

steueranwaltsmagazin

Arbeitsgemeinschaft Steuerrecht im Deutschen Anwaltverein

4/2024

137 . Ausgabe | 26. Jahrgang

Redaktion: Jürgen Wagner, LL. M.
Konstanz (verantwortlich)

Dr. Jörg Stalleiken,
Flick Gocke Schaumburg,
Bonn

www.steuerrecht.org

101 **Editorial**
Wagner

Beiträge

102 Rozanski **Schweizerische Pensionskassen –
Aktuelles zur steuerlichen Behandlung in
Deutschland**

109 Zacher **§§ 7 Abs. 5 a, 7 b EStG in neuer
Fassung – eine „nachhaltige“ Förderung des
Wohnungsbaus?!**

113 Jahn/Elßner **Die Familiengenossenschaft
als Vehikel der Vermögensnachfolge:
Gewagte Spekulation auf Steuervorteile**

120 Brocke **Die Kapitalmarktunion und die
Rückerstattungsansprüche des § 32 Abs. 5
und 6 KStG auf gezahlte Kapitalertragsteuer
nach dem WachstumschancenG 2024**

126 Stein **Kennen Sie den Güterstand Ihrer
Mandanten/-innen? Auswirkungen auslän-
dischen Familienrechts auf die Besteuerung
im Inland (Teil 2)**

133 Veranstaltungen

Gestaltungstip

134 Söffing **Entgeltlicher oder unentgeltlicher
Nießbrauchverzicht**

135 Söffing **Geschäftsguthaben i.S. des § 13 b
Abs. 4 Nr. 5 ErbStG**



**Komplexe Fragen –
klare Antworten.**



WWW.BOORBERG.DE

Die Besteuerung von Grenzgängern in die Schweiz

von Dipl.-Kaufmann Gerold Miessl, Steuer-
berater, Fachberater für Internationales Steuer-
recht, Konstanz

2022, 2. Auflage, 352 Seiten, € 59,80

ISBN 978-3-415-07124-7



Leseprobe unter
www.boorberg.de/9783415071247

Das Fachbuch befasst sich umfanglich – eng verzahnt mit dem Aufenthaltsrecht in der Schweiz – mit der steuerlichen Beurteilung von Grenzgängern mit Wohnort Deutschland auf Basis des aktuellen Rechtsstandes. Außerdem ist es eine Hilfe bei der Entscheidungsfindung über den Wechsel des Lebensmittelpunktes. Der Leitfaden wendet sich an Grenzgänger, ehemalige Grenzgänger mit Bezügen aus der Schweiz, aber auch an Steuerberater, Treuhänder beider Staaten sowie Kammern und Steuerverwaltungen. Für die 2. Auflage wurde das Buch vollständig überarbeitet und erheblich erweitert.

Mittlerweile führen **87 Beispiele**, verbunden mit der beibehaltenen Nachschau am Ende jeden Kapitels, und weitere bildliche Übersichten zu einer leicht verständlichen Darstellung dieser komplexen Materie. Eine zusammenfassende Gesamtbetrachtung als Synopse oder Entscheidungsbaum rundet weiterhin den jeweiligen Themenbereich ab.

Die seit der ersten Auflage ergangene umfangreiche Finanzrechtsprechung sowie die relevante Finanzverwaltungsmeinung sind in systematischem Kontext berücksichtigt.

 **BOORBERG**

RICHARD BOORBERG VERLAG BESTELLUNG@BOORBERG.DE TEL 0711/7385-343 FAX 0711/7385-100

SC0824

I.

Entwurf eines zweiten Jahressteuergesetzes 2024 – Vorgesehene Änderung im **Gemeinnützigkeitsrecht**: § 58 Nummer 11 (neu):

(Aus dem Gesetzesentwurf) Mit der gesetzlichen Regelung wird klargestellt, daß steuerbegünstigte Körperschaften auch zu tagespolitischen Themen Stellung beziehen dürfen, ohne daß sie ihre Gemeinnützigkeit gefährden. (...) Vereinzelte Äußerungen zu tagespolitischen Themen außerhalb des Satzungszweckes verstoßen zwar grundsätzlich gegen das Ausschließlichkeitsgebot, § 56 AO, wonach eine steuerbegünstigte Körperschaft nur ihre satzungsmäßigen Zwecke verfolgen darf. Allerdings rechtfertigen geringfügige Verstöße unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und des ihm innewohnenden Bagatellvorbehalts nicht die Aberkennung der Gemeinnützigkeit.

„Gelegentlich“ bedeutet jedoch nicht, sich bei jeder sich bietenden Gelegenheit zu politischen Themen zu äußern. Die Äußerungen müssen aufgrund eines besonderen Anlasses erfolgen und der steuerbegünstigten Zweckverfolgung untergeordnet sein. Dabei ist eine Gesamtbetrachtung zugrundezulegen. Unter diesen Voraussetzungen kann es auch noch unschädlich sein, wenn es aufgrund eines besonderen Anlasses zu wiederholten Äußerungen über einen Zeitraum von mehreren Wochen kommt. Aus § 55 Absatz 1 Nummer 1 Satz 3 AO folgt, daß das Betreiben oder Unterstützen von Parteipolitik immer gemeinnützigkeitsschädlich ist, auch wenn es nur gelegentlich erfolgt. Die Regelung findet bspw. Anwendung auf den Aufruf eines Sportvereins gegen „Rassismus“ anlässlich von aktuellen Vorkommnissen z.B. bei einem Fußballspiel. Sie findet auch bspw. Anwendung, wenn Karnevals- oder Sportvereine sich vereinzelt für Frieden oder gegen Rassismus engagieren und zu Friedens- oder Antirassismus-Demonstrationen aufrufen.

II.

Der Gesetzgeber hat also immer noch eine verklemmte Haltung zu Vereinen, die sich mehr oder weniger oft und kritisch zu politischen Themen äußern. Und das nicht erst seit der Attac-Rechtsprechung; eine Lösung ist im JStG 2024 II wohl kaum in Sicht.

III.

Aus einem verzagten Arsch kommt kein fröhlicher Furz.

Martin Luther, 1483 – 1546

Einen schönen Sommer wünscht

Ihr

Jürgen Wagner, LL. M.

Red. steueranwaltsmagazin

Sie können der Redaktion Texte, Anregungen und Kritik zum steueranwaltsmagazin, insbesondere zur Aufmachung, zur Themenauswahl und -vielfalt sowie zum steuerrechtlichen „Niveau“ zusenden. Wir schließen nicht aus, geeignete Kritik auch abzdrukken.

Redaktion

Dr. Jörg Stalleiken, Rechtsanwalt, Steuerberater, Bonn (JS)
joerg.stalleiken@fgs.de

Jürgen Wagner, LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Konstanz/Zürich (JW)
wagner@wagner-vereinsrecht.com

Die 138. Ausgabe des steueranwaltsmagazin erscheint am 15. Oktober 2024.

Mitschreibende dieser Ausgabe:

Andreas Jahn und *Lennart Elßner*, beide Rechtsanwälte in Bonn; *Frank Rozanski*, Rechtsanwalt in Hannover; *Thomas Zacher*, Rechtsanwalt in Köln; *Klaus von Brocke*, Rechtsanwalt in Weissach/München; *Thomas Stein*, Rechtsanwalt in Ulm; *Matthias Söffing*, Rechtsanwalt in Düsseldorf.

Fachbeirat

Allgemeines Steuerrecht

RA/StB/FAHGR **Andreas Jahn**, Meyer-Köring, Bonn; RA/FAStR **Malte Norstedt**, Dinkgraeve Norstedt Krämer, München; RA/FAStR **Dr. Frank Rozanski**, Hannover; RA/FAStR/StB **Katharina Rogge**, Essen; RA/StB **Dr. Jörg Stalleiken**, Flick Gocke Schaumburg, Bonn/Frankfurt/Berlin; RA **Dr. Martin Geraats**, Meyer-Köring, Bonn; RA/FAStR **Dr. Matthias Söffing**, S & P Söffing, Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Düsseldorf/ München/Zürich/Paris; RA/FA Erbrecht/FAStR **Dr. Michael Holtz**, Flick Gocke Schaumburg, Bonn

Internationales Steuerrecht

RA/StB **Dr. Mathias Link**, PwC, Düsseldorf; RA/FAStR **Sabine Unkelbach-Tomczak**, LSV Rechtsanwalts GmbH, Frankfurt

Steuerstrafrecht

RA/FAStR **Dr. Rainer Spatscheck**, Kantenwein Zimmermann Spatscheck & Partner, München; RA/Dipl. Fw. **Rainer Biesgen**, Wessing Rechtsanwälte, Düsseldorf

Europarecht

RA/FAStR **Prof. Dr. Klaus von Brocke**, Weissach; RA/FAStR **Dr. Michael Pott**, Sernetz Schäfer, Düsseldorf; RA/StB/FAStR **Prof. Dr. Thomas Zacher**, Zacher & Partner, Köln

Impressum

Herausgeber: ARGE Steuerrecht im DAV, Littenstraße 11, 10179 Berlin, Telefon 0 30/72 61 52-0;

Verlag: Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Scharnstraße 2, 70563 Stuttgart; Tel: 0711/7385-0; Fax: 0711/7385-500, www.boorberg.de

Layout und Satz: Reemers Publishing Services GmbH, 47799 Krefeld
Druck: C. Maurer GmbH & Co. KG, Schubartstraße 21, 73303 Geislingen/Steige

Anzeigenverwaltung: Verlag

Anzeigenpreisliste: Nr. 6 vom 01.01.2023

Alle Urheber-, Nutzungsrechte und Verlagsrechte vorbehalten.

Die Zeitschrift erscheint sechs Mal im Jahr. Der Bezugspreis ist im Mitgliedsbeitrag enthalten. Für Nichtmitglieder der Arbeitsgemeinschaft im DAV beträgt der Bezugspreis 176,40 EUR inkl. Versandkosten jährlich.

ISSN 1615-5610

Schweizerische Pensionskassen – Aktuelles zur steuerlichen Behandlung in Deutschland

Dr. Frank Rozanski, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht*, Hannover

Viele Deutsche gehen in die Schweiz, um dort zu arbeiten. Darunter befinden sich die sogenannten „Grenzgänger“, die ihren Wohnsitz und damit die unbeschränkte Steuerpflicht in Deutschland behalten. Andere wiederum geben ihren deutschen Wohnsitz und damit die unbeschränkte Steuerpflicht im Inland auf. Als Arbeitnehmer erwerben sie gesetzlich geregelte Ansprüche in der schweizerischen Altersversorgung, die aus drei Säulen besteht: die staatliche, die berufliche und die private Vorsorge¹. Die berufliche Vorsorge als 2. Säule führen Pensionskassen durch. Wird der Wohnsitz in der Schweiz wieder aufgegeben und erfolgt die Rückkehr nach Deutschland in die unbeschränkte Steuerpflicht, unterliegen Auszahlungen aus der schweizerischen Altersversorgung grundsätzlich der deutschen Besteuerung. Diese Zahlungen müssen steuerlich differenziert betrachtet werden. Gestaltungsmöglichkeiten können sich im Zusammenhang mit der zeitlichen Steuerung von Auszahlungen und der (Wieder-) Begründung der unbeschränkten Steuerpflicht in Deutschland ergeben. Dadurch können erhebliche Steuervorteile erzielt werden. Die schweizerische Altersversorgung, insbesondere die Pensionskassen, haben den Bundesfinanzhof (BFH) bereits mehrfach beschäftigt, zuletzt mit seinem richtungsweisenden Urteil vom 12.10.2023 – VI R 46/20.² Den Schwerpunkt dieses Fachbeitrags bildet der steuerlich in der Vergangenheit umstrittene Leistungsfall der beruflichen Vorsorge (2. Säule) in Verbindung mit der Rückkehr eines Betroffenen in die deutsche unbeschränkte Steuerpflicht.

