

§ 8b Beteiligung an anderen Körperschaften und Personenvereinigungen

idF des KStG v. 15.10.2002 (BGBl. I 2002, 4144; BStBl. I 2002, 1169), zuletzt geändert durch WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17)

(1) ¹Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 Buchstabe a des Einkommensteuergesetzes bleiben bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz. ²Satz 1 gilt nur, soweit die Bezüge das Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert haben. ³Sind die Bezüge im Sinne des Satzes 1 nach einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung von der Bemessungsgrundlage für die Körperschaftsteuer auszunehmen, gilt Satz 2 ungeachtet des Wortlauts des Abkommens für diese Freistellung entsprechend. ⁴Satz 2 gilt nicht, soweit die verdeckte Gewinnausschüttung das Einkommen einer dem Steuerpflichtigen nahe stehenden Person erhöht hat und § 32a des Körperschaftsteuergesetzes auf die Veranlagung dieser nahe stehenden Person keine Anwendung findet. ⁵Bezüge im Sinne des Satzes 1 sind auch Einnahmen aus der Veräußerung von Dividendscheinen und sonstigen Ansprüchen im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe a des Einkommensteuergesetzes sowie Einnahmen aus der Abtretung von Dividendenansprüchen oder sonstigen Ansprüchen im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes.

(2) ¹Bei der Ermittlung des Einkommens bleiben Gewinne aus der Veräußerung eines Anteils an einer Körperschaft oder Personenvereinigung, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 Buchstabe a des Einkommensteuergesetzes gehören, oder an einer Organgesellschaft im Sinne des § 14 oder § 17 außer Ansatz. ²Veräußerungsgewinn im Sinne des Satzes 1 ist der Betrag, um den der Veräußerungspreis oder der an dessen Stelle tretende Wert nach Abzug der Veräußerungskosten den Wert übersteigt, der sich nach den Vorschriften über die steuerliche Gewinnermittlung im Zeitpunkt der Veräußerung ergibt (Buchwert). ³Satz 1 gilt entsprechend für Gewinne aus der Auflösung oder der Herabsetzung des Nennkapitals oder aus dem Ansatz des in § 6 Absatz 1 Nummer 2 Satz 3 des Einkommensteuergesetzes bezeichneten Werts. ⁴Die Sätze 1 und 3 gelten nicht, soweit der Anteil in früheren Jahren steuerwirksam auf den niedrigeren Teilwert abgeschrieben und die Gewinnminderung nicht durch den Ansatz eines höheren Werts ausgeglichen worden ist. ⁵Satz 4 gilt außer für Gewinne aus dem Ansatz mit dem Wert, der sich nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 des Einkommensteuergesetzes ergibt, auch für steuerwirksam vorgenommene Abzüge nach § 6b des Einkommensteuergesetzes und ähnliche Abzüge. ⁶Veräußerung im vorstehenden Sinne ist auch die verdeckte Einlage.

(3) ¹Von dem jeweiligen Gewinn im Sinne des Absatzes 2 Satz 1, 3 und 6 gelten 5 Prozent als Ausgaben, die nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden dürfen. ²§ 3c Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes ist nicht anzuwenden. ³Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit dem in Absatz 2 genannten Anteil entstehen, sind bei der Ermittlung des Einkommens nicht zu berücksichtigen. ⁴Zu den Gewinnminderungen im Sinne des Satzes 3 gehören auch Gewinnminderungen im Zusammenhang mit einer Darlehensforderung oder aus der Inanspruchnahme von Sicherheiten, die für ein Darlehen hingegeben wurden, wenn das Darlehen oder die Sicherheit von einem Gesellschafter gewährt wird, der

zu mehr als einem Viertel unmittelbar oder mittelbar am Grund- oder Stammkapital der Körperschaft, der das Darlehen gewährt wurde, beteiligt ist oder war.⁵ Dies gilt auch für diesem Gesellschafter nahestehende Personen im Sinne des § 1 Abs. 2 des Außensteuergesetzes oder für Gewinnminderungen aus dem Rückgriff eines Dritten auf den zu mehr als einem Viertel am Grund- oder Stammkapital beteiligten Gesellschafter oder eine diesem nahestehende Person auf Grund eines der Gesellschaft gewährten Darlehens.⁶ Die Sätze 4 und 5 sind nicht anzuwenden, wenn nachgewiesen wird, dass auch ein fremder Dritter das Darlehen bei sonst gleichen Umständen gewährt oder noch nicht zurückgefordert hätte; dabei sind nur die eigenen Sicherungsmittel der Gesellschaft zu berücksichtigen.⁷ Die Sätze 4 bis 6 gelten entsprechend für Forderungen aus Rechtshandlungen, die einer Darlehensgewährung wirtschaftlich vergleichbar sind.⁸ Gewinne aus dem Ansatz einer Darlehensforderung mit dem nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 des Einkommensteuergesetzes maßgeblichen Wert bleiben bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz, soweit auf die vorangegangene Teilwertabschreibung Satz 3 angewendet worden ist.

(4)¹ Bezüge im Sinne des Absatzes 1 sind abweichend von Absatz 1 Satz 1 bei der Ermittlung des Einkommens zu berücksichtigen, wenn die Beteiligung zu Beginn des Kalenderjahres unmittelbar weniger als 10 Prozent des Grund- oder Stammkapitals betragen hat; ist ein Grund- oder Stammkapital nicht vorhanden, ist die Beteiligung an dem Vermögen, bei Genossenschaften die Beteiligung an der Summe der Geschäftsguthaben, maßgebend.² Für die Bemessung der Höhe der Beteiligung ist § 13 Absatz 2 Satz 2 des Umwandlungssteuergesetzes nicht anzuwenden.³ Überlässt eine Körperschaft Anteile an einen anderen und hat der andere diese oder gleichartige Anteile zurückzugeben, werden die Anteile für die Ermittlung der Beteiligungsgrenze der überlassenden Körperschaft zugerechnet.⁴ Beteiligungen über eine Mitunternehmerschaft sind dem Mitunternehmer anteilig zuzurechnen; § 15 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes gilt sinngemäß.⁵ Eine dem Mitunternehmer nach Satz 4 zugerechnete Beteiligung gilt für die Anwendung dieses Absatzes als unmittelbare Beteiligung.⁶ Für Zwecke dieses Absatzes gilt der Erwerb einer Beteiligung von mindestens 10 Prozent als zu Beginn des Kalenderjahres erfolgt.⁷ Absatz 5 ist auf Bezüge im Sinne des Satzes 1 nicht anzuwenden.⁸ Beteiligungen von Kreditinstituten im Sinne des § 1 Absatz 1 Satz 1 des Kreditwesengesetzes, die Mitglied einer kreditwirtschaftlichen Verbundgruppe im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 13 des Zahlungsdienstenaufsichtsgesetzes sind, an anderen Unternehmen und Einrichtungen dieser Verbundgruppe sind zusammenzurechnen.

(5)¹ Von den Bezügen im Sinne des Absatzes 1, die bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleiben, gelten 5 Prozent als Ausgaben, die nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden dürfen.² § 3c Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes ist nicht anzuwenden.

(6)¹ Die Absätze 1 bis 5 gelten auch für die dort genannten Bezüge, Gewinne und Gewinnminderungen, die dem Steuerpflichtigen im Rahmen des Gewinnanteils aus einer Mitunternehmerschaft zugerechnet werden, sowie für Gewinne und Verluste, soweit sie bei der Veräußerung oder Aufgabe eines Mitunternehmeranteils auf Anteile im Sinne des Absatzes 2 entfallen.² Die Absätze 1 bis 5 gelten für Bezüge und Gewinne, die einem Betrieb gewerblicher Art einer juristischen Person des öffentlichen Rechts über andere juristische Personen

des öffentlichen Rechts zufließen, über die sie mittelbar an der leistenden Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse beteiligt ist und bei denen die Leistungen nicht im Rahmen eines Betriebs gewerblicher Art erfasst werden, und damit in Zusammenhang stehende Gewinnminderungen entsprechend.

(7) ¹Die Absätze 1 bis 6 sind nicht auf Anteile anzuwenden, die bei Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten dem Handelsbestand im Sinne des § 340e Absatz 3 des Handelsgesetzbuchs zuzuordnen sind. ²Gleiches gilt für Anteile, die bei Finanzunternehmen im Sinne des Kreditwesengesetzes, an denen Kreditinstitute oder Finanzdienstleistungsinstitute unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 50 Prozent beteiligt sind, zum Zeitpunkt des Zugangs zum Betriebsvermögen als Umlaufvermögen auszuweisen sind.

(8) ¹Die Absätze 1 bis 7 sind nicht anzuwenden auf Anteile, die bei Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen den Kapitalanlagen zuzurechnen sind. ²Satz 1 gilt nicht für Gewinne im Sinne des Absatzes 2, soweit eine Teilwertabschreibung in früheren Jahren nach Absatz 3 bei der Ermittlung des Einkommens unberücksichtigt geblieben ist und diese Minderung nicht durch den Ansatz eines höheren Werts ausgeglichen worden ist. ³Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit den Anteilen im Sinne des Satzes 1 stehen, sind bei der Ermittlung des Einkommens nicht zu berücksichtigen, wenn das Lebens- oder Krankenversicherungsunternehmen die Anteile von einem verbundenen Unternehmen (§ 15 des Aktiengesetzes) erworben hat, soweit ein Veräußerungsgewinn für das verbundene Unternehmen nach Absatz 2 in der Fassung des Artikels 3 des Gesetzes vom 23. Oktober 2000 (BGBl. I S. 1433) bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz geblieben ist. ⁴Für die Ermittlung des Einkommens sind die Anteile mit den nach handelsrechtlichen Vorschriften ausgewiesenen Werten anzusetzen, die bei der Ermittlung der nach § 21 abzugsfähigen Beiträge zu Grunde gelegt wurden. ⁵Entsprechendes gilt für Pensionsfonds.

(9) Die Absätze 7 und 8 gelten nicht für Bezüge im Sinne des Absatzes 1, auf die die Mitgliedstaaten der Europäischen Union Artikel 4 Abs. 1 der Richtlinie 2011/96/EU des Rates vom 30. November 2011 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (ABl. L 345 vom 29.12.2011, S. 8), anzuwenden haben.

(10) ¹Überlässt eine Körperschaft (überlassende Körperschaft) Anteile, auf die bei ihr Absatz 4, 7 oder 8 anzuwenden ist oder auf die bei ihr aus anderen Gründen die Steuerfreistellungen der Absätze 1 und 2 oder vergleichbare ausländische Vorschriften nicht anzuwenden sind, an eine Körperschaft (andere Körperschaft), bei der auf die Anteile Absatz 4, 7 oder 8 nicht anzuwenden ist, und hat die andere Körperschaft, der die Anteile zuzurechnen sind, diese oder gleichartige Anteile zurückzugeben, dürfen die für die Überlassung gewährten Entgelte bei der anderen Körperschaft nicht als Betriebsausgabe abgezogen werden. ²Überlässt die andere Körperschaft für die Überlassung der Anteile Wirtschaftsgüter an die überlassende Körperschaft, aus denen diese Einnahmen oder Bezüge erzielt, gelten diese Einnahmen oder Bezüge als von der anderen Körperschaft bezogen und als Entgelt für die Überlassung an die überlassende Körperschaft gewährt. ³Absatz 3 Satz 1 und 2 sowie Absatz 5 sind nicht anzuwenden. ⁴Die Sätze 1 bis 3 gelten auch für Wertpapierpensionsgeschäfte im Sinne des § 340b Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs. ⁵Die Sätze 1 bis 4 gelten nicht, wenn die andere Körperschaft keine Einnahmen oder Bezüge aus den ihr

überlassenen Anteilen erzielt. ⁶Zu den Einnahmen und Bezügen aus den überlassenen Anteilen im Sinne des Satzes 5 gehören auch Entgelte, die die andere Körperschaft dafür erhält, dass sie die entliehenen Wertpapiere weiterverleiht. ⁷Die Sätze 1 bis 6 gelten entsprechend, wenn die Anteile an eine Personengesellschaft oder von einer Personengesellschaft überlassen werden, an der die überlassende oder die andere Körperschaft unmittelbar oder mittelbar über eine Personengesellschaft oder mehrere Personengesellschaften beteiligt ist. ⁸In diesen Fällen gelten die Anteile als an die Körperschaft oder von der Körperschaft überlassen. ⁹Die Sätze 1 bis 8 gelten entsprechend, wenn Anteile, die die Voraussetzungen des Absatzes 7 erfüllen, von einer Personengesellschaft überlassen werden. ¹⁰Die Sätze 1 bis 8 gelten nicht, soweit § 2 Nummer 2 zweiter Halbsatz oder § 5 Absatz 2 Nummer 1 zweiter Halbsatz auf die überlassende Körperschaft Anwendung findet. ¹¹Als Anteil im Sinne der Sätze 1 bis 10 gilt auch der Anteil im Sinne von § 2 Absatz 4 des Investmentsteuergesetzes vom 19. Juli 2016 (BGBl. I S. 1730), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1682) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung, soweit daraus Einnahmen erzielt werden, auf die § 8b anzuwenden ist. (11) Die Absätze 1 bis 10 sind nicht anzuwenden bei Anteilen an Unterstützungskassen.

Autor: Dr. Heinrich Jürgen *Watermeyer*, Rechtsanwalt/Fachanwalt für Steuerrecht, dhpg Dr. Harzem & Partner mbB, Köln
Mitherausgeberin: Prof. Dr. Johanna *Hey*, Köln

Anm. |

Anm.

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 8b

I. Grundinformation zu § 8b	1	b) Befreiung einmaliger Erträge nach Abs. 2 und Nichtberücksichtigung von Substanzminderungen nach Abs. 3 Satz 3	12
II. Rechtentwicklung des § 8b		c) Anwendung des pauschalen Betriebsausgabenabzugsverbots und Nichtanwendung des § 3c Abs. 1 EStG (Abs. 3 Sätze 1 und 2)	13
1. Gesetzesentwicklung bis zum StEntlG 1999/2000/2002	2	d) Anwendung der steuerlichen Nichtberücksichtigung von Wertminderungen auf Darlehen (Abs. 3 Sätze 4 bis 6)	14
2. Gesetzesentwicklung ab StEntlG 1999/2000/2002	3	e) Steuerpflicht für Streubesitzdividenden (Abs. 4)	15
3. Gesetzesentwicklung seit dem körperschaftsteuerlichen Systemwechsel durch das StSenkG	4	f) Anwendung des pauschalen Betriebsausgabenabzugsverbots in Abs. 5	16
III. Bedeutung und Vereinbarkeit des § 8b mit höherrangigem Recht		g) Zwischengeschaltete Mitunternehmenschaft (Abs. 6) und Eigenhandelsklausel für Unternehmen des Finanzsektors (Abs. 7)	17
1. Rechtliche Bedeutung	5		
2. Wirtschaftliche Bedeutung	6		
3. Verfassungsmäßigkeit	7		
4. Europarechtskonformität	8		
IV. Geltungsbereich des § 8b			
1. Sachlicher Geltungsbereich	9		
2. Persönlicher Geltungsbereich	10		
3. Zeitlicher Geltungsbereich			
a) Befreiung laufender Erträge nach Abs. 1	11		

Anm.	Anm.		
h) Sonderregelung für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen (Abs. 8)	18	1. Verhältnis zu §§ 14ff. (Organ-schaft)	23
i) Rückausnahme der Steuerpflicht von EU-Dividenden in Fällen der Abs. 7 und 8 (Abs. 9)	19	2. Verhältnis zu § 3 Nr. 40 und § 32d EStG	24
j) Anwendung der Regelungen zur Wertpapierleihe (Abs. 10) .	20	3. Verhältnis zur Gewerbesteuer . . .	25
k) Nichtanwendung des Abs. 1 bis 10 auf Unterstützungskassen (Abs. 11)	21	4. Verhältnis zur Kapitalertragsteuer	26
V. Verhältnis des § 8b zu anderen Vorschriften		5. Verhältnis zum AStG	27
		6. Verhältnis zum Investmentsteuergesetz	28
		7. Verhältnis zum REITG	29
		8. Verhältnis zum Doppelbesteuerungsrecht	30
		9. Verhältnis zum UmwStG	31

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Befreiung laufender Beteiligungsbezüge**

I. Tatbestandsmerkmale (Abs. 1 Satz 1)		c) Kausalität von Bezügen und Einkommensminderung	51
1. Grundtatbestand der Beteiligungsertragsbefreiung	40	d) Rechtsfolge von Satz 2: Versagung der Steuerbefreiung beim Empfänger der Bezüge	52
2. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG	41	2. Einschränkung von DBA-Freistellungen (Abs. 1 Satz 3)	
3. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG	42	a) Tatbestandsvoraussetzungen von Satz 3	53
4. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG	43	b) Rechtsfolge von Satz 3: Steuerpflicht trotz DBA-Freistellung	54
5. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. a EStG	44	3. Rückausnahme durch Beibehaltung der Freistellung bei verdeckter Gewinnausschüttung an nahestehende Personen (Abs. 1 Satz 4)	
II. Rechtsfolge: Kein Ansatz bei der Ermittlung des Einkommens (Abs. 1 Satz 1)	45	a) Tatbestandsvoraussetzungen von Satz 4	56
III. Erweiterung auf einkommensteuerliche Ersatztatbestände (Abs. 1 Satz 5)	48	b) Rechtsfolge von Satz 4: Rückausnahme zur Versagung der Steuerfreiheit aufwandswirksamer verdeckter Gewinnausschüttungen	57
IV. Ausnahmen und Rückausnahmen der Befreiung laufender Kapitalerträge (Abs. 1 Sätze 2 bis 4)			
1. Keine Steuerfreistellung von Bezügen (Abs. 1 Satz 2)			
a) Erfasste Bezüge	49		
b) Keine Einkommensminderung bei der leistenden Körperschaft	50		

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Befreiung einmaliger Beteiligungsgewinne**

I. Veräußerung als Vollausschüttung	62	b) Anteile an einer Körperschaft oder Personenvereinigung, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 Buchst. a EStG gehören (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1)	64
II. Grundregelung der Veräußerungsgewinnbefreiung (Abs. 2 Satz 1)			
1. Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen			
a) Gewinn aus Veräußerung	63		

	Anm.		Anm.
c) Einbeziehung von Anteilen an Organgesellschaften (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2)	65	V. Einschränkung der Steuerbefreiung durch vorausgegangene wirksame Teilwertabschreibung (Abs. 2 Satz 4)	
2. Rechtsfolge: Kein Ansatz von Veräußerungsgewinnen bei der Ermittlung des Einkommens	66	1. Tatbestandsmerkmale im Einzelnen	
III. Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Abs. 2 Satz 2)		a) Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert	91
1. Konzept und Reichweite der Definition des Veräußerungsgewinns	71	b) Steuerwirksamkeit der Abschreibung	92
2. Definitionsmerkmale im Einzelnen		c) Keine Wertaufholung	93
a) Veräußerungspreis oder der an dessen Stelle tretende Wert	72	2. Rechtsfolge: Versagung der Steuerbefreiung	94
b) Veräußerungskosten	73	VI. Keine Befreiung von einmaligen Beteiligungserträgen bei vorheriger steuerwirksamer Rücklage (Abs. 2 Satz 5)	
c) Übersteigen des Buchwerts	74	1. Tatbestandsvoraussetzungen	96
IV. Entsprechende Anwendung von Satz 1 auf veräußerungsgleiche Tatbestände (Abs. 2 Satz 3)		2. Rechtsfolge: Keine Steuerfreiheit von Gewinnen aus Veräußerung von Anteilen oder Ersatztatbeständen	97
1. Gewinn aus Auflösung	81	VII. Erweiterung des Veräußerungstatbestands: Verdeckte Einlage (Abs. 2 Satz 6)	
2. Gewinn aus der Herabsetzung des Nennkapitals	82	1. Tatbestand und Rechtsfolge der verdeckten Einlage	98
3. Gewinn aus Wertaufholung	83	2. Erweiterung auf andere – nicht in Abs. 2 genannte – Fälle	99
4. Gewinne iSd. § 21 Abs. 2 UmwStG aF	84		
5. Rechtsfolge: Steuerbefreiung für Ersatzrealisationstatbestände	85		

D. Erläuterungen zu Abs. 3:

Abzugsbeschränkungen bei Veräußerungsvorgängen und Substanzverlusten aus Anteilen und Darlehen

I. Regelungsaufbau	101	V. Nichtberücksichtigung von Gewinnminderungen aus Darlehen und Forderungen aus darlehensvergleichbaren Rechtshandlungen (Abs. 3 Sätze 4 bis 8)	
II. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des pauschalen Betriebsausgabenabzugsverbots (Abs. 3 Satz 1)		1. Grundtatbestand des Abs. 3 Satz 4: Gewinnminderung im Zusammenhang mit einer Darlehensforderung oder aus der Inanspruchnahme von Sicherheiten	
1. Voraussetzung: Jeweiliger Gewinn iSd. Abs. 2 Sätze 1, 3 und 6	102	a) Struktur und Adressat der Regelung	110
2. Rechtsfolge: 5 %-Fiktion	103	b) Tatbestandsmerkmale im Einzelnen	
III. Nichtanwendbarkeit des § 3c Abs. 1 EStG (Abs. 3 Satz 2)	104	aa) Sachliche Tatbestandsvoraussetzungen	111
IV. Nichtberücksichtigung von Gewinnminderungen (Abs. 3 Satz 3)		bb) Qualifizierter Gesellschafter	112
1. Tatbestandsmerkmale im Einzelnen	105		
2. Rechtsfolge des Abs. 3 Satz 3: Außerbilanzielle Korrektur	106		

Anm.	Anm.
c) Rechtsfolge: Gleichsetzung mit den Gewinnminderungen des Satzes 3	a) Tatbestand 116
113	b) Rechtsfolge: Gewinnminderungen aus dem Wertverlust von Darlehen bleiben steuerwirksam 117
2. Erweiterung des Tatbestands auf nahestehende Personen (Abs. 3 Satz 5 Halbs. 1) und Erweiterung auf rückgriffsberechtigte Dritte (Abs. 3 Satz 5 Halbs. 2)	4. Gewinnminderungen aus vergleichbaren Rechtshandlungen (Abs. 3 Satz 7) 118
114	5. Steuerfreie Wertaufholung (Abs. 3 Satz 8) 120
3. Beweislastumkehr durch Drittvergleich für Darlehen (Abs. 3 Satz 6)	

**E. Erläuterungen zu Abs. 4:
Keine Steuerfreistellung von Bezügen iSd. Abs. 1 bei Beteiligungen von weniger als 10 %**

<p>I. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 4 126</p> <p>II. Abweichende Nichtberücksichtigung von Bezügen iSd. Abs. 1, wenn die Beteiligung zu Beginn des Kalenderjahres weniger als 10 % beträgt (Abs. 4 Satz 1)</p> <p>1. Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen</p> <p>a) Bezüge iSd. Abs. 1 127</p> <p>b) Beteiligung unmittelbar weniger als 10 % des Grund- oder Stammkapitals 128</p> <p>c) Beteiligung am Vermögen 129</p> <p>d) Beteiligung an der Summe der Geschäftsguthaben bei Genossenschaften 130</p> <p>e) Zu Beginn des Kalenderjahres 131</p> <p>2. Rechtsfolge: Steuerpflicht der Bezüge 132</p> <p>III. Nichtanwendung des § 13 Abs. 2 Satz 2 UmwStG für die Bemessung der Beteiligungshöhe (Abs. 4 Satz 2) 133</p>	<p>IV. Überlassung von Anteilen an eine andere Körperschaft (Abs. 4 Satz 3) 134</p> <p>V. Zurechnung von Beteiligungen, die über eine Mitunternehmerschaft gehalten werden, als unmittelbare Beteiligung (Abs. 4 Sätze 4 und 5)</p> <p>1. Tatbestand 135</p> <p>2. Rechtsfolge 136</p> <p>VI. Erwerb einer Beteiligung von mindestens 10 % gilt als zu Beginn des Kalenderjahres erfolgt (Abs. 4 Satz 6)</p> <p>1. Tatbestand 137</p> <p>2. Rechtsfolge 150</p> <p>VII. Suspensierung von Abs. 5 (Abs. 4 Satz 7) 160</p> <p>VIII. Bereichsausnahme für Mitglieder einer kreditwirtschaftlichen Verbundgruppe (Abs. 4 Satz 8) 161</p>
---	---

**F. Erläuterungen zu Abs. 4 aF:
Ausschluss der Steuerfreiheit für Veräußerungsgewinne in Umgehungsfällen**

**G. Erläuterungen zu Abs. 5:
Pauschalisiertes Betriebsausgabenabzugsverbot**

<p>I. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Abs. 5 Satz 1</p> <p>1. Fiktion nicht abziehbarer Betriebsausgaben (Abs. 5 Satz 1) 189</p> <p>2. Rechtsfolge: 5 %-Fiktion</p> <p>a) Auswirkung auf die Körperschaftsteuer 190</p>	<p>b) Auswirkung auf die Gewerbesteuer 191</p> <p>3. Gestaltungsansätze 192</p> <p>II. Nichtanwendung des § 3c Abs. 1 EStG (Abs. 5 Satz 2) 193</p>
---	---

**H. Erläuterungen zu Abs. 6:
Anwendung der Abs. 1 bis 5 bei zwischengeschalteter
Mitunternehmerschaft oder bei Betrieben gewerblicher Art
von juristischen Personen des öffentlichen Rechts**

<p>I. Zwischengeschaltete Mitunternehmerschaft (Abs. 6 Satz 1)</p> <p>1. Notwendige Regelung bei zwischengeschalteter Mitunternehmerschaft 202</p> <p>2. Tatbestand des Abs. 6 Satz 1 Halbs. 1 203</p> <p>3. Rechtsfolgen des Abs. 6 Satz 1</p> <p> a) Grundsatz 204</p> <p> b) Anwendung der Abs. 1 bis 4 205</p> <p> c) Anwendung des Abs. 4 aF 206</p> <p> d) Anwendung des Abs. 5 207</p>	<p> e) Ausländische Kapitalertragsteuer im Rahmen des Abs. 6 Satz 1 208</p> <p>4. Tatbestand des Abs. 6 Satz 1 Halbs. 2 212</p> <p>5. Rechtsfolge des Abs. 6 Satz 1 Halbs. 2: Geltung der Abs. 1–5 213</p> <p>6. Verfahrensfragen 215</p> <p>II. Mittelbare Beteiligung eines Betriebs gewerblicher Art (Abs. 6 Satz 2)</p> <p>1. Tatbestandsvoraussetzungen 218</p> <p>2. Rechtsfolge 219</p>
--	--

**I. Erläuterungen zu Abs. 7:
Keine Anwendung der Abs. 1 bis 6 auf Anteile,
die bei Banken und Finanzdienstleistern dem Handelsbestand
zuzurechnen sind oder bei Finanzunternehmen für den
kurzfristigen Eigenhandel vorgesehen sind**

<p>I. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 7 224</p> <p>II. Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute, bei denen Anteile dem Handelsbestand zuzurechnen sind (Abs. 7 Satz 1)</p> <p>1. Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen 225</p> <p>2. Rechtsfolge: Suspendierung der Anwendung der Abs. 1 bis 6 bei Anteilen des Handelsbestands iSd. § 340e Abs. 3 HGB 226</p> <p>III. Anteilserwerb zur kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs (Abs. 7 Satz 2)</p>	<p>1. Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen</p> <p> a) Finanzunternehmen iSd. KWG 229</p> <p> b) Beteiligungsvoraussetzungen 230</p> <p> c) Anteile, die zum Zeitpunkt des Zugangs zum Betriebsvermögen als Umlaufvermögen auszuweisen sind 230a</p> <p>2. Rechtsfolge 231</p> <p>IV. Abs. 7 Satz 3 aF: Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen mit Sitz im Ausland 232</p>
--	---

**J. Erläuterungen zu Abs. 8:
Sonderregelung für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen**

<p>I. Bedeutung des Abs. 8 235</p> <p>II. Tatbestand und Rechtsfolgen</p> <p>1. Grundtatbestand der Suspendierung der Abs. 1 bis 7 (Abs. 8 Satz 1)</p> <p> a) Tatbestandsvoraussetzungen 237</p> <p> b) Rechtsfolgen 238</p>	<p>2. Rückausnahme im Fall bestimmter vorangegangener Teilwertabschreibungen (Abs. 8 Satz 2)</p> <p> a) Tatbestand 239</p> <p> b) Rechtsfolge: Anwendung von Abs. 1 bis 7 240</p>
--	---

Anm.	Anm.
3. Keine Berücksichtigung von Gewinnminderungen nach innerkonzernlichem steuerfreiem Anteilserwerb (Abs. 8 Satz 3) a) Tatbestand 242 b) Rechtsfolge: Keine Berücksichtigung von Gewinn-	minderungen bei der Einkommensermittlung 243 4. Anteilsbewertung nach Handelsrecht (Abs. 8 Satz 4) 246 5. Entsprechende Anwendung auf Pensionsfonds (Abs. 8 Satz 5) . . . 247

**K. Erläuterungen zu Abs. 9:
Kein Ausschluss der Steuerbefreiung für EU-Dividenden**

I. Tatbestandsmerkmale im Einzelnen 250	II. Rechtsfolge 251
---	-------------------------------

**L. Erläuterungen zu Abs. 10:
Sonderregelungen zur Wertpapierleihe**

I. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 10 253 II. Grundregelung der Wertpapierleihe (Abs. 10 Satz 1) 1. Tatbestandsvoraussetzungen 254 2. Rechtsfolge 255 III. Erweiterung auf Entgeltsurrogate (Abs. 10 Satz 2) 1. Tatbestand 256 2. Rechtsfolge: Doppelte Fiktion . . . 257 IV. Keine Anwendung von der Fiktion 5 % nicht abziehbarer Betriebsausgaben (Abs. 10 Satz 3) . 258 V. Erstreckung auch auf Wertpapierpensionsgeschäfte (Abs. 10 Satz 4) 1. Tatbestand 259 2. Rechtsfolge: Geltung der Sätze 1 bis 3 260 VI. Keine Abzugsrestriktionen, wenn Verleiher keine Einnahmen oder Bezüge aus den überlassenen Anteilen erzielt (Abs. 10 Satz 5)	1. Tatbestand 261 2. Rechtsfolge: Sätze 1 bis 4 gelten nicht 262 VII. Einnahmen und Bezüge bei Kettenleihe (Abs. 10 Satz 6) 263 VIII. Entsprechende Geltung bei zwischengeschalteter Personengesellschaft (Abs. 10 Sätze 7 und 8) 1. Tatbestand 265 2. Rechtsfolge: Anteile gelten als überlassen 266 IX. Personengesellschaft als Verleiherin (Abs. 10 Satz 9) 267 X. Ausnahme von den Regelungen zur Wertpapierleihe bei beschränkt steuerpflichtigen und kommunalen Unternehmen (Abs. 10 Satz 10) 268 XI. Anwendung der Wertpapierleihe auf Investmentanteile (Abs. 10 Satz 11) 269
---	---

**M. Erläuterungen zu Abs. 11:
Nichtanwendung bei Anteilen an Unterstützungskassen**

I. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 11 270 II. Tatbestand und Rechtsfolgen	1. Tatbestandsvoraussetzungen 271 2. Rechtsfolge 272
---	---

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 8b

Schrifttum übergreifend: *Bogenschütz*, Der Steuerstandort Deutschland nach dem Steuerentlastungsgesetz für inländische Unternehmen mit Auslandsaktivitäten, WPg 2000, 88; *Bogenschütz/Striegel*, Gewerbesteuerliche Behandlung der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften durch Personengesellschaften, DB 2000, 2547; *Dötsch/Pung*, Steuersenkungsgesetz: Die Änderungen bei der Körperschaftsteuer und bei der Anteilseignerbesteuerung, DB 2000, Beilage 10; *Grotherr*, Das neue Körperschaftsteuersystem mit Anteilseignerentlastung bei der Besteuerung von Einkünften aus Beteiligungen, BB 2000, 849; *Haritz/Slabon*, Unternehmenssteuerreform: Übergangsregelungen bis in das Jahr 2002, GmbHR 2000, 593; *Herzig*, Gestaltung steuerorientierter Umstrukturierungen im Konzern, DB 2000, 2236; *Kessler/Teufel*, Auswirkungen der Unternehmenssteuerreform 2001 auf die Rechtsformwahl, DStR 2000, 1836; *Köhler*, Diskussionsforum Unternehmenssteuerreform: Auswirkungen der steuerlichen Änderungen auf deutsche Auslandsinvestitionen, DStR 2000, 613; *Maiterth/Semmler*, Kritische Anmerkungen zur geplanten Substitution des körperschaftsteuerlichen Anrechnungssystem durch das sogenannte „Halbeinkünfteverfahren“ im Zuge des Steuersenkungsgesetzes, BB 2000, 1377; *Orth*, Steuersenkungsgesetz: Umstellung des Wirtschaftsjahres als Gestaltungsmöglichkeit, DB 2000, 2136; *Röttig/Protzen*, Holdingbesteuerung nach derzeit geltendem und kommendem Außensteuergesetz, IStR 2000, 548; *Rödder/Schumacher*, Unternehmenssteuerreform 2001 – Eine erste Analyse des Regierungsentwurfs aus Beratersicht, DStR 2000, 353; *Schneeloch/Rahier/Trockels-Brand*, Steuerplanerische Überlegungen zur Unternehmenssteuerreform, DStR 2000, 1619; *Schiffers*, Die Besteuerung der Kapitalgesellschaften und deren Anteilseigner nach dem Regierungsentwurf eines „StSenkG“, GmbHR 2000, 205; *Spengel/Jaeger/Müller*, Europarechtliche Beurteilung des Gesetzesentwurfs zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung, IStR 2000, 257; *van Lishaut*, Die Reform der Unternehmensbesteuerung aus Gesellschaftersicht, StuW 2000, 182; *Vögele/Edelmann*, Internationale Steuerplanung nach der Unternehmenssteuerreform 2001, IStR 2000, 463; *Wassermeyer*, Die im Entwurf des Steuersenkungsgesetzes vorgesehenen Änderungen der Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2000, 193; *Werra*, Unternehmenssteuerreform: Aspekte des nationalen und internationalen Konzernsteuerrechts, FR 2000, 645; *Blumers/Beinert/Witt*, Unternehmenskaufmodelle nach der Steuerreform, DStR 2001, 233; *Crezelius*, Dogmatische Grundstrukturen der Unternehmenssteuerreform, DB 2001, 221; *Häuselmann*, Das richtige „Timing“ bei der Kapitaleinkünftebesteuerung, DStR 2001, 597; *Heurung/Heinsen/Springer*, Anwendungs- und Zweifelsfragen im Rahmen der Steuerreform, BB 2001, 181; *Kollruss*, Modelle zum Kauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften, Inf. 2001, 430; *Seifried*, Unternehmenssteuerreform 2001: Ausgewählte Zweifelsfragen, DStR 2001, 240; *Rödder/Schumacher*, Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts (Teil II), DStR 2001, 1685; *Thömmes*, § 8b KStG und EG-Redt, DB 2001, 775; *Herzig/Lochmann*, Steuerbilanz und Betriebsausgabenabzug bei Stock Options, WPg 2002, 325; *Jacob*, DBA-Schachtelbefreiung für Dividenden: Welche Beteiligungsschwelle gilt?, FR 2002, 1355; *Köhler*, Aktuelles Beratungs-Know-how Internationales Steuerrecht, DStR 2002, 1341; *Mueller*, Gedanken zur „Europatauglichkeit“ der neuen Dividendenbesteuerung, IStR 2002, 109; *Prinz zu Hohenlohe/Gründig*, Auswirkung der Änderungen des § 15 Nr. 2 KStG gem. UntStFG bei nach Doppelbesteuerungsabkommen steuerbefreiten Auslandsdividenden von Organgesellschaften, DB 2002, 1073; *Pyszka*, Durchbrechung des Halbeinkünfteverfahrens bei steuerfreien ausländischen Beteiligungserträgen einer Organgesellschaft?, GmbHR 2002, 468; *Romswinkel*, Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen gem. § 8b Abs. 2 KStG systemimmanent?, GmbHR 2002, 1059; *Dötsch/Pung*, § 8b Abs. 1 bis 6 KStG: Das Einführungsschreiben des Bundesfinanzministeriums, DB 2003, 1016; *Graf Kerssenbrock*, § 8b Abs. 5 KStG nach der „Lankhorst-Hohorst“-Entscheidung des EuGH, BB 2003, 2148; *Eilers/Schmidt*, Die Steuerbefreiung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen nach § 8b KStG, GmbHR 2003, 613; *Eisgruber/Glass*, Auswirkung der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens auf die Preise von Anteilen an Kapitalgesellschaften, DStR 2003, 389; *Förster*, Die Änderungen durch das StVergAbG bei der Einkommensteuer und der Körperschaftsteuer, DB 2003, 899; *Frotscher*, Anwendung des § 8b KStG, Inf. 2003, 457; *Füger/Rieger*, Anwendungserlass zu § 8b KStG – Ausgewählte Zweifelsfragen, FR 2003, 543 (Teil 1); FR 2003, 589 (Teil 2); *Herzig*, Aktuelle Entwicklungen

bei § 8b KStG und § 3c EStG, DB 2003, 1459; *Mössner/Rouenhoff*, Zum zeitlichen Anwendungsbereich des § 8b KStG idF des UntStFG, IWB F. 3 Gr. 4, 429; *Rödder/Schumacher*, Das BMF-Schreiben zu § 8b KStG, DStR 2003, 909; *Watermeyer*, § 8b KStG – Anwendungsschreiben des BMF, GmbH-StB 2003, 194; *Wiese/Klass*, Der Gesetzentwurf zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz („Korb II“), GmbHR 2003, 1029; *Eckstein*, Sind die Hinzurechnungsbeträge des Jahres 2001 steuerfrei bzw. dem Halbeinkünfteverfahren unterworfen?, IStR 2004, 490; *Maiterth/Wirth*, Anmerkungen zu unendlichen Diskussion über Beteiligungsaufwendungen bei Kapitalgesellschaften aus steuersystematischer Sicht, DStR 2004, 433; *Watermeyer*, Der neue § 8b KStG – Änderungen durch das Korb II-Gesetz, GmbH-StB 2004, 110; *Grotherr*, Beteiligungs- oder Gesellschafterfremdfinanzierung einer ausländischen Tochtergesellschaft unter steuerlichen Vorteilhaftigkeitsüberlegungen, IWB Gr. 2, 1209 (Teil I); 1235 (Teil II); *Friedrich/Nagler*, Bricht EU-Recht die Bestandskraft nach nationalem Verfahrensrecht? Anmerkung zum BFH-Beschluss I R 83/04 (DStR 2004, 2005) und zum Beitrag von Gosch (DStR 2004, 1988), DStR 2005, 403; *Menhorn*, Ausländische Quellensteuer auf im Inland steuerfreie Dividenden als Betriebsausgabe nach § 26 Abs. 6 KStG abziehbar, DStR 2005, 1885; *Körner*, Europarecht und Beteiligungsaufwendungen, IStR 2006, 376; *Wagner*, Die Teilnahme von Investmenterträgen am Halbeinkünfteverfahren, DStZ 2006, 257; *Beck/Klar*, Asset Deal versus Share Deal – Eine Gesamtbetrachtung unter expliziter Berücksichtigung des Risikoaspekts, DB 2007, 2819; *Dallwitz/Mattern/Schnitger*, Beeinträchtigung grenzüberschreitender Finanzierung durch das JStG 2007, DStR 2007, 1697; *Greulich/Hamann/Krohn*, Nichtabzugsfähigkeit von Aufwendungen im Zusammenhang mit steuerbegünstigten Dividenden bzw. Veräußerungsgewinnen, StBp. 2007, 238; *Hellstern*, Das Abzugsverbot gem. § 8b Abs. 3 KStG bei Anlagen in Investmentfonds nach dem KAGG, DStR 2007, 1992; *Kohlhepp*, Die Korrespondenzprinzipien der verdeckten Gewinnausschüttung, DStR 2007, 1502; *Kollruss*, Weiße und graue Einkommen bei Outbound-Finanzierung einer ausländischen EU-Tochter-Kapitalgesellschaft nach Europarecht und dem JStG 2007, BB 2007, 467; *Wellens*, Nichtabziehbare Betriebsausgaben bei Drittlandsdividenden – Kapitalverkehrsfreiheit contra Niederlassungsfreiheit, DStR 2007, 1852; *Brombach-Krüger*, Treaty Override aus europarechtlicher und verfassungsrechtlicher Sicht, Ubg 2008, 324; *Gosch*, Über das Treaty Overriding, IStR 2008, 413; *Häuselmann*, Steuerliche Änderungen durch das JStG 2008 v. 08.11.2007, BB 2008, 20; *Hagen*, Steuerliche Behandlung und Problemfelder bei Fondsanlagen durch institutionelle Anleger, Ubg 2008, 337; *Hein/Suchan/Geeb*, MoMiG auf der Schnittstelle von Gesellschafts- und Steuerrecht, DStR 2008, 2289; *Korezkij*, Die erste REITG-Novelle: Berücksichtigung von Vorbelastungen bei der Besteuerung der REIT-Aktionäre nach § 19a REITG-E, BB 2008, 1367; *Meißel/Bokeloh*, Neuere Erkenntnisse für die Anwendung primären und sekundären EU-Rechts aus der Rechtsache Burda?, DB 2008, 2160; *Schnitger*, Änderungen im JStG 2008, IStR 2008, 124; *Strahl*, Beratungsrelevante Aspekte rund um das JStG 2008, KÖSDI 2008, 15896; *Tippelhofer/Lohmann*, Niederlassungsfreiheit vs. Kapitalverkehrsfreiheit: Analyse der jüngeren Rechtsprechung des EuGH zu den direkten Steuern, IStR 2008, 857; *Watermeyer*, Gewinnminderungen im Zusammenhang mit Darlehensforderungen, GmbH-StB 2008, 81; *Wunderlich/Blaschke*, Die Gewährleistung der Kapitalverkehrsfreiheit in Bezug auf Drittstaaten, IStR 2008, 754; *Brocke/Hackemann*, BFH zur Kapitalertragsteuer bei beschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaften, IWB F. 3A Gr. 1, 1127; *Dörfler/Ribbrock*, BFH wendet Gemeinschaftsrecht unmittelbar an und schafft Rechtssicherheit, BB 2009, 1515; *Eilers/Dann*, Gesetzgebung gegen Steuerhinterziehung – von Steueroasen, Informationswüsten und einer fragwürdigen Verordnung, BB 2009, 2399; *Geurts*, So much trouble ...? – Anmerkungen zum Steuerhinterziehungsbekämpfungsgesetz, DStR 2009, 1883; *Gosch*, Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit durch § 8b Abs. 5 KStG 2002 a.F., BFH/PR 2009, 224; *Hageböke*, Zum Konkurrenzverhältnis von DBA – Schachtelprivileg und § 8b KStG, IStR 2009, 473; *Herzig/Briesemeister*, Steuerliche Problemfelder des BilMoG-RegE, Ubg 2009, 157; *Hils*, Fragen zu § 8b KStG bei betrieblichen Fondsanlegern, DB 2009, 1151; *Lorenz*, Die Suspendierung von § 8b Abs. 5 KStG durch EG- und DBA-Günstigerprüfung, IStR 2009, 437; *Lorenz*, Keine Bruttomethode für DBA-Schachteldividenden bis 2002, NWB 2009, 1744; *Mitschke*, Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit nach Art 56 EGV in sog. „Drittstaatenfällen“, FR 2009, 898; *Musil*, Rechtsprechungswende des EuGH bei den Ertragsteuern?, DB 2009, 1037; *Obenhaus*, Die Bedeutung des Steuerhinterziehungsbekämpfungsgesetzes,

gesetzes für die Praxis, Stbg 2009, 389; *U. Prinz*, Finanzierungsfreiheit im Steuerrecht – Plädoyer für einen wichtigen Systemgrundsatz, FR 2009, 593; *U. Prinz*, Steuerwirkungen des BilMoG: Ziel, Realität, Perspektiven, GmbHR 2009, 1027; *U. Prinz*, Körperschaftsteuerliche Sonderregelungen für Gesellschafterdarlehen und Finanzunternehmen auf dem „BFH-Prüfstand“, StuB 2009, 350; *Puls*, Erster Überblick über die Rechtsverordnung zum Steuerhinterziehungsbekämpfungsgesetz, Ubg 2009, 556; *Rust*, Anforderungen an eine EG-rechtskonforme Dividendenbesteuerung, DStR 2009, 2568; *Scheunemann/Hoffmann*, Debt-Equity-Swap – Steuerliche Strukturierung und zivilrechtliche Rahmenbedingungen, DB 2009, 983; *Sedmund*, Der Rote Faden in der EuGH-Rechtsprechung zu den direkten Steuern, Ubg 2009, 560; *Sinz/Kubaile*, Der Entwurf des Steuerhinterziehungsbekämpfungsgesetzes: Steinbrücks 7. Kavallerie, IStR 2009, 401; *Steinmüller*, Die gewerbsteuerliche Hinzurechnung von Streubesitzdividenden aus einem Investmentvermögen, DStR 2009, 1564; *Wagner*, Sind Steuerhinterziehungsbekämpfungsgesetz (StHBG) und Steuerhinterziehungsbekämpfungsverordnung (St-HBekV) verfassungs- bzw. europarechtskonform?, BB 2009, 2293; *Watermeyer*, Aktuelle Fragestellungen zu § 8b KStG in der Rechtsprechung, GmbH-StB 2009, 220; *von Wedelstädt*, Umsetzung des Steuerhinterziehungsbekämpfungsgesetzes durch die Steuerhinterziehungsbekämpfungsverordnung, DB 2009, 2284; *Ernst*, Das gewerbsteuerliche Schachtelprivileg – Irrungen und Wirrungen in nationalen und grenzüberschreitenden Konstellationen, Ubg 2010, 494; *Gosch*, Über Streu- und Schachtelbesitz, in Unternehmensbesteuerung, FS für *Herzig*, 2010, 63; *Heurung/Engel/Seidel*, Das DBA-Schachtelprivileg in Körperschaft- und Gewerbesteuer, DB 2010, 1551; *Hindelang*, Gestufte Freiheitsverbürgung? – Art. 63 Abs. 1 AEUV (Ex-Art 56 Abs. 1 EG) im Drittstaatenkontext, IStR 2010, 443; *Letzgas*, Krisenentschärfung durch Wachstumsbeschleunigung – Sanierungslücke Forderungsverzicht, BB 2010, 92; *Möhlenbrock*, Perspektiven der Verlustnutzung bei Körperschaften und deren Anteilseignern, Ubg 2010, 256; *Schönfeld*, Neues zum DBA-Schachtelprivileg oder: Was bleibt von § 8 Nr. 5 GewStG und § 8b Abs. 5 KStG bei grenzüberschreitenden Dividenden, IStR 2010, 658; *Schwenker/Fischer*, Gesellschafterdarlehen – Aspekte der Darlehensgewährung an eine Kapitalgesellschaft, FR 2010, 643; *Stadler/Bindl*, Das unverzinsliche Darlehen in der Konzernsteuerplanung, DB 2010, 862; *Stangl/Hageböke*, Neues zur Anwendung des DBA-Schachtelprivilegs – Anmerkungen zum BFH-Urteil v. 23.06.2010 – I R 71/09, Ubg 2010, 651; *Töben*, Eilvorlage: Praktikables Krisen-Steuerrecht dringender denn je – Ein Appell an Gesetzgeber und Verwaltung, FR 2010, 249; *van Meegen/Boßmann*, Steuerliche Vorteile durch Anteilsrückkauf vom ausscheidenden GmbH-Gesellschafter, DStR 2010, 262; *Völker*, Kapitalverkehrsfreiheit für Drittstaatsdividenden – Widerspruch zur BFH-Rechtsprechung oder Bestätigung des BFH durch den EuGH-Beschluss vom 04.06.2009, IStR 2010, 705; *Beckmann/Schanz*, Gewerbesteuerliche Hinzurechnungen und Kürzungen im Zusammenhang mit Beteiligungserträgen, DB 2011, 954; *Grieser*, Steuerliche Anerkennung von Gewinnminderungen aus Auslandsbeteiligungen in Drittstaaten im Veranlagungszeitraum 2001, BB 2011, 1819; *Grieser/Faller*, Europarechtswidrigkeit der Nichtanrechenbarkeit deutscher Quellensteuer bei beschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaften, DB 2011, 2798; *Kosalla*, Diskriminierung im Finanzierungsbereich – Europarechtswidrige Flucht in die Organschaftsregelungen, Ubg 2011, 874; *Kraft/Gebhardt/Quilitzsch*, Das Auslands-Dividendenpuzzle, FR 2011, 593; *Krug*, Die steuerliche Abziehbarkeit von tatsächlich angefallenen Veräußerungskosten im Rahmen von § 8b Abs. 2 und 3 KStG, DStR 2011, 598; *Lammers*, Die begrenzte Abziehbarkeit von Aufwendungen im Zusammenhang mit Beteiligungen an Kapitalgesellschaften nach § 8b Abs. 3 und 5 KStG, DStZ 2011, 483; *Lang*, Kapitalverkehrsfreiheit, Steuerrecht und Drittstaaten, StuW 2011, 209; *Mitschke*, Das Treaty Override zur Verhinderung der Keimnalbesteuerung aus Sicht der Finanzverwaltung, DStR 2011, 2221; *Müller*, Vereinbarkeit der Mindestbesteuerung in §§ 8b Abs. 3 Satz 1, 8b Abs. 5 Satz 1 KStG mit dem allgemeinen Gleichheitssatz, FR 2011, 309; *Patzner/Nagler*, Besteuerung von Ausschüttungen an ausländische Körperschaften als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit, GmbHR 2011, 1190; *Rehm/Nagler*, Finanzgerichte beenden BMF-Moratorium zur Drittstaatenwirkung der Kapitalverkehrsfreiheit, IStR 2011, 622; *Ribbrock*, Mögliche Verfassungswidrigkeit in Fällen des Kaskadeneffekts weiterhin offen, BB 2011, 98; *Schaden/Wild*, Die Kosten des grenzüberschreitenden Unternehmenserwerbs als verdeckte Gewinnausschüttung – ein Sonder(un)recht für Private Equity, Ubg 2011, 337; *Becker/Loose*, Zur geplanten Ausdehnung des materiellen Korrespondenzprinzips auf hybride Finanzierungen, IStR 2012, 758;

Fischer/Lohbeck, Generalthema II: Das „Eigen-/Fremdkapital-Rätsel“, IStR 2012, 678; *Gebhardt*, Grundlegendes zum Phänomen Tax Treaty Overriding im deutschen Internationalen Steuerrecht, Ubg 2012, 585; *Gosch*, Kapitalertragsteuer bei beschränkt steuerpflichtiger Kapitalgesellschaft in der Rechtsform der französischen SAS, BFH/PR 2012, 187; *Kraft/Körner/Türksch*, Zu den geplanten Regelungen des steuerlichen Abzugs von Finanzierungsaufwand im „Zwölf-Punkte-Plan“, DB 2012, 1592; *Lehmann*, Das BMF-Schreiben zur Anwendung des § 8b Abs. 3 KStG im Jahr 2001, IStR 2012, 502; *Lehner*, Treaty Override im Anwendungsbereich des § 50d EStG, IStR 2012, 389; *Linn*, Unionsrechts- und Verfassungsmäßigkeit der Kapitalertragsteuer bei beschränkt steuerpflichtiger Kapitalgesellschaft, IStR 2012, 343; *Linn*, Kapitalverkehrsfreiheit trotz Mehrheitsbeteiligung in Drittstaat – zugleich Auslegung des Urteils des EuGH in der Rs. C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, IStR 2007, 69, IStR 2012, 933; *Nacke*, Entwurf des Jahressteuergesetzes 2013, DB 2012, 2117; *Schönfeld/Häck*, Verfassungsmäßigkeit der „unecht“ rückwirkenden Steuerpflicht von Beteiligungserträgen aus Streubesitz durch JStG 2013?, DStR 2012, 1725; *Schwenke*, Treaty override und kein Ende, FR 2012, 443; *Stumm/Duttine*, BFH: Kapitalertragsteuer bei beschränkt steuerpflichtiger Kapitalgesellschaft, BB 2012, 1205; *Desens*, Echter Vertrauensschutz bei unechten Rückwirkungen, FR 2013, 148; *Grefe*, Die ertragsteuerlichen Regelungen für Steuerbesitzdividenden nach Einführung des § 8b Abs. 4 KStG, DStZ 2013, 573; *Haag/Jehlin*, Bericht zum 9. Münchner Unternehmensteuerforum mit dem Titel: „Offene Streitpunkte des § 8b KStG“, DStR 2013, Beihefter 4, 3; *Herlinghaus*, Rechtsfragen zur Steuerpflicht von Streubesitzdividenden gemäß § 8b Abs. 4 KStG n.F., FR 2013, 529; *Hey*, Körperschaftsteuerpflicht für Streubesitzdividenden: systemwidrig – verfassungswidrig – europarechtswidrig, KSzW 2013, 353; *Hillebrand/Klamt/Mirigon*, Auswirkung der Steuerpflicht von Streubesitzdividenden bei Beteiligungen über Investmentvermögen, DStR 2013, 1646; *Hindelang*, Die steuerliche Behandlung drittstaatlicher Dividenden und die europäischen Grundfreiheiten Die teilweise (Wieder-)Eröffnung des Schutzbereiches der Kapitalverkehrsfreiheit für Dividenden aus drittstaatlichen Direktinvestitionen – zugleich eine Besprechung des Urteils in der Rechtssache Test Claimants in the FII Group Litigation II, IStR 2013; *Intemann*, Die Neuregelung zur Steuerpflicht von Streubesitzdividenden, BB 2013, 1239; *Kaminski*, Aktuelle steuerliche Änderungen 2013 – Eine Bestandsaufnahme, Stbg 2013, 145; *Kollruss/Schrey/Benten*, Kein pauschales Betriebsausgabenabzugsverbot auf einer ausländischen Zwischengesellschaft nach vorausgegangener Hinzurechnung, GmbHR 2013, 684; *Lechner*, Aktuelle Fragen im Zusammenhang mit Aufwendungen und Beteiligungen im Betriebsvermögen, Ubg 2013, 162; *Watrin/Eberhart*, Ausschüttungen im System der Hinzurechnungsbesteuerung nach der Neufassung von § 8b Abs. 4 KStG, DStR 2013, 2601; *Wiesel/Lay*, Die Besteuerung sog. „Streubesitzdividenden“ im Körperschaftsteuerrecht – Zu § 8b Abs. 4, § 15 Satz 3 KStG n.F., GmbHR 2013, 404; *Rathke/Ritter*, Anwendbarkeit des Teileinkünfteverfahrens bei Kapitalgesellschaften auf Erträge aus Steuerbesitzbefreiungen, DStR 2014, 1207; *Ebel*, Steuerfreie Anteilsveräußerung und ergebniskompensatorische Sicherung, FR 2014, 410; *Förster/Thiel*, Die Besteuerung von Gewinnausschüttungen, SteuStud. 2014, 230; *Haase*, Gedanken zu Art 4 Abs. 1 lit. a) Mutter-Tochter-Richtlinie, IStR 2014, 650; *Teiche*, Auslandsbeteiligungen und ihre Absicherung gegen Währungsrisiken, DStR 2014, 1737; *Watrin/Eberhardt*, Problemereiche der Anlegerbesteuerung bei Kapitalinvestitionsgesellschaften, DB 2014, 795; *Jehl-Magnus*, BFH: Erneute Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Treaty Overrides von DBA, NWB 2015, 24; *Jochimsen/Grادل*, Normhierarchische Einordnung von Treaty Overrides – und Abgleich konkreter Beispiele mit aktuellen DBA sowie der DBA-Verhandlungsgrundlage, IStR 2015, 236; *Kotten/Heinemann*, Erweiterung der Steuerpflicht Streubesitzbeteiligungen: Eine kritische Analyse aktueller Entwicklungen, DStR 2015, 1889; *Linn*, Inlandsbeschränkung der Vorteile eines Gruppenbesteuerungssystems – EuGH, Urteil vom 2.9.2015 – Rs. C-386/14, Groupe Steria, IWB 2015, 819; *Oellerich*, Die Klärung der Verfassungswidrigkeit von Treaty Overrides im Spannungsfeld der Rechtsprechung des BVerfG und des BFH – Anmerkungen zu dem Beschluss des BFH v. 10.6.2015 – I R 66/09, ISR 2015, 337; *Schiefer*, Maßnahmen zur Bekämpfung hybrider Finanzierungsinstrumente, IWB 2015, 352; *Bartelt/Geberth/Heggmair*, Erster Referentenentwurf zur BEPS-Umsetzung sowie zu zahlreichen Nichtanwendungsvorschriften, DB 2016, 1335; *Benz/Böhmer*, Die Nichtanwendungsgesetze des RefE eines „Anti-BEPS-Umsetzungsgesetzes“, DB 2016, 1531; *Detmeier/Dörr/Neukam/Prodan*, Die Anti-Tax-Avoidance-Richtlinie zur Bekämpfung von

Steuer-Vermeidungspraktiken, NWB 2016, 3082; *Fiand*, Die Steigerung von Cum/Ex: Cum/Cum?, NWB 2016, 344; *Frotscher*, Treaty Override – causa finita?, IStR 2016, 561; *Glahe*, Zur zeitlichen und inhaltlichen Begrenzung einer möglichen Vorwirkung der Anti-BEPS-Richtlinie, FR 2016, 829; *Haarmann*, Ist der Treaty Override nicht doch verfassungswidrig?, BB 2016, 2775; *Habammer*, Die Sperrwirkung des Art 9 OECD-MA, IStR 2016, 525; *Hesse/Frieburg*, Änderungen des KStG und GewStG im Entwurf des AHRL-ÄndUmsG, GmbH-StB 2016, 271; *Heurung/Schmidt/Kollmann*, Mögliche Auswirkungen des EuGH-Urteils Groupe Steria auf die deutsche Organschaft unter besonderer Berücksichtigung der EAV-Problematik, GmbHR 2016, 449; *Krüger*, Warum ein treaty override nicht verfassungswidrig ist und die möglichen Auswirkungen des BVerfG-Beschluss, DStZ 2016, 790; *Kußmaul/Kloster*, Dividendenstripping erneut im Fokus des Gesetzgebers, DK 2016, 849; *Kußmaul/Schwarz*, Steuerrechtliche Grundlagen zum Phänomen des treaty overriding – Einordnung und gesetzliche Regelungen, Ubg 2016, 392; *Kußmaul/Licht*, Steuersystematische, verfassungs- und unionsrechtliche Unzulänglichkeiten im Ertragsteuerrecht am Beispiel von § 8b Abs. 4 KStG, StB 2016, 286; *Kußmaul/Schwarz*, Steuerrechtliche Grundlagen zum Phänomen des treaty-overriding – Gerichtliche Äußerungen und Würdigung, Ubg 2016, 464; *Kutt*, Aktuelle Entwicklung um die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen, FR 2016, 1092; *Lehner*, Treaty Override ist nicht verfassungswidrig, IStR 2016, 217; *Mitschke*, Zinsschranke wirklich verfassungswidrig?, FR 2016, 412; *Mitschke*, Zur zeitlichen und inhaltlichen Begrenzung einer möglichen Vorwirkung der Anti-BEPS-Richtlinie, FR 2016, 834; *Musil*, Treaty Override nach der Entscheidung des BVerfG, FR 2016, 326, FR 2016, 297; *Nielsen*, Hybridfinanzierte Finanzierungsgesellschaften zwischen Korrespondenzprinzip und Hinzurechnungsbesteuerung de lege lata, IStR 2016, 828; *Roser*, Praktische Folgerungen aus dem „Treaty-Override-Beschluß“ des BVerfG, WPg 2016, 1042; *Spengel*, Dringender Handlungsbedarf bei Cum/Cum-Geschäften, DB 2016, 2988; *Stöber*, Zur verfassungs- und europarechtlichen (Un-)Zulässigkeit von Treaty Overrides, DStR 2016, 1889; *Trinks/Frau*, Treaty Override sind verfassungsgemäß, IWB 2016, 308; *Briese*, Zur Auflösung von Verbindlichkeiten bei Überschuldung, DStR 2017, 2832; *Fiand*, Steuerliche Behandlung von Cum/Cum-Transaktionen, NWB 2017, 3570; *Früchtl*, Anwendung des § 8b Abs. 5 S. 1 KStG auf nach § 3 Nr. 41 Buchst. a EStG steuerfreie Gewinnausschüttungen, IStR 2017, 993; *Haase*, Der Anteilsbegriff im Gesellschaftsrecht und in steuerrechtlichen Ausschüttungs- und Veräußerungstatbeständen – Konvergenz oder Divergenz? (Teil I), Ubg 2017, 285; *Hagemann*, Das Verhältnis von nationalen Treaty Overrides zu DBA-Vorschriften, IWB 2017, 857; *Höreth/Stelzer*, Erstes BEPS-Umsetzungsgesetz – weit mehr, als der Titel suggeriert, DStZ 2017, 62; *Kahlenberg*, Steuerfreistellung und Betriebsausgabenabzug von Schachteldividenden, IWB 2017, 197; *Schönfeld*, Einlagenrückgewähr und Drittstaaten – oder: Wie Art 3 GG zum (kleinen) Bruder der EU-Grundfreiheiten wurde, IStR 2017, 486; *Weiss*, Aktuelle Rechtsprechung zu § 8b KStG, Ubg 2017, 671; *Desens*, GewSt auf Drittstaaten-Dividenden verstößt gegen die Kapitalverkehrsfreiheit, BB 2018, 2647; *Gosch*, Sperrwirkungen – Nationales Recht und Abkommensrecht, allgemeines und spezielles Recht im Widerstreit, ISR 2018, 289; *Haarmann*, Die Missbrauchsverwirrung, IStR 2018, 561; *Haase/Geils*, Probleme der vGA beim Forderungsverzicht einer Tochter- gegenüber ihrer Muttergesellschaft, DStR 2018, 445; *Jacobsen/Schwechel*, Die Korrektur inländischer Nutzungseinlagen – ein Gebot des Art. 3 Abs. 1 GG, DStR 2018, 2653 und 2716; *Kahlenberg*, Teilwert-Afa im Konzern, IWB 2018, 108; *Kahlenberg*, Wirkung des Abkommensrechts auf innerstaatliche Korrektornormen, IWB 2018, 600; *Schrade/Grundke*, Unternehmenserwerb im mehrstufigen Konzern, Ubg 2018, 309; *Scholz/Köhler*, Konzernrückhalt und Nachrangigkeit in der konzerninternen Finanzierung, DStR 2018, 15; *Töben*, Rechtsprechung zu grenzüberschreitenden Personengesellschaften, FR 2018, 991; *Wacker*, Das Veranlassungsprinzip national und international – eine Zwischenbilanz aus Sicht des Ertragsteuerrechts, BB 2018, 2519; *Berg/Schnabelrauch*, Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit bei gesetzlicher Mindestbeteiligungsquote von 10 %, IStR 2019, 149; *Briese*, Zur Nutzungseinlage in Kapitalgesellschaften aus körperschaftsteuerlicher und einkommensteuerlicher Sicht, DStR 2019, 236; *Buge*, Besteuerung des Carried Interest bei gewerblichen Private Equity Fonds, Ubg 2019, 432; *Cordes/Leonhardt*, Das gewerbsteuerliche Schachtelprivileg im Drittstaatenfall – Bestandsaufnahme im Licht des Ländererlasses vom 25.01.2019 sowie des Referententwurfs zum JStG 2019, FR 2019, 651; *Ditz/Haverkamp*, Sperrwirkung des Art. 9 Abs. 1 OECD-MA und Treaty Override des § 1 AStG, Ubg

2019, 101; *Dötsch/Pung*, Zuordnung von Kapitalbeteiligungen zu einer inländischen Betriebsstätte einer Personengesellschaft bei Vorhandensein ausländischer Mitunternehmer, DB 2019, 146; *Eberhardt*, Pflicht zur Umsetzung der Mutter-Tochter-Richtlinie im Rahmen der Gewerbesteuer, IStR 2019, 584; *Gebhardt/Krüger/Hundrieser*, Weitere Konkretisierung zur Einlagenrückgewähr aus Drittstaaten, IWB 2019, 982; *Gishoidt*, Die ertragsteuerliche Behandlung von Dividendeneinkommen einer KGaA bei ihrem persönlich haftenden Gesellschafter, FR 2019, 543; *Herr/Stiefel*, Europarechtliche Diskriminierung ausländischer Investmentfonds auch unter dem InvStG 2018?, IStR 2019, 929; *Kahlenberg/Korff*, Zur geplanten Änderung des gewerbesteuerlichen Schachtelprivilegs im Rahmen des JStG-E 2019, IStR 2019, 447; *Knebel*, Dividendenbesteuerung ausländischer Pensionsfonds verstößt gegen die Kapitalverkehrsfreiheit, IStR 2019, 595; *Kollruss*, Rücknahme der gewerbesteuerlichen Umsetzung der Mutter-Tochter-Richtlinie durch JStG-E 2019 wirkungslos?, WPg 2019, 1354; *Linn*, Besteuerung von an ausländische Pensionsfonds ausgeschüttete Streubesitzdividenden verstößt gegen Kapitalverkehrsfreiheiten – College Pension Plan of British Columbia/Finanzamt München Abteilung III, IStR 2019, 940; *Micker/Schwarz*, Ausländische Kapitalgesellschaften inländischer Anteilseigner – Teil I, IWB 2019, 512; *Neyer*, Zur steuerlichen Behandlung von Finanzierungshilfen des Gesellschafters, DB 2019, 1640; *U. Prinz*, Personengesellschaften im Internationalen Steuerrecht: Gestaltungsüberlegungen zur betriebsstättenbezogenen Zuordnung von Kapitalgesellschaftsanteilen, FR 2019, 597; *Richter/Ekinci*, Verstoßen die geplanten Änderungen des gewerbesteuerlichen Schachtelprivilegs im Rahmen des JStG-E 2019 gegen die Vorgaben der Mutter-Tochter-Richtlinie?, DB 2019, 1987; *Weiss*, Echte Rückzahlungen von Nennkapital sind nicht steuerbar, IWB 2019, 459; *Böhmer/Schewe/Schlücke*, Der Referentenentwurf des ATAD-Umsetzungsgesetzes – Gewinnausschüttungen, Veräußerungen und Umwandlungen, FR 2020, 164; *Grewel/Lauscher*, Die Bedeutung von Earn out-Klauseln beim Kauf eines Unternehmens in der Corona-Krise, NWB 2020, 1426; *Haas/Wünnemann*, Aktuelle Coronakrise – notwendige kurz- und mittelfristige Maßnahmen bei den Unternehmenssteuern, Ubg 2020, 181; *Hinz*, Hybride Gestaltungen und strukturelles Vollzugsdefizit – Anspruch und Grenzen der Administrierbarkeit, IStR 2020, 397; *Köhler*, Aktuelle Entwicklungen der Konzernfinanzierung – Neuorientierung der Rechtsprechung dringend erforderlich, DStR 2020, 829; *Klein*, Dividendenbesteuerung bei beschränkt steuerpflichtigen Pensionsfonds, Ubg 2020, 44; *Kleinert*, Dividenden-Kapitalertragsteuer für beschränkt steuerpflichtige Investmentfonds unionsrechtskonform?, IStR 2020, 210; *Kraus/Mehren*, Gesellschaftsbeteiligungen bei gemeinnützigen Körperschaften – wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb oder Vermögensverwaltung?, DStR 2020, 1593; *Leich*, Zur Unionsrechtswidrigkeit der Kapitalertragsteuererhebung auf Portfoliodividenden bei ausländischen Anteilseignern in Verlustsituationen, IStR 2020, 121; *Oppel*, Kapitalverkehrsfreiheit steht abgeltender Wirkung der Kapitalertragsteuer bei ausländischen Pensionsfonds entgegen, ISR 2020, 94; *Schwetlik*, Verfassungsmäßigkeit von § 8b Abs. 4 KStG und § 9 Nr. 2a GewStG, GmbH-StB 2020, 344.

Zum Schrifttum für die Rechtslage seit 1994 bis zum körperschaftsteuerlichen Systemwechsel s. die Vorkommentierung mit Stand Juli 2004, abrufbar im elektronischen HHR-Archiv unter www.ertragsteuerrecht.de/hhr_archiv.htm.

Verwaltungsanweisungen: BMF-Schreiben: BMF v. 25.7.2002 – IV A 2 - S 2750a - 6/02, BStBl. I 2002, 712 (zu § 8b Abs. 7 KStG); BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292 (zu § 8b Abs. 1–6); BMF v. 5.1.2004 – IV A 2 - S 2750a 35/03, BStBl. I 2004, 44 (zu § 8b Abs. 4aF); BMF v. 13.3.2008 – IV B 7 - S 2750a/07/0002, BStBl. I 2008, 506; BMF v. 13.7.2015 – IV C 6 - S 2133/09/10002, FR 2015, 816 (Bilanzierung von Finanzinstrumenten des Handelsbestands); BMF v. 24.7.2015 – IV C 2 - S 2750 - a/07/10002 :002, BStBl. I 2015, 612 (Veräußerungsgewinnbefreiung nach § 8b Abs. 2 KStG: Behandlung von Veräußerungskosten und nachträglichen Kaufpreisänderungen); BMF v. 30.3.2016 – IV B 5 - S 1341/11/10004-07, DOK 2016/0291611, BStBl. I 2016, 455; BMF v. 3.5.2016 – IV C 2 - S 2750-a/07/10006 :002, DOK 2016/0392721, BStBl. I 2016, 478 (Anwendung des § 8b Abs. 3 KStG 1999 idF des UntStFG auf Auslandsbeteiligungen in den VZ 2001 und – im Fall eines vom Kj. abw. Wj. – 2002); BMF v. 30.4.2018 – IV C 6 - S 2133/09/10001 :006, FR 2018, 907 (Zweifelsfragen im Zusammenhang mit der Besteuerung von Wandelschuldverschreibungen); BMF v. 5.10.2020 – IV C 2 - S 2750-a/19/10005 :002, DOK 2020/0973310, BStBl. I 2020, 1033 (An-

wendung des § 8b Abs. 2 auf Erträge aus Währungssicherungsgeschäften); BMF v. 18.11.2020 – IV C 2 – S 2743/18/10002 :001, DOK 2020/1124008, GmbHR 2021, 112 (Einkommenserhöhung durch eine verdeckte Einlage bei Nichtberücksichtigung einer verdeckten Gewinnausschüttung [§ 8 Abs. 3 Satz 5]).

Verwaltungsverfügungen: OFD Frankfurt/Main v. 11.11.2002 – S 2750a A - 7 St II 11, DB 2002, 2625 (zu Abs. 6 Satz 2 – Sparkasse); OFD Düss. v. 5.6.2003, DB 2003, 1475 (zur Überwachung stpfl. Wertaufholung nach steuerwirksamer Teilwertabschreibung); OFD Düss./Köln/Münster v. 14.5.2004, GmbHR 2004, 837 (zur Auswirkung der GewSt im Halbeinkünfteverfahren); OFD Koblenz v. 22.12.2005 – G 1421 A, juris (zu GewSt § 7 Satz 4 GewStG); OFD Rheinland und gleichlautend OFD Münster v. 4.9.2006 – G 1421-1000, juris (zur GewSt im „Halbeinkünfteverfahren“); OFD Magdeburg v. 28.8.2007 – S 2706a - 4 - St 217 V, S 2750a - 24 - St s17 V, juris (zu Abs. 6 Satz 2 – Verband); OFD Nds. v. 9.8.2010 – S 2750a - 19 - St 242 und OFD Frankfurt v. 24.3.2010 – S 2750a A - 8 - St 52, juris (zu Abs. 2 Satz 2 – Reihenfolge der Wertaufholung); OFD Koblenz v. 14.6.2012 – S 2750a A - St 33, juris (zu Abs. 6 Satz 2 – Ausschüttungen aus dem Einlagekonto); OFD Frankfurt/Main v. 9.7.2012 – S 2750a A - 11 St 52, juris (zu Abs. 8 – Blochwahlrecht); OFD Frankfurt/Main v. 2.12.2013 – S 2750a A - 19 - St 52, DB 2014, 329 (zu Abs. 4 – unterjähriger Hinzuerwerb von Anteilen); OFD NRW v. 13.3.2018 – S 2750a - 2014/0001 - St 131, GmbH-StB 2018, 181 (Schachtelprivileg unter dem DBA-Frankreich und BA-Abzugsverbot nach § 8b Abs. 5); Landesamt für Steuern Nds. v. 15.4.2020 – S 2750a - 113 - St 241 (körperschaftsteuerliche Behandlung von Fremdwährungsverlusten in Konzernfällen; Anwendung des § 8b Abs. 3 Sätze 4ff. bei fremdüblicher Absicherung von Kursverlusten); OFD Frankfurt/Main v. 16.6.2020 – S 2750a A - 7 - St 52 (Anwendung des § 8b Abs. 6 Satz 2 auf Sonderumlagen eines öffentlich-rechtlichen Verbands zum Ausgleich eines ansonsten entstehenden Bilanzverlustes); FinMin. Schl.-Holst. v. 5.11.2020 – VI 313 - S 2750a – 039.

1 I. Grundinformation zu § 8b

§ 8b ist seit dem Systemwechsel vom KStVollanrechnungsverfahren zu einem klassischen System mit ermäßigter Anteilseignerbesteuerung (Teileinkünfteverfahren) in der KSt eine Kernvorschrift kstl. Einkommensermittlung. Die Regelung bezweckt, die Doppelbesteuerung von Kapitalerträgen innerhalb der KSt jedenfalls bis 2013 – bis zur Einf. des Abs. 4 zur StPflcht von Gewinnausschüttungen auf Streubesitzbeteiligungen – nicht nur im Konzern zu vermeiden (BTDrucks. 14/2687, 96). Mehrfachbelastungen desselben Gewinns mit KSt soll es nicht geben. Eine „Schlussbesteuerung“ erfolgt – erst – im Teileinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40, § 3c Abs. 2 EStG) oder seit VZ 2009 im Verfahren der Abgeltungsteuer (§ 32d EStG) auf der Ebene der ESt der natürlichen Person (vgl. nur *Hey*, KSzW 2013, 353 [354] mit umfangreichen Nachweisen). Dazu enthält Abs. 1 eine StBefreiung für laufende Erträge aus Beteiligungen an in- und ausländ. KapGes. Derartige Beteiligungserträge wie insbes. Dividenden bleiben bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz. Eine Ausnahme gilt in Fällen, in denen die Gewinnausschüttung das Einkommen der leistenden Körperschaft gemindert hat. Abs. 2 ergänzt die Freistellung laufender Beteiligungserträge des Abs. 1 um eine StBefreiung für einmalige Erträge – insbes. Veräußerungsgewinne – aus Beteiligungen, weil die Reserven einer KapGes. nicht nur durch Ausschüttung, sondern auch durch eine Veräußerung realisiert werden können, was einer Vollausschüttung gleichkommt. Der Veräußerung gleichgestellt ist die verdeckte Einlage. Die StFreiheit für Veräußerungsgewinne und andere einmalige Erträge wie Gewinne aus Wertaufholung greift jedoch nicht ein, soweit die Gewinne auf einer steuerwirksamen Teilwertabschreibung beruhen und keine entsprechende Wertaufholung erfolgte.

Da Abs. 3 die Anwendung des § 3c Abs. 1 EStG für Veräußerungskosten und Abs. 5 für laufende Beteiligungsaufwendungen ausschließt, ordnen Abs. 3 Satz 1 und Abs. 5 Satz 1 an, dass 5 % des Veräußerungsgewinns (Abs. 3) und der nach Abs. 1 stfrei gestellten Bezüge als nicht abziehbare BA gelten. Darüber hinaus lässt Abs. 3 Satz 3 sämtliche Gewinnminderungen aus Anteilen nicht zum Abzug zu, und Sätze 4 bis 8 erweitern diese Restriktionen (seit VZ 2008) auf Wertminderungen aus bestimmten Darlehensfinanzierungen.

Abs. 4 bildet eine Ausnahme zur StBefreiung nach Abs. 1 Satz 1 und regelt die StPflicht von Dividenden an Anteilseigner, wenn ihre Beteiligung zu Beginn des Kj. unmittelbar weniger als 10 % beträgt. Zudem gelten besondere Regelungen, Zeit und Höhe der Beteiligungsquote von mindestens 10 % zu ermitteln. Weitere Ausnahmen von der StFreistellung – für laufende und einmalige Erträge gleichermaßen – enthält Abs. 7 für Unternehmen des Finanzsektors, die den Handel mit Anteilen an KapGes. betreiben (Eigenhandelsklausel). Auf der anderen Seite werden Abzugsrestriktionen nicht angewendet. Abs. 8 regelt Vergleichbares für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen. Bezüge, Gewinne und Gewinnminderungen aus Anteilen, die bei diesen Unternehmen den Kapitalanlagen zuzurechnen sind, unterfallen nicht den Abs. 1–7. Die in Fällen des Abs. 7 und 8 EU-rechtl. gebotene Rückausnahme von der StPflicht für die Fälle, in denen laufende Beteiligungserträge der EU-Mutter-Tochter Richtlinie unterfallen, sieht Abs. 9 vor.

Weitere Sonderregelungen bestehen für den Fall, dass der begünstigten KapGes. Beteiligungserträge mittelbar zugerechnet werden. Für diese Fälle soll Abs. 6 den Anwendungsbereich der StBefreiungen systemgerecht erweitern. Die StBefreiungen greifen auch dann ein, wenn die begünstigten Körperschaften und Personenvereinigungen Erträge mittelbar erzielen. Abs. 6 erfasst zwei Fallgruppen, in denen nach Abs. 1 begünstigte laufende Bezüge und nach Abs. 2 begünstigte einmalige Gewinne, aber auch nicht abziehbare Verluste (Abs. 3) die begünstigte KapGes. nicht unmittelbar erreichen, sondern mittelbar über eine andere Gesellschaft. Im Fall des Satzes 1 handelt es sich um eine zwischen die begünstigte Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse und die inländ. oder ausländ. Beteiligungsgesellschaft geschaltete Mitunternehmerschaft, im Fall des Satzes 2 bezieht der BgA einer jPöR Beteiligungserträge nicht unmittelbar von der Beteiligungsgesellschaft, sondern über eine zwischengeschaltete andere jPöR ohne BgA.

Abs. 10 schließlich enthält Sonderregelungen, die die stl. Abziehbarkeit bestimmter Zahlungen im Zusammenhang mit Wertpapierleih- oder -pensionsgeschäften ausschließen. Abs. 11 enthält die Regelung, dass die Abs. 1 bis 10 bei Anteilen an UKassen nicht anwendbar sind.

II. Rechtsentwicklung des § 8b

1. Gesetzesentwicklung bis zum StEntlG 1999/2000/2002

2

StandOG v. 13.9.1993 (BGBl. I 1993, 1569; BStBl. I 1993, 774): § 8b wurde mit Wirkung ab dem VZ 1994 zur Stärkung des Holdingstandorts Deutschland in das KStG eingefügt. Abs. 1 der Vorschrift ermöglichte es insbes., im Inland nicht zu besteuern ausländ. Einkünfte, die unbeschränkt stpfl. Körperschaften bezogen, stfrei innerhalb eines inländ. KapGes.-Konzerns weiterzuleiten. Soweit die ausländ. Einkünfte an KapGes. weitergeleitet wurden, war die Ausschüttungsbelastung trotz Anrechnungsverfahrens nicht herzustellen und es kam weder bei der ausschüttenden

noch der empfangenden KapGes. zu einer Versteuerung. Zur Versteuerung des Ausschüttungsbetrags (ohne Anrechnungsguthaben) kam es beim Empfänger, wenn die Ausschüttung an andere Personen als unbeschränkt stpfl. Körperschaften iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 3 oder 6 erfolgte, insbes. an natürliche Personen. Abs. 2 stellte Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungen an ausländ. KapGes. stfrei, wenn auch Gewinnausschüttungen stbefreit waren. Bis zu den Änderungen durch das StEntlG 1999/2000/2002 ließ Abs. 2 Satz 2 die Abziehbarkeit von Verlusten, die bei der Veräußerung, Auflösung oder Kapitalherabsetzung entstanden, ausdrücklich zu.

StMBG v. 21.12.1993 (BGBl. I 1993, 2310; BStBl. I 1994, 50): Die Missbrauchs-klausel des Abs. 3 aF wurde mit Wirkung ab VZ 1994 neu gefasst. Die Vorschrift schließt die StBefreiung für Gewinne aus der Veräußerung von ausländ. Beteiligungen aus, wenn diese durch eine steuerneutrale Einbringung nach dem UmwStG erworben wurden (vgl. *Dötsch*, DB 1994, 9).

3 2. Gesetzesentwicklung ab StEntlG 1999/2000/2002

StEntlG 1999/2000/2002 v. 24.3.1999 (BGBl. I 1999, 402; BStBl. I 1999, 304): Abs. 2 Satz 2 aF wurde neu gefasst. Verluste aus der Veräußerung eines Anteils an einer ausländ. Gesellschaft, einer Kapitalerhöhung oder ihrer Auflösung waren im Gegensatz zum davor geltenden Recht stl. nicht mehr abziehbar. Teilwertabschreibungen waren nicht erwähnt und blieben abziehbar, soweit sie auf dauernder Wertminderung beruhten (ausführl. *Kröner/Köhler*, IStR 1999, 268 [269]; *Kropfen/Schreiber*, IWB F. 3 Gr. 3, 1227 [1237]).

Angefügt wurde zudem ein neuer Abs. 7. In ihm wurde für die Anwendung des § 3c EStG fingiert, dass 15 % der aus einer ausländ. Gesellschaft stammenden, von der KSt befreiten Gewinnausschüttung nicht abziehbare BA darstellen. Bevor die Regelung mit Wirkung ab dem 1.1.1999 zur Anwendung kam, erfuhr sie durch das StBereinG 1999 bereits eine Änderung auf 5 %.

StBereinG 1999 v. 22.12.1999 (BGBl. I 1999, 2601; BStBl. I 2000, 13): Durch das StBereinG 1999 wurde Abs. 7 aF rückwirkend ab dem 1.1.1999 geändert. Statt einer Fiktion von 15 % der stfreien Auslandsdividenden als nicht abziehbare BA wurde dieser Satz auf 5 % reduziert. Der Gesetzgeber wollte damit offensichtlich einer drohenden EU-Rechtswidrigkeit der 15 %-Fiktion begegnen (vgl. *Thömmes*, DB 1999, 500; *Kröner/Köhler*, IStR 1999, 268 [270]; *Graf Kerssenbrock*, BB 2003, 2148). Darüber hinaus weist die Neufassung des Absatzes die Streichung der in der Altfassung enthaltenen Verweisung auf § 3c EStG und den Ersatz des Begriffs „Gewinnausschüttungen einer ausländischen Gesellschaft“ durch „Dividende aus Anteilen an einer ausländischen Gesellschaft“ auf.

4 3. Gesetzesentwicklung seit dem körperschaftsteuerlichen Systemwechsel durch das StSenkG

StSenkG v. 23.10.2000 (BGBl. I 2000, 1433; BStBl. I 2000, 1428): Eine Neufassung des gesamten § 8b mit der umfassenden Freistellung von laufenden und einmaligen Beteiligungserträgen erfolgte durch das StSenkG. Der Grund für die umfassende Änderung der Vorschrift lag in dem Wechsel vom KStSystem mit Anrechnungsverfahren zu einem klassischen KStSystem. Zielrichtung und Regelungsgehalt der Vorschrift haben sich dadurch grundlegend geändert. Die Ausdehnung der Freistellung laufender Beteiligungserträge nach Abs. 1 auch auf beschränkt

Stpfl. war im RegE nicht vorgesehen und wurde erst durch den FinAussch. des BTags ergänzt. Dasselbe gilt für die StFreiheit von Veräußerungsgewinnen nach Abs. 2. Der Entwurf des FinAussch. des BTags wiederum sah eine StFreiheit für Kapitalerträge und Veräußerungsgewinne im Fall einer Beteiligung über eine Mitunternehmerschaft nur vor, soweit der Mitunternehmer unbeschränkt stpfl. war. Eine Ausdehnung auf alle Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen als Mitunternehmer einer zwischengeschalteten PersGes. unabhängig von beschränkter oder unbeschränkter StPflicht fand durch den Vorschlag des Vermittlungsausschusses des BRats Eingang in Abs. 6. Auf den Vorschlägen des Vermittlungsausschusses beruht auch die als Missbrauchsverhütungsvorschrift verstandene Regelung des Abs. 4 aF für die Veräußerung von Anteilen, die Gegenstand einer steuerneutralen Einbringung waren. Darüber hinaus enthielt Abs. 2 – wiederum auf Vorschlag des Vermittlungsausschusses – eine einjährige Haltefrist als Voraussetzung für eine stfreie Veräußerung sowie die Regelung, dass Teilwertabschreibungen während dieser Haltefrist gleichwohl nicht berücksichtigungsfähig waren.

Gesetz zur Änderung des InvZulG 1999 v. 20.12.2000 (BGBl. I 2000, 1850; BStBl. I 2001, 28): Die Vorschrift wurde vor ihrem Inkrafttreten vollständig neu gefasst; materielle Änderungen betrafen Abs. 2 und Abs. 3 sowie die Ergänzung um Abs. 7. Entfallen ist die einjährige Haltefrist des Abs. 2 als Voraussetzung für die StFreiheit von Veräußerungsgewinnen. In Abs. 3 wurde konsequenterweise die Regelung gestrichen, nach der Teilwertabschreibungen auch während der einjährigen Behaltefrist stl. nicht anerkannt wurden. Im Gegenzug wurde für den Handel mit Wertpapieren Abs. 7 neu geschaffen. Danach greift die Veräußerungsgewinnbefreiung, aber auch Dividendenfreistellung in derartigen Fällen nicht ein.

UntStFG v. 20.12.2001 (BGBl. I 2001, 3858; BStBl. I 2002, 35): Durch das UntStFG wurde § 8b erneut hinsichtlich verschiedener Einzelfragen geändert mit für den Stpfl. teils positiver, teils negativer Wirkung. Betroffen waren mit Ausnahme des Abs. 7 alle Absätze. In Abs. 1 erfolgte eine Ausdehnung der StBefreiung auf die Veräußerung von Dividendenansprüchen. Abs. 2 erfuhr eine Erweiterung dahingehend, dass die Gewinne aus der Veräußerung eigener Anteile sowie aus der Veräußerung von Organbeteiligungen und die Gewinnrealisation nach § 21 Abs. 2 UmwStG bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleiben. In seinem Anwendungsbereich erweitert wurde auch Abs. 3, der nunmehr sämtliche Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit Anteilen iSd. Abs. 2 stehen, dem Abzugsverbot unterwirft. Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 wurde insofern geändert, als für den Beginn der siebenjährigen Sperrfrist nicht mehr der Erwerb, sondern die Einbringung der Anteile maßgebend ist. Durch die Änderung des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 wurde die Rückausnahme betreffend einbringungsgeborene Anteile auf grenzüberschreitende Einbringungen iSd. § 23 Abs. 4 UmwStG ausgedehnt. Eine weitere Änderung des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 betraf die Einbringung mehrheitsvermittelnder Beteiligungen durch natürliche Personen. Danach wurde die StBefreiung nach Abs. 2 versagt, soweit die veräußerten Anteile von einer nicht von Abs. 2 begünstigten Person innerhalb der siebenjährigen Sperrfrist eingebracht worden sind. Die Änderung von „Dividenden“ in „Bezüge“ in Abs. 5 bewirkte, dass auch grenzüberschreitende vGA ausländ. Tochtergesellschaften vom Anwendungsbereich der Vorschrift erfasst wurden. Ebenfalls in seinem Wortlaut geändert wurde Abs. 6; alle in Abs. 1–5 genannten Bezüge, Gewinne, Gewinnminderungen, die im Rahmen des Gewinnanteils einer Mitunternehmerschaft zugerechnet werden, bleiben bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz.

Fünftes Gesetz zur Änderung des Steuerbeamten-Ausbildungsgesetzes und zur Änderung von Steuergesetzen v. 23.7.2002 (BGBl. I 2002, 2715; BStBl. I 2002, 714): Das Gesetz enthält die zeitlichen Anwendungsregeln für § 8b in § 34 ohne materielle Änderung im Verhältnis zum UntStFG, jedoch in anderer Nummerierung.

Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz v. 22.12.2003 (BGBl. I 2003, 2840; BStBl. I 2004, 14): § 8b war auch im Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung (ProtErklG) Gegenstand zahlreicher Änderungen. Betroffen sind die Abs. 2–5; angefügt wurde ein neuer Abs. 8. In Abs. 2 erfolgte in Satz 2 eine Definition des Veräußerungsgewinns, nach der vom Veräußerungserlös sowohl der stl. Buchwert als auch Veräußerungskosten abzusetzen sind. Der bisherige Halbs. 2 wird als Satz 3 fortgeführt. In Abs. 3 regelt Satz 1 nunmehr, dass vom nach Abs. 2 stfreien Gewinn 5 % als Ausgaben gelten, die nicht als BA abgezogen werden dürfen. Satz 2 schließt die Anwendbarkeit des § 3c Abs. 1 EStG aus. Satz 3 enthält die Regelung des bisherigen Abs. 3, nach der Gewinnminderungen im Zusammenhang mit Anteilen iSd. Abs. 2 nicht zu berücksichtigen sind. Während Abs. 3 indes bisher davon sprach, dass die Gewinnminderungen bei der Gewinnermittlung nicht zu berücksichtigen sind, stellt Satz 3 nunmehr auf die Ermittlung des Einkommens ab. In Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 wurde die unmittelbare und mittelbare Einbringung über eine Mitunternehmerschaft durch einen nicht durch Abs. 2 Begünstigten um „mittelbar“ ergänzt; dadurch sollte erreicht werden, dass auch Weitereinbringungen der von einem Nichtbegünstigten eingebrachten Anteile die Sperrfristverhaftung nicht vermeiden. In Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 wurde das „oder“ zwischen den beiden Satzteilen durch ein „und“ ersetzt, obwohl die Voraussetzungen offensichtlich alternativ und nicht kumulativ erfüllt sein sollten. Ergänzt wurde Abs. 4 um einen Satz 3, nach dem das Abzugsverbot des Abs. 3 Satz 3 auch bei nicht stfreien Vorgängen innerhalb der Sperrfrist des Abs. 4 gilt. Die 5 %-Fiktion des Abs. 5 wurde auf alle laufenden Beteiligungserträge ausgedehnt, indem die Einschränkung „aus Anteilen an einer ausländischen Gesellschaft“ gestrichen wurde. Angefügt wurde Satz 2, der die Anwendbarkeit des § 3c Abs. 1 EStG ausdrücklich ausschließt. Darüber hinaus wurde eine weitere Sonderregelung geschaffen, und zwar im neu geschaffenen Abs. 8. Die Regelung gilt für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen und enthält eine Suspendierung der Abs. 1–7. Bezüge, Gewinn und Gewinnminderungen aus Anteilen, die bei diesen Unternehmen den Kapitalanlagen zuzurechnen sind, unterfallen nicht den Rechtsfolgen der Abs. 1–7. Eine besondere Regelung zur rückwirkenden Anwendung des Abs. 8 – in der Rechtsfolge beschränkt auf eine Suspendierung der StBefreiung zu 80 % – enthält die Anwendungsvorschrift des § 34 Abs. 7 Satz 8, die auf dem Vermittlungsverfahren beruht.

EURLUMsG v. 9.12.2004 (BGBl. I 2004, 3310; BStBl. I 2004, 1158). Angefügt wurde ein neuer Abs. 9. Er enthält eine Rückausnahme zu der in Abs. 7 (sog. Eigenhandelsklausel) und Abs. 8 (Sonderregelung für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen sowie Pensionsfonds) geregelten Ausnahme von der grundsätzlichen StBefreiung laufender (Abs. 1) und einmaliger (Abs. 2) Erträge aus Beteiligungen an KapGes. und Personenvereinigungen. Die StPflcht soll aufgrund von Abs. 9 nicht für Bezüge iSd. Abs. 1 eintreten, auf die die EU-Mitgliedstaaten die Mutter-Tochter-Richtlinie v. 23.7.1990 (ABl. EG Nr. L 225, 6; Nr. L 226, 20; 1997 Nr. L 16, 98), zuletzt geändert durch Richtlinie 2003/123/EG des Rates v. 22.12.2003 (ABl. EU 2004 Nr. L 7, 41), anzuwenden haben.

Gesetz zur Umsetzung der neu gefassten Bankenrichtlinie und der neu gefassten Kapitaladäquanrichtlinie v. 17.11.2006 (BGBl. I 2006, 2606; BStBl. I 2007, 2): Der Verweis in Abs. 7 Satz 1 auf § 1a KWG statt wie bisher auf § 1 Abs. 11 KWG wurde angepasst, weil Handelsbuch und Anlagebuch von Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten nunmehr in § 1a KWG geregelt sind.

SEStEG v. 7.12.2006 (BGBl. I 2006, 2782; BStBl. I 2007, 4): Durch das SEStEG wurden Änderungen in Abs. 2 und 4 vorgenommen. Abs. 2 Satz 3 regelt die entsprechende Anwendung der Veräußerungsgewinnbefreiung auf andere Realisationsstatbestände. Die bisherige entsprechende Anwendung auf Gewinne aus der Realisierung stiller Reserven bei einbringungsgeborenen Anteilen aufgrund von § 21 Abs. 2 UmwStG aF wurde gestrichen, weil die Einbringungsregelungen der §§ 20–23 UmwStG konzeptionell geändert wurden und der Inhalt des § 21 UmwStG aF (einbringungsgeborene Anteile) weggefallen ist. Zudem erfolgte eine Ergänzung durch den neuen Satz 5. Die Veräußerungsgewinnbefreiung wird nicht nur im Fall steuerwirksam vorgenommener Teilwertabschreibungen, sondern auch für steuerwirksam vorgenommene Abzüge aufgrund von § 6b EStG und ähnliche Abzüge versagt. Abs. 4 wurde wegen der Regelung von Entstrickungen in Einbringungsfällen in § 22 UmwStG ersatzlos aufgehoben; zur Altregelung § 8b Anm. 165–181; eine Übergangsregelung für Altfälle enthält § 34 Abs. 7a.

JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28): Abs. 1 wurde um Regelungen zur Versagung der Freistellung bestimmter vGA und vergleichbarer Leistungen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 und Nr. 10 Buchst. a Halbs. 2 EStG erweitert (materielle Korrespondenzregelungen). Die StFreistellung ist nur anzuwenden, soweit sich die vGA bei der leistenden Körperschaft nicht einkommensmindernd ausgewirkt haben. Aufgrund Satz 3 erfolgt die Freistellung auch dann nicht, wenn sie auf einem DBA beruht; die Regelung ordnet die entsprechende Anwendung des Satzes 2 (vGA) auch auf nach DBA freigestellte Bezüge iSd. Satzes 1 an. Satz 4 enthält eine Rückausnahme und belässt es bei der StFreistellung einer vGA in bestimmten Dreiecksfällen, in denen die vGA das Einkommen einer dem Stpfl. nahestehenden Person erhöht hat und nicht aufgrund von 32a berichtigt wird.

UntStReformG 2008 v. 14.8.2007 (BGBl. I 2007, 1912; BStBl. I 2007, 630): Die Einfügung des Abs. 10 dient der kstl. Erfassung von Wertpapierleihgeschäften, insbes. von Aktienleihgeschäften. Dazu wurde in Abs. 10 ein BA-Abzugsverbot geregelt, das solche Wertpapierleihgeschäfte betreffen soll, die rein stl. induziert sind. In Satz 1 wurde dieses BA-Abzugsverbot für den Entleiher von Aktien, die ihm über den Dividendenstichtag zuzurechnen sind, bestimmt. Satz 2 sieht eine entsprechende Anwendung bei wechselseitigen Leihgeschäften und ähnlichen Gestaltungen vor. Satz 3 betrifft den Ausschluss des pauschalen BA-Abzugs aus Abs. 3 Satz 1 und Satz 3 bzw. Abs. 5. Für Wertpapierpensionsgeschäfte ist eine entsprechende Anwendung des BA-Abzugsverbots in Satz 4 vorgesehen. Soweit BA bei Wertpapierleihgeschäften anfallen, die nicht über den Dividendenstichtag abgeschlossen worden sind, ermöglicht Satz 5 den BA-Abzug ausdrücklich. Werden PersGes. zwischengeschaltet, so verlangen die Sätze 6 und 7 die Anwendung der Vorschriften des Abs. 10 auf Ebene der Körperschaft. Satz 8 ermöglicht den BA-Abzug, wenn die Ausgleichszahlungen dem KapErtrStAbzug unterliegen.

JStG 2008 v. 20.12.2007 (BGBl. I 2007, 3150; BStBl. I 2008, 218): Abs. 3 wird um die Sätze 4–8 ergänzt und enthält ein Abzugsverbot für bestimmte Gesellschafterdarlehen uÄ. Daneben erfolgt eine Richtigstellung des Verweises in Satz 1, in dem statt auf Abs. 2 Sätze 1, 3 und 5 nun auf Abs. 1 Sätze 1, 3 und 6 verwiesen wird. Folge der

Einfügung der Sätze 4–8 ist es, dass bestimmte Gewinnminderungen im Zusammenhang mit Gesellschafterdarlehen ebenso wie Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit Anteilen iSd. Abs. 2 stehen, bei der Ermittlung des Einkommens nicht berücksichtigt werden. Satz 4 präzisiert das Abzugsverbot für solche Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit einer Darlehensforderung eines wesentlich beteiligten Gesellschafters oder aus der Inanspruchnahme von Sicherheiten für solche Gesellschafterdarlehen stehen. In Satz 5 wird diese Regelung auf nahestehende Personen iSd. § 1 Abs. 2 AStG und rückgriffsberechtigte Dritte ausgedehnt. Einen Gegenbeweis durch Drittvergleich lässt Satz 6 zu. Die Ausweitung auf Rechtshandlungen, die einer Darlehensgewährung wirtschaftlich vergleichbar sind, erfolgt durch Satz 7. Satz 8 legt fest, dass ein späterer Wertaufholungsgewinn der Darlehensforderung stfrei ist, wenn sich die Abschreibung nicht steuermindernd ausgewirkt hat.

JSStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74): Der erst durch das UntStReformG 2008 eingeführte Abs. 10, der ein Abzugsverbot für Kompensationszahlungen aus Wertpapierleihe enthält, wurde um Satz 9 ergänzt. Danach gilt als Anteil iSd. § 8b für Zwecke des Abs. 10 auch der Investmentanteil iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 1 InvStG.

JSStG 2010 v. 8.12.2010 (BGBl. I 2010, 1768): Es erfolgte eine redaktionelle Anpassung des Abs. 1 Satz 2 an die Änderung in § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG.

Gesetz zur Umsetzung des EuGH-Urteils v. 20.10.2011 in der Rechtssache C-284/09 v. 21.3.2013 (BGBl. I 2013, 561; BStBl. I 2013, 344): Dadurch erhielt § 8b einen neuen Abs. 4. Die dort getroffenen Regelungen betreffen Bezüge, die Abs. 1 unterfallen und stpfl. sind, wenn eine sog. Streubesitzbeteiligung besteht. Satz 1 ordnet an, dass Bezüge iSd. Abs. 1 Satz 1 stpfl. sind, wenn die Mindestbeteiligung zu Beginn des Kj. nicht 10 % beträgt. Satz 2 suspendiert § 13 Abs. 2 UmwStG – Rechtsnachfolge neuer Anteile – während Satz 3 regelt, dass die Mindestbeteiligungsvoraussetzung durch eine Wertpapierleihe nicht hergestellt werden kann. Bei durch eine Mitunternehmerschaft gehaltenen Anteilen erfolgt eine anteilige Hinzurechnung zum jeweiligen Mitunternehmer aufgrund der Sätze 4 und 5, die als unmittelbare Beteiligung gilt. Aufgrund von Satz 6 tritt Rückwirkung einer im Kj. erworbenen Mindestbeteiligung von 10 % auf den Beginn des Kj. ein. Satz 7 erklärt Abs. 5 für nicht anwendbar, und Satz 8 enthält eine bestimmte Bereichsausnahme für Kreditinstitute. Eine StPfl. von einmaligen Erträgen mit entsprechender, auf Streubesitzanteile bezogenen Verlust- und Aufwandsberücksichtigung wie vom BRat im Gesetzgebungsverfahren empfohlen, erfolgte nicht, soll aber bei einer zukünftigen Neuregelung der Investmentbesteuerung noch einmal überprüft werden. Zusätzlich erfolgte eine Ergänzung des Abs. 10 Satz 1, wobei die Regelungen, die auf Abs. 7 und 8 verweisen, um Abs. 4 erweitert wurden.

Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz (AmtshilfeRLUmsG) v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802): In Abs. 1 Satz 2 erfolgte eine Ausdehnung des materiellen Korrespondenzprinzips, dh der Abhängigkeit einer StFreiheit beim Empfänger von einer Nichtabziehbarkeit bei der leistenden Körperschaft, und zwar für alle laufenden Bezüge. Die Regelungen zur Wertpapierleihe in Abs. 10 wurden redaktionell neu gefasst und materiell um die Regelungen in den Sätzen 6 und 9 ergänzt, um Gestaltungen weiter einzuschränken. Satz 6 unterwirft Entgelte aus einer Kettenleihe den Regelungen, Satz 9 die aktive Anteilsüberlassung durch eine PersGes., an der durch § 8b begünstigte KapGes. beteiligt sind.

KroatienAnpG v. 25.7.2014 (BGBl. I 2014, 1266; BStBl. I 2014, 1126): In Abs. 2 Satz 1 wird der Verweis auf § 18 gestrichen und in Abs. 2 Satz 3 der Verweis auf

§ 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EStG durch „§ 6 Absatz 1 Nummer 2 Satz 3 des Einkommensteuergesetzes“ berichtigt. In Abs. 7 Satz 1 erfolgt eine Anpassung des Handelsbuch-Verweises an die aktuellen Regelungen des KWG.

StÄndG 2015 v. 2.11.2015 (BGBl. I 2015, 1834): Der Regelung wird Abs. 11 angefügt, der die (Nicht-)StFreiheit von Leistungen an den Anteilseigner einer UKasse regelt.

BEPS-UmsG v. 20.12.2016 (BGBl. I 2016, 3000; BStBl. I 2017, 5): In Abs. 7 Satz 1 wird die aufsichtsrechtl. Regelung zum Handelsbuch durch die handelsrechtl. ersetzt. Abs. 7 Satz 2 wird grundlegend geändert, auf Mehrheitsgesellschaften der Finanzwirtschaft beschränkt und die betroffenen Anteile werden neu geregelt. Abs. 7 Satz 3 entfällt ersatzlos.

„JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377): § 8b Abs. 10 Satz 11 wird redaktionell an das InvStG v. 19.7.2016 angepasst; der Verweis „Investmentanteile im Sinne von § 1 Abs. 1 des Investmentsteuergesetzes vom 15. Dezember 2003“ wird in „Anteile im Sinne von § 2 Abs. 4 des Investmentsteuergesetzes vom 19. Juli 2016“ geändert.

WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17): Der Verweis in Abs. 4 Satz 8 wird redaktionell an die aktuelle Fassung des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes angepasst, indem der Verweis „im Sinne des § 1 Absatz 10 Nummer 13 des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes“ durch „im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 13 des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes“ ersetzt wird.

ATAD-Umsetzungsgesetz – ATAD-UmsG (Referentenentwurf des BMF v. 24.3.2020): In Umsetzung der ATAD-Richtlinie (RL [EU] 2016/1164 v. 12.7.2016, ABl. EU 2016 Nr. L 193, 1, geändert durch RL [EU] 2017/952 v. 29.5.2017, ABl. EU 2017 Nr. L 144, 1) soll § 8b Abs. 1 um einen neuen Satz 2 ergänzt werden. Es handelt sich um eine Regelung, um den Ausschluss der StFreistellung des Satzes 1 für bestimmte Fälle hybrider Gestaltungen zu bewirken. Soweit in einem anderen Staat Anteile abweichend von deutschen Rechtsgrundsätzen einer anderen Person zugerechnet werden, wird die Freistellung nach Satz 1 nur gewährt, soweit das Einkommen der anderen Person nicht niedriger ist als bei einer dem deutschen Recht entsprechenden Zurechnung. Auch wenn noch keine Umsetzung durch das ATAD-UmsG erfolgt ist, sind wesentliche Aspekte der ATAD-Richtlinie bereits durch andere nationale Regelungen vorweggenommen (vgl. *Dettmeier/Dörr/Neukam/Prodan*, NWB 2016, 3082 ff.). Dies gilt insbes., als die Richtlinie nicht immer trennscharfe Anforderungen normiert (*Haarmann*, IStR 2018, 561; krit. insbes. zur Administrierbarkeit *Hinz*, IStR 2020, 397).

Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts (Geszentwurf der Bundesregierung v. 17.3.2021): Abs. 3 Sätze 4 ff. sollen dahingehend ergänzt werden, dass (nach dem 31.12.2021 eintretende) Währungskursverluste aus Darlehen und vergleichbaren Rechtshandlungen nicht als Gewinnminderungen gelten.

III. Bedeutung und Vereinbarkeit des § 8b mit höherrangigem Recht

1. Rechtliche Bedeutung

5

§ 8b mit einer umfassenden Freistellung von Bezügen und einmaligen Beteiligungserträgen zwischen KStSubjekten ist eine der zentralen Vorschriften des

KStRechts in der Form eines klassisch ausgestalteten Systems. Dieses ist dadurch gekennzeichnet, dass Gewinne der operativ tätigen Körperschaft selbst einer definitiven KSt von 15 % unterliegen, Ausschüttungen zwischen Körperschaften stfrei sind und eine Schlussbesteuerung erst auf der Ebene einer am Ende der Beteiligungskette stehenden natürlichen Person erfolgt. Durch die Freistellung innerhalb von KapGes. bleibt es bei der KStBelastung von 15 %, bis die Ausschüttung an eine natürliche Person als Gesellschafter erfolgt. Nach Absenkung des KStSatzes auf 15 % ab VZ 2008 unterliegt die Gewinnausschüttung des Gesellschafters zu 60 % (bis dahin 50 %) der ESt. Die Begr. zum RegE v. 15.2.2000 geht davon aus, dass sich dadurch eine Belastung der ausgeschütteten Gewinne ergibt, die der stl. Belastung bei anderen Einkunftsarten angenähert ist (BTDrucks. 14/2683, 94). Zu Einzelheiten s. § 3 Nr. 40 EStG Anm. 1. Für Anteile im PV gilt seit VZ 2009 die Abgeltungsteuer mit dem besonderen StStz von 25 % (§ 32d Abs. 1 EStG). Dementsprechend hat sich auch der Zweck des § 8b gewandelt. Während § 8b bis zum Systemwechsel ausschließlich Regelungen enthielt, die Beteiligungen an ausländ. Gesellschaften betrafen und damit den Investitionsstandort Deutschland fördern sollten, erfasst § 8b seit dem 1.1.2002 im Wesentlichen laufende und einmalige Erträge aus Beteiligungen an inländ. und ausländ. Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen. Die grundsätzliche StFreistellung dieser Erträge dient nun dazu, eine Mehrfachbelastung mit KSt zu vermeiden. Sie ist zwingender Bestandteil des Systems. Eine Mindestbesitzzeit oder Mindestbeteiligungsquote wird konsequenterweise – mit Ausnahme bei Streubesitz – nicht vorausgesetzt; auf eine Qualifikation der Einkünfte aus aktiver oder passiver Tätigkeit kommt es ebenfalls nicht an. Dies entspricht dem Postulat des durch das StSenkG eingeführten KStSystems, eine Definitivbelastung mit KSt (und GewSt) nur auf der Ebene der operativen Körperschaften zu bewirken und eine Besteuerung von Ausschüttungen nur bei nicht-korporierten Gesellschaftern im Wege der Teileinkünftebesteuerung zu bewirken (vgl. nur *Binnewies* in *Streck*, 9. Aufl. 2018, § 8b Rz. 1f.; *Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 2 ff. [10/2019]; *Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 1 [7/2019]; ausführl. *Hey*, KStZ 2013, 353).

Da nach diesem KStSystem die Veräußerung eines Anteils an einer KapGes. einer Vollausschüttung gleichkommt, sieht die Vorschrift eine korrespondierende Befreiung von Veräußerungsgewinnen vor (vgl. Begr. zum RegE v. 15.2.2000, BTDrucks. 14/2683, 96, 120), denn der Gesellschafter einer KapGes. kann sich Gewinne auch ohne Ausschüttung nutzbar machen, indem er seine Beteiligung veräußert und sich dabei die offenen und stillen Reserven der Gesellschaft vergüten lässt (vgl. auch *Kanzler*, FR 2000, 1245 [1251]; *van Lishaut/Förster*, GmbHR 2000, 1121; BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 2). Zwar gibt es auch Kritik hieran, weil nicht nur die derzeitigen offenen, sondern auch die stillen Reserven stfrei gestellt sind (vgl. zB *Hey*, KStZ 2013, 353 [356] mwN; *Romswinkel*, GmbHR 2002, 1059). Gleichwohl erscheint das systemgerecht, weil die in dem durch die Beteiligung repräsentierten Unternehmen ruhenden stillen Reserven steuerverhaftet bleiben und anderenfalls bei ihrer Realisation wirtschaftlich doppelt besteuert würden. Auf der anderen Seite sollen Restriktionen eintreten: Aufwendungen, die wirtschaftlich mit stfreien Einnahmen zusammenhängen, können nicht geltend gemacht werden (Abs. 3 und 5, § 3c Abs. 1 EStG bis 31.12.2003), und auch der Erwerber von Anteilen hat durch die Neuregelungen keine Möglichkeiten mehr, seine AK in stl. Abschreibungssubstrat umzuwandeln (Übersicht bei *Bruski*, FR 2002, 181).

§ 8b ist keine Steuervergünstigung, sondern außerbilanzielle Norm der Gewinnermittlung: Abs. 1 bis 3 sprechen davon, dass Dividenden und Veräuße-

rungsgewinne sowie -verluste bei der Ermittlung des Einkommens nicht berücksichtigt werden. Tatsächlich handelt es sich jedoch um eine sachliche StBefreiung, die bereits bei der Ermittlung des Gewinns ansetzt. Somit wird durch dieses, für Körperschaften geltende Freistellungs- und bei Schlüsselausschüttung eingreifende „Teileinkünfteverfahren“ technisch sichergestellt, Gewinne nur bei der Körperschaft einmal mit KSt zu belasten und erst bei Ausschüttung an eine natürliche Person der weiteren persönlichen Besteuerung zu unterwerfen (ausführl. *Desens*, Das Halbeinkünfteverfahren, 2004, 127 ff.).

Diese Vorbelastung, die so lange erhalten bleibt, wie Gewinne nicht die KapGes-Ebene durch Ausschüttung an eine natürliche Person verlassen, ersetzt zusammen mit der Teileinkünftebesteuerung (§ 3 Nr. 40, § 3c Abs. 2 EStG) und seit VZ 2009 der Abgeltungsteuer (§ 32d EStG) ein Hochschleusen der kstl. Gewinne auf das EStNiveau des Gesellschafters, wie es das Anrechnungsverfahren kannte. Dort erfolgte im Ausschüttungsfall eine Belastung mit (30 %) KSt bei der Gesellschaft. Zu diesem Zweck wurde die Vorbelastung der Gewinne bei der KapGes. in einer Gliederungsrechnung nach ihrer Vorbelastung differenzierend festgehalten; durch Anrechnung/Erstattung auf die ESt des Gesellschafters erfolgte dann die Schlussbesteuerung. Ebenso wie im derzeitigen klassischen System erfolgte die Schlussbesteuerung durch eine Zusammenschau von Gesellschaft und Gesellschafter, nur dass im jetzigen System die Vorbelastung bei der Gesellschaft definitiv bleibt und beim Gesellschafter durch das Teileinkünfteverfahren/die Abgeltungsteuer statt durch Anrechnung berücksichtigt wird (vgl. ausführl. dazu *Hey in Tipke/Lang*, 24. Aufl. 2020, § 11 Rz. 8 ff.).

Da es sich bei § 8b um eine technische Befreiung handelt, sind die in Abs. 3 und 5 enthaltenen Einschränkungen, Aufwendungen im Rahmen stfreier laufender und einmaliger Beteiligungserträge abzuziehen, systematisch fragwürdig und uE abzulehnen. Dies zeigt ein Vergleich mit dem Anrechnungsverfahren deutlich. Im Anrechnungsverfahren führte der Dividendenfluss innerhalb einer Kette von KapGes. jeweils zu stpfl. Einnahmen. Aufwendungen auf die Beteiligung waren entsprechend abziehbar. Dasselbe galt für natürliche Personen am Ende einer Beteiligungskette. Da durch das jetzige Verfahren annähernd dieselbe stl. Belastung wie im Anrechnungsverfahren erreicht werden soll (s. Anm. 1), muss Beteiligungsaufwand konsequenterweise abziehbar sein (ausführl. *Herzig*, DB 2003, 1459; aA *Maiterth/Wirth*, DStR 2004, 433, zu Auslandsbeteiligungen). Der Bericht der BRReg. zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform sah folgerichtig vor, dass § 3c Abs. 1 EStG im Bereich von Beteiligungserträgen nicht anwendbar sein sollte (FR 2001, Beilage zu Heft 11, 222). Ein entsprechendes Reformvorhaben (BTDrucks. 14/6882) im Rahmen des UntStFG wurde verworfen; der BRat befürchtete Steuerausfälle und begründete die Restriktion des Abzugs von Beteiligungsaufwendungen mit dem für KapGes. geltenden Trennungsprinzip (Stellungnahme des BRat zum UntStFG, BTDrucks. 14/7084, 5). Unseres Erachtens ist das Trennungsprinzip kein ausreichender Grund, den Abzug von Beteiligungsaufwand zu versagen. Zwar erfolgt auf jeder Stufe einer KapGes. eine eigenständige Ermittlung des Einkommens; dabei ist jedoch dem Abzug von Beteiligungsaufwand auf jeder Stufe aus dem besonderen System der KSt heraus Rechnung zu tragen, dass es sich innerhalb der Beteiligungserträge zwischen KapGes. nicht um eine echte StBefreiung handelt, sondern um eine durch das System gebotene technische Befreiung. Die ursprüngliche Besteuerungslast auf der operativen Ebene wird bis zur Ausschüttung an einen EStpfl. beibehalten, Aufwand auf dem Weg dorthin muss folgerichtig abziehbar sein.

Zwar erfolgte durch das ProtErklG sowohl in § 8b Abs. 3 Satz 2 als auch in § 8b Abs. 5 Satz 2 eine Suspendierung des § 3c Abs. 1 EStG ab dem 1.1.2004, jedoch mit der Folge der unwiderleglichen Fiktion nicht abziehbarer BA von 5 % laufender und einmaliger Beteiligungserträge (vgl. *Förster*, DB 2003, 899). Dadurch kommt es (systemwidrig) wirtschaftlich nur noch zu einer Befreiung von 95 %.

Die dadurch eintretende partielle Doppelbelastung hat das BVerfG (BVerfG v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224) als noch hinnehmbare Typisierung qualifiziert, ohne allerdings einen möglichen Kaskadeneffekt einzubeziehen (s. hierzu Anm. 7).

Einschränkungen der Freistellung: Der Gesetzgeber hat zahlreiche Einschränkungen dieser Freistellung vorgenommen, die dem System des neuen KStSystems widersprechen.

Eine Einschränkung hat der Gesetzgeber des JStG 2007 in Abs. 1 Sätze 2 ff. für vGA vorgenommen; der Gesetzgeber des AmtshilfeRLUmsG hat sie auf alle laufenden Bezüge des Abs. 1 Satz 1 ausgedehnt. Dadurch sollen sog. weiße Einkünfte vermieden werden (BRDrucks. 622/06, 119). Beim Gesellschafter soll keine StFreistellung erfolgen, wenn die vGA bei der leistenden KapGes. das Einkommen gemindert hat. In diesem Fall wechselt die Besteuerungsebene von der leistenden KapGes. zum Gesellschafter. Dieses materielle Korrespondenzprinzip zur Verknüpfung der StPflicht von Bezügen mit der Behandlung bei der leistenden Gesellschaft ergänzt § 8 Abs. 3 Satz 4 bis 6 für verdeckte Einlagen und verfahrensrechtl. § 32a. Dessen Abs. 1 ermöglicht, den StBescheid des Gesellschafters zu ändern, wenn der KStBescheid der leistenden Gesellschaft aufgrund einer vGA erlassen, aufgehoben oder geändert wird, und dessen Abs. 2 eine Änderung bei der Gesellschaft, wenn der StBescheid gegenüber einem Gesellschafter wegen einer verdeckten Einlage geändert wurde. Damit soll jeweils einer fehlenden Vorbelastung begegnet werden. Eine weitere Einschränkung ist durch das ATAD II-Gesetz vorgesehen (Anm. 8).

