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 3. August 2005

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

11016 Berlin

Einschränkung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch § 8a KStG
- BMF-Schreiben vom 22.7.2005 zur Anwendung des § 8a Abs. 1 S. 2 KStG
- Entwurf eines BMF-Schreibens zu § 8a Abs. 6 KStG

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

das Bundesfinanzministerium hat vor wenigen Tagen ein BMF-Schreiben vom 22.7.2005 zur Anwendung von Tz. 19 ff. des BMF-Schreibens vom 15.7.2004 in den so genannten Rückgriffsfällen des § 8a Abs. 1 S. 2, 2. Alt. KStG veröffentlicht (siehe A.). Ferner liegt uns ein weiteres zur Veröffentlichung bestimmtes BMF-Schreiben zur Anwendung des § 8a Abs. 6 KStG vor (siehe B.).

Wir begrüßen zwar ausdrücklich, dass die Finanzverwaltung mit den einheitlichen Verwaltungsanweisungen zu der außerordentlich komplexen Regelung des § 8a KStG Stellung nimmt. Denn auch nach dem zu dieser Vorschrift bereits veröffentlichten BMF-Schreiben vom 15.7.2004 sind erhebliche Zweifelsfragen offen geblieben. Die dadurch ausgelöste Rechtsunsicherheit wirkt sich nachteilig auf die Finanzierung der

Unternehmen und mit Blick auf die so genannte Rückgriffsregelung, insbesondere auch auf die Finanzierung mittelständischer Unternehmen aus.

Bedauerlich ist aber, dass den von der Regelung Betroffenen hinsichtlich des Schreibens zu § 8a Abs. 1 S. 2 KStG vor dessen Veröffentlichung keine Gelegenheit zur offiziellen Stellungnahme gegeben wurde und auch zu dem zur Veröffentlichung anstehenden Schreiben zu § 8a Abs. 6 KStG dem Vernehmen nach keine Möglichkeit der Stellungnahme eingeräumt werden soll.

Wir bitten nachdrücklich, die bisherige Praxis beizubehalten und Entwürfe von beabsichtigten Verwaltungsanweisungen von derart zentraler Bedeutung vor deren Veröffentlichung den Betroffenen über die Spitzenorganisation der deutschen Wirtschaft mit der Möglichkeit zur Stellungnahme zur Verfügung zu stellen.

Vor diesem Hintergrund erlauben wird uns, zu den vorerwähnten Schreiben angesichts der immensen Bedeutung für die Praxis Stellung zu nehmen und bitten, unsere 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

GESAMTVERBAND DER DEUTSCHEN VERSICHERUNGSWIRTSCHAFT

HAUPTVERBAND DES DEUTSCHEN EINZELHANDELS

BUNDESVERBAND DES DEUTSCHEN GROSS- UND AUSSENHANDELS

Anlagen

DIHK BDI ZDH BDA BdB
GDV HDE BGA

Gemeinsame Eingabe an das Bundesministerium der Finanzen vom 3.8.2005

A. BMF-Schreiben vom 22.7.2005 zur Anwendung des § 8a Abs. 1 S. 2, 2. Alt. KStG (sog. Rückgriffsregelung)

Die Vorschrift des § 8a Abs. 1 S. 2, 2. Alt. KStG löst in der Praxis erhebliche Rechtsunsicherheit aus, die auch durch das BMF-Schreiben vom 15.7.2004 nicht hinreichend beseitigt wurde. Erhebliche Unklarheiten bestehen danach bei der Frage, welche Kreditsicherheiten bei einer Drittfinanzierung mit Rückgriff zu einer verdeckten Gewinnausschüttung führen.

Vor diesem Hintergrund begrüßen wir vorab, dass in dem BMF-Schreiben vom 22.7.2005 näher zur rückgriffsgesicherten Fremdfinanzierung von Kapitalgesellschaften Stellung genommen wird. In dem Schreiben wird vor allem vor dem Hintergrund des unklaren Gesetzeswortlauts auf die in der Finanzierungspraxis außerordentlich bedeutsame Frage eingegangen, wann die Voraussetzungen für die Anwendung des § 8a Abs. 1 S. 2, 2. Alt. KStG aus Sicht der Finanzverwaltung gegeben sind.

- **Bestätigung der Notwendigkeit, dass der Anteilseigner oder eine diesem nahe stehende Person eine Kapitalforderung besitzt und über diese aus Anlass der Darlehensgewährung des Dritten (z. B. einer Bank) an die Kapitalgesellschaft eine Verfügungsbeschränkung zu Gunsten des rückgriffsberechtigten Darlehensgebers vereinbart wird**

Angesichts der Tatsache, dass Fremdfinanzierungen durch Dritte (insbesondere durch Kreditinstitute) in den in Rede stehenden Fällen regelmäßig mit von Gesellschaftern oder diesen nahe stehenden Personen bestellten Sicherheiten verbunden sind, werden durch das jetzt vorliegende BMF-Schreiben vom 22.7.2005 grundsätzlich zutreffend ökonomisch sinnvolle und erforderliche Finanzierungen als steuerlich unschädlich anerkannt. Es soll nicht jede Fremdfinanzierung eines rückgriffsberechtigten Dritten von § 8a KStG erfasst werden, sondern nur eine mit dem Grundtatbestand der Gesellschafter-Fremdfinanzierung vergleichbare Finanzierung. Dazu trägt das im BMF-Schreiben grundsätzlich zum Ausdruck kommende rechtliche Verständnis des erforderlichen Zusammenhanges zwischen den Fremdkapitalvergütungen an den Dritten und dessen Vergütungen an den Anteilseigner oder diesem nahe stehende Personen für nicht nur kurzfristig überlassenes, verzinsliches Kapital bei. Insoweit begrüßen wir es, dass eindeutig klargestellt wird, dass § 8a Abs. 1 S. 2, 2. Alt. KStG nur auf solche Sachverhalte anwendbar sein soll, in denen der Anteilseigner oder eine diesem nahe stehende Person eine Kapitalforderung gegen den Darlehensgeber (z. B. Einlage) besitzt und über diese aus Anlass der Darlehensgewährung eine Verfügungsbeschränkung zu Gunsten des rückgriffsberechtigten Darlehensgebers vereinbart wird. Wäre dieser Zusammenhang statt dessen lediglich wirtschaftlich zu verstehen, käme es auch zur Einbeziehung von solchen Finanzierungen in den Anwendungsbereich des § 8a KStG, in denen ein Anteilseigner in wirtschaftlicher Hinsicht zwar die Mittel hätte, seine Beteiligungsgesellschaft mit Eigenkapital zu finanzieren, diese Mittel aber nichts mit seiner dem fremdfinanzierenden Dritten gewährten Sicherheit zu tun haben. Der nach Tz. 20 des BMF-Schreibens vom 15.7.2004 grundsätzlich mögliche Gegenbeweis könnte bei einer solchen Sichtweise kaum erbracht werden.

- **Keine Anwendbarkeit von § 8a Abs. 1 S. 2, 2. Alt. KStG lediglich im Zeitpunkt der Vereinbarung eines AGB-Pfandrechts**

Allerdings wird die Sichtweise, wonach es für das Vorliegen eines qualifizierten Rückgriffsfalles eines rechtlichen/vertraglichen Anspruches des finanzierenden Dritten auf bestimmte Einlagen oder sonstige Kapitalüberlassungen des wesentlich Beteiligten oder ihm nahe stehender Personen bedarf, im BMF-Schreiben vom 22.7.2005 nicht durchgängig vertreten. So soll § 8a KStG bereits dann anwendbar sein, wenn die Einlagen oder sonstigen Kapitalüberlassungen eines bürgenden wesentlich beteiligten Anteilseigners lediglich einem Pfandrecht nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute unterliegen (z. B. Nr. 14 der AGB-Banken, siehe **Anlage 1**). Dabei wird offenbar verkannt, dass der finanzierende Dritte nicht ohne weiteres auf die vom AGB-Pfandrecht erfassten Sicherungsmittel zurückgreifen kann. Denn der bürgende Anteilseigner, dessen Einlagen vom AGB-Pfandrecht erfasst sein können, sichert persönlich die Hauptschuld der fremdfinanzierten (Kapital-)Gesellschaft und hat erst dann konkrete Mittel aufzuwenden, wenn die Hauptschuld fällig ist. Ein finanzierendes Kreditinstitut erwirbt das Pfandrecht an etwaigen Einlagen des bürgenden Anteilseigners zwar mit Vereinbarung der AGB; insoweit ist das AGB-Pfandrecht bereits entstanden. Der Sicherungszweck erfasst die Verbindlichkeit der Gesellschaft jedoch nur aufschiebend bedingt durch dessen Fälligkeit. Diese Rechtslage wurde durch die Entscheidung des BGH vom 25.9.1990 (WM 1990, S. 1410, siehe **Anlage 2**) klargestellt.

Ein Kreditinstitut ist danach bis zur Fälligkeit der Hauptschuld nicht berechtigt, die Auszahlung von etwaigen Einlagen des bürgenden Anteilseigners unter Verweis auf das ihm zustehende AGB-Pfandrecht zu verweigern. D. h. insoweit besteht auch noch keine Verfügungsbeschränkung des Anteilseigners zu Gunsten des rückgriffsberechtigten Darlehensgebers. Vor dem Zeitpunkt der Fälligkeit der Hauptschuld besteht folglich noch kein wirksames Rückgriffsrecht. Dies gilt umso mehr, als im Zeitpunkt einer Bürgschaftsübernahme durch den Anteilseigner noch nicht feststeht, ob er überhaupt, und wenn ja, in welcher Höhe er in Anspruch genommen werden wird.

Die Fälligkeit der Hauptschuld bestimmt sich regelmäßig nach dem Darlehensvertrag. Dort werden in den meisten Fällen regelmäßige Kapitaldienstzahlungen, mitunter auch Einmalzahlungen am Ende der Darlehenslaufzeit vereinbart. Gemäß § 271 Abs. 2 BGB kann der Darlehensgeber die Kapitaldienstzahlungen nicht vor den vereinbarten Zeitpunkten verlangen. Der aus dem AGB-Pfandrecht berechtigte Dritte kann Verfügungen über die Einlagen des Anteilseigners damit erst nach der Fälligkeit der Hauptschuld verweigern, nämlich dann, wenn sich die fremdfinanzierte Gesellschaft in Verzug mit den vereinbarten Zahlungen befindet (Hinweis auf § 286 BGB). Frühestens von diesem Zeitpunkt an kann daher von einer Rückgriffsberechtigung im Sinne einer Verfügungsbeschränkung ausgegangen werden.

- **Keine Anwendbarkeit von § 8a Abs. 1 S. 2 KStG lediglich im Zeitpunkt der Vereinbarung der sofortigen Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung**

Gleiches gilt auch hinsichtlich der im BMF-Schreiben vom 22.7.2005 vertretenen Auffassung, wonach § 8a Abs. 1 S. 2, 2. Alt. KStG anwendbar sein soll, soweit sich ein bürgender Anteilseigner gegenüber dem finanzierenden Dritten der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung führt – wie im Fall der vorstehend erörterten AGB-Pfandrechte der Kreditinstitute – bis zum Eintritt des Sicherungsfalles nicht zu einem rechtlichen Anspruch des fremdfinanzierenden Dritten gegenüber dem Anteilseigner auf dessen etwaige Kapitalforderungen. D. h. insoweit tritt noch keine Verfügungsbeschränkung des Anteilseigners

hinsichtlich seiner Kapitalforderung ein. Durch die Einbeziehung solcher Fälle, in denen sich ein für die Verbindlichkeiten seiner Beteiligungsgesellschaft verbürgender Anteilseigner mit seinem gesamten Vermögen der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, in den Anwendungsbereich des § 8a Abs. 1 S. 2 KStG, käme es für die Anwendung der Regelung nicht mehr auf einen rechtlichen/vertraglichen Zusammenhang zwischen den Fremdkapitalvergütungen an den Dritten und dessen Vergütungen an den Anteilseigner an. Dann wäre wiederum eine den Gegenbeweis im Sinne der Tz. 20 des BMF-Schreibens vom 15.7.2004 erheblich erschwerende oder gar zu dessen Unmöglichkeit führende wirtschaftliche Betrachtungsweise für die Interpretation dieses Zusammenhanges maßgeblich. Es käme gerade nicht darauf an, ob der Anteilseigner die vorhandenen Mittel tatsächlich als Sicherungsmittel für das Darlehen an seine Beteiligungsgesellschaft einsetzt.