I. Überblick über die schweizerische Altersvorsorge

Charakteristisch für die schweizerische Altersvorsorge ist das Dreisäulensystem, das sich wie folgt zusammensetzt:

1. Säule: **staatliche Vorsorge** – staatliche Altersversicherung (obligatorisch);
2. Säule: **berufliche Vorsorge** – Pensionskassen (obligatorisch/überobligatorisch);
3. Säule: **private Vorsorge** – individuelle Gestaltung (überobligatorisch).³

Alle drei Säulen sind in der Schweiz steuerlich begünstigt, was Anreiz für eine möglichst hinreichende finanzielle Absicherung des Ruhestands über das gesetzliche Minimum hinaus ist.

1. Staatliche Vorsorge (1. Säule)⁴

Die mit der deutschen Rentenversicherung vergleichbare staatliche Vorsorge (1. Säule) nennt sich in der Schweiz *Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV)*. Es handelt sich auch um eine Pflichtversicherung; sie ist mithin **obligatorisch**. Im Unterschied zu Deutschland sind nicht nur Erwerbstätige, sondern auch nicht erwerbstätige Personen mit Wohnsitz in der Schweiz grundsätzlich beitragspflichtig. Überdies unterliegen auch die *Selbständigerwerbenden* der Beitragspflicht im Rahmen der 1. Säule.

Die beitrags- und steuerfinanzierten Leistungen der AHV sind mit denen der Deutschen Rentenversicherung (DRV) vergleichbar. Wesentlicher Bestandteil ist die **Altersrente**. Das Renteneintrittsalter – *Referenzalter* – liegt in der Schweiz derzeit bei 65 Jahren, was erst seit kurzem gleichermaßen für Frauen und Männer gilt. Ebenso wie in Deutschland gibt es Regelungen zum vorzeitigen und aufgeschobenen Rentenbezug.

2. Berufliche Vorsorge (2. Säule)⁵

Da die 1. Säule des schweizerischen Altersvorsorgesystems im Regelfall nicht ausreicht, um im Rentenalter allein mit der AHV-Rente die gewohnte Lebenshaltung in angemessener Weise fortzusetzen, gibt es die 2. Säule, die berufliche Vorsorge. Diese ist geregelt im *Bundesgesetz über die berufliche*

* Dr. Frank Rozanski ist in eigener Fachanwaltskanzlei in Hannover tätig, <https://dr-rozanski.de>.

1 Vgl. Schweizerische Eidgenossenschaft, Bundesamt für Sozialversicherungen BSV, „Die schweizerische Altersvorsorge“ (Stand der Gesetzgebung 01.01.2024), S. 10, abrufbar unter: https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/de/dokumente/themenuebergreifend/broschueren/Altersvorsorge_Basis.pdf.download.pdf (zuletzt abgerufen am 07.05.2024).

2 BFH v. 12.10.2023 – VI R 46/20, DStR 2024, 350.

3 Vgl. Schweizerische Eidgenossenschaft, a.a.O., S. 10 ff.; BMF v. 27.07.2016 – IV C 3 – S 2255/07/10005:004 IV C 5 – S 2333/13/10003, BStBl. I 2016, 759, DStR 2016, 1813, 1814 ff.

4 Vgl. Schweizerische Eidgenossenschaft, a.a.O., S. 16 ff.; BMF v. 27.07.2016 – IV C 3 – S 2255/07/10005:004 IV C 5 – S 2333/13/10003, BStBl. I 2016, 759, DStR 2016, 1813, 1814.

5 Vgl. Schweizerische Eidgenossenschaft, a.a.O., S. 23 ff.; BMF v. 27.07.2016 – IV C 3 – S 2255/07/10005:004 IV C 5 – S 2333/13/10003, BStBl. I 2016, 759, DStR 2016, 1813, 1814 f.

Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25.06.1982 (BVG), Systematische Sammlung des Bundesrechts – SR – 831.40.

Die berufliche Vorsorge ist gem. Art. 7 BVG für Arbeitnehmer mit einem Jahreseinkommen von aktuell mindestens 22 050 Schweizer Franken (CHF) pro Arbeitgeber **obligatorisch**, das heißt verpflichtend. Das Schweizer Gesetz maßgeblich in Gestalt des BVG gibt die Ausgestaltung des obligatorischen Teils der beruflichen Vorsorge detailliert vor. Definiert sind vor allem die Mindestleistungen, auf die die obligatorisch Versicherten Anspruch haben. Diese Mindestabsicherung wird auch **Obligatorium (Säule 2 a)** genannt.

Die Durchführung der beruflichen Vorsorge übernehmen die **Pensionskassen**. Diese dürfen über den obligatorischen Teil hinaus steuerlich begünstigte freiwillige Leistungen anbieten, den **überobligatorischen** Teil. Dabei haben sie rechtlich einen großen Gestaltungsspielraum, soweit insgesamt das gesetzliche Minimum der obligatorischen Versicherung nicht unterschritten wird. Die über die Mindestabsicherung hinausgehenden Beiträge und Leistungen werden auch **Überobligatorium (Säule 2 b)** genannt.

Die Finanzierung der beruflichen Vorsorge erfolgt im sogenannten **Kapitaldeckungsverfahren**. Es wird durch laufende Beitragszahlungen zuzüglich Verzinsung ein Kapital angespart, das im Leistungsfall in Gestalt einer Rente und/oder Einmalzahlung ausgezahlt wird. Versicherte können ihr Kapital – ebenfalls steuerlich begünstigt – durch freiwillige Beiträge und einmalige Einzahlungen (*Einkäufe*) erhöhen. Die Hälfte des obligatorischen Teils der Beiträge müssen die Arbeitgeber zahlen, viele leisten aber mehr.

In der Regel bindet sich ein Arbeitgeber an eine bestimmte Pensionskasse. Wechselt der Arbeitnehmer den Arbeitgeber, wird das vorhandene Guthaben – die sogenannte *Freizügigkeitsleistung* – in die neue Pensionskasse übertragen. Im Falle der Arbeitslosigkeit muß das Guthaben bis zur nächsten Anstellung oder Pensionierung in einer *Freizügigkeitseinrichtung* deponiert werden.

Die Freizügigkeitsleistung kann ganz oder teilweise schon vor Pensionierung in folgenden Fällen ausgezahlt werden:

- Erwerb von selbst genutztem Wohnungseigentum;
- Beginn einer selbständigen Erwerbstätigkeit;
- endgültige Aufgabe von Wohnsitz und Erwerbstätigkeit in der Schweiz; bei Wegzug in einen Staat der Europäischen Union (EU) oder der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) darf nur das überobligatorische Guthaben ausgezahlt werden, es sei denn, der Betroffene ist in dem Wegzugsstaat nicht gegen die Risiken Alter, Tod und Invalidität gesetzlich pflichtversichert.

3. Private Vorsorge (3. Säule)⁶

Die private Vorsorge als 3. Säule der Altersvorsorge in der Schweiz ist gänzlich freiwillig, also **überobligatorisch**, und wird individuell ausgestaltet. In der Regel erfolgt sie in Gestalt einer Lebensversicherung oder der Ansparung eines ver-

zinslichen Bankguthabens. Die Einzahlungen sind steuerlich begünstigt, was jedoch grundsätzlich bedingt, daß über das angesparte Kapital bis zur Pensionierung nicht verfügt werden kann. Gewisse Ausnahmen bestehen auch hierbei.

II. Steuerliche Behandlung in Deutschland

Die schweizerische Altersvorsorge kann in Deutschland insbesondere einkommensteuerlich relevant werden, wenn durch diese veranlaßt von einem bzw. für einen deutschen Steuerpflichtigen Beiträge gezahlt oder Leistungen empfangen werden. Maßgeblich für die Einordnung in das inländische Steuersystem ist die Vergleichbarkeit mit deutschem Recht.⁷ Einkommensteuerlich als gesetzliche Rentenversicherung zu qualifizieren ist eine ausländische Versorgungseinrichtung, soweit sie nach ihrer Art und Struktur sowie ihren im Versorgungsfall zu erbringenden Leistungen der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung entspricht.⁸ Zu den entscheidenden Kriterien gehören hierbei u.a. die Pflicht zur Versicherung nebst Beitragszahlung.⁹ Hingegen kommt es nicht auf die Finanzierung durch Umlageverfahren oder Kapitaldeckungsverfahren an.¹⁰ Schweizerische öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Pensionskassen sind nach der Rechtsprechung des BFH mit der deutschen Rentenversicherung vergleichbar, soweit jeweils das Obligatorium betroffen ist.¹¹ Zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Pensionskasse unterscheiden Finanzgerichte und Finanzverwaltung nicht mehr.¹² Die in der Vergangenheit in Einzelfällen vertretene Ansicht, bei einer öffentlich-rechtlichen Pensionskasse müsse im Unterschied zur privatrechtlichen Pensionskasse nicht zwischen obligatorischem und überobligatorischem Teil unterschieden werden,¹³ hat der BFH jüngst relativiert.¹⁴

Unstreitig ist die **staatliche Vorsorge** der Schweiz in Gestalt der **AHV (1. Säule)** mit der deutschen gesetzlichen Renten-

6 Vgl. Schweizerische Eidgenossenschaft, a.a.O., S. 14; BMF v. 27.07.2016 – IV C 3 – S 2255/07/10005:004 IV C 5 – S 2333/13/10003, BStBl. I 2016, 759, DStR 2016, 1813, 1815.

7 BFH v. 14.07.2010 – X R 37/08, BStBl. II 2011 628; *Schustek*, Einkommensteuerliche Behandlung von Leistungen aus ausländischen Altersvorsorgeeinrichtungen am Beispiel von Schweizer Pensionskassen, DStR 2016, 447, 451; *Levedag*, Besteuerung von Kapitalleistungen aus Pensionskassen in der Schweiz, IWB Nr. 15 v. 14.08.2015 – NWB OAAAE-98072, 553, 553 ff. m.w.N.

8 BFH v. 01.10.2015 – X R 43/11, DStRE 2016, 79, BStBl. II 2016, 91; *Schustek*, DStR 2016, 447, 451.

9 Ebda.

10 BFH v. 14.07.2010 – X R 37/08, BStBl. II 2011 628; *Schustek*, DStR 2016, 447, 451.

11 BFH v. 12.10.2023 – VI R 46/20, DStR 2024, 350 m.w.N.

12 BFH v. 26.11.2014 – VIII R 38/10 (Leitentscheidung), DStR 2015, 1371, BStBl. II 2016, 657; BMF v. 27.07.2016 – IV C 3 – S 2255/07/10005:004 IV C 5 – S 2333/13/10003, BStBl. I 2016, 759, DStR 2016, 1813, 1815.