Eine weitere Einschränkung laufender Bezüge erfolgte durch das Gesetz zur Umsetzung des EuGH-Urteils v. 20.12.2011 in der Rs. C 284/09. Durch den neuen Abs. 4 werden laufende Bezüge kstl. nur freigestellt, wenn die Beteiligung zu Beginn des Kj. mindestens 10 % beträgt.

Auf Forderungen der Finanzwirtschaft (Abs. 7) und der Versicherungswirtschaft (Abs. 8) hat der Gesetzgeber die Abs. 7 und 8 – und aus EU-Gründen Abs. 9 – geschaffen. Sollen Anteile bei bestimmten KapGes. nicht der Anlage dienen, sondern soll mit ihnen ein Substanzgewinn erzielt werden (sog. Eigenhandel), sind laufende Bezüge und Substanzänderungen (Gewinne und Wertminderungen) hieraus kstpfl. Das gilt nicht für laufende Bezüge, die der EU-Mutter-Tochter-Richtlinie unterfallen. In diesem Kontext sind auch die Regelungen zur Wertpapierleihe zu sehen. Sie sollen verhindern, dass die aufgrund von Abs. 4, 7 oder 8 ausgeschlossene StFreiheit durch Ausleihung der Anteile an einen „Begünstigten“ umgangen wird. Diese – ursprünglich weit gefasste und jede Holdinggesellschaft erfassende – Regelung hat der Gesetzgeber durch das BEPS-UmsG auf die Finanzwirtschaft beschränkt.

Eine weitere Ausnahme enthält Abs. 11, wonach § 8b nicht auf Anteile an UKassen anwendbar ist. Hintergrund ist die Abziehbarkeit von Zuführungen als BA (§ 4d EStG), die – pauschal – mit einer StPflicht von Bezügen und Dividenden korrespondiert.

6 2. Wirtschaftliche Bedeutung

Vor allem im Hinblick auf Investitionen inländ. KapGes. im Ausland ist eine deutliche Verbesserung eingetreten. Während § 8b Abs. 1 aF die Besteuerung ausländ. Beteiligungserträge nur innerhalb von KapGes. vermied und es bei einer Ausschüttung an eine natürliche Person zur vollen Besteuerung kam, ist dieser Nachteil beseitigt (*Werra*, FR 2000, 645 [646]; *Vögele/Edelmann*, IStR 2000, 463). Hinzu

kommt, dass die pauschale BA-Fiktion von 5 % laufender Beteiligungserträge dazu führt, dass tatsächliche Aufwendungen (Finanzierungsaufwendungen) vollständig abziehbar sind. Dasselbe gilt nach Ausdehnung des Abs. 5 auf Inlandsdividenden für alle mit inländ. und ausländ. Beteiligungen verbundenen Aufwendungen. Dem steht als Nachteil aber jedenfalls in tiefer gestaffelten Beteiligungsstrukturen ein entsprechender Kaskadeneffekt gegenüber (s. Anm. 190). Demgegenüber ist insbes. die StPflcht von Streubesitzdividenden (Abs. 4) dem Holdingstandort abträglich, weil es zur Doppelbesteuerung und in mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen zu erheblichen Kaskadeneffekten kommt. Neben der KSt sind eigene Regelungen für die GewSt in Fällen von Streubesitz zu beachten, die die Steuerlast zusätzlich verschärfen und die Komplexität der zu beachtenden Regelungen erheblich steigern (vgl. auch *Pung* in *Haag/Jehlin*, DStR 2013, Beihefter 4, 3 [7]). Dasselbe gilt für das materielle Korrespondenzprinzip. Die Gesellschaft, die die Bezüge iSt. Abs. 1 Satz 1 erhält, ist im (wesentlichen Anwendungs-)Fall an einer Auslands-gesellschaft beteiligt und die StFreiheit der Bezüge vom dortigen Recht abhängig; ein aus der Sicht des Gesetzgebers unliebsames Erg. weißer Einkünfte soll beim Empfänger durch eine dortige StPflcht verhindert werden. Die typisierend unterstellte Vorbelastung ausländ. Gewinnausschüttungen wird durch eine jeweilige Einzelfallprüfung bei der empfangenden Gesellschaft ersetzt (krit. auch *Fischer/Lohbeck*, IStR 2012, 678 mwN; *Becker/Loose*, IStR 2012, 758 [759]; insbes. *Kraft/Körner/Türksch*, DB 2012, 1592). Dadurch wird der Holdingstandort Deutschland unattraktiver, weil die Steuerbelastung inländ. Gewinnausschüttungen von ausländ. Recht abhängig ist. Fraglich ist auch, inwieweit die ausländ. Besteuerung überhaupt durch den deutschen Gesetzgeber modifiziert wird. Besser wäre eine abgestimmte Verfahrensweise zumindest innerhalb der EU selbst.

Bedeutung des Abs. 2 für Umstrukturierungen: Insbesondere die StBefreiung für Veräußerungsgewinne hat erhebliche Bedeutung für externe und interne Umstrukturierungen im KapGes-Konzern. Soweit sich KapGes. von nicht in das Beteiligungsportefeuille passenden Beteiligungen trennen wollen, ist das wegen der umfassenden Veräußerungsgewinnbefreiung sowohl bei in- als auch ausländ. Beteiligungen bis Ende 2003 ohne StBelastung möglich und gewollt (BTDrucks. 14/2683, 95; vgl. *Desens*, Das Halbeinkünfteverfahren, 2004, 133 ff.). Allerdings kann dies zu geringeren Veräußerungserlösen führen, weil der Erwerber keine Möglichkeit einer steuerwirksamen Abschreibung seines Kaufpreises hat (vgl. *Eisgruber/Glass*, DStR 2003, 389). Zwar hält auch das UmwStG weitreichende Möglichkeiten mittels Buchwertfortführung vor, um die Steuerneutralität von nationalen und internationalen Umstrukturierungen zu erreichen. Nachteilig wirkt sich aber oftmals die Verdoppelung stiller Reserven durch derartige Umstrukturierungen aus. Da der diese Nachteile vermeidenden StFreiheit von Veräußerungsgewinnen die Gewinnrealisation von Sachdividenden gleichgestellt ist (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 – 2750a – 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 22; ausführl. s. Anm. 99), eröffnet § 8b auch insoweit zusätzliche nicht steuerbelastende Restrukturierungsmöglichkeiten. Dasselbe gilt derzeit auch für Streubesitzbeteiligungen, da Veräußerungsgewinne weiterhin stfrei gestellt sind. Von der unsystematischen StPflcht der Dividenden abgesehen ist das – bezogen auf EU-Erfordernisse – zutr., weil die durch den EuGH festgestellte Ungleichbehandlung nicht die Veräußerungsgewinnbesteuerung betraf. In einer Protokollerklärung zum Gesetz zur Umsetzung des EuGH-Urteils hat die BReg. allerdings verlauten lassen, eine solche StPflcht bei der Überarbeitung der Investmentbesteuerung zu überprüfen. Unseres Erachtens sollte die Regelung des § 8b zur innerkonzernlichen Freistellung von Beteiligungserträgen nicht noch

weiter durchbrochen werden, zumal die Einf. einer solchen StPflcht unter nachträglicher Verstrickung stiller Reserven verfassungsrechtl. fragwürdig ist (vgl. dazu *Schönfeld/Häck*, DStR 2012, 1725). Als nachteilig steht dem allerdings die mW ab 1.1.2004 eingeführte Fiktion nicht abziehbarer BA von 5 % des Veräußerungsgewinns in Abs. 3 Satz 1 gegenüber, was durch eine Umstrukturierung aufgrund des UmwStG regelmäßig vermieden werden kann. Die StPflcht aufgrund von Abs. 7 mit einem weit gezogenen Anwendungsbereich für Anteile, die bis zum 31.12.2016 erworben wurden, hat den Holdingstandort wegen der entsprechenden StPflcht von laufenden und einmaligen Erträgen erheblich eingeschränkt. Die Rückführung auf institutionelle Anleger für Anteile, die nach dem 31.12.2016 erworben wurden, hat diese StPflcht aber auch die Gestaltung zur dadurch möglichen steuerwirksamen Nutzung von Gewinnminderungen iSd Abs. 3 ausgeschlossen und dem System des § 8b angepasst. Eine Benachteiligung des Holdingstandorts erfolgt weiterhin durch die Versagung von Abschreibungen auf Darlehen von Gesellschaftern mit qualifizierter Beteiligung (Abs. 3 Sätze 4 bis 6). Alternativvorschläge, die Eigenkapitalfinanzierung durch eine entsprechende stl. abziehbare Verzinsung ähnlich dem belgischen *notional interest* attraktiv zu gestalten (vgl. *Kraft/Körner/Türksch*, DB 2012, 1592), wurden bislang nicht aufgegriffen.

7 3. Verfassungsmäßigkeit

Die Neuregelung der KSt durch Rückkehr zu einem klassischen KStSystem ist verfassungsrechtl. Bedenken ausgesetzt. Problematisch wird insbes. die unterschiedliche – ungleiche – Besteuerung der einzelnen Einkunftsarten des EStpfl. – mit einer Definitivbesteuerung bei der Körperschaft – und einer Tarifiermäßigung durch die Freistellung von 60 % gesehen (im Einzelnen s. § 3 Nr. 40 EStG Anm. 15 ff. mit umfangreichen Nachw.; ausführl. zu verfassungsrechtl. Gesichtspunkten *Desens*, Das Halbeinkünfteverfahren, 2004, 343 ff.). Problematisch ist unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten zudem, dass die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen aus Anteilen an KapGes. und PersGes. völlig gegensätzlich ausfällt – hier StFreistellung (Abs. 2), dort vollständige Besteuerung mit KSt/ESt (ggf. mit Freigrenze und Tarifiermäßigung, § 16 Abs. 4, § 34 EStG) und oftmals GewSt (§ 7 Satz 2 GewStG). Dasselbe gilt für die unterschiedlichen Abzugsrestriktionen im Bereich von Anteilen, die von KapGes. und Anteilen, die von natürlichen Personen gehalten werden – hier wird mit der 5 %-Fiktion zum einen eine Besteuerungsgrundlage geschaffen und darüberhinausgehender Abzug zugelassen (Abs. 3 Satz 1, Abs. 5 Satz 1), bei natürlichen Personen reicht allein jeder irgendwie geartete wirtschaftliche Zusammenhang, um eine korrespondierende Abzugsrestriktion von 60 % eingreifen zu lassen (§ 3c Abs. 2 EStG). Die Abgeltungsteuer führt zu einem weiteren Fremdkörper im System.

Aber auch einzelne Regelungen des § 8b sind verfassungsrechtl. höchst zweifelhaft:

Fiktion von 5 % nicht abziehbarer Betriebsausgaben: Abs. 3 Satz 3 fingiert ebenso wie Abs. 5 Satz 1, dass 5 % des Veräußerungsgewinns (Abs. 3 Satz 3) oder der Bezüge (Abs. 5 Satz 1) unabhängig davon, ob überhaupt BA vorliegen, nicht abziehbare BA darstellen. Da auch der Nachweis tatsächlich niedrigerer BA gesetzlich nicht vorgesehen ist, führt die Fiktion grds. zu einem Verstoß gegen das verfassungsrechtl. zu beachtende objektive Nettoprinzip. Das BVerfG (BVerfG v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224) hat die Fiktion jedoch als verfassungsgemäß qualifiziert. Dem Gesetzgeber sei es unbenommen, Maßnahmen zur Vereinfachung und zur Verhinderung von Gestaltungen zu ergreifen. Ein Verstoß

gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip durch die Versteuerung von im Wege der Fiktion ermitteltem Einkommen liege in den Fällen des Abs. 3 Satz 3 und Abs. 5 Satz 1 nicht vor, weil die Veräußerungsgewinne/Gewinnausschüttungen eine Erhöhung an Leistungsfähigkeit bilden, die keine Steuerfreiheit voraussetze. Die Folgerichtigkeit der gesetzgeberischen Entscheidung sei darin zu sehen, dass wegen der Vereinfachung, nicht abziehbaren Aufwand durch die pauschale Regelung festzustellen statt ihn im Einzelfall zu ermitteln, § 3c EStG nur ersetzt werde. Auch wenn Fälle betroffen werden, in denen keine tats. (höheren) Aufwendungen vorlägen, handle es sich, durch den Vereinfachungsgedanken gerechtfertigt, um eine noch hinnehmbare Typisierung. Auch sei die Regelung gerechtfertigt, um Gestaltungen wie dem sog. *Ballooning* entgegenzuwirken. Zudem sei die StBelastung mit 1,25 % der Gewinnausschüttung (seinerzeit 25 % auf 5 % nicht abziehbarer BA) relativ gering. Die Entsch. des BVerfG widerspricht uE tragenden Prinzipien des geltenden klassischen KStSystems. Das BVerfG berücksichtigt nicht ausreichend, dass es sich bei § 8b KStG nur um eine technische Befreiung handelt und Aufwand insgesamt abziehbar sein muss (hierzu und zum vergleichbaren Fall im Bereich des § 3 Nr. 40, § 3c EStG vgl. *Hey in Tipke/Lang*, 24. Aufl. 2020, § 11 Rz. 42 ff.). Aus der Höhe der Beteiligungserträge lässt sich typisierend kein Aufwand ableiten. Zumindest die Möglichkeit, tatsächlich niedrigeren Aufwand nachweisen zu können, um die Fiktion auszuschließen, wäre dem objektiven Nettoprinzip angemessen gewesen. Dem steht auch das für KapGes. geltende Trennungsprinzip nicht entgegen. Zwar erfolgt auf jeder Stufe der Ausschüttung eine eigenständige Einkommensermittlung; jedoch ist dabei zu berücksichtigen, dass es sich bei der Befreiung aufgrund von § 8b KStG nur um eine technische Befreiung handelt, die weder § 3c EStG noch einer pauschalen Regelung der Nichtabziehbarkeit von BA zugänglich ist. Letztendlich hält das BVerfG auch die durch die typisierend hervorgerufene StLast von seinerzeit 1,25 % KSt (zzgl. GewSt) für mit dem Nettoprinzip vereinbar, wobei uE dies mit der generellen Freistellung und einem gebotenen Aufwandsabzug nicht vereinbar ist (ab. auch zB *Lammers*, DStZ 2011, 483; *Krug*, DStR 2011, 598; *Müller*, FR 2011, 309; *Ribbrock*, BB 2011, 98; *Roser*, GmbHR 2011, 214). Auf der Grundlage insbes. einer noch hinnehmbaren StBelastung auf 5 % der Beteiligungserträge ist fraglich, ob das BVerfG dies auch im Fall eines Kaskadeneffekts bei mehrstufiger Beteiligungskette entsprechend sieht; die Frage hat es als im Vorlageverfahren nicht entscheidungsrelevant offengelassen. Zumindest in diesen Fällen ist eine Typisierung von BA weiterhin zweifelhaft (vgl. insges. *Hey in Tipke/Lang*, 24. Aufl. 2020, § 11 Rz. 42 ff.; *Müller*, FR 2011, 309; *Ribbrock*, BB 2011, 98).

Materielles Korrespondenzprinzip bei Gewinnausschüttungen: Die StFreistellung laufender Bezüge in Abs. 1 Satz 1 geht typisierend davon aus, dass eine kstl. Vorbelastung bei der operativ tätigen Körperschaft vorgelegen hat. Da jedoch die Ebene von Körperschaft und Gesellschafter getrennt betrachtet werden, war das systematisch zutr. bisher kein Tatbestandsmerkmal der StBefreiung. Gerade zur Ermittlung der typisierenden Schlussbesteuerung aus einer Gesamtbelastung von Gesellschaft und einer natürlichen Person als Ausschüttungsempfänger wurde die Vorbelastung bei einer KapGes. nicht individuell, sondern unter Wahrung des Trennungsprinzips typisierend unterstellt. Die tatsächliche Steuer, die auf das Einkommen der operativen KapGes. anfällt, wirkt sich weder im Fall einer höheren noch einer niedrigeren Steuer bei Ausschüttungen aus. Das gerade unterscheidet diese Regelung auch vom pauschalen Abzugsverbot für BA, weil diese auf jeder Ebene der Beteiligungskette in einer Verkennung dieser Gesamtbetrachtung ansetzen. Die Abhängigkeit von vGA (für Bezüge nach dem 18.12.2006) und von allen

Bezügen (seit VZ 2014) durchbricht dieses gesetzlich immanente Trennungsprinzip einer rechtl. eigenständigen Besteuerung und des Prinzips der Durchleitung von Beteiligungserträgen zwischen KapGes. ohne KSt, nachdem sie die Ebene der operativen KapGes. verlassen. Die Regelung verstößt dadurch gegen das verfassungsrechtl. gebotene Nettoprinzip in seiner Ausprägung der Folgerichtigkeit gesetzgeberischen Handelns (FG Hamb. v. 4.4.2011 – 2 K 33/10, EFG 2011, 1460 zu § 8c KStG, Az. BVerfG 2 BvL 6/11; vgl. dazu auch *Roser*, GmbHR 2011, 718; zur verfassungsrechtl. gebotenen Folgerichtigkeit gesetzgeberischen Handelns vgl. BVerfG v. 7.11.2006 – 2 BvL 10/02, BStBl. II 2007, 192 [201]; BVerfG v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, BGBl. I 2008, 2888; BFH v. 10.4.2013 – I R 80/12, BFH/NV 2013, 1834, Rz. 34 mwN). Die zusätzliche Frage, ob der Ausschluss einer nach einem DBA grds. gewährten StFreiheit (insbes. aufgrund des internationalen Schachtelprivilegs) einen verfassungsrechtl. unzulässigen *treaty override* darstellt, ist wohl zu verneinen, weil das BVerfG einen *treaty override* für verfassungsrechtl. zulässig hält (BVerfG v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, BVerfGE 141, 1; aA BFH v. 10.1.2012 – I R 66/09, DStR 2012, 10560; BFH v. 11.12.2013 – I R 4/13, BFH/NV 2014, 614, zu § 50d Abs. 10, Az. BVerfG 2 BvL 15/14; vgl. auch *Lehner*, IStR 2012, 389; grundlegend *Gosch*, IStR 2008, 413).

Diese verfassungsrechtl. Fragestellungen werden durch Aktionspunkte des OECD (BEBS-)Reports v. 5.10.2015 und dem Branch-Mismatch-Report der OECD v. 27.7.2017 sowie der dazu ergangenen EU-Anti-Tax-Avoidance-RL 2017/952 v. 29.5.2017 (ATAD II), die auch Regelungen im Verhältnis zu Drittstaaten enthält, überlagert. Eine StFreistellung von Dividenden soll nur erfolgen, wenn sie einer (tatsächlichen) Vorbelastung unterlegen hat. Dies lässt sich nur verfassungskonform in Einklang bringen, wenn man die bisherige Annahme einer Vorbelastung durch die Notwendigkeit einer tatsächlichen Vorbelastung ersetzt (zur verfassungsrechtlichen Problematik vgl. auch *Mitschke*, FR 2016, 412 und 834; *Glahe*, FR 2016, 829).

Streubesitzdividenden: Für Streubesitzdividenden gilt der Einwand mangelnder Folgerichtigkeit gesetzgeberischen Handelns ebenfalls. Dieser Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip durch Nichtbeachtung der Folgerichtigkeit gesetzgeberischen Handelns wird noch dadurch verstärkt, dass diese Dividendenbesteuerung selbst in den Fällen erfolgt, in denen es zu einem Kaskadeneffekt der Besteuerung kommt, die durch das Freistellungsverfahren gerade verhindert werden sollte. Wenngleich das BVerfG (BVerfG v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224) zur 5 %-Fiktion nicht abziehbarer BA eine Rechtfertigung durch geringe StLast und eine Vereinfachung bejaht hat, trägt beides im Bereich der Besteuerung von Gewinnausschüttungen auf Streubesitz nicht mehr. Für die StBelastung durch eine kumulierende KSt auf die gesamte Gewinnausschüttung ist das offensichtlich, und gegen den Vereinfachungsgedanken spricht bereits der Umfang der gesetzlichen Regelung, die zudem mit der GewSt nicht abgestimmt ist und die Besteuerung von Erträgen aus Finanzbeteiligungen weiter verkompliziert (vgl. dazu *Hey*, KSzW 2013, 353 [358]). Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass die StPflicht aus Gründen der EU-Gleichheit gerechtfertigt ist, denn diese Gleichheit konnte der Gesetzgeber – entsprechend den Diskussionen im Gesetzgebungsverfahren – systematisch korrekt durch Absehen von der KapErtrSt herstellen. Stattdessen sind Streubesitzdividenden bei unbeschränkter StPflicht im Gegensatz zur beschränkten StPflicht sogar deutlich schlechter gestellt, indem sie zusätzlich der inländ. GewSt unterliegen (§ 9 Nr. 2a GewStG). Hierzu vgl. *Desens*, DStR 2013, Beihefter 4, 13 (14); *Herlinghaus*, FR 2013, 529 (532); *Hey*, KSzW 2013, 353; *Intemann*, BB 2013, 1239; *Kaminski*, Stbg 2013, 145 (148); *Wiese/Lay*, GmbHR 2013, 404 (408), *Grefe*,

DStZ 2013, 573; *Kotten/Heinemann*, DStR 2015, 1889; *Kußmaul/Licht*, StB 2016, 286. Der BFH v. 18.12.2019 (I R 29/17, BStBl. II 2020, 690, Rz. 20 ff.) hat demgegenüber das FG Hamb. (FG Hamb. v. 6.4.2017 – 1 K 87/15, EFG 2017, 1117, rkr., unter II.5) bestätigt. Absatz 4 durchbreche zwar – nicht folgerichtig – das System des Halb- bzw. Teileinkünfteverfahrens. Dies sei aber gerechtfertigt, um eine EU-konforme Rechtslage herzustellen, auch wenn im Gesetzgebungsverfahren die Frage der Haushaltskonsolidierung im Vordergrund gestanden haben mag. Eine systemkongruente Einbeziehung von Veräußerungsgewinnen sei nicht gefordert, da der Gesetzgeber nur die unionsrechtlichen Anforderungen regeln wollte (krit. *Schwetlik*, GmbH-StB 2020, 344).

Wertverluste von Gesellschafterdarlehen: Die Nichtabziehbarkeit von Wertverlusten aus Gesellschafterdarlehen und ähnlichen Finanzierungsleistungen iSd. Abs. 3 Sätze 4 ff. ist vor dem Hintergrund der Folgerichtigkeit gesetzgeberischer Umsetzung von Belastungsentscheidungen (vgl. BVerfG v. 7.11.2006 – 1 BvL 10/02, BStBl. II 2007, 192 [201 ff.]; BVerfG v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, BGBl. I 2008, 2888; Vorlagebeschluss (zu § 6 Abs. 5 EStG) BFH v. 10.4.2013 – I R 80/12, BFH/NV 2013, 1834, Rz. 34 mwN.) ebenfalls verfassungsrechtl. fragwürdig. Darlehen des zu mehr als 25 % beteiligten Gesellschafters werden dem Eigenkapital gleichgestellt, wenn Wertverluste eintreten; sie sind nicht abziehbar. Eine Einlage iSd. § 27 bilden sie dennoch nicht. Das gilt selbst im Verzichtsfall, weil der wertgeminderte Teil des Darlehens für die Gesellschaft zu stpfl. Ertrag führt. Auch Zinsen werden nicht in Bezüge iSd. Abs. 1 Satz 1 umqualifiziert. Der BFH (BFH v. 12.3.2014 – I R 87/12, DStR 2014, 1227 [1228]) und vorgehend das FG Düsseldorf (FG Düss. v. 19.12.2013 – 6 K 2439/11 F, EFG 2013, 1068 [1070]) qualifizieren die Regelung gleichwohl als verfassungsgemäß, weil sie typisierend die Umgehung einer Eigenkapitalausstattung und der entsprechenden Nichtabziehbarkeit von Gewinnminderungen aus Anteilen iSd. Abs. 3 Satz 3 verhindern soll. Die Regelung sei die Kehrseite des Abs. 2 mit der Folge, dass es auf die StFreiheit laufender Erträge (Zinsen) vergleichbar den Bezügen iSd. Abs. 1 Satz 1 nicht ankomme. Überschießenden Wirkungen im Fall eines Darlehensverzichts sei durch Billigkeitsmaßnahmen zu begegnen (aA *Gosch*, FS Herzig, 63 [75]; *Lechner*, Ubg 2013, 162; *Letzgas*, BB 2010, 92; *Möhlenbrock*, Ubg 2010, 256 [263]; *Roser*, GmbHR 2011, 718; *Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 291 [7/2019]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 453; *Watermeyer*, GmbH-StB 2008, 81 [83]).

4. Europarechtskonformität

8

Um die Europatauglichkeit des KStSystems zu gewährleisten, gilt die Freistellung nicht nur für Ausschüttungen inländ., sondern auch ausländ. KapGes. Es handelt sich um eine Alternativlösung zum Anrechnungsverfahren, das über die Grenze allenfalls mit großen praktischen Schwierigkeiten und erheblichem Aufwand durchzuführen gewesen wäre (*Raupach*, DStJG 20, 21 [53]). Die StBefreiung in § 8b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 9 trägt Art. 4 der Mutter-Tochter-Richtlinie Rechnung, nach der die Freistellungsmethode genutzt wird, um EU-intern eine wirtschaftliche Doppelbesteuerung zu vermeiden. Durch die RL 2014/86/EU v. 8.7.2014 (ABl. EU 2015 Nr. L 219, 40) wurde Art. 4 Abs. 1 Buchst. a geändert. Gewinnausschüttungen sind nur noch insoweit stfrei zu stellen, wie sie nicht von der Tochtergesellschaft abgezogen werden können. Unseres Erachtens trägt das in Abs. 1 Sätze 2 ff. geregelte Korrespondenzprinzip dem Rechnung (vgl. *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 65 [3/2018]; *Herlinghaus* in *Rödter/Herlinghaus/Neumann*, 2015, § 8b Rz. 138; *Schiefer*,

IWB 2015, 352 [357]). Trotz der grds. EU-konformen Ausgestaltung sind einzelne Regelungen EU-rechtswidrig oder zumindest -zweifelhaft.

Streubesitzdividenden: Der EuGH (EuGH v. 20.10.2011 – C-284/09 – Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg 2011, I-9879) hat entschieden, dass die bisherige Besteuerung von Dividendenausschüttungen an beschränkt stpfl. KapGes. gegen die EU-Kapitalverkehrsfreiheit und das EWR-Abkommen verstößt. Aufgrund von § 43 Abs. 1 Satz 3 EStG ist der KapErtrStAbzug auch dann vorzunehmen, wenn die Bezüge aufgrund von § 8b Abs. 1 KStG stfrei sind. Im Inland unbeschränkt stpfl. KapGes. als Gesellschafter einer inländ. KapGes. konnten (und können) die KapErtrSt auf die KSt anrechnen; ein Überhang wird erstattet (§ 31 Abs. 1 Satz 1), während die KapErtrSt bei in Deutschland beschränkt kstl. Gesellschaftern abgeltende Wirkung zeitigt (§ 32 Abs. 1 Nr. 2), soweit keine Ermäßigung aufgrund von § 43b EStG oder einem DBA erfolgt. Insbesondere war § 8b in diesen Fällen beschränkter StPflcht (ohne Veranlagung) nicht anwendbar. Allenfalls kann eine Absenkung aufgrund von § 44a Abs. 9 EStG auf 15 % kam in Betracht, ließ aber die insoweit weiter bestehende Ungleichbesteuerung im Inlandsfall einerseits und im Fall beschränkter StPflcht andererseits bestehen. Der Gesetzgeber hat die Ungleichheit dadurch beseitigt, dass er in Abs. 4 eine StPflcht solcher Gewinnausschüttungen auf Streubesitzanteile für unbeschränkt und beschränkt stpfl. Gesellschafter festgeschrieben hat. Zur Erstattung von KSt vor Einf. des Abs. 4 in § 32 Abs. 5 vgl. Vorlagebeschluss an EuGH durch FG Köln v. 20.5.2020 – 2 K 283/16, EFG 2021, 123 (EuGH-Az. C-275/20).

Da die Mutter-Tochter-Richtlinie eine Mindestbeteiligung von 10 % zur Vermeidung einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung zulässt, ist die Regelung zur StPflcht von Streubesitzdividenden in Abs. 4 insoweit EU-konform (krit. *Nacke*, DB 2012, 2117 [2123]). Gleichwohl ist dem Gesetzgeber keine vollständige EU-Gleichheit gelungen. Unterschiede zum Inlandsfall bestehen, weil im dort durchzuführenden Veranlagungsverfahren mit einer Anrechnung der KapErtrSt (§ 31 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 36 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 EStG) die Nettodividende besteuert wird, während es im Auslandsfall beim KapErtrStAbzug von der Bruttodividende verbleibt (vgl. EuGH v. 12.6.2003 – C-234/01 – Gerritse, Slg 2003, I-5933; *Herlinghaus*, FR 2013, 529 [532]; *Hey*, KSzW 2013, 353 [358]; *Wiese/Lay*, GmbHR 2013, 404 [408]). Zudem ist eine Abstimmung mit § 43b EStG nicht erfolgt. Die StPflcht von Streubesitzdividenden knüpft an eine Mindestbeteiligung von 10 % zu Beginn des Kj. an, während es für die Anwendung der Mutter-Tochter-Richtlinie auf die Beteiligungsquote im Zeitpunkt der Ausschüttung als dem Zeitpunkt ankommt, in dem die KapErtrSt entsteht (§§ 43b Abs. 2, 44 Abs. 1 Satz 2 EStG). Trotz der StPflcht von Ausschüttungen aus Streubesitz kann es zur Anwendung des § 43b EStG bei unterjährigem Beteiligungserwerb beschränkt kstpfl. Gesellschafter kommen, auch wenn die in Abs. 4 Satz 6 geregelte Rückbeziehung eines unterjährigen Erwerbs nicht eingreift, s. Anm. 170.

Ein neues EU-rechtl. Problem hat der Gesetzgeber des JStG 2019 bei der GewSt auf Dividenden geschaffen. Um die Kürzungsnorm des § 9 Nr. 2a GewStG (Inland) und § 9 Nr. 7 (Ausland) zugunsten der Beteiligung aus ausländ. KapGes. zur Herstellung einer EU-Rechtskonformität (vgl. EuGH v. 20.9.2018 – C-685/16 – EV/FA Lippstadt, BStBl. II 2019, 111) zu vereinheitlichen, hat er die beiden Tatbestände angeglichen. Dabei hat er jedoch in § 9 Nr. 7 GewStG die bis dahin für EU-Dividenden geltende Mindestbeteiligung von 10 % mit der Folge gestrichen, dass auch für diese die generelle Mindestbeteiligung für eine GewSt-Kürzung von 15 %

zu Beginn des Erhebungszeitraums gilt. Der Gesetzgeber sieht keinen „Zwang“, die Vorgaben der Mutter-Tochter-Richtlinie auch für gewstl. Zwecke zu beachten, weil sie nur für die KSt maßgebend sei. Unseres Erachtens ist das äußerst fragwürdig. Zwar unterfallen aufgrund Art. 2 Buchst. a Ziff. iii der RL nur solche Gesellschaften der RL, die einer der KSt vergleichbaren Steuer unterliegen. Dabei handelt es sich jedoch um die Abgrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs. Der sachliche Anwendungsbereich ergibt sich aus Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der RL, wonach eine EU-Gewinnausschüttung allg. nicht zu besteuern ist (vgl. *Desens in Musil/Weber-Grellet*, Europäisches Steuerrecht, 2019, § 8 Nr. 5 GewStG Rz. 23; auch zB *Kahlenberg/Korff*, IStR 2019, 447 [450f.]; *Kollruss*, WPg 2019, 1354; *Richter/Ekinci*, DB 2019, 1987).

Materielles Korrespondenzprinzip: Unklar ist, ob das materielle Korrespondenzprinzip iSd. Abs. 1 Satz 1 gegen die Freiheiten des AEUV, insbes. die Niederlassungsfreiheit (Art. 49) oder die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63) verstößt. Formal ist das nicht der Fall, weil In- und Auslandsbezüge gleich behandelt werden (*Pung in DPM*, § 8b Rz. 65 [3/2018]; *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 108 [10/2019]; *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 117; *Kollruss*, BB 2007, 467 [475]). Wirtschaftlich sind im Wesentlichen jedoch Dividenden aus dem Ausland betroffen, weil im Inland nur Fälle erfasst werden, in denen ein Fehlerausgleich erfolgt, im Ausland jedoch auch Fälle, die dort zutr. nicht zu einer stl. Vorbelastung geführt haben (*Becker/Kempf/Schwarz*, DB 2008, 370 [372]; *Frase*, BB 2008, 2713; *Dörfler/Heurung/Adrian*, DStR 2007, 514). Besonders deutlich wird das beim Eigenkapitalgenussrecht, das nur grenzüberschreitend zu einem abziehbaren Aufwand führen kann (*Becker/Loose*, IStR 2012, 758; *Haisch/Helios/Niedling*, DB 2013, 1444 [1445]). Zumindest im Bereich der ordentlichen Gewinnausschüttungen ist das Korrespondenzprinzip EU-rechtl. zweifelhaft, weil nahezu nur Auslandsfälle betroffen sein können.

Zudem kann ein Verstoß gegen EU-Sekundärrecht, nämlich die EU-Mutter-Tochter-Richtlinie, vorliegen, soweit Dividenden hierunter fallen, weil es sich bei dem für alle Bezüge geltenden Korrespondenzprinzip um eine typisierte Missbrauchsregelung handelt, um weiße Einkünfte zu vermeiden. Eine solche Regelung bedarf EU-rechtl. einer Gegenbeweismöglichkeit, dass ein Missbrauch nicht vorliegt. Auch eine Rechtfertigung durch Kohärenz ist zweifelhaft, weil die Kohärenz auf Vor- und Nachteile im Mitgliedsstaat, nicht aber auf eine grenzüberschreitende Betrachtung abstellt (vgl. *Haag/Jehlin*, DStR 2013, Beihefter 4, 3 [6] mwN; *Rengers in Blümich*, § 8b Rz. 131 [7/2019]; *Kohlhepp*, DStR 2007, 1502 [1506f.], *Dörfler/Heurung/Adrian*, DStR 2007, 514 [517]; ausführl. zur EU-Rechtswidrigkeit *Thömmes*, Arbeitsbuch der 65. Steuerrechtlichen Jahresarbeitstagung Unternehmen 2014, 41 ff.).

Pauschales Betriebsausgabenabzugsverbot nur für Auslandsdividenden bis Veranlagungszeitraum 2003: Für Inlandsdividenden hat der Gesetzgeber das pauschale BA-Abzugsverbot von 5 % erst ab dem VZ 2004 eingeführt. Bis einschließlich VZ 2003 galt für Inlandsdividenden § 3c Abs. 1 EStG und für Auslandsdividenden das pauschale BA-Abzugsverbot von 5 %; eine Mindestbeteiligungsquote enthält Abs. 5 nicht. War mit den Dividenden wirtschaftlich kein Aufwand verbunden oder war der tatsächliche Aufwand niedriger als 5 % der Ausschüttung, waren die Inlandsdividenden mit einer vollständigen Befreiung bessergestellt als Auslandsdividenden. Der BFH (BFH v. 9.8.2006 – I R 50/05, BStBl. II 2008, 823) hat einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit bejaht, weil Abs. 5 im Gegensatz zu Abs. 7 KStG 1999 (dazu BFH v. 29.8.2012 – I R

7/12, BStBl. II 2013, 89) keine Mindestbeteiligung im Sinne einer „kontrollierenden“ Beteiligung voraussetzt, wie sie für die Niederlassungsfreiheit kennzeichnend ist (BFH v. 9.8.2006 – I R 95/05, BStBl. II 2007, 279 [283]; BFH v. 26.11.2008 – I R 7/08, BFH/NV 2009, 849; zust. zB *Dörfler/Ribbrock*, BB 2009, 1515; *Gosch*, BFH/PR 2009, 224 [225]; *Intemann*, NWB 2009, 2889). Die FinVerw. (BMF v. 30.9.2008 – IV C 7 – S 2750 – a/07/10001, BStBl. I 2008, 940; glA *Mitschke*, FR 2009, 898) wendet die Urt. in EU-/EWR-, nicht aber Drittstaatenfällen an, wenn es sich um eine Direktinvestition und nicht um eine Portfoliodividende handelte. Da der EuGH (EuGH v. 13.11.2012 – C-35/11 – Test Claimants in the FII Group Litigation II., Abl. EU 2013 Nr. C 9, 9) die Abgrenzung der Niederlassungs- von der Kapitalverkehrsfreiheit ebenso wie der BFH ausschließlich anhand der in Rede stehenden Norm entschied, ist Abs. 5 bis einschließlich VZ 2003 auf alle Auslandsdividenden nicht anwendbar (BFH v. 24.7.2018 – I R 75/16, IStR 2019, 145 Rz. 14 ff.; vgl. auch *Berg/Schnabelrauch*, IStR 2019, 149; *Pfarrmann*, BFH/PR 2019, 74; glA bereits *Hindelang*, IStR 2013, 77; *Linn*, IStR 2012, 933 [934]; *Ernst*, BB 2013, 14; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 374 [6/2020]; *Gosch*, BFH/PR 2013, 50 [51]; vgl. OFD Münster v. 5.12.2008/17.10.2012 – Nr. 010/2008 (Münster) 059/2008 (Rheinland), IStR 2013, 72. Unentschieden und streitig ist aber weiterhin, ob für Fälle bis VZ 2003 § 3c Abs. 1 EStG auflebt (bejahend FG Schl.-Holst. v. 11.5.2011 – I K 224/07, EFG 2011, 1459, rkr., Revision BFH I R 44/11 wurde zurückgenommen; FG München v. 21.8.2015 – 7 K 3844/13, EFG 2015, 1978; rkr., Revision BFH I R 68/15 wurde zurückgenommen; BMF v. 30.9.2008 – IV C 7 – S 2750 – a/07/10001, BStBl. I 2008, 940; OFD Hannover v. 20.6.2007 – S 2750a - 34 - StO 241, DB 2007, 1785; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 450; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 373 [6/2020]; abl. *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 526 ff. [10/2019]; *Friedrich/Nagler*, DStR 2005, 403 [412]; *Kraft/Gebhardt/Quilitzsch*, FR 2011, 593 [599]; *Rehm/Nagler*, GmbHR 2007, 883 [884]; *Rehm/Nagler*, IStR 2011, 622). Die FinVerw. (BMF v. 30.9.2008 – IV C 7 – S 2750 – a/07/10001, BStBl. I 2008, 940) lässt in 2001 (Anrechnungsverfahren) den Abzug von BA ohne Anwendung von § 3c Abs. 1 EStG zu. Für VZ 2002 und 2003 sind BA unter Beachtung von § 3a Abs. 1 EStG abziehbar, wenn sie niedriger als 5 % sind, liegen sie darüber, wendet sie die 5 %-Regelung an, allerdings beschränkt auf EU-/EWR-Dividenden; aufgrund von BFH v. 24.7.2018 (BFH v. 24.7.2018 – I R 75/16, IStR 2019, 145) muss das auch für Drittlandsdividenden gelten (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 373 [6/2020]).

Die derzeitige Regelung des auf In- und Auslandsdividenden gleichermaßen anwendbaren Abs. 5 ist uE EU-rechtskonform (vgl. bereits *Herzig*, DB 2003, 1459 [1467]). Zur Frage einer fortbestehenden EU-Rechtswidrigkeit, weil Abs. 5 im Auslandsfall nicht durch eine Organschaft vermieden werden kann (versteckte Diskriminierung), vgl. *Körner*, IStR 2006, 376 (378); *Kosalla*, Ubg 2011, 874 (882); *Schnitger*, IStR 2015, 772; *Linn*, IWB 2015, 819; *Heurung/Schmidt/Kollmann*, GmbHR 2016, 449; *Oellerich* in *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2020, Rz. 8.125; aA *Müller*, ISR 2015, 361; *Mitschke*, FR 2015, 1117.

Kapitalertragsteuer bei ausländischen Pensionsfonds: Aufgrund beschränkter KStPflcht führt die KapErtrSt von 15 % auf die nach Abs. 8 stpfl. Dividenden zu einer Definitivbelastung, während inländ. Pensionsfonds die KapErtrSt auf die KSt anrechnen können. Dies insbes., weil inländ. Unternehmen wegen gleichzeitiger Erhöhung der Rückstellungen für Pensionsverpflichtungen überwiegend keinen oder nur einen niedrigeren Gewinn erzielen. Das FG München hat dem EuGH die Frage, ob dies gegen die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV) verstößt, vorgelegt (FG München v. 23.10.2017 – 7 K 1435/15, EFG 2017, 1963, mit Anm. *Forch-*

hammer). Der EuGH hat einen solchen Verstoß gegen Art. 63 AEUV bejaht (EuGH v. 13.11.2019 – C-641/17 – College Pension Plan of British Columbia/FA München Abteilung III, IStR 2019, 1933; ausführl. dazu *Klein*, Ubg 2020, 44; *Oppel*, ISR 2020, 94 jeweils mit weiterführenden Hinweisen).

Keine gewerbsteuerliche Hinzurechnung von Gewinnanteilen im Erhebungszeitraum 2001: Für den Erhebungszeitraum 2001 ist die durch § 36 Abs. 4 GewStG rückwirkend ab dem 1.1.2001 angeordnete Hinzurechnung von Gewinnanteilen bei Auslandsbeteiligungen entsprechend EuGH (EuGH v. 22.1.2009 – C-377/07 – STEKO, Slg 2009, I-299) wegen Verstoßes gegen die Kapitalverkehrsfreiheit EU-rechtswidrig (BFH v. 6.3.2013 – I R 14/07, BFH/NV 2013, 1325; vgl. auch FG Nds. v. 25.1.2018 – 6 K 145/16, EFG 2018, 1041, Rz. 33 ff., zu Blockwahlrecht in Abs. 8, Az. BFH I R 5/18).

IV. Geltungsbereich des § 8b

1. Sachlicher Geltungsbereich

9

Der sachliche Anwendungsbereich ist in den einzelnen Vorschriften nach Tatbestand und Rechtsfolgen geregelt. Grundsätzlich erfassen die Regelungen alle laufenden und einmaligen Erträge aus Anteilen an KapGes., Vermögensmassen oder Personenvereinigungen, deren Leistungen zu Bezügen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 Buchst. a EStG führen. Einschränkungen bestehen nicht; erfasst werden Erträge aus inlands- und auslands- oder doppelt ansässigen Gesellschaften. Dasselbe gilt auch für Gewinnminderungen aus Anteilen (Abs. 3 Satz 3) und Darlehen (Abs. 3 Sätze 4 bis 8). Der Fall der Darlehen in Abs. 3 Sätze 4 bis 8 bildet einen Bruch im Bereich des § 8b, weil sie gerade nicht anteilsbezogen sind. Vergleichbares gilt für Abs. 10, der Anteile nur wirtschaftlich einbezieht, indem er Leihentgelte regelt. Dem weiten Anwendungsbereich in- und ausländ. KapGes. entspricht Abs. 6 mit der Erstreckung auch auf mittelbare Beteiligungen über Mitunternehmenschaften.

§ 8b ist eine speziell ausgebildete Befreiungsvorschrift im Kontext der kstl. Vorschriften zur Einkommensermittlung iSd. § 8 Abs. 1, damit in mehrgliedrigen KapGes.-Strukturen keine stl. Doppelbelastung von Gewinnen eintritt (vgl. Begr. zum RegE v. 15.2.2000, BTDrucks. 14/2683, 120). Es handelt es sich – ebenso wie § 8 Abs. 3 Satz 2 – um eine Regelung, die bereits bei der Ermittlung der kstl. Einkünfte selbst und nicht erst bei der Ermittlung des zVE einsetzt, weil sie auf den einzelnen Geschäftsvorfall anzuwenden ist (BFH v. 6.7.2000 – I B 34/00, BStBl. II 2002, 490; *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 19 f. [10/2019]; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 16 [6/2017]; *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 140; *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 31). Die handels- und steuerbilanzielle Gewinnermittlung bleibt unberührt; die StBefreiung aufgrund von § 8b erfolgt durch Korrektur außerhalb der Handels- und Steuerbilanz.

2. Persönlicher Geltungsbereich

10

Die Vorschrift enthält keine eigenständige Regelung zum persönlichen Anwendungsbereich. Als Regelung der Einkommensermittlung gilt sie sowohl für inländ. unbeschränkt stpfl. KapGes. (§ 1, insbes. AG, GmbH und KGaA), für BgA von Personen des öffentlichen Rechts (§ 4) als auch für im Ausland ansässige beschränkt stpfl. KapGes. (§ 2); für Letztere gilt die Befreiung auch, wenn die Anteile

unmittelbar und nicht in einer inländ. BS gehalten werden (zur KapErtrSt s. Anm. 26). Da § 8b einschränkungslos für alle Körperschaften gilt, werden auch doppelt ansässige KapGes. erfasst (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 4), ob eine einer ausländ. Rechtsordnung unterstehende Gesellschaft dem persönlichen Anwendungsbereich des § 8b unterfällt, richtet sich nicht nach der ausländ. Rechtsordnung. Aufgrund eines Rechtstypenvergleichs (vgl. dazu BMF v. 19.3.2004 – IV B 4 - S 1301 USA - 22/04, BStBl. I 2004, 411) ist festzustellen, ob die ausländ. Gesellschaft materiell einer deutschen Personenunternehmung oder einer KapGes. entspricht (s. § 1 Anm. 27). Entspricht sie einer KapGes. iSd. § 1 Abs. 1, ist § 8b auf sie anwendbar. Für Vereine und Stiftungen, für die die in § 8 Abs. 2 enthaltenen Fiktion der Gewerblichkeit nicht gilt, greift § 8b ein, wenn ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb, zB durch Betriebsaufspaltung, unterhalten wird (vgl. Beitrittsaufforderung BMF zur Frage grenzüberschreitender Betriebsaufspaltung, BFH v. 16.1.2019 – I R 72/16, BFH/NV 2019, 350, Rz. 3; Kraus/Mehren, DStR 2020, 1593 [1596]).

Besonderheiten bei Organschaft: Im Rahmen von Organschaftsstrukturen ist § 15 Satz 1 Nr. 2 zu beachten. Danach ist § 8b nicht bei der OG, sondern beim OT anzuwenden, wenn dieser dem persönlichen Anwendungsbereich unterfällt (sog. Bruttomethode). Entsprechendes gilt bei PersGes. als OT; maßgeblich ist die persönliche Berechtigung des Personengesellschafters. Eine Ausnahme wiederum gilt für Abs. 7, 8 und 10, die bei der OG unmittelbar anwendbar sind.

Besonderheiten bei ausländischer Basisgesellschaft: Handelt es sich bei der empfangenden ausländ. KapGes. um eine sog. Basisgesellschaft (im Steuervorteile gewährenden Ausland ansässige KapGes. ohne Infrastruktur und ohne eigene Geschäftstätigkeit), kann die Anwendung des § 8b fraglich sein. Aufgrund von § 42 AO ist unter Negierung der Basisgesellschaft auf die dahinterstehende die Beteiligungserträge empfangende Gesellschaft für die Anwendung des § 8b abzustellen. Insoweit gilt nichts anderes als im Fall einer Freistellung durch DBA (Vermeidung von *treaty-shopping*, im Fall von § 8b Vermeidung von § 8b-*shopping*). Dabei ist insbes. die EuGH-Rspr. (EuGH v. 30.9.2003 – C-167/01 – Inspire Art, Slg 2003, I-10155; EuGH v. 12.9.2006 – C-196/04 – Cadbury Schweppes, Slg 2006, I-7995) und BFH-Rspr. (BFH v. 25.2.2004 – I R 42/02, DStR 2004, 1282, mit Anm. Sch; BFH v. 13.10.2010 – I R 61/09, BStBl. II 2011, 249) zu beachten, nach der die nicht nur vorübergehende Zwischenschaltung von KapGes. keinen Rechtsmissbrauch darstellt.

3. Zeitlicher Geltungsbereich

11 a) Befreiung laufender Erträge nach Abs. 1

Anwendung auf Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EStG aus Inlandsbeteiligungen: Aufgrund von § 34 Abs. 6d Satz 1 Nr. 1 idF des StSenkG v. 23.10.2000 (BGBl. I 2000, 1433; BStBl. I 2000, 1428) und § 34 Abs. 2a, 4 idF des UntStFG v. 20.12.2001 (BGBl. I 2001, 3858; BStBl. I 2002, 35) ist die Dividendenfreistellung des § 8b Abs. 1 erstmals auf Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EStG anzuwenden, auf die bei der ausschüttenden Körperschaft der vierte Teil des KStG aF (Vorschriften über das Anrechnungsverfahren) nicht mehr anzuwenden ist. Es kommt allein auf das Wj. der ausschüttenden Gesellschaft, nicht das der Muttergesellschaft an. Das gilt auch in Ermangelung einer eigenständigen Anwendungsregelung für die Erweiterung des Abs. 1 um S. 2 idF des UntStFG (§ 34 Abs. 2a idF des UntStFG).

Ordnungsgemäße Gewinnausschüttungen sind bei kalenderjahrgleichem Wj. ab dem 1.1.2002, bei abweichendem Wj. ab dem Beginn des Wj. 2002/2003 befreit. Der vierte Teil des KStG aF ist letztmalig auf ordnungsgemäße Gewinnausschüttungen für ein abgelaufenes Wj. anzuwenden, die in dem Wj. erfolgen, das in dem VZ endet, für den das KStG nF erstmals anwendbar ist (§ 34 Abs. 10a Satz 1 Nr. 1 idF des StSenkG v. 23.10.2000, BGBl. I 2000, 1433; BStBl. I 2000, 1428; § 34 Abs. 2a idF des UntStFG v. 20.12.2001). Dessen Anwendung wiederum ergibt sich für kalenderjahridentische Wj. aus § 34 Abs. 10 Satz 1 Nr. 1 KStG idF des StSenkG (StBefreiung gilt danach ab 1.1.2002), für abweichende Wj. aus § 34 Abs. 10a iVm. § 34 Abs. 1a idF des StSenkG (StBefreiung gilt danach ab dem Wj. 2001/2002). Maßgebend ist nicht der Beschluss, sondern der Abfluss der Gewinnausschüttung (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 61).

Andere Ausschüttungen (insbes. vGA und Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG) sind bei kalenderjahridentischem Wj. aufgrund von § 34 Abs. 10a Satz 1 Nr. 2 idF des StSenkG v. 23.10.2000 (BGBl. I 2000, 1433; BStBl. I 2000, 1428) ab dem 1.1.2001, bei abw. Wj. aufgrund von § 34 Abs. 10a Nr. 2 iVm. § 34 Abs. 1a idF des StSenkG ab dem Wj. 2001/2002, das in 2001 beginnt, stbefreit (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 62).

Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 und 10 Buchst. a EStG und Bezüge aus Auslandsbeteiligungen sind in der Anwendungsvorschrift des § 34 Abs. 6d nicht genannt. Die nicht der Spezialregelung des § 34 Abs. 6d Nr. 1 unterfallenden Sachverhalte sind durch Rückgriff auf die in § 34 Abs. 4 und 1a idF des StSenkG v. 23.10.2000 (BGBl. I 2000, 1433; BStBl. I 2000, 1428) enthaltene Grundregel zur Anwendung des § 8b zu lösen. Maßgebend ist danach, ab wann die neuen kstl. Regelungen bei der Muttergesellschaft Anwendung finden (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 68; *Dötsch/Pung*, DB 2003, 1016 [1026]; *Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 22 [10/2019]; *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 36). Bei kalenderjahridentischem Wj. gelten sie ab dem 1.1. 2001, bei abweichendem Wj. mit Beginn des Wj. 2001/2002.

Versagung der Steuerfreistellung aufgrund des materiellen Korrespondenzprinzips: Die in Abs. 1 enthaltenen Regelungen zum materiellen Korrespondenzprinzip sind für vGA erstmals für nach dem 18.12.2006 zufließende Bezüge anzuwenden (§ 34 Abs. 7 Satz 12 idF des JStG 2007 v. 13.12.2006 [BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28]). Maßgebend ist allein der Zufluss beim Leistungsempfänger. Soweit die Gewinnausschüttung bereits bei der leistenden Gesellschaft beschlossen war und eine Forderung vor dem 18.12.2006 bereits beim Leistungsempfänger bilanziert war, kommt es zur Rückwirkung (*Pung in DPM*, § 8b Rz. 94 [11/2019]), die uE verfassungsrechtl. zweifelhaft ist, weil der Stpfl. seine Dispositionen bereits getroffen hatte. Für alle Bezüge iSd. Abs. 1 Satz 1 gilt das Korrespondenzprinzip des Abs. 1 Satz 2 bei kalenderjahrgleichen Wj. ab dem VZ 2014 und bei abweichenden Wj. für den VZ, in dem das Wj. endet, das nach dem 31.12.2013 begonnen hat (§ 34 Abs. 7 Sätze 13f. idF des AmtshilfeRLUMsG v. 26.6.2013 [BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802]). Das ist regelmäßig der VZ 2015. Maßgebend ist in diesen Fällen nicht der Zufluss, sondern der Bilanzausweis (vgl. *Pung in DPM*, § 8b Rz. 95 [11/2020]).

12 b) Befreiung einmaliger Erträge nach Abs. 2 und Nichtberücksichtigung von Substanzminderungen nach Abs. 3 Satz 3

Der zeitliche Anwendungsbereich der umfassenden Freistellung einmaliger Beteiligungserträge ist § 34 Abs. 6d Satz 1 Nr. 2 idF des StSenkG v. 23.10.2000 (BGBl. I 2000, 1433; BStBl. I 2000, 1428) und § 34 Abs. 2a, 4 idF des UntStFG v. 20.12.2001 (BGBl. I 2001, 3858; BStBl. I 2002, 35) geregelt. § 8b Abs. 2 und 3 (Satz 3) sind auf einmalige Gewinne und Verluste anzuwenden nach Ablauf des ersten Wj. der Gesellschaft, an der die Anteile bestehen, das dem letzten Wj. folgt, das in dem VZ endet, in dem das KStG aF letztmals anzuwenden ist. Es ergeben sich vergleichbare Fragestellungen wie im Fall laufender Erträge. Keine speziellen Regelungen bestehen für einmalige Gewinne und Verluste aus der Beteiligung an ausländ. Gesellschaften.

Beteiligungen an inländischen Kapitalgesellschaften: Bei der Veräußerung von Anteilen an inländ. KapGes. kommt es für die Anwendung des § 8b Abs. 2 und 3 Satz 3 auf das Wj. der Gesellschaft an, an der die Anteile bestehen. Bei kalenderjährlichem Wj. gilt die StBefreiung ab dem Jahr 2002; weicht es vom Kj. ab, gilt die StBefreiung mit Beginn des abweichenden Wj. im VZ 2002 (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 64 f.).

Zur stl. Anerkennung von Gestaltungen, um den Anwendungszeitpunkt vorzuziehen, vgl. im Einzelnen BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 67; *Töben*, FR 2000, 905; *Orth*, DB 2000, 2136.

Beteiligungen an ausländischen Kapitalgesellschaften: Wie im Fall der laufenden Erträge aus AuslandsKapGes. ist die Grundregel zur Anwendung des § 8b entscheidend (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 68). Bei kalenderjährlichem Wj. greift Abs. 2, aber auch die Restriktion des Abs. 3 (Satz 3) ab dem 1.1.2001, bei abweichendem Wj. bei Beginn des Wj. 2001/2002 in 2002 (aA *Ackermann/Strnad*, DB 2002, 237 [239]; *Mössner/Rouenhoff*, IWB F. 3 Gr. 4, 429).

Da Abs. 3 Satz 3 auch, anders als noch § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG 1999, ein stl. Abzugsverbot für Teilwertabschreibungen enthält, verstößt die Anwendung auf Teilwertabschreibungen bereits im VZ 2001 gegen die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit (EuGH v. 22.1.2009 – C-377/07 – STEKO, Slg 2009, I-299). Das gilt uE auch für andere Gewinnminderungen (Veräußerungsverluste) und für alle EU- und Drittlandsbeteiligungen unabhängig von der Beteiligungshöhe; es besteht dieselbe Abgrenzungsfrage wie im Fall der Anwendung des Abs. 5 bis VZ 2003, s. Anm. 8; BFH v. 22.4.2009 – I R 57/06, BStBl. II 2011, 66; BFH v. 8.6.2010 – I B 199/09, BFH/NV 2010, 1863; BFH v. 6.3.2013 – I R 10/11, BStBl. II 2013, 707; FG Köln v. 10.2.2010 – 13 K 18/06, EFG 2010, 1163, rkr.; FG Münster v. 15.3.2012 – 9 K 2139/07 K, F, juris, rkr.; BMF v. 3.5.2016 – IV C 2 - S 2750 -a/07/10006 :002, DOK 2016/0392721, DStR 2016, 1113; *Gosch*, BFH/PR 2009, 152; *Grieser*, BB 2011, 1819; *Lausterer/Bindl*, DB 2010, 1556; *Lehmann*, IStR 2012, 502; *Neu*, EFG 2010, 1166; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 210 [2/2019]; *Rehm/Nagler*, GmbHR 2007, 992; *Rehm/Nagler*, GmbHR 2008, 68; *Schwetlik*, GmbH-StB 2012, 178; *Trossen*, GmbH-StB 2007, 266. Die Sätze 3 bis 6 des § 34 Abs. 7 aF enthielten eine Sonderregelung für die Anwendung des § 8b Abs. 2 vor StSenkG für Wj., die nach dem 15.8.2001 enden, um Gestaltungen mit streifer Gewinnrealisation und steuerwirksamer Abschreibung zu verhindern. Auch sie sind unionsrechtswidrig. Hierzu s. Anm. 8 der Voraufgabe – Stand Juli 2004 –, abrufbar im elektronischen HHR-Archiv unter www.ertragsteuerrecht.de/hhr_archiv.htm; zur verfassungsrechtl. unzulässigen Rückwirkung BFH v. 6.3.2013 – I R 10/11, BStBl. II 2013, 70.

c) Anwendung des pauschalen Betriebsausgabenabzugsverbots und Nichtanwendung des § 3c Abs. 1 EStG (Abs. 3 Sätze 1 und 2)

13

Da keine besondere Anwendungsregel besteht, gilt die durch das ProtErklG eingefügte Regelung aufgrund von § 34 Abs. 1 idF des ProtErklG v. 22.12.2003 (BGBl. I 2003, 2840; BStBl. I 2004, 14) ab dem VZ 2004. Das hat zur Folge, dass die Änderungen bei abweichendem Wj. bereits in 2003 beginnenden abweichenden Wj. (rückwirkend) anwendbar sind (vgl. auch *Rödder/Schumacher*, DStR 2004, 207 [208 f.]; *Schiffers*, GmbHR 2004, 69 [76]).

Beispiel:

M-GmbH hat ein abweichendes Wj. vom 1. Mai bis zum 30. April des nächstfolgenden Jahres. Im Juni 2003 veräußert sie alle Anteile ihrer Tochtergesellschaft T-GmbH. Es bestehen keine Restriktionen aufgrund von Abs. 4 Sätze 1 und 2.

Lösung:

Ohne die Gesetzesänderung konnte die M-GmbH ihre Anteile an der T-GmbH vollständig stfrei veräußern. Da die Neuregelung seit dem VZ 2004 eingreift, ist ein Veräußerungsgewinn aufgrund von Abs. 3 Satz 1 (5 %-Fiktion nicht abziehbarer BA) nur zu 95 % stfrei, obwohl der Tatbestand bereits im Jahr 2003 vollständig verwirklicht wurde.

d) Anwendung der steuerlichen Nichtberücksichtigung von Wertminderungen auf Darlehen (Abs. 3 Sätze 4 bis 6)

14

Die Regelungen der stl. Nichtberücksichtigung von Wertminderungen aus Gesellschafterdarlehen und vergleichbaren gesellschafterbezogenen Finanzierungen sind erstmals ab dem VZ 2008 anwendbar, weil keine spezielle Anwendungsregel besteht (§ 34 Abs. 1 idF des JStG 2008).

Fraglich ist, ob sich die erstmalige Anwendbarkeit auf die Darlehensgewährung oder die Gewinnminderung bezieht. Da bei Darlehensgewährung noch keine Möglichkeit des Drittvergleichs bestand, spricht das dafür, auf den Zeitpunkt der Darlehenshingabe abzustellen (*Neumann/Watermeyer*, Ubg 2008, 748 [756]; *Kosner/Kaiser*, DStR 2012, 925). Da die Regelung demgegenüber auf die Gewinnminderung als nicht abziehbar abstellt, ist diese nach hM maßgeblich für den Zeitpunkt der ersten Anwendung (vgl. BFH v. 14.1.2009 – I R 52/08, BStBl. II 2009, 674 [675]; BFH v. 12.3.2014 – I R 87/12, DStR 2014, 1226 [1228]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 221 [6/2020]; *Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 290 [7/2019]; *Winhard*, FR 2010, 686; s. auch Anm. 116).

e) Steuerpflicht für Streubesitzdividenden (Abs. 4)

15

Die durch das Gesetz zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 20.10.2011 in der Rs. C-284/09 eingefügten Regelungen zur StPflcht von Dividenden aus Anteilen ohne Mindestbeteiligung von 10 % zu Beginn des Kj. sind auf Abs. 1 unterfallende Bezüge anwendbar, die nach dem 28.2.2013 (Gesetzesbeschluss des BTag) zufließen (§ 34 Abs. 7a Satz 2 idF des Gesetzes zur Umsetzung des EuGH-Urt. v. 20.10.2011 in der Rs. C-284/09 [BGBl. I 2013, 561; BStBl. I 2013, 344]). Die Anpassung des Satzes 8 an das novellierte ZDAG gilt ab dem VZ 2018 (§ 34 Abs. 5 Satz 2 idF des JStG 2018 v. 11.12.2019 [BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17]). Zur Anwendung im Rahmen des § 7 UmwStG s. Anm. 31.

f) Anwendung des pauschalen Betriebsausgabenabzugsverbots in Abs. 5

16

Das Gesetz enthält für die Anwendung des durch das ProtErklG neugefassten und auf In- und Auslandsdividenden gleichermaßen anwendbaren Abs. 5 keine spezi-

elle Anwendungsregel, sondern es gilt die allgemeine Anwendungsregel in § 34 Abs. 1 idF des ProtErklG v. 22.12.2003 (BGBl. I 2003, 2840; BStBl. I 2004, 14). Die 5 %-Fiktion unter Suspendierung des § 3c Abs. 1 EStG gilt ab dem VZ 2004. Für Inlandsfälle gilt für die vorhergehenden VZ die Regelung des § 3c Abs. 1 EStG, für Auslandsfälle ist Abs. 5 mit der für diese Fälle geltenden 5 %-Fiktion nicht-abziehbarer BA aus EU-rechtl. Gründen nicht anwendbar; ob § 3c Abs. 1 EStG dadurch wiederauflebt, ist streitig; s. Anm. 8.

17 **g) Zwischengeschaltete Mitunternehmerschaft (Abs. 6) und Eigenhandelsklausel für Unternehmen des Finanzsektors (Abs. 7)**

Es gilt die allgemeine Anwendungsregel für die Befreiung von laufenden Bezügen, Veräußerungsgewinnen und Gewinnminderungen sowie den BA-Abzug der einzelnen Regelungen, auf die Abs. 6 verweist. Dasselbe gilt für den umgekehrten Fall einer Suspendierung der Regelungen der Abs. 1–6 im Fall des in Abs. 7 geregelten sog. schädlichen Eigenhandels. Die Anpassung in Abs. 7 Satz 1 an die Neuregelungen im KWG durch das Gesetz der neu gefassten Bankenrichtlinie und neu gefassten Kapitaladäquanzrichtlinie v. 17.11.2006 ist aufgrund der allgemeinen Anwendungsregel des § 34 Abs. 1 des Gesetzes ab VZ 2006 anwendbar. Durch das BEPS-UmsG v. 20.12.2016 (BGBl. I 2016, 3000; BStBl. I 2017, 5) wurde Abs. 7 eingeschränkt. In Satz 1, der die Institute betrifft, erfolgte eine Einschränkung in der Weise, dass diese Anteile des Handelsbestands nicht umgewidmet werden können. Die geänderte Fassung des Satzes 1 ist erstmals für den VZ 2017 anzuwenden (§ 34 Abs. 5 S. 3). In Satz 2, der die Finanzunternehmen betrifft, erfolgte eine Einschränkung auf die Finanzwirtschaft, indem nur Finanzunternehmen mit einer Mehrheitsbeteiligung von Instituten betroffen sind. Diese Neuregelung des Satzes 2 ist auf Anteile, die nach dem 31.12.2016 dem BV zugehen, anwendbar (§ 34 Abs. 5 Satz 3). Da die Neuregelung in Satz 2 nicht auf ein VZ, sondern auf Anteile abstellt, ist uE wie folgt abzugrenzen: Qualifiziert ein Unternehmen nach der Altregelung, mangels Beteiligungsvoraussetzungen aber nicht nach der Neuregelung in Satz 2 als Finanzunternehmen, so ist die Altregelung des Satzes 2 weiterhin auf Anteile anzuwenden, die bis zum 31.12.2016 mit dem Ziel der Erzielung eines kurzfristigen Eigenhandelserfolgs erworben wurden. Nach dem 31.12.2016 erworbene Anteile werden nicht mehr erfasst (*Höreth/Stelzer*, DStZ 2017, 62 [65]; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 440a [6/2017]). Qualifiziert ein Finanzunternehmen nach der Neuregelung als solches, weil es die entsprechenden Beteiligungsvoraussetzungen erfüllt, ist die Neuregelung des Satzes 2 auf Anteile anzuwenden, die im Zeitpunkt des Zugangs zum BV als UV auszuweisen sind (§ 34 Abs. 5 Satz 3 Halbs. 2). Ist ein Finanzunternehmen von der Alt- und Neuregelung des Satzes 2 erfasst, kommt es auf die Qualifikation der Anteile an: Bei bis zum 31.12.2016 erworbenen Anteilen ist der Erwerbsabsicht ausschlaggebend, bei danach zugegangenen Anteilen die Qualifikation als UV.

18 **h) Sonderregelung für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen (Abs. 8)**

Grundsätzlich sind die Regelungen des Abs. 8 ab dem VZ 2004, bei abweichendem Wj. ab dem VZ 2005 anzuwenden (§ 34 Abs. 7 Satz 8 Nr. 1 idF des EURLUmsG v. 9.12.2004 (BGBl. I 2004, 3310; BStBl. I 2004, 1158)). Eine besondere Anwendungsregel enthält § 34 Abs. 7 Satz 8 Nr. 2 mit einer rückwirkenden, an einen Antrag ge-

bundenen Anwendung für VZ 2001 bis 2003, bei abweichendem Wj. für die VZ 2002 bis 2004. Man spricht von einem sog. Blockwahlrecht. Zu Einzelheiten s. Anm. 170 ff. der Voraufgabe – Stand Juli 2004 –, www.ertragsteuerrecht.de/hhr_archiv.htm; s. auch OFD Frankfurt v. 9.7.2012 – S 2750a A - 11 - St 52, juris.

i) Rückausnahme der Steuerpflicht von EU-Dividenden in Fällen der Abs. 7 und 8 (Abs. 9) 19

Die Rückausnahme zur StPflcht von Dividenden, deren zugrundeliegende Anteile den Abs. 7 oder 8 erfüllen, gilt bereits für den VZ 2004 (§ 34 Abs. 7 Satz 9 idF des EURLUMsG).

j) Anwendung der Regelungen zur Wertpapierleihe (Abs. 10) 20

Die Anwendungsregelung für Abs. 10 idF des AmtshilfeRLUMsG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802) enthält § 34a Abs. 7 Satz 3. Danach sind die Sätze 1 bis 5 und 7 bis 11 erstmals für nach dem 31.12.2013 überlassene Anteile anzuwenden. Da die Wertpapierleihe parallel zu Abs. 7 und 8 auch auf Anteile, die Abs. 4 unterfallen, ausgedehnt wurde, ist ein Abzug von Kompensationszahlungen für Abs. 4 unterfallende Streubesitzanteile in 2013 noch möglich. Auch die in Satz 8 neu eingefügte Regelung der aktiven Wertpapierleihe durch eine PersGes. gilt damit erstmals für nach dem 31.12.2013 überlassene Anteile. Anders ist das für die in Satz 6 enthaltene Neuregelung, nach der auch Kompensationszahlungen einer Ketten-Wertpapierleihe den Abzugsbeschränkungen unterfallen. Der Gesetzgeber geht offenbar von einer klarstellenden Regelung aus, was aber durchaus zweifelhaft ist. Die redaktionelle Änderung, nach der auch der Investmentanteil iSd. § 2 Abs. 4 InvStG als Anteil iSd. Wertpapierleihe gilt (Abs. 10 S. 11), ist ab Verkündung des JStG 2018 am 14.12.2018 anwendbar (Art. 20 Abs. 1 des JStG 2018 v. 11.12.2018 [BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377]).

Die Regelungen des Abs. 10 waren vor der Neufassung durch das AmtshilfeRLUMsG bereits wie folgt anwendbar: Die Regelungen zur Einschränkung des Abzugs von Kompensationszahlungen für die Wertpapierleihe sind aufgrund von § 34 Abs. 7 bereits seit dem VZ 2007 anwendbar (§ 34 Abs. 2 Satz 9 idF des UntStReformG v. 14.8.2007 [BGBl. I 2007, 1912; BStBl. I 2007, 630]); zur verfassungsrechtl. fragwürdigen Rückwirkung betr. den VZ 2007 vgl. *Kraft/Edelmann*, FR 2012, 889, abl. FG Nds. v. 6.7.2011 – 6 K 119/09, EFG 2012, 441, rkr.). Die Ausweitung auf die Verleihung bestimmter Invest-Anteile in Satz 10 (vormals Satz 9) gilt seit dem VZ 2009. Leihgebühren und Ausgleichszahlungen für Streubesitzdividenden iSd. Abs. 4 sind bereits für die Überlassung von Anteilen, die nach dem 28.2.2003 überlassen werden, nicht abziehbar (§ 34 Abs. 7a Satz 3 idF des UntStReformG).

k) Nichtanwendung des Abs. 1 bis 10 auf Unterstützungskassen (Abs. 11) 21

Der Ausschluss der Regelung auf Anteile, die von UKassen gehalten werden, gilt ab dem VZ 2016 (§ 34 Abs. 1 idF des StÄndG 2015).

Einstweilen frei. 22

V. Verhältnis des § 8b zu anderen Vorschriften

23 1. Verhältnis zu §§ 14ff. (Organschaft)

Die kstl. Vorschriften der Organschaft (§§ 14–19) haben auch für die StBefreiung nach § 8b Bedeutung, und zwar sowohl im Hinblick auf laufende Erträge aus Beteiligungsgesellschaften als auch auf einmalige Gewinne und Verluste.

Steuerbefreiung laufender Erträge nach Abs. 1: Da Abs. 1 auf Bezüge nach § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 Buchst. a EStG abhebt, gilt die Befreiung nicht, soweit die Beteiligungsgesellschaften ihren Gewinn über einen GAV an die Muttergesellschaft abführen. Ausgleichsleistungen an außenstehende Gesellschafter (§ 304 AktG) verbleiben im sachlichen Anwendungsbereich des Abs. 1.

Steuerbefreiung einmaliger Gewinne und Verluste nach Abs. 2 und 3: Die Befreiung gilt auch für Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an OG. Diese bis zum UntStFG streitige Frage ist durch Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 klargestellt.

Verhältnis zu § 15 Satz 1 Nr. 2: § 15 Satz 1 Nr. 2 betrifft die Einkommensermittlung von OG und OT und hinsichtlich § 8b solche Fälle, in denen ein aufgrund eines GAV abgeführten Gewinns Dividendenerträge und Veräußerungsgewinne/-verluste enthält. Die Vorschrift zielt auf mehrstufige Strukturen ab, in denen die Organschaft nicht durchgehend besteht und (stfreie) Beteiligungserträge auf der nächsten Stufe Gegenstand handelsrechtl. Gewinnabführung und strechtl. organschaftlicher Einkommenszurechnung sind.

Aufgrund von § 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 ist § 8b Abs. 1–6 bei der OG selbst nicht anzuwenden, sondern das Einkommen der OG wird ungeachtet einer StBefreiung des § 8b ermittelt (sog. Bruttomethode). Ob eine Befreiung nach § 8b oder eine Abzugsbeschränkung iSd. Abs. 3 und 5 eingreift, wird erst auf der Ebene des OT berücksichtigt; dort erfolgt die außerbilanzielle Korrektur zur Ermittlung des zvE.

Dasselbe gilt für eine Dividendenbefreiung aufgrund DBA (Schachtelprivileg) seit der Änderung des § 15 Nr. 2 durch das StVergAbG v. 16.5.2003 (BGBl. I 2003, 660; BStBl. I 2003, 321). Vorher führte die Bruttomethode zur DBA-StBefreiung auch bei nicht-korporierten OT (BFH v. 14.1.2009 – R 47/08, BStBl. II 2011, 131; so bereits *Prinz zu Hohentlohe/Gründig*, DB 2002, 1073; *Pyszka*, GmbHR 2002, 468; *Köhler*, DStR 2002, 1341 [1343]; *Fatouros*, DStZ 2003, 179 [182]; *Grotherr*, IWB F. 3 Gr. 1, 1935 [1942f.]; *J. Lüdtcke*, IStR 2003, 433 [434]; vgl. auch *Frotscher*, Ubg 2009, 426; *Lorenz*, NWB 2009, 1744).

Aufgrund von § 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 sind § 8b sowie die §§ 3 Nr. 40 und 3c Abs. 2 EStG bei der Ermittlung des Einkommens des OT anzuwenden, wenn in dem OT zuzurechnenden Einkommen Bezüge, Gewinne oder Gewinnminderungen iSd. § 8b Abs. 1–3 und nicht abziehbare BA iSd. Abs. 3 Satz 1 und Abs. 5 Satz 1 enthalten sind (die durch die Anlage OG zur KStErklärung an den OT „hochgemeldet“ werden). Nach der FinVerw. ist die Bruttomethode auch bei der GewSt anzuwenden, sodass § 8b KStG, § 3 Nr. 40 EStG und § 3c EStG erst auf der Ebene des OT anwendbar sind (vgl. BMF v. 26.8.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 437, Rz. 28). Der BFH (BFH v. 17.12.2014 – I R 39/14, BStBl. II 2015, 1052) hat die Anwendung des § 15 Satz 1 Nr. 2 für GewStZwecke durch die FinVerw. als rechtswidrig beurteilt. Rechtsprechungsbrechend wurde durch § 7a GewStG (Gesetz v. 20.12.2016, BGBl. I 2016, 3000) für ab dem Erhebungszeitraum 2017 bezogene Schachteldividenden die Verwaltungsmeinung wieder hergestellt, s. auch Anm. 191.

Fraglich ist, wie Ausgaben des OT bis Ende 2003 zu behandeln sind, die mit solchen Einnahmen der OG im Zusammenhang stehen, die auf der Ebene des OT aufgrund von § 15

Satz 1 Nr. 2 iVm. § 8b Abs. 1 stbefreit sind. Dies betrifft insbes. Finanzierungskosten des OT für den Erwerb der Beteiligung an einer OG, die ihrerseits Erträge iSd. § 8b erzielt. Ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang iSd. § 3c Abs. 1 EStG besteht allenfalls in den Fällen, in denen die Fremdfinanzierung unmittelbar durch die die Beteiligung haltende OG erfolgt (glA *Orth*, DB 2002, 811 [813]; *Rödder/Schumacher*, DStR 2002, 105 [110]). Nimmt M-GmbH indes ein Darlehen auf, um die Mittel T-GmbH als Eigenkapital zum Erwerb der E-GmbH weiterzuleiten, sind die Finanzierungskosten uE ohne Einschränkungen abziehbar (s. § 15 Anm. 46 mwN; offengelassen durch BFH v. 13.11.2002 – I R 9/02, BStBl. II 2002, 489).

Seit der Erstreckung des § 8b Abs. 5 Satz 1 auf Inlandsdividenden (VZ 2004) sind die Aufwendungen uE selbst dann vollständig abziehbar, wenn man einen unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit stfreien Dividenden bejaht. Im Gegenzug gelten jedoch ungeachtet des tatsächlichen Aufwands 5 % der stfreien Dividende als nicht abziehbare BA.

Ausnahmen von der Bruttomethode enthält § 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 für Fälle, in denen bei der OG Abs. 7, 8 oder 10 anwendbar sind. Zur Verschmelzung einer Organgesellschaft und Anwendung von Abs. 3 Satz 1 s. Anm. 31.

Zur GewSt s. Anm. 25.

2. Verhältnis zu § 3 Nr. 40 und § 32d EStG

24

Sowohl § 3 Nr. 40 EStG als auch § 8b verfolgen die systematische Umsetzung des seit 2001 geltenden klassischen KStSystems. Dabei ist § 8b – trotz unterschiedlichen formalen Aufbaus – lex specialis zu § 3 Nr. 40 EStG, soweit der persönliche Anwendungsbereich, insbes. durch KapGes. betroffen ist (vgl. auch *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 50; *Rüsch/Moritz*, DStR 2015, 2305 [2306 ff.]; aA *Rathke/Ritter*, DStR 2014, 1207 zu Abs. 4). § 3 Nr. 40 (und § 3 Nr. 41 EStG für AStG-Fälle) enthält die für estpfl. Anteilseigner geltenden Vorschriften einer Tarifiermäßigung von Gewinnausschüttungen und Veräußerungsgewinnen, die bei der KapGes. (typisierend) bereits mit KSt vorbelastet sind durch die Halbeinkünfte-/Teileinkünftebesteuerung. Grundsätzlich haben beide Vorschriften einen identischen materiellen Regelungsgehalt. Im Detail gibt es indes Unterschiede, zB sind die begünstigten Veräußerungstatbestände (in § 3 Nr. 40/§ 17 EStG und § 8b Abs. 2) nicht vollständig deckungsgleich. Die Streubesitzregelung in Abs. 4 betrifft ausschließlich Körperschaften und hat kein Pendant im Teileinkünfteverfahren. Wesentliche systematische Unterschiede bestehen bei der Ermittlung der begünstigten Einkünfte. § 3 Nr. 40 EStG erfasst die hälftige (ab VZ 2009: 40 %ige) Freistellung laufender und einmaliger Beteiligungserträge nur auf der Einnahmenseite, während die Ausgabenseite in § 3c Abs. 2 EStG durch das Halbabzugsverfahren (ab 2009 Teilabzugsverfahren) geregelt wird. Einen vollständig anderen Ansatz verfolgt demgegenüber § 8b; 5 % laufender und einmaliger Beteiligungserträge gelten als nicht abziehbare BA (Abs. 3 Satz 1 und Abs. 5 Satz 1), während tatsächlicher Aufwand vollständig abziehbar ist.

Die durch das UntStRefG eingeführte Abgeltungsteuer für Kapitalerträge im Nicht-Betriebsvermögensbereich führt für laufende Beteiligungserträge und nicht unter § 17 EStG fallende einmalige Erträge aus der Beteiligung an einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse zur Schlussbesteuerung im Wege einer Abgeltungsteuer zum StSatz von 25 % zzgl. SolZ. Die Abgeltungsteuer ist von zahlreichen Ausnahmen, zT unter der Voraussetzung eines entsprechenden Antrags durchzogen, durch die die Teileinkünftebesteuerung mit entsprechendem

Aufwandsabzug (§ 3 Nr. 40, § 3c Abs. 2 EStG) anwendbar wird (s. § 32d Abs. 2 EStG). Gemeinsam ist indes sowohl dem Teileinkünfte- als auch dem Abgeltungssteuerverfahren, dass beide ebenso wie Abs. 1 Satz 2 dem materiellen Korrespondenzprinzip bei laufenden Beteiligungserträgen folgen (§ 3 Nr. 40 Buchst. d Satz 2 und § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 EStG).

25 3. Verhältnis zur Gewerbesteuer

Da der Gewerbeertrag auf dem nach EStG und KStG zu ermittelnden Gewinn beruht (§ 7 Satz 1 GewStG), wirken sich die StBefreiungen des § 8b in gleicher Weise auch auf die GewSt aus (Begr. zum RegE v. 15.2.2000, BTDrucks. 14/2683, 124; BFH v. 9.8.2006 – I R 95/05, BStBl. II 2007, 279, Rz. 10ff.; ebenso die hM, vgl. *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 46 [6/2020]; *Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 73 [7/2019]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 62). Davon geht bei unmittelbaren Beteiligungen auch die FinVerw. aus, während dies bei zwischengeschalteter Mitunternehmerschaft nicht der Fall sein sollte (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 57f.), und der Gesetzgeber – aufgrund BFH (BFH v. 9.6.2006 – I R 95/05, BStBl. II 2007, 279) klarstellend – § 7 Satz 4 GewStG durch das EURLUMsG (BGBl. I 2004, 3310 [3843]) einführt.

Dadurch ergeben sich überschlägig folgende gewstl. Auswirkungen (vgl. im Einzelnen Übersicht (gleichlautend) bei OFD Rheinland v. 4.9.2006 (G 1421-1000, juris) und OFD Münster v. 4.9.2006 – G 1421-138-St-12-33, juris):

Laufende Beteiligungserträge sind aufgrund von Abs. 1 zwar stfrei, aufgrund von § 8 Nr. 5 GewStG dem Gewerbeertrag jedoch wieder hinzuzurechnen. Die Hinzurechnung kann nur vermieden werden, wenn die Voraussetzungen der Kürzungsnormen des § 9 Nr. 2a und Nr. 7 GewStG erfüllt sind (vgl. dazu BFH v. 16.4.2014 – I R 44/13, DStR 2014, 1229). Im Grundsatz sieht § 8 Nr. 5 GewStG durch Verweis auf die Kürzungsnormen § 9 Nr. 2a (Inlandsbeteiligungen) und § 9 Nr. 7 (Auslandsbeteiligungen) vor, dass Streubesitzdividenden gewstpfl. sind (zu Einzelheiten vgl. BFH v. 16.4.2014 – I R 44/13, DStR 2014, 1229 [1230]; *U. Prinz/Simon*, DStR 2002, 149; *Haas*, DB 2002, 549; *Watermeyer*, GmbH-StB 2002, 200). Die im Gegensatz zu Inlands- und EU-Dividenden bei Drittlandsdividenden strengeren Anforderungen an eine GewStKürzung verstößt gegen die EU-Kapitalverkehrsfreiheit (EuGH v. 29.9.2018 – C-685/16 – EV/FA Lippstadt, IStR 2018, 802). § 9 Nr. 7 GewStG ist mW für alle offenen Fälle geändert. Allerdings hat der Gesetzgeber für alle Beteiligungen – In- und Ausland – die Beteiligungsvoraussetzung mit 15 % zu Beginn des Erhebungszeitraums durch das JStG 2019 geregelt. Im Fall von Beteiligungen an EU-KapGes. dürfte ein Verstoß gegen die EU-Mutter-Tochter-Richtlinie (RL 2011/96/EU v. 30.11.2011, ABl. EU 2011 Nr. L 345, 8) vorliegen (s. Anm. 8). Zur Auswirkung nicht abziehbarer BA aufgrund von Abs. 5 s. Anm. 191. Eine durch ein DBA geregelte StBefreiung bleibt aufgrund von § 9 Nr. 8 GewStG erhalten, auch wenn KStPflicht eintritt. Der Grund besteht darin, dass § 8 Nr. 5 GewStG zwar auf die Voraussetzungen des § 9 Nr. 2a und Nr. 7 verweist, nicht aber auf § 9 Nr. 8 GewStG, und neben § 8b Abs. 1 tritt und diese Freistellung verdrängt, wenn er weiter geht oder – wie im Fall von BFH v. 23.6.2010 (BFH v. 23.6.2010 – I R 71/09, BStBl. II 2011, 129) – die Freistellung aufgrund einer Hinzurechnung nach § 8 Nr. 5 GewStG ausgeschlossen war. Zur Anwendung von DBA s. Anm. 30.

- ▶ *Keine rückwirkende Anwendung:* § 8 Nr. 5 GewStG wurde erst durch das UntStFG eingeführt. Die aufgrund von § 36 Abs. 4 GewStG rückwirkende Hinzurechnung von Gewinnanteilen ist verfassungswidrig, soweit Dividenden betroffen sind, die vor dem 12.12.2001, nämlich dem Zeitpunkt der entsprechenden Gesetzesempfehlung des Vermittlungsausschusses erfolgten (BVerfG v. 10.10.2012 – 1 BvL 6/07, BGBl. I 2012, 2344; vgl. *Desens*, FR 2013, 148). Nach BFH v. 6.3.2013 (I R 14/07, BFH/NV 2013, 1325; glA FG Nds. v. 25.1.2018 – 6 K 145/16, EFG 2018, 1041, Rz. 33 ff., Rev. BFH I R 5/18) verstößt die rückwirkende Hinzurechnung von Gewinnanteilen bei Auslandsbeteiligungen zudem gegen die Kapitalverkehrsfreiheit und ist in 2001 nicht anwendbar.

Einmalige Beteiligungserträge sind aufgrund von Abs. 2 steuerfrei; Ausnahmen bestehen im Fall des Abs. 2 Satz 4 (steuerwirksame Teilwertabschreibung), des Abs. 4 aF (sperrfristbehaftete Anteile), des Abs. 7 (Eigenhandel) und des Abs. 8 (Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen).

Nicht abziehbare Betriebsausgaben: Die Fiktion der Abs. 3 Satz 1 und Abs. 5 Satz 1 gilt grds. auch für die GewSt. Sofern tatsächliche BA als Dauerschuldzinsen iSd. § 8 Nr. 1 GewStG hinzugerechnet werden, kommt es zur gewstl. Doppelbelastung; s. Anm. 191.

Zwischengeschaltete Mitunternehmerschaft: § 8b ist für die GewSt bei auch zwischengeschalteter Mitunternehmerschaft (Abs. 6) anwendbar. Dies ordnet § 7 Satz 4 GewStG ausdrücklich an; s. Anm. 207 und 213. Laufende Beteiligungserträge von in Abs. 7 genannten institutionellen Anlegern (Eigenhandel) und Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen iSd. Abs. 8 sind nicht steuerfrei; im letzten Fall ist auch die gewstl. Kürzung ausgeschlossen (§ 9 Nr. 2a Satz 3 GewStG).

Unterschiedliche Besteuerung von Streubesitzdividenden: Die gewstl. Hinzurechnung oder Kürzung von Streubesitzdividenden erfolgt unabhängig von Abs. 4. Die dort geregelte getrennte Betrachtung im Falle einer zwischengeschalteten Mitunternehmerschaft und einer Organschaft mit einer Rückbeziehung des Mindestbeteiligungserwerbs von 10 % auf den Beginn des Kj. gilt nicht für § 9 Nr. 2a und Nr. 7 GewStG. Die Freistellung aufgrund eines DBA und ihre Berücksichtigung aufgrund von § 9 Nr. 8 GewStG durch entsprechende Kürzung besteht unabhängig von § 8 Nr. 5 GewStG (BFH v. 23.6.2010 – I R 71/09, BStBl. II 2011, 129) und erhält insbes. nach der Anhebung der Mindestbeteiligung auf einheitlich 15 % eine neue wirtschaftliche Bedeutung.

4. Verhältnis zur Kapitalertragsteuer

26

Trotz der umfassenden Dividendenfreistellung des § 8b Abs. 1 ordnet § 43 Abs. 1 Satz 3 EStG weiterhin an, dass KapErtrSt ungeachtet des § 3 Nr. 40 EStG und § 8b einzubehalten und abzuführen ist. Sie beträgt 25 % (§ 43a Abs. 1 Nr. 1 EStG), in den Fällen des § 20 Abs. 1 Nr. 10 EStG 15 % (§ 43 Abs. 1 Nr. 7b und 7c, § 43a Abs. 1 Nr. 2 EStG). Soweit die empfangende Körperschaft unbeschränkt stpfl. ist, wird die einbehaltene KapErtrSt im Rahmen der Veranlagung zur KSt vollständig angerechnet (§ 31, § 36 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 EStG). Dasselbe gilt in den Fällen beschränkt Stpfl. mit inländ. BS (arg. § 32 Abs. 1 Nr. 2). In beiden Fällen entsteht keine definitive Belastung mit KapErtrSt. In Holdingstrukturen kann der Einbehalt von KapErtrSt durch § 44a Abs. 5 EStG vermieden werden.

Besonderheiten bei ausländischen Anteilseignern ohne inländische Betriebsstätte: § 8b Abs. 1 greift nicht ein, weil es ohne BS an der dafür notwendigen Ein-

kommensermittlung fehlt (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 11; *Füger/Rieger*, FR 2003, 543 [545]; *Eilers/Schmidt*, GmbHR 2003, 613; *Herzig*, DB 2003, 1459 [1461]).

Zunächst hatte der BFH (BFH v. 22.4.2009 – I R 53/07, BFH/NV 2009, 1543) die abgeltende Wirkung des KapErtrStAbzugs für beschränkt Stpfl. mit Anteilen, die keiner inländ. BS zuzuordnen sind, bejaht (die dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG nicht zur Entsch. angenommen), in weiteren Urten. (BFH v. 11.1.2012 – I R 25/10, DStR 2012, 742; BFH v. 11.1.2012 – I R 30/10, GmbHR 2012, 708) seine Rspr. jedoch geändert und einen Erstattungsanspruch anerkannt. Grund ist das EuGH-Urteil v. 20.10.2011 (EuGH v. 20.10.2011 – C-284/09 – Kommission/Deutschland, IStR 2011, 840); die Kommission hatte gegen Deutschland wegen der definitiven KapErtrSt ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet und der EuGH einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63, 65 AEUV) erkannt. Der Erstattungsanspruch für Gewinnausschüttungen auf Dividenden, die nicht der EU-Mutter-Tochter-Richtlinie unterfallen (Mindestbeteiligung unter 10 %) bis zum 28.2.2013 (s. Anm. 15) an EU-/EWR-Gesellschafter ist in § 32 Abs. 5 geregelt (vgl. *Hey*, KSzW 2013, 353 [359 ff.]) gleichwohl bleiben EU-Fragen. Der EuGH (EuGH v. 22.11.2018 – C-575/17 – Sofina, DStRE 2020, 121) hat für Dividenden einer französischen KapGes. an eine belgische Mutter-KapGes. (Beteiligung unter 10 %) entschieden, dass die sofortige Erhebung einer abgeltenden Quellensteuer gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstößt, wenn sich der ausländ. Dividendenempfänger nachweislich in einer Verlustsituation befindet. Frankreich und Schweden haben daraufhin Stundungsregelungen eingeführt (vgl. dazu *Leich*, IStR 2020, 121). Ein Verstoß gegen die in Art. 63 AEUV verbürgte Kapitalverkehrsfreiheit hat der EuGH (EuGH v. 13.11.2019 – C-641/17 – „College Pension Plan of British Columbia, Finanzamt München Abteilung III, IStR 2019, 933) zudem bejaht, wenn bei Ausschüttungen an einen Dividendenempfänger im Inland StPflcht besteht (zB aufgrund Abs. 8), die aber aufgrund von im Zusammenhang mit den Dividenden stehenden abziehbaren Aufwendungen allenfalls gering besteuert werden (sog. *Net Taxation*-Fälle, vgl. *Linn*, IStR 2019, 940), die KapErtrSt bei Ausschüttung an einen vergleichbaren ausländ. Dividendenempfänger mit einer *Net Taxation* aber abgeltende Wirkung entfaltet.

Der BFH hatte einen Erstattungsanspruch analog § 50d Abs. 1 Satz 1 EStG mit einer Zuständigkeit des örtlichen FA (§ 20 AO) bejaht; der Gesetzgeber des Gesetzes zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 20.10.2011 in der Rechtssache C-284/09 v. 21.3.2013 hat einen Erstattungsanspruch für alle noch offenen Fälle mit einer Zuständigkeit des BZSt. in § 32 Abs. 5 geregelt, allerdings mit einer Anwendung des (von EuGH v. 14.6.2018 – C-440/17 – GS, DStR 2018, 1479, zwischenzeitlich als EU-rechtswidrig erkannten) § 50d Abs. 3 EStG und – weiterhin EU-rechtswidrig – nur bezogen auf Dividenden aus EU-/EWR-KapGes. Ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit liegt vor, weil diese Grundfreiheit nach inzwischen gefestigter Kenntnis zur Anwendung kommt, wenn die nationale Regelung keine Mindestbeteiligung im Sinne einer Kontrollbeteiligung (von mindestens 10 %) voraussetzt; vgl. im Einzelnen zB *Gosch*, BFH/PR 2011, 455; *Stumm/Duttine*, BB 2012, 1205 [1206]; *Linn*, IStR 2012, 343; *Gosch*, BFH/PR 2012, 187; *Klein/Hagena*, FR 2012, 528; *Patzner/Nagler*, IStR 2012, 345). Weitere EU-Zweifel bestehen dahingehend, ob die durch § 32 Abs. 5 angeordnete Anwendung des § 50d Abs. 3 EStG mit dem EuGH-Urteil, das einen Verstoß gegen die Kapitalertragsfreiheit bejaht, vereinbar ist. Dagegen spricht, dass die Kapitalverkehrsfreiheit insbes. Direktinvestitionen betrifft, die nicht die Absicht voraussetzen, auf die Verwaltung und Kontrolle des Beteiligungsunternehmens Einfluss auszuüben (vgl. FG Köln v. 24.2.2011 – 13 K 80/06, EFG 2011, 1651, rkr., mwN), und dass deshalb die Voraussetzungen einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit iSd. § 50d Abs. 3 EStG oftmals gar nicht erfüllt werden können.

Zur Vermeidung der Streubesitzbesteuerung (Abs. 4) oder der abgeltenden Wirkung der KapErtrSt bei im Ausland ansässigen Anteilseignern (Cum-Cum-Gestaltung) oder Gestaltungen zur Erreichung eines niedrigeren DBA-Quellensteuersatzes hat der Gesetzgeber mW ab VZ 2017 § 50j EStG eingeführt. Zur stl. Behandlung von Cum-Cum-Geschäften durch die FinVerw. BMF v. 17.7.2017 – IV C 1 - S 2252/15/10030:005, BStBl. I 2017, 986.

Eine weitere Regelung zur Verhinderung von Missbrauch hat der Gesetzgeber mW ab 1.1.2016 durch § 36a EStG eingeführt. Danach sind nur noch 2/5 der KapErtrSt anzurechnen und der verbleibende Teil auf Antrag bei der Ermittlung der Einkünfte abzugsfähig. Erfasst werden sollen Fälle, in denen durch eine Wertpapierleihe auf den Dividendenstichtag Anteile iSd. Abs. 4 oder Anteile von (dem abgeltenden KapErtrStAbzug unterliegenden) im Ausland ansässigen Gesellschaftern auf Abs. 7-Institute übertragen und rückübertragen werden, um Dividendenerträge in Veräußerungsgewinne umzuwandeln (ausführl. zu Gestaltungen *Fiand*, NWB 2016, 344; *Kußmaul/Kloster*, DK 2016, 849).

5. Verhältnis zum AStG

27

§ 8b macht mit Ausnahme des Abs. 1 Satz 2 und 3 die StBefreiung für Auslandsdividenden und Veräußerungsgewinne nicht von einer bestimmten stl. Vorbelastung abhängig. Diese Aufgabe erfüllt nach der Regierungsbegründung zum Gesetzentwurf (BTDrucks. 14/2683, 120) die Hinzurechnungsbesteuerung für niedrig besteuerte Gewinne aus passivem Erwerb iSd. §§ 7 bis 14 AStG. Folgende Aspekte sind für § 8b bedeutsam:

Keine Anwendung des § 8b auf den Hinzurechnungsbetrag: Der Hinzurechnungsbetrag gehört zu den Einkünften aus § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG oder – im Fall von gewerblichen Einkünften – zum Gewinn. § 8b Abs. 1 ist hierauf nicht anzuwenden (§ 10 Abs. 2 Satz 3 AStG).

Steuerbefreiung tatsächlicher Erträge: Tatsächliche laufende oder einmalige Beteiligungserträge aus der Zwischengesellschaft (§ 7 AStG) unterliegen § 8b nach allgemeinen Grundsätzen (StBefreiung und Abzugsrestriktionen). Vereinzelt vermeiden Staaten eine Niedrigbesteuerung bei der Zwischengesellschaft durch eine über 25 % betragende Ertragsteuer, indem sie diese an den Gesellschafter erstatten (zB Malta, s. § 8 Abs. 3 Satz 2 AStG). Qualifiziert man derartige StErstattungen ebenfalls als Einkünfte aus der Beteiligung (§ 20 Abs. 3 EStG), unterfallen sie Abs. 1 Satz 1 (zutr. *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 30a [11/2019]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 146; aA *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 100a).

Keine Anwendung des § 8b bei der Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags: Aufgrund ausdrücklicher Anweisung des § 10 Abs. 3 Satz 4 AStG ist § 8b Abs. 1 und Abs. 2 bei der Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags nicht anzuwenden. Die Regelung war notwendig, weil der Hinzurechnungsbetrag nach den Vorschriften des deutschen StRechts ermittelt wird, soweit sie nicht an die unbeschränkte StPflicht anknüpfen. Da § 8b auch im Rahmen beschränkter StPflicht gilt, wäre § 8b ohne gesetzliche Einschränkung anwendbar (vgl. zur Entwicklung *Rödder/Schumacher*, DStR 2001, 1685 [1690]; *Röttig/Protzen*, IStR 2001, 601 mwN). Die Einschränkungen der Abziehbarkeit von Gewinnminderungen aus Anteilen und Darlehen (Abs. 3 Sätze 3 ff.) und aus Wertpapierleihe (Abs. 10) bleiben demgegenüber anwendbar (*Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 25; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 86). Zur Anwendung des § 8b bei der Ermittlung der Niedrigbesteuerung vgl. BMF v. 14.5.2004, BStBl. I 2004, Sonder-Nr. 1/2004, 3, Rz. 8.3.2.1. Zur Anwendung des § 8b im Rahmen des § 15 AStG vgl. FG Düss. v. 22.1.2015 – 16 K 2858/13 F, EFG 2015, 629, rkr.; FinSen. Berlin v. 16.5.2017 – III A - S 1361 - 3/2009, IStR 2018, 247.

Beteiligungserträge als aktive Einkünfte: Gewinnausschüttungen von KapGes. (§ 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG) und die Veräußerung eines Anteils an einer KapGes. sowie Gewinne aus Auflösung und Kapitalherabsetzung (§ 8 Abs. 1 Nr. 9 AStG) gehören grds. nicht zu den passiven Einkünften.

Eine Einschränkung wie in § 8b Abs. 1 Satz 2, 3 und Abs. 4 aF sowie 7 und 8 besteht nicht. Dasselbe gilt auch für Gewinnausschüttungen auf Streubesitzanteile; sie bilden aktive Einkünfte. Allein § 8 Abs. 1 Nr. 9 AStG enthält die Einschränkung, dass Veräußerungsgewinne aus REIT-AG und aus WG der Kapitalanlage iSd. § 7 Abs. 6a AStG – auch nachgelagerter Gesellschaften – nicht zu aktiven Einkünften führen.

Doppelbesteuerung von 5 % der Auslandsdividende: Die Regelungen der Hinzurechnungsbesteuerung sind nicht auf § 8b abgestimmt, wenn es nach der Hinzurechnungsbesteuerung zur Ausschüttung der bereits hinzugerechneten Beträge kommt. Eine besondere Regel enthält für diese Zwecke § 3 Nr. 41a EStG, den die wohl hM, nicht zuletzt wegen der in § 8 Nr. 5 Satz 2 GewStG angeordneten Ausnahme der gewstl. Hinzurechnung solcher Ausschüttungen zum Gewerbeertrag über § 8 Abs. 1 AStG, statt § 8b als *lex specialis* auch auf Körperschaften anwendet (vgl. auch *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 84; *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 26; *Kollruss/Schrey/Benten*, GmbH-R 2013, 684; R 32 Abs. 1 Nr. 1 KStR; aA zB *Watrin/Eberhardt*, DStR 2013, 2601 [2606 f.]). Der BFH (BFH v. 26.4.2017 – I R 84/15, BStBl. II 2018, 492) hat die Frage offengelassen, jedoch entschieden, dass Abs. 5 Satz 1 bei jeder Freistellung von Gewinnausschüttungen nach Abs. 1 Satz 1 anwendbar ist. Damit kommt auch bei einer Ausschüttung bereits hinzugerechneter Gewinne das pauschale BA-Abzugsverbot von 5 % des Abs. 5 zur Anwendung. Streubesitzdividenden iSd. Abs. 4 werden doppelt besteuert (vgl. zur Problematik *Watrin/Eberhardt*, DStR 2013, 2601 [2603]). Eine teleologische Reduktion des Abs. 5 (*Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 531 [10/2019]; *Rättig/Protzen*, IStR 2002, 123 [127 f.]; *Watermeyer*, GmbH-StB 2002, 108 [112]; *Früchtl*, IStR 2017, 993) hat der BFH abgelehnt. Der Nachteil einer Anwendung des § 3 Nr. 41 EStG besteht in der Frist von sieben Jahren, innerhalb derer die Ausschüttung nach Hinzurechnung erfolgen muss.

Gewerbsteuerliche Doppelbelastung: Da der Hinzurechnungsbetrag der GewSt unterliegt, kann es zur doppelten GewStBelastung bei einer nachfolgenden Ausschüttung kommen, wenn die grundsätzliche StBefreiung des § 8b Abs. 1 durch die Hinzurechnung des § 8 Nr. 5 GewStG aufgehoben wird und die Kürzungsvoraussetzungen des § 9 Nr. 7 GewStG insbes. im Fall passiv tätiger Auslandsgesellschaften nicht eingreifen (grundlegend *U. Prinz/Simon*, DStR 2002, 149 [152]). Diese Doppelbelastung wird durch eine Anwendung des § 3 Nr. 41a EStG auf die Gewinnausschüttung vermieden, weil § 8 Nr. 5 Satz 2 GewStG für diesen Fall ausdrücklich von einer Hinzurechnung absieht.

Unsystematische Regelung: Die Nichtanwendung des § 8b bei der Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags ist nach überzeugender Meinung unsystematisch, weil es sich nicht um eine StVergünstigung handelt, sondern um eine Regelung zur Einkünfteermittlung. Auch EU-rechtl. bestehen Zweifel an der Verträglichkeit des AStG im Verhältnis zu § 8b, wenn ausschließlich auf eine Vorbelastung von 25 % abgestellt wird, auch wenn im Inland wegen § 8b keine Steuer anfallen würde; fraglich ist zudem der „Grenzwert“ von 25 % innerhalb der EU-Mitgliedstaaten und vor dem Hintergrund, dass der inländ. KStSatz 15 % beträgt (umfassend *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 28 f.).

Geplante Änderungen der Hinzurechnungsbesteuerung: Problematisch wird die Streubesitzregelung, wenn § 3 Nr. 41a EStG nicht angewendet werden sollte. Dies deshalb, weil die Anti Tax Avoidance Directive (ATAD) v. 12.7.2016 (RL 2016/1164 EU, ABl. EU 2016 Nr. L 193, 1, geändert durch RL v. 29.5.2017 (RL 2017/952/EU, ABl. EU 2017 Nr. L 144, 1) in Art. 8 Abs. 5 die Freistellung von der Hinzurechnungsbesteuerung unterworfenen Dividenden vorsieht. Damit wäre § 8b Abs. 4 nicht mehr vereinbar (*Schnitger/Rüsch*, FR 2017, 1145). Der Gesetzgeber ist durch die bisherigen Gesetzesentwürfe zur Anpassung der Hinzurechnungsbesteuerung (RefE eines ATAD-UmsG v. 24.3.2020) einen anderen Weg gegangen. Im Bereich der Hinzurechnungsbesteuerung der §§ 7 ff. AStG bleiben Dividenden grds. Einkünfte, die als aktiv qualifiziert werden (§ 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG). Durch das ATAD II-Gesetz (ATAD-UmsG [bisher: RefE v. 24.3.2020]) würde insoweit allerdings ein Paradigmenwechsel eintreten. Während die Hinzurechnungsbesteuerung bislang eine ausreichende Vorbelastung ausgeschütteter Gewinne bewirken sollte, geht es mit der Anpassung des Aktivitätskatalogs in § 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG darum, Beschränkungen der StFreistellung des § 8b im Bereich der Hinzurechnungsbesteuerung zu erhalten, indem in bestimmten Fällen Dividenden in Abweichung von der Grundregel des § 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG als passiv qualifiziert werden (ausführliche Übersicht bei *Böhmer/Schewe/Schlücke*, FR 2020, 164). Folgendes lässt sich bislang ableiten:

- ▶ *Gewinnausschüttungen sind nicht steuerfrei*, wenn sie das Einkommen der leistenden Körperschaft gemindert haben. Erfasst werden sollen vor allem hybride Finanzinstrumente, die beim leistenden steuerwirksam abziehbar, beim Empfänger als Dividenden aber stfrei sind (§ 8b Abs. 1 Nr. 7 Buchst. a AStG).
- ▶ *Gewinnausschüttungen, die beim Empfänger eine nicht steuerfreie Streubesitzdividende darstellen* würden (§ 8b Abs. 4) sind ebenfalls nicht stfrei (§ 8 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b AStG).
- ▶ *Gewinnausschüttungen auf Eigenhandelsanteile* (§ 8b Abs. 7, ebenso § 3 Nr. 40 Satz 3 EStG) sind passiv und damit auch im Bereich der Hinzurechnungsbesteuerung nicht stfrei (§ 8 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. e EStG).

Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen iSd. § 8b Abs. 2 bleiben weiterhin aktiv. Eine Ausnahme besteht in dem Fall, dass ohne Hinzurechnungsbesteuerung Abs. 7 (Handelsbestand von Banken und Finanzdienstleistern) einschlägig wäre (§ 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG).

6. Verhältnis zum Investmentsteuergesetz

28

Besteuerung beim Anleger unter Anwendung von § 8b: Das InvStG wurde mehrfach geändert. Steuerlich wesentlich war die Zusammenfassung der Regelungen des KAGG für inländ. Investmentvermögen und des AuslInvestmG für ausländ. Investmentvermögen mW ab dem 1.1.2004 einheitlich durch das InvStG (Investmentmodernisierungsgesetz v. 15.12.2003, BGBl. I 2003, 2676). Eine Differenzierung der Investmentunternehmen erfolgte durch das AIFM-StAnpG v. 18.12.2013 (BGBl. I 2013, 4318). Eine Anpassungsänderung an die Streubesitzregelung in Abs. 4 erfolgte bereits durch Gesetz v. 21.3.2013 (BGBl. I 2013, 561). S. hierzu Anhang zu § 20 EStG, Einf. InvStG Anm. 4.

Bis zum 28.2.2013, also bis zur Einf. der StPflcht für Streubesitzdividenden in § 8b Abs. 4 gilt: Gegenüber dem Anteilsscheininhaber ist der Investmentfonds stl. transparent; ihm werden die Einkünfte anteilig zugerechnet (§ 2 Abs. 1 InvStG).

Soweit darin Einkünfte iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 und § 20 Abs. 2 EStG enthalten sind, ist § 8b anzuwenden (§ 2 Abs. 2 InvStG). Weil andere Einkünfte, zB aus Zinsen oder Vermietung, nicht zu den durch § 8b Abs. 1 erfassten Bezügen gehören, sind die Ergebnisse aufzuteilen; die entsprechend stfreien Beträge hat der Investmentfonds dem Anteilsinhaber bekannt zu machen (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c InvStG aF). Zum (eingeschränkten) Transparenzprinzip s. Anhang zu § 20 EStG, Einf. InvStG Anm. 3.

Durch die Einführung der Steuerpflicht für Streubesitzdividenden gilt: § 2 Abs. 2 InvStG wurde geändert. § 8b findet auf Ausschüttungen eines Publikums-Investmentvermögens keine Anwendung mehr, weil typisierend davon ausgegangen wird, dass der Anleger durchgerechnet keine Mindestbeteiligungsquote von 10 % erreicht. Eine Übergangsregelung enthält § 22 Abs. 18 Satz 4 InvStG. Auch nach dem 28.3.2013 kann der Fonds Dividenden aus Streubesitz stfrei vermitteln, wenn der Zurechnungszeitpunkt auf der Ebene des Fonds vor dem 1.3.2013 liegt (vgl. *Behrens/Faller*, BB 2014, 219; *Hillebrand/Klamt/Migiron*, DStR 2013, 1646 [1648]). Anwendbar bleibt er allerdings auf Veräußerungsgewinne (Abs. 2) und Gewinnminderungen (Abs. 3 Satz 3). Es bleibt in bestimmten Fällen von Spezialinvestmentvermögen des § 15 Abs. 1a, § 16 Satz 3 InvStG bei der Anwendung auch des § 8b Abs. 1 unter entsprechenden Voraussetzungen (vgl. *Behrens/Faller*, BB 2014, 219; *Benz/Jetter*, DStR 2013, 489 [493 f.]; *Ebner*, NWB 2013, 2147 [2149 ff.]; *Haisch/Helios*, DB 2013, 724 [728 ff.]; *Pflüger*, GStB 2013, 149). Eine weitere Einschränkung erfolgte durch das InvStG v. 18.12.2013 (BGBl. I 2013, 4318). Auch Spezialfonds dürfen nur noch Streubesitzbeteiligungen halten (§ 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 7 InvStG). Vgl. zu den Neuregelungen zB *Behrens/Faller*, BB 2014, 219; *Dyckmanns*, Ubg 2014, 217.

Ab 1.1.2018 ist § 8b auf der Ebene von Fonds und Anlegern gleichermaßen nicht mehr anwendbar: Eine Ausnahme besteht für Spezialinvestmentfonds. Diese das Besteuerungsregime grundlegend ändernde Neufassung des InvStG erfolgte durch das InvStGRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730, s. Anhang zu § 20 EStG, Einf. InvStG Anm. 5 f.). Die transparente Besteuerung wurde – mit Ausnahme einer Option für Spezial-Investmentfonds – durch eine Besteuerung nach dem Trennungsprinzip ersetzt. Dadurch werden in- und ausländ. Investmentfonds gleich behandelt. Dies erfolgt dadurch, dass § 6 Abs. 1 InvStG inländ. Fonds als unbeschränkt kstpf. Zweckvermögen iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 5 und ausländ. Investmentfonds als beschränkt kstpf. Vermögensmassen iSd. § 2 Nr. 1 qualifiziert. Die Anwendung des § 8b ist aufgrund von § 6 Abs. 6 InvStG ausgeschlossen, auch wenn der Investmentfonds Bezüge iSd. § 8b Abs. 1 oder Gewinne iSd. § 8b Abs. 2 erzielt. Sofern der Investmentfonds inländ. Beteiligungseinkünfte erzielt, unterliegen sie an der Quelle einem 15 %igen KapErtrStAbzug mit abgeltender Wirkung (§ 7 Abs. 2 und Abs. 3 InvStG). Da im Ausland keine inländ. Quellensteuer erhoben werden kann, erfolgt insoweit keine inländ. Besteuerung auf der Ebene des Fonds. Das Gesetz unterstellt eine abgeltende Vorbelastung durch ausländ. Quellensteuerabzug. Gewerbesteuerlich gelten ebenfalls Sonderregeln, indem der Investmentfonds als sonstige juristische Person des privaten Rechts nach § 2 Abs. 3 GewStG gilt, aber regelmäßig befreit ist (§ 15 InvStG). Auch insoweit spielt § 8b keine Rolle (mehr). Beim betrieblichen Anleger ist § 3 Nr. 40 und § 8b ebenfalls nicht anwendbar (§ 16 Abs. 6 InvStG). Die Vorbelastung durch KapErtrSt wird bei ihm pauschal durch eine Teilfreistellung der Investorsträge kompensiert, deren Voraussetzungen und Höhe in Abhängigkeit von der Anlageform in § 20

InvStG geregelt sind und bis zu 80 % betragen. Nur für Spezial-Investmentfonds besteht eine Ausnahme, wenn er für inländ. Beteiligungserträge zur transparenten Besteuerung (ähnlich der Besteuerung bis zum 31.12.2017) optiert (§ 30 Abs. 1 InvStG). In diesem Fall sind auf Bezüge und Gewinne bei einem § 8b persönlich unterfallenden Anleger Abs. 1 und 2, aber auch Abs. 4 aufgrund von § 30 Abs. 2 InvStG anwendbar, allerdings unter Ausschluss solcher Anleger, die vergleichbar den in Abs. 7 oder 8 genannten Unternehmen zu qualifizieren sind (vgl. BMF v. 21.5.2019 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, BStBl. I 2019, 669; *Buge/Bujotzek/Steinmüller*, DB 2016, 1594; *Böcker*, NWB 2016, 2789; *Kelterborn/Küpper*, BB 2017, 2263; *Kußmaul/Patzner/Kloster/Bui*, Ubg 2016, 596; *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953; *Helios/Hauer*, DB 2016 Beilage 1, 14).

Streitig war, ob bei Anwendung des § 40a Abs. 1 KAGG auch Gewinnminderungen aufgrund von Abs. 3 Satz 3 von der Steuerwirksamkeit ausgeschlossen waren. § 40a KAGG enthielt nur einen ausdrücklichen Verweis auf § 8b Abs. 2 zur StBefreiung der Einnahmen aus Rückgabe oder Veräußerung von Anteilscheinen, nicht aber Abs. 3. Insoweit war str., ob Anteilscheine eigenständig Anteile iSd. § 8b Abs. 2 sind oder § 8b Abs. 2 nur durch Verweis in § 40a Abs. 1 KAGG anwendbar war. In letztgenanntem Fall kamen § 8b Abs. 3 und 4 mangels Verweises nicht zur Anwendung (FG Münster v. 22.5.2014 – 9 K 5096/07 K, EFG 2014, 1982, rkr.; *Rödter/Schumacher*, DStR 2003, 1725 [1728]; aA FG München v. 17.3.2009 – 6 K 3474/06, EFG 2009, 1053, Az. BFH I R 33/09; mit Übersicht über den Streitstand *Dötsch/Pung*, DB 2003, 1016 [1019]). Durch das ProtErkKG wurde § 40a Abs. 1 KAGG ergänzt; § 8b Abs. 3 (ebenso § 3c Abs. 2 EStG) ist auf Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit Anteilscheinen an einem Wertpapier-Sondervermögen stehen, anzuwenden. Soweit die in § 43 Abs. 18 KAGG enthaltene Anwendungsregel allerdings vorsah, dass das in allen noch offenen Festsetzungen gelten sollte, handelt es sich um eine verfassungsrechtl. unzulässige Rückwirkung (BVerfG v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08, BFH/NV 2014, 653). Eine weitere Vorlage an das BVerfG wegen der Anwendung des § 40a Abs. 1 KAGG in allen noch offenen Fällen hat der BFH v. 23.10.2019 (XI R 43/18, BStBl. II 2020, 281) beschlossen. Der BFH hält eine Rückwirkung auch im laufenden VZ für verfassungswidrig. Zwar entstehe die ESt/KSt erst mit Ende des VZ. Das Vertrauen der Stpfl. sei aber besonders schutzwürdig, wenn die Betroffenen vor dem Zeitpunkt der Verkündung der Neuregelung verbindliche Festlegungen getroffen hatten; der BFH stellt dazu auf die Einbringung des neuen Gesetzes in den BTAG ab (BFH v. 23.10.2019 – XI R 43/18, BStBl. II 2020, 281, Rz. 40 ff.).

