



Hauptverband der
Deutschen Bauindustrie e.V.

DER
HAUPTGESCHÄFTSFÜHRER

Michael Knipper
Rechtsanwalt

Postanschrift: 10898 Berlin

Kurfürstenstraße 129
10785 Berlin
Telefon (0 30) 2 12 86-1 50
Telefax (0 30) 2 12 86-1 49
e-mail:
michael.knipper@bauindustrie.de

18. April 2007
Kp/Ge

Herrn Eduard Oswald, MdB
Vorsitzender des Finanzausschusses
des Deutschen Bundestages
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Stellungnahme zum „Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008“

Artikel 1, Nr. 6 (§ 4h EStG), Artikel 2, Nr. 5 (§ 8a KStG), Artikel 3, Nr. 1 a) (§ 8 Nr. 1 GewStG)

Sehr geehrter Herr Ausschussvorsitzender,
sehr geehrter Herr Oswald,

vielen Dank für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Gesetzentwurf des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008.

Die geplante Absenkung der Körperschaftsteuer und die Begünstigung thesaurierter Gewinne von Personengesellschaften sind ein wichtiges Signal zur Steigerung der Attraktivität des Standortes Deutschland. Dies wird sich auch für die Deutsche Bauindustrie als standortgebundene Industrie positiv auswirken.

Ganz anders sieht es allerdings mit der Einführung der Zinsschranke aus. So verständlich die Absicht der Bundesregierung ist, inländisches Steuersubstrat zu sichern, so problematisch sind die Auswirkungen der Zinsschranke für die in der Bauindustrie üblichen Projektentwicklungsgesellschaften sowie den Großteil der PPP-Projektgesellschaften.

Bei diesen jeweils für ein Projekt des operativen Geschäfts gegründeten Gesellschaften liegen reine Inlandssachverhalte vor, bei denen kein Steuersubstrat ins Ausland abfließt. Trotzdem

...

kommt es durch die Begrenzung der Abzugsfähigkeit des Finanzierungsaufwandes zu einer akuten Gefährdung der hoch fremdfinanzierten langlaufenden Projekte.

Durch die gegenüber dem Referentenentwurf vorgenommene Änderung des § 4h Abs. 2 b EStG und die entsprechende Begründung wird deutlich, dass PPP-Projektgesellschaften, die nicht in einen Konzern eingebunden sind, durch die Zinsschranke prinzipiell nicht erfasst werden sollen. Allerdings wird durch den erweiterten Rückgriffsbegriff in der Begründung zu § 8a KStG dieser Ansatz für den Großteil der PPP-Projektgesellschaften wieder zunichte gemacht, mit der Folge, dass sie sich nicht mehr rechnen werden.

Vor diesem Hintergrund haben wir zu den Auswirkungen der Unternehmensteuerreform auf PPP-Projektgesellschaften das als **Anlage** beigefügte Gutachten nebst Nachtrag bei Herrn Prof. Dr. Norbert Herzig, Universität zu Köln, in Auftrag gegeben.

Das Gutachten bestätigt unsere Einschätzung in vollem Umfang. Herr Prof. Herzig kommt zu dem Ergebnis, dass es bei einem Großteil der PPP-Gesellschaften durch die Zinsschranke und die gewerbsteuerliche Hinzurechnung zu einer Substanzbesteuerung und damit zu existenzgefährdenden wirtschaftlichen Konsequenzen kommt. Ursächlich hierfür ist, dass die im Gesetzentwurf vorgesehenen Escape-Möglichkeiten bei der Zinsschranke für PPP-Gesellschaften im Regelfall nicht greifen und zwar unabhängig davon, ob die PPP-Gesellschaft in einen Konzern eingebunden ist oder nicht. Er kommt daher zu dem Schluss, PPP-Gesellschaften aus dem Anwendungsbereich der Zinsschranke auszuscheiden, um die Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft nicht steuerlich zu torpedieren.

Ich darf Sie bitten, sich im Verlauf der Beratung des Gesetzentwurfs mit den Argumenten und Vorschlägen von Herrn Prof. Herzig im Einzelnen zu befassen.

Mit freundlichen Grüßen

Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.


RA Michael Knipper

Anlagen

**Auswirkungen der Unternehmensteuerreform auf
PPP-Projektgesellschaften**

Wissenschaftliches Privatgutachten

erstattet von

Prof. Dr. Norbert Herzig

Wirtschaftsprüfer/Steuerberater

Direktor des Steuerseminars der Universität zu Köln

im Auftrag des

Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie e.V.

Kurfürstenstraße 129

10785 Berlin

INHALT

A. PROBLEMSTELLUNG	3
1. Zielsetzung der Unternehmensteuerreform	3
2. Privatisierung öffentlicher Aufgaben durch PPP-Projekte	3
B. ZINSSCHRANKE	6
1. Ausgangslage	6
2. Anwendungsbereich	7
a) Freigrenze	7
b) Fehlende Konzernzugehörigkeit	7
c) Vergleich der Eigenkapitalquoten	8
d) Organschaft als Ausweg	9
3. Wirtschaftliche Konsequenzen	9
a) Gefahr der Substanzbesteuerung und Zinsvortrag	9
b) Effektive Steuerbelastung	10
c) Mehrfachbelastung in der Finanzierungskette	13
4. Problemfeld Personengesellschaften	13
a) Ergebnisabgrenzung	14
b) Vermögensabgrenzung	14
c) Nachgeordnete Personengesellschaft	15
5. Klärungsbedarf	16
a) Zinsaufwendungen und Zinserträge	16
b) Eigenkapitalquote	18
c) Konzern	19
d) Relevanz der internationalen Rechnungslegung	20
6. Änderungsvorschläge	21
a) Ausgangsgröße	21
b) Höhe der Zinsschranke	22
c) Escape-Klauseln	23
d) Separierung von § 8a KStG	24
7. Zwischenfazit	26
C. GEWERBESTEUERLICHE HINZURECHNUNG VON ZINSEN UND ZINSANTEILEN	26
1. Gesetzesvorschlag	26
2. Wirkungen	27
3. Änderungsvorschläge	29
D. FAZIT	30

A. PROBLEMSTELLUNG

1. Zielsetzung der Unternehmensteuerreform

Mit dem vorliegenden Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensteuerreform 2008 wird ein wichtiger und richtiger Schritt zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des Steuerstandortes Deutschland unternommen. Die Absenkung des nominellen Steuersatzes für einbehaltene Gewinne auf ein Niveau unter 30 % ist ein deutliches Signal im Rahmen des sich verschärfenden Steuerwettbewerbs in der Europäischen Union und darüber hinaus.

Problematisch sind allerdings die vorgesehenen Regelungen zur Nichtabziehbarkeit (Zinsschranke) oder Hinzurechnung (Gewerbsteuer) von Zinsen. Zwar soll nicht verkannt werden, dass mit Hilfe von Finanzierungsgestaltungen darauf abgezielt werden kann, die steuerliche Bemessungsgrundlage im Inland zu schmälern. Die vorgesehene Zinsschrankenregelung, die an die Stelle von § 8a KStG treten und das inländische Steuersubstrat sichern soll, schießt aber weit über das angestrebte Ziel hinaus, ist äußerst kompliziert und führt zu erheblichen Unsicherheiten bei der Abgrenzung des Anwendungsbereichs.

Diese Probleme zeigen sich besonders deutlich im Zusammenhang mit der Privatisierung öffentlicher Aufgaben im Rahmen von Public Private Partnership (PPP)-Projekten.

2. Privatisierung öffentlicher Aufgaben durch PPP-Projekte

Die Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft als Alternative zur herkömmlichen Durchführung von öffentlichen Investitionsprojekten gewinnt angesichts des hohen Investitionsbedarfs in Deutschland zunehmend an Bedeutung. Unter dem Begriff „Public Private Partnership“ (PPP) oder auch Öffentlich Private Partnerschaft (ÖPP) werden langfristig angelegte, vertraglich geregelte Partnerschaften oder Beteiligungsverhältnisse zwischen öffentlichem Sektor und privater Wirtschaft mit dem Ziel der effizienteren Entwicklung und Erstellung von öffentlicher Infrastruktur und damit zusammenhängenden Dienstleistungen während der 20- bis 30-jährigen Betreiberphase zusammengefasst. In § 2 Abs. 14 InvG-E (Diskussionsentwurf zum Gesetz zur Änderung des Investmentgesetzes und anderer Gesetze vom 18.01.2007) wird demgemäß als Definition für ÖPP-Projektgesellschaften festgeschrieben: „ÖPP-Projektgesellschaften sind im Rahmen Öffentlich Privater Partnerschaften (ÖPP) tätige

Gesellschaften, die nach dem Gesellschaftsvertrag oder der Satzung zu dem Zweck gegründet wurden, Anlagen zu errichten, zu sanieren oder zu betreiben, die der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen (Infrastruktur-Projekte).“

Trotz verschiedener Musterverträge gibt es aufgrund der Vielzahl denkbarer Fallgestaltungen keine einheitlichen Vertragsbedingungen für PPP-Projekte. Kennzeichnend für die Mehrzahl der PPP-Projekte ist, dass das rechtliche Eigentum am Bauobjekt sowohl während der Bau-, als auch der Betreiberphase beim öffentlichen Partner/Rechtsträger liegt. Bezüglich des wirtschaftlichen Eigentums und des Entgelts für Finanzierung, Bau und Betrieb des Bauobjekts unterscheiden sich die PPP-Projekte. Sie lassen sich nach diesen Kriterien in die folgenden vier Modellvarianten unterscheiden:

- (1) Die erste Modellvariante umfasst Hochbauprojekte, bei denen das wirtschaftliche Eigentum mit der Abnahme auf den öffentlichen Partner/Rechtsträger übergeht. Mit der Abnahme entsteht eine Forderung des privaten Partners gegenüber dem öffentlichen Partner über die erbrachte Bauleistung. Die Forderung wird während der Betreiberphase über einen Zeitraum von 20 bis 30 Jahren beglichen, wobei die Annuitäten einen Zins- und Tilgungsanteil beinhalten. Über diese Forderung kann zwischen privatem und öffentlichem Partner eine gesonderte Finanzierungsvereinbarung getroffen werden, sofern beide Parteien dies wünschen und dazu (rechtlich) in der Lage sind.
- (2) Der zweiten Modellvariante können Hochbauprojekte zugeordnet werden, bei denen das wirtschaftliche Eigentum auch während der Betreiberphase beim privaten Partner/Rechtsträger verbleibt. Die Überlassung des errichteten und betriebenen Bauwerks während der Betreiberphase stellt eine Vermietungsleistung an den öffentlichen Partner/Rechtsträger dar.
- (3) In der dritten Modellvariante können Verkehrswegeprojekte (Straßenbau) zusammengefasst werden, bei denen die Maut vom öffentlichen Partner/Rechtsträger erhoben und zu einem bestimmten Prozentsatz (regelmäßig 95 %) an den privaten Partner/Rechtsträger als Entgelt für Bau, Finanzierung und Betrieb der Verkehrswege weitergeleitet werden (A-Modell). Das wirtschaftliche Eigentum an den Verkehrswegen geht mit der Abnahme auf den öffentlichen Partner/Rechtsträger über. Der private Partner (PPP-Projektgesellschaft) trägt das Auslastungsrisiko. Der Abschluss einer Finanzie-

rungsvereinbarung zwischen privatem und öffentlichem Partner wird in diesen Modellen faktisch daran scheitern, dass die Rückflüsse aus der Mauterhebung unsicher sind.

