

ifst

Institut Finanzen und Steuern

Einlagenrückgewähr

RA/StB Jochen Bohne, LL.M.

StB Dr. Ronald Gebhardt

In Medienkooperation mit

**DER
BETRIEB**

Zitiervorschlag:

Bohne/Gebhardt, ifst-Schrift 543 (2022)

ISBN: 978-3-89737-207-8

15,00 Euro inkl. USt. zzgl. Versandkosten

© Institut Finanzen und Steuern e.V.

Marienstraße 31, 10117 Berlin

In Medienkooperation mit DER BETRIEB

Einzelbezug über www.der-betrieb-shop.de/ifst

E-Mail: kundenservice@fachmedien.de

Tel.: (0800) 0001637; Fax: (0800) 0002959

Abonnenten von DER BETRIEB wird ein Rabatt in Höhe
von 20 % eingeräumt.

ifst

Institut Finanzen und Steuern

Einlagenrückgewähr

RA/StB Jochen Bohne, LL.M.
Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V.

StB Dr. Ronald Gebhardt
PricewaterhouseCoopers GmbH

In Medienkooperation mit

**DER
BETRIEB**

Das Institut Finanzen und Steuern überreicht Ihnen
die ifst-Schrift 543:

Einlagenrückgewähr

Bei der Besteuerung des Anteilseigners einer Kapitalgesellschaft wird die Rückzahlung von Einlagen im Unterschied zur Gewinnausschüttung nicht als steuerbarer laufender Beteiligungsertrag angesehen. In der Anwendung kompliziert und daher im Fokus der ifst-Schrift 543 ist die Rückgewähr der sonstigen nicht in das Nennkapital geleisteten Einlagen.

Die steuerliche Behandlung der Einlagenrückgewähr wirft vor allem in Auslandsfällen rechtliche Fragen auf und stößt auf praktische Schwierigkeiten. Für Beteiligungen an Gesellschaften, die in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union der unbeschränkten Steuerpflicht unterliegen, hat der Gesetzgeber die Einlagenrückgewähr in § 27 Abs. 8 KStG ausdrücklich geregelt. Bei einer Einlagenrückgewähr von Drittstaatengesellschaften war die Praxis hingegen bisher auf Richterrecht verwiesen. In einer Reihe von Entscheidungen hat der BFH entschieden, dass es aus europa- und verfassungsrechtlichen sowie steuersystematischen Gründen geboten ist, die Grundsätze der Einlagenrückgewähr auch auf Beteiligungen an Drittstaatenkapitalgesellschaften anzuwenden. Stand die Finanzverwaltung bisher der Möglichkeit einer Einlagenrückgewähr aus einer Drittstaatengesellschaft zurückhaltend gegenüber, wurde eine solche Möglichkeit erstmals ausdrücklich in dem Erlass zur Option nach § 1a KStG anerkannt.

Der Gesetzgeber hat auf die Rechtsprechung nicht reagiert; die Finanzverwaltung hatte bisher nicht mitgeteilt, wie sie die BFH-Rechtsprechung umzusetzen gedenkt, nunmehr jedoch mit Schreiben vom 21.4.2022 dargelegt, wie sowohl Nennkapitalrückzahlung als auch Einlagenrückgewähr im Drittstaaten-Sachverhalt behandelt werden sollen. Weil es für die Anwendung der durch Richterrecht geprägten Rechtslage zu Drittstaatengesellschaften – anders als bei EU-Gesellschaften – jedoch keine zentrale Zuständigkeit des Bundeszentralamts für Steuern (BZSt) gibt, müssten die zuständigen Finanzämter im Rahmen der Veranlagung der Anteilseigner die Frage des Vorliegens einer Einlagenrückgewähr prüfen. Dabei müssen sie sich zwangsläufig auch mit dem jeweiligen ausländischen Handels- und Gesellschaftsrecht befassen.

Dieser Thematik nehmen sich die Autoren mit der vorliegenden ifst-Schrift an. Einleitend stellen sie die rechtlichen Grundlagen der Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen dar. In weiteren Abschnitten werden die praktischen und rechtlichen Probleme bei grenzüberschreitenden Sachverhaltskonstellationen aufgearbeitet. Ferner werden die vielfach geäußerten unionsrechtlichen Zweifel an den Regelungen aufgegriffen, bevor abschließend verschiedene Reformoptionen aufgezeigt werden.

Institut Finanzen und Steuern
Prof. Dr. h.c. Rudolf Mellinghoff

Berlin, im April 2022

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	1
II.	Steuerfolgen der Einlagenrückgewähr und der Nennkapitalauskehrung	4
	1. Kapitalgesellschaftsbeteiligungen im Privatvermögen	4
	a. Kapitalrückzahlung unterschreitet Anschaffungskosten der Beteiligung	5
	b. Kapitalrückzahlung überschreitet Anschaffungskosten der Beteiligung	5
	2. Kapitalgesellschaftsbeteiligungen im Betriebsvermögen	6
	a. Kapitalrückzahlung unterschreitet Beteiligungsbuchwert	7
	b. Kapitalrückzahlung überschreitet Beteiligungsbuchwert	8
III.	Kurzüberblick zur handelsbilanziellen Behandlung	11
IV.	Funktionsweise des derzeitigen Regelungskonzepts der Einlagenrückgewähr bei inländischen Kapitalgesellschaften ..	13
	1. Allgemeines	13
	2. Verwendungsreihenfolge bei Leistungen der Kapitalgesellschaft ..	14
	3. Herabsetzung von Nennkapital	16
	a. Auskehrung von Nennkapital	16
	b. Herabsetzung nach Nennkapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln	17
	4. Auswirkungen von Umwandlungen auf das Einlagekonto	17
V.	Einlagenrückgewähr bei EU-ausländischen Kapitalgesellschaften	18
	1. Allgemeines	18
	2. Praxisprobleme	21
	a. Darlegung des Einlagebestands und des ausschüttbaren Gewinns	21
	b. Verfahrensrechtliche Schwierigkeiten	22
	c. Konzernfälle	23
	d. Portfolioanleger	25
	3. Weitgehende Nachweisanforderungen des BZSt	26
	a. Höhe des ausschüttbaren Gewinns	26
	b. Nachweis der Höhe des Einlagebestands	27
	4. Nennkapitalauskehrung bei EU-Gesellschaften	29

a. Anwendbarkeit von § 27 Abs. 8 KStG?	29
b. Bedeutung für § 7 KapErhStG	30
VI. Einlagenrückgewähr bei Drittstaaten-Gesellschaften	32
1. Allgemeines	32
2. Systematik der Einlagenrückgewähr gilt auch für Gesellschaften aus Drittstaaten.	32
3. Reichweite der entsprechenden Anwendung der Grundsätze zur Einlagenrückgewähr?	34
a. Allgemeines	34
b. Anwendung der Verwendungsreihenfolge	34
c. Würdigung	36
aa. Sinngemäße Anwendung der Verwendungsreihenfolge	36
bb. Ebene des Nachweises einer Einlagenrückgewähr	38
cc. Mögliche Folgewirkungen für andere Normen	38
dd. Nennkapitalrückzahlungen	40
VII. Einlagenrückgewähr und Unionsrecht	42
1. Beteiligungen an EU-ausländischen Gesellschaften	42
a. Einschlägigkeit der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV oder der Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 AEUV	42
b. Unzulässige Diskriminierung.	43
aa. materiellrechtliche Hindernisse.	44
bb. Verfahrensrechtliche Hindernisse.	48
2. Beteiligungen an Drittstaaten-Gesellschaften	49
3. Zwischenergebnis	50
VIII. Reformoptionen	51
1. Ungereimtheiten des derzeitigen Einlagenrückgewähr- Konzepts	51
a. Gründungsgesellschafter vs. abgekaufte Rücklagen	51
b. Umwandlungen	53
c. Disquotale Einlagen.	56
2. Reformmöglichkeit 1: Globalisierung des <i>gesellschaftsbezogenen</i> Konzepts der Einlagenrückgewähr	56
a. Allgemeines	56
b. Zulassung des „Direktzugriffs“	57
c. „Sperrfrist“ statt Sonderausweis	59

d. Behandlung von Nennkapitalherabsetzungen und Auflösung von Kapitalrücklagen ohne Auszahlung	60
e. Umwandlungen	60
f. Verfahren	62
g. Zwischenergebnis	63
3. Reformmöglichkeit 2: Gesellschafterbezogenes Modell	63
a. Allgemeines	63
b. Konkrete Ausgestaltung	64
aa. Gesellschafterbezogenes Einlagekonto	64
bb. Verwendung des gesellschafterbezogenen Einlagekontos ..	66
cc. Beibehaltung des Systems des Sonderausweises oder Anwendung von § 7 Abs. 2 KapErhStG	67

I. Einleitung

Bei der Besteuerung des Anteilseigners einer Kapitalgesellschaft wird die Rückzahlung von Einlagen im Unterschied zur Gewinnausschüttung nicht als steuerbarer laufender Beteiligungsertrag angesehen. Das gilt sowohl für die Auskehrung von Nennkapital als auch für die Rückgewähr sonstiger Einlagen. Insbesondere für letztere ist die Herausnahme aus den steuerbaren Beteiligungserträgen bei den Kapitaleinkünften in § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG ausdrücklich geregelt. Hinter der Vorschrift steht der Gedanke, dass eine Rückzahlung geleisteter Einlagen keine Kapitalnutzung, sondern eine (teilweise) Rückgewähr des eingesetzten Kapitalstamms darstellt, die als bloße Vermögensumschichtung nicht besteuert werden soll.¹ In der Anwendung kompliziert und daher im Fokus dieser Schrift ist in erster Linie die Rückgewähr der sonstigen nicht in das Nennkapital geleisteten Einlagen.

Das Phänomen der Einlagenrückgewähr ist vor allem in Auslandsfällen ein praktisches und rechtliches Problem. Für Beteiligungen an EU-ausländischen Gesellschaften hat der Gesetzgeber die Einlagenrückgewähr in § 27 Abs. 8 KStG geregelt. An den Regelungen bestehen allerdings EU-rechtliche Zweifel. Für die Einlagenrückgewähr von Drittstaatengesellschaften war die Praxis bisher auf Richterrecht verwiesen. In einer Reihe von Entscheidungen hat der BFH geurteilt, dass es aus EU-rechtlichen, verfassungsrechtlichen und steuersystematischen Gründen geboten ist, die Grundsätze der Einlagenrückgewähr auch auf Beteiligungen an Drittstaatenkapitalgesellschaften anzuwenden.² Nicht abschließend geklärt ist, inwieweit diese Situation zu einer unterschiedlichen und für den Steuerpflichtigen sogar günstigeren Behandlung von Drittstaatengesellschaften gegenüber EU-ausländischen Gesellschaften führt. Die Finanzverwaltung stand der Möglichkeit einer Einlagenrückgewähr einer Drittstaatengesellschaft bisher allerdings zurückhaltend gegenüber. Erstmals explizit anerkannt hat sie diese in dem Erlass zur Option nach § 1a KStG, allerdings ohne weitere Details zur praktischen Bewältigung dieses Rechtsproblems auszuführen.³

¹ *Berninghaus*, in Herrmann/Heuer/Raupach, 307. Ergänzungslieferung Stand 11/2021, § 27 KStG, Rn. 1; BFH, Urteil vom 14.10.1992, I R 1/91, BFHE 169, 213, BStBl. II 1993, 189; Urteil vom 16.3.1994, I R 70/92, BStBl. II 1994, 527, Urteil vom 13.7.2016 – VIII R 47/13, DStR 2016, 2395.

² Vgl. Urteil vom 13.7.2016 – VIII R 47/13, DStR 2016, 2395 und Urteil vom 10.4.2019, I R 15/16, IStR 2019, 825 (m. Anm. *Ergenzinger/Holle*).

³ Vgl. BMF-Schreiben vom 10.11.2021, BStBl. I 2021, 2212, Rn. 71.

Mit Schreiben vom 21.4.2022⁴ hat die Finanzverwaltung nunmehr ihre Position der Behandlung von Nennkapitalrückzahlungen und Einlagenrückgewähr im Nicht-EU (Drittstaaten-)Fall festgehalten, wobei auch „EWR-Körperschaften“ nach dem Erlass verfahren dürfen, wenn kein Antrag nach § 27 Abs. 8 KStG gestellt wurde.

Eine gesetzgeberische Reaktion steht jedoch noch aus. Das BMF-Schreiben hilft einstweilen zumindest über einige Rechtsunsicherheiten hinweg.

Weiterhin ein Problem können jedoch praktische Hindernisse zur Geltendmachung einer Einlagenrückgewähr sein. Diese ergeben sich in erster Linie aus einem hohen Ermittlungs- und Berechnungsaufwand für die Darlegung einer Einlagenrückgewähr.⁵ Bis auf weiteres betrifft dies vor allem Beteiligungen an EU-ausländischen Gesellschaften. Die Finanzverwaltung stellt in ihrem Schreiben vom 21.4.2022 für Drittstaaten-Gesellschaften in Umsetzung der BFH-Rechtsprechung deutlich praktikablere Anforderungen als für EU-ausländische Gesellschaften.

Weil es für Drittstaatengesellschaften (und solche EWR-Gesellschaften, die den Antrag nach § 27 Abs. 8 KStG nicht gestellt haben) – anders als bei EU-Gesellschaften – keine zentrale Zuständigkeit des Bundeszentralamts für Steuern (BZSt) gibt, müssen die zuständigen Finanzämter – auch nach dem BMF-Schreiben vom 21.4.2022 – im Rahmen der Veranlagung der Anteilseigner die Frage des Vorliegens einer Einlagenrückgewähr prüfen. Diese müssen sich auf Basis des aktuellen Rechtsprechungsstands und des BMF-Schreibens vom 21.4.2022 nun zwangsläufig mit ausländischen Handels- und Gesellschaftsrechten befassen. Bei mehreren inländischen Anteilseignern könnte es wegen einer möglicherweise zersplitterten Zuständigkeit zudem zu divergierenden Beurteilungen der jeweils örtlich zuständigen Finanzämter kommen.

Diese Schrift greift diese Gemengelage auf und stellt einleitend die rechtlichen Grundlagen der Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen dar. In weiteren Abschnitten werden alsdann die praktischen und rechtlichen Probleme bei grenzüberschreitenden Sachverhaltskonstellationen beleuchtet. Ferner

⁴ Bei Drucklegung noch nicht im BStBl. I veröffentlicht, vgl. daher https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Steuerarten/Koerperschaftsteuer_Umwandlungsteuer/2022-04-21-einlagenrueckgewaehr-aus-drittstaaten-kapitalgesellschaften.html.

⁵ Schreiben der 8 Spitzenverbände der deutschen gewerblichen Wirtschaft vom 7.7.2020.

werden die vielfach geäußerten unionsrechtlichen Zweifel an den Regelungen aufgegriffen, bevor abschließend verschiedene Reformoptionen aufgezeigt werden.

II. Steuerfolgen der Einlagenrückgewähr und der Nennkapitalauskehrung

Der Begriff der Einlagenrückgewähr ist in § 27 Abs. 1 S. 3 KStG legal definiert. Er bezieht sich – anders, als das Wortverständnis nahelegen würde – nicht umfassend auf Einlagen, sondern nur auf Einlagen, die nicht in das Nennkapital geleistet wurden. Umfasst sind deshalb in die Kapitalrücklage gem. § 272 Abs. 2 HGB geleistete offene Einlagen und darüber hinaus sog. verdeckte Einlagen, also Einlagen, die nicht den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften entsprechen.⁶

1. Kapitalgesellschaftsbeteiligungen im Privatvermögen

Für Anteile im Privatvermögen ergibt sich die Steuerneutralität der Einlagenrückgewähr aus der gesetzlichen Anordnung in § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG. Danach gehören Bezüge nicht zu den Einnahmen bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, soweit für eine Ausschüttung „Beträge aus dem steuerlichen Einlagekonto im Sinne des § 27 des Körperschaftsteuergesetzes als verwendet gelten“. Die steuerliche Behandlung der Ausschüttungen beim Gesellschafter wird demzufolge mit dem steuerlichen Einlagekonto verknüpft, das von der Kapitalgesellschaft geführt und jährlich gem. § 27 Abs. 2 S. 1 KStG gesondert festgestellt wird.⁷

Die Rückgewähr von aus Einlagen finanziertem Nennkapital wird ohnehin seit jeher als Kapitalrückzahlung und nicht als Kapitalertrag im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG angesehen.⁸

Die Ausschüttung wird somit nicht als Dividende besteuert. Beide Fälle der Kapitalrückzahlung sind jedoch nicht völlig steuerneutral. Sie werden lediglich nicht als laufender Ertrag aus der Kapitalnutzung besteuert.

⁶ Siehe auch organschaftliche Minderabführungen als einlageähnlicher Vorgang, § 27 Abs. 6 KStG.

⁷ Die Regelungen finden über Kapitalgesellschaften hinausgehend auf Genossenschaften, nach § 1a KStG optierende Gesellschaften, andere Körperschaften, Personenvereinigungen, Vermögensmassen im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 3 bis 5 KStG sowie BgA von juristischen Personen des öffentlichen Rechts Anwendung (siehe § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1, Nr. 9 und 10 EStG).

⁸ Vgl. BFH, Urt. vom 14.10.1992 – I R 1/91, BStBl. II 1993, 189; Urteil vom 28.2.2018 – VIII R 30/15, DStRE 2018, 857; steuerbar kann die Nennkapitalauskehrung allerdings nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 EStG i.V.m. § 28 Abs. 2 S. 2 KStG sein, wenn Nennkapital aus umgewandelten Gewinnrücklagen besteht.

a. Kapitalrückzahlung unterschreitet Anschaffungskosten der Beteiligung

Geht die Kapitalrückzahlung nicht über die Anschaffungskosten der Beteiligung hinaus, wird sie wirtschaftlich betrachtet bei späteren Anteilsveräußerungen besteuert.

Grund ist, dass eine Kapitalrückzahlung (Einlagenrückgewähr und Nennkapitalrückzahlung) zu einer Verminderung der Anschaffungskosten der Beteiligung führt und auf diese Weise einen späteren Veräußerungsgewinn erhöht bzw. einen Veräußerungsverlust mindert.⁹ Anteilsveräußerungen im Privatvermögen werden je nach Beteiligungshöhe entweder nach § 17 EStG oder nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EStG erfasst. Die nicht erfolgte Besteuerung der Ausschüttung wird somit im Veräußerungsfall nachgeholt und ist daher nur vorübergehend; letztlich findet lediglich eine Periodenverschiebung statt.

Dass in Höhe der Einlagenrückgewähr die Anschaffungskosten gekürzt werden, leitet der BFH aus einer entsprechenden Anwendung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG bzw. dessen Vorgängervorschriften ab. Die Norm regelt zwar nur, dass die Einlagenrückgewähr nicht zu den Einnahmen bei den Einkünften aus Kapitalvermögen gehört. Über den Wortlaut hinaus sieht der BFH darin jedoch eine Modifikation des Anschaffungskostenbegriffs.

b. Kapitalrückzahlung überschreitet Anschaffungskosten der Beteiligung

Auch die Kapitalrückzahlung selbst kann als Quasi-Veräußerung eine Besteuerung auslösen. In Betracht kommt dies, wenn der Rückzahlungsbetrag die Anschaffungskosten der Beteiligung überschreitet. Das gilt jedenfalls für Beteiligungen, die die 1%-Grenze des § 17 Abs. 1 S. 1 EStG überschreiten (sog. „wesentliche“ Beteiligungen). Der die Anschaffungskosten der Beteiligung übersteigende Betrag der Kapitalrückzahlung wird nach § 17 Abs. 4 EStG als Veräußerungsgewinn besteuert und den Einkünften aus Gewerbebetrieb zugeordnet. Das Teileinkünfteverfahren findet nach § 3 Nr. 40 Buchst. c) i.V.m. § 3c Abs. 2 EStG Anwendung. Im Ergebnis ist der die Anschaffungskosten überschreitende Betrag der Kapitalrückzahlung zu 60 % steuerpflichtig.

⁹ BFH, Urteil vom 14.10.1992, I R 1/91, BStBl. II 1993, 189; Urteil vom 19.2.2013, IX R 24/12, BStBl. II 2013, 484.

Bei Beteiligungen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 17 EStG soll es dagegen bei der Steuerneutralität unabhängig von der Höhe der Einlagenrückgewähr bzw. Nennkapitalrückzahlung bleiben. Veräußerungen und veräußerungsähnliche Vorgänge werden zwar auch bei solchen Beteiligungen als Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 2 Nr. 1 EStG besteuert. Hierzu sollen die Einlagenrückgewähr und die Nennkapitalrückzahlung jedoch nicht zählen.¹⁰ Anders als bei wesentlichen Beteiligungen im Sinne des § 17 Abs. 1 S. 1 EStG führt danach auch ein die Anschaffungskosten für die Beteiligung überschreitender Betrag nicht zu einem steuerpflichtigen Gewinn. Stattdessen soll es nach Auffassung der Finanzverwaltung insoweit zu negativen Anschaffungskosten kommen.¹¹ Einlagenrückgewähr und Nennkapitalauszahlung wirken sich danach also nicht sofort aus, sondern erst bei Veräußerung durch Erhöhung des Veräußerungsgewinns. Diese rechtliche Beurteilung erscheint aber nicht abschließend gesichert, weil mit § 20 Abs. 2 EStG Erträge im Vermögensbereich umfassend der Besteuerung bei den Einkünften aus Kapitalvermögen unterworfen werden sollten.¹²

2. Kapitalgesellschaftsbeteiligungen im Betriebsvermögen

Die Regelung zur Einlagenrückgewähr in § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG grenzt steuerbare und nichtsteuerbare Bezüge bei den Einkünften aus Kapitalvermögen ab. Sie betrifft in ihrem originären Anwendungsbereich somit im Privatvermögen gehaltene Beteiligungen. In ihrer Funktion als steuerliche Modifikation des Anschaffungskostenbegriffs hat sie allerdings auch für Beteiligungen im Betriebsvermögen Bedeutung.¹³ § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG wirkt sich somit bei Gewinneinkünften als steuerbilanzieller Bewertungsvorbehalt aus. Konsequenz dessen ist, dass, soweit danach für eine Ausschüttung das steuerliche Einlagekonto als verwendet gilt, der Buch-

¹⁰ BMF-Schreiben vom 18.1.16, BStBl. I 16, 85, Tz. 63; *Levedag*, in Schmidt, EStG, 40. Aufl. 2021, § 20, Rn. 73; *Berninghaus*, in Herrmann/Heuer/Raupach, 307. Ergänzungslieferung Stand 11/2021, § 27 KStG, Rn. 19; *Bauschatz*, in Gosch, 4. Aufl. 2020, § 27 Rn. 16; *Endert*, in Frotscher/Drüen, KStG, § 27 KStG Rz. 16b, Stand: 8/2020.

¹¹ BMF-Schreiben vom 18.1.16, BStBl. I 2016, 85, Tz. 92.

¹² BT-DrS. 16/4841 S. 56.

¹³ BFH, Urteil vom 7.11.1990, I R 68/88, BStBl. II 1991, 177; Urteil vom 16.3.1994 – I R 70/92, BStBl. II 1994, 527; Urteil vom 19.7.1994, VIII R 58/92, BStBl. II 1995, 362; Urteil vom 20.4.1999, VIII R 44/96, BStBl. II S. 698; Urteil vom 19.2.2013, IX R 24/12, BStBl. 2013, II 484.

wert der Beteiligung in der Steuerbilanz gekürzt wird.¹⁴ Die Behandlung in der Handelsbilanz nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung ist insoweit nicht maßgeblich.¹⁵ Zwar ist auch handelsbilanziell bei einer Kapitalrückzahlung der Beteiligungsbuchwert zu kürzen. Wegen der zu beachtenden Verwendungsreihenfolge und zahlreicher weiterer Besonderheiten des steuerlichen Einlagekontos kommt es hier jedoch häufig zu Abweichungen der Steuerbilanz von der Handelsbilanz.