13 Vgl. z.B. BFH v. 23.10.2013 – X R 33/10, DStRE 2014, 132, BStBl. II 2014, 103; *Schustek*, DStR 2016, 447, 454 ff.

14 BFH v. 12.10.2023 – VI R 46/20, DStR 2024, 350 m.w.N.

versicherung vergleichbar.¹⁵ Leibrenten (*Ruhegehälter*) aus der AHV müssen in Deutschland ansässige unbeschränkt steuerpflichtige Personen gem. Art. 18 des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen vom 11.08.1971 (BGBl II 1972, 1022, BStBl I 1972, 519) i.d.F. des Änderungsprotokolls vom 27.10.2010 (BGBl II 2011, 1092, BStBl I 2012, 513) – kurz *DBA Schweiz* – in Deutschland versteuern. Gem. § 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa EStG handelt es sich um sonstige Einkünfte, die mit dem *Besteuerungsanteil* zu versteuern sind; die Aufwendungen für die staatliche Vorsorge werden daher steuerlich wie Beiträge in die deutsche gesetzliche Rentenversicherung nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 Buchst. a EStG behandelt.¹⁶

Ebenso unstrittig ist, daß die **private Vorsorge** des schweizerischen Altersvorsorgesystems (**3. Säule**) nicht vergleichbar mit der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung ist.¹⁷

Dagegen ist die Vergleichbarkeit der **beruflichen Vorsorge** (**2. Säule**) in der Schweiz mit dem deutschen staatlichen Rentensystem häufig Streitgegenstand, was nachfolgend eingehender erörtert wird.

1. Berücksichtigung von Beiträgen in Pensionskassen bei der Einkommensteuer – BFH-Urteil vom 12.10.2023 – VI R 46/20¹⁸

Die steuerliche Behandlung der schweizerischen Altersvorsorge in Deutschland beschäftigt regelmäßig die Finanzgerichte. Zum einen wird mit den Finanzbehörden bei der beruflichen Vorsorge (2. Säule) um die Qualifikation der Beitragszahlungen für Zwecke der Einkommen- bzw. Lohnsteuer gestritten. Damit hat sich der BFH kürzlich einmal mehr in seiner Entscheidung vom 12.10.2023 – VI R 46/20 auseinandergesetzt.¹⁹ Dieser Problembereich betrifft hauptsächlich *Grenzgänger* i.S.d. Art. 15 a DBA Schweiz, also Steuerpflichtige mit Wohnsitz in Deutschland und beruflicher Tätigkeit in der Schweiz.

Mit der vorgenannten Entscheidung hat der BFH seine bisherige Rechtsprechungspraxis betreffend die zweiteilige steuerliche Behandlung von Beiträgen zur beruflichen Vorsorge als 2. Säule der schweizerischen Altersvorsorge bestätigt.²⁰ Steuerfreier Arbeitslohn gem. § 3 Nr. 62 S. 1 EStG und Sonderausgaben gem. § 10 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 Buchst. a EStG i.V.m. § 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Buchst. c EStG liegen demnach nur vor, soweit die Leistung durch den schweizerischen Arbeitgeber (Arbeitgeberanteil) und die Beiträge des Arbeitnehmers (Arbeitnehmeranteil) mit einer Beitragszahlung in die in Deutschland gesetzlich vorgeschriebene *Basisvorsorge* zur Zukunftssicherung des Arbeitnehmers (Krankheit, Unfall, Invalidität, Alter, Tod) vergleichbar ist.²¹ Daher müssen nach gefestigter Rechtsauffassung des BFH unterschieden werden die Beiträge zum Obligatorium, der gesetzlich festgelegten Mindestabsicherung, und zum Überobligatorium, dem darüber hinausgehenden freiwilligen Teil.²² Bei den obligatorischen Beiträgen ist die Vergleichbarkeit mit der

deutschen Basisvorsorge gegeben, bei den überobligatorischen Beiträgen mangels gesetzlicher Verpflichtung nicht.²³

Ebenso scheidet laut BFH und auch der Finanzverwaltung die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 63 S. 1 EStG aus, weil die überobligatorische Vorsorgevereinbarung einer schweizerischen Pensionskasse nicht mit der inländischen betrieblichen Altersversorgung vergleichbar ist.²⁴ Die Möglichkeiten der Auszahlung des Altersguthabens als Kapitalleistung schon vor Eintritt eines Versorgungsfalls, aber auch noch nach dessen Eintritt sprechen gewichtig gegen die Vergleichbarkeit.²⁵

Die steuerliche Behandlung der Beiträge in schweizerische Pensionskassen soll unter Verweis auf die ausführlichen Entscheidungsgründe des kürzlich ergangenen BFH-Urt. v. 12.10.2023 – VI R 46/20²⁶ in diesem Fachbeitrag nicht weiter diskutiert werden.

2. Unterscheidung zwischen Obligatorium und Überobligatorium einer Pensionskasse

Bei der Vergleichbarkeit des schweizerischen mit dem deutschen Altersvorsorgesystem unterscheiden Finanzverwaltung und Gerichte wie zuvor bereits dargelegt zwischen dem Obligatorium und dem Überobligatorium; man spricht vom sogenannten *Zweiteilungsgrundsatz*.²⁷ Beim **Obligatorium** besteht ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis, nach dem die Pensionskasse verpflichtet ist, die Vorsorgerisiken Alter, Invalidität und Tod zu versichern; es ist zwingende Nebenfolge des Arbeitsverhältnisses.²⁸ Damit ist die obligatorische

15 Vgl. *Schustek*, DStR 2016, 447, 452; BMF v. 27.07.2016 – IV C 3 – S 2255/07/10005:004 IV C 5 – S 2333/13/10003, BStBl. I 2016, 759, DStR 2016, 1813, 1814.

16 BMF v. 27.07.2016 – IV C 3 – S 2255/07/10005:004 IV C 5 – S 2333/13/10003, BStBl. I 2016, 759, DStR 2016, 1813, 1814.

17 Vgl. BMF v. 27.07.2016 – IV C 3 – S 2255/07/10005:004 IV C 5 – S 2333/13/10003, BStBl. I 2016, 759, DStR 2016, 1813, 1815.

18 BFH v. 12.10.2023 – VI R 46/20, DStR 2024, 350.

19 Ebda.

20 Vgl. BFH v. 12.10.2023 – VI R 46/20, DStR 2024, 350; BFH v. 06.06.2002 – VI R 178/97, BFHE 199, 524, BStBl. II 2003, 34, DStR 2002, 2072, m.w.N.

21 Vgl. *Pelkmann*, Steuerliche Berücksichtigung von überobligatorischen Beiträgen zu einer schweizerischen öffentlich-rechtlichen Pensionskasse, DStRK 2024, 100; BFH v. 12.10.2023 – VI R 46/20, DStR 2024, 350.

22 Vgl. BFH v. 12.10.2023 – VI R 46/20, DStR 2024, 350; BFH v. 06.06.2002 – VI R 178/97, BFHE 199, 524, BStBl. II 2003, 34, DStR 2002, 2072, m.w.N.

23 Vgl. *Pelkmann*, DStRK 2024, 100; BFH v. 12.10.2023 – VI R 46/20, DStR 2024, 350.

24 BFH v. 12.10.2023 – VI R 46/20, DStR 2024, 350; BMF v. 27.07.2016 – IV C 3 – S 2255/07/10005:004 IV C 5 – S 2333/13/10003, BStBl. I 2016, 759, DStR 2016, 1813, 1815.

25 Vgl. BFH v. 12.10.2023 – VI R 46/20, DStR 2024, 350.

26 BFH v. 12.10.2023 – VI R 46/20, DStR 2024, 350.

27 BMF v. 27.07.2016 – IV C 3 – S 2255/07/10005:004 IV C 5 – S 2333/13/10003, BStBl. I 2016, 759, DStR 2016, 1813, 1815.

28 BFH v. 12.10.2023 – VI R 46/20, DStR 2024, 350; BFH v. 26.11.2014 – VIII R 38/10 (Leitentscheidung), DStR 2015, 1371, BStBl. II 2016, 657; *Levedag*, IWB Nr. 15 v. 14.08.2015 – NWB OAAAE-98072, 553, 554; BMF v. 27.07.2016 – IV C 3 – S 2255/07/10005:004 IV C 5 – S 2333/13/10003, BStBl. I 2016, 759, DStR 2016, 1813, 1815.

Altersvorsorge in der Schweiz nach deutschem Rechtsverständnis dem Sozialversicherungsrecht, mithin der Basisversorgung zuzurechnen.²⁹

Das **Überobligatorium**, also die Absicherung über das Obligatorium hinaus, basiert hingegen auf eigenständiger privatrechtlicher Grundlage und ist durch Freiwilligkeit gekennzeichnet.³⁰ Hierbei unerheblich ist, daß die Einbeziehung des Arbeitnehmers in ein Rechtsverhältnis mit der betreffenden Vorsorgeeinrichtung des Arbeitgebers in der Regel automatische – häufig arbeitsvertraglich vereinbarte – Folge des Arbeitsverhältnisses ist.³¹ Mithin ist die Vergleichbarkeit der überobligatorischen Altersvorsorge mit der Pflichtmitgliedschaft in der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung nicht gegeben.³²

3. Leistungen schweizerischer Pensionskassen in der BFH-Rechtsprechung

Neben **Rentenzahlungen** (Altersrente, Hinterbliebenenrente, Erwerbsminderungsrente, Berufsunfähigkeitsrente, Invalidenrente) sehen die üblichen Satzungen schweizerischer Pensionskassen **Kapitalleistungen** im Wege von Einmalzahlungen vor. Die im Folgenden genannten Leistungen waren bereits Gegenstand von Entscheidungen des BFH.³³

a) Freizügigkeitsleistungen

Im Falle eines Arbeitgeberwechsels oder der Aufgabe des Arbeitsverhältnisses innerhalb der Schweiz wird das Altersguthaben von der Pensionskasse des ehemaligen Arbeitgebers auf die Pensionskasse des neuen Arbeitgebers oder auf ein sogenanntes *Freizügigkeitskonto* oder auf eine *Freizügigkeitspolice* übertragen; hierbei handelt es sich um sogenannte **Freizügigkeitsleistungen**, die aus deutscher Sicht steuerlich unbeachtlich sind und deshalb nachfolgend nicht weiter thematisiert werden.³⁴

b) Vorbezug

Zur Anschaffung von selbst genutztem Wohneigentum ist der sogenannte **Vorbezug** des angesparten Altersguthabens innerhalb bestimmter Altersgrenzen möglich, wobei der betroffene Arbeitnehmer in der Pensionskasse seines Arbeitgebers bleibt und nach dem Vorbezug sein Altersguthaben bis zum Erreichen des Rentenalters wieder auffüllen kann.³⁵ Auf die steuerliche Behandlung wird im Folgenden näher eingegangen.

c) Austrittsleistungen

Im Falle des endgültigen Verlassens der Schweiz oder des Ausscheidens aus dem schweizerischen Altersvorsorgesystem aus anderen Gründen kann sich der betroffene Arbeitnehmer ebenfalls schon vor Erreichen der Rentenaltersgrenze sein Altersguthaben (Freizügigkeitsleistung) ganz oder teilweise auszahlen lassen; hierbei wird auch von der sogenannten **Austrittsleistung** gesprochen.³⁶ Die Auszahlung ist be-

schränkt auf das überobligatorische Guthaben, wenn der Wegzug in einen Staat der EU oder der EFTA vorgenommen wird; diese Beschränkung gilt nicht, sofern der Betroffene in dem Wegzugsstaat nicht gegen die Risiken Alter, Tod und Invalidität gesetzlich pflichtversichert ist.³⁷ Auch diese Form des vorzeitigen Leistungsbezugs wird nachfolgend eingehend erörtert.

