

Die Neuregelung auf einen Blick

- ▶ Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen von Zahlungen aufgrund hybrider Gestaltungen durch § 8b Abs. 1 Satz 3 (ATADUmsG).
- ▶ Ausschluss von Währungskursverlusten aus Darlehenswertminderungen und vergleichbaren Finanzierungen durch § 8b Abs. 3 Satz 6 (KöMoG).
- ▶ Ergänzung der in Abs. 7 Sätze 1 und 2 genannten Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute um die nunmehr aufsichtsrechtl. eigenständig geregelten Wertpapierinstitute (WertpBeaufsRLUmsG).
- ▶ **Fundstellen:**
 - ▷ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/2034 über die Beaufsichtigung von Wertpapierinstituten (WertpBeaufsRLUmsG) v. 12.5.2021 (BGBl. I 2021, 990; BStBl. I 2021, 935);
 - ▷ Gesetz zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD-Umsetzungsgesetz – ATADUmsG) v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2035; BStBl. I 2021, 874);
 - ▷ Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts (KöMoG) v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2050; BStBl. I 2021, 889).

§ 8b

Beteiligung an anderen Körperschaften und Personenvereinigungen [Jahreskommentierung 2022]

idF des KStG v. 15.10.2002 (BGBl. I 2002, 4144; BStBl. I 2002, 1169),
zuletzt geändert durch KöMoG v. 25.6.2021
(BGBl. I 2021, 2050; BStBl. I 2021, 889)

(1) ¹Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 Buchstabe a des Einkommensteuergesetzes bleiben bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz. ²Satz 1 gilt nur, soweit die Bezüge das Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert haben. ³Sofern die Bezüge in einem anderen Staat auf Grund einer vom deutschen Recht abweichenden steuerlichen Zurechnung der Anteile im Sinne des Satzes 1 einer anderen Person zugerechnet werden, gilt Satz 1 nur, soweit das Einkommen der anderen Person oder ihr nahestehender Personen nicht niedriger ist als bei einer dem deutschen Recht entsprechenden Zurechnung. ⁴Sind die Bezüge im Sinne des Satzes 1 nach einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung von der Bemessungsgrundlage für die Körperschaftsteuer auszunehmen, gilt Satz 2 ungeachtet des Wortlauts

des Abkommens für diese Freistellung entsprechend. ⁵Satz 2 gilt nicht, soweit die verdeckte Gewinnausschüttung das Einkommen einer dem Steuerpflichtigen nahe stehenden Person erhöht hat und § 32a des Körperschaftsteuergesetzes auf die Veranlagung dieser nahe stehenden Person keine Anwendung findet. ⁶Bezüge im Sinne des Satzes 1 sind auch Einnahmen aus der Veräußerung von Dividendenscheinen und sonstigen Ansprüchen im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe a des Einkommensteuergesetzes sowie Einnahmen aus der Abtretung von Dividendenansprüchen oder sonstigen Ansprüchen im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes.

(2) *unverändert*

[bis VZ 2021:]

(3) ... ⁶Die Sätze 4 und 5 sind nicht anzuwenden, wenn nachgewiesen wird, dass auch ein fremder Dritter das Darlehen bei sonst gleichen Umständen gewährt oder noch nicht zurückgefordert hätte; dabei sind nur die eigenen Sicherungsmittel der Gesellschaft zu berücksichtigen. ⁷Die Sätze 4 bis 6 gelten entsprechend für Forderungen aus Rechtshandlungen, die einer Darlehensgewährung wirtschaftlich vergleichbar sind. ⁸Gewinne aus dem Ansatz einer Darlehensforderung mit dem nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 des Einkommensteuergesetzes maßgeblichen Wert bleiben bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz, soweit auf die vorangegangene Teilwertabschreibung Satz 3 angewendet worden ist.

[ab VZ 2022:]

(3) ... ⁶**Währungskursverluste gelten nicht als Gewinnminderungen im Sinne der Sätze 4 und 5.** ⁷Die Sätze 4 und 5 sind nicht anzuwenden, wenn nachgewiesen wird, dass auch ein fremder Dritter das Darlehen bei sonst gleichen Umständen gewährt oder noch nicht zurückgefordert hätte; dabei sind nur die eigenen Sicherungsmittel der Gesellschaft zu berücksichtigen. ⁸**Die Sätze 4 bis 7** gelten entsprechend für Forderungen aus Rechtshandlungen, die einer Darlehensgewährung wirtschaftlich vergleichbar sind. ⁹Gewinne aus dem Ansatz einer Darlehensforderung mit dem nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 des Einkommensteuergesetzes maßgeblichen Wert bleiben bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz, soweit auf die vorangegangene Teilwertabschreibung Satz 3 angewendet worden ist.

