

## 11. Abschnitt

## Veräußerung, Erwerb und Wertansatz von GmbH-Anteilen

Rz. III	Rz. III
<b>A. Veräußerung, Erwerb und Wertansatz von GmbH-Anteilen durch Körperschaften</b>	<b>II. Besteuerungsfolgen bei Minderung oder Erhöhung des Teilwerts</b>
<b>I. Besteuerung von Gewinnen und Verlusten bei entgeltlicher und unentgeltlicher Übertragung einer Beteiligung</b>	1. Teilwertabschreibungen und Wertaufholungen . . . 4139
1. Grundlagen des § 8b Abs. 2 und 3 KStG . . . 4100	2. Nachversteuerung früherer Teilwertabschreibungen und sonstige Abzüge
2. Erstmalige Anwendung des § 8b KStG idF des StSenkG	a) Fallkonstellationen . . . 4140
a) Auslandsbeteiligungen . . . . . 4109	b) Sonderprobleme . . . 4141
b) Inlandsbeteiligungen . . . . . 4110	c) Teilwertabschreibungen „mit steuerlicher Wirkung“ . . . . 4143
3. Der Veräußerungsgewinn iS des § 8b Abs. 2 KStG	d) Wertaufholung nach einer steuerlich nicht anerkannten Teilwertabschreibung . . . 4145
a) Definition des Veräußerungsgewinns . . . . . 4120	e) Wertaufholung nach teilweise anerkannter Teilwertabschreibung . . . 4147
b) Berücksichtigung von Veräußerungskosten . . . . . 4121	f) Nachversteuerung sonstiger Abzüge (zB § 6b EStG) . . . . 4148
c) Ausfall oder Minderung der Kaufpreisforderung in späteren Jahren . . . . . 4125	3. Gewinnminderungen im Zusammenhang mit Darlehen . . . . . 4152
4. Gewinnminderungen im Zusammenhang mit einer Beteiligung (§ 8b Abs. 3 KStG). . . . 4127	a) Höhe und Zeitpunkt einer Forderungsabschreibung innerhalb der Bilanz . . . . 4153
	b) Keine außerbilanzielle Hinzurechnung nach § 8b Abs. 3 KStG in der bis einschließlich 2007 geltenden Fassung . . . . . 4157

	Rz. III		Rz. III
c) Forderungsausfälle seit 2008 (§ 8b Abs. 3 KStG idF des JStG 2008)		<b>III. Einzelfragen zur Anteilsveräußerung</b>	
aa) Grundlagen . . .	4160	1. Anteilsübertragungen im Wege der verdeckten Einlage und der vGA	
bb) Zeitpunkt der qualifizierten Beteiligung . . . .	4162	a) Anteilsübertragung im Wege der ver- deckten Einlage . . .	4200
cc) Drittvergleich . . .	4167	b) Anteilsübertragung im Wege der vGA	
dd) Spätere Wert- aufholung . . . .	4171	aa) Anteil mit stillen Reserven . . . . .	4202
ee) Späterer Ver- zicht auf das abgeschriebene Darlehen . . . . .	4172	bb) Überbewertete Beteiligung . . . .	4203
ff) Mittelbare Beteiligungen und nahestehende Personen . . . . .	4175	2. Anteilsveräußerung durch eine Organ- gesellschaft . . . . .	4210
gg) Personengesell- schaft als Darle- hensgeber . . . . .	4178	3. Veräußerung von Anteilen an Organ- gesellschaften . . . . .	4211
hh) Darlehen durch rückgriffsberech- tigte Dritte . . . . .	4180	4. Erwerb und Veräuße- rung eigener Anteile . . . .	4215
ii) Darlehen an eine Schwestergesell- schaft . . . . .	4182	a) Rechtslage vor Inkrafttreten des BilMoG . . . . .	4216
4. Gewerbesteuerliche Behandlung von Teil- wertabschreibungen auf Beteiligungen		b) Rechtslage ab Inkraft- treten des BilMoG	
a) Kapitalgesellschaft als Gesellschafter . . . .	4185	aa) Handelsbilan- zieller Ausweis . .	4219
b) Personengesell- schaft oder natür- liche Person als Gesellschafter . . . .	4186	bb) Steuerrechtliche Behandlung des Erwerbs eigener Anteile . . . . .	4221
aa) Keine Organ- schaft . . . . .	4187	cc) Steuerrechtliche Behandlung der Einziehung . . . .	4228
bb) Organschaft . . . .	4188	dd) Steuerrechtliche Behandlung der Weiterveräuße- rung eigener An- teile . . . . .	4229

	Rz. III
ee) Gesellschafter- ebene . . . . .	4231
ff) Fallbeispiel . . . . .	4232
gg) Übergangsrege- lung . . . . .	4233
hh) Erwerb eigener Anteile als gestal- terische Maß- nahme . . . . .	4234
5. Veräußerung von GmbH- Anteilen durch eine Mit- unternehmerschaft (§ 8b Abs. 6 KStG) . . . . .	4237
6. Veräußerung eines Anteils an einer Mit- unternehmerschaft, die Anteile an Kapital- gesellschaften hält (§ 8b Abs. 6 KStG) . . . . .	4239
7. Gewerbesteuerliche Be- handlung von Veräuße- rungsgewinnen	
a) Anteilsveräußerung durch natürliche Per- sonen und Körper- schaften . . . . .	4240
b) Anteilsveräußerung durch Mitunternehmer- schaften . . . . .	4243
c) Veräußerung eines Mitunternehmer- anteils durch eine Körperschaft . . . . .	4244
8. Einlagerückgewähr als veräußerungs- gleicher Vorgang . . . . .	4246
<b>IV. Veräußerung von Streubesitzdividen- den nach § 8b Abs. 4 KStG-E (Ausblick) . . . . .</b>	<b>4300</b>

	Rz. III
<b>V. Keine Steuerbefreiung für bestimmte Betei- ligungsgesellschaften (§ 8b Abs. 7 KStG) . . . . .</b>	<b>4327</b>
<b>B. Veräußerung von und Veräußerungersatz- tatbestände bei GmbH- Anteilen im Privatver- mögen</b>	
<b>I. Beteiligung von oder mehr als 1 % (§ 17 EStG)</b>	
1. Veräußerung	
a) Anteile an einer Kapi- talgesellschaft . . . . .	4400
b) Relevante Beteili- gungsquote . . . . .	4409
c) Veräußerung – Begriff und maßgebender Zeitpunkt . . . . .	4423
d) Veräußerungsgewinn	
aa) Gewinnermittlung	4444
bb) Anschaffungs- kosten . . . . .	4449
(1) Anschaffungskos- tenminderung . . . . .	4450
(2) Hineinwachsen in die „wesentliche“ Beteiligung . . . . .	4451
(3) Anschaffungskos- ten des Rechtsvor- gängers . . . . .	4452
(4) Unterschiedliche Anschaffungskos- ten . . . . .	4453
(5) Anschaffungskos- ten bei voran- gegangener Ent- nahme aus dem Betriebsvermögen	4454
(6) Nachträgliche An- schaffungskosten	4455

	Rz. III		Rz. III
(7) Anschaffungsnebenkosten . . .	4463	ff) Mindestens 50%iger GmbH-Anteil und Übernahme der Geschäftsführung .	4487.11
(8) Drittaufwand . . .	4464	gg) Ausreichend Ertrag bringendes Vermögen .	4487.14
cc) Veräußerungspreis . . . . .	4465	2. Auflösung, Kapitalherabsetzung und Rückzahlung von Einlagen	
dd) Kaufpreisallokation . . . . .	4470	a) Allgemeines . . . . .	4488
ee) Veräußerungskosten . . . . .	4471	b) Auflösung . . . . .	4495
ff) Besteuerung bis Veranlagungszeitraum 2008 . . . .	4473	c) Kapitalherabsetzung .	4498
gg) Besteuerung seit Veranlagungszeitraum 2009 . .	4479	d) Rückzahlung von Einlagen . . . . .	4500
e) Veräußerungsverlust .	4480	e) Zeitpunkt der Besteuerung bei Kapitalherabsetzung . . . . .	4502
f) Nachträgliche Aufwendungen . . . . .	4486	f) Zeitpunkt der Besteuerung bei Auflösung . .	4503
g) Übergabe der GmbH-Anteile gegen Versorgungsleistungen		3. Wegzug der Kapitalgesellschaft (§ 17 Abs. 5 EStG)	4508
aa) Vorbemerkung . .	4487	4. Wegzug des Gesellschafters (§ 6 AStG)	
bb) Begünstigter Vermögensempfänger . . .	4487.3	a) Einleitung . . . . .	4516
cc) Vermögensübertragung durch einen besonderen Verpflichtungsgrund . . .	4487.4	b) Natürliche Person . .	4519
dd) Lebenslange und wiederkehrende Versorgungsleistungen	4487.7	c) Wegzug und dem Wegzug gleichgestellte Tatbestände . . . . .	4522
ee) Kein wirtschaftlicher Zusammenhang mit den Einkünften, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben	4487.9	d) Anteile an einer Kapitalgesellschaft iS von § 17 Abs. 1 EStG . . . .	4524
		e) Einlage von Anteilen in Personengesellschaften	4525
		f) Beendigung der unbeschränkten Steuerpflicht und Ersatztatbestände . . . . .	4526
		aa) Schenkung und Erbfall . . . . .	4527

	Rz. III		Rz. III	
bb) DBA-rechtlicher Wegzug . . . . .	4528	<b>C. Veräußerung von GmbH-Anteilen, die sich in einem Betriebsvermögen befinden (nicht: Kapitalgesellschaft)</b>		
cc) Einlage in ein ausländisches Betriebsvermögen . . . . .	4529			
dd) Sonstiger Ausschluss des Besteuerungsrechts . . . . .	4530		<b>I. Vorbemerkung . . . . .</b>	4725
g) Besteuerung des Vermögenszuwachses . . . . .	4531		<b>II. Betriebsvermögen . . . . .</b>	4729
h) Begünstigte (vorübergehende) Abwesenheit außerhalb der EU/EWR . . . . .	4537		<b>III. Veräußerung</b>	
i) Steuerstundung bei Wegzug außerhalb der EU/EWR . . . . .	4542		1. Begriff . . . . .	4745
j) Steuerstundung bei Wegzug innerhalb der EU/EWR . . . . .	4549		2. Zeitpunkt . . . . .	4749
k) Berücksichtigung von späteren Wertminderungen . . . . .	4552		3. Gewinnermittlung	
l) Mitteilungspflichten . . . . .	4553		a) Veräußerungsgewinn . . . . .	4750
<b>II. Beteiligung von weniger als 1 %</b>			b) Einlagen und Entnahmen . . . . .	4754
1. Besteuerung von Altanteilen (Anschaffung bis 31.12.2008) . . . . .	4599		4. Einkommensteuerliche Folgen	
2. Anteile bei Anschaffung seit 1.1.2009 . . . . .	4600		a) Geltung des Halbeinkünfteverfahrens bzw. des Teileinkünfteverfahrens . . . . .	4761
a) Anwendbarkeit von § 20 Abs. 2 Nr. 1 EStG . . . . .	4601		b) Verlustabzugsbegrenzung nach § 3c Abs. 2 (Satz 4 aF) EStG . . . . .	4776
b) Abgeltungsteuer . . . . .	4602		5. Gewerbesteuerliche Folgen . . . . .	4779
3. Unter-1%ige Anteile nach Einbringung (§ 17 Abs. 6 EStG) . . . . .	4605		6. Auflösung . . . . .	4782
<b>III. Neu-einbringungsgeborene Anteile (§ 22 UmwStG nF) . . . . .</b>	<b>4608</b>		<b>IV. Besondere Steuerregelungen</b>	
<b>IV. Alt-einbringungsgeborene Anteile (§ 21 UmwStG aF) . . . . .</b>	<b>4609</b>		1. Reduzierter Steuersatz nach § 34 EStG	
			a) Einführung . . . . .	4790
			b) Voraussetzungen des § 34 EStG . . . . .	4792
		2. Steuerermäßigung bei Einkünften aus Gewerbebetrieb gem. § 35 EStG		
		a) Konzept der Entlastung gewerblicher Einkünfte . . . . .	4797	
		b) Ermäßigungsbetrag . . . . .	4802	



## A. Veräußerung, Erwerb und Wertansatz von GmbH-Anteilen durch Körperschaften

### I. Besteuerung von Gewinnen und Verlusten bei entgeltlicher und unentgeltlicher Übertragung einer Beteiligung

#### 1. Grundlagen des § 8b Abs. 2 und 3 KStG

Gewinne, die bei der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften 4100 entstehen, werden den Gewinnausschüttungen gleichgestellt und daher bei der steuerlichen Einkommensermittlung einer Körperschaft grundsätzlich nicht erfasst. Ebenso wie Gewinne werden auch Verluste (Gewinnminderungen), die im Zusammenhang mit einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft entstehen, nicht berücksichtigt.

Der Inhalt der Vorschrift lässt sich – in Bezug auf Veräußerungsgewinne – 4101 wie folgt (vereinfacht) zusammenfassen:

- **Veräußerungsgewinne**, die durch Übertragung von Aktien und Anteilen entstehen, sind – unabhängig von der Beteiligungsquote – steuerfrei.
- Soweit die zu veräußernde Beteiligung zuvor steuerwirksam auf den niedrigeren Teilwert abgeschrieben wurde, ist ein Veräußerungsgewinn ausnahmsweise steuerpflichtig.
- **Veräußerungsverluste** werden im Rahmen der Einkommensermittlung wieder neutralisiert, sind also steuerlich nicht mehr abzugsfähig.
- **Teilwertabschreibungen** auf Anteile an Kapitalgesellschaften werden ebenfalls gem. § 8b Abs. 2 KStG bei der Einkommensermittlung wieder hinzugerechnet.
- § 8b Abs. 2 KStG geht inhaltlich über die Steuerbefreiung von Dividenden (§ 8b Abs. 1 KStG) weit hinaus, weil neben den offenen Rücklagen (also den erwirtschafteten Gewinnen) auch die stillen Reserven steuerlich unberücksichtigt bleiben.

Zur geplanten Steuerpflicht der **Veräußerung von Streubesitzdividen-** 4102 **den ab 2018** Rz. III 4300 ff.

4103 Umfassend Stellung zu Zweifelsfragen im Zusammenhang mit der Anwendung des § 8b KStG nimmt das BMF-Schreiben vom 28.4.2003<sup>1</sup>. Weitere BMF-Schreiben ergingen danach zu Einzelfragen der Vorschrift<sup>2</sup>.

4104 In den **persönlichen Anwendungsbereich** des § 8b Abs. 2 und 3 KStG fallen:

- Kapitalgesellschaften (grds. auch im Ausland ansässige<sup>3</sup>),
- sonstige Körperschaften,
- Betriebsstätten ausländischer Körperschaften,
- Betriebe gewerblicher Art und
- steuerbefreite Körperschaften mit ihren wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben.

4105 Die folgenden **Anteile und anteilsgleichen Rechte** sind von § 8b Abs. 2 und 3 KStG **sachlich begünstigt** (unabhängig von der Beteiligungshöhe)<sup>4</sup>:

- Anteile an in- und ausländischen Kapitalgesellschaften,
- Anteile an Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften,
- Körperschaften iS des § 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KStG,
- „Anteile“ an Betrieben gewerblicher Art mit eigener Rechtspersönlichkeit,
- Anteile an Organgesellschaften unter Berücksichtigung von Ausgleichsposten<sup>5</sup>,
- Genussrechte iS des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG (mit Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös)<sup>6</sup>,

1 BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292 = GmbHR 2003, 603.

2 BMF v. 5.1.2004 – IV A 2 - S 2750a - 35/03, FMNR07000004, BStBl. I 2004, 44, BMF v. 16.4.2012 – IV C 2 - S 2750-a/07/10006, FMNR1bd000012, BStBl. I 2012, 529 und BMF v. 24.7.2015 – IV C 2 - S 2750-a/07/10002 : 002, FMNR319000015, BStBl. I 2015, 612.

3 Allerdings nur dann, wenn sie nach einem Typenvergleich einer inländischen Körperschaft iS des § 1 KStG entsprechen; vgl. dazu *Watermeyer* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 8b KStG Rz. 10 mwN.

4 Vgl. dazu auch *Herlinghaus* in Röder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 195 ff.

5 BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292 = GmbHR 2003, 603, Rz. 16 und 26; *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 166; *Röder* in Schaumburg/Röder, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, S. 550.

6 BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292 = GmbHR 2003, 603, Rz. 24.

- eigene Anteile werden aus Sicht der erwerbenden Gesellschaft nicht als Anteilsrechte behandelt auf die § 8b Abs. 2 KStG sachlich anwendbar wäre, sondern deren Erwerb wird steuerlich einer Kapitalherabsetzung gleichgestellt<sup>1</sup>.

**Nicht begünstigt** sind dagegen:

4106

- Optionsanleihen, Wandelschuldverschreibungen<sup>2</sup>,
- Bezugsrechte<sup>3</sup>,
- Genussrechte, die nicht unter § 8b Abs. 3 Satz 2 KStG fallen (keine Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös)<sup>4</sup>,
- Anteile, die nach § 8b 7 bis 10 KStG aus dem Anwendungsbereich ausgenommen sind.

**Begünstigte Realisationsvorgänge** sind:

4107

- Gewinne aus Anteilsveräußerungen gegen Entgelt,
- Anteilsübertragung durch Tausch (§ 6 Abs. 6 Satz 1 EStG),
- Anteilsübertragungen im Wege der verdeckten Einlage,
- Anteilsübertragungen im Wege der verdeckten Gewinnausschüttung<sup>5</sup>,
- Anteilsübertragung im Wege der Sachdividende<sup>6</sup>,
- Gewinne aus Liquidation, soweit nicht § 8b Abs. 1 KStG greift<sup>7</sup>,

1 BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009 – DOK 2013/1407768, BStBl. I 2013, 1615; vgl. dazu auch *Schiffers*, GmbHR 2014, 79 ff.; *Siebert/Ivzhenko-Siebert*, FR 2014, 356 ff.; *Mayer/Wagner*, DStR 2014, 571 ff.

2 S. dazu Rz. 24 des BMF-Schreibens v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292 = GmbHR 2003, 603 sowie *Häuselmann/Wagner*, BB 2002, 2170 und 2431; *Pung* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 8b KStG Rz. 121; *Hofert/Arens*, GmbHR 2005, 1381.

3 BFH v. 23.1.2008 – I R 101/06, GmbHR 2008, 610; BFH v. 6.3.2013 – I R 18/12, BStBl. II 2013, 588 = GmbHR 2013, 721.

4 BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 24; *Pung* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 8b KStG Rz. 121; *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 162; *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 203.

5 Unterpreisverkauf eines Anteils von der Tochter- an die Muttergesellschaft; *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 189.

6 BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292 = GmbHR 2003, 603, Rz. 22; *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 193.

7 *Schwedhelm/Olbing/Binnenwies*, GmbHR 2002, 1157 (1159).

- Gewinne aus Kapitalherabsetzung, soweit der Anteil an der Kapitalrückzahlung den Buchwert der Kapitalbeteiligung übersteigt<sup>1</sup>,
- Wertaufholungsgewinne iS des § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 EStG in Bezug auf Anteile<sup>2</sup>,
- Übertragungsgewinne iS der §§ 11, 15, 20 und 23 UmwStG, soweit sie auf Beteiligungen an Kapitalgesellschaften entfallen<sup>3</sup>,
- Dividenden aus dem steuerlichen Einlagekonto, soweit sie den Beteiligungsbuchwert übersteigen<sup>4</sup>.

#### 4108 Nicht unter § 8b Abs. 2 fallen

- sog. Stillhalterprämien, die bei Kaufoptionen neben dem Veräußerungspreis gezahlt werden<sup>5</sup>,
- die unentgeltliche Überführung oder Übertragung einer Beteiligung in das Betriebsvermögen einer Mitunternehmerschaft (ohne Gewährung von Gesellschaftsrechten) wenn bzw. soweit nach § 6 Abs. 5 Satz 4 ff. EStG später der Teilwert angesetzt werden muss<sup>6</sup>; wurden dagegen Gesellschaftsrechte gewährt, greift § 8b Abs. 2 KStG<sup>7</sup>.

1 BFH v. 22.10.2014 – I R 31/13, DSrR 2015, 411 = GmbHR 2015, 374; vgl. auch *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 254; *Pung* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 8b KStG Rz. 86153; *Gröbl/Adrian* in Erle/Sauter, KStG, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 134.

2 S. dazu *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 255; *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 216.

3 So auch *Schwedhelm/Olbing/Binnwies*, GmbHR 2002, 1157 (1159) und *Hau/Winkler*, GmbHR 2002, 192; *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 187 und 188; zumindest für Realisationsvorgänge gem. §§ 11 und 15 UmwStG wird dies auch im BMF-Schreiben v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292 = GmbHR 2003, 603, Rz. 23 ausdrücklich bejaht.

4 BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292 = GmbHR 2003, 603, Rz. 6; (differenzierend *Pung* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 8b KStG Rz. 137; *Watermeyer* in Herrmann/Heuer/Raupach, § 8b KStG Rz. 41 votiert für eine Anwendung des § 8b Abs. 1 KStG; *Gosch*, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 106 geht dagegen von voll steuerpflichtigen Bezügen aus, die gar nicht unter § 8b KStG fallen.

5 BFH v. 6.3.2013 – I R 18/12, BStBl. II 2013, 588 = GmbHR 2013, 721; *Gosch*, BFH-PR 2013, 279 f.; *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015 § 8b Rz. 208.

6 *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 183, der zu Recht darauf hinweist, dass es sich hierbei nicht um einen tauschähnlichen Vorgang handelt, ebenso *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 179.

7 S. ausführlich dazu *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 179.

## 2. Erstmalige Anwendung des § 8b KStG idF des StSenkG

### a) Auslandsbeteiligungen

§ 8b Abs. 2 KStG stellte bereits ab VZ 2001 auf der Ebene einer Körperschaft die Veräußerung einer Auslandsbeteiligung steuerfrei und zwar unabhängig vom Wirtschaftsjahr der Gesellschaft deren Anteile veräußert wurden. Dies ergab sich aus § 34 Abs. 1 KStG idF des StSenkG vom 23.10.2000<sup>1</sup>. Gewinnminderungen im Zusammenhang mit Auslandsbeteiligungen waren damit korrespondierend seit VZ 2001 steuerlich nicht abziehbar. Nach der Rechtsprechung des **EuGH** in der Rs. **STEKO**<sup>2</sup> verstieß diese Regelung allerdings wegen der Besserstellung von Inlandsanteilen gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 56 EG (jetzt Art. 63 AEUV)<sup>3</sup>. Der BFH hatte sich der Rechtsprechung des EuGH angeschlossen<sup>4</sup>. Zur Umsetzung dieser Rechtsprechung sind mehrere Verwaltungsanweisungen ergangen<sup>5</sup>. Im Fall von Beteiligungen an ausländischen Gesellschaften aus Staaten, die kein EU-/EWR-Mitgliedsstaat sind (sog. Drittstaatenanteile), will die Finanzverwaltung die neuen oa. Rechtsprechungsgrundsätze nur anwenden, wenn die Beteiligung weniger als 10 % beträgt.

### b) Inlandsbeteiligungen

Die erstmalige Anwendung des **§ 8b Abs. 2 und 3 KStG** wurde in § 34 Abs. 6d Satz 1 Nr. 2 KStG idF vom 23.10.2000 (StSenkG) wirtschaftsjahrbezogen geregelt. Hatte die Kapitalgesellschaft, deren Anteile veräußert wurden,

1 BGBl. I 2000, 1433.

2 EuGH v. 22.1.2009 – Rs. C-377/07, GmbHR 2009, 1008 = IStR 2009, 133 nach Vorlage durch den BFH v. 4.4.2007 – I R 57/06, BStBl. II 2007, 945 = GmbHR 2007, 989.

3 Im Urteilsfall „STEKO“ ging es jeweils um unter 10%ige Beteiligungen, weshalb dort die Niederlassungsfreiheit nicht tangiert war.

4 BFH v. 22.4.2009 – I R 57/06, GmbHR 2009, 1006, zu Mehrheitsbeteiligungen BFH v. 8.6.2010 – I B 199/09, BFH/NV 2010, 1863 = DStR 2010, 1720 und zu negativen Aktiengewinnen aus Investmentfonds BFH v. 28.10.2009 – I R 27/08, GmbHR 2010, 277; ferner BFH v. 6.3.2013 – I R 14/07, BFH/NV 2013, 1325 = GmbHR 2013, 875.

5 BMF v. 11.11.2010 – IV C 2 - S 2750-a/07/10006, DStR 2010, 2578 und Bayerisches Landesamt für Steuern VfG. v. 6.12.2010 – S 2750a.2.1–2/153 St31, IStR 2011, 44 sowie zu Investmentfonds BMF v. 1.2.2011 – IV C 1 - S 1980 - 1/09/10006, FR 2011, 244.

(1) ein dem **Kalenderjahr** entsprechendes Wirtschaftsjahr, so galt § 8b Abs. 2 und 3 KStG gem. § 34 Abs. 7 Nr. 2 KStG für Anteilsübertragungen **ab dem 1.1.2002**;

(2) ein **abweichendes Wirtschaftsjahr**, so galt § 8b Abs. 2 und 3 KStG gem. § 34 Abs. 7 Nr. 2 KStG für Anteilsübertragungen nach Ablauf des ersten **in 2002** endenden Wirtschaftsjahres. Bei einem Wirtschaftsjahr vom 1.6.2001 bis 31.5.2002 unterlagen Veräußerungen ab dem 1.6.2002 der Steuerbefreiung nach § 8b KStG;

(3) im Jahr 2001 ihr **Wirtschaftsjahr** auf einen vom Kalenderjahr **abweichenden Zeitraum umgestellt** und deshalb in 2001 ein Rumpfwirtschaftsjahr gebildet, so galt § 8b KStG für Veräußerungen nach Ablauf dieses Rumpfwirtschaftsjahres, also bereits im Jahr **2001**<sup>1</sup>.

4111–4119 Einstweilen frei.

### 3. Der Veräußerungsgewinn iS des § 8b Abs. 2 KStG

#### a) Definition des Veräußerungsgewinns

4120 Erzielt eine Kapitalgesellschaft aus der Anteilsveräußerung einen Gewinn, ist dieser grundsätzlich nach § 8b Abs. 2 KStG steuerfrei und daher bei der Einkommensermittlung – also außerhalb der Bilanz – wieder in Abzug zu bringen.

