

Wissenschaftliche Schriftleiter:

Dr. Gerhard Ege,  
Abteilungsdirektor a. D., Steuerberater

Prof. Dr. Wulf Goette,  
Vors. Richter am Bundesgerichtshof a. D.,  
Rechtsanwalt

Prof. Dr. Dietmar Gosch,  
Vors. Richter am Bundesfinanzhof

# DStR

## DEUTSCHES STEUERRECHT

Heft 42

Seiten 2305 – 2352

53. Jahrgang • 16. Oktober 2015

Wissenschaftliche Schriftleiter:

Dr. Walter Niemann,  
Rechtsanwalt, Steuerberater  
und Wirtschaftsprüfer

Prof. Dr. Thomas Rödter,  
Steuerberater, Wirtschaftsprüfer

Dr. Holger Stein,  
Steuerberater

DStR-Beirat:

Univ.-Prof. Dr. Klaus-Dieter Driien, Richter am Finanzgericht · Franz Hruschka, Ltd. Regierungsdirektor  
Dr. Christian Kaeser, Rechtsanwalt · Dr. Christian Sistermann, Rechtsanwalt/Steuerberater

Begründer und Mitwirkende:

Dr. Hans Flick, Rechtsanwalt · Paul G. Flockermann, Ministerialdirektor a. D. † · Dr. Klaus Heilgeist, Steuerberater/Wirtschaftsprüfer  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Paul Kirchhof, Richter des BVerfG a. D. · Prof. Dr. h.c. Rudolf Mellinghoff, Präsident des BFH  
Dr. Max Rid, Vors. Richter am BFH a. D.

## STEUERRECHT

### AUFSÄTZE

## Teileinkünfteverfahren und § 8b KStG

Gary Rüsç und Felix Moritz\*

Mit § 8b KStG und § 3 Nr. 40 EStG hat der Gesetzgeber Begünstigungsvorschriften für gewerbliche Kapitalerträge ausgestaltet. Aufgrund der parallelen Anwendung von EStG und KStG im Rahmen der Besteuerung von Kapitalgesellschaften ergibt sich damit ein potenzielles Konkurrenzverhältnis. Der nachfolgende Beitrag analysiert dieses Spannungsverhältnis.

### 1. Einleitung

§ 8 Abs. 1 S. 1 KStG ordnet bei der körperschaftsteuerlichen Gewinnermittlung auch die Berücksichtigung einkommensteuerlicher Vorschriften an. Dabei kann es zu einem Konkurrenzverhältnis von einkommen- und körperschaftsteuerlichen Normen kommen, wenn Vorschriften aus beiden Regelungskreisen für einen Sachverhalt gleichzeitig einschlägig sind. Für Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd § 20 Abs. 1 Nr. 1 (Gewinnanteile), Nr. 2 (Bezüge aus Kapitalherabsetzung und Auflösung) und Nr. 9 EStG (Einnahmen aus Leistungen sonstiger Körperschaftsteuersubjekte) sind dem Wortlaut nach sowohl § 3 Nr. 40 Buchst. d bzw. e EStG als auch § 8b Abs. 1 S. 1 KStG einschlägig.<sup>1</sup> Als § 8b Abs. 1 S. 1 KStG noch uneingeschränkt die Steuerfreistellung für laufende Beteiligungserträge anordnete, ergab sich

nachvollziehbarerweise kein echtes Diskussionsbedürfnis über eine alternative (nur) 40%ige Steuerfreistellung durch das Teileinkünfteverfahren.<sup>2</sup> Dies änderte sich, seit mit § 8b Abs. 4 S. 1 KStG die Steuerpflicht von Streubesitzdividenden eingeführt<sup>3</sup> wurde. In diesen Fällen soll § 3 Nr. 40 EStG – nunmehr als *lex specialis* – zumindest für eine partielle Steuerbefreiung dieser ansonsten der (körperschaftsteuerlichen) Regelbesteuerung iHv 15 % unterliegenden Erträge sorgen.<sup>4</sup>

Die Diskussion kann aber auch auf die Fälle des § 8b Abs. 7 und 8 KStG ausgeweitet werden, weil hier sogar die volle Regelbesteuerung aller<sup>5</sup> Beteiligungserträge angeordnet wird.<sup>6</sup> Der folgende Beitrag widmet sich daher der Frage nach dem grundsätzlichen Verhältnis von § 3 Nr. 40 Buchst. d und e EStG zu § 8b Abs. 1, 7 und 8 KStG. In Teil 2 wird zunächst das Verhältnis von EStG und KStG zueinander, die gesetzgeberische Motivation für eine Beteiligungsertragsbefreiung und deren derzeitige Ausgestaltung skizziert. Teil 3 behandelt die Frage, ob auf die Fälle des § 8b Abs. 4, 7 und 8 KStG das Teileinkünfteverfahren in § 3 Nr. 40 EStG zumindest für eine partielle Steuerbefreiung der Beteiligungserträge sorgen kann. Dabei wird nach in

\* Gary Rüsç, M.Sc., ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Steuerrecht an der Universität zu Köln. Felix Moritz, M.Sc., ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, insbesondere Betriebswirtschaftliche Steuerlehre an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Die Verfasser danken Dr. Stephan Vossel für eine kritische Durchsicht des Manuskripts und wertvolle Anmerkungen.

1 Vgl. bereits Oppenhoff/Rädler, Reform der Unternehmensbesteuerung, 2000, 39.

2 Gleichwohl wurde die Anwendbarkeit von § 3 Nr. 40 EStG auf Kapitalgesellschaftsebene bei dessen Einführung durch das StSenkG v. 23.10.2000, BGBl. I 2000, 1433 bereits erwähnt und verneint, vgl. dazu Crezelius DB 2001, 221 (224).

3 Vgl. EuGH DivUmsG v. 21.3.2013, BGBl. I 2013, 561.

4 So Rathke/Ritter DStR 2014, 1207; Beyme NWB 2014, 867; auch Tillmann StBW 2014, 794; aA Joisten/Vossel FR 2014, 794 und Maciejewski/Rehr DStR 2015, 1481.

5 Dividenden bzw. Gewinnausschüttungen und Veräußerungsgewinne.

6 Eine Anwendbarkeit des Teileinkünfteverfahrens wurde für diese Fälle – soweit ersichtlich – bisher nicht diskutiert. Dies liegt wohl daran, dass die angeordnete Regelbesteuerung iDR zu einer Besserstellung des Steuerpflichtigen führt, vgl. dazu Teil 2.2.2 und 2.2.3.

Deutschland unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtigen und beschränkt steuerpflichtigen EU/EWR- sowie Drittstaaten-Gesellschaften unterschieden.<sup>7</sup>

## 2. Grundlagen

### 2.1 Grundsätzliches Verhältnis von EStG und KStG

Nach § 8 Abs. 1 S. 1 KStG finden im Rahmen der Besteuerung von Kapitalgesellschaften neben den Vorschriften des KStG auch diejenigen des EStG Anwendung. Dies gilt auch für beschränkt körperschaftsteuerpflichtige Kapitalgesellschaften iSd § 2 Nr. 1 KStG.<sup>8</sup> Die Verweisung beinhaltet grundsätzlich auch § 3 Nr. 40 EStG.<sup>9</sup> Darüber hinaus verdrängen inhaltlich konkurrierende Normen des KStG idR<sup>10</sup> auf Grund ihrer Spezialitätsfunktion die entsprechenden Vorschriften des EStG.<sup>11</sup>

### 2.2 Ausgestaltung der derzeitigen Beteiligungsertragsbefreiung

Seit dem körperschaftsteuerlichen Systemwechsel im Jahr 2001<sup>12</sup> erfolgt lediglich eine pauschale Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung auf Gesellschafterebene. So können Einzel- und Mitunternehmer über § 3 Nr. 40 Buchst. a und d EStG Beteiligungserträge zu 40 % steuerfrei vereinnahmen und bei Kapitalgesellschaften werden die Erträge über § 8b Abs. 1 S. 1 KStG von der Bemessungsgrundlage ausgenommen.<sup>13</sup> Von diesem körperschaftsteuerlichen Grundfall existieren drei Abweichungen, welche die volle Besteuerung auslösen: § 8b Abs. 4, 7 und 8 KStG, welche nachfolgend erläutert werden.