7. Verhältnis zum REITG

29

§ 8b ist auf Ausschüttungen eines REITG nicht anwendbar. Zwar ist ein REIT als KapGes. in der Form der AG zu strukturieren, gleichwohl kommt § 8b nicht zur Anwendung, weil der REIT selbst stbefreit ist (§ 16 REITG) und die Steuerbelastung auf der Ebene der Anteilseigner erfolgt. Etwas anderes gilt im Ausnahmefall nur in den Fällen und soweit, wie in der Ausschüttung mit mindestens 15 % belastete Gewinne enthalten sind (§ 19a REITG).

8. Verhältnis zum Doppelbesteuerungsrecht

30

Die StBefreiung von Beteiligungserträgen ist national durch § 8b geregelt. Die von Deutschland abgeschlossenen DBA sehen oftmals ein Schachtelprinzip für Dividenden vor (Internationales Schachtelprivileg). Damit stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis diese Regelungen zueinanderstehen.

Bei einer Normenkollision richtet sich das Konkurrenzverhältnis der Vorschriften zueinander nach allgemeinen Grundsätzen. Danach ist die weitergehende StBefrei-

ung anzuwenden; aufgrund § 2 AO gilt der Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“ wohl nicht (str., vgl. *Wassermeyer* in *Wassermeyer*, DBA, Art. 23A OECD-MA Rz. 60 [1/2014]; aA *Drüen* in *Tipke/Kruse*, § 2 AO Rz. 2 [4/2017]). Zumindest bis zur Einf. des Abs. 4 mit einer StPflicht von Streubesitzdividenden war der sachliche Anwendungsbereich der DBA jedoch in den meisten Fällen enger, weil die StFreistellung nach § 8b unabhängig von jeder Beteiligungsquote oder Behaltefrist erfolgte, wohingegen die Schachtelprivilegien der DBA regelmäßig Mindestbeteiligungsquoten und/oder -haltefristen voraussetzen und besondere Anforderungen an die Tätigkeit stellen (Aktivitätsklausel). Das Verhältnis der Regelungen zueinander ist gleichwohl streitig. Der BFH hat zwischenzeitlich in mehreren Urteilen herausgestellt, dass beide Befreiungen nebeneinander – mit Vorrang des § 8b – stehen und die DBA-Befreiung auflebt, wenn sie weiter geht als die nationale Regelung (BFH v. 14.1.2009 – I R 47/08, BStBl. II 2009, 220 [226]; BFH v. 23.6.2010 – I R 71/09, BStBl. II 2011, 129; BFH v. 22.9.2016 – I R 29/15, BFH/NV 2017, 324). Auch die wohl hM gibt § 8b den Vorrang, weil die Regelung keine Mindestanforderung an die StFreistellung knüpft (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 19 [6/2017]; *Heurung/Engel/Seidel*, DB 2010, 1551 [1553]). Fraglich war insoweit insbes., ob die DBA-Befreiung weiter geht, wenn Abs. 5 hierauf nicht anwendbar wäre (*Schönfeld*, IStR 2010, 658 [659]; *Kessler/Dietrich*, IStR 2010, 696 [697]); teilweise wird ein Wahlrecht der für den Stpfl. günstigeren Rechtsnorm bejaht (*Hageböke*, IStR 2009, 473; *Lorenz*, IStR 2009, 437 [441]; *Watermeyer*, GmbH-StB 2009, 220 [226]). Die Frage hat die Rspr. dahingehend entschieden, dass Abs. 5 auch bei einer DBA-Freistellung anwendbar ist, s. Anm. 189. Eine Besonderheit besteht gleichwohl bei der Dividendenfreistellung aufgrund von Art. 20 Abs. 1 Buchst. b DBA-Frankreich, nach dem die sog. Netto-Einkünfte im Empfängerstaat freizustellen sind (vgl. *Kramer* in *Wassermeyer*, DBA, Art. 20 DBA-Frankreich Rz. 28 [10/2017]; aA FG München v. 13.3.2017 – 7 K 59/14, EFG 2017, 942, rkr.; *Kollruss*, IStR 2015, 868 [875]; vgl. auch *Weiss*, Ubg 2017, 671 [673f.]). Die FinVerw. hat ihre Meinung geändert und wendet Abs. 5 ab VZ 2018 auch auf französische Dividenden an (OFD NRW v. 13.3.2018 – S 2750a - 2014/0001 - St - 131, DB 2018, 1117; anders noch Senatsverwaltung für Finanzen Berlin v. 29.8.2014 – III A - S 1301 Fra - 8/2009, IStR 2014, 939; OFD Frankfurt/Main v. 18.8.2016 – S 1301 A - FR. 28 - St 56).

Stellungnahme: Grundsätzlich stehen beide Regelungen nebeneinander. Systematisch bedarf es jedoch erst stpfl. Einkünfte nach nationalem Recht, bevor DBA als weitergehende Regelungen eingreifen. Eine maßgebliche Frage im Zusammenhang mit der Freistellung von Dividenden besteht darin, ob sie in Fällen, in denen kein oder geringerer Beteiligungsaufwand als 5 % der Dividende besteht, aufgrund von Abs. 1 nur zu 95 % besteht, Abs. 1 und 5 also zusammen zu lesen sind, oder ob sie zu 100 % besteht und Abs. 5 erst nachfolgend einsetzt. Ist Abs. 5 bei einer DBA-Freistellung nicht anwendbar, würde die DBA-Freistellung stets zu 100 % erfolgen (vgl. *Gosch*, FS Herzig, 2010, 63 [86]; *Heurung/Engel/Seidel*, DB 2010, 1551 [1553f.]; *Stangl/Hageböke*, Ubg 2010, 651 [652ff.]; *Schönfeld*, IStR 2010, 658 [660f.]). Aufgrund von BFH (BFH v. 29.8.2012 – I R 7/12, BStBl. II 2013, 89) ist jedoch auch die Freistellung aufgrund Abs. 1 eigenständig und ohne Einbeziehung des Abs. 5 zu sehen. Auf dieser Grundlage geht Abs. 1 den DBA-Freistellungen vor; sie entfalten eine eigenständige Bedeutung und leben auf, wenn keine oder nur eine eingeschränkte Freistellung durch § 8b erfolgt (BFH v. 22.9.2016 – I R 29/15, IStR 2017, 194, mwN aus dem Schrifttum; *Ernst*, BB 2013, 40; *Gosch*, BFH/PR 2013, 50). Zur Anwendung von Abs. 5 s. Anm. 189.

Eigenständige Bedeutung kommt den Regelungen der DBA demzufolge insbes. in den folgenden Fällen zu:

Kapitalertragsteuer: Die Reduktion der KapErtrStSätze durch DBA kommt zur Anwendung.

Erweiterung der Regelung für Dividenden auf Bezüge aus typisch stillen Beteiligungen: Sie führen aufgrund von § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG zu eigenständigen Kapital- und nicht zu Dividendeneinkünften. Soweit DBA den Dividendenartikel auch auf diese Einkünfte anwenden, ist dies auf das einzelne DBA beschränkt (Übersicht bei *Vogel/Lehner*, 6. Aufl. 2015, Art. 10 OECD-MA Rz. 204; vgl. auch *Crezelius*, DB 2001, 221 [224f.]; *Grotherr*, IWB F. 3 Gr. 1, 1697 [1703]; *Eilers/Schmidt*, GmbHR 2003, 613 [615]) und wirkt sich im Bereich des § 8b nicht aus.

Steuerpflicht aufgrund von Abs. 4: Während Abs. 4 für die notwendige Beteiligungsvoraussetzung auf den Beginn des Kj. abstellt und unterjährig nur den Erwerb einer mindestens 10 %igen Beteiligung für Zwecke der Anwendung Abs. 4 zurückbezieht, kommt es für das DBA-Schachtelprivileg regelmäßig auf den Zeitpunkt der Ausschüttungen an. Eine im Zeitpunkt der Ausschüttung bestehende, aber nicht Abs. 4 erfüllende DBA-Mindestbeteiligung kann zur StFreiheit trotz Abs. 4 führen.

Steuerpflicht aufgrund von Abs. 7 und 8: Im Fall einer StPflicht von Gewinnausschüttungen, für die die Abs. 7 und 8 die StFreiheit ausschließen, lebt eine StFreistellung aufgrund DBA wieder auf, wenn die Voraussetzungen des internationalen Schachtelprivilegs erfüllt sind und kein Fall des Abs. 1 Sätze 2 ff. (materielles Korrespondenzprinzip) vorliegt.

Ausschluss der Steuerfreiheit für Zwecke der Gewerbesteuer: Dividenden unterfallen trotz § 8 Nr. 5 GewStG nicht der GewSt, wenn das jeweilige DBA ein Schachtelprivileg mit Freistellungsmethode enthält (BFH v. 23.6.2010 – I R 71/09, BStBl. II 2011, 129; BFH v. 14.8.2019 – I R 44/17, BStBl. II 2019, 574, Rz. 66; ebenso *Kröner* in *Bott/Walter*, § 8b Rz. 13 [4/2004]; *Mielke* in *Linklaters/Oppenhoff & Rädler*, DB 2002, Beilage 1, 11; *Haas*, DB 2002, 549 [551]; *U. Prinz/Simon*, DStR 2002, 149; *Watermeyer*, GmbH-StB 2002, 200 [202]; *Nöcker* in *Lenski/Steinberg*, § 8 Nr. 5 GewStG Rz. 25 f. [8/2019]; aA *Roser* in *Lenski/Steinberg*, § 9 Nr. 8 GewStG Rz. 4 [10/2018]).

9. Verhältnis zum UmwStG

31

Das UmwStG verweist in zahlreichen Regelungen darauf, dass § 8b anwendbar ist. Zu nennen sind insbes.:

Zuschreibung nach vorheriger Teilwertabschreibung: Beim übernehmenden Rechtsträger kommt es auch im Falle einer Umwandlung zu Buchwerten zu einer Wertaufholung in der Vergangenheit vorgenommener Teilwertabschreibungen oder Abzügen aufgrund von § 6b EStG oder ähnlicher Abzüge (§§ 4 Abs. 1 Satz 2, 12 Abs. 1 Satz 2, 15 Abs. 1 Seite 2 und 16 Abs. 1 Satz 3 UmwStG); ohne die Anordnung, dass § 8b Abs. 2 Satz 4 und 5 auf einen sich daraus ergebenden Gewinn anwendbar ist, wäre die Wertaufholung stpfl.

Waren Teilwertabschreibungen teils steuerwirksam und teils aufgrund von Abs. 3 Satz 3 nicht steuerwirksam, soll nach BMF (BMF v. 11.11.2011 – IV C 2 - S 1978 - b/08/10001//2011/0903665, BStBl. I 2011, 1314, Rz. 04.07) zuerst eine Verrechnung mit der steuerwirksamen Teilwertabschreibung erfolgen und der Gewinn stpfl. sein; sie wendet BFH (BFH v. 19.8.2009 – I R 2/09, BStBl. II 2010, 760) im Bereich des UmwStG nicht an. Siehe auch Anm. 94.

Übernahmegewinn: Wird eine Körperschaft auf eine PersGes. verschmolzen, kann sich nach dem Abzug der offenen Rücklagen (§ 7 UmwStG) ein Übernahmegewinn oder -verlust ergeben (§§ 4 Abs. 7, 12 Abs. 2 UmwStG). Soweit er auf eine dem persönlichen Anwendungsbereich des § 8b unterfallende Körperschaft entfällt, ist er im Fall der Verschmelzung auf eine PersGes. aufgrund der Anordnung in § 4 Abs. 7, im Fall der Verschmelzung auf eine KapGes. aufgrund § 12 Abs. 2 Satz 1 UmwStG stfrei, § 8b (einschließlich der Schachtelstrafe von 5 %) ist anwendbar aufgrund § 4 Abs. 7, § 12 Abs. 2 S. 2 UmwStG; erfasst werden alle Fälle der Verschmelzung und Spaltung, auch wenn die übernehmende Körperschaft zuvor nicht an der übertragenden Körperschaft beteiligt war (BFH v. 9.1.2013 – I R 24/12, BFH/NV 2013, 881; BMF v. 11.11.2011 – IV C 2 - S 1978 - b/08/10001//2011/0903665, BStBl. I 2011, 1314, Rz. 12.05f.). Das gilt seit der Änderung des § 15 S. 1 Nr. 2 für Umwandlungen, die nach dem 31.12.2019 zum Handelsregister angemeldet werden, auch für die Verschmelzung einer Organgesellschaft auf den Organträger (§ 15 S. 1 Nr. 2 Sätze 1 und 2, § 34 Abs. 6f idF des JStG 2019 v. 12.12.2019, BGBl. I 2019, 2451). Zur Nichtanwendung von Abs. 3 S. 1 bis zur Gesetzesänderung vgl. BFH v. 26.9.2018 (I R 16/16, BStBl. II 2020, 206; entgegen BMF v. 11.11.2011 – IV C 2 - S 1978-b/08/10001, DOK 2011/0903665, BStBl. I 2011, 1314, Rz. 12.07).

Übernahmeverlust: Grundsätzlich bleibt ein Übernahmeverlust, der bei der Verschmelzung einer KapGes. oder PersGes. auf eine Körperschaft entfällt, außer Ansatz (§ 4 Abs. 6 UmwStG). Er wird indes berücksichtigt, wenn es sich bei den Anteilen an der übertragenden Körperschaft um solche handelt, die der StPflcht aufgrund von Abs. 7 oder Abs. 8 unterfallen (§ 4 Abs. 6 Satz 2 UmwStG).

Offene Rücklagen: Wird eine Körperschaft auf eine PersGes. umgewandelt, sind die offenen Rücklagen als Einkünfte aus Kapitalvermögen zu versteuern. § 7 Satz 1 UmwStG ordnet an, dass die offenen Rücklagen zu Einkünften iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG führen. Es gilt die StFreiheit aufgrund von § 8b Abs. 1 und 5, aber auch Abs. 7 und 8. Im Zuge der Einf. einer StPflcht für Streubesitzdividenden erfolgte auch eine entsprechende Einschränkung in § 7 UmwStG. Wegen der wahlweisen Rückwirkung einer Umwandlung auf eine PersGes. enthält § 27 Abs. 11 UmwStG die besondere Anwendungsregelung, dass § 8b Abs. 4 bereits bei vor dem 1.3.2013 liegenden stl. Übertragungstichtagen gilt, sofern die Anmeldung der Eintragung in das Handelsregister nach dem 28.2.2013 erfolgt ist.

Einbringungsfälle (§ 22 UmwStG): Zur Nachversteuerung eines Einbringungsgewinns aufgrund schädlicher Veräußerung oder veräußerungsgleichen Vorgangs kommt es in den Fällen des § 22 Abs. 1 und 2 UmwStG, wenn Anteile an einer KapGes. zu einem Wert unter dem gemeinen Wert eingebracht wurden und der Einbringende nicht durch § 8b KStG begünstigt war.

32–39 Einstweilen frei.

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Befreiung laufender Beteiligungsbezüge

Schrifttum: *Eilers/Wienands*, Steuersenkungsgesetz: Besteuerung der Dividendeneinnahmen von Körperschaften nach der Neufassung von § 8b Abs. 1 KStG, GmbHR 2000, 957; *Hey*, Bedeutung und Besteuerungsfolgen der verdeckten Gewinnausschüttung nach der Unternehmenssteuerreform, GmbHR 2001, 1; *Kusmaul/Beckmann*, Die Dividendenbesteuerung im

nationalen und internationalen Kontext, DB 2001, 608; *Haas*, Die Gewerbesteuerpflicht von Dividenden aus Streubesitz nach § 8 Nr. 5 GewStG und ihre Auswirkungen auf 100 %-Beteiligungen, DB 2002, 549; *U. Prinz/Simon*, Kuriositäten und Ungereimtheiten des UntStFG: Ungewollte Abschaffung des gewerbesteuerlichen Schachtelprivilegs für Kapitalgesellschaften?, DStR 2002, 149; *Watermeyer*, Gewerbesteuer auf Dividenden aus Streubesitzanteilen, GmbH-StB 2002, 200; *U. Prinz/Schürner*, Tracking Stocks und Sachdividenden – ein neues Gestaltungsinstrument für spartenbezogene Gesellschaftsrechte, DStR 2003, 181; *Orth*, Sachdividenden – Zu deren Kodifizierung und den offen gebliebenen aktienrechtlichen, bilanzrechtlichen und steuerrechtlichen Fragen, WPg 2004, 777 und 841; *Strunk/Kaminski*, Anwendung des § 8b KStG 2002 und Auswirkungen auf die Gewerbesteuer, NWB F. 4, 4731; *Briese*, Wider die verfahrensrechtliche Gleichschaltung der verdeckten Gewinnausschüttung!, DStR 2005, 999; *Starke*, Gewerbesteuerliche Behandlung von Dividenden, FR 2005, 681; *Wissenschaftlicher Arbeitskreis des Deutschen Wissenschaftlichen Instituts der Steuerberater e.V.*, Gefahr der Doppelbesteuerung bei einer nachträglich festgestellten verdeckten Gewinnausschüttung, DStR 2005, 989; *Benecke*, Verdeckte Gewinnausschüttung oder verdeckte Einlage – Eingeschränkte Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens, NWB 2006, 3429; *Briese*, Fragwürdige Korrespondenz bei verdeckter Gewinnausschüttung und verdeckten Einlagen durch den Gesetzesentwurf des JStG 2007, BB 2006, 2110; *Jacobsen*, Der Anspruch des Gesellschafters auf Änderung seines Einkommensteuer-Bescheides bei nachträglich festgestellter verdeckter Gewinnausschüttung, BB 2006, 183; *Strnad*, Das Korrespondenzprinzip in § 8, § 8b KStG gemäß JStG 2007, GmbHR 2006, 1321; *Westerfelhaus*, Logik bei Veranlagung einer verdeckten Gewinnausschüttung, DStZ 2006, 155; *Dörfler/Heurung/Adrian*, Korrespondenzprinzip bei verdeckter Gewinnausschüttung und verdeckter Einlage, DStR 2007, 514; *Kollruss*, Weiße und graue Einkommen bei Outbound-Finanzierung einer ausländischen EU-Tochter-Kapitalgesellschaft nach Europarecht und dem JStG 2007, BB 2007, 467; *Neumann*, Neuregelung für verdeckten Gewinnausschüttung und verdeckte Einlagen, GmbH-StB 2007, 112; *Pohl/Raupach*, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen nach dem JStG 2007, FR 2007, 210; *Bahns*, Steuerlich rückwirkende Ereignisse auf Grund von Steuerklauseln in Kaufverträgen über Kapitalgesellschaftsanteile, Ubg 2008, 762; *Bareis/Siegel*, Sachausschüttungen und ihre körperschaftsteuerliche Behandlung de lege lata und de lege ferenda, BB 2008, 479; *Becker/Kempff/Schwarz*, Neue Steuerfallen im internationalen Steuerrecht, DB 2008, 370; *Bogenschütz*, Hybride Finanzierungen im grenzüberschreitenden Kontext, Ubg 2008, 533; *Dörfler/Adrian*, Anwendungsfragen und Wirkungen des Korrespondenzprinzips bei verdeckter Gewinnausschüttung und verdeckter Einlage, Ubg 2008, 373; *Frase*, „Hinzurechnungsbesteuerung“ nach § 8b Abs. 1 Satz 2 KStG europarechtskonform?, BB 2008, 2713; *Kessler/Knörzer*, Die Verschärfung der gewerbesteuerlichen Schachtelstrafe – erneute Diskriminierung inländischer Holdinggesellschaften?, IStR 2008, 121; *Schlagheck*, Verdeckte Gewinnausschüttung und Änderung nach § 32a Abs. 1 KStG, StBp. 2008, 163; *Schnitger/Rometzki*, Die Anwendung des Korrespondenzprinzips auf verdeckte Gewinnausschüttung und verdeckte Einlagen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten nach dem JStG 2007, BB 2008, 1648; *Horst*, Kongruenz der Besteuerung zwischen Gesellschaft und Anteilseigner – Materielle Korrespondenz, NWB 2009, 3022; *Intemann*, Ausschüttungen aus dem steuerlichen Einlagekonto nicht nach § 8b Abs. 1 KStG steuerbefreit, NWB 2010, 2295; *Spilker/Peschke*, Erfordernis der Steuerneutralität der Einlagenrückgewähr ausländischer Gesellschaften, DStR 2011, 385; *Becker/Loose*, Zur geplanten Ausdehnung des materiellen Korrespondenzprinzips auf hybride Finanzierungen, IStR 2012, 758; *Hruschka*, Drittstaatenumwandlung mit Folgen, IStR 2012, 844; *Bärsch/Spengel*, Korrespondierende Besteuerung bei grenzüberschreitend eingesetzten hybriden Finanzinstrumenten, Ubg 2013, 377; *Becker/Kamphaus/Loose*, Greift das Korrespondenzprinzip bei Drittstaatenverschmelzungen, IStR 2013, 328; *Ernesting*, Behandlung von Zahlungen auf Basis des brasilianischen EK-Verzinsungsregimes, IWB 2013, 417; *Ott*, Probleme beim steuerlichen Einlagekonto bei der Einlagerückgewähr, DStR 2014, 673; *Richter/Reeb*, Zur Ausdehnung des materiellen Korrespondenzprinzips in § 8b Abs. 1 S. 2 KStG durch das AmtshilfeRLÜmsG im Spannungsfeld von Europa- und Völkerrecht, IStR 2015, 40; *Schiefer*, Maßnahmen zur Bekämpfung hybrider Finanzierungsinstrumente, IWB 2015, 352; *Bannes/Cloer*, BEPS Aktionsplan 2: Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, BB 2016, 1503; *Benecke/Staats*, Einlagenrückgewähr bei Sachausschüttung („Spin-off“) einer Drittstaatsgesellschaft, IStR 2016, 893; *Birker/Schänzle*, Anwendungsprobleme des materiellen

Korrespondenzprinzips gemäß § 8b Abs. 1 Sätze 2, 3 KStG, Ubg 2016, 320; *Cloer/Hagemann*, Verfassungskonformität des einseitigen Überschreibens von Abkommensrecht, NWB 2016, 1802; *Dettmeier/Dörr/Neukam/Prodan*, Die Anti-Tax-Avoidance-Richtlinie zur Bekämpfung von Steuer-Vermeidungspraktiken, NWB 2016, 3082; *Hennrichs/Schlotter*, Körperschaftsteuerliche Behandlung von Genussrechten, DB 2016, 2072; *Kleinmanns*, Genussrechte in Handelsbilanz und Steuerbilanz: Zinsen nicht mehr steuerlich abzugsfähig?, BB 2016, 2543; *Klepsch*, Zur steuerlichen Behandlung von Drittstaatenverschmelzungen von Körperschaften, IStR 2016, 15; *Kotyrba/Schlottbohm*, Steuerliche Abzugsfähigkeit von Zahlungen auf Genussrechte, DK 2016, 445; *Kraft/Schreiber*, Kapitalrückzahlungen von Drittstaatskapitalgesellschaften, NWB 2016, 2345; *Kusch*, Die steuerliche Behandlung von Genussrechten, NWB 2016, 1952; *Loose/Oskamp*, Doppelbesteuerungsrisiken bei transparent besteuerten ausländischen Kapitalgesellschaften, BB 2016, 1498; *Pohl*, Rückgewähr von Einlagen durch Drittstaatenverschmelzungen, IWB 2016, 841; *Pohl*, Nochmals: Drittstaatenverschmelzungen und § 12 Abs. 2 KStG, DStR 2016, 2837; *Richter*, Anmerkung zur abgestimmten Verfügung der OFD Nordrhein-Westfalen v. 12.5.2016 bzgl. der Behandlung von Genussrechten – Das Ende für den Debt-Mezzanine-Swap?, DStR 2016, 2058; *Schafitzl/Laschewski*, Steuerneutrale Einlagenrückgewähr auch in Drittstaatenfällen, BB 2016, 3095; *Stegemann*, Verschärfung der Besteuerung von Genussrechten durch die Finanzverwaltung, DStR 2016, 2151; *Weiss*, Neues zur Neutralität von Drittstaatenumwandlungen, IWB 2016, 904; *Arjes/Foddanu*, Neue Entwicklungen bei der Einlagenrückgewähr aus Drittstaaten, DB 2017, 688; *Binnewies/Stehmert*, Einlagenrückgewähr und Nennkapital-Rückzahlung durch ausländische Kapitalgesellschaften, GmbH-StB 2017, 189; *Ender*, Zur Möglichkeit der Einlagenrückgewähr von ausländischen Körperschaften, IStR 2017, 185; *Holle/Keilhoff*, Drittstaatsabspaltungen im internationalen Steuerrecht – Diskussion einer möglichen Steuerbelastung im Inland, IStR 2017, 245; *Krauß/Köstler*, Aktuelles zur steuerlichen Behandlung von Drittstaatenumwandlungen: Drittstaatenverschmelzungen und Drittstaatenabspaltungen, BB 2017, 924; *Mayer-Theobald/Süß*, Steuerneutrale Einlagenrückgewähr bei Gesellschaften aus Drittstaaten, DStR 2017, 137; *Meißel/Scholz*, Diskriminierungsfreie Besteuerung von Dividenden und Abspaltungen, DB 2017, 871; *Polt*, Neue Entwicklungen bei der steuerrechtlichen Behandlung von Drittstaatenverschmelzungen auf Ebene des Anteilseigners, Ubg 2017, 134; *Pyszka*, Einkommensberichtigung bei einer Zuwendung nicht einlagefähiger Vorteile an eine ausländische Schwestergesellschaft, DStR 2017, 533; *Schönfeld/Bergmann*, Finanzverwaltung erleichtert steuerneutrale Verschmelzungen von Drittstaatengesellschaften, IStR 2017, 68; *Kortendick/Joisten/Ekinci*, Zur Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung: Folgerungen aus dem BFH-Urt. v. 13.6.2018 – I R 49/15, BB 2018, 3031; *Baumgartner*, „Alles beim Alten?“ – Die Rechtsprechung des BFH zur Einlagenrückgewähr durch Drittstaatengesellschaften, DStR 2019, 2393; *Brandis*, Hinzurechnung passiver Einkünfte nach § 8 AStG und Gegenbeweis – verdeckte Einlage in Dreiecksverhältnissen, BFH/PR 2019, 21; *Käshammer/Schmohl/Schuhmann*, Einlagenrückgewähr durch eine Drittstaatengesellschaft – Ausgewählte Praxisüberlegungen, IStR 2019, 858; *Kollruss*, Rücknahme der gewerbesteuerlichen Umsetzung der Mutter-Tochter-Richtlinie durch JStG-E 2019 wirkungslos?, WPg 2019, 1354; *van Lishaut*, Methodenfragen im Zypern-Fall (BFH v. 13.6.2018 – I R 94/15, FR 2018, 1092), FR 2019, 370; *Pohl*, Steuerliche Behandlung von Sachausschüttungen, NWB 2019, 244; *Ronneberger*, Der Übernahmeertrag aus Aufwärtsverschmelzung im Organschaftsfall, NWB 2019, 2573; *Schrenk/Ullmann*, Steuerliche Behandlung von Einlagenrückzahlungen durch Drittstaatengesellschaften, DStZ 2019, 886; *Wacker*, Einlagenrückgewähr durch Drittstaatengesellschaften nach dem BFH-Urt. v. 10.4.2019 – I R 15/16, FR 2019, 907 – erste Anmerkungen, *Jürgen Lüdicke* gewidmet, FR 2019, 979; *Karcher*, Die steuerliche Behandlung von Vergütungen auf beteiligungsidentische Genussrechte, DStR 2020, 1945; *Käshammer/Bolik*, Grenzüberschreitende Dreieckskonstellationen: § 1 AStG oder verdeckte Gewinnausschüttung?, NWB 2020, 3168; *Oppel*, BFH schließt Direktzugriff auf Einlagekonto auch im Drittstaatenverhältnis aus, IStR 2020, 46; *Schnitger*, § 1 Abs. 1 AStG als neue „Allzweckwaffe“ für Verrechnungspreiskorrekturen?, IStR 2020, 821; *Andresen/Holtrichter*, BFH-Urt. v. 27.11.2019 – „In dubio pro fisco germano“ oder „Vom Fremdvergleich zum hinkenden Rechtsfolgenvergleich“, DStR 2021, 65; *Engelen/Quilitzsch*, Darlehensverzicht in grenzüberschreitenden Dreieckskonstellationen: Gedanken zum Urt. des BFH v. 27.11.2019 – I R 40/19, FR 2021, 145; *Weiss/Brühl*, Eine neue Runde bei der Abwicklung von „Dreiecksachverhalten“?, IStR 2021, 114.

I. Tatbestandsmerkmale (Abs. 1 Satz 1)

1. Grundtatbestand der Beteiligungsertragsbefreiung

40

Abs. 1 Satz 1 regelt den Grundtatbestand laufender Erträge aus einer Beteiligung, die stfrei sind. Er enthält keine eigenständige Definition, sondern bedient sich hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „Bezüge“ einer Verweisung auf bestimmte in § 20 Abs. 1 EStG genannte Einkünfte (vgl. auch BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 5–10). Insoweit handelt es sich um eine Rechtsgrundverweisung; die im EStG genannten Einkunftstatbestände müssen erfüllt sein, um auch den Tatbestand des Abs. 1 Satz 1 zu erfüllen. Die Aufzählung in Abs. 1 ist abschließend. Andere Einkünfte aus § 20 EStG, zB Zinseinkünfte, sind weiterhin stpfl., weil das „Halbeinkünfteverfahren“ auf sie nicht anwendbar ist.

Keine Vorbelastung und Ausnahmen: Der Tatbestand des Satz 1 enthält keine Voraussetzungen einer StPflcht der Bezüge bei der ausländ. Körperschaft, eine Beteiligungsquote oder einer bestimmten Aktivität. Einer eventuell fehlenden Vorbelastung trägt die Hinzurechnungsbesteuerung in §§ 7 ff. AStG Rechnung. Der Gesetzgeber hat diesen Grundsatz jedoch durch das Korrespondenzprinzip (Satz 2 bis 4: keine StBefreiung für vGA, die nach dem 18.12.2006 zugeflossen sind) und für alle Ausschüttungen ab VZ 2014, wenn sie das Einkommen der leistenden Körperschaft gemindert hatten, durchbrochen. Aufgrund des OECD Aktionsplans v. 17.6. 2015 und der daraufhin ergangenen EU-Richtlinien ATAD I, RL (EU) 2016/1164 des Rates v. 12.7.2016, aktualisiert durch ATAD II, RL (EU) 2017/952 des Rates v. 29.5.2017, soll der Gesetzgeber national eine Vorbelastung von Gewinnausschüttungen vorsehen. Die Sätze 2 bis 4 haben diese Umsetzung bereits (vor ATAD II) vorweggenommen (vgl. *Bannes/Cloer*, BB 2016, 1503 [1504]).

2. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG

41

Im Rahmen der Freistellung laufender Erträge zwischen KapGes. sind die Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG der wohl bedeutsamste Anwendungsfall.

Erfassung sämtlicher offener und verdeckter Gewinnausschüttungen: Die StFreistellung erfasst in erster Linie Gewinnanteile (Dividenden) und damit Gewinnausschüttungen einschließlich Sachdividenden. Da keine Einschränkung auf bestimmte KapGes. besteht, werden neben Gewinnausschüttungen von AG und GmbH auch Gewinnausschüttungen im Ausland ansässiger KapGes. oder KapGes. ausländ. Rechtsform mit Doppelansässigkeit erfasst, und zwar sowohl offene als auch sonstige Ausschüttungen, insbes. vGA (unstr.), ebenso zB BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 5) und inkongruente Gewinnausschüttungen (dazu BMF v. 17.12.2013 – IV C 2 - S 2750 - a/11/10001, juris). Dasselbe gilt für Bezüge von Genossenschaften, bergbaurechtl. Vereinigungen, denen die Rechte einer juristischen Person zukommen, ebenso wie für Ausschüttungen auf Genussrechte an KapGes., mit denen kumulativ das Recht am Gewinn und Liquidationserlös verbunden ist (grundlegend BFH v. 14.8.2019 – I R 44/17, DStR 2020, 1307, Rz. 37; BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 5; zur Abgrenzungsproblematik vgl. *Hennrichs/Schlotter*, DB 2016, 2072; *Kleinmanns*, BB 2016, 2543; *Kusch*, NWB 2016, 1952; *Kotyrbal/Schlottbohm*, DK 2016, 445; s. auch § 20 EStG Anm. 56; *Karcher*, DStR 2020, 1945); die Beteiligung am Liquidationserlös kann nicht durch eine mehr als 30jährige Laufzeit oder eine Alleingesellschafterstellung surrogiert werden. Auch Ausschüttungen an Komman-

ditaktionäre und den persönlich haftenden Gesellschafter einer KGaA, soweit sich die Gewinnanteile auf die Beteiligung am Grundkapital beziehen, fallen unter § 20 Abs. 1 EStG. Diese Gewinnanteile erlangen insbes. Bedeutung für Abs. 1, weil auch KapGes. den Komplementär einer KGaA bilden können (grundlegend BGH v. 24.2.1997 – II ZB 11/96, NJW 1997, 1923). Zu den Bezügen gehören darüber hinaus auch Ausgleichsansprüche iSd. § 304 Abs. 1 Satz 1 AktG als sog. garantierter Dividendenanspruch (*Kröner in Bott/Walter*, § 8b Rz. 52 [4/2004]; *Eilers/Schmidt*, GmbHR 2003, 613 [615]).

Keine Bezüge iSd. Abs. 1 liegen in folgenden Fällen vor:

- ▶ *Organschaft*: Werden dem Anteilseigner Beteiligungserträge in einer kstl. Organschaft aufgrund eines GAV (§ 291 AktG, § 14 KStG) zugerechnet, liegen aufgrund des GAV keine Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG vor (BFH v. 18.12.2002 – IR 51/01 BFH/NV 2003, 572).
- ▶ *Wertpapierleihe*: Einnahmen aus Wertpapierleihe wie Leihgebühren und Kompensationszahlungen an den Verleiher führen für diesen nicht zu Bezügen iSd. § 20 Abs. 1 EStG (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 9; dazu *Dötsch/Pung*, DB 2003, 1016 [1017]; *Eilers/Schmidt*, GmbHR 2003, 613 [617]; zur Wertpapierleihe selbst vgl. ausführl. *Häuselmann/Wagner*, FR 2003, 331, mwN; *Schnitger/Bildstein*, IStR 2008, 202). Der Entleiher wird rechtl. und wirtschaftlicher Eigentümer der Wertpapiere; er erzielt Dividenderträge (§ 20 Abs. 5 EStG). Durch das JStG 2008 wurde eine besondere abzugshindernde Regelung für die Kompensationszahlungen durch Abs. 10 eingeführt. Vor Einf. des pauschalen BA-Abzugsverbots in Abs. 5 Satz 1 war darüber hinaus str., ob die Leihgebühren beim Entleiher aufgrund von § 3c EStG nicht abziehbar waren (so *Strunk/Kaminski*, NWB F. 4, 4731 [4732]; aA wohl BFH v. 18.8.2015 – I R 88/13, BStBl. II 2016, 961, Rz. 14; *Mühlhäuser/Stoll*, DStR 2002, 1597 [1598]; *Rödter/Schumacher*, DStR 2003, 909 [910]).

Sonderfragen bei Einlagerückgewähr: Werden Ausschüttungen iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 EStG aus dem stl. Einlagekonto (§ 27) finanziert, kommt es bei der empfangenden KapGes. zu einer BV-Mehrung. Die Behandlung von Ausschüttungen, die aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 erfolgen, ist streitig.

- ▶ *Auffassung der Rechtsprechung*: Der BFH (BFH v. 28.10.2009 – I R 116/08, BStBl. II 2011, 898) hat entschieden, dass Rückzahlungen aus dem stl. Einlagekonto nicht Abs. 1 unterfallen. Da § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG Ausschüttungen aus dem Einlagekonto von den Einnahmen ausnehme, könnten auch keine Bezüge vorliegen, die Abs. 1 aber gerade voraussetzt. Unbeantwortet lässt der BFH demgegenüber mangels Entscheidungserheblichkeit (Altfall) die Frage einer Freistellung aufgrund von Abs. 2.
- ▶ *Auffassung der Finanzverwaltung*: Im Erg. entspricht das auch der Ansicht der FinVerw., soweit es um die Nichtanwendung des Abs. 1 geht. Einlagenrückzahlungen sollen – soweit sie den Buchwert der Beteiligung übersteigen – aufgrund von Abs. 2 freigestellt sein (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 6; glA *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 63a [10/2019]; *Lechner/Haisch/Bindl*, Ubg 2010, 339; *Rengers in Blümich*, § 8b Rz. 115 [7/2018]; *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 318). Bei der Auszahlung handele es sich um eine Rückzahlung von Vermögen, das der KapGes. zuvor als Einlage zugeführt wurde; die Rückzahlung sei der Auskehrung von Nennkapital vergleichbar.

- ▶ **Literaturmeinung:** In der Literatur ist die Behandlung streitig. In Abweichung von BFH und BMF wird vertreten (vgl. *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 137 [6/2020]; *Füger/Rieger*, FR 2003, 543; *Watermeyer*, GmbH-StB 2002, 108; *Hoffmann*, GmbH-StB 2003, 210; *M. Prinz*, FR 2010, 580; *Herzig*, DB 2003, 1459 [1461]; *Kröner in Bott/Walter*, § 8b Rz. 52 [4/2004]), dass Ausschüttungen, für die das Einlagekonto verwendet wird, nach Verrechnung mit dem Beteiligungsbuchwert Abs. 1 unterfallen, und insoweit auch die Fiktion des Abs. 5 eingreift. Die Problematik folgt aus § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG. Danach sind die auf § 27 beruhenden Bezüge zwar solche iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG, führen aber nicht zu stpfl. Einnahmen aus Kapitalvermögen. Die Regelung ist nach dem Systemwechsel der KSt vom Anrechnungsverfahren zum klassischen System im Grunde nur noch bedeutsam, um Einlagerückzahlungen im PV nicht der StPflcht zu unterwerfen (vgl. *Levedag* in *Schmidt*, 39. Aufl. 2020, § 20 EStG Rz. 65; ausführl. *M. Prinz*, FR 2010, 580 [581]). Nur dort erfolgt eine Veräußerungsfiktion aufgrund von Ausschüttungen aus dem stl. Einlagekonto und der dadurch bedingten StPflcht, die als veräußerungsgleich in § 17 Abs. 4 EStG statt als Ausschüttung geregelt sind. Für Anteile im BV bedeutet diese Aussage, dass Auskehrungen aus dem Einlagekonto gegen den Buchwert der Beteiligung zu verrechnen sind, weil sie gerade nicht zu Einnahmen aus Kapitalvermögen führen sollen; *Füger/Rieger* (FR 2003, 543 [544f.]) wenden demgegenüber ein, dass § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG nach der Abschaffung des Anrechnungsverfahrens im Bereich des BV keine Bedeutung mehr habe und lassen keine Verrechnung mit den AK der Beteiligung zu.

Nach der wohl am stärksten einschränkenden Ansicht (*Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 106; *Gosch*, FS Herzig, 2010, 63 [66f.]) unterfallen den Buchwert übersteigende Ausschüttungen aus dem stl. Einlagekonto weder Abs. 1, weil sie aufgrund von § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG nicht zu den Bezügen gehören, noch Abs. 2, weil sie nicht aufgrund einer Veräußerung oder eines veräußerungsgleichen Vorgangs erfolgen. Sie sind vollständig stpfl.

- ▶ **Unterschiedliche Rechtsfolgen:** Der wesentliche Unterschied einer StBefreiung aufgrund von Abs. 1 statt Abs. 2 liegt in Folgendem: Bei Abs. 1 konnte es zur Nachsteuer (§ 37 Abs. 3 bis VZ 2006) kommen, nicht aber zur StPflcht vorangegangener Teilwertabschreibungen und nicht zu eventuellen Restriktionen aufgrund von Abs. 4 aF (vgl. auch *Füger/Rieger*, FR 2003, 543; *Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 63 [10/2019]; *Dötsch/Pung*, DB 2003, 1016 [1021]). Unterschiede ergeben sich nach derzeitiger Rechtslage zudem bei Abs. 4 nF, der Gewinnausschüttungen, aber nicht Abs. 2 unterfallende Vorgänge erfasst.
- ▶ **Stellungnahme:** Die Einlagenrückzahlung sollte uE systematisch der StBefreiung des Abs. 1 unterfallen. Sie zählt zu den Bezügen iSd. Abs. 1 iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG steht dem nicht entgegen, weil die Regelung im Bereich der betrieblichen Einnahmen nicht auf die Aussage beschränkt ist, Rückzahlungen aus dem stl. Einlagekonto seien beim Gesellschafter nicht als stbare Einnahme zu behandeln. Sie ist zusätzlich als eine den AK-Begriff ergänzende Bewertungsregelung zu § 6 Abs. 1 Nr. 2 und § 17 Abs. 2 EStG zu verstehen, die den Zweck hat, stille Reserven in der Beteiligung sicherzustellen (vgl. BFH v. 20.4.1999 – VIII R 38/96, BStBl. II 1999, 647). Aus diesem Grund sind Ausschüttungen aus dem Einlagenkonto mit den AK der Beteiligung zu verrechnen, ein darüber hinaus gehender Betrag der Ausschüttung

führt im betrieblichen Bereich zu BE und im privaten Bereich zur Anwendung des § 17 Abs. 4 EStG. Zwar erging BFH v. 20.4.1999 (VIII R 38/96, BStBl. II 1999, 647) noch zum EK 04, insoweit besteht zu § 27 jedoch kein Unterschied (ausführl. *M. Prinz*, FR 2010, 580). Da der I. Senat des BFH (BFH v. 28.10.2009 – I R 116/08, BStBl. II 2011, 898) dieser Ansicht nicht folgt, müssen Ausschüttungen aus dem stl. Einlagekonto zumindest in entsprechender Anwendung des Abs. 2 freigestellt werden, weil eine Freistellung nach der Wertentscheidung in anderen steuergesetzlichen Regelungen durch eine Veräußerungsfiktion getroffen ist. Zu nennen sind insbes. § 17 Abs. 4 EStG und § 22 Abs. 1 Nr. 3, § 22 Abs. 2 Satz 6 UmwStG; sie regeln, dass die AK übersteigende Leistungen aus dem Einlagekonto (§ 27 KStG) als Veräußerung gelten. Diese Wertentscheidung spricht uE dafür, bei Nichtanwendung von Abs. 1 Leistungen aus dem Einlagekonto stfrei zu stellen und zumindest einheitlich dem Veräußerungsstatbestand und damit Abs. 2 zu unterwerfen.

Besonderheiten bei ausländischer Kapitalgesellschaft: Bei ausländ. KapGes. ist hinsichtlich einer Einlagerückgewähr wie folgt zu unterscheiden:

- ▶ *Ausländische EU-Gesellschaften ab Veranlagungszeitraum 2006:* Die fehlende Anwendung des § 27 auf ausländ. EU-KapGes. war europarechtl. höchst problematisch, denn der gesamte Betrag ihrer Ausschüttung war aufgrund der nach hM für diesen Fall gebotenen Anwendung des Abs. 1 beim Gesellschafter Bemessungsgrundlage für die 5 %-Fiktion des Abs. 5 Satz 1. Da unbeschränkt stpfl. KapGes. dadurch bessergestellt waren als ausländ. KapGes., hat der Gesetzgeber § 27 mW ab dem VZ 2006 ergänzt. Aufgrund § 27 Abs. 8 können auch in der EU unbeschränkt stpfl. KapGes. eine Einlagerückgewähr erbringen; sie ist in entsprechender Anwendung der für unbeschränkt stpfl. KapGes. geltenden Grundsätze – allerdings erst im Zeitpunkt der Ausschüttung – zu ermitteln. Zu Einzelheiten s. § 27 Anm. 160.
- ▶ *Entsprechende Anwendung auf EWR-Gesellschaften:* Der Wortlaut des § 27 Abs. 8 erfasst nur Gesellschaften, die in einem Mitgliedstaat der EU der unbeschränkten KStPflicht unterliegen. Da die EU-Grundfreiheiten auch für EWR-Gesellschaften gelten, ist § 27 Abs. 8 insoweit EU-rechtswidrig und eine entsprechende Anwendung auf Gesellschaften in EWR-Staaten geboten (s. § 27 Anm. 164).

Nach überwiegender Meinung ist § 27 Abs. 8 auch bereits vor VZ 2006 entsprechend anwendbar, um eine EU-rechtliche Diskriminierung zu vermeiden (s. § 27 Anm. 164 mwN.). Durch § 27 Abs. 8 hat der Gesetzgeber zwar einem Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit entgegenwirken wollen (Art. 43, 47 AEUV). Da aber weder § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG noch §§ 8b Abs. 1 und 2, 27 KStG eine die Niederlassungsfreiheit kennzeichnende, kontrollierende Beteiligung erfordern, ist eine (weiterhin gegebene) Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 62, 64 AEUV) im Hinblick auf die vorgenannten Drittstaatenfälle nicht ausgeschlossen.

- ▶ *Drittlandsgesellschaften:* Für Drittlandsgesellschaften gibt es keine Regelung zum stl. Einlagenkonto. Grundsätzlich würden Ausschüttungen aus dem Rücklagen-Eigenkapital zu Bezügen iSd. Abs. 1 führen. Die Regelung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG ist expressis verbis wegen ihres Verweises auf § 27 nicht anwendbar (BMF v. 4.6.2003 – IV A 2 - S 2836 - 2/03, BStBl. I 2003, 366, Rz. 3; ausführl. *Füger/Rieger*, FR 2003, 543 [544]; *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 107; *Pohl*, JbFSStR 2011/12, 588). Das aber würde bedeuten, dass die gesamte Ausschüttung ohne Verrechnung mit dem Beteiligungsbuchwert der 5 %-Fik-

tion nach Abs. 5 und im Fall von Streubesitz nach Abs. 4 oder in den Fällen des Abs. 7 und 8 sogar der vollständigen Besteuerung unterliegen würde (BMF v. 4.6.2003 – IV A 2 - S 2836 - 2/03; BStBl. I 2003, 366, Rz. 3; FinMin. NRW v. 6.10.2011 – S 2836 - 17 - VB 4, juris). Bereits zum KStG 1999 hatte der BFH (BFH v. 4.11.1992 – I R 1/91, BStBl. II 1993, 189; BFH v. 27.4.2000 – I R 58/99, BStBl. II 2011, 188; BFH v. 20.10.2010 – I R 117/08, BFH/NV 2010, 669) entschieden, dass eine Einlagenrückgewähr durch Drittstaatengesellschaften stfrei ist, weil eine Rückzahlung von AK vorliegt. BFH v. 13.7.2016 (BFH v. 13.7.2016 – VIII R 47/13, DStR 2016, 2395) hat dies bestätigt. Es verstoße gegen die Kapitalverkehrsfreiheit, wenn die Regelungen über eine Einlagenrückgewähr nur für inländ. und EU-Gesellschaften gelten würde. Diese, zu § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG ergangene Entsch. gilt sinngemäß auch für eine unionskonforme Auslegung des § 27. Eine Rückgewähr von Eigenkapital durch Drittlandsgesellschaften liegt demgemäß – ohne die Nachweise und Förmlichkeiten nach § 27 Abs. 8 – stets vor, wenn sich aus der nach ausländ. Recht aufgestellten Bilanz ergibt, dass Rücklagen ausgeschüttet werden (ebenso FG Münster v. 19.11.2015 – 9 K 1900/12 K, EFG 2016, 756, mit Anm. *Rengers; Arjes/Foddanu*, DB 2016, 688; *Endert*, IStR 2017, 185 [188 f.]; *Mayer-Theobald/Süß*, DStR 2017, 137; *Niedermaier*, DStR 2017, 1009 [1012 ff.]; *Schafnitzl/Laschewski*, BB 2016, 3095). Diesen Grundsatz hat der BFH (BFH v. 10.4.2019 – I R 15/16, BFH/NV 2019, 1312) restriktiv „fortentwickelt“. Auch im Bereich des § 8b ist die Einlagenrückgewähr (bis zu den AK der Beteiligung) nicht stpfl. Jedoch ist nach dem jeweiligen Handels- und Gesellschaftsrecht die Höhe des ausschüttbaren Gewinns zu ermitteln und bei seiner Verwendung die gesetzlichen Verwendungspflichten des § 27 Abs. 4 Sätze 3 und 5 mit einer Nachrangigkeit der Rückgewähr von Einlagen zu beachten (*Stiller/Heinemann*, RiW 2020, 207). Die Kapitalverkehrsfreiheit verlange zwar eine Gleichstellung, jedoch soll – so der BFH – eine Inländerdiskriminierung durch eine Besserstellung von Drittlandsgesellschaften vermieden werden (vgl. auch *Wacker*, FR 2019, 907; *Baumgartner*, DStR 2019, 2393; krit. *Kahlenberg/Erdem*, IStR 2020, 95; *Oppel*, IStR 2020, 46 [52 f.]; *Käshammer/Schmohl/Schuhmann*, IStR 2019, 858; *Schell/Philipp*, DStR 2019, 2225).

3. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG

42

Die Regelung betrifft durch den Verweis auf § 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG Bezüge aufgrund einer Kapitalherabsetzung oder nach Auflösung einer Körperschaft. § 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG erfasst zwei Fälle; in Satz 1 Bezüge, die nach Auflösung einer Körperschaft oder Personenvereinigung anfallen und nicht in der Rückzahlung von Nennkapital bestehen (erfasst werden in- und ausländ. Körperschaften oder Personenvereinigungen), und in Satz 2 Bezüge, die aufgrund einer Kapitalherabsetzung oder nach Auflösung einer – unbeschränkt stpfl. – Körperschaft oder Personenvereinigung anfallen und als Gewinnausschüttungen iSd. § 28 Abs. 2 Satz 2 gelten.

Bezüge, die nach der Auflösung einer Körperschaft oder Personenvereinigung anfallen und die nicht in der Rückzahlung von Nennkapital bestehen: Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 erfasst Bezüge aus der Auflösung einer KapGes., die nicht in der Rückzahlung von Nennkapital bestehen. Grundsätzlich handelt es sich um Auskehrungen von Gewinnrücklagen oder laufendem Gewinn aufgrund einer Auflösung oder

aufgrund einer Kapitalherabsetzung unter der weiteren Voraussetzung, dass die Bezüge (Auskehrungen) als Gewinnausschüttungen iSd. § 28 Abs. 2 Satz 2 gelten, Nennkapital also aus Gewinnrücklagen gebildet wurde. Das ist der Fall, soweit ein Teil des herabgesetzten und an die Anteilseigner ausgekehrten Nennkapitals den Sonderausweis iSd. § 28 Abs. 1 Satz 3 bedingt (vgl. BMF v. 4.6.2003 – IV A 2 – S 2836 - 2/03, BStBl. I 2003, 366, Rz. 33 ff.). Die Rückzahlung von Nennkapital, das aus Gewinnrücklagen gebildet wurde, wird als Gewinnausschüttung behandelt und unterfällt Abs. 1. Anderenfalls könnten die stl. Folgen einer Gewinnausschüttung durch eine Erhöhung des Nennkapitals aus solchen Gewinnrücklagen (Streubesitz) zugunsten einer Liquidationsauskehrung erfolgen.

Rückzahlungen aus dem steuerlichen Einlagekonto: Unklar ist (entsprechend dem Fall von Bezügen aufgrund von § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG), wie Rückzahlungen aus dem stl. Einlagekonto im Rahmen einer Auflösung/Liquidation zu behandeln sind, weil aufgrund von § 20 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 letzter Halbs. EStG Satz 3 entsprechend anzuwenden ist. Die FinVerw. behandelt Leistungen aus dem stl. Einlagekonto im Rahmen einer Liquidation ebenso wie im Fall einer Ausschüttung als Fall des Abs. 2 (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 – S 2836 - 2/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 7; ebenso zB *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 64 [10/2019]). Im Einzelnen s. Anm. 41.

- ▶ *Die Regelung in § 20 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1* gilt für alle in- und ausländ. KapGes. seit dem VZ 2007 (§ 52 Abs. 1 EStG idF des StÄndG 2007), weil das bis dahin enthaltene Tatbestandsmerkmal „unbeschränkt steuerpflichtig“ gestrichen wurde (s. im Einzelnen § 20 EStG Anm. 121 f.).

Bezüge aufgrund Kapitalherabsetzung oder Auflösung: Die Regelung erfasst nur die Kapitalherabsetzung oder Auflösung unbeschränkt stpfl. KapGes. Abs. 1 erfasst solche Auskehrungen aus Kapitalherabsetzung oder Auflösung, soweit sie aus in Nennkapital umgewandelten Rücklagen stammen (§ 28 Abs. 2 Sätze 2 und 4). Auskehrungen, die durch das stl. Einlagekonto dotiert werden, unterfallen nach Rspr. und FinVerw. nicht Abs. 1; s. Anm. 32.

- ▶ *Besonderheiten bei ausländischer Kapitalgesellschaft:* Die vorstehenden Grundsätze für die Kapitalherabsetzung und Auflösung gelten ausdrücklich nur für unbeschränkt stpfl. Körperschaften und Vereinigungen. Auskehrungen von beschränkt stpfl. Körperschaften und Vereinigungen führen uE zur Anwendung des Abs. 2 mit der Folge, dass auch die Restriktionen des Abs. 3 und des Abs. 4 aF eingreifen. Dadurch bleibt in diesen Fällen eine EU-Gleichheit zumindest fragwürdig (*Herlinghaus in Rödder/Herlinghaus/Neumann*, 2015, § 8b Rz. 114; *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 119). Allerdings hat vorrangig eine Verrechnung mit den AK zu erfolgen, s. hierzu § 20 EStG Anm. 128; *Levedag in Schmidt*, 39. Aufl. 2020, § 20 EStG Rz. 71.

43 4. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG

Auch Einnahmen aus Leistungen einer nicht stbefreiten Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse nach § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 sind stfrei. Es handelt sich um Leistungen von Körperschaften iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3–5, die keine Gesellschafter, sondern Mitglieder oder Bezugsberechtigte haben. Erfasst werden insbes. Einnahmen aus Leistungen von Vereinen, wie Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit, und Stiftungen, die einer Gewinnausschüttung wirtschaftlich entsprechen (s. § 20 EStG Anm. 342). Die Erfassung als Kapitaleinkünfte mit

einer korrespondierenden Befreiung im Rahmen des § 8b Abs. 1 (und Abs. 4 seit 1.3.2013) stellt sicher, dass es bei einer KStBelastung von 15 % systementsprechend nur so lange bleibt, wie die Kapitaleinnahmen die Ebene der erzielenden Körperschaft oder eines körperschaftlich strukturierten Empfängers nicht verlassen. Durch das JStG 2010 wurde § 20 Abs. 1 Nr. 9 um Satz 2 erweitert. Während die bis dahin geltende Regelung nur unbeschränkt kstpf. Rechtssubjekte im Sinne der Regelung erfasste, werden durch § 20 Abs. 1 Nr. 9 Satz 2 EStG auch Leistungen von vergleichbaren Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, die weder Sitz noch Geschäftsleitung in Inland haben, entsprechend einbezogen. Zur zeitlichen Anwendung (ab VZ 2011) s. § 52 Abs. 37 EStG idF des JStG 2010.

5. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. a EStG

44

Auch Leistungen eines BgA mit eigener Rechtspersönlichkeit iSd. § 4 Abs. 2 sind im Rahmen des Abs. 1 freigestellt. Erfasst werden alle Leistungen derartiger rechtsfähiger BgA, die im Fall einer privatwirtschaftlichen KapGes. zu offenen oder verdeckten Gewinnausschüttungen führen (arg. § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. a letzter Satzteil EStG). Hauptanwendungsfall werden Zahlungen an den Gewährträger und/oder an eine andere Person des öffentlichen Rechts sein (s. § 20 EStG Anm. 353). Leistungen aus dem stl. Einlagekonto (§ 27) fasst die FinVerw. unter Abs. 2 (BMF v. 11.9.2002 – IV A 2 - S 1910 - 194/02, FR 2002, 1199, Rz. 20; zu offenen Fragestellungen s. Anm. 41). Dem Zusammenspiel von § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. a EStG einerseits und § 8b Abs. 1 andererseits liegt ebenfalls die Systematik des KStG zugrunde, betriebliche Gewinne auf der Ebene von Körperschaften einmal mit einer KSt von 15 % zu belasten und die weitere Belastung erst auf Gesellschafterebene eintreten zu lassen.

II. Rechtsfolge: Kein Ansatz bei der Ermittlung des Einkommens (Abs. 1 Satz 1)

45

Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 Buchst. a EStG aus der Beteiligung an einer anderen Körperschaft bleiben bei der Ermittlung des Einkommens der empfangenden Körperschaft durch Korrektur außerhalb der StBil. außer Ansatz. Dadurch kommt es grds. zu keiner KStBelastung, jedoch werden 5 % der stfreien Bezüge als stpf. nicht abziehbare BA fingiert (Abs. 5 Satz 1). Über § 7 Satz 1 GewStG gilt diese StBefreiung auch für die GewSt, wird aber durch § 8 Nr. 5 GewStG partiell aufgehoben.

Keine Anwendung des Abs. 1 bei zugerechnetem Organeinkommen: Da es innerhalb eines kstl. Organkreises nicht zu „Bezügen“ iSd. Abs. 1 kommt, sind die von dem GAV erfassten Gewinne der Tochter-KapGes. beim OT weiterhin stpf. Dort wird auch über die Anwendung von § 8b im Fall tiefer gestaffelter, nicht in die Organschaft einzuordnender KapGes. entschieden (sog. Bruttomethode, § 15 Satz 1 Nr. 2). Siehe Anm. 23.

Organschaft als Gestaltungsmittel zum Aufwandsabzug: Nach Erweiterung des Abs. 5 durch das ProtErklG auch auf inländ. Beteiligungserträge kann durch die Organschaft die Fiktion nicht abziehbarer BA vermieden werden (s. Anm. 192).

Versagung der Steuerfreistellung aufgrund § 4 der Steuerhinterziehungsbekämpfungsvordnung (SteuerHBekV): § 4 SteuerHBekV beruht auf § 33 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e und regelt eine Nichtanwendung des Abs. 1 Satz 1 (und Abs. 2 Satz 1), wenn der Stpfl. die in § 1 Abs. 2 oder Abs. 5 genannten besonderen Mitwirkungs- und Aufzeichnungspflichten nicht erfüllt.

46–47 Einstweilen frei.

48 III. Erweiterung auf einkommensteuerliche Ersatztatbestände (Abs. 1 Satz 5)

Bezüge iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG: Der Verweis des Abs. 1 Satz 5 auf Bezüge iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG erfasst Einnahmen aus der Veräußerung von Dividendenscheinen. Solche Einnahmen liegen vor, wenn der Dividendenschein ohne das dazugehörige Stammrecht (zB Aktie) vor Gewinnverteilungsbeschluss vom Anteilseigner veräußert wird. In diesem Fall erzielt der Stammrechteinhaber durch den entsprechenden Veräußerungspreis insofern eine „vorgezogene Dividende“ und dadurch wirtschaftlich vorgezogene Einkünfte iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG (vgl. *Levedag* in *Schmidt*, 39. Aufl. 2020, § 20 EStG Rz. 160). KapErtrSt fällt daher nicht an (vgl. mit weiterführenden Gestaltungsüberlegungen *Clemens/Rehfeld*, Inf. 2004, 505 [510]). Der Ersatztatbestand des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG ist demgegenüber nicht erfüllt, wenn der Anteilseigner den Dividendenschein erst nach einem Gewinnverteilungsbeschluss veräußert. In diesem Fall erzielt er bei Ausschüttung Dividendeneinkünfte iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG, weil ihm die Einnahmen aufgrund von § 20 Abs. 5 EStG zuzurechnen sind.

Bezüge iSd. § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG: Ebenso wie die Einnahmen aus der Veräußerung (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG) unterliegen auch Einnahmen aus der Abtretung von Dividendenansprüchen oder sonstigen Ansprüchen iSd. § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG (richtig: § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 EStG) aufgrund der Gesetzesänderung durch das UntStFG *expressis verbis* dem Tatbestand des Abs. 1, wenn die Abtretung vor einem entsprechenden Gewinnverteilungsbeschluss erfolgt.

Fraglich ist, ob auch diese Bezüge der gewstl. Kürzung (s. Anm. 25) nach §§ 8 Nr. 5, 9 Nr. 2a oder 7 GewStG unterliegen, da es sich nicht um einen von der KapGes. ausgeschütteten Gewinn handelt (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 49b [11/2019]). Da Satz 5 die genannten Bezüge den Bezügen in Satz 1 gleichstellt, sollten sie aus dem Gewerbeertrag gekürzt werden.

IV. Ausnahmen und Rückausnahmen der Befreiung laufender Kapitalerträge (Abs. 1 Sätze 2 bis 4)

1. Keine Steuerfreistellung von Bezügen (Abs. 1 Satz 2)

49 a) Erfasste Bezüge

Satz 2 nennt Bezüge des Gesellschafters einer Körperschaft oder Personenvereinigung, die das Einkommen der leistenden Gesellschaft gemindert haben.

Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG: Seit der Ausweitung des materiellen Korrespondenzprinzips auf alle Bezüge iSd. Satzes 1 ab VZ 2014 werden alle Gewinnausschüttungen erfasst. Dazu gehören keine Ausschüttungen aus dem stl. Einlagekonto (§ 27), soweit sie den Buchwert der Beteiligung nicht übersteigen oder soweit man sie generell nicht dem Anwendungsbereich des Abs. 1 Satz 1, sondern Abs. 2 zuordnet. Dazu gehören ebenfalls keine Ausschüttungen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG, für die der Sonderausweis aufgrund von § 28 Abs. 1 Satz 3 als verwendet gilt (*M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 111 [10/2019]).

► *Auslandsfall:* Fraglich ist, ob auch Leistungen einer ausländ. KapGes., insbes. vGA, erfasst werden, die beim inländ. Gesellschafter zu Bezügen führen. Verhindert werden soll ein stl. BA-Abzug im Ausland bei StFreistellung korrespondierender Bezüge im Inland (*Bogenschütz*, Ubg 2008, 533 [540]; *Bärsch/Spengel*, Ubg 2013, 377). Der Gesetzeswortlaut „... Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert haben“ bezieht sich durch den Begriff „Einkommen“ allerdings auf eine inländ. Regelung. Die Frage stellte sich umso mehr, als im JStG 2007 für vGA noch der Klammerzusatz „(§ 8 Abs. 3 Satz 2)“ enthalten war. Eine Einkommensminderung iSd. § 8 Abs. 3 Satz 2 gibt es in Auslandsfällen nicht; sie wären nicht erfasst. Während der Wortlaut von Satz 2 idF des JStG 2007 diese Interpretation durchaus stützte, ist das seit der Erweiterung durch das AmtshilfeRLUMsG nicht mehr der Fall. Die Regelung setzt nur noch eine Einkommensminderung voraus und erfasst, wie bereits vom Gesetzgeber des JStG 2007 beabsichtigt, Bezüge in- und ausländ. KapGes. (vgl. BTDrucks. 622/06, 119; *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 108 [10/2020]; *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 145).

▷ *Inlandsqualifikation für Bezüge maßgebend:* Für die Frage, ob der inländ. Gesellschafter einer Auslandsgesellschaft eine Gewinnausschüttung iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG bezieht, ist die inländ. Qualifikation der Leistung der Auslandsgesellschaft maßgebend (BFH v. 6.6.2012 – I R 6, 8/11, BStBl. II 2013, 111, Rz. 21; FG Düss. v. 20.8.2013 – 6 K 4183/11 K, EFG 2013, 1881, rkr.). Dadurch kann es zu Qualifikationskonflikten kommen, die zu einer unterschiedlichen Behandlung im Inland gegenüber dem Ausland führen. Aus diesem Grund stellen zB Zahlungen auf Eigenkapitalgenussrechte iSd. § 8 Abs. 2 Satz 3 Gewinnausschüttungen dar, auch wenn sie das Ausland anders, insbes. als abziehbaren Zins qualifiziert (vgl. BFH v. 14.8.2019 – I R 44/17, BStBl. II 2019, 574, Rz. 63). Diese sog. hybriden Finanzierungen waren letztendlich der Grund, warum das materielle Korrespondenzprinzip über vGA auf alle Bezüge ausgeweitet wurde. Dasselbe gilt wohl auch für die brasilianische Eigenkapitalfinanzierung, die aufgrund brasilianischen Rechts statt oder neben einer (regulären) Gewinnausschüttung als solche an den Gesellschafter geleistet werden kann (BFH v. 6.6.2012 – I R 6, 8/11, BStBl. II 2013, 111; hierzu auch *Becker/Loose*, IStR 2012, 758 [759f.]; *Ernesting*, IWB 2013, 417; *Haisch/Helios/Niedling*, DB 2013, 1444 [1445]; *Schmid*, IStR 2012, 770; *Stangl*, DStR 2013, Beihefter 4, 13 [20]). Zu *Redeemable Preference Shares* vgl. FG Düss. v. 20.8.2013 – 6 K 4183/11 K, EFG 2013, 1881, rkr.

Das Beispiel der brasilianischen Eigenkapitalverzinsung verdeutlicht, dass der Wortlaut des Satzes 2 vom Gedanken her Einzelfälle im Ausland stl. abziehbarer hybrider Finanzierungen treffen soll, über diese Einzelfälle hinaus aufgrund seines Wortlauts aber alle Fälle von Gewinnausschüttungen erfasst, denn die brasilianische Verzinsung und ihre Ausschüttung unterliegt in Brasilien einer Quellensteuer. Eine Anrechnung erfolgt nur auf die inländ. KSt, sodass im Fall der Freistel-

lung aufgrund Abs. 1 Satz 1 die Auslandssteuer uU mit Anrechnungsüberhang definitiv wird; „weiße Einkünfte“ liegen nicht vor. Zu Recht wird deshalb eine einschränkende Anwendung gefordert (vgl. zur überschießenden Reaktion des Gesetzgebers durch eine StPflcht aller Bezüge *Becker/Loose*, IStR 2012, 758 [760]; *Haisch/Helios/Niedling*, DB 2013, 1444 [1445]).

Vom 18.12.2006 als Zuflusszeitpunkt bis einschließl. VZ 2013 (s. Anm. 11) waren nicht alle, sondern folgende Bezüge vom materiellen Korrespondenzprinzip erfasst:

Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG: Es handelt sich um vGA, die Satz 2 zu den Gewinnanteilen, Ausbeuten und sonstigen Bezügen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG zählt. Da § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG auf den Leistungsempfänger abstellt, ist für ihn zu beurteilen, ob eine vGA vorliegt. Die tatsächliche Wertung auf der Ebene der leistenden Körperschaft ist dafür nicht maßgeblich.

Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG: Es handelt sich um Einnahmen aus Leistungen einer nicht stbefreiten Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse. Da sie keine Gesellschafter, sondern Mitglieder und Bezugsberechtigte haben, werden Leistungen erfasst, die wirtschaftlich einer vGA vergleichbar sind.

Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. a Halbs. 2 EStG: Es gilt ähnliches wie im Fall des § 20 Abs. 1 Nr. 9 Halbs. 2 EStG. Ein BgA mit eigener Rechtspersönlichkeit kann keine Gewinnausschüttungen tätigen, aber an seinen Träger vergleichbare Leistungen erbringen. Dasselbe betrifft einer vGA vergleichbare Leistungen.

► *Maßgebendes Recht:* Auch hinsichtlich der vGA enthält der Wortlaut des Satzes 2 keine Einschränkung dahingehend, ob diese von einer in- oder ausländ. Körperschaft stammen. Ebenso wie im Fall von Gewinnausschüttungen ist für die Qualifikation als Bezüge oder Einnahmen im vorgenannten Sinn inländ. Recht maßgebend; nach ihm bestimmt sich, ob eine vGA vorliegt, die die Gesellschaft an den Gesellschafter leistet.

50 b) Keine Einkommensminderung bei der leistenden Körperschaft

Satz 2 verweist im weiteren Tatbestandsmerkmal darauf, dass die Bezüge bei der leistenden Gesellschaft das Einkommen nicht gemindert haben dürfen. Eine Einkommensminderung ist nicht eingetreten, wenn die Leistung, insbes. vGA, außerhalb der StBil. dem Einkommen wieder hinzugerechnet wurde (hM, vgl. BFH v. 29.6.1994 – I R 137/93, BStBl. II 2002, 366; BMF v. 28.5.2002 – IV A 2 - S 2742 - 32/02, BStBl. I 2002, 603, Rz. 2 f.; dagegen zB *Briese*, GmbHR 2006, 1136). Fraglich ist, ob das auch in solchen Fällen gilt, in denen die vGA zu dem Einkommen der leistenden Gesellschaft nicht hinzugerechnet wurde, aber im Falle einer Hinzurechnung stfrei (zB aufgrund von Abs. 2) geblieben wäre. Im umgekehrten Fall einer verdeckten Einlage hat der BFH (BFH v. 13.6.2018 – I R 94/15, BFH/NV 2018, 1303) entschieden, dass es an einer Nichtberücksichtigung fehlt, wenn die vGA bei der Ermittlung der Einkommens nicht erfasst wurde, jedoch aufgrund (im Fall Abs. 1) einer Befreiung außer Ansatz geblieben wäre. Die Schachtelstrafe von 5 % hält der BFH für nicht maßgebend, da sie der StBefreiung erst nachfolgt. Für die Nichtberücksichtigung kommt es folglich nicht auf die tatsächlich durchgeführte (formale) Einkommenskorrektur an, sondern darauf, ob sie zu einer tatsächlichen StBelastung geführt hätte (*Birker/Schänzle*, Ubg 2016, 320 [322]; *Intemann*, Ubg 2018, 730 [731]; *Kortendick/Joisten/Ekinci*, BB 2018, 3031 [3034]; *Böhmer/Schewe*, FR 2018, 1097 [1098]; *Brandis*, BFH/PR 2019, 21 [23]; *Rengers in Blümich*, § 8b

Rz. 124 [7/2019]; aA BMF v. 18.11.2020 – IV C 2 - S 2743/18/10002 :001, DOK 2020/1124008, DStR 2020, 2608; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 82 [11/2019]; krit. *von Lis-haut*, FR 2019, 370 [373]). Wegen der formellen Korrespondenz in § 32a Abs. 1 KStG dürfte der Fall weniger bei leistenden KapGes. im Inland denn bei einer leistenden KapGes. im Ausland maßgebend sein.

Einbeziehung veränderter Vermögensmehrung? Zweifelhaft ist, ob auch eine verhinderte Vermögensmehrung den Tatbestand der Einkommensminderung auslöst. Der Wortlaut des Abs. 1 Satz 2 nennt nur die Einkommensminderung selbst; da es sich um eine Ausnahmeregelung handelt, sollte sie eng ausgelegt werden (*Dörfler/Heurung/Adrian*, DStR 2007, 514; *Dörfler/Adrian*, Ubg 2008, 373; *Schnitger/Rometzki*, BB 2008, 1648 [1651]). Die FinVerw. wird allerdings vor dem Hintergrund der Historie der Ausnahmeregelung als ursprünglich auf vGA bezogene Regelung im Zweifel auch den Fall der verhinderten Vermögensmehrung erfassen, weil der Wortlaut in § 8 Abs. 1 Satz 2 hinsichtlich einer Gewinnminderung mit Abs. 1 Satz 2 deckungsgleich ist (vgl. *Neumann*, GmbH-StB 2007, 112 [113]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 125 [10/2019]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 81a [11/2019]). Abs. 1 Satz 2 sollte uE eng ausgelegt werden, weil es sich um eine Ausnahmeregelung zur grds. gebotenen Freistellung von Bezügen innerhalb von KapGes. handelt. Die verhinderte Vermögensmehrung ist Bestandteil der vGA und sollte nicht hinsichtlich Abs. 1 Satz 2 verallgemeinert werden. Eine Einbeziehung im Auslandsfall ist Gegenstand der Hinzurechnungsbesteuerung aufgrund von §§ 7ff. AStG mit ihren die ausländ. Aktivität betreffenden eigenständigen Wertungen (glA *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 218; krit. auch *Becker/Loose*, IStR 2012, 758).

Auslandsqualifikation maßgebend für Einkommensminderung: Die Frage der Einkommensminderung bei der leistenden Gesellschaft ist im Auslandsfall danach zu entscheiden, ob das Einkommen durch die Leistung der Gesellschaft nach dortigem Recht gemindert wurde (§ 8 Anm. 194; *Becker/Loose*, IStR 2012, 758; *Haisch/Helios/Niedling*, DB 2013, 1444 [1445]). Das gilt uE seit der Ausweitung des materiellen Korrespondenzprinzips für alle Gewinnausschüttungen einschließlich vGA, Letzteres galt uE zwar auch bereits für die durch das JStG 2007 eingeführte Korrespondenz von vGA, war/ist aber streitig für die Fälle, in denen das ausländ. Recht keine vGA-ähnliche Regelung kennt und die Bezüge nach dem anwendbaren ausländ. Recht das Einkommen rechtmäßig gemindert hatten, nach inländ. Recht aber eine vGA vorliegen würde (für eine Anwendung *Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 125 [7/2019]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 212; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 147b; *Schnitger/Rometzki*, BB 2008, 1648; *Haas*, IStR 2011, 353). Es sind uE vom insoweit zu weit geratenen Wortlaut Gewinnminderungen erfasst, die beim inländ. Gesellschafter zur Zurechnung von Bezügen führen. Das Gesetz stellt allein darauf ab, dass die zu Bezügen iSd. Abs. 1 Satz 2 führende Leistung bei der leistenden Gesellschaft einkommensmindernd war. Der Grund dafür ist unmaßgeblich und kann auch in der zutreffenden Behandlung nach der ausländ. Rechtsordnung begründet sein (ausführl. *Desens*, DStR 2013, Beihefter 4, 4 [13, 20]; zu Recht krit. *Becker/Loose*, IStR 2012, 758 [760]). Demgegenüber kann eine allgemeine Gewinnbefreiung wie zB die Befreiung von Schachteldividenden im Einkommen der Auslandsgesellschaft nicht zur Gewinnminderung iSd. führen, weil es dafür zumindest an der notwendigen Kausalität (Unmittelbarkeit) fehlt (vgl. BFH v. 13.6.2018 – I R 94/15, BFH/NV 2018, 1303; auch *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 149i; *Rengers* in *Blümich*, § 8b

Rz. 125 [7/2019]). Die überschießenden Rechtsfolgen der Regelung zeigen sich zB bei Drittstaatenverschmelzungen. Fallen sie nicht unter § 12 UmwStG, können sie nicht steuerneutral vorgenommen werden und führen zu einer vGA (zu Drittstaatenumwandlungen s. Anm. 57). Die mittelbare Anwendung des § 13 UmwStG über § 12 Abs. 2 Satz 2 setzt einen Vorgang nach § 12 Abs. 2 Satz 1 voraus. Entgegen ihrer vormaligen Ansicht verlangt die FinVerw nicht mehr die beschränkte StPflcht des Anteilseigners. Das BMF (BMF v. 10.11.2016 – IV C 2 - S 2761/0 - 01, 2016/1019067, BStBl. I 2016, 1252) hat Rz. 13.04 des Umwandlungserlasses geändert und setzt eine beschränkte StPflcht der übertragenden Gesellschaft nicht mehr voraus; dadurch wird der Anwendungsbereich des § 12 Abs. 2 Satz 2 deutlich erweitert (*Schönfeld/Bergmann*, IStR 2017, 68; *Polt*, Ubg 2017, 134). In darüber hinausgehenden Fällen ist die Frage weiterhin offen (vgl. zB *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 144a; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 92a [11/2019]; *Becker/Kamphaus/Loose*, IStR 2013, 328; restriktiv *Hruschka*, IStR 2012, 845). Fasst man unter die Nichtberücksichtigung auch eine verhinderte Vermögensmehrung, führen zu niedrige Nutzungsentgelte der Mutter- an die (ausländ.) Tochtergesellschaft zu einer vGA bei der Muttergesellschaft, die aber im Wege einer fiktiven BA (Vorteilsverbrauch, BFH v. 4.2.2014 – I R 32/12, BFH/NV 2014, 1090) die vGA wieder neutralisieren (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 83 [11/2019]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 143 [10/2019]; *Becker/Kempff/Schwarz*, DB 2008, 370 [374]; aA *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 148a; *Herlinghaus* in *Rödter/Herlinghaus/Neumann*, 2015, § 8b Rz. 147).

51 c) Kausalität von Bezügen und Einkommensminderung

Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ist uE, dass die Bezüge des Gesellschafters unmittelbar das Einkommen der leistenden Gesellschaft mindern, also die Kehrseite der Leistung sind. Nicht tatbestandsmäßig sind Abzüge bei der Bemessungsgrundlage „Einkommen“ oder „Gewinn“ bei der leistenden KapGes. Namentlich eine bei der Einkommensermittlung als BA abziehbare Eigenkapitalverzinsung (zB belgischer *notional interest*) fällt hierunter nicht, weil sie nicht Gegenstand der Ausschüttung und damit nicht Gegenstand der Einkommensverwendung, sondern noch der Einkommensermittlung ist (vgl. auch *Becker/Loose*, IStR 2012, 758 [759]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 118 [10/2019]; *Haisch/Helios/Niedling*, DB 2013, 1444 [1445]; *Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 132 [7/2019]). Auch werden solche Fälle nicht erfasst, bei denen die Einkommensminderung nicht bei der leistenden KapGes., sondern bei einer dieser nahestehenden Person eintritt (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 77 [6/2017]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 119 [10/2019]).

Endgültigkeit der Einkommensminderung: Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Einkommensminderung ist darüber hinaus, dass sie endgültig eingetreten ist, mithin nicht mehr berichtigt werden kann. Das folgt aus § 32a Abs. 1 KStG, der die verfahrensrechtl. Seite des vGA-Korrespondenzprinzips regelt, gilt aber nach dem zugrundeliegenden Gedanken für alle Gewinnminderungen gleichermaßen (glA *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 127 f. [10/2019]; aA *Dörfler/Heurung/Adrian*, DStR 2007, 514, die auf eine veranlagungsbezogene Betrachtung abstellen). Soweit nämlich bei der leistenden Körperschaft der StBescheid aufgrund der Berücksichtigung einer vGA erlassen, aufgehoben oder geändert wird, kann auch gegenüber dem Gesellschafter, dem die vGA zuzurechnen ist, der StBescheid entsprechend erlassen, aufgehoben oder geändert werden. Nur wenn die vGA endgültig bei der leistenden Körperschaft das Einkommen gemindert hat,

greift materiell Abs. 1 Satz 2 mit der Folge einer Aufhebung der StFreiheit der vGA ein.

Nach der Gesetzesbegründung zum JStG 2007 (BTDrucks. 16/2712, 70) soll Abs. 1 Satz 2 auch in Fällen eingreifen, in denen bei der leistenden Körperschaft noch keine StFestsetzung erfolgt ist. Das ist uE abzulehnen, weil „weiße Einkünfte“ eine stl. Nichtberücksichtigung beim Gesellschafter und der Gesellschaft voraussetzen; daran fehlt es, wenn bei der leistenden Körperschaft noch keine StFestsetzung erfolgte (Gosch in Gosch, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 147; Schmitzer in Schmitzer/Fehrenbacher, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 216; Dörfler/Heurung/Adrian, DStR 2007, 514 [515]).

Zweifelhaft ist, ob auch vGA aufgrund der bis VZ 2007 geltenden Gesellschafter-Fremdfinanzierung des § 8a aF erfasst werden (vgl. Neumann, GmbH-StB 2007, 112 [113]).

Nur wenn man § 8a aF dergestalt versteht, dass er die gesellschaftsrechtl. Veranlassung der vGA bildet, werden uE § 8a-Fälle erfasst.

Zeitliches Auseinanderfallen von Leistung und Einkommensminderung: Die Bezüge beim Gesellschafter und die Einkommensminderung bei der leistenden Gesellschaft können zeitlich auseinanderfallen. Bestehen im Ausland zB hinsichtlich eines Zinsabzugs Abzugsbeschränkungen, wie etwa der Zinsschranke (§ 4h EStG) vergleichbare Regelungen, kommt es erst zur Einkommensminderung, wenn die Leistungen einkommensmindernd werden (M. Frotscher in Frotscher/Drüen, § 8b Rz. 127 [10/2019]; Desens, DStR 2013, Beihefter 4, 13 [20]; str., aA zB Pung in DPM, § 8b Rz. 84 [6/2017]).

d) Rechtsfolge von Satz 2: Versagung der Steuerbefreiung beim Empfänger der Bezüge 52

Satz 2 ordnet als Rechtsfolge an, dass die StBefreiung des Satzes 1 beim Empfänger der Bezüge nicht eingreift. Soweit die Bezüge stpfl. sind, ist das pauschale BA-Abzugsverbot des Abs. 5 nicht anwendbar; BA sind abziehbar. Trotz der StPfllicht der Bezüge handelt es sich weiterhin um Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 EStG. Satz 2 bewirkt eine Versagung der StBefreiung aber keine Umqualifikation der Bezüge (hM, vgl. nur M. Frotscher in Frotscher/Drüen, § 8b Rz. 120 [10/2019]; Gosch in Gosch, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 148c; Hagena, FR 2012, 1177; Kollruss, BB 467 [471]; Pung in DPM, § 8b Rz. 77 [6/2017]). Ausländische Quellensteuer ist auf die inländ. KSt anzurechnen oder von den qualifikationsbelasteten Bezügen der empfangenden Gesellschaft abzuziehen (§ 28 Abs. 6 Sätze 1 und 3).

Keine Bindungswirkung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter: Hinsichtlich der Qualifikation einer vGA und bejahendenfalls ihrer Höhe besteht keine Bindungswirkung zwischen dem StBescheid der leistenden KapGes. und dem StBescheid des Gesellschafters. Die Rechtsfolge des Satzes 2 besteht nur darin, dass die StFreiheit beim Gesellschafter korrespondierend zu einer Einkommensminderung bei der leistenden Gesellschaft ausgeschlossen wird. Der StBescheid der leistenden KapGes. ist kein Grundlagensbescheid.

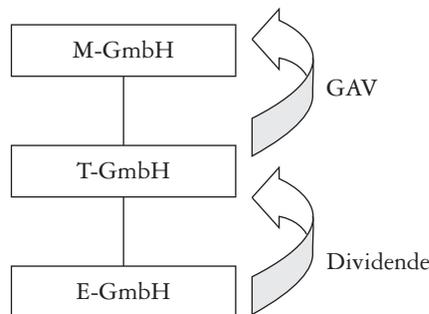
Offene Fragen bei Ketten-verdeckten Gewinnausschüttungen: Fraglich ist, wie sich die StPfllicht aufgrund von Satz 2 im Verhältnis mehrstufiger vGA auswirkt und ob insoweit unter Einbeziehung des § 32a Abs. 1 eine identische Behandlung wie in einfachen vGA-Verhältnissen erreicht werden kann. Da Satz 2 hinsichtlich der Aufwandswirksamkeit auf die Ebene der leistenden KapGes. abstellt, ist fraglich, ob dies die die ursprüngliche vGA leistende oder die dem letztendlichen Leistungsempfänger unmittelbar nachgeordnete Gesellschaft ist. Da bei einer mittelba-

ren bzw. mehrstufigen vGA nach hM diejenige Gesellschaft leistet, an der der die vGA umfangende Gesellschafter unmittelbar beteiligt ist, ist auf jeder Stufe eine vGA und ihre Aufwandswirksamkeit zu untersuchen (aA *Kohlhepp*, DStR 2008, 1859: vGA ausschließlich zwischen leistender Gesellschaft und unmittelbar beteiligtem Gesellschafter als Leistungsempfänger).

Konsequenterweise ist auf jeder Beteiligungsstufe zu untersuchen, ob die StFreiheit der vGA für die empfangende KapGes. eingeschränkt ist.

Beispiel:

M-GmbH hält alle Anteile an T-GmbH, diese wiederum alle Anteile an E-GmbH. E-GmbH wendet M-GmbH einen Vermögensvorteil aufgrund gesellschaftsrechtl. Veranlassung zu, den sie, bestandskräftig und nach den Regelungen der AO nicht mehr änderbar, aufwandswirksam behandelt. Die StFestsetzungen von M und T sind vorbehaltswirksam aufgrund von § 164 Abs. 2 AO ergangen.



Lösung:

Es liegt eine Ketten-vGA von E an T und T an M vor. Da die vGA bei E aufwandswirksam ist, und ihr Einkommen nicht aufgrund von § 8 Abs. 3 Satz 3 korrigiert werden kann, führt sie bei T zu einem aufgrund von Satz 2 stpfl. Beteiligungsertrag. Diskutiert wird, ob die vGA auch bei M-GmbH stpfl. ist. Der Grund liegt darin, dass die vGA bei T-GmbH ihr Einkommen nicht aufgrund der Korrektur aufgrund von § 8 Abs. 3 Satz 2, sondern aufgrund der Versagung der StPflcht durch Satz 2 nicht aufwandswirksam war. In Ketten-vGA ist mE § 8 Abs. 3 Satz 2 mit Abs. 1 Satz 2 zusammen zu betrachten. Kommt es in der Kette zu einer StPflcht der vGA, weil eine Korrektur aufgrund von § 8 Abs. 3 Satz 2 ausgeschlossen ist, ist die vGA nicht aufwandswirksam, weil Abs. 1 Satz 2 dies iVm. Abs. 1 Satz 2 verhindert hat (vgl. *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 149cf.; ausführl. auch *Dörfler/Heurung/Adrian*, DStR 2007, 514 [516]). Zu demselben Erg. gelangt man mit *Neumann* (GmbH-StB 2007, 112 [115], ebenso wohl *Pung in DPM*, § 8b Rz. 80 [6/2017]), wenn man davon ausgeht, dass die T-GmbH die Vorteile an der empfangenen vGA aufwandswirksam aufwendet, um sie an M-GmbH zu leisten. Hinzurechnung bei T-GmbH aufgrund von § 8 Abs. 3 Satz 2 führt bei M-GmbH dazu, dass kein Fall des Satzes 2 vorliegt.

Würde im Beispielfall sowohl die Veranlassung der E-GmbH als auch der M-GmbH nicht mehr änderbar sein, wäre die vGA bei der M-GmbH aufgrund von Satz 2 stpfl. Dies ist darin begründet, dass die vGA sowohl bei der E-GmbH als auch bei der T-GmbH das Einkommen gemindert hat, weil sie bei der E-GmbH nicht aufgrund von § 8 Abs. 3 Satz 2 und bei der T-GmbH nicht iVm. Abs. 1 Satz 2 dem Einkommen hinzugerechnet wurde. Zu demselben Erg. gelangt man im Wege des Vorteilsverbrauchs, wenn der Aufwand aus der Weiterleitung der vGA durch T-GmbH bei dieser nicht aufgrund von § 8 Abs. 3 Satz 2 ihrem Einkommen hinzugerechnet werden kann (im Erg. glA *Schnitger in Schnitger/Fehren-*

bacher, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 203; zum Vorteilsverbrauch vgl. BFH v. 14.2.2014 – I R 32/12, BFH/NV 2014, 1090, Rz. 12; einschränkend neuerdings in Dreiecksfällen mit Auslandsbezug BFH v. 27.11.2019 – I R 40/19, IStR 2020, 821; zutr. aA *Schnitger*, IStR 2020, 821 [825]).

Feststellungslast: Fraglich ist, wer die Feststellungslast dafür trägt, dass sich Bezüge iSd. Satzes 1 bei der leistenden KapGes. nicht gewinnmindernd ausgewirkt haben.

Teilweise wird vertreten, dass die FinVerw. hinsichtlich des Vorliegens einer Leistung die Feststellungslast trägt, wobei dies insbes. die Frage des Vorliegens einer vGA betrifft, weil es sich um einen steuererhöhenden Tatbestand handelt. Demgegenüber soll die Frage, ob sich die Bezüge bei der leistenden KapGes. gewinnmindernd ausgewirkt haben, in die Feststellungslast des Stpfl. fallen, weil es sich um eine steuerentlastende Tatsache handle (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 86 [3/2018]). Nach aA soll bei vGA zwar die Feststellungslast bei der FinVerw. liegen, der Beweis des ersten Anscheins für vGA aber dem Stpfl. eine erhöhte Mitwirkungslast auferlegen (*Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 127 [7/2019]).

Stellungnahme: Es handelt sich bei Satz 2 uE insgesamt um einen steuerschärfenden Tatbestand, weil weiße Einkünfte vermieden werden sollen. Dafür trägt die FinVerw. die Feststellungslast, da das Gesetz keine andere Zuordnung enthält (anders zB § 50d Abs. 3 EStG). Allerdings hat der Stpfl. im Auslandssachverhalt seinen erhöhten Mitwirkungspflichten zu genügen. Geschieht das und bleibt die Frage der Gewinnminderung unentschieden, trägt die FinVerw. die Feststellungslast und es greift die Rechtsfolge von Satz 1 (s. auch § 8 Anm. 194; *Haag/Jehlin*, DStR 2013, Beihefter 4, 3 [6]; *Haisch/Helios/Niedling*, DB 2013, 1444 [1445]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 222).

Abgrenzung zu § 50d Abs. 9 EStG: Ebenso wie Abs. 1 Satz 2 erfasst auch § 50d Abs. 9 EStG einen grenzüberschreitenden Qualifikationskonflikt. Der Unterschied besteht darin, dass Abs. 2 Satz 2 eine unterschiedliche Qualifizierung einer Zahlung als BA voraussetzt, während § 50d Abs. 9 EStG ein DBA – Besteuerungsrecht „zurückholt“, das aufgrund unterschiedlicher Einkünftequalifikation kein DBA – Anwenderstaat beansprucht. Bei eventuellen (wohl eher seltenen) Überschneidungen mit Abs. 2 Sätze 2 und 3 geht dieser § 50d Abs. 9 EStG als die speziellere Regelung vor (*Kollruss*, BB 2007, 467 [472] mit Beispiel).

Auswirkung auf die Gewerbesteuer: Eine StPflcht aufgrund von Satz 2 führt nicht zur gleichzeitigen GewStPflcht, wenn die Voraussetzungen für eine Kürzung aufgrund von § 9 Nr. 2a oder 7 GewStG erfüllt sind. Zwar sind die stpfl. Bezüge im Gewerbeertrag enthalten, weil § 8b auch für die GewSt gilt (§ 7 Satz 1 GewStG). Wegen der StPflcht aufgrund von Satz 2 ist jedoch der unmittelbare Anwendungsbereich – ohne „Umweg“ über § 8 Nr. 5 GewStG – des § 9 Nr. 2a und 7 GewStG eröffnet, weil es sich weiterhin um Gewinnanteile im Sinne der Regelungen handelt.

2. Einschränkung von DBA-Freistellungen (Abs. 1 Satz 3)

a) Tatbestandsvoraussetzungen von Satz 3

53

Da die StFreistellung von Bezügen iSd. Abs. 1 Satz 1 nicht nur durch nationales Recht, sondern auch durch DBA geregelt ist, kann es zu einer StFreistellung trotz Satz 2 kommen, wenn die StFreistellung aufgrund eines DBA eintritt. Das wäre stets der Fall, wenn sie zwar aufgrund von Satz 2 ausgeschlossen ist, aber die DBA-

Voraussetzungen erfüllt sind, namentlich für das sog. Internationale Schachtelprivileg. Satz 3 enthält die Regelung, dass Satz 1 unterfallende Bezüge auch dann stpfl. sind, wenn ein DBA eingreift. Um den entsprechenden Tatbestand zu regeln, bedient sich Abs. 1 Satz 3 einer Verweisung. Sachlich verweist er auf Bezüge iSd. Abs. 1, die nach einem DBA von der Bemessungsgrundlage für die KSt auszunehmen sind. Da es sich um eine Rechtsgrundverweisung handelt, sind die Bezüge beim Leistungsempfänger stpfl., wenn sie beim Leistenden aufwandswirksam waren. Es gelten uE dieselben Grundsätze wie im Fall des Satzes 2, dh., erfasst werden Bezüge beim Gesellschafter, die in Umkehrung der Ausschüttung bei der leistenden Gesellschaft abziehbar waren. Allgemeine Minderungen der Bemessungsgrundlage, insbes. im Auslandsfall, sind nicht tatbestandsmäßig.

Bezüge iSd. Abs. 1 Satz 1: Es handelt sich dabei um alle laufenden Erträge, einschließlich ordentlicher, auf einem gesellschaftsrechtl. Gewinnverteilungsbeschluss beruhender Dividenden.

Das durch das JStG 2007 eingeführte Korrespondenzprinzip bezog sich in Satz 2 ausschließlich auf vGA. Demgegenüber verwies der Wortlaut des Satzes 3 auf Bezüge iSd. Satzes 1. Da von Satz 2 ausschließlich vGA betroffen waren, wäre es auf der anderen Seite überschießend, im Gegensatz zur Freistellung nach nationalem Recht (Abs. 1 Satz 1) die Freistellung nach Völkerrecht (DBA) für alle Abs. 1 Satz 1 unterfallenden Bezüge zu versagen. Dies hätte zu dem unausgewogenen Erg. geführt, dass Dividenden, die nicht vGA sind, im Falle eines Nicht-DBA-Staats freigestellt wären, Dividenden eines DBA-Staats demgegenüber nicht. Nach *Benecke* (NWB 2006 [Heft 41], 3429 [3430]) entspricht diese Auslegung auch der Intention des Gesetzgebers. Da Satz 3 idF des JStG 2007 nur auf einkommensmindernde vGA anzuwenden war, gilt für Finanzierungsinstrumente wie zB das Genussrecht bis zur Erweiterung durch das AmtshilfeRLUmG weiterhin das Trennungsprinzip. Da nach nationalem Recht eine Dividende und keine vGA vorliegt, werden Zahlungen auf ein Genussrecht bis einschließlich 2013 nicht erfasst (vgl. auch *Grotherr*, RIW 2007, 898 [901]; *Benecke*, NWB 2006 [Heft 41], 3429 [3430]; *Dötsch/Pung*, DB 2007, 11 [13]; *Kollruss*, BB 2007, 467 [469]).

Nach einem DBA von der Bemessungsgrundlage zur Körperschaftsteuer auszunehmen: Neben den in Satz 2 genannten Voraussetzungen muss es sich um Bezüge handeln, die eine im Inland ansässige KapGes. von einer ausländ. KapGes. erhält und im Inland eine DBA-Freistellung erfolgt. Regelmäßig sehen die mit Deutschland als Ansässigkeitsstaat vereinbarten DBA für Dividenden von einer KapGes. an eine KapGes. die Freistellungsmethode aufgrund des sog. internationalen Schachtelprivilegs vor, das von einer Mindestbeteiligungsquote und teilweise zusätzlich von einem Aktivitätsvorbehalt abhängig gemacht ist. Diese DBA-Freistellung gilt für reguläre Dividenden und vGA gleichermaßen. Sind die Voraussetzungen der Mindestbeteiligung und einer uU aktiven Tätigkeit im Sinne des jeweiligen DBA erfüllt, kommt es zur Freistellung in Deutschland als Ansässigkeitsstaat; die Bezüge sind von der Bemessungsgrundlage für die KSt auszunehmen. Daneben kann die Freistellung von Gewinnen aus BS eingeschränkt sein, wenn die Beteiligung und damit die Bezüge der BS funktional zuzurechnen sind (vgl. *Herlinghaus in Rödder/Herlinghaus/Neumann*, 2015, § 8b Rz. 159; *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 240).

54 b) Rechtsfolge von Satz 3: Steuerpflicht trotz DBA-Freistellung

Als Rechtsfolge ordnet Abs. 1 Satz 3 an, dass ungeachtet des Wortlauts eines entsprechenden DBA Satz 2 entsprechend gilt. Dies bedeutet, dass die StPflcht trotz einer DBA-StFreistellung eintritt.

Auswirkung auf die Gewerbesteuer: Gewerbesteuerlich kommt den Kürzungsregelungen des § 9 Nr. 2a und 7 GewStG eine eigenständige Bedeutung zu. Sind ihre Voraussetzungen erfüllt, bleiben die Bezüge trotz ihrer KStPflicht ebenso wie im Fall des Satz 2 gewstfrei.

Fraglich ist, ob das auch für § 9 Nr. 8 GewStG gilt, nach dem Gewinnanteile gewstfrei sind, wenn eine DBA-Freistellung eingreift. Zwar gilt Satz 3 auch für die GewSt; dies aber nur insoweit, wie die Bezüge ohne Hinzurechnungs- und Kürzungsvorschriften im Gewerbeertrag enthalten sind. Eine eigenständige StBefreiung enthält § 9 Nr. 8 GewStG weiterhin für die Fälle, in denen die für Nr. 2a und 7 erforderliche Mindestbeteiligung nicht zu Beginn des Erhebungszeitraums bestand (vgl. auch BFH v. 23.6.2010 – I R 71/09, BStBl. II 2011, 129). § 9 Nr. 8 GewStG bleibt anwendbar; eine DBA-Freistellung wirkt eigenständig für die GewSt.

Anwendung von Satz 3 auch bei eigener DBA-Regelung? Satz 3 verweist tatbestandsmäßig darauf, dass Bezüge aufgrund eines DBA von der Bemessungsgrundlage für die KSt auszunehmen sind. Da der Tatbestand insoweit keine Einschränkungen enthält, ist fraglich, ob Satz 3 ungeachtet der Zulässigkeit eines *Treaty Override* auch in den Fällen gilt, in denen DBA eigenständige (Missbrauchs-)Regelungen enthalten, die die StBefreiung ausschließen. Diese Regelungen gehen uE Satz 3 vor mit der Folge, dass er nicht anwendbar ist, wenn ein DBA eigene Voraussetzungen enthält, die die DBA-Befreiung ausschließen. Hier greift uE dieselbe Überlegung der FinVerw. wie zu § 50d Abs. 3 EStG (vgl. BMF v. 24.1.2012 – IV B 3 - S 2411/07/10016, BStBl. I 2012, 171, Rz. 10; vgl. auch *Hagena*, FR 2012, 11; *Schmid*, IStR 2012, 772; *Stöber*, DStR 2016, 1889 [1893 f.]; *Musil*, FR 2016, 297 [302]; zur Unionsrechtswidrigkeit s. § 50d EStG Anm. 52). Demgegenüber hat der BFH (BFH v. 25.5.2016 – I R 64/13, BStBl. II 2017, 1185, Rz. 18) zu § 50d Abs. 8 EStG entschieden, dass die weitergehende nationale Regelung durch ein (nachfolgendes) DBA nicht verdrängt wird; bezogen auf Satz 3 würde Satz 2 vorgehen (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 88 [3/2018]; *Pohl*, ISR 2014, 158; *Brandis*, BFH/PR 2016, 343; *Mitschke*, IStR 2016, 773).

Einstweilen frei

55

3. Rückausnahme durch Beibehaltung der Freistellung bei verdeckter Gewinnausschüttung an nahestehende Personen (Abs. 1 Satz 4)

a) Tatbestandsvoraussetzungen von Satz 4

56

Vermeidung von Doppelbesteuerung: Durch das materielle Korrespondenzprinzip bei Ausschüttungen will der Gesetzgeber sicherstellen, dass ausgeschüttete Gewinne einer stl. Vorbelastung unterlegen haben. Obwohl das KSt typisierend von einer Vorbelastung ausgeht, soll das materielle Korrespondenzprinzip dies im Inland sicherstellen, wenn bei der ausschüttenden Gesellschaft, insbes. im Ausland, die Gewinnausschüttung einkommensmindernd war. Insbesondere in Dreiecksfällen kann es zur vGA an den Gesellschafter kommen, und zur gleichzeitigen Einkommens erfassung bei einer nahestehenden Person (zB Schwestergesellschaft). Ist eine Korrektur verfahrensrechtl. nicht mehr möglich, weil insbes. § 32a im Ausland nicht anwendbar ist, käme es nicht nur zur Vorbelastung, sondern zur Doppelbesteuerung. Dem trägt Satz 4 Rechnung, wobei er nur auf vGA anwendbar ist. Der Gesetzgeber geht offenbar davon aus, dass dies nur bei vGA erfolgen kann (vgl. aber *Hruschka*, IStR 2012, 844; zutr. aA *Becker/Kamphaus/Loose*, IStR 2013, 328 [333]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 93 [11/2019]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 253).

Abs. 1 Satz 4 regelt bestimmte Fälle der vGA an nahestehende Personen. Angesprochen sind besondere Dreieckskonstellationen und damit insbes. Leistungen zwischen Schwestergesellschaften, die aufgrund eines gemeinsamen Gesellschafters gesellschaftsrechtl. veranlasst sind. Da die vGA in Dreiecksverhältnissen oftmals zu einer verdeckten Einlage des die vGA empfangenden Gesellschafters führen wird, enthält § 8 Abs. 3 Sätze 4, 5 dazu eine entsprechende Regelung (vgl. dazu BFH v. 13.6.2018 – I R 94/15, DStR 2018, 2251; BMF v. 18.11.2020 – IV C 2 - S 2743/18/10002 :001, DOK 2020/1124008, DStR 2020, 2608; aktuell in Abgrenzung zu § 1 Abs. 1 AStG und Versagung eines Vorteilsverbrauchs BFH v. 27.11.2019 – I R 40/19, IStR 2020, 821; aA zutr. *Schnitger*, IStR 2020, 821; *Weiss/Brühl*, IStR 2021, 114; *Andresen/Holtrichter*, DStR 2021, 65; *Käshammer/Bolik*, NWB 2020, 3168 [3172]). Da Satz 4 eine Ausnahme zu Satz 2 darstellt, müssen dessen Tatbestandsvoraussetzungen einer einkommensmindernden/gewinnmindernden vGA bei der leistenden Gesellschaft erfüllt sein. Hinzutreten muss, dass die vGA das Einkommen einer dem Stpfl. nahestehenden Person erhöht hat und § 32a auf das Einkommen der nahestehenden Person nicht anwendbar ist.

Verdeckte Gewinnausschüttung und Einkommensminderung: Siehe Anm. 50.

Erfassung von Dreiecksfällen: Während die Sätze 2 und 3 solche vGA regeln, die bei der leistenden Gesellschaft zu einer Einkommensminderung geführt haben, stellt Satz 4 darauf ab, dass eine Erhöhung des Einkommens bei einer nahestehenden Person eingetreten ist. Es handelt sich um den Fall eines Dreiecksverhältnisses, in dem die Leistung doppelt versteuert würde, nämlich zum einen bei dem Gesellschafter durch einen stpfl. Bezug und zum anderen auch bei der nahestehenden Person als einkommenswirksamer Bezug.

Nahestehende Person: Die Regelung setzt den Begriff der nahestehenden Person voraus, ohne ihn zu definieren. Einen Verweis auf § 1 Abs. 2 AStG, wie in § 8a Abs. 1 enthält die Regelung nicht. Wegen des Kontextes der nahestehenden Person zur vGA ist das Tatbestandsmerkmal wie im Fall des § 8 Abs. 3 Satz 2 auszulegen (*Pung in DPM*, § 8b Rz. 92 [6/2017]; *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 136 [10/2019]; *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 246; aA *Strnad*, GmbHR 2006, 1321); s. § 8 Anm. 351.

Einkommenserhöhung: Hinsichtlich des „Einkommens“ handelt es sich um eine Bemessungsgrundlage des nationalen KStRechts. Ebenso wie bei der Einkommensminderung werden jedoch nach der Intention des Gesetzgebers nicht nur Inlands-, sondern auch Auslandsfälle erfasst.

Einkommenserhöhung bei der nahestehenden Person: Wesentliche Voraussetzung zur Rechtfertigung der Annahme des Satzes 4 ist, dass sich das Einkommen der nahestehenden Person erhöht hat. Das ist stets der Fall, wenn sich die vGA bei der nahestehenden Person ergebniswirksam ausgewirkt hat. Das gilt uE auch in Fällen, in denen die Einkommenserhöhung nach ausländ. Recht einer StBefreiung unterliegt, weil die Einkommenserhöhung dann grds. aufgrund der vGA erfolgte und nur wegen einer darauf anwendbaren Befreiung letztendlich nicht erfasst wurde (glA *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 250).

Keine Zeitkongruenz: Die Einkommensminderung aufgrund vGA bei der leistenden Gesellschaft und die Einkommenserhöhung bei der nahestehenden Person können wie im Fall des Satzes 2 auseinanderfallen. Ein wesentlicher Fall dürfte die verhinderte Vermögensmehrung durch die Übertragung eines WG unter dem gemeinen Wert sein, soweit man sie – entgegen hier vertretener Ansicht – einbezieht.

Eine Einkommenserhöhung sollte uE auch in den Fällen angenommen werden, in denen das maßgebliche Recht eine verdeckte Einlage bei der nahestehenden Person mit einer entsprechenden Erhöhung der AK nicht annimmt. Dadurch kommt es bei ihr nicht zu höheren Abschreibungen mit einem im Umkehrschluss höheren Gewinn (vgl. *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 249; *Becker/Kempff/Schwarz*, DB 2008, 370 [372]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 149e). Der Wortlaut „hat“ in Satz 4 ist uE konditional und nicht zeitlich zu verstehen (aA *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 48 [6/2020]).

§ 32a KStG findet keine Anwendung: § 32a ist eine besondere Korrektornorm. Sie soll verfahrensmäßig die korrespondierende Besteuerung von vGA (und verdeckten Einlagen) zwischen Gesellschaft und Gesellschafter sicherstellen. Unklar ist, ob mit der Nichtanwendung des § 32a gemeint ist, dass er generell nicht anwendbar ist, wie in Auslandsfällen, oder ob die Voraussetzungen für seine Anwendung materiell nicht erfüllt sind. Vom Sinn und Zweck der Regelung her ist uE jede Nichtanwendung des § 32a maßgebend, weil er die materiell-rechtl. Korrespondenz formell-rechtl. sicherstellen soll.

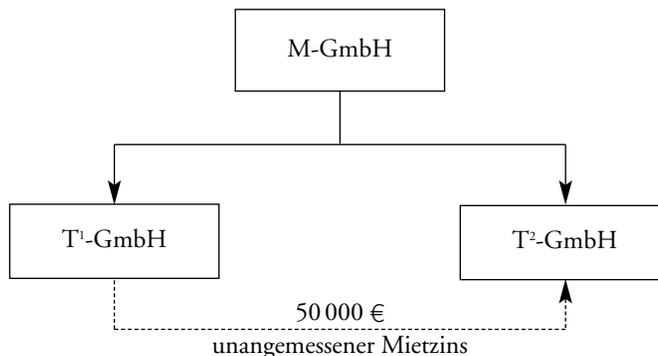
b) Rechtsfolge von Satz 4: Rückausnahme zur Versagung der Steuerfreiheit aufwandswirksamer verdeckter Gewinnausschüttungen

57

Abs. 1 Satz 4 enthält rechtsfolgemäßig eine Rückausnahme zur Versagung der StFreiheit aufwandswirksamer vGA. Die vGA bleibt bei der empfangenden KapGes. stfrei aufgrund von Abs. 1 Satz 1. Dies gilt sowohl für die KSt als auch die GewSt.

Beispiel 1: Typischer Anwendungsfall (Inland)

M-GmbH hält alle Anteile an den beiden Inlandstöchtern T¹ GmbH und T² GmbH. Die T² GmbH vermietet der T¹ GmbH ein Grundstück zu einem Preis, der mit 50000 € unangemessen hoch ist. T¹ GmbH hat die Mietzahlungen als Aufwand, T² GmbH als Ertrag erfasst. M-GmbH hat aus dem Vorgang keine Konsequenzen gezogen. Alle Bescheide sind bestandskräftig und nicht mehr änderbar.

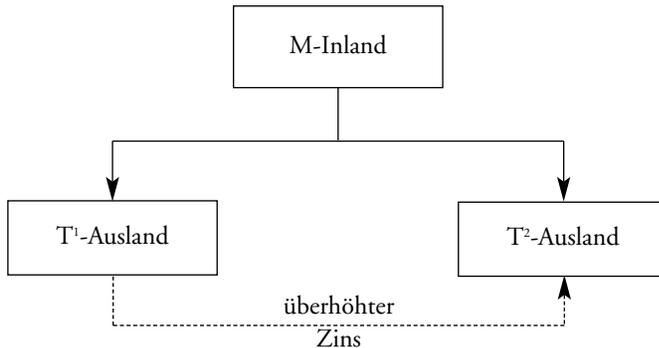


Lösung:

T¹ GmbH tätigt durch den überhöhten Mietzins eine vGA an M-GmbH. Entgegen § 8 Abs. 3 Satz 2 hat sie ihr Einkommen gemindert. Bei M-GmbH erfolgt kein Ansatz der vGA, weil der Bescheid nicht mehr geändert werden kann. Da die vGA bei T¹ GmbH in einem StBescheid nicht berücksichtigt wurde, greift § 32a Abs. 1 nicht ein. Bei T² GmbH liegt in Höhe des unangemessenen Mietzinses eine verdeckte Einlage vor. Entgegen § 8 Abs. 3 Satz 3 er-

höht sie aufgrund von Satz 4 ihr Einkommen, weil sie sich auf eine vGA der nahestehenden T¹ GmbH bezieht und bei dem Gesellschafter M-GmbH nicht erfasst wurde.

Beispiel 2: Typischer Anwendungsfall (Ausland)



Die im Inland unbeschränkt kstpl. M-GmbH hält alle Anteile an zwei im Ausland ansässigen Tochtergesellschaften, und zwar T¹-KapGes. und T²-KapGes. mit Sitz und Geschäftsleitung im Ausland. T² gewährt ihrer Schwestergesellschaft T¹ ein Darlehen, für das T¹ einen unangemessen hohen Zins zahlt. T¹ ist a) im Inland unbeschränkt stpl. oder hat b) Sitz und Geschäftsleitung im Ausland. Bei T¹ sind die Zinsen aufwandswirksam, bei T² ertragswirksam erfasst. Bei M-GmbH werden aus dem Sachverhalt keine stl. Konsequenzen gezogen.

Lösung:

Sowohl T¹ als auch T² sind im Verhältnis zu M nahestehend. Die unangemessene Zinszahlung der T¹ führt nach inländ. Wertung zu einer vGA an M und von M zu einer Einlage in T². Die vGA der T¹ an M war aufwandswirksam und ist deshalb grds. aufgrund von Satz 2 bei M-Inland stpl., sofern eine Korrektur bei T¹ nicht mehr erfolgen kann. Die vGA wäre also bei M-Inland einkommenserhöhend und bei T²-Ausland ebenso. Durch den überhöhten Zins ist es aufgrund des Dreiecksverhältnisses zugleich zu einer verdeckten Einlage bei T²-Ausland gekommen. Da sowohl in der Fallvariante a) als auch der Fallvariante b) keine Berichtigung bei der T² erfolgt – § 32a Abs. 2 ist im Ausland nicht anwendbar ist, greift Satz 4 ein. Die vGA bleibt bei M-Inland stfrei, wobei allerdings die 5 %-Fiktion des Abs. 5 eingreift.

Stellungnahme: Der Auslandsfall macht deutlich, dass das materielle Korrespondenzprinzip der Sätze 2 und 3 viel zu weit geht. In der vorstehenden Beispielsvariante handelt es sich um einen reinen Auslandsfall. Inländisches StSubstrat ist nicht betroffen. Gleichwohl würden die Regelungen des materiellen Korrespondenzprinzips bei der vGA eingreifen. Da die vGA bei der M-Inland stpl. ist, kommt es trotz der Neutralisierung durch Satz 4 jedenfalls zur 5 %-Fiktion und dadurch zu einer ungerechtfertigten Zusatzbesteuerung. Während im Inlandsfall a) die Regelungen aus der vGA insoweit noch inländ. Besteuerungssubstrat betreffen, ist das im Auslandsfall b) keineswegs der Fall. Es ist allein ausländ. Steuersubstrat betroffen, das dem deutschen Besteuerungsrecht nicht zusteht. Wendet man Satz 2 gleichwohl auch auf verhinderte Vermögensmehrungen im Ausland an, kommt es auch hier zur „Schachtelstrafe“ von 5 %. Dies gilt besonders in den Fällen, in denen nach ausländ. Rechtsordnung keine vGA vorliegt, weil zB eine Übertragung zum Buchwert vorgesehen ist (so zutr. *Dörfler/Heurung/Adrian*, DStR 2007, 514; *Frase*, BB 2008, 2713; *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 138a [10/2019]; *Becker/Kempff/Schwarz*, DB 2008, 370). Eine Anwendung des materiellen Korrespondenzprinzips geht in diesen Fällen über seinen Sinngehalt hinaus und darf aufgrund te-

leologischer Reduktion nicht angewendet werden. Anderenfalls kann es in diesen Fällen durch das materielle Korrespondenzprinzip zu einer Besteuerung ausländ. Besteuerungssubstrats im Inland kommen; mit der Verhinderung von weißen Einkünften hat das nichts mehr zu tun. Das gilt vor allem, wenn man entgegen hier vertretener Auffassung als Gewinnminderung bei der leistenden Gesellschaft auch eine verhinderte Vermögensmehrung versteht.

Beispiel 3:

M-Inland hat zwei Tochter-KapGes. im Ausland. Aufgrund dortigen Rechts ist die Übertragung eines WG zum Buchwert (100, gemeiner Wert 1000) zwischen den Schwestergesellschaften möglich. Nach inländ. Qualifikation kommt es zu einer vGA bei M-Inland. Bezieht man die verhinderte Vermögensmehrung ein, ist es bei der übertragenden Auslandsgesellschaft zu einer Gewinnminderung gekommen. Die vGA wäre aufgrund von Satz 2 bei M-Inland vollständig stpfl. Fraglich ist, ob Satz 4 eingreift, weil es bei der das WG erhaltenden Auslandsgesellschaft zu einer Vermögensmehrung gekommen ist. Das ist der Fall, wenn man konsequenterweise dort eine verhinderte Vermögensminderung durch niedrigere Abschreibungen oder einen später höheren Veräußerungsgewinn durch niedrigere AK einbezieht (vgl. *Becker/Kempff/Schwarz*, DB 2008, 370 [372]; *Dörfler/Adrian*, Ubg 2008, 373 [381]; *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 249; aA *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 149f; *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 138a [10/2019]; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 92 [6/2017]).

Zu weiteren Beispielfällen vgl. *Dötsch/Pung*, DB 2007, 11 (15); *Benecke*, NWB 2006 (Heft 40), 3341 (3344f.); *Pohl/Raupach*, FR 2007, 210 (216); *Pung*, Ubg 2008, 254 (255 ff.).

Besondere Fragestellungen ergeben sich zudem bei Drittstaatenumwandlungen (insbes. Spaltungen), bei denen § 12 Abs. 2 Satz 2 KStG nicht eingreift. Wertet man die Spaltung als Anteilstausch, handelte es sich um einen veräußerungsgleichen Vorgang, der unter die Steuerbefreiung von Abs. 2 fällt (*Pung in DPM*, § 8b Rz. 92a [6/2017]; *Herlinghaus in R/H/N*, 2015, § 8b Rz. 189). Soweit man die Spaltung demgegenüber als Sachausschüttung an den Gesellschafter mit einer nachfolgenden vE wertet, ist die Anwendung von Abs. 1 Satz 4 vom Wortlaut fraglich, weil er eine vGA voraussetzt. Nach dem Sinn und Zweck der Norm sollte Abs. 1 Satz 4 in den Fällen angewendet werden, in denen keine Verrechnung mit dem stl. EK erfolgt (vgl. zur Problematik *Holle/Keilhoff*, IStR 2017, 245; *Krauβ/Köstler*, BB 2017, 924).

Einstweilen frei.

