

## § 8b

**Beteiligung an anderen Körperschaften und  
Personenvereinigungen**

idF des KStG v. 15.10.2002 (BGBl. I, 4144; BStBl. I, 1169),  
geändert durch Ges. v. 22.12.2003 (BGBl. I, 2840; BStBl. I 2004, 14)

(1) <sup>1</sup>Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 Buchstabe a des Einkommensteuergesetzes bleiben bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz. <sup>2</sup>Bezüge im Sinne des Satzes 1 sind auch Einnahmen aus der Veräußerung von Dividendenscheinen 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) <sup>1</sup>Bei 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 der §§ 14, 17 oder 18 außer Ansatz. <sup>2</sup>Veräußerungsgewinn 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). <sup>3</sup>Satz 1 gilt entsprechend für Gewinne aus der Auflösung oder der Herabsetzung des Nennkapitals oder aus dem Ansatz des in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 des Einkommensteuergesetzes bezeichneten Werts sowie Gewinne im Sinne des § 21 Abs. 2 des Umwandlungssteuergesetzes. <sup>4</sup>Die 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. <sup>5</sup>Veräußerung im vorstehenden Sinne ist auch die verdeckte Einlage.

(3) <sup>1</sup>Von dem jeweiligen Gewinn im Sinne des Absatzes 2 Satz 1, 3 und 5 gelten 5 vom Hundert als Ausgaben, die nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden dürfen. <sup>2</sup>§ 3c Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes ist nicht anzuwenden. <sup>3</sup>Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit dem in Absatz 2 genannten Anteil entstehen, sind bei der Ermittlung des Einkommens nicht zu berücksichtigen.

(4) <sup>1</sup>Absatz 2 ist nur anzuwenden, soweit die Anteile nicht

1. einbringungsgeboren im Sinne des § 21 des Umwandlungssteuergesetzes sind oder
2. durch eine Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse unmittelbar, mittelbar oder mittelbar über eine Mitunternehmerschaft von einem Einbringenden, der nicht zu den von Absatz 2 begünstigten Steuerpflichtigen gehört, zu einem Wert unter dem Teilwert erworben worden sind.

<sup>2</sup>Satz 1 gilt nicht,

1. wenn der in Absatz 2 bezeichnete Vorgang später als sieben Jahre nach der Einbringung stattfindet oder
2. soweit die Anteile nicht unmittelbar oder mittelbar auf einer Einbringung im Sinne des § 20 Abs. 1 Satz 1 oder § 23 Abs. 1 bis 3 des Umwandlungssteuergesetzes und auf einer Einbringung durch einen nicht von Absatz 2 begünstigten Steuerpflichtigen innerhalb der in Nummer 1 bezeichneten Frist beruhen.

<sup>3</sup>In den Fällen des Satzes 1 und 2 ist Absatz 3 Satz 3 auf Gewinnminderungen anzuwenden, die im Zusammenhang mit den Anteilen entstehen.

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

(6) <sup>1</sup>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. <sup>2</sup>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) <sup>1</sup>Die Absätze 1 bis 6 sind nicht auf Anteile anzuwenden, die bei Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten nach § 1 Abs. 12 des Gesetzes über das Kreditwesen dem Handelsbuch zuzurechnen sind. <sup>2</sup>Gleiches gilt für Anteile, die von Finanzunternehmen im Sinne des Gesetzes über das Kreditwesen mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolges erworben werden. <sup>3</sup>Satz 2 gilt auch für Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder in einem anderen Vertragsstaat des EWRAbkommens.

(8) <sup>1</sup>Die Absätze 1 bis 7 sind nicht anzuwenden auf Anteile, die bei Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen den Kapitalanlagen zuzurechnen sind. <sup>2</sup>Satz 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. <sup>3</sup>Gewinnminderungen, 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. <sup>4</sup>Für die Ermittlung des Einkommens sind die Anteile mit den nach handelsrechtlichen

Vorschriften ausgewiesenen Werten anzusetzen, die bei der Ermittlung der nach § 21 abziehbaren Beträge zu Grunde gelegt wurden. <sup>5</sup>Entsprechendes gilt für Pensionsfonds.

## § 34

### Schlussvorschriften

idF des KStG v. 15.10.2002 (BGBl. I, 4144; BStBl. I, 1169),  
geändert durch Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung  
der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung  
zum Steuervergünstigungsabbaugesetz v. 22.12.2003  
(BGBl. I, 2840; BStBl. I 2004, 14)

...

(7) <sup>1</sup>§ 8b ist erstmals anzuwenden für

1. Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 des Einkommensteuergesetzes, auf die bei der ausschüttenden Körperschaft der Vierte Teil des Körperschaftsteuergesetzes in der Fassung des Artikels 4 des Gesetzes vom 14. Juli 2000 (BGBl. I S. 1034) nicht mehr anzuwenden ist;
2. Gewinne und Gewinnminderungen im Sinne des § 8b Abs. 2 und 3 nach Ablauf des ersten Wirtschaftsjahrs der Gesellschaft, an der die Anteile bestehen, das dem letzten Wirtschaftsjahr folgt, das in dem Veranlagungszeitraum endet, in dem das Körperschaftsteuergesetz in der Fassung des Artikels 4 des Gesetzes vom 14. Juli 2000 (BGBl. I S. 1034) letztmals anzuwenden ist.

<sup>2</sup>Bis zu den in Satz 1 genannten Zeitpunkten ist § 8b des Körperschaftsteuergesetzes in der Fassung des Artikels 4 des Gesetzes vom 14. Juli 2000 (BGBl. I S. 1034) weiter anzuwenden. <sup>3</sup>Bei der Gewinnermittlung für Wirtschaftsjahre, die nach dem 15. August 2001 enden, gilt Folgendes:

<sup>4</sup>§ 8b Abs. 2 des Körperschaftsteuergesetzes in der Fassung des Artikels 4 des Gesetzes vom 14. Juli 2000 (BGBl. I S. 1034) ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass über Satz 2 der Vorschrift hinausgehend auch Gewinnminderungen aus Teilwertabschreibungen nicht zu berücksichtigen sind, soweit die Anteile von einem verbundenen Unternehmen (§ 15 des Aktiengesetzes) erworben worden sind. <sup>5</sup>Die Wertminderung von Anteilen an Kapitalgesellschaften, die die Voraussetzungen für die Anwendung des § 8b Abs. 2 des Körperschaftsteuergesetzes in der Fassung des Artikels 4 des Gesetzes vom 14. Juli 2000 (BGBl. I S. 1034) im Zeitpunkt der Wertminderung nicht oder nicht mehr erfüllen, ist in Höhe des Teils der Anschaffungskosten der Anteile nicht zu berücksichtigen, der bei der Veräußerung der Anteile durch einen früheren Anteilseigner nach § 8b Abs. 2 Satz 1 des Körperschaftsteuergesetzes in der Fassung des Artikels 4 des Gesetzes vom 14. Juli 2000 (BGBl. I S. 1034) oder nach § 8b Abs. 2 Satz 1 des Körperschaftsteuergesetzes in der Fassung des Artikels 4 des Gesetzes vom 20. Dezember 2000 (BGBl. I S. 1850) bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz geblieben ist. <sup>6</sup>Die Wertminderung von Anteilen an inländischen oder ausländischen Kapitalgesellschaften ist nicht zu berücksichtigen, soweit sie auf eine Wertminderung im Sinne der Sätze 4 und 5 von Anteilen an nachgeordneten Kapitalgesellschaften zurückzuführen ist. <sup>7</sup>§ 8b Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 letzter Halbsatz des Körperschaftsteuergesetzes in der Fassung des Artikels 2 des Gesetzes vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3858) ist erstmals auf Veräußerungen anzuwenden, die nach dem 15. August 2001 erfolgen. <sup>8</sup>§ 8b Abs. 8 und § 21 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 sind anzuwenden:

1. in der Fassung des Artikels 3 des Gesetzes vom 22. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2840) erstmals für den Veranlagungszeitraum 2004, bei vom Kalenderjahr abweichenden Wirtschaftsjahren erstmals für den Veranlagungszeitraum 2005;
2. auf einheitlichen, bis zum 30. Juni 2004 zu stellenden, unwiderruflichen Antrag bereits für die Veranlagungszeiträume 2001 bis 2003, bei vom Kalenderjahr ab-

weichenden Wirtschaftsjahren für die Veranlagungszeiträume 2002 bis 2004 (Rückwirkungszeitraum).<sup>9</sup>Dabei ist § 8b Abs. 8 in folgender Fassung anzuwenden:

„(8) <sup>1</sup>Die Absätze 1 bis 7 sind anzuwenden auf Anteile, die bei Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen den Kapitalanlagen zuzurechnen sind, mit der Maßgabe, dass die Bezüge, Gewinne und Gewinnminderungen zu 80 vom Hundert bei der Ermittlung des Einkommens zu berücksichtigen sind. <sup>2</sup>Satz 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. <sup>3</sup>Gewinnminderungen, 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. <sup>4</sup>Für die Ermittlung des Einkommens sind die Anteile mit den nach handelsrechtlichen Vorschriften ausgewiesenen Werten anzusetzen, die bei der Ermittlung der nach § 21 abziehbaren Beträge zu Grunde gelegt wurden. <sup>5</sup>Negative Einkünfte des Rückwirkungszeitraums dürfen nicht in Veranlagungszeiträume außerhalb dieses Zeitraums rück- oder vorgetragen werden. <sup>6</sup>Auf negative Einkünfte des Rückwirkungszeitraums ist § 14 Abs. 1 nicht anzuwenden. <sup>7</sup>Entsprechendes gilt für Pensionsfonds.“

Autor: Dr. Heinrich Jürgen **Watermeyer**, Rechtsanwalt,  
Ernst & Young, Düsseldorf

Mitherausgeber: Dipl.-Kfm. Dr. Ulrich **Prinz**, Wirtschaftsprüfer/Steuerberater,  
Flick Gocke Schaumburg, Bonn

**Inhaltsübersicht**

**Allgemeine Erläuterungen zu § 8b**

	Anm.		Anm.
<b>I. Überblick über § 8b . . . . .</b>	1	<b>III. Zeitlicher Anwendungsbe- reich</b>	
<b>II. Rechtsentwicklung</b>		1. Regelungen durch das StSenkG und UntStFG: Körperschaftsteuerlicher Systemwechsel 2001/ 2002	
1. Gesetzesentwicklung bis zum StEntG 1999/ 2000/2002 . . . . .	2	a) Überblick . . . . .	5
2. Gesetzesentwicklung ab StEntG 1999/2000/ 2002 . . . . .	3	b) Erstmalige Befreiung laufender Erträge nach Abs. 1 . . . . .	6
3. Gesetzesentwicklung seit dem körperschaftsteuer- lichen Systemwechsel durch das StSenkG . . . . .	4	c) Erstmalige Befreiung einmaliger Erträge nach Abs. 2 . . . . .	7

	Anm.		Anm.
d) Rückwirkende Neufassung von Abs. 2 idF vor dem StSenkG: Nachträgliche Versagung des Verlustabzugs bei konzerninternen Umstrukturierungen . . . . .	8	<b>IV. Bedeutung der Vorschrift</b>	
e) Sonderregelung für die Einbringung mehrheitsvermittelnder Anteile durch natürliche Personen (Abs. 4 Satz 2 Nr. 2) . . . . .	9	1. Rechtliche Bedeutung . . . . .	12
2. Regelungen durch das Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung (ProtErklG) v. 22.12.2003		2. Wirtschaftliche Bedeutung . . . . .	13
a) Grundregel für die zeitliche Anwendung der Änderungen . . . . .	10	3. Verfassungsmäßigkeit . . . . .	14
b) Sonderregelung für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen . . . . .	11	4. Europarechtskonformität . . . . .	15
		<b>V. Geltungsbereich des § 8b</b>	
		1. Persönlicher Geltungsbereich . . . . .	16
		2. Sachlicher Geltungsbereich . . . . .	17
		<b>VI. Verhältnis des § 8b zu anderen Vorschriften</b>	
		1. Verhältnis zu § 3 Nr. 40 EStG . . . . .	18
		2. Verhältnis zur Organschaft . . . . .	19
		3. Verhältnis zur Gewerbesteuer . . . . .	20
		4. Verhältnis zur Kapitalertragsteuer . . . . .	21
		5. Verhältnis zum AStG . . . . .	22
		6. Verhältnis zum Investmentsteuergesetz . . . . .	23
		7. Verhältnis zum Doppelbesteuerungsrecht . . . . .	24

**Erläuterungen zu Abs. 1:  
Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Befreiung  
laufender Beteiligungsbezüge**

	Anm.		Anm.
<b>A. Überblick . . . . .</b>	<b>30</b>	5. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. a EStG . . . . .	35
<b>B. Die Tatbestandsmerkmale des Abs. 1</b>		<b>II. Verweis auf einkommensteuerliche Ersatztatbestände (Abs. 1 Satz 2)</b>	
<b>I. Verweis auf bestimmte einkommensteuerliche Kapitaleinkünfte (Abs. 1 Satz 1)</b>		1. Bezüge iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG . . . . .	36
1. Grundaussage . . . . .	31	2. Bezüge iSd. § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG . . . . .	37
2. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG . . . . .	32	<b>C. Rechtsfolge des Abs. 1: Kein Ansatz bei der Ermittlung des Einkommens . . . . .</b>	<b>38</b>
3. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG . . . . .	33		
4. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG . . . . .	34		

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

	Anm.
<b>A. Überblick über Tatbestände und Rechtsfolgen des Abs. 2</b> .....	40
<b>B. Grundregelung der Veräußerungsgewinnbefreiung (Abs. 2 Satz 1)</b>	
<b>I. Tatbestandsvoraussetzungen im Überblick</b> ..	41
<b>II. Die Tatbestandsvoraussetzungen im einzelnen</b>	
1. Gewinn aus Veräußerung	42
2. 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 (Satz 1 Halbs. 1) .....	43
3. Einbeziehung von Anteilen an Organgesellschaften (Satz 1 Halbs. 2) .....	44
<b>III. Rechtsfolge: Kein Ansatz von Veräußerungsgewinnen bei der Ermittlung des Einkommens</b> .....	45
<b>C. Ermittlung des Veräußerungsgewinns: Legaldefinition in Abs. 2 Satz 2</b>	
<b>I. Überblick</b> .....	50
<b>II. Definitionsmerkmale im einzelnen</b>	
1. Veräußerungspreis oder der an dessen Stelle tretende Wert .....	51
2. Veräußerungskosten .....	52
3. Übersteigen des Buchwerts .....	53

	Anm.
<b>D. Entsprechende Anwendung von Satz 1 auf veräußerungsgleiche Tatbestände (Abs. 2 Satz 3)</b>	
<b>I. Überblick</b> .....	60
<b>II. Die Tatbestände im einzelnen</b>	
1. Gewinn aus Auflösung ..	61
2. Gewinn aus der Herabsetzung des Nennkapitals	62
3. Gewinn aus Wertaufholung .....	63
4. Gewinne iSd. § 21 Abs. 2 UmwStG .....	64
<b>III. Rechtsfolge</b> .....	65
<b>E. Einschränkung der Steuerbefreiung durch Abs. 2 Satz 4: Vorausgegangene steuerwirksame Teilwertabschreibung</b>	
<b>I. Übersicht über die Tatbestandsvoraussetzungen</b> ..	70
<b>II. Die Tatbestandsmerkmale im einzelnen</b>	
1. Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert .....	71
2. Steuerwirksamkeit der Abschreibung .....	72
3. Keine Wertaufholung ..	73
<b>III. Rechtsfolge: Versagung der Steuerbefreiung</b> .....	75
<b>F. Erweiterung des Veräußerungstatbestands durch Abs. 2 Satz 5: Verdeckte Einlage</b>	
<b>I. Tatbestand und Rechtsfolge der verdeckten Einlage</b> .....	77
<b>II. Erweiterung auf andere – nicht in Abs. 2 genannte – Fälle</b> .....	78

**Erläuterungen zu Abs. 3:  
Abzugsbeschränkungen bei Veräußerungsvorgängen  
und Substanzverlusten**

	Anm.		Anm.
<b>A. Überblick über Abs. 3</b>			
I. Bedeutung und Rechtsentwicklung . . . . .	80		
II. Systematische Einordnung . . . . .	81		
<b>B. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Abs. 3</b>			
<b>I. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des pauschalen Betriebsausgabenabzugsverbots (Abs. 3 Satz 1)</b>			
1. Voraussetzung: Jeweiliger Gewinn iSd. Abs. 2 Sätze 1, 3 u. 5 . . . . .	82		
		2. Rechtsfolge des Abs. 3 Satz 1: 5 vH-Fiktion . . . . .	83
		<b>II. Nichtanwendbarkeit des § 3c Abs. 1 EStG (Abs. 3 Satz 2)</b> . . . . .	84
		<b>III. Nichtberücksichtigung von Gewinnminderungen (Abs. 3 Satz 3)</b>	
		1. Die Tatbestandsmerkmale im einzelnen . . . . .	85
		2. Rechtsfolge des Abs. 3 Satz 3 . . . . .	86

**Erläuterungen zu Abs. 4:  
Ausschluß der Steuerfreiheit für  
Veräußerungsgewinne in Umgehungsfällen**

	Anm.		Anm.
<b>A. Überblick über Tatbestand und Rechtsfolgen des Abs. 4</b>			
I. Bedeutung der Regelung . . . . .	90		
II. Überblick . . . . .	91		
<b>B. Einschränkungen durch Abs. 4 Satz 1 Nr. 1: Einbringungsgeborene Anteile</b>			
I. Einbringungsgeborene Anteile iSd. § 21 UmwStG . . . . .	92		
II. Erweiterung des Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 auf andere Fälle . . . . .	93		
III. Nicht von Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 erfaßte Fälle . . . . .	94		
<b>C. Einschränkungen durch Abs. 4 Satz 1 Nr. 2: Anteilserwerb aufgrund Einbringung durch nichtbegünstigte Person</b>			
I. Die erfaßten Einbringungsfälle . . . . .	100		
		II. Die nichtbegünstigten Einbringenden . . . . .	101
		III. Unmittelbarer oder mittelbarer Erwerb, mittelbarer Erwerb über eine Mitunternehmerschaft . . . . .	102
		<b>D. Rückausnahme des Abs. 4 Satz 2 Nr. 1: Veräußerung nach Ablauf von sieben Jahren</b>	
		I. Überblick . . . . .	105
		II. Siebenjahresfrist nach der Einbringung . . . . .	106
		III. Vorgang nach Abs. 2 und weiterer Anteilstausch . . . . .	107
		IV. Kritik an der siebenjährigen Behaltefrist . . . . .	108



Anm.

Anm.

<b>E. Rückausnahme des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2: keine Einbringungsgeborenhheit durch unmittelbare oder mittelbare Sacheinlage aufgrund §§ 20 Abs. 1 Satz 1, 23 Abs. 1–3 UmwStG und keine Einbringung von Anteilen unter Teilwert durch einen Nichtbegünstigten innerhalb Siebenjahresfrist</b>	
I. Übersicht . . . . .	110
II. 1. Fall: Kein Beruhen auf einer Einbringung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 oder § 23 Abs. 1–3 UmwStG (Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 Halbs. 1) . . . . .	111

III. 2. Fall: Kein Beruhen auf einer Einbringung durch einen Nichtbegünstigten . . . . .	112
IV. Anteilsbezogene Abgrenzungsfragen . . . . .	113
V. Gestaltungshinweise zur Veräußerung sperrfrist-behafteter Anteile . . . . .	114
<b>F. Gewinnminderungen in Fällen nicht steuerfreier Veräußerung (Abs. 4 Satz 3)</b>	
I. Bedeutung und Rechtsentwicklung . . . . .	116
II. Tatbestandsvoraussetzungen . . . . .	117
III. Rechtsfolge . . . . .	118

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

Anm.

Anm.

<b>A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 5</b>	
I. Bedeutung der Regelung . . . . .	120
II. Rechtentwicklung und systematische Einordnung . . . . .	121
III. Verfassungs- und internationale Aspekte des Abs. 5	
1. Verstoß gegen Verfassungsrecht . . . . .	122
2. Verstoß gegen Europarecht . . . . .	123
3. Verstoß gegen DBA-Regelungen (Treaty Override) . . . . .	124

<b>B. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Abs. 5</b>	
I. Abs. 5 Satz 1: Fiktion nicht abziehbarer Betriebsausgaben	
1. Voraussetzung: Bezüge iSd. Abs. 1, die bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleiben . . . . .	125
2. Rechtsfolge: 5 vH-Fiktion	
a) Auswirkung auf die Körperschaftsteuer . . . . .	126
b) Auswirkung auf die Gewerbesteuer . . . . .	127
3. Gestaltungsansätze . . . . .	128
II. Abs. 5 Satz 2: Nichtanwendung § 3c Abs. 1 EStG . . . . .	130



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

	Anm.
<p><b>A. Überblick über die Regelung</b> . . . . . 140</p> <p><b>B. Zwischengeschaltete Mit- unternehmerschaft, Satz 1</b></p> <p style="padding-left: 20px;"><b>I. Überblick, Bedeutung und typischer Anwendungsfall</b> 141</p> <p style="padding-left: 20px;"><b>II. Tatbestand und Rechts- folgen des Abs. 6 Satz 1 Halbs. 1</b></p> <p style="padding-left: 40px;">1. Tatbestand . . . . . 142</p> <p style="padding-left: 40px;">2. Rechtsfolgen</p> <p style="padding-left: 60px;">a) Grundsatz . . . . . 143</p> <p style="padding-left: 60px;">b) Anwendung der Abs. 1–3 . . . . . 144</p> <p style="padding-left: 60px;">c) Anwendung des Abs. 4 . . . . . 145</p> <p style="padding-left: 60px;">d) Anwendung des Abs. 5 . . . . . 146</p>	<p style="padding-left: 40px;">e) Ausländische Kapital- ertragsteuer im Rahmen des Abs. 6 Satz 1 . . . . . 147</p> <p><b>III. Tatbestand und Rechts- folgen des Abs. 6 Satz 1 Halbs. 2</b></p> <p style="padding-left: 20px;">1. Tatbestand . . . . . 150</p> <p style="padding-left: 20px;">2. Rechtsfolge . . . . . 151</p> <p><b>IV. Verfahrensfragen</b> . . . . . 153</p> <p><b>C. Mittelbare Beteiligung eines Betriebs gewerblicher Art, Satz 2</b></p> <p style="padding-left: 20px;">I. Überblick, Bedeutung und typischer Anwendungsfall . . 155</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Tatbestandsvoraussetzungen 156</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Rechtsfolge . . . . . 157</p>

**Erläuterungen zu Abs. 7:  
Keine Anwendung der Abs. 1–6 auf Anteile,  
die bei Banken und Finanzdienstleistern zum  
Handelsbuch gehören oder für den kurzfristigen  
Eigenhandel vorgesehen sind**

	Anm.
<p><b>A. Allgemeine Erläuterungen</b></p> <p style="padding-left: 20px;">I. Überblick über die Regelung 160</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Grund und Bedeutung . . . . 161</p> <p><b>B. Abs. 7 Satz 1: Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute, bei denen Anteile dem Han- delsbuch zuzurechnen sind</b></p> <p style="padding-left: 20px;">I. Die Tatbestandsvoraus- setzungen im einzelnen . . . . 162</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Rechtsfolge . . . . . 163</p>	<p><b>C. Abs. 7 Satz 2: Anteilserwerb zur kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs</b></p> <p style="padding-left: 20px;">I. Die Tatbestandsvoraus- setzungen im einzelnen . . . . 165</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Rechtsfolge . . . . . 166</p> <p><b>D. Abs. 7 Satz 3: Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen mit Sitz im Ausland</b></p> <p style="padding-left: 20px;">I. Grund und Bedeutung . . . . 167</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Erfasste Unternehmen . . . . 168</p>

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

	Anm.		Anm.
<b>I. Rechtsentwicklung</b> . . . . .	170		
<b>II. Grund und Bedeutung der Regelung</b> . . . . .	171		
<b>III. Tatbestand und Rechtsfolgen</b>			
1. Übersicht . . . . .	172	4. Keine Berücksichtigung von Gewinnminderungen nach innerkonzernlichem steuerfreiem Anteilserwerb (Abs. 8 Satz 3)	
2. Grundtatbestand der Suspendierung der Abs. 1–7 (Abs. 8 Satz 1)		a) Tatbestand . . . . .	180
a) Tatbestandsvoraussetzungen . . . . .	173	b) Rechtsfolge . . . . .	181
b) Rechtsfolgen . . . . .	174	5. Anteilsbewertung nach Handelsrecht (Abs. 8 Satz 4)	
3. Ausnahmeregelung im Fall bestimmter vorangegangener Teilwertabschreibungen (Abs. 8 Satz 2)		a) Bedeutung der Regelung . . . . .	183
a) Tatbestand . . . . .	177	b) Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolge . . . . .	184
b) Rechtsfolge . . . . .	178	6. Entsprechende Anwendung auf Pensionsfonds (Abs. 8 Satz 5) . . . . .	185

## Allgemeine Erläuterungen zu § 8b

### Schrifttum:

► *Seit 1994 bis zum kstl. Systemwechsel*: KREBÜHL, Möglichkeiten und Grenzen des § 8b KStG, DB 1994, 496; RITTER, Steuerfreiheit ausländischer Schachteldividenden, BB 1994, 509; REUTER, Der neue § 8b KStG mit weitreichenden Regelungen für das Körperschaftsteuerliche Schachtelprivileg, AG 1995, 459; BERNDT/WIESCH, Bemerkungen zu § 8b Abs. 7 KStG, BB 1999, 2325; DÖTSCH/PUNG, Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002: Änderungen des KStG, DB 1999, 867; FÜGER/RIEGER, Die fehlgeschlagene Verschärfung des § 3c EStG oder „Die wundersamen Fiktionen des § 8b Abs. 7 KStG“, IStR 1999, 257; KLAPDOR, Veränderte Rahmenbedingungen für Auslandsaktivitäten deutscher Unternehmen nach dem Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002, DStZ 1999, 555; KRABBE, Betriebsausgabenabzug bei steuerfreien Schachteldividenden nach § 8b Abs. 7 KStG, IStR 1999, 365; KRÖNER/KÖHLER, Änderungen in § 8b KStG: Standortsicherung im Rückwärts-gang, IStR 1999, 268; KROPPEN/SCHREIBER, International relevante Aspekte des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, IWB F. 3 Gr. 3, 1227; PRINZ, Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 – Auswirkungen auf den Holdingstandort Deutschland, FR 1999, 356; ROSE, Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002: Betriebsausgabenabzug im Zusammenhang mit Schachtelerträgen, DB 1999, 1038; SCHAUMBURG, § 8b Abs. 7 KStG, JbFSt. 1999/2000, 129; SCHMID/WIESE, Mittelbare Besteuerung steuerfreier Auslandsdividenden, BB 1999, 878; SEIP/KRAUSE, Unerwartete Verbesserung bei refinanziertem Erwerb von Auslandsgesellschaften durch § 8b Abs. 7 KStG idF des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, BB 1999, 713; THÖMMES, Unvereinbarkeit des neuen § 8b Abs. 7 KStG mit der EG-Mutter-/Tochterrichtlinie, DB 1999, 500; THÖMMES/SCHIEPERS, Ausgewählte Fragen zum Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002: Internationales Steuerrecht, DStR 1999, 609; BECKER, Zur Besteuerung inländischer Gesellschafter von Auslandsholdings nach dem Steuersenkungsgesetz, IWB F. 3 Gr. 1, 1653; BERGEMANN, Unternehmenssteuerreform 2001: Schwerpunkte des Steuersenkungsgesetzes, DStR 2000, 1410; BERNDT/

WIESCH, Steuerfreie ausländische Schachteldividenden und Betriebsausgabenabzugsverbot, NWB F. 4, 4365; BOGENSCHÜTZ, Der Steuerstandort Deutschland nach dem Steuerentlastungsgesetz für inländische Unternehmen mit Auslandsaktivitäten, WPg 2000, 88.

► *Seit dem kstl. Systemwechsel*: BERGEMANN, Unternehmenssteuerreform 2001: Schwerpunkte des Steuersenkungsgesetzes, DStR 2000, 1410; 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; CREZELIUS, Steuersenkungsgesetz: § 8b Abs. 3 Satz 2 KStG 2001 – ein steuerrechtliches Verwirrspiel, DB 2000, 1631; DÖTSCH/PUNG, Steuersenkungsgesetz: Die Änderungen bei der Körperschaftsteuer und bei der Anteilseignerbesteuerung, DB-Beil. 10/2000; EILERS/WIENANDS, Steuersenkungsgesetz: Besteuerung der Dividendeneinnahmen von Körperschaften nach der Neufassung von § 8b Abs. 1 KStG, GmbHR 2000, 957; DIES., Steuersenkungsgesetz: Anteilsveräußerungen durch Körperschaften nach der Neufassung des § 8b Abs. 2 KStG, GmbHR 2000, 1229; GROTHERR, Das neue Körperschaftsteuersystem mit Anteilseignerentlastung bei der Besteuerung von Einkünften aus Beteiligungen, BB 2000, 849 (851 ff.); HARITZ, Unternehmenssteuerreform 2001: Begünstigte Veräußerungsgewinne bei einbringungsgeborenen Anteilen, DStR 2000, 1537; HARITZ/SLABON, Unternehmenssteuerreform: Übergangsregelungen bis in das Jahr 2002, GmbHR 2000, 593 (594 ff.); HÄUSELMANN/MICK, Behaltefrist des § 8b Abs. 2 KStG nF und des § 3 Nr. 40 Satz 5 EStG, DB 2000, 2094; HERZIG, Gestaltung steueroientierter Umstrukturierungen im Konzern, DB 2000, 2236; HÖRGER/SCHIEPERS, Steuersenkungsgesetz: Einschränkung der Steuerfreiheit für Veräußerungsgewinne gem. § 8b Abs. 2 KStG durch § 8b Abs. 4 KStG, DB 2000, 1988; JAKOBS/WITTMANN, Steuersenkungsgesetz: Besteuerung von Anteilsveräußerungen, GmbHR 2000, 910; KANZLER, Problematik der steuerlichen Behandlung von Veräußerungsgewinnen, FR 2000, 1245; 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; KÖSTER, StSenkG: Befreiung innerkonzernlicher Beteiligungserträge, FR 2000, 1263; MAITERH/SEMMLER, Kritische Anmerkungen zur geplanten Substitution des körperschaftsteuerlichen Anrechnungssystem durch das sogenannte „Halbeinkünfteverfahren“ im Zuge des Steuersenkungsgesetzes, BB 2000, 1377 (1382); ORTH, Steuersenkungsgesetz: Umstellung des Wirtschaftsjahres als Gestaltungsmöglichkeit, DB 2000, 2136; RÄTTIG/PROTZEN, Holdingbesteuerung nach derzeit geltendem und kommendem Außensteuergesetz, IStR 2000, 548; RÖDDER/SCHUMACHER, Unternehmenssteuerreform 2001: Wesentliche Änderungen des Steuersenkungsgesetzes gegenüber dem Regierungsentwurf und Regeln zu seiner erstmaligen Anwendung, DStR 2000, 1453; RÖDDER/SCHUMACHER, Unternehmenssteuerreform 2001 – Eine erste Analyse des Regierungsentwurfs aus Beratersicht, DStR 2000, 353 (354 ff.); 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 (207 ff.); SEIBT, Unternehmenskauf und -verkauf nach dem Steuersenkungsgesetz, DStR 2000, 2061; SPENGLER/JAEGER/MÜLLER, Europarechtliche Beurteilung des Gesetzesentwurfs zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung, IStR 2000, 257; TÖBEN, Steuersenkungsgesetz: Steuerbefreiung von Anteilsveräußerungsgewinnen nach § 8b Abs. 2 KStG nF, FR 2000, 905; UTESCHER/BLAUFUS, Unternehmenssteuerreform 2001: Begrenzung des Betriebsausgabenabzugs bei Beteiligungserträgen, DStR 2000, 1581; VAN LISHAUT, Die Reform der Unternehmensbesteuerung aus Gesellschaftersicht, StuW 2000, 182; WASSERMEYER, Die im Entwurf des Steuersenkungsgesetzes vorgesehenen Änderungen der Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2000, 193; WENGER, Die Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen: Systemwidrigkeiten und systematische Notwendigkeiten, StuW 2000, 177; WERRA, Unternehmenssteuerreform: Aspekte des nationalen und internationalen Konzernsteuerrechts, FR 2000, 645 ff.; BEHRENS/TAUSER, Reduzierter Anwendungsbereich der 7-Jahresfrist iSd. § 8b Abs. 4 KStG, BB 2001, 1879; BEINERT/VAN LISHAUT, Steuerfragen bei Anteilskäufen und Sperrfristen, FR 2001, 1037; BLUMERS/BEINERT/WITT, Unternehmenskaufmodelle nach der Steuerreform, DStR 2001, 233; BOGENSCHÜTZ/TIBO, Erneute Änderung des § 8b KStG und weiterer Vorschriften betreffend den Eigenhandel von Banken und Finanzdienstleistern – Auswir-

kungen auf Unternehmen außerhalb der Kreditwirtschaft, DB 2001, 8; CREZELIUS, Dogmatische Grundstrukturen der Unternehmenssteuerreform, DB 2001, 221; EISOLT/WIKKINGER, Veräußerung von einbringungsgeborenen Anteilen nach der Neuregelung des § 8b Abs. 4 KStG-StSenkG, BB 2001, 229; FÖRSTER, Ausgewählte Fragen bei der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften, Stbg. 2001, 657; FROTSCHER, Die Abzugsbeschränkungen nach § 3c EStG und ihre Auswirkung auf Finanzierungsentscheidungen, DStR 2001, 2045; GROTHERR, Gewerbesteuerliche Auswirkungen der mit steuerfreien Dividenden im Zusammenhang stehenden nichtabziehbaren Betriebsausgaben, BB 2001, 597; HAUN/WINKLER, Vertragsgestaltungen zur Verlagerung des Zeitpunkts der Besteuerung bei Anteilsveräußerungen, DStR 2001, 1195; HÄUSELMANN, Das richtige „Timing“ bei der Kapitaleinkünftebesteuerung, DStR 2001, 597; HEURUNG/HEINSEN/SPRINGER, Anwendungs- und Zweifelsfragen im Rahmen der Steuerreform, BB 2001, 181; HEY, Bedeutung und Besteuerungsfolgen der verdeckten Gewinnausschüttung nach der Unternehmenssteuerreform, GmbHR 2001, 1; HUNSDOERFER, 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; KOLLRUSS, Modelle zum Kauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften, INF 2001, 430; KROSCHEWSKI, Veräußerungssperre – Konsequenzen für die Praxis des Unternehmenskaufs, GmbHR 2001, 1089; KUSSMAUL/BECKMANN, Die Dividendenbesteuerung im nationalen und internationalen Kontext, DB 2001, 608; LECHNER, Die Kapitalgesellschaft als Steuersparmodell – Anteilsveräußerungen durch Kapitalgesellschaften nach der Unternehmenssteuerreform, Stbg. 2001, 201; NEU/ROHDE, Finanzierung von Beteiligungskäufen, GmbH-StB 2001, 110; PRINZ, Leitgedanken zum Übergang des verwendbaren Eigenkapitals auf das neue Körperschaftsteuersystem und Ausschüttungspolitik, GmbHR 2001, 125; RÄTTIG/PROTZEN, Anwendung des § 8b Abs. 2 KStG auf verdeckte Gewinnausschüttungen anlässlich einer Anteilsveräußerung, GmbHR 2001, 495; RÖDDER/SCHUMACHER, Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts (Teil 1) u. (Teil 2), DStR 2001, 1634 u. 1689; SEIFRIED, Unternehmenssteuerreform 2001: Ausgewählte Zweifelsfragen, DStR 2001, 240; STRAHL, Einbringungsgeborene Anteile: Probleme und Gestaltungsmöglichkeiten, KÖSDI 2001, 12728; THÖMMES, § 8b KStG und EG-Recht, DB 2001, 775; WATERMEYER, Steuerbefreiung für GmbH-Anteilsveräußerungen, GmbH-StB 2001, 166; BECHLER/SCHRÖDER, Gewerbesteuer bei der Veräußerung von Mitunternehmeranteilen – § 7 Satz 2 GewStG i d F des UntStFG, DB 2002, 2238; BRAUER/PYSZKA, Veräußerung von Anteilen an Projekt- und Objektgesellschaften nach § 8b Abs. 7 KStG steuerpflichtig?, GmbHR 2002, 1116; DESENS, Die systemwidrige Anwendung des Halbabzugsverfahrens beim Wertansatz von Kapitalgesellschaften (§ 3c Abs. 2 S. 1 HS 2 EStG) und des Abzugsverbotes in § 8b Abs. 3 KStG bei Veräußerungen innerhalb der 7-Jahres-Missbrauchsfristen, FR 2002, 247; 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; FÜGER/RIEGER, Veräußerung von Mitunternehmeranteilen und Gewerbesteuer, DStR 2002, 933; FUNK, Unternehmensakquisitionen und -restrukturierungen nach dem Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts, BB 2002, 1231; GRAF KERSENBRÖCK, Organschaft ab 2002: Wichtiger gewordenenes Instrument steuerlicher Gestaltung für Konzerne und internationale Investoren, RIW 2002, 889; HAAS, Die Gewerbesteuerpflicht von Dividenden aus Streubesitz nach § 8 Nr. 5 GewStG und ihre Auswirkungen auf 100 %-Beteiligungen, DB 2002, 549; HAUN/WINKLER, Klarstellungen und Unklarheiten bei der Besteuerung von Beteiligungserträgen nach der Neufassung des § 8b KStG, GmbHR 2002, 192; 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; KRAWITZ/BÜTTGEN/HICK, Zwischenholdinggesellschaften inländisch beherrschter internationaler Konzerne unter dem Einfluss der Reform des Unternehmenssteuerrechts, WPg. 2002, 85; KROSCHEWSKI, Die Reichweite der „Veräußerungssperre“ gem. § 8b Abs. 4 S. 1 Nr. 1 KStG bei Verkauf von GmbH-Anteilen, GmbHR 2002, 763; KUSTERER/FROMMELD, (Steuer-)Bilanzpolitik durch Umgliederung?, EStB 2002, 412; LEIP, Die Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften durch Kapitalgesellschaften, BB 2002, 1839; MENSCHING, Holdinggesellschaft als Finanzunternehmen i. S. 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, 2347; MIKUS, Die Bedienung von Aktienoptionen durch eigene Anteile nach der Unternehmenssteuerreform, BB 2002, 178 (181); MUELLER, Gedanken zur „Europatauglichkeit“ der neuen Dividendenbesteuerung, IStR 2002, 109; PRINZ/SIMON, Kuriositäten und Ungereimtheiten des UntStFG: Ungewollte Abschaffung des gewerbsteuerlichen Schachtelprivilegs für Kapitalgesellschaften?, DStR 2002, 149; PYSZKA, Einschränkung der Freistellung von Dividenden- und Veräußerungsgewinnen gem. § 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; PRINZ ZU HOHENLOHE/GRÜNDIG, Auswirkung der Änderungen des § 15 Nr. 2 KStG gem. UntStFG bei nach Doppelbesteuerungsabkommen steuerbefreiten Auslandsdividenden von Organgesellschaften, DB 2002, 1073; RAUPACH, Die Neuordnung des Körperschaftsteuersystems, DStJG 25 (2002), 9; ROMSWINKEL, Systematische Rechtfertigung und Wirkungsweise des § 8b Abs. 4 KStG, DB 2002, 1679; SCHIMMELE, Einlagenrückgewähr nach dem Halbeinkünfteverfahren, EStB 2002, 486; SCHMIDT/HAGEBÖKE, Der Verlust von eigenkapitalersetzenden Darlehen und § 8b Abs. 3 KStG, DStR 2002, 1202; DIES., Die erneute Änderung von § 8b Abs. 5 KStG durch das UntStFG, IStR 2002, 150; SEER/DRÜEN, Vertrauensschutz bei steuerfreien Anteilsveräußerungen, GmbHR 2002, 1093; STERNER/BALMES, Vermögensverwaltende Kapitalgesellschaften und Holdingkapitalgesellschaften – Chance oder Steuerfalle?, FR 2002, 993; 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; 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; WATERMEYER, Gewerbesteuer auf Dividenden aus Streubesitzanteilen, GmbH-StB 2002, 200; DERS., Neuregelung der Steuerbefreiung in § 8b KStG, GmbH-StB 2002, 108; BORSCHEL/KOTYRBA, Die Verschärfung der Missbrauchsregelung des § 26 Abs. 2 Satz 1 UmwStG bei grenzüberschreitenden Einbringungen durch Kapitalgesellschaften, IStR 2003, 37 (45); DÖTSCH/PUNG, § 8b Abs. 1 bis 6 KStG: Das Einführungsschreiben des Bundesfinanzministeriums, DB 2003, 1016; DIES., 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; EISGRUBER/GLASS, Auswirkung der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens auf die Preise von Anteilen an Kapitalgesellschaften, DStR 2003, 389; FRANZ/REISER, Ausgewählte Probleme zu § 8b KStG im Lichte des BMF-Schreibens vom 28.4.2003, StB 2003, 242; FROTSCHER, Anwendung des § 8b KStG, INF 2003, 457; GÜNKEL/BOURSEAU, Steuerliche Abziehbarkeit der Kosten für die Ausgabe von Aktien im Rahmen von Aktienoptionsprogrammen im Konzern, FR 2003, 497; FÜGER/RIEGER, Anwendungserlass zu § 8b KStG – Ausgewählte Zweifelsfragen (Teil 1) u. (Teil 2), FR 2003, 543 u. 589; GRAF KERSENBRÖCK, § 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; KANZLER, Grundfragen der Besteuerung betrieblicher Veräußerungsgewinne, FR 2003, 1 (7); KESSLER/REITSAM, § 3c Abs. 1 EStG und Vorteilsgewährungen im Konzern, DB 2003, 2139; KIRNBERGER, Steuerfreier Verkauf einbringungsgeborener Anteile, EStB 2003, 354; KNEBEL/SELTENREICH, Besprechung des BMF-Schreibens vom 28.4.2003, Stbg. 2003, 259; MAYER/FRISCHMUTH, EU-Widrigkeit nationaler Abzugsbeschränkungen von Kosten im Zusammenhang mit Beteiligungen an EU-Tochtergesellschaften, StuB 2003, 1034; MÖSSNER/ROUENHOFF, Zum zeitlichen Anwendungsbereich des § 8b KStG idF des UntStFG, IWB F. 3 Gr. 4, 429; 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); PRINZ/SCHÜRNER, Tracking Stocks und Sachdividenden – ein neues Gestaltungsinstrument für spartenbezogene Gesellschaftsrechte, DStR 2003, 181; REINHARDT, Das BMF-Schreiben zur Anwendung des § 8b KStG und Auswirkungen auf die Gewerbesteuer, BB 2003, 1148; RÖDDER/SCHUMACHER, Das BMF-Schreiben zu § 8b KStG, DStR 2003,



909; DIES., Erster Überblick über die geplanten Steuerverschärfungen und -entlastungen für Unternehmen zum Jahreswechsel 2003/2004, DStR 2003, 1725; ROMSWINKEL, Verbot der Verlustverrechnung – Kehrseite eines steuerfreien Veräußerungsgewinns, GmbHR 2003, 92; ROSENBACH, Organschaft und Holding – Zweifelsfragen zu § 8b KStG und § 3c EStG –, WPg-Sonderheft 2003, 3; ROSER, Steuerbefreiung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen – offene Anwendungsfragen zu § 8b KStG in der Fassung des Regierungsentwurfs vom 13.8.2003, GmbHR 2003, 1250; SCHEFFLER, Beteiligungsveräußerungen durch Kapitalgesellschaften: Die Steuerbefreiung nach § 8b Abs. 2 KStG ist gerechtfertigt, DB 2003, 680; SCHEPERS/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; SCHNITGER, Anrechnung ausländischer Quellensteuern bei steuerfreien ausländischen Einkünften unter besonderer Beachtung des § 8b Abs. 5 KStG, IStR 2003, 298; SCHREIBER/ROGALL, Die Besteuerung der Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften, BB 2003, 497; SCHIFFERS/KÖSTER, Handlungsbedarf für GmbH und GmbH & Co. KG im Hinblick auf die zum Jahreswechsel 2003/2004 geplanten Steuergesetzänderungen?, GmbHR 2003, 1301; SCHWEDHELM/OLBING/BINNEWIES, Gestaltungsüberlegungen zum Jahreswechsel 2003/2004 rund um die GmbH, GmbHR 2003, 1385; SPENGL/SCHADEN, Besteuerung von Erfolgen aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften durch Kapitalgesellschaften, DStR 2003, 2192; STOSCHEK/LAUERMANN/PETER, Anwendbarkeit von § 8b Abs. 7 KStG auf Holding- und Beteiligungsgesellschaften, NWB F. 4, 4647; STRUNK/KAMINSKI, Anwendung des § 8b KStG 2002, und Auswirkungen auf die Gewerbesteuer, NWB F. 4, 4731; WATERMEYER, § 8b KStG – Anwendungsschreiben des BMF, GmbH-StB 2003, 194; WIESE/KLASS, Der Gesetzentwurf zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zum Steuervergünstigungsabgabengesetz („Korb II“), GmbHR 2003, 1029; CLEMENS/REHFELD, Kapitalertragsteuer auf Inlandsdividenden an ausländischen Kapitalgesellschaften, INF 2004, 505; DESENS, Das Halbeinkünfteverfahren, Köln 2004; DÖTSCH/PUNG, Die Neuerungen bei der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer durch das Steuergesetzgebungspaket vom Dezember 2003 (Teil II), DB 2004, 151; GRAF/WEBER, Neuer Nährboden für verdeckte Gewinnausschüttungen, GmbHR 2004, 757; KÖRNER, Gewerbeertragsteuer von Mitunternehmer-schaften, INF 2004, 265; LEIS, Steueränderungen zum 1.1.2004 im Überblick, FR 2004, 53; MAITERH/WIRTH, Anmerkungen zur unendlichen Diskussion über Beteiligungsaufwendungen bei Kapitalgesellschaften aus steuersystematischer Sicht, DStR 2004, 433; MITSCH, Die Änderungen des § 8b KStG durch Korb II, INF 2004, 217; PATT, Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens auf einbringungsgeborene Anteile, FR 2004, 561; RÖDDER/SCHUMACHER, Ertragsteuerliche Änderungen für Unternehmen zum Jahreswechsel 2003/2004, DStR 2004, 207; SCHEPERS/KOWALLIK, Zur Anwendbarkeit des § 8b Abs. 3 KStG bei der Veräußerung direkt gehaltener Beteiligungen durch beschränkt Steuerpflichtige, IWB F. 3 Gr. 4, 459; SCHULTE/BEHNES, Verdeckte Gewinnausschüttungen bei verbundenen Unternehmen unter Berücksichtigung von § 3c EStG und § 8b Abs. 5 KStG, DB 2004, 1525; SCHIFFERS, Änderungen der ertragsteuerlichen Rahmenbedingungen für die GmbH und die GmbH & Co. KG, GmbHR 2004, 69; SEITZ, Die Berücksichtigung der Steuerbefreiungen nach § 8b Abs. 2 und 6 KStG bzw. § 3 Nr. 40 EStG bei der Ermittlung des Gewerbeertrages einer Mitunternehmerschaft, GmbHR 2004, 476; STOLLENWERK/SCHERFF, Das Aktien-Portefeuille einer GmbH (Teil 1) u. (Teil 2), GmbH-StB 2004, 143 u. 175; WATERMEYER, Der neue § 8b KStG – Änderungen durch das Korb II-Gesetz, GmbH-StB 2004, 110.

**Verwaltungsanweisungen:** BMF v. 25.7.2002, BStBl. I, 712 (zu § 8b Abs. 7 KStG); v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 (zu § 8b Abs. 1–6); v. 5.1.2004, BStBl. I, 44 (zu § 8b Abs. 4); OFD Düss. v. 5.6.2003, DB 2003, 1475 (zur Überwachung stpfl. Wertaufholung nach steuerwirksamer Teilwertabschreibung); OFD Düsseldorf/Köln/Münster v. 14.5.2004, GmbHR 2004, 837 (zur Auswirkung der GewSt. im Halbeinkünfteverfahren).

## I. Überblick über § 8b

1

§ 8b ist seit dem Systemwechsel bei der KSt. eine Kernvorschrift kstl. Einkommensermittlung. Die Regelung bezweckt, die Doppelbesteuerung von Kapitalerträgen innerhalb eines KapGes.-Konzerns zu vermeiden.

**Abs. 1** enthält eine StBefreiung für laufende Erträge aus Beteiligungen an in- und ausländ. KapGes. Derartige Beteiligungserträge wie insbes. Dividenden, die eine unbeschränkt oder beschränkt kstpfl. KapGes. von einer in- oder ausländ. KapGes. erhält, bleiben bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz.

**Abs. 2** ergänzt die Freistellung laufender Beteiligungserträge des Abs. 1 um eine StBefreiung für einmalige Erträge – insbes. Veräußerungsgewinne – aus Beteiligungen an in- oder ausländischen KapGes. Diese Vorschrift führt die Regelung des Abs. 2 bis StSenkG in allerdings deutlich erweiterter Form fort, nach der Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an ausländischen KapGes. von der deutschen KSt. freigestellt wurden. Grundlage einer StBefreiung nach der Altregelung war, daß die Voraussetzungen des internationalen Schachtelprivilegs zur Dividendenfreistellung nach den entsprechenden DBA erfüllt sein mußten. Diese Voraussetzung ist bei der Neuregelung in einer umfassenden Freistellung (also auch von inländ. Beteiligungen) entfallen. Sie trägt damit dem Grundgedanken des seit 1.1.2001 geltenden KStSystems Rechnung, nach dem der Gewinn einer KapGes. nicht nur durch eine Gewinnausschüttung, sondern auch durch eine Veräußerung an den Anteilseigner ausgekehrt werden kann; die Veräußerung kommt einer Vollausschüttung (offener und stiller Reserven) gleich.

**Abs. 3** enthält in Satz 1 die Regelung, daß 5 vH des Veräußerungsgewinns nicht als BA abgezogen werden können, wohingegen in Satz 2 die Anwendung des § 3c Abs. 1 EStG ausdrücklich ausgeschlossen wird. Satz 3 übernimmt die Einschränkungen des Abs. 2 Satz 2 idF vor StVergAbG, die bereits vor dem Halbeinkünfteverfahren bestanden und nach denen Verluste, die aus dem Verkauf oder der Liquidation von KapGes. eintreten, stl. nicht zu berücksichtigen sind. Über die Altregelung hinaus gilt das aufgrund der Neuregelung auch für aus anderen Gründen eintretende Substanzverluste, zB Teilwertabschreibungen.

**Abs. 4** schränkt die StBefreiung des Abs. 2 ein, um Mißbräuche zu verhindern. Die StFreiheit von Gewinnen aus der Veräußerung von Anteilen an in- und ausländischen KapGes. wird versagt, wenn unmittelbar oder mittelbar einbringungsgeborene Anteile betroffen sind. Dasselbe gilt, wenn Anteile veräußert werden, die eine Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse unmittelbar oder mittelbar von einem Einbringenden, der nicht zu den durch Abs. 2 begünstigten Stpfl. gehört, zu einem Wert unter dem Teilwert erworben hat. Eine Ausnahme gilt nur für Fälle, in denen die Veräußerung nicht vor Ablauf von sieben Jahren nach der Einbringung stattfindet oder in denen die Qualifizierung der veräußerten Anteile als einbringungsgeboren auf der Einbringung von Beteiligungen an KapGes. in KapGes. nach § 20 Abs. 1 Satz 2 oder § 23 Abs. 4 UmwStG beruht. Zur Problematik s. Anm. 90 ff.

**Abs. 5** regelt in Satz 1, daß 5 vH der stfreien In- und Auslandsdividenden als nichtabziehbare BA gelten. Satz 2 suspendiert die allg. Abzugsbeschränkung des § 3c Abs. 1 EStG.

**Abs. 6** läßt in Satz 1 die StBefreiung für laufende und einmalige Erträge aus Beteiligungen auch dann zu, wenn und soweit die begünstigte KapGes. die stfreien Dividenden und Veräußerungsgewinne nicht unmittelbar, sondern als Gewinnanteil aus einer zwischengeschalteten Mitunternehmerschaft erhält. Da Abs. 6



die Abs. 1–5 für anwendbar erklärt, gelten auch die Abzugsrestriktionen. Dasselbe gilt aufgrund Satz 2, wenn dem Betrieb gewerblicher Art einer juristischen Person des öffentlichen Rechts mittelbar über andere juristische Personen des öffentlichen Rechts Beteiligungsergebnisse zufließen.

**Abs. 7:** Die in Abs. 7 verankerte Regelung enthält eine Ausnahme von der StFreiheit für Veräußerungsgewinne des Abs. 2 insbes. für institutionelle Anleger, die den Handel mit Anteilen an KapGes. betreiben (Eigenhandelsklausel). Die StBefreiung wird allerdings für laufende und einmalige Erträge (Veräußerungsgewinne) aus Anteilen an KapGes. suspendiert. Auf der anderen Seite sind alle Aufwendungen und Verluste steuerwirksam, soweit sich nicht aus anderen Vorschriften als § 8b Abs. 3 und Abs. 5 Restriktionen ergeben.

**Abs. 8** enthält eine spezielle Suspendierung der Abs. 1–7 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 StPflicht von Veräußerungsgewinnen greift jedoch nicht ein, soweit die Gewinne auf einer nicht steuerwirksamen Teilwertabschreibung beruhen und keine entsprechende Wertaufholung erfolgte, sowie in bestimmten Fällen vorangegangener innerkonzernlicher stfreier Erwerbe. Für die VZ 2001–2003 enthält § 34 Abs. 7 Satz 8 eine auf Antrag rückwirkende Übergangsregelung, die die Anwendung der Abs. 1–7 zu 80 vH suspendiert.