Die Verrechnung mit dem Beteiligungsbuchwert führt zur Ergebnis- und Steuerneutralität einer Ausschüttung. Für dem Teileinkünfteverfahren unterliegende Ausschüttungen bedeutet dies, dass die Ausschüttung ohne Dividendenbesteuerung in Höhe von 60 % der Bezüge gem. § 3 Nr. 40 d) EStG vereinnahmt wird. Ist der Anteilseigner eine Körperschaft, fällt der Vorteil der Steuerneutralität weniger ins Gewicht. Sofern nicht ausnahmsweise eine Steuerpflicht für Dividenden besteht, weil es sich z.B. um Streubesitz oder bestimmte Beteiligungen in der Finanz- und Versicherungsbranche handelt, sind Dividenden nach § 8b Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 KStG im Ergebnis ohnehin zu 95 % steuerfrei. Der Vorteil einer als Einlagenrückgewähr zu behandelnden Ausschüttung beschränkt sich somit (immerhin) auf die Nichtbesteuerung von 5 % der Ausschüttung.

a. Kapitalrückzahlung unterschreitet Beteiligungsbuchwert

Wie auch bei Beteiligungen im Privatvermögen ist die Behandlung als Kapitalrückzahlung nicht völlig steuerneutral.

Auch bei Beteiligungen im Betriebsvermögen ergibt sich aufgrund der Beteiligungsbuchwertkürzung der bereits beschriebene Effekt eines höheren Veräußerungsgewinns bzw. Minderung eines Veräußerungsverlusts im Falle einer späteren Veräußerung. Die fehlende Besteuerung der Einlagenrückgewähr bzw. Nennkapitalrückzahlung wird dann im Veräußerungsfall nachgeholt.

¹⁴ Vgl. die Nachweise aus der Rechtsprechung in der vorherigen Fußnote; die Verrechnung der Einlagenrückgewähr mit dem Beteiligungs(buch)wert nach der BFH-Rechtsprechung ist zwar nicht explizit geregelt, wird aber implizit vom Gesetzgeber akzeptiert, siehe Gesetzesbegründung zur Einführung der sog. Einlagelösung bei organschaftlichen Mehr- und Minderabführungen durch das Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts, BT-DrS. 19/28656, S. 26.

¹⁵ § 5 Abs. 6 EStG.

Bei Streubesitzbeteiligungen, die von einer Körperschaft gehalten werden, bleibt der Steuervorteil dagegen unter Umständen dauerhaft. Der Grund ist die unterschiedliche Besteuerung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen. Bei Beteiligungen unter 10 % unterliegen Dividenden wegen § 8b Abs. 4 KStG der vollen Körperschaftsteuer, während Beteiligungsveräußerungen gem. § 8b Abs. 2 KStG steuerfrei sind. Die „Vermeidung“ der Dividendenbesteuerung würde also insofern nicht durch eine höhere Besteuerung bei Veräußerung ausgeglichen. Vergleichbares ergibt sich auch für die Gewerbesteuer. Hier gilt allerdings eine Beteiligungsgrenze von 15 %.¹⁶ Bei Beteiligungen unterhalb dieser Beteiligungsgrenze sind von einer Körperschaft bezogene Gewinnanteile voll gewerbesteuerpflichtig, während die Veräußerung solcher Beteiligungen durch eine Körperschaft gewerbesteuerfrei bleibt. Die Minderung des Beteiligungsbuchwerts durch Einlagenrückgewähr kann in diesen Fällen daher keine gewerbesteuerlichen Nachteile für den Veräußerungsfall erzeugen.¹⁷

b. Kapitalrückzahlung überschreitet Beteiligungsbuchwert

Eine gewinnerhöhende Betriebseinnahme kann sich durch die Kapitalrückzahlung (Einlagenrückgewähr und Nennkapitalrückzahlung) selbst ergeben, wenn die Kapitalrückzahlung den steuerbilanziellen Beteiligungsbuchwert überschreitet.¹⁸

Eine andere Frage ist, ob ein sich aus der Kapitalrückzahlung ergebender Gewinn steuerpflichtig ist. Wurde „echtes“, d.h. aus Einlagen finanziertes, Nennkapital ausgezahlt, greift für Körperschaften die Steuerbefreiung für Anteilsveräußerungen nach § 8b Abs. 2 S. 1 KStG. Das Gesetz ordnet in § 8b Abs. 2 S. 3 KStG ausdrücklich die entsprechende Anwendung der Veräußerungsgewinnbefreiung auf „Gewinne aus der Auflösung oder der Herabsetzung des Nennkapitals“ an. Geht es um Beteiligungen im Betriebsvermögen natürlicher Personen, greift das Teileinkünfteverfahren: Die Kapitalrückzahlung wird gem. § 3 Nr. 40 Buchst. a) S. 1 in Höhe von 40 % steuerfrei gestellt, während gem. § 3c Abs. 2 EStG der Abgang des Beteiligungsbuchwerts zu

¹⁶ § 8 Nr. 5 i.V.m. § 9 Nr. 2a, Nr. 7 GewStG.

¹⁷ Das gilt allerdings wiederum nicht für bestimmte Beteiligungen in der Finanz- und Versicherungsbranche, die unter § 8b Abs. 7 und 8 KStG fallen. Bei diesen sind auch Beteiligungsveräußerungen steuerpflichtig, sodass in der Totalperiode kein dauerhafter Steuervorteil, sondern allenfalls ein Zinsvorteil eintritt.

¹⁸ BMF-Schreiben vom 9.1.1987, BStBl. I 1987, 171.

60 % gewinnmindernd berücksichtigt wird. Die Steuerfreiheit schlägt gem. § 7 S. 1 GewStG auch auf die Gewerbesteuer durch. Es kommen keine Hinzurechnungs- oder Kürzungsvorschriften zur Anwendung.¹⁹

Rechtsunsicherheiten bestehen jedoch zur Frage, ob auch ein Gewinn im Zusammenhang mit einer Einlagenrückgewähr steuerfrei ist. Hierfür fehlt es an einer klaren gesetzlichen Regelung. Die Steuerbefreiung für Dividenden ist jedenfalls nicht anwendbar. Das hat der BFH für § 8b Abs. 1 KStG entschieden.²⁰ Selbiges dürfte dann für die auf betriebliche Dividendenbezüge natürlicher Personen anwendbare Parallelvorschrift des Teileinkünfteverfahrens in § 3 Nr. 40 Buchst. d und e EStG gelten.

Die Finanzverwaltung hält demgegenüber die Steuerbefreiung für Anteilsveräußerungsgewinne des § 8b Abs. 2 KStG für einschlägig.²¹ Wiederum Selbiges müsste dann für die ähnlich formulierte Vorschrift des Teileinkünfteverfahrens in § 3 Nr. 40 Buchst. a S. 1 EStG gelten.²² Allerdings ist der Wortlaut beider Vorschriften in Bezug auf die Einlagenrückgewähr lückenhaft. Neben Veräußerungen beziehen beide Regelungen ausdrücklich bestimmte veräußerungsähnliche Vorgänge in die Steuerbefreiung mit ein, wie z.B. die Kapitalrückzahlung nach Nennkapitalherabsetzung. Sie schweigen allerdings zur Einlagenrückgewähr. Daraus wird von *Gosch* geschlossen, dass die Einlagenrückgewähr nicht erfasst ist.²³ BFH-Rechtsprechung zu dieser Frage fehlt. Resultat wäre mangels Steuerbefreiung die volle Einbeziehung des den Beteiligungsbuchwert übersteigenden Betrags der Einlagenrückgewähr in die Einkommen- bzw. Körperschaftsteuerpflicht.

¹⁹ Insb. kommt keine Kürzung nach § 9 Nr. 2a, Nr. 7 oder Nr. 8 GewStG in Betracht, da Ausschüttungen aus dem Einlagekonto keine „Gewinne aus Anteilen“ im Sinne der Kürzungstatbestände darstellen, s. BFH vom 15.9.2004, BStBl. 2005 II S. 297; H 9.3 GewStR.

²⁰ BFH, Urteil vom 28.10.2009, I R 116/08 vom 28.10.2009, BStBl. II 11, 898.

²¹ BMF-Schreiben vom 28.4.2003, BStBl. I 2003, 292, Tz. 6.

²² Bejahend *Intemann*, in Hermann/Heuer/Raupach, 307. Ergänzungslieferung. 11/2021, EStG, § 3 Nr. 40 Rz. 113; *Levedag*, in Schmidt, EStG, 40. Aufl. 2021, § 3, Rn. 139.

²³ *Gosch*, in Gosch, 4. Aufl. 2020, KStG, § 8b Rn. 106 f.

Des Weiteren unterläge die Einlagenrückgewähr insoweit auch der Gewerbesteuer.²⁴ Dies erscheint nicht sachgerecht, u.a. weil es zu systematischen Widersprüchen mit der Steuerfreistellung von Veräußerungen und veräußerungsähnlichen Vorgängen, insb. der Nennkapitalrückzahlung führen würde.²⁵ Eine gesetzgeberische Klarstellung ist somit geboten.

Sonderregelungen bestehen für Unternehmen des Finanz- und Versicherungswesens. Für bestimmte Anteilsbestände dieser Unternehmen gilt die Steuerfreistellung von Beteiligungserträgen und Veräußerungsgewinnen in § 8b Abs. 1 und 2 KStG nicht, sodass in diesen Fällen auch die Einlagenrückgewähr voll steuerpflichtig ist.²⁶ Entsprechendes gilt im Teileinkünfteverfahren für Finanzunternehmen.²⁷

²⁴ Eine Kürzung nach § 9 Nr. 2a, Nr. 7 oder Nr. 8 GewStG kommt nicht in Betracht, da die Einlagenrückgewähr keine „Gewinne aus Anteilen“ im Sinne der Kürzungstatbestände darstellt, s. BFH vom 15.9.2004, BStBl. 2005 II S. 297; H 9.3 GewStR.

²⁵ *Schnitger*, in *Schnitger/Fehrenbacher*, KStG, § 8b, Rn. 318; *Lechner/Haisch/Bindl*, Ubg 2010, 339; *Frotscher*, in *Frotscher/Drüen*, KStG, § 8b KStG Rz. 63a, Stand 16.10.2019; *Rödter/Herlinghaus/Neumann*, KStG, § 8b, Rz. 105, 186; *Rengers*, in *Brandis/Heuermann*, 158. Ergänzungslieferung 8/2021, KStG, § 8b, Rn. 115.

²⁶ Siehe § 8b Abs. 7 und 8 KStG.

²⁷ Siehe § 3 Nr. 40 S. 3 EStG.

III. Kurzüberblick zur handelsbilanziellen Behandlung²⁸

Das deutsche Handelsrecht ist getragen vom Vorsichtsprinzip, sodass Gewinne erst dann gezeigt werden sollen, wenn diese auch tatsächlich realisiert sind.

Im Kontext der handelsrechtlichen Behandlung der Einlagenrückgewähr liegt es daher nahe, prinzipiell von einer nicht ertragswirksamen Verrechnung mit dem Beteiligungsbuchwert auszugehen und erst bei Hinzutreten besonderer Umstände eine ertragswirksame Erfassung anzunehmen. Dadurch unterscheidet sich das Handelsrecht von der steuerrechtlichen Sichtweise, das unter anderem aus fiskalischen Gründen tendenziell früher von einem steuerpflichtigen Ertrag ausgeht.

Die Rückzahlung von aus Gesellschaftereinlagen finanzierten Stamm-/Grundkapital wird üblicherweise handelsrechtlich als Minderung der Anschaffungskosten der Beteiligung behandelt. Gleiches gilt auch für die Ausschüttung von Beträgen aus der Kapitalrücklage.²⁹

Die ergebnisneutrale Behandlung von Kapitalrückzahlungen deckt sich bis hierhin im Grundansatz noch mit dem Steuerbilanzrecht. Zu Abweichungen zwischen Handels- und Steuerbilanz kommt es aber, weil die Einordnung einer Ausschüttung als Kapitalrückzahlung mit § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG für die Einlagenrückgewähr und Nr. 2 Satz 2 EStG für die Nennkapitalauskehrung steuerlich speziell geregelt wurde. Die dort angeordnete Verknüpfung mit dem steuerlichen Einlagekonto und dem Sonderausweis der ausschüttenden Gesellschaft verhindert häufig, dass eine Beteiligungsbuchwertminderung in der Handelsbilanz für die Steuerbilanz nachvollzogen werden kann.³⁰

In Abweichung zum Steuerrecht soll zudem bei einer erworbenen Beteiligung handelsrechtlich auch die Ausschüttung durch den Erwerber mit dem Kaufpreis „abgekaufter“ Gewinne (insbesondere Gewinnrücklage) zu einer

²⁸ Im Einzelnen siehe *Deubert/Hoffmann*, DK 2014, 154 ff.

²⁹ BFH, Urteil vom 14.10.1992, I R 1/91, BStBl. II 1993, 189; *Schubert/Gadek*, in Beck'scher Bilanzkommentar, 12. Aufl. 2020, HGB § 255 Rn. 170 m.w.N.; *Deubert/Hoffmann*, a.a.O. halten dagegen eine Behandlung als teilweise Gewinnausschüttung vertretbar, wenn sich zwischen dem Zeitpunkt der Einlage und der Ausschüttung stille Reserven im Beteiligungsunternehmen gebildet haben.

³⁰ Siehe nachfolgend im Einzelnen zur Funktionsweise des Regelungskonzepts der Einlagenrückgewähr.

erfolgsneutralen Verrechnung der ausgeschütteten Altgewinne mit dem Beteiligungsbuchwert erfolgen. Das gilt jedenfalls dann, wenn ein zeitlicher Zusammenhang zwischen Rücklagenauflösung und Beteiligungserwerb besteht.³¹

³¹ *Schubert/Gadek*, a.a.O. IDW HFA, 170. Sitzung, FN-IDW 1999, 552, a.A. *Müller*, DB 2000, 533 (536).

IV. Funktionsweise des derzeitigen Regelungskonzepts der Einlagenrückgewähr bei inländischen Kapitalgesellschaften

1. Allgemeines

Ob eine Ausschüttung eine nicht steuerbare Einlagenrückgewähr darstellt, hängt nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG davon ab, ob das bei der Gesellschaft zu führende steuerliche Einlagekonto als verwendet gilt. Damit wird die steuerliche Behandlung beim Gesellschafter mit dem bei der Kapitalgesellschaft zu führenden steuerlichen Einlagekonto verknüpft. Ein steuerliches Einlagekonto führen nach § 27 Abs. 1 S. 1 KStG in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften, also solche, die in Deutschland ihre Geschäftsleitung und/oder ihren Sitz haben. Das Regelungskonzept der Einlagenrückgewähr basiert also im Ausgangspunkt auf dem Fall der Beteiligung an einer inländischen Kapitalgesellschaft. Dies entspricht seinen Ursprüngen, die bis zum früheren Anrechnungsverfahren zurückreichen, und war bis 2005 Gesetzeslage. Erst mit dem SEStEG wurde im Jahr 2006 durch die Einfügung des § 27 Abs. 8 KStG der Anwendungsbereich der Einlagenrückgewähr auf die EU ausgedehnt.³²

Beim steuerlichen Einlagekonto handelt es sich um eine steuerliche Nebenrechnung außerhalb der Buchführung. Es hat einzig für Zwecke der Besteuerung des Anteilseigners Bedeutung. Im steuerlichen Einlagekonto werden die Zu- und Abgänge der nicht in das Nennkapital geleisteten Einlagen erfasst. Damit ist das steuerliche Einlagekonto hinsichtlich seines Charakters vergleichbar mit der handelsbilanziellen Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 HGB. Beide bilden durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasste Zuführungen der Gesellschafter außerhalb des Nennkapitals ab. Da das Handelsbilanzrecht den steuerlichen Anforderungen aber nicht ausreichend Rechnung trägt, wird für steuerliche Zwecke das steuerliche Einlagekonto geführt.³³

³² Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG), BGBl. 2006, 2782.

³³ Die gesonderte Erfassung von Einlagen erfolgte bereits im früheren Anrechnungssystem als Teil der Eigenkapitalgliederung im sog. EK04. Während die übrigen Eigenkapitaltöpfe nach Übergang zum Halb- bzw. Teileinkünfteverfahren abgeschafft wurden, ist von der früheren Eigenkapitalgliederung die Erfassung des Einlagekapitals im steuerlichen Einlagekonto verblieben.

Der Bestand des Einlagekontos ermittelt sich nach den Vorschriften der §§ 27 ff. KStG. Die Bestände in der Kapitalrücklage und des Einlagekontos weichen in vielen Fällen voneinander ab. Ursache können rein steuerliche Vorgänge wie verdeckte Einlagen und verdeckte Gewinnausschüttungen sein, die sich nur auf das steuerliche Einlagekonto, nicht aber auf die Kapitalrücklage auswirken. Ferner führen die Sonderregelungen in den §§ 27 ff. KStG zu Abweichungen.

Das betrifft vor allem die Verwendungsreihenfolge in § 27 Abs. 1 S. 3 KStG. Danach gelten für eine Ausschüttung unabhängig von der handelsbilanzzielten Behandlung vorrangig Gewinne und erst nachrangig Einlagen als ausgeschüttet. Abweichungen können sich ferner bei Kapitalmaßnahmen und Umwandlungen ergeben, für die in § 28 und § 29 KStG eigene Regelungen bestehen.

Der Bestand des Einlagekontos wird auf der Grundlage einer Erklärung der Kapitalgesellschaft zum Ende eines Wirtschaftsjahres gem. § 27 Abs. 2 S. 1 KStG jeweils vom Finanzamt gesondert festgestellt.

Die Regelungen zum steuerlichen Einlagekonto gelten nicht nur für Kapitalgesellschaften, sondern auch für andere Körperschaften und Personenvereinigungen wie Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, wirtschaftliche Vereine oder auch BgA von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.³⁴ Diese Rechtsformen sollen hier aber nicht thematisiert werden.

Zum besseren Verständnis der Praxisprobleme sollen nachfolgend die Grundzüge der Regelungen zum steuerlichen Einlagekonto einer inländischen Kapitalgesellschaft kurz dargestellt werden.

2. Verwendungsreihenfolge bei Leistungen der Kapitalgesellschaft

Die Verwendung des Einlagekontos für eine Ausschüttung steht nicht im Belieben der Kapitalgesellschaft oder seiner Anteilseigner, sondern richtet sich nach einer fiktiven Verwendungsreihenfolge. Gem. § 27 Abs. 1 S. 3 KStG gilt für Leistungen der Kapitalgesellschaft vorrangig der ausschüttbare Gewinn als verwendet. Insoweit wird eine Ausschüttung als Dividende behandelt. Der ausschüttbare Gewinn ist derjenige Teil des Eigenkapitals laut Steuerbilanz, der sich nach Abzug des gezeichneten Kapitals

³⁴ § 20 Abs. 1 Nr. 1, 9, 10 EStG i.V.m. § 27 Abs. 7 KStG.

und des Bestands des steuerlichen Einlagekontos ergibt.³⁵ Nur soweit der Betrag der Ausschüttung den ausschüttbaren Gewinn überschreitet, kann es zu einer Verwendung des Einlagekontos kommen. Weitere Voraussetzung dafür ist, dass das Einlagekonto einen positiven Bestand hat, da das Einlagekonto grundsätzlich nicht negativ werden kann.³⁶ Maßgeblich für die Differenzrechnung sind die Steuerbilanz und der Bestand des Einlagekontos zum Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres.³⁷

Die handelsrechtliche Einordnung ist unerheblich. Das heißt, auch wenn die Gesellschaft Beträge aus der Kapitalrücklage entnimmt und ausschüttet, gilt steuerlich gleichwohl vorrangig ein etwaig vorhandener ausschüttbarer Gewinn als verwendet. Eine Kapitalrückzahlung wird für steuerliche Zwecke insoweit in eine steuerbare Gewinnausschüttung umqualifiziert. Ein steuerlicher Direktzugriff auf die Kapitalrücklage ist somit nicht möglich. Für bilanzierende Anteilseigner bedeutet das, dass eine erfolgsneutrale Buchwertminderung in der Handelsbilanz aufgrund einer Kapitalrücklagenauskehrung nicht in der Steuerbilanz nachvollzogen werden kann. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG wirkt insofern als steuerbilanzieller Bewertungsvorbehalt, der zur Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes in § 5 Abs. 1 S. 1 EStG führt.

Hinzukommen muss für die Annahme einer Einlagenrückgewähr, dass die Kapitalgesellschaft diese gegenüber dem Anteilseigner bescheinigt.³⁸ Deshalb ist steuerlich selbst dann von einer steuerbaren Dividende auszugehen, wenn zwar nach der Verwendungsreihenfolge eigentlich nur das Einlagekonto verwendet werden kann, jedoch die Verwendung des Einlagekontos nicht bescheinigt wird.³⁹

³⁵ § 27 Abs. 1 S. 5 KStG.

³⁶ § 27 Abs. 1 S. 4 KStG; ausnahmsweise kann das Einlagekonto negativ werden im Fall einer organschaftlichen Mehrabführung, siehe § 27 Abs. 1 S. 4, HS 2 i.V.m. Abs. 6 KStG sowie in bestimmten weiteren Fällen siehe BMF-Schreiben vom 4.6.2003, Rn. 29.

³⁷ § 27 Abs. 1 S. 3 KStG.

³⁸ § 27 Abs. 3 KStG.

³⁹ § 27 Abs. 5 S. 2 KStG.

3. Herabsetzung von Nennkapital

a. Auskehrung von Nennkapital

Das Nennkapital wird nicht im steuerlichen Einlagekonto erfasst. Hintergrund ist, dass wegen der Formalien, die für eine Kapitalherabsetzung gelten, Nennkapitalauskehrungen dem Grunde und der Höhe nach leicht identifizierbar sind, sodass hier keine vergleichbare Notwendigkeit einer eigenen steuerlichen Regelung besteht. Die Verwendungsreihenfolge gilt hier nicht. Aus § 28 Abs. 2 KStG, der die Abwicklung der Nennkapitalherabsetzung und -auskehrung behandelt, ergibt sich, dass ein Direktzugriff auf das Nennkapital bei Ausschüttungen möglich ist. Entsprechendes gilt für Eigenkapital in den Bilanzen ausländischer Kapitalgesellschaften, das ähnlichen Schutzbestimmungen unterliegt wie Nennkapital deutscher Kapitalgesellschaften.⁴⁰

Eine Nennkapitalherabsetzung und Auskehrung an die Gesellschafter wird allerdings technisch über das Einlagekonto abgewickelt: Herabgesetztes Nennkapital wird grundsätzlich dem Einlagekonto in einem Zwischenschritt gutgeschrieben.⁴¹ Wird das herabgesetzte Nennkapital zeitnah ausgekehrt, gilt das Einlagekonto in Höhe des zuvor gutgeschriebenen Betrags als verwendet, sodass das Einlagekonto durch den Vorgang im Ergebnis unverändert bleibt.⁴² Für den Anteilseigner ist die Nennkapitalauskehrung insoweit steuerneutral. Bei betrieblichen Anteilseignern wird handels- und steuerbilanziell der Auskehrungsbetrag mit dem Beteiligungsbuchwert verrechnet.⁴³

Im hier nicht weiter behandelten Sonderfall, dass das steuerliche Einlagekonto vor Kapitalherabsetzung negativ war, wird allerdings die Auszahlung von Nennkapital – auch wenn es zu 100 % aus Gesellschaftereinlagen finanziert wurde – steuerlich in eine Gewinnausschüttung umqualifiziert.⁴⁴

⁴⁰ *Behrens/Renner*, BB 2016, 1180.