7 Für den Beitrag wird an dieser Stelle die Annahme getroffen, dass beschränkt körperschaftsteuerpflichtige gewerbliche Einkünfte aus einer inländischen Betriebsstätte erzielen. Die Kapitalgesellschaftsanteile und die daraus resultierenden Einkünfte seien im Einzelfall unstreitig dieser inländischen Betriebsstätte zuzuordnen. Darüber hinaus werden etwaige abkommensrechtliche Problemstellungen an dieser Stelle explizit ausgeklammert.

8 Vgl. hierzu nur Schallmoser in H/H/R, EStG/KStG, Nov. 2012, KStG § 8 Rn. 4.

9 So bereits Hötzel in Schaumburg/Rödter, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 212. Nicht erfasst sind diejenigen Vorschriften des EStG, die eindeutig auf den Rechtscharakter natürlicher Personen zugeschnitten sind (zB §§ 10, 33 EStG).

10 Dies muss nicht immer der Fall sein, wie das Beispiel aus der Hinzurechnungsbesteuerung zeigt, s. Teil 3.1.1.2.

11 Vgl. hierzu nur Schallmoser (Fn. 8), KStG § 8 Rn. 6.

12 Vgl. StSenkG v. 23.10.2000, BGBl. I 2000, 1433.

13 Allerdings werden 5 % der bezogenen Bruttobezüge als nicht abzugsfähige Betriebsausgaben nach § 8b Abs. 5 S. 1 KStG wieder der Bemessungsgrundlage hinzugerechnet.

14 „Gewöhnlich“ in Abgrenzung zu Bank- und Versicherungsunternehmen, die in Teil 2.2.2 und 2.2.3 behandelt werden.

15 Vgl. EuGH DivUmsG v. 21.3.2013, BGBl. I 2013, 561. Bis zur Neufassung von § 8b Abs. 4 KStG wurde die Kapitalertragsteuer für diejenigen EU/EWR-Kapitalgesellschaften, welche nicht in den Anwendungsbereich der MTRL gelangten, nach § 32 Abs. 1 Nr. 1 KStG definitiv. Der EuGH erkannte in dieser Ungleichbehandlung eine Europarechtswidrigkeit. Der Gesetzgeber gestaltete daher für die Nutzung der körperschaftsteuerlichen Beteiligungsertragsbefreiung eine § 43b Abs. 2 S. 1 EStG entsprechende Mindestbeteiligungsquote auch für inländische Kapitalgesellschaften aus.

### 2.2.1 Für Kapitalgesellschaften (§ 8b Abs. 4 KStG)

Bei „gewöhnlichen“<sup>14</sup> Kapitalgesellschaften unterliegen laufende Beteiligungserträge abweichend vom Grundfall nach § 8b Abs. 4 S. 1 KStG der körperschaftsteuerlichen Regelbesteuerung, wenn die Beteiligungshöhe zu Beginn des Kalenderjahres weniger als 10 % beträgt.<sup>15</sup>

§ 8b Abs. 4 KStG enthält hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs für im Ausland ansässige Gesellschaften keine eigene Bestimmung. Anzuwenden ist die Vorschrift demnach auf unbeschränkt (§ 1 KStG) und beschränkt körperschaftsteuerpflichtige Gesellschaften (§ 2 KStG), ohne eine Differenzierung von EU/EWR- oder Drittstaaten-Gesellschaften.<sup>16</sup>

### 2.2.2 Für Banken & Ähnliche (§ 8b Abs. 7 KStG)

Für Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen iSd Kreditwesengesetzes (KWG) in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft wird unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls die körperschaftsteuerliche Regelbesteuerung angeordnet. In den Details wird zwischen den verschiedenen definierten Unternehmenstypen wie folgt differenziert:

#### 2.2.2.1 Unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtige Gesellschaften

Halten im Inland unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaften in Form eines Kreditinstituts<sup>17</sup> oder Finanzdienstleistungsinstituts<sup>18</sup> eine dem sog Handelsbuch<sup>19</sup> zuzurechnende Beteiligung, unterliegen die (nur aus dieser Beteiligungsart fließenden) Erträge nach § 8b Abs. 7 S. 1 KStG der Regelbesteuerung. Wird von Finanzunternehmen<sup>20</sup> eine Beteiligung, unabhängig von einer Handelsbuchpflicht, aber mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolges erworben, unterliegen die Erträge nach § 8b Abs. 7 S. 2 KStG der Regelbesteuerung.<sup>21</sup>

Die Suspendierung der § 8b Abs. 1 bis 6 KStG bewirkt, dass das Ergebnis (positiv oder negativ) aus dem Grundgeschäft zwar voll steuerpflichtig ist, das Ergebnis (positiv oder negativ) aus dem Sicherungsgeschäft aber nicht mehr in der Schedule besteuert wird<sup>22</sup> und damit ebenfalls voll

16 Vgl. Watermeyer in Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, Juni 2014, KStG § 8b Rn. 10. Voraussetzung ist allerdings in grenzüberschreitenden Fällen die Zuordnung der Beteiligung zu einer inländischen Betriebsstätte der ausländischen Kapitalgesellschaft, vgl. hierzu nur Schmitzer in Schmitzer/Fehrenbacher, KStG, 1. Aufl. 2012, § 8b Rn. 52.

17 Gemäß § 1 Abs. 1 KWG.

18 Gemäß § 1 Abs. 1a KWG.

19 Gemäß § 1a KWG.

20 Gemäß § 1 Abs. 3 KWG.

21 Hintergrund der Ausnahmen ist, dass Banken & Ähnliche im Rahmen ihres Eigenhandels Kapitalgesellschaftsbeteiligungen an- und verkaufen (sog Grundgeschäfte) und die damit einhergehenden Transaktionsrisiken absichern (sog Sicherungsgeschäfte). Positive Ergebnisse werden entweder aus den Grund-, aber regelmäßig auch aus den Sicherungsgeschäften erzielt.

22 Denn nach § 15 Abs. 4 S. 4 EStG gilt die Schedulesbesteuerung des § 15 Abs. 4 S. 3 EStG nicht für Geschäfte, die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb bei Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten und Finanzunternehmen gehören. Die Rückausnahme in § 15 Abs. 4 S. 5 EStG kommt nicht zur Anwendung, da dessen Anwendungsbereich (Besteuerung des Veräußerungsgewinns im Rahmen von § 8b Abs. 2 KStG) nicht eröffnet ist.

## AUFsätze

steuerpflichtig ist.<sup>23</sup> In der Konsequenz wird damit den branchentypischen Besonderheiten im Rahmen der leistungsgerechten Besteuerung von Banken, Versicherungsgesellschaften und Finanzunternehmen mit der Suspendierung der Beteiligungsertragsbefreiung Rechnung getragen.<sup>24</sup>

### 2.2.2.2 Beschränkt körperschaftsteuerpflichtige Gesellschaften

#### (1) EU/EWR-Gesellschaften

§ 8b Abs. 7 S. 3 KStG ordnet per Rechtsfolgenverweis ebenfalls die og Suspendierung für EU/EWR-Gesellschaften an.