## II. Rechtsentwicklung

### 2 1. Gesetzesentwicklung bis zum StEntlG 1999/2000/2002

**Einführung der Vorschrift:** § 8b wurde durch StandOG v. 13.9.1993 (BGBl. I, 1569; BStBl. I, 774) in das Gesetz mit Wirkung ab dem VZ 1994 zur Stärkung des Holdingstandorts Deutschland 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 unbeschr. 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, 2310; BStBl. I 1994, 50): Die Mißbrauchsklausel des Abs. 3 aF wurde mit Wirkung ab VZ 1994 neu gefaßt. Die Vorschrift schließt die StBefreiung für Gewinne aus der Veräußerung von ausländischen Beteiligungen aus, wenn diese durch eine steuerneutrale Einbringung nach dem UmwStG erworben wurden. Durch die gleichzeitige Neufassung des Abs. 3 ordnete der Gesetzgeber an, daß die Behaltefrist von sieben Jahren nicht zur Anwendung kommen sollte, wenn der Einbringungsgegenstand (Betrieb, Teilbetrieb, Mehrheitsbeteiligung) und auch die einbringungsgeborenen ausländischen Anteile nicht der deutschen Besteuerung unterlagen, da insoweit keine Umgebungsabsicht vorliegen konnte (Dörsch, DB 1994, 9).

**2. Gesetzesentwicklung ab StEntlG 1999/2000/2002**

3

**StEntlG 1999/2000/2002 v. 24.3.1999** (BGBl. I, 402; BStBl. I, 304): Abs. 2 Satz 2 aF wurde neu gefaßt. Verluste aus der Veräußerung eines Anteils an einer ausländischen Gesellschaft, einer Kapitalerhöhung oder ihrer Auflösungen waren im Gegensatz zu dem davor geltenden Recht stl. nicht mehr abziehbar. Teilwertabschreibungen waren nicht erwähnt und blieben abziehbar, soweit sie auf dauernder Wertminderung beruhten (ausführlich KRÖNER/KÖHLER, IStR 1999, 268 [269]; KROPPEL/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 vH der aus einer ausländ. Gesellschaft stammenden, von der KSt. befreiten Gewinnausschüttung nicht abziesbare BA darstellen. Bevor die Regelung mit Wirkung ab dem 1.1.1999 zur Anwendung kam, erfuhr sie durch das StBereinG 1999 bereits eine Änderung.

**StBereinG 1999 v. 22.12.1999** (BGBl. I, 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 vH der stfreien Auslandsdividenden als nichtabziehbare BA wurde dieser Satz auf 5 vH reduziert. Der Gesetzgeber wollte damit offensichtlich einer drohenden EG-Rechtswidrigkeit der 15 vH-Fiktion begegnen (vgl. THÖMMES, DB 1999, 500; KRÖNER/KÖHLER, IStR 1999, 268 [270]; zur Entwicklung der Regelung KERSENBRÖCK, BB 2003, 2148). Darüber hinaus weist die Neufassung des Abs. 7 im Vergleich zur Altfassung folgende Unterschiede auf:

- Streichung der in der Altfassung enthaltenen Verweisung auf § 3c EStG,
- Ersatz des Begriffs „Gewinnausschüttungen einer ausländischen Gesellschaft“ durch „Dividende aus Anteilen an einer ausländischen Gesellschaft“.

**3. Gesetzesentwicklung seit dem körperschaftsteuerlichen Systemwechsel durch das StSenkG**

4

**StSenkG v. 23.10.2000** (BGBl. I, 1433; BStBl. I, 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 über 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 BTag ergänzt. Dasselbe gilt für die StFreiheit von Veräußerungsgewinnen nach Abs. 2. Der Entwurf des FinAussch. des BTag 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 StPflcht fand durch den Vorschlag des Vermittlungsausschusses des BRat Eingang in Abs. 6. Auf den Vorschlägen des Vermittlungsausschusses beruht auch die als Mißbrauchsverhütungsvorschrift verstandene Regelung des Abs. 4. 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, 1850; BStBl. I 2001, 28): Die Vorschrift wurde vor ihrem Inkrafttreten vollständig neu gefaßt; materielle Änderungen betrafen Abs. 2 und Abs. 3 sowie die Anfügung des 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 durch institutionelle Anleger Abs. 7 neu geschaffen. Danach greift die Veräußerungsgewinnbefreiung, aber auch Dividendenfreistellung in derartigen Fällen nicht ein (als Konsequenz hieraus jedoch die Berücksichtigung von Aufwendungen und Veräußerungsverlusten).

**UntStFG v. 20.12.2001** (BGBl. I, 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 betrifft die Einbringung mehrheitsvermittelnder Beteiligungen durch natürliche Personen. Danach wird 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 bewirkt, daß auch grenzüberschreitende vGA ausländischer Tochtergesellschaften vom Anwendungsbereich der Vorschrift erfaßt werden. 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, 2715; BStBl. I, 714): Das Gesetz enthält die zeitlichen Anwendungsregeln für § 8b in § 34 ohne materielle Änderung im Verhältnis zum UntStFG, jedoch in anderer Numerierung.

**Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz v. 22.12.2003** (BGBl. I, 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 aber 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 vH 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 Weiterbringungen 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 vH-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 vH – enthält die Anwendungsvorschrift des § 34 Abs. 7 Satz 8, die auf dem Vermittlungsverfahren beruht.

**Geplante Änderungen:** Der RegE eines Gesetzes zur Umsetzung von EU-Richtlinien in nationales StR und zur Änderung weitere Vorschriften (Richtlinien-Umsetzungsgesetz – EURLUmsG) v. 28.7.2004 sieht vor, § 8b um einen Abs. 9 zu ergänzen. Danach sollen die Abs. 7 u. 8 nicht für laufende Beteiligungserträge gelten, auf die die Mitgliedsstaaten der EU Art. 4 Abs. 1 der Mutter-Tochter-Richtlinie (Richtlinie 90/435 EWG v. 23.7.1990, ABl. EG Nr. L 225 S. 6; Nr. L 266 S. 20; 1997 Nr. L 16 S. 98; zuletzt geändert durch Richtlinie 2003/123 EG v. 22.12.2003, ABl. EU 2004 Nr. L 7 S. 41) anzuwenden haben.

Aufgrund Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie dürfen Gewinnausschüttungen grds. nicht bei der empfangenden Muttergesellschaft/Betriebsstätte zusätzlich besteuert werden (Freistellung oder Anrechnung), wenn die nach Art. 3 geforderte Mindestbeteiligungsgrenze eingehalten ist. Aufgrund der geplanten zeitlichen Anwendungsregel des § 34 Abs. 7 Sätze 9 und 10 soll dies erstmals für 2004 gelten; uE besteht der Richtlinienverstoß durch die StPflcht laufender Beteiligungserträge durch Abs. 7 bereits gegenwärtig. Flankierend soll § 21 Abs. 1 (Rückstellungen für Beitragsrückerstattungen der Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen u. Pensionsfonds) entsprechend geändert werden.

### III. Zeitlicher Anwendungsbereich

#### 1. Regelungen durch das StSenkG und UntStFG: Körperschaftsteuerlicher Systemwechsel 2001/2002

##### 5 a) Überblick

Die Anwendungsregelungen für den im kstl. Systemwechsel vollständig neu gefaßten § 8b enthält § 34 KStG.

**Grundregel** für die Anwendung des § 8b ist § 34 Abs. 4. Danach gilt § 8b erstmals für den VZ, für den das KStG idF des StSenkG anwendbar ist. Insoweit gilt folglich die Anwendungsregel des StSenkG. Bei kj.-gleichem Wj. ist dies der VZ 2001 (§ 34 Abs. 1 idF des StSenkG), bei einem vom Kj. abweichenden Wj. der VZ 2002 (§ 34 Abs. 1a idF des StSenkG). Diese Grundregel wird indes durch zahlreiche Sonderregelungen durchbrochen.

**Sonderregelungen** bestehen wie folgt:

- § 34 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 für laufende Erträge (entspricht § 34 Abs. 6d Nr. 1 idF des StSenkG);
- § 34 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 für einmalige Gewinne/Gewinnminderungen (entspricht § 34 Abs. 6d Nr. 2 idF des StSenkG);
- § 34 Abs. 7 Sätze 3–6 (entspricht § 34 Abs. 4 Sätze 3–6 idF des UntStFG) für die nachträgliche Versagung von Wertminderungen bei konzerninternen Umstrukturierungen – faktisch handelt es sich um eine rückwirkende Neufassung des Abs. 2 idF vor StSenkG für Wj., die nach dem 15.8.2001 enden;
- § 34 Abs. 7 Satz 7 (entspricht § 34 Abs. 4 Satz 7 idF des UntStFG) für die Neufassung der Rückausnahme des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 – letzter Halbs. – für Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen iSd. Abs. 2 durch KapGes., soweit die Anteile auf der Einbringung unter Teilwert durch einen nicht durch § 8b Begünstigten beruhen.

Eine Übersicht über Anwendungszeitpunkte aus Verwaltungssicht geben Tz. 60–68 des BMF-Schreibens v. 28.4.2003 (BStBl. I, 292) sowie mit einzelfallbezogener Übersicht OFD Koblenz v. 15.5.2001 (DB 2001, Beil. 4) und v. 12.6.2001 (GmbHR 2001, 684). Zu Details s. Anm. 6 ff.

##### 6 b) Erstmalige Befreiung laufender Erträge nach Abs. 1

**Anwendung auf Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EStG aus Inlandsbeteiligungen:** Aufgrund § 34 Abs. 7 Nr. 1 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.

► *Ordnungsgemäße Gewinnausschüttungen* sind bei kj.-gleichem 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. 12 Satz 1 Nr. 1 (entspricht § 34 Abs. 10a Satz 1 Nr. 1 idF des StSenkG). Dessen Anwendung wiederum ergibt sich für kj.-identische Wj. aus § 34 Abs. 1 KStG idF des StSenkG (StBefreiung gilt danach ab 1.1.2002), für abweichende Wj. aus § 34 Abs. 2 KStG idF des UntStFG (StBefreiung gilt danach ab dem Wj. 2002/2003). Maß-



gebend ist nicht der Beschluß, sondern der Abfluß der Gewinnausschüttung (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 61).

► *Andere Ausschüttungen (insbes. vGA und Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG)* sind bei kj-identischem Wj. ab dem 1.1.2001, bei abweichendem Wj. ab dem Wj. 2001/2002, das in 2001 beginnt, stbefreit (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 62). Die letztmalige Anwendung des vierten Teils des KStG aF erfolgt auf andere Ausschüttungen und sonstige Leistungen, die in dem Wj. erfolgen, das dem Wj. vorausgeht, für das das KStG nF erstmals anzuwenden ist, § 34 Abs. 12 Satz 1 Nr. 2 idF des UntStFG (entspricht § 34 Abs. 10a Satz 1 Nr. 2).

**Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 und Nr. 10 Buchst. a EStG und Bezüge aus Auslandsbeteiligungen** sind in der Anwendungsvorschrift des § 34 Abs. 7 nicht genannt. Nach zwischenzeitlich wohl hM sind die nicht der Spezialregelung Abs. 7 Nr. 1 unterfallenden Sachverhalte durch Rückgriff auf die in Anm. 5 dargestellte 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, BStBl. I, 292 Tz. 68; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 149; DIES., DB 2003, 1016 [1026]; FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 7; BLÜMICH/MENCK, § 8b Rn. 146). Bei kj-identischem Wj. gelten sie ab dem 1.1.2001, bei abweichendem Wj. mit Beginn des Wj. 2001/2002 (§ 34 Abs. 1a idF des UntStFG).

► *Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 und Nr. 10 Buchst. a EStG* sind grundsätzlich ab VZ 2001, im Fall abweichenden Wj. ab dem Wj. 2001/2002 stbefreit. DÖRSCH/PUNG (in DEJPW, § 8b Rn. 149 und § 34 Rn. 41; ebenso FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 7) weisen allerdings zutreffend darauf hin, daß aufgrund der Anwendungsregelungen zu § 20 Abs. 1 Nr. 9 und Nr. 10 Buchst. a EStG selbst solche Bezüge erst ab 2002 anfallen können (§ 52 Abs. 36 f. EStG).

► *Laufende Erträge aus ausländischen Beteiligungen* sind ab VZ 2001 oder im Fall eines abweichenden Wj. ab dem in 2001 beginnenden Wj. aufgrund Abs. 1 stfrei (ebenso BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 68; PUNG in DEJPW, § 34 Rn. 40; im Ergebnis glA FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 11, jedoch unter Anwendung des § 34 Abs. 7 Nr. 1).

### c) Erstmalige Befreiung einmaliger Erträge nach Abs. 2

7

Der zeitliche Anwendungsbereich der umfassenden Freistellung einmaliger Beteiligungserträge ist in Nr. 2 des § 34 Abs. 7 geregelt. § 8b Abs. 2 und 3 (Satz 3) ist 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. Denn die spezielle Anwendungsvorschrift des § 34 Abs. 7 Nr. 2 erfaßt durch die in § 34 Abs. 1 idF des StSenkG und § 34 Abs. 2 idF des UntStFG geregelte Verweisung auf die letztmalige Anwendung der Regelungen des KStG vor StSenkG auf die Tochtergesellschaft nur die Fälle, in denen der vierte Teil des KStG aF auf die zum einmaligen Ertrag führenden Beteiligungsgesellschaften anwendbar ist. Keine speziellen Regelungen bestehen wie im Fall der Nr. 1 für einmalige Gewinne und Verluste aus der Beteiligung an ausländischen Gesellschaften; denn für sie gilt der vierte Teil des KStG vor StSenkG nicht. Dasselbe gilt für nicht dem Anrechnungsverfahren unterfallende Personenvereinigungen und Vermögensmassen nach § 1 Abs. 1 Nr. 3–5.

**Beteiligungen an inländischen Kapitalgesellschaften:** Bei der Veräußerung von Anteilen an inländischen KapGes. kommt es für die Anwendung des § 8b Abs. 2 und 3 nF auf das Wj. der Gesellschaft an, an der die Anteile bestehen. Bei kj.-gleichem Wj. gilt die StBefreiung ab dem Jahr 2002; weicht es vom Kj. ab, gilt die StBefreiung mit Beginn des abweichenden Wj. im Jahr 2002 (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 64 f.).

*Hinweis:* Zu Gestaltungen, um den Anwendungszeitpunkt vorzuziehen, vgl. im einzelnen TÖBEN, FR 2000, 905; ORTH, DB 2000, 2136. Die FinVerw. erkennt derartige Gestaltungen des Vorziels der Veräußerungsgewinnbefreiung auf ein abweichendes Wj. an, wenn die Umstellung aufgrund § 7 Abs. 4 Satz 3 sachlich begründet war und nicht nur auf der Absicht der Erzielung eines Steuervorteils beruht (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 67; zust. FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 14).

**Beteiligungen an ausländischen und anderen, nicht dem Anrechnungsverfahren unterfallenden Kapitalgesellschaften:** Nach zwischenzeitlich wohl hM ist wie im Fall der laufenden Erträge aus AuslandsKapGes. die in Anm. 5 dargestellte Grundregel zur Anwendung des § 8b entscheidend (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 68; PUNG in DEJPW, § 34 Rn. 60; DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 [1018]; FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 34 Rn. 80 f.; BLÜMICH/MENCK, § 8b Rn. 146; TÖBEN, FR 2000, 905 [906]; EILERS/WIENANDS, GmbHR 2000, 1229 [1233]; DIETERLEN/SCHADEN, BB 2000, 2492 [2497]; RÖDDER/WOCHINGER, FR 2001, 1253 [1261]; CREZELIUS, DB 2001, 221 [223]). Bei kj.-identischem 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).

8 d) **Rückwirkende Neufassung von Abs. 2 idF vor dem StSenkG:  
Nachträgliche Versagung des Verlustabzugs bei konzerninternen  
Umstrukturierungen**

§ 34 Abs. 7 Sätze 3–6 enthält für die Anwendung von § 8b Abs. 2 vor StSenkG eine Sonderregelung für Wj., die nach dem 15.8.2001 enden (§ 34 Abs. 7 Satz 3). § 8b Abs. 2 ließ zwar die Berücksichtigung von Veräußerungsverlusten nicht zu, verhinderte die stl. Wirksamkeit von Teilwertabschreibungen jedoch nicht. Durch die ergänzenden Regelungen des § 34 Abs. 7 Sätze 3–6 sollen Vorteile aus Gestaltungen verhindert werden, durch die Beteiligungen an Auslandsgesellschaften konzernintern unter stfreier Gewinnrealisation aufgrund § 8b Abs. 2 bis StSenkG übertragen und Wertminderungen anschließend steuerwirksam geltend gemacht werden (Regierungsbegründung, BTDrucks. 14/6882, 38).

► *Typische Anwendungsfälle:* Die Gesetzesbegründung enthält folgende Beispiele mißliebiger Gestaltungen:

▷ *Nachträgliches Abzugsverbot für Teilwertabschreibungen:* § 34 Abs. 7 Satz 4 versagt nachträglich über den Wortlaut der Altregelung des § 8b Abs. 2 vor StSenkG hinaus in Fällen des § 8b Abs. 2 (Veräußerung) Teilwertabschreibungen die stl. Anerkennung, wenn der Teilwertabschreibung ein innerkonzernlicher Erwerb (hierzu Anm. 180) vorangegangen war.

Nach der Gesetzesbegründung der BReg. (BTDrucks. 14/6882, 38) sowie nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift darf die Veräußerung der Beteiligung nach Teilwertabschreibung stl. nicht besser als die Veräußerung ohne vorangegangene Teilwertabschreibung. Sie darf aber auch nicht schlechter gestellt werden, so daß eine eventuelle Teilwertabschreibung nur bis zur Höhe des stfreien Veräußerungsgewinns stl. unbeachtlich bleiben



darf (zutreffend RÖDDER/WÖCHINGER, FR 2001, 1253 [1263, 1266], aA PUNG in DEJPW, § 34 Rn. 72). § 34 Abs. 7 Satz 4 findet Anwendung, soweit nicht bereits § 8b Abs. 3 nF anzuwenden ist, so daß eine „doppelte Zurechnung“ einer Teilwertabschreibung ausgeschlossen ist. Ein Beispiel dazu enthalten die Gesetzesbegründung (BTDrucks. 14/6882, 38 – Beispiel 1) und § 8b Anm. J 01-3.

- ▷ *Erweiterung des nachträglichen Abzugsverbots:* § 34 Abs. 7 Satz 5 schließt die Lücke für die stl. Nichtanerkennung von Wertminderungen (auch über Teilwertabschreibungen hinaus) in Zeiträumen, in denen § 8b Abs. 3 Satz 3 noch nicht anwendbar ist, das Abzugsverbot des § 8b Abs. 2 Satz 2 vor StSenkG jedoch nicht greift, weil die durch Verweis auf das internationale Schachtelprivileg nach DBA aufgestellten Voraussetzungen (insbes. Mindestbeteiligungsquote von 10 vH) im Zeitpunkt der Wertminderung durch zB Verwässerung im Rahmen von Kapitalerhöhungen nicht erfüllt sind. Betroffen sind Fälle, in denen Anteile stfrei nach § 8b Abs. 2 idF vor StSenkG veräußert werden und Wertminderung sowie Absinken der Beteiligungsquote beim Erwerb eintreten.

Der Wortlaut der Regelung beschränkt sich nicht auf Konzerninterne Vorgänge, geht damit über seinen Sinngehalt hinaus und ist entsprechend teleologisch zu reduzieren und auf Dritterwerbe nicht anzuwenden (RÖDDER/WÖCHINGER, FR 2001, 1253 [1263]; aA PUNG in DEJPW, § 34 Rn. 73; für Einschränkung auf Auslandsbeteiligungen ACKERMANN/STRNAD, DB 2002, 237 [238]). Zu Beispielen vgl. Gesetzesbegründung (BTDrucks. 14/6882, 38 [Beispiel 2]) und § 8b Anm. J 01-3.

- ▷ *Erweiterung des nachträglichen Abzugsverbots auf Ketteneinbringungen:* § 34 Abs. 7 Satz 6 verhindert die stl. Anerkennung von Wertminderungen an in- und ausländ. KapGes., soweit sie auf eine Wertminderung iSd. § 34 Abs. 7 Sätze 4 u. 5 von Anteilen an nachgeordneten KapGes. zurückzuführen ist. Um in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift zu gelangen, muß die Wertminderung iSd. Sätze 4 u. 5 für die Anwendung des Satzes 6 nach dem 15.8.2001 liegen (RÖDDER/WÖCHINGER, FR 2001, 1253 [1263]).

### e) Sonderregelung für die Einbringung mehrheitsvermittelnder Anteile durch natürliche Personen (Abs. 4 Satz 2 Nr. 2) 9

Die Anwendungsregel in § 34 Abs. 7 ist im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens (BTDrucks. 14/7344, 10) um Satz 7 erweitert worden. Danach gilt die Verschärfung des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 letzter Halbs. erstmals für Veräußerungen, die nach dem 15.8.2001 (Tag des Kabinettsbeschlusses) erfolgen. Mit dieser Regelung soll der Rspr. des BVerfG zur (unechten) Rückwirkung von steuerverschärfenden Gesetzen Genüge getan werden. Nach der ursprünglichen Entwurfsfassung wäre es rückwirkend zu einer Besteuerung von bisher stfreien Veräußerungsgewinnen gekommen. Zu Einzelheiten s. Anm. 112.

## 2. Regelungen durch das Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung (ProtErklG) v. 22.12.2003

### a) Grundregel für die zeitliche Anwendung der Änderungen 10

Das Gesetz enthält mit Ausnahme des Abs. 8 keine speziellen Anwendungsvorschriften für die Änderungen des § 8b (s. Anm. 11). Sie gelten aufgrund der allgemeinen Regel des § 34 Abs. 1 mit Wirkung ab dem VZ 2004. Das hat zur Folge, daß die Änderungen bei abweichendem Wj. bereits im in 2003 beginnenden

abweichenden Wj. (rückwirkend) anwendbar sind (vgl. auch RÖDDER/SCHUMACHER, DSStR 2004, 207 [208 f.]; SCHIFFERS, GmbHR 2004, 69 [76]). Ausführl. zur Rückwirkungsproblematik s. Einf. ESt. Anm. 520 ff.

**Beispiel:** M-GmbH hat ein abweichendes Wj. vom 1.5. bis zum 30.4. des nächstfolgenden Jahres. Im Juni 2003 veräußert sie alle Anteile ihrer Tochtergesellschaft T-GmbH. Es bestehen keine Restriktionen aufgrund Abs. 4 Satz 1 u. Satz 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 Abs. 3 Satz 1 (5 vH-Fiktion nicht abziehbarer BA) nur zu 95 vH stfrei, obwohl der Tatbestand bereits im Jahr 2003 vollständig verwirklicht wurde.

UE verdeutlicht das Beispiel, daß das Gesetz wegen unzulässiger Rückwirkung insoweit verfassungswidrig ist. Es handelt sich um einen Fall echter Rückwirkung, die nur unter besonderen Voraussetzungen möglich ist. Dazu gehört, daß die Gesetzesänderung voraussehbar war. Grundsätzlich ist das ab dem Zeitpunkt der Fall, an dem die Beschlußfassung im BTag erfolgt; teilweise wird eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Kabinettsbeschlusses vertreten (s. zum Meinungsstand Einf. ESt. Anm. 525). Die von der BReg. im Vermittlungsverfahren zum UntStFG abgegebene Protokollerklärung jedenfalls kann kein Vertrauen zerstören und damit keine Rückwirkung legalisieren, weil es sich nur um eine politische Programmklärung handelt.

#### 11 b) Sonderregelung für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen

**Übersicht über den Tatbestand:** 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). Eine besondere Anwendungsregel enthält § 34 Abs. 7 Satz 8 Nr. 2 mit einer rückwirkenden, an einen Antrag gebundenen Anwendung für VZ 2001–2003, bei abweichendem Wj. für die VZ 2002–2004. Man spricht von einem sog. Blockwahlrecht. Damit entsprach der Gesetzgeber Forderungen der Versicherungswirtschaft, die Sonderregelungen rückwirkend einzuführen. Allerdings hat der Gesetzgeber die Regelungen des Abs. 8 nicht unverändert der rückwirkenden Anwendung zugänglich gemacht. Es bestehen Einschränkungen insbes. auf der Rechtsfolgenseite des Abs. 8 Satz 1; im Übergangszeitraum von VZ 2001–2003 erfolgt die Suspendierung der Abs. 1–7 zu 80 vH. Weitere Einschränkungen bestehen bei der Verlustverrechnung (§ 34 Abs. 7 Satz 8 Nr. 2 Satz 5) und der Organschaft (§ 34 Abs. 7 Satz 8 Nr. 2 Satz 6).

► *Antragserfordernis:* Die rückwirkende Anwendung des Abs. 8 in der Form der Übergangsregelung ist an einen Antrag gebunden. Der Antrag ist unwiderruflich und fristgebunden. Er mußte bis zum 30.6.2004 gestellt werden. UE reichte die Aufgabe zur Post bis zu diesem Zeitpunkt, weil das Gesetz nicht auf den Eingang beim FA abstellt.

► *Umfang:* Die Übergangsregelung kann nur für alle VZ 2001–2003 einheitlich in Anspruch genommen werden; eine Beschränkung auf einzelne VZ ist nicht möglich.

**Differenzierte Rechtsfolgen der Übergangsvorschrift:** Grds. gelten die Rechtsfolgen der allg. Regelung des Abs. 8, bezogen allerdings auf nur 80 vH. Zusätzliche Rechtsfolgen eigens für die Übergangsregelung enthalten Sätze 5 und 6:

► *Grundsätzliche Rechtsfolgen* enthält Satz 1 der Übergangsregelung. Wie im Fall des allgemeinen Tatbestands des Abs. 8 Satz 1, werden die Abs. 1–7 suspendiert. Im Gegensatz zur allgemeinen Regelung ist die Suspendierung allerdings auf 80 vH

beschränkt. Wird der Antrag auf Anwendung der Übergangsregelung gestellt, bleiben 20 vH laufender und einmaliger Beteiligungserträge steuerfrei sowie 20 vH aller Gewinnminderungen unberücksichtigt. Die Suspendierung um 80 vH im Rahmen der Übergangsregelung wurde durch die Beschlußempfehlung des Vermittlungsausschusses v. 16.12.2003 ins Gesetz aufgenommen (BTDrucks. 15/2243). Eine Gesetzesbegründung hierfür gibt es demzufolge nicht. In der Beschlußempfehlung des FinAussch. (BTDrucks. 15/1684) sah die Übergangsregelung keine Beschränkung der Suspendierung vor, sollte allerdings nur in Wj. zurückwirken, die nach dem 31.12.2002 begannen.

*Hinweis:* Trotz der Suspendierung der Abs. 1–7 zu 80 vH ist die Rechtsfolge unklar. Das Gesetz enthält keine Aussage darüber, ob die 80 vH-Grenze alle steuerfreien Einkünfte quotale erfaßt oder ob die angesprochenen Versicherungsunternehmen eine eigene Zuordnung von steuerfreien und wahlweise nicht steuerfreien laufenden und einmaligen Beteiligungserträgen vornehmen können. UE kann das Versicherungsunternehmen die Zuordnung selbst vornehmen, um 80 vH der Beteiligungserträge als stpfl. zu bestimmen. Nur wenn keine Zuordnung getroffen wird, sollte eine quotale Suspendierung der Abs. 1–7 auf alle bis dahin steuerfreien Beteiligungserträge erfolgen (§ 162 AO).

► *Weitere Rechtsfolgen entsprechend der allg. Regelung:* Wie im Fall der allgemeinen Regelung erfolgt keine Suspendierung der StBefreiung in Fällen vorangegangener Teilwertabschreibungen (Satz 2). Auch sind Gewinnminderungen nicht zu berücksichtigen (Satz 3) und die besondere Bewertung nach ausschließlich handelsrechtlich Vorschriften (Satz 4) ist maßgebend.

*Hinweis:* Das Gesetz enthält in diesen Fällen keinen ausdrücklichen Hinweis auf die 80 vH-Grenze. Systematisch dürften auch nur 80 vH vorangegangener Teilwertabschreibungen und von Gewinnminderungen berücksichtigt werden. Dasselbe gilt für die handelsrechtliche Bewertung, die ebenfalls systematisch die Anteile nur zu 80 vH betreffen dürfte.

**Besondere Rechtsfolgen der Übergangsregel:** Neben den zu mindestens 80 vH entsprechenden Rechtsfolgen der allg. Regelung des Abs. 8 enthält die Übergangsregelung in den Sätzen 5 u. 6 besondere Rechtsfolgen. Aufgrund Satz 5 dürfen negative Einkünfte des Rückwirkungszeitraums nicht in die VZ außerhalb dieses Zeitraums zurückgetragen werden. Der Wortlaut enthält keine Einschränkung hinsichtlich der Art der negativen Einkünfte. UE kann es sich nur um negative Einkünfte aus der Anwendung der Übergangsregel selbst handeln, folglich nur 80 vH von Beteiligungserträgen. Derart saldierte positive und negative Beteiligungserträge unterliegen uE dem Verlustrück- und -vortragsverbot außerhalb des Übergangszeitraums. Dasselbe gilt für die Beschränkung durch Satz 6, nach der auf negative Einkünfte des Rückwirkungszeitraums § 14 Abs. 1 nicht anzuwenden ist.

*Hinweis:* Gerade diese besonderen Rechtsfolgen verdeutlichen, wie komplex die Ausübung des Wahlrechts zur Anwendung der Übergangsregelung gestaltet ist. Neben der Begrenzung der Verlustnutzung ist vor allem die Organschaft entscheidungserheblich, die im VZ 2001 auch von Versicherungsunternehmen noch genutzt werden konnte; § 14 Abs. 2 (keine Organschaft bei verschiedenen Versicherungssparten) ist erst ab VZ 2002 anwendbar.

► *Aufwandsabzug (§ 3c Abs. 1 EStG):* Ungeklärte Fragestellungen ergeben sich im Bereich des § 3c Abs. 1 EStG. Durch die nur noch teilweise erfolgende StFreistellung läßt sich uE ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang mit steuerfreien oder stpfl. Beteiligungserträgen nicht (mehr) feststellen; Aufwendungen sind demzufolge vollständig – und nicht nur zu 20 vH – abziehbar.

**Verfahrensrechtliche Fragestellungen:** Die Anwendung der Übergangsregelung führt zur rückwirkend anderen Beurteilung bereits verwirklichter Sachver-

halte. UE handelt es sich ausschließlich um eine Norm des materiellen Steuerrechts. Der bis zum 30.6.2004 unwiderruflich zu stellende Antrag zur Anwendung des Abs. 8 kann nur erfolgversprechend sein, wenn die Veranlagungen der VZ 2001–2003, bei abweichendem Wj. VZ 2002–2004, insgesamt noch änderungsfähig (zB aufgrund § 164 Abs. 2 AO) sind; dies dürfte besteuierungspraktisch meist der Fall sein. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die Wahlrechtsausübung zugunsten einer StPflcht im nachhinein eine Änderung der HBil. erfordert. Obwohl die Steuerrückstellung auf der Grundlage einer StBefreiung von Beteiligungsergebnissen ermittelt wurde, ist sie nach Antragstellung zur Anwendung der Übergangsregel nicht unrichtig, weil der Fehler bei der Erstellung der Bilanz nicht erkennbar war (subj. Fehlerbegriff, vgl. SCHMIDT/HEINICKE, EStG XXIII. § 4 Rn. 681).

#### IV. Bedeutung der Vorschrift

##### 12 1. Rechtliche Bedeutung

**Notwendiger Bestandteil des definitiv belastenden Körperschaftsteuersystems:** § 8b mit einer umfassenden Freistellung innerkonzernlicher Dividenden und Veräußerungsgewinne für Körperschaften ist eine der zentralen Vorschriften des neuen KStRechts. Dies ist dadurch gekennzeichnet, daß Gewinne der operativ tätigen Körperschaft selbst einer definitiven KSt. von 25 vH (im VZ 2003: 26,5 vH), die näherungsweise der Hälfte des EStSatzes entspricht, unterliegen. Konsequenterweise unterliegt die Gewinnausschüttung der Körperschaft bei dem Anteilseigner auch nur zur Hälfte der ESt. Daraus leitet sich der Begriff „Halbeinkünfteverfahren“ für das neue System ab. 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. 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 nF im wesentlichen seit dem 1.1.2002 (zum zeitlichen Anwendungsbereich im einzelnen s. Anm. 6f.) laufende und einmalige Erträge aus Beteiligungen an inländ. und ausländ. Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen. Die grundsätzliche StFreistellung dieser Erträge dient nun dazu, eine Mehrfachbelastung im Halbeinkünfteverfahren zu vermeiden. Eine Mindestbesitzzeit oder Mindestbeteiligungsquote wird – mit Ausnahme bei der GewSt. (Anm. 20) – nicht vorausgesetzt; auf eine Qualifikation der Einkünfte aus aktiver oder passiver Tätigkeit kommt es ebenfalls nicht an. Dies entspricht dem Postulat des neuen Halbeinkünfteverfahrens, 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 Halbeinkünftebesteuerung zu bewirken. Dadurch handelt es sich bei § 8b nicht mehr um eine reine Lenkungs-, sondern überwiegend um eine Fiskalzwecknorm (vgl. DESENS, Das Halbeinkünfteverfahren, 133 ff.).

Da nach dem neuen 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, BStBl. I, 292 Tz. 2; kritisch ROMSWINKEL, GmbHR 2002, 1059). Auf der anderen Seite sollen Restriktionen eintreten: Aufwendungen, die wirtschaftlich mit stfreien Einnahmen zusammenhängen, können nicht mehr geltend gemacht werden (Abs. 3 und Abs. 5, § 3c Abs. 1 EStG bis 31.12.2003), und auch der Erwerber von Anteilen hat durch die Neuregelungen nahezu keine Möglichkeiten mehr, seine Anschaffungskosten 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 Veräußerungsgewinne 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 das Halbeinkünfteverfahren 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 (ausf. DESENS, Das Halbeinkünfteverfahren, 127 ff.).

*Hinweis:* Da es sich bei § 8b um eine technische Befreiung handelt, sind die in Abs. 3 und Abs. 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 Halbeinkünfteverfahren annähernd dieselbe stl. Belastung wie im Anrechnungsverfahren erreicht werden soll (s. Anm. 1), muß Beteiligungsaufwand konsequenterweise abziehbar sein (ausführlich HERZIG, DB 2003, 1459; aA MAITERTH/WIRTH, DStR 2004, 433 zu Auslandsbeteiligungen). Der Bericht der BReg. zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform sah folgerichtig vor, daß § 3c Abs. 1 EStG im Bereich von Beteiligungserträgen nicht anwendbar sein sollte (FR 2001, Beil. zu Heft 11, 222). Ein entsprechendes Reformvorhaben (BTDrucks. 14/6882) im Rahmen des UntStFG wurde verworfen; der BRat befürchtete Steuerausfälle (Stellungnahme des BRat zum UntStFG, BTDrucks. 14/7084, 5).

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 nichtabziehbarer BA von 5 vH laufender und einmaliger Beteiligungserträge (vgl. FÖRSTER, DB 2003, 899). Dadurch erfolgt (systemwidrig) nur noch eine Befreiung zu 95 vH.

## 2. Wirtschaftliche Bedeutung

Als Teil der grundlegenden Unternehmenssteuerreform 2001 und der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens durch das StSenkG dient auch § 8b dazu, den Holdingstandort Deutschland zu stärken. Insoweit ist § 8b nicht nur Fiskalzwecknorm, sondern der Charakter einer Lenkungsnorm ist erhalten geblieben (vgl. DESENS, Das Halbeinkünfteverfahren, 133 ff.). Vor allem im Hinblick auf Investitionen inländischer KapGes. im Ausland ist eine deutliche Verbesserung eingetreten. Während § 8b Abs. 1 aF die Besteuerung ausländischer Beteiligungserträge nur innerhalb von KapGes. vermied und es bei einer Ausschüttung an eine natürliche Person zur vollen Besteuerung kam, ist dieser Nachteil beseitigt. Ausländ. Beteiligungserträge unterliegen auch insoweit „nur“ der Halbeinkünftebesteuerung (WERRA, FR 2000, 645 [646]; VÖGELE/EDELMANN, IStR 2000,

13



463). Hinzu kommt, daß die pauschale BA-Fiktion von 5 vH laufender Beteiligungserträge dazu führt, daß tatsächliche Aufwendungen (Finanzierungsaufwendungen) vollständig abziehbar sind. Dasselbe gilt nach Ausdehnung des Abs. 5 auf Inlandsdividenden für alle mit inländischen und ausländischen Beteiligungen verbundenen Aufwendungen. Dem steht als Nachteil aber jedenfalls in tiefer gestaffelten Beteiligungsstrukturen ein entsprechender Kaskadeneffekt gegenüber (s. Anm. 126) und die Einschränkung von Finanzierungsaufwendungen durch den erheblich erweiterten, in seinem Anwendungsbereich in weiten Teilen unklaren § 8a (s. Jahresband 2004 zu § 8a).

**Bedeutung des Abs. 2 für Umstrukturierungen:** Insbes. die StBefreiung für Veräußerungsgewinne hat erhebliche Bedeutung für externe und interne Umstrukturierungen im KapGes.-Konzern. Soweit sich KapGes. von nicht in das Beteiligungssportefeuille 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 (BT-Drucks. 14/2683, 95; vgl. DESENS, Das Halbeinkünfteverfahren, 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; MÜLLER/SEMMLER, ZfB 2003, 583). 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 (vgl. dazu ausführlich HERZIG, DB 2000, 2236). Da der diese Nachteile vermeidenden StFreiheit von Veräußerungsgewinnen die Gewinnrealisation von Sachdividenden gleichgestellt ist (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 22, ausführlich s. Anm. 78), eröffnet § 8b auch insoweit zusätzliche nicht stbelastende Restrukturierungsmöglichkeiten. Das gilt vor allem nach Wegfall des Tauschgutachtens in Fällen mit Auslandsbezug außerhalb der EU, auf die die Vorschriften des UmwStG generell nicht anwendbar sind (vgl. dazu KÖHLER, DStR 2000, 613 [615]; KRAWITZ/BÜTTGEN, IStR 2001, 626 [631 f.]). Als nachteilig steht dem allerdings die mit Wirkung ab 1.1.2004 eingeführte Fiktion nicht abziehbarer BA von 5 vH des Veräußerungsgewinns in Abs. 3 Satz 1 gegenüber; dadurch wird das UmwStG für Umstrukturierungen wieder bedeutsamer. Nachteilig wirkt sich § 8b auch im Falle von Veräußerungsverlusten und anderen Substanzminderungen aus, die aufgrund Abs. 3 Satz 3 stl. unberücksichtigt bleiben.

### 14 3. Verfassungsmäßigkeit

Die Neuregelung der KSt. durch Rückkehr zu einem klassischen KStSystem ist verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Diese richten sich im Regelfall nicht gegen § 8b selbst, sondern die gesamte Ausgestaltung des Halbeinkünfteverfahrens, in dem § 8b einen Teilbereich darstellt. Problematisch wird im Halbeinkünfteverfahren insbes. die unterschiedliche Besteuerung der einzelnen Einkunftsarten – durch das Halbeinkünfteverfahren mit einer Definitivbesteuerung bei der Körperschaft – gesehen. Während die Belastung mit KSt. und nachfolgender ESt. im Bereich niedriger persönlicher Steuersätze bei Dividendeneinkünften deutlich höher ist als die ESt-Belastung bei anderen Einkünften, ist sie im Bereich hoher persönlicher Steuersätze niedriger. Insgesamt wird hierin nach weitverbreiteter Ansicht in der Steuerrechtsliteratur eine Ungleichbehandlung gesehen, die durch sachliche Gründe wie die Schaffung einer typisierenden Regelung oder eines europatauglichen Systems nicht zu rechtfertigen ist (im einzel-

nen s. § 3 Nr. 40 Anm. 23 ff. m. umfangr. Nachw.; ausf. zu verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten DESENS, Das Halbeinkünfteverfahren, 343 ff.).

Besonders problematisch ist unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten, 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 u. 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 vH-Fiktion jeder weitergehende Abzug zugelassen (Abs. 3 Satz 1, Abs. 5 Satz 1), dort reicht allein jeder irgendwie geartete wirtschaftliche Zusammenhang, um das Halbbabzugsverfahren eingreifen zu lassen (§ 3c Abs. 2 EStG).

#### 4. Europarechtskonformität

15

Um die Europatauglichkeit des neuen 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]; krit. jedoch § 3 Nr. 40 EStG Anm. 25 mwN). Systematisch geht das Halbeinkünfteverfahren von einer Vorbelastung auch ausländ. Dividenden mit 25 vH KSt. aus. Soweit diese Vorbelastung nicht besteht, ergibt sich keine stl. Belastung ausländ. Dividenden. Eine entsprechende Korrektur sollte zumindest für niedrig vorbelastete passive ausländ. Gewinne durch die Hinzurechnungsbesteuerung nach dem AStG erfolgen (Begr. zum RegE v. 15.2.2000, BTDrucks. 14/2683, 120); die Umsetzung dieser Absicht in Form einer pauschalen Besteuerung von Hinzurechnungsbeträgen wurde durch die Neufassung der entsprechenden Regelungen im AStG durch das UntStFG aber wieder geändert, bevor die europarechtlich unhaltbaren Regelungen wirksam wurden. Dazu s. Anm. 22. Problematisch erscheint die StPflicht laufender Beteiligungserträge in den Sonderfällen der Abs. 7 u. 8; s. Anm. 4.

### V. Geltungsbereich des § 8b

#### 1. Persönlicher Geltungsbereich

16

Die Vorschrift enthält keine persönliche Einschränkung. Sie gilt sowohl für inländische unbeschränkt stpfl. KapGes. (§ 1, insbes. AG, GmbH und KGaA), für Betriebe gewerblicher Art von Personen des öffentlichen Rechts (§ 4) auch in Fällen, in denen die Veräußerung einbringungsgeborener Anteile aufgrund § 2 Abs. 3 Nr. 1 UmwStG erst zu einem BgA führt (DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 25), als auch für im Ausland ansässige beschränkt stpfl. KapGes. (§ 2); für letztere gilt die Befreiung auch dann, wenn die Anteile unmittelbar und nicht in einer inländischen Betriebsstätte gehalten werden. Da § 8b einschränkungslos für alle Körperschaften gilt, werden auch doppelt ansässige KapGes. erfaßt (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 4). Ob eine einer ausländischen Rechtsordnung unterstehende Gesellschaft als ausschüttende oder Beteiligungserträge empfangende Gesellschaft dem persönlichen Anwendungsbereich des § 8b unterfällt, richtet sich nicht nach der ausländischen Rechtsordnung. Aufgrund eines Rechtstypenvergleichs (dazu BÜNNING/SLABON, FR 2003, 174 und Übersicht in Tabelle 1 zum „Betriebsstättenerlass“, BMF v. 24.12.1999, BStBl. I, 1076) ist



festzustellen, ob die ausländische Gesellschaft materiell einer deutschen Personenunternehmung oder einer KapGes. entspricht. Entspricht sie einer Körperschaft, Vermögensmasse oder Personenvereinigung iSd. § 1 Abs. 1, ist § 8b auf sie anwendbar. Zur Einordnung einer US-LLC vgl. BMF v. 19.3.2004, DB 2004, 901.

**Besonderheiten bei zuziehenden ausländischen Körperschaften:** Gänzlich neue Fragestellungen ergeben sich aus Urteilen des EuGH zur Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes vom Ausland ins Inland. Da die bislang im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht vertretene Sitztheorie zur Nichtanerkennung dieser Gesellschaften im Inland führt, kann sie wegen Verstoßes gegen die in Art. 43 und 48 EG-Vertrag geregelten Grundfreiheiten nicht aufrechterhalten werden. Danach (insbes. EuGH v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00, *Überseering*, EWS 2002, 569; dazu LEIBLE/HOFFMANN, RIW 2002, 925; SCHULZ/SESTER, EWS 2002, 545) behalten im Ausland wirksam gegründete KapGes. ihre Rechtsfähigkeit auch nach Sitzverlegung ins Inland; laufende und einmalige Erträge aus solchen vormaligen Auslandsbeteiligungen unterliegen § 8b. Ungeklärt ist bislang, ob die ausländische Qualität einer KapGes. ohne Rechtstypenvergleich für die Anwendung des § 8b zu übernehmen ist.

**Besonderheiten bei Organschaft:** Im Rahmen von Organschaftsstrukturen ist § 15 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. Zu Einzelheiten s. Anm. 19.

**Besonderheiten bei ausländischer Basisgesellschaft:** Handelt es sich demgegenüber bei der empfangenden oder ausschüttenden ausländ. KapGes. um eine sog. Basisgesellschaft (im Steuervorteile gewährenden Ausland ansässige KapGes. ohne Infrastruktur und ohne eigene Geschäftstätigkeit), kann die Anwendung im Ausnahmefall des § 8b fraglich sein. Aufgrund § 42 AO ist unter Negierung der Basisgesellschaft auf die dahinterstehende ausschüttende oder die 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 neuere EuGH (v. 30.9.2003 Rs. C-167/01 [*Inspire Art*], GmbHR 2003, 1260) und BFH-Rspr. (v. 25.2.2004 I R 42/02, DStR 2004, 1282 mit Anm. SCH) zu beachten, nach der die nicht nur vorübergehende Zwischenschaltung von KapGes. keinen Rechtsmißbrauch darstellt (vgl. auch PRINZ/VON FREEDEN, *Der Konzern* 2004, 318).

Bei Ausschüttungen von einer inländ. KapGes. an eine ausländ. Gesellschaft über eine Basisgesellschaft kann das im Hinblick auf Abs. 1 insbes. bedeutsam sein, wenn man die StBefreiung des § 8b auch auf die KapErtrSt. erstreckt und nur die Basisgesellschaft, nicht aber deren Anteilseigner, die persönlichen Voraussetzungen des § 8b erfüllt. Zur KapErtrSt. s. Anm. 21.

## 17 2. Sachlicher Geltungsbereich

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. Ebenso wie beim persönlichen Anwendungsbereich bestehen keine Einschränkungen; erfaßt werden Erträge aus inlands- und

auslands- oder doppelt ansässigen Gesellschaften. Dasselbe gilt auch für Gewinnminderungen (Abs. 3 Satz 3). Dem weiten Anwendungsbereich in- und ausländ. KapGes. entspricht Abs. 6 mit der Erstreckung auch auf mittelbare Beteiligungen.

§ 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). Das Gesetz läßt allerdings offen, auf welcher Stufe der Einkommensermittlung die StFreiheit einsetzen soll. Nach wohl einhelliger Meinung handelt es sich – ebenso wie § 8b Abs. 3 Satz 2 – um eine Regelung, die bereits bei der Ermittlung der kstl. Einkünfte selbst und nicht erst bei der Ermittlung des zu versteuernden Einkommens einsetzt, weil sie auf den einzelnen Geschäftsvorfall anzuwenden ist (BFH v. 6.7.2000 I B 34/00, BStBl. II 2002, 490; FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 28; DÖRSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 5f.). Die handels- und steuerbilanzielle Gewinnermittlung bleibt unberührt; die StBefreiung aufgrund § 8b erfolgt durch Korrektur außerhalb der Handels- und Steuerbilanz.

## VI. Verhältnis des § 8b zu anderen Vorschriften

### 1. Verhältnis zu § 3 Nr. 40 EStG

18

Sowohl § 3 Nr. 40 EStG als auch § 8b verfolgen die systematische Umsetzung des Halbeinkünfteverfahrens. Dabei ist § 8b – trotz unterschiedlichen formalen Aufbaus – *lex specialis* zu § 3 Nr. 40 EStG, soweit der persönliche Anwendungsbereich, insbes. durch KapGes., betroffen ist (s. Anm. 16). § 3 Nr. 40 (u. § 3 Nr. 41 EStG für AStG-Fälle) enthält die für estpfl. Anteilseigner geltenden Vorschriften des Halbeinkünfteverfahrens. Grds. haben beide Vorschriften einen identischen materiellen Regelungsgehalt. Im Detail gibt es indes Unterschiede, zB sind die begünstigten Veräußerungstatbestände (in § 3 Nr. 40/§ 17 EStG u. § 8b Abs. 2) nicht vollständig deckungsgleich. Wesentliche systematische Unterschiede bestehen indes bei der Ermittlung der begünstigten Einkünfte. § 3 Nr. 40 EStG erfaßt die hälftige Freistellung laufender und einmaliger Beteiligungserträge nur auf der Einnahmenseite, während die Ausgabenseite in § 3c Abs. 2 EStG durch das Halbabzugsverfahren geregelt wird. Einen vollständig anderen Ansatz verfolgt demgegenüber § 8b; 5 vH laufender und einmaliger Beteiligungserträge gelten als nichtabziehbare Betriebsausgaben (Abs. 3 Satz 1 u. Abs. 5 Satz 1), während tatsächlicher Aufwand vollständig abziehbar ist.

### 2. Verhältnis zur Organschaft

19

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 Organgesellschaften. Diese bis zum UntStFG streitige Frage ist eindeutig durch Abs. 2

Satz 1 Halbs. 2 beantwortet (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 16; vgl. KESSLER/SCHMALZ/SCHMIDT, DStR 2001, 1865 [1866]; WATERMEYER, GmbH-StB 2002, 108 [110] mwN).

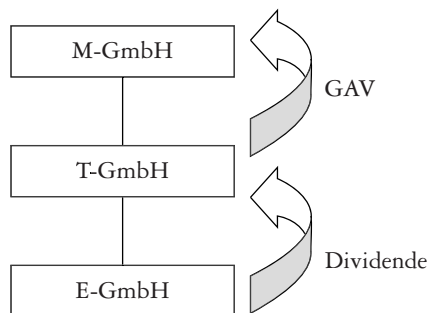
**Verhältnis zu § 15 Nr. 2:** § 15 Nr. 2 betrifft die Einkommensermittlung von OG und OT und ersetzt § 15 Nr. 2 und 3 idF des StSenkG. Die Vorschrift zielt auf mehrstufige Strukturen ab, in denen die Organschaft nicht durchgehend besteht und (stfreie) Beteiligungserträge auf der nächsten Stufe Gegenstand handelsrechtlicher Gewinnabführung und strechtlich organschaftlicher Einkommenszurechnung sind.

Während die Regelung idF des StSenkG § 8b und die entsprechenden Abzugsbeschränkungen bereits bei der Ermittlung des Organeinkommens angewendet wissen wollte, verfolgt die aktuelle Fassung die sog. Bruttomethode. Aufgrund § 15 Nr. 2 Satz 1 ist § 8b Abs. 1–6 bei der OG selbst nicht anzuwenden. Das Einkommen der OG wird ungeachtet einer StBefreiung des § 8b ermittelt. Ob eine Befreiung nach § 8b oder eine Abzugsbeschränkung iSd. § 3c EStG (mit Wirkung ab dem 1.1.2004: Abs. 3 und Abs. 5) eingreift, wird erst auf der Ebene des OT berücksichtigt; dort wird eine außerbilanzielle Korrektur zur Ermittlung des zu versteuernden Einkommens vorgenommen.

*Hinweis:* Dasselbe gilt für StBefreiungen aufgrund DBA seit der Änderung des § 15 Nr. 2 durch das StVergAbG (v. 16.5.2003, BGBl. I, 660; BStBl. I, 321). Vorher führte die Bruttomethode zur DBA-StBefreiung auch bei nicht-korporierten OT (ausführlich dazu PRINZ ZU HOHENLOHE/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 [1942 f.]; J. LÜDICKE, IStR 2003, 433 [434]).

Nach § 15 Nr. 2 Satz 2 sind § 8b sowie die §§ 3 Nr. 40 und 3c EStG bei der Ermittlung des Einkommens des OT anzuwenden, wenn in dem dem OT zuzurechnenden Einkommen Bezüge, Gewinne oder Gewinnminderungen iSd. § 8b Abs. 1–3 oder mit solchen Beträgen zusammenhängende Ausgaben iSd. § 3c EStG (seit 1.1.2004: iSd. Abs. 3 Satz 1 und Abs. 5 Satz 1) enthalten sind (die durch die Anlage MO zur KStErklärung an den OT „hochgemeldet“ werden). Nach der FinVerw. ist die Bruttomethode auch bei der GewSt. anzuwenden, so daß §§ 8b KStG, 3 Nr. 40 EStG und § 3c EStG erst auf der Ebene des OT anwendbar sind (vgl. BMF v. 26.8.2003, BStBl. I, 437 Tz. 28), s. auch Anm. 127.

**Beispiel:**



§ 8b ist bei der Ermittlung des Einkommens der T-GmbH nicht anzuwenden. Die StFreiheit der Dividende (Abs. 1) wird erst bei der Ermittlung des Einkommens der M-GmbH berücksichtigt.

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 § 15 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, 489).

Seit der Erstreckung des 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 vH der stfreien Dividende als nichtabziehbare BA.

### 3. Verhältnis zur Gewerbesteuer

20

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, wenn man – wie hier – § 8b als Regelung der Einkünfteermittlung versteht. Nur diese Auslegung entspricht uE der Intention des Gesetzgebers des StSenkG. Denn er geht davon aus, daß die Befreiungen über § 7 GewStG auf den Gewerbeertrag durchschlagen (Begr. zum RegE v. 15.2.2000, BTDrucks. 14/2683, 124; ebenso die hM, vgl. DÖTSCH/PUNG in DEJPW; FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 28a; BLÜMICH/MENCK, § 8b Rn. 49). Davon geht offenbar auch die FinVerw. aus, wie ein Umkehrschluß der Tz. 57 f. des BMF-Schreibens v. 28.4.2003 (BStBl. I, 292) nahelegt (RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2003, 909 [916]; WATERMEYER, GmbH-StB 2003, 96).

Dadurch ergeben sich überschlüssig folgende gewstl. Auswirkungen:

**Laufende Beteiligungserträge** sind aufgrund Abs. 1 zwar stfrei, aufgrund § 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. Im Grundsatz sieht § 8 Nr. 5 GewStG durch Verweis auf die Kürzungsnormen § 9 Nr. 2a (Inlandsbeteiligungen) und § 9 Nr. 7 (Auslandsbeteiligungen) vor, daß Streubesitzdividenden und Dividenden aus passiv tätigen Auslandsgesellschaften (keine Erträge aus aktiver Tätigkeit aufgrund § 8 Abs. 1 Nr. 1–6 AStG) gewstpfl. sind (zu Einzelheiten vgl. PRINZ/SIMON, DStR 2002, 149; HAAS, DB 2002, 549; KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 75 f.; LENSKI/STEINBERG, GewStG, § 8 Nr. 5 Rn. 13 ff.; WATERMEYER, GmbH-StB 2002, 200). Auf der anderen Seite greift Abs. 5 Satz 1 nicht ein.

