

Die Neuregelungen auf einen Blick

- Einbeziehung von Investmentanteilen in die Regelungen zur Wertpapierleihe
- Fundstelle: JStG 2009, BGBl. I 2008, 2794

§ 8b

Beteiligung an anderen Körperschaften und Personenvereinigungen

idF des KStG v. 15.10.2002 (BGBl. I 2002, 4144; BStBl I 2002, 1169),
zuletzt geändert durch JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74)

(1) ¹Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 Buchstabe a des Einkommensteuergesetzes bleiben bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz. ²Satz 1 gilt für sonstige Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes und der Einnahmen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 9 zweiter Halbsatz sowie des § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe a zweiter Halbsatz des Einkommensteuergesetzes nur, soweit sie das Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert haben (§ 8 Abs. 3 Satz 2). ³Sind die Bezüge im Sinne des Satzes 1 nach einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung von der Bemessungsgrundlage für die Körperschaftsteuer auszunehmen, gilt Satz 2 ungeachtet des Wortlauts des Abkommens für diese Freistellung entsprechend. ⁴Satz 2 gilt nicht, soweit die verdeckte Gewinnausschüttung das Einkommen einer dem Steuerpflichtigen nahe stehenden Person erhöht hat und § 32a des Körperschaftsteuergesetzes auf die Veranlagung dieser nahe stehenden Person keine Anwendung findet. ⁵Bezüge im Sinne des Satzes 1 sind auch Einnahmen aus der Veräußerung von Dividendscheinen und sonstigen Ansprüchen im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe a des Einkommensteuergesetzes sowie Einnahmen aus der Abtretung von Dividendenansprüchen oder sonstigen Ansprüchen im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes.

(2) ¹Bei der Ermittlung des Einkommens bleiben Gewinne aus der Veräußerung eines Anteils an einer Körperschaft oder Personenvereinigung, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen im Sinne des § 20

KStG § 8b

Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 Buchstabe a des Einkommensteuergesetzes gehören, oder an einer Organgesellschaft im Sinne der §§ 14, 17 oder 18 außer Ansatz. ²Veräußerungsgewinn im Sinne des Satzes 1 ist der Betrag, um den der Veräußerungspreis oder der an dessen Stelle tretende Wert nach Abzug der Veräußerungskosten den Wert übersteigt, der sich nach den Vorschriften über die steuerliche Gewinnermittlung im Zeitpunkt der Veräußerung ergibt (Buchwert). ³Satz 1 gilt entsprechend für Gewinne aus der Auflösung oder der Herabsetzung des Nennkapitals oder aus dem Ansatz des in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 des Einkommensteuergesetzes bezeichneten Werts *sowie Gewinne im Sinne des § 21 Abs. 2 des Umwandlungssteuergesetzes*. ⁴Die Sätze 1 und 3 gelten nicht, soweit der Anteil in früheren Jahren steuerwirksam auf den niedrigeren Teilwert abgeschrieben und die Gewinnminderung nicht durch den Ansatz eines höheren Werts ausgeglichen worden ist. ⁵Satz 4 gilt außer für Gewinne aus dem Ansatz mit dem Wert, der sich nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 des Einkommensteuergesetzes ergibt, auch für steuerwirksam vorgenommene Abzüge nach § 6b des Einkommensteuergesetzes und ähnliche Abzüge. Veräußerung im vorstehenden Sinne ist auch die verdeckte Einlage.