⁴¹ § 28 Abs. 2 S. 1 KStG.

⁴² § 28 Abs. 2 S. 3 KStG.

⁴³ Siehe dazu oben II.2.

⁴⁴ § 28 Abs. 2 Satz 4 KStG.

b. Herabsetzung nach Nennkapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln

Besonderheiten gelten, wenn Nennkapital aus umgewandelten Gewinnrücklagen stammt.⁴⁵ Wird das Nennkapital durch Umwandlung von Gewinnrücklagen erst erhöht und später wieder herabgesetzt und ausgekehrt, handelt es sich letztlich um keine Kapitalrückzahlung, sondern um eine Ausschüttung von Gewinnen. Derartige Nennkapitalbestandteile werden durch den sog. Sonderausweis gem. § 28 Abs. 1 Satz 3 KStG gesondert nachgehalten, damit der Anteilseigner korrekt besteuert werden kann. Bei einer Nennkapitalherabsetzung und anschließender Auszahlung des Herabsetzungsbetrags wird ein bestehender Sonderausweis aufgelöst und als steuerbare Gewinnausschüttung behandelt.⁴⁶

4. Auswirkungen von Umwandlungen auf das Einlagekonto

§ 29 KStG regelt in den Absätzen 1 bis 4 für inländische Umwandlungen, wie sich diese Vorgänge beim steuerlichen Einlagekonto und dem Sonderausweis einer übertragenden Kapitalgesellschaft und einer ggf. übernehmenden Kapitalgesellschaft auswirken. Ist übernehmender Rechtsträger eine Kapitalgesellschaft, führt die Anwendung der Regelungen des § 29 KStG bei einer Verschmelzung, Aufspaltung oder Abspaltung grundsätzlich zu einem vollständigen oder anteiligen Übergang des steuerlichen Einlagekontos. Besonderheiten gelten allerdings bei Umwandlungen zwischen Kapitalgesellschaften, die unmittelbar aneinander beteiligt sind (Aufwärts- oder Abwärtsverschmelzungen oder -spaltungen). Hier kommt es zum Wegfall von Einlagekontobeständen.⁴⁷

⁴⁵ Siehe Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nach § 57c GmbHG bzw. §§ 207 AktG ff.

⁴⁶ § 28 Abs. 2 S. 2 KStG. Das Konzept des Sonderausweises folgt den im Nennkapital enthaltenen umgewandelten Gewinnrücklagen allerdings nur im Grundsatz. Denn die in § 28 Abs. 1 KStG geregelte Mechanik bildet die Umbuchung von Beträgen aus der Gewinnrücklage in das Nennkapital nicht 1:1 ab. Vielmehr gilt danach vorrangig ein etwaiger positiver Bestand des steuerlichen Einlagekontos als für die Kapitalerhöhung verwendet. Erst ein verbleibender Betrag gilt als aus einer Gewinnrücklage entnommen und führt zu einem Sonderausweis.

⁴⁷ § 29 Abs. 2 S. 2 und 3, Abs. 3 S. 3 KStG.

V. Einlagenrückgewähr bei EU-ausländischen Kapitalgesellschaften

1. Allgemeines

Ausländische Kapitalgesellschaften führen regelmäßig kein steuerliches Einlagekonto. Dem Wortlaut des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG nach wäre eine Einlagenrückgewähr somit eigentlich nicht möglich.

Seit 2006 hat der Gesetzgeber durch den neu in das Gesetz eingefügten § 27 Abs. 8 KStG jedoch die Möglichkeit einer Einlagenrückgewähr auf Kapitalgesellschaften ausgeweitet, die im EU-Ausland unbeschränkt steuerpflichtig sind.⁴⁸ Bei diesen gibt es – anders als bei in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaften – allerdings keine jährliche Feststellung des Einlagekontos. Der Betrag der Einlagenrückgewähr wird stattdessen bei Bedarf auf Antrag der ausländischen Gesellschaft für Leistungen (insb. Ausschüttungen) eines Kalenderjahres gesondert festgestellt.

Der Antrag muss bis zum Ende des Folgejahres, das auf das Jahr der Leistung folgt, gestellt werden.⁴⁹ Zuständig ist hierfür in der Regel das BZSt, sofern wegen einer beschränkten Steuerpflicht der ausländischen Kapitalgesellschaft nicht ausnahmsweise ein lokales Finanzamt örtlich zuständig ist. Die ausländische Kapitalgesellschaft stellt dem deutschen Anteilseigner dann eine Steuerbescheinigung über die Einlagenrückgewähr aus.

Im Antrag sind die für die Berechnung der Einlagenrückgewähr „erforderlichen Umstände“ darzulegen.⁵⁰ Benötigt werden für die Berechnung der Einlagenrückgewähr zwei Rechengrößen: zum einen die Höhe des Einlagenbestands, zum anderen die Höhe des ausschüttbaren Gewinns. Der Betrag des ausschüttbaren Gewinns wird für die Anwendung der Verwendungsreihen-

⁴⁸ Nach Auffassung der Finanzverwaltung gilt die Regelung analog auch für in EWR-Staaten unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften, BMF-Schreiben vom 4.4.2016, BStBl. I 2016, 468. Rz. 1: Das BMF-Schreiben betrifft zwar den Sonderfall der Nennkapitalauskehrung. Die Aussage zur Anwendung von § 27 Abs. 8 KStG auf EWR-Staaten muss aber konsequenterweise auch für die Einlagenrückgewähr gelten. Nach dem BMF-Schreiben vom 21.4.2022 können alternativ für Kapitalgesellschaften aus EWR-Staaten außerhalb der EU auch die Grundsätze für Drittstaaten-Gesellschaften angewandt werden.

⁴⁹ § 27 Abs. 8 S. 3 und 4 KStG.

⁵⁰ § 27 Abs. 8 S. 7 KStG.

folge benötigt, weil eine Ausschüttung von Einlagen erst nach Verbrauch des ausschüttbaren Gewinns in Betracht kommt.

Wird Nennkapital herabgesetzt und ausgezahlt, muss zwar keine Verwendungsreihenfolge beachtet werden. Dieser Fall ist insofern in der Anwendung einfacher. Allerdings muss hier dargelegt werden, dass das Nennkapital nicht aus umgewandelten Gewinnrücklagen besteht. Denn derartiges „unechtes Nennkapital“ führt zu einem Sonderausweis und kann deshalb nur als Dividende ausgeschüttet werden.

Die erforderlichen Umstände können sich dabei als äußerst komplex darstellen, denn die Finanzverwaltung geht davon aus, dass die ausländische Rechnungslegung der Kapitalgesellschaft in deutsches Steuerrecht übergeleitet werden muss.⁵¹

Das BZSt verlangt laut dem auf seiner Webseite veröffentlichten Unterlagenkatalog⁵² als Nachweise Folgendes:

- Bescheinigung der ausländischen Steuerbehörde über die unbeschränkte Steuerpflicht des Antragstellers für den beantragten Zeitraum;
- Angaben über die beschränkte Körperschaftsteuerpflicht des Antragstellers in Deutschland unter Angabe über Vermögen und Tätigkeiten in Deutschland zur Prüfung der Zuständigkeit nach § 27 Abs. 8 Sätze 5 u. 6 KStG;
- aktueller Handelsregisterauszug;
- eine Firmenübersicht, aus der sich ergibt, wie die einzelnen Firmen entstanden und miteinander verbunden sind. Aus der Übersicht muss erkennbar sein, wie lange die einzelnen Firmen bestanden haben (z.B. in Form eines Organigramms);
- Höhe des Anteils des inländischen Anteilseigners;
- ggf. Vertretungsvollmacht nach § 80 AO und Empfangsvollmacht;
- eigene Entwicklung der verschiedenen Bestandteile des Eigenkapitals inkl. einer Entwicklung des Einlagenbestandes ab dem Zeitpunkt, ab dem Einlagen erbracht wurden, deren Rückzahlung geltend gemacht wird, frühestens seit dem 1. Januar 1977;

⁵¹ Die Ermittlung der Einlagenrückgewähr erfolgt nach § 27 Abs. 8 S. 2 KStG „in entsprechender Anwendung der Absätze 1 bis 6 und der §§ 28 und 29“ KStG.

⁵² Siehe die Website des BZSt: https://www.bzst.de/DE/Unternehmen/Kapitalertraege/Einlagenrueckgewaehr/einlagenrueckgewaehr_node.html#js-toc-entry2.

- Jahresabschlüsse mit Überleitungsrechnungen ins deutsche Steuerrecht in analoger Anwendung des § 60 EStDV für den Zeitraum, ab dem Einlagen erbracht wurden, deren Rückzahlung geltend gemacht wird, frühestens seit dem 1. Januar 1977;
- Beschlüsse und Nachweise über die tatsächliche Durchführung von
 - Einlagen, deren Rückzahlung geltend gemacht wird, frühestens seit dem 1. Januar 1977;
 - Leistungen für den beantragten Veranlagungszeitraum;
 - Veränderungen des Nennkapitals für den Zeitraum, ab dem Einlagen erbracht wurden, deren Rückzahlung geltend gemacht wird, frühestens seit dem 1. Januar 1977;
 - Umwandlungen in dem Zeitraum, ab dem Einlagen erbracht wurden, deren Rückzahlung geltend gemacht wird, frühestens seit dem 1. Januar 1977.

Bareinlagen müssen durch Kontoauszüge und Sacheinlagen durch Vertragsunterlagen (z.B. Übertragungs-, Darlehens- oder Verschmelzungsvertrag), Buchungsnachweise und Wertnachweise belegt werden. In der Praxis verlangt das BZSt oft mehrfache Nachweise für den gleichen Einlagevorgang, z.B. den die Buchung der Bareinlage enthaltenden Kontoauszug sowohl der Gesellschaft als auch des einlegenden Anteilseigners. Zusätzlich werden bei Einlagen durch einen deutschen Anteilseigner Nachweise zu deren Aktivierung als nachträgliche Anschaffungskosten auf die Beteiligung an der ausländischen Gesellschaft in dessen Handels- und Steuerbilanz gefordert.

Die Finanzverwaltung regelt im BMF-Schreiben vom 21.4.2022, dass „EWR-Körperschaften“, zu denen neben Island, Norwegen und Liechtenstein eigentlich auch EU-Körperschaften gehören (da alle EU-Staaten auch im EWR sind), wählen können, ob sie einen Antrag nach § 27 Abs. 8 KStG stellen oder nach den Grundsätzen des BMF-Schreibens verfahren. Angesprochen sind aber nur solche Körperschaften, die in den drei genannten „Nur-EWR-Staaten“ unbeschränkt steuerpflichtig sind. Für EU-Gesellschaften dürfte die Finanzverwaltung also dabei bleiben, dass diese ausschließlich nach § 27 Abs. 8 KStG verfahren können.

2. Praxisprobleme

a. Darlegung des Einlagebestands und des ausschüttbaren Gewinns

Da es für ausländische Gesellschaften keine jährliche gesonderte Feststellung des Bestands der Einlagen gibt, müssen für einen Antrag auf gesonderte Feststellung einer Einlagenrückgewähr nachträglich Zu- und Abgänge im Einlagebestand nachvollzogen werden. Im Prinzip muss ein fiktives Einlagekonto nach den Regeln der §§ 27 ff. KStG geführt werden. Praktisch schwierig ist es dann oft, in weit zurückliegenden Jahren geleistete Einlagen belegmäßig nachzuweisen. Die hierfür geforderten Unterlagen – wie z.B. Kontoauszüge zum Nachweis von Bareinlagen – sind bisweilen weder bei der ausländischen Gesellschaft noch beim Anteilseigner, der die Einlage geleistet hat, noch vorhanden bzw. diese Unterlagen sind dort schwer zu beschaffen. Dabei sind nicht nur die Einlagen des deutschen Anteilseigners, sondern auch die Einlagen sämtlicher Mitgesellschafter zu belegen. Gerade bei einer großen Zahl ausländischer Mitgesellschafter ist die Beschaffung der Unterlagen äußerst aufwändig, zumal man hier auf die Kooperation der ausländischen Mitgesellschafter angewiesen ist. Hinzu kommen Sprachbarrieren, wenn Dokumente nicht in deutscher Sprache vorliegen. Übersetzungen verteuern einen Antrag erheblich. Bei Portfolioinvestments, z.B. über Private Equity Fonds, übersteigen die Kosten schnell den Nutzen der Antragstellung.

Neben dem Einlagebestand ist für Zwecke der Verwendungsreihenfolge als weitere Rechengröße der ausschüttbare Gewinn maßgeblich. Der ausschüttbare Gewinn ist der Teil des Eigenkapitals, der nach Abzug des gezeichneten Kapitals und des Einlagekontos verbleibt. Zumindest für inländische Kapitalgesellschaften ist hierfür das Eigenkapital laut Steuerbilanz maßgeblich, s. § 27 Abs. 1 S. 5 KStG. Ob deutsches Bilanzsteuerrecht auch für ausländische Kapitalgesellschaften maßgeblich ist, erscheint fraglich. Zwar soll die Einlagenrückgewähr bei EU-ausländischen Kapitalgesellschaften gem. § 27 Abs. 8 S. 2 KStG in entsprechender Anwendung der für Inlandsfälle konzipierten Vorschriften ermittelt werden. Hieraus schließt das BZSt laut seinem Unterlagenkatalog offenbar, dass ausländische Handelsbilanzen in deutsches Steuerrecht überzuleiten sind. Zwingend erscheint das jedoch nicht. Das Unionsrecht legt eher eine Auslegung dahingehend nahe, dass für die Ermitt-

lung des ausschüttbaren Gewinns bei ausländischen Gesellschaften die ausländische Handelsbilanz herangezogen werden kann.⁵³

Geht man – wie das BZSt – jedoch von der Maßgeblichkeit des deutschen Steuerbilanzrechts für den ausschüttbaren Gewinn aus, kann dies je nach Komplexität des Betriebsvermögens der ausländischen Gesellschaft zu einem erheblichen Überleitungsaufwand führen. Es müssen nämlich die hinter einzelnen Bilanzposten stehenden u.U. viele Jahre zurückliegenden Sachverhalte ermittelt werden, um die Entwicklung der Bilanzposten anhand der Ansatz- und Bewertungsvorschriften des deutschen Steuerrechts historisch nachvollziehen zu können. Das betrifft etwa Abschreibungslaufzeiten und den Ansatz und die Bewertung von Rückstellungen, für die im deutschen Steuerrecht zahlreiche Sonderregelungen bestehen.⁵⁴ Der Umfang des § 6a EStG lässt erahnen, wie komplex die Überprüfung etwaiger Pensionsrückstellungen in ausländischen Handelsbilanzen ist.

b. Verfahrensrechtliche Schwierigkeiten

Der deutsche Anteilseigner, der anlässlich einer Ausschüttung eine Einlagenrückgewähr geltend machen möchte, muss die Gesellschaft dazu veranlassen, einen Antrag auf Feststellung der Einlagenrückgewähr zu stellen. Diese muss bereit sein, den beschriebenen Aufwand für die Überleitungsrechnung und die Zurverfügungstellung von Unterlagen zu betreiben, was je nach Beteiligungshöhe des Anteilseigners ein mehr oder minder großes Problem darstellen dürfte.⁵⁵

Es kann zudem auch der Fall eintreten, dass die ausländische Gesellschaft nach einer Ausschüttung liquidiert wird und somit keinen Antrag mehr stellen kann.⁵⁶ Problematisch sind auch Fälle, in denen die Beteiligung an der ausländischen Gesellschaft zwischenzeitlich verkauft worden ist. Dies kann durchaus auch ohne Kenntnis des deutschen Anteilseigners geschehen, wenn die Beteiligung nur mittelbar über einen ausländischen Private Equity Fonds in der Rechtsform einer Personengesellschaft gehalten wird.

⁵³ Vgl. dazu Kapitel VII.1.b.aa.

⁵⁴ Vgl. § 5 Abs. 2a, 3, 4, 4a, 4b und § 6 Abs. 1 Nr. 3a) EStG.

⁵⁵ Vgl. *Dötsch, Krämer*, in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, Die Körperschaftsteuer, § 27 KStG Tz. 271, Stand: 10/2020.

⁵⁶ So im Urteilsfall des FG Köln, Urt. vom 15.5.2017, EFG 2017, 1375.

Die Anforderungen für die Darlegung einer Einlagenrückgewähr können daher je nach Sachverhalt u.U. zu massivem Aufwand bis zur praktischen Unmöglichkeit der Geltendmachung einer Einlagenrückgewähr führen.

Konsequenz dessen ist die systemwidrige Besteuerung zurückgezahlter Einlagen als Dividenden. Dies kann beim Anteilseigner eine Substanzbesteuerung zur Folge haben. Insbesondere denkbar ist dieser Effekt bei der Streubesitzbeteiligung einer Körperschaft. Kann für eine Ausschüttung aufgrund hoher Anforderungen eine Einlagenrückgewähr nicht erfolgreich geltend gemacht werden, wird die Ausschüttung wegen § 8b Abs. 4 KStG als Dividende voll besteuert.⁵⁷ Über die Totalperiode findet auch keine Kompensation über den Beteiligungsansatz statt. Dieser ist infolge der falschen Behandlung der Einlagenrückgewähr als Dividende zwar überhöht, da infolge der Kapitalrückzahlung an sich der Beteiligungsbuchwert zu reduzieren ist. Bei späterer Veräußerung würde der überhöhte Beteiligungsansatz dann immerhin den Veräußerungsgewinn mindern, sodass die Dividende letztlich durch einen Mindergewinn kompensiert wird. Diese Kompensation wirkt sich aber steuerlich nicht aus, weil der Veräußerungsgewinn nach § 8b Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 3 S. 1 KStG zu 95 % steuerfrei ist und ein Veräußerungsverlust wegen § 8b Abs. 3 S. 3 KStG steuerlich nicht geltend gemacht werden kann.

c. Konzernfälle

Vergleichsweise unproblematisch sollte die Geltendmachung einer Einlagenrückgewähr bei ausländischen Gesellschaften sein, die von deutschen Anteilseignern kontrolliert werden. Diese verfügen über die Möglichkeit, die ausländische Kapitalgesellschaft zur Antragstellung und Zurverfügungstellung der notwendigen Informationen und Geschäftsunterlagen zu veranlassen.

Dies gilt insbesondere für Gründungsgesellschafter, denen die Historie der ausländischen Gesellschaft vollständig bekannt ist und die in der Lage sind,

⁵⁷ Eine vergleichbare Problematik stellt sich bei der Hinzurechnungsbesteuerung niedrig besteuert passiver Einkünfte ausländischer Gesellschaften nach dem AStG. Bezieht eine solche Gesellschaft aus einer Streubesitzbeteiligung eine Einlagenrückgewähr, die aber nicht erfolgreich nachgewiesen werden kann, führt die Ausschüttung zu einer passiven Dividende, siehe § 8 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b AStG. Diese unterliegt bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen der Hinzurechnungsbesteuerung.

dafür zu sorgen, dass die für einen etwaigen späteren Antrag auf Einlagenrückgewähr notwendige Nachweise vorgehalten werden.

Problematisch ist die Geltendmachung einer Einlagenrückgewähr aber auch hier, wenn die Beteiligung erworben wurde und Einlagevorgänge aus der Zeit vor Beteiligungserwerb dargelegt werden müssen. Hier dürfte es oftmals praktisch schwierig sein, die Entwicklung des Einlagebestands in der Zeit vor Beteiligungserwerb im Einzelnen nachzuvollziehen bzw. notwendige Unterlagen zum Nachweis des Vorhandenseins von Einlagen zu beschaffen. Dies insbesondere deshalb, weil die deutsche Finanzverwaltung die Zubuchung zur Kapitalrücklage lt. Handelsbilanz als Nachweis einer Einlage nicht für ausreichend erachtet, sondern hierfür Belege der Einzahlung von Barbeträgen durch Kontoauszüge bzw. Werthaltigkeitsnachweise für Sacheinlagen fordert. Unter Umständen sind aufgrund des Ablaufs von Aufbewahrungsfristen im Ausland Unterlagen nicht mehr vorhanden.

Die Probleme nehmen zu, wenn sich Zugänge durch vorangegangene Umwandlungen ergeben haben, an denen die ausländische Gesellschaft beteiligt war. Denn hier richtet sich der Zugang u.U. nach der Höhe des Einlagebestands der übertragenden Kapitalgesellschaft. Das bedeutet, dass das fiktive Einlagekonto übertragender Kapitalgesellschaften ebenfalls ermittelt werden müsste. Bei Umwandlungen, die sich vollständig im Ausland ohne Beteiligung deutscher Steuerpflichtiger vollzogen haben, dürfte eine solche Ermittlung oft nicht möglich sein.

Teilweise wird deshalb in solchen Fällen eine vereinfachte Ermittlung vorgeschlagen. Der Einlagebestand der übertragenden Kapitalgesellschaft soll nicht nach den Regeln des KStG nachvollzogen werden müssen. Stattdessen soll dieser schlicht der ausländischen Steuerbilanz oder Handelsbilanz der übertragenden Kapitalgesellschaft entnommen werden.⁵⁸ Diese pragmatische Lösung vermeidet eine ansonsten entstehende weitestgehende Nichtanwendbarkeit der Vorschrift im Auslandsfall. Sie entspricht allerdings aktuell nicht dem Gesetzeswortlaut.

⁵⁸ Für den Fall der Hereinverschmelzung nach § 29 Abs. 6 KStG *Schießl*, DStZ 2008, 852; *Stadler/Jetter*, IStR 2009, 336; *Dötsch/Mendig*, in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, Die Körperschaftsteuer, § 29 KStG Tz. 61, Stand: 10/2020.

d. Portfolioanleger

Die größten Nachweisprobleme dürften Portfolio-Anleger haben. Für diese stellen die Regelungen zur Einlagenrückgewähr eine oft unüberwindliche Hürde dar.⁵⁹ Anteilseigner mit Kleinstbeteiligungen haben in der Regel keine Einflussmöglichkeiten auf die ausländische Kapitalgesellschaft, um diese dazu zu bewegen, den erforderlichen Antrag auf Feststellung einer Einlagenrückgewähr zu stellen. Denn die ausländische Kapitalgesellschaft hat an dem Antrag kein eigenes Interesse, außer vielleicht aus Gründen der Gewinnung von Kapitalanlageinteressenten aus Deutschland.

Auch eine Bevollmächtigung des deutschen Anteilseigners zum Zwecke der Antragstellung würde diesem oft nichts nützen. Er könnte die notwendigen Unterlagen und Informationen zur Ermittlung des fiktiven Einlagekontos nicht beibringen. Der Portfolio-Anleger kennt in der Regel allenfalls die Handelsbilanz der ausländischen Gesellschaft. Diese lässt sich zumindest bei in der EU börsennotierten Unternehmen dem Geschäftsbericht entnehmen. Die Transparenzrichtlinie verpflichtet nämlich Wertpapieremittenten dazu, neben dem konsolidierten Konzernabschluss auch den Einzelabschluss des Emittenten zu veröffentlichen.⁶⁰ Oft finden sich dort auch Informationen zum Hintergrund von Bilanzposten. In vielen Fällen sind die Angaben aber nicht detailliert genug, um eine Überleitung in deutsches Steuerrecht vorzunehmen. Die ausländische Gesellschaft wird schon aufgrund des Aufwands in der Regel nicht dazu bereit sein, vom BZSt geforderte Nachweise für Einlagen wie Kontoauszüge, Einbringungsverträge, Wertnachweise etc. zur Verfügung zu stellen.