4. Besteuerung schweizerischer Pensionskassenleistungen in Deutschland

a) Altfälle bis 31.12.2004 (vor Änderungen des AltEinkG)

Auf Altfälle vor dem Inkrafttreten des **Alterseinkünftegesetzes (AltEinkG) zum 01.01.2005** wird in diesem Fachbeitrag nicht näher eingegangen. Zu erwähnen ist hierzu lediglich, daß der BFH betreffend Kapitalleistungen (Einmalzahlungen) schweizerischer Pensionskassen bislang folgende Rechtsauffassungen vertreten hat:

- Die Auszahlung des **obligatorischen** Altersguthabens war bis Ende 2004 **nicht steuerbar**, weil § 22 Nr. 1 S. 3 EStG 2004 vor den Änderungen des AltEinkG keine Besteuerungsgrundlage für Kapitalauszahlungen aus (inländischen und ausländischen) gesetzlichen Rentenversicherungen bot.³⁸
- Gem. § 20 Abs. 1 Nr. 6 S. 2 EStG 2004 wurde die Auszahlung des **überobligatorischen** Altersguthabens **steuerfrei** behandelt, da insoweit die Leistungen der Pensionskassen als Renten- oder Kapitallebensversicherung i.S.d. § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b Doppelbuchst. cc oder dd EStG 2004 zu qualifizieren waren.³⁹

b) Leibrenten aus dem Obligatorium

Gem. Art. 18 DBA Schweiz sind Leibrenten (Ruhegehälter) aus der Schweiz in Deutschland einkommensteuerpflichtig,

29 Ebda.

30 BFH v. 12.10.2023 – VI R 46/20, DStR 2024, 350; BFH v. 26.11.2014 – VIII R 38/10 (Leitentscheidung), DStR 2015, 1371, BStBl. II 2016, 657; *Levedag*, IWB Nr. 15 v. 14.08.2015 – NWB OAAAE-98072, 553, 554.

31 *Levedag*, IWB Nr. 15 v. 14.08.2015 – NWB OAAAE-98072, 553, 554.

32 BFH v. 12.10.2023 – VI R 46/20, DStR 2024, 350; BFH v. 26.11.2014 – VIII R 38/10 (Leitentscheidung), DStR 2015, 1371, BStBl. II 2016, 657; *Levedag*, IWB Nr. 15 v. 14.08.2015 – NWB OAAAE-98072, 553, 554.

33 *Levedag*, IWB Nr. 15 v. 14.08.2015 – NWB OAAAE-98072, 553, 554 f.

34 Vgl. BFH v. 02.12.2014 – VIII R 40/11, DStRE 2015, 897, BStBl. II 2016, 675; *Levedag*, IWB Nr. 15 v. 14.08.2015 – NWB OAAAE-98072, 553, 555; Schweizerische Eidgenossenschaft, a.a.O., S. 26.

35 Vgl. BFH v. 26.11.2014 – VIII R 39/10, DStRE 2015, 908, BStBl. II 2016, 665; *Levedag*, IWB Nr. 15 v. 14.08.2015 – NWB OAAAE-98072, 553, 555; Schweizerische Eidgenossenschaft, a.a.O., S. 26.

36 Vgl. BFH v. 26.11.2014 – VIII R 31/10, DStRE 2015, 844, BStBl. II 2016, 653; *Levedag*, IWB Nr. 15 v. 14.08.2015 – NWB OAAAE-98072, 553, 555; Schweizerische Eidgenossenschaft, a.a.O., S. 26.

37 Vgl. Abschnitt I. 3.; Schweizerische Eidgenossenschaft, a.a.O., S. 26.

38 Vgl. BFH v. 23.10.2013 – X R 3/12, DStR 2013, 2614, BStBl. II 2014, 58; *Levedag*, IWB Nr. 15 v. 14.08.2015 – NWB OAAAE-98072, 553, 556 f.

39 Vgl. BFH v. 01.03.2005 – VIII R 47/01, DStR 2006, 320, BStBl. II 2006, 365; *Levedag*, IWB Nr. 15 v. 14.08.2015 – NWB OAAAE-98072, 553, 556 f.

wenn der Empfänger im Inland ansässig und nur hier nach deutschem Rechtsverständnis unbeschränkt steuerpflichtig ist. Fälle, in denen der Steuerpflichtige überdies einen oder mehrere Wohnsitze in der Schweiz oder anderswo im Ausland hat, werden in diesem Fachbeitrag nicht weiter problematisiert.

Gem. § 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa EStG sind Rentenzahlungen aus dem Obligatorium einer schweizerischen Pensionskasse, also Leistungen, die auf obligatorischen Beiträgen (Pflichtbeiträgen) beruhen, als sonstige Einkünfte (Leibrente aus einer gesetzlichen Rentenversicherung) mit ihrem **Besteuerungsanteil** zu versteuern.⁴⁰ Wegen der seit 2005 stattfindenden Umstellung auf die sogenannte *nachgelagerte Besteuerung* von Alterseinkünften wächst der Besteuerungsanteil künftiger Rentenzahlungen schrittweise auf 100 Prozent an. Dafür sind die Beitragszahlungen in die Basisvorsorge der gesetzlichen Rentenversicherung in der Einzahlungsphase mittlerweile vollständig steuermindernd absetzbar. Die Einkommensteuer auf Rentenzahlungen aus dem Obligatorium wird nach dem individuellen Steuersatz gem. Einkommensteuertarif bemessen, kann derzeit also bis zu 45 Prozent Höchststeuersatz auf den Besteuerungsanteil der Alterseinkünfte betragen.

Eine steuerlich günstige Option besteht gem. § 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb EStG für Steuerpflichtige, die vor 2005 mindestens zehn Jahre Beiträge oberhalb des Höchstbetrags der deutschen Rentenversicherung (*Beitragsbemessungsgrenze*) gezahlt haben; auf Antrag wird die auf diese Beiträge entfallende Leibrente nur mit dem **Ertragsanteil** besteuert (sogenannte *Öffnungsklausel*).⁴¹

c) Einmalzahlungen aus dem Obligatorium

Nach der Auffangnorm des Art. 21 DBA Schweiz unterfallen auch Einmalzahlungen im Zusammenhang mit der schweizerischen Altersvorsorge der deutschen Besteuerung, wenn Deutschland der Ansässigkeitsstaat des Steuerpflichtigen ist.

aa) Steuerbarkeit gem. § 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. 1 Doppelbuchst. aa EStG

Kapitalleistungen aus dem Obligatorium in Form von Einmalzahlungen sind aus deutscher Steuersicht vor allem als **Vorbezug** und als **Austrittsleistung** relevant. Nach aktueller einhelliger Auffassung sowohl des BFH als auch der Finanzbehörden stellen diese Auszahlungen des Altersguthabens steuerbare *andere Leistungen* gem. § 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. 1 Doppelbuchst. aa EStG dar und wären grundsätzlich mit dem Besteuerungsanteil der Einkommensteuer zu unterwerfen.⁴² Wird das gesamte Altersguthaben ausgezahlt, kann die Tarifbegünstigung des § 34 EStG in Anspruch genommen werden.⁴³

Liegen im Fall von Beitragszahlungen **vor 2005** die Voraussetzungen der Öffnungsklausel gem. § 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb EStG vor, wäre der auf diese Beiträge entfallende Teil der Kapitalauszahlung – im

Unterschied zu Leibrenten – mangels Ertragsanteils **nicht steuerbar**.⁴⁴

bb) Steuerbefreiung gem. § 3 Nr. 3 EStG

Der BFH befand mit Urteil vom 26.11.2014 – VIII R 38/10, daß die nach § 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa EStG steuerbare Auszahlung zur Abfindung eines bestehenden Rentenanspruchs des Obligatoriums gem. § 3 Nr. 3 EStG **steuerfrei** ist.⁴⁵ Diese Entscheidung erging zur Fassung des § 3 Nr. 3 EStG, die bis 2005 galt und folgendermaßen lautete:

„Steuerfrei sind [...]

3. *Kapitalabfindungen auf Grund der gesetzlichen Rentenversicherung und auf Grund der Beamten-(Pensions-)Gesetze; [...]*“

Noch nicht höchstrichterlich entschieden wurde, inwieweit die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 3 EStG nach der ab dem Veranlagungszeitraum 2006 geltenden Fassung im Zuge des JStG 2007 in Betracht kommt. Die neu gefaßte Vorschrift definiert steuerfreie Ausnahmen nicht nur für **Kapitalabfindungen**, sondern – § 3 Nr. 3 EStG a.F. erweiternd – darüber hinaus auch für bestimmte **Rentenabfindungen** und **Beitragsersatzungen von Rentenversicherungen**. Aktuell lautet die Norm:

„Steuerfrei sind [...]

3. a) *Rentenabfindungen nach § 107 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch, nach § 21 des Beamtenversorgungsgesetzes, nach § 9 Absatz 1 Nummer 3 des Altersgeldgesetzes oder entsprechendem Landesrecht und nach § 43 des Soldatenversorgungsgesetzes [ab 1.1.2025: § 59 des Soldatenversorgungsgesetzes] in Verbindung mit § 21 des Beamtenversorgungsgesetzes,*

b) *Beitragsersatzungen an den Versicherten nach den §§ 210 und 286 d des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch sowie nach den §§ 204, 205 und 207 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch, Beitragsersatzungen nach den §§ 75 und 117 des Gesetzes über die Alterssicherung der Landwirte und nach § 26 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch,*

40 Brandis/Heuermann/Nacke, 170. EL 12.2023, EStG § 22 Rn. 113 a m.w.N.; BMF v. 27.07.2016 – IV C 3 – S 2255/07/10005:004 IV C 5 – S 2333/13/10003, BStBl. I 2016, 759, DStR 2016, 1813, 1815.

41 BMF v. 27.07.2016 – IV C 3 – S 2255/07/10005:004 IV C 5 – S 2333/13/10003, BStBl. I 2016, 759, DStR 2016, 1813, 1815.

42 BFH v. 26.11.2014 – VIII R 38/10 (Leitentscheidung), DStR 2015, 1371, BStBl. II 2016, 657; BFH v. 26.11.2014 – VIII R 39/10, DStRE 2015, 908, BStBl. II 2016, 665; BFH v. 02.12.2014 – VIII R 40/11, DStRE 2015, 897, BStBl. II 2016, 675; BFH v. 23.10.2013 – X R 33/10, DStRE 2014, 132, BStBl. II 2014, 103; BFH v. 25.03.2010 – X B 142/09, DStRE 2010, 598; *Levedag*, IWB Nr. 15 v. 14.08.2015 – NWB OAAAE-98072, 553, 557 ff.; BMF v. 27.07.2016 – IV C 3 – S 2255/07/10005:004 IV C 5 – S 2333/13/10003, BStBl. I 2016, 759, DStR 2016, 1813, 1815.

43 Vgl. BMF v. 27.07.2016 – IV C 3 – S 2255/07/10005:004 IV C 5 – S 2333/13/10003, BStBl. I 2016, 759, DStR 2016, 1813, 1815, *Levedag*, IWB Nr. 15 v. 14.08.2015 – NWB OAAAE-98072, 553, 559.

44 Vgl. Abschnitt II. 4. b); BMF v. 27.07.2016 – IV C 3 – S 2255/07/10005:004 IV C 5 – S 2333/13/10003, BStBl. I 2016, 759, DStR 2016, 1813, 1815, *Levedag*, IWB Nr. 15 v. 14.08.2015 – NWB OAAAE-98072, 553, 564.

45 BFH v. 26.11.2014 – VIII R 38/10 (Leitentscheidung), DStR 2015, 1371, BStBl. II 2016, 657.

c) Leistungen aus berufsständischen Versorgungseinrichtungen, die den Leistungen nach den Buchstaben a und b entsprechen,

d) Kapitalabfindungen und Ausgleichszahlungen nach § 48 des Beamtenversorgungsgesetzes oder entsprechendem Landesrecht und nach den §§ 28 bis 35 und 38 des Soldatenversorgungsgesetzes [ab 1.1.2025: §§ 43 bis 50 und 53 des Soldatenversorgungsgesetzes]; [...]"