#### (2) Drittstaaten-Gesellschaften

§ 8b Abs. 7 KStG enthält keine Aussage für Drittstaaten-Gesellschaften. Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute eines Drittstaates, welche eine Zweigniederlassung im Inland gemäß § 53 KWG unterhalten, haben allerdings ein Handelsbuch gemäß § 1a KWG zu führen, sodass hier der Anwendungsbereich des § 8b Abs. 7 S. 1 KStG eröffnet ist.<sup>25</sup>

Finanzunternehmen eines Drittstaates müssen kein Handelsbuch gemäß § 1a KWG führen, fallen also nicht in den Anwendungsbereich von § 8b Abs. 7 S. 1 KStG. Auch erfasst § 8b Abs. 7 S. 3 KStG nur EU/EWR-Gesellschaften. Daher ist die Anwendung von § 8b Abs. 7 KStG auf diese Gruppe in der Literatur umstritten.<sup>26</sup> Gleichwohl soll auch bei Finanzunternehmen eines Drittstaates die Grundregel des § 8b Abs. 7 S. 2 KStG zur Anwendung kommen.<sup>27</sup>

### 2.2.3 Für Versicherungen (§ 8b Abs. 8 KStG)

#### 2.2.3.1 Unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtige Gesellschaften

Im Inland unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtige Gesellschaften in Form von Lebens- und Krankversicherungs-

23 Dies erklärt auch, warum die Suspendierung auf Wunsch der Banken eingefügt wurde, vgl. auch den Bericht des Finanzausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des InvZulG v. 16.11.2000, BT-Drs. 14/4626, 3.

24 Würden positive Ergebnisse ausschließlich aus den Grundgeschäften resultieren, könnten jene Gewinne über § 8b Abs. 2 KStG steuerfrei vereinnahmt werden, wenn auch die Verluste aus den Sicherungsgeschäften durch § 15 Abs. 4 S. 5 EStG in Zukunft nur mit ebensolchen Gewinnen verrechenbar wären (Schedulbesteuerung). Resultieren positive Ergebnisse jedoch umgekehrt aus den Sicherungsgeschäften, wären diese als laufende Einkünfte voll steuerpflichtig. Der negative Saldo aus derartigen Anteilen bliebe aber aufgrund von § 8b Abs. 3 S. 3 KStG gänzlich – und ohne Vortragsmöglichkeit – steuerlich unberücksichtigt.

25 *Schnitger* (Fn. 16), Rn. 686.

26 Vgl. dazu *Pung* in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, KSt, Dez. 2014, KStG § 8b Rn. 424, *Schnitger* (Fn. 16), § 8b Rn. 688; *Kröner* in *Ernst & Young*, KStG, Juni 2010, § 8b Rn. 286; *Jacob/Scheifele* ISrR 2009, 304 (309), *Pyska/Brauer* BB 2002, 1669 (1673).

27 Andernfalls ergäbe sich eine gleichheitswidrige Differenzierung nach dem Sitz des Finanzunternehmens (vgl. *Pyska/Brauer* BB 2002, 1669 [1673]), sodass inländische und EU/EWR-Gesellschaften ihren Gewinn zu versteuern hätten, Drittstaaten-Gesellschaften indes nicht, da sie auf die Befreiung in § 8b Abs. 1, 2 KStG zurückfallen würden. Ein sachlicher Grund für diese Differenzierung besteht nicht, vgl. *Schnitger* (Fn. 16), Rn. 688; *Pyska/Brauer* BB 2002, 1669 (1673).

28 Gemäß § 1 VAG.

unternehmen<sup>28</sup> sowie Pensionsfonds<sup>29</sup> müssen (ausschließlich) die Erträge aus einer den Kapitalanlagen zuzurechnenden Beteiligung nach § 8b Abs. 8 S. 1 KStG der körperschaftsteuerlichen Regelbesteuerung unterwerfen.<sup>30</sup>

§ 8b Abs. 8 KStG trägt damit den Besonderheiten im Rahmen der Besteuerung von Versicherungsunternehmen Rechnung. Für diese ergab sich im Zuge der Unternehmenssteuerreform 2000<sup>31</sup> zunächst die vorteilhafte Situation, dass die vereinnahmten Beteiligungserträge nach § 8b Abs. 1, 2 KStG von der Bemessungsgrundlage der Körperschaftsteuer ausgeklammert wurden. Die außersteuerliche Verpflichtung<sup>32</sup> zur Einstellung dieser Beiträge in die Rückstellungen für Beitragsrückerstattungen stellte allerdings dessen ungeachtet steuerlichen Aufwand dar<sup>33</sup>, was eine doppelte Begünstigung zur Folge hatte. Im Zuge der Kurskonsolidierung an den Kapitalmärkten infolge des Platzens der „New-Economy-Blase“ verkehrte sich diese Situation allerdings in ihr Gegenteil, da korrespondierend zur Steuerfreistellung von Beteiligungserträgen und Veräußerungsgewinnen potenzielle Teilwertabschreibungen auf das Beteiligungsvermögen nach § 8b Abs. 3 S. 3 KStG ebenfalls steuerneutral zu erfolgen hatten.<sup>34</sup> Die dadurch drohende Gefahr einer Übermaßbesteuerung<sup>35</sup> begegnete der Gesetzgeber durch die Suspendierung der körperschaftsteuerlichen Beteiligungsertragsbefreiung nach § 8b Abs. 8 S. 1 KStG für Versicherungsunternehmen bzw. Pensionsfonds.<sup>36</sup> Spiegelbildlich waren somit ebenfalls ertragswirksame Teilwertabschreibungen wieder möglich.

### 2.2.3.2 Beschränkt körperschaftsteuerpflichtige Gesellschaften

#### (1) EU/EWR-Gesellschaften

Über §§ 13a ff. VAG sind auch EU/EWR-Gesellschaften vom Grundtatbestand des § 8b Abs. 8 S. 1 KStG erfasst, mithin greift die Suspendierung.

#### (2) Drittstaaten-Gesellschaften

Über §§ 106 ff. VAG sind auch Drittstaaten-Gesellschaften vom Grundtatbestand des § 8b Abs. 8 S. 1 KStG erfasst, weshalb hier ebenfalls die Suspendierung greift.

29 Pensionsfonds iSd § 118a VAG werden über § 8b Abs. 8 S. 5 KStG ebenfalls erfasst.

30 § 7 Abs. 1 VAG beschränkt den Kreis der Rechtsformen, welche das Versicherungsgeschäft betreiben dürfen, auf den Kreis der Kapitalgesellschaften (zulassungsberechtigt sind nur AG, SE, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts).

31 Vgl. *StSenk* v. 23.10.2000, BGBl. I 2000, 1433.

32 Vgl. hierzu §§ 81c, 81d VAG.

33 Vgl. hierzu *Schnitger* (Fn. 16), § 8b Rn. 727.

34 Vgl. hierzu instruktiv *Schick* in *Erle/Sauter*, KStG, 3. Aufl. 2010, § 8b Rn. 391; ergänzend auch *Leis* FR 2004, 53 (61 f.).

35 Dies stellte allerdings letztlich lediglich eine systemische Konsequenz der vorherigen Doppelbegünstigung dar, vgl. hierzu *Gosch* in *Gosch*, KStG, 2. Aufl. 2009, § 8b Rn. 610.

36 Vgl. hierzu Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz („Korb II“), BGBl. I 2003, 2840.

## 2.3 Zwischendarstellung

	Regelbesteuerung der Beteiligungserträge?		
	Unbeschränkt Steuerpflichtig	Beschränkt Steuerpflichtig (über inl. Betriebsstätte)	
		EU/EWR	Drittstaat
Kapitalgesellschaften	Ja (§ 8b Abs. 4 S. 1 KStG)	Ja	Ja
Kreditinstitute	Ja (§ 8b Abs. 7 S. 1 KStG)	Ja (§ 8b Abs. 7 S. 3 KStG)	Ja (§ 8b Abs. 7 S. 1 KStG)
Finanzdienstleistungsinstitute	Ja (§ 8b Abs. 7 S. 1 KStG)	Ja (§ 8b Abs. 7 S. 3 KStG)	Ja (§ 8b Abs. 7 S. 1 KStG)
Finanzunternehmen	Ja (§ 8b Abs. 7 S. 1 KStG)	Ja (§ 8b Abs. 7 S. 3 KStG)	Ja (§ 8b Abs. 7 S. 2 KStG), aber strittig <sup>37</sup>
Versicherungen	Ja (§ 8b Abs. 8 S. 1, 5 KStG)	Ja (§ 8b Abs. 8 S. 1, 5 KStG)	Ja (§ 8b Abs. 8 S. 1, 5 KStG)

## 3. Konkurrenz von § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG?

Zur Diskussion steht, ob in den obigen Fallgruppen, in denen bei Kapitalgesellschaften, Banken oder Versicherungen, keine Steuerfreistellung nach § 8b Abs. 1 S. 1 KStG erfolgt, das Teileinkünfteverfahren nach § 3 Nr. 40 Buchst. d oder e EStG (iVm § 8 Abs. 1 KStG) zur Anwendung kommen kann.<sup>38</sup> Um zu prüfen, welche Rechtsnorm auf den zu diskutierenden Fall anzuwenden ist, bedarf es der klassischen Auslegungsmethoden, an welchen sich die nachfolgende Prüfung orientiert.<sup>39</sup>

### 3.1 Suspendierung nach § 8b Abs. 4 S. 1 KStG

#### 3.1.1 Wortlaut

§ 3 Nr. 40 Buchst. d und e EStG erfassen auf den ersten Blick gleichermaßen wie § 8b Abs. 1 S. 1 KStG Bezüge iSd § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 9 EStG.