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

**Nichtabziehbare Betriebsausgaben:** Die Fiktion der Abs. 3 Satz 1 und 5 Satz 1 gilt grds. auch für die GewSt. Sofern tatsächliche BA als Dauerschuldzin-

sen iSd. § 8 Nr. 1 GewStG hinzugerechnet werden, kommt es zur gewstl. Doppelbelastung. Hierzu s. Anm. 83.

**Zwischengeschaltete Mitunternehmerschaft:** Str. ist die Anwendung des § 8b für die GewSt. bei zwischengeschalteter Mitunternehmerschaft (Abs. 6). Hierzu s. Anm. 144 u. 151. Laufende Beteiligungserträge von in Abs. 7 genannten institutionellen Anlegern (Eigenhandel) und Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen iSd. Abs. 8 sind nicht stfrei; im letzten Fall ist auch die gewstl. Kürzung ausgeschlossen (§ 9 Nr. 2a Satz 3 GewStG).

#### 21 4. Verhältnis zur Kapitalertragsteuer

Trotz der umfassenden Dividendenfreistellung des § 8b Abs. 1 ordnet § 43 Abs. 1 Satz 3 EStG weiterhin an, daß KapErtrSt. einzubehalten und abzuführen ist. Sie beträgt im Regelfall 20 vH (§ 43a Abs. 1 Nr. 1 EStG), in den Fällen des § 20 Abs. 1 Nr. 10 EStG 10 vH (§ 43 Abs. 1 Nr. 7b und 7c; § 43a Abs. 1 Nr. 5 und 6 EStG). Nach FROTSCHER (in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 29) ist KapErtrSt. einzubehalten und abzuführen, weil § 8b Abs. 1 die entsprechenden laufenden Bezüge aus dem Einkommen ausscheidet, *expressis verbis* aber nicht freistellt; von freigestellten Kapitalerträgen dürfe keine KapErtrSt. erhoben werden. UE ist demgegenüber auch von stfreien Kapitalerträgen KapErtrSt. einzubehalten; sie wird nur in gesetzlich angeordneten Fällen ausgeschlossen, vgl. § 44a EStG (vgl. dazu SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIII. § 43 Rn. 17). Andernfalls hätte es auch der (klarstellenden) Regelung von § 43 Abs. 1 Satz 3 EStG nicht bedurft. Soweit die empfangende Körperschaft unbeschränkt stpfl. ist, wird die einbehaltene KapErtrSt. im Rahmen der Veranlagung zur KSt. vollständig angerechnet. Dasselbe gilt in den Fällen beschränkt Stpfl. mit inländischer Betriebsstätte (arg. § 32 Abs. 1 Nr. 2). In beiden Fällen entsteht keine definitive Belastung mit KapErtrSt.

**Besonderheiten bei ausländischen Anteilseignern ohne inländische Betriebsstätte:** Str. ist, ob KapErtrSt. entsteht, wenn die empfangende ausländische KapGes. die Dividenden unmittelbar erhält und die Mutter-Tochter-Richtlinie nicht eingreift. Der ausländ. Anteilseigner ist beschränkt stpfl. (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a EStG), wird aber nicht veranlagt. Während unbeschränkt stpfl. oder über eine inländ. Betriebsstätte verfügende beschränkt stpfl. Anteilseigner die einbehaltene KapErtrSt. im Veranlagungsverfahren angerechnet oder erstattet bekommen, ordnet § 32 Abs. 1 an, daß die KSt. durch den StAbzug in Nicht-Veranlagungsfällen abgegolten ist. Vertreten wird einerseits, daß die StFreistellung des § 8b Abs. 1 in diesen Fällen nicht eingreife, weil es an der dafür notwendigen Einkommensermittlung fehle. § 8b sei keine StBefreiung, sondern eliminiere Einnahmen aus dem stpfl. Einkommen. Die einbehaltene KapErtrSt. habe abgeltende Wirkung (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 11; DÖRSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 12; FÜGER/RIEGER, FR 2003, 543 [545]; EILERS/SCHMIDT, GmbHR 2003, 613, ebenso auch § 3 Nr. 40 Anm. 33). Andererseits wird argumentiert, daß im Fall einer Definitivbelastung mit KapErtrSt. einer Vorschrift der Steuererhebung unsystematisch Vorrang vor einer materiellen StBefreiung eingeräumt werde (vgl. NEU, GmbH-StB 2000, 303 [304]; HERZIG, DB 2003, 1459 [1461]; FROTSCHER, INF 2003, 457 [458]).

Darüber hinaus ist der EU-rechtliche Aspekt einer definitiven KapErtrSt. bedeutsam, denn der Grundsatz der nur einmaligen KSt. wird durch die definitive KapErtrSt. für beschränkt (EU-) Stpfl., für die die Freistellung durch § 43b EStG (Mindestbeteiligungsquote) nicht zutrifft, durchbrochen (ausführlich dazu DAUTZENBERG, BB 2001, 2137; FROTSCHER, INF 2003, 457 [458]). Besondere Be-

deutung bekommt dieser Gesichtspunkt durch das EuGH-Urteil v. 12.6.2003 C-234/01 (Gerritse, BStBl. II, 859), wonach das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot der Anwendung eines höheren StSatzes entgegensteht; die Abgeltungswirkung einbehaltener KapErtrSt. ist auf dieser Grundlage im Hinblick auf Art. 43 EGV (Niederlassungsfreiheit) und Art. 56 EGV (Kapitalverkehrsfreiheit) zumindest bedenklich; zu diesen gemeinschaftsrechtlichen Aspekten und weiterführenden Gestaltungsüberlegungen vgl. REUTER/KLEIN, IStR 2003, 634; CLEMENS/REHFELD, INF 2004, 505.

► *Stellungnahme:* UE ist auch in den Fällen des Dividendendirektbezugs durch eine ausländ. KapGes. einbehaltene KapErtrSt. zu erstatten (§ 37 AO; ähnlich ECKERT, IStR 2003, 406: Erstattungsanspruch analog § 50d Abs. 1 EStG). Es handelt sich um eine sachliche und keine persönliche StBefreiung. Die Korrektur des handels- und steuerbilanziellen Gewinns durch § 8b setzt bereits auf der Ebene der Ermittlung der Einkünfte selbst an (s. Anm. 12) und enthält keine Einschränkung im persönlichen Anwendungsbereich hinsichtlich ausländischer KapGes. (dazu siehe im einzelnen Anm. 16). Auch ist es systematisch geboten, der Gewinnermittlung Vorrang vor der Steuererhebung einzuräumen (vgl. bereits BFH v. 27.7.1988 I R 28/87, BStBl. II 1989, 449). Ob dies der Intention des Gesetzgebers entspricht, ist zwar zweifelhaft, wie insbes. die Ergänzung des § 43 Abs. 1 EStG um Satz 3 durch das UntStFG zeigt. Danach ist der StAbzug ungeachtet des § 3 Nr. 40 EStG und § 8b vorzunehmen. Dies kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich um eine Norm der Steuererhebung handelt, die keine materielle StPflicht entgegen § 8b begründen kann (aA § 3 Nr. 40 EStG Anm. 33). Selbst wenn man dieser Auslegung nicht folgen sollte, wäre eine Erstattung aus Billigkeitsgründen (§§ 162, 227 AO) geboten. Es ist kein gesetzlicher Grund ersichtlich, die StFreiheit direkt bezogener Dividenden durch einen definitiven KapErtrStAbzug zu unterlaufen.

**Besonderheiten bei Körperschaften des öffentlichen Rechts:** Aufgrund des kstl. Systemwechsels werden Gewinne eines Betriebs gewerblicher Art von Körperschaften des öffentlichen Rechts ebenfalls einer KSt. von 25 vH (im VZ 2003: 26,5 vH) unterworfen (bis zum Systemwechsel 40 vH). Die Gewinnverwendung durch die Körperschaft öffentlichen Rechts gilt aufgrund § 20 Abs. 1 Nr. 9 und 10 EStG als Dividendenertrag. Davon ist KapErtrSt. von 10 vH einzubehalten, wodurch die KSt. abgegolten ist (§ 32 Abs. 1 Nr. 2; zur Einbehaltung vgl. BMF v. 11.9.2002, FR 2002, 1199). Voraussetzung ist aber auch in diesen Fällen, daß die Körperschaft öffentlichen Rechts mit der „Gewinnverwendung“ materiell beschränkt stpfl. ist (str., grundlegende Darstellung des Problems bei WASSERMEYER, IStR 2003, 94; RAMACKERS, IStR 2003, 383).

Soweit eine juristische Person des öffentlichen Rechts an einer KapGes. beteiligt ist und ihre Beteiligung nicht in einem Betrieb gewerblicher Art hält, ist zu unterscheiden:

- Für Ausschüttungen, die vor dem 1.1.2004 erfolgen, hat die KapGes. in voller Höhe KapErtrSt. einzubehalten; die Anteilseignerin erhält nach §§ 44c Abs. 2 EStG auf Antrag die Hälfte der KapErtrSt. erstattet.
- Für Ausschüttungen, die nach dem 31.12.2003 erfolgen, bestimmt der durch das StÄndG 2003 neu eingefügte § 44 Abs. 8 EStG, daß der StAbzug nur hälftig vorzunehmen ist.

## 5. Verhältnis zum AStG

Da § 8b die StBefreiung für Auslandsdividenden und Veräußerungsgewinne nicht von einer ausreichenden stl. Vorbelastung abhängig macht, sollte nach der



Regierungsbegründung zum Gesetzentwurf (BTDrucks. 14/2683, 120) die Hinzurechnungsbesteuerung die ausreichende stl. Vorbelastung für niedrig besteuerte Gewinne aus passivem Erwerb sicherstellen. Mit diesem Paradigmenwechsel war das AStG überfordert („Scherbenhaufen“, vgl. WASSERMEYER, EuZW 2000, Heft 17 „Editorial“). Das AStG wurde durch das UntStFG in wesentlichen Punkten geändert bevor die Regelungen in Kraft traten. Es erfolgte eine Rückkehr zum Prinzip der Durchbrechung der Abschirmwirkung (LIEBER, FR 2002, 139 [141]; GROTHERR, IWB F. 3 Gr. 1, 1883 [1884]). 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).

**Keine Anwendung des § 8b bei der Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags:** Aufgrund ausdrücklicher Anweisung des § 10 Abs. 3 Satz 4 AStG ist § 8b bei der Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags nicht anzuwenden. Die Regelung war notwendig, weil der Hinzurechnungsbetrag nach den Vorschriften des deutschen Steuerrechts ermittelt wird, soweit sie nicht an die unbeschränkte StPflcht anknüpfen. Da § 8b auch im Rahmen beschränkter StPflcht gilt, wäre § 8b ohne gesetzliche Einschränkung – wie im Rahmen der Regelungen des StSenkG – anwendbar (s. Anm. 14; vgl. RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2001, 1685 [1690]; RÄTTIG/PROTZEN, IStR 2001, 601 mwN).

**Doppelbesteuerung von 5 vH der Auslandsdividende:** Die Regelungen der Hinzurechnungsbesteuerung sind auch nach dem UntStFG nicht vollständig auf § 8b abgestimmt. Zwar unterliegen Gewinnausschüttungen der ausländischen Zwischengesellschaft § 8b Abs. 1, jedoch ist auch Abs. 5 Satz 1 anwendbar. Danach werden 5 vH der Dividenden als nicht abzichbare Ausgaben fingiert, auch wenn eine Hinzurechnungsbesteuerung vorausgegangen ist. UE ist insoweit eine teleologische Reduktion des Abs. 5 angezeigt (RÄTTIG/PROTZEN, IStR 2002, 123 [127 f.]; WATERMEYER, GmbH-StB 2002, 108 [112]).

**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 PRINZ/SIMON, DStR 2002, 149 [152]).

## 23 6. Verhältnis zum Investmentsteuergesetz

Die bisherigen Regelungen des KAGG für inländ. Investmentvermögen und des AuslInvestmG für ausländ. Investmentvermögen finden sich im Grundsatz mit Wirkung ab dem 1.1.2004 einheitlich im Investmentsteuergesetz (InvStG) wieder.

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 u. 2 und § 20 Abs. 2 EStG enthalten sind, ist § 8b anzuwenden (§ 2 Abs. 2 InvStG, bisher § 40 Abs. 2 KAGG).



Soweit die Einkünfte Gewinne aus der Veräußerung von Wertpapieren, Termingeschäften und Bezugsrechten enthalten, ist § 8b ebenfalls anzuwenden (§ 2 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 InvStG, bisher § 40 Abs. 1 KAGG). § 8b ist darüber hinaus grundsätzlich auch auf die Einnahmen aus der Rückgabe oder Veräußerung von Investmentanteilen anzuwenden, vgl. § 8 Abs. 1 InvStG. Zu Einzelheiten vgl. DÖTSCH/PUNG, DB 2004, 150 (156); KAYSER/STEINMÜLLER, FR 2004, 137; LÜBBE-HÜSEN/SCHMITZ, DB 2003, 1696; SRADJ/MERTES, DStR 2003, 1681; W. WASSERMEYER, DB 2003, 2085).

*Hinweis:* Bisher enthielt § 40a Abs. 1 KAGG einen ausdrücklichen Verweis auf § 8b Abs. 2 zur StBefreiung der Einnahmen aus Rückgabe oder Veräußerung von Anteilscheinen. Insoweit ist str., ob Anteilscheine eigenständig Anteile iSd. § 8b Abs. 2 sind oder § 8b Abs. 2 nur durch Verweis in § 40a Abs. 1 KAGG anwendbar ist. In letztgenanntem Fall kommen § 8b Abs. 3 u. Abs. 4 mangels Verweises nicht zur Anwendung (RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2003, 1725 [1728]; aA mit Übersicht über den Streitstand DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 [1019]). Durch das ProtErklG wurde § 40a Abs. 1 KAGG ergänzt; § 8b Abs. 3 (im Halbeinkünfteverfahren § 3c Abs. 2 EStG) ist auf Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit Anteilscheinen an einem Wertpapier-Sondervermögen stehen, anzuwenden, und zwar in allen noch offenen Festsetzungen (§ 43 Abs. 18 KAGG; ablehnend RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2003, 1725 [1728]).

## 7. Verhältnis zum Doppelbesteuerungsrecht

24

Da die StBefreiung von Beteiligungserträgen durch § 8b und oftmals durch DBA geregelt ist, ist die StFreiheit laufender und einmaliger Erträge national und international geregelt. Bei einer Normenkollision richtet sich das Konkurrenzverhältnis der Vorschriften zueinander nach allgemeinen Grundsätzen. Danach ist die weitergehende StBefreiung anzuwenden; aufgrund § 2 AO gilt der Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“ wohl nicht (str., vgl. WASSERMEYER in DEBATIN/WASSERMEYER, DBA, MA Art. 23A Rn. 60; aA KRUSE/DÜREN, § 2 AO Rn. 2). Der sachliche Anwendungsbereich der DBA ist jedoch in den meisten Fällen enger, weil die StFreiestellung nach § 8b unabhängig von jeder Beteiligungsquote oder Behaltensfrist erfolgt, wohingegen die Schachtelprivilegien der DBA regelmäßig Mindestbeteiligungsquoten und/oder -haltefristen voraussetzen und besondere Anforderungen an die Tätigkeit stellen (Aktivitätsklausel). Offen ist, ob DBA-Freistellungen die 5 vH-Fiktion des Abs. 3 Satz 1 u. des Abs. 5 Satz 1 im Fall von Auslandsbeteiligungen verhindern können oder ob ein Treaty Overriding vorliegt (vgl. KÖHLER, DStR 2000, 613 ff.; SCHEIPERS/KOWALLIK, IWB F. 3 Gr. 4, 461; zum Konkurrenzverhältnis auch KRUSE/DRÜEN in TIPKE/KRUSE, AO/FGO, § 2 AO Tz. 2 mwN, WASSERMEYER in DEBATIN/WASSERMEYER, DBA, MA Art. 23A Rn. 60; DERS., DSjG 19 [1996], 151 [154 f.]).

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

**Kapitalertragsteuer:** Die Reduktion der KapErtrStsätze durch DBA kommt zur Anwendung, wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht (s. Anm. 21) die Erstattung von KapErtrSt. in den Fällen eines unmittelbaren Dividendenbezugs durch eine ausländische KapGes. nicht zuläßt.

**Ausschluß der Steuerfreiheit aufgrund Abs. 4:** Bedeutung erlangen die Regelungen weiterhin auch in den Fällen beschränkter KStPflicht ohne inländische Betriebsstätte, in denen die StBefreiung einmaliger Beteiligungserträge durch § 8b Abs. 2 an den Restriktionen des Abs. 4 scheitert.

**Ausschluß der Steuerfreiheit aufgrund Abs. 7 und Abs. 8:** In besonderen Fällen schließt Abs. 7 die StFreiheit für laufende und einmalige Erträge aus Fi-

nanzbeteiligungen für Kreditinstitute, Finanzdienstleistungs- und Finanzinstitute aus (Eigenhandelsklausel). Dasselbe gilt unter den in Abs. 8 genannten Voraussetzungen für Erträge aus Anteilen, die Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen halten. In diesen Fällen nationaler Versagung der StBefreiung können die DBA-Regelungen exklusive Wirkung entfallen.

**Betriebsausgabenpauschalisierung aufgrund Abs. 3 und 5:** Problematisch im Verhältnis zu StFreistellungen nach DBA ist die in Abs. 3 u. 5 enthaltene Betriebsausgabenpauschalisierung, denn tatsächlich werden 5 vH laufender (Abs. 5) u. einmaliger (Abs. 3) Beteiligungserträge der Besteuerung unterworfen. Damit kommt es effektiv nur zu einer StBefreiung von 95 vH. Zu einem derartigen „treaty override“ im einzelnen s. Anm. 124.

**Erweiterung der Regelung für Dividenden auf Bezüge aus typisch stillen Beteiligungen:** Sie führen aufgrund § 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, DBA IV, Art. 10 OECD-MA Rn. 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.

**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 (DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 7b; KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 13; MIELKE in LINKLATTERS/OPPENHOFF & RÄDLER, DB 2002, Beil. 1, 11; HAAS, DB 2002, 549 [551]; WATERMEYER, GmbH-StB 2002, 200 [202]; a.A. LENSKI/STEINBERG, GewStG, § 8 Nr. 5 Rn. 27 ff. u. § 9 Nr. 8 Rn. 4).

25–29 Einstweilen frei.

## Erläuterungen zu Abs. 1: Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Befreiung laufender Beteiligungsbezüge

30

### A. Überblick

Abs. 1 regelt die Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen enumerativ aufgezählter laufender Beteiligungsbezüge.

**Abs. 1 Satz 1** nennt bestimmte Beteiligungsbezüge, die im Rahmen der Ermittlung des Einkommens der Gesellschaft außer Ansatz bleiben. Bei der Konkretisierung der der StBefreiung unterfallenden Bezüge verwendet die Vorschrift keine eigenständige Definition, sondern verweist auf folgende Vorschriften:

- § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG,
- § 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG,
- § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG,
- § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. a EStG.

**Abs. 1 Satz 2** ergänzt den in Satz 1 genannten Begriff „Bezüge“ um folgende Einnahmen:

- aus der Veräußerung von Dividendenscheinen und sonstigen Ansprüchen iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG,
- aus der Abtretung von Dividendenansprüchen oder sonstigen Ansprüchen iSd. § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG.

Diese durch das UntStFG erfolgte Erweiterung durch Satz 2 entspricht § 3 Nr. 40 Buchst. g EStG. UE handelt es sich um eine klarstellende Regelung, weil § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a und Abs. 2 Satz 2 EStG lediglich Ergänzungstatbestände zu § 20 Abs. 1 EStG enthalten (vgl. Gesetzesbegründung BReg., BTDrucks. 14/6882, ebenso RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2001, 1634 [1639]; KESSLER/SCHMALZ/SCHMIDT, DStR 2001, 1865 f.; aA [materielle Änderung] JANDURA in LINKLATERS/OPPENHOFF & RÄDLER, DB 2002, Beil. 1, 8 sowie § 8b Anm. J 01-6).

## B. Die Tatbestandsmerkmale des Abs. 1

### I. Verweis auf bestimmte einkommensteuerliche Kapitaleinkünfte (Abs. 1 Satz 1)

#### 1. Grundaussage

31

Abs. 1 Satz 1 enthält den Grundtatbestand laufender Erträge aus einer Beteiligung, die stfrei sind. Der Tatbestand definiert diese laufenden Erträge nicht, sondern bedient sich einer Verweisung auf bestimmte in § 20 Abs. 1 EStG genannte Einkünfte (vgl. dazu auch BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 5–10). Insofern 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.

#### 2. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG

32

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 alle Gewinnausschüttungen einschließlich Sachdividenden (s. Anm. 78) von AG, GmbH, Genossenschaften sowie bergbaurechtlichen Vereinigungen, denen die Rechte einer juristischen Person zukommen, und ebenso die Ausschüttungen auf Genußrechte an KapGes., mit denen das Recht am Gewinn und Liquidationserlös verbunden ist (ebenso BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 5; DÖRSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 11; KRÖNER IN ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 52). Dies gilt nicht nur für Erträge aus im Inland ansässigen KapGes., sondern auch für Auslandsbeteiligungen, doppelt ansässige Gesellschaften und ausländische, im Inland ansässige KapGes. Die Gewinnausschüttungen an die Kommanditisten und an den persönlich haftenden Gesellschafter einer KGaA sind ebenfalls Gewinnanteile in diesem Sinne, soweit sich die Gewinnanteile auf die Beteiligung am Grundkapital beziehen. Diese Gewinnausschüttungen erlangen insbes. Bedeutung im Rahmen des Abs. 1, weil auch KapGes. den Komplementär einer KGaA bilden können (grundlegend BGH v. 24.2.1997 II ZB 11/96, NJW 1997, 1923). Erfasst werden alle ausgeschütteten Gewinnanteile ohne Rücksicht darauf, ob es sich um offene oder verdeckte Gewinnausschüttungen

handelt (unstr., ebenso zB BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 5). Zu den Bezügen gehören auch Ausgleichsansprüche iSd. § 304 Abs. 1 Satz 1 AktG als garantierter Dividendenanspruch (vgl. KRÖNER IN ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 52; EILERS/SCHMIDT, GmbHR 2003, 613 [615]). Zur Behandlung bei der verpflichteten KapGes. s. § 16. Zu Ausschüttungen auf Anteilsscheine an einem Wertpapier-Sondervermögen iSd. KAGG/InvStG s. Anm. 23.

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

► *Organschaft*: Werden dem Anteilseigner Beteiligungserträge in einer kstl. Organschaft aufgrund eines Gewinnabführungsvertrags (§ 291 AktG, § 14 KStG) zugerechnet, ist der Tatbestand des Abs. 1 nicht erfüllt. Aufgrund des GAV liegen keine Bezüge nach § 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 Entleiher führen für diesen nicht zu Bezügen iSd. § 20 Abs. 1 EStG (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 9; dazu DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 [1017]; EILERS/SCHMIDT, GmbHR 2003, 613 [617]). Zur Wertpapierleihe selbst vgl. BMF v. 3.4.1990, DB 1990, 863; ausführlich HÄUSELMANN/WAGNER, FR 2003, 331 mwN). Der Entleihende wird rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Wertpapiere; er erzielt Dividendenerträge (§ 20 Abs. 2a EStG). Vor Einführung des Abs. 5 Satz 1 war str., ob die Leihgebühren beim Entleiher § 3c-EStG-behaftet waren (so DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 13a; STRUNK/KAMINSKI, NWB F. 4, 4731 [4732]; aA MÜHLHÄUSER/STOLL, DStR 2002, 1597 [1598]; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2003, 909 [910]).

**Sonderfragen bei Einlagerückgewähr:** Wurden Ausschüttungen iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 EStG aus dem stl. Einlagekonto (§ 27) finanziert, kommt es bei der empfangenden KapGes. grundsätzlich zu einer Betriebsvermögensmehrung.

► *Streitige Rechtslage*: Die Behandlung von Ausschüttungen, die aus dem stl. Eigenkapital iSd. § 27 erfolgen, ist ungeklärt. Die Ausschüttungen können als laufende Erträge Abs. 1 (so insbes. die hM im Schrifttum) oder als einmalige Erträge Abs. 2 (so insbes. die FinVerw.) unterfallen. Unterfallen sie Abs. 1, ist fraglich, ob vorrangig eine Verrechnung mit dem Beteiligungsbuchwert erfolgen muß.

Nach weitverbreiteter Meinung (vgl. DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 32a; DIES., DB 2003, 1016 [1021]; FÜGER/RIEGER, FR 2003, 543 f.; FROTSCHER FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 20b; HERZIG, DB 2003, 1459 [1461] KRÖNER IN ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 52) unterfällt die aus dem stl. Einlagekonto dotierte Ausschüttung der StBefreiung des Abs. 1. Dies gilt – so insbes. DÖTSCH/PUNG und KRÖNER – insoweit, wie die Einlagenrückgewähr den Buchwert der Beteiligung übersteigt. 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. Nach DÖTSCH/PUNG (DB 2003, 1016 [1021]) wird dies durch eine Gegenrechnung gegen den Buchwert erreicht, weil der Gesetzgeber § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG auch nach Abschaffung des Anrechnungsverfahrens beibehalten hat. Der übersteigende Betrag ist Bezug iSd. Abs. 1, § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG mit entsprechender StBefreiung. FÜGER/RIEGER (FR 2003, 543 [544 f.]) wenden demgegenüber ein, daß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG nach der Abschaffung des Anrechnungsverfahrens im Bereich des Betriebsvermögens keine Bedeutung mehr habe. FROTSCHER (in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 20b) sieht in der Beibehaltung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG einen Fehler des Gesetzgebers. Da die

Bezüge nicht zu Einnahmen führten, lägen expressis verbis keine Abs. 1 (und nicht Abs. 2) unterfallenden Bezüge vor. Da der Sinngehalt des Abs. 1 jedoch eine StPflicht der Einlagenrückgewähr verbiete, sei die StBefreiung des Abs. 1 entsprechend anzuwenden.

Anderer Meinung nach sollen Einlagenrückzahlungen – soweit sie den Buchwert der Beteiligung übersteigen – insbes. unter Hinweis auf die Rspr. des BFH zur Rechtslage vor dem StSenkG (BFH v. 16.3.1994 I R 70/92, BStBl. II, 527) aufgrund Abs. 2 freigestellt sein, weil sie stl. einer Teilliquidation vergleichbar seien (EILERS/WIENANDS, GmbHR 2000, 1229 (1235); BLÜMICH/MENCK, § 8b Rn. 37). Dieser Meinung hat sich die FinVerw. angeschlossen (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 6 nach offenbar kontroverser interner Diskussion bei der Vorbereitung des BMF-Schreibens, vgl. EILERS/SCHMIDT, GmbHR 2003, 613 Tz. 6). 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.

► *Unterschiedliche Rechtsfolgen:* Der wesentliche Unterschied einer StBefreiung aufgrund Abs. 1 statt Abs. 2 liegt in folgendem: Bei Abs. 1 kann es zur Nachsteuer (§ 37 Abs. 3) kommen, nicht aber zur StPflichtigkeit vorangegangener Teilwertabschreibungen und nicht zu eventuellen Restriktionen aufgrund Abs. 4 (vgl. auch FÜGER/RIEGER, FR 2003, 543 f.; DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 [1021]); diese weisen zudem zutreffend daraufhin, daß eine einheitliche Dividende bei nur teilweiser Dotierung aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 entsprechend aufgeteilt werden müßte, um eine StBefreiung nach Abs. 1 [ohne Einschränkungen] oder Abs. 2 [mit eventuellen Einschränkungen aus Wertaufholung nach Abs. 4] zu beurteilen). Ein Unterschied zum Nachteil des Stpl. kann entstehen, wenn man die Ausschüttung aus dem stl. Einlagekonto als Fall des Abs. 1 sieht und nicht gegen den Buchwert der Beteiligung rechnet; solchenfalls wäre die gesamte Ausschüttung Gegenstand der fiktiven Betriebsausgabenbeschränkung des Abs. 5 Satz 1 und nicht nur der den Buchwert übersteigende Betrag.

*Hinweis:* KapErtrSt. fällt uE auch dann nicht an, wenn Einlagenrückzahlungen der StBefreiung des Abs. 1 unterworfen werden. Insoweit bleibt die Aussage des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG auch für den Bereich von im Betriebsvermögen gehaltenen Anteilen wesentlich, daß Ausschüttungen aus dem Einlagekonto zwar zu Bezügen, nicht aber zu Einnahmen aus Kapitalvermögen führen. Solche Einnahmen setzt § 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG für die Pflicht zur Einbehaltung und Abführung von KapErtrSt. indes voraus.

► *Stellungnahme:* UE unterfällt die Einlagenrückzahlung der StBefreiung des Abs. 1. 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. Zwar gehören die Bezüge danach nicht zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen, stellen aber dennoch Bezüge dar. Die Ausnahme – keine Einnahmen aus Kapitalvermögen – ist jedoch offenbar auf Anteile zugeschnitten, die im Privatvermögen gehalten werden. Insoweit ist es systematisch zutreffend, aus versteuertem Einkommen geleistete Einlagen bei Rückgewähr nicht der ESt. zu unterwerfen (soweit nicht § 17 Abs. 2 Satz 4 EStG eingreift). Im Betriebsvermögensbereich greift dieser Gedanke nur noch für die KapErtrSt. Denn unter der Geltung des Anrechnungsverfahrens wendete der BFH § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG auf Anteile im Betriebsvermögen zwar entsprechend an, qualifizierte die Regelung aber nicht als Befreiungs-, sondern als Bewertungsvorschrift. Als Konsequenz daraus waren Einlagenrückzahlungen mit dem Buchwert der Beteiligung zu verrechnen, um die Nichtsteuerbarkeit herzustellen. Übersteigende Beträge indes führten zu Be-



triebseinnahmen; § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG fand über die Buchwertverrechnung hinausgehend im Bereich des Betriebsvermögens keine Anwendung (BFH v. 7.11.1990 I R 68/88, BStBl. II 1991, 177; v. 14.10.1992 I R 1/91, BStBl. II 1993, 189; v. 16.3.1994 I R 70/92, BStBl. II, 527; v. 20.4.1999 VIII R 38/96, BStBl. II, 647). Nach Wegfall des Anrechnungsverfahrens ist fragwürdig, ob eine analoge Anwendung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG als Bewertungsvorschrift im Bereich der Bezüge aus Kapitalvermögen überhaupt noch geboten und die aus dem Einlagekonto dotierte Dividende nicht in voller Höhe ohne Gegenrechnung gegen den Buchwert zu erfassen ist (gegen eine Buchwertverrechnung FÜGER/RIEGER, FR 2003, 543 [544]; dafür weiterhin zB DÖRSCH/PUNG, DB 2003, 1016 [1021], wobei der Rechtsgedanke des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 dann zumindest auch auf EU-KapGes. zu übertragen wäre). Einer eventuellen Wertminderung der Beteiligung aufgrund Verminderung des Einlagekontos (Kapitalrücklagen) wäre durch eine ausschüttungsbedingte Teilwertabschreibung zu begegnen, die sich indes stl. wegen Abs. 3 Satz 3 nicht auswirkt. Insoweit ergäbe sich kein gesetzlich ungewollter Steuervorteil.

**Besonderheiten bei ausländischer Kapitalgesellschaft:** Bei ausländ. KapGes. ergibt sich die vorgenannte Diskussion nicht. Sie können kein stl. Einlagekonto führen, weil sie nicht unbeschränkt stpfl. sind (§ 27). Ausschüttungen aus ihrem Eigenkapital, das nicht Nennkapital ist, führen zu Bezügen iSd. Abs. 1. Die Regelung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG ist *expressis verbis* wegen ihres Verweises auf § 27 nicht anwendbar (ausführl. dazu FÜGER/RIEGER, FR 2003, 543 [544]).

*Hinweis:* Zumindest im Verhältnis zur stl. Behandlung von Ausschüttungen aus dem stl. Einlagekonto durch die FinVerw. kommt es zu einer erheblichen Ungleichbehandlung ausländischer KapGes., denn der gesamte Betrag ihrer Ausschüttung ist beim Gesellschafter Bemessungsgrundlage für die 5 vH-Fiktion des Abs. 5 Satz 1. Soweit es sich dabei um eine EU-KapGes. handelt, ist diese Handhabung EU-rechtlich bedenklich, weil inländische KapGes. insoweit deutlich besser gestellt werden und eine Egalisierung erst mit einer Veräußerung der Beteiligung, und dies auch nur im Gewinnfall (Abs. 3 Satz 1), eintritt. Nach KRÖNER (ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 52) soll auch in diesen Fällen eine Verrechnung mit dem Beteiligungsbuchwert erfolgen.

### 33 3. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG

Die Regelung betrifft durch den Verweis auf § 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG Bezüge aufgrund einer Kapitalherabsetzung oder nach Auflösung einer unbeschränkt stpfl. Körperschaft. § 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG erfaßt zwei Fälle; in Satz 1 Bezüge, die nach Auflösung einer unbeschränkt stpfl. Körperschaft oder Personenvereinigung anfallen und nicht in der Rückzahlung von Nennkapital bestehen, 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. Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 erfaßt demzufolge 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 (vgl. KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 55). Das ist der Fall, soweit ein Teil des herabgesetzten und an die Anteilseigner ausgekehrten Nennkapitals zum Sonderausweis iSd. § 28 Abs. 1 Satz 3 zählt (vgl. dazu BMF v. 4.6.2003, BStBl. I, 366 Tz. 33 ff.).



**Ungeklärte Rechtslage bei Rückzahlungen aus dem Einlagekonto:** Ungeklärt ist (entsprechend dem Fall von Bezügen aufgrund § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG), wie Rückzahlungen aus dem stl. Einlagekonto im Rahmen einer Auflösung/Liquidation zu behandeln sind. Vordergründig besteht keine Regelungslücke wie im Fall von Bezügen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, weil derartige Rückzahlungen anlässlich einer Kapitalherabsetzung oder Auflösung unmittelbar der StBefreiung des Abs. 2 unterfallen (FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 21; DÖRSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 35). Die FinVerw. behandelt Zahlungen aus dem stl. Einlagekonto im Rahmen einer Liquidation ebenso wie im Fall einer Ausschüttung als Fall des Abs. 2 (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 7; ausführlich dazu FÜGER/RIEGER, FR 2003, 543 [544 f.]). Damit ist bei Rückzahlungen aus dem Einlagekonto im Rahmen einer Liquidation zu beachten, daß keine StBefreiung bei vorangegangener steuerwirksamer Teilwertabschreibung (Abs. 2 Satz 4) und in den Fällen des Abs. 4 eintritt, soweit die Rückzahlungen den Beteiligungsbuchwert übersteigen.

► *Stellungnahme:* UE unterfallen Einlagenrückzahlungen ebenso wie im Fall von Ausschüttungen Abs. 1. Sie sind sonstiger Bezug im Rahmen des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG. Gesetzssystematisch folgt das aus § 20 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG. § 20 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG verweist auf den allgemeinen Grundsatz zurück, daß Rückzahlungen aus dem Einlagekonto zwar Bezüge sind, nicht aber zu stpfl. Kapitalertrag im Privatvermögen führen (WASSERMEYER in K/S/M, § 20 EStG Rn. D 23 und D 30). Im Betriebsvermögen handelt es sich demzufolge ebenfalls um einen sonstigen Bezug und damit um einen Anwendungsfall von Abs. 1 (vgl. auch FÜGER/RIEGER, FR 2003, 543 [545]).

**Besonderheiten bei ausländischer Kapitalgesellschaft:** Da § 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG nur unbeschränkt stpfl. KapGes. nennt, unterliegen Bezüge aus der Kapitalherabsetzung oder Auflösung ausländ. KapGes. unmittelbar der StBefreiung des Abs. 2, denn ausländ. KapGes. können kein Einlagekonto und keinen Sonderausweis (§§ 27, 28) bilden.

*Hinweis:* Da im Fall der Liquidation ausländ. KapGes. ausschließlich Abs. 2 anwendbar ist mit der Folge eventueller stpfl. Wertaufholung und Versagung der StBefreiung aufgrund Abs. 4, wird die EU-Konformität der ungleichen Behandlung inländ. und ausländ. KapGes. auf der Grundlage der Lankhorst/Hohorst-Entscheidung des EuGH (v. 12.12.2002 C-324/00, DStR 2003, 25) uE zutreffend in Frage gestellt (FÜGER/RIEGER, FR 2003, 543 [545] KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 56).

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

34

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 Versicherungsver-einen auf Gegenseitigkeit und Stiftungen. Die Erweiterung der Kapitaleinnahmen auf diese Leistungen war wegen des Wegfalls des Anrechnungsverfahrens notwendig. Statt des früheren KStSatzes von 40 vH kommen auch die in § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 genannten Körperschaften in den Genuß des abgesenkten einheitlichen StSatzes von 25 vH (für den VZ 2003: 26,5 vH). Die Erfassung als Kapitaleinkünfte mit einer korrespondierenden Befreiung im Rahmen des § 8b Abs. 1 stellt sicher, daß es bei dieser Belastung systementsprechend nur so lange bleibt, wie die Kapitaleinnahmen die Ebene der erzielenden Körperschaft oder eines körperschaftlich strukturierten Empfängers nicht verlassen.

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

Auch Leistungen eines Betriebs gewerblicher Art mit eigener Rechtspersönlichkeit iSd. § 4 Abs. 2 sind im Rahmen des Abs. 1 freigestellt. Erfasst werden alle Leistungen derartiger rechtsfähiger Betriebe gewerblicher Art, die im Fall einer privatwirtschaftlichen KapGes. zu offenen oder verdeckten Gewinnausschüttungen führen (arg. § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. a – letzter Satzteil). Hauptanwendungsfall werden Zahlungen an den Gewährträger und/oder an eine andere Person des öffentlichen Rechts sein. Leistungen aus dem stl. Einlagekonto (§ 27) faßt die FinVerw. unter Abs. 2 (BMF v. 11.9.2002, FR 2002, 1199 Tz. 20; zur Kritik s. bereits Anm. 32). Dem Zusammenspiel von § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. a EStG einerseits und § 8b Abs. 1 andererseits liegt ebenfalls die neue Systematik des KStG zugrunde, betriebliche Gewinne auf der Ebene von Körperschaften einmal mit einer KSt. von 25 vH (für den VZ 2003: 26,5 vH) zu belasten und die weitere Belastung erst durch das Halbeinkünfteverfahren eintreten zu lassen.

**II. Verweis auf einkommensteuerliche Ersatztatbestände (Abs. 1 Satz 2)**36 **1. Bezüge iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG**

Der Verweis des Abs. 1 Satz 2 auf Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 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 Stammrechtseinhaber durch den entsprechenden Veräußerungspreis insofern eine „vorgezogene Dividende“ und dadurch wirtschaftlich vorgezogene Einkünfte iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG (vgl. SCHMIDT/HEINICKE XXIII. § 20 Rn. 191); 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 nach § 20 Abs. 2a EStG zuzurechnen sind. Der Erwerber des Dividendenscheins tätigt den Erwerb einer Forderung, die bei Zufluß zu keinem stpfl. Ertrag führt.

37 **2. 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 nunmehr auch Einnahmen aus der Abtretung von Dividendenansprüchen oder sonstigen Ansprüchen iSd. § 20 Abs. 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.

38 **C. Rechtsfolge des Abs. 1:****Kein Ansatz bei der Ermittlung des Einkommens**

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

mens der empfangenden Körperschaft durch Korrektur außerhalb der StBil. außer Ansatz. Dadurch kommt es (vorbehaltlich der Übergangsregelung des § 37) grds. zu keiner KStBelastung, jedoch werden 5 vH der stfreien Bezüge als stpfl. nichtabziehbare BA fingiert (Abs. 5 Satz 1). Durch den Verweis in Satz 2 „Bezüge im Sinne des Satzes sind auch ...“ gilt das in gleicher Weise für die Fälle des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a und Abs. 2 Satz 2 EStG. Über § 7 GewStG gilt diese StBefreiung auch für die GewSt., wird aber durch § 8 Nr. 5 GewStG (sog. Streubesitzregelung) partiell aufgehoben, s. Anm. 20.

**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. bei dem OT weiterhin stpfl. Dies entspricht Gesetzessinn und -systematik. Durch die Freistellung der Kapitaleinkünfte auf der Ebene der empfangenden Muttergesellschaft soll dem Wegfall des Anrechnungsverfahrens Rechnung getragen und eine doppelte Steuerlast auf der Ebene der Beteiligungsgesellschaft und der Muttergesellschaft vermieden werden. Zu einer derartigen doppelten Steuerbelastung kommt es nicht, soweit der Muttergesellschaft die Kapitaleinnahmen aufgrund eines GAV zustehen. Durch die Organschaft wird die Besteuerungsebene von der Tochter- auf die Muttergesellschaft verlagert.

**Organschaft als Gestaltungsmittel zum Aufwandsabzug:** Nach Erweiterung des Abs. 5 auch auf inländische Beteiligungserträge kann durch die Organschaft die Fiktion nichtabziehbarer BA vermieden werden (s. Anm. 128). Vor der Erstreckung des Abs. 5 auf inländische Beteiligungserträge durch das Prot-ErklG war die Organschaft ua. Gestaltungsmittel, § 3c EStG zu vermeiden. Da sie nicht zu (stfreien) Bezügen iSd. Abs. 1 führt, waren Aufwendungen, insbes. Finanzierungsaufwendungen, vollständig abziehbar (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 25). Die durch THIEL (DB 2002, 1340; FR 2002, 925; DB 2002, 1525) vertretene Gegenansicht, § 3c EStG auch auf abgeführte Gewinne anzuwenden, hat sich zu Recht nicht durchgesetzt (gegen THIEL vgl. BERG, DB 2002, 1524; FROTSCHER, DB 2002, 1522; KÖPLIN/KLEIN/LÜPGES, FR 2002, 921; KREBS/BLUMENBERG, BB 2002, 1721; PANNEN/STIFTER, DB 2002, 1525; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2002, 1163; SCHADEN/Franz, GmbHR 2002, 880).

Einstweilen frei.

39

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

### A. Überblick über Tatbestände und Rechtsfolgen des Abs. 2

40

Abs. 2 ergänzt die auf laufende Erträge beschränkte StBefreiung des Abs. 1 korrespondierend um einmalige Gewinne aus Beteiligungen. Abs. 3 u. 4 enthalten Einschränkungen dazu.

**Hintergrund des Abs. 2:** Der Gesetzgeber geht uE zutreffend davon aus, daß der Gewinn einer KapGes. (jedenfalls im Grundsatz) 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 (vgl. EILERS/SCHMIDT, GmbHR 2003, 613 [614]; PRINZ,

GmbHHR 2002, R 297; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2003, 909; SCHEFFLER, DB 2003, 680; SCHREIBER/ROGALL, BB 2003, 497). In der Steuerrechtsliteratur ist die systematische Rechtfertigung dieser Befreiung jedoch im einzelnen umstritten; gegen die Befreiung zB ROMSWINKEL, GmbHHR 2002, 1059; gegen die Befreiung stiller Reserven, die auf künftigen Ertragsaussichten beruhen, SEER/DRÜEN, GmbHHR 2002, 1093 (1099); zur Problematik insgesamt vgl. auch DESENS, Das Halbeinkünfteverfahren, 133 ff. Die Befreiung von Veräußerungsgewinnen ist ständig Gegenstand gesetzgeberischer Überlegungen; im Rahmen des StVergAbG war geplant, eine Gewinnsteuer von 15 vH 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.

**Aufbau des Abs. 2:** Die grundlegenden Voraussetzungen und Rechtsfolgen enthält Satz 1 der Vorschrift; derartige Gewinne bleiben bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz, und zwar auch, wenn es sich um Anteile an OG handelt. In Satz 2 wird der Veräußerungsgewinn definiert; es handelt sich um den Veräußerungspreis abzüglich Buchwert und Veräußerungskosten. In Satz 3 erfolgt eine Ausdehnung der Veräußerungsgewinnbefreiung auf Gewinne aus Auflösung oder Nennkapitalherabsetzung, aus Wertaufholungen iSd. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 EStG sowie Gewinne iSd. § 21 Abs. 2 UmwStG (Entstrikung einbringungsgeborener Anteile). Sätze 4 u. 5 enthalten Einschränkungen bzw. Erweiterungen der Befreiung einmaliger Beteiligungserträge. Aufgrund Satz 4 ist die Veräußerungsgewinnbefreiung für alle Fälle einmaliger Beteiligungserträge ausgeschlossen, soweit in früheren Jahren eine steuerwirksame Teilwertabschreibung erfolgte. Satz 5 erweitert die Befreiung demgegenüber auf die Fälle einer verdeckten Einlage.

## B. Grundregelung der Veräußerungsgewinnbefreiung (Abs. 2 Satz 1)

41

### I. Tatbestandsvoraussetzungen im Überblick

Die Vorschrift läßt Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Körperschaften und Personenvereinigungen bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz. Dies gilt aufgrund Halbs. 2 auch im Fall von Anteilen an OG. Die Alternativtatbestände der Veräußerung, Liquidation und Kapitalherabsetzung sind seit den Änderungen durch das ProtErklG in Satz 1 nicht mehr enthalten. Die Grundregelung der Befreiung einmaliger Beteiligungserträge ist damit der Veräußerungsfall. Im einzelnen setzt Abs. 2 Satz 1 voraus:

- Gewinn aus der Veräußerung eines Anteils
- 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 (Satz 1 Halbs. 1) oder (als Alternativregelung) an einer OG iSd. §§ 14, 17 oder 18 (Satz 1 Halbs. 2).

## II. Die Tatbestandsvoraussetzungen im einzelnen

### 1. Gewinn aus Veräußerung

42

Aufgrund 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:** Veräußerung ist im Rahmen der StBefreiung des Abs. 2 Satz 1 weit auszulegen (ebenso DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 25 f.). Der Begriff erfaßt nach hM nicht nur jede entgeltliche Übertragung der Anteile, sondern auch einen Anteilstausch/eine Einlage gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten (vgl. Abschn. 41 Abs. 5 Satz 3 KStR 1995; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 26; FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 41; JAKOBS/WITTMANN, GmbHR 2000, 910).

**Unklare Rechtslage bei Einziehung:** Unklar ist, ob die (entgeltliche) Einziehung von Anteilen an einer KapGes. ohne vorangehenden Anteilswerb Abs. 2 beim Gesellschafter unterfällt (§ 34 GmbHG). Da die einziehende Gesellschaft keinen Vermögensgegenstand erwirbt (BFH v. 1.7.1992 II R 20/90, BStBl. II, 912), ließe sich eine Veräußerung verneinen und eine Teilliquidation annehmen (so SCHMIDT/WEBER-GRELLET, EStG XXIII. § 17 Rn. 101). Wirtschaftlich indes kommt die unmittelbare Einziehung der Behandlung von zur Einziehung erworbenen Anteilen (Abs. 2) gleich. Der Unterschied liegt in folgendem:

Wertet man die unmittelbare Einziehung als Veräußerung, ist das Einziehungs-entgelt für den Gesellschafter aufgrund Abs. 2 stfrei, sofern keine steuerwirksame Teilwertabschreibung (Abs. 2 Satz 4) vorangegangen war und Abs. 4 nicht eingreift. Wertet man die Einziehung demgegenüber als Teilliquidation, liegen Kapitaleinkünfte nach § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG vor, die Abs. 1 unterfallen, sofern sie nicht aus dem stl. Einlagekonto stammen (dazu s. Anm. 32).

**Zeitpunkt der Veräußerung:** Der Besteuerungszeitpunkt richtet sich nach den allgemeinen ertragstl. Grundsätzen. Wesentlich ist nicht das schuldrechtliche Geschäft oder die Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums. Es ist vielmehr auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem das vollständige zivilrechtliche 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).

**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 sind im Rahmen des neuen KStSystems weiterhin wesentlich, um (verbleibende) Sperrfristen des Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 zu überbrücken, s. Anm. 114.

**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. Dazu s. Anm. 50 ff.

43 **2. 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 (Satz 1 Halbs. 1)**

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, die entsprechende Quelle als begünstigt zu beschreiben. Es muß sich um Gewinne aus der Veräußerung 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 (häufig die Muttergesellschaft) Bezüge iSd. vorgenannten Vorschriften des EStG aus der Beteiligung erzielt. Ein wesentlicher Anwendungsbereich sind Anteile an KapGes. ohne Maßgeblichkeit ihrer Ansässigkeit, Aktivitäten oder der Beteiligungshöhe. Auch Anteile an Zwischengesellschaften iSd. § 7 AStG sind begünstigt, weil auch Ausschüttungen von Zwischengesellschaften § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG unterfallen (vgl. auch FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 38). Erfasst werden nicht nur Anteile an KapGes. oder Beteiligungen an selbständigen Betrieben gewerblicher Art oder Vermögensmassen. Da die Veräußerung nach der Systematik des neuen KStRechts einer Vollausschüttung entspricht, müssen alle zu Kapitaleinkünften iSd. Abs. 1 führenden Vermögenswerte der Veräußerungsgewinnbefreiung unterfallen. Obwohl nicht ausdrücklich vom Wortlaut des Abs. 2 erfasst, sind durch den systematischen Zusammenhang mit Abs. 1 und nach Sinn und Zweck der Vorschrift auch Gewinne aus der Veräußerung von Genussrechten begünstigt, wenn sie eine Beteiligung am Liquidationsgewinn vermitteln (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 24; DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 [1018]; s. auch Anm. 32). Zur Veräußerung von Anteilen an Investmentfonds s. Anm. 23.

*Hinweis:* Durch den systematischen Zusammenhang mit Abs. 1 ist der Begriff der Anteile iSd. Abs. 2 und des § 17 EStG nicht deckungsgleich (normspezifische Auslegung). Er ist zum einen weitergehend, weil Abs. 2 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 nach Ansicht der FinVerw. Genussrechte außerhalb § 8 Abs. 3 Satz 2, Wandelschuldverschreibungen, Optionsanleihen und sonstige Bezugsrechte (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 24; ebenso DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 25a; EILERS/SCHMIDT, GmbHR 2003, 613 [618]; KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 86; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2003, 909 [919]; aA FROTSCHER, Inf. 2003, 457 [460] zu Bezugsrechten). Nicht begünstigt sind auch andere rein schuldrechtliche Ansprüche auf den Erwerb oder die Veräußerung von Anteilen an KapGes. wie Put- und Call-Optionen.

**Behandlung eigener Anteile:** Bis zum UntStFG unterfielen Abs. 2 nur Anteile an „anderen“ Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen. Daraus erwuchs die Frage, ob ein Gewinn aus der Veräußerung eigener Anteile nicht begünstigt war. Sinn und Zweck der Regelung erforderten bislang schon eine entsprechende Anwendung des Abs. 2 auch im Rahmen der Veräußerung eigener Anteile (FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 39a; SEIBT, DStR



2000, 2061 [2069]; URBAN, DStR 2001, 1059; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2001, 1634 [1639]; KESSLER/SCHMALZ/SCHMIDT, DStR 2001, 1865 [1866]; WATERMEYER, GmbH-StB 2001, 166 [168]). Durch das UntStFG wurde „anderer“ in Abs. 2 Satz 1 gestrichen; dadurch ist gesetzlich geregelt, daß auch die Gewinne aus der Veräußerung eigener Anteile unmittelbar unter Abs. 2 fallen (vgl. BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 15; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2002, 105 [109]; WATERMEYER, GmbH-StB 2002, 108 [110]; DÖTSCH/PUNG, DB 2003; 1016 [1018]).

*Hinweis:* Die BMF-Schreiben zu § 8b Abs. 1–6 (v. 28.4.2003, BStBl. I, 292) und zum stl. Einlagekonto (v. 4.6.2003, BStBl. I, 366) äußern sich zwar zur StBefreiung bei Veräußerung eigener Anteile, nicht aber zur Behandlung bei Erwerb oder Einziehung (s. Anm. 42). Nach DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 28 wird verwaltungsintern eine Änderung des bisherigen zu diesem Fragenkreis ergangenen BMF-Schreibens v. 2.12.1998 (BStBl. I, 1509) diskutiert. Auf der Grundlage des vorgenannten, noch auf dem Anrechnungsverfahren beruhenden BMF-Schreibens, ergibt sich uE für § 8b Abs. 2 folgende Konsequenz: Die StBefreiung des Abs. 2 ist von der bilanziellen Behandlung der eigenen Anteile bei der Gesellschaft abhängig. Eigene Anteile sind im Umlaufvermögen auszuweisen, wenn sie nicht zur Einziehung erworben wurden (BMF v. 2.12.1998; BStBl. I, 1509 Tz. 24). Erfolgt die Weiterveräußerung mit Gewinn, greift Abs. 2, soweit die Befreiung nicht durch Abs. 4, 7 oder 8 ausgeschlossen ist. Wertungswidersprüche können sich zur Eigenhandelsklausel des Abs. 7 ergeben, die grundsätzlich im Fall von Umlaufvermögen bei Holdinggesellschaften die StFreiheit ausschließt (s. Anm. 165). Die Behandlung zur Einziehung erworbener Anteile ist offen. Soweit und solange die bisherige Meinung der FinVerw. zur bilanziellen Behandlung zur Einziehung erworbener Anteile beibehalten wird, liegt kein Fall des Abs. 2 vor. Denn im Fall von zur Einziehung erworbenen Anteilen wird weder bei Erwerb noch bei Veräußerung die GuV berührt. Der für den Erwerb eigener Anteile aufgewendete Kaufpreis wird wie eine Kapitalrückzahlung behandelt und ist vom Nennkapital entsprechend dem rechnerischen Anteil der eigenen Anteile abzusetzen. Offen ist, wie ein übersteigender Betrag zu behandeln ist. Das entsprechende BMF-Schreiben zum stl. Einlagekonto (v. 4.6.2003, BStBl. I, 366) hat diesen Fragenkomplex offengelassen. Offenbar sollen die Antworten einem überarbeiteten Schreiben zur stl. Behandlung eigener Anteile vorbehalten werden (DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1345 [1349]). Nach bisheriger Ansicht der FinVerw. mindert der übersteigende Betrag das stl. Einlagekonto, das dadurch negativ werden kann (BMF v. 2.12.1998, BStBl. I, 1509 Tz. 23 ff.; ebenso DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 28). Bei einer Weiterveräußerung soll der Veräußerungserlös das Nennkapital entsprechend den Anteilen und ein eventuell übersteigender Betrag das Einlagekonto wieder erhöhen (BMF v. 2.12.1998, BStBl. I, 1509 Tz. 27 ff.).