- (4) Die vierte Modellvariante umfasst Verkehrswegeprojekte, bei denen der private Partner/Rechtsträger als Betreiber eine Konzession zur Mauterhebung erhält (F-Modell). Auch in dieser Modellvariante geht das wirtschaftliche Eigentum an den Verkehrswegen mit der Abnahme auf den öffentlichen Partner/Rechtsträger über.

Regelmäßig liegt die Verantwortung für die Finanzierung der PPP-Projekte bei den Projektgesellschaften, die als Kapital- oder Personengesellschaften organisiert sein können. Projektgesellschaften sind in der Regel mit rund 90 % fremdfinanziert. Diese hohe Fremdfinanzierung resultiert daraus, dass wegen der Vielzahl großvolumiger, lang laufender Projekte eine höhere Eigenkapitalausstattung der PPP-Projekte für die Unternehmen der Bauindustrie faktisch nicht realisierbar ist. Sie erfolgt nicht mit dem Ziel, durch Finanzierungsgestaltungen Gewinne in das niedriger besteuerte Ausland zu verlagern. Es liegen reine Inlandssachverhalte vor, d. h. die Gewinne der Projektgesellschaften werden in voller Höhe im Inland versteuert.

Nach geltendem Recht unterliegen PPP-Projektgesellschaften regelmäßig keiner Beschränkung beim steuerlichen Abzug der Fremdfinanzierungsaufwendungen, soweit die PPP-Projektgesellschaften Umlaufvermögen finanzieren. Da PPP-Projektgesellschaften überwiegend in der Rechtsform der Personengesellschaft geführt werden, ist § 8a KStG insoweit nicht einschlägig. Selbst wenn die Kapitalgesellschaft als Rechtsform gewählt wird, kommt § 8a KStG aufgrund Erlasslage regelmäßig nicht zur Anwendung. Auch die gewerbsteuerliche Hinzurechnung der hälftigen Entgelte für Dauerschulden nach § 8 Nr. 1 GewStG kommt für den Projektfinanzierungsaufwand nicht in Betracht, soweit die PPP-Projektgesellschaften Umlaufvermögen finanzieren. Die geplante Steuerreform führt zu einer deutlichen Veränderung dieser Situation. Eine Rechtfertigung für die deutliche steuerliche Schlechterstellung von PPP-Gesellschaften durch den vorliegenden Gesetzentwurf ist nicht zu erkennen.

B. ZINSSCHRANKE

Mit der vorgesehenen Einführung einer Zinsschranke (§ 4h EStG-E, § 8a KStG-E) wird die Abziehbarkeit von Zinsaufwendungen in der Weise beschränkt, dass von dem maßgeblichen Gewinn – erhöht um die Zinsaufwendungen und vermindert um die Zinserträge (steuerliches EBIT) – nur bis zu 30 % als Nettozinsaufwendungen abgezogen werden dürfen. Dabei umfassen die Nettozinsaufwendungen den Teil der Zinsaufwendungen, der die Zinserträge des betreffenden Wirtschaftsjahres übersteigt. Die in diesem Wirtschaftsjahr nicht abziehbaren Zinsaufwendungen sind in die folgenden Wirtschaftsjahre vorzutragen (Zinsvortrag).

1. Ausgangslage

Die vorgesehene Einführung einer Zinsschranke (§ 4h EStG-E, § 8a KStG-E) soll dem Ersatz von § 8a KStG und der Sicherung des Steuersubstrats im Inland dienen. Gegenüber der Regelung des § 8a KStG ist der Anwendungsbereich der Zinsschranke sowohl in persönlicher als auch in sachlicher Hinsicht deutlich weiter gefasst. Der Zinsschranke unterliegen nicht nur Kapitalgesellschaften, sondern auch Personenunternehmen. Darüber hinaus werden nicht nur gesellschafterbezogene Finanzierungsgestaltungen erfasst, sondern alle Zinsaufwendungen berücksichtigt. Schließlich löst sich die Zinsschrankenregelung vollständig vom Grundgedanken des Drittvergleichs, der dem geltenden § 8a KStG zugrunde liegt und auch hinsichtlich der Rechtsfolgen ist eine deutliche Veränderung zu konstatieren. An die Stelle der Fingierung verdeckter Gewinnausschüttungen tritt die Nichtabziehbarkeit von Betriebsausgaben.

Dieser stärker typisierende Ansatz der Zinsschranke beruht wohl auf der Erkenntnis, dass sich die Abgrenzung zwischen Gesellschafter- und Nichtgesellschafterfremdfinanzierung im Rahmen von § 8a KStG als kaum praktikabel und justiziabel herausgestellt hat. Mit diesem stärker typisierenden Ansatz der Zinsschranke ist die Gefahr verbunden, dass neben den vom Gesetzgeber intendierten Fällen auch Unternehmen und Finanzierungsgestaltungen sanktioniert werden, die nicht auf eine Ergebnisverlagerung ins Ausland abzielen. Der höhere Typisierungsgrad der Zinsschrankenlösung erfordert eine zielgenaue Abstimmung der einzelnen Regelungselemente mit Blick auf den Anwendungsbereich und die Wirkungen der Zinsschranke. Hier bedarf der vorliegende Gesetzentwurf der Nachbesserung bzw. Ausnahmeregelungen, was sich am Beispiel der PPP-Gesellschaften zeigen lässt.

2. Anwendungsbereich

Die PPP-Gesellschaften fallen stets in den persönlichen Anwendungsbereich der Zins-schrankenregelung, da diese sowohl Kapital- als auch Personengesellschaften erfasst. Auch die in § 4h Abs. 2 EStG-E vorgesehenen Ausnahmeregelungen (Escape-Klausel) kommen für PPP-Gesellschaften nur in ganz bestimmten Fallkonstellationen zur Anwendung.

a) Freigrenze

Mit der Freigrenze von 1,0 Mio. € für die die Zinserträge übersteigenden Zinsaufwendungen soll nach der Entwurfsbegründung erreicht werden, „dass kleine und mittlere Betriebe nicht von der Beschränkung der Abzugsfähigkeit der Zinsaufwendungen betroffen sind“. Wegen des Volumens der Fremdfinanzierung bei PPP-Projekten übersteigt der jährliche Zinsaufwand die Grenze von 1,0 Mio. € regelmäßig um ein Mehrfaches. In den Anwendungsbereich der Freigrenze kann eine PPP-Gesellschaft nur gelangen, wenn es gelingt, jährliche Zinserträge in einer Höhe zu generieren, die den Nettozinsaufwand auf weniger als 1,0 Mio. € begrenzt. Auf diese für PPP-Gesellschaften wichtige Möglichkeit der Abspaltung von Zinserträgen aus dem gesamten Leistungsbündel wird später noch näher eingegangen.

b) Fehlende Konzernzugehörigkeit

Die Zinsabzugsbeschränkung findet nach § 4h Abs. 2 S. 1 lit. b) EStG-E keine Anwendung, wenn der Betrieb nicht zu einem Konzern gehört. Zu einem Konzern soll der Betrieb gehören (§ 4h Abs. 3 S. 5 EStG-E), wenn er nach den IFRS-Regeln – oder alternativ nach HGB oder US-GAAP – mit einem oder mehreren anderen Betrieben konsolidiert wird oder konsolidiert werden könnte. Daneben soll der Betrieb auch einem Konzern angehören, wenn seine Finanz- oder Geschäftspolitik mit einem oder mehreren anderen Betrieben einheitlich bestimmt werden kann.

Konstituierend für die Begründung eines Konzernverhältnisses ist nach den IFRS-Regeln das Control-Konzept. Danach kommt es auf die (rechtlich abgesicherte) Möglichkeit der Muttergesellschaft an, die Finanz- und Geschäftsaktivitäten des Tochterunternehmens so zu bestimmen, dass die Muttergesellschaft aus den Aktivitäten der

Tochtergesellschaft einen Nutzen ziehen kann. Bei Stimmrechtsmehrheit wird nach IAS 27.13 eine Beherrschungsmöglichkeit vermutet. Da bei PPP-Projekten auf einen Gesellschafter häufig die Mehrheit der Anteile und die Mehrheit der Stimmrechte entfallen, ist die Einbeziehung der PPP-Gesellschaft in den Konzernabschluss des Gesellschafters zwingend, womit die Escape-Möglichkeit entfällt. Eine andere Beurteilung kann sich ergeben, wenn bei einem Projekt mehrere Gesellschafter vorhanden sind und keiner die Mehrheit der Stimmrechte besitzt. Bei einer solchen Konstellation besteht die Escape-Möglichkeit über die fehlende Konzernzugehörigkeit. Allerdings ist in diesen Fällen die Rückausnahme in § 8a Abs. 2 KStG-E zu beachten, die wegen der weiten Fassung des Rückgriffs in der Entwurfsbegründung bei vielen konzernunabhängigen PPP-Gesellschaften die Escape-Möglichkeit torpedieren dürfte.

c) Vergleich der Eigenkapitalquoten

Für einem Konzern zugehörige Betriebe sieht § 4h Abs. 2 S. 1 lit. c) EStG-E eine Escape-Möglichkeit vor, wenn die Eigenkapitalquote (Quotient aus Eigenkapital und Bilanzsumme) des Betriebs im Einzelabschluss gleich hoch oder höher ist als die Eigenkapitalquote des Konzerns im Konzernabschluss. Abgestellt wird jeweils auf die Verhältnisse am vorangegangenen Abschlussstichtag, wobei ein Unterschreiten der Eigenkapitalquote des Konzerns bis zu 1 % unschädlich ist.

