

## § 3 Nr. 40

## [Teileinkünfteverfahren]

idF des EStG v. 8.10.2009 (BGBl. I 2009, 3366; BStBl. I 2009, 1346),  
zuletzt geändert durch StÄndG 2015 v. 2.11.2015 (BGBl. I 2015, 1834;  
BStBl. I 2015, 846)

Steuerfrei sind

...

40. 40 Prozent

- a) der Betriebsvermögensmehrungen oder Einnahmen aus der Veräußerung oder der Entnahme von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen im Sinne des § 20 Absatz 1 Nummer 1 und 9 gehören, oder an einer Organgesellschaft im Sinne des § 14 oder § 17 des Körperschaftsteuergesetzes, oder aus deren Auflösung oder Herabsetzung von deren Nennkapital oder aus dem Ansatz eines solchen Wirtschaftsguts mit dem Wert, der sich nach § 6 Absatz 1 Nummer 2 Satz 3 ergibt, soweit sie zu den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, aus Gewerbebetrieb oder aus selbständiger Arbeit gehören. <sup>2</sup>Dies gilt nicht, soweit der Ansatz des niedrigeren Teilwerts in vollem Umfang zu einer Gewinnminderung geführt hat und soweit diese Gewinnminderung nicht durch Ansatz eines Werts, der sich nach § 6 Absatz 1 Nummer 2 Satz 3 ergibt, ausgeglichen worden ist. <sup>3</sup>Satz 1 gilt außer für Betriebsvermögensmehrungen aus dem Ansatz mit dem Wert, der sich nach § 6 Absatz 1 Nummer 2 Satz 3 ergibt, ebenfalls nicht, soweit Abzüge nach § 6b oder ähnliche Abzüge voll steuerwirksam vorgenommen worden sind,
- b) des Veräußerungspreises im Sinne des § 16 Absatz 2, soweit er auf die Veräußerung von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen entfällt, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen im Sinne des § 20 Absatz 1 Nummer 1 und 9 gehören, oder an einer Organgesellschaft im Sinne des § 14 oder § 17 des Körperschaftsteuergesetzes. <sup>2</sup>Satz 1 ist in den Fällen des § 16 Absatz 3 entsprechend anzuwenden. <sup>3</sup>Buchstabe a Satz 3 gilt entsprechend,
- c) des Veräußerungspreises oder des gemeinen Werts im Sinne des § 17 Absatz 2. <sup>2</sup>Satz 1 ist in den Fällen des § 17 Absatz 4 entsprechend anzuwenden,
- d) der Bezüge im Sinne des § 20 Absatz 1 Nummer 1 und der Einnahmen im Sinne des § 20 Absatz 1 Nummer 9. <sup>2</sup>Dies gilt nur, soweit sie das Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert haben. <sup>3</sup>Satz 1 Buchstabe d Satz 2 gilt nicht, soweit eine 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,
- e) der Bezüge im Sinne des § 20 Absatz 1 Nummer 2,

- f) der besonderen Entgelte oder Vorteile im Sinne des § 20 Absatz 3, die neben den in § 20 Absatz 1 Nummer 1 und Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 Buchstabe a bezeichneten Einnahmen oder an deren Stelle gewährt werden,
- g) des Gewinns aus der Veräußerung von Dividendenscheinen und sonstigen Ansprüchen im Sinne des § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 Buchstabe a,
- h) des Gewinns aus der Abtretung von Dividendenansprüchen oder sonstigen Ansprüchen im Sinne des § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 Buchstabe a in Verbindung mit § 20 Absatz 2 Satz 2,
- i) der Bezüge im Sinne des § 22 Nummer 1 Satz 2, soweit diese von einer nicht von der Körperschaftsteuer befreiten Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse stammen.

<sup>2</sup>Dies gilt für Satz 1 Buchstabe d bis h nur in Verbindung mit § 20 Absatz 8. <sup>3</sup>Satz 1 Buchstabe a, b und d bis h ist nicht anzuwenden für Anteile, die bei Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten nach § 1a des Kreditwesengesetzes in Verbindung mit den Artikeln 102 bis 106 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012 (ABl. L 176 vom 27.6.2013, S. 1) oder unmittelbar nach den Artikeln 102 bis 106 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 dem Handelsbuch zuzurechnen sind; Gleiches gilt für Anteile, die von Finanzunternehmen im Sinne des Gesetzes über das Kreditwesen mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolges erworben werden. <sup>4</sup>Satz 3 zweiter Halbsatz gilt auch für Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens. <sup>5</sup>Satz 1 ist nicht anzuwenden bei Anteilen an Unterstützungskassen;

Autor: Dipl.-Finw. Jens **Intemann**, Richter am FG, Hannover  
 Mitherausgeber: Prof. Dr. Johanna **Hey**, Köln

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen

	Anm.		Anm.
<b>I.</b>	Grundinformation zu Nr. 40 .....	1	
<b>II.</b>	Rechtsentwicklung der Nr. 40 .....	2	
<b>III.</b>	Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit der Nr. 40		
	1. Steuerpolitische Rechtfertigung für Ersetzung des Anrechnungsverfahrens durch das Halbeinkünfte-		
			verfahren – Europarechtswidrigkeit des Anrechnungsverfahrens ..... 4
			2. Steuerpolitische Begründung für die Ersetzung des Halbeinkünfteverfahrens durch das Teileinkünfteverfahren ..... 5
			3. Steuersystematische Bedeutung des Teileinkünfteverfahrens

	Anm.		Anm.
a) Grundzüge des Teileinkünfteverfahrens . . . . .	7	b) Geltung bei beschränkter Steuerpflicht . . . . .	27
b) Rechtssystematische Bedeutung bei laufenden Erträgen . . . . .	8	<b>V. Verhältnis der Nr. 40 zu anderen Vorschriften</b>	
c) Rechtssystematische Bedeutung bei Veräußerungserträgen . . . . .	9	1. Verhältnis zu § 3 Nr. 41 . . . . .	30
d) Steuersystematische Bedeutung des materiellen Korrespondenzprinzips und Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht . . . . .	11	2. Verhältnis zu § 3c Abs. 2 . . . . .	31
<b>4. Verfassungsmäßigkeit und Europarechtskonformität des Halb-/Teileinkünfteverfahrens</b>		3. Verhältnis zu § 6b Abs. 10	
a) Auffassung des BFH . . . . .	15	a) Steuerbegünstigung nach § 6b . . . . .	32
b) Ungleichbehandlung der verschiedenen Einkunftsarten . . . . .	16	b) Übertragung auf ein Gebäude oder abnutzbares bewegliches Wirtschaftsgut . . . . .	33
c) Europarechtskonformität . . . . .	17	c) Übertragung auf Anteile an Kapitalgesellschaften . . . . .	34
d) Steuerfreistellung des Existenzminimums . . . . .	18	d) Bildung einer Rücklage . . . . .	35
e) Rückwirkende Änderungen durch das SESStEG . . . . .	19	4. Verhältnis zu § 16 . . . . .	37
<b>IV. Geltungsbereich der Nr. 40</b>		5. Verhältnis zu § 17 . . . . .	38
1. Sachlicher, persönlicher und zeitlicher Geltungsbereich . . . . .	25	6. Verhältnis zu § 20 und § 32d . . . . .	39
2. Anwendung bei Auslandsbeziehungen		7. Verhältnis zu § 34 . . . . .	40
a) Geltung bei Investitionen unbeschränkt Steuerpflichtiger im Ausland . . . . .	26	8. Verhältnis zu § 34c . . . . .	41
		9. Verhältnis zu § 50i . . . . .	42
		10. Verhältnis zu Zuschlagsteuern . . . . .	43
		11. Verhältnis zum GewStG	
		a) Gewerbeertrag bei natürlichen Personen . . . . .	45
		b) Gewerbeertrag bei Personengesellschaften . . . . .	46
		12. Verhältnis zum KStG . . . . .	47
		<b>VI. Verfahrensfragen zu Nr. 40 . . . . . 48</b>	

**B. Erläuterungen zu Satz 1:  
Gewährung der anteiligen Steuerfreistellung**

	Anm.		Anm.
<b>I. Veräußerung von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen sowie gleichgestellte Vorgänge (Satz 1 Buchst. a)</b>		c) Veräußerung und Entnahme von Anteilen	
1. Veräußerung und Entnahme von Anteilen (Satz 1 Buchst. a Satz 1)		aa) Veräußerung . . . . .	53
a) Regelungsinhalt . . . . .	50	bb) Entnahme von Anteilen	
b) Betriebsvermögensmehrungen und Einnahmen . . . . .	51	(1) Grundsatz . . . . .	54
		(2) Entnahme einbringungsgeborener Anteile iSd. § 21 Abs. 1 UmwStG aF . . . . .	55
		(3) Verdeckte Einlage . . . . .	56
		(4) Überführung von Anteilen in eine ausländische Betriebsstätte . . . . .	57

	Anm.
(5) Gewinn nach § 6 Abs. 5 Satz 4 . . . . .	58
cc) Veräußerung oder Entnahme von Anteilen einer Organgesellschaft iSd. §§ 14 oder 17 KStG	59
d) Anteile an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9	
aa) Anteile . . . . .	63
bb) Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9 . . . . .	64
e) Auflösung der Gesellschaft oder Herabsetzung des Nennkapitals . .	66
f) Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, selbständiger Arbeit und Gewerbebetrieb . . . . .	67
g) Rechtsfolge . . . . .	68
<b>2. Behandlung teilwertberichtigter Anteile (Satz 1 Buchst. a Satz 2)</b>	
a) Grundsatz: Betriebsvermögensmehrung aus Wertaufholung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 zu 40 % befreit . . . . .	70
b) Ausnahme bei früherer Abschreibung nach altem Recht . . . . .	71
<b>3. Berücksichtigung von Abzügen nach § 6b und ähnliche Abzüge (Satz 1 Buchst. a Satz 3)</b>	
a) Veräußerung und Entnahme von Anteilen . . .	74
b) Abzüge nach § 6b und ähnliche Abzüge . . . . .	75
c) Abzug voll steuerwirksam . . . . .	76
d) Berücksichtigung einer Wertaufholung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 . . . . .	77
e) Rechtsfolge von Satz 1 Buchst. a Satz 3 . . . . .	78
<b>II. Veräußerung von Anteilen im Rahmen des § 16 (Satz 1 Buchst. b)</b>	
<b>1. Veräußerung von Anteilen bei Betriebsveräußerung im Ganzen gem. § 16 Abs. 1</b>	

	Anm.
a) Veräußerungspreis iSd. § 16 Abs. 2	
aa) Veräußerungsvorgänge des § 16 Abs. 1 . . . . .	81
bb) Veräußerung einbringungsgeborener Anteile	
(1) Anwendung der Steuerbefreiung des Satzes 1 Buchst. b . . . . .	82
(2) Ersatztatbestände des § 21 Abs. 2 UmwStG aF	83
(3) Entnahme einbringungsgeborener Anteile . . . . .	84
cc) Veräußerungen iSd. §§ 14 und 18 Abs. 3 . . . .	85
dd) Veräußerung von einbringungsgeborenen Anteilen, die durch Übertragung eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs oder eines freiberuflichen Unternehmens entstanden sind . . . . .	86
b) Aufteilung des Veräußerungspreises . . . . .	90
c) Anteile an Körperschaft, Personenvereinigung und Vermögensmasse, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören . . . . .	91
d) Rechtsfolge . . . . .	92
<b>2. Entsprechende Behandlung des Aufgabeerlöses (Satz 1 Buchst. b Satz 2) . .</b>	<b>95</b>
<b>3. Entsprechende Anwendung von Satz 1 Buchst. a Satz 3 (Satz 1 Buchst. b Satz 3) . . . . .</b>	<b>96</b>
<b>III. Beteiligungsverkäufe iSd. § 17 (Satz 1 Buchst. c)</b>	
<b>1. Veräußerungspreis und gemeiner Wert (Satz 1 Buchst. c Satz 1)</b>	
a) Veräußerungspreis iSd. § 17 Abs. 2 . . . . .	101
b) Gemeiner Wert iSd. § 17 Abs. 1 Satz 2 . . . . .	102
c) Verdeckte Gewinnausschüttung . . . . .	103
d) Freibetrag gem. § 17 Abs. 3 . . . . .	105

	Anm.		Anm.
2. Entsprechende Behandlung in den Fällen des § 17 Abs. 4 (Satz 1 Buchst. c Satz 2) .....	108	d) Alte Rechtslage zur verdeckten Gewinnausschüttung (Satz 1 Buchst. d Satz 2 aF)	
3. Rechtsfolge .....	109	aa) Sonstige Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 .....	128
<b>IV. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 (Satz 1 Buchst. d)</b>		bb) Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 Halbs. 2 ...	129
1. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 (Satz 1 Buchst. d Satz 1)		cc) Verdeckte Gewinnausschüttung darf das Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert haben .....	130
a) Bezüge .....	110	e) Rechtsfolge .....	131
b) Offene Gewinnausschüttung (Dividende)		<b>5. Rückausnahme für verdeckte Gewinnausschüttungen bei Dreieckskonstellationen (Satz 1 Buchst. d Satz 3) .....</b>	<b>135</b>
aa) Anwendung der Steuerfreistellung auf Dividenden, Vorabauschüttungen und inkongruente Gewinnausschüttungen ..	111	<b>V. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 (Satz 1 Buchst. e)</b>	
bb) Herkunft der Ausschüttung .....	112	1. Tatbestandsvoraussetzungen	140
cc) Steuerliches Einlagekonto nach § 27 KStG .....	113	2. Rechtsfolge .....	141
dd) Kein Progressionsvorbehalt .....	114	<b>VI. Besondere Entgelte und Vorteile iSv. § 20 Abs. 3 (Satz 1 Buchst. f) .....</b>	<b>145</b>
c) Verdeckte Gewinnausschüttungen .....	115	<b>VII. Einnahmen aus der Veräußerung von Dividendenscheinen und sonstigen Ansprüchen iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a (Satz 1 Buchst. g) .....</b>	<b>150</b>
d) Bezüge von ausländischen Gesellschaften ..	116	<b>VIII. Einnahmen aus der Abtretung von Dividendenanprüchen oder sonstigen Ansprüchen iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a iVm. § 20 Abs. 2 Satz 2 (Satz 1 Buchst. h) .....</b>	<b>155</b>
e) Organschaft .....	117	<b>IX. Bezüge iSd. § 22 Nr. 1 Satz 2 (Satz 1 Buchst. i) ..</b>	<b>160</b>
f) Behandlung von Leistungen einer KGaA .....	118	<b>X. Veräußerungspreis iSd. § 23 Abs. 3 (Satz 1 Buchst. j aF) .....</b>	<b>165</b>
g) Nicht vom Teileinkünfteverfahren erfasste laufende Erträge .....	119		
2. Anteile an einer Gesellschaft .....	120		
3. Einnahmen iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 9 .....	121		
4. Ausnahme von der Steuerfreistellung laufender Bezüge (Satz 1 Buchst. d Satz 2)			
a) Regelungsgelt .....	125		
b) Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 ...	126		
c) Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert .....	127		

**C. Erläuterungen zu Satz 2:  
Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens im  
Rahmen der Gewinneinkünfte . . . . . 170**

**D. Erläuterungen zu den Sätzen 3 und 4:  
Eigenhandel von Kreditinstituten, Finanzdienst-  
leistungsinstituten und Finanzunternehmen**

Anm.

Anm.

**I. Inländische Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute (Satz 3 Halbs. 1)**

- 1. Satz 1 Buchst. a, b und d bis h ist nicht anzuwenden . . . . . 176
- 2. Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute . . . . . 177
- 3. Anteile, die dem Handelsbuch zuzurechnen sind . . . . . 178
- 4. Rechtsfolge . . . . . 179

- 1. Finanzunternehmen . . . . . 180
- 2. Mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben . . . . . 181

**III. Kreditinstitute und Finanzunternehmen in der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens (Satz 4) . . . . . 185**

**II. Finanzunternehmen iSd. KWG (Satz 3 Halbs. 2)**

**E. Erläuterungen zu Satz 5:  
Zuwendungen einer Unterstützungskasse  
an das Trägerunternehmen**

Anm.

Anm.

**I. Ausschluss des Teileinkünfteverfahrens . . . . . 200**

**II. Anteile an Unterstützungskassen . . . . . 201**

**III. Rechtsfolge . . . . . 203**

**A. Allgemeine Erläuterungen**

**Schrifttum:** WENDT, Spreizung von Körperschaftsteuersatz und Einkommensteuersatz als verfassungsrechtliches Problem, in WENDT/HÖFLING/KARPEN (Hrsg.), Staat – Wirtschaft – Steuern, FS Karl Heinrich Friauf, Heidelberg 1996, 857; HEY, Die Brühler Empfehlungen zur Reform der Unternehmensbesteuerung, BB 1999, 1192; ERLE/SAUTER (Hrsg.), Reform der Unternehmensbesteuerung, Kommentar zum Steuersenkungsgesetz mit Checklisten und Materialien, Köln 2000; GROTHERR, Das neue Körperschaftsteuersystem mit Anteilseignerentlastung bei der Besteuerung von Einkünften aus Beteiligungen, BB 2000, 849; MAIER/DAL BOSCO, Unternehmenssteuerreform 2000: Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften durch natürliche Personen im Veranlagungszeitraum 2001, DSrR 2000, 1763; PWC DEUTSCHE REVISION (Hrsg.), Unternehmenssteuerreform 2001 – Analyse aller wesentlichen Änderungen mit Praxishinweisen, Gestaltungsempfehlungen und Checklis-

ten, Freiburg i.Br. 2000; RAUPACH, Perspektiven für den Steuerstandort Deutschland, *StuW* 2000, 341; SCHAUMBURG/RÖDDER (Hrsg.), Unternehmenssteuerreform 2001: Gesetze – Materialien – Erläuterungen, München 2000; SEEGER, Die verdeckte Gewinnausschüttung und das Halbeinkünfteverfahren, *StuB* 2000, 667; VAN LISHAUT, Die Reform der Unternehmensbesteuerung aus Gesellschaftersicht, *StuW* 2000, 182; STRAHL, Einbringungsgeborene Anteile: Probleme und Gestaltungsmöglichkeiten, *KÖSDI* 2001, 12728; WENDT, Betriebsaufgabe/-veräußerung wegen Alters – Voraussetzungen für den halben Steuersatz ab VZ 2001, *EStB* 2001, 57; DÖTSCH, Übergang vom Anrechnungsverfahren zum Halbeinkünfteverfahren – Gesamtdarstellung der Übergangsregelungen, in HERZIG (Hrsg.), Unternehmenssteuerreform, Köln 2002, 52; DÖTSCH/PUNG, Erstmalige Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens und letztmalige Anwendung des Anrechnungsverfahrens auf Auflösungsgewinne/-verluste i.S. von § 17 Abs. 4 EStG, *DB* 2002, 173; ERNST & YOUNG/BDI, Die Fortentwicklung der Unternehmenssteuerreform, Bonn 2002; INTEMANN/NACKE, Besteuerung von Veräußerungsgewinnen natürlicher Personen nach dem Halbeinkünfteverfahren, *NWB* 2002 F. 3, 12067; MÜLLER-GATERMANN, Halbeinkünfteverfahren – Grundsatzfragen und Anwendungsprobleme, in HERZIG (Hrsg.), Unternehmenssteuerreform, Köln 2002, 37; NACKE/INTEMANN, Ausgewählte Probleme des Halbeinkünfteverfahrens, *DB* 2002, 756; BAREIS, Probleme mit der Hälfte, *BB* 2003, 1006; INTEMANN, Beratungsschwerpunkte nach Einführung des Halbeinkünfteverfahrens, *NWB* 2003 F. 3, 12603; DESENS, Das Halbeinkünfteverfahren – Eine theoretische, historische, systematische und verfassungsrechtliche Würdigung, Köln 2004; PATT, Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens auf einbringungsgeborene Anteile, *FR* 2004, 561; ENGLISCH, Dividendenbesteuerung – Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben im Vergleich der Körperschaftsteuersysteme Deutschlands und Spaniens, Köln 2005; ENGLISCH, Verfassungsrechtliche und steuersystematische Kritik der Abgeltungsteuer, *StuW* 2007, 221; HARENBERG/IRMER, Die Besteuerung privater Kapitaleinkünfte, Herne/Berlin, 4. Aufl. 2007; HEUERMANN, Verfassungsrechtliche Prüfung des Halbabzugsverbotes nach § 3c Abs. 2 EStG, *StBp.* 2007, 346; INTEMANN, Einbeziehung von Dividenden in die Abgeltungssteuer verfassungswidrig?, *DB* 2007, 1658; INTEMANN, Zur Verfassungsmäßigkeit des Halbabzugsverbots nach § 3c Abs. 2 EStG, *DB* 2007, 2797; INTEMANN, *JStG* 2007: Die korrespondierende Besteuerung von verdeckten Gewinnausschüttungen, *GSStB* 2007, 341; HOMBURG, Das Halbeinkünfteverfahren und die Kirchensteuer, *FR* 2008, 153; INTEMANN, Anforderungen an den Nachweis ausländischer Körperschaftsteuer, *NWB* 2008 F. 4, 5263; BROEKELSCHEN/KOHLMANN, Steuerliche Folgen und steueroptimale Gestaltung von Betriebsveräußerungen nach der Unternehmensteuerreform, *DStR* 2009, 1161; DESENS, Echter Vertrauensschutz bei unechten Rückwirkungen, *FR* 2013, 148; PAINTNER, Das Gesetz zur Umsetzung der Amtshilferichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften im Überblick, *DStR* 2013, 1629; HAISCH/HELIOS, Steuerpflicht von Streubesitzdividenden in der Direkt- und Fondsanlage, *DB* 2013, 724; U. PRINZ, Der neue § 50i: Grenzüberschreitende „Gepräge-KG“ zur Verhinderung einer Wegzugsbesteuerung, *DB* 2013, 1378; TÖBEN, § 50i – Fälle und Unfälle, *IStr* 2013, 682; BRON, Der neugefasste § 50i und seine Gefahren – mit Kanonen auf Spatzen schießen, *DStR* 2014, 1849; HAPPE, Anwendung des Teileinkünfteverfahrens in der steuerlichen Gewinnermittlung, *SteuK* 2014, 159; RATHKE/RITTER, Anwendbarkeit des Teileinkünfteverfahrens bei Kapitalgesellschaften auf Erträge aus Streubesitzbeteiligungen, *DStR* 2014, 1207; RÖDDER/KUHR/HEIMIG, § 50i-Strukturen nach dem „Kroatiengesetz“ – warum massive Kollateralschäden drohen, *Ubg* 2014, 477; GOSCH/SCHÖNFELD, Kapitalverkehrsfreiheit und Drittstaaten – Ein (vorläufiger) Zwischenstand, *IStr* 2015, 755; LÜDICKE, Gedanken zu § 50i, *FR* 2015, 128; MACIEJEWSKI/REHR, Streubesitzdividenden bei inländischen Kapitalgesellschaften (leider) voll steuerpflichtig, *DStR* 2015, 1481.

## I. Grundinformation zu Nr. 40

1

Mit dem *StSenkG* hat der Gesetzgeber einen Systemwechsel bei der Besteuerung von *KapGes.* und ihren Anteilseignern vorgenommen. Der Wechsel vom *kstl.* Anrechnungsverfahren zur *Definitivbesteuerung* mit niedrigerem *KStStz* von 25 % wurde ergänzt durch die hälftige *StBefreiung* der mit *KSt* vorbelasteten Einnahmen des Anteilseigners. Mit dem *UntStReformG* 2008 wird der Gewinn einer *Körperschaft* nur noch mit 15 % besteuert, so dass auch auf der Ebe-

ne des Anteilseigners eine Absenkung der StBefreiung von Gewinnausschüttungen und Veräußerungsgewinnen erfolgt

te. Statt der Hälfte werden ab VZ 2009 40 % die Erträge stbefreit. Nr. 40 regelt, für welche Einnahmen die StFreistellung gilt. Im Gegenzug werden die mit den stfrei gestellten Einnahmen verbundenen Aufwendungen nach § 3c Abs. 2 nur anteilig zum Abzug zugelassen. Das Halbeinkünfteverfahren kam unabhängig davon zur Anwendung, ob die Einnahmen oder Vermögensmehrungen in einem BV oder in einem PV anfielen. Mit Einführung der Abgeltungsteuer durch das UntStReformG 2008 ist die Gleichbehandlung von Einnahmen aus Anteilen im PV und BV aufgegeben worden. Das Teileinkünfteverfahren wird durch die Neufassung des Satzes 2 auf Kapitaleinkünfte im betrieblichen Bereich und den Einkünften aus VuV sowie auf die Veräußerung von Anteilen iSv. § 17 beschränkt.

Der Grundtatbestand des § 3 Nr. 40 stellt die anteilige StFreistellung der laufenden (Brutto-)Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 auf der Ebene des Anteilseigner dar (Satz 1 Buchst. d). Ebenso werden die wirtschaftlich vergleichbaren Einnahmen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 2 (Satz 1 Buchst. e), § 20 Abs. 3 (Satz 1 Buchst. f), § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a (Satz 1 Buchst. g), § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a iVm. Abs. 2 Satz 2 (Satz 1 Buchst. h) erfasst. Des Weiteren werden Bezüge iSd. § 22 Nr. 1 Satz 2 gem. Satz 1 Buchst. i begünstigt. Auch Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 werden anteilig stbefreit. Das Halb-/Teileinkünfteverfahren ist auch auf den Erlös aus der Veräußerung bzw. Entnahme von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und die Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung iSd. § 17 anzuwenden (Satz 1 Buchst. a bis c). Somit werden Ausschüttungen und Veräußerung der Anteile im Rahmen des Halb-/Teileinkünfteverfahrens gleich behandelt (BFH v. 18.4.2012 – X R 5/10, BStBl. II 2013, 785; BFH v. 18.11.2014 – IX R 4/14, BStBl. II 2015, 526), weil die Veräußerung nach Auffassung des Gesetzgebers einer Totalausschüttung des Gewinns gleichsteht. Nach den Sätzen 3 und 4 nF (bis 2006 Sätze 5 und 6) wird der Eigenhandel von Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten und Finanzunternehmen iSd. KWG vom Halb-/Teileinkünfteverfahren ausgenommen. Der Gesetzgeber sah den Finanzplatz Deutschland gefährdet, wenn es nicht mehr möglich gewesen wäre, Verluste im Rahmen des Eigenhandels unbeschränkt verrechnen zu können. Um eine unbeschränkte Geltendmachung von Verlusten zu ermöglichen, musste auch auf der Einnahmeseite die Anwendung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens ausgeschlossen werden.

2

## II. Rechtsentwicklung der Nr. 40

**Frühere Vorschrift § 3 Nr. 40:** Die frühere Vorschrift Nr. 40 wurde 1974 gestrichen (zum Inhalt s. BGBl. I 1958, 672; BStBl. I 1958, 661).

**StSenkG v. 23.10.2000** (BGBl. I 2000, 1433; BStBl. I 2000, 1428): Mit dem StSenkG wurde Nr. 40 neu eingeführt. Eine Vorgängervorschrift hierzu gab es nicht. Die Reform der Unternehmensbesteuerung, die im Hinblick auf den Übergang vom Anrechnungsverfahren zum Halbeinkünfteverfahren einen wesentlichen Niederschlag in der Schaffung der Nr. 40 für die Besteuerung der natürlichen Personen gefunden hatte, beruhte auf den Beschlüssen der Brühler Reformkommission (vgl. BMF-Schriftenreihe Heft 66, 1999; THESEN abgedruckt in FR 1999, 580). Diese war von der BReg. eingesetzt worden. Das Reformvor-



haben wurde umgesetzt in einen Entwurf eines StSenkG v. 15.2.2000 (BTDrucks. 14/2683 und 14/3074). Nr. 40 wurde im Zusammenhang mit § 3c Abs. 2 EStG und § 8b KStG geschaffen.

► *Zeitlicher Anwendungsbereich der neu eingeführten Nr. 40:* Das neue Recht gilt für offene Gewinnausschüttungen aufgrund eines Gewinnausschüttungsbeschlusses bei in 2001 endenden Wj. ab 2002 bzw. bei abweichenden in 2002 endenden Wj. ab 2003. Für sonstige Gewinnausschüttungen (vGA, echte Vorabauschüttungen) ein Jahr früher (also 2001 bzw. 2003). Für Veräußerungserträge gilt Nr. 40 erst für Veräußerungen ab VZ 2002 (§ 52 Abs. 4a Nr. 2 EStG iVm. § 34 Abs. 1 KStG aF); ausführlich BMF v. 6.11.2003, BStBl. I 2003, 575, mit Anm. Dörsch, DStR 2003, 1997; hier Voraufgabe Anm. 37–59; Lfg. 212, abgelegt im elektronischen Archiv, [www.ertragsteuerrecht.de/hhr\\_archiv.htm](http://www.ertragsteuerrecht.de/hhr_archiv.htm).

**Gesetz zur Änderung des InvZulG 1999 v. 20.12.2000** (BGBl. I 2000, 1850; BStBl. I 2001, 28): Im Rahmen dieses Reformgesetzes wurde noch vor Inkrafttreten des StSenkG die zunächst vorgesehene Behaltefrist von einem Jahr gem. Nr. 40 Satz 5 idF des StSenkG gestrichen und das Halbeinkünfteverfahren für Veräußerungsgewinne und Dividenden für Anteile, die für den kurzfristigen Eigenhandel bei Banken und Finanzdienstleistern vorgesehen sind, für nicht anwendbar erklärt (BTDrucks. 14/4626, 13). Der Grund für die Änderung war, dass Gewinne aus unterjährig verkauften Anteilen nicht generell, sondern nur beim kurzfristigen Eigenhandel der Banken und Finanzdienstleister vom Halbeinkünfteverfahren ausgeschlossen werden sollten.

**UntStFG v. 20.12.2001** (BGBl. I 2001, 3858; BStBl. I 2002, 35):

► *Erfassung von Anteilen an Organgesellschaften:* Die Vorschrift erfuhr in Satz 1 Buchst. a sowie Buchst. b jeweils eine weitere Ergänzung. Danach sind zur Hälfte auch stfrei Einnahmen aus der Veräußerung und Entnahme von Anteilen an OG (Buchst. a) sowie der Teil des Veräußerungspreises idS. § 16 Abs. 2, der auf eine OG entfällt (s. BMF v. 26.8.2003, BStBl. I 2003, 437).

► *Einbringungsgeborene Anteile:* Für einbringungsgeborene Anteile wurde die Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens außerhalb der 7-Jahres-Frist (Satz 4 Buchst. a) für den Fall aufgehoben, in dem innerhalb der Frist ein Entstrickungsantrag nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG gestellt wird. Es sollte damit verhindert werden, dass die volle StPflcht aus der Veräußerung von einbringungsgeborenen Anteilen während der 7-Jahres-Frist umgangen wird (s. BRDrucks. 638/01, 47; zur Kritik vgl. HAUN in ERNST & YOUNG/BDI, Die Fortentwicklung der Unternehmenssteuerreform, 1. Aufl. 2002, B Rn. 122). In Satz 4 Buchst. b wurde die Rückausnahme vom Ausschluss des Halbeinkünfteverfahrens jetzt auch auf mehrheitsvermittelnde Beteiligungen an EU-KapGes. erweitert, was vorher vergessen worden war.

**Gesetz zur Umsetzung der neu gefassten Bankenrichtlinie und der neu gefassten Kapitaladäquanzrichtlinie v. 17.11.2006** (BGBl. I 2006, 2606; BStBl. I 2007, 2): In Satz 5 (jetzt Satz 3) wird wegen einer Änderung des KWG nicht mehr auf § 1 Abs. 12 KWG, sondern auf § 1a KWG verwiesen.

**SEStEG v. 7.12.2006** (BGBl. I 2006, 2782; BStBl. I 2007, 4):

► *Ausschluss der Steuerbefreiung bei bestimmten Abzügen in Satz 1 Buchst. a:* Satz 1 Buchst. a wird um einen neuen Satz 3 ergänzt, der die hälftige StBefreiung ausschließt, wenn Abzüge nach § 6b oder ähnliche Abzüge voll steuerwirksam vorgenommen worden sind.

► *Ausschluss der Steuerbefreiung bei bestimmten Abzügen in Buchst. b:* Nach einem neuen Satz 3 in Buchst. b gilt der Ausschlussstatbestand dort entsprechend.

► *Aufhebung der Sätze 3 und 4:* Die Veräußerung von einbringungsgeborenen Anteilen iSd. § 21 Abs. 1 UmwStG aF war nach Satz 3 aF vom Halb-/Teileinkünfteverfahren ausgeschlossen. Jedoch sah Satz 4 aF nach Ablauf einer Sperrfrist von sieben Jahren oder für Einbringungen iSd. § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG aF die Anwendung der StFreistellung vor (Rückausnahme). Nach der Abschaffung einbringungsgeborener Anteile im Rahmen der Reform des UmwStG durch das SEStEG v. 7.12.2006 wurden die Sätze 3 und 4 aufgehoben. Sie gelten aber für noch bestehende einbringungsgeborenen Anteile gem. § 52 Abs. 4b Satz 2 fort.

Ausführliche Erläuterungen zu § 3 Nr. 40 Satz 3 und 4 aF – Oktober 2008 –, finden sie im elektronischen HHR-Archiv unter [www.ertragsteuerrecht.de/hhr\\_archiv.htm](http://www.ertragsteuerrecht.de/hhr_archiv.htm).

► *Redaktionelle Anpassung in Satz 4:* Im neuen Satz 4 wird aufgrund der Streichung der alten Sätze 3 und 4 nicht mehr auf Satz 5, sondern auf Satz 3 verwiesen.

► *Zeitlicher Geltungsbereich:* Die Neuregelung ist nach § 52 Abs. 1 Satz 1 idF des Gesetzes zum Einstieg in ein steuerliches Sofortprogramm v. 22.12.2005 ab dem VZ 2006 anzuwenden, zur Verfassungsmäßigkeit s. Anm. 19. § 52 Abs. 1 Satz 1 findet auf die Änderungen des Satzes 1 Buchst. a und b Anwendung, da der Gesetzgeber keine eigenständige Anwendungsregel geschaffen hat. Zur Aufhebung der Sätze 3 und 4 aF hat das SEStEG eine eigene Anwendungsregel in § 52 Abs. 4b Satz 2 geschaffen. Danach gelten die Sätze 3 und 4 aF für Anteile, die einbringungsgeboren iSd. UmwStG aF sind.

**JStG 2007 v. 13.12.2006** (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28): Die hälftige StFreistellung von laufenden Beteiligungserträgen gem. Satz 1 Buchst. d wird für vGA davon abhängig gemacht, dass das Einkommen der leistenden Körperschaft insoweit nicht gemindert wurde (neuer Satz 2). Die Anwendung des neu eingeführten Satzes 2 wird für bestimmte Dreiecksverhältnisse insbes. mit Auslandsbezug wieder ausgeschlossen (neuer Satz 3).

► *Zeitlicher Geltungsbereich:* Nach § 52 Abs. 4b Satz 2 sind die neuen Sätze 2 und 3 des Satzes 1 Buchst. d erstmals auf vGA anzuwenden, die nach dem 18.12.2006 zufließen. Maßgeblich ist daher der Zeitpunkt des Zuflusses, dh. der Zeitpunkt, in dem der Anteilseigner wirtschaftlich über die vGA verfügen kann.

**UntStReformG 2008 v. 14.8.2007** (BGBl. I 2007, 1912; BStBl. I 2007, 630):

► *Absenkung der Steuerbefreiung:* Wegen der Absenkung des KStSatzes auf 15 % werden nur noch 40 % der Einnahmen stfrei gestellt.

► *Klarstellung in Satz 1 Buchst. a und b:* Gewinnrealisierungen aus Anteilen an Körperschaften iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 unterliegen dem Teileinkünfteverfahren (BTDrucks. 16/4841, 46).

► *Redaktionelle Anpassung in Satz 1 Buchst. f, b:* Aufgrund der Änderungen in § 20 wird in Buchst. f nicht mehr auf die Einnahmen gem. „§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1“, sondern auf die Einnahmen iSd. „§ 20 Abs. 3“ verwiesen. In Buchst. h wird nicht mehr allein Bezug genommen auf § 20 Abs. 2 Satz 2, sondern auf § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a iVm. § 20 Abs. 2 Satz 2.

► *Gewinn statt Einnahmen:* In Satz 1 Buchst. g und h werden nicht mehr die Einnahmen, sondern der Gewinn zu 40 % stfrei gestellt.

► *Aufhebung von Satz 1 Buchst. j:* Der Veräußerungspreis iSd. § 23 Abs. 3 bei der Veräußerung von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören, war nach Satz 1 Buchst. j seit Einführung des Halbeinkünfteverfahrens hälftig stbefreit. Die Befreiungsvorschrift wurde aufgehoben,

weil Einnahmen gem. § 23 nach Einführung der Abgeltungsteuer nicht mehr in den Anwendungsbereich des Teileinkünfteverfahrens fallen.

► *Nur noch Erfassung betrieblicher Einkünfte:* Nach Satz 2 ist das Teileinkünfteverfahren nur noch auf betriebliche Einkünfte anzuwenden. Mit der Einführung der Abgeltungsteuer ist eine Besteuerung privater Einkünfte, die der Abgeltungsteuer unterliegen, nicht mehr vorgesehen. Daher wird das Wort „auch“ durch das Wort „nur“ ersetzt und der Verweis auf die Subsidiaritätsvorschrift des § 20 Abs. 8 in seiner Neufassung angepasst.

► *Zeitlicher Geltungsbereich:* Nach § 52a Abs. 3 Satz 1 sind die Änderungen des § 3 Nr. 40 durch das UntStReformG 2008 erstmals ab dem VZ 2009 anzuwenden. Nach § 52a Abs. 3 Satz 2 ist abweichend von Satz 1 § 3 Nr. 40 in der bisherigen Fassung bei Veräußerungsgeschäften, bei denen § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 in der bis zum 31.12.2008 anzuwendenden Fassung nach dem 31.12.2008 Anwendung findet, weiterhin gültig. Nach § 52a Abs. 11 Satz 4 ist § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 in der bisherigen Fassung noch für Veräußerungsgeschäfte anzuwenden, bei denen die veräußerten Anteile vor dem 1.1.2009 erworben wurden. Maßgeblich ist uE das obligatorische Rechtsgeschäft und nicht der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (ebenso PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 90 [12/2013]). Es handelt sich hierbei um Wertpapiere, die vor dem 1.1.2009 angeschafft wurden und deren Veräußerungserlöse im Jahr 2009 wegen der Veräußerungsfrist von einem Jahr noch stpfl. sind. In diesem Fall soll auch noch das bisherige Halbeinkünfteverfahren angewandt werden (vgl. BTDrucks. 16/4841, 72). Dagegen wird für die Veräußerung von Beteiligungen iSd. § 17 keine Übergangsregelung geschaffen (STADLER/ELSER in BLUMENBERG/BENZ, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 63). Diese unterliegen ab dem 1.1.2009 dem Teileinkünfteverfahren.

► *Höhe der körperschaftsteuerlichen Vorbelastung für Anwendung der Steuerfreistellung von 40% unerheblich:* Für die Anwendung der reduzierten StFreistellung von 40 % ist es nicht entscheidend, ob der ausgeschüttete Gewinn auf der Ebene der Körperschaft im konkreten Fall mit 15 % oder mit einem höheren StSatz belastet wurde. Damit kann es bei einer Gesamtbetrachtung der Unternehmensebene und der Anteilseignerebene zu Verzerrungen kommen, wenn die Vorbelastung höher als 15 % war, dh. wenn Ausschüttungen erwirtschaftete Gewinne vor 2008 betreffen. Die Vorbelastung ist jedoch von Bedeutung, wenn der Bezug das Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert hat. Denn in diesem Fall findet das Teileinkünfteverfahren nach Satz 1 Buchst. d Satz 2 keine Anwendung.

**JSStG 2010 v. 8.12.2010** (BGBl. I 2010, 1768; BStBl. I 2010, 1394): Änderung von Nr. 40 Satz 1 Buchst. d Satz 2 als Folge der Einführung eines neuen Satzes 2 in § 20 Abs. 1 Nr. 9. Der in § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d Satz 2 enthaltene Verweis auf § 20 Abs. 1 Nr. 9 wird wegen der Neueinführung eines Satzes 2 entsprechend angepasst. Es handelt sich lediglich um eine redaktionelle Änderung.

**AmtshilfeRLUMsG v. 26.6.2013** (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802): Nr. 40 Buchst. d Satz 2 wird neu gefasst und das bisher nur für vGA geltende materielle Korrespondenzprinzip wird auf alle Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9 ausgedehnt. Nr. 40 Buchst. d Satz 3 wird redaktionell an die Änderung von Satz 2 angepasst. Die Europäische Union ist nach Art. 1 EUV iDF des Vertrags von Lissabon zur Rechtsnachfolgerin der Europäischen Gemeinschaft geworden. Daher werden in Nr. 40 Satz 4 die Wörter „Europäischen Gemeinschaft“ durch die Wörter „Europäischen Union“ ersetzt. Es handelt sich um eine rein redaktionelle Änderung ohne materiell-rechtl. Auswirkung.