(4) bis (6) *unverändert*

(7) ¹Die Absätze 1 bis 6 sind nicht auf Anteile anzuwenden, die bei Kreditinstituten, **Wertpapierinstituten** und Finanzdienstleistungsinstituten dem Handelsbestand im Sinne des § 340e Absatz 3 des Handelsgesetzbuchs zuzuordnen sind. ²Gleiches gilt für Anteile, die bei Finanzunternehmen im Sinne des Kreditwesengesetzes, an denen Kreditinstitute, **Wertpapierinstitute** oder Finanzdienstleistungsinstitute unmittelbar oder

mittelbar zu mehr als 50 Prozent beteiligt sind, zum Zeitpunkt des Zugangs zum Betriebsvermögen als Umlaufvermögen auszuweisen sind.

(8) bis (11) *unverändert*

§ 34

Schlussvorschriften

i d F des KStG v. 15.10.2002 (BGBl. I 2002, 4144; BStBl. I 2002, 1169),
zuletzt geändert durch KöMoG v. 25.6.2021
(BGBl. I 2021, 2050; BStBl. I 2021, 889)

...

(5) ¹§ 8b Absatz 1 Satz 3 in der Fassung des Artikels 2 des Gesetzes vom 25. Juni 2021 (BGBl. I S. 2035) ist erstmals für Bezüge anzuwenden, die nach dem 31. Dezember 2019 zufließen. ²§ 8b Absatz 3 Satz 6 in der Fassung des Artikels 1 des Gesetzes vom 25. Juni 2021 (BGBl. I S. 2050) ist erstmals für Gewinnminderungen im Sinne des § 8b Absatz 3 Satz 4 und 5 anzuwenden, die nach dem 31. Dezember 2021 eintreten. ³§ 8b Absatz 4 in der am 12. Dezember 2006 geltenden Fassung ist für Anteile weiter anzuwenden, die einbringungsgeboren im Sinne des § 21 des Umwandlungssteuergesetzes in der am 12. Dezember 2006 geltenden Fassung sind, und für Anteile im Sinne des § 8b Absatz 4 Satz 1 Nummer 2, die auf einer Übertragung bis zum 12. Dezember 2006 beruhen. ⁴§ 8b Absatz 4 Satz 8 in der Fassung des Artikels 6 des Gesetzes vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2451) ist erstmals für den Veranlagungszeitraum 2018 anzuwenden. ⁵§ 8b Absatz 7 Satz 1 in der am 1. Januar 2017 geltenden Fassung ist erstmals für den Veranlagungszeitraum 2017 anzuwenden; § 8b Absatz 7 Satz 2 in der am 1. Januar 2017 geltenden Fassung ist anzuwenden auf Anteile, die nach dem 31. Dezember 2016 dem Betriebsvermögen zugehen.

Autor: Dr. Heinrich Jürgen *Watermeyer*, Rechtsanwalt/Fachanwalt
für Steuerrecht, Ebner Stolz, Köln

Mitherausgeberin: Prof. Dr. Johanna *Hey*, Universität zu Köln

Schrifttum: *Grotherr*, Welche Steuergestaltungsmodelle sollen durch die neue Anti-Hybrid-Richtlinie bekämpft werden?, BB 2017, 1367; *Rüsch*, Die Erweiterung des materiellen Korrespondenzprinzips in § 3 Nr. 40 S. 1 Buchst. d S. 2 EStG und § 8b Abs. 1 S. 2 KStG durch das ATADUmsG zur Erfassung „hybrider Übertragungen“, IStR 2020, 371; *Adrian/Fey*, Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts – Der Gesetzentwurf im Überblick, StuB 2021, 309; *Blumenberg*, ATADUmsG – Regierungsentwurf, JbFfSt 2012, 424; *Gomoluch*, Ausnahme vom Abzugsverbot nach § 8b Abs. 3 Satz 4 und 5 KStG für Währungskursverluste nach § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG, GmbHR 2021, 1134; *Kahlenberg/Radmanesh*, Einführung von Anti-Hybrid-Regelungen durch das ATAD-Umsetzungsgesetz – Teil 2, IWB 2021, 891.

Kompaktübersicht

J 22-1 Inhalt der Änderungen:

- ▶ **Abs. 1 Satz 3** schließt die StBefreiung des Abs. 1 Satz 1 in Fällen aus, in denen das Einkommen im anderen Staat aufgrund einer anderen Zurechnung (Zurechnungskonflikt) niedriger ist als der Betrag des Einkommens, der sich ergeben würde, wenn der andere Staat die Erträge ebenfalls der inländ. Gesellschaft zurechnen würde.
- ▶ **Abs. 3 Satz 6 u. Satz 8** schränkt die Wertminderungen aus Darlehen oder vergleichbarer Rechtshandlungen eines zu mehr als 25 % beteiligten Gesellschafters ein, indem Währungskursverluste nicht als eine solche Wertminderung gelten.
- ▶ **Abs. 7 Satz 1 und Satz 2** enthält die neu geregelten Wertpapierinstitute als den Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten gleichgestellte Institute.