- **Umkehr der Beweislast**

Nach Tz. 5 des BMF-Schreibens vom 22.7.2005 soll die Beweislast dafür, dass kein Fall des § 8a Abs. 1 S. 2, 2. Alt. KStG vorliegt, beim Steuerpflichtigen liegen. Insoweit wird die Beweislast, ob und wann in den vorgenannten Rückgriffsfällen § 8a KStG eingreift, einseitig auf den Steuerpflichtigen verlagert. Diese Bestimmung steht nicht im Einklang mit den üblicherweise geltenden Beweislastregeln.

Petitum:

Ein steuerschädliches Rückgriffsrecht im Sinne des § 8a Abs. 1 S. 2, 2. Alt. KStG kann nur dann vorliegen, wenn der Anteilseigner oder ihm nahe stehende Personen über ihre Sicherungsmittel nicht mehr verfügen können. Wir bitten daher ergänzend zu dieser grundsätzlichen Bestätigung klarzustellen, dass bei Personalsicherheiten (z. B. Bürgschaften), die durch Pfandrechte nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute oder durch Unterwerfungen unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Sicherungsgebers „flankiert" sind, ein steuerschädliches Rückgriffsrecht im Sinne des Gesetzes erst dann gegeben ist, wenn der Sicherungsfall eingetreten ist.

B. Geplantes BMF-Schreiben zur Anwendung des § 8a Abs. 6 KStG

Bislang fehlt zu § 8a Abs. 6 KStG eine Klarstellung durch BMF-Schreiben. Wir nehmen an, dass das uns vorliegende Schreiben zu § 8a Abs. 6 KStG aufgrund der Vielzahl der in den Fußnoten von der Finanzverwaltung selbst aufgeworfenen Fragen noch nicht unmittelbar vor der Veröffentlichung steht. Über eine rechtzeitige Einbindung vor Veröffentlichung und die Möglichkeit zur Stellungnahme aufgrund der weit reichenden Folgen für die Wirtschaft würden wir uns freuen.

§ 8a Abs. 6 KStG beinhaltet einen eigenen Sanktionstatbestand für den Erwerber einer Beteiligung an einer in- oder ausländischen Kapitalgesellschaft, mit welchem gemäß dem Entwurf die Erweiterung des safe haven beim Veräußerer in Form der Eigenkapitalverbesserung durch Gewinnrealisation verhindert werden soll (Tz. 1). § 8a Abs. 6 KStG ist damit eine Missbrauchsvermeidungsvorschrift und als Missbrauchsvorschrift ist sie eng auszulegen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Da abweichend von den übrigen Vorschriften des § 8a KStG im Rahmen des Abs. 6 nicht die Freigrenze von € 250.000 besteht, ein Fremdvergleich für die Fremdkapitalaufnahme und die Zahlung von Vergütungen nicht möglich ist, wird grundsätzlich jede Vergütung für Fremdkapital, die im Zusammenhang mit einer konzerninternen Veräußerung von Beteiligungen geleistet wird, als verdeckte Gewinnausschüttung qualifiziert.

Aufgrund der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe (z. B. § 8a Abs. 6 S. 1 Nr. 1 KStG: Fremdkapitalaufnahme zum Zwecke des Erwerbs) und der Diskrepanz zwischen dem Gesetzeswortlaut und der Gesetzesbegründung besteht große Rechtsunsicherheit. In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, dass die Regelung der Vermeidung von Missbräuchen dienen soll. Durch steuerfreie Anteilsveräußerungen war es Unternehmen möglich, den so genannten safe haven zu erhöhen. Dies sollte durch die Einführung der Vorschrift unterbunden werden. Tatsächlich wird aber nicht die veräußernde Gesellschaft von der Neuregelung erfasst, die den erhöhten safe haven geltend macht, sondern die erwerbende Gesellschaft, die die Fremdfinanzierung zum Erwerb aufnehmen muss. Es ist daher zu vermuten, dass gerade der unternehmensgruppeninterne Erwerb von Anteilen erschwert werden sollte. Die offizielle Gesetzesbegründung gibt dafür aber nichts her. Insofern wäre eine Klarstellung durch das BMF zu begrüßen. Zudem ist der gesetzlich typisierende Ansatz verfassungsrechtlich bedenklich.

Generell sehen wir die weite Fassung des Erlass-Entwurfs auch deshalb als nicht verfassungskonform an, weil sie zu unbestimmt ist: Die Steuerpflichtigen sind nicht in der Lage, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Zum einen würde die Aufarbeitung der Vergangenheit nur sehr begrenzt möglich sein, zum anderen wäre sie zwangsläufig mit erheblichen Lücken verbunden. Denn es wäre auf einen Finanzierungszusammenhang zu achten, der zunächst keine Rolle gespielt hat. Im Übrigen werden die erforderlichen Nachweise bzgl. des Abstellens auf die Steuersituation des Veräußerers gerade bei grenzüberschreitenden Erwerben/Umstrukturierungen auch bei Konzernsachverhalten nur schwer zu liefern sein.

Umso notwendiger ist eine Anwendungsvorschrift mit "Augenmaß", wie sie auch von Seiten der Finanzverwaltung für notwendig gehalten wurde. Der vorliegende Entwurf geht dagegen teilweise über die Ermächtigung im Gesetz hinaus und lässt jede Verhältnismäßigkeit vermissen.

Im Einzelnen haben wir – nach erster Durchsicht ohne Anspruch auf Vollständigkeit – folgende Anmerkungen:

I. Anteilserwerb

Zu Tz. 1:

Der Entwurf des BMF-Schreiben zu § 8a Abs. 6 KStG nimmt die Gesetzesbegründung zu § 8a Abs. 7 KStG-E (Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetzes) in Tz. 1 auf. Zur Anwendung des § 8a Abs. 6 KStG kommt es demnach nur, wenn der Beteiligungserwerb beim Veräußerer steuerbegünstigt ist und der Veräußerer eine Kapitalgesellschaft i. S. des § 8a Abs. 1 KStG ist. In diesem Zusammenhang stellen sich folgende Fragen:

- Was ist unter einer Steuervergünstigung zu verstehen? Hierunter könnte auch die Möglichkeit der Steueranrechnung fallen. Aus unserer Sicht handelt es bei der Steuerfreistellung im Rahmen von § 8b KStG ohnehin nicht um eine Steuerbegünstigung, sondern um eine Mehrfachbelastungen vermeidende steuersystematische Steuerfreistellung.
- Fallen Beteiligungserwerbe zu Buchwerten grundsätzlich nicht unter § 8a Abs. 6 KStG, auch wenn eine Steuervergünstigung nach § 8b KStG grds. beim Veräußerer anwendbar ist, mangels Veräußerungsgewinn aber leer läuft (vgl. auch Fn. 1)?
- Fallen Beteiligungserwerbe von Ausländern nicht unter § 8a Abs. 6 KStG, solange der Veräußerer nicht in Deutschland beschränkt steuerpflichtig ist (Veräußerung durch eine inländische Betriebsstätte)?

Tz. 1 wäre nur dann konsequent und entspräche dem in der Gesetzesbegründung ausgesprochenen gesetzgeberischen Willen, wenn § 8a Abs. 6 KStG auf Beteiligungserwerbe beschränkt bliebe, bei denen Veräußerer eine inländische Kapitalgesellschaft ist (so wohl auch Fn. 3).

Unklar bleibt zudem, wie eine Veräußerung nach den Vorschriften eines DBA steuerbegünstigt sein kann, da DBA keine Steuerbefreiung aussprechen, sondern nur die Steuersubstrate den Vertragsstaaten zuteilen.

Petitum: Wir bitten um Klarstellung der aufgeworfenen Fragen.

Zu Tz. 3:

Erfasst werden soll auch der Erwerb von Zwergbeteiligungen. Auf eine bestimmte Mindestbeteiligungsquote soll es dabei nicht ankommen.

Dieser Festlegung ist zu widersprechen. Der deutsche Gesetzgeber verwendet sowohl im Handels- als auch im Steuerrecht den Begriff der „Beteiligung" und nutzt ihn mehrfach in § 8a Abs. 6 KStG: „Beteiligung am Grund- oder Stammkapital" (§ 8a Abs. 6 S. 1 Nr. 1 KStG), „Veräußerer der Beteiligung" (§ 8a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 KStG), „Beteiligung" (§ 8a Abs. 6 S. 2 KStG). Zudem vertritt die Finanzverwaltung selbst im Zusammenhang mit der Holdingregelung in § 8a Abs. 4 S. 1 KStG die Auffassung, dass eine Beteiligung i.S. von § 271 Abs. 1 HGB vorliegen müsse (vgl. Tz. 83 des BMF-Schreibens vom 15.12.1994). Danach ist entscheidend, dass die Beteiligung dazu bestimmt ist, dem eigenen Geschäftsbetrieb durch Herstellung einer dauernden Verbindung zu dem anderen Unternehmen zu dienen. Im Zweifel gelten als Beteiligung Anteile, deren Nennbetrag insgesamt 20 % des Nennkapitals einer Kapitalgesellschaft überschreiten. Fraglich ist allerdings, 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 mehr als 25 % an. Daher wäre es aus unserer Sicht sachgerecht, auf diese Beteiligungshöhe abzustellen.

Eine Interpretation dergestalt, dass jeder Anteil unter § 8a Abs. 6 KStG fallen würde, scheidet schon deshalb aus, weil der Gesetzgeber 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.

Petitum: Die Mindestbeteiligungsquote von 25 % – zumindest aber 20 % -- sollte für den Erwerb einer Beteiligung nach § 8a Abs. 6 KStG gelten.

Zu Tz. 4:

Nach Tz. 4 soll die Einbringung einen Anteilserwerb auslösen, wenn hierfür eine Gegenleistung außer in Gesellschaftsanteilen der aufnehmenden Gesellschaft erbracht wird. Tz. 4 ist unglücklich formuliert - dies zeigt auch die Frage in Fn. 1. Denn ein Anteilstausch ist gerade kein Fall des § 8a Abs. 6 KStG, weil es sich um einen Tausch handelt und kein Fremdkapital aufgenommen wird. Nur bei dem Fall eines „Tausches mit Baraufgabe" – also dem im Beispiel behandelten Fall – ist § 8a Abs. 6 KStG überhaupt denkbar.

Zudem ist die Auffassung nicht in den Fällen der buchwertneutralen Einbringung nachzuvollziehen, da diese gerade keinen steuerfreien step up bewirkt. Sie ist damit auch nicht den steuerbegünstigten Anteilsverkäufen gleichzustellen.

Petitum: Tz. 4 ist klar zu formulieren.

Zu Tz. 5:

Tz. 5 ist aufgrund des klaren Gesetzeswortlauts eine Selbstverständlichkeit. Daran ändert auch die in Fn. 3 zum Ausdruck kommende fiskalische Sichtweise nichts. Bei einer anderen Sichtweise wäre das Gesetz zu ändern.

Zu Tz. 6:

Soweit innerhalb einer Unternehmensgruppe eine Kapitalgesellschaft 1 („Kap 1") einer anderen Kapitalgesellschaft 2 („Kap 2") ein verzinsliches Darlehen gewährt und sodann Kap 2 die empfangenen Mittel mittels eines unverzinslichen Kredits an Kapitalgesellschaft 3 („Kap 3") weiterreicht, damit diese ein anderes Gruppenunternehmen erwirbt, soll das verzinsliche Darlehen in den Anwendungsbereich des § 8a Abs. 6 KStG fallen. Die Zinszahlung ist demnach als verdeckte Gewinnausschüttung zu behandeln.