**KroatienAnpG v. 25.7.2014** (BGBl. I 2014, 1266; BStBl. I 2014, 1126): Die Streichung des § 18 KStG durch das UntStReiseKG v. 20.2.2013 wird durch die Änderung des Buchst. a Satz 1 und Buchst. b Satz 1 nachvollzogen. Der in Satz 3 enthaltene Verweis auf § 1a KWG wird an die Änderungen des Bankenaufsichtsrecht durch den Erlass der VO (EU) Nr. 575/2013 und die Neufassung des § 1a KWG durch das CRD-IV-UmsG angepasst.

► *Temporäre Regelungslücke*: Die Neufassung des Satzes 3 unterscheidet zwei Fallgruppen, nämlich solche Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute, die als sog. CRR-Institute unmittelbar der VO (EU) Nr. 575/2013 unterliegen, und solche Institute, die keine CRR-Institute sind, welche nur aufgrund der gesetzlichen Fiktion des § 1a KWG nF wie ein CRR-Institut zu behandeln sind. Nach der Neuregelung des Bankenaufsichtsrechts müssen somit nur noch Institute, die keine CRR-Institute sind, nach § 1a KWG ein Handelsbuch führen. Alle CRR-Institute müssen dagegen unmittelbar nach der VO (EU) Nr. 575/2013 ein Handelsbuch führen. Dementsprechend ging der Verweis bis zur Neufassung des Satzes 3 durch das KroatienAnpG v. 25.7.2014 für CRR-Institute ins Leere, weil diese nicht nach § 1a KWG nF, sondern unmittelbar nach der VO (EU) Nr. 575/2013 ein Handelsbuch führen müssen. Diese Regelungslücke wird jedoch dadurch geschlossen, dass die Neuregelung des Satzes 3 ab dem 1.1.2014 anzuwenden ist. Die damit verbundene (partielle) Rückwirkung ist uE aber verfassungsrechtl. zulässig, weil die betroffenen Stpfl. kein schutzwürdiges Vertrauen entwickeln konnten, da mit einer Neuregelung zu rechnen war (zur verfassungsrechtl. Rückwirkungsdogmatik s. ausführlich Einf. ESt. Anm. 331 ff.).

**StÄndG 2015 v. 2.11.2015** (BGBl. I 2015, 1834; BStBl. I 2015, 846): Mit dem StÄndG 2015 wird ein neuer Satz 5 angefügt, der anordnet, dass Leistungen einer Unterstützungskasse an ihre Trägerunternehmen nicht dem Teileinkünfteverfahren unterliegen. Da die ursprünglichen Zuwendungen des Trägerunternehmens nach § 4d idR als BA in voller Höhe zu berücksichtigen war, soll auch eine spätere Zuwendung der Unterstützungskasse an das Trägerunternehmen voll stpfl. sein (BRDrucks. 121/15, 45). Die Neuregelung ist gem. § 52 Abs. 1 ab dem VZ 2016 anzuwenden.

3 Einstweilen frei.

### III. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit der Nr. 40

#### 4 1. Steuerpolitische Rechtfertigung für Ersetzung des Anrechnungsverfahrens durch das Halbeinkünfteverfahren – Europarechtswidrigkeit des Anrechnungsverfahrens

Das Halbeinkünfteverfahren geht zurück auf die Brühler Empfehlungen. Die Kommission versprach sich vom Halbeinkünfteverfahren insbes. eine durchgreifende Vereinfachung, die Vermeidung von Missbräuchen sowie eine europarechtskonforme Besteuerung grenzüberschreitender Vorgänge (Brühler Empfehlungen, BMF-Schriftenreihe Heft 66, 1999, 50 f.). Der Gesetzgeber hat sich insoweit den Empfehlungen angeschlossen und wollte mit der Reform zur Steuervereinfachung beitragen und die Missbrauchsanfälligkeit des Anrechnungsverfahrens beseitigen (BTDrucks. 14/2683, 94; zur Kritik CREZELIUS, DB 2000, 1631; HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 11, Rn. 17). Darüber hinaus war mit dem StSenkG eine deutliche StEntlastung der Unternehmen beab-

sichtigt (BTDrucks. 14/2683, 94). Dieses sollte durch die Senkung des KStSatzes auf 25 % in Kombination mit dem Halbeinkünfteverfahren erreicht werden (BTDrucks. 14/2683, 95). Das Halbeinkünfteverfahren war eine der Säulen des Reformkonzepts. Obwohl an dem Systemwechsel kurz vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens noch massive Kritik von Politikern und Wissenschaftlern geäußert worden war (vgl. zB Handelsblatt v. 28.6.2000, 63; SIEGEL/BAREIS/HERZIG/SCHNEIDER/WAGNER/WENGER, BB 2000, 1269), blieb das Halbeinkünfteverfahren unverändert. Entgegen vielfachen Erwartungen wurde dem StSenkG v. 6.7.2000 auf der Sitzung des BRats am 14.7.2000 zugestimmt.

**Europarechtswidrigkeit des Anrechnungsverfahrens:** Das bisherige KStAnrechnungsverfahren war national und binnenorientiert, weil der Anteilseigner nur KSt anrechnen konnte, wenn die ausschüttende Körperschaft in Deutschland unbeschränkt stpfl. war. Eine mangelhafte Europatauglichkeit sah der Gesetzgeber in der fehlenden Anrechnung über die Grenze: Zwar waren ausländ. Dividenden nach dem Anrechnungsverfahren beim inländ. Anteilseigner zu versteuern; jedoch konnte dabei die ausländ. KSt nicht angerechnet werden. Umgekehrt konnte der ausländ. Anteilseigner die KSt auf eine inländ. Dividende nicht anrechnen lassen. Diese Nachteile hätten zwar auch innerhalb des bisherigen Systems auf bilateraler oder multilateraler Ebene behoben werden können, indem eine Anrechnung der KSt kombiniert mit einem überstaatlichen Ausgleich eingeführt worden wäre. Dieses Vorhaben war aber in absehbarer Zeit nicht zu realisieren, wie schon die angestrebte Einführung des Ursprungslandprinzips bei der USt mit überstaatlichem Ausgleich zeigt. Das Halbeinkünfteverfahren beseitigte diese Benachteiligung. Dividenden inländ. und ausländ. Unternehmen werden nach dem Halbeinkünfteverfahren beim inländ. Stpfl. gleich behandelt. Nur die Hinzurechnungsbesteuerung kann noch nachteilig wirken (vgl. zur Kritik an dieser Begründung CREZELIUS, DB 2000, 1631; SPENGLER/JAEGER/MÜLLER, IStR 2000, 257; GROTHERR, BB 2000, 850; HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 11, Rn. 17).

**Entscheidung des EuGH:** Die Europarechtswidrigkeit des Anrechnungsverfahrens ist mittlerweile gerichtlich geklärt. Der EuGH hat in der Rechtssache Meilicke I die Europarechtswidrigkeit des deutschen Anrechnungsverfahrens bestätigt (EuGH v. 6.3.2007 – C-292/04, Rs. Meilicke I, BFH/NV 2007, Beil. 3, 273). Eine Beschränkung der Körperschaftsteueranrechnung auf reine Inlandsverhältnisse verstößt gegen die Kapitalverkehrsfreiheit gem. Art. 56 EG. Daher ist der deutsche Fiskus dem Grunde nach verpflichtet, die ausländische Körperschaftsteuer anzurechnen, wenn die Gewinnausschüttung von einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen KapGes. stammt. Schon 2004 hatte der EuGH in der Rechtssache Manninen zum finnischen Anrechnungsverfahren, das dem deutschen Anrechnungsverfahren ähnelt, die gleiche Rechtsauffassung vertreten (EuGH v. 7.9.2004 – C-319/02 – Manninen, IStR 2004, 680).

Zur Frage der praktischen Geltendmachung des europarechtl. begründeten Anspruchs auf Anrechnung ausländ. KSt s. EuGH v. 30.6.2011 – C-262/09 – Meilicke II; BFH v. 15.1.2015 – I R 69/12, BFH/NV 2015, 1037.

**Vereinfachung:** Die Vereinfachung durch das Halbeinkünfteverfahren liegt insbes. darin, dass auf der Ebene der Körperschaft eine Einmalbesteuerung sowohl bei der Thesaurierung als auch bei der Ausschüttung der Gewinne in gleicher Höhe erfolgt. Die umfangreiche Gliederungsrechnung des Anrechnungsverfahrens entfällt. Weiterhin entfällt die Anrechnung auf der Ebene des Anteilseigners. Dies hat zur Folge, dass das Bescheinigungsverfahren vereinfacht wird (BTDrucks. 14/2683, 94).

## 5 2. Steuerpolitische Begründung für die Ersetzung des Halbeinkünfteverfahrens durch das Teileinkünfteverfahren

Die Ersetzung des Halbeinkünfteverfahrens durch das Teileinkünfteverfahren durch das UntStReformG 2008 folgt aus der Herabsetzung des KStSatzes von 25 % auf 15 %. Mit der Herabsetzung des StSatzes sollte die Attraktivität des Standortes Deutschland für Direktinvestitionen gesteigert werden (BTDrucks. 16/4841, 31). Gleichzeitig war damit auch erforderlich, die StFreistellung von 50 % auf 40 % anzupassen, denn es sollte weiterhin sichergestellt werden, dass der ausgeschüttete Gewinn durch die Besteuerung auf der Ebene der Körperschaft und auf der Ebene des Anteilseigners insgesamt einmal besteuert ist. Die sich aus der Absenkung der StFreistellung ergebenden StErhöhung wird durch die Absenkung des KStSatzes auf 15 % kompensiert. Die Gesamtbelastung bei einem Spitzensteuersatz von 45 % verringert sich einschließlich Solidaritätszuschlag von 53,21 % auf 49,82 % im Spitzensteuersatz (45 %) ab dem VZ 2009 (s. BTDrucks. 16/4841, 46); vgl. zB EISGRUBER, Der Konzern, 2008, 343.

Gleichzeitig werden die privaten Kapitaleinkünfte ab dem VZ 2009 aus dem System des Teileinkünfteverfahrens herausgenommen. Sie unterliegen der pauschalen Abgeltungsteuer von 25 %. Soweit Beteiligungserträge dem betrieblichen Bereich zuzuordnen sind (§ 32d Abs. 1 Satz 1 iVm. § 20 Abs. 8), findet das Teileinkünfteverfahren aber weiterhin Anwendung. Mit der Einführung der Abgeltungsteuer soll eine Reduzierung der stl. Belastung von Dividendenerträgen erreicht werden (BTDrucks. 16/4841, 33). Der Zweck der Maßnahme liegt darin, bei Wahrung der Anonymität des Anlegers mehr Steuereinnahmen zu erzielen, die durch den Rückfluss bisher im Ausland investierter Gelder begründet sein soll.

6 Einstweilen frei.

## 3. Steuersystematische Bedeutung des Teileinkünfteverfahrens

### 7 a) Grundzüge des Teileinkünfteverfahrens

Das Teileinkünfteverfahren, welches aus dem Halbeinkünfteverfahren hervorgegangen ist, unterscheidet sich in seiner systematischen Ausrichtung nicht vom Halbeinkünfteverfahren. Das Besteuerungskonzept des Teileinkünfteverfahrens kennzeichnet sich dadurch, dass der von einer Körperschaft erzielte Gewinn zunächst auf der Ebene der Körperschaft mit einer niedrigen KSt von 15 % belegt wird. In Abkehr vom zuvor geltenden KStAnrechnungsverfahren kann sich der Anteilseigner die von der Körperschaft gezahlte KSt im Falle der Ausschüttung nicht auf seine EStSchuld anrechnen. Vielmehr wirkt die KSt auf Ebene der Körperschaft im System des Teileinkünfteverfahrens definitiv. Insoweit hat das Teileinkünfteverfahren den Charakter eines klassischen KStSystems (zum Begriff s. Einf. KSt. Anm. 17). Dem Trennungsprinzip folgend werden Gewinnausschüttungen auf der Ebene des Anteilseigners als stpfl. Einkünfte erfasst. Allerdings berücksichtigt das Teileinkünfteverfahren bei der Besteuerung des Anteilseigners die Vorbelastung des ausgeschütteten Gewinns mit KSt in pauschalierter Form, indem 40 % der Beteiligungserträge beim Anteilseigner stfrei gestellt werden (sog. *shareholder-relief*-System; HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 11, Rn. 7). Die anteilige StFreistellung der Beteiligungserträge wird also mit der kstl. Vorbelastung des ausgeschütteten Gewinns gerechtfertigt. Damit werden die Besteuerung der Körperschaft und die Besteuerung der An-

teilsteigner miteinander verknüpft. Der Gesetzgeber will erreichen, dass der von der Körperschaft erwirtschaftete und an die Anteilseigner ausgeschüttete Gewinn im Ergebnis einmal voll besteuert wurde, wenn beide Besteuerungsebenen zusammen betrachtet werden. Damit ist das Teileinkünfteverfahren von einer integrierenden Betrachtungsweise beherrscht. Zwar stehen sich Körperschaft und Anteilseigner als zwei getrennte StSubjekte gegenüber; die unterschiedlichen Besteuerungsebenen sind aber einerseits dadurch verknüpft, dass die kstl. Vorbelastung bei der Besteuerung des Anteilseigners in pauschalierter Form berücksichtigt wird und andererseits die Besteuerung erst abgeschlossen ist, wenn der ausgeschüttete Gewinn auf der Ebene des Anteilseigners erfasst wurde. Darüber hinaus wird die anteilige StFreistellung auf Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungen erstreckt. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die Veräußerung einer Totalausschüttung vergleichbar ist. Mit dem durch das JStG 2007 v. 13.12.2006 (BStBl. I 2007, 28) neu eingefügten Satz 2 in Buchst. d wird die Gewährung der anteiligen StFreistellung im Falle eine vGA davon abhängig gemacht, dass der Bezug das Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert hat. Mit der Einführung dieses materiellen Korrespondenzprinzips wird die Besteuerung von Körperschaft und Anteilseigner enger aufeinander abgestimmt. Durch das AmtshilfeRLUmsG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802) wurde die Regelung von Satz 2 auf alle Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und alle Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 ausgedehnt. Da die anteilige StFreistellung auf der Ebene des Anteilseigners nur durch die Vorbelastung des ausgeschütteten Gewinns mit KSt gerechtfertigt ist, entfällt die Rechtfertigung, wenn es an einer solchen Vorbelastung fehlt. Daher stellt die Einführung eines materiellen Korrespondenzprinzips eine systemgerechte Fortentwicklung des Teileinkünfteverfahrens dar.

#### b) Rechtssystematische Bedeutung bei laufenden Erträgen

8

**Systematische Einordnung:** Die StBefreiung der laufenden Erträge stellt der Sache nach keine Begünstigung im Sinne einer Sozialzweckbefreiung dar (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 69/05, BStBl. II 2008, 551). Die lediglich hälftige Erfassung der Ausschüttungen soll vielmehr die definitive Belastung mit KSt auf der Ebene der Gesellschaft berücksichtigen und eine Doppelbesteuerung vermeiden. Dem Gesellschafter wird somit kein echtes Steuerprivileg gewährt (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 69/05, BStBl. II 2008, 551; SCHÖN, StuW 2000, 151 [154]). Vielmehr ist die Begünstigung notwendige Folge der definitiven Belastung des ausgeschütteten Gewinns mit KSt.

**Abzugsbeschränkung systemwidrig:** Das Halbeinkünfteverfahren soll sicherstellen, dass der Gewinn, betrachtet man die Besteuerung der Gesellschaft und die des Gesellschafters als Einheit, nur einmal besteuert wird. Mit diesem Konzept ist es nicht vereinbar, dass der Gesetzgeber den Abzug von Aufwendungen, die mit dem Dividendenbezug in Zusammenhang stehen, nur zur Hälfte zulässt. Zwar mag es auf den ersten Blick einleuchtend erscheinen, dass der Abzug von Aufwendungen, die mit stfreien Einnahmen im Zusammenhang stehen, entsprechend begrenzt wird. Dies entspricht dem allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz, die Gewährung doppelter Steuervorteile zu vermeiden (BFH v. 14.11.1986 – VI R 209/82, BStBl. II 1989, 351; BFH v. 6.7.2005 – XI R 61/04, BStBl. II 2006, 163). Dabei wird aber übersehen, dass die Besteuerung des Gesellschafters nicht isoliert zu betrachten ist, denn der Gesetzgeber selbst ist bei der Ausgestaltung des Halbeinkünfteverfahrens von einer integrierenden Betrachtung der verschiedenen Besteuerungsebenen ausgegangen (BTDrucks. 14/2683, 94). Da in

die Betrachtung somit die Vorbelastung mit KSt einzubeziehen ist, müssen die Beteiligungsaufwendungen unbeschränkt abziehbar sein, da der Gewinn – berücksichtigt man die Besteuerung auf Ebene der Körperschaft und auf der Ebene des Anteilseigners – in voller Höhe besteuert wird (vgl. zur Kritik HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 11, Rn. 15 mwN; INTEMANN, DB 2007, 2797 [2799]; SCHÖN, FR 2001, 381; ENGLISCH, FR 2008, 230; HAMDAN/HAMDAN, DSStZ 2007, 730; OTTO, DSStR 2008, 228; SEER, GmbHR 2009, 1036 [1045]).

► *Auffassung der Rechtsprechung:* Dagegen hält der BFH die Regelung des § 3c Abs. 2 für verfassungsgemäß (BFH v. 27.10.2005 – IX R 15/05, BStBl. II 2006, 171; BFH v. 19.6.2007 – VIII R 69/05, BStBl. II 2008, 551; BFH v. 2.9.2014 – IX R 43/13, BStBl. II 2015, 257). Allerdings hatte der BFH den Anwendungsbereich eingeschränkt. Das Halb-/Teilabzugsverbot ist nicht anzuwenden, wenn dem Anteilseigner keine nach § 3 Nr. 40 stfrei gestellten Einnahmen aus der Beteiligung zugeflossen sind (BFH v. 25.6.2009 – IX R 42/08, BStBl. II 2010, 220; BFH v. 1.10.2014 – IX R 13/13, BFH/NV 2015, 198; s. auch BMF v. 8.11.2010, BStBl. I 2010, 1292). Diese Rspr. ist aber nur bis zum VZ 2010 anzuwenden, weil der Gesetzgeber mit einer Änderung des § 3c Abs. 2 Satz 2 auf die Rspr. des BFH reagiert hat, so dass das Teilabzugsverbot ab dem VZ 2011 auch eingreift, wenn dem Anteilseigner keine anteilig stfrei gestellten Einnahmen aus der Beteiligung zufließen, weil es nach der neuen Gesetzesfassung ausreicht, dass der Anteilseigner in der Absicht handelt, solche Einnahmen erzielen zu wollen (zu Einzelheiten s. § 3c Anm. 10 ff.).

**Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip:** Die Abzugsbeschränkung verstößt somit gegen das verfassungsrechtl. Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit – insbes. gegen das daraus abgeleitete objektive Nettoprinzip (BIRK, StuW 2000, 328 [331]; SCHÖN, StuW 1995, 366 [368]). Dem folgt insoweit auch BFH v. 19.6.2007 (VIII R 69/05, BStBl. II 2008, 551; die dagegen erhobene Verfassungsbeschwerde wurde mit Beschluss BVerfG v. 9.2.2010 – 2 BvR 2221/07, juris, nicht zur Entscheidung angenommen). Jedoch ist er der Ansicht, dass der Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip sachlich gerechtfertigt sei. Zur Begründung führt der BFH aus, dass sich die Rechtfertigung aus der systematischen Grundentscheidung des Halbeinkünfteverfahrens ergebe, wonach Veräußerungsvorgänge den laufenden Gewinnausschüttungen gleichzustellen seien. Damit seien auch die entsprechenden Aufwendungen einheitlich zu behandeln. Bei den Veräußerungsvorgängen sei bei typisierender Betrachtung eine Totalausschüttung gegeben, die zugunsten des Stpfl. davon ausgehe, dass mit dem Kaufpreis der Beteiligung auf der Gesellschafterebene versteuerte offene Rücklagen bezahlt worden seien. Wenn infolgedessen nur die Hälfte des Kaufpreises zu versteuern sei, so dürfe auch nur die Hälfte der Aufwendungen angesetzt werden. Um einen Gleichlauf mit den laufenden Gewinnausschüttungen zu erreichen, sei es daher auch gerechtfertigt, die Hälfte der Aufwendungen bei diesen Einnahmen zu berücksichtigen, selbst wenn es zu der Durchbrechung des Nettoprinzips komme.

Diese Argumentation des BFH überzeugt uE nicht. Die systematische Grundentscheidung des Halbeinkünfteverfahrens, Veräußerungsvorgänge den laufenden Gewinnausschüttungen gleichzustellen, darf uE nicht zu einer Gleichbehandlung der Aufwendungen führen. Wenn der Gesetzgeber typischerweise bereits den Veräußerungspreis zur Hälfte stfrei stellt und damit stille Reserven, die nicht vorbelastet sind, stl. begünstigt, durchbricht er selbst das Gebot einer Besteuerung nach der individuellen Leistungsfähigkeit. Diese Durchbrechung ist selbst schon rechtfertigungsbedürftig (HEY in DSStJG 24 [2001], 155). Ebenso ist auch



das Halbabzugsverbot bei den laufenden Gewinnausschüttungen dogmatisch nicht zu begründen. Nach dem Gebot der Folgerichtigkeit wäre hier der volle Abzug konsequent (zur Darstellung des Streitstands s. ausführlich § 3c Anm. 10). Eine inkonsequente Regelung (hälftige StBefreiung von Veräußerungsgewinnen) zur Begründung der weiteren inkonsequenten Regelung (Halb-abzugsverbot bei laufenden Gewinnausschüttungen) heranzuziehen überzeugt nicht, zumal der Gesetzgeber selbst diese Überlegungen nicht angestellt hat.

### c) Rechtssystematische Bedeutung bei Veräußerungserträgen

Das Teileinkünfteverfahren ist nicht nur auf laufende Beteiligungserträge (Satz 1 Buchst. d–i), sondern auch auf Veräußerungserlöse anzuwenden (Satz 1 Buchst. a–c und Buchst. j aF). Somit behandelt § 3 Nr. 40 die Ausschüttung und die Veräußerung von Anteilen gleich (BFH v. 18.4.2012 – X R 5/10, BStBl. II 2013, 785; BFH v. 18.11.2014 – IX R 4/14, BStBl. II 2015, 526).

**Rechtfertigung durch den Gesetzgeber:** Der Gesetzgeber rechtfertigt die Gleichbehandlung von Veräußerungserträgen und laufenden Erträgen mit der Überlegung, dass die Veräußerung wie die Liquidation in wirtschaftlicher Hinsicht einer Vollausschüttung entspreche. Zur Begründung führt er aus, dass auch der Veräußerungsgewinn, der entstehe, wenn eine natürliche Person einen Anteil an einer KapGes. veräußere, nur zur Hälfte der Besteuerung zu unterwerfen sei, weil schon auf der Ebene der KapGes. eine Besteuerung erfolgt sei bzw. erfolgen werde, denn die Gewinne der KapGes., die als offene Rücklage im Unternehmen verbleiben, seien bereits mit KSt belastet worden. Gleiches gelte für die stillen Reserven, die zwar noch nicht besteuert worden seien, aber bei Aufdeckung mit KSt belastet werden würden. Deshalb ergebe sich auch bei Veräußerungserträgen durch die Vorbelastung bei der KapGes. und die Halbeinkünftebesteuerung zusammen eine Einmalbesteuerung (BTDrucks. 14/2683, 96). Die Besteuerung des Einzelunternehmers, der seinen Betrieb veräußert, oder des Gesellschafters einer PersGes., der seinen Anteil an der Gesellschaft veräußert, dürfe dagegen nicht zur Hälfte erfolgen, denn in diesen Fällen würden bei der Veräußerung die stillen Reserven in vollem Umfang aufgedeckt. Eine zweite Besteuerungsebene mit Vorbelastung oder Verhaftung stiller Reserven bestehe nicht. Der Veräußerungsgewinn unterliege daher beim Veräußerer voll der ESt. Der Erwerber könne auf der Grundlage seiner AK steuermindernde Abschreibungen auf die WG vornehmen. Demgegenüber seien bei Veräußerungen von Anteilen an KapGes. im Veräußerungspreis die offenen Rücklagen und stillen Reserven enthalten. Die stillen Reserven würden aber hier nicht aufgedeckt. Der Erwerber könne daher auch seine Steuer nicht durch die Abschreibung erhöhter Buchwerte mindern (BTDrucks. 14/2683, 96).

**Totalausschüttung:** Diese Erwägungen des Gesetzgebers, die auch Zustimmung im Schrifttum finden, beruhen auf dem Grundgedanken, dass auch eine Veräußerung einer Beteiligung an einer KapGes. wie eine Totalausschüttung anzusehen sei (BTDrucks. 14/2683, 96; CREZELIUS, DB 2001, 225). Bereits das bisherige Recht gehe in § 8b Abs. 2 KStG von diesem Verständnis aus (MÜLLER-GATERMANN, GmbHR 2000, 654). Nicht nur die vorbelasteten offenen Rücklagen seien im Veräußerungspreis enthalten, sondern auch die stillen Reserven, die ertragstl. zwar noch nicht vorbelastet seien, aber spätestens bei der Liquidation des Unternehmens aufgedeckt würden (MÜLLER-GATERMANN, GmbHR 2000, 654; MÜLLER-DOTT, DB 2000, Heft 3, Gastkommentar).

**Grundsatz der Individualbesteuerung:** Die Veräußerungserträge nur zur Hälfte der ESt zu unterwerfen stellt eine Verletzung des Grundsatzes der Indivi-

dualbesteuerung dar (HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 11, Rn. 14). Das BVerfG, das diesen Grundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG herleitet und auf ihn im Zusammenhang mit der Veranlagung von Ehegatten zurückgreift, will mit ihm die Pflicht zur Besteuerung nach der individuellen Leistungsfähigkeit hervorheben (BVerfG v. 14.4.1959 – 1 BvL 23/57, 1 BvL 34/57, BVerfGE 9, 237; vgl. zuletzt BVerfG v. 4.10.1988 – 1 BvR 843/88, HFR 1990, 43). Mit diesem Prinzip ist die Übertragung stiller Reserven nicht vereinbar. Durch den Veräußerungsvorgang werden die stillen Reserven beim Veräußerer nur zur Hälfte der Einkommensbesteuerung zugeführt. Der Erwerber oder als ultima ratio im Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Steuerverstrickung der dann Aufdeckende haben nach dem KStG die stillen Reserven mit 25 % zu versteuern. Damit wird nicht derjenige besteuert, der auch die stillen Reserven erwirtschaftet hat – hier der Veräußerer. Umgekehrt versteuert der Veräußerer gemindert durch das Halbeinkünfteverfahren aber auch Anteile am Veräußerungsertrag, die er nicht erwirtschaftet hat, wenn darin künftige Gewinnerwartungen enthalten sind.

**Gewinn statt Einnahmen:** Mit dem UntStReformG 2008 wird in Satz 1 Buchst. g und h statt „Einnahmen“ nunmehr ab VZ 2009 der „Gewinn“ aus der Veräußerung oder Abtretung von Dividendenscheinen oder sonstigen Ansprüchen iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a zu 40 % stbefreit. Damit durchbricht der Gesetzgeber das dem Teileinkünfteverfahren zugrunde liegende Besteuerungskonzept. Das Teileinkünfteverfahren besteht aus einem Teileinkünfteverfahren und Teilabzugsverfahren (s. Anm. 1), so dass die Erfassung des Gewinns an dieser Stelle einen Fremdkörper im System des Teileinkünfteverfahrens darstellt.

10 Einstweilen frei.

11 **d) Steuersystematische Bedeutung des materiellen Korrespondenzprinzips und Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht**

**Verknüpfung der Besteuerung von Anteilseigner und Kapitalgesellschaft:**

Mit der Einführung des Satzes 2 in Buchst. d soll eine korrespondierende Besteuerung von Körperschaft und Anteilseigner erreicht werden. Die Besteuerung von Körperschaft und Anteilseigner soll dadurch enger aufeinander abgestimmt werden. Die anteilige StFreistellung wird nur für Bezüge und Einnahmen gewährt, die das Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert haben. Mit dem JStG 2007 v. 13.12.2006 (BStBl. I 2007, 28) wurde dieser Anwendungsausschluss nur für vGA eingeführt. Durch das AmtshilfeRLUMsG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802) wurde die Regelung von Satz 2 auf alle Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und alle Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 ausgedehnt. Dem Anteilseigner soll die anteilige StBefreiung nur noch gewährt werden, wenn der ausgeschüttete Gewinn auf der Ebene der Gesellschaft die stl. Bemessungsgrundlage nicht gemindert hat und daher besteuert worden ist (BTDrucks. 16/2712, 40). Mit der Einführung einer korrespondierenden Besteuerung von Körperschaft und Anteilseigner richtet der Gesetzgeber das Halb-/Teileinkünfteverfahren insoweit dogmatisch neu aus, denn er hatte bei Einführung des Halbeinkünfteverfahrens bewusst auf eine korrespondierende Besteuerung von Körperschaft und Anteilseigner verzichtet. Dies entsprach dem Trennungsprinzip, nach welchem die Körperschaft und die Anteilseigner jeweils als eigenständiges Steuersubjekt unabhängig voneinander besteuert werden (s. INTEMANN in RÖDDER/HERLINGHAUS/NEUMANN, 2015, § 8 KStG Rn. 13;

HEY in TIPKE/LANG, 22. Aufl. 2015, § 11, Rn. 2). Auch mit der definitiv wirkenden Besteuerung der Körperschaft entspricht das Teileinkünfteverfahren einem klassischen KStSystem. Daher war die StBefreiung einer Gewinnausschüttung bisher nicht davon abhängig, dass der ausgeschüttete Gewinn tatsächlich bei der Körperschaft besteuert wurde. Eine die anteilige StBefreiung rechtfertigende Vorbelastung wurde sowohl für inländ. als auch für ausländ. Gewinnausschüttungen vom Gesetz unterstellt. Besonders deutlich wird dies bei der Besteuerung von Gewinnausschüttungen ausländ. Körperschaften, weil diese unabhängig von Höhe und Art der Besteuerung der Gesellschaft im Sitzstaat anteilig stfrei gestellt wurde. Aber auch für reine Inlandsverhältnisse war die Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens nicht von der Herkunft der Mittel, die die Körperschaft ihren Anteilseigner zugewendet hat, abhängig (s. Anm. 112). Somit war dem StRecht eine korrespondierende Besteuerung von Körperschaft und Anteilseigner bislang fremd (DÖRFLER/HEURUNG/ADRIAN, DStR 2007, 514). Daher ändert der Gesetzgeber mit der Einführung einer materiellen Korrespondenz diese dogmatische Grundausrichtung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens. Die Einführung des materiellen Korrespondenzprinzips stellt uE jedoch eine systemgerechte Fortentwicklung des Teileinkünfteverfahrens dar, da dieses dogmatisch auf eine integrierte Betrachtung der verschiedenen Besteuerungsebenen hin angelegt ist (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 69/05, BStBl. II 2008, 551; SCHÖN, StuW 2000, 151; kritisch zur Einführung des materiellen Korrespondenzprinzips BECKER/LOOSE, IStR 2012, 758 [761]). Die anteilige StFreistellung beim Anteilseigner ist nur durch die Vorbelastung einer Gewinnausschüttung mit KSt auf Ebene der Körperschaft gerechtfertigt (zu Einzelheiten s. Anm. 7). Ist der ausgeschüttete Gewinn tatsächlich nicht mit KSt vorbelastet, entfällt auch die Rechtfertigung einer anteiligen StFreistellung der Gewinnausschüttung beim Anteilseigner. Diese systembildende Verknüpfung der Besteuerungsebenen im Teileinkünfteverfahren ist ausreichende Begründung für die Einführung des materiellen Korrespondenzprinzips gem. Satz 1 Buchst. d Satz 2.

**Ziel des Gesetzgebers:** Die Einführung eines materiellen Korrespondenzprinzips will der Gesetzgeber das Entstehen sog. weißer Einkünfte verhindern. Dabei hatte der Gesetzgeber besonders Sachverhalte mit Auslandsbezug im Auge, um bei grenzüberschreitenden Sachverhalten das Entstehen weißer Einkünfte zu verhindern (POHL/RAUPACH, FR 2007, 210; DÖTSCH/PUNG, DB 2007, 11; PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 77 [12/2013]). Eine entsprechende Regelung für körperschaftliche Anteilseigner sieht § 8b Abs. 1 Sätze 2 und 4 KStG vor. Durch die Ausnutzung internationaler Qualifikationskonflikte kann erreicht werden, dass die Leistung einer ausländ. Körperschaft im Sitzstaat als BA behandelt, in Deutschland aber als (verdeckte) Gewinnausschüttung qualifiziert wird (PAINTNER, DStR 2013, 1629 [1630]). In diesem Fall wäre die Leistung im Sitzstaat der Körperschaft nicht mit KSt (vor-)belastet, der Bezug würde aber beim inländ. Anteilseigner ohne Anwendung von Buchst. d Satz 2 trotz fehlender kstl. Vorbelastung zu 40 % stfrei gestellt werden. Eine solche Steuerfolge soll mit der Regelung von Buchst. d Satz 2 verhindert werden.

**Zunächst keine konsequente Umsetzung nach Satz 2 aF:** Der Gesetzgeber hat in der bis zum VZ 2013 geltenden Fassung des Satzes 2 auf eine konsequente Umsetzung einer materiellen Korrespondenz verzichtet. Er beschränkte sich darauf, eine korrespondierende Besteuerung nur für vGA und nicht für alle Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 vorzuschreiben. Systematisch bedenklich war eine solche Beschränkung auf vGA, denn die anteilige StFreiheit rechtfertigt sich für alle Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 mit der Vorbelastung des Gewinns mit KSt

und nicht nur bei vGA kann es zu weißen Einkünften kommen (DÖTSCH/PUNG, DB 2007, 11). Konsequenz wäre es daher gewesen, alle Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 in den Ausschlussstatbestand einzubeziehen.

**Materielles Korrespondenzprinzip auf alle Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9 ausgedehnt (Satz 2 nF):** Diese systematisch unzureichende Umsetzung des materiellen Korrespondenzprinzips hat der Gesetzgeber mit der Neufassung des Satzes 2 durch das AmtshilfeRLUMsG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802) beseitigt. Der Anwendungsausschluss gem. Buchst. d Satz 2 gilt ab dem VZ 2014 für alle Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und alle Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9. Der Gesetzgeber hatte erkannt, dass es nicht nur bei vGA zum Entstehen weißer Einkünfte kommen kann. Dabei wollte er die Ausnutzung hybrider Finanzierungsstrukturen (insbes. durch Einsatz von Genussrechte) bei grenzüberschreitenden Sachverhalten verhindern.

**Europarechtliche Bedenken:** Gegen die Vorschrift werden europarechtl. Bedenken vorgebracht, obwohl die Regelung ohne Unterschied sowohl auf Inlands- als auch auf Auslandssachverhalte anzuwenden ist. Zweifel an der Europarechtskonformität werden geäußert, weil zumindest faktisch eine Ungleichbehandlung zwischen Inlands- und Auslandsfall bestehen soll (DÖRFLER/HEURUNG/ADRIAN, DStR 2007, 514). Die Anwendung des Satzes 1 Buchst. d Satz 2 auf Inlandssachverhalte sei faktisch die Ausnahme, während Hauptanwendungsgebiet der Regelung der Auslandssachverhalte sei. Darin sei eine europarechtl. unzulässige Ungleichbehandlung zu sehen, die auch nicht durch Kohärenzgesichtspunkte zu rechtfertigen wäre (DÖRFLER/HEURUNG/ADRIAN, DStR 2007, 514). Sollte eine faktische Ungleichbehandlung die Grundfreiheiten verletzen, ist uE allerdings zu bedenken, dass die Regelung sich aus der Systematik des Teileinkünfteverfahrens rechtfertigen lässt, die eine kstl. Vorbelastung für eine StBefreiung der vGA voraussetzt (ENGLISCH, IStR 2004, 685; BENECKE/SCHNITGER, IStR 2004, 47).

**Kein effektiver Rechtsschutz:** Darüber hinaus werden verfassungsrechtl. Bedenken geäußert, weil der Anteilseigner keine Möglichkeit habe, den KStBescheid der leistenden Körperschaft anzufechten, obwohl die Besteuerung bei der Körperschaft entscheidend dafür sei, ob die vGA beim ihm anteilig oder in voller Höhe besteuert wird. Die Bindung an die Besteuerung bei der Körperschaft müsse mit der Möglichkeit des Anteilseigners einhergehen, den KStBescheid anfechten zu können, damit ein verfassungsrechtl. gebotener effektiver Rechtsschutz gewährleistet werde (POHL/RAUPACH, FR 2007, 210).

12–14 Einstweilen frei.

#### 4. Verfassungsmäßigkeit und Europarechtskonformität des Halb-/Teileinkünfteverfahrens

##### 15 a) Auffassung des BFH

Nach Ansicht des BFH bestehen gegen das Halbeinkünfteverfahren insoweit keine verfassungsrechtl. Bedenken, als das Halbabzugsverfahren gem. § 3c Abs. 2 betroffen ist. In dem nur zur Hälfte zugelassenen Abzug der Aufwendungen, die im Zusammenhang mit den Nr. 40 zugrunde liegenden Einnahmen stehen, liege zwar ein Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip, dieser sei aber

sachlich gerechtfertigt (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 69/05, BStBl. II 2008, 551; s. Anm. 7).

Es bestehen uE aber verfassungsrechtl. Bedenken gegen das Halbeinkünfteverfahren wegen des verfassungsrechtl. gebotenen Grundsatzes der Gleichmäßigkeit der Besteuerung (ebenso SEER, StbJb. 2000/2001, 15 [26]; JACHMANN in DStJG 23 [2000], 23 und 161 f.; Einf. KSt. Anm. 199 aE; HEY, BB 1999, 1195; HEY in DStJG 24 [2001], 155 [197 f.]; SCHNEELOCH/TROCKELS-BRAND, DStR 2000, 909; PASCH in ERNST & YOUNG/BDI, Unternehmenssteuerreform, 2. Aufl. 2000, 90) und des Gebots der StFreistellung des Existenzminimums.

Vgl. hierzu R. WENDT, FS Friauf, 1996, 857 (866 ff.); PEZZER, StuW 2000, 144 (146); SEER, StbJb. 2000/2001, 15 (16 ff.) mwN; HEINICKE in SCHMIDT, 34. Aufl. 2015, § 3 „Halbeinkünfteverfahren“; aA WEBER-GRELLET, DB 1999, 995; BIRK, StuW 2000, 333, der ua. in verfassungsrechtl. Hinsicht ein Überschreiten der Grenze des Zulässigen mit der Begründung verneint, der Stpfl. habe die freie Wahl zwischen den Unternehmensrechtsformen und könne auch nach dem UmwStG steuerneutral die Rechtsform wechseln.

#### b) Ungleichbehandlung der verschiedenen Einkunftsarten

16

**Unterschiedliche Steuerbelastung;** Das Teileinkünfteverfahren in Verbindung mit der Definitivbesteuerung bei der Körperschaft führt zu einer ungleichen Behandlung der verschiedenen Einkunftsarten (vgl. Übersicht zu den Belastungswirkungen bei HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 18. Aufl. 2005, § 11, Rn. 15). Die unterschiedliche Belastungswirkung resultiert aus der nur pauschalen StFreistellung, die keine zielgenaue Besteuerung nach dem individuellen StSatz ermöglicht. Dies unterscheidet das Teileinkünfteverfahren grundlegend vom Anrechnungsverfahren, welches die Besteuerung der Ausschüttung zum individuellen progressiven StSatz sicherstellte. Die mit der unterschiedlichen Besteuerung verbundene Ungleichbehandlung ist uE aber vom gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum und dem Vereinfachungsgedanken gedeckt (glA HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 11, Rn. 20).

Zur Kritik s. Einf. KSt. Anm. 199 aE; HEY in DStJG 24 (2001), 155 (197 f.); HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 11, Rn. 20; SEER, StbJb. 2000/2001, 15 (26); LÖHR, StuW 2000, 33 (39); MAITERH/SEMMLER, BB 2000, 1377 (1382 ff.); CREZELIUS, DB 2000, 1631; SPENGLER/JAEGER/MÜLLER, IStR 2000, 257; HOMBURG, Stbg 2001, 15; SIEGEL/BAREIS/HERZIG ua., BB 2000, 1270; NACKE/INTEMANN, DB 2002, 756 (757).