§ 8b Abs. 2 Satz 2 KStG definiert den steuerbegünstigten Veräußerungsgewinn wie folgt: „Veräußerungsgewinn im Sinne des Satzes 1 ist der Betrag, um den der Veräußerungspreis oder an dessen Stelle tretende Wert nach Abzug der Veräußerungskosten den Wert übersteigt, der sich nach den Vorschriften über die steuerliche Gewinnermittlung ergibt (Buchwert).“

Ein Aufwand oder Ertrag, der sich im Zusammenhang mit der Auf- oder Abzinsung der Kaufpreisforderung ergibt, unterliegt nicht § 8b KStG<sup>2</sup>. Dies bedeutet, dass für die Berechnung des Veräußerungsgewinns immer von dem Nominalwert der Kaufpreisforderung auszugehen ist.

1 BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292 = GmbHR 2003, 603, Rz. 67.

2 BMF v. 24.7.2015 – IV C 2 - S 2750-a/07/10002 : 002, FMNR319000015, BStBl. I 2015, 612; *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 235; *Watermeyer* in Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 8b KStG Rz. 72; *Schnitger* in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, 2012, § 8b Rz. 356.

## b) Berücksichtigung von Veräußerungskosten

Nach vorstehenden Definitionen werden Veräußerungskosten<sup>1</sup> von dem steuerfreien Gewinn abgezogen. Sie mindern das steuerliche Einkommen der Körperschaft damit im Ergebnis nicht. Veräußerungskosten sind Aufwendungen, die nach ihrem auslösenden Moment dem Veräußerungsvorgang konkret zuzuordnen sind<sup>2</sup>. Dazu gehören nicht allgemeine Kosten (wie zB Personal- oder Raumkosten), die sich nicht auf den konkreten Vorgang beziehen<sup>3</sup>.

Als **Veräußerungsgewinn** in diesem Sinne gilt also **folgender Unterschiedsbetrag**:

$$\begin{aligned} & \text{Veräußerungspreis (bzw. anderer Wert, zB gemeiner Wert)} \\ ./ & \text{ Veräußerungskosten} \\ ./ & \text{ Buchwert bei Veräußerung} \\ = & \text{ Veräußerungsgewinn iS des § 8b Abs. 2 KStG} \end{aligned}$$

Steuerbefreit ist demnach die Saldogröße und nicht der Veräußerungserlös<sup>4</sup>.

**Beispiel**

Die Z-GmbH veräußert eine 30%ige Beteiligung an der B-AG für 250 000 Euro (Buchwert: 100 000 Euro). Sie hat im Zusammenhang mit der Veräußerung Kosten iH von 10 000 Euro aufgewendet.

**Lösung**

Der steuerfreie Veräußerungsgewinn iS des § 8b Abs. 2 KStG beträgt 140 000 Euro (= 250 000 Euro – 110 000 Euro). Im Saldo mindern dadurch die Veräußerungskosten den laufenden Gewinn nicht. Im Zusammenhang mit dem nach § 8b Abs. 2 KStG steuerfreien Veräußerungsgewinn entstehen allerdings nach § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG fiktive nicht abziehbare Betriebsausgaben von 7 000 Euro (5 % von 140 000 Euro). Insoweit wird das Einkommen wieder erhöht (s. dazu Rz. III 4129).

Fraglich ist, ob die **Veräußerungskosten** im Ergebnis auch dann einer Abzugsbeschränkung unterliegen, wenn sich ein **Veräußerungsverlust** ergibt. 4122

1 ZB Bewertungskosten, Reisekosten, Gutachterkosten, Notar- und Beratungskosten, die insgesamt im wirtschaftlichen Zusammenhang zur Anteilsveräußerung stehen.

2 BFH v. 16.12.2009 – IV R 22/08, BStBl. II 2010, 736 = GmbHR 2010, 383.

3 FG Köln v. 1.10.2014 – 10 K 3593/12, IStR 2014, 901, Rev. Az. I R 64/14.

4 *Schnitger* in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, 2012, § 8b Rz. 353; *Gröbl/Adrian* in Erle/Sauter, KStG, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 130.

Die Finanzverwaltung<sup>1</sup> subsumiert den Veräußerungsverlust ebenso wie den Veräußerungsgewinn unter § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG. Dies entspricht der hM<sup>2</sup>, ist aber nicht zweifelsfrei, denn § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG definiert den Veräußerungsgewinn als Saldogröße aus Erlös, Buchwert und Kosten und bezieht sich damit auch auf Verlustfälle<sup>3</sup>. Wenn man der Sichtweise der Finanzverwaltung und der oa. hM folgend auf den Veräußerungsverlust § 8b Abs. 3 KStG anwendet, so könnte auf den ersten Blick fraglich sein, ob Veräußerungskosten überhaupt vom Abzug ausgeschlossen sind. Diese Sichtweise wäre allerdings verkürzt, denn § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG verweist schließlich auf § 8b Abs. 2 KStG. Folglich umfasst die Gewinnminderung iS des § 8b Abs. 3 KStG den saldierten Veräußerungsverlust. Die Berechnung dieses Verlustes (als einer speziellen Form der „Gewinnminderung“<sup>4</sup>) wird aber in § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG als Unterschiedsbetrag unter Abzug der Kosten definiert.

- 4123 Die Finanzverwaltung hatte mit BMF-Schreiben vom 13.3.2008<sup>4</sup> zudem zu der Frage Stellung genommen, wie **Veräußerungskosten** zu behandeln sind, die **in einem (anderen) Wirtschaftsjahr vor oder nach der Anteilsveräußerung** angefallen sind. Nach (teilweise) entgegenstehender Rechtsprechung des BFH<sup>5</sup> hob die Finanzverwaltung dieses BMF-Schreiben wieder auf und regelte die Problematik in Umsetzung der Rechtsprechung mit Schreiben vom 24.7.2015<sup>6</sup> wie folgt neu: Die Veräußerungskosten oder der Kaufpreisausfall seien bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns oder -verlustes nach § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG im „Veräußerungs-VZ“ rückbezogen zu erfassen. Der danach ermittelte Saldo bestimme im Veräußerungs-

1 BMF v. 13.3.2008 – IV B 7 - S 2750a/07/0002 – DOK 2008/0134576, BStBl. I 2008, 606 = GmbHR 2008, 447 und BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292 = GmbHR 2003, 603, Rz. 26.

2 Ebenso *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 295; *Raser*, GmbHR 2003, 1250; *Ditz/Tcherveniachki*, IStR 2009, 709 (710); *Pung* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 8b KStG Rz. 190; *Frotscher* in Frotscher/Maas, KStG, § 8b Rz. 58a; *Kröner* in Ernst & Young, KStG, § 8b Rz. 154.

3 Vgl. *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 266; *Schüld/Eisele*, DStZ 2003, 443 (450).

4 BMF v. 13.3.2008 – IV B 7 - S 2750a/07/0002 – DOK 2008/0134576, BStBl. I 2008, 606 = GmbHR 2008, 447.

5 BFH v. 22.12.2010 – I R 58/10, BStBl. II 2015, 668 = GmbHR 2011, 378 und BFH v. 12.3.2014 – I R 55/13, BStBl. II 2015, 658 = GmbHR 2014, 766.

6 BMF v. 24.7.2015 – IV C 2 - S 2750-a/07/10002 : 002, FMNR319000015, BStBl. I 2015, 612 = GmbHR 2015, 895.

jahr den § 8b KStG-Korrekturbetrag. Der in dem späteren Wirtschaftsjahr gebuchte Aufwand oder Kaufpreisausfall sei außerbilanziell gegenläufig zu korrigieren. Verfahrensrechtlich erfolge die Korrektur des Veräußerungs-VZ regelmäßig nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO.

### Beispiel

Die M-GmbH veräußert in 03 ihre Beteiligung an der T-GmbH für 1 000 000 Euro (Buchwert: 500 000 Euro). Bereits in 02 musste sie Veräußerungskosten (Beratungskosten) von 50 000 Euro aufwenden, die auch bereits in 02 als Betriebsausgaben verbucht wurden.

### Lösung<sup>1</sup>

Die Veräußerungskosten sind in 02 zurecht innerhalb der Bilanz als Betriebsausgaben abgezogen worden. Dieser Abzug wird aber bei der Einkommensermittlung 02 außerbilanziell neutralisiert, weil es im nachfolgenden Jahr 03 zu einer nach § 8b KStG begünstigten Beteiligungsveräußerung kommt. Im Jahr 03 werden nun die (in 02 neutralisierten) Veräußerungskosten bei der Berechnung des § 8b-Korrekturbetrages in Abzug gebracht. Der außerbilanzielle Abzug nach § 8b Abs. 2 KStG beträgt in 03 damit nicht 500 000 Euro (Veräußerungsgewinn lt. Bilanz) sondern nur 450 000 Euro. Der Hinzurechnungsbetrag nach § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG beläuft sich auf 22 500 Euro (= 5 % von 450 000 Euro). Dies entspricht dem steuerlichen Ergebnis, das sich ergeben hätte, wenn die Kosten im Jahr der Veräußerung angefallen wären.

Zu den Wirkungen der nach § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG fingierten nicht-abziehbaren Ausgaben iH von 5 % des Veräußerungsgewinns s. Rz. III 4129.

### c) Ausfall oder Minderung der Kaufpreisforderung in späteren Jahren

Wenn in einem **Jahr nach dem Veräußerungsjahr** die mit der Veräußerung zusammenhängende Kaufpreisforderung ganz oder teilweise ausfällt, stellt sich die Frage, ob und in welchem Jahr der Forderungsausfall bei der Berechnung des nach § 8b KStG steuerfreien Ergebnisses in Ansatz gebracht werden muss. Auch in diesem Punkt hat der BFH<sup>2</sup> die Verwaltungsauffassung<sup>3</sup> nicht geteilt. In dem in Rz. III 4123 zitierten Schreiben vom

1 Entsprechend BMF v. 24.7.2015 – IV C 2 - S 2750-a/07/10002 : 002, FMNR 319000015, BStBl. I 2015, 612 = GmbHR 2015, 895.

2 BFH v. 22.12.2010 – I R 58/10, BStBl. II 2015, 668 = GmbHR 2011, 378 und BFH v. 12.3.2014 – I R 55/13, BStBl. II 2015, 658 = GmbHR 2014, 766.

3 BMF v. 13.3.2008 – IV B 7 - S 2750a/07/0002 – DOK 2008/0134576, BStBl. I 2008, 606 = GmbHR 2008, 447.

24.7.2015<sup>1</sup> regelte die Finanzverwaltung die Problematik nun wie folgt: Die Kaufpreisminderung oder -erhöhung seien bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns oder -verlustes nach § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG (wie die in Rz. III 4123 beschriebenen Veräußerungskosten) im „Veräußerungs-VZ“ rückbezogen zu erfassen. Der dabei ermittelte Saldo bestimme im Veräußerungsjahr den § 8b KStG-Korrekturbetrag. Der in dem späteren Wirtschaftsjahr gebuchte Kaufpreisausfall oder die Kaufpreinsnachzahlung sei außerbilanziell gegenläufig zu korrigieren. Der Kaufpreisausfall sei idR ein rückwirkendes Ereignis iS des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO.

#### 4126 Beispiel

Die B-GmbH veräußert in 01 ihre Beteiligung an der A-GmbH für 1 000 000 Euro (Buchwert: 400 000 Euro). Der Kaufpreis wird iH von 200 000 Euro unverzüglich beglichen (Anzahlung). Der Restbetrag von 800 000 Euro wird als Forderung gebucht. In 02 fällt der Restkaufpreis in voller Höhe aus. Veräußerungskosten (s. dazu Rz. III 4123) sind nicht entstanden.

#### Lösung<sup>2</sup>

Im VZ 01 beträgt der gebuchte Veräußerungsgewinn zunächst 600 000 Euro (1 000 000 Euro – 400 000 Euro). Dieser Gewinn wird als steuerfrei behandelt (§ 8b Abs. 2 KStG). Das daraus folgende steuerpflichtige Einkommen beträgt aufgrund der Betriebsausgabenpauschalierung (§ 8b Abs. 3 Satz 1 KStG) 30 000 Euro. Der Umstand, dass die Kaufpreisforderung nicht sofort in voller Höhe beglichen wurde, wirkt sich zunächst nicht aus, weil die Gesellschaft den Gewinn im Wirtschaftsjahr der Entstehung des Veräußerungsgewinnes versteuert (§ 4 Abs. 1 iVm. § 5 EStG)<sup>3</sup>.

Die Ausbuchung der Restforderung (800 000 Euro) ist in 02 in voller Höhe gewinnmindernd verbucht worden. Diese Aufwandsbuchung wird nun im VZ 02 außerbilanziell neutralisiert (hinzugerechnet). Allerdings wirkt sich der Aufwand iH von 800 000 Euro nunmehr mindernd auf die Berechnung des nach § 8b Abs. 2 KStG begünstigten Veräußerungsgewinns im VZ 01 aus, weil sich dieser Betrag unter Berücksichtigung des tatsächlichen erzielten Veräußerungserlöses ermittelt, also auch überperiodische Auswirkungen einbezieht.

1 BMF v. 24.7.2015 – IV C 2 - S 2750-a/07/10002 : 002, FMNR319000015, BStBl. I 2015, 612 = GmbHR 2015, 895.

2 BMF v. 24.7.2015 – IV C 2 - S 2750-a/07/10002 : 002, FMNR319000015, BStBl. I 2015, 612 = GmbHR 2015, 895.

3 § 4 Abs. 1 iVm. § 5 EStG.

## Besteuerung beider Jahre nach Eintritt des Forderungsausfalls:

<b>Jahr 01</b>			
Veräußerungserlös lt. Bilanz 01			1 000 000 €
./. Buchwert			400 000 €
<b>Veräußerungsgewinn</b>			<b>+ 600 000 €</b>
Korrekturbetrag nach § 8b KStG			
Veräußerungserlös nach Forderungsausfall	200 000 €		
Buchwert	400 000 €		
Gewinn/Verlust überperiodisch	./. 200 000 €		
Korrektur § 8b Abs. 3 KStG		+ 200 000 €	
Gegenkorrektur wegen Hinzurechnung in 02		→ ./. 800 000 €	
Korrektur § 8b Abs. 3 KStG in 01 insgesamt		./. 600 000 €	./. 600 000
Auswirkung auf das Einkommen 01			<b>0 €</b>
<b>Jahr 02</b>			
Ausbuchung der Forderung lt. Bilanz 02			./. 800 000 €
Außerbilanzieller Korrekturbetrag § 8b KStG			<b>+ 800 000 €</b>
Auswirkung auf das Einkommen 02			<b>0 €</b>

#### 4. Gewinnminderungen im Zusammenhang mit einer Beteiligung (§ 8b Abs. 3 KStG)

§ 8b Abs. 3 KStG Satz 3 regelt ein Abzugsverbot für Gewinnminderungen, 4127 die im Zusammenhang mit dem in § 8b Abs. 2 KStG genannten Anteil entstehen. Die Vorschrift findet auf laufende Beteiligungsaufwendungen (insbes. Finanzierungskosten) keine Anwendung. Hier war bis einschließlich VZ 2003 § 3c Abs. 1 EStG einschlägig, der jedoch ab VZ 2004 im Geltungsbereich des § 8b KStG keine Anwendung mehr findet (s. dazu so-

gleich Rz. III 4129 ff.)<sup>1</sup>. Das Abzugsverbot in § 8b Abs. 3 KStG zielt letztlich nur auf **Substanzverluste**<sup>2</sup> der Beteiligung, also

- Veräußerungsverluste (s. dazu aber Rz. III 4121 ff.),
- Teilwertabschreibungen auf die Beteiligung<sup>3</sup>,
- Verluste, die bei unentgeltlicher Übertragung durch vE oder vGA entstehen<sup>4</sup>,
- Liquidationsverluste (wenn der nicht als Einnahmen iS des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG anzusehende Rest-Liquidationserlös geringer ist als die Anschaffungskosten bzw. der Buchwert der Beteiligung) und
- Verluste, die auf Gesellschafterebene im Rahmen einer Kapitalherabsetzung oder durch den Erwerb eigener Anteile entstehen (Rückzahlungsbetrag unter Buchwert).

4128 Zu Verlusten, die durch Abschreibung eines an einer nahestehenden Kapitalgesellschaft gewährten Darlehens entstehen, s. im Einzelnen Rz. III 4152 ff.

4129 § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG regelt im Übrigen, dass iH von **5 % des steuerfreien Veräußerungsgewinns** fiktive nichtabziehbare Betriebsausgaben anzunehmen sind. Der Veräußerungsgewinn bleibt zwar im Grundsatz steuerfrei. Diese Steuerfreiheit wird aber gem. § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG im Saldo nur noch zu 95 % gewährt. § 3c Abs. 1 EStG findet daneben gem. § 8b Abs. 3 Satz 2 KStG keine Anwendung mehr. Allerdings sind tatsächliche Veräußerungskosten bei der Berechnung des nach § 8b Abs. 2 KStG steuerbefreiten Gewinns abzuziehen. Laufende Kosten (zB Finanzierungskosten) sind dagegen uneingeschränkt abziehbar.

§ 8b Abs. 3 Satz 1 KStG gilt für Gewinne iS von § 8b Abs. 2 Sätze 1, 3 und 6 KStG und damit in allen Fallkonstellationen, in denen ein nach § 8b Abs. 2 KStG steuerfreier Gewinn erzielt wird. Die nichtabziehbaren Aus-

1 Vgl. *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 288.

2 BFH v. 14.1.2009 – I R 52/08, BStBl. II 2009, 674 = GmbHR 2009, 490; *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 291; *Pung* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 8b KStG Rz. 181 ff.; *Gosch* in Gosch, 3. Aufl. 2015, § 8b KStG Rz. 266; *Watermeyer* in Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 8b KStG Rz. 105; *Frotscher* in Frotscher/Maas, KStG, § 8b Rz. 267.

3 *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 292 mwN.

4 *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b KStG Rz. 266b; *Watermeyer* in Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 8b KStG Rz. 105.

gaben entstehen fiktiv auch dann iH von 5 %, wenn nachweislich niedrigere Ausgaben entstanden sind. Hierin liegt kein Verstoß gegen Art. 3 GG<sup>1</sup>.

Soweit allerdings ein Veräußerungsgewinn bzw. eine Wertaufholung nach § 8b Abs. 2 Satz 4 bzw. Abs. 4 oder Abs. 7 bis 10 KStG (voll) steuerpflichtig ist, kommt die 5 %-Regelung nicht (noch zusätzlich) zur Anwendung. Auch greift die 5%ige Pauschalierung nicht, wenn im Rahmen einer Anteilsveräußerung ein Veräußerungsverlust iS von § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG entsteht. Die Begründung einer Organschaft vermeidet die 5 %-Regelung nicht, da auch Gewinne aus der Veräußerung einer Organbeteiligung nach dem eindeutigen Wortlaut unter § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG fallen (so die ausdrückliche Bezugnahme in § 8b Abs. 2 Satz 1 KStG)<sup>2</sup>.

Der Veräußerungsgewinn als Bemessungsgrundlage für die 5 %-Regelung 4130 wird nach der Definition in § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG ermittelt – wie vorstehend unter Rz. III 4121 ff. dargestellt.

Da die **Veräußerungskosten Bestandteil des steuerfreien Veräußerungsgewinns** (bzw. im Verlustfall nicht abziehbarer Veräußerungsverlustes) sind, also eine steuerfreie Größe mindern, sind sie in vollem Umfang nicht abzugsfähig<sup>3</sup>. Darüber hinaus ergibt sich ein pauschales Abzugsverbot iH von 5 % des Veräußerungsgewinns. Dies kommt einem doppelten Abzugsverbot gleich und ist erkennbar eine Übermaßbesteuerung<sup>4</sup>. Eine teleologische Reduktion der Norm ist nach Auffassung des BFH aber dennoch nicht geboten<sup>5</sup>. Auch handelt es sich nicht um einen Verfassungsverstoß<sup>6</sup>. Die tatsächlichen Veräußerungskosten mindern im Saldo die Bemessungsgrundlage für den 5 %-Zuschlag nach § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG, so dass sie unter Einbeziehung dieses mittelbaren gegenläufigen Effekts im Gewinnfall letztlich nur zu 95 % nicht abziehbar sind.

1 BVerfG v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, GmbHR 2011, 203.

2 Kritisch dazu aber wegen des abweichenden Telos der Norm s. *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 275 und *Schnitger* in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, 2012, § 8b Rz. 396.

3 Vgl. *Hill/Kavazidis*, DB 2003, 2029; *Dötsch/Pung*, DB 2004, 151 (153); *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 283.

4 Zur Kritik *Strabl*, KöSDI 2004, 14096 (14108) und *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 283.

5 BFH v. 12.3.2014 – I R 45/13, BStBl. II 2014, 719 = GmbHR 2014, 768; BFH v. 9.4.2014 – I R 52/12, BStBl. II 2014, 861 = GmbHR 2014, 770.

6 BVerfG v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224 = GmbHR 2011, 203.

- 4132 Die **Zuordnung der Kosten zu der Veräußerung** entscheidet also letztlich über deren Abziehbarkeit. Hierbei ist auf den **Veranlassungszusammenhang** abzustellen<sup>1</sup>. Der reine sachliche Bezug zu dem Veräußerungsgeschäft; ist nicht entscheidend. Vielmehr kommt es darauf an, ob die Kosten entstanden sind, weil die Beteiligung veräußert wurde, es sich also um einen eng mit der Veräußerung verbundenen Vorgang handelt (unmittelbare Kausalität). Dazu gehören zB Beratungskosten<sup>2</sup>, Kosten der notariellen Beurkundung<sup>3</sup>, Steuerberatungskosten im Zusammenhang mit dem Veräußerungsvorgang, Reisekosten und durch den Veräußerungsvorgang ausgelöste Grunderwerbsteuer<sup>4</sup>.
- 4133 **Nicht zu den Veräußerungskosten**, gehören dagegen Aufwendungen, die mit einer fehlgeschlagenen Anteilsübertragung in Zusammenhang stehen<sup>5</sup>. Allgemeine laufende Kosten (wie zB Personal- oder Raumkosten o.Ä.), die sich nicht auf den konkreten Vorgang beziehen, sind ebenfalls keine Veräußerungskosten in diesem Sinne<sup>6</sup>.
- 4134 Da § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG ausdrücklich auch auf steuerfreie Erträge iS von § 8b Abs. 2 Satz 3 KStG Bezug nimmt, entstehen auch durch eine steuerfreie **Wertaufholung** 5 % fiktive nichtabziehbare Ausgaben. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass die vorangegangene Teilwertabschreibung dem vollen Abzugsverbot unterlag. Dies wird im Schrifttum als systemwidrige Belastung angesehen<sup>7</sup>. Diese Belastung entspricht allerdings dem eindeuti-

1 So zB BFH v. 18.10.2000 – X R 70/97, BFH/NV 2001, 440; BFH v. 25.1.2000 – VIII R 55/97, BStBl. II 2000, 458.

2 BFH v. 12.3.2014 – I R 45/13, BStBl. II 2014, 719 = GmbHR 2014, 768.

3 BFH v. 27.10.1977 – IV R 60/74, BStBl. II 1978, 100; *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 242; aA *Watermeyer* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 8b KStG Rz. 73.

4 *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 242; Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, 2012, § 8b Rz. 354.

5 BFH v. 17.4.1997 – VIII R 47/95, BStBl. II 1998, 102 = GmbHR 1998, 252; *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 242; *Watermeyer* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 8b KStG Rz. 73; *Schnitger* in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, 2012, § 8b Rz. 354.

6 FG Köln v. 1.10.2014 – 10 K 3593/12, IStR 2014, 901; Rev. I R 64/14; zu einer ähnlichen Problematik s. BFH v. 16.12.2009 – IV R 22/08, BStBl. II 2010, 736 = GmbHR 2010, 383; zum Ganzen s. *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 195.

7 S. *Rödder/Schumacher*, DStR 2003, 1728; *Rogall*, DB 2003, 2188; *Strabl*, KÖSDI 2004, 14096 (14108).

gen Willen des Gesetzgebers<sup>1</sup> und ist auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden<sup>2</sup>.

### Beispiel

Die M-GmbH hat die Beteiligung an der T-GmbH (AK 500 000 Euro) zum 31.12.2005 in Handels- und Steuerbilanz um 300 000 auf 200 000 Euro abgeschrieben. Diese Teilwertabschreibung war gem. § 8b Abs. 3 KStG nicht abziehbar. Zum 31.12.2009 sind die Gründe für die Wertminderung entfallen, so dass eine Zuschreibung von 300 000 Euro erfolgt.

### Lösung

Der Ertrag von 200 000 Euro aus der Zuschreibung der Beteiligung an der T-GmbH ist gem. § 8b Abs. 2 Satz 4 KStG steuerfrei. Allerdings greift bei der Einkommensermittlung für VZ 2009 § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG. Es kommt zu einer (zusätzlichen) außerbilanziellen Hinzurechnung iH von 15 000 Euro (5 % von 300 000 Euro).

Obwohl Teilwertabschreibung und Wertaufholung in der Summe keine Auswirkung auf Gewinn und Einkommen der M-GmbH haben, muss die M-GmbH ein Einkommen („Phantomeinkommen“) iH von 15 000 Euro versteuern. Wäre die Beteiligung im Wert konstant geblieben und hätte demzufolge weder eine Teilwertabschreibung, noch eine Zuschreibung erfolgen müssen, wäre es nicht zum steuerpflichtigen Ansatz der fiktiven nichtabziehbaren Ausgaben von 15 000 Euro gekommen.

### Beratungshinweis

Seit Einführung des BilMoG ist die Ausübung steuerlicher Wahlrechte nicht mehr an die identische Abbildung in der Handelsbilanz gekoppelt<sup>3</sup>. Vermögensgegenstände des Anlage- und Umlaufvermögens (zB auch Anteile an Kapitalgesellschaften) sind bei voraussichtlich dauernder Wertminderung handelsrechtlich zwingend außerplanmäßig abzuschreiben<sup>4</sup>. Nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 und Nr. 2 Satz 2 EStG besteht aber diesbezüglich ein steuerliches Wahlrecht. Der Stpfl. *kann* bei einer voraussichtlich dauernden Wertminderung den Teilwert ansetzen. Dieses steuerliche Wahlrecht kann unabhängig von den handelsrechtlichen Bestimmungen in § 253 Abs. 3 Satz 3 HGB und § 253 Abs. 4 HGB ausgeübt werden. Die Vornahme einer Teilwertabschreibung in der Handelsbilanz ist also nicht zwingend in der Steuerbilanz nachzuvollziehen.