Im Bereich von Investitionen über Private Equity-Fonds ist der deutsche Anleger typischerweise über ein oder mehrere ausländische Vehikel, die vergleichbar mit einer deutschen Personengesellschaft sind, nur indirekt an der ausländischen Kapitalgesellschaft beteiligt. Üblicherweise wird der Fonds in Zusatzvereinbarungen (Side Letter Agreements) durch den deutschen Anleger verpflichtet, dessen steuerliche Interessen wahrzunehmen. Dies umfasst insbesondere auch die Prüfung, ob eine steuerliche Einlagenrückgewähr vor-

⁵⁹ *Dötsch, Krämer*, in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, Die Körperschaftsteuer, § 27 KStG Tz. 269, Stand: 10/2020.

⁶⁰ Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG.

liegen könnte, sowie in einem nächsten Schritt die fristgerechte Einreichung des Antrages beim BZSt. Die Geltendmachung einer Einlagenrückgewähr scheitert in der Praxis dann aber gelegentlich, weil die ausländische Kapitalgesellschaft den Antrag beim BZSt verweigert oder keine ausreichenden Nachweise beibringt. Oft wird in der Praxis aber auch auf Geltendmachung einer Einlagenrückgewähr von vornherein verzichtet, weil die absehbaren Kosten für die Ermittlung der Einlagenrückgewähr bzw. die Zusammenstellung der Unterlagen außer Verhältnis zum steuerlichen Vorteil der Einlagenrückgewähr stehen.

3. Weitgehende Nachweisanforderungen des BZSt

a. Höhe des ausschüttbaren Gewinns

Es ist fraglich, ob die vom BZSt zugrunde gelegte Auslegung des Gesetzes, dass für Zwecke der Verwendungsreihenfolge ausländische Handelsbilanzen in deutsches Steuerrecht überzuleiten sind, unionsrechtlich haltbar ist.⁶¹ Selbst wenn man aber von der Maßgeblichkeit deutschen Bilanzsteuerrechts ausgeht, erscheinen die Anforderungen des BZSt als zu weitgehend. Danach sollen für alle Wirtschaftsjahre seit Leistung der ersten Einlage, deren Auskehrung geltend gemacht wird, Überleitungsrechnungen von ausländischem Handelsrecht in deutsches Steuerrecht vorgelegt werden. In der Praxis verlangt das BZSt eine geschlossene Kette historischer Jahresbilanzen mit Überleitung in deutsches Bilanzsteuerrecht. Das ist notwendig, um die Entwicklung von Bilanzposten nach deutschem Steuerrecht nachzuvollziehen, wie beispielsweise den Gebäudebuchwert nach den Abschreibungsregeln des § 7 EStG. Die Überleitung in deutsches Steuerrecht ergibt aber nur Sinn für Bilanzwerte, die in der letzten Jahresbilanz vor der Ausschüttung noch im Vermögen der ausländischen Gesellschaft vorhanden sind. Denn für die Ermittlung des ausschüttbaren Gewinns ist an sich nur das steuerbilanzielle Eigenkapital zum Ende des letzten Wirtschaftsjahres vor Ausschüttung relevant. Weiter zurückliegende Jahre sind somit allein für den Nachvollzug der steuerbilanziellen Werte von Interesse. Deshalb sollte auf die Überleitung von in der Vorjahresbilanz nicht mehr vorhandener Bilanzwerte verzichtet werden dürfen.

Insbesondere besteht keine Notwendigkeit, für jedes Wirtschaftsjahrende den ausschüttbaren Gewinn zu ermitteln. Denn darauf kommt es nur an, wenn für eine erfolgte Ausschüttung der Betrag einer Einlagenrückgewähr

⁶¹ Im Einzelnen dazu unter VII.

zu ermitteln ist. Nach § 27 Abs. 8 S. 3 ff. KStG erfolgt die Feststellung einer Einlagenrückgewähr nur auf Antrag der ausländischen Gesellschaft. Falls die unionsrechtlichen Bedenken des BFH gegen eine alleinige Antrags- und Nachweismöglichkeit der ausländischen Gesellschaft durchgreifen, kann auch der deutsche Anteilseigner in seinem Veranlagungsverfahren eine Einlagenrückgewähr nachweisen.⁶² Jedenfalls wenn weder die ausländische Gesellschaft noch der deutsche Anteilseigner eine Einlagenrückgewähr für vergangene Ausschüttungen begehrt haben, erübrigt sich eine Ermittlung des ausschüttbaren Gewinns für die entsprechenden Jahre in der Vergangenheit.

b. Nachweis der Höhe des Einlagebestands

Die vom BZSt geforderten Belege für die Darlegung des Einlagebestands sollten kein zwingendes Dogma sein. Nach § 27 Abs. 8 S. 7 KStG sind die für die Berechnung der Einlagenrückgewähr erforderlichen Umstände nur darzulegen, nicht aber zu beweisen. Insofern sollte die Frage, welche Nachweise für das Vorhandensein von Einlagen erforderlich sind, flexibel gehandhabt werden und auch durch andere als die im Unterlagenkatalog des BZSt genannten Nachweise möglich sein.

Das erkennt das BZSt in seiner Praxis auch durchaus an, wenn es z.B. Steuerbilanzen eines deutschen Anteilseigners als Nachweis heranzieht, aus denen die Aktivierung von Einlagen auf die Beteiligung an der ausländischen Gesellschaft ersichtlich ist. Das ist sinnvoll, da Einlagen den Beteiligungsbuchwert erhöhen und die Rückzahlung von Einlagen den Beteiligungsbuchwert mindern. Insofern sind Zu- und Abgänge beim Einlagekonto grundsätzlich aus dem Beteiligungsbuchwert ablesbar. Vorauszusetzen ist freilich, dass andere Ursachen für Erhöhungen und Minderungen des Beteiligungsansatzes isoliert werden, wie z.B. Anschaffungsnebenkosten einschließlich Fondsetablierungskosten nach § 6e EStG sowie Teilwertab- bzw. -zuschreibungen.

Die laut Unterlagenkatalog des BZSt geforderte Vorlage eines Wertnachweises für eine Sacheinlage erscheint dann nicht geboten, wenn mehrere Gesellschafter vorhanden sind, weil aufgrund des Interessengegensatzes eine Überbewertung der Einlage fernliegend ist.

⁶² Vgl. BFH-Urteile vom 4.5.2021, VIII R 14/20, DStR 2021, 2396; VIII R 17/18, BeckRS 2021, 30016.

In Einzelfällen erscheint auch eine Heranziehung einer ausländischen Kapitalrücklage zur Dokumentation zumindest von offenen Einlagen denkbar. Voraussetzung ist, dass der Rücklageposten wie die Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 HGB offene Gesellschaftereinlagen abbildet. Außerdem darf der Rücklageposten nicht durch Vorgänge beeinflusst worden sein, die nach deutschem Steuerrecht eine abweichende Behandlung erfahren. Derartige Abweichungen sind etwa denkbar bei:

- Umbuchung einer Verbindlichkeit nach Verzicht eines Gesellschafters auf eine nicht mehr voll werthaltige Forderung in die Kapitalrücklage. Nach deutschem Steuerrecht kann ein Forderungsverzicht im Falle mangelnder Werthaltigkeit nur zu einer Einlage unter dem Nennwert der Verbindlichkeit führen.
- Verschmelzungen oder Auf- bzw. Abspaltungen unter Beteiligung der ausländischen Gesellschaft als übertragende oder übernehmende Gesellschaft. Die Auswirkung auf den Einlagebestand infolge solcher Umwandlungen folgt den Sonderregelungen des § 29 Abs. 2 und 3 KStG.
- Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen. Die Auswirkungen derartiger Kapitalmaßnahmen auf den Einlagebestand werden durch § 28 KStG speziell geregelt.⁶³

Im Ergebnis ist der steuerliche Einlagebestand nur in eher einfach gelagerten Fällen aus der Kapitalrücklage der ausländischen Handelsbilanz ablesbar. Am ehesten ist dies möglich bei jungen Gesellschaften mit einer einfachen Historie, bei der es abgesehen von Bar- und Sacheinlagen keine Zuführungen zur Kapitalrücklage oder sonstige Kapitalmaßnahmen oder Umwandlungen gegeben hat.

⁶³ Z.B. Fall einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln. Diese führen zu einer vorrangigen Verwendung des steuerlichen Einlagekontos unabhängig davon, aus welchen handelsbilanziellen Rücklagen Beträge hierfür entnommen werden, vgl. § 28 Abs. 1 S. 1 KStG. Umgekehrt wird bei einer Kapitalherabsetzung der Herabsetzungsbetrag grundsätzlich dem Einlagekonto gutgeschrieben unabhängig davon, ob auch handelsbilanziell eine Umbuchung in die Kapitalrücklage erfolgt oder Verluste ausgeglichen werden.

4. Nennkapitalauskehrung bei EU-Gesellschaften

a. Anwendbarkeit von § 27 Abs. 8 KStG?

Auch EU-ausländische Kapitalgesellschaften können Nennkapital zurückzahlen. Einstweilen nicht höchstrichterlich geklärt ist jedoch, ob und inwieweit eine Nennkapitalauskehrung von § 27 Abs. 8 KStG erfasst ist. Bedeutung hat dies zum einen wegen des Einbezugs in die Regelungen zum gesonderten Feststellungsverfahren und zum anderen wegen der Anwendbarkeit des § 28 KStG. Hier besteht eine gewisse Rechtsunsicherheit. Die Finanzverwaltung – gestützt von einem Teil der Literatur – bejaht die Anwendung von § 27 Abs. 8 KStG.⁶⁴ Andere Stimmen lehnen den Einbezug der Nennkapitalauskehrung ab.⁶⁵

Gegen den Einbezug der Nennkapitalauskehrung in das Feststellungsverfahren spricht die Verwendung des Begriffs der Einlagenrückgewähr in Satz 1 des § 27 Abs. 8 KStG. Dazu gehört nach der Legaldefinition in § 27 Abs. 1 S. 3 KStG die Nennkapitalauskehrung nicht. Zudem besteht für eine gesonderte Feststellung bei einer Nennkapitalauskehrung ein geringeres Bedürfnis, weil sie im Vergleich zur Rückzahlung von sonstigen Einlagen vergleichsweise leicht identifizierbar ist. Steht eine einlagenfinanzierte Nennkapitalrückzahlung fest, wäre daher die Fiktion einer Gewinnausschüttung nach § 27 Abs. 8 S. 9 KStG allein deshalb, weil es an einer gesonderten Feststellung fehlt, in besonderem Maße unter dem Aspekt der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit angreifbar. Gleiches gilt für die Vereinbarkeit mit der unionsrechtlichen Kapitalverkehrsfreiheit gem. Art. 63 AEUV. Die unionsrechtlichen Zweifel, die der BFH hinsichtlich der Gewinnausschüttungsfiktion aufgrund fehlender Feststellung in § 27 Abs. 8 S. 9 KStG bei der Rückgewähr sonstiger Einlagen hat, gelten hier nämlich erst recht.⁶⁶

⁶⁴ BMF-Schreiben vom 4.4.2016 – IV C 2 – S 2836/08/10002 BStBl. 2016 I S. 468; *Sedemund*, IStR 2010, 270; *Hageböke*, IStR 2010, 715; *Endert*, in Frottscher/Drüen, KStG, § 28 KStG Rz. 8, Stand September 2021; *Oellerich*, in Brandis/Heuermann, 158. Ergänzungslieferung August 2021, § 28 KStG, Rn. 3.

⁶⁵ *Bauschatz*, in Gosch, 4. Aufl. 2020, § 27 Rn. 140; *Teiche*, DStR 2016, 712; *Behrens/Renner*, BB 2016, 1180; *Klepsch*, IStR 2016, 381 (383); *Binnewies/Steinert*, GmbH-StB 2017, 189 (195); *Oppel*, IWB 2020, 375 (381); *Berninghaus*, in Herrmann/Heuer/Raupach, 307. Ergänzungslieferung Stand 11/2021, § 28 KStG, Rn. 5.

⁶⁶ Vgl. BFH-Urteile vom 4.5.2021, VIII R 14/20, DStR 2021, 2396; VIII R 17/18, BeckRS 2021, 30016.

Allerdings steht damit nicht die Anwendbarkeit des § 27 Abs. 8 KStG zur Gänze in Frage. Die Bedenken erlauben eine Auslegung, wonach die Nennkapitalauskehr nicht von Satz 3 erfasst ist, der das gesonderte Feststellungsverfahren anordnet. Das Gleiche gilt dann auch für die daran anknüpfende Dividendenfiktion in Satz 9.

Anders ist dies aber in Bezug auf die materielle Regelung in § 27 Abs. 8 S. 2 KStG zu sehen. Die dortige Regelung bezieht sich unseres Erachtens sowohl auf die Einlagenrückgewähr als auch auf die Nennkapitalauskehr. Ansonsten ergäbe die dort angeordnete entsprechende Anwendung von § 28 KStG keinen Sinn, denn § 28 KStG regelt ja gerade die steuerlichen Folgen einer Kapitalherabsetzung und -auskehrung. Ebenso liefe der in § 7 Abs. 2 S. 3 KapErhStG angeordnete Vorrang von § 27 Abs. 8 KStG bei der steuerlichen Behandlung von Nennkapitalrückzahlungen leer. Dies kann dem Gesetzgeber kaum unterstellt werden. Die Verwendung des Begriffs „Einlagenrückgewähr“ in Satz 2 ist insofern nur als redaktioneller Fehler erklärbar.

Somit richtet sich die steuerliche Behandlung von Nennkapitaländerungen bei EU-ausländischen Gesellschaften nach den Regelungen des § 28 KStG. Das heißt, Nennkapital, das aus Gewinnrücklagen gebildet wurde, wird mittels Sonderausweis nachgehalten und führt bei Auskehrung zu einer Gewinnausschüttung.⁶⁷

b. Bedeutung für § 7 KapErhStG

Die Anwendung von § 27 Abs. 8 KStG auf Nennkapitalrückzahlungen hat auch unmittelbare Auswirkung auf die Anwendbarkeit von § 7 Abs. 2 KapErhStG. Die Vorschrift befasst sich ebenfalls mit der steuerlichen Behandlung von Nennkapitalauskehrungen. Die Sätze 1 und 2 des § 7 Abs. 2 KapErhStG regeln, dass innerhalb von fünf Jahren nach einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln die Auszahlung von wieder herabgesetztem Nennkapital einer ausländischen Gesellschaft insoweit als Gewinnausschüttungen gilt, als der Betrag der vorhergehenden Kapitalerhöhung nicht überstiegen wird. Nach Satz 3 des § 7 Abs. 2 KapErhStG finden die Sätze 1 und 2 in den Fällen des § 27 Abs. 8 KStG jedoch keine Anwendung.

Anders formuliert: Wäre für eine Nennkapitalrückzahlung das Regime des § 7 KapErhStG anwendbar, weil es nicht durch § 27 Abs. 8 KStG verdrängt wird, griffe die fünfjährige „Rückzahlungssperrfrist“ des § 7 Abs. 2 Satz 1

⁶⁷ § 28 Abs. 2 S. 2 KStG.

KapErhStG. Befindet man sich hingegen im Regime des § 27 Abs. 8 KStG, wird § 7 KapErhStG gesperrt, sodass § 28 KStG auf die Nennkapitalrückzahlung Anwendung findet. Der Unterschied besteht darin, dass durch sonstige Rücklagen (insbesondere Gewinnrücklagen) gebildetes Nennkapital durch den sog. Sonderausweis dauerhaft „unechtes“ Nennkapital bleibt und somit bei Auszahlung als Gewinnausschüttung besteuert wird. Nach § 7 Abs. 2 S. 1 KapErhStG ist das nur bei Auszahlung während der fünfjährigen „Rückzahlungssperre“ der Fall.

Wird davon ausgegangen, dass das in den § 27 Abs. 8 Sätze 3 ff. KStG vorgesehene Feststellungsverfahren für eine Nennkapitalrückzahlung nicht anzuwenden ist, dürfte es gleichwohl bei der Verdrängung des § 7 Abs. 2 KapErhStG bleiben. § 7 Abs. 2 Satz 3 KapErhStG regelt, dass „in den Fällen“ des § 27 Abs. 8 KStG der § 7 Abs. 2 Sätze 1 und 2 KapErhStG nicht greift. Aber auch ohne Durchlaufen des Feststellungsverfahrens ist die Nennkapitalauskehrung einer EU-ausländischen Kapitalgesellschaft ein Fall des § 27 Abs. 8 KStG. Somit bleibt das in § 28 KStG geregelte System des Sonderausweises anwendbar.

Die Finanzverwaltung ist der Auffassung, dass § 27 Abs. 8 KStG über den Gesetzeswortlaut hinaus auch für Kapitalgesellschaften gilt, die in einem EWR-Staat außerhalb der EU unbeschränkt steuerpflichtig sind.⁶⁸ Nach den Grundsätzen des BMF-Schreibens vom 21.4.2022 kann jedoch auch eine „EWR-Körperschaft“ anstelle eines Antrags nach § 27 Abs. 8 KStG nach den Grundsätzen des § 7 Abs. 2 KapErhStG verfahren. Gemeint sind damit nur Island, Liechtenstein und Norwegen („Nur-EWR-Staaten“), sodass auch nur diese faktisch wählen können, ob § 27 Abs. 8 KStG oder § 7 Abs. 2 KapErhStG zur Anwendung kommt.

⁶⁸ BMF-Schreiben vom 4.4.2016, BStBl. I 2016, 468, Rz. 1

VI. Einlagenrückgewähr bei Drittstaaten-Gesellschaften

1. Allgemeines

Der Gesetzgeber hat mit dem SEStEG im Jahre 2006 den Anwendungsbereich der Regelungen zum Einlagenkonto auf ausländische Kapitalgesellschaften ausgedehnt, allerdings nur auf solche, die in der EU unbeschränkt steuerpflichtig sind. Die Finanzverwaltung hatte daraus bisher den Schluss gezogen, eine nicht steuerbare Einlagenrückgewähr sei bei Drittstaaten-Gesellschaften nicht möglich.⁶⁹ Im Rahmen des BMF-Schreibens zu § 1a KStG⁷⁰ hatte die Verwaltung erstmals anerkannt, dass Anteilseigner von Drittstaaten-Gesellschaften im Rahmen ihrer Veranlagung eine nicht steuerbare Einlagenrückgewähr geltend machen können, ohne jedoch auf Details einzugehen. Mit Schreiben vom 21.4.2022⁷¹ hat die Finanzverwaltung nunmehr ihre Position zur Behandlung von Nennkapitalrückzahlungen und Einlagenrückgewähr im Nicht-EU(Drittstaaten-)Fall festgehalten.

2. Systematik der Einlagenrückgewähr gilt auch für Gesellschaften aus Drittstaaten

Es ist ständige Rechtsprechung des BFH, dass sowohl die Einlagenrückgewähr als auch die Auszahlung von Nennkapital nicht zu steuerbaren Kapitalerträgen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gehören. Bereits vor Ausdehnung der Einlagenrückgewähr auf EU-ausländische Gesellschaften durch Einführung von § 27 Abs. 8 KStG entschied der BFH, dass dies auch für Kapitalrückzahlungen ausländischer Gesellschaften gelten müsse.⁷² Der BFH begründete

⁶⁹ FM Nordrhein-Westfalen vom 6.10.2011 – S 2836-17-V B 4, BeckVerw 268159; siehe auch *Levedag*, RdF 2017, 130 (m.w.N.). Lediglich bei Gesellschaften aus EWR-Staaten ließ die Finanzverwaltung eine Einlagenrückgewähr durch analoge Anwendung des § 27 Abs. 8 KStG zu, siehe BMF-Schreiben vom 21.4.2022, unter II.

⁷⁰ BMF-Schreiben vom 10.11.2021, BStBl. I 2021, 2212, Rn. 71.

⁷¹ Bei Drucklegung noch nicht im BStBl. I veröffentlicht, vgl. daher https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Steuerarten/Koerperschaftsteuer_Umwandlungsteuer/2022-04-21-einlagenrueckgewaehr-aus-drittstaaten-kapitalgesellschaften.html.

⁷² BFH-Urteile vom 27.4.2000, I R 58/99, DStR 2000, 1818; vom 20.10.2010, I R 117/08, DStR 2011, 412.

dies über den Wortlaut des Gesetzes hinausgehend mit steuersystematischen Erwägungen.⁷³

An der Rechtsprechung hielt der BFH auch nach Ausdehnung der Einlagenrückgewähr auf in der EU ansässige Körperschaften und Personenvereinigungen durch den im Rahmen des SEStEG eingeführten § 27 Abs. 8 KStG im Jahre 2006 fest.

Zunächst war es der 8. Senat des BFH, der sich mit einem Drittstaaten-Fall unter dem neuen Recht zu befassen hatte. In seinem Urteil vom 13.7.2016 begründete er die Anwendbarkeit der Grundsätze zur Einlagenrückgewähr auf eine in den USA ansässige Kapitalgesellschaft mit der andernfalls gegen Art. 3 Abs. 1 GG und Unionsrecht verstoßenden Diskriminierung von Beteiligungen an Drittstaaten-Gesellschaften. Nach dem Wortlaut des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG setzt die nicht steuerbare Einlagenrückgewähr eigentlich die Verwendung des steuerlichen Einlagekontos voraus, das eine U.S.-Kapitalgesellschaft aber natürlich nicht führt. Darin sah der BFH jedoch kein Hindernis. Die Regelung müsse durch unionsrechtskonforme Auslegung auch auf Gesellschaften aus Drittstaaten angewendet werden, für die kein Einlagekonto geführt werde. Nicht für analog anwendbar hielt der BFH hingegen das für EU-Gesellschaften vorgesehene Feststellungsverfahren. Die Einlagenrückgewähr konnte der deutsche Anteilseigner daher (nur) in seinem Veranlagungsverfahren geltend machen.⁷⁴

Der 1. Senat des BFH schloss sich dieser Rechtsprechung in seinem Urteil vom 10.4.2019 an.⁷⁵ Weitere Rechtsprechung wiederum des 8. BFH-Senats folgte, in der die Möglichkeit einer Einlagenrückgewähr durch Drittstaaten-gesellschaften bestätigt wurde.⁷⁶ Die Anwendbarkeit der Grundsätze der steuerneutralen Einlagenrückgewähr auf Drittstaaten-Gesellschaften kann nunmehr jedenfalls im Grundsatz als geklärt angesehen werden. Auch die Finanzverwaltung hat sich mit Schreiben vom 21.4.2022⁷⁷ der Rechtspre-

⁷³ Kritisch dazu *Benecke/Staats*, IStR 2016, 893.

⁷⁴ BFH, Urteil vom 13.7.2016, VIII R 47/13, DStR 2016, 2395.

⁷⁵ BFH, Urteil vom 10.4.2019, I R 15/16, IStR 2019, 825 (m. Anm. *Ergenzinger/Holle*).

⁷⁶ Urteil vom 19.10.2021, VIII R 7/20, DStR 2021, 2962.