**Nebeneinander von Abgeltungsteuer und Teileinkünfteverfahren:** Desweiteren wird die Verfassungsmäßigkeit des Teileinkünfteverfahrens im Schrifttum insbes. unter dem Gesichtspunkt der durch das UntStReformG 2008 eingeführten Abgeltungsteuer kritisch gesehen. Während betriebliche Kapitaleinkünfte wie bisher dem System des Halb- bzw. Teileinkünfteverfahren unterliegen und damit betriebliche Aufwendungen zur Hälfte bzw. zu 60 % stmindernd geltend gemacht werden können, können ab VZ 2009 bei privaten Beteiligungseinkünften entsprechende Aufwendungen nicht mehr geltend gemacht werden (§ 20 Abs. 9 Satz 1). Hier greift die abgeltende Wirkung der Abgeltungsteuer von 25 %. Diese unterschiedliche Behandlung von privaten und betrieblichen Dividendeneinkünften ist verfassungsrechtl. unter dem Gesichtspunkt der Beachtung des Leistungsfähigkeitsprinzips und des Grundsatzes der Folgerichtigkeit bedenklich. Zwar hat der Gesetzgeber in § 32d Abs. 2 Nr. 3 mit dem JStG 2008 eine Optionsmöglichkeit geschaffen, so dass dem Stpfl. der Weg zum Teileinkünfteverfahren offen steht; gleichwohl bleibt das verfassungsrechtl. Problem erhalten, da nur ein begrenzter Kreis optieren kann und auch bei der Option über den Sparer-Pauschbetrag hinaus kein weiterer WKAbzug möglich ist.

Kritisch auch SCHLOTTER/VON FREEDEN in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 408; HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 11, Rn. 20; INTEMANN, DB 2007, 1658; OHO/HAGEN/LENZ, DB 2007, 1324; LOOS, DB 2007, 704; FISCHER, DStR 2007, 1898; ENGLISCH, StuW 2007, 223; JACHMANN in DStJG 34 (2011), 251 (261); aA ECKHOFF, FR 2007, 989; TORMÖHLEN in KORN, § 3 Nr. 40 Rn. 17.1 (5/2008).

### 17 c) Europarechtskonformität

Zur Europarechtskonformität der Besteuerung beschränkt Stpfl. s. ausführlich Anm. 27.

### 18 d) Steuerfreistellung des Existenzminimums

Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen gegen die Regelungen auch insoweit, als das stfrei zu belassende Existenzminimum durch den auch beim Halbeinkünfteverfahren prinzipiell weiterhin geltenden Grundsatz der ertragstl. Einmalbesteuerung (BTDrucks. 14/2683, 96) durch KSt und GewSt bei ausgeschütteten Gewinnen belastet wird. Verfassungsrechtlicher Maßstab ist der aus Art. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG folgende Grundsatz, dass der Staat das Einkommen insoweit stfrei belassen muss, als es vom Stpfl. zur Schaffung der Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein benötigt wird (vgl. BVerfG v. 29.5.1990 – 1 BvL 20/84, 1 BvL 26/84, 1 BvL 4/86, BVerfGE 82, 60 [85]; BVerfG v. 10.11.1998 – 2 BvL 42/93, BStBl. II 1999, 174 [179]). Wurde nach dem Anrechnungsverfahren dieser Grundsatz insoweit berücksichtigt, als bei Beteiligungseinkünften die Vorbelastung durch KSt und KapErtrSt bei Einkommen unterhalb des stfrei zu belassenden Existenzminimums durch Erstattung rückgängig gemacht wurde, wird er beim Halbeinkünfteverfahren nicht beachtet. Hier bleiben die Beteiligungseinkünfte aufgrund des vom Gesetzgeber angelegten Grundsatzes der Einmalbesteuerung mit KSt belastet, wenn die Einkünfte unterhalb des Existenzminimums liegen (vgl. hierzu auch SEER, StJb. 2000/2001, 15 [25 f.]; NACKE/INTEMANN, DB 2002, 756 [757]; BALMES/SCHÜTZBERG in ERLE/SAUTER, 3. Aufl. 2010, § 3 Rn. 60).

### 19 e) Rückwirkende Änderungen durch das SEStEG

**Rückwirkende Anwendung verfassungswidrig:** Die Änderungen des Satz 1 Buchst. a und b durch das SEStEG galten bereits für Veräußerungen im VZ 2006, weil § 52 Abs. 1 zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des SEStEG noch in der Fassung galt, die eine Anwendung des EStG ab dem VZ 2006 vorsah. Soweit danach eine Anwendung der geänderten Vorschrift auf Veräußerungen vor der Verkündung der Rechtsänderung in Betracht kommt, dürfte dies verfassungsrechtl. bedenklich sein. Folgt man der Rspr. des BVerfG, die das Gericht erstmals in der Schiffsbaubeteiligungsentscheidung v. 3.12.1997 begründet hat, so ist eine unterjährige Rückwirkung auf den Beginn des VZ grds. zulässig (sog. unechte Rückwirkung); jedoch gilt dies dann nicht, wenn der Stpfl. eine endgültige Disposition im Vertrauen auf den Fortbestand der bestehenden Regelung vorgenommen hat (vgl. BVerfG v. 3.12.1997 – 2 BvR 882/97, BVerfGE 97, 67; ähnlich BVerfG v. 5.2.2002 – 2 BvR 305/93, BVerfGE 105, 17; dazu Einf. ESt. Anm. 523). Bei den Änderungen von Buchst. a und b kann es zu endgültigen Dispositionen in diesem Sinne vor der Verkündung des Gesetzes gekommen sein, so dass eine Rückwirkung auf den Beginn des VZ 2006 unzulässig wäre. Da diese VZ-Rspr. des BVerfG aufgrund zweier Vorlagen des XI. Senats des BFH auf dem Prüfstand des BVerfG steht, bleibt abzuwarten, wie letztlich zu differenzieren ist (s. BFH v. 2.8.2006 – XI R 30/03, BStBl. II 2006, 895; BFH v.

2.8.2006 – XI R 34/02, BStBl. II 2006, 887; s. zur Rückwirkungsproblematik allgemein auch HEY, NJW 2007, 408).

Vgl. auch FÖRSTER, DB 2007, 72 (76), der von einer Anwendung ab dem 13.12.2006 ausgeht.

Einstweilen frei.

20–24

## IV. Geltungsbereich der Nr. 40

### 1. Sachlicher, persönlicher und zeitlicher Geltungsbereich

25

**Keine Geltung für Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit:** Soweit der ArbG seinen ArbN im Rahmen eines Optionsprogramms verbilligt Aktien überlässt, unterliegt der diesbezügliche Arbeitslohn nicht dem Teileinkünfteverfahren (BFH v. 20.12.2006 – VI B 21/06, BFH/NV 2007, 698).

**Keine Geltung für die Körperschaftsteuer:** Die Vorschrift hat für die KSt keine Bedeutung, weil § 8b KStG als *lex specialis* Vorrang besitzt, wenn der Anteilseigner eine Körperschaft ist. Somit sind Ausschüttungen auch bei mittelbarer Beteiligung von natürlichen Personen nach § 8b KStG bis zur Ausschüttung an diese in vollem Umfang stfrei.

Zur Anwendung des § 3 Nr. 40 in den Fällen voll kstpfl. Streubesitzdividenden gem. § 8b Abs. 4 KStG s. Anm. 47.

**Unbeschränkt und beschränkt Steuerpflichtige:** Nr. 40 gilt für alle unbeschränkt und beschränkt Stpfl. iSd. § 1. Allerdings gilt im Privatbereich die abgeltende Wirkung der Abgeltungsteuer (s. Satz 2 iVm. § 20 Abs. 8) und bei beschränkt Stpfl. die abgeltende Wirkung der KapErtrSt.

**Anwendung auf Personengesellschaften:** Auch bei PersGes. gilt Nr. 40, wenn unmittelbar oder mittelbar über eine weitere PersGes. natürliche Personen beteiligt sind (zu Verfahrensfragen s. Anm. 48).

**Zeitlicher Geltungsbereich:** Die Regelungen der Sätze 1, 2 und 4 in der Fassung des UntStReformG 2008 v. 14.8.2007 (BGBl. I 2007, 1912; BStBl. I 2007, 630) sind erstmals ab dem VZ 2009 anzuwenden (§ 52a Abs. 3 Satz 1). Das nach Satz 1 Buchst. a Satz 2 und 3 bestehende materielle Korrespondenzprinzip, welches mit dem AmthilfeRLUmsG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809, BStBl. I 2013, 802) auf alle Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 ausgedehnt wurde, ist erstmals für den VZ anzuwenden, in dem das Wj. endet, dass nach dem 31.12.2013 begonnen hat (§ 52 Abs. 4d Satz 5). Satz 3 in der Fassung des KroatienAnpG v. 25.7.2014 (BGBl. I 2014, 1266; BStBl. I 2014, 1126) ist nach § 52 Abs. 1 ab dem VZ 2014 anzuwenden (zur Rückwirkungsproblematik s. ausführlich Anm. 2). Der mit dem StÄndG 2015 v. 2.11.2015 (BGBl. I 2015, 1834; BStBl. I 2015, 846) angefügte Satz 5 ist ab dem VZ 2016 anzuwenden.

Zu weiteren Einzelheiten der zeitlichen Anwendung der Vorschriften s. Anm. 2.

### 2. Anwendung bei Auslandsbeziehungen

#### a) Geltung bei Investitionen unbeschränkt Steuerpflichtiger im Ausland 26

Ziel der Unternehmenssteuerreform war ua. die europataugliche Ausgestaltung der deutschen Unternehmensbesteuerung (BTDrucks. 14/2683, 95). Daher werden in- und ausländ. Beteiligungen im Wesentlichen gleich behandelt.

**Laufende Erträge von ausländischen Gesellschaften:** Die anteilige StBefreiung gilt auch für laufende Erträge, die von ausländ. Gesellschaften stammen. Nr. 40 differenziert nicht, ob eine Dividende oder vGA von einer in- bzw. ausländ. Gesellschaft gezahlt wurde. Auch bei einer ausländ. Gesellschaft wird eine ausreichende Vorbelastung mit einer Ertragsteuer unterstellt. Allerdings ist die Hinzurechnungsbesteuerung nach dem AStG zu beachten (s. hierzu § 3 Nr. 41).

**Veräußerung von Anteilen an ausländischen Gesellschaften:** Die Veräußerung von Anteilen an einer ausländ. Gesellschaft unterliegt dem Teileinkünfteverfahren, wenn die ausländ. Gesellschaft ihrer Struktur nach einer deutschen KapGes. vergleichbar ist. Allerdings ist zu prüfen, ob ein DBA der inländ. Besteuerung generell entgegensteht.

## 27 b) Geltung bei beschränkter Steuerpflicht

**Laufende Beteiligungserträge aus einer inländischen Beteiligung:** Für beschränkt Stpfl. kommt das Teileinkünfteverfahren bei laufenden Erträgen aus im PV gehaltenen Beteiligungen ab dem VZ 2009 nicht mehr zur Anwendung, denn die Beteiligungserträge unterliegen der Abgeltungsteuer (PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 11 [12/2013]). Werden die Anteile in einem ausländischen BV gehalten, würde das Teileinkünfteverfahren dem Grunde nach Anwendung finden. Die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens wird jedoch durch die Abgeltungswirkung der KapErtSt verdrängt, weil eine Steuerveranlagung nicht durchgeführt wird. Die Regelung ist trotz der vorliegenden Ungleichbehandlung des grenzüberschreitenden Sachverhalts uE europarechtskonform. Zwar ist insbesondere der Ausschluss des Betriebsausgabenabzugs europarechtlich kritisch zu betrachten (EuGH 12.6.2003 C-234/01, Rs. Gerritse, BStBl II 2003, 859, s. ausführlich § 50 Anm. 7). Dennoch ist die Regelung europarechtskonform, weil die Belastung mit KapErtSt wirtschaftlich regelmäßig nicht zu einer höheren steuerlichen Belastung der an den beschränkt Stpfl. gezahlten Dividende führt (glA PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 11 [12/2013]).

**Für Veranlagungszeiträume vor 2009** war das Halbeinkünfteverfahren grds. auch auf laufende private und betriebliche Beteiligungserträge eines beschränkt Stpfl. anzuwenden. Jedoch bewirkte die Abgeltungswirkung der KapErtSt, dass eine Steuerveranlagung nicht durchgeführt wurde (§ 43a Abs. 1 Nr. 1, § 50 Abs. 5 Satz 1).

Zu europarechl. Bedenken s. ECKERT, IStR 2003, 406; HOLTHAUS, IStR 2003, 600; FOCK, RIW 2001, 111; DESENS, IStR 2003, 620.

**Beteiligung im Betriebsvermögen einer inländischen Betriebsstätte:** Das Teileinkünfteverfahren ist auf laufende Beteiligungserträge und Veräußerungserlöse eines Steuerausländers anzuwenden, wenn die Beteiligung zu einem BV einer inländ. BS gehört (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a). Besteht mit dem Land, in dem der Steuerausländer ansässig ist, ein DBA, steht das Besteuerungsrecht für den BS-Gewinn nach Art. 7 OECD-MA Deutschland zu. Die Anteile an einer KapGes. sind der BS jedoch nur zuzurechnen, wenn die Beteiligung der BS dient (BMF v. 24.12.1999, BStBl. I 1999, 1076, Tz. 2.4). Gehört ein Beteiligungsertrag zu den BE einer inländ. BS (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a), so entfaltet der KapErtStAbzug gem. § 50 Abs. 5 Satz 2 keine Abgeltungswirkung. Vielmehr ist eine Veranlagung durchzuführen. Da die StBefreiungen nach § 3 auch für beschränkt estpfl. Personen gelten, wenn die einzelne Befreiungsnorm keine ausdrückliche Ausnahme vorsieht (BFH v. 27.7.1988 – I R 28/87, BStBl. II 1989, 449), kommt das Teileinkünfteverfahren bei der Ermittlung des BS-Gewinns



zur Anwendung, denn eine Beschränkung auf unbeschränkt estpfl. Personen enthält die Nr. 40 nicht (glA PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 12 [12/2013]).

**Veräußerung einer Beteiligung im Privatvermögen:** Gehört der Anteil an der inländ. KapGes. nicht zum BV einer inländ. BS, so ist das Teileinkünfteverfahren (nur) auf den Veräußerungserlös iSd. § 17 anzuwenden. Ein KapErtrStAbzug ist nicht vorzunehmen. Vielmehr wird anders als bei Beteiligungserträgen eine Veranlagung durchgeführt. Jedoch wird das Teileinkünfteverfahren nur ausnahmsweise Anwendung finden, weil das Besteuerungsrecht in den Fällen des § 17 nach DBA regelmäßig dem Staat des Veräußerers zusteht (BERGEMANN, DStR 2000, 1410 [1415]; PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 12 [12/2013]), denn Art. 13 Abs. 4 OECD-MA weist das Besteuerungsrecht für Anteile an KapGes. ausschließlich dem Wohnsitzstaat zu, wenn die Anteile nicht zum BV einer BS gehören. In der deutschen Abkommenspraxis sind allerdings häufig Ausnahmen von diesem Grundsatz üblich, so dass das Besteuerungsrecht für die Veräußerung von Anteilen Deutschland als Quellenstaat zustehen kann. Einige Abkommen enthalten eine Subject-to-tax-Klausel, die Deutschland die Besteuerung gestattet, wenn der Wohnsitzstaat einen Veräußerungsgewinn nicht besteuert (SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 16.399 ff.). In diesem Fall findet das Teileinkünfteverfahren Anwendung. Gleiches gilt, wenn das Besteuerungsrecht Deutschland zusteht, weil ein DBA mit dem Wohnsitzstaat des Veräußerers nicht besteht.

Zur Besteuerung von Veräußerungsgewinnen von Immobiliengesellschaften vgl. Art. 13 Abs. 4 OECD-MA.

**Anwendung des § 50i:** Das inländ. Besteuerungsrecht wird durch § 50i ungeachtet entgegenstehender Regelungen eines DBA gewahrt, wenn ein in einem DBA-Staat ansässiger Stpfl. laufende Erträge oder Veräußerungs- bzw. Entnahmegewinne im Zusammenhang mit einer Beteiligung an einer KapGes. erzielt, soweit er die Anteile vor dem 29.6.2013 steuerneutral in eine gewerblich geprägte PersGes. eingebracht hatte. Soweit die Erträge nach § 50i der inländ. Besteuerung unterliegen, ist das Teileinkünfteverfahren anzuwenden (zum Verh. zu § 50i s. auch Anm. 42).

Einstweilen frei.

28–29

## V. Verhältnis der Nr. 40 zu anderen Vorschriften

### 1. Verhältnis zu § 3 Nr. 41

30

Nr. 40 wird durch die Befreiungsvorschrift der Nr. 41 verdrängt. § 3 Nr. 41 stellt Gewinnausschüttungen und Veräußerungsgewinne vollständig frei, soweit aus der Beteiligung an derselben ausländ. Gesellschaft Hinzurechnungsbeträge gem. § 10 Abs. 2 AStG der inländ. ESt unterlegen haben. Da die Hinzurechnungsbesteuerung nach §§ 7–14 AStG nach der Einführung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens definitiv ist, soll Nr. 41 eine Überbesteuerung verhindern. Soweit eine Gewinnausschüttung oder ein Veräußerungsgewinn allerdings nicht nach § 3 Nr. 41 stbefreit ist, findet das Teileinkünfteverfahren uneingeschränkt Anwendung (s. ausführlich § 3 Nr. 41 Anm. 5).

31 **2. Verhältnis zu § 3c Abs. 2**

Das Teileinkünfteverfahren gem. § 3 Nr. 40 ist in engem Zusammenhang mit der Vorschrift des § 3c Abs. 2 zu sehen. Die StFreistellung der Einnahmen nach Nr. 40 führt nach der gesetzlichen Konzeption zur Anwendung eines Teilabzugsverbots gem. § 3c Abs. 2 für BVMinderungen, BA, Veräußerungskosten und WK, die mit den nach Nr. 40 stfrei gestellten Einnahmen im wirtschaftlichen Zusammenhang stehen (zur Kritik s. Anm. 7).

**3. Verhältnis zu § 6b Abs. 10**32 **a) Steuerbegünstigung nach § 6b**

Durch die Neuregelung des § 6b Abs. 10 idF des UntStFG können Veräußerungsgewinne aus dem Verkauf von Anteilen an KapGes. auf andere WG übertragen werden, so dass die stillen Reserven nicht versteuert werden brauchen. Stpfl. können danach Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an KapGes. bis zu 500 000 € übertragen.

33 **b) Übertragung auf ein Gebäude oder abnutzbares bewegliches Wirtschaftsgut**

Erfolgt die Übertragung auf ein Gebäude oder auf ein abnutzbares bewegliches WG, so darf gem. § 6b Abs. 10 Satz 2 der nicht nach § 3 Nr. 40 iVm. § 3c Abs. 2 stbefreite Teil des Veräußerungsgewinns von den AK der neu angeschafften WG abgezogen werden (s. auch Nr. 40 Satz 1 Buchst. a Satz 3 und Buchst. b Satz 3).

34 **c) Übertragung auf Anteile an Kapitalgesellschaften**

Soll der Veräußerungsgewinn auf die AK für neu erworbene Anteile an KapGes. übertragen werden, so ist gem. § 6b Abs. 10 Satz 3 der Veräußerungsgewinn einschließlich der stfreien Beträge nach Nr. 40 Buchst. a oder b iVm. § 3c Abs. 2 zu übertragen (s. auch Nr. 40 Satz 1 Buchst. a Satz 3 und Buchst. b Satz 3). Diese Regelung beruht darauf, dass ansonsten die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme der anteiligen StBefreiung nach § 3 Nr. 40 besteht. Durch Weiterveräußerung der neu erworbenen Anteile könnte nämlich ein zweites Mal die StBefreiung nach § 3 Nr. 40 in Anspruch genommen werden (s. im Einzelnen PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 9 [12/2013]; LINKLATERS OPPENHOFF & RÄDLER, DB 2002, Beilage 1, 20; STRAHL, KÖSDI, 2002, 13145; FÖRSTER, DStR 2001, 1913).

35 **d) Bildung einer Rücklage**

Erfolgt im Jahr der Veräußerung nicht eine Übertragung auf ein WG im vorgenannten Sinne, so verbleibt die Möglichkeit, gem. § 6b Abs. 10 Satz 5 den Veräußerungsgewinn inklusive der stbefreiten Teile gem. Nr. 40 in eine Rücklage einzustellen. Der Grund für eine volle Berücksichtigung des Veräußerungsbetrags (inklusive stfreier Teile) liegt darin, dass noch unklar ist, in welches Objekt reinvestiert wird. Erst bei späterer Auflösung der Rücklage wegen einer Reinvestition kommt es zur entsprechenden Anwendung des § 6b Abs. 10 Sätze 2 und 3 (s. § 6b Abs. 10 Satz 6). Wird die gebildete Rücklage nicht auf ein WG übertragen, so ist sie zum Ende des vierten auf die Veräußerung folgenden Wj. aufzulösen, wobei der ursprünglich nach § 3 Nr. 40 stbefreite Teil nunmehr zu berücksichtigen ist, dh. dass auf diese Gewinnerhöhung das Teileinkünftever-

fahren anzuwenden ist. Der Gewinn aus der Veräußerung einbringungsgeborener Anteile, der nach § 3 Nr. 40 Sätze 3 und 4 aF in voller Höhe stpfl. ist, kann nicht nach § 6b reinvestiert werden (s. § 6b Abs. 10 Satz 11 aF).

Einstweilen frei. 36

#### 4. Verhältnis zu § 16 37

Nach § 16 gehören Veräußerungsgewinne aufgrund der Veräußerung eines ganzen Betriebs oder Teilbetriebs bzw. von Anteilen an einer PersGes. zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb und sind gem. § 16 Abs. 4 und § 34 Abs. 1 und 3 begünstigt. Soweit der Veräußerungspreis jedoch auf Anteile an KapGes. entfällt, die zum BV des Veräußerungsobjekts gehören, unterliegt er gem. § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. b dem Teileinkünfteverfahren. Der Freibetrag nach § 16 Abs. 4 ist für Zwecke der Ermittlung der nach § 34 Abs. 1 und 3 tarifermäßig zu besteuernenden Gewinne im Wege der Meistbegünstigung vorrangig mit dem Veräußerungsgewinn zu verrechnen, auf den das Teileinkünfteverfahren anzuwenden ist (BFH v. 14.7.2010 – X R 61/08, BStBl. II 2010, 1011).

#### 5. Verhältnis zu § 17 38

Steuerpflichtige Vorgänge iSd. § 17 unterfallen dem Anwendungsbereich des Teileinkünfteverfahrens. Daher werden der Veräußerungspreis iSd. § 17 Abs. 1 oder der gemeine Wert iSd. § 17 Abs. 2 nach § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c zu 40 % stfrei gestellt. Darüber hinaus ist das Teileinkünfteverfahren auch auf die Tatbestände des § 17 Abs. 4 und 5 anzuwenden.

#### 6. Verhältnis zu § 20 und § 32d 39

Das Teileinkünfteverfahren ist ab dem VZ 2009 nur noch auf solche Kapitalerträge anzuwenden, die zu den betrieblichen Einkünften oder den Einkünften aus VuV gehören. Denn private Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 20 unterliegen den Regelungen der Abgeltungsteuer. Nur für den Fall, dass der Stpfl. gem. § 32d Abs. 2 Nr. 3 zur Anwendung des Teileinkünfteverfahrens optiert, können auch private Beteiligungserträge anteilig stfrei gestellt und damit im Zusammenhang stehende Aufwendungen anteilig (§ 3c Abs. 2) abgezogen werden. Die Möglichkeit zur Option zum Teileinkünfteverfahren besteht, wenn der Stpfl. entweder unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 25 % an der KapGes beteiligt ist (§ 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a) oder zu mindestens 1% an der KapGes beteiligt ist und beruflich für diese tätig ist (§ 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Buchst. b).

#### 7. Verhältnis zu § 34 40

§ 34 wurde durch das StSenkG in Abs. 2 Nr. 1 aus systematischen Gründen dem Halbeinkünfteverfahren angepasst. So entfiel die frühere Begünstigung nach Abs. 1 bei Veräußerungsgewinnen nach § 17, weil diese Erlöse bereits nach § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c begünstigt werden. Weiterhin werden Gewinne nach § 16 nur insoweit nach § 34 stl. begünstigt, als darin enthaltene Gewinnanteile nicht auf Anteile an KapGes. entfallen. Der Grund für diese Anpassung lag in

der Verhinderung einer Doppelbegünstigung. „Durch die Neufassung von § 34 Absatz 2 Nummer 1 EStG wird sichergestellt, dass nur solche Gewinne der ermäßigten Besteuerung unterliegen, die voll der Besteuerung unterliegen. Solche Gewinne, die bereits durch das Halbeinkünfteverfahren begünstigt werden ..., werden zur Vermeidung einer Doppelbegünstigung aus der ermäßigten Besteuerung des § 34 EStG herausgenommen“ (BTDrucks. 14/2683, 116). Dies gilt auch für Einkünfte iSd. § 17, wenn sie im VZ 2001 erzielt wurden, da sie nach der Übergangsregelung des § 52 Abs. 34a (idF des StEuglG v. 19.12.2000, BGBl. I 2000, 1790; BStBl. I 2001, 3) noch der früheren Besteuerung unterlagen (sichergestellt durch § 52 Abs. 47 Satz 3 EStG idF des StSenkErgG). Veräußerungsgewinne nach § 17 waren im VZ 2001 auch von der Anwendung des halben durchschnittlichen StSatzes ausgeschlossen (BTDrucks. 14/4547, 2).

#### 41 8. Verhältnis zu § 34c

Ausländische Quellensteuer (KapErtrSt) auf die Dividende ist grds. nach § 34c anrechenbar (BFH v. 5.2.1992 – I R 9/90, BStBl. II 1992, 607; NEUMANN in NEU/NEUMANN/NEUMAYER, *Steueroptimierung nach der Unternehmenssteuerreform*, 2000, 4). Die Anrechnung der ausländ. Steuer ist nicht – wie dies der Gesetzentwurf des SPD und Bündnis 90/Die Grünen zum StSenkG noch vorsah (BTDrucks. 14/2683, 6) – auf die Hälfte begrenzt. Dies sei – so die Empfehlung des FinAussch. – nicht sachgerecht, da auch die deutsche KapErtrSt nach § 36 in vollem Umfang angerechnet werde, obwohl die Einnahmen nach § 3 Nr. 40 zur Hälfte stfrei seien (BTDrucks. 14/3366, 119).

**Avoir fiscal:** Das BMF hat ungeachtet der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens mit Frankreich die Vereinbarung getroffen, dass die französische Steuerschrift im VZ 2001 in voller Höhe angerechnet werden kann. Seit VZ 2002 ist aber die Anrechnung in Gänze gestrichen (BMF v. 10.9.2002, FR 2002, 1333).

#### 42 9. Verhältnis zu § 50i

Erzielt ein Stpfl., der in einem anderen DBA-Staat ansässig ist, einen Gewinn aus der Veräußerung oder Entnahme von Anteilen an einer KapGes, die er vor dem 29.6.2013 steuerneutral in eine gewerblich geprägte PersGes. eingebracht hatte, so unterliegt dieser Gewinn nach § 50i ungeachtet entgegenstehender Bestimmungen eines DBA der inländ. Besteuerung. Dies gilt nach § 50i Abs. 1 Satz 3 auch für die laufenden Einkünfte aus der gewerblich geprägten PersGes. Die Regelung wurde durch das AmtshilfeRLUmsG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802) eingeführt, um das inländ. Besteuerungsrecht zu sichern, weil es nach Auffassung des Gesetzgebers in Wegzugsfällen ansonsten zu erheblichen Steuerausfällen kommen könnte (BRDrucks. 139/13, 141), denn nach der in der Vergangenheit von der FinVerw. vertretenen Auffassung konnten die Anteile steuerneutral in eine gewerblich geprägte PersGes. eingebracht werden, weil davon ausgegangen wurde, dass die spätere Veräußerung oder Entnahme der Beteiligung auch nach Wegzug des Stpfl. der deutschen Besteuerung unterliegen würde (BMF v. 16.4.2010, BStBl. I 2010, 354). Diese Auffassung entspricht aber nicht der Rspr. des BFH zum Abkommensverständnis, denn Einkünfte aus einer gewerblich geprägten PersGes. unterfallen nicht den Vorschriften für Unternehmensgewinne gem. Art. 7 DBA-MA, sondern Art. 13

DBA-MA, so dass dem Ansässigkeitsstaat des ausländ. Gesellschafters das Besteuerungsrecht zusteht (BFH v. 28.4.2010 – I R 81/09, FR 2010, 903; BFH v. 25.5.2011 – I R 95/10, BFH/NV 2011, 1602). Diese Rechtslage aufgrund des Abkommensrechts soll im Wege des TREATY OVERRIDE durch § 50i „überschrieben“ werden (§ 50i Anm. 3). Soweit der Gewinn aus der Veräußerung oder Entnahme einer Beteiligung der deutschen Besteuerung unterliegt, findet das Teileinkünfteverfahren Anwendung. Mit dem KroatienAnpG v. 25.7.2014 wurde die Vorschrift dahingehend ergänzt (Abs. 2), dass Umwandlungen und Einbringungen iSd. § 1 UmwStG nur zum gemeinen Wert erfolgen können, wenn die Sachgesamtheiten WG und Anteile iSd. Abs. 1 enthalten. Damit will der Gesetzgeber die steuerneutrale Entstrickung außerhalb des Anwendungsbereichs des Abs. 1 verhindern (BTDrucks. 18/1995, 106; s. ausführlich § 50i Anm. 27). In der Literatur wird für eine einschränkende Auslegung des § 50i Abs. 2 für die Fälle plädiert, in denen das deutsche Besteuerungsrecht nach der Umwandlung oder Einbringung nicht beschränkt ist (RÖDDER/KUHR/HEIMIG, Ubg 2014, 477, 487; § 50i Anm. 27). Auch die FinVerw. will in bestimmten Einzelfällen § 50i Abs. 2 aus sachlichen Billigkeitsgründen nicht anwenden (BMF-Schreiben v. 21.12.2015, DStR 2016, 65).

Zu Einzelheiten s. U. PRINZ, DB 2013, 1378; TÖBEN, IStR 2013, 682; BRON, DStR 2014, 1849; RÖDDER/KUHR/HEIMIG, Ubg 2014, 477; LÜDICKE, FR 2015, 128; SCHNITTKER, FR 2015, 134.

## 10. Verhältnis zu Zuschlagsteuern

43

Aufgrund einer Änderung des § 51a Abs. 2 durch das Gesetz zur Regelung der Bemessungsgrundlage für Zuschlagsteuern v. 21.12.2000 (BGBl. I 2000, 1978; BStBl. I 2001, 38) wurde die Bemessungsgrundlage für die Berechnung der Zuschlagsteuern verändert. Aus der Bemessungsgrundlage wurde das Halbeinkünfteverfahren neutralisiert (§ 51a Abs. 2 Satz 2). Damit erhöht sich das für die Berechnung der Zuschlagsteuern maßgebliche zvE um den stfreien Betrag nach § 3 Nr. 40. Jedoch wird auch das Halbabzugsverfahren nach § 3c Abs. 2 rückgängig gemacht, so dass sich insoweit die Bemessungsgrundlage vermindert.

**Kirchensteuer:** Diese Neutralisierung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens, wie auch die nach § 51a Abs. 2 Satz 3 normierte Rückgängigmachung der pauschalierten Anrechnung der GewSt nach § 35, betrifft insbes. die KiSt. Die Regelungen in diesem Gesetz wirkten sich nicht unbeträchtlich kirchensteuererhöhend aus. In Bezug auf die ESt ist zu beachten, dass die Erhöhung des SA-Abzugs der KiSt zu Mindereinnahmen von ca. 400 Mio. DM im Entstehungsjahr für Bund, Länder und Gemeinden führten (BTDrucks. 14/4546, 1; zur Kritik an § 51 Abs. 2 Satz 2 s. HOMBURG, FR 2008, 153; HOFMANN, DB 2005, 2157; SCHULT, BB 2001, 1019).

**Solidaritätszuschlag:** Bei der Berechnung des Solidaritätszuschlags kommt es jedoch nicht zu einer Neutralisierung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens. Insofern ist nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 iVm. Abs. 2 SolZG Bemessungsgrundlage für die Jahresveranlagung die ESt, wie sie nach dem EStG zu bemessen ist. Dabei ist von der ESt auszugehen, die abweichend von § 2 Abs. 6 unter Berücksichtigung von Freibeträgen nach § 32 Abs. 6 in allen Fällen des § 32 festzusetzen wäre. Die Neutralisierung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens durch § 51a Abs. 2 bleibt somit hier außer Betracht.

Einstweilen frei.

44

## 11. Verhältnis zum GewStG

## 45 a) Gewerbeertrag bei natürlichen Personen

Bei der Ermittlung des Gewerbeertrags verweist § 7 GewStG auf die Vorschriften des EStG. Steuerfreie Einnahmen iSd. § 3 gehen somit über § 7 GewStG nicht in die Ermittlung des Gewerbeertrags ein. Deshalb bewirkt § 3 Nr. 40, dass die anteilige StBefreiung auch für die die Ermittlung der GewSt zu beachten ist (BTDrucks. 14/2683, 113).

**Nicht der Gewbesteuer unterliegende Gewinne wegen Beachtung von Hinzurechnungs- und Kürzungsvorschriften:** Das Teileinkünfteverfahren wirkt sich in den Fällen des § 8 Nr. 5 und § 9 Nr. 2a und Nr. 7 GewStG nicht auf den Gewerbeertrag aus.

► *Kürzung nach § 9 Nr. 2a und 7 GewStG:* Nach § 9 Nr. 2a GewStG erfolgt keine gewstl. Belastung für Gewinne aus Anteilen an einer nicht stbefreiten inländ. KapGes. iSd. § 2 Abs. 2 GewStG, wenn die Beteiligung zu Beginn des Erhebungszeitraums mindestens 15 % des Grund- oder Stammkapitals beträgt (bis Erhebungszeitraum 2007 10 %) und die Gewinnanteile bei der Gewinnermittlung angesetzt worden sind (sog. gewstl. Schachtelprivileg). Durch diese Kürzung soll eine Doppelbelastung mit GewSt bei Schachtelbeteiligungen vermieden werden, denn ansonsten käme es zu einer GewStBelastung bei der ausschüttenden KapGes. und auch beim Empfänger. Diese Gewinne und damit auch die wegen § 3 Nr. 40 von der ESt befreiten Teile werden somit bei der Ermittlung des Gewerbeertrags des Empfängers gänzlich herausgenommen.

Die Kürzung nach § 9 Nr. 7 GewStG idF des UntStFG betrifft die ausländ. Beteiligungen. Für Anteile an ausländ. KapGes. findet das Schachtelprivileg nur dann Anwendung, wenn die Beteiligung an der begünstigten ausländ. KapGes. ua. mit Beginn des Erhebungszeitraums mindestens ein 15 % (bis Erhebungszeitraum 2007 1 %) beträgt. Auch in den Fällen des § 9 Nr. 7 GewStG werden somit die Gewinne, die nach § 3 Nr. 40 iVm. § 3c Abs. 2 anteilig erfasst wurden, gänzlich aus der Ermittlung des Gewerbeertrags herausgenommen.

► *Hinzurechnung nach § 8 Nr. 5 GewStG:* Bei Streubesitzbeteiligungen, die unterhalb von 15 % (bis Erhebungszeitraum 2007 10 %) liegen und damit nicht von der Kürzung nach § 9 Nr. 2a und Nr. 7 GewStG erfasst werden, wird durch § 8 Nr. 5 GewStG das Teileinkünfteverfahren für GSTZwecke wieder eliminiert (PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 8 [12/2013]). So erfolgt hier die Hinzurechnung der nach § 3 Nr. 40 stbefreiten Einnahmen bei Streubesitzdividenden für Zwecke der Ermittlung des Gewerbeertrags. Diese Hinzurechnung, die durch das UntStFG eingeführt wurde, basierte auf einer Einbringung der Länder im BRat, die damit die GewStAusfälle zum Teil kompensieren wollten. Es ist aber nicht einzusehen, warum der Streubesitz gegenüber Schachtelbeteiligungen benachteiligt wird. Die GewStBelastung der stbefreiten Teile nach Satz 1 Buchst. d kann durch Zwischenschaltung einer Holding-GmbH vermieden werden (s. STRAHL, Harzburger Steuerprotokoll, 2001, 28, Beispiel und Fn. 7). Die Regelung gilt gem. § 36 Abs. 4 GewStG idF des UntStFG rückwirkend ab Erhebungszeitraum 2001. Die rückwirkende Anwendung der Regelung ist jedoch insoweit verfassungswidrig, als Dividendenvorabauschüttungen erfasst werden, die von der ausschüttenden Gesellschaft vor dem 12.12.2001 verbindlich beschlossen wurden und die einem Minderheitsgesellschafter, der mit weniger als 10 % beteiligt ist, vor diesem Zeitpunkt zugeflossen sind (BVerfG v. 10.10.2012 – 1 BvL 6/07, BGBl. I 2012, 2433; DESENS, FR 2013, 148). Für Erträge aus ausländ. Beteiligun-

gen verstößt die Hinzurechnung im VZ 2001 gegen die europarechtl. Kapitalverkehrsfreiheit (BFH v. 6.3.2013 – I R 14/07, BStBl. II 2015, 349).

### b) Gewerbeertrag bei Personengesellschaften

46

Nach § 7 Satz 4 GewStG sind § 3 Nr. 40 und § 3c Abs. 2 auch bei der Ermittlung des Gewerbeertrags einer Mitunternehmerschaft anzuwenden. Dies gilt, wenn natürliche Personen unmittelbar oder mittelbar über eine PersGes. beteiligt sind. Nach § 8 Nr. 5 GewStG werden allerdings die anteilig befreiten Ausschüttungserträge nach Abzug der Beträge nach § 3c Abs. 2 dem Gewerbeertrag wieder hinzugerechnet, soweit sie nicht die Voraussetzungen des § 9 Nr. 2a oder 7 GewStG erfüllen (s. zu Veräußerungsgewinnen auf Beteiligungen OFD Koblenz v. 22.12.2005, DStR 2006, 235; OFD Hannover 30.1.2006, GewSt-Kartei ND § 7 GewStG Karte 7; zur Rechtslage vor und nach dem EURLUMsG OFD Hannover v. 4.9.2006, juris).

## 12. Verhältnis zum KStG

47

**Vorrang von § 8b KStG:** Die StBefreiungsvorschriften des § 3 gelten gem. § 8 Abs. 1 KStG grds. auch für die Besteuerung von Körperschaften (INTEMANN in RÖDDER/HERLINGHAUS/NEUMANN, 2015, § 8 KStG Rn. 24). Die Besteuerung von Beteiligungserträgen und Veräußerungsgewinnen richtet sich für Körperschaften nach § 8b KStG. Sowohl § 3 Nr. 40 als auch § 8b KStG regeln die Umsetzung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens auf der Ebene des Anteilseigners. Sie bestimmen, dass laufende Beteiligungserträge und Veräußerungsgewinne (anteilig) stbefreit sind. Insoweit verfolgen sie in systematischer Hinsicht dasselbe Ziel, unterscheiden sich aber im Umfang der StFreistellung. Während § 8b Abs. 1 und 2 KStG die Erträge vollständig stfrei stellt, gewährt § 3 Nr. 40 nur eine 40 %-Befreiung. Die Regelung des § 8b KStG verdrängt als *lex specialis* die Vorschrift des § 3 Nr. 40, die daher auf die Besteuerung von Körperschaften nicht anzuwenden ist (glA HERLINGHAUS in RÖDDER/HERLINGHAUS/NEUMANN, 2015, § 8b KStG Rn. 60; SCHNITGER in SCHNITGER/FEHRENBACHER, 2012, § 8b KStG Rn. 50; s. auch § 8b KStG Anm. 24).

**Anwendung des Teileinkünfteverfahrens auf Streubesitzdividenden iSd. § 8b Abs. 4 KStG:** Um eine europarechtskonforme Besteuerung von grenzüberschreitenden Dividendenzahlungen zwischen KapGes. zu gewährleisten, hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Umsetzung des EuGH-Urteils v. 20.10.2011 in der Rs. C-284/09 die Anwendung des § 8b Abs. 1 für Streubesitzdividenden (Beteiligung weniger als 10 %) gem. § 8b Abs. 4 KStG nF ausgeschlossen, so dass sie bei der empfangenden KapGes. stpfl. ist (zu Einzelheiten s. § 8b KStG Anm. 126). Die Streubesitzdividenden unterliegen uE ebenfalls nicht dem Teileinkünfteverfahren, weil der Gesetzgeber erkennbar die volle StPfl. für Streubesitzdividenden anordnen wollte, um eine europarechtskonforme Besteuerung sicherzustellen, so dass § 8b Abs. 4 KStG daher eine abschließende Regelung enthält (glA INTEMANN, BB 2013, 1239; REHR/MACIEJEWSKI, DStR 2015, 1481; JOISTEN/VOSSEL, FR 2014, 794; RÜSCH/MORITZ, DStR 2015, 2305). Nach aA werden Streubesitzdividenden dagegen zu 40 % auch bei Körperschaften stfrei gestellt, weil § 8b bei Streubesitzdividenden nicht mehr als *lex specialis* anzusehen sei, so dass § 3 Nr. 40 nicht mehr verdrängt werde (RATHKE/RITTER, DStR 2014, 1207).