Die Tatsache, dass der mittelbare Erwerb von § 8a Abs. 6 KStG erfasst sein soll, ergibt sich nicht aus dem Gesetz. § 8a Abs. 6 S. 1 Nr. 1 KStG regelt ausschließlich den Erwerb einer Beteiligung, d. h. den Erwerb einer unmittelbaren Beteiligung. Ein mittelbarer Erwerb im Rahmen eines Gesamtplans ist gesetzlich grundsätzlich nicht vorgesehen. 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 eben nicht, dass in die Finanzierungskette eine unverzinsliche Kreditvergabe eingeschaltet ist. 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.

Die Unhaltbarkeit der Anwendbarkeit der Rechtsfigur des Gesamtplans ergibt sich auch aus einer leichten Änderung des in Tz. 6 des Entwurfes erwähnten Beispiels. Wenn Kap 2 die erhaltenen Mittel an Kap 3 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 Kap 2 an Kap 1 geleisteten Zinsen wären entsprechend der Rechtsfigur des Gesamtplans verdeckte Gewinnausschüttungen. Dies veranschaulicht, dass Tz. 6 so keinen Bestand haben kann und gestrichen werden muss.

Noch unverständlicher werden die Überlegungen der Finanzverwaltung, wenn das Beispiel in Tz. 6 des Entwurfs dahingehend abgewandelt wird, das das Darlehen von Kap 2 an Kap 3 verzinslich gestellt wird. Die Verzinslichkeit ist in Konzernen der üblicherweise anzutreffende Tatbestand. Dann nämlich würden nämlich plötzlich zwei verdeckte Gewinnausschüttungen vorliegen.

Kein mittelbarer Erwerb liegt u. a. – auch aufgrund von Tz. 5 – in folgendem Fall vor:
Beispiel wie in Tz. 6, aber I1-GmbH verwendet das Darlehen zur Kapitalerhöhung bei I2-GmbH, die mit dem Eigenkapital die Beteiligung an E-GmbH erwirbt. Die Zinszahlungen der I1-GmbH an A bleiben vorbehaltlich § 8a Abs. 1 KStG abzugsfähig.

Nur in solch klaren Umgehungsfällen wie im angeführten Beispiel kann der so genannte mittelbare Erwerb unter § 8a Abs. 6 KStG fallen. Für derartige Fälle könnte eine Prüfung nach § 42 AO erfolgen.

Petitum: Tz. 6 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.

II. Veräußerer der Kapitalbeteiligung

Zu Tz. 7:

In Tz. 7 wäre ebenfalls klarzustellen, dass Veräußerer eine Kapitalgesellschaft sein muss, die ohne § 8b Abs. 2 KStG im Inland mit der Veräußerung steuerpflichtig wäre (siehe Anm. zu Tz. 1). Denn nach der Gesetzesbegründung will § 8a Abs. 6 KStG Gestaltungen innerhalb von Konzernen verhindern, nach denen unter Inanspruchnahme des § 8b Abs. 2 KStG Beteiligungen an Kapitalgesellschaften (nahezu) steuerfrei veräußert werden. Damit entsteht zusätzliches (steuerfrei mobilisiertes) Eigenkapital und damit eine höhere Basis für den safe haven (Leverage). Gleichzeitig erhöht sich der abzugsfähige Zinsaufwand (dazu BT-Drucksache 15/1518 vom 8.9.2003, S. 15). Aus diesem Gesetzeszweck ergibt sich, dass der Veräußerer eine im Inland steuerpflichtige Kapitalgesellschaft sein

muss. Nur eine im Inland steuerpflichtige Kapitalgesellschaft kann ihren safe haven durch eine Veräußerung aufblähen.

Petitum: Zudem wäre klarzustellen, dass Veräußerer eine Kapitalgesellschaft sein muss, die ohne § 8b Abs. 2 KStG im Inland mit der Veräußerung steuerpflichtig wäre

Zu Tz. 8:

Tz. 8 ist contra legem. Zudem ist nicht nachvollziehbar, dass Anteilserwerbe unter § 8a Abs. 6 KStG fallen sollen, obwohl der Veräußerer im Zeitpunkt der Veräußerung der Beteiligung noch nicht zum Konzern gehörte. Dieser Aspekt wird auch in Fn. 4 des Entwurfs als sehr strittig bezeichnet. Die Vorgehensweise deckt sich nicht mit dem Gesetzeswortlaut. In § 8a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 KStG bezieht sich der im Relativsatz genannte „Zeitpunkt im Wirtschaftsjahr" lediglich auf den Geber des Fremdkapitals. Der Veräußerer muss genauso wie der Geber des Fremdkapitals eine dem Anteilseigner nahestehende Person sein und darf dies nicht erst zu einem späteren Zeitpunkt im Wirtschaftsjahr werden.

Die Lösung des Beispielfalls mag zwar gerade noch vertretbar sein, allerdings nicht mit der Begründung in dem vorangehenden Absatz. Vielmehr liegt auch in Fällen wie dem Beispiel ggf. ein Gesamtplan vor, der nach der BFH-Rechtsprechung zu einer Umqualifizierung der Zinsen in eine vGA führen kann (vgl. Tz. 6). Die Antwort zu der in Fn. 5 gestellten Frage kann daher nur lauten, dass in jedem Fall ein Gesamtplan vorliegen muss, auch wenn Darlehenshingabe und Beteiligungsserwerb im selben Wirtschaftsjahr erfolgen.

Text und Chart zu dem Beispiel sind zudem nicht eindeutig, denn es wird nicht klar, wann welcher Erwerb erfolgt.

Petitum: Tz. 8 ist entsprechend zu korrigieren. Text und Chart sind in Tz. 8 einander anzupassen.

III. Fremdkapital

Zu Tz. 10 ff.:

Eine Reglung zum Begriff des Fremdkapitals findet sich weder in den Tz. 10 bis 12 noch im BMF-Schreiben vom 15.7.2004 (BStBl. I 2004, S. 593). Daher ist insoweit auf das BMF-Schreiben vom 15.12.1994 (BStBl. I 1995, S. 25) zurückzugreifen, wonach als Fremdkapital alle als Verbindlichkeiten passivierungsfähigen Kapitalzuführungen in Geld zu verstehen sind. Nach dieser Definition ist es ausgeschlossen, den Kaufpreis selbst - soweit er verzinslich gestundet wird - als geeignetes Darlehen i. S. des § 8a KStG anzusehen, da es gerade an einer Zuführung in Geld mangelt. Es ist erforderlich sicherzustellen, dass ausstehende und fremdüblich verzinste Kaufpreisraten kein Fremdkapital i. S. des § 8a Abs. 6 KStG darstellen.

In den Fällen des § 8a Abs. 6 KStG sind abweichend zu § 8a Abs. 1 KStG die Vergütungen für die Überlassung von Fremdkapital stets verdeckte Gewinnausschüttungen. Es gibt weder eine Freigrenze noch einen safe haven. Es wäre jedoch wünschenswert, wenn an dieser Stelle klarstellend geregelt würde, dass das Fremdkapital im Sinne des § 8a Abs. 6 KStG nicht gleichzeitig auch bei der Ermittlung des safe haven nach § 8a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KStG zu berücksichtigen ist. Entsprechendes müsste für die Berechnung der Freigrenze i. H. von € 250.000 gelten.

Auch sollte das Entwurf-Schreiben zu § 8a Abs. 6 KStG darauf eingehen, dass § 8a Abs. 6 KStG nicht mit Artikel 9 OECD-MA vereinbar ist. Die Regelung des § 8a Abs. 6 KStG verbietet nicht nur die Anwendung des safe haven (Tz. 10). Nach dieser Vorschrift besteht auch nicht die Möglichkeit des Führens eines Entlastungsbeweises im Sinne eines Drittvergleichs (Tz 10). In Fällen des § 8a Abs. 6 KStG unterstellt daher das Gesetz eine per se vGA. Damit ist die Grenze des nach Art 9 OECD-MA Zulässigen überschritten (siehe auch *Gosch*, Kommentar zum KStG, § 8a KStG, Rn. 37; *Prinz*, in: Herrmann – Heuer, Jahrbuch 2004, Rn. J 03/39).

Im Wege einer teleologischen Reduktion muss daher zunächst einmal bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ein Drittvergleich zugelassen werden. Das Gleichheitsgebot gebietet die Anwendung des Drittvergleichs auch in Inlandsfällen.

Petitum: Es ist klarzustellen, dass ausstehende und fremdüblich verzinste Kaufpreisraten kein Fremdkapital i. S. des § 8a Abs. 6 KStG darstellen und dass das Fremdkapital im Sinne des § 8a Abs. 6 KStG nicht gleichzeitig auch bei der Emittlung des safe haven nach § 8a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KStG und bei der Berechnung der Freigrenze zu berücksichtigen ist.

Des Weiteren sollte das Schreiben berücksichtigen, dass § 8a Abs. 6 KStG nicht mit Artikel 9 OECD-MA vereinbar ist, da ein Drittvergleich ausgeschlossen ist. Tz. 10 ist entsprechend zu korrigieren.

IV. Zweckbindung des Darlehens

Zu Tz. 15:

Tz. 15 sieht die Besteuerung einer Absicht vor. Bis zum tatsächlichen Übergang der Beteiligung könnten 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). Der vorgesehene Zweijahreszeitraum ist daher nicht praxisgerecht.

Wie Fn. 6 zutreffend ausführt, entspricht der Vorgang nicht dem Veranlassungsprinzip und dürfte in der Praxis von Betriebsprüfern falsch gedeutet werden. Die Finanzverwaltung hat wiederum nach den allgemeinen Beweislastregeln die Beweislast für die Anwendung des § 8a Abs. 6 KStG. Nur dann, wenn die Darlehensaufnahme eindeutig durch den Beteiligungserwerb veranlasst ist (z. B. durch eine Zweckbindungsbestimmung im Darlehensvertrag, vgl. Beispiel in Tz. 14), kann § 8a Abs. 6 KStG greifen.

Schon bei einem Zeitraum von mehreren Monaten zwischen Darlehensaufnahme und Beteiligungserwerb dürfte ein Veranlassungszusammenhang nicht mehr zweifelsfrei gegeben und auch nicht nachzuweisen sein. Die Betriebsprüfung könnte sich durch den langen Zeitraum von zwei Jahren aber ermutigt fühlen, dies auch in Fällen zu versuchen, in denen objektiv kein Veranlassungszusammenhang mehr besteht.

In Anlehnung an die Auslegung des Begriffs der Unmittelbarkeit i. S. des § 3c Abs. 1 EStG sollte ein Finalzusammenhang jedenfalls dann ausgeschlossen sein, wenn Erwerb und Fremdkapitalaufnahme in verschiedenen Veranlagungszeiträumen stattfinden.

Auch sollte ausdrücklich geregelt werden, dass die Finanzverwaltung das Vorliegen des Finalzusammenhangs nachzuweisen hat. Zwar ist hiervon in Ermangelung einer gesetzlich angeordneten Nachweispflicht auszugehen, eine entsprechende Klarstellung des BMF würde jedoch einen erhöhten Grad an Rechtssicherheit bewirken.

Petitum: Tz. 15 ist ersatzlos zu streichen. Zumindest sollte ein Finalzusammenhang dann ausgeschlossen sein, wenn Erwerb und Fremdkapitalaufnahme in verschiedenen Veranlagungszeiträumen stattfinden. Zudem sollte geregelt werden, dass die Finanzverwaltung den Finalzusammenhang nachzuweisen hat.

Zu Tz. 16:

Nach Tz. 16 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.

Petitum: 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.