Auch diese Escape-Möglichkeit ist für PPP-Gesellschaften wenig hilfreich. Denn kennzeichnend für PPP-Projekte ist – wie unter A.2 ausgeführt – eine sehr hohe Fremdfinanzierung mit der Folge, dass der Eigenkapitalanteil im Einzelabschluss der PPP-Gesellschaft häufig nur 10 % oder weniger ausmacht. Da die übrigen Konzerngesellschaften und insbesondere die Konzernobergesellschaft schon wegen der Erfordernisse des Kapitalmarktes regelmäßig eine deutlich höhere Eigenkapitalquote aufweisen, ist die Eigenkapitalquote im Konzernabschluss aus strukturellen Gründen nahezu zwangsläufig höher als die Eigenkapitalquote im Einzelabschluss der PPP-Gesellschaft. Ursächlich für diese ungünstigere Eigenkapitalquote der PPP-Gesellschaft ist aber nicht die Verlagerung von Zinsaufwendungen ins Inland oder von Zinserträgen ins Ausland. Vielmehr ist es wegen der hohen Investitionsvolumina und langen Laufzeiten der PPP-Projekte faktisch nicht möglich, die PPP-Gesellschaften mit mehr Eigenkapital auszustatten. Der Gewinn der PPP-Gesellschaften, welche die Fremdfinanzierung für die öffentliche Hand übernehmen und durch eine Nichtabzugsfähigkeit

der Fremdfinanzierungsaufwendungen hierfür bestraft werden würden, wird komplett im Inland versteuert. Daneben ist die Torpedierung dieser Escape-Möglichkeit durch Kreditaufnahme bei rückgriffsberechtigten Dritten nach § 8a Abs. 3 KStG-E bei PPP-Kapitalgesellschaften und nachgeordneten PPP-Personengesellschaften von besonderer Relevanz.

d) Organschaft als Ausweg

Auch die Möglichkeit, über eine steuerliche Organschaft die Problematik der Zinsschranke für PPP-Gesellschaften nach § 15 S. 1 Nr. 3 KStG-E zu vermeiden, scheidet regelmäßig an den faktischen Gegebenheiten. Denn eine Organschaft ist nur mit einer PPP-Kapitalgesellschaft herzustellen, während in der Realität aus guten Gründen PPP-Personengesellschaften dominieren. Aber selbst bei PPP-Kapitalgesellschaften widerspricht es dem Grundkonzept der Public-Private-Partnership, dass der mehrheitlich beteiligte Gesellschafter einen Gewinnabführungsvertrag mit der PPP-Kapitalgesellschaft abschließt. Der Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags würde darüber hinaus dem Gedanken einer Non-Recourse-Finanzierung zuwider laufen. Auch die Existenz von Minderheitsgesellschaftern, wie es bei PPP-Gesellschaften der Fall sein kann, spricht gegen die Organschaft, da das wirtschaftliche Risiko dann alleine auf den Organträger konzentriert werden würde.

Als **Zwischenergebnis** der vorangegangenen Überlegungen kann damit festgehalten werden, dass PPP-Gesellschaften ganz zentral von der Zinsschrankenregelung in der vorliegenden Form getroffen werden. Deshalb sollen die wirtschaftlichen Konsequenzen der Zinsschranke für PPP-Gesellschaften im Einzelnen beleuchtet werden.

3. Wirtschaftliche Konsequenzen

a) Gefahr der Substanzbesteuerung und Zinsvortrag

Mit der vorgesehenen Zinsschrankenregelung wird Zinsen, die unstreitig als Betriebsausgaben zu qualifizieren sind, der steuerliche Abzug im betreffenden Wirtschaftsjahr verwehrt, soweit der Nettozinsaufwand 30 % des steuerlichen EBIT übersteigt. Für den nicht abziehbaren Teil des Zinsaufwands wird ein Zinsvortrag eingeräumt, der in den Folgejahren einen Abzug ermöglicht, soweit dies in den Grenzen der Zinsschranke zulässig ist. Mit dem Zinsvortrag soll nach der Entwurfsbegründung ein Anreiz geschaffen

werden, in den Folgejahren Gewinne ins Inland zu verlagern, um den Zinsvortrag mit steuerlicher Wirkung geltend machen zu können. Soweit der Zinsvortrag in den Folgejahren geltend gemacht werden kann, führt die Zinsschranke nur zu einer temporären Suspendierung des objektiven Nettoprinzips.

Bei PPP-Gesellschaften führt die Zinsschrankenregelung regelmäßig zu einer endgültigen Suspendierung des objektiven Nettoprinzips und damit zu einer Substanzbesteuerung. Denn wegen des dauerhaft hohen Fremdkapitalanteils von PPP-Gesellschaften ist der Zinsvortrag bei dieser Konstellation nahezu wertlos, da auch in den Folgejahren jeweils nicht abziehbare Finanzierungsaufwendungen entstehen, die den Zinsvortrag weiter ansteigen lassen. Die Möglichkeit einer steuerlichen Verwertung des Zinsvortrags besteht bei PPP-Gesellschaften regelmäßig nicht. Auch der Gedanke einer Gewinnverlagerung ins Inland zur Verwertung des Zinsvortrags geht im Zusammenhang mit PPP-Projekten fehl, da diese Gesellschaften sich auf ein Projekt konzentrieren. **Die Zinsschranke führt damit bei PPP-Gesellschaften zu einer definitiven Belastung der nicht abziehbaren Teile des Nettozinsaufwands.**

b) Effektive Steuerbelastung

Das Ausmaß der Steuerbelastung als Folge der Zinsschrankenlösung soll mit Hilfe von zwei Modellfällen verdeutlicht werden, die auf branchentypischen Ausgangsdaten basieren.

Modellfall 1: Gewinnfall

- Ausgangsdaten:

Eigenkapital (EK)	=	10 Mio. €
Fremdkapital (FK)	=	100 Mio. €
Fremdkapitalquote	=	90,91 %
FK-Zinsen	=	5 % = 5 Mio. €
steuerlicher Gewinn	=	1 Mio. €

- Steuerermittlung:

steuerlicher Gewinn		1,00 Mio. €
+ Nettozinsaufwand		5,00 Mio. €
= Gewinn vor Steuern und Zinsen (EBIT)		<u>6,00 Mio. €</u>
Nettozinsaufwand	5,00 Mio. €	
./. maximal abzugsfähig (30 % von 6 Mio. €)	1,80 Mio. €	- 1,80 Mio. €
Zinsvortrag	<u>3,20 Mio. €</u>	
= Bemessungsgrundlage		<u>4,20 Mio. €</u>
Steuerbelastung (ca. 30 % von 4,20 Mio. €)		<u>1,26 Mio. €</u>

Anmerkung: Die zusätzlich belastenden gewerbesteuerlichen Konsequenzen (Hinzurechnung von 25 % * 1,80 Mio. € = 0,45 Mio. € zur gewerbesteuerlichen Bemessungsgrundlage) wurden in dieser Modellrechnung vereinfachend außer Acht gelassen, so dass die Steuerbelastung regelmäßig noch höher ausfällt. Gleiches gilt bei Hebesätzen von mehr als 405 %, da sich nur bei einem Hebesatz von 405 % eine Steuerbelastung von 30 % ergibt.

- Gewinn nach Steuern

steuerlicher Gewinn	1,00 Mio. €
./. Steuerbelastung	- 1,26 Mio. €
= Ergebnis nach Steuern	<u>- 0,26 Mio. €</u>

Dieser Modellfall zeigt deutlich, dass es aufgrund der Zinsschrankenregelung zu einer effektiven Steuerbelastung in Höhe von 126 % kommt, die zu einer Substanzbesteuerung führt:

$$\text{Effektive Steuerbelastung} = \frac{1,26 \text{ Mio. €}}{1,00 \text{ Mio. €}} \times 100\% = \mathbf{126\%}$$

Diese Konsequenz wird noch verstärkt im nachfolgenden Modellfall 2, der eine Verlustsituation abbildet.

Modellfall 2: Verlustfall• Ausgangsdaten:

Eigenkapital (EK)	=	10 Mio. €
Fremdkapital (FK)	=	100 Mio. €
Fremdkapitalquote	=	90,91 %
FK-Zinsen	=	5 % = 5 Mio. €
steuerlicher Gewinn	=	- 1 Mio. €

• Steuerermittlung:

steuerlicher Gewinn		- 1,00 Mio. €
+ Nettozinsaufwand		5,00 Mio. €
= Gewinn vor Steuern und Zinsen (EBIT)		<u>4,00 Mio. €</u>
Nettozinsaufwand	5,00 Mio. €	
./. maximal abzugsfähig (30 % von 4 Mio. €)	1,20 Mio. €	- 1,20 Mio. €
Zinsvortrag	<u>3,80 Mio. €</u>	
= Bemessungsgrundlage		<u>2,80 Mio. €</u>
Steuerbelastung (30 % von 2,80 Mio. €)		<u>0,84 Mio. €</u>

Anmerkung: Die zusätzlich belastenden gewerbesteuerlichen Konsequenzen (Hinzurechnung von 25 % * 1,20 Mio. € = 0,30 Mio. € zur gewerbesteuerlichen Bemessungsgrundlage) wurden in dieser Modellrechnung vereinfachend außer Acht gelassen, sodass die Steuerbelastung regelmäßig noch höher ausfällt. Gleiches gilt bei Hebesätzen von mehr als 405 %, da sich nur bei einem Hebesatz von 405 % eine Steuerbelastung von 30 % ergibt.

• Ergebnis nach Steuern

steuerlicher Gewinn	- 1,00 Mio. €
./. Steuerbelastung	- 0,84 Mio. €
= Ergebnis nach Steuern	<u><u>-1,84 Mio. €</u></u>

Der Modellfall 2 zeigt, dass selbst bei einem Verlust in der Ausgangslage wegen der Zinsschrankenregelung eine Steuer anfällt, die aus der Substanz zu zahlen ist und den Ausgangsverlust erhöht. Dagegen läuft der Zinsvortrag bei PPP-Gesellschaften wegen der langfristig hohen Fremdfinanzierung regelmäßig ins Leere. Gerade der Verlustfall macht deutlich, dass die Zinsschrankenregelung die krisenhafte Ausgangslage noch verschärft und die Existenz der PPP-Gesellschaft gefährdet.

c) Mehrfachbelastung in der Finanzierungskette

Im Gegensatz zum geltenden § 8a KStG, der als Rechtsfolge eine verdeckte Gewinnausschüttung fingiert, die zumindest im Inlandsfall auf die Ebene des Anteilseigners durchschlägt, führt die Zinsschrankenregelung zu nicht abziehbaren Betriebsausgaben, die bei PPP-Gesellschaften eine Definitivbelastung auslösen, da der Zinsvortrag bei diesen Gesellschaften regelmäßig irrelevant ist, worauf bereits hingewiesen wurde.

Aber nicht nur die PPP-Gesellschaft hat die Zinsen im Rahmen der Zinsschranke zu versteuern. Darüber hinaus muss sie auch der Kapitalgeber als Empfänger der Zinsen in vollem Umfang versteuern, er kommt nicht in den Genuss der begünstigten Behandlung von Dividenden (§ 8b Abs. 1 KStG, Halbeinkünfteverfahren), da die Zinsschranke als Rechtsfolge nicht die vGA-Fiktion vorsieht, sondern die Nichtabziehbarkeit der Zinsen postuliert. Im reinen Inlandsfall sind damit die Belastungswirkungen der Zinsschranke deutlich schärfer als die Rechtsfolgen aus § 8a KStG. Dies gilt insbesondere, wenn der Zinsvortrag keine Entlastungswirkung entfaltet, wie dies bei PPP-Gesellschaften der Fall ist.