⁷⁷ Bei Drucklegung noch nicht im BStBl. I veröffentlicht, vgl. daher https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Steuerarten/Koerperschaftsteuer_Umwandlungsteuer/2022-04-21-einlagenrueckgewaehr-aus-drittstaaten-kapitalgesellschaften.html.

chung angeschlossen. Darin lässt sie auch zu, dass auf Kapitalgesellschaften aus EWR-Staaten außerhalb der EU die Grundsätze für Drittstaatengesellschaften angewendet werden dürfen. Bisher kam für diese eine Einlagenrückgewähr und Nennkapitalauskehrung nur nach den Regeln für EU-ansässige Kapitalgesellschaften in Betracht.⁷⁸

3. Reichweite der entsprechenden Anwendung der Grundsätze zur Einlagenrückgewähr?

a. Allgemeines

Nicht vollständig geklärt war hingegen, wonach sich bestimmt, ob und in welcher Höhe eine nicht steuerbare Einlagenrückgewähr vorliegt.

Der BFH stellt in seinen Urteilen auf das ausländische Handels- und Gesellschaftsrecht ab.⁷⁹ Damit ist aber nicht klar, was das im Einzelnen bedeutet. Insbesondere stellte sich in der Vergangenheit die Frage, ob eine Einlagenrückgewähr direkt aus einer Entnahme aus der Kapitalrücklage der ausländischen Bilanz abgeleitet werden darf. Ein solcher steuerlicher Direktzugriff auf die Kapitalrücklage hätte im Widerspruch zur Behandlung von Beteiligungen an inländischen Gesellschaften und EU-ausländischen Gesellschaften gestanden. Ein Direktzugriff auf den steuerlichen Einlagebestand ist bei diesen wegen der zu beachtenden Verwendungsreihenfolge nämlich grundsätzlich nicht möglich.

b. Anwendung der Verwendungsreihenfolge

Die Frage nach der Anwendbarkeit der Verwendungsreihenfolge ist durch den BFH geklärt worden. Der 1. Senat hat in seinem Urteil vom 10.4.2019 entschieden, dass bei Drittstaaten-Gesellschaften die Verwendungsreihenfolge des § 27 Abs. 1 S. 3 KStG analog anzuwenden ist. Dies sei geboten, um einer Besserstellung des Drittstaaten-Sachverhalts gegenüber Beteiligungen an EU-Gesellschaften oder inländischen Beteiligungen entgegenzuwirken. Ein „Direktzugriff“ auf die ausländische Kapitalrücklage ist somit

⁷⁸ Siehe BMF-Schreiben vom 4.4.2016, BStBl. I 2016, 468. Rz. 1.

⁷⁹ Urteile vom 20.10.2010, I R 117/08, DStR 2011, 412; vom 13.7.2016, VIII R 47/13, DStR 2016, 2395 und VIII R 73/13, IStR 2016, 897; vom 3.5.2017, X R 12/14, DStRE 2017, 1430; vom 10.4.2019, I R 15/16, IStR 2019, 825 (m. Anm. *Ergenzinger/Holle*); vom 19.10.2021, VIII R 7/20, DStR 2021, 2962.

auch bei Drittstaatengesellschaften nicht ohne Weiteres möglich, mit anderen Worten: Eine Entnahme aus einer Kapitalrücklage bzw. einem entsprechenden Bilanzposten der ausländischen Bilanz ist für die Beurteilung als Einlagenrückgewähr nicht maßgeblich.⁸⁰ Die Finanzverwaltung hat sich dem vom BFH postulierten „Verbots“ eines Direktzugriffs mit Schreiben vom 21.4.2022⁸¹ angeschlossen.

Der BFH entschied im Urteil vom 10.4.2019 zudem, dass zwar die materiellrechtlichen Grundsätze der Einlagenrückgewähr auch für eine in einem Drittstaat ansässige Gesellschaft anzuwenden seien, dass Gleiches aber nicht für das Feststellungsverfahren nach § 27 Abs. 8 KStG gelte.

Die Frage des Vorliegens einer Einlagenrückgewähr sei vielmehr auf Ebene des Anteilseigners im Rahmen seines Veranlagungsverfahrens zu klären.⁸²

Da der BFH die Verwendungsreihenfolge gem. § 27 Abs. 1 Satz 3 und 5 KStG für maßgeblich erklärt hat, ist nun entschieden, dass auch bei Drittstaatengesellschaften zunächst der ausschüttbare Gewinn aufgebraucht werden muss, bevor eine Einlagenrückgewähr angenommen werden darf. Da die ausschüttende Kapitalgesellschaft im Urteilsfall jedoch über keine ausschüttungsfähigen Gewinne, keine Gewinnvorträge und keine aus Gewinnen gebildeten Kapitalrücklagen verfügte, kam der BFH zum Schluss, dass insofern nur Einlagen zurückgewährt worden sein konnten.

Nicht klar war allerdings, inwieweit der Betrag des ausschüttbaren Gewinns unmittelbar der ausländischen Handelsbilanz entnommen werden kann oder noch Anpassungen an deutsches Steuerrecht erfolgen müssen. Immerhin ergibt sich der ausschüttbare Gewinn nach § 27 Abs. 1 S. 5 KStG durch die Rechnung: Eigenkapital lt. deutscher Steuerbilanz \cdot gezeichnetes Kapital \cdot Einlagebestand = ausschüttbarer Gewinn. In der Differenzrechnung der Verwendungsreihenfolge kommen mit dem steuerbilanziellen Eigenkapital und dem Einlagebestand somit gleich zwei Größen vor, die sich nach deutschem Steuerrecht richten. Hierzu fehlten Aussagen im Urteil, was wohl auch daran lag, dass es im konkreten Streitfall keinerlei Anhaltspunkt für ausschüttbare

⁸⁰ BFH, Urteil vom 10.4.2019, I R 15/16, IStR 2019, 825 (m. Anm. *Ergenzinger/Holle*).

⁸¹ Bei Drucklegung noch nicht im BStBl. I veröffentlicht, vgl. daher https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Steuerarten/Koerperschaftsteuer_Umwandlungsteuer/2022-04-21-einlagenrueckgewaehr-aus-drittstaaten-kapitalgesellschaften.html.

⁸² So nun auch die Finanzverwaltung, siehe BMF-Schreiben vom 21.4.2022.

Gewinne gab. Das Urteil ist mit Blick auf die Verwendungsreihenfolge so gesehen ein obiter dictum.

Klarer verhielt sich zu dieser Frage sodann der 8. Senat des BFH in seinem Urteil vom 19. Oktober 2021.⁸³ Dieses Urteil betraf wiederum eine Ausschüttung einer US-Kapitalgesellschaft. Anders als im Fall des 1. Senats verfügte die ausschüttende US-Kapitalgesellschaft allerdings über Gewinne. Der achte Senat bestätigte die Rechtsprechung des ersten Senats, wonach für die Bestimmung einer Einlagenrückgewähr die Verwendungsreihenfolge zu beachten ist. Bei der Frage nach der Höhe des ausschüttbaren Gewinns stellte er dann schlicht auf die Höhe der „retained earnings“ in der Bilanz der US-Kapitalgesellschaft ab. Dieser Bilanzposten gelte nach der Verwendungsreihenfolge als vorrangig verwendet. Da der Bilanzposten „retained earnings“ offenbar den Betrag der Ausschüttung überstieg, leitete der BFH daraus ab, dass die Ausschüttung keine Einlagenrückgewähr sein könne. Nach diesem Urteil kommt es also weder auf das Eigenkapital nach deutschem Steuerbilanzrecht an noch darauf, in welcher Höhe nach deutschem Steuerrecht Einlagen geleistet worden sind. Entscheidend ist vielmehr die Höhe des nach ausländischem Recht ermittelten ausschüttbaren Gewinns.

Auch die Finanzverwaltung hat sich dieser Sichtweise in Bezug auf Drittstaatengesellschaften angeschlossen. Es heißt dazu im BMF-Schreiben vom 21.4.2022 unter I. 2.: „Die Höhe des ausschüttbaren Gewinns, das gezeichnete Kapital und die nicht in das Nennkapital geleisteten Einlagen (z.B. Kapitalrücklage) sind aus der ausländischen Handelsbilanz abzuleiten, die dem Jahr der Leistung an den Anteilseigner vorausgeht. Eine nach deutschem Recht aufgestellte Handelsbilanz sowie eine Überleitungsrechnung ins deutsche Steuerrecht in analoger Anwendung des § 60 Absatz 2 EStDV ist nicht erforderlich.“

c. Würdigung

aa. Sinngemäße Anwendung der Verwendungsreihenfolge

Die sinngemäße Anwendung der Verwendungsreihenfolge in § 27 Abs. 1 Satz 3 und 5 KStG führt zu einer Reihe von praktischen Anwendungsfragen. So ist unklar, wie der Einlagebestand zu ermitteln ist.

⁸³ BFH, Urteil vom 19.10.2021, VIII R 7/20, DStR 2021, 2962.

Aussagen zur Ermittlungstechnik des (fiktiv zu bildenden) „steuerlichen Einlagekontos“ können den bisherigen Urteilen nicht entnommen werden.⁸⁴ Daher ist zunächst auf den Wert bilanzieller, nicht aus Gewinnen gebildeter Einlagen (Kapitalrücklagen) zu rekurrieren.

Allerdings ist hierfür – wie auch für die Feststellung des ausschüttbaren Gewinn – erforderlich, dass überhaupt eine ausländische Bilanz verfügbar ist. Das ist namentlich bei US-amerikanischen Kapitalgesellschaften oftmals nicht der Fall.

Darüber hinaus folgen aus der Anwendung der sinngemäßen Verwendungsreihenfolge mit Blick auf Vorgänge, die in Deutschland *außerbilanziell* abgebildet würden, diverse weitere Fragen.⁸⁵

Dies gilt zum einen, sofern nach deutschem Verständnis verdeckte Einlagen geleistet wurden, sich diese aber der Höhe oder dem Grunde nach im Ausland nicht durch Zuführung zur Kapitalrücklage niedergeschlagen haben, sondern für die im Ausland eine erfolgswirksame Buchung erfolgt ist.⁸⁶

Sofern der BFH das „sinngemäße“ Einlagekonto ausschließlich handelsbilanziell verstanden wissen will, könnten verdeckte Einlagen nicht steuerneutral ausgeschüttet werden.⁸⁷

Zum anderen ergeben sich Schwierigkeiten mit Blick auf (außerbilanziell zu erfassende) verdeckte Gewinnausschüttungen.⁸⁸ Hierbei bestünde die Gefahr, dass diese mangels innerbilanzieller Abbildung als Gewinnausschüttung bereits dem Grunde nach niemals zu einer steuerneutralen Einlagenrückgewähr führen könnten.

Gesetzgeberisch müsste somit die Rechtsprechungsvorgabe des Abstellens auf das ausländische Handels- und Gesellschaftsrecht mit den aktuellen gesetzlichen Gegebenheiten „verheiratet“ werden; dies jedenfalls, wenn nicht die Einlagenrückgewähr in grundsätzlicher Weise reformiert und durch ein gesellschafterbezoogenes Modell ersetzt wird, siehe dazu unter VIII.3.

⁸⁴ So auch *Wacker*, FR 2019, 907 (910).

⁸⁵ Gl. A. *Ergenzinger/Holle*, IStR 2019, 825 (828 f.).

⁸⁶ Ebenso *Ergenzinger/Holle*, IStR 2019, 825 (829); *Endert*, IStR 2017, 185 (189); siehe auch *Baumgartner*, DStR 2019, 2393 (2397).

⁸⁷ Vgl. zum Problem auch *Benecke/Staats*, IStR 2016, 893 (896); *Endert*, IStR 2017 S. 185 (189); *Niedermaier*, DStR 2017, 1009 (1014).

⁸⁸ Vgl. hierzu auch *Baumgartner*, DStR 2019, 2393 (2397).

Auch das BMF-Schreiben vom 21.4.2022 adressiert diese Probleme nicht, da ebenso nur auf die ausländische Handelsbilanz abgestellt wird. Die Behandlung von vE und vGA wird nicht thematisiert.

bb. Ebene des Nachweises einer Einlagenrückgewähr

Wie bereits der 8. Senat⁸⁹ lehnt auch der 1. Senat eine entsprechende Anwendung der Vorschriften zum gesonderten Feststellungsverfahren in § 27 Abs. 8 KStG ab.⁹⁰ Die Kapitalrückzahlung ist vielmehr auf Ebene des (bzw. der) Gesellschafter(s) im Veranlagungsverfahren zu prüfen. Dadurch ergibt sich aktuell eine potenzielle Besserstellung gegenüber Beteiligungen an EU-ausländischen Kapitalgesellschaften. Für diese muss gem. § 27 Abs. 8 KStG ein förmliches Feststellungsverfahren nebst Ausschlussfrist für die Geltendmachung einer Einlagenrückgewähr eingehalten werden, wobei der BFH hieran ebenso unionsrechtliche Zweifel gehegt hat.⁹¹

Gibt es mehrere Anteilseigner und damit möglicherweise verschiedene zuständige Finanzämter, ist nicht gesichert, dass die Einlagenrückgewähr seitens der Finanzämter einheitlich beurteilt wird.⁹² Dieser Nachteil erscheint nicht vermeidbar und könnte zumindest durch klare Regelungsvorgaben etwas abgemildert werden. Das BMF-Schreiben vom 21.4.2022 hält ebenso nur fest, dass die Frage einer steuerneutralen Einlagenrückgewähr dem Veranlagungsverfahren des Gesellschafters überantwortet ist.

cc. Mögliche Folgewirkungen für andere Normen

Aus der neueren Rechtsprechung ergeben sich Folgefragen für andere gesetzlichen Vorschriften. Dies betrifft z.B. die Ersatztatbestände der §§ 22 Abs. 1 Satz 6 Nr. 3 UmwStG, 17 Abs. 4 Satz 1 EStG, 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 AStG, wonach Ausschüttungen von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto i.S.d. § 27 KStG nachteilige Konsequenzen haben können. Es stellt sich die Frage, ob die Ausdehnung der materiellen Grundsätze zur Einlagenrückgewähr ggf. sogar eine von der Drittstaatengesellschaft ungewollte Verwendung ihres (fiktiven) Einlagekontos auslösen könnte.

⁸⁹ Vgl. BFH, Urteil vom 13.7.2016 – VIII R 47/13, Rz. 28, DStR 2016, 2395.

⁹⁰ Vgl. auch *Wacker*, FR 2019, 907 (910).

⁹¹ Vgl. Urteile vom 4.5.2021, VIII R 14/20, DStR 2021, 2396; VIII R 17/18, BeckRS 2021, 30016.

⁹² Vgl. *Pohl*, IWB 22/2016 S. 841 (846).

Allerdings wird bereits im EU-Kontext hierzu ausgeführt, dass es ohne Durchführung eines Feststellungsverfahrens durch die ausländische Gesellschaft nicht zur Rückzahlung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto und somit nicht zu einem „schädlichen“ Ereignis im Sinne der vorstehenden Vorschriften kommen kann.⁹³ Denn ohne gesonderte Feststellung wäre nach § 27 Abs. 8 S. 9 KStG eine Ausschüttung stets als Dividende zu qualifizieren.

Das dürfte auch dann richtig sein, wenn man mit dem 8. Senat des BFH⁹⁴ den Anteilseigner zur Vermeidung eines Verstoßes gegen die Kapitalverkehrsfreiheit ebenfalls für berechtigt hält, eine Einlagenrückgewähr im Veranlagungsverfahren geltend zu machen. Eine Einlagenrückgewähr hängt danach zwar nicht mehr zwangsläufig von der Durchführung des gesonderten Feststellungsverfahrens ab. Gemessen an der Zielrichtung der EU-Verkehrsfreiheiten kann eine derartige Rechtsfortbildung allerdings nur zugunsten des Anteilseigners wirken. Das Recht der Finanzverwaltung, im Veranlagungsverfahren zu seinen Lasten eine Einlagenrückgewähr zu besteuern, kann daraus nicht abgeleitet werden.

Im Drittstaatenfall gilt dies dann ebenfalls. Oder anders formuliert: Wird kein Einlagekonto geführt bzw. keine Einlagenrückgewähr durch die ausländische Gesellschaft oder den Anteilseigner nachgewiesen, kann das Einlagekonto auch nicht i.S.d. vorstehend genannten Vorschriften „schädlich“ verwendet werden.⁹⁵

Eine nach den (ausländischen) handelsrechtlichen Vorschriften erfolgte Auszahlung von Beträgen aus der Kapitalrücklage könnte jedoch als Sperrfristverstoß nach § 22 Abs. 1 Satz 6 Nr. 3 Alternative 2 UmwStG qualifiziert

⁹³ So zu § 17 Abs. 4 Satz 1 EStG z.B. *Schmidt*, in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG – KStG 307. Ergänzungslieferung Stand 11/2021, § 17 EStG Rz. 325; zu § 22 Abs. 1 Satz 6 Nr. 3 UmwStG z.B. *Stangl*, in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, 3. Aufl. 2019, § 22 Rz. 366; *Widmann*, in Widmann/Mayer, UmwStG (Online-Stand März 2016), § 22 Rz. 71; *Patt*, in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, UmwStG, § 22 Rz. 48b; zu § 6 Abs. 5 Satz 4 Nr. 1 AStG *Häck*, in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, AStG (91. Ergänzungslieferung, 2019) § 6 Rz. 577; *Lohmann/Heerdt*, IStR 2014 S. 153 (157).

⁹⁴ Urteile vom 4.5.2021, VIII R 14/20, DSStR 2021, 2396; VIII R 17/18, BeckRS 2021, 30016.

⁹⁵ Gl. A. für Zwecke des § 17 Abs. 4 EStG *Binnewies/Stenert*, GmbH-StB 2017 S. 189 (192).

werden.⁹⁶ Denn sofern der Standpunkt vertreten wird, dass eine Rückzahlung von Beträgen aus der Kapitalrücklage eine „Herabsetzung“ i.S.d. Vorschrift darstellt, würde auch die Drittstaateneinlagenrückgewähr zu einem Sperrfristverstoß führen können. Da jedoch mittlerweile durch den BFH geklärt ist, dass es auch im Drittstaatenfall keinen steuerlichen Direktzugriff auf die Kapitalrücklage geben kann, wird Alternative 2 nur noch bei der Herabsetzung des Nennkapitals Anwendung finden können.

dd. Nennkapitalrückzahlungen

Die Behandlung der Auszahlung „unechten“ – weil aus Gewinnen und nicht aus Einlagen gebildeten – Nennkapitals richtet sich bei Drittstaatengesellschaften nach § 7 Abs. 2 KapErhStG. Danach wird eine steuerbare Dividende fingiert, wenn innerhalb von fünf Jahren nach einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und Ausgabe der neuen Anteile das Kapital wieder herabgesetzt und zurückgezahlt wird. Für Nennkapitalrückzahlungen nach Ablauf der Fünfjahresfrist gilt dies jedoch nicht mehr, unabhängig davon, ob sich die Rückzahlung aus Gewinnrücklagen speist.

Die Anwendung dieser Vorschrift auf Nennkapitalauskehrungen von Drittstaatengesellschaften wurde aber durch die BFH-Rechtsprechung in Frage gestellt. Grund ist, dass die vom BFH angestrebte Gleichbehandlung der Drittstaaten-Kapitalgesellschaft mit einer inländischen Kapitalgesellschaft und EU-ausländischen Kapitalgesellschaft konsequenterweise zur Anwendung von § 28 KStG führen würde. Diese Norm behandelt ebenfalls die Nennkapitalauskehrung, führt gegenüber § 7 Abs. 2 KapErhStG aber zu abweichenden Besteuerungsergebnissen.

Nach beiden Vorschriften führt zwar die Auszahlung „unechten“ Nennkapitals zu einer Behandlung als Dividende. Während nach § 28 KStG aus Gewinnrücklagen gebildetes Nennkapital dauerhaft unechtes Nennkapital bleibt, ist dies nach § 7 Abs. 2 KapErhStG nur während der fünfjährigen „Rückzahlungssperrfrist“ der Fall. Die Anwendung des § 28 KStG hätte somit für Ausschüttungen nach Ablauf der Fünfjahresfrist dauerhaft

⁹⁶ Vgl. *Bilitewski*, in Haritz/Menner/Bilitewski, UmwStG, § 22, 5. Aufl. 2019, Rz. 180; *Stangl*, in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, 3. Aufl. 2019, § 22, Rz. 358; *Nitzschke*, in Brandis/Heuermann, UmwStG, § 22, Rz. 65a (Stand 10/2021).

schärfere Rechtsfolgen.⁹⁷ Würde man § 28 KStG auch auf Nennkapitalherabsetzungen von Drittstaaten-Gesellschaften anwenden, bliebe § 7 Abs. 2 KapErhStG ohne Anwendungsbereich. Ob eine solche Ausdehnung des Anwendungsbereichs von § 28 KStG durch Rückgriff auf unionsrechtskonforme Gesetzesauslegung möglich ist, erscheint angesichts des entgegenstehenden Wortlauts in § 7 Abs. 2 KapErhStG fraglich.⁹⁸ Die Finanzverwaltung⁹⁹ hält daher auch an der Anwendung der Vorschrift fest und erlaubt zudem ausdrücklich eine Anwendung auf Gesellschaften aus EWR-Staaten außerhalb der EU. Nach bisheriger Finanzverwaltungsauffassung galt für diese § 27 Abs. 8 KStG.¹⁰⁰

⁹⁷ Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass bei Umwandlung von Beträgen aus der Kapitalrücklage in Nennkapital § 7 Abs. 2 KapErhStG im Vergleich zu § 28 KStG ungünstiger sein kann. Bei anschließender Nennkapitalherabsetzung und -rückzahlung innerhalb der Fünfjahresfrist führt § 7 Abs. 2 KapErhStG anders als § 28 KStG zu einer Gewinnausschüttung, obwohl letztlich Einlagen zurückgewährt werden.

⁹⁸ So auch *Benecke*, DStJG Band 43 (2020), 623 (629).

⁹⁹ BMF-Schreiben vom 21.4.2022.

¹⁰⁰ Siehe BMF-Schreiben vom 4.4.2016, BStBl. I 2016, 468. Rz. 1.

VII. Einlagenrückgewähr und Unionsrecht

Mit Blick auf die Regelungen zur Einlagenrückgewähr werden wegen der Schlechterbehandlung von Beteiligungen an ausländischen Gesellschaften immer wieder Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit mit den unionsrechtlichen Grundfreiheiten geäußert.¹⁰¹

1. Beteiligungen an EU-ausländischen Gesellschaften

Im EU-Kontext können hinsichtlich der steuerlichen Behandlung von Ausschüttungen aus ausländischen Kapitalgesellschaften sowohl die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV als auch die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 AEUV berührt sein.¹⁰² Beide Grundfreiheiten schützen vor Diskriminierungen grenzüberschreitender Beteiligungen gegenüber rein inländischen Beteiligungsverhältnissen.

a. Einschlägigkeit der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV oder der Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 AEUV

Der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit in Art. 49 Abs. 2 AEUV umfasst nur Beteiligungen, die einen sicheren Einfluss auf die Tätigkeit der

¹⁰¹ *Bauschatz*, in Gosch, 4. Aufl. 2020, § 27 Rn. 147; *Nordmeyer*, in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, § 27, Rn. 184; *Spilker/Peschke*, DStR 2011, 385 (387); *Wionzeck*, Ubg 2018, 516 (518 ff.); *Sedemund/Fischenich*, BB 2008, 1656 (1659 f.); *Teiche*, DStR 2016, 712; *Theobald/Süß*, DStR 2017, 137; *Bauschatz*, in FS Gosch, 26; a.A. betr. die Nachweispflichten und das Verfahren: *Oellerich*, in Musil/Weber-Grellet, Europäisches Steuerrecht, § 27 KStG, Rn. 24; *Berninghaus*, in Hermann/Heuer/Raupach, EStG, Stand 307. Ergänzungslieferung Stand 11/2021, § 27 KStG Rz. 15; *Oellerich*, in Brandis/Heuermann, 158. Ergänzungslieferung 8/2021, KStG, § 27, Rn. 85.