## VI. Verfahrensfragen zu Nr. 40

**Anwendung des Teileinkünfteverfahrens bei Personengesellschaften:** Es ist noch nicht abschließend geklärt, wie zu verfahren ist, wenn eine PersGes. Erträge erzielt, die dem Teileinkünfteverfahren unterliegen.

► *Sog. Bruttomethode:* Die FinVerw. vertritt die Auffassung, dass über die Anwendung der StFreistellung nach § 3 Nr. 40 nicht bereits auf der Ebene des Feststellungsbescheids, sondern erst im Festsetzungsverfahren hinsichtlich des Folgebescheids bindend zu entscheiden ist (sog. Bruttomethode; so seit VZ 2003 auch die FinVerw., s. amtl. Feststellungsvordrucke; FinMin. Saarland v. 28.6.2005 – B/2-3-108/2005 S-2120, juris; glA ERHARD in BLÜMICH, § 3 Nr. 40 Rn. 5 [3/2015]; SCHOLTEN/GRIEMLA/KINALZIK, FR 2010, 259, 264; GRIEMLA, FR 2005, 719). Der BFH hat die Bruttomethode mit der Einschränkung gebilligt, sofern aus den weiteren Feststellungen des Bescheids für einen verständigen Empfänger zweifelsfrei erkennbar ist, dass zur Ermittlung der stpfl. Einkünfte unter Anwendung der § 3 Nr. 40 und § 3c Abs. 2 ein zusätzlicher Rechenschritt notwendig ist (BFH v. 18.7.2012 – X R 28/10, BStBl. II 2013, 444). Mit dieser Entscheidung des BFH ist die Frage aber noch nicht abschließend entschieden (so auch BFH v. 23.1.2015 – IX S 25/14, BFH/NV 2015, 497).

► *Sog. Nettomethode:* Es spricht Einiges dafür, das Teileinkünfteverfahren schon auf der Ebene der PersGes. zu berücksichtigen (vgl. NEYER, GmbHR 2002, 104; ENGEL, DB 2003, 1811; VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/69 [10/2008]; TORMÖHLEN in KORN, § 3 Nr. 40 Rn. 3 [5/2008]; SEITZ, GmbHR 2004, 476). Wie zB bei § 3 Nr. 66 aF (vgl. § 3 Nr. 66 Anm. 34) sollte auch die anteilige StBefreiung nach § 3 Nr. 40 auf der Ebene der Gesellschaft im Verfahren über die gesonderte und einheitliche Gewinnfeststellung der Mitunternehmerschaft berücksichtigt werden, denn die Mitunternehmerschaft betreffende Fragen sollen einheitlich, dh. mit Wirkung für und gegen alle Beteiligten, entschieden werden (BFH v. 12.6.1980 – IV R 150/79, BStBl. II 1981, 8; BFH v. 24.4.1986 – IV R 282/84, BStBl. II 1986, 672). Gemäß § 179 Abs. 2, § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO sind die estpfl. Einkünfte einheitlich und gesondert festzustellen, wenn an ihnen mehrere Personen beteiligt sind und die Einkünfte diesen Personen stl. zuzurechnen sind. Das Gesetz schreibt somit die gesonderte Feststellung der Einkünfte aus der Beteiligung vor und nicht nur die Feststellung des gemeinschaftlich erzielten Ergebnisses (BFH v. 11.9.1991 – XI R 35/90, BStBl. II 1992, 4, mwN; BFH v. 3.7.1997 – IV R 31/96, BStBl. II 1997, 690). Eine von der einheitlichen und gesonderten Feststellung des Gewinns der Gesellschaft gesonderte Feststellung der anteilig stpfl. Beträge ist ebenso wenig wie bei den anderen stbefreiten Beträgen erforderlich. Die anteilige StBefreiung nach § 3 Nr. 40 kann im Rahmen der Ergänzungsbilanzen berücksichtigt werden (ENGEL, DB 2003, 1811).

► *Gewinnaufteilungsschlüssel der Personengesellschaft:* Soweit KapGes. und natürliche Personen an der PersGes. beteiligt sind, ist für die anteilige Anwendung des Teileinkünfteverfahrens der allgemeine Gewinnaufteilungsschlüssel der PersGes. maßgeblich (WACKER in SCHMIDT, 35. Aufl. 2016, § 15 Rn. 439).

**Verfahren bei Organschaft:** Gemäß § 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 KStG idF des UntStFG kommt § 3 Nr. 40 erst beim OT zur Geltung (sog. Bruttomethode).

**Verfahrensrechtliche Korrespondenz nach Einführung des § 32a KStG:** Mit dem JStG 2007 wurde mit § 32a KStG eine eigenständige Korrekturvorschrift eingeführt, die eine Änderung des EStBescheids des Anteilseigners ermöglicht, wenn der StBescheid einer Körperschaft hinsichtlich der Berücksichti-



gung einer vGA erlassen, aufgehoben oder geändert wird (zu Einzelheiten s. § 32a KStG Anm. 8 ff.). Die Korrekturvorschrift des § 32a KStG füllt eine bisher bestehende verfahrensrechtl. Lücke (TORMÖHLEN in KORN, § 3 Nr. 40 Rn. 38 [5/2008]), denn die Umqualifizierung einer Leistungsvergütung in eine vGA hat zur Konsequenz, dass der EStBescheid des Anteilseigners geändert werden muss, damit die bisher als Gehalt oder Miete erfasste Zahlung als vGA in das Teileinkünfteverfahren einbezogen wird (MEYER/BALL, DStR 2002, 1285; BIPPUS, GmbHR 2002, 951). Nur so kann eine vom Gesetz nicht gewollte Doppelbesteuerung vermieden werden (BIPPUS, GmbHR 2002, 951). Vor Einführung des § 32a KStG konnte ein nicht unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gem. § 164 AO stehender EStBescheid nur ausnahmsweise nach den Vorschriften der AO geändert werden (nach stRSpr. des BFH stehen nämlich KStBescheid und EStBescheid nicht im Verhältnis von Grundlagen- zu Folgebescheid, so dass eine Änderung nach § 175 Abs. 1 Nr. 1 AO ausscheidet, BFH v. 27.10.1992 – VIII R 41/89, BStBl. II 1993, 569). Eine Änderung kommt daher nur nach § 173 AO in Betracht, die regelmäßig sowohl daran scheitern kann, dass keine neuen Tatsachen vorliegen (AX/HARLE, GmbHR 2001, 763), als auch daran, dass den Anteilseigner grobes Verschulden am nachträglichen Bekanntwerden der neuen Tatsachen trifft (JACOBSEN, BB 2006, 183). Eine vorläufige StFestsetzung gem. § 165 AO beim Anteilseigner kommt nicht in Betracht (BMF v. 29.9.2005, BStBl. I 2005, 903). Dieses verfahrensrechtl. Hindernis für eine korrespondierende Besteuerung von Gesellschaft und Gesellschafter wird mit § 32a KStG beseitigt, der allerdings nur für KStBescheide gilt, die nach dem 18.12.2006 erlassen oder geändert werden.

Einstweilen frei.

49

## B. Erläuterungen zu Satz 1: Gewährung der anteiligen Steuerfreistellung

### I. Veräußerung von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen sowie gleichgestellte Vorgänge (Satz 1 Buchst. a)

#### 1. Veräußerung und Entnahme von Anteilen (Satz 1 Buchst. a Satz 1)

##### a) Regelungsinhalt

50

Das Teileinkünfteverfahren ist nach Satz 1 Buchst. a auf den betrieblichen Erlös aus der Veräußerung bzw. Entnahme von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 anzuwenden. Somit werden Ausschüttungen und Veräußerung der Anteile im Rahmen des Halb-/Teileinkünfteverfahrens gleichbehandelt (BFH v. 18.4.2012 – X R 5/10, BStBl. II 2013, 785; BFH v. 18.11.2014 – IX R 4/14, BStBl. II 2015, 526). Der Gesetzgeber hat die Besteuerung von Veräußerungserlösen der Dividendenbesteuerung gleichgestellt, weil er der Auffassung ist, die Veräußerung einer Beteiligung entspreche der Ausschüttung offener und stiller Reserven (BTDrucks. 14/2683, 96). Somit sei ein Anteilsverkauf mit einer Totalausschüttung vergleichbar und müsse ebenso wie eine laufende Gewinnausschüttung anteilig

§ 3 Nr. 40 Anm. 50–53 B. Satz 1: Gewährung anteilige Stfreistellung

stfrei gestellt werden. Die Gleichstellung wird damit gerechtfertigt, dass die offenen Gewinnrücklagen bereits besteuert seien, während die stillen Reserven steuererhaftet blieben und dementsprechend bei ihrer späteren Aufdeckung der Besteuerung unterworfen würden (BIRK, StuW 2000, 328; SCHÖN, StuW 2000, 151; zu systematischen Bedenken gegen die Gleichstellung s. Anm. 10). Die Einführung des Teileinkünfteverfahrens ab dem VZ 2009 hat zu keiner Änderung der dogmatischen Konzeption geführt (INTEMANN, DB 2007, 1658). Die Reduzierung der anteiligen StFreistellung von 50 % auf 40 % berücksichtigt lediglich die Absenkung des KStSatzes auf 15 %.

51 **b) Betriebsvermögensmehrungen und Einnahmen**

Die StFreistellung ist auf „Betriebsvermögensmehrungen“ und auf „Einnahmen“ anzuwenden. Durch die Verwendung der Begriffe „Betriebsvermögensmehrung“ und „Einnahmen“ berücksichtigt der Gesetzgeber, dass die Befreiung unabhängig von der Frage gewährt wird, ob der Veräußerer seinen Gewinn durch BV-Vergleich oder durch Einnahmenüberschussrechnung ermittelt. Es kommt allein darauf an, dass die veräußerten Anteile zu einem stl. BV gehören.

**Bruttowert:** Mit der Verwendung des Begriffs „Betriebsvermögensmehrung“ wird nicht deutlich, ob nur der Nettozugang zum BV – also der Wert der BVMehrung abzüglich des Buchwerts – oder ob der Bruttozugang stfrei gestellt werden soll. Da der Gesetzgeber die stl. Behandlung der Wertzugänge einerseits und der BA bzw. Buchwerte andererseits getrennt behandeln will (§ 3 Nr. 40/§ 3c), ist uE der Begriff der BVMehrung als Bruttowert zu verstehen. Damit wird die BVMehrung vor Abzug des Buchwerts zu 40 % stbefreit.

52 Einstweilen frei.

**c) Veräußerung und Entnahme von Anteilen**

53 **aa) Veräußerung**

Veräußerung ist jede entgeltliche Übertragung des bürgerlich-rechtl. oder wirtschaftlichen Eigentums an WG auf eine andere Person (BFH v. 22.9.1992 – VIII R 7/90, BStBl. II 1993, 229, mwN). Neben dem Verkauf von Anteilen an einen Dritten werden auch andere Vorgänge vom Veräußerungsbegriff erfasst.

**Einbringung von Anteilen:** Die Einbringung von Anteilen in eine KapGes. oder PersGes. ist eine Veräußerung, wenn für die Einbringung Gesellschaftsrechte gewährt werden; es handelt sich um einen tauschähnlichen Vorgang (BFH v. 29.10.1987 – IV R 93/85, BStBl. II 1988, 374; BFH v. 16.2.1996 – I R 183/94, BStBl. II 1996, 342). Dabei ist der Begriff der Veräußerung auch erfüllt, wenn die Anteile zu Buchwerten in die andere Gesellschaft eingebracht werden (BFH v. 21.6.1994 – VIII R 5/92, BStBl. II 1994, 856). Auf die Einbringung ist somit das Teileinkünfteverfahren anzuwenden (glA BALMES/SIEVERT in ERLE/SAUTER, 3. Aufl. 2010, § 3 Rn. 81).

► *Ermittlung des begünstigten Erlöses:* Der Veräußerungserlös, der durch die Einbringung durch Zugang der neuen Gesellschaftsanteile an der aufnehmenden Gesellschaft entsteht, wird zu 40 % stfrei gestellt. Werden die Anteile zu Buchwerten eingebracht, entsteht insgesamt kein Gewinn, da der Buchwert der Beteiligung gem. § 3c Abs. 2 ebenfalls nur zu 60 % bei der Ermittlung der Einkünfte abgezogen werden kann. Werden die Anteile dagegen nicht zu Buchwerten, sondern zu Teilwerten eingebracht, führt das Zusammenspiel von § 3 Nr. 40 Satz 1

## I. Anteile an Körperschaften (S. 1 Buchst. a) Anm. 53–57 § 3 Nr. 40

Buchst. a und § 3c Abs. 2 dazu, dass nur 60 % des Gewinns stpfl. sind (SEIFRIED, DStR 2001, 241; BALMES/Sievert in ERLE/SAUTER, 3. Aufl. 2010, § 3 Rn. 81).

**Verdeckte Einlage:** Die StBefreiung ist uE auch auf eine verdeckte Einlage – also die Einbringung eines WG in eine Gesellschaft, ohne dass hierfür Gesellschaftsrechte gewährt werden – anzuwenden. Zu Einzelheiten s. Anm. 56.

**Erwerb eigener Anteile:** Der Erwerb eigener Anteile durch die KapGes. stellt für den Gesellschafter eine Veräußerung dar, die nach allgemeinen Grundsätzen stpfl. sein kann (BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/0710009, BStBl. I 2013, 1615). Ist die Veräußerung nach §§ 13, 15 oder 18 stpfl., wird der Veräußerungserlös anteilig stfrei gestellt. Zum Erwerb gegen einen unangemessen hohen Kaufpreis s. Anm. 115.

### bb) Entnahme von Anteilen

#### (1) Grundsatz

54

Die Entnahme von Anteilen an einer Körperschaft, Personenvereinigung und Vermögensmasse iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 ist nach Satz 1 Buchst. a begünstigt. Sie ist nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 mit dem Teilwert zu bewerten, wobei nur 60 % stpfl. ist. Der Buchwert ist gem. § 3c Abs. 2 nur zu 60 % abzuziehen.

#### (2) Entnahme einbringungsgeborener Anteile iSd. § 21 Abs. 1 UmwStG aF

55

Die Entnahme einbringungsgeborener Anteile aus einem BV führt nach der Rspr. des BFH zu keiner stpfl. Gewinnrealisierung, weil die Entstrickungstatbestände in § 21 UmwStG aF abschließend geregelt sind, so dass für die Anwendung des allgemeinen Realisationstatbestands der Entnahme gem. § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 kein Raum verbleibt (BFH v. 12.10.2011 – I R 33/10, BStBl. II 2012, 445; aA noch BMF v. 25.3.1998, BStBl. I 1998, 268, Tz. 21.12). Da kein stpfl. Vorgang gegeben ist, stellt sich die Frage nach der Anwendung des Teileinkünfteverfahrens bei der Entnahme einbringungsgeborener Anteile nicht (PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 29 [12/2013]).

#### (3) Verdeckte Einlage

56

Einen begünstigten Entnahmetatbestand iSd. Satzes 1 Buchst. a erfüllt uE auch die Übertragung von Anteilen im Rahmen einer verdeckten Einlage (glA PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 30 [12/2013]; BALMES/SIEVERT in ERLE/SAUTER, 3. Aufl. 2010, § 3 Rn. 82; VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/106 [10/2008]; aA HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 214). Bei einer verdeckten Einlage wird der Gesellschaftsanteil auf eine andere KapGes. übertragen, ohne dass der Übertragende hierfür Gesellschaftsanteile an der aufnehmenden Gesellschaft erhält. Es handelt sich nicht um einen Tausch oder tauschähnlichen Vorgang, so dass keine Veräußerung vorliegt (BFH v. 18.12.1990 – VIII R 17/85, BStBl. II 1991, 512). Dennoch führt die Übertragung beim abgebenden Betrieb zu einer Gewinnrealisierung. Aus Sicht des abgebenden Betriebs liegt ein außerbetrieblicher Vorgang vor, so dass eine Entnahme gegeben ist (glA WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 35. Aufl. 2016, § 5 Rn. 639).

#### (4) Überführung von Anteilen in eine ausländische Betriebsstätte

57

**Steuerentstrickung als Entnahme gem. § 4 Abs. 1 Satz 3:** Durch die Überführung einer Beteiligung von einem inländ. Stammhaus in eine ausländ. BS wird regelmäßig das deutsche Besteuerungsrecht für einen späteren Verkauf aus-

### § 3 Nr. 40 Anm. 57–58 B. Satz 1: Gewährung anteilige Stfreistellung

geschlossen, weil das Besteuerungsrecht gem. Art. 7 OECD-MA dem ausländ. Staat zusteht. Dieser Vorgang wird nach § 4 Abs. 1 Satz 3 idF des SEStEG v. 7.12.2006 als Entnahme behandelt. Der Gesetzgeber hat mit § 4 Abs. 1 Satz 3 erstmals einen Entstrickungstatbestand gesetzlich geregelt (zu Einzelheiten s. § 4 Anm. 207). Als Entnahme ist der Vorgang nach Satz 1 Buchst. a begünstigt (VON BECKERATH in KSM, § 3 Rn. B 40/107 [10/2008]).

**Auflösung eines Ausgleichspostens nach § 4g:** Die StBefreiung ist zu gewähren, wenn der Stpfl. nach § 4g einen Ausgleichsposten gebildet hat, der über die nächsten vier Jahre gewinnerhöhend aufzulösen ist (PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 32 [12/2013]; TORMÖHLEN in KORN, § 3 Nr. 40 Rn. 24 [5/2008]; VON BECKERATH in KSM, § 3 Rn. B 40/107 [10/2008]). Nach § 4g Abs. 1 kann zur Vermeidung einer sofortigen Besteuerung der Entnahme ein Ausgleichsposten gebildet werden, wenn die ausländ. BS in einem Mitgliedstaat der EU liegt. Der Ausgleichsposten ist nach § 4g Abs. 2 grds. im Jahr der Bildung und in den nächsten vier Wj. gewinnerhöhend aufzulösen (zu Einzelheiten s. § 4g Anm. 30 f.).

**Steuerentstrickung vor Einführung des § 4 Abs. 1 Satz 3:** Auch vor der gesetzlichen Regelung des Entstrickungstatbestands durch § 4 Abs. 1 Satz 3 führte die Überführung von Anteilen an einer Körperschaft iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 in eine ausländ. BS zu stpfl. Erträgen, wenn die Anteile durch die Überführung dem deutschen Besteuerungsrecht entzogen werden. Diese Erträge sind nach Satz 1 Buchst. a zu 40 % stfrei, unabhängig von der Frage, ob man bezüglich des Realisationstatbestands der Auffassung der FinVerw. oder der (überwiegenden) Meinung im Schrifttum und des BFH folgt (glA PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 32 [12/2013]; VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/107 [10/2008]).

► *Auffassung der Finanzverwaltung:* Die FinVerw. behandelte die Überführung eines WG in eine ausländ. BS schon vor Einführung des § 4 Abs. 1 Satz 3 als sofort stpfl. Entnahme. Es bestand jedoch die Möglichkeit, den Gewinn aus Billigkeitsgründen erst zu versteuern, wenn das WG tatsächlich aus dem Vermögen der BS ausgeschieden war (BMF v. 24.12.1999, BStBl. I 1999, 1076, Tz. 2.6.1). Als Entnahme ist dieser Vorgang nach Satz 1 Buchst. a begünstigt.

► *Schrifttum und Rechtsprechung:* Überwiegend wird im Schrifttum hingegen die sog. Theorie der aufgeschobenen Gewinnrealisierung vertreten (zu Einzelheiten s. SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 18.48 ff.). Die Überführung eines WG in eine ausländ. BS führte danach noch nicht zu einer Gewinnrealisierung. Dieser Auffassung hatte sich der BFH nunmehr angeschlossen (BFH v. 17.7.2008 – I R 77/06, BFH/NV 2008, 1941). Ein Gewinn ist erst im Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung des WG durch die BS verwirklicht. Auch nach dieser Konzeption ist der Vorgang gem. Satz 1 Buchst. a begünstigt, weil die Gewinnrealisation auf einer Veräußerung basiert.

### 58 (5) Gewinn nach § 6 Abs. 5 Satz 4

**Grundsatz:** Nach § 6 Abs. 5 Satz 3 können auch einzelne WG steuerneutral aus einem BV des Mitunternehmers in das Gesamthandsvermögen einer Mitunternehmerschaft, aus dem SonderBV eines Mitunternehmers in das Gesamthandsvermögen derselben oder einer anderen Mitunternehmerschaft, an der er beteiligt ist, und zwischen den SonderBV verschiedener Mitunternehmer derselben Mitunternehmerschaft übertragen werden. Rückwirkend auf den Zeitpunkt der Übertragung ist jedoch der Teilwert anzusetzen, wenn das WG innerhalb einer Sperrfrist von drei Jahren veräußert oder entnommen wird. Dies führt rückwir-

## I. Anteile an Körperschaften (S. 1 Buchst. a) Anm. 58–63 § 3 Nr. 40

kend zur stpfl. Aufdeckung stiller Reserven (zu Einzelheiten vgl. § 6 Anm. 1467 ff.).

**Anwendung des Teileinkünfteverfahrens:** Soweit es sich bei dem übertragenen WG um eine Beteiligung iSd. Satzes 1 Buchst. a handelt, wird der stpfl. Ertrag, der durch den nachträglichen Ansatz des Teilwerts im abgebenden BV entsteht, zu 40 % stfrei gestellt (PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 33 [12/2013]).

### cc) Veräußerung oder Entnahme von Anteilen einer Organgesellschaft iSd. §§ 14 oder 17 KStG 59

**Organgesellschaft:** Die Veräußerung von Anteilen an einer OG durch den OT wird von Satz 1 Buchst. a begünstigt. Die Erfassung der Anteilsveräußerung von OG durch § 3 Nr. 40 stand nach der ursprünglich geltenden Gesetzesfassung nicht zweifelsfrei fest, weil die OG dem OT keine Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 vermittelt. Vielmehr wird dem OT der Gewinn gem. § 14 KStG nur zugerechnet. Um dieses Auslegungsproblem zu beseitigen, wurde die Vorschrift durch das UntStFG ergänzt (BTDrucks. 14/6882, 1 und 31). Nunmehr wird ausdrücklich klargestellt, dass auch die Veräußerung einer OG iSd. §§ 14 oder 17 KStG nach § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. a begünstigt ist (NEYER, GmbHR 2002, 102; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2001, 1634).

Einstweilen frei.

60–62

### d) Anteile an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9

#### aa) Anteile

63

Das Teileinkünfteverfahren ist nur auf Anteile an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, deren Leistungen beim Empfänger zu den Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören, anzuwenden. Zu den Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9 gehören insbes. KapGes. (AG, GmbH, KGaA und SE), Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und bergbautreibende Vereinigungen, die die Rechte einer juristischen Person haben.

**Bezugsrechte:** Nach der Rspr. des IX. Senats des BFH zählen auch Bezugsrechte zu den Anteilen iSd. § 3 Nr. 40, so dass ihre Veräußerung begünstigt wird (BFH v. 27.10.2005 – IX R 15/05, BStBl. II 2006, 1171; zust. DINKELBACH, DB 2006, 1642; abl. INTEMANN, DStR 2006, 1447). Für die Auslegung des § 3 Nr. 40 greift der BFH auf die gesetzliche Definition des Anteilsbegriffs in § 17 zurück, weil hier wie dort die Realisierung von Wertsteigerungen stl. erfasst werden soll. Die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens ist danach gerechtfertigt, weil Bezugsrechte wegen des Substanztransfers von den Altaktien den Wert der Gesellschaft anteilig repräsentieren.

► *Stellungnahme:* Die Rspr. des IX. Senats kann uE nicht überzeugen (s. ausführlich INTEMANN, DStR 2006, 1447; aA DINKELBACH, DB 2006, 1642). Bei normspezifischer Auslegung werden von § 3 Nr. 40 nur Anteile erfasst, die dem Anteilseigner laufende Gewinnausschüttungen vermitteln können, denn die Anteilsveräußerung wird im Teileinkünfteverfahren nur begünstigt, weil der Gesetzgeber diese mit einer Totalausschüttung vergleicht, also laufende Gewinnausschüttung und Veräußerungserlös verknüpft (s. Anm. 50). Bezugsrechte berechnen den Inhaber aber nicht zum Dividendenbezug. Gestützt wird diese Auffassung durch den I. Senat des BFH, der die Veräußerung von Bezugsrech-

ten nicht in den Anwendungsbereich des § 8b Abs. 2 KStG einbezieht (BFH v. 23.1.2008 – I R 101/06, BStBl. II 2008, 719).

**Innovative Finanzinstrumente:** Umtauschanleihen, Aktienanleihen, Optionsanleihen und andere Aktienderivate können sich wie Bezugsrechte dadurch auszeichnen, dass sie den Wert der unterlegten Aktien repräsentieren. Dennoch unterliegt ihre Veräußerung uE nicht dem Teileinkünfteverfahren (HAISCH/DANZ, DStZ 2006, 229; INTEMANN, DStR 2006, 1447; HÄUSELMANN/WAGNER, BB 2002, 2170; HÄUSELMANN/WAGNER, BB 2002, 2432). Ob sich aus der Rspr. des BFH zu Bezugsrechten eine Einbeziehung anderer Finanzinstrumente ableiten lässt, ist noch ungeklärt.

**Anteile an ausländischen Gesellschaften:** Auch Anteile an ausländ. Gesellschaften werden von der Vorschrift begünstigt, so dass der Veräußerungserlös bei einem Anteilsverkauf einer ausländ. Gesellschaft nur zu 60 % in die Besteuerung einbezogen wird. Die Vergünstigung wird ohne Rücksicht auf eine Mindestbeteiligungsquote oder eine Aktivitätsklausel gewährt (VAN LISHAUT, StuW 2000, 182; WATERMEYER, GmbH-StB 2001, 167). Die Gleichbehandlung von inländ. und ausländ. Beteiligungen soll die Europatauglichkeit der Unternehmensbesteuerung sicherstellen. Eine ausländ. Gesellschaft vermittelt ihrem Anteilseigner Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1, wenn die nach ausländ. Recht gegründete Gesellschaft ihrer inneren Struktur nach einer deutschen KapGes. im Wesentlichen entspricht (BFH v. 16.12.1992 – I R 32/92, BStBl. II 1993, 399; BFH v. 16.12.1998 – I R 138/97, BStBl. II 1999, 437).

► *Hinzurechnungsbesteuerung nach dem AStG:* Das Teileinkünfteverfahren ist auf die Veräußerung einer ausländ. Beteiligung nicht anzuwenden, soweit in dem Veräußerungserlös Beträge enthalten sind, die bereits der Hinzurechnungsbesteuerung unterworfen wurden und die die ausländ. Gesellschaft noch nicht an den inländ. Anteilseigner ausgeschüttet hatte. Diese Beträge sind nach § 3 Nr. 41 Buchst. b in voller Höhe stfrei (s. § 3 Nr. 41 Anm. 20). Die StFreistellung der Nr. 1 Buchst. a tritt hinter die Regelung des § 3 Nr. 41 insoweit zurück.

**Einbringungsgeborene Anteile:** Nur die Entnahme einbringungsgeborener Anteile fällt unter Satz 1 Buchst. a, während eine Veräußerung nach Satz 1 Buchst. b begünstigt wird (zu Einzelheiten s. Anm. 82).

**Anteile an Rechtsgebilden iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9:** Die Veräußerung von Anteilen an nichtrechtsfähigen Vereinen, Anstalten, Stiftungen und anderen Zweckvermögen privaten Rechts (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG), deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 gehören, ist nach dem Teileinkünfteverfahren begünstigt. Ausdrücklich wurde die Einbeziehung solcher Anteilsveräußerungen erst mit dem UntStReformG 2008 v. 14.8.2007 gesetzlich geregelt (PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 27 [12/2013]). Die Regelung hat jedoch nur klarstellende Funktion, obwohl vor der Änderung Rechtssubjekte iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 in Satz 1 Buchst. a nicht erwähnt wurden (BTDrucks. 16/4841, 47). Dennoch ist die StBefreiung der Nr. 40 schon nach dem ursprünglichen Wortlaut auf solche Veräußerungen anzuwenden, weil der fehlende Verweis auf § 20 Abs. 1 Nr. 9 lediglich auf einem Versehen des Gesetzgebers beruht. Die dadurch entstandene Lücke im Gesetz kann durch Auslegung geschlossen werden, denn es war erklärter Wille des Gesetzgebers, Rechtssubjekte iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9 im Rahmen des Halb-/Teileinkünfteverfahrens gleich zu behandeln (BTDrucks. 14/2683, 114). Bestätigt wird diese Auslegung auch durch einen Blick auf die für Körperschaften geltende Komplementärnorm des § 8b Abs. 2 KStG, denn dort wurde der Gewinn aus der Veräußerung von

## I. Anteile an Körperschaften (S. 1 Buchst. a) Anm. 63–67 § 3 Nr. 40

Anteilen an Rechtssubjekten iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 seit Einführung des Halbeinkünfteverfahrens ausdrücklich stbefreit. Eine unterschiedliche Besteuerung der Anteilsveräußerung aufgrund der Rechtsform des Veräußerers war vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt.

### bb) Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9

64

Mit der Formulierung, dass die Leistungen „beim Empfänger zu Einnahmen im Sinne des § 20 Absatz 1 Nummer 1 und 9 gehören“, wird lediglich abstrakt der Kreis der begünstigten Anteile definiert. Damit ist die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens nicht von der weiteren Voraussetzung abhängig, dass die Leistungen tatsächlich im konkreten Fall zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören. Daher war die Veräußerung einer OG schon vor der klarstellenden Änderung des Satzes 1 Buchst. a durch das UntStFG begünstigt (glA WATERMEYER, GmbH-StB, 2001, 166; s. auch Anm. 59).

Einstweilen frei.

65

### e) Auflösung der Gesellschaft oder Herabsetzung des Nennkapitals

66

**Auflösung/Liquidation:** Erlöse, die dem Anteilseigner anlässlich der Auflösung bzw. Liquidation einer Körperschaft iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 zufließen, werden ebenfalls von Satz 1 Buchst. a erfasst, wenn die Anteile zu einem stl. BV gehören. Dabei unterscheidet die Vorschrift nicht nach der Art des verwendeten Vermögens. Nach Satz 1 Buchst. a werden uE sowohl solche Bezüge erfasst, die nicht aus dem Nennkapital oder aus dem Einlagekonto gem. § 27 KStG stammen, als auch solche, für die Nennkapital oder das Einlagekonto gem. § 27 KStG als verwendet gilt (glA ERHARD in BLÜMICH, § 3 Nr. 40 Rn. 16 [3/2015]; PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 36 [12/2013]; NACKE/INTEMANN, DB 2002, 756 [760]; VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/110 [10/2008]; aA BALMES/SIEVERT in ERLE/SAUTER, 3. Aufl. 2010, § 3 Rn. 88; HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 216 und 234).

**Steuerliches Einlagekonto iSd. § 27 KStG:** Soweit Leistungen, für die Beträge aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG als verwendet gelten, zu einem stpfl. Ertrag im BV führen, greift uE die StBefreiung nach Satz 1 Buchst. a ein (glA PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 74 [12/2013]; STAIGER/SCHOLZ, BB 2002, 2633). Steuerlich betrachtet handelt es sich bei Leistungen aus dem Einlagekonto um eine Kapitalrückzahlung, so dass dieser Vorgang wie die Herabsetzung von Nennkapital zu behandeln ist (BFH v. 20.4.1999 – VIII R 38/96, BStBl. II 1999, 647, zu Ausschüttungen aus dem EK 04). Zu Einzelheiten s. Anm. 113.

**Herabsetzung des Nennkapitals:** Gleiches gilt, wenn dem Anteilseigner Einnahmen aus der Herabsetzung des Nennkapitals einer Körperschaft iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 zufließen.

**Ausländische Gesellschaft:** Das Teileinkünfteverfahren ist auch anzuwenden, wenn eine ausländ. Gesellschaft aufgelöst oder ihr Nennkapital herabgesetzt wird, denn die Vorschrift begrenzt die Anwendung der StBefreiung nicht auf unbeschränkt stpfl. Körperschaften (glA VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/111 [10/2008]; PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 36 [12/2013]).

### f) Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, selbständiger Arbeit und Gewerbebetrieb

67

Satz 1 Buchst. a ist nur anzuwenden, wenn die Einnahmen zu den Einkünften aus LuF, aus Gewerbebetrieb und aus selbständiger Arbeit gehören. Dies ist der

§ 3 Nr. 40 Anm. 67–70 B. Satz 1: Gewährung anteilige Stfreistellung

Fall, wenn der fragliche Anteil zu einem gewerblichen, selbständigen oder land- und forstwirtschaftlichen BV gehört. Insoweit kommt es durch die Umstellung des Halbeinkünfteverfahrens auf das Teileinkünfteverfahren ab dem VZ 2009 zu keiner Änderung. Zur Sonderbehandlung bei Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten s. Anm. 175 ff.

**Ausländisches Betriebsvermögen:** Die Beteiligungsveräußerung ist nicht nur begünstigt, wenn die Anteile zu einem inländ. BV gehören. Werden die Anteile über eine ausländ. PersGes. gehalten oder sind sie dem BV einer ausländ. BS zuzuordnen, greift die StBefreiung ebenfalls ein, soweit der Vorgang überhaupt der deutschen Besteuerung unterliegt.

68 g) Rechtsfolge

**Anteilige Steuerfreistellung:** Der Veräußerungserlös wird ab dem VZ 2009 zu 40 % stfrei gestellt. Die StBefreiung wird auf den Bruttoertrag gewährt, weil mit der Veräußerung oder Entnahme in Zusammenhang stehende Aufwendungen nach § 3c Abs. 2 erst in einem zweiten Schritt (anteilig) berücksichtigt werden (zu Einzelheiten s. § 3c Anm. 50 ff.).

**Kaufpreis:** Im Fall der Veräußerung wird der vereinbarte Kaufpreis zu 40 % stbefreit. Besteht der Kaufpreis in einem Einmalbetrag, unterliegt dieser der StBefreiung. Unproblematisch ist auch die Vereinbarung von Kaufpreislöhnen oder Leib- und Zeitrenten. Hier ist der abgezinste Barwert zu berücksichtigen. Ist dagegen der Kaufpreis umsatz- bzw. gewinnabhängig, so werden die laufend in den späteren Jahren zufließenden Beträge nach Satz 1 Buchst. a zu 40 % stfrei gestellt.

**Doppelbesteuerungsabkommen:** Der Verkauf von Anteilen unterliegt nicht dem Teileinkünfteverfahren, wenn das Besteuerungsrecht bezüglich des Veräußerungserlöses aufgrund eines DBA einem ausländ. Staat zugewiesen ist (von BECKERATH in KSM, § 3 Rn. B 40/93 [10/2008]). Steht ein DBA der deutschen Besteuerung nicht entgegen, findet die Befreiungsvorschrift uneingeschränkt auf den Veräußerungserlös Anwendung (BALMES/SIEVERT in ERLE/SAUTER, 3. Aufl. 2010, § 3 Rn. 78).

69 Einstweilen frei.

2. Behandlung teilwertberechtigter Anteile (Satz 1 Buchst. a Satz 2)

70 a) Grundsatz: Betriebsvermögensmehrung aus Wertaufholung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 zu 40 % befreit

Mit dem StEntlG 1999/2000/2002 wurde für Beteiligungen ein Wertaufholungsgebot (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3) eingeführt. Hatte ein Stpfl. den Wert einer Beteiligung in den Vorjahren auf den niedrigeren Teilwert abgeschrieben, so ist er nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 iVm. § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 verpflichtet, eine gewinnerhöhende Wertaufholung vorzunehmen, wenn der Teilwert der Beteiligung in einem späteren Jahr wieder gestiegen ist (zu Einzelheiten s. § 6 Anm. 772). Die so ausgelöste Gewinnerhöhung wird nunmehr zu 40 % stfrei gestellt. Es ist jedoch die Einschränkung des Satzes 1 Buchst. a Satz 2 zu beachten. Erfolgt eine Wertaufholung im Anwendungsbereich des Teileinkünfteverfahrens, ist die Wertaufholung auch nur zu 40 % stbefreit, wenn die Teilwertabschreibung unter der Geltung des Halbeinkünfteverfahrens vorgenommen



worden war (FG Münster v. 2.7.2014 – 12 K 948/12 F, EFG 2014, 1658, rkr.; ERHARD in BLÜMICH, § 3 Nr. 40 Rn. 18 [3/2015]).

**b) Ausnahme bei früherer Abschreibung nach altem Recht**

71

Die Wertaufholung soll nicht dem Teileinkünfteverfahren unterliegen, wenn und soweit sich die Teilwertabschreibung in den Vorjahren im vollen Umfang gewinnmindernd ausgewirkt hatte. Wurde die Teilwertabschreibung in voller Höhe gewinnmindernd berücksichtigt, darf die Wertaufholung nicht nur zu 60 %, sondern muss ebenfalls in voller Höhe stl. erfasst werden (ERHARD in BLÜMICH, § 3 Nr. 40 Rn. 18 [3/2015]; Nds. FG v. 1.4.2014 – 13 K 315/10, EFG 2014, 1463, nrkr., Az. BFH IV R 19/14). Diese Einschränkung soll sicherstellen, dass die Einführung des Halbeinkünfteverfahrens nicht zu dem unerwünschten Ergebnis führt, dass sich die Wertminderung voll, die gewinnerhöhende Wertzuschreibung jedoch nur noch zur Hälfte bzw. zu 60 % stl. auswirkt (glA HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 215). Die Teilwertabschreibung hat den Gewinn in voller Höhe gemindert, wenn sie in einem Jahr vorgenommen wurde, in dem das Halbeinkünfteverfahren noch keine Anwendung fand.

**Veräußerung bzw. Entnahme teilwertberechtigter Anteile:** Die eingeschränkte Anwendung des Teileinkünfteverfahrens nach Satz 1 Buchst. a Satz 2 gilt auch für den Fall, dass ein teilwertberechtigter Anteil veräußert oder entnommen wird. Die Einnahmen aus der Veräußerung bzw. Entnahme teilwertberechtigter Anteile werden nicht zu 40 % stfrei gestellt, wenn und soweit sich die Teilwertabschreibung in vollem Umfang gewinnmindernd ausgewirkt hatte (PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 39 [12/2013]; STUHRMANN in B/B, § 3 Nr. 40 Rn. 28 [2/2014]).

**Gewinn aus der Auflösung einer Rücklage nach § 52 Abs. 16:** Nach § 52 Abs. 16 Satz 3 kann zur Abmilderung des Wertaufholungsgebots eine Rücklage gebildet werden. Diese Rücklage ist in den vier auf die Bildung folgenden Jahren gewinnerhöhend aufzulösen (Auflösungszeitraum). Scheidet das WG im Auflösungszeitraum aus, ist die (verbleibende) Rücklage in diesem Jahr in voller Höhe gewinnerhöhend aufzulösen. Auch diese Gewinnerhöhungen unterliegen nach § 52 Abs. 16 Satz 6 nicht dem Teileinkünfteverfahren, weil sich die Teilwertabschreibung in den Vorjahren vollständig gewinnmindernd ausgewirkt hatte.

**Teilwertabschreibung bereits ausgeglichen:** Das Teileinkünfteverfahren findet aber wieder uneingeschränkt Anwendung, soweit die Gewinnminderung durch eine gewinnwirksame Wertaufholung bereits kompensiert worden ist (Satz 1 Buchst. a Satz 2 Halbs. 2).

**Anteile iSd. § 50c aF:** Soweit sich eine Teilwertabschreibung wegen Anwendung des § 50c aF stl. nicht ausgewirkt hat, ist das Teileinkünfteverfahrens uE auf die gewinnerhöhende Wertaufholung anzuwenden (glA ERHARD in BLÜMICH, § 3 Nr. 40 Rn. 18 [3/2015]). Nach Auffassung der FinVerw. wirkt sich die Wertaufholung auch steuererhöhend aus, wenn die vorhergehende Abschreibung gem. § 50c aF stl. unberücksichtigt geblieben war (BMF v. 25.2.2000, BStBl. I 2000, 372; aA U. PRINZ, DStR 2000, 661; RÖDDER, DStR 1999, 1019). Die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens ist gerechtfertigt, weil es aufgrund des § 50c zu keiner unberechtigten Doppelbegünstigung kommt.

Einstweilen frei.

72–73

**3. Berücksichtigung von Abzügen nach § 6b und ähnliche Abzüge  
(Satz 1 Buchst. a Satz 3)**

**74 a) Veräußerung und Entnahme von Anteilen**

Satz 1 Buchst. a Satz 3 suspendiert die Anwendung der StBefreiung des Satzes 1 Buchst. a Satz 1, soweit in früheren Jahren auf die AK von Anteilen Rücklagen nach § 6b oder ähnliche Abzüge übertragen worden sind und sich die Übertragung in der Gewinnermittlung voll steuerwirksam ausgewirkt hatte.

**Veräußerung und Entnahme:** Durch den Bezug auf Satz 1 Buchst. a Satz 1 wird für alle dort aufgeführten Gewinnrealisationstatbestände der Ausschluss des Teileinkünfteverfahrens nach Satz 1 Buchst. a Satz 3 angeordnet. Das Teileinkünfteverfahren ist somit bei einer Veräußerung oder Entnahme von Anteilen ausgeschlossen, soweit auf die Anteile eine Rücklage nach § 6b übertragen wurde.