(3) ¹Von dem jeweiligen Gewinn im Sinne des Absatzes 2 Satz 1, 3 und 6 gelten 5 Prozent als Ausgaben, die nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden dürfen. ²§ 3c Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes ist nicht anzuwenden. ³Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit dem in Abs. 2 genannten Anteil entstehen, sind bei der Ermittlung des Einkommens nicht zu berücksichtigen. ⁴Zu den Gewinnminderungen im Sinne des Satzes 3 gehören auch Gewinnminderungen im Zusammenhang mit einer Darlehensforderung oder aus der Inanspruchnahme von Sicherheiten, die für ein Darlehen hingegeben wurden, wenn das Darlehen oder die Sicherheit von einem Gesellschafter gewährt wird, der zu mehr als einem Viertel unmittelbar oder mittelbar am Grund- oder Stammkapital der Körperschaft, der das Darlehen gewährt wurde, beteiligt ist oder war. ⁵Dies gilt auch für diesem Gesellschafter nahestehende Personen im Sinne des § 1 Abs. 2 des Außensteuergesetzes oder für Gewinnminderungen aus dem Rückgriff eines Dritten auf den zu mehr als einem Viertel am Grund- oder Stammkapital beteiligten Gesellschafter oder eine diesem nahestehende Person auf Grund eines der Gesellschaft gewährten Darlehens. ⁶Die Sätze 4 und 5 sind nicht anzuwenden, wenn nachgewiesen wird, dass auch ein fremder Dritter das Darlehen bei sonst gleichen Umständen gewährt oder noch nicht zurückgefordert hätte; dabei sind nur die eigenen Sicherungsmittel der Gesellschaft zu berücksichtigen. ⁷Die Sätze 4 bis 6 geltend entsprechend für Forderungen aus Rechtshandlungen, die einer Darlehensgewährung wirtschaftlich vergleichbar sind. ⁸Gewinne aus dem Ansatz einer Darlehensforderung mit dem nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 des Einkommensteuergesetzes maßgeblichen Wert bleiben bei der Ermittlung

des Einkommens außer Ansatz, soweit auf die vorangegangene Teilwertabschreibung Satz 3 angewendet worden ist.

(4)* ¹Abs. 2 ist nur anzuwenden, soweit die Anteile nicht

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

²Satz 1 gilt nicht,

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

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

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

(6) ¹Die Absätze 1 bis 5 gelten auch für die dort genannten Bezüge, Gewinne und Gewinnminderungen, die dem Steuerpflichtigen im Rahmen des Gewinnanteils aus einer Mitunternehmerschaft zugerechnet werden, sowie für Gewinne und Verluste, soweit sie bei der Veräußerung oder Aufgabe eines Mitunternehmeranteils auf Anteile im Sinne des Absatzes 2 entfallen. ²Die Absätze 1 bis 5 gelten für Bezüge und Gewinne, die einem Betrieb gewerblicher Art einer juristischen Person des öffentlichen Rechts über andere juristische Personen des öffentlichen Rechts zufließen, über die sie mittelbar an der leistenden Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse beteiligt ist und bei denen die Leistungen nicht im Rahmen eines Betriebs gewerblicher Art erfasst werden, und damit in Zusammenhang stehende Gewinnminderungen entsprechend.

(7) ¹Die Absätze 1 bis 6 sind nicht auf Anteile anzuwenden, die bei Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten nach § 1a des Kreditwesengesetzes dem Handelsbuch zuzurechnen sind. ²Gleiches gilt für Anteile,

* Abs. 4 wurde durch das SEStEG v. 7.12.2006 aufgehoben. Zur weiteren Anwendung in Übergangsfällen s. § 34 Abs. 7a.

KStG § 8b

die von Finanzunternehmen im Sinne des Gesetzes über das Kreditwesen mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolges erworben werden. ³Satz 2 gilt auch für Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens.

(8) ¹Die Absätze 1 bis 7 sind nicht anzuwenden auf Anteile, die bei Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen den Kapitalanlagen zuzurechnen sind. ²Satz 1 gilt nicht für Gewinne im Sinne des Absatzes 2, soweit eine Teilwertabschreibung in früheren Jahren nach Absatz 3 bei der Ermittlung des Einkommens unberücksichtigt geblieben ist und diese Minderung nicht durch den Ansatz eines höheren Werts ausgeglichen worden ist. ³Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit den Anteilen im Sinne des Satzes 1 stehen, sind bei der Ermittlung des Einkommens nicht zu berücksichtigen, wenn das Lebens- oder Krankenversicherungsunternehmen die Anteile von einem verbundenen Unternehmen (§ 15 des Aktiengesetzes) erworben hat, soweit ein Veräußerungsgewinn für das verbundene Unternehmen nach Abs. 2 in der Fassung des Artikels 3 des Gesetzes vom 23. Oktober 2000 (BGBl. I, S. 1433) bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz geblieben ist. ⁴Für die Ermittlung des Einkommens sind die Anteile mit den nach handelsrechtlichen Vorschriften ausgewiesenen Werten anzusetzen, die bei der Ermittlung der nach § 21 abzugsfähigen Beträge zu Grunde gelegt wurden. ⁵Entsprechendes gilt für Pensionsfonds.