Zu Tz. 17:

§ 8a Abs. 6 KStG stellt die durch ein "**und**" verbundene Vorraussetzung auf, dass das Fremdkapital zum Zwecke des Erwerbes einer Beteiligung am Grund- oder Stammkapital an einer Kapitalgesellschaft aufgenommen wurde **und** der Veräußerer der Beteiligung sowie der Geber des Fremdkapitals dem Anteilseigner nahestehende Personen sind. Dennoch soll nach Tz. 17 S. 1 der Veranlassungszusammenhang nicht dadurch unterbrochen sein, dass die Kapitalbeteiligung später veräußert oder die betreffende Kapitalgesellschaft umgewandelt wird.

Es ist jedoch nicht ersichtlich, warum die spätere Veräußerung der Beteiligung grundsätzlich nicht den bestehenden Veranlassungszusammenhang unterbrechen soll. Falls der erzielte Veräußerungserlös zu einer Tilgung des Darlehens ausgereicht hätte, jedoch zu einer anderweitigen Investition verwendet wird, ist der Veranlassungszusammenhang aufgelöst. Mit anderen Worten, es wäre möglich Darlehensmittel, die ursprünglich aus anderen Gründen aufgenommen wurden, also z. B. zum Erwerb von Grundstücken und Gebäuden, „umzuwidmen" auf den Erwerb einer Beteiligung mit der Folge der Nichtanwendbarkeit von § 8a Abs. 6 KStG.

Des Weiteren hat der die Beteiligung veräußernde Erwerber i. d. R. keine Möglichkeit, das Darlehen entschädigungslos zurück zu zahlen, sofern das Darlehen von einem rückgriffsberechtigten Dritten gewährt wurde. Auch 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 daher ebenfalls den Veranlassungszusammenhang aufheben.

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.

Die Lösung zu dem Beispielsfall in Tz. 14 ist demnach auch 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.

§ 8a KStG könnte in diesem Zusammenhang dahingehend zu verstehen sein, dass der Veranlassungszusammenhang bei Veräußerung der Kapitalbeteiligung beendet wird und damit zu einer Beendigung des Finanzierungskostenabzugsverbots kommen muss. Andernfalls würde dies investitionsfeindlich wirken. Denn dann könnte der erzielte Veräußerungserlös aus dem Verkauf der Beteiligung nicht zum Erwerb von anderen Investitionsgütern eingesetzt werden, für die es eigentlich kein Finanzierungskostenabzugsverbot gibt.

Leider geht das BMF Schreiben in Tz. 17 nicht auf revolvierende 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.

Petitum: Das BMF-Schreiben sollte dahingehend abgeändert werden, dass der Veranlassungszusammenhang durch die Veräußerung der Beteiligung beendet wird. Zudem sollten Ausführungen zu revolvierenden Darlehen bzw. Kontokorrentdarlehen aufgenommen werden.

Zu Tz. 18:

Nach Tz. 17 S. 2 beendet die Rückzahlung (Tilgung) des überlassenen Fremdkapitals im Regelfall den Veranlassungszusammenhang. Dies gilt nach Tz. 18 aber nicht, wenn es zu einer sog. "Umfinanzierung" oder "Zwischenfinanzierung" kommt. Leider bleiben beide Begriffe völlig unklar.

Da es keine allgemeingültigen Definitionen dieser Begriffe gibt, ist es dem Steuerpflichtigen nicht möglich, abzuschätzen, ob sein Handeln dem Gesetz entspricht oder nicht. Um den Grundsatz der Steuerklarheit zu wahren und endgültige Rechtssicherheit zu schaffen, sollte eine Klarstellung der Begrifflichkeiten erfolgen. Tz. 18 sollte wegen Unklarheit komplett gestrichen werden.

Andernfalls sollte zumindest klargestellt werden, dass die Rückzahlung des überlassenen Fremdkapitals (Tilgung) aus Einnahmen der Kapitalgesellschaft den Veranlassungszusammenhang auch dann unterbricht, wenn zur Finanzierung von Ausgaben ein neues Darlehen aufgenommen wird. Insoweit liegt keine bloße "Umfinanzierung" vor, selbst wenn die erworbenen Anteile im Vermögen der Kapitalgesellschaft verbleiben.

Petitum: Tz. 18 sollte wegen seines unklaren Regelungsinhaltes gestrichen werden. Zumindest sollte jedoch klargestellt werden, dass die Rückzahlung des überlassenen Fremdkapitals (Tilgung) aus Einnahmen der Kapitalgesellschaft den Veranlassungszusammenhang auch dann unterbricht, wenn zur Finanzierung von Ausgaben ein neues Darlehen aufgenommen wird.

V. Rechtsfolgen

Zu Tz. 20:

Im Rahmen des § 8a Abs. 6 KStG soll der sonst mögliche Gegenbeweis in Rückgriffsfällen nicht möglich sein. Es ist nicht erkennbar, warum Tz. 20 des BMF-Schreiben vom 15.7.2004 (BStBl. I 2004, S. 593) nicht anwendbar sein soll, zumal § 8a Abs. 6 S. 1. Nr. 2 KStG in Bezug auf den rückgriffsberechtigten Dritten auf Abs. 1 S. 2 verweist. Bislang findet sich lediglich in Tz. 30 des BMF-Schreibens vom 15.7.2004 (BStBl. I 2004, S. 593) die Regelung, dass für Vergütungen i. S. des § 8a Abs. 6 KStG zwar keine Freigrenze greift, jedoch die Freigrenze für andere Vergütungen i. S. des § 8a KStG nicht verbraucht wird. Eine vergleichbare Regelung hinsichtlich des safe haven fehlt dagegen bislang.

Zudem sollte im Hinblick auf die wahrscheinliche EU-Rechtswidrigkeit des § 8a Abs. 6 KStG – insbesondere falls Darlehen einer ausländischen Konzerngesellschaft unter § 8a Abs. 6 KStG fallen und bei dem ausländischen Darlehensgeber keine Gegenkorrektur bzgl. des Zinsertrags vorgenommen wird – ein Gegenbeweis i.S. der Tz. 20 des BMF-Schreibens vom 15.7.2004 zugelassen werden.

Petitum: Der Gegenbeweis ist zuzulassen.

VI. Erwerb der Kapitalbeteiligung durch eine Personengesellschaft

Zu Tz. 22 ff.:

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 Entwurfes 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).

Wir regen zudem an, in der Lösung zu dem Beispielsfall in Tz. 24 ausdrücklich klarzustellen, dass es zu einer verdeckten Gewinnausschüttung in Höhe von € 300.000 von der I-GmbH an ihren Alleingesellschafter kommt.

Petitum: Wir bitten um Korrektur des BMF-Schreibens.

VII. Anwendung

Zu Tz. 28:

Nachdem zwischenzeitlich signalisiert wurde, die Finanzverwaltung beabsichtige eine Grandfather-Regelung einzuführen (d. h. am 31.12.2003 bereits bestehende Darlehen wegen des Rückwirkungsverbots nicht unter § 8a Abs. 6 KStG fallen zu lassen), kommt damit in Tz. 28 eine äußerst restriktive Position zum Ausdruck. Die Anwendung des § 8a Abs. 6 KStG auf „Altfälle", d.h. auf Zinsaufwendungen im Zusammenhang mit Transaktionen, die vor 2004 durchgeführt wurden, unterstreicht die Rechtsunsicherheit bzgl. der deutschen Steuergesetzgebung. Die rückwirkende Anwendung führt zur Erfassung von Beteiligungsveräußerungen/ -umstrukturierungen, die sich weit in der Vergangenheit, unter Umständen vor Jahrzehnten, abgespielt haben – der Steuerpflichtige also noch nicht mit einer Sanktion seiner Finanzierung rechnen konnte oder musste. Der Investitionsstandort Deutschland wird dadurch noch unattraktiver.

So war die Veräußerung ab 1994 von ausländischen Beteiligungen im Inland nach § 8b KStG a. F. beim Veräußerer steuerbefreit. Das würde bedeuten, dass der fremdfinanzierte Erwerb jeglicher Auslandsbeteiligung im Inland ab 1994 im Anwendungsbereich des § 8a Abs. 6 KStG liegt und die Fremdkapitalzinsen in verdeckte Gewinnausschüttungen ab 2004 umzuqualifizieren wären. Hinzu kommt, dass es teilweise unmöglich sein wird, bei bestehenden Verbindlichkeiten den Veranlassungszusammenhang zu bestimmten Transaktionen herzustellen. Fraglich ist, wer hier die Beweislast trägt. Die Fassung des Erlass-Entwurfs scheint darüber hinaus so weit zu sein, dass sie über Inlandsfälle hinausgeht und auch Sachverhalte erfasst, bei denen der Veräußerer bei der Veräußerung nach ausländischem Steuerrecht eine Vergünstigung in Anspruch genommen hat. So ist z. B. nicht vertret-

bar, dass ein Steuerpflichtiger, der beispielsweise 1980 eine Schachtelbeteiligung von einem Steuerausländer erworben hat, bei dem der Veräußerungsgewinn nach innerstaatlichem Recht oder DBA steuerbefreit war, die Zinsen ab 2004 nicht mehr abziehen kann, wenn er den Beteiligungserwerb damals fremdfinanziert hatte.

Eine rückwirkende Anwendung würde in der Vergangenheit bei anderer Rechtslage verwirklichte Sachverhalte steuerlich diskreditieren und wäre daher auch verfassungsrechtlich bedenklich: Die Anwendung auf alle „Altfälle" ist schwerlich im Einklang mit der Verfassung, da der Steuerpflichtige bei seinen Umstrukturierungen im Vertrauen auf geltendes Recht entsprechende Dispositionen vorgenommen hat (BFH-Beschluss vom 16.12.2003, DStRE 2004, S. 199; BVerfG 97, 67). Insbesondere hatte der Steuerpflichtige trotz Gesetzesänderung nicht die Möglichkeit, entsprechende Fremdmittel kurzfristig abzulösen.

Petitum: Die Anwendung des BMF-Schreibens sollte sich auf „Neufälle" beschränken, d. h. eine Anwendung der neuen Vorschrift sollte nur für Beteiligungserwerbe in nach dem 31.12.2003 beginnenden Wirtschaftsjahren in Frage kommen. Sollte es jedoch zu keiner Einengung des Anwendungsbereichs auf Neufälle kommen, ist klarzustellen, dass bei Altfällen, in denen eine gemischte Finanzierung vorliegt (vgl. oben unter Nr. 6 zu Tz. 17), der Steuerpflichtige tatsächlich in der Vergangenheit erfolgte Tilgungen gezielt dem so genannten schädlichen Darlehensteil ohne gesonderten Nachweis zuweisen kann.

Sonstiges

Nicht aufgegriffen, wird die Frage, ob der Erwerb eigener Anteile als Erwerb i. S. des § 8a Abs. 6 KStG einzustufen ist.

Zudem sollte klargestellt werden, ob und wann eine Kapitalerhöhung einen Erwerb i.S. von § 8a Abs. 6 KStG darstellt. Bislang stellt sich die Frage, ob eine Kapitalerhöhung generell keinen Erwerb beinhaltet, im Einzelfall einen Erwerb darstellen kann oder aber generell als Erwerb einzustufen ist. Ähnliche Abgrenzungsprobleme ergeben sich bei der Neugründung einer Kapitalgesellschaft.

Auch ist fraglich, ob bei einer Verschmelzung, bei der der Ansatz der Anschaffungskosten des übernommenen Vermögens gewählt wird, ein Erwerb vorliegt.

Klärungsbedürftig ist zudem mit Blick auf § 8b Abs. 2 S. 5 KStG, ob auch die verdeckte Einlage eine Veräußerung darstellt.

Da in § 8a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 KStG der Begriff des Veräußerers verwendet wird, ist anzunehmen, dass der Erwerb mit einem Kaufgeschäft gleichgesetzt werden soll. Nicht erfasst wären dann auf gesellschaftsrechtlichen Verträgen beruhende Anteilsübertragungen, wie z. B. der Erwerb von Anteilen im Rahmen einer Kapitalerhöhung oder einer Neugründung.