4. Problemfeld Personengesellschaften

Die Anwendung der Zinsschrankenregelung auf Personengesellschaften wirft gravierende Rechtsfragen und Praktikabilitätsprobleme auf, die für PPP-Gesellschaften von besonderer Relevanz sind, da diese überwiegend in der Rechtsform der Personengesellschaft betrieben werden. Dabei resultieren die Probleme insbesondere aus dem Spannungsverhältnis zwischen der Einheits- und der Vielheitsbetrachtung bei der steuerlichen Mitunternehmerschaft und der abweichenden Ergebnis- und Vermögensabgrenzung bei Personengesellschaften/Mitunternehmerschaften in Handels- und Steuerrecht. Auch der Umfang der Einbeziehung divergiert zwischen Voll-

konsolidierung in der Rechnungslegung und einer nur quotalen Zurechnung im Steuerrecht. Schwierigkeiten besonderer Art stellen sich bei PPP-Gesellschaften in der Form nachgeordneter Personengesellschaften, eine in der Realität durchaus übliche Variante, die es zu erörtern gilt.

a) Ergebnisabgrenzung

Die vorgesehene Regelung in § 4h EStG-E ist Bestandteil der steuerlichen Gewinnermittlung, die sich auf der Ebene der Mitunternehmerschaft vollzieht. Dies entspricht auch der Betriebsbezogenheit der Zinsschranke. Für die Ermittlung der beiden zentralen Größen dieser Regelung, nämlich Gewinn und Nettozinsaufwand, dürfte damit auf die steuerliche Gesamtbilanz abzustellen sein, die neben der abgeleiteten Handelsbilanz (Steuerbilanz I) die Sonder- und Ergänzungsbilanzen der Mitunternehmer umfasst. In der Entwurfsbegründung wird nur das Sonderbetriebsvermögen ausdrücklich erwähnt. Zur Identifizierung des Nettozinsaufwands der Mitunternehmerschaft ist es wohl erforderlich, in einer Nebenrechnung die Zinsaufwendungen und -erträge aus allen einbezogenen Bilanzen zusammenzufassen, um feststellen zu können, ob die Grenze von 1 Mio. € auf der Ebene der betreffenden Mitunternehmerschaft erreicht wird. Bei mehrstöckigen Personengesellschaften ist die Nebenrechnung für jede Mitunternehmerschaft gesondert anzustellen, wobei die Zuordnung der Ergänzungs- und Sonderbilanzen zu den einzelnen Stufen besonderes Gewicht erlangt. Kommt es zu einer Hinzurechnung von Zinsen nach den Regeln der Zinsschranke, so stellt sich die Frage, nach welchem Schlüssel der Hinzurechnungsbetrag den Mitunternehmern zuzurechnen ist. Gilt der allgemeine Gewinnverteilungsschlüssel oder kommt es darauf an, welcher Gesellschafter die (Re-)Finanzierung vorgenommen hat?

b) Vermögensabgrenzung

Die Anwendung der Escape-Klausel nach § 4h Abs. 2 S. 1 lit. c) EStG-E basiert auf einem Vergleich der Eigenkapitalquote im Einzel- und Konzernabschluss. Der Einzelabschluss einer Personengesellschaft nach HGB, IFRS oder US-GAAP ist aber gerade mit Blick auf die Finanzierungskomponente wenig aussagekräftig. Deswegen ordnet § 4h Abs. 2 S. 1 lit. c) EStG-E die Einbeziehung des Sonderbetriebsvermögens in den Einzelabschluss der Personengesellschaft an, soweit dieses Sonderbetriebsvermögen im

Konzernabschluss enthalten ist. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn sich der Gesellschafter bei Dritten (Banken) refinanziert hat. Das Steuerrecht sieht hier also die Erstellung eines Einzelabschlusses besonderer Art vor, der um steuerliche Elemente anzureichern ist und nur für Zwecke des § 4h EStG-E zu erstellen und vom Abschlussprüfer zu testieren ist. Fraglich ist dabei, ob die im Entwurf vorgesehene Anreicherung ausreicht oder ob nicht auch die Ergänzungsbilanzen zur zutreffenden Abbildung der Eigenkapitalquote der Mitunternehmerschaften einzubeziehen sind. Dies erscheint geboten und sollte klargestellt werden.

Weitere Probleme können sich aus der Tatsache ergeben, dass die Rechnungslegungsregeln bei einer Mehrheitsbeteiligung, die keine 100 %-ige Beteiligung darstellt, stets eine Vollkonsolidierung vorsehen, während steuerlich nur eine quotale Ergebniszurechnung erfolgt. Hier besteht ein Spannungsverhältnis zwischen Steuer- und Handelsrecht mit der Folge, dass auch Minderheitsgesellschafter einer solchen Personengesellschaft von den Folgen einer Hinzurechnung nach § 4h EStG-E getroffen werden.

c) Nachgeordnete Personengesellschaft

Die Grenzen der Praktikabilität werden bei einer der Kapitalgesellschaft nachgeordneten Personengesellschaft erreicht, für die nach § 4h Abs. 2 letzter Satz EStG-E die Regelung in § 8a Abs. 2 und 3 KStG-E entsprechend gilt. Bei dieser Konstellation treffen die schon isoliert schwer zu handhabenden Problemfelder von § 4h EStG-E und § 8a KStG-E aufeinander. Im Zusammenhang mit PPP-Projekten ist diese Situation denkbar, wenn beispielsweise eine Mutter-Kapitalgesellschaft als Mehrheits- oder Minderheitsgesellschafterin an einer PPP-Personengesellschaft beteiligt ist und die Bank für einen Kredit an die PPP-Personengesellschaft auf die Kapitalgesellschaft zurückgreifen kann. Die schon im geltenden § 8a KStG nur schwer zu handhabenden Probleme der nachgeordneten Personengesellschaften werden im geplanten § 8a KStG-E in modifizierter Form perpetuiert und mit der Zinsschrankenregelung kombiniert. Bei dieser Konstellation sind neben allen Wertungsproblemen drei Nebenrechnungen zu bewältigen. Es ist zu prüfen, ob:

- (1) der Nettozinsaufwand auf der Ebene Mitunternehmerschaft die Grenze von 1,0 Mio. € erreicht.

- (2) wegen § 8a KStG-E die Escape-Klausel von § 4h Abs. 2 lit. b) oder c) EStG-E in Betracht kommen.
- (3) eine Escape-Möglichkeit aufgrund des Bilanzvergleichs besteht.

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Zinsschranke für PPP-Personengesellschaften mit beachtlichen praktischen Schwierigkeiten verbunden ist. Die schon bisher nicht einfache Besteuerung von Mitunternehmenschaften wird nochmals deutlich verkompliziert.

5. Klärungsbedarf

Mit der Zinsschrankenregelung werden neue Begrifflichkeiten und Instrumente in die steuerliche Gewinnermittlung hineingetragen, die erheblichen Klärungsbedarf aufwerfen.

a) Zinsaufwendungen und Zinserträge

Im Zentrum der Zinsschranke stehen die Kategorien Zinsaufwendungen und Zinserträge, deren Zuordnung zu einem bestimmten Wirtschaftsjahr besondere Bedeutung erlangen. Damit stellt sich steuerlich für die Aufwands- und Ertragsseite die Notwendigkeit der exakten Abgrenzung zwischen Zinsen und Nicht-Zinsen, während in verwandten Regelungen abgestellt wird auf Vergütungen (§ 8a KStG) und Entgelte (§ 8 Nr. 1 GewStG). In § 4h Abs. 3 EStG-E wird ein erster Abgrenzungsversuch unternommen, dessen Ausdifferenzierung wegen der Dynamik in der Finanzierungsrealität Finanzverwaltung und Gerichte noch intensiv beschäftigen wird.

Unstreitig dürfte sein, dass die in Ausübung eines Bewertungswahlrechts in die Herstellungskosten einbezogenen Fremdkapitalzinsen nicht unter die Zinsschrankenregelung fallen, da diese Zinsen den maßgeblichen Gewinn nicht gemindert haben.

Von besonderem Interesse ist unter der Herrschaft einer Zinsschrankenregelung die Herauslösung von Zinserträgen aus den Umsatzerlösen einer PPP-Gesellschaft, um die Zinserträge mit den Zinsaufwendungen saldieren zu können. Ein solches Herauslösen und Verselbstständigen setzt voraus, dass die PPP-Gesellschaft eine Finanzierungsleistung (Kreditgewährung) erbringt, die sich in einer Kreditforderung konkretisiert und deren Vergütung aus dem Leistungsbündel isolierbar ist. Diese Bedingung dürfte im Zusammenhang mit PPP-Projekten erfüllt sein, wenn die Bauleistung vom öffentlichen

Partner abgenommen worden ist und das wirtschaftliche Eigentum an dem Projekt auf den Auftraggeber übergegangen ist und kein Benutzer- bzw. Auslastungsrisiko besteht – so etwa in der unter *Kapitel A.2* beschriebenen ersten Fallgruppe bestimmter Hochbauprojekte. Entsteht durch diese Transaktion eine Forderung an den öffentlichen Partner, über die eine Finanzierungsvereinbarung abgeschlossen wird, so erbringt die PPP-Gesellschaft neben einer Bau- und Betriebsleistung zusätzlich eine eigenständige Finanzierungsleistung an den öffentlichen Partner, die zu einer Kapitalforderung führt. Das auf diese Finanzierungsleistung entfallende und durch eine Finanzierungsvereinbarung fixierte Entgelt ist bei der PPP-Gesellschaft als Zinsertrag zu qualifizieren. Für die Möglichkeit der Separierung des Zinsertrages spricht auch die entsprechende umsatzsteuerliche Behandlung in R 29a UStR, wonach Stundungszinsen unter bestimmten Voraussetzungen als eigenständiges Entgelt für Kreditleistungen anerkannt werden. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten wäre eine Stellungnahme der Finanzverwaltung dahingehend begrüßenswert, dass in diesen Fällen die Zinserträge als solche i. S. d. § 4h Abs. 3 S. 3 EStG-E anerkannt werden.

Voraussetzung für die Möglichkeit der Abspaltung von Zinserträgen ist allerdings zum einen der Wille beider Partner und zum anderen die faktische Möglichkeit zum Abschluss einer Finanzierungsvereinbarung zwischen den beiden Partnern. Für bereits bestehende PPP-Projektverträge besteht das Risiko, dass eine nachträgliche vertragliche Klarstellung im Sinne einer Finanzierungsvereinbarung schwierig sein wird. Selbst für Neuverträge ist darauf hinzuweisen, dass der öffentliche Partner möglicherweise z. B. aus rechtlichen Gründen an dem Abschluss einer Finanzierungsvereinbarung gehindert wird. Ist eine Separierung der Finanzierungsleistung etwa aufgrund der Unmöglichkeit des Abschlusses einer Finanzierungsvereinbarung nicht möglich, scheidet eine Saldierung der Zinserträge mit Zinsaufwendungen aus mit der Folge der oben beschriebenen erheblichen wirtschaftlichen Konsequenzen der Zinsschranke für die PPP-Gesellschaften.