J 22-2 Rechtsentwicklung:

- ▶ **Zur Gesetzesentwicklung bis 2019** s. § 8b Anm. 4.
- ▶ **WertpBeaufRLUmsG v. 12.5.2021 (BGBl. I 2021, 990; BStBl. I 2021, 935)**: In Abs. 7 Satz 1 und Satz 2 werden die Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute um Wertpapierinstitute ergänzt, die wie die bisher genannten Institute einer besonderen Aufsicht unterliegen.
- ▶ **ATADUmsG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2035; BStBl. I 2021, 874)**: Abs. 1 wurde um einen neuen Satz 3 ergänzt. Es handelt sich um eine Regelung, um den Ausschluss der StFreistellung aufgrund von Satz 1 für bestimmte Fälle hybrider Gestaltungen zu verhindern, um eine „Doppelfreistellung“ auszuschließen. Dadurch erfolgt eine Ausdehnung des Korrespondenzprinzips des Satzes 2 auf dritte Personen.
- ▶ **KöMoG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 3096; BStBl. I 2021, 6)**: Der Tatbestand der Gewinnminderungen aus Darlehen in Abs. 3 Sätze 4 ff. wird eingeschränkt. Aufgrund eines neu eingeschobenen Satz 6 gelten Währungskursverluste nicht als Gewinnminderungen iSd. Sätze 4 und 5. Das gilt aufgrund des entsprechend erweiterten Satz 8 auch entsprechend für Forderungen aus anderen Rechtshandlungen.

J 22-3 Zeitlicher Anwendungsbereich:

- ▶ **Abs. 1 Satz 3**: Der zeitliche Anwendungsbereich der Ausweitung des Korrespondenzprinzips in Abs. 1 Satz 3 gilt erstmals für Bezüge, die nach dem 31.12.2019 zufließen (§ 34 Abs. 5 Satz 1). Die Regelung beruht auf Art. 9 der ATAD-Richtlinie (RL [EU] 2016/1164 v. 12.7.2016, ABl. EU 2016 Nr. L 193, 1), ergänzt durch die Regelungen der ATAD II-Richtlinie (RL [EU] 2017/952 v. 29.5.2017, ABl. EU 2017 Nr. L 144, 1). Die Regelungen

zur korrespondierenden Besteuerung waren bis zum 31.12.2019 in nationales Recht umzusetzen. Der Gesetzgeber mag dem durch die zeitliche Anwendungsregelung mit einer Rückwirkung nachgekommen sein. Ob zu einer verfassungskonformen (unechten) Rückwirkung der erste Entwurf des Gesetzes (Referentenentwurf v. 10.12.2019, abrufbar unter www.ertragsteuerrecht.de) allerdings ausreicht, ist fragwürdig – zumal die endgültige Regelung einen abgewandelten, wenngleich „verständlicheren“ Wortlaut hat (vgl. *Rüsch*, IStR 2020, 371). Es handelt sich um einen Fall er echten Rückwirkung, weil das ATADUmsG rückwirkend in bereits abgeschlossene Sachverhalte eingreift. Da ein Gesetz erst mit Verkündung verbindlich wird, darf der Stpfl. bis zu diesem Zeitpunkt auf die bestehende Rechtslage vertrauen (vgl. G. Kirchhof, Einf. Est, Anm. 331). Eine EU Verpflichtung zur Umsetzung einer Richtlinie oder ein Referentenentwurf reichen nicht aus (vgl. die Diskussion von *Gosch/Pohl/Rupp in Blumenberg*, JbFfSt 2021, 424 [437 ff.]).

► **Abs. 3 Satz 6 u. Satz 8:** Der zeitliche Anwendungsbereich der Einschränkung der Gewinnminderungen aus Darlehensgewährung und vergleichbaren Rechtshandlungen bezieht sich auf Gewinnminderungen, die nach dem 31.12.2021 eintreten (§ 34 Abs. 5 Satz 2). Zur Frage, ob es sich um eine konstitutive oder deklaratorische Regelung handelt sowie zur Anwendung aus Billigkeitsgründen auf „Altfälle“ s. Anm. J 22-4.

► **Abs. 7 Satz 1 und Satz 2:** Eine besondere zeitliche Anwendungsregelung besteht für die in Abs. 7 Satz 1 und Satz 2 erfolgte Einfügung von Wertpapierinstituten nicht. Sie gilt damit ab Inkrafttreten des Gesetzes am 26.6.2021 (Art. 8 Abs. 1).