1 BFH v. 12.3.2014 – I R 45/13, BStBl. II 2014, 719 = GmbHR 2014, 768; BFH v. 9.4.2014 – I R 52/12, BStBl. II 2014, 861 = GmbHR 2014, 770.

2 BVerfG v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224 = GmbHR 2011, 203.

3 BMF v. 12.3.2010 – IV C 6 - S 2133/09/10001, BStBl. I 2010, 239 = GmbHR 2010, 390; hierzu *Ernsting*, FR 2010, 1067; *Henrichs*, Ubg 2010, 535; *Herzig/Briesemeister*, DB 2009, 929 und DB 2010, 917 und *Schiffers*, GmbH-StB 2010, 200.

4 § 253 Abs. 3 Satz 3, Abs. 4 HGB.

Die Gesellschaft kann darauf auch verzichten. Dadurch kann eine Versteuerung der Wertaufholung infolge der fiktiven 5%igen nichtabziehbaren Ausgaben vermieden werden.

4135 Zu den von § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG betroffenen Gewinnen gehören neben den bereits dargestellten Veräußerungs- und Wertaufholungsgewinnen auch **Gewinne aus der Auflösung der Körperschaft, aus der Herabsetzung des Nennkapitals und Gewinne iS des § 21 Abs. 2 UmwStG aF**. Auch Gewinne, die durch Übertragung der Beteiligung im Wege einer verdeckten Gewinnausschüttung oder verdeckten Einlage entstehen, lösen die 5 %-Regelung aus.

4136–4138 Einstweilen frei.

## II. Besteuerungsfolgen bei Minderung oder Erhöhung des Teilwerts

### 1. Teilwertabschreibungen und Wertaufholungen

4139 Gem. § 8b Abs. 2, 3 KStG sind Wertveränderungen (Teilwertabschreibungen und Wertaufholungen iS des § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 EStG) in Bezug auf Anteile an Kapitalgesellschaften ebenso wie Veräußerungsgewinne und Veräußerungsverluste bei der Einkommensermittlung einer Körperschaft nicht zu berücksichtigen. Wie unter Rz. III 4129 ff. im Detail dargestellt, unterliegt die steuerfreie Wertaufholung allerdings gem. § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG seit VZ 2004 einem 5%igen pauschalen Einkommenszuschlag in Gestalt fingierter nicht abziehbarer Ausgaben. Dies gilt gleichermaßen für Inlands- und Auslandsbeteiligungen.

### 2. Nachversteuerung früherer Teilwertabschreibungen und sonstige Abzüge

#### a) Fallkonstellationen

4140 Die Steuerbefreiung gem. § 8b Abs. 2 KStG gilt nicht, soweit die Beteiligung in früheren Jahren (idR vor 2002) mit steuerlicher Wirkung auf den **niedrigeren** Teilwert abgeschrieben worden ist und dieser Bilanzansatz im Veräußerungszeitpunkt noch besteht. In einem solchen Fall wird die unter der Regie des alten Rechts noch abzugsfähige Teilwertabschrei-

bung im Zeitpunkt der Veräußerung bzw. Wertaufholung „nachversteuert“. Allerdings fällt insoweit der 5%ige Zuschlag gem. § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG (seit VZ 2004) nicht an.

### Beispiel

Die A-GmbH (Inland) hat im Jahr 1990 die Beteiligung an der B-GmbH (Inland) für 800 000 erworben. Zum 31.12.1999 wurde die Beteiligung steuerwirksam um 200 000 auf den Teilwert von 600 000 abgeschrieben. Im Jahr 2003 erfolgte eine weitere Teilwertabschreibung um 200 000 auf 400 000. Diese zweite Teilwertabschreibung war nach § 8b Abs. 3 KStG nicht abziehbar. Im Jahr 2010 hat sich der Wert auf 700 000 erhöht. Die Werterhöhung ist voraussichtlich von Dauer. Alt.: Die Beteiligung wird für 700 000 veräußert.

### Lösung

Gem. § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EStG muss die A-GmbH die Beteiligung zum 31.12.2010 mit 700 000 ansetzen. Der Gewinn aus der Wertaufholung ist gem. § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG iH von 200 000 steuerfrei (vorrangige Verrechnung mit der zweiten, also nicht abziehbaren Teilwertabschreibung) und iH von 100 000 steuerpflichtig (nachrangige Verrechnung mit der ersten, also steuerwirksamen Teilwertanschreibung)<sup>1</sup>. Hierbei entstehen fiktive nichtabziehbare Ausgaben iH von 5 % von 200 000 also 10 000. Der steuerpflichtige Teil des Wertaufholungsgewinns von 100 000 erzeugt keine fiktiven nichtabziehbaren Ausgaben iH von 5 % gem. § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG. Im Falle der Veräußerung für 700 000 sind die Rechtsfolgen die gleichen. Eine über den Veräußerungsgewinn hinausgehende Nachversteuerung der Teilwertabschreibung (nicht wertaufgeholter Restbetrag iH von 100 000) ist ausgeschlossen. § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG findet keine Anwendung auf den Erwerber der Beteiligung. Zur Nachversteuerung einer steuerwirksamen Teilwertabschreibung kommt es nur, wenn der Gewinn aus der Veräußerung oder Wertaufholung durch denjenigen erzielt wird, der die Teilwertabschreibung mit steuerlicher Wirkung geltend gemacht hat<sup>2</sup>.

## b) Sonderprobleme

Wird eine abgeschriebene Beteiligung im Zuge einer Umwandlung (Verschmelzung, Spaltung, Einbringung und natürlich auch im Falle des Formwechsels) auf einen anderen Rechtsträger übertragen, so tritt der übernehmende Rechtsträger an die Stelle des übertragenden Rechtsträgers. Die übernehmende Gesellschaft tritt damit auch in eine eventuelle Wertaufholungsverpflichtung gem. § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 und Nr. 2 Satz 3 EStG<sup>3</sup> 4141

1 Nach dem BFH-Urteil v. 19.8.2009 – I R 2/09, BStBl. II 2010, 760 = GmbHR 2010, 49 ist eine „Last in – First out“ Verrechnungsreihenfolge einzuhalten.

2 Vgl. *Frotscher* in *Frotscher/Maas*, KStG, § 8b Rz. 52.

3 Zutreffend *Ritzler* in *Rödter/Herlinghaus/van Lishaut*, UmwStG, 2. Aufl. 2014, § 23 Rz. 35a.

ein (§ 4 Abs. 2 Satz 2, § 12 Abs. 3 und § 23 Abs. 1 UmwStG). Zu einer Nachversteuerung der vormals (beim übertragenden Rechtsträger) steuerwirksamen Teilwertabschreibung kommt es bei einem aufnehmenden Rechtsträger nur dann, wenn er die teilwertberichtigte Beteiligung im Wege einer **Einbringung, Spaltung, Verschmelzung oder im Falle des Formwechsels** zu einem Wert unter dem gemeinen Wert erhalten hat. In diesen Fällen ist auch eine frühere Teilwertabschreibung so zu behandeln, als hätte sie der übernehmende Rechtsträger selbst vorgenommen. War die Teilwertabschreibung auf die Beteiligung steuerfrei, so ist eine Wertaufholung oder ein Veräußerungsgewinn bei dem übernehmenden Rechtsträger insoweit steuerpflichtig. Ob es sich bei dem Umwandlungsvorgang um einen Fall der Gesamtrechtsnachfolge handelt, ist unbeachtlich. Die Regelung des § 23 Abs. 1 UmwStG (Fußstapfenregelung) greift auch im Falle der Einbringung einer Beteiligung im Wege der Einzelrechtsnachfolge<sup>1</sup>.

- 4142 Eine Wertaufholung bzw. ein Veräußerungsgewinn ist in allen anderen Fällen immer nur dann steuerpflichtig, wenn die Teilwertabschreibung bei dem Rechtsträger, der den Veräußerungsgewinn erzielt, **steuerwirksam geworden ist**. Hierbei ist entscheidend, ob die Teilwertabschreibung sich auf das Einkommen der Körperschaft ausgewirkt hat. Es ist ohne Bedeutung, ob tatsächlich eine Steuer angefallen ist oder ob die Teilwertabschreibung nur Auswirkungen auf einen verbleibenden Verlustvortrag hatte<sup>2</sup>.

Wird nach erfolgter steuerwirksamer Teilwertabschreibung nur ein Teil der Beteiligung verkauft, so ist die Teilwertabschreibung allen Anteilen anteilig zuzuordnen, denn die Beteiligung ist bilanziell ein einheitliches Wirtschaftsgut<sup>3</sup>.

### c) Teilwertabschreibungen „mit steuerlicher Wirkung“

- 4143 Eine Nachversteuerung iS des § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG ist nach dem Wortlaut der Vorschrift auch dann zwingend, wenn die Teilwertabschreibung in früheren Jahren nur Auswirkungen auf einen Verlustvortrag hatte, der letztlich aber aufgrund der Beschränkungen des § 8c KStG keine Wirkung entfalten konnte.

1 Unklar insoweit *Gosch* in *Gosch*, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 239, der die Regelung auf Fälle der Gesamtrechtsnachfolge beschränken will, ohne allerdings auf Umwandlungsvorgänge explizit einzugehen.

2 *Watermeyer* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG/KStG, § 8b KStG Rz. 92.

3 *Gosch* in *Gosch*, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 240.

Ungeklärt ist die Frage, ob auch dann von einer Teilwertabschreibung mit steuerlicher Wirkung auszugehen ist, wenn die Teilwertabschreibung zwar durchgeführt und vom FA anerkannt wurde, die materielle Rechtslage eine Teilwertabschreibung aber eigentlich nicht zugelassen hätte (bestandskräftig fehlerhafter Steuerbescheid). ME ist diese Frage zu bejahen. Auf die materielle Rechtslage im Zeitpunkt der Teilwertabschreibung kommt es nicht an<sup>1</sup>. Es ist ausschließlich auf die tatsächliche Auswirkung der in der Bilanz vollzogenen Teilwertabschreibung auf das der Besteuerung zugrunde gelegte Einkommen abzustellen. 4144

#### d) Wertaufholung nach einer steuerlich nicht anerkannten Teilwertabschreibung

Da auf der Ebene einer Körperschaft Veräußerungsgewinne, Ausschüttungen und Wertaufholungen in Bezug auf Beteiligungen an Kapitalgesellschaften gleichermaßen steuerbefreit sind, regelt § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG ausdrücklich, dass ein Gewinn aus einer Anteilsveräußerung oder Wertaufholung nur steuerpflichtig ist, soweit die Beteiligung „steuerwirksam“ auf den niedrigeren Teilwert abgeschrieben wurde. 4145

Wenn also in einem Jahr, in dem das StSenkG noch keine Anwendung fand, eine Beteiligung in der Steuerbilanz auf den niedrigeren Teilwert abgeschrieben wurde, die Teilwertabschreibung aber wegen § 8b Abs. 1 KStG in der vor 2002 geltenden Fassung oder § 50c aF EStG bei der Einkommensermittlung nicht berücksichtigt wurde, dann bleibt eine Wertaufholung oder ein Veräußerungsgewinn im Anwendungsbereich des § 8b KStG in vollem Umfang steuerfrei. Der Rechtsgrund für die steuerliche Nichtberücksichtigung der Teilwertminderung ist ohne Bedeutung. 4146

#### e) Wertaufholung nach teilweise anerkannter Teilwertabschreibung

Fraglich ist, wie eine Wertaufholung (oder ein Veräußerungsgewinn) zu behandeln ist, wenn die Teilwertabschreibung entweder **nur körperschaftsteuerlich oder nur gewerbsteuerlich wirksam geworden** ist. Insbesondere der Fall einer wegen § 8 Nr. 10 GewStG nur körperschaftsteuerlich wirksamen gewerbsteuerlich aber nicht abziehbaren Teilwertabschreibung ist in der Praxis häufig anzutreffen. ME greift § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG bei 4147

<sup>1</sup> GlA *Gösch* in Gösch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 235 und 239; *Schnitger* in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, 2012, § 8b Rz. 363; *Frotscher* in Frotscher/Maas, KStG, § 8b Rz. 243.

der Wertaufholung auf der körperschaftsteuerlichen Ebene ohne Einschränkung<sup>1</sup> und erhöht infolgedessen auch den gem. § 7 GewStG zu erfassenden Gewerbeertrag. Über die Besteuerung (Steuerfreistellung) der Wertaufholung ist auf der gewerbsteuerlichen Ebene gesondert zu entscheiden. Hier mag es sachlich gerechtfertigt erscheinen, zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung eine entsprechende Kürzung vorzunehmen. Eine der gewerbsteuerlichen Nichtabziehbarkeit korrespondierende Befreiungsvorschrift existiert jedoch im Gewerbesteuergesetz nicht. Der Ertrag fällt insbes. nicht unter die Vorschriften des § 9 Nr. 2a, Nr. 7 GewStG, da hier nach nur Gewinne aus Ausschüttungen befreit werden<sup>2</sup>. Nach dem BFH-Urteil vom 23.9.2008<sup>3</sup> ist dies jedoch – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – keine Regelungslücke, die einer teleologisch einschränkenden Auslegung zugänglich wäre. Im Gewerbesteuerrecht besteht nach Ansicht des BFH weder ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, dass eine Kürzung des Gewerbeertrages durchzuführen sei, soweit es ohne die Kürzung zu einer Doppelerfassung komme, noch muss umgekehrt eine Kürzung unterbleiben, wenn dies zu einer doppelten Entlastung führe.

Die Frage, wie eine Wertaufholung bei **mehreren vorangegangenen Teilwertabschreibungen** zu behandeln ist, wenn die erste Teilwertabschreibung (noch unter Geltung des alten Rechts) steuerwirksam geworden ist und die zweite (nachfolgende) Teilwertabschreibung (im Geltungsbereich des neuen Rechts) unter § 8b Abs. 3 KStG fiel, hat der BFH mit Urteil vom 19.8.2009 entschieden<sup>4</sup>. Nach dieser Rechtsprechung bleiben Wertaufholungen so lange steuerfrei, bis die steuerlich unwirksamen Teilwertabschreibungen der Höhe nach ausgeglichen sind. Es handelt sich also um eine Art „Last-in-first-out-Verfahren“<sup>5</sup>.

### f) Nachversteuerung sonstiger Abzüge (zB § 6b EStG)

4148 Die **Nachversteuerungsregelung des § 8b Abs. 2 Satz 4 KStG**<sup>6</sup> greift auch, soweit der Beteiligungsbuchwert in der Vergangenheit um Abzüge

1 AA *Rödler/Schumacher*, DStR 2003, 909.

2 Vgl. OFD Düsseldorf v. 21.1.2004 – G 1422 A - St 142, FR 2004, 242; *Gosch* in Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 9 GewStG Rz. 187.

3 BFH v. 23.9.2008 – I R 19/08, DStR 2009, 44 = GmbHR 2009, 220.

4 BFH v. 19.8.2009 – I R 2/09, BStBl. II 2010, 760 = GmbHR 2010, 49.

5 GlA *Herlinghaus* in Rödler/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 263; *Watermeyer* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 8b KStG Rz. 94.

6 Anwendungsbereich erweitert durch das SEStEG v. 12.12.2006, BGBl. I 2006, 2782.

nach § 6b EStG oder um vergleichbare Abzüge<sup>1</sup> gemindert wurde. Da solche Abzüge bereits seit längerem nicht mehr zulässig sind, hat die Regelung nur für besondere Ausnahmefälle Relevanz.

Wenn in der Vergangenheit auch steuerwirksame Teilwertabschreibungen auf die betreffenden Anteile vorgenommen wurden, besteht zwar grundsätzlich ein Reihenfolgeproblem<sup>2</sup>. ME ist dies in der Praxis aber nur theoretischer Art, weil bis zur Höhe der Summe aus steuerwirksamen Teilwertabschreibungen und § 6b EStG-Abzügen für spätere Veräußerungsgewinne Steuerpflicht besteht.

Einstweilen frei.

4149–4151

### 3. Gewinnminderungen im Zusammenhang mit Darlehen

Gibt eine Körperschaft einer Tochterkapitalgesellschaft oder einer anderen gesellschaftsrechtlich verbundenen Gesellschaft ein Darlehen, so ist fraglich, ob und inwieweit eine spätere Teilwertabschreibung auf die Darlehensforderung steuerlich berücksichtigt werden kann. 4152

#### a) Höhe und Zeitpunkt einer Forderungsabschreibung innerhalb der Bilanz

Nach allgemeinen Bilanzierungsgrundsätzen können Forderungen auf einen unter den Anschaffungskosten liegenden Teilwert abgeschrieben werden, wenn sich die Bonität des Schuldners nachhaltig verschlechtert und eine vollständige Tilgung der Forderung gefährdet erscheinen lässt. Für Teilwertabschreibungen auf Beteiligungen an Kapitalgesellschaften gelten indes strengere Kriterien. Zunächst gilt nämlich die Vermutung, dass der Teilwert den Anschaffungskosten der Beteiligung entspricht. Eine Teilwertabschreibung auf die Beteiligung setzt voraus, dass entweder die Anschaffung als Fehlmaßnahme anzusehen ist oder aber die Wiederbeschaffungskosten nach dem Erwerb der Beteiligung gesunken sind, weil sich der innere Wert des Beteiligungsunternehmens gemindert hat. Der Wert der Beteiligung bestimmt sich hierbei zum einen unter Berücksichtigung der Ertragsaussichten und des Vermögenswerts und zum anderen unter Berücksichtigung der funktionalen Bedeutung des Beteiligungsunternehmens. 4153

1 RegE zB Begünstigungen nach § 30 BergbauRatG zur Förderung des Steinkohlebergbaus.

2 Zieren/Adrian, DB 2006, 301.

mens<sup>1</sup>. Bei der Bestimmung des darüber hinaus zu prüfenden steuerlichen Tatbestandsmerkmals „voraussichtlich dauernde Wertminderung“ (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG) geht die Finanzverwaltung von einem mehrjährigen Betrachtungszeitraum aus. Es wird auf einen erheblichen Teil der voraussichtlichen Verweildauer im Unternehmen abgestellt<sup>2</sup>. Nach der BFH-Rechtsprechung muss mit einem langfristigen Anhalten der Wertminderung zu rechnen sein<sup>3</sup>.

- 4154 Nach der Rechtsprechung des BFH<sup>4</sup> hat zumindest in den Fällen der **Betriebsaufspaltung** die Bewertung (eigenkapitalersetzender) Darlehensforderungen gegen die Betriebskapitalgesellschaft nach den gleichen Grundsätzen zu erfolgen hat wie die Bewertung der Beteiligung an der Betriebskapitalgesellschaft selbst. Zwar seien Besitz- und Betriebsunternehmen zwei selbständige Unternehmen, die auch jeweils unabhängig voneinander zu bilanzieren haben. Die **funktionale Bedeutung** der Beteiligung an der Betriebskapitalgesellschaft gebiete es aber, auch bei der Bewertung eigenkapitalersetzender Darlehensforderungen **eine Gesamtbetrachtung der Ertragsaussichten von Besitz- und Betriebsunternehmen** anzustellen<sup>5</sup>.
- 4155 Offen ist, ob die Grundsätze der oben angeführten BFH-Entscheidung nur für Fälle der Betriebsaufspaltung, oder auch für **Darlehen an „normale“ abhängige Tochterkapitalgesellschaften** gelten. Eine vergleichbar große funktionale Bedeutung kann mE im Einzelfall auch außerhalb einer Betriebsaufspaltung anzunehmen sein (zB 100%ige Tochtergesellschaft als alleinige Vertriebsgesellschaft). So bestimmt sich zB auch der Teilwert von hundertprozentigen **Beteiligungen an Organgesellschaften** nicht nur nach der Ertragslage und den Ertragsaussichten, sondern auch nach der funktionalen Bedeutung der Organgesellschaften im Unternehmensverbund<sup>6</sup>.

1 BFH v. 6.11.2003 – IV R 10/01, BStBl. II 2004, 416 = GmbHR 2004, 590 = FR 2004, 597, 2b der Urteilsgründe mwN.

2 BMF v. 16.7.2014 – IV C 6 - S 2171-b/09/10002, FMNR304000014, BStBl. I 2014, 1162, Rz. 6 = GmbHR 2014, 1003.

3 BFH v. 18.6.2015 – IV R 6/11, GmbHR 2015, 1058.

4 BFH v. 6.11.2003 – IV R 10/01, BStBl. II 2004, 416 = GmbHR 2004, 590; BFH v. 10.11.2005 – IV R 13/04, BStBl. II 2006, 618 = GmbHR 2006, 158; BFH v. 14.10.2009 – X R 45/06, BStBl. II 2010, 274 = GmbHR 2010, 267.

5 BFH v. 14.10.2009 – X R 45/06, BStBl. II 2010, 274 und BFH v. 7.5.2014 – X R 19/11, GmbHR 2014, 1282.

6 BFH v. 18.6.2015 – IV R 6/11, GmbHR 2015, 1058.

Ein bestehender **Konzernrückhalt** schließt eine Teilwertabschreibung auf ein Darlehen an eine Tochterkapitalgesellschaft nicht aus<sup>1</sup>. Mit Urteil vom 24.6.2015<sup>2</sup> kommt der BFH zu dem Ergebnis, ein bestehender Konzernrückhalt habe **keinen Einfluss auf den Teilwert** einer Gesellschafterforderung. Zwar könne der Konzernrückhalt zur Folge haben, dass die Obergesellschaft für den etwaigen Ausfall der Darlehenssumme „geradestehe“. Soweit die Finanzverwaltung<sup>3</sup> wegen des Konzernrückhalts eine an sich gebotene Teilwertabschreibung gem. § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG ablehne, sei dem aber nicht zu folgen. Ein Konzernrückhalt garantiere keine „*immerwährende aus sich selbst generierten Werthaltigkeit*“. Dem ist mE uneingeschränkt zuzustimmen.

### b) Keine außerbilanzielle Hinzurechnung nach § 8b Abs. 3 KStG in der bis einschließlich 2007 geltenden Fassung

Nach § 8b Abs. 3 KStG in der bis einschließlich 2007 geltenden Fassung waren Gewinnminderungen, die im **Zusammenhang mit einem Anteil** an einer Kapitalgesellschaft stehen, bei der Einkommensermittlung nicht zu berücksichtigen<sup>4</sup>.

Für VZ bis 2007 war zunächst umstritten, ob auch **Teilwertabschreibungen auf kapitaleretzende Darlehensforderungen** (§§ 32a/b GmbHG aF) unter § 8b Abs. 3 KStG aF fallen konnten. Die hM<sup>5</sup> sah in Darlehenswertminderungen und -verlusten keine Gewinnminderungen in diesem Sinne. Die Finanzverwaltung war anderer Meinung<sup>6</sup>. Mit Urteil vom 14.1.2009<sup>7</sup> hatte der BFH die hM bestätigt. Bei Teilwertabschreibungen auf Gesellschafterdarlehen handelt es sich nicht um Gewinnminderungen, die „im Zusammenhang mit dem in Abs. 2 genannten Anteil stehen“<sup>8</sup>. Gewinnmin-

1 Unklar zunächst BFH-Urteil v. 17.12.2014 – I R 23/13, GmbHHR 2015, 389; s. dazu aber die Kommentierung von *Gosch*, BFH/PR 2015, 173.

2 BFH v. 24.6.2015 – I R 29/14, DStR 2015, 2120 = GmbHHR 2015, 1107.

3 BMF v. 29.3.2011 – IV B 5 - S 1341/09/10004 – DOK 2011/0203248, BStBl. I 2011, 277, unter dortiger Tz. 3.2.

4 Vgl. *Watermeyer* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 8b KStG Anm. 85.

5 Vgl. *Eilers/Schmidt*, GmbHHR 2003, 613 (624); *Reinhard*, BB 2003, 1148 (1149); *Beinert/van Lishaut*, FR 2001, 1137 f.; *Herzig*, WpG 2001, 253 (269); *Kessler/Teufel*, DB 2001, 1955 (1956).

6 BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, GmbHHR 2003, 603, Rz. 26.

7 BFH v. 14.1.2009 – I R 52/08, DStR 2009, 631 = GmbHHR 2009, 490.

8 Ebenso *Gosch*, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 276; *Rödler/Stangl*, DStR 2005, 354; aA wohl nur *Buchna/Sombrowski*, DB 2004, 1956 und 2718.

derungen im Zusammenhang mit einer solchen Darlehensforderung waren demzufolge vor dem 1.1.2008 steuerlich voll abziehbar.

- 4159 Unabhängig von der vorstehend beschriebenen Problematik, ist es aber denkbar, dass bereits die Darlehenshingabe als verdeckte Einlage zu behandeln ist<sup>1</sup>. Dies könnte der Fall sein, wenn der Darlehensvertrag so ausgestaltet ist, dass eine ernsthafte Rückzahlungsabsicht kaum bestanden haben kann, etwa weil von vornherein (bei Darlehenshingabe) absehbar war, dass die GmbH zur Rückzahlung nie in der Lage sein würde (objektive Unmöglichkeit). In solchen Ausnahmefällen kann bereits die Hingabe der Darlehensvaluta eine verdeckte Einlage darstellen<sup>2</sup>. Nach Ansicht des BFH<sup>3</sup> kann ein kurzer Zeitraum zwischen Darlehenshingabe und Verzicht auf die Darlehensforderung ein Indiz dafür sein, dass von Anfang an nicht die Hingabe eines Darlehens, sondern eine verdeckte Einlage gewollt war. Der BFH hat auch in anderen Verfahren zunächst geprüft, ob die Mittel in konkreter Rückzahlungsabsicht und damit als Darlehen oder als Zuschüsse (= verdeckte Einlage<sup>4</sup>) gezahlt worden sind<sup>5</sup>. Auch die Finanzgerichte stellen darauf ab, ob eine ernsthafte schuldrechtliche Leistungsverpflichtung begründet werden sollte oder nicht<sup>6</sup>. War die Darlehenshingabe als verdeckte Einlage anzusehen, die dann auch den Buchwert der Beteiligung erhöhte, so fiel auch bis VZ 2007 eine spätere Abschreibung der dadurch entstehenden nachträglichen Beteiligungsanschaffungskosten unter § 8b Abs. 3 KStG.