**75 b) Abzüge nach § 6b und ähnliche Abzüge**

Der Ausschluss des Teileinkünfteverfahrens nach Satz 1 Buchst. a Satz 3 setzt voraus, dass von den AK der veräußerten oder entnommenen Anteile ein Abzug nach § 6b vorgenommen worden ist. Nach der Gesetzesbegründung soll zB eine Begünstigung nach § 30 BergbauRatG zur Förderung des Steinkohlebergbaus einen ähnlichen Abzug iSd. Satzes 1 Buchst. a Satz 3 darstellen. Darüber hinaus dürften auch Rücklagen für Ersatzbeschaffungen zu den ähnlichen Abzügen gehören (krit. IDW-Stellungnahme, IDW, WPg 2006, 749 [750]).

**76 c) Abzug voll steuerwirksam**

**Voll steuerwirksam vorgenommen:** Die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens wird nur ausgeschlossen, wenn der Abzug in der Vergangenheit voll steuerwirksam vorgenommen worden ist. Dies trifft auf alle Abzüge zu, die vor der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens durchgeführt wurden (VON BECKERATH in KSM, § 3 Rn. B 40/121 [10/2008]). Durch den Abzug des übertragbaren Gewinns auf die AK der erworbenen Anteile ist es vor Einführung des Halbeinkünfteverfahrens zu einer uneingeschränkten StMinderung gekommen.

► *Abzüge nach Einführung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens:* Satz 1 Buchst. a Satz 3 findet keine Anwendung, wenn die Gewinnübertragungen schon unter dem Regime des Halb-/Teileinkünfteverfahrens erfolgt sind (insbes. nach § 6b Abs. 10). Die Einbeziehung dieser Fälle wäre systemwidrig, weil der übertragene Veräußerungsgewinn auch ohne Anwendung des § 6b nur anteilig stpfl. gewesen wäre (RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2006, 1487; FÖRSTER, DB 2007, 72). Somit kann es in diesen Fällen nicht zu einer unberechtigten mehrfachen Begünstigung kommen, die Satz 1 Buchst. a Satz 3 verhindern soll.

**77 d) Berücksichtigung einer Wertaufholung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3**

**Ausnahme bei Betriebsvermögensmehrungen aus Wertaufholung:** Für BV-Mehrungen aus einer Wertaufholung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 gilt die Suspendierung des Teileinkünfteverfahrens nicht. Soweit für die Anteile, auf deren AK auch eine Rücklage nach § 6b übertragen wurde, eine Wertzuschreibung erfolgt, ist diese grds. nur zu 60 % stpfl. Allerdings ist wiederum der Ausschluss des Teileinkünfteverfahrens für in der Vergangenheit voll gewinnwirksame Teilwertabschreibungen nach Satz 1 Buchst. a Satz 2 zu beachten. Unter den Vo-

oraussetzungen von Satz 1 Buchst. a Satz 2 kann die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens auch für Wertaufholungen ausgeschlossen sein (s. Anm. 70 ff.).

### e) Rechtsfolge von Satz 1 Buchst. a Satz 3

78

**Keine Steuerbefreiung der Einnahmen:** Werden Anteile veräußert oder entnommen, ist die anteilige StBefreiung nach Satz 1 Buchst. a Satz 1 insoweit nicht zu gewähren, als Abzüge nach § 6b oder ähnliche Abzüge in der Vergangenheit voll steuerwirksam vorgenommen worden sind. Ein Veräußerungserlös ist in Höhe des erfolgten Abzugs voll stpfl. Ein darüber hinausgehender Ertrag ist weiterhin zu 40 % stfrei.

**Anwendung der Abzugsbeschränkung des § 3c Abs. 2:** Bei der Ermittlung des stpfl. Gewinns ist die Abzugsbeschränkung des § 3c Abs. 2 zu beachten. Da der Teil des Veräußerungserlöses, der auf den Abzug gem. § 6b entfällt, voll stpfl. ist, sind die Aufwendungen – insbes. der Buchwert der veräußerten Anteile – insoweit auch in voller Höhe abziehbar (FÖRSTER, DB 2007, 72). Eine vergleichbare Rechtsfrage stellt sich bei der Veräußerung teilwertberechtigter Anteile. Zur Berechnung der Einkünfte in diesem Fall s. OFD Düsseldorf v. 5.6.2003, FR 2003, 739; SCHIRMER, FR 2003, 1231; ZIEREN/ADRIAN, DB 2006, 299.

Einstweilen frei.

79–80

## II. Veräußerung von Anteilen im Rahmen des § 16 (Satz 1 Buchst. b)

### 1. Veräußerung von Anteilen bei Betriebsveräußerung im Ganzen gem. § 16 Abs. 1

#### a) Veräußerungspreis iSd. § 16 Abs. 2

##### aa) Veräußerungsvorgänge des § 16 Abs. 1

81

**Anteilsveräußerung im Rahmen einer Betriebsveräußerung:** Die Veräußerung von Anteilen an einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören (Beteiligung), wird auch nach Nr. 40 begünstigt, wenn die Übertragung im Rahmen einer Veräußerung eines (ganzen) Betriebs iSv. § 16 erfolgt. Wird ein Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil nach § 16 übertragen, ist der Veräußerungserlös insoweit gem. Satz 1 Buchst. b zu 40 % stfrei, als er auf die zum BV gehörenden Beteiligungen entfällt. Damit wird sichergestellt werden, dass auch eine mittelbare Beteiligungsveräußerung begünstigt ist (TORMÖHLEN in KORN, § 3 Nr. 40 Rn. 25 [5/2008]).

**Begünstigte Veräußerungsvorgänge:** Mit dem Verweis auf den Veräußerungspreis iSd. § 16 Abs. 2 wird zunächst jede Beteiligungsübertragung begünstigt, die im Rahmen einer Veräußerung erfolgt, die von § 16 erfasst wird. Dazu gehören die Veräußerung eines ganzen Gewerbebetriebs, eines Teilbetriebs, einer 100 %-Beteiligung an einer KapGes., eines Mitunternehmeranteils sowie die Veräußerung eines Anteils eines persönlich haftenden Gesellschafters einer KGaA, die Veräußerung einbringungsgeborener Anteile iSd. § 21 Abs. 1 UmwStG aF und Einbringungsvorgänge. Darüber hinaus erfasst die Regelung nicht nur Veräußerungsvorgänge, sondern auch Vorgänge, die wie eine Veräußerung nach § 16 zu behandeln sind. Daher werden zB sowohl die Ersatztatbestän-

### § 3 Nr. 40 Anm. 81–82 B. Satz 1: Gewährung anteilige Stfreistellung

de des § 21 Abs. 2 UmwStG als auch die Realteilung sowie die Betriebsverlegung ins Ausland von Satz 1 Buchst. b begünstigt (s. Anm. 83 und 95).

#### bb) Veräußerung einbringungsgeborener Anteile

##### 82 (1) Anwendung der Steuerbefreiung des Satzes 1 Buchst. b

Die Veräußerung einbringungsgeborener Anteile iSd. § 21 Abs. 1 UmwStG aF wird von der Regelung des Satzes 1 Buchst. b erfasst, und zwar unabhängig davon, ob die Anteile zum BV oder PV des Veräußerers gehören (ausführlich s. NACKE/INTEMANN, DB 2002, 756; glA VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/158 [10/2008]; aA DIETERLEIN/SCHADEN, BB 2000, 2492; PATT/RASCHE, FR 2001, 175), denn nach § 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG aF gilt der Gewinn aus der Veräußerung einbringungsgeborener Anteile grds. als Veräußerungsgewinn iSd. § 16. Daher findet Satz 1 Buchst. b auch für Anteile im BV als speziellere Norm Anwendung.

**Veräußerungspreis iSd. § 16:** § 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG aF ordnet an, dass der Gewinn, der bei der Veräußerung einbringungsgeborener Anteil entsteht, als Veräußerungsgewinn iSd. § 16 gilt. Hierbei handelt es sich um eine Rechtsfolgenverweisung (HARITZ/BENKERT, 2. Aufl. 2000, § 21 UmwStG Rn. 240). Die Gewinnermittlung erfolgt allein nach § 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG aF. Daraus schließen einige Autoren, dass die Veräußerung einbringungsgeborener Anteile nicht von Satz 1 Buchst. b erfasst wird, denn es fehle an einem „Veräußerungsgewinn im Sinne des § 16 Absatz 2“. Da § 21 Abs. 1 UmwStG aF eine eigenständige Gewinnermittlungsnorm sei, handele es sich hier um einen „Veräußerungspreis im Sinne des § 21 Absatz 1 UmwStG“, so dass die StBefreiung nach Satz 1 Buchst. b, die nur einen „Veräußerungspreis im Sinne des § 16 Absatz 2“ begünstige, nicht eingreife (DIETERLEIN/SCHADEN, BB 2000, 2492; PATT/RASCHE, FR 2001, 175).

► *Stellungnahme:* Unseres Erachtens ist nach dem Zweck des Gesetzes sowie aus systematischen Gründen die Veräußerung einbringungsgeborener Anteile nach Satz 1 Buchst. b zu begünstigen. Diesem Ergebnis steht auch der Wortlaut der Vorschrift nicht entgegen.

▷ *Wortlaut der Vorschrift:* Der Begriff des Veräußerungsgewinns iSd. § 16 umfasst uE auch den Begriff des Veräußerungspreises iSd. § 16, denn der Veräußerungspreis ist nur Teil der Grundlage zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns. Durch die Fiktion des § 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG aF wird daher auch der Erlös aus der Veräußerung einbringungsgeborener Anteile zu einem Veräußerungsgewinn iSd. § 16 transformiert. Für die hier vertretene Auslegung spricht im Übrigen, dass § 21 Abs. 1 UmwStG aF keine eigenständige Einkunftsart darstellt, die neben die Einkunftsarten des EStG tritt. Daher kann es uE keinen Veräußerungspreis iSd. § 21 UmwStG aF, sondern nur einen iSd. § 16 geben.

► *Systemwidrige Auswirkungen:* Darüber hinaus verhindert die Anwendung des Satzes 1 Buchst. b auf die Veräußerung einbringungsgeborener Anteile weitere systemwidrige Folgen, denn nach § 34 Abs. 2 Nr. 1 ist nur der Veräußerungsgewinn, der nach „§ 3 Nummer 40 Buchstabe b in Verbindung mit § 3c Absatz 2 teilweise steuerbefreit“ ist, von der weiteren Vergünstigung des § 34 ausgeschlossen. Der Gesetzgeber bezweckte damit richtigerweise, eine doppelte Begünstigung zu vermeiden. Würde man jedoch der Auffassung folgen, dass die Veräußerung einbringungsgeborener Anteile nur nach Satz 1 Buchst. a teilweise stbefreit sein würde, käme es zu einer kumulativen Begünstigung sowohl nach

dem Halbeinkünfteverfahren als auch nach § 34 (ein solches Ergebnis bezeichnen selbst PATT/RASCHE als vom Gesetzgeber nicht gewollt; sie sehen sich durch den Wortlaut der Vorschriften jedoch an einer anderen Auslegung gehindert, PATT/RASCHE, FR 2001, 175).

Im Ergebnis wie hier PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 30 (12/2013); FÖRSTER, Stbg 2001, 657; VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/158 (10/2008); SCHMITT/HÖRTNAGL/STRATZ, UmwG/UmwStG, 4. Aufl. 2006, § 21 UmwStG Rn. 108; HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 214; JAKOBS/WITTMANN, GmbHR 2000, 910; VAN LISHAUT/FÖRSTER, GmbHR 2000, 1121; HARITZ, DSr 2000, 1537; STRAHL, KÖSDI 2001, 12728; aA DIETERLEIN/SCHADEN, BB 2000, 2492; PATT/RASCHE, FR 2001, 175.

### (2) Ersatztatbestände des § 21 Abs. 2 UmwStG aF

83

Nicht nur die Veräußerung einbringungsgeborener Anteile führt zu einem stpfl. Erlös. Auch ohne Veräußerung entsteht nach § 21 Abs. 2 UmwStG ein Veräußerungsgewinn iSd. § 16, wenn der Anteilseigner zB die Besteuerung beantragt. Die stpfl. Erlöse, die aufgrund der Ersatztatbestände des § 21 Abs. 2 UmwStG entstehen, unterliegen uE ebenfalls dem Teileinkünfteverfahren gem. Satz 1 Buchst. b (glA FÖRSTER, Stbg 2001, 657; BALMES/SIEVERT in ERLE/SAUTER, 3. Aufl. 2010, § 3 Rn. 129; aA PATT/RASCHE, FR 2001, 175; DIETERLEIN/SCHADEN, BB 2000, 2492). § 21 Abs. 2 UmwStG verweist für die Rechtsfolge auf § 21 Abs. 1 UmwStG. Somit handelt es sich auch bei dem Gewinn, der bei Erfüllung der Ersatztatbestände verwirklicht wird, um einen Veräußerungsgewinn iSd. § 16, den der Gesetzgeber grds. begünstigen wollte. Da § 21 Abs. 2 Satz 2 UmwStG die Ersatztatbestände der Veräußerung gleichstellt, ist es unschädlich, dass es an einem Veräußerungsvorgang fehlt (vgl. ausführlich NACKE/INTEMANN, DB 2002, 756). Ausreichend ist, dass durch die Verwirklichung eines Ersatztatbestands nach § 21 Abs. 2 UmwStG aF eine Gewinnrealisation erfolgt, die nach Sinn und Zweck des Teileinkünfteverfahrens ebenso wie ein Veräußerungsvorgang begünstigt werden soll.

### (3) Entnahme einbringungsgeborener Anteile

84

Die Entnahme einbringungsgeborener Anteile soll nach Auffassung der FinVerw. zu einem stpfl. Ertrag führen, der uE nach Satz 1 Buchst. a zu 40 % stfrei ist (zu Einzelheiten s. Anm. 63).

### cc) Veräußerungen iSd. §§ 14 und 18 Abs. 3

85

Die Veräußerung eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs (§ 14) sowie die Veräußerung eines Vermögens, das der selbständigen Tätigkeit dient (§ 18 Abs. 3), unterliegt uE dem Teileinkünfteverfahren, obwohl diese Veräußerungstatbestände nicht ausdrücklich erwähnt sind (glA PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 49 [12/2013]; HEINICKE in SCHMIDT, 34. Aufl. 2015, § 3 „Halbeinkünfteverfahren“; VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/163 [10/2008]; TORMÖHLEN in KORN, § 3 Nr. 40 Rn. 28 [5/2008]). Da §§ 14 und 18 Abs. 3 nur für Zwecke der Gewinnermittlung auf § 16 verweisen, findet eine Transformation der Veräußerungsgewinne iSd. §§ 14 und 18 Abs. 3 in solche aus Gewerbebetrieb iSd. § 16 nicht statt. Eine Begünstigung des Veräußerungserlöses nach Satz 1 Buchst. b würde somit ausscheiden (so auch HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 222).

**Anwendung durch Analogie:** Der Ausschluss der Veräußerungsvorgänge iSd. §§ 14 und 18 Abs. 3 war vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt. Es entspricht dem

§ 3 Nr. 40 Anm. 85–90 B. Satz 1: Gewährung anteilige Stfreistellung

Sinn und Zweck des Gesetzes, dass das Teileinkünfteverfahren auch auf diese Veräußerungen Anwendung findet, auch wenn dies nicht ausdrücklich geregelt ist. Die somit vorliegende planwidrige Lücke des Gesetzes ist im Wege der Auslegung zu schließen (PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 49 [12/2013]; HEINICKE in SCHMIDT, 34. Aufl. 2015, § 3 „Halbeinkünfteverfahren“; VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/163 [10/2008]; TORMÖHLEN in KORN, § 3 Nr. 40 Rn. 28 [5/2008]). Eine andere Auslegung ließe sich verfassungsrechtl. nicht rechtfertigen, da ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung nicht ersichtlich ist (s. ausführlich NACKE/INTEMANN, DB 2002, 756).

86 **dd) Veräußerung von einbringungsgeborenen Anteilen, die durch Übertragung eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs oder eines freiberuflichen Unternehmens entstanden sind**

Werden einbringungsgeborene Anteile veräußert, die durch die Übertragung eines land- und forstwirtschaftlichen oder freiberuflichen Betriebs entstanden sind, so liegt nach hM im Schrifttum kein Veräußerungsgewinn iSd. § 16, sondern einer iSd. § 14 bzw. § 18 Abs. 3 vor (WIDMANN in WIDMANN/MAYER, § 21 UmwStG Rn. 315; HARITZ/BENKERT, 2. Aufl. 2000, § 21 UmwStG Rn. 241). Da Satz 1 Buchst. b auch auf die Veräußerungserlöse nach §§ 14 und 18 Abs. 3 anzuwenden ist (s. Anm. 85), unterliegt eine entsprechende Veräußerung dem Teileinkünfteverfahren.

87–89 Einstweilen frei.

90 **b) Aufteilung des Veräußerungspreises**

**Notwendigkeit zur Kaufpreisaufteilung:** Der Veräußerungspreis, der bei dem Verkauf eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils erzielt wird, ist nur insoweit begünstigt, als er auf die (mit-)verkauften Beteiligungen entfällt. Daher ist es notwendig, den einheitlichen Kaufpreis zum Zweck der Besteuerung des Veräußerers aufzuteilen. Der Gesetzgeber hat auf eine gesetzliche Regelung zur Kaufpreisaufteilung verzichtet.

**Kaufvertrag als geeigneter Aufteilungsmaßstab:** Die Aufteilung des Gesamtkaufpreises kann uE den Vereinbarungen der Vertragsparteien im (Unternehmens-)Kaufvertrag entnommen werden (HEINICKE in SCHMIDT, 34. Aufl. 2015, § 3 „Halbeinkünfteverfahren“; ERHARD in BLÜMICH, § 3 Nr. 40 Rn. 19 [3/2015]). Die von der Rspr. im Zusammenhang mit der Betriebsveräußerung im Ganzen entwickelte modifizierte Stufentheorie (BFH v. 18.2.1993 – IV R 40/92, BStBl. II 1994, 224) sollte nur in Ausnahmefällen als Aufteilungsmaßstab im Rahmen des Satzes 1 Buchst. b herangezogen werden (vgl. ausführlich NACKE/INTEMANN, DB 2002, 756).

**Rechtfertigung der modifizierten Stufentheorie nach altem Recht:** Die Rspr. hatte die modifizierte Stufentheorie entwickelt, um zum Zweck der (zukünftigen) Besteuerung des Erwerbers eines Unternehmens den einheitlichen (Unternehmens-)Kaufpreis abweichend von einer kaufvertraglichen Vereinbarung der Kaufvertragsparteien aufteilen zu können. Gerechtfertigt wurde die Notwendigkeit einer abweichenden stl. Aufteilung, weil die Vertragsparteien in diesem Punkt keine widerstreitenden Interessen besaßen, denn die Aufteilung des Kaufpreises war nur für den Erwerber von Bedeutung. Somit konnte die Vereinbarung im Kaufvertrag keinen objektiven Aufteilungsmaßstab für stl. Zwecke darstellen.

**Gegenläufige Interessen von Veräußerer und Erwerber:** Nunmehr stellt sich die Ausgangslage zumindest in Bezug auf mitübertragene Beteiligungen anders dar. Veräußerer und Erwerber besitzen insoweit gegenläufige Interessen. Der Erwerber wird bestrebt sein, dass ein möglichst geringer Betrag auf die mit erworbene Beteiligung entfällt, weil er sie nur sehr eingeschränkt abschreiben kann (HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 224). Der Veräußerer wird dagegen bemüht sein, einen hohen Anteil auf die Beteiligung entfallen zu lassen, weil er insoweit in den Genuss des Teileinkünfteverfahrens kommt. Dieser Interessengegensatz rechtfertigt es uE im Regelfall, die kaufvertraglichen Vereinbarungen der Besteuerung zu Grunde zu legen, da sie eine Aufteilung des Kaufpreises nach einem objektiven Maßstab ermöglichen (glA BFH v. 7.5.2014 – VIII B 110/13, BFH/NV 2014, 1886; FG Rhld.-Pf. v. 23.2.2011 – 2 K 1903/09, EFG 2012, 63, rkr.; VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/172 [10/2008]; HEINICKE in SCHMIDT, 34. Aufl. 2015, § 3 „Halbeinkünfteverfahren“).

**Anwendung der modifizierten Stufentheorie in Ausnahmefällen:** Auf die modifizierte Stufentheorie sollte nur zurückgegriffen werden, wenn ein Interessengegensatz zwischen Erwerber und Veräußerer nicht erkennbar ist. Dies gilt auch, falls der vertraglich bestimmte Kaufpreisanteil für die Beteiligung offensichtlich von ihrem tatsächlichen Wert deutlich abweicht, weil hierdurch auf einen fehlenden Interessengegensatz geschlossen werden kann (NACKE/INTEMANN, DB 2002, 756; HEINICKE in SCHMIDT, 34. Aufl. 2015, § 3 „Halbeinkünfteverfahren“; TORMÖHLEN in KORN, § 3 Nr. 40 Rn. 25 [5/2008]). Nach Auffassung des FG Rhld.-Pf. ist die vertragliche Aufteilung der Kaufpreises auch zu beachten, wenn der vereinbarte Kaufpreisanteil für die Beteiligungen nicht den tatsächlichen Wertverhältnissen entspricht, weil schon abstrakt ein Interessengegensatz zwischen den Beteiligten bestehen wird (FG Rhld.-Pf. v. 23.2.2011 – 2 K 1903/09, EFG 2012, 63, rkr.). Schließlich muss die modifizierte Stufentheorie für den Fall nutzbar gemacht werden, dass dem Kaufvertrag überhaupt keine Aufteilung des Kaufpreises entnommen werden kann.

### c) Anteile an Körperschaft, Personenvereinigung und Vermögensmasse, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören 91

Im Rahmen eines Veräußerungsvorgangs iSd. § 16 ist die Veräußerung von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören, begünstigt. Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals entspricht derjenigen zu Satz 1 Buchst. a, so dass zu Einzelheiten auf Anm. 63 verwiesen werden kann.

**Veräußerung teilwertberechtigter Anteile:** Die Veräußerung teilwertberechtigter Anteile ist – anders als bei Satz 1 Buchst. a – uneingeschränkt begünstigt (PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 54 [12/2013]; HEINICKE in SCHMIDT, 34. Aufl. 2015, § 3 „Halbeinkünfteverfahren“). Ein sachlicher Grund für diese Differenzierung ist uE nicht ersichtlich. Dagegen ist die Veräußerung von Anteilen, bei denen Abzüge nach § 6b oder ähnliche Abzüge voll steuerwirksam vorgenommen worden sind, wie bei Satz 1 Buchst. a von der StBefreiung ausgenommen (s. Anm. 96).

**Organgesellschaft:** Begünstigt ist – wie nach Satz 1 Buchst. a – auch die Veräußerung einer OG im Rahmen einer Betriebsveräußerung iSd. § 16 (HEINICKE in SCHMIDT, 34. Aufl. 2015, § 3 „Halbeinkünfteverfahren“).

92 d) Rechtsfolge

**Umfang der Steuerbefreiung:** Der auf Anteile entfallende Erlös iSd. § 16 wird zu 40 % stbefreit. Soweit die Anteile im Rahmen einer Veräußerung von Sachgesamtheiten erfolgt, ist der Kaufpreis auf Seiten des Veräußerers zur Gewährung der StBefreiung aufzuteilen (s. Anm. 90).

**Verhältnis zum Freibetrag nach § 16 Abs. 4:** Der Freibetrag gem. § 16 Abs. 4 ist für Zwecke der Ermittlung der nach § 34 Abs. 1 und 3 tarifermäßig zu besteuern den Gewinne im Wege der Meistbegünstigung vorrangig mit dem Veräußerungsgewinn zu verrechnen, auf den das Halb-/Teileinkünfteverfahren anzuwenden ist (BFH v. 14.7.2010 – X R 61/08, BStBl. II 2010, 1011; s. ausführlich § 16 Anm. 515).

**Abgrenzung zu § 34:** Nach § 34 Abs. 2 Nr. 1 findet die Tarifiermäßigung für außerordentliche Einkünfte keine Anwendung, soweit der Veräußerungsgewinn nach Satz 1 Buchst. b anteilig stfrei gestellt wird, um eine Doppelbegünstigung zu vermeiden (BTDrucks. 14/2683, 116). Werden also im Rahmen der Veräußerung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils Beteiligungen stbegünstigt übertragen, scheidet die Tarifiermäßigung nach § 34 insoweit aus (BFH v. 14.7.2010 – X R 61/08, BStBl. II 2010, 1011) .

**Einschränkungen für einbringungsgeborene Anteile (Sätze 3 und 4 aF):** Werden im Rahmen der Betriebsveräußerung einbringungsgeborene Anteile iSd. § 21 Abs. 1 UmwStG aF (mit-)veräußert, sind insoweit die Missbrauchsklauseln der Sätze 3 und 4 aF zu beachten, nach denen die Anwendung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens ausgeschlossen sein kann. Zu Einzelheiten s. Anm. 190 ff.

93–94 Einstweilen frei.

95 2. Entsprechende Behandlung des Aufgabeeerlöses (Satz 1 Buchst. b Satz 2)

**Aufgabe:** Die Aufgabe eines Betriebs, Teilbetriebs, Mitunternehmeranteils oder eines Anteils eines persönlich haftenden Gesellschafters einer KGaA ist nach Satz 1 Buchst. b Satz 2 begünstigt, soweit der Aufgabeeerlös auf einen Anteil an einer Körperschaft, Personenvereinigung und Vermögensmasse, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören, entfällt. Wird die Beteiligung im Rahmen der Betriebsaufgabe veräußert, ist der Veräußerungserlös zu 40 % stfrei. Wird die Beteiligung nicht veräußert, ist der gemeine Wert zum Zeitpunkt der Aufgabe anzusetzen (§ 16 Abs. 3 Satz 5).

**Realteilung:** Unter Realteilung versteht man die Verteilung des Gesellschaftsvermögens einer PersGes. auf ihre Gesellschafter im Rahmen der Auflösung und Beendigung der Gesellschaft (s. § 16 Anm. 440 f.). Sie erfolgt nach § 16 Abs. 3 Satz 2 steuerneutral, auch soweit nur einzelne WG auf einen Mitunternehmer übertragen werden, wenn die Besteuerung der stillen Reserven sichergestellt ist (vgl. § 16 Anm. 445).

► **Steuerpflichtiger Aufgabeeerlös:** Die Realteilung kann aber auch zu einem stpfl. Aufgabeeerlös führen. Dies ist zunächst der Fall, wenn die WG in das PV des Gesellschafters übertragen werden, weil die Besteuerung der stillen Reserven nicht gesichert ist. Weiterhin entsteht nunmehr nach § 16 Abs. 3 Satz 3 ein stpfl. Vorgang, wenn bei einer Realteilung einzelne WG übertragen werden, die eine wesentliche Betriebsgrundlage darstellen und innerhalb einer Sperrfrist von drei Jahren veräußert oder entnommen werden (zu Einzelheiten vgl. § 16 Anm. 460).



Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen ist rückwirkend der gemeine Wert anzusetzen.

► *Anwendung der Steuerbefreiung:* Die StBefreiung des Satzes 1 Buchst. b findet im Fall einer stpfl. Realteilung Anwendung, soweit Beteiligungen auf den einzelnen Gesellschafter übertragen werden. Der im Rahmen der Realteilung erzielte Ertrag ist Aufgabegewinn iSd. § 16 Abs. 3, so dass Satz 1 Buchst. b einschlägig ist. Steuerbefreit wird der nach § 16 Abs. 3 Satz 3 anzusetzende gemeine Wert der übertragenen Anteile.

**Betriebsverlegung ins Ausland:** Bei der Besteuerung der Betriebsverlegung ins Ausland ist wie folgt zu differenzieren:

► *Behandlung einer Betriebsverlegung vor Einführung des § 4 Abs. 1 Satz 3:* Zunächst behandelte der BFH eine Betriebsverlegung ins Ausland als Betriebsaufgabe iSd. § 16 Abs. 3, wenn die stillen Reserven dadurch der deutschen Besteuerung entzogen wurden („Theorie der finalen Betriebsaufgabe“; BFH v. 26.1.1977 – VIII R 109/75, BStBl. II 1977, 283; BFH v. 22.4.1998 – XI R 28/97, BStBl. II 1998, 665; BFH v. 14.3.2007 – XI R 15/05, BStBl. II 2007, 924). Dies traf insbes. bei der Verlegung des Betriebs in einen Staat zu, mit dem ein DBA abgeschlossen wurde (§ 16 Anm. 437), denn nach der zunächst geltenden Rspr. wurde durch die Betriebsverlegung ins Ausland das inländ. Besteuerungsrecht aufgrund der Regelungen des DBA regelmäßig eingeschränkt. Da es sich um einen Aufgabevorgang iSd. § 16 handelte, wurde ein Aufgabebefreiung, der vor dem VZ 2006 realisiert worden war, nach Nr. 40 Satz 1 Buchst. b zur Hälfte stfrei gestellt, soweit er auf die zum BV gehörenden Beteiligungen entfiel.

► *Änderung der Rechtsprechung:* Der BFH hat die „Theorie der finalen Betriebsaufgabe“ mit der Entscheidung BFH v. 28.10.2009 (I R 99/08, BStBl. II 2011, 1019) aufgegeben. Danach führt die Verlegung eines Betriebs ins Ausland nicht (mehr) zu einer Betriebsaufgabe gem. § 16 Abs. 3, weil das inländ. Besteuerungsrecht durch die Verlegung nicht beeinträchtigt wird (zu Einzelheiten s. § 16 Anm. 620 ff.).

► *Einführung des § 4 Abs. 1 Satz 3 durch das SEStEG:* Die Betriebsverlegung ins Ausland wurde zuvor nach § 4 Abs. 1 Satz 3, der durch das SEStEG v. 7.12.2006 neu eingeführt wurde, als Entnahme behandelt, weil nach Auffassung des Gesetzgebers durch die Betriebsverlegung das inländ. Besteuerungsrecht ausgeschlossen bzw. beschränkt wird. Die Regelung des § 4 Abs. 1 Satz 3 sollte auch bei der Beeinträchtigung des inländ. Besteuerungsrechts hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung sämtlicher WG eines Betriebs/Teilbetriebs gelten (BTDrucks. 17/3549, 21 ff.). Da eine Entnahme gesetzlich fingiert wird, ist der Vorgang gem. Satz 1 Buchst. a stbegünstigt.

► *Einführung des § 16 Abs. 3a durch das JStG 2010:* Nach dem mit dem JStG 2010 eingeführten § 16 Abs. 3a führt der Ausschluss oder die Beschränkung des inländ. Besteuerungsrechts zur Aufgabe des Gewerbebetriebs, wenn dies den Gewinn aus der Veräußerung sämtlicher WG des Betriebs/Teilbetriebs betrifft. Nach Vorstellung des Gesetzgebers soll dies insbes. die Betriebsverlegung ins Ausland betreffen (s. § 16 Anm. 625). Es ist unter Berücksichtigung der neueren Rspr. des BFH zweifelhaft, ob die Betriebsverlegung ins Ausland die tatsächlich Voraussetzungen des § 16 Abs. 3a erfüllt, weil der BFH entschieden hat, dass dieser Vorgang das inländ. Besteuerungsrecht gerade nicht beeinträchtigt (zu Einzelheiten s. § 16 Anm. 625). Sollte § 16 Abs. 3a anzuwenden sein, wäre der Vorgang nach Satz 1 Buchst. b insoweit begünstigt, als zum BV des verlegten Betriebs entsprechende Beteiligungen gehören. **Beendigung der Betriebsauf-**

§ 3 Nr. 40 Anm. 95–101 B. Satz 1: Gewährung anteilige Stfreistellung

**spaltung:** Auch die Beendigung der Betriebsaufspaltung durch personelle oder sachliche Entflechtung führt zu einer Betriebsaufgabe iSd. § 16 Abs. 3. Der Aufgabevorgang ist nach Nr. 40 Satz 1 Buchst. b begünstigt. Bei der Aufgabe werden sämtliche stillen Reserven, die in den WG des Besitzunternehmens ruhen, aufgedeckt. Dazu gehören auch die Anteile an der Betriebsgesellschaft. Da die Betriebsgesellschaft überwiegend in der Rechtsform der GmbH geführt wird, erlangt das Teileinkünfteverfahren bei der Beendigung einer Betriebsaufspaltung zukünftig besondere Bedeutung.

**Beendigung der Betriebsverpachtung:** Eine Betriebsaufgabe iSd. § 16 Abs. 3 liegt auch vor, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des Verpächterwahlrechts nicht mehr gegeben sind oder der Verpächter die Betriebsaufgabe erklärt (zu Einzelheiten s. § 16 Anm. 491 ff.). Entfallen die Voraussetzungen für das Wahlrecht oder erklärt der Verpächter die Betriebsaufgabe, wird der Aufgabebefreiung insoweit gem. Satz 1 Buchst. b zu 40 % stfrei gestellt, als er auf eine Beteiligung iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 entfällt (VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/182 [10/2008]).

96 **3. Entsprechende Anwendung von Satz 1 Buchst. a Satz 3 (Satz 1 Buchst. b Satz 3)**

Die anteilige StFreistellung wird auch im Rahmen einer Betriebsveräußerung oder Betriebsaufgabe ausgeschlossen, soweit Abzüge nach § 6b oder ähnliche Abzüge voll steuerwirksam in der Vergangenheit vorgenommen worden sind. Der Gesetzgeber vertritt zu Recht die Auffassung, dass nicht nur bei einer Einzelveräußerung von Anteilen iSd. Satzes 1 Buchst. a, sondern auch bei Veräußerung oder Entnahme iSd. Satzes 1 Buchst. b der Ausschluss des Teileinkünfteverfahrens gerechtfertigt ist (BTDrucks. 16/3369, 5).

**Teilwertberichtigte Anteile:** Weiterhin wird für teilwertberichtigte Anteile iSd. Satzes 1 Buchst. a Satz 2 im Rahmen einer Betriebsveräußerung oder Betriebsaufgabe die anteilige StBefreiung gewährt (FÖRSTER, DB 2007, 72), obwohl eine sachliche Rechtfertigung für diese Differenzierung nicht erkennbar ist (zu Einzelheiten s. Anm. 91). Der Gesetzgeber hat die seit Einführung des Halbeinkünfteverfahrens bestehende Unterscheidung nicht beseitigt, obwohl es sich aufgrund der Vergleichbarkeit zwischen Teilwertabschreibung und Abzug nach § 6b aufgedrängt hätte, Satz 1 Buchst. b entsprechend zu ergänzen.

97–100 Einstweilen frei.

**III. Beteiligungsverkäufe iSd. § 17 (Satz 1 Buchst. c)**

**1. Veräußerungspreis und gemeiner Wert (Satz 1 Buchst. c Satz 1)**

101 **a) Veräußerungspreis iSd. § 17 Abs. 2**

Nach Satz 1 Buchst. c sind 40 % des Veräußerungspreises oder des gemeinen Werts iSd. § 17 Abs. 2 stfrei. Der gemeine Wert ist in den Fällen des § 17 Abs. 1 Satz 2 anzusetzen. Das sind die Fälle, in denen eine verdeckte Einlage in eine andere KapGes. erfolgt. Werden im PV einbringungsgeborene Anteile iSd. § 21 UmwStG aF gehalten, so fällt eine Veräußerung nicht unter Satz 1 Buchst. c, sondern unter Buchst. b. Die Zuordnung ist von Bedeutung für die Anwendung

### III. Beteiligungsverkäufe iSd. § 17 (Buchst. c) Anm. 101 § 3 Nr. 40

der Missbrauchsvorschriften der Sätze 3 und 4 aF. Mit der Abschaffung des Instituts der einbringungsgeborenen Anteile durch das SEStEG erfasst Buchst. c nunmehr auch Anteile iSd. § 17 Abs. 1 oder 6 EStG, die aus einer Einbringung iSd. § 20 oder 21 UmwStG nF stammen.

**Abgrenzung:** Veräußerungspreis ist nach der Rspr. des BFH alles, was der Veräußerer als Gegenleistung für die Übertragung der Anteile erhalten hat (BFH v. 17.10.1974 – IV R 223/72, BStBl. II 1975, 58; BFH v. 7.3.1995 – VIII R 29/93, BStBl. II 1995, 693). Damit fallen alle Entgelte aus dem Anwendungsbereich des § 17 und damit auch aus dem Anwendungsbereich des § 3 Nr. 40, die für zusätzliche Leistungen aufgebracht wurden oder die als Schenkungen des Erwerbers zu werten sind. Soweit es sich um Einnahmen während der Besitzzeit der Anteile handelt, fallen sie nicht unter § 17, § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c, sondern gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen und können dann zB nach Satz 1 Buchst. d stbefreit sein.

**Offene Einlage, Tausch und Zwangsversteigerung:** Bei einer offenen Einlage von Anteilen in eine KapGes. wie auch beim Tausch ist der gemeine Wert der Gesellschaftsrechte bzw. des erhaltenen WG anzusetzen. Bei einer Zwangsversteigerung ist der erzielte Erlös maßgeblich (vgl. § 17 Anm. 171).

**Teilentgeltliche Veräußerung:** Veräußerungspreis ist im Fall der vollentgeltlichen Veräußerung die Gegenleistung des Erwerbers. Im Fall einer teilentgeltlichen Veräußerung ist der Veräußerungsvorgang in einen voll entgeltlichen und einen voll unentgeltlichen Teil aufzuteilen. Das Teileinkünfteverfahren ist dann auf den entgeltlichen Teil anzuwenden (PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 62 [12/2013]).

**Beispiel:** A veräußert seine Anteile an der B-GmbH für 40000 €. Er hat AK iHv. 120000 €. Der Verkehrswert der Anteile liegt bei 240000 €. Die Veräußerung ist nur zu einem Sechstel entgeltlich und zu fünf Sechsteln unentgeltlich. Damit stehen dem Veräußerungspreis von 40000 € nur 20000 € AK gegenüber. Der Rest ist unentgeltlich übertragen worden. Die Einnahmen sind gem. Satz 1 Buchst. c zu 60 % stl. zu erfassen, also 24000 €. 60 % der auf diese Anteile entfallenden AK, also 12000 €, sind als Aufwendungen gem. § 3c Abs. 2 zu berücksichtigen. Der stpfl. Gewinn beträgt dann 12000 €.

**Stundung:** Die Fälle der Stundung sind im Rahmen des § 17 in der Weise zu behandeln, dass als Veräußerungspreis der Wert der Kaufpreisforderung anzusetzen ist. Maßgeblich ist der Tag der Veräußerung, da das Abflussprinzip gem. § 11 nicht gilt.

**Wiederkehrende Bezüge als Gegenleistung:** Wird der Anteil gegen wiederkehrende Bezüge verkauft (zB Gewinn- und Umsatzbeteiligungsrenten und Leibrenten), gewährt die FinVerw. dem Stpfl. mit Billigung der Rspr. (BFH v. 20.7.2010 – IX R 45/09, BStBl. II 2010, 969) das Wahlrecht, den Veräußerungsgewinn sofort im VZ der Veräußerung oder die wiederkehrenden Bezüge erst im Zeitpunkt des Zuflusses zu versteuern (zu Einzelheiten s. § 17 Anm. 182). Für die Zuflussbesteuerung hat BMF v. 3.8.2004 (BStBl. I 2004, 1187) für Veräußerungen nach dem 31.12.2003 folgende Regelung vorgegeben: Die einzelnen Bezüge sind in einen Kapitalanteil und in einem Zinsanteil aufzuteilen (zur Berechnung s. BROEKELSCHEN/KOHLMANN, DStR 2009, 1161 [1167]). Nur der Tilgungsanteil ist nach Abzug der AK und der Veräußerungskosten Nr. 40 zu unterwerfen, so dass das Teileinkünfteverfahren erst zur Anwendung kommt, wenn die AK und Veräußerungskosten überschritten werden. Bei Veräußerungen bis zum 31.12.2003 erfolgt die oben beschriebene Erfassung nach Satz 1

### § 3 Nr. 40 Anm. 101–102 B. Satz 1: Gewährung anteilige Stfreistellung

Buchst. c, wenn die Anteilsveräußerung bereits im Geltungsbereich des EStG nF stattgefunden hat.

▶ *Zeitliche Anwendung der anteiligen Steuerfreistellung:* Die Besteuerung der wiederkehrenden Bezüge bestimmt sich unter Berücksichtigung des Zuflussprinzips gem. § 11 uE nach den Regelungen, die im Zeitpunkt des Zuflusses der wiederkehrenden Bezüge gelten (BFH v. 18.11.2014 – IX R 4/14, BStBl. II 2015, 526; glA GOSCH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 17 Rn. 77; RAPP in LBP, § 17 Rn. 249 [2/2011]; NACKE/INTEMANN, DB 2002, 756). Dies gilt auch für den Fall, dass die Veräußerung der wesentlichen Beteiligung in einem Zeitraum erfolgt ist, in dem das Halbeinkünfteverfahren noch nicht anzuwenden war. Dagegen wollte die FinVerw. (BMF v. 3.8.2004, BStBl. I 2004, 1187) und ein Teil des Schrifttums (WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 35. Aufl. 2016, § 17 Rn. 206; ZIMMERMANN/ZIMMERMANN-SCHWIER in B/B, § 17 Rn. 349 [9/2010]) die wiederkehrenden Bezüge den gesetzlichen Regelungen unterwerfen, die zum Zeitpunkt der Veräußerung galten.