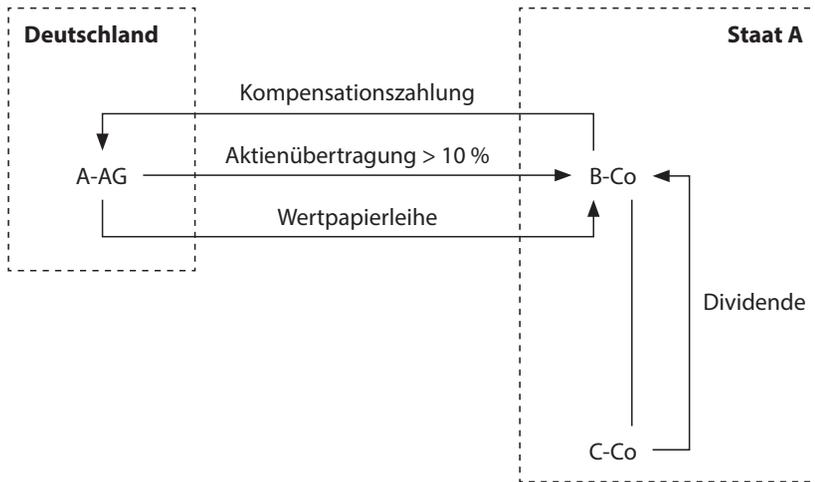
Grund und Bedeutung der Änderungen:

J 22-4

► **Grund der Änderung in Abs. 1 Satz 3:** Die Ergänzung des Korrespondenzprinzips durch Abs. 1 Satz 3 ist Teil der nationalen Gesetzgebung, Abwehrmaßnahmen gegen hybride Strukturen aufgrund europarechtl. Vorgaben, nämlich der ATAD-Richtlinie (s. Anm. J 22-3) umzusetzen (vgl. zB *Musil*, FR 2018, 933). Maßgebend ist die Ergänzung durch die ATAD II-Richtlinie, die in Art. 9 auch Maßnahmen bezüglich hybrider Gestaltungen in Drittländern erfasst (vgl. *Oertel in Hagemann/Kahlenberg*, ATAD, 2019, Einf. Rz. 6). Die Kernregelung dazu bildet § 4k EStG. Dieser sieht ein stl. „Abzugsverbot für Betriebsausgaben in Inboundfällen vor“. Durch § 4k EStG soll verhindert werden, dass Aufwendungen im Inland abziehbar sind, wenn die korrespondierenden Erträge im Ausland nicht besteuert werden oder zu einem doppelten Abzug führen (vgl. dazu zB *Kahlenberg/Radmanesh*, IWB 2021, 497; *Grotherr*, IStR 2020, 773; *Schnitger/Oskamp/Kockrow*, IStR 2021, 701). Eine weitere, hybride Strukturen betreffende Regelung enthält § 49 Abs. 1 Nr. 11 EStG für den Fall einer unterschiedlichen Qualifikation von PersGes. und der Zurechnung daraus resultierender Einkünfte. Abs. 1 Satz 3 ergänzt die Vorgaben der ATAD

II-Richtlinie (insbes. in Art. 9) im Hinblick auf bestimmte Inbound-Strukturen, die nicht durch Abs. 1 Satz 2 erfasst werden. Die Neuregelung soll sicherstellen, dass auch Erträge aus hybriden Übertragungen nur soweit der StFreistellung nach Satz 1 unterfallen, wie eine hybride Übertragung nicht zu einer Besteuerungsinkongruenz führt oder eine Inkongruenz durch den anderen Staat beseitigt wurde (vgl. auch *Kahlenberg/Radmanesh*, IWB 2021, 891 [892]). Auf der Grundlage von Art. 2 Abs. 9 UAbs. 3 Buchst. b der ATAD-Richtlinie handelt es sich bei hybriden Übertragungen um Gestaltungen, durch die Finanzinstrumente übertragen werden, der zugrunde liegende Ertrag des übertragenen Instruments stl. so behandelt wird, als sei er zugleich mehr als einer an der Gestaltung beteiligten Person zuzurechnen, und bei denen es wegen der unterschiedlichen Zurechnung von Gewinnausschüttungen zu einer doppelten Freistellung kommt (vgl. *Rüsch*, IStR 2020, 371 [372]). Zur Vermeidung dieses Ergebnisses ergänzt Abs. 1 Satz 3 die bereits in Abs. 1 als Ausnahme einer StFreistellung durch Anwendung des materiellen Korrespondenzprinzips enthaltenen Regelungen. Während diese ein Gesellschaftsverhältnis oder zumindest das Verhältnis einer dem Gesellschafter nahestehenden Person zwischen der ausschüttenden und empfangenden Gesellschaft voraussetzen, erfasst der neue Satz 3 nunmehr auch das Verhältnis zu fremden Dritten, um die ATAD-Vorgaben zu erfüllen (*Rüsch*, IStR 2020, 371 [373]; *Kahlenberg/Radmanesh*, IWB 2021, 891). Es handelt sich um eine punktuelle Verschärfung der Korrespondenzregelungen, um insbes. Einkünfte aus einer grenzüberschreitenden Wertpapierleihe zu erfassen (*Rüsch*, IStR 2020, 371 [372]). Die Regelung bezieht sich – anders als nach dem Referentenentwurf, der von der „Zurechnung von Kapitalvermögen“ sprach – auf die Zurechnung von Anteilen und entspricht damit dem materiellen Anwendungsbereich des § 8b.