¹⁰² EuGH, Urteil vom 13.11.2012, Rs. C-35/11 „Test Claimants in the FII Group Litigation“; Urteil vom 10.2.2011, Rs. C-436, 437/08 „Haribo Lakritzen Hans Riegel und Österreichische Salinen“, Rn. 33, BeckRS 2011, 80119; Urteil vom 15.9.2011, Rs. C-310/09 „Accor“, Rn. 30, BeckRS 2012, 82405; Urteil vom 11.9.2014, Rs. C-47/12 „Kronos“, IStR 2014, 724.

Gesellschaft ermöglichen (im Folgenden „Kontrollbeteiligungen“).¹⁰³ Beteiligungen an Kapitalgesellschaften ohne Kontrollmöglichkeit, die als Portfolioinvestition gehalten werden, sind dagegen von der Kapitalverkehrsfreiheit erfasst, denn unter den Begriff Kapitalverkehr fallen Beteiligungen unabhängig von der Beteiligungshöhe.¹⁰⁴

Da die Regelungen zur Einlagenrückgewähr tatbestandlich keine bestimmte Beteiligungshöhe voraussetzen, sind sie sowohl auf Kontroll- als auch Portfoliobeteiligungen anwendbar. Ob die Kapitalverkehrsfreiheit oder die vorrangig anwendbare Niederlassungsfreiheit einschlägig ist, hängt bei Sachverhalten innerhalb des EU-Raums noch von der konkret zu beurteilenden Beteiligungshöhe ab. Im Drittstaatenfall kommt es hingegen nur auf den Gegenstand der Regelung an.

b. Unzulässige Diskriminierung

Die Frage nach der Konformität einer steuerlichen Regelung mit den Grundfreiheiten verläuft in der EuGH-Rechtsprechung bei der Kapital- und der Niederlassungsfreiheit nach sehr ähnlichen Maßstäben.¹⁰⁵ Im Bereich des Steuerrechts prüft der EuGH, ob eine steuerliche Regelung eine Diskriminierung darstellt, die geeignet ist, von Investitionen in anderen Staaten abzuhalten.¹⁰⁶ Die hier fraglichen Regelungen zur Einlagenrückgewähr behandeln zwar den Fall einer inländischen Beteiligung und den einer Beteiligung an einer Gesellschaft im EU-Ausland formal gleich. Allerdings schützen die

¹⁰³ EuGH, Urteil vom 21.10.2010, Rs. C-81/09 „Idryma Typo“ Rn. 47 ff., NZG 2011, 183 (m. Anm. *Möslein*); EuGH, Urteil vom 12. 9. 2006, Rs. C-196/04“, – „Cadbury Schweppes“, Rn. 31, IStR 2006, 670 (m. Anm. *Körner*); EuGH, Urteil vom 17. 9.2009, Rs. C-182/08 „Glaxo Wellcome“, Rn. 47, IStR 2009, 69; EuGH, Urteil vom 22. 12. 2008, Rs. C-282/07 „Truck Center“, Rn. 25, IStR 2009, 135.

¹⁰⁴ Zu Direktinvestitionen vgl. EuGH, Urteil vom 12.12.2006, Rs. C-446/04 „Test Claimants in the FII Group Litigation“ Rn. 182, BFH/NV 2007, 173.

¹⁰⁵ Vgl. *Schaumburg/Englisch/Reimer*, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 7.35; *Musil*, in *Musil/Weber-Grellet*, Europäisches Steuerrecht, Art. 63 AEUV, Rn. 23; *Sedlacek/Züger*, in *Streinz*, EUV/AEUV, AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 65 AEUV, Rn. 3.

¹⁰⁶ Z.B. EuGH, Urteil vom 12.12.2006, Rs. C-374/04 „Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation“, Rn. 46, IStR 2007, 138; dazu auch *Musil*, in *Musil/Weber-Grellet*, Europäisches Steuerrecht, Einführung Rn. 96; *Schaumburg/Englisch/Reimer*, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 7.37, 7.125 ff.; *Sedlacek/Züger*, in *Streinz*, EUV/AEUV, AEUV Art. 65 Rn. 4 ff.

Verkehrsfreiheiten auch vor faktischen Diskriminierungen, die sich daraus ergeben, dass die Voraussetzungen einer Steuerbegünstigung aufgrund von Inlandsspezifika im grenzüberschreitenden Fall im Allgemeinen nicht oder nur übermäßig schwer erfüllbar sind.¹⁰⁷

Beteiligungen an inländischen Gesellschaften und Beteiligungen an ausländische Gesellschaften sind auch vergleichbar, sodass ein potenzieller Verstoß gegen die Niederlassungs- bzw. Kapitalverkehrsfreiheit nicht bereits wegen fehlender Vergleichbarkeit ausscheidet. Die Vergleichbarkeit ergibt sich u.a. daraus, dass Deutschland in beiden Fällen Ausschüttungen und Anteilsveräußerungen sowie veräußerungsähnliche Vorgänge der Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer unterwirft.

Die deutschen Regelungen sehen keine Bedingungen vor, durch die Beteiligungen an EU-Gesellschaften offen benachteiligt werden. § 27 Abs. 8 S. 1 KStG sieht explizit vor, dass EU-Gesellschaften die Möglichkeit der Einlagenrückgewähr offenstehen soll. Das Problem liegt hier vielmehr in den Regelungen zur Ermittlung und dem Nachweis einer Einlagenrückgewähr.

aa. materiellrechtliche Hindernisse

Die materiellen Regelungen zur Einlagenrückgewähr gehen von Kapitalgesellschaften aus, die ein steuerliches Einlagekonto führen und deutsche Steuerbilanzen erstellen. Die Inlandsradizierung der Regelungen benachteiligt Beteiligungen an ausländischen Kapitalgesellschaften. Wie oben unter V.2. ausgeführt, ergeben sich in Auslandsfällen erhebliche Probleme und Aufwände bis hin zur praktischen Unmöglichkeit der Darlegung, vor allem bei Portfoliobeteiligungen.

Zwar müssen Erschwernisse bei grenzüberschreitenden Investitionen im Bereich des nicht harmonisierten Steuerrechts einerseits in gewissem Maße hingenommen werden. Der EuGH fordert andererseits nicht, dass eine Beschränkung erst dann gegeben ist, wenn es einem Gebietsfremden absolut unmöglich ist, von einem Mitgliedstaat vorgesehene Anforderungen zu erfüllen.¹⁰⁸ Es genügt stattdessen, wenn deren Einhaltung für Gebietsfremde

¹⁰⁷ EuGH-Urteil vom 30.1.2020, Rs. C-156/17 „Köln-Aktienfonds Deka“ Rn. 56, 62, IStR 2020, 226; Urteil vom 10.2.2011, Rs. C-436/08, C-437/08 „Haribo Lakritzen Hans Riegel und Österreichische Salinen“, Leitsatz 2, BeckRS 2011, 80119.

¹⁰⁸ S. EuGH, Urt. vom 9.10.2014 – C-326/12, „van Caster“, DStRE 2014, 1318.

übermäßig schwierig ist.¹⁰⁹ Dies wird man angesichts der beschriebenen Probleme der Ermittlung und Beschaffung von Nachweisen wohl annehmen können, auch wenn klare Kriterien für die Einordnung als „übermäßig schwierig“ fehlen.

Rechtfertigung

Die anerkannten Rechtfertigungsgründe der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse zwischen den Mitgliedstaaten und die Bekämpfung von Steuerflucht sind im vorliegenden Kontext nicht einschlägig.¹¹⁰ Die Einlagenrückgewähr ermöglicht keine grenzüberschreitende Verschiebung von Steuersubstrat.

Der Schutz des deutschen Steuersubstrats steht hier auch nicht im Vordergrund. Es geht hier um die gleichmäßige und folgerichtige Anwendung der Regeln auf rein inländische und grenzüberschreitende Sachverhalte. Zwar ist das Folgerichtigkeitsgebot bzw. Systemkohärenz unionsrechtlich anerkannt.¹¹¹ Damit kann aber keine faktische Diskriminierung des grenzüberschreitenden Sachverhalts gerechtfertigt werden.

Als Rechtfertigungsgrund kommt daher nur die Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle in Betracht. Die Finanzbehörden sind danach grundsätzlich berechtigt, vom Steuerpflichtigen Nachweise über Sachverhalte im Ausland zu verlangen, die für die Überprüfung der Voraussetzungen einer Steuerbegünstigung notwendig sind.¹¹² Im Kontext der Einlagenrückgewähr bedeutet das, dass die Verwendungsreihenfolge zwecks Bestimmung einer Einlagenrückgewähr und die Pflicht zur Vorlage von Nachweisen hierüber grundsätzlich gerechtfertigt sein dürften, da dies einer systemkohärenten Anwendung der Regelungen in inländischen und grenzüberschreitenden Fällen dient. Unsicher ist aber, ob diese Rechtfertigung auch die Regelungen trägt, die

¹⁰⁹ EuGH-Urteil vom 30.1.2020, Rs. C-156/17 „Köln-Aktienfonds Deka“ Rn. 56, 62, IStR 2020, 226; Urteil vom 10.2.2011, Rs. C-436/08, C-437/08 „Haribo Lakritzen Hans Riegel und Österreichische Salinen“, Leitsatz 2, BeckRS 2011, 80119.

¹¹⁰ Vgl. z.B. EuGH, Urteil vom 26.2.2019, Rs. C-135/17 „X-GmbH“, Rn. 70 ff., IStR 2019, 347.

¹¹¹ S. zum unionsrechtlichen Folgerichtigkeitsgebot *Schaumburg/Englisch/Reimer*, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 7.207.

¹¹² Urteile vom 10.2.2011, Rs. C-436/08, C-437/08 „Haribo Lakritzen Hans Riegel und Österreichische Salinen“, Rn. 98, BeckRS 2011, 80119, sowie vom 30.6.2011 – C-262/09 „Meilicke II“, Rn. 45, IStR 2011, 551.

im Auslandsfall auf erhebliche Umsetzungsschwierigkeiten stoßen, wie etwa die Vorgabe, den ausschüttbaren Gewinn unter Verwendung einer Bilanz nach deutschem Steuerrecht zu ermitteln oder bei Verschmelzungen und Spaltungen § 29 KStG anzuwenden.

Einerseits stellt der EuGH zwar durchaus strenge Anforderungen an zu erbringende Nachweise.¹¹³ Andererseits hat er auch gelegentlich darauf hingewiesen, dass die im Auslandsfall zu erbringenden Nachweise nicht exakt denjenigen entsprechen müssen, die für vergleichbare Inlandsfälle verlangt werden.¹¹⁴ Die Nachweisführung darf sich zudem nicht als zu schwierig oder praktisch unmöglich erweisen.¹¹⁵

Dabei hat der EuGH angedeutet, dass er es für relevant hält, ob die Schwierigkeiten bei der Nachweisführung in der Sphäre der Steuerpflichtigen oder des Mitgliedsstaats liegen, der die Nachweisanforderungen aufstellt. Schwierigkeiten beim Nachweis im Ausland gezahlter Steuern oder der Zusammensetzung des Anlegekreises eines Investmentfonds sollen in der Sphäre der betreffenden Wirtschaftsteilnehmer liegen. Einen fehlenden Informationsfluss auf Seiten des Wirtschaftsteilnehmers müsse der Mitgliedstaat nicht auffangen.¹¹⁶ Allerdings sieht der EuGH wohl den Mitgliedstaat in der Verantwortung, wenn die Schwierigkeiten in der Komplexität der von ihm verlangten Informationen begründet sind.¹¹⁷ Die hohe Komplexität beruht vorliegend darin, dass das ursprünglich auf das Inland zugeschnittene System des Einlagekontos schlicht auf das Ausland übertragen wird. Die Identifizierung von Einlagen ist jedoch auch durch einfachere, international kompatiblere Methoden möglich, wie etwa den Rückgriff auf die Handelsbilanz anstelle einer deutschen Steuerbilanz. Insofern erscheint es nicht ausge-

¹¹³ Vgl. Urteile vom 10.2.2011, Rs. C-436/08, C-437/08 „Haribo Lakritzen Hans Riegel und Österreichische Salinen“, Rn. 98 BeckRS 2011, 80119, sowie vom 30.6.2011 – C-262/09 „Meilicke II“, IStR 2011, 551.

¹¹⁴ EuGH, Urteil vom 30.6.2011 – C-262/09 „Meilicke II“, IStR 2011, 551; EuGH-Urteil vom 30.1.2020, Rs. C-156/17 „Köln-Aktienfonds Deka“, Rn. 62, IStR 2020, 226.

¹¹⁵ EuGH, Urteil vom 15.9.2011, Rs. C-310/09 „Accor“, Rn. 100, BeckRS 2012, 82405.

¹¹⁶ EuGH, Urteil vom 30.6.2011 – C-262/09 „Meilicke II“, Rn. 48, IStR 2011, 551; Urteil vom 30.1.2020, Rs. C-156/17 „Köln-Aktienfonds Deka“, Rn. 65, IStR 2020, 226.

¹¹⁷ S. EuGH, Urteil vom 30.1.2020, Rs. C-156/17 „Köln-Aktienfonds Deka“, Rn. 64, IStR 2020, 226.

schlossen, dass der EuGH die Schwierigkeiten bei der Darlegung einer Einlagenrückgewähr auf die Komplexität der von Deutschland verlangten Information zurückführen und aufgrund dessen eine unzulässige Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit bzw. Niederlassungsfreiheit annehmen würde.

Eine Gesetzgebung und Finanzverwaltungspraxis, die auf EU-Rechtskonformität Wert legt, sollte ausländische Handelsbilanzen als Grundlage der Ermittlung des ausschüttbaren Gewinns erlauben. Das mit der Verwendungsreihenfolge verfolgte Ziel, die Ausschüttung von Einlagen in typisierter Form zu identifizieren, würde auch mit einer ausländischen Handelsbilanz erreicht. Da Gewinnausschüttungen in der Regel auf Basis des handelsbilanziellen Ergebnisses der ausländischen Gesellschaft erfolgen, ist die Heranziehung der Handelsbilanz für Zwecke der Verwendungsreihenfolge sogar sachgerechter als eine Steuerbilanz.

Vergleichbares gilt auch im Hinblick auf umwandlungsbedingte Zu- und Abgänge beim Einlagekonto nach § 29 KStG. Auch hier könnte im Auslandsfall die Nachweisführung anhand der handelsbilanziellen Behandlung der Umwandlung zugelassen werden. Insbesondere sollte der Anteilseigner nicht verpflichtet werden, etwaige Umwandlungen, die vor dem Erwerb seines Anteils stattgefunden haben, zu ermitteln und etwaige Auswirkungen auf den Einlagebestand nach § 29 KStG darzulegen. Eine Möglichkeit zur Vermeidung der Ermittlungsprobleme für Vorgänge vor dem Anteilserwerb wäre es, den Stand der ausländischen Kapitalrücklage zum Erwerbszeitpunkt als Einlagebestand im Sinne einer Schätzung zu akzeptieren.

Das würde nicht ausschließen, dass die Finanzverwaltung ggf. über Auskunftersuchen im zwischenstaatlichen Informationsaustausch die Sachverhalte für eine exakte Anwendung der Vorschriften genauer ermittelt.

Nicht verlangt werden können Nachweise, deren Vorlage deswegen unmöglich ist, weil die Aufbewahrungsfristen im Ausland bereits abgelaufen sind. Dies stünde dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz entgegen.¹¹⁸

¹¹⁸ EuGH, Urteil vom 15.9.2011, Rs. C-310/09 „Accor“, Rn. 101, DStRE 2012, 563.

bb. Verfahrensrechtliche Hindernisse

Das Erfordernis eines Antrags durch die ausländische Gesellschaft bedeutet, dass der deutsche Anteilseigner auf die von ihm in vielen Fällen nicht zu beeinflussende Mitwirkung der ausländischen Gesellschaft angewiesen ist. Anders als inländische Kapitalgesellschaften, bei denen die gesonderte Feststellung des Einlagekontos in deren Veranlagungsverfahren erfolgt, werden ausländische Kapitalgesellschaften angesichts des damit verbundenen Aufwands das erforderliche Feststellungsverfahren häufig nicht betreiben, siehe zu verfahrensrechtlichen Problemen oben V.2.b. Dadurch besteht für Beteiligungen an EU-ausländischen Gesellschaften eine faktische Diskriminierung, die geeignet ist, vom Erwerb solcher Beteiligungen abzuhalten.

Rechtfertigung

Dass die Voraussetzungen einer Einlagenrückgewähr gegenüber der Finanzverwaltung in einem gesonderten Feststellungsverfahren dargelegt werden müssen, ist zur Gewährleistung der steuerlichen Kontrolle im Grundsatz rechtfertigungsfähig. Allerdings dürfte es über das Erforderliche hinausgehen, wenn nur die ausländische Gesellschaft die verfahrensrechtliche Möglichkeit hat, Nachweise und Informationen vorzulegen.¹¹⁹ Das sieht auch der BFH so. Der 8. Senat des BFH hält es in seinen Urteilen vom 4.5.2021 für geboten, dass auch der inländische Anteilseigner in seinem Veranlagungsverfahren eine Einlagenrückgewähr nachweisen kann. Die Fiktion einer Gewinnausschüttung gem. § 27 Abs. 8 Satz 9 KStG, weil die EU-ausländische Gesellschaft kein gesondertes Feststellungsverfahren durchgeführt hat und es deshalb an einer gesonderten Feststellung der Einlagenrückgewähr nach § 27 Abs. 8 S. 3 KStG fehlt, ist deshalb nach zutreffender Ansicht des BFH unionsrechtlich problematisch.¹²⁰

Zur einjährigen Antragsfrist im Feststellungsverfahren nach § 27 Abs. 8 S. 4 KStG hatte der 1. Senat des BFH noch entschieden, dass die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Einlagenrückgewähr von EU-ausländischen Gesellschaften unionsrechtskonform ist.¹²¹ An dieser Entscheidung des BFH kann man im Hinblick auf den unionsrechtlichen Äquivalenzgrundsatz Zweifel

¹¹⁹ Vgl. EuGH, Urt. vom 9.10.2014 – C-326/12, „van Caster“, DStRE 2014, 1318.

¹²⁰ Urteile vom 4.5.2021, VIII R 14/20, DStR 2021, 2396; VIII R 17/18, BeckRS 2021, 30016.

¹²¹ BFH, Beschl. vom 27.2.2018, I B 37/17, DStR 2018, 1495.

haben. Mit der neuerlichen Entscheidung des BFH dürfte allerdings die Frage, ob die Einjahresfrist für den Antrag der ausländischen Gesellschaft unionsrechtskonform ist, ohnehin in den Hintergrund treten, wenn es trotz des in § 27 Abs. 8 S. 3 ff. KStG vorgesehenen Feststellungsverfahrens möglich ist, die Einlagenrückgewähr hilfsweise auch im Veranlagungsverfahren geltend zu machen.

2. Beteiligungen an Drittstaaten-Gesellschaften

Was Beteiligungen an Drittstaaten-Gesellschaften betrifft, ist durch die BFH-Rechtsprechung geklärt, dass trotz der Begrenzung des § 27 Abs. 8 KStG auf EU-ausländische Gesellschaften die Grundsätze der Einlagenrückgewähr ebenfalls Anwendung finden.¹²²

Somit bestehen die Bedenken hinsichtlich der diskriminierenden Wirkung von Darlegungs- und Nachweisanforderungen hier in gleicher Weise wie bei EU-ausländischen Gesellschaften. Das würde jedenfalls gelten, wollte man § 27 Abs. 8 KStG in der Auslegung der Finanzverwaltung analog auf Drittstaaten-Gesellschaften anwenden.

Beteiligungen an Drittstaaten-Gesellschaften profitieren unabhängig von der im konkreten Fall vorliegenden Beteiligungshöhe vom Schutz durch die Kapitalverkehrsfreiheit,¹²³ Voraussetzung ist allerdings, dass die deutschen Finanzbehörden die Angaben des Anteilseigners zur Gesellschaft im Drittstaat durch eine Auskunftspflichtung der zuständigen Behörden des Drittstaats überprüfen können. Eine solche Verpflichtung des Drittstaats kann sich z.B. aus einer großen Auskunftsklausel in einem DBA ergeben.¹²⁴ Noch nicht vom EuGH entschieden wurde, ob das Bestehen eines Informationsanspruchs des deutschen Fiskus schon genügt oder ob darüber hinaus erforder-

¹²² BFH, Urteil vom 10.4.2019, I R 15/16, Rz. 18, IStR 2019, 825 (m. Anm. *Ergenzinger/Holle*).

¹²³ Eine Verdrängung durch die (im Verhältnis zu Drittstaaten nicht anwendbare) Niederlassungsfreiheit findet anders in reinen EU-Fällen nicht statt, siehe z.B. EuGH, Urteil vom 13. 11. 2012, Rs. C-35/11 „Test Claimants in the FII Group Litigation“, IStR 2007, 69, Rn. 99.

¹²⁴ Daneben kann sich der Informationsanspruch auch aus weiteren zwischenstaatlichen Regelungen ergeben, siehe dazu BMF-Schreiben vom 17.3.2021, DStR 2021, 732.

lich ist, dass Informationen im ausländischen Staat auch tatsächlich vorliegen und von diesem übermittelt werden.¹²⁵

3. Zwischenergebnis

Die Regelungen zur Einlagenrückgewähr sind für den Inlandsfall konzipiert, indem sie zugrunde legen, dass Kapitalgesellschaften systematisch und flächendeckend ein Einlagekonto führen. Das ist bei ausländischen Kapitalgesellschaften naturgemäß nicht der Fall. Beteiligungen an ausländischen Gesellschaften werden bei der Geltendmachung einer Einlagenrückgewähr im Ergebnis in unionsrechtlich problematischer Weise faktisch diskriminiert.

Die faktische Diskriminierung ergibt sich daraus, dass die Regelungen je nach Sachverhalt nicht oder nur unter Inkaufnahme erheblichen Aufwandes anwendbar sind. Das betrifft maßgeblich die Vorgabe, dass ausländische Handelsbilanzen für Zwecke der Verwendungsreihenfolge auf deutsches Steuerrecht überzuleiten sind. Ferner führt der Umstand, dass mangels regelmäßiger Feststellungsverfahren u.U. auch weit in der Vergangenheit liegende Sachverhalte nachvollzogen werden müssen, dazu, dass im Ausland wegen abgelaufener Aufbewahrungsfristen keine Unterlagen mehr vorhanden sind. Schließlich sind die speziellen Regelungen für die Behandlung bestimmter Umwandlungsfälle im Einlagekonto bei ausländischen Gesellschaften praktisch kaum anwendbar.

Zumindest für Drittstaaten- und „Nur-EWR-Fälle“ ist die Situation durch die Rechtsprechung und die ihr mittlerweile folgende Finanzverwaltungsauffassung derzeit entschärft. Das BMF erlaubt es in seinem Schreiben vom 21.4.2022, in diesen Fällen eine Einlagenrückgewähr auf Basis ausländischer Handelsbilanzen nachzuweisen.