Rechtsunsicherheit besteht zudem insofern, als nicht geklärt ist, ob im Falle des gleichzeitigen Erwerbs von Beteiligungen und anderen Wirtschaftsgütern § 8a Abs. 6 KStG zur Anwendung kommt. Falls dies zu bejahen sein sollte, wäre ein Aufteilungsmodus festzulegen.

Anlage 1

Allgemeine Geschäftsbedingungen

Grundregeln für die Beziehung zwischen Kunde und Bank

1. Geltungsbereich und Änderungen dieser Geschäftsbedingungen und der Sonderbedingungen für einzelne Geschäftsbeziehungen

(1) Geltungsbereich

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten für die gesamte Geschäftsverbindung zwischen dem Kunden und den inländischen Filialen der Bank (im folgenden Bank genannt). Daneben gelten für einzelne Geschäftsbeziehungen (zum Beispiel für das Wertpapiergeschäft, für den kartengestützten Zahlungsverkehr, für den Scheckverkehr, für den Sparverkehr, für den Überweisungsverkehr) Sonderbedingungen, die Abweichungen oder Ergänzungen zu diesen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten; sie werden bei der Kontoeröffnung oder bei Erteilung eines Auftrags mit dem Kunden vereinbart. Unterhält der Kunde auch Geschäftsverbindungen zu ausländischen Filialen, sichert das Pfandrecht der Bank (Nr. 14 dieser Geschäftsbedingungen) auch die Ansprüche dieser ausländischen Filialen.

(2) Änderungen

Änderungen dieser Geschäftsbedingungen und der Sonderbedingungen werden dem Kunden schriftlich bekanntgegeben. Hat der Kunde mit der Bank im Rahmen der Geschäftsbeziehung einen elektronischen Kommunikationsweg vereinbart (z.B. das Homebanking), können die Änderungen auch auf diesem Wege übermittelt werden, wenn die Art der Übermittlung es dem Kunden erlaubt, die Änderungen in lesbarer Form zu speichern oder auszudrucken. Sie gelten als genehmigt, wenn der Kunde nicht schriftlich oder auf dem vereinbarten elektronischen Weg Widerspruch erhebt. Auf diese Folge wird ihn die Bank bei der Bekanntgabe besonders hinweisen. Der Kunde muss den Widerspruch innerhalb von sechs Wochen nach Bekanntgabe der Änderungen an die Bank absenden.

2. Bankgeheimnis und Bankauskunft

(1) Bankgeheimnis

Die Bank ist zur Verschwiegenheit über alle kundenbezogenen Tatsachen und Wertungen verpflichtet, von denen sie Kenntnis erlangt (Bankgeheimnis). Informationen über den Kunden darf die Bank nur weitergeben, wenn gesetzliche Bestimmungen dies gebieten oder der Kunde eingewilligt hat oder die Bank zur Erteilung einer Bankauskunft befugt ist.

(2) Bankauskunft

Eine Bankauskunft enthält allgemein gehaltene Feststellungen und Bemerkungen über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kunden, seine Kreditwürdigkeit und Zahlungsfähigkeit; betragsmäßige Angaben über Kontostände, Sparguthaben, Depot- oder sonstige der Bank anvertraute Vermögenswerte sowie Angaben über die Höhe von Kreditinanspruchnahmen werden nicht gemacht.

(3) Voraussetzungen für die Erteilung einer Bankauskunft

Die Bank ist befugt, über juristische Personen und im Handelsregister eingetragene Kaufleute Bankauskünfte zu erteilen, sofern sich die Anfrage auf ihre geschäftliche Tätigkeit bezieht. Die Bank erteilt jedoch keine Auskünfte, wenn ihr eine anderslautende Weisung des Kunden vorliegt. Bankauskünfte über andere Personen, insbesondere über Privatkunden und Vereinigungen, erteilt die Bank nur dann, wenn diese generell oder im Einzelfall ausdrücklich zugestimmt haben. Eine Bankauskunft wird nur erteilt, wenn der Anfragende ein berechtigtes Interesse an der gewünschten Auskunft glaubhaft dargelegt hat und kein Grund zu der Annahme besteht, dass schutzwürdige Belange des Kunden der Auskunftserteilung entgegenstehen.

(4) Empfänger von Bankauskünften

Bankauskünfte erteilt die Bank nur eigenen Kunden sowie anderen Kreditinstituten für deren Zwecke oder die ihrer Kunden.

3. Haftung der Bank; Mitverschulden des Kunden

(1) Haftungsgrundsätze

Die Bank haftet bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen für jedes Verschulden ihrer Mitarbeiter und der Personen, die sie zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen hinzuzieht. Soweit die Sonderbedingungen für einzelne Geschäftsbeziehungen oder sonstige Vereinbarungen etwas Abweichendes regeln, gehen diese Regelungen vor. Hat der Kunde durch ein schuldhaftes Verhalten (zum Beispiel durch Verletzung der in Nr. 11 dieser Geschäftsbedingungen aufgeführten Mitwirkungspflichten) zu der Entstehung eines Schadens beigetragen, bestimmt sich nach den Grundsätzen des Mitverschuldens, in welchem Umfang Bank und Kunde den Schaden zu tragen haben.

(2) Weitergeleitete Aufträge

Wenn ein Auftrag seinem Inhalt nach typischerweise in der Form ausgeführt wird, dass die Bank einen Dritten mit der weiteren Erledigung betraut, erfüllt die Bank den Auftrag dadurch, dass sie ihn im eigenen Namen an den Dritten weiterleitet (weitergeleiteter Auftrag). Dies betrifft zum Beispiel die Einholung von Bankauskünften bei anderen Kreditinstituten oder die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren im Ausland. In diesen Fällen beschränkt sich die Haftung der Bank auf die sorgfältige Auswahl und Unterweisung des Dritten.

(3) Störung des Betriebs

Die Bank haftet nicht für Schäden, die durch höhere Gewalt, Aufruhr, Kriegs- und Naturereignisse oder durch sonstige von ihr nicht zu vertretende Vorkommnisse (zum Beispiel Streik, Aussperrung, Verkehrsstörung, Verfügungen von hoher Hand im In- oder Ausland) eintreten.

4. Grenzen der Aufrechnungsbefugnis des Kunden

Der Kunde kann gegen Forderungen der Bank nur aufrechnen, wenn seine Forderungen unbestritten oder rechtskräftig festgestellt sind.

5. Verfügungsberechtigung nach dem Tod des Kunden

Nach dem Tod des Kunden kann die Bank zur Klärung der Verfügungsberechtigung die Vorlegung eines Erbscheins, eines Testamentsvollstreckerzeugnisses oder weiterer hierfür notwendiger Unterlagen verlangen; fremdsprachige Urkunden sind auf Verlangen der Bank in deutscher Übersetzung vorzulegen. Die Bank kann auf die Vorlage eines Erbscheins oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses verzichten, wenn ihr eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift der letztwilligen Verfügung (Testament, Erbvertrag) nebst zugehöriger Eröffnungsniederschrift vorgelegt wird. Die Bank darf denjenigen, der darin als Erbe oder Testamentsvollstrecker bezeichnet ist, als Berechtigten ansehen, ihn verfügen lassen und insbesondere mit befreiender Wirkung an ihn leisten. Dies gilt nicht, wenn der Bank bekannt ist, dass der dort Genannte (zum Beispiel nach Anfechtung oder wegen Nichtigkeit des Testaments) nicht verfügungsberechtigt ist, oder wenn ihr dies infolge Fahrlässigkeit nicht bekannt geworden ist.

6. Maßgebliches Recht und Gerichtsstand bei kaufmännischen und öffentlich-rechtlichen Kunden

(1) Geltung deutschen Rechts

Für die Geschäftsverbindung zwischen dem Kunden und der Bank gilt deutsches Recht.

(2) Gerichtsstand für Inlandskunden

Ist der Kunde ein Kaufmann und ist die streitige Geschäftsbeziehung dem Betriebe seines Handelsgewerbes zuzurechnen, so kann die Bank diesen Kunden an dem für die kontoführende Stelle zuständigen Gericht oder bei einem anderen zuständigen Gericht verklagen; dasselbe gilt für eine juristische Person des öffentlichen Rechts und für öffentlich-rechtliche Sondervermögen. Die Bank selbst kann von diesen Kunden nur an dem für die kontoführende Stelle zuständigen Gericht verklagt werden.

(3) Gerichtsstand für Auslandskunden

Die Gerichtsstandsvereinbarung gilt auch für Kunden, die im Ausland eine vergleichbare gewerbliche Tätigkeit ausüben, sowie für ausländische Institutionen, die mit inländischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder mit einem inländischen öffentlich-rechtlichen Sondervermögen vergleichbar sind.

Kontoführung

7. Rechnungsabschlüsse bei Kontokorrentkonten (Konten in laufender Rechnung); Genehmigung von Belastungen aus Lastschriften

(1) Erteilung der Rechnungsabschlüsse

Die Bank erteilt bei einem Kontokorrentkonto, sofern nicht etwas anderes vereinbart ist, jeweils zum Ende eines Kalenderquartals einen Rechnungsabschluss; dabei werden die in diesem Zeitraum entstandenen beiderseitigen Ansprüche (einschließlich der Zinsen und Entgelte der Bank) verrechnet. Die Bank kann auf den Saldo, der sich aus der Verrechnung ergibt, nach Nr. 12 dieser Geschäftsbedingungen oder nach der mit dem Kunden anderweitig getroffenen Vereinbarung Zinsen berechnen.

(2) Frist für Einwendungen; Genehmigung durch Schweigen

Einwendungen wegen Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit eines Rechnungsabschlusses hat der Kunde spätestens vor Ablauf von sechs Wochen nach dessen Zugang zu erheben; macht er seine Einwendungen schriftlich geltend, genügt die Absendung innerhalb der Sechs-Wochen-Frist. Das Unterlassen rechtzeitiger Einwendungen gilt als Genehmigung. Auf diese Folge wird die Bank bei Erteilung des Rechnungsabschlusses besonders hinweisen. Der Kunde kann auch nach Fristablauf eine Berichtigung des Rechnungsabschlusses verlangen, muss dann aber beweisen, dass zu Unrecht sein Konto belastet oder eine ihm zustehende Gutschrift nicht erteilt wurde.

(3) Genehmigung von Belastungen aus Lastschriften

Hat der Kunde eine Belastungsbuchung aus einer Lastschrift, für die er dem Gläubiger eine Einzugsermächtigung erteilt hat, nicht schon genehmigt, so hat er Einwendungen gegen diese im Saldo des nächsten Rechnungsabschlusses enthaltene Belastungsbuchung spätestens vor Ablauf von sechs Wochen nach Zugang des Rechnungsabschlusses zu erheben. Macht er seine Einwendungen schriftlich geltend, genügt die Absendung innerhalb der Sechs-Wochen-Frist. Das Unterlassen rechtzeitiger Einwendungen gilt als Genehmigung der Belastung. Auf diese Folge wird die Bank bei Erteilung des Rechnungsabschlusses besonders hinweisen.

8. Storno- und Berichtigungsbuchungen der Bank

(1) Vor Rechnungsabschluss

Fehlerhafte Gutschriften auf Kontokorrentkonten (zum Beispiel wegen einer falschen Kontonummer) darf die Bank bis zum nächsten Rechnungsabschluss durch eine Belastungsbuchung rückgängig machen, soweit ihr ein Rückzahlungsanspruch gegen den Kunden zusteht (Stornobuchung); der Kunde kann in diesem Fall gegen die Belastungsbuchung nicht einwenden, dass er in Höhe der Gutschrift bereits verfügt hat.

