



## AXER PARTNERSCHAFT

Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater

**Köln • Berlin • Düsseldorf**

Dürener Straße 295  
50935 **Köln**

Fon 0221/47 43 440  
Fax 0221/47 43 499  
koeln@axis.de

Schlüterstraße 41  
10707 **Berlin**

Fon 030/40 50 29 50  
Fax 030/40 50 29 599  
berlin@axis.de

Heinrichstraße 155  
40239 **Düsseldorf**

Fon 0211 / 43 83 56 0  
Fax 0211 / 43 83 56 11  
duesseldorf@axis.de

**Eine Einheit der axis-Beratungsgruppe**

### **BFH: Berücksichtigung negativer Aktiengewinne aus ausländischen Beteiligungen in 2001 auch bei Investmentfonds**

05.02.2010

Mit Urteil vom 28.10.2009 (Az. I R 27/08) hat der Bundesfinanzhof in einem von den Unterzeichnern als Verfahrensbevollmächtigte betreuten Prozess in Nachfolge der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, Urteil vom 22.01.2009, Az. C-377/07, STEKO Industriemontage GmbH) bestätigt, dass eine Hinzurechnung negativer Aktiengewinne aus Verlustrealisationen oder Abschreibungen an ausländischen Beteiligungen im Jahr 2001 nicht nur bei unmittelbarer Beteiligung, sondern auch bei mittelbarer Beteiligung über einen Investmentfonds ausgeschlossen ist.

Das Urteil beruht auf der gesetzgeberischen Entscheidung - die nunmehr teilweise aufgehoben wurde -, dass in 2001 noch das überkommene (alte) Körperschaftsteuerrecht 1977 für Gewinne und Verluste aus inländischen Kapitalgesellschaften gelte - quasi als Ausfluss und aus Sicht des Gesetzgebers systemlogischer Konsequenz des bisherigen körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens -, das neue Halbeinkünfte/Freistellungsverfahren einschließlich des § 8b KStG aber bereits in 2001 für Beteiligungen an ausländischen Kapitalgesellschaften Geltung beanspruche. Die Fehlerhaftigkeit dieser Differenzierung in Bezug auf die damit beinhaltete Nichtberücksichtigung von Verlusten (nur) aus ausländischen Beteiligungen in 2001 wurde durch den EuGH für die unmittelbare Beteiligung bereits selbst judiziert, nunmehr durch den BFH für die mittelbare, über einen Investmentfonds gehaltene Beteiligung im gleichen Sinne bestätigt. Bemerkenswert ist, dass der Bundesfinanzhof mit dieser Entscheidung auch klar gestellt hat, dass die steuerlich zwingende Berücksichtigung von Verlusten an ausländischen Kapitalgesellschaften nicht etwa - zugunsten des Fiskus - dadurch ausgeglichen werden könne, dass in diesem Umfang auch die nach der gesetzlichen Anordnung des § 8b Abs. 1 und 2 KStG steuerfrei bleibenden Dividenden und Veräußerungsgewinne gegen gerechnet werden könnten. Mit großer Klarheit hat der Bundesfinanzhof betont, dass die Vorschriften zur Berücksichtigung positiver und negativer Aktiengewinne jeweils eine eigenständige steuerliche Regelung beinhalten und nicht etwa Abzugsverbot und Steuerbefreiung im Kontext von § 8b Abs. 3 und § 8b Abs. 2 stets korrespondierend anzuwenden sind. Inhaltlich hat der BFH damit auch die Annahme einer Ko-



härenz im Sinne der EuGH-Rechtsprechung für diesen Regelungskontext abgelehnt und auch insofern die Sicht des EuGH bestätigt. Das EU-Gemeinschaftsrecht verlange im Übrigen nur, dass gemeinschaftsrechtliche Vorgaben in Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen in nationale Rechtsordnungen zu übernehmen seien, ohne dass hieraus weiteres folge. Die mögliche Ungleichbehandlung (Schlechterstellung) rein innerstaatlicher Sachverhalte gegenüber solchen über die Grenze sei daher hinzunehmen. Der Bundesfinanzhof bestätigt damit auch, dass es systematische Komponente einer Eingriffsverwaltung ist, dass die Unwirksamkeit eines belastenden Eingriffs nicht gleichzeitig den Wegfall begünstigender Normen, selbst wenn sie in einem Regelungskontext stehen, auslöst.

Mit dieser europarechtlich geprägten Begründung konnte der Bundesfinanzhof die Frage offen lassen, ob § 40a Abs. 1 KAGG mit § 8b Abs. 2 KStG auch dessen Abs. 3 als bloßen Rechtsfolgenverweis mit umfasst, so der Vorsitzende des Ersten Senats des Bundesfinanzhofs, Prof. Gosch, in seinem Kommentar zum Körperschaftsteuerrecht, oder ob die ausdrückliche Inbezugnahme nur des § 8b Abs. 1 und 2 in § 40a Abs. 1 KAGG auch für die Jahre 2002 und 2003 die Anwendung des § 8b Abs. 3 KStG bei Investmentfonds verbietet (so die herrschende Literaturauffassung). Zusätzlich blieb die verfassungsrechtliche Frage offen, ob die erst Ende 2003 („klarstellend“) durch § 43 Abs. 18 KAGG angeordnete „rückwirkende“ Anwendung des § 40a Abs. 1 S. 2 KAGG und damit nunmehr ausdrückliche Inbezugnahme des Abs. 3 des § 8b KStG gegen das Rückwirkungsverbot des Eingriffsrechts, letztlich zurückzuführen auf Art. 20 Abs. 3 GG, verstößt oder nicht.

Zu dieser Frage schwebt ein Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht (Az. 1 BvL 5/08), das sich allerdings ausschließlich mit der Problematik aus Bankensicht befasst. Die besonderen Belastungseffekte bei Personenversicherern aus der Nichtabzugsfähigkeit von Gewinnminderungen - und davon gab es in 2002 und 2003 zur Genüge - harrt damit weiterhin einer Entscheidung.

Ihre Ansprechpartner bei der Axer Partnerschaft:

**Rechtsanwalt (FAStR),  
Fachanwalt für Steuerrecht,  
Prof. Dr. Jochen Axer**

**Fon 0221/47 43 425  
axer@axis.de**

**Rechtsanwalt (FAStR),  
Steuerberater, vereidigter Buchprüfer  
Hans-Helmuth Delbrück**

**Fon 0221/47 43 300  
Fax 0211/43 83 5611  
delbrueck@axis.de**

Die Ausführungen in dieser Publikation sollen einer allgemeinen Information dienen. Ein Anspruch auf Vollständigkeit kann aufgrund der Komplexität der behandelten Themen nicht erhoben werden; ebenso wird eine einzelfallbezogene Beratung hierdurch nicht ersetzt. Die Axer Partnerschaft übernimmt keine Haftung für die Folgen einer Verwendung dieser in der Publikation dargelegten Informationen.