Der Gesetzgeber wollte mit der Neufassung des § 3 Nr. 3 EStG fortan auch Beiträgererstattungen von Rentenversicherungen erfassen und führte in seiner Begründung dazu aus:

„Unter den in der Vorschrift genannten Voraussetzungen sind steuerfrei [...]"

- die Erstattung von Versichertenbeiträgen, in denen das mit der Einbeziehung in die Rentenversicherung verfolgte Ziel eines Rentenanspruchs nicht oder voraussichtlich nicht erreicht oder nicht vollständig erreicht werden kann, die Erstattung von freiwilligen Beiträgen im Zusammenhang mit Nachzahlungen von Beiträgen in besonderen Fällen (§§ 204, 205 und 207 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch) sowie die Erstattung der vom Versicherten zu Unrecht geleisteten Beiträge (Buchstabe b), [...]"⁴⁶

Würde § 3 Nr. 3 EStG nur auf inländische Beiträgererstattungen, Kapitalabfindungen etc. beschränkt werden, wäre dies unvereinbar mit dem Recht auf *Freizügigkeit* gem. Art. 45 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).⁴⁷ Durch diese nicht zu rechtfertigende Diskriminierung von einer Mitgliedschaft in einer ausländischen Versorgungseinrichtung wären nach Verlautbarung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften gem. KOM (2001) 214, 8 f., 14⁴⁸ die Freizügigkeit der Arbeitnehmer sowie der freie Verkehr von Dienstleistungen und Kapital beeinträchtigt.⁴⁹ Es ergäbe sich zudem ein Wertungswiderspruch zu § 22 Nr. 1 EStG, der wie zuvor dargelegt auch Leistungen ausländischer Rentenversicherungen einschließlich des Obligatoriums schweizerischer Pensionskassen wegen ihrer Vergleichbarkeit mit der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung erfasst.⁵⁰ Eine Ungleichbehandlung auf der Ebene der Beiträge und deren Erstattung würde die vom BFH entwickelten – zuletzt mit Urteil vom 12.10.2023 – VI R 46/20 fortgeschriebenen – und von der Finanzverwaltung übernommenen vorgenannten Rechtsgrundsätze aushebeln.⁵¹

Demzufolge ist § 3 Nr. 3 EStG **gemeinschaftsrechtskonform auszulegen**, indem auch Leistungen ausländischer Rechtsträger steuerfrei behandelt werden, soweit diese in ihrem Kerngehalt den gemeinsamen und typischen Merkmalen einer inländischen Leistung entsprechen.⁵² Gem. dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit – kurz **Freizügigkeitsabkommen (FZA)** – gelten die vorgenannten Grundsätze des Gemeinschaftsrechts auch für Leistungen von Versorgungseinrichtungen aus der Schweiz.⁵³

Im Ergebnis müssen Einmalzahlungen aus dem Obligatorium schweizerischer Pensionskassen ebenso gem. § 3 Nr. 3 EStG steuerfrei behandelt werden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um Kapitalabfindungen, Rentenabfindungen oder Beiträgererstattungen handelt. Nach der Neufassung dieser Vorschrift durch das JStG 2007 wurde mit Aufnahme der **Beiträgererstattungen** vom Gesetzgeber klargestellt, daß die Steuerbefreiung auch für Einmalzahlungen vor Erlangung des Rentenanspruchs in Betracht kommt, weil z.B. das mit der *Rentenversicherung verfolgte Ziel eines Rentenanspruchs nicht oder voraussichtlich nicht erreicht oder nicht vollständig erreicht werden kann*.⁵⁴ Insoweit könnte sich die Finanzverwaltung auch nicht auf die BFH-Rechtsprechung zur alten Fassung des § 3 Nr. 3 EStG berufen, der ausdrücklich nur *Kapitalabfindungen* für eine Steuerbefreiung vorsah.⁵⁵ Besondere Relevanz hat die Frage der Steuerbefreiung von Beiträgererstattungen bzw. Kapitalabfindungen für Steuerpflichtige, die vor Erreichen des Renteneintrittsalters nach Deutschland zurückkehren und das schweizerische Altersvorsorgesystem vorzeitig verlassen.

d) Leibrenten aus dem Überobligatorium

Leibrenten an in Deutschland ansässige unbeschränkt steuerpflichtige Personen aus dem Überobligatorium schweizerischer Pensionskassen unterfallen mangels Vergleichbarkeit mit der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung der Einkommensteuer gem. Art. 18 DBA Schweiz i.V.m. § 22 Nr. 1 S. 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb EStG und sind mit dem **Ertragsanteil** zu besteuern. Hierbei ist im Unterschied zu Leibrenten aus dem Obligatorium unerheblich, inwieweit schon vor 2005 Beiträge eingezahlt wurden.

e) Einmalzahlungen aus dem Überobligatorium

Die Auffangnorm des Art. 21 DBA Schweiz erfasst Kapitalleistungen aus dem Überobligatorium, soweit kein Ruhegehalt gem. Art. 18 DBA Schweiz vorliegt. Nach beiden Bestimmungen erfolgt die Besteuerung im Ansässigkeitsstaat.

46 BT-Drs. 16/3368, 16; vgl. auch BFH v. 07.07.2020 – X R 35/18, DStR 2021, 88, BStBl. II 2021, 750.

47 BeckOK EStG/Niklaus, 18. Ed. 15.03.2024, EStG § 3 Nr. 3 Rn. 14 – Dr. Heike Niklaus ist Richterin am Finanzgericht Baden-Württemberg.

48 Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss, Beseitigung der steuerlichen Hemmnisse für die grenzüberschreitende betriebliche Altersversorgung, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0214> (zuletzt abgerufen am 07.05.2024).

49 BeckOK EStG/Niklaus, 18. Ed. 15.03.2024, EStG § 3 Nr. 3 Rn. 14; Förster, Steuerliche Aspekte grenzüberschreitender Basisversorgung im Alter, IStR 2017, 461, 467.

50 Vgl. Abschnitt II. 4. b) u. c) aa); BeckOK EStG/Niklaus, 18. Ed. 15.03.2024, EStG § 3 Nr. 3 Rn. 14.

51 Vgl. BFH v. 12.10.2023 – VI R 46/20, DStR 2024, 350.

52 BeckOK EStG/Niklaus, 18. Ed. 15.03.2024, EStG § 3 Nr. 3 Rn. 14.

53 FZA nebst Zustimmungsgesetz, BGBl. II 2001, 810 ff.

54 Vgl. BT-Drs. 16/3368, 16.

55 Vgl. BFH v. 26.11.2014 – VIII R 38/10 (Leitentscheidung), DStR 2015, 1371, BStBl. II 2016, 657.

Mittlerweile qualifizieren sowohl Finanzverwaltung als auch Rechtsprechung Einmalzahlungen aus dem überobligatorischen Rechtsverhältnis mit schweizerischen Pensionskassen als Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG.⁵⁶ Mit dem für den Bereich der Beitragszahlungen grundlegend klarstellenden BFH-Urt. v. 12.10.2023 – VI R 46/20 dürfte die in der Vergangenheit auch vertretene Ansicht, Leistungen aus dem Überobligatorium unter § 22 Nr. 5 EStG (sonstige Einkünfte) zu subsumieren, hinfällig sein.⁵⁷ Ohnehin würde bei Leistungen, die nicht auf geförderten Beiträgen beruhen, gem. § 22 Nr. 5 S. 2 Buchst. b und c EStG im Wesentlichen die gleiche Rechtsfolge wie bei § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG eintreten, die Besteuerung des positiven Unterschiedsbetrags zwischen der Kapitaleistung und der Summe der auf sie entrichteten überobligatorischen Beiträge, kurz der **Erträge**.

Überobligatorische Einmalzahlungen an (ehemalige) Arbeitnehmer, die bereits **vor 2005** Beiträge in eine schweizerische Pensionskasse eingezahlt haben, sind **steuerfrei** gem. § 52 Abs. 28 S. 5 EStG i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 6 S. 2 EStG a.F., wenn im Auszahlungszeitpunkt die Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zu einer oder nacheinander mehreren Pensionskassen mindestens zwölf Jahre unterunterbrochen bestanden hat.⁵⁸

Auf die Erträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 S. 1 EStG ist gem. § 32 d Abs. 1 EStG Einkommensteuer in Gestalt der Kapitalertragsteuer von lediglich pauschal 25 Prozent – die **Abgeltungssteuer** – zu zahlen, zuzüglich Solidaritätszuschlag (soweit es ihn noch gibt) und ggf. Kirchensteuer, in Summe höchstens rund 28 Prozent. Auf Antrag des Steuerpflichtigen können die Erträge gem. § 32 d Abs. 6 EStG der tariflichen Einkommensteuer mit dem gegebenenfalls niedrigeren individuellen Steuersatz unterworfen werden (*Günstigerprüfung*).

Die Abgeltungssteuer kommt gem. § 32 d Abs. 2 Nr. 2, § 20 Abs. 1 Nr. 6 S. 2 EStG nicht zur Anwendung, wenn der Bezieher der Auszahlung aus dem Überobligatorium bei einer Vertragsdauer von mindestens zwölf Jahren und Vertragsschluß mit der Pensionskasse vor dem 01.01.2012 das **60. Lebensjahr** bereits vollendet hat. In diesem Fall unterliegen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 6 S. 2 EStG ohnehin nur **50 Prozent** der Erträge der Besteuerung (nach tariflicher Einkommensteuer). Bei Vertragsschluß nach dem 31.12.2011 ist nach § 52 Abs. 28 S. 7 EStG die Vollendung des **62. Lebensjahres** dafür Voraussetzung.

III. Fazit und Handlungsempfehlung

Die Rechtslage zur Besteuerung von Leistungen schweizerischer Pensionskassen festigt sich dank reger Rechtsprechung des BFH zu diesem Themenkreis in den letzten Jahren. Seit jeher wird unterschieden zwischen obligatorischem und überobligatorischem Rechtsverhältnis. Eine Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Pensionskassen findet grundsätzlich nicht mehr statt. Mittlerweile übereinstimmend rechnen Rechtsprechung und Finanzverwaltung das Obligatorium wegen der Vergleichbarkeit mit der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung der Basisvorsorge zu und wenden die entsprechenden einkommensteuerlichen Vorschriften sowohl auf die Beiträge als auch auf die Leistungen an. Gegenstand künftiger BFH-Entscheidungen könnte die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 3 EStG in der Neufassung des JStG 2007 werden, deren Anwendung auf einmalige obligatorische Kapitaleistungen insbesondere nach Wegzug aus der Schweiz vor Erlangung des Rentenanspruchs Streitpotenzial hat. Hingegen weitgehend geklärt ist die Rechtslage zur steuerlichen Behandlung des Überobligatoriums, das den Einkünften aus Kapitalvermögen zuzurechnen ist.

Vom Thema dieses Fachbeitrags betroffen sind vor allem Deutsche, die nach jahrelanger Arbeit nebst Wohnsitz in der Schweiz wieder nach Deutschland zurückkehren möchten und damit die unbeschränkte Steuerpflicht im Inland begründen würden. Unbedingt zu empfehlen ist den Betroffenen die vorherige Beratung zur steuerlichen Behandlung der über schweizerische Pensionskassen erdienten Altersversorgungsansprüche zur Ermittlung des individuellen Bedarfs und steuerlicher Gestaltungsspielräume hinsichtlich Art, Umfang und Zeitpunkt der Leistungsanspruchnahme. Eine maßgebliche Entscheidung im Fall begehrter Einmalzahlungen ist regelmäßig darüber zu treffen, inwieweit Leistungen vor oder nach Rückkehr nach Deutschland ausbezahlt werden sollen. Überdies sollten Rechtsanwälte und Steuerberater (potenziell) betroffener Mandanten nicht nur die Rechtsprechung, sondern auch Aktivitäten des Gesetzgebers zum Problembereich im Auge behalten.