▶ *Übergang von Halb- zum Teileinkünfteverfahren:* Unter Berücksichtigung des Zuflussprinzips sind die wiederkehrenden Bezüge, die nach dem 31.12.2008 zufließen, nur zu 40 % stbefreit, auch wenn die Veräußerung der wesentlichen Beteiligung unter Geltung des Halbeinkünfteverfahrens erfolgt war.

**Sitzverlegung als Veräußerungsvorgang:** Die Veräußerung von Anteilen an einer KapGes. im Fall der Sitzverlegung in einen anderen Staat kann zu einer Beschränkung oder einem Ausschluss des Besteuerungsrechts der Bundesrepublik Deutschland führen. § 17 Abs. 5 idF des SEStEG ordnet hierzu an, dass die Sitzverlegung eine Veräußerung der Anteile zum gemeinen Wert darstellt. Hierdurch soll das deutsche Besteuerungsrecht erhalten bleiben (BTDrucks. 16/2710, 29). Zwar verweist Satz 1 Buchst. c Satz 2 nur auf die Veräußerungsersatztatbestände des § 17 Abs. 4; gleichwohl dürfte sich schon aus Satz 1 Buchst. c Satz 1 ergeben, dass hierzu auch die Fälle des § 17 Abs. 5 nF gehören (ebenso PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 66 [12/2013]).

**Nachträgliche Änderung des Kaufpreises:** Nachträgliche Änderungen des Kaufpreises und der Veräußerungskosten sind auf den Zeitpunkt der Veräußerung zu berücksichtigen. Es liegt stl. ein rückwirkendes Ereignis vor, so dass der StBescheid nach § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO geändert werden kann (BMF v. 24.7.2015 – IV C 2 – S 2750a/07/10002:002, DStR 2015, 1756; BFH v. 22.10.2010 – I R 58/10, BStBl. II 2015, 668, jeweils zu § 8b Abs. 2 KStG).

#### 102 b) Gemeiner Wert iSd. § 17 Abs. 1 Satz 2

In den Fällen des § 17 Abs. 1 Satz 2 tritt an Stelle des Veräußerungspreises der gemeine Wert (§ 17 Abs. 2 Satz 2). Damit hat der Gesetzgeber seit dem VZ 1992 auch die Missbrauchsfälle erfasst, in denen der Anteilseigner seine Anteile zu einem unangemessen niedrigen Preis an eine KapGes. veräußert, an der er selbst beteiligt ist, und der Preisnachlass auf dem Gesellschaftsverhältnis beruht (verdeckte Einlage). In diesen Fällen gilt als Veräußerungspreis der gemeine Wert, so dass auf diesem Wege nicht mehr eine Versteuerung umgangen werden kann. Der gemeine Wert ist auch in den Fällen zugrunde zu legen, in denen die oben beschriebene Übertragung nicht auf die KapGes. unmittelbar, sondern mittelbar (durch Übertragung auf eine Tochtergesellschaft oder Schwestergesellschaft) erfolgt.

**c) Verdeckte Gewinnausschüttung**

103

Wird für die Anteile ein von einer mit dem Gesellschafter verbundenen KapGes. ein überhöhter Veräußerungspreis gezahlt, so kann es sich insoweit um eine vGA an den Empfänger der Gegenleistung handeln (BFH v. 12.2.1980 – VIII R 114/77, BStBl. II 1980, 494; s. auch § 17 Anm. 174), die bei diesem zu Einkünften nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 führt (§ 17 Abs. 4 Satz 3). Soweit ein überhöhter Kaufpreis vorliegt, kommt nicht Satz 1 Buchst. c, sondern Satz 1 Buchst. d zur Anwendung. Auch führt der Erwerb eigener Anteile durch die KapGes. zu einem unangemessen hohen Kaufpreis zum Zufluss einer vGA beim Gesellschafter (BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/0710009, BStBl. I 2013, 1615), so dass auch insoweit die StFreistellung nach Satz 1 Buchst. d erfolgt. Der Kaufpreis für die eigenen Anteile unterliegt also nur insoweit der StFreistellung nach Satz 1 Buchst. c, als er angemessen ist.

Einstweilen frei.

104

**d) Freibetrag gem. § 17 Abs. 3**

105

Der Freibetrag nach § 17 Abs. 3 ist in voller Höhe auf den stpfl. Teil des Veräußerungsgewinns zu gewähren (glA SCHULTE in ERLE/SAUTER, Reform der Unternehmensbesteuerung, 2001, 94; ERHARD in BLÜMICH, § 3 Nr. 40 Rn. 23 [3/2015]; § 17 Anm. 251), denn Satz 1 Buchst. c verweist nur auf den Veräußerungspreis iSd. § 17 Abs. 2, nicht jedoch auf den stpfl. Veräußerungsgewinn des § 17. Praktisch führt daher die Einführung des Halbeinkünfteverfahrens zu einer Verdoppelung des Freibetrags.

**Beispiel:** A veräußert seine im PV gehaltene Beteiligung an der X-GmbH für 100 000 €. Er hat AK und Veräußerungskosten von 50 000 €. Gemäß Satz 1 Buchst. c unterliegen nur 60 % des Veräußerungspreises der Besteuerung (= 60 000 €). Hiervon sind gem. § 3c Abs. 2 60 % der AK und Veräußerungskosten abzuziehen (= 30 000 €). Von dem stpfl. Veräußerungsgewinn (= 30 000 €) ist der Freibetrag gem. § 17 Abs. 3 iHv. 9 060 € abzuziehen, so dass letztlich nur 20 940 € stpfl. sind (vgl. auch Beispiel in § 17 Anm. 251).

Auch soweit eine Kürzung des Freibetrags nach § 17 Abs. 3 in Betracht kommt, ist als Veräußerungsgewinn derjenige nach Anwendung des Teileinkünfteverfahrens zugrunde zu legen (§ 17 Anm. 252).

Einstweilen frei.

106–107

**2. Entsprechende Behandlung in den Fällen des § 17 Abs. 4 (Satz 1 Buchst. c Satz 2)**

108

Nach Satz 1 Buchst. c Satz 2 ist in den Fällen des § 17 Abs. 4 der Satz 1 des Buchst. c entsprechend anzuwenden. Nach § 17 Abs. 4 Satz 1 stellt das Gesetz die Auflösung und Liquidation einer KapGes. und die Herabsetzung und Rückzahlung ihres Nennkapitals ausdrücklich einer Veräußerung gleich (BFH v. 6.5.2014 – IX R 19/13, BStBl. II 2014, 682). Die Rückzahlung des Stammkapitals wird zu 40 % stfrei gestellt, weil die Kapitalrückzahlung in die Ermittlung des Veräußerungsgewinns/-verlust einfließt (BFH v. 6.5.2014 – IX R 19/13, BStBl. II 2014, 682). Eine Aufteilung der Auskehrung, wie sie nach früherem Recht aufgrund § 17 Abs. 4 Satz 3 erforderlich war, ist nach Einführung des Halbeinkünfteverfahrens obsolet geworden. Der Wortlaut, wonach das Halb- bzw. Teileinkünfteverfahren auch „in den Fällen des § 17 Abs. 4“ gilt, erfasst auch die Auskehrung thesaurierter Gewinne gem. § 17 Abs. 4 Satz 3. Damit

### § 3 Nr. 40 Anm. 108–109 B. Satz 1: Gewährung anteilige Stfreistellung

kommt es zur estl. Gleichbehandlung (s. noch zur früheren Rechtslage BFH v. 9.4.1994 – VIII R 2/93, BStBl. II 1995, 705). Eine Differenzierung ist nicht mehr erforderlich (aA HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 226).

Im Falle der Rückzahlung von Stammkapital ist das Teilabzugsverbot des § 3c Abs. 2 auch im Verlustfall anzuwenden (BFH v. 6.5.2014 – IX R 19/13, BStBl. II 2014, 682).

**Auflösung einer Kapitalgesellschaft:** Im Fall der Auflösung einer KapGes. stellt sich die Frage, wann der Auflösungsgewinn realisiert wird. Grundsätzlich steht nach der Rspr. des BFH erst mit Abschluss der Liquidation fest, welcher Gewinn dem Halb- bzw. Teileinkünfteverfahren zugeführt wird (s. im Einzelnen § 17 Anm. 276). Auf den Zufluss von Liquidationsraten bei den Anteilseignern kommt es somit grds. nicht an. Soweit für die Auskehrung des Vermögens der aufgelösten KapGes. verwendbares Eigenkapital als verwendet gilt (mit Ausnahme des früheren EK 04), erzielt der Anteilseigner jedoch nicht stpfl. Einkünfte nach § 17, sondern Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 2, die aber auch gem. § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. e dem Halb- bzw. Teileinkünfteverfahren unterliegen (vgl. im Einzelnen JÜNGER, BB 2001, 72; § 17 Anm. 286 ff.).

**Kapitalherabsetzung und -rückzahlung:** Der Begriff Kapitalherabsetzung iSd. § 17 Abs. 4 erfasst die Herabsetzung von Grundkapital oder Stammkapital einer KapGes. nach gesellschaftsrechtl. Vorschriften (s. zu den begrifflichen Einzelheiten § 20 Anm. 326). Führt die Herabsetzung zu einer Kapitalrückzahlung, so ist diese Zahlung an den Gesellschafter ebenfalls nach dem Teileinkünfteverfahren zu 40 % stfrei (zu den Einzelheiten der Kapitalherabsetzung und -rückzahlung vgl. § 17 Anm. 320 ff.).

**Ausschüttung/Rückzahlung aus dem steuerlichen Einlagekonto des § 27 KStG:** § 17 Abs. 4 Satz 1 Var. 3 erklärt die Ausschüttung oder Rückzahlung von Einlagen, die im stl. Einlagekonto gem. § 27 KStG ausgewiesen sind, zu estpfl. Einkünften. Auf diesem Einlagekonto sind Einlagen, die nicht in das Nennkapital der KapGes. geleistet worden sind, insbes. etwa verdeckte Einlagen oder Aufgelder bei Kapitalerhöhungen auszuweisen. Die Einlagenrückgewähr führt zu einem stpfl. Ertrag, wenn die Rückzahlung die AK der Beteiligung überschreitet, der dem Teileinkünfteverfahren nach Satz 1 Buchst. c unterliegt (BFH v. 19.2.2013 – IX R 24/12, BStBl. II 2013, 484).

Zu den Einzelheiten der Ausschüttung/Rückzahlung aus dem stl. Einlagekonto des § 27 KStG vgl. § 17 Anm. 325 ff.

## 109 3. Rechtsfolge

**Anteilige Steuerfreistellung:** Liegen die Voraussetzungen des Satz 1 Buchst. c vor, wird der Veräußerungserlös bzw. der gemeine Wert zu 40 % stfrei gestellt. Entsprechendes gilt für die Fälle des § 17 Abs. 4. Im Gegenzug können die hiermit im Zusammenhang stehenden Aufwendungen nach § 3c Abs. 2 nur zu 60 % abgezogen werden (BFH v. 25.6.2009 – IX R 42/08, BStBl. II 2010, 220). Das Teilabzugsverbot ist auch im Verlustfall anzuwenden (BFH v. 7.2.2012 – IX R 1/11, BFH/NV 2012, 937; BFH v. 6.5.2014 – IX R 19/13, BStBl. II 2014, 682).

**Anwendung des Halb-/Teilabzugsverbots gem. § 3c Abs. 2:** Das Halb-/Teilabzugsverbot ist bis zum VZ 2010 bei Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung gem. § 17 nicht anzuwenden, wenn dem Anteilseigner keine nach § 3 Nr. 40 stfreien Einnahmen aus der Beteiligung zugeflossen sind (BFH v.

#### IV. Bezüge und Einnahmen (Buchst. d) Anm. 109–111 § 3 Nr. 40

25.6.2009 – IX R 42/08, BStBl. II 2010, 220; BFH v. 1.10.2014 – IX R 13/13, BFH/NV 2015, 198; s. auch BMF v. 8.11.2010, BStBl. I 2010 1292). Diese Rspr. ist aber nur bis zum VZ 2010 anzuwenden, weil der Gesetzgeber mit einer Änderung des § 3c Abs. 2 Satz 2 auf die Rspr. des BFH reagiert hat, so dass das Teilabzugsverbot ab dem VZ 2011 auch eingreift, wenn dem Anteilseigner keine anteilig stfrei gestellte Einnahmen aus der Beteiligung zufließen, weil es nach der neuen Gesetzesfassung ausreicht, dass der Anteilseigner in der Absicht handelt, Einnahmen erzielen zu wollen (BFH v. 2.9.2014 – IX R 43/13, BStBl. II 2015, 257; zu Einzelheiten s. § 3c Anm. 67).

#### IV. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 (Satz 1 Buchst. d)

##### 1. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 (Satz 1 Buchst. d Satz 1)

###### a) Bezüge

Nach Satz 1 Buchst. d werden alle Bezüge iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 zu 40 % stfrei gestellt. Zu den Bezügen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören neben den Gewinnanteilen (Dividenden) und Ausbeuten alle sonstigen Bezüge, die einem Anteilseigner aufgrund seiner Beteiligung zufließen (§ 20 Anm. 60). Ein sonstiger Bezug ist insbes. die vGA (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2). Auch Ausschüttungen auf beteiligungsähnliche Genussrechte iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören zu den nach Buchst. d begünstigten Bezügen. Das Teileinkünfteverfahren soll eine Doppelbelastung des von einer Körperschaft an ihre Anteilseigner ausgeschütteten Gewinns verhindern (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 69/05, BFH/NV 2007, 2173; INTEMANN, DB 2007, 1658). Zur Vermeidung einer Doppelbelastung wird die Vorbelastung des ausgeschütteten Gewinns mit KSt in pauschalierter Form bei der Besteuerung des Anteilseigners berücksichtigt (s. auch Anm. 7). Es ist somit gerechtfertigt, dass alle Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 von der StBefreiung erfasst werden, weil diese mit KSt vorbelastet sind.

**Beschränkung auf betriebliche Einkünfte ab Veranlagungszeitraum 2009:** Als Folge der ab VZ 2009 geltenden Abgeltungsteuer auf private Kapitaleinkünfte wird das Teileinkünfteverfahren nur noch auf Gewinneinkünfte und auf Bezüge, die den Einkünften aus VuV gem. § 21 zuzurechnen sind, angewendet (s. Anm. 170). Ausnahmsweise unterliegen auch Erträge, die aus Beteiligungen stammen, die im PV gehalten werden, dem Teileinkünfteverfahren. Voraussetzung ist, dass der Anteilseigner nach § 32d Abs. 2 Nr. 3 zum Teileinkünfteverfahren optiert (s. § 32d Anm. 46 ff.).

Bis zum VZ 2008 fand das Halbeinkünfteverfahren sowohl auf betriebliche als auch private Kapitalerträge Anwendung.

###### b) Offene Gewinnausschüttung (Dividende)

###### aa) Anwendung der Steuerfreistellung auf Dividenden, Vorabauschüttungen und inkongruente Gewinnausschüttungen

Eine offene Gewinnausschüttung fällt in den Anwendungsbereich von Satz 1 Buchst. d Satz 1. Eine offene Gewinnausschüttung liegt vor, wenn die Leistung an den Anteilseigner auf einem handelsrechtl. Gewinnverwendungsbeschluss beruht (s. § 20 Anm. 61 ff.). Auch Vorabauschüttungen, Sachdividenden und inkongruente Gewinnausschüttungen gehören zu den begünstigten Bezügen.

110

111

### § 3 Nr. 40 Anm. 111–112 B. Satz 1: Gewährung anteilige Stfreistellung

Satz 1 Buchst. d stellt 40 % der Brutto-Dividende von der Steuer frei. Die Dividende unterliegt weiterhin dem KapErtrStAbzug gem. § 43 Abs. 1, die sich der Anteilseigner anrechnen lassen kann.

Zur Behandlung von Einnahmen aus *tracking stocks* vgl. U. PRINZ/SCHÜRNER, DStR 2003, 181.

#### 112 bb) Herkunft der Ausschüttung

Für die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens auf eine Dividende ist es unerheblich, welche Beträge für die Ausschüttung bei der Körperschaft als verwendet gelten (BALMES/SIEVERT in ERLE/SAUTER, 3. Aufl. 2010, § 3 Rn. 168). Lediglich für den Fall, dass Beträge aus dem stl. Einlagekonto (§ 27 KStG) als verwendet gelten, sind Besonderheiten auch auf der Ebene des Anteilseigners zu beachten (zu Einzelheiten s. Anm. 113). Ebenso gelten Besonderheiten, wenn Nennkapital unter Anwendung des § 28 KStG ausgekehrt wird (zu Einzelheiten vgl. Anm. 140 ff.).

**Übergang vom Körperschaftsteueranrechnungsverfahren:** Durch die Umstellung der Besteuerung von Körperschaften vom Anrechnungsverfahren auf das Halbeinkünfteverfahren entfällt grds. die Notwendigkeit einer Gliederungsrechnung. Jedoch hat der Gesetzgeber für die Umstellung eine Übergangsphase von 18 Jahren vorgesehen, in der nach alten Recht entstandene KStGuthaben realisiert werden können (§§ 36 ff. KStG). Die Ausschüttung von Altgewinnen konnte in den ersten Jahren nach der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens zu einer KStMinderung auf der Ebene der ausschüttenden Körperschaft führen. Die Besteuerung der Gewinnausschüttung beim Anteilseigner blieb davon unberührt. Gleiches gilt, seitdem der Gesetzgeber zu einer ausschüttungsunabhängigen Auszahlung des KStGuthabens in zehn gleichen Jahresraten gem. § 37 Abs. 4 und KStG idF des SEStEG v. 7.12.2006 übergegangen ist.

Zur Verfassungsmäßigkeit der Übergangsregelungen gem. §§ 36 ff. KStG s. BVerfG v. 17.11.2009 – 1 BvR 2192/05, BVerfGE 125, 1; BFH v. 20.4.2011 – I R 65/05, BStBl. II 2011, 983; zur Neufassung durch das JStG 2010: BFH v. 25.2.2015 – I R 86/12, FR 2015, 945.

**Übergang zum Teileinkünfteverfahren:** Für die Anwendung der niedrigeren StBefreiung des Teileinkünfteverfahrens von 40 % ist es nicht entscheidend, aus welchen Gewinnen der Körperschaft die beim Anteilseigner zu besteuern Dividende gespeist wird. Auch wenn die Körperschaft Gewinne ausschüttet, die auch mit dem höheren KStSatz belegt wurden, wird ab dem VZ 2009 nur 40 % der Ausschüttung stbefreit. Damit orientiert sich die Höhe der gewährten StBefreiung nicht an der tatsächlichen Vorbelastung des ausgeschütteten Gewinns. Insofern kann es zu einer unzutreffenden Besteuerung des Anteilseigners kommen, die verfassungsrechtl. uE noch durch das Recht des Gesetzgebers zur Typisierung gerechtfertigt ist. Eine Lösung, die für die Höhe der StBefreiung auf die konkrete Vorbelastung abstellt, würde zu einer komplizierten Gliederungsrechnung zwingen, deren mangelnde Praxistauglichkeit im Jahr 2000 gerade ein Motiv für die Einführung des Halbeinkünfteverfahrens war.

**Materiell-rechtliche Korrespondenz:** Die anteilige Stfreistellung wird ab dem VZ 2014 für alle Bezüge und Einnahmen iSd. Satzes 1 ausgeschlossen, soweit sie das Einkommen der leistenden Körperschaft gemindert haben (zu Einzelheiten s. Anm. 125 ff.).



**cc) Steuerliches Einlagekonto nach § 27 KStG**

Ausschüttungen aus dem stl. Einlagekonto nach § 27 KStG gehören gem. § 20 Abs. 1 Satz 3 nicht zu den Einkünften aus Kapitalvermögen. Dennoch können sich für den Anteilseigner stl. Folgen ergeben. Für die stl. Behandlung einer Einlagenrückgewähr muss dabei für die stl. Behandlung der Ausschüttung beim Anteilseigner unterschieden werden, ob der Anteil im PV oder BV gehalten wird (WARNKE, EStB 2002, 21). Das stl. Einlagekonto soll die nicht in das Nennkapital der Gesellschaft geleisteten Einlagen erfassen (§ 27 Abs. 1 Satz 1 KStG). Es ist über die Jahre fortzuschreiben und stellt eine Fortführung des bisherigen EK 04 dar (STIMPEL in RÖDDER/HERLINGHAUS/NEUMANN, 2015, § 27 KStG Rn. 36; BTDrucks. 14/2683, 125). Daher wird nach § 39 KStG ein positiver Endbestand des EK 04 als Anfangsbestand des stl. Einlagekontos erfasst. Nach § 27 Abs. 3 KStG muss die Gesellschaft ihren Anteilseignern eine Bescheinigung ausstellen, wenn für eine Ausschüttung Beträge aus dem stl. Einlagekonto als verwendet gelten. Fehlt es an einer solchen Bescheinigung oder entspricht sie nicht den Anforderungen des § 27 Abs. 3 KStG, liegt beim Anteilseigner keine steuerneutrale Einlagenrückgewähr, sondern eine stpfl. Gewinnausschüttung vor, welche dem Teileinkünfteverfahren unterliegt (BFH v. 24.2.2015 – VIII R 50/11, juris). Andererseits beweist die Bescheinigung nach § 27 Abs. 3 KStG ausreichend, dass der bescheinigte Betrag an den Anteilseigner ausgeschüttet wurde und inwieweit dieser Betrag aus dem stl. Einlagekonto stammt (BFH v. 3.2.2010 – I B 32/09, BFH/NV 2010, 1128).

Zur Frage, ob die Bescheinigung materiell-rechtl. Voraussetzung des § 20 Abs. 1 Satz 3 ist, s. § 20 Anm. 103.

**Kapitalrückzahlung grundsätzlich steuerneutral:** Bei der Minderung des stl. Einlagekontos geht der Gesetzgeber wie vormals bei einer Ausschüttung aus dem EK 04 von einer Kapitalrückzahlung aus (SCHIMMELE, EStB 2002, 486; DÖRNER, Inf. 2000, 545; SCHAHOFF in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 297). Dementsprechend führt eine solche Rückzahlung gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 bei Anteilen im PV nicht zu Einnahmen aus Kapitalvermögen (BFH v. 24.2.2015 – VIII R 50/11, juris). Sie führt lediglich zur Minderung der AK (BFH v. 19.2.2013 – IX R 24/12, BStBl. II 2013, 484). Übersteigt die Ausschüttung jedoch die AK der Beteiligung, kann dies bei Anteilen im BV und bei Anteilen iSd. § 17 daher zu stpfl. Einnahmen führen, die dem Teileinkünfteverfahren unterliegen.

**Beteiligung iSd. § 17:** Nach § 17 Abs. 4 Satz 1 wird eine Rückzahlung aus dem stl. Einlagekonto einer Veräußerung gleichgestellt. Die Einlagenrückgewähr führt zu einem stpfl. Ertrag, wenn die Rückzahlung die AK der Beteiligung überschreitet, der dem Teileinkünfteverfahren nach Satz 1 Buchst. c unterliegt (BFH v. 19.2.2013 – IX R 24/12, BStBl. II 2013, 484; zu Einzelheiten s. Anm. 108).

Zur Besteuerung im Rahmen des § 17 s. § 17 Anm. 325 ff.

**Beteiligung im Betriebsvermögen:** Werden die Anteile an einer Gesellschaft im BV gehalten, führte eine Ausschüttung aus dem EK 04 nach der Rspr. des BFH (BFH v. 20.4.1999 – VIII R 38/96, BStBl. II 1999, 647) zu einem Beteiligungsertrag, wenn die Auszahlung den Buchwert der Beteiligung überstieg. Die Ausschüttung war also zunächst mit dem Buchwert (steuerneutral) zu verrechnen. Ein übersteigender Betrag führte zu einem stpfl. Beteiligungsertrag (s. auch BMF v. 9.1.1987, BStBl. I 1987, 171).

▶ *Keine Anwendung von Satz 1 Buchst. d:* Satz 1 Buchst. d kann uE nicht einschlägig sein, weil es sich nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 bei diesem Beteiligungsertrag nicht um eine stpfl. Bezug iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 handelt.

▶ *Anwendung von Satz 1 Buchst. a:* Die BVMehrung aufgrund der Ausschüttung ist uE unter analoger Anwendung des Satzes 1 Buchst. a und nicht nach Satz 1 Buchst. d zur Hälfte stfrei (glA PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 47 [12/2013]; von BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/221 [10/2008]; WARNKE, EStB 2002, 21; aA HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 227 f.; HEINICKE in SCHMIDT, 34. Aufl. 2015, § 3 „Halbeinkünfteverfahren“; SCHIMMELE, EStB 2002, 486). Der BFH (BFH v. 28.10.2009 – I R 116/08, BStBl. II 2011, 898) und die FinVerw. (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a 7/03, BStBl. I 2003, 292, Tz. 6) vertreten zur vergleichbaren Rechtslage nach § 8b KStG die Auffassung, dass der Vorgang nicht der Stfreistellung des § 8b Abs. 1 KStG für Gewinnausschüttungen unterfällt. Bei einer Ausschüttung unter Verwendung von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto (§ 27 KStG) handelt es sich um eine Kapitalrückzahlung, die lediglich eine (steuerneutrale) Vermögensumschichtung darstellt. Dieser Vorgang führt nicht zu einem Kapitalertrag, der nach Satz 1 Buchst. d stfrei zu stellen ist, sondern es handelt sich um einen veräußerungsgleichen Vorgang, auf den Satz 1 Buchst. a anzuwenden ist (PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 74 [12/2013]).

▶ *Rechtsfolge:* Die Anwendung von Satz 1 Buchst. a hat zur Folge, dass vorangegangene Teilwertabschreibungen zu berücksichtigen sind und die Sperrfristen der Sätze 3 und 4 aF beachtet werden müssen. Dies ist uE auch gerechtfertigt, weil ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung einer Kapitalherabsetzung bzw. der Rückzahlung von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto nicht ersichtlich ist.

**Ausländische Gesellschaft mit Sitz im EU-Ausland:** Mit dem SEStEG v. 7.12.2006 wurde § 27 KStG dahingehend ergänzt, dass Körperschaften, die in einem anderen Mitgliedstaat des EU unbeschränkt stpfl. sind, unter den dort genannten Voraussetzungen eine Einlagenrückgewähr iSd. § 27 erbringen können (s. § 27 Anm. 160 ff.; SEDEMUND/FISCHENICH, BB 2008, 1656). Somit ist gesetzlich geklärt, dass diese ausländ. Körperschaften insoweit denselben Regeln wie inländ. Körperschaften unterliegen. Allerdings gelten nach § 27 Abs. 8 Satz 9 alle Leistungen der ausländ. Körperschaft als Gewinnausschüttungen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1, wenn eine gesonderte Feststellung der Einlagenrückgewähr nach § 27 Abs. 8 KStG nicht erfolgt ist (zur Frage der Europarechtswidrigkeit des § 27 Abs. 8 KStG s. SEDEMUND/FISCHENICH, BB 2008, 1656). In diesem Fall sind die Leistungen wegen der ausdrücklichen gesetzlichen Fiktion ausschließlich nach Satz 1 Buchst. d anteilig stbefreit.

**Für ausländische Gesellschaft mit Sitz im einem Drittstaat** gelten die Regelung des § 27 Abs. 8 KStG nicht (glA STIMPEL in RÖDDER/HERLINGHAUS/NEUMANN, 2015, § 27 KStG Rn. 216; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2006, 1481; SEDEMUND/FISCHENICH, BB 2008, 1656). Fraglich ist daher, ob diese überhaupt eine steuerneutrale Auszahlung iSd. § 20 Abs. 1 Satz 3 vornehmen können. Vor Einführung des § 27 Abs. 8 KStG behandelte der BFH Kapitalrückzahlungen von ausländ. KapGes. als nichtsteuerbar (BFH v. 14.10.1992 – I R 1/91, BStBl. II 1993, 189; BFH v. 27.4.2000 – I R 58/99, BStBl. II 2001, 168). Nach Auffassung der FinVerw. führt die Neuregelung jedoch dazu, dass eine Einlagenrückgewähr ausländ. KapGes. aus Drittstaaten generell stbar ist (glA FinMin. NRW v. 6.10.2011, StEK EStG § 20 Nr. 389; glA. DÖTSCH in DPM, § 27 Rn. 267 [4/2015];

zu Einzelheiten s. § 20 Anm. 102). Unter dieser Prämisse unterliegt die Einlagenrückgewähr ausl. KapGes. aus Drittstaaten als stpfl. Beteiligungsertrag iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 dem Teileinkünfteverfahren. Dagegen wird auch die Auffassung vertreten, dass nach Einführung des § 27 Abs. 8 KStG die „alte“ Rechtslage fortgilt, so dass die Einlagenrückgewähr ausl. KapGes. aus Drittstaaten steuerneutral ist (FG Nürnberg v. 12.6.2013 – 5 K 1552/11, EFG 2014, 188, nrkr., Az. BFH VIII R 47/13; STIMPEL in RÖDDER/HERLINGHAUS/NEUMANN, 2015, § 27 KStG Rn. 220 f.; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2006, 1481; SEDEMUND/FISCHENICH, BB 2008, 1656).

Zur europarechtl. Beurteilung der Einlagenrückgewähr durch KapGes. aus Drittstaaten s. § 20 Anm. 102; GOSCH/SCHÖNFELD, IStR 2015, 755.

#### dd) Kein Progressionsvorbehalt

114

Die stfrei gestellten Dividendenbezüge unterliegen nicht dem Progressionsvorbehalt gem. § 32b (ERHARD in BLÜMICH, § 3 Nr. 40 Rn. 12 [3/2015]). Der ursprüngliche Gesetzentwurf zum StSenkG sah eine entsprechende Berücksichtigung des stfreien Teils der Dividende noch vor. Davon wurde aber mit der endgültigen Fassung des Gesetzes Abstand genommen.

#### c) Verdeckte Gewinnausschüttungen

115

Verdeckte Gewinnausschüttungen (vGA) gehören zu den Bezügen iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und unterliegen daher ebenfalls dem Teileinkünfteverfahren. Eine vGA ist eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht (zu Einzelheiten s. § 8 KStG Anm. 100 ff.). Die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens auf die vGA ist gerechtfertigt, weil sie das Einkommen der Körperschaft nicht mindern darf (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG), so dass die vGA mit KSt vorbelastet ist (SCHNORR, GmbHR 2003, 861 [862]; STAIGER/SCHOLZ, BB 2002, 2633; SCHIFFERS, GmbH-StB 2000, 242 [243]). Diese Vorbelastung ist auf der Ebene des Anteilseigners durch die anteilige StFreistellung zu berücksichtigen. Die Bedeutung der vGA in der Besteuerungspraxis ist auch nach der Systemumstellung erhalten geblieben (HEY, GmbHR 2001, 1). Trotz der weiteren Absenkung des KStSatzes ab 2008 wird die praktische Bedeutung der vGA auch im Teileinkünfteverfahren nicht wesentlich abnehmen.

#### Zinszahlungen als verdeckte Gewinnausschüttung nach § 8a KStG aF:

Zinszahlungen an wesentlich beteiligte Gesellschafter konnten nach § 8a KStG idF des sog. Korb-II-Gesetzes als vGA zu behandeln sein. Wurden Zinszahlungen nach § 8a KStG in vGA umqualifiziert, war das Halbeinkünfteverfahren anzuwenden (TORMÖHLEN in KORN, § 3 Nr. 40 Rn. 37 [5/2008]). Die Vorschrift wurde mit dem UntStReformG 2008 durch die Zinsschrankenregelung des § 4h und § 8a KStG überwiegend mW ab dem VZ 2008 ersetzt (zu Einzelheiten s. § 8a KStG Anm. 2).

**Erwerb eigener Anteile:** Der Erwerb eigener Anteile durch die KapGes. zu einem unangemessen hohen Kaufpreis führt beim Gesellschafter zum Zufluss einer vGA (BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/0710009, BStBl. I 2013, 1615), die unter Satz 1 Buchst. d fällt.

#### Verfahrensrechtliche Korrespondenz nach Einführung des § 32a KStG:

Mit dem JStG 2007 wurde mit § 32a KStG eine eigenständige Korrekturvorschrift eingeführt, die eine Änderung des EStBescheids des Anteilseigners er-

### § 3 Nr. 40 Anm. 115–116 B. Satz 1: Gewährung anteilige Stfreistellung

möglich, wenn der StBescheid einer Körperschaft hinsichtlich der Berücksichtigung einer vGA erlassen, aufgehoben oder geändert wird (zu Einzelheiten s. § 32a KStG Anm. 8 ff.). Die Korrekturvorschrift des § 32a KStG füllt eine bisher bestehende verfahrensrechtl. Lücke (HEINEMANN in RÖDDER/HERLINGHAUS/NEUMANN, 2015, § 32a KStG Rn. 10 f.; s. auch § 32a KStG Anm. 3), denn die Umqualifizierung einer Leistungsvergütung in eine vGA hat zur Konsequenz, dass der EStBescheid des Anteilseigners geändert werden muss, damit die bisher zB als Gehalt oder Miete erfasste Zahlung als vGA in das Teileinkünfteverfahren einbezogen wird (MEYER/BALL, DStR 2002, 1285; BIPPUS, GmbHR 2002, 951). Nur so kann eine vom Gesetz nicht gewollte Doppelbesteuerung vermieden werden (BIPPUS, GmbHR 2002, 951). Vor Einführung des § 32a KStG konnte ein nicht unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gem. § 164 AO stehender EStBescheid nur ausnahmsweise nach den Vorschriften der AO geändert werden (nach stRspr. des BFH stehen nämlich KStBescheid und EStBescheid nicht im Verhältnis von Grundlagen- zu Folgebescheid, so dass eine Änderung nach § 175 Abs. 1 Nr. 1 AO ausscheidet, BFH v. 27.10.1992 – VIII R 41/89, BStBl. II 1993, 569; BFH v. 18.9.2012 – VIII R 9/09, BStBl. II 2013, 149). Eine Änderung kam daher nur nach § 173 AO in Betracht, die regelmäßig sowohl daran scheiterte, dass keine neuen Tatsachen vorlagen (Ax/HARLE, GmbHR 2001, 763), als auch daran, dass den Anteilseigner grobes Verschulden am nachträglichen Bekanntwerden der neuen Tatsachen traf (JACOBSEN, BB 2006, 183). Eine vorläufige StFestsetzung gem. § 165 AO beim Anteilseigner kam nicht in Betracht (BMF v. 29.9.2005, BStBl. I 2005, 903). Dieses verfahrensrechtl. Hindernis für eine korrespondierende Besteuerung von Gesellschaft und Gesellschafter wird mit § 32a KStG beseitigt, der allerdings nur für KStBescheide gilt, die nach dem 18.12.2006 erlassen oder geändert werden (zu Einzelheiten s. § 32a KStG Anm. 2).

**Materiell-rechtliche Korrespondenz:** Mit dem JStG 2007 v. 13.12.2006 wurde auch eine materiell-rechtl. Korrespondenz zwischen der Behandlung einer vGA bei Gesellschaft und Gesellschafter hergestellt (SCHNITGER/ROMETZKI, BB 2008, 1648; TORMÖHLEN in KORN, § 3 Nr. 40 Rn. 38.1 [5/2008]). Die anteilige StBefreiung wird dem Anteilseigner nur noch gewährt, wenn die vGA das Einkommen der zuwendenden Körperschaft nicht gemindert hat. Diese Grundsätze werden ab dem VZ 2014 auf alle Bezüge und Einnahmen iSd. Satzes 1 aufgrund der Änderung durch das AmtshilfeRLUMsG v. 26.6.2013 erstreckt (Satz 1 Buchst. d Satz 2; zu Einzelheiten s. Anm. 125 ff.).

#### 116 d) Bezüge von ausländischen Gesellschaften

Erhält ein Anteilseigner Bezüge iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 von einer ausländ. Gesellschaft, die mit einer inländ. Gesellschaft vergleichbar ist, findet das Teileinkünfteverfahren ebenfalls Anwendung, denn die Befreiungsvorschrift unterscheidet nicht zwischen inländ. und ausländ. Körperschaft. Der Gesetzgeber wollte mit der Gleichbehandlung ausländ. und inländ. Dividenden die Europatauglichkeit der Unternehmensbesteuerung sicherstellen (BTDrucks. 14/2683, 95). Ein DBA wird der inländ. Besteuerung nicht entgegenstehen, weil nach Art. 10 OECD-MA das Besteuerungsrecht für Dividenden dem Wohnsitzstaat des Anteilseigners zusteht.

**Steuerliche Vorbelastung:** Der Gesetzgeber unterstellt für die ausländ. Dividende eine stl. Vorbelastung, die mit der deutschen Besteuerung vergleichbar ist. Es kommt jedoch für die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens nicht darauf an, ob und ggf. in welcher Höhe die ausländ. Dividende tatsächlich stl. vorbelas-

#### IV. Bezüge und Einnahmen (Buchst. d) Anm. 116–118 § 3 Nr. 40

tet ist (VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/215 [10/2008]). Einer „zu niedrigen“ Vorbelastung der ausländ. Dividende wird durch die Regelungen der Hinzurechnungsbesteuerung nach §§ 7 ff. AStG begegnet.

**Materiell-rechtliche Korrespondenz:** Die anteilige StFreistellung wird ab dem VZ 2014 für alle Bezüge und Einnahmen iSd. Satzes 1 ausgeschlossen, soweit sie das Einkommen der leistenden Körperschaft gemindert haben (zu Einzelheiten s. Anm. 125 ff.).

**Hinzurechnungsbesteuerung:** Gewinnausschüttungen von ausländ. Gesellschaften werden nicht nach Nr. 40, sondern nach Nr. 41 in voller Höhe stfrei gestellt, wenn die ausländ. Körperschaft der Hinzurechnungsbesteuerung nach §§ 7 ff. AStG unterlegen hatte, denn dem Anteilseigner wurde der nunmehr ausgeschüttete Gewinn schon zuvor als Hinzurechnungsbetrag nach § 10 AStG zugerechnet und als Kapitalertrag nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 voll besteuert (RÄTTIG/PROTZEN, DStR 2002, 241). Das Teileinkünfteverfahren ist nach § 10 Abs. 2 Satz 3 AStG auf einen Hinzurechnungsbetrag nicht anzuwenden (LIEBER, FR 2002, 139). Die Gewinnausschüttung wird nach Nr. 41 in voller Höhe stfrei gestellt, um eine Doppelbesteuerung zu vermeiden (s. § 3 Nr. 41 Anm. 2).

#### e) Organschaft

117

**Keine Anwendung** findet das Teileinkünfteverfahren auf Beteiligungserträge, die dem OT aufgrund eines Gewinnabführungsvertrags im Rahmen einer kstl. Organschaft zugerechnet werden (PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 70 [12/2013]). Die kstl. Organschaft führt nach § 14 KStG dazu, dass der Gewinn der Tochtergesellschaft (OG) dem Mutterunternehmen (OT) unmittelbar zugerechnet wird (§ 14 KStG); OT kann sowohl eine PersGes. als auch eine natürliche Person sein. Bei den dem OT zuzurechnenden Beträgen handelt es sich nicht um Gewinnausschüttungen iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 (HARLE, BB 2003, 184). Vielmehr hat der OT die zugerechneten Gewinne als eigenes Einkommen zu versteuern. Eine Besteuerung auf der Ebene der OG findet nicht statt. Daher ist der zugerechnete Gewinn nicht mit KSt vorbelastet, so dass es nicht gerechtfertigt ist, auf diesen Betrag das Teileinkünfteverfahren anzuwenden. Nach § 15 Nr. 2 KStG ist § 3 Nr. 40 erst bei der Ermittlung des Einkommens des OT anzuwenden (Bruttomethode).

**Begründung einer Organschaft als Gestaltungsinstrument:** Die Begründung einer kstl. Organschaft kann mit Blick auf die nach § 3c eingeschränkte Abziehbarkeit von Aufwendungen, die mit den nach Nr. 40 freigestellten Einnahmen in Zusammenhang stehen, als Gestaltungsinstrument genutzt werden, da das aufgrund der kstl. Organschaft nach § 14 KStG zugerechnete Einkommen der OG nicht dem Teileinkünfteverfahren unterliegt, so dass auch die Abzugsbeschränkung des § 3c nicht eingreift (DARAGAN/LEY/STRAHL, DStR 2000, 1973; FROTSCHER/BERG/PANNEN/STIFTER, DB 2002, 1522; BEINERT/MIKUS, DB 2002, 1467; PUPETER, GmbHR 2002, 768; SCHADEN/Franz, GmbHR 2002, 880; aA THIEL, DB 2002, 1340 und 1525).