¹²⁵ Die deutsche Finanzverwaltung geht davon aus, dass die Verifikationsmöglichkeit auch tatsächlich bestehen muss, d.h. die Zusammenarbeit mit den ausländischen Behörden störungsfrei gewährleistet ist, s. BMF-Schreiben vom 17.3.2021, DStR 2021, 732.

VIII. Reformoptionen

Die aktuellen Regelungen zur Einlagenrückgewähr sind reformbedürftig. Aus der Rechtsprechung des BFH zur Einlagenrückgewähr von Drittstaaten-, aber auch EU-Gesellschaften ergeben sich zahlreiche Fragen, die nur durch den Gesetzgeber beantwortet werden können.

Bei einer Gesetzesreform sollte das derzeitige Regelungskonzept insgesamt kritisch hinterfragt werden. Dies gilt auch für rein inländische Konstellationen. Auch hier können sich Ungereimtheiten und Anwendungsprobleme ergeben.

1. Ungereimtheiten des derzeitigen Einlagenrückgewähr-Konzepts

a. Gründungsgesellschafter vs. abgekaufte Rücklagen

Das Konzept der Einlagenrückgewähr dient bei der Besteuerung des Anteilseigners dazu, dessen steuerbare Erträge aus der Kapitalnutzung von der Rückzahlung des eingesetzten Kapitalstamms als vermögensumschichtenden Vorgang voneinander abzugrenzen. Letztere ist wegen der Verrechnung mit den Anschaffungskosten bzw. dem Beteiligungsbuchwert erst mit dem darüber hinausgehenden Betrag steuerbar.

Konsequent ist das Konzept bei der Abgrenzung von Kapitalnutzung und Kapitalrückzahlung allerdings nicht. Eine logische Verknüpfung der Eigenkapitalgliederung der Gesellschaft in Gewinne und Einlagen mit der Einordnung des Vermögens des Anteilseigners in Kapitalstamm und Kapitalerträgen besteht nämlich nur bei einem **Gründungsgesellschafter**. Bei diesem entspricht das eingesetzte Kapital dem Einlagebestand bei der Kapitalgesellschaft.

Bei einem **erworbenen Anteil** besteht diese Verknüpfung hingegen nicht. Aus Sicht des Erwerbers bildet der Kaufpreis, den er für den Anteil bezahlt, den Kapitalstamm. In der Regel vereinbart der Anteilskäufer mit dem Veräußerer, dass gegen Erhöhung des Kaufpreises auch noch nicht ausgeschüttete Gewinne (Rücklagen, Vorträge, Gewinn des aktuellen Wirtschaftsjahres) der Gesellschaft dem Anteilserwerber zustehen sollen. Werden die abgekauften Gewinne später ausgeschüttet, so läge es nahe, hierin eine Vermögensumschichtung zu sehen. Der Erhöhung des Geldbestands des Anteilseigners steht eine Minderung der Anschaffungskosten der Beteiligung gegenüber, weil diese an ihn zurückgezahlt werden. Das Konzept der Einlagenrückge-

währ bildet den Fall des Beteiligungserwerbs ersichtlich nur ungenügend bis gar nicht ab.

Für die Handelsbilanz wird vertreten, dass die Ausschüttung abgekaufter Gewinne unter Umständen ergebnisneutral mit den Anschaffungskosten verrechnet werden kann.¹²⁶ Steuerbilanziell ist hingegen von einem ergebniswirksamen Kapitalertrag auszugehen.¹²⁷ Eine Verrechnung von Ausschüttungen mit dem Beteiligungsbuchwert ist nur bei einer Nennkapitalrückzahlung oder Einlagenrückgewähr nach den Regeln des Einlagenkontos möglich. In der Konsequenz wird nach dem derzeitigen Konzept des Einlagekontos die Ausschüttung von abgekauften Gewinnen der Kapitalnutzung des (neuen) Anteilseigners zugeordnet. Insofern befördert das derzeitige Regelungskonzept einen Widerspruch zwischen handelsbilanzieller und steuerlicher Behandlung. Außerdem werden die Rücklagen, die beim Verkauf von Anteilen bereits über den Kaufpreis der Anteile abgegolten und beim Verkäufer besteuert wurden, beim Erwerber nochmals besteuert, wenn diese dann ausgeschüttet werden. In der Totalperiode ist diese Mehrfachbesteuerung der Rücklagen allerdings normalerweise kein Problem. Denn die Anschaffungskosten der Beteiligung, die wirtschaftlich auf die Rücklagen entfallen, wirken sich bei Beendigung der Beteiligungsinvestition – z.B. bei Veräußerung – gewinnmindernd aus. Würde die Ausschüttung der abgekauften Gewinne mit dem Beteiligungsbuchwert verrechnet, wäre die Ausschüttung zwar steuerneutral. Dafür würde in Höhe des abgesenkten Beteiligungsbuchwerts ein späterer Veräußerungsgewinn entsprechend höher ausfallen. Die Behandlung als Dividende statt als Kapitalrückzahlung bewirkt also lediglich eine Periodenverschiebung, hier im Sinne eines Vorzieheffekts. Unter Umständen kann sich aber auch ein dauerhafter Steuernachteil ergeben. Eine Körperschaft, die Streubesitzanteile erwirbt, muss wegen § 8b Abs. 4 KStG die abgekauften Gewinnrücklagen bei Ausschüttung voll versteuern. Ein kompensatorischer Vorteil durch Minderung des Gewinns bei Beendigung des Beteiligungsinvestments über die Anschaffungskosten für die Beteiligung stellt sich nicht ein. Der Grund ist die Steuerfreiheit der Anteilsveräußerung oder ähnlicher Realisationsvorgänge gem. § 8b Abs. 2 KStG bzw. die Nichtberücksichtigung eines Verlusts gem. § 8b Abs. 3 S. 2 KStG.

¹²⁶ *Schubert/Gadek*, in Beck'scher Bilanzkommentar, 12. Auf. 2020, § 255 HGB, Rn. 141 m.w.N.

¹²⁷ BFH vom 21.5.1986 – I R 190/81, BStBl. II 1986, 815.

b. Umwandlungen

Für Umwandlungen stellt sich ein vergleichbares Problem. Das gegenwärtige Recht lässt in § 29 KStG nur den Übergang des Einlagekontos von der übertragenden Kapitalgesellschaft auf die übernehmende Kapitalgesellschaft zu.

Beispiel:

Eine Kapitalgesellschaft mit einem Vermögen von 400 (stille Reserven sind nicht vorhanden) soll auf eine **Schwesterkapitalgesellschaft verschmolzen** werden. Von dem in der Steuerbilanz ausgewiesenen Eigenkapital von 400 entfallen 50 auf das Nennkapital. Die Kapitalrücklage (= Bestand des steuerlichen Einlagekontos) beträgt 50, der ausschüttbare Gewinn 300. Der Alleingesellschafter der übertragenden Kapitalgesellschaft hat seinen Anteil mit den Anschaffungskosten von 100 in der Handels- und Steuerbilanz bilanziert. Der gemeine Wert des Anteils beträgt 400.

Nach § 29 Abs. 2 S. 1 KStG geht der Bestand des Einlagekontos der übertragenden Kapitalgesellschaft über. Das Einlagekonto ist allerdings gem. § 29 Abs. 1 KStG zuvor noch um das Nennkapital von 50 zu erhöhen und beträgt dann insgesamt 100. Daraus ergibt sich ein Übergang von Einlageguthaben in Höhe von 100. Da ein Vermögen von insgesamt 400 übergeht, ergibt sich eine Erhöhung des ausschüttbaren Gewinns bei der übernehmenden Kapitalgesellschaft um 300. Dieser Teil des übergehenden Vermögens kommt somit nicht als Einlage, sondern als „Gewinnkapital“ bei der übernehmenden Gesellschaft an.

Es stellt sich somit – wie in den Fällen „abgekaufter“ Rücklagen – die Frage, ob nicht auch Gewinne der übertragenden Kapitalgesellschaft, im Beispielfall also 300, dem Einlagekonto des Übernehmers zugeordnet werden sollten.

Sachgerecht erscheint dies, wenn die Gewinne der übertragenden Kapitalgesellschaft bei deren Anteilseignern im Zuge der Umwandlung besteuert werden.

Dazu kommt es, wenn im Beispielfall mangels Buchwertfortführung nach § 13 Abs. 2 UmwStG die stillen Reserven in Höhe von 300 im Anteil an der übertragenden Kapitalgesellschaft aufgedeckt werden. Auf Ebene des Anteilseigners wird die Umwandlung dann wie eine steuerpflichtige Veräußerung des Anteils behandelt, weswegen es ebenso sachgerecht wäre, die gespeicherten Gewinne (insb. Gewinnrücklagen), die über den Veräu-

berungspreis beim Anteilseigner bereits versteuert wurden, dem Einlagekonto des Übernehmers zuzuschlagen. Anderenfalls käme es wie bei einem Anteilserwerb auch hier wieder zu einer doppelten Besteuerung der ausgeschütteten Gewinne. Anders als bei einem Anteilserwerb (siehe oben) träte die Doppelbesteuerung allerdings beim gleichen Steuersubjekt (Anteilseigner) ein.

Des Weiteren sind die **Konsequenzen von Auf- und Abwärtsverschmelzungen bzw. -spaltungen** zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften auf das Einlagekonto teilweise inkonsistent geregelt. Die Regelungen in § 29 Abs. 2 Sätze 2 und 3 KStG sehen für Aufwärts- und Abwärtsverschmelzungen zwischen Kapitalgesellschaften Korrekturen der Einlagekonten der beteiligten Gesellschaften vor, sodass diese nicht vollständig zusammenge-rechnet werden können. Entsprechendes gilt nach § 29 Abs. 3 S. 3 KStG für Aufwärts- und Abwärtsspaltungen. Die Regelungen sollen typisierend die Vervielfältigung der von den Anteilseignern geleisteten Einlagebestände verhindern, wenn die Beteiligungsebenen durch Umwandlungen wieder zusammengeführt werden.¹²⁸ Dies kann z.B. dadurch entstehen, dass eine Tochtergesellschaft zunächst gegründet und später wieder mit der Muttergesellschaft verschmolzen wird. Würden die Einlagen der Tochtergesellschaft nach der Verschmelzung mit der Muttergesellschaft mit deren Einlagekonto addiert, würde dadurch ggfs. mehr Einlagebestand kreiert, als ursprünglich in die Muttergesellschaft von deren Anteilseignern geleistet worden war. Dies wird verhindert, indem bei einer Abwärtsverschmelzung das Einlagekonto der Tochtergesellschaft gekürzt und bei der Aufwärtsverschmelzung die Hinzu-rechnung begrenzt wird. Bei Zusammenführung der beiden Beteiligungsebenen wird dadurch die frühere Einlage der Muttergesellschaft in die Tochtergesellschaft wieder rückgängig gemacht. Vergleichbares ist in § 29 Abs. 3 S. 3 KStG für Spaltungen vorgesehen.

In einigen Fällen kommt es aber zu nicht sachgerechten Ergebnissen. Diese können sich sowohl zugunsten als auch zuungunsten des Steuerpflichtigen auswirken.¹²⁹ Beispielhaft soll hier der Fall der Abwärtsspaltung erwähnt werden, der in besonderem Maße Fragen der Sachgerechtigkeit aufwirft.

¹²⁸ Förster/van Lishaut, FR 2002, 1257; Dötsch/Mendig, in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 29 KStG Tz. 20 ff., Stand: 10/2020.

¹²⁹ Dötsch/Mendig, in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 29 KStG Tz. 42a f., 42 g f., Stand: 10/2020; speziell zu Aufwärts- und Abwärtsspaltungen im Einzelnen Nitzschke, Ubg 2015, 54; van Lishaut, in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, 3. Aufl. 2019, Anh. 3, Rz. 40, 43 ff.

Eine Abwärtsabsplattung auf eine bestehende 100-%-Tochtergesellschaft etwa führt bei dieser zu einer vollständigen Vernichtung ihres bisherigen Einlagekontos.¹³⁰ Nachvollziehbar ist eine Kürzung des Einlagebestands der Tochtergesellschaft, soweit die Anteilseigner der Muttergesellschaft an Einlagen beteiligt werden, die nicht von ihnen, sondern von der Muttergesellschaft stammen. Dazu kann es kommen, wenn die übernehmende Tochtergesellschaft als Gegenleistung für das abgesplattene Vermögen den Anteilseignern der Muttergesellschaft Anteile gewährt. Soweit die Muttergesellschaft auch nach der Spaltung an ihrer Einlage in die Tochtergesellschaft beteiligt bleibt, besteht für die Kürzung ihres Einlagebestands hingegen kein Anlass.¹³¹ Besonders augenfällig ist dies bei der Abwärtsabsplattung auf eine 100-%-Tochtergesellschaft ohne Anteilsgewährung. Die Muttergesellschaft bleibt vollständig an ihren Einlagen beteiligt. Den Anteilseignern steht mangels direkter Beteiligung das Einlagekonto der Tochtergesellschaft nicht zur Verfügung; zu einer problematischen Vervielfältigung ihrer Einlagen kommt es somit nicht. Gleichwohl soll nach dem Wortlaut des Gesetzes der Einlagebestand der Tochtergesellschaft vollständig gekürzt werden.

Darüber hinaus ergibt sich ein Widerspruch zu den Auswirkungen einer Ausgliederung auf das Einlagekonto. Statt als Absplattung ohne Anteilsgewährung könnte die Muttergesellschaft Vermögen auch im Wege der Ausgliederung zur Aufnahme nach § 123 Abs. 3 UmwG auf die bestehende Tochtergesellschaft übertragen. In beiden Varianten kommt es wirtschaftlich zum gleichen Ergebnis. Das Vermögen wird auf die Tochtergesellschaft übertragen, ohne dass sich – abgesehen vom „inneren Wert“ der Beteiligung – an der 100-%-Beteiligung der Muttergesellschaft etwas ändert. Die Auswirkungen auf die Einlagekonten der Mutter- und Tochtergesellschaft stellen sich in der Absplattungsvariante aber deutlich nachteiliger dar als bei der Übertragung des Teilbetriebs im Wege einer Ausgliederung. Bei einer Absplattung findet § 29 Abs. 3 S. 3 KStG Anwendung, Das führt dazu, dass das bisherige Einlagekonto der Tochtergesellschaft vernichtet wird und das anteilige Einlagekonto der Muttergesellschaft übergeht. Bei einer Ausgliederung findet § 29 Abs. 3 S. 3 KStG dagegen keine Anwendung. Der Bestand des Einlagekontos der Tochtergesellschaft vor der Umstrukturierung wird infolgedessen nicht gekürzt, sondern bleibt erhalten. Außerdem kommt nicht nur das anteilige Einlagekonto der Muttergesellschaft, sondern das gesamte

¹³⁰ § 29 Abs. 3 S. 3 i.V.m. Abs. 2 S. 3 KStG.

¹³¹ *Dötsch/Mendig*, in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, Die Körperschaftsteuer, § 29 KStG Tz. 42 g f., Stand: 10/2020; ebenso *Nitzschke*, Ubg 2015, 54.

übertragene Eigenkapital inkl. gespeicherter Gewinne als Einlagen bei der Tochtergesellschaft an.¹³²

Die Regelungen werden wegen ihrer ungereimten Besteuerungsergebnisse daher zu Recht als überarbeitungsbedürftig angesehen.¹³³

c. Disquotale Einlagen

Es kann vorkommen, dass Einlagen nicht von allen Gesellschaftern quotat – also im Verhältnis ihrer Beteiligungen – geleistet werden, sondern disquotat nur von einzelnen. Bei einer Zuzahlung in die Kapitalrücklage eines einzelnen Gesellschafters entspricht es oft seinem Interesse, einen Teil der Kapitalrücklage dem leistenden Gesellschafter durch gesellschaftsvertragliche Regelung zuzuordnen. Diese Vorgehensweise ist schenkungsteuerlich zudem geboten, um eine Werterhöhung im Sinne von § 7 Abs. 8 S. 1 ErbStG zu vermeiden.¹³⁴ Die Finanzverwaltung weist in den R E 7.5 Abs. 11 S. 14 ErbStR 2019 auch explizit diesen Weg. Im Einlagekonto könnte eine personenbezogene Einlage im gegenwärtigen System des gesellschaftsbezogenen Einlagekontos hingegen nicht nachvollzogen werden. Aus der Sicht des disquotat einlegenden Gesellschafters ist dies unbefriedigend, denn von der disquotalen Einlage würden entgegen dem zivilrechtlich Vereinbarten auch die übrigen Anteilseigner quotat partizipieren.

2. Reformmöglichkeit 1: Globalisierung des gesellschaftsbezogenen Konzepts der Einlagenrückgewähr

a. Allgemeines

Im derzeitigen Regelungskonzept wird die Abgrenzung zwischen Dividendenzahlung oder Kapitalrückzahlung auf Ebene der ausschüttenden Gesellschaft einheitlich für alle Anteilseigner entschieden. Es wird danach gefragt, ob für die Ausschüttung die sich aus der Steuerbilanz und dem steuerlichen Einlagekonto ergebenden Gesellschaftereinzahlungen oder erwirtschaftete Gewinne verwendet werden. Die Gesellschaftsbezogenheit des derzeitigen

¹³² BMF-Schreiben vom 4.6.2003, Rn. 27.

¹³³ *Nitzschke*, Ubg 2015, 54 (59); *van Lishaut*, in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, 3. Aufl. 2019, Anh. 3, Rz. 46.

¹³⁴ S. dazu u.a. *Ott*, DStR 2021, 897.

Konzepts erfordert, dass das für die Eigenkapitalgliederung notwendige Zahlenwerk bei der Gesellschaft vorliegt, was jedoch nur bei inländischen Gesellschaften der Fall ist. Soll das derzeitige gesellschaftsbezogene Rege- lungskonzept fortgeführt werden, muss – soweit möglich – eine generelle Loslösung von der derzeitigen Inlandsbezogenheit erfolgen, damit die Rege- lungen zur Einlagenrückgewähr auch im Auslandsfall praktikabel sind. Dabei sollte der Inlands- und Auslandsfall schon aus unionsrechtlichen Gründen weitestgehend gleichbehandelt werden. Das bedingt eine stärkere Anknüpfung an die Handelsbilanz, um im Auslandsfall Überleitungspro- bleme in deutsches Steuerrecht zu vermeiden. Daraus folgt, dass für den aus- schüttbaren Gewinn auf das Eigenkapital der ausländischen Handelsbilanz abgestellt werden darf.

Zumindest für den Bestand der offenen Einlagen sollten die Kapitalrück- lage nach § 272 Abs. 2 HGB oder entsprechende ausländische Bilanzpos- ten maßgeblich sein. Daneben wäre aber weiterhin als Nebenrechnung das steuerliche Einlagekonto für verdeckte Einlagen zu führen, die nicht in die Kapitalrücklage eingestellt wurden. Außerdem würden sich Korrekturen bei vorangegangenen umwandlungsbedingten Zu- oder Abgängen ergeben. Dies wäre jedenfalls dann zwangsläufig, wenn § 29 KStG beibehalten wird, der allerdings für Auslandsfälle zwingend vereinfacht werden müsste.

b. Zulassung des „Direktzugriffs“

Für eine Maßgeblichkeit der handelsbilanziellen Kapitalrücklage müsste auf steuerliche Sonderregelungen zum Einlagekonto weitestgehend verzichtet werden.

Das heißt insbesondere, dass ein „Direktzugriff“ auf die Einlagen akzeptiert wird. Für die Frage, ob eine Ausschüttung eine Einlagenrückgewähr enthält, wäre also an die handelsbilanzielle Entnahme aus der Kapitalrücklage anzu- knüpfen und insoweit nicht mehr nach der Verwendungsreihenfolge zu ent- scheiden.

Die Regelung zur Verwendungsreihenfolge hatte der Gesetzgeber zwar mit dem Argument der Verwaltungsvereinfachung und der Vermeidung von Gestaltungen begründet.¹³⁵ Dass die Verwendungsreihenfolge gegenüber dem Direktzugriff eine Verwaltungsvereinfachung darstellt, ist jedoch zwei- felhaft. Im Gegenteil führt die Verwendungsreihenfolge in der Praxis gerade

¹³⁵ Siehe Regierungsentwurf des SEStEG, BT-DrS 16/2710, S. 32.

zu einem erheblichen Befolgungsaufwand. Ebenso erscheint die Verbindung zwischen Direktzugriff und einer verhinderungswürdigen Gestaltung nicht angebracht. Zwar erlaubt der Direktzugriff der Gesellschaft die Steuerung, ob eine Ausschüttung als ggf. steuerpflichtige Dividende oder grundsätzlich nicht steuerbare Einlagenrückgewähr behandelt wird.

Allerdings ist es mit dem wirtschaftlichen Gehalt des Vorgangs gerade vereinbar, wenn die Rückzahlung einer Kapitalrücklage als nicht steuerbare Vermögensumschichtung behandelt wird. Zudem ist beachtlich, dass es sich in der Regel nur um einen Periodeneffekt handelt, da durch die Verrechnung der Einlagenrückgewähr mit dem Beteiligungswert die Entstehung einer Steuerbelastung nur auf den in der Zukunft liegenden Zeitpunkt der Veräußerung oder ähnlichen Realisationsvorgangs verschoben wird. Im Übrigen ist auch im derzeitigen System eine Steuerung dahingehend möglich, eine Einlagenrückgewähr bewusst herbeizuführen oder zu vermeiden.

In EU-Auslandsfällen ist die Annahme einer Einlagenrückgewähr von einem Antrag abhängig und kann somit bewusst durch Nichtstellung eines Antrags vermieden werden. Letztlich ist auch die gezielte Herbeiführung eines Direktzugriffs auf die Kapitalrücklage möglich. Erreicht werden kann dies zum Beispiel, indem in einem ersten Schritt eine Kapitalerhöhung aus Mitteln der Kapitalrücklage durchgeführt wird. In einem zweiten Schritt wird das Kapital wieder herabgesetzt und an die Anteilseigner ausgekehrt. Da bei einer Nennkapitalauskehrung ein Direktzugriff möglich ist, kann über den Umweg einer Kapitalerhöhung auch auf die Kapitalrücklage direkt zugegriffen werden.

Ein Rückgriff auf die Kapitalrücklage in der Bilanz ist jedoch nicht möglich, soweit verdeckte Einlagen nach deutschem Steuerrecht in Rede stehen, die nicht in die Kapitalrücklage eingestellt werden. Diese wären nur im steuerlichen Einlagekonto zu erfassen, für deren Verwendung es deshalb weiterhin einer steuerlichen Sonderregelung bedarf. Hier könnte die Verwendungsreihenfolge nach dem bisherigen Prinzip zum Zuge kommen, allerdings mit dem Unterschied, dass der ausschüttbare Gewinn auf der Grundlage einer Handelsbilanz zu ermitteln ist. Der ausschüttbare Gewinn wäre danach also das handelsbilanzielle Eigenkapital abzüglich des Nennkapitals und der Kapitalrücklage lt. Vorjahresbilanz abzüglich verdeckter Einlagen. Denn andernfalls droht, dass die nur steuerlich vorhandenen verdeckten Einlagen bei reinem Abstellen auf die handelsrechtliche Beurteilung niemals zurückgewährt werden könnten.