### c) Forderungsausfälle seit 2008 (§ 8b Abs. 3 KStG idF des JStG 2008)

#### aa) Grundlagen

- 4160 Mit dem JStG 2008 wurde § 8b Abs. 3 KStG um die Sätze 4 bis 8 erweitert. Die Regelung sieht vor, dass unter bestimmten Voraussetzungen Gewinnminderungen aus Darlehen oder aus Sicherheiten steuerlich bei der Einkommensermittlung eines Gesellschafters in der Rechtsform einer Körper-

1 BFH v. 17.12.2014 – I R 23/13, GmbHR 2015, 389.

2 BFH v. 12.12.2000 – VIII R 62/93, BStBl. II 2001, 234 = GmbHR 2001, 260; BFH v. 2.2.2005 – VIII B 191/03, BFH/NV 2005, 1318.

3 BFH v. 2.8.2006 – I B 35/06, BFH/NV 2006, 2074.

4 Sofern keine Rückzahlungsabsicht vorliegt, scheint der BFH von einem konkludenten Darlehensverzicht iS des § 397 BGB auszugehen.

5 BFH v. 20.4.2005 – X R 2/03, BStBl. II 2005, 694 = GmbHR 2005, 1193.

6 FG Baden-Württemberg v. 11.11.2005 – 10 V 27/05, DStRE 2006, 534.

schaft nicht berücksichtigt werden dürfen. Gleiches gilt für Gewinnminderungen aus dem Rückgriff Dritter und für Gewinnminderungen in Zusammenhang mit einer Forderung aus Rechtshandlungen, die einer Darlehensgewährung wirtschaftlich vergleichbar sind.

Von dieser Abzugsbeschränkung sind allerdings nur Darlehen eines qualifizierten Gesellschafters oder einer dem qualifizierten Gesellschafter nahe stehenden Person betroffen. Eine qualifizierte Beteiligung liegt vor, wenn der Gesellschafter zu mehr als 25 % unmittelbar oder mittelbar am Stammkapital der Gesellschaft beteiligt ist oder war. Gelingt ein Drittvergleich, so greift die Abzugsbeschränkung nicht. Von § 8b Abs. 3 Satz 4 ff. KStG sind nicht nur eigenkapitalersetzende Darlehen (iS der §§ 32a/b GmbHG aF) sondern alle Gesellschafterdarlehen betroffen<sup>1</sup>. Der BFH hält die Regelung für verfassungsgemäß<sup>2</sup>.

### bb) Zeitpunkt der qualifizierten Beteiligung

Nach dem Gesetzeswortlaut reicht eine Beteiligung von mehr als 25 % zu irgendeinem Zeitpunkt aus. Selbst der erst später (nach Darlehenshingabe) eintretende oder im Zeitpunkt der Abschreibung bereits ausgeschiedene Gesellschafter wird noch erfasst. § 8b Abs. 3 Satz 4 Halbsatz 2 KStG bestimmt „... wenn das Darlehen oder die Sicherheit von einem Gesellschafter gewährt wurde, der ... beteiligt *ist oder war*.“

Nach der Rechtsprechung des BFH<sup>3</sup> erfordert die Regelung nur, dass der darlehensgewährende Gesellschafter, **zu irgendeinem Zeitpunkt während der Darlehenslaufzeit** zu mehr als einem Viertel am Grund- oder Stammkapital der Körperschaft beteiligt ist oder war. Auf die Beteiligungshöhe im Zeitpunkt der Darlehenshingabe oder des Eintritts der Gewinnminderung sei nicht alleine abzustellen. Irrelevant dürfte aber die Beteiligungshöhe vor Darlehenshingabe und nach endgültiger Darlehenstilgung sein. Ist ein Gesellschafter im Zeitpunkt der Darlehensgewährung noch nicht zu 25 % an der Gesellschaft beteiligt, während der Darlehenslaufzeit aber schon, so wächst das Darlehen in den Anwendungsbereich des § 8b

1 *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 317; *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 278e; *Schnitger* in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, 2012, § 8b Rz. 460.

2 BFH v. 12.3.2014 – I R 87/12, BStBl. II 2014, 859 = GmbHR 2014, 764; ebenso FG Baden-Württemberg v. 24.11.2014 – 6 K 1077/12, EFG 2015, 764.

3 BFH v. 12.3.2014 – I R 87/12, BStBl. II 2014, 859 = GmbHR 2014, 764.

Abs. 3 Satz 4 ff. KStG nF hinein. Der Wortlaut steht in diesem Punkt mit der gesetzgeberischen Intention in Einklang. ME wollte der Gesetzgeber nämlich bewusst auch solche Gestaltungen treffen, bei denen eine Körperschaft einer Kapitalgesellschaft ein Darlehen gewährt, sich aber erst danach an dieser Gesellschaft wesentlich beteiligt, um so bewusst die Anwendung des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG nF zu vermeiden<sup>1</sup>.

4164 Nach § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG ist ein zeitlicher oder sachlicher Zusammenhang zwischen Darlehenshingabe und Anteilserwerb nicht Voraussetzung.

4165 Allerdings dürfte mE der **Drittvergleich** regelmäßig gelingen, wenn der Darlehensgeber bei Hingabe bzw. beim „Stehenlassen“ noch ein echter fremder Dritter war und kein konkreter Plan zum nachfolgenden Erwerb einer wesentlichen Beteiligung bestanden hat<sup>2</sup>. Problematisch bleiben dagegen Fallkonstellationen, in denen der Darlehensgeber bei Hingabe der Fremdmittel zwar zu nicht mehr als 25 %, aber dennoch in beachtlichem Umfang beteiligt war (zB 20 %). Ein zu 20 % beteiligter Gesellschafter ist schließlich kein fremder Dritter<sup>3</sup>.

4166 Nach dem reinen Wortlaut trifft die Vorschrift auch Gesellschafter, die **weder im Zeitpunkt der Darlehenshingabe noch im Zeitpunkt der Wertminderung wesentlich beteiligt** waren, noch das Darlehen im Hinblick auf einen späteren Beteiligungserwerb gegeben haben. Hier wären zB Konstellationen denkbar, in denen der Darlehensgeber in ferner Vergangenheit eine mehr als 25%ige Beteiligung hielt, diese Beteiligung aber bei Darlehenshingabe und erst recht im Zeitpunkt der späteren Gewinnminderung nicht mehr bestand. Diese Fälle sollten mE durch teleologische Reduktion aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift ausgenommen werden<sup>4</sup>. Regelmäßig dürfte hier im Übrigen der Drittvergleich gelingen.

1 Die Gesetzesbegründung zu § 8b Abs. 3 Sätze 4 bis 7 KStG nF erwähnt ausdrücklich missbräuchliche Gestaltungen zur Vermeidung der Rechtsfolgen des § 8b KStG (BR-Drucks. 544/07, S. 94).

2 Ebenso *Fuhrmann/Strabl*, DStR 2008, 125 und *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 279.

3 So kann ein Minderheitsgesellschafter zB Empfänger einer vGA sein (BFH v. 15.3.2000 – I R 74/99, BStBl. II 2000, 547 = GmbHR 2000, 1158), und zwar selbst dann, wenn daneben noch Mehrheitsgesellschafter existieren, die durch die Vorteilszuwendung benachteiligt werden; BFH v. 29.9.1981 – VIII R 8/77, BStBl. II 1982, 248.

4 Auch der BFH stellt in seinem Urteil v. 12.3.2014 – I R 87/12, BStBl. II 2014, 859 = GmbHR 2014, 764 darauf ab, ob der Gläubiger während der Darlehenslaufzeit „wesentlich“ beteiligt war.

## cc) Drittvergleich

Aufgrund § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG sind die Sätze 4 und 5 nicht anzuwenden, wenn nachgewiesen wird, dass auch ein fremder Dritter das Darlehen bei sonst gleichen Umständen gewährt oder noch nicht zurückgefordert hätte. Es handelt sich um eine Beweislastumkehr. Liegen die Voraussetzungen einer Gewinnminderung nach § 8b Abs. 3 Satz 4 und 5 KStG vor, so wird eine gesellschaftsrechtliche Veranlassung unterstellt. Nur durch den Drittvergleich kann diese gesellschaftsrechtliche Veranlassung widerlegt werden. 4167

Wie der Drittvergleich im Bereich der Darlehensgewährung zu führen ist, sagt das Gesetz nicht. Die Gesetzesbegründung<sup>1</sup> enthält eine Aufzählung, deren Kriterien eine Darlehensausreichung als nicht drittüblich qualifizieren sollen:

- Das Darlehen ist nicht verzinslich.
- Das Darlehen ist verzinslich, aber es werden keine Sicherheiten vereinbart.
- Das Darlehen ist verzinslich und es werden Sicherheiten vereinbart, aber das Darlehen wird bei Eintritt der Krise der Gesellschaft nicht zurückgefordert (s. Rz. III 4169).

Die Forderung nach einer **tatsächlichen Sicherheitengestellung** ist mE 4168 insofern problematisch, als es nach der Rechtsprechung des BFH bei der Prüfung der Fremdüblichkeit von Darlehensgewährungen an nachgeordnete Kapitalgesellschaften auf eine Besicherung nicht ankommen kann<sup>2</sup>. Außerdem darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass eine solche Besicherung faktisch keine Wirkung entfaltet, weil sie gem. § 135 InsO, § 6 AnfG (auch nach dem MoMiG) anfechtbar wäre. Daher darf man mE eine erfolgreiche Führung des Gegenbeweises nach § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG nicht davon abhängig machen, ob dem Gesellschafter für sein Gesellschafterdarlehen (sinnlose) Sicherheiten eingeräumt worden sind, denn dies sagt über die Fremdüblichkeit des Darlehens noch nichts aus. ME ist vorrangig zu prüfen, ob die Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehenshin-

1 BR-Drucks. 544/07, S. 95.

2 Eine Besicherung sei in diesen Fallkonstellationen unüblich, weil es der darlehensgewährende Alleingesellschafter in der Hand habe, eine Nachbesicherung zu erwirken. Letztlich stellt der BFH eine beherrschende Gesellschafterstellung wirtschaftlich einer Besicherung gleich (BFH v. 29.10.1997 – I R 24/97, BStBl. II 1998, 573 = GmbHR 1998, 543).

gabe über eine so gute Bonität und eigene Sicherungsmittel verfügte, dass sie auch von Dritten (idR Banken) ein Darlehen zu vergleichbaren Konditionen erhalten hätte. Gelingt dies, so dürfte mE die Vermutung einer gesellschaftsrechtlichen Veranlassung bei Darlehenshingabe regelmäßig widerlegt sein<sup>1</sup>. Eine reine Ratingeinstufung reicht idR nicht aus, wenn damit nicht belegt werden kann, dass die KapGes das konkrete Darlehen bei sonst gleichen Umständen auch von einem Dritten erhalten hätte<sup>2</sup>.

- 4169 Wenn danach bei Darlehenshingabe ein Fremdvergleich gelingt, kann eine gesellschaftsrechtlich veranlasste Handlung allerdings dann anzunehmen sein, wenn das **Darlehen in der Krise stehen gelassen** wird. In einem solchen Fall muss man mE aber berücksichtigen, dass die Darlehensforderung einerseits bei Eintritt der Krise bereits im Wert gemindert war und andererseits im Falle der Insolvenz der Insolvenzverwalter die Darlehenstilgung hätte anfechten können. Ein Abziehen des Darlehens wäre, wenn überhaupt, nur mit einem erheblich geminderten Wert möglich. Wenn aber der Gesellschafter auch bei rechtzeitiger Kündigung des Darlehens nur einen wertgeminderten Betrag zurückerhalten hätte, so kann auch nur dieser wertgeminderte Betrag unter § 8b Abs. 3 Satz 4 ff. KStG fallen<sup>3</sup>. Ist bereits die Darlehenshingabe durch einen zu mehr als 25 % beteiligten Gesellschafter gesellschaftsrechtlich veranlasst und wird das Darlehen später (in der Krise) stehengelassen, so ist das Stehenlassen mE keine neue Finanzierungsentscheidung mehr. Etwas anderes gilt aber dann, wenn der Gesellschafter bei Darlehenshingabe die 25 %-Grenze noch nicht überschreitet, im Zeitpunkt des Stehenlassens aber schon.
- 4170 Ein weiterer Aspekt, der für die gesellschaftsrechtliche Veranlassung des Darlehens spricht, ist ausweislich der Gesetzesbegründung die **fehlende Verzinsung**<sup>4</sup>. Dem liegt wohl der Gedanke zugrunde, dass ein fremder Dritter nicht bereit wäre, Fremdkapital unverzinslich zu überlassen, weil er die Vor und Nachteile der Überlassung gegeneinander abwägen würde. Wenn das Darlehen keinen Zinsertrag abwirft, dann bleibt nur der Nachteil des Ausfallrisikos. Dadurch offenbart sich ggfs. eine gesellschaftsrechtliche

1 Ebenso *Frotscher* in *Frotscher/Maas*, KStG, § 8b Rz. 428.

2 FG Köln v. 14.11.2013 – 10 K 2558/11, EFG 2014, 665, Rev. Az. I R 11/14.

3 *Frotscher* in *Frotscher/Maas*, KStG, § 8b Rz. 430; *Neumann/Stimpel*, GmbH 2008, 57.

4 Ablehnend *Frotscher* in *Frotscher/Maas*, KStG, § 8b Rz. 426; *Watermeyer* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, KStG/ESTG, § 8b KStG Rz. 116 und *Winhard*, FR 2010, 686 (689).

Veranlassung. Die fehlende Verzinsung soll also offenbar nach Ansicht des Gesetzgebers regelmäßig schädlich sein, obwohl sie – was wohl unstrittig ist – für den Ausfall der Forderung nicht ursächlich sein kann. Die Berücksichtigung der fehlenden Verzinsung könnte Indiz für eine gesellschaftsrechtliche Veranlassung dürfte auch dem Gesetzeswortlaut zu entnehmen sein („... bei sonst gleichen Umständen ...“).

#### dd) Spätere Wertaufholung

Aufgrund § 8b Abs. 3 Satz 8 KStG bleiben Gewinne aus der Wertaufholung einer steuerlich dem Einkommen hinzugerechneten Teilwertabschreibung außer Ansatz. Allerdings ist die Regelung lückenhaft, denn der Gesetzeswortlaut nennt nur die spätere Wertaufholung als steuerfrei zu stellenden Vorgang. Zu Gewinnen, die zB durch Veräußerung, vGA, Sachdividende, Liquidationsauskehrung, verdeckte Einlage, Einbringung über dem Buchwert, Übertragung nach §§ 11, 15 UmwStG, oder Entstrickung der Forderung entstehen, fehlt eine gesetzliche Regelung. Auch der Besserungsfall, also das Wiederaufleben des ursprünglichen Veranlassungszusammenhangs, nach einem Forderungsverzicht mit Besserungsschein ist nicht genannt. Eine Gleichbehandlung mit dem Fall der Zuschreibung wäre insoweit sachgerecht, da hier eine planwidrige Regelungslücke vorliegt<sup>1</sup>. Die Finanzverwaltung hat sich dazu zwar nicht konkret geäußert, allerdings im Zusammenhang mit nach § 8b Abs. 2 KStG steuerpflichtigen Wertaufholungen nach Abschreibung einer Beteiligung eine ähnliche Auffassung vertreten<sup>2</sup>. 4171

#### ee) Späterer Verzicht auf das abgeschriebene Darlehen

§ 8b Abs. 3 Sätze 4 ff. KStG nF entfalten keinerlei Wirkungen auf die darlehensnehmende Kapitalgesellschaft. Sofern hier infolge eines späteren Darlehensverzichts die nicht mehr werthaltige Darlehensverbindlichkeit gewinnerhöhend auszubuchen ist, ist dieser Ertrag nach den insoweit einschlägigen Grundsätzen der ständigen BFH-Rechtsprechung steuerpflichtig. 4172

1 *Frotscher* in *Frotscher/Maas*, KStG, § 8b Rz. 445; *Binnenvis* in *Streck*, KStG, 8. Aufl. 2014, § 8b Rz. 89; ablehnend *Gosch* in *Gosch*, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 279l und *Herlinghaus* in *Rödter/Herlinghaus/Neumann*, KStG, 2015, § 8b Rz. 357, der aber auf die Möglichkeit einer Billigkeitsmaßnahme hinweist.

2 BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292 = GmbHR 2003, 603, Rz. 21–24.

tig und nicht bei der Einkommensermittlung durch einen Abzug (verdeckte Einlage) zu neutralisieren. Verfassungsrechtliche Bedenken hiergegen dürfen unbegründet sein<sup>1</sup>. In der Gesetzesbegründung<sup>2</sup> wird allerdings auf die Möglichkeit eines Steuererlasses aus sachlichen Billigkeitsgründen verwiesen. Allerdings verweist die Gesetzesbegründung auf das BMF-Schreiben vom 27.3.2003<sup>3</sup>, das aber nur in Sanierungsfällen Anwendung findet.

4173 Nach der Gesetzesbegründung soll die korrespondierende Steuerfreistellung wohl tatsächlich auf **echte Sanierungsfälle** beschränkt bleiben. Durch die Zitierung des BMF-Schreibens vom 27.3.2003<sup>4</sup> kommt zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber keine neue Billigkeitsgrundlage schaffen wollte, sondern ausdrücklich fordert, dass die Voraussetzungen des BMF-Schreibens eingehalten werden. Deshalb dürfte der Billigkeitserlass insbes. in Konzernfällen nahezu nie zur Anwendung kommen. Voraussetzungen für die Annahme eines begünstigten Sanierungsgewinns sind nämlich die Sanierungsbedürftigkeit und die Sanierungsfähigkeit der Gesellschaft, die Sanierungseignung des Schuldnerlasses und die Sanierungsabsicht der Gläubiger (idR nachgewiesen durch einen Sanierungsplan). Selbst wenn diese Voraussetzungen erfüllt wären, müssen zunächst alle vorhandenen Verlustvorträge gegen den Sanierungsertrag verrechnet werden.

4174 Diese Handhabung entspricht im Übrigen auch der bisherigen Verfahrensweise bei einem **Forderungsverzicht durch einen Gesellschafter ohne Betriebsvermögen**. Selbst wenn in einer solchen Konstellation der Forderungsausfall steuerlich nicht als Anschaffungskosten der Beteiligung nach § 17 EStG berücksichtigt werden kann<sup>5</sup>, wird ein späterer Verzicht auf die bereits wertlose Forderung bei der Kapitalgesellschaft als steuerpflichtiger Ertrag behandelt, es sei denn die allgemeinen Sanierungsvoraussetzungen sind erfüllt.

1 Der BFH geht im Urteil v. 12.3.2014 – I R 87/12, BStBl. II 2014, 859 = GmbHR 2014, 764 von einer Verfassungskonformität des § 8b Abs. 3 Sätze 3 und 4 KStG aus. Kritisch dazu s. *Prinz* in FS Schaumburg, Köln, 2009, S. 469 f.; *Benzel/Linzbach*, DStR 2009, 1599 (1602); *Winbald*, FR 2010, 686 (688); *Gröbl/Adrian* in Erle/Sauter, KStG, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 179 und *Watermeyer* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 8b KStG Rz. 106.

2 BR-Drucks. 544/07, S. 95.

3 BStBl. I 2003, 240.

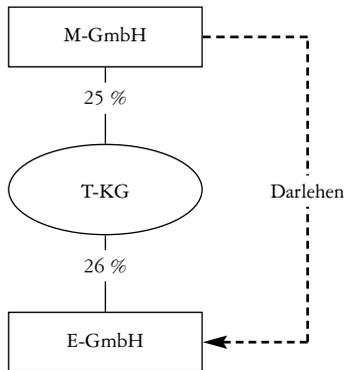
4 BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292 = GmbHR 2003, 603, Rz. 21–24.

5 Ein typischer Fall war dafür das nicht krisenbestimmte stehengelassene Darlehen.

ff) Mittelbare Beteiligungen und nahestehende Personen

Da § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG auf den mehr als 25 % beteiligten Gesellschafter abstellt, erfolgt keine Zusammenrechnung von Beteiligungen. Durch § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG werden unmittelbar und mittelbar beteiligte Gesellschafter angesprochen. Bei der Definition der nahestehenden Person ist nach dem Gesetzeswortlaut auf § 1 Abs. 2 AStG abzustellen<sup>1</sup>. Danach ist eine Person dem Gesellschafter ua. dann nahestehend, wenn sie an dem Gesellschafter zu mindestens 25 % unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist.

ME ist auch eine **Beteiligung über eine Personengesellschaft** als mittelbare Beteiligung anzusehen. Es kommt auch bei der Prüfung der Wesentlichkeit der Beteiligung der darlehensgewährenden Kapitalgesellschaft auf deren durchgerechnete Beteiligungsquote an der darlehensempfangenden Kapitalgesellschaft an<sup>2</sup>. Dies stimmt mit der gesetzlichen Grundaussage überein, dass auf die Beteiligung am Grund- oder Stammkapital abzustellen ist und nicht etwa auf (möglicherweise davon abweichende) Stimmrechte. Folglich kann es nicht erheblich sein, ob die darlehensgewährende Kapitalgesellschaft die zwischengeschaltete Personengesellschaft beherrscht und ihr deshalb die der Personengesellschaft gebührenden Stimmrechte zugerechnet werden können. Alleine entscheidend ist der mittelbare rechnerische Anteil an der Darlehensnehmerin. Dies entspricht auch der Sichtweise des § 1 Abs. 2 Nr. 1 AStG, der auch von mittelbaren oder unmittelbaren Beteiligungen spricht<sup>3</sup>.

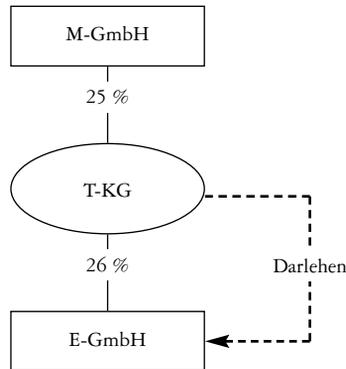


1 *Gosch* in *Gosch*, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 279.  
 2 Ebenso *Gosch* in *Gosch*, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 279.  
 3 S. dazu *Wassermeyer* in *Flick/Wassermeyer/Baumhoff*, Außensteuerrecht, § 1 AStG Rz. 836.

- 4177 In der vorstehenden Abbildung ist die M-GmbH nicht als qualifizierter mittelbarer Gesellschafter anzusehen, da sie durchgerechnet an der E-GmbH nur zu 6,5 % beteiligt ist. Allerdings ist die darlehensgewährende Kapitalgesellschaft eine der zwischengeschalteten Personengesellschaft nahe stehende Person iS des § 1 Abs. 2 AStG, weil sie an dieser zu mindestens 25 % beteiligt ist<sup>1</sup>. Im Ergebnis fällt in der oa. Abbildung die M-GmbH unter § 8b Abs. 3 Satz 4 ff. KStG nF, obwohl sie an der E-GmbH nur eine 6,6%ige mittelbare Beteiligung hält.

### gg) Personengesellschaft als Darlehensgeber

- 4178 Für die Frage, ob das Darlehen durch einen wesentlich beteiligten Gesellschafter gewährt wird, ist grundsätzlich auf die unmittelbare oder mittelbare Beteiligungsquote des Darlehensgebers abzustellen. Gibt eine Personengesellschaft ein Darlehen und ist sie selbst an der darlehensempfangenden Kapitalgesellschaft beteiligt, so handelt es sich nicht um einen Anwendungsfall des § 8b Abs. 3 Satz 5 KStG sondern um einen unmittelbaren Fall des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG („... wenn das Darlehen ... von einem Gesellschafter gewährt wird ...“)<sup>2</sup>.



- 4179 Da in der vorstehenden Abbildung die T-KG selbst unmittelbarer Gesellschafter ist, kommt es für die Prüfung der 25 %-Grenze auf die durch-

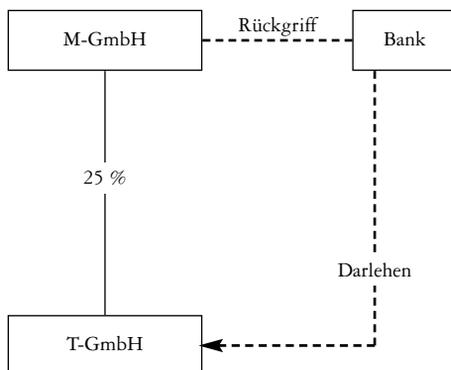
1 *Neumann*, Ubg 2008, 748 (752); zustimmend *Gosch* in *Gosch*, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 279.

2 *Neumann*, Ubg 2008, 748 (752); zustimmend *Gosch* in *Gosch*, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 279.

gerechnete Beteiligungsquote der einzelnen Mitunternehmer – hier also der M-GmbH – nicht an. Zwar wirkt sich § 8b Abs. 3 KStG über § 8b Abs. 6 KStG erst auf Ebene der Mitunternehmer-GmbH tatsächlich körperschaftsteuerlich aus. Allerdings hat der BFH<sup>1</sup> entschieden, dass bereits der Gewinn der zwischengeschalteten Personengesellschaft (T-KG) nach Maßgabe des § 8b Abs. 2, 3 und 6 KStG zu ermitteln ist. Auch gewerbesteuerlich fand dementsprechend § 8b Abs. 3 KStG auch vor 2004 bereits auf Ebene der Personengesellschaft Anwendung<sup>2</sup> (erst ab 2004 gem. § 7 Satz 4 Halbs. 2 GewStG gesondert gesetzlich geregelt). Folglich kommt es in der vorstehenden Abbildung für die Prüfung der 25 %-Grenze auf die Beteiligung der T-KG an der E-GmbH an.

### hh) Darlehen durch rückgriffsberechtigte Dritte

Ebenso wie im Bereich des § 8a KStG alter und aktueller Fassung rekurriert 4180 § 8b Abs. 3 Satz 5 KStG zusätzlich auf rückgriffsberechtigte Dritte.



Eine Einschränkung der Rückgriffsfälle auf Back-to-back-Finanzierungen ergibt sich weder aus dem Gesetz noch aus der Gesetzesbegründung<sup>3</sup>. Back-to-back-Finanzierungen sind aber durchaus auch von der Regelung umfasst<sup>4</sup>.