Während die Möglichkeit der Abspaltung von Zinserträgen in der ersten Modellvariante mit gewissen Restriktionen möglich erscheint, dürfte dieser Lösungsansatz bei den anderen unter *Kapitel A.2* erläuterten Modellvarianten dagegen kaum zur Anwendung kommen. Dies hat zur Folge, dass PPP-Modelle mit fest kalkulierbaren Entgelten gegenüber PPP-Modellen mit variablen Entgelten, d. h. PPP-Modellen, bei denen die Forderung der Höhe nach nicht feststeht, steuerlich bevorzugt werden. Es kommt somit durch die Zinsschranke zu der kuriosen Situation, dass auf PPP-Modelle, bei denen der

private Partner durch Übernahme des wirtschaftlichen Eigentums oder durch benutzer-/verkehrsabhängige Vergütung ein besonders großes Risiko trägt, erhebliche Steuernachteile zukommen.

b) Eigenkapitalquote

Neu ist auch die steuerliche Anknüpfung an die Eigenkapitalquote im Einzel- und Konzernabschluss (§ 4h Abs. 2 S. 1 lit. c) EStG-E). Definiert wird diese Quote in § 4h Abs. 3 EStG-E als Verhältnis des Eigenkapitals zur Bilanzsumme. Diese Relation wird nicht auf der Grundlage der Steuerbilanz gebildet, herangezogen werden vielmehr die nach IFRS, HGB oder US-GAAP erstellten Bilanzen. Missverständlich ist die Formulierung im Entwurf (§ 4h Abs. 2 lit. c) S. 7 EStG-E), wo von den im testierten Abschluss ausgewiesenen Eigenkapitalquoten die Rede ist. Abschlüsse enthalten aber nicht die Eigenkapitalquoten, sondern nur die zur Ermittlung der Quoten notwendigen Informationen. Das Anknüpfen an die Eigenkapitalquote ist zumindest aus zwei Gründen nicht unproblematisch:

- (1) Mit dem Vordringen mezzaniner Finanzierungsformen verschwimmt die Grenze zwischen Eigen- und Fremdkapital zunehmend. Dies zeigt sich in den Bilanzen durch den Ausweis von Kapitalbestandteilen zwischen Eigen- und Fremdkapital. Bei strenger Orientierung am Wortlaut des Entwurfs bleibt dieses Mezzanin-Kapital bei der Ermittlung des Eigenkapitals unberücksichtigt, soweit es nicht ausdrücklich unter der Position Eigenkapital ausgewiesen wird. Nur das reine Eigenkapital wird der Bilanzsumme gegenübergestellt. Eine solche Sichtweise wird den wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht gerecht, da das Mezzanin-Kapital zu einem erheblichen Umfang Eigenkapitalfunktionen erfüllt.
- (2) Mit der Verwendung der Eigenkapitalquote erlangt die Länge der Bilanz erhebliche steuerliche Bedeutung. In den letzten Jahren ist gerade mit Blick auf die Konzernbilanzen eine Tendenz zur Bilanzverkürzung zu beobachten, z. B. durch die Ausgliederung von Pensionsverpflichtungen im Rahmen von Contractual Trust Arrangements (CTA). Diese Maßnahmen haben zu der erwünschten Verbesserung der Eigenkapitalquote im Konzernabschluss beigetragen, was unter dem Aspekt der Zinsschranke kontraproduktiv sein kann. Denn eine verbesserte Eigenkapitalquote im Konzernabschluss kann die Nutzung der Escape-Klausel nach § 4h Abs. 2 S. 1 lit. c) EStG-E für die einzelnen Konzerngesellschaften er-

heblich erschweren. Die aufgrund der faktischen Notwendigkeit mit geringem Eigenkapital ausgestatteten PPP-Gesellschaften sind hierfür das beste Beispiel.

c) Konzern

Wichtig für die Zinsschranke ist auch die Zugehörigkeit oder Nicht-Zugehörigkeit zu einem Konzern. Die Abgrenzung des Konzerns erfolgt auf der Grundlage der herangezogenen Rechnungslegungsstandards. Maßstab für die Konzernzugehörigkeit eines Betriebs ist seine Einbeziehung in den Konsolidierungskreis, dabei soll die Möglichkeit der Einbeziehung ausreichen. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob auch eine Quotenkonsolidierung genügt, die insbesondere bei Joint-Venture-Unternehmen in Betracht kommen kann. Die Begründung des Entwurfs stellt auf die Möglichkeit der Beherrschung ab, was auf die Nichtberücksichtigung der Quotenkonsolidierung hindeutet. Diese Auffassung verdient Zustimmung.

Problematisch erscheint die Konzernabgrenzung in der Zinsschrankenregelung aus zwei Gründen:

- (1) Angeknüpft wird nicht an den Konsolidierungskreis, der nach dem jeweiligen Rechnungslegungsstandard gewählt wird, gefordert wird vielmehr der größtmögliche Konsolidierungskreis, der auch die Einbeziehung all jener Gesellschaften erfordert, die z. B. unter Materiality-Aspekten unberücksichtigt geblieben sind.
- (2) Schließlich können die § 4h Abs. 3 S. 5, 6 EStG-E zu entnehmenden Kriterien zu einer Erweiterung des Konsolidierungskreises führen. Diese steuerspezifische Abgrenzung des Konsolidierungskreises kann zur Folge haben, dass neben dem klassischen Konzernabschluss ein weiterer steuerspezifischer Konzernabschluss für Zwecke der Zinsschranke zu erstellen ist, der den größtmöglichen und erweiterten Konsolidierungskreis umfasst. Führt man sich den Aufwand vor Augen, der zur Erstellung eines Konzernabschlusses zu betreiben ist, so erscheint diese Konsequenz unverhältnismäßig. Der Konzern kann diesen Zusatzaufwand nur vermeiden, wenn bereits der Konsolidierungskreis für den klassischen Konzernabschluss nach Maßgabe der steuerlichen Kriterien gewählt wird. Dies wäre jedoch eine Hypertrophierung der umgekehrten Maßgeblichkeit, die nun auch noch in den Konzernabschluss vordringen würde. Hier sollte aus

Gründen der Praktikabilität erwogen werden, auf eine steuerliche Ausweitung des Konsolidierungskreises zu verzichten. Wenn schon steuerlich an den Konzernabschluss angeknüpft wird, erscheint nur eine solche Lösung vertretbar, ansonsten würden den privaten Partnern eines PPP-Projektes beträchtliche zusätzliche Verwaltungslasten aufgebürdet, die mit der Erstellung und Testierung dieses zweiten Konzernabschlusses zusammenhängen.

d) Relevanz der internationalen Rechnungslegung

Mit der Bezugnahme auf internationale Rechnungslegungsstandards betritt die Zinsschrankenregelung gleich in doppelter Hinsicht steuerliches Neuland. Steuerliche Relevanz erlangt nicht nur der nach internationalen Rechnungslegungsregeln erstellte Einzelabschluss, sondern auch der Konzernabschluss, wobei jedoch steuerliche Modifikationen dieser Abschlüsse zu beachten sind. In den Einzelabschluss ist ggf. das Sonderbetriebsvermögen einzubeziehen, es kommt also zu einer Vermengung der Rechnungslegungsstandards mit steuerlichen Aspekten. Für den Konzernabschluss wird eine steuerliche Erweiterung des Konsolidierungskreises angeordnet, worauf bereits eingegangen worden ist.

Problematisch ist die Heranziehung der internationalen Rechnungslegungsstandards aus folgenden Gründen:

- (1) Selbst wenn ein IFRS-Konzernabschluss erstellt und testiert wird, liegen für die Konzerngesellschaften nicht zwangsläufig testierte IFRS-Einzelabschlüsse vor. Denn Einzelabschlüsse deutscher Konzerngesellschaften sind vielmehr nach den Regeln des HGB zu erstellen und diese Einzelabschlüsse werden testiert. Die Vorlage testierter IFRS-Einzelabschlüsse für Zwecke der Zinsschranke verursacht dagegen zusätzlichen Verwaltungsaufwand.
- (2) Speziell mit Blick auf PPP-Personengesellschaften sind die IFRS-Regeln zur Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital wenig geeignet. Denn nach IAS 32 ist das von den Gesellschaftern zur Verfügung gestellte Kapital nur dann als Eigenkapital auszuweisen, wenn der einzelne Kapitalgeber keinen individuellen Rückzahlungsanspruch auf das von ihm investierte Kapital hat. Da die Gesellschafter von Personengesellschaften in Deutschland ein nicht abdingbares Kündigungsrecht haben, werden die Einlagen in deutsche Personengesell-

schaften nach IAS 32 nicht als Eigen-, sondern als Fremdkapital qualifiziert. Ein solcher IFRS-Einzelabschluss einer Konzern-Personengesellschaft ist für Zwecke der Zinsschranke ungeeignet.

- (3) Mit der steuerlichen Relevanz der internationalen Rechnungslegungsregeln ist die Gefahr verbunden, dass eine Steuerinduzierung in die rein informationsorientierte Rechnungslegung hineingetragen wird. Das Ergebnis wäre die Etablierung einer umgekehrten Maßgeblichkeit im Bereich des Konzernabschlusses, die zu einer steuerlichen Verschmutzung der kapitalmarktorientierten Rechnungslegung führen würde.

6. Änderungsvorschläge

Soll an dem Konzept der Zinsschranke festgehalten werden, so ist eine deutliche Überarbeitung des vorliegenden Entwurfs erforderlich, um die Zielgenauigkeit der Regelung zu verbessern. In der vorliegenden Ausgestaltung werden von der Zinsschranke in erheblichem Umfang auch Sachverhalte getroffen, die nicht auf die „einseitige Verlagerung von Fremdfinanzierungsaufwand ins Inland“ abzielen, wie in der Entwurfsbegründung moniert wird. Die Sanktionierung von PPP-Projekten durch die Zinsschrankenregelung steht stellvertretend für diese Zielverfehlung. Um die Zielgenauigkeit zu verbessern, sollten Änderungen in folgenden Bereichen erwogen werden:

- Ausgangsgröße,
- Höhe der Zinsschranke,
- Erweiterung der Escape-Möglichkeiten,
- Separierung von § 8a KStG.

a) Ausgangsgröße

Als Ausgangsgröße für die Ermittlung der abziehbaren Zinsen wird der maßgebliche Gewinn herangezogen (§ 4h Abs. 1 S. 1 EStG-E), der nach § 4h Abs. 3 S. 1 EStG-E ausschließlich den steuerpflichtigen Gewinn umfasst. Unberücksichtigt bleiben damit steuerfreie Gewinne, was nicht zu überzeugen vermag. Denn auch die Investitionen zur Erzielung steuerfreier Gewinne müssen finanziert werden und verursachen Finanzierungsaufwendungen, die nur unter den besonderen Voraussetzungen von § 3c Abs. 1

EStG nicht zum Abzug zugelassen werden. Um dem aufgezeigten Zusammenhang Rechnung zu tragen, erscheint es geboten, als Ausgangsgröße der Zinsschrankenregelung den Gewinn einschließlich der steuerfreien Gewinne heranzuziehen.