► **Bedeutung der Änderung in Abs. 1 Satz 3:** Die Neuregelung setzt Art. 9 Abs. 2 Buchst. b iVm. Art. 2 Abs. 9 der ATAD-Richtlinie um und hat Gestaltungen im Blick, in denen die Zurechnung von Anteilen zu einer doppelten StBefreiung führen kann. Anders als im Fall des § 4k EStG setzt die Regelung nicht beim Abzug von BA im Inland an, sondern bei der inländ. Dividendenfreistellung. Angesprochen ist der Fall der Wertpapierleihe. Durch einen Sachdarlehensvertrag werden Wertpapiere grenzüberschreitend ins Ausland verliehen (Wertpapierdarlehen, Wertpapierpensionsgeschäft). Ausweislich der Begr. zum Gesetzesentwurf (BTDrucks. 19/28652, 43) soll folgender Fall erfasst werden:



Die inländ. A-AG überträgt Wertpapiere (hier: C-Co Aktien) im Rahmen eines Wertpapiergeschäfts (Wertpapierleihe/Wertpapierpensionsgeschäft) an die ausländ. B-Co. B-Co bezieht Dividenden aus den Wertpapieren, für die B-Co an die A-AG eine Kompensationszahlung leisten muss. Die Erträge aus den Wertpapieren werden im In- und Ausland grds. als Eigenkapitalbezüge qualifiziert. Wird das wirtschaftliche Eigentum an den Wertpapieren nach innerstaatlichem Recht der A-AG zugerechnet (vgl. BMF v. 11.11.2016 – IV C 6 - S 2134/10/10003 - 02, BStBl. I 2016, 1324), hat diese grds. einen Anspruch gegen B-Co auf Auskehrung der Dividende in Form einer Kompensationszahlung zu aktivieren. Die auf diese Forderung vereinnahmten Erträge wären bei der A-AG gem. § 8b Abs. 1 Satz 1 grds. stfrei.

Eine Besteuerungsinkongruenz könnte sich ergeben, soweit die Wertpapiererträge in Staat A abweichend von der inländ. stl. Rechtslage der B-Co zugerechnet werden und dort als Beteiligungserträge stbefreit sind oder einer StBegünstigung unterliegen, die Kompensationszahlung jedoch als BA abgezogen werden kann. § 8b Abs. 1 Satz 2 findet in diesem Fall auf die Kompensationszahlung keine Anwendung, da die insoweit maßgebliche Dividende nicht die Bemessungsgrundlage der leistenden Körperschaft (C-Co) mindert. Die Korrespondenz der Besteuerung stellt in diesem Fall Satz 3 her.

Durch die Neuregelung wird erreicht, dass die StBefreiung nach Abs. 1 Satz 1 nur einmal gewährt wird. Erhält sie die B-Co, wird sie bei der A-AG versagt. Diese Korrespondenz erfolgt nicht aufgrund von Abs. 1 Satz 2, weil die Zahlung nicht die Bemessungsgrundlage bei der leistenden C-Co mindert, sondern ein StVorteil bei der Tochtergesellschaft (B-Co) im Ausland eintritt. Durch die Neuregelung wird über die bisherigen Korres-

pondenzregelungen im Abs. 1 hinaus erreicht, dass nicht die Minderung der Bemessungsgrundlage bei der ausschüttenden Gesellschaft maßgeblich ist, sondern ein StVorteil durch eine unterschiedliche Anteilszurechnung entsteht.

► **Grund der Änderung in Abs. 3 Satz 6 u. Satz 8:** Die Neuregelung in Abs. 3 Satz 6, die Währungskursverluste von den Gewinnminderungen aus Darlehen und in Satz 8 aus vergleichbaren Rechtshandlungen ausnimmt, soll eine Unausgewogenheit des Abzugsverbots beseitigen (vgl. BT-Drucks. 19/28656, 25). Während nämlich nach herrschender und entgegen hier vertretener Meinung (s. § 8b Anm. 111; vgl. auch Darstellung bei *Gomoluch*, GmbHHR 2021, 1134) auch Währungskursverluste den stl. nicht abziehbaren Gewinnminderungen unterfallen, werden Kursgewinne vorbehaltlich Abs. 3 Satz 9 versteuert. Das führt zu einer Unausgewogenheit der stl. Behandlung von Währungskursverlusten und -gewinnen aus Darlehen und zu verfassungs- und europarechtl. zweifelhaften Ergebnissen (instruktiv hierzu LfSt. Nds. v. 15.4.2020 – S 2750a - 113 - St 241, DStR 2020, 1319). Danach führen Wechselkursverluste grds. zu nicht abziehbaren Gewinnminderungen aus Darlehen. Der *Escape* durch den nach Satz 5 möglichen Fremdvergleich gelingt nach Meinung der FinVerw. nur dann, wenn nicht nur das Währungsrisiko, sondern das gesamte Darlehen fremdüblich gesichert ist (gegen eine Bemessung der Fremdüblichkeit eines Konzerndarlehens nur an der Besicherung vgl. BFH v. 18.5.2021 – I R 4/17, IStR 2021, 893). Entgegen FG Ba.-Württ. (FG Ba.-Württ. v. 24.9.2020 – 3 K 1486/19, EFG 2021, 402, Az. BFH I R 41/20) lässt die FinVerw. weder eine Verrechnung von Währungsgewinnen mit Währungsverlusten aus verschiedenen darlehensähnlichen Forderungen desselben Gewinnermittlungszeitraums zu, noch soll eine Saldierung mit gegenläufigen Erträgen aus Sicherungsgeschäften zulässig sein (aA jedoch BFH v. 10.4.2019 – I R 20/16, BStBl. II 2020, 674, zur Saldierung von Gewinnen aus Währungskursicherungsgeschäften bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns nach Abs. 2 Satz 2, s. auch § 8b Anm. 72).