1 BFH v. 9.8.2006 – I R 95/05, BStBl. II 2007, 279 = GmbHR 2006, 1273 unter II.2. der Gründe.

2 BFH v. 9.8.2006 – I R 95/05, BStBl. II 2007, 279 = GmbHR 2006, 1273.

3 So auch *Habne*, StuB 2008, 299.

4 *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 279a.

4181 Der Drittvergleich dürfte in Rückgriffsfällen nicht gelingen<sup>1</sup>. Dabei kommt es (auch vor Geltung des MoMiG) nicht darauf an, ob die Bürgschaft oder die sonstige Sanierungsmaßnahme kapitalersetzend ist oder nicht, denn die Regelung knüpft weder an eine gesellschaftsrechtliche noch an eine insolvenzrechtliche Regelung an<sup>2</sup>. Im Übrigen wäre der Aufwand aus einer Bürgschaftsinanspruchnahme zugunsten der Mutter- oder Schwestergesellschaft idR als vGA iS des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG zu werten, so dass es – wegen des überwiegend vertretenen Vorrangs von § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG (s. Rz. III 4183)<sup>3</sup> – zu einer weiteren Hinzurechnung nach § 8b Abs. 3 Satz 4 ff. KStG nicht mehr käme.

## ii) Darlehen an eine Schwestergesellschaft

4182 Gibt ein Kapitalgesellschaft T1 ihrer Schwestergesellschaft T2 ein ungesichertes Darlehen, obwohl angesichts der Bonität der T2 eine Besicherung des Darlehen üblich gewesen wäre und fällt die darlehensgewährende T1 später mit ihrer Forderung aus, so ist der Aufwand infolge der Forderungsabschreibung bei der T1-GmbH idR als vGA zu behandeln<sup>4</sup>. Erst durch die dadurch bewirkten Vermögensminderungen mit Auswirkung auf den Unterschiedsbetrag iS des § 4 Abs. 1 EStG wird dann auch die vGA verwirklicht<sup>5</sup>. Dies löst zunächst weder einen Abfluss bei der GmbH, noch einen Zufluss beim Gesellschafter aus<sup>6</sup>. Zum Zufluss eines sonstigen Bezug iS des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG auf Gesellschafterebene kommt es erst dann, wenn die darlehensgewährende T1 auf ihre Darlehensforderung tatsächlich verzichtet.

1 *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 279; aA offenbar *Habne*, StuB 2008, 299 (302).

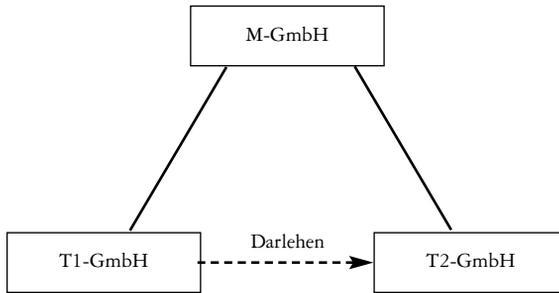
2 *Frotscher* in Frotscher/Maas, KStG, § 8b Rz. 60i.

3 S. dazu auch *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 279j; FG Baden-Württemberg v. 24.11.2014 – 6 K 1077/12, EFG 2015, 764.

4 FG Baden-Württemberg v. 24.11.2014 – 6 K 1077/12, EFG 2015, 764; BFH v. 18.2.1999 – I R 62/98, BFH/NV 1999, 1515 = GmbHR 1999, 993.

5 BFH v. 18.2.1999 – I R 62/98, GmbHR 1999, 993.

6 BFH v. 14.7.2004 – I R 16/03, BStBl. II 2004, 1010 = GmbHR 2004, 1402; BFH v. 7.3.2007 – I R 45/06, GmbHR 2007, 1055; BFH v. 21.7.2011 – I B 27/11, BFH/NV 2011, 2116.



In dem vorstehend beschriebenen Fall fällt allerdings der Ausfall der Forderung zugleich unter § 8b Abs. 3 Satz 4 ff. KStG. Fraglich ist nun, welcher Vorschrift hier der Vorrang eingeräumt werden muss. *Gosch*<sup>1</sup>, *Pung*<sup>2</sup> und *Herlinghaus*<sup>3</sup> wollen offenbar § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG den Vorrang einräumen. Dies deckt sich in dieser Allgemeinheit allerdings nicht mit der BFH-Rechtsprechung. Nach den BFH-Urteilen vom BFH vom 4.12.1996<sup>4</sup> und vom 7.2.2007<sup>5</sup> kann der Rechtsanwender wählen, welche Vorschrift er vorrangig prüft, solange die Rechtsfolgen der Vorschriften nicht voneinander abweichen. Diese Grundsätze müssen auch für das Rangverhältnis zwischen § 8b Abs. 3 und § 8 Abs. 3 KStG gelten. Da im Anwendungsbereich des § 8b Abs. 3 Satz 4 ff. KStG die Beweislast – anders im Bereich der vGA – bei der Körperschaft liegt, dürfte in der Praxis eher § 8b Abs. 3 Satz 4 ff. KStG zur Anwendung gelangen<sup>6</sup>. Wenn die gesellschaftsrechtliche Veranlassung auf der Hand liegt, ist die Bezeichnung der Korrekturvorschrift irrelevant, weil beide Bestimmungen zum selben Ergebnis gelangen.

Wenn T1 später auf die Darlehensforderung verzichtet, ist bei M zu prüfen, ob dieser Verzicht einen Zufluss aus einer vGA auslöst. Die Frage des Zu-

1 *Gosch* in *Gosch*, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 279j.

2 *Pung* in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, Die Körperschaftsteuer, § 8b KStG Rz. 133.

3 *Herlinghaus* in *Rödter/Herlinghaus/Neumann*, KStG, 2015, § 8b Rz. 222.

4 BFH v. 4.12.1996 – I R 54/95, GmbHR 1997, 317.

5 BFH v. 7.2.2007 – I R 27–29/05, GmbHR 2007, 660.

6 Der Fall der Darlehensgewährung im Dreieck ist nicht mit dem Fall der Beteiligungsveräußerung unter Preis im Dreieck zu vergleichen. Im letzteren Fall wird die „Fiktion“ eines angemessenen Kaufpreises nämlich erst durch die zwingend vorrangige Anwendung des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG erreicht. Auf den bei Annahme des angemessenen Kaufpreises entstehenden Gewinn ist dann § 8b Abs. 2 KStG anzuwenden.

flusses einer vGA ist bei M selbständig zu prüfen. Die Wertung bei der ausschüttenden Gesellschaft entfaltet keine Bindungswirkung auf der Anteilseignerebene. Der KSt-Bescheid der Gesellschaft ist kein Grundlagenbescheid für die ESt- oder KSt-Festsetzung des Gesellschafters<sup>1</sup>. Wenn die vGA (wegen Anwendung des § 8 Abs. 3 oder § 8b Abs. 3 KStG) bei der ausschüttenden T1 deren Einkommen nicht gemindert hat, ist bei M im Zeitpunkt des Verzichts eine zugeflossene vGA anzusetzen und zwar unabhängig davon, auf welche Norm die Hinzurechnung bei der KapGes gestützt wird. Fraglich ist, ob die vGA bei M mit dem gemeinen Wert im Zeitpunkt des Zuflusses (0 Euro) zu bewerten ist<sup>2</sup>. Soweit das zuvor abgeschriebene Darlehen nicht werthaltig ist, kommt es infolge des Forderungsverzichts bei T2 zu einer verdeckten Einlage iH von 0 Euro. Die Finanzverwaltung hat allerdings zu grenzüberschreitenden Fällen eine davon abweichende Auffassung vertreten<sup>3</sup>.

#### 4. Gewerbesteuerliche Behandlung von Teilwertabschreibungen auf Beteiligungen

##### a) Kapitalgesellschaft als Gesellschafter

4185 Seit dem VZ 2002 ist eine **Teilwertabschreibung**, die eine Körperschaft (Muttergesellschaft) auf eine Beteiligung an einer anderen inländischen Kapitalgesellschaft vornimmt, gem. **§ 8b Abs. 3 Sätze 4 ff. KStG** unter den dort genannten Voraussetzungen körperschaftsteuerlich und damit auch gewerbesteuerlich **nicht berücksichtigungsfähig**.

Dies gilt uneingeschränkt auch für Organgesellschaften<sup>4</sup>. Das körperschaftsteuerliche Abzugsverbot schlägt über § 7 Satz 1 GewStG auch auf die Gewerbesteuer durch. Eine Korrektur über § 8 Nr. 10 oder § 2 Abs. 2 GewStG<sup>5</sup> ist seit Einführung des § 8b KStG bei Körperschaften entbehrlich.

1 BFH v. 16.12.2014 – VIII R 30/12, GmbHR 2015, 716.

2 S. dazu BFH v. 16.6.2015 – IX R 28/14, GmbHR 2015, 1229.

3 BMF v. 29.3.2011 – IV B 5 - S 1341/09/10004, BStBl. I 2011, 277, Rz. 31; s. dazu zurecht kritisch *Stimpel* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8 Rz. 652.

4 Zu Organgesellschaften s. BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292 = GmbHR 2003, 603, Rz. 16 und 26; *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 166.

5 S. zu dieser Problematik im früheren Recht BFH v. 28.10.1999 – I R 111/97, GmbHR 2000, 510; Abschn. 41 Abs. 1 Satz 8 GewStR 1998.

**b) Personengesellschaft oder natürliche Person als Gesellschafter**

Werden die Anteile dagegen von einer **Personengesellschaft** (mit natürlichen Personen als Gesellschafter) oder einer **natürlichen Person** (im Betriebsvermögen) gehalten, so ist die Teilwertabschreibung auf die Beteiligung gem. § 3c Abs. 2 EStG zu 40 % nicht abzugsfähig. Die anderen 60 % mindern das Einkommen der Personengesellschaft bzw. der natürlichen Person. Für diese nicht durch § 3c Abs. 2 EStG gesperrte Gewinnminderung (Teilwertabschreibung) ist aber Folgendes zu beachten:

**aa) Keine Organschaft**

Soweit eine ausschüttungsbedingte Teilwertminderung der Beteiligung auf gewerbesteuerfreien Schachteldividenden iS des § 9 Nr. 2a GewStG beruht, ist nach § 8 Nr. 10 Buchst. a GewStG<sup>1</sup> eine Hinzurechnung der Teilwertminderung erforderlich.

**bb) Organschaft**

Besteht zu der Gesellschaft, deren Anteile auf den niedrigeren Teilwert abgeschrieben werden sollen, ein Organschaftsverhältnis, so gilt Folgendes: Eine **Teilwertabschreibung** auf die Beteiligung an einer **Organgesellschaft**, die der Organträger in bilanzsteuerlich zulässiger Weise vornimmt, weil die **Organgesellschaft in organschaftlicher Zeit Verluste erlitten** hat, darf gewerbesteuerlich gem. § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG grundsätzlich keine Berücksichtigung finden<sup>2</sup>. Etwas anderes gilt nach der Rspr. des BFH<sup>3</sup> aber soweit die Minderung des Teilwerts über die während des Organschaftsverhältnisses entstandenen Verluste der Organgesellschaft hinausgeht oder auf vororganschaftliche Verluste zurückzuführen ist<sup>4</sup>. Eine Teilwertabschreibung auf die Beteiligung an der Organgesellschaft ist nach § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG allerdings **unzulässig**, soweit sie auf im Rahmen eines **GAV abgeführten Gewinnen** der Organgesellschaft be-

1 IdF des Steuerreformgesetzes 1990 v. 25.7.1988, BStBl. I 1988, 224.

2 BFH v. 6.11.1985 – I R 56/82, BStBl. II 1986, 73 = GmbHR 1986, 284; BFH v. 2.2.1994 – I R 10/93, BStBl. II 1994, 768 = GmbHR 1994, 420; BFH v. 22.4.1998 – I R 109/97, DB 1998, 2348 = GmbHR 1998, 1141; BFH v. 28.10.1999 – I R 79/98, GmbHR 2000, 506; BFH v. 28.10.1999 – I R 111/97, GmbHR 2000, 510.

3 BFH v. 22.4.1998 – I R 109/97, DB 1998, 2348 = GmbHR 1998, 1141.

4 FG Hamburg v. 29.4.2004 – VI 75/02, FG-Report 2004, 74; *Roser* in Lenski/Steinberg, GewStG, § 8 Nr. 10 GewStG Rz. 21.

ruht<sup>1</sup>. Zwar ergibt sich das Erfordernis einer Hinzurechnung **abführungsbedingter Teilwertabschreibungen** zwar unmittelbar aus § 8 Nr. 10 GewStG. Allerdings bestimmt R 8.6 GewStR 2009, dass § 8 Nr. 10 GewStG nur hinsichtlich der durch die Ausschüttung von Gewinnen aus vororganschäftlicher Zeit entstandenen Gewinnminderungen (Teilwertabschreibungen) anzuwenden ist. Teilwertabschreibungen, die auf andere Ursachen zurückzuführen sind, müssen gewerbesteuerlich dagegen auch nach Einführung des § 8 Nr. 10 GewStG unmittelbar über § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG (als vorgreiflicher Rechtsnorm) korrigiert werden.

4189 Die steuerliche Behandlung von Teilwertabschreibungen richtet sich nach folgenden Grundsätzen, wenn eine natürliche Person oder eine Personengesellschaft Organträger ist.

Teilwertabschreibungen auf Organbeteiligungen bei natürlichen Personen oder Personengesellschaften als Organträger			
Durch § 3c Abs. 2 EStG gesperrter 40%iger Teil		Nicht durch § 3c Abs. 2 EStG gesperrter 60%iger Teil	
ESt.	GewSt.	ESt.	GewSt.
TW-Abschr. <b>nicht</b> abzugsfähig, auch wenn abführungsbedingt oder ausschüttungsbedingt	TW-Abschr. <b>nicht</b> abzugsfähig, auch wenn abführungsbedingt oder ausschüttungsbedingt	TW-Abschr. <b>abzugsfähig</b> , auch wenn abführungs- oder ausschüttungsbedingt Grenze = Substanzwert, da OT die Verluste abdecken muss  Ausnahme: § 2a Abs. 1 Nr. 7 EStG	TW-Abschr. wegen organschaftlicher Verluste = grds. <b>nicht abziehbar</b> (evtl. bei künftigen Verlusten)  TW-Abschr. wegen vororganschäftlicher Verluste = <b>abziehbar</b>  TW-Abschr. wegen Ausschüttung org. und vororg. Rücklagen = <b>nicht abziehbar</b> (§ 8 Nr. 10 GewStG)  TW-Abschr. wg. Abführung <b>nicht abziehbar</b> (§ 8 Nr. 10 GewStG)

4190–4199 Einstweilen frei.

1 BFH v. 2.2.1994 – I R 10/93, BStBl. II 1994, 768 = GmbHR 1994, 420; von Twickel in Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 7 GewStG Rz. 121.

III. Einzelfragen zur Anteilsveräußerung

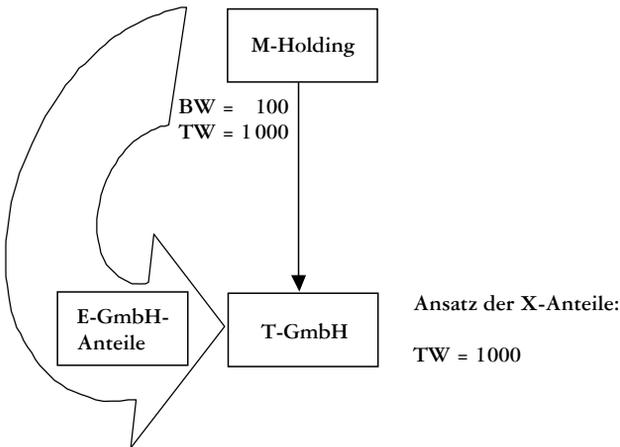
1. Anteilsübertragungen im Wege der verdeckten Einlage und der vGA

a) Anteilsübertragung im Wege der verdeckten Einlage

Gem. § 8b Abs. 2 Satz 3 KStG ist eine Übertragung einer Beteiligung im Wege der verdeckten Einlage einer **Veräußerung gleichzusetzen**. Ein bei der Einlage entstehender Gewinn ist folglich steuerbefreit.

Beispiel 1

Die M-Holding-GmbH überträgt ihre E-GmbH-Anteile unentgeltlich auf die ihr ebenfalls zu 100 % gehörende T-GmbH. Die Anteile haben im Zeitpunkt der Übertragung einen Buchwert von 100 und einen Teilwert von 1 000.



Lösung

Gem. § 8b Abs. 2 Satz 6 KStG steht die verdeckte Einlage einer Veräußerung gleich. Die Beteiligungsübertragung führt bei der M-Holding zur Aufdeckung der stillen Reserven in den Anteilen (Ansatz der vE mit dem Teilwert). Der Gewinn ist gem. § 8b Abs. 2 KStG steuerfrei. Allerdings werden gem. § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG iH von 5 % von 900 = 45 nicht abzugsfähige Betriebsausgaben in Ansatz gebracht. Die aufnehmende T-GmbH setzt die Beteiligung mit dem Teilwert iH von 1 000 an. Dies ist systemgerecht, denn zum einen kann die T-GmbH den erhöhten Beteiligungsbuchwert nicht steuerlich verwerten (keine Teilwertabschreibung mit steuerlicher Wirkung möglich). Auf der anderen Seite müssten die hinter der Holding stehenden Gesellschafter eine spätere Ausschüttung der realisierten stillen Reserven nach Halbeinkünfte- bzw. Teileinkünftegrundsätzen versteuern.

- 4201 Eine Anwendung des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Buchst. a EStG ist bei Kapitalgesellschaften nur in absoluten Ausnahmefällen denkbar<sup>1</sup>. Daher ist die verdeckte Einlage idR nicht mit den Anschaffungskosten sondern mit dem Teilwert zu bewerten.

## b) Anteilsübertragung im Wege der vGA

### aa) Anteil mit stillen Reserven

- 4202 Eine Anteilsübertragung im Wege der vGA ist als Veräußerung iS des § 8b Abs. 2 KStG anzusehen. Dies entspricht der Auffassung des BFH<sup>2</sup> und der Finanzverwaltung<sup>3</sup>. Die Sichtweise wird im Schrifttum überwiegend geteilt<sup>4</sup>.

#### Beispiel

T-GmbH überträgt die ihr gehörende 100%ige Beteiligung an der E-GmbH unentgeltlich auf ihre Muttergesellschaft M-Holding. Der Buchwert der Anteile betrug vor der Übertragung 100. Der gemeine Wert beläuft sich auf 1000.

#### Lösung

Die unentgeltliche Übertragung der Anteile stellt eine vGA dar. Die T-GmbH weist einen steuerbilanziellen Buchverlust von 100 aus. Die verhinderte Vermögensmehrung beläuft sich auf 1000. Durch § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG wird nun in Bezug auf den konkreten Geschäftsvorfall im Rahmen der Einkommensermittlung der T-GmbH eine Entgeltskorrektur ausgelöst, dh. es wird (ähnlich der früheren Fiktionstheorie) unterstellt, dass die T-GmbH die Beteiligung zum Preis von 1000 an die M-Holding veräußert. Dieser Veräußerungsgewinn fällt dann konsequenterweise unter § 8b Abs. 2 KStG, weil er bei der Veräußerung eines Anteils entstanden ist<sup>5</sup>. Die unentgeltliche Vorteilszuwendung an den Gesellschafter iH von 1000 unterliegt auch der Kapitalertragsteuer<sup>6</sup>. Die Bemessungsgrundlage für die Kapitalertragsteuer (§ 43a Abs. 1 Nr. 1 EStG) beträgt 1000<sup>7</sup>.

1 S. dazu ausführlich *Neumann* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 1303 ff., 1306.

2 BFH v. 6.7.2000 – I B 34/00, GmbHR 2000, 1115 = FR 2000, 1135.

3 BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, GmbHR 2003, 603, Rz. 21.

4 Vgl. zB *Wassermeyer*, GmbHR 2002, 1; *Rättig/Protzen*, GmbHR 2001, 495; *Hann/Winkler*, GmbHR 2002, 192; *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 189.

5 Vgl. *Wassermeyer*, GmbHR 2002, 1; *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 183; *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 189 bis 191; *Frotscher* in Frotscher/Maas, KStG, § 8b Rz. 197 f.; *Gröbl/Adrian* in Erle/Sauter, KStG, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 121; *Schnitger* in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, 2012, § 8b Rz. 316.

6 BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, GmbHR 2003, 603, Rz. 21.

7 BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, GmbHR 2003, 603, Rz. 21.

Bei der Gesellschafterin M-Holding-GmbH fließt eine vGA iH von 1000 zu, die jedoch gem. § 8b Abs. 1 KStG steuerfrei ist. Allerdings werden 5 % von 1000 (also 50) gem. § 8b Abs. 5 KStG als nichtabziehbare Ausgaben außerbilanziell hinzugerechnet.

### bb) Überbewertete Beteiligung

Werden Anteile im Wege der vGA übertragen, deren **Wert** bedingt durch 4203 Verluste oder vorherige Ausschüttungen **unter dem Buchwert** liegt, so kommt der im vorstehenden Beispielsfall aufgeworfenen Rechtsfrage besondere Bedeutung zu.

#### Beispiel

T-GmbH überträgt die E-GmbH-Anteile unentgeltlich auf ihre Muttergesellschaft M-Holding. Der **Buchwert** der Anteile beträgt im Zeitpunkt der Übertragung **1000**. Da vor der Anteilsveräußerung alle offenen Reserven ausgeschüttet wurden, beläuft sich der **gemeine Wert** der T-GmbH-Anteile im Übertragungszeitpunkt nur noch auf **100**. Zu einer Teilwertabschreibung auf die Beteiligung kommt es nicht mehr, weil die Anteile vor dem Bilanzstichtag unentgeltlich auf die Muttergesellschaft übertragen werden.

#### Lösung

In diesem Fall führt die Entgeltskorrektur nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG zu einer Einkommenszurechnung von 100, weil dies der im Rahmen einer Veräußerung erzielbare Preis gewesen wäre. Gleichzeitig entsteht durch die Ausbuchung der Beteiligung ein Buchverlust von 1000. Der saldierte Verlust von 900 (1000 ./ 100) ist gem. § 8b Abs. 3 KStG steuerlich nicht berücksichtigungsfähig.

Im Ergebnis muss also auf der Ebene der T-GmbH die vGA von 100 nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG hinzugerechnet werden. Nach dieser Entgeltskorrektur verbleibt ein Verlust von 900, der gem. § 8b Abs. 3 KStG dem Einkommen hinzuzurechnen ist. Folglich bleibt die Anteilübertragung (im Wege der vGA) insgesamt steuerfrei.

Die unentgeltliche Vorteilszuwendung an den Gesellschafter iH von 100 unterliegt der Kapitalertragsteuer<sup>1</sup>. Die Bemessungsgrundlage für die Kapitalertragsteuer (§ 43a Abs. 1 Nr. 1 EStG) beträgt 100<sup>2</sup>.

Auf der Ebene der Gesellschafterin M-Holding-GmbH fließt eine vGA iS des § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 EStG iH von 100 zu, die gem. § 8b Abs. 1 KStG steuerfrei bleibt. Allerdings werden gem. § 8b Abs. 5 KStG 5 % nichtabziehbare Ausgaben fin-  
giert.

Einstweilen frei.

4204-4209

1 BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, GmbHR 2003, 603, Rz. 21.

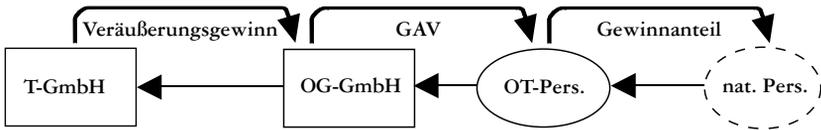
2 BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, GmbHR 2003, 603, Rz. 21.

## 2. Anteilsveräußerung durch eine Organgesellschaft

4210 Die Steuerbefreiung gem. § 8b Abs. 2 KStG darf aus systematischen Gründen nicht auf Personengesellschaften oder natürliche Personen übertragen werden. Dieses Problem stellt sich insbes. dann, wenn eine Organgesellschaft einen Gewinn aus der Veräußerung einer Beteiligung erzielt und Organträger eine Personengesellschaft ist, die selbst nur in den Anwendungsbereich des § 8b KStG fällt, soweit ihre Mitunternehmer natürliche Personen sind. Eine Kapitalgesellschaft, die Organgesellschaft ist, darf die Steuerbefreiung gem. § 8b Abs. 2 KStG deshalb nicht selbst in Anspruch nehmen. Dies ergibt sich aus § 15 Satz 1 Nr. 2 KStG. Die Anwendbarkeit der Steuerbefreiungen ist erst auf der Ebene des Organträgers zu prüfen (sog. Bruttomethode).

### Beispiel

Im nachstehenden Beispielfall ist eine Personengesellschaft Organträgerin einer GmbH, die ihrerseits eine GmbH-Beteiligung hält. Die OG-GmbH veräußert die Beteiligung und erzielt einen Gewinn.



### Lösung

§ 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 KStG verbietet bei der OG-GmbH die Anwendbarkeit des § 8b Abs. 2 KStG auf den Gewinn aus der Veräußerung der Anteile an die T-GmbH. § 15 Nr. 2 Satz 2 KStG stellt bei der OT-Personengesellschaft sicher, dass der bei Veräußerung der T-GmbH-Anteile entstehende Gewinn nach § 3 Nr. 40 EStG zu 60 % steuerbefreit bleibt. Die Besteuerung entspricht im Ergebnis einer Direkterfassung des Veräußerungsgewinns bei der hinter der OT-Personengesellschaft stehenden natürlichen Person.

## 3. Veräußerung von Anteilen an Organgesellschaften

4211 § 8b Abs. 2 und 3 KStG erfasst auch Gewinne und Verluste aus der Veräußerung der Anteile an einer Organgesellschaft<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, GmbHR 2003, 603, Rz. 16. Ebenso *Gosch* in *Gosch*, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 166 und *Herlinghaus* in *Rödter/Herlinghaus/Neumann*, KStG, 2015, § 8b Rz. 215.