(9) Die Absätze 7 und 8 gelten nicht für Bezüge im Sinne des Absatzes 1, auf die die Mitgliedstaaten der Europäischen Union Artikel 4 Abs. 1 der Richtlinie 90/435/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (ABl. EG Nr. L 225 S. 6, Nr. L 266 S. 20, 1997 Nr. L 16 S. 98), zuletzt geändert durch die Richtlinie 2003/123/EG des Rates vom 22. Dezember 2003 (ABl. WU 2004 Nr. L 7 S. 41), anzuwenden haben.

(10) ¹Überlässt eine Körperschaft (überlassende Körperschaft) Anteile, auf die bei ihr Absatz 7 oder 8 anzuwenden ist oder auf die bei ihr aus anderen Gründen die Steuerfreistellungen der Absätze 1 und 2 oder vergleichbare ausländische Vorschriften nicht anzuwenden sind, an eine andere Körperschaft, bei der auf die Anteile Absatz 7 oder 8 nicht anzuwenden ist, und hat die andere Körperschaft, der die Anteile zuzurechnen sind, diese oder gleichartige Anteile zurückzugeben, dürfen die für die Überlassung gewährten Entgelte bei der anderen Körperschaft nicht als Betriebsausgabe abgezogen werden. ²Überlässt die andere Körperschaft für die Überlassung der Anteile Wirtschaftsgüter an die überlassende Körperschaft, aus denen diese Einnahmen oder Bezüge erzielt, gelten diese Einnahmen oder Bezüge als von der anderen Körperschaft bezogen und als Entgelt für die

Überlassung an die überlassende Körperschaft gewährt. ³Absatz 3 Satz 1 und 2 sowie Absatz 5 sind nicht anzuwenden. ⁴Die Sätze 1 bis 3 gelten auch für Wertpapierpensionsgeschäfte im Sinne des § 340b Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs. ⁵Die Sätze 1 bis 4 gelten nicht, wenn die andere Körperschaft keine Einnahmen oder Bezüge aus den ihr überlassenen Anteilen erzielt. ⁶Die Sätze 1 bis 5 gelten entsprechend, wenn die Anteile an eine Personengesellschaft oder von einer Personengesellschaft überlassen werden, an der die überlassende oder die andere Körperschaft unmittelbar oder mittelbar über eine Personengesellschaft oder mehrere Personengesellschaften beteiligt ist. ⁷In diesen Fällen gelten die Anteile als an die Körperschaft oder von der Körperschaft überlassen. ⁸Die Sätze 1 bis 7 gelten nicht, soweit § 2 Nr. 2 zweiter Halbsatz oder § 5 Abs. 2 Nr. 1 zweiter Halbsatz auf die überlassende Körperschaft Anwendung findet. ⁹**Als Anteil im Sinne der Sätze 1 bis 8 gilt auch der Investmentanteil im Sinne von § 1 Abs. 1 des Investmentsteuergesetzes vom 15. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2676, 2724), das zuletzt durch Art. 23 des Gesetzes vom 20. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3150) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung, soweit daraus Einnahmen erzielt werden, auf die § 8b anzuwenden ist.**

Autor: Dr. Heinrich Jürgen **Watermeyer**, Rechtsanwalt,
DHPG Dr. Harzem & Partner KG, Bonn
Mitherausgeberin: Prof. Dr. Johanna **Hey**, Köln

Kompaktübersicht

Grundinformation: Das *JStG 2009 v. 19.12.2008* (BGBl. I 2008, 2794; J 08-1
BStBl. I 2009, 74) ergänzt die durch das *UntStReformG 2008* eingeführten
Bestimmungen zur Wertpapierleihe, indem in Satz 9 nun auch solche Fälle
erfasst werden, in denen Investmentanteile Gegenstand der Wertpapier-
leihe sind.