58–61

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Befreiung einmaliger Beteiligungsgewinne

Schrifttumsauswahl: *Eilers/Wienands*, Steuersenkungsgesetz: Anteilsveräußerungen durch Körperschaften nach der Neufassung des § 8b Abs. 2 KStG, GmbHR 2000, 1229; *Häuselmann/Mick*, Behaltefrist des § 8b Abs. 2 KStG nF und des § 3 Nr. 40 Satz 5 EStG, DB 2000, 2094; *Jakobs/Wittmann*, Steuersenkungsgesetz: Besteuerung von Anteilsveräußerungen, GmbHR 2000, 910; *Kanzler*, Problematik der steuerlichen Behandlung von Veräußerungsgewinnen, FR 2000, 205; *Seibt*, Unternehmenskauf und -verkauf nach dem Steuersenkungsgesetz, DStR 2000, 2061; *Wenger*, Die Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen: Systemwidrigkeiten und systematische Notwendigkeiten, StuW 2000, 177; *Förster*, Ausgewählte Fragen bei der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften, Stbg 2001, 657; *Haun/Winkler*, Vertragsgestaltungen zur Verlagerung des Zeitpunkts der Besteuerung bei Anteilsveräußerungen, DStR 2001, 1195; *Kessler/Schmalz/Schmidt*, Die Verschärfung, Verbesserung und Komplizierung der Besteuerung von Beteiligungserträgen nach der geplanten Neufassung des § 8b KStG, DStR 2001, 1865; *Lechner*, Die Kapitalgesellschaft als Steuersparmodell – An-

teilsveräußerungen durch Kapitalgesellschaften nach der Unternehmenssteuerreform, Stbg 2001, 201; *Rättig/Protzen*, Anwendung des § 8b Abs. 2 KStG auf verdeckte Gewinnausschüttungen anlässlich einer Anteilsveräußerung, GmbHR 2001, 495; *Watermeyer*, Steuerbefreiung für GmbH-Anteilsveräußerungen, GmbH-StB 2001, 166; *Haun/Winkler*, Klarstellungen und Unklarheiten bei der Besteuerung von Beteiligungserträgen nach der Neufassung des § 8b KStG, GmbHR 2002, 192; *Leip*, Die Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften durch Kapitalgesellschaften, BB 2002, 1839; *Franz/Reiser*, Ausgewählte Probleme zu § 8b KStG im Lichte des BMF-Schreibens vom 28.4.2003, StB 2003, 242; *Kanzler*, Grundfragen der Besteuerung betrieblicher Veräußerungsgewinne, FR 2003, 1; *Knebel/Seltenreich*, Besprechung des BMF-Schreibens vom 28.4.2003, Stbg 2003, 259; *Nagel/Thies*, Steuerliche Behandlung der Schlussauflösung von organschaftlichen Ausgleichsposten bei Kapitalgesellschaften, GmbHR 2003, 25; *Neu/Watermeyer*, Steuerlicher Handlungsbedarf zum Jahreswechsel 2003/2004, DStR 2003, 2181 (Teil II); *Scheffler*, Beteiligungsveräußerungen durch Kapitalgesellschaften: Die Steuerbefreiung nach § 8b Abs. 2 KStG ist gerechtfertigt, DB 2003, 680; *Schreiber/Rogall*, Die Besteuerung der Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften, BB 2003, 497; *Spengel/Schaden*, Besteuerung von Erfolgen aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften durch Kapitalgesellschaften, DStR 2003, 2192; *Eilers*, Transaktionen in Zeiten unsicherer Werte, FR 2004, 337; *Endres*, Steuerreformpaket 2004: Beteiligungserträge im Konzern nach „Korb II“, PiStB 2004, 47; *Nagel/Thies*, Steuerliche Behandlung der Schlussauflösung von organschaftlichen Ausgleichsposten bei Kapitalgesellschaften, GmbHR 2004, 35; *Niemann*, Verdeckte Gewinnausschüttung und Halbeinkünfteverfahren, IFSt-Schrift Nr. 414; *Hummeltenberg/Grube/Behrendt*, Steuerrechtliche Aspekte des Zweiten Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts, Versorgungswirtschaft 2005, 173; *Prinz/von Freeden*, Erwerb eigener Anteile als Ausschüttungsalternative bei einer Kapitalgesellschaft, FR 2005, 533; *Schmid/Renner*, Bilanzielle und steuerliche Behandlung einer Verkaufsoption (long put), DStR 2005, 2059; *Schulte*, Wechsel des persönlich haftenden Gesellschafters einer KGaA ertragsteuerneutral möglich?, DStR 2005, 951; *Sedemund*, Zivilrechtliche Grundlagen und steuerliche Behandlung eigener Anteile einer GmbH im Rechtsverkehr, DStZ 2005, 481; *Behrendt/Schlereth*, Unbundling – Steuerrechtliche Beurteilung der Verwaltungsauffassung zum Energiewirtschaftsgesetz (EnWG), BB 2006, 2050; *Engler*, Kosten einer Due Diligence – Aufwand oder aktivierungspflichtige Anschaffungskosten, BB 2006, 747; *Hummeltenberg/Behrendt/Schlereth*, Zur Auslegung des § 6 Abs. 2 Satz 4 EnWG: Können „entflechtungsgeborene“ Anteile steuerbegünstigt veräußert werden?, BB 2006, 241; *Mairoser/Groß*, Gesetzliche Korrektur bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinnes nach § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG zwingend erforderlich, GmbHR 2006, 362; *Nosky*, Überführung von Beteiligungen in eine ausländische Betriebsstätte als Veräußerung?, GmbHR 2006, 695; *Rau*, Zur steuerbilanziellen Behandlung von Aktienanleihen, DStR 2006, 627; *Schulze-Osterloh*, Passiver Ausgleichsposten beim Erwerb von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft gegen Zahlung des Verkäufers, BB 2006, 1955; *Zieren/Adrian*, Die „Zuschreibungs-Falle“, DB 2006, 299; *Ernsting*, Bilanzierung eines negativen Kaufpreises im Rahmen eines Unternehmenserwerbs, GmbHR 2007, 135; *Roser/Haupt*, Negative Kaufpreise – der BFH lässt viele Fragen offen, GmbHR 2007, 78; *Blumenberg/Roßner*, Steuerliche Auswirkungen der durch das BilMoG geplanten Änderungen der Bilanzierung von eigenen Anteilen, GmbHR 2008, 1079; *Düll/Knödler*, Ausfall einer Kaufpreisforderung aus der Veräußerung der Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft – Das neue BMF-Schreiben zu § 8b Abs. 2 KStG, DStR 2008, 1665; *Früchtl/Fischer*, Erwerb eigener Anteile – Änderungen durch das BilMoG, DStZ 2009, 112; *Häuselmann*, Zweifelsfragen bei der bilanzsteuerlichen Erfassung von anteilsbezogenen Derivaten, Ubg 2008, 391; *Herzig*, Steuerliche Konsequenzen des Regierungsentwurfs zum BilMoG, DB 2008, 1339; *Küting/Reuter*, Abbildung von eigenen Anteilen nach dem Entwurf des BilMoG – Auswirkungen in der Bilanzierungs- und Bilanzanalysenpraxis, BB 2008, 658; *Lohmann/von Goldacker/Achatz*, Nebenkosten der Akquisition einer deutschen Kapitalgesellschaft – hauptsächlich steuerliche Betriebsausgaben, BB 2008, 1592; *Mayer*, Steuerliche Behandlung eigener Anteile nach dem BilMoG, Ubg 2008, 779; *Schwarz*, Zweifelsfragen bei der Einlage von Kapitalgesellschaften in Kapitalgesellschaften, insbesondere Wertaufholungsproblematik, FR 2008, 548; *Früchtl/Fischer*, Erwerb eigener Anteile – Änderungen durch das BilMoG?, DStZ 2009, 112; *Ortmann-Babel/Bolik/Gageur*, Ausgewählte steuerliche Chancen und Risiken des BilMoG, DStR 2009, 934; *Peter/Graser*, Zu kurz gegriffen: Due Di-

ligence-Kosten als Anschaffungsnebenkosten beim Beteiligungserwerb, DStR 2009, 2032; *Rodewald/Pohl*, Neuregelungen des Erwerbs von eigenen Anteilen durch die GmbH im Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG), GmbHR 2009, 32; *Roser/Haupt*, (Außer-)Bilanzieller Korrekturposten als Mittel der teleologischen Gesetzesanwendung des § 8b Abs. 2 KStG, DStR 2009, 1677; *Schiffers*, Das BilMoG und der Mittelstand, GmbH-StB 2009, 166; *Wagner*, Die verwirrende Rechtsprechung des BFH zur steuerlichen Beurteilung der Veräußerung von Bezugsrechten auch vor dem Hintergrund der Abgeltungsteuer, DStR 2009, 626; *Bruckmeier/Zwirner/Künkele*, Die Behandlung eigener Anteile – Das BilMoG kürzt das Steuersubstrat und fördert Investitionen in eigene Aktien, DStR 2010, 1640; *Ditz/Tcherveniachki*, Eigene Anteile und Mitarbeiterbeteiligungsmodelle – Bilanzierung nach dem BilMoG und Konsequenzen für das steuerliche Einlagekonto, Ubg 2010, 875; *Eldagsen/Röhrbein*, Behandlung von Wertaufholungen nach steuerunwirksamen Teilwertabschreibungen – Wertaufholung auf Anteile an Kapitalgesellschaften, NWB 2010, 272; *Lechner/Haisch/Bindl*, Einlagenrückgewähr durch Kapitalgesellschaften, Ubg 2010, 339; *Lechner/Haisch*, Was nun? Erwerb eigener Anteile nach dem BMF-Schreiben vom 10.08.2010, Ubg 2010, 691; *Najdecki*, Erwerb eigener Anteile durch die GmbH, NWB 2010, 349; *Schmidtman*, Abstrakte und konkrete Bilanzierungsfähigkeit eigener Anteile nach dem BilMoG, StuW 2010, 286; *Hahne*, Spätere Ausfälle von Kaufpreisforderungen mindern rückwirkend steuerfreien Veräußerungsgewinn gemäß § 8b Abs. 2 KStG, DStR 2011, 955; *Kaminski/Strunk*, Gutachtenkosten bei der Anschaffung von Anteilen an Kapitalgesellschaften – Eine Diskussion ohne Ende?, Stbg 2011, 63; *Ditz/Tcherveniachki*, Definition von Veräußerungskosten gemäß § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG, DStR 2012, 1161; *Helios/Niedrig*, Zur Einbeziehung von Optionsprämien in den Anwendungsbereich von § 8b Abs. 2 KStG, DStR 2012, 1301; *Oser/Kropp*, Eigene Anteile in Gesellschafts-, Bilanz- und Steuerrecht, DK 2012, 185; *Binnewies*, Anmerkung zum Urteil BFH v. 9.1.2013 (I R 72/11) – zum steuerlichen Abzug vergeblicher Kosten einer Due-Diligence-Prüfung, GmbHR 2013, 437; *Ditz/Tcherveniachki*, Keine Anwendung des § 8b Abs. 3 idF 2002 auf vergebliche Due-Diligence-Kosten, DB 2013, 1634; *Gosch*, Kein Abzugsverbot nach § 8b Abs. 3 KStG aF für vergeblichen sog. Due-Diligence-Aufwand, BFH/PR 2013, 193; *Heuermann*, Körperschaftsteuerpflicht von Stillhalteprämien aus Optionsgeschäften, StBp. 2013, 211; *Roser*, Anmerkung zu BFH v. 6.3.2013, GmbHR 2013, 722; *Schmid/Renner*, Die steuerliche Behandlung von Optionen nach dem BFH-Urteil vom 6.3.2013, I R 18/12, DStR 2013, 2734; *Schmidtman*, Steuerliche Behandlung eigener Anteile nach dem BMF-Schreiben vom 27.11.2013, Ubg 2013, 755; *Schnitger*, Anwendung des § 8b KStG bei Stillhalteprämien und Optionsgeschäften, DStR 2013, 1771; *Schiffers*, Steuerrechtliche Behandlung des Erwerbs eigener Anteile. Anmerkungen zum BMF-Schreiben v. 27.11.2013, GmbHR 2013, 79; *Blumenberg/Lechner*, Steuerrechtliche Behandlung des Erwerbs und der Veräußerung eigener Anteile nach dem BMF-Schreiben vom 27.11.2013, DB 2014, 142; *Fertig*, Steuerliche Behandlung von nachträglichen Änderungen des Veräußerungspreises beim Unternehmensverkauf, Ubg 2014, 98; von *Freeden/Joisten*, Wie sind organschaftliche Ausgleichsposten bei einer Veräußerung der Organbeteiligung aufzulösen?, Ubg 2014, 512; *Kahle/Hiller*, Anschaffungsnebenkosten beim Erwerb von Anteilen an Kapitalgesellschaften, DB 2014, 500; *Lieder*, Eigene Geschäftsanteile im GmbH-Recht – Umgehungsprobleme und Zeitpunktstreit, GmbHR 2014, 57; *Link*, Bilanzielle und steuerliche Fragestellungen bei Earn-out-Gestaltungen, BB 2014, 554; *Mayer/Wagner*, BMF-Schreiben zu eigenen Anteilen – Absage an (vermeintliches) Korrespondenzprinzip, DStR 2014, 571; *Müller/Reinke*, Handelsrechtliche und steuerliche Behandlung von eigenen Anteilen. DStR 2014, 711; *Ott*, Steuerrechtliche Behandlung des Erwerbs eigener Anteile, StuB 2014, 163; *Riedel*, Die Veräußerungskosten i.S.d. § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG, FR 2014, 356; *Rohler*, Bestimmung des Veräußerungsgewinns nach § 8b Abs. 2 KStG, GmbH-StB 2014, 263; *Roser*, Aktuelle Fragen zu eigenen Anteilen – Folgerungen aus dem BMF-Schreiben v. 27.11.2013, GmbH-StB 2014, 55; *Schmidtman*, Vorteilsgewährung beim Erwerb und der Veräußerung eigener Anteile, Ubg 2014, 32b; *Schneider*, Erwerb und Veräußerung eigener Anteile aus Sicht der Gesellschaft, NWB 2014, 836; *Siebert/Ivzhenko-Siebert*, Einige Bemerkungen zum Schreiben des BMF bezüglich des Erwerbs eigener Anteile durch eine Kapitalgesellschaft, FR 2014, 78 und 354; *Wiese/Lukas*, Steuerliche Behandlung des Erwerbs eigener Anteile, GmbHR 2014, 238; *Bahns/Vogel*, Zeitliche Erfassung von Kaufpreisanpassungen beim Unternehmenskauf auf Veräußerer- und Erwerberseite, Ubg 2015, 634; *Feldgen*, Anschaffungskosten von Beteiligungen im handelsrechtlichen Jahresabschluss,

NWB 2015, 1922; Harle, Steuerliche Behandlung des Erwerbs und der Veräußerung eigener Anteile, StBp. 2015, 16; Johannemann/Herr, Rückkauf eigener Aktien beim Eigenhandel von Kreditinstituten, BB 2015, 2158; Kessler/Mirbach/Probst, Erwerb und Weiterveräußerung eigener Anteile bei Kapitalgesellschaften, SteuStud. 2015, 326; Riedel, Veräußerungskosten i.S.d. § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG bei ausschließlicher Anteilsveräußerung als Geschäftstätigkeit, Ubg 2015, 76; Bachmann/Heckner, Ansatzverbot für eigene Anteile nach BilMoG auch in der Steuerbilanz?, WPg 2016, 832; Briese, Eigene Anteile in der Steuerbilanz: eine Aufgabe für den Gesetzgeber, GmbHR 2016, 49; Herr, Veräußerungskosten im Wandel der Rechtsprechung am Beispiel von gegenläufigen Finanzinstrumenten, DStR 2016, 2786; von *Freeden/Joisten*, Auflösung organschaftlicher Ausgleichsposten bei mittelbaren Organschaften, DB 2016, 1099; Scholz/Riedel, Zur Einbeziehung von Gemeinkosten in die Veräußerungskosten nach § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG, FR 2016, 1040; *Knobloch*, Zum Anwendungsbereich des § 8b KStG bei Termingeschäften im Lichte der BFH-Rspr., DB 2017, 1277; *Nussbaum*, Einfluss von Währungsschwankungen auf die internationale Besteuerung, IStR 2017, 699; *Holle/Tschatsch*, Wandelschuldanleihe – Klarheit für eine steuerlich attraktive Finanzierungsform, FR 2018, 884; *U. Prinz/Ludwig*, Due Diligence-Aufwand bei geplanten Akquisitionsmaßnahmen, DB 2018, 213; *Rödder/Schumacher*, Berücksichtigung von Erträgen und Aufwendungen aus Währungssicherungsgeschäften bei der Anwendung des § 8b Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 KStG und des § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG, DStR 2018, 705; *Scheifele*, Transaktionskosten im Steuerrecht, Ubg 2018, 129 und 421; *Trautmann/Dörnhöfer*, Währungsergebnisse im Zusammenhang mit einer Kaufpreisforderung aus der Veräußerung von Anteilen – Steuerlich zu berücksichtigen oder als Teil des Veräußerungsgewinns nach § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG steuerfrei?, IStR 2018, 182; *Drüen*, Steuerbefreiung eines veräußerungspreisbezogenen Währungssicherungsgewinns nach § 8b Abs. 2 KStG, DK 2019, 156; *Geiger/Kurrle*, Earn-out-Klauseln im Rahmen der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, Ubg 2019, 495; *Kraft/Hohage*, Behandlung der Due-Diligence-Kosten als Anschaffungsnebenkosten in Abhängigkeit vom Verfahren des Unternehmenskaufs, DK 2018, 59; *Meinert*, Von Umtauschanleihen und Fremdwährungsabsicherungen: Endlich Klarheit bei der außerbilanziellen Berücksichtigung von Sicherungseffekten?, DStR 2019, 2561; *Schmid*, Ist die Optionsprämie Teil der Anschaffungskosten?, DStR 2019, 2674; *Schnitger*, Neue Rechtsprechung zur steuerlichen Behandlung von Bewertungseinheiten, IStR 2019, 965; *Vetter/Mädell/Schneidereit*, Umfang des Veräußerungsgewinns nach § 8b KStG, §§ 16 und 17 EStG, DStR 2020, 2223; *Strüder*, Anwendung des § 8b KStG auf Erträge aus Währungssicherungsgeschäften – Anmerkungen zu dem BMF-Schreiben v. 5.10.2020, FR 2020, 1066, FR 2021, 28.

62 I. Veräußerung als Vollausschüttung

Abs. 2 ergänzt die auf laufende Erträge beschränkte StBefreiung des Abs. 1 korrespondierend um einmalige Gewinne aus Beteiligungen. Abs. 3 und 4 enthalten Einschränkungen dazu. Der Gesetzgeber geht uE zutr. davon aus, dass der Gewinn einer KapGes. nicht nur durch eine Gewinnausschüttung, sondern auch durch eine Veräußerung an den Beteiligten vermittelt werden kann; die Veräußerung wirkt wie die Vollausschüttung aller offenen und stillen Reserven. Da Ausschüttungen nicht steuerwirksam sind, muss dies auch dann gelten, wenn die Körperschaft ihre Gewinne nicht ausschüttet, sondern thesauriert und es dadurch zu einem höheren Veräußerungs- oder Liquidationsgewinn kommt. Diese StFreistellung ist dem geltenden KStSystem immanent (vgl. BFH v. 19.12.2018 – I R 71/16, DStR 2019, 1353, Rz. 27; *Eilers/Schmidt*, GmbHR 2003, 613 [614]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 150; *U. Prinz*, GmbHR 2002, R 297; *Rödder/Schumacher*, DStR 2003, 909; *Scheffler*, DB 2003, 680; *Schreiber/Rogall*, BB 2003, 497; *Kanzler*, FR 2003, 1 [7]; s. auch Anm. 5). In der Steuerrechtsliteratur wird die systematische Rechtfertigung dieser Befreiung jedoch teilweise angezweifelt; gegen die Befreiung zB *Romswinkel*, GmbHR 2002, 1059; gegen die Befreiung stiller Reserven, die auf künftigen Er-

tragsaussichten beruhen, *Seer/Drüen*, GmbHR 2002, 1093 (1099); zur Problematik insgesamt vgl. auch *Desens*, Das Halbeinkünfteverfahren, 2004, 133 ff.

Die Befreiung von Veräußerungsgewinnen ist oftmals Gegenstand gesetzgeberischer Überlegungen; im Rahmen des StVergAbG war geplant, eine Gewinnsteuer von 15 % einzuführen (Übersicht über verschiedene mögliche StSätze bei *Pöllath*, DB 2002, 1342). Zu den Auswirkungen der StBefreiung auf die Kaufpreisermittlung vgl. *Eisgruber/Glass*, DStR 2003, 389.

II. Grundregelung der Veräußerungsgewinnbefreiung (Abs. 2 Satz 1)

1. Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen

a) Gewinn aus Veräußerung

63

Aufgrund von Abs. 2 Satz 1 bleiben Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an bestimmten Körperschaften und Personenvereinigungen bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz.

Keine Legaldefinition des Veräußerungsbegriffs: Satz 1 nennt im Grundtatbestand die Veräußerung bestimmter Anteile, ohne den Begriff der Veräußerung zu definieren. Da die Veräußerung in gleicher Weise jedoch Tatbestandsmerkmal des § 17 EStG ist, kann nach uE zutreffender hM auf die Auslegung hierzu zurückgegriffen werden. Veräußerung ist – entsprechend dem Zweck des Abs. 2 iVm. Abs. 1 für laufende Bezüge – alle Erträge zwischen KapGes. umfassend freizustellen – weit auszulegen (BFH v. 19.12.2018 – I R 71/16, BStBl. II 2019, 493, Rz. 20; FG Münster v. 12.4.2019 – 13 K 1482/16 K, G, EFG 2019, 1410, Rev. BFH I R 36/19; glA zB *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 120 [6/2020]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 181 f.). Eine Veräußerung liegt bei jeder gegen Gegenleistung erfolgenden Übertragung des zivilrechtl., zumindest aber wirtschaftlichen Eigentums vor. Ausgenommen sind Übertragungen ohne Gegenleistung, weil es anderenfalls der Fiktion in Satz 6 nicht bedürft hätte. Hauptanwendungsfall ist eine Veräußerung aufgrund Kaufs oder Tauschs. Neben den allgemeinen, in § 6 Abs. 6 Satz 1 EStG dargelegten Grundsätzen zum Tausch mit einer Realisierung offener und stiller Reserven durch Ansatz des gemeinen Werts sind Sonderregelungen zu beachten. Zu nennen ist insbes. die Übertragung (Einbringung) von Anteilen an KapGes. aufgrund von § 21 UmwStG (Anteilstausch) oder im Zusammenhang mit der Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils aufgrund von § 20 UmwStG. Die Gegenleistung besteht in der Gewährung neuer Anteile, die an die Stelle der eingebrachten Anteile treten. Zu einem Gewinn kommt es allerdings nur bei einem Anteilstausch über dem Buchwert (BMF v. 3.3.2005 – IV B 2 - S 2241 - 14/05, BStBl. I 2005, 458, Rz. 13; BFH v. 19.12.2007 – I R 111/05, DB 2008, 672; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 124 [6/2017]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 169 [10/2019]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 183; *Jakobs/Wittmann*, GmbHR 2000, 910). Auch die wertmäßige Aufstockung von Anteilen in der stl. Schlussbilanz einer KapGes. bei Umwandlungsvorgängen aufgrund der Ausübung eines entsprechenden Wahlrechts (vgl. §§ 3 Abs. 2, 11 Abs. 2, 15 Abs. 2 UmwStG) führt uE zu einem Veräußerungsgewinn, da die FinVerw. diese Vorgänge auf jeder Ebene der beteiligten Rechtsträger als Veräußerungs- und Anschaffungsvorgang qualifiziert (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 23; BMF v. 11.11.2011 – IV C 2 - S 1978 - b/08/10001//2011/0903665, BStBl. I 2011,

1314, Rz. 00.02 f.; ebenso *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 178a [10/2019]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 188).

► **Umtauschanleihen:** Die Ausübung des Rechts auf Lieferung von Aktien nach Maßgabe einer Umtauschanleihe ist aufgrund von BFH v. 27.3.2019 (BFH v. 27.3.2019 – I R 20/17, DStR 2019, 1963, Rz. 18) entgeltlich; das Entgelt besteht im Wegfall der Verbindlichkeit. Übersteigt der Buchwert der Anleiheverbindlichkeit den Buchwert der zur Deckung gehaltenen Aktien, entsteht ein Abs. 2 Satz 1 unterfallender Gewinn (glA BMF v. 30.4.2018 – IV C 6 - S 2133/09/10001:006, DOK 2018/0350116, FR 2018, 907; s. auch Anm. 72 zu Währungsgewinnen). Der BFH wertet den Umtausch der Anleihe in Aktien des Emittenten nicht als einen einheitlichen Rechtsvorgang oder als bloßes Erfüllungsgeschäft der Anleihe (aA *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 183a; auch BMF v. 30.4.2018 – IV C 6 - S 2133/09/10001 :006, FR 2018, 907). Fraglich ist, wie sich eine Wertsteigerung der Aktien über den Buchwert der Anleiheverbindlichkeit auswirkt. Der BFH lässt – zumindest im Fall einer Bewertungseinheit nach § 5 Abs. 1a Satz 2 EStG – keine Höherbewertung der Verbindlichkeit auf den Marktwert der Tauschanteile zu. Ein Deckungskauf würde in diesem Fall zwar zu Finanzierungsaufwand führen, der aber nicht abzugsfähig ist, sondern zu Veräußerungskosten iSd. Abs. 2 Satz 2 führt (aA *U. Prinz*, FR 2017, 735; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 183a; *Schnitger*, IStR 2019, 965; *Meinert*, DStR 2019, 2561).

Fiktion einer Veräußerung: Über Satz 6 hinaus enthalten Steuergesetze oftmals Regelungen, aufgrund derer eine Veräußerung fingiert wird und als deren Veräußerungserlös der gemeine Wert gilt. Zu nennen sind insbes. §§ 13 Abs. 1, 15 Abs. 1 sowie §§ 22 Abs. 1 Satz 6; 22 Abs. 2 Satz 6 UmwStG, soweit ein dort genannter Ersatz-Veräußerungstatbestand realisiert wird (s. *Graw*, Ubg 2009, 261; *Stangl*, Ubg 2009, 698; *Körner*, DStR 2010, 897). Die FinVerw. qualifiziert Umwandlungen auf der Ebene des übertragenden und des übernehmenden Rechtsträgers ebenso wie beim Anteilseigner einer übertragenden Körperschaft stets als Veräußerungs- und Anschaffungsvorgang (BMF v. 11.11.2011 – IV C 2 - S 1978 - b/08/10001//2011/0903665, BStBl. I 2011, 1314, Rz. 00.02 f.); zutr. führt das zur Anwendung von Abs. 2 Satz 1. Dasselbe gilt bei einer Anwendung des § 12 Abs. 1 KStG (dazu jedoch insbes. *Wassermeyer*, DB 2006, 1176 [1180]; *Mitschke*, Ubg 2010, 355), nach dem die Überführung eines WG in oder die Nutzung durch die ausländ. BS als Veräußerung zum gemeinen Wert gilt, wenn das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland daraus ausgeschlossen oder beschränkt wird (FG Rhld.-Pf. v. 7.1.2011 – 1 V 1217/19, EFG 2011, 1098, rkr.). Die in § 12 Abs. 3 geregelte Sitzverlegung ist keine Veräußerung, sondern unterfällt dem Liquidationstatbestand (aA *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 314). Zur entsprechend gebotenen Anwendung des Abs. 2 Satz 1 auf bestimmte veräußerungsgleiche Tatbestände s. Anm. 99.

Einziehung von Anteilen: Zum Erwerb eigener Anteile und zur Einziehung s. Anm. 64.

Zeitpunkt der Veräußerung: Der Besteuerungszeitpunkt richtet sich nach den allgemeinen ertragstl. Grundsätzen. Es ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem das vollständige zivilrechtl. oder zumindest das wirtschaftliche Eigentum iSd. § 39 Abs. 1 Nr. 2 AO verschafft wird (vgl. BFH v. 18.12.2001 – VIII R 5/00, BFH/NV 2002, 640; BFH v. 14.10.2010 – I R 82/09, BFH/NV 2011, 653; BFH v. 19.12.2018 – I R 71/16, BStBl. II 2019, 493 Rz. 20; BFH v. 14.8.2019 – I R 44/17, BStBl. II 2019,

574). Ob bereits wirtschaftliches Eigentum verschafft ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, aufgrund derer die nachfolgenden Kriterien – nicht unbedingt allesamt in gleicher Intensität – erfüllt sind:

- Erwerb einer rechtl. geschützten Position, die dem Erwerber gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann (aufgrund bürgerlich-rechtl. Rechtsgeschäfts oder kraft Gesetzes), und
- Übergang der mit dem Anteil verbundenen wesentlichen Rechte (insbes. Gewinnbezugsrecht und Stimmrecht) sowie des Risikos und der Chance von Wertveränderungen (BFH v. 11.7.2006 – VIII R 32/04, BStBl. II 2007, 296 [298]; BFH v. 4.7.2007 – VIII R 68/05, BStBl. II 2007, 937 [938 f.]; BFH v. 9.10.2008 – IX R 73/06, BStBl. II 2009, 140; BFH v. 25.6.2009 – IV R 3/07, BStBl. II 2010, 182; BFH v. 15.10.2013 – I B 159/12, BFH/NV 2014, 291, Rz. 10; BFH v. 14.8.2019 – I R 44/17, BStBl. II 2019, 574, Rz. 55; krit. Mayer, DStR 2009, 674).

Gestaltungsmöglichkeiten zur zeitlichen Verlagerung der Veräußerung: Da für die Veräußerung die Übertragung zumindest des wirtschaftlichen Eigentums maßgebend ist, gibt es Gestaltungsmöglichkeiten, die Veräußerung hinauszuschieben. Diese Gestaltungsmöglichkeiten wurden oftmals genutzt, um nach dem Systemwechsel durch das StSenkG in den Anwendungsbereich der stfreien Beteiligungsveräußerung zu gelangen. Diese Gestaltungsmaßnahmen blieben im Rahmen des neuen KStSystems bis zur Änderung durch das SEStEG weiterhin wesentlich, um (verbleibende) Sperrfristen des Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 aF zu überbrücken, s. Anm. 181 (zu Abs. 4 aF).

Gewinn: Vom Tatbestand des Abs. 2 Satz 1 wird der „Gewinn“ aus einer Anteilsveräußerung erfasst. Er ist seit dem ProtErklG in Satz 2 legal definiert; s. Anm. 71 ff.

b) Anteile an einer Körperschaft oder Personenvereinigung, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 Buchst. a EStG gehören (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1)

64

Nicht jeder Veräußerungs- oder wirtschaftlich gleichgestellte Vorgang erfüllt den Tatbestand des Abs. 2; nur Gewinne, die Anteile an bestimmten Körperschaften und Personenvereinigungen betreffen, sind begünstigt.

Anteile an bestimmten Körperschaften und Personenvereinigungen: Abs. 2 enthält keine eigene Definition der begünstigten Objekte, sondern verweist wie Abs. 1 auf bestimmte, in § 20 EStG genannte Kapitaleinkünfte, die aus den Anteilen resultieren. Während die Verweisung in Abs. 1 dazu dient, die begünstigten laufenden Erträge aus Beteiligungen zu benennen, dient der Verweis in Abs. 2 Satz 1 dazu, einmalige Erträge aus einer Veräußerung der entsprechenden Quelle als begünstigt zu qualifizieren. Es muss sich um Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an einer Körperschaft oder Personenvereinigung handeln, „deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 Buchst. a EStG gehören“. Die StBefreiung des Abs. 2 Satz 1 greift nur in den Fällen ein, in denen eine Körperschaft Bezüge iSd. vorgenannten Vorschriften des EStG aus der Beteiligung erzielt. Es ist unmaßgeblich, ob sie aufgrund von Satz 2 ff. stpfl. sind. Ein wesentlicher Anwendungsbereich sind Anteile an KapGes. ohne dass es darauf ankommt, wo sie Sitz oder Geschäftsleitung hat, ob sie „aktiv“ tätig ist und wie hoch die Beteiligung ist; Veräußerungsgewinne aus sog. Streubesitzbeteiligungen (nicht mindestens 10 %) bleiben auch nach Einf. des Abs. 4 nF stfrei; eine StPflicht soll indes weiterhin auf dem Prüfstand bleiben. Der Tatbestand erfasst

auch Veräußerungen eines ausländ. Gesellschafters unabhängig davon, ob die Anteile einer inländ. BS zuzuordnen sind oder § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e EStG unterfallen (hM, vgl. nur *Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 154 [10/2019]; *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 230; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 102 [6/2017]). Auch die Veräußerung von Genussrechten ist begünstigt, wenn sie eine Beteiligung am Liquidationsgewinn vermittelt (vgl. insbes. BFH v. 14.8.2019 – I R 44/17, BStBl. II 2019, 574, Rz. 35 ff.). Dasselbe gilt für Wandelschuldverschreibungen nach „Wandlung“ in Anteile (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 24; *Dötsch/Pung*, DB 2003, 1016 [1018]; *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 162). Zur Veräußerung von Anteilen an Investmentfonds s. Anm. 28.

Durch den systematischen Zusammenhang mit Abs. 1 ist der Begriff der Anteile iSd. Abs. 2 und des § 17 EStG (ebenso wie § 21 UmwStG aF, BMF v. 29.2.2008 – I B 159/07, BFH/NV 2008, 1203) nicht deckungsgleich. Der Wortlaut des Abs. 1 ist zum einen weitergehend, weil er nicht nur Anteile an KapGes. erfasst, sondern auch an anderen Körperschaften. Zum anderen ist er enger, weil ähnliche Beteiligungen und Anwartschaften auf Beteiligungen *expressis verbis* Abs. 2 nicht unterfallen. Nicht zu den begünstigten Anteilen gehören Genussrechte außerhalb § 8 Abs. 3 Satz 2, Wandelschuldverschreibungen vor Ausübung des Wandlungsrechts, Optionsanleihen und Put- und Call-Optionen (BFH v. 23.1.2008 – I R 101/06, BStBl. II 2008, 719; BFH v. 6.3.2013 – I R 18/12, BStBl. II 2013, 588; BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 24). Der BFH (BFH v. 27.10.2005 – IX R 15/05, BStBl. II 2006, 171) hatte für den Abs. 2 vergleichbaren Wortlaut in § 3 Nr. 40 (seinerzeit Buchst. j) die Regelung des § 17 EStG zur Auslegung herangezogen und die Veräußerung eines Bezugsrechts als Teilveräußerung eines Gesellschaftersanteils gewertet. Hieraus wird teilweise gefolgert, es sei eine einheitliche (weite) Auslegung bei Abs. 2 und § 3 Nr. 40 EStG geboten (vgl. insbes. *Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 193 [10/2019]; *Häuselmann*, Ubg 2008, 391 [392]; *Busch*, BB 2008, 1103; *Dürschmidt/Hans*, NWB [38] 2008, 3577; *Hahne*, DStR 2008, 862; *Mihm*, BB 2005, 2790; *Wagner*, DStR 2009, 626). Dafür spricht uE, dass bei einer Kapitalerhöhung die dadurch entstehenden Bezugsrechte teilweise die offenen und stillen Reserven des bisherigen Gesellschaftersanteils verkörpern. Der BFH (BFH v. 23.1.2008 – I R 101/06, BStBl. II 2008, 719) entschied aufgrund des im Verhältnis zu § 17 EStG engeren Wortlauts „Anteil“ des Abs. 2 gegenteilig und fasst Bezugsrechte nicht unter Abs. 2. Wegen des unterschiedlichen Wortlauts hatte er die Frage dem Großen Senat nicht vorgelegt (zust. *Gosch*, FS Herzig, 2010, 63 [64], krit. *Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 194 [10/2019]; eine gegen das UrT. eingelegte Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG nicht zur Entsch. angenommen (BVerfG v. 9.1.2009 – 1 BvR 1302/08). Der I. Senat des BFH hat nachfolgend seine Rspr. bestätigt (BFH v. 6.3.2013 – I R 18/12, BStBl. II 2013, 588; vgl. auch *Gosch*, BFH-PR 2013, 277; *Heuermann*, StBp. 2013, 211; abl. *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 195 [10/2019]; *Roser*, GmbHR 2013, 722; *Schmitzer*, DStR 2013, 1771).

Anteile an einem Investmentfonds: Es handelt sich nicht um einen Anteil iSd. Abs. 2 Satz 1, da er als Zweckvermögen iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 5 oder als Zweckvermögen iSd. § 2 Nr. 1 fingiert wird (§ 6 Abs. 1 InvStG). Zum InvStG s. Anm. 28.

Behandlung eigener Anteile: Bis zum UntStFG unterfielen Abs. 2 nur Anteile an „anderen“ Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen. Sinn und Zweck der Regelung, Veräußerungsgewinne wegen ihrer Vorbelastung innerhalb KapGes. nicht wiederholt zu besteuern, erforderten eine entsprechende Anwendung des Abs. 2 auf eigene Anteile. Der Gesetzgeber des UntStFG hat entsprechend „anderen“ in Abs. 2 Satz 1 gestrichen. Allerdings hat sich die Gesetzeslage dadurch geändert, dass der Gesetzgeber die eigenen Anteile handelsbilanziell für alle Gesellschaftsformen einheitlich in § 272 Abs. 1a und Abs. 1b HGB durch das BilMoG geregelt hat, wodurch neue Fragestellungen im Bereich der stl. Behandlung aufgetreten sind.

- ▶ *Eigene Anteile bis BilMoG:* Die Praxis verfuhr auf der Grundlage von BMF (BMF v. 2.12.1998 – IV C 6 - S 2741 - 12/98, BStBl. I 1998, 1509), nach zwischenzeitlicher Aufhebung für Altfälle (durch BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009, BStBl. I 2013, 1615, Rz. 27ff.) wieder in Kraft gesetzt, wie folgt: Unterschieden wird auf der Ebene der erwerbenden Gesellschaft zwischen eigenen Anteilen und eigenen Anteilen, die zur Einziehung erworben wurden. Die StBefreiung des Abs. 2 ist von der bilanziellen Behandlung der eigenen Anteile bei der Gesellschaft abhängig. Eigene Anteile waren im UV auszuweisen, wenn sie nicht zur Einziehung erworben wurden (BMF v. 2.12.1998 – IV C 6 - S 2741 - 12/98, BStBl. I 1998, 1509, Rz. 24). Erfolgte die Weiterveräußerung mit Gewinn, kam es zur Anwendung des Abs. 2, soweit die Befreiung nicht durch Abs. 4 (aF), 7 oder 8 ausgeschlossen war. Anders beurteilte die FinVerw. jedoch bereits den Erwerb zur Einziehung; der für den Erwerb eigener Anteile aufgewendete Kaufpreis wurde wie eine Kapitalrückzahlung (Kapitalherabsetzung) behandelt und war vom Nennkapital entsprechend dem rechnerischen Anteil der eigenen Anteile abzusetzen. In beiden Fällen, sowohl beim Erwerb aktivierungspflichtiger als auch zur Einziehung erworbener Anteile lag nach BMF (BMF v. 2.12.1998 – IV C 6 - S 2741 - 12/98, BStBl. I 1998, 1509, Rz. 19 und 24) für den Gesellschafter ein Veräußerungsgeschäft vor. Konsequenterweise beutet das, dass darauf Abs. 2 unter Beachtung eventueller Restriktionen aufgrund von Abs. 4 aF, 7 und 8 anzuwenden ist. In der Literatur wird teilweise vertreten, dass im Fall der Einziehung das Einziehungsentgelt beim „Veräußerer“ zu einer Behandlung als Teilliquidation führt (insbes. *Weber-Grellet* in *Schmidt*, 39. Aufl. 2020, § 17 EStG Rz. 101). Der Unterschied besteht darin, dass bei einer Veräußerung Abs. 2 eingreift, während es sich bei einer Teilliquidation um Abs. 1 unterfallende Kapitaleinkünfte handelt.
- ▶ *Eigene Anteile nach BilMoG:* Der Gesetzgeber des BilMoG hat durch § 272 Abs. 1a und Abs. 1b HGB den Erwerb eigener Anteile wie eine Kapitalherabsetzung und ihre Veräußerung wie eine Kapitalerhöhung geregelt. Der Nennbetrag des erworbenen eigenen Geschäftsanteils wird vom gezeichneten Kapital in einer Vorspalte abgesetzt und der etwaige Mehrbetrag des Erwerbspreises mit frei verfügbaren Rücklagen verrechnet (§ 272 Abs. 1a HGB). Voraussetzung ist, dass die KapGes. im Zeitpunkt des Erwerbs eine entsprechend hohe Rücklage aus eigenen Mitteln hätte bilden können (§ 33 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, § 71 Abs. 2 AktG). Dies führt indes nicht dazu, dass eigene Anteile durch die Gesellschaft nicht wieder veräußert werden könnten. § 272 Abs. 1b HGB ordnet an, dass nach der Veräußerung eigener Anteile der aufgrund von § 272 Abs. 1a HGB vorgenommene Ausweis entfällt und die Veräußerung aufgrund von § 272 Abs. 1b HGB wie eine Kapitalerhöhung bilanziert wird; die passivische Kürzung des gezeichneten Kapitals wird rückgängig gemacht. Dasselbe gilt für die Kürzung der frei verfügbaren Rücklagen. Die strechtl. Konsequenzen sind sowohl für die Seite des Gesellschafters als auch der Gesellschaft selbst ungeklärt. Wesentliche Fragen sind, ob eigene Anteile weiterhin als WG zu qualifizieren und wie Erwerb und Veräußerung eines eigenen Anteils zu behandeln sind. So wird vertreten, § 272 Abs. 1a HGB sei eine Spezialvorschrift zur allgemeinen Begriffsbestimmung des Veräußerungsgegenstands; die Nichtbilanzierung schlage auch auf die StBil. durch und die erworbenen Anteile dürften nicht mehr als WG erfasst werden. Für die Wiederveräußerung gälte dasselbe. Beides sei, da über die Rücklagen abgewickelt, ergebnisneutral. Unklar ist dabei, ob hinsichtlich einer Verrechnung des das Nennkapital übersteigenden Betrags

der ausschüttbare Gewinn zu vermindern ist (so *Ditz/Tcherveniachki*, Ubg 2010, 875 [878]), oder ob ein Direktzugriff auf das stl. Einlagekonto erfolgt (vgl. *Lechner/Haisch*, Ubg 2010, 695; *Mayer*, Ubg 2008, 784; *Förster/Schmidtmann*, BB 2009, 1345), uE handelt es sich aus Sicht der Gesellschaft bei der Zahlung des den Nennbetrag übersteigenden Kaufpreises um eine Leistung an den Gesellschafter, für die die Verwendungsreihenfolge des § 27 gilt. Für den betroffenen Gesellschafter soll es sich nach ganz überwiegender und uE zutreffender Ansicht nicht um eine Teilliquidation und einen entsprechenden Liquidationserlös handeln (so *Herzig*, DB 2008, 1339 [1342]); vielmehr ist Abs. 2 Satz 1 anwendbar, da es sich aus der Sicht des Gesellschafters um ein Veräußerungs- und Anschaffungsgeschäft handelt und § 272 Abs. 1a und 1b HGB nicht zu einer korrespondierenden Behandlung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter führen muss (vgl. zur Fragestellung *Mayer*, Ubg 2008, 779; *Blumenberg/Roßner*, GmbHR 2008, 1079 [1081 ff.]; *Dörfler/Adrian*, DB 2009, Beilage 5, 63 *Breuninger/Müller*, GmbHR 2011, 10 [15]; *Bruckmeier/Zwirner/Künkele*, DStR 2010, 1640 [1643]; *Ditz/Tcherveniachki*, Ubg 2010, 875; *Förster/Schmidtmann*, BB 2009, 1342 [1344]; *Groebbl/Adrian* in *Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 109; *Günter*, Stbg 2009, 395 [399]; *Herzig/Briesemeister*, WPg 2010, 63 [74]; *Köhler*, DB 2011, 15 [21]; *Lechner/Haisch*, Ubg 2010, 691 [694]; *Ortmann-Babel/Bolik/Gageur*, DStR 2009, 934; *Schiffers*, GmbH-StB 2009, 166 [172]; *Bachmann/Heckner*, WPg 2016, 832). Weiterer Ansicht nach ergibt sich aus den Regelungen des § 272 Abs. 1a und Abs. 1b HGB weder für die Gesellschaft noch für den Gesellschafter stl. eine andere Konsequenz als die bisherige stl. Behandlung als Erwerb und Veräußerung eigener Anteile, weil der handelsrechtl. Begriff Vermögensgegenstand und der strechtl. Begriff des WG nicht identisch seien und die Körperschaft stl. ein WG erwerbe. Aufgrund § 5 Abs. 6 EStG wurde der Maßgeblichkeitsgrundsatz durchbrochen (ausführl. FG Münster v. 13.10.2016 – 9 K 1087/14 K, G, F, EFG 2017, 423, rkr., mit zust. Anm. *Rengers*; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 274; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 129b [11/2019]; *Hohage*, DB 2009, 1033 [1035]; *Oser/Kropp*, DK 2012, 185 [198]).

- ▶ **Finanzverwaltung:** Die FinVerw. behandelt Erwerb und Veräußerung eigener Anteile bei der Gesellschaft entsprechend den handelsrechtl. Regelungen des § 272 Abs. 1a und 1b HGB wirtschaftlich als Kapitalmaßnahme und beim Gesellschafter als eine Veräußerung (BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009, BStBl. I 2013, 1615):

▷ *Ebene der Gesellschaft:* Bei dem Erwerb eigener Anteile durch die Gesellschaft liegt in Höhe des Nennbetrags eine Kapitalherabsetzung iSd. § 28 Abs. 2 KStG vor; ein Sonderausweis wird jedoch nicht gemindert (BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009, BStBl. I 2013, 1615, Rz. 9). Der Betrag der Kapitalherabsetzung führt zur Erhöhung des stl. Einlagekontos. Der Kaufpreis für die eigenen Anteile wird „aufgeteilt“. Soweit der Nennbetrag des Anteils den Sonderausweis übersteigt, wird das Einlagekonto entsprechend der vorhergegangenen Erhöhung durch Direktzugriff wieder vermindert. Ein das Nennkapital der erwerbenden Gesellschaft übersteigender Betrag stellt eine Leistung an den Gesellschafter iSd. § 27 Abs. 1 Satz 3 dar; dafür gilt die Verwendungsreihenfolge des § 27. Soweit die Leistung den ausschüttbaren Gewinn übersteigt, kommt es zur Minderung des stl. Einlagekontos (vgl. dazu Beispiel bei *Blumenberg/Lechner*, DB 2014, 141). Ein den Nennbetrag unterschreitender Kaufpreis qualifiziert in Höhe des Differenzbetrags als Kapitalherabsetzung ohne Auszahlung an den Gesellschafter,

der, soweit vorhanden, den Sonderausweis mindert. Ist kein Sonderausweis vorhanden oder ist der Differenzbetrag höher, erhöht sich insoweit das stl. Einlagekonto (BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009, BStBl. I 2013, 1615, Rz. 9, 10). Konsequenterweise führt dann die Veräußerung eigener Anteile durch die Gesellschaft, an der die eigenen Anteile bestehen, zu einer Erhöhung des Nennkapitals statt eines Veräußerungsvorgangs. Ein den Nennbetrag der eigenen Anteile übersteigender Verkaufspreis erhöht das stl. Einlagenkonto (BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009, BStBl. I 2013, 1615, Rz. 17), wohingegen eine Veräußerung der Anteile unter dem Nennwert als Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln behandelt wird. Der Differenzbetrag vermindert das stl. Einlagenkonto. Die einem Erwerb nachfolgende Einziehung der eigenen Anteile führt zu keinen stl. Konsequenzen. Erfolgt die sofortige Einziehung ohne vorherigen Erwerb eigener Anteile, gilt dasselbe wie beim Erwerb. Die Entschädigungszahlung ist wie eine Kaufpreiszahlung zu behandeln. Daraus folgt: Da die stl. Behandlung wirtschaftlich weder beim Erwerb noch bei der Veräußerung von einem WG ausgeht, liegt kein Fall des Abs. 2 vor. Als wirtschaftlich qualifizierte Kapitalmaßnahme sind damit auch weder Abs. 3 und 5 noch Abs. 7 und 8 anwendbar. Kosten sind als BA abziehbar. Kapitalertragsteuer ist bei der Kaufpreiszahlung an den Gesellschafter nicht einzubehalten, weil es sich aus seiner Sicht nicht um eine Gewinnausschüttung handelt; das gilt auch insoweit, wie ausschüttbarer Gewinn verwendet wird. Eine Ausnahme gilt bei einem unangemessen hohen Kaufpreis, für den in Höhe des unangemessenen Teils die Grundsätze der vGA gelten (BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009, BStBl. I 2013, 1615, Rz. 15 f.; dazu vgl. *Schmidtman*, Ubg 2014, 326).

- ▷ *Ebene des Gesellschafters*: Wie im vorangegangenen BMF-Schreiben v. 2.12.1998 qualifiziert die FinVerw. den Erwerb eigener Anteile durch die Gesellschaft für den Gesellschafter als ein Veräußerungsgeschäft (BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009, BStBl. I 2013, 1615, Rz. 20). Allerdings enthält das Schreiben keine Aussage zur unmittelbaren Einziehung. Da auf der Ebene der Gesellschaft die Entschädigungszahlung wie eine Kaufpreiszahlung zu behandeln ist, wird auch in diesem Fall für den Gesellschafter von einem Veräußerungsgeschäft auszugehen sein. Für § 17 EStG hat der BFH (BFH v. 6.12.2017 – IX 7/17, BStBl. II 2019, 213 Rz. 20) jedenfalls entschieden, dass mangels Korrespondenzprinzip zwischen der stl. Behandlung bei Gesellschaft und Gesellschafter für diesen der Veräußerungstatbestand erfüllt ist.
- ▷ *Stellungnahme*: Wesentlich für die Frage einer Anwendung des § 8b ist, ob stl. bei eigenen Anteilen ein WG vorliegt. Das ist uE bei zur Einziehung erworbenen Anteilen nicht der Fall, weil ihre Verkehrsfähigkeit beendet wird. Bei nicht zur Einziehung erworbenen eigenen Anteilen ist das fraglich, weil es sich handelsrechtl. nur wirtschaftlich um eine Kapitalmaßnahme handelt und der eigene Anteil – wie § 272 Abs. 1b HGB belegt – verkehrsfähig bleibt. Dies spricht dafür, die handelsrechtl. Regelung als eine Bilanzierungsregelung zu werten, die vom Maßgeblichkeitsgrundsatz ausgenommen ist (§ 5 Abs. 6 EStG; ein WG bejahend zB FG Münster v. 13.10.2016 – 9 K 1087/14, EFG 2017, 423, rkr.; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 163a; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 129b [11/2019]; *Oser/Kopp*, DK 2012, 185 [198]). Zweifel hinsichtlich eines WG bestehen allerdings wie bisher auch schon. Erst durch die handelsrechtl. vorzunehmende wirtschaftliche Kapitalmaßnahme erstar-

ken die „Anteile“ zu einem substanziellen „Wert“. Vorher bereits ruhten die Stimmrechte und die eigenen Anteile konnten keinen Gewinnbezug vermitteln. Das BMF-Schreiben stellt uE eine praktikable Anwendungsregelung für die Praxis dar. Zu Einzelfragen des BMF-Schreibens vgl. *Schiffers*, GmbHR 2013, 79; *Blumenberg/Lechner*, DB 2014, 142; *Müller/Reinke*, DStR 2014, 711; *Ott*, StuB 2014, 163; *Wiese/Lukas*, GmbHR 2014, 238; *Roser*, GmbH-StB 2014, 55; *Schmidtmann*, Ubg 2014, 326.

► *Eigene Aktien zur Verwendung für Aktienoptionen*: Oftmals hält oder erwirbt eine KapGes. eigene Anteile, um diese Mitarbeitern (im Rahmen eines Aktienoptionsprogramms) zuzuwenden. Für den Arbeitnehmer ist geklärt, dass es sich beim Erwerb der Aktien – mittelbar oder aufgrund Optionsausübung – um stpfl. Einkünfte aus § 19 EStG in Höhe der Differenz zwischen dem Ausübungspreis/Erwerbspreis und ihrem Verkehrswert handelt; da es ein Korrespondenzprinzip zwischen der Behandlung bei der Gesellschaft und dem Gesellschafter/Anteilnehmer nicht gibt (vgl. *Krüger* in *Schmidt*, 39. Aufl. 2020, § 19 EStG Rz. 100; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 130 [11/2019]). Fraglich ist, wie sich dies auf die Ebene der anteilsgewährenden KapGes. auswirkt. Im Wesentlichen werden drei mögliche Lösungen vertreten, nämlich,

- dass es sich um ein Tauschgeschäft „Aktien gegen Anteilsleistung“ handelt, bei dem die stillen Reserven der Aktien durch die Gesellschaft zu realisieren sind und Abs. 2 unterfallen, während in Höhe des gemeinen Werts Personalaufwand entsteht (vgl. auch *Ditz/Tcherveniachki*, Ubg 2010, 875 [880 f.]);
- dass kein Tauschgeschäft vorliegt, es entsteht konsequenterweise kein Veräußerungsgewinn mit Personalaufwand in Höhe des Buchwerts der hingegenbenen Aktien;
- es entsteht ein Abs. 3 Satz 3 unterfallender Veräußerungsverlust, weil zwar wirtschaftlich Personalaufwand vorliegt, die Abgabe der Aktien unter dem gemeinen Wert aber zu einem tatsächlichen Verlust aus den Anteilen in der Differenz zwischen den AK und dem gemeinen Wert bei Abgabe an den ArbN führt.

Hierzu vgl. die Übersicht bei *Stangl*, Beihefter zu DStR 4/2013, 8 mwN; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 130 (11/2019).

Diese Sichtweisen beruhen auf der Qualifizierung der eigenen Aktien als WG. Die stl. Behandlung aufgrund der „neuen Meinung“ der FinVerw., die handelsrechtl. Behandlung eigener Anteile als wirtschaftliche Kapitalmaßnahme nachzuvollziehen, ist derzeit ungeklärt. Da es sich aber wirtschaftlich um eine Kapitalmaßnahme handelt, liegt jedenfalls kein Fall des § 8b bei der gewährenden Gesellschaft vor und laufende Aufwendungen sind abziehbar. Unseres Erachtens führt die Ausgabe eigener Anteile an ArbN zu stl. abziehbarem Lohnaufwand (glA OFD Frankfurt/Main v. 22.5.2019 – S 2144 A - 129 - St 516, DStR 2019, 1212). Das gilt insoweit, wie der Ausgabepreis unter dem Nennbetrag liegt und zu einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln führt, und auch für einen den Nennbetrag der Anteile übersteigenden Betrag, der den Bestand des Einlagekontos erhöht. Wertet man die eigenen Anteile weiterhin als WG, handelt es sich um einen Veräußerungsvorgang, soweit der ArbN einen Kaufpreis (Basispreis) zahlen muss. Liegt der Preis unter dem Buchwert, entsteht Aufwand, der zu Lohnaufwand (und nicht § 8b Abs. 3 Satz 3) führt. Im umgekehrten Fall kommt es zu einem Abs. 2

unterfallenden Veräußerungsgewinn (*Herlinghaus in Rödder/Herlinghaus/Neumann*, 2015, § 8b Rz. 202; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 130 [11/2019]).

c) Einbeziehung von Anteilen an Organgesellschaften (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2) 65

Da Abs. 2 für die StBefreiung von einmaligen Beteiligungserträgen auf KapGes. verweist, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EStG führen, war bis zum UntStFG fraglich, ob Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an OG gleichwohl stfrei waren. Durch das UntStFG hat der Gesetzgeber eine entsprechende – uE klarstellende – Ergänzung vorgenommen (glA BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 16; *Herzig*, DB 2003, 1459 [1461]; *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 164 [10/2019]).

Organgesellschaft iSd. §§ 14 oder 17: Es handelt sich um einen Verweis auf bestimmte kstl. Regelungen, der dazu führt, dass auch Anteile an OG Abs. 2 unterfallen. Zwar kommt es innerhalb einer Organschaft aufgrund des notwendigen GAV nicht zu Bezügen iSd. Abs. 1 Satz 1. Gleichwohl ist die OG als KapGes. eine Gesellschaft, die der Art nach derartige Bezüge vermitteln kann. Das ist ausreichend, um ihre Anteile als Anteile zu qualifizieren, die solche Bezüge iSd. Abs. 1 Satz 1 vermittelt. Selbst während einer bestehenden Organschaft ist das möglich, wenn sie vororganschaftliche Gewinne oder Rücklagen oder während der Organschaft gebildete Kapitalrücklagen ausschüttet oder eine Garantiedividende an einen außenstehenden Gesellschafter leistet.

2. Rechtsfolge: Kein Ansatz von Veräußerungsgewinnen bei der Ermittlung des Einkommens 66

Abs. 2 Satz 1 definiert als Rechtsfolge, dass bestimmte Veräußerungsgewinne aus KapGes.-Anteilen bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleiben. Damit folgt die StBefreiung von Veräußerungsgewinnen der StBefreiung für laufende Beteiligungserträge. Sie wird außerhalb der handelsrechtl. Gewinnermittlung berücksichtigt und gilt auch für die GewSt (s. Anm. 25). Anders als im Fall laufender Beteiligungserträge erfasst die gewstl. Hinzurechnung des § 8 Nr. 5 GewStG einmalige Beteiligungserträge nicht. Es werden alle Gewinne aus einer Veräußerung erfasst, unabhängig davon, ob sie im Inland oder im Ausland anfallen. Auch Gewinne aus im Ausland durchgeführten Umwandlungen unterfallen der Rechtsfolge des Abs. 2 (ebenso *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 194a; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 139 [6/2020]; *Schnitger/Rometzki*, FR 2006, 845 [851]).

Einstweilen frei.

67–70

III. Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Abs. 2 Satz 2)

1. Konzept und Reichweite der Definition des Veräußerungsgewinns 71

Die Regelung ist in Zusammenhang mit Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 zu sehen. Sie definiert den Gewinn, der Gegenstand der StFreistellung nach Satz 1 und Bemessungsgrundlage für das pauschale BA-Abzugsverbot des Abs. 3 Satz 1 ist (Begr. zum RegE, BTDrucks. 15/1518, 15). Sie wurde durch das ProtErklG in Abs. 2 als Satz 2

erstmalig eingefügt. Die Definition entspricht der Gewinndefinition in Vorschriften des EStG, wie zB §§ 16 Abs. 2 und insbes. 17 Abs. 2 EStG. Es handelt sich um eine Gewinnermittlungsregelung *sui generis*, die den Gewinn als folgenden Unterschiedsbetrag definiert:

Veräußerungspreis oder der an dessen Stelle tretende Wert

./. Veräußerungskosten

./. stl. Buchwert im Zeitpunkt der Veräußerung

Gewinn iSd. § 8b Abs. 2

Anwendungsbereich der Legaldefinition: Fraglich ist, ob die Definition des Veräußerungsgewinns alle Veräußerungen aus veräußerungsgleichen Tatbeständen, insbes. auch Wertaufholungen iSd. § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EStG iVm. § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG erfasst. Der Wortlaut der Regelung bezieht sich zwar auf „Veräußerungsgewinn im Sinne des Satzes 1“ und damit auf reine Veräußerungen. Da die Gewinne aus Wertaufholung, Auflösung oder Herabsetzung des Nennkapitals entsprechend Satz 1 zu behandeln sind, spricht dies dafür, die Definition des Veräußerungsgewinns jedoch hierauf ebenfalls anzuwenden. Dafür spricht auch die in Satz 2 enthaltene Definition selbst, die auf „den an dessen Stelle tretenden Wert“ verweist (*Kröner in Bott/Walter*, § 8b Rz. 117 [4/2004]; wohl auch *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 195). Zu beachten ist aber, dass – soweit die Einzelregelungen eigenständige Gewinnermittlungsvorschriften enthalten wie zB § 11 – diese als speziellere Regelungen vorgehen (vgl. *Pung in DPM*, § 8b Rz. 109 [6/2020]; *Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 202 [10/2019]; *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 342).

2. Definitionsmerkmale im Einzelnen

72 a) Veräußerungspreis oder der an dessen Stelle tretende Wert

Veräußerungspreis: Der Veräußerungspreis entspricht der Gegenleistung, die der Erwerber für den Erwerb der Anteile aufwenden muss. Demzufolge kann sich der Veräußerungspreis aus verschiedenen Bestandteilen zusammensetzen. Wesentlicher Anwendungsfall ist die Vereinbarung eines Geldbetrags; da Veräußerung auch Tausch ist (s. Anm. 63), kann er konsequenterweise auch in der Übertragung von Sachen und Rechten oder entsprechenden Forderungen bestehen (BFH v. 12.2.1980 – VIII R 114/77, BStBl. II 1980, 494; BFH v. 7.3.1995 – VIII R 29/93, BStBl. II 1995, 693; BFH v. 6.1.2016 – IX R 7/16, BFH/NV 2017, 724). In diesen Fällen des Tauschs ist der gemeine Wert des durch den Erwerber aufgewendeten WG anzusetzen (s. § 9 Abs. 1 BewG; § 6 Abs. 6 Satz 1 EStG).

► **Streitige Rechtslage bei Optionsgebühren und Stillhaltezahlungen:** Für die Einräumung einer Option zum Erwerb von Anteilen durch den Optionsberechtigten erhält der Veräußerer regelmäßig eine Optionsprämie. Fraglich ist, ob diese Optionsgebühr/Stillhalteprämie Teil des Abs. 2 unterfallenden Veräußerungsgewinns ist. Der BFH orientiert sich eng am Begriff des Anteils iSd. Abs. 2. Danach sind das Optionsgeschäft/Stillhaltengeschäft und die Anteilsveräußerung bzw. der Anteilserwerb durch den Berechtigten für Zwecke des Abs. 2 einzeln zu betrachten und aufzugliedern. Vereinnahmte Optionsprämien sind danach nicht Teil des Abs. 2 unterfallenden Veräußerungsgewinns, sondern vollständig stpfl. Nur soweit ein Veräußerungsgewinn aus den Anteilen selbst resultiert,

greift tatbestandsmäßig Abs. 2 (vgl. BFH v. 6.3.2013 – I R 18/12, BStBl. II 2013, 588; *Lange/Schenkelberg*, BB 2013, 407 [408]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 140 [6/2020]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 198a; *Herlinghaus* in *Rödder/Herlinghaus/Neumann*, 2015, § 8b Rz. 229; aA *Roser*, GmbHR 2013, 722). Beim Anteilserwerber müssten dann die gezahlten Optionsprämien/Stillhalteprämien zu sofort abziehbarem Aufwand führen (ausführl. *Schmid/Renner*, DStR 2013, 2734; *Schnitger*, DStR 2013, 1771). Der BFH hat demgegenüber seine Rspr. dahingehend konkretisiert, dass die Herausrechnung der Optionsprämie nur eine Frage des Abs. 2 Satz 2 sei und sich nicht auf die umgekehrte Situation beziehe, sondern weiterhin zu den AK der Anteile gehöre (BFH v. 9.4.2014 – I R 52/12, DStR 2014, 1219 [1224], unter Bestätigung BMF v. 9.10.2012 – IV C 1 - S 2252/10/10013, 2011/0948384, BStBl. I 2012, 953, Rz. 22, 26, 33).

- ▶ **Kaufpreisstundung:** In Fällen einer länger als ein Jahr dauernden zinslosen Stundung eines in Geld bestehenden Kaufpreises ist dieser abzuzinsen; die Zinsen führen zu Einnahmen aus Kapitalvermögen und gehören nicht zum Veräußerungspreis (BFH v. 21.10.1980 – VIII R 190/78, BStBl. II 1981, 160; BMF v. 13.3.2008 – IV B 7 - S 2750a/07/0002, 2008/0134576, BStBl. I 2008, 506). Dasselbe gilt, wenn der Kaufpreis zu verzinsen ist. Eine Besonderheit besteht jedoch in den Fällen, in denen Zinsen Bestandteil des Veräußerungspreises sind, namentlich bei einer Verzinsung bis zum Closing (FG Düss. v. 31.5.2011 – 6 K 1587/09 K, GmbHR 2012, 53) oder Übergang der Anteile. In diesen Fällen sind die Zinsen in den Veräußerungspreis einzubeziehen (BFH v. 26.9.2018 – I R 16/16, BStBl. II 2019, 206, Rz. 34; FG Düss. v. 31.5.2011 – 6 K 1587/09 K, GmbHR 2012, 53; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 195; aA *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 109a [6/2020]). Eine pauschale Abgrenzung ist nicht möglich, letztendlich sind die vertraglichen Vereinbarungen maßgeblich. Zu Einzelheiten s. § 17 Anm. 170 ff., 181.
- ▶ **Thesaurierte Gewinne:** Sie gehören zur Beteiligung, ein für sie festgelegter Kaufpreis bildet einen Teil des Veräußerungspreises für die Anteile. Anderes gilt nur, wenn bereits ein eigenständiger Dividendenanspruch durch Ausschüttungsbeschluss entstanden ist oder der Kaufpreis für ein von der Beteiligung eigenständiges WG oder eine eigenständige Leistung (zB Wettbewerbsverbot) gezahlt wird (*M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 209 [10/2019]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 345).
- ▶ **Wechselkursänderungen:** Währungsgewinne und -verluste bis zur Fälligkeit des Kaufpreises beeinflussen dessen Wert und sind Teil des Veräußerungspreises. Nach Fälligkeit eintretende Währungsänderungen sind nach bisherigem, gleichwohl streitigem Verständnis nicht Teil des Veräußerungspreises, weil sie in der Forderung selbst und nicht im Veräußerungsvorgang begründet sind (BFH v. 7.11.2001 – I R 3/01, BStBl. II 2002, 865, zu DBA-Freistellung von Dividenden; BFH v. 24.1.2012 – IX R 62/10, BStBl. II 2012, 564, Rz. 20 f. zu § 17 EStG; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 347; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 100 [11/2019]; *Herlinghaus* in *Rödder/Herlinghaus/Neumann*, 2015, § 8b Rz. 230; *Trautmann/Dörnhöfer*, IStR 2018, 182; aA zu einer langfristige gestundeten Kaufpreisforderung, wonach Währungsschwankungen eines in Fremdwährung vereinbarten Kaufpreises im Kaufvertrag angelegt sind und auf den Veräußerungstichtag und -gewinn zurückwirken, *Rödder/Schumacher*, DStR 2018, 705; *Meinert*, DStR 2019, 2561; FG Schl.-Holst. v. 25.5.2016 – 1 K 20/13, EFG 2016, 1290, rkr.).

- *Gewinne aus Währungssicherungsgeschäften:* Währungsrisiken im Zusammenhang mit Investments in ausländische Beteiligungen werden oftmals durch Währungssicherungsgeschäfte abgesichert. Über die stl. Auswirkung von Währungssicherungsgeschäft und Anteilsveräußerung hatte der BFH (BFH v. 10.4.2019 – I R 20/16, DStR 2019, 2191) zu entscheiden. Währungskursschwankungen, die sich auf den Kaufpreis für Anteile iSd. Abs. 2 Satz 2 auswirken, sind für Zwecke der Gewinnermittlung nach Abs. 2 Satz 2 mit dem Veräußerungspreis kompensatorisch zu betrachten. Währungsgewinne bilden negative Veräußerungskosten und erhöhen den stfreien Veräußerungsgewinn, Währungsverluste vermindern den stfreien Gewinn. Zu den Verlusten hatte der BFH (BFH v. 9.4.2014 – I R 52/12, BStBl. II 2014, 861; vgl. dazu auch *Nussbaum*, IStR 2017, 699 [702]) bereits entschieden, dass sich der Gewinn iSd. Abs. 2 Satz 2 auf einen Nettobetrag beziehe und Aufwendungen aus Sicherungsgeschäften als Veräußerungskosten vom Veräußerungserlös abzuziehen sind. Entsprechend müssen (so BFH v. 10.4.2019 – I R 20/16, BStBl. II 2020, 674, „symmetrisch“) auch Währungsgewinne von der StFreistellung des Abs. 2 Satz 2 erfasst werden, was nicht zuletzt auch die EU-Kapitalverkehrsfreiheit gebietet. Voraussetzung für eine Gesamtbetrachtung von Veräußerungs- und Sicherungsgeschäft sei jedoch, dass das Sicherungsgeschäft durch die Anteilsveräußerung veranlasst war und dieser konkret zugeordnet werden kann (Veranlassungszusammenhang; abl. *Pung* in *DPM* § 8b Rz. 110 [6/2020] mit dem Hinweis, dass der Währungsgewinn keine Gegenleistung für die Anteile darstelle). Unseres Erachtens ist diese neue Rspr. des BFH konsequent, wenn man Aufwendungen aus Sicherungsgeschäften als Veräußerungskosten wertet. Entweder die Forderung aus einer Anteilsveräußerung wird nach ihrer Entstehung getrennt betrachtet, sodass sich Erträge und Aufwendungen aus Sicherungsgeschäften stl. auswirken (vgl. *Trautmann/Dörnhöfer*, IStR 2018, 182 [185]), oder sie wird in beiden Fällen – zutreffend – symmetrisch kompensatorisch zusammenfasst (*Teiche*, DStR 2014, 1744; *Drüen*, DK 2019, 165). Fraglich ist, wie der Veranlassungszusammenhang zu bestimmen ist. Der BFH hatte über einen Fall der Absicherung durch einen sog. micro hedge zu entscheiden, durch den das Währungssicherungsgeschäft zur Absicherung eines konkret zu erwartenden Veräußerungserlöses abgeschlossen werden muss (vgl. dazu *Teiche*, DStR 2014, 1737). BMF v. 5.10.2020 (IV C 2 - S 2750 a/19/10005, BStBl. I 2020, 1033) hat dazu Stellung genommen und wendet Abs. 2 auf Währungskursgewinne an, soweit das Sicherungsgeschäft als micro hedge abgeschlossen wurde (anders noch BMF v. 25.8.2010 – IV C 6 - S 2133/07/1001, DB 2010, 2024). Eine entsprechend eindeutige Dokumentation der Zuordnung des Währungsgeschäfts zur Anteilsveräußerung ist vorzuhalten. In anderen Fällen, in denen das Währungssicherungsgeschäft demgegenüber andere unspezifische Risiken abfedert (macro oder portfolio hedges), verneint es – wohl in Übereinstimmung mit dem BFH – den für eine Anwendung von Abs. 2 notwendigen Veranlassungszusammenhang (ausführl. und krit. *Strüder*, FR 2021, 28). Ungeklärt bleibt, ob sich Bewertungseinheiten iSd. § 254 HGB bzw. § 5 Abs. 1a Satz 2 EStG nur bilanziell oder auch auf die stl. Behandlung von Anteilsveräußerung und Sicherungsgeschäft auswirken. Der BFH (BFH v. 10.4.2019 – I R 20/16, BStBl. II 2020, 674) hatte darüber nicht zu entscheiden, weil die entsprechende steuerl. Regelung noch nicht anwendbar waren, und die Frage offengelassen. BFH v. 27.3.2019 (I R 20/17, DStR 2019, 1963; s. auch Anm. 63) legt Bewertungseinheiten der Einkommensermittlung zugrunde, wobei jedoch auch der tatsächliche konkrete

Veranlassungszusammenhang bestand (vgl. ausführl. dazu *Meinert*, DStR 2019, 2561). Einer generellen Anwendbarkeit von Bewertungseinheiten stehen BFH und BMF einschränkend gegenüber. Die FinVerw. wendet die Bewertungseinheiten nur für Zwecke der Bewertung an (vgl. BMF v. 25.8.2010 – IV C 6 - S 2133/07/10001, DB 2010, 2024; OFD Rheinland v. 11.3.2011 – S 2133 - 2011/0002 - St 141, DB 2011, 737; OFD Frankfurt/Main v. 22.3.2012 – S 2133 A - 30 - St 201, DStR 2012, 1389, beide gleichlautend zu BMF). Da aufgrund der Rspr. des BFH ein konkreter Bezug zum Veräußerungsgeschäft bestehen muss, dürfte uE eine Bewertungseinheit indizielle Bedeutung haben und der konkrete Bezug maßgebend sein, was zumindest bei einem einzelnen Grundgeschäft mit einem gegenläufigen Sicherungsinstrument (*micro-hedging*) der Fall ist, bei zusammengefassten Geschäften jedoch im Einzelnen festzustellen ist (ausführl. *Rödeder/Schumacher*, DStR 2018, 705; *Meinert*, DStR 2019, 2561; *Schnitger*, IStR 2019, 965; *Strüder*, FR 2021, 28).

- ▶ *Zuzahlung negativer Kaufpreis*: Soweit der Veräußerer eine Zuzahlung leisten muss, damit der Erwerber Anteile mit negativem Wert übernimmt, bildet diese Zuzahlung den Veräußerungspreis. Es handelt sich um einen negativen Kaufpreis. Er unterfällt beim Veräußerer Abs. 3 Satz 3, während beim Erwerber dafür ein passiver Ausgleichsposten zu bilden ist (zum Ausgleichsposten BFH v. 26.4.2006 – I R 49, 50/04, BStBl. II 2006, 656; *Ernsting*, GmbHR 2007, 135 [136]; *Pung*, Ubg 2008, 254 [255]; *Rengers in Blümich*, § 8b Rz. 242 [7/2019]; aA *Roser/Haupt*, GmbHR 2007, 78 [85]; BA iSd. Abs. 5).
- ▶ *Nachträgliche Änderung/Ausfall des Kaufpreises*: Im Bereich der §§ 16 und 17 EStG hat der BFH die nachträgliche Änderung oder den Ausfall der Kaufpreisforderung als nachträgliches Ereignis gewertet, das auf den Zeitpunkt der Veräußerung zurückwirkt und aufgrund von § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO zu einer Änderung der Veranlagung des Jahres führt, in dem die Veräußerung erfolgte (grundlegend BFH v. 19.7.1993 – GrS 2/92, BStBl. II 1993, 897; BFH v. 19.8.2003 – VIII R 67/02, BStBl. II 2004, 107 [110]; BFH v. 19.4.2005 – VIII R 68/04, BStBl. II 2005, 762; BFH v. 19.8.2009 – I R 3/09, BStBl. II 2010, 249).

Dasselbe gilt für den Bereich des Abs. 2, weil Abs. 2 Satz 2 eine identische stichtagsbezogene Kaufpreisermittlung enthält; Kaufpreisänderungen, der Ausfall einer Kaufpreisforderung und Veräußerungskosten sind außerbilanziell und verfahrensrechtl. als Ereignis mit stl. Rückwirkung iSd. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO auf den Veräußerungszeitpunkt zurück zu beziehen (BFH v. 22.12.2010 – I R 58/10, BStBl. II 2015, 688; BFH v. 12.3.2014 – I R 55/13, BStBl. II 2015, 658; BMF v. 24.7.2015 – IV C 2 - S 2750 - a/07/10002:002, juris; *Rengers in Blümich*, § 8b Rz. 243a [7/2019]; *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 195a; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 112 [6/2020], allerdings mit rückwirkender bilanzieller Änderung; ebenso *Fertig*, Ubg 2014, 98]). Etwas anderes gilt nach BFH (BFH v. 19.12.2018 – I R 71/16, DStR 2019, 1353, Rz. 27 ff.) aber im Falle einer (nicht fixen) gewinn- oder umsatzabhängigen Kaufpreisforderung, die wie in den Fällen des § 16 EStG erst bei Realisation des Veräußerungsentgelts zu erfassen sei. Bei Zufluss seien die einzelnen Zahlungen als Teil des Veräußerungsgewinns aufgrund Abs. 2 Satz 1 außerbilanziell freizustellen (krit. *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 195 f.). Dadurch wird die Abgrenzung zu sog. Earn-Out-Klauseln unbestimmt. Handelt es sich dabei um eine Änderung des vereinbarten Kaufpreises, sollte weiterhin die stichtagsbezogene Betrachtungsweise gelten. Dasselbe gilt auch, wenn der bereits betragsmäßig festgelegte Kaufpreis hinsichtlich

seiner Zahlung umsatz- oder gewinnabhängig ist (vgl. *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 112 [6/2020]; *Ettinger/Schmitz*, GmbHR 2016, 966; *Trossen*, GmbH-StB 2019, 212; *Geiger/Kurrle*, Ubg 2019, 495). Eine Besonderheit der stichtagsbezogenen Ermittlung ist im Fall der Organschaft zu beachten. Die Gegenberichtigung der Veränderung des Kaufpreises oder von Veräußerungskosten erfolgt außerbilanziell in dem VZ, in dem sie eintreten, bei der OG, weil die stichtagsbezogenen Folgeänderungen aufgrund von § 15 Satz 1 Nr. 2 beim OT erfolgen (BFH v. 12.3.2014 – I R 55/13, DStR 2014, 1224 [1226]). Verfahrensrechtlich erfolgt die Rückbeziehung auf den Stichtag der Veräußerung durch § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO (BFH v. 12.3.2014 – I R 55/13, BStBl. II 2015, 658).

Nach der vom BFH vertretenen Ansicht handelt es sich bei Satz 2 um eine stichtagsbezogene Gewinnermittlung eigener Art in einem geschlossenen System. Dies ist indes uE im Bereich des § 8b nicht zwingend; die Grundsätze der §§ 16, 17 EStG, die eine Art Billigkeitsrechtsprechung bilden, sind nicht uneingeschränkt im BV-Bereich anwendbar. Zwar lässt sich im Vergleich mit §§ 16, 17 EStG vertreten, dass es sich um eine stichtagsbezogene Gewinnermittlung handelt und Erhöhungen sowie Verminderungen der Höhe des Kaufpreises zu berücksichtigen sind. Sinn des Abs. 2 Satz 1 ist es jedoch, stille Reserven in Anteilen entsprechend einer Vollausschüttung umfänglich freizustellen. Das ist uE bei Entstehen der Kaufpreisforderung der Fall (vgl. auch *Trautmann/Dörnhöfer*, IStR 2018, 182 [185 ff.]). Die Kaufpreisforderung bildet – nicht anders als eine Darlehensforderung auch (s. BFH v. 14.1.2009 – I R 52/08, BStBl. II 2009, 674) – ein eigenständiges WG, dessen Wertminderung außerhalb Abs. 3 Sätze 4 ff. keinen stl. Abzugsrestriktionen unterfällt (vgl. auch *Düll/Knödler*, DStR 2008, 1665 [1666]; *Hahne*, DStR 2011, 955; aA *Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 212a [10/2019]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 112 [6/2020]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 355).

Der an die Stelle des Veräußerungspreises tretende Wert: Dieser Wert ist im Einzelfall konkret für den veräußerungsgleichen Ersatztatbestand zu ermitteln. In den Fällen der Liquidation einer KapGes. (Abs. 2 Satz 3) handelt es sich um den Liquidationserlös, soweit er nicht bereits zu den Einkünften aus § 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG und damit zu Abs. 1 gehört; im Fall der Wertaufholung aufgrund von § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 EStG handelt es sich um den (gestiegenen) Teilwert, höchstens die AK, und im Fall des § 21 Abs. 2 UmwStG aF (Entstrickung einbringungsgeborener Anteile) um den gemeinen Wert. Im Fall der verdeckten Einlage von durch Abs. 2 begünstigten Anteilen sind die Anteile mit dem Teilwert im Zeitpunkt der Einlage anzusetzen (§ 6 Abs. 6 Satz 2 EStG); nur bei einer Einlage innerhalb von drei Jahren nach ihrem Erwerb bilden die AK den Einlagewert (vgl. § 6 Abs. 6 Satz 3 iVm. § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG; vgl. im Einzelnen *Kulosa* in *Schmidt*, 39. Aufl. 2020, § 6 EStG Rz. 752 f.).

73 b) Veräußerungskosten

Veräußerungskosten sind Aufwendungen, die dem Veräußerungsvorgang zuzuordnen sind und die der Veräußerer kraft Gesetzes oder vertraglicher Vereinbarung zu tragen hat. Wegen der nahezu identischen Regelung zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns in den §§ 16, 17 EStG wird die dazu erfolgte Abgrenzung auch für Satz 2 herangezogen. Dabei stellt der BFH auf einen Veranlassungszusammenhang statt – wie in älterer Rspr. – auf einen unmittelbaren wirtschaftlichen

Zusammenhang zur Veräußerung ab. Maßgebend ist danach, ob die Veräußerung das auslösende Moment für die Aufwendung ist (BFH v. 25.1.2000 – VIII R 55/97, BStBl. II 2000, 458; BFH v. 18.10.2000 – X R 70/97, BFH/NV 2001, 440; BFH v. 31.1.2004 – X R 66/98, BStBl. II 2004, 830; BFH v. 2.4.2008 – IX R 73/04, BFH/NV 2008, 1658; glA *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 353). Der BFH (BFH v. 12.3.2014 – I R 45/13, BStBl. II 2014, 719 Rz. 12; glA Vorinst. FG Hamb. v. 16.5.2013 – 3 K 162/12, EFG 2013, 1602; BFH v. 9.4.2014 – I R 52/12, BStBl. II 2014, 861; glA Vorinst. FG Düss. v. 12.6.2012 – 6 K 2435/09, EFG 2012, 2055) hat bestätigt, dass Veräußerungskosten veranlassungsbezogen zu beurteilen sind.

Wesentliche Veräußerungskosten sind danach vom Erwerber zu tragende Anwalts- und Notarkosten der Vertragsgestaltung- und -verhandlung, Steuerberaterkosten, Abfindungen an Dritte zum Verzicht auf einen Anspruch auf Anteilsübertragung, Verluste aus Sicherungsgeschäften. Zu Letzteren hat der BFH v. 9.4.2014 (I R 52/12, BStBl. II 2014, 861) herausgestellt, dass Verluste aus Devisentermingeschäften dann Anteilsveräußerungskosten bilden, wenn die Devisengeschäfte ausschließlich zweckgerichtet waren, den erwarteten Verkaufserlös gegen Währungsrisiken zu sichern. Maßgebend sei als auslösendes Moment für die Verluste die geplante Veräußerung und die Sicherung des Erlöses gegen Währungsschwankungen (vgl. auch zu Termingeschäften ausführl. *Teiche*, DStR 2014, 1737; *Vetter/Mädel/Schneiderei*, DStR 2020, 2223; *Krumm* in Kirchhof, EStG, 19. Aufl. 2020, § 15 Rz. 421). BMF v. 5.10.2020 (IV C 2 - S 2750 - a/19/10005 :002, DOK 2020/0973310, BStBl. I 2020, 1033, Rz. 20) sieht das auslösende Moment wie der BFH eng, indem das Währungssicherungsgeschäft ausschließlich zum Abschluss oder zur Minderung des Währungsrisikos einer konkret geplanten Anteilsveräußerung abgeschlossen sein muss (s. hierzu auch Anm. 72). Demgegenüber zählen Tantiemезahlungen an den langjährigen Geschäftsführer in Anerkennung seiner langjährigen Leistungen nicht zu den Veräußerungskosten, weil sie nicht durch die Veräußerung („wegen“), sondern durch seine Geschäftsführungstätigkeit veranlasst sind (vgl. auch BFH v. 12.3.2014 – I R 45/13, BStBl. II 2014, 719, Rz. 14, insoweit eng FG Hamb. v. 16.5.2013 – K 162/12, EFG 2013, 1602).

Gemeinkosten der Gesellschaft sind regelmäßig nicht durch eine Veräußerung veranlasst. Eine gegenteilige Sichtweise nimmt der BFH (BFH v. 15.6.2016 – I R 64/14, BStBl. II 2014, 59) ein. Bei einer Gesellschaft, deren Geschäftstätigkeit ausschließlich oder fast ausschließlich in der Veräußerung von Anteilen an KapGes. (im Entscheidungsfall Vorratsgesellschaften) besteht, besteht ein Veranlassungszusammenhang für alle Kosten einschließlich Gemeinkosten (Miete, Pacht, Lohn etc.). Wenngleich sich die Gemeinkosten keinem Veräußerungsvorgang konkret zuordnen lassen, sei das in Anbetracht der Geschäftstätigkeit auch nicht erforderlich. Für den BFH war insoweit nicht entscheidungserheblich, dass die Gesellschaft in geringem Umfang (ca. 5 %) auch PersGes. als Vorratsgesellschaft veräußerte. Kosten dafür fielen nicht ins Gewicht und seien zu vernachlässigen. Unseres Erachtens betrifft das UrT. den Einzelfall einer „reinen Anteilsveräußerungsgesellschaft“, zumal ein Aufteilungsmaßstab bei gemischter Tätigkeit unklar ist. Letztlich sollte derartigen Abgrenzungsfragen jedoch durch die Fiktion pauschaler BA in Abs. 3 Satz 1 und Abs. 5 Satz 1 Rechnung getragen werden (krit. zutr. *Schaltz/Riedel*, FR 2016, 1040).

Unseres Erachtens sollte der Begriff der Veräußerungskosten demgegenüber normspezifisch eng im Sinne eines unmittelbaren Zusammenhangs mit der Veräußerung ausgelegt

werden (entsprechend der älteren Rspr. des BFH, vgl. BFH v. 18.8.1992 – VIII R 13/90, BStBl. II 1993, 34; BFH v. 17.4.1997 – VIII R 47/95, BStBl. II 1998, 102; auch *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 215 [10/2019]; *Binnewies*, GmbHR 2012, 1269 [1282]; *Ditz/Tcherveniachki*, DStR 2012, 1161). Dafür spricht der Zusammenhang von Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Satz 1. Die Fiktion nicht abziehbarer BA soll gerade die regelmäßig schwierige und streitbefangene Aufteilung verhindern. Zudem bewirkt der Abzug bei Abs. 2 Satz 2 kumulativ mit der 5 %igen Fiktion nicht abziehbarer BA eine doppelte Nichtabziehbarkeit derselben Kosten. Um dem Gedanken des Abs. 3 Satz 1 Rechnung zu tragen, solche Kosten durch das pauschale Abzugsverbot zu berücksichtigen, ist eine normtrensprechend enge Auslegung bei Abs. 2 Satz 2 angezeigt. Dem steht jedoch nach BFH der Wortlaut des Abs. 2 Satz 2 entgegen, der eindeutig sei und keine Einschränkung zulasse; systematische Unschärfen seien im Rahmen der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit hinzunehmen (vgl. BFH v. 12.3.2014 – I R 45/13, BStBl. II 2014, 1719, Rz. 10).

Nicht zu den Veräußerungskosten gehören (s. auch § 17 EStG Anm. 185 f.):

- ▶ *Vergebliche Aufwendungen*: Kosten, die im Rahmen einer fehlgeschlagenen Veräußerung entstehen, sind keine Veräußerungskosten und vollständig abziehbar (vgl. auch BFH v. 9.1.2013 – I R 72/11, BStBl. II 2013, 343). Zu Abs. 3 Satz 3 s. Anm. 106.
- ▶ *Kosten der Entscheidungsfindung*: Es handelt sich uE um Beratungs- und sonstige Kosten, die anfallen, um die Entsch. einer Veräußerung überhaupt treffen zu können (zB Erforschen des Markts für entsprechende Beteiligungen). Sie stehen uE auch nach dem vorgenannten weiteren Begriff der Veräußerungskosten nicht im Zusammenhang mit der Veräußerung, sondern sind ihr vorgelagert. Tantiemen an Geschäftsführer und Mitarbeiter sind zumindest vollständig als BA abziehbar, wenn sie zwar anlässlich der Veräußerung, jedoch zur Abgeltung vergangener Arbeitsleistung gezahlt werden (BFH v. 12.3.2014 – I R 45/13, BStBl. II 2014, 219, Rz. 14b; vgl. auch *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 195a).

74 c) Übersteigen des Buchwerts

Ein Veräußerungsgewinn iSd. Satzes 2 entsteht in den Fällen, in denen der Veräußerungspreis abzüglich Veräußerungskosten den Buchwert der Beteiligung übersteigt. Das Gesetz definiert den Buchwert als den Wert, der sich nach den Vorschriften der stl. Gewinnermittlung im Zeitpunkt der Veräußerung ergibt.

Wert nach den Vorschriften der steuerlichen Gewinnermittlung: Es handelt sich um den auf der Grundlage des § 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG ermittelten Wert. Im Regelfall sind dies die AK der Anteile. Aufgrund der Maßgeblichkeit der HBil. für die StBil. (§ 5 Abs. 1 EStG) bestimmen sie sich aufgrund von § 255 Abs. 1 HGB. Damit ist der Begriff enger als im Fall des § 17 EStG; der Verlust (eigenkapitalersetzender) nicht werthaltiger Gesellschafterdarlehen führt im Bereich von im BV gehaltenen Beteiligungen nicht zu nachträglichen AK (BFH v. 16.5.2001 – I B 143/00, BStBl. II 2002, 436; BFH v. 18.12.2001 – VIII R 27/00, BStBl. II 2002, 733 [736]; BFH v. 14.1.2009 – I R 52/08, BStBl. II 2009, 674; § 17 Abs. 2a EStG). Im Fall des Verzichts auf den Darlehensrückzahlungsanspruch entstehen sie in Höhe des werthaltigen Teils des Darlehens; der wertlose Teil ist durch Teilwertabschreibung stl. berücksichtigungsfähig, sofern die Wertminderung nicht in den zeitlichen und sachlichen Anwendungsbereich von Abs. 3 Sätze 4 ff. fällt.

- ▶ *Anteilsbezogene Erwerbsaufwendungen*: Unklar ist, wann Aufwendungen für den Erwerb von Anteilen zu abziehbaren BA oder zu ANK der Beteiligung führen. Die Rspr. zieht den Rahmen eng; sie qualifiziert als ANK alle Aufwendun-

gen, die nach einer grds. getroffenen Erwerbsentscheidung entstehen (vgl. BFH v. 27.3.2007 – VII R 62/05, BStBl. II 2010, 159, zu Gutachterskosten; BFH v. 28.10.2009 – VII R 22/07, BStBl. II 2010, 469, zu Strategieentgelten; BFH v. 22.5.2019 – XI R 44/17, ZIP 2019, 2007, zu Optionsgebühr; FG Köln v. 6.10.2010 – 13 K 4198/07, EFG 2001, 264, rkr., zu Beratungs- und *due diligence*-Kosten). Wesentliche Aufwendungen in diesem Zusammenhang bilden danach die Kosten für eine *due diligence*-Untersuchung; der BFH hat sie als AK qualifiziert; im Entscheidungsfall war die Erwerbsentscheidung jedoch bereits getroffen (BFH v. 27.3.2007 – VIII R 62/05, BStBl. II 2010, 159; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 219 [6/2020] mwN; zu Recht abl. *Engler*, BB 2006, 747; *Lohmann/von Goldacker/Achatz*, BB 2008, 1592; *Peter/Graser*, DStR 2009, 2032; *Ditz/Tcherveniachki*, DB 2011, 2676; *Ditz/Tcherveniachki*, DB 2013, 1634, mwN; *U. Prinz/Ludwig*, DB 2018, 213; *Kahle/Hiller*, DB 2014, 500; vgl. auch *Bünning*, BB 2011, 176; *Bünning/Lorberg*, BB 2017, 2859). Trägt nicht die anteilserwerbende Gesellschaft die Aufwendungen, sondern eine Konzerngesellschaft (zB Gesellschafter der Erwerberin), kommt es nicht zu bilanzierungspflichtigen ANK, sondern zu sofort abziehbarem Aufwand. Die Konzerngesellschaft tätigt Aufwendungen, indem sie der erwerbenden Tochtergesellschaft eine Leistung zu Verfügung stellt, die eine nicht bilanzierungsfähige und damit aufwandswirksame Nutzungseinlage bildet (*Pyszka*, DStR 2010, 1468 [1470]; *Suchanek/Hesse*, Ubg 2015, 639 [640]; *Scheifele*, Ubg 2018, 421 [424]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 266a; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 192 [2/2019]). Da die Muttergesellschaft nicht Empfänger und Auftraggeber ist, liegt auch keine Einlage des entsprechenden Geldbetrags in die Tochtergesellschaft vor (*Pyszka*, DStR 2010, 1322; *Ditz/Tcherveniachki*, DB 2011, 2676 [2679], aA *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 191 f. [2/2019], mwN, verdeckte Einlage des Geldbetrags).

- ▶ **Schadensersatzleistungen:** Zu Schadensersatzleistungen, die nicht im Anteilskauf- und -übertragungsvertrag selbst angelegt sind, sondern auf einem rechtl. und wirtschaftlich eigenen Rechtsgrund beruhen (zB aufgrund eines fehlerhaften Wirtschaftsprüfer-Testats), hat der BFH (BFH v. 4.10.2016 – IX R 8/15, BStBl. II 2017, 316) zu § 17 entschieden, dass sie die AK der Anteile nicht mindern. Das gilt uE für Abs. 2 gleichermaßen.

Anteilerwerb nach Optionsausübung: Unklar ist, wie für Zwecke des Abs. 2 Satz 2 die AK für Anteile zu ermitteln sind, wenn der Erwerb durch Ausübung einer Option erfolgte. Der BFH (BFH v. 6.3.2013 – I R 18/12, BStBl. II 2013, 588) hatte zu vereinnahmten Stillhalteprämien entschieden, dass sie nicht Gegenstand des Abs. 2 unterfallenden Veräußerungsgewinns sind. Optionsgebühren zählen zu den AK der erworbenen Anteile (BFH v. 22.5.2019 – XI R 44/17, BStBl. II 2020, 44). Da sie Bestandteil der AK oder der Veräußerungserlöse sind, sollten sie im Wege einer Gesamtbetrachtung ebenfalls Abs. 2 unterfallen (vgl. *Rödter/Schumacher*, DStR 2003, 909 [912]). Demgegenüber hat der BFH (BFH v. 6.3.2013 – I R 18/12, BStBl. II 2013, 588) entschieden, dass der Anteil iSd. Abs. 2 eng zu verstehen ist und Gebühren für Optionsrechte oder Stillhalteprämien nicht zu den begünstigten Anteilen gehören, s. auch Anm. 64. Das ist von der handels- und steuerbilanziellen Behandlung unabhängig (vgl. im Einzelnen *Schnitger*, DStR 2013, 1771; *Schmid/Renner*, DStR 2013, 2734; *Knobloch*, DB 2017, 1277; *Lange/Schenkelberg*, BB 2013, 407; *Schmid*, DStR 2019, 2674).

Maßgeblicher Zeitpunkt: Der für die Ermittlung des Veräußerungsgewinns maßgebliche Wert nach den Vorschriften der stl. Gewinnermittlung ist punktgenau auf

den Zeitpunkt der Veräußerung, also den Zeitpunkt des Übergangs des zivilrechtl. oder vorherigen Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums zu ermitteln, in Fällen von Verschmelzung und Spaltung sowie Einbringung auf den Tag, auf den die Wirkungen (stl. Rückbeziehung) eintreten. Dadurch wirken sich Einlagezuführungen und -auskehrungen (Ausschüttungen aus dem stl. Einlagekonto) bis zum Zeitpunkt der Veräußerung auf den Buchwert der Beteiligung aus.

Die Regelung berücksichtigt nicht, dass durch die Bezugnahme auf den stl. Buchwert im Zeitpunkt der Veräußerung ein zu hoher Veräußerungsgewinn entsteht, wenn der Buchwert durch eine nicht steuerwirksame Teilwertabschreibung gemindert wurde. Auch sie hat den Buchwert iSd. Abs. 2 Satz 2 gemindert. Bei entsprechender Wertaufholung durch Veräußerung würden 5 % aufgrund von Abs. 3 Satz 1 gleichwohl besteuert. Wegen dieses Gesetzesfehlers muss BMF v. 28.4.2003 (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 46) entsprechend angewendet werden (Rödler/Schumacher, DStR 2003, 1725 [1728]; Neu/Watermeyer, DStR 2003, 2181 [2187]).

Auswirkung organschaftlicher Ausgleichsposten: Aktive und passive organschaftliche Ausgleichsposten sind beim OT zu bilden, wenn handelsrechtl. Gewinnabführung und stl. Bilanzgewinn (Typusbegriff, der auch außerbilanzielle stl. Korrekturen des zuzurechnenden Einkommens erfassen kann, vgl. BFH v. 29.8.2012 – I R 65/11, BStBl. II 2013, 555) auseinanderfallen. Durch JStG 2008 (v. 20.12.2007, BGBl. I 2007, 3150) wurden sie in § 14 Abs. 4 geregelt. Im Fall der Veräußerung der Organbeteiligung und anderer, in § 14 Abs. 4 Satz 5 einer Veräußerung gleichgestellter Vorgänge, wie zB der verdeckten Einlage der Organbeteiligung oder ihrer Auflösung, ist die Auflösung einkommenswirksam unter Anwendung von § 8b vorzunehmen. Die Regelung entspricht der bis dahin geübten Praxis der FinVerw. (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 16 und 26). Nach aA (Bareis, FR 2008, 649 [655]; Dötsch/Pung, DB 2007/2669 [2679]; Neumann in Gosch, 4. Aufl. 2020, § 14 Rz. 445f.) und dem zur Organschaft ergangenen BMF-Schreiben (BMF v. 26.8.2003 – IV A 2 - S 2770 - 18/03, BStBl. I 2003, 437, Rz. 43) sollte es sich bei dem Ausgleichsposten um einen Korrekturposten zum Teilungsansatz handeln, der die Anwendung des § 8b teilt (zur Problematik bereits im Einzelnen Füger/Rieger, FR 2003, 543 [546f.]; Gosch in Gosch, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 167 und 268; Rödler/Schumacher, DStR 2003, 909 [912]; Kröner in Bott/Walter, § 8b Rz. 90 [4/2004]; Reinhard, BB 2003, 1148; Nagel/Thiel, GmbHR 2004, 35 [38f.]). Der BFH (BFH v. 7.2.2007 – I R 5/05, BStBl. II 2007, 796) hatte vor der gesetzlichen Regelung in § 14 Abs. 4 zur Auflösung passiver organschaftlicher Ausgleichsposten entschieden, dass ihre Auflösung im Fall der Veräußerung einer Beteiligung keine stl. Auswirkung auf das Einkommen der OT hat, weil sie nur einen Korrekturposten darstellen. Auch für Ausgleichsposten nach der gesetzlichen Regelung in § 14 Abs. 4 sieht er in organschaftlichen Ausgleichsposten keine Korrektur zum Beteiligungsbuchwert, sondern eine technische Bilanzposition in der Form einer stl. Bilanzierungshilfe (BFH v. 29.8.2012 – I R 65/11, BStBl. II 2013, 555; ebenso bereits BFH v. 24.7.1996 – I R 41/93, BStBl. II 1996, 614). Aufgrund der Regelung in § 14 Abs. 4 kann uE dahinstehen, welche Rechtsnatur der Ausgleichsposten hat, weil § 14 Abs. 4 die Anwendung des § 8b hierauf im Fall einer Auflösung wegen Veräußerung oder eines Ersatztatbestandes anordnet (M. Frotscher in Frotscher/Drüen, § 14 Rz. 847 [10/2019]). In den Fällen des Abs. 2 Satz 4 und Abs. 4 aF kann es bei der Auflösung eines passiven Ausgleichspostens allerdings zu einer doppelten Besteuerung kommen, wenn ein aktiver Ausgleichsposten nicht eine Korrektur des Buchwerts bildet, sondern seine Auflösung eigenständig Abs. 3 Satz 3 unterfällt (so uU auch bisher schon die FinVerw., vgl.

R 63 Abs. 3 KStR 2004; krit. auch *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 268; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 296). In Altfällen sollte die BFH-Rspr. mit einer Qualifikation als Bilanzierungshilfe eine solche gewinnwirksame Auflösung verhindern. Da der Gesetzgeber § 14 Abs. 4 jedoch rückwirkend auf alle noch offenen Fälle angeordnet hat (§ 34 Abs. 9 Nr. 5), stellt sich die Frage der verfassungsrechtl. Zulässigkeit (vgl. *Suchanek/Herbst*, FR 2008, 112; aA *Dötsch*, Ubg 2008, 117 [125]), die uE durch eine teleologische Reduktion im vorstehenden Sinne hergestellt werden sollte. Besondere Fragestellungen ergeben sich bei der Auflösung organschaftlicher Ausgleichsposten bei mittelbarer Organschaft (vgl. dazu FG Münster v. 19.11.2015 – 9 K 3400/13, EFG 2016, 594; offengelassen durch BFH v. 26.9.2018 – I R 16/16, BStBl. II 2018, 206; ausführl. von *Freedel/Joisten*, DB 2016, 1099).

Einstweilen frei.

75–80

IV. Entsprechende Anwendung von Satz 1 auf veräußerungsgleiche Tatbestände (Abs. 2 Satz 3)

1. Gewinn aus Auflösung

81

Neben tatsächlichen Veräußerungsvorgängen bleiben auch Gewinne aus der Auflösung von bestimmten Körperschaften und Personenvereinigungen bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz.

Auflösung: Gemeint ist die Liquidation einer KapGes. oder Personenvereinigung. Gewinne aus der Auflösung sind die an die Muttergesellschaft ausgekehrten Liquidationsgewinne, denn sie haben aufgrund von § 11 bereits bei der Liquidationsgesellschaft selbst der Besteuerung unterlegen. Die StBefreiung des Abs. 2 Satz 3 erfasst die Rückzahlung von Nennkapital und die Auskehrung des sog. freien Vermögens. Zu einem Gewinn kommt es bei der Muttergesellschaft, wenn die Auskehrung den Buchwert der Beteiligung übersteigt. Abs. 2 Satz 3 greift indes insoweit nicht ein, wie Beträge iSd. § 28 Abs. 2 Satz 2 als verwendet gelten, denn die Rückzahlung des gezeichneten Kapitals, das durch die Umwandlung von Rücklagen geschaffen wurde, gilt als Gewinnausschüttung, die beim Anteilseigner zu Einkünften iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG führt. Hierauf beruhende Ausschüttungen werden durch Abs. 1 erfasst. Wesentlich ist diese Unterscheidung im Fall von Streubesitz iSd. Abs. 4. Hält die Liquidationsgesellschaft selbst eine unter Abs. 2 fallende Beteiligung, ist ein Veräußerungsgewinn entsprechend stfrei. Kehrt die Liquidationsgesellschaft eine unter Abs. 2 fallende Beteiligung an die Muttergesellschaft ohne Gegenleistung aus, tätigt sie eine Sachdividende, die bei der Liquidationsgesellschaft Abs. 2 und bei der Muttergesellschaft Abs. 1 unterfällt.

2. Gewinn aus der Herabsetzung des Nennkapitals

82

Freigestellt wird die Rückzahlung von Nennkapital aufgrund ordentlicher Kapitalherabsetzung. Ein Abs. 2 Satz 3 unterfallender Veräußerungsgewinn kann sich dadurch ergeben, dass die Kapitalherabsetzung den Buchwert der Beteiligung übersteigt. Allerdings liegt wie im Fall der Auflösung eine Abs. 1 unterfallende Gewinnausschüttung vor, soweit der Sonderausweis iSd. § 28 zu mindern ist (§ 28 Abs. 2 Satz 2).

83 3. Gewinn aus Wertaufholung

Erfasst wird durch die StFreistellung neben den Gewinnen aus einer Beteiligungsveräußerung weiterhin der Gewinn, der sich aus dem Ansatz des in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 EStG (durch das KroatienAnpG v. 25.7.2014, BGBl. I 2014, 1266; BStBl. I 2014, 1126, wurde der Verweis in Abs. 2 Satz 3 von „Nr.“ auf „Nummer“ richtiggestellt) bezeichneten Werts ergibt, dh. aus einer Wertaufholung. Zu den ggf. überschießenden Rechtsfolgen im Hinblick auf die 5 %-Fiktion des Abs. 3 s. Anm. 103.

Ansatz des in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 EStG bezeichneten Werts: Die Regelung verweist auf die Bewertungsvorschrift des EStG für nicht abnutzbare WG des AV. Hat die Mutter-KapGes. auf ihre Beteiligung an einer KapGes. oder Personenvereinigung eine Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert vorgenommen, müssen in den folgenden Wj. die (historischen und fortgeführten) AK angesetzt werden oder – bei entsprechendem Nachweis – ein weiterhin niedrigerer Teilwert. Aus der Rückgängigmachung des bislang angesetzten niedrigen Teilwerts durch Ansatz eines höheren Teilwerts oder höchstens der AK ergibt sich der Gewinn iSd. Abs. 2 Satz 3. Sofern die Teilwertabschreibung nicht steuerwirksam war (§ 8b Abs. 3 Satz 3), bleibt die Wertaufholung stfrei; dies gilt auch im Fall des Abs. 4 aF (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 19). Zur Reihenfolge der Wertaufholung s. Anm. 94.

84 4. Gewinne iSd. § 21 Abs. 2 UmwStG aF

Aufgrund § 21 Abs. 2 UmwStG aF (sog. einbringungsgeborene Anteile) konnte es zur Realisierung stiller Reserven in bestimmten Fällen auch ohne Veräußerung kommen. Die Regelung hat aufgrund des Bezugs zu Abs. 4 aF nur für Realisationen Bedeutung, die längstens bis zum 12.12.2013 erfolgt sind (zur Weiteranwendung „nach SEStEG“ s. § 34 Abs. 5 S. 1). Der Veräußerungsgewinn entsteht auch ohne Veräußerung in folgenden Fällen des § 21 Abs. 2 UmwStG aF:

Antrag auf Versteuerung des Unterschieds zwischen dem Buchwert der einbringungsgeborenen Anteile und dem gemeinen Wert (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 UmwStG).

Der Antrag ist endgültig; er kann trotz berichtigungsfähiger StFestsetzung nicht zurückgenommen werden. Er kann allenfalls widerrufen werden; der Widerruf muss der FinVerw. vor dem Zeitpunkt zugehen, für den der Antrag gestellt ist (OFD Koblenz v. 13.1.2003 – Kurzinformat Nr. 003/03 – S 1978 A, DB 2003, 180; *Schmitt in Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, 9. Aufl. 2020, § 21 UmwStG Rz. 45; *Widmann in Widmann/Mayer*, § 21 UmwStG Rz. 207 [8/1997]). Zur Forderung von Billigkeitsmaßnahmen wegen enttäuschten Vertrauens in die Gesetzgebung vgl. *Kessler*, DB 2002, Gastkommentar Heft 48; dagegen OFD Koblenz v. 13.1.2003 – Kurzinformat 003/03 - S 1978 A, DB 2003, 180; *Dötsch/Pung*, DB 2003, 1016 (1025).

Ausschluss des Besteuerungsrechts der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich eines Veräußerungsgewinns aus der Versteuerung der einbringungsgeborenen Anteile (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 UmwStG aF).

Übrige Fälle des § 21 Abs. 2 UmwStG aF: Abs. 2 Satz 3 verweist auf § 21 Abs. 2 UmwStG aF insgesamt und damit auch auf Auflösung und Kapitalherabsetzung (Nr. 3) und die verdeckte Einlage (Nr. 4). Diese Fälle regelt Abs. 2 bereits für alle Anteile an Körperschaften und Personenvereinigungen und erfasst damit auch entsprechende einbringungsgeborene Anteile (*Kessler/Schmalz/Schmidt*, DStR 2001, 1865 [1867]; *Watermeyer*, GmbH-StB 2002, 108 [110]). Keinen Realisations-

tatbestand bildet demgegenüber die Entnahme von Anteilen iSd. § 21 UmwStG aF (BFH v. 12.10.2011 – I R 33/10, BStBl. II 2012, 445).

5. Rechtsfolge: Steuerbefreiung für Ersatzrealisationstatbestände

85

Da Satz 3 für die Ersatzrealisationstatbestände auf die entsprechende Anwendung des Satzes 1 verweist, greift auch in den vorgenannten Fällen die StBefreiung für eine sich daraus ergebenden Gewinn ein. Damit ist das stpfl. Einkommen um diese veräußerungsgleichen Gewinne sowohl für Zwecke der KSt als auch der GewSt außerbilanziell zu mindern.

Aufgrund von Satz 3 aF waren auch Gewinne aufgrund von § 21 Abs. 2 UmwStG aF stfrei. Aufgrund der Übergangsregel in § 34 Abs. 7a hatte dies nur noch bis längstens 31.12.2013 Bedeutung und ist bei entsprechenden Altfällen (Betriebsprüfung) zu beachten.

Einstweilen frei.

86–90

V. Einschränkung der Steuerbefreiung durch vorausgegangene wirksame Teilwertabschreibung (Abs. 2 Satz 4)

1. Tatbestandsmerkmale im Einzelnen

a) Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert

91

Da Anteile an KapGes. aufgrund von § 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG als nicht abnutzbare WG bewertet werden, können Wertminderungen stl. nur im Wege von Teilwertabschreibungen berücksichtigt werden, die zudem an die Voraussetzung einer dauernden Wertminderung geknüpft sind (vgl. *Kulosa* in *Schmidt*, 39. Aufl. 2020, § 6 EStG Rz. 281 ff., 364; *Bruckmeir/Zwirner/Busch*, DStR 2010, 237). Der Gesetzeswortlaut lässt offen, wer diese Abschreibung vorgenommen haben muss. Es kann sich uE nur um Abschreibungen durch den Veräußerer selbst handeln, denn ihm allein steht auch die Vergünstigung der StBefreiung für Veräußerungsgewinne zu. Im Übrigen hat der Erwerber – unbeschadet früherer anderweitiger Teilwertabschreibungen – eigene AK. Durch konzerninterne Veräußerung/Umstrukturierung vor Anteilsverkauf lässt sich die Einschränkung der Veräußerungsfreiheit uU vermeiden, sofern keine Rechtsnachfolgeklauseln bei Buchwertverknüpfung bestehen (*Seibt*, DStR 2000, 2061 [2068]; zu weiteren Gestaltungen vgl. *Zieren/Adrian*, DB 2006, 299 [302]). Solche Nachfolgeklauseln bestehen insbes. bei der Verschmelzung, Spaltung oder Einbringung zu einem Wert unter dem gemeinen Wert (s. §§ 12 Abs. 3, 13 Abs. 2 Satz 2; 15 Abs. 1, 23 Abs. 1 UmwStG). Anders ist das jedoch in Altfällen nach dem UmwStG 1995. Ein Rückgriff auf die untergegangenen AK ist ausgeschlossen, eine Rechtsnachfolge insoweit gesetzlich mit Ausnahme des § 13 Abs. 4 UmwStG aF (für Fälle des § 50c EStG aF) nicht angeordnet (BFH v. 11.7.2012 – I R 47/11, BFH/NV 2013, 18; BFH v. 11.7.2012 – I R 50/11, BFH/NV 2013, 40; ausführl. *Cordes*, DK 2013, 273, mwN; krit. *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 159 [11/2019]).

b) Steuerwirksamkeit der Abschreibung

92

Die Teilwertabschreibung muss sich stl. beim Veräußerer ausgewirkt haben. Das kann über eine Verringerung des stpfl. Einkommens oder die Erhöhung eines Ver-

lusts erfolgt sein (BFH v. 21.9.2016 – I R 65/14, GmbHR 2016, 2014, Rz. 19, Verfassungsbeschwerde, Az. BVerfG 2 BvR 242/17).

Nicht jede gewinnmindernde Teilwertabschreibung wirkt sich auch steuermin-dernd aus. Dies ist insbes. dann nicht der Fall, wenn die Teilwertabschreibung außerhalb der Bilanz aufgrund besonderer gesetzlicher Anordnung wieder neutralisiert wird, wie zB in den Altfällen des § 50c Abs. 1 EStG aF und vor allem in den Fällen des Abs. 3 Satz 3 des § 8b. In diesen Fällen bedarf es einer Einschränkung der StBefreiung von Veräußerungsgewinnen nicht. Zu eng die FinVerw. (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 18, zu § 50c EStG), die von einer stl. Nichtwirksamkeit ausschließlich in den Fällen des Abs. 3 ausgeht (wie hier *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 157 [11/2019]; *Füger/Rieger*, FR 2003, 543 [547]; *Rödler/Schumacher*, DStR 2003, 909 [912]).

War handelsrechtl. eine Abschreibung auf den niedrigeren beizulegenden Wert vorzunehmen, hatte wegen der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die StBil. (§ 5 Abs. 1 EStG) eine entsprechende Teilwertabschreibung in der StBil. zu erfolgen. Der Gesetzgeber des BilMoG (v. 25.5.2009, BGBl. I 2009, 1102) hat diese (formelle) Maßgeblichkeit abgeschafft. Steuerliche Wahlrechte können abweichend von handelsrechtl. GoB eigenständig ausgeübt werden (BMF v. 12.3.2010 – IV C 6 - ST 2133/09/0001, 2010/0188935, BStBl. I 2010, 239; *Weber-Grellet* in *Schmidt*, 39. Aufl. 2020, § 5 EStG Rz. 60 ff. mwN). Da Teilwertabschreibungen vollständig nicht steuerwirksam, Wertaufholungen jedoch wegen Abs. 3 Satz 1 zu 5 % stpfl. sind (sog. Zuschreibungsfälle), werden handelsrechtl. Abschreibungen stl. regelmäßig nicht mehr durch entsprechende stl. Wahlrechtsausübung nachvollzogen.

93 c) Keine Wertaufholung

Die Einschränkung der StBefreiung nach vorangegangener steuerwirksamer Teilwertabschreibung greift nur in den Fällen, in denen es bis zur Veräußerung nicht zur Wertaufholung gekommen ist. Der Wortlaut des Satz 4 bezieht sich nur auf Wertaufholung, ohne nach stfreier oder stpfl. Wertaufholung zu differenzieren. Nach dem Gesetzestext besteht uE jedoch zwischen der stl. Wirkung einer Teilwertabschreibung und der Wertaufholung eine gegenseitige Abhängigkeit (glA *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 238 [10/2019]).

94 2. Rechtsfolge: Versagung der Steuerbefreiung

Da Abs. 2 Satz 4 keine Korrekturregelung für Teilwertabschreibungen ist, sondern die StFreiheit bestimmter steuerwirksamer Teilwertabschreibungen einschränkt, spricht dies uE dafür, die materiell richtige Teilwertabschreibung zugrunde zu legen. Die hM stellt demgegenüber darauf ab, ob die Teilwertabschreibung tatsächlich – unabhängig davon, ob materiell richtig oder falsch – steuerwirksam war und es dadurch zu einem Fehlerausgleich kommt (FG Düss. v. 27.11.2007 – 6 K 3380/00 K, F, EFG, 2008, 980, rkr.; FG Münster v. 17.3.2009 – 9 K 1105/08 K, G EFG, 2009, 1051, rkr.; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 157 [11/2019]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 234 [10/2019]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 363).

Abgrenzungsfragen bei steuerlich unterschiedlich zu qualifizierenden Teilwertabschreibungen: Wegen zeitlich unterschiedlich wirkender Teilwertabschreibungen ergeben sich Abgrenzungsfragen, wenn eine steuerwirksame und „steuerfreie“ Teilwertabschreibung erfolgten oder wenn nicht alle Anteile veräußert werden. Er-

folgte die Abschreibung zT steuerwirksam und zT bereits unter der Geltung des Abs. 3 Satz 3, ist fraglich, in welcher Reihenfolge die Wertaufholung dem stfreien und stpfl. Teil des Veräußerungsgewinns zugeordnet wird, ob eine quotale StPflicht eintreten sollte oder es darauf ankommt, welcher Teil des Veräußerungsgewinns steuerwirksam oder nicht steuerwirksam abgeschrieben wurde und worauf der Veräußerungsgewinn entfällt (*Adrian/Zieren*, DB 2006, 299). In diesen Fällen ist nach dem Grundsatz „last in – first out“ zu verfahren, weil das dem Gesetzeszweck entspricht, stille Reserven stfrei zu realisieren, auch wenn sie vor dem Systemwechsel zum klassischen KStSystem stpfl. waren. Dem entspricht es – so der BFH (BFH v. 19.8.2009 – I R 2/09, BStBl. II 2010, 760, ebenfalls Vorinstanz FG Düss. v. 2.12.2008 – 6 K 2726/06 K, EFG 2009, 436) – die zuletzt eingetretene Wertminderung als zuerst ausgeglichen anzusehen (OFD Nds. v. 9.8.2010 – S 2750a - 19 - St 242, DB 2010, 2533; OFD Frankfurt/Main v. 25.8.2010 – S 2750a A - 8 - St 52, DStR 2011, 77; vgl. auch *Buciek*, FR 2010, 237; *Hoffmann*, GmbHR 2010, 51; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 229 [10/2019]). Die Gewährung eines Wahlrechts (so *Kröner* in *Bott/Walter*, § 8b Rz. 113 [4/2004]) kommt nach der Rspr. nicht in Betracht. Dasselbe gilt auch für eine quotale Zuordnung (vgl. *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 158 [11/2019]). Der BFH (BFH v. 13.11.2019 – I E 21/17, DStR 2019, 1568) hat zu Abs. 8 Satz 2 entschieden, dass Wertaufholungen zuerst mit dem Gesamtvolumen vorangegangener steuerunwirksamer Teilwertabschreibungen zu verrechnen sind. Dies ist uE nicht auf Abs. 2 Satz 4 übertragbar, da die Gesetzeslage gegensätzlich ist. Bei Abs. 2 geht es um Wertaufholungen in Zusammenhang mit einer grundsätzlichen StFreistellung, in Abs. 8 Satz 2 mit einer grundsätzlichen StPflicht (aA *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 158 [11/2019]).