Organschaftliche **Ausgleichsposten** iS des § 14 Abs. 4 KStG sind in der Steuerbilanz zu bilden<sup>1</sup> und wie **Korrekturposten zum Beteiligungsbuchwert**<sup>2</sup> zu behandeln. Sie dienen in erster Linie der zutreffenden steuerlichen Erfassung eines Veräußerungsgewinns. Dieser kann beim Organträger steuerpflichtig sein, wenn zB die Beteiligung an der Organgesellschaft zuvor auf den niedrigeren Teilwert abgeschrieben wurde oder innerhalb einer Sperrfrist iS des § 8b Abs. 4 KStG aF veräußert wird<sup>3</sup>. Gerade wenn der Organträger eine Personengesellschaft ist, kann die zutreffende Erfassung eines organschaftlichen Ausgleichspostens von besonderer steuerlicher Bedeutung sein.

Wie der Gewinn aus der Beteiligung selbst unterliegt auch der Gewinn aus der Auflösung eines organschaftlichen aktiven Ausgleichspostens iS des § 14 Abs. 4 KStG nicht der Besteuerung. **Im Veräußerungsfall teilt der Ausgleichsposten das steuerliche Schicksal der Organbeteiligung**<sup>4</sup>. § 14 Abs. 4 Satz 4 bestimmt, dass bei Auflösung des Ausgleichspostens § 3 Nr. 40 EStG, § 3c Abs. 2 EStG und § 8b KStG Anwendung finden.

### Beispiel

Die OT-GmbH ist Organträgerin der OG-GmbH. Die Beteiligung war früher von 150 000 steuerwirksam auf den niedrigeren Teilwert von 100 000 abgeschrieben worden. Der Beteiligungsansatz von 100 000 besteht nach wie vor. Daneben existiert infolge einer Minderabführung ein *aktiver* Ausgleichsposten iH von 40 000. Die Anteile werden für 120 000 veräußert.

### Lösung

Unter Berücksichtigung des aktiven Ausgleichspostens (Korrekturposten) beläuft sich der steuerliche Beteiligungsbuchwert auf 140 000. Demzufolge entsteht zwar bei isolierter Betrachtung des Beteiligungsansatzes ein steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn von (120 000–100 000) 20 000. Würde man daneben die Auflösung des aktiven Ausgleichspostens nach § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG als nicht abzugsfähige Gewinnminderung behandeln, so ergäbe sich ein Doppelbesteuerungseffekt<sup>5</sup>. Deshalb ist der Ausgleichsposten als Korrekturwert der Beteiligung in Ansatz zu bringen. Unter Einbeziehung des Buchverlustes aus der Auflösung des aktiven Ausgleichspostens von 40 000 ergibt sich daher

1 Rödder/Joisten in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 14 Rz. 681 ff.

2 S. zu dem diesbezüglichen Meinungsstreit und den steuerl. Auswirkungen Rödder/Joisten in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 14 Rz. 688 f.

3 Vgl. auch Pung in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 8b KStG Rz. 126, und Herlinghaus in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 216.

4 So BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, GmbHR 2003, 603, Rz. 16.

5 Zutreffend Gosch in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 270 unter Hinweis auf Fügler/Rieger, FR 2003, 542 und 589.

insgesamt ein Veräußerungsverlust von 20000. Die frühere Teilwertabschreibung wird nicht mehr nachversteuert. Eine Einkommenszurechnung nach § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG erfolgt nicht.

Bilanz OT-GmbH	
AK-Bet. 150000	
TW-Afa 50000	
Buchwert Bet. 100000	Kapital 140000
Aktiver AP 40000	
V-Preis 120000	
Buchwert (Saldo) ./ 140000	
V-Verlust ./ 20000	
nicht abziehbar § 8b Abs. 3 KStG = ./ 20000	
keine Nachversteuerung der TW-Abschreibung	

- 4214 Diese Lösung entspricht der Auffassung der Finanzverwaltung. Das BMF-Schreiben zu § 8b KStG<sup>1</sup> ist in diesem Punkt missverständlich<sup>2</sup>. Das nachfolgende BMF-Schreiben zur Organschaft<sup>3</sup> stellt aber klar, dass die Finanzverwaltung einen Ausgleichsposten als Korrekturposten zum Beteiligungsbuchwert behandeln will. Daran hat sich mE auch durch die nachfolgende Einführung des § 14 Abs. 4 KStG nichts geändert.

#### 4. Erwerb und Veräußerung eigener Anteile

- 4215 Der Erwerb eigener Anteile durch eine GmbH ist gem. § 33 GmbHG zulässig, wenn das Stammkapital hierauf voll einbezahlt wurde und im Zeitpunkt des Erwerbs eine Rücklage in Höhe der Erwerbsaufwendungen gebildet werden könnte, ohne das Stammkapital oder eine nach dem Gesellschaftsvertrag verpflichtend zu bildende Rücklage anzugreifen. Der Erwerb der eigenen Anteile berührt deren Existenz nicht. Die mitgliederschäftlichen Rechte der Anteile ruhen allerdings<sup>4</sup>. Die erworbenen eigenen Anteile bleiben veräußerbar. Die mit den Anteilen verbundenen (ruhenden) Rechte leben bei Veräußerung der Anteile an einen Dritten wieder auf und haften damit den Anteilen latent weiter an. Die Anteile werden dann „auto-

1 BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, GmbHR 2003, 603, Rz. 16.

2 S. dazu *Füger/Rieger*, FR 2003, 543.

3 BMF v. 26.8.2003 – IV A 2 - S 2770 - 18/03, GmbHR 2003, 1084, Rz. 43.

4 Vgl. BGH v. 30.9.1996 – II ZR 51/95, GmbHR 1997, 171.

matisch“ wieder stimmberechtigt und vermitteln ein Gewinnbezugsrecht. Die (quotalen) Anteilsrechte der übrigen Anteile werden durch die Veräußerung der eigenen Anteile also verringert (vgl. Rz. I 920 ff.)

Das BilMoG<sup>1</sup> hat zwar nicht die Rechtsqualität der eigenen Anteile, aber die Regelungen zu deren bilanzieller Behandlung grundlegend verändert (s. Rz. III 4219 ff.). Art. 66 Abs. 3 EGHGB sieht die erstmalige Regelanwendung der neuen Vorschriften für Geschäftsjahre vor, die nach dem 31.12.2009 beginnen. Sie können bereits auf nach dem 31.12.2008 beginnende Geschäftsjahre angewandt werden, aber nur insgesamt<sup>2</sup>. Für Altjahre gelten die früheren Bilanzierungsgrundsätze weiter (s. Rz. III 4233).

### a) Rechtslage vor Inkrafttreten des BilMoG

Erwarb eine GmbH – im zulässigen Rahmen – eigene Anteile zu einem angemessenen Kaufpreis, so wurde der Vorgang vor BilMoG in der Handelsbilanz als **Anschaffungsgeschäft** und nicht als Einlagenrückgewähr behandelt. Die eigenen Anteile waren nach dem Erwerb nicht automatisch auf einen Teilwert von Null abzuschreiben, sondern nach den handelsrechtlichen GoB<sup>3</sup> solange zu **aktivieren** und im **Umlaufvermögen** als „Wertpapiere“ auszuweisen, wie ihre Verwertung beabsichtigt war und möglich erschien. Der auf der Aktivseite angesetzte Betrag für eigene Anteile war gem. § 272 Abs. 4 HGB aF auf der Passivseite spiegelbildlich in eine Rücklage für eigene Anteile einzustellen (Bilanzierungshilfe zum Zwecke einer Ausschüttungssperre), die nur aufgelöst werden durfte, soweit die eigenen Anteile ausgegeben, veräußert oder eingezogen wurden oder soweit nach § 253 Abs. 3 HGB aF auf der Aktivseite ein niedrigerer Betrag angesetzt wurde<sup>4</sup>. Auch das **Steuerrecht** behandelte die eigenen Anteile nicht als Einlagenrückgewähr, sondern als **Erwerbsvorgang**<sup>5</sup>. 4216

**Teilwertabschreibungen** auf die eigenen Anteile waren zwar in der Handels- und Steuerbilanz grundsätzlich zulässig<sup>6</sup>, wurden aber nach der Recht- 4217

1 Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts v. 25.5.2009, BGBl. I 2009, 1102.

2 Dies war gem. Art. 66 Abs. 3 Satz 6 EGHGB im Anhang zu vermerken.

3 § 266 Abs. 2 B. III 2. HGB.

4 Vgl. dazu FG Kassel v. 3.8.2000 – 4 K 3474/97, EFG 2000, 1134 = GmbHR 2001, 117, rkr.

5 BFH v. 6.12.1995 – I R 51/95, BStBl. II 1998, 781 = GmbHR 1996, 304; BFH v. 23.2.2005 – I R 44/04, BStBl. II 2005, 522 = GmbHR 2005, 783.

6 § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 iVm. Nr. 1 Satz 3 EStG.

sprechung des BFH als vGA wieder hinzugerechnet, wenn die Wertminderung durch Verluste der GmbH verursacht wurde<sup>1</sup>.

- 4218 Die Veräußerung der erworbenen eigenen Anteile wurde vor Einführung des BilMoG als **normales Veräußerungsgeschäft** behandelt und unterlag damit § 8b Abs. 2 KStG aF. Gem. **§ 8b Abs. 2 Satz 1 KStG** wurde nicht nur die Veräußerung eines Anteils an einer *anderen* Kapitalgesellschaft steuerfrei gestellt. Vielmehr wurde seit Streichung des Wortes „andere“ durch das UntStFG<sup>2</sup> grundsätzlich auch ein Gewinn aus der Veräußerung eigener Anteile von der Steuerbefreiung erfasst. Etwas anderes galt nur, wenn die veräußerten eigenen Anteile zunächst zur Einziehung bestimmt waren.

## b) Rechtslage ab Inkrafttreten des BilMoG

### aa) Handelsbilanzieller Ausweis

- 4219 Nach § 272 HGB idF des BilMoG<sup>3</sup> dürfen erworbene eigene Anteile nicht mehr im Umlaufvermögen aktiviert werden (Aktivierungsverbot). Es erfolgt gem. § 272 Abs. 1a Satz 1 HGB in einer Vorspalte eine **Absetzung des Nennbetrags der eigenen Anteile von der Position „gezeichnetes Kapital“**<sup>4</sup>. Wird für die eigenen Anteile ein Kaufpreis gezahlt, der den Nennbetrag übersteigt, so ist der Differenzbetrag zwischen dem Nennbetrag und dem gezahlten Kaufpreis von den frei verfügbaren Rücklagen abzuziehen<sup>5</sup>. Ist der Kaufpreis niedriger als der Nennwert, so werden die freien Rücklagen entsprechend erhöht. Anschaffungsnebenkosten sind gem. § 272 Abs. 1a Satz 3 HGB laufender Aufwand. Die eigenen Anteile werden also handelsbilanziell nicht mehr als Wirtschaftsgüter aktiviert. Folglich wird der Vorgang **bilanziell nicht als Anschaffungsgeschäft** behandelt<sup>6</sup>. Letztlich mindert sich also das Kapital um den Kaufpreis für die eigenen Anteile. Der **Erwerb** eigener Anteile wird in der Handelsbilanz also **wie eine Kapitalherabsetzung** behandelt. Vgl. dazu Rz. II 1416 ff.

1 BFH v. 6.12.1995 – I R 51/95, BStBl. II 1998, 781 = GmbHR 1996, 304.

2 Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz v. 20.12.2001, BGBl. I 2001, 3858.

3 Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts v. 25.5.2009, BGBl. I 2009, 1102.

4 Vgl. dazu *Förschle/Hofmann* in Beck'scher Bilanz-Kommentar, 9. Aufl. 2014, § 272 HGB Rz. 131.

5 S. dazu *Blumenberg/Roßner*, GmbHR 2008, 1079; kritisch *Hüttemann* in FS Herzig, 2010, S. 595 (598 ff.).

6 S. dazu *Schiffers*, GmbHR 2014, 79 (80).

Umgekehrt wird die **Weiterveräußerung** der eigenen Anteile spiegelbildlich **wie eine Kapitalerhöhung** bilanziert (vgl. dazu Rz. II 1418). Der Ausweis in der Vorspalte wird „ausgebucht“ und die frei verfügbare Rücklage wird in Höhe der Differenz zwischen „Kaufpreis“ und Nennwert der Anteile gem. § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB erhöht. Eventuelle **Veräußerungskosten** sind handelsbilanziell als laufender Aufwand zu behandeln. Im Fall der **Veräußerung der Anteile** zu einem **unter dem Nennwert** liegenden Betrag wird eine Verrechnung des Differenzbetrages zwischen Nennwert und Veräußerungspreises mit den freien Rücklagen<sup>1</sup> oder eine gewinnmindernde Erfassung des Differenzbetrages<sup>2</sup> diskutiert.

### bb) Steuerrechtliche Behandlung des Erwerbs eigener Anteile

Im Schrifttum ist umstritten, welche Auswirkungen die Änderungen durch das BilMoG auf die **steuerrechtliche Behandlung eigener Anteile** haben. Einige Autoren<sup>3</sup> weisen zutreffend darauf hin, dass das Ausweisverbot in der Handelsbilanz an dem Charakter der eigenen Anteile, die nach wie vor Vermögensgegenstände darstellen, nichts ändere und deshalb trotz des bilanzellen Ausweisverbotes auf der Ebene der Gesellschaft ein Anschaffungs- bzw. im Falle der Weiterveräußerung ein Veräußerungsgeschäft angenommen werden müsse. Andere Autoren vertreten dagegen die Ansicht, dass auf Ebene der Gesellschaft dem handelsbilanziellen Ausweis entsprechend von einer **steuerneutralen Kapitalmaßnahme** auszugehen sei, während auf Gesellschafterebene weiterhin Veräußerungs- bzw. Erwerbsvorgänge vorlägen<sup>4</sup>.

Die Finanzverwaltung hat sich mit **BMF-Schreiben vom 27.11.2013**<sup>5</sup> nun der oa. zweiten Meinung angeschlossen. Sie folgt auf Seiten der Gesell-

1 Vgl. *Förschle/Hoffmann* in Beck'scher Bilanzkommentar, 9. Aufl. 2014, § 272 Rz. 144.

2 Vgl. *Reiner* in MünchKomm HGB, § 272 Rz. 40; *Schneider*, NWB 2014, 836.

3 *Stimpel* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 28 Rz. 122; *Dötsch* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 27 KStG Rz. 72; *Oser/Kropp*, Der Konzern 2012, 185 (198); *Hobage*, DB 2009, 1033 (1035); *Siebert/Ivzhenko-Siebert*, FR 2014, 354.

4 *Schmidtman*, Ubg 2013, 755 (757, 760); *Blumenberg/Roßner*, GmbHR 2008, 1079 (1082); *Herzig*, DB 2008, 1339; *Mayer*, Ubg 2008, 779 (782); *Förster/Schmidtman*, BB 2009, 1342 (1344); *Früchtl/Fischer*, DStZ 2009, 112 (115); *Ditz/Teberveniacki*, Ubg 2010, 875 (877); *Bauschatz* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 28 Rz. 42; *Berninghaus* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 28 KStG Rz. 40.

5 BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009 – DOK 2013/1047768, BStBl. I 2013, 1615 = GmbHR 2014, 108.

schaft auch steuerlich dem handelsbilanziellen Ausweis und behandelt den Erwerb **als echte Kapitalherabsetzung** in Verbindung mit einer Gewinnausschüttung. Auf diese Kapitalherabsetzungsmaßnahme soll § 28 Abs. 2 KStG analog anwendbar sein, ohne jedoch einen eventuell vorhandenen Sonderausweis zu mindern. Das Einlagekonto der GmbH erhöht sich im Jahr des Erwerbs der eigenen Anteile zunächst um den Nennbetrag der eigenen Anteile.

4223 Soweit der **Kaufpreis dem Nennbetrag entspricht**, ist er in analoger Anwendung des § 28 Abs. 2 KStG mit dem Einlagekonto zu verrechnen und mindert damit in einem zweiten Schritt das Einlagekonto wieder um den zuvor angesetzten Erhöhungsbetrag. Im Jahr der Kaufpreiszahlung ist von einer sofortigen Auskehrung des herabgesetzten Kapitals auszugehen<sup>1</sup>. Es kommt insoweit also zu einer Minderung des zuvor (bzw. gleichzeitig) geschaffenen Einlagekontos (insoweit erfolgt ein Direktzugriff). Die Auswirkung auf das Einlagekonto beträgt also 0 Euro wenn der Kaufpreis dem Nennbetrag entspricht.

Allerdings soll ein bestehender Sonderausweis nicht gemindert werden, also unberührt bleiben. Dies mag auf den ersten Blick inkonsequent erscheinen, ist aber der Sachbehandlung auf Gesellschafterebene geschuldet. Dort geht die Finanzverwaltung nämlich stets von einem Veräußerungsgeschäft aus. Die Minderung des Sonderausweises würde auf Gesellschafterebene aber gem. § 28 Abs. 2 Satz 2 KStG eine normale Dividendenbesteuerung nach sich ziehen.

4224 Soweit der (angemessene) **Kaufpreis den Nennbetrag der eigenen Anteile übersteigt**, handelt es sich nach Verwaltungsauffassung um eine „Leistung“, die nach der Verwendungsreihenfolge des § 27 Abs. 1 Satz 3 KStG mit dem Einlagekonto zum Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres zu verrechnen ist, soweit sie den ausschüttbaren Gewinn iS des § 27 Abs. 1 Satz 5 KStG zum Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres übersteigt (insoweit erfolgt also kein Direktzugriff auf das Einlagekonto)<sup>2</sup>. Zu einer Minderung des Einlagekontos der Gesellschaft kommt es damit nur, soweit der den Nennbetrag der Anteile übersteigende Teil des Kaufpreises höher ist, als der zum Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres nach § 27 Abs. 1 Satz 5 KStG ermittelte ausschüttbare

<sup>1</sup> Blumenberg/Lechner, DB 2014, 141 (143).

<sup>2</sup> BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009 – DOK 2013/1047768, BStBl. I 2013, 1615, Rz. 9.

Gewinn. Kommt es nicht zu einer Verwendung des Einlagekontos, sondern wird der den Nennbetrag übersteigende Kaufpreis mit dem ausschüttbaren Gewinn verrechnet, so ergeben sich auf Ebene der Gesellschaft keine weiteren Konsequenzen<sup>1</sup>.

Da der komplette Vorgang auf Gesellschafterebene als „normale“ Veräußerung behandelt wird, kommen die „Leistungen“ der Kapitalgesellschaft beim Gesellschafter nicht als solche an. Ein Zufluss von Einnahmen iS des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG findet nicht statt. Auch eine Einlagekontorückzahlung wird auf Gesellschafterebene nicht als solche behandelt. Aus diesem Grund ist nach dem BMF-Schreiben vom 27.11.2013<sup>2</sup> auch auf die aus dem ausschüttbaren Gewinn stammende Leistung **keine Kapitalertragsteuer** einzubehalten.

Werden die Anteile zu einem **(angemessenen) Kaufpreis unterhalb des Nennwerts** erworben, so ergeben sich folgende Auswirkungen: Das Einlagekonto wird (wie im Grundfall unter Rz. III 4223) zunächst um den Kaufpreis erhöht und dann sofort wieder gemindert. In Höhe der Differenz zwischen Kaufpreis und Nennwert (Minderwert) ist nach Verwaltungsansicht von einer Kapitalherabsetzung ohne Auszahlung an die Gesellschafter auszugehen, auf die § 28 Abs. 2 Satz 1 KStG analoge Anwendung findet. Der Differenzbetrag zwischen Nennwert und Kaufpreis (Minderwert) mindert zunächst einen bestehenden Sonderausweis. Ist der Sonderausweis geringer als der Differenzbetrag, so erhöht sich insoweit der Bestand des steuerlichen Einlagekontos<sup>3</sup>. Dies ist konsequent und richtig, denn der Betrag ist im Kapital der Gesellschaft nicht mehr enthalten und dem Gesellschafter auch nicht zugeflossen.

Andere Konsequenzen ergeben sich soweit die GmbH für die eigenen Anteile einen **überhöhten Kaufpreis** zahlt. Hierbei kann es sich um eine „normale“ **vGA iS des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG** handeln, mit der Folge, dass hierauf auch Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt werden muss<sup>4</sup>.

1 S. Berechnungsbeispiele bei *Stimpel* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 28 Rz. 123.

2 BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009 – DOK 2013/1047768, BStBl. I 2013, 1615, Rz. 11 = GmbHR 2014, 108.

3 BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009 – DOK 2013/1047768, BStBl. I 2013, 1615, Rz. 10 = GmbHR 2014, 108.

4 Vgl. *Stimpel* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 28 Rz. 125; kritisch *Schiffers*, GmbHR 2014, 79 (83).

4227 **Kosten im Zusammenhang mit dem Erwerb der Anteile** sind nach Auffassung der Finanzverwaltung als Betriebsausgaben abziehbar, soweit sie angemessen sind<sup>1</sup>. Dies ist wohl so zu verstehen, dass die Grundsätze des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG (vGA) auch hier zu beachten sind. Der Zusatz, „soweit sie angemessen sind“, kann sich folglich nur auf solche Anschaffungsnebenkosten beziehen, die an den Gesellschafter gezahlt werden und gesellschaftsrechtlich veranlasst sind. Kosten, die von fremden Dritten berechnet werden, wie zB Notar- oder Beratungskosten, sind von der Einschränkung nicht betroffen<sup>2</sup>.

### cc) Steuerrechtliche Behandlung der Einziehung

4228 Nach dem BMF-Schreiben vom 27.11.2013<sup>3</sup> soll eine **Entschädigungszahlung** im Rahmen der Einziehung wie eine Kaufpreiszahlung zu behandeln sein. Damit ist offenbar aber nur die Behandlung auf **Gesellschafterebene** gemeint.

Ansonsten sollen sich nach Ansicht der Finanzverwaltung im Falle der Einziehung (§ 34 GmbHG) eigener Anteile **keine Auswirkungen** ergeben<sup>4</sup>. Dies ist mE so zu verstehen, dass die Zugänge und Abgänge beim steuerlichen Einlagekonto bereits mit dem Erwerb der eigenen Anteile vollzogen wurden, so dass die (spätere) Einziehung auf Gesellschaftsebene keine weiteren Auswirkungen mehr nach sich zieht. Im Fall der Einziehung ohne vorherigen Erwerb gelten die gleichen Grundsätze wie bei Erwerb. Die Entschädigungszahlung ist dann steuerlich als Kaufpreiszahlung anzusehen und nach den oa. Grundsätzen zu behandeln.

Die Einziehung von GmbH-Anteilen führt zu einer Abweichung zwischen Stammkapital und der Summe der Geschäftsanteile. Dies ist gem. § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG unzulässig. Es bestehen in diesem Zusammenhang die Optionen der Kapitalherabsetzung (allerdings begrenzt auf das Mindestkapital von 25 000 Euro; § 5 Abs. 1 GmbHG iVm. § 58 Abs. 2 Satz 1

---

1 BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009 – DOK 2013/1047768, BStBl. I 2013, 1615, Rz. 18 = GmbHR 2014, 108.

2 Zutr. *Schiffers*, GmbHR 2014, 79 (84).

3 BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009 – DOK 2013/1047768, BStBl. I 2013, 1615, Rz. 16 f. = GmbHR 2014, 108.

4 BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009 – DOK 2013/1047768, BStBl. I 2013, 1615, Rz. 16 f. = GmbHR 2014, 108.

GmbHG), der Neubildung eines Geschäftsanteils<sup>1</sup> oder der Aufstockung der Geschäftsanteile der verbleibenden Gesellschafter. In Rz. 17 des BMF-Schreibens vom 27.11.2013<sup>2</sup> findet sich die Aussage, dass im Falle der **Nicht-Herabsetzung des Kapitals** in Höhe des Nennbetrags der eingezogenen Anteile in entsprechender Anwendung des § 28 Abs. 1 KStG steuerlich von einer **Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln** auszugehen sei. Hiermit sind also offenbar die Fallkonstellationen der Neubildung bzw. Aufstockung gemeint. Wird das Kapital dagegen nach der Einziehung herabgesetzt, so ergeben sich keine weiteren steuerlichen Konsequenzen (s. oben), weil die Kapitalherabsetzungsmaßnahme bereits durch den Erwerb der Anteile steuerlich nachvollzogen wurde.

#### dd) Steuerrechtliche Behandlung der Weiterveräußerung eigener Anteile

Die eigenen Anteile sind grundsätzlich veräußerbar. Hier sind gesellschaftsrechtlich die §§ 15 f. GmbHG einschlägig (s. Rz. I 925). Dennoch will die Finanzverwaltung die Veräußerung korrespondierend zum Erwerb der eigenen Anteile steuerlich **als Kapitalerhöhungsmaßnahme behandeln**. Dies entspricht der hM<sup>3</sup>. Der Veräußerungserlös wird dabei bis zur Höhe des Nennbetrags als Kapitalerhöhung erfasst. Der über den Nennbetrag hinausgehende Veräußerungserlös soll dem steuerlichen Einlagekonto zugeschlagen werden. Dies führt zu steuerlichen Verwerfungen<sup>4</sup>. Eine Hinzurechnung **nichtabziehbarer Ausgaben nach § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG** findet nicht statt<sup>5</sup>. Werden die Anteile zu einem **angemessenen Preis, der unter dem Nennwert** liegt, weiterveräußert, so wird der Gesellschaft in Höhe der Differenz zwischen Veräußerungspreis und Nennwert kein Kapital zugeführt. Insoweit behandelt die Finanzverwaltung den Veräußerungsvorgang wie eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln. Das steuerliche Einlagekonto wird in diesem Fall also in analoger Anwendung

1 BayObLG v. 25.10.1991 – BReg. 3 Z 125/91, GmbHR 1992, 42 = DB 1991, 2537; *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 34 Rz. 20; *H. P. Westermann* in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 34 Rz. 67.

2 BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009 – DOK 2013/1047768, BStBl. I 2013, 1615, Rz. 17 = GmbHR 2014, 108.

3 *Herzig*, DB 2008, 1339; *Mayer*, Ubg 2008, 779; *Ortmann-Babel/Bilik/Gageur*, BB 2009, 937.

4 S. dazu *Stimpel* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 28 Rz. 129.

5 *Blumenberg/Lechner*, DB 2014, 141 (144).

des § 28 Abs. 1 KStG gemindert. Soweit der Einlagekontobestand zur Deckung dieser Differenz nicht ausreicht, also eine „Kapitalerhöhung“ aus ausschüttbaren Gewinnen erfolgt, muss konsequenterweise ein Sonderausweis gem. § 28 Abs. 1 Satz 3 KStG gebildet werden<sup>1</sup>. Werden die eigenen Anteile zu einem **unangemessen niedrigen Kaufpreis** an einen Gesellschafter (nicht einen Dritten) veräußert, so kann eine vGA anzunehmen sein, die beim Gesellschafter zu Einnahmen iS des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG führt.