Die Ermittlung des ausschüttbaren Gewinns auf Basis des handelsbilanziellen Eigenkapitals erleichtert den Nachweis der Einlagenrückgewähr in grenzüberschreitenden Fällen. Die derzeit bei EU-ausländischen Gesellschaften von der Finanzverwaltung geforderte und in der Praxis zu Problemen führende Überleitung auf deutsches Steuerbilanzrecht könnte dann entfallen. Ausgangspunkt muss allerdings eine für die Höhe der Ausschüttung maßgebliche Bilanz sein. Buchgewinne aus Zeitwertbewertung sollten deshalb ausgeschlossen werden. Entsprechende Bilanzposten in ausländischen Bilanzen müssen daher unter Beachtung des Anschaffungskostenprinzips korrigiert werden.

c. „Sperrfrist“ statt Sonderausweis

Damit die Kapitalrücklage Aussagewert für den steuerlichen Einlagebestand haben kann, müssen die steuerlichen Spezialregelungen zu Kapitalmaßnahmen in § 28 KStG reduziert werden. Das betrifft vor allem die Feststellung des Sonderausweises für sog. unechtes Nennkapital, also solche Teile des Nennkapitals, die sich aus in Nennkapital umgewandelten Gewinnen speisen.¹³⁶ Diese Teile des Nennkapitals sollen – anders als echtes Nennkapital – nicht zu einer Kapitalrückzahlung führen, sondern nur als Dividende ausgeschüttet werden können.

Denkbar wäre es, Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln insoweit generell nach dem System von § 7 Abs. 2 KapErhStG zu behandeln; d.h. aus der Gewinnrücklage gebildetes Nennkapital wird nach Ablauf einer „Sperrfrist“ zu echtem Nennkapital. Der Konsistenz halber könnte auch für inländische Kapitalgesellschaften in gleicher Weise verfahren werden. Nicht sachgerecht wäre es hingegen, Nennkapitalerhöhungen aus der Kapitalrücklage weiterhin dem System des § 7 Abs. 2 KapErhStG zu unterwerfen, da dies zumindest innerhalb der fünfjährigen Sperrfrist faktisch zu einer Umqualifizierung von Einlagekapital in steuerpflichtige Ausschüttungen führen kann.

Das derzeitige System des Sonderausweises, wonach aus Gesellschaftsmitteln erhöhtes Nennkapital (außerhalb von § 7 Abs. 2 KapErhStG) ewig unechtes Nennkapital bleibt, führt insbesondere im Auslandsfall zu praktischen Ermittlungsproblemen. Es muss bei Nennkapitalherabsetzungen ggfs. bis weit in die Vergangenheit nachgewiesen werden, ob irgendwann eine Nennkapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln stattgefunden hat.

¹³⁶ Vgl. § 28 Abs. 1 Satz 3 KStG.

d. Behandlung von Nennkapitalherabsetzungen und Auflösung von Kapitalrücklagen ohne Auszahlung

Eine ähnliche Problematik stellt sich bei einer Kapitalherabsetzung ohne Auszahlung an die Anteilseigner. Wird herabgesetztes Nennkapital nicht in die Kapitalrücklage eingestellt, sondern etwa zum Ausgleich eines Verlusts verwendet, ist das Einlagekapital nicht mehr vorhanden. Dieses könnte dann auch nicht mehr an die Anteilseigner ausgekehrt werden. Gegenwärtig werden solche Beträge durch Zugang zum steuerlichen Einlagekonto nach § 28 Abs. 2 S. 1 KStG nachgehalten.

Auf diese Regelung könnte zum Zwecke der Vereinfachung verzichtet werden. Dies hätte allerdings den Preis, dass Einlagen für eine Rückgewähr verloren gehen. Derartige Nennkapitaleinzahlungen der Anteilseigner könnten damit nicht mehr zurückgezahlt werden und würden sich erst wieder im Veräußerungsfall oder anderen Realisationsvorgängen als Anschaffungskosten steuermindernd auswirken. Vergleichbares würde auch bei Herabsetzung der Kapitalrücklage eintreten. Wenn dem obigen Vorschlag entsprechend für den Bestand offener Einlagen an die handelsbilanzielle Kapitalrücklage angeknüpft würde, ginge Einlagenrückgewährpotenzial verloren, wenn die Entnahme aus der Kapitalrücklage nicht ausgezahlt, sondern etwa zum Ausgleich von Verlusten verwendet würde.

Alternativ könnten diese Beträge für eine spätere Einlagenrückgewähr erhalten bleiben, indem § 28 Abs. 2 S. 1 KStG weitergeführt würde, d.h. der Herabsetzungsbetrag würde in das Einlagekonto eingebucht. Der Betrag stünde dann für die Verwendungsreihenfolge und eine spätere Nennkapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln zu Verfügung.

e. Umwandlungen

Auch die Vorschriften zu umwandlungsbedingten Bestandsänderungen des Einlagekontos in § 29 KStG bedürfen der Überarbeitung. Zum einen, damit sie in Auslandsfällen besser anwendbar sind. Zum anderen sollten nicht sachgerechte Besteuerungsergebnisse der derzeitigen Regelung Anlass sein, die Vorschriften anzupassen, siehe dazu VIII.1.b.

In den Fällen der Aufdeckung der stillen Reserven in den Anteilen an der übertragenden Kapitalgesellschaft im Zuge einer Verschmelzung oder Spaltung könnte ein Zugang zum Einlagekonto der übernehmenden Kapitalgesellschaft mit dem gesamten Eigenkapital inkl. Gewinnen – statt nur mit

dem Einlagekonto der übertragenden Kapitalgesellschaft – ermöglicht werden. Dadurch würde die Doppelbesteuerung der Gewinne der übertragenden Kapitalgesellschaft vermieden, wenn diese vom Übernehmer ausgeschüttet werden. Sind mehrere Anteilseigner an der übertragenden Gesellschaft vorhanden, könnte dies davon abhängig gemacht werden, dass sämtliche Anteilseigner die stillen Reserven in den Anteilen an der übertragenden Kapitalgesellschaft aufdecken.

Für Umwandlungen mit Buchwertfortführung auf Anteilseignerebene, z.B. nach § 13 Abs. 2 UmwStG (d.h. bei denen die neu erworbenen Anteile an der übernehmenden Kapitalgesellschaft mit den Buchwerten der alten Anteile an der übertragenden Kapitalgesellschaft angesetzt werden), kann dagegen am bisherigen Konzept der reinen Zusammenrechnung von Einlagekonten festgehalten werden, da eine Doppelbesteuerung insofern nicht droht.

Die Regelungen zu Auf- und Abwärtsverschmelzungen und -spaltungen in § 29 Abs. 2 S. 2 und 3 und Abs. 3 S. 3 KStG führen – wie oben unter VIII.1.b. ausgeführt – zu unstimmigen Ergebnissen. Sie sollten stärker auf das Ziel fokussiert werden, eine nicht sachgerechte Begünstigung des Anteilseigners durch Vervielfältigungen seiner Einlagen durch Umwandlungen zu vermeiden. Der Fall der Abwärtsspaltung auf eine bestehende Tochtergesellschaft ohne Anteilsgewährung könnte sinnvollerweise an die Behandlung der Ausgliederung angeglichen werden, bei der die Einbringung gegen Anteilsgewährung an die Muttergesellschaft (und nicht an deren Anteilseigner) erfolgt. In beiden Fällen sollte eine Kürzung von schon vorhandenem Einlagebestand der Tochtergesellschaft unterbleiben. Für eine solche Abwärtsspaltung erscheint es zudem gerechtfertigt, wie bei einer Ausgliederung den Zugang zum Einlagekonto der Tochtergesellschaft ohne Beschränkung auf das anteilige Einlagekonto der Muttergesellschaft mit dem gesamten Eigenkapital des übergelenden Vermögens zu bemessen.

In diesem Zusammenhang abgebildet werden müsste auch, wie mit ausländischen Umstrukturierungen umgegangen wird.

Die Anwendung des § 29 KStG auf ausländische Umwandlungen ist in vielen Fällen unpraktikabel. Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen die ausländische Gesellschaft als übernehmende Kapitalgesellschaft an einer Umwandlung beteiligt war. In diesem Fall ist der Einlagebestand der übertragenden Kapitalgesellschaft zu ermitteln, da hiervon der Zugang zum Einlagebestand der übernehmenden Kapitalgesellschaft abhängt. Es müsste also u.U. das fiktive Einlagekonto einer weiteren ausländischen Kapitalgesell-

schaft ermittelt werden, an der der deutsche Anteilseigner möglicherweise aber zu keinem Zeitpunkt beteiligt war. Außerdem müssten die Vorschriften zur Kürzung des Einlagekontos in § 29 Abs. 2 S. 2 und 3 sowie Abs. 3 S. 3 und 4 KStG bei Auf- und Abwärtsverschmelzungen bzw. -spaltungen nachvollzogen werden.

Für diese Fälle bedarf es Vereinfachungen. Ein Ansatz kann darin bestehen, dass es erlaubt wird, den Einlagebestand der übertragenden Kapitalgesellschaft direkt aus der ausländischen Handelsbilanz abzuleiten, insb. also aus Posten, die der Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 HGB entsprechen. Entsprechende Vorschläge finden sich in der Literatur für den Fall einer Hereinverschmelzung einer ausländischen Kapitalgesellschaft.¹³⁷ Allerdings dürfte dies immer noch eine hohe Hürde darstellen, wenn sich die Umwandlung zu einem Zeitpunkt vollzogen hat, als der deutsche Anteilseigner weder an der übertragenden Kapitalgesellschaft noch an der übernehmenden beteiligt war. In diesem Fall erscheint es geboten, den Zugang zum Einlagebestand der übernehmenden Kapitalgesellschaft aus der bilanziellen Behandlung bei der übernehmenden Kapitalgesellschaft abzuleiten. Entsprechend könnte auch für einen Abgang vom Einlagebestand aufgrund einer Abspaltung verfahren werden.

f. Verfahren

Verfahrenstechnisch sollte aus Gründen der Praktikabilität und Rechtssicherheit auch weiterhin mit einer gesonderten Feststellung für ausländische Gesellschaften gearbeitet werden. Zuständige Behörde wäre – wie derzeit auch schon im Anwendungsbereich des § 27 Abs. 8 KStG – sinnvollerweise im Regelfall das BZSt.

Allerdings darf eine Einlagenrückgewähr nicht daran scheitern, dass die ausländische Gesellschaft den Antrag auf gesonderte Feststellung nicht stellt. Neben einer Bevollmächtigung des deutschen Anteilseigners sollte dieser daher auch die Möglichkeit haben, im eigenen Namen den Nachweis zu erbringen, etwa im Rahmen seines Festsetzungsverfahrens bzw. bei Personengesellschaften im Rahmen des Verfahrens der einheitlichen und gesonderten Feststellung.

¹³⁷ *Schießl*, DStZ 2008, 852 (853); *Dötsch/Werner*, in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, Die Körperschaftsteuer, § 29 KStG Tz. 60 f., Stand: 10/2020.

g. Zwischenergebnis

Die Vorschläge zur Vereinfachung gehen davon aus, dass das derzeitige gesellschaftsbezogene Konzept beibehalten werden soll, wonach auf Ebene der Gesellschaft einheitlich für alle Anteilseigner darüber entschieden wird, ob Leistungen eine Gewinnverteilung oder eine Kapitalrückzahlung darstellen.

Einige der erörterten Probleme bleiben damit aber unlösbar. So lässt sich die Rückzahlung abgekaufter Gewinne im Fall von Anteilserwerben im gegenwärtigen Konzept nicht als Kapitalrückzahlung behandeln. Die Komplexität umwandlungsbedingter Zu- oder Abgänge auf dem Einlagekonto wird ebenso wenig vermieden wie die Abbildung disquotaler Einlagen. Vor allem aber lässt sich das Problem der Datenverfügbarkeit in Auslandsfällen nicht lösen. Das gegenwärtige gesellschaftsbezogene Konzept beruht auf der Annahme, dass die notwendigen Daten der Gesellschaft zur Führung des Einlagekontos verfügbar sind. Diese Annahme trifft im Auslandsfall aber nicht immer zu. Gerade bei Investments in den USA kann es an Einzelabschlüssen der ausschüttenden Gesellschaft fehlen, d.h. es liegen ausschließlich konsolidierte Werte in geprüfter Form bzw. ausschließlich ungeprüfte Bilanzen (in Form von sog. Trial Balances oder General Ledgers) auf Einzelabschlussebene vor.

Es sollten daher auch weitergehende Reformmodelle erwogen werden. Als solches bietet sich das nachfolgend dargestellte gesellschaftsbezogenerbezogene Modell an.

3. Reformmöglichkeit 2: Gesellschaftsbezogenerbezogenes Modell

a. Allgemeines

Der Umstand, dass die die Einlagenrückgewähr (respektive Nennkapitalauskehrung) leistende Gesellschaft in EU-Fällen durch § 27 Abs. 8 KStG in die Pflicht genommen wird, dafür Sorge zu tragen, dass diese beim Anteilseigner auch steuerneutral behandelt werden kann und nicht gem. § 27 Abs. 8 S. 9 KStG als Dividende gilt, birgt einen gewissen „Interessenkonflikt“. Unterstellt, § 27 Abs. 8 KStG würde auch auf Drittstaaten ausgeweitet, bekäme eben dieser Interessenkonflikt eine „globale“ Bedeutung.

Denn letztlich produziert das Feststellungsverfahren Aufwand aufseiten der ausländischen Gesellschaft, die von einer etwaigen Steuerneutralität auf Ebene ihres Anteilseigners jedoch nicht unmittelbar profitiert.

Die Frage geht folglich dahin, ob es (u.a. deswegen) sachgerecht wäre, die Feststellung einer Einlagenrückgewähr **vollständig auf den Gesellschafter überzuleiten**, der dann konsequenterweise auch sein **eigenes Einlagekonto** führen würde. So könnte sichergestellt werden, dass das materiell gebotene Ergebnis – Steuerneutralität der Rückgewähr – durch den Gesellschafter selbst erreicht werden kann. Unionsrechtlich geboten ist es ohnehin, dass der Gesellschafter selbst für die Steuerneutralität sorgen kann. Nach Auffassung des BFH verstößt nämlich das gesetzliche Erfordernis, wonach das Feststellungsverfahren ausschließlich durch die EU-ausländische Gesellschaft geführt werden kann, potenziell gegen EU-Recht.¹³⁸

Auf Basis des Ansatzes der Rechtsprechung würde der Anteilseigner das Einlagekonto weiterhin nach dem weiter oben vorgestellten gesellschaftsbezogenen System nachweisen. Im hier angedachten gesellschaftsbezogenen Modell müsste – praktisch in Fortentwicklung der Rechtsprechungsgrundsätze – aber wie folgt vorgegangen werden:

Gesetzgeberisch könnten die Führung des Einlagekontos und Nachweisobliegenheiten dem Gesellschafter überantwortet und damit **von der Gesellschaftsebene getrennt** werden.

b. Konkrete Ausgestaltung

aa. Gesellschafterbezogenes Einlagekonto

Denkbar wäre also, die Einlagenrückgewähr im Kern dem Vorschlag von *Benecke*¹³⁹ folgend konzeptionell vollständig als gesellschaftsbezogenes Modell neu auszurichten und vom Einlagekonto zu lösen, das bei der Gesellschaft geführt wird. Stattdessen führt jeder Anteilseigner sein eigenes Einlagekonto. Hierbei werden die außerhalb des Nennkapitals geleisteten eigenen Einlagen des Anteilseigners in seinem Festsetzungsverfahren (bzw. bei Personengesellschaften im Verfahren der einheitlichen und gesonderten Fest-

¹³⁸ Urteile vom 4.5.2021, VIII R 14/20, DStR 2021, 2396; VIII R 17/18, BeckRS 2021, 30016.

¹³⁹ DStJG Band 43 (2020), 623 (637 ff.).

stellung) von ihm selbst nachgewiesen und als unselbstständige Besteuerungsgrundlage oder mittels gesonderter Feststellung festgestellt.

Bei einem **Gründungsgesellschafter** wären sämtliche bei Gesellschaftsgründung zu erbringenden Einlagen sowie spätere Einlagen wie etwa Zuzahlungen in das Eigenkapital nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB voll in seinem eigenen Einlagekonto erfasst. Deren Rückgewähr kann systemgerecht als vermögensumschichtende Kapitalrückzahlung behandelt werden.

Anders ist dies jedoch beim **Erwerb eines Anteils**. Hier startet der Anteilserwerber nach dem Vorschlag von *Benecke* mit seinem Einlagekonto bei „0“, da nur eigene Einlagen rückgewährbar sein sollen. Eine vermögensumschichtende Kapitalrückzahlung kommt somit nur bei einer Nennkapitalauskehrung in Betracht, wenn der Anteilserwerber keine eigenen sonstigen Einlagen geleistet hat. Ausschüttungen aus der (bereits bei Anteilserwerb vorhandenen) Kapitalrücklage würden somit immer als Dividende behandelt.

U.E. sollte jedoch im Gegenteil das gesamte anteilige Eigenkapital zum Erwerbszeitpunkt inkl. noch nicht ausgeschütteter Gewinne als Einlagen im Einlagekonto des erwerbenden Neugesellschafters behandelt werden. Dies wäre konsequenter. Denn die Ausschüttung von zum Erwerbszeitpunkt vorhandener Rücklagen stellt sich aus Sicht des Erwerbers als reine Vermögensumschichtung dar, da die Rücklagen mit dem Kaufpreis abgegolten sind. Das gilt konsequenterweise auch für noch nicht ausgeschüttete Gewinne, da diese in aller Regel kaufpreiserhöhend wirken (siehe auch die Anmerkungen unter VIII.1.a.).

Bei Anteilserwerben infolge einer Verschmelzung, Spaltung oder Anteilstausch nach § 21 UmwStG wäre danach zu unterscheiden, ob eine Aufdeckung stiller Reserven in den verschmelzungs- bzw. spaltungsbedingt wegfallenden Anteilen an der übertragenden Kapitalgesellschaft bzw. in den eingebrachten Anteilen beim Anteilstausch erfolgt. Bei einer Buchwertfortführung wird das bisherige Einlagekonto bei den neuen Anteilen fortgeführt. Bei einer Spaltung erfolgt der Übergang anteilig. Bei Aufdeckung stiller Reserven wird hingegen das Einlagekonto um die anteiligen zum Erwerbszeitpunkt vorhandenen Gewinne der übernehmenden Gesellschaft erhöht.

bb. Verwendung des gesellschafterbezogenen Einlagekontos

Für die **Verwendung der Einlagen** (außerhalb des Nennkapitals) schlägt *Benecke* eine pauschale Lösung vor, z.B. als prozentualer Anteil an einer Ausschüttung. Eine Pauschalierung der Einlagenrückgewähr anhand des jeweiligen Ausschüttungsbetrags erscheint zwar grundsätzlich denkbar. Eine Einlagenrückgewähr kann aber auch nachteilige Steuerfolgen haben. So kann sich bei Überschreiten des Beteiligungsbuchwerts bzw. der Anschaffungskosten durch den Betrag der zurückgewährten Einlagen eine Besteuerung als veräußerungsähnlicher Vorgang ergeben. Des Weiteren kann eine Einlagenrückgewähr im Anschluss an eine Einbringung zu Buch- oder Zwischenwerten eine Besteuerung des Einbringungsgewinns I auslösen, vgl. § 22 Abs. 1 S. 6 Nr. 3 UmwStG. Eine **pauschale Einlagenrückgewähr** sollte daher unter die **Bedingung eines Antrags** gestellt werden. In Jahren ohne Antrag könnte der jeweils ungenutzte pauschale Betrag der Einlagenrückgewähr in einer Nebenrechnung nachgehalten werden und für eine spätere Antragstellung zur Verfügung stehen.

Überlegt werden könnte zudem, neben der pauschalen Lösung eine ebenfalls antragsgebundene Möglichkeit zu regeln, die Verwendung des Einlagebestands nach der Verwendungsreihenfolge zu ermitteln. Der Nachteil, auf die Verwendungsreihenfolge zurückzugreifen, wäre aber, dass dies wiederum die Kenntnis der Zusammensetzung des bilanziellen Eigenkapitals der Gesellschaft voraussetzt, was in grenzüberschreitenden Fällen aber zu Problemen führen kann. Es sollte dann zumindest zugelassen werden, für die Ermittlung des ausschüttbaren Gewinns anders als nach derzeitigem Recht nicht die Steuerbilanz, sondern die Handelsbilanz – ggf. auch eine ausländische – zugrunde zu legen.

Zudem könnte – als dritte Option – ein „Direktzugriff“ des Gesellschafters auf sein persönliches Einlagekonto ermöglicht werden. Wenn dies als zu weitgehend angesehen wird, sollte zumindest ein Direktzugriff auf die bilanzielle Kapitalrücklage zugelassen werden.

Die Eröffnung aller drei Optionen hätte den Vorteil, dass dem Steuerpflichtigen größtmögliche Flexibilität eröffnet würde, entweder die Pauschallösung anzuwenden, sich an die Verwendungsreihenfolge zu halten oder den Direktzugriff zu wählen. Im Ergebnis unterscheiden sich alle drei Optionen nämlich nur darin, wann das Einlagekonto verwendet wird und die Anschaffungskosten vermindert werden.

Über die Betrachtung der Totalperiode, die die Auskehrung und Anteilsveräußerung einschließt, ergibt sich in der Regel kein Unterschied zwischen den drei Modellen. Ein Unterschied kann sich aber z.B. ergeben, wenn ein Fall des § 8b Abs. 4 KStG vorliegt, der nur Dividenden voll steuerpflichtig stellt, jedoch die Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen gemäß § 8b Abs. 2 KStG unberührt lässt.

cc. Beibehaltung des Systems des Sonderausweises oder Anwendung von § 7 Abs. 2 KapErhStG

Das System des Sonderausweises müsste auf Gesellschafterebene beibehalten oder durch ein System vergleichbar § 7 Abs. 2 KapErhStG ersetzt werden.

ifst-Schriften 2022 / 2021 / 2020

2022

Nr. 543 *Bohne/Gebhardt*, Einlagenrückgewähr

2021

Nr. 538 *Ehrke-Rabel/Hammerl/Zechner*, Umsatzsteuer in einer digitalisierten Welt

Nr. 539 *Valta/Geberth/Fehling*, Besteuerung von international tätigen Unternehmen in Entwicklungsländern – Herausforderungen, Anreize und Rahmenbedingungen für Investitionen

Nr. 540 *Schnitger/Holst*, Deutsche Abkommenspolitik – Umsetzung des MLI in den deutschen DBA –

Nr. 541 *Dürschmidt*, Umsatz-/Mehrwertsteuerrechtliches Bestimmungslandprinzip und defizitärer Gesetzesvollzug beim grenzüberschreitenden „elektronischen Geschäftsverkehr“ (E-Commerce)

Nr. 542 *Scheffler/Feldner*, Umsetzung der Grundsteuerreform in den Bundesländern – Auswirkungen und verfassungsrechtliche Beurteilung –

2020

Nr. 533 *Hötzel/Krüger/Niermann/Scherer/Lehmann*, Unternehmensfinanzierung durch Ausgabe von Kryptotoken – Besteuerung in Deutschland und in der Schweiz

Nr. 534 *Marquardsen*, Einstimmigkeit in Steuerfragen – Reformbedarf?

Nr. 535 *Heidecke/Wilmanns*, Verrechnungspreise im Lichte der Coronapandemie – Kurz-, mittel- und langfristige Perspektiven

Nr. 536 *Heidecke et al.*, Verrechnungspreise und Digitalisierung: I. Verrechnungspreise in digitalen und sich digitalisierenden Geschäftsmodellen – Bestandsaufnahme und Leitlinien

Nr. 537 *Oestreicher/Muntermann/Schwager*, Verrechnungspreise und Digitalisierung: II. Empirische Analyse – Konsequenzen für die transaktionsbezogene Gewinnaufteilung