⁵⁶ Vgl. *Levedag*, IWB Nr. 15 v. 14.08.2015 – NWB OAAAE-98072, 553, 560 ff.; BMF v. 27.07.2016 – IV C 3 – S 2255/07/10005:004 IV C 5 – S 2333/13/10003, BStBl. I 2016, 759, DStR 2016, 1813, 1816.

⁵⁷ Vgl. BFH v. 12.10.2023 – VI R 46/20, DStR 2024, 350.

⁵⁸ *Levedag*, IWB Nr. 15 v. 14.08.2015 – NWB OAAAE-98072, 553, 560, 562.

§§ 7 Abs. 5 a, 7 b EStG in neuer Fassung – eine „nachhaltige“ Förderung des Wohnungsbaus?!

Prof. Dr. Thomas Zacher, MBA, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht sowie für Bank- und Kapitalmarktrecht, Steuerberater, Köln

Durch die Einführung der degressiven AfA für Wohngebäude soll die Bau- und Immobilienbranche unterstützt und der Wohnungsneubau gefördert werden. Damit eröffnen sich, ggf. verbunden mit der ebenfalls geänderten Sonderabschreibung für den Mietwohnungsneubau nach § 7 b EStG, neue Möglichkeiten, wobei es aber zugleich schon jetzt absehbare Zweifelsfragen gibt.

1. Der neue § 7 Abs. 5 a EStG

Kernpunkt der Neuregelung ist § 7 Abs. 5 a EStG, welcher sowohl dem Grunde nach bekannte als auch neue Voraussetzungen mit der Rechtsfolge der – optionalen – degressiven AfA von 5% p.a. verknüpft. Voraussetzung hierfür ist zunächst das Entstehen oder der Erwerb eines selbständigen Wirtschaftsgutes. Die Schaffung lediglich neuer Wohnungen in bereits davor bestehenden (Wohn-)Gebäuden ist vom Anwendungsbereich nicht umfaßt, zumal insofern auch meistens kein Herstellungs- oder Anschaffungstatbestand vorliegen dürfte. Wird jedoch durch den Ausbau zugleich neues Wohnungs-/Teileigentum im Rechtssinne begründet, entsteht kraft ausdrücklicher Anordnung des (neuen) § 7 Abs. 5 b EStG in jedem Fall ein selbständig abschreibbarer Gebäudeteil. Zweifelhaft bleiben die Fälle, in denen ohne entsprechenden Wechsel in der Eigentumszuordnung vom bisherigen Eigentümer ein entsprechender Ausbau vorgenommen wird und der bisherige Eigentümer nun für diese Maßnahme statt der bisher in Anspruch genommenen linearen AfA die neuen Möglichkeiten nach § 7 Abs. 5 a EStG in Anspruch nehmen möchte. Die dann in der Praxis wohl nur in Betracht kommende Variante der „Herstellung“ eines neuen Wirtschaftsgutes durch den bisherigen Eigentümer ist nach diesseitiger Auffassung nach den allgemeinen und schon bisher geltenden Grundsätzen zu entscheiden: Ist der Ausbau so umfassend, daß er zu einem neuen Wirtschaftsgut führt, kann auch insoweit § 7 Abs. 5 a EStG in Anspruch genommen werden; erfüllt er diese Voraussetzung nicht, bleibt es bei dem insgesamt für das Gebäude ohnehin anwendbaren AfA-Regime.¹ Dabei dürfte allein die Schaffung einer neuen „Wohnung“ jedoch nicht stets diesen Tatbestand erfüllen,² da dieser Begriff für § 7 EStG als solcher kein Anknüpfungspunkt ist und nach dessen Absatz 5 b sogar selbst bei Wohneigentum bzw. Teileigentum eine gesetzlich ausdrücklich angeordnete Gleichstellung mit dem Be-

griff des „Wirtschaftsgutes“ nach wie vor für nötig erachtet wurde. Weiterhin muß das § 7 Abs. 5 a EStG unterfallende Gebäudeteil Wohnzwecken dienen, wobei auch hier im Einzelfall die klassische Abgrenzungsproblematik bei Nebenräumen und Garagen eine Rolle spielen kann. Sind anderweitig genutzte Räume aber abzugrenzen und dienen sie nicht Wohnzwecken, so gilt § 7 Abs. 5 a EStG nur für den eigentlichen Wohnbereich, was sich aus der Gesetzesformulierung „... soweit ...“ ergibt. Insofern müssen aber wiederum nicht zwei selbständige Wirtschaftsgüter vorliegen, sondern eine rein wirtschaftliche Aufteilung reicht aus.³

Weiterhin ist es erforderlich, daß alternativ mit der Herstellung nach dem 30.09.2023 begonnen wurde oder der entsprechende Kaufvertrag nach dem 30.09.2023 rechtswirksam (notarielle Beurkundung) abgeschlossen wurde. Im laufenden Jahr der Fertigstellung bzw. des Erwerbs ist die Abschreibung zeitanteilig zu berücksichtigen. Bei der Alternative der Herstellung ist nun erstmals nicht das Datum des Bauantrages, sondern der angezeigte tatsächliche Baubeginn maßgeblich. Soweit im Einzelfall landesrechtlich keine Baubeginnanzeigen vorgeschrieben sind, genügt eine Erklärung des Steuerpflichtigen, daß er den Baubeginn gegenüber der „zuständigen Behörde freiwillig angezeigt hat“. Insofern dürfte es im Zweifelsfall nicht auf das Datum einer solchen Baubeginnanzeige an sich ankommen, sondern auf das dort angegebene tatsächliche Datum des Baubeginns, jedenfalls soweit dies nicht offensichtlich unrichtig bzw. mißbräuchlich angegeben wurde.⁴ Diese Regelung, die in der Praxis den maßgeblichen Beginnzeitpunkt nach hinten verlagert und damit tendenziell schon früher begonnene Projekte in die neuen AfA-Regelungen „hineinwachsen“ läßt, soll zusammen mit der generell bewußt rückwirkenden Anwendbarkeit ab 01.10.2023 ebenfalls erreichen, daß ein Anreiz zur Fortführung zunächst „steckengebliebener Projekte“ entsteht, die gerade aktuell z.B. wegen Finanzierungsproblemen noch nicht abgeschlossen wurden. Der derzeitige Bauüberhang von mehr als 800.000

¹ Vgl. § 7 Abs. 5 b (neu) 1. AG; zu Zweifelsfragen Brandis/Heuermann/Brandis, § 7 EStG, Rn. 455 ff.

² Insb. bei einem an sich schon bestehenden Wohngebäude, zu ggf. abweichenden Betrachtung im Rahmen von § 7 b EStG vgl. unten unter 2.

³ Vgl. Schmidt/Kulosa, EStG, § 7 Rn. 213.

⁴ Vgl. Schmidt/Kulosa, a.a.O.

genehmigten, aber noch nicht errichteten Wohnungen soll damit abgebaut werden.

Bei der Variante der Anschaffung gilt entsprechend als Beginndatum der 01.10.2023 für den obligatorischen Vertrag. Zugleich muß aber die Immobilie bis zum Ende des Jahres bis zur Fertigstellung angeschafft worden sein. Dies verhindert – insoweit einschränkend zu dem oben skizzierten Gedanken des Anreizes auch für „steckengebliebene“ Objekte – wiederum die Möglichkeiten bei „Problemobjekten“, bei denen sich zeitnah keine Käufer finden ließen.⁵ Die Anschaffung schon längere Zeit fertiger, aber gleichsam auf Halde liegender Immobilien, kann damit an der Förderung durch die degressive AfA nicht teilhaben.

Als Ende des Zeitraumes der möglichen Inanspruchnahme gilt sowohl bei der Herstellungs- als auch bei der Anschaffungsvariante der 30.09.2029, wobei bei der Anschaffungsvariante die „Nachfrist“ der tatsächlichen Fertigstellung dann am 31.12.2029 ausläuft. Entgegen ersten und zum Teil mißverständlichen Darstellungen kurz nach dem Inkrafttreten des Gesetzes ist die Anwendbarkeit der hierdurch eingeführten Möglichkeit der degressiven AfA an sich aber nicht etwa auf 6 Jahre beschränkt; sie ist vielmehr an sich unbeschränkt, kann aber eben nur bei Eintritt der vorbezeichneten Ereignisse in diesem 6-Jahres-Zeitraum in Anspruch genommen werden.

Ein späterer Übergang von der neuen degressiven zur bisherigen linearen AfA ist zulässig, nicht jedoch die parallele Inanspruchnahme von Absetzungen für außergewöhnliche technische oder wirtschaftliche Abnutzung. Da die nach § 7 Abs. 4 EStG weiterhin allgemein geltende Nutzungsdauer von 33 Jahren erhalten bleibt, ist dann nach einem Wechsel der verbleibende Zeitraum bis dahin wiederum gleichmäßig aufzuteilen, weshalb im ungeachtet persönlich ggf. sich ändernder Verhältnisse beim Steuerpflichtigen regelmäßig ein Wechsel nach 14 Jahren sinnvoll sein könnte. Hier herrscht ebenfalls derzeit noch eine gewisse Interpretationsunsicherheit. Während zum Teil nach einem Wechsel zur linearen AfA von der dann wieder eingreifenden Grundregelung von festen 3% ausgegangen wird (welche dann aber mathematisch auch zu einer Verkürzung des Gesamtabschreibungszeitraumes führen müßte), ergibt sich aus dem wohl eindeutigen Wortlaut des § 7 Abs. 5 a Satz 8 EStG, daß die Restnutzungsdauer nach dessen Absatz 4 nicht angegriffen werden soll. Hieraus resultiert dann notwendigerweise auch ein anderer jährlicher Prozentsatz bei gleichmäßiger Verteilung. Dieser entspricht aber wiederum nicht dem festen Wert des § 7 Abs. 4 EStG, weshalb die gesetzliche Formulierung „unter Berücksichtigung der Restnutzungsdauer maßgebenden Prozentsatz“ zumindest unklar, wenn nicht verunglückt erscheint.⁶

In der Vorphase des Gesetzesvorhabens wurde schließlich auch der Aspekt der Nachhaltigkeitsförderung durch Steueranreize vielfach den Vordergrund gestellt. Allerdings hat die hier zu diskutierende neue Regelung über die alternativ anwendbare degressive AfA insoweit keine besonderen Anfor-

derungen aufgestellt, so daß es bei den allgemein für neu hergestellte Gebäude im betreffenden Zeitpunkt anwendbaren öffentlich-rechtlichen Regelungen verbleibt. Dies gilt auch für neue Wohngebäude in anderen EU- oder EWR-Staaten, welche ausdrücklich in den § 7 Abs. 5 a EStG einbezogen sind und für die dort ggf. andere Standards gelten.

2. Kombination mit § 7 b EStG in neuer Fassung

Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung kann die degressive Abschreibung nach § 7 Abs. 5 a EStG mit der Sonderabschreibung für Mietwohnungsneubau nach § 7 b EStG kombiniert werden, vgl. § 7 b Abs. 1 Satz 1 EStG. Diese Kombination ermöglicht in den ersten vier Jahren eine Gesamtabschreibung von über 38%. Viele Voraussetzungen sind überdies bei beiden Vorschriften ähnlich. Trotzdem steckt der Teufel im Detail; man sollte nicht ohne nähere Prüfung bei Wohnimmobilien von einer „selbstverständlichen“ Erstreckung gleicher Voraussetzungen auf beide Regelungen ausgehen.