- 4230 **Kosten im Zusammenhang mit der Veräußerung der Anteile** sind nach Auffassung der Finanzverwaltung als Betriebsausgaben abziehbar, „soweit sie angemessen“ sind<sup>2</sup>. Der Vorbehalt der Angemessenheit bezieht sich mE ausschließlich auf eventuelle vGA in Gestalt überhöhter Kosten, die aus gesellschaftsrechtlichen Gründen an den Gesellschafter gezahlt werden. Eine allgemeine Angemessenheitsprüfung für Zahlungen an fremde Dritte erfolgt nicht. Die Aussage der Finanzverwaltung ist aber insoweit eindeutig, als Abzugsbeschränkungen (wie zB § 8b Abs. 3 KStG) nicht greifen<sup>3</sup>.

#### ee) Gesellschafterebene

- 4231 Die Änderung des § 272 HGB schlägt nicht auf den Gesellschafter durch, denn er erhält weder Liquidationsraten noch eine Kapitalrückzahlung, sondern ein Veräußerungsentgelt. Aus diesem Grund löst sich das BMF-Schreiben auf **Gesellschafterebene** von der Behandlung bei der GmbH. Beim Gesellschafter soll es dabei bleiben, dass der Erwerb eigener Anteile ein normaler Veräußerungsvorgang ist, der nach §§ 13 bis 18 bzw. § 20 EStG der Besteuerung unterliegt. Bei Anteilen von mindestens 1 % im Privatvermögen des Gesellschafters handelt es sich um einen **Veräußerungsvorgang iS des § 17 EStG**. Die Finanzverwaltung geht also nicht von einer Korrespondenz der Gesellschafter- und Gesellschaftsebene aus<sup>4</sup>. Der Gesellschafter erzielt auch dann keine Kapitalerträge iS des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG, wenn bzw. soweit bei der Gesellschaft von einer „Leistung“

1 BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009 – DOK 2013/1047768, BStBl. I 2013, 1615, Rz. 15 = GmbHR 2014, 108.

2 BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009 – DOK 2013/1047768, BStBl. I 2013, 1615, Rz. 18 = GmbHR 2014, 108.

3 Ebenso *Blumenberg/Lechner*, DB 2014, 141 (145).

4 Kritisch dazu *Pung* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 8b KStG Rz. 129.

auszugehen ist, weil zB der Kaufpreis beim Erwerb eigener Anteile den Nennbetrag der eigenen Anteile übersteigt (§ Rz. III 4224). Damit löst sich die Gesellschafterbesteuerung zwar von der Sachbehandlung auf Gesellschaftsebene. Dies ist mE aber vertretbar, weil die bei der GmbH geltenden (durch das BilMoG geänderten) Bilanzierungsregeln auf die Gesellschafterebene nicht durchschlagen können<sup>1</sup>. Ein Korrespondenzprinzip für den Erwerb eigener Anteile besteht im deutschen Steuerrecht nicht<sup>2</sup>.

## ff) Fallbeispiel

### Sachverhalt

4232

An der Familien-GmbH mit Stammkapital von 150 000 Euro sind die Gesellschafter S1, S2 und V (Vater) mit je 50 000 Euro nom. beteiligt. Die Anschaffungskosten der Gründungs-Gesellschafter S1, S2 und V entsprechen den Nominalwerten der Anteile. Alle Anteile werden im Privatvermögen gehalten. Das Einlagekonto der Familien-GmbH beläuft sich am 31.12.2013 auf 0 Euro.

Am 1.7.2014 erwirbt die GmbH die Anteile des V (nom. 50 000 Euro) für 200 000 Euro. Dabei entstehen Notarkosten von 5 000 Euro. Der angemessene Kaufpreis beläuft sich auf 150 000 Euro. Die überhöhte Kaufpreiszahlung hatte gesellschaftsrechtliche Gründe. Die Gesellschaft verfügt über einen Sonderausweis iS des § 28 Abs. 1 Satz 3 KStG iH von 20 000 Euro. Am 1.7.2015 veräußert die GmbH den erworbenen Anteil an den fremden Dritten D zum (angemessenen) Kaufpreis von 300 000 Euro.

### Lösung nach dem BMF-Schreiben vom 27.11.2013<sup>3</sup>

Bei der GmbH ist der Nennbetrag der eigenen Anteile iH von 50 000 Euro in der Vorpalte vom Stammkapital abzusetzen. Nach Verwaltungsauffassung ist § 28 Abs. 2 KStG analog anwendbar. Das Einlagekonto der GmbH erhöht sich damit um 50 000 Euro. Der Betrag von 50 000 Euro mindert sodann (wie bei einer echten Kapitalherabsetzung) das steuerliche Einlagekonto. Der Sonderausweis iH von 20 000 Euro bleibt allerdings – abweichend von § 28 Abs. 2 Satz 2 KStG – unberührt. Der über den Nennbetrag hinausgehende angemessene Kaufpreisanteil von 100 000 Euro ist eine Leistung, die nach der Verwendungsreihenfolge des § 27 Abs. 1 Satz 3 KStG zunächst mit dem ausschüttbaren Gewinn und sodann mit dem Einlagekonto zum 31.12.2013<sup>4</sup> zu verrechnen ist. Da der Einlagekontobestand am 31.12.2013 aber 0 Euro beträgt, ergibt sich bei der GmbH keine Auswirkung auf das Einlagekonto. Obwohl die Leistung in vollem Umfang

1 Mayer, Ubg 2008, 782; Frühl/Fischer, DStZ 2009, 115; Schmidtman, Ubg 2014, 755 (760).

2 Zutr. Schmidtman, Ubg 2014, 755 (761); aA offenbar Dötsch in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 27 KStG Rz. 69a.

3 BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009 – DOK 2013/1047768, BStBl. I 2013, 1615, Rz. 16 f. = GmbHR 2014, 108.

4 Vgl. BFH v. 30.1.2013 – I R 35/11, BStBl. II 2013, 560 = GmbHR 2013, 716.

mit dem ausschüttbaren Gewinn zu verrechnen ist, soll nach Ansicht der Finanzverwaltung keine Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt werden<sup>1</sup>. Die Notarkosten von 5000 Euro sind uneingeschränkt abziehbar. Allerdings hat die Familien-GmbH für die Anteile einen iH von 50000 Euro überhöhten Kaufpreis an V bezahlt. In dieser Höhe ist nicht von Anschaffungskosten der eigenen Anteile auszugehen. Der als Aufwand zu verbuchende Betrag von 50000 Euro ist eine vGA, die nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG außerhalb der Steuerbilanz wieder hinzugerechnet werden muss. In Bezug auf diese vGA ist allerdings Kapitalertragsteuer einzubehalten und abzuführen. Bei der Veräußerung der Anteile am 1.7.2015 ist von einer Kapitalerhöhungsmaßnahme iH von 50000 Euro (Nennwert der veräußerten eigenen Anteile) auszugehen. Es entsteht kein Veräußerungsgewinn iS des § 8b KStG. Steuerpflichtige nichtabziehbare Ausgaben iH von 5 % des Gewinns nach § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG sind nicht zu erfassen. Der über den Nennwert hinausgehende Veräußerungspreis von 250000 Euro wird dem steuerlichen Einlagekonto der GmbH gutgeschrieben.

**Der Gesellschafter V** erzielt im VZ 2014 einen Veräußerungsgewinn gem. § 17 Abs. 1 EStG iH von 100000 Euro (= 150000 Euro – 50000 Euro), der dem Teileinkünfteverfahren unterliegt. Daneben fließt ihm durch die überhöhte Kaufpreiszahlung eine vGA iH von 50000 Euro (unangemessener Kaufpreisanteil) zu. Weitere Konsequenzen ergeben sich nicht.

**Der Gesellschafter D** erwirbt die eigenen Anteile der GmbH. Aus seiner Sicht handelt es sich um einen normalen Erwerbsvorgang. Seine Anschaffungskosten belaufen sich auf 300000 Euro.

### gg) Übergangsregelung

- 4233 Die vorstehend dargestellten Grundsätze des BMF-Schreibens vom 27.11.2013 gelten in allen offenen Fällen, soweit Geschäftsjahre betroffen sind, in denen § 272 Abs. 1a und 1b HGB idF des BilMoG Anwendung findet (s. Rz. III 4215)<sup>2</sup>. Für nicht unter BilMoG-Grundsätze fallende Alt-Geschäftsjahre enthält das BMF-Schreiben eine Übergangsregelung, wonach die Weitergeltung der Grundsätze des BMF-Schreibens vom 2.12.1998<sup>3</sup> angeordnet wird. In diesem Zusammenhang geht das BMF-Schreiben vom 27.11.2013 insbesondere auf den Erwerb und die Weiterveräußerung von nicht zu aktivierenden eigenen Anteilen und auf die Einziehung von aktivierten Anteilen in Altfällen ein<sup>4</sup>.

1 BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009 – DOK 2013/1047768, BStBl. I 2013, 1615, Rz. 11 = GmbHR 2014, 108.

2 BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009 – DOK 2013/1047768, BStBl. I 2013, 1615, Rz. 23 = GmbHR 2014, 108.

3 BMF v. 2.12.1998 – IV C 6 - S 2741 - 12/98, BStBl. I 1998, 1509.

4 BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009 – DOK 2013/1047768, BStBl. I 2013, 1615, Rz. 26 ff. = GmbHR 2014, 108.

**hh) Erwerb eigener Anteile als gestalterische Maßnahme**

Der Erwerb eigener Anteile kann ggf. eine Alternative darstellen, um den **Erwerb von Anteilen ausscheidender Gesellschafter** zu finanzieren. Wenn ein Gesellschafter aus einer GmbH ausscheidet, so wird er entweder die Anteile an einen Dritten veräußern oder seine Anteile den verbleibenden Gesellschaftern zum Verkauf anbieten. Im letztgenannten Fall wird häufig die Gesellschaft den Veräußerungspreis ausschütten, damit der Gesellschafter über die entsprechenden Mittel verfügt, um den Kaufpreis aufzubringen. Alternativ wird der verbleibende Gesellschafter den Kaufpreis über ein Kreditinstitut finanzieren. Die Refinanzierungskosten der Beteiligung sind allerdings auf Gesellschafterebene gem. § 3c Abs. 2 Satz 1 EStG nur zu 60 % steuerlich abziehbar. Selbst dies setzt allerdings voraus, dass der Gesellschafter gem. § 32d Abs. 2 Nr. 3 EStG zum Teileinkünfteverfahren optiert. Letzteres dürfte aber oft nicht unproblematisch sein, weil die Option nur für die gesamte Beteiligung einheitlich erfolgen kann und nicht auf den hinzugekauften Anteil beschränkt werden kann.

Wenn nun – statt des verbleibenden Gesellschafter – die **Gesellschaft die Anteile des ausscheidenden Anteilseigners als eigene Anteile erwirbt**, so löst dies bei der Gesellschaft keine negativen steuerlichen Folgen aus. Ferner ist eine Ausschüttung der Mittel, die der Gesellschafter zur Kaufpreisfinanzierung benötigt, in diesem Fall nicht erforderlich. Die Finanzierungskosten sind auf Ebene der Gesellschaft uneingeschränkt steuerlich abziehbar. Es handelt sich insoweit insbesondere nicht um vGA. Ein steuerlicher Nachteil ist allerdings der Umstand, dass der verbleibende Gesellschafter keine steuerlichen Anschaffungskosten generiert und somit im Veräußerungsfall einen höheren Gewinn iS des § 17 EStG erzielt. Es ist ferner zu beachten, dass die eigenen Anteile grunderwerbsteuerlich bei Berechnung der maßgebenden Quoten gem. § 1 Abs. 3 GrEStG außer Betracht bleiben, weil ihre Beteiligungsrechte ruhen<sup>1</sup>.

**Beratungshinweis**

Ggf. kann ein Erwerb eigener Anteile auch vorteilhaft sein, wenn in der Vergangenheit das **steuerliche Einlagekonto der GmbH zu niedrig festgestellt wurde** und eine Korrektur dieser fehlerhaften Feststellung nach den Vorschriften der AO im Einzelfall nicht mehr möglich ist.

<sup>1</sup> S. dazu BFH v. 16.1.2002 – II R 52/00, BFH/NV 2002, 1053 = GmbHR 2002, 937; BFH v. 18.9.2013 – II R 21/12, BStBl. II 2014, 326 = GmbHR 2014, 390.

Eine solche fehlerhafte Feststellung ist sowohl für die Folgefeststellungen des Einlagekontos als auch für die Anteilseignerbesteuerung bindend<sup>1</sup>. Nur ein festgestelltes steuerliches Einlagekonto kann eine steuerneutrale Einlagenrückgewähr iS des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG bewirken. Durch den Erwerb eigener Anteile erhält der Gesellschafter eine Kaufpreiszahlung, die er den anteiligen Anschaffungskosten der Anteile gegenüberstellt. Eine im Einlagekonto versehentlich nicht berücksichtigte Gesellschaftereinlage hat aber die AK bzw. den Buchwert der Anteile des Gesellschafters (ungeachtet der fehlerhaften Einlagekontofeststellung) erhöht. Soweit die Kaufpreiszahlung für die eigenen Anteile auf Gesellschafterebene die AK bzw. den Buchwert nicht übersteigt, erzielt der Gesellschafter also trotz Zahlungsfluss keinen steuerlichen Gewinn. Auf Ebene der Gesellschaft ergibt sich durch den Erwerb der eigenen Anteile ebenfalls keine steuerliche Auswirkung (s. Rz. III 4223 und 4224). Damit kann es gelingen, den **Fehler auf Gesellschafterebene** (und nur dort ist er letztlich von Relevanz) zumindest teilweise wieder zu **neutralisieren**.

### 5. Veräußerung von GmbH-Anteilen durch eine Mitunternehmerschaft (§ 8b Abs. 6 KStG)

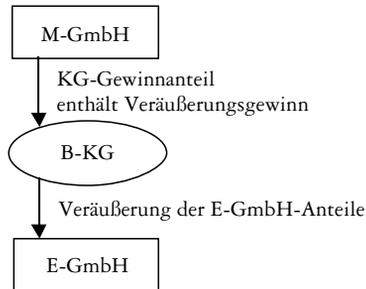
- 4237 Gewinne, die eine Mitunternehmerschaft bei der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften erzielt, sind gem. § 8b Abs. 6 KStG auch dann steuerfrei, wenn bzw. soweit an der Mitunternehmerschaft wiederum Kapitalgesellschaften beteiligt sind. § 8b Abs. 6 KStG verfolgt den rechtssystematischen Ansatz, Beteiligungsveräußerungen den Dividenden gleichzustellen. Deshalb sollen letztlich alle Veräußerungsgewinne, die bei der Übertragung einer Beteiligung entstehen, steuerfrei bleiben, soweit sie auf der letzten Stufe einer Körperschaft als Veräußerer zuzurechnen sind. Dementsprechend wäre es systematisch nicht gerechtfertigt, einen Ver-

1 BFH v. 19.5.2010 – I R 51/09, DStR 2010, 1833 = GmbHR 2010, 1098 und zum Anrechnungsverfahren BFH v. 23.10.1991 – I R 97/89, BStBl. II 1992, 154 = GmbHR 1992, 184; BFH v. 19.7.1994 – VIII R 58/92, BStBl. II 1995, 362 = GmbHR 1995, 469; *Dötsch* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 27 KStG Rz. 113; *Frotscher* in Frotscher/Maas, KStG, § 27 Rz. 48; *Bauschatz* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 27 Rz. 15; *Lornsen-Veit* in Erle/Sauter, KStG, 3. Aufl. 2010, § 27 Rz. 81; *Antweiler* in Ernst & Young, KStG, § 27 Rz. 182 und *Förster/van Lisbaut*, FR 2002, 1205.

äußerungsgewinn, den eine Personengesellschaft durch die Veräußerung einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft erzielt, auf der Ebene der Gesellschafterin der Körperschaftsteuer zu unterwerfen<sup>1</sup>. Diese Grundsätze gelten auch für mehrstöckige Mitunternehmensformen, soweit an der obersten Personengesellschaft eine Körperschaft beteiligt ist.

### Beispiel

Veräußert im nachstehenden Beispielfall die B-KG ihre 100%ige Beteiligung an der E-GmbH, so ist der dabei entstehende Veräußerungsgewinn auf der Ebene der M-GmbH gem. § 8b Abs. 6 KStG iVm. § 8b Abs. 2 KStG körperschaftsteuerlich und gewerbsteuerlich nicht zu erfassen. Insoweit ist die Rechtslage eindeutig. Zur Gewerbesteueranlagung der B-KG s. die Ausführungen in Rz. III 4243.



Die Steuerbefreiung gem. § 8b Abs. 6 KStG über eine Personengesellschaft 4238 greift auch bei **folgenden Konstellationen**:

- gewerblich geprägte Personengesellschaften iS des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG<sup>2</sup>;
- vermögensverwaltende Personengesellschaft; die Steuerbefreiung ergibt sich hier wegen der unmittelbaren Zurechnung nach der Bruchteilsbetrachtung (§ 39 AO) aus § 8b Abs. 2 KStG<sup>3</sup>;
- atypisch stille Gesellschaft und atypisch stille Unterbeteiligung<sup>4</sup>;

1 BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, GmbHR 2003, 603, Rz. 54–56.

2 *Gosch* in *Gosch*, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 521a; *Herlinghaus* in *Rödter/Herlinghaus/Neumann*, KStG, 2015, § 8b Rz. 290.

3 *Herlinghaus* in *Rödter/Herlinghaus/Neumann*, KStG, 2015, § 8b Rz. 492; *Watermeyer* in *Hermann/Heuer/Raupach*, EStG/KStG, § 8b KStG Rz. 203; ebenso BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - 2750a - 7/03, GmbHR 2003, 603, Rz. 56.

4 *Gosch* in *Gosch*, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 521; *Watermeyer* in *Hermann/Heuer/Raupach*, EStG/KStG, § 8b KStG Rz. 203; *Herlinghaus* in *Rödter/Herlinghaus/Neumann*, KStG, 2015, § 8b Rz. 489.

- im Ausland ansässige Personengesellschaft, wenn diese im Rechtsformvergleich einer deutschen Personengesellschaft entspricht<sup>1</sup>;
- mehrstöckige Mitunternehmerschaften, soweit hinter der letzten Personengesellschaft eine Kapitalgesellschaft steht<sup>2</sup>;
- GmbH-Anteile im Sonderbetriebsvermögen einer Kapitalgesellschaft als Mitunternehmerin einer Personengesellschaft<sup>3</sup>.

## 6. Veräußerung eines Anteils an einer Mitunternehmerschaft, die Anteile an Kapitalgesellschaften hält (§ 8b Abs. 6 KStG)

4239 Veräußert eine Körperschaft einen Anteil an einer Mitunternehmerschaft, in deren Betriebsvermögen sich wiederum Anteile an Kapitalgesellschaften befinden, so erfasst die Steuerfreistellung gem. § 8b Abs. 6 Satz 1 KStG auch den zugerechneten Gewinn- bzw. Verlustanteil, soweit er auf die Anteile an den Kapitalgesellschaften entfällt<sup>4</sup>.

### Beispiel

Die V-GmbH veräußert ihren Mitunternehmeranteil an der X-OHG an die E-GmbH. Der Veräußerungsgewinn beträgt 500 000. Davon entfällt ein Teilbetrag von 300 000 auf die im Gesamthandsvermögen gehaltenen Anteile an der T1-GmbH und der T2-GmbH.

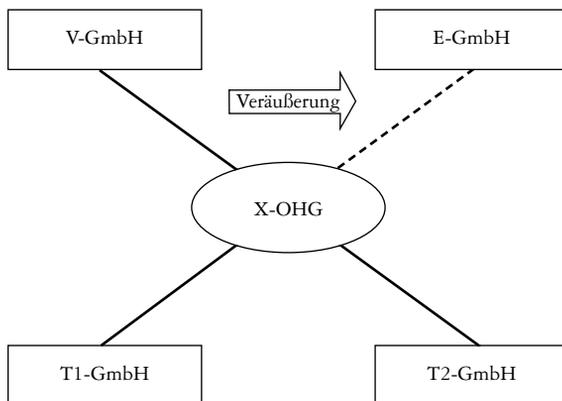
---

1 *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 493; *Pung* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 8b KStG Rz. 403.

2 *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 491; *Hoffmann*, DB 2000, 1931; BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - 2750a - 7/03, GmbHR 2003, 603, Rz. 54.

3 Vgl. *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 495; *Frotscher* in Frotscher/Maas, KStG, § 8b Rz. 563; *Pung* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 8b KStG Rz. 411.

4 *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 498; *Pung* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 8b Rz. 412.

**Lösung**

Gem. § 8b Abs. 6 KStG ist der Teilbetrag von 300 000 bei der Einkommensermittlung der V-GmbH nicht zu berücksichtigen. Der Gewinn aus der Veräußerung des Mitunternehmeranteils ist auch gewerbesteuerlich befreit. In § 7 Satz 4 GewStG ist ausdrücklich geregelt, dass § 8b KStG auch auf die Gewerbebeertragsermittlung einer Personengesellschaft durchschlägt. § 7 Satz 4 GewStG schränkt insoweit die Regelung des § 7 Satz 2 GewStG wieder ein. Daher unterliegt unstreitig nach Anwendung des § 8b KStG nur der nicht auf Beteiligungen entfallende Gewinn der Gewerbebesteuer<sup>1</sup>. Allerdings werden gem. § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG nichtabziehbare Ausgaben iH von 15 000 (5 %) in Ansatz gebracht. Im Saldo entsteht also ein steuerpflichtiger Gewerbeertrag von 215 000.

<sup>1</sup> Zutreffend *Pung Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, Die Körperschaftsteuer, § 8b Rz. 400 mit umfassenden Nachweisen; *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 500.

## 7. Gewerbesteuerliche Behandlung von Veräußerungsgewinnen

### a) Anteilsveräußerung durch natürliche Personen und Körperschaften

- 4240 Bei einer Körperschaft (im Gegensatz zu Einzelunternehmen<sup>1</sup>) unterliegen nach der hM auch Veräußerungs- und Aufgabegewinne<sup>2</sup> der Gewerbesteuer<sup>3</sup>.
- 4241 Veräußert ein **Gesellschafter** (natürliche Person oder Personengesellschaft) einen zu seinem Betriebsvermögen gehörenden Anteil an einer inländischen oder ausländischen Kapitalgesellschaft, so handelt es sich stets um einen **laufenden Gewinn**. Dieser unterliegt der Gewerbesteuer selbst dann, wenn die Veräußerung sämtliche Anteile an der Kapitalgesellschaft zum Gegenstand hat (100%ige Beteiligung)<sup>4</sup>. Wegen § 3 Nr. 40 EStG, der gem. § 7 Satz 4 GewStG auf die Gewerbesteuer durchschlägt, ist der Veräußerungsgewinn allerdings zu 40 % (bis 2008 zu 50 %) steuerfrei. Dies gilt sowohl für die Einkommensteuer als auch für die Gewerbesteuer. Eine vollständige Freistellung von der Gewerbesteuer kann nur erreicht werden, wenn der Gewinn aus der Veräußerung einer GmbH-Beteiligung bei dem Gesellschafter dem nicht gewerbesteuerpflichtigen betrieblichen Aufgabegewinn zuzurechnen ist.
- 4242 Veräußert dagegen eine **Körperschaft** einen Anteil an einer Kapitalgesellschaft, so bleibt ein dabei entstehender Gewinn ungeachtet der Beteiligungshöhe nach § 8b Abs. 2 KStG **steuerfrei**. Die Steuerfreiheit nach § 8b Abs. 2 KStG schlägt über § 7 Satz 1 GewStG auf die Gewerbesteuer der anteilsveräußernden Körperschaft durch. Dieser steuerfreie Veräußerungsgewinn unterliegt nach dem unzweifelhaften Wortlaut des § 8 Nr. 5 GewStG nicht der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung.

1 S. dazu BFH v. 25.11.2009 – X R 23/09, BFH/NV 2010, 633.

2 Dies gilt auch für Gewinne aus der Veräußerung des ganzen Betriebs oder eines Teilbetriebes.

3 FG Baden-Württemberg v. 9.7.2010 – 10 K 3286/09, EFG 2010, 2111 (rkr.); ebenso bereits BFH v. 28.2.1990 – I R 92/86, BStBl. II 1990, 699 = GmbHR 1990, 414; offen gelassen aber in BFH v. 27.3.1996 – I R 89/95, BStBl. II 1997, 224 = GmbHR 1997, 326; *Roser* in Lenski/Steinberg, GewStG, § 7 Rz. 260a; *Driien* in Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 7 GewStG Rz. 135.

4 Vgl. BFH v. 2.2.1972 – I R 217/69, BStBl. II 1972, 470; BFH v. 29.8.1984 – I R 154/81, BStBl. II 1985, 160 = GmbHR 1985, 168; BFH v. 1.7.1992 – I R 5/92, BStBl. II 1993, 131 = GmbHR 1993, 244.

**b) Anteilsveräußerung durch Mitunternehmerschaften**

Da § 8b Abs. 6 KStG den rechtssystematischen Ansatz verfolgt, Beteiligungsveräußerungen den Dividenden gleichzustellen, sollen letztlich alle Veräußerungsgewinne, die bei der Übertragung einer Beteiligung entstehen, steuerfrei bleiben, soweit sie einer Körperschaft als Veräußerer zuzurechnen sind. Seit VZ 2004 regelt § 7 Satz 4 GewStG ausdrücklich, dass die Vorschriften des Halb- bzw. Teileinkünfteverfahrens (§ 3 Nr. 40 EStG, § 3c EStG und § 8b KStG) auf die Ermittlung des Gewerbeertrags einer mitunternehmerischen Personengesellschaft vollumfänglich durchschlagen. 4243

**Beispiel**

Die M-KG ist zu 100 % Gesellschafterin der T-GmbH. Sie veräußert ihren T-GmbH Anteil und erzielt dabei einen Gewinn von 400. Gesellschafter der M-KG sind zu je 50 % die natürliche Person A und die B-GmbH.