► *Rechtsfragen bei eigenen Anteilen zur Verwendung für Aktienoptionen:* Oftmals hält eine KapGes. eigene Anteile im Rahmen von Aktienoptionsprogrammen. Bedient die KapGes. die ArbN eingeräumte Option, war bis zur 5 vH-Fiktion in Abs. 3 fraglich, ob die Aufwendungen im Zusammenhang mit den Anteilen oder der Arbeitsleistung stehen. Danach sollte sich die Anwendung des § 3c EStG richten. Dazu vgl. KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 121; MIKUS, BB 2002, 178; DEUTSCHMANN, IStR 2001, 385; GÜNDEL/BOURSEAU, FR 2003, 497; HERZIG, DB 2003, 1459 (1462). Da die Optionen und die Anteilsgewährung eine Art Deputat im Rahmen des Arbeitsverhältnisses sind, sollten korrespondierende Aufwendungen uE nicht § 3c EStG unterfallen. Seit Einführung der Fiktion nichtabziehbarer BA von 5 vH des Veräußerungsgewinns (Abs. 3 Satz 1) besteht die Problematik uE nicht mehr.

### 3. Einbeziehung von Anteilen an Organgesellschaften (Satz 1 Halbs. 2)

44

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 Ergänzung vorgenommen (seinerzeit Satz 2, jetzt Satz 1 Halbs. 2). UE handelt es sich um eine Klarstellung, weil die Veräußerung einer Vollausschüttung gleichgestellt ist und konsequenterweise die Veräußerung von Organbeteiligungen erfaßt sein muß (glA BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 16; HERZIG, DB 2003, 1459 [1461]; FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 39b).

**Organgesellschaft iSd. §§ 14, 17 oder 18:** Die Regelung nennt durch Verweis auf entsprechende kstl. Regelungen die Anteile an OG, die begünstigt sind. Aufgrund § 14 handelt es sich um AG und KGaA mit Sitz und Geschäftsleitung im Inland (doppelter Inlandsbezug); anders als beim OT reicht Geschäftsleitung im Inland nicht. Andere KapGes. als AG oder KGaA werden durch § 17 einbezogen; auch sie müssen Sitz und Geschäftsleitung im Inland haben. Ist das nicht erfüllt, sind sie keine tauglichen OG und unterfallen bereits Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1. Darüber hinaus nennt Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 OG iSd. § 18. Es handelt sich um die bereits durch §§ 14 und 17 genannten KapGes., die jedoch in die inländische Betriebsstätte eines im Ausland ansässigen OT eingebunden sind (krit. zum Verweis deshalb ROSER, GmbHR 2003, 1250 [1252]).

#### 45 **III. Rechtsfolge: Kein Ansatz von Veräußerungsgewinnen bei der Ermittlung des Einkommens**

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 handelsrechtlichen Gewinnermittlung berücksichtigt und gilt als strechtliche Vorschrift zur Ermittlung der stpfl. Einkünfte auch für die GewSt. (s. Anm. 20). Anders als im Fall laufender Beteiligungserträge erfaßt die gewstl. Hinzurechnung des § 8 Nr. 5 GewStG einmalige Beteiligungserträge nicht. Zur Unterpreisveräußerung (vGA) s. Anm. 78.

**Einlagenrückgewähr:** Ausschüttungen und Liquidationsauskehrungen, für die Beträge des stl. Einlagekontos verwendet werden (§ 27), unterfallen der StBefreiung nach Abs. 1; abweichend die FinVerw., die hierauf Abs. 2 anwendet (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 6; im einzelnen s. Anm. 33).

46–49 Einstweilen frei.

### **C. Ermittlung des Veräußerungsgewinns: Legaldefinition in Abs. 2 Satz 2**

#### 50 **I. Überblick**

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 Betriebsausgabenabzugsverbot des Abs. 3 Satz 1 ist (Begr. zum RegE, BTDrucks. 15/1518, 15). Sie wurde durch das Prot-ErkIG in Abs. 2 als Satz 2 erstmals 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  
./.. steuerlicher Buchwert im Zeitpunkt der Veräußerung  
Gewinn iSd. § 8b Abs. 2

## II. Definitionsmerkmale im einzelnen

### 1. Veräußerungspreis oder der an dessen Stelle tretende Wert

51

Unterschieden wird zwischen dem Veräußerungspreis oder dem an dessen Stelle tretenden Wert. Der letztgenannte Wert soll offenbar die „Gegenleistung“ für die veräußerungsgleichen Tatbestände des Abs. 2 Sätze 3 u. 5 festlegen.

**Veräußerungspreis:** Der Veräußerungspreis entspricht der Gegenleistung, die der Erwerber für die Veräußerung der Anteile aufwenden muß. Demzufolge kann sich der Veräußerungspreis aus verschiedenen Bestandteilen zusammensetzen. Wesentlicher Anwendungsfall ist die Zahlung eines Geldbetrags; da Veräußerung auch Tausch ist (s. Anm. 42), 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, 494; v. 7.3.1995 VIII R 29/93, BStBl. II, 693). In diesen Fällen des Tauschs ist der gemeine Wert des durch den Erwerber aufgewendeten WG anzusetzen. 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). Dasselbe gilt, wenn der Kaufpreis zu verzinsen ist. Zu Einzelheiten s. § 17 Anm. 170 ff.

**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, im Fall der Wertaufholung aufgrund § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 EStG um den (gestiegenen) Teilwert, höchstens die AK, und im Fall des § 21 Abs. 2 UmwStG (Entstrickung einbringungsgeborener Anteile) um den gemeinen Wert. Im Fall der verdeckten Einlage von durch Abs. 2 begünstigten Anteilen kann der Teilwert anzusetzen sein (vgl. § 6 Abs. 6 Satz 2 EStG; dazu SCHMIDT/GLANEGGER XXIII. § 6 Rn. 550 ff.).

### 2. Veräußerungskosten

52

Veräußerungskosten sind nach Verwaltungsmeinung (Abschn. 140 Abs. 6 EStR, Abschn. 41 Abs. 16 KStR 1995) und nach der Rspr. des BFH (v. 18.8.1992 VIII R 13/90, BStBl. II 1993, 34; v. 17.4.1997 VIII R 47/95, BStBl. II 1998, 102) Aufwendungen, die in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Veräußerung stehen und die der Veräußerer kraft Gesetzes oder vertraglicher Vereinbarung zu tragen hat. UE entsprechen sie den zu §§ 16, 17 EStG entwickelten Grundsätzen, weil auch die Definition des Veräußerungsgewinns iSd. Abs. 2 Satz 2 diesen Regelungen entlehnt ist. Es handelt sich insbes. um Notar- und Beratungskosten der Anteilsveräußerung sowie die Grunderwerbsteuer. Allerdings ist der BFH in neueren Urteilen zu § 16 EStG von seiner bisherigen Definition der Veräußerungskosten abgerückt und stellt auf einen Ver-

anlassungszusammenhang zur Veräußerung ab. Maßgebend ist danach, ob die Veräußerung auslösendes Moment für die Aufwendung ist (BFH v. 25.1.2000 VIII R 55/97, BStBl. II, 458; v. 18.10.2000 X R 70/97; BFH/NV 2001, 440).

*Hinweis:* UE ist der Begriff der Veräußerungskosten normspezifisch eng iS eines unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs mit der Veräußerung auszulegen. Dies gebietet der Zusammenhang von Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3, die beide mit der Einfügung der Definition des Veräußerungsgewinns geändert wurden. Aufgrund Abs. 3 Satz 1 gelten 5 vH des Veräußerungsgewinns als nicht abziehbare BA (s. dazu im einzelnen Anm. 83). Im übrigen sollen alle Aufwendungen abziehbar sein; Satz 2 schließt konsequenterweise die Anwendbarkeit des § 3c Abs. 1 EStG aus. Darüber hinaus erscheint die Aufnahme der Veräußerungskosten in die Definition des Veräußerungsgewinns im Verhältnis zu Abs. 3 unsystematisch. Tatsächlich wirken sich Veräußerungskosten dadurch nur im Fall einer stpfl. Veräußerung (zB wegen Wertaufholungsgebots nach Satz 4 oder wegen der Restriktion des Abs. 4) und wegen Abs. 3 Satz 1 zudem nur zu 95 vH aus; im Regelfall des stfreien Veräußerungsgewinns mindern sie nur die Bemessungsgrundlage für die 5 vH-Fiktion des Abs. 3 Satz 1 (vgl. HILL/KAVAZIDIS, DB 2003, 2028 [2029]; ROSE, GmbHR 2003, 1250 [1251 f.]; SCHWEDHELM/OLBING/BINNEWIES, GmbHR 2003, 1385 [1391]; NEU/WATERMEYER, DStR 2003, 2181 [2187]).

► *Unklare Rechtslage:* Unklar ist, ob diese Regelung zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns in den Fällen des Abs. 4 gilt, in denen die StFreiheit versagt wird. Nach dem Wortlaut des Abs. 4 Satz 1 ist das ausgeschlossen, weil Abs. 2 (insgesamt) nicht anwendbar sein soll. Im Umkehrschluß wären Veräußerungskosten nicht Teil des Veräußerungsgewinns, im Verlustfall nicht durch Abs. 4 Satz 3 gesperrt und damit vollständig abziehbar. Von der gesetzlichen Intention her soll die Regelung wohl als Ausschluß nur der Rechtsfolge des Abs. 2 ausgelegt werden.

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

► *Vergebliche Aufwendungen:* Kosten, die im Rahmen einer fehlgeschlagenen Veräußerung entstehen, sind naturgemäß keine Veräußerungskosten und – vorbehaltlich Abs. 5 – vollständig abziehbar.

► *Kosten der Entscheidungsfindung:* Es handelt sich um Beratungs- und sonstige Kosten, die anfallen, um die Entscheidung einer Veräußerung überhaupt treffen zu können (zB Erforschen des Markts für entsprechende Beteiligungen). Sie stehen in keinem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Veräußerung (vgl. FG Münster v. 9.5.1989, EFG 1989, 459, rkr.).

### 53 3. 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 § 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, FR 2001, 954 [955]; v. 18.12.2001 VIII R 27/00, BStBl. II 2002, 733 [736]). Sie entstehen in Höhe des werthaltigen Teils des Darlehens. Zur Frage, ob Währungsgewinne bzw. -verluste in Zusammenhang mit dem

Veräußerungspreis stehen, vgl. Grundsätze des BFH v. 7.11.2001 I R 3/01, BStBl. II 2002, 865.

**Im Zeitpunkt der Veräußerung:** Der für die Ermittlung des Veräußerungsgewinns maßgebliche Wert nach den Vorschriften der stl. Gewinnermittlung ist punktgenau auf den Zeitpunkt der Veräußerung, also den Zeitpunkt zumindest des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums (s. Anm. 42) zu ermitteln. Dadurch wirken sich Einlagezuführungen und -auskehrungen (Ausschüttungen aus dem stl. Einlagekonto) bis zum Zeitpunkt der Veräußerung auf den Buchwert der Beteiligung aus. Nach dem RegE (BRDrucks. 560/03) sollte noch der Wert der der Veräußerung vorangehenden StBil. maßgeblich sein (ROSER, GmbHR 2003, 1250 [1251]).

*Hinweis:* Auch in der endgültigen Gesetzesfassung wurde nicht berücksichtigt, 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. Bei entsprechender Wertaufholung durch Veräußerung würden 5 vH aufgrund Abs. 3 Satz 1 gleichwohl besteuert. Wegen dieses Gesetzesfehlers muß Tz. 46 des BMF-Schreibens v. 28.4.2003 (BStBl. I, 292) entsprechend angewendet werden (RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2003, 1725 [1728]; NEU/WATERMEYER, DStR 2003, 2181 [2187]; i. Erg. glA MOSZKA in ERNST & YOUNG, Steueränderungen 2003/2004, 265 f.: Erhöhung der AK um nicht steuerwirksame Teilwertabschreibung).

**Organschaftlicher Ausgleichsposten:** Die FinVerw. bezieht passive organschaftliche Ausgleichsposten in die StBefreiung des Abs. 2 ein; ihre Auflösung führt zu einem entsprechend höheren Veräußerungsgewinn (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 16; ebenso bereits DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 27; HARLE/BANK, BB 2002, 1341 [1346]). Sie wertet den organschaftlichen Ausgleichsposten offenbar als einen Zusatzposten zur Beteiligung (vgl. DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 [1019]; NAGEL/THIES, GmbHR 2004, 35 [37]). Inkonsequent ist die FinVerw. demgegenüber hinsichtlich aktiver organschaftlicher Ausgleichsposten. Sie sind bei Veräußerung aufzulösen (Abschn. 59 Abs. 5 Sätze 2 f. KStR 1995) und sollen dem Abzugsverbot des Abs. 3 Satz 3 unterfallen (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 26). Versteht man organschaftliche Ausgleichsposten im Rahmen des Abs. 2 als Beteiligungskorrekturposten, müssen aktive Ausgleichsposten als Zusatz zum Buchwert wie dieser in die Ermittlung des Veräußerungsgewinns einbezogen werden und konsequenterweise den Veräußerungsgewinn mindern (ausführlich dazu FÜGER/RIEGER, FR 2003, 543 [546 f.]; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2003, 909 [912]; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 27; KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 90; aA REINHARDT, BB 2003, 1148; differenzierend nach vor und nach dem Systemwechsel gebildeten Ausgleichsposten NAGEL/THIEL, GmbHR 2004, 35 [38 f.]).

► *Auswirkungen* hat diese inkonsequente, im BMF-Schreiben v. 28.4.2003 (BStBl. I, 292 Tz. 16 u. 26) geäußerte Ansicht insbes. wie folgt:

In Fällen stpfl. Wertaufholung (Abs. 2 Satz 4) oder einer aufgrund Abs. 4 nicht streifen Veräußerung führt die Meinung der FinVerw. zu einem um den aktiven Ausgleichsposten zu hohen Veräußerungsgewinn und zu einer Doppelbesteuerung, weil der Ausgleichsbetrag bereits im stpfl. Einkommen, das dem OT zugerechnet wurde, enthalten war (vgl. FÜGER/RIEGER, FR 2003, 543 [546]). In Fällen streifer Veräußerung ist die Bemessungsgrundlage für die 5 vH-Fiktion (Abs. 3 Satz 1) um den Betrag des Ausgleichspostens zu hoch.

► *Unklare Rechtslage:* Die Meinung der FinVerw. mit einer Differenzierung passiver und aktiver Ausgleichsposten hinsichtlich der Besteuerungswirkungen in

Abs. 2 und Abs. 3 ist nicht nur in sich inkonsistent, sondern insgesamt unklar. Denn im Schreiben zur Organschaft (BMF v. 26.8.2003, BStBl. I, 437) bezeichnet die FinVerw. die organschaftlichen Ausgleichsposten ausdrücklich als Korrekturposten zum Beteiligungsbuchwert ohne Unterscheidung eines aktiven oder passiven Ausgleichspostens. In beiden Fällen sollten sie das Schicksal des Beteiligungsbuchwerts teilen.

*Hinweis:* Der BFH (v. 24.7.1996 I R 41/93, BStBl. II, 614) qualifiziert organschaftliche stl. Ausgleichsposten nicht als Korrekturposten zum Beteiligungsansatz, sondern als einen nicht steuerwirksamen Korrekturposten. Auf dieser Grundlage hätte der organschaftliche Ausgleichsposten keine Auswirkungen auf die Ermittlung des Veräußerungsgewinns iSd. Abs. 2 Satz 2.

54–59 Einstweilen frei.

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

60

### I. Überblick

Neben der Realisierung von in Anteilen an Körperschaften und Personenvereinigungen enthaltenen stillen Reserven durch Veräußerung gibt es zahlreiche andere Fälle, in denen es ohne Veräußerung zu einem Substanzgewinn kommt. Durch das ProtErklG hat der Gesetzgeber die entsprechende Anwendung des Satzes 1 auf folgende Vorgänge angeordnet, die bislang bereits in Satz 1 enthalten waren:

- Gewinn aus Auflösung;
- Gewinn aus Herabsetzung des Nennkapitals;
- Gewinn aus dem Ansatz des in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 EStG bezeichneten Werts (Wertaufholung);
- Gewinne iSd. § 21 Abs. 2 UmwStG.

### II. Die Tatbestände im einzelnen

#### 61 1. Gewinn aus Auflösung

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 meinen nur die an die Muttergesellschaft ausgekehrten Liquidationsgewinne, denn sie haben aufgrund § 11 bereits bei der Liquidationsgesellschaft selbst der Besteuerung unterlegen. Da die Veräußerung von Anteilen an einer KapGes. einer Vollausschüttung gleichkommt und deshalb von der KSt. befreit wird, ist es systemkonform, auch Gewinne aus der Auflösung stfrei zu stellen. Unter die StFreiheit fällt auch die Hinzurechnung eines Sperrbetrags aufgrund § 50c Abs. 3 EStG (vor StSenkG), weil dieser das Schicksal der Anteile teilt (KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 97 mwN; aA DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 35). Das gilt auch für den Fall des § 21 Abs. 2 Nr. 3 UmwStG – Auflösung einer KapGes., an der einbringungsgeborene Anteile bestehen (KANZLER, FR 2003, 1 [7]). 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. Dabei sind allerdings die Restriktionen des Abs. 2 Satz 4 (Wertaufholung) und Abs. 4 zu beachten. Dies gilt insbes. deshalb, weil die FinVerw. entgegen hier vertretener Meinung (s. Anm. 32) auch Auskehrungen aus dem stl. Einlagekonto (§ 27) unter Abs. 2 und nicht unter Abs. 1 faßt (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 6; ebenso DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 35; FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 20b, 41; krit. EILERS/SCHMIDT, GmbHR 2003, 613 [619]).

Die Freistellung greift indes insoweit nicht, 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 bereits durch Abs. 1 erfaßt.

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 (s. Anm. 78).

## 2. Gewinn aus der Herabsetzung des Nennkapitals

62

Neben Gewinnen aus der Auflösung einer KapGes. oder Personenvereinigung sind auch Gewinne aus der Herabsetzung des Nennkapitals bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz zu lassen. Freigestellt wird die Rückzahlung von Nennkapital aufgrund ordentlicher Kapitalherabsetzung, auch in den Fällen des § 21 Abs. 2 Nr. 3 UmwStG. Ein Abs. 2 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).

## 3. Gewinn aus Wertaufholung

63

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 bezeichneten Werts ergibt, dh. aus einer Wertaufholung. Zu den ggf. überschießenden Rechtsfolgen im Hinblick auf die 5 vH-Fiktion des Abs. 3 s. Anm. 83.

**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 Anlagevermögens. 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 (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 19).

64 **4. Gewinne iSd. § 21 Abs. 2 UmwStG**

Erfaßt werden Gewinne aus der Aufdeckung stiller Reserven in einbringungsgeborenen Anteilen. Der Veräußerungsgewinn entsteht auch ohne Veräußerung in folgenden Fällen des § 21 Abs. 2 UmwStG:

**Antrag auf Versteuerung** des Unterschieds zwischen dem Buchwert der einbringungsgeborenen Anteile und dem gemeinen Wert (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 UmwStG): Es handelt sich um Fälle des Entstrickungsantrags. Aufgedeckt werden die stillen Reserven, die im Zeitpunkt des Antrags bestehen, nicht im Zeitpunkt der Einbringung (SCHMITT in SCHMITT/HÖRTNAGEL/STRATZ, UmwG/UmwStG, III. § 21 UmwStG Rn. 2). Durch die Versteuerung der stillen Reserven nach Maßgabe des gemeinen Werts verlieren die Anteile ihre Eigenschaft als einbringungsgeborenen (BMF v. 25.3.1998, BStBl. I, 268 Tz. 21.07; v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 35).

Der Antrag auf Entstrickung kann sinnvoll sein, um in Fällen nicht sperrfristbehafteter einbringungsgeborener Anteile stille Reserven steuerfrei zu heben (HERZIG, DB 2003, 1459 [1462]; NEU/WATERMEYER, DStR 2002, 2101 [2102]), wobei jedoch die 5 vH-Fiktion des Abs. 3 Satz 1 effektiv nur (noch) eine StBefreiung zu 95 vH ermöglicht. Der Antrag kann ebenfalls sinnvoll sein, wenn zwar keine StBefreiung eintritt, zukünftig jedoch erhebliche Wertsteigerungen zu erwarten sind (EILERS/SCHMIDT, GmbHR 2003, 613 [620]).

*Hinweis:* 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, DB 2003, 180; SCHMITT in SCHMITT/HÖRTNAGEL/STRATZ, III. § 21 UmwStG Rn. 45; WIDMANN in WIDMANN/MAYER, § 21 UmwStG Rn. 207). Zur Forderung von Billigkeitsmaßnahmen wegen enttäuschten Vertrauens in die Gesetzgebung vgl. KESSLER, DB 2002, Gastkommentar Heft 48; dagegen OFD Koblenz v. 13.1.2003, DB 2003, 180; DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 (1225).

**Ausschluß des Besteuerungsrechts der Bundesrepublik Deutschland** hinsichtlich eines Veräußerungsgewinns aus der Versteuerung der einbringungsgeborenen Anteile (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 UmwStG): Die stillen Reserven in den als einbringungsgeborenen zu qualifizierenden Anteilen sollen dem inländischen Zugriff nicht endgültig entzogen werden; gewährt wird nur eine aufgeschobene Besteuerung. Geht das inländische Besteuerungsrecht verloren, endet auch der Aufschub der Besteuerung. Wesentlicher Anwendungsfall ist das Ausscheiden der anteilhaltenden KapGes. aus der unbeschränkten StPflcht.

**Übrige Fälle des § 21 Abs. 2 UmwStG:** Abs. 2 Satz 3 verweist auf § 21 Abs. 2 UmwStG insgesamt und damit auch auf Auflösung und Kapitalherabsetzung (Nr. 3) und die verdeckte Einlage (Nr. 4). Insoweit kann es sich nur um ein Reaktionsversehen des Gesetzgebers handeln, denn 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]).

65

**III. Rechtsfolge**

Da Satz 3 für die Ersatzrealisationstatbestände auf die entsprechende Anwendung des Satzes 1 verweist, greift auch in den vorgenannten Fällen die StBefreiung für den entsprechenden Gewinn ein. Damit ist das stpfl. Einkommen um

diese veräußerungsgleichen Gewinne sowohl für Zwecke der KSt. als auch der GewSt. außerbilanziell zu mindern.

**Entsprechende Anwendung von Satz 2:** UE gilt die Definition des Veräußerungsgewinns des Satzes 1 auch für die in Satz 3 genannten Fälle; der Verweis auf die entsprechende Anwendung von Satz 1 ist umfassend und bezieht dadurch auch die in Satz 2 enthaltene Legaldefinition mit ein (zweifelnd RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2003). Im übrigen spricht für die Auslegung des Verweises auch „der an die Stelle (*des Veräußerungspreises*) tretende Wert“ in Satz 2. Der dem Veräußerungsgewinn vergleichbare Gewinn ist normspezifisch aus den einer Veräußerung gleichstehenden Vorgängen abzuleiten (vgl. auch ROSER, GmbHR 2003, 1250 [1251]).

Einstweilen frei.

66–69

## E. Einschränkung der Steuerbefreiung durch Abs. 2 Satz 4: Vorausgegangene steuerwirksame Teilwertabschreibung

### I. Übersicht über die Tatbestandsvoraussetzungen

70

Die Vorschrift schränkt die StFreiheit nach Satz 1 und Satz 3 in den Fällen vorausgegangener Teilwertabschreibungen ein, soweit sich diese stl. ausgewirkt haben und soweit keine Wertaufholung erfolgte. Diese Einschränkung der StBefreiung knüpft an folgende Negativ-Tatbestandsmerkmale an:

- Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert in früheren Jahren,
- Steuerwirksamkeit der Abschreibung,
- kein Ausgleich der Gewinnminderung durch Wertaufholung.

Die Regelung bewirkt, daß die stpl. Wertaufholung quasi durch die Veräußerung erfolgt.

### II. Die Tatbestandsmerkmale im einzelnen

#### 1. Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert

71

Da Anteile an KapGes. aufgrund § 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. SCHMIDT/GLANEGGER XXIII. § 6 Rn. 217 f.). Der Gesetzeswortlaut spricht von Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert und läßt offen, wer diese Abschreibung vorgenommen haben muß. UE kann es sich 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/Umsstrukturierung vor Anteilsverkauf läßt sich die Einschränkung der Veräußerungsfreiheit uU vermeiden, sofern keine Rechtsnachfolgeklauseln bei Buchwertverknüpfung bestehen (SEIBT, DStR 2000, 2061 [2068]; zur vergleichbaren Problematik der Vermeidung einer Zuschreibung durch Wertaufholung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4, Nr. 2 Satz 3 EStG vgl. HERZIG, BB 1999, 575; RÖDDER, DStR 1999, 1019). Mögliche Restriktionen durch Abs. 4 sollten in die Planung solcher Umsstrukturierungen einbezogen werden.

72 **2. Steuerwirksamkeit der Abschreibung**

Die Teilwertabschreibung muß dem Veräußerer nicht nur zuzurechnen sein, sondern die Steuerwirksamkeit muß sich ebenfalls beim Veräußerer ausgewirkt haben. Nur er ist Adressat der Regelung. Fallen die Person desjenigen, der die Teilwertabschreibung vorgenommen hat, und des Veräußerers auseinander, greift die Restriktion des Satzes 2 nicht ein.

Nicht jede gewinnmindernde Teilwertabschreibung wirkt sich auch steuermindernd aus. Dies ist insbes. dann in Einschränkung des Gesetzeswortlauts nicht der Fall, wenn die Teilwertabschreibung außerhalb der Bilanz aufgrund besonderer gesetzlicher Anordnung wieder neutralisiert wird, wie zB in den Fällen des § 50c Abs. 1 EStG aF und seit StSenkG vor allem in den Fällen des Abs. 3 Satz 3 des § 8b (ebenso KRÖNER IN ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 109). In diesen Fällen bedarf es einer Einschränkung der StBefreiung von Veräußerungsgewinnen nicht. Zu eng die FinVerw. (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 18; ebenso DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 35 [zu § 50c EStG]), die von einer stl. Nichtwirksamkeit ausschließlich in den Fällen des Abs. 3 ausgeht (wie hier FÜGER/RIEGER, FR 2003, 543 [547]; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2003, 909 [912]). Zur Wertaufholung bei Anteilen, auf die Abs. 4 anzuwenden ist, s. Anm. 83 u. 118.

73 **3. 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. Diese Wertaufholung ist unter den Voraussetzungen des durch das StEntlG 1999/2000/2002 eingeführten § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4, Nr. 2 Satz 3 EStG geboten, soweit die Wertminderung am Bilanzstichtag nicht mehr vorhanden ist. UE besteht zwischen der stl. Wirkung einer Teilwertabschreibung und der Wertaufholung eine gegenseitige Abhängigkeit. Soweit die Abschreibung steuerwirksam war, scheidet die StFreiheit der Wertaufholung entweder daran, daß § 8b Abs. 2 Satz 1 zeitlich noch nicht anwendbar war oder sich die Abschreibung aufgrund Abs. 3 Satz 3 nicht auswirkt (aA wohl FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 55).

74 Einstweilen frei.

75 **III. Rechtsfolge: Versagung der Steuerbefreiung**

Die StBefreiung für Veräußerungsgewinne wird in den Fällen der steuerwirksamen und nicht durch Wertaufholung rückgängig gemachten Teilwertabschreibung nicht gänzlich versagt, sondern nur „soweit“ keine Wertaufholung bis zum Zeitpunkt der Veräußerung erfolgte.

Die Frage der Steuerwirksamkeit einer Teilwertabschreibung hat die FinBeh. uE bei der Prüfung der StFreiheit des Veräußerungsgewinns zu berücksichtigen (vgl. auch OFD Düss. v. 5.6.2003, DB 2003, 1475). Es ist die materiell richtige Teilwertabschreibung zugrunde zu legen (vgl. auch BFH v. 29.1.2003 I R 82/01, BStBl. II 2004, 4 zur Steuersatzermittlung). Das folgt aus dem Grundsatz der Abschnittsbesteuerung. Die Gegenmeinung (FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 54) stellt demgegenüber auf die tatsächliche – auch materiell fehlerhafte – Teilwertabschreibung ab, um dadurch Fehler auszugleichen. UE wird damit die Abschnittsbesteuerung durchbrochen; zum Fehlerausgleich hält die AO entsprechende Berichtigungsnormen bereit, insbes. durch §§ 169 ff.

*Hinweis:* Unklar ist, wie zu verfahren ist, wenn nicht die gesamte Beteiligung Gegenstand der (steuerwirksamen oder steuerunwirksamen) Abschreibung war. UE kann der Veräußerer bestimmen, welche Anteile er veräußert, soweit die Anteile identifizierbar sind. Auch wenn es sich bei mehreren Anteilen nach wohl hM für bilanzielle und bewertungsrechtliche Zwecke um ein WG handelt (BFH v. 14.2.1973 I R 76/71, BStBl. II, 397; s. auch Anm. 113), sind Veräußerungsgegenstand die einzelnen Anteile selbst. Ist demgegenüber die gesamte Beteiligung auf den niedrigen Teilwert abgeschrieben worden, ist nach Ansicht der FinVerw. zu § 8b aF davon auszugehen, daß alle Anteile betroffen waren; bei Veräußerung ist die Abschreibung anteilig zuzuordnen (Abschn. 41 Abs. 9 KStR 1995). UE ist eine genaue Zuordnung vorzunehmen, wenn die zu veräußernden und abgeschriebenen Anteile unterscheidbar sind (ebenso FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 53; ausf. KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 112 f.; aA DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 39; vorrangig Korrektur mit der steuerwirksamen Abschreibung). Zur Abgrenzung s. im einzelnen auch Anm. 113. Zur Identifikation abgeschriebener und veräußerter Anteile sollte eine entsprechende Dokumentation erfolgen.

Einstweilen frei.

76

## F. Erweiterung des Veräußerungstatbestands durch Abs. 2 Satz 5: Verdeckte Einlage

### I. Tatbestand und Rechtsfolge der verdeckten Einlage

77

Abs. 2 Satz 5 regelt, daß „Veräußerung“ iSd. Satzes 1 auch die verdeckte Einlage ist. Dadurch wird der Veräußerungstatbestand durch die Fiktion einer Veräußerung mittels verdeckter Einlage erweitert. Ihr Vorbild hat die Regelung offensichtlich 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 am Wert der Einlage bemessene (neue) Anteile an der KapGes. erhält.

**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, kommt es ebenso wie im Fall einer Veräußerung zur Aufdeckung und Versteuerung stiller Reserven. Für diese Fälle fingiert Abs. 2 Satz 5 die verdeckte Einlage als Veräußerung. Damit entspricht die Behandlung verdeckter Einlagen im Rahmen des § 8b der verdeckten Einlage im Rahmen der Besteuerung von Veräußerungsgewinnen von zum PV gehörenden wesentlichen Beteiligungen (§ 17 Abs. 1 Satz 2 EStG).

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

78

Nicht ausdrücklich vom Tatbestand des Abs. 2 werden zahlreiche andere Fälle erfaßt, in denen es auch ohne (unmittelbare) Veräußerung zu einem Veräußerungsgewinn kommt und für die eine entsprechende Anwendung des Abs. 2 angezeigt ist.

Obwohl Abs. 2 Satz 3 die entsprechende Anwendung des Satzes 1 auf bestimmte, veräußerungsgewinngleiche Vorgänge und Satz 5 die Anwendung auf

die verdeckte Einlage anordnet, werden andere Ersatzrealisationstatbestände nicht ausdrücklich erfaßt. Insoweit ist zumindest eine analoge Anwendung von Abs. 2 Sätze 1 u. 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. hat im BMF-Schreiben v. 28.4.2003 (BStBl. I, 292 Tz. 21 ff.) einige Fallgestaltungen genannt; offenbar sieht die FinVerw. sie als abschließende Aufzählung. UE sind sie demgegenüber als beispielhaft anzusehen, weil es zahlreiche weitere, gleichgelagerte Fälle gibt (ebenso FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 41).

**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 unter Fremdvergleichs Gesichtspunkten korrigierten Veräußerungsgewinn anzuwenden (vgl. BFH v. 6.7.2000 I B 34/00, BStBl. II 2002, 490 zu § 8b idF bis zum StSenKG; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 28a; FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 43; SEIBT, DStR 2000, 2070; grundlegend WASSERMAYER, GmbHR 2002, 1 [3]; EILERS/WIENANDS, GmbHR 2000, 1229 [1235 f.]). Dieser Ansicht hat sich die FinVerw. (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 16) angeschlossen; die davor vertretene gegenteilige Ansicht zu § 8b aF (Abschn. 59 KStR 1995) ist damit überholt.

*Hinweis:* 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 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, BStBl. I, 292 Tz. 16.

**Steuerfreiheit von Sachdividenden:** Die Gewinne aus einer Sachdividende von Anteilen an KapGes. sind durch Abs. 2 ebenso wie vGA aufgrund einer Unterpreisveräußerung begünstigt (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 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, 184). Die Sachdividende unterscheidet sich uE nur durch einen die Dividende auszeichnenden gesellschaftsrechtlich wirksamen 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). 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 börsenhandelte Wertpapiere in Betracht kommen (vgl. LUTTER/LEINEKUGEL/RÖDDER, ZGR 2002, 204 [211]).

Im Fall der Ausschüttung von Anteilen an Gesellschaften tritt – zumindest strechtlich – eine Realisation der stillen Reserven auf Gesellschaftsebene ein (BMF v. 21.7.2000, FR 2000, 1098; ebenso W. MÜLLER, NZG 2002, 752 [758]; LUTTER/LEINEKUGEL/RÖDDER, ZGR 2002, 204 [229]; PRINZ/SCHÜRNER, DStR 2003, 181 [183]; aA MENNER/BROER, DB 2003, 1075 [1078 f.]). Handelsrechtlich ist die Frage ungeklärt. Dadurch ist auch die rechtliche Qualifikation der Sach-



dividende als ordentliche Ausschüttung oder vGA oder einer Kombination aus allem unklar. Verneint man handelsrechtlich eine Realisation, handelt es sich bei der Sachdividende strechtlich um eine Kombination aus offener und verdeckter Gewinnausschüttung; hinsichtlich des bilanziellen Buchwerts der Beteiligung handelt es sich um eine offene Gewinnausschüttung, hinsichtlich der stillen Reserven um eine vGA (HAUN/WINKLER, GmbHR 2002, 192 [194]; SCHWEDHELM/OLBING/BINNEWIES, GmbHR 2002, 1157 [1158]). Im anderen Fall liegt in voller Höhe eine offene Gewinnausschüttung vor (PRINZ/SCHÜRNER, DStR 2003, 181 [183]; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 29). Da stl. die Aufdeckung stiller Reserven bei der ausschüttenden KapGes. außerhalb der Fälle des Abs. 4 und Abs. 7 u. 8 stfrei ist, kann die Sachdividende als Gestaltungselement zur Trennung von Gesellschafterstämmen neben oder statt Abspaltung – insbes. in tracking stock-Strukturen dienen (vgl. PRINZ/SCHÜRNER, DStR 2003, 181).

*Hinweis:* Unabhängig von ihrer rechtlichen Qualifikation handelt es sich bei der Sachdividende beim Empfänger um Kapitaleinkünfte iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG (BMF v. 21.7.2000, FR 2000, 1098). Sie sind aufgrund § 8b Abs. 1 stfrei, führen aber zum KapErtrStAbzug. Dies ist bei entsprechenden Gestaltungen zu bedenken, da kein Liquiditätsabfluß an den Gesellschafter erfolgt; die Gesellschafter sollten im Rahmen der Sachdividende verpflichtet werden, den entsprechenden Geldbetrag für die Gesellschaft zur Verfügung zu stellen (vgl. DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 [1020], alternativ kann die Sachdividende mit einer Barausschüttung (iHv. 20 vH des Ausschüttungsbeitrags) verbunden werden, durch die die KapErtrSt. gezahlt werden kann (LUTTER/LEINEKUGEL/RÖDDER, ZGR 2002, 204 [232]; PRINZ/SCHÜRNER, DStR 2003, 181 [184]).

**Entnahme aus Betrieb gewerblicher Art:** Die stl. Überführung einer durch Abs. 2 grundsätzlich begünstigten Beteiligung aus dem BgA in den Vermögensbereich ist str. Teilweise wird eine Entnahme angenommen (DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8 Rn. 25; BLÜMICH/ERHARD, § 4 Rn. 101; OFD Frankfurt v. 7.5.1997; FR 1997, 503), teilweise eine vGA (insbes. BFH v. 24.4.2000 I R 20/01, DB 2002, 1693). Handelt es sich um eine vGA, ist der durch den Ansatz des gemeinen Werts uÜ entstehende Gewinn nach Abs. 2 stfrei. Dasselbe sollte indes auch im Entnahmefall gelten, denn der Vorgang entspricht wirtschaftlich einer Sachdividende/vGA (DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 31).

**Übertragungsgewinne aufgrund UmwStG** können entstehen, wenn im Vermögen eines zu verschmelzenden oder zu spaltenden Rechtsträgers Anteile an KapGes. enthalten sind, die in der Schlußbilanz des übertragenden Rechtsträgers mit einem über dem Buchwert liegenden Wert angesetzt werden (einschränkend zum Bewertungswahlrecht BMF v. 25.3.1998, BStBl. I, 268 Tz. 3.01 f.; 11.01) oder – zB aufgrund § 15 Abs. 3 UmwStG – angesetzt werden müssen. Dasselbe gilt uE auch im Rahmen des § 3 UmwStG, soweit wegen des durch die FinVerw. eingeschränkten Bewertungswahlrechts überhaupt solche Gewinne entstehen können (vgl. im einzelnen HAUN/WINKLER, GmbHR 2002, 192 [194 f.]; DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 [1020]; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2003, 909 [911]; ebenso FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 41b; aA und insoweit überholt BMF v. 25.3.1998, BStBl. I, 268).

**Weitere Fälle:** Vom Zweck des § 8b Abs. 2, eine Doppelbelastung mit KSt. im Fall der Realisierung stiller Reserven (Vollausschüttung) zu vermeiden, werden auch andere Realisierungstatbestände getragen. § 8b Abs. 2 sollte deshalb auch in folgenden, beispielhaft genannten Fällen angewandt werden (Einzelheiten bei HAUN/WINKLER, GmbHR 2002, 192 [194 f.]; DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 [1020 f.]; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2003, 909 [911 f.]):

– Realisierung stiller Reserven in Anteilen aufgrund § 6 Abs. 5 Sätze 3–5 EStG;

- Gewinne aus Vorgängen iSd. § 12 KStG, soweit sie auf begünstigte Anteile entfallen;
- Gewinne aus der Überführung begünstigter Anteile von der inländ. Betriebsstätte ins ausländ. Stammhaus.

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 (ausführlich RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2001, 1685 [1687]; DIES., DStR 2003, 909 [912]; RÄTTIG/PROTZEN, ISrR 2001, 601).

79 Einstweilen frei.

### Erläuterungen zu Abs. 3: Abzugsbeschränkungen bei Veräußerungsvorgängen und Substanzverlusten

#### A. Überblick über Abs. 3

80

#### I. Bedeutung und Rechtsentwicklung

Abs. 3 ist eine spezielle Regelung für den Abzug von Aufwendungen, die im Zusammenhang mit einmaligen Beteiligungserträgen in Abs. 2 stehen. Dabei hat Abs. 3 durch das ProtErklG eine erhebliche Ausweitung erfahren.

**Rechtsentwicklung:** Während Abs. 3 bis zum 31.12.2003 allein die stl. Nichtberücksichtigung von Gewinnminderungen im Zusammenhang mit Anteilen an Körperschaften und Personenvereinigungen regelte, wurde er durch das ProtErklG erheblich erweitert. Dadurch sollte eine Einheitlichkeit von Abzugsbeschränkungen herbeigeführt werden. Denn neben der eingangs erwähnten Abzugsrestriktion von Gewinnminderungen des Abs. 3 bis 31.12.2003 sowie des besonderen Betriebsausgabenabzugsverbots in Zusammenhang mit laufenden Beteiligungserträgen aus ausländischen KapGes. in Abs. 5 war die Anwendung des § 3c Abs. 1 EStG stets problematisch. Zwar stand im Mittelpunkt der Diskussion die Anwendung des § 3c Abs. 1 EStG auf laufende Beteiligungserträge aus inländ. KapGes. (s. Anm. 121) und auf Veräußerungsgewinne aus Auslandsbeteiligungen (§ 8b Abs. 2 aF). Nach dem Systemwechsel im KStRecht erhielt die Problematik, ob die Stfreiheit einmaliger Beteiligungserträge iSd. Abs. 2 gebietet, § 3c Abs. 1 EStG auch in diesen Fällen auf beteiligungsbezogene Aufwendungen des Gesellschafters wie insbes. Finanzierungskosten anzuwenden, einen ungleich größeren Anwendungsbereich (vgl. SCHEIPERS/DAUSTERER, DStR 2003, 1379).

Durch das ProtErklG wurde Abs. 3 ergänzt. Neu hinzugekommen sind die Sätze 1 u. 2, während die bisherige Abzugsrestriktion von Gewinnminderungen nunmehr in Satz 3 enthalten ist.

**Regelungsaufbau:** Aufgrund Satz 1 gelten 5 vH des durch Abs. 2 erfaßten Veräußerungsgewinns als Ausgaben, die nicht als BA abgezogen werden dürfen. Nach der Gesetzesbegründung soll diese Erweiterung der Fiktion nicht abziehbarer BA über Abs. 5 hinaus verhindern, daß das pauschale BA-Abzugsverbot

bei Dividenden durch Gewinnthesaurierung und Veräußerung umgangen werden kann (dazu im einzelnen RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2003, 1725 [1727]). Satz 2 des Abs. 3 schließt die Anwendbarkeit von § 3c Abs. 1 EStG ausdrücklich aus. Satz 3 mit der Regelung von Gewinnminderungen im Zusammenhang mit Anteilen nach Abs. 2 wurde durch das ProtErklG im wesentlichen beibehalten. Ursprünglich – idF des StSenkG – erfaßte sie (nur) ausdrücklich aufgeführte Gewinnminderungen aus

- Ansatz des niedrigeren Teilwerts des in Abs. 2 genannten Anteils;
- Veräußerung eines Anteils an einer Gesellschaft iSd. Abs. 2 Satz 1;
- Auflösung einer Gesellschaft iSd. Abs. 2 Satz 1;
- Herabsetzung des Nennkapitals einer Gesellschaft iSd. Abs. 2 Satz 1.

Durch das UntStFG erfolgte eine Abkehr von der Aufzählung einzelner Gewinnminderungen hin zu „Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit dem in Abs. 2 genannten Anteil entstehen.“ Dadurch sollten ausweislich der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 14/6882, 36) auch Verluste im Zusammenhang mit den in § 21 Abs. 2 UmwStG genannten Tatbeständen und aus verdeckten Einlagen erfaßt werden, deren Erfassung durch Abs. 3 bis zum StSenkG str. war (vgl. BEINERT/VAN LISHAUT, FR 2001, 1137 [1146 f.]). Allerdings ordnete Abs. 3 bislang an, daß die Gewinnminderungen bei der Ermittlung des Gewinns nicht berücksichtigt werden durften; idF des ProtErklG ist dies bei der Ermittlung des Einkommens der Fall. UE handelt es sich nur um eine redaktionelle Änderung (ebenso RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2003, 1725 [1727]).

*Hinweis:* Die Altregelung des § 8b (bis StSenkG) ließ trotz der Befreiung von Veräußerungsgewinnen aus Auslandsbeteiligungen den Verlustabzug zu (s. Anm. 2). Eine Änderung trat für Verluste ein, die nach dem 31.12.1998 entstanden (§ 34 Abs. 6c), sie waren nicht mehr abziehbar. Teilwertabschreibungen blieben jedoch weiterhin abziehbar (s. Anm. 3).

## II. Systematische Einordnung

81

Abs. 3 ist eine spezielle Regelung von Abzugsrestriktionen im Bereich stfreier Beteiligungserträge. Sie ist ebenso systemfremd wie das Abzugsverbot des Abs. 5 Satz 1, weil es sich bei den StBefreiungen nur um eine technische Befreiung in Ersetzung des Anrechnungsverfahrens handelt (s. Anm. 12). Abs. 3 unterscheidet zwischen laufenden Aufwendungen (Sätze 1 u. 2) und Gewinnminderungen des durch Abs. 2 begünstigten Anteils selbst (Satz 3). Hinsichtlich der laufenden Aufwendungen bildet die Regelung eine Parallele zu Abs. 5 für laufende Beteiligungserträge. Allerdings erfaßt die Regelung nicht alle Aufwendungen, die nicht Gewinnminderungen des Anteils iSd. Abs. 2 selbst sind. Zu lesen ist sie im Zusammenhang mit der Definition des Veräußerungsgewinns iSd. Abs. 2 Satz 2, nach der Veräußerungskosten bereits vom Veräußerungspreis abzusetzen sind. Damit sind im Bereich stfreier einmaliger Beteiligungserträge folgende Abzugsbeschränkungen zu beachten:

- ▷ *Veräußerungskosten* sind zwar vollständig, aber nur vom Veräußerungspreis abziehbar (Abs. 2 Satz 2). Dadurch wirken sie sich nur in Fällen stpfl. Veräußerungsgewinne vollständig steuermindernd aus; in Fällen stfreier Veräußerungsgewinne mindern sie nur die Bemessungsgrundlage für das pauschale BA-Abzugsverbot des Abs. 3 Satz 1;
- ▷ *Fiktion 5 vH nicht abziehbarer BA* des Veräußerungsgewinns iSd. Abs. 2 aufgrund Abs. 3 Satz 1;

- ▷ *Laufende Aufwendungen auf die Beteiligung* wie insbes. Finanzierungsaufwendungen sind auch im VZ, in dem ein stfreier Veräußerungsgewinn entsteht, vollständig abziehbar; § 3c Abs. 1 EStG ist suspendiert (Abs. 3 Satz 2). Eine individuelle Zuordnung laufender Aufwendungen zur Feststellung einer Nichtabziehbarkeit aufgrund unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs erfolgt nicht, weil § 3c Abs. 1 EStG durch Satz 1 und – ausdrücklich auch durch Satz 2 – im Bereich der laufenden Beteiligungsaufwendungen verdrängt wird.

*Hinweis:* Durch diesen Regelungszusammenhang des Abs. 3 ist seit VZ 2004 die str. Rechtsfrage, ob laufende Aufwendungen überhaupt mit stfreien einmaligen Beteiligungserträgen in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen können (so die FinVerw. in Abschn. 41 Abs. 16 KStR 1995, ebenso zB PAUKA, NWB F. 4, 4533; UTESCHER/BLAUFUS, DStR 2000, 1581; dagegen insbes. HERZIG, DB 2003, 1459 [1465]; Übersicht bei SCHEIPE/DAUSTER, DStR 2003, 1597) hinfällig.

## B. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Abs. 3

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

#### 82 1. Voraussetzung: Jeweiliger Gewinn iSd. Abs. 2 Sätze 1, 3 u. 5

Das Tatbestandsmerkmal „jeweiliger Gewinn iSd. Abs. 2 Satz 1, 3 und 5“ 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 Abs. 2 Satz 1 maßgebliche Veräußerungsgewinn; konsequenterweise gilt die Gewinndefinition des Abs. 2 Satz 2. Gewinn in diesem Sinne ist danach der Veräußerungspreis, gemindert um die Veräußerungskosten und den Buchwert im Zeitpunkt der Veräußerung. Darüber hinaus sind Gewinne aus den in Abs. 2 Satz 3 genannten Vorgängen (Liquidation, Kapitalherabsetzung, Wertaufholung aufgrund § 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 (s. Anm. 86). Erfasst wird zudem der Gewinn aus der verdeckten Einlage von Anteilen an KapGes., Abs. 2 Satz 5. Der Wortlaut läßt offen, nach welcher Regelung der Gewinn stbefreit ist. Ansonsten hätte es „Gewinn aufgrund Abs. 2“ heißen müssen. Zur Anwendung des Satzes 1 im DBA-Fall s. Anm. 83

*Hinweis:* Da nach Meinung der FinVerw. Einlagenrückzahlungen zwar den Tatbestand des Abs. 2 und nicht des Abs. 1 erfüllen (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 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 Qualifikation nach Abs. 1, wenn die Ausschüttung aus dem Einlagekonto ebenfalls erst gegen den Buchwert gerechnet wird (s. Anm. 32).

**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.

*Hinweis:* Der Verweis auf „Gewinn iSd. Abs. 2“ ist uE einschränkendes Tatbestandsmerkmal hinsichtlich eines nicht stfreien Gewinns aufgrund Abs. 4. In diesen Fällen, in denen die StFreiheit versagt wird, fehlt es am Gewinn als Grundlage für das pauschale BA-Abzugsverbot, weil aufgrund Abs. 2 Sätze 1, 3 und 5 nur stfreie Gewinne in Bezug genommen werden. UE wird dies durch einen Umkehrschluß aus Abs. 4 Satz 3 bestätigt, der nur die Geltung des Abs. 3 Satz 3 im Rahmen des Abs. 4 „klarstellt“.

## 2. Rechtsfolge des Abs. 3 Satz 1: 5 vH-Fiktion

83

**Regelungsgehalt:** Abs. 3 Satz 1 bestimmt, daß 5 vH der einmaligen Beteiligungserträge von Körperschaften und Personenvereinigungen als nicht abzählbare BA gelten. Als Konsequenz hieraus erfolgt nur eine tatsächliche Veräußerungsgewinnbefreiung von 95 vH wie im Fall laufender Beteiligungserträge durch Abs. 5.

► *Gewinn als Bemessungsgrundlage:* Grundlage für die Ermittlung der nichtabziehbaren BA bildet der Gewinn iSd. Abs. 2. Die Ermittlung des Gewinns erfolgt aufgrund Abs. 2 Satz 2. Da der „jeweilige“ Gewinn die Bemessungsgrundlage bildet, kommt es auf den Gewinn jeder einzelnen Veräußerung oder eines entsprechenden Tatbestands an.

► *Zeitpunkt:* Da Abs. 3 Satz 1 BA in Zusammenhang mit einmaligen Beteiligungserträgen iSd. Abs. 2 fingiert, greift die Regelung ein, sobald der stl. Gewinn um die stfreien einmaligen Beteiligungserträge gekürzt wird. Das ist bei der Veräußerung spätestens der Zeitpunkt, in dem zumindest das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen übergeht (s. Anm. 42).

► *Keine tatsächlichen BA erforderlich:* Da die Fiktion nichtabziehbarer BA im Zusammenhang mit einmaligen Beteiligungserträgen der Fiktion des Abs. 5 nachempfunden ist, greift die Fiktion (jedenfalls im Grundsatz) unabhängig davon, ob und in welcher Höhe tatsächlich BA entstanden sind (zur Kritik s. Anm. 126).

**Fiktion nichtabziehbarer Betriebsausgaben:** Die Fiktion nichtabziehbarer BA führt im Ergebnis dazu, daß einmalige Beteiligungserträge tatsächlich nur zu 95 vH stbefreit sind. Nachteilig wirkt sich das insbes. im Bereich der Veräußerungskosten aus, die aufgrund Abs. 2 Satz 2 den Veräußerungsgewinn mindern und dadurch zu 95 vH trotz der Fiktion des Abs. 3 Satz 1 nicht steuerwirksam sind (krit. auch 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]). Ein weiterer Nachteil ergibt sich im Bereich von Umstrukturierungen (s. Anm. 14); dadurch erlangen die Regelungen des UmwStG zur Steuerneutralität von Umstrukturierungen wieder stärkere Bedeutung.

► *Auswirkung auf die GewSt.:* Die Fiktion nichtabziehbarer 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 § 8 Nr. 1 GewStG dem Gewerbeertrag hinzugegerechnet werden. Insoweit besteht dieselbe Problematik wie im Fall des Abs. 5 Satz 1 für laufende Beteiligungserträge, s. Anm. 127.

► *Auswirkung bei beschränkter Steuerpflicht:* Werden unmittelbar durch nicht im Inland ansässige Körperschaften gehaltene Beteiligungen iSd. Abs. 2 veräußert (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e EStG), ergeben sich im DBA- und im Nicht-DBA-Fall unterschiedliche Rechtsfolgen. Weisen DBA (zur Anwendung s. Anm. 24)

entspr. Art. 13 Abs. 5 OECD-MA das Besteuerungsrecht dem Sitzstaat zu, ist Abs. 3 Satz 1 nicht anwendbar, da die DBA-Freistellung den Gewinn (nach Betriebsausgaben) erfaßt. Besteht demgegenüber kein DBA-Schutz, ist Abs. 3 Satz 1 wie im Inlandsfall anwendbar, da die Regelung ihrem Wortlaut nach keine tatsächlichen BA voraussetzt (glA KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 143; aA SCHEIPERS/KOWALLIK, IWB F. 3 Gr. 4, 459 [461 f.]; s. auch Anm. 124).