► **Bedeutung der Änderung in Abs. 3 Satz 6 u. 8:** Die Neuregelung hat in der Praxis für international tätige Unternehmen erhebliche Bedeutung, weil sie die einseitige Behandlung von Gewinnminderungen eines Währungskursverlustes bei Darlehen und vergleichbaren Rechtshandlungen sowie Besicherungen im Verhältnis zu stpfl. Gewinnen hieraus beseitigt. Sie stellt damit – lange Jahre nach ihrer Einf. durch das JStG 2008 – die durch den BFH (BFH v. 10.4.2019 – I R 20/16, BStBl. II 2020, 674) für Veräußerungsgewinne und -verluste pointierte Symmetrie der Besteuerung von Gewinnen und Verlusten auch für Darlehenswertminderungen aus Währungskurswechseln her. Dasselbe gilt für die EU-rechtliche Niederlassungsfreiheit (vgl. EuGH v. 28.2.2008 – C 293/06 – Deutsche Shell, BStBl. II 2009, 976; ausführl. dazu *Gomoluch*, GmbHHR 2021, 1134 [1138f.] mwN). Leider gilt die Neuregelung nicht für alle noch offenen Fälle, son-

dern erstmals für Gewinnminderungen, die nach dem 31.12.2021 eintreten (s. Anm. J 22-3; für eine entsprechende Billigkeitsregelung eintretend *Adrian/Fey*, StuB 2021, 309 [315]; *Gomoluch*, GmbHHR 2021, 1134 [1140]). Das Revisionsverfahren BFH I R 41/20 gegen das Ur. des FG Ba.-Württ. v. 24.9.2020 (FG Ba.-Württ. v. 24.9.2020 – 3 K 1486/19, EFG 2021, 402) dürfte erhellen, ob es sich bei der Neuregelung um eine konstitutive oder deklaratorische Regelung handelt.

► **Grund der Änderung in Abs. 7:** Der Grund für die Aufnahme der Wertpapierinstitute in Abs. 7 liegt darin, dass sie nunmehr einer eigenen, von der Aufsicht von Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten getrennten Aufsicht unterliegen, die im WpIG geregelt ist. Wertpapierinstitute sind Unternehmen, die gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Wertpapierdienstleistungen allein oder zusammen mit Wertpapiernebdienstleistungen oder Nebengeschäften erbringen (§ 2 Abs. 1 WpIG). Die Regelung über die Beaufsichtigung von Wertpapierunternehmen beruht auf EU-Vorgaben (RL [EU] 2019/2034 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.11.2019 über die Beaufsichtigung von Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinien 2002/87 EG, 2009/65 EG, 2011/61/EU, 2013/36/EU, 2014/59/EU und 2014/65/EU – IFD genannt, ABl. EU 2019 Nr. L 314, 64, sowie die Verordnung (EU) 2019/2033 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.11.2019 über die Aufsichtsanforderungen an Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, (EU) Nr. 575/2013, (EU) Nr. 600/2014 und (EU) Nr. 806/2014 – IFR genannt, ABl. EU 2019 Nr. L 314, 1; ABl. EU 2020 Nr. L 20, 26).

► **Grund der Änderung in Abs. 7:** Die Bedeutung liegt darin, dass Wertpapierinstitute nunmehr einheitlich geregelt werden, während sie bislang je nach Umfang und Geschäftsmodell den Regelungen für Kreditinstitute oder insbes. Finanzdienstleistungsinstitute unterfielen (BTDrucks. 19/26929, 168). Ausweislich der Gesetzesbegründung dürften dadurch insbes. ca. 750 kleine und mittlere Wertpapierinstitute einbezogen werden (BTDrucks. 19/26929, 3).