Weiterhin ungeklärte Abgrenzung bei Veräußerung eines Teils der Anteile: Unklar ist, wie zu verfahren ist, wenn nicht die gesamte Beteiligung Gegenstand der (steuerwirksamen oder steuerunwirksamen) Abschreibung war, sondern nur ein Teil der Beteiligung (bestimmte Anteile). Der Veräußerer kann uE bestimmen, welche Anteile er veräußert, soweit die Anteile identifizierbar sind. Auch wenn es sich bei mehreren Anteilen nach wohl hM für bilanzielle und bewertungsrechtl. Zwecke um ein WG handelt (BFH v. 14.2.1973 – I R 76/71, BStBl. II 1973, 397), sind Veräußerungsgegenstand die einzelnen Anteile selbst. Ist demgegenüber die gesamte Beteiligung auf den niedrigen Teilwert abgeschrieben worden, ist uE eine genaue Zuordnung vorzunehmen, wenn die zu veräußernden und abgeschriebenen Anteile unterscheidbar sind. Ist das nicht der Fall, ist den veräußerten Anteilen die Teilwertabschreibung entsprechend ihrer Quote im Verhältnis zur gesamten Beteiligung zuzuordnen (vgl. *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 227 [10/2019]; *Kröner* in *Bott/Walter*, § 8b Rz. 112f. [4/2004]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 366; aA *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 240: Zuordnung der Abschreibung immer der gesamten Beteiligung und nicht einen Anteil). Zur Identifikation abgeschriebenener und veräußerter Anteile sollte eine entsprechende Dokumentation erfolgen.

Einstweilen frei.

95

VI. Keine Befreiung von einmaligen Beteiligungserträgen bei vorheriger steuerwirksamer Rücklage (Abs. 2 Satz 5)

96 1. Tatbestandsvoraussetzungen

Aufgrund von Abs. 2 Satz 4 gilt das Freistellungsverfahren für einmalige Beteiligungserträge nicht, soweit eine Teilwertabschreibung steuerwirksam vorgenommen wurde. Der Gesetzgeber erweiterte die Tatbestände zur Einschränkung der StFreistellung um Abzüge nach § 6b EStG und ähnliche Abzüge, weil er insoweit eine Besteuerungslücke sieht.

Als Tatbestandsvoraussetzungen nennt Abs. 2 Satz 5 Abzüge nach § 6b EStG und ähnliche Abzüge, die steuerwirksam vorgenommen wurden.

Abzüge nach § 6b EStG: § 6b EStG ermöglicht es, Gewinne aus der Veräußerung bestimmter WG von den AK/HK stattdessen angeschaffter oder hergestellter WG abzuziehen.

Der Anwendungsbereich für § 8b erhellt sich nicht unmittelbar, weil Anteile an KapGes., die von KapGes. gehalten werden, weder zu den durch § 6b EStG begünstigten Veräußerungsgütern noch zu den begünstigten Reinvestitionsobjekten gehören. Insoweit können nur Altfälle, in denen § 6b anwendbar war, oder Fälle der Gesamtrechtsnachfolge angesprochen sein (glA zB *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 245).

Ähnliche Abzüge: Die Tatbestandsvoraussetzung ist so unbestimmt, dass eine Gesetzesanwendung nicht mit hinreichender Klarheit möglich ist. Dem Gesetzgeber selbst fällt es offenbar schwer, einen Anwendungsfall zu nennen, da er auf den seltenen Spezialfall von Begünstigungen nach § 30 BergbauRatG verweist (vgl. auch IDW-Stellungnahme zum Referentenentwurf des SStEG, WPg 2006, 749). Ein Anwendungsfall dürfte die verwaltungsseitig ermöglichte Rücklage für Ersatzbeschaffung sein.

97 2. Rechtsfolge: Keine Steuerfreiheit von Gewinnen aus Veräußerung von Anteilen oder Ersatztatbeständen

Die Rechtsfolge ergibt sich aus einem Verweis auf die stl. Behandlung steuerwirksamer Teilwertabschreibungen in Satz 4. Soweit ein Abzug nach § 6b EStG oder ein ähnlicher Abzug steuerwirksam vorgenommen wurde, ist ein entsprechender Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen oder Ersatzrealisierungstatbeständen iSd. Sätze 1 und 3 nicht stfrei. Erfasst werden dürfen nur Abzüge aus stpfl. Veräußerungen, die zu einem Abzug nach § 6b EStG oder zu einem vergleichbaren Abzug geführt haben (vgl. *Rödder/Schumacher*, DStR 2006, 1481 [1488, 1491]).

Abgrenzungsfragen: Durch die Regelung verstärken sich die bereits bestehenden Abgrenzungsfragen, wie Teilwertaufholungen zu behandeln sind, wenn ihnen steuerwirksame und stl. nicht anerkannte Teilwertabschreibungen zugrunde liegen (s. Anm. 94, *Zieren/Adrian*, DB 2006, 299). Dasselbe gilt uE für Abzüge nach § 6b EStG und ähnliche Abzüge.

VII. Erweiterung des Veräußerungstatbestands: Verdeckte Einlage (Abs. 2 Satz 6)

1. Tatbestand und Rechtsfolge der verdeckten Einlage

98

Abs. 2 Satz 6 regelt, dass „Veräußerung“ iSd. Satzes 1 auch die verdeckte Einlage ist. Dadurch wird der Veräußerungstatbestand für eine verdeckte Einlage fingiert. Ihr Vorbild hat die Regelung in § 17 Abs. 1 Satz 2 EStG.

Begriff „verdeckte Einlage“: Sie liegt vor, wenn der Gesellschafter der KapGes. einen bilanzierungsfähigen Vermögensvorteil gewährt, ohne dass er dafür eine Gegenleistung insbes. durch (neue) Anteile an der KapGes. erhält; s. § 8 Anm. 330.

Gleichbehandlung mit Veräußerung: Werden Beteiligungen an KapGes. mittels verdeckter Einlage in ein anderes BV überführt, fehlt es an der eine Veräußerung kennzeichnenden Gegenleistung. Die Wertsteigerung der Anteile ist nur Folgewirkung der Einlage (grundlegend BFH v. 27.7.1988 – I R 147/83, BStBl. II 1989, 271). Soweit die (verdeckte) Einlage mit dem Teilwert zu bewerten ist (s. § 6 Abs. 6 Satz 2 EStG), kommt es ebenso wie im Fall einer Veräußerung zur Aufdeckung und Versteuerung stiller Reserven. Damit entspricht die Behandlung verdeckter Einlagen im Rahmen des § 8b der verdeckten Einlage im Rahmen der Besteuerung von Veräußerungsgewinnen von zum PV gehörenden relevanten Beteiligungen (§ 17 Abs. 1 Satz 2 EStG).

2. Erweiterung auf andere – nicht in Abs. 2 genannte – Fälle

99

Obwohl Abs. 2 Satz 3 die entsprechende Anwendung des Satzes 1 auf bestimmte, veräußerungsgewinnliche Vorgänge und Satz 6 die Anwendung auf die verdeckte Einlage anordnet, werden andere Ersatzrealisationstatbestände nicht ausdrücklich erfasst. Insoweit ist zumindest eine analoge Anwendung von Abs. 2 Sätze 1 und 3 geboten, denn vom Zweck der Regelung, die Realisierung stiller Reserven von der KSt zur Vermeidung einer Doppelbelastung freizustellen, werden auch sie getragen. Die FinVerw. (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 21 ff.) hat einige Fallgestaltungen genannt; sie sind uE nicht als abschließend, sondern als beispielhaft anzusehen, weil es zahlreiche weitere, gleichgelagerte Fälle gibt.

Verdeckte Gewinnausschüttungen: Auch Gewinnerhöhungen durch vGA, die sich aus einer Beteiligungsveräußerung unter Fremdvergleichspreis ergeben, unterfallen der StBefreiung des Abs. 2. Es entspricht Sinn und Zweck des § 8 Abs. 3 Satz 2, für Besteuerungszwecke von einem angemessenen Veräußerungserlös auszugehen; folgerichtig ist Abs. 2 nicht nur auf den vereinbarten, sondern auch auf einen unter Fremdvergleichsgesichtspunkten korrigierten Veräußerungsgewinn anzuwenden (vgl. BFH v. 6.7.2000 – I B 34/00, BStBl. II 2002, 490, zu § 8b idF bis zum StSenkG; BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 16; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 189; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 133 [11/2019]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 197 f. [10/2019]; *Seibt*, DStR 2000, 2070; grundlegend *Wassermeyer*, GmbHR 2002, 1 [3]; *Eilers/Wienands*, GmbHR 2000, 1229 [1235 f.]).

Hinsichtlich vGA aus einer konzerninternen Unterpreisveräußerung ist die Ebene von Gesellschaft und Gesellschafter zu unterscheiden: Auf der Ebene der veräußernden KapGes. ist das Einkommen der Gesellschaft um den Betrag der vGA zu erhöhen; auf das so erhöhte Einkommen ist Abs. 2 anzuwenden unter Berücksichtigung der Restriktionen

der Abs. 4, 7 und 8. Veräußerungsverluste aus vGA wirken sich aufgrund von Abs. 3 Satz 3 nicht aus. Wertaufholungen aufgrund vorangegangener steuerwirksamer Teilwertabschreibung sind auch bei vGA stpfl. (Abs. 2 Satz 4). Zu Einzelfällen vgl. BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 16.

Steuerfreiheit von Sachdividenden: Die Gewinne aus einer Sachdividende von Anteilen an KapGes. sind durch Abs. 2 ebenso wie vGA aufgrund einer Unterpreisveräußerung begünstigt (BFH v. 11.4.2018 – I R 34/15, DStR 2018, 2491; BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 22; ebenso die hM in der Steuerrechtsliteratur, vgl. zB *Beinert/van Lishaut*, FR 2001, 1137 [1146]; *Haun/Winkler*, GmbHR 2002, 192; krit. *Desens*, Das Halbeinkünfteverfahren, 2004, 184). Die Sachdividende unterscheidet sich uE nur durch einen die Dividende auszeichnenden gesellschaftsrechtl. wirksam gefassten Gewinnausschüttungsbeschluss. Fehlt er, kommt es zur vGA, anderenfalls zur Sachdividende. Die Sachdividende ist für eine AG in § 58 Abs. 5 AktG legal definiert. Es handelt sich um eine Ausschüttung in Form von anderen Vermögensgegenständen als Geld (vgl. *W. Müller*, NZG 2002, 752 [757]; *Holzborn/Bunnemann*, AG 2003, 671; *Bareis/Siegel*, BB 2008, 479). Grundsätzlich kann jede Sache Gegenstand einer Sachdividende sein; überwiegend wird jedoch offenbar davon ausgegangen, dass – zumindest im Bereich des § 58 Abs. 5 AktG – nur fungible WG wie börsengehandelte Wertpapiere in Betracht kommen (vgl. *Lutter/Leinekugel/Rödter*, ZGR 2002, 204 [211]). Unseres Erachtens können insbes. auch Anteile iSd. Abs. 2 Gegenstand einer Sachdividende sein. Sie bilden das Pendant zu verdeckten Einlagen.

Im Fall der Ausschüttung von Anteilen an Gesellschaften tritt – zumindest strechtl. – eine Realisation der stillen Reserven auf Gesellschaftsebene ein (vgl. BMF v. 21.7.2000 – IV C 3 - S 2256 - 176/00, FR 2000, 1098; *W. Müller*, NZG 2002, 752 [758]; *Lutter/Leinekugel/Rödter*, ZGR 2002, 204 [229]; *U. Prinz/Schürner*, DStR 2003, 181 [183]; aA *Menner/Broer*, DB 2003, 1075 [1078f.]). Handelsrechtlich ist die Frage ungeklärt. Dadurch ist auch die rechtl. Qualifikation der Sachdividende als ordentliche Ausschüttung oder vGA oder einer Kombination aus beidem unklar. Verneint man handelsrechtl. eine Realisation, handelt es sich bei der Sachdividende strechtl. um eine Kombination aus offener und vGA; hinsichtlich des bilanziellen Buchwerts der Beteiligung handelt es sich um eine offene Gewinnausschüttung, hinsichtlich der stillen Reserven um eine vGA (*Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 193; *Haun/Winkler*, GmbHR 2002, 192 [194]; *Schwedhelm/Olbing/Binnewies*, GmbHR 2002, 1157 [1158]). Nach der Rspr. liegt in voller Höhe eine offene Gewinnausschüttung vor (BFH v. 11.4.2018 – I R 34/15, BStBl. II 2020, 201; vgl. auch *U. Prinz/Schürner*, DStR 2003, 181 [183]; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 131 [11/2019]; *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 308). Da die Sachdividende bei der ausschüttenden Gesellschaft zu einer Realisation der stillen Reserven führt, muss nach der im KStSystem getroffenen Wertentscheidung, die Veräußerung einer Vollausschüttung gleichzustellen, Abs. 2 anwendbar sein (glA *Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 187 [10/2019]; *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 193). Da stl. die Aufdeckung stiller Reserven bei der ausschüttenden KapGes. außerhalb der Fälle der Abs. 4, 7 und 8 stfrei ist, kann die Sachdividende als Gestaltungselement zur Trennung von Gesellschafterstämmen neben oder statt Abspaltung – insbes. in *tracking stock*-Strukturen – dienen (vgl. *U. Prinz/Schürner*, DStR 2003, 181).

Unabhängig von ihrer rechtl. Qualifikation handelt es sich bei der Sachdividende beim Empfänger um Kapitaleinkünfte iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG. Sie sind aufgrund von § 8b Abs. 1 stfrei, führen aber zum KapErtrStAbzug (§ 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG). Grds. traf die Gesellschaft die Pflicht zur Einbehaltung, § 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG in der seit VZ

2008 geltenden Fassung ermöglicht es auch, dass der Gesellschafter die KSt in gleicher Höhe (15 %) wirtschaftlich trägt. Dies ist bei entsprechenden Gestaltungen zu bedenken, da kein Liquiditätsabfluss an den Gesellschafter erfolgt; tragen die Gesellschafter die KapErSt, sollten sie im Rahmen der Sachdividende verpflichtet werden, den entsprechenden Geldbetrag für die Gesellschaft zur Verfügung zu stellen, alternativ kann die Sachdividende mit einer Barausschüttung (iHv. 25 % des Ausschüttungsbetrags) verbunden werden, durch die die KapErSt gezahlt werden kann (*Lutter/Leinekugel/Rödler*, ZGR 2002, 204 [232]; *U. Prinz/Schürner*, DStR 2003, 181 [184]; vgl. auch *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 131 [11/2019]).

Entnahme aus Betrieb gewerblicher Art: Die stl. Überführung einer durch Abs. 2 grds. begünstigten Beteiligung aus dem BgA in den Vermögensbereich ohne angemessene Gegenleistung führt zu einer vGA (BFH v. 24.4.2002 – I R 20/01, BStBl. II 2003, 412; OFD Koblenz v. 19.5.2004 – S 2706 A St 331, FR 2004, 856; OFD Magdeburg v. 26.12.2004 – S 2706 - 52 St 216, DB 2005, 367). Der durch den Ansatz des gemeinen Werts uU entstehende Gewinn ist nach Abs. 2 stfrei (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 134 [6/2017]).

Übertragungsgewinne aufgrund UmwStG können entstehen, wenn im Vermögen eines zu verschmelzenden oder zu spaltenden Rechtsträgers Anteile an KapGes. enthalten sind, die in der stl. Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers mit einem über dem Buchwert liegenden Wert angesetzt werden oder – zB aufgrund von § 15 Abs. 3 UmwStG – angesetzt werden müssen. Dasselbe gilt uE auch im Rahmen des § 3 UmwStG, wenn eine KapGes. auf einen PersGes. verschmolzen oder in eine PersGes. formgewechselt wird. Das BMF-Schreiben v. 28.4.2003 (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 23) nennt Übertragungsgewinne aufgrund von §§ 11, 15 UmwStG, nicht aber §§ 3, 16 UmwStG, weil nach Ansicht der Verwaltung aufgrund UmwStG vor SEStEG in diesen Fällen kein derartiger Gewinn entstehen konnte; es ist insoweit überholt und auch diese wie alle anderen Gewinne aus Umwandlungen werden erfasst, soweit sie Anteile iSd. Abs. 2 betreffen (vgl. *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 178a ff. [10/2019]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 188; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 310 f.).

Weitere Fälle: Vom Zweck des § 8b Abs. 2, eine Doppelbelastung mit KSt im Fall der Realisierung stiller Reserven (Vollausschüttung) zu vermeiden, werden auch alle anderen Realisierungstatbestände von Anteilen getragen (vgl. nur *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 167 [10/2019]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 139 [6/2020]). § 8b Abs. 2 sollte deshalb auch in folgenden, beispielhaft genannten Fällen angewandt werden (*Haun/Winkler*, GmbHR 2002, 192 [194 f.]; *Rödler/Schumacher*, DStR 2003, 909 [911 f.]):

- Realisierung stiller Reserven in Anteilen aufgrund von § 6 Abs. 5 Sätze 3–5 EStG;
 - Gewinne aus Vorgängen iSd. § 12, soweit sie auf begünstigte Anteile entfallen;
- Darüber hinaus müssen auch Gewinne aus nach ausländ. Recht durchgeführten Reorganisationen (Formwechsel, Verschmelzung, Spaltung) stfrei gestellt werden, soweit Gewinne auf Anteile an KapGes. entfallen und der Vorgang wirtschaftlich einer Liquidation oder einem Anteilstausch entspricht (ausführl. *Rödler/Schumacher*, DStR 2001, 1685 [1687]; *Rödler/Schumacher*, DStR 2003, 909 [912]; *Rättig/Protzen*, IStR 2001, 601; vgl. auch *Becker/Kamphaus/Loose*, IStR 2013, 328; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 213; zu restriktiv *Hruschka*, IStR 2012, 845).

Einstweilen frei.

100

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Abzugsbeschränkungen bei Veräußerungsvorgängen und Substanzverlusten aus Anteilen und Darlehen

Schrifttum: *Crezelius*, Steuersenkungsgesetz: § 8b Abs. 3 Satz 2 KStG 2001 – ein steuerrechtliches Verwirrspiel, DB 2000, 1631; *Frotscher*, Die Abzugsbeschränkungen nach § 3c EStG und ihre Auswirkung auf Finanzierungsentscheidungen, DStR 2001, 2045; *Grotherr*, Gewerbesteuerliche Auswirkungen der mit steuerfreien Dividenden im Zusammenhang stehenden nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben, BB 2001, 597; *Mikus*, Die Bedienung von Aktienoptionen durch eigene Anteile nach der Unternehmenssteuerreform, BB 2002, 178; *Raupach*, Die Neuordnung des Körperschaftsteuersystems, DStJG 25 (2002), 9; *Schmidt/Hageböke*, Der Verlust von eigenkapitalersetzenden Darlehen und § 8b Abs. 3 KStG, DStR 2002, 1202; *Dötsch/Pung*, § 8b Abs. 1 bis 6 KStG: Das Einführungsschreiben des Bundesfinanzministeriums, DB 2003, 1016; *Dötsch/Pung*, Zeitliche Abgrenzung von Anrechnungs- und Halbeinkünfteverfahren: Das BMF-Schreiben vom 6.11.2003, DB 2003, 2514; *Eilers/Schmidt*, Die Steuerbefreiung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen nach § 8b KStG, GmbHR 2003, 613; *Eilers/Teske*, Aktuelles Beratungs-Know-how Körperschaftsteuerrecht, DStR 2003, 1195; *Günkel/Bourseaux*, Steuerliche Abziehbarkeit der Kosten für die Ausgabe von Aktien im Rahmen von Aktienoptionsprogrammen im Konzern, FR 2003, 497; *Romswinkel*, Verbot der Verlustverrechnung – Kehrseite eines steuerfreien Veräußerungsgewinns, GmbHR 2003, 92; *Roser*, Steuerbefreiung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen – offene Anwendungsfragen zu § 8b KStG in der Fassung des Regierungsentwurfs v. 13.8.2003, GmbHR 2003, 1250; *Scheipers/Dauster*, Eingeschränkter Abzug von Finanzierungskosten nach § 3c Abs. 1 EStG bei steuerfreien Veräußerungsgewinnen i.S. von § 8b Abs. 2 KStG?, DStR 2003, 1597; *Schild/Eisele*, Die Steuerbefreiungen nach § 8b KStG, DStZ 2003, 443; *Buchna/Sombrowski*, Aufwendungen mit EK-Ersatzcharakter als nicht zu berücksichtigende Gewinnminderungen nach § 8b Abs. 3 KStG nF, DB 2004, 1956; *Scheipers/Kowallik*, Zur Anwendbarkeit des § 8b Abs. 3 KStG bei der Veräußerung direkt gehaltener Beteiligungen durch beschränkt Steuerpflichtige, IWB F. 3 Gr. 4, 459; *Wassermeyer/Schmidt/Hageböke/Dumler/Buchna/Sombrowski*, Nochmals: Aufwendungen mit EK-Ersatzcharakter als nicht zu berücksichtigende Gewinnminderungen nach § 8b Abs. 3 KStG nF, DB 2004, 2715; *Buchna/Sombrowski*, Nochmals zu Aufwendungen mit EK-Ersatzcharakter als nicht zu berücksichtigende Gewinnminderungen nach § 8b Abs. 3 KStG, DB 2005, 1539; *Rödter/Stangl*, Wertminderungen eigenkapitalersetzender Darlehen im Betriebsvermögen einer Kapitalgesellschaft und § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG, DStR 2005, 354; *Schultz/Halbig*, Steuerliche Behandlung von Teilwertabschreibungen auf Aktienfondsanteile, DStR 2005, 1669; *Korn*, Steuerliche (Nicht-)Berücksichtigung von Währungsergebnissen bei grenzüberschreitenden Veräußerungsgeschäften, IStR 2007, 890; *Schnitger*, Änderungen der grenzüberschreitenden Unternehmensbesteuerung sowie des § 42 AO durch das geplante JStG 2008, IStR 2007, 729; *Altrichter-Herzberg*, Gewinnminderungen im Zusammenhang mit Darlehen wesentlich beteiligter Gesellschafter, GmbHR 2008, 337; *Bohne*, Teilwertabschreibungen auf eine unverzinsliche Darlehensforderung gegen den Gesellschafter im Kontext der vGA-Grundsätze, DStR 2008, 2444; *Demuth*, Gesellschafterforderungen im Ertragsteuerrecht – Entstehung, Verzinsung, Verzicht, KÖSDI 2008, 16177; *Fuhrmann/Strahl*, Änderungen im Unternehmenssteuerrecht durch das JStG 2008, DStR 2008, 125; *Hahne*, Neue Entwicklungen bei der steuerlichen Anerkennung von Teilwertabschreibungen, DStR 2008, 540; *Hahne*, Vermeidung des Abzugsverbots für Verluste aus Gesellschafter-Fremdfinanzierung bei Risikodarlehen, StuB 2008, 299; *Hoffmann*, Zur Steuer-Ökonomie des Forderungsverlustes eines GmbH-Gesellschafter im Betriebsvermögen, DStR 2008, 857; *Janssen*, Jahresabschluss 2007: Letzte Chance für steuerwirksame Teilwertabschreibung auf Gesellschafterdarlehen, GmbHR 2008, 699; *Neumann/Stimpel*, Wesentliche Änderungen für Kapitalgesellschaften und deren Gesellschafter durch das JStG 2008, GmbHR 2008, 57; *Neumann/Watermeyer*, Forderungsverluste von Gesellschaftern im Betriebsvermögen (§ 8b Abs. 3 Satz 4 ff. KStG und § 3c Abs. 2 EStG), Ubg 2008, 748; *Pohl/Raupach*, Verluste aus eigenkapitalersetzenden Darlehen im Gesellschafts- und Steuerrecht, in *Kirchhoff/Nieskens* (Hrsg.), FS Wolfram Reiß, Köln 2008, 431; *Schmidt*, FG Niedersachsen bricht Lanze für Kapitalgesellschaften, NWB F. 4, 5317; *Schmidt/Schwind*, Gewinnminde-

rungen aus Gesellschafterdarlehen, NWB (2008) F. 4, 5223; *Watermeyer*, Gewinnminderungen im Zusammenhang mit Darlehensforderungen, GmbH-StB 2008, 81; *Becker*, Teilwertabschreibung auf Gesellschafterdarlehen, DStR 2009, 1796; *Beinert/Benecke*, Änderungen der Unternehmensbesteuerung im JStG 2009, Ubg 2009, 169; *Benzell/Linzbach*, Auswirkungen des Forderungsverzichts – Steuerliche Belastung und Beeinflussung der Steuerquote, DStR 2009, 1599; *Crüger*, Fremdvergleich im Rahmen der deutschen Unterkapitalisierungs-Gesetzgebung der § 8a KStG aF, § 8b Abs. 3 KStG sowie der allgemeinen Dokumentationsvorschriften nach § 90 Abs. 3 AO, IStR 2009, 159; *Ditz/Tchervenjachki*, Abzugsfähigkeit von Teilwertabschreibungen auf eigenkapitalersetzende Darlehen – Eine Analyse des BFH-Urteils v. 14.01.2009 unter besonderer Berücksichtigung des § 1 AStG, IStR 2009, 709; *Dörfler/Adrian*, Steuerbilanzpolitik nach BilMoG, Ubg 2009, 385; *Eberhard*, Steuerwirksame Abschreibungen auf Gesellschafterdarlehen, DStR 2009, 2226; *Forst/Schaaf/Küpper*, Steuerliche Berücksichtigung von Teilwertabschreibungen auf eigenkapitalersetzende Darlehen, EStB 2009, 442; *Frischmuth*, Steuerlich erforderliche Maßnahmen im Zuge der Finanz- und Wirtschaftskrise in Deutschland, Ubg 2009, 264; *Heger*, Körperschaft- und Gewerbesteuer und objektives Nettoprinzip, DStR 2009, Beihefter 34, 117; *Kellersmann/Pannewig*, Darlehen im Konzern in Zeiten der Wirtschaftskrise aus steuerlicher Sicht, Ubg 2009, 848; *Kleinert/Podewils*, Neues zu Teilwertabschreibung auf Gesellschafterdarlehen, GmbHR 2009, 849; *Kohlhaas*, Die GmbH in der Krise – wie werthaltig sind Gesellschafterforderungen?, GmbHR 2009, 531; *Ortmann-Babel/Bolik/Gageur*, Aktuelle Beratungsschwerpunkte bei der Bilanzierung von Gesellschafterdarlehen, BB 2009, 2414; *Schänzle*, Generalthema II: Steuerliche Behandlung von Wechselkursschwankungen, IStR 2009, 514; *Schiffers*, BilMoG: Steuerliche Konsequenzen für den Mittelstand, GmbH-StB 2009, 248; *U. Prinz*, Körperschaftsteuerliches Gewinnminderungsverbot bei qualifizierten Gesellschafterdarlehen – unsystematisch und fragwürdig, aber gestaltbar, in *Spindler/Tipke/Rödter* (Hrsg.), Steuerzentrierte Rechtsberatung, FS für Harald Schaumburg, Köln 2009, 459; *Rolf/Pankoke*, Steuerliche Anerkennung von Teilwertabschreibungen auf Gesellschafterdarlehen, BB 2009, 1844; *Schießl*, Aktuelles zur Abschreibung von Aktienverlusten – Anmerkung zum BFH-Urteil v. 26.09.2007, I R 58/06, Stbg 2009, 106; *Schmidt/Mielke*, Steuerfolgen von Sanierungsmaßnahmen, Ubg 2009, 395; *Bogenschütz*, Regresslose Schuldübernahme als Sanierungsinstrument, Ubg 2010, 407; *Bruckmeier/Zwirner/Busch*, Abschreibungen auf Anteile an Kapitalgesellschaften – Auswirkungen der Neuregelungen durch das BilMoG und steuerliche Implikationen, DStR 2010, 237; *Förster*, Steuerliche Aspekte der Entlastung einer Kapitalgesellschaft von Verbindlichkeiten durch ihre Gesellschafter, Ubg 2010, 758; *Frank/Wittmann*, Abschreibung von Aktien des Anlagevermögens in der Handels- und Steuerbilanz, Stbg 2010, 162; *Gocke/Hötzel*, Ein weiterer rechtsprechungsbrechender Eingriff des Steuergesetzgebers: Ausgewählte Aspekte zu Darlehensverlusten nach § 8b Abs. 3 Satz 4ff. KStG, in *Kessler/Förster/Watrin* (Hrsg.), Unternehmensbesteuerung, FS für Norbert Herzig, 2010, 89; *Kempff/Hohage*, Gedanken zu § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG bei beschränkt Steuerpflichtigen, IStR 2010, 806; *Lechner/Haisch/Bindl*, Einlagerückgewähr durch Kapitalgesellschaften, Ubg 2010, 339; *Letzgas*, Krisenentschärfung durch Wachstumsbeschleunigung – Sanierungslücke Forderungsverzicht, BB 2010, 92; *Miksch/Mattern*, Anwendung von § 8b KStG bei der Währungskurssicherung von Auslandsbeteiligungen im Rahmen von Bewertungseinheiten, DB 2010, 579; *Möhlenbrock*, Perspektiven der Verlustnutzung bei Körperschaften und deren Anteilseignern, Ubg 2010, 256; *Pyszka*, Steuerliche Abzugsfähigkeit von vergeblichen Aufwendungen für einen Beteiligungserwerb, DStR 2010, 1322; *Pyszka*, Abzugsfähigkeit von Aufwendungen der Muttergesellschaft für den Unternehmenskauf durch eine nachgeordnete Konzerngesellschaft, DStR 2010, 1468; *Winhard*, Behandlung ausländischer Forderungsverluste – Praxisprobleme des § 8b Abs. 3 Satz 4 bis 8 KStG in der Fassung des JStG 2008, FR 2010, 686; *Ditz/Tchervenjachki*, Behandlung von Akquisitionsaufwendungen im Rahmen des unmittelbaren und mittelbaren Erwerbs von Beteiligungen, DB 2011, 2676; *Griemla*, Zum Verständnis der Laufzeit eines Genussrechts als Kriterium zur Abgrenzung von steuerlichem Eigen- und Fremdkapital nach dem BMF-Schreiben v. 08.12.1986, FR 2011, 853; *Kaczarepa*, „Hin- und Herzahlen“ als steuerlich vorzugswürdige Gestaltungsalternative zum Gesellschafter-Forderungsverzicht?, Ubg 2011, 885; *Kaminski/Strunk*, § 1 AStG und Wertminderungen auf Darlehen gegenüber ausländischen verbundenen Unternehmen, Stbg 2011, 246; *Kessler*, Grundsatz der Einmalbesteuerung und Einmalberücksichtigung von Verlusten bei Kapitalgesellschaften – Widerle-

gung der Symmetriethese, FR 2011, 754; *Krug*, Die steuerliche Abziehbarkeit von tatsächlich angefallenen Veräußerungskosten im Rahmen von § 8b Abs. 2 und 3 KStG, DStR 2011, 598; *Looks/Birmans/Persch*, Anwendbarkeit des § 1 AStG auf Teilwertabschreibung von Gesellschafterdarlehen, DB 2011, 2110; *Nientimp/Langkau*, § 1 AStG und Teilwertabschreibung auf konzerninterne Darlehen – BMF-Schreiben vom 29.3.2011, IWB 2011, 351; *Schreiber/Syre*, Gewinnminderungen im Zusammenhang mit „Up-stream“-Darlehen, DStR 2011, 1254; *Teschke/Langkau/Sundheimer*, Steuerwirksamkeit von Teilwertabschreibungen auf Darlehen, DStR 2011, 2021; *Winhard*, Der Begriff der „Gewinnminderung“ gemäß § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG i.d.F. des JStG 2008 – insbesondere zur Tatbestandsmäßigkeit von Wechselkursverlusten, IStR 2011, 237; *Birker*, Der Teilwertbegriff im Finanzvermögen – zugleich Besprechung der BFH-Urteile v. 21.09.2011 (I R 89/10 und I R 7/11), Ubg 2012, 308; *Hoch*, Steuerliche Behandlung des Ausfalls aktivierter Gesellschafterdarlehen gegenüber einer Kapitalgesellschaft, DB 2012, 1113; *Kosner/Kaiser*, Zweifelsfragen und Praxiserfahrungen im Zusammenhang mit dem Abzugsverbot für Gewinnminderungen i. S. des § 8b Abs. 3 Satz 4 ff. KStG, DStR 2012, 925; *Nitsche*, Veräußerung direkt gehaltener Beteiligungen an Kapitalgesellschaften durch beschränkt Steuerpflichtige – Führt § 8b Abs. 3 KStG zur partiellen Besteuerung eines Veräußerungsgewinns?, IStR 2012, 125; *Gänslar*, Unternehmenssanierung – Steuerliche Fallstricke erkennen und vermeiden, Ubg 2013, 154; *Theiselmann*, Debt Equity Swaps als Instrument zur finanziellen Restrukturierung, GmbH-StB 2013, 150; *Schulze zur Wiesche*, Steuerliche Behandlung von Darlehensforderungen gegenüber einer GmbH, GmbHHR 2013, 452; *Angsten*, Verfassungsrechtliche Grenzen klarstellender Regelungen im Steuerrecht IWB 2014, 237; *Ditz/Quilitzsch*, Anwendung von § 1 AStG aF bei Teilwertabschreibungen auf Darlehensforderungen gegen ausländische Tochtergesellschaften, ISR 2014, 109; *Ditz/Quilitzsch*, Keine Einkommenskorrektur nach § 1 AStG bei Teilwertabschreibungen auf Darlehensforderungen gegen ausländische Tochtergesellschaften – Anmerkung zum Urteil des FG Düsseldorf v. 28.3.2014 – 6 K 4087/11 F, ISR 2014, 293; *Kahle/Hiller*, Anschaffungsnebenkosten beim Erwerb von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, ifst-Schrift Nr. 495 (2014); *Kahle/Hiller*, Anschaffungsnebenkosten beim Erwerb von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, DB 2014, 500; *Nacke*, Sind rückwirkende Steuergesetze generell verfassungswidrig?, NWB 2014, 2699; *Simon*, Reformfokus Steuerbilanz, ifst-Schrift Nr. 498 (2014); *Roser*, Gesellschafterdarlehen: immer noch viele offene Punkte (Teil 1), GmbH-StB 2014, 84 und 148; *Wiese/Berner*, Rückwirkende Gesetzesklarstellungen und ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit, DStR 2014, 1260; *Berner*, Sperrung des § 8b Abs. 3 Sätze 4 ff. KStG durch Art. 9 Abs. 1 OECD-MA, ISR 2015, 254; *Buschmann*, Berücksichtigung konzerninterner Währungsverluste europarechtlich geboten?, DB 2015, 1856; *Engelen/Luckhaupt/Quilitzsch*, Teilwertabschreibung von Gesellschafterdarlehen trotz Rückhalt im Konzern – Zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH v. 24.6.2015 – I R 29/14, ISR 2015, 373; *Greinert/Metzner*, Zur Einkünftekorrektur nach § 1 Abs. 1 AStG aF bei Teilwertabschreibung eines unbesichert begebenen Darlehens im Konzern, DK 2015, 427; *Hagemann/Kahlenberg*, Sperrwirkung von Art. 9 Abs. 1 DBA USA gegenüber Einkommenskorrektur nach § 1 AStG aF, NWB 2015, 2724; *Rasch/Chwalek*, Sperrwirkung von DBA gegenüber nationalen Einkommenskorrekturen, IWB 2015, 377; *Roser*, Neutralitätsgebot bei Anschaffungsgewinnen – Systematische Folgerungen für Anschaffungsfiktionen, DStR 2015, 724; *Schnorberger/Langkau*, Teilwertabschreibungen auf Gesellschafterdarlehen und Fremdvergleich – Zugleich Anmerkung zum BFH-Urteil v. 17.12.2014 – I R 23/13, IStR 2015, 242; *Sommer*, Gewinnabführungsverträge als Sicherheit für konzerninterne Up-stream-Darlehen? – Eine Fallstudie, FR 2015, 67; *Suchanek/Hesse*, Zur Abzugsfähigkeit von „mittelbaren Anschaffungsneben- und Veräußerungskosten“, Ubg 2015, 639; *Weiss*, Körperschaftsteuerliche Freistellung von Beteiligungserträgen – Nichtabziehbarkeit von Gewinnminderungen, SteuStud. 2015, 134; *Blumenberg/Neumann*, Sanierungssteuerrecht – aktuelle Herausforderungen für die Beratungspraxis (Teil II), Ubg 2016, 256; *Ditz/Engelen/Quilitzsch*, Teilwertabschreibungen auf Gesellschafterdarlehen, Ubg 2016, 513; *Gebhardt/Glatz*, Anmerkung zum Nichtanwendungs-Erlass des BMF v. 30.3.2016 zur Sperrwirkung von Art. 9 OECD-MA gegenüber der Anwendung von § 1 AStG auf Teilwertabschreibungen von Darlehensforderungen gegen ausländische Tochtergesellschaften, IStR 2016, 787; *Greil/Wargowske*, Rückhalt im Konzern, IStR 2016, 272; *Greil/Wargowske*, Nichtanwendungs-Erlass v. 30.3.2016 betreffend die Nichtanwendung der Urteilsgrundsätze der BFH-Urteile v. 17.12.2014 – I R 23/13 und v.

24.6.2015 – I R 29/14 in vergleichbaren Fällen – Eine erste Würdigung, ISR 2016, 157; Hölcher, Teilwert-Berichtigung von Darlehensforderungen gegen ausländische verbundene Unternehmen – eine Bestandsaufnahme, Ubg 2016, 72; Köhler, Berücksichtigung negativer Aktiengewinne nach § 40a KAGG und § 8b Abs. 3 KStG, DStR 2016, 1895; Lange, Anerkennung von Teilwertabschreibungen auf Beteiligungen, DB 2016, 1284; Zinowsky/Jochimsen, Steuerliche Behandlung finaler Währungskursverluste – Anhaltendes Dilemma für den Steuerpflichtigen, drohendes Nachspiel für die deutsche Finanzverwaltung, DStR 2016, 2839; Ettinger, Zur steuerlichen Nichtberücksichtigung von Kosten beim fehlgeschlagenen Erwerb von Kapitalgesellschaftsanteilen, Ubg 2017, 196; Ettinger, Interne Anschaffungsnebenkosten beim Erwerb von Kapitalgesellschaftsanteilen, Ubg 2017, 41; Hagemann/Kahlenberg/Chloer, BB-Rechtsprechungsreport Internationales Steuerrecht 2015/2016, BB 2017, 599; Krüger, Entwicklungen zum Konzernrückhalt und Auswirkungen auf die Prüfungspraxis, DStZ 2017, 284; Loose, BFH zur Besteuerung eines Veräußerungsgewinns im Inbound-Fall, IWB 2017, 912; Niedling/Gsödl, Steuerliche Fragen bei der Absicherung von Refinanzierungsgeschäften und Fremdwährungsdarlehen – eine Analyse anhand von Fallbeispielen, Ubg 2017, 429; Schulz-Trieglaff, Sperrwirkung des Art. 9 OECD-MA: Keine Einkommenskorrektur gem. § 1 AStG bei ungesicherter Darlehensgewährung?, IStR 2017, 975; Weiss, Keine Gewinnminderungen aus Darlehensbeziehungen zur ausländischen Enkelgesellschaft, PISStB 2017, 38; Berger/Tetzlaff, Keine Anwendung von § 8b Abs. 3 KStG bei beschränkter Steuerpflicht, NWB 2018, 324; Förster, Ausfall von Gesellschafterdarlehen und Regressforderungen aus Bürgschaften, DB 2018, 336; Ott, Gesellschafterfremdfinanzierung bei der GmbH – Rangrücktritt, Forderungsverzicht und Ausfall von Gesellschafterdarlehen, DSz 2018, 179; Rödder/Schumacher, Berücksichtigung von Erträgen und Aufwendungen aus Währungssicherungsgeschäften bei der Anwendung des § 8b Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 KStG und des § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG, DStR 2018, 705; Steiner/Ullmann, Sperrwirkung des Art. 9 Abs. 1 OECD-MA gegenüber § 8b Abs. 3 Sätze 4 ff. KStG bei Gewinnminderungen aus grenzüberschreitenden konzerninternen Darlehensforderungen (Art. 9 Abs. 1 OECD-MA, § 8b Abs. 3 Sätze 4 ff. KStG), FR 2018, 1065; Wolter/Griemla, Neutralisation von nach § 8b Abs. 3 Satz 3 ff. KStG vorgenommenen außerbilanziellen Aufwandskorrekturen bei späteren korrespondierenden Erträgen, FR 2018, 253; Badde, Abzugsfähigkeit von Wechselkursverlusten aus Gesellschafterdarlehen bei Vorliegen eines kompensatorischen Einzelsicherungsgeschäfts, BB 2019, 347; Haase/Geils, Forderungsverzicht der Tochtergesellschaft, DStR 2019, 486; Gosch, Von Äpfeln und Birnen – Ein steuerjuristischer Essay zum Maßstab des „Fremdvergleichs“ im Konzern, DStR 2019, 2441; Hinder/Kawka, Übertragungsgewinn aus Aufwärtsverschmelzung im Organschaftsfall, Ubg 2019, 278; Kahlenberg/Kempelmann/Rieck, Kehrtwende des BFH in Sachen Konzernrückhalt und DBA-Sperrwirkung, DB 2019, 1752; Maetz, Steuerrechtliche Behandlung grenzüberschreitender Konzerndarlehen, IStR 2019, 481; Rasch, Die neue Sichtweise des BFH zur Sperrwirkung – was ist fremdüblich und was nicht?, ISR 2019, 409; Steiner/Ullmann, Neuausrichtung des Fremdvergleichsmaßstabs bei grenzüberschreitenden konzerninternen Gesellschafterdarlehen, DStR 2019, 2385; Steiner/Ullmann, Fremdvergleichsprüfung bei grenzüberschreitenden Gesellschafterdarlehen nach Maßgabe des Art. 9 Abs. 1 OECD-MA, IStR 2019, 412; Wacker, Ausfall grenzüberschreitender Konzerndarlehen – Neuorientierung der BFH-Rspr., FR 2019, 449; Busch, Die neue Rechtsprechung des BFH zur Sperrwirkung: neueste Urteile und systematischer Überblick, IStR 2020, 326; Schmid, Das grenzüberschreitende Konzerndarlehen im Lichte der neuen BFH-Rspr., FR 2020, 453; Kempf/Loose, Zur steuerlichen Abzugsfähigkeit von Währungskursverlusten, IStR 2021, 49.

I. Regelungsaufbau

101

Abs. 3 enthält drei wesentliche Regelungsbereiche, nämlich in Satz 1 die (dem Abs. 5 nachgebildete) Fiktion, dass 5 % des Gewinns iSd. Abs. 2 Satz 1, 3 und 6 nicht abziehbare BA sind mit der in Satz 2 enthaltenen flankierenden Regelung, dass § 3c Abs. 1 EStG nicht anwendbar ist. Einen weiteren Regelungsbereich enthält Satz 3, nach dem Gewinnminderungen im Zusammenhang mit Anteilen bei der Ermittlung des Einkommens nicht abgezogen werden dürfen (zur Änderung

gegenüber dem StSenkG mit der Aufzählung einzelner Gewinnminderungen vgl. BTDrucks. 14/6882, 36; *Beinert/van Lishaut*, FR 2001, 1137 [1146]; *Rödler/Schumacher*, DStR 2003, 1725). Den dritten Regelungsbereich bilden die Sätze 4 bis 8 für Wertminderungen aus Gesellschafterdarlehen und vergleichbaren Rechtshandlungen, die stl. den Gewinn nicht mindern. Dazu erweitert Satz 4 die in Satz 3 geregelte Gewinnminderung aus Anteilen auf die Gewinnminderung aus Darlehen eines zu mindestens 25 % beteiligten Gesellschafters oder aus der Hingabe von Sicherheiten. Satz 5 regelt, dass dieselbe Rechtsfolge für Darlehen von einer dem einem Gesellschafter nahestehenden Person oder aus Gewinnminderungen aufgrund Rückgriffs eines Dritten auf den Gesellschafter oder einer diesem nahestehende Person eintritt. Satz 6 enthält eine Rückausnahme zu der in den Sätzen 4 und 5 getroffenen Nichtabziehbarkeit, wenn für das Darlehen der Drittvergleich gelingt und stellt dafür die Voraussetzung auf, dass nur die eigenen Sicherungsmittel der Gesellschaft berücksichtigt werden dürfen. Eine Erweiterung der Sätze 4 bis 6 kodifiziert Satz 7 für Forderungen aus solchen Rechtshandlungen, die einer Darlehensgewährung wirtschaftlich vergleichbar sind. Satz 8 schließlich regelt, dass eine Wertaufholung der Darlehensforderung oder einer Forderung aus vergleichbarer Rechtshandlung stfrei ist, wenn der Wertverlust selbst eine nicht steuerwirksame Gewinnminderung war.

II. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des pauschalen Betriebsausgabenabzugsverbots (Abs. 3 Satz 1)

102 1. Voraussetzung: Jeweiliger Gewinn iSd. Abs. 2 Sätze 1, 3 und 6

Aufgrund von Satz 1 gelten 5 % des jeweiligen Gewinns iSd. Abs. 2 Satz 1, 3 und 6 als nicht abziehbare BA. Das Tatbestandsmerkmal „jeweiliger Gewinn iSd. Abs. 2 Satz 1, 3 und 6“ stellt die Verbindung zu den einmaligen Beteiligungserträgen aus Körperschaften und Personenvereinigungen her.

Gewinn iSd. Abs. 2: Erfasst werden alle Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Körperschaften und bestimmten Personenvereinigungen (Abs. 2 Satz 1). Anknüpfungspunkt ist insoweit der aufgrund von Abs. 2 Satz 1 maßgebliche Veräußerungsgewinn; seine Ermittlung richtet sich im Veräußerungsfall nach Abs. 2 Satz 2 als eine besondere und eigenständig für diese Fälle geregelte Gewinnermittlungsvorschrift (vgl. BFH v. 22.12.2010 – I R 58/10, BFH/NV 2011, 711). Gewinn iSd ist danach der Veräußerungspreis, gemindert um die Veräußerungskosten und den Buchwert im Zeitpunkt der Veräußerung.

Indem die Regelung einen Bezug zu Abs. 2 Satz 2 herstellt, ergeben sich Abgrenzungsfragen zu Veräußerungskosten, die bereits bei der Ermittlung des jeweiligen Gewinns (im stfreien Bereich) abgezogen werden und zu BA, die aufgrund von Satz 1 pauschaliert nicht abziehbar sind; s. Anm. 72.

Darüber hinaus sind Gewinne aus den in Abs. 2 Satz 3 genannten Vorgängen (Liquidation, Kapitalherabsetzung, Wertaufholung aufgrund von § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EStG, Entstrickungsgewinne iSd. § 21 Abs. 2 UmwStG) und vergleichbaren Vorgängen maßgebend; die daraus resultierende Rechtsfolge erscheint insbes. im Fall der Wertaufholung problematisch. Erfasst wird zudem der Gewinn aus der verdeckten Einlage von Anteilen an KapGes. (Abs. 2 Satz 6). Nicht betroffen sind Gewinne aus einer stpfl. Wertaufholung iSd. Satzes 4.

Der Wortlaut lässt offen, nach welcher Regelung der Gewinn stbefreit ist. Ansonsten hätte es „Gewinn aufgrund Abs. 2“ heißen müssen. Erfasst werden alle stfreien Gewinne (OFD Hannover v. 25.4.2005 – S 2750a - 14 - StO 242, DB 2005, 1194).

Soweit Einlagerückzahlungen unter den Tatbestand des Abs. 2 und nicht des Abs. 1 gefasst werden (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 6), greift die pauschale Betriebsausgabenfiktion in diesem Fall nur ein, soweit die Ausschüttung aus dem stl. Einlagekonto den Buchwert der Beteiligung übersteigt. Dasselbe gilt indes auch für die Fiktion des Abs. 5 Satz 1 im Fall einer Erfassung von Einlagerückzahlungen aufgrund von Abs. 1, soweit sie den Buchwert übersteigen (s. Anm. 41).

Jeweilig: Der Gewinnbegriff für Zwecke des Abs. 3 Satz 1 ist eingeschränkt durch „jeweilig“. Ganz offenbar soll dadurch die in der Regierungsbegründung dargestellte Absicht umgesetzt werden, eine Saldierung aller in einem VZ erzielten Gewinne und Gewinnminderungen nicht zuzulassen.

Der Verweis auf „Gewinn im Sinne des Abs. 2“ bedeutet, dass der um Veräußerungskosten geminderte und damit Nettogewinn dem pauschalen BA-Abzug zugrunde gelegt wird. Die tatsächlichen Veräußerungskosten haben den Gewinn dadurch bereits im stfreien Bereich gemindert; s. Anm. 73.

2. Rechtsfolge: 5 %-Fiktion

103

Regelungsgehalt: Abs. 3 Satz 1 bestimmt, dass 5 % der einmaligen Beteiligungserträge von Körperschaften und Personenvereinigungen als nicht abziehbare BA gelten

- ▶ **Zeitpunkt:** Da Abs. 3 Satz 1 nicht abziehbare BA in Zusammenhang mit einmaligen Beteiligungserträgen iSd. Abs. 2 fingiert, greift die Regelung ein, sobald das stpfl. Einkommen um die stfreien einmaligen Beteiligungserträge gekürzt wird. Das ist bei einer Veräußerung spätestens der Zeitpunkt, in dem zumindest das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen übergeht.
- ▶ **Keine tatsächlichen Betriebsausgaben erforderlich:** Da die Fiktion nicht abziehbarer BA im Zusammenhang mit einmaligen Beteiligungserträgen der Fiktion des Abs. 5 nachempfunden ist, greift die Rechtsfolge des Satz 1 unabhängig davon, ob und in welcher Höhe tatsächlich BA entstanden sind. Das BVerfG (BVerfG v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224) hat darin jedoch keinen Verstoß gegen das verfassungsrechtl. zu beachtende objektive Nettoprinzip gesehen, weil es sich um eine dem Gesetzgeber mögliche Typisierung nicht abziehbaren Beteiligungsaufwands handle. Hierzu s. Anm. 7. Da die Fiktion nicht abziehbarer BA an der Nettogröße Veräußerungsgewinn in Abs. 2 Satz 2 ansetzt, führt dies im Erg. dazu, dass einmalige Beteiligungserträge ebenso wie laufende Bezüge wirtschaftlich nur zu 95 % stbefreit sind. Nachteilig wirkt sich das insbes. im Bereich der Veräußerungskosten aus, die aufgrund von Abs. 2 Satz 2 bereits den Veräußerungsgewinn mindern und dadurch zu 95 % nicht steuerwirksam sind (BFH v. 12.3.2013 – I R 45/13, BStBl. II 2014, 719; BFH v. 9.4.2014 – I R 52/12, BStBl. II 2014, 61; BFH v. 15.6.2016 – I R 64/14, BStBl. II 2017, 182; krit. Rödder/Schumacher, DStR 2003, 1725 [1728]; Hill/Kavazidis, DB 2003, 2028 [2029]; Roser, GmbHR 2003, 1250 [1251.f.]; Schwedhelm/Olbing/Binnewies, GmbHR 2003, 1385 [1391]; Gosch in Gosch, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 283; Frischmuth, Ubg 2009, 264 [266.f.]). Wirtschaftlich handelt es sich um eine Rückgängigmachung von 5 % der StBefreiung (Pung in DPM, § 8b Rz. 177 [11/2019]; insbes. Heger, DStR 2009, Beihefter 34, 117 ff.). Besonders deutlich

wird dies bei der Veräußerung von Anteilen an einer OG. Der Gedanke des Abs. 3 Satz 1 als Parallele zu Abs. 5 Satz 1 hinsichtlich der Veräußerung thesaurierter Gewinne kann in diesem Fall nicht tragen (vgl. *Gröbll/Adrian in Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 159). Sinnvoll ist die Auslegung von *M. Frotscher* (in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 256 [10/2019]), nach dem die tatsächlichen Veräußerungskosten stl. abziehbar sind und die Berücksichtigung in Abs. 2 Satz 2 nur zur Ermittlung der Nettogröße „Gewinn“ dient, auf den die 5 %-Fiktion angewendet wird (ebenso *Krug*, DStR 2011, 598), die aber vom soweit eindeutigen Wortlaut nicht getragen sind, s. auch Anm. 73. Wertet man die 5 %-Fiktion als eine partielle StPflcht, müssten konsequenterweise Auslandssteuern auf die darauf entfallende KSt angerechnet werden (so *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 178 [11/2019]). Die Fiktion gilt seit SEStEG auch im Fall von Umwandlungen, s. § 4 Abs. 7 und § 12 Abs. 2 UmwStG.

- **Auswirkung auf die Gewerbesteuer:** Die Fiktion nicht abziehbarer BA gilt als Vorschrift zur Ermittlung der stpfl. Einkünfte auch im Rahmen der GewSt (§ 7 Satz 1 GewStG). Dadurch kann es zu gewstl. Doppelbelastungen kommen, wenn tatsächlich BA als Dauerschuldzinsen aufgrund von § 8 Nr. 1 GewStG dem Gewerbeertrag hinzugerechnet werden. Insoweit besteht dieselbe Problematik wie im Fall des Abs. 5 Satz 1 für laufende Beteiligungserträge, s. Anm. 191.

Überschießende Rechtsfolge: Die 5 %-Belastung von Veräußerungsgewinnen bei voller Zuordnung der Veräußerungskosten ist systemwidrig (so auch *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 283, der allerdings auf den insoweit eindeutigen Wortlaut verweist). Insbesondere in Fällen vorangegangener, stl. unwirksamer Teilwertabschreibungen (Abs. 3 Satz 3) und einer nachfolgenden Wertaufholung aufgrund von § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EStG ist die Fiktion nach BFH (BFH v. 13.2.2019 – I R 21/17, DStR 2019, 1568, Rz. 25) wohl anwendbar. Unseres Erachtens wird der Fiktion jedoch ein zu hoher Gewinn zugrunde gelegt. In diesen Fällen sollte die Fiktion im Billigkeitswege (§ 163 AO) nicht angewendet werden, soweit sich die vorangegangene Wertminderung stl. nicht ausgewirkt hat (vgl. auch *Desens*, Das Halbeinkünfteverfahren, 2004, 294f.; *Mairoser/Gross*, GmbHR 2006, 362; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 284; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 179 [11/2019]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 395; aA OFD Frankfurt v. 25.8.2010 – S 2750a A - 8 - St 52, DStR 2011, 77; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 246 [10/2019]). Ähnlich systemwidrige Probleme treten im Rahmen des Abs. 4 aF bei einer Gewinnbesteuerung nach nicht steuerwirksamer Teilwertabschreibung auf.

Organgesellschaft: Handelt es sich bei der Gesellschaft, die den Gewinn nach Abs. 2 auslöst, um eine OG, gilt für die Ermittlung des Einkommens die Bruttomethode aufgrund von § 15 KStG. Bei der OG sind alle Aufwendungen abziehbar und die Regelungen des Abs. 3 Satz 1 werden auf der Ebene des OT angewendet. Ungeklärt und streitig ist, ob das auch für die GewSt gilt; vgl. die Diskussion bei *Haag/Jehlin*, DStR 2013, Beihefter 4, 3 (5).

Ausländische Körperschaften: Soweit Körperschaften ohne Sitz oder Geschäftsleitung im Inland Anteile iSd. Abs. 2 veräußern, sind sie aufgrund von § 2 und § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e EStG beschränkt kstpfl. Das Einkommen ermittelt sich nach § 17 Abs. 2 Satz 1 EStG, dh., ebenso wie bei Abs. 2 Satz 2 (Veräußerungspreis abzgl. Veräußerungskosten und abzgl. stl. [Buch-]Wert). Zwar ist Abs. 3 Satz 1 grds. auf jeden Gewinn iSd. Abs. 2 anwendbar; entgegen der in der Voraufgabe vertretenen Ansicht läuft die Fiktion pauschalierter BA jedoch ins Leere, wenn die beschränkt stpfl. Körperschaft nicht über eine inländische Betriebsstätte oder einen

ständigen Vertreter verfügt. Sie erzielt keine inländischen Einkünfte, bei deren Ermittlung BA zu berücksichtigen sind (so BFH v. 31.5.2017 – I R 37/15, BStBl. II 2017, 144, Rz. 16ff.; zust. Hess. FG v. 7.11.2018 – 4 K 1549/16, EFG 2019, 926, Rz. 58, rkr.; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 281a; *Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 263 [7/2019]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 405; *Witt*, Ubg 2018, 123; *Kempff/Nitschke*, IStR 2016, 183; *Berger/Tetzlaff*, NWB 2018, 324; *Loose*, IWB 2017, 912; aA *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 178 [11/2019]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 255 [10/2019]; *Kempff/Hohage*, IStR 2010, 806; *Scheipers/Kowalik*, IWB F. 3 Gr. 4, 459). Bedeutsam ist das in den Fällen, in denen kein DBA besteht oder ein DBA Deutschland das Besteuerungsrecht zuweist. Besteht dagegen ein DBA mit einer Zuweisung des Besteuerungsrechts an den Ansässigkeitsstaat, ist Abs. 3 Satz 3 bereits deshalb nicht anwendbar. Zur Nichtanwendung des Abs. 3 Satz 1 bei einem Übernahmegewinn, der bei einer OG aus einer Aufwärtsschmelzung entsteht, vgl. BFH v. 26.9.2018 – I R 16/16, BFH/NV 2019, 495; *Glocke*, FR 2019, 565; *Ronneberger*, NWB 2019, 2573; *Hinder/Kawka*, Ubg 2019, 278; *Park*, BB 2019, 1010.

Körperschaften mit Überschusseinkünften: Soweit Körperschaften ihre Einkünfte durch Überschussrechnung ermitteln (Vereine, sonstige Körperschaften iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 4–6), greift Abs. 3 Satz 1 nicht ein, da solche Körperschaften keine BA haben. Veräußerungskosten werden durch Abs. 2 Satz 2 erfasst; § 3c Abs. 1 EStG ist ausdrücklich im Bereich des Abs. 3 für nicht anwendbar erklärt (Satz 2). Der Gewinn solcher Körperschaften ist vollständig und nicht nur wirtschaftlich zu 95 % steuerfrei (so *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 254 [10/2019]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 178a [11/2019]).

III. Nichtanwendbarkeit des § 3c Abs. 1 EStG (Abs. 3 Satz 2)

104

Durch Satz 2 der Regelung erklärt der Gesetzgeber § 3c Abs. 1 EStG mit Wirkung ab VZ 2004 für nicht anwendbar. Aufgrund von § 3c Abs. 1 EStG sind Aufwendungen nicht abziehbar, die in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen stehen. Nach uE zutreffender Ansicht im Schrifttum gehörten zu den unmittelbaren Aufwendungen idS nur solche Aufwendungen, die durch die Veräußerung des Anteils selbst hervorgerufen werden, nicht aber laufende Aufwendungen. Das folgt aus dem unmittelbaren Zusammenhang mit Abs. 2, der die entsprechenden Gewinne steuerfrei stellt. Demgegenüber erfasste § 3c Abs. 1 noch andere Aufwendungen, wie insbes. Finanzierungskosten für den Erwerb der Beteiligung (vgl. *Beinert/Mikus*, DB 2002, 1467; *Füger/Rieger*, FR 2003, 589 [590]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 280; *Herzig*, DB 2003, 1459 [1463]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 173 [6/2017]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 417; *Scheipers/Dauster*, DStR 2003, 1597). Durch die ausdrückliche Anordnung des Abs. 3 Satz 2, dass § 3c Abs. 1 EStG nicht anwendbar ist, ist diese str. Rechtslage zugunsten einer stl. wirksamen Abziehbarkeit laufender Aufwendungen geklärt. Dem steht als Nachteil einerseits die 5 %-Fiktion und andererseits die Berücksichtigung von Veräußerungskosten unmittelbar bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns gegenüber. Dabei hat sich die Abgrenzungsfrage zu einer solchen zwischen dem steuerfreien Bereich anfallenden Veräußerungskosten und der 5 %-Fiktion unterfallenden, im Übrigen aber abziehbaren Kosten verschoben (vgl. BFH v. 12.3.2014 – I R 45/13, BStBl. II 2014, 719; FG München v. 16.5.2013 – 3 K 162/12, EFG 2013, 1602, rkr.).

IV. Nichtberücksichtigung von Gewinnminderungen (Abs. 3 Satz 3)

105 1. Tatbestandsmerkmale im Einzelnen

Abs. 3 Satz 3 schließt „Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit dem in Abs. 2 genannten Anteil stehen“, vom Abzug bei der Einkommensermittlung aus. Vor seiner Änderung durch das UntStFG mit seinem aktuellen umfassenden Verweis auf Gewinnminderungen aus Anteilen regelte Abs. 3, dass Gewinnminderungen, die durch den Ansatz des niedrigeren Teilwerts, durch Veräußerung der Anteile oder bei Auflösung oder Herabsetzung des Nennkapitals entstehen, nicht zu berücksichtigen waren. Durch die jetzige Regelung sollen demgegenüber alle Gewinnminderungen aus den Anteilen erfasst werden. Nach hM bildet Abs. 3 Satz 3 eine Korrespondenz zur Freistellung aller Gewinne iSd. Abs. 2; uE trägt der Gedanke indes nicht vollständig, weil sich Verluste endgültig nicht auswirken. Siehe hierzu Anm. 106.

Gewinnminderungen: Erfasst werden alle Substanzverluste, unabhängig von Grund und Höhe ihrer Entstehung. Der Begriff ist eng auszulegen; dies war bereits bis zur Erweiterung des Abs. 3 durch das ProtErklG notwendig, um eine Abgrenzung zu § 3c Abs. 1 EStG und Abs. 5 zu ermöglichen und diesen Regelungen einen bestimmbareren Anwendungsbereich zuzusprechen. Laufende Aufwendungen (wie insbes. Refinanzierungszinsen) sind grds. den laufenden Beteiligungserträgen iSd. Abs. 1 zuzuordnen, nicht aber Abs. 3 Satz 3 (BFH v. 14.1.2009 – I R 52/08, BStBl. II 2009, 674; ausführl. *Füger/Rieger*, FR 2003, 543 oder 589; *Eilers/Schmidt*, GmbHR 2003, 613 [623]). Aus Abs. 3 Sätze 1 und 2 folgt, dass allein diese Auslegung zutr. ist, denn bei einer weitreichenderen Auslegung des Merkmals „Gewinnminderung“ hätte es dieser Regelungen nicht bedurft. Das entspricht offensichtlich auch der durch die FinVerw. in BMF v. 28.4.2003 (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/05, BStBl. I 2003, 292, Rz. 25 f.) dargelegten Anwendung.

Im Zusammenhang mit dem in Abs. 2 genannten Anteil: Es handelt sich um Anteile an Gesellschaften, deren Erträge zu Bezügen iSd. Abs. 1 führen, insbes. KapGes. einschließlich solcher, mit denen eine Organschaft besteht. Das ergibt sich aus Abs. 2 Satz 1, dessen Rechtsfolge ua. von der stl. Behandlung der Beteiligungserträge beim Empfänger abhängt. Die Gewinnminderung muss damit in Zusammenhang stehen. Sie ist objekt- und nicht veranlassungsbezogen zu verstehen. Erfasst werden Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit einem konkret vorhandenen Anteil iSd. Abs. 2 stehen (BFH v. 9.1.2013 – I R 72/11, BStBl. II 2013, 343, mwN).

Vom Abzugsverbot des Abs. 3 Satz 3 sind bis zum VZ 2007 keine Gewinnminderungen durch die Abschreibung oder den Verlust von Gesellschafterdarlehen erfasst. Sie wirken sich stl. unmittelbar aus und führen nicht zu nachträglichen AK auf die Beteiligung. Entgegen einer vereinzelt geäußerten Ansicht in der Literatur (*Buchna/Sombrowski*, DB 2004, 1556; *Buchna/Sombrowski*, DB 2005, 1539) und dadurch hervorgerufenen Praxis der FinVerw. hat der BFH (BFH v. 14.1.2009 – I R 52/08, BStBl. II 2009, 674) dies deutlich bestätigt. Ab dem VZ 2008 enthält Abs. 3 dafür die besonderen, rechtbegründenden und nicht deklaristischen Bestimmungen in den Sätzen 4 bis 8. Bis dahin (VZ 2007) sind Darlehenswertminderungen steuerlich abziehbar, wobei die FinVerw. im Auslandsfall jedoch § 1 AStG prüft (s. dazu Anm. 117). Ebenfalls sind keine vergeblichen Aufwendungen (zB *due diligence*-Kosten) zum Erwerb von Anteilen erfasst, wenn der Erwerb scheitert. Es fehlt am Objekt „Anteil“ (BFH v. 9.1.2013 – I R 72/11, BStBl. II 2013, 343, mwN zu *due diligence*-Kosten; *Binnewies*, GmbHR 2013, 437; *Ditz/Tcherveniachki*, DB 2013, 1634; *Gosch*, BFH/PR 2013, 193).

„Entstehen“ der anteilsbezogenen Gewinnminderung bedeutet Realisation. Es handelt sich insbes. um die Abs. 2 unterfallenden Vorgänge, die jedoch im Fall des Abs. 3 Satz 3 nicht zu einem Gewinn, sondern zu einem (Substanz-)Verlust führen.

Wesentliche Anwendungsfälle (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/05, BStBl. I 2003, 292, Rz. 26):

- ▶ *Ansatz des niedrigeren Teilwerts*: Erfasst werden Teilwertabschreibungen auf alle Anteile, die der StBefreiung des Abs. 2 unterfallen. Nach BFH (BFH v. 21.9.2016 – I R 63/15, BStBl. II 2017, 357) fallen darunter auch Abschreibungen wegen einer Währungskursänderung; eine EU-Widrigkeit liegt nach Ansicht des BFH nicht vor, weil dem nicht-steuerwirksamen Verlust gegenläufig die StFreiheit einer Wertaufholung oder Veräußerung entspricht (vgl. *Brandis*, BFH/PR 2017, 167 mwN).

Unklar ist, wie die Teilwertminderung bei Anteilen iSd. Abs. 2 zu ermitteln ist. Zu börsennotierten Aktien, die als Finanzanlage gehalten werden, ist nach BFH (BFH v. 26.9.2007 – I R 58/06, BStBl. II 2009, 294; BFH v. 21.9.2011 – I R 89/10, BFH/NV 2012, 306) von einer voraussichtlich dauernden Wertminderung iSd. § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG (mit einer Bagatellgrenze eines Verlusts von 5 %) auszugehen, wenn der Börsenwert zum Bilanzstichtag unter die AK gesunken ist und für eine alsbaldige Wertaufholung keine konkreten Anhaltspunkte vorliegen (ebenso BMF v. 2.9.2016 – IV C 6 – S 2171 – b/09/10002:002, BStBl. I 2016, 995, Rz. 17 mit einer „Bagatellgrenze“ von 5 %). Unentschieden ist die Bewertung von Anteilen, die nicht börsennotiert sind; die vorstehenden Grundsätze sind darauf nicht übertragbar (BFH v. 8.2.2012 – IV B 13/11, BFH/NV 2012, 963; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 187 [6/2017]). Vgl. im Einzelnen § 6 EStG Anm. 812. Seit dem Inkrafttreten des BilMoG besteht für die StBil. ein eigenständiges stl. Wahlrecht, eine Teilwertabschreibung vorzunehmen (BMF v. 12.3.2010 – IV C 6 - ST 2133/09/0001, 2010/0188935, BStBl. I 2010, 239, Rz. 15; Kurzinform. OFD Münster v. 14.9.2012, DB 2012, 2309; s. § 6 Anm. 812 mwN). Regelmäßig wird davon abgesehen, weil eine nachfolgende Zuschreibung trotz stl. Nichtwirksamkeit der Abschreibung die 5 %-Fiktion des Abs. 3 Satz 1 auslöst (*Dörfler/Adrian*, Ubg 2009, 385 [391]; *Herzig/Briesemeister*, DB 2009, 976 [978]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 187a [6/2017], mwN).

- ▶ *Veräußerung* ist wie im Fall des Abs. 2 neben einer entgeltlichen Übertragung eines Anteils auch ein gewinnrealisierender Tausch sowie die Einbringung eines Anteils in eine KapGes. gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten.

Es ist streitig, ob Veräußerungsverluste Abs. 3 Satz 3 (BFH v. 13.10.2010 – I R 79/90, BFH/NV 2011, 521, mwN) oder als „negativer“ Gewinn Abs. 2 unterfallen (*Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 267; *Schild/Eisele*, DStZ 2003, 443 [450]). Die Veräußerungsverluste unterfallen uE Abs. 3 Satz 3, der Gewinnminderungen insgesamt und unterschiedslos nennt. Anders als DBA, die regelmäßig nur von „Gewinn“ sprechen und symmetrisch auch Verluste erfassen (vgl. nur BFH v. 28.6.2006 – I R 84/04, BStBl. II 2006, 861, mwN) hält § 8b zwei eigenständige Regelungen vor, auch wenn die dafür eigenständige Ermittlung in Abs. 2 Satz 2 geregelt ist (aA *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 267; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 419).

- ▶ *Infolge der Auflösung einer Gesellschaft* mindert sich der Gewinn der daran beteiligten Körperschaft, wenn der bei ihr anfallende anteilige Liquidationserlös geringer ist als die AK bzw. der niedrigere Teilwert der Anteile (vgl. § 20 EStG Anm. 3). Bei isolierter Betrachtung des Auflösungsvorgangs, auf dem Abs. 2 beruht, handelt es sich unter der erwähnten Voraussetzung um einen „Verlust“.

- ▶ *Zahlungen aufgrund einer Kapitalherabsetzung* mindern in voller Höhe die AK bzw. den niedrigeren Teilwert der Anteile. Dadurch entsteht ein „Verlust“, wenn der Rückzahlungsbetrag die AK bzw. den niedrigeren Teilwert nicht übersteigt (s. § 20 EStG Anm. 120, 126).
- ▶ *Realisation aufgrund von § 21 Abs. 2 UmwStG aF*: Es handelt sich um die in Anm. 84 genannten Fälle, in denen der Buchwert im Realisationszeitpunkt über dem Teilwert liegt.
- ▶ *Verdeckte Einlagen*: Statt eines Gewinns wird durch die Einlage ein Verlust realisiert.
- ▶ *Aufwand aus der Auflösung eines aktiven Ausgleichspostens bei Organschaft*: Siehe Anm. 73. Die Auflösung eines aktiven Ausgleichspostens ist aufgrund von § 14 Abs. 4 ein Fall des Abs. 3 Satz 3, s. Anm. 74.
- ▶ *Gewinnminderungen im Zusammenhang mit verdeckten Gewinnausschüttungen oder Sachdividenden*: Das BMF (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 S - 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 26) wertet auch Verluste aus der Veräußerung einer Beteiligung unter dem Verkehrswert (vGA) oder durch Sachdividenden als stl. nicht berücksichtigungsfähig. Das ist uE zutr., weil Satz 3 substanzbezogene Wertminderungen aus der ertragstl. Behandlung des Anteils erfasst (vgl. auch BFH v. 14.1.2009 – I R 52/08, BStBl. I 2009, 674; M. Frotscher in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 353 [10/2019]; Kröner in *Bott/Walter*, § 8b Rz. 154 [4/2004]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 190 [6/2017]).
- ▷ *Wertminderung durch Veräußerung eigener Anteile*: Fraglich ist, ob auch Wertminderung bei Erwerb und Veräußerung eigener Anteile durch die Gesellschaft unter Satz 3 fallen. Das ist uE nur der Fall, wenn eigene Anteile nicht als Kapitalmaßnahme, sondern stl. als bilanzierungsfähiges WG qualifiziert werden. Bei der Qualifizierung als Kapitalmaßnahme (BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009, BStBl. I 2013, 1615) liegt kein Fall von Abs. 2 oder 3 vor.
- ▷ *Gewinnminderungen bei verdeckter Gewinnausschüttung mit Vorteilsverbrauch*: Fraglich ist, ob Gewinnminderungen auch den Vorteilsverbrauch bei vGA erfassen. Das ist uE nicht der Fall, weil keine Unmittelbarkeit mit dem Anteil besteht, sondern mit dem die vGA begründenden Vorgang. Gewährt eine GmbH ihrer Schwestergesellschaft ein zinsloses Darlehen, liegt eine vGA der GmbH an die gemeinsame Mutter vor, die diesen Aufwand für die andere (aus Sicht der darlehensgewährenden GmbH) Schwestergesellschaft aufwendet. Da wegen der Nutzungseinlage keine nachträglichen AK vorliegen, wird der Aufwand (Vorteilsverbrauch) nicht durch Satz 3 erfasst (vgl. auch BFH v. 4.2.2014 – I R 32/12, BFH/NV 2014, 1090, zum Vorteilsverbrauch; *Pyszka*, DStR 2010, 1468 [1470]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 423; aA aktuell in Auslandsfällen einschr. BFH v. 27.11.2019 – I R 40/19, IStR 2020, 821; aA zB *Schnitger*, IStR 2020, 821 [825]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 192 [2/2019]).

106 2. Rechtsfolge des Abs. 3 Satz 3: Außerbilanzielle Korrektur

Wie Abs. 1 und 2 führt auch Abs. 3 Satz 3 zu einer außerbilanziellen Korrektur. Gewinnminderungen iSd. Abs. 3 Satz 3 sind dem Gewinn der Gesellschaft außerhalb der Bilanz hinzuzurechnen. Damit können derartige Gewinnminderungen weder mit positiven Einkünften ausgeglichen werden, noch erhöhen sie den Verlustabzug

nach § 10d EStG iVm. § 8 Abs. 1. Bei beschränkter StPflcht ohne inländ. BS (§ 49 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. e EStG) ergeben sich vergleichbare Rechtsfolgen wie bei Abs. 3 Satz 1 (s. Anm. 103). Im DBA-Fall mit Freistellungsmethode läuft Abs. 3 Satz 3 leer, im Nicht-DBA-Fall wird der Substanzverlust im Inland stl. nicht berücksichtigt.

Gesetzsystematische Kritik: Abs. 3 Satz 3 liegt der Gedanke zugrunde, Gewinne und Verluste im Rahmen der Gewinnermittlung systematisch zu behandeln (vgl. BFH v. 9.1.2013 – I R 72/11, BStBl. II 2013, 343, Rz. 9; BFH v. 12.3.2014 – I R 87/12, BStBl. II 2014, 859; FG Düss. v. 19.10.2012 – 6 K 2439/11 F, EFG 2013, 1068; *Dötsch/Pung*, DB 2003, 1016 [1022]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 347 [10/2019]; *Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 281 [7/2019]; *Schaden*, DStR 2003, 2192). Die StFreiheit der Gewinne nach Abs. 2 ist jedoch nicht endgültig, sondern – bis zur Ausschüttung an eine natürliche Person bzw. bis zur Veräußerung der Beteiligung durch eine natürliche Person – nur aufgeschoben. Systematisch ist uE die Anordnung des Abs. 3 Satz 3 unzutreffend und nicht die notwendige Umkehrung der StFreiheit von Veräußerungsgewinnen. Das Leistungsfähigkeitsprinzip gebietet, dass endgültige Vermögensverluste, die sich dadurch ergeben, dass der Stpfl. seine Investition im Veräußerungs- oder Liquidationsfall nicht realisieren kann, berücksichtigt werden müssen (vgl. *Binnewies* in *Streck*, 9. Aufl. 2018, § 8b Rz. 81; *Raupach*, DStJG 25 [2002], 20; *Kanzler*, FR 2003, 1 [8]; *Kessler*, FR 2011, 754; *Schön*, FR 2001, 381; *Spengel/Schaden*, DStR 2003, 2192; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 261, *Möhlenbrock*, Ubg 2010, 256 [261], für Einlageverluste; aA jedenfalls aufgrund des Gesetzeswortlauts BFH v. 12.3.2014 – I R 87/12, DStR 2014, 1227; FG Düss. v. 19.10.2012 – 6 K 2439/11 F, EFG 2013, 1068; vgl. auch insbes. *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 183 [3/2018]).

Besonders deutlich wird das in Altfällen des Abs. 4 aF, in denen Abs. 3 Satz 3 auch Gewinnminderungen in Fällen einer stpfl. Veräußerung erfasst. Diese Rechtsfrage einer Anwendung von Abs. 2 oder Abs. 3 Satz 3 (s. Anm. 103) hat der Gesetzgeber durch eine entsprechende Ergänzung des Abs. 4 im Rahmen des ProtErklG zulasten des Stpfl. geregelt. In diesem Fall versagt bereits der Umkehrgedanke, der StFreiheit müsse ein Abzugsverbot entsprechen (vgl. auch *Spengel/Schaden*, DStR 2003, 2192 [2200]).

- ▶ *Einnahmelose Gesellschaft:* Seinem Wortlaut nach setzt Abs. 3 Satz 3 keine Einnahmen aus den Anteilen – seien es laufende Bezüge iSd. Abs. 1 oder Substanzgewinne iSd. Abs. 2 – voraus. Die Grundsätze, die der BFH (vgl. BFH v. 25.7.2019 – IV R 47/16, DStRE 2019, 1376, Rz. 30f.) im Anwendungsbereich des Halb-/Teileinkünfteverfahrens zu § 3c Abs. 2 EStG zur einnahmeloßen Gesellschaft herausgestellt hat (und die durch das JStG 2011 in § 3c Abs. 2 EStG eine rechtsprechungsbreakende Änderung erfahren haben), sind im Bereich des Abs. 3 Satz 3 nicht anwendbar. Es kommt allein auf eine dem Anteil innewohnende Wertminderung an (BFH v. 13.10.2010 – I R 79/09, BStBl. II 2014, 943, Rz. 31f.). Das allerdings führt zu der dargestellten Situation, dass sich die Verluste in solchen Fällen ebenso wie in Liquidationsfällen überhaupt nicht auswirken, was uE zu einem Verstoß gegen das verfassungsrechtl. zu beachtende objektive Nettoprinzip führt. Der BFH hat jedoch gegenteilig entschieden. Da das Prinzip der Einmalbesteuerung weder im Gewinnfall noch im Verlustfall strikt umgesetzt werde, sei typisierend hinzunehmen, dass es zu derartigen Wirkungen einer völligen Nichtberücksichtigung kommen könne (BFH v. 13.10.2010 – I R 79/09, BStBl. II 2014, 943, Rz. 33). Eine dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG nicht zur Entsch. angenommen (BVerfG v. 23.10.2011 – 2 BvR 1098/11, juris).

- ▶ *Anteilsbezogene Erwerbsaufwendungen*: Vergebliche Erwerbsaufwendungen sind keine Gewinnminderungen in Zusammenhang mit Anteilen (BFH v. 9.1.2013 – I R 72/11, BStBl. II 2013, 343, Rz. 8 zu vergeblichen Kosten einer *due diligence*-Untersuchung). Der Grund liegt darin, dass die Gewinnminderung anteilsbezogen ist; bei einem gescheiterten Erwerb ist das gerade nicht der Fall. Problematisch ist aber weiterhin die Abgrenzung von (abziehbaren) allgemeinen Beratungskosten und ANK für Anteile, die sich nur in Abs. 2 Satz 2 bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns oder im Fall des Abs. 3 Satz 3 gar nicht auswirken. Siehe dazu Anm. 73.
- ▶ *Vergebliche Veräußerungskosten*: Unentschieden ist bislang offenbar, ob vergebliche Veräußerungskosten Abs. 3 Satz 3 unterfallen. Wenngleich „Gewinnminderung“ dies wortlautmäßig zulässt, ist es uE nicht der Fall. Es handelt sich uE nicht um eine substanzbezogene, aus der ertragstl. Behandlung des Anteils folgende Gewinnminderung, die Abs. 3 Satz 3 aber gerade (in Abgrenzung zu den Satz 1 unterfallenden Veräußerungskosten) voraussetzt. Sie bilden uE laufende, sofort abziehbare BA.

107–109 Einstweilen frei.

V. Nichtberücksichtigung von Gewinnminderungen aus Darlehen und Forderungen aus darlehensvergleichbaren Rechtshandlungen (Abs. 3 Sätze 4 bis 8)

1. Grundtatbestand des Abs. 3 Satz 4: Gewinnminderung im Zusammenhang mit einer Darlehensforderung oder aus der Inanspruchnahme von Sicherheiten

110 a) Struktur und Adressat der Regelung

Der in Satz 4 geregelte Grundtatbestand enthält die Voraussetzungen, aufgrund derer Gewinnminderungen aus bestimmten Finanzierungsleistungen eines qualifiziert beteiligten Gesellschafters stl. nicht abziehbar sind. Sie werden nicht durch Abs. 3 Satz 3 erfasst, weil es sich nicht um Gewinnminderungen aus Anteilen handelt (BFH v. 14.1.2009 – I R 52/08, BStBl. II 2008, 674; ebenso Vorinstanz FG Nds. v. 14.1.2009 – 6 K 442/05, EFG 2008, 1407; insbes. *Wassermeyer/Schmidt/Hageböke*; DB 2005, 2715; *Rödler/Stangl*, DStR 2005, 354 gegen *Buchna/Sombrowski*, DB 2004, 1556; *Buchna/Sombrowski*, DB 2005, 1539). Erfasst werden Gesellschafterdarlehen und Gesellschaftersicherheiten für eine Darlehensfinanzierung. Es handelt sich um eine Missbrauchsvermeidungsregelung (hM, vgl. FG Münster v. 17.8.2016 – 10 K 2301/13, EFG 2016, 1810, rkr.; FG Hamb. v. 9.2.2017 – 5 K 9/15, EFG 2017, 763 [in Rev. BFH v. 19.2.2020 – I R 19/17, BFHE 269, 243, war Abs. 3 Satz 4 nicht entscheidungsrelevant]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 278c). Der Grundtatbestand setzt voraus, dass ein Gesellschafter

- zu mindestens 25 % am Grund- oder Stammkapital einer Gesellschaft, deren Anteile von Abs. 2 erfasst werden, beteiligt ist oder war,
- der Gesellschaft ein Darlehen oder eine Sicherheit für ein Darlehen gewährt und
- eine Gewinnminderung im Zusammenhang mit der Darlehensforderung oder aus der Inanspruchnahme von Darlehenssicherheiten erleidet.

Der Tatbestand erfasst die Ebene des Gesellschafters/Darlehensgebers, nicht die der Gesellschaft, weil Abs. 3 Satz 4 ausdrücklich auf die Darlehensforderung und die Inanspruchnahme von Sicherheiten abstellt (*Neumann/Watermeyer*, Ubg 2008, 748 [756]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 225 [6/2020]; *Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 418 [10/2019]; *Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 290 [7/2019]; aA *Stümper/Entenmann*, GmbHR 2008, 312). Er gilt für in- und ausländ. Gesellschaften (FG Berlin-Brandenb. v. 29.8.2017 – 11 V 11184/17, DStRE 2018, 733, Az. BFH I B 102/17).

b) Tatbestandsmerkmale im Einzelnen

aa) Sachliche Tatbestandsvoraussetzungen

111

Darlehensforderung: Erfasst werden alle Rückzahlungsforderungen aus einer Darlehensgewährung iSd. § 488 BGB. Die ursprünglich beabsichtigte Erfassung von eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen (*Buchna/Sombrowski*, DB 2005, 1539) kommt im Gesetzeswortlaut nur durch den in Satz 6 enthaltenen Drittvergleich zum Ausdruck.

Gewinnminderung: Erfasst werden alle in der StBil. realisierten Wertverluste, die die Darlehensforderung betreffen. In erster Linie handelt es sich um den vollständigen Ausfall der Forderung aufgrund Insolvenz oder Teilwertabschreibungen wegen der Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Darlehensnehmers mit einer entsprechenden dauernden Wertminderung der Forderung. Zu den Gewinnminderungen zählt auch der Verzicht auf eine Darlehensforderung, soweit sie im Wert gemindert ist und beim Darlehensnehmer nicht zu einer (verdeckten) Einlage in die KapGes. führt (grundlegend BFH v. 9.6.1997 – GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307; BFH v. 20.7.2018 – IX R 5/15, BStBl. II 2019, 194, zur Ablösung nach Kapitalzuführung; zu Gestaltungsfragen vgl. *Kaczarepa*, Ubg 2011, 885), wobei in der Praxis zur Vermeidung der Überschuldung der Gesellschaft dem Rangrücktritt regelmäßig der Vorzug vor dem für die darlehensnehmende Gesellschaft in Höhe der Wertlosigkeit der Darlehensforderung zu einem stpl. Ertrag führenden Verzicht gegeben wird. Zur Gewinnminderung kommt es auch durch Abtretung der Darlehensforderung unter ihrem Valutawert.

- ▶ *Fremdwährungsdarlehen:* Unklar ist, ob auch Wechselkursänderungen bei Fremdwährungsdarlehen zu einer Abs. 3 Satz 4 unterfallenden Gewinnminderung führen (so *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279i; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 225 [6/2020]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 409 [10/2019]; *U. Prinz*, FS Schaumburg, 2009, 458 [466]; *Gockel/Hötzel*, FS Herzig, 2010, 89 [102]; *Schänzle*, IStR 2009, 514 [519]). Wengleich der Wortlaut dies zulässt, ist die Gewinnminderung durch Wechselkursänderung uE kein Fall des Abs. 3 Satz 4 und die Regelung einschränkend auszulegen. Sie soll einen vom Gesetzgeber befürchteten Missbrauch verhindern, wenn die Gesellschaft statt Eigenkapital Fremdkapital erhält (BTDrucks. 16/6290, 57; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279i; *Winhard*, FR 2010, 686 [687]; *Kempff/Loose*, IStR 2021, 49 [53]; zu EU-Fragen vgl. *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 467). Es sollen demzufolge nur Gewinnminderungen der Darlehensfinanzierung aufgrund der wirtschaftlichen Situation der finanzierten Gesellschaft selbst und nicht aufgrund von außen einwirkender Umstände erfasst werden. Da der BFH (BFH v. 9.1.2013 – I R 72/11, BStBl. II 2013, 343, Rz. 8) an anderer Stelle § 8b nur eng auf den Anteil bezogen anwendet und Abs. 3 Satz 4 zur Steuerfreiheit in Abs. 2 symmetrisch ist (vgl. BFH v. 12.3.2014 – I R 87/12,

DStR 2014, 1227 [1228]), demgegenüber aber die StFreiheit auf Währungsge-
winne nicht erstreckt, sollte das auch in diesen Fällen gelten und Außenwirkun-
gen nicht unter Abs. 3 Satz 4 fallen (im Erg. glA *Winhard*, FR 2010, 686 [682];
Winhard, IStR 2011, 237; *Niedling/Gsödl*, Ubg 2017, 429 [437]; *Röd-
der/Schuma-
cher*, DStR 2018, 705 [709]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 409 [10/
2019]; *Hohage*, NWB 2021, 529; krit. auch *Hennigfeld*, EFG 2021, 406; aA FG
Ba.-Württ. v. 24.9.2020 – 3 K 1486/19, EFG 2021, 402 [Az. BFH I R 41/20];
Pung in *DPM*, § 8b Rz. 225 [6/2020]; *Schiffers*, GmbH-StB 2009, 248 [255]). Zu-
mindest wenn das Darlehen mit einem Sicherungsgeschäft unterlegt ist, sollte
eine kompensatorische Betrachtung erfolgen (*Röd-der/Schumacher*, DStR 2019,
705 [709]; *Badde*, BB 2019, 347; aA *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 225 [6/2020]; LfSt
Nds. v. 15.4.2020 – S 2750a - 113 - St 241, DStR 2020, 1319; krit. dazu *Kempff/
Loose*, IStR 2021, 49; s. auch Anm. 72). Der Entwurf eines Gesetzes zur Moder-
nisierung des Körperschaftsteuerrechts der Bundesregierung vom 17.3.2021
sieht in Abs. 3 Sätze 4ff. die Änderung vor, dass (nach dem 31.12.2021 eintre-
tende) Währungskursverluste aus Darlehen und vergleichbaren Rechtshandlun-
gen nicht als Gewinnminderungen gelten.

Gewinnminderung aus der Inanspruchnahme von Sicherheiten: Betroffen sind
die Fälle, in denen der Gesellschafter der Gesellschaft nicht unmittelbar ein Darle-
hen gewährt, sondern für ein von der Gesellschaft aufgenommenes Darlehen eine
Sicherheit leistet. Tatbestandlich erfasst ist insoweit jede Inanspruchnahme des
Gesellschafters aus einer Sicherheit, die für die Darlehensfinanzierung der Gesell-
schaft gestellt werden muss. Es ist unerheblich, wem gegenüber der Gesellschafter
die Sicherheiten abgeben hat; es kann sich auch um eine nahestehende Person
handeln (*M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 403 [10/2019]; *Pung* in *DPM*,
§ 8b Rz. 225 [6/2020]; *Watermeyer*, GmbH-StB 2008, 81 [83]).

Zu einer Gewinnminderung beim Gesellschafter kommt es, wenn er aus der Si-
cherheit in Anspruch genommen wird und er keinen adäquaten Rückgriffsan-
spruch gegen die Gesellschaft hat. Fragwürdig ist, ob es bereits zur Gewinnminde-
rung kommt, wenn der Gesellschafter für eine drohende Inanspruchnahme eine
Rückstellung bilden muss. Unseres Erachtens ist das nicht der Fall, weil es an der
Inanspruchnahme fehlt (*Schmidt/Schwind*, NWB F. 4, 5223 [5224]; aA *Pung* in
DPM, § 8b Rz. 225 [6/2020]). Bejaht man das gleichwohl, muss jedenfalls bei Auf-
lösung wegen mangelnder Inanspruchnahme Satz 8 entsprechend angewendet
werden. Die Person des Darlehensgebers ist nicht maßgeblich. Es kann sich um ei-
nen anderen Gesellschafter, eine nahestehende Person oder einen fremden Dritten
handeln (vgl. auch *Watermeyer*, GmbH-StB 2008, 81 [83]). Maßgebend ist die Ein-
kommensminderung derjenigen Körperschaft, die die Sicherheit gewährt.

Gestaltung durch befreiende Schuldübernahme? Fraglich ist, ob im Fall einer
durch den Gesellschafter gewährten Bürgschaft die Anwendung des Abs. 3 Satz 4
durch eine befreiende Schuldübernahme (§ 415 BGB) unter Regressverzicht ver-
mieden werden kann. Durch die Schuldübernahme scheidet die Verbindlichkeit
aus dem Vermögen der Gesellschaft aus und im Gegenzug wird bei der Gesell-
schaft ein Freistellungsanspruch gegen den Gesellschafter ausgewiesen; dadurch
kommt es zu einer verdeckten Einlage durch den die Schuld übernehmenden Ge-
sellschafter, verdeckt eingelegt wird der Freistellungsanspruch (BFH v. 20.12.2001
– I B 74/01, GmbHR 2002, 221; vgl. auch *U. Prinz*, FS Schaumburg, 2009, 459
[475]). Nach wohl hM kommt es für die Bewertung der verdeckten Einlage auf die
Bonität des übernehmenden Gesellschafters an (vgl. *Mückl*, FR 2009, 497 [505],

mwN; *Hierstetter*, DStR 2010, 882). Die FinVerw. bewertet die Einlage dagegen mit dem Teilwert der Forderung (so *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 226 [6/2020], mit dem Hinweis, dass der beim Gesellschafter entstehende Aufwand aus der Differenz zwischen Teilwert und Nennwert der Forderung keine Gewinnminderung aus einer Darlehensgewährung oder Sicherheitengestellung ist und damit kein Fall des Satzes 4 vorliegt).

bb) Qualifizierter Gesellschafter

112

Gesellschafter, der zu mehr als einem Viertel unmittelbar am Grund- oder Stammkapital der darlehensnehmenden Gesellschaft beteiligt ist oder war: Abs. 3 Satz 4 erfasst wesentlich beteiligte Gesellschafter, dh einen Gesellschafter, der mehr als 25 % beteiligt ist oder war. Das Tatbestandsmerkmal enthält durch die Beteiligungsquote eine sachliche und durch „ist oder war“ eine zeitliche Komponente, deren Zusammenhang unklar ist.

Beteiligung am Grund- oder Stammkapital: Der Wortlaut nimmt nur eine Beteiligung am Grund- oder Stammkapital in Bezug und schränkt damit die Regelung auf die Finanzierung inländ. GmbH, AG, KGaA und SE ein (*U. Prinz*, FS Schaumburg, 2009, 459 [474]; *Neumann/Watermeyer*, Ubg 2008, 748 [753]). Nach wohl hM ist Satz 4 jedoch in Zusammenhang mit Satz 3 zu sehen, der auch ausländ. Körperschaften erfasst mit der Folge, dass diese ebenfalls den Sätzen 4 ff. unterfallen (FG Münster v. 17.8.2016 – 10 K 2301/13, EFG 2016, 1810, rkr.; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 227b [6/2020]; *Fuhrmann/Strahl*, DStR 2008, 125 [126]; *Neumann/Watermeyer*, Ubg 2008, 748 [753]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279.1; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 483; *Winhard*, FR 2010, 686 [687]). Maßgebend ist nur die Beteiligung am Kapital; auf (abweichende) Stimmrechtsvereinbarungen kommt es nicht an.

Gesellschafter: Stets muss es sich jedoch um die Beteiligung eines Gesellschafters handeln. Der Gesellschafter ist uE zivilrechtl. zu bestimmen, weil das Gesetz gerade diesen Begriff verwendet und nicht den unmittelbar oder mittelbar Beteiligten oder Anteilseigner. Gesellschafter ist, wem die wesentlichen Gesellschafterrechte aus der Beteiligung zustehen. Dieses Wortlautverständnis der Regelung wird durch den Zusammenhang mit Satz 3 gestützt („zu den Gewinnminderungen gehört auch“), der ausschließlich den Gesellschafter einer KapGes. trifft.

Unmittelbare oder mittelbare Beteiligung: Auch dieses Tatbestandsmerkmal wirft zahlreiche Fragen auf, da es auf eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung abstellt. Fraglich ist insbes., wie diese Alternativregelung zu verstehen ist. Erfasst wird jedenfalls die unmittelbare Beteiligung an einer KapGes. Aufgrund des Wortlauts der Oder-Alternative, die auf eine mittelbare Beteiligung verweist, wird nach verbreiteter Ansicht auch der mittelbar Beteiligte unter den Personenkreis des Satz 4 gefasst, wobei es dann auf die durchgerechnete Beteiligung ankommt. Sie muss mehr als 25 % betragen. Ist das nicht der Fall, die zwischengeschaltete Gesellschaft selbst aber zu mehr als 25 % beteiligt, kann es sich bei dem mittelbar Beteiligten unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 AStG um eine dem Gesellschafter nahestehende Person (Abs. 4 Satz 5) handeln (vgl. *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 382a [10/2019]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279.1; *Gröbl/Adrian* in *Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 183; *Meyer*, Ubg 2008, 748 [750]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 480 unter Verweis auf den „Anteilseigner“ in § 8a; aA *Winhard*, FR 2010, 686 [691]). Da das Ge-

setz auf den Gesellschafter abstellt, kann jedoch uE nur eine unmittelbare Beteiligung tatbestandsmäßig sein; nur der unmittelbar Beteiligte kann Gesellschafter sein. Der Wortlaut ist offenbar § 17 Abs. 1 EStG nachgebildet (glA *Rengers in Blümich*, § 8b Rz. 306 [7/2019]). Die mittelbare Beteiligung dient nur dazu, die Quote von mehr als 25 % zu bestimmen. Insoweit ist zwischen Gesellschafter und Beteiligten zu unterscheiden. Ist zB ein Gesellschafter unmittelbar zu 5 % und über eine oder mehrere andere Gesellschaften durchgerechnet mittelbar zu 21 % beteiligt, handelt es sich um einen Gesellschafter, der unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 25 % beteiligt ist. Ist er überhaupt nicht unmittelbar beteiligt, kann er kein Gesellschafter sein, aber gleichwohl nahestehende Person (*Neumann/Watermeyer*, Ubg 2008, 748 [749]; wohl auch *Pung in DPM*, § 8b Rz. 227 [6/2020]; zur Problematik vgl. bereits *Wassermeyer*, IStR 1995, 105).

Beispiel 1:

M-GmbH ist zu 25 % an der T-GmbH beteiligt, die wiederum zu 26 % an der E-GmbH beteiligt ist. M-GmbH gewährt der E-GmbH ein Darlehen. Da M-GmbH zwar nicht selbst Gesellschafter der E-GmbH, aber eine dem zu mindestens 25 % beteiligten Gesellschaft (T-GmbH) nahestehende Person ist, liegt nach hier vertretener Auffassung zwar kein Fall von Satz 4, aber von Satz 5 (nahestehende Person) vor.

- ▶ **Keine Zusammenrechnung von Beteiligungen:** Da der darlehensgebende Gesellschafter qualifiziert beteiligt sein muss, erfolgt keine Zusammenrechnung der Beteiligung mehrerer Gesellschafter, um die Beteiligungsquote zu ermitteln (*Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279c; *Neumann/Stimpel*, GmbHHR 2008, 57 [63]; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 227 [6/2020]; *Watermeyer*, GmbH-StB 2008, 81 [82]; aA *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 295 [10/2019]).
- ▶ **Mittelbare Beteiligung über eine Personengesellschaft:** Eine weitergehende Fragestellung besteht darin, ob auch eine (ausschließlich) mittelbare Beteiligung über eine PersGes. die wesentliche Gesellschafterstellung begründen kann. Dagegen spricht, dass die PersGes. selbst zivilrechtl. Gesellschafter ist (vgl. BFH v. 20.8.2003 – I R 81/02, BFH/NV 2004, 295 [296], zu § 8 Abs. 4 aF) und dass Satz 4 eine Regelung entsprechend § 8a Abs. 3 Satz 1 KStG aF, wonach auch der mittelbar über eine PersGes. Beteiligte erfasst war, nicht enthält (*Watermeyer*, Ubg 2008, 748 [752]; aA die wohl hM – mit einer dann konsequenten Durchrechnung auf die an der PersGes. beteiligten KapGes. –, vgl. *Neumann/Watermeyer*, Ubg 2008, 748 [752]; *U. Prinz*, FS Schaumburg, 2009, 473; *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279.1; *Lang*, NWB 2010, 3798 [3804]). Zur Darlehensgewährung durch die PersGes. selbst s. Anm. 205.
- ▶ **Upstream-Darlehen:** Unklar ist zudem, ob auch sog. *Upstream*-Darlehen betroffen sind. Die wohl hM erfasst auch solche Gewinnminderungen aus *Upstream*-Darlehen. Der Wortlaut der Regelung lässt das über das Merkmal der nahestehenden Person zu (vgl. *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279a; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 229 [6/2020]; *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 489; differenzierend *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 386 [10/2019]). Die Sätze 4ff. sollen den Fall regeln, dass der Gesellschafter „seine“ KapGes. durch Darlehen finanziert, statt sie mit Eigenkapital auszustatten. Da die Regelung darin einen zu verhindernden Missbrauch sieht, muss sie hierauf beschränkt werden (*Winhard*, FR 2010, 686 [691]; *Kellersmann/Pannewig*, Ubg 2009, 848 [861]). Vorkommen kann der Fall zudem nur in einer mehr als zweistöckigen Struktur, weil eine wesentliche Beteiligung an sich selbst ausgeschlossen ist.

Beispiel 2:

M-GmbH hält alle Anteile an T-GmbH, diese wiederum alle Anteile an E-GmbH. Gewährt E-GmbH der T-GmbH ein Darlehen, ist M-GmbH wesentlich beteiligter Gesellschafter der darlehensnehmende T-GmbH und die darlehensgewährende E-GmbH nahestehende Person zum Gesellschafter M-GmbH. Vom Wortlaut ist diese Fallgestaltung gedeckt. Fraglich ist die Anwendung jedoch, wenn die E-GmbH der M-GmbH ein Darlehen gewährt. Auch in diesem Fall wird das Darlehen nicht durch einen Gesellschafter gewährt, sondern durch die E-GmbH als der M-GmbH nahestehende Person. Stellt man wie hier vertreten nur auf den unmittelbar Beteiligten als Gesellschafter ab, sind der Gesellschafter, zu dem das Näheverhältnis besteht, und die darlehensnehmende KapGes. identisch. Es liegt kein Fall der Sätze 4 und 5 vor. Qualifiziert man dagegen auch den mittelbar Beteiligten als Gesellschafter, wird das Darlehen an den Gesellschafter selbst gewährt. Deutlich wird zudem, dass in diesem Fall kein Eigenkapital durch ein Darlehen ersetzt wird, weil weder die T-GmbH noch die E-GmbH stattdessen eine Eigenkapitalfinanzierung vornehmen würden (vgl. *Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 386 [10/2019]; *Schreiber/Syre*, DStR 2011, 1254 [1255 f.]).

Beteiligt ist oder war: Der Wortlaut „beteiligt ist oder war“ wirft Auslegungsfragen auf. Fraglich ist, worauf sich „ist oder war“ bezieht, insbesondere, wann die qualifizierte Beteiligung vorliegen muss.

Der BFH (BFH v. 12.3.2014 – I R 87/12, DStR 2014, 1227; vorgehend FG Düss. v. 19.12.2012 – 6 K 2438/11 F, EFG 2013, 1068) hat nun zu dieser Frage entschieden. „Beteiligt ist oder war“ bezieht sich seiner Meinung nach auf die zur qualifizierenden Beteiligung führende Quote, die zu irgendeinem Zeitpunkt während der Darlehenslaufzeit erfüllt sein muss, um Abs. 3 Satz 4 anzuwenden. Sie stehe weder mit der Darlehensbegebung noch mit der Gewinnminderung im Zusammenhang. Seiner Meinung nach ist es notwendig, aber auch ausreichend, wenn der darlehensgewährende Gesellschafter die Beteiligungserfordernisse erst während der Darlehenslaufzeit erfüllt. Nicht vollends klar wird allerdings durch diese Aussage, ob es damit auch ausreicht, wenn die Gesellschafterstellung selbst erst während der Laufzeit des Darlehens entsteht. Versteht man die Darlehensgewährung in vorstehender Aussage als zeitpunktbezogen auf die Darlehensgewährung gerichtet, ist die Gesellschafterstellung selbst, wenn auch bei geringerer Quote, bereits bei der Ausreichung des Darlehens notwendig. Dafür spricht der Sinn des Abs. 3 Satz 4, eine Umgehung des Abzugsverbots des Abs. 3 Satz 3 durch eine nicht in Eigenkapital bestehende Finanzierung der Gesellschaft zu verhindern, auf den der BFH hinweist und die nur durch einen Gesellschafter erfolgen kann. In diesem Sinne dürfte auch die Vorinstanz FG Düss. zu verstehen sein, nach der das Darlehen von einem Gesellschafter und damit zu Beteiligungszeiten begeben sein muss und eine Beteiligung, die schon vor der Darlehenshingabe beendet wurde, nicht Abs. 3 Satz 4 unterfällt (FG Düss. v. 19.10.2012 – 6 K 2439/11 F, EFG 2013, 1068 [1069]).

Auch in der Literatur wird vertreten, dass die Gesellschafterstellung bei Darlehensausreichung notwendig ist, die Beteiligungsquote aber zu irgendeinem Zeitpunkt erfüllt werden kann (glA *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279; *Graw*, EFG 2013, 1070; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 227a [6/2020]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 485 jeweils mwN). Demgegenüber ist Satz 4 anderer Meinung nach eingeschränkt zu verstehen. Danach müssen die Tatbestandsvoraussetzungen der qualifizierten Beteiligung entweder im Zeitpunkt der Darlehenshingabe oder der Gewinnminderung bestehen (*M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 396 f. [10/2019]; *Lang*, NWB 2010, 3789 [3800]; *Neumann/Stimpel*, GmbHR 2008, 57 [63]; *Neumann/Watermeyer*, Ubg 2008, 748 [751]; *Schmidt/Mielke*, Ubg 2009, 395 [398]), wobei der Drittvergleich gelingen sollte, wenn der Gesellschafter bei Hingabe des Darlehens noch nicht oder nicht wesentlich beteiligt war

(*Neumann/Watermeyer*, Ubg 2008, 748 [751]). Eine Einschränkung erfolgt auch dergestalt, dass die qualifizierte Beteiligung im Zeitpunkt der Darlehensgewährung oder des Stehenlassens erfüllt sein muss (vgl. *Gröbl/Adrian in Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 185; *Kosner/Kaiser*, DStR 2012, 925 [926]; *Rolf/Pankoke*, BB 2009, 1844 [1855]; *Schwedhelm/Olbing/Binnewies*, GmbHR 2008, 1233 [1234]), oder nach Beteiligungserwerb die Möglichkeit zur Kündigung bestand (*M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 396 [10/2019]).

- ▶ **Stellungnahme:** Unseres Erachtens bedarf der Wortlaut des Abs. 3 Satz 4 einer Einschränkung. Die Regelung sollte in Anlehnung an die eigenkapitaleretzenden Regelungen der §§ 32a, 32b GmbHG aF (bis zur insolvenzrechtl. Lösung) dahingehend ausgelegt werden, dass der Gesellschafter bei der Darlehensgewährung qualifiziert beteiligt ist oder war. Hier wie dort sollte die Darlehensgewährung (durch den zu mehr als 25 % beteiligten Gesellschafter) im Krisenfall eigenkapitalähnliche Folgen herbeiführen. In Abs. 3 Satz 6 kommt das uE durch den Drittvergleich zum Ausdruck (vgl. auch *Binnewies in Streck*, 9. Aufl. 2018, § 8b Rz. 89; *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 396a [10/2019]; *Gröbl/Adrian in Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 185; *Neumann/Watermeyer*, Ubg 2008, 748 [750]; *Watermeyer*, GmbH-StB 2008, 81 [83]; *Winhard*, FR 2010, 686 [687]). Durch die eng am Wortlaut orientierte und dadurch weite Auslegung hat der BFH diese wesentliche Streitfrage des Abs. 3 Satz 4 entschieden und dadurch für eine Anwendungssicherheit gesorgt. Unklar war zudem, ob der qualifiziert beteiligte Gesellschafter, der das Darlehen erst nach Herauswachsen aus der qualifizierten Beteiligung gewährt, nicht betroffen ist. Auch ein Hineinwachsen in die Gesellschafterstellung soll ausreichend sein. Durch die eng am Wortlaut orientierte Auslegung hat der BFH die Streitfrage dahingehend entschieden, dass die qualifizierte Beteiligung zu irgendeinem Zeitpunkt während der Darlehenslaufzeit vorliegen muss (*Pung in DPM*, § 8b Rz. 227a [6/2020]). Abs. 3 Satz 4 ist selbst in Fällen entgegen vormalig vertretener Ansicht anwendbar, in denen der Darlehensgeber bei Darlehenshingabe noch nicht Gesellschafter war oder zwischenzeitlich ausgeschieden ist, was vom Gesetzeszweck indes nicht getragen wird und zu weitgehend ist (krit. *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 227a [6/2020]; *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 486). Wengleich eine einschränkende Auslegung geboten wäre, sollte aufgrund des (zu) weiten Wortlauts beim Hineinwachsen in die und Herauswachsen aus der qualifizierten Gesellschafterstellung zumindest ein *Escape* durch den Drittvergleich erfüllt sein (*Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279; *Neumann*, Ubg 2008, 748 [751]). Selbst ein *debt to equity swap* soll tatbestandsmäßig sein (aA zutr. *Pung in DPM*, § 8b Rz. 227 [6/2020]; *Hierstetter*, DStR 2010, 882 [887]; *Cahn/Simon/Theiselmann*, DB 2010, 1629; *Ekkenga*, Ubg 2009, 761).
- ▶ **Personengesellschaften kein Finanzierungsobjekt:** Da eine Beteiligung am Grund- oder Stammkapital der darlehens- oder sicherheitennehmenden Gesellschaft bestehen muss, sind einer KapGes. nachgeordnete PersGes., auch mit einer Tochter-KapGes., nicht erfasst (glA *Pung in DPM*, § 8b Rz. 223 [6/2020]). Ist die darlehensgewährende KapGes. selbst an der PersGes. beteiligt, handelt es sich bei dem Darlehen um SonderBV und Wertminderungen wirken sich erst bei Veräußerung oder Liquidation aus. Gewährt die PersGes. ihrer Tochter-KapGes. ein Darlehen ist bereits fraglich, ob die PersGes., die kein qualifizierter körperschaftspfl. Darlehensgeber ist, unter Abs. 3 Satz 4 fällt (vgl. *Neumann/Watermeyer*, Ubg 2008, 748 [753]; s. aber Anm. 205 [Durchrechnung]). Bejaht man

das, greift Abs. 3 Sätze 4ff. nur über Abs. 6 ein. Ist der Darlehensgeber nicht unmittelbar an der PersGes. beteiligt, weil zB eine Zwischenholding besteht, liegt uE kein Fall des Satzes 4 vor. Zu Gestaltungsüberlegungen vgl. *U. Prinz*, FS Schaumburg, 459 (472f.); *Hötzel/Gocke*, FS Herzig, 2010, 89 (98 ff.).

c) Rechtsfolge: Gleichsetzung mit den Gewinnminderungen des Satzes 3

113

Die Rechtsfolge besteht darin, dass die in Satz 4 genannten Gewinnminderungen den Gewinnminderungen des Satz 3 gleichgesetzt sind und dadurch dem Einkommen außerhalb der Bilanz wieder hinzugerechnet werden. Unklar ist, in welchem Umfang dies geschieht, insbesondere, ob die gesamte Gewinnminderung aus dem Darlehen dem Einkommen wieder hinzugerechnet werden muss (so *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 228 [6/2020]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 412 [10/2019]; *Rolf/Pankoke*, BB 2009, 1844 [1845]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 515). Der Wortlaut des Abs. 3 Satz 4, der von Gewinnminderung im Zusammenhang mit einer Darlehensforderung spricht, lässt diese Auslegung zu. Selbst der Fall des ausgeschiedenen Gesellschafters wäre vorbehaltlich eines erfolgreichen Drittvergleichs, der in diesen Fällen gelingen sollte, erfasst und jede Wertminderung des Darlehens bleibt verhaftet (zur Problematik *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279c; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 307 [10/2019]; *U. Prinz*, FS Herzig, 459 [467]). Stellt man demgegenüber mit dem BFH darauf ab, dass die qualifizierte Gesellschafterstellung zu irgendeinem Zeitpunkt während der Darlehenslaufzeit und nicht bereits bei Begebung oder Wertminderung zur Anwendung des Abs. 3 Satz 4 vorliegen muss, ist fraglich, ob dies neben der Beteiligungsvoraussetzung auch für die Höhe der nicht abziehbaren Gewinnminderung gilt. Unseres Erachtens können nur solche Wertminderungen betroffen sein, die während, allenfalls ab der Dauer der qualifizierten Beteiligung eingetreten sind. Der BFH (BFH v. 12.3.2014 – I R 87/12, DStR 2014, 1227) hatte diese Frage nicht zu entscheiden. Zwar war der darlehensgewährende Gesellschafter bei der Begebung des Darlehens noch nicht qualifiziert beteiligt; die Wertminderung des Darlehens trat aber erst nach der Aufstockung seiner Beteiligung auf eine qualifizierte ein. Unseres Erachtens entspricht dies dem Wortlaut der Regelung, der auf Gewinnminderung im Zusammenhang mit einer Darlehensforderung des qualifizierten beteiligten Gesellschafters abstellt. Ist bspw. ein Gesellschafter stets unter 25 % beteiligt und schreibt er das Darlehen zutr. steuerbilanziell ab, kommt es nicht zur Anwendung des Abs. 3 Satz 4. Stockt er seine Beteiligung demgegenüber bei sonst gleichem Sachverhalt im der Teilwertabschreibung folgenden VZ auf mehr als 25 % auf, wird Abs. 3 Satz 4 zwar tatbestandsmäßig dem Grunde nach anwendbar, aber der Höhe nach uE nicht auf die Gewinnminderung, weil sie bereits vor der qualifizierten Beteiligung eingetreten und steuerbilanziell wirksam geworden ist und der Umgehungsgedanke des Abs. 3 Satz 4 nicht zum Tragen kommt (vgl. auch *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279k; aA *Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 307 [7/2019]). Laufende BA, zB aus der Refinanzierung der Gesellschaft-Finanzierung, werden nicht erfasst, weil sie – ebenso wie in Satz 3 der Anteil – keine Gewinnminderung aus der ertragstl. Behandlung des WG „Darlehensforderung“ oder der Inanspruchnahme aus der Gestellung von Sicherheiten sind (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 228 [6/2020]; *Fuhrmann/Strahl*, DStR 2008, 125 [126]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 412 [10/2019]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279a; *Groeb/Adrian* in *Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 182; *Ott*, DStZ 2018, 179 [184]). Dasselbe gilt für Aufzinsungsbeträge zum Darlehensbetrag

(*Bohne*, DStR 2009, 2444 [2447]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 228 [6/2020]; *Stadler/Bindl*, DB 2010, 742 [749]).

Abgrenzung zur verdeckten Gewinnausschüttung: Bei Darlehen zwischen gesellschafteridentischen Schwestergesellschaften ist fraglich, ob eine Darlehenswertminderung bei der gewährenden Schwestergesellschaft eine außerbilanzielle Einkommenserhöhung aufgrund von § 8 Abs. 3 Satz 4 hervorruft. Nach wohl hM ist das der Fall, weil es in diesen Fällen der Sonderregelung in Abs. 3 Satz 4 nicht bedarf. Allerdings kommt es bei dem gemeinsamen Gesellschafter durch den Beteiligungsbezug (Darlehen) zu einem Fall des Abs. 3 Satz 4, weil er das Darlehen gegenüber der darlehensnehmenden Schwestergesellschaft verliert (Vorteilsverbrauch). Das setzt aber voraus, durch den Beteiligungsbezug aufgrund vGA der darlehensgewährenden Schwestergesellschaft ein Darlehensverhältnis des Gesellschafters zur darlehensnehmenden Schwestergesellschaft zu fingieren (vgl. *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279j; *Eberhardt*, DStR 2009, 2226 [2230]; *Gockel/Hötzel*, FS Herzog, 2010, 89 [98]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 229 [6/2020]; *Schreiber/Syrene*, DStR 2011, 1254 [1256]; aA *Dötsch/Pung*, DB 2007, 2669 [2670]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 387 [10/2019]).

114 2. Erweiterung des Tatbestands auf nahestehende Personen (Abs. 3 Satz 5 Halbs. 1) und Erweiterung auf rückgriffsberechtigte Dritte (Abs. 3 Satz 5 Halbs. 2)

Satz 5 erweitert die stl. Nichtberücksichtigung von Gewinnminderungen auf Darlehensforderungen und aus der Inanspruchnahme aus Sicherheiten auf dem Gesellschafter nahestehende Personen. Durch die Bezugnahme auf „diesem Gesellschafter“ nahestehende Person in Satz 5 folgt, dass der Gesellschafter sowohl in Satz 4 und Satz 5 derselbe ist und im Fall des Satz 5 insbes. keine natürliche Person sein kann (*Herlinghaus* in *Rödler/Herlinghaus/Neumann*, 2015, § 8b Rz. 336; natürliche Person ausschließend auch *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279a.1; aA *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 229 [6/2020]; *Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 306 [7/2019]).

Nahestehende Person: Satz 5 definiert den Personenkreis ausdrücklich durch Bezugnahme auf § 1 Abs. 2 AStG. Personen sind nahestehende Personen, wenn

- die Person an dem Anteilseigner mindestens zu einem Viertel unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist oder auf den Anteilseigner unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder umgekehrt der Anteilseigner an der Person wesentlich beteiligt ist oder auf die Person unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann,
- eine dritte Person sowohl an der Person als auch an dem Anteilseigner wesentlich beteiligt ist oder auf beide unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluss ausüben kann,
- die Person oder der Anteilseigner imstande ist, bei der Vereinbarung der Bedingungen einer Geschäftsbeziehung auf den Anteilseigner oder die Personen einen außerhalb der Geschäftsbeziehung begründeten Einfluss auszuüben, oder wenn einer von ihnen eigenes Interesse an der Erzielung der Einkünfte des anderen hat.