**Lösung**

In diesem Fall ist der Veräußerungsgewinn sowohl körperschaftsteuerlich als auch gewerbsteuerlich befreit, soweit die Beteiligung der KapGes (B-GmbH) reicht, also zu 50 %. § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG (Hinzurechnung von nicht abzehbaren Ausgaben iH von 5 % des Veräußerungsgewinns) ist anzuwenden. Im quotalen Umfang der Beteiligung der natürlichen Person A greifen § 3 Nr. 40 EStG und § 3c Abs. 2 EStG. Dementsprechend ergibt sich ein steuerpflichtiger Gewinn von  $(400 \times 50 \% \times 5 \%) + (400 \times 50 \% \times 60 \%) = 130$ . Dieser Gewinn ist auch im Gewerbeertrag der KG zu erfassen.

**c) Veräußerung eines Mitunternehmeranteils durch eine Körperschaft**

§ 7 Satz 2 Nr. 2 GewStG regelt für Veräußerungs- und Aufgabegewinne seit Erhebungszeitraum 2002, dass der Gewinn aus der **Veräußerung oder Aufgabe eines Mitunternehmeranteils zum Gewerbeertrag** gehört, soweit er nicht auf eine natürliche Person als unmittelbar beteiligtem Mitunternehmer entfällt. Damit soll insbes. verhindert werden, dass eine Kapitalgesellschaft Wirtschaftsgüter, deren Veräußerung der Gewerbesteuer unterliegt, steuerneutral auf eine Personengesellschaft überträgt und dann den Mitunternehmeranteil gewerbsteuerfrei veräußert<sup>1</sup>. Die Re- 4244

---

1 S. zu dieser Problematik insbes. BFH v. 27.3.1996 – I R 89/95, BStBl. II 1997, 224 = GmbHR 1997, 326; dieses Urteil war letztlich der Grund für die Einführung des § 7 Satz 4 GewStG.

gelung ist nach Ansicht des BFH verfassungsgemäß<sup>1</sup>. Sie schlägt bei doppelstöckigen Personengesellschaften nicht auf die Unterpersonengesellschaft durch<sup>2</sup>.

### Beispiel

Die M-GmbH veräußert die Anteile an der B-KG. Der Veräußerungsgewinn entsteht auf der Ebene der B-KG und gehört dort gem. § 7 Satz 2 Nr. 2 GewStG zum Gewerbebeitrag. Dies gilt unabhängig davon, ob zuvor Wirtschaftsgüter von der M-GmbH auf die B-KG übertragen wurden.

- 4245 Wenn die KG, deren Anteile veräußert werden, ihrerseits eine GmbH-Beteiligung hält, gehört auch der Gewinn, der auf die mitveräußerte Beteiligung entfällt, zum Gewerbebeitrag. Allerdings greift hier § 8b KStG (s. dazu das Beispiel unter Rz. III 4239).

## 8. Einlagerückgewähr als veräußerungsgleicher Vorgang

- 4246 Ausschüttungen aus dem steuerlichen Einlagekonto iS des § 27 KStG gehören nicht zu den Bezügen iS des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG und damit auch nicht zu den Bezügen iS des § 8b Abs. 1 KStG<sup>3</sup>. Sie können steuerneutral gegen den Beteiligungsbuchwert verrechnet werden<sup>4</sup>. Eine **Einlagerückgewähr unterliegt allerdings § 8b Abs. 2 KStG**, soweit sie den **Beteiligungsbuchwert übersteigt** (also zu einem Ertrag führt).

Unklar ist, ob § 8b Abs. 2 KStG schon im Zeitpunkt des Zuflusses der Einlagerückgewähr<sup>5</sup> oder erst später im Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung der Anteile<sup>6</sup> Anwendung findet. Der BFH hat diese Frage ausdrücklich offen gelassen<sup>7</sup>. Folgte man der zweiten Meinung, so wäre die Einlagerückgewähr auf Ebene der ausschüttungsempfangenden Mutterkapitalgesell-

1 BFH v. 22.7.2010 – IV R 29/07, BStBl. II 2011, 511 = GmbHR 2010, 1277; Verfassungsbeschwerde anhängig unter Az. 1 BvR 1236/11.

2 BFH v. 18.9.2007 – I R 79/06, FR 2008, 960 mit Anm. *Suchanek*; *Selder* in Glanegger/Güroff, GewStG, 8. Aufl. 2014, § 7 Rz. 128.

3 BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, GmbHR 2003, 603, Rz. 6.

4 BFH v. 20.4.1999 – VIII R 44/96, BStBl. II 1999, 698 = GmbHR 1999, 775; BFH v. 28.10.2009 – I R 116/08, BStBl. II 2011, 898 = GmbHR 2010, 323.

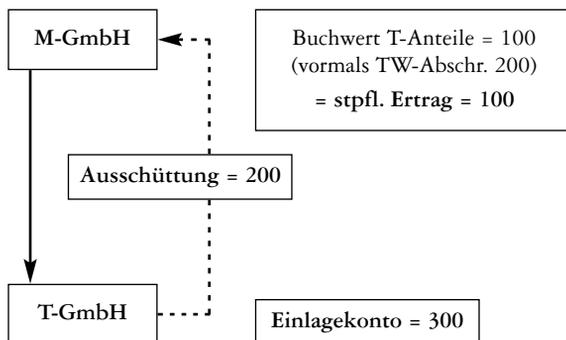
5 *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 105; *Frotscher* in Frotscher/Maas, KStG, § 8b Rz. 63a; *Stangl*, Beihefter DStR zu Heft 4/2013, 10; *Schnitger* in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, 2012, § 8b Rz. 142.

6 So *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b KStG Rz. 106.

7 BFH v. 28.10.2009 – I R 116/08, BStBl. II 2011, 898 = GmbHR 2010, 323.

schaft zunächst voll steuerpflichtig. Mangels Veräußerungsvorgang könnte die Steuerbelastung sogar definitiv werden. ME ist der erstgenannten Auffassung, die auch der Verwaltungsmeinung entspricht<sup>1</sup>, zuzustimmen. Dementsprechend ist der den Beteiligungsbuchwert übersteigende Betrag der Einlagerückzahlung steuerfrei, löst aber nach § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG fiktive nicht abziehbare Ausgaben iH von 5 % dieses übersteigenden Betrags aus.

Wenn die Anteile an der Kapitalgesellschaft auf einer Einbringung iS des § 20 oder 21 UmwStG beruhen, so kann gem. § 22 Abs. 1 Satz 6 Nr. 3 UmwStG durch eine Ausschüttung oder Rückzahlung von Einlagen aus dem steuerlichen Einlagekonto (ganz oder teilweise) der sog. Einbringungsgewinn I oder II ausgelöst werden (s. dazu Rz. III 4798). Dies ist aber nur dann problematisch, wenn die Einlagerückzahlung ein veräußerungsgleicher Vorgang ist. Davon ist auch für Zwecke des UmwStG nur auszugehen, wenn und soweit die Einlagerückzahlung den Beteiligungsbuchwert übersteigt<sup>2</sup>.



Einstweilen frei.

4248–4299

1 BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 6.

2 BMF v. 11.11.2011 – IV C 2 - S 1978-b/08/10001//2011/0903665, S 1978 A-43-St 51, BStBl. I 2011, 1314, Rz. 22.24; vgl. dazu auch *Stangl* in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, 2. Aufl. 2014, § 22 Rz. 114b ff.

#### IV. Veräußerung von Streubesitzdividenden nach § 8b Abs. 4 KStG-E (Ausblick)

4300 Nach dem „**Diskussionsentwurf**“ eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung (Investmentsteuerreformgesetz – InvStRefG<sup>1</sup>) war angedacht, **Veräußerungsgewinne**<sup>2</sup> in Bezug auf **Beteiligungen an KapGes von unter 10 %** (Quote zu Beginn des Kalenderjahres<sup>3</sup>) von der Steuerbefreiung auszunehmen. Die neue Steuerpflicht für solche „Gewinne“ sollte mit einer **Verlustausgleichsbeschränkung** kombiniert werden. Nach § 8b Abs. 4 Sätze 8 ff. KStG-E sollten Gewinnminderungen aus Streubesitz (Veräußerungsverluste, Teilwertabschreibungen uä.) nur mit stpfl. Veräußerungsgewinne uä. verrechnet werden dürfen. Dies ist keine beteiligungsbezogene Verrechnungsbeschränkung. Vielmehr handelt es sich um einen „Verrechnungstopf“ in dem alle stpfl. Gewinne und alle Gewinnminderungen aus Streubesitzanteilen zusammenzufassen und zu verrechnen sind. Gewinnminderungen dürfen allerdings nur mit „Gewinnen“ iS des § 8b Abs. 4 Satz 1 KStG und Abs. 2 Sätze 4 und 5 (stpfl. Veräußerungsgewinne uä.) verrechnet werden. Ein Ausgleich der Gewinnminderungen mit „Bezügen“ (also Dividendenerträgen aus Streubesitz) war nach dem Wortlaut des Entwurfs nicht vorgesehen. Nach Verrechnung mit Gewinnen nicht ausgeglichene „Gewinnminderungen“ sollten gesondert festzustellen und entsprechend § 10d Abs. 4 EStG in die folgenden Veranlagungszeiträume vorzutragen und mit künftigen Gewinnen aus Anteilsveräußerungen auszugleichen sein. Auf den jeweils festgestellten Gewinnminderungsvortrag sollte auch § 8c KStG Anwendung finden. Die geplante Neuregelung des § 8b Abs. 4 KStG sollte – unabhängig vom Wirtschaftsjahr der Körperschaft – erstmals für Veräußerungsgewinne, die **nach dem 31.12.2017** anfallen, gelten.

Die geplante Regelung ist im Ref-Entwurf des InvestStReFG zunächst nicht aufgegriffen worden<sup>4</sup>. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass die Än-

1 Veröffentlicht auf der Homepage des BMF (Stand: 21.7.2015).

2 Darunter fallen auch zB Gewinne aus der Kapitalherabsetzung einer Tochtergesellschaft, Zuschreibungsgewinne, Gewinne infolge verdeckter Einlage einer Beteiligung oder Gewinne infolge von Umwandlungen, bei denen ein Wert über dem Buchwert angesetzt wird.

3 Für Veräußerungsgewinne – ist anders als für Streubesitzdividenden – keine Regelung geplant, die unterjährig erworbene Beteiligungen von mindestens 10 % aus der Besteuerung ausnimmt.

4 Referentenentwurf des BMF, Stand: 16.12.2015.

derung des § 8b Abs. 4 KStG in einem späteren Gesetzgebungsvorhaben erneut berücksichtigt wird.

Einstweilen frei.

4301–4326

### V. Keine Steuerbefreiung für bestimmte Beteiligungsgesellschaften (§ 8b Abs. 7 KStG)

**Veräußerungsgewinne und Veräußerungsverluste ebenso wie Dividenden** sind gem. § 8b Abs. 7 KStG **unabhängig von der Beteiligungshöhe** steuerlich zu berücksichtigen, wenn sie **Kreditinstituten** oder **Finanzdienstleistungsinstituten** iS des § 1a KWG zuzurechnen sind. Voraussetzung ist allerdings, dass die Anteile nicht dem Anlagenbuch, sondern dem **Handelsbuch** zuzurechnen sind. Die aufsichtsrechtliche Rechtslage (nicht die konkrete Einordnung durch die BaFin<sup>1</sup>) bindet mE auch die Finanzverwaltung<sup>2</sup>. Nicht entscheidend ist dagegen der tatsächliche Ausweis im Handelsbuch. Ein fehlerhafter Ausweis muss in der Steuerbilanz korrigiert werden. Vgl. hierzu im Einzelnen das BMF-Schreiben vom 25.7.2002<sup>3</sup>. 4327

**Auch bei Finanzunternehmen** iS des § 1 Abs. 3 KWG, die nicht verpflichtet sind, ein Handelsbuch zu führen, findet § 8b KStG auf Veräußerungsgewinne und Veräußerungsverluste keine Anwendung. Hierbei handelt es sich um Unternehmen, deren **Haupttätigkeiten** bestehen aus: 4328

- Das Halten und der Erwerb von Beteiligungen,
- Erwerb von Geldforderungen (Factoring),
- Abschluss von Leasingverträgen,
- Ausgabe und Verwaltung von Kreditkarten oder Reiseschecks,
- Handel mit Finanzinstrumenten auf eigene Rechnung,
- Geldmakler (Kreditvermittler),
- bestimmte Beratungsunternehmen (insbes. Anlageberater und Unternehmensberater).

1 Zutr. *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 564.

2 Vgl. dazu ausführlich *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 516 ff.; *Bogenschütz/Tibo*, DB 2001, 8; *Feyerabend* in Erle/Sauter, KStG, 3. Aufl. 2010, § 8b KStG Rz. 340; ebenso FG Münster v. 11.2.2015 – 9 K 806/13 K, EFG 2015, 1222.

3 BMF v. 25.7.2002 – IV A 2 - S 2750a - 6/02, BStBl. I 2002, 712 unter C. I.

4329 Nach dem BMF-Schreiben vom 25.7.2002<sup>1</sup> sollen  **Holdinggesellschaften** <sup>2</sup> iS des § 8a Abs. 4 Satz 1 KStG und vermögensverwaltende Kapitalgesellschaften auch unter § 8b Abs. 7 KStG fallen. Dies hat der BFH im Grundsatz bestätigt<sup>3</sup>. Ob die Beteiligungen überwiegend kurzfristig oder dauerhaft gehalten würden, sei – wie im unmittelbaren Regelungsbereich des § 1 Abs. 3 KWG – auf dieser Prüfstufe zunächst unbeachtlich. Zur Definition der „Haupttätigkeit“ verweist das BMF-Schreiben auf Tz. 81 und 82 des Schreibens vom 15.12.1994<sup>4</sup>. Entscheidend ist danach, ob die **Haupttätigkeit** der Gesellschaft in einem der in § 1 Abs. 3 KWG genannten Bereiche liegt. Davon ist auch bei einer (geschäftsführenden oder nicht geschäftsführenden) Holdinggesellschaft nach dem BMF-Schreiben regelmäßig (also widerlegbar) auszugehen, wenn die Bruttoerträge der Gesellschaft im Durchschnitt der drei vorausgegangenen Jahre zu mindestens 75 % aus dem Halten von Beteiligungen bzw. der Finanzierung von Kapitalgesellschaften bestehen<sup>5</sup>. Nach Ansicht von *Gosch*<sup>6</sup> muss darauf abgestellt werden, ob die Umsatzaktivitäten in Gestalt des Erwerbs und der Finanzierung von Beteiligungen mehr als die Hälfte aller Umsatzaktivitäten der Gesellschaft ausmachen<sup>7</sup>. Dabei seien ggf. auch Bilanzsumme, Eigenkapital, Unternehmenszweck sowie der Personal- und Vermögenseinsatz im Einzelfall als relevante Vergleichsgrößen heranzuziehen. Maßgebend ist also eine qualitative Gesamtschau der Verhältnisse<sup>8</sup>. Besteht die Tätigkeit einer GmbH in der Übernahme der Geschäftsleitung für andere Kapitalgesellschaften, die im Beteiligungserwerb tätig sind, übt sie selbst keine Tätigkeit gem. § 1 Abs. 3 Satz 1 KWG aus, weil diese nach dem KWG im eigenen

1 BMF v. 25.7.2002 – IV A 2 - S 2750a - 6/02, BStBl. I 2002, 712.

2 Nach Auffassung der Finanzverwaltung ist nur bei mindestens zwei Beteiligungen von einer Holdinggesellschaft auszugehen. Das BMF v. 25.7.2002 – IV A 2 - S 2750a - 6/02, BStBl. I 2002, 712 verweist in diesem Punkt auf das BMF-Schreiben v. 15.12.1994 – IV B 7 - S 2742a - 63/94, BStBl. I 1995, 25 = GmbHR 1995, 146, Tz. 84 (aA *Gosch* in *Gosch*, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 563).

3 BFH v. 14.1.2009 – I R 36/08, GmbHR 2009, 493.

4 BMF v. 15.12.1994 – IV B 7 - S 2742a - 63/94, BStBl. I 1995, 25 = GmbHR 1995, 146.

5 Kritisch hierzu *Riegel*, Ubg 2011, 121, *Ebner/Helios*, FR 2009, 977; *Watermeyer* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG/KStG, § 8b KStG Rz. 165229; *Feyerabend* in *Erle/Sauter*, KStG, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 364; *Bünning/Slabon*, FR 2003, 174.

6 *Gosch* in *Gosch*, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 565.

7 Dies ist auch die Sichtweise des KWG.

8 FG Münster v. 11.2.2015 – 9 K 806/13 K, EFG 2015, 1222.

Namen und auf eigene Rechnung ausgeführt werden muss<sup>1</sup>. Bei der Frage, welche Bruttoerträge aus dem Halten oder dem Erwerb von Beteiligungen stammen, sind Erträge aus nachgeschalteten Personengesellschaften nicht zu berücksichtigen<sup>2</sup>. Auf der anderen Seite kann auch eine Personengesellschaft, die § 8b Abs. 6 KStG unterfällt, ein Finanzunternehmen iS des § 8b Abs. 7 KStG sein<sup>3</sup>.

Die Ausdehnung des § 8b Abs. 7 KStG auf Holdinggesellschaften schafft natürlich auch Gestaltungsmöglichkeiten<sup>4</sup>. Wer nämlich eine Holdinggesellschaft iS des § 8b Abs. 7 KStG zwischenschaltet, der kann damit möglicherweise den Beschränkungen des § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG entgehen und Verluste aus Anteilen steuerwirksam realisieren.

Steuerpflichtig ist bei den genannten Unternehmen aber nur die Veräußerung von Anteilen, die der Erzielung eines **kurzfristigen Eigenhandelserfolgs**<sup>5</sup> dienen. Das Eigenhandelsportfolio kann aber auch Bestände umfassen, die der mittelfristigen oder langfristigen Weiterveräußerung dienen. Hier fehlt eine gesetzliche Definition, was unter „kurzfristig“ zu verstehen ist. Die von einigen Autoren vorgeschlagene 12-Monats-Frist hat keine Rechtsgrundlage<sup>6</sup>. Nach dem BMF<sup>7</sup> soll das Merkmal „*Erwerb der Anteile mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs*“ immer dann erfüllt sein, wenn die Anteile dem **Umlaufvermögen** zuzuordnen sind<sup>8</sup>. Das Finanzunternehmen soll an die bilanzielle Zuordnung gebunden sein. Dies ist unzutreffend<sup>9</sup>. Wenn ein zutreffender Ausweis im Umlaufvermögen fehlerhaft unterblieben ist, kann auch bei Finanzunternehmen später eine entsprechende Korrektur in der Steuerbilanz erfolgen. ME ist die subjektive Absicht der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs ein entschei-

1 FG Berlin-Brandenburg v. 21.5.2014 – 12 K 12313/12, EFG 2014, 1611.

2 Zutreffend *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 567.

3 *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 567.

4 S. auch *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 563.

5 Hierbei sollen bestehende oder erwartete Unterschiede zwischen Kauf- und Verkaufspreis genutzt und dadurch ein Eigenhandelserfolg erzielt werden (BFH v. 14.1.2009 – I R 36/08, GmbHR 2009, 493).

6 *Bogenshütz/Tibo*, DB 2001, 8; *Milatz*, BB 2001, 1066; *Stoschek/Lauermann/Peter*, NWB Fach 4, S. 4647; mit ausführlicher Begründung *Bünning/Slabon*, FR 2003, 174; gegen eine feste Frist votiert auch *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 591.

7 BMF v. 25.7.2002 – IV A 2 - S 2750a - 6/02, BStBl. I 2002, 712 unter C. I.

8 Vgl. dazu *Neu/Watermeyer*, DStR 2002, 2101 (2103).

9 S. dazu BFH v. 12.10.2011 – I R 4/11, GmbHR 2012, 619; s. *Watermeyer* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 8b KStG Rz. 230.

dendes Tatbestandsmerkmal des § 8b Abs. 7 KStG. Hierfür ist die tatsächliche Bilanzierung (Anlage- oder Umlaufvermögen) zumindest ein Indiz<sup>1</sup>. Die Erfassung im Anlagevermögen hat allerdings keine Indizwirkung wenn die buchhalterische Erfassung nicht zeitnah mit dem Erwerb, sondern erst im Anschluss an den Verkauf der Aktien erfolgt ist<sup>2</sup>. Letztlich kommt es neben der Absicht, die Anteile weiter zu übertragen, auch auf die Absicht an, bei dieser Weiterübertragung einen „Eigenhandelserfolg“ (also einen Gewinn) erzielen zu wollen. Wenn die Anteile zB in der Absicht erworben wurden, sie unmittelbar nach dem Erwerb aus organisatorischen Gründen konzernintern „umzuhängen“ oder auf die Erwerberin (upstream) zu verschmelzen, so wird ein dabei entstehender „zufälliger“ Eigenhandelserfolg in Form eines Veräußerungsgewinns oder Übernahmewinns idR nicht der Grund für den Anteilerwerb gewesen sein. § 8b Abs. 7 KStG findet hier mE regelmäßig keine Anwendung. Es bedarf nämlich schon beim Erwerb der Anteile der Absicht durch Ausnutzung von Kurs- bzw. Wertunterschieden einen Erfolg (= Gewinn) zu erzielen. Die Anteile müssen nach dem Wortlaut sogar erworben worden sein, mit dem Ziel, diesen Eigenhandelserfolg zu erzielen. Es kommt also im Regelfall wohl doch darauf an, ob der Wiederverkauf der Anteile an einen fremden Dritten oder konzernintern erfolgt<sup>3</sup>. Letztlich ist die Eigenhandelserfolgsabsicht aber eine innere Tatsache, die im Einzelfall der Würdigung des FG unterliegt und revisionsrechtlicher für den BFH bindend ist<sup>4</sup>.

### Beratungshinweis

Die Körperschaft muss die Absicht haben, im Eigengeschäft Wertdifferenzen kurzfristig zu realisieren. Diese Absicht muss im Erwerbszeitpunkt bestehen<sup>5</sup>. Dieses subjektive Element bezieht sich sowohl auf die Weiterveräußerung als auch auf die Kurzfristigkeit. Es muss bereits beim Erwerb der Anteile ein konkreter Plan bestehen, die Anteile weiter-

1 FG Münster v. 11.2.2015 – 9 K 806/13 K, EFG 2015, 1222; *Pyszka/Brauer*, DStR 2003, 277.

2 BFH v. 26.10.2011 – I R 17/11, BFH/NV 2012, 613 = GmbHR 2012, 349.

3 AA *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 542.

4 BFH v. 26.10.2011 – I R 17/11, BFH/NV 2012, 613 = GmbHR 2012, 349.

5 BFH v. 14.1.2009 – I R 36/08, BStBl. II 2009, 671 = GmbHR 2009, 493; ebenso *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 588 und *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 543 f.

zuveräußern. Es empfiehlt sich also bereits im Erwerbszeitpunkt den Zweck des Anteilserwerbs nachvollziehbar zu dokumentieren.

Die Anteile müssen von der Gesellschaft erworben worden sein. Die Gründung von Vorratsgesellschaften mit dem Ziel der kurzfristigen Veräußerung fällt nicht unter § 8b Abs. 7 KStG<sup>1</sup>. Ob dies auf für den Anteilserwerb durch Einlagen und Einbringungen gilt, lässt der BFH ausdrücklich offen. ME ist dies aber zu bejahen<sup>2</sup>.

Die im Schrifttum<sup>3</sup> geäußerte Ansicht, § 8b Abs. 7 KStG finde auf die **Ver- 4331**  
**äußerung von GmbH-Anteilen** überhaupt keine Anwendung, weil diese nur mit notariellem Vertrag übertragen werden können und daher nicht handelbar seien, wurde vom BFH nicht geteilt<sup>4</sup>. Auch bei GmbH-Anteilen handele es sich um Anteile iS des § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG. Es sei ohne Bedeutung, ob der Eigenhandel mit GmbH-Anteilen dem KWG unterliege, weil § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG lediglich allgemein „Anteile“ betreffe und mit Ausnahme der Definition des Finanzunternehmens keinen Bezug zum KWG enthalte.

In Organschaftsfällen ist § 8b Abs. 7 KStG bereits auf der Ebene der Organgesellschaft zu prüfen (§ 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 KStG).

Bei grenzüberschreitenden EU-Sachverhalten wurde § 8b Abs. 7 KStG we- 4332  
gen der Vorgaben der Mutter-Tochter-Richtlinie<sup>5</sup> wieder eingeschränkt. **Seit VZ 2004** regelt **§ 8b Abs. 9 KStG** für grenzüberschreitende Bezüge iS des § 8b Abs. 1 KStG innerhalb der **EU** eine **Rückausnahme**. Danach sind die unter § 8b Abs. 7 KStG fallenden Bezüge doch steuerfrei, wenn auf die Bezüge die Mutter-Tochter-Richtlinie anzuwenden ist. Die Einschränkung betrifft Bezüge aus Anteilen, die die Mindestbeteiligungshöhe der

1 BFH v. 3.5.2006 – I R 100/05, GmbHR 2006, 1107 = BStBl. II 2007, 60.

2 Ebenso *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 540; *Pung* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 8b KStG Rz. 450; *Haisch/Bindl*, Ubg 2009, 680; aA unter Aufgabe seiner früheren Ansicht *Gosch* in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8b Rz. 586.

3 *Brauer/Pyszka*, GmbHR 2002, 1117; *Pyszka/Brauer*, BB 2002, 1669 (1672).

4 BFH v. 14.1.2009 – I R 36/08, BStBl. II 2009, 671 = GmbHR 2009, 493.

5 Richtlinie (EWG) Nr. 90/435 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten vom 23.7.1990 (ABl. EG Nr. L 225, S. 6, ber. ABl. EG Nr. L 266, S. 20).

Mutter-Tochter-Richtlinie von derzeit 10 % erfüllen. Eine Mindesthaltedauer sieht das Gesetz nicht vor<sup>1</sup>. Die oa. Rückausnahme gilt allerdings nicht für Veräußerungsgewinne und -verluste<sup>2</sup>.

4333–4399 Einstweilen frei.

---

1 Ebenso *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 591; *Schnitger* in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, 2012, § 8b Rz. 782; *Feyerabend* in Erle/Sauter, KStG, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 416 und *Seidel/Engel*, GmbHR 2011, 358; dagegen geht *Bindl*, DStR 2006, 1817 von einer Mindesthaltedauer von 2 Jahren aus.

2 *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rz. 589.