Zunächst ist der begriffliche Anknüpfungspunkt in § 7 b EStG der Begriff der „Wohnung“, nicht des Wirtschaftsgutes. Daher ist hier auch die Einbeziehung von Anbauten, Aufstockungen, Dachgeschloßausbauten etc. eher zu bejahen⁷, als dies bei § 7 Abs. 5 a EStG der Fall ist. Gem. § 7 b Abs. 2 Nr. 1 EStG ist eine Wohnung dann neu, wenn sie bisher nicht vorhanden war und durch Baumaßnahmen geschaffen wurde, einschl. der Nebenräume. Andererseits folgt aus dieser Definition auch, daß allein die Schaffung von Wohnungs- bzw. Sondereigentum im Rahmen vorhandenen Wohnraumes nicht ausreicht.⁸ Zeitlich ist der hier für die aktuellen Änderungen maßgebliche Zeitraum die Zeitspanne vom 31.12.2022 bis zum 30.09.2029, wobei hier nach dem Gesetzeswortlaut Bauantrag *oder* getätigte Bauanzeige für die bisher nicht vorhandene Wohnung maßgeblich sein sollen. Das Enddatum ist also in beiden Vorschriften gleich; bei § 7 b EStG bleibt aber gegenüber seiner bisherigen Fassung in 2022 hinsichtlich des Beginns eine bewußte „Lücke“. Die frühere Beschränkung auf einen mindestens verbleibenden 4-jährigen AfA-Zeitraum und die damit verbundene Problematik sog. Vorratsbauanträge, vgl. § 52 Abs. 15 a EStG, sind insoweit im Gesetz nicht mehr enthalten, so daß Bauantrag/Bauanzeige noch bis 30.09.2029 gestellt werden können, um insoweit in voller Höhe berücksichtigungsfähig zu sein. Zusätzlich statuiert § 7 b Abs. 2 Nr. 2 EStG die Anforderung, daß das Gebäude den Kriterien des „Effizienzhauses 40“ mit entsprechender Nachhaltigkeitsklasse entsprechen muß und

5 Vgl. dazu auch unter 3.

6 So auch Schmidt/Kulosa, a.a.O., Rn. 216 unter Darstellung der unterschiedlichen Lesarten.

7 Vgl. hierzu auch BT-Drucksache 19/4949, S. 13, 2. Teilabsatz.

8 Vgl. BFH, Urt. v. 24.11.1992 – IX R 62/88.

dies durch das „Qualitätssiegel nachhaltiges Gebäude“ nachgewiesen sein muß. Dabei handelt es sich jedoch um den heute vielfach bereits ohnehin üblichen Standard energieeffizienten Neubaus, der z.B. auch für zinsgünstige KfW-Kredite erforderlich ist. Die Wohnung muß schließlich im Jahr der Anschaffung oder Herstellung und in den folgenden 9 Jahren der entgeltlichen Überlassung zu dauerhaften Wohnzwecken dienen, § 7 b Abs. 2 Nr. 3 EStG.

Außerdem sind bei § 7 b EStG nun geänderte Baukosten- bzw. Förderhöchstgrenzen zu beachten. Da der Steuergesetzgeber den Wohnungsbau im „Luxussegment“ nicht fördern will, dürfen die Anschaffungs- oder Herstellungskosten 5.200 Euro pro Quadratmeter Wohnfläche nicht überschreiten. Bei selbst geringfügiger Überschreitung dieser Werte entfällt die Sonderabschreibung für den Mietwohnungsneubau komplett. Zur Ermittlung dieser Kosten, welche i.S.v. § 255 Abs. 1 und 2 HGB zu verstehen sind, sind nach der Praxis der Finanzverwaltung die Regelungen der WohnflächenVO entsprechend heranzuziehen.⁹ Kosten für Grund und Boden und für Außenanlagen werden nicht erfaßt, für Nebenräume und (zu den Wohneinheiten gehörige) Garagen jedoch nach der Finanzverwaltung durchaus, was tendenziell zu einer breiteren Verteilungsgrundlage für die Kosten führt.

Hier von zu trennen ist die Förderhöchstgrenze. Hier beträgt der aktuelle Betrag maximal 4.000 Euro pro Quadratmeter Wohnfläche. Bei Überschreiten dieser Förderhöchstgrenzen (aber Unterschreitung der vorgenannten Baukostenobergrenze) fällt also nur der übersteigende Betrag der Anschaffungs- oder Herstellungskosten „aus der Sonderabschreibung heraus“ und unterfällt dann ggf. „nur“ noch der Regelung nach § 7 Abs. 5 a EStG. Maßgeblich sind jedoch stets die tatsächlichen Kosten, so daß die Förderhöchstgrenze keinen Pauschbetrag darstellt, sondern bei ihrer Unterschreitung auch nur die tatsächlich angefallene Höhe angesetzt werden kann.

3. Problemfelder für die Praxis

Wird das entsprechende Gebäude nicht vom Eigentümer errichtet und danach auch selbst bzw. zur Vermietung zu Wohnzwecken genutzt, stellt sich die Frage der Abgrenzung der AfA-Berechtigung zwischen Verkäufer und Erwerber. Dies gilt erst recht in den Fällen des Erwerbs von professionellen Bauträgern. Neben den an dieser Stelle nicht diskutierten Grundproblemen bei solchen Konstellationen und ggf. die Verteilung schon begonnener AfA-Zeiträume machen die aktuellen zeitlichen und inhaltlichen Regelungen nun eine besondere Abstimmung zwischen beiden Seiten notwendig.

Jedenfalls Bauantrag, Bauanzeige (ggf. mit welchem Datum des Baubeginns) und Fertigstellung sind Begriffe, die nicht immer eindeutig sind. Hier liegt es nahe, daß neben der Vorlage entsprechender dies belegender Unterlagen auch entsprechende Zusicherungen in den Erwerbsverträgen gefordert werden, unbeschadet der üblichen Generalklausel, daß der Veräußerer/Bauträger für steuerliche Folgewirkungen

allgemein keine Garantie oder Haftung übernimmt. Denn diese *tatsächlichen* Umstände liegen noch in seinem Verantwortungsbereich und können letztlich nur von ihm zuverlässig beurteilt werden. Problematisch können hier insbesondere schrittweise Bauvorhaben sein mit unterschiedlichen abschnittsbezogenen Kosten hinsichtlich der Zuordnung von Neben- und Erschließungskosten etc. Das Gleiche gilt (im Rahmen von § 7 b EStG) für die Anforderungen an die Einhaltung der Baukostenobergrenze, zumal diese nicht mit dem vom Erwerber umgerechnet auf den Quadratmeter zu zahlenden Erwerbspreis identisch ist. Ebenso gilt dies zumindest eingeschränkt für die Einhaltung bzw. das Maß der Überschreitung der Förderhöchstgrenzen, da auch insoweit der Erwerber ein verständliches Interesse daran hat, zur Erstellung und Einhaltung seines persönlichen Finanzierungsplanes die den unterschiedlichen AfA-Sätzen unterfallenden Preisbestandteile zu kennen. Immerhin reicht es bei den Förderhöchstgrenzen aus dessen Sicht aus, zuverlässig über die Ausschöpfung des Maximalbetrages Bescheid zu wissen. Hingegen dürfte die Zusicherung des erforderlichen Effizienzstandards unproblematisch sein, zumal auch die Verkäuferseite durch das entsprechende Qualitätssiegel bis auf Mißbrauchsfälle geschützt ist.

Nicht nur die damit letztlich einhergehende Anforderung zur begrenzten Offenbarung der internen Kalkulation und einer aus der Sicht des Bauträgers ggf. doch als „Einstandspflicht für steuerliche Verhältnisse“ empfundenen Bestätigung steuerrelevanter Sachverhaltsaspekte, wird diesem vielleicht Unbehagen verursachen; hinzu kommt auch, daß tatsächlich im gleichen Gebäude unterschiedliche Verhältnisse eintreten können, die zu ganz unterschiedlichen Auswirkungen führen. Hierbei ist nicht so sehr die nachvollziehbare Unterscheidung zwischen unterschiedlichen Kaufpreisen für eine Parterrewohnung gegenüber dem auf dem Dach liegenden „Penthouse“ angesprochen, sondern die gleiche Art von Wohnungen, die ggf. eine völlig unterschiedliche steuerliche Behandlung erfahren. Wird z.B. ein Bauabschnitt schon fertiggestellt, mußte aber ein anderer mangels verbindlicher Vertragsabschlüsse und/oder Finanzierungsprobleme (auch beim Verkäufer/Bauträger selbst) einstweilen zurückgestellt werden, können die Regelungen schon dem Grunde nach mal eingreifen, mal nicht. Wenn sich zu verschiedenen Zeitpunkten in einem sukzessiven Bauvorhaben Bau- und Handwerkerkosten geändert haben, kann auch dies wiederum zu unterschiedlichen Beträgen bezogen auf die einzelnen Wohnungen führen und ggf. sogar zum Herausfallen aus der Förderung nach § 7 b EStG. Unklar ist hier, inwieweit – zumindest für gleichartige Einheiten – eine Durchschnittsberechnung zwingend oder fakultativ gegenüber einer Einzelbetrachtung ist.¹⁰ Schließlich kann sich z.B. auch die Frage stellen, ob bei teilweise vor-

⁹ BMF, BStBl I 2020, S. 623 Rn. 51.

¹⁰ Lt. Brandis/Heuermann/Riehl, § 7 b EStG, Rn. 19 ist eine Aufteilung lediglich „nicht erforderlich“.

handenen Erwerbern und nur weniger Restanten für ein Objekt oder zumindest einen Bauabschnitt eine Art „Schließungsgarantie“ des Verkäufers/Bauträgers sinnvoll erscheint, um trotz noch nicht vollständiger Platzierung zumindest eine zeitgerechte Fertigstellung zur Inanspruchnahme der steuerlichen Möglichkeiten sicherzustellen.

Schließlich gibt es sowohl im Hinblick auf den Wechsel zwischen degressiver und linearer AfA und die Folgewirkungen an sich wie auch auf das Zusammenspiel der Anforderungen von § 7 Abs. 5 a EStG und § 7 b EStG im Detail noch einige Interpretationsunsicherheiten; dessen ungeachtet hängt auch die steueroptimale Anwendung dieser Möglichkeiten oft vom individuellen Einzelfall ab, soweit nicht der Standardfall im Übrigen relativ gleichbleibender Einkommensverhältnisse besteht. Dies ist sowohl für die Finanzierungsplanung als auch für die steuerliche Begleitung eine Herausforderung, deren Ansprüche durch die Neuregelungen eher gesteigert worden sind.

4. Fazit

Die angesprochenen neuen AfA-Regelungen im Wohnungsbau sind entsprechend ihrem politischen Ziel sicher dazu geeignet, Bau und Erwerb entsprechender Wohnungen zu fördern und damit auch mehr (Miet-)Wohnraum zur Verfügung zu stellen. Nicht nur die in der Schlußfassung des Gesetzes der Höhe nach doch wieder von 6% auf 5% reduzierte degressive AfA, sondern auch der gesamte Wirkungsmechanismus lassen jedoch den kritischen Betrachter auch Einschränkungen in der Bewertung vornehmen. So sind trotz finanzmathematisch zu ermittelnder Barwertvorteile etc. Verschiebungen im Bereich der AfA hin zu anfänglich höheren Abschreibungsvolumina primär liquiditäts-

wirksame Hilfen, die eine anfängliche Finanzierung erleichtern, aber im späteren Verlauf auch korrespondierend zu relativen Nachteilen führen müssen. Dies ist gerade bei einer Immobilie mit regelmäßig langfristigem Finanzierungshorizont ein bedeutsamer Aspekt, zumal die Entwicklung von Darlehenszinsen und Konditionen hierfür, aber auch der eigenen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen über Zeiträume von oft mehreren Jahrzehnten nicht sicher prognostizierbar sind. Hinzu kommt, daß gerade zur optimalen Ausnutzung der neuen Möglichkeiten die Anforderungen an Anbieter, Erwerber, Finanzierer und auch steuerliche Berater wiederum steigen, was Verwaltungs- und Informationsaufwand sowie die Kosten hierfür tendenziell erhöht. Schließlich sind schon jetzt Randunschärfen erkennbar, die im Einzelfall wiederum die Diskussion um die Einhaltung der Tatbestandsvoraussetzungen und/oder deren mißbräuchliche „Vorspiegelung“ bzw. § 42 AO nach sich ziehen könnten.