#### 3.1.1.1 Originäre vs. subsidiär gewerbliche Einkünfte

Voraussetzung für die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens ist jedoch nach § 3 Nr. 40 S. 2 EStG, dass es sich bei den zugrundeliegenden Einkünften um nach § 20 Abs. 8 EStG *subsidiäre Einkünfte* handeln muss. Kapitalgesellschaften fließen über die Qualifikationsnorm des § 8 Abs. 2 KStG aber bereits dem Grunde nach – also nicht subsidiär – Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu.<sup>40</sup> Unstreitig scheint in der bisherigen Diskussion jedoch, dass dies die Anwendung des § 3 Nr. 40 EStG nicht ausschließt. Denn § 8 Abs. 2 KStG trifft lediglich eine Aussage darüber, *wie* die Einkünfte bei der Kapitalgesellschaft zu behandeln sind.<sup>41</sup> Zudem führt § 8 Abs. 2 KStG

gleichermaßen wie § 20 Abs. 8 EStG eine Einkünftequalifikation außerhalb der Einkünfte aus Kapitalvermögen herbei, sodass zunächst Kapitaleinkünfte vorliegen, die danach lediglich den gewerblichen Einkünften zugeordnet werden.<sup>42</sup>

Sollte es anders sein, wäre bereits die Anwendung von § 8b Abs. 1 S. 1 KStG bei Kapitalgesellschaften problematisch. Denn hier gilt ebenfalls: Außer Ansatz bleiben „Bezüge iSd § 20 (...) EStG“. Würden der Gesellschaft daher tatsächlich nur originär gewerbliche Einkünfte zufließen, könnten (ursprüngliche) Einkünfte aus Kapitalvermögen nicht über § 8b Abs. 1 S. 1 KStG außer Ansatz bleiben.<sup>43</sup>

Diese Frage stellt sich darüber hinaus auch nur für in Deutschland nach § 1 Abs. 1 KStG unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaften. Ist die Streubesitzbeteiligung dagegen einer inländischen und originär gewerblich tätigen Betriebsstätte einer ausländischen Kapitalgesellschaft zuzuordnen, unterliegen die Beteiligungserträge über § 2 Nr. 1 KStG iVm § 8 Abs. 1 KStG iVm § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a EStG in Deutschland der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht.<sup>44</sup> § 8 Abs. 2 KStG ist bei beschränkt steuerpflichtigen Körperschaften ausweislich nicht einschlägig, sodass die Betriebsstätte in diesem Fall zunächst Einkünfte aus Kapitalvermögen realisiert, welche infolge von § 20 Abs. 8 EStG in gewerbliche Einkünfte umqualifiziert werden.

#### Beispiel 1:

Die in einem Drittstaat<sup>45</sup> ansässige Versicherungsgesellschaft Insurance-Corp. unterhält in Deutschland eine Vertriebsbetriebsstätte.<sup>46</sup> Diese beschäftigt Versicherungsvertreter, welche nahezu ausschließlich Versicherungen im Bereich des Maschinen- und Anlagenbaus vertreiben. Zur Intensivierung der Geschäftskontakte in der Zielbranche wird seit Jahren eine Beteiligung iHv 15 % an der inländischen Werkzeug-GmbH gehalten.<sup>47</sup> Diese ist unstreitig dem Betriebsstättenvermögen zuzuordnen.<sup>48</sup> Im Laufe des Erhebungszeitraumes 2014 beschließt die Werkzeug-GmbH eine Gewinnausschüttung. Welche Einkunftsart wird im Rahmen der Gewinnausschüttung verwirklicht?

#### Lösung 1:

Grundsätzlich unterliegt die Insurance-Corp. mit ihren Betriebsstätteinkünften der beschränkten Steuerpflicht nach § 2 Nr. 1 KStG. Die Fiktion gewerblicher Einkünfte nach § 8 Abs. 2 KStG ist in Ermangelung einer unbeschränkten Steuerpflicht damit nicht ein-

42 Vgl. *Joisten/Vossell* FR 2014, 794 (796); iE auch *Maciejewski/Reh* DStR 2015, 1481.

43 Die Anknüpfung an Bezüge iSd § 20 EStG ist eine rein materielle, sodass die Zuordnung zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb unbeachtlich ist und das Gesetz einen potenziellen Wertungswiderspruch aus Praktikabilitätsgründen in Kauf nimmt, vgl. dazu *Gosch* (Fn. 35), § 8b Rn. 102.

44 Vgl. grundlegend *Jacobs/Endres/Spengel* in *Jacobs*, Internationale Unternehmensbesteuerung, 7. Aufl. 2011, 335 ff.

45 Auf Grund des Sitzes in einem Drittstaat finden die Vorschriften des § 8b Abs. 9 KStG keine Anwendung, dessen ungeachtet ist auch für Versicherungsgesellschaften aus Drittstaaten ein Markteintritt nach einem zu absolvierenden aufsichtsrechtlichen Genehmigungsverfahren möglich, vgl. hierzu §§ 105 ff. VAG.

46 Alternativ wäre jede andere transparent zu steuernde Struktur denkbar, insbesondere bietet sich in diesem Zusammenhang eine gewerblich geprägte GmbH & Co. KG an.

47 § 8b Abs. 8 S. 1 KStG adressiert unterschiedslos alle Kapitalanlagen, vgl. hierzu *Schmitzer* (Fn. 16), § 8b Rn. 737; ergänzend auch *Wagner* DStR 2006, 609 (616).

48 Vgl. zur abkommensrechtlichen Zuordnung von Beteiligungen an Betriebsstätten ausführlich *Häck* ISR 2015, 113.

37 Siehe die Nachweise in Fn. 39.

38 Bereits im Zuge der Unternehmensteuerreform 2001 stellte *Hötzel* fest, dass „§ 3 Nr. 40 EStG (...) für den Bereich der Einkommensteuer, der Gewerbesteuer und zunächst auch der Körperschaftsteuer [gilt]“. Nach damaligem Rechtsstand der körperschaftsteuerlichen Beteiligungsertragsbefreiung galt die körperschaftsteuerliche Steuerbefreiung allerdings voraussetzungslos für alle Beteiligungserträge, welche von Kapitalgesellschaften vereinnahmt wurden. Insoweit ergab sich seinerzeit kein zu diskutierender Anwendungsbereich des Teileinkünfteverfahrens, vgl. hierzu *Hötzel* (Fn. 9), 212.