#### f) Behandlung von Leistungen einer KGaA

118

**Anteilige Steuerfreistellung für Dividenden an Kommanditaktionäre:** Die KGaA ist nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG selbst Subjekt der KSt, so dass Dividendenzahlungen an Kommanditaktionäre einer KGaA dem Teileinkünfteverfahren unterliegen, weil der Gewinn einer KGaA als kstplf. StSubjekt mit 15 % KSt vorbelastet ist. Die Vorbelastung des ausgeschütteten Gewinns einer KGaA

### § 3 Nr. 40 Anm. 118–120 B. Satz 1: Gewährung anteilige Stfreistellung

rechtfertigt die anteilige StFreistellung der Dividende beim empfangenden Kommanditaktionär.

**Besteuerung des persönlich haftenden Gesellschafters:** Dagegen stellt der Gewinnanteil des persönlich haftenden Gesellschafters (Komplementär) gewerbliche Einkünfte iSd. § 15 Abs. 1 Nr. 3 dar (BFH v. 19.5.2010 – I R 62/09, BFH/NV 2010, 1919) und wird nicht anteilig gem. Buchst. d stfrei gestellt. Der Gewinnanteil mindert als BA den kstpfl. Gewinn der KGaA, so dass er nicht mit KSt vorbelastet ist. Soweit der Komplementär jedoch auch am Grundkapital der KGaA beteiligt ist, bezieht er wie die übrigen Kommanditisten Einkünfte iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 (BFH v. 21.6.1989 – X R 14/88, BStBl. II 1989, 881), auf welche das Teileinkünfteverfahren anzuwenden ist.

#### 119 g) Nicht vom Teileinkünfteverfahren erfasste laufende Erträge

Folgende laufende Erträge werden nicht von der anteiligen StBefreiung des Satz 1 Buchst. d erfasst:

**REIT-AG:** Ausschüttungen einer REIT-AG werden beim Anteilseigner nicht anteilig stfrei gestellt, weil die REIT-AG selbst stbefreit ist, so dass es bei der Ausschüttung an einer Vorbelastung mit KSt fehlt.

**Wertpapierleihe:** Leihgebühren und Kompensationszahlungen, die der Verleiher im Rahmen einer Wertpapierleihe erhält, führen nicht zu Einkünften iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 (BMF v. 28.4.2003 – IV A2 - S 2750a 7/03, BStBl. I 2003, 292, Tz. 9), denn der Entleiher wird rechtl. und wirtschaftlicher Eigentümer der Anteile, so dass er die Dividendeneinkünfte originär erzielt. Dementsprechend werden die Einnahmen aus der Wertpapierleihe nicht nach Satz 1 Buchst. d stfrei gestellt.

**Ausübung eines Optionsrechts durch Arbeitnehmer:** Ein Ertrag aus der Ausübung von Optionsrechten durch einen ArbN unterliegt nicht dem Halbeinkünfteverfahren, wenn insoweit Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit gem. § 19 vorliegen (BFH v. 20.12.2006 – VI B 21/06, BFH/NV 2007, 698).

#### 120 2. Anteile an einer Gesellschaft

Nur Bezüge, die von Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 stammen, werden von Satz 1 Buchst. d erfasst. Zu den Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören insbes.:

- KapGes. (SE, AG, GmbH, KGaA),
- Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften,
- bergbautreibende Vereinigungen, die die Rechte einer juristischen Person haben.

Dabei handelt es sich um keine abschließende Aufzählung (BFH v. 8.2.1995 – I R 73/94, BStBl. II 1995, 552; § 20 Anm. 52; aA zum neuen Recht JAKOBS/WITTMANN, GmbHR 2000, 910 [916]). Daher gehören auch Bezüge von anderen als den ausdrücklich aufgeführten Körperschaften zu den Einkünften iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1, wenn die betreffende Körperschaft den in § 20 Abs. 1 Nr. 1 genannten Gesellschaftsformen zumindest vergleichbar ist (BFH v. 16.12.1992 – I R 32/92, BStBl. II 1993, 399). Weitere Voraussetzung ist, dass die dem Anteilseigner zustehenden Mitgliedschaftsrechte einer kapitalmäßigen Beteiligung gleichstehen (BFH v. 8.2.1995 – I R 73/94, BStBl. II 1995, 552). Hierzu können

Bezüge aus sog. Vorgesellschaft, aus Realgemeinden oder aus wirtschaftlichen Vereinen gehören (§ 20 Anm. 52). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, werden die Bezüge einer solchen Körperschaft beim Anteilseigner nur zu 40 % besteuert.

**Ausländische Gesellschaften:** Bezüge iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 kann auch eine ausländ. Gesellschaft vermitteln (BFH v. 16.12.1992 – I R 32/92, BStBl. II 1993, 399), vorausgesetzt, die ausländ. Gesellschaft ist mit einer inländ. Körperschaft iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 vergleichbar (s. ausführlich § 20 Anm. 54).

### 3. Einnahmen iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 9

121

Einnahmen aus nicht von der Körperschaftsteuer befreiten Versicherungsver-einen auf Gegenseitigkeit, von sonstigen juristischen Personen des privaten Rechts und von nichtrechtsfähigen Vereinen, Anstalten, Stiftungen und anderen Zweckvermögen des privaten Rechts: § 20 Abs. 1 Nr. 9 stellt einen neuen Einnahmetatbestand dar, der mit dem StSenkG eingeführt wurde. Leistungen von nicht von der KSt befreiten Versicherungsver-einen auf Gegenseitigkeit, von sonstigen juristischen Personen des privaten Rechts und von nichtrechtsfähigen Vereinen, Anstalten, Stiftungen und anderen Zweckvermögen des privaten Rechts stellen nunmehr Einnahmen aus Kapitalvermögen für die hinter diesen Körperschaften stehenden Personen dar (BFH v. 15.7.2014 – X R 41/12, BFH/NV 2014, 1945, Rn. 35). Der Gewinn dieser Körperschaften wird mit 15 % KSt belegt, so dass die Besteuerung eines Vermögenstransfers beim Empfänger notwendig ist, um eine Gleichbehandlung sicherzustellen (BTDrucks. 14/2683, 114; zu Einzelheiten s. § 20 Anm. 340). Der Einnahmetatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 9 war zunächst auf Leistungen unbeschränkt stpfl. StSubjekte beschränkt, wurde aber durch das JStG 2010 v. 13.12.2010 (BGBl. I 2010, 1768; BStBl. I 2010, 1394) auf Leistungen von vergleichbaren ausländ. Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, die weder Sitz noch Geschäftsleitung im Inland haben, ausgedehnt.

**Vermögensübertragung:** Es werden nur Vermögensübertragungen vom Teileinkünfteverfahren erfasst, die mit einer Gewinnausschüttung, die eine Körperschaft iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 an ihre Anteilseigner vornimmt, vergleichbar sind (VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/250 [9/2011]; PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 75 [12/2013]). Die Regelung wurde zur Klärung durch das UntStFG dahingehend ergänzt, dass die Leistung mit einer Gewinnausschüttung iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 wirtschaftlich vergleichbar sein muss. Nach der Gesetzesbegründung sind Leistungen eines von der KSt befreiten Vereins in Erfüllung seiner satzungsmäßigen Aufgaben nicht mit einer Gewinnausschüttung wirtschaftlich vergleichbar, weil solche Leistungen den Mitgliedern nur in ihrer Eigenschaft als Mitglied zugewandt werden, so dass eine Abgeltung durch die Mitgliedsbeiträge gegeben sei (BTDrucks. 14/6882, 35). Dagegen stellen nach Verwaltungsauffassung alle Leistungen einer nicht stbefreiten Stiftung Einkünfte iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 dar (BMF v. 27.6.2006, BStBl. I 2006, 417).

**Anwendung des Teileinkünfteverfahrens:** Da der Gewinn bei der Körperschaft mit 15 % besteuert wird, ist es gerechtfertigt, die Einnahmen gem. Satz 1 Buchst. d anteilig stfrei zu stellen (VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/231 [10/2008]). Die Vermögensübertragung unterliegt nach § 43 Abs. 1 Nr. 7a dem KapErtrStAbzug.

### § 3 Nr. 40 Anm. 121–125 B. Satz 1: Gewährung anteilige Stfreistellung

**Einlagenrückgewähr:** Entsprechend dem Ziel der Gleichbehandlung mit regulären Gewinnausschüttungen sind die Regelungen zur vGA (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2) und der Einlagenrückgewähr (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3) auch auf die Leistungen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 anzuwenden.

122–124 Einstweilen frei.

#### 4. Ausnahme von der Steuerfreistellung laufender Bezüge (Satz 1 Buchst. d Satz 2)

##### 125 a) Regelungsgehalt

##### **Verknüpfung der Besteuerung von Anteilseigner und Kapitalgesellschaft:**

Mit der Einführung des Satzes 2 in Buchst. d soll eine korrespondierende Besteuerung von Körperschaft und Anteilseigner erreicht werden. Die Besteuerung von Körperschaft und Anteilseigner soll dadurch enger aufeinander abgestimmt werden. Die anteilige StFreistellung wird nur für Bezüge und Einnahmen gewährt, die das Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert haben. Mit dem JStG 2007 v. 13.12.2006 (BStBl. I 2007, 28) wurde dieser Anwendungsausschluss zunächst nur für vGA eingeführt. Durch das AmtshilfeRLUMsG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802) wurde die Regelung von Satz 2 auf alle Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und alle Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 ausgedehnt. Dem Anteilseigner soll die anteilige StBefreiung nur noch gewährt werden, wenn der ausgeschüttete Gewinn auf der Ebene der Gesellschaft die stl. Bemessungsgrundlage nicht gemindert hat und daher besteuert worden ist (BTDrucks. 16/2712, 40). Die Einführung des materiellen Korrespondenzprinzips stellt jedoch uE eine systemgerechte Fortentwicklung des Teileinkünfteverfahrens dar, da dieses dogmatisch auf eine integrierte Betrachtung der verschiedenen Besteuerungsebenen hin angelegt ist (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 69/05, BStBl. II 2008, 551; SCHÖN, StW 2000, 151; kritisch zur Einführung des materiellen Korrespondenzprinzips BECKER/LOOSE, IStR 2012, 758 [761]). Die anteilige StFreistellung beim Anteilseigner ist nur durch die Vorbelastung einer Gewinnausschüttung mit KSt auf Ebene der Körperschaft gerechtfertigt (zu Einzelheiten s. Anm. 7). Ist der ausgeschüttete Gewinn tatsächlich nicht mit KSt vorbelastet, entfällt auch die Rechtfertigung einer anteiligen StFreistellung der Gewinnausschüttung beim Anteilseigner. Diese systembildende Verknüpfung der Besteuerungsebenen im Teileinkünfteverfahren ist ausreichende Begründung für die Einführung des materiellen Korrespondenzprinzips gem. Buchst. d Satz 2.

**Ziel des Gesetzgebers:** Durch Einführung eines materiellen Korrespondenzprinzips will der Gesetzgeber das Entstehen sog. weißer Einkünfte verhindern. Dabei hatte der Gesetzgeber besonders Sachverhalte mit Auslandsbezug im Auge, um bei grenzüberschreitenden Sachverhalten das Entstehen weißer Einkünfte zu verhindern (POHL/RAUPACH, FR 2007, 210; DÖTSCH/PUNG, DB 2007, 11; PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 77 [12/2013]). Eine entsprechende Regelung für körperschaftliche Anteilseigner sieht § 8b Abs. 1 Sätze 2 und 4 KStG vor. Durch die Ausnutzung internationaler Qualifikationskonflikte kann erreicht werden, dass die Leistung einer ausländ. Körperschaft im Sitzstaat als BA behandelt, in Deutschland aber als (verdeckte) Gewinnausschüttung qualifiziert wird (PAINTNER, DStR 2013, 1629 [1630]). In diesem Fall wäre die Leistung im Sitzstaat der Körperschaft nicht mit KSt (vor-)belastet, der Bezug würde aber beim inländ. Anteilseigner ohne Anwendung von Buchst. d Satz 2 trotz fehlender kstl. Vor-



belastung zu 40 % stfrei gestellt werden. Eine solche Steuerfolge soll mit der Regelung des Buchst. d Satz 2 verhindert werden.

**Materielles Korrespondenzprinzip auf alle Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9 ausgedehnt (Satz 2 nF):** Diese systematisch unzureichende Umsetzung des materiellen Korrespondenzprinzips hat der Gesetzgeber mit der Neufassung des Satzes 2 durch das AmtshilfeRLUMsG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 20013, 802) beseitigt. Der Anwendungsausschluss gem. Buchst. d Satz 2 gilt ab dem VZ 2014 für alle Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und alle Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9.

**b) Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9** 126

Der Anwendungsausschluss nach Buchst. d Satz 2 gilt ab dem VZ 2014 für alle Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und alle Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9. Somit werden insbes. auch offene Gewinnausschüttungen, Ausschüttungen auf beteiligungsähnliche Genussrechte und hybride Finanzierungen von der Regelung erfasst (PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 77 [12/2013]; HERLINGHAUS in RÖDDER/HERLINGHAUS/NEUMANN, 2015, § 8b KStG Rn. 152; VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/254 [6/2015]).

**Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1:** Somit ist nicht nur eine vGA, sondern auch offene Gewinnausschüttungen und andere sonstige Bezüge vom Anwendungsausschluss erfasst (zum Begriff der Bezüge s. § 20 Anm. 60). Für die Frage, ob bei ausländ. Körperschaften ein Bezug iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 vorliegt, ist die Qualifizierung nach inländ. Recht ausschlaggebend (BFH v. 6.6.2012 – I R 6, 8/11, BStBl. II 2013, 111).

**Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9:** Das Teileinkünfteverfahren wird auch für Leistungen von nicht von der KSt befreiten Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 KStG), sonstigen juristischen Personen des privaten Rechts (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 KStG) sowie nichtrechtsfähigen Vereinen, Anstalten, Stiftungen und anderen Zweckvermögen des privaten Rechts (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG) an die hinter dem StSubjekt stehenden Personen ausgeschlossen, wenn die fragliche Leistung das Einkommen des StSubjekts gemindert hat.

► *Komplementärnorm zu § 20 Abs. 1 Nr. 1:* Da die in § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 KStG aufgeführten StSubjekte keine Ausschüttungen an ihre Anteilseigner iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 vornehmen, wurde mit der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens gem. § 20 Abs. 1 Nr. 9 ein neuer Einnahmetatbestand geschaffen, um die vollständige Besteuerung von Leistungen an die hinter diesen Körperschaften stehenden Personen sicherzustellen. Es handelt sich daher um eine Komplementärnorm zu § 20 Abs. 1 Nr. 1. Dementsprechend ist es gerechtfertigt, den Ausschluss des Teileinkünfteverfahrens auch auf Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 Halbs. 2 auszudehnen.

**c) Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert** 127

**Einkommen nicht gemindert:** Die anteilige StFreistellung wird nur für Bezüge bzw. Einnahmen gewährt, die das Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert haben, denn die Vorbelastung der Bezüge bzw. Einnahmen mit KSt auf Ebene der Körperschaft rechtfertigt die anteilige StBefreiung beim Anteilseigner. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze setzt die anteilige StBefreiung nach Buchst. d Satz 2 voraus, dass die dem Anteilseigner zugewendete Leistung das Einkommen der Körperschaft nicht gemindert hat und somit im Ergebnis auf der Ebene der Körperschaft besteuert wurde (BTDrucks. 16/2712,

40). Haben die Leistungen das Einkommen der Körperschaft dagegen gemindert, sind die Bezüge bzw. Einnahmen beim Anteilseigner in voller Höhe ohne Anwendung des Teileinkünfteverfahrens zu besteuern (VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/253 [6/2015]).

**Ausländische Körperschaft:** Für die Frage, ob die Leistung das Einkommen einer ausländ. Körperschaft nicht gemindert hat, ist auf die stl. Behandlung im ausländ. Staat abzustellen (BECKER/LOOSE, IStR 2013, 758 [759]; HAISCH/HELIOS/NIEDLING, DB 2013, 1444 [1445]).

**Zeitpunkt der Einkommensminderung:** Die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens ist erst ausgeschlossen, wenn für die leistende Körperschaft eine StFestsetzung erfolgt ist, bei der die vGA das Einkommen gemindert hat (DÖRFLER/HEURUNG/ADRIAN, DStR 2007, 514; HERLINGHAUS in RÖDDER/HERLINGHAUS/NEUMANN, 2015, § 8b KStG Rn. 144; s. auch § 8b KStG Anm. 51; aA VON BECKERATH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 3 Rn. 108). Solange eine StFestsetzung für die Körperschaft noch nicht erfolgt ist, liegt eine den Ausschluss des Teileinkünfteverfahrens rechtfertigende Einkommensminderung noch nicht vor, denn eine stl. zu beachtende Einkommensminderung ist nur relevant, wenn sie sich bereits auf eine StFestsetzung ausgewirkt hat. Allerdings muss die StFestsetzung nicht bestandskräftig sein (aA POHL/RAUPACH, FR 2007, 210). In der Gesetzesbegründung wird dagegen ausgeführt, dass eine steuerschädliche Minderung des Einkommens schon gegeben sei, wenn für die Körperschaft noch keine erstmalige StFestsetzung erfolgt sei (BTDrucks. 16/2712, 40). Mit dem Wortlaut der Vorschrift lässt sich eine solche einschränkende Auslegung nicht begründen (DÖRFLER/HEURUNG/ADRIAN, DStR 2007, 514). Ist ein StBescheid für die Körperschaft noch nicht ergangen, ist dem Anteilseigner daher die anteilige StBefreiung gem. Satz 1 Buchst. d Satz 1 zu gewähren. Erght später ein StBescheid für die Körperschaft, die den Bezug einkommensmindernd berücksichtigt, ist der StBescheid des Anteilseigners zumindest im Falle einer vGA nach § 32a KStG zu ändern.

► *Zahlung der Körperschaftsteuerschuld unerheblich:* Unerheblich ist dagegen, ob die auf der vGA beruhende KStSchuld tatsächlich von der Körperschaft gezahlt wurde. Hat die vGA das Einkommen der Körperschaft nicht gemindert, ist dem Anteilseigner die anteilige StBefreiung auch zu gewähren, wenn die KSt nicht entrichtet wurde (POHL/RAUPACH, FR 2007, 210).

**Leistende Körperschaft:** Bei der leistenden Körperschaft kann es sich sowohl um eine inländ. als auch um eine ausländ. Körperschaft handeln. Wer als leistende Körperschaft anzusehen ist, richtet sich nicht nach dem tatsächlichen Zahlungs- bzw. Lieferweg. Vielmehr ist entscheidend, wer unter stl. Gesichtspunkten als leistende Körperschaft anzusehen ist. Dies kann insbes. fraglich sein, wenn sich die vGA über mehrere Beteiligungsebenen vollzieht.

**Beispiel:** A ist alleiniger Gesellschafter der T-GmbH, die wiederum alle Anteile an der E-GmbH hält. Die Einzelgesellschaft wendet dem A unmittelbar einen Vorteil zu, der als vGA zu qualifizieren ist.

Steuerlich wird in einer solchen Konstellation angenommen, dass die E-GmbH der T-GmbH und die T-GmbH dem A eine vGA zuwendet (BTDrucks. 16/3036, 3). Leistende Körperschaft im stl. Sinne ist nicht die E-GmbH, sondern die T-GmbH. Somit ist allein zu prüfen, ob die vGA das Einkommen der T-GmbH gemindert hat (DÖRFLER/HEURUNG/ADRIAN, DStR 2007, 514; DÖTSCH/PUNG, DB 2007, 11, mit weiteren Beispielen; zur Kritik an der Behandlung einer vGA im Konzern s. KOHLHEPP, DStR 2008, 1859).

**d) Alte Rechtslage zur verdeckten Gewinnausschüttung (Satz 1 Buchst. d Satz 2 aF)****aa) Sonstige Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2**

128

Der Anwendungsausschluss nach Satz 1 Buchst. d Satz 2 galt bis zum VZ 2013 nur für den Bezug einer vGA iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 (zum Begriff der vGA s. § 20 Anm. 220 ff.). Offene Gewinnausschüttungen und andere sonstige Bezüge wurden vom Anwendungsausschluss dagegen nicht erfasst (SCHNITGER/ROMETZKI, BB 2008, 1648; BECKER/LOOSE, IStR 2012, 758). Bei Gewährung einer vGA sollte sichergestellt werden, dass dem Anteilseigner die anteilige StBefreiung nur gewährt wird, wenn der (verdeckt) ausgeschüttete Gewinn auf der Ebene der Gesellschaft die stl. Bemessungsgrundlage nicht gemindert hat und daher besteuert worden ist (BTDrucks. 16/2712, 40). Die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens ist daher für alle vGA, die nach dem 18.12.2006 zufließen (§ 52 Abs. 4b Satz 3), ausgeschlossen, wenn zB ein überhöhtes Gehalt eines GesGf. bestandskräftig als BA bei der Körperschaft erfasst wurde (BTDrucks. 16/2712, 40). Ohne kstl. Vorbelastung wird der (verdeckt) ausgeschüttete Gewinn beim Anteilseigner nunmehr in voller Höhe besteuert. Dabei muss der Vorgang, der die vGA auslöst, auf beiden Besteuerungsebenen auf demselben Sachverhalt beruhen. Dagegen ist es unschädlich, wenn der Vorgang bei der Körperschaft und dem Anteilseigner in verschiedenen VZ stl. zu erfassen ist. Auch vGA von ausländ. Körperschaften werden erfasst. Ob eine vGA vorliegt, ist nach deutschem Recht zu entscheiden.

**Verhinderte Vermögensmehrung:** Eine vGA kann auch bei einer verminderten Vermögensmehrung vorliegen. Soweit eine vGA aufgrund einer verminderten Vermögensmehrung nach den allgemeinen Grundsätzen zu den stl. relevanten Einkünften des Anteilseigners gehört, unterliegt sie auch den Restriktionen des Satzes 1 Buchst. d Satz 2 (glA HERLINGHAUS in RÖDDER/HERLINGHAUS/NEUMANN, 2015, § 8b KStG Rn. 140; ERHARD in BLÜMICH, § 3 Nr. 40 Rn. 25 [3/2015]; TORMÖHLEN in KORN, § 3 Nr. 40 Rn. 38.2 [5/2008]; DÖTSCH/PUNG, DB 2007, 11; VON BECKERATH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 3 Rn. 108; aA STRNAD, GmbHR 2006, 1323; DÖRFLER/HEURUNG/ADRIAN, DStR 2007, 514; kritisch bei Auslandssachverhalten SCHNITGER/ROMETZKI, BB 2008, 1648).

**bb) Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 Halbs. 2**

129

Der Anwendungsausschluss galt für Leistungen bei von nicht von der KSt befreiten Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 KStG), sonstigen juristischen Personen des privaten Rechts (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 KStG) sowie nichtrechtsfähigen Vereinen, Anstalten, Stiftungen und anderen Zweckvermögen des privaten Rechts (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG) nur für Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 Halbs. 2.

**Einschränkende Auslegung:** Der Verweis auf Einnahmen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 9 Halbs. 2 war bis zur Neuregelung durch das AmtshilfeRLUMsG v. 26.6.2013 (s. Anm. 125) ungenau, denn danach wären auch vergleichbare Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 und Nr. 2 von Satz 1 Buchst. d Satz 2 erfasst worden. Jedoch wurden uE nur solche Leistungen vom Teileinkünfteverfahren ausgeschlossen, die mit einem sonstigen Bezug iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 (vGA) wirtschaftlich vergleichbar waren. Sinn und Zweck der Vorschrift gebieten insoweit eine einschränkende Auslegung des Wortlauts, weil der Gesetzgeber ursprünglich nur die Fälle einer vGA regeln wollte.

130 cc) **Verdeckte Gewinnausschüttung darf das Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert haben**

**Einkommen nicht gemindert:** Eine vGA darf nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG das Einkommen der leistenden Körperschaft nicht mindern, so dass sie das stpfl. Einkommen der Körperschaft erhöht. Die kstl. Vorbelastung der vGA rechtfertigt die anteilige StBefreiung beim Anteilseigner. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze setzt die anteilige StBefreiung einer vGA nach Satz 1 Buchst. d Satz 2 voraus, dass die dem Anteilseigner zugewendete Leistung das Einkommen der Körperschaft nicht gemindert hat und somit im Ergebnis auf der Ebene der Körperschaft besteuert wurde (BTDrucks. 16/2712, 40). Erfolgt entgegen § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG doch eine Einkommensminderung, sind die Einnahmen beim Anteilseigner in voller Höhe zu besteuern.

► *Verweis auf § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG:* Die einem Anteilseigner zugewendete vGA wird anteilig stfrei gestellt, wenn sie unter Anwendung von § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG das Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert hat, denn das Gesetz verweist in einem Klammerzusatz ausdrücklich auf diese Norm des KStG. Soweit Inlandssachverhalte zu beurteilen sind, ist die Anwendung des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG zwingende Folge einer vGA. Dagegen ist der Klammerzusatz bei Leistungen von einer ausländ. Körperschaft lediglich als Auslegungshilfe zu verstehen. Käme es auch hier auf eine tatsächliche Anwendung des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG an, so würde die vGA einer ausländ. Körperschaft nie dem Teileinkünfteverfahren unterliegen, weil eine Norm des deutschen KStG selbstverständlich nicht auf die Einkommensermittlung einer ausländ. Körperschaft anzuwenden ist. Ein solches Auslegungsergebnis wäre unsinnig und nicht mit dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers vereinbar (glA SCHNITGER/ROMETZKI, BB 2008, 1648). Daher ist es bei Auslandssachverhalten nach Sinn und Zweck der Vorschrift ausreichend, dass die vGA bei der ausländ. Körperschaft die stl. Bemessungsgrundlage nicht gemindert hat, so dass eine stl. Vorbelastung der zugewendeten Leistung besteht. Dies ist nach deutschem Recht zu beurteilen (glA HERLINGHAUS in RÖDDER/HERLINGHAUS/NEUMANN, 2015, § 8b KStG Rn. 139). Dabei ist es uE unerheblich, ob das ausländ. Recht ein der deutschen vGA vergleichbares Rechtsinstitut kennt oder ob die Leistung das Einkommen der ausländ. Körperschaft zu Recht gemindert hatte (s. ausführlich § 8b KStG Anm. 50).

131 e) **Rechtsfolge**

**Ausschluss des Teileinkünfteverfahrens:** Haben die Bezüge oder Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9 das Einkommen der leistenden Körperschaft gemindert, sind die Einnahmen beim Empfänger in voller Höhe stpfl. Die StBefreiung des Teileinkünfteverfahrens wird nicht gewährt. Wurden die Leistungen bei der Körperschaft nur anteilig stmindernd berücksichtigt, werden die Leistungen auch nur in dieser Höhe von der StBefreiung ausgenommen. Wird eine zunächst erfolgte Einkommensminderung nachträglich durch Erlass eines geänderten StBescheids für die leistende Körperschaft geändert und die Leistung somit auf der Ebene der Körperschaft besteuert, kann der Anteilseigner nachträglich die anteilige StBefreiung in Anspruch nehmen. Sein StBescheid kann nach § 32a KStG geändert werden.

Zur Frage der Feststellungslast s. § 8b KStG Anm. 52; BECKER/LOOSE, IStR 2012, 758 (761).

#### IV. Bezüge und Einnahmen (Buchst. d) Anm. 131–135 § 3 Nr. 40

Zur Vermeidung einer Überbesteuerung wird nach Satz 1 Buchst. d Satz 3 für bestimmte Dreieckskonstellationen mit Auslandsbezug die Anwendung von Satz 1 Buchst. d Satz 2 suspendiert (s. Anm. 135).

**Anwendung der Abzugsbeschränkung des § 3c Abs. 2:** Die Abzugsbeschränkung greift nur ein, soweit die Einnahmen nach § 3 Nr. 40 stfrei gestellt werden. Daher können die mit den voll stpfl. Einnahmen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehenden Aufwendungen unbeschränkt abgezogen werden.

Einstweilen frei.

132–134

#### 5. Rückausnahme für verdeckte Gewinnausschüttungen bei Dreieckskonstellationen (Satz 1 Buchst. d Satz 3) 135

Satz 1 Buchst. Satz 3 stellt eine Rückausnahme zu Satz 1 Buchst. d Satz 2 im Falle von vGA in Dreieckskonstellationen insbes. mit Auslandsbezug dar. Sind die Voraussetzungen von Satz 1 Buchst. d Satz 3 erfüllt, ist eine vGA trotz Vorliegen der Voraussetzungen des Satzes 1 Buchst. d Satz 2 beim Anteilseigner zu 40 % stfrei. Voraussetzung ist, dass eine vGA das Einkommen einer dem Anteilseigner nahe stehenden Person erhöht hat und diese StFestsetzung nicht mehr nach § 32a KStG geändert werden kann. Damit soll eine ungewollte Doppelbelastung der vGA vermieden werden (BTDrucks. 16/3368, 37). Obwohl das materielle Korrespondenzprinzip durch das AmtshilfeRLUMsG v. 26.6.2013 auf alle Bezüge und Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9 ausgedehnt wurde, findet die Rückausnahme gem. Satz 3 weiterhin nur auf vGA Anwendung.

**Nahe stehende Person:** Eine vGA zugunsten eines Anteilseigners kann auch vorliegen, wenn die Leistung einer dem Anteilseigner nahe stehenden Person zufließt (BFH v. 18.12.1996 – I R 139/94, BStBl. II 1997, 301). Die vGA wird in diesem Fall stl. dem Anteilseigner zugerechnet (s. § 20 Anm. 231). Die Rückausnahme knüpft an diese Fallkonstellation an. Daher ist für die Frage, ob der Vorteil einer nahe stehenden Person zugeflossen ist, auf die zu § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG entwickelten Grundsätze abzustellen (glA PUNG in DPM, § 8b KStG Rn. 92 [12/2014]; TORMÖHLEN in KORN, § 3 Nr. 40 Rn. 38.5 [5/2008]). Obwohl die Rückausnahme Fälle mit Auslandsbezug betrifft, ist nicht auf die Definition der nahe stehenden Person in § 1 Abs. 2 AStG abzustellen (so aber POHL/RAUPACH, FR 2007, 210; STRNAD, GmbHR 2006, 1321; s. auch § 8b KStG Anm. 56).

**Einkommen erhöht und Anwendung von § 32a KStG ausgeschlossen:** Die Zuwendung muss das Einkommen der nahe stehenden Person endgültig erhöht haben, damit die Rückausnahme des Satzes 1 Buchst. d Satz 3 eingreift. Dies ist der Fall, wenn die StFestsetzung der nahe stehenden Person nicht nach § 32a KStG geändert werden kann. Die Anwendung des § 32a KStG ist insbes. bei einer nahe stehenden Person ausgeschlossen, die im Ausland ansässig ist (BTDrucks. 16/3368, 37). Denkbar ist aber auch, dass eine Änderung des StBescheids der nahe stehenden Person unterbleiben muss, weil die Festsetzungsfrist auch unter Beachtung von § 32a Abs. 1 Satz 2 KStG abgelaufen ist. Auch in diesem Fall findet § 32a KStG iSd. Satz 1 Buchst. d Satz 3 keine Anwendung (s. auch § 8b KStG Anm. 56).

**Zahlung der Körperschaftsteuerschuld unerheblich:** Es kommt nicht darauf an, ob die nahe stehende Person die auf der Leistung beruhende Steuer tatsächlich entrichtet hat. Die Berücksichtigung der Leistung bei der Einkommens-

### § 3 Nr. 40 Anm. 135–141 B. Satz 1: Gewährung anteilige Stfreistellung

ermittlung reicht dem Gesetzgeber aus, um dem Anteilseigner die anteilige StBefreiung für die vGA zu gewähren.

**Rechtsfolge:** Die vGA wird beim Anteilseigner nach Satz 1 Buchst. d Satz 1 nur zu 60 % besteuert, obwohl sie das Einkommen der leistenden Körperschaft gemindert hat. Die stl. Erfassung der Leistung bei der nahe stehenden Person lässt das Gesetz als ausreichende Vorbelastung der Gewinnausschüttung genügen, damit es unter Berücksichtigung einer Gesamtschau nicht zu einer ungewollten Doppelbelastung des (verdeckt) ausgeschütteten Gewinns kommt.

Zu Einzelheiten s. ausführlich § 8b KStG Anm. 57 mit Beispielfällen.

136–139 Einstweilen frei.

## V. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 (Satz 1 Buchst. e)

### 140 1. Tatbestandsvoraussetzungen

**Bezüge nach Auflösung einer Körperschaft:** Als Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 gelten alle Bezüge, die nach der Auflösung einer Körperschaft oder Personenvereinigung dem Anteilseigner zufließen. Ausgenommen von der StPflicht sind die Rückzahlung von Nennkapital sowie Bezüge, für die Beträge aus dem stl. Einlagekonto gem. § 27 KStG als verwendet gelten. Nach einer Änderung des § 20 Abs. 1 Nr. 2 durch das UntStFG ist klar gestellt, dass sowohl Liquidationsraten als auch Abschlusszahlungen zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören (BTDruks. 14/6882, 35 und 14/7344, 17). Somit wird die Liquidation nicht wie ein veräußerungsgleicher Vorgang besteuert (BRDruks. 638/01, 54; VON BECKERATH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 20 Rn. 58).

**Gewinnausschüttung iSd. § 28 Abs. 2 Sätze 2 und 4 KStG:** Zu den stpfl. Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 gehören auch die Bezüge iSd. § 28 Abs. 2 Sätze 2 und 4 KStG. Bei Bezügen iSd. § 28 Abs. 2 Sätze 2 und 4 KStG handelt es sich um die Rückzahlung von Nennkapital im Rahmen einer Kapitalherabsetzung oder nach Auflösung einer Körperschaft, soweit das Nennkapital durch Umwandlung von Gewinnrücklagen entstanden ist. Die Vorschrift soll sicherstellen, dass es nicht möglich ist, Gewinne zunächst in Nennkapital umzuwandeln, um sie anschließend als Rückgewähr von Eigenkapital stfrei an die Anteilseigner auszukehren (s. ausführlich § 20 Anm. 120).

### 141 2. Rechtsfolge

**Anwendung der Steuerbefreiung:** Alle Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 werden gem. Satz 1 Buchst. e anteilig stfrei gestellt. Dies ist gerechtfertigt, weil diese Bezüge bereits mit KSt vorbelastet sind. Diese Vorbelastung ist durch die anteilige StFreistellung zu berücksichtigen. Die Besonderheit der Bezüge iSd. § 28 Abs. 2 Satz 2 KStG besteht darin, dass Gewinnrücklagen zunächst in Nennkapital umgewandelt wurden. Trotz der Auskehrung von Nennkapital handelt es sich stl. betrachtet nicht um eine steuerneutral zu behandelnde Kapitalrückzahlung, sondern um die Auskehrung von Gewinnen, so dass die Zahlungen in das Teileinkünfteverfahren einzubeziehen sind.

**Abgrenzung zu Satz 1 Buchst. a und c:** Sind die Voraussetzungen des Satzes 1 Buchst. a bzw. Buchst. c erfüllt, gehen diese der Anwendung des Satzes 1 Buchst. e als speziellere Norm uE vor. Die StBefreiung des Satzes 1 Buchst. e ist somit auf die im PV gehaltenen Beteiligungen beschränkt, soweit es sich nicht um eine Beteiligung iSd. § 17 handelt (glA PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 84 [12/2013]; ERHARD in BLÜMICH, § 3 Nr. 40 Rn. 2 [3/2015]; aA HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 234). Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist nach der hier vertretenen Meinung ab dem VZ 2009 entfallen, weil das Teileinkünfteverfahren nur noch auf betriebliche Einkünfte anzuwenden ist (glA PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 85 [12/2013]).

**Ausländische Körperschaften:** Mit dem SEStEG v. 7.12.2006 entfiel in § 20 Abs. 1 Nr. 2 die Voraussetzung, dass die Bezüge von einer unbeschränkt stpfl. Körperschaft stammen müssen (s. ausführlich FRÜCHTL/PROKSCHA, BB 2007, 2147). Bezüge von ausländ. Körperschaften iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 werden daher nach Satz 1 Buchst. e begünstigt (TORMÖHLEN in KORN, § 3 Nr. 40 Rn. 42.1 [5/2008]). Vor der Änderung des § 20 Abs. 1 Nr. 2 waren solche Bezüge nicht nach Satz 1 Buchst. e begünstigt (glA PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 84 [12/2013]; VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/242 [10/2008]; aA HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 234). Die StBefreiung greift ausdrücklich nur bei Bezügen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 ein. § 20 Abs. 1 Nr. 2 erfasste wiederum nur Bezüge, die von einer unbeschränkt stpfl. Körperschaft stammen, so dass eine Anwendung der StBefreiung ausgeschlossen war.

**Keine Anwendung des materiellen Korrespondenzprinzips:** Das materielle Korrespondenzprinzip ist auf Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 nicht anzuwenden, weil Satz 1 Buchst. e keinen entsprechenden gesetzlichen Anwendungsbefehl enthält. Nachdem das materielle Korrespondenzprinzip durch das AmtshilfeRLUMsG auf alle Bezüge iSd. Satzes 1 Buchst. d ausgedehnt wurde, ist ein sachlicher Grund für diese Privilegierung der Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 nicht ersichtlich (glA PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 85a [12/2013]; HAISCH/HELIOS/NIEDLING, DB 2013, 1444 [1445]). Im Ergebnis ist das Teileinkünfteverfahren somit auch anzuwenden, wenn die fraglichen Bezüge das Einkommen der leistenden Körperschaft gemindert haben.

Einstweilen frei.

142–144

## VI. Besondere Entgelte und Vorteile iSv. § 20 Abs. 3 (Satz 1 Buchst. f) 145

Nach § 20 Abs. 3 gehören zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen auch besondere Entgelte oder Vorteile, die neben den nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a bezeichneten Einnahmen oder an deren Stelle gewährt werden. Diese Regelung enthält keinen selbständigen Steuertatbestand, sondern dient der Klarstellung und Ergänzung (BFH v. 13.10.1987 – VIII R 156/84, BStBl. II 1988, 252). Zu Einzelheiten s. § 20 Anm. 550 ff.

**Anwendung der Steuerbefreiung:** Nur soweit diese Einnahmen neben oder an Stelle von Bezügen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 (insbes. Dividenden) bzw. von Einnahmen iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a gewährt werden, unterliegen sie dem Teileinkünfteverfahren. Dies ist gerechtfertigt, weil diese Einnahmen wirtschaftlich betrachtet den Charakter von Bezügen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 besitzen, so dass sie wie diese zu 40 % stfrei zu stellen sind.

150 **VII. Einnahmen aus der Veräußerung von Dividendenscheinen und sonstigen Ansprüchen iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a (Satz 1 Buchst. g)**

Nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a führt die Veräußerung von Dividendenscheinen und sonstigen Ansprüchen durch den Inhaber des Stammrechts zu Einkünften aus Kapitalvermögen, wenn die dazugehörige Aktie oder sonstige Anteile nicht mitveräußert werden. Dividendenschein ist das verbrieftete Recht des Aktionärs auf die beschlossene Dividende. Sonstige Ansprüche sind zivilrechtl. Ansprüche auf den Gewinnanteil gegenüber einer in § 20 Abs. 1 Nr. 1 genannten KapGes., falls der Anspruch nicht in einem Dividendenschein verbrieft ist, zB Gewinnanteilscheine einer GmbH. Von der Regelung wird aber nur die Veräußerung zukünftiger Gewinnansprüche erfasst. Veräußert der Anteilseigner dagegen bereits entstandene Gewinnansprüche, muss er diese nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 versteuern. Zu Einzelheiten s. § 20 Anm. 450 ff.

**Veräußerungsgewinn begünstigt:** Nach der bis zum VZ 2008 geltenden Fassung wurden die Einnahmen aus der Veräußerung von der StBefreiung erfasst. Mit dem UntStReformG 2008 v. 14.8.2007 wurde Buchst. g dahingehend geändert, dass nicht die Einnahmen, sondern der Gewinn anteilig stfrei gestellt wird. Der Gesetzgeber wollte die Vorschrift des Buchst. g lediglich redaktionell an die Neufassung des § 20 anpassen (BTDrucks. 16/4841, 47). Da aber nach der Änderung nicht mehr die Einnahmen, sondern der Gewinn anteilig stfrei gestellt wird, ist es zu einer materiell-rechtl. Änderung gekommen. In der bis VZ 2008 geltenden Fassung spricht § 20 noch von den „Einnahmen“ aus der Veräußerung von Dividendenscheinen, die dann nach § 3 Nr. 40 stbefreit werden. Dagegen gehören ab VZ 2009 die „Gewinne“ aus der Veräußerung von Dividendenscheinen zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, wobei die Ermittlung des Gewinns aus Veräußerungsgeschäften nach § 20 Abs. 2 nunmehr in § 20 Abs. 4 eigenständig geregelt wird. Offensichtlich wollte der Gesetzgeber nur dieser Änderung des § 20 durch Anpassung des Buchst. g Rechnung tragen.