Daneben stellt sich die Frage, ob es im Rahmen der Zinsschranke sachgerecht ist, als Korrekturgröße des Gewinns ausschließlich die Zinsen zu berücksichtigen und damit das steuerliche EBIT als Grundlage für die Ermittlung der maximal abziehbaren Zinsen heranzuziehen. Denn eine sachlich überzeugende Verknüpfung zwischen EBIT und Nettozinsaufwand ist nicht erkennbar. Wird der Tatsache Rechnung getragen, dass Finanzierungsaufwendungen insbesondere im Zusammenhang mit Investitionen anfallen, so erscheint mit guten Gründen auch die Hinzurechnung der Abschreibungen vertretbar. Als Ausgangsgröße würde dann das EBITDA heranzuziehen sein, das sich vom EBIT durch die Hinzurechnung der Abschreibung (d=depreciation) und Amortisation (a=amortisation) unterscheidet, wobei die Amortisation insbesondere die Abschreibung auf den Goodwill erfasst, der im Zuge der Konsolidierung entsandt ist.

b) Höhe der Zinsschranke

Aus der Zielsetzung der Zinsschranke, „eine einseitige Verlagerung von Fremdfinanzierungsaufwand ins Inland“ zu verhindern, lässt sich eine Zinsschranke in Höhe von 70 % nicht erklären. Nach der Mechanik der Zinsschranke werden als Betriebsausgaben qualifizierte Zinsen in einem ersten sehr pauschalen Schritt vom Abzug ausgeschlossen, soweit sie 30 % des steuerlichen EBIT übersteigen. Dieser gravierende Eingriff in das objektive Nettoprinzip soll in einem zweiten Schritt durch die Bereitstellung von Escape-Möglichkeiten relativiert werden. Das Zusammenspiel zwischen der Höhe der Zinsschranke und den Escape-Klauseln ist offenkundig, je höher die Zinsschranke angesetzt wird, umso wichtiger sind leistungsfähige Escape-Klauseln, um in den nicht zu sanktionierenden Fällen eine Substanzbesteuerung zu vermeiden. Für Konzernsachverhalte stellt der Entwurf aber als einzige durchschlagende Escape-Möglichkeit das Benchmarking der Eigenkapitalquoten zwischen Einzel- und Konzernabschluss zur Verfügung. Diese sehr pauschale und wenig differenzierende Escape-Klausel ist aber allenfalls bei einer deutlich niedrigeren Zinsschranke vertretbar, weil ansonsten die Gefahr gravierender Nebenwirkungen in Form von Substanzbesteuerungen besteht. Eine deutliche Absenkung der Zinsschranke erscheint daher geboten, wobei es allerdings eine richtige Zinsschranke nicht geben kann. Die Höhe der

Zinsschranke muss aber deutlich abgesenkt werden, um das Ausmaß schädlicher Substanzbesteuerung in Fällen zu vermeiden, die unter der Zielsetzung der Zinsschranke vollständig unproblematisch sind. Daneben ist es von zentraler Bedeutung, dem Zusammenwirken der Höhe der Zinsschranke mit den Escape-Möglichkeiten Rechnung zu tragen. Insbesondere für PPP-Gesellschaften schafft eine Absenkung der Zinsschranke zwar eine Erleichterung, allerdings reicht diese Maßnahme nicht aus, um eine schädliche Substanzbesteuerung zu vermeiden.

c) **Escape-Klauseln**

Für Konzernverhältnisse stellt der Entwurf als Escape-Möglichkeit ausschließlich das Benchmarking der Eigenkapitalquoten zwischen Einzel- und Konzernabschluss zur Verfügung, sofern der Nettozinsaufwand 1 Mio. € übersteigt. Dieser Vergleich der Eigenkapitalquoten zielt erkennbar auf den Fall ab, die einseitige Verlagerung von Zinsaufwendungen ins Inland zu sanktionieren und eine Escape-Möglichkeit zu eröffnen, wenn eine solche Verlagerung im internationalen Konzern nicht erfolgt ist. Für alle übrigen Fallgruppen, die unter der Zielsetzung der Zinsschranke unproblematisch sind, steht dagegen keine Escape-Möglichkeit zur Verfügung.

In reinen Inlandskonzernen spielt das Verlagerungsargument keine Rolle, trotzdem kann die Zinsschranke auch in einem solchen Konzern zu nicht abziehbaren Finanzierungsaufwendungen führen, wenn die Eigenkapitalquote im Einzelabschluss schlechter ist als im Konzernabschluss. Da der Konzernabschluss aber nur die Verdichtung der Einzelabschlüsse darstellt, existiert zwangsläufig eine Gruppe von Konzerngesellschaften, deren Eigenkapitalquote in ihren Einzelabschlüssen unter der Konzerneigenkapitalquote liegt, während eine andere Gruppe von Konzerngesellschaften möglicherweise eine höhere Eigenkapitalquote aufweist.

Eine von der Konzerneigenkapitalquote negativ abweichende Eigenkapitalquote im Einzelabschluss einer Konzerngesellschaft kann aber bei Überschreiten der 1 %-Toleranzgrenze nicht als Anhaltspunkt für die Sanktionierung einer solchen Gesellschaft herangezogen werden, soweit der Nettozinsaufwand die 30 %-Grenze überschreitet. Insbesondere bei PPP-Gesellschaften zeigt sich mit besonderem Nachdruck, dass in diesem Bereich faktische Zwänge zu einer hohen Fremdkapitalquote bestehen, ohne dass in diesen Fällen die Notwendigkeit einer Sanktionierung wegen Gewinnverlagerung besteht. Gerade die PPP-Gesellschaften verdeutlichen, dass der Katalog der

Escape-Möglichkeiten in § 4h Abs. 2 EStG-E nicht ausreicht und erweitert werden muss, um die Sanktionierung unschädlicher Finanzierungen zu vermeiden.

Ein Ansatzpunkt zur Ausweitung der Escape-Möglichkeiten kann aus dem Gedanken des Drittvergleichs gewonnen werden, der § 8a KStG zu Grunde liegt. Die Zinsschranke löst sich im ersten Schritt mit der 70 %-Grenze vom Drittvergleich zugunsten eines sehr pauschalen Ansatzes. Im zweiten Schritt könnte aber sehr wohl die Möglichkeit eröffnet werden, dem Gedanken des Drittvergleichs zumindest in Grenzen Rechnung zu tragen, indem für Branchen, in denen sich aus außersteuerlichen Gründen notgedrungen bestimmte Finanzierungsstrukturen herausgebildet haben, eine Escape-Möglichkeit eröffnet wird. Zur Verbesserung der Zielgenauigkeit der Zinsschrankenregelung erscheint es dringend geboten, einem solchen Benchmarking näher zu treten. Hierbei könnte für PPP- bzw. ÖPP-Gesellschaften auf die in § 2 Abs. 14 InvG-E geplante Definition zurückgegriffen werden.

d) Separierung von § 8a KStG

Nach der Entwurfsbegründung soll die Zinsschrankenregelung in § 4h EStG-E die bisherige Regelung zur Gesellschafterfremdfinanzierung in § 8a KStG ersetzen. Dieser Programmsatz ist jedoch nur schwer in Einklang zu bringen mit dem Fortbestand von § 8a KStG-E – wenngleich in anderer Funktion – und seiner Verknüpfung mit der Zinsschrankenregelung. Auch die modifizierte Regelung in § 8a KStG-E enthält die drei bekannten Fallgruppen des § 8a KStG, nämlich die Fremdfinanzierung durch den Gesellschafter, die nahestehende Person und einen rückgriffsberechtigten Dritten. Besonders überraschend sind die Ausführungen in der Entwurfsbegründung zum rückgriffsberechtigten Dritten, die weit über die geltende Erlasslage hinausgehen. In der Entwurfsbegründung findet sich die Formulierung „für die Bejahung des Rückgriffs reichen ein konkreter rechtlich durchsetzbarer Anspruch [...], eine Vermerkpflcht in der Bilanz, eine dingliche Sicherheit [...] oder eine harte oder weiche Patronatsklärung zwar aus, sie sind aber nicht erforderlich.“ Sollte sich diese Auffassung der Entwurfsbegründung wirklich durchsetzen, ist § 8a KStG nicht abgeschafft, sondern in einem bestimmten Bereich in viel umfassenderer Form wieder eingeführt worden. In der neuen Rechtslage bestünde dann eine Zinsschrankenregelung, die mit einem angereicherten § 8a KStG verknüpft wäre. Als Rechtsfolge stellt sich bei Verletzung der

10 %-Grenze in § 8a KStG-E die uneingeschränkte Anwendung der Zinsschrankenregelung ein, was als unverhältnismäßig anzusehen ist.

Systematisch ist von Bedeutung, dass mit der Zinsschranke und § 8a KStG ganz unterschiedliche Lösungskonzepte verfolgt werden, deren Gemeinsamkeit in dem Ziel besteht, Steuersubstrat zu sichern. Während sich die Zinsschranke gegen Gewinnverlagerung richtet, soll mit § 8a KStG der übermäßigen Gesellschafterfremdfinanzierung begegnet werden. Im vorliegenden Entwurf werden beide Aspekte in einer Weise miteinander verknüpft, die zu nicht vertretbaren Ergebnissen führt. Übersteigen die Zinsen für Gesellschafter-Fremdkapital 10 % des Nettozinsaufwands der PPP-Gesellschaft, entfällt für konzernunabhängige Unternehmen die Escape-Möglichkeit nach § 4h Abs. 2 S. 1 lit. b) EStG-E und die Zinsen fallen in vollem Umfang unter die Zinsschrankenregelung. Für konzerngebundene Gesellschaften findet sich die entsprechende Regelung in § 8a Abs. 3 KStG-E. Da zu den Zinsen für Gesellschafterfremdkapital auch die Zinszahlungen an einen rückgriffsberechtigten Dritten zählen und für § 8a KStG-E nach der Entwurfsbegründung von einem weiten Verständnis des Rückgriffs ausgegangen wird, entfallen die Escape-Möglichkeiten für PPP-Gesellschaften, soweit ein solcher Rückgriff gegeben ist. Diese Problematik ist auch deswegen von besonderer Relevanz, da durch den Verweis in § 4h Abs. 2 letzter Satz EStG-E § 8a Abs. 2 und 3 KStG-E auch für nachgeordnete Personengesellschaften gilt. Speziell diese Regelung kann die Escape-Möglichkeiten für PPP-Gesellschaften nahezu vollständig aushebeln, wenn sich die kreditgewährenden Banken einen Rückgriff auf den Gesellschafter der PPP-Gesellschaft gesichert haben. Es erscheint daher unabdingbar, die im Entwurf vorgesehene Verknüpfung von § 4h EStG-E und § 8a KStG-E zu überdenken.

Lösungsmöglichkeiten könnten darin bestehen, auf die Ausweitung des Rückgriffs in § 8a KStG-E zu verzichten, die Grenze von 10 % zu erhöhen und durch die Einbeziehung eines Drittvergleichs zu flexibilisieren. Daneben stellen sich die Grundsatzfragen, ob eine Verknüpfung von § 4h EStG-E und § 8a KStG-E zweckmäßig ist und ob nicht durch die Schaffung der Zinsschrankenregelung vollständig auf § 8a KStG-E verzichtet werden kann, wie dies in der Entwurfsbegründung einleitend angemerkt wird.

7. Zwischenfazit

Auch die oben beschriebenen Änderungsvorschläge sind nur bedingt geeignet, die existenzgefährdenden wirtschaftlichen Konsequenzen für PPP-Gesellschaften durch die Einführung einer Zinsschranke zu beseitigen oder abzumildern.

PPP-Gesellschaften erwirtschaften und versteuern ihre Gewinne ausschließlich im Inland und übernehmen von der öffentlichen Hand im Rahmen der PPP-Projekte insbesondere das wirtschaftliche Risiko und die Finanzierung von Infrastrukturmaßnahmen. Es erscheint daher überlegenswert, PPP-Projektgesellschaften aus dem Anwendungsbereich der Zinsschranke auszuschneiden, sofern es dem politischen Willen entspricht, die wirtschaftliche Durchführung von PPP-Projekten im Inland auch weiterhin zu ermöglichen und die Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft bei der Durchführung von öffentlichen Investitionsprojekten zum Zwecke der Kostensenkung und Effizienzsteigerung nicht steuerlich zu torpedieren.