**Überschießende Rechtsfolge:** Die 5 vH-Belastung von Veräußerungsgewinnen ist systemwidrig (s. auch Anm. 121). Dies wird noch dadurch verschärft, daß eine StPflcht von Veräußerungsgewinnen indirekt über die Fiktion nichtabziehbarer BA eingeführt wird. Insbes. in Fällen vorangegangener, stl. unwirksamer Teilwertabschreibungen (Abs. 3 Satz 3) und einer nachfolgenden Wertaufholung aufgrund § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EStG wird der Fiktion ein zu höher Gewinn zugrundegelegt. In diesen Fällen dürfte die Fiktion im Billigkeitswege (§ 163 AO) nicht angewendet werden, soweit sich die vorangegangene Wertminderung stl. nicht ausgewirkt hat (vgl. auch DESENS, Das Halbeinkünfteverfahren, 294 f.; SCHIFFERS, GmbHR 2004, 69 [78]). Ähnlich systemwidrige Probleme treten im Rahmen des Abs. 4 bei einer Gewinnbesteuerung nach nicht steuerwirksamer Teilwertabschreibung auf, s. Anm. 118.

## 84 II. Nichtanwendbarkeit des § 3c Abs. 1 EStG (Abs. 3 Satz 2)

Durch Satz 2 der Regelung erklärt der Gesetzgeber § 3c Abs. 1 EStG für nicht anwendbar. Aufgrund § 3c Abs. 1 EStG sind Aufwendungen nicht abziehbar, die in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit stfreien Einnahmen stehen. Nach einer weit verbreiteten Ansicht in der Steuerrechtsliteratur gehören zu den unmittelbaren Aufwendungen in diesem Sinne nur Veräußerungskosten, nicht aber andere Aufwendungen wie insbes. Finanzierungskosten für den Erwerb der Beteiligung (vgl. BEINERT/MIKUS, DB 2002, 1467; SCHEIPERS/DAUSTER, DStR 2003, 1597). Auf der anderen Seite wird vertreten, auch andere als Veräußerungskosten stünden in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem stfreien Gewinn (vgl. insbes. DÖTSCH in DEJPW, § 3c EStG Rn. 11). 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 geklärt. Dem steht als Nachteil einerseits die 5 vH-Fiktion und andererseits die Berücksichtigung von Veräußerungskosten unmittelbar bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns gegenüber (s. Anm. 52).

*Hinweis:* Durch die ausdrückliche Anordnung der Nichtanwendbarkeit des § 3c Abs. 1 EStG entfallen in den wesentlichen Fällen des Beteiligungsaufwands Abgrenzungsfragen hinsichtlich eines unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs. Dadurch ist klargestellt, daß zB die Abschreibung oder der Verlust von Gesellschafterdarlehen vollständig abziehbar sind. Zu verbleibenden Abgrenzungsfragen vgl. DÖTSCH/PUNG, DB 2004, 151 (154).

## III. Nichtberücksichtigung von Gewinnminderungen (Abs. 3 Satz 3)

### 85 1. Die Tatbestandsmerkmale im einzelnen

Abs. 3 Satz 3 schließt „Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit dem in Abs. 2 genannten Anteil entstehen“, vom Abzug bei der Einkommensermittlung aus.



**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 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 (ausführlich FÜGER/RIEGER, FR 2003, 543 oder 589; EILERS/SCHMIDT, GmbHR 2003, 613 [623]; ebenso RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2003, 909 [913]). Aus Abs. 3 Sätze 1 u. 2 folgt, daß allein diese Auslegung zutreffend ist, denn bei einer weitreichenderen Auslegung des Merkmals „Gewinnminderung“ hätte es dieser Regelungen nicht bedurft (ebenso DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 150 [153]).

Die FinVerw. nennt ihrer Meinung nach wesentliche Anwendungsfälle des Abs. 3 in Tz. 26 des BMF-Schreibens v. 28.4.2003, (BStBl. I, 292).

**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. Um eine klare Abgrenzung zu Abs. 3 Satz 1 und Abs. 5 herbeizuführen, sollte nicht auf den Anteil abgestellt werden, mit dem Gewinnminderungen im Zusammenhang stehen, sondern auf Vorgänge iSd. Abs. 2 (so zutreffend LECHNER/SCHÄNZLE, DB 2002, Beil. 1, 18).

*Hinweis:* Vom Abzugsverbot des Abs. 3 Satz 3 sind uE 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. Der Begriff der AK von BV bildenden Anteilen richtet sich allein nach § 255 HGB; der normspezifische AK-Begriff des § 17 EStG ist nicht anwendbar (BFH v. 18.12.2001 VIII R 27/00, DB 2002, 612; NEU, GmbH-StB 2000, 41 [44]; BEINERT/VAN LISHAUT, FR 2001, 1137 [1143]; aA RÖDDER/WOCHINGER, FR 2001, 1253 [1270]). Zu Darlehensgestaltungen zur Finanzierung ausländischer Beteiligungsgesellschaften vgl. WATERMEYER/WIESEMANN, GmbH-StB 2003, 321 (324f.).

**„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; BStBl. I, 292 Tz. 26):

- ▶ *Ansatz des niedrigeren Teilwerts:* Erfasst werden Teilwertabschreibungen auf alle Anteile, die der StBefreiung des Abs. 2 unterfallen.
- ▶ *Veräußerung* ist wie im Fall des Abs. 2 neben einer entgeltlichen Übertragung eines Anteils (Abschn. 41 Abs. 5 Satz 2 KStR 1995, uE zutreffend) auch ein gewinnrealisierender Tausch sowie die Einbringung eines Anteils in eine KapGes. gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten (Abschn. 41 Abs. 5 Satz 3 KStR 1995).
- ▶ *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 Auflösungs Vorgangs, auf dem Abs. 2 beruht, handelt es sich unter der erwähnten Voraussetzung um einen „Verlust“.
- ▶ *Zahlungen aufgrund einer Kapitalberabsetzung* 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 übersteigt (s. § 20 EStG Anm. 323).

- ▶ *Realisation aufgrund § 21 Abs. 2 UmwStG:* Es handelt sich um die in Anm. 64 genannten Fälle, in denen der Buchwert im Realisationszeitpunkt unter dem Teilwert liegt.
- ▶ *Verdeckte Einlagen:* s. Anm. 77. Statt eines Gewinns wird durch die Einlage ein Verlust realisiert.
- ▶ *Aufwand aus der Auflösung eines aktiven Ausgleichspostens bei Organschaft:* s. Anm. 53. Die Auflösung eines aktiven Ausgleichspostens ist uE entgegen der Meinung der FinVerw. (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 26) kein Fall des Abs. 3 Satz 3, sondern bei der Ermittlung des Gewinns oder Verlusts unmittelbar als Korrektur zum Buchwert der Beteiligung zu erfassen.
- ▶ *Gewinnminderungen im Zusammenhang mit verdeckten Gewinnausschüttungen oder Sachdividenden:* Das BMF-Schreiben v. 28.4.2003 aaO wertet auch Verluste aus der Veräußerung einer Beteiligung unter dem Verkehrswert (vGA) oder durch Sachdividenden als stl. nicht berücksichtigungsfähig und gibt in Tz. 26 folgendes *Beispiel:*

Die M-AG veräußert Anteile an der T-GmbH für 200 an ihren Anteilseigner. Die Anteile an der T-GmbH haben AK von 500, einen Buchwert von 500 und einen Teilwert (gemeinen Wert) von 300.

Steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn der M-AG

Veräußerungserlös	200
Buchwert	<u>-500</u>
	-300

verdeckte Gewinnausschüttung (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG):

Wert der Anteile	300
Gegenleistung	<u>-200</u>
	+100
Verlust	-200

Anwendung nach § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG: +200

steuerpflichtiger Gewinn 0

Bemessungsgrundlage der Kapitalertragsteuer  
(§ 43a Abs. 1 Nr. 1 EStG) 100

Bezüge des Anteilseigners (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG) 100

Für die Anwendung des Abs. 3 Satz 3 stellt sich die Frage, ob ein Veräußerungsverlust infolge einer vGA durch verbilligte Übertragung von Anteilen reduziert wird. UE hängt die Beantwortung der Frage von dem Verständnis des Tatbestandsmerkmals „im Zusammenhang mit dem in Abs. 2 genannten Anteil“ zusammen. Da Abs. 3 teleologisch nicht auf die Anteile, sondern auf Vorgänge mit den Anteilen abstellt, die zu einer Substanzverringerung führen, ist uE die Ansicht der FinVerw. zutreffend (ebenso DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 [1022]; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 50; offen bei EILERS/SCHMIDT, GmbHR 2003, 613 [623]).

86 **2. Rechtsfolge des Abs. 3 Satz 3**

Substanzverluste aus Vorgängen iSd. Abs. 2 sollen sich stl. nicht auswirken. Da die Rechtsfolgen des Abs. 1 und Abs. 2 bereits bei der Ermittlung des Gewinns

ansetzen, sind auch Gewinnminderungen iSd. Abs. 3 Satz 3 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. 83). Im DBA-Fall läuft Abs. 3 Satz 3 leer, im Nicht-DBA-Fall wird der Substanzverlust im Inland stl. nicht berücksichtigt.

**Gesetzsystematische Kritik:** Bei vordergründiger Betrachtung erscheint das Abzugsverbot des Abs. 3 Satz 3 zunächst sachgerecht. Der Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, Gewinne und Verluste im Rahmen der Gewinnermittlung korrespondierend zu behandeln (vgl. BLÜMICH/MENCK, § 8b Rn. 132; DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 [1022]; FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 61c; zuletzt SPENGL/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 insbes. im Veräußerungs- oder Liquidationsfall nicht realisieren kann, berücksichtigt werden müssen (vgl. RAUPACH, DStJG 25 [2002], 20; KANZLER, FR 2003, 1 [8]; SPENGL/SCHADEN, DStR 2003, 2192 mit Überblick über den Meinungsstand).

Besonders problematisch ist, daß Abs. 3 Satz 3 auch Gewinnminderungen in solchen Fällen erfaßt, in denen eine Veräußerung wegen Abs. 4 nicht stfrei möglich wäre. Diese bislang str. Rechtsfrage hat der Gesetzgeber durch eine entsprechende Ergänzung des Abs. 4 im Rahmen des ProtErkG zu Lasten des StPfl. zu regeln versucht, s. Anm. 118. In diesem Fall versagt bereits der Umkehrgedanke, der StFreiheit müsse ein Abzugsverbot entsprechen (vgl. auch SPENGL/SCHADEN, DStR 2003, 2192 [2200]).

Einstweilen frei.

87–89

## Erläuterungen zu Abs. 4: Ausschluß der Steuerfreiheit für Veräußerungsgewinne in Umgehungsfällen

### A. Überblick über Tatbestand und Rechtsfolgen des Abs. 4

#### I. Bedeutung der Regelung

90

Ziel des Abs. 4 ist die Mißbrauchsabwehr im Hinblick auf eine unberechtigte Nutzung der StBefreiungen des Abs. 2 durch typisierende Tatbestände. Verhindert werden soll die an sich nicht stfreie Veräußerung von (Betriebs-) Vermögen über den Weg einer vorherigen steuerneutralen Einbringung in eine KapGes. und anschließende stfreie Anteilsveräußerung. Ein vergleichbarer Gedanke liegt Abs. 4 im Bereich der vorherigen steuerneutralen Einbringung von Anteilen in eine KapGes. durch natürliche Personen zugrunde, um eine stfreie Veräußerung der eingebrachten Anteile zu verhindern, während eine Veräußerung durch die

einbringende natürliche Person der (sofortigen) Halbeinkünftebesteuerung unterlegen hätte. Dabei bedient sich die Regelung einer nur schwer verständlichen Abfolge von Ausnahmen und Rückausnahmen. Die Rückausnahmen wurden durch das UntStFG zT erweitert (auf einbringungsgeborene Anteile aus einem Anteilstausch iSd. § 23 Abs. 4 UmwStG), zT eingeschränkt (hinsichtlich Anteilen, die auf einer Einbringung unter Teilwert durch eine natürliche Person beruhen) und dabei redaktionell neu gefaßt. Die Einschränkung der StBefreiung nach Abs. 2 enthält Abs. 4 Satz 1, die Rückausnahmen Abs. 4 Satz 2. Die dort enthaltene Rückausnahme des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 wurde zuletzt durch das ProtErklG redaktionell überarbeitet. Ebenfalls auf das ProtErklG zurückzuführen ist Satz 3, nach dem Gewinnminderungen iSd. Abs. 3 Satz 3 auch dann stl. unberücksichtigt bleiben, wenn wegen Abs. 4 Sätze 1 u. 2 keine stfreie Veräußerung erfolgen könnte.

## II. Überblick

**Ausnahmen:** Im Grundsatz knüpft Abs. 4 an die StBefreiung nach Abs. 2 an. Satz 1 des Abs. 4 definiert Ausnahmen von dieser StBefreiung, und zwar

- ▷ in Nr. 1 für den Fall, daß einbringungsgeborene Anteile iSd. § 21 UmwStG zu dem einmaligen Beteiligungsgewinn führen (sachliche Sperre);
- ▷ in Nr. 2 für den Fall, daß die zu dem Gewinn führenden Anteile unmittelbar, mittelbar oder mittelbar über eine Mitunternehmerschaft von einem Einbringenden erworben wurden, wobei der Einbringende nicht zu dem begünstigten Personenkreis nach Abs. 2 gehört und die Einbringung zu einem Wert unter dem Teilwert erfolgte (persönliche Sperre).
- ▶ *Sachliche Sperre:* Mit der Versagung der StBefreiung in Nr. 1 für einbringungsgeborene Anteile soll ausgeschlossen werden, daß die StBefreiung des Abs. 2 sachlich durch Gestaltungsmaßnahmen auf BV ausgedehnt wird, das außerhalb der Tatbestände des Abs. 2 nicht stfrei veräußert werden könnte – Verhinderung der sachlichen Ausweitung.
- ▶ *Persönliche Sperre:* Durch § 8b sind Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen begünstigt. Nr. 2 soll verhindern, daß dieser persönliche Anwendungsbereich auf andere Stpfl., insbes. natürliche Personen, durch indirekte Inanspruchnahme (Zwischenschaltung einer KapGes.) ausgedehnt wird – Verhinderung der persönlichen Ausweitung.

**Rückausnahmen:** Die in Satz 2 des Abs. 4 enthaltenen Rückausnahmen sind ebenfalls in zwei Fallgruppen gegliedert:

- ▷ Aufgrund Nr. 1 bleibt es bei der StFreiheit von einmaligen Beteiligungserträgen, wenn der Realisierungstatbestand später als sieben Jahre nach der Einbringung stattfindet (siebenjährige Sperrfrist);
- ▷ aufgrund Nr. 2 bleibt es bei der StFreiheit in besonderen Fällen. Zur Feststellung dieser Ausnahmefälle (Rückausnahme von der Versagung der StBefreiung) verwendet die Regelung eine doppelte Negation; dadurch wird die Rückausnahme nahezu unverständlich und wohl auch in ihrem Sinn verkehrt. Es bleibt bei der Befreiung für einmalige Beteiligungserträge („Satz 1 gilt nicht“ – erste Negation) soweit die Anteile nicht (zweite Negation)
  - unmittelbar oder mittelbar auf einer Einbringung iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 oder § 23 Abs. 1–3 UmwStG

- *und* auf einer Einbringung durch einen nicht von Abs. 2 begünstigten Stpfl.
- innerhalb der Siebenjahresfrist beruhen.

Die Formulierung „*und*“ zwischen den beiden Satzteilen hat der Gesetzgeber des ProtErklG gewählt. Danach müssen beide Negativvoraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Vor dieser Änderung durch das ProtErklG waren die beiden Satzteile durch ein „*oder*“ verbunden; bereits dabei ergab die Rückausnahme nur den vom Gesetzgeber beabsichtigten Sinn, wenn man das „*oder*“ vor dem 2. Halbs. mit einem zusätzlichen „*nicht*“ las (WIDMANN in WIDMANN/MAYER, § 20 UmwStG, grüne Blätter Rn. 13.1.; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 83; ebenso FÜGER/RIEGER, FR 2003, 589 [594]; EILERS/SCHMIDT, GmbHR 2003, 613 [631]).

Durch die Neufassung hat der Gesetzgeber diese Unzulänglichkeiten nicht behoben, sondern verstärkt. Wörtlich ausgelegt führt die Rückausnahme in Satz 2 Nr. 2 uE zu einem offenbar unbeabsichtigten Ergebnis. Die StBefreiung bleibt in den Fällen erhalten, in denen keine Einbringung aufgrund §§ 20 Abs. 1 Satz 1, 23 Abs. 1–3 UmwStG vorliegt, aber („*und*“) Anteile veräußert werden, die auf der Einbringung durch einen Nichtbegünstigten beruhen. Damit wäre für Nichtbegünstigte dieselbe Rechtsfolge wie vor dem UntStFG wiederhergestellt (vgl. zB FÜGER/RIEGER, FR 2003, 589 [595]). Offenbar entspricht dies nicht den Zwecken, die der Gesetzgeber umsetzen wollte (vgl. auch RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2003, 1725 [1728]). Denn KapGes. wären von der StBefreiung des Abs. 2 ausgeschlossen, selbst wenn sie Anteile an KapGes. aufgrund § 20 Abs. 1 Satz 2, § 23 Abs. 4 UmwStG eingebracht haben. Von der Gesetzesvorstellung ausgehend, müßte hinter dem „*und*“ ein zusätzliches „*nicht*“ gelesen werden, was noch als mit dem Wortlaut vereinbar erscheint. Die Satzverbindung „*und*“ würde aber dennoch dazu führen, daß beide Negativtatbestände zugleich erfüllt sein müssen, um die StBefreiung des Abs. 2 durch Abs. 4 Satz 1 auszuschließen. UE dürfen diese gesetzgeberischen Unzulänglichkeiten nicht zu Lasten der Stpfl. gehen, nachdem der Gesetzgeber zahlreiche Versuche zur Formulierung der Rückausnahme unternommen hat (krit. auch RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2004, 207 [209]).

Positiv ausgedrückt wird die vom Gesetzgeber ganz offensichtlich beabsichtigte Rückausnahme verständlicher. Gewollt ist vom Gesetzgeber wie bisher schon folgendes (ebenso DÖTSCH/PUNG, DB 2004, 151 [154]), wobei allerdings uE der noch mögliche Wortsinn der Rückausnahme des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 verlassen wird:

Die StFreiheit bleibt zum einen erhalten, wenn einbringungsgeborene oder durch einen Nichtbegünstigten erworbene Anteile nach Ablauf der siebenjährigen Sperrfrist veräußert werden. Sie bleibt zum anderen erhalten, wenn Anteile veräußert werden, die auf einer Einbringung durch eine KapGes. aufgrund § 20 Abs. 1 Satz 2 oder § 23 Abs. 4 UmwStG beruhen und dieser Einbringung keine schädliche Einbringung aufgrund §§ 20 Abs. 1 Satz 1, 23 Abs. 1–3 UmwStG oder durch einen Nichtbegünstigten innerhalb der siebenjährigen Sperrfrist vanging.

*Hinweis:* Die Rückausnahme für Anteile, die auf einem Anteilstausch nach § 23 Abs. 4 UmwStG beruhen, wurde erst durch das UntStFG eingefügt. Insoweit handelt es sich offenbar um die Berichtigung eines Redaktionsversehens. (BTDrucks. 14/6882, 36; vgl. auch WATERMEYER, GmbH-StB 2002, 108 [111] mit umfangr. Nachw.). Da die Än-

derung rückwirkend wirksam wurde, gilt auch die Rückausnahme des § 23 Abs. 4 UmwStG seit dem zeitlichen Anwendungsbereich des § 8b (dazu s. Anm. 6).

**Sonderregelung für Gewinnminderungen:** Während die Ausnahmen und Rückausnahmen zur StFreiheit an Abs. 2 anknüpfen, erfolgt eine Anknüpfung durch Satz 3 an die Nichtberücksichtigung von Substanzverlusten in Abs. 3 Satz 3. Auch in Fällen nicht stfreier Veräußerung aufgrund der Sätze 1 u. 2 sind Gewinnminderungen nicht zu berücksichtigen, die im Zusammenhang mit den dort genannten Anteilen stehen. Durch diesen unklaren Verweis sind offenbar Fälle gemeint, die im Gewinnfall dennoch zur StPflicht führen.

## B. Einschränkungen durch Abs. 4 Satz 1 Nr. 1: Einbringungsgeborene Anteile

92

### I. Einbringungsgeborene Anteile iSd. § 21 UmwStG

Aufgrund Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 ist die StBefreiung des Abs. 2 ausgeschlossen, „soweit die Anteile einbringungsgeboren iSd. § 21 des Umwandlungssteuergesetzes sind“.

**Anteile, die einbringungsgeboren iSd. § 21 des UmwStG sind:** § 21 UmwStG definiert als einbringungsgeboren solche Anteile an KapGes., die durch eine Sacheinlage unter dem Teilwert nach § 20 Abs. 1 und § 23 Abs. 1–4 UmwStG erworben wurden. Es ist unerheblich, ob der Einbringungsgegenstand bei dem Einbringenden dem BV oder der außerbetrieblichen Sphäre zuzuordnen ist. Einbringungsgeborene Anteile entstehen unter den Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 UmwStG in beiden Fällen.

**Wegfall des Charakters einbringungsgeborener Anteile:** Der Charakter der Einbringungsgeborenheit von Anteilen entfällt, wenn die Besteuerungstatbestände des § 21 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UmwStG eingreifen (s. Anm. 64). Danach kann keine Umgehung des Abs. 2 iSd. Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 mehr vorliegen. Dies folgt daraus, daß § 21 Abs. 1 UmwStG die Steuerverstrickung stiller Reserven sicherstellen soll, wenn eine Einbringung der verstrickten Einbringungsgegenstände (Betrieb, Teilbetrieb, Mitunternehmeranteil, mehrheitsvermittelnde Beteiligung an einer KapGes.) unter ihrem Teilwert erfolgt. Kommt es jedoch zur Versteuerung der stillen Reserven, zB aufgrund Antrags nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 UmwStG, endet auch die Steuerverstrickung der Anteile; sie verlieren ihre Eigenschaft als einbringungsgeboren (BMF v. 25.3.1998, BStBl. I, 268 Tz. 21.07; v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 35; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 75; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2001, 1634 mwN). Zum Antrag iSd. § 21 Abs. 2 Nr. 1 UmwStG s. Anm. 64.

**Unterschiedliche Formen der Entstehung einbringungsgeborener Anteile:** Die Negativabgrenzung des Abs. 4 erfaßt Anteile aus Einbringungen in eine KapGes. zu einem Wert unter dem Teilwert aufgrund:

► **§ 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG:** Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils in eine inländische KapGes. Nach Ansicht der FinVerw. unterfällt dem Tatbestand der Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils auch die Beteiligung an einer KapGes. Soweit sie wesentliches BV des Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils bildet, muß sie zwingen iRd. § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG mit eingebracht werden (BMF v. 25.3.1998, BStBl. I, 268 Tz. 20.08 und 20.12). Eine Aufteilung in nicht stfrei ver-



äußerbare Anteile und solche Anteile, die auf die Einbringung der Finanzbeteiligung entfallen und trotz Abs. 4 stfrei veräußert werden können, läßt die FinVerw. in diesen Fällen nicht zu (vgl. BMF v. 5.1.2004, BStBl. I, 44). Unklar ist, ob dies auch auf eine 100 vH-Beteiligung zutrifft. Kraft gesetzlicher Fiktion gilt eine solche Beteiligung im Rahmen des § 16 Abs. 1 Satz 1 EStG, § 15 Abs. 1 Satz 2 UmwStG als (eigenständiger) Teilbetrieb; diese Fiktion wird auf andere Fälle ausgedehnt (Teilbetrieb iSd. § 24 UmwStG, vgl. BMF v. 25.3.1998 aaO Tz. 24.03). Dasselbe sollte auch im Fall einer Einbringung aufgrund § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG gelten (vgl. zur Problematik SCHMITT in SCHMITT/HÖRTNAGEL/STRATZ, UmwStG/UmwStG III., § 20 UmwStG Rn. 9); die FinVerw. wertet die 100 vH-Beteiligung demgegenüber nicht als eigenständigen Teilbetrieb, wenn sie einem Teilbetrieb als wesentliche Betriebsgrundlage zuzuordnen ist (BMF v. 25.3.1998 aaO Tz. 15.06; ebenso PATT, FR 2004, 561 [562 f.]). Sofern die Beteiligung zwar BV bildet, aber nicht zum wesentlichen BV gehört, kann sie iRd. Einbringung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG miteingebracht oder aufgrund von § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG isoliert eingebracht werden (ausf. PATT, FR 2004, 561 ff.). Dies wirkt sich im Rahmen der Rückausnahme des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 aus, die nur die Einbringung von Anteilen an KapGes. auf der Grundlage des § 20 Abs. 1 Satz 2 (und § 23 Abs. 4) UmwStG als unschädlich zuläßt. Zur Aufteilung in stfrei und nicht stfrei veräußerbare Anteile vgl. BMF v. 5.1.2004, BStBl. I, 44; zu Einzelheiten s. Anm. 111.

► § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG: Einbringung von mehrheitsvermittelnden oder mehrheitsverstärkenden Anteilen an einer in- oder ausländischen KapGes. in eine inländische KapGes. Einbringender kann eine unbeschränkt oder beschränkt stpfl. natürliche Person oder KapGes. sein. Eingebracht werden müssen Anteile an einer KapGes. in der Weise, daß die aufnehmende KapGes. nach der Einbringung über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt. Dies kann durch die Einbringung einer mehrheitsvermittelnden Beteiligung selbst oder einer geringeren Beteiligung erfolgen, wenn die aufnehmende KapGes. vor der Einbringung bereits beteiligt war und durch die Einbringung die Mehrheit der Stimmrechte erhält oder wenn sie bereits vorher die Mehrheit der Stimmrechte innehatte. Auch einbringungsgeborene Anteile selbst können Gegenstand der Einbringung sein und behalten diesen Charakter, wenn die Einbringung unter dem Teilwert erfolgt (vgl. BMF v. 25.3.1998 aaO Tz. 21.11). Das gilt auch, wenn die einbringungsgeborenen Anteile in eine KapGes. eingelegt werden (§ 21 Abs. 4 UmwStG). Keine einbringungsgeborenen Anteile entstehen jedoch, wenn das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland für die neuen Anteile ausgeschlossen ist (§ 20 Abs. 3 UmwStG), wenn im PV gehaltene Anteile eingebracht werden, die im Zeitpunkt der Einbringung weder nach § 23 noch § 17 EStG steuerverstrickt und auch selbst nicht einbringungsgeboren sind (BMF v. 25.3.1998 aaO Tz. 21.04), wenn Anteile unter Teilwert eingebracht werden, für die die Bundesrepublik Deutschland bereits vor der Einbringung kein Besteuerungsrecht hatte (SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 555).

► § 23 Abs. 1 UmwStG: Einbringung eines inländ. Betriebs oder Teilbetriebs in die inländ. Betriebsstätte einer EU-KapGes. durch eine inländ. KapGes. Bei zum BV gehörenden Beteiligungen an einer KapGes. stellen sich wegen der Rückausnahmeregelung in Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 dieselben Abgrenzungsfragen wie im Fall einer Einbringung aufgrund § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG (ausf. PATT, FR 2004, 561 ff. u. Anm. 76).

► § 23 Abs. 2 *UmwStG*: Einbringung einer inländ. Betriebsstätte in eine EU-KapGes. durch eine beschränkt kstplf. EU-KapGes. Bei der aufnehmenden KapGes. kann es sich um eine inländ. oder beschränkt stplf. EU-KapGes. handeln. Die FinVerw verlangt entgegen seinem Wortlaut auch für Einbringungen nach § 23 Abs. 2 *UmwStG* die Gewährung neuer Anteile als Gegenleistung (BMF v. 25.3.1998 aaO Tz. 20.03 und 23.05). Auch dabei handelt es sich um nach § 21 Abs. 1 *UmwStG* einbringungsgeborene Anteile. Im Regelfall erfolgt gleichwohl trotz der Sperrwirkung des Abs. 4 keine inländ. Besteuerung des Veräußerungsgewinns, weil Veräußerungsgewinne oftmals aufgrund entsprechender DBA-Regelungen dem Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters zustehen. Mißbräuchen soll durch § 26 Abs. 2 Satz 2 *UmwStG* begegnet werden, nach dem die Einbringung rückwirkend als zum Teilwert durchgeführt besteuert wird, wenn die einbringende KapGes. die erhaltenen Anteile innerhalb einer Frist von sieben Jahren veräußert.

► § 23 Abs. 3 *UmwStG*: Einbringung einer EU-Betriebsstätte in eine beschränkt kstplf. EU-KapGes. durch eine inländ. KapGes. Im Gegenzug für die Einbringung erhält die einbringende inländ. KapGes. neue Anteile an der ausländ. EU-Gesellschaft. Setzt die aufnehmende beschränkt stplf. EU-KapGes. das BV der eingebrachten Betriebsstätte mit einem Wert unter dem Teilwert an, sind die gewährten Anteile einbringungsgeboren iSd. § 21 Abs. 1 *UmwStG*.

► § 23 Abs. 4 *UmwStG*: Einbringung von Anteilen an einer EU-KapGes. in eine andere EU-KapGes. (grenzüberschreitender EU-Anteilstausch) durch eine inländ. natürliche Person/Personenunternehmung oder KapGes. Wie im Fall des nationalen Anteilstausches entstehen einbringungsgeborene Anteile indes nicht, wenn das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland für die neuen Anteile ausgeschlossen ist (§ 23 Abs. 4 Satz 2 *UmwStG*) und wenn bereits kein Besteuerungsrecht an den eingebrachten Anteilen bestand (SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 556).

Zur Weitereinbringung einbringungsgeborener Anteile s. Anm. 107 (Ketteneinbringung).

## II. Erweiterung des Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 auf andere Fälle

Neben diesen ausdrücklich in § 21 *UmwStG* genannten Fällen kommt es zu einbringungsgeborenen Anteilen:

- ▷ in Fällen des § 25 *UmwStG*: entsprechende Anwendung der §§ 20 ff. *UmwStG* beim Formwechsel einer PersGes. in eine KapGes. Die Beteiligungen an der KapGes. sind einbringungsgeboren iSd. § 21 *UmwStG*.
- ▷ bei Verschmelzung einer KapGes., an der einbringungsgeborene Anteile bestehen. Die Qualifikation als einbringungsgeboren setzt sich an den für die Verschmelzung gewährten Anteilen fort (§ 13 Abs. 3 *UmwStG*). Im Fall der Spaltung gilt das entsprechend (§ 15 Abs. 1 *UmwStG*).
- ▷ in Fällen sog. Wertabspaltung (str.); nach der Rspr. des BFH (vgl. Urt. v. 8.4.1992 I R 128/88, I R 160/90, I R 162/90, BStBl. II, 761 ff.; ebenso FinVerw., BMF v. 25.3.1998, BStBl. I, 268 Tz. 21.14; BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 51 f.) springt die Qualifikation als einbringungsgeboren von derartigen Anteilen auf neue, im Rahmen einer Kapitalerhöhung geschaffene Anteile über, wenn sie ohne ein am Verkehrswert ausgerichtetes Agio ausgegeben werden. Dasselbe soll auch im umgekehrten Fall gelten; stille Reserven des

eingebrachten Vermögens sollen bei fehlendem Wertverhältnis auf Altanteile überspringen. Ungeklärt ist, ob alle Anteile quotale betroffen sind oder einzelne Altanteile insgesamt; die FinVerw. geht von einer quotalen Infektion aus (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 51 f. mit Berechnungsbeispiel; Einzelheiten bei PATT, DStR 1993, 600; HERZIG/RIECK, DStR 1998, 97; vgl. auch DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 68; HAUN/WINKLER, GmbHR 2002, 192 [199]; aA SEIBT, DStR 2000, 2061 [2069]; EILERS/WIENANDS, GmbHR 2000, 1229 [1137]; FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 64 u. 66a).

### III. Nicht von Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 erfaßte Fälle

94

Als einschränkende Regelung ist Abs. 4 Satz 1 uE als abschließend zu werten. Andere Fälle, in denen einer Anteilsveräußerung eine Vermögensübertragung voranging, werden uE nicht erfaßt, weil insoweit keine einbringungsgeborenen Anteile entstehen. Das BMF-Schreiben v. 28.4.2003, BStBl. I, 292, enthält zu diesen Fällen keine Stellungnahme:

- ▷ Fälle des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Buchst. a EStG, in denen die Einlage eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils mit den AK erfolgen muß (DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 75; KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 172);
- ▷ Fälle der kapitalistischen Betriebsaufspaltung; die Anteile an der BetriebsKapGes. können seitens der BesitzKapGes. trotz vorangegangener steuerneutraler Betriebsaufspaltung (bis einschließlich 1998, BMF v. 22.1.1985, BStBl. I, 97) stfrei veräußert werden (DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 [1023]; KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 172);
- ▷ Fälle der steuerneutralen Anwachsung, die auch zwischen KapGes. möglich ist (vgl. WATERMEYER, GmbH-StB 2003, 96 [97] mwN); gehört zum angewachsenen Vermögen die Beteiligung an einer KapGes., kann diese unter den Voraussetzungen von Abs. 4 (keine Einbringungsgeborenen der Anteile selbst) stfrei veräußert werden (FÜGER/RIEGER, FR 2003, 589 [593], EILERS/SCHMIDT, GmbHR 2003, 613 [629]);
- ▷ andere Fälle des unentgeltlichen Erwerbs, zB aufgrund des seit 1999 nicht mehr anwendbaren Tauschgutachtens (OFD Düss. v. 11.5.2004, FR 2004, 670; vgl. KÖSTER, FR 2000, 1263 [1266]). Eine Ausnahme soll gelten, wenn einbringungsgeborene Anteile getauscht werden (vgl. KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 170).

Einstweilen frei.

95–99

## C. Einschränkungen durch Abs. 4 Satz 1 Nr. 2: Anteilserwerb aufgrund Einbringung durch nichtbegünstigte Person

### I. Die erfaßten Einbringungsfälle

100

Die StFreiheit des Abs. 2 greift neben dem Fall der einbringungsgeborenen Anteile auch dann nicht ein, wenn Anteile durch eine Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse unmittelbar, mittelbar oder mittelbar über eine Mitunternehmerschaft von einem Einbringenden zu einem Wert unter dem Teil-

wert erworben wurden, der nicht zu den durch Abs. 2 begünstigten Stpfl. gehört. Auch insoweit sollen mißbräuchliche Umgestaltungsgestaltungen zur Nutzung des Abs. 2 gesperrt werden. Die Vorschrift erfaßt Anteile an KapGes. als Veräußerungsgegenstand iSd. Abs. 2, auch wenn sie nicht bereits einbringungsgeboren sind. Diese Anteile muß die veräußernde KapGes., Personenvereinigung oder Vermögensmasse von einem Einbringenden unter dem Teilwert erworben haben, so daß der Einbringende keine oder nicht alle stillen Reserven aufgedeckt hat.

## II. Die nichtbegünstigten Einbringenden

Diese Tatbestandsvoraussetzung enthält uE zwei verschiedene Elemente, nämlich zum einen die persönliche Voraussetzung „nicht zu den durch Absatz 2 begünstigten Steuerpflichtigen gehörend“ und zum anderen eine materielle Voraussetzung, die durch das Merkmal „Einbringender“ zum Ausdruck kommt.

**Nicht zu den von Abs. 2 begünstigten Steuerpflichtigen gehörend:** Es werden solche Anteile an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen von der StFreiheit für einmalige Erträge ausgenommen, die die KapGes. durch einen Einbringenden erhält, der selbst nicht die StFreiheit für Veräußerungsgewinne beanspruchen kann, sondern Adressat des Halbeinkünfteverfahrens ist. Betroffen sind insbes. natürliche Personen und Mitunternehmenschaften, soweit deren Gesellschafter nicht selbst über Abs. 6 begünstigt sind.

**Beispiel:** vgl. inoffizielle Begründung des Gesetzentwurfs durch den Vermittlungsausschuss zum StSenkG (BTDrucks. 14/6882, 36).

Einzelunternehmer U hält eine Beteiligung an der X-GmbH, deren Veräußerung für ihn nach Maßgabe des Halbeinkünfteverfahrens stpfl. wäre. U bringt die Beteiligung an der X-GmbH zu Buchwerten in die Y-GmbH ein. Die Y-GmbH veräußert die X-Anteile an Dritte weiter.

Y-GmbH hat die Anteile an der X-GmbH von einer natürlichen Person erworben, die naturgemäß nicht zum Kreis der persönlich nach Abs. 2 Berechtigten gehört. Die eingebrachten Anteile kann Y-GmbH erst nach Ablauf der Sperrfrist von sieben Jahren stfrei veräußern (zur stfreien Veräußerung bis zur Änderung des Abs. 4 Satz 2 durch das UntStFG s. Anm. 112).

**Einbringender:** UE folgt aus diesem Merkmal, daß nicht jeder Erwerb von einem Nichtbegünstigten ausreicht, sondern daß er durch eine Einbringung erfolgen muß. Einbringung ist iSd. § 20 UmwStG zu verstehen. Dies folgt auch aus der inoffiziellen Begründung des Vermittlungsausschusses zum UntStFG, nach der gerade die bis dahin möglichen Voreinbringungen in eine KapGes. durch eine natürliche Person auf der Grundlage des § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG ausgeschlossen werden sollte (BTDrucks. 14/6882, 36).

Zu weit ist demzufolge Tz. 39 des BMF-Schreibens v. 28.4.2003 (BStBl. I, 292), nach dem auch die verdeckte Einlage von Anteilen des PV in eine KapGes., die aufgrund § 6 Abs. 6 Satz 3, Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Buchst. a EStG mit den AK zu bewerten ist, der Sperrwirkung des Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 unterfällt (zustimmend FÜGER/RIEGER, FR 2003, 589 [592 f.] mwN; zum im übrigen umstrittenen Anwendungsbereich des § 6 Abs. 6 Satz 3 EStG vgl. FÜGER/RIEGER, DStR 2003, 628 mwN).

### III. Unmittelbarer oder mittelbarer Erwerb, mittelbarer Erwerb über eine Mitunternehmerschaft

Der Erwerb von einer nicht durch Abs. 2 begünstigten Person muß „unmittelbar, mittelbar oder mittelbar über eine Mitunternehmerschaft“ erfolgt sein. Die Aufzählung hat alternativen Charakter („oder“).

**Erwerb** ist in den Ertragsteuergesetzen nicht definiert und bildet den Oberbegriff von Anschaffung, unentgeltlichem und gesetzlichem Erwerb. Der Begriff ist – wie Veräußerung auch – wirtschaftlich auszulegen und bedeutet den Erwerb des zivilrechtlichen, zumindest aber wirtschaftlichen Eigentums (vgl. zB SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIII. § 5 Rn. 191; auch FÖRSCHLE in Beck-Bil-Komm. V., § 248 Rn. 10). Auch die verdeckte Einlage würde zu einem „Erwerb“ führen, wenn die Erwerbstatbestände nicht durch „Einbringung“ tatbestandlich eingegrenzt wären (aA KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 182 mit Beisp.).

**Unmittelbar:** Es handelt sich um eine Einbringung von mehrheitsvermittelnden Anteilen an in- und ausländischen KapGes. unmittelbar in die durch Abs. 2 begünstigte KapGes.

**Mittelbar:** Ungeklärt war bis zum ProtErklG, ob die Restriktion des Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Halbs. 2 auch den mittelbaren Erwerb über eine Körperschaft von einem nicht durch Abs. 2 Begünstigten erfaßt.

Das BMF-Schreiben v. 28.4.2003 (BStBl. I, 292) enthält dazu in Tz. 38 folgendes

**Beispiel:** Einzelunternehmer U hält eine Beteiligung an der x-GmbH, deren Veräußerung für ihn stpfl. wäre. U bringt die Beteiligung an der x-GmbH zum unter dem Teilwert liegenden Buchwert in die y-GmbH ein. Die y-GmbH bringt ihrerseits die Beteiligung an der x-GmbH zum unter dem Teilwert liegenden Buchwert in die Z-AG ein. Die Z-AG veräußert die Anteile an der x-GmbH an Dritte weiter.

Durch das ProtErklG hat der Gesetzgeber den Tatbestand des Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Halbs. 2 iSd. Verwaltungsmeinung um „mittelbar“ ergänzt.

*Hinweis:* Ausweislich der Regierungsbegründung handelt es sich um eine Klarstellung. UE ist die Ergänzung um „mittelbar“ demgegenüber konstitutiv und gilt nicht für entsprechende Veräußerungen, die bis zum 31.12.2003 erfolgten (s. zur Rückwirkung auch Anm. 11). Denn entgegen der Verwaltungsansicht handelte es sich uE bei weiter eingebrachten (mittelbar eingebrachten) Anteilen nicht um einen Fall der persönlichen Sperrwirkung. Eine solche Auslegung wäre vom Wortlaut des Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 nicht mehr gedeckt (ebenso KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 184; LEIP, BB 2002, 1839 [1841 f.]; STRAHL, KÖSDI 2003, 13578 [13582]; REINHARDT, BB 2003, 1148 [1151]; krit. EILERS/SCHMIDT, GmbHR 2003, 613 [627]). Die Gegenmeinung (DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 82a; FROTSCHER, Inf. 2003, 457 [461]; KNEBEL/SELTENREICH, Stbg. 2003, 259 [263]) beruft sich auf §§ 22 Abs. 1 u. 2, 12 Abs. 3 Satz 1 UmwStG; danach habe die aufnehmende KapGes. die Siebenjahresfrist aufgrund Gesamtrechtsnachfolge fortzusetzen. UE kann sich die Gesamtrechtsnachfolge nur auf Eigenschaften der Anteile selbst, wie zB Einbringungsgeborenheit, nicht aber persönliche Eigenschaften (natürliche Person) des ehemaligen Anteilsinhabers beziehen. Insbes. erfordert der Sinn der Regelung keine erweiternde Anwendung, denn die gesetzliche Regelung des Abs. 4 gab im Konflikt zwischen einem Erwerb von einem nicht durch Abs. 2 Begünstigten und der allgemeinen Veräußerungsgewinnbefreiung in Abs. 2 letzterer den Vorrang (aA WIDMANN/MAYER, § 20 UmwStG, grüne Blätter Rn. 20). Insoweit ist die Gesetzesänderung durch das ProtErklG unsystematisch.

**Mittelbar über eine Mitunternehmerschaft:** Diese Alternative erfaßt die Einbringung von mehrheitsvermittelnden Anteilen, die über Abs. 6 zu einer stfreien Veräußerung geführt werden können. Es handelt sich um Fälle der Einbringung in eine Mitunternehmerschaft (§ 24 UmwStG), wobei ein Wert unter dem Teilwert angesetzt wird. An der Mitunternehmerschaft ist oder wird eine durch

Abs. 2 begünstigte Person (insb. KapGes.) beteiligt (vgl. auch DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 81; FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 70). Die anschließende Veräußerung des Mitunternehmeranteils durch die beteiligte KapGes. ist stfrei, soweit der Gewinn auf die Beteiligung entfällt; ebenso ist die Veräußerung durch die aufnehmende Mitunternehmerschaft stfrei, soweit eine KapGes. beteiligt ist (Abs. 6). Zu den str. gewstl. Auswirkungen s. Anm. 144 u. 151.

**Beispiel** (entsprechend BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 38): Im o.g. Beispiel bringt Einzelunternehmer U die Beteiligung an der x-GmbH in die U-KG ein, an der die y-GmbH beteiligt ist. Soweit ein Veräußerungsgewinn aus der Veräußerung von Anteilen an der x-GmbH – sei es durch Veräußerung des Mitunternehmeranteils an der U-KG (Abs. 6) oder bei Veräußerung durch die U-KG selbst (Abs. 2) – auf die y-GmbH entfällt, würde ohne die Restriktion des Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Halbs. 2 die Stfreiheit für Einmalerträge gewährt.

Um einen Fall der mittelbaren Einbringung über eine Mitunternehmerschaft handelt es sich uE auch, wenn die Mitunternehmerschaft selbst eine Beteiligung in eine KapGes. einbringt. Dies folgt aus der durch Abs. 6 für diese Fälle angeordneten Geltung der Abs. 1–5 auch in Fällen der begünstigten Beteiligung bei zwischengeschalteter Mitunternehmerschaft.

**Beispiel:** A ist alleiniger Kommanditist der A-GmbH & Co. KG, die alle Anteile an der x-GmbH hält. Die A-GmbH & Co. KG bringt die Anteile in die von ihr allein gehaltene y-GmbH ein. Die Y-GmbH kann die Anteile an der x-GmbH während einer Frist von sieben Jahren nach der Einbringung nicht stfrei veräußern.

103–104 Einstweilen frei.

## D. Rückausnahme des Abs. 4 Satz 2 Nr. 1: Veräußerung nach Ablauf von sieben Jahren

105

### I. Überblick

Nicht alle der in Abs. 4 Satz 1 genannten schädlichen Vorgänge führen immer und zeitlich unbegrenzt zur Versagung der Stbefreiung. Die Stbefreiung nach Abs. 2 für einmalige Beteiligungsgewinne bleibt trotz

- Einbringungsgeborenenheit von Anteilen (Satz 1 Nr. 1) oder
- Erwerbs von Anteilen unter Teilwert von einem nichtbegünstigten Einbringenden (Satz 1 Nr. 2)

erhalten, wenn eine Veräußerung dieser Anteile oder ein in Abs. 2 genannter veräußerungsgleicher Vorgang erst nach Ablauf von sieben Jahren nach der Einbringung erfolgt. Dies ergibt sich aus der Rechtsanordnung in Abs. 4 Satz 2 Nr. 1.

106

### II. Siebenjahresfrist nach der Einbringung

Das Gesetz wertet eine Einbringung nicht mehr als typisierten Mißbrauchsfall, wenn der zu einem Gewinn iSd. Abs. 2 führende Vorgang später als sieben Jahre nach der Einbringung stattfindet. Diese Behaltefrist ist ebenfalls in Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 genannt, s. Anm. 111.

**Dauer der Behaltefrist:** Die Frist von sieben Jahren ist eine absolute Frist, die nicht verlängert, aber auch nicht verkürzt werden kann (zu Ketteneinbringungen



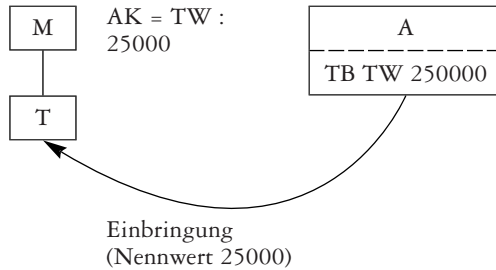
s. nachfolgend Anm. 107). Für ihre – taggenaue – Berechnung ist § 108 AO maßgebend.

**Fristbeginn:** Der Beginn der Siebenjahresfrist richtet sich seit dem UntStFG nach dem Zeitpunkt der Einbringung, auf der die veräußerten Anteile beruhen.

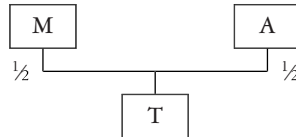
► *Alte Rechtslage bis StSenkG:* Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 idF des StSenkG stellte nicht auf den Zeitpunkt der Einbringung, sondern auf den „Erwerb“ der Anteile ab. Die Änderung durch das UntStFG soll nach der Gesetzesbegründung auch Fälle nachträglicher Verstrickung von vor mehr als sieben Jahren erworbener Anteile erfassen. Der Beginn der Siebenjahresfrist wird dadurch auf den Zeitpunkt einer späteren Verstrickung von Anteilen (durch Wertabspaltung) verschoben. Die FinVerw. (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 52) nennt hierzu als Beispiel die Wertabspaltung bei Sacheinlage (s. dazu Anm. 100). Die nachträgliche Verstrickung von Anteilen soll bewirken, daß sowohl Altanteile, die nie einbringungsgeboren waren oder für die die Siebenjahresfrist des Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 abgelaufen ist, quotall infiziert werden als auch Neuanteile, auf die stille Reserven bestehender einbringungsgeborener Anteile überspringen; in jedem Fall des Überspringens der Steuerverhaftung soll eine neue Siebenjahresfrist beginnen (ausführlich KESSLER/SCHMALZ/SCHMIDT, DStR 2001, 1865 [1869]; DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 [1024]).

**Beispiel:** Die M-GmbH gründete die T-GmbH vor acht Jahren im Wege der Bargründung; Stammkapital 25 000 €. Im Jahre 08 beträgt der Teilwert der Anteile weiterhin 25 000 €. Die A-GmbH beteiligt sich an der T-GmbH zu 1/2; Kapitalerhöhung 25 000 €. Die Einlage leistet die A-GmbH nicht in bar, sondern durch Einbringung ihres Teilbetriebs steuerneutral aufgrund § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG, Buchwert 25 000 €, Teilwert 250 000 €. Die Altanteile der M-GmbH werden nachträglich einbringungsgeboren durch Überspringen stiller Reserven von 112 500 €.

1.



2.



TW	25 000
+250 000	
275 000	
davon entfallen auf M 1/2	137 500
abzgl. „geleisteter Einlage“	– 25 000
übergesp. st. Reserven	112 500

► *Neue Rechtslage seit UntStFG:* Obwohl die Neufassung durch das UntStFG für den Fristbeginn auf die Einbringung statt auf den Erwerb der Anteile abstellt,

bleibt weiterhin offen, ob der handels- oder strechtlich wirksame Einbringungszeitpunkt zur Berechnung des Fristbeginns maßgebend ist. In Übereinstimmung mit der bislang bereits hM (vgl. nur DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 87; FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 74) geht auch die FinVerw. (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 41) vom steuerwirksamen Einbringungszeitpunkt einschließlich der Rückwirkungsfiktion des § 20 Abs. 7 u. 8 UmwStG aus. Die Berechnung nach § 108 AO ist taggenau vorzunehmen.

*Hinweis:* Die Frist kann bereits vor der zeitlichen Anwendung des § 8b begonnen haben (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 42; krit. dazu SEER/DRÜEN, GmbHR 2002, 1093) und auch bereits vorher (teilweise) abgelaufen sein (DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 85).

**Einbringung** iSd. Siebenjahresfrist ist uE nur ein Tatbestand, der zur Sperrwirkung nach Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 (einbringungsgeborene Anteile) oder Satz 1 Nr. 2 (Anteile, die ein nicht durch Abs. 2 Begünstigter eingebracht hat) führt. Weitergehend DÖTSCH/PUNG (in DEJPW, § 8b Rn. 86) und KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 182; krit. RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2001, 1634 (1640).

### III. Vorgang nach Abs. 2 und weiterer Anteilstausch

Die Rückausnahme des Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 (Siebenjahresfrist) stellt auf den in Abs. 2 bezeichneten Vorgang ab. Erfasst werden alle Vorgänge, die zu einem stfreien Veräußerungsgewinn führen. Ein wesentlicher Anwendungsfall ist die Veräußerung von Anteilen ebenso wie die verdeckte Einlage.

**Veräußerung erfordert wirtschaftlichen Übergang:** Es gelten die allgemeinen Grundsätze für Anteilsübertragungen, denn Abs. 4 stellt für die stfreie Veräußerung einbringungsgeborener oder durch einen Nichtbegünstigten unter Teilwert eingebrachter Anteile nach Abs. 2 nur besondere (zusätzliche) Voraussetzungen auf, ohne allgemeine Grundsätze zu ändern.

**Anteilstausch als „Veräußerungssurrogat“?** Fraglich ist, welche Auswirkungen steuerneutrale Reorganisationen hinsichtlich der Siebenjahresfrist zeitigen, insbes. ob eine weitere siebenjährige Haltefrist ausgelöst wird, wenn die bereits von einer siebenjährigen Frist erfaßten einbringungsgeborenen Anteile Gegenstand einer solchen Reorganisation sind:

► *Anteilstausch (Ketteneinbringung):* UE ist die Siebenjahresfrist für die eingebrachten und die im Gegenzug erhaltenen Anteile zwar unabhängig voneinander zu ermitteln. Hinsichtlich einbringungsgeborener Anteile, die Gegenstand einer weiteren Einbringung sind, tritt neben die ursprüngliche Siebenjahresfrist keine weitere, neu beginnende Siebenjahresfrist. Eine solche Auslegung des Wortlauts des Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 würde seinem Zweck widersprechen. Verhindert werden soll nur die sachliche oder persönliche Ausweitung des Anwendungsbereichs des Abs. 2; soweit allein die erste Gestaltung den Restriktionen des Abs. 4 unterfällt, beginnt keine neue Siebenjahresfrist, wenn der weitere Anteilstausch nicht selbst schädlich ist. Das ist regelmäßig beim Anteilstausch zwischen KapGes. wegen der Ausnahmeregelung in Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 Halbs. 1 der Fall. Eine neue Siebenjahresfrist kann für die eingebrachten Anteile aber zB in Gang gesetzt werden, wenn einbringungsgeborene Anteile innerhalb der dafür laufenden Siebenjahresfrist durch einen nicht durch Abs. 2 Begünstigten unter dem Teilwert in eine KapGes. eingebracht werden (glA DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 88 f. und KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 194 m.w.Bsp.). Zur konkurrieren-

renden Sperrfrist des § 26 Abs. 2 UmwStG s. EILERS/ TESKE, DStR 2003, 1195 (1196).

► *Verschmelzung und Spaltung*: Auch durch Verschmelzung und Spaltung wird keine neue Siebenjahresfrist für solche Anteile ausgelöst, die im zu übertragenden Vermögen enthalten sind. Der Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge (§§ 4 Abs. 2, 12 Abs. 3 Satz 1 [iVm § 15 Abs. 1] UmwStG) erfaßt auch eine bereits laufende Sperrfrist (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 45).

#### IV. Kritik an der siebenjährigen Behaltefrist

108

Die Behaltefrist von sieben Jahren entspricht der Umgehungsregelung des § 8b Abs. 3 idF bis StSenkG und des § 26 Abs. 2 UmwStG. Bereits in diesem Zusammenhang wurde die Behaltefrist von sieben Jahren vielfach als nicht EU-richtlinienkonform angesehen (vgl. EILERS, DB 1993, 1156 [1157]; WASSERMEYER, DStR 1992, 57 [61]). Aufgrund Art. 11 Abs. 1 Buchst. a der Fusionsrichtlinie (90/434/EWG v. 23.7.1990, Abl. EG Nr. L 225, 1) kann die Steuerneutralität einer Einbringung versagt werden, wenn sie sich als rechtsmißbräuchlich darstellt. Das ist nach der Richtlinie dann nicht der Fall, wenn sie auf vernünftigen wirtschaftlichen Gründen wie insbes. der Umstrukturierung oder Rationalisierung der beteiligten Gesellschaften beruht. Ein Zeitraum von sieben Jahren erscheint zu lang, um typisierend für eine Veräußerung einen Mißbrauch anzunehmen.