39 Vgl. dazu stellvertretend *Englisch* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 5 Rn. 55 ff.

40 Vgl. stellvertretend *Schallmoser* (Fn. 8), KStG § 8 Rn. 39.

41 Vgl. *Rathke/Ritter* DStR 2014, 1207 (1208).

schlãg  
S. 1 K  
EStG a

Zwisc  
Abs. 2  
rens u  
Nr. 40

3.1.1

N  
mittlu  
EStG  
der E  
könn  
den, v  
lung z

De  
argum  
stellen  
besteu  
der a  
winne  
Abs. 2  
im G

tung o  
mehr  
pitalge  
Buchst  
nicht r  
erfreih  
besitz  
die Vo  
würde  
setzun

nungsl  
sein ka  
All  
nur be  
Steuerj  
sollte e  
mer no  
der Re  
rung n  
schen U

49 § 3 E  
50 So J  
51 Vgl.  
Rn. 49;  
EStG § 3  
feld, ASt  
52 Vgl.  
ist die A  
enthalten  
Downloa  
wandlung  
onFile&v  
53 Es lä  
mit der C  
on Watrin

## AUFsätze

schlägig. Allerdings sind die Betriebsstätteneinkünfte nach § 8 Abs. 1 S. 1 KStG iVm § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a EStG iVm § 15 Abs. 2 EStG als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu qualifizieren.

**Zwischenfazit:** Die Einkünftequalifikationsnorm des § 8 Abs. 2 KStG steht der Anwendung des Teileinkünfteverfahrens und seiner Voraussetzung subsidiärer Einkünfte in § 3 Nr. 40 S. 2 EStG nicht entgegen.

### 3.1.1.2 Einnahmen vs. Einkünfte

Nach § 8b Abs. 4 S. 1 KStG sind die Erträge bei der Ermittlung des *Einkommens* zu berücksichtigen. § 3 Nr. 40 EStG greift allerdings bereits eine Stufe zuvor, denn 40 % der *Einnahmen* sind steuerfrei.<sup>49</sup> Von der Gesetzesreihenfolge könnten die Erträge demzufolge nicht zunächst gekürzt werden, wenn sie später ungekürzt bei der Einkommensermittlung zu berücksichtigen sind.<sup>50</sup>

Dem ist uE zunächst zuzustimmen. Gleichwohl könnte argumentiert werden, dass dies in praxi kein Problem darstellen muss. So zeigt sich bei der AStG-Hinzurechnungsbesteuerung ein ähnlich gelagertes Problem: Werden die in der ausländischen Zwischengesellschaft thesaurierten Gewinne durch den Ansatz des Hinzurechnungsbetrags (§ 10 Abs. 2 AStG) der inländischen Besteuerung zugeführt, soll im Gegenzug die spätere (tatsächliche) Gewinnausschüttung der ausländischen Kapitalgesellschaft zur Gänze nicht mehr der Besteuerung unterliegen.<sup>51</sup> Hierfür wird bei Kapitalgesellschaften von der Finanzverwaltung § 3 Nr. 41 Buchst. a EStG auf die Ausschüttung angewendet<sup>52</sup>, der nicht nur für eine 95%ige, sondern für eine 100%ige Steuerfreiheit der Dividende sorgt, obwohl bei einer Streubesitzbeteiligung die Ausschüttung unstrittig gleichzeitig die Voraussetzungen des § 8b Abs. 4 S. 1 KStG erfüllen würde. Zudem hat § 3 Nr. 41 Buchst. a EStG die Voraussetzung einer Einkommensteuerbelastung des Hinzurechnungsbetrags, die bei Kapitalgesellschaften nicht gegeben sein kann.<sup>53</sup>

Allerdings ist zuzugeben, dass sich ein solches Ergebnis nur bei gleicher Auffassung von Finanzverwaltung und Steuerpflichtigen erreichen lässt, wobei finanzgerichtlich – sollte ein derartiger Fall anhängig werden – das Ergebnis immer noch ein anderes sein kann. Zudem stellt die Divergenz der Rechtsfolgen an der Stelle der Hinzurechnungsbesteuerung nur schwerlich eine Rechtfertigung für die systematischen Unschärfen der Beteiligungsertragsbefreiung dar.

49 § 3 EStG ist mit „Steuerfreie Einnahmen“ überschrieben.

50 So Joisten/Vossel FR 2014, 794 (796).

51 Vgl. Möller/Sternier in Erle/Sauter, KStG, 3. Aufl. 2010, § 3 Nr. 41 Rn. 49; Intemann in Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, Mai 2013, EStG § 3 Nr. 41 Rn. 4, Schönfeld in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, AStG, Mai 2006, § 3 Nr. 41 Rn. 59.

52 Vgl. R 32 Abs. 1 Nr. 1 KStR 2004. Auch im Entwurf der KStR 2015 ist die Anwendung des § 3 Nr. 41 EStG bei Kapitalgesellschaften noch enthalten, vgl. [http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF\\_Schreiben/Steuerarten/Koerperschaftsteuer\\_Umwandlungssteuer/2015-05-18-entwurf-kstr-2015.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Steuerarten/Koerperschaftsteuer_Umwandlungssteuer/2015-05-18-entwurf-kstr-2015.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (Abruf am 10.9.2015).

53 Es lässt sich daher auch diskutieren, ob nicht bereits dieses Vorgehen mit der Gesetzestechnik unvereinbar ist. Vgl. ausführlich zu der Diskussion Watrin/Eberhardt DStR 2013, 2601.

**Zwischenfazit:** Der Wortlaut des Teileinkünfteverfahrens widerspricht der Anwendung auf die Fälle des § 8b Abs. 4 KStG.

### 3.1.2 Systematik

Mag der Wortlaut eindeutig sein, so ist dessen ungeachtet die Folgerichtigkeit der Rechtsfolge stets noch mit Blick auf teleologische Kriterien zu prüfen. Denn auch eine verbal eindeutige Subsumtion kann den Gesetzeszweck verfehlen.<sup>54</sup>

Angeführt wird, dass mit der Suspendierung in § 8b Abs. 4 S. 1 KStG nunmehr § 3 Nr. 40 EStG als speziellere Norm anzuwenden sei.<sup>55</sup> Hierzu ist Vossel/Joisten<sup>56</sup> uneingeschränkt darin zuzustimmen, dass § 8b Abs. 4 S. 1 KStG gerade die Vorgabe enthält, wie Streubesitzdividenden zu behandeln sind und damit selbst als *lex specialis* anzusehen sei. Weiterhin ist der Tatsache zuzustimmen, dass § 8b Abs. 4 S. 1 KStG den Grundfall des § 8b Abs. 1 S. 1 KStG nicht suspendiert<sup>57</sup>, was durch die Formulierung „Bezüge (...) sind abweichend von Abs. 1 S. 1 (...) zu berücksichtigen“ kenntlich wird.<sup>58</sup>

**Zwischenfazit:** § 3 Nr. 40 EStG stellt zu § 8b Abs. 4 KStG nicht die speziellere Norm dar, da letztere bereits den Spezialfall eigenständig regelt.

### 3.1.3 Telos

Schwerwiegendstes Argument gegen die Anwendung des § 3 Nr. 40 EStG auf die Fälle des § 8b Abs. 4 S. 1 KStG ist wohl dessen insgesamt zu sehender Sinn und Zweck. Unstrittig ist, dass § 3 Nr. 40 EStG für die typisierende Berücksichtigung der körperschaftsteuerlichen Vorbelastung bei Einzel- und Mitunternehmern geschaffen wurde.<sup>59</sup> Der Gesetzgeber hat wohl nicht mit der Einführung von § 8b Abs. 4 S. 1 KStG gleichzeitig beabsichtigt, auf diese Fälle § 3 Nr. 40 EStG zur Anwendung zu bringen.<sup>60</sup>

Deutlich wird das gegensätzliche Ziel beider Regelungskonzepte dann, wenn die fiskalisch bzw. europarechtlich motivierte Einschränkung der Beteiligungsertragsbefreiung ausgeblendet wird. Im Kern der Regelungsnorm verbleibt die vollständige Steuerfreistellung ausgekehrter Dividendenerträge. Diese steht vor dem Hintergrund der Tatsache, dass sich auf Grund der Zwischenschaltung von Kapitalgesellschaften in einer Beteiligungskette die finanzielle Leistungsfähigkeit einer natürlichen Person als (Letzt-)Anteilseigner nicht erhöht. Der Gedanke der Kompensation einer eventuellen Vorbelastung durch einen lediglich teilweisen Einbezug der Dividendenerträge in die steuerliche Bemessungsgrundlage ist damit dem Regelungskonzept der Beteiligungsertragsbefreiung systemfremd. Diese erfolgt pauschalierend bei der finalen Berücksichtigung der Ausschüttungsbelas-

