Schreiben sollten entsprechend angepasst werden. Die Formulierung „oder die Überlassung des dem Erwerb dienenden Fremdkapitals“ sollte gestrichen werden. Des Weiteren bitten wir um Klarstellung, dass die Prolongation von Kreditlinien oder auch Darlehen, die vor dem 1.1.2004 zum konzerninternen Beteiligungserwerb gewährt wurden, nicht unter den Anwendungsbereich der Neuregelung fällt.

### **Neu – Inbound-Darlehen**

§ 8a Abs. 6 KStG lässt keinen Fremdvergleich zu und verstößt somit gegen Art. 9 OECD-MA. Im Erlass sollte deshalb klargestellt werden, dass im Fall einer grenzüberschreitenden Darlehensgewährung aus dem Ausland in das Inland wegen des Vorrangs völkerrechtlicher Normen nach § 2 AO § 8a Abs. 6 KStG keine Anwendung findet, soweit ein hypothetischer Fremdvergleich geführt werden kann, die Darlehensmittel also von einem fremden Dritten gewährt worden wären.

### **Neu – Outbound-Darlehen**

Der Entwurf äußert sich nicht zu der Frage der Qualifizierung von Zinserträgen, die eine inländische Muttergesellschaft von ihrer ausländischen Tochtergesellschaft für ein Darlehen erhält, das die Tochter zum konzerninternen Beteiligungserwerb verwendet hat (Analogiefall zu Tz. 27 des BMF-Schreibens vom 15.7.2004). Wenn zwar die Qualifikationsverkettung im Gesetz nicht erwähnt wird, so vermeidet sie jedenfalls sowohl eine doppelte Besteuerung als auch den Zinsabzug im Ausland bei Freistellung im Inland, also die doppelte Nichtbesteuerung, und ist grundsätzlich zu begrüßen. Zu rechtfertigen ist die Qualifikationsverkettung allerdings nur über Art. 9 OECD-MA und muss dann naturgemäß sowohl für Inbound- als auch für Outbound-Darlehen Anwendung finden.

### **Neu – Zwischenerwerb**

Des Weiteren sollte festgestellt werden, dass sog. „Zwischenerwerbe“ nicht unter § 8a Abs. 6 KStG fallen. Ein solcher Zwischenerwerb liegt vor, wenn ein Konzern einen anderen (Teil-)Konzern erwirbt und aus Praktikabilitätsgründen oder auf Verlangen des Veräußerers zunächst eine „Targetgesellschaft“ (Trägergesellschaft) erworben wird, welche dann zunächst Erwerber des (Teil-)Konzerns ist. Im Anschluss hieran wird der (Teil-)Konzern in den ursprünglichen Konzern integriert, indem bestimmte Gesellschaften des (Teil-)Konzerns von anderen Konzerngesellschaften erworben werden. Hierbei wird nur die Targetgesellschaft mit Fremdkapital ausgestattet. Wirtschaftlicher Erwerber soll jedoch eine andere Konzerngesellschaft sein. Denkbar ist insoweit, die Anwendbarkeit des § 8a Abs. 6 KStG auszuschließen, wenn innerhalb eines kurzen Zeitraumes die einzelnen von der Targetgesellschaft erworbenen Gesellschaften innerhalb des Konzerns weiterveräußert werden.