Wesentliche Nahestehensverhältnisse sind Kettenbeteiligungen und Schwestergesellschaften. Sowohl *Upstream*-Darlehen als auch Darlehen zwischen Schwestergesellschaften unterfallen dem Wortlaut nach der Regelung in Satz 5 Halbs. 1 (*Herlinghaus* in *Rödler/Herlinghaus/Neumann*, 2015, § 8b Rz. 339; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 386 [10/2019]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*,

2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 489; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 229 [6/2020]; aA *Kellersmann/Pannewig*, Ubg 2009, 848 [861]; *Winhard*, FR 2010, 686 [691]; *Haase/Geils*, DStR 2019, 486 [487]). Stets muss es sich aber tatbestandsmäßig um eine Gewinnminderung aus einem durch die nahestehende Person gewährten Darlehen oder der Inanspruchnahme aus einer von ihr gewährten Sicherheit handeln. Das ist indes nicht der Fall, wenn die nahestehende Person selbst Darlehensnehmer ist oder ihr die Sicherheit gewährt wird.

Beispiel 1:

In der Beteiligungskette M-GmbH – T-GmbH – E-GmbH gewährt die M-GmbH der E-GmbH ein Darlehen. Gewinnminderungen aus dem Darlehen unterfallen nach hier vertretener Auffassung, dass nur der unmittelbar Beteiligte selbst Gesellschafter ist, dem Satz 5 Halbs. 1, wenn T-GmbH mehr als 25 % an der E-GmbH und M-GmbH zu mindestens 25 % an T-GmbH beteiligt ist und dadurch als nahestehende Person iSd. § 1 Abs. 2 AStG qualifiziert. Erfasst man demgegenüber auch den mittelbar Beteiligten als Gesellschafter, käme es darauf an, dass M-GmbH durchgerechnet zu mehr als 25 % an E-GmbH beteiligt ist.

Beispiel 2:

Wie vor, jedoch gewährt die E-GmbH das Darlehen an die M-GmbH. M-GmbH ist im Verhältnis zum Gesellschafter T-GmbH nahestehende Person. Da sie gleichzeitig aber Darlehensnehmer ist, liegt kein Fall des Satz 5 Halbs. 1 vor. Sätze 4 und 5 setzen Darlehen voraus, die der Gesellschafter oder die nahestehende Person gewähren (zutr. *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 386 [10/2019]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 489).

Rückgriffsberechtigter Dritter: Abs. 3 Satz 5 Halbs. 2 erweitert die Fälle nicht abziehbarer Gewinnminderungen auf den Rückgriff Dritter auf den Gesellschafter oder ihm nahestehende Personen. Da die Inanspruchnahme aus Sicherheiten bereits in Satz 4 geregelt ist, ergeben sich Abgrenzungsfragen hierzu. Eine ähnliche Rückgriffsregelung enthielt § 8a aF für sog. Back-to-back-Finanzierungen, also eine Umgehungsfinanzierung durch die Zwischenschaltung von Banken, indem diese der Gesellschaft ein Darlehen gewährt und der Gesellschafter oder die nahestehende Person bei der Bank (oder einem anderen finanzierenden Dritten) eine Einlage unterhält. Es ist uE ein enger Maßstab anzulegen, dh., es muss ein rechtl. Anspruch bestehen, Rückgriff zu nehmen. Da diese Fälle auch bereits von der in Satz 4 genannten Gestellung von Sicherheiten“ erfasst ist, hat die Regelung keinen eigenen Anwendungsbereich (*M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 406 [10/2019]; *Groebbl/Adrian* in *Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 188; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279a.1; *Watermeyer*, GmbH-StB 2008, 81 [82]; *Neumann/Watermeyer*, Ubg 2009, 748 [753]; IDW, FN 2007, 437 [438] und 493 [494]). Die Gegenmeinung verweist darauf, dass auch faktische Rückgriffsmöglichkeiten einbezogen werden müssen. Da Satz 5 Halbs. 2 umfassend die Inanspruchnahme aus einem Rückgriff Dritter, insbes. Banken, regeln soll, sollen damit alle Fälle, die zu einem Rückgriff auf den Gesellschafter oder eine diesem nahestehende Person führen können, erfasst werden (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 230 [6/2020]; *Kosner/Kaiser*, DStR 2012, 925 [926]; *Neumann/Watermeyer*, Ubg 2008, 748 [754]; *U. Prinz*, FS Schaumburg, 2009, 459 [467]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 491; *Schmidt/Schwind*, NWB F. 4, 5223 [5226f.]; krit. auch *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279a.1).

Rechtsfolge: Die Rechtsfolge entspricht dem Grundtatbestand in Satz 4. Der in der StBil. ausgewiesene Aufwand aus der Inanspruchnahme ist dem Einkommen außerbilanziell wieder hinzuzurechnen.

Einstweilen frei

115

3. Beweislastumkehr durch Drittvergleich für Darlehen (Abs. 3 Satz 6)

116 a) Tatbestand

Tatbestandsmäßig enthält die Regelung zwei alternative Voraussetzungen, die an den Drittvergleich zu stellen sind. Er setzt den Nachweis voraus, dass entweder ein fremder Dritter das Darlehen bei sonst gleichen Umständen gewährt hätte oder ein fremder Dritter das Darlehen bei sonst gleichen Umständen nicht zurückgefordert hätte. In beiden Fällen hängt der Drittvergleich zudem davon ab, dass nur die eigenen Sicherungsmittel der Gesellschaft berücksichtigt werden.

Darlehensgewährung unter sonst gleichen Umständen: Wie der Drittvergleich im Bereich der Darlehensgewährung zu führen ist, sagt das Gesetz nicht. Die Gesetzesbegründung enthält folgende Aufzählung (BRDrucks. 544/07, 95): Das Darlehen ist nicht verzinslich; das Darlehen ist verzinslich, aber es werden keine Sicherheiten vereinbart; das Darlehen ist verzinslich und es werden Sicherheiten vereinbart, aber das Darlehen wird bei Eintritt der Krise der Gesellschaft nicht zurückgefordert.

Damit ist jedes unverzinsliche oder unbesicherte Darlehen betroffen, selbst wenn die finanzierte Gesellschaft keinerlei Anzeichen einer „Krise“ ausgesetzt ist. Gerade für konzerninterne Finanzierungen, bei denen es regelmäßig nicht zur Vereinbarung von Sicherheiten kommt, wäre der Drittvergleich unter diesen Voraussetzungen ausgeschlossen. Die Gesetzesbegründung geht uE von einer unzutreffenden Grundlage für den Drittvergleich aus. Es geht nicht um das Leistungsentgelt oder die Sicherheitengestellung, sondern darum, ob sich das gewährte Darlehen substantiell als Fremdkapital erweist oder ob ihm Eigenkapitalcharakter zukommt. Zudem ist die Forderung nach Sicherheiten im Konzern überzogen, denn nach der Rspr. (vgl. BFH v. 29.10.1997 – I R 27/97, BStBl. II 1998, 573) ist eine Besicherung in Konzernfällen nicht üblich (glA die wohl hM, vgl. *Fuhrmann/Strahl*, DStR 2008, 125 [127]; *Kosner/Kaiser*, DStR 2012, 925 [927]; *Neumann/Stimpel*, GmbHR 2008, 57 [63]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 231 [6/2020]; *Schmidt/Schwind*, NWB F. 4, 5223 [5228]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 496; *Watermeyer*, Ubg 2008, 748 [754]; aA *Demuth*, KÖSDI 2008, 16177 [16187]; *Kellersmann/Pannewig*, Ubg 2009, 848 [854]; zu Auslandssachverhalten s. Anm. 117). Anderenfalls wären sogar Darlehen, die die Gesellschaft aufgrund eigener Kreditwürdigkeit erhält, betroffen (*M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 428 [10/2019]). Teilweise wird gefordert, dass das Darlehen nur dann drittüblich ist, wenn es angemessen verzinst ist; in Krisensituationen muss der Zins einen Risikozuschlag enthalten (*Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279d; *Hahne*, StuB 2008, 299 [301], mit weitergehenden Überlegungen zu Risikodarlehen). Soweit keine Verzinsung erfolgt, soll der Drittvergleich scheitern. Soweit ein Zins zwar vereinbart, dieser aber unangemessen niedrig ist, sollen die Darlehen nur im Verhältnis des vereinbarten zum angemessenen Zinssatz fremdüblich sein (vgl. *Altrichter-Herzberg*, GmbHR 2008, 337 [339]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279d; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 496; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 426f. [10/2019], zu zinslosen Darlehen). Nach *Pung* (in *DPM*, § 8b Rz. 231 [6/2020]) gelingt der Drittvergleich in diesen Fällen nicht, weil die Fin-Verw. auf die konkreten Vertragsbedingungen abstellt, die drittüblich sein müssen. Die Verzinslichkeit kann uE demgegenüber nur indiziell herangezogen werden, um eine Drittüblichkeit nachzuweisen, weil es letztendlich auf die Kreditwürdigkeit ankommt. Insoweit kann ein Zins, der wegen fehlender Besicherung einen Ri-

sikoaufschlag enthält, zur Fremdüblichkeit führen, wobei fraglich ist, wie weit die Grenze gezogen werden kann (vgl. *Busch*, IStR 2020, 326, unter Hinweis auf die BFH-Rspr. zu § 1 AStG, s. hierzu Anm. 117). Vor diesem Hintergrund muss der Drittvergleich zumindest als geführt angesehen werden, wenn die Gesellschaft das Darlehen aufgrund ihrer finanziellen Situation von einem fremden Dritten bei sonst gleichen Umständen wie zB Bonität, erhalten hätte oder ihr belassen worden wäre. Das ist zumindest der Fall, wenn bei verzinslichen Darlehen der vereinbarte Effektivzinssatz (annähernd) Vergleichsangeboten entspricht (*Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279d). Auch wenn sich das Darlehen des Gesellschafters in einer durch fremde Dritte eingeräumten, aber nicht ausgenutzten Kreditlinie bewegt, liegt jedenfalls Drittüblichkeit vor. Bei einem unverzinslichen (Konzern-) Darlehen ist das uE erfüllt, wenn ein fremder Dritter das Darlehen ebenfalls, wenn auch zu einem üblichen Zinssatz ausgegeben hätte, oder eine Kreditwürdigkeits- oder Bonitätsanalyse eine Darlehensausgabe zulässt.

Stehenlassen des Darlehens: Hat der unter Satz 4 fallende Gesellschafter, die diesem nahestehende Person oder der rückgriffsberechtigte Dritte das Darlehen fremdüblich gewährt, soll es nach der Gesetzesbegründung nicht drittvergleichskonform sein, wenn er das Darlehen bei Eintritt der Gesellschaft in die Krise, dh. in eine Situation, in der die Gesellschaft das Darlehen zu üblichen Bedingungen nicht erhalten hätte, nicht zurückfordert. Demgegenüber erfasst der umgekehrte Fall die Voraussetzung eines drittüblichen Darlehens, wenn nämlich das Darlehen nicht fremdüblich gewährt wurde, sich die Kreditwürdigkeit der darlehensnehmenden Gesellschaft jedoch nach der Darlehensgewährung verbessert (*Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 497).

Eigene Sicherungsmittel der Gesellschaft: Der Drittvergleich ist auf einer sog. *stand alone*-Basis zu führen. Bei der Prüfung der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft dürfen nur ihre eigenen Sicherungsmittel einbezogen werden. Dazu gehören alle Sicherungsmittel, über die die Gesellschaft verfügt, einschließlich solcher, die sie aus eigenen Mitteln von außen erhält wie zB eine eigenfinanzierte Bankbürgschaft. Durch diese Tatbestandsvoraussetzung ist die Möglichkeit des Drittvergleichs erheblich eingeschränkt, entspricht nicht der Finanzierungsrealität und wird in den wesentlichen Fällen, in denen die KapGes. auf eine Außenfinanzierung angewiesen ist, nicht gelingen (vgl. nur *Binnewies in Streck*, 9. Aufl. 2018, § 8b Rz. 89; *Neumann/Stimpel*, GmbHHR 2008, 57 [62]; *Schnitger*, IStR 2007, 729 [730]).

Nicht-Gesellschafter und Nichtmehr-Gesellschafter: Der Drittvergleich ist uE geführt, wenn ein Darlehen zu einer Zeit gewährt wird, zu der der Darlehensgeber noch nicht Gesellschafter ist oder aus der Gesellschaft ausscheidet. Die fehlende Gesellschafterstellung indiziert uE die Drittüblichkeit (*Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279e; *Hahne*, StuB 2008, 299 [303]; *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 499).

Zeitpunkt für den Drittvergleich: Da die Drittüblichkeit der Darlehensgewährung nachzuweisen ist, ist der Zeitpunkt dieser Darlehensausreichung maßgebend (vgl. nur *Kosner/Kaiser*, DStR 2012, 925 [926]). Da für den BFH (BFH v. 12.3.2014 – I R 87/12, DStR 2014, 1227) für die Anwendung des Abs. 3 Satz 4 eine qualifizierte Beteiligungsquote nur zu irgendeinem Zeitpunkt der Darlehenslaufzeit erfüllt sein muss, ist bereits ein nicht qualifizierter beteiligter Gesellschafter betroffen. Unseres Erachtens müssen in diesem Fall die vorgenannten Grundsätze gelten.

Da die Regelung ab dem VZ 2008 anwendbar ist (§ 34 Abs. 1 idF des JStG 2008) erfasst sie auch Altdarlehen. Für sie kann ein Fremdvergleich bei Darlehensgewährung nicht ge-

führt werden. Insoweit werden an einen bereits verwirklichten Sachverhalt nachträgliche Rechtsfolgen geknüpft, was verfassungsrechtl. unzulässig ist (vgl. *Watermeyer*, GmbH-StB 2008, 81 [85]). Das FG Düss. hält die Vorschrift wegen der Möglichkeit des Drittvergleichs für verfassungsgemäß, ohne jedoch auf die (gebotene) Problematik eines „Altdarlehens“ einzugehen (FG Düss. v. 19.10.2012 – 6 K 2439/11 F, EFG 2013, 1068, Rz. 28 ff.); der BFH v. 12.3.2014 (I R 87/12, DStR 2014, 1227 [1229]) weist in seinem Urteil dem Gesetzgeber einen weiteren Gestaltungsraum zu, derartige Regelungen einzuführen.

Hinsichtlich des Drittvergleichs für das Stehenlassen des Darlehens kommt es auf den Zeitpunkt an, in dem der Darlehensgeber ein Kündigungsrecht wegen Eintritts der Gesellschaft in die Krise erstmals ausüben konnte. Dazu muss er die finanzielle Situation überwachen, wobei uE die Intensität von der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft abhängig ist. Verschlechtert sich diese, wird die Überwachung entsprechend intensiver ausfallen müssen. Um einem schädlichen (nicht drittbüchlichen) „Stehenlassen“ vorzubeugen, ist nach verbreiteter Meinung die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft stets zu überprüfen (*Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279b; *Ott*, StuB 2007, 600; *Hahne*, StuB 2008, 299; einschränkend auf Prüfung aufgrund Jahresbilanz *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 500).

Drittvergleichsverpflichteter: Die Beweislast für den Drittvergleich trifft die Gesellschaft. Da Darlehen von austretenden Gesellschaftern eine Indizwirkung für die Drittbüchlichkeit tragen, sollte die Beweislast in diesen Fällen bei der FinVerw. liegen (so *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279e).

Drittvergleich bei Sicherheitengestellung: Der Wortlaut des Satzes 6 sieht den Drittvergleich für eine Darlehensfinanzierung vor. Sicherheiten sind nicht ausdrücklich genannt, wobei die FinVerw. offenbar auch dafür den Drittvergleich zulässt (vgl. *Kosner/Kaiser*, DStR 2012, 925).

117 b) Rechtsfolge: Gewinnminderungen aus dem Wertverlust von Darlehen bleiben steuerwirksam

Die Rechtsfolge besteht darin, dass Satz 4 und Satz 5 nicht anwendbar sind. Gelingt der Drittvergleich, bleiben Gewinnminderungen aus dem Wertverlust von Darlehen steuerwirksam und werden dem Einkommen nicht außerhalb der Bilanz hinzugerechnet. Streitig ist, ob bei einem in der Krise stehengelassenen Darlehen der Wertverlust anzuerkennen ist, der auch bei rechtzeitiger Beendigung eingetreten wäre. Das wird teilweise abgelehnt, weil die Fremdbüchlichkeit in vollem Umfang die Abzugsfähigkeit wegen Einheitlichkeit der Darlehensforderung versagt (*Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279c; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 231 [6/2020]). Jedenfalls bei voneinander unabhängigen und getrennten Darlehen sollte eine auf jedes Darlehen spezifische Anwendung erfolgen. Nach anderer, uE zutreffender Ansicht, kommt es auf die Gewinnminderung und damit den bis dahin eingetretenen Wertverlust an, weil bis dahin keine gesellschaftsrechtl. Veranlassung gegeben war (*M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 430 [10/2019]; *Neumann/Stimpel*, GmbHR 2008, 57 [63]; *Neumann/Watermeyer*, Ubg 2008, 748 [755]).

Abgrenzung zu § 1 AStG: Bei Darlehen an Auslandsgesellschaften vor 2008 wendet die FinVerw. § 1 Abs. 1 AStG auf die Wertminderung an, wenn das Darlehen nicht fremdvergleichskonform war (BMF v. 29.3.2011 – IV B 5 - S 1341/09/10004, 2011/0203298, BStBl. I 2011, 277). Nach uE zutreffender Meinung ist der Wertverlust kein Fall des § 1 AStG (vgl. zB *Andresen*, IStR 2014, 207; *U. Prinz/Scholz*, FR 2011, 925 mwN; nunmehr jedoch BFH v. 27.2.2019 – I R 73/16, DStR 2019, 1034; BFH v. 27.2.2019 – I R 51/17, DStR 2019, 1857; BFH v. 27.2.2019 – I R 81/17, DStRE 2019, 1241; BFH v. 19.6.2019 – I

R 5/17, IStR 2020, 141; BFH v. 19.6.2019 – I R 32/17, DStR 2020, 25; anders noch BFH v. 17.12.2014 – I R 23/13, BFH/NV 2015, 626; Nichtanwendung nach BMF v. 30.3.2016 – IV B 5 - S 1341/11/10004-07, DOK 2016/0291611, IStR 2016, 349). Auch die Sperrwirkung des Art. 9 Abs. 1 OECD-MA zur Einkünfteberichtigung wendet der BFH – ebenfalls entgegen der früheren Rspr. – nicht an. Damit dürfte Art. 9 Abs. 1 OECD-MA auch eine aufgrund Abs. 3 Sätze 4 ff. nicht steuerwirksame Darlehensabschreibung bei Gewährung an eine Auslandsgesellschaft nicht sperren (*Wacker*, FR 2019, 449 [454]; *Steiner/Ullmann*, DStR 2019, 2385 [2388]; *Kohlenberg/Kempelmann/Rieck*, DB 2019, 1752 [1758]; *Böing/Rösen*, GmbH-StB 2019, 293 [294]; *Busch*, IStR 2020, 326, mit einer Übersicht über die BFH-Urt.; aA insbes. *Gosch*, DStR 2019, 2441) – dies unbeschadet des Einwands, dass die Sätze 4 ff. nicht als Gewinnabgrenzungsnormen, sondern als spezielle Missbrauchsnormen qualifizieren (FG Münster v. 17.8.2018 – 10 K 2301/13 K, EFG 2016, 1810, rkr., unter 2.g; FG Münster v. 19.12.2017 – 10 K 3556/13 K F, EFG 2018, 673, rkr., Rz. 86).

Statt des Verzichts auf eine nicht mehr werthaltige Darlehensforderung könnte im Einzelfall der Darlehensbetrag als Eigenkapital (Kapitalrücklage) in die Gesellschaft eingelegt werden, die dadurch in die Lage versetzt wird, das Darlehen zurückzuführen (vgl. zu § 17 EStG BFH v. 20.7.2018 – IX R 5/15, BStBl. II 2019, 194, Rz. 27 f.; BFH v. 20.7.2018 – IX R 7/15, BFH/NV 2019, 22, Rz. 24 f.; BFH v. 20.7.2018 – IX R 6/15, BFH/NV 2019, 19, Rz. 24 f.; OFD Frankfurt/Main v. 10.4.2019 – S 2244 A - 61 - St 215, DStR 2019, 1820).

4. Gewinnminderungen aus vergleichbaren Rechtshandlungen (Abs. 3 Satz 7)

118

Satz 7 erweitert das Abzugsverbot des Satz 4 auf solche Rechtshandlungen, die einer Darlehensgewährung wirtschaftlich vergleichbar sind.

Vergleichbare Rechtshandlungen: Die Regelung enthält keine Definition der einer Darlehensgewährung vergleichbaren Rechtshandlung. Nach der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 16/6290, 73) soll es sich dabei um Nutzungsbeziehungen handeln. Erfasst werden sollen danach zB Forderungen aus Lieferungen und Leistungen sowie Mietforderungen. Da eine wirtschaftliche Vergleichbarkeit mit einer Darlehensgewährung Tatbestandsvoraussetzung ist, fallen Nutzungsüberlassungen wie zB Miete und Pacht nicht darunter. Erfasst sein können nur die Forderungen aus der Nutzungsüberlassung sowie andere Forderungen, die Darlehenscharakter haben. Die Forderung muss dazu dienen, den Schuldner wie durch eine Darlehenshingabe zu finanzieren. Als vergleichbare Rechtshandlungen kommen zB Forderungsstundungen, stille Beteiligungen, Forderungen aus Leasinggeschäften, Fälligkeitsvereinbarungen, Kontokorrent- und Cash-Pooling-Vereinbarungen, Fremdkapital-Genussrecht in Betracht. Solche Rechtshandlungen sind einer Darlehensgewährung indes nur vergleichbar, wenn sie eine Liquiditätsüberlassung an die Gesellschaft darstellen.

- ▶ *Gewisse Mindestlaufzeit:* Nicht jede Forderung unterfällt dem Tatbestand. Da sie einer Darlehensgewährung wirtschaftlich vergleichbar sein muss, ist eine gewisse Mindestlaufzeit erforderlich. Mietforderungen müssen darlehensvergleichbar gestundet, bei Forderungen aus Lieferungen und Leistungen muss ein übliches Zahlungsziel überschritten werden (vgl. FG Berlin-Brandenb. v. 29.8.2017 – 11 V 11184/17, DStRE 2018, 733, Az. BFH I B 102/17; FG Ba.-Württ. v. 24.9.2020 – 3 K 1486/19, EFG 2021, 402 [Az. BFH I R 41/20]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 430b [10/2019]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279b; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 234 [2/2019]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 507, jeweils mwN). Bei Forderungen aus Lieferungen und Leistungen soll eine Mindestlaufzeit von drei Monaten ein praxistaug-

licher Leitfaden sein (*Fuhrmann/Strahl*, DStR 2008, 125 [127]; *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 507); uE kann der Zeitraum auch deutlich länger sein – aber auch kürzer, wenn dies geschäftsüblich ist. Letztlich ist das einzelfallabhängig (krit. zu fixen Zeiträumen auch *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 278f; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 234 [2/2019]). FG Münster (FG Münster v. 17.8.2016 – 10 K 2301/13 K, EFG 2016, 1810, rkr.; FG Münster v. 19.12.2017 – 10 K 3556/13 K, EFG 2018, 673, rkr.) geht von einer Einzelfallbetrachtung aus. Forderungen aus Warenlieferungen unterfallen Satz 7, wenn die schlechte wirtschaftliche Lage des Empfängers bekannt ist, die Lieferung aber gleichwohl ohne Sicherheit erfolgt. Auch der BFH (BFH v. 15.5.2018 – I B 114/17, BFH/NV 2018, 1092) stellt auf den Einzelfall ab. Satz 7 ist danach jedenfalls anwendbar, wenn der Gläubiger die Forderung nicht spätestens bis zu ihrer Verjährung eingezogen hat. Diese Beispiele zeigen indes, dass die Anwendung des Satzes 7 auf Forderungen aus Lieferungen und Leistungen überzogen ist, weil die Aktivierung der Forderung regelmäßig zu einem stpfl. Gewinn geführt hat, während die Abschreibung nicht steuerwirksam ist (*Gockel/Hötzel*, FS Herzig, 2010, 89 [96]; aA *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 234 [2/2019]). Als weitere vergleichbare Rechtshandlungen kommen im Einzelfall stille Beteiligungen, uU auch Wertpapierleih- und -pensionsgeschäfte, Leasinggeschäfte in Betracht (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 234 [2/2019]; *U. Prinz*, FS Schaumburg, 2009, 459 [468]).

- **Cash-Pool:** Nicht jede Forderung aus einer Cash-Pool-Vereinbarung fällt unter Satz 7. Stets muss es sich um die Finanzierung einer Gesellschaft im Sinne einer darlehensvergleichenden Finanzierung handeln. Unseres Erachtens ist das beim Cash-Pool nur der Fall, wenn die Cash-Pool-Forderung gegenüber einer Gesellschaft dauerhaft nicht ausgeglichen wird und dadurch letztendlich einem Darlehen gleichkommt (*Herlinghaus* in *Rödter/Herlinghaus/Neumann*, 2015, § 8b Rz. 354).

Gewinnminderungen: Wegen der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit mit einer Darlehensgewährung können nur Forderungsabschreibungen und -ausfälle zu Gewinnminderungen iSd. Satz 7 führen, nicht die Abschreibung eines zur Forderung selbst führenden WG (vgl. *Lang*, NWB 2010, 3798 [3799]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 234 [2/2019]; *Watermeyer*, GmbH-StB 2008, 81 [83]).

Rechtsfolge: Rechtsfolge des Satzes 7 ist eine außerbilanzielle Hinzurechnung der entsprechenden Gewinnminderung zum Einkommen der Gesellschaft. Da Satz 7 die Sätze 4 bis 6 in Bezug nimmt, ist auch der Drittvergleich möglich, um die Rechtsfolge der steuerunwirksamen Gewinnminderung zu vermeiden.

119 Einstweilen frei.

120 5. Steuerfreie Wertaufholung (Abs. 3 Satz 8)

Aufgrund von Satz 8 bleiben Wertaufholungen einer Darlehensforderung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EStG stfrei.

Gewinne aus dem Ansatz einer Darlehensforderung mit dem nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EStG maßgeblichen Wert: Der Gesetzeswortlaut nennt die Wertaufholung einer Darlehensforderung. Es sind uE jedoch alle von den Sätzen 4 bis 5 erfassten Gewinnminderungen erfasst. Satz 8 bezieht sich einschränkungslos auf Abs. 3 Satz 3 und erfasst alle Tatbestände der Sätze 4ff. Neben der Darlehensgewährung gilt das auch für die Sicherheitengestellung und der Darlehensgewährung

vergleichbare Rechtshandlungen (*Fuhrmann/Strahl*, DStR 2008, 125 [128]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279a.1; *Watermeyer*, Ubg 2008, 748 [755]).

- ▶ **Entsprechende Anwendung:** Der Wortlaut des Satzes 8 beschränkt sich auf Wertaufholungen. Es wird zT vertreten, andere Tatbestände, die zum „Wiederaufleben“ des Worts der Forderung Sicherheit oder vergleichbaren Rechtshandlung führen, seien nicht erfasst (*Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279l). Satz 8 ist uE dem Rechtsgedanken des Abs. 2 Satz 4 nachgebildet und muss entsprechend auf andere gewinnwirksame Realisationstatbestände wie insbes. Veräußerung, vGA, Sachdividende, Liquidationsauskehrung, verdeckte Einlage, Einbringung, Entstrickung entsprechend angewendet werden (vgl. *Altrichter-Herzberg*, GmbH 2008, 337 [349f.]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 447 [10/2019]; *Neumann*, Ubg 2008, 748 [756]; *Schmidt/Schwind*, NWB F. 4, 5223 [5229]; weitergehend *Walter/Griemla*, FR 2018, 253, mit einer Rückgängigmachung der ursprünglichen Wertminderung; uE gilt das dafür notwendige Stichtagsprinzip in Satz 8 nicht). Dasselbe sollte für Zahlungen auf einen Besserungsschein gelten (*Gocke/Hötzel*, FS Herzig, 2010, 86 [88], mwN; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 242 [2/2019]) und für Kurserholungen nach Kursverlusten, wenn man sie unter die Gewinnminderungen fasst, ebenso für die Auflösung von Rückstellungen für die Inanspruchnahme aus Sicherheiten, wenn man in der Rückstellung bereits eine Gewinnminderung iSd. Satzes 4 sieht, s. Anm. 111. Gleichmaßen wird auch die Wertaufholung erfasst, wenn eine Darlehensminderung auf einem Währungsverlust beruhte und sich der Kurs erholt. Hier gilt die durch BFH v. 21.9.2016 (BFH v. 21.9.2016 – I R 63/15, BStBl. II 2017, 357) genannte symmetrische Betrachtung entsprechend (vgl. auch *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 242 [2/2019]). Ein Gewinn kann sich auch aus der Konfusion von Forderungen und Verbindlichkeiten bei einer Umwandlung ergeben. Unseres Erachtens sollte Abs. 4 Satz 8 auch hierauf anwendbar sein. AA die FinVerw. (BMF v. 11.11.2011 – IV C 2 - S 1978 - b/08/10001//2011/0903665, BStBl. I 2011, 1314, Rz. 06.02) und verbreitete Meinung (vgl. *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 242 [2/2019]; *Herlinghaus* in *Rödter/Herlinghaus/Neumann*, 2015, § 8b Rz. 359), weil der Ertrag nicht darauf beruht, dass die Forderung wieder werthaltig wird, sondern darauf, dass die Verbindlichkeit wegfällt.
- ▶ **Reihenfolge:** Ebenso wie im Fall des Abs. 2 Satz 3 können steuerwirksame und nicht steuerwirksame Wertminderungen und deren Wertaufholung zusammenreffen. Die Frage, welche Teilwertabschreibung zuerst zu verrechnen ist, sollte wie im Fall des Abs. 2 Satz 4 beantwortet werden, nach dem der Gewinn aus der Wertaufholung zuerst mit der zuletzt vorgenommenen Teilwertabschreibung zu verrechnen ist (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 241 [2/2019]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 522; s. Anm. 94).

Einstweilen frei.

121–125

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Keine Steuerfreistellung von Bezügen iSd. Abs. 1 bei Beteiligungen von weniger als 10 %

Schrifttum: *Patzner/Frank*, Geplante Abschaffung der Steuerbefreiung nach § 8b KStG für Streubesitzanteile, IStR 2008, 433; *Patzner/Frank*, Gemeinschaftsrechtswidrige Besteuerung von sog. Streubesitzdividenden, IStR 2008, 344; *Schmidt*, Körperschaftsteuerpflicht für Streubesitzdividenden?, NWB 2008, 2311; *Schwenke*, Kapitalertragsteuer bei Streubesitzdividenden gemeinschaftswidrig?, IStR 2008, 473; *Kessler/Dietrich*, (Keine) Kapitalertragsteuer

auf Streubesitzdividenden beschränkt steuerpflichtiger Kapitalgesellschaften, DStR 2011, 2131; *Duttine/Stumm*, Europarechtswidrigkeit deutscher Dividendenbesteuerung, BB 2012, 867; *Grieser/Faller*, Verfahrensrechtliche Fragen zur Kapitalertragsteuer-Entlastung bei Dividenden an EU-/EWR-Kapitalgesellschaften, DB 2012, 1296; *Grieser/Faller*, Dauerhafte Wertminderung und Teilwertabschreibungen auf Aktien und Aktienfonds, DStR 2012, 727; *Lüdicke*, Zum BMF-Schreiben vom 23.05.2012 in diesem Heft Seite 552: Entlastungsberechtigung ausländischer Gesellschaften (§ 50d Abs. 3 EStG); Entscheidung des EuGH zu Streubesitzdividenden vom 20.10.2011 (C-284/09), IStR 2012, 540; *Schnitger*, Anwendung des § 8b Abs. 1 KStG beim Kapitalertragsteuerabzug – Auswirkungen der Entscheidung des EuGH vom 20.10.2011, DB 2012, 305; *Stöber*, Dividendenbesteuerung und Kapitalverkehrsfreiheit, DStZ 2012, 155; *von Brocke*, Behandlung von Streubesitzdividenden und Pensionsfonds nach Denkavit, IWB 2012, 884; *Benz/Jetter*, Die Neuregelung zur Steuerpflicht von Streubesitzdividenden, DStR 2013, 489; *Ebner*, Neuregelung der Besteuerung von Streubesitzdividenden, NWB 2013, 2147; *Desens*, Kritische Bestandsaufnahme zu den geplanten Änderungen in § 8b KStG, DStR 2013, Beihefter 4, 13; *Hagemann/Kahlenberg*, Die Besteuerung von Streubesitzdividenden wird neu geregelt, PiStB 2013, 120 (Teil 1) und 153 (Teil 2); *Haisch/Helios*, Steuerpflicht von Streubesitzdividenden in der Direkt- und Fondsanlage, DB 2013, 724; *Hechtner/Schnitger*, Neuerungen zur Besteuerung von Streubesitzdividenden und Reaktion auf das EuGH-Urteil v. 20.10.2011 (Rs. C-284/09), Ubg 2013, 269; *Herlinghaus*, Rechtsfragen zur Steuerpflicht von Streubesitzdividenden gemäß § 8b Abs. 4 KStG n.F., FR 2013, 529; *Hey*, Körperschaftsteuerpflicht für Streubesitzdividenden: systemwidrig – verfassungswidrig – europarechtswidrig, KSzW 2013, 353; *Intemann*, Die Neuregelung zur Steuerpflicht von Streubesitzdividenden, BB 2013, 1239; *Kusch*, Körperschaftsteuerpflicht für Dividenden aus Streubesitz, NWB 2013, 1068; *Lemaitre*, Besteuerung von Streubesitzdividenden: Flickschusterei oder großer Wurf?, GmbHR 2013, R97; *Lemaitre*, Besteuerung von Streubesitzdividenden und Erstattung von Kapitalertragsteuer – Das EuGH-Dividendenumsetzungsgesetz aus Sicht der Beratungspraxis, IWB 2013, 235; *Linn*, Das Gesetz zur Umsetzung des EuGH-Urteils v. 20.10.2011 in der Rechtssache C-284/09 (Streubesitzdividenden), IStR 2013, 235; *Ortman-Babel/Bolik/Zöllner*, Am Ende zahlen alle drauf – Die Neuregelung zur Steuerpflicht von Streubesitzdividenden im Überblick, SteuK 2013, 89; *Ott*, Neue Steuerpflicht von Streubesitzdividenden, StuB 2013, 279; *Patzner/Nagler*, Jahressteuergesetz 2013 – Die Steuerfreiheit von Streubesitzdividenden nach dem EuGH-Urteil v. 20.10.11, C-284/09, Kommission/Deutschland, IStR 2012, 790; *Pflüger*, Besteuerung von Streubesitzdividenden: Gesetz sorgt für deutliche Verschärfungen, GStB 2013, 149; *Pietrek/Martini*, Neuregelung bei der Besteuerung von Streubesitzdividenden – Steuerliche Auswirkungen und Gestaltungsalternativen, EStB 2013, 272; *Schönfeld*, Die Steuerpflicht von Streubesitzdividenden gemäß § 8b Abs. 4 KStG n.F. – dargestellt an Fallbeispielen, DStR 2013, 937; *Wartrin/Eberhardt*, Besteuerung von Streubesitzdividenden und internationale Steuerplanung, IStR 2013, 814; *Wiesel/Lay*, Die Besteuerung sog. „Streubesitzdividenden“ im Körperschaftsteuerrecht – Zu § 8b Abs. 4, § 15 Satz 3 KStG n.F., GmbHR 2013, 404; *Adrian*, Beteiligungsbezogene oder isolierende Betrachtungsweise beim unterjährigen Erwerb von Kapitalgesellschaftsanteilen? Zugleich eine Anmerkung zur Verfügung der OFD Frankfurt a.M. vom 2.12.2013, GmbHR 2014, 413; *Behrens/Renner/Faller*, Die Stichtags- und Rückbeziehungsregel bei der Besteuerung von Streubesitzdividenden, DStZ 2014, 336; *Beyme*, Ist das Teileinkünfteverfahren für Streubesitzdividenden bei Körperschaften anwendbar?, NWB 2014, 867; *Binnewies*, Streubesitzdividenden-Regelung in § 8b Abs. 4 KStG, GmbH-StB 2014, 242; *Bolik/Zöllner*, Unterjähriger Hinzuerwerb von Beteiligungen im Rahmen des § 8b Abs. 4 KStG, DStR 2014, 782; *Ernst*, Restriktives aus der Verwaltung zur Streubesitzregelung in § 8b Abs. 4 KStG, Anmerkungen zur Verfügung der OFD Frankfurt/M. vom 2.12.2013, DB 2014, 449; *Joisten/Vossel*, Anwendung des Teileinkünfteverfahrens auf Streubesitzdividenden gemäß § 8b Abs. 4 KStG?, FR 2014, 794; *Kamphaus/Weihmann/Sauer*, Unterjähriger Beteiligungserwerb bei Anwendung von § 8b Abs. 4 n.F., Ubg 2014, 258; *Lipp*, Die Rückziehungsfiktion des § 8b Abs. 4 KStG und die Auswirkungen auf die Gewerbesteuer, NWB 2014, 2403; *Mössner*, Auslegung von § 8b Abs. 4 KStG durch OFD Frankfurt, IStR 2014, 497; *Rathke/Ritter*, Anwendbarkeit des Teileinkünfteverfahrens bei Kapitalgesellschaften auf Erträge aus Streubesitzbeteiligungen, DStR 2014, 1207; *Fahrenhorst*, Gewerbesteuerliche Behandlung von Dividenden, die Körperschaften mittelbar über eine Personengesellschaftsholding beziehen, DB

2015, 2779; *Hagemann/Özkan*, Besteuerung grenzüberschreitender Streubesitzdividenden, IWB 2015, 482; *Haselmann/Albrecht*, Die angekündigte Ausweitung des § 8b Abs. 4 KStG auf Veräußerungsgewinne – verfassungswidrige Rückwirkung trotz „Schonfrist“, DStR 2015, 2212; *Helios/Philipp*, Steuerpflicht von Veräußerungsgewinnen aus Streubesitzbeteiligungen in der Direktanlage, DK 2015, 369; *Kleinert/Lübbehüsen*, Noch nicht existente Regelungen können nicht umgangen werden, DB 2015, 1007; *Maciejewski/Rehr*, Streubesitzdividenden bei inländischen Kapitalgesellschaften (leider) voll steuerpflichtig, DStR 2015, 1481; *Melkonyan/Kudert*, Körperschaftsteuerliche Streubesitzdividenden im Kontext der Hinzurechnungsbesteuerung nach §§ 7 bis 14 AStG, Ubg 2015, 132; *Richter/Reeb*, Zur Ausdehnung des materiellen Korrespondenzprinzips in § 8b Abs. 1 Satz 2 KStG durch das AmtshilfeRLUmG im Spannungsfeld von Europa- und Völkerrecht, IStR 2015, 40; *Ritzer/Stangl*, Geplante Änderungen des § 8b Abs. 4 KStG, DStR 2015, 2203; *Rogall/Dreßler*, Ausweitung der Veräußerungsgewinnbesteuerung durch Neuregelung des § 8b Abs. 4 KStG, BB 2015, 2009; *Rüschl/Moritz*, Teileinkünfteverfahren und § 8b KStG, DStR 2015, 2305; *Haase/Dorn*, Zum Zusammenspiel zwischen körperschaftsteuerlichen und gewerbsteuerlichem Schachtelprivileg bei Bezug über eine gewerbliche Personengesellschaft, DStR 2017, 134; *Kollruss*, Ist die deutsche Streubesitzdividendenbesteuerung weiterhin europarechtswidrig?, WPg 2017, 50; *Rothe*, Ausgewählte Probleme des deutschen Konzepts zur Besteuerung von Streubesitzdividenden, FR 2020, 705.

I. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 4

126

Überblick über die Regelung: Die Vorschrift enthält eine Suspendierung des Abs. 1 und damit eine StPflcht für laufende Bezüge aus einer Beteiligung, wenn sie zu Beginn des Kj. weniger als 10 % betragen hat. Dieser in Satz 1 der Regelung enthaltene Grundtatbestand wird durch auf die Beteiligung bezogene Sonderregelungen ergänzt. Satz 2 enthält die Anordnung, dass § 13 Abs. 2 UmwStG und damit die sog. Fußstapfenfolge in Fällen der Verschmelzung für die an den Verschmelzungsgesellschaften beteiligten Gesellschafter nicht anwendbar ist. Satz 3 ordnet an, dass die in Satz 1 genannte Beteiligungshöhe von 10 % nicht durch eine Wertpapierleihe hergestellt werden kann. Eine Besonderheit enthalten die Sätze 4 und 5 für solche Beteiligungen, die Gesamthandsvermögen einer Mitunternehmerschaft bilden. Aufgrund von Satz 4 erfolgt eine „Durchgriffsbetrachtung“ mit der in Satz 5 enthaltenen Fiktion, dass die quotale auf den Mitunternehmer entfallende Beteiligungsquote bei diesem für Zwecke des Abs. 4 als unmittelbare Beteiligung gilt. Satz 6 schließlich fingiert eine unterjährig iHv. 10 % erworbene Beteiligung als zu Beginn des Kj. erfolgt. In Konsequenz einer StPflcht von Streubesitzdividenden suspendiert Satz 6 in Ergänzung zu Abs. 1 auch Abs. 5 mit der 5 %-Fiktion. Die in Satz 8 enthaltene Regelung bildet eine Ausnahme durch Zusammenrechnung von Anteilen von Mitgliedern einer kreditwirtschaftlichen Verbundgruppe (sog. Bereichsausnahme).

Grund der Regelung: Der Grund der Sonderregelung für die StPflcht laufender Bezüge aus einer Beteiligung an einer KapGes. beruht auf EU-Recht und den inländ. Regelungen zur Einbehaltung und Abführung von KapErtrSt. Der Gesetzgeber hat die StPflcht von Streubesitzdividenden eingeführt, um die durch den EuGH festgestellte EU-Rechtswidrigkeit der Dividendenbesteuerung zu beseitigen. Im Einzelnen s. hierzu Anm. 8.

II. Abweichende Nichtberücksichtigung von Bezügen iSd. Abs. 1, wenn die Beteiligung zu Beginn des Kalenderjahres weniger als 10 % beträgt (Abs. 4 Satz 1)

1. Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen

127 a) Bezüge iSd. Abs. 1

Es handelt sich um die Bezüge, auf die die StBefreiung des Abs. 1 Satz 1 der Natur nach anwendbar ist, also im Wesentlichen Dividenden und sonstige Ausschüttungen. Fraglich ist jedoch, was die Bezüge iSd. Abs. 1 mit der Beteiligung an einem Grund- oder Stammkapital zu tun haben; dies deshalb, weil Satz 1 auf Bezüge iSd. Abs. 1 Satz 1 verweist, der aber keine Beteiligung voraussetzt, sondern sich zur Definition der erfassten Bezüge wiederum selbst eines Verweises bedient, und zwar auf bestimmte Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. § 20 Abs. 1 EStG. Ungeschrieben geht Abs. 4 wohl davon aus, dass Bezüge stets auf der Grundlage einer Beteiligung erfolgen.

128 b) Beteiligung unmittelbar weniger als 10 % des Grund- oder Stammkapitals

Es handelt sich bei dem Tatbestandsmerkmal um eine Negativabgrenzung (... wenn ... weniger ...). Da die Beteiligung am Grund- oder Stammkapital bestehen muss, sind inländ. KapGes. wie die AG, KGaA, GmbH in Bezug genommen. Aufgrund des insoweit eindeutigen Gesetzeswortlauts kommt es nur auf die Beteiligung am Grund- oder Stammkapital an, abweichende Stimmrechtsvereinbarungen und besondere Gewinnbezugsrechte sind nicht maßgebend. Insoweit ist die Regelung stark typisierend. Zudem muss die Beteiligung unmittelbar bestehen und eine Mindestbeteiligungsquote von 10 % erfüllen. Beträgt die Beteiligung unter 10 % und/oder besteht sie nicht unmittelbar, ist der Negativtatbestand des Satzes 1 erfüllt.

Vermögensverwaltende Gesellschaft: Satz 6 enthält eine Sonderregelung für die Ermittlung der „unmittelbaren“ Beteiligung bei einer oder mehreren zwischengeschalteten Mitunternehmenschaften. Da die Regelung ausdrücklich (anders als zB Abs. 10 Satz 7) auf „Mitunternehmenschaft“ abstellt, werden Anteile, die über eine PersGes. gehalten werden, dem Gesellschafter unmittelbar aufgrund von § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO anteilig zugeordnet (*Haisch/Helios*, DB 2013, 724 [725]; *Hechtner/Schnitger*, Ubg 2013, 269 [271]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 258 [6/2017]; *Schönfeld*, DStR 2013, 937 [940]; *Wiese/Lay*, GmbHR 2013, 404 [407]).

Beteiligung bei Organschaft: Für den Fall einer Organschaft erfolgt ebenfalls eine getrennte Zurechnung. Die entsprechende Sonderregelung enthält § 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 4. Danach werden Beteiligungen des OT und der OG nicht zusammengerechnet.

Beispiel:

Organträger und OG halten jeweils 6 % an der X-GmbH. Gewinnausschüttungen der X-GmbH sind kstpl. § 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 4 schließt insoweit die Bruttobetrachtung aus.

129 c) Beteiligung am Vermögen

Es handelt sich um einen Tatbestand für Fälle, in denen ein Grund- oder Stammkapital nicht besteht, es aber gleichwohl zu Bezügen iSd. Abs. 1 Satz 1 mit vermögensmäßiger Beteiligung kommt. Dennoch ist die Regelung unklar. Ein Gesell-

schafter kann nicht am Vermögen beteiligt sein, sondern nur an der Gesellschaft selbst. Sie ist Vermögensinhaber. Fraglich ist zudem, was mit „Vermögen“ gemeint ist. Es kann sich um das Aktivvermögen oder um das Eigenkapital handeln. Wenn die Regelung einen Sinn haben soll, kann nur eine Beteiligung am Eigenkapital als Beteiligung am Vermögen gemeint sein, denn nur dann kann es auch zu einer Beteiligung am Grund- oder Stammkapital vergleichbaren wertmäßigen Beteiligung durch Verbesserung oder Verschlechterung des Eigenkapitalwerts kommen.

Auslandsgesellschaften: Fraglich ist, ob Gesellschaften ausländ. Rechtsform von der Alternative „Beteiligung am Grund- oder Stammkapital“ oder „Beteiligung am Vermögen“ erfasst werden, wenn sie nach dem Rechtstypenvergleich (BFH v. 20.8.2008 – I R 34/08, BStBl. II 2009, 263; BMF v. 19.3.2004 – IV B 4 - S 1301 USA - 22/04, BStBl. I 2004, 411) einer inländ. KapGes. entsprechen und zu Bezügen iSd. Abs. 1 führen können. Es besteht dieselbe Frage wie bei Abs. 4 Satz 3. Bei Auslandsgesellschaften kommt es uE auf die Vermögensalternative in Satz 1 Halbs. 2 an, während die gegenteilige Meinung im Auslandsfall eine Beteiligung am Kapital einer Auslandsgesellschaft, das dem inländ. Grund- oder Stammkapital entspricht, versteht (*Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279c mwN). Das jedenfalls versagt in den Fällen, in denen die Auslandsgesellschaft über kein vergleichbares Kapital verfügen muss, zB bei einer als KapGes. zu qualifizierenden LLC/LLP; jedenfalls in solchen Fällen kann nur die Beteiligung am Vermögen maßgebend sein (glA *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 392 [10/2019]).

Sonderfrage Genussrecht: Ob das Eigenkapitalgenussrecht iSd. § 8 Abs. 3 Satz 3 unter Abs. 4 fallen kann, ist in alle Richtungen streitig. Es vermittelt zwar unter Abs. 1 Satz 1 fallende Bezüge. Dies aber nicht deshalb, weil eine Beteiligung am Grund- oder Stammkapital besteht, sondern weil Ausschüttungen auf das Genussrecht iSd. § 8 Abs. 3 Satz 2 ausdrücklich in § 20 Abs. 1 Satz 1 EStG genannt sind und zu Bezügen iSd. Abs. 1 Satz 1 führt. Es handelt sich um ein schuldrechtl. Recht mit einer Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös, das zwischen Eigen- und Fremdkapital steht (Hybridfinanzierung). Die Problematik liegt in den beiden, sich nach ihrem Wortlaut gegeneinander ausschließenden Beteiligungsvarianten Kapital und Vermögen. Besteht zB ein als Eigenkapital qualifizierendes Genussrecht an einer KapGes. inländ. Rechtsform, ist ein Grund- oder Stammkapital vorhanden, aber keine Beteiligung hieran. Dadurch soll das Genussrecht weder dem Tatbestand noch den Rechtsfolgen des Abs. 4 Satz 1 unterfallen (*Hechtner/Schnitger*, Ubg 2013, 269 [272]). Dagegen werden Eigenkapitalgenussrechte nach wohl hM in Abs. 4 Satz 1 und die Ermittlung der Beteiligungsquote einbezogen, weil sie eine Beteiligung am Eigenkapital der Gesellschaft vermitteln. Dasselbe erfolgt im Bereich des gewstl. Schachtelprivilegs aufgrund von § 9 Nr. 2a GewStG, um die notwendige Beteiligungsquote zu bestimmen. Da der Wortlaut des Abs. 4 Satz 1 nahezu identisch der entsprechenden gewstl. Anweisung zur Bestimmung der Beteiligungshöhe nachgebildet ist (vgl. BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292), soll das Genussrecht auch für Abs. 4 eine zu berücksichtigende Beteiligung darstellen (dazu *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 493 [10/2019]; *Herlinghaus*, FR 2013, 529 [534]; *Haisch/Helios*, DB 2013, 724 [725]; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 260 [6/2017]; *Intemann*, BB 2013, 1239 [1240]; *Schönfeld*, JbFStR 2013/14, 144). Daran schließt sich die Frage an, wie die Beteiligungshöhe zu ermitteln ist. Zum einen wird auf das durch das Genussrechtskapital erhöhte Eigenkapital abgestellt (*Herlinghaus*, FR 2013, 529 [534]; *Rengers in Blümich*, § 8b Rz. 117 [7/2019]), zum anderen auf die Teilhabe am Liquidationserlös (*M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 493 [10/2019]). Kommt es dabei zur Verwässerung eines

Gesellschafters, soll nach teilweise vertretener Ansicht seine Beteiligung am Stammkapital maßgebend bleiben (*Schönfeld*, DStR 2013, 937 [942]; *Schönfeld*, JbFStR 2013/14, 144 [146]; aA *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 260 [6/2017]).

Stellungnahme: Es spricht uE viel für die am Wortlaut orientierte Auslegung, nach der ein Genussrecht an einer über ein Grund- oder Stammkapital verfügenden Gesellschaft ausgeschlossen ist, weil Satz 1 Halbs. 1 die weitere Variante einer Beteiligung am Vermögen nicht zulässt. Infolgedessen wäre die in Abs. 1 Satz 1 enthaltene Grundregel einschlägig, nach der es für das Genussrecht unabhängig von seiner Höhe bei der StBefreiung bleibt, freilich unter der weiteren durch Abs. 1 Satz 2 und 3 aufgestellten Voraussetzung, dass das materielle Korrespondenzprinzip die StFreiheit nicht ausschließt (vgl. *Kempff/Loose*, DStR 2016, 2489 [2493]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 288a). Folgt man dem vor dem Hintergrund des Abs. 4, eine StPflicht von Streubesitz herzustellen, nicht, wäre nach Wortlaut und Sinn der Regelung wie folgt zu verfahren: Die Frage einer Beteiligung am Grund- oder Stammkapital oder stattdessen am Vermögen ist nicht absolut, sondern beteiligungsbezogen zu betrachten. Ist ein Gesellschafter ausschließlich am Grund- oder Stammkapital beteiligt, kommt es für die Berechnung seiner Quote nur darauf an. Ist er ausschließlich am Vermögen (durch insbes. ein Genussrecht) beteiligt, ist die Quote am Vermögen maßgebend. Ist er an beidem beteiligt, liegen zwei Beteiligungen vor, die zusammenzurechnen sind (ähnlich *Schönfeld*, DStR 2013, 937; *Schönfeld*, JbFStR 2013/14, 144). Ähnlich *Pung* (*DPM*, § 8b Rz. 260 [6/2017]), die das Grund- und Stammkapital mit dem Genussrechtskapital zusammenrechnet, um die Beteiligungsquote zu ermitteln (zu § 17 EStG BFH v. 14.6.2005 – VIII R 73/03, BStBl. II 2005, 861; *Herlinghaus* in *Rödter/Herlinghaus/Neumann*, 2015, § 8b Rz. 466). Soweit die Gesetzesbegründung (BTDrucks. 17/13046, 10 und BTDrucks. 17/12646, 20, wohl auch *Richter/Reeb*, IStR 2015, 40 [45]) stets von einer KStPflicht bei Zahlungen auf ein Eigenkapitalgenussrecht ausgeht, wird die Systematik des Abs. 1 ausgehebelt, wonach das EK-Genussrecht einbezogen ist (zutr. *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 260 [6/2017]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 287a).

130 d) Beteiligung an der Summe der Geschäftsguthaben bei Genossenschaften

Da Genossenschaften kraft Gesetzes über Geschäftsanteile verfügen (§ 7 Nr. 1 GenG), ist die Summe der Geschäftsanteile, die der Einlage des Genossen entsprechen, maßgebend, um die Beteiligungsquote des Genossen zu ermitteln. Das Erfordernis der Unmittelbarkeit bezieht sich auch hierauf.

131 e) Zu Beginn des Kalenderjahres

Maßgebend ist eine zeitpunktbezogene Betrachtung auf den Beginn des Kj. (0.00 Uhr). Das gilt auch im Fall eines abweichenden Wj., wobei es nach dem Sinn der Regelung auf das Kj. ankommt, in dem die Gewinnausschüttung erfolgt (glA *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 256 [3/2018]; *Binnewies*, GmbH-StB 2013, 255 [256]; *Schwedhelm/Olbing/Binnewies*, GmbHHR 2013, 1233 [1236]; aA *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 475a [10/2019]; *Hechtner/Schnitger*, Ubg 2013, 271; vgl. auch *Kamphaus/Weihmann/Sauer*, Ubg 2014, 258 [262]). Maßgebend ist das wirtschaftliche Eigentum (vgl. FG München v. 11.9.2019 – 7 K 2605/17, DStRE 2020, 856, Rz. 23, Az. BFH I R 50/19; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 258 [6/2017]; aA FG Köln v. 9.6.2016 – 10 K 1128/15, EFG 2016, 1542, rkr., zur Kapitalerhöhung; krit. *Peters*, EFG 2016, 1545; *Schwedhelm/Olbing/Binnewies*, GmbHHR 2016, 1233 [1248]).

Beispiel:

Die inländ. X-GmbH hat ein Wj. vom 1. April bis 30. März des Folgejahres. Am 30. September besteht eine Beteiligung von 5 % an der Y-GmbH, es folgt eine Ausschüttung am 30. November und am 1. Februar des Folgejahres. Am 1. Oktober erwirbt die X-GmbH 6 % der Anteile an der Y-GmbH hinzu. Die Ausschüttung vom 30. November unterfällt Satz 1, die Ausschüttung vom 1. Februar fällt nicht unter die Streubesitzregelung.

Da es ausschließlich auf den Beginn des Kj. ankommt, wirken sich unterjährige Veräußerungen nicht auf die Beteiligungsvoraussetzung aus (unstr., vgl. nur *Benz/Jetter*, DStR, 489 [490]; *Haisch/Helios*, DB 2013, 724 [726]; *Intemann*, BB 2013, 1239 [1240]; *Wiese/Lay*, GmbHR 2013, 404 [407]). Das gilt auch in den Fällen, in denen nach einer nach dem Beginn des Kj. erfolgenden Veräußerung nur noch eine Streubesitzbeteiligung besteht. Dadurch kann durch dieselbe Beteiligung durch entsprechende Veräußerung die Anwendung des Abs. 4 Satz 1 verhindert werden. Demgegenüber ist jeder unterjährige Erwerb problematisch, wenn nicht Satz 6 eingreift.

Soweit eine Verschmelzung von KapGes., die einzeln oder jeweils über Streubesitz verfügen, rückwirkend auf den Bilanzstichtag und damit einhergehend stl. Übertragungsstichtag 31. Dezember eines Jahres erfolgt und es dadurch zu einer Mindestbeteiligungsquote von 10 % kommt, ist die Tatbestandsvoraussetzung der Mindestbeteiligung zu Beginn des Kj. aufgrund der Rückwirkungsregelung des § 2 Abs. 1 UmwStG erfüllt. Die StFreiheit nachfolgender Gewinnausschüttungen richtet sich nach der durch die Verschmelzung (oder anderen Umwandlung, wie zB der Einbringung einer Beteiligung im Rahmen der Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils iSd. § 20 UmwStG) zum Beginn des Kj. bestehenden Beteiligungsquote. Das gilt auch in Fällen, in denen an den Verschmelzungsgesellschaften jeweils nur eine Streubesitzbeteiligung, nach der Verschmelzung hingegen eine Mindestbeteiligung von 10 % besteht (vgl. *Benz/Jetter*, DStR 2013, 489 [491]; *Hechtner/Schnitger*, Ubg 2013, 269 [271]; *Schönfeld*, DStR 2013, 404 [407]; *Wiese/Lay*, GmbHR 2013, 404 [407]). Die in § 27 Abs. 11 UmwStG im Zuge der Streubesitzregelung aufgenommene Regel, nach der die für Streubesitz geltenden Sonderregeln auch bereits vor dem 1.3.2013 anzuwenden sind, wenn es sich um Bezüge aufgrund einer Umwandlung handelt, ist nicht einschlägig. Es handelt sich offenbar um Fälle des § 7 UmwStG, denn andere Gewinnausschüttungen entstehen nicht „aufgrund“ der Umwandlung, sondern aufgrund eines Gewinnausschüttungsbeschlusses.

2. Rechtsfolge: Steuerpflicht der Bezüge

132

Als Rechtsfolge ordnet Satz 1 an, dass die Bezüge aufgrund einer Streubesitzbeteiligung bei der Ermittlung des Einkommens zu berücksichtigen sind. Es handelt sich um eine Rückausnahme zu der durch Abs. 1 Satz 1 angeordneten StBefreiung.

Abgrenzungsfragen: Unseres Erachtens bleiben Befreiungen, die für eine Beteiligungsvoraussetzung auf einem späteren Zeitpunkt als den Beginn des Kj. abstellen, anwendbar. Das ist zB der Fall, wenn der inländ. Gesellschafter einer Auslandsgesellschaft zum maßgebenden Zeitpunkt des Gewinnausschüttungsbeschlusses in die DBA-Mindestbeteiligung hineinwächst oder ein ausländ. EU-Gesellschafter einer inländ. KapGes. die Voraussetzungen der Mutter-Tochter-Richtlinie (§ 43b EStG) im Zeitpunkt der Ausschüttung erfüllt. Da die DBA neben der Befreiung aus § 8b anwendbar sind, leben sie in diesem Fall einer Stpfl. aufgrund von Abs. 4 wieder auf (*Kessler/Dietrich*, DStR 2012, 2101 [2104]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 271 [6/2017]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 463 [10/2019]; zur Wertpapierleihe in DBA-Fällen vgl. *Schönfeld*, DStR 2013, 937 [943]).

Anrechnung ausländischer Steuer: Handelt es sich um ausländ. Bezüge, kann die mit der KSt vergleichbare Auslandsteuer unter den Voraussetzungen des § 34c EStG/§ 26 angerechnet oder abgezogen werden.

Gestaltungsmöglichkeiten: Da nur unmittelbare Beteiligungen maßgebend sind und selbst bei Mitunternehmensformen eine bruchteilsmäßige Zurechnung für Zwecke des Abs. 4 erfolgt, sind die Gestaltungsmöglichkeiten eingeschränkt. Da Veräußerungsgewinne nicht Abs. 4 unterfallen, können im Fall thesaurierter Gewinne statt stpfl. Gewinnausschüttungen Veräußerungsgewinne erzielt werden. Im Fall einer Veräußerung von Streubesitzanteilen ist eine Veräußerung vor Ausschüttung für den Veräußerer steuergünstiger, wenn der Erwerber die thesaurierten Gewinne vergütet. Alternativ käme das „Ballooning“ in Betracht. Bei Beteiligungen, die unter 10 % betragen, dürfte der entsprechende gesellschaftsrechtl. Einfluss indessen nur im Ausnahmefall vorliegen (vgl. nur *Desens*, DStR 2013, Beihefter 4, 4 [13]; *Hechtner/Schnitger*, Ubg 2013, 269 [271]). Weiter könnten die Möglichkeiten einer inkongruenten Gewinnausschüttung erwogen werden (vgl. BFH v. 15.8.1999 – I R 77/96, BStBl. II 2001, 43; BFH v. 28.6.2006 – I R 97/05, BFH/NV 2006, 2207; BFH v. 4.12.2014 – IV R 28/11, BFH/NV 2015, 495; BMF v. 17.12.2013 – IV e 2 - S 2750 - a/11/10001, BStBl. I 2014, 63). Zum anderen können unter 10 %-Beteiligungen verschiedener Gesellschafter uU in einer gemeinsamen Holding-Gesellschaft gebündelt werden. Darüber hinaus lässt sich zumindest inländ. GewSt bei einer Bündelung in einer inländ. gewerblichen oder gewerblich geprägten Mitunternehmung bei entsprechender Beteiligungsquote von mindestens 15 % oder in einer Auslandsholding vermeiden. Vgl. auch *Schönfeld*, DStR 2013, 937 (941); *Broemel*, IStR 2015, 644; zT krit. *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 287d.

Geltung auch für die Gewerbesteuer: Die Regelung gilt über § 7 Satz 1 GewStG auch für die GewSt. Allerdings ist die besondere Hinzurechnungsregelung in § 8 Nr. 5 GewStG zu beachten, nach der für ua. aufgrund von § 8b KStG befreite Gewinnanteile eine StBefreiung nur eintritt, wenn die Kürzungsvorschrift des § 9 Nr. 2a oder 7 GewStG erfüllt ist. Bei einer Beteiligung unter 10 % besteht also stets parallel zur KStPflicht auch GewStPflicht, bei einer Beteiligung zwischen 10 % und 15 % besteht aufgrund von § 8 Nr. 5 GewStG GewStPflicht, und bei einer Beteiligung von mindestens 15 % zu Beginn des Erhebungszeitraums entsprechend dem Kj. besteht parallel zur KStBefreiung stets keine GewSt aufgrund von § 8 Nr. 5 iVm. § 9 Nr. 2a oder 7 GewStG. Unberührt bleibt eine etwaige Befreiung aufgrund eines DBA (§ 9 Nr. 8 GewStG). Wird die Streubesitzbeteiligung durch eine Mitunternehmung gehalten, kommt es beim Mitunternehmer zur Kürzung der im Gewinnanteil enthaltenen kstpfl. Dividende aufgrund von § 9 Nr. 2 od. 7 GewStG. Auch bei der Wertpapierleihe gilt die anderweitige Zurechnung aufgrund von Satz 3 nur für die KSt (vgl. *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 287d.1).

133 III. Nichtanwendung des § 13 Abs. 2 Satz 2 UmwStG für die Bemessung der Beteiligungshöhe (Abs. 4 Satz 2)

Es handelt sich um eine besondere Regelung, um die Beteiligungshöhe für Zwecke des Abs. 4 zu bestimmen. Offenbar soll sie der Vereinfachung dienen, um durch einen einfachen Test auf den Beginn des Kj. festzustellen, ob eine Beteiligung als Streubesitz zu qualifizieren ist.

Satz 2 bestimmt, dass § 13 Abs. 2 Satz 2 UmwStG nicht anzuwenden ist. Aufgrund von § 13 Abs. 2 Satz 2 UmwStG gilt in den Fällen einer Verschmelzung zum Buchwert, dass die Anteile an der übernehmenden Gesellschaft an die Stelle der Anteile an der übertragenden Gesellschaft treten. Es handelt sich um einen Fall stl. Rechtsnachfolge in die neuen Anteile an der übernehmenden Gesellschaft. Ohne ihre Suspendierung würde sich die Qualifikation einer mindestens 10 %igen Beteiligung an den neuen Anteilen an der übernehmenden KapGes. fortsetzen, wenn sie vorher bestanden hatte. Im umgekehrten Fall einer Minderheitsbeteiligung wäre das ebenso; sie bliebe Minderheitsbeteiligung.

Rechtsfolge der Suspendierung ist für Zwecke des Abs. 4, dass es in den Fällen der Verschmelzung und Spaltung (§ 15 Abs. 1 UmwStG durch Verweis auf § 13 UmwStG) für Zwecke der Ermittlung der Beteiligungshöhe zur Anwendung der Grundregel in § 13 Abs. 1 UmwStG kommt. Danach gelten die an der übertragenden Körperschaft bestehenden Anteile als veräußert und die an ihre Stelle tretenden Anteile an der übernehmenden Gesellschaft als angeschafft (Anschaffungs-/Veräußerungsfiktion). Das kann sich ebenso wie die suspendierte Rechtsnachfolge zu Gunsten und zulasten des Gesellschafters des übertragenden Rechtsträgers auswirken.

Beispiel 1:

M1-GmbH ist an der X-GmbH zu 50 % beteiligt. Die X-GmbH wird auf die Y-GmbH zu Buchwerten verschmolzen, deren alleiniger Gesellschafter die M2-GmbH ist. Nach der Verschmelzung ist die M1-GmbH nur zu 9 % an der übernehmenden Gesellschaft beteiligt.

Lösung:

Schüttet die Y-GmbH nach Eintragung der Verschmelzung ihren Gewinn aus, entsteht für die M1-GmbH eine volle KStPflcht auf die Ausschüttung, weil die Beteiligung an der Y-GmbH zu Beginn des Kj. nicht (zu mindestens 10 %) bestand. Erfolgt die Ausschüttung im Rückwirkungszeitraum vor der Eintragung der Verschmelzung, gilt die Rückwirkung des § 2 Abs. 1 UmwStG für den Gesellschafter nicht (vgl. BMF v. 11.11.2011, BStBl. I 2012, 1314, Rz. 02.17 und 02.31). Er war zu Beginn des Kj. an der ausschüttenden Gesellschaft ebenso zu mindestens 10 % beteiligt wie M2. Die Rückwirkung der Verschmelzung selbst bleibt davon jedoch unberührt.

Beispiel 2:

Wie vor, aber M1-GmbH war vor der Verschmelzung an X-GmbH nur zu 8 % beteiligt und ist nach der Verschmelzung zu 12 % an der Y-GmbH beteiligt. Schüttet die Y-GmbH nach der Eintragung der Verschmelzung aufgrund eines auch erst danach gefassten Ausschüttungsbeschlusses aus, ist die Dividende bei der M1-GmbH nicht aufgrund von Abs. 4 stpfl. Zwar bestand zu Beginn des Kj. keine Beteiligung von mindestens 10 %. Aufgrund von § 13 Abs. 1 UmwStG gilt sie aber durch die Verschmelzung als erworben. Der Erwerb einer mindestens 10 %-Beteiligung wird aufgrund von Satz 6 auf den Beginn des Kj. zurückbezogen. Erfolgen Ausschüttungsbeschluss und Ausschüttung im Rückwirkungszeitraum, gilt die Rückwirkung wie im vorhergehenden Beispiel für M1 nicht und es kommt zur kstpfl. Dividende (vgl. *Benz/Jetter*, DStR 2013, 489 [492]; *Haisch/Helios*, DB 2013, 724 [728]; *Herlinghaus*, FR 2013, 529 [535]; *Intemann*, BB 2013, 1239 [1241]; *Lemaitre*, IWB 2013, 269 [271]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 259 [6/2017]).

Auch ein unterjähriger Anteilstausch iSd. § 21 UmwStG führt zu einem Erwerb auf den Beginn des Kj. (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 257 [6/2017]; aA *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 289 unter Hinweis auf BFH v. 16.4.2014 – I R 44/13, BStBl. II 2015, 303).

Gewerbesteuer: Anders als bei Abs. 4 bleibt § 13 Abs. 2 Satz 2 UmwStG für die GewSt maßgebend. Bestand vor der Verschmelzung eine mindestens 15 %ige Beteiligung, sind Bezüge gewstfrei (Beispiel 1), im anderen Fall gewstpfl. (Beispiel 2).

134 IV. Überlassung von Anteilen an eine andere Körperschaft (Abs. 4 Satz 3)

In diesem Fall handelt es sich ebenso wie in Satz 2 um eine Regelung zur Ermittlung der zu Beginn des Kj. bestehenden Beteiligungshöhe für Zwecke des Abs. 4. Angesprochen sind die Fälle der Wertpapierleihe. Sie führt grds. zur Zurechnung der Beteiligung bei dem Entleiher. Diesen Fall kehrt Satz 3 um.

Tatbestand: Geregelt ist der Fall der Wertpapierleihe, sie muss tatbestandsmäßig erfüllt sein. Aufgrund von Satz 3 muss eine Körperschaft dazu Anteile an der ausschüttenden Körperschaft an eine andere Körperschaft überlassen. Dies geschieht nicht endgültig; die entleihende Körperschaft hat diese oder gleichartige Anteile zurückzugeben.

Rechtsfolge: Durch die Wertpapierleihe kommt es zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf die entleihende Körperschaft, was für Zwecke des Abs. 4 gegensätzlich durch eine Zurechnung der überlassenen Anteile beim Verleiher zum Zwecke der Ermittlung der Beteiligungsquote von mindestens 10 % führt. Dadurch kann der Entleiher die Beteiligungsquote von mindestens 10 % zur Vermeidung der Streubesitzbeteiligung nicht erreichen. Die Regelung ordnet nach ihrem eindeutigen Wortlaut an, dass die Anteile für Zwecke der Ermittlung der Beteiligungsquote dem Verleiher, nicht dem Entleiher zugerechnet werden. An der zivilrechtl. und wirtschaftlichen Zurechnung der Anteile zum Entleiher ändert sie nichts, zB bleiben DBA-Schachtelprivilegien anwendbar (*Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 289a; *Herlinghaus*, FR 2013, 529 [536]; *Haisch/Helios*, DB 2013, 724 [727]; *Kamphaus/Weihmann/Sauer*, Ubg 2014, 258 [262]). Die Bezüge selbst sind ebenfalls dem Entleiher zuzurechnen. Sie sind stfrei, wenn er auch ohne die entliehenen Anteile zu Beginn des Kj. eine Mindestbeteiligung von 10 % sein Eigen nennt (*Haisch/Helios*, DB 2013, 724 [726]; *Hechtner/Schnitger*, Ubg 2013, 269 [272]; *Intemann*, BB 2013, 1239 [1242]; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 276 [6/2017]). Für die Überlassung der Anteile gezahlte Entgelte bleiben demgegenüber aufgrund von Abs. 10 beim Entleiher in beiden Fällen – stfreier oder aufgrund von Abs. 4 stpfl. Bezüge – nicht abziehbar. Dies führt uE zu einer überschießenden und fragwürdigen Rechtsfolge, weil die Restriktionen des Streubesitzes und der Wertpapierleihe kumulieren und damit die Folgerichtigkeit der Regelungen zumindest in Frage zu stellen ist. Unseres Erachtens hätten Abs. 10 und Abs. 4 Satz 3 aufeinander abgestimmt werden müssen.

V. Zurechnung von Beteiligungen, die über eine Mitunternehmerschaft gehalten werden, als unmittelbare Beteiligung (Abs. 4 Sätze 4 und 5)

135 1. Tatbestand

Der Tatbestand des Satzes 4 erfasst Fälle, in denen die Beteiligung nicht unmittelbar, sondern über eine Mitunternehmerschaft oder eine Kette von Mitunternehmerschaften gehalten wird. Abs. 4 ist eine Verschärfung zu Abs. 6 und lässt nur eine StFreiheit aufgrund von Abs. 1 unberührt, wenn die Beteiligung von mindestens 10 % unmittelbar besteht. Soweit Anteile an einer KapGes. Gesamthandsvermögen einer Mitunternehmerschaft bilden, ist diese Gesellschaft der KapGes. und nicht der Mitunternehmer. Allerdings ordnet Abs. 6 an, dass in diesen Fällen

ua. auch die StBefreiung des Abs. 1 eingreift, wenn in dem Mitunternehmer zuzurechnenden Gewinnanteil aus der Mitunternehmerschaft entsprechende Bezüge enthalten sind. Aufgrund von Abs. 4 Satz 4 wird diese Regelung nun verschärft, indem nicht die Beteiligungshöhe der Mitunternehmerschaft, sondern des einzelnen Mitunternehmers maßgebend ist. Zudem ist § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 EStG entsprechend anwendbar.

Beteiligung: Die Mitunternehmerschaft muss an einer Gesellschaft beteiligt sein, die bei ihrem Gesellschafter zu Bezügen iSd. Abs. 1 Satz 1 führt.

Über eine Mitunternehmerschaft: Der Tatbestand erfasst eine Beteiligung über eine Mitunternehmerschaft iSd. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG, vermögensverwaltende PersGes. sind nicht betroffen. Für sie gilt bereits unmittelbar die Zurechnung der anteilmäßigen Beteiligung zum Gesellschafter, vgl. zB *Herlinghaus*, FR 2013, 529 [536].

Der Fall einer mehrstufigen Mitunternehmerschaft ist ebenfalls erfasst; das folgt aus dem Verweis in Satz 4 Halbs. 2.

2. Rechtsfolge

136

Rechtsfolgenmäßig ordnet Satz 4 zweierlei an, nämlich die anteilige Zurechnung zum Mitunternehmer und die entsprechende Anwendung des § 15 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG. Ergänzt wird diese Anordnung der Rechtsfolgen durch die Fiktion einer unmittelbaren Beteiligung in Satz 5.

Anteilige Zurechnung: Satz 4 schreibt die anteilige Zurechnung vor, ohne zu nennen, wie sie zu erfolgen hat; wie für Abs. 6 sollte der allgemeine Gewinnverteilungsschlüssel maßgebend sein (vgl. *Hechtner/Schnitger*, Ubg 2013, 269 [273] unter Hinweis auf das Gesetzgebungsverfahren; *Haisch/Helios*, DB 2013, 724 [725]; *Rengers in Blümich*, § 8b Rz. 117b [7/2019]). Unseres Erachtens gehören dazu auch inkongruente Verteilungsschlüssel (s. dazu § 15 Anm. 485; glA *Herlinghaus in Rödder/Herlinghaus/Neumann*, 2015, § 8b Rz. 454; *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 289e; aA *Pung in DPM*, § 8b Rz. 282 [6/2017]). Die Beteiligungsquote einer Gesamthandsvermögen bildenden Beteiligung an einer KapGes. ist also „durchgerechnet“ zu ermitteln. Beteiligungen im SonderBV sind dem betreffenden Mitunternehmer zuzurechnen (vgl. *Hechtner/Schnitger*, Ubg 2013, 269 [273]).

Beispiel 1:

GmbH1 und GmbH2 sind zu jeweils $\frac{1}{2}$ am Gewinn und Vermögen einer oHG beteiligt. Zum Gesamthandsvermögen gehört a) eine Beteiligung an der X-GmbH von 100 % und b) eine solche von 18 %. Im Fall a) ergibt sich für GmbH1 und GmbH2 jeweils eine durchgerechnete Beteiligungsquote von 50 % an der X-GmbH, im Fall b) nur eine solche von 9 %, die die Beteiligungsvoraussetzungen des Abs. 4 nicht erfüllt.

Entsprechende Anwendung des § 15 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG: Die Vorschrift regelt den Fall einer doppel- oder mehrstöckigen Mitunternehmerschaft. Es kommt auch in diesen Fällen auf die für den § 8b beanspruchenden Mitunternehmer durchgerechnete Beteiligungsquote an. Maßgebend für die Durchrechnung sollte das Gesamthands- und SonderBV der Ober-PersGes. bei der Unter-PersGes. sein (vgl. *Haisch/Helios*, DB 2013, 724 [725]; *Rengers in Blümich*, § 8b Rz. 117b [7/2019]).

Beispiel 2:

Wie vor Beispiel 1, jedoch ist die oHG zu 20 % an einer KG beteiligt. Diese KG hält a) alle Anteile an der X-GmbH und b) 10 % der Anteile an der Y-GmbH. Im Fall a) ergibt sich für

GmbH1 und GmbH2 jeweils eine durchgerechnete Beteiligung von 10 %, die die Beteiligungsvoraussetzung des Satzes 1 erfüllt, während im Fall b) nur eine Beteiligung von jeweils 1 % besteht.

Fiktion der unmittelbaren Beteiligung: Die vorgenannte Rechtsfolge einer bruchteilsmäßigen Zurechnung wird durch Satz 5 ergänzt, der die so ermittelte Beteiligung für den Mitunternehmer als unmittelbare Beteiligung fingiert. Diese Fiktion gilt nur für Zwecke des Abs. 4 und ist deshalb nicht zu verallgemeinern.

Auswirkung auf die Gewerbesteuer: Aufgrund von § 7 Sätze 1 und 4 GewStG gilt Abs. 4 auch für die GewSt. Auf der Ebene der Mitunternehmerschaft kommt es also in den Fällen einer KStPflicht aufgrund von Abs. 4 auch zu einer GewSt-Pflicht. Zu beachten ist jedoch, dass die GewSt bei der Mitunternehmerschaft selbst zu ermitteln ist. Kommt es für sie nicht zur GewSt-Befreiung aufgrund von § 8b KStG iVm. § 7 GewStG, sind die Kürzungsvorschriften des § 9 Nr. 2a, 7 und 8 GewStG unmittelbar bei der Mitunternehmerschaft anzuwenden. Zu demselben Erg. – Kürzung für die GewSt – gelangt man, wenn man gewstl. auf die Beteiligung der Gesamthand selbst abstellt; in diesem Fall gelten die Kürzungsregelungen über § 8 Nr. 5 GewStG (*Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 289f.).

Beispiel 3:

Wie Beispiel 1. Die beiden GmbH1 und GmbH2 sind aufgrund von Satz 4 und 5 im Fall a) zu mindestens 10 % zu Beginn des Kj. beteiligt. Eine Gewinnausschüttung ist kstfrei. Aufgrund von § 8 Nr. 5 iVm. bleibt sie auch gewstfrei, weil die Voraussetzungen des § 9 Nr. 2a GewStG auf der Ebene der Mitunternehmerschaft erfüllt sind. Im Fall b) hingegen sind die beiden GmbH nur zu 9 % beteiligt, eine Ausschüttung wäre bei ihnen aufgrund von Satz 1 iVm. Sätze 4 und 5 kstpflichtig. Die GewSt wird auf der Ebene der Mitunternehmerschaft ermittelt und festgesetzt. Dort wäre die Ausschüttung nicht aufgrund von § 8b iVm. § 7 GewStG gewstfrei. Jedoch ist § 9 Nr. 2a GewStG unmittelbar anzuwenden. Da die Beteiligung zu Beginn des Erhebungszeitraums mindestens 15 % beträgt, fällt keine GewSt an. Wendet man dem gegenüber Abs. 1 Satz 1 gewstl. bei er Mitunternehmerschaft an, würde die Kürzung über § 8 Nr. 5 iVm. § 9 Nr. 2a GewStG erfolgen.

VI. Erwerb einer Beteiligung von mindestens 10 % gilt als zu Beginn des Kalenderjahres erfolgt (Abs. 4 Satz 6)

137 1. Tatbestand

Erwerb einer Beteiligung von mindestens 10 %: Es muss sich um den Erwerb einer Beteiligung handeln, die zu Bezügen iSd. Abs. 1 Satz 1 führt. Satz 6 ergänzt die in Satz 1 aufgestellte Beteiligungsvoraussetzung von mindestens 10 % um die Fälle unterjährig erworbenen – selbst 100 % – Beteiligung stpfl. Für den Erwerb gelten die allgemeinen Grundsätze. Die Beteiligung ist erworben, wenn zivilrechtl. oder, falls davon abweichend, wirtschaftliches Eigentum übertragen wurde. Da Satz 6 für den Erwerbstatbestand keine Entgeltvoraussetzung enthält, kann der Erwerb entgeltlich (insbes. Kaufpreis, Tausch), teilentgeltlich oder unentgeltlich erfolgen.

Der Tatbestand des Erwerbs einer Mindestbeteiligung von 10 % selbst löst jedoch erhebliche Auslegungsfragen aus. Dies gilt für die Frage, ob nur der Erwerb in einem Vorgang, der eine Mindestbeteiligung von 10 % umfasst, tatbestandsmäßig ist oder ob auch ein gestaffelter Erwerb einer Mindestbeteiligung von 10 % durch zwei oder mehrere hintereinander unterjährig erfolgende Erwerbe, die jeder für

sich unter und zusammen über 10 % betragen, den Tatbestand des Satzes 6 erfüllt, ebenso wie für Erwerbe von verschiedenen Veräußerern.

Die FinVerw. legt dieses Tatbestandsmerkmal des rückbezüglichen Erwerbs (und seiner Rechtsfolgen) äußerst restriktiv aus (Rundverfügung der OFD Frankfurt v. 2.12.2013 – S 2750a A - 19 - St 52, DB 2014, 329; zu Recht abl. *Adrian*, GmbHR 2014, 407; *Ernst*, DB 2014, 449; *Kamphaus/Weihmann/Sauer*, Ubg 2014, 258; *Rothe*, FR 2020, 705 [707]). Jeder einzelne Erwerbsvorgang sei getrennt zu betrachten und müsse für sich in einem Erwerbsvorgang und mit einer Mindestbeteiligung von 10 % erfolgen. Sie verweist dazu auf den Gesetzeswortlaut „Erwerb einer Beteiligung von mindestens 10 %“ (ebenso *Benz/Jetter*; DStR 2013, 489 [491]; *Ortmann-Babel/Bolik/Zöller*, SteuK 2013, 89 [90]; *Kusch*, NWB 2013, 1068 [1071]; *Herlinghaus*, FR 2013, 529 [537]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 289b). Nach aA ist der Wortlaut demgegenüber in dem Sinne zu verstehen, dass der Gesetzgeber nur die Höhe der Beteiligung regeln wollte, die unterjährig hinzuerworben werden muss (*Haisch/Helios*, DB 2013, 724 [726]; *Haisch/Helios/Niedling*, DB 2012, 2060 [2064]; *Intemann*, BB 2013, 1239 [1241]; *Kessler/Dietrich*, DStR 2012, 2101 [2103]; *Ott*, StuB 2013, 279 [282]). Weitergehend wird auch der unterjährige Erwerb einer Beteiligung von unter 10 % als tatbestandsmäßig angesehen, wenn bereits zu Beginn des Kj. eine Beteiligung bestand, die zusammen mit dem Hinzuerwerb zu einer Mindestbeteiligung von 10 % führt. Der Gesetzgeber habe nur die Höhe der Beteiligung, die mit dem Hinzuerwerb erreicht werden müsse, regeln wollen (*Binnewies* in *Streck*, 9. Aufl. 2018, § 8b Rz. 97b; *Haisch/Helios*, DB 2013, 724 [726]; *Intemann*, BB 2013, 1239 [1241]).

Unseres Erachtens liegt der Erwerb einer Beteiligung von mindestens 10 % nicht nur in den Fällen vor, in denen in einem Erwerbsvorgang eine Beteiligung von mindestens 10 % erworben wird, sondern auch in Fällen, in denen im laufenden Kj. eine Beteiligung von 10 % in mehreren Schritten und/oder von mehreren Veräußerern erworben wird. Das folgt aus dem Wortlaut „Beteiligung“ und dem dazu abgrenzenden Merkmal „Bezüge im Sinne des Absatzes 1“, bei dem es sich um Bezüge aus Anteilen handelt. Da die Beteiligung aus mehreren Anteilen bestehen kann und oftmals bestehen wird, ist ein Erwerb mehrerer Anteile in der Summe einer Beteiligung von mindestens 10 % tatbestandsmäßig. Das entspricht zudem dem Zweck des Gesetzes, nur Beteiligungen von unter 10 % als Streubesitz zu qualifizieren. Vom Zweck her müssten auch unterjährige Erwerbe von unter 10 % einbezogen werden, die zusammen mit einer bereits bestehenden Beteiligung zu einer Mindestbeteiligung von 10 % führen. Der Wortlaut ist indes insoweit auf den Erwerb einer Mindestbeteiligung von 10 % eingeschränkt, aber eine teleologische Extension angezeigt.

Beispiel 1:

Erwerb einer Beteiligung von mindestens 10 % von einem Veräußerer. Es handelt sich um den Grundfall des Satzes 6, in dem eine Mindestbeteiligung von 10 % in einem Vorgang von einem Erwerber erworben wird. Dieser Fall ist auch nach OFD Frankfurt (OFD Frankfurt v. 2.12.2013 – S 2750a A - 19 - St 52, DB 2014, 329, Fall 1) tatbestandsmäßig.

Beispiel 2:

Zu Beginn des Kj. besteht eine Beteiligung von unter 10 %, die durch einen unterjährigen Hinzuerwerb von unter 10 % die Mindestbeteiligungshöhe erreicht. Dieser Fall entspricht nicht dem Wortlaut des Satz 6 und kann nur im Fall teleologischer Extension erfasst werden (abl. OFD Frankfurt v. 2.12.2013 – S 2750a A - 19 - St 52, DB 2014, 329, Fall 2).

Beispiel 3:

Erwerb einer Beteiligung von mindestens 10 % von mehreren Veräußerern.

- a) Umfasst der Erwerb zB bei einem Anteilskauf 94 % von einem und weitere 6 % der Anteile von einem anderen Erwerber, ist eine Beteiligung von 100 % erworben. Auch der Erwerb von 6 % ist begünstigt. Die OFD Frankfurt (OFD Frankfurt v. 2.12.2013 – S 2750a A - 19 - St 52, DB 2014, 329, Fall 5) qualifiziert demgegenüber nur den Erwerb der 94 % als begünstigt. Ihrer Meinung nach ist jeder einzelne Erwerb getrennt zu beurteilen.
- b) Umfasst der Erwerb zB 5 % der Anteile von Veräußerer A und 5 % von Veräußerer B, erfolgt der Erwerb einer Beteiligung von mindestens 10 %. AA auch hier die OFD Frankfurt v. 2.12.2013 – S 2750a A - 19 - St 52, DB 2014, 329, Fall 5).

Beispiel 4:

Erwerb einer Beteiligung von mindestens 10 % zeitlich gestaffelt. Da der Erwerb einer Beteiligung von mindestens 10 % vorausgesetzt ist, können die diese Beteiligung bildenden Anteile auch zeitlich in einem Kj. gestaffelt erworben werden.

- a) Umfasst der Erwerb im August des Kj. 94 % und im November des Kj. 6 %, liegt der Erwerb einer Beteiligung von mindestens 10 % vor. Es wird der Erwerb einer Beteiligung von 100 % zurückbezogen. Das gilt auch, wenn zuerst 6 % erworben werden und danach 94 %. AA OFD Frankfurt (OFD Frankfurt v. 2.12.2013 – S 2750a A - 19 - St 52, DB 2014, 329, Fall 4), nach der auch hier nur der einzelne Hinzuerwerb von mindestens 10 % tatbestandsmäßig ist.
- b) Wie vor, jedoch umfasst sowohl der Erwerb im August als auch im November jeweils Anteile von 6 %. Der Erwerb einer Beteiligung von 12 % wird auf das Kj. zurückbezogen.

Neugründung: Der unterjährige Anteilserwerb durch Neugründung wird uE als unterjähriger Erwerb auf den Beginn des Kj. zurückbezogen. Die vom BFH (BFH v. 14.1.2009 – I R 36/08, BStBl. II 2009, 671) zu Abs. 7 getroffene Auslegung, nach der ein Erwerb nur ein derivativer Erwerb ist, ist eine für diese Regelung des Handels mit Anteilen normspezifische Auslegung und im Bereich des Abs. 4 Satz 6 nicht anwendbar, der nicht nach der Art des Erwerbs unterscheidet (vgl. auch *Intemann*, BB 2013, 1239 [1241]).

Auswirkung unterjähriger Veräußerungen? Satz 6 setzt den Erwerb einer mindestens 10 %-Beteiligung voraus. Besteht zu Beginn des Kj. eine solche Beteiligung oder erfolgt unterjährig ein entsprechender Erwerb, ist der Tatbestand des Satzes 1 erfüllt. Unterjährige Veräußerungen beeinflussen den Erwerb im Sinne der Regelung nicht. Dies gilt auch in Fällen des stufenweisen Erwerbs (vgl. auch OFD Frankfurt v. 1.12.2013 – S 2750a A - 19 - St 52, DB 2014, 329 Fall 6; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 288 [6/2020]; *Hechtner/Schnitger*, Ubg 2013, 269 [272]; aA *Höreth/Stelzer*, DSz 2013, 218 [220]).

Das unterscheidet Abs. 4 Satz 6 insbes. von § 8c Abs. 1, denn im Gegensatz zur Zeitpunktbetrachtung in Satz 6 enthält § 8c eine zeitraumbezogene Betrachtung auf fünf Jahre. Dadurch können sich mehrere Erwerbe derselben Anteile in einem Kj. tatbestandserfüllend auswirken.

Beispiel 5:

Erfolgt im August ein Erwerb von 10 % der Anteile an einer GmbH, und werden im Oktober 4 % veräußert, erfolgte der Erwerb einer Beteiligung von 10 %.

2. Rechtsfolge

Rechtsfolge des Satzes 6 ist, dass der Erwerb einer mindestens 10 %-Beteiligung während eines Kj. auf den Beginn des Kj. zurückbezogen wird.

Dies bedeutet zum einen, dass Ausschüttungen auf diese Beteiligung steuerfrei sind. Streitig ist indes zum anderen, ob die Steuerfreiheit auch eine zu Beginn des Kj. noch nicht mindestens 10 % betragende Beteiligung erfasst.

Die FinVerw. lehnt eine solche Erstreckung der Rechtsfolgen auf eine zu Beginn des Kj. noch nicht bestehende Mindestbeteiligung ab, selbst wenn unterjährig ein Erwerb von mindestens 10 % erfolgt. Auch insoweit wendet sie Satz 1 und Satz 6 isoliert voneinander an (OFD Frankfurt v. 2.12.2013 – S 2750a A - 19 - St 52, DB 2014, 329; glA *Herlinghaus*, FR 2013, 529 [534]; *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 289b). Demgegenüber bejaht die wohl hM, dass die StFreiheit auch Ausschüttungen auf eine bereits zu Beginn des Kj. bestehende Beteiligung erfasst (vgl. *Benz/Jetter*; DStR 2013, 489 [491]; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 288 [6/2020]; *Schönfeld*, DStR 2013, 937 [941]; *Wiesel/Lay*, GmbHR 2013, 404 [407]). Unseres Erachtens entspricht die letztgenannte Ansicht dem Wortlaut der Regelung, die den Erwerb der Mindestbeteiligung auf den Beginn des Kj. zurückbezieht und dazu führt, dass zu Beginn des Kj. eine Beteiligung besteht und insgesamt – tatsächlich und im Wege der Fiktion – die Mindestbeteiligungsvoraussetzung erfüllt.

Beispiel:

Zu Beginn des Kj. verfügt die M-GmbH über eine Beteiligung an der X-GmbH iHv. 5 % ihres Stammkapitals. Im laufenden Kj. erwirbt sie Anteile hinzu, die 10 % des Stammkapitals betragen. Zu Beginn des Kj. besteht eine Beteiligung von 15 %. Dasselbe gilt nach hier vertretener Ansicht auch in den Fällen, in denen im laufenden Kj. die Beteiligung von mindestens 10 % durch mehrere Anteilerwerbe von einem oder mehreren Veräußerern erfolgt.

Gewerbesteuer: Die Fiktion des Satzes 6 gilt nur für die Zwecke des Abs. 4 und nicht für die GewSt.

Anwendung von DBA: Da die DBA neben § 8b anwendbar sind (s. Anm. 30), und Abs. 4 Satz 1 hinsichtlich der Rechtsfolgen nur auf einen Ausschluss von Abs. 1 Satz 1 verweist, können Ausschüttungen nach einem DBA trotz der nationalen StPflicht für Streubesitzdividenden aufgrund des internationalen Schachtelprivilegs stfrei sein. Dafür ist entscheidend, dass die Voraussetzungen in dem Zeitpunkt vorliegen, in dem die Quellensteuer entsteht (vgl. *Schönfeld in Ditz/Schönfeld*, DBA, 2. Aufl. 2019, Art. 10 OECD-MA Rz. 100; *Kaesler/Wassermeyer in Wassermeyer*, DBA, Art. 10 OECD-MA Rz. 93 [3/2013]).

Anwendung von § 43b EStG: Ebenso wie im Fall der DBA kommt es für die 10 %-Beteiligungsvoraussetzung in § 43b Abs. 2 EStG auf die Beteiligungsquote in dem Zeitpunkt an, in dem die KapErtrSt entsteht (§ 44 Abs. 1 Satz 2 EStG). Das ist auch dann der Fall, wenn die Beteiligung zu diesem Zeitpunkt noch nicht zwölf Monate besteht, aber der Haltezeitraum nach der Ausschüttung erfüllt wird (§ 43b Abs. 2 EStG).

Einstweilen frei.

151–159

160 VII. Suspendierung von Abs. 5 (Abs. 4 Satz 7)

Aufgrund von Satz 7 ist Abs. 5 auf Bezüge iSd. Satzes 1 nicht anwendbar.

Tatbestand: Es müssen Bezüge iSd. Satzes 1 vorliegen, dh. laufende Bezüge, die aufgrund einer Streubesitzbeteiligung kstpfl. sind.

Rechtsfolge: Die Fiktion von 5 % der laufenden Bezüge als nicht abziehbare BA findet keine Anwendung. Die Regelung ist uE deklaratorisch, weil Abs. 5 mangels stfreier Bezüge iSd. Abs. 1 bereits nicht anwendbar ist. Mit den stpfl. Bezügen in Zusammenhang stehende laufende BA sind konsequenterweise vollständig abziehbar.

161 VIII. Bereichsausnahme für Mitglieder einer kreditwirtschaftlichen Verbundgruppe (Abs. 4 Satz 8)

Satz 8 enthält eine Sonderregelung für Mitglieder einer kreditwirtschaftlichen Verbundgruppe iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 13 Zahlungsdienstenaufsichtsg. Soweit ein Kreditinstitut iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG Mitglied einer solchen Verbundgruppe ist, sind Beteiligungen an anderen Unternehmen und Einrichtungen dieser Verbundgruppe für Zwecke des Abs. 4 zusammenzurechnen. Zweck der Regelung ist es, die Besteuerung von laufenden Bezügen wegen Streubesitzes in der Verbundstruktur von Sparkassen und Genossenschaftsbanken zu vermeiden, weil sie ihre Beteiligungsstrukturen nicht verändern können (vgl. *Benz/Jetter*, DStR 2013, 489 [491]; *Hechtner/Schnitger*, Ubg 2013, 269 [275]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 292 [6/2020]).

162–164 Einstweilen frei.

F. Erläuterungen zu Abs. 4 aF: Ausschluss der Steuerfreiheit für Veräußerungsgewinne in Umgehungsfällen

165 Abs. 4 aF regelte Ausnahmen zu der durch Abs. 2 gewährten StFreiheiten für Veräußerungsgewinne und alle anderen Gewinne, die aufgrund von Abs. 2 stfrei sind, einschließlich Liquidationsgewinnen. Durch das SEStEG (v. 7.12.2006, BGBl. I 2007, 4) hat der Gesetzgeber Abs. 4 aufgehoben, weil er die Missbrauchsfälle einbringungsgeborener Anteile und durch einen nicht durch Abs. 2 begünstigten Einbringenden in § 22 Abs. 1 UmwStG (Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils) und § 22 Abs. 2 UmwStG (Anteilstausch) durch eine nachträgliche rückwirkend, auf sieben Jahre nach der Einbringung abschmelzende Besteuerung eines Einbringungsgewinns geregelt hat.

Die vollständige Erläuterung zu Abs. 4 aF – Stand März 2021 – ist abrufbar im elektronischen HHR-Archiv unter www.ertragsteuerrecht.de/hhr_archiv.htm.

166–188 Einstweilen frei.

G. Erläuterungen zu Abs. 5: Pauschalisiertes Betriebsausgabenabzugsverbot

Schrifttum: *Utescher/Blaufus*, Unternehmenssteuerreform 2001: Begrenzung des Betriebsausgabenabzugs bei Beteiligungserträgen, DStR 2000, 1581; *Werra*, Unternehmenssteuerre-

form: Aspekte des nationalen und internationalen Konzernsteuerrechts, FR 2000, 645; *Frot-scher*, Die Abzugsbeschränkungen nach § 3c EStG und ihre Auswirkung auf Finanzierungsentscheidungen, DStR 2001, 2045; *Grotherr*, Gewerbesteuerliche Auswirkungen der mit steuerfreien Dividenden im Zusammenhang stehenden nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben, BB 2001, 597; *Hundsdoerfer*, Beteiligungsaufwendungen im Halbeinkünfteverfahren, BB 2001, 2242; *Kessler/Schmalz/Schmidt*, Die Verschärfung, Verbesserung und Komplizierung der Besteuerung von Beteiligungserträgen nach der geplanten Neufassung des § 8b KStG, DStR 2001, 1865; *Neu/Rohde*, Finanzierung von Beteiligungskäufen, GmbH-StB 2001, 110; *Schmidt/Hageböke*, Die erneute Änderung von § 8b Abs. 5 KStG durch das UntStFG, IStR 2002, 150; *Graf Kerksenbrock*, § 8b Abs. 5 KStG nach der „Lankhorst-Hohorst“-Entscheidung des EuGH, BB 2003, 2148; *Herzig*, Aktuelle Entwicklungen bei § 8b KStG und § 3c EStG, DB 2003, 1459; *Hill/Kavazidis*, Geplante Fortsetzung des StVergAbG (Korb II) – Darstellung und erste Analyse, DB 2003, 2028; *Kessler/Reitsam*, § 3c Abs. 1 EStG und Vorteilsgewährung im Konzern, DB 2003, 2139; *Mayer/Frischmuth*, EU-Widrigkeit nationaler Abzugsbeschränkungen von Kosten im Zusammenhang mit Beteiligungen an EU-Tochtergesellschaften, StuB 2003, 1034; *Rosenbach*, Organschaft und Holding – Zweifelsfragen zu § 8b KStG und § 3c EStG –, WPg-Sonderheft 2003, 3; *Schnitger*, Anrechnung ausländischer Quellensteuern bei steuerfreien ausländischen Einkünften unter besonderer Beachtung des § 8b Abs. 5 KStG, IStR 2003, 298; *Gocksch/Buge*, Pauschalierung von nicht abzugsfähigen BA gem. § 8b KStG und GewSt, DStR 2004, 1549; *Kaminski/Strunk*, Die steuerliche Behandlung von Aufwand im Zusammenhang mit Kapitalgesellschafts-Beteiligungen nach Änderung des § 8b KStG zum 1.1.2004, BB 2004, 689; *Wagner*, Das „Bosal“-Urteil des EuGH und die Abzugsfähigkeit von Finanzierungskosten bei grenzüberschreitenden Konzernstrukturen, DStZ 2004, 185; *Thömmes*, Abzugsbeschränkungen nach § 8b KStG und dem Halbeinkünfteverfahren, IStR 2005, 685; *Binnewies*, Verfahrensfragen bei der Besteuerung der GmbH, GmbH-StB 2006, 302; *Friedrich/Nagler*, Das EuGH-Urteil in der Rechtssache C-471/04/Keller Holding v. 23.02.2006 und seine Auswirkungen auf die Abzugsbeschränkungen des § 8b KStG, IStR 2006, 217; *Kollruss*, Kein pauschales Abzugsverbot nach § 8b Abs. 5 KStG für Gewerbesteuerzwecke bei Bezug von Schachteldividenden über eine Organgesellschaft, DStR 2006, 2293; *U. Prinz/Hick*, Halbeinkünftebesteuerung und Gewerbesteuer (§ 7 Satz 4 GewStG): Die mittelständische Holding-Personengesellschaft mit gemischtem Mitunternehmerkreis im Veräußerungsfall, GmbHR 2006, 24; *U. Prinz/Hick*, Neues aus der Finanzverwaltung: Veräußerter Mitunternehmeranteil und Halbeinkünftebesteuerung, FR 2006, 168; *Schiller*, Erfassung von Schachteldividenden im Gewerbeertrag von Mitunternehmerschaften, DB 2006, 1127; *Richter*, Kritische Beurteilung der gewerbesteuerlichen Auswirkung von § 8b Abs. 5 KStG durch das JStG 2007, BB 2007, 751; *Kohlhepp*, § 8b Abs. 5 KStG und Überlegungen zu einem geänderten dogmatischen Ansatz der verdeckten Gewinnausschüttung bei Konzernstrukturen, DStR 2008, 1859; *Oldiges*, Wirkungen, Auswirkungen und Rechtfertigung des pauschalen Abzugsverbots gemäß § 8b Abs. 5 KStG, DStR 2008, 533; *Intemann*; Beteiligungsaufwendungen trotz gesetzlichen Abzugsverbots berücksichtigungsfähig, Auslandsbeteiligungen europarechtlich geschützt, NWB 2009, 2889; *Stangl*, Ausgewählte Streitpunkte des § 8b KStG, DStR 2013, Beihefter 4, 8; *Hageböke*, Schachtelprivileg im gewerbesteuerlichen Organkreis – Anmerkung zum Urteil des FG München v 14.5.2014 – 10 K 1007/13, G, DK 2014, 358, DK 2014, 313; *Kraft/Hohage*, Die Itelcar-Entscheidung des EuGH – ein Ausreißer? Eine Entgegnung zu Mitschke, IStR 2014, 174; *Pyszka/Nienhaus*, Gewerbesteuerliches Schachtelprivileg bei Gewinnausschüttungen sowie vororganschaftlichen Mehrabführungen an eine Organgesellschaft, DStR 2014, 1585; *Rengier*, Keine Belastung der sogenannten Schachtelstrafe mit Gewerbesteuer bei Dividendenbezug durch Organgesellschaft, NWB 2014, 2695; *Schänzle/Birker*, Bruttomethode und internationale Dividendenbesteuerung, Ubg 2014, 635; *Schlagheck*, Gewerbesteuerliche Organschaft und Anwendung von § 8b Abs. 5 KStG auf Schachteldividenden der Organgesellschaft, GmbHR 2014, 1138; *Schütz*, Doppelbesteuerung von Dividenden ausländischer Tochtergesellschaften, IWB 2014, 842; *Watrin/Eberhardt*, Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit im Bereich der internationalen Dividendenbesteuerung, BB 2014, 2967; *Adrian*, Gewerbesteuerliche Behandlung von Dividenden bei Organschaft, BB 2015, 1113; *Engel/Hilbert*, Gewerbesteuerliche Behandlung von Auslandsdividenden einer Organgesellschaft, IWB 2015, 335; *Gosch/Schönfeld*, Kapitalverkehrsfreiheit und Drittstaaten – Ein (vorläufiger) Zwischenstand, IStR 2015, 755; *Haase*,

§ 8b Abs. 5 KStG auf Outbound-Dividenden im Anwendungsbereich von Art 8 OECD-MA?, IStR 2015, 359; Jochimsen/Zinowsky, DBA-Schachtelprivileg und Gewerbesteuer im Organschaftsfall, DStR 2015, 1999; Kollruss/Weißert/Bauer, Systemimmanente gewerbesteuerliche Nichtanwendung des § 8b Abs. 5 KStG bei Schachteldividendenbezug der Organgesellschaft, Ubg 2015, 137; Mitschke, Das EuGH-Urteil Groupe Steria – ein Meilenstein der europäischen Rechtsprechung?, FR 2015, 1117; Mourabit/Fischner, Vollständige Gewerbesteuerfreiheit von Schachteldividenden, DB 2015, 1552; Schnitger, Keine 5 % nichtabzugsfähige Betriebsausgaben in Folge grenzüberschreitender Organschaft – Auswirkungen der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Groupe Steria für den deutschen Rechtskreis, IStR 2015, 772; Gläser/Zöller, Zum Verhältnis von Schachtelstrafe und Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2016, 870; Rüschi, Aktuelle Entwicklungen zur steuerlichen Organschaft, DStZ 2016, 263; Weiss, Zur Schachtelstrafe bei § 8b KStG, DK 2017, 174.

I. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Abs. 5 Satz 1

189 1. Fiktion nicht abziehbarer Betriebsausgaben (Abs. 5 Satz 1)

Das Tatbestandsmerkmal „Bezüge im Sinne des Abs. 1“ stellt die Verbindung zu allen stbefreiten laufenden Erträgen aus Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögenmassen her. Es handelt sich um solche Bezüge, die bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleiben.

Bezüge iSd. Abs. 1: Erfasst werden alle laufenden Beteiligungserträge, die den Tatbestand des Abs. 1 erfüllen. Wegen dieses umfassenden Verweises gehören im Rahmen der Bezüge nach § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG auch vGA dazu (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 383 [2/2019]; *Kessler/Schmalz/Schmidt*, DStR 2001, 1865 [1872]; *Krawitz/Büttgen/Hick*, WPg 2002, 85 [88]; *Schmidt/Hageböke*, IStR 2002, 150 [151]; *Watermeyer*, GmbH-StB 2002, 108 [112]). Da Abs. 5 idF des StSenkG nicht auf die vorgenannten Bezüge, sondern auf „Dividenden aus Anteilen“ verwies, war die Einbeziehung von vGA str. Nach wohl hM war der nationale Dividendenbegriff maßgebend, weil Abs. 5 nicht – wie noch Abs. 7 aF – auf den abkommensrechtl. Begriff verwies. Dadurch wendete die hM Abs. 5 nicht auf vGA an (*Utescher/Blaufus*, DStR 2000, 1581 [1583]; *Köhler*, DStR 2000, 1849 [1850]; *Gail/Düll/Fuhrmann/Grupp/Eberhard*, DB 2000, Beilage 15, 13; *Werra*, FR 2000, 645 [649]; aA *Grotherr*, IWB F. 3 Gr. 1, 1697 [1719]). Durch den rückwirkenden Wechsel von „Dividenden aus Anteilen“ in „Bezüge im Sinne des Abs. 1“ durch das UntStFG können sich verfassungsrechtl. zweifelhafte Rückwirkungen ergeben (hierzu vgl. *Schmidt/Hageböke*, IStR 2002, 150).

Bezüge von in- und ausländischer Kapitalgesellschaft: Abs. 5 enthält keine Einschränkung hinsichtlich der die Bezüge vermittelnden Gesellschaft. Erfasst werden alle Abs. 1 unterfallenden Bezüge unabhängig von der Domizilierung der ausschüttenden Gesellschaft. Maßgebend für die Frage ist wie bei Abs. 1 inländ. Recht. Bei einer Auslandsgesellschaft ist der Rechtstypenvergleich vorzunehmen.

Die Anwendung des Abs. 5 Satz 1 auf Bezüge aus in- und ausländ. KapGes. gilt seit dem VZ 2004. Bis zu seiner Änderung durch das ProtErklG war Abs. 5 eine im Verhältnis zu Gewinnausschüttungen inländ. KapGes. und ausländ. KapGes. unterschiedlich ausgestaltete Abzugsbeschränkung: Auf Gewinnausschüttungen unbeschränkt kstpfl. KapGes. war § 3c Abs. 1 EStG anwendbar, während im Auslandsfall unabhängig von tatsächlichen BA stets die Pauschalierung von 5 % galt, die bei Beteiligungserträgen zu beachten war (*Frot-scher*, DStR 2001, 2045; *Hundsdoerfer*, BB 2001, 2242; *Schön*, FR 2001, 381; *Utescher/Blaufus*, DStR 2000, 1581; *Beinert/Mikus*, DB 2002, 1467; ausführl. *Herzig*, DB 2003, 1459). Die Regelung entfaltete jedoch keine Wirkung mehr, nachdem der EuGH sie als

EU-rechtswidrig beurteilt hat (s. Anm. 8). Durch das ProtErklG und dadurch mW ab 1.1.2004 erfuhr Abs. 5 eine erhebliche Erweiterung, da auch der Gesetzgeber die EU-Problematik erkannt hatte. Die Fiktion nicht abziehbarer BA erfasst auch Bezüge inländ. KapGes. Ausdrücklich schließt Satz 2 die Anwendung des § 3c Abs. 1 EStG aus.

Kein Ansatz bei der Ermittlung des Einkommens: Das Gesetz spricht nur davon, dass die Bezüge bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleiben.

Freistellung nach DBA? Fraglich ist, ob die Regelung allein auf Bezüge anwendbar ist, die aufgrund von Abs. 1 Satz 1 freigestellt sind, oder auf alle Bezüge unabhängig von der Rechtsgrundlage ihrer Freistellung, insbes. aufgrund eines DBA. Die Frage stellt sich insbes. vor dem Hintergrund des Verhältnisses der Freistellung aufgrund von Abs. 1 und einer DBA-Freistellung. Käme Abs. 5 bei einer DBA-Freistellung nicht zur Anwendung, ergäbe sich ein Vorteil, wenn § 3c Abs. 1 EStG ebenfalls nicht anwendbar ist (so *Kraft/Gebhardt/Quilitzsch*, FR 2011, 593) oder im Falle seiner Anwendung die tatsächlichen in unmittelbarem wirtschaftlichem Zusammenhang mit der Gewinnausschüttung stehenden Aufwendungen niedriger als 5 % der Dividende sind. Der BFH v. 9.8.2006 (BFH v. 9.8.2006 – I R 50/05, BStBl. II 2008, 823, Rz. 16) hat die Fragen ausdrücklich mangels Entscheidungserheblichkeit offengelassen. Der BFH wendet die 5 %-Fiktion des § 8b Abs. 7 KStG 1999 (BFH v. 29.8.2012 – I R 7/12, BStBl. II 2013, 89) bzw. des Abs. 5 Satz 1 (BFH v. 22.9.2016 – I R 29/15, IStR 2017, 194, Rz. 12; BFH v. 26.4.2017 – I R 84/15, BStBl. II 2018, 492, Rz. 15) auch bei einer DBA-Freistellung an (ebenso FG Saarl. v. 24.3.2015 – 1 K 1162/13, EFG 2015, 1850; FG München v. 13.3.2017 – 7 K 59/14, IStR 2017, 543; FG Düss. v. 16.9.2014 – 6 K 2018/12 K, DStRE 2015, 1301, rkr.). Dem Vernehmen nach hat der BFH eine Betriebsaufspaltung über die Grenze bei Überlassung eines im Ausland belegenen Grundstücks an die ausländ. Betriebsgesellschaft bejaht; Auslandsdividenden des inländ. Besitzunternehmens unterfallen unabhängig von ihrer Freistellung nach Abs. 1 oder DBA der Schachtelstrafe des Abs. 5 Satz 1 (vgl. dazu Beitrittsaufforderung des BFH v. 16.1.2019 – I R 72/16, BFH/NV 2019, 350; glA vorgehend FG Köln v. 31.8.2016 – 10 K 3350/14, IStR 2017, 196, rkr.). Nach wohl hM ist Abs. 5 auch auf andere, insbes. DBA-Befreiungen anwendbar, weil der Wortlaut keine Einschränkung enthält (vgl. *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 542 ff. [10/2019]; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 384 [2/2019]; *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 474, 483 f.; *Rengers in Blümich*, § 8b Rz. 168 [7/2019]; aA *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 615; *Stangl*, DStR 2013, Beihefter 4, 8 [13]).

Stellungnahme: Grundsätzlich sprechen Wortlaut und Zweck des Abs. 5 für eine Anwendung auf stfreie Bezüge iSd. Abs. 1 unabhängig vom Rechtsgrund der Befreiung. Der Wortlaut enthält keinerlei Einschränkung. Der Grund für die Pauschalierung waren Schwierigkeiten bei der Zuordnung von unmittelbar wirtschaftlich in Zusammenhang mit Gewinnausschüttungen stehenden Aufwand. Da die DBA regelmäßig die Bruttoerträge freistellen (Ausnahme: DBA Frankreich), und die Ermittlung von Beteiligungsaufwand nicht regeln, spricht dies für eine Anwendung des Abs. 5 auch im DBA-Fall. Insbesondere unterscheidet Abs. 5 nicht danach, aus welchem Rechtsgrund die Befreiung eintritt, sondern verweist nur auf Bezüge iSd Abs. 1, die stfrei sind. Etwas anderes könnte gelten, wenn die Anwendung von Abs. 5 zu einem *Treaty override* führt. Auf der Grundlage des BFH (BFH v. 29.8.2012 – I R 7/12, BStBl. II 2013, 89, Rz. 16; BFH v. 22.9.2016 – I R 29/15, IStR 2017, 194) ist das nicht der Fall und Abs. 5 anwendbar, weil die DBA-Freistellung zu 100 % erfolgt und der BA-Abzug erst danach eingreift.

Keine Zinsen aus typisch stiller Gesellschaft: Kapitaleinkünfte aufgrund von § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG unterfallen nicht den laufenden Bezügen iSd. Abs. 1; auch insoweit spielt der DBA-Dividendenbegriff für § 8b keine Rolle.

2. Rechtsfolge: 5 %-Fiktion

190 a) Auswirkung auf die Körperschaftsteuer

Abs. 5 bestimmt, dass 5 % der laufenden Erträge aus Anteilen an KapGes. als nicht abziehbare BA gelten. Insoweit unterliegen die laufenden Beteiligungserträge der Besteuerung, sodass effektiv nur eine StBefreiung von 95 % gewährt wird. Dies gilt für unbeschränkt stpfl. und beschränkt stpfl. Anteilseigner mit inländ. BV. Bei beschränkt stpfl. Anteilseignern ohne inländ. BV wird die KSt durch den definitiven KapErtrStAbzug abgegolten (s. Anm. 26).

Bruttodividende als Bemessungsgrundlage: Grundlage der Ermittlung der nicht abziehbaren BA bilden die ausgeschütteten Bruttodividenden. Tatsächlich entstandene BA werden zur Ermittlung der Bemessungsgrundlage des Abs. 5 nicht berücksichtigt. Dasselbe gilt für etwaige Abzugssteuern des Quellenstaats (vgl. BMF v. 10.1.2000 – IV D 3 – S 1300-217/99, BStBl. I 2000, 71, Rz. 2).

Zeitpunkt: Da Abs. 5 BA in Zusammenhang mit laufenden Beteiligungserträgen iSd. Abs. 1 fingiert, greift die Regelung ein, sobald der stl. Gewinn um die stfreien Bezüge iSd. Abs. 1 gekürzt wird. Bei ordentlichen Gewinnausschüttungen ist das regelmäßig der Zeitpunkt, in dem der Dividendenanspruch entstanden ist, bei vGA und Gewinnermittlung aufgrund von § 4 Abs. 3 EStG der Zeitpunkt des Zuflusses bei der inländ. KapGes.

Keine tatsächlichen Betriebsausgaben erforderlich: Die Fiktion des Abs. 5 greift unabhängig davon ein, ob und in welcher Höhe tatsächlich BA entstanden sind (grundlegend *Herzig*, DB 2003, 1459 [1467]). Soweit diskutiert wurde, ob bei nicht vorhandenen oder tatsächlich niedrigeren BA die Fiktion nicht anwendbar sein sollte (vgl. *Schmidt/Hageböke*, IStR 2002, 150 [152]), entspricht das nicht dem Wortlaut des Satzes 1. Er knüpft an die Bezüge iSd. Abs. 1 an. Die Fiktion des Abs. 5 greift unabhängig davon ein, ob und in welcher Höhe tatsächlich BA entstanden sind. Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit s. Anm. 7.

Fiktion nicht abziehbarer Betriebsausgaben: Die Fiktion nicht abziehbarer BA führt zwar einerseits dazu, dass im Erg. nur 95 % der Dividenden freigestellt sind. Andererseits sind aber höhere tatsächliche BA, die ohne Abs. 5 nach § 3c Abs. 1 EStG nichtabziehbar wären, in vollem Umfang abziehbar (Abs. 5 Satz 2). Zur DBA-Freistellung s. Anm. 30.