Die daneben mögliche grundsätzliche Kritik an steuerlichen Maßnahmen, die von vorneherein ein allgemeines System modifizieren, schon bei ihrer Begründung nur temporär gemeint sind und sich schon deshalb notwendigerweise vom „Bierdeckel“-Ansatz klarer und vereinfachter Steuerregelungen ohne ausufernde Sonderregelungen entfernen müssen, mag angesichts des sicher im gesellschaftlichen Interesse liegenden Ziel der Neuregelungen allzu wohlfeil erscheinen lassen. Trotzdem stellt sich die Frage, ob hier stattdessen ein Weg über begrenzte und zweckgebundene, ggf. auch regional angepaßte Zuschüsse für entsprechende Wohnungsbauvorhaben nicht der einfachere und ggf. auch zielgenauere Förderungsweg gewesen wäre, welcher makroökonomisch eher höhere positive Auswirkungen bei per Saldo jedenfalls gleichhohen Mindereinnahmen für den Staatshaushalt hätte herbeiführen können.



Teilzeitanprüche

Ansprüche auf Verringerung der Arbeitszeit

von Univ.-Professor Dr. Wolfgang Hamann

2024, 5., überarbeitete Auflage, 310 Seiten, € 29,80

Das Recht der Wirtschaft

ISBN 978-3-415-07558-0

Besondere Lebenssituationen oder allgemeines soziales Engagement können mit einer vollberuflichen Beschäftigung kollidieren. Eine Möglichkeit zur Lösung solcher Interessenkonflikte bietet die Teilzeitarbeit.

Diese sogenannten Teilzeitanprüche sind in verschiedenen Gesetzen und auch in einigen Tarifverträgen geregelt.

Der Autor behandelt diese Themen ausführlich und leicht verständlich. Zahlreiche Beispiele und Übersichten veranschaulichen die Darstellung. Kurzinformationen und praktische Tipps helfen den Beteiligten, konkrete Fragestellungen besser einzuordnen und sich in der individuellen Situation zurechtzufinden.

BOORBERG

RICHARD BOORBERG VERLAG
BESTELLUNG@BOORBERG.DE TEL 0711/7385-343 FAX 0711/7385-100

SC0824

Die Familiengenossenschaft als Vehikel der Vermögensnachfolge: Gewagte Spekulation auf Steuervorteile

Andreas Jahn, Rechtsanwalt und Steuerberater, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, und Lennart Elßner, Rechtsanwalt, MEYER-KÖRING Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbH, Bonn

Die Genossenschaft hat – jedenfalls in der allgemeinen Wahrnehmung und in der teils reklamehaften Anpreisung einschlägiger Beraterkreise – in letzter Zeit einen kometenhaften Aufstieg in die Spitzengruppe der vieldiskutierten Nachfolgegestaltungen hingelegt. Beworben wird sie u.a. als Vehikel für wohlhabende (Unternehmer-)Familien. Eine Familiengenossenschaft soll einerseits eine bessere Vermögensbindung als (Kapital-)Gesellschaften ermöglichen, andererseits Steuervorteile bieten. Bei genauerer Betrachtung ist jedoch nicht nur fraglich, ob eine Genossenschaft zum Zweck der Vermögensnachfolge überhaupt wirksam gegründet werden kann. Auch die angepriesenen Steuervorteile beruhen bislang auf dem Prinzip Hoffnung.

Zudem hat das BMJ mit Pressemitteilung vom 04.07.2024 den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der genossenschaftlichen Rechtsform vom 03.07.2024 veröffentlicht.¹ Danach hält es das BMJ für notwendig, „gegen die in Einzelfällen zu beobachtende mißbräuchliche Verwendung der Rechtsform vorzugehen“, womit offenkundig auch vermögenverwaltende Familiengenossenschaften gemeint sind.

I. Die Familiengenossenschaft als Holding-Gesellschaft

Eine Genossenschaft ist gemäß § 1 Abs. 1 GenG eine Gesellschaft von nicht geschlossener Mitgliederzahl, deren Zweck darauf gerichtet ist, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern. **Familiengenossenschaften** sind Genossenschaften, deren Mitglieder allesamt Angehörige einer einzelnen Familie sind. Die Genossenschaftsmitglieder sollen entweder durch Leistungen der Genossenschaft (z.B. vergünstigtes Wohnen oder Fahrzeugnutzung) oder Gewinnausschüttungen (aus von der Genossenschaft betriebenen oder gehaltenen Unternehmen) profitieren.

Während die klassische Variante seit langem etabliert ist und auch unbestritten Steuervorteile mit sich bringt,² wird für die Zwecke dieses Beitrags die Familiengenossenschaft in den Blick genommen. Sie soll als Vehikel der Nachfolgeplanung eine erbschaft- und schenkungsteuerschonende Möglichkeit der Vermögensübertragung bieten. Hierzu werden Anteile am Familienunternehmen in die Genossenschaft eingebracht (§§ 20 f. UmwStG). Die Unternehmensgewinne

fließen in der Folge künftig an die Genossenschaft und werden von dort aus an die Familienmitglieder ausgekehrt bzw. zur Bereitstellung von Leistungen genutzt.

II. Die in Aussicht gestellten Vorteile

Der Vorteil dieser Gestaltung liegt einerseits in einer besonders starken Vermögensbindung: Wie bei einer Kapitalgesellschaft werden die eingebrachten Werte aus dem Vermögen der Familienmitglieder herausgelöst; die persönliche Haftung wird aufgehoben und der unmittelbare Zugriff Einzelner verhindert.

Das Alleinstellungsmerkmal der Genossenschaft findet sich allerdings im Bereich der Kündigungs- und Abfindungsmöglichkeiten. Anders als bei Kapitalgesellschaften erwerben Mitglieder von Genossenschaften keinen unmittelbaren Anteil am Genossenschaftsvermögen. Bei Ausscheiden beschränkt sich ihr Auseinandersetzungsanspruch gemäß § 73 Abs. 2 S. 2 und S. 3 GenG auf den Stand des vorhandenen Geschäftsguthabens, bestehend aus den Einlagen des Mitglieds sowie Gewinn- und Rückvergütungsgutschriften.³ Auf die Rücklagen und das sonstige Vermögen der Genossenschaft haben Mitglieder keinen Anspruch.⁴ In entsprechender Weise fällt auch die bei einem Ausschluß zu zahlende Abfindung niedrig aus.⁵ So werden Kündigungen und Anteilsübertragungen von vornherein unattraktiv gemacht und das Familienvermögen vor Zersplitterung geschützt.⁶

Darüber hinaus werden Steuervorteile beworben. So soll eine Erbschaft- und Schenkungsteuerersparnis möglich sein, da Genossenschaftsanteile für Zwecke der Besteuerung stets nur mit dem Nennwert zu bewerten seien und

1 https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024_Genossenschaftsrecht.html?nn=110490.

2 Vgl. nur die Befreiungen in §§ 5 Abs. 1 Nr. 10, Nr. 14 KStG, 3 Nr. 14, Nr. 15 GewStG.

3 *Beuthien*, GenG, § 7 Rn. 4.

4 § 73 Abs. 2 S. 3 GenG.

5 *Werner*, Die Familiengenossenschaft – eine eierlegende Wollmilchsau?, ZErB 2023, 206, 207.

6 *Haberger*, Die Familiengenossenschaft: (k)ein Instrument der Vermögens- und Unternehmensnachfolge, ZEV 2023, 68, 70; *Werner*, ZErB 2023, 206, 207.

der wahre Wert des in der Genossenschaft gebundenen Vermögens daher unberücksichtigt bleibe. Ein Erlaß des Finanzministeriums (FM) Sachsen-Anhalt aus der jüngeren Vergangenheit läßt zudem erkennen, daß inzwischen offenbar auch versucht wird, Kosten der privaten Lebensführung auf Familiengenossenschaften zu verlagern und sie mit den dort erzielten Unternehmensgewinnen zu verrechnen.⁷

III. Zivilrechtliche Eignung der Familiengenossenschaft als Vehikel der Vermögensnachfolge

Eine bloße Darstellung der vermeintlichen Vorzüge der Familiengenossenschaft wäre allerdings einseitig. Die tatsächliche Realisierbarkeit der angestrebten Vorteile ist fraglich. Eine erste Hürde stellt bereits die wirksame Gründung der Genossenschaft dar. Der von § 1 Abs. 1 GenG vorausgesetzte Zweck (s.o.) setzt bereits heute enge Grenzen.⁸ Darauf soll hier nicht im Detail eingegangen werden.⁹

Nur so viel sei in aller Kürze umrissen: Jedenfalls sogenannte Vermögensverwaltungsgenossenschaften werden nach allgemeiner Ansicht als unzulässig abgelehnt.¹⁰ Einzelne Prüfverbände kommunizieren daher ganz offen, derartige Konstruktionen nicht abzusegnen.¹¹ Der von der Genossenschaft geführte Geschäftsbetrieb muß den Belangen der Mitglieder unmittelbar dienen. Die bloße Erwirtschaftung und Ausschüttung von Erträgen reicht hierfür nicht aus.¹² Es müssen konkrete Leistungsbeziehungen zu den Mitgliedern unterhalten werden (sog. Identitätsprinzip).¹³ Zugleich verlangt jedenfalls das FM Sachsen-Anhalt einen kohärenten, in vergleichbarer Weise am Markt existierenden Geschäftsbetrieb.¹⁴

Außerdem unterliegt jede Genossenschaft der Pflichtmitgliedschaft in einem Prüfungsverband, der die gesetzlich vorgesehene Pflichtprüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse und der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung der Genossenschaft durchführt (§ 53 GenG). Der Prüfungsverband hat im Prüfungsbericht dazu Stellung zu nehmen, ob und auf welche Weise die Genossenschaft im Prüfungszeitraum einen zulässigen Förderzweck verfolgt hat. Je nach Prüfstrengung des Prüfungsverbands könnte bereits die Gründung einer Familiengesellschaft an dieser Hürde scheitern.

Damit sind enge Grenzen für den Unternehmensgegenstand gesetzt, die nur wenige Familiengenossenschaften überhaupt erfüllen können. Keineswegs können einfach Anteile an einem Familienunternehmen in eine Genossenschaft eingebracht und auf diesem Wege die Gewinne verteilt werden. Selbst wenn die Gründung und Eintragung einer derartigen Genossenschaft gelänge, wäre sie aufgrund Förderzweckverfehlung jedenfalls der ständigen Gefahr einer aufsichtsbehördlichen Auflösung (§ 81 GenG) ausgesetzt.

IV. Steuervorteile von Familiengenossenschaften

Hier im Fokus stehen sollen jedoch die angepriesenen Steuervorteile. Auch insoweit läßt eine genauere Betrachtung Risse in der nur auf den ersten Blick glänzenden Fassade von Familiengenossenschaften erkennen. Die erhofften Erbschaft- und Schenkungsteuervorteile beruhen auf einer