Rechtsentwicklung: zur *Gesetzesentwicklung bis 2003* s. § 8b Anm. 2ff. J 08-2

- ▶ **EURLUMsG v. 9.12.2004** (BGBl. I 2004, 3310; BStBl. I 2004, 1158). Angefügt wurde ein neuer Abs. 9. Er enthält eine Rückausnahme zu der in Abs. 7 (sog. Eigenhandelsklausel) und Abs. 8 (Sonderregelung für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen sowie Pensionsfonds) geregelten Ausnahme von der grundsätzlichen StBefreiung laufender (Abs. 1) und einmaliger (Abs. 2) Erträge aus Beteiligungen an KapGes. und Personenvereinigungen. Die StPflicht soll aufgrund Abs. 9 nicht für Bezüge iSd. Abs. 1 eintreten, auf die die EU-Mitgliedstaaten die Mutter-

Tochter-Richtlinie v. 23.7.1990 (ABl. EG Nr. L 225, 6; Nr. L 226, 20; 1997 Nr. L 16, 98), zuletzt geändert durch Richtlinie 2003/123/EG des Rates v. 22.12.2003 (ABl. EU 2004 Nr. L 7, 41), anzuwenden haben.

- ▶ **Gesetz zur Umsetzung der neu gefassten Bankenrichtlinie und der neu gefassten Kapitaladäquanzrichtlinie v. 17.11.2006** (BGBl. I 2006, 2606; BStBl. I 2007, 2): Der Verweis in Abs. 7 Satz 1 auf § 1a KWG statt wie bisher auf § 1 Abs. 11 KWG wurde angepasst, weil Handelsbuch und Anlagebuch von Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten nunmehr in § 1a KWG geregelt sind.
- ▶ **SEStEG v. 7.12.2006** (BGBl. I 2006, 2782; BStBl. I 2007, 4): Durch das SEStEG wurden Änderungen in Abs. 2 und Abs. 4 vorgenommen. Abs. 2 Satz 3 regelt die entsprechende Anwendung der Veräußerungsgewinnbefreiung auf andere Realisationstatbestände. Die bisherige entsprechende Anwendung auf Gewinne aus der Realisierung stiller Reserven bei einbringungsgeborenen Anteilen aufgrund § 21 Abs. 2 UmwStG aF wurde gestrichen, weil die Einbringungsregelungen der §§ 20–23 UmwStG konzeptionell geändert wurden und der Inhalt des § 21 UmwStG aF (einbringungsgeborene Anteile) weggefallen ist. Zudem erfolgte eine Ergänzung durch den neuen Satz 5. Die Veräußerungsgewinnbefreiung wird nicht nur im Fall steuerwirksam vorgenommener Teilwertabschreibungen, sondern auch für steuerwirksam vorgenommene Abzüge aufgrund § 6b EStG und ähnliche Abzüge versagt (s. hierzu § 8b Anm. J 06-13f.). Abs. 4 wurde wegen der Regelung von Entstrickungen in Einbringungsfällen in § 22 UmwStG ersatzlos aufgehoben (s. hierzu § 8b Anm. J 06-15); zur Altregelung § 8b Anm. 90–114; eine Übergangsregelung für Altfälle enthält § 34 Abs. 7a (s. § 8b Anm. J 06-2).
- ▶ **JStG 2007 v. 13.12.2006** (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28): Abs. 1 wurde um Regelungen zur Versagung der Freistellung bestimmter vGA und vergleichbarer Leistungen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 und Nr. 10 Buchst. a Halbs. 2 EStG erweitert (materielle Korrespondenzregelungen). Die StFreistellung ist nur anzuwenden, soweit sich die vGA bei der leistenden Körperschaft nicht einkommensmindernd ausgewirkt haben. Aufgrund Satz 3 erfolgt die Freistellung auch dann nicht, wenn sie auf einem DBA beruht; die Regelung ordnet die entsprechende Anwendung des Satzes 2 (vGA) auch auf nach DBA freigestellte Bezüge iSd. Satzes 1 an. Satz 4 enthält eine Rückausnahme und belässt es bei der StFreistellung einer vGA in bestimmten Dreiecksfällen, in denen die vGA das Einkommen einer dem Stpfl. nahe stehenden Person erhöht hat und nicht aufgrund 32a berichtigt werden kann (s. § 8b Anm. J 06-5 ff.).
- ▶ **UntStReformG 2008 v. 14.8.2007** (BGBl. I 2007, 1912; BStBl. I 2007, 630): Die Einfügung des Abs. 10 dient der kstl. Erfassung von Wertpapierleihgeschäften, insbes. von Aktienleihgeschäften. Dazu wird in Abs. 10 ein BA-Abzugsverbot geregelt, das solche Wertpapierleihgeschäfte be-