Kaskadeneffekt: Die Fiktion nicht abziehbarer BA von 5 % der laufenden Beteiligungserträge greift auf jeder Beteiligungsstufe ein. Damit kommt es in Holdingstrukturen oder anderweitigen mehrstufigen KapGes-Verbindungen zu einem Kaskadeneffekt, ohne dass der Nachweis tatsächlich niedrigerer BA zugelassen wäre. Das bleibt auch nach der Entscheidung des BVerfG (BVerfG v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224) verfassungsrechtl. weiterhin zweifelhaft, s. Anm. 7.

Anwendung des Abs. 5 in Organschaftsfällen: Nach § 15 Nr. 2 ist Abs. 5 in Organschaftsfällen nicht bei der Ermittlung des Einkommens der OG, sondern bei der Einkommensermittlung des OT anzuwenden; s. Anm. 23; zur GewSt s. Anm. 191.

Auswirkung des Abs. 5 auf die Anrechnung ausländischer Quellensteuern: Eine Anrechnung ausländ. Quellensteuern auf die nicht abziehbaren BA erfolgt nicht,

weil es sich nicht um Dividendeneinkünfte, sondern um nicht abziehbare BA handelt (vgl. BFH v. 29.8.2012 – I R 7/12, BStBl. II 2013, 89). Ausführliche Diskussion bei *Schnitger*, IStR 2003, 298 (301 ff.).

b) Auswirkung auf die Gewerbesteuer

191

Die Regelungen des § 8b sind über § 7 Satz 1 GewStG auch bei der Ermittlung des Gewerbeertrags zu beachten, das gilt auch für Abs. 5. Hinsichtlich der Auswirkung des Abs. 5 Satz 1 auf die GewSt ist zwischen stfreien Dividenden, die der gewstl. Hinzurechnung (§ 8 Nr. 5 GewStG) unterfallen, und nicht hinzuzurechnenden Dividenden zu unterscheiden:

Nicht hinzuzurechnende Dividenden: Werden Dividenden nicht aufgrund von § 8 Nr. 5 GewStG dem Gewerbeertrag hinzugerechnet, weil die Kürzungsvoraussetzungen des § 9 Nr. 2a oder 7 GewStG erfüllt sind, unterliegen die aufgrund von Abs. 5 fingierten nicht abziehbaren BA der GewSt. Auf die BA selbst ist die Kürzung aufgrund von § 9 Nr. 2a und 7 GewStG nicht anwendbar, weil die nicht abziehbaren BA keine Gewinnanteile im Sinne der Regelungen darstellen (§ 9 Nr. 2a Satz 4, Nr. 7 Satz 3 GewStG). Die Regelung zur Hinzurechnung des Nettobetrags erfolgte durch das JStG 2007 (v. 13.12.2006, BGBl. I 2006, 2878) klarstellend (vgl. nur *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 516).

Soweit Aufwendungen als Finanzierungsanteile dem Gewerbeertrag aufgrund von § 8 Nr. 1 GewStG hinzugerechnet werden, kommt es durch Abs. 5 Satz 1 zu einer Doppelbelastung. In solchen Fällen sollte Abs. 5 uE aufgrund von § 163 AO nicht angewendet werden (*Grotherr*, BB 2001, 597 [602f.], schlägt de lege ferenda eine Kürzung der nach Abs. 5 iVm. § 7 GewStG anzusetzenden Beträge vor).

Hinzuzurechnende Dividenden: Werden stbefreite Dividenden aufgrund von § 8 Nr. 5 GewStG hinzugerechnet, weil zB die Beteiligungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind, fallen die kstl. und gewstl. Behandlung auseinander. Gewerbesteuerlich werden die aufgrund von Abs. 1 stfreien Dividenden dem Gewerbeertrag hinzugerechnet. Hinzugerechnet wird der Nettobetrag der Dividende. Das folgt aus § 8 Nr. 5 GewStG, der die Hinzurechnung nach Abzug von wirtschaftlich mit den Leistungen im Zusammenhang stehenden BA, soweit sie aufgrund von Abs. 5 unberücksichtigt bleiben, regelt. Da die Hinzurechnung um nicht berücksichtigte BA (Abs. 5) zu mindern ist (*Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 516; *Schiffers*, GmbHR 2004, 69 [76]), sind sie zu 95 % gewstpfl. Tatsächliche BA bleiben abziehbar.

Organschaft: Aufgrund von § 15 Satz 1 Nr. 2 ist § 8b Abs. 5 nicht bei der OG anzuwenden. Dadurch greifen die Kürzungsregelungen des § 9 Nr. 2a, 7 GewStG unmittelbar bei ihr ein; und zwar seit Erhebungszeitraum 2006 als Nettobetrag, dh. nach Abzug des entsprechenden unmittelbar mit dem Gewinnanteil in wirtschaftlichem Zusammenhang stehenden Beteiligungsertrags. Eine gegenläufige Korrektur auf der Ebene des OT, bei dem die FinVerw. dann auch § 8b Abs. 5 anwendet und dies mit § 15 Satz 1 Nr. 2 begründet, der auch bei der GewSt anwendbar sein soll (vgl. BMF v. 26.8.2003 – IV A 2 - S 2770 - 18/03, BStBl. I 2003, 437, Rz. 28) ist aufgrund von BFH (BFH v. 17.12.2014 – I R 39/14, BStBl. II 2015, 1052) rechtswidrig. Für nach dem 31.12.2016 bezogene Schachteldividenden wird durch § 7a GewStG die Verwaltungsansicht wieder hergestellt. Bei der Organschaft wird die Anwendung der Kürzungsregelungen in § 9 Nr. 2a, 7 und 8 GewStG ausgeschlossen und die Anwendung von § 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 KStG angeordnet (*Gosch in*

Gosch, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 456). Bis zum 31.12.2016 ist tatsächlicher Aufwand bei der OG abziehbar.

192 3. Gestaltungsansätze

Organschaft: Da Gewinnabführungen nicht zu den laufenden Beteiligungserträgen iSd. Abs. 1 zählen, ist Abs. 5 Satz 1 auf sie nicht anwendbar. In doppel- und mehrstöckigen KapGes-Strukturen lässt sich die Fiktion nicht abziehbarer BA und insbes. in tiefer gestaffelten Strukturen der Kaskadeneffekt durch Organschaften vermeiden (vgl. auch *Schiffers*, GmbHR 2004, 69 [77]). Bei einer ausländ. Tochtergesellschaft, zu der regelmäßig keine Organschaft begründet werden kann, ist streitig, ob dies zur EU-Rechtswidrigkeit des Abs. 5 führt, s. Anm. 8.

Ballooning und spätere Ausschüttung: Solange die Gesellschaft keine Gewinnausschüttungen vornimmt (sog. Ballooning), läuft Abs. 5 Satz 1 leer. Insoweit bleibt es bei den durch den BFH (BFH v. 29.5.1996 – I R 15/94, BStBl. II 1997, 57; BFH v. 29.5.1996 – I R 167/94, BStBl. II 1997, 60; BFH v. 29.5.1996 – I R 21/95, BStBl. II 1997, 63) bestätigten Regeln zur Anwendung des § 3c EStG. Danach greift das Abzugsverbot des § 3c Abs. 1 EStG nur ein, soweit der Anteilseigner in dem Wj., dem die BA zuzuordnen sind, stfreie Gewinnanteile bezogen hat. Bezogen auf Abs. 5 Satz 1 bedeutet dies, dass die Fiktion nicht abziehbarer BA durch entsprechendes Ausschüttungsverhalten vermieden werden kann. Anders als bei § 3c Abs. 1 EStG kann allerdings die zeitliche Trennung von BA in einem VZ und Gewinnausschüttung in einem anderen VZ nicht verhindern, dass im Zeitpunkt der Dividendenausschüttung 5 % der Einnahmen als nicht abziehbare BA fingiert werden. Durch die „Steuerstundung“ ergibt sich ein Zinsvorteil. Da die Fiktion von 5 % aufgrund von Abs. 3 Satz 1 auch bei einem Veräußerungsgewinn greift, kann die Pauschalierung nicht durch einen nachfolgenden Veräußerungsgewinn vermieden werden.

193 II. Nichtanwendung des § 3c Abs. 1 EStG (Abs. 5 Satz 2)

Aufgrund von Abs. 5 Satz 2 ist § 3c Abs. 1 EStG nicht anwendbar. Tatsächlicher Aufwand ist abziehbar. Im Zusammenspiel mit Abs. 3 Satz 2 ist § 3c Abs. 1 EStG in KapGes-Strukturen überhaupt nicht mehr anwendbar, wenn man – wie hier vertreten – Abs. 5 auch auf eine DBA-Freistellung anwendet. Zur Anwendung in Ausnahmefällen für VZ bis einschl. 2003 s. Anm. 8.

Wie im Fall des Abs. 3 Sätze 1 und 2 erübrigt es sich trotz der Vereinheitlichung des BA-Abzugs nicht, BA genau zuzuordnen, wenn die Körperschaft (ganz oder teilweise) andere als Abs. 1 unterfallende stfreie Einnahmen erzielt, bei denen § 3c Abs. 1 EStG anwendbar bleibt. Die Abzugsrestriktionen des § 3c Abs. 2 EStG für insbes. natürliche Personen als Anteilseigner bestehen unverändert fort. In Einzelfällen kann es vorteilhaft sein, eine KapGes. als Finanzierungsempfänger zwischenschalten.

194–201 Einstweilen frei.

H. Erläuterungen zu Abs. 6: Anwendung der Abs. 1 bis 5 bei zwischengeschalteter Mitunternehmerschaft oder bei Betrieben gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts

Schrifttum: *Bechler/Schröder*, Gewerbesteuer bei der Veräußerung von Mitunternehmeranteilen – § 7 Satz 2 GewStG idF des UntStFG, DB 2002, 2238; *Füger/Rieger*, Veräußerung von Mitunternehmeranteilen und Gewerbesteuer, DStR 2002, 933; *Strunk/Kamphaus*, Aktuelle Steuerrechtsänderungen und ihre Auswirkungen auf die Personengesellschaft, BB 2002, 2153; *Töben*, Keine Gewerbesteuer auf Dividenden und auf Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften bei Zwischenschaltung einer Personengesellschaft, FR 2002, 361; *Reinhardt*, Das BMF-Schreiben zur Anwendung des § 8b KStG und Auswirkungen auf die Gewerbesteuer, BB 2003, 1148; *Seitz*, Die Berücksichtigung der St-Befreiungen nach § 8b Abs. 2 und 6 KStG bzw. § 3 Nr. 40 EStG bei der Ermittlung des Gewerbeertrags einer Mitunternehmerschaft, GmbHR 2004, 476; *Wagner*, Das „Bosal“-Urteil des EuGH und die Abzugsfähigkeit von Finanzierungskosten bei grenzüberschreitenden Konzernstrukturen, DStZ 2004, 185; *Welke*, Gewerbesteuerliche Aspekte beim Bezug von Dividenden über eine zwischengeschaltete Personengesellschaft, GmbHR 2004, 1146; *Griemla*, Halbeinkünfteverfahren bei Personengesellschaft – Zuständigkeit des Feststellungs- oder des Veranlagungs-Finanzamt?, FR 2005, 719; *Helm/Krinninger*, Steuerrechtliche Folgen des Gesellschafterverzichts auf Forderungen gegenüber einer Kapitalgesellschaft, DB 2005, 1989; *Lang*, Personengesellschaften als Gesellschafter von Kapitalgesellschaften, DK 2005, 491; *U. Prinz/Hick*, Neues aus der Finanzverwaltung: Veräußerter Mitunternehmeranteil und Halbeinkünftebesteuerung, FR 2006, 168; *Rohrer/Orth*, Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens auf Ebene einer KGaA, BB 2007, 1594; *Kusterer*, Überlegungen zur Besteuerung des persönlich haftenden Gesellschafters einer KGaA, DStR 2008, 484; *Forst*, Vermeidung der Beschränkungen gem. § 3c Abs. 2 Satz 1 EStG und § 15a EStG bei Personengesellschaft, Ubg 2010, 194; *Scholten/Griemla/Kinalzik*, Zuständigkeit beim Halbeinkünfte- bzw. Teileinkünfteverfahren bei Personengesellschaften, FR 2010, 259; *Apitz*, Anmerkung zu BFH v. 18.7.2012 – X R 28/10, EStB 2013, 10; *Herkens*, Gesonderte und einheitliche Feststellung bei Einkünften nach § 8b KStG, GmbH-StB 2016, 277; *Kollruss*, KGaA-Besteuerungskonzept: Keine zwingende Betragsidentität zwischen § 9 Abs. 1 Nr. 1 KStG und § 15 Abs. 1 Nr. 3 EStG, StBp. 2016, 41.

I. Zwischengeschaltete Mitunternehmerschaft (Abs. 6 Satz 1)

1. Notwendige Regelung bei zwischengeschalteter Mitunternehmerschaft

202

Aufgrund von Abs. 6 Satz 1 gelten die Regelungen der Abs. 1 bis 5 auch, soweit einer dem persönlichen Anwendungsbereich des Abs. 1 mittelbar unterfallenden Körperschaft Bezüge, Gewinne oder Gewinnminderungen über eine PersGes. zugerechnet werden.

Abs. 6 Satz 1 unterscheidet zwei Tatbestände, die bei zwischengeschalteter Mitunternehmerschaft von Bedeutung sind. Zum einen handelt es sich um die Anwendung der Regelungen der Abs. 1–5, wenn der als Körperschaft strukturierte Mitunternehmer im Rahmen seiner Beteiligung an der Mitunternehmerschaft begünstigte Beteiligungserträge erzielt. Diese im Halbs. 1 enthaltene Grundregel wird zum anderen in Halbs. 2 um den Tatbestand der Veräußerung des Mitunternehmeranteils ergänzt, der die begünstigten Beteiligungserträge vermittelt.

Abs. 6 wurde durch das UntStFG neu gefasst. Dadurch regelt Abs. 6 Satz 1 ausdrücklich, dass alle in Abs. 1–5 genannten Bezüge, Gewinne und Gewinnminderungen, die im Rahmen des Gewinnanteils einer Mitunternehmerschaft zugerechnet werden, außer Ansatz

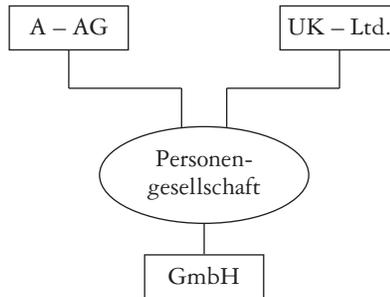
bleiben. Das StSenkG ordnete in Abs. 6 Satz 1 noch an, dass Bezüge oder Gewinne iSd. Abs. 1–3 im Rahmen eines Gewinnanteils aus einer Mitunternehmerschaft iSd. §§ 13 Abs. 7, 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 und des § 18 Abs. 4 EStG zugerechnet werden. Der Wortlaut ließ offen, ob bei einer zwischengeschalteten Mitunternehmerschaft die Abs. 1–5 oder nur die Abs. 1–3 anwendbar waren. Es handelt sich uE bei der Fassung durch das UntStFG um eine klarstellende Regelung, weil Abs. 6 bereits in der Altfassung sinntensprechend die umfassende Geltung der Abs. 1–5 anordnete (*Rödder/Schumacher*, DStR 2001, 1634 [1640f.]). Darüber hinaus ist nun gesetzlich entschieden, dass jede Mitunternehmerschaft, auch die gewerblich geprägte (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG), die Anwendung der Abs. 1–5 vermittelt.

Erst durch die Neufassung erfuhr Abs. 6 Satz 1 darüber hinaus auch die vorgenannte Ergänzung, dass auch Gewinne und Verluste von Abs. 1–5 erfasst werden, soweit sie bei der Veräußerung oder Aufgabe eines Mitunternehmeranteils auf Anteile iSd. Abs. 2 entfallen. Es war uE auch bislang schon eine Erstreckung des Abs. 6 (direkt oder analog) geboten, um dem Zweck einer umfassenden Freistellung von Veräußerungsgewinnen aus Beteiligungen an KapGes. zu entsprechen. Auch diese Fassung enthält jedoch nach wie vor keine ausdrückliche Regelung zur Geltung bei der GewSt. Ganz im Gegenteil wird diese Problematik dadurch verschärft, dass eine Erweiterung des § 7 GewStG durch Anfügen eines Satzes 2 erfolgte. Soweit eine nicht natürliche Person unmittelbar, folglich insbes. eine Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse, eine Beteiligung an einer Mitunternehmerschaft veräußert oder aufgibt oder diese ihren Betrieb veräußert oder aufgibt, tritt GewStPflicht ein.

Abs. 6 Satz 1 Halbs. 1 ist notwendig, um nach Wegfall des Anrechnungsverfahrens die Besteuerung von Beteiligungserträgen aus KapGes. nur auf der Ebene der KapGes. selbst zu bewirken. Da eine Mitunternehmerschaft selbständiges Subjekt der Gewinnerzielung und -ermittlung ist, ist der dem Mitunternehmer zuzurechnende Gewinnanteil kein Bezug iSd. Abs. 1 oder Gewinn iSd. Abs. 2 und 3. Die Mitunternehmerschaft, die die begünstigten Bezüge und Gewinne erzielt, wiederum gehört nicht zu dem durch Abs. 1 und 2 begünstigten Personenkreis. Abs. 6 Satz 1 Halbs. 1 stellt sicher, dass die Kette zwischen begünstigtem Empfänger von Beteiligungserträgen und der Beteiligungsgesellschaft auch bei zwischengeschalteter Mitunternehmerschaft erhalten bleibt.

Streitig ist, ob es sich bei Abs. 6 Satz 1 um eine deklaratorische oder konstitutive Regelung handelt. Insbesondere § 3 Nr. 40 EStG enthält keine entsprechende Überleitungsvorschrift auf Mitunternehmerschaften. Der Gesetzgeber geht offenbar davon aus, dass § 3 Nr. 40 EStG als allgemeine, bei der Gewinnermittlung zu beachtende Regelung unmittelbar bei der Mitunternehmerschaft anwendbar ist. Es wird zT vertreten, dass dies auch für § 8b gelte und Abs. 6 deklaratorischer Natur sei (vgl. *Töben*, FR 2002, 361 [365]; *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 637). Versteht man § 8b indes – wie offenbar vom Gesetzgeber beabsichtigt – als spezielle Regelung für KapGes. (s. Anm. 24), können PersGes. in den persönlichen Anwendungsbereich nur durch Abs. 6 gelangen (vgl. auch *Seitz*, GmbHR 2004, 476, mwN; *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 520a).

Typischer Anwendungsfall ist die Beteiligung einer durch § 8b begünstigten KapGes. an einer gewerblichen oder gewerblich geprägten Personenhandels-gesellschaft. Diese wiederum hält eine oder mehrere Beteiligungen an in- oder ausländ. KapGes. in ihrem Gesamthandsvermögen.



Regelungsbedürfnis: Ohne die Regelung des Abs. 6 Satz 1 wären Ausschüttungen der GmbH oder ein Gewinn aus der Veräußerung der Anteile an dieser GmbH (vorbehaltlich § 7 Satz 2 GewStG) im Inland stpfl.; für die AG ergäbe sich eine StPflcht, weil sie einen Gewinnanteil iSd. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG statt Bezügen nach Abs. 1 erhält; für die englische Limited, wenn sie Betriebsstätteinkünfte nach § 49 Abs. 1 Nr. 2a EStG, Art. 5 und ggf. 7 Abs. 1 OECD-MA statt Bezüge nach Abs. 1 erhält.

2. Tatbestand des Abs. 6 Satz 1 Halbs. 1

203

Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 6 Satz 1 Halbs. 1 im Überblick: Die in Abs. 6 Satz 1 Halbs. 1 angeordnete Geltung der Abs. 1–5 setzt voraus:

- eine Mitunternehmerschaft sowie
- die Zurechnung von in Abs. 1–5 genannten Bezügen, Gewinnen und Gewinnminderungen im Rahmen des Gewinnanteils
- an eine Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse.

Mitunternehmerschaft: Nicht jede zwischengeschaltete PersGes. vermittelt die Anwendung der § 8b-Regelungen. Es muss sich vielmehr um eine qualifizierte Mitunternehmerschaft handeln. Erforderlich ist, dass im Einzelfall der Typusbegriff des Mitunternehmers mit Mitunternehmerisiko und -initiative erfüllt wird. Neben den Personenhandelsgesellschaften oHG und KG trifft das grds. insbes. auch auf die atypisch stille Gesellschaft und die GbR zu. Auf die Art der mitunternehmerischen Betätigung kommt es nicht an. Die mitunternehmerischen Einkünfte können solche nach § 13 Abs. 7, § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 3 oder § 18 Abs. 4 EStG sein.

- ▶ **Gewerbliche Prägung grds. ausreichend:** Hinsichtlich der gewerblichen Mitunternehmerschaft werden sowohl originär tätige gewerbliche Mitunternehmer-schaften erfasst als auch gewerblich geprägte (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG), da diese ebenfalls zu entsprechenden Gewinnanteilen führen und der Gesetzgeber des UntStFG in Abs. 6 Satz 1 nur auf eine Mitunternehmerschaft ohne weitere Voraussetzungen abstellt (vgl. auch *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 521a; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 404 [6/2017]; *Watermeyer*, GmbH-StB 2002, 108 [112]).
- ▶ **Besonderheit KGaA:** Angesprochen kann auch eine KGaA sein. Erfasst wird damit der Gewinnanteil eines Komplementärs einer KGaA (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG), soweit er durchgeleitete Dividenden enthält. Betroffen sind Fälle, in denen eine KapGes. (AG, GmbH) den durch § 8b Abs. 1 und Abs. 2 begünstigten Komplementär der KGaA bildet (im Übrigen wäre das Teileinkünftever-

fahren anwendbar). Zwar bezieht Abs. 6 Satz 1 EStG nur die Mitunternehmerschaft ein, die in § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG geregelt ist; uE gilt Abs. 6 Satz 1 für die KGaA im Bereich des § 15 Abs. 1 Nr. 3 EStG entsprechend (vgl. FG München v. 25.10.2018 – 13 K 1241/17, EFG 2019, 267, Rz. 43 ff., Az. BFH I R 44/18; vgl. dazu auch *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 562f. [10/2019]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 405 [11/2019]; *Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 402 [7/2019]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 521a). Die Frage einer Anwendung des Abs. 6 bleibt bis zur Revisionsentscheidung des BFH (I R 44/18) unklar.

- ▶ *Doppelstöckige Personengesellschaften*: Mitunternehmerschaft iSd. Abs. 6 ist ebenfalls die doppelstöckige PersGes. (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 EStG), da der Wortlaut des Abs. 6 allg. von „Mitunternehmerschaft“ spricht und insoweit keine Einschränkung erlaubt (ebenso BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 54).
- ▶ *Keine Beschränkung auf inländische Mitunternehmerschaften*: Weiterhin werden in- und ausländ. PersGes. erfasst. Ob es sich im Fall einer ausländ. Gesellschaft um eine PersGes. handelt, richtet sich nach den Wertungen des deutschen StRechts. Sie erfolgt durch einen Rechtstypenvergleich. Es ergibt sich dieselbe Prüfung wie im Rahmen der Abs. 1 und 2, dort bezogen auf eine KapGes. Eine inländ. Mitunternehmerschaft vermittelt dem im Ausland ansässigen Gesellschafter eine inländ. BS iSd. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a EStG. Das gilt im Nicht-DBA-Fall aufgrund von BFH v. 29.11.2017 (BFH v. 29.11.2017 – I R 58/15, BFH/NV 2018, 684) auch bei einer ausschließlich gewerblichen Prägung aufgrund von § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG. Voraussetzung ist, dass die Dividenden der ausschüttenden KapGes. im „Gewerbebetrieb“ angefallen sind, mithin durch die Beteiligung an der Mitunternehmerschaft veranlasst sind (BFH v. 29.11.2017 – I R 58/15, BFH/NV 2018, 684, Rz. 25); maßgeblich dafür ist das Veranlassungsprinzip. Das entspricht regelmäßig den Zurechnungsgrundsätzen der Beteiligung im Fall von DBA-Mitunternehmerschaften. Ein Unterschied zwischen einem DBA- und einem Nicht-DBA-Fall besteht, wenn die gewerblich geprägte PersGes. nur beteiligungshaltend ist. In diesem Fall gehört die Beteiligung an der Ausschüttungs-KapGes. stets zu einer inländ. BS (vgl. *Wacker*, DStR 2019, 836; *Wacker*, FR 2018, 562; *Haun/Klumpp*, IStR 2018, 611; *Kahlenberg*, IStR 2018, 348; *Klein*, Ubg 2018, 334; *Klein/Rippert*, IStR 2019, 439; *Oppel*, IWB 2018, 735; *Hagemann*, NWB 2018, 1687; *Martini/Oppel/Staats*, IWB 2018, 605; *Morz/Wellmann*, FR 2018, 740; *Weiss*, GmbH-StB 2018, 137).
- ▶ *Vermögensverwaltende Personengesellschaft als Ausnahme* (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO): Nicht in den Anwendungsbereich des Abs. 6 fallen vermögensverwaltende PersGes.; es gilt die Bruchteilsbetrachtung (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO). Beteiligungen an KapGes. werden den Personengesellschaftern unmittelbar zugerechnet (vgl. BFH v. 13.7.1999 – VIII R 72/98, BStBl. II 1999, 820; BFH v. 9.5.2000 – VIII R 41/99, BStBl. II 2000, 686; ebenso BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 56; *Eilers/Schmidt*, GmbHR 2003, 613 [637 f.]; aA *Bergemann*, DStR 2000, 1410 [1413]). Dieser von der Rspr. für Veräußerungsgewinne entschiedene Fall gilt uE gleichermaßen für laufende Beteiligungserträge iSd. Abs. 1 und entsprechende Abzugsrestriktionen (glA BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 56; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 559 [10/2019]). Der Grund besteht darin, dass die Zurechnung der Erträge der Zurechnung der Beteiligung selbst folgt (§ 20 Abs. 5 EStG).

Zurechnung von Bezügen, Gewinnen und Gewinnminderungen im Rahmen eines Gewinnanteils: Gewinnanteil ist wegen des Verweises auf den strechtl. Begriff „Mitunternehmerschaft“ ebenfalls strechtl. zu interpretieren und bedeutet den Anteil eines Mitunternehmers am Gesamtgewinn der Mitunternehmerschaft. Dieser setzt sich aus dem Gewinn einer aus der HBil. abgeleiteten StBil. sowie dem Erg. eventueller Ergänzungs- und Sonderbilanzen zusammen. Bezüge, Gewinne und Gewinnminderungen sind im Gesamtgewinn enthalten und werden dem Mitunternehmer zugerechnet, soweit dies der Gewinnverteilungsabrede entspricht; auf eine vermögensmäßige Beteiligung der KapGes. (Komplementär) kommt es nicht an, sondern allein maßgebend ist die stl. wirksame Zurechnung von Bezügen, Gewinnen und Gewinnminderungen (zutr. *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 564 [10/2019]; aA *Pung in DPM*, § 8b Rz. 411 [11/2019]; *Dötsch/Pung*, DB 2003, 1016 [1025]). Soweit die begünstigte Beteiligungsgesellschaft zum SonderBV des nach § 8b Begünstigten zählt, erfolgt eine Zurechnung entsprechender Gewinne, Bezüge und Gewinnminderungen allein ihm gegenüber. Erfasst werden damit auch die Komplementäreinkünfte einer GmbH & Co. KG (glA *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 564f. [10/2019]). Eine vermögensmäßige Beteiligung der Komplementär-GmbH ist uE nicht erforderlich, wenn ihr aufgrund einer stl. anerkannten Gewinnverteilungsabrede Einkünfte iSd. Abs. 1 bis 5 zugerechnet werden (aA *Dötsch/Pung*, DB 2003, 1016 [1025f.]; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 405 [11/2019]; *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 647; *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 522). Sondervergütungen an die Komplementär-GmbH (Geschäftsführung, Haftung) führen jedoch nicht zu begünstigten zuzurechnenden Einkünften, weil sie aus einer eigenen Tätigkeit der Komplementär-GmbH und nicht originär aus der KapGes. als Finanzbeteiligung aus der Mitunternehmerschaft stammen (ebenso wohl *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 564 [10/2019]). Unseres Erachtens kann jedoch ein Gewinnvorab zu entsprechenden, den Abs. 1 bis 5 unterfallenden Einkünften führen (aA *Pung in DPM*, § 8b Rz. 411 [11/2019]). Zu Gewinnanteilen bei *venture capital* und *private equity funds* vgl. BMF v. 16.12.2003 – IV A 6 - S 2240 - 153/03, BStBl. I 2004, 40. Streitig ist die Anwendung der *Carried Interest* als Bezüge iSd. Abs. 1 Satz 1; die FinVerw. wertet sie als verdecktes Entgelt für die Tätigkeit der Initiatoren, auch wenn es sich um eine KapGes. handelt. Dagegen spricht indes, dass § 3 Nr. 40a, § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG, auf den sich § 3 Nr. 40a bezieht, nicht auf KapGes. anwendbar ist (*Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 523a; *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 64).

Steuerpflichtiger: Das Gesetz spricht vom Stpfl. Gemeint ist damit der an der Mitunternehmerschaft beteiligte Stpfl. Bei einer doppelstöckigen PersGes. kommt es auf deren Gesellschafter als Stpfl. an. Durch den Verweis auf Abs. 1 bis 5 folgt, dass Abs. 6 Satz 1 inkorporierte Unternehmen als Mitunternehmer betrifft, die dem subjektiven Anwendungsbereich des Abs. 1 unterfallen (s. Anm. 16). Das gilt auch für den Fall des Abs. 3 Sätze 4ff.; Stpfl. ist in diesem Fall der mittelbar qualifizierte Beteiligte. Hervorzuheben ist, dass die mittelbare Anwendung der Abs. 1 bis 5 auch gilt, wenn der Mitunternehmer eine beschränkt stpfl. Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse ist.

3. Rechtsfolgen des Abs. 6 Satz 1

204 a) Grundsatz

Abs. 6 Satz 1 ordnet die Geltung der Abs. 1–5 auch bei zwischengeschalteter Mitunternehmenschaft an. Dadurch kommt es zur umfassenden Anwendung der Rechtsfolgen des § 8b. Es gelten nicht nur die begünstigenden StBefreiungen der Abs. 1 und 2, sondern auch die Abzugsbeschränkungen des Abs. 3, die Versagung der StBefreiung bei einbringungsgeborenen und unter dem Teilwert von einem Nichtbegünstigten erworbenen Anteilen iSd. Abs. 4 aF und die Einschränkung des BA-Abzugs nach Abs. 5.

205 b) Anwendung der Abs. 1 bis 4

Soweit in dem Gewinnanteil des Mitunternehmers, der als Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse organisiert ist, laufende Beteiligungserträge nach Abs. 1, einmalige Erträge nach Abs. 2 oder Substanzverluste nach Abs. 3 enthalten sind, gilt:

Körperschaftsteuer: Laufende Bezüge und einmalige Gewinne sind nicht in das Einkommen des Mitunternehmers einzubeziehen, sondern aufgrund von Abs. 1 und 2 wie im Fall einer unmittelbaren Beteiligung des begünstigten Mitunternehmers stbefreit. 5 % eines stfreien Veräußerungsgewinns gelten als nicht abziehbare BA, Verluste dürfen sich aufgrund von Abs. 3 Satz 3 nicht auswirken. Dies gilt insbes. auch für Teilwertabschreibungen durch die Mitunternehmenschaft selbst oder in einer Ergänzungs-/Sonderbilanz des Mitunternehmers. Wendet man Abs. 3 Sätze 4 ff. auch auf die PersGes. als Darlehensgeber an (s. Anm. 112) ist fraglich, ob die Beteiligungsquote der PersGes. selbst oder ihrer Gesellschafter maßgeblich ist. Ist die PersGes. als Gesellschafter selbst Darlehensgeber, soll es auf ihre Beteiligungsquote ankommen, weil ihr Gesellschafter wiederum eine nahestehende Person ist (FG Hamb. v. 9.2.2017 – 5 K 9/15, EFG 2017, 763 [offengelassen Rev. BFH v. 19.2.2020 – I R 19/17, BFHE 269, 243]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 227 [6/2020]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 279; *Herlinghaus* in *Rödder/Herlinghaus/Neumann*, 2015, § 8b Rz. 328; *Lang*, NWB 2010, 3798 [3804]). Unseres Erachtens ist demgegenüber die durchgerechnete Beteiligungsquote maßgebend. Dies folgt aus der kstl. Transparenz der PersGes., die Abs. 6 Satz 1 aufnimmt. Bei der Zurechnung aufgrund von Abs. 6 Satz 1 kommt es auf die persönlichen Voraussetzungen des beteiligten Stpfl. an. Das folgt aus Satz 1: „... Gewinnminderungen, die dem Steuerpflichtigen im Rahmen des Gewinnanteils aus einer Mitunternehmenschaft zugerechnet werden“. Da Abs. 6 Satz 1 den über eine PersGes. beteiligten korporierten Beteiligten wie bei einer unmittelbaren Anwendung des Abs. 1 bis 5 stellen soll (BFH v. 7.2.2007 – I R 27/06, BStBl. II 2008, 527 [528]), ist die durchgerechnete Beteiligungsquote maßgebend.

Verhältnis zu den Regelungen der Mitunternehmenschaft: Die Anwendung der Abs. 1 bis 3 lässt die Gewinnermittlung der Mitunternehmenschaft selbst unberührt; da die Mitunternehmenschaft selbständiges Subjekt der Gewinnermittlung ist, sind die Rechtsfolgen der Abs. 1 bis 3 auf dieser Ebene zu berücksichtigen. Für den einzelnen Mitunternehmer sind jedoch entsprechende Feststellungen zu treffen – zB im Gewinnanteil enthaltene laufende Bezüge aus ausländ. Beteiligungen, aus inländ. Beteiligungen und nicht abziehbare Verluste wie auch Gewinne oder Verluste aus der Veräußerung des Mitunternehmeranteils selbst und darin enthal-

tene einmalige Beteiligungserträge. Zum Verfahren s. Anm. 215. Wegen der StFreiheit laufender und einmaliger Beteiligungserträge sowie der Nichtberücksichtigung von Verlusten dürfen sich diese auch nicht im Rahmen des § 15a EStG auswirken. Steuerfreie Beteiligungserträge vermindern einen Verlustvortrag nach § 15a EStG nicht, nicht abziehbare Verluste erhöhen ihn nicht. Dasselbe gilt, wenn im Rahmen einer Mitunternehmerschaft in der Form einer atypisch stillen Beteiligung die Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15 Abs. 4 Satz 6 EStG statt oder neben § 15a EStG eingreift. Durch die Streubesitzregelung in Abs. 4 kann es entgegen Abs. 1 zum Ausschluss der KSt-Freistellung kommen, wenn die Quotalaufung auf den Mitunternehmer durchgerechnete Beteiligung nicht mindestens 10 % zu Beginn des Kj. beträgt, die für Zwecke des Abs. 4 als unmittelbare Beteiligung gilt. Hierzu s. Anm. 136.

c) Anwendung des Abs. 4 aF

206

Durch den umfassenden Verweis auf die Anwendung der Abs. 1 bis 5 ist die StBefreiung für laufende und einmalige Beteiligungserträge für einen inkorporierten Mitunternehmer ausgeschlossen, soweit die Restriktionen des Abs. 4 aF eingreifen. Dies ist der Fall, wenn es sich bei den Anteilen an KapGes., die sich im BV einer Mitunternehmerschaft befinden, um einbringungsgeborene Anteile handelt oder um Anteile, die die Beteiligungsgesellschaft unter dem Teilwert von einem nicht durch Abs. 2 begünstigten Stpl. erworben hat.

In gleicher Weise gelten auch die Rückausnahmen des Abs. 4 Satz 2 aF. Im Rahmen der Berechnung der siebenjährigen Behaltefrist in Nr. 1 dieser Rückausnahmenvorschrift indes ist fraglich, ob sie durch die Mitunternehmerschaft oder den Mitunternehmer selbst erfüllt sein muss. Da es auf die Zurechnung des Gewinnanteils auf den (inkorporierten) Mitunternehmer ankommt, ist uE für die Siebenjahresfrist auch auf den Mitunternehmer selbst abzustellen.

d) Anwendung des Abs. 5

207

Soweit in dem auf den durch § 8b begünstigten Mitunternehmer entfallenden Gewinnanteil Dividenden aus Beteiligungen an KapGes. enthalten sind, gelten 5 % der Dividende als nicht abziehbare BA. Effektiv werden damit 95 % der anteiligen Dividende von der KSt befreit. Tatsächliche Aufwendungen sind im Rahmen der Gewinnermittlung vollständig abziehbar, weil § 3c Abs. 1 EStG nicht anwendbar ist (Abs. 5 Satz 2). Eine Ausnahme gilt im Fall steuerpflichtigen Streubesitzes aufgrund Abs. 4 Satz 7.

Sachliche Anwendung des Abs. 5 bei Mitunternehmern oder Mitunternehmerschaft: Das Gesetz enthält keine explizite Aussage dazu, ob die Abzugsbeschränkungen auf der Ebene des Mitunternehmers oder der Mitunternehmerschaft anzuwenden sind. Da die Mitunternehmerschaft Subjekt der Gewinnermittlung ist, sind uE auch auf dieser Ebene die Abzugsbeschränkungen zu berücksichtigen. Ein Unterschied hinsichtlich der Abziehbarkeit von Aufwendungen sollte nicht eintreten, weil bei einer unmittelbaren Finanzierung/Refinanzierung durch den Mitunternehmer das SonderBV für ein entsprechendes Korrektiv sorgt. In Einzelfällen des Auseinanderfallens – insbes. bei KapGes. und natürlichen Personen als Mitunternehmer – ist uE die gesellschaftsrechtliche Gewinnverteilungsabrede maßgebend.

Beispiel:

Inlandsfall

Beteiligungserwerb durch die KG

- a) durch Bankdarlehen, das die KG aufnimmt
- b) durch Bankdarlehen, das die Gesellschafter-GmbH aufnimmt.

Im Fall a) richtet sich die Abzugsbeschränkung auf der Ebene der KG nach Abs. 5. Im Fall einer Ausschüttung durch die KapGes. gelten 5 % als nicht abziehbare BA, die tatsächlichen Finanzierungsaufwendungen sind abziehbar.

Sollte (zusätzlich) eine natürliche Person Gesellschafter sein, ist der wirtschaftliche Zusammenhang (§ 3c Abs. 2 EStG) anteilig entsprechend dem Gewinnverteilungsschlüssel bei der KG zu prüfen.

Im Fall b) wird der Gesellschafter die Darlehensmittel entweder als Darlehen oder Einlage weitergeben. In beiden Fällen zählen die aufgenommenen Darlehensverbindlichkeiten zum negativen SonderBV. Im Darlehensfall greifen die Abzugsbeschränkungen bei der Gewinnermittlung erster Stufe, in der sich die Beteiligungserträge auswirken; im Einlagefall entsteht bei der Gewinnermittlung erster Stufe erst gar kein berücksichtigungsfähiger Beteiligungsaufwand; im SonderBV bestehen keine Abzugsrestriktionen, weil Abs. 5 Satz 2 den § 3c Abs. 1 EStG suspendiert. Soweit eine natürliche Person Mitunternehmer ist, sind die strenger Abzugsrestriktionen im SonderBV durch § 3c Abs. 2 EStG zu beachten.

- ▶ **Gewerbesteuer:** Die Rechtsfolgen der Abs. 1 bis 5 gelten auch für die GewSt (BFH v. 9.8.2006 – I R 95/05, BStBl. II 2007, 279; FG Düss. v. 2.1.2004 – 17 V 5799/03 AG, EFG 2004, 849, rkr.; BMF v. 21.3.2007 – IV B 7 - G 1421/02, BStBl. I 2007, 302). § 7 Satz 4 GewStG ist insoweit klarstellender Natur (s. Anm. 25). Auch bei einer Streubesitzbeteiligung besteht insoweit keine Besonderheit, weil Abs. 4 Satz 4 nur für die KSt gilt und auf die GewSt nicht anwendbar ist. Für § 8 Nr. 5 iVm. § 9 Nr. 2a und 7 GewStG ist die Beteiligungsquote auf der Ebene der Mitunternehmerschaft (Gesamthandvermögen und SonderBV) maßgebend (R. 9.3 Satz 4 GewStR).

Die FinVerw. wendete die Abs. 1 bis 5 nicht bei zwischengeschalteter Mitunternehmerschaft für die GewSt an (BMF v. 28.4.2013 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 57 und 67). Dadurch wirkten sich Gewinnminderungen aus Anteilen gewstl. aus. Das BMF-Schreiben v. 21.3.2007 (BMF v. 21.3.2007 – IV B 7 - G 1421/0, 2007/0100766, BStBl. I 2007, 302) enthält eine Billigkeitsregel, nach der Verluste für Erhebungszeiträume vor 2004, die bei der GewSt angesetzt wurden, abziehbar bleiben.

208 e) Ausländische Kapitalertragsteuer im Rahmen des Abs. 6 Satz 1

Abs. 6 verhindert nicht die Erhebung ausländ. KapErtrSt auf Beteiligungserträge nach dem Recht des Ansässigkeitsstaats der Beteiligungsgesellschaft.

Abs. 6 ist eine allein nationale Vorschrift ohne Einfluss auf die Regelungen zur Ermäßigung von KapErtrSt nach der Mutter-Tochter-Richtlinie oder nach den Regelungen von DBA. Üblicherweise kommt die Nichterhebung von KapErtrSt nach den Vorschriften der EU-Mitgliedsstaaten nur dann zum Tragen, wenn die ausländ. Beteiligung unmittelbar von einer KapGes. gehalten wird. Dasselbe gilt im Regelfall für DBA, soweit eine besondere Absenkung für den Fall vorgesehen ist, dass eine im Inland ansässige KapGes. die Auslandsdividende bezieht.

209–211 Einstweilen frei.

4. Tatbestand des Abs. 6 Satz 1 Halbs. 2

212

Der Tatbestand des Halbs. 2 ergänzt Abs. 6 Satz 1 um den speziellen Fall der Erzielung eines einmaligen Beteiligungsertrags durch Veräußerung des Mitunternehmeranteils selbst. Während Satz 1 Halbs. 1 die unmittelbare Veräußerung einer begünstigten Beteiligung durch die Mitunternehmerschaft selbst regelt, erfasst Halbs. 2 die mittelbare Veräußerung, dh. die Veräußerung des Mitunternehmeranteils einschließlich der KapGes-Beteiligung.

Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 6 Satz 1 Halbs. 2 im Überblick: Die Regelung setzt voraus

- Gewinne und Verluste, die auf Anteile iSd. Abs. 2 entfallen
- bei Veräußerung oder Aufgabe eines Mitunternehmeranteils.

Gewinne und Verluste, die auf Anteile iSd. Abs. 2 entfallen: Betroffen sind Gewinne und Verluste aus Anteilen an Körperschaften oder Personenvereinigungen, die in Abs. 2 genannt sind. Ebenso wie im Fall des Halbs. 1 werden diese Gewinne oder Verluste nicht unmittelbar durch den Mitunternehmer erzielt, sondern mittelbar über die zwischengeschaltete Mitunternehmerschaft. Anders als in Halbs. 1 erzielt die Mitunternehmerschaft nicht den Beteiligungsertrag, weil sie selbst nicht die Anteile veräußert. Vielmehr entsteht der Gewinn oder Verlust als Folge der Veräußerung oder Aufgabe des Mitunternehmeranteils selbst.

- ▶ *Verlust statt Gewinnminderung:* Anders als in Halbs. 1 ist in Halbs. 2 nicht von Gewinnminderungen, sondern von Verlusten die Rede. Offenbar bezieht sich der Gesetzgeber damit nur auf einen Teil der in Abs. 3 Satz 3 genannten Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit der Veräußerung oder Aufgabe eines Mitunternehmeranteils entstehen können. Eine darüber hinausgehende Abgrenzung zu Abs. 3 ist nicht erkennbar.
- ▶ *Bewertungsnotwendigkeit:* Soweit die Mitunternehmerschaft neben den begünstigten Anteilen iSd. Abs. 2 über weiteres BV verfügt, muss der Gewinn oder Verlust den durch Abs. 2 begünstigten Anteilen und dem übrigen BV der Mitunternehmerschaft zugeordnet werden. Dasselbe gilt im Rahmen von SonderBV. Hierzu vgl. BMF v. 20.12.2005 – IV B 2 - S 2242 - 18/05, FR 2006, 192; U. Prinz/Hick, FR 2006, 168.

Veräußerung oder Aufgabe eines Mitunternehmeranteils: Die Veräußerung oder Aufgabe eines Mitunternehmeranteils ist tatbestandlich in § 16 EStG geregelt. Für Zwecke des Abs. 6 Satz 1 Halbs. 2 kann uE hierauf zurückgegriffen werden, auch wenn die Regelung insoweit keinen ausdrücklichen Rechtsgrundverweis enthält.

5. Rechtsfolge des Abs. 6 Satz 1 Halbs. 2: Geltung der Abs. 1–5

213

Als Rechtsfolge ordnet Satz 1 Halbs. 2 an, dass die Abs. 1–5 auch für vorgenannte Gewinne und Verluste gelten. Der Verweis auf Abs. 1–5 ist ungenau, denn es können solche Regelungen nicht einschlägig sein, die laufende Beteiligungserträge betreffen, also insbes. Abs. 1 und Abs. 5. Auf der anderen Seite kommt damit die StBefreiung des Abs. 2 – mit den Einschränkungen des Abs. 4 aF – zur Anwendung; entsprechend werden Veräußerungs- und Aufgabeverluste als Gewinnminderungen iSd. Abs. 3 Satz 3 stl. nicht berücksichtigt.

Gewerbsteuer: Auch nachdem der Gesetzgeber klargestellt hat, dass Abs. 1 bis 5 auch für die GewSt bei zwischengeschalteter Mitunternehmerschaft gelten, bleiben Abgrenzungsfragen. Diese haben weder das UntStFG noch das ProtErklG gelöst, weil der Gesetzgeber insoweit keine Klarstellung vorgenommen hat. Vielmehr ergeben sich neue Zweifelsfragen und Ungereimtheiten aufgrund der Änderungen durch das Unternehmensteuerfortentwicklungsg. Auf der einen Seite stellt § 8b Abs. 6 Satz 1 nun klar, dass die Regelungen der Abs. 1 bis 5 auch eingreifen, wenn die zwischengeschaltete Mitunternehmerschaft eine Finanzbeteiligung veräußert; auf der anderen Seite soll jedoch jede Veräußerung eines Mitunternehmeranteils gewstpfl. sein, soweit sie nicht unmittelbar durch eine natürliche Person, also insbes. eine KapGes., erfolgt (§ 7 Satz 2 GewSt). Abs. 6 geht uE der Vorschrift des § 7 Satz 2 GewStG vor. Da § 7 Satz 2 GewStG nur den Gewerbeertrag dahingehend definiert, dass auch Veräußerungsgewinne dazugehören, können das systematisch nur solche sein, die nach den Gewinnermittlungsvorschriften des EStG/KStG anzusetzen sind, folglich nach Anwendung der § 3 Nr. 40 EStG und § 8b Abs. 2 und 6 KStG (vgl. OFD Koblenz v. 22.12.2005 – Kurzinformation 137/05 – G 1421 A, DB 2006, 18; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 570, 574 [10/2019]; *U. Prinz/Hick*, FR 2006, 168 [169f.]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 401 [6/2017]; *Kessler/Schmalz/Schmidt*, DStR 2001, 1865 [1873f.]; *Beinert/van Lishaut*, FR 2001, 1137 [1147]; *Neu/Watermeyer*, DStR 2002, 2102 [2103]; im Erg. ebenso [teleologische Reduktion] *Behrens/Schmitt*, BB 2002, 860 [863f.]; *Töben*, FR 2002, 361 [371f.]; *Benz*, DB 2002, Beilage 1, 23; *Füger/Rieger*, DStR 2002, 933 [936]). Mit anderen Worten: § 7 Satz 2 GewStG kann keine Erträge erfassen, die bereits aufgrund von Gewinnermittlungsvorschriften befreit sind, wie dies durch die Anwendung der Abs. 2 und 3 aufgrund von § 7 Satz 4 GewStG der Fall ist. Da der korporierte Mitunternehmer selbst gewstpfl. ist, greift bei ihm die Kürzung nach § 9 Nr. 2 GewStG; im Rahmen von Abs. 1 und Abs. 2 also 5 % Schachtelbesteuerung (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 402 [6/2017]).

Konkurrenz zu § 18 Abs. 3 UmwStG: Ebenso wie im Fall des § 7 Satz 2 GewStG geht uE auch hier Abs. 6 vor, wenn die Mitunternehmerschaft Anteile an KapGes. hält. Bereits vor dem Formwechsel einer KapGes. in eine PersGes. konnten diese Beteiligungen (im Rahmen des Abs. 4 aF) stfrei veräußert werden. Bei einer Veräußerung nach Umwandlung greift der Missbrauchsgedanke des § 18 Abs. 3 UmwStG nicht (*Neu/Watermeyer*, DStR 2002, 2101 [2103]; *Füger/Rieger*, DStR 2002, 933 [936]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 400 [6/2017]; aA *BMF* v. 11.11.2011 – IV C 2 - S 1978 - b/08/10001, BStBl. I 2011, 1314, Rz. 18.9).

214 Einstweilen frei.

215 6. Verfahrensfragen

Unklar ist, wie die StBefreiung des § 8b in der einheitlichen und gesonderten Feststellung der Mitunternehmerschaft zu berücksichtigen ist. Insoweit besteht die Frage, ob die Befreiung bereits bei der Feststellung der Einkünfte selbst zu berücksichtigen ist (Nettomethode), oder ob sie als andere, mit diesen Einkünften zu berücksichtigende Besteuerungsgrundlage iSd. § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO festgestellt werden muss (Bruttomethode) oder nur nachrichtlich dem Wohnsitz-FA mitzuteilen ist (vgl. Übersicht bei *Seitz*, GmbH 2004, 476).

Aufgrund von §§ 179, 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO ist uE der auf den einzelnen Mitunternehmer entfallende stpfl. Gewinnanteil verbindlich im Verfahren zur ein-

heitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung im Sinne der Nettomethode festzustellen. Zwar ist problematisch, ob die an die Personen des Mitunternehmers geknüpfte StBefreiung bestimmter, auf der Ebene der Mitunternehmerschaft erzielter Einkünfte im Rahmen der einheitlichen und gesonderten Feststellung oder erst beim letzten Anteilseigner in der Beteiligungskette zu treffen ist. Dieser Gedanke kann indes bei Abs. 6 nicht greifen, weil es sich nicht um eine persönliche, sondern um eine durch das KStSystem technisch gebotene Befreiung handelt. Für die GewSt folgt dies bereits aus § 7 Satz 4 GewStG, weil § 3 Nr. 40, § 3c Abs. 2 EStG und § 8b bei der Mitunternehmerschaft zu berücksichtigen ist (vgl. auch *Lang*, DK 2005, 491 [493]; *Seitz*, GmbHR 2004, 476 [478]; s. § 3 Nr. 40 EStG Anm. 45 f. mwN). Die FinVerw. wendet dagegen für die KSt wohl die Bruttomethode an (vgl. *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 414 [6/2017]), die auch der BFH (BFH v. 18.7.2012 – X R 28/10, BStBl. II 2013, 444; BFH v. 10.5.2016 – IX R 4/15, BFH/NV 2016, 1425; BFH v. 25.7.2019 – IV R 47/16, BStBl. II 2020, 146, Rz. 17 ff.; BFH v. 19.2.2020 – I R 19/17, BFHE 269, 243, Rz. 21) alternativ zulässt, aber gleichwohl verlangt, dass die durch § 3 Nr. 40 und § 3c Abs. 2 EStG sowie § 8b begünstigten Einkünfte bereits bei der PersGes. ermittelt und beim Gesellschafter nach dessen Rechtspersönlichkeit angesetzt werden (vgl. auch *Scholten/Grieml/Kinalzik*, FR 2010, 259; *Apitz*, GmbH-StB 2013, 72).

Erforderliche Mitwirkungsbereitschaft der Personengesellschaft: Die zuständigen FinBeh. sind in erheblicher Weise auf die Mitwirkungspflicht der Mitunternehmerschaft angewiesen, denn die Feststellungen werden vor allem in mehrstöckigen Gesellschaftsstrukturen, uU mit zwischengeschalteter Zebragesellschaft, komplex.

Einstweilen frei.

216–217

II. Mittelbare Beteiligung eines Betriebs gewerblicher Art (Abs. 6 Satz 2)

1. Tatbestandsvoraussetzungen

218

Überblick: Ähnlich wie im Fall der Zwischenschaltung einer PersGes. soll die StFreistellung von Bezügen und Gewinnen für einen BgA erhalten bleiben, wenn eine (nicht stpfl.) jPöR zwischengeschaltet ist. Die in Abs. 6 Satz 2 beschriebene entsprechende Anwendung der Abs. 1 bis 5 setzt voraus, dass

- einem BgA einer jPöR
- Bezüge und Gewinne von einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse zufließen
- über eine jPöR, bei der die Leistungen nicht im Rahmen eines BgA erfasst werden.

Typischer Anwendungsfall: Der typische Fall ist die Beteiligung eines durch § 8b begünstigten BgA an einem Verband. Der Verband selbst ist an dem BgA einer KdöR beteiligt, wobei dieser im Regelfall selbst rechtsfähig ist (§ 4 Abs. 2). Es handelt sich insbes. um Strukturen im Rahmen öffentlich-rechtl. Kredit- und Versicherungsanstalten (vgl. *Thieme*, FR 2000, 1074 [1078] Fn. 35; zur entsprechenden Anwendung des Abs. 6 Satz 2, wenn die Bezüge und Gewinne nicht einem BgA einer jPöR, sondern einem KStpfl. iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 1, 4 und 5 zufließen [zB private Sparkasse], vgl. BMF v. 6.8.2002 – IV A 2 - S 1910 - 197/02, DStR 2002, 1575; OFD

Kiel v. 19.9.2002 – S 2750a A St 261, FR 2002, 1255; OFD Frankfurt v. 11.11.2002 – S 2750a A - 7 - St II 11, DB 2002, 2625; OFD Magdeburg v. 28.8.2007 - S 2706a - 4 - St 217 V, S 2750a - 24 - St 217 V, juris).

Regelungsbedürfnis: Ohne die Regelung des Abs. 6 Satz 2 wären Bezüge von der Landesbank bei der öffentlich-rechtl. Sparkasse kstplf. Für die Sparkasse ergäbe sich eine StPflcht, weil Abführungen des Verbands nicht zu Bezügen nach Abs. 1 führen.

Betrieb gewerblicher Art einer juristischen Person des öffentlichen Rechts: Der (mittelbare) Empfänger begünstigter laufender und einmaliger Beteiligungserträge muss ein BgA sein. Eine gesetzliche Regelung derartiger Betriebe enthält § 4. Da Abs. 6 Satz 2 keine Einschränkung hinsichtlich seines subjektiven Anwendungsbereichs enthält, werden Eigenbetriebe (§ 4 Abs. 1) und BgA mit eigener Rechtspersönlichkeit erfasst (§ 4 Abs. 2).

Bezüge und Gewinne: Es handelt sich um Bezüge und Gewinne iSd. Abs. 1 und 2. Da die Vorschrift umfassend auf Abs. 1–5 verweist, werden Gewinnminderungen ebenfalls erfasst.

Beteiligung an Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse: Die Regelung folgt der Aufzählung der in § 1 und § 2 genannten KStplf. Begünstigt sind damit Leistungen aus Gewinnen, die auf dieser Ebene bereits der KStBelastung unterlegen haben. Es kann sich zB um Gewinnausschüttungen einer KapGes. handeln oder um Gewinnabführungen eines BgA selbst.

Juristische Person des öffentlichen Rechts, bei der die Leistungen nicht im Rahmen eines Betriebs gewerblicher Art erfasst werden: Es handelt sich um jPöR, die selbst BgA darstellen (§ 4 Abs. 2) oder über einen solchen Betrieb verfügen und damit kstplf. werden (§ 4 Abs. 1). Die Beteiligung an einer KapGes. führt für die jPöR im Regelfall nicht zu einem BgA. Ausnahmsweise ist das indes der Fall, wenn die Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung oder Betriebsverpachtung erfüllt sind oder wenn die öffentlich-rechtl. Körperschaft auf die Geschäftsführung der KapGes. unmittelbar und tatsächlich Einfluss nehmen kann und diesen Einfluss auch ausübt (vgl. *Thieme*, FR 2000, 1074 [1075]).

219 2. Rechtsfolge

Körperschaftsteuer: Die entsprechende Anwendung der Abs. 1 bis 5 führt dazu, dass laufende Beteiligungserträge iSd. Abs. 1 trotz zwischengeschalteter Körperschaft des öffentlichen Rechts bei dem beteiligten BgA stbefreit sind. Entsprechendes gilt für Gewinne (Abs. 2) und Verluste (Abs. 3) aus der Veräußerung der (mittelbaren) Beteiligung selbst. Im Rahmen der Veräußerungsgewinnbefreiung greifen die Restriktionen des Abs. 2 Satz 2 (vorangegangene steuerwirksame Teilwertabschreibung) und des Abs. 4 aF ein. Einbringungsgeborene Anteile konnten im Rahmen des Abs. 6 Satz 2 zB dadurch entstehen, dass eine Person des öffentlichen Rechts ihren Eigenbetrieb in eine KapGes. steuerneutral ausgliedert. Sonderanlagen eines BgA an einen öffentlich-rechtl. Verband zum Ausgleich des Verlustes aus einer Beteiligungsabschreibung sind aufgrund von Abs. 3 Satz 3 abzugsgesperrt (BFH v. 22.5.2019 – I R 16/17, BFH/NV 2020, 158, Rz. 14; OFD Frankfurt/Main v. 16.6.2020 – S 2750a A - 7 - St 52 [Rundverfügung]). Zu Ausschüttungen aus dem stl. Einlagekonto vgl. OFD Münster v. 11.7.2012, DB 2012, 2194.

Gewerbesteuer: Die Befreiung gilt auch für die GewSt. Wie im Fall unmittelbarer Beteiligungen ist auch von einer Geltung für die GewSt im Rahmen des Abs. 6

Satz 2 auszugehen (*Dötsch/Pung*, DB 2003, 1016 [1026]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 421 [2/2019]; *Kröner* in *Bott/Walter*, § 8b Rz. 253 [4/2004]).

Einstweilen frei.

220–223

I. Erläuterungen zu Abs. 7: Keine Anwendung der Abs. 1 bis 6 auf Anteile, die bei Banken und Finanzdienstleistern dem Handelsbestand zuzurechnen sind oder bei Finanzunternehmen für den kurzfristigen Eigenhandel vorgesehen sind

Schrifttum: *Berg*, Finanzierungsgesellschaften im Sinne von § 8b Abs. 7 KStG n.F., JbFStR 2001/02, 606; *Bogenschütz/Tibo*, Erneute Änderung des § 8b KStG und weiterer Vorschriften betreffend den Eigenhandel von Banken und Finanzdienstleistern – Auswirkungen auf Unternehmen außerhalb der Kreditwirtschaft, DB 2001, 8; *Milatz*, Steuerfreiheit von Anteilsveräußerungen durch vermögensverwaltende Beteiligungsgesellschaften, BB 2001, 1066; *Tibo*, die Besteuerung von Termingeschäften im Betriebsvermögen gemäß § 15 Abs. 4 EStG, DB 2001, 2369; *Brauer/Pyszka*, Veräußerung von Anteilen an Projekt- und Objektgesellschaften nach § 8b Abs. 7 KStG steuerpflichtig?, GmbHR 2002, 1116; *Dreyer/Herrmann*, Besteuerung des Eigenhandels nach § 8b Abs. 7 KStG, DStR 2002, 1837; *Förster*, Kauf und Verkauf von Unternehmen nach dem UntStFG, DB 2002, 1400; *Hardecker*, Anteilsveräußerungen von Holding-Gesellschaften – Steuerliche Wahlmöglichkeiten bei Einstufung als Finanzunternehmen, DB 2002, 2127; *Mensching*, Holdinggesellschaft als Finanzunternehmen im Sinne des § 1 Abs. 3 KWG? – Zur Auslegung des § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG durch die Finanzverwaltung im BMF-Schreiben vom 25.7.2002, DB 2002, 234 *Pyszka*, Einschränkung der Freistellung von Dividenden- und Veräußerungsgewinnen gemäß § 8b Abs. 7 KStG bei Zwischenschaltung von Personengesellschaften, BB 2002, 2049; *Pyszka/Brauer*, Einschränkung der Steuerbefreiung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen bei Holdinggesellschaften, BB 2002, 1669; *Roser*, Mögliche Steuerrisiken einer Familienholding, EStB 2002, 333; *Sternner/Balmes*, Vermögensverwaltende Kapitalgesellschaften und Holdingkapitalgesellschaften – Chance oder Steuerfalle?, FR 2002, 993; *Wagner*, Probleme bei der Umsetzung der Sonderregelung des § 8b Abs. 7 KStG für „Finanzdienstleister“ – Kritische Auseinandersetzung mit dem BMF-Schreiben vom 25.7.2002, StBp. 2002, 361; *Wiese*, Gewerblicher Handel mit Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, GmbHR 2002, 293; *Bünning/Slabon*, Die Erzielung „kurzfristiger Eigenhandelserfolge“ iSd § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG durch Holdinggesellschaften und vermögensverwaltende Kapitalgesellschaften, FR 2003, 174; *Knebel/Seltenreich*, Ende der vermögensverwaltenden Kapitalgesellschaft?, Stbg 2003, 63; *Müller*, Industrielle Holdinggesellschaften – Behandlung des Eigenhandels von Anteilen an Kapitalgesellschaften entsprechend § 8b Abs. 7 KStG, BB 2003, 1309; *Pyszka/Brauer*, Besteuerung des Eigenhandels nach § 8b Abs. 7 KStG: „Umwidmung“ von Anteilen als Gestaltungschance für Finanzunternehmen?, DStR 2003, 277; *Stoschek/Lauermann/Peter*, Anwendbarkeit von § 8b Abs. 7 KStG auf Holding- und Beteiligungsgesellschaften, NWB F. 4, 4647; *Bindl*, Zur Steuerpflicht von Beteiligungserträgen nach § 8b Abs. 7 KStG bei Industrieholdinggesellschaften, DStR 2006, 1817; *Rogall*, Zur Anwendung von § 8b Abs. 7 KStG nach § 15 Nr. 2 KStG bei Organisationsformen, DB 2006, 2310; *Wagner*, Die Ausnahmetatbestände des § 8b Abs. 7 und 8 KStG für „Finanzdienstleister“ und „Versicherer“ – ihre Berechtigung und ihre Wirkung –, DK 2006, 609; *Bindl*, Zur Anwendung von § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG auf GmbH-Anteile, DStR 2007, 888; *Dieterlen/Dieterlen*, § 8b Abs. 7 KStG und Übertragungsvorgänge bei Mitunternehmer-schaften, GmbHR 2007, 741; *Grubel/Behrendt*, GmbH-Anteile sind nicht von § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG betroffen, DStR 2007, 886; *Jensen-Nissen*, Droht Holding- und Beteiligungskapitalgesellschaften der Verlust der Steuerfreistellung nach § 8b KStG?, DB 2008, 2273; *Stollenwerk*, Die vermögensverwaltende GmbH im Vergleich mit Direktanlage und Fondsanlage – eine Standortbestimmung nach dem UntStRefG, GmbH-StB 2008, 48; *Bauschatz*, Finanzunternehmen nach § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG, DStZ 2009, 502; *Ebner/Helios*, Zur Anwendung des § 8b Abs. 7 KStG bei Publikums- und Spezialfonds, FR 2009, 977; *Füllbier/Beckert*, Über-

nahmegewinne und -verluste bei der Verschmelzung unter Beteiligungen von Banken und Versicherungen – Steuerliche Hindernisse bei der Konsolidierung des Finanzdienstleistungssektors?, Ubg 2009, 774; *Haisch/Bindl*, Anteilsbesitz von Finanzunternehmen – Geklärte und offene Anwendungsfragen bei § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG, Ubg 2009, 680; *Hagedorn/Matzke*, Steuerpflicht von Veräußerungsgewinnen bei Anteilsverkäufen durch eine Holding GmbHR 2009, 970; *Heurung/Seidel*, Steuerplanung bei Finanzunternehmen mit ausländischen GmbH-Anteilen, GmbHR 2009, 1084; *Jacob/Scheifele*, § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG auf dem Prüfstand des BFH: Welche Auswirkungen ergeben sich für ausländische Holdinggesellschaften mit Beteiligung an inländischen (Grundstücks-) Kapitalgesellschaften?, IStR 2009, 304; *Löffler/Hansen*, Zur Reichweite von § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG nach dem BFH-Urteil vom 14.1.2009, I R 36/08, DStR 2009, 635, DStR 2009, 1135; *Lohmann/Windhöfel*, Das Signal bei Holdings steht auf langfristiges Halten – der BFH zu § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG, DB 2009, 1043; *Roser*, Anmerkung zu BFH v. 3.5.2006 – I R 100/05, GmbHR 2009, 495; *Schmitt/Krause/Rengier*, Steuerrisiken/-chancen für Holdinggesellschaften, NWB 2009, 1993; *Stollenwerk/Kühnemund*, Geglückte oder verunglückte Verwaltung von Finanzvermögen in der GmbH, Teil 1 GmbH-StB 2009, 336; Teil 2, GmbH-StB 2010, 11; *Strunk/Meyer-Sandberg*, Keine Steuerfreistellung nach § 8b KStG für Holding- und Beteiligungsgesellschaften, GStB 2009, 193; *Löffler/Tietjen*, Veräußerung von Anteilen an Immobilien-Objektgesellschaften – schädlicher „Eigenhandel“ i.S. von § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG?, DStR 2010, 586; *Wagner*, Das „übermäßig“ weite Verständnis des Begriffs der Finanzunternehmen i.S. des § 8b Abs. 7 KStG durch den BFH, DK 2010, 45; *Breuninger/Winkler*, Die Anwendung des § 8b Abs. 7 KStG im Rahmen von Kapitalerhöhungen und Sacheinlagen – Chancen und Risiken?, Ubg 2011, 13; *Hagen/Beckert*, Finanzunternehmen und beschränkte Verrechnung von Verlusten aus Termingeschäften – Auswirkungen der jüngeren Finanzrechtsprechung, Ubg 2011, 520; *Löffler/Hansen*, Veräußerung zuvor gekaufter Anteile an einer Vorratsgesellschaft als „Eigenhandel“ im Sinne von § 8b Abs. 7 KStG, DStR 2011, 558; *Riegel*, Die Ausnahme von Beteiligungsprivileg für Finanzunternehmen, Ubg 2011, 121; *Riegel/Uskenbayeva*, Besteuerung von Dividenden und Gewinnen aus Anteilsveräußerungen bei Finanzunternehmen, NWB 2011, 2375; *Seidell/Engel*, Eigenhandelsverluste bei Finanzunternehmen, GmbHR 2011, 358; *Egner/Kohl*, Finanzunternehmen im Sinne des § 1 Abs. 3 KWG und (gewerbliche) PE/VC-Fonds, Ubg 2012, 516; *Haisch/Bindl*, Rechtsprechungs-Update zur Besteuerung von Finanzunternehmen, Ubg 2012, 667; *Jansen/Lübbehüsen*, Ausnahme von Beteiligungsprivileg für Finanzunternehmen, BB 2012, 2595; *Kessler/Girlich/Ohlipp*, Streichung des § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG – Korrektur eines gesetzgeberischen Kunstfehlers?, DStR 2012, 2524; *Seip*, Eigenhandelsabsicht von Finanzunternehmen und Steuerpflicht von Veräußerungsgewinnen, NWB 2012, 2309; *Kirchartz*, Europäisches bankenaufsichtsrecht 1.0: Das CRD IV-Paket und seine Auswirkungen auf das Kreditwesengesetz, GWR 2013, 395; *Mohr/Gebhardt*, Zum Verhältnis von § 8b Abs. 7 KStG und § 17 Abs. 2 Satz 6 EStG im Kontext beschränkt steuerpflichtiger Kapitalgesellschaften, IStR 2013, 401; *Ebel*, Anteilsbesitz und -handel gem. § 8b Abs. 7 KStG, FR 2014, 500; *Binnewies/Zapf*, Versagung des Beteiligungsprivilegs gemäß § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG, GmbH-StB 2015, 226; *Kempff/Nitzschke*, Anwendung des § 8b Abs. 7 KStG auf Finanzunternehmen aus Drittstaaten, IStR 2016, 183; *Schnittker/Steinbiß*, Gewerblichkeit oder Vermögensverwaltung bei PE/VC-Fonds – Folgerungen aus dem Urteil des BFH v. 24.8.2011, FR 2012, 39, FR 2016, 1069; *Hoheisel/Stroh*, Neuregelung des § 8b Abs. 7 KStG, StuB 2017, 179.

224 I. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 7

Zwei unterschiedliche Fallgruppen: Die Vorschrift enthält vor und nach ihrer ab VZ 2017 geänderten Regelung zwei Fallgruppen, auf die Abs. 1 bis 6 nicht anzuwenden sind. Die erste Gruppe erfasst Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsunternehmen. Bei ihnen sind die Abs. 1 bis 6 nicht auf Anteile anzuwenden, die dem Handelsbestand iSd. § 340e Abs. 3 HGB zuzurechnen sind. Die zweite Fallgruppe betrifft Finanzunternehmen iSd. KWG, an denen mehrheitlich Kreditinsti-

tute oder Finanzdienstleistungsinstitute beteiligt sind. Bei ihnen sind die Abs. 1 bis 6 nicht auf Anteile anzuwenden, die im Zeitpunkt des Zugangs zum BV als UV auszuweisen sind.

Für entsprechende Unternehmen in der Rechtsform eines Personenunternehmens, insbes. einer PersGes., enthält § 3 Nr. 40 Sätze 3 und 4 EStG die entsprechende Suspendierung des Teileinkünfteverfahrens.

Der Grund der Regelung besteht in den besonderen Erfordernissen finanzwirtschaftlicher Unternehmen. Banken und Finanzdienstleistungsunternehmen sichern Risikopositionen aus Aktien und anderen Anteilen regelmäßig durch gegenläufige Risikopositionen aus Sicherungsgeschäften/Aktienderivaten ab. Dasselbe gilt für Finanzunternehmen iSd. § 1a KWG. Gewinne aus solchen Geschäften sollen von der StFreiheit aufgrund von Abs. 1 und insbes. Abs. 2 ausgenommen werden, um auch Abs. 3 zu suspendieren und eine Verlustverrechnung mit gegenläufigen Geschäften zu ermöglichen; dadurch sollten negative Auswirkungen auf den Aktien- und Derivatehandel vermieden werden (BTDrucks. 14/4626, 5). Ursprünglich war in § 8b Abs. 2 idF des StSenkG eine Haltefrist von einem Jahr für Veräußerungsgewinne aus Anteilen vorgesehen. Anteile, die innerhalb der Haltefrist erworben oder veräußert wurden, führten zwar zu einem stpfl. Gewinn. Auf der anderen Seite führte diese StPflcht nicht zu einer korrespondierenden Geldendmachung von Veräußerungsverlusten und Teilwertabschreibungen während dieser Haltefrist. Zum einen sah Abs. 3 Satz 2 vor, dass Gewinnminderungen durch den Ansatz des niedrigeren Teilwerts selbst dann nicht geltend gemacht werden konnten, wenn sie innerhalb der einjährigen Haltefrist realisiert wurden. Zum anderen schränkte § 15 Abs. 4 EStG die Nutzung anderer, während der einjährigen Haltefrist realisierter Gewinnminderungen (insbes. Veräußerungsverluste) erheblich ein. Allerdings blieben laufende Erträge stpfl. Der Gesetzgeber befürchtete anderenfalls Besteuerungslücken (Gesetzesbegründung, BTDrucks. 14/4626; ausführl. zum Hintergrund *Ebel*, FR 2014, 500). Die Änderung des § 8b noch vor seinem Inkrafttreten sollte die stl. Rahmenbedingungen für den Handel mit Aktien und anderen Beteiligungen durch institutionelle Anleger verbessern. Da die in Satz 1 enthaltene Regelung für Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute auf solche Anteile abstellte, die aufgrund von § 1a KWG dem Handelsbuch zuzurechnen waren, galten auch die aufsichtsrechtl. Regelungen zur Umwidmung. Durch den Verweis auf § 340e Abs. 3 HGB hat der Gesetzgeber stattdessen an die handelsrechtl. Regelungen zum Handelsbestand mit den in § 340e Abs. 3 Sätze 2 und 3 HGB enthaltenen Restriktionen einer Umwidmung von Anteilen angeknüpft. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen dadurch stl. motivierte Gestaltungen verhindert werden (BTDrucks. 18/9536, 55). Auch die umfassende Änderung von Satz 2 hat ihre Ursache darin, Gestaltungsmöglichkeiten einzuschränken. Da Satz 2 aufgrund einer weiten, am Aufsichtsrecht orientierten Definition des Finanzinstituts auch Industrieholdings und konzerninterne Finanzunternehmen erfasste, konnten sie Verluste aus der Veräußerung von Beteiligungen konzernintern stl. geltend machen. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen Gestaltungsmöglichkeiten durch die ab VZ 2017 geltende Neuregelung verhindert werden (BTDrucks. 18/9536, 53). Die ersatzlose Streichung von Abs. 7 Satz 3 hat ihre Ursache darin, eine EU-Diskriminierung zu verhindern. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass auch Kredit- und Finanzdienstleistungsunternehmen sowie Finanzunternehmen in anderen EU- und EWR-Ländern ebenso wie in Drittländern aufgrund der Kapitalverkehrsfreiheit (§ 63 AEUV) einzubeziehen sind. Die Streichung hat

deklaratorischen Charakter. Laufende Beteiligungserträge werden durch die Suspendierung der Abs. 1 bis 6 ebenfalls stpfl. Durch Abs. 9 hat der Gesetzgeber eine partielle Rückausnahme zu Abs. 7 geschaffen, indem ausländ. EU-Dividenden stfrei bleiben. Die StPflcht würde gegen Art. 4 Abs. 1 der Mutter-Tochter-Richtlinie (RL [EWG] v. 23.7.1990, ABl. EG 1990 Nr. L 255, 6; ber. ABl. EG 1990 Nr. L 226, 20) verstoßen.

Bedeutung: Abs. 7 hat weiterhin erhebliche Bedeutung für die Finanzwirtschaft, um die angestrebte Verrechnung von Veräußerungsgewinnen, Wertminderungen und gegenläufigen Risikopositionen zu erreichen. Während bis zum VZ 2016 die Bedeutung von Abs. 7 – insbes. Satz 2 mit der ausdehnenden Einbeziehung sämtlicher Holdinggesellschaften als Finanzunternehmen – weit über den finanzwirtschaftlichen Bereich hinausging, ist sie seit dem VZ 2017 zielgerichtet auf die Finanzwirtschaft ausgerichtet. Unter den Voraussetzungen des Abs. 7 können die genannten Institute Verluste aus Aktientermingeschäften und Absicherungsgeschäften stl. geltend machen (vgl. Gesetzesbegründung, BTDrucks. 14/4626, 3; eingehend *Bogenschütz/Tibo*, DB 2001, 8; *Schwedhelm/Olbing/Binnewies*, GmbHFR 2002, 1157 [1160]; *Dreyer/Herrmann*, DStR 2002, 1837; *Sternler/Balmes*, FR 2002, 993; *Bünning/Slabon*, FR 2003, 174; *Füllbier/Beckert*, Ubg 2009, 774 [775]; *Wagner*, DK 2009, 23 [24]; *Ebel*, FR 2014, 500 [501 f.]). Dadurch sind konzerninterne Gestaltungen zur Nutzung von Veräußerungsverlusten durch Beteiligungs(Finanz-)unternehmen entsprechend eingeschränkt, auf der anderen Seite wird aber Rechtssicherheit erreicht, indem Veräußerungen durch eine nicht dem Finanzsektor zugehörige Holdinggesellschaft weiterhin stfrei sind und die „Veräußerungsgewinnfälle“ vermieden wird. Auch kurzfristige Übertragungen können ohne Risiko einer StPflcht der Veräußerung oder einer als Veräußerung geltenden verdeckten Einlage erfolgen.

II. Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute, bei denen Anteile dem Handelsbestand zuzurechnen sind (Abs. 7 Satz 1)

225 1. Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen

Die Regelung betrifft nur bestimmte Körperschaften und nur bestimmte Anteile. Erfasst sind

- Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute
- mit Anteilen, die dem Handelsbestand iSd. § 340e HGB zuzurechnen sind (aF: die dem Handelsbuch zuzurechnen sind).

Der aktuelle Satz 1 verweist weiterhin auf Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute, verzichtet jedoch auf einen Verweis auf das KWG oder die EU-VO 575/2013 (v. 26.6.2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der VO [EU] Nr. 646/2012, Capital Requirements Regulation – CRR). Die entsprechende Qualifikation ist wie bisher strechtl. unabhängig von bankenaufsichtsrechtl. Regelungen zu treffen, an denen man sich jedoch letztendlich zu orientieren haben wird. Dies gilt umso mehr, als nicht nur inländ., sondern auch ausländ. Institute einschließlich solcher in Drittländern erfasst sind, auf die weder das KWG noch die EU-VO anwendbar sind, die aber gleichwohl aus Gründen der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV) einbezogen sein müssen, s. Anm. 232.

Rechtslage bis Veranlagungszeitraum 2016: Auch nach alter Rechtslage unterfielen Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute dem Satz 1, ihre Definition leitete das Gesetz aber unterschiedlich her. Bis zum VZ 2013 verwies Abs. 7 Satz 1 auf die bankenaufsichtsrechtl. Regelungen des KWG. Das im KWG im wesentlichen enthaltene Bankenaufsichtsrecht wiederum wurde mW ab dem 1.1.2014 EU-einheitlich geregelt. Dies erfolgte durch die EU-VO 575/2013 (v. 26.6.2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der VO [EU] Nr. 646/2012, Capital Requirements Regulation – CRR), die unmittelbar anwendbares Recht bildet (Art. 288 AEUV), und das CRD IV-Umsetzungsgesetz (v. 3.9.2013, BGBl. I 2013, 3395) zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2013/36/EU v. 26.6.2013 (sog. Capital Requirements Directive IV – CRD IV), vgl. *Kirchartz*, GWR 2013, 395. Mit Wirkung ab dem VZ 2015 erfolgte eine weitere Änderung im Wortlaut des Satzes 1, indem § 1a KWG nunmehr die Art. 102 bis 106 der VO (EU) Nr. 575/2013 v. 6.6.2013 in Bezug nahm und ihre Geltung auch auf Finanzinstitute ausdehnte, die nicht unmittelbar den Handelsbuchregelungen der vorgenannten Art. 102 bis 106 unterfielen. Streng genommen bestand damit für solche Unternehmen im VZ 2014 eine Gesetzeslücke, die zumindest durch Weiteranwendung des bis dahin allein geltenden § 1a KWG geschlossen werden konnte, wenn man § 1a KWG als Grundnorm versteht („statisch“, vgl. *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 561a), anderenfalls durch entsprechende Anwendung.

Kreditinstitute sind in § 1 Abs. 1 KWG legal definiert. Es handelt sich um Unternehmen, die die in § 1 Abs. 1 Nr. 1–12 KWG aufgezählten Bankgeschäfte gewerbsmäßig oder in einem Umfang betreiben, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Dies sollte weiterhin maßgebend für die Auslegung und Anwendung des Satzes 1 sein, ebenso wie für die nachfolgend genannten Finanzdienstleistungsinstitute.

Finanzdienstleistungsinstitute: Aufgrund der Legaldefinition in § 1 Abs. 1a KWG betreiben sie die in § 1 Abs. 1a Nr. 1–12 (bis 31.12.2013: § 1 Abs. 1a Nr. 1–7) genannten Finanzdienstleistungen für andere gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, ohne Kreditinstitut zu sein.

Nur Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute sind Institute iSd. KWG (§ 1 Abs. 1b KWG), nicht die in Abs. 7 Satz 2 genannten Finanzunternehmen. Unerheblich ist, ob die Institute über die erforderliche bankaufsichtsrechtl. Genehmigung verfügen. Die Tatbestandsvoraussetzungen von Satz 1 sind strechtl. eigenständig zu prüfen, weil der Gesetzesbefehl in Satz 1 die aufsichtsrechtl. Genehmigung nicht als Grundlagenbescheid iSd. § 175 iVm. § 171 Abs. 10 AO definiert (vgl. *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 430 [6/2017]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 564; *Dreyer/Herrmann*, DStR 2002, 1837).

Anteile, die dem Handelsbestand iSd. § 340e HGB zuzuordnen sind: Abs. 7 Satz 1 verwies bisher auf Anteile, die nach aufsichtsrechtl. Kriterien dem Handelsbuch zuzurechnen waren. Demgegenüber verweist die aktuelle Regelung nunmehr auf Anteile, die dem Handelsbestand iSd. § 340e HGB zuzuordnen sind.

Anteile: Da die Regelung nach wie vor auf Anteile verweist, ist insoweit keine Tatbestandsveränderung eingetreten. Die Frage, ob – wie nach wohl hM zutr. – auch Anteile an GmbH erfasst sind, besteht weiterhin.

Im Einzelnen ist streitig, welche Anteile durch Satz 1 erfasst sind. Teilweise wurde eine Beschränkung auf börsennotierte Aktien befürwortet, weil andere Anteile, insbes. auch Beteiligungen an GmbH, nicht marktgängig seien (*Milatz*, BB 2001, 1066 [1073]; *Sto-*

schek/Lauer mann/Peter, NWB F. 4, 4647 [4651]; *Pyszka/Brauer*, BB 2002, 1669 [1670]; *Wagner*, DK 2006, 609 [612]). Da § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG regelte, dass bei einschränkenden Bestimmungen in Bezug auf die Handelbarkeit eine Zuordnung zum Handelsbuch nicht mehr zulässig sei, sei wegen § 15 Abs. 3 GmbHG der Ausweis von GmbH-Anteilen im Handelsbuch nicht auch zulässig (vgl. dazu *Bindl*, DStR 2007, 888 [890]; *Grube/Behrendt*, DStR 2007, 886 [888]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 696). Dagegen werden uE unabhängig von der Änderung des KWG nicht nur (börsengehandelte) Aktien, sondern auch andere Anteile erfasst, sofern nicht ein konkretes Handelshemmnis entgegensteht. Die aufgrund von § 15 Abs. 3 GmbHG erforderliche notarielle Beurkundung der Abtretung von Anteilen an einer GmbH ändert an der Handelbarkeit nichts, weil es sich nur um ein Formerfordernis handelt. Die Zirkulation ist uE nur dann ausgeschlossen, wenn die Abtretung gesetzlich oder durch Vereinbarung ausgeschlossen oder an Zustimmungserfordernisse geknüpft ist (*Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 577; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 431af. [6/2017]; *Feyerabend* in *Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 350). Anderenfalls würde die uU formfreie Übertragung von Anteilen an ausländ. auch – doppelt ansässigen KapGes. – im Ausland nach dortigem Recht dazu führen, sie als Handelsbuchanteile im Gegensatz zu typenvergleichbaren GmbH-Anteilen zu qualifizieren (vgl. zu GmbH-Anteilen auch BaFin, Rundschreiben 17/99, Rz. II 1.4, Anh. Tz. 1.1c, 4; zu Investmentanteilen vgl. *Ebner/Helios*, FR 2009, 977). Auch durch die Art. 102 bis 106 der EU-VO 575/2013 ist uE keine Änderung eingetreten. Da aufgrund von Art. 4 Abs. 86 der EU-VO 575/2013 das Handelsbuch alle Positionen von Finanzinstrumenten und an Waren aufnimmt, die ein Institut entweder mit Handelsabsicht oder zur Absicherung anderer mit Handelsabsicht gehaltener Positionen des Handelsbuches aufnimmt, und aufgrund Art. 102 Abs. 1 die Positionen im Handelsbuch entweder keinen Beschränkungen in Bezug auf ihre Marktfähigkeit unterliegen dürfen oder die Möglichkeit einer Absicherung bestehen muss, hat sich uE nichts geändert (aA *Ebel*, FR 2014, 500 [503]).

Handelsbestand nach § 340e HGB: Bei § 340e Abs. 3 HGB handelt es sich um eine Bewertungsvorschrift und nicht um eine Ansatzvorschrift. Die Regelung setzt den Handelsbestand voraus, ohne Abgrenzungskriterien zum AV und zur Liquiditätsreserve zu nennen. Nach der Gesetzesbegründung zu § 340e Abs. 3 HGB sind dem Handelsbestand alle Finanzinstrumente und Edelmetalle zuzuordnen, die mit der Absicht einer kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben und veräußert werden (vgl. BTDrucks. 16/12407, 92; *Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 436 [7/2019]). Damit hat der Gesetzgeber in Satz 1 die unbestimmten Tatbestandsmerkmale des kurzfristigen Eigenhandelserfolgs, die bisher in Satz 2 für Finanzunternehmen enthalten waren, indirekt über die Zuordnung zum Handelsbestand iSd. § 340e Abs. 3 HGB in Satz 1 eingeführt. Allerdings sind uE die Merkmale, wann von der Absicht eines solchen kurzfristigen Eigenhandelserfolgs auszugehen ist, einer objektiven Auslegung zugänglich. Der Grund besteht darin, dass der Gesetzgeber unter Hinweis auf das Rundschreiben des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen 17/99 v. 8.12.1999 davon ausgeht, dass die bankenaufsichtsrechtl. Abgrenzung des Handelsbuchs zum Anlagebuch mit der handelsrechtl. Abgrenzung des Handelsbestands zum AV und zur Liquiditätsreserve identisch ist. Danach sind die institutsintern aufgestellten Kriterien maßgebend, um insbes. den Zeitraum zu bestimmen, der institutsintern als kurzfristig im Sinne der Erzielung eines Eigenhandelserfolgs anzusehen und nach dem die Zuordnung vorzunehmen ist. Durch den Verweis auf § 340e Abs. 3 HGB ist ein Wechsel von der aufsichtsrechtl. Zuordnung zur handelsrechtl. erfolgt. Dennoch dürfte der Unterschied gering sein, weil grds. die aufsichtsrechtl. Regelungen für die Institute wie bisher maßgebend sein werden, um auch den Handelsbestand iSd. § 340e Abs. 3 HGB festzulegen. Soweit allerdings in Tz. 1.3 des vorgenannten Rundschreibens 17/99 Abweichungen zwischen dem handelsrechtl. Ausweis als Handelsbestand iSd. § 340e Abs. 3 HGB

und dem aufsichtsrechtl. Handelsbuchbestand möglich sind, ist der Handelsbestand iSd. § 340e Abs. 3 HGB entscheidend. Ein bedeutender Unterschied zwischen den aufsichts- und handelsrechtl. Zuordnungskriterien besteht bei Umwidmungen, die handelsrechtl. ausgeschlossen bzw. nur in eng begrenzten Ausnahmefällen möglich sind (vgl. auch *Hoheisel/Stroh*, StuB 2017, 179).

- ▶ *Keine Umwidmung in den Handelsbestand*: Eine wesentliche Änderung durch den Verweis auf § 340e Abs. 3 HGB liegt in dem in § 340e Abs. 3 Satz 2 HGB enthaltenen Ausschluss einer Umgliederung vom AV in den Handelsbestand. Sie ist vollständig ausgeschlossen, wohingegen die bisherige Regelung mit einem Verweis auf die aufsichtsrechtl. Kriterien eine Umwidmung erforderte, wenn die Voraussetzungen für die Zurechnung entfallen waren und eine Umwidmung zumindest zuließ, wenn für die Umwidmung ein schlüssiger Grund vorlag (s. Anm. 225).
- ▶ *Keine Umwidmung aus dem Handelsbestand*: Auch insoweit ergeben sich Einschränkungen. § 340e Abs. 3 Satz 3 HGB stellt den Grundsatz auf, dass eine Umgliederung aus dem Handelsbestand in das AV ausgeschlossen ist. Die Regelung lässt eine Ausnahme zu, wenn außergewöhnliche Umstände zur Aufgabe der Handelsabsicht führen. Als Beispiel für einen außergewöhnlichen Umstand nennt § 340e Abs. 3 Satz 3 HGB die schwerwiegende Beeinträchtigung der Handelbarkeit der Anteile.
- ▶ *Einbeziehung in Bewertungseinheiten*: Es handelt sich um eine besondere Regelung im Zusammenhang mit dem Ausweis von Finanzinstrumenten. Werden Anteile des Handelsbestands in eine Bewertungseinheit einbezogen, können sie nach deren Beendigung wieder zum beizulegenden Wert in den Handelsbestand umgegliedert werden. Kommt es zur Realisation von Grund- und Sicherungsgeschäft, sind die Gewinn und Einkommensermittlungsvorschriften einschließlich der Verlustverrechnung gesondert anzuwenden (Gesetzesgründung BTDrucks. 18/9536, 55; vgl. auch BMF v. 6.9.2010 – S 2133, BeckVerw 248520; *Rengers in Blümich*, § 8b Rz. 436 [7/2019]; *Blumenberg/Kring*, BB 2017, 151 [158]).

Bis zum VZ 2016 war demgegenüber entscheidend, ob die Anteile dem Handelsbuch zuzurechnen waren.

Anteile, die dem Handelsbuch zuzurechnen sind: Die dem Handelsbuch zuzurechnenden Positionen enthielt bis zum 31.12.2013 § 1a Abs. 1 Nr. 1 bis 5 KWG. Seit dem 1.1.2014 gelten die Art. 102 bis 106 der EU-VO 575/2013. Aufgrund von Art. 4 Abs. 1 der EU-VO 575/2013 gelten sie für alle Kreditinstitute, die das Einlagengeschäft betreiben, und Wertpapierfirmen (sog. CRR-Institute, s. auch § 1 Abs. 3 Buchst b KWG). Aufgrund des ab dem 1.1.2014 geltenden § 1a KWG sind die Regelungen der Art. 102 bis 106 der EU-VO 575/2013 auch auf Kreditinstitute (Abs. 1) und auf Finanzinstitute (Abs. 2), die keine CRR-Institute sind, so anzuwenden, als seien sie CRR-Institute. Durch das Gesetz zur Anpassung des nationalen Steuerrechts an den Beitritt Kroatiens zur EU und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (KroatienAnpG, RegE v. 2.5.2014, BRDrucks. 184/14) wurde Abs. 7 Satz 1 angepasst. Danach waren die Abs. 1 bis 6 nicht auf Anteile anzuwenden, die entweder aufgrund von § 1a KWG iVm. Art. 102 bis 106 der EU-VO 575/2013 oder unmittelbar aufgrund Art. 102 bis 106 dem Handelsbuch zuzurechnen sind. Der letztgenannte Fall erfasst die unmittelbar der EU-VO unterfallenden CRR-Institute, der erstgenannte alle anderen Institute iSd. § 1 Abs. 2 Buchst. b KWG (Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute ohne CRR-Eigenschaft).

Da Abs. 7 Satz 1 in der geänderten Form erst ab VZ 2015 gelten sollte (§ 24 Abs. 1), bestand im VZ 2014 für unmittelbar der Richtlinie unterfallende CRR-Unternehmen uU eine Regelungslücke.

Aufgrund von § 1a Abs. 1 Satz 2 KWG durften Finanzinstrumente und Waren, die dem Handelsbuch zugerechnet werden, entweder keinerlei einschränkenden Bestimmungen in Bezug auf ihre Handelbarkeit unterliegen oder mussten ihrerseits absicherbar sein. Vergleichbare Regelungen enthält Art. 102 Abs. 1 der EU-VO 575/2013.

Da Abs. 7 eine Ausnahme zu Abs. 1 bis 6 darstellt, ist Satz 1 tatbestandsmäßig nur erfüllt, wenn die vorgenannten Positionen des Handelsbuchs Anteile iSd. Abs. 2 enthalten; es handelt sich um solche Anteile, die beim Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut zu laufenden Beteiligungserträgen führen und die grds. aufgrund von Abs. 1 von der KSt befreit wären. Regelmäßig wird das bei den in Art. 4 Abs. 86 EU-VO 575/2013 (§ 1a Abs. 3 KWG aF) genannten Finanzinstrumenten der Fall sein, soweit sie solche Anteile umfassen (vgl. *Boos in Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, 5. Aufl. 2016, § 1a KWG Rz. 9; *Ebel*, FR 2014, 500).

Zurechnung zum Handelsbuch: Abs. 7 Satz 1 verlangte eine Zurechnung zum Handelsbuch nach § 1a KWG. Allerdings ließ der Wortlaut „nach § 1a KWG ... zuzurechnen sind“ offen, ob der konkrete oder abstrakte Ausweis im Handelsbuch maßgebend ist. Es kommt uE auf den tatsächlichen Ausweis an, er entfaltet eine entsprechende – starke – Indizwirkung. Das ergibt sich aus dem Umstand, dass es sich bei § 1a KWG und seinem Verweis auf die EU-VO 575/2013 um eine aufsichtsrechtl. Regelung für die Finanzwirtschaft handelt mit engen, in § 1a KWG im Einzelnen dargestellten Voraussetzungen und Anforderungen wie dem Erfordernis institutsintern festgelegter, nachprüfbarer Kriterien (§ 1a Abs. 4 KWG aF), dem Erfordernis klar formulierter Konzepte und Vorgaben zur Führung und Verwaltung des Handelsbuchs (§ 1a Abs. 5 KWG aF), Nachweispflichten (§ 1a Abs. 6 KWG aF) und besonderen Anforderungen an die Bewertung (§ 1a Abs. 8 KWG aF). Da Art. 102 Abs. 1 EU-VO 575/2013 sich auf „Positionen im Handelsbuch“ bezieht und weiterhin einen entsprechenden Handelsnachweis fordert (Art. 102 Abs. 2 EU-VO 575/2013) sowie in Art 103 ff. EU-VO 575/2013 die bisherigen Restriktionen hinsichtlich der Führung des Handelsbuchs und der Bewertung seiner Positionen fortführt, wird uE weiterhin dem Ausweis im Handelsbuch zu folgen sein (glA *Ebel*, FR 2014, 500 [503]). Eine Ausnahme besteht uE wie bisher nur in den Fällen grober Verstöße gegen die Ausweispflichten oder eines Irrtums (glA *Bogenschütz/Tibo*, DB 2001, 8 [10]). Im Erg. ebenso BMF v. 25.7.2002 (BMF v. 25.7.2002 – IV A 2 - S 2750a - 6/02, BStBl. I 2002, 712, unter B.I), wonach es zwar nicht auf den konkreten Ausweis im Handelsbuch ankomme, diesem aber regelmäßig zu folgen und eine falsche Zuordnung für stl. Zwecke zu korrigieren sei. Die Gegenmeinung (*Pung in DPM*, § 8b Rz. 432 [6/2017]; *Feyerabend in Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 353; *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 578.f.; *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 584 [10/2019]; *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 699) stellt auf eine abstrakte und nicht die tatsächliche Zuordnung von Anteilen zum Handelsbuch ab.

- *Umwidmungen* sowohl vom Anlagebuch zum Handelsbuch als auch umgekehrt waren aufgrund von § 1a Abs. 4 Satz 3 KWG aF zwingend vorzunehmen, wenn die Voraussetzungen für die Zurechnung entfallen waren und konnten vorgenommen werden, wenn für die Umwidmung ein schlüssiger Grund vorlag. Da solche Umwidmungen nur anhand der institutsintern festgelegten Kriterien

vorgenommen werden durften und sie nachvollziehbar dokumentiert und begründet werden müssen, das Willkürverbot und der Grundsatz der Stetigkeit zu beachten sind sowie eine aufsichtsrechtl. Kontrolle besteht (vgl. *Boos* in *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, 5. Aufl. 2016, § 1a KWG Rz. 28 f.), sollte das auch für Abs. 7 Satz 1 gelten. Die FinVerw. (BMF v. 25.7.2002 – IV A 2 - S 2750a - 6/02, BStBl. I 2002, 712, unter B.II) will die Regelung eng ausgelegt wissen. Da Abs. 7 Satz 1 auf das Handelsbuch verweist, ist uE – wie bei der Zuordnung – auch die Umwidmung stl. maßgeblich. Auch insoweit ist noch nicht geklärt, ob ab 1.1.2014 durch Art. 102 ff. EU-VO 575/2013 eine Änderung eingetreten ist. Es ist wohl davon auszugehen, dass das nicht der Fall ist. Art. 104 Abs. 2 Buchst. d EU-VO 575/2013 schreibt den Instituten vor, Regeln und Verfahren für eine Umbuchung von Risikopositionen aus dem Handelsbuch in das Anlagebuch und die Kriterien dafür festzulegen. Da es sich um eine „Zumindest“-Regelung handelt, sind wohl auch umgekehrte Umbuchungen möglich. Die FinVerw. lässt derartige Umwidmungen jedoch nicht zu, weil es unabhängig von der handels- oder steuerbilanziellen Behandlung nur auf aufsichtsrechtliche Kriterien ankomme (BMF v. 13.7.2015 – IV C 6 - S 2133/09/10002, DStR 2015, 1756). Das ist nach aktueller Rechtslage durch den Verweis auf § 340e Abs. 3 HGB ausgeschlossen.

Bis VZ 2016 stellte Satz 1 zudem auf die Zurechnung im Zeitpunkt der Veräußerung ab und anders als Satz 2 nicht auf den des Erwerbs (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 434a [6/2017]; *Riegel*, Ubg 2011, 121 [125 f.]). Eine Überprüfung durch die FinVerw. kann sich uE nur darauf beziehen, ob die institutsinternen festgelegten Kriterien eingehalten wurden, wie dies bereits aufsichtsrechtl. geschieht (glA wohl auch *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 580; *Wagner*, DK 2006, 609 [613]).

- ▶ *Sonderfragen bei fehlendem Handelsbuch*: Ungeklärt ist, wie in Fällen vor 2017 zu verfahren ist, wenn ein Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut kein Handelsbuch zu führen braucht. Nach Meinung der FinVerw. sollten die Vorschriften so gelten, als wäre ein Handelsbuch geführt worden (BMF v. 25.7.2002 – IV A 2 - S 2750a - 6/02, BStBl. I 2002, 712, Rz. A; ebenso *Bogenschütz/Tibo*, DB 2001, 8 [10]; *Haisch/Bindl*, Ubg 2009, 681 [682]; *Wagner*, StBp. 2012, 361 [364]). Es ist uE zu differenzieren. Führt das Institut ein Handelsbuch, obwohl es dazu nicht verpflichtet ist, ist der konkrete Ausweis für die Anwendung des Abs. 7 entscheidend, denn in diesen Fällen besteht eine Anzeigepflicht gegenüber dem Bundesaufsichtsamt, dass ein Handelsbuch geführt wird, und es kommt zum Erfordernis der Bestätigung durch den Abschlussprüfer. Führt dagegen das Institut kein Handelsbuch, besteht uE eine Regelungslücke, die durch eine Anwendung von Satz 2 auszufüllen war. Dies gilt umso mehr, als es in diesen Fällen regelmäßig die von § 1a KWG/Art. 102 ff. EU-VO 575/2013 geforderten Kriterien, insbes. institutsinterne Richtlinien, nicht gibt, die Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute ohne obligatorisches oder freiwilliges Handelsbuch gleichwohl dasselbe Bedürfnis einer Verrechnung von Aufwendungen und Erträgen aus kurzfristigen Geschäften haben (glA *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 437 [6/2017]; *Kröner* in *Bott/Walter*, § 8b Rz. 272 [4/2004]; aA *Feyerabend* in *Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 360; zu weiteren Fragestellungen vgl. *Haisch/Bindl*, Ubg 2009, 681; *Wagner*, StBp. 2012, 361). Nach den ab 1.1.2014 geltende KWG-Regelungen besteht für CRR-Institute aufgrund Art. 94 der EU-VO 575/2013 eine Ausnahme von der Pflicht, ein Handelsbuch zu führen, wenn die Tätigkeit den dort genannten Umfang nicht übersteigt. Dasselbe gilt für andere Bereichsausnahmen (§ 2 Abs. 1 und Abs. 6 KWG).

226 **2. Rechtsfolge: Suspendierung der Anwendung der Abs. 1 bis 6 bei Anteilen des Handelsbestands iSd. § 340e Abs. 3 HGB**

Die Rechtsfolge von Satz 1 ist trotz aller Gesetzesänderungen unverändert. Werden Anteile iSd. Abs. 2 im Handelsbestand nach § 340e Abs. 3 HGB (bis VZ 2016: im Handelsbuch) ausgewiesen, ist die Anwendung der Abs. 1 bis 6 suspendiert. Es kommt zur Anwendung der allgemeinen Besteuerungsregeln. Dividendeneinkünfte sind nicht aufgrund von Abs. 1 von der KSt befreit. Dasselbe gilt für Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an KapGes., deren Auflösung oder der Herabsetzung des Nennkapitals; auch die Wertaufholung nach einer Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert führt in allen Fällen auf StPflcht. Wesentlich ist auf der anderen Seite, dass Gewinnminderungen stl. abziehbar sind; weder Abs. 3 greift ein mit der 5 %-Fiktion noch der Restriktion, dass Gewinnminderungen aus Anteilen nicht berücksichtigt werden dürfen. Darlehensverluste iSd. Abs. 3 Sätze 4 ff. bleiben steuerwirksam. Dabei kommt es nicht darauf an, dass das Darlehen dem Handelsbestand unterfällt, sondern der Anteil selbst. Da die Darlehensfinanzierung gesellschaftsrechtl. veranlasst ist, ersetzt sie Eigenkapital und ist anteilsbezogen zu verstehen. Auch die Beschränkungen des § 15 Abs. 4 Satz 5 EStG greifen in diesen Fällen nicht ein, soweit es sich nicht um Abs. 9 unterfallende EU-/EWR-Dividenden handelt. Konsequenterweise bleibt es beim Abzug von Aufwendungen, da § 3c Abs. 1 EStG und Abs. 5 ebenfalls suspendiert sind. Aufgrund von § 7 GewStG treten diese Rechtsfolgen auch für Zwecke der GewSt ein; allerdings sind die gewstl. Schachtelprivilegien des § 9 Nr. 2a und 7 GewStG unmittelbar anwendbar. Zu offenen Fragestellungen im Bereich des UmwStG (Übernahmegewinn/-verlust) vgl. *Dötsch/Pung* in *DPM*, § 12 UmwStG Rz. 12 (11/2019); *Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 12 UmwStG Rz. 41 (1/2019); *Füllbier/Beckert*, Ubg 2009, 774; *Klingberg* in *Blümich*, § 12 UmwStG Rz. 33 (3/2018); *Ley/Bodden*, FR 2007, 265 (273); *Meining*, BB 2009, 1444; *Rödter/Schumacher*, DStR 2007, 369 (373).

Anwendung von DBA: Die StPflcht aufgrund von Abs. 7 lässt eine StBefreiung durch entsprechende Regelungen in DBA unberührt (s. Anm. 23; *Stoschek/Lauer-mann/Peter*, NWB F. 4, 4647 [4655 ff.]). Die Frage, ob in diesem Fall das pauschale BA-Abzugsverbot aufgrund von Abs. 5 eingreift (ebenso wie Abs. 3) oder stattdessen § 3c Abs. 1 EStG, stellt sich nicht, weil aufgrund ausdrücklicher Anordnung des Abs. 7 die Regelung des Abs. 5 nicht anwendbar ist. Es greift § 3c Abs. 1 EStG. Dasselbe gilt für eine Freistellung von Gewinnen und Abs. 3 Satz 1.

227–228 Einstweilen frei.

III. Anteilserwerb zur kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs (Abs. 7 Satz 2)

1. Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen

229 a) **Finanzunternehmen iSd. KWG**

Auch nach der zielgenaueren Ausgestaltung des Satzes 2 für Anteile, die nach dem 31.12.2016 erworben werden (s. Anm. 17), hat sich an der Tatbestandsvoraussetzung „Finanzunternehmen“ selbst nichts geändert. Die Einschränkung erfolgt ausschließlich durch die Beteiligungsvoraussetzungen an einem Finanzunternehmen. Satz 2 verweist ausdrücklich auf Finanzunternehmen iSd. KWG. Die entsprechende Regelung enthält § 1 Abs. 3 KWG. Dabei handelt es sich – Negativabgren-

zung – um Unternehmen, die kein Kreditinstitut oder Finanzdienstleistungsinstitut sind, und – Positivtatbestand – deren Haupttätigkeit in den in § 1 Abs. 3 KWG genannten Tätigkeiten besteht,

- Beteiligungen zu erwerben und zu halten (Nr. 1),
- Geldforderungen entgeltlich zu erwerben (Nr. 2),
- Leasing-Objektgesellschaft im Sinne des § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 17 zu sein (Nr. 3),
- mit Finanzinstrumenten für eigene Rechnung zu handeln (Nr. 5),
- andere bei der Anlage von Finanzinstrumenten zu beraten (Anlageberatung, Nr. 6),
- Unternehmen über die Kapitalstruktur, die industrielle Strategie und die damit verbundenen Fragen zu beraten sowie bei Zusammenschlüssen und bei Übernahme von Unternehmen diese zu beraten und ihnen Dienstleistungen anzubieten oder (Nr. 7),
- Darlehen zwischen Kreditinstituten zu vermitteln (Geldmaklergeschäfte, Nr. 8).

Durch Rechtsverordnung können durch das BMF nach Anhörung der Deutschen Bundesbank weitere Unternehmen als Finanzunternehmen bezeichnet werden.

Fraglich ist, ob der gesamte Katalog des § 1 Abs. 3 KWG maßgebend ist, um ein Finanzunternehmen zu bestimmen. Nach dem Wortlaut „im Sinne des Gesetzes über das Kreditwesen“ ist das der Fall; in Verbindung mit dem Zweck der Regelung, bestimmte Beteiligungserträge iSd. Abs. 2 (und nach der Regelung auch des Abs. 1) stpfl. zu belassen, um finanzwirtschaftlichen Erfordernissen Rechnung zu tragen, sollte stl. nur die Tätigkeit iSd. § 1 Abs. 3 Nr. 1 und allenfalls Nr. 5 KWG maßgebend sein. Der BFH stellt für die Definition des Finanzunternehmens wegen des in Abs. 7 Satz 2 enthaltenen Wortlauts mit entsprechendem Verweis allein auf das KWG ab mit der Folge, dass alle Katalogtätigkeiten zur Qualifikation als Finanzunternehmen führen können. Finanzunternehmen sind danach Unternehmen, die Finanzdienstleistungen für andere entweder gewerbmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Erfasst sind insbes. solche Unternehmen, die nicht bereits Institute sind und deren Haupttätigkeit darin besteht, Beteiligungen zu erwerben und zu halten, mit Finanzinstrumenten für eigene Rechnung zu handeln oder andere bei der Anlage zu beraten oder andere komplementäre Dienstleistungen zu erbringen. Der Wortlaut des Satzes 2 sei eindeutig (wenn auch überschießend), wenn er allg. auf Finanzunternehmen verweise, und eine Einschränkung auf Unternehmen der Finanzwirtschaft sei ihm nicht zu entnehmen. Eine uE notwendige teleologische Reduktion auf Unternehmen der Finanzwirtschaft lässt er angesichts des klaren Wortlauts des Satzes 2 bis zur Neuregelung idFd. BEPS-UmsG (s. Anm. 4) nicht zu (BFH v. 14.1.2009 – I R 36/08, BStBl. II 2009, 671; BFH v. 12.10.2010 – I B 82/10, BFH/NV 2011, 69 [70]; BFH v. 12.10.2011 – I R 4/11, BFH/NV 2012, 453; FG Münster v. 11.2.2015 – 9 K 806/13 K, EFG 2015, 1222, rkr.; FG München v. 23.3.2015 – 7 K 386/13, EFG 2015, 1226, rkr.; ebenso *Berg*, GmbHR 2011, Heft 6 R 69; *Riegel*, Ubg 2011, 121; *Kröner* in *Bott/Walter*, § 8b KStG Rz. 277 [4/2004]; zutr. krit. *Desens*, DStR 2013, Beihefter 4, 13 [22]; *Jansen/Lübbehüsen*, BB 2012, 2595, mwN; auch *Egner/Kahl*, Ubg 2012, 615; *Haisch/Bindl*, Ubg 2012, 667; *Kessler/Girlich/Philipp*, DStR 2012, 2524; *Riegel/Uskenbayeva*, NWB 2011, 2375; *Ebel*, FR 2014, 500 [505]). Deshalb bilden nach Meinung des BFH auch Factoring, Leasing und Anlageberatungsunternehmen Finanzunternehmen, insbes. aber alle Holdinggesellschaften wie Industrie- und Versicherungsholdings sowie vermögensver-

waltende Beteiligungsgesellschaften solche Finanzunternehmen iSd. Satzes 2 (BFH v. 12.10.2011 – I R 4/11, BFH/NV 2012, 453; FG Hamb. [Vorinstanz] v. 14.12.2010 – 3 K 40/10, EFG 2011, 1186, rkr.; glA zB *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 443 [11/2019]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 589 ff. [10/2019]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 563; aA *Haisch/Bindl*, Ubg 2012, 667; *Schnittker/Steinbiß*, FR 2016, 1069).

Eine Konkretisierung der Katalogtätigkeiten ist durch den BFH zu Nr. 1 – Halten und Verwalten von Beteiligungen – und zu Nr. 5 – Handeln mit Finanzinstrumenten auf eigene Rechnung – erfolgt:

- ▶ *Halten und Verwalten von Beteiligungen*: Der BFH folgt der wohl im KWG hM (vgl. *Schäfer* in *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, 5. Aufl. 2016, § 1 KWG Rz. 173; *Brogl* in *Reischauer/Kleinhaus*, § 1 KWG Rz. 250; *Jansen/Lübbehüsen*, BB 2012, 2595 [2596], mwN), dass es trotz des Wortlauts „Beteiligungen“ ausreichend ist, wenn nur eine Beteiligung erworben und gehalten wird. Insbesondere erfordert § 1 Abs. 3 Nr. 1 KWG weder einen fortwährenden Umschlag des Beteiligungsbesitzes am Markt noch eine Dauerhaftigkeit der Beteiligung (BFH v. 14.1.2009 – I R 36/08, BStBl. II 2009, 671 [672]; BFH v. 15.6.2009 – I B 46/09, BFH/NV 2009, 1843 [1844]; BFH v. 12.10.2010 – I B 82/10, BFH/NV 2011, 69 [70]; BFH v. 26.10.2011 – I R 17/11, BFH/NV 2010, 613 [615]).
- ▶ *Handel für eigene Rechnung mit Finanzinstrumenten*: Die KWG-Definition der Finanzinstrumente enthält Art. 4 Abs. 50 EU-VO 575/2013 (§ 1 Abs. 11 KWG aF). Zu ihnen gehören Wertpapiere, Geldmarktinstrumente, Devisen oder Rechnungseinheiten und Derivate. Im Bereich des Satz 2 gehören zu den Wertpapieren insbes. Aktien (vgl. *Schäfer* in *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, 5. Aufl. 2016, § 1 KWG Rz. 278). Entspricht diese Tätigkeit dem satzungsmäßigen Unternehmenszweck der Gesellschaft, wird sie bereits mit dem ersten Erwerb solcher Finanzinstrumente als Finanzunternehmen tätig (BFH v. 12.10.2011 – I R 4/11, BFH/NV 2012, 453 [455]).

Unklar ist, ob ein Finanzunternehmen über ein Mindestmaß an eigener organisatorischer, personeller und sachlicher Ausstattung verfügen muss, um „Unternehmen“ zu sein; von einem Unternehmen wäre dann nicht auszugehen, wenn nur beabsichtigt ist, ein einzelnes Geschäft oder andere einzelne Geschäfte auszuführen (*Schäfer* in *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, 5. Aufl. 2016, § 1 KWG Rz. 18; *Egner/Kohl*, Ubg 2012, 516 [517] Fn. 14). Wie in anderen Fällen des Outsourcings lässt es der BFH (BFH v. 12.10.2011 – I R 4/11, BFH/NV 2012, 453) ausreichen, wenn die Gesellschaft durch Dritte (Vermögensverwaltungsvertrag mit einer Bank) handelt (vgl. auch *Haisch/Bindl*, Ubg 2012, 667; einschränkender noch BFH v. 30.7.2003 – X R 7/99, BStBl. II 2004, 408).

Haupttätigkeit: Die Qualifikation eines Unternehmens als Finanzunternehmen ist unklar, wenn es neben den im KWG genannten Finanzaktivitäten weitere – nicht finanzwirtschaftliche – Tätigkeiten verfolgt, denn die in § 1 Abs. 3 KWG genannten Aktivitäten müssen die Haupttätigkeit der Gesellschaft bilden. Die Kriterien, wann eine finanzunternehmerische Tätigkeit die Haupttätigkeit bildet, sind auch durch den BFH noch nicht entschieden (vgl. BFH v. 26.10.2011 – I R 17/11, BFH/NV 2012, 613; BFH v. 16.10.2012 – I B 63/12, BFH/NV 2013, 255). Allerdings gibt es auch im Bereich der kreditwesenrechtl. Auslegung keine eindeutigen Abgrenzungskriterien. Folgende wesentliche Abgrenzungskriterien werden vertreten:

- ▶ *Auslegung der Finanzverwaltung*: Die FinVerw. legt den Begriff des Finanzunternehmens weit aus und fasst darunter alle Unternehmen des Finanzsektors außerhalb § 1 Abs. 1b KWG als „Restgröße“ (BMF v. 25.7.2002 – IV A 2 -

§ 2750a - 6/02, BStBl. I 2002, 712, Rz. C.I). Für die Entsch. der Frage, ob die KWG-Tätigkeit die Haupttätigkeit darstellt, verweist die FinVerw. auf die Abgrenzungskriterien der Holdinggesellschaft in Rz. 81 und 82 des Anwendungsschreibens zu § 8a KStG aF (BMF v. 15.12.1994 – IV B 7 - S 2742a - 63/94, BStBl. I 1995, 25). Danach muss das Halten von Beteiligungen und die Finanzierung der Beteiligungsgesellschaften den Schwerpunkt der Tätigkeit bilden; davon ist auszugehen, wenn in den vorausgegangenen drei Jahren mindestens 75 % der Bruttoerträge (Abschn. 76 VIII 1 KStR, 1995) durch die Holdingtätigkeit erzielt werden. Auf dieser Grundlage qualifizieren auch Holdinggesellschaften mit langfristigen Beteiligungsanlagen als Finanzunternehmen, selbst wenn sie keinen Beteiligungshandel betreiben; zur gebotenen Einschränkung auf 75 % der Bruttoerträge und nicht der Tätigkeiten (vgl. *Bünning/Slabon*, FR 2003, 174 [177]; krit. *Dreyer/Herrmann*, DStR 2002, 1837 [1838]; *Mensching*, DB 2002, 2347 [2348]; *Müller*, BB 2013, 1309 [1311]).

- ▶ „KWG-Abgrenzung“: Danach genügt es bereits, wenn mehr als die Hälfte des entsprechenden Aktivitätsunternehmens auf die entsprechende Tätigkeit entfällt und damit den Schwerpunkt der Tätigkeit bildet (*Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, 5. Aufl. 2016, § 1 KWG Rz. 169). Als Abgrenzungsgröße wird darauf abgestellt, ob die Hälfte der Bilanzsumme oder die Hälfte des Eigenkapitals auf Tochterunternehmen entfällt (*Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, 5. Aufl. 2016, § 1 KWG Rz. 228 ff. unter Berufung auf die Gesetzesbegründung zur 5. KWG-Novelle, BTDrucks. 12/6957), zT wird zusätzlich auf den Anteil am Gesamtumsatz abgestellt (*Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 565 f.); zT soll bei aktiven Tätigkeiten auf die Erträge und bei anderen Tätigkeiten (Erwerb, Halten) auf das Vermögen abgestellt werden (*Haisch/Bindl*, Ubg 2009, 680; *Rengers in Blümich*, § 8b Rz. 443 [7/2019]). Dabei sollen auch die Veräußerungsgewinne selbst in die Bruttoerträge einbezogen werden (BFH v. 26.10.2011 – I R 17/11, BFH/NV 2012, 613; Vorinstanz FG Hamb. v. 31.1.2011 – 2 K 6/10, EFG 2011, 1091, rkr.; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 442 [11/2019]; aA *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 566, Zirkelschluss). Nach aA kommt es auf die Bruttoerträge an, die bei mehr als 50 % aus KWG-Tätigkeiten zu einem Finanzunternehmen führen (vgl. dazu *Ebel*, FR 2014, 500 [505] mwN; *Hagedorn/Matzke*, GmbHR 2009, 970; vgl. auch ausführliche Darstellung FG Münster v. 11.2.2015 – 9 K 806/13 K, EFG 2015, 1222, rkr.).