(2) Nach Rechnungsabschluss

Stellt die Bank eine fehlerhafte Gutschrift erst nach einem Rechnungsabschluss fest und steht ihr ein Rückzahlungsanspruch gegen den Kunden zu, so wird sie in Höhe ihres Anspruchs sein Konto belasten (Berichtigungsbuchung). Erhebt der Kunde gegen die Berichtigungsbuchung Einwendungen, so wird die Bank den Betrag dem Konto wieder gutschreiben und ihren Rückzahlungsanspruch gesondert geltend machen.

(3) Information des Kunden; Zinsberechnung

Über Storno- und Berichtigungsbuchungen wird die Bank den Kunden unverzüglich unterrichten. Die Buchungen nimmt die Bank hinsichtlich der Zinsberechnung rückwirkend zu dem Tag vor, an dem die fehlerhafte Buchung durchgeführt wurde.

9. Einzugsaufträge

(1) Erteilung von Vorbehaltsgutschriften bei der Einreichung

Schreibt die Bank den Gegenwert von Schecks und Lastschriften schon vor ihrer Einlösung gut, geschieht dies unter dem Vorbehalt ihrer Einlösung, und zwar auch dann, wenn diese Papiere bei der Bank selbst zahlbar sind. Reicht der Kunde andere Papiere mit dem Auftrag ein, von einem Zahlungspflichtigen einen Forderungsbetrag zu beschaffen (zum Beispiel Zinsscheine), und erteilt die Bank über den Betrag eine Gutschrift, so steht diese unter dem Vorbehalt, dass die Bank den Betrag erhält. Der Vorbehalt gilt auch dann, wenn die Papiere bei der Bank selbst zahlbar sind. Werden Schecks oder Lastschriften nicht eingelöst oder erhält die Bank den Betrag aus dem Einzugsauftrag nicht, macht die Bank die Vorbehaltsgutschrift rückgängig. Dies geschieht unabhängig davon, ob in der Zwischenzeit ein Rechnungsabschluss erteilt wurde.

(2) Einlösung von Lastschriften und vom Kunden ausgestellter Schecks

Lastschriften und Schecks sind eingelöst, wenn die Belastungsbuchung nicht spätestens am zweiten Bankarbeitstag nach ihrer Vornahme rückgängig gemacht wird. Barschecks sind bereits mit Zahlung an den Scheckvorleger eingelöst. Schecks sind auch schon dann eingelöst, wenn die Bank im Einzelfall eine Bezahltmeldung absendet. Lastschriften und Schecks, die über die Abrechnungsstelle einer Landeszentralbank vorgelegt werden, sind eingelöst, wenn sie nicht bis zu dem von der Landeszentralbank festgesetzten Zeitpunkt an die Abrechnungsstelle zurückgegeben werden.

10. Fremdwährungsgeschäfte und Risiken bei Fremdwährungskonten

(1) Auftragsausführung bei Fremdwährungskonten

Fremdwährungskonten des Kunden dienen dazu, Zahlungen an den Kunden und Verfügungen des Kunden in fremder Währung bargeldlos abzuwickeln. Verfügungen über Guthaben auf Fremdwährungskonten (zum Beispiel durch Überweisungen zu Lasten des Fremdwährungsguthabens) werden unter Einschaltung von Banken im Heimatland der Währung abgewickelt, wenn sie die Bank nicht vollständig innerhalb des eigenen Hauses ausführt.

(2) Gutschriften bei Fremdwährungsgeschäften mit dem Kunden

Schließt die Bank mit dem Kunden ein Geschäft (zum Beispiel ein Devisentermingeschäft) ab, aus dem sie die Verschaffung eines Betrages in fremder Währung schuldet, wird sie ihre Fremdwährungsverbindlichkeit durch Gutschrift auf dem Konto des Kunden in dieser Währung erfüllen, sofern nicht etwas anderes vereinbart ist.

(3) Vorübergehende Beschränkung der Leistung durch die Bank

Die Verpflichtung der Bank zur Ausführung einer Verfügung zu Lasten eines Fremdwährungsguthabens (Absatz 1) oder zur Erfüllung einer Fremdwährungsverbindlichkeit (Absatz 2) ist in dem Umfang und solange ausgesetzt, wie die Bank in der Währung, auf die das Fremdwährungsguthaben oder die Verbindlichkeit lautet, wegen politisch bedingter Maßnahmen oder Ereignisse im Lande dieser Währung nicht oder nur eingeschränkt verfügen kann. In dem Umfang und solange diese Maßnahmen oder Ereignisse andauern, ist die Bank auch nicht zu einer Erfüllung an einem anderen Ort außerhalb des Landes der Währung, in einer anderen Währung (auch nicht in Euro) oder durch Anschaffung von Bargeld verpflichtet. Die Verpflichtung der Bank zur Ausführung einer Verfügung zu Lasten eines Fremdwährungsguthabens ist dagegen nicht ausgesetzt, wenn sie die Bank vollständig im eigenen Haus ausführen kann. Das Recht des Kunden und der Bank, fällige gegenseitige Forderungen in derselben Währung miteinander zu verrechnen, bleibt von den vorstehenden Regelungen unberührt.

(4) Umrechnungskurs

Die Bestimmung des Umrechnungskurses bei Fremdwährungsgeschäften ergibt sich aus dem „Preis- und Leistungsverzeichnis".

Mitwirkungspflichten des Kunden

11. Mitwirkungspflichten des Kunden

(1) Änderungen von Name, Anschrift oder einer gegenüber der Bank erteilten Vertretungsmacht

Zur ordnungsgemäßen Abwicklung des Geschäftsverkehrs ist es erforderlich, dass der Kunde der Bank Änderungen seines Namens und seiner Anschrift sowie das Erlöschen oder die Änderung einer gegenüber der Bank erteilten Vertretungsmacht (insbesondere einer Vollmacht) unverzüglich mitteilt. Diese Mitteilungspflicht besteht auch dann, wenn die Vertretungsmacht in ein öffentliches Register (zum Beispiel in das Handelsregister) eingetragen ist und ihr Erlöschen oder ihre Änderung in dieses Register eingetragen wird.

(2) Klarheit von Aufträgen und Überweisungen

Aufträge und Überweisungen müssen ihren Inhalt zweifelsfrei erkennen lassen. Nicht eindeutig formulierte Aufträge und Überweisungen können Rückfragen zur Folge haben, die zu Verzögerungen führen können. Vor allem hat der Kunde bei Aufträgen zur Gutschrift auf einem Konto (zum Beispiel bei Lastschrift- und Scheckeinreichungen) und Überweisungen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit des Namens des Zahlungsempfängers, der angegebenen Kontonummer, der angegebenen Bankleitzahl und der angegebenen Währung zu achten. Änderungen, Bestätigungen oder Wiederholungen von Aufträgen und Überweisungen müssen als solche gekennzeichnet sein.

(3) Besonderer Hinweis bei Eilbedürftigkeit der Ausführung eines Auftrags oder einer Überweisung

Hält der Kunde bei der Ausführung eines Auftrags oder einer Überweisung besondere Eile für nötig, hat er dies der Bank gesondert mitzuteilen. Bei formularmäßig erteilten Aufträgen oder Überweisungen muss dies außerhalb des Formulars erfolgen.

(4) Prüfung und Einwendungen bei Mitteilungen der Bank

Der Kunde hat Kontoauszüge, Wertpapierabrechnungen, Depot- und Erträgnisaufstellungen, sonstige Abrechnungen, Anzeigen über die Ausführung von Aufträgen und Überweisungen sowie Informationen über erwartete Zahlungen und Sendungen (Avise) auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit unverzüglich zu überprüfen und etwaige Einwendungen unverzüglich zu erheben.

(5) Benachrichtigung der Bank bei Ausbleiben von Mitteilungen

Falls Rechnungsabschlüsse und Depotaufstellungen dem Kunden nicht zugehen, muss er die Bank unverzüglich benachrichtigen. Die Benachrichtigungspflicht besteht auch beim Ausbleiben anderer Mitteilungen, deren Eingang der Kunde erwartet (Wertpapierabrechnungen, Kontoauszüge nach der Ausführung von Aufträgen und Überweisungen des Kunden oder über Zahlungen, die der Kunde erwartet).

Kosten der Bankdienstleistungen

12. Zinsen, Entgelte und Auslagen

(1) Zinsen und Entgelte im Privatkundengeschäft

Die Höhe der Zinsen und Entgelte für die im Privatkundengeschäft üblichen Kredite und Leistungen ergibt sich aus dem „Preisaushang – Regelsätze im standardisierten Privatkundengeschäft" und ergänzend aus dem „Preis- und Leistungsverzeichnis". – Wenn ein Kunde einen dort aufgeführten Kredit oder eine dort aufgeführte Leistung in Anspruch nimmt und dabei keine abweichende Vereinbarung getroffen wurde, gelten die zu diesem Zeitpunkt im Preisaushang oder Preis- und Leistungsverzeichnis angegebenen Zinsen und Entgelte. Für die darin nicht aufgeführten Leistungen, die im Auftrag des Kunden oder in dessen mutmaßlichem Interesse erbracht werden und die, nach den Umständen zu urteilen, nur gegen eine Vergütung zu erwarten sind, kann die Bank die Höhe der Entgelte nach billigem Ermessen (§ 315 des Bürgerlichen Gesetzbuches) bestimmen.

(2) Zinsen und Entgelte außerhalb des Privatkundengeschäfts

Außerhalb des Privatkundengeschäfts bestimmt die Bank, wenn keine andere Vereinbarung getroffen ist, die Höhe von Zinsen und Entgelten nach billigem Ermessen (§ 315 des Bürgerlichen Gesetzbuches).

(3) Änderung von Zinsen und Entgelten

Die Änderung der Zinsen bei Krediten mit einem veränderlichen Zinssatz erfolgt aufgrund der jeweiligen Kreditvereinbarungen mit dem Kunden. Das Entgelt für Leistungen, die vom Kunden im Rahmen der Geschäftsverbindung typischerweise dauerhaft in Anspruch genommen werden (zum Beispiel Konto- und Depotführung), kann die Bank nach billigem Ermessen (§ 315 des Bürgerlichen Gesetzbuches) ändern.

(4) Kündigungsrecht des Kunden bei Erhöhungen von Zinsen und Entgelten

Die Bank wird dem Kunden Änderungen von Zinsen und Entgelten nach Absatz 3 mitteilen. Bei einer Erhöhung kann der Kunde, sofern nichts anderes vereinbart ist, die davon betroffene Geschäftsbeziehung innerhalb von sechs Wochen nach Bekanntgabe der Änderung mit sofortiger Wirkung kündigen. Kündigt der Kunde, so werden die erhöhten Zinsen und Entgelte für die gekündigte Geschäftsbeziehung nicht zugrundegelegt. Die Bank wird zur Abwicklung eine angemessene Frist einräumen.

(5) Auslagen

Die Bank ist berechtigt, dem Kunden Auslagen in Rechnung zu stellen, die anfallen, wenn die Bank in seinem Auftrag oder seinem mutmaßlichen Interesse tätig wird (insbesondere für Ferngespräche, Porti) oder wenn Sicherheiten bestellt, verwaltet, freigegeben oder verwertet werden (insbesondere Notarkosten, Lagergelder, Kosten der Bewachung von Sicherungsgut).

(6) Besonderheiten bei Verbraucherdarlehensverträgen

Bei Kreditverträgen, die nach § 492 des Bürgerlichen Gesetzbuches der Schriftform bedürfen, richten sich die Zinsen und die Kosten (Entgelte, Auslagen) nach den Angaben in der Vertragsurkunde. Fehlt die Angabe eines Zinssatzes, gilt der gesetzliche Zinssatz; nicht angegebene Kosten werden nicht geschuldet (§ 494 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches). Bei Überziehungskrediten nach § 493 des Bürgerlichen Gesetzbuches richtet sich der maßgebliche Zinssatz nach dem Preisaushang und den Informationen, die die Bank dem Kunden übermittelt.