Volkswirtschaftlich problematisch ist eine steuerliche Benachteiligung von PPP-Projekten insbesondere in den Fällen, in denen ein vor Steuern wirtschaftliches PPP-Modell nach Steuern unwirtschaftlich würde. In diesen Fällen würde eine volkswirtschaftlich sinnvolle Realisierung des Projektes als PPP möglicherweise nur deshalb unterbleiben, weil sie sich aus steuerlicher Sicht nicht rechnet. Für die öffentliche Hand wäre dies gleichbedeutend mit der verpassten Chance auf eine finanzielle Entlastung des Haushalts.

C. GEWERBESTEUERLICHE HINZURECHNUNG VON ZINSEN UND ZINSANTEILEN

1. Gesetzesvorschlag

Zur Erreichung der Zielsetzung, den „so genannten objektivierten Gewerbeertrag“ zu besteuern, sieht das geltende GewStG eine Hinzurechnungspflicht für bestimmte Entgelte vor, die auf die Nutzung des dem Betrieb überlassenen Geld- und Sachkapitals entfallen. Diese Hinzurechnungen differieren nach der Höhe des Hinzurechnungsbetrags, der Erfassung der einzubeziehenden Geld- und Kapitalüberlassungen und der Beachtung des Korrespondenzprinzips. Hier führt der Entwurf zu einer durchgreifenden Bereinigung, hinzugerechnet werden sollen alle Finanzierungsaufwendungen, allerdings nur zu 25 %. Jedoch wird der Begriff der Finanzierungsaufwendungen sehr weit gefasst. Der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung sollen nicht nur alle Zinsen (Entgelte für Kapi-

talüberlassungen) unterliegen, sondern kraft gesetzlicher Aufwandsfiktion auch Abschläge für eine vorzeitige Erfüllung von Forderungen aus Lieferungen und Leistungen sowie Diskontbeträge für die Veräußerung von Wechsel- und anderen Geldforderungen (z. B. Abschläge aus der Forfaitierung von Forderungen). Daneben sollen Entgelte für Finanzierungsanteile von Mieten, Pachten, Leasingraten und Lizenzen in den Anwendungsbereich der gewerbsteuerlichen Hinzurechnung nach § 8 Nr. 1 GewStG einbezogen werden. Dabei wird der Finanzierungsanteil für bewegliche und unbewegliche Wirtschaftsgüter jeweils pauschaliert.

Mit dieser deutlichen Ausweitung der Hinzurechnungen werden alle Überlegungen konkretisiert, die auf eine Angleichung der Bemessungsgrundlagen von EStG, KStG einerseits und GewStG andererseits abzielen und damit einen Beitrag zur Vereinfachung des Steuerrechts leisten.

2. Wirkungen

Die geplante 25 %-ige Hinzurechnung aller Zins- und pauschalierten Finanzierungsentgelte zum Gewerbeertrag führen zu einer Verbreiterung der gewerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage für diejenigen Unternehmen, die nach bisherigem Recht langfristige Verbindlichkeiten z. B. im Wege der Substitution durch Leasing oder kurzfristige Verbindlichkeiten vermieden haben. Die Finanzierungsaufwendungen dieser Unternehmen unterliegen bisher nicht der Hinzurechnung nach § 8 Nr. 1 GewStG, würden künftig aber zu 25 % in den Gewerbeertrag einfließen, wobei zusätzlich der Freibetrag in Höhe von 100.000,- € zu berücksichtigen ist. Unternehmen mit einer hohen Eigenkapitalquote und Unternehmen, die zur Finanzierung neben Eigenkapital im Wesentlichen Dauerschulden nutzen, würden durch die gesetzliche Neuregelung tendenziell entlastet, da anstelle der hälftigen Hinzurechnung der Dauerschuldentgelte eine Hinzurechnung von 25 % tritt und ein Freibetrag in Höhe von 100.000,- € gewährt wird. Bei PPP-Gesellschaften kommt eine gewerbsteuerliche Grenze von Zinsen gegenwärtig nicht in Betracht, soweit sie Umlaufvermögen finanzieren.

Als problematisch könnte sich bei langfristiger Fertigung der Einbezug von Finanzierungsanteilen bei erhaltenen Anzahlungen erweisen, soweit undifferenziert von Zinsanteilen in erhaltenen Anzahlungen ausgegangen wird, die dann der gewerbsteuerlichen Hinzurechnung unterworfen werden. Erhaltene Anzahlungen sind nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt nämlich in Vorauszahlungen und Abschlagszahlungen zu unter-

scheiden. Vorauszahlungen stellen eine erhaltene Zahlung vor Leistungserbringung dar und sind demzufolge auch als finanzielle Verbindlichkeiten zu qualifizieren. Eine gewerbsteuerliche Hinzurechnung entspricht in diesem Fall der gesetzgeberischen Grundwertung. Dagegen sind unter Abschlagszahlungen Zahlungen nach erbrachter (Teil-)Leistung zu verstehen, die lediglich einen finanziellen Ausgleich für die bereits erbrachte unfertige Leistung darstellen. Abschlagszahlungen werden regelmäßig entsprechend dem Baufortschritt geleistet, da bei Auftragsfertigungen bis zur Fertigstellung und damit Abnahme und Abrechnung des Bauwerks nicht selten mehrere Jahren vergehen und Teilabnahmen nur begrenzt möglich sind. Abschlagszahlungen stellen demgemäß keine Verbindlichkeiten dar und beinhalten folgerichtig keine Finanzierungsanteile. Eine gewerbsteuerliche Hinzurechnung von Finanzierungsanteilen in erhaltenen Anzahlungen wäre vor diesem Hintergrund nicht sachgerecht, soweit die Anzahlungen Abschlagszahlungen und nicht Vorauszahlungen darstellen.

Eine weitere Problematik kann sich nach den geplanten Gesetzesänderungen bei bestimmten Modellvarianten ergeben. Die PPP-Gesellschaft erbringt eine eigens vorfinanzierte Bauleistung, beispielsweise zur Errichtung eines Gebäudes, welches sich während der gesamten Bauphase im Eigentum der öffentlichen Hand befindet. Nach Fertigstellung und Abnahme wird das Gebäude durch die PPP-Gesellschaft bewirtschaftet. Mit der Abnahme entsteht eine Forderung der PPP-Projektgesellschaft gegenüber der öffentlichen Hand als Auftraggeber.

Die Forderung wird durch Annuitäten über einen Zeitraum von beispielsweise 25 Jahren beglichen, wobei die Annuitäten einen Zins- und Tilgungsanteil beinhalten. Veräußert die PPP-Projektgesellschaft die Forderung an eine Bank, wäre der Diskontierungsbetrag nach § 8 Abs. 1 lit. a) GewStG-E wohl der gewerbsteuerlichen Hinzurechnung zu unterwerfen. Die entsprechenden Zinsanteile bzw. Erträge aus der Aufzinsung der Forderung hingegen könnten nicht mit dem Diskontbetrag saldiert werden, obwohl sich die beiden Vorgänge wirtschaftlich (zumindest in qualitativer Hinsicht) ausgleichen. Darauf aufbauend ist die Frage zu stellen, ob eine Unterscheidung zwischen der Veräußerung einer bereits entstandenen Forderung von der Veräußerung einer zukünftig entstehenden Forderung zweckmäßig ist.

Unstreitig dürfte auch im Bereich der gewerbsteuerlichen Hinzurechnungen sein, dass in der Herstellungsphase angefallene Zinsen, die unter Ausnutzung von Bewertungswahlrechten aktiviert werden, nicht unter die gewerbsteuerliche Hinzurechnung fallen,

da diese Zinsen die Ausgangsgröße für die Ermittlung des Gewerbeertrags nicht gemindert haben.

3. Änderungsvorschläge

Kennzeichnend für die Neuregelungen im Bereich der Gewerbesteuer ist die deutliche Ausweitung der finanzierungsbezogenen Hinzurechnungstatbestände. Von dieser Hinzurechnung werden neben Factoring-, Forfaitierung- und Leasingsachverhalten insbesondere PPP-Gesellschaften getroffen. Diese Ausweitung der Hinzurechnung macht weiterführende Überlegungen in zwei Bereichen erforderlich.

- (1) Es sollte in Erwägung gezogen werden, auch im Bereich der Gewerbesteuer eine Saldierung von Zinsaufwendungen mit Zinserträgen, ähnlich wie beim Zins-schrankenmodell, vorzusehen und diese Saldierungen auch auf die anderen Hinzurechnungen zu erstrecken. Zwar ist mit einer solchen Saldierung eine Abkehr von der Bruttobetrachtung des § 8 Abs. 1 GewStG verbunden, der eine Einzelbetrachtung der Schuldverhältnisse vorsieht. Kommt es nicht zu einer solchen Saldierung, führt jede Weiterreichung von Darlehen oder Refinanzierung von Krediten zu einer Steuerbelastung in Höhe von 4 % des Zinsaufwands, wenn von einem Hebesatz von 400 % ausgegangen wird. Daneben könnte eine Saldierung in zweiter Stufe in Betracht gezogen werden, wonach Salden aus Zinsen, Mieten/Pachten, Leasingraten und Lizenzen miteinander verrechnet werden, um Substitutionsüberlegungen zu begegnen.
- (2) Mit der Ausweitung der gewerbesteuerlichen Hinzurechnungstatbestände stellt sich auch die Frage, ob nicht korrespondierend der bisherige Ausnahmetatbestand erweitert werden muss. Bisher beschränken sich die Ausnahmen des § 19 GewStDV auf Kreditinstitute im Sinne des § 1 KWG, ABS-Zweckgesellschaften und Pfandleiher.

Den für Kreditinstitute und seit 2003 auch für ABS-Zweckgesellschaften eingreifenden Ausnahmen von der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung nach § 35c Abs. 1 Nr. 2 lit. e) GewStG i. V. m. § 19 GewStDV liegt der Gedanke zugrunde, dass Kreditinstitute und ABS-Zweckgesellschaften wirtschaftlich nur Durchlaufstellen des Geld- und Kreditverkehrs sind und deshalb das Passiv- und Aktivgeschäft artmäßig in etwa übereinstimmen. Daneben soll dem Umstand Rech-

nung getragen werden, dass der Fremdmiteinsatz besonders groß ist (vgl. BFH v. 02.08.1960, I 231/59, BStBl. III 1960, S. 390; BFH v. 16.10.2002, I R 23/02, BFH/NV 2003, S. 653). Es erscheint nur folgerichtig, dass mit einer Ausweitung der Hinzurechnungstatbestände eine Ausweitung der Ausnahmeregelung korrespondieren muss, deren Abgrenzung im Einzelnen abzuwägen ist. Vor diesem Hintergrund ist einer Ausweitung der Ausnahmen des § 19 GewStDV auf PPP-Gesellschaften zu befürworten. Hierzu könnte auf die Definition des § 2 Abs. 14 InvG-E zurückgegriffen werden.