**Besteuerungskonzept durchbrochen:** Allerdings durchbricht der Gesetzgeber mit der Aufnahme des Begriffs „Gewinn“ das dem Teileinkünfteverfahren zugrunde liegende Besteuerungskonzept, denn beim Teileinkünfteverfahren handelt es sich um ein Teileinnahme- und Teilausgabeverfahren, weil § 3 Nr. 40 auf der ersten Stufe die Bruttoeinnahmen befreit und die Ausgaben nach § 3c Abs. 2 auf einer zweiten Stufe einem anteiligen Abzugsverbot unterworfen werden. Daher stellt die StBefreiung des Gewinns aus der Veräußerung von Dividendenscheinen einen Fremdkörper im System des Teileinkünfteverfahrens dar.

**Anwendung der Steuerbefreiung:** Der Veräußerungsgewinn wird nach Satz 1 Buchst. g zu 40 % stfrei gestellt. Die StFreistellung ist gerechtfertigt, weil der Veräußerungserlös an die Stelle der Dividende oder eines sonstigen Gewinnanspruchs an einer KapGes. tritt. Die Regelung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a ergänzt insoweit § 20 Abs. 1 Nr. 1. Die Gewinnermittlung hat wohl nach § 20 Abs. 4 zu erfolgen. Es fließt also erst der Unterschiedsbetrag zwischen dem (vollen) Veräußerungserlös und den (vollen) AK abzüglich der Veräußerungskosten in die Ermittlung der StBefreiung ein. Daher findet § 3c Abs. 2 insoweit keine Anwendung.



## VIII. Abtretung v. Dividendenansprüchen Anm. 150–160 § 3 Nr. 40

**Verlust:** Im Fall eines Verlusts ist uE das Abzugsverbot des § 3c Abs. 2 anzuwenden, so dass sich ein Verlust nur anteilig stmindernd auswirkt. Zwar bestehen aufgrund der Neuregelung Bedenken gegen die Anwendung des § 3c Abs. 2, weil ein Verlust keiner StBefreiung unterliegen kann. Somit finden auf einen Verlust Satz 1 Buchst. g und h keine Anwendung, so dass es für das Eingreifen des § 3c Abs. 2 an dem notwendigen Anknüpfungspunkt fehlen könnte. Mit der Neuregelung hat der Gesetzgeber wohl ungewollt in das Zusammenspiel von § 3 Nr. 40 und § 3c Abs. 2 eingegriffen, das sonst dafür Sorge trägt, dass sich ein Verlust nur anteilig stmindernd auswirkt. Dennoch kann im Wege der Auslegung § 3c Abs. 2 zur Anwendung gelangen, weil Einnahmen aus der Veräußerung oder Abtretung von Dividendscheinen grds. als Teil des Gewinns der StBefreiung unterliegen würden. Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, der die StBefreiungsvorschriften nur redaktionell anpassen, aber sicher nicht Verlusten aus solchen Geschäften eine eigenständige stl. Behandlung zukommen lassen wollte.

Einstweilen frei.

151–154

## VIII. Einnahmen aus der Abtretung von Dividendenansprüchen oder sonstigen Ansprüchen iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a iVm. § 20 Abs. 2 Satz 2 (Satz 1 Buchst. h) 155

Nach § 20 Abs. 2 Satz 2 aF gehören Einnahmen aus der Abtretung von Dividendenansprüchen zu Einkünften aus Kapitalvermögen, auch wenn sie im Unterschied zu § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a nicht in einem Wertpapier verbrieft sind. Dies gilt auch für die Abtretung sonstiger Ansprüche iSd. § 20 Abs. 2 Satz 2 iVm. Satz 1 Nr. 2. Zu Einzelheiten s. § 20 Anm. 530.

**Gewinn begünstigt:** Nach der bis zum VZ 2008 geltenden Fassung wurden die Einnahmen aus der Abtretung von Dividendenansprüchen von der StBefreiung erfasst. Mit dem UntStReformG v. 14.8.2007 wurde Buchst. h dahingehend geändert, dass nicht die Einnahmen sondern der Gewinn anteilig stfrei gestellt wird. Ebenso wie bei Satz 1 Buchst. g wollte der Gesetzgeber zwar nur eine redaktionelle Anpassung an die ab dem VZ 2009 geltende Neufassung des § 20 vornehmen. Da nunmehr aber nicht Einnahmen aus der Abtretung von Dividendenansprüchen, sondern der Gewinn anteilig stfrei gestellt wird, kommt es jedoch zu einer materiell-rechtl. Änderung. Zu Einzelheiten s. Anm. 150.

**Anwendung der Steuerbefreiung:** Der Gewinn aus der Abtretung werden nach Satz 1 Buchst. h zu 40 % stfrei gestellt. Dies ist gerechtfertigt, weil die Erlöse nur an die Stelle der Vereinnahmung von Dividendenzahlungen oder sonstigen Zahlungen durch den Anteilseigner treten. Daher müssen sie wie die Dividendenzahlung behandelt werden, so dass die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens nur konsequent ist.

Einstweilen frei.

156–159

## IX. Bezüge iSd. § 22 Nr. 1 Satz 2 (Satz 1 Buchst. i) 160

Nach § 22 Nr. 1 Satz 2 hat der Empfänger Bezüge, die er von einer unbeschränkt stpfl. Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse außerhalb der Erfüllung stbegünstigter Zwecke iSd. §§ 53, 54 AO erhält, als sonstige Einkünfte zu versteuern. Dies trifft insbes. auf die Zuwendungen von

§ 3 Nr. 40 Anm. 160–169 B. Satz 1: Gewährung anteilige Stfreistellung

Stiftungen an ihre Stifter oder deren nahe Angehörige sowie für Zuwendungen von Familienstiftungen an ihre Destinatäre zu (SCHAUHOFF in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 315).

**Rechtfertigung des Einnahmetatbestands des § 22:** Die Erfassung der Bezüge, die von einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse stammen, die nicht stbefreit ist, wurde aufgrund der Absenkung des KStSatzes auf (ursprünglich) 25 % notwendig. Nach dem früher geltenden Recht konnte eine nicht stbefreite Stiftung die Zahlungen an ihre Destinatäre nicht steuermindernd geltend machen (§ 10 KStG). Damit ergab sich eine StBelastung dieser Zahlungen auf der Ebene der Stiftung iHv. 40 %. Der Empfänger musste die Zahlung daher nach altem Recht nicht versteuern. Da der Gewinn der nicht stbefreiten Stiftung nach dem StSenkG nur noch mit 25 % besteuert wurde, musste die Zahlung zur Sicherung einer Einmalbesteuerung auch beim Empfänger der Steuer unterworfen werden (ORTH, DStR 2001, 325; HEINICKE in SCHMIDT, 34. Aufl. 2015, § 3 „Halbeinkünfteverfahren“), weil es sonst zu einer ungerechtfertigten Begünstigung kommen würde (BTDrucks. 14/2683, 115).

**Anwendung des Teileinkünfteverfahrens:** Die Bezüge werden gem. Satz 1 Buchst. i zu 40 % stfrei gestellt, weil sie mit KSt vorbelastet sind.

**Abgrenzung zu § 20 Abs. 1 Nr. 9:** Nach § 20 Abs. 1 Nr. 9 gehören Einnahmen aus Leistungen einer nicht von der KSt befreiten Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 KStG, die wirtschaftlich mit Gewinnausschüttungen vergleichbar sind, zu den Einkünften aus Kapitalvermögen (s. Anm. 121). Soweit die Bezüge bereits von § 20 Abs. 1 Nr. 9 tatbestandlich erfasst werden, ist die Regelung wegen der allgemeinen Subsidiarität des § 22 Abs. 1 Satz 1 vorrangig (BFH v. 14.7.2010 – X R 62/08, BStBl. II 2014, 320, Rn. 20; glA PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 89 [12/2013]; ORTH, DStR 2001, 325; aA SCHAUHOFF in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 315). Nach Auffassung der FinVerw. stellen alle Leistungen einer nicht stbefreiten Stiftung an den Stifter oder seine Angehörigen Einkünfte iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 dar (kritisch WASSERMEYER, DStR 2006, 1733).

Steuerpflichtige Destinatanzahlungen im Jahre 2001 sind dagegen nach § 22 Nr. 1 Satz 1, Satz 2 Halbs. 2 Buchst. a zu erfassen und nach Nr. 40 Satz 1 Buchst. i zur Hälfte stfrei, weil § 20 Abs. 1 Nr. 9 im Jahr 2001 noch nicht anzuwenden war (BFH v. 14.7.2010 – X R 62/08, BStBl. II 2014, 320, Rn. 18).

161–164 Einstweilen frei.

165 **X. Veräußerungspreis iSd. § 23 Abs. 3 (Satz 1 Buchst. j aF)**

Die Erträge aus privaten Veräußerungsgeschäften iSd. § 23 waren gem. Satz 1 Buchst. j aF bis VZ 2008 zur Hälfte stfrei, soweit sie aus dem Verkauf einer Beteiligung iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 stammen. Die StBefreiung des Satzes 1 Buchst. j ist durch das UntStReformG 2008 ab dem VZ 2009 aufgehoben worden, da private Veräußerungsgewinne, auch soweit sie auf Anteilsveräußerungen entfallen, ab 2009 als Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 2 in die Abgeltungsteuer (§ 32d) einbezogen werden.

Ausführliche Erläuterungen zu § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. j – Stand Oktober 2008 –, finden sie im elektronischen HHR-Archiv unter [www.ertragsteuerrecht.de/hhr\\_archiv.htm](http://www.ertragsteuerrecht.de/hhr_archiv.htm).

166–169 Einstweilen frei.

**C. Erläuterungen zu Satz 2:  
Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens im Rahmen  
der Gewinneinkünfte**

**Rechtslage bis 31.12.2008:** Die Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens ist in den Fällen des Satzes 1 Buchst. d–h nicht davon abhängig, ob die erzielten Einnahmen wegen der Subsidiaritätsklausel des § 20 Abs. 3 nicht zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, sondern zu den Einkünften aus LuF, aus Gewerbebetrieb, aus selbständiger Arbeit oder aus VuV gehören (Satz 2). Damit werden insbes. Gewinnausschüttungen zur Hälfte stfrei gestellt, die den gewerblichen Einkünften gem. § 20 Abs. 3 zugerechnet werden, weil die Gesellschaftsanteile zu einem BV des Stpfl. gehören.

**Beschränkung auf betriebliche Einkünfte ab Veranlagungszeitraum 2009:** Als Folge der Einführung einer Abgeltungsteuer auf private Kapitaleinkünfte wird das Teileinkünfteverfahren ab VZ 2009 nur noch auf Gewinneinkünfte und Einkünfte aus VuV angewendet (ERHARD IN BLÜMICH, § 3 Nr. 40 Rn. 33 [3/2015]). Private Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. § 20 unterliegen daher den Regeln der Abgeltungsteuer. Eine Ausnahme besteht für Einnahmen aus einer KapGes., an der der Stpfl. entweder zu mindestens 25 % beteiligt ist oder zu mindestens 1 % beteiligt und beruflich für diese tätig ist, wenn er zur Anwendung des Teileinkünfteverfahrens optiert (§ 32d Abs. 2 Nr. 3). Laufende Einnahmen aus einer solchen wesentlichen Beteiligung gehören zwar weiterhin zu den privaten Einkünften aus Kapitalvermögen gem. § 20, dennoch räumt der Gesetzgeber dem Stpfl. das Wahlrecht ein, diese Einnahmen nach dem Teileinkünfteverfahren besteuern zu können. Der Antrag nach § 32d Abs. 2 Nr. 3 ist spätestens zusammen mit der EStErklärung für den jeweiligen VZ zu stellen (BFH v. 28.7.2015 – VIII R 50/14, BStBl. II 2015, 894). Ist der Anteilseigner zu mindestens 1 % beteiligt und beruflich für diese tätig, setzt die Möglichkeit zur Anwendung des Teileinkünfteverfahrens gem. § 32d Abs. 2 Satz 1 Buchst. b nicht voraus, dass er aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit auf die Geschäftsführung der KapGes. einen maßgeblichen Einfluss ausüben kann (BFH v. 25.8.2015 – VIII R 3/14, BStBl. II 2015, 892).

Zu Einzelheiten s. § 32d Anm. 15 ff.

**Folge der Abgeltungsteuer:** Die Beschränkung des Teileinkünfteverfahrens auf betriebliche Einkünfte ist Ausfluss der Einführung einer Abgeltungsteuer für private Kapitaleinkünfte mit einem gesonderten StSatz von 25 %. Die mit der Einführung der Abgeltungsteuer verbundene (weitere) Schedulingisierung der ESt wirkt zusätzliche Abgrenzungsprobleme auf. Aufgrund der völlig unterschiedlichen Besteuerungsgrundsätze kann es zukünftig einen erheblichen Unterschied machen, ob Kapitaleinkünfte dem betrieblichen oder privaten Bereich zuzuordnen sind. Fremdfinanzierte Beteiligungen werden bei Anwendung der Abgeltungsteuer erheblich benachteiligt, weil nach § 20 Abs. 9 die über den Sparrer-Pauschbetrag hinausgehenden tatsächlichen WK nicht mehr abgezogen werden können (RÄDLER, DB 2007, 988). Dagegen können bei betrieblichen Beteiligungen 60 % der Aufwendungen steuermindernd geltend gemacht werden. Auch die Beschränkung der Verlustverrechnungsmöglichkeiten nach § 20 Abs. 6 kann dazu führen, dass der Zuordnung von Einkünften zu den verschiedenen Einkunftsarten erhebliche Bedeutung zukommt. Anleger müssen daher sorgfältig prüfen, ob es für sie stl. günstiger ist, Beteiligungen an KapGes. in den be-

trieblichen Bereich zu überführen (WORGULLA/SÖFFING, FR 2007, 1005; OHO/HAGEN/LENZ, DB 2007, 1322).

Zu den verfassungsrechtl. Bedenken gegen die unterschiedliche Behandlung von Gewinnausschüttungen im betrieblichen und privaten Bereich s. ausführlich INTEMANN, DB 2007, 1658; kritisch auch SCHLOTTER/VON FREEDEN in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 408; aA ECKHOFF, FR 2007, 989). Auch die erst mit dem JStG 2008 eingeführte Optionsmöglichkeit nach § 32d Abs. 2 Nr. 3 kann die Bedenken nicht endgültig beseitigen, weil nur ein begrenzter Kreis von Stpfl. zur Anwendung des Teileinkünfteverfahrens optieren kann. Zu Einzelheiten s. Anm. 16.

171–175 Einstweilen frei.

**D. Erläuterungen zu den Sätzen 3 und 4:  
Eigenhandel von Kreditinstituten, Finanzdienstleistungs-  
instituten und Finanzunternehmen**

**I. Inländische Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute (Satz 3 Halbs. 1)**

176 **1. Satz 1 Buchst. a, b und d bis h ist nicht anzuwenden**

Die StFreistellung im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens wird für bestimmte Geschäfte von Unternehmen des Bankgewerbes durch Satz 3 ausgeschlossen. Davon sind sowohl die Erträge aus dem Verkauf von Beteiligungen gem. Satz 1 Buchst. a und b als auch die laufenden Erträge gem. Satz 1 Buchst. d–h betroffen (PYSZKA/BRAUER, BB 2002, 1669).

**Zweck der Regelung:** Der Eigenhandel von Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten und Finanzunternehmen iSd. KWG soll vom Teileinkünfteverfahren ausgenommen werden. Das Bankengewerbe hat auf eine besondere Behandlung der Eigengeschäfte gedrängt (BOGENSCHÜTZ/TIBO, DB 2001, 8; MILATZ, BB 2001, 1066). Die Regelung muss im Zusammenhang mit der Einschränkung der Verlustverrechnungsmöglichkeiten durch § 15 Abs. 4 und § 3c Abs. 2 gesehen werden (HEINICKE in SCHMIDT, 34. Aufl. 2015, § 3 „Halbeinkünfteverfahren“), denn der Gesetzgeber sah den Finanzplatz Deutschland gefährdet, wenn es nicht mehr möglich gewesen wäre, Verluste im Rahmen des Eigenhandels unbeschränkt verrechnen zu können (zu Einzelheiten s. § 15 Anm. 1506). Um eine unbeschränkte Geltendmachung von Verlusten zu ermöglichen, muss auch auf der Einnahmeseite die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens ausgeschlossen werden. Dies hat der Gesetzgeber ausdrücklich mit dem Bestreben gerechtfertigt, negative Auswirkungen auf den institutionellen Aktien- und Derivat Handel zu vermeiden (BTDrucks. 14/4626, 5). Konsequenterweise werden neben Veräußerungsgeschäften auch laufende Erträge von einer StBefreiung ausgenommen.

**Verfassungsrechtliche Bedenken:** Gegen die besondere Behandlung des Eigenhandels bei Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten und Finanzunternehmen bestehen mit Blick auf Art. 3 GG verfassungsrechtl. Bedenken

(REISS in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 15 Rn. 421: In Bezug auf § 15 Abs. 4 Satz 3 wird ein Verfassungsverstoß bejaht). Die Schaffung eines Sonderrechts für diese Institute kann uE aber mit dem Schutz des Finanzplatzes Deutschland aufgrund seiner volkswirtschaftlichen Bedeutung verfassungsrechtl. gerechtfertigt werden (zu Einzelheiten des § 15 Abs. 4 s. § 15 Anm. 1541 ff.).

## 2. Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute

177

Betroffen von der Einschränkung sind Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute iSd. KWG, die in der Rechtsform der PersGes. oder als Einzelunternehmen geführt werden (PUNG in DPM, § 3 Nr. 40 Rn. 111 [12/2013]). Für Institute in der Rechtsform der KapGes. gilt § 8b Abs. 7 KStG als speziellere Norm.

**Kreditinstitut** ist nach § 1 Abs. 1 KWG ein Unternehmen, das Bankgeschäfte gewerbsmäßig oder in einem Umfang betreibt, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert.

**Finanzdienstleistungsinstitut** ist nach § 1 Abs. 1a KWG ein Unternehmen, das Finanzdienstleistungen für andere gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringt, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, wenn es kein Kreditinstitut ist.

## 3. Anteile, die dem Handelsbuch zuzurechnen sind

178

Das Teileinkünfteverfahren ist nach Nr. 40 Satz 3 nicht auf Erträge aus Anteilen anzuwenden, die bei einem Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut dem Handelsbuch zuzurechnen sind.

**Rechtslage bis 31.12.2013:** Welche Anteile bei Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten dem Handelsbuch zuzurechnen waren, richtete sich bis zum 31.12.2013 nach § 1a KWG. Dementsprechend verwies Satz 3 für Zwecke der (Nicht-)Anwendung des Teileinkünfteverfahrens auf die aufsichtsrechtl. Vorschrift des § 1a KWG.

► *Anteile, die dem Handelsbuch zuzurechnen sind:* Nach § 1a KWG aF sind Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute grds. verpflichtet, ein Handelsbuch zu führen. Die Institute müssen dem Handelsbuch alle handelbaren Forderungen und Anteile, die zum Zweck des kurzfristigen Wiederverkaufs im Eigenbestand gehalten werden, zurechnen (PYSZKA/BRAUER, BB 2002, 1669). Darüber hinaus sind alle Geschäfte und Refinanzierungsmaßnahmen zu erfassen, die der Absicherung von wirtschaftlichen Risiken des Handelsbuchs dienen (BOGENSCHÜTZ/TIBO, DB 2001, 8). Da Satz 3 unmittelbar an die Regelung des KWG anschließt, ist auch für stl. Zwecke allein nach den Grundsätzen des KWG zu entscheiden, welche Anteile dem Handelsbuch zuzurechnen sind (BMF v. 25.7.2002, BStBl. I 2002, 712). Sind Anteile unter Berücksichtigung dieser Grundsätze dem Handelsbuch zuzurechnen, so ist das Teileinkünfteverfahren nicht anzuwenden. Es kommt dagegen nicht darauf an, ob die Anteile tatsächlich vom Kreditinstitut im Handelsbuch geführt werden (aA BOGENSCHÜTZ/TIBO, DB 2001, 8). Zur Möglichkeit, Anteile vom Handelsbuch in das Anlagebuch umzuwidmen, vgl. BMF v. 25.7.2002, BStBl. I 2002, 712, und BOGENSCHÜTZ/TIBO, DB 2001, 8. Kritisch zur Begrenzung der vollen StPflcht auf Anteile, die im

Handelsbuch geführt werden REISS in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 15 Rn. 421 (zu § 15 Abs. 4).

Zu weiteren Einzelheiten s. ausführlich § 8b Anm. 225.

**Rechtslage ab 1.1.2014:** Weiterhin ist das Teileinkünfteverfahren nur bei Anteilen unanwendbar, die dem Handelsbuch zuzurechnen sind. Da das Aufsichtsrecht für das Bankgewerbe jedoch mW zum 1.1.2014 reformiert und innerhalb der EU einheitlich geregelt wurde, sind nunmehr die Regelungen über das Handelsbuch ab dem 1.1.2014 im Rahmen der europäischen Vereinheitlichung des Aufsichtsrechts für Banken in Art. 4 Abs. 1 Nr. 86 und Art. 102–106 der VO (EU) Nr. 575/2013 enthalten. Dementsprechend wurde § 1a KWG grundlegend überarbeitet und enthält keine eigenständigen Bestimmungen mehr zum Handelsbuch. Die Reform des Bankenaufsichtsrechts machte eine Anpassung von Satz 3 an die neue Rechtslage gem. § 1a KWG nF und der VO (EU) Nr. 575/2013 (BTDrucks. 18/1529, 50) notwendig.

► *Zurechnung zum Handelsbuch:* Die Änderungen des Bankenaufsichtsrechts können sich nur mittelbar auf die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens auswirken. Sollte sich die bankenrechtl. Praxis für die Zuordnung von Anteilen zum Handelsbuch ändern, hat dies auch Konsequenzen für die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens, denn weiterhin ist es für den Ausschluss des Teileinkünfteverfahrens nach Satz 3 entscheidend, ob Anteile nach den bankenaufsichtsrechtl. Bestimmungen dem Handelsbuch eines Kredit- bzw. Finanzdienstleistungsinstituts zuzuordnen sind. Weiterhin ist für das StRecht uE im Grundsatz auf die abstrakte und nicht auf die konkrete Zuordnung der Anteile zum Handelsbuch durch das jeweilige Kredit- bzw. Finanzdienstleistungsinstitut abzustellen. Allerdings kommt der tatsächlichen Zuordnung eines Anteils zum Handelsbuch durch das jeweilige Kredit- bzw. Finanzdienstleistungsinstitut im Ergebnis eine entscheidende Bedeutung zu, weil das Institut mit dieser Entscheidung seine bestehende oder fehlende Handelsabsicht dokumentiert. Nach Art. 4 Abs. 1 Nr. 86 VO (EU) Nr. 575/2013 sind in das Handelsbuch alle Positionen in Finanzinstrumenten und Waren, die ein Institut entweder mit Handelsabsicht oder zur Absicherung anderer mit Handelsabsicht gehaltener Positionen des Handelsbuchs hält, aufzunehmen. Da ein Institut nach Art. 102 und 104 VO (EU) Nr. 575/2013 die Zuordnung zum Handelsbuch nach klar definierten Grundsätzen und Verfahren vorzunehmen und feste Regeln und Verfahren für die Gesamtführung ihres Handelsbuchs aufzustellen hat, ist die tatsächliche Zuordnung auch für die (Nicht-)Anwendung des Teileinkünfteverfahrens bestimmend. Nur bei einer offensichtlich fehlerhaften (Nicht-)Zuordnung zum Handelsbuch, kann dies für die stl. Behandlung im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens zu korrigieren sein.

Zu weiteren Einzelheiten s. ausführlich § 8b Anm. 225.

#### 179 4. Rechtsfolge

Anteile, die dem Handelsbuch zuzurechnen sind, werden nicht in das Teileinkünfteverfahren einbezogen. Sowohl der laufende Ertrag als auch ein Veräußerungsgewinn ist den allgemeinen Besteuerungsregeln zu unterwerfen. Daher ist eine Dividende oder eine vGA nicht anteilig stfrei gestellt, obwohl sie mit KSt vorbelastet sind (VON BECKERATH in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 3 Rn. 114). Ebenso ist ein Veräußerungsgewinn in voller Höhe stpfl. Andererseits ist die Abzugsbeschränkung des § 3c Abs. 2 nicht anzuwenden, so dass auch ein Ver-

## II. Finanzunternehmen iSd. KWG (Halbs. 2) Anm. 179–180 § 3 Nr. 40

äußerungsverlust uneingeschränkt abgezogen werden kann. Die Verlustverrechnungsbeschränkung nach § 15 Abs. 4 Satz 5 greift nicht ein, weil die Vorschrift eine identische Ausnahmeregelung enthält.

### II. Finanzunternehmen iSd. KWG (Satz 3 Halbs. 2)

#### 1. Finanzunternehmen

180

Die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens ist gem. Satz 3 Halbs. 2 auch für Anteile ausgeschlossen, die Finanzunternehmen iSd. KWG mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben haben.

**Finanzunternehmen** ist nach § 1 Abs. 3 KWG ein Unternehmen, das kein Institut ist (dh. kein Kreditinstitut oder Finanzdienstleistungsinstitut, s. Anm. 177) und dessen Haupttätigkeit darin besteht, Beteiligungen zu erwerben, Geldforderungen entgeltlich zu erwerben, Leasingverträge abzuschließen, Kreditkarten oder Reiseschecks auszugeben oder zu verwalten, mit Finanzinstrumenten für eigene Rechnung zu handeln, andere bei der Anlage in Finanzinstrumente zu beraten, Unternehmen über die Kapitalstruktur, die industrielle Strategie und die damit verbundenen Fragen zu beraten sowie bei Zusammenschlüssen und Übernahmen von Unternehmen diese zu beraten und ihnen Dienstleistungen anzubieten oder Darlehen zwischen Kreditinstituten zu vermitteln. Ein Unternehmen ist als Finanzunternehmen zu behandeln, wenn die in § 1 Abs. 3 KWG aufgeführten Aktivitäten die Haupttätigkeit des Unternehmens darstellen. Ob eine Tätigkeit idS als Haupttätigkeit einzustufen ist, muss anhand des Gesamtumsatzes ermittelt werden (PYSZKA/BRAUER, BB 2002, 1669; MILATZ, BB 2001, 1066). Die Frage ist noch nicht abschließend geklärt. Auch der BFH hat die Frage noch offen gelassen (BFH v. 26.10.2011 – I R 17/11, BFH/NV 2012, 613; BFH v. 16.10.2012 – I B 63/12, BFH/NV 2013, 255).

► *Auffassung der Finanzverwaltung:* Die FinVerw. will den Begriff des Finanzunternehmens weit auslegen. Somit sollen auch Holding-, Factoring-, Leasing-, Anlageberatungsunternehmen und vermögensverwaltende KapGes. von der Regelung des Satzes 3 erfasst werden (BMF v. 25.7.2002, BStBl. I 2002, 712). Hauptzweck dieser Gesellschaften ist idR der Erwerb und die Verwaltung von Beteiligungen, so dass sie die Voraussetzungen für ein Finanzunternehmen grds. erfüllen (PYSZKA/BRAUER, BB 2002, 1669).

► *Auffassung der Rechtsprechung:* Der BFH rechnet auch reine Holding- und Beteiligungsgesellschaften sowie Factoring-, Leasing- und Anlageberatungsunternehmen zu den Finanzunternehmen iSd. Satzes 3 (BFH v. 14.1.2009 – I R 36/08, BStBl. II 2009, 671; BFH v. 12.10.2011 – I R 4/11, BFH/NV 2012, 453; gA BERG, GmbHR 2011, Heft 6, R 69; RIEGEL, Ubg 2011, 121; kritisch DESENS, DStR 2013, Beihefter 4, 13, 22; HAISCH/BINDL, Ubg 2012, 667; JANSEN/LÜBBEHÜSEN, BB 2012, 2595). Der Gesetzgeber habe uneingeschränkt auf die kreditwesenrechtl. Regelungslage Bezug genommen, so dass diese ausschlaggebend sei. Eine am Zweck des Gesetzes orientierte einschränkende Auslegung der Norm komme nicht in Betracht (BFH v. 14.1.2009 – I R 36/08, BStBl. II 2009, 671).

► *Stellungnahme:* Diese weite Auslegung ist mit dem Zweck des Gesetzes, eine Sonderregelung für den Bankensektor zu schaffen, nicht vereinbar. Daher ist die Regelung mit Blick auf den Gesetzeszweck einschränkend auszulegen (MILATZ, BB 2001, 1066; HUNSMANN, Inf. 2006, 182; aA PYSZKA/BRAUER, BB 2002, 1669).

Dabei ist auch zu bedenken, dass eine weitergehende Auslegung verfassungsrechtl. Probleme aufwirft (PYSZKA/BRAUER, BB 2002, 1669). Die Sonderregelung der Sätze 3 und 4 kann verfassungsrechtl. nur mit Blick auf die volkswirtschaftliche Bedeutung des Bankenplatzes Deutschland gerechtfertigt werden (zu Einzelheiten vgl. Anm. 175). Eine solche Rechtfertigung ist bei einem Anwendungsbereich, der deutlich über den Bankensektor hinausgeht, nicht mehr gegeben. Die praktische Relevanz dieser Streitfrage dürfte allerdings gering sein, weil weitere Voraussetzung für den Ausschluss vom Teileinkünfteverfahren das Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs ist.

Zum Begriff des Finanzunternehmens s. ausführlich § 8b KStG Anm. 229.

## 181 2. Mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben

**Kurzfristiger Eigenhandelserfolg:** Der Anwendungsausschluss findet bei Finanzunternehmen nur Anwendung, wenn die Anteile mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben werden. Zur Bestimmung der Anteile, die vom Teileinkünfteverfahren ausgenommen werden sollen, konnte der Gesetzgeber nicht auf die Regelungen zum Handelsbuch Bezug nehmen, weil Finanzunternehmen nach § 1a KWG nicht zum Führen eines solchen verpflichtet sind. Nur aus diesem Grund wurde für Finanzunternehmen eine eigenständige Regelung geschaffen. Der Gesetzgeber war bestrebt, Kreditinstitute und Finanzunternehmen insoweit gleich zu behandeln (BTDrucks. 14/4626, 16).

**Begriffsbestimmung:** Der Begriff der Eigenhandelsabsicht setzt eine Handelsabsicht mit dem Zweck des kurzfristigen Wiederverkaufs aus dem eigenen Bestand voraus, die darauf gerichtet ist, bestehende oder erwartete Unterschiede zwischen Kauf- und Verkaufspreis zu nutzen und dadurch einen Eigenhandelserfolg zu erzielen, welcher im Zeitpunkt des Erwerbs der Anteile vorliegen muss (BFH v. 14.1.2009 – I R 36/08, BStBl. II 2009, 671; BFH v. 26.10.2011 – I R 17/11, BFH/NV 2012, 613). Um Widersprüche zu vermeiden, sollte bei der Auslegung uE auf die Grundsätze, die für das Handelsbuch gelten, abgestellt werden (HARDECKER, DB 2002, 2127; PYSZKA/BRAUER, BB 2002, 1669; VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/342 [6/2015]). In die Prüfung ist daher einzubeziehen, ob ein Kreditinstitut die Anteile seinem Handelsbuch hätte zurechnen müssen. Finanzunternehmen iSv. Satz 3 sollen nämlich im Ergebnis ebenso besteuert werden wie nach Satz 3 die zur Führung eines Handelsbuchs verpflichteten Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsunternehmen (ebenso BFH v. 14.1.2009 – I R 36/08, BStBl. II 2009, 671; BTDrucks. 14/4626, 7). Dabei ist der subjektive Wille des Stpfl. aufzuklären, da dieser für die Frage, mit welcher Absicht ein Erwerb der Anteile erfolgt ist, entscheidend ist. Nach zutreffender Auffassung stellt die Zuordnung der Anteile zum AV oder UV durch den Stpfl. ein wichtiges Indiz zur Aufklärung des subjektiven Willens des Stpfl. dar (BMF v. 25.7.2002, BStBl. I 2002, 712).

Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben“ s. ausführlich § 8b KStG Anm. 230.

**Rechtsfolge:** Siehe Anm. 179.

182–184 Einstweilen frei.



### III. Kreditinstitute und Finanzunternehmen in der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens (Satz 4) 185

**Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen mit Sitz in der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens:** Die Regelung des Satzes 3 Halbs. 2 wird auf Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat der EU oder in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens ausgedehnt, um eine europarechtswidrige Diskriminierung dieser Institutionen zu vermeiden. Bei ausländ. Instituten und Unternehmen wird nicht auf die Regelungen des KWG verwiesen, weil ausländ. Unternehmen nicht dem KWG unterliegen. Dennoch muss uE für die Frage, welche ausländ. Institute und Unternehmen von der Regelung betroffen sind, auf die Definition im KWG abgestellt werden. Nur soweit ein ausländ. Institut oder Unternehmen die Voraussetzungen des KWG erfüllt, wird es daher von der Regelung erfasst.

► *Sitz in der Europäischen Union oder im EWR-Raum:* Das Institut oder Unternehmen muss seinen Sitz in einem Mitgliedstaat der EU oder in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens haben. Dies stellt die europarechtl. notwendige Gleichbehandlung der Unternehmen sicher.

► *Institutionen außerhalb der Europäischen Union bzw. des EWR:* Siehe § 8b Anm. 232.

**Mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben:** Da auch ausländ. Institute kein Handelsbuch führen, ist wie bei Finanzunternehmen iSd. Satzes 3 zur Abgrenzung der vom Anwendungsausschluss betroffenen Anteile darauf abzustellen, ob die Anteile mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben worden sind (zu Einzelheiten s. Anm. 181).

**Rechtsfolge:** Siehe Anm. 179.

Einstweilen frei.

186–199

### E. Erläuterungen zu Satz 5: Zuwendungen einer Unterstützungskasse an das Trägerunternehmen

#### I. Ausschluss des Teileinkünfteverfahrens 200

Nach Satz 5 ist Satz 1 nicht auf Anteile an Unterstützungskassen anzuwenden. Somit ist die anteilige StFreistellung des Teileinkünfteverfahrens nicht auf Zuwendungen einer Unterstützungskasse an ihr Trägerunternehmen anzuwenden, soweit eine Zuwendung als Einnahme iSd. Satzes 1 zu qualifizieren ist. Die Zuwendungen sind daher voll stpfl. (BTDrucks. 18/4902, 41).

#### II. Anteile an Unterstützungskassen 201

Voraussetzung für den Ausschluss des Teileinkünfteverfahrens ist das Vorliegen von Anteilen an einer Unterstützungskasse (UKasse).

**Unterstützungskasse:** Unternehmen können sich für die Erfüllung von Ansprüchen ihrer ArbN auf eine betriebliche Altersversorgung einer externen rechtsfähigen UKasse bedienen (mittelbare Versorgungszusage). § 1b Abs. 4 Satz 1 BetrAVG definiert eine UKasse als eine rechtsfähige Versorgungseinrichtung, die auf ihre Leistungen keinen Rechtsanspruch gewährt. Der arbeitsrechtl. Begriff nach § 1b Abs. 4 Satz 1 BetrAVG gilt auch für das StRecht (zB BFH v. 5.11.1992 – I R 61/89, BStBl. II 1993, 185; s. ausführlich § 4d Anm. 21). Somit liegt eine UKasse vor, wenn sie Leistungen der betrieblichen Altersversorgung iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG (das sind Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenleistungen aus Anlass eines Arbeitsverhältnisses) oder nur Leistungen bei Arbeitslosigkeit oder als Hilfe in Notlagen gewährt. Unterstützungskassen werden in der Praxis in der Rechtsform der GmbH, des eingetragenen Vereins oder einer Stiftung geführt, können aber auch eine AG oder eine KdöR sein (s. § 4d Anm. 22). Die UKasse kann in der Form der rückgedeckten und nicht rückgedeckten Kasse geführt werden. Bei einer rückgedeckten UKasse werden die Versorgungsansprüche über eine Rückdeckungsversicherung abgesichert (KEIL/PROBST, Pensions- und Unterstützungskassenzusagen, 3. Aufl. 2013, Rn. 490).

**Trägerunternehmen:** Als Trägerunternehmen werden diejenigen Unternehmen bezeichnet, die Zuwendungen an die UKasse leisten, damit diese die Versorgungsleistungen gegenüber den ArbN erbringt (mittelbare Versorgungszusage). Das Trägerunternehmen muss folglich weder an der Gründung der UKasse beteiligt gewesen noch deren Gesellschafter oder Mitglied sein (BFH v. 5.11.1992 – I R 61/89, BStBl. II 1993, 185; § 4d Anm. 31). Allerdings sind von Satz 5 nur diejenigen Trägerunternehmen betroffen, die an der UKasse als Gesellschafter beteiligt sind. Leisten mehrere Unternehmen Zuwendungen an die Kasse, so ist jedes dieser Unternehmen Trägerunternehmen der Kasse. Kassen mit mehreren Trägerunternehmen werden als Gruppen-UKassen bezeichnet (BFH v. 26.11.2014 – I R 37/13, BStBl. II 2015, 813).

**Zuwendungen des Trägerunternehmens** an die UKasse stellen in den Grenzen des § 4d abzugsfähige BA dar (s. § 4d Anm. 41 ff.).

**Erfasste Unterstützungskasse:** Von der Regelung des Satzes 5 werden alle rechtsfähigen Versorgungseinrichtungen erfasst, die die Voraussetzungen des § 1b Abs. 4 Satz 1 BetrAVG erfüllen und die in der Rechtsform der GmbH oder AG betrieben werden, denn nur an einer GmbH oder AG können „Anteile“ bestehen. Ob der Gesetzgeber tatsächlich Zuwendungen von UKassen, die in der Rechtsform des Vereins oder der Stiftung betreiben werden, nicht in den Anwendungsbereich des Satzes 5 aufnehmen wollte, ist zweifelhaft. Da Satz 5 aber nur Zuwendungen, die im Zusammenhang mit „Anteilen an Unterstützungskassen“ stehen, vom Teileinkünfteverfahren ausschließt, ist eine Anwendung auf Vereine und Stiftungen nach dem Wortlaut der Norm nicht möglich. Für die Anwendung des Satzes 5 ist es dagegen unerheblich, ob es sich um eine rückgedeckte oder nicht rückgedeckte UKasse oder um eine Gruppen-UKasse handelt.

202 Einstweilen frei.

203

### III. Rechtsfolge

**Ausschluss vom Teileinkünfteverfahren:** Zuwendungen der UKasse an ein Trägerunternehmen unterliegen nach Satz 5 nicht dem Teileinkünfteverfahren, auch wenn sie auf der Beteiligung des Trägerunternehmens an der UKasse beru-

hen und daher die Voraussetzungen des Nr. 40 Satz 1 erfüllen. Die Zuwendung ist beim Trägerunternehmen also voll stpfl.

**Hintergrund der Regelung:** Unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 3 KStG sind rechtsfähige UKassen von der KSt befreit. Die StFreiheit setzt aber ua. voraus, dass das vorhandene Vermögen der UKasse das zulässige Kassenvermögen nicht um mehr als 25 % übersteigt. Für die Ermittlung des zulässigen Kassenvermögens ist § 4d heranzuziehen. Wird das zulässige Kassenvermögen überschritten, führt dies zu einer partiellen KStPflcht der UKasse (sog. Überdotierung; BFH v. 26.11.2014 – I R 37/13, BStBl. II 2015, 813). Im Falle der Überdotierung kann das übersteigende Vermögen an das Trägerunternehmen zurückübertragen werden, ohne die StFreiheit der gesamten Kasse zu gefährden (§ 6 Abs. 6 KStG). Durch die Möglichkeit der steuerunschädlichen Rückübertragung in Höhe der Überdotierungen soll es nach der Gesetzesbegründung ermöglicht werden, die partielle KStPflcht zu beseitigen (BTDrucks. 7/1281, 46; BFH v. 26.11.2014 – I R 37/13, BStBl. II 2015, 813). Daher kann es auch zu Zuwendungen der UKasse an das Trägerunternehmen kommen, welche die Voraussetzungen des § 3 Nr. 40 Satz 1 erfüllen. Dennoch soll die anteilige StFreistellung nicht eingreifen, weil vorherigen Zuwendungen des Trägerunternehmens in den Grenzen des § 4d in voller Höhe als BA abgezogen werden konnten. Der Gesetzgeber will mit der Einführung des Satzes 5 also vermeiden, dass die Zuwendungen als BA voll abgezogen, die auf der Beteiligung beruhenden Zuwendungen der UKasse aber nur anteilig als Beteiligungsertrag zu versteuern sind (BRDrucks. 121/15, 45). Allerdings ist der Anwendungsausschluss nicht auf Fälle beschränkt, in denen zuvor die Zuwendung beim Trägerunternehmen als BA abgezogen werden konnte. Die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens ist nach dem Wortlaut von Satz 5 auch ausgeschlossen, wenn die Zuwendungen zuvor wegen der limitierenden Wirkung des § 4d beim Trägerunternehmen nicht als BA abgezogen wurden.

§ 3 Nr. 40