Sicherheiten für die Ansprüche der Bank gegen den Kunden

13. Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten

(1) Anspruch der Bank auf Bestellung von Sicherheiten

Die Bank kann für alle Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung die Bestellung bankmäßiger Sicherheiten verlangen, und zwar auch dann, wenn die Ansprüche bedingt sind (zum Beispiel Aufwendungsersatzanspruch wegen der Inanspruchnahme aus einer für den Kunden übernommenen Bürgschaft). Hat der Kunde gegenüber der Bank eine Haftung für Verbindlichkeiten eines anderen Kunden der Bank übernommen (zum Beispiel als Bürge), so besteht für die Bank ein Anspruch auf Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten im Hinblick auf die aus der Haftungsübernahme folgende Schuld jedoch erst ab ihrer Fälligkeit.

(2) Veränderungen des Risikos

Hat die Bank bei der Entstehung von Ansprüchen gegen den Kunden zunächst ganz oder teilweise davon abgesehen, die Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten zu verlangen, kann sie auch später noch eine Besicherung fordern. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass Umstände eintreten oder bekannt werden, die eine erhöhte Risikobewertung der Ansprüche gegen den Kunden rechtfertigen. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn

- sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kunden nachteilig verändert haben oder sich zu verändern drohen, oder
- sich die vorhandenen Sicherheiten wertmäßig verschlechtert haben oder zu verschlechtern drohen.

Der Besicherungsanspruch der Bank besteht nicht, wenn ausdrücklich vereinbart ist, dass der Kunde keine oder ausschließlich im Einzelnen benannte Sicherheiten zu bestellen hat. Bei Verbraucherdarlehensverträgen besteht ein Anspruch auf die Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten nur, soweit die Sicherheiten im Kreditvertrag angegeben sind; wenn der Nettokreditbetrag 50.000,– Euro übersteigt, besteht der Anspruch auf Bestellung oder Verstärkung auch dann, wenn der Kreditvertrag keine oder keine abschließenden Angaben über Sicherheiten enthält.

(3) Fristsetzung für die Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten

Für die Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten wird die Bank eine angemessene Frist einräumen. Beabsichtigt die Bank, von ihrem Recht zur fristlosen Kündigung nach Nr. 19 Absatz 3 dieser Geschäftsbedingungen Gebrauch zu machen, falls der Kunde seiner Verpflichtung zur Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten nicht fristgerecht nachkommt, wird sie ihn zuvor hierauf hinweisen.

14. Vereinbarung eines Pfandrechts zugunsten der Bank

(1) Einigung über das Pfandrecht

Der Kunde und die Bank sind sich darüber einig, dass die Bank ein Pfandrecht an den Wertpapieren und Sachen erwirbt, an denen eine inländische Filiale im bankmäßigen Geschäftsverkehr Besitz erlangt hat oder noch erlangen wird. Die Bank erwirbt ein Pfandrecht auch an den Ansprüchen, die dem Kunden gegen die Bank aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung zustehen oder künftig zustehen werden (zum Beispiel Kontoguthaben).

(2) Gesicherte Ansprüche

Das Pfandrecht dient der Sicherung aller bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche, die der Bank mit ihren sämtlichen in- und ausländischen Filialen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung gegen den Kunden zustehen. Hat der Kunde gegenüber der Bank eine Haftung für Verbindlichkeiten eines anderen Kunden der Bank übernommen (zum Beispiel als Bürge), so sichert das Pfandrecht die aus der Haftungsübernahme folgende Schuld jedoch erst ab ihrer Fälligkeit.

(3) Ausnahmen vom Pfandrecht

Gelangen Gelder oder andere Werte mit der Maßgabe in die Verfügungsgewalt der Bank, dass sie nur für einen bestimmten Zweck verwendet werden dürfen (zum Beispiel Bareinzahlung zur Einlösung eines Wechsels), erstreckt sich das Pfandrecht der Bank nicht auf diese Werte. Dasselbe gilt für die von der Bank selbst ausgegebenen Aktien (eigene Aktien) und für die Wertpapiere, die die Bank im Ausland für den Kunden verwahrt. Außerdem erstreckt sich das Pfandrecht nicht auf die von der Bank selbst ausgegebenen eigenen Genußrechte/Genußscheine und nicht auf die verbrieften und nicht verbrieften nachrangigen Verbindlichkeiten der Bank.

(4) Zins- und Gewinnanteilscheine

Unterliegen dem Pfandrecht der Bank Wertpapiere, ist der Kunde nicht berechtigt, die Herausgabe der zu diesen Papieren gehörenden Zins- und Gewinnanteilscheine zu verlangen.

15. Sicherungsrechte bei Einzugspapieren und diskontierten Wechseln

(1) Sicherungsübereignung

Die Bank erwirbt an den ihr zum Einzug eingereichten Schecks und Wechseln im Zeitpunkt der Einreichung Sicherungseigentum. An diskontierten Wechseln erwirbt die Bank im Zeitpunkt des Wechselankaufs uneingeschränktes Eigentum; belastet sie diskontierte Wechsel dem Konto zurück, so verbleibt ihr das Sicherungseigentum an diesen Wechseln.

(2) Sicherungsabtretung

Mit dem Erwerb des Eigentums an Schecks und Wechseln gehen auch die zugrunde liegenden Forderungen auf die Bank über; ein Forderungsübergang findet ferner statt, wenn andere Papiere zum Einzug eingereicht werden (zum Beispiel Lastschriften, kaufmännische Handelspapiere).

(3) Zweckgebundene Einzugspapiere

Werden der Bank Einzugspapiere mit der Maßgabe eingereicht, dass ihr Gegenwert nur für einen bestimmten Zweck verwendet werden darf, erstrecken sich die Sicherungsübereignung und die Sicherungsabtretung nicht auf diese Papiere.

(4) Gesicherte Ansprüche der Bank

Das Sicherungseigentum und die Sicherungsabtretung dienen der Sicherung aller Ansprüche, die der Bank gegen den Kunden bei Einreichung von Einzugspapieren aus seinen Kontokorrentkonten zustehen oder die infolge der Rückbelastung nicht eingelöster Einzugspapiere oder diskontierter Wechsel entstehen. Auf Anforderung des Kunden nimmt die Bank eine Rückübertragung des Sicherungseigentums an den Papieren und der auf sie übergegangenen Forderungen an den Kunden vor, falls ihr im Zeitpunkt der Anforderung keine zu sichernden Ansprüche gegen den Kunden zustehen oder sie ihn über den Gegenwert der Papiere vor deren endgültiger Bezahlung nicht verfügen lässt.

16. Begrenzung des Besicherungsanspruchs und Freigabeverpflichtung

(1) Deckungsgrenze

Die Bank kann ihren Anspruch auf Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten solange geltend machen, bis der realisierbare Wert aller Sicherheiten dem Gesamtbetrag aller Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung (Deckungsgrenze) entspricht.

(2) Freigabe

Falls der realisierbare Wert aller Sicherheiten die Deckungsgrenze nicht nur vorübergehend übersteigt, hat die Bank auf Verlangen des Kunden Sicherheiten nach ihrer Wahl freizugeben, und zwar in Höhe des die Dekkungsgrenze übersteigenden Betrages; sie wird bei der Auswahl der freizugebenden Sicherheiten auf die berechtigten Belange des Kunden und eines dritten Sicherungsgebers, der für die Verbindlichkeiten des Kunden Sicherheiten bestellt hat, Rücksicht nehmen. In diesem Rahmen ist die Bank auch verpflichtet, Aufträge des Kunden über die dem Pfandrecht unterliegenden Werte auszuführen (zum Beispiel Verkauf von Wertpapieren, Auszahlung von Sparguthaben).

(3) Sondervereinbarungen

Ist für eine bestimmte Sicherheit ein anderer Bewertungsmaßstab als der realisierbare Wert oder ist eine andere Deckungsgrenze oder ist eine andere Grenze für die Freigabe von Sicherheiten vereinbart, so sind diese maßgeblich.

17. Verwertung von Sicherheiten

(1) Wahlrecht der Bank

Wenn die Bank verwertet, hat sie unter mehreren Sicherheiten die Wahl. Sie wird bei der Verwertung und bei der Auswahl der zu verwertenden Sicherheiten auf die berechtigten Belange des Kunden und eines dritten Sicherungsgebers, der für die Verbindlichkeiten des Kunden Sicherheiten bestellt hat, Rücksicht nehmen.

(2) Erlösgutschrift nach dem Umsatzsteuerrecht

Wenn der Verwertungsvorgang der Umsatzsteuer unterliegt, wird die Bank dem Kunden über den Erlös eine Gutschrift erteilen, die als Rechnung für die Lieferung der als Sicherheit dienenden Sache gilt und den Voraussetzungen des Umsatzsteuerrechts entspricht.

Kündigung

18. Kündigungsrechte des Kunden

(1) Jederzeitiges Kündigungsrecht

Der Kunde kann die gesamte Geschäftsverbindung oder einzelne Geschäftsbeziehungen (zum Beispiel den Scheckvertrag), für die weder eine Laufzeit noch eine abweichende Kündigungsregelung vereinbart ist, jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen.

(2) Kündigung aus wichtigem Grund

Ist für eine Geschäftsbeziehung eine Laufzeit oder eine abweichende Kündigungsregelung vereinbart, kann eine fristlose Kündigung nur dann ausgesprochen werden, wenn hierfür ein wichtiger Grund vorliegt, der es dem Kunden, auch unter Berücksichtigung der berechtigten Belange der Bank, unzumutbar werden lässt, die Geschäftsbeziehung fortzusetzen.

(3) Gesetzliche Kündigungsrechte

Gesetzliche Kündigungsrechte bleiben unberührt.

19. Kündigungsrechte der Bank

(1) Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist

Die Bank kann die gesamte Geschäftsverbindung oder einzelne Geschäftsbeziehungen, für die weder eine Laufzeit noch eine abweichende Kündigungsregelung vereinbart ist, jederzeit unter Einhaltung einer angemessenen Kündigungsfrist kündigen (zum Beispiel den Scheckvertrag, der zur Nutzung von Scheckvordrucken berechtigt). Bei der Bemessung der Kündigungsfrist wird die Bank auf die berechtigten Belange des Kunden Rücksicht nehmen. Für die Kündigung der Führung von laufenden Konten und Depots beträgt die Kündigungsfrist mindestens sechs Wochen.

(2) Kündigung unbefristeter Kredite

Kredite und Kreditzusagen, für die weder eine Laufzeit noch eine abweichende Kündigungsregelung vereinbart ist, kann die Bank jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Die Bank wird bei der Ausübung dieses Kündigungsrechts auf die berechtigten Belange des Kunden Rücksicht nehmen.

(3) Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist

Eine fristlose Kündigung der gesamten Geschäftsverbindung oder einzelner Geschäftsbeziehungen ist zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der der Bank, auch unter Berücksichtigung der berechtigten Belange des Kunden, deren Fortsetzung unzumutbar werden lässt. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor,

- wenn der Kunde unrichtige Angaben über seine Vermögensverhältnissse gemacht hat, die für die Entscheidung der Bank über eine Kreditgewährung oder über andere mit Risiken für die Bank verbundene Geschäfte (zum Beispiel Aushändigung einer Zahlungskarte) von erheblicher Bedeutung waren, oder
- wenn eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Kunden oder der Werthaltigkeit einer Sicherheit eintritt oder einzutreten droht und dadurch die Rückzahlung des Darlehens oder die Erfüllung einer sonstigen Verbindlichkeit gegenüber der Bank – auch unter Verwertung einer hierfür bestehenden Sicherheit – gefährdet ist, oder
- wenn der Kunde seiner Verpflichtung zur Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten nach Nr. 13 Absatz 2 dieser Geschäftsbedingungen oder aufgrund einer sonstigen Vereinbarung nicht innerhalb der von der Bank gesetzten angemessenen Frist nachkommt.