Die Neuregelungen des Abs. 1 Satz 3 im Detail

Persönlicher Anwendungsbereich: Da es sich um eine Ausnahme zur Freistellung laufender Bezüge iSd. Satzes 1 handelt, entspricht der persönliche Anwendungsbereich der Grundregelung (s. § 8b Anm. 10). J 22-5

Sachlicher Anwendungsbereich: Erfasst werden Bezüge iSd. Satzes 1 für die Satz 3 besondere Zurechnungsvoraussetzungen der ihnen unterliegenden Anteile nennt. J 22-6

► **Bezüge:** Durch die Verbindung von Bezügen und einer Zurechnung von Anteilen sind solche Anteile betroffen, die zu Bezügen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und Buchst. a EStG führen. Im Wesentlichen handelt es

um Gewinnanteile und sonstige Bezüge aus Aktien und Anteilen an GmbH oder nach dem Rechtstypenvergleich vergleichbarer Gesellschaften (BFH v. 18.5.2021 – I R 12/18, BStBl. II 2021, 875).

► **Zurechnung aufgrund einer vom deutschen Recht abweichenden steuerlichen Zurechnung:** Maßgeblich ist die stl. Zurechnung der Anteile iSd. Satzes 1 nach deutschem Recht. Die handelsrechtl. Zurechnung ist unmaßgeblich und kann von der stl. abweichen. Die Zurechnung der Bezüge richtet sich nach § 39 AO. Sie entscheidet aufgrund von § 20 Abs. 5 EStG darüber, wer die Bezüge erzielt. Es muss sich um eine grenzüberschreitende divergierende Zurechnung handeln und folglich ein grenzüberschreitender Zurechnungskonflikt vorliegen. Grundsätzlich sind die Anteile dem rechtl. Eigentümer zuzurechnen (§ 39 Abs. 1 Nr. 1 AO). Bei einer Wertpapierleihe oder einem Wertpapierpensionsgeschäft wird der Entleiher der rechtl. Eigentümer und regelmäßig auch wirtschaftlicher Eigentümer der Wertpapiere. Aufgrund besonderer Fallgestaltungen können bei der Wertpapierleihe rechtl. und wirtschaftliches Eigentum auseinanderfallen und das wirtschaftliche Eigentum dem Verleiher zugerechnet werden (vgl. BFH v. 18.8.2015 – I R 88/13, BStBl. II 2016, 961; zuletzt FG München v. 14.12.2020 – 7 K 899/19, DStRE 2021, 975, Az. BFH I R 3/21; BMF v. 11.11.2016 – IV C 6 - S 2134/10/10003 - 02, BStBl. I 2016, 324; krit. Übersicht bei *Haarmann*, BB 2018, 1623).

Hinweis: Ausweislich des eindeutigen Gesetzeswortlauts setzt die in Satz 3 geregelte Besteuerungskorrespondenz einen Zurechnungskonflikt voraus. Andere Gründe für eine „hybride“ Besteuerung nennt und erfasst der Tatbestand nicht (*Rüsch*, IStR 2020, 371 [373]).

► **Vergleich der Besteuerung und Einkommensminderung:** Abs. 1 Satz 3 stellt auf die Besteuerung im anderen Staat ab. Diese muss niedriger sein, als wenn eine Zurechnung nach deutschem Recht erfolgte. Die Vergleichsbetrachtung hat in der Weise zu erfolgen, wie das Einkommen ausgesehen hätte, wenn die Anteile nach deutscher Qualifikation zugerechnet worden wären. Erhält der Entleiher die Dividenden aufgrund dieser Anteilszurechnung, sind Kompensationszahlungen an den Verleiher (im Beispielfall der Gesetzesbegründung die A-AG) bei diesem stpfl., da es sich gerade nicht um Dividenden handelt. Bleibt der Verleiher nach inländ. Qualifikation jedoch wirtschaftlicher Eigentümer, würde die Kompensationszahlung als sonstiger Bezug aus den ihm wirtschaftlich weiterhin zugerechneten Anteilen aufgrund von Satz 1 stfrei bleiben und diese StFreiheit gerade nicht wie im Fall der in Abs. 10 geregelten Wertpapierleihe ausgeschlossen sein (s. § 8b Anm. 253). Rechnet der Ansässigkeitsstaat des Entleihers die Anteile demgegenüber aufgrund seiner nationalen Regelungen dem Entleiher zu, erzielt er ebenfalls Beteiligungserträge. Sind sie den inländ. Regelungen vergleichbar als Beteiligungsbezüge stfrei gestellt, könnte es zu einer doppelten StFreistellung bei Abzug der

Kompensationszahlungen als BA im Ansässigkeitsstaat des Entleihers kommen. Es kommt zur inkongruenten Besteuerung durch Abzug von Aufwand bei gleichzeitiger nicht stpfl. Erfassung von Bezügen im Ansässigkeitsstaat des Entleihers, sog. Fall der *deduction/non-inclusion* (D/Ni; vgl. auch *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 149r).