Entsprechend empfahl der Bericht der BReg. zur Unternehmenssteuerreform eine Verkürzung der Sperrfrist (Beil. zu FR 11/2001, 1 [7]). Stattdessen wurde im Gesetzgebungsverfahren zum StVergAbG die Abschaffung der Sperrfrist mit der Folge einer immerwährenden Restriktion erwogen, aber wegen massiver Kritik nicht umgesetzt.

**Gestaltungsmöglichkeiten während der Sperrfrist:** Ist während der Siebenjahresfrist eine Veräußerung sperrfristbehafteter Anteile beabsichtigt, werden verschiedene Gestaltungen zur Steueroptimierung vorgeschlagen. Hierzu s. Anm. 114.

Einstweilen frei.

109

### E. Rückausnahme des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2: keine Einbringungsgeborenheit durch unmittelbare oder mittelbare Sacheinlage aufgrund §§ 20 Abs. 1 Satz 1, 23 Abs. 1–3 UmwStG und keine Einbringung von Anteilen unter Teilwert durch einen Nichtbegünstigten innerhalb Siebenjahresfrist

#### I. Übersicht

110

Abs. 4 Satz 2 enthält zwei Negativtatbestände, die die Versagung der StFreiheit für einmalige Beteiligungserträge beibehalten und dadurch insoweit keine Rückausnahme zulassen. Im ersten Fall (Halbs. 1) wird die Versagung der StFreiheit beibehalten, wenn Anteile veräußert werden, die unmittelbar oder mittelbar auf einer Sacheinlage mit einem Wertansatz unter dem Teilwert aufgrund § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG (Einbringung von Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil) oder § 23 Abs. 1–3 UmwStG (Einbringung eines Betriebs oder Teil-

betriebs) beruhen. Im zweiten Fall (Halbs. 2) bleibt es bei der Versagung der StFreiheit, wenn die veräußernde KapGes. die Anteile aufgrund einer Einbringung durch einen Nichtbegünstigten unter dem Teilwert erworben hat.

111 **II. 1. Fall: Kein Beruhen auf einer Einbringung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 oder § 23 Abs. 1–3 UmwStG (Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 Halbs. 1)**

Die Rückausnahme soll die StFreiheit für aufgrund Abs. 2 stfreie einmalige Beteiligungserträge erhalten, in denen eine Veräußerung oder ein dieser gleich gestellter Vorgang (zB verdeckte Einlage) statt der Einbringung zu einem stfreien einmaligen Beteiligungsertrag führen würde. Erfolgt nämlich die Einbringung durch eine durch Abs. 2 begünstigte KapGes., hätte sie die Anteile auch stfrei an den Einbringungsempfänger veräußern können. Es besteht kein Grund, in diesen Fällen die StFreiheit zu versagen, weder für die eingebrachten Anteile noch für die für die Einbringung gewährten Anteile. Die Rückausnahme war bereits im StSenkG enthalten, wurde aber durch das UntStFG redaktionell überarbeitet. Nach der ursprünglichen Fassung (des StSenkG v. 23.10.2000, BGBl. I, 1433) sollte die StFreiheit auch im Fall einbringungsgeborener Anteile erhalten bleiben,

„soweit die in Satz 1 bezeichneten Anteile aufgrund eines Einbringungsvorgangs nach § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwG erworben worden sind, es sei denn, die Anteile sind unmittelbar oder mittelbar auf eine Einbringung im Sinne des § 20 Abs. 1 Satz 1 oder des § 23 Abs. 1 bis 3 UmwStG innerhalb der in Nr. 1 bezeichneten Frist zurückzuführen.“

Diese ursprüngliche Regelung verdeutlicht ihren Zweck besser als die nur schwer verständliche Fassung durch das UntStFG, die allerdings nun auch Einbringungen aufgrund § 23 Abs. 4 UmwStG einbezieht (vgl. auch DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 97; KESSLER/SCHMALZ/SCHMIDT, DStR 2001, 1865; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2001, 1634).

**Auf einer Einbringung beruhen:** Unklar ist bereits, wann Anteile auf einer Einbringung beruhen. Nach dem Gesetzeszweck, keinen Steuervorteil durch die Befreiung einmaliger Beteiligungserträge aufgrund Einbringungen in eine KapGes. entstehen zu lassen, erfaßt „beruhen“ zwei Seiten der Einbringung. Zum einen werden die Anteile erfaßt, die die entsprechende KapGes. erhält, und zum anderen die Anteile, die der durch Abs. 2 begünstigte Einbringende im Gegenzug für die Einbringung erhält (glA DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 99; FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 75; HÖRGER/SCHMIDT, DB 2000, 1988 [1989]). Bei der aufnehmenden Gesellschaft kann es sich uE aber nur um solche Anteile handeln, die selbst einbringungsgeboren sind; anderenfalls liegt bereits kein Versagungsfall aufgrund Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 vor. Beim Einbringenden handelt es sich dann um entsprechend mittelbar einbringungsgeborene Anteile.

*Hinweis:* Insoweit ist auch die Regierungsbegründung zum UntStFG (BTDrucks. 14/6882, 36) unklar. Die im Verhältnis zum StSenkG geänderte Rückausnahme soll auch klarstellen, daß der Erwerb einer Kapitalbeteiligung von einer KapGes. durch eine KapGes. aufgrund § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG (im Rahmen einer Betriebs-, Teilbetriebs- oder Mitunternehmeranteileinbringung) bei der aufnehmenden KapGes. keine Sperrfrist auslöst. Diese Anteile werden jedoch nicht von der Restriktion des Abs. 4 Satz 1 erfaßt, so daß sie auch bereits vor der Ergänzung durch das UntStFG stfrei veräußert werden konnten (RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2001, 1634 [1640]). Eine Ausnahme besteht nur insoweit, wie diese Anteile – unmittelbar oder mittelbar – selbst wieder auf eine schädliche Einbringung zurückzuführen sind.

**Einbringung iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 oder § 23 Abs. 1–3 UmwStG:** Erfasst werden Einbringungsfälle, die im Fall der nationalen Einbringung einen Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil (§ 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG) oder im Fall der EU-Einbringung einen Betrieb oder Teilbetrieb (§ 23 Abs. 1–3 UmwStG) zum Gegenstand haben. Das gilt auch für Mehrfacheinbringungen. Sobald einem Anteilstausch in einer Kette von Einbringungen eine (schädliche) Einbringung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 oder § 23 Abs. 1–3 UmwStG vorgeschaltet ist, ist der Tatbestand der (unschädlichen) Rückausnahme nicht erfüllt. Da eine Veräußerung von Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil für die veräußernde KapGes. nicht zu einem nach Abs. 2 begünstigten Gewinn führt, soll auch die Veräußerung nach Voreinbringung in eine KapGes. mit nachfolgender Veräußerung der dadurch „geborenen Anteile“ an KapGes. nicht begünstigt sein.

**Unmittelbare Einbringung:** Es handelt sich um Fälle, in denen die *veräußernde* KapGes. selbst einen Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil in eine Tochter-KapGes. steuerneutral oder zumindest unter dem Teilwert nach § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG gegen Gewährung neuer Anteile einbringt. Diese neuen Anteile sind Gegenstand des nachfolgenden Veräußerungsgeschäfts, für das die StFreiheit zu versagen ist.

**Mittelbare Einbringung:** Erfasst werden Fälle, in denen ein Dritter einen Betrieb oder Teilbetrieb unter dem Teilwert nach § 23 Abs. 1–3 UmwStG oder einen Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil nach § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG in eine KapGes. gegen Gewährung von neuen Anteilen einbringt und diese Anteile sodann in die veräußernde KapGes. weiter einbringt. Sowohl die Veräußerung der ursprünglich für die Einbringung nach §§ 20 Abs. 1 Satz 1, 23 Abs. 1–3 UmwStG gewährten Anteile (unmittelbar) als auch die zur Weitereinbringung gewährten Anteile (mittelbar) unterfallen der Sperrwirkung des Abs. 4.

**Innerhalb der in Nr. 1 bezeichneten Frist:** Das am Ende des Halbs. 2 genannte Merkmal „innerhalb der in Nummer 1 bezeichneten Frist“ ist mißverständlich, bezieht sich aber wohl auch auf Halbs. 1. Andernfalls könnte die Rückausnahme des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 nie eingreifen, wenn die veräußerten Anteile auf einer Einbringung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 bzw. § 23 Abs. 1–3 UmwStG beruhen. Inhaltlich ist die Bezugnahme in Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 auf die „in Nummer 1 bezeichnete Frist“ als eine Bezugnahme auf sieben Jahre anzusehen (vgl. ausführlich WIDMANN in WIDMANN/MAYER, § 20 UmwStG, grüne Blätter Rn. 13.3). Zur Kritik an der zu lang bemessenen Frist vgl. Anm. 108.

**Beispiel** aus BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 48:

Die X-GmbH hatte im Jahr 1998 einen Teilbetrieb zu einem unter dem Teilwert liegenden Buchwert von 400 in die Y-GmbH eingebracht. Im Jahr 2000 übertrug sie die Anteile an der Y-GmbH zu Buchwerten im Wege der Sachgründung auf die Z-GmbH. Im Jahr 2003 veräußert die X-GmbH die Anteile an der Z-GmbH für 750.

Der Veräußerungsgewinn von 350 fällt nicht unter die Rückausnahme des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2. Die Anteile an der Z-GmbH beruhen zwar auf einem Einbringungsvorgang iSd. § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG, sind aber mittelbar durch eine (schädliche) Einbringung eines Teilbetriebs gem. § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG entstanden, die noch nicht länger als sieben Jahre zurückliegt.

*Hinweis:* Der Gesetzeswortlaut schließt die StBefreiung allgemein bei einer Einbringung aufgrund §§ 20 Abs. 1 Satz 1, 23 Abs. 1–3 UmwStG aus. Das aber würde dem Zweck der Ausnahmeregelung des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 nicht gerecht, denn die „mittelbare“ Einbringung kann nur dann schädlich sein, wenn sie unter dem Teilwert erfolgte; das sieht offenbar auch die FinVerw. so, wenn sie im vorangegangenen Beispiel auf eine Einbringung zu einem unter dem Teilwert liegenden Wert abstellt. Hätte die X-GmbH

die Einbringung zum Teilwert vorgenommen, wäre nach Sinn und Zweck (teleologische Reduktion) des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 die StBefreiung für die Veräußerung der Anteile an der Z-GmbH zu gewähren (vgl. DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 103; FÜGER/RIEGER, FR 2003, 589 [594]).

**Begünstigung durch Rückausnahme:** Im Umkehrschluß zur doppelten Negation in der Rückausnahme des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 sind einmalige Erträge aus einbringungsgeborenen Anteilen trotz Abs. 4 Satz 1 stfrei, wenn sie – wie bereits idF des StSenkG – auf einem nationalen Anteilstausch aufgrund § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG beruhen. Durch die Änderung der ursprünglichen Fassung des StSenkG durch das UntStFG wird indes nunmehr auch der EU-Anteilstausch aufgrund § 23 Abs. 4 UmwStG (von Beginn des Systemwechsels an) begünstigt, dessen Nichtaufführung im StSenkG offenbar auf einem gesetzgeberischen Versehen beruhte und dessen nunmehr auch vom Wortlaut gedeckte Einbeziehung vom Zweck der Regelung des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 geboten war (s. Anm. 110 f.; § 8b Anm. J 01-18; vgl. auch DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 104).

*Hinweis:* Die Rückausnahme greift indes trotz begünstigenden Anteilstauschs nicht, wenn ein Fall des Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 vorliegt.

Zu Abs. 4 unterfallenden Fallgestaltungen im einzelnen vgl. HARITZ/WISNIEWSKI, GmbHR 2000, 789 (794); EILERS/WIENANDS, GmbHR 2000, 1229 (1236 ff.); DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 (1022 ff.); FÜGER/RIEGER, FR 2003, 589 (591 ff.).

**Abgrenzungsfragen:** Durch die Erstreckung der Rückausnahme auf Fälle einer Einbringung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 und § 23 Abs. 4 UmwStG ergeben sich Abgrenzungsfragen zur Identifizierung begünstigter und nicht begünstigter Anteile. Diese treten insbes. auf, wenn die Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils aufgrund § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG erfolgt und zum BV Anteile an KapGes. gehören. Die Beurteilungsgrundsätze der FinVerw. sind im BMF-Schreiben v. 5.1.2004 (BStBl. I, 44) enthalten. Hierzu s. Anm. 113.

### III. 2. Fall: Kein Beruhen auf einer Einbringung durch einen Nichtbegünstigten

Der zweite Fall des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 ist in engem Zusammenhang mit der Restriktion des Abs. 4 Satz 1 Nr. 2, dem Erwerb von einem nicht durch Abs. 2 begünstigten Stpfl. unter dem Teilwert, zu sehen. Ohne die ergänzende Regelung im Rahmen der Rückausnahmen wäre die Restriktion wirkungslos. Deshalb wurde sie durch das UntStFG eingeführt, und zwar für Veräußerungen durch die aufnehmende KapGes. ab dem 15.8.2001 (§ 34 Abs. 4 Satz 7; s. Anm. 9). Die Änderung soll die aufgrund des StSenkG noch mögliche Gestaltung verhindern, durch die die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen durch natürliche Personen im Halbeinkünfteverfahren hinausgeschoben werden konnte.

**Beispiel** aus der inoffiziellen Begründung des StSenkG durch den Vermittlungsausschuß: Einzelunternehmer U hat eine Beteiligung an der x-GmbH, deren Veräußerung für U stpfl. wäre. U bringt seine Beteiligung zu Buchwerten gem. § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG in die y-GmbH ein. Die y-GmbH veräußert die Beteiligung an der x-GmbH an Dritte stfrei gem. Abs. 2 weiter.

Hätte U die Beteiligung unmittelbar veräußert, wäre der Gewinn unter Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c EStG) besteuert worden. Auf der Ebene des einbringenden U entstand somit ein Steuerstundungseffekt bis zur Ausschüttung des Veräußerungsgewinns an U, den die y-GmbH wegen der ersten Rückausnahme – nicht schädliche Anteilseinbringung aufgrund § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG – stfrei realisieren konnte.



Die Rückausnahme in Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 Halbs. 2 ist – wie die gesamte Regelung – ungenau formuliert, obwohl sie durch das UntStFG und wiederum durch das ProtErklG redaktionell überarbeitet wurde. Sie wirft nach wie vor zahlreiche Auslegungs- und Anwendungsfragen auf (vgl. WIDMANN in WIDMANN/MAYER, § 20 UmwStG, grüne Blätter Rn. 13 ff.; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 83; FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 75; FÜGER/RIEGER, FR 2003, 589 [595]; EILERS/SCHMIDT, GmbHR 2003, 613 [631]).

**Einbringung durch einen Nichtbegünstigten unter Teilwert:** Erfasst werden Einbringungsvorgänge, soweit ein nicht durch Abs. 2 Begünstigter Einbringender ist. Betroffen sind Einbringungen aufgrund § 20 Abs. 1 Satz 2, § 23 Abs. 4 UmwStG, die zu einem Wert unter dem Teilwert erfolgen. Dasselbe gilt im Grunde genommen auch für Einbringungen aufgrund § 20 Abs. 1 Satz 1 u. § 23 Abs. 1–3 UmwStG, die aber ebenso bereits durch Nr. 2 Halbs. 1 schädlich für Abs. 2 bleiben. Im wesentlichen sind Einbringungen durch natürliche Personen betroffen.

**Auf der Einbringung beruhende Anteile:** Str. ist insbes., welcher Vorgang mit „Einbringung“ gemeint ist, auf der die Anteile beruhen. UE können nur die eingebrachten Anteile als nicht begünstigte Veräußerungsobjekte gemeint sein (ebenso BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 49). Der Wortlaut ließe auch eine andere Auslegung zu. So wird argumentiert, es käme nicht auf den Einbringungsvorgang durch einen Nichtbegünstigten an, sondern auf die eingebrachten Anteile. Gingen sie aus einer Bargründung hervor, beruhten die Anteile nicht auf einer Einbringung durch einen Nichtbegünstigten (HAUN/WINKLER, GmbHR 2002, 192 [197]). Teilweise wird auch vertreten, mit der in Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 Halbs. 2 angesprochenen Einbringung durch einen Nichtbegünstigten sei eine andere Einbringung gemeint, als die von Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 erfaßte (vgl. WIDMANN in WIDMANN/MAYER, § 20 UmwStG, grüne Blätter, Rn. 20.2; ablehnend DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 105). Auf Grundlage dieser Auslegung würde Abs. 4 eine Gesetzeslücke enthalten (vgl. WIDMANN in WIDMANN/MAYER, § 20 UmwStG, grüne Blätter, Rn. 24; FÜGER/RIEGER, FR 2003, 589 [595]).

► *Stellungnahme:* UE läßt der Wortlaut diese Auslegung zwar zu, sie entspricht aber nicht dem Gesetzeszweck der Regelung (glA DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 105; FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 76c). Insoweit ist jedoch der Wortlaut der Rückausnahme des Halbs. 2 aus anderem Grund unklar. Zwar erfaßt er nach wie vor Einbringungen durch eine nichtbegünstigte Person, nimmt aber nur „Einbringung“ in Bezug. Im Gegensatz zu Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 Halbs. 1 bleibt offen, ob die den Veräußerungsgegenstand bildenden Anteile nur für eine stfreie Veräußerung gesperrt sind, wenn sie auf einer unmittelbaren Einbringung beruhen, oder ob das auch in Fällen der mittelbaren oder mittelbar über eine Mitunternehmerschaft erfolgten Einbringung der Fall ist. Vom Gesetzeszweck geleitet muß „Einbringung“ insoweit im Kontext mit Satz 1 Nr. 2 als auch mittelbare Einbringungen umfassend ausgelegt werden.

**Innerhalb der in Nr. 1 bezeichneten Frist:** Hierzu s. Anm. 111.

**Überschießender Regelungsinhalt:** Die Steuerverhaftung von Anteilen nach Einbringung durch einen Nichtbegünstigten ist zu weitgehend. Sie geht über den beabsichtigten Gesetzeszweck, die Halbeinkünftebesteuerung wirksam werden zu lassen, weit hinaus. Denn die Veräußerung durch die aufnehmende KapGes. ist vollständig kst.- und gewstpfl. Wird der bereits besteuerte Veräußerungsgewinn an den nicht durch Abs. 2 Begünstigten ausgeschüttet, kommt es zusätzlich zur Halbeinkünftebesteuerung; auf eine tatsächliche Umgehungsab-

sicht durch die ursprüngliche Einbringung kommt es nicht an (vgl. auch DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 59; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2001, 1634 [1640]; KESSLER/SCHMALZ/SCHMIDT, DStR 2001, 1865 [1868 f.]; BEINERT/VAN LISHAUT, FR 2001, 1137 [1152]; WATERMEYER, GmbH-StB 2001, 347 [348]; DERS., GmbH-StB 2002, 108 [111]). Bei einer Weitereinbringung der Anteile durch die aufnehmende KapGes. bleibt die Sperrwirkung nach der Fassung durch das ProtErklG nicht nur bestehen, sondern wird vervielfacht. Denn auch die die Anteile aufnehmende KapGes. ist an die Siebenjahresfrist der ursprünglichen Einbringung gebunden. Diese überzogene Rechtsfolge wird noch dadurch verstärkt, daß auch Einbringungen betroffen sind, die vor dem StSenkG/UntStFG erfolgten.

*Hinweis:* Die mögliche Steuerverhaftung von Anteilen, die ein Nichtbegünstigter in eine KapGes. eingebracht hatte, ist wie im Fall schädlicher einbringungsgeborener Anteile genau zu prüfen. Vor allem durch die Einbeziehung mittelbar eingebrachter Anteile muß die gesamte Historie der letzten sieben Jahre der zu veräußernden Anteile geprüft werden.

**Zeitliche Übergangsregel:** Aufgrund § 34 Abs. 7 Satz 7 ist die Veräußerung solcher Anteile iSd. Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 Halbs. 2 stpfl., die nach dem 15.8.2001 erfolgt. Eine Definition der Veräußerung enthält die Vorschrift nicht. Überzeugend SEER/DRÜEN: Nicht die allgemeine Auslegung als Übergang des wirtschaftlichen Eigentums ist maßgebend, sondern die schuldrechtliche Vereinbarung. Allein durch diese normspezifische Auslegung des Begriffs „Veräußerung“ werde die Vorschrift dem verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutz gerecht (vgl. SEER/DRÜEN, GmbHR 2002, 1093 [1099]).

#### IV. Anteilsbezogene Abgrenzungsfragen

Bei der Veräußerung von Anteilen an KapGes. durch KapGes. ergeben sich Abgrenzungsfragen mit Blick auf eine StBefreiung nach Abs. 2 und einen möglichen Ausschluß durch Abs. 4. Denn insoweit spielt die Qualität der Anteile (zB einbringungsgeboren oder durch einen nicht durch Abs. 2 Begünstigten unter dem Teilwert eingebracht) eine entscheidende Rolle. Im Wesentlichen sind entsprechend Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 zwei Ebenen zu unterscheiden: Anteile an einer Gesellschaft, die veräußert werden, und Anteile in einer Gesellschaft, die diese Anteile veräußert.

**Anteile an einer Gesellschaft:** Eine Abgrenzung ist erforderlich, soweit Anteile verschiedener Qualität (nicht einbringungsgeboren, einbringungsgeboren, begünstigt einbringungsgeboren) innerhalb und außerhalb der Siebenjahresfrist des Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 veräußert werden.

Die Qualifikation als „einbringungsgeboren“ oder als „nicht begünstigt einbringungsgeboren“ führt im Regelfall nicht zur Infektion auch aller anderen Anteile einer Beteiligung (zu Ausnahmen s. Anm. 93 – Wertabspaltung; sehr weitgehend PATT, FR 2004, 561 [566 f.]). Obwohl es sich bei mehreren Anteilen nach wohl hM für bilanzielle und bewertungsrechtliche Zwecke um ein WG handelt, sind Veräußerungsgegenstand die einzelnen Anteile selbst. Die Anteile behalten für Zwecke der Veräußerung grundsätzlich ihre Selbständigkeit (vgl. SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIII. § 17 Rn. 162; FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 66a). Daraus leitet sich die Notwendigkeit ab, Anteile hinsichtlich ihrer Entstehung und Herkunft genau zu trennen; aufgrund dessen wird es dem Veräußerer möglich, die Verkaufsanteile eindeutig zu bestimmen und damit die StBefrei-

ung des Abs. 2 uU zu erreichen. Da eine Identifikation der verschiedenen Anteile schwierig sein kann, insbes. im Fall von Aktienbesitz, sollte der Veräußerer durch entsprechende Dokumentation oder Verwahrung (Einzelverwahrung) Vorsorge treffen (vgl. zur Problematik insbes. BFH v. 24.11.1993 X R 49/90, BStBl. II 1994, 591; EILERS/WIENANDS, GmbHR 2000, 1229 [1237]; EISOLT/WICKINGER, BB 2001, 229).

**Sonderproblem der Anteilseinbringung im Rahmen des § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG:** Problematisch ist der Fall einbringungsgeborener Anteile, die auf der Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils beruhen und bei denen das eingebrachte BV (begünstigte) mehrheitsvermittelnde oder mehrheitsverstärkende Anteile an KapGes. mitumfaßt. Handelt es sich um einen einheitlichen Einbringungsvorgang, richtet sich dieser nach § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG. Das gilt nicht nur in den Fällen, in denen die Anteile eine wesentliche Betriebsgrundlage darstellen (Anm. 94), sondern auch, wenn eine nicht mehrheitsvermittelnde Beteiligung im Rahmen des § 20 Abs. 1 Satz 1 miteingebracht wird. In beiden Fällen entstehen sog. schädliche einbringungsgeborene Anteile. Nach dem Zweck des Abs. 4, mißbräuchliche Gestaltungen zu verhindern, dürfen dagegen keine schädlichen einbringungsgeborenen Anteile entstehen, soweit sie anteilig auf die miteingebrachten Anteile an KapGes. entfallen. Systematisch zutreffend wäre es, die für die Einbringung gewährten neuen Anteile für Zwecke des § 8b Abs. 2 und 4 aufzuteilen. Denn die eingebrachten Anteile selbst hätten im Vorgriff der Einbringung stfrei veräußert werden können. Eine genaue Identifizierbarkeit oder Abgrenzung der Anteile ist erforderlich (vgl. insbes. ROSENBACH/MÜLLER-GATERMANN, WPg.-Sonderheft 2003, 3 [11 f.]; Hinweise auch bei FÜGER/RIEGER, FR 2003, 589 [596]; EILERS/SCHMIDT, GmbHR 2003, 613 [631]).

► *Beurteilungsgrundsätze der FinVerw.:* Die FinVerw. hatte die Problematik in Entwürfen zum BMF-Schreiben v. 28.4.2003 aufgegriffen, im endgültigen BMF-Schreiben aber nicht geregelt. Dies ist nun in einem eigenständigen Schreiben (v. 5.1.2004, BStBl. I, 44; dazu HARITZ/WISNIEWSKI, GmbHR 2004, 207) erfolgt. Sie knüpft die Aufteilung in schädliche und stfrei veräußerbare Anteile an folgende kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen:

- Mit dem BV wurde eine mehrheitsvermittelnde Beteiligung übertragen;
- diese Beteiligung ist keine wesentliche Betriebsgrundlage des übertragenden Betriebs oder Teilbetriebs;
- die für die Übertragung gewährten Anteile sind genau identifizierbar (zB aufgrund des Vertrags über die Einbringung);
- die für die Beteiligungseinbringung gewährten Anteile sind – bezogen auf den Verkehrswert der Beteiligung zum genannten BV des Betriebs oder Teilbetriebs – verhältnismäßig.

*Hinweis:* Nach Ansicht der FinVerw. greift bei Vorliegen der vorgenannten Voraussetzungen die Rückausnahme des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 ein, da die Veräußerung neuer, für die eingebrachte Beteiligung gewährter Anteile, unter § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG fällt.

► *Stellungnahme:* Grds. ist die Billigkeitsmaßnahme der FinVerw. zu begrüßen, da sie Defizite der gesetzlichen Regelung zumindest mildert. Zu eng ist aber, daß sich diese Billigkeitsmaßnahme nur auf solche mehrheitsvermittelnden Anteile erstreckt, die keine wesentliche Betriebsgrundlage darstellen. Denn Regelungsgrund für die Versagung der Stfreiheit von Gewinnen aus Anteilen aus einer Einbringung aufgrund § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG ist, daß die Veräußerung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils stets stpl. ist. Würden grundsätzlich Abs. 2 unterfallende Anteile im Rahmen einer Einbringung auf-

grund § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG miteingebracht, besteht vor diesem Hintergrund kein Unterschied im Hinblick auf wesentliches oder nichtwesentliches BV. In beiden Fällen entsteht kein ungerechtfertigter Steuervorteil. Letztlich ist die Frage der wesentlichen oder nichtwesentlichen Betriebsgrundlage keine solche des § 8b, sondern eine vorgeschaltete Frage des § 20 UmwStG, also der Einbringung selbst. Dies zeigt sich auch deutlich an den weiteren Feststellungen der FinVerw., nach denen die miteingebrachten Anteile nach der Einbringung stfrei veräußert werden können. Warum dies für die im Rahmen der Einbringung gewährten Anteile nicht (anteilig) möglich sein soll, ist auch vor dem Hintergrund des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 Halbs. 1 systematisch nicht nachzuvollziehen. Kritisch zur Aufteilungsnotwendigkeit überhaupt HARITZ/WISNIEWSKI, GmbHR 2004, 267 (268).

► *Gestaltungshinweis:* Zur Vermeidung der vorgenannten Problematik ist zu prüfen, ob der Einbringungsvorgang zweigeteilt durchgeführt werden kann, indem die Beteiligung an der KapGes. vorweg (steuerneutral) nach § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG eingebracht oder stfrei aufgrund Abs. 2 veräußert wird. Dies empfiehlt sich jedenfalls, wenn die Anteile nicht wesentliches BV darstellen. Nach Rspr. (vgl. BFH v. 11.12.2003 IV R 19/02, BStBl. II 2004, 280 [281] mwN) und FinVerw. (BMF v. 16.8.2000, BStBl. I, 1253) ist die funktionelle Zuordnung entscheidend. Beteiligungen an KapGes. sind funktional dem wesentlichen BV zuzuordnen, wenn sie die geschäftlichen Beziehungen des Unternehmens zur Beteiligungsgesellschaft fördern oder zumindest sichern. Handelt es sich um eine wesentliche Betriebsgrundlage, ist fraglich, ob durch eine Zweiteilung des Einbringungsvorgangs im Einzelfall die Teilbetriebseigenschaft verlorengeht. Im Regelfall sollte das zu verneinen sein, selbst wenn es sich bei der Finanzbeteiligung um wesentliches BV handelt (WIDMANN in WIDMANN/MAYER, § 20 UmwStG grüne Blätter, Rn. 14 unter Hinweis auf Tz. 20.14 des Einführungsschreibens zum UmwStG; BEINERT/VAN LISHAUT, FR 2001, 1137 [1153]; FÜGER/RIEGER, FR 2003, 589 (597); kritisch indes DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 [1023 f.]). Zur Vermeidung der Teilbetriebsproblematik wird vorgeschlagen, eine Einbringung des gesamten Teilbetriebs vorzunehmen und die Anteile an KapGes. an den Einbringenden im Wege der Sachdividende zurückzugewähren (DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 [1024]; zur Sachdividende s. Anm. 78). Eine mißbräuchliche Gestaltung ist uE in diesen Maßnahmen nicht zu sehen, weil die Anteile bereits vor oder ohne Einbringung des Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils stfrei veräußert werden konnten. Auch nach der Einbringung bleiben diese Anteile stfrei veräußerbar; nach dem Zweck des Abs. 4 Satz 1, die „Umwandlung“ von anderem BV als Finanzbeteiligungen in stfrei veräußerbare Vermögen zu verhindern, kann für die als Gegenleistung gewährten neuen Anteile kein (typisierter) Mißbrauch vorliegen (aA PATT, FR 2004, 561 [564 f.]; mißbräuchlicher Gesamtplan).

► *„Übergangsregelung“ der FinVerw.:* Ist keine Identifizierung der Anteile aufgrund Übertragungsvertrags oder vergleichbarer Unterlagen möglich, wendet die FinVerw. aus Billigkeitsgründen eine quotale Betrachtung an, wenn die Einbringung bis zum 31.1.2004 erfolgte (BMF v. 5.1.2004, BStBl. I, 44). Die veräußerten einbringungsgeborenen Anteile sollen quotale stpf. sein. Die Steuerverhaftung eines jeden Anteils richtet sich nach den Wertverhältnissen im Zeitpunkt der Einbringung.

► *Anwendung auf vergleichbare Fälle:* Das BMF-Schreiben gilt ausdrücklich auch für die Einbringung einer Beteiligung bei Formwechsel einer PersGes. in eine KapGes. Nicht erwähnt sind Fälle des § 23 Abs. 1 UmwStG; uE sind die Grundsätze

der FinVerw. auch hierauf anzuwenden, weil Interessenlage und Problematik identisch sind.

*Hinweis:* Offenbar orientiert sich die FinVerw. insoweit an den von ihr vertretenen Grundsätzen der quotalen Infektion von Anteilen in Fällen des Überspringens stiller Reserven (Wertabspaltung II, s. Anm. 93). UE ist das nicht zwingend. Da sich die partielle StPflcht für jeden Anteil nach den Wertverhältnissen im Zeitpunkt der Einbringung richten soll, kann statt der partiellen StPflcht auch die Quote der unschädlichen Anteile ermittelt werden, die insgesamt auf die Einbringung von KapGes.-Anteilen entfällt.

**Anteile an einer Gesellschaft:** Eine genaue Identifikation ist in nahezu allen Einbringungsfällen angezeigt. Eine Abgrenzung hat insbes. zu solchen Anteilen zu erfolgen, die nicht mittelbar auf der Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils und nicht auf der Einbringung durch einen Nichtbegünstigten zu einem Wert unter dem Teilwert beruhen und uneingeschränkt stfrei veräußerbar sind.

*Hinweis:* Der Prüfung des Charakters und der Identifizierbarkeit von Anteilen kommt in Fällen des Unternehmenskaufs erhebliche Bedeutung zu, um nachfolgende innerkonzernliche Umstrukturierungen durch Veräußerung, Sachdividende oder verdeckte Einlage und die stfreie Veräußerung nicht benötigter Beteiligungen vornehmen zu können.

#### V. Gestaltungshinweise zur Veräußerung sperrfristbehafteter Anteile

114

Sowohl im Fall von durch einen nicht durch Abs. 2 Begünstigten unter dem Teilwert eingebrachter Anteile als auch im Fall anderer einbringungsgeborener Anteile ist die Gestaltungsberatung auf Steueroptimierungsstrukturen angewiesen, wenn eine Veräußerung vor Ablauf der siebenjährigen Sperrfrist beabsichtigt ist. Es kommen folgende Instrumente in Betracht, die sorgsamer Analyse im Einzelfall bedürfen:

**Abschluß eines schuldrechtlichen Vertrags mit späterer dinglicher Übertragung (Terminverkauf):** Dadurch erlangt der Erwerber noch keine rechtlich gesicherte Position, die eine wirtschaftliche Eigentumsübertragung begründet. Der Veräußerer bleibt Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten aus der Beteiligung. UE gilt dies insbes., wenn eine Kaufpreisanpassung für den Zeitpunkt der Anteilsübertragung vorgesehen ist. Selbst das Hinzutreten der dinglichen Übertragung unter aufschiebender zeitlicher Bedingung ist unschädlich, wenn dem Veräußerer bis zum Bedingungseintritt die wesentlichen Gesellschafterrechte und das Wertisiko verbleiben (BFH v. 18.12.2001 VIII R 5/00, BFH/NV 2002, 640; aA BFH v. 10.3.1988 IV R 266/85, BStBl. II, 832).

**Vereinbarung einer Kauf- oder Verkaufsoption:** Durch die Vereinbarung einer Kauf- oder Verkaufsoption allein geht im Regelfall das rechtliche oder wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen nicht über. Eine Ausnahme kann bestehen, wenn sich der bisherige Gesellschafter aufgrund ergänzender Vereinbarungen wesentlicher Rechte aus seiner Gesellschafterstellung begibt, wie zB Stimmrechtsbindung oder Verfügungsbeschränkungen. Ohne derartige ergänzende Vereinbarungen führt die Einräumung einer Kauf- oder Verkaufsoption weder zum Übergang des rechtlichen noch des wirtschaftlichen Eigentums, weil die Ausübung der Option zum Zeitpunkt der Einräumung noch unsicher ist (vgl. auch auch FG Hamburg v. 24.9.1987, EFG 1988, 475 [476], rkr.; TIPKE/KRUSE, AO/FGO § 39 AO Tz. 33; HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 239; BENZ in OPPENHOFF & RÄDLER, Reform der



Unternehmensbesteuerung, 2000, 243 f.; JAKOBS/WITTMANN, GmbHR 2000, 910 [921]; SEIBT, DStR 2000, 2061 [2065]; differenzierend BLUMERS, DB 1988, 2317 [2318]).

**Wechselseitige Optionen:** Durch die Einräumung einer wechselseitigen Käufer- und Verkäuferoption sollte es uE ebenfalls nicht zur Übertragung des rechtlichen oder wirtschaftlichen Eigentums kommen, sofern die Gesellschaftsrechte des Veräußerers nicht durch ergänzende Vereinbarungen eingeschränkt werden (vgl. BFH v. 18.12.2001 VIII R 5/00, BFH/NV 2002, 640 zum Kaufvertrag). Dies gilt selbst dann, wenn die Optionen denselben Kaufpreis enthalten und zeitlich ab demselben Zeitpunkt ausübbar sind. Erst ab dem Ausübungszeitpunkt beider Optionen kann es zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums kommen, weil je nach wirtschaftlicher Entwicklung des Werts des zu veräußernden Anteils damit zu rechnen ist, daß eine der beiden Optionen ausgeübt wird (vgl. auch FG Hamburg v. 24.9.1987, EFG 1988, 475 [476], rkr.). Die Doppeloption entspricht wirtschaftlich einem Terminverkauf (vgl. SEIBT, DStR 2000, 2061 [2065]; JAKOBS/WITTMANN, GmbHR 2000, 910 [921]; einschränkend HÖTZEL aaO, 239; BENZ aaO, 244; VAN LISHAUT/KÖSTER, GmbHR 2000, 1121 [1126]).

**Gemeinschaftsunternehmen:** Die Vereinbarung nur einer Option oder eines schuldrechtlichen Vertrags führt dazu, daß der potentielle Erwerber keine Informations- und Stimmrechte in der Gesellschaft hat. Oftmals besteht jedoch das Interesse, dem (potentiellen) Erwerber Gesellschaftsrechte einzuräumen, ohne daß für den (die) bisherigen Gesellschafter eine Veräußerung vorliegt. Dazu muß eine Kapitalerhöhung mit ausschließender Zulassung des Erwerbers zur Übernahme des aus der Kapitalerhöhung entstehenden neuen Geschäftsanteils erfolgen. Sofern der oder die bisherigen Gesellschafter für den Verzicht auf ihr Bezugsrecht aus der Kapitalerhöhung keine Entschädigung erhalten, liegt keine Veräußerung vor. Etwas anderes gilt, wenn ein mit der Kapitalerhöhung zu leistendes Aufgeld von der zu veräußernden Gesellschaft im engen zeitlichen Zusammenhang an die Altgesellschafter ausgezahlt wird (BFH v. 13.10.1992 VIII R 3/89, BStBl. II 1993, 477 [478 f.]; SEIBT, DStR 2000, 2061 [2066]). Im Regelfall wird eine Gestaltung gewählt, durch die der Erwerber die Mehrheit der Anteile und damit die Mehrheit der Stimmrechte an der zu veräußernden Gesellschaft erhält. Die Übernahme nur einer Minderheitsbeteiligung mit Umwandlung der Gesellschaftsrechte des/der bisherigen Gesellschafter(s) in stimmrechtlose Anteile (jedenfalls wenn diese nicht vorzugsberechtigt sind) birgt das Risiko, daß sich der/die bisherigen Gesellschafter wesentlicher Gesellschaftsrechte begeben (zT weitergehend BENZ aaO, 243 f.: Abschluß eines Beherrschungsvertrages/GAV). Dies gilt insbes. dann, wenn hinsichtlich dieser Anteile bereits der Kaufvertrag oder eine Kauf- oder Verkaufsoption vereinbart wird. Die Kauf- oder Verkaufsoption kann zwischen dem potentiellen Erwerber und dem Veräußerer oder je nach Ausgestaltung der Option auch mit der Gesellschaft selbst vereinbart werden, die dann eigene Anteile oder Anteile zur Einziehung erwirbt. In diesen Fällen ist zu bedenken, daß es zu einer vGA (5 vH-Betriebsausgabenfiktion, KapErtSt.) kommen kann, wenn die Gesellschaft die Anteile zu einem höheren Preis als dem dann bestehenden Fremdvergleichspreis erwirbt.

Wird die Kapitalerhöhung nur zum Nennwert und unter Ausschluß der Pflicht, ein Agio zu zahlen, vereinbart, wird der potentielle Veräußerer im Regelfall eine Sicherheit für die auf die neuen Anteile überspringenden stillen Reserven verlangen. Je weiter die Sicherung des Veräußerers geht, desto größer wird das Risiko der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums (vgl. SEIBT, DStR 2000, 2061



[2066]). Alternativ zur Beteiligung an der zu veräußernden Gesellschaft können Erwerber und Veräußerer auch ein Gemeinschaftsunternehmen in der Form einer KapGes. gründen, in die der Veräußerer die zukünftig zu übertragenden Anteile gegen Gewährung von neuen Anteilen steuernneutral einbringt (§ 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG) und der Erwerber mehrheitsvermittelnde neue Anteile gegen Einbringung einer Bareinlage oder einer Sacheinlage erhält. Im Fall der Einbringung von Anteilen durch einen nicht durch Abs. 2 Begünstigten unter dem Teilwert und im Fall einer Sacheinlage zu einem Wert unter dem Teilwert (zB Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils) sind die Restriktionen des Abs. 4 für den Fall einer Weiterveräußerung zu beachten. Gemeinhin wird dabei für die Anteile des Veräußerers eine Kauf- oder Verkaufsoption vereinbart. Im übrigen ergeben sich dieselben Konsequenzen wie bei einer unmittelbaren Beteiligung durch Kapitalerhöhung an der zu veräußernden Gesellschaft selbst.

**Wandelschuldverschreibungen, Wertpapierleihe:** Werden Wertpapiere im Rahmen eines Darlehens übertragen, kommt es nicht zur Aufdeckung stiller Reserven (BMF v. 3.4.1990, DB 1990, 683; ausführlich § 17 EStG Anm. 70 „Wertpapierleihe“). Die für die Leihe vereinbarten Zahlungen führen nicht zu Bezügen iSd. § 8b Abs. 1, s. Anm. 32.

**Umwandlung von Veräußerungsgewinn in Dividenden:** Da die Sperrwirkungen des Abs. 4 für Veräußerungsgewinne, nicht aber für laufende Beteiligungserträge gelten, können entsprechende stille Reserven vor Veräußerung der sperrfristbehafteten Anteile ohne StBelastung realisiert und stfrei ausgeschüttet werden. Dazu wird der Betrieb von der KapGes., an der die sperrfristbehafteten Anteile bestehen, in eine Tochter-PersGes. handelsrechtlich unter Aufdeckung der stillen Reserven und strechtlich zu Buchwerten aufgrund § 24 UmwStG eingebracht. Die einbringende KapGes. kann den handelsrechtlichen Gewinn, uU unter Darlehensfinanzierung, an ihren Gesellschafter hälftig/zu 95 vH stfrei ausschütten (vgl. im einzelnen ROMSWINKEL, DB 2002, 1679 [1683]; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 58 unter Hinweis auf ein mögliches § 42 AO-Risiko). Ebenfalls der Inanspruchnahme der (hälftigen) StBefreiung für laufende Beteiligungserträge liegt die Strukturierung vor Veräußerung durch eine Vorzugsdividende zugrunde, mit der im Vorfeld der durch eine Option abgesicherten Veräußerung der Kaufpreis und damit Veräußerungsgewinn gemindert wird. Hierzu und zu weiteren Gestaltungsmöglichkeiten vgl. BOGENSCHÜTZ/HIERL, DStR 2003, 1147.

**Verschmelzung zum Zweck des Wegfalls schädlicher Anteile:** Da die Befreiung von Veräußerungsgewinnen für Anteile iSd. Abs. 4 versagt wird, könnten diese durch im Rahmen einer Verschmelzung neu auszugebende Anteile ersetzt werden. Wird zB die KapGes., an der sperrfristbehaftete Anteile bestehen, auf eine Schwestergesellschaft verschmolzen, gehen die sperrfristbehafteten Anteile unter. Aufgrund § 13 Abs. 1 UmwStG treten die neuen Anteile an deren Stelle, soweit die Beteiligung im BV gehalten wird. Str. ist, ob sich aufgrund § 13 Abs. 3 UmwStG die Einbringungsgeborenen der untergehenden Anteile an den neuen Anteilen fortsetzt. Während die FinVerw. bislang § 13 Abs. 3 UmwStG nur auf Anteile im PV anwendete, soll dies nunmehr auch bei Anteilen im BV der Fall sein (BMF v. 16.12.2003, BStBl. I, 786 Tz. 18; anders noch BMF v. 25.3.1998, BStBl. I, 268 Tz. 13.09) UE liegt jedenfalls kein Fall des § 13 Abs. 3 UmwStG vor, wenn aufgrund der Verschmelzung keine einbringungsgeborenen, sondern durch einen nicht durch Abs. 2 Begünstigten eingebrachte Anteile ersetzt werden. Insgesamt kein Fall des Abs. 13 Abs. 3 UmwStG liegt uE auch dann vor, wenn

im Rahmen eines upstream mergers keine neuen Anteile ausgegeben werden (ausführlich DÖRSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 106a/b; SCHMITT, BB 2002, 435).

115 Einstweilen frei.

## F. Gewinnminderungen in Fällen nicht steuerfreier Veräußerung (Abs. 4 Satz 3)

### 116 I. Bedeutung und Rechtsentwicklung

Abs. 4 Satz 3 regelt, daß in Fällen nicht stfreier Veräußerung aufgrund Abs. 4 Sätze 1 u. 2 Gewinnminderungen nicht zu berücksichtigen sind, die im Zusammenhang mit den dort genannten Anteilen stehen. Folglich sind Gewinnminderungen während der siebenjährigen Sperrfrist auch dann nicht abziehbar, wenn eine Anteilsveräußerung vor Ablauf dieser Frist stpfl. wäre.

Die Regelung wurde durch das ProtErklG an Abs. 4 angefügt. Damit wird die bisherige Verwaltungsmeinung gesetzlich festgeschrieben (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 27). Nach der Gesetzesbegründung handelt es sich um eine Klarstellung. Das indes ist zumindest zweifelhaft; uE gebot die StPflcht von Abs. 4 unterfallenden Anteilen eine entsprechende Berücksichtigung von Gewinnminderungen. Die Frage war str. Da Abs. 4 Satz 1 für bestimmte Anteile die Anwendung des Abs. 2, nicht aber des Abs. 3 ausschloß, wurde hieraus geschlossen, daß Abs. 3 auch anzuwenden war, wenn solche Anteile mit Verlust veräußert wurden (so insbes. BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 27; DÖRSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 74; WIDMANN in WIDMANN/MAYER, Vor § 22 UmwStG, grüne Blätter Rn. 13; FÜGER/RIEGER, FR 2003, 589 [592]; zum Streitstand ausführlich DESENS, FR 2002, 247 [255] mwN). Anderer Ansicht nach bezog sich Abs. 3 nur auf Anteile, die auch der Rechtsfolge des Abs. 2 unterlagen und demnach stfrei veräußert werden konnten (CREZELIUS, DB 2000, 1631 [1632]; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2000, 1453 [1456]; HARITZ, DStR 2000, 1537 [1544]; FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 61c). Diese Auslegung der Abs. 3 und 4 gebiete das der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit immanente objektive Nettoprinzip (vgl. STRAHL, KÖSDI 2001, 12728 [12736]; CREZELIUS, DB 2000, 1631 [1632]).

Der Wortlaut von Abs. 3 Satz 3 läßt es zwar zu, mit „Anteilen iSd. Abs. 2“ sowohl einen abstrakten Verweis auf alle generell begünstigten Anteile zu fassen als aber auch einen Verweis auf den konkreten Anteil, der nicht unter Abs. 4 fällt. Da der Vorschrift aber systematisch der Gedanke zugrunde liegt, Gewinne und Verluste im Rahmen der Gewinnermittlung korrespondierend zu behandeln, erschien es angezeigt, auf konkret stfrei veräußerbare Anteile abzustellen, folglich auf stfreie Vorgänge. Dies gilt insbes. vor dem Hintergrund, daß Abs. 3 Satz 3 selbst im Fall zu gewährender StFreiheit systematisch problematisch ist (s. Anm. 118; auch SPENDEL/SCHADEN, DStR 2003, 2192 [2200]).

Fraglich ist, ob die Regelung in Satz 3 die Gesetzesintention, eine Berücksichtigung von Verlusten auszuschließen, trägt. Daran bestehen Zweifel, weil sich der Gesetzgeber auch in Satz 3 Verweisungen bedient, die bereits in Sätzen 1 u. 2 zu Auslegungsproblemen führen (s. Anm. 117).

## II. Tatbestandsvoraussetzungen

117

Satz 3 nennt selbst keine eigenen konkreten Tatbestände, sondern verweist auf Fälle des Satzes 1 und 2 sowie auf Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit den Anteilen entstehen.

**Fälle des Satzes 1 und 2:** Der Wortlaut ist ungenau. Nach der Gesetzesintention sollen einbringungsgeborene Anteile und Anteile, die ein nicht durch Abs. 2 Begünstigter zu einem Wert unter dem Teilwert in eine KapGes. eingebracht hat (Satz 1) und für die keine Rückausnahme eingreift (Satz 2) betroffen sein. Es bestehen Zweifel, ob dies umgesetzt wurde. So wird vertreten, daß bei einer wortlautorientierten Auslegung Satz 3 den Gesetzeswillen gerade nicht decke. Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 nenne nur solche Anteile, die „nicht einbringungsgeboren“ sind. (Schädliche) einbringungsgeborene Anteile seien deshalb durch den Verweis in Satz 3 nicht erfaßt. Für diese Auslegung spräche zudem, daß sie zu sachgerechten Ergebnissen führe, wie zB der stl. Anerkennung von Teilwertabschreibungen bei voraussichtlich dauernder Wertminderung (vgl. dazu BUSCH, Arbeitsbuch Steuerrechtliche Jahresarbeitstagung 2004, 221 ff.). UE sind diese Auslegungszweifel nicht auf einbringungsgeborene Anteile beschränkt, weil sich durch den Verweis auf „Fälle der Sätze 1 und 2“ vergleichbare Fragestellungen auch für durch einen nicht durch Abs. 2 begünstigten Stpfl. zu einem Wert unter dem Teilwert eingebrachte Anteile ergeben.

► *Stellungnahme:* Der Wortlaut des Satz 3 ist zwar ungenau formuliert, läßt aber die vom Gesetzgeber beabsichtigte Rechtsfolge zu. Der Verweis auf „Fälle des Satzes 1 und 2“ bezieht sich uE nicht nur auf die Nr. 1 und 2 des Satzes, sondern auch dessen Einleitung „Absatz 2 ist nur anzuwenden, soweit die Anteile nicht ...“. Es handelt sich um eine Rechtsgrundverweisung. Dadurch erfaßt Satz 3 solche Fälle, die zwar grundsätzlich zu einem streifen Veräußerungsgewinn führen, aber durch Satz 1 und die fehlende Rückausnahme in Satz 2 ausnahmsweise stpfl. sind.

**Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit den Anteilen entstehen:** Auch diese Formulierung ist ungenau; ihre Bedeutung erschließt sich erst durch die Anordnung der Rechtsfolge, daß Abs. 3 Satz 3 gelten soll. Gemeint sind die Gewinnminderungen, die Abs. 3 Satz 3 ausschließt, insbes. Veräußerungsverluste und Teilwertabschreibungen. Sie müssen im Zusammenhang mit Anteilen entstehen, deren Veräußerung im Gewinnfall nicht zur StFreiheit nach Abs. 2 führt.

## III. Rechtsfolge

118

Satz 3 formuliert keine eigenständige Rechtsfolge, sondern bedient sich ebenso wie bereits im Tatbestand eines Verweises. Abs. 3 Satz 3 ist anzuwenden. Gewinnminderungen bleiben dadurch stl. unberücksichtigt.

**Überschießende Rechtsfolge:** Die Anwendung des Abs. 3 Satz 3 in den Fällen des Abs. 4 Sätze 1 u. 2 kann zu systemwidrigen Ergebnissen führen. Ist der Teilwert einer Beteiligung während der Siebenjahresfrist gesunken, wirkt sich die gebotene Teilwertabschreibung wegen Abs. 3 Satz 3 nicht aus. Demgegenüber würde ein Gewinn aus der Veräußerung der Anteile nachfolgend innerhalb der Siebenjahresfrist besteuert, selbst wenn sich unter Einbeziehung der Steuerwirksamkeit der Abschreibung kein Gewinn ergäbe. Zumindest in Fällen wie dem Vorgenannten ist Abs. 4 Satz 3 dahingehend teleologisch zu reduzieren, daß

steuerunwirksame Teilwertabschreibungen iSd. Abs. 3 den stpfl. Veräußerungsgewinn mindern (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 46; FÜGER/RIEGER, FR 2003, 543 [547]; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 61, 74 aE; DESENS, FR 2002, 247 [257]). Zur generellen Kritik an der stl. Nichtanerkennung von Gewinnminderungen s. Anm. 86.

119 Einstweilen frei.

## Erläuterungen zu Abs. 5: Pauschalisiertes Betriebsausgabenabzugsverbot

### A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 5

#### 120 I. Bedeutung der Regelung

Abs. 5 ist eine spezielle Regelung für den Abzug von BA, die im Zusammenhang mit Bezügen iSd. Abs. 1 stehen. Sie normiert ein pauschales Abzugsverbot; § 3c Abs. 1 EStG ist insoweit ausdrücklich suspendiert. Dazu bedient sich die Regelung einer Fiktion: 5 vH der Bezüge iSd. Abs. 1 gelten als nicht abziehbare BA. Im Ergebnis sind dadurch nur 95 vH der Dividenden freigestellt. Auf der anderen Seite sind tatsächliche BA in vollem Umfang abziehbar.

#### 121 II. Rechtsentwicklung und systematische Einordnung

Bis einschließlich VZ 1998 galt für Finanzierungs- und Verwaltungsaufwendungen im Zusammenhang mit Beteiligungserträgen aus Auslandsgesellschaften, die aufgrund DBA stfrei waren, § 3c EStG. Ab dem VZ 1999 wurde (in Abs. 7, s. Anm. 3) ein pauschales BA-Abzugsverbot für Auslandsdividenden eingeführt. Nach dem Systemwechsel zum klassischen KStSystem blieb die Regelung in Grundzügen erhalten.