treffen soll, die rein stl. induziert sind. In Satz 1 wird dieses BA-Abzugsverbot für den Entleiher von Aktien, die ihm über den Dividendenstichtag zuzurechnen sind, bestimmt. Satz 2 sieht eine entsprechende Anwendung bei wechselseitigen Leihgeschäften und ähnlichen Gestaltungen vor. Satz 3 betrifft den Ausschluss des pauschalen BA-Abzugs aus Abs. 3 Satz 1 und Satz 3 bzw. Abs. 5. Für Wertpapierpensionsgeschäfte ist eine entsprechende Anwendung des BA-Abzugsverbots in Satz 4 vorgesehen. Soweit BA bei Wertpapierleihgeschäften anfallen, die nicht über den Dividendenstichtag abgeschlossen worden sind, ermöglicht Satz 5 den BA-Abzug ausdrücklich. Werden PersGes. zwischengeschaltet, so verlangen die Sätze 6 und 7 die Anwendung der Vorschriften des Abs. 10 auf Ebene der Körperschaft. Satz 8 ermöglicht den BA-Abzug, wenn die Ausgleichszahlungen dem KapErtrStAbzug unterliegen (s. § 8b Anm. J 07-11 ff.).

- ▶ **JStG 2008 v. 20.12.2007** (BGBl. I 2007, 3150; BStBl. I 2008, 218): Abs. 3 wird um die Sätze 4–8 ergänzt und enthält ein Abzugsverbot für bestimmte Gesellschafterdarlehen uä. Daneben erfolgt eine Richtigstellung des Verweises in Satz 1, in dem statt auf Abs. 2 Sätze 1, 3 und 5 nun auf Abs. 1 Sätze 1, 3 und 6 verwiesen wird. Folge der Einfügung der Sätze 4–8 ist es, dass bestimmte Gewinnminderungen im Zusammenhang mit Gesellschafterdarlehen ebenso wie Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit Anteilen iSd. Abs. 2 stehen, bei der Ermittlung des Einkommens nicht berücksichtigt werden. Satz 4 präzisiert das Abzugsverbot für solche Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit einer Darlehensforderung eines wesentlich beteiligten Gesellschafters oder aus der Inanspruchnahme von Sicherheiten für solche Gesellschafterdarlehen stehen. In Satz 5 wird diese Regelung auf nahe stehende Personen iSd. § 1 Abs. 2 AStG und rückgriffsberechtigte Dritte ausgedehnt. Einen Gegenbeweis durch Drittvergleich lässt Satz 6 zu. Die Ausweitung auf Rechtshandlungen, die einer Darlehensgewährung wirtschaftlich vergleichbar sind, erfolgt durch Satz 7. Satz 8 legt fest, dass ein späterer Wertaufholungsgewinn der Darlehensforderung stfrei ist, wenn sich die Abschreibung nicht steuermindernd ausgewirkt hat (s. § 8b Anm. J 07-5 ff.).
- ▶ **JStG 2009 v. 19.12.2008** (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74): Der erst durch das UntStReformG 2008 eingeführte Abs. 10, der ein Abzugsverbot für Kompensationszahlungen aus Wertpapierleihe enthält, wird um Satz 9 ergänzt. Danach gilt als Anteil iSd. § 8b für Zwecke des Abs. 10 auch der Investmentanteil iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 1 InvestStG.