Einkommensminderung: Das Gesetz nimmt mit „Einkommen“ wortlautmäßig Bezug auf eine innerstaatliche Regelung (§ 8 Abs. 3 Satz 1). Zu einer korrespondierenden Besteuerung kann dies nur dann führen, wenn das Einkommen im Ausland denselben Tatbeständen unterliegt wie im Inland. Davon ist gerade nicht auszugehen, weil die Definition des Einkommens im Inland und im Ausland im Regelfall nicht übereinstimmen (*Rüsch*, IStR 2020, 371 [373]). Ähnlich wie § 8b selbst, der auf der Ebene der Gewinnermittlung ansetzt, vom Wortlaut aber das Einkommen in Bezug nimmt, dürfte auch im Ausland die Ebene der Gewinnermittlung angesprochen sein. Daraus folgt, dass auch ein Verlust oder die Vergrößerung eines bereits bestehenden Verlustes oder Verlustvortrags zu einer Einkommensminderung führt (krit. dazu *Kahle/Braun*, DStZ 2018, 381 [385]; *Rüsch*, IStR 2020, 371 [374]).

Kausalität des Zurechnungskonflikts: Unklar ist, ob jeder Grund für die Einkommensminderung ausreichend ist, um die Rechtsfolge des Satzes 1 zu versagen. Wäre das der Fall, handelte es sich nahezu um eine allgemeine Erweiterung des Satzes 2; jede Einkommensminderung der leistenden Körperschaft, auch wenn es sich um fremde Dritte handelt, würde zur Anwendung der Rechtsfolgen des Satzes 3 führen. Da Satz 3 auf eine abweichende Zurechnung der Anteile abstellt, werden nur solche Fälle erfasst, in denen der StVorteil aufgrund eines Zurechnungskonflikts eintritt. Maßgeblich ist die tatsächliche Rechtslage – wie der Wortlaut „Einkommen nicht niedriger ist“ nahelegt.

► **Ausnahme:** Da es auf ein tatsächliches niedrigeres Einkommen im Ausland ankommt, ist der Tatbestand nicht erfüllt, wenn ein Einkommen der anderen Person aufgrund einer persönlichen StBefreiung nicht zu ermitteln ist oder durch eine andere dortige nationale Regelung wieder neutralisiert wird, zB aufgrund eines nationalen Abzugsverbots von steuermindernden Aufwendungen. Das entspricht Art. 9 Abs. 2 Buchst. a der ATAD-Richtlinie, nach der als Möglichkeit zur Vermeidung eines StVorteils vorgesehen ist, dass der Abzug im Mitgliedstaat des Zahlenden verweigert wird (vgl. dazu im Einzelnen *Rüsch*, IStR 2020, 371 [374 f.]; *Gosch* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 149r).

Zeitliches Auseinanderfallen: Unklar ist auch, auf welchen Zeitpunkt es für die Inkongruenz ankommt – dies insbes., wenn die Besteuerung im Empfängerstaat und der BA-Abzug im Auslandsstaat auseinanderfallen. Unseres Erachtens kommt es auf den jeweiligen isolierten Tatbestand an. Es besteht dieselbe Problematik wie im Fall des Satzes 2 (s. § 8b Anm. 51).

Eine Korrektur der inländ. Einkommensfeststellung muss solchenfalls über die allgemeinen Berichtigungsvorschriften, insbes. §§ 123 und 175 AO, vorgenommen werden, da § 32a Abs. 1 nur vGA betrifft.

Rechtsfolgen: Als Rechtsfolge ordnet Satz 3 an, dass Satz 1 nur soweit gilt, wie kein Zurechnungskonflikt besteht und das Einkommen der anderen Person (im Ausland) dadurch nicht gemindert wird. Unter Umständen ist eine Aufteilung der dem Abs. 1 Sätze 1 und 3 unterfallenden Bezüge in dem Verhältnis vorzunehmen, in dem bei einer Vergleichsbeurteilung der StVorteil eintritt. Da es sich auch insoweit um eine inländ. Regelung zur Ermittlung des Einkommens handelt, gilt Satz 3 grds. auch für die GewSt. Wegen dieser StPflicht gelten die gewstl. Kürzungen aufgrund von § 9 Nr. 7 (§ 9 Nr. 2a GewStG hat wegen des grenzüberschreitenden Tatbestands in Satz 3 keinen Anwendungsbereich) unmittelbar wie im Fall von Satz 2 (s. § 8b Anm. 52 aE).

► **Nachweis des Steuervorteils:** Da es auf eine StMinderung im Ausland aufgrund einer vom inländ. StRecht abweichenden Zurechnung von Anteilen ankommt, ist fraglich, wer die Beweislast dafür trägt. Grundsätzlich trifft die FinVerw. die objektive Beweislast für steuererhöhende Tatbestände. Kann der Sachverhalt und seine stl. Behandlung im Ausland nicht aufgeklärt werden, geht das zu Lasten der FinVerw. Das gilt insoweit, wie der inländ. Stpfl. seinen (im Auslandsfall erhöhten) Mitwirkungspflichten aufgrund § 90 Abs. 2 AO nachkommt. Der inländ. Stpfl. sollte dazu soweit möglich Beweisvorsorge treffen, um nachweisen zu können, dass im Ausland keine Zurechnung oder StMinderung erfolgt. Zu Einzelheiten vgl. *Rüsch*, IStR 2021, 371 (375).