**Alte Rechtslage bis VZ 2003:** Bis zur Änderung durch das ProtErklG war Abs. 5 eine von drei unterschiedlich ausgestalteten Abzugsbeschränkungen, die bei Beteiligungserträgen zu beachten waren (FROTSCHER, DStR 2001, 2045; HUNDSDOERFER, BB 2001, 2242; SCHÖN, FR 2001, 381; UTESCHER/BLAUFUS, DStR 2000, 1581; BEINERT/MIKUS, DB 2002, 1467; ausführlich HERZIG, DB 2003, 1459 ff.):

► *Auslandsdividenden an Körperschaften:* beim (unmittelbaren) Zufluß stfreier Auslandsdividenden an Körperschaften: Fiktion nichtabziehbarer BA von 5 vH der Auslandsdividende. Bei der Bemessung der 5 vH-Pauschale hatte sich der Gesetzgeber an der EU-Mutter-Tochter-Richtlinie orientiert (Richtlinie [EWG] v. 23.7.1990, ABl. EG Nr. L 225, 6; ber. ABl. EG Nr. L 226, 20); s. Anm. 123.

► *Andere Beteiligungserträge an Körperschaften:* Für nach Abs. 1 stfreie Inlandsdividenden (die an Körperschaften ausgeschüttet werden) und für nach Abs. 2 stfreie Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an inländ. und ausländ. KapGes.: individuelle Zuordnung der nichtabziehbaren Ausgaben nach § 3c Abs. 1 EStG iVm § 8 Abs. 1 (vgl. hierzu näher § 3c EStG Anm. R 11–R 14; KESSLER/REITSAM, DB 2003, 2139).

► *Beteiligungserträge an nicht-korporierte Empfänger*: Für Dividendenzahlungen an natürliche Personen und Veräußerungsgewinne natürlicher Personen, die dem Halbeinkünfteverfahren unterliegen: eigenständige Halbierung der abziehbaren Ausgaben nach Maßgabe des § 3c Abs. 2 EStG (zu Einzelheiten siehe § 3c EStG Anm. R 20 ff.).

**Neue Rechtslage seit VZ 2004**: Durch das ProtErklG und dadurch mit Wirkung ab 1.1.2004 erfuhr Abs. 5 eine erhebliche Erweiterung. Die Fiktion nicht-abziehbarer BA erfaßt auch Bezüge inländ. KapGes. Ausdrücklich schließt Satz 2 die Anwendung des § 3c Abs. 1 EStG aus.

Abs. 5 ist als Parallelvorschrift zu Abs. 3 für laufende Beteiligungserträge zu sehen. In beiden Fällen wird § 3c Abs. 1 EStG im Bereich der Beteiligungserträge zwischen Körperschaften ausgeschlossen und durch die Fiktion nicht abziehbarer BA von 5 vH der Beteiligungserträge „ersetzt“. Unverändert blieb die Abzugsbeschränkung des § 3c Abs. 2 EStG bei Anteilseignerschaft natürlicher Personen.

Die FinVerw. hat zu den Abzugsbeschränkungen bislang nur im BMF-Schreiben v. 10.1.2000 (BStBl. I, 71) zu Abs. 7 aF Stellung genommen und verweist im aktuellen BMF-Schreiben v. 28.4.2003 zu § 8b Abs. 1–6 und Anwendung auf die GewSt. (BStBl. I 2003, 292) in Tz. 3 und 26 f. nur auf ein gesondert ergehendes BMF-Schreiben.

**Grundsatzkritik an typisierter Abzugsbegrenzung**: Die Abzugsbeschränkungen im Zusammenhang mit laufenden Erträgen aus Beteiligungen sind systemfremd. Denn die Dividenden (und andere laufende Erträge) sind nur formell, nicht aber wirtschaftlich stfrei. Ihre Freistellung ist in Ersetzung des Anrechnungsverfahrens eine systembedingte Maßnahme zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung. Durch die Fiktion nichtabziehbarer BA schafft der Gesetzgeber fiktives Einkommen (ausführlich HERZIG, DB 2003, 1459; KERSENBRÖCK, BB 2003, 2148 [2150]). Zu Einzelheiten s. Anm. 12.

### III. Verfassungs- und internationale Aspekte des Abs. 5

#### 1. Verstoß gegen Verfassungsrecht

122

**Zulässige (verhältnismäßige) Typisierung?** Als typisierende Regelung im Bereich nicht abziehbarer BA enthält Abs. 5 eine unwiderlegbare Fiktion. Da sie nach hM (s. Anm. 126) auch gilt, wenn tatsächlich keine oder niedrigere BA als 5 vH der laufenden Beteiligungserträge entstanden sind, kommt es zu einer Durchbrechung des Nettoprinzips als spezifischer Ausprägung des Gebots der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit. Grundsätzlich werden Typisierungen aus Praktikabilitäts- und Vereinfachungsgründen als zulässig angesehen, wenn sie geeignet sind, die überwiegende Zahl von Fällen in einem Massenverfahren zu erfassen (BVerfG v. 8.2.1983 1 BvL 28/79, BVerfGE 63, 128). Zweifelhaft ist, ob durch den pauschalen Ansatz von 5 vH als nichtabziehbare BA ein typischer Lebenssachverhalt abgebildet wird, der es rechtfertigt, individuelle Besonderheiten außer Betracht zu lassen. Ausführlich zur Problematik KERSENBRÖCK, BB 2003, 2148 [2152]; VAN LISHAUT, StuW 2000, 182 (195); SCHAUMBURG, StuW 2000, 369 (376); SCHMIDT/HAGEBÖKE, ISr 2002, 150 (153); SCHÖN, FR 2001, 381 (391); THÖMMES/SCHIEPERS, DStR 1999, 609 (612 f.). Insbes. die fehlende Möglichkeit eines Nachweises niedrigerer Kosten im Einzelfall spricht dafür, die Regelung als unverhältnismäßig zu qualifizieren (SCHAUMBURG, StuW 2000, 369

[376]; THÖMMES/SCHIEPERS, DStR 1999, 609 [613]; aA FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 83).

**Verstoß gegen den Gleichheitssatz?** Bis zur Erstreckung des Abs. 5 auch auf inländische Beteiligungserträge war die Pauschalisierung des BA-Abzugs zu Recht dem Vorwurf ausgesetzt, gegen Art. 3 Abs. 1 GG zu verstoßen. Denn Inlandsdividenden waren vollständig von KSt., GewSt. und SolZ freigestellt, aber nur 95 vH der Dividenden aus einer Auslandsbeteiligung (ausführlich VAN LISHAUT, StuW 2000, 182 [195]; SCHAUMBURG, StuW 2000, 369 [376]; SCHMIDT/HAGEBÖKE, IStR 2002, 150 [153]; SCHÖN, FR 2001, 381 [391]; THÖMMES/SCHIEPERS, DStR 1999, 609 [612 f.]). Umgekehrt kam es zu einer Diskriminierung von Inlandsbeteiligungen, wenn der tatsächliche Aufwand für die Inlandsbeteiligung 5 vH der ausgeschütteten Dividenden überstieg (SCHÖN, FR 2001, 381 [390 f.]). Durch die Einbeziehung von Dividenden aus inländischen Beteiligungen ist diese Fragestellung für KapGes. seit dem 1.1.2004 hinfällig geworden. Allerdings besteht dieselbe Problematik deutlicher als zuvor weiter hinsichtlich der unterschiedlichen Abzugsrestriktionen bei KapGes. und natürlichen Personen, bei denen jeder wirtschaftliche Zusammenhang mit Beteiligungserträgen zur (hälftigen) Aufwandsversagung führt (KERSSENBRÖCK, BB 2003, 2148 [2156 f.]).

## 123 2. Verstoß gegen Europarecht

**Verstoß gegen Grundfreiheiten des EG-Vertrags?** Die Grenze für die 5 vH-Fiktion geht auf Art. 4 Abs. 2 der Mutter-Tochter-Richtlinie zurück (Richtlinie [EWG] v. 23.7.1990, ABl. EG Nr. L 225, 6; ber. ABl. EG Nr. L 226, 20). Da Abs. 5 bis zum 31.12.2003 ausschließlich Dividenden aus ausländischen KapGes. erfaßte, war die Regelung EU-rechtlich höchst zweifelhaft. Abs. 5 führte zu einer Schlechterstellung ausländischer Dividenden gegenüber inländischen Dividenden, wenn tatsächlich keine Verwaltungs- und Finanzierungskosten anfielen oder wenn diese Kosten unterhalb der in Abs. 5 vorgesehenen 5 vH-Grenze blieben. Aufgrund des EuGH-Urt. v. 18.9.2003 (Rs. C-168/01 „Bosal“, IWB F. 11a, 709) ist davon auszugehen, daß hierin ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EGV) liegt (vgl. auch THÖMMES, IWB F. 11a, 713; MAIER-FRISCHMUTH, StuB 2003, 1034) – im Fall einer qualifizierten Beteiligung – und ggf. auch gegen die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 ff. EGV) – im Fall einer Minderheitsbeteiligung –, vgl. SCHMIDT/HAGEBÖKE, IStR 2002, 150 (153 f.); SCHÖN, FR 2001, 381 (390); SPENGLER/JAEGER/MÜLLER, IStR 2000, 257 (260 f.); THÖMMES, IStR 2001, 441 (442); DERS., DB 2002, 2397 (2399).

Die Neuregelung mit einer Erfassung von Inlands- und Auslandsdividenden scheint die EU-Problematik beseitigt zu haben (krit. KERSSENBRÖCK, BB 2003, 2148 [2152]). Diskutiert wird eine EU-widrige Besserstellung von Inlandsbeteiligungen im Verhältnis zu Auslandsbeteiligungen, weil die vollständige Abziehbarkeit von BA unter Ausschluß des Abs. 5 und durch Begründung einer Organshaft oder eine ertragsteuerverneutrale Verschmelzung erreicht werden könne (vgl. KÖRNER, BB 2003, 2436 [2440 f.]). UE ist das jedoch keine Frage des Abs. 5, sondern des UmwStG und des Organschaftsrechts.

## 124 3. Verstoß gegen DBA-Regelungen (Treaty Override)

In der Literatur wird Abs. 5 überwiegend als Verstoß gegen die in den DBA vereinbarte Freistellung der Schachteldividenden aufgefaßt (zB KRÖNER/KÖHLER, IStR 1999, 268 [270]; KROPPEN/SCHREIBER, IWB F. 3 Gr. 3, 1227 [1241]; SCHAUMBURG, JbFStR 1999/2000, 129 [135 f.]; aA zB FROTSCHER, DStR 2001, 2045 [2051]; KRABBE, IStR 2000, 55). Daran hat sich durch die Einbeziehung



von Inlandsdividenden in Abs. 5 nichts geändert. Bejaht man das, liegt ein DBA-Bruch vor, der allerdings nach überwiegender Auffassung nicht die Unwirksamkeit einer Vorschrift zur Folge hat (vgl. BFH v. 13.7.1994 I R 120/93, BStBl. II 1995, 129 [130]).

## B. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Abs. 5

### I. Abs. 5 Satz 1: Fiktion nicht abziehbarer Betriebsausgaben

#### 1. Voraussetzung: Bezüge iSd. Abs. 1, die bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleiben

125

Das Tatbestandsmerkmal „Bezüge iSd. Abs. 1“ stellt die Verbindung zu allen stbefreiten laufenden Erträgen aus Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen 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 (DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 109; 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]).

*Hinweis:* 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 abkommensrechtlichen Begriff verwies. Dadurch wendete die hM Abs. 5 nicht auf vGA an (ÜTESCHER/BLAUFUS, DStR 2000, 1581 [1583]; KÖHLER, DStR 2000, 1849 [1850]; GAIL/DÜLL/FUHRMANN/GRUPP/EBERHARD, DB 2000, Beil. 15, 13; WERRA, FR 2000, 645 [649]; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b KStG Rn. 108 f.; aA GROTHERR, IWB F. 3 Gr. 1, 1697 [1719]). Durch den rückwirkenden Wechsel von „Dividenden aus Anteilen“ in „Bezüge iSd. Abs. 1“ durch das UntStFG können sich verfassungsrechtlich bedenkliche Rückwirkungen ergeben. Legt man der Regelung iSd. StSenkG den nationalen Dividendenbegriff zugrunde, kommt der Neufassung konstitutive und nicht – wie der Gesetzgeber offenbar meint – deklaratorische Bedeutung zu. In Fällen ohne tatsächlichen Finanzierungsaufwand kann es angezeigt sein, die entsprechende Veranlagung 2001 anzufechten; zur Problematik ausführlich SCHMIDT/HAGEBÖKE, IStR 2002, 150 (154 ff.).

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

**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.

*Hinweis:* Diese Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Abs. 5 auf laufende Beteiligungserträge in- und ausländ. KapGes. erfolgte durch das ProtErklG. Bis zum 31.12.2003 waren demgegenüber nur laufende Bezüge ausländ. KapGes. betroffen. Eine ausländ. Gesellschaft ist eine Gesellschaft, die weder ihren Sitz noch ihre Geschäftsleitung im Inland hat (Umkehrschluß aus § 1 Abs. 1). Es muß sich dabei grds. um eine KapGes. handeln. Maßgebend ist nicht die Qualifikation nach ausländ. Gesellschaftsrecht, sondern die materielle Struktur der ausländ. Gesellschaft im sog. Typenvergleich; dazu s. Anm. 8. Durch den umfassenden Verweis auf Bezüge iSd. Abs. 1

kommt Abs. 5 nicht zur Anwendung, wenn eine ausländ. PersGes. nur aufgrund DBA-Regelungen als KapGes. qualifiziert wird.

**Bezüge, die bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleiben:**

Das Gesetz spricht nur davon, daß die Bezüge bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleiben. Es setzt nicht voraus, daß dies auf einer StBefreiung durch Abs. 1 selbst beruht. Abs. 5 Satz 1 erfaßt jeden Rechtsgrund der StBefreiung, insbes. auch aufgrund weiterhin anwendbarer DBA-Befreiungen.

**2. Rechtsfolge: 5 vH-Fiktion**

126 a) **Auswirkung auf die Körperschaftsteuer**

Abs. 5 bestimmt, daß 5 vH der laufenden Erträge aus Anteilen an KapGes. als nichtabziehbare BA gelten. Insoweit unterliegen die laufenden Beteiligungserträge der Besteuerung, so daß effektiv nur eine StBefreiung von 95 vH 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 (zur Kritik s. Anm. 21); Abs. 5 Satz 1 greift dadurch nicht (vgl. KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 22; MITSCH, Inf. 2004, 217 [218 f.]).

**Bruttodividende als Bemessungsgrundlage:** Grundlage der Ermittlung der nichtabziehbaren BA bilden die ausgeschütteten Bruttodividenden. Tatsächlich entstandene BA werden nicht berücksichtigt. Dasselbe gilt für etwaige Abzugssteuern des Quellenstaats (vgl. BMF v. 10.1.2000, BStBl. I, 71 Tz. 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 § 4 Abs. 3 EStG der Zeitpunkt des Zuflusses bei der inländischen KapGes.

**Keine tatsächlichen Betriebsausgaben erforderlich:** Nach (bisheriger) Auffassung der FinVerw. und von Teilen der Steuerrechtsliteratur (grundlegend HERZIG, DB 2003, 1459 [1467]) greift die Fiktion des Abs. 5 unabhängig davon ein, ob und in welcher Höhe tatsächlich BA entstanden sind (vgl. BMF v. 10.1.2000, BStBl. I, 71 Tz. 2 zu Abs. 7 aF). Es handelt sich um ein pauschaliertes Abzugsverbot. Zu verfassungsrechtlichen Bedenken s. Anm. 122. Im BMF-Schreiben v. 28.4.2003, (BStBl. I, 292 Tz. 53) hat die FinVerw. zu dieser Problematik keine Stellung genommen, sondern behält sie einem gesonderten Schreiben vor.

Nach aA sind in den Fällen, in denen nachweislich keine oder lediglich geringere BA angefallen sind, auch nur die geringeren tatsächlichen BA als nichtabziehbare BA hinzuzurechnen. Bei Abs. 7 aF lag diese Auslegung wegen des Verweises auf § 3c EStG besonders nahe (ausführlich SEIP/KRAUSE, BB 1999, 713 [715]). Aber auch nach der Streichung der Verweisung auf § 3c EStG wird teilweise an dieser Auslegung festgehalten. Dafür spreche die Systematik des § 8b, nach der die partielle außerbilanzielle Hinzurechnung von nichtabziehbaren BA auf der zweiten Stufe der stl. Gewinnermittlung ansetzt. Dies setze voraus, daß zunächst entsprechende Aufwendungen auf der ersten Stufe der Gewinnermittlung abgezogen worden sind (vgl. SCHMIDT/HAGEBÖKE, IStR 2002, 150 [153]; im Ergebnis auch HERZIG, WPg. 2001, 253 [255]; aA KRABBE, IStR 2000, 55: danach hat der Gesetzgeber mit der Streichung des Verweises auf § 3c EStG klargestellt, daß

Abs. 7 aF und Abs. 5 auch dann anwendbar sind, wenn tatsächlich keine BA angefallen sind oder die BA weniger als 5 vH der Dividenden betragen).

► *Stellungnahme:* Es ist fragwürdig, ob Abs. 5 Satz 1 eine Typisierung von BA nur der Höhe oder auch dem Grunde nach zuläßt. Nur im letztgenannten Fall sind keine tatsächlichen BA erforderlich. Für eine Typisierung dem Grund und Höhe nach, und damit eine unwiderlegbare Fiktion, sprechen Wortlaut und Entstehungsgeschichte sowie Zweck des Abs. 5 Satz 1. Nach dem Wortlaut gilt die Fiktion nicht abziehbarer BA unabhängig davon, ob tatsächlich Aufwand entstanden ist. Die Regelung knüpft tatbestandsmäßig an Bezüge iSd. Abs. 1 an, die bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleiben, und enthält eine eigene Rechtsfolgenanordnung – nicht abziehbare BA – ohne Rückgriff auf § 3c Abs. 1 EStG. Dieser Rückgriff wurde durch das StBereinG 1999 gestrichen (s. Anm. 3); ausweislich der Gesetzesbegründung sollte § 3c EStG nicht anwendbar sein und eine pauschale Abgeltung des BA-Abzugsverbots unabhängig von der Höhe tatsächlicher BA erfolgen (BT-Drucks. 14/1514, 33; BR-Drucks. 475/8/99, 2; zu Recht krit. insbes. HERZIG, WPg. 2001, 253 [255]). UE ist die Regelung nicht unproblematisch, da dem Stpfl. zumindest der Nachweis tatsächlich niedrigerer BA möglich sein sollte. Denn die Nichtabziehbarkeit von BA setzt voraus, daß sie tatsächlich angefallen sind und abgezogen wurden. Versteht man Abs. 5 Satz 1 mit der FinVerw. und wohl hM gleichwohl als eine von § 3c Abs. 1 EStG völlig losgelöste Fiktion nicht abziehbarer BA (dafür spricht auch Satz 2), kann es mit anderen Regelungen einer Nichtabziehbarkeit zu weitreichenden Verwerfungen kommen.

**Beispiel:** Die unbeschränkt stpfl. M-GmbH hat von einem verbundenen Unternehmen iSd. § 1 AStG alle Anteile an einer KapGes. erworben. Die Finanzierung erfolgt durch Gesellschafterdarlehen mit einem jährlichen Zinsaufwand von 50 000 €, der aufgrund § 8a Abs. 6 nicht abziehbar ist und außerbilanziell im Wege der vGA dem Einkommen hinzugerechnet wird. Schüttet die KapGes. eine Dividende aus, gelten zusätzlich 5 vH hiervon als nicht abziehbare BA, obwohl der tatsächliche Aufwand bereits nach anderen Regelungen stl. nicht berücksichtigungsfähig ist.

**Fiktion nichtabziehbarer Betriebsausgaben:** Die Fiktion nichtabziehbarer BA führt zwar einerseits dazu, daß im Ergebnis nur 95 vH 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, s. Anm. 130).

*Hinweis:* Da Abs. 5 mit Wirkung ab 1.1.2004 auf Inlandsdividenden ausgedehnt wurde, werden vollständig mit Eigenmitteln finanzierte Auslandsbeteiligungen (nur noch) mit Wirkung ab 1.1.1999 bis 31.12.2003 stl. schlechter behandelt als in der Vergangenheit. Demgegenüber können sich bei fremdfinanzierten Auslandsbeteiligungen für diesen Zeitraum wegen des im übrigen unbegrenzten BA-Abzugs durchaus Verbesserungen ergeben (vgl. FROTSCHER, DStR 2001, 2045 [2051]; HERZIG, DB 2003, 1459 [1467]). Zur europarechtlichen Problematik s. Anm. 123.

**Kaskadeneffekt:** Die Fiktion nichtabziehbarer BA von 5 vH 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. In einem dreistufigen Konzern steigt die KStBelastung allein dadurch von 25 vH auf 28 vH (vgl. MAITERH/WIRTH, DStR 2004, 433 [435] mit Berechnungen; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2003, 1725 [1727]; ROGALL, DB 2003, 2185).

**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. 19; zur GewSt. s. Anm. 127.

**Auswirkung des Abs. 5 auf die Anrechnung ausländischer Quellensteuern:** Ausführliche Diskussion bei SCHNITGER, IStR 2003, 298 (301 ff.).

**Auswirkung des Abs. 7 aF auf die Eigenkapitalgliederung:** Ausführlich BMF v. 10.1.2000, BStBl. I, 71 Tz. 3 mit Beispielen.

## 127 b) Auswirkung auf die Gewerbesteuer

Die Regelungen des § 8b sind über § 7 Satz 1 GewStG auch bei der Ermittlung des Gewerbeertrags zu beachten (hM, vgl. nur GROTHERR, BB 2001, 597 [602]; KRÖNER/KÖHLER, IStR 1999, 269 [270]; BERGEMANN, DStR 2000, 1410 [1413]; KRAWITZ/BÜTTGEN/HICK, WPg. 2002, 85 [88]; HERZIG, DB 2003, 1459 [1467]). 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 § 8 Nr. 5 GewStG dem Gewerbeertrag hinzugerechnet, weil die Kürzungsvoraussetzungen des § 9 Nr. 2a oder 7 GewStG erfüllt sind, unterliegen die aufgrund Abs. 5 fingierten nichtabziehbaren BA der GewSt. Auf die BA selbst ist nämlich insbes. nach FinVerw. und der hM in der Steuerrechtsliteratur die Kürzung aufgrund § 9 Nr. 2a und 7 GewStG nicht anwendbar, weil die nichtabziehbaren BA keine Gewinnanteile iSd. Regelungen darstellen. Die fiktiven BA selbst sind wiederum beim Gewerbeertrag nichtabziehbar, weil die Dividenden wegen ihrer Befreiung aufgrund Abs. 1 Satz 1 nicht im Gewerbeertrag enthalten sind (vgl. Abschn. 61 Abs. 1 Satz 12 GewStR; GROTHERR, BB 2001, 597 [602]; SCHIFFERS, GmbHR 2004, 69 [76 f.]; krit. JAROSCH/RUND/GLUTH, Sonderheft 2004 zum GmbH-, Umsatz-, Ertrag-, AO- und ErbSt-Berater, 5; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2004, 207 [208]).

*Hinweis:* Soweit Aufwendungen als Dauerschuldzinsen dem Gewerbeertrag aufgrund § 8 Nr. 1 GewStG hinzugerechnet werden, kommt es durch Abs. 5 Satz 1 zu einer Doppelbelastung. UE sollte Abs. 5 in solchen Fällen aufgrund § 163 AO nicht angewendet werden (GROTHERR, BB 2001, 597 [602 f.] schlägt de lege ferenda eine Kürzung der nach Abs. 5 iVm. § 7 GewStG anzusetzenden Beträge vor). Eine vergleichbare Problematik besteht bei Anwendung des § 15 Nr. 2 (s. Anm. 19). Wendet man § 15 Nr. 2 bei der GewSt. an, kommt es bei der OG zur Hinzurechnung nach § 8 Nr. 1 GewStG. In diesen Fällen wendete die FinVerw. dann jedoch beim OT § 3c Abs. 1 EStG nicht an, soweit Aufwendungen bereits aufgrund § 8 Nr. 1 GewStG hinzugerechnet waren (BMF v. 26.8.2003, BStBl. I, 437 Tz. 33). Konsequenterweise dürfte nunmehr die § 3c Abs. 1 EStG ersetzende Regelung des Abs. 5 Satz 1 (und Abs. 3 Satz 1) nicht anwendbar sein (ausführl. KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 77).

**Hinzuzurechnende Dividenden:** Werden stbefreite Dividenden aufgrund § 8 Nr. 5 GewStG hinzugerechnet, fallen die kstl. und gewstl. Behandlung auseinander. Gewstl. werden die aufgrund Abs. 1 stfreien Dividenden dem Gewerbeertrag hinzugerechnet; die Hinzurechnung ist um nicht berücksichtigte BA (Abs. 5) zu mindern (GROTHERR, BB 2001, 597 [602]; SCHIFFERS, GmbHR 2004, 69 [76]). Tatsächliche BA wirken sich gewstl. aus.

**Gesamtsteuerbelastung aufgrund Abs. 5:** Bei einem GewStHebesatz von 400 vH ergibt sich eine kumulierte Ertragsteuerbelastung von 38,65 vH auf die Bemessungsgrundlage der pauschalierten nichtabziehbaren BA. Im Ergebnis unterliegen grds. stbefreite Dividenden (bei einem GewStHebesatz von 400 vH)

damit einer Ertragsteuerbelastung von 1,93 vH. Vgl. auch Berechnungsbeispiel bei ROGALL, DB 2003, 2185; SCHIFFERS, GmbHR 2004, 69 (77).

### 3. Gestaltungsansätze

128

**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 nichtabziehbarer BA und insbes. in tiefer gestaffelten Strukturen der Kaskadeneffekt durch Organschaften vermeiden (vgl. auch SCHIFFERS, GmbHR 2004, 69 [77]).

**Ballooning und spätere Ausschüttung:** Solange die Gesellschaft keine Gewinnausschüttungen vornimmt (sog. Ballooning), läuft Abs. 5 Satz 1 leer. Insofern bleibt es bei den durch den BFH (v. 29.5.1996, I R 1594, BStBl. II 1997, 57; I R 167/94, BStBl. II 1997, 60 und 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 vH der Einnahmen als nichtabziehbare BA fingiert werden. Durch die „Steuerstundung“ ergibt sich jedoch zumindest ein Zinsvorteil.

**Ballooning und spätere Anteilsveräußerung:** Abs. 5 verweist ausdrücklich nur auf Bezüge iSd. Abs. 1. Bis zum 31.12.2003 fielen Veräußerungsgewinne hingegen nicht unter die Fiktion. Die pauschale Nichtabziehbarkeit griff demzufolge nicht ein, wenn die Beteiligung einschließlich offener Rücklagen veräußert wurde (Umwandlung von Dividenden in Veräußerungsgewinne). Seit dem VZ 2004 hat sich das aufgrund Abs. 3 Satz 1 zu Lasten einer entsprechenden Fiktion von 5 vH nichtabziehbarer BA bezogen auf den Veräußerungsgewinn geändert. Zu weiteren Gestaltungen betreffend Sachverhalte bis zum 31.12.2003, in denen die Fiktion nichtabziehbarer BA auf laufende Beteiligungserträge aus ausländ. KapGes. beschränkt war, vgl. PRINZ, FR 1999, 356; BOGENSCHÜTZ, WPg 2000, 88; KÖHLER, DStR 2000, 1849; FROTSCHER, DStR 2001, 2045).

Einstweilen frei.

129

## II. Abs. 5 Satz 2: Nichtanwendung § 3c Abs. 1 EStG

130

Aufgrund Abs. 5 Satz 2 ist § 3c Abs. 1 EStG nicht anwendbar. Dadurch wird klarstellend die bisherige Gesetzeslage festgeschrieben, wie sie bereits im Rahmen der 5 vH-Fiktion in Zusammenhang mit Auslandsdividenden bestand. Tatsächlicher Aufwand, der in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit stbefreiten Auslandsdividenden stand, war abziehbar. Das gilt nunmehr für alle Bezüge iSd. Abs. 1. Im Zusammenspiel mit Abs. 3 Satz 2 ist § 3c Abs. 1 EStG in KapGes.-Strukturen überhaupt nicht mehr anwendbar.

*Hinweis:* Wie im Fall des Abs. 3 Sätze 1 u. 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, s. Anm. 84. 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.



„**Vorteilskompensation**“ durch insbes. § 8a: Trotz der erfreulichen Vereinheitlichung des BA-Abzugs und der Suspendierung von § 3c Abs. 1 EStG sind die nachteiligen Regelungen des § 8a zu beachten, die mit Wirkung seit VZ 2004 für alle Gesellschafterfinanzierungen in- und ausländ. KapGes. und bestimmte vor-, nach- oder zwischengeschaltete PersGes. gelten. Der durch Abs. 5 Satz 1 im Fall tatsächlichen Aufwands erzielte Vorteil abziehbarer BA wird oftmals durch die Nichtabziehbarkeit von Zinsen auf Gesellschafterdarlehen aufgewogen.

131–139 Einstweilen frei.

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

140

### A. Überblick über die Regelung

**Systematischer Ausgangspunkt:** Abs. 6 soll den Anwendungsbereich der StBefreiungen systemgerecht erweitern. Die StBefreiungen greifen auch dann ein, wenn die begünstigten Körperschaften und Personenvereinigungen Erträge mittelbar erzielen. Dies war in der Fassung des § 8b vor StSenkG nicht zulässig. Abs. 6 erfaßt zwei Fallgruppen, in denen nach Abs. 1 begünstigte laufende Bezüge und nach Abs. 2 begünstigte einmalige Gewinne, aber auch nicht abzehbare 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 Betrieb gewerblicher Art einer juristischen Person des öffentlichen Rechts Beteiligungserträge nicht unmittelbar von der Beteiligungsgesellschaft, sondern über eine zwischengeschaltete andere juristische Person des öffentlichen Rechts ohne Betrieb gewerblicher Art.

**Rechtsentwicklung:** Abs. 6 wurde durch das UntStFG neu gefaßt. Zum einen regelt Abs. 6 Satz 1 nun 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 die Abs. 1–3 im Rahmen eines Gewinnanteils aus einer Mitunternehmerschaft iSd. §§ 13 Abs. 7, 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 u. 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. UE handelt es sich bei der Fassung durch das UntStFG um eine klarstellende Regelung, weil Abs. 6 bereits in der Altfassung sinnessprechend die umfassende Geltung der Abs. 1–5 anordnete (s. auch § 8b Anm. J 01-22, ebenso RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2001, 1634 [1640 f.]). 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.



Durch die Neufassung erfuhr Abs. 6 Satz 1 darüber hinaus eine dahingehende 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. UE war 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.

*Hinweis zur GewSt.:* Die Neufassung enthält 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 natürliche Person nicht 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.

## B. Zwischengeschaltete Mitunternehmerschaft, Satz 1

### I. Überblick, Bedeutung und typischer Anwendungsfall

141

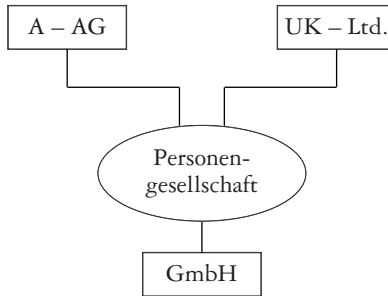
Abs. 6 Satz 1 unterscheidet zwei Tatbestände, die bei zwischengeschalteter Mitunternehmerschaft von Bedeutung sind. Zum einen handelt es sich um die Anwendung der Regelungen des Abs. 1–5, wenn der als Körperschaft strukturierte Mitunternehmer im Rahmen seiner Beteiligung an der Mitunternehmerschaft begünstigte 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.

**Bedeutung:** Die Auswirkungen der Zwischenschaltung einer PersGes. waren bis zum StSenkG umstritten; jedenfalls nach Verwaltungsmeinung war die zwischengeschaltete Mitunternehmerschaft für die Anwendung der StBefreiung des § 8b vor StSenkG schädlich (Abschn. 41 Abs. 2 KStR 1995; FinMin. Bayern v. 9.5.2000, DB 2000, 1305; OFD Nürnberg v. 9.6.2000, GmbHR 2000, 839). 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 u. 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.

*Hinweis:* Str. ist, ob es sich bei Abs. 6 Satz 1 um eine deklaratorische oder konstitutive Regelung handelt. Insbes. § 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. ZT wird vertreten, daß dies auch für § 8b gelte und Abs. 6 deklaratorischer Natur sei (vgl. TÖBEN, FR 2002, 361 [365]). Versteht man § 8b indes – wie offenbar vom Gesetzgeber beabsichtigt – als spezielles nationales Schachtelprivileg für KapGes., können PersGes. in den persönlichen Anwendungsbereich nur durch Abs. 6 gelangen (vgl. auch SEITZ, GmbHR 2004, 476 mwN).

**Typischer Anwendungsfall** ist die Beteiligung einer durch § 8b begünstigten KapGes. an einer Personenhandels-gesellschaft. Diese wiederum hält eine oder

mehrere Beteiligungen an in- oder ausländischen KapGes. in ihrem Gesamtvermögen.



**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, weil sie Betriebsstätteneinkünfte nach § 49 Abs. 1 Nr. 2a EStG, Art. 7 Abs. 1 OECD-MA statt Bezüge nach Abs. 1 erhält.

## II. Tatbestand und Rechtsfolgen des Abs. 6 Satz 1 Halbs. 1

### 142 1. Tatbestand

**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 Mitunternehmerrisiko und -initiative erfüllt wird.

Da der Gesetzeswortlaut auf eine Mitunternehmerschaft abstellt, sind alle nicht korporierten Personenzusammenschlüsse erfaßt, bei denen der Gesellschafter als Mitunternehmer anzusehen ist. Neben den Personenhandelsgesellschaften OHG und KG trifft das grundsätzlich insbes. auch auf die atypisch stille Gesellschaft und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu. Auf die Art der mitunternehmerischen Betätigung kommt es nicht an.

► *Gewerbliche Prägung ausreichend:* Hinsichtlich der gewerblichen Mitunternehmerschaft werden sowohl originär tätige gewerbliche Mitunternehmerschaften erfaßt wie auch gewerblich geprägte (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG), da diese ebenfalls zu entsprechenden Gewinnanteilen führen. Dies ist durch die Neufassung des Abs. 6 Satz 1 durch das UntStFG ausdrücklich klargestellt. Erfasst wird auch der Gewinnanteil des Komplementärs einer KGaA (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG);

betroffen sind die Fälle, in denen eine KapGes. (AG, GmbH) den durch § 8b Abs. 1 und Abs. 2 begünstigten Komplementär der KGaA bildet.

► *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 allgemein von „Mitunternehmerschaft“ spricht und insoweit keine Einschränkung erlaubt (ebenso BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 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 Steuerrechts. Sie erfolgt durch einen Rechtstypenvergleich. Es ergibt sich dieselbe Prüfung wie im Rahmen der Abs. 1 und 2, dort bezogen auf eine KapGes. (s. Anm. 16).

► *Vermögensverwaltende PersGes. als Ausnahme (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO):* Nicht in den Anwendungsbereich des Abs. 6 fallen vermögensverwaltende PersGes.; Beteiligungen an KapGes. werden den Personengesellschaftern unmittelbar zugerechnet (vgl. BFH v. 13.7.1999 VIII R 72/98, BStBl. II, 820; v. 9.5.2000 VIII R 41/99, BStBl. II, 686; ebenso BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 56; dazu vgl. 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, BStBl. I, 292 Tz. 56), denn die Zurechnung der Erträge folgt der Zurechnung der Beteiligung selbst (§ 20 Abs. 2a EStG).

**Zurechnung von Bezügen, Gewinnen und Gewinnminderungen im Rahmen eines Gewinnanteils:** Gewinnanteil ist wegen des Verweises auf den strechtlichen Begriff „Mitunternehmerschaft“ ebenfalls strechtlich 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 Ergebnis evtl. Ergänzungs- und Sonderbilanzen zusammen (vgl. SCHMIDT XXIII. § 15 Rn. 401). Bezüge, Gewinne und Gewinnminderungen sind in dem Gesamtgewinn enthalten und werden dem Mitunternehmer zugerechnet, soweit dies seiner Beteiligungsquote entspricht. Soweit die begünstigte Beteiligungsgesellschaft zum Sonderbetriebsvermögen des nach § 8b Begünstigten zählt, erfolgt eine Zurechnung entsprechender Gewinne, Bezüge und Gewinnminderungen allein ihm gegenüber. Erfaßt werden damit insbesondere die Komplementäreinkünfte einer GmbH & Co. KG (glA FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b, Rn. 101). Die Gegenansicht (DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 [1025 f.]), die Abs. 6 nur auf Anteile im Gesamthandsvermögen anwenden will, ist uE zu eng, weil Abs. 6 nicht die mittelbare Beteiligung über eine Mitunternehmerschaft allein regelt, sondern die gesamte Zurechnung derartiger begünstigter Erträge im Rahmen eines Gewinnanteils. Zu Gewinnanteilen bei Venture Capital und Private Equity Fonds vgl. BMF v. 16.12.2003, BStBl. I 2004, 40.

**Steuerpflichtiger:** Das Gesetz ist insoweit ungenau. Durch den Verweis auf Abs. 1–5 folgt, daß Abs. 6 Satz 1 inkorporierte Unternehmen als Mitunternehmer betrifft, die dem subjektiven Anwendungsbereich des Abs. 1 unterfallen (s. Anm. 16). Hervorzuheben ist, daß die mittelbare Anwendung der Abs. 1–5 auch dann gilt, wenn Mitunternehmer eine beschränkt stpfl. Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse ist.

## 2. Rechtsfolgen

### 143 a) Grundsatz

Abs. 6 Satz 1 ordnet die Geltung der Abs. 1–5 auch bei zwischengeschalteter Mitunternehmerschaft an. Dadurch kommt es zur umfassenden Anwendung der Rechtsfolgen des § 8b. Es gelten nicht nur die begünstigenden StBefreiungen der Abs. 1 u. 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 und die Einschränkung des BA-Abzugs nach Abs. 5.

### 144 b) Anwendung der Abs. 1–3

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 Abs. 1 und 2 wie im Fall einer unmittelbaren Beteiligung des begünstigten Mitunternehmers stbefreit. 5 vH eines stfreien Veräußerungsgewinns gelten als nichtabziehbare BA, Verluste dürfen sich aufgrund Abs. 3 Satz 3 nicht auswirken. Dies gilt insbes. auch für Teilwertabschreibungen durch die Mitunternehmerschaft selbst oder in einer Ergänzungs-/Sonderbilanz des Mitunternehmers.

**Verhältnis zu den Regelungen der Mitunternehmerschaft:** Die Anwendung der Abs. 1–3 läßt die Gewinnermittlung der Mitunternehmerschaft selbst unberührt; da die Mitunternehmerschaft selbständiges Subjekt der Gewinnermittlung ist, sind die Rechtsfolgen der Abs. 1–3 jedoch auf dieser Ebene zu berücksichtigen. Für den einzelnen Mitunternehmer sind jedoch entsprechende Feststellungen zu treffen wie zB in dem Gewinnanteil enthaltene laufende Bezüge aus ausländischen Beteiligungen, aus inländ. Beteiligungen und nichtabziehbare Verluste wie auch Gewinne oder Verluste aus der Veräußerung des Mitunternehmeranteils selbst und darin enthaltene einmalige Beteiligungserträge. Zum Verfahren s. Anm. 153. Wegen der StFreiheit laufender und einmaliger Beteiligungserträge sowie der Nichtberücksichtigung von Verlusten dürfen sich diese auch nicht im Rahmen des § 15a EStG auswirken. Stfreie Beteiligungserträge vermindern einen Verlustvortrag nach § 15a EStG nicht, nichtabziehbare Verluste erhöhen ihn nicht. Dasselbe gilt, wenn im Rahmen einer Mitunternehmerschaft in der Form einer atypisch stillen Beteiligung die durch das StVergAbG neu eingeführte Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15 Abs. 4 Satz 6 EStG statt oder neben § 15a EStG eingreift.

**Bedeutung des Abs. 6 für die Gewerbesteuer:** Str. ist die Anwendung der Befreiung des § 8b im Fall des Abs. 6, weil die Mitunternehmerschaft selbständiges GewStSubjekt ist. Die Problematik 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 UntStFG. Auf der einen Seite stellt § 8b Abs. 6 Satz 1 nun klar, daß die Regelungen der Abs. 1–5 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 GewStG). Die FinVerw. wendet Abs. 6

und damit die Regelungen des § 8b nicht im Rahmen einer Mitunternehmerschaft für Zwecke der Ermittlung des Gewerbeertrags an, und zwar weder im Fall laufender noch einmaliger Beteiligungserträge (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 57 f.; ebenso bereits CLAUSEN/RENNER in OPPENHOFF & RÄDLER, Reform der Unternehmensbesteuerung – Steuersenkungsgesetz, 2001, 268; BERGEMANN, DStR 2000, 1410 [1416]; STRUNK/KAMPHAUS, BB 2002, 2153). Nach EILERS/SCHMIDT, GmbHR 2003, 613 (638) sollen große praktische Probleme für diese Ansicht der FinVerw. maßgebend gewesen sein. Das FG Düss. (v. 12.1.2004, EFG 2004, 849) äußert in einem AdV-Verfahren erhebliche Zweifel an der Nichtanwendung des § 8b Abs. 2 im Rahmen der GewSt.

► *Stellungnahme:* UE muß Abs. 6 systematisch auch auf die Ermittlung des Gewerbeertrags durchschlagen, weil es sich um eine Regelung der Gewinnermittlung iSd. § 7 Satz 1 GewStG handelt (ebenso DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 117; FROTSCHER in FROTSCHER/MAAS, § 8b Rn. 103; GLANEGGER/GÜROFF, GewStG V., § 8 Nr. 5 Rn. 2; BOGENSCHÜTZ/STRIEGEL, DB 2000, 2547; EILERS/WIENANDS, GmbHR 2000, 1229 [1235 f.]; BEINERT/VAN LISHAUT, FR 2001, 1137 [1147]; KESSLER/SCHMALZ/SCHMIDT, DStR 2001, 1865 [1873]; WATERMEYER, GmbH-StB 2002, 108 [113]; NEU/WATERMEYER, DStR 2002, 2101 [2103]; EILERS/SCHMIDT, GmbHR 2003, 613 [638]; FÜGER/RIEGER, FR 2003, 589 [598]). Die angebliche Furcht der FinVerw. vor praktischen Anwendungsproblemen darf einer systematisch gebotenen Berücksichtigung des § 8b Abs. 6 im Rahmen des § 7 Satz 1 GewStG nicht das Wort reden.

Bei Berücksichtigung des § 8b auch im Rahmen der GewSt. wäre die Hinzurechnungsregelung des § 8 Nr. 5 GewStG auf der Ebene der Mitunternehmerschaft anzuwenden mit der Folge, daß ebenso wie bei unmittelbarer Beteiligung eines korporierten Mitunternehmers nur Streubesitzdividenden und Dividenden einer passiv tätigen Auslandsgesellschaft gewstpfl. wären. Demgegenüber bliebe es bei der GewStFreiheit von Veräußerungsgewinnen. In diesem Sinne ist auch § 7 Satz 2 GewStG auszulegen, wenn statt einer Beteiligungsveräußerung durch die Mitunternehmerschaft der Mitunternehmeranteil selbst veräußert würde. UE geht die Befreiung des § 8b als spezielle Regelung für Veräußerungsgewinne aus Finanzbeteiligungen § 7 Satz 2 GewStG vor (vgl. im einzelnen auch BECHLER/SCHRÖDER, DB 2002, 2238 [2241 f.]; BEHRENS/SCHMITT, BB 2002, 860 [864]; BENZ, DB 2002, Beil. 1, 23; FÖRSTER, DB 2002, 1394 [1397]; FÜGER/RIEGER, DStR 2002, 933 [936 f.]; DIES., FR 2003, 589 [597 f.]; TÖBEN, FR 2002, 361 [371]; WATERMEYER, GmbH-StB 2002, 108 [113]; NEU/WATERMEYER, DStR 2002, 2101 [2103]).

*Hinweis:* Folgt man der FinVerw. zum Ausschluß des § 8b im Rahmen der GewSt. einer Mitunternehmerschaft, können sich für den Mitunternehmer im Einzelfall positive oder negative Steuereffekte ergeben (vgl. auch DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 [1026]; NEU/WATERMEYER, DStR 2002, 2101 [2103]; LEY/STRAHL, DStR 2003, 2145 [2149 f.]; zur atypisch stillen Beteiligung PYSZKA, DB 2003, 686 [687]):

- ▷ Die GewStPflicht von Streubesitzdividenden richtet sich unmittelbar nach § 9 Nr. 2a und 7 GewStG (vgl. auch BFH v. 17.5.2000 I R 31/99, BStBl. II 2001, 685; OFD Frankf. v. 14.10.2002, FR 2002, 1325); der Mitunternehmer selbst erzielt gewstl. gewerbliche Einkünfte, die der Kürzung des § 9 Nr. 2 GewStG unterfallen.
- ▷ Veräußerungsgewinne sind gewstpfl. bei Veräußerung einer begünstigten Finanzbeteiligung durch die Mitunternehmerschaft oder bei Veräußerung des Mitunternehmeranteils, der die Finanzbeteiligung umfaßt, selbst (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 57 f.).
- ▷ Veräußerungsverluste sowie Substanzminderungen (Teilwertabschreibungen) müssen außerhalb § 8 Nr. 10 Buchst. a GewStG anerkannt werden (DÖRSCH/PUNG, DB

2003, 1016 [1026 Fn 92]; WATERMEYER, GmbH-StB 2002, 108 [113]; NEU/WATERMEYER, DSrR 2002, 2101 [2103]).

**Konkurrenz zu § 18 Abs. 4 UmwStG:** Ebenso wie im Fall des § 7 Satz 2 GewStG geht auch hier Abs. 6 vor, wenn die Mitunternehmerschaft Anteile an KapGes. hält. Bereits vor dem Formwechsel einer KapGes. in eine PersGes. konnten diese Beteiligungen (iRd. Abs. 4) stfrei veräußert werden. Bei einer Veräußerung nach Umwandlung greift der Mißbrauchsgedanke des § 18 Abs. 4 UmwStG nicht.

#### 145 c) Anwendung des Abs. 4

Durch den umfassenden Verweis auf die Anwendung der Abs. 1–5 ist die StBefreiung für laufende und einmalige Beteiligungserträge für einen inkorporierten Mitunternehmer ausgeschlossen, soweit die Restriktionen des Abs. 4 eingreifen. Dies ist dann 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 Stpfl. erworben hat.

In gleicher Weise gelten auch die Rückausnahmen des Abs. 4 Satz 2. Im Rahmen der Berechnung der siebenjährigen Behaltefrist in Nr. 1 dieser Rückausnahmevorschrift 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.

**Typisches Beispiel:** GmbH X<sub>1</sub> gliedert einen Teilbetrieb in GmbH X<sub>2</sub> steuerneutral aus und bringt die Anteile an GmbH X<sub>2</sub> in die Mitunternehmerschaft nach § 24 UmwStG ein.

Die Einbringung in die Mitunternehmerschaft kann als Einbringung eines Teilbetriebs steuerneutral vollzogen werden (BMF v. 25.3.1998, BStBl. I, 268 Tz. 24.03). Um den auf GmbH X<sub>1</sub> entfallenden Gewinnanteil aus der Mitunternehmerschaft im Veräußerungsfall stfrei zu stellen, muß eine Behaltefrist von sieben Jahren, beginnend mit der Ausgliederung des Teilbetriebs in die GmbH X<sub>2</sub>, beachtet werden. Dasselbe gilt, wenn die Mitunternehmer-Beteiligung selbst veräußert wird.

**Abwandlung:** GmbH X<sub>1</sub> gliedert ihre Beteiligung an der X-AG in die GmbH X<sub>2</sub> steuerneutral aus und bringt sodann die Anteile an GmbH X<sub>2</sub> steuerneutral in eine Mitunternehmerschaft ein.

Im Gegensatz zum vorhergehenden Fall ist der entsprechende Gewinnanteil der GmbH X<sub>1</sub> aus der Mitunternehmerschaft auch dann nach Abs. 2 stfrei, wenn die Veräußerung der Anteile an GmbH X<sub>2</sub> innerhalb der Siebenjahresfrist erfolgt. Es greift die Ausnahmevorschrift des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 (nationaler Anteilstausch iSd. § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG).

**Abwandlung:** GmbH X<sub>1</sub> gliedert ihre Beteiligung an X-AG steuerneutral in GmbH X<sub>2</sub> aus und bringt die Anteile an GmbH X<sub>2</sub> steuerneutral in eine Mitunternehmerschaft ein. Drei Jahre nach diesem Vorgang beteiligt sich GmbH Y<sub>1</sub> an der Mitunternehmerschaft, indem sie ihren Betrieb steuerneutral in die Mitunternehmerschaft einbringt.

GmbH Y<sub>1</sub> ist mittelbar über die Mitunternehmerschaft an GmbH X<sub>2</sub> beteiligt. Es handelt sich um einbringungsgeborene Anteile. Da diese Anteile aufgrund eines Anteilstauschs nach § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG geschaffen wurden, ist der entsprechende Gewinnanteil für GmbH Y<sub>1</sub> stfrei, auch wenn in ihrer Person die Siebenjahresfrist bei einer Veräußerung noch nicht abgelaufen war.

**Abwandlung:** Wie vor, aber statt ihrer Beteiligung an der X-AG gliedert GmbH X<sub>1</sub> steuerneutral einen Teilbetrieb in GmbH X<sub>2</sub> aus.



Die Veräußerung der Anteile an GmbH X<sub>2</sub> durch die Mitunternehmerschaft ist sowohl für GmbH X<sub>1</sub> wie für GmbH Y<sub>1</sub> stpfl., wenn sie innerhalb von sieben Jahren nach der Ausgliederung des Teilbetriebs von GmbH X<sub>1</sub> in GmbH X<sub>2</sub> erfolgte. Es handelt sich um einbringungsgeborene Anteile, für die die Rückausnahme des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 nicht greift. Da GmbH X<sub>2</sub> die einbringungsgeborenen Anteile über ihren Beitritt in die Mitunternehmerschaft unter Teilwert erworben hat, greift auch für sie die Sperre des Abs. 4. Für die Berechnung der Sperrfrist ist aber auf die Person des (schädlich) Einbringenden abzustellen; durch den Beitritt der GmbH Y<sub>1</sub> kommt es für diese nicht zu einer eigenen neuen Sperrfrist.

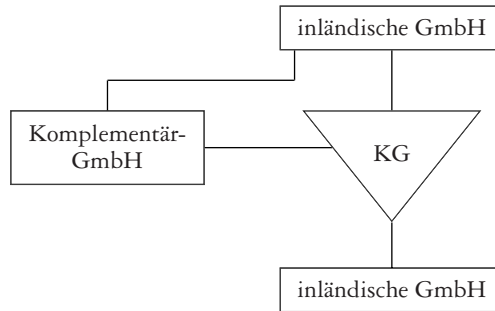
**d) Anwendung des Abs. 5**

146

Soweit in dem auf den durch § 8b begünstigten Mitunternehmer entfallenden Gewinnanteil Dividenden aus Beteiligungen an KapGes. enthalten sind, gelten 5 vH der Dividende als nicht abziehbare BA. Effektiv werden damit 95 vH 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).

**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 zu prüfen 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 – muß der Ausgleich durch den Gesellschaftsvertrag erfolgen. Das ist im Bereich der Mitunternehmerschaften nichts Ungewöhnliches, wie zB Gewerbesteuerausgleichungen im Bereich von Ergänzungsbilanzen oder Sonderbetriebsvermögen.

**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. § 3c Abs. 1 EStG ist seit dem 1.1.2004 suspendiert (Abs. 5 Satz 2). Im Fall einer Ausschüttung durch die KapGes. gelten 5 vH als nichtabziehbare BA, die tatsächlichen Finanzierungsaufwendungen sind abziehbar.

*Hinweis:* Grds. sollte das auch für die GewSt. gelten. AA ist jedoch die FinVerw. (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 57, s. Anm. 144); da die Anwendung der Abs. 1–5 für Zwecke der GewSt. nicht gelten soll, ist die 5 vH-Fiktion nicht anwendbar. Auch § 3c Abs. 1 EStG kommt uE nicht zum Tragen, weil die Mitunternehmerschaft keine stfreien Einnahmen (Dividenden) erzielt. Sie werden aus dem Gewinn der Mitunternehmerschaft gekürzt, soweit die Voraussetzungen des § 9 Nr. 2a und 7 GewStG erfüllt sind; die Kürzung bedeutet keine StBefreiung.

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

*Hinweis:* Trotz der Halbeinkünfterregelung (§ 3 Nr. 40 EStG) geht die FinVerw. auch bei natürlichen Personen als Mitunternehmern von einer vollen GewStPflcht laufender und einmaliger Beteiligungserträge auf der Ebene der Mitunternehmerschaft aus (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 57). Konsequenterweise kann § 3c Abs. 2 EStG nicht anwendbar sein; auch in Fällen natürlicher Personen als Mitunternehmer ist Finanzierungsaufwand vollständig abziehbar.

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; darüber hinaus wäre § 3c Abs. 1 EStG nicht anwendbar (insbes. bis zum 31.12.2003), weil es am unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang fehlt. Soweit eine natürliche Person Mitunternehmer sein sollte, wären strengere Abzugsrestriktionen im SonderBV durch § 3c Abs. 2 EStG (Einlagefall) uU im Rahmen der gesellschaftsvertraglichen Gewinnverteilungsabrede zu korrigieren.

*Hinweis:* Da die FinVerw. Abs. 1–5 nicht für die GewSt. bei zwischengeschalteter Mitunternehmerschaft gelten läßt, sind alle Aufwendungen abziehbar. Das gilt für natürliche Personen und KapGes. als Mitunternehmer gleichermaßen.

#### 147 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.

148–149 Einstweilen frei.

### III. Tatbestand und Rechtsfolgen des Abs. 6 Satz 1 Halbs. 2

#### 150 1. Tatbestand

Der Tatbestand des Halbs. 2 ergänzt Abs. 6 Satz 1 um den speziellen Fall der Erzielung eines einmaligen Beteiligungsertrags durch Veräußerung des Mitunter-

nehmeranteils 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 einschl. 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 (dazu s. Anm. 43f.). 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.