Besteht der wichtige Grund in der Verletzung einer vertraglichen Pflicht, ist die Kündigung erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten angemessenen Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig, es sei denn, dies ist wegen der Besonderheiten des Einzelfalles (§ 323 Absätze 2 und 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches) entbehrlich.

(4) Kündigung von Verbraucherdarlehensverträgen bei Verzug

Soweit das Bürgerliche Gesetzbuch Sonderregelungen für die Kündigung wegen Verzuges mit der Rückzahlung eines Verbraucherdarlehensvertrages vorsieht, kann die Bank nur nach Maßgabe dieser Regelungen kündigen.

(5) Abwicklung nach einer Kündigung

Im Falle einer Kündigung ohne Kündigungsfrist wird die Bank dem Kunden für die Abwicklung (insbesondere für die Rückzahlung eines Kredits) eine angemessene Frist einräumen, soweit nicht eine sofortige Erledigung erforderlich ist (zum Beispiel bei der Kündigung des Scheckvertrages die Rückgabe der Scheckvordrucke).

Schutz der Einlagen

20. Einlagensicherungsfonds

(1) Schutzumfang

Die Bank ist dem Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes deutscher Banken e.V. angeschlossen. Der Einlagensicherungsfonds sichert alle Verbindlichkeiten, die in der Bilanzposition „Verbindlichkeiten gegenüber Kunden" auszuweisen sind. Hierzu zählen Sicht-, Termin- und Spareinlagen einschließlich der auf den Namen lautenden Sparbriefe. Die Sicherungsgrenze je Gläubiger beträgt 30% des für die Einlagensicherung jeweils maßgeblichen haftenden Eigenkapitals der Bank. Diese Sicherungsgrenze wird dem Kunden von der Bank auf Verlangen bekannt gegeben. Sie kann auch im Internet unter www.bdb.de abgefragt werden.

(2) Ausnahmen vom Einlegerschutz

Nicht geschützt sind Forderungen, über die die Bank Inhaberpapiere ausgestellt hat, wie z.B. Inhaberschuldverschreibungen und Inhabereinlagenzertifikate, sowie Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten.

(3) Ergänzende Geltung des Statuts des Einlagensicherungsfonds

Wegen weiterer Einzelheiten des Sicherungsumfanges wird auf § 6 des Statuts des Einlagensicherungsfonds verwiesen, das auf Verlangen zur Verfügung gestellt wird.

(4) Forderungsübergang

Soweit der Einlagensicherungsfonds oder ein von ihm Beauftragter Zahlungen an einen Kunden leistet, gehen dessen Forderungen gegen die Bank in entsprechender Höhe mit allen Nebenrechten Zug um Zug auf den Einlagensicherungsfonds über.

(5) Auskunftserteilung

Die Bank ist befugt, dem Einlagensicherungsfonds oder einem von ihm Beauftragten alle in diesem Zusammenhang erforderlichen Auskünfte zu erteilen und Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

Anlage 2

Rechtsprechung

Vor Fälligkeit der Bürgschaftsschuld steht einer Bank zur Sicherung ihrer Ansprüche gegen den Bürgen weder ein Pfandrecht nach Nr. 19 Abs. 2 AGB-Banken an dessen Sachen und Rechten zu noch kann sie aus einer Sicherungsabtretung nach Nr. 44 Satz 1 und 4 AGB-Banken Rechte gegen ihn herleiten. Beides ist mit dem Leitbild der Bürgschaft unvereinbar.

BGB § 765
AGBG § 9
AGB-Banken Nr. 19 Abs. 2, Nr. 44

B G H, Urteil vom 25. September 1990
(XI ZR 142/89, Düsseldorf) *

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der M.-GmbH & Co. KG. Er verlangt von der Beklagten, einer Bank, die Auszahlung der nach Konkurseröffnung (10. November 1986) eingegangenen Erlöse aus Dokumenteninkassoaufträgen der Gemeinschuldnerin. In den Monaten März bis Mai 1987 zog die Beklagte aufgrund vor Konkurseröffnung erteilter Dokumenteninkassoaufträge 73 787,77 DM ein. Einen Teilbetrag in Höhe von 53 892,54 DM verwandte sie zur abgesonderten Befriedigung von Gegenansprüchen. Sie berief sich dabei auf die Sicherungsabtretung der eingezogenen Forderungen nach Nr. 44 Satz 1 und 4 AGB-Banken, deren Geltung zwischen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten vereinbart war. Die Auszahlung des restlichen Inkassoerlöses von 19 895,23 DM verweigert die Beklagte unter Berufung auf Nr. 44 Satz 1 und 4 AGB-Banken sowie auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen Gegenansprüchen aus einer Bürgschaft. Im Oktober 1985 hatte die Gemeinschuldnerin eine selbstschuldnerische Höchstbetragsbürgschaft über 70 000,– DM für ein längerfristiges Darlehen der Beklagten an den Handelsvertreter S.

übernommen. Die formularmäßige Bürgschaftserklärung enthält u. a. die Klausel, daß der Bürge auf Verlangen der Bank verpflichtet ist, für die Bürgschaft eine der Bank genehme Sicherheit zu leisten, auch wenn deren Ansprüche bedingt oder noch nicht fällig sind. Bei Eingang der Inkassoerlöse nach Konkurseröffnung war die von der Gemeinschuldnerin gesicherte Darlehensforderung der Beklagten noch nicht fällig.

Das Landgericht hat der Klage auf Zahlung von 73 787,77 DM nebst Zinsen stattgegeben. Das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Die auf Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils gerichtete Revision des Klägers wurde nur in Höhe eines Teilbetrages von 19 895,23 DM nebst Zinsen angenommen. Während des Revisionsverfahrens ist die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Darlehensnehmers S. mangels Masse abgelehnt worden. Die Revision führte, soweit sie angenommen worden ist, zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Berufung.

Aus den Gründen

1. Nach Teilannahme der Revision ist nur noch darüber zu entscheiden, ob die Beklagte wegen der Forderung der Gemeinschuldnerin für die Darlehensforderung gegen S. übernommenen selbstschuldnerischen Bürgschaft berechtigt ist, die Auszahlung des restlichen Inkassoerlöses von 19 895,23 DM an den Kläger zu verweigern. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Beklagten stehe wegen ihrer etwaigen Ansprüche auf Befriedigung aus der selbstschuldnerischen Bürgschaft der Gemeinschuldnerin ein Absonderungsrecht an dem Resterlös zu. Zwar sei die schon vor Konkurseröffnung entstandene und durch den etwaigen Ausfall des Hauptschuldners S. bedingte Forderung der Beklagten noch nicht fällig. Dies hindere die Annahme

die Sicherungsabtretung der eingezogenen Forgen nach Nr. 44 AGB-Banken entstandenen Abungsrechts aber nicht, sondern führe allenfalls faß der restliche Inkassoerlös auf Verlangen des gemäß § 1288 Abs. 1 BGB verzinslich anzule-

iese Beurteilung hält der revisionsgerichtlichen üfung nicht stand. Die Annahme eines durch ngsabtretung der eingezogenen Forderungen r. 44 Satz 1 und 4 AGB-Banken entstandenen chtsähnlichen (Absonderungs-)Rechts zur Si- des noch nicht fälligen Anspruchs der Beaus der Höchstbetragsbürgschaft ist mit dem der Bürgschaft nicht vereinbar. Durch den haftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung rbindlichkeit des Dritten einzustehen (§ 765 BGB). Er sichert durch sein Bürgschaftsversprepersönlich die Hauptschuld und muß erst dann Mittel aufwenden, wenn er aus der Bürgschaft pruch genommen worden, seine Bürgschaftsalso fällig ist. Diesem Leitbild der Bürgschaft prlcht es, dem Bürgen die Verpflichtung aufgen, auf Verlangen des Gläubigers für die Bürgsicherheit zu leisten. Nach der Rechtsprechung ndesgerichtshofs ist deshalb Klauseln in AllgeGeschäftsbedingungen, die eine solche Verung des Bürgen vorsehen oder ein Pfandrecht nögensgegenständen des Bürgen zur Sicheeiner noch nicht fälligen Bürgschaftsschuld besollen, die Anerkennung zu versagen (BGHZ [300] = WM 1984, 1465; BGH, Urteil vom 10. ber 1988 = WM 1989, 129 [131]). Einer Bank her ein Pfandrecht gemäß Nr. 19 Abs. 2 AGBam Guthaben des Bürgen vor Fälligkeit der haft nicht zu. Entsprechendes muß angesichts chbarer Interessenlage für Rechte der Bank aus herungsabtretung einzuziehender Forderungen Nr. 44 Satz 1 und 4 AGB-Banken beim hier vorlen Dokumenteninkasso gelten. Nr. 44 Satz 1 AGB-Banken ergänzen die allgemeine Pfandregelung in Nr. 19 Abs. 2 AGB-Banken *(Loewe/ Westphalen/Trinkner,* AGBG 2. Aufl., Banken-, Wechsel- und Scheck-AGB Rdn. 15; *Bunte/* Allgemeine Geschäftsbedingungen und Sonlingungen der Kreditinstitute, 1986, S. 98). Wie

Pfandrecht nach Nr. 19 Abs. 2 AGB-Banken dient die Sicherungsabtretung der Sicherung beste- und künftiger Ansprüche der Bank aus der mäßigen Geschäftsverbindung mit dem Kunden. Konkurs ihres Kunden wird die Bank bei wirksa- Sicherungsabtretung wie ein Pfandgläubiger be- delt, d. h. ihr ein Anspruch auf abgesonderte Be- gung aus der abgetretenen Forderung gewährt 95, 149 [152] = WM 1985, 1057). Sicherungsab- ng nach Nr. 44 Satz 1 und 4 AGB-Banken und recht nach Nr. 19 Abs. 2 AGB-Banken können halb jedenfalls im Konkurs des Kunden nicht un- schiedlich behandelt werden. Wie der Bank vor keit der Bürgschaftsschuld kein Pfandrecht nach 19 Abs. 2 AGB-Banken am Kundenguthaben zu- so kann sie vor Fälligkeit der Bürgschaftsschuld aus der Sicherungsabtretung nach Nr. 44 Satz 1 AGB-Banken keine Rechte herleiten. Beides ist dem Leitbild der Bürgschaft in gleicher Weise un- bar. Der Umstand, daß die Eröffnung des Kon- verfahrens über das Vermögen des Hauptschuld- S. während des Revisionsverfahrens mangels

Nr. 46 vom 17. November 1990

Masse abgelehnt worden und die Bürgschaftsschuld der Gemeinschuldnerin nunmehr fällig ist, ist vom Senat zwar trotz § 561 ZPO zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 1974 = WM 1975, 134 = NJW 1975, 442 [443]), hat die Rechtslage zugunsten der Beklagten aber nicht verändert. Nach § 15 Satz 1 KO können an den zur Konkursmasse gehörenden Gegenständen nach Eröffnung des Konkursverfahrens Vorzugsrechte mit Wirkung gegenüber den Konkursgläubigern nicht erworben werden. Das vom Berufungsgericht angenommene Absonderungsrecht am restlichen Inkassoerlös steht der Beklagten daher nicht zu.

3. Auch mit anderer Begründung läßt sich das angefochtene Urteil nicht halten. Anders als die Beklagte meint, hat sie in Höhe des restlichen Inkassoerlöses kein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 54 Abs. 3 KO. Ein Anspruch auf Sicherheitsverstärkung, auf den die Beklagte sich insoweit beruft, besteht nicht. Die Klausel in der formularmäßigen Bürgschaftserklärung, wonach die Gemeinschuldnerin auf Verlangen der Beklagten schon vor Fälligkeit der Bürgschaft Sicherheit zu leisten hat, widerspricht, wie vorstehend unter 2. ausgeführt, dem Leitbild der Bürgschaft. Sie benachteiligt den Bürgen unangemessen und ist deshalb wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG unwirksam (vgl. BGHZ 92, 295 [300 f] = WM 1984, 1465; BGH, Urteil vom 10. November 1988 = WM 1989, 129 [130 f]).