54 Vgl. Englisch (Fn. 39), § 5 Rn. 57.

55 Vgl. Rathke/Ritter DStR 2014, 1207 (1209); Tillmann StBW 2014, 794.

56 Vgl. Joisten/Vossel FR 2014, 794 (796).

57 Wie das zB bei § 8b Abs. 7 und 8 KStG der Fall ist.

58 Vgl. Joisten/Vossel FR 2014, 794 (796).

59 Vgl. bereits die Begründung zum StSenkG v. 15.2.2000, BT-Drs. 14/2683, 120 zu Art. 3.

60 Vgl. iE Joisten/Vossel FR 2014, 794 (796); auch Maciejewski/Rehr DStR 2015, 1481 (1483).

tung der Quellengesellschaft im Rahmen der Besteuerung der natürlichen Person als (Letzt-)Anteilseigner.<sup>61</sup>

**Zwischenfazit:** Das Teileinkünfteverfahren ist nicht auf die Fälle des § 8b Abs. 4 KStG anwendbar. Dies ergibt sich allgemein bereits aus dem Wortlaut der Vorschriften, vor allem aber durch das gesetzgeberische Ziel, dass das Teileinkünfteverfahren als „letzte Station“ der Berücksichtigung der körperschaftsteuerlichen Vorbelastung nur bei natürlichen Personen zur Anwendung kommt.<sup>62</sup>

### 3.2 Suspendierung nach § 8b Abs. 7 KStG

§ 8b Abs. 7 S. 1, 2 KStG ordnet die Regelbesteuerung bei Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten sowie Finanzunternehmen an, weshalb die Anwendbarkeit des Teileinkünfteverfahrens diskutiert werden kann. Allerdings enthält § 3 Nr. 40 S. 2 EStG in identischer Formulierung zu § 8b Abs. 7 KStG einen Anwendungsausschluss.

Für im Inland unbeschränkt und für im EU/EWR-Gebiet ansässige und im Inland über eine Zweigniederlassung beschränkt körperschaftsteuerliche Gesellschaften ergibt sich dadurch keine Möglichkeit, in den Anwendungsbereich von § 3 Nr. 40 EStG zu gelangen.

Problematisch ist erneut der Fall von Drittstaaten-Gesellschaften. § 8b Abs. 7 KStG fehlt eine konkrete Regelung für Drittstaaten-Fälle. Gleichwohl will man über eine sonst drohende Ungleichbehandlung auch hier die Suspendierung zur Anwendung kommen lassen<sup>63</sup>, was zur Regelbesteuerung der Beteiligungserträge führt und mithin die Frage nach der Anwendbarkeit des Teileinkünfteverfahrens eröffnet. § 3 Nr. 40 EStG fehlt ebenfalls eine konkrete Regelung für Drittstaaten-Fälle. Das Gros der Kommentarliteratur macht keine Ausführungen zu diesen Drittstaaten-Fällen bzw. rezipiert lediglich den Ausschluss für EU/EWR-Gesellschaften.<sup>64</sup>

Den Ausschluss von Drittstaaten mit einer fehlenden Regelung in § 3 Nr. 40 S. 3, 4 EStG zu begründen, geht aber uE zu kurz. Der Ausschluss würde bedeuten, dass es der inländischen Zweigniederlassung grds. möglich wäre, die empfangenen Beteiligungserträge über § 3 Nr. 40 Buchst. a und d EStG zu 40 % steuerfrei zu vereinnahmen. Obwohl sich die dadurch folgende Schedulbesteuerung der (Veräußerungs-)Ergebnisse der Sicherungsgeschäfte (§ 15 Abs. 4 S. 5 EStG) sogar als positiv herausstellen könnte<sup>65</sup>, ist auch hier uE keine sachliche Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung zu EU/EWR-Gesellschaften ersichtlich, die durch § 3 Nr. 40 S. 3 EStG nicht in den Anwendungsbereich des Teileinkünfteverfahrens gelangen. Daher ist der

Ausschluss von § 3 Nr. 40 EStG nach der hier vertretenen Auffassung auch bei Drittstaaten zu bejahen.

### 3.3 Suspendierung nach § 8b Abs. 8 KStG

Im Folgenden wird anhand der in Teil 3.1 verwendeten Systematik der Frage einer potenziellen Anwendbarkeit des Teileinkünfteverfahrens auf die Fälle des § 8b Abs. 8 KStG nachgegangen.

#### 3.3.1 Wortlaut

Im Rahmen der Wortlautanalyse kann auf die entsprechenden Ausführungen in Teil 3.1.1 verwiesen werden, die dort vorgetragene Argumente bleiben auch im Kontext des § 8b Abs. 8 KStG anwendbar.

#### 3.3.2 Systematik

Entscheidend ist die Frage der Reichweite der Bereichsausnahme für Versicherungsgesellschaften und Pensionsfonds von der Beteiligungsertragsbefreiung. Hierzu ist zunächst Zweierlei festzustellen: Erstens suspendiert § 8b Abs. 8 S. 1 KStG im Gegensatz zu § 8b Abs. 4 KStG vollumfänglich die Anwendung der § 8b Abs. 1 bis 7 KStG. Zweitens erfolgt konträr zu § 8b Abs. 4 KStG gesetzestechnisch keine explizite Regelungsanweisung bzgl. der weiteren Behandlung<sup>66</sup> der betreffenden Beteiligungserträge. UE besteht insoweit keine § 8b Abs. 4 KStG entsprechende Normenkonkurrenz.

Unabhängig hiervon stellt sich allerdings die Frage, ob durch § 8b Abs. 8 S. 1 KStG die Beteiligungsertragsbefreiung insgesamt suspendiert – insoweit also negiert – wird oder ob auf Grund der Rechtsfolge von § 8b Abs. 8 S. 1 KStG die Regelungen zur körperschaftsteuerlichen Beteiligungsertragsbefreiung auch weiterhin Gültigkeit im Sinne eines abschirmenden Konkurrenzverhältnisses im Verhältnis zu den Regelungen des EStG beanspruchen können. Dem Schrifttum ist in diesem Zusammenhang keine eindeutige Position zu entnehmen.<sup>67</sup>

Auf den ersten Blick ist zunächst festzustellen, dass § 8b KStG insoweit grundsätzlich anzuwenden ist, als die Beteiligungsertragsbefreiung nach § 8b Abs. 8 KStG suspendiert wird. Allerdings gilt es einzuwenden, dass selbst bei einem Fortgelten der „Abschirmwirkung“ der körperschaftsteuerlichen Beteiligungsertragsbefreiung uE eine lediglich grundsätzliche Anwendbarkeit von § 8b KStG für eine Normenkonkurrenz nicht ausreichend ist.<sup>68</sup> Des Weiteren stehen die

66 Im Gegensatz zu § 8b Abs. 4 KStG, wonach „Bezüge iSd Abs. 1 abweichend von Abs. 1 S. 1 bei der Ermittlung des Einkommens anzusetzen sind“, wird in § 8b Abs. 8 KStG lediglich kodifiziert, dass die Abs. 1 bis 7 nicht anzuwenden sind.