Stellungnahme: Die Schwierigkeiten zur Auslegung des Begriffs „Finanzunternehmen“ folgen aus dem Verweis des Abs. 7 Satz 2 auf Regelungen aus dem KWG, die gänzlich anderen – aufsichtsrechtl. – Zwecken dienen. Insoweit geht die Anwendung des BFH durch eine Einbeziehung aller Holdingunternehmen – nicht nur derjenigen des Finanzsektors – zu weit und löst sich vom Zweck des Abs. 7. Unseres Erachtens ist eine teleologische Reduktion auf Unternehmen der Finanzwirtschaft geboten; insbes. dürfen Industrieholdings und vermögensverwaltende Gesellschaften ebenso wie Projekt- und Projektentwicklungsgesellschaften nicht als Finanzunternehmen erfasst werden. Dasselbe gilt für Geschäftsleitungs- und Führungsholdings, weil sie ebenfalls einen gänzlich anderen Zweck als KWG-Holdings verfolgen (vgl. *Jacob/Scheifele*, IStR 2009, 304 [306]; *Feyerabend in Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 266). Besonders deutlich wird das bei der Frage, wann eine Haupttätigkeit vorliegt, um ein Unternehmen als Finanzunternehmen zu qualifizieren. In jedem Fall ist uE eine Einzelbetrachtung und eine normspezifisch einengende Auslegung des Begriffs des Finanzunternehmens für Zwecke des Abs. 7 Satz 2 geboten. Dabei können die quantitativen Kriterien durchaus eine Indizwir-

kung haben. Allerdings sind alle Umstände heranzuzuziehen, zB Organisation und Auftreten der Gesellschaft nach außen (vgl. auch FG Münster v. 11.2.2015 – 9 K 806/13 K, EFG 2015, 1222, rkr.; wohl auch FG München v. 17.4.2018 – 12 K 273/18, EFG 2018, 1527, Az. BFH IV R 15/18; *Jacob/Scheifele*, ISTR 2006, 609 [612]; *Jansen/Lübbehüsen*, BB 2012, 2595 [2598 f.], mwN; *Riegel*, Ubg 2011, 121 [124]; *Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 443 [7/2019]; *Stollenwerk/Kühnemund*, GmbH-StB 2009, 336 [339]; *Wagner*, DK 2006, 609 [612]). Anderenfalls wird das Problem der Abgrenzung nur auf die Bestimmung der „Eigenhandelsanteile“ verlagert (vgl. zB *Hardecker*, DB 2002, 2127 [2129]; *Pyszka/Brauer*, BB 2002, 1669 [1671]; zu Recht krit. *Mensching*, DB 2002, 2347 [2348 f.]).

Aufgrund der sehr weitgehenden Interpretation des Finanzunternehmens insbes. durch Rspr. und FinVerw. ergab sich für den Stpfl. ein faktisches Wahlrecht zur StPflcht auf der einen Seite und zum uneingeschränkten Aufwandsabzug auf der anderen Seite, indem er eine entsprechende Holdinggesellschaft als Finanzunternehmen schafft. Dies hat letztendlich zu der weiteren einschränkenden Tatbestandsvoraussetzung des Satzes 2 geführt, dass bestimmte Beteiligungsvoraussetzungen durch Kreditinstitute oder Finanzdienstleistungsinstitute an Finanzunternehmen bestehen müssen (BTDrucks. 18/9536, 55; vgl. auch *Hoheisel/Stroh*, StuB 2017, 179 [182]).

Zwischengeschaltete Personengesellschaft: Da § 1 Abs. 3 KWG für die Qualifikation als Finanzunternehmen keine bestimmte Rechtsform voraussetzt, kann auch eine PersGes. Finanzunternehmen sein, wenn ihre Haupttätigkeit in den in § 1 Abs. 3 KWG aufgeführten Aktivitäten besteht. Daraus folgt, dass es für die Frage der Anwendung des Abs. 7 Satz 2 auf die PersGes. selbst ankommt (FG München v. 17.4.2018 – 12 K 273/18, EFG 2018, 1527, Az. BFH IV R 15/18; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 612 [10/2019]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 567; *Egner/Kohl*, Ubg 2012, 516 [526]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 425 [11/2019]). Kein Tatbestand des Abs. 7 Satz 2 liegt allerdings in den Fällen vor, in denen die PersGes. nicht selbst das Finanzunternehmen ist, sondern der an ihr beteiligte Gesellschafter, weil die PersGes. als Unternehmen maßgebend ist. Abs. 7 Satz 2 ist in derartigen Fällen nur anwendbar, wenn der Gesellschafter selbst als Finanzunternehmen qualifiziert. Betroffen sind dann Anteile im eigenen BV und Sonder-BV.

Organschaft: Ist die OG ein durch Abs. 7 erfasstes Unternehmen, ist Abs. 7 bei ihm direkt anwendbar (§ 15 Satz 1 Nr. 2). Unklar ist die Rechtslage für den OT. § 15 enthält dazu keine Regelung. Da beim OT die Anwendung der Abs. 1 bis 6 erfolgt, würde das stpfl. Einkommen der OG, die unter Abs. 7 fällt, aufgrund der allgemeinen Regeln stfrei bleiben. Gemeint ist wohl, dass das Organeinkommen beim OT insoweit stpfl. ist, als bei der OG Abs. 7 eingreift. Ist der OT selbst ein unter Abs. 7 fallendes Unternehmen, ist streitig, ob sein Einkommen stets stpfl. ist. Das ist uE nur der Fall, wenn die Voraussetzungen des Abs. 7 beim OT selbst erfüllt sind. Da § 15 zur Anwendung auf den OT selbst keine Aussage enthält, gelten die allgemeinen Regelungen. Soweit im Einkommen des OT Eigenhandelsergebnisse enthalten sind, kommt bei ihm originär Abs. 7 zur Anwendung (vgl. *Riegel*, Ubg 2011, 121 [130]; *Rogall*, DB 2006, 2310).

Keine Bindung durch § 4 KWG: Aufgrund von § 4 KWG entscheidet die BaFin in Zweifelsfällen, ob ein Unternehmen Finanzinstitut ist. Es besteht uE keine Bindungswirkung für Abs. 7 Satz 2, weil die KWG-Qualifikation nur die kreditwesensrechtl. Verwaltungsbehörden bindet (BMF v. 25.7.2002 – IV A 2 - S 2750a - 6/02, BStBl. I 2002, 712; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 564; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 441 [6/2017]; *Jansen/Lübbehüsen*, BB 2012, 2595 [2596] mwN).

Zeitpunkt der Qualifikation als Finanzunternehmen: Ungeklärt ist, wann ein Unternehmen die Qualifikation als Finanzunternehmen erfüllen muss. Der Gesetzeswortlaut bedingt uE, dass der Erwerbszeitpunkt der Anteile maßgebend ist, weil ein Finanzunternehmen in diesem Zeitpunkt in Eigenhandelsabsicht Anteile erwerben muss (auf das Wj. des Erwerbs bezogene Qualifikation, vgl. BFH v. 12.10.2011 – I R 4/11, BFH/NV 2012, 453; Vorinstanz FG Hamb. v. 14.12.2010 – 3 K 40/10, EFG 2011, 1196, rkr.; *Haisch/Bindl*, Ubg 2009, 680 [683]; *Stollenwerk/Kühnemund*, GmbH-StB 2009, 336 [338]).

b) Beteiligungsvoraussetzungen

230

Während sich der Verweis auf „Finanzunternehmen iSd. KWG“ auch nach der zielgenaueren Änderung des Satzes 2 durch das BEPS-UmsG (s. Anm. 7) nicht geändert hat, besteht die wesentliche Einschränkung nun in den Beteiligungsvoraussetzungen. Erfasst werden nunmehr nur noch solche Finanzunternehmen, an denen Kreditinstitute oder Finanzdienstleistungsinstitute unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 50 % beteiligt sind.

Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute: Aus dem Kontext der Regelung zu Satz 1 folgt, dass es sich bei den Mehrheitsbeteiligten um Kredit- und Finanzdienstleistungsunternehmen iSd. KWG handeln muss.

Unmittelbare Beteiligung: Maßgebend ist eine Beteiligung, nicht Gesellschafterstellung. Da Satz 2 auf „beteiligt“ abstellt, kommt es auf die Beteiligung am Grund- oder Stammkapital des Finanzunternehmens an. Bei Gesellschaften ausländ. Rechtsform ist uE die Beteiligung nach dem dort geltenden Gesellschaftsrecht zu ermitteln. Da ein Finanzunternehmen nicht auf die Rechtsform der KapGes. beschränkt ist, ist bei PersGes. im Zweifel die Beteiligung am Vermögen und Gewinn entscheidend.

Mittelbare Beteiligung: Auch die Beteiligung über eine oder mehrere zwischengeschaltete Gesellschaften erfüllt das Beteiligungserfordernis. Der Gesetzeswortlaut enthält keine Einschränkung hinsichtlich der zwischengeschalteten Gesellschaft. Es kann sich um eine in- oder ausländ. Gesellschaft handeln, sie kann Holdinggesellschaft oder selbst operativ tätig sein. Stets muss es sich bei der Gesellschaft, an der die Beteiligung besteht, aber um ein Finanzunternehmen iSd. KWG handeln. Maßgebend ist die durchgerechnete Beteiligungsquote.

Zusammenrechnung unmittelbarer und mittelbarer Beteiligungen: Unmittelbare und mittelbare Beteiligungen sind zusammenzurechnen, um die Beteiligungsquote zu ermitteln. „Oder“ ist uE nicht im Sinne einer alternativen Beteiligung zu verstehen, sondern kumulativ im Sinne eines „und/oder“. Nur dies entspricht dem Sinn der Regelung, sie auf den Bereich der Finanzwirtschaft zu beschränken.

Veränderungen der Beteiligung: Veränderungen der Beteiligung durch Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute durch ein Hineinwachsen oder Herauswachsen in die qualifizierte Beteiligung wirken sich auf die Anteile des Finanzunternehmens nicht aus, weil es insoweit auf den Zeitpunkt des Zugangs zum BV ankommt.

c) Anteile, die zum Zeitpunkt des Zugangs zum Betriebsvermögen als Umlaufvermögen auszuweisen sind

230a

Diese Tatbestandsvoraussetzung ersetzt das vormalige Tatbestandsmerkmal, „Anteile, die zur kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben werden“,

das noch auf Anteile, die bis zum 31.12.2016 erworben wurden, anwendbar ist. Zur zeitlichen Anwendung s. Anm. 17.

Anteile: Wie im Fall des Satzes 1 ist fraglich, welche Anteile der Regelung unterfallen. Hierzu gehören uE alle handelbaren Anteile iSd. Abs. 2. Das ist zwischenzeitlich durch den BFH bestätigt, der eine weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Anteile“ vertritt, weil Satz 2 zur Auslegung nicht auf KWG-Regelungen verweist und der Begriff strechtl. auszulegen sei. Danach komme es auf eine abstrakte Handelbarkeit an; das Erfordernis einer notariellen Beurkundung für die Abtretung von GmbH-Anteilen und – über die hier vertretene Ansicht hinausgehend – Einschränkungen durch zB Vorkaufsrechte und Zustimmungserfordernisse – seien kein Hindernis für die Qualifikation als handelbare Anteile (BFH v. 14.1.2009 – I R 36/09, BStBl. II 2009, 271; BFH v. 12.10.2011 – I R 4/11, BFH/NV 2012, 433; BFH v. 30.11.2011 – I B 105/11, BFH/NV 2012, 456; FG Hamb. v. 14.12.2010 – 3 K 40/10, EFG 2011, 1196, rkr.; zu Anteilen an ausländ. KapGes. BFH v. 15.6.2009 – I B 46/09, BFH/NV 2009, 1843).

Zugang zum Betriebsvermögen: Anders als nach der bisherigen Regelung ist nicht die Absicht, kurzfristig einen Eigenhandelserfolg zu erzielen, maßgebend, sondern der Zugang zum BV. Damit ein „Zugang“ erfolgt, muss das zivilrechtl., zumindest aber wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen auf das Finanzunternehmen übertragen sein (arg. § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB, § 39 Abs. 2 AO). „Zugang“ ist weiter gefasst als „Erwerb“ des Abs. 7 Satz 2 aF und bedeutet jedwede Art von Zugang zum BV. Er kann entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen, aufgrund Erwerbsgeschäfts oder auch durch Umwandlungen. Wegen des weiten Wortlauts sind auch entgegen der bisherigen Regelung (s. Anm. 230) durch Neugründung oder Kapitalerhöhung selbst geschaffene Anteile tatbestandsmäßig.

Als Umlaufvermögen auszuweisen: Der Ausweis von Anteilen im UV hatte nach bisheriger Regelung Indiz-, aber keine Tatbestandswirkung (vgl. auch FG Münster v. 11.2.2015 – 9 K 806/13 K, EFG 2015, 1222, rkr.; aA BMF v. 25.7.2002 – IV A 2 - S 2750a - 6/02, BStBl. I 2002, 712, Rz. C.II). Nach der nunmehr geltenden Regelung ist er tatbestandsmäßig. Allerdings ist fraglich, nach welchen Grundsätzen die Zuordnung zum UV erfolgen muss. Da Finanzunternehmen nur dem persönlichen Anwendungsbereich des Abs. 7 Satz 2 unterfallen, wenn sie im Mehrheitsbesitz von Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstituten stehen, könnten dieselben Kriterien wie bei der Zurechnung zum Handelsbestand maßgebend sein, auf den Satz 1 durch § 340e Abs. 3 HGB verweist. Danach wäre die Absicht des kurzfristigen Eigenhandelserfolgs, der einer Zuordnung zum Handelsbestand immanent ist, weiterhin entscheidend. Der Wortlaut von Satz 2 verweist indes nur auf den Zugang zum UV. Da § 340e Abs. 3 HGB eine Sonderregelung für Finanz- und Dienstleistungsinstitute ist (vgl. *Haisch/Helios*, Rechtshandbuch Finanzinstrumente, 2011, § 2 Rz. 55 mwN), spricht dies dafür, die allgemeinen handelsrechtl. Regelungen in § 247 Abs. 2 HGB anzuwenden, um eine Zuordnung zum UV festzulegen (unklar die Gesetzesbegründung, BTDrucks. 18/9536 55, die einerseits auf die Anwendbarkeit des § 247 Abs. 2 HGB und beim Zeitpunkt auf § 340e Abs. 3 HGB verweist). Die Zuordnung zum UV setzt eine Eigenhandelsabsicht nicht voraus, sondern zeigt nur, dass die Absicht zur Beteiligung nicht dauerhaft ist (vgl. auch *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 590). Aufgrund des Wortlauts „auszuweisen sind“ kommt es nicht auf den tatsächlichen, sondern auf den handelsrechtl. zutreffenden Ausweis als UV an. Die Finanzunternehmen iSd. Abs. 7 Satz 2 sollten ihre Entsch. zur Zuordnung zum AV oder UV ausreichend dokumentieren.

Keine Umwidmung: Da es für die Qualifikation als UV auf den Zeitpunkt des Zugangs ankommt, ist eine spätere Umwidmung zwar handelsrechtl. möglich, für Abs. 7 Satz 2 jedoch ohne Bedeutung.

Zeitpunkt: Der Ausweis hat in dem Zeitpunkt zu erfolgen, in dem die Anteile dem BV zugehen. Damit ist nicht der Bilanzausweis entscheidend, sondern die handelsrechtl., buchhalterische Erfassung im Zugangszeitpunkt. Diese zeitpunktbezogene Qualifikation perpetuiert die Qualifikation für den Tatbestand des Abs. 7 Satz 2 (vgl. auch BTDrucks. 18/9536, 55). Der Zugang zum BV als UV muss bei einem im mehrheitlichen Besitz von Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstituten stehenden Finanzunternehmen zeitpunktbezogen erfolgen. Daraus folgt, dass beide Tatbestandsvoraussetzungen im Zeitpunkt des Zugangs erfüllt sein müssen und sich nachträgliche Änderungen nicht mehr auswirken.

Erwerbsabsicht für Anteile, die vor dem 31.12.2016 erworben wurden: Für Anteile, die bis zum 31.12.2016 erworben wurden, gilt die Einschränkung der Beteiligungsvoraussetzungen durch Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitute nicht. Das so allein maßgebliche Finanzunternehmen muss die Anteile zur kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben haben. Das Tatbestandsmerkmal ist äußerst unbestimmt und streitanfällig. Ein Erwerb mit dem Ziel des Eigenhandelserfolgs ist anzunehmen, wenn die Anteile in Handelsabsicht mit dem Zweck des kurzfristigen Wiederverkaufs (Umschlags am Markt) unter Ausnutzung von Preis- und Kurssteigerungen erworben werden sollen (stRspr., BFH v. 14.1.2009 – I R 36/08, BStBl. II 2008, 671; BFH v. 15.6.2009 – I B 46/09, BFH/NV 2009, 1843; BFH v. 12.10.2010 – I B 82/10, BFH/NV 2010, 69, Rz. 15; BFH v. 26.10.2011 – I R 17/11, BFH/NV 2012, 613). Da nur das Unternehmen selbst die Zweckbestimmung treffen kann, welche Anteile zur Erzielung eines derartigen kurzfristigen Erfolgs erworben werden, ist auf dessen subjektiven Willen abzustellen, der sich gemeinhin in der Zuordnung der Anteile zum AV oder UV manifestiert (BMF v. 25.7.2002 – IV A 2 - S 2750a - 6/02, BStBl. I 2002, 712, Rz. C.II; vgl. auch BFH v. 18.12.1986 – I R 293/82, BStBl. II 1987, 446; BFH v. 2.2.1990 – III R 165/85, BStBl. II 1990, 706; FG München v. 23.3.2015 – 7 K 386/13, EFG 2015, 1226, rkr.; *Herzig*, DB 2003, 1459 [1460]). Auch der BFH stellt auf den Ausweis als AV oder UV ab, sieht die Bilanzierung aber nicht absolut als maßgebend an, sondern – zutr. – als ein gewichtiges Indiz. Ein weiteres Indiz – so der BFH – kann eine nur kurzfristige Zeitspanne zwischen Erwerb und Veräußerung sein. Maßgeblich sei, ob im Erwerbszeitpunkt eine zeitlich kurzfristige Anlage beabsichtigt sei und die Marktsituation jederzeit unmittelbar ausgenutzt werden solle (BFH v. 14.1.2009 – I R 36/08, BStBl. II 2009, 671; BFH v. 15.6.2009 – I B 46/09, BFH/NV 2009, 1843; BFH v. 12.10.2011 – I R 4/11, BFH/NV 2012, 453; FG Hamb. v. 31.1.2011 – 2 K 6/10, EFG 2011, 1091, rkr.; FG Münster v. 31.8.2015 – 9 K 27/12, rkr., EFG 2016, 58; vgl. auch *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 591; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 446 [6/2017]). Eine starre zeitliche Grenze von zwölf Monaten (so *Bogenschütz/Tibo*, DB 2008, 8; *Bünning/Slabon*, FR 2003, 174 [179]; *Dieterlen/Dieterlen*, GmbHR 2007, 741 [742]; *Feyerabend* in *Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 370) lässt sich Abs. 7 Satz 2 aF demgegenüber nicht entnehmen. Im Zweifelsfall ist § 271 HGB zu beachten, nach dem Beteiligungen von mehr als 20 % regelmäßig dem AV zuzuordnen sind. Der Stpfl. müsste in diesen Fällen also dokumentieren, dass es sich ausnahmsweise nicht um Anteile handelt, die er zur kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben hat. Auch bei geringeren Beteiligungen ist uE im Grundsatz nicht von Eigenhandelsabsicht auszugehen, wenn der Stpfl. die Anteile im AV ausgewie-

sen hat. Allerdings kommt dem Ausweis im AV aufgrund von BFH (BFH v. 26.10.2011 – I R 17/11, BFH/NV 2012, 613) zu Recht keine Indizwirkung zu, wenn die Verbuchung nicht zeitnah mit dem Erwerb, sondern erst erfolgt, nachdem auch die Veräußerung vollzogen war. Sind Anteile indes dem UV zugeordnet, obliegt dem Stpfl. die Feststellungslast dafür, dass damit kein kurzfristiger Eigenhandelserfolg beabsichtigt war (BFH v. 12.10.2011 – I R 4/11, BFH/NV 2012, 453; FG Hamb. v. 14.12.2010 – 3K 40/10, EFG 2011, 1186, rkr.). Zur Problematik vgl. *Bindl*, DStR 2006, 1817 (1820); *Bünning/Slabon*, FR 2003, 174 (179); *Dreyer/Herrmann*, DStR 2002, 1837 (1839); *Feyerabend* in *Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 371; *Ebel*, FR 2014, 500 (504); *Ebner/Helios*, FR 2009, 977 (982); *Haisch/Bindl*, Ubg 2009, 680 (687); *Hagedorn/Matzke*, GmbHR 2009, 970 (976); *Hardecker*, DB 2002, 2127 (2129); *Lohmann/Windhövel*, DB 2009, 1043 (1044); *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 446 (6/2017); *Seip*, NWB 2012, 2697 (2699); *Watermeyer*, GmbH-StB 2009, 220 (223).

Notwendige Ausnahmen für Zuordnung zum Zweck des Eigenhandelserfolgs: Die Abgrenzung zwischen AV und UV führt im Grundsatz zur Abgrenzung auch hinsichtlich eines beabsichtigten Eigenhandels. Dem Zweck der Norm entsprechend, bankübliche Geschäfte zu erfassen, müssten Ausnahmen denkbar sein, zB bei Anteilen an Projektgesellschaften, die nur als Haftungsmantel dienen (vgl. *Brauer/Pyszka*, GmbHR 2002, 1116). Diese gesetzesentsprechend notwendige Einschränkung ist ein Problem des Abgrenzungskriteriums „Anlage- oder Umlaufvermögen“, weil der Begriff des Finanzunternehmens zu weitgehend auf alle Holdinggesellschaften auch außerhalb des Finanzsektors ausgedehnt wird. Der BFH lässt offenbar aber derartige Ausnahmen nicht zu, weil er auf die rechtliche und nicht die wirtschaftliche Identität der Anteile abstellt (BFH v. 12.10.2010 – I R 4/11, BFH/NV 2012, 453).

Gerade bei Projektgesellschaften wird die in der Rspr. des BFH liegende Problematik deutlich. Für sie „passt“ die Eigenhandelsklausel nicht. Regelmäßig werden durch Leistungen des Gesellschafters oder der Gesellschaft die Anteile derart verändert, dass nicht mehr von der Absicht gesprochen werden kann, die ursprünglich erworbenen Anteile zu veräußern. Das ist zT mit dem Gedanken des § 8 Abs. 4 aF vergleichbar, nach dem bei einer Verlustgesellschaft zwar bei einer Anteilsübertragung die rechtl. Identität der Anteile erhalten blieb, sich die wirtschaftliche Identität jedoch unter bestimmten Umständen änderte. Dieser Rechtsgedanke wäre uE für solche Fälle zielführend, um eine Abgrenzung zum Eigenhandel zu bewirken (vgl. auch *Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 601 [10/2019]; *Löffler/Hansen*, DStR 2011, 558 [560]; *Löffler/Tietjen*, DStR 2010, 586 [588]; aA *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 448 [6/2017]).

Eigene Anteile: Eigene Anteile, die bis zur Änderung des HGB durch das BilMoG zwingend im UV auszuweisen waren, bilden keine Eigenhandelsanteile (*Müller*, BB 2003, 1309 [1313]). Sie können allenfalls Satz 2 unterfallen, wenn eine Eigenhandelsabsicht tatsächlich bestand (*U. Prinz/von Freeden*, FR 2005, 533; *Mayer*, Ubg 2008, 779 [780]). Nach der Einf. von § 271 Abs. 1a und Abs. 1b HGB durch das BilMoG und einer auch stl. durch die FinVerw. nachvollzogenen Behandlung wie eine Kapitalmaßnahme (BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009, BStBl. I 2013, 1615; s. dazu Anm. 64) ist Abs. 7 auf eigene Anteile nicht anwendbar.

► *Private Equity und Venture Capital Gesellschaften* sind nach Meinung der FinVerw. keine Finanzunternehmen, weil sie keine banküblichen Beteiligungsgeschäfte tätigen. Die FinVerw. begründet dies damit, dass die Fonds keine kurzfristigen Eigenhandelserfolge verfolgen (BMF v. 20.11.2003 – IV A 6 - S 2240 - 153/03, BStBl. I 2004, 40, Rz. 18; ebenso *Bärenz/Veith*, BB 2004, 251 [255]; *Rodin/Bärenz/Veith*, DB 2004, 103 [108]). Die Frage ist allerdings insbes. im Hin-

blick auf BFH (BFH v. 24.8.2011 – I R 46/10, BFH/NV 2011, 2165) offen, weil der BFH einen englischen *Private Equity Fonds* bei einer Umschlagswahrscheinlichkeit seiner Beteiligungen als gewerblich eingestuft hat (*Bauschatz*, DStZ 2009, 502 [505]; *Gosch*, BFH-PR 2012, 34 [35]; *Stollenwerk/Kühnemund*, GmbH-StB 2009, 336 [339]; zu damit verbundenen Fragestellungen vgl. ausführl. *Egner/Kohl*, Ubg 2012, 516).

- *Zeitpunkt für die Qualifikation als Eigenhandelsanteil*: Es kommt nach dem Wortlaut des Satzes 2 auf den Erwerbzeitpunkt an, in diesem Zeitpunkt muss die Absicht vorliegen, einen kurzfristigen Eigenhandelserfolg zu erzielen (BFH v. 14.1.2009 – I R 36/08, BStBl. II 2009, 671; BFH v. 12.10.2011 – I R 4/11, BFH/NV 2012, 453; FG Hamb. v. 14.12.2010 – 3 K 40/10, EFG 2011, 1186, rkr.; *Ebel*, FR 2014, 500 [504]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 710).

Nach BFH (BFH v. 12.10.2011 – I R 4/11, BFH/NV 2012, 453) ist der Stpfl. an die einmal getroffene Entsch. zur Qualifizierung der Anteile gebunden; die Umwidmung von Anteilen aus dem UV in das AV lässt die bei Erwerb getroffene Erwerbsabsicht unberührt.

Trotz der Maßgeblichkeit dieses Erwerbszeitpunkts sollte uE eine Umwidmung von Eigenhandelsanteilen in eine langfristige Kapitalanlage möglich und auch für eine Änderung der Erwerbsabsicht maßgeblich sein, wenn dies nicht willkürlich erfolgt und die Gründe entsprechend dokumentiert werden. Da Satz 2 eine Ergänzung von Satz 1 für die Fälle ist, in denen kein Handelsbuch geführt werden muss, sollte ein „Umwidmung“ (der Eigenschaft der Anteile und damit auch der Absicht) zumindest in den Fällen möglich sein, in denen die Eigenhandelsabsicht aufgehoben wird (*Neu/Watermeyer*, DStR 2002, 2101 [2103]; *Dreyer/Herrmann*, DStR 2002, 1837 [1840]).

Erwerb: Weil Abs. 7 Satz 2 einen Handel mit Anteilen voraussetzt, muss es sich im Rahmen des Abs. 7 Satz aF um den abgeleiteten Erwerb von Anteilen handeln, die wieder veräußert werden sollen (hM, BFH v. 14.1.2009 – I R 36/08, BStBl. II 2009, 671; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 449 [6/2017]; *Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 597 [10/2019]). Keine Eigenhandelsanteile sind demgemäß Anteile an eigengegründeten Gesellschaften, insbes. Vorratsgesellschaften (BFH v. 3.5.2006 – I R 200/05, BStBl. II 2007, 60). Demgegenüber führt die Weiterveräußerung von erworbenen Anteilen einer als Vorratsgesellschaft gegründeten Gesellschaft zum Erwerb iSd. Abs. 7 (BFH v. 12.10.2010 – I B 82/10, BFH/NV 2011, 69; krit. zu Recht *Löffler/Hansen*, DStR 2011, 558). Komplexe und offene Fragestellungen ergeben sich insbes. in Umwandlungsfällen. In Fällen der Einbringung und Kapitalerhöhung ist zu unterscheiden, ob ein Erwerb bei der aufnehmenden Gesellschaft oder bei dem Einbringenden (durch neue Anteile) erfolgt. Dasselbe gilt in Verschmelzungs- und Spaltungsfällen, wenn zum Übertragungsvermögen auch Anteile an KapGes. gehören. Bei der aufnehmenden Gesellschaft handelt es sich um den Erwerb von Anteilen, beim Einbringenden um eine Veräußerung im Wege des Tauschs (vgl. auch FG Ba.-Württ. v. 9.7.2010 – 6 K 5258/09, juris, Az. BFH I R 58/12). Trotz strechtl. angeordneter Rechtsnachfolge geht uE aber die Eigenschaft von Eigenhandelsanteilen nicht auf den übernehmenden Rechtsträger über, weil zum einen „Handel“ zivilrechtl. zu verstehen und zum anderen die Absicht im Zeitpunkt des Erwerbs vom erwerbenden Unternehmen persönlich zu treffen ist. Beim Gesellschafter bilden die für die Umwandlung gewährten neuen Anteile uE in Anlehnung an die BFH-Rspr. zu den eigengegründeten Gesellschaften Anteile, die

nicht auf einen abgeleiteten Erwerb beruhen, und deshalb nicht Abs. 7 Satz 2 unterfallen (vgl. im Einzelnen *Breuninger/Winkler*, Ubg 2011, 13; *Haisch/Bindl*, Ubg 2009, 680 [685]; *Riegel*, Ubg 2011, 121). Zu Wandelanleihen vgl. FG München v. 17.4.2018 – 12 K 273/18, EFG 2018, 1527 [Az. BFH I R 37/18]; *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 586a; aA *Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 451 (7/2019).

231 2. Rechtsfolge

Es treten dieselben Rechtsfolgen wie im Fall des Satzes 1 ein. Die Abs. 1–6 gelten nicht, Gewinnausschüttungen und Veräußerungsgewinne sind stpfl. und Gewinnminderungen und Aufwendungen vollständig abziehbar. Wegen der StPflcht kommt DBA-Befreiungen in diesen Fällen eine eigenständige Bedeutung zu. Hinsichtlich der Gewinnausschüttungen ist die Rückausnahme in Abs. 9 für EU-/EWR-Fälle zu beachten.

232 IV. Abs. 7 Satz 3 aF: Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen mit Sitz im Ausland

Die Regelung des Abs. 7 Satz 3 aF ist in der aktuellen Regelung nicht mehr enthalten. Abs. 7 Satz 3 aF erweiterte die Suspendierung der Abs. 1 bis 6 auch auf Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder in einem EWR-Staat haben. Der Gesetzgeber hat die Regelung im Zusammenhang mit der zielgenaueren Ausgestaltung des Abs. 7 aufgehoben, weil sie seiner Meinung nach nur deklaratorischen Charakter hatte. Aufgrund der Kapitalverkehrsfreiheit war Abs. 7 entsprechend auf alle Kreditinstitute mit Sitz in der EU/dem EWR oder in einem Drittstaat anzuwenden (BTDrucks. 18/9536, 56). Das gilt für die in Satz 1 genannten Institute ebenso wie für die in Satz 2 genannten Finanzunternehmen, ab dem 31.12.2016 mit den entsprechenden Beteiligungsvoraussetzungen (vgl. *Jacob/Scheifele*, IStR 2009, 304 [309]; *Pyszka/Brauer*, BB 2002, 1669 [1673]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 688; *Kröner* in *Bott/Walter*, § 8b Rz. 286 [4/2004], mwN).

233–234 Einstweilen frei.

J. Erläuterungen zu Abs. 8: Sonderregelung für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen

Schrifttum: *Dötsch/Pung*, Die Neuerungen bei der Körperschaftsteuer und bei der Gewerbesteuer durch das Steuergesetzgebungspaket vom Dezember 2003 – Teil II: Die Änderungen insbes. bei der Verlustnutzung und bei § 8b KStG, DB 2004, 151; *Schick/Bickert*, Besteuerung des Aktiengewinns bei Personenversicherungsunternehmen unter besonderer Berücksichtigung des Blockwahlrechts, BB 2006, 2334; *Mützler*, Die Zuschreibungsfälle des § 8b Abs. 8 Satz 4 KStG für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen, DB 2007, 1894; *Füllbier/Beckert*, Übernahmegewinne und -verluste bei der Verschmelzung unter Beteiligungen von Banken und Versicherungen – Steuerliche Hindernisse bei der Konsolidierung des Finanzdienstleistungssektors?, Ubg 2009, 774; *Jasper/Stark*, Unionsrechtskonforme Dividendenbesteuerung ausländischer Pensionsfonds, IStR 2013, 554; *Bindl/Leidel*, Unternehmensbesteuerung nach dem „Jahressteuergesetz 2018“, GmbHR 2019, 1.

I. Bedeutung des Abs. 8

235

Die Regelung wurde erstmals durch das ProtErklG geschaffen. Die jetzige Regelung mit einer auf Antrag möglichen Rückwirkung zu 80 % (s. Anm. 18) beruht auf dem Vermittlungsverfahren v. 17.12.2003 (dazu *Dötsch/Pung*, DB 2004, 91). Die Regelung steht in engem Zusammenhang mit § 21 und – bis zu seiner Aufhebung durch das JStG 2009 – § 14 Abs. 2. Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen können Beitragsrückerstattungen aufgrund von § 21 Abs. 1 Nr. 1 als BA abziehen. Diesen BA stehen seit dem kstl. Systemwechsel oftmals handelsbilanziell erfasste, aber stfreie Bezüge und Gewinne aus der Anlage von Beiträgen der Versicherten in Beteiligungen an KapGes. gegenüber. Bei Substanzverlusten durch zB Veräußerungsverluste oder Teilwertabschreibungen kehrte sich der Effekt um. Steuerlich wurde das Erg. außerbilanziell um Substanzverluste bereinigt (Abs. 3 Satz 3), während der Verlust handelsrechtl. auszuweisen war. Dadurch konnte es zu StBelastungen kommen, obwohl kein (ausschüttungsfähiger) Gewinn erzielt wurde (vgl. auch *Dötsch/Pung*, DB 2004, 151 [154]; *Leis*, FR 2004, 53 [61f.]; *Schick* in *Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 391). Dasselbe gilt für Pensionsfonds. Auf der anderen Seite konnte es durch die StFreiheit von Bezügen und Gewinnen iSd. Abs. 1 und 2 auch zu einer doppelten stl. Begünstigung kommen, da diese Beteiligungserträge auch in die stl. wirksame Rückstellung für Beitragsrückerstattungen aufgrund von § 21 Abs. 1 eingingen. Dieser doppelten Berücksichtigung, aber auch fehlenden Verlustberücksichtigung wirkt Abs. 8 entgegen. Nachdem das Organschaftsverbot durch Aufhebung von § 14 Abs. 2 (JStG 2009) entfiel, hat der Gesetzgeber § 21 angepasst, nach dem stbefreite Bezüge und Gewinne nicht mehr in die Berechnung des stl. wirksamen Aufwands für Beitragsrückerstattungen eingehen (vgl. *Mützler*, DB 2007, 1894; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 617 f. [10/2019]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 610; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 727).

Die Problematik des Auseinanderfallens von handels- und strechtl. Gewinn löst Abs. 8 dadurch, dass sowohl laufende als auch einmalige Beteiligungserträge aus durch § 8b begünstigten Finanzanlagen stpfl., auf der anderen Seite aber Verluste iSd. Abs. 3 Satz 3 abziehbar sind. Im Grunde genommen folgt dieser Gesetzesansatz dem des Abs. 7. Er geht aber weiter, indem die Regelung dem Zusammenhang mit § 21 (Beitragsrückerstattungen) Rechnung trägt und eine eigene Bewertungsanordnung enthält, nach der die Anteile der Lebens- und Krankenversicherer mit dem handelsrechtl. Wert angesetzt werden. Zu Einzelheiten vgl. Stellungnahme des BRats zum Gesetzentwurf, BTDrucks. 15/1665, 3; Beschlussempfehlung und Bericht des FinAussch., BTDrucks. 15/1684, 14; *Dötsch/Pung*, DB 2004, 151 (154); *Leis*, FR 2004, 53 (61f.). Um eine EU-Rechtswidrigkeit zu vermeiden, enthält Abs. 9 eine Rückausnahme für Gewinnausschüttungen, die unter die EU-Mutter-Tochter-Richtlinie fallen. Zur EU-Problematik einer abgeltenden KapErtrSt im Auslandsfall in Net-Taxation-Fällen s. Anm. 27.

Einstweilen frei.

236

II. Tatbestand und Rechtsfolgen

1. Grundtatbestand der Suspendierung der Abs. 1 bis 7 (Abs. 8 Satz 1)

237 a) Tatbestandsvoraussetzungen

Die in Satz 1 enthaltene Grundregel für die Suspendierung der Abs. 1 bis 7 enthält eine persönliche und eine sachliche Voraussetzung. Die Regelung gilt

- persönlich für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen und
- sachlich für Anteile, die den Kapitalanlagen zuzurechnen sind.

Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen sind Unternehmen, die der Versicherungsaufsicht unterliegen (§ 1 VAG) und das Krankenversicherungs- und Lebensversicherungsgeschäft betreiben. Da Abs. 8 keine Einschränkung auf der inländ. Versicherungsaufsicht unterliegende Unternehmen enthält, unterfallen auch im Ausland ansässige Unternehmen innerhalb der EU sowie in Drittstaaten (s. § 7 Nr. 6 VAG), die einer vergleichbaren Aufsicht unterliegen, Abs. 8 Satz 1 (*Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 612; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 732).

Anteile, die den Kapitalanlagen zuzurechnen sind: Für die Bilanz und GuV-Ansätze der VU bestehen besondere Ausweis- und Gliederungsvorschriften, die in §§ 341 ff. HGB und in der Verordnung über die Rechnungslegung von VU (Rech-VersV v. 8.11.1994, BGBl. I 1994, 3378) und den beigefügten Formblättern enthalten sind. Dabei handelt es sich um alle Anteile iSd. Abs. 2, die Kapitalanlagen bilden, nämlich Anteile, Beteiligungen und sonstige Kapitalanlagen wie Aktien (*Dötsch/Pung*, DB 2004, 150 [155]; *Kröner* in *Bott/Walter*, § 8b Rz. 295 [4/2004]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 461 [6/2017]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 737; *Wagner*, DK 2006, 609 [616]); eine Unterscheidung nach AV und UV erfolgt nicht (so *Bruschke*, DStZ 2012, 813 [817]; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 737). Ungeklärt ist, wie Fondsanteile zu behandeln sind, die aus der Sicht der Versicherungen Anteile an KapGes. enthalten, die bei unmittelbarer Beteiligung den Kapitalanlagen zuzurechnen wären. Die Grundsätze des Abs. 8 sollten jedenfalls für Einkünfte aus Anteilen gelten, die von einem Spezialinvestmentfonds gehalten werden (vgl. auch *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 738).

238 b) Rechtsfolgen

Satz 1 ordnet an, dass die Abs. 1 bis 7 nicht anzuwenden sind.

Körperschaftsteuer: Es ergibt sich dieselbe Rechtsfolge wie im Fall der Eigenhandelsklausel des Abs. 7, nach der weder die StBefreiungen der Abs. 1 und 2 noch die Steuerwirksamkeit von Gewinnminderungen (Abs. 3 Satz 3) anwendbar sind. Dasselbe gilt für die in Abs. 3 Satz 1 und Abs. 5 Satz 1 genannte Fiktion nicht abziehbarer BA. Eine Ausnahme zu dieser StPflcht enthält Satz 3 für besondere Fälle vorausgegangener nicht steuerwirksamer Teilwertabschreibung. Andere Befreiungen, zB durch Abs. 9 und DBA, bleiben unberührt. Da Satz 1 die Abs. 1 bis 7 insgesamt in Bezug nimmt, bleiben auch Wertminderungen aus Darlehen entgegen Abs. 3 Sätze 4ff. abziehbar. Zwar handelt es sich nicht um Gewinnminderungen aus Anteilen. Da sie diesen durch Abs. 3 Sätze 4ff. jedoch in der Rechtsfolge gleichgestellt sind, gilt der Verweis auch für Abs. 8 Satz 1 (vgl. auch *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 739). Da das Lebens- und Kranken-

versicherungsgeschäft nicht in der Rechtsform einer PersGes. betrieben werden darf, kommt es auch zu den Rechtsfolgen des Abs. 1, wenn dem VU über eine Mitunternehmerschaft entsprechende Gewinnanteile zugerechnet werden (vgl. *Schick in Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 385). Fraglich ist der Ausschluss des Abs. 7; gemeinhin handelt es sich bei den Unternehmen iSd. Abs. 8 nicht um solche Unternehmen, die Abs. 7 unterfallen. Es handelt sich wohl um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers (*Dötsch/Pung*, DB 2004, 151 [155]; *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 742; *Schick in Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 742). Eine besondere (EU-)Problematik besteht bei ausländ. Pensionsfonds als Bezieher von Inlandsdividenden hinsichtlich der abgeltenden Wirkung der KapErtrSt, s. Anm. 8.

Gewerbsteuer: Da es sich bei allen Regelungen des § 8b um Vorschriften handelt, die bereits bei der Ermittlung der Einkünfte ansetzen, wird in den Fällen des Satzes 1 auch die GewStFreiheit aufgehoben. Gewerbesteuerlich sind die Kürzungen aufgrund gewstl. Sonderregel nicht anwendbar (vgl. § 9 Nr. 2a Satz 3, § 9 Nr. 7 Satz 6 GewStG); der Gesetzgeber hält die gewstl. Abziehbarkeit der Beitragsrückstattungen, in denen die Gewinnanteile enthalten sind, für ausreichend, um eine gewstl. Doppelbelastung der Gewinnanteile zu vermeiden (BTDrucks. 15/1684, 9). Zu gewstl. Regelungen vgl. *Leis*, FR 2004, 53 (62).

2. Rückausnahme im Fall bestimmter vorangegangener Teilwertabschreibungen (Abs. 8 Satz 2)

a) Tatbestand

239

Aufgrund von Abs. 8 Satz 2 besteht eine Rückausnahme für Gewinne iSd. Abs. 2, im Wesentlichen also für Veräußerungsgewinne. Diese Gewinne bleiben unter besonderen Voraussetzungen stfrei, selbst wenn ein Fall von Satz 1 vorliegt. Diese Rückausnahme knüpft an folgende Tatbestandsmerkmale an:

- Gewinne iSd. Abs. 2;
- vorangegangene Teilwertabschreibung, die aufgrund von Abs. 3 unberücksichtigt geblieben ist;
- die entsprechende Minderung wurde nicht durch Wertaufholung ausgeglichen.

Gewinne iSd. Abs. 2 sind Gewinne aus Veräußerung oder veräußerungsgleichen Tatbeständen wie zB Wertaufholung oder verdeckter Einlage.

Unberücksichtigte Teilwertabschreibung ohne nachfolgenden Ausgleich: Die Abschreibung von Anteilen iSd. Abs. 2 gehört zu den Gewinnminderungen, die sich aufgrund von Abs. 3 Satz 3 stl. nicht auswirken. Hierauf bezieht sich Satz 2 tatbestandsmäßig. Teilwertabschreibungen, die sich aus anderen Gründen als Abs. 3 Satz 3 nicht ausgewirkt haben, zB § 50c EStG, werden nicht genannt. Auch diese Teilwertabschreibungen sind uE maßgeblich (aA OFD Frankfurt v. 6.10.2004, DStR 2004, 2195). Zur Reihenfolge der Berücksichtigung vorangegangener Teilwertabschreibungen hat BFH (BFH v. 13.2.2019 – I R 21/17, DStR 2019, 1568) entschieden, dass sowohl bei steuerwirksamen als auch bei steuerunwirksamen Teilwertabschreibungen vorrangig mit dem Gesamtvolumen früherer steuerwirksamer Teilwertabschreibungen zu verrechnen ist (abl. *Pung in DPM*, § 8b Rz. 462 [11/2019] unter Hinweis auf die Lifo-Verrechnung in Abs. 2 Satz 4 nach BFH v. 19.8.2009 – I R 2/09, BStBl. II 2010, 760; glA FinMin. Schl.-Holst., Kurzinfo v. 5.11.2020).

Das weitere Tatbestandsmerkmal des fehlenden Ausgleichs durch den Ansatz eines höheren Werts ist im Zusammenhang mit Abs. 2 Satz 3 zu sehen. Grundsätzlich ist die Wertaufholung nach vorangegangener nicht steuerwirksamer Teilwertabschreibung stfrei. Neben einer Teilwertabschreibung aufgrund von Abs. 3 Satz 3 verlangt die FinVerw. (OFD Frankfurt v. 6.10.2004 – S 2750 aA - 11 - St II 1.02, DStR 2004, 2195; glA *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 462 [11/2019]) zusätzlich, dass diese (wegen einer dauernden Wertminderung) rechtmäßig war. Das ist nicht sachgerecht und führt dazu, dass in der Handelsbilanz vorgenommene, stl. aber außerbilanziell nicht berücksichtigte Abschreibungen doppelt besteuert werden; sie dürfen zweckentsprechend nicht erfasst werden (vgl. auch *Schnitger* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 766).

240 **b) Rechtsfolge: Anwendung von Abs. 1 bis 7**

Als Rechtsfolge ordnet Satz 2 an, dass Satz 1 nicht gilt. Damit kommt die Suspendierung der Abs. 1 bis 7 nicht zum Tragen; aufgrund von Abs. 3 Satz 1 gelten 5 % als nicht abziehbare BA. Die Suspendierung gilt indes nicht hinsichtlich des gesamten Gewinns aus einer Anteilsveräußerung, sondern nur „soweit“ keine Wertaufholung erfolgte. Offen ist, ob es sich um eine stfreie Wertaufholung (Abs. 2 Satz 3) handeln musste. Da offenbar eine Korrespondenz zwischen stpfl. Veräußerungsgewinn und nicht steuerwirksamen Vorgängen ausgeschlossen werden soll, dürften vom Gesetzeszweck her nur stfreie nachfolgende Wertaufholungen maßgeblich sein.

241 Einstweilen frei.

3. Keine Berücksichtigung von Gewinnminderungen nach innerkonzernlichem steuerfreiem Anteilserwerb (Abs. 8 Satz 3)

242 **a) Tatbestand**

Trotz grundsätzlichen Ausschlusses der Abs. 1 bis 7 durch Satz 1 werden Gewinnminderungen nicht steuerwirksam, wenn sie im Zusammenhang mit Anteilen iSd. Satzes 1 stehen und diese Anteile stfrei konzernintern erworben wurden. Die Regelung entspricht offenbar dem Zweck des § 34 Abs. 7 Sätze 4 ff. (AIFM-StAnpG v. 18.12.2013, BGBl. I 2013, 4318): Die innerkonzernliche Übertragung von Gewinnminderungen von einem nicht abzugsberechtigten auf ein abzugsberechtigtes Lebens- oder Krankenversicherungsunternehmen soll verhindert werden (ebenso *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 615; *Kröner* in *Bott/Walter*, § 8b Rz. 300 [4/2004]). Die einzelnen Tatbestandsmerkmale stellen sich überblicksartig wie folgt dar:

- Gewinnminderungen betreffend Anteile iSd. Satzes 1;
- Erwerb dieser Anteile von einem verbundenen Unternehmen (§ 15 AktG);
- StFreiheit eines Veräußerungsgewinns aufgrund des StSenkG.

Gewinnminderungen sind in Satz 3 nicht definiert; ein Hinweis auf Abs. 3 Satz 1 fehlt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass der Gesetzgeber Gewinnminderungen in § 8b einheitlich ausgelegt wissen will. Dafür spricht bereits der Verweis des Satzes 1 auf eine Suspendierung der Abs. 1–7, die durch Satz 3 offenbar partiell wieder aufgehoben werden soll. Unterstrichen wird dieses Erg. durch die nahezu identische Wortwahl „Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit den Anteilen

im Sinne des Satzes 1 stehen“ in Satz 3 und Abs. 3 Satz 3, der „Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit Anteilen im Sinne des Absatzes 2 entstehen“ nennt.

Erwerb von einem verbundenen Unternehmen (§ 15 AktG): Verbundene Unternehmen definiert das Gesetz durch einen Verweis auf § 15 AktG. Danach sind verbundene Unternehmen rechtl. selbständige Unternehmen, die im Verhältnis zueinander im Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen (§ 16), abhängige und herrschende Unternehmen (§ 17), Konzernunternehmen (§ 18), wechselseitig beteiligte Unternehmen (§ 19) oder Vertragsparteien eines Unternehmensvertrags (§§ 291, 292) sind. Insoweit bildet § 15 AktG den Sammelbegriff für diese Unternehmensverbindungen, die demzufolge nicht mit den verbundenen Unternehmen iSd. § 271 Abs. 2 HGB übereinstimmen (Einzelheiten bei Koch in Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, § 15 AktG Rz. 1 ff.).

► *Nicht alle Fälle erfasst:* Die Regelung erfasst ausschließlich konzerninterne Erwerbe. Erwerbe von einem Dritten, eine unentgeltliche Übertragung (§ 6 Abs. 3 EStG) und Buchwertübertragungen aufgrund der Regelungen des UmwStG werden vom Wortlaut nicht erfasst (Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 760).

Steuerfreiheit des Veräußerungsgewinns: Ausweislich des Gesetzeswortlauts handelt es sich um eine StFreiheit aufgrund von Abs. 2 idF des Art. 3 des Gesetzes v. 23.10.2000 (BGBl. I 2000, 1433). Dabei handelt es sich um das StSenKG, das bereits mehrmals geändert wurde. Gemeint ist offensichtlich StFreiheit aufgrund von Abs. 2 seit der vorgenannten Gesetzesfassung.

b) Rechtsfolge: Keine Berücksichtigung von Gewinnminderungen bei der Einkommensermittlung 243

Als Rechtsfolge ordnet Satz 3 an, dass Gewinnminderungen bei der Ermittlung des Einkommens nicht zu berücksichtigen sind. Während die Einschränkung durch Satz 2 rechtsfolgenmäßig die Nichtgeltung des Satzes 1 anordnet, lässt Satz 3 dessen Rechtsfolge – Suspendierung der Abs. 1 bis 7 – bestehen und schränkt diese Nichtanwendbarkeit nur teilweise ein. Bei grundsätzlicher Anwendbarkeit von Satz 1 werden Gewinnminderungen – wie im Grundfall des Abs. 3 Satz 3 – stl. bei der Einkommensermittlung nicht berücksichtigt, soweit ein Veräußerungsgewinn aus innerkonzernlichem Erwerb stfrei war. Wie alle Regelungen des § 8b gilt auch diese für die KSt und die GewSt.

Einstweilen frei.

244–245

4. Anteilsbewertung nach Handelsrecht (Abs. 8 Satz 4) 246

Es handelt sich um eine Bewertungsvorschrift für Anteile, die den besonderen Regelungen des Abs. 8 Satz 1–3 unterfallen. Sie soll den Gleichlauf von stpfl. Veräußerungsgewinnen und steuerwirksamen Substanzminderungen auf der einen Seite und den handelsrechtl. Beträgen, die aufgrund von § 21 Abs. 1 auch stl. als Zuführung zu den Beitragsrückerstattungen (§§ 140, 151 VAG) abziehbar sind, sicherstellen. Da die Zuführung zu den Beitragsrückerstattungen ua. aus handelsrechtl. ermittelten Aktiengewinnen und -verlusten erfolgt, soll sich die Suspendierung der Abs. 1–7 durch Abs. 8 auch hiernach richten (vgl. Empfehlung des FinAussch. v. 14.10.2003, BTDrucks. 15/1684, 9). Das erscheint systematisch, weil dadurch eine

Abstimmung zwischen § 21 und Abs. 8 erfolgt (hM, zB *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 614; *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 764).

Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolge: Die besondere Bewertung mit den handelsrechtl. Werten setzt voraus, dass es sich um Anteile handelt, die Abs. 8 unterfallen, also um Anteile an KapGes., die zu den Kapitalanlagen zählen. Darüber hinaus müssen diese Anteile auch im Rahmen der Ermittlung der Aufwendungen für die Beitragsrückerstattung (§ 21 Abs. 1 Nr. 1) angesetzt worden sein. Als Wechselwirkung hiervon ist dieser handelsrechtl. Wert im Rahmen des Abs. 8 maßgebend. Dies bedeutet, dass Abs. 8 Satz 4 insoweit den strechtl. Bewertungsvorschriften als *lex specialis* vorgeht. Da Satz 4 ausdrücklich auf den handelsrechtl. Wert abstellt, der dem BA-Abzug iSd. § 21 Abs. 1 Nr. 1 zugrunde lag, kommt es uE auf den konkreten, handelsrechtl. Ansatz an.

„Zuschreibungs-Fälle“: Eine doppelte stl. Belastung ergibt sich aufgrund des Wortlauts des Satz 4 in den Fällen, in denen handelsrechtl. eine Abschreibung erfolgte, diese stl. aber aufgrund fehlender, dauernder Wertminderung nicht berücksichtigt wurde. Beim handelsrechtl. Wertansatz kommt es zu der Versteuerung eines Zuschreibungsgewinns, obwohl vorher keine Steuerminderung eingetreten war (OFD Frankfurt v. 6.10.2004 – S 2750 aA - 11 - St II 1.02, DStR 2004, 2195); uE ist Satz 4 entsprechend seinem Sinngehalt eingeschränkt anzuwenden (vgl. auch *Mützler*, DB 2007, 1894; *Schick/Bickert*, BB 2006, 2334 [2336]; *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 766).

247 5. Entsprechende Anwendung auf Pensionsfonds (Abs. 8 Satz 5)

Satz 5 ordnet an, dass „entsprechendes auch für Pensionsfonds“ gilt.

Pensionsfonds sind in § 236 Abs. 1 VAG definiert. Es handelt sich um rechtsfähige Versorgungseinheiten, die im Wege des Kapitaldeckungsverfahrens Leistungen der betrieblichen Altersversorgung erbringen. Pensionsfonds dürfen wie VU nur in der Rechtsform der AG oder des PVaG organisiert sein (§ 237 Abs. 3 Satz 1 VAG).

Umfang der Verweisung: Unklar ist, worauf sich die Verweisung bezieht. Sie kann den gesamten Abs. 8 in Bezug nehmen oder nur den vorhergehenden Satz 4 mit der besonderen Bewertungsregel für Anteile, deren Ergebnisse dem BA-Abzug im Rahmen des § 21 Abs. 1 Nr. 1 zugrunde lagen. Der Wortlaut lässt beide Lesarten zu. Vom Zweck des Gesetzes her muss sich die entsprechende Anwendung auf Abs. 8 insgesamt beziehen. Der Grund hierfür liegt in der Wechselwirkung zwischen steuerwirksamem Aufwand für Beitragsrückerstattungen, der aufgrund einer entsprechenden Erweiterung des § 21 Abs. 1 Nr. 1 auf Pensionsfonds ausgedehnt wurde, und ohne Abs. 8 streifen Beteiligungserträgen. Nur bei einer Anwendung aller Regelungen des Abs. 8 kann diese Wechselwirkung erreicht werden.

248–249 Einstweilen frei.

K. Erläuterungen zu Abs. 9: Kein Ausschluss der Steuerbefreiung für EU-Dividenden

I. Tatbestandsmerkmale im Einzelnen

250

Abs. 9 nimmt bestimmte grenzüberschreitende EU-Bezüge im Anwendungsbereich der Mutter-Tochter-Richtlinie von der Anwendung der Abs. 7 und 8 aus. Inhaltlich regelt Abs. 9 damit eine Rückausnahme zur StPflcht nach Abs. 7 und 8 mit der Folge einer Beibehaltung der StBefreiung nach Abs. 1. Sachlich betroffen von Abs. 9 sind wegen der Bezugnahme auf Abs. 7 und 8 ausschließlich Kreditinstitute uÄ sowie Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen.

Bezüge iSd. Abs. 1: Die Rückausnahme des Abs. 9 erstreckt sich ausdrücklich nur auf „Bezüge im Sinne des Absatzes 1“, die darüber hinaus in den Anwendungsbereich der Abs. 7 und 8 fallen. Es handelt sich um laufende Beteiligungserträge aus Anteilen an einer Körperschaft oder Personenvereinigung. Wesentlicher Anwendungsbereich sind offene und verdeckte Gewinnausschüttungen aus der Beteiligung an einer KapGes. Daneben werden kraft ausdrücklicher Anordnung in Satz 1 des Abs. 1 auch Einnahmen aus der Veräußerung von Dividendenscheinen und andere besondere Entgelte und Vorteile iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a, Abs. 2 Satz 2 EStG erfasst.

Im Einzelnen s. dazu § 8b Anm. 41 und 48 f.

Anwendung von Art. 4 Abs. 1 der Mutter-Tochter-Richtlinie: Nicht alle Bezüge iSd. Abs. 1 unterfallen dem Tatbestand des Abs. 9. Es muss sich vielmehr um solche Bezüge handeln, auf die die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2011/96 EU des Rates v. 30.11.2011 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedsstaaten (ABl. EU 2011 Nr. L 345, Satz 8), anzuwenden haben.

Aufgrund von Art. 4 Abs. 1 der Mutter-Tochter-Richtlinie sind Gewinne begünstigt, die einer Muttergesellschaft oder ihrer BS aufgrund ihrer Beteiligung an der Tochtergesellschaft zufließen und die nicht anlässlich der Liquidation der Tochtergesellschaft ausgeschüttet werden. Art. 4 Abs. 1 der RL erfasst nicht jede Gewinnausschüttung, sondern solche, die dem sachlichen Anwendungsbereich der RL unterfallen (Art. 1 Abs. 1).

Gewinne: Nur laufende Gewinne sind gemeint, folglich offene und sonstige Gewinnausschüttungen, die Gegenstand einer Quellensteuer sein können. Auch Ausschüttungssurrogate fallen uE unter die Regelung, wie insbes. die in Abs. 1 Satz 2 genannten Einnahmen aus der Veräußerung von Dividendenscheinen iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG sowie Einnahmen aus der Abtretung von Dividendenansprüchen oder sonstigen Ansprüchen iSd. § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG. Sie wurden durch das EURLUMsG in die KapErtrStPflcht (§ 43 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG) einbezogen.

Muttergesellschaft ist in Art. 3 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie definiert. Es muss sich um eine Gesellschaft handeln, die unter die Anlage 2 der Richtlinie, entsprechend Anlage 2 zu § 43b EStG (KapGes.), fällt und die einen Anteil von wenigstens 10 % am Kapital einer Gesellschaft eines anderen Mitgliedstaats hält, die ebenfalls eine unter Anlage 2 fallende KapGes. ist.

Da Ausschüttungen an eine Muttergesellschaft iSd. Mutter-Tochter-Richtlinie betroffen sind (Art. 1 Abs. 1 Gedankenstrich 1 der RL), kann Muttergesellschaft im

Fall einer Direktbeteiligung nur eine im Inland aufgrund ihrer Ansässigkeit (Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie) unbeschränkt stpfl. KapGes. sein. Erfasst werden demzufolge auch ausländ. (EU-)KapGes. mit inländ. Geschäftsleitungssitz (vgl. *Jesse*, IStR 2005, 151 [153]).

Überdies werden ab dem 1.1.2005 Fälle erfasst, in denen Mutter- und Tochtergesellschaft in demselben EU-Mitgliedstaat ansässig sind, die Beteiligung an der Tochtergesellschaft jedoch von einer in einem anderen EU-Mitgliedstaat gelegenen BS gehalten wird (Art. 3 Abs. 1 Buchst. a Satz 2 der RL).

Tochtergesellschaft ist in Art. 3 Abs. 1 Buchst. b Mutter-Tochter-Richtlinie definiert. Es handelt sich um eine der in Art. 2 Mutter-Tochter-Richtlinie und der dazu ergangenen Anlage 2 genannten KapGes., an der die qualifizierte Beteiligung besteht. Eine Mindestbeteiligungsdauer ist uE nicht einzuhalten, weil in Abs. 9 von der durch Art. 3 Abs. 2 der Mutter-Tochter-Richtlinie 2011/96 EU v. 30.11.2011 (ABl. EU 2011 Nr. C 345, 8) kein Gebrauch gemacht wurde (*Feyerabend in Erle/ Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 417; *Seidell/Engel*, GmbHR 2011, 358 [360]; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 471 [2/2019]; aA *Riegel*, Ubg 2011, 121 [131] mit einjähriger Haltefrist aufgrund von § 43b Abs. 2 EStG; zu weitgehend jedenfalls *Bindl*, DStR 2006, 1817 [1822] mit zweijähriger Haltefrist).

251 II. Rechtsfolge

Die Rechtsfolge besteht in einem Ausschluss der Abs. 7 und 8. Wörtlich heißt es, „die Absätze 7 und 8 gelten nicht“. Dadurch erfolgt ein Ausschluss der Abs. 7 und 8; die Regelung bildet dadurch eine Rückausnahme zur Anwendungsregelung der Abs. 7 und 8. Dies führt uE zu folgenden Konsequenzen:

Grundsatz: Laufende Beteiligungserträge aus in- und ausländ. KapGes. unterliegen aufgrund von Abs. 1 Satz 1 nicht der KSt und GewSt (vorbehaltlich des § 8 Nr. 5 GewStG). Das materielle Korrespondenzprinzip (Abs. 1 Satz 2 ff.) und Abs. 5 sind anwendbar. Für unter Abs. 8 unterfallende KapGes. sind stfreie Ausschüttungen nicht als Beitragsrückerstattung abziehbar (§ 21 Abs. 1 Nr. 1).

252 Einstweilen frei.

L. Erläuterungen zu Abs. 10: Sonderregelungen zur Wertpapierleihe

Schrifttum: *Häuselmann/Wagner*, Pensions- und Wertpapierleihgeschäfte unter dem Halbeinkünfteverfahren, FR 2003, 331; *Hahne*, Unternehmensteuerreformgesetz 2008: Neuregelungen für betriebliche Aktiengeschäfte, FR 2007, 819; *Hahne*, Fortbestehende Attraktivität von Wertpapierdarlehen mit Aktien über den Dividendenstichtag, BB 2007, 2055; *Eckl*, Wertpapierleihe, JbFStR 2007/08, 275; *Häuselmann*, Referentenentwurf zum JStG 2008, BB 2007, 1533; *Hahne*, Fortbestehende Attraktivität von Wertpapierdarlehen mit Aktien über den Dividendenstichtag, BB 2007, 2055; *Hahne*, Unternehmensteuerreform 2008: Neuregelung für betriebliche Aktiengeschäfte, Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung. 2007, 819; *Häuselmann*, Das Ende des „Steuerschlupfloches“ Wertpapierleihe, DStR 2007, 1379; *Obermann/Brill/Füllbier*, Die Neuregelung der ertragsteuerlichen Behandlung von Wertpapierleihgeschäften durch das UntStRefG 2008, BB 2007, 1647; *Wagner*, Die Wertpapierleihe wieder einmal im Visier der Finanzverwaltung, DK 2007, 505; *Eckl*, Wertpapierleihe, JbFStR 2007/08, 275; *Oldiges*, Wirkungen und Rechtfertigung des pauschalen

Abzugsverbots gemäß § 8b Abs. 5 KStG, DStR 2008, 533; *Schnitger/Bildstein*, Wertpapierpensionsgeschäfte und Wertpapierleihe – Wirtschaftliches Eigentum und UntStRefG 2008, IStR 2008, 202; *Heurung/Seidel*, Bruttomethode bei Organschaft nach dem JStG 2009, BB 2009, 472; *Rau*, „Strukturierte Wertpapierleihe“ über Aktien und Beschränkungen des Betriebsausgabenabzugs, DStR 2009, 948; *Rau*, Zum Verhältnis von Wertpapierdarlehensgeschäften mit girosammelverwahrten Aktien zur Steuerbefreiungsvorschrift des § 8b KStG, DStR 2009, 21; *Wagner*, Sorgfältig geplant kann die Wertpapierleihe die steuerliche Hürde des § 8b Abs. 10 KStG überwinden, Der Konzern 2009, 601; *Füllbier*, Wertpapierleihgeschäft als Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten i.S.d. § 42 AO?, BB 2012, 1769; *Kraft/Edelmann*, Verfassungsrechtlich unzulässige Rückwirkung bei der Wertpapierleihe über Aktien?, FR 2012, 889; *Schnitger/Bildstein*, Die Wertpapierleihe in Organschaftsfällen, FR 2012, 117; *Haisch/Helios/Niedling*, AmtshilfeRLUMsG: Änderungen im Finanzierungsreich, DB 2013, 1444; *Ditz/Tcherveniachki*, Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums im Rahmen einer Wertpapierleihe – Kritische Würdigung des BFH-Urteils vom 18.08.2015 – I R 88/13, DB 2016 S. 82, DB 2016, 615; *Ditz/Tcherveniachki*, Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums im Rahmen einer Wertpapierleihe – Anmerkung zum BMF-Schreiben vom 11.11.2016, DB 2016, 2694; *Ditz/Tcherveniachki*, Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums im Rahmen einer Wertpapierleihe, DB 2016, 2995; *Ebel*, Kommentar zu BFH v. 18.8.2015 – I R 88/13, FR 2016, 369; *Haisch*, Jüngste Entwicklungen bei der Besteuerung von Wertpapierdarlehensgeschäften, DK 2016, 278; *Schmich/Schnabelrauch*, Die steuerliche Behandlung der „strukturierten“ Wertpapierleihe, GmbHR 2017, 224.

I. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 10

253

Bedeutung: Es handelt sich um eine weitere Ausnahmeregelung im System der Freistellung des § 8b. Diese soll Missbräuche der Freistellung von Beteiligungserträgen durch eine Art *tax benefit shopping* (BFH v. 18.8.2015 – I R 88/13, BStBl. II 2016, 961, Rz. 14; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 631) verhindern. Dies gilt vor allem in den Fällen, in denen die StBefreiung aufgrund von Abs. 1 oder 2 nicht eingreift, weil ein Fall des Abs. 4, 7 oder 8 vorliegt. In diesem Fall wäre es ohne Abs. 10 steuerwirksam möglich, die Anteile an eine Gesellschaft (andere Körperschaft) zu verleihen, die die Erträge – im Gegensatz zur überlassenden Körperschaft, die durch die Leihgebühr so oder so stpfl. Einnahmen erzielt – unter Anwendung von Abs. 1 oder Abs. 2 stfrei realisieren und eine Leihgebühr als BA abziehen kann (vgl. *Roser*, Ubg 2008, 89 [90]). Durch die Nichtabziehbarkeit der Leihgebühr als BA setzt Abs. 10 bei der anderen Körperschaft an, die die StFreistellung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen beanspruchen kann (krit. hierzu *Roser*, Ubg 2008, 89; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 661).

Beispiel:

Eine Holding GmbH (überlassende Körperschaft) hält Anteile an einer in- oder ausländ. KapGes., auf die Abs. 7 Satz 2 anwendbar ist. Sie überträgt diese Anteile im Wege eines Sachdarlehens auf eine GmbH, bei der die Regelungen der Abs. 1 und 2 grds. anwendbar sind. Die überlassende Körperschaft erzielt in der Form der Leihgebühr stpfl. Einnahmen statt stpfl. Dividenden. Bei der anderen Körperschaft sind die Abs. 1 und 5 anwendbar. Die für die Wertpapierüberlassung zu zahlende „Leihgebühr“ führt ohne Abs. 10 zu BA der begünstigten GmbH (vgl. auch BTDrucks. 16/4841, 75). Die Ebene der überlassenden Körperschaft betrifft Abs. 10 nicht.

Der Gesetzgeber sieht für diese Fälle vor, dass die Aufwendungen für die Wertpapierleihe nicht als BA beim Entleiher abziehbar sind. Für natürliche Personen verweist § 3c Abs. 2 Satz 9 EStG auf die entsprechende Anwendung des Abs. 10.

Regelungsstruktur: Die Regelung enthält in Satz 1 den Grundtatbestand der sog. Wertpapierleihe mit der Rechtsfolge, dass Entgelte für die Wertpapierleihe nicht abziehbar sind. Die nachfolgenden Sätze enthalten Tatbestandsvarianten. Satz 2 dehnt die Wertpapierleihe auf Fälle aus, in denen das Entleihentgelt in einer Sachüberlassung und daraus erwachsender Bezüge beruht, also Fälle eines Sachtauschdarlehens. Da die Entleihentgelte nicht als BA abziehbar sind, wird durch Satz 3 das pauschale BA-Abzugsverbot des Abs. 3 Satz 1 und 2 und Abs. 5 ausgeschlossen. Der Wertpapierleihe werden in Satz 4 die Wertpapierpensionsgeschäfte iSd. § 340b Abs. 2 HGB gleichgesetzt. Eine Ausnahme von den Grundsätzen der stl. Behandlung der Wertpapierleihe gilt aufgrund von Satz 5, wenn der Entleiher aus den überlassenen Anteilen keine Einnahmen oder Bezüge erzielt. Satz 6 regelt die Kettenleihe, auch Entgelte für die Weiterverleihung von entliehenen Wertpapieren sind stl. nicht abziehbar. Die Sätze 7 und 8 regeln die Wertpapierleihe bei zwischengeschalteter PersGes.; es wird für die Zwecke des Abs. 10 auf die beteiligte Körperschaft durchgesehen. Satz 9 erweitert die Regelungen der zwischengeschalteten PersGes. für den Fall, dass die verleihende PersGes. selbst die Voraussetzungen des Abs. 7 erfüllt. Satz 10 schließt die Regelungen der Wertpapierleihe für nicht stbare jPÖR und für aufgrund von § 5 befreite Körperschaften aus, bei denen die Erträge generell nicht unter Abs. 1 oder 2 fallen. Aufgrund von Satz 11 gilt schließlich der Investmentanteil als Anteil iSd. Abs. 10.

II. Grundregelung der Wertpapierleihe (Abs. 10 Satz 1)

254 1. Tatbestandsvoraussetzungen

Die in Satz 1 geregelte Wertpapierleihe bildet den Grundtatbestand des Abs. 10. Den Verleiher bezeichnet Satz 1 – für alle Regelungen des Abs. 10 einheitlich – als überlassende Körperschaft, den Entleiher als andere Körperschaft. Bei der Wertpapierleihe werden Wertpapiere vom Verleiher (von der überlassenden Körperschaft) an den Entleiher (die andere Körperschaft) überlassen. Der Entleiher ist verpflichtet, zum vereinbarten Rückgabezeitpunkt Wertpapiere gleicher Art, Menge und Güte zurückzugeben, weshalb die Wertpapierleihe zivilrechtl. ein Sachdarlehen iSd. § 607 BGB ist, mit dem das rechtl. und wirtschaftliche Eigentum für den Zeitraum der Nutzungsüberlassung übertragen wird (BMF v. 11.11.2016 – IV C 6 - S 2134/10/10003 - 02, BStBl. I 2016, 1324; *Ditz/Tchervenjachki*, DB 2016, 2996; *Ebel*, FR 2016, 371). Ausreichend sind auch andere Arten der zeitlichen Übertragung von Eigentum und Nutzung, zB Sachleihe, Pacht oder Nießbrauch (vgl. *Häuselmann*, DStR 2007, 1379 [1380]; *Roser*, Ubg 2008, 89 [91]; *Wagner*, DK 2007, 505 [511]; *Schlotter* in *Rödler/Schaumburg*, UntStRefG 2008, 602). Wesentlich ist, dass nicht nur das rechtl., sondern auch das wirtschaftliche Eigentum auf die andere Körperschaft übergeht. Bei Fälligkeit der Wertpapiere hat der Entleiher Wertpapiere gleicher Art und Güte zurück zu übertragen (ausführl. *Ditz/Tchervenjachki*, DB 2016, 2996; *Ebel*, FR 2016, 371).

Überlassende Körperschaft als Verleiher: Betroffen sind in- oder ausländ. Körperschaften, bei denen, Variante 1: entweder Abs. 4, 7 oder 8 anzuwenden ist, oder Variante 2: bei denen die StFreistellungen des Abs. 1 und 2 aus anderen Gründen ausgeschlossen sind, oder Variante 3: bei denen vergleichbare ausländ. StFreistellungen nicht anzuwenden sind.

- ▶ *Variante 1:* Danach ist eine überlassende Körperschaft eine solche,
 - die über Streubesitz iSd. Abs. 4 verfügt und bei der deshalb die laufenden Bezüge nicht aufgrund von Abs. 1 stbefreit sind;
 - die entweder ein Kreditinstitut oder ein Finanzdienstleistungsinstitut ist und die verliehenen Anteile dem Handelsbestand iSd. § 340e Abs. 3 HGB zuzuordnen sind oder die ein Finanzunternehmen iSd. KWG ist, das (bis 31.12.2016) diese verliehenen Anteile mit dem Ziel einer kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben bzw. (nach dem 31.12.2016) die verliehenen Anteile zum Zeitpunkt des Zugangs zum BV als UV ausgewiesen hat; oder
 - die ein Lebens- oder Krankenversicherungsunternehmen bzw. Pensionsfonds ist, bei dem die verliehenen Anteile den Kapitalanlagen zuzurechnen sind.
- ▶ *Variante 2* erfasst eine Körperschaft, bei der die StFreistellung der Abs. 1 und 2 aus anderen Gründen ausgeschlossen ist. Es handelt sich um Fälle, in denen die überlassende Körperschaft eine stbefreite Körperschaft, zB ein REIT (§ 19 REITG) ist, weil der Wortlaut weit geraten ist und nahezu jeden Ausschluss von StBefreiungen zulässt (vgl. Häuselmann, DStR 2007, 1379 [1389]; Wagner, DK 2007, 505 [510]; krit. Roser, Ubg 2008, 89 [92]; Schnitger/Bildstein, IStR 2008, 202 [206]). Dazu gehören nach wohl hM nicht nur sachliche, sondern auch persönliche Befreiungen von der KSt (§ 5 Abs. 1 Nr. 9), weil auch in diesen Fällen Abs. 1 und 2 – aus anderem Grund – ausgeschlossen sind. Halten nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 befreite Körperschaften die Anteile in einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, sind sie nicht erfasst (Pung in DPM, § 8b Rz. 481 [6/2017]; Schnitger/Bildstein in Schnitger/Fehrenbacher, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 831); die StBefreiungen aufgrund von Abs. 1 und 2 müssen jedoch nach dem eindeutigen Wortlaut kumulativ ausgeschlossen sein (Gosch in Gosch, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 649; Schnitger/Bildstein, IStR 2008, 202 [206]). Auslandsgesellschaften sind nicht generell überlassende Körperschaften iSd.; bei ihnen ist die Anwendung der Abs. 1 und 2 nicht generell ausgeschlossen, wenn sie Anteile an inländ. KapGes. halten; der in § 43 Abs. 1 Satz 3 angeordnete KapErtrStAbzug schließt Abs. 1 und 2 nicht aus (Gosch in Gosch, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 649a; Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 833; Töben, FR 2000, 905 [910]).
- ▶ *Variante 3:* Diese Fallgestaltung erfasst überlassende Körperschaften, bei denen eine StFreiheit aufgrund von Abs. 1 und 2 vergleichbarer ausländ. Vorschriften nicht anwendbar ist. Betroffen sind regelmäßig Auslandsgesellschaften, die als Verleiher auftreten. Da der Wortlaut dieser Variante einen Ausschluss der StFreiheit aufgrund von Abs. 1 und 2 vergleichbaren ausländ. Vorschriften verlangt, müssen uE nach ausländ. Recht systematisch vergleichbare Regelungen zur Freistellung von laufenden Bezügen und Veräußerungsgewinnen bestehen und beide kumulativ für die überlassende Körperschaft abstrakt ausgeschlossen sein (M. Frotscher in Frotscher/Drüen, § 8b Rz. 643 [10/2019]; Schnitger/Bildstein in Schnitger/Fehrenbacher, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 835 ff.). Soweit Abs. 10 auch anwendbar sein soll, wenn eine StBefreiung (ohne systematische Vergleichbarkeit mit Abs. 1 und 2) ausgeschlossen ist, lässt das uE der Wortlaut nicht zu (aA Pung in DPM, § 8b Rz. 482 [6/2017]; Häuselmann, DStR 2007, 1379 [1381]; Wagner, DK 2007, 505 [510]).

- ▶ **Unklare Rechtslage bei Organschaft:** Da Satz 1 jeden Ausschluss der StFreistellung nach Abs. 1 und 2 in Bezug nimmt, sind nach dem Wortlaut auch OG sowohl als Verleiher als auch als Entleiher betroffen. Als Verleiher schließt § 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 bei ihnen die Anwendung der Abs. 1 bis 6 aus (*Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 649c). Danach wäre ein Verleihentgelt nicht abziehbar, obwohl die StFreistellung beim OT erfolgt und es nicht zu einem StVorteil im Sinne der Wertpapierleihe kommt. Eine sinnentsprechende Einschränkung des Tatbestands ist angezeigt (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 481 [6/2017]; *Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 506 [7/2019]; *Heurung/Seidel*, BB 2009, 472 [475]; *Roser*, Ubg 2008, 89 [92]). Ähnliches gilt für die OG als Entleiher, bei der aufgrund von § 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 der Abs. 10 anwendbar und das Leihentgelt nicht abziehbar ist, Beteiligungserträge aber nur zu 95 % beim OT entgegen Abs. 10 Satz 5 stfrei wären (ausführl. zur Wertpapierleihe bei Organschaft *Schnitger/Bildstein*, FR 2012, 117).

Andere Körperschaft: Entleiher muss eine andere Körperschaft sein, bei der Abs. 4, 7 oder 8 nicht auf die Anteile anzuwenden ist. Da die Regelung auf Abs. 4, 7 oder 8 verweist, sind im Inland unbeschränkt und beschränkt stpfl. Körperschaften betroffen.

Verfügt eine Körperschaft mit Sitz und Geschäftsleitung im Ausland nicht über eine inländ. BS, der die Anteile zuzuordnen sind, ist der Tatbestand der schädlichen Wertpapierleihe iSd. Abs. 10 aufgrund des abgeltenden KapErtrStAbzugs nicht erfüllt. Dadurch können zB Streubesitzdividenden im Ausland ohne inländ. GewSt realisiert werden. Abs. 4 Satz 3 ist in diesen Fällen nicht anwendbar.

Überlassung von Anteilen: Abs. 10 enthält keine eigenständige Definition des Anteils. Im Gesamtkontext des § 8b handelt es sich um Anteile iSd. Abs. 2, also insbes. Anteile an KapGes. in- und ausländ. Rechtsformen im In- und Ausland. Auch die Überlassung ist nicht definiert. Da es um die Anwendung der Abs. 1 und 2 bzw. deren Ausschluss geht, muss der Entleiher das zivilrechtl., zumindest aber wirtschaftliche Eigentum der Anteile auf Zeit erhalten. Eine Dauer dafür ist nicht bestimmt. Auch bei unbestimmter Dauer liegt uE eine Wertpapierleihe vor, solange eine Rückgabepflicht besteht (vgl. auch *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 642); die Rückgabeverpflichtung ist wesentliches Merkmal der Wertpapierleihe als Sachdarlehen.

Aufgrund der BFH-Rspr. (BFH v. 18.8.2015 – I R 88/13, BStBl. II 2016, 961) kann es im Ausnahmefall (so ausdrücklich in den Urteilsgründen hervorgehoben) fraglich sein, ob neben dem rechtl. Eigentum auch das wirtschaftliche Eigentum auf die andere Körperschaft übergegangen ist, und können die Dividenden weiterhin der überlassenden Körperschaft zuzurechnen sein. Im Streitfall entsprach die Kompensationszahlung den Dividenden, die Zahlungen von der und an die überlassende Körperschaft erfolgten zeitgleich, der Überlassungsvertrag war mit drei Bankarbeitstagen kündbar, die andere Körperschaft konnte keinen Vorteil aus eventuellen Kursverläufen ziehen. Zusammenfassend hatte der BFH v. 18.8.2015 (BFH v. 18.8.2015 – I R 88/13, BStBl. II 2016, 961, Rz. 21) einen Übergang des wirtschaftlichen Eigentums verneint; die Vorinstanz (FG Nds. v. 21.11.2013 – 6 K 366/12, EFG 2014, 494) hatte ebenfalls keine wirtschaftlich sinnhafte „Benutzung“ der Aktien feststellen können. Das Urteil erging zur Rechtslage, in der Abs. 10 rückwirkend hätte angewendet werden müssen; die verfassungsrechtl. Zulässigkeit und auch die Frage, ob ein Fall des § 42 AO vorlag, hat der BFH v. 18.5.2015 (BFH v. 18.5.2015 – I R 88/13, BStBl. II 2016, 961, Rz. 16, 22) offengelassen (ähnlich

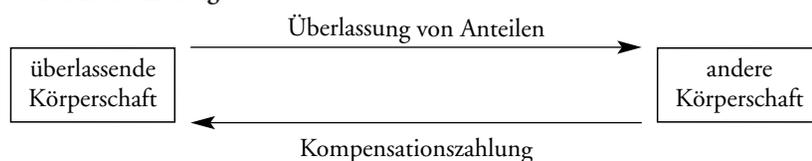
wirtschaftliches Eigentum verneinend FG Nds. v. 17.11.2016 – 6 K 230/15, DStRK 2017, 76, rkr.). BMF v. 11.11.2016 (BMF v. 11.11.2016 – IV C 6 – S 2134/10/10003 – 02, DStR 2016, 2709) wendet die Grundsätze der Wertpapierleihe vom entschiedenen Ausnahmefall abgesehen weiterhin an; krit. und weitergehend *Ditz/Tcher-veniachki*, DB 2016, 2694.

2. Rechtsfolge

255

Als Rechtsfolge bestimmt Satz 1, dass die für die Überlassung gewährten Entgelte bei der anderen Körperschaft, dh. beim Entleiher, nicht als BA abgezogen werden dürfen. Bei ihr bleiben die Beteiligungserträge selbst aufgrund von Abs. 1 und 2 stfrei. Es handelt sich insoweit um eine Sonderregelung zu Abs. 3 Satz 1 und 2 und Abs. 5 (vgl. *Hahne*, FR 2007, 819 [827]) der außerbilanziellen Zurechnung zum Einkommen. Gewerbesteuerlich enthält § 8 Nr. 5 Satz 1 letzter Satzteil GewStG eine Sonderregelung. Soweit die Kürzungsvoraussetzungen des § 9 Nr. 2a oder 7 GewStG nicht erfüllt sind, sind die nicht abziehbaren BA im Gewerbeertrag zu berücksichtigen (*Pung in DPM*, § 8b Rz. 489 [6/2017]).

Übersicht Rechtsfolge:



stpfl. „Überlassungsentgelte“
statt stpfl. Beteiligungserträge

stfreie Beteiligungserträge
kein BA-Abzug

Streitig ist indes, wie weit der Ausschluss des Abzugs von BA geht.

- *Für die Überlassung gewährte Entgelte*: Gemeinhin werden bei einer Wertpapierleihe Darlehensentgelte (und Pensionsgebühren) als zivilrechtl. Gegenleistung für das Sachdarlehen, sowie Ausgleichszahlungen für die Beteiligungserträge aus den überlassenen Anteilen gezahlt (vgl. *Hahne*, FR 2007, 819 [827]). Stellt man allein auf den zivilrechtl. Vorgang ab, den Abs. 10 erfasst – Wertpapierleihe – spricht dies dafür, nur die tatsächliche Leihgebühr, nicht aber die Kompensationszahlung für Erträge dem Abzugsverbot zu unterwerfen (vgl. *Häuselmann*, DStR 2007, 1379 [1382]; *Hahne* FR 2007, 819 [827]; enger noch *Roser*, Ubg 2008, 89 [94]). Auf der anderen Seite enthält der Gesetzeswortlaut keine hierauf bezogene Einschränkung (so *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 662; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 488 [6/2017]; *Schnitger/Bildstein in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 866; *Ecke*, JbFStR 2007/08, 278). Für eine vollständige Einbeziehung spricht zudem die Suspendierung der 5 %-Schachtelstrafe des Abs. 3 Satz 1 und 2 und Abs. 5, nach der weiterhin mit der Wertpapierleihe in Zusammenhang stehende Aufwendungen wie zB Refinanzierungskosten für die für die Überlassung gewährten Entgelte vollständig abziehbar sind.

Wegen der für Gewinnausschüttungen nach dem 28.2.2013 geltenden Streubesitzregelung in Abs. 4 hat die Wertpapierleihe für den Entleiher nur dann die Konsequenzen des Abs. 10, wenn er bereits zuvor über eine Schachtelbeteiligung verfügte und der Verleiher zu dem Personenkreis gehört, der die StBefreiung aufgrund von Abs. 1

und 2 oder vergleichbarer ausländ. Vorschriften nicht beanspruchen kann (*Benz/Jetter*, DStR 2013, 489 [491]; *Lemaitre*, IWB 2013, 269 [271]).

- ▶ *Freistellung aufgrund von Abs. 9 und DBA*: Sind Abs. 4, 7 oder 8 zwar grds. anwendbar, ist doch fraglich, ob die Restriktion des Abs. 10 Satz 1 auch bei einer Freistellung aufgrund Abs. 9 oder DBA greift. Unseres Erachtens ist in diesen Fällen die Leihgebühr (aufgrund von § 163 AO) abziehbar, weil die überlassende Körperschaft statt stfreier Dividenden eine stpfl. Kompensationszahlung erhält und der Regelungssinn des Abs. 10 Satz 1 ebenso nicht erfüllt ist wie im in Satz 5 geregelten Fall (krit. auch *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 480 [6/2017]).
- ▶ *Feststellungslast*: Da es sich bei Abs. 10 um eine Ausnahmeregelung zu Abs. 1 und 2 handelt, trägt die FinVerw. die Feststellungslast dafür, dass „schädliche“ Anteile Gegenstand der Wertpapierleihe sind (glA *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 483 [6/2017]; vgl. zu Einzelfällen *Häuselmann*, DStR 2007, 1379; *Wagner*, DK 2007, 505).

III. Erweiterung auf Entgeltsurrogate (Abs. 10 Satz 2)

256 1. Tatbestand

Der Tatbestand der Wertpapierleihe wird aufgrund von Satz 1 auf Sachverhalte erweitert, in denen kein unmittelbares Leihentgelt gezahlt wird, sondern als Gegenleistung WG überlassen werden, aus denen der Verleiher Einnahmen oder Bezüge erzielt.

Überlassung von Wirtschaftsgütern: Das Entgelt besteht nicht in einer Entgeltzahlung, sondern in der Überlassung ertragbringender WG. Zur Art der WG enthält der Tatbestand keine Einschränkung, es kann sich zB um zinstragende Wertpapiere handeln. Es handelt sich um eine gegenseitige Leihe ohne Ausgleichszahlungen (vgl. im Einzelnen *Wagner*, DK 2007, 505 [512]; *Häuselmann*, DStR 2007, 1379 [1382]).

Erzielung von Einnahmen und Bezügen: Aus den überlassenen WG muss der Verleiher Einnahmen und Bezüge erzielen. Da der Tatbestand auch insoweit keine Einschränkung enthält, sind sämtliche Einnahmen und Bezüge betroffen. Es muss sich nicht um solche aus § 2 EStG handeln (krit. *Roser*, Ubg 2008, 89 [94]). Erzielt die überlassende Körperschaft aus der Sach-Gegenleistung keine Einnahmen und Bezüge, ist der Tatbestand des Satzes 2 nicht erfüllt (*Schnitger/Bildstein* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 874). Siehe Anm. 261 f.

257 2. Rechtsfolge: Doppelte Fiktion

Die Rechtsfolge besteht in einer doppelten Fiktion (*Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 663). Die Einnahmen und Bezüge aus im Gegenzug für die Überlassung von Anteilen überlassenen WG gelten als vom Entleiher bezogen und als für die Überlassung gewährtes Entgelt.

Ungenaue Rechtsfolge: Unklar ist, wie weit die doppelte Fiktion des Satzes 2 geht. Die Rechtsfolge der Entgeltfiktion für den Verleiher ist wortlautmäßig nicht auf den Zweck der Anwendung des Abs. 10 beschränkt. Zutreffenderweise ist die Fiktion jedoch entsprechend zu verstehen, weil sie anderenfalls eine stl. Zurechnungsveränderung bewirken würde (ausführl. *Roser*, Ubg 2008, 89 [94f.]; *Gosch* in

Gosch, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 663); uE bedeutet die Fiktion keine Zurechnung von Einkünften aus den überlassenen WG zur anderen (entleihenden) Körperschaft. Hier bleibt es bei dem Grundsatz, dass Einkünfte erzielt, wer den Tatbestand der Besteuerung erfüllt (§ 37 Abs. 1 AO). Das ist die überlassende Körperschaft. Sie erzielt – wie beim Grundfall der Wertpapierleihe in Satz 1 – die Einnahmen aus den im Gegenzug überlassenen WG als Überlassungsentgelt. Die doppelte Fiktion einer Zurechnung zur anderen Körperschaft ist nur eine solche, um hinsichtlich der Einnahmen und Bezüge einen BA-Abzug in Höhe dieser Kompensationszahlungen zu versagen (zutr. *Feyerabend* in *Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 435; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 663; *Roser*, Ubg 2008, 89 [94]; *Schnitger/Bildstein* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 875). Dagegen soll nach aA auch eine Zuordnung der aus den im Gegenzug überlassenen WG erzielten Einnahmen und Bezügen bei der anderen Körperschaft (Verleiher) erfolgen (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 492 [6/2017]; *Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 516 [7/2019]). Zu einem Spitzenausgleich bei kreuzenden Wertpapieren vgl. *Schnitger/Bildstein*, IStR 2008, 202 (209).

IV. Keine Anwendung von der Fiktion 5 % nicht abziehbarer Betriebsausgaben (Abs. 10 Satz 3)

258

Die durch Satz 3 angeordnete Nichtanwendung der Abs. 3 Sätze 1 und 2 und Abs. 5 mit der Fiktion von 5 % der Einnahmen, die unter Abs. 1 und 2 fallen, ist eine Konsequenz daraus, dass die Leihentgelte stl. vollständig nicht abziehbar sind. Die Bezüge und Veräußerungsgewinne bleiben bei der anderen Körperschaft vollständig stfrei. Auf der anderen Seite bleiben aber Aufwendungen außerhalb der Leihentgelte wie zB Finanzierungsaufwendungen stl. abziehbar.

V. Erstreckung auch auf Wertpapierpensionsgeschäfte (Abs. 10 Satz 4)

1. Tatbestand

259

Der Tatbestand der Wertpapierleihe wird durch Satz 4 auf Wertpapierpensionsgeschäfte iSd. § 340b HGB ausgedehnt („gelten auch“).

Wertpapierpensionsgeschäfte iSd. § 340b Abs. 2 HGB: Unterschieden wird zwischen dem echten (§ 340b Abs. 2 HGB) und dem unechten (§ 340b Abs. 3 HGB) Pensionsgeschäft. Im Fall eines echten Pensionsgeschäfts ist der Pensionsnehmer verpflichtet, die überlassenen Anteile auf den Pensionsgeber zurück zu übertragen, im Fall des unechten Pensionsgeschäfts ist er dazu nur berechtigt, aber nicht verpflichtet. Da Satz 4 ausdrücklich auf § 340b Abs. 2 HGB und folglich das echte Pensionsgeschäft verweist, ist der Tatbestand beim unechten Pensionsgeschäft nicht erfüllt. Zur Bilanzierung s. OFD Frankfurt v. 17.2.2016 – S 2134 A - 15 - St 210, juris. Abs. 10 Satz 4 wird auch auf REPO-Geschäfte angewendet (*Schnitger/Bildstein* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 880; *Häuselmann* DStR 2007, 1379 [1380]; *Wagner*, DK 2007, 505 [512]; wohl auch *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 495 [6/2017]).

Das unechte Pensionsgeschäft iSd. § 340b HGB unterfällt uE nicht der Grundregel der Anteilsüberlassung in Satz 1. Kennzeichnend für ein solches Sachdarlehen ist die Rückgabeverpflichtung, wohingegen § 340b Abs. 3 HGB nur eine Rückgabeberechtigung ent-

hält (vgl. auch *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 495 [6/2017]; *Hahne*, BB 2007, 2055 [2056]; *Schnitger/Bildstein*, IStR 2008, 202 [208]). Zu weitergehenden Anwendungsfragen (Repo-Geschäfte) vgl. *Wagner*, DK 2007, 505 (512); *Häuselmann*, DStR 2007, 1379; *Schnitger/Bildstein*, IStR 2008, 202 (209).

260 2. Rechtsfolge: Geltung der Sätze 1 bis 3

Als Rechtsfolge ordnet Satz 4 an, dass die Sätze 1 bis 3 gelten. Es handelt sich uE um eine Rechtsgrundverweisung. Es müssen alle Voraussetzungen insbes. des Satz 1 erfüllt sein. Kompensationszahlungen für die Wertpapierpension sind dann beim Pensionsnehmer stl. nicht abziehbar. Dasselbe gilt für Überlassungsentgelte beim Sach-Tauschdarlehen iSd. Satz 2. Da Abs. 4 Satz 3 die Überlassung von Anteilen bei gleichzeitiger Rückgabeverpflichtung nicht in die Berechnung der Mindestbeteiligung von 10 % einbezieht, erzielt der Pensionsnehmer nach dem 28.2.2013 nur dann aufgrund von Abs. 1 stfreie Bezüge, wenn er auch ohne das Pensionsgeschäft die Mindestbeteiligung zu Beginn des Kj. erreicht hatte (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 496 [6/2017]).

VI. Keine Abzugsrestriktionen, wenn Verleiher keine Einnahmen oder Bezüge aus den überlassenen Anteilen erzielt (Abs. 10 Satz 5)

261 1. Tatbestand

Satz 5 enthält eine Einschränkung der Rechtsfolgen der Wertpapierüberlassung und der Wertpapierpension. Diese, durch das UntStRefG 2008 eingefügte Einschränkung soll verhindern, dass Entgelte für die Überlassung von Anteilen auch in den Fällen nicht abziehbar sind, in denen die überlassenen Anteile zurückgegeben werden, bevor der Entleiher stfreie Einnahmen und Bezüge erhält (BTDrucks. 16/5491, 22). Nach dem Gesetzeswortlaut gilt dasselbe, wenn die Anteile der anderen Körperschaft zuvor zugerechnet werden, diese daraus aber keine Einnahmen oder Bezüge erzielt. In solchen Fällen kann der Abs. 10 zugrundeliegende Missbrauchsgedanke nicht tragen.

Keine Einnahmen oder Bezüge aus den überlassenen Anteilen: Während „Bezüge“ als laufende Erträge aus Anteilen in § 8b durchgehend verwendet werden (s. nur Abs. 1 und Abs. 5), ist das bei Einnahmen nicht der Fall. Offensichtlich soll mit dem umfassenden Verweis auf Einnahmen auch ein Gewinn aus der Veräußerung der verliehenen Anteile erfasst werden, obwohl die Regelung insoweit stets von „Gewinnen“ oder „Veräußerungsgewinnen“ spricht. Anderenfalls könnten solche Gewinne die Abzugsrestriktion der Wertpapierleihe für die Leihentgelte nicht auslösen. Die Einbeziehung ist vom Wortlaut her zweifelhaft, aber wohl möglich, wie der Verweis auf Abs. 2 Satz 1 der Regelung und ebenso der in Satz 3 auf Abs. 3 Sätze 1 und 2 zeigt (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 500 [6/2017]; *Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 508 [7/2019]; *Schnitger/Bildstein* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 888; aA *Schlötter* in *Schaumburg/Rödter*, UntStRefG 2008, 606). Das Tatbestandsmerkmal „keine“ bedeutet allerdings eine Freigrenze. Jede, auch noch so geringe Einnahme schließt den Tatbestand des Satzes 5 aus (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 500 [6/2017]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 654). Zu den Einnahmen gehören alle Einnahmen – unabhängig davon, ob sie stfrei oder stpf.

sind, zB auch Kompensationszahlungen für die Weiterverleihung (s. Satz 6). Auf der anderen Seite ist der Begriff der Einnahme uE wörtlich dahingehend zu verstehen, dass Aufwendungen, insbes. Veräußerungsverluste, stets zum Ausschluss von Einnahmen führen (im Erg. glA *Schnitger/Bildstein* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 888, allerdings im Wege teleologischer Reduktion). Zu stpfl. Einnahmen und Bezügen s. Satz 6.

Zeitliche Konnexität: Unklar ist, ob auf eine veranlagungs-, wirtschaftsjahr- oder laufzeitbezogene Betrachtung für die Konnexität von Anteilsüberlassung und Einnahmen und Bezügen, die daraus erzielt werden, abzustellen ist. Da die KSt der Abschnittsbesteuerung folgt, spricht dies gegen eine laufzeitbezogene Betrachtung (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 499 [6/2017]), während „wenn“ einen vollständigen Anschluss über die Laufzeit nahelegt (wohl hM, vgl. nur *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 654; *Schnitger/Bildstein* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 891).

2. Rechtsfolge: Sätze 1 bis 4 gelten nicht

262

Die Rechtsfolge in Satz 5 besteht darin, dass die Sätze 1 bis 4 nicht gelten. Für Satz 1 bedeutet das, dass in Fällen der Überlassung von Anteilen entgegen der dort getroffenen Rechtsfolge die für die Überlassung gewährten Entgelte beim Entleiher BA darstellen. Hinsichtlich Satz 2 kommt es dazu, dass die Zurechnungsfiktion nicht gilt, nach der Einnahmen und Bezüge als von der anderen Körperschaft bezogen und als Entgelt für die Überlassung gelten. Aufgrund der Nichtgeltung des Satzes 4 bleiben für die Überlassung gewährte Entgelte auch in Fällen der Wertpapierpension iSd. § 340b Abs. 2 HGB abziehbare BA. Satz 3, nach dem Abs. 3 Sätze 1 und 2 sowie Abs. 5 nicht anzuwenden sind, läuft ins Leere, weil es entsprechende Einnahmen nicht geben kann.

VII. Einnahmen und Bezüge bei Kettenleihe (Abs. 10 Satz 6)

263

Tatbestand: Der Tatbestand des Satz 6 betrifft Entgelte, die die andere Körperschaft dafür erhält, dass sie ihr im Wege der Wertpapierleihe überlassene Anteile weiterüberlässt.

Rechtsfolge: Satz 6 enthält in der Rechtsfolge eine Rückausnahme zu Satz 5. Auch bei diesen Kompensationszahlungen, die regelmäßig stpfl. sind, handelt es sich um Einnahmen und Bezüge aus Anteilen. Dies ist unabhängig davon, ob die die Kompensationszahlungen empfangende Gesellschaft im Fall von Gewinnausschüttungen aufgrund von Abs. 1 begünstigt ist.

Beispiel:

Die überlassende Körperschaft (Verleiher) fällt unter Abs. 4, 7 oder 8. Sie hält Anteile an einer KapGes., die sie an eine andere Körperschaft (Verleiher/Entleiher) überlässt, bei der Abs. 1 auf Gewinnausschüttungen anwendbar ist. Bevor Gewinnausschüttungen erfolgen, überlässt diese die Anteile an eine ebenfalls Abs. 1 begünstigte Körperschaft (Entleiher). Entleiher kann die Gewinnausschüttung aufgrund von Abs. 1 und Abs. 5 zu 95 % stfrei vereinnahmen. Da er die Anteile nicht von einer Körperschaft erhalten hat, bei der die StBefreiung des Abs. 1 ausgeschlossen ist, kann er die Kompensationszahlungen als BA abziehen. Bei Verleiher/Entleiher sind die Kompensationszahlungen Einnahmen und Bezüge aus Anteilen, die Satz 5 ausschließen und damit dem Abzug der eigenen geleisteten Kompensationszahlungen (an Verleiher) ausschließen.

Klarstellende Regelung: Bis zur Einfügung des Satz 6 durch das AmtshilfeR-LUMsG war streitig, ob es sich bei den Kompensationszahlungen an die zwischenverleihende Körperschaft um Einnahmen und Bezüge handelte, die Satz 5 erfasste. Zum einen war fraglich, ob stpfl. Kompensationszahlungen ebenso zu qualifizieren waren wie Einnahmen und Bezüge aus Anteilen, die stfrei waren. Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob es sich bei Kompensationszahlungen um Einnahmen und Bezüge aus Anteilen handelte (so *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 658 [10/2019]; *Schnitger/Bildstein* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 889; krit *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 501 [6/2017]; aA insbes. *Hahne*, BB 2007, 2055 [2057]; *Häuselmann*, DStR 2007, 1379 [1384]). Der Gesetzgeber geht von einer klarstellenden Regelung aus, weil sie auf alle noch offenen Fälle anwendbar ist (§ 34 Abs. 7 Satz 16 i d F des StAnpG). Das ist uE durchaus zweifelhaft, weil Kompensationszahlungen keine Einnahmen und Bezüge aus Anteilen sind, sondern aus dem schuldrechtl. Überlassungsvertrag. In diesem Fall handelt es sich bei einer Anwendung von Satz 6 auf alle noch offenen Fälle um eine verfassungsrechtl. unzulässige Rückwirkung (aA *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 654).

264 Einstweilen frei.

VIII. Entsprechende Geltung bei zwischengeschalteter Personengesellschaft (Abs. 10 Sätze 7 und 8)

265 1. Tatbestand

Satz 7 enthält zwei Tatbestände einer Zwischenschaltung von PersGes. Auf der Seite der überlassenden Körperschaft (Entleiher) und zum anderen auf der Seite der anderen Körperschaft (Verleiher) müssen Körperschaften über PersGes. – auch im Fall mehrstöckiger PersGes. – beteiligt sein.

Personengesellschaft: Da Satz 7 auf PersGes. verweist, sind PersGes. jeder Rechtsform in Bezug genommen. Es kann sich sowohl um eine in- als auch ausländ. (Rechtstypenvergleich) PersGes. handeln. Der Tatbestand erfasst ebenfalls vermögensverwaltende Gesellschaften. Die stl. regelmäßige Bruchteilsbetrachtung (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO) für vermögensverwaltende Gesellschaften ist für den Fall der Wertpapierleihe suspendiert, da die PersGes. selbst zivilrechtl. Entleiher oder Verleiher ist (glA *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 504 [6/2017]). Eine Mindestbeteiligungsquote besteht nicht. Nach *M. Frotscher* (in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 672 [10/2019]) ist der Tatbestand nur erfüllt, wenn die beteiligte Körperschaft zum Zweck des Abschlusses des Wertpapierleihgeschäfts Anteile auf die PersGes. übertragen hat. Diese Auslegung entspricht dem Missbrauchsgedanken des Abs. 10, der Wortlaut allerdings enthält diese Einschränkung nicht. Soweit die Anteile der übertragenden Körperschaft (Verleiher) und/oder der anderen Körperschaft SonderBV bilden, liegt kein Fall des Satz 7, sondern des Satz 1 vor, weil es auf den zivilrechtl. Vorgang der „Überlassung“ ankommt.

Die Anteile müssen an die oder von der Personengesellschaft überlassen werden: Es handelt sich um Fälle, in denen eine an der PersGes. beteiligte Körperschaft, auf die die Abs. 1 und 2 oder vergleichbare ausländ. Vorschriften nicht anwendbar sind, Anteile an die PersGes. überlässt und der anderen (entleihenden) Körperschaft unmittelbar steuerbefreite Beteiligungserträge zugerechnet werden. Zudem handelt es sich um den umgekehrten Fall, in dem die PersGes. Anteile an

die übertragende Körperschaft überlässt, an der die Körperschaft beteiligt ist, die ohne die zwischengeschaltete PersGes. überlassende Körperschaft wäre.

Personengesellschaft oder Gesellschafter als Regelungsadressat: Unklar ist, auf wen hinsichtlich der Nichtanwendung der StBefreiung des Abs. 1 und 2 oder vergleichbarer ausländ. Vorschriften abzustellen ist. Es kann sowohl die PersGes. selbst als auch die beteiligte Körperschaft maßgebend sein. Es ist uE auf die Körperschaft selbst abzustellen, die an der PersGes. als überlassende oder entleihende Körperschaft beteiligt ist (*Schnitger/Bildstein in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 896). Bei ihr kommt es darauf an, ob die StBefreiungen aufgrund von Abs. 4, 7 oder 8 ausgeschlossen sind. Dies folgt aus der Fiktion in Satz 8, nach der die Anteile bei einer zwischengeschalteten PersGes. als an die Körperschaft oder von der Körperschaft überlassen gelten (glA *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 675 [10/2019]; aA *Pung in DPM*, § 8b Rz. 510 [6/2017]). Dafür spricht auch die durch das AmtshilfeRLUMsG in Satz 9 eingefügte Neuregelung für aktiv überlassende PersGes.

2. Rechtsfolge: Anteile gelten als überlassen

266

Die Rechtsfolge ist in Satz 7 und ergänzend Satz 8 wie folgt geregelt: Aufgrund Satz 8 gelten die Anteile als von oder an die Körperschaft überlassen. Das bedeutet: Ist die PersGes. Verleiherin, gelten die Anteile als von der an ihr beteiligten Körperschaft überlassen; sie ist fiktiv die überlassende Körperschaft. Da aufgrund von Satz 7 die Sätze 1 bis 6 entsprechend gelten, sind die für die Überlassung erhaltenen Entgelte stpfl. Einnahmen, die der an ihr beteiligten Körperschaft im Wege einheitlicher und gesonderter Feststellung zuzurechnen sind. Ist demgegenüber die PersGes. Entleiherin, ist die an ihr beteiligte Körperschaft fiktiv die andere Körperschaft. Sie erzielt über Abs. 6 Satz 2 stfreie Beteiligungserträge; die von der PersGes. aufgewendeten Entgelte für die Überlassung sind nicht abziehbar und werden entsprechend in der einheitlichen und gesonderten Feststellung der PersGes. festgestellt und zugerechnet (*Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 664; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 515 [6/2017]; *Schnitger/Bildstein in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 901). Dies bedeutet, dass durch die Fiktion Besteuerungsmerkmale der beteiligten Körperschaft auf der Ebene der PersGes. für Zwecke der einheitlichen und gesonderten Feststellung berücksichtigt werden (so wohl auch *Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 664). Eine tatsächliche Zurechnung erfolgt demgegenüber nicht, weshalb auch die Zurechnung von Anteilen für Zwecke der Ermittlung einer Streubesitzbeteiligung iSd. Abs. 4 unberührt bleibt. Satz 8 führt zusammen mit Abs. 4 zu einer Über-Kreuz-Fiktion: Für Zwecke des Satzes 8 gelten die Anteile als an oder von der Körperschaft überlassen und für Zwecke des Abs. 4 werden Anteile im Gesamthandsvermögen der PersGes. bruchteilsmäßig den Personengesellschaftern zugerechnet (aA wohl *Pung in DPM*, § 8b Rz. 510 [6/2017]).

IX. Personengesellschaft als Verleiherin (Abs. 10 Satz 9)

267

Tatbestand: Satz 9 regelt den Fall, dass die PersGes. selbst Gesellschaft iSd. Abs. 7 ist. Weitere Tatbestandsvoraussetzung ist, dass sie diese Anteile an eine andere Körperschaft überlässt. Das ist der wesentliche Unterschied zu Satz 7 und 8, bei denen die PersGes. zwischengeschaltet ist, es für die Merkmale der Wertpapierleihe aber auf die beteiligten Körperschaften ankommt.

Rechtsfolge: Die Rechtsfolge besteht in der entsprechenden Anwendung der für die Wertpapierleihe bestimmten Rechtsfolge. Sie besteht in der Nichtabzugsfähigkeit der für die Überlassung gezahlten Entgelte beim Entleiher.

Bis zur Einf. des Satzes 9 durch das AmtshilfeRLUmsG war der Fall, dass die PersGes. selbst Abs. 7 unterfällt, nicht geregelt. Bis dahin ist Satz 6 bei einer Überlassung durch eine PersGes. als Institut/Unternehmen iSd. Abs. 7 nicht anwendbar (*Schnitger/Bildstein* in *Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 986; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 515a [6/2017]; *Hörster*, NWB 2013, 1967 [1972]; *Haisch/Helios/Niedling*, DB 2013, 1444 [1446]).

268 X. Ausnahme von den Regelungen zur Wertpapierleihe bei beschränkt steuerpflichtigen und kommunalen Unternehmen (Abs. 10 Satz 10)

Satz 10 enthält eine Ausnahme von den in den Sätzen 1 bis 8 getroffenen Regelungen der Wertpapierleihe. Es sind zwei Fälle betroffen.

Fall des § 2 Nr. 2 Halbs. 2: Es handelt sich um Fälle beschränkter StPflcht von Körperschaften ohne Sitz und Geschäftsleitung im Inland, bei denen die Einkünfte dem inländ. StAbzug unterliegen. Erweitert wird diese StPflcht auch auf die Einnahmen aus der Überlassung (einschließlich echter Wertpapierpensionen) von Anteilen an einer KapGes. mit Sitz und Geschäftsleitung im Inland. Da die Einnahmen durch den abgeltenden StAbzug im Inland stpfl. sind, kommt es nicht zur stl. Nichtabziehbarkeit der für die Überlassung gewährten Entgelte bei der anderen Körperschaft (Entleiher).

Fall des § 5 Abs. 2 Nr. 1 Halbs. 2: Auch bei diesen Fällen handelt es sich um solche, in denen die aufgrund von § 5 Abs. 1 gewährte StFreiheit durch den abgeltenden KapErtrStAbzug eingeschränkt wird. Soweit eine Wertpapierleihe von Anteilen an KapGes. mit Sitz und Geschäftsleitung im Inland erfolgt, bleibt das Entgelt für die Überlassung beim Entleiher abziehbar.

269 XI. Anwendung der Wertpapierleihe auf Investmentanteile (Abs. 10 Satz 11)

Satz 11 enthält eine Erweiterung der Wertpapierleihe für Investmentanteile.

Grund: Ausweislich der RegBegr. erfasst die durch das JStG 2009 (seinerzeit als Satz 9) eingefügte Regelung solche Fälle, in denen Investmentanteile den Gegenstand der Wertpapierleihe bilden (BTDrucks. 16/10186, Satz 95). Verhindert werden soll, dass die entgeltliche Wertpapierleihe zur Erzielung von stl. Vorteilen genutzt wird, wenn Erträge oder Gewinne, auf die die Regelungen des § 8b anzuwenden sind, über Investmentanteile erzielt werden (vgl. *Füllbier*, BB 2012, 1769 [1777f.]). Der Gesetzgeber geht davon aus, dass Investmentanteile keinen Anteil iSd. Abs. 2 bilden (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 521 [2/2019]; krit. *Schnitger/Bildstein*, IStR 2008, 202 [208]). Auch Überlassungsgeschäfte von Investmentanteilen sollen den Restriktionen der Wertpapierleihe unterfallen, um dadurch mögliche StVorteile zu vermeiden.

Betroffene Anteile: Satz 11 verweist auf Investmentanteile iSd. InvStG in seiner jeweils gültigen Fassung. Derzeit handelt es sich um das InvStG v. 19.7.2016, geändert durch Gesetz v. 23.6.2017. Weitere Voraussetzung ist, dass aus den Investmentanteilen Einnahmen erzielt werden, auf die § 8b anzuwenden ist.

Investmentanteil: Satz 11 verweist auf Investmentanteile iSd. § 2 Abs. 4 in der jeweiligen Fassung des InvStG.

Einnahmen, auf die § 8b anzuwenden ist: Bis zum 28.2.2013 bestimmte § 2 Abs. 2 InvStG, dass auf ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 (Gewinnausschüttungen) und Nr. 9 (Veräußerungsgewinne) (besondere Entgelte und Vorteile iSd. § 20 Abs. 3 EStG) EStG anwendbar war.

Durch § 2 Abs. 2 InvStG ab 1.1.2004 und § 6 Abs. 1 und 2 InvStG ab 1.1.2018 sind Erträge aus Publikumsinvestmentfonds nicht mehr zu 95 % beim Anleger befreit. § 8b ist auf Bezüge und Gewinne aus dem Investmentfonds nicht anwendbar (§ 6 Abs. 3 InvStG). Die Wertpapierleihe durch Investmentanteile ist dadurch unattraktiv; anderes gilt allenfalls im Ausnahmefall von Spezialinvestmentfonds iSd. §§ 15, 16 InvStG ab 1.1.2014 (vgl. *Benz/Jetter*, DStR 2013, 489 [493 f.]; *Haisch/Helios*, DB 2013, 724 [728 ff.]) und § 30 InvStG ab 1.1.2018.

M. Erläuterungen zu Abs. 11: Nichtanwendung bei Anteilen an Unterstützungskassen

I. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 11

270

Abs. 11 regelt die Besteuerung des Anteilseigners einer UKasse. Da Zuwendungen des Anteilseigners als Trägerunternehmen an eine UKasse unter den Voraussetzungen des § 4d EStG BA bilden, sollen Bezüge und Veräußerungsgewinne aus Anteilen an einer UKasse nicht stfrei sein (BTDrucks. 18/49/02, 45). Offenbar beruht die Regelung auf dem Gedanken einer korrespondierenden Besteuerung. Die Regelung ist gleichwohl nicht ausbalanciert, weil Wertsteigerungen in den Anteilen an einer UKasse nicht unbedingt kausal zum BA-Abzug sind und weil der BA-Abzug nur in den Grenzen des § 4d EStG möglich ist (*Gosch in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 681).

II. Tatbestand und Rechtsfolgen

1. Tatbestandsvoraussetzungen

271

Unterstützungskasse: Abs. 11 enthält keine Legaldefinition der UKasse. Da es sich bei Abs. 11 um eine Umkehrwirkung zum BA-Abzug nach § 4d EStG handelt, ist darauf zurückzugreifen. Da § 4d EStG ebenfalls keine eigenständige Definition enthält, die Regelungen aber die Versorgung von Betriebsangehörigen oder ehemaligen Betriebsangehörigen betrifft, ist die arbeitsrechtl. Begriffsbestimmung in § 1b Abs. 4 Satz 1 BetrAVG heranzuziehen. Danach sind UKassen solche juristischen Personen, die aufgrund ihrer Satzung Leistungen ohne Rechtsgrund an Betriebsangehörige oder ehemalige Betriebsangehörige gewähren; diese Definition stimmt mit dem strechtl. Verständnis der UKasse überein (BFH v. 22.10.2010 – I R 110/09, BStBl. II 2014, 119, zu § 5 Abs. 1 Nr. 3). Zu Einzelheiten s. § 4d Anm. 21. Abs. 11 regelt nur die Ebene des Anteilseigners; unerheblich ist deshalb nach dem

Wortlaut, ob es sich um eine stfreie, partiell stpfl. oder gänzlich stpfl. UKasse handelt.

Rechtsgrundverweisung: Unseres Erachtens handelt es sich bei Abs. 11 um eine Rechtsgrundverweisung, weil der Tatbestand Bezüge und Veräußerungsgewinne voraussetzt.

272 2. Rechtsfolge

Sind Leistungen der UKasse an den Anteilseigner als Bezüge oder Gewinne iSd. Abs. 1 oder 2 zu qualifizieren, sind Abs. 1 und Abs. 2 nicht anwendbar und es tritt StPflcht ein. Da ein umfassender Ausschluss aller Regelungen des § 8b und damit auch des Abs. 6 erfolgt, ist das unabhängig davon, ob die Anteile an der UKasse unmittelbar oder mittelbar über eine Mitunternehmerschaft gehalten werden. Auf der anderen Seite gelten auch die Restriktionen der Abs. 3 und 5 nicht. Die Einbeziehung auch der Abs. 4 und 7 bis 9 erscheint überflüssig, weil die StBefreiung sowohl für laufende Leistungen einer UKasse als auch für Veräußerungsgewinne bereits durch die Grundregeln in Abs. 1 und 2 ausgeschlossen ist. Sind die Anteile Gegenstand einer Wertpapierleihe, sind die Leihgebühren als BA abziehbar und nicht durch Abs. 10 Satz 1 ausgeschlossen.