D. FAZIT

Da für PPP-Gesellschaften eine hohe Fremdfinanzierung kennzeichnend ist, werden diese Gesellschaften durch die geplante Zinsschrankenregelung und die Erweiterung der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung nachhaltig belastet, obgleich mit diesen Gesellschaften keine Ergebnisverlagerung angestrebt wird. Mit Hilfe von zwei repräsentativen Modellfällen konnte gezeigt werden, dass die geplante Zinsschrankenregelung in einem Gewinnfall zu einer Steuerbelastung führt, die den Gewinn vor Steuern deutlich überkompensiert und damit einen Eingriff in die Substanz verursacht. Im Verlustfall verschärft die Zinsschrankenregelung die wirtschaftliche Situation dramatisch, da der vorhandene Verlust durch die zusätzliche Steuerbelastung vergrößert wird und damit zur Verschärfung der kritischen wirtschaftlichen Situation beiträgt. Dabei ist anzumerken, dass der Zinsvortrag bei PPP-Gesellschaften wegen der hohen Fremdfinanzierung über die gesamte Projektdauer regelmäßig ins Leere läuft.

Soll das Betreiben von PPP-Gesellschaften im Inland auch weiterhin wirtschaftlich möglich sein, sollten deutliche Veränderungen des vorliegenden Entwurfs in Erwägung gezogen werden. PPP-Projekte mit höherer Risikoübernahme (Eigentümersrisiko oder benutzerabhängiges Risiko/Auslastungsrisiko) werden mit den geplanten Maßnahmen steuerlich benachteiligt, indem die Risikoübernahme bestraft wird. Zur Begrenzung des zusätzlichen administrativen Aufwands sollten weitestgehend vorhandene Daten genutzt werden und nicht die Erstellung zusätzlicher (Konzern-)Abschlüsse gefordert werden. Sachlich werden im Bereich der Zinsschranke folgende Änderungsvorschläge unterbreitet:

- Anknüpfung an das EBITDA anstelle des EBIT,

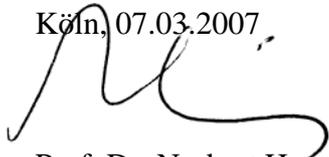
- Deutliche Absenkung der Zinschranke,
- Ausweitung der Escape-Möglichkeiten durch Nachweis branchentypischer Finanzierung,
- Aufgabe der Verknüpfung zwischen Zinsschrankenlösung und § 8a KStG.

Darüber hinaus wurde gezeigt, dass die Zinsschranke trotz dieser Modifikationen für PPP-Gesellschaften problematisch ist. Aufgrund ihrer Sonderstellung ist eine Ausnahmeregelung für PPP-Gesellschaften ernsthaft in Betracht zu ziehen, sofern es dem politischen Willen entspricht, der Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft bei der Durchführung von öffentlichen Investitionsprojekten zum Zwecke der Kostensenkung und Effizienzsteigerung steuerlich nicht im Wege zu stehen.

Für den Bereich der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung wird insbesondere vorgeschlagen,

- eine Saldierung ähnlich wie bei der Zinsschranke vorzusehen und
- den Ausnahmetatbestand des § 19 GewStDV zu erweitern.

Köln, 07.03.2007



Prof. Dr. Norbert Herzig

Nachtrag
zum wissenschaftlichen Privatgutachten

**„Auswirkungen der Unternehmensteuerreform auf
PPP-Projektgesellschaften“ vom 07.03.2007**

erstattet von

Prof. Dr. Norbert Herzig

Wirtschaftsprüfer/Steuerberater

Direktor des Steuerseminars der Universität zu Köln

im Auftrag des

Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie e.V.

Kurfürstenstraße 129

10785 Berlin

A. EINLEITUNG

Am 14.03.2007 hat die Bundesregierung den Gesetzesentwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 (im Folgenden: Regierungsentwurf) veröffentlicht. Mit der geplanten Unternehmensteuerreform soll der nominelle Steuersatz für einbehaltene Gewinne von Kapitalgesellschaften auf unter 30 % abgesenkt werden, um die Wettbewerbsfähigkeit des Steuerstandorts Deutschland zu verbessern. Diese wichtige und richtige Steuersatzreform soll nach dem Regierungsentwurf durch Maßnahmen zur Gegenfinanzierung flankiert werden, die erhebliche Belastungswirkungen entfalten können. Für PPP-Gesellschaften äußerst problematisch sind insbesondere die vorgesehenen Regelungen zur Nichtabziehbarkeit (Zinsschranke) oder Hinzurechnung (Gewerbsteuer) von Zinsen. Eine Umsetzung dieser Regelungen in der vorliegenden Form würde die gezwungenermaßen hoch fremdfinanzierten PPP-Projekte wirtschaftlich unattraktiv machen.

PPP-Gesellschaften fallen stets in den persönlichen Anwendungsbereich der Zinsschrankenregelung, da diese sowohl Kapital- als auch Personengesellschaften erfasst. Die vorgesehenen Ausnahmeregelungen (Escape-Klauseln) kommen für PPP-Gesellschaften nur bei ganz besonderen Fallkonstellationen zur Anwendung. Dagegen hat das Bundesministerium der Finanzen in seiner Antwort auf eine Kleine Anfrage „Zinsschranke im Rahmen der Unternehmensteuerreform“ (BT-Drs. 16/4640 vom 7. März 2007) zum Ausdruck gebracht, dass die Zinsschranke nach seiner Ansicht für solche PPP-Projekte unproblematisch ist, die „nicht in einen Konzern eingebunden sind und z. B. gemeinschaftlich durch mehrere Unternehmen geführt werden (Stichwort joint venture)“. Jedoch ist die Zinsschranke nach dem vorliegenden Regierungsentwurf auch in Fällen einer fehlenden Konzernzugehörigkeit für die PPP-Projektgesellschaften problematisch, wie nachfolgend gezeigt wird.

B. PROBLEMFELDER

1. Konzernzugehörigkeit

Die Zinsschranke kommt nach § 4h Abs. 2 EStG-E nicht zur Anwendung, wenn der Nettozinsaufwand die Freigrenze von 1 Mio. € unterschreitet, der Betrieb nicht oder nur anteilmäßig zu einem Konzern gehört oder der Betrieb zu einem Konzern gehört und seine Eigenkapitalquote gleich hoch oder höher ist als die des Konzerns (Eigenkapitalvergleich). Wegen der hohen Investitionsvolumina und der gezwungenermaßen hohen Fremdfinanzierung scheiden die Freigrenze und der Eigenkapitalvergleich in Konzernfällen als Escape-Möglichkeit für PPP-Gesellschaften regelmäßig aus.

Um nicht in den Anwendungsbereich der Zinsschranke zu fallen, könnte der Versuch unternommen werden, PPP-Gesellschaften in der Weise zu gestalten, dass sie nicht oder nur anteilmäßig zu ei-

nem Konzern gehören. Diese Voraussetzung kann von PPP-Gesellschaften nur erfüllt werden, wenn sie als Joint Venture von mehreren Partnern betrieben werden und keiner der Partner einen beherrschenden Einfluss auf die PPP-Gesellschaft ausüben kann. Damit wäre es aus steuerlichen Gründen nicht mehr möglich, PPP-Projekte mit einem beherrschenden Gesellschafter zu verwirklichen, obwohl diese Variante bisher sehr häufig eingesetzt worden ist.

2. Gesellschafter-Fremdfinanzierung bei Kapitalgesellschaften

Aber selbst bei Fehlen eines Gesellschafters mit beherrschendem Einfluss kommt die Zinsschranke zur Anwendung, wenn die Zinsen für Gesellschafter-Fremdkapital eines wesentlich, d. h. zu mehr als 25 % beteiligten Gesellschafters die kritische Grenze von 10 % des Zinssaldos (Zinsaufwand minus Zinsertrag) übersteigen (§ 8a Abs. 2 KStG-E). Bei PPP-Gesellschaften ist in der Praxis stets mindestens ein Gesellschafter zu mehr als 25 % beteiligt. Ein gleichberechtigter Zusammenschluss von mindestens vier großen Partnern ist schon alleine aufgrund möglicher Interessenkonflikte sowie der begrenzten Zahl der am Markt im Bereich PPP tätigen Bauunternehmen kaum denkbar.

Neben Fremdkapitalvergütungen an die wesentlich beteiligten Gesellschafter werden bei der Bemessung der kritischen Grenze von 10 % auch Fremdkapitalvergütungen an Dritte einbezogen, soweit der Dritte auf den wesentlich beteiligten Gesellschafter zurückgreifen kann. Entgegen der aktuell geltenden Erlasslage sollen solche Fälle eines rückgriffsberechtigten Dritten nach der Begründung zum Regierungsentwurf bereits dann vorliegen, wenn der Gesellschafter dem Dritten gegenüber faktisch für die Erfüllung der Schuld einsteht. Über den in diesem Sinne erweiterten Rückgriffsbegriff werden die von PPP-Gesellschaften für Bankdarlehen entrichteten Zinsen in erheblichem Umfang als Gesellschafter-Fremdkapital zu qualifizieren sein, da die Gesellschafter der PPP-Projektgesellschaft faktisch für die Schulden der Gesellschaft einstehen müssen. Die faktische Einstandspflicht der Gesellschafter erwächst daraus, dass sie ansonsten Gefahr laufen, keine öffentlichen Aufträge mehr zu erhalten. Daher käme es auf der Grundlage des erweiterten Rückgriffsbegriffes stets zur Anwendung des § 8a KStG und damit der Zinsschranke. Auch bei fehlender oder nur anteilmäßiger Konzerngebundenheit fallen PPP-Gesellschaften – zumindest über § 8a KStG – in den Anwendungsbereich der Zinsschranke.

3. Gesellschafter-Fremdfinanzierung bei Personengesellschaften

Die beschriebenen Probleme der PPP-Gesellschaften in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft treten analog bei den in der Praxis üblichen nachgeordneten PPP-Personengesellschaften auf. Denn

§ 4h Abs. 2 S. 2 EStG-E sieht die entsprechende Anwendung von § 8a KStG-E bei nachgeordneten Personengesellschaften vor.

C. FAZIT

Die im Regierungsentwurf vorgesehenen Escape-Möglichkeiten greifen für PPP-Gesellschaften im Regelfall nicht. Entweder sind die PPP-Gesellschaften in einen Konzern eingebunden und weisen wegen der gezwungenermaßen hohen Fremdfinanzierung eine niedrigere Eigenkapitalquote aus als der Konzern oder die Escape-Klausel für konzernungebundene PPP-Gesellschaften wird durch § 8a KStG außer Kraft gesetzt. Ursächlich hierfür ist der weite Rückgriffsbegriff nach der Gesetzesbegründung, wonach ein Fall des Rückgriffs bereits dann vorliegen soll, wenn der wesentlich beteiligte Gesellschafter faktisch für die Schuld der Gesellschaft einsteht. Dies ist bei PPP-Gesellschaften in der Regel der Fall, sodass auch diese Escape-Möglichkeit eine Anwendbarkeit der Zinsschranke für PPP-Gesellschaften nicht vermeiden kann.

Köln, 05.04.2007



Prof. Dr. Norbert Herzig