Zeitlicher Anwendungsbereich: Eine besondere zeitliche Anwendungsregelung besteht nicht; es gilt die allgemeine zeitliche Anwendungsregelung des § 34 Abs. 1 idF des JStG 2009. Die durch Satz 9 erfolgte Ergänzung der Regelungen zur Wertpapierleihe ist erstmals ab dem VZ 2009 anwendbar.

J 08-3

- J 08-4 **Grund der Änderung:** Die Neuregelung soll die durch das UntStReformG 2008 eingeführten Bestimmungen zur Wertpapierleihe (s. hierzu § 8b Anm. J 07-3) ergänzen. Diese an Einzelfällen orientierten Regelungen (vgl. Rau, DStR 2009, 948) erfassten bisher die Leihe oder Pension von Anteilen, auf die bei der überlassenden Körperschaft Abs. 7 oder 8 anzuwenden oder die Befreiung von Abs. 1 und Abs. 2 aus anderen Gründen ausgeschlossen ist, während beim Entleiher die StFreiheit nach Abs. 1 und Abs. 2 greift. Dadurch sollen sog. Arbitragegeschäfte (dazu § 8b Anm. J 07-12) verhindert werden. Die Ergänzung in Satz 9 erfasst ausweislich der Regierungsbegründung solche Fälle, in denen Investmentanteile Gegenstand der Wertpapierleihe sind (Begr. RegE, BTDrucks. 16/10189, 95). Nach Meinung des Gesetzgebers kann die entgeltliche Wertpapierüberlassung zur Erzielung von stl. Vorteilen auch genutzt werden, wenn Erträge oder Gewinne, auf die die Regelungen des § 8b anzuwenden sind, über Investmentanteile erzielt werden. Der Grund liegt darin, dass Anteile an Investmentfonds und wohl auch Investmentaktiengesellschaften (fraglich nach Schnitger/Bildstein, IStR 2008, 202 [208]) keinen Anteil iSd. Abs. 2 bilden, die Sätze 1–8 nicht anwendbar waren, jedoch bestimmte Beteiligungserträge hieraus beim kstl. Anleger wegen besonderer Regelungen im InvStG § 8b unterfallen.
- J 08-5 **Bedeutung der Änderung:** Die Bedeutung der Neuregelung liegt darin, dass nun auch Überlassungsgeschäfte von Investmentanteilen den Restriktionen der Wertpapierleihe unterfallen, soweit auf Einnahmen daraus § 8b anzuwenden ist und im Übrigen die Voraussetzungen der Sätze 1–8 erfüllt sind, um auch insofern die Erzielung von Steuervorteilen zu verhindern.

Die Änderungen im Detail

■ Absatz 10 Satz 9 (Investmentanteile)

- J 08-6 **Investmentanteil iSd. § 1 InvStG:** Satz 9 enthält keine eigenständige Regelung des iSd. Wertpapierleihe schädlichen Anteils, sondern bedient sich einer Verweisung.
- Tatbestandsmäßig setzt die Neuregelung einen Investmentanteil iSd. § 1 Abs. 1 InvStG voraus. Maßgebend ist das InvStG v. 15.12.2003 (BGBl. I 2003, 2676, 2724) mit nachfolgenden Änderungen in der jeweils gültigen Fassung. Durch das InvStG wurden die bis dahin im KAGG für inländ. Investmentvermögen und im AuslInvestmG für ausländ. Investmentvermögen enthaltenen Regelungen mit Wirkung ab dem 1.1.2004 einheitlich geregelt (s. § 8b Anm. 23).

Einnahmen, auf die § 8b anzuwenden ist: Weitere Voraussetzung ist, dass aus dem Investmentanteil Einnahmen erzielt werden, auf die § 8b anzuwenden ist. Auf die Erträge eines Investmentfonds ist § 8b grundsätzlich nur in den gesetzlich ausdrücklich aufgeführten Fällen anzuwenden. Aufgrund § 2 Abs. 2 InvStG ist § 8b anzuwenden, soweit die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. und ausländ. Erträge solche iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 EStG enthalten. Dasselbe gilt entsprechend für ausgeschüttete Erträge iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 und Satz 2 EStG. Voraussetzung für die Anwendung des § 8b ist indes, dass der Investmentfonds die Bekanntmachungsvorschriften des § 5 InvStG erfüllt (sog. transparente Investmentfonds). Damit liegen bei transparenten Investmentfonds insbes. dann Einnahmen, auf die § 8b anzuwenden ist, vor, wenn während der Laufzeit der Wertpapierleihe entweder Ausschüttungen von Dividendenenerträgen des Investmentfonds erfolgen oder bei ganz oder teilweise thesaurierenden Investmentfonds das Geschäftsjahr endet und somit die Dividendenenerträge des Investmentfonds dem Anleger nach der Zuflussfiktion (§ 2 Abs. 1 Satz 2 InvStG) als ausschüttungsgleiche Erträge zugerechnet werden.