67 Vgl. hierzu *Pung* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, KSt, Aug. 2011, KStG § 8b Rn. 454; *Geißer* in Mössner/Seeger, KStG, 2. Aufl. 2014, § 8b Rn. 631; *Frotscher* in Frotscher/Maas, KStG/GewStG/UmwStG, Nov. 2013, KStG § 8b Rn. 597; *Schick* (Fn. 34), § 8b Rn. 395; *Gosch* (Fn. 35), § 8b Rn. 560; *Binnewies* in Streck, KStG, 7. Aufl. 2008, Rn. 185; *Schnitzler* (Fn. 16), § 8b Rn. 742; *Watermeyer* (Fn. 16), KStG § 8b Rn. 238; *Kröner* in Ernst & Young, KStG, April 2004, § 8b Rn. 299. Insoweit eindeutig positioniert sich *Rengers*, welcher bemerkt dass die Beteiligungserträge von steuerverhaftet seien „[...] sofern nicht anderweitige Sonderregelungen bestehen [...]“, vgl. hierzu *Rengers* in Blümich, EStG/KStG/GewStG, Juni 2013, KStG § 8b Rn. 460.

68 So im Ergebnis auch *Joisten/Vossell* FR 2014 794 (796); *Rathke/Roth* DStR 2014, 1207 (1209).

61 So iE auch *Crezelius* DB 2001, 221.

62 Vgl. erneut *Crezelius* DB 2001, 221 (224).

63 Vgl. Teil 2.2.2.2.

64 Mit Ausnahme der Auffassung von *v. Beckerath* wird die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens in der Kommentarliteratur explizit verneint, vgl. *v. Beckerath* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, Okt. 2008, § 3 Nr. 40 Rn. B40/347 und erneut *v. Beckerath* in Kirchhof, EStG, 14. Aufl. 2015, § 3 Rn. 114.

65 Hier besteht gerade nicht die Problematik, dass Verluste wie durch § 8b Abs. 3 S. 3 KStG zukünftig nicht mehr steuerwirksam werden können, allerdings wären im Einzelfall die Konsequenzen der Verlustschedule des § 15 Abs. 4 S. 5 EStG zu berücksichtigen.

## AUFSÄTZE

Normen des § 8b Abs. 8 KStG und § 3 Nr. 40 EStG auf den zweiten Blick in keinem Konkurrenz-, sondern in einem Ergänzungsverhältnis: Gerade weil § 8b Abs. 8 KStG die Abs. 1-7 der Körperschaftsteuerlichen Beteiligungsertragsbefreiung suspendiert, kann das subsidiäre, einkommensteuerliche Teileinkünfteverfahren überhaupt zur Anwendung gelangen.

UE sprechen damit gute Gründe für die Auffassung, dass es auf Grund der Suspendierung der Beteiligungsertragsbefreiung insoweit zu einer parallelen, ergänzenden Anwendung von § 8b Abs. 8 KStG und § 3 Nr. 40 EStG kommt.<sup>69</sup> Des Weiteren enthält § 3 Nr. 40 EStG keinen Ausschluss für die Fälle des § 8b Abs. 8 KStG, wie es im Vergleich mit § 3 Nr. 40 S. 3 EStG für die Fälle des § 8b Abs. 7 KStG geregelt wird. Es könnte damit argumentiert werden, dass durch die fehlende Suspendierung in § 3 Nr. 40 EStG der Anwendungsbereich des Teileinkünfteverfahrens eröffnet ist. Für die unterlassene Regelung spricht jedoch, dass Versicherungsgesellschaften und Pensionsfonds nicht in der Rechtsform einer Personengesellschaft tätig werden dürfen<sup>70</sup>, es insoweit auch keinen Regelungsbedarf im Teileinkünfteverfahren gegeben hat. Es ist allerdings erneut der Beispielsfall einer inländischen Betriebsstätte einer ausländischen<sup>71</sup> Versicherungsgesellschaft oder eines ausländischen Pensionsfonds denkbar, in dessen Zusammenhang das Teileinkünfteverfahren Anwendung finden könnte, hierzu wird die Lösung des in Teil 3.1.1.1 entwickelten Fallbeispiels fortgeführt:

#### Lösung 1 (Fortsetzung):

Auf Grund der Zuordnung der Beteiligung an der Werkzeug-GmbH zum gewerblichen Betriebsstättenvermögen entfaltet zunächst der Kapitalertragsteuereinbehalt nach § 8 Abs. 1 S. 1 KStG iVm § 50 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 EStG keine abgeltende Wirkung, die Ertragsteuerbelastung wird im Veranlagungsverfahren ermittelt. Des Weiteren ist in diesem Zusammenhang die Subsidiaritätsklausel in § 20 Abs. 8 EStG zu beachten.

Auf Grund des insoweit fehlenden Spezialitätsvorbehalts in § 8b Abs. 8 KStG auf der einen, der Anwendung von § 20 Abs. 8 EStG und einer fehlenden Restriktion in § 3 Nr. 40 S. 3, 4 EStG auf der anderen Seite, kann damit das Teileinkünfteverfahren zu Anwendung gelangen.

**Zwischenfazit:** Für in Drittstaaten ansässige Versicherungsgesellschaften oder Pensionsfonds, die über eine inländische Betriebsstätte im Inland tätig werden, eröffnet sich gesetzestechnisch die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens auf erzielte Beteiligungserträge.

#### 3.3.3 Telos

Scheint auf Grund der Regelungstechnik und des fehlenden Spezialitätsvorbehalts im Rahmen des Wortlauts von

69 Implizit auch bereits Hötzel, nach dessen Auffassung im Zuge des Systemwechsels zu einem klassischen Körperschaftsteuersystem das Teileinkünfteverfahren „zunächst“ auch für die Belange der Körperschaftsteuer Anwendung finden sollte, die Diskussion einer tatsächlichen Anwendung stellte sich zum damaligen Zeitpunkt allerdings (noch) nicht, da § 8b KStG in der damaligen Fassung voraussetzungslos alle Beteiligungserträge, welche Kapitalgesellschaften zuflossen, von der Bemessungsgrundlage separierte, vgl. hierzu Hötzel (Fn. 9), 212.

70 Vgl. § 7 Abs. 1 VAG

71 In einem Drittstaat ansässige Gesellschaft, da andernfalls die Rücknahme in § 8b Abs. 9 KStG greifen würde.

§ 8b Abs. 8 KStG eine Anwendung des Teileinkünfteverfahrens auf den ersten Blick noch begründ- und diskutierbar, so ist es fraglich, ob die Nutzung von § 3 Nr. 40 EStG durch Versicherungskapitalgesellschaften auch dem Normtelos entspricht.

Neben den bereits angeführten Argumenten in Zusammenhang mit § 8b Abs. 4 und 7 KStG ist insbesondere der eingangs erläuterte ökonomische Hintergrund für die Suspendierung der Beteiligungsertragsbefreiung sowie die Gesetzesbegründung vorzubringen. So hatten zu keinem Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens weder die gesetzgebenden Institutionen<sup>72</sup> noch die von der Neuregelung erfassten Unternehmen<sup>73</sup> die Absicht, eine lediglich partielle Steuerpflicht im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens zu bewerkstelligen.<sup>74</sup> Erklärtes Ziel war es, die vollumfängliche Steuerpflicht zufließender Beteiligungserträge und Veräußerungsgewinne zu gewährleisten, um im Gegenzug ertragswirksame Teilwertabschreibungen auf das Beteiligungsvermögen vornehmen zu können.

**Zwischenfazit:** Vor dem Hintergrund des insoweit eindeutigen Normtelos ist damit eine Anwendung des Teileinkünfteverfahrens nach § 3 Nr. 40 EStG im Kapitalgesellschaftskosmos auch für Versicherungsgesellschaften iSd § 8b Abs. 8 KStG regelmäßig zu verneinen.