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

► *Veräußerung* ist die entgeltliche Übertragung des Mitunternehmeranteils. Dies ist insbes. der Fall, wenn der Mitunternehmer einer zwei- oder mehrgliedrigen PersGes. seinen Anteil auf einen bisherigen oder neu eintretenden Gesellschafter überträgt oder wenn sein Anteil den bisherigen Gesellschaftern gegen Abfindung anwächst. Dasselbe gilt bei tauschähnlichen Vorgängen (Einbringungen), wobei indes oftmals die Regelungen der §§ 20, 24 UmwStG Steuerneutralität ermöglichen (vgl. zB SCHMIDT/WACKER XXIII. § 16 Rn. 412f.).

► *Aufgabe* eines Mitunternehmeranteils ist die Beendigung der betrieblichen Bindung der Beteiligung an einer Mitunternehmerschaft ohne Veräußerung (BFH v. 15.7.1986 VIII R 154/85, BStBl. II, 896). Da der Begriff der Veräußerung weit auszulegen ist, kommt der Aufgabe eines Mitunternehmeranteils in KapGes.-Strukturen wohl eher geringe Bedeutung zu, denn ein maßgebender Fall, die Überführung von BV oder PV, scheidet aus. Im wesentlichen handelt es sich um Fälle, in denen ein Mitunternehmer (zB beim Anwachungsmodell) ohne Abfindung aus der Mitunternehmerschaft ausscheidet (vgl. auch STRAHL/HERFF in KORN, EStG, § 16 Rn. 289).

151 **2. Rechtsfolge**

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 sei, 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 – zur Anwendung; entsprechend werden Veräußerungs- und Aufgabeverluste als Gewinnminderungen iSd. Abs. 3 Satz 3 stl. nicht berücksichtigt.

**Konkurrenz zu § 7 Satz 2 GewStG:** UE geht Abs. 6 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 u. 6 KStG (vgl. KESSLER/SCHMALZ/SCHMIDT, DStR 2001, 1865 [1873 f.]; BEINERT/VAN LISHAUT, FR 2001, 1137 [1147]; NEU/WATERMEYER, DStR 2002, 2102 [2103]; im Ergebnis ebenso [teleologische Reduktion] BEHRENS/SCHMITT, BB 2002, 860 [863 f.]; TÖBEN, FR 2002, 361 [371 f.]; BENZ, DB 2002, Beil. 1, 23; FÜGER/RIEGER, DStR 2002, 933 [936]). Mit anderen Worten: § 7 Satz 2 GewStG kann keine Erträge erfassen, die bereits aufgrund Gewinnermittlungsvorschriften befreit sind. Dies entspricht ganz offenbar auch dem gesetzgeberischen Willen, der in § 7 Satz 2 GewStG eine Vorschrift zur Verhinderung von Mißbräuchen sieht. Es soll verhindert werden, daß eine KapGes. WG steuerneutral in eine Mitunternehmerschaft einbringt und statt einer gewstpfl. Veräußerung des eingebrachten WG eine nicht der GewSt. unterfallende Veräußerung der Mitunternehmerbeteiligung vornimmt (BRDrucks. 638/01 v. 17.8.2001, 67). Die FinVerw. nimmt wie bei der Anwendung des Abs. 6 auf die GewSt. auch hier eine andere Sichtweise ein; der Gewinn aus der Veräußerung eines Mitunternehmeranteils führt einschließlich des auf begünstigte Beteiligungen entfallenden Gewinns zur GewSt. (BMF v. 28.4.2003, BStBl. I, 292 Tz. 58). Abs. 6 soll auf dieser Grundlage auch in Organschaftsfällen nicht anwendbar sein, wenn OT eine Mitunternehmerschaft mit inkorporierten Gesellschaftern ist (DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 [1026]; zur Problematik vgl. HEURUNG/MÖBUS, BB 2003, 766 [773]).

152 Einstweilen frei.

153

**IV. 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), als andere, mit diesen Einkünften zu berücksichtigende andere Besteuerungsgrundlage iSd. § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO festgestellt werden muß (Bruttomethode) oder nur nachrichtlich dem WohnsitzFA mitzuteilen ist (vgl. Übersicht bei SERTZ, GmbHR 2004, 476).

**Stellungnahme zu den verschiedenen Rechtsauffassungen:** UE ist aufgrund §§ 179, 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO der auf den einzelnen Mitunternehmer entfallende stpfl. Gewinnanteil verbindlich im Verfahren zur einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung iSd. Nettomethode festzustellen. Zwar ist problematisch, ob die an die Personen des Mitunternehmers geknüpften

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 (s. Anm. 12). Grds. werden im Rahmen der einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung auch Feststellungen über die Steuerbarkeit und die StPflcht von Einkünften getroffen (BFH v. 12.11.1985 IX R 85/82, BStBl. II 1986, 239; v. 24.2.1998 I R 95/84, BStBl. II, 663). Dazu gehört auch die Berücksichtigung von StBefreiungen bei der Ermittlung des Gewinnanteils selbst. Da nach hier vertretener Ansicht die Berücksichtigung der sachlichen StBefreiung des § 8b bereits im Rahmen der Gewinnermittlung ansetzt, sind die entsprechenden Feststellungen auch bereits im Rahmen der einheitlichen und gesonderten Feststellung zu treffen (glA GLANEGGER/GÜROFF, GewStG V, § 8 Nr. 5 Rn. 2; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 124).

**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. Praktikabilitätserwägungen, die dem Vernehmen nach in der FinVerw. für eine andere Handhabung (Bruttomethode) sprechen (vgl. DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 124), entsprechen nicht § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO.

*Hinweis:* Da die StBefreiungen des § 8b als Vorschriften der Gewinnermittlung iSd. § 7 Satz 1 GewStG auch auf die GewSt. durchschlagen, ist insoweit die Berücksichtigung der StBefreiungen bei der einheitlichen und gesonderten Feststellungen der stpfl. Einkünfte (Nettomethode) angezeigt. Denn jedenfalls für die GewSt. wäre die Bruttomethode nicht durchführbar, weil die PersGes. selbst GewStSubjekt ist. Auch dies spricht für die Nettomethode, die allein nicht zu einem Auseinanderfallen der Feststellungen für Zwecke der KSt. und GewSt. führt (glA DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 124).

Soweit Besteuerungsmerkmale im Ausland maßgebend sind, trifft die Mitunternehmerschaft generell eine erhöhte Mitwirkungspflicht (§ 90 Abs. 2 AO).

Einstweilen frei.

154

## C. Mittelbare Beteiligung eines Betriebs gewerblicher Art, Satz 2

### I. Überblick, Bedeutung und typischer Anwendungsfall

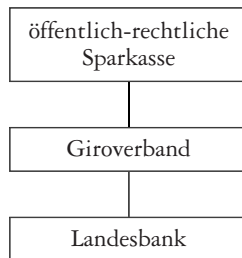
155

**Überblick:** Ähnlich wie im Fall der Zwischenschaltung einer PersGes. soll die StFreistellung für einen Betrieb gewerblicher Art erhalten bleiben, wenn eine (nicht stpfl.) juristische Person des öffentlichen Rechts zwischengeschaltet ist. Die in Abs. 6 Satz 2 beschriebene entsprechende Anwendung der Abs. 1–5 setzt voraus, daß

- einem Betrieb gewerblicher Art einer juristischen Person des öffentlichen Rechts
- Bezüge und Gewinne von einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse zufließen
- über eine juristische Person des öffentlichen Rechts, bei der die Leistungen nicht im Rahmen eines Betriebs gewerblicher Art erfaßt werden.

**Bedeutung:** Die Regelung erlangt Bedeutung im Rahmen des bislang durch § 8 Abs. 5 Satz 2 idF vor StSenkG geregelten Sachverhalts. Da Betriebe gewerblicher Art nicht dem Anrechnungsverfahren unterfielen, wurde ihre KSt. mit dem Steuersatz von 40 vH definitiv. Fielen bei einer Körperschaft Erträge aus Anteilen an einem solchen Betrieb gewerblicher Art an, erfolgte durch § 8 Abs. 5 Satz 1 aF eine Freistellung bei dem Empfänger. Diese auch nach der Systemumstellung gebotene Freistellung übernimmt nunmehr die allg. Freistellung des Abs. 1 für laufende Beteiligungserträge und des Abs. 2 für einmalige Gewinne. Die Regelung des Abs. 6 Satz 2 stellt sicher, daß die Kette zwischen begünstigtem Empfänger von Beteiligungserträgen und der Beteiligungsgesellschaft auch bei einer zwischengeschalteten juristischen Person des öffentlichen Rechts ohne Betrieb gewerblicher Art erhalten bleibt.

**Typischer Anwendungsfall:** Der typische Fall ist die Beteiligung eines durch § 8b begünstigten Betriebs gewerblicher Art an einem Verband. Der Verband selbst ist an dem Betrieb gewerblicher Art einer Körperschaft des öffentlichen Rechts beteiligt, wobei dieser im Regelfall selbst rechtsfähig ist (§ 4 Abs. 2). Es handelt sich insbes. um Strukturen im Rahmen öffentlich-rechtlicher 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 Betrieb gewerblicher Art einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, sondern einem KStpfl. iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 1, 4 und 5 zufließen [zB private Sparkasse], vgl. BMF v. 6.8.2002, DStR 2002, 1575; OFD Kiel v. 19.9.2002, FR 2002, 1255; OFD Frankf. v. 11.11.2002, DB 2002, 2625).



**Regelungsbedürfnis:** Ohne die Regelung des Abs. 6 Satz 2 wären Bezüge von der Landesbank bei der öffentlich-rechtlichen Sparkasse kstpfl. 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 Betrieb gewerblicher Art 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 Betriebe gewerblicher Art mit eigener Rechtspersönlichkeit erfaßt (§ 4 Abs. 2).

**Bezüge und Gewinne:** Es handelt sich um Bezüge und Gewinne iSd. Abs. 1 u. 2. Da die Vorschrift umfassend auf Abs. 1–5 verweist, werden Gewinnminde-



rungen ebenfalls erfaßt. Die entsprechende Ergänzung durch das UntStFG ist insoweit lediglich klarstellend (s. auch § 8b Anm. J 01-24).

**Beteiligung an Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse:** Die Regelung folgt der Aufzählung der in § 1 und § 2 genannten KStpfl. 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 Betriebs gewerblicher Art selbst.

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

### III. Rechtsfolge

157

**Körperschaftsteuer:** Die entsprechende Anwendung der Abs. 1–5 führt dazu, daß laufende Beteiligungserträge iSd. Abs. 1 trotz zwischengeschalteter Körperschaft des öffentlichen Rechts bei dem beteiligten Betrieb gewerblicher Art steuerfrei 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 ein. Einbringungsgewinnanteile können im Rahmen des Abs. 6 Satz 2 zB dadurch entstehen, daß eine Person des öffentlichen Rechts ihren Eigenbetrieb in eine KapGes. steuerneutral ausgliedert.

**Gewerbesteuer:** Die Befreiung gilt auch für die GewSt. Das BMF-Schreiben v. 28.4.2003 (BStBl. I 2003, 292) enthält eine ausdrückliche Nichtgeltungsanordnung nur für die zwischengeschaltete Mitunternehmerschaft (s. Anm. 81 f.); wie im Fall unmittelbarer Beteiligungen ist daher auch von einer Geltung für die GewSt. im Rahmen des Abs. 6 Satz 2 auszugehen (DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1016 [1026]; KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 253).

Einstweilen frei.

158–159

**Erläuterungen zu Abs. 7:  
Keine Anwendung der Abs. 1–6 auf Anteile,  
die bei Banken und Finanzdienstleistern  
zum Handelsbuch gehören oder für den kurzfristigen  
Eigenhandel vorgesehen sind**

**A. Allgemeine Erläuterungen**

160

**I. Überblick über die Regelung**

Die Vorschrift enthält zwei Fallgruppen, auf die Abs. 1–6 nicht anzuwenden sind. Die erste Gruppe erfaßt Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsunternehmen, die unter das KWG fallen und nach § 1 Abs. 12 KWG ein Handelsbuch führen. Die zweite Fallgruppe betrifft Finanzunternehmen iSd. KWG, für die keine Verpflichtung besteht, ein Handelsbuch zu führen. Bei ihnen sind die Abs. 1–6 nicht auf Anteile anzuwenden, die mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben werden. Satz 3 erstreckt die Suspension der Abs. 1–6 auf Institute mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat oder in einem EWR-Staat.

161

**II. Grund und Bedeutung**

Ursprünglich war im StSenkG vorgesehen, die StBefreiung für einmalige Erträge iSd. Abs. 2 von einer einjährigen Behaltefrist abhängig zu machen, verbunden mit dem Verbot der Geltendmachung von Teilwertabschreibungen und mit einer im übrigen erheblich eingeschränkten Geltendmachung von Veräußerungsverlusten. Diese Regelung hätte vor allem für Kreditinstitute, die kurzfristigen Aktienhandel betreiben, eine deutliche stl. Benachteiligung bewirkt. Die ursprüngliche Rechtslage wurde daher vor Inkrafttreten durch Streichung der Behaltefrist in Abs. 2 und Anfügung des Abs. 7 neu geregelt (s. Anm. 4). Abs. 8 enthält neuerdings eine strukturell ähnliche Regelung für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen; s. Anm. 170 ff.

**Systematische Mängel der alten Rechtslage:** Die umfassende Freistellung von laufenden und einmaligen Beteiligungserträgen hätte für Kreditinstitute und Finanzdienstleister dazu geführt, daß auch Gewinnminderungen iSd. Abs. 3 nicht mehr berücksichtigungsfähig wären. Dies hätte den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für einen erfolgreichen Aktien- und Beteiligungshandel nicht entsprochen. Denn gemeinhin sichern Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen iSd. KWG Risikopositionen aus Aktien durch gegenläufige Risikopositionen aus Aktienderivaten. Durch die jeweils gegenläufige Entwicklung von Hauptgeschäft und Sicherungsgeschäft erfolgt wirtschaftlich eine Risikokompensierung. Durch die ursprünglich in Abs. 2 vorgesehene Haltefrist von einem Jahr wären Veräußerungsgewinne aus Beteiligungen, die innerhalb der Haltefrist erworben oder veräußert wurden, zwar stpfl. Auf der anderen Seite führte diese StPflcht nicht zu einer korrespondierenden Geltendmachung 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. Derartige Verluste sollten stl. nur noch mit Gewinnen aus derartigen Geschäften verrechenbar sein und auch nur insoweit, wie sie während der Haltefrist von einem Jahr realisiert wurden.

**Zielsetzung des Abs. 7:** Die Änderung des § 8b noch vor seinem Inkrafttreten sollte die stl. Rahmenbedingungen für den Handel mit Aktien und anderen Beteiligungen durch institutionelle Anleger verbessern. Neben der Abschaffung der Haltefrist des Abs. 2 und der Einfügung des Abs. 7 durch das Gesetz zur Änderung des Investitionszulagengesetzes 1999 (s. Anm. 3) wurde auch § 15 Abs. 4 EStG geändert. Verluste sind weiterhin uneingeschränkt nutzbar, soweit sie aus Geschäften von Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten und Finanzunternehmen iSd. KWG herrühren und zu ihrem gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören. Unter den Voraussetzungen des Abs. 7 können die genannten Institute Verluste aus Aktientermingeschäften und Absicherungsgeschäften stl. geltend machen (vgl. Gesetzesbegr., BTDrucks. 14/4626, 3; eingehend BOGENSCHÜTZ/TIBO, DB 2001, 8). Im Gegenzug sind allerdings nicht nur Veräußerungsgewinne stpfl. Im Verhältnis zur ursprünglichen Regelung enthält Abs. 7 eine Verschärfung; die Regelung erstreckt die StPflcht auch auf die laufenden Erträge. Der Gesetzgeber befürchtet anderenfalls Besteuerungslücken (Gesetzesbegr., BTDrucks. 14/4626; krit. etwa DESENS, Das Halbeinkünfteverfahren, 2004, 215). Diese StPflcht für laufende Erträge indes widerspricht der neuen Systematik des KStRechts, Erträge innerhalb eines KapGes.-Konzerns nur einmal mit KSt. zu belasten. Die Vorschrift ist zudem – zumindest in Teilen – recht weit geraten, ihre Anwendung entsprechend str. (Übersicht bei NEU/WATERMEYER, DStR 2002, 2101 [2103]). Eine Nachbesserung durch das UntStFG ist nicht erfolgt. Das BMF hat seine Auslegung in einem eigenständigen Anwendungsschreiben dargestellt (v. 25.7.2002, BStBl. I, 712).

*Hinweis:* Die in Abs. 7 getroffene Regelung ist EU-rechtlich problematisch. Dies gilt für die StPflcht laufender Beteiligungserträge, die Art. 4 Abs. 1 der Mutter-Tochter-Richtlinie (Richtlinie [EWG] v. 23.7.1990, ABl. EG Nr. L 255, 6; ber. ABl. EG Nr. L 226, 20) widerspricht und vom Zweck des Abs. 7 nicht geboten war. Der RegE eines EURLumsG v. 28.7.2004 (BRDrucks. 605/04) sieht eine StPflcht für EU-Gesellschaften vor (s. Anm. 4).

## B. Abs. 7 Satz 1: Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute, bei denen Anteile dem Handelsbuch zuzurechnen sind

### I. Die Tatbestandsvoraussetzungen im einzelnen

162

Die Regelung betrifft nur bestimmte Körperschaften und nur bestimmte Anteile. Betroffen sind

- Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute iSd. KWG
- mit Anteilen, die dem Handelsbuch iSd. § 1 Abs. 12 KWG zuzurechnen sind.

**Kreditinstitute** sind in § 1 Abs. 1 KWG legal definiert. Es handelt sich um Unternehmen, 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.

**Finanzdienstleistungsinstitute:** Aufgrund der Legaldefinition in § 1 Abs. 1a KWG betreiben sie die in § 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.

**Anteile, die dem Handelsbuch zuzurechnen sind:** Da Abs. 7 eine Ausnahme zu Abs. 1–6 darstellt, werden Anteile iSd. Abs. 2 erfaßt; es handelt sich um solche Anteile, die bei dem Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut zu laufenden Beteiligungserträgen führen und die grundsätzlich nach Abs. 2 von der KSt. befreit wären. Typischerweise handelt es sich um Aktien und GmbH-Anteile. Sie müssen dem Handelsbuch zuzurechnen sein. Damit kommt es – ähnlich § 5 Abs. 1 EStG – zu einer Maßgeblichkeit des Handelsbuchs für die StPflcht von Veräußerungsgewinnen. Allerdings läßt der Wortlaut offen, ob der Terminus „dem Handelsbuch zuzurechnen sind“ einen Verweis auf den konkreten Ausweis im Handelsbuch enthält oder ob es sich um eine abstrakte Verweisung handelt. UE kommt es auf den tatsächlichen Ausweis im Handelsbuch an. Dies ergibt sich aus dem Umstand, daß § 1 Abs. 12 Satz 6 KWG eine Umwidmung ins Anlagebuch zuläßt. Das ergibt sich weiterhin auch daraus, daß die Einhaltung der institutsintern festgelegten Kriterien aufgrund gesetzlicher Anordnung (§ 1 Abs. 12 Satz 7 KWG) durch den Abschlußprüfer im Rahmen der Jahresabschlußprüfung zu überprüfen und zu bestätigen ist (ebenso BOGENSCHÜTZ/TIBO, DB 2001, 8 [10]). Im Regelfall wird dem Ansatz im Handelsbuch dementsprechend zu folgen sein; eine Ausnahme besteht uE jedoch, wenn er nicht mit den festgelegten Kriterien übereinstimmt. Wegen der Bestätigung durch den Abschlußprüfer dürfte es sich dabei jedoch um grobe Ausnahmefälle handeln.

Die FinVerw. nimmt in BMF v. 25.7.2002, BStBl. I, 712 Tz. B I eine vergleichbare Position ein. Zwar komme es nicht auf den konkreten Ausweis im Handelsbuch an, im Regelfall könne ihm aber stl. gefolgt werden.

► *Inhalt des Handelsbuchs:* Aufgrund § 1 Abs. 12 Satz 5 KWG hat die Einbeziehung in das Handelsbuch nach institutsintern festgelegten nachprüfbar Kriterien zu erfolgen, die dem Bundesaufsichtsamt mitzuteilen sind. Auch Änderungen der Kriterien sind mitzuteilen und die Gründe dafür darzulegen. § 1 Abs. 12 Satz 1 KWG schreibt folgende Risikopositionen vor, die dem Handelsbuch zuzurechnen sind:

▷ *Nr. 1:* Finanzinstrumente, handelbare Forderungen und Anteile, die das Institut zum Zweck des Wiederverkaufs im Eigenbestand hält oder von dem Institut übernommen werden, um bestehende oder erwartete Unterschiede zwischen den Kauf- und Verkaufspreisen oder Preis- und Zinsschwankungen kurzfristig zu nutzen, damit ein Eigenhandelserfolg erzielt wird,

*Hinweis:* Im einzelnen ist str., welche Anteile „handelsbuchfähig“ sind. Teilweise wird eine Beschränkung auf börsennotierte Aktien befürwortet, weil andere Finanzbeteiligungen, insbes. auch Beteiligungen an GmbH, nicht marktgängig seien (MILATZ, BB 2001, 1066 [1073]; STOSCHEK/LAUERMANN/PETER, NWB F. 4, 4647 [4651]). Dies folge zB aus dem Umstand, daß eine notariell beurkundete Übertragung notwendig sei (vgl. PYSZKA/BRAUER, BB 2002, 1669 [1670]). UE läßt sich der Regelung eine derartige Einschränkung nicht entnehmen. Die Kreditwirtschaft jedenfalls verlangt zwar handelbare Anteile, beschränkt sie aber nicht auf börsennotierte Aktien. Zirkulationsfähigkeit ist nur ausgeschlossen, wenn die Abtretung gesetzlich oder durch Vereinbarung ausgeschlossen oder an Zustimmungserfordernisse geknüpft ist. Erfasst werden deshalb grundsätzlich uE auch Anteile an GmbH (Rundschreiben 17/99 des BAKred., Tz. III 1.4; Anhang Tz. 1.1. c; 4). Große praktische Relevanz hat diese Abgrenzungsfrage insbes. im Fall des Abs. 7 Satz 2 mit dem weitgefaßten subjektiven Anwendungsbereich auf Finanzinstitute (s. Anm. 165).

- ▷ Nr. 2: Bestände und Geschäfte zur Absicherung von Marktrisiken des Handelsbuchs und damit im Zusammenhang stehende Refinanzierungsgeschäfte,
- ▷ Nr. 3: Aufgabengeschäfte sowie
- ▷ Nr. 4: Forderungen in Form von Gebühren, Provisionen, Zinsen, Dividenden und Einnahmen, die mit den Positionen des Handelsbuchs unmittelbar verknüpft sind;
- ▷ *ergänzt um § 1 Abs. 12 Satz 2 KWG*: Pensions-, Darlehens- sowie vergleichbare Geschäfte auf Positionen des Handelsbuchs.
- ▶ *Sonderfragen bei fehlendem Handelsbuch*: Ungeklärt ist, wie in Fällen des § 2 Abs. 11 KWG zu verfahren ist. Unter den dort genannten Voraussetzungen braucht ein Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut kein Handelsbuch zu führen. Nach Meinung der FinVerw. gelten die Vorschriften analog wie wenn ein Handelsbuch geführt würde (BMF v. 25.7.2002, BStBl. I, 712 Tz. A; ebenso BOGENSCHÜTZ/TIBO, DB 2001, 8 [10]). UE ist 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. Da es nach hier vertretener Ansicht auf die konkrete Zurechnung der Anteile im Handelsbuch ankommt, ist eine abstrakte Beurteilung dahingehend, ob im Fall der Führung eines Handelsbuchs diesem die Anteile zuzurechnen wären, nicht angezeigt. Es mangelt insofern an dem den Ausweis im Handelsbuch kennzeichnenden Verfahren, nach dem der Abschlußprüfer die Führung des Handelsbuchs entsprechend den dafür aufgestellten und dem Bundesaufsichtsamt mitgeteilten Grundsätzen bestätigt. Die Handelsbuchpflicht würde auf diesem Wege trotz Befreiung faktisch eingeführt. UE ist die Regelungslücke dadurch zu schließen, daß auf Finanzdienstleistungsinstitute, die kein Handelsbuch führen müssen und ein solches Handelsbuch nicht freiwillig führen, Satz 2 entsprechend anzuwenden ist. Denn insoweit stehen die Finanzdienstleistungsinstitute den Finanzunternehmen gleich, die ebenfalls kein Handelsbuch führen müssen, gleichwohl aber dasselbe Bedürfnis einer Verrechnung von Aufwendungen und Erträgen aus kurzfristigen Geschäften haben (glA KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 272). Dazu s. Anm. 165.

## II. Rechtsfolge

163

**Abs. 1–6 sind nicht anzuwenden:** Werden Anteile iSd. Abs. 2 im Handelsbuch ausgewiesen, kommt es zur Anwendung der allgemeinen Besteuerungsregeln. Dividendeneinkünfte sind nicht aufgrund 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 zur StPflcht. Wesentlich ist auf der anderen Seite, daß Gewinnminderungen stl. abziehbar sind; auch die Beschränkungen des § 15 Abs. 4 Satz 5 EStG greifen in diesen Fällen nicht ein. Konsequenterweise bleibt es beim Abzug von Aufwendungen, da § 3c EStG und Abs. 5 ebenfalls suspendiert sind. Zur Abziehbarkeit von Verlusten aus Anteilen, die im Anlagebuch geführt werden, vgl. BOGENSCHÜTZ/TIBO, DB 2001, 8 (9). Aufgrund § 7 GewStG treten diese Rechtsfolgen auch für

Zwecke der GewSt. ein; uU greifen die gewstl. Schachtelprivilegien des § 9 Nr. 2a und 7 GewStG.

**Fortgeltung DBA-rechtlicher Sonderregeln:** Die StPflicht aufgrund Abs. 7 läßt eine StBefreiung durch entsprechende Regelungen in DBA unberührt (s. Anm. 23; ausführlich JACOB, FR 2002, 1355; STOSCHEK/LAUERMANN/PETER, NWB F. 4, 4647 [4655 ff.]). Auch in diesem Fall gelten die Abs. 3 und Abs. 5, weil sie für die Anwendung der Fiktion 5 vH nichtabziehbarer BA nicht nach dem Rechtsgrund für die StBefreiung differenzieren (s. Anm. 125). Nur gewstl. werden Beteiligungsschwellen des DBA-Schachtelprivilegs national auf 10 vH abgesenkt (§ 9 Nr. 8 GewStG), kstl. ist durch das StSenkG insoweit eine Verschlechterung eingetreten (JACOB, FR 2002, 1355 [1356]).

164 Einstweilen frei.

### C. Abs. 7 Satz 2: Anteilserwerb zur kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs

#### 165 I. Die Tatbestandsvoraussetzungen im einzelnen

Satz 2 erweitert den Anwendungsbereich des Satzes 1 auf ähnlich gelagerte Fälle („gleiches gilt ...“), und zwar auf

- Finanzunternehmen iSd. KWG
- mit Anteilen, die zur kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben werden.

Beide Kriterien müssen zur Anwendung des Abs. 7 Satz 2 kumulativ erfüllt sein.

**Finanzunternehmen:** Obwohl sie in § 1 Abs. 3 KWG definiert sind, ist nicht abschließend geklärt, welches Unternehmen die Voraussetzungen erfüllt. Aufgrund § 1 Abs. 3 KWG handelt es sich um Unternehmen, die – ohne Kredit- oder Finanzdienstleistungsunternehmen zu sein – als Haupttätigkeit ua. den Erwerb von Beteiligungen ausüben (§ 1 Abs. 3 Nr. 1). Maßgebend für die Beurteilung ist die Haupttätigkeit des Unternehmens. Entscheidend kommt es darauf an, daß die Tätigkeit maßgeblichen Anteil am Gesamtumsatz hat; das soll der Fall sein, wenn die Aktivität bezogen auf den Gesamtumsatz, die Bilanzsumme oder das Eigenkapital mehr als die Hälfte beträgt (FÜLBIER in BOOS/FISCHER/SCHULTE-MÄTTLER, KWG, § 1 Rn. 158; DÖRSCH/PUNG in DEJPW, § 8b Rn. 139). Nach wohl herrschender Ansicht in der Kreditwirtschaft wird ein Unternehmen jedoch bereits bei der Durchführung eines einzelnen Geschäfts zum Finanzunternehmen, sofern dieses Geschäft die Haupttätigkeit des Unternehmens ausmacht (vgl. REISCHAUER/KLEINHAUS, KWG, § 1 Rn. 250; BOGENSCHÜTZ/TIBO, DB 2001, 8 [11] mwN; aA BRAUER/PYSZKA, GmbHR 2002, 1116 [1118]). Damit wird eine Abgrenzung zu Holdinggesellschaften und insbes. zu Industrie- und Versicherungsholdinggesellschaften wie aber auch zu Holdings von Kreditinstituten schwierig. Dem Wortlaut des § 1 Abs. 3 KWG unterfallen auch diese Gesellschaften; dem Zweck des Gesetzes, insbes. dem Zweck des Abs. 7 Satz 2, nur einen Ausnahmetatbestand für institutionelle Anleger darzustellen, dürfte ein derartig weiter Anwendungsbereich nicht entsprechen (vgl. auch MILATZ, BB 2002, 1066 [1073]; BRAUER/PYSZKA, GmbHR 2002, 1116; HARDECKER, DB 2002, 2127 [2128]; WAGNER, StBp. 2002, 361 [362]; aA KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 277).



► *Auslegung der FinVerw.*: 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, BStBl. I, 712 Tz. C I). Für die Entscheidung der Frage, ob die KWG-Tätigkeit die Haupttätigkeit darstellt, verweist die FinVerw. auf die Abgrenzungskriterien der Holdinggesellschaft in Tz. 81 u. 82 des Anwendungsschreibens zu § 8a KStG v. 15.12.1994 (BStBl. I 1995, 176). Danach muß das Halten von Beteiligungen und die Finanzierung der Beteiligungsgesellschaften den Schwerpunkt der Tätigkeit bilden; davon ist auszugehen, wenn mindestens 75 vH der Bruttoerträge durch die Holdingtätigkeit erzielt werden. Auf dieser Grundlage qualifizieren auch Holdinggesellschaften mit langfristigen Beteiligungsanlagen als Finanzunternehmen, selbst wenn sie keinen Beteiligungshandel betreiben.

► *Stellungnahme*: Die Schwierigkeiten zur Auslegung des Begriffs Finanzunternehmen folgen aus dem Verweis des Abs. 7 auf Regelungen aus dem KWG, die gänzlich anderen – aufsichtsrechtlichen – Zwecken dienen. Die Definition der Haupttätigkeit durch Abstellen auf eine 50 vH-Grenze an Umsatz, Bilanzsumme oder Eigenkapital oder die in Tz. 81 u. 82 des BMF-Schreibens zu § 8a genannten Kriterien können nur eine Indizwirkung herstellen, nicht aber eine starre Grenze (aA STOSCHEK/LAUERMANN/ALEXANDER, NWB F. 4, 4647 [4650]). In jedem Fall ist eine Einzelbetrachtung und eine normspezifisch einengende Auslegung des Begriffs des Finanzunternehmens für Zwecke des Abs. 7 geboten (MILATZ, BB 2001, 1066 [1073]; WAGNER, StBp. 2002, 361 [362 f.]; MENSCHING, DB 2002, 2347 [2348]). 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 kritisch MENSCHING, DB 2002, 2347 [2348 f.]).

*Hinweis*: Folgt man der sehr weitgehenden Interpretation des Finanzunternehmens indes. durch die FinVerw., führt dies für den Stpfl. zu einem faktischen Wahlrecht der StPflcht auf der einen Seite und zum uneingeschränkten Aufwandsabzug auf der anderen Seite durch entsprechendes Schaffen einer Holdingstruktur.

**Anteile, die zur kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben werden**: Wie im Fall des Satzes 1 ist str., welche Anteile der Regelung unterfallen. UE gehören hierzu alle handelbaren Anteile iSd. Abs. 2 (s. Anm. 162). Völlig offen ist jedoch bislang, wann ein Erwerb zur Erzielung eines kurzfristigen Eigenhandelserfolgs anzunehmen ist. Da nur das Unternehmen selbst die Zweckbestimmung treffen kann, welche Anteile zur Erzielung eines derartigen kurzfristigen Erfolgs erworben werden, ist nach wohl hM auf dessen subjektiven Willen abzustellen, der sich gemeinhin in der Zuordnung der Anteile zum Anlage- oder Umlaufvermögen manifestiert (BMF v. 25.7.2002, BStBl. I, 712 Tz. C II; vgl. auch BFH v. 18.12.1986 I R 293/82, BStBl. II 1987, 446; v. 2.2.1990 III R 165/85, BStBl. II, 706; HERZIG, DB 2003, 1459 [1460]). Im Zweifelsfall wird eine Zuordnung zum Umlaufvermögen allerdings die Ausnahme bilden, denn aufgrund § 271 Abs. 1 HGB sind Beteiligungen von mehr als 20 vH regelmäßig dem Anlagevermögen zuzuordnen (vgl. BERGER/GUTIKE in Beck-BilKomm. V., § 271 HGB Rn. 24 ff.). Demgegenüber soll es nach aA darauf ankommen, daß in Anlehnung an § 23 EStG eine Zwölf-Monatsfrist zwischen Erwerb und Veräußerung nicht überschritten wird, um das Merkmal der Kurzfristigkeit zu bestimmen (BOGENSCHÜTZ/TIBO, DB 2001, 8 [10]). Dies führt zwar zu einer genauen Tatbestandseingrenzung, entspricht aber nicht dem Gesetzessinn. Die ursprünglich in Abs. 2 vorgesehene einjährige Behaltefrist würde über den Umweg des Abs. 7 wieder eingeführt. Demgegenüber bietet die Abgrenzung nach

Anlage- und Umlaufvermögen ausreichend Flexibilität, damit ein Finanzunternehmen seine Unternehmensziele ausrichten kann. Die FinVerw. stellt ebenfalls auf Umlaufvermögen ab (BMF v. 25.7.2002, BStBl. I, 712 Tz. C II). UE sollten jedoch im Einzelfall Ausnahmen zugelassen werden und mit der Verwaltung (verbindliche Auskunft) geklärt werden, wie nachfolgend erläutert.

► *Keine Beschränkung auf börsengehandelte Aktien:* Die Vorschrift läßt keine Beschränkung auf börsengehandelte Aktien zu. Erfasst werden alle Anteile, soweit sie Umlaufvermögen bilden können. Dazu müssen sie übertragbar sein. Insoweit kann auf die Erl. zu Satz 1 verwiesen werden.

► *Keine Beschränkung auf derivative Anteile:* Satz 2 spricht zwar von „erwerben“, schließt damit aber nicht aus, daß auch Anteile an eigengegründeten KapGes. der Eigenhandelsklausel unterfallen können. Auch im Wege der Gründung geschaffene Anteile sind „erworben“.

**Ausnahmen für Zuordnung zum Zweck des Eigenhandelserfolgs:** Die Abgrenzung zwischen Umlauf- und Anlagevermögen führt im Grundsatz zur Abgrenzung auch hinsichtlich eines beabsichtigten Eigenhandels. Dem Zweck der Norm entsprechend, bankübliche Geschäfte zu erfassen, sind Ausnahmen denkbar, wie zB bei Anteilen an Projektgesellschaften, die nur als Haftungsmantel dienen (vgl. BRAUER/PYSZKA, GmbHR 2002, 1116), oder eigenen Anteilen, die zwingend im Umlaufvermögen auszuweisen sind (vgl. BMF v. 2.12.1998, BStBl. I, 1509). Diese gesetzessprechend notwendige Einschränkung ist indes nur deshalb ein Problem des Abgrenzungskriteriums „Anlage- oder Umlaufvermögen“, weil der Begriff des Finanzunternehmens zu weitgehend auf alle Holdinggesellschaften auch außerhalb des Finanzsektors ausgedehnt wird.

Private Equity und Venture Capital Gesellschaften sind ebenfalls 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, BStBl. I 2004, 40 Tz. 18; ebenso BÄRENZ/VEITH, BB 2004, 251 [255]; RODIN/BÄRENZ/VEITH, DB 2004, 103 [108]).

Die FinVerw. äußert sich zu Umwidmungen im Rahmen des Satzes 2 nicht. Sie sollten jedoch ebenso wie in den Fällen des Satzes 1, also auf der Grundlage genau dokumentierter und nachprüfbarer Kriterien, möglich sein (vgl. auch HARDECKER, DB 2002, 2127 [2129]; PYSZKA/BRAUER, BB 2002, 1669 [1671 f.]; NEU/WATERMEYER, DStR 2002, 2101 [2103 f.]; zum Streit um eine Umwidmungsmöglichkeit von Umlauf- in Anlagevermögen vgl. DREYER/HERRMANN, DStR 2002, 1837 [1840 f.] einerseits und PYSZKA/BRAUER, DStR 2003, 277 andererseits).

Empfehlenswert ist es, genau zu dokumentieren, warum eine Beteiligung dem Anlage- oder Umlaufvermögen zugeordnet wird. Dies gilt insbes. in den Fällen, in denen eine Zuordnung zum Umlaufvermögen kraft Gesetzes (§ 271 Abs. 1 HGB) im Regelfall die Ausnahme bildet. Vgl. auch die ausführliche Diskussion bei STERNER/BALMES, FR 2002, 993 (995); MENSCHING, DB 2002, 2347 (2348); HARDECKER, DB 2002, 2127 (2129). Eine Umwidmung ist nicht willkürlich möglich. Vielmehr muß nach den GoB eine Änderung des Ausweises durch neue, nachprüfbare Tatsachen begründet werden (ELLROTT/SCHMIDT-WENDT in Beck-BilKomm. V., § 247 Rn. 357).

Es treten dieselben Rechtsfolgen wie im Fall des Satzes 1 ein, s. Anm. 163.

## **D. Abs. 7 Satz 3: Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen mit Sitz im Ausland**

### **I. Grund und Bedeutung**

167

Satz 3 der Vorschrift erweitert die Suspendierung der Abs. 1–6 systementsprechend auch auf Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EG oder in einem EWR-Staat haben. Im Ausland ansässige Institute werden im Inland oftmals über Zweigniederlassungen tätig und sollen im Rahmen ihrer beschränkten StPflcht den inländischen Instituten und Finanzunternehmen gleichgestellt werden.

### **II. Erfasste Unternehmen**

168

Nach dem eindeutigen Wortlaut des Satzes 3 werden nur ausländische Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen erfasst, die ihren Sitz in der EU haben oder in einem Vertragsstaat des EWR-Abkommens. Aufgrund § 53 und § 53b KWG gelten für diese Unternehmen besondere Vorschriften; sie können unter bestimmten Voraussetzungen Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen ohne Erlaubnis der BAFin. erbringen. Da sie nicht den KWG-Regelungen unterfallen, haben sie kein Handelsbuch iSd. § 1 Abs. 12 KWG zu führen, was die entsprechende Anwendung von Satz 2 des Abs. 7 erklärt.

Demgegenüber unterliegen ausländische Kreditinstitute mit Sitz außerhalb der EU mit ihren inländischen Zweigniederlassungen den Regelungen des KWG (§ 53 KWG). Sie haben ein Handelsbuch iSd. § 1 Abs. 2 KWG zu führen und unterfallen im Rahmen ihrer beschränkten KStPflcht bereits Satz 1 des Abs. 7. Nicht erfasst sind allein Finanzunternehmen mit Sitz im Ausland, die den Unternehmen iSd. § 1 Abs. 3 KWG entsprechen. Mangels Verpflichtung ein Handelsbuch zu führen, unterfallen sie nicht Satz 1. Satz 2 unterfallen sie nicht, weil es an einem entsprechenden Verweis durch Satz 3 fehlt. Daraus werden verfassungsrechtliche Probleme abgeleitet (vgl. PYSZKA/BRAUER, BB 2002, 1669 [1673]); die Regelung des Abs. 7 Satz 2 soll entsprechend angewendet werden (KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 286 mwN).

Einstweilen frei.

169

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

### **I. Rechtsentwicklung**

170

Die Regelung wurde erstmals durch das ProtErklG geschaffen. In dem Gesetzesentwurf der BReg. (BTDrucks. 15/1518) war Abs. 8 noch nicht enthalten. Der BRat regte in seiner Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf die Aufnahme einer entsprechenden Regelung an, die auf Vorschläge einer aufgrund der Protokollerklärung der BReg. zur „Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünsti-

gungsabbaugesetz“ eingesetzten Bund-/Länder-Arbeitsgruppe zurückgeht (BTDrucks. 15/1665, 3). Vorgeschlagen war zudem, den Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen ein Wahlrecht zur Anwendung mit Wirkung ab 2001 oder erst ab 2004 einzuräumen. In der Beschlußempfehlung und dem Bericht des FinAussch. war Abs. 8 erstmals enthalten; auf Antrag sollten die Regelungen bereits ab dem VZ 2003 anwendbar sein (vgl. BTDrucks. 15/1684, 4f.). Die Beschlußempfehlung des Vermittlungsausschusses sah demgegenüber zwar die besondere Regelung des Abs. 8, aber keine rückwirkende Anwendung vor (BTDrucks. 15/2243, 3). Die jetzige Regelung mit einer auf Antrag möglichen Rückwirkung zu 80 vH (s. Anm. 173 und 12) beruht auf dem Vermittlungsverfahren v. 17.12.2003 (dazu DÖTSCH/PUNG, DB 2004, 91).

## II. Grund und Bedeutung der Regelung

Die Regelung steht in engem Zusammenhang mit § 21 und § 14 Abs. 2. Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen können Beitragsrückerstattungen aufgrund § 21 Abs. 1 Nr. 1 als BA abziehen. Diesen BA stehen seit dem kstl. Systemwechsel vom Anrechnungs- zum Halbeinkünfteverfahren oftmals handelsbilanziell erfaßte, aber stfreie Dividendenerträge aus der Anlage von Beiträgen der Versicherten in Beteiligungen an KapGes. gegenüber.

**Systematische Mängel der alten Rechtslage:** Da aufgrund § 14 Abs. 2 weder Lebens- noch Krankenversicherungsunternehmen OG sein können, war ein Verlustausgleich mit den Ergebnissen anderer Versicherungssparten, insbes. Sachversicherungen, verwehrt (krit. hierzu – verfassungswidrig – HEX, FR 2001, 1279; SCHNITTKER/HARTMANN, BB 2002, 277; BÜRKLE, DB 2003, 1701). Bei Substanzverlusten durch zB Veräußerungsverluste oder Teilwertabschreibungen kehrte sich der Effekt um. Stl. wurde das Ergebnis außerbilanziell um Substanzverluste bereinigt (Abs. 3 Satz 3), während der Verlust handelsrechtlich auszuweisen war. Dadurch konnte es zu StBelastungen kommen, obwohl kein (auschüttungsfähiger) Gewinn erzielt wurde (vgl. auch DÖTSCH/PUNG, DB 2004, 151 [154], LEIS, FR 2004, 53 [61 f.]). Dasselbe gilt für Pensionsfonds.

**Beispiel:** Der handelsrechtliche Verlust beträgt 2 Mio. €, darin enthalten sind Abschreibungen auf Finanzanlagen iHv. 10 Mio. €. Aufgrund der Sperrwirkung des Abs. 3 Satz 3 waren trotz handelsrechtlicher Verlustsituation 8 Mio. € stpfl.

**Zielsetzung des Abs. 8:** Statt der Forderung nachzukommen, die Organschaft auch für spartentrennte Versicherungsgesellschaften zuzulassen, hat der Gesetzgeber neben dieser Sonderregel des § 14 Abs. 2 eine weitere Sonderregelung durch Abs. 8 für Lebens- und Krankenversicherungsgesellschaften geschaffen. Die Problematik des Auseinanderfallens von handels- und strechtlichem Gewinn löst Abs. 8 dadurch, daß sowohl laufende wie 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 Gesetzeszusatz 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 handelsrechtlichen Wert angesetzt werden. Zu Einzelheiten vgl. Stellungnahme des BRat 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 (62). Wie bereits die allg. Regelungen des § 8b, ist auch diese Ausnahmeregelung durch Rückausnahmen

und eine differenzierte zeitliche, eine echte Rückwirkung zulassende Anwendungsregelung flankiert (§ 34 Abs. 7 Satz 8).

*Hinweis:* Ebenso wie im Fall des Abs. 7 ist die Regelung des Abs. 8 EU-rechtlich problematisch, soweit die StPflcht laufender Beteiligungserträge betroffen ist; s. Anm. 161.

### III. Tatbestand und Rechtsfolgen

#### 1. Übersicht

172

Der Grundtatbestand des Abs. 8 ist in Satz 1 enthalten. Die Abs. 1–7 sind nicht auf solche Anteile anzuwenden, die bei Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen den Kapitalanlagen zuzurechnen sind. Satz 2 hebt dies wiederum auf, soweit sich in Vorjahren eine Teilwertabschreibung aufgrund Abs. 3 nicht gewinnmindernd ausgewirkt hat und kein Ausgleich durch (stfreie) Wertaufholung erfolgte. Eine weitere Ausnahme zum Grundtatbestand ist Satz 3 zu entnehmen. Gewinnminderungen bleiben stl. wie im Regelfall des Abs. 3 Satz 3 unberücksichtigt, wenn sie im Zusammenhang mit Anteilen stehen, die das betreffende Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen von einem verbundenen Unternehmen iSd. § 15 AktG erworben hat und wenn ein Gewinn aus dem vorausgegangenen Erwerb aufgrund Abs. 2 stfrei war. Während sich die Sätze 1–3 auf Tatbestand und Rechtsfolge der Suspendierung der Abs. 1–7 beziehen, enthält Satz 4 eine besondere Bewertungsvorschrift. Für die Ermittlung des Einkommens sind die handelsrechtlichen Buchwerte der Anteile maßgebend, die bei der Ermittlung der nach § 21 abzugsfähigen BA angesetzt wurden. Die Regelungen gelten entsprechend auch für Pensionsfonds (Satz 5).

#### 2. Grundtatbestand der Suspendierung der Abs. 1–7 (Abs. 8 Satz 1)

##### a) Tatbestandsvoraussetzungen

173

Die in Satz 1 enthaltene Grundregel für die Suspendierung der Abs. 1–7 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 Geschäfte iSd. Anlage zum VAG, Teil A Nr. 2 (Krankenversicherung) und Nr. 19–21 (Lebensversicherung) betreiben. Betroffen sind durch Abs. 8 nicht nur inländische Versicherungsunternehmen, sondern auch im Ausland ansässige Unternehmen innerhalb der EG (vgl. § 13a ff. VAG) sowie in Drittstaaten (vgl. § 106 ff. VAG).

**Anteile, die den Kapitalanlagen zuzurechnen sind:** Für die Bilanz und GuV-Ansätze der Versicherungsunternehmen bestehen besondere Ausweis- und Gliederungsvorschriften, die in §§ 341 ff. HGB und in der Verordnung über die Rechnungslegung von Versicherungsunternehmen (RechVersV v. 8.11.1994, BGBl. I, 3378) und den beigefügten Formblättern enthalten sind. Da sie den Besonderheiten der Versicherungsunternehmen Rechnung tragen, müssen die aufgrund dessen als Kapitalanlagen ausgewiesenen Anteile auch solche iSd. Satzes 1 sein (ebenso DÖRSCH/PUNG, DB 2004, 150 [155]). 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. Da das InvStG den Fonds gegenüber dem Anteilsinhaber als transparent

wertet (s. Anm. 23), gelten die Grundsätze des Abs. 8 auch für entsprechende, durch den Fonds gehaltene Anteile. Bilanziell ist der Fondsanteil uE (uU anteilig) entsprechend auszuweisen.

#### 174 b) Rechtsfolgen

Satz 1 ordnet an, daß die Abs. 1–7 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 nichtabziehbarer BA. Eine Ausnahme zu dieser StPflicht enthält Satz 3 für besondere Fälle vorausgegangener nicht steuerwirksamer Teilwertabschreibung, s. Anm. 177. Andere Befreiungen, zB durch DBA, bleiben unberührt.

**Gewerbsteuer:** Da es sich bei allen Regelungen des § 8b um Vorschriften handelt, die bereits bei der Ermittlung der Einkünfte ansetzen (s. Anm. 20), wird in den Fällen des Satzes 1 auch die GewStFreiheit aufgehoben. Gewstl. Kürzungen sind nicht anwendbar (vgl. § 9 Nr. 2a Satz 3, Nr. 7 Satz 6 GewStG); der Gesetzgeber hält die gewstl. Abziehbarkeit der Beitragsrückerstattungen, 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).

175–176 Einstweilen frei.

### 3. Ausnahmeregelung im Fall bestimmter vorangegangener Teilwertabschreibungen (Abs. 8 Satz 2)

#### 177 a) Tatbestand

Aufgrund 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 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, s. im einzelnen Anm. 42 ff.

**Unberücksichtigte Teilwertabschreibung ohne nachfolgenden Ausgleich:** Die Abschreibung von Anteilen iSd. Abs. 2 gehört zu den Gewinnminderungen, die sich aufgrund 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. Offenbar handelt es sich um ein Versehen des Gesetzgebers, das in ähnlicher Weise bereits in Tz. 18 des BMF-Schreibens v. 28.4.2003 (BStBl. I, 292) zutage tritt (s. Anm. 72).

Das weitere Tatbestandsmerkmal des fehlenden Ausgleichs durch den Ansatz eines höheren Werts ist im Zusammenhang mit Abs. 2 Satz 3 zu sehen. Grund-



sätzlich ist die Wertaufholung nach vorangegangener nicht steuerwirksamer Teilwertabschreibung stfrei.

#### b) Rechtsfolge

178

Als Rechtsfolge ordnet Satz 2 an, daß Satz 1 nicht gilt. Damit kommt die Suspendierung der Abs. 1–7 nicht zum Tragen. Das gilt indes nicht hinsichtlich des gesamten Gewinns an 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.

Einstweilen frei.

179

#### 4. Keine Berücksichtigung von Gewinnminderungen nach innerkonzernlichem steuerfreiem Anteilserwerb (Abs. 8 Satz 3)

##### a) Tatbestand

180

Trotz grundsätzlichen Ausschlusses der Abs. 1–7 durch Satz 1 werden Gewinnminderungen nicht steuerwirksam, wenn sie im Zusammenhang mit Anteilen iSd. Satz 1 stehen und diese Anteile stfrei konzernintern erworben wurden. Die Regelung entspricht offenbar dem Zweck des § 34 Abs. 7 Sätze 4 ff.: Die innerkonzernliche Übertragung von Gewinnminderungen von einem nicht abzugsberechtigten auf ein abzugsberechtigtes Lebens- oder Krankenversicherungsunternehmen soll verhindert werden (ebenso KRÖNER in ERNST & YOUNG, § 8b Rn. 300). Die einzelnen Tatbestandsmerkmale stellen sich überblicksartig wie folgt dar:

- Gewinnminderungen betreffend Anteile iSd. Satz 1;
- Erwerb dieser Anteile von einem verbundenen Unternehmen (§ 15 AktG);
- StFreiheit eines Veräußerungsgewinns aufgrund 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 Ergebnis durch die nahezu identisch 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):** Verbundenes Unternehmen definiert das Gesetz durch einen Verweis auf § 15 AktG. Danach sind verbundene Unternehmen rechtlich 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 Vertragsteile 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 HÜFFER, Aktiengesetz V., § 15 Rn. 1 ff.).

**Steuerfreiheit des Veräußerungsgewinns:** Ausweislich des Gesetzeswortlauts handelt es sich um eine StFreiheit aufgrund Abs. 2 idF des Art. 3 des Ges. v. 23.10.2000 (BGBl. I, 1433). Dabei handelt es sich um das StSenkG, das bereits mehrmals geändert wurde (s. Anm. 4). Gemeint ist offensichtlich StFreiheit aufgrund Abs. 2 *seit* der vorgenannten Gesetzesfassung.

181 **b) Rechtsfolge**

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. 1–7 – 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.

182 Einstweilen frei.

**5. Anteilsbewertung nach Handelsrecht (Abs. 8 Satz 4)**

183 **a) Bedeutung der Regelung**

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 handelsrechtlichen Beträgen, die aufgrund § 21 Abs. 1 auch stl. als Zuführung zu den Beitragsrückerstattungen abziehbar sind, sicherstellen. Da die Zuführung zu den Beitragsrückerstattungen ua. aus handelsrechtlich 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). Das erscheint systematisch, weil dadurch eine Abstimmung zwischen § 21 und Abs. 8 erfolgt.

184 **b) Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolge**

Die besondere Bewertung mit den handelsrechtlichen Werten setzt voraus, daß es sich um Anteile handelt, die Abs. 8 unterfallen, also um Anteile an KapGes., die zu den Kapitalanlagen zählen, s. Anm. 173. 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 handelsrechtliche Wert im Rahmen des Abs. 8 maßgebend. Dies bedeutet, daß Abs. 8 Satz 4 insoweit den strechtlichen Bewertungsvorschriften als *lex specialis* vorgeht. Es handelt sich um eine besondere Ausformung des Prinzips der Maßgeblichkeit der HBil. für die StBil.; die umgekehrte Maßgeblichkeit ist außer Kraft gesetzt. Da Satz 4 ausdrücklich auf den handelsrechtlichen Wert abstellt, der dem BA-Abzug iSd. § 21 Abs. 1 Nr. 1 zugrunde lag, kommt es uE auf den konkreten, handelsrechtlichen Ansatz an.

185 **6. Entsprechende Anwendung auf Pensionsfonds (Abs. 8 Satz 5)**

Satz 5 ordnet an, daß „entsprechendes auch für Pensionsfonds“ gilt.

**Pensionsfonds** sind in § 192 Abs. 1 VAG definiert. Es handelt sich um rechtsfähige Versorgungseinheiten, die im Wege des Kapitaldeckungsverfahrens Lei-

stungen der betrieblichen Altersversorgung erbringen. Pensionsfonds dürfen wie Versicherungsunternehmen nur in der Rechtsform der AG oder des VVaG organisiert sein (§ 113 Abs. 2 Nr. 3 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 stfreien Beteiligungserträgen. Nur bei einer Anwendung aller Regelungen des Abs. 8 kann diese Wechselwirkung erreicht werden.