Einnahmen, auf die § 8b anzuwenden ist, können des weiteren im Fall der Veräußerung oder Rückgabe eines Investmentanteils während der Laufzeit der Wertpapierleihe entstehen (§ 8 InvStG). § 8b ist dann auf den ggf. korrigierten besitzzeitanteiligen Aktiengewinn iSd. § 8 Abs. 3 InvStG anzuwenden. Auch hier gilt wieder die Einschränkung, dass die Bekanntmachungsvorschriften durch den Investmentfonds erfüllt werden müssen.

Fiktion eines Anteils im Sinne der Wertpapierleihe: Als Rechtsfolge ordnet Abs. 10 Satz 9 im Wege einer Fiktion an, dass der Investmentanteil als Anteil iSd. Sätze 1–8 zur entgeltlichen Wertpapierüberlassung gilt, soweit er zu § 8b-Einnahmen führt. Die weiteren Voraussetzungen der Wertpapierleihe, die einen solchen Investmentanteil zum Gegenstand hat, und die Rechtsfolgen ergeben sich aus den Sätzen 1–8 selbst. Sind die Voraussetzungen der Sätze 1–8 erfüllt, greift das Abzugsverbot ein. Dies bedeutet insbes. im Grundfall der Wertpapierleihe (Satz 1), dass die für die Überlassung gewährten Entgelte beim Entleiher nicht als BA abgezogen werden dürfen. Unbeschadet der streitigen Frage, welches Entgelt als solches zu qualifizieren ist – Kompensationszahlung, Arrangierungsgebühr, Leihgebühr – (vgl. dazu zB Häuselmann, DStR 2007, 1379 [1382]; Hahne, FR 2007, 819 [827]; Schnitger/Bilstein, IStR 2008, 202 [209]; Roser, Ubg. 2008, 89 [94]; DJPW/Dötsch/Pung, § 8b Rn. 309; § 8b Anm. J 07-12) ist allerdings dessen Umfang fraglich, wenn ein Investmentanteil betroffen ist, der nicht ausschließlich Einnahmen erzielt, auf die § 8b anzuwenden ist. Da nach dem Wortlaut der Regelung der Investmentanteil als Anteil iSd. Wertpapierleihe nur gilt, soweit daraus Einnahmen erzielt werden, auf die § 8b anzuwenden ist, kann auch nur insoweit das Überlassungsentgelt beim Entlei-

her nicht abziehbar sein. Der Wortlaut der Regelung könnte so verstanden werden, dass das Überlassungsentgelt bis zur Höhe der § 8b-Einnahmen nicht abziehbar ist. Demgegenüber dient der Verweis auf die Einnahmen, auf die § 8b anzuwenden ist, aber zur Definition des Anteils iSd. Sätze 1–8. Maßgeblich sollte deshalb die im Wertpapierleihgeschäft getroffene Vereinbarung sein. Soweit sich daraus keine Aufteilung ergibt, könnte anteilig aufgeteilt werden. Da Satz 9 die Fiktion als Anteil iSd. entgeltlichen Wertpapierüberlassung von § 8b unterfallenden Einnahmen abhängig macht, könnten sie auch den Maßstab für die Aufteilung des für die Überlassung vereinbarten Entgelts bilden. Danach wäre das Überlassungsentgelt im Verhältnis der Einnahmen, auf die § 8b anzuwenden ist, und eventuellen anderen Einnahmen aus dem Investmentanteil aufzuteilen.