#### 3.4 Zwischendarstellung

	Anwendung des Teileinkünfteverfahrens auf die Beteiligungserträge?		
	Unbeschränkt Steuerpflichtig	Beschränkt Steuerpflichtig (über inl. Betriebsstätte)	
		EU/EWR	Drittstaat
Kapitalgesellschaften	Nein	Nein	Nein
Kreditinstitute	Nein	Nein	Nein
Finanzdienstleistungsinstitute	Nein	Nein	Nein
Finanzunternehmen	Nein	Nein	Nein (Keine gesetzliche Regelung, aber ansonsten Ungleichbehandlung zu EU/EWR-Gesellschaften)
Versicherungen	Nein	Nein	Nein (Gesetzestechnische Anwendungsmöglichkeit, aber nicht dem Sinn und Zweck entsprechend)

#### 4. Zusammenfassung

Es konnte gezeigt werden, dass das Teileinkünfteverfahren in § 3 Nr. 40 EStG auf keine Fälle der in § 8b KStG an-

72 Vgl. hierzu BT-Drs. 15/665, 3; BT-Drs. 15/1684, 9; ergänzend auch die Ausführungen von Schick (Fn. 34), § 8b Rn. 380; Gosch (Fn. 35), § 8b Rn. 610 f.

73 Vgl. hierzu expressis verbis Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft eV, Jahrbuch 2004 – Die Deutsche Versicherungswirtschaft, 2004, 20, abrufbar unter [http://www.gdv.de/wp-content/uploads/2011/11/GDV\\_Jahrbuch\\_2004.pdf](http://www.gdv.de/wp-content/uploads/2011/11/GDV_Jahrbuch_2004.pdf) (Abruf am 29.6.2015).

74 Im Rahmen einer partiellen steuerlichen Einbeziehung der Beteiligungserträge und Veräußerungsgewinne stellte sich auch hier die spiegelbildliche Problematik der Abzugsbeschränkungen des § 3c EStG.

geordneten Regelbesteuerung anzuwenden ist. Dessen Anwendung im Rahmen von § 8b Abs. 4 KStG scheidet aufgrund des Spezialitätsverhältnisses der körperschaftsteuerlichen Norm aus.

Für § 8b Abs. 7 KStG enthält § 3 Nr. 40 EStG in identischer Formulierung einen Ausschluss für unbeschränkt steuerpflichtige Gesellschaften und beschränkt steuerpflichtige EU/EWR-Gesellschaften. Für Drittstaaten-Gesellschaften fehlt sowohl im KStG als auch im EStG eine entsprechende Regelung. Gleichwohl soll § 8b Abs. 7 KStG auch bei Drittstaaten zur Anwendung kommen, da sich andernfalls eine Ungleichbehandlung zu EU/EWR-Gesellschaften ergeben würde. Der fehlende Ausschluss in § 3 Nr. 40 EStG würde die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens auch für Beteiligungserträge ermöglichen, allerdings stellt sich hier ebenso die Frage einer Ungleichbehandlung von EU/EWR-Gesellschaften, sodass uE die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens ausgeschlossen ist.

Zuletzt enthält § 8b Abs. 8 S. 1 KStG einen Ausschluss für Versicherungsgesellschaften. Auch hier fehlt es an einem entsprechenden Ausschluss in § 3 Nr. 40 EStG. Die unterlassene Regelung wird darauf zurückzuführen sein, dass das zugrundeliegende Geschäft in Deutschland nicht in der Rechtsform einer Personengesellschaft betrieben werden darf. Allerdings ist auch hier der Fall einer in einem Drittstaat ansässigen Versicherungsgesellschaft mit inländischer Betriebsstätte denkbar, die insoweit – mangels gesetzlichem Ausschluss – in den Anwendungsbereich des Teileinkünfteverfahrens gelangt. Nach dem Sinn und Zweck des Teileinkünfteverfahrens kann das Selbige jedoch auch in diesen Fällen nicht zur Anwendung kommen.

Generell bleibt festzuhalten: Während die Beteiligungsertragsbefreiung in ihrem Kern die vollständige Steuerfreistellung im Rahmen der „Durchleitung“ von Dividendenerträgen an natürliche Personen und gerade keine Berücksichtigung der Ausschüttungsbelastung enthält, ist der genuine Regelungszweck des Teileinkünfteverfahrens die finale Berücksichtigung eben jener Ausschüttungsbelastung. Die fiskalisch bzw. europarechtlich motivierten Ausnahmen von diesem Grundprinzip suspendieren den insoweit eindeutigen Normtelos nicht. In der Konsequenz scheidet damit die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens im Rahmen der Suspendierung der Beteiligungsertragsbefreiung nach § 8b Abs. 4, 7, 8 KStG regelmäßig aus.

Aus diesem Grund ist es ebenfalls zu begrüßen, dass § 3 Nr. 40 EStG auch im Entwurf der KStR 2015<sup>75</sup> nicht als anwendbare Norm iSd § 8 Abs. 1 S. 1 KStG genannt wird.<sup>76</sup>

Allerdings bleibt darauf hinzuweisen, dass mit der geplanten Ausweitung der körperschaftsteuerlichen Regelbesteuerung auf die Veräußerung von Streubesitz-Kapitalgesellschaftsbeteiligungen die geführte Diskussion eine weitere Dimension erhält.

75 Vgl. hierzu BMF v. 18.5.2015 – IV C 2 - S 2930/08/10006 :004, abrufbar unter [http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF\\_Schreiben/Steuerarten/Koerperschaftsteuer\\_Umwandlungssteuer/2015-05-18-entwurf-kstr-2015.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Steuerarten/Koerperschaftsteuer_Umwandlungssteuer/2015-05-18-entwurf-kstr-2015.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (Abruf am 10.9.2015).

76 Vgl. R. 8.1 Abs. 1 Nr. 1 KStR-E 2015.

## Darlehensfonds – regulatorische Optionen und steuerliche Strukturierungsüberlegungen

Thomas A. Jesch und Stephan Härtwig\*

In einem Schreiben v. 12.5.2015<sup>1</sup> zur „Änderung der Verwaltungspraxis zur Vergabe von Darlehen sowie zur sog. „Restrukturierung“ und Prolongation von Darlehen für Rechnung des Investmentvermögens“ vollzieht die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) einen Paradigmenwechsel: War es deutschen Fondsvehikeln bisher verwehrt, zB originär Darlehen zu vergeben, soll dies nunmehr unter bestimmten Prämissen möglich sein. Der folgende Beitrag ordnet die wesentlichen Inhalte des BaFin-Schreibens ein und diskutiert insbesondere steuerliche Implikationen möglicher Fondsstrukturen.

\* RA Dr. Thomas A. Jesch und StB Stephan Härtwig sind Senior Manager im Bereich Asset Management der PricewaterhouseCoopers AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Frankfurt/M. Die Autoren danken ihrer Kollegin Corinna Koch.

1 BaFin-Schrb. v. 12.5.2015, GZ: WA 41-Wp 2100 – 2015/0001, im Internet abrufbar unter [http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Auslegungsentscheidung/WA/ae\\_150512\\_kreditfonds\\_aif.html](http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Auslegungsentscheidung/WA/ae_150512_kreditfonds_aif.html).

### 1. Loan Origination Funds – begriffliche und wirtschaftliche Einordnung

Im Bereich der Darlehensfonds sind gerade auch für die vorliegende Thematik zwei Spielarten zu unterscheiden. *Loan Origination Funds*<sup>2</sup> sind Fonds, die unmittelbar selbst Darlehen vergeben. Dies war in Deutschland bisher nicht zulässig. Man mag sogleich einwenden, dass hierfür auch kein Bedarf besteht, da Banken Darlehen vergeben. Dies übersieht ua, dass sich aus regulatorischen Gründen

2 Vgl. Jesch/Siemko BB 2014, 3075 (3078). Unter dem ebenfalls häufig auftauchenden Begriff „Private Debt“ versteht man allgemein die Bereitstellung von Fremdkapital durch zumeist institutionelle Investoren außerhalb des öffentlichen Kapitalmarkts an vorwiegend nicht oder unterhalb Investment Grade geratete Unternehmen. Die Private-Debt-Transaktionsart „Direct Lending“ beschreibt hierbei die Vergabe von Fremdkapital üblicherweise durch einen Fonds-Manager zusammen mit maximal zwei bis drei Partnern direkt an ein Unternehmen ohne Underwriting und breite Syndizierung durch eine Bank, vgl. Bode/Fischer Corporate Finance 2015, 154.