

## **Zu Art. 2a Nr. 5 und 6 (§ 44 Abs. 1 Satz 5; § 52 Abs. 55a EStG-E):**

### **Abführung der Kapitalertragsteuer**

Die Kapitalertragsteuer auf Kapitalerträge i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EStG soll ab 2005 nicht wie bisher erst am 10. des Folgemonats, sondern in dem Zeitpunkt abzuführen sein, in dem die Kapitalerträge dem Gläubiger zufließen (Änderung von § 44 Abs. 1 Satz 5 EStG; zur erstmaligen Anwendung vgl. § 52 Abs. 55a EStG-E). Mit der Gesetzesänderung soll eine Forderung des Bundesrechnungshofs erfüllt werden, der die möglichen Zinersparnisse für Bund und Länder auf einen mittleren zweistelligen Millionenbetrag in Euro jährlich geschätzt hatte.

### **Allgemeine Bemerkungen**

Dem lässt sich entgegenhalten, dass der Fiskus seinerseits Liquiditätsvorteile erzielt. So muss etwa Kapitalertragsteuer auf Dividendenzahlungen an Kapitalgesellschaften und andere Körperschaften abgeführt werden, obgleich die Dividenden bei diesen Empfängern gem. § 8b Abs. 1 KStG von der Körperschaftsteuer frei gestellt wurden. Es erscheint uns deshalb konsequent, in diesem Zusammenhang an die damals erhobene Forderung der Wirtschaft zu erinnern, bei diesen Dividendenzahlungen vom Kapitalertragsteuerabzug abzusehen.

Ferner wurden im Zuge der Umsetzung der Mutter-Tochter-Richtlinie Dividendenzahlungen an eine Muttergesellschaft mit Sitz im Ausland von der Kapitalertragsteuer freigestellt, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen (vgl. § 43b Abs. 1 EStG). Danach sind ausländische Muttergesellschaften steuerlich besser gestellt als inländische Muttergesellschaften. Der Nachteil für inländische Muttergesellschaften muss beseitigt werden, indem die Freistellung von der Kapitalertragsteuer für alle Muttergesellschaften, die in einem EU-Mitgliedstaat ansässig sind, gewährt wird.

### **Anmerkungen aus Sicht der Kreditwirtschaft**

Kreditinstitute in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft, GmbH oder Genossenschaft sind selbst von der Gesetzesänderung betroffen, wenn sie Gewinne an ihre Anteilseigner bzw. Mitglieder ausschütten, ferner als Emittenten von Genussrechten, mit denen das Recht am Gewinn und Liquidationserlös verbunden ist (eigenkapitalähnliche Genussrechte). Die einzubehaltende Kapitalertragsteuer i.H.v. 20 % wäre dann zeitgleich mit den Erträgnisausschüttungen an das Finanzamt abzuführen. Der Zeitpunkt für die Abführung des Zinsabschlags und der Kapitalertragsteuer von 25 %, die u.a. auf Zinsen aus rentenähnlichen Genussscheinen erhoben wird, soll unverändert bleiben.

Eine solche Regelung erscheint aus Sicht der Kreditwirtschaft nicht angemessen.

Einerseits käme zur Frist für die Abführung des Zinsabschlags und der 25 %igen Kapitalertragsteuer eine weitere Frist zur Abführung der Kapitalertragsteuer auf eigene Dividendenzahlungen etc. hinzu. Im Monat der eigenen Dividendenzahlung durch das Kreditinstitut müssten zwei Kapitalertragsteueranmeldungen erfolgen.

Die Kreditinstitute finanzieren darüber hinaus in erheblichem Umfang die Erstattung der Kapitalertragsteuer für Dividendenzahlungen an ihre Depotkunden vor, wenn diese auf Grund von Freistellungsaufträgen sowie von Nichtveranlagungs-Bescheinigungen zu einer Erstattung berechtigt sind (vgl. § 45b EStG zum Sammelantragsverfahren). Es erscheint nicht akzeptabel, wenn einerseits die Kapitalertragsteuer auf eigene Dividendenzahlungen sofort an den Fiskus abgeführt werden müsste, andererseits aber Erstattungen der Kapitalertragsteuer im Sammelantragsverfahren durch das Bundesamt für Finanzen drei Wochen und länger dauern. Es entstünde ein Ungleichgewicht, wenn der Fiskus einerseits auf seiner sofortigen Abführung der Kapitalertragsteuer besteht, andererseits aber deren Erstattung erst mit deutlicher Verzögerung vornimmt.

#### **Petitum:**

**Sollte auf die vorgesehene Regelung, die Kapitalertragsteuer auf Dividenden zeitgleich mit der Gewinnausschüttung abzuführen, nicht generell verzichtet werden, müssen**

- **Kreditinstitute von dieser Neuregelung ausgenommen werden**  
**oder**
- **zur Vermeidung von Liquiditätsnachteilen zumindest Vorkehrungen dafür getroffen werden, dass die Dauer für die Erstattung der Kapitalertragsteuer im Sammelantragsverfahren ebenfalls verkürzt wird.**

**In Betracht käme ferner, Kreditinstituten bei Auszahlung eigener Dividenden in Freistellungs- und Nichtveranlagungs-Fällen die Abstandnahme vom Kapitalertragsteuerabzug zuzugestehen.**

## Ergänzungsvorschlag zu Art. 2a (Änderung von § 23 EStG):

### **Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte mit Wertpapieren i.S. von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG;**

#### **hier: Einführung einer Verbrauchsfolge (Fifo-Methode)**

Der durch das Steueränderungsgesetz 2003 eingeführte § 24c EStG verpflichtet die Kreditinstitute, für jeden ihrer Kunden eine „Jahresbescheinigung über Kapitalerträge und Veräußerungsgewinne aus Finanzanlagen“ zu erstellen. Die Umsetzung bereitet erhebliche Probleme, vor allem im Zusammenhang mit privaten Veräußerungsgeschäften über gleichartige Wertpapiere. Die nach derzeitigem Recht zur Berechnung der Veräußerungsgewinne anzuwendende Durchschnittsmethode mit anteiliger Reduzierung der Bestände bei Teilverkäufen ist EDV-technisch in einem Massenverfahren nicht mehr mit vertretbarem Aufwand darstellbar.

#### a) Umsetzungsprobleme bei der Veräußerung girosammelverwahrter Wertpapiere

Nach dem Entwurf eines BMF-Schreibens aus dem Jahre 2002<sup>1</sup> gelten bei girosammelverwahrten Wertpapieren zunächst die Papiere als veräußert, die außerhalb der Jahresfrist angeschafft wurden. Innerhalb der Jahresfrist, aber zu unterschiedlichen Zeitpunkten angeschaffte Papiere gelten anteilig als veräußert; die Anschaffungskosten sind dabei als Durchschnittswert zu ermitteln.

Um die Umsetzungsprobleme zu veranschaulichen, haben wir ein relativ einfaches Beispiel aufbereitet und analysiert:

Beispiel: A erwirbt Aktien der X-AG:

- am 02.05. 10 Aktien, Kurs 10 €

- am 03.05. 10 Aktien, Kurs 12 €

- am 04.05. 10 Aktien, Kurs 14 €.

Am 05.05. verkauft er 20 Aktien zum Kurs von 15 €.

Es ergeben sich folgende durchschnittliche Anschaffungskosten:

10 Stück à 10 € = 100 €

10 Stück à 12 € = 120 €

10 Stück à 14 € = 140 €

Summe 360 €: 30 Stück = 12 € pro Aktie

Der Gewinn aus dem privaten Veräußerungsgeschäft berechnet sich somit wie folgt :

Veräußerungserlös 20 Aktien à 15 € = 300 €

Anschaffungskosten 20 Aktien à 12 € = 240 €

Veräußerungsgewinn = 60 €

<sup>1</sup> Vgl. Rz. 53 bis 55 des Entwurfs eines BMF-Schreibens zu Zweifelsfragen bei der Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte mit Wertpapieren vom 25. Juli 2002; darin wird auf das BFH-Urteil vom 24.11.1993, BStBl. 1994 II, S. 591, Bezug genommen.

Die Fiktion einer anteiligen Veräußerung der Restbestände erfordert ein äußerst anspruchsvolles und zudem fehleranfälliges Berechnungsverfahren. Nach jedem Wertpapierverkauf müsste ein neuer gewichteter Durchschnittskurs für alle Käufe ermittelt werden, die sich noch innerhalb der einjährigen Spekulationsfrist befinden. Eine flächendeckende Einführung würde bedeuten, dass tagtäglich Rechenläufe über alle Depots erfolgen müssten; die ermittelten Durchschnittswerte müssten bei dem jeweiligen Depot abgespeichert werden. Dies würde eine enorme Belastung der EDV-Systeme bedeuten.

Fortsetzung des Beispiels:

A verkauft die restlichen 10 Stück am 07.05. zum Kurs von 11 €.

Um den aus diesem Verkauf resultierenden Gewinn oder Verlust errechnen zu können, muss zuvor ein neuer gewichteter Einstandskurs ermittelt werden. Die 20 bereits veräußerten Aktien entfallen zu je  $20/30 = 6,6666$  Stück auf die drei Käufe. Von den verbliebenen 10 Aktien entfallen somit jeweils  $3,3333$  Stück auf die einzelnen Käufe.

Wie aus der Fortsetzung des Beispiels ersichtlich ist, stellt sich darüber hinaus das Problem des Rundens. Je nachdem, nach welcher Methode die entstandenen Aktienbruchteile auf- oder abgerundet werden, ergibt sich ein anderer Betrag von Einkünften. Im Falle von Fondssparplänen stellt sich das Rundungsproblem im Übrigen nicht erst nach dem ersten Verkauf von Anteilen, sondern von Anfang an, da hier bereits Bruch(fondsanteile) erworben sein können.

Nach Auffassung der Finanzverwaltung ist kaufmännisch zu runden, wenn sich ein Bruchteilsbestand eines Wertpapiers ergibt<sup>2</sup>. Im Beispiel beträgt der durchschnittliche Anschaffungskurs 12 €. Dieser Kurs setzt voraus, dass die folgenden Veräußerungen jeweils zu gleichen Anteilen, im Verhältnis zur Stückzahl, von den jeweiligen Käufen abgezogen werden; im Beispiel je  $20/30 = 6,6666$ . Jeder weitere Verkauf würde nun wiederum anteilmäßig von den Restbeständen der verschiedenen Anschaffungen abgezogen, bis der Gesamtbestand veräußert ist. Vorausgesetzt, es erfolgt zwischenzeitlich kein weiterer Kauf und es fällt keine der Anschaffungs-Tranchen aus der Jahresfrist heraus, behält der durchschnittliche Anschaffungskurs von 12 € weiterhin Gültigkeit.

Eine kaufmännische Rundung kann zu einem falschen Ergebnis führen. Im Beispiel würden dann 21 Stücke „veräußert“ ( $6,6666... \rightarrow 7$ ). Um zu dem tatsächlichen Verkauf von 20 Stück zu kommen, müsste also anders gerechnet bzw. gerundet werden. Dann würde sich zwangsläufig aber auch ein anderer durchschnittlicher Anschaffungskurs und damit ein abweichender Veräußerungsgewinn ergeben.

Bereits an diesem einfachen Beispiel zeigt sich die Komplexität der verlangten Berechnungsmethode. Die Situation kann in der Realität aber noch vielschichtiger sein, wenn Stücke hin-

---

<sup>2</sup> Vgl. Rz. 54 des BMF-Entwurfs.  
ZKA.doc

zuerworben werden, Teile des Bestandes aus der Jahresfrist herauswachsen und gesellschaftsrechtliche Maßnahmen hinzutreten (z.B. Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln mit Ausgabe junger Aktien), was eine Ermittlung neu gewichteter Durchschnittskurse bedingt. Eine permanente Aktualisierung des steuerlich relevanten Bestandes über alle betroffenen Depots ist somit erforderlich.

Eine EDV-mäßige Umsetzung wäre daher extrem anspruchsvoll und mit immensen Kosten verbunden. Die erforderliche chronologisch ordnungsgemäße Verarbeitung wäre nur über eine sehr komplexe Systemarchitektur darstellbar. Sie würde teure Rechnerkapazitäten in nicht mehr vertretbarem Umfang in Anspruch nehmen.

Darüber hinaus wären die so ermittelten Daten für die Jahresbescheinigung für die Kunden und die Bearbeiter in den Finanzämtern in den meisten Fällen praktisch nicht mehr nachvollziehbar. Da durchschnittliche Anschaffungskosten ermittelt werden, würde diese mit den in den Kundenabrechnungen enthaltenen Anschaffungskosten nicht übereinstimmen; deren formelmäßige Ableitung in einem Massenverfahren zu dokumentieren und zu erläutern, würde die Grenze des Zumutbaren und rechtlich Zulässigen (Steuerberatung) überschreiten. Eine Vereinfachung des Verfahrens ist daher unbedingt erforderlich.

#### b) Vereinfachungsvorschlag: Gesetzliche Einführung einer Verbrauchsfolge

Angesichts dieser abzusehenden enormen Schwierigkeiten und der mangelnden Transparenz des an die BFH-Rechtsprechung angelehnten Verfahrens möchten wir einen Vorschlag wieder aufgreifen, den wir im Dezember 2000 schon einmal an das Bundesfinanzministerium herangetragen hatten<sup>3</sup>. Wir hatten klärungsbedürftige Einzelfragen zur Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte angesprochen und dabei auch auf die Schwierigkeiten bei der Ermittlung steuerpflichtiger Veräußerungsgewinne hingewiesen. Damals hatten wir angeregt, eine einfache Verbrauchsfolge festzulegen und uns für das First-in-first-out-Verfahren (Fifo-Methode) ausgesprochen. Hierfür bedarf es u.E. einer Gesetzesänderung, da nach Auffassung des Bundesfinanzhofs zum geltenden Recht die Anschaffungskosten nach Durchschnittswerten zu ermitteln sind.

Vor dem Hintergrund der für die Vorbereitung der Jahresbescheinigung erforderlichen Umsetzung erscheint es nunmehr um so dringlicher, im Gesetzeswege eine Verbrauchsfolge bei Veräußerung gleichartiger Wirtschaftsgüter zu unterstellen, die EDV-mäßig leichter handhab-

---

<sup>3</sup> Vgl. S. 3 f. unseres Schreiben vom 5.12.2000 an das BMF mit den beigefügten Beispielen.  
ZKA.doc

Stellungnahme des Zentralen Kreditausschusses vom 19. Mai 2004 an den Finanzausschuss des Deutschen Bundestages zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Abgabenordnung (Drucksache 15/904) und des Einkommensteuergesetzes (Umdruck Nr. 1), Seite 6

bar ist. Die Fifo-Methode würde zu einer wesentlichen Verfahrensvereinfachung führen und wäre auch für den Steuerpflichtigen und die Finanzverwaltung nachvollziehbar.

**Petitum:**

**Damit die Kreditinstitute ihrer Verpflichtung zur Erteilung von Jahresbescheinigungen im Zusammenhang mit privaten Veräußerungsgeschäften über gleichartige Wertpapiere mit vertretbarem Aufwand nachkommen können, muss zwingend in § 23 EStG eine Verbrauchsfolgemethode zur Berechnung der Veräußerungsgewinne vorgegeben werden, die logisch, einfach nachvollziehbar und EDV-seitig mit vertretbarem Aufwand darstellbar ist.**

**Wir plädieren dafür, im Gesetzeswege die Anwendung des First-in-first-out-Verfahrens vorzuschreiben.**

## **Ergänzungsvorschlag zur Körperschaftsteuer (Änderung von § 8a KStG):**

### **Gesellschafter-Fremdfinanzierung**

Durch das Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz wurde die Beschränkung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach § 8a KStG mit dem Ziel, die Regelung auf Grund des EuGH-Urteils vom 12.12.2002 in der Rechtssache Lankhorst-Hohorst europarechtskonform auszugestalten, auf Inlandssachverhalte ausgedehnt. Daneben wurde die Vorschrift deutlich verschärft.

Durch die Neufassung des § 8a KStG wird die Vorschrift, die nach ihrem Gesetzeszweck ausschließlich auf die Vermeidung von Missbräuchen in dem Sonderfall der übermäßigen Gesellschafter-Fremdfinanzierung zielt, zu einer zentralen Regelung mit einer massiven Belastungswirkung im Rahmen der Unternehmensbesteuerung. Auf Basis der Aussagen des EuGH in seinem vorgenannten Urteil wäre aus unserer Sicht der Gesetzeszweck zielführender umgesetzt worden, wenn entweder der Anwendungsbereich des § 8a KStG auf Fälle von Staaten, die keine EU-Mitglieder sind (sog. Drittlandsfälle) und bei denen das Abkommensrecht durch Nichtdiskriminierungsklauseln nicht entgegensteht, beschränkt worden wäre, oder die Vorschrift zu einer „echten“ Missbrauchsvorschrift umgestaltet worden wäre.

Insgesamt bedeutet die seit dem 01.01.2004 **ohne Übergangsregelung** geltende Gesetzesfassung einen drastischen, rückwirkenden Eingriff in die Finanzierungsfreiheit von Kapitalgesellschaften. Durch die Vorschrift ergibt sich eine erhebliche steuerliche Belastung für die Kapitalgesellschaften durch die Verlagerung der Steuerbelastung vom Anteilseigner auf sie. Für die betroffenen Kapitalgesellschaften bleibt in der Praxis die Frage offen, woher die Mittel kommen sollen, aus denen die Steuerzahlungen geleistet werden können. Dieser Eingriff behindert insbesondere die Kapitalversorgung der Unternehmen durch die Kreditwirtschaft und ist wirtschafts- und konjunkturpolitisch in höchstem Maße schädlich. Eine sachliche Rechtfertigung (etwa durch den Gesetzeszweck der Missbrauchsvermeidung) ist - auch im Hinblick auf die „uferlosen“ und sinnwidrigen Rechtsfolgen der Neufassung der Vorschrift - nicht ersichtlich. Eine sachgerechte Lösung könnte daher – wie von der Kreditwirtschaft im Gesetzgebungsverfahren ausführlich dargelegt – nur **eine Aufhebung des § 8a KStG** in seiner jetzigen Fassung sein sowie **eine grundlegende Überarbeitung der Vorschrift** im Benehmen mit der betroffenen Wirtschaft, einschließlich der Kreditwirtschaft. Mindestens muss es eine **Bereichsausnahme** für Kreditinstitute geben.

Da die Vorschrift des § 8a KStG nach ihrem Gesetzeszweck ausschließlich auf die Vermeidung von Missbräuchen zielt, sollten § 8a Abs. 1 Satz 2 KStG und § 8a Abs. 6 Nr. 2 KStG, welche die **nahestehende Person sowie den rückgriffsberechtigten Dritten** in die Vorschrift einbeziehen, **gestrichen werden**. Um wenige Missbrauchsfälle zu erfassen, wird die Finanzierungsfreiheit in unangemessener Weise eingeschränkt. Missbräuchliche Gestaltungen in diesen Bereichen könnten ebenso gut - unter den entsprechenden Voraussetzungen - durch § 42 AO erfasst werden. Zudem bereiten beide Tatbestände, welche lediglich einen Auffangtatbestand darstellen, in der Praxis einen hohen Verwaltungsaufwand und kaum lösbare Probleme. Durch die Streichung dieser beiden Tatbestände würden Probleme bei der Konzernfinanzierung sowie bei den klassischen Bankfinanzierungen gelöst.

Nach unserer Auffassung ist es ohnehin sehr fraglich, ob die Vorschrift insgesamt einen noch zulässigen Eingriff in die Finanzierungsfreiheit von Kapitalgesellschaften darstellt. Besonders unter dem Gesichtspunkt der Besteuerung der Kapitalgesellschaft nach ihrer Leistungsfähigkeit ist es nicht sinnvoll, unabhängig von Branchen, Bilanzrelationen und ähnlichen Parametern und auch unabhängig von den tatsächlichen Finanzierungsmöglichkeiten des Gesellschafters (bzw. einer diesem nahestehenden Person) allein auf das Verhältnis von „Gesellschafterfremdkapital“ zum handelsrechtlichen Eigenkapital der Kapitalgesellschaft abzustellen, wobei das „Gesellschafterkapital“ nach dem Wortlaut sogar auch „echtes“ Fremdkapital von fremden Dritten umfasst (Rückgriffsfall).

Der Versuch des Bundesfinanzministeriums, in einem BMF-Schreiben den ausufernden Wortlaut von § 8a KStG durch teleologische Reduktion einzuschränken und die aus der Vorschrift resultierenden gravierenden schädlichen Folgen für die Wirtschaft zu begrenzen, ist grundsätzlich zu begrüßen. Wesentliche Mängel der Vorschrift des § 8a KStG lassen sich jedoch nicht über ein reines Anwendungsschreiben beseitigen. Vielmehr bedarf es hierzu einer gesetzlichen Änderung der Vorschrift. Hierauf haben wir bereits in der Eingabe des Zentralen Kreditausschusses vom 16. März 2004 an das Bundesfinanzministerium hingewiesen. Die Regelung des § 8a KStG n.F. wird - ohne umfassende Gesetzeskorrektur – allein durch eine Auslegung im Verwaltungswege nicht zu einer handhabbaren Regelung. Außerdem binden BMF-Schreiben nicht die Gerichte und geben deshalb den betroffenen Kapitalgesellschaften nicht den erforderlichen Grad an Rechtssicherheit.

### 1. Ausnahmeregelung für die Kreditwirtschaft

Während bereits in der Öffentlichkeit in zahlreichen Fernsehsendungen (z. B. „plusminus“ vom 23. März 2004 „Investitionsbremse“ und „markt – Das NRW Wirtschaftsmagazin“ vom

29. März 2004 „Steuerkatastrophe“) die Folgen des § 8a KStG bei Mittelständlern aufgezeigt worden sind, bestehen für Banken als Finanzintermediäre in besonderer Weise Probleme mit dieser Vorschrift. Banken sind in viel größerem Umfang fremdfinanziert als andere Unternehmen. Gemäß der Bundesbankstatistik beträgt das Verhältnis von Eigenkapital zu Fremdkapital im Durchschnitt aller Banken 1 : 24.

Die derzeitige „Bankenausnahme“ in § 8a Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 KStG für die im § 1 KWG erwähnten Geschäfte von Kreditinstituten trägt dem nicht hinreichend Rechnung. In der praktischen Umsetzung wird es für Kreditinstitute wegen der Poolfinanzierung praktisch unmöglich sein, detaillierte Nachweise über die unmittelbare Verwendung von aufgenommenen Mitteln für Geschäfte i. S. d. § 1 KWG zu führen.

Zudem ist die Bezugnahme auf § 1 KWG zu eng. Es ist auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass weitere bankübliche Aktivitäten keine Geschäfte im Sinne des § 1 KWG sind.

Auch die Finanzierung von nahe stehenden Personen wurde aus der „Bankenausnahme“ ausgeschlossen, ohne dass dafür eine Notwendigkeit bestand. Darüber hinaus gilt dies selbst für Finanzdienstleistungsinstitute, deren Eigenkapitalausstattung ebenso wie die von Kreditinstituten aufsichtsrechtlich geregelt ist.

Die Neufassung des § 8a KStG hat gravierende Auswirkungen auf Kreditinstitute im Rahmen ihrer Refinanzierung. Die Regelung schreibt Kapitalgesellschaften für steuerliche Zwecke faktisch eine Mindesteigenkapitalquote von 40 % vor, die schon von anderen Unternehmen kaum erreicht werden kann, bei Kreditinstituten aber völlig unüblich und zudem keineswegs erforderlich ist (vgl. unten stehende aufsichtsrechtliche Regelungen). Da steuerlich nur noch eine Fremdfinanzierung im Verhältnis 1 : 1,5 anerkannt wird, wären die mit diesen Geschäften in Zusammenhang stehenden Refinanzierungszinsen fast vollständig in verdeckte Gewinnausschüttungen umzuqualifizieren. Die durch diese Scheingewinnbesteuerung entstehenden Belastungen können regelmäßig aus den engen Margen nicht verdient werden.

Die Folgen der Neufassung des § 8a KStG für die betroffenen Banken sind deshalb einfach zu beschreiben:

Die angesprochenen praktischen Probleme mit der derzeitigen „Bankenausnahme“ durch Bezugnahme auf § 1 KWG werden im Hinblick auf die Höhe der bei Kreditinstituten bewegten Finanzmittel massive Auswirkungen für die gesamte Kreditwirtschaft in Deutschland haben. Jedes Geschäft, welches nicht unter § 1 KWG, aber in den Anwendungsbereich von § 8a KStG fällt, könnte in Deutschland wirtschaftlich nicht mehr betrieben werden und müsste

eingestellt werden. Zugleich wird verhindert, dass innovative Geschäfte in Deutschland wegen der steuerlichen Belastung möglicherweise nicht aufgenommen werden können.

Aus aufsichtsrechtlichen Gründen erscheint es nicht sachgerecht, den Anwendungsbereich von § 8a KStG auch auf Kreditinstitute zu erstrecken. Kreditinstitute unterliegen der Aufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und verfügen daher über ein aufsichtsrechtlich reguliertes und kontrolliertes Eigenkapital. Insoweit sollten Kreditinstitute von der Regelung ausgenommen werden. Bei Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten und Versicherungen, deren Eigenkapitalausstattung (europaweit harmonisiert) aufsichtsrechtlich geregelt ist, muss die dort akzeptierte Kapitalausstattung auch für steuerliche Zwecke als ausreichend angesehen werden. Die über das Aufsichtsrecht hinausgehenden steuerlichen Anforderungen an die Höhe des Eigenkapitals nach § 8a KStG n.F. führen zu einem Wettbewerbsnachteil für in Deutschland tätige Kreditinstitute und damit letztlich zu einer Verlagerung von Geschäftsbereichen der Kreditwirtschaft in das Ausland.

Um diese auch für das Steueraufkommen negative Konsequenz zu vermeiden, ist eine rückwirkende Gesetzesänderung mit einer umfassenden Bereichsausnahme für Kreditinstitute dringend erforderlich.

**Petitum:**

**Kreditinstitute müssen rückwirkend zum 01.01.2004 von der Anwendung des § 8a KStG ausgenommen sein.**

## 2. Fehlende Übergangsregelung

Die Neufassung des § 8a KStG ist mit Wirkung ab dem 1. Januar 2004 anzuwenden. Dies bedeutet insbesondere, dass für die Ermittlung des safe haven, der für Inlandssachverhalte erstmals Geltung entfaltet und für Holdinggesellschaften deutlich reduziert wurde, auf das Eigenkapital des Vorjahres abzustellen ist. Somit wird rückwirkend in bestehende Finanzierungsstrukturen eingegriffen. Diese Rückwirkung ist möglicherweise verfassungsrechtlich unzulässig. Insoweit verweisen wir auf die Ausführungen des Bundesfinanzhofs in seinem Vorlagebeschluss vom 16. Dezember 2003 (Az. IX R 46/02) zur rückwirkenden Verkürzung der Spekulationsfrist bei Veräußerungsgeschäften mit Immobilien.

Im Hinblick darauf, dass das so genannte „Korb II-Gesetz“ erst zum Jahresende 2003 verabschiedet und verkündet wurde und wesentliche Regelungen noch im Vermittlungsverfahren strittig waren, bestand für die Wirtschaft einschließlich der Kreditwirtschaft keinerlei Möglichkeit, rechtzeitig Anpassungsmaßnahmen vorzunehmen. Hinzu kommen die nachfolgend (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) erörterten diversen Auslegungsfragen. Bis heute besteht somit keine ausreichende Rechtssicherheit für Gestaltungsentscheidungen. Folge ist, dass die Unternehmen andauernd einem latenten und nicht kalkulierbaren steuerlichen Risiko ausgesetzt sind.

### Petition:

**Ungeachtet der Tatsache, dass die Vorschrift des § 8a KStG n.F. einer grundlegenden Überarbeitung bedarf, sollte sie erst mit Wirkung ab dem 1. Januar 2005 anwendbar sein.**

### 3. Fremdkapitalgeber - Rückgriffsberechtigter Dritter

Unter die Vorschrift des § 8a KStG fallen nicht nur Darlehen, die vom Anteilseigner oder einer diesem nahestehende Person zur Verfügung gestellt werden, sondern auch jegliche Art von Fremdkapital, das von Dritten zur Verfügung gestellt wird, wenn sie auf den Gesellschafter oder die nahestehende Person zurückgreifen können.

Die Einbeziehung „rückgriffsberechtigter Dritter“ stellt eine über die reine Gesellschafter-Fremdfinanzierung hinausgehende Tatbestandserweiterung des § 8a Abs. 1 Satz 2 KStG dar, die klassische Bankfinanzierungen erfasst (z.B. Kreditvergabe an eine mittelständische GmbH gegen Sicherheit des GmbH-Gesellschafters) und somit unmittelbar in einen Kernbereich des Kreditgeschäfts eingreift. Dieser Eingriff in bestehende Finanzierungsstrukturen ist vom Regelungszweck der Vorschrift nicht gedeckt und hat gravierende Auswirkungen auf die betroffenen Unternehmen und Kreditinstitute, letztlich aber auf die deutsche Wirtschaft insgesamt.

Im Rahmen der Einbeziehung der Steuerinländer in den Anwendungsbereich des § 8a KStG n.F. entfaltet die Regelung eine ganz neue Wirkung, wenn unter Zugrundelegung der bisherigen Verwaltungsauffassung selbst Bankdarlehen einbezogen werden, bei denen eine Garantierklärung, Bürgschaft oder Patronatserklärung vom Gesellschafter (ggf. auch einer nachgeordneten Tochter- oder Enkelgesellschaft) – nicht zuletzt auf Grund aufsichtsrechtlicher Vorgaben – verlangt wird. Die Finanzierung über normale Bankdarlehen ist jedoch keine Gesellschafter-Fremdfinanzierung, auch dann nicht, wenn der Gesellschafter lediglich für die Erfüllung der Verbindlichkeiten seiner Gesellschaft einsteht. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf Patronatserklärungen, die z.B. im Geschäftsbericht der Konzernmutter zu Gunsten Tochter- oder Enkelgesellschaften ausgesprochen werden und – je nach Ausgestaltung als „weiche“ oder „harte“ Patronatserklärung – lediglich dazu dienen, deren Kreditwürdigkeit zu erhöhen und damit die Finanzierungskosten zu senken, nicht aber Eigenkapital zu ersetzen.

Mit der Annahme eines schädlichen Rückgriffs in diesen Fällen schießt der Gesetzgeber weit über sein eigentliches Ziel hinaus, welches in der europarechtskonformen Ausgestaltung sowie in der Vermeidung von Gestaltungsmissbrauch besteht. Die Einbeziehung klassischer Bankdarlehen stellt einen unzulässigen Eingriff in die Finanzierungsfreiheit der betroffenen Kapitalgesellschaft dar und beeinträchtigt damit insbesondere den deutschen Mittelstand in seinen Refinanzierungsmöglichkeiten erheblich. Die Kreditgewährung in Deutschland wird durch diese Vorschrift unverhältnismäßig erschwert und verteuert. Ein Rückgang der Investitionen und damit nachteilige Auswirkungen auf die Konjunktur werden die Folge sein. Hinzu kommt, dass die steuerlichen Folgen in vielen Fällen eintreten, in denen die finanzielle

Situation der Kapitalgesellschaft ohnehin angespannt und der Liquiditätsbedarf sehr hoch ist. Die Eigenkapitalbasis der Kapitalgesellschaft wird dadurch nur zusätzlich geschwächt.

Zudem sollte der Anwendungsbereich des § 8a Abs. 1 Satz 2 KStG n.F. zumindest auf seltene Fälle der so genannten back-to-back-Finanzierung begrenzt sein, d.h. auf Sachverhalte, in denen die Bank der Kapitalgesellschaft ein Darlehen gewährt, der Anteilseigner seinerseits bei der Bank eine Einlage unterhält und diese einen unmittelbaren rechtlich durchsetzbaren Anspruch (z.B. über eine Abtretung oder Verpfändung) hat, auf die Einlage als Sicherheit zuzugreifen („echte“ back-to-back-Finanzierung). Denn nur in diesen Fällen können missbräuchliche Gestaltungen gegeben sein.

**Petitum:**

**Die Einbeziehung „rückgriffsberechtigter Dritter“ sollte - bei klassischen Bankdarlehen - aus dem Anwendungsbereich des § 8a KStG n.F. gestrichen werden. Eine Ausnahme kann nur für „echte“ back-to-back-Finanzierungen gelten.**

Darüber hinaus besteht ein gesetzlicher Korrekturbedarf u.a. bei folgenden Punkten:

- Variable Vergütungen werden gegenüber festverzinslichen Vergütungen dadurch diskriminiert, dass kein safe haven zur Anwendung kommt, es keine Exkulpationsmöglichkeit durch Drittvergleich gibt und auch Mittelaufnahmen durch Kreditinstitute zur Finanzierung von banküblichen Geschäften im Sinne des § 1 KWG nicht ausgenommen sind. Diese Unterscheidung ist auch international nicht üblich. Sie beschränkt die Finanzierungsfreiheit ohne ersichtlichen Grund.

**Petitum:**

**Entsprechende Regelungen wie safe haven, Drittvergleich und Mittelaufnahmen zur Finanzierung banküblicher Geschäfte müssen daher auf variable Vergütungen nach § 8a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KStG ausgedehnt werden.**

- Den Gesetzesmaterialien zur Neuregelung des § 8a KStG ist nicht zu entnehmen, dass der Gesetzgeber eine Verschärfung der Hinzurechnungsbesteuerung nach dem Außensteuergesetz gewollt hat. Gleichwohl kann das Zusammenspiel von § 8a KStG und den Regelungen des AStG dazu führen, dass es zu einer übermäßigen Besteuerung kommt, deren Ursache in der Anwendung des § 8a KStG sowohl bei der Bemessung der niedrigen Besteuerung im Sinne des § 8 Abs. 3 AStG als auch bei der Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags nach § 10 Abs. 3 AStG liegt. Insofern drohen insbesondere inländischen Kreditinstituten mit ausländischen Finanzierungsgesellschaften unangemessene Belastungen, die im Ergebnis dazu führen, dass inländische Kreditinstitute von der Möglichkeit einer Mittelaufnahme auf dem internationalen Kapitalmarkt mit hohen Volumina faktisch ausgeschlossen werden.

**Petitum**

**Es sollte gesetzlich klargestellt werden, dass die Regelungen des § 8a KStG nicht im Außensteuerrecht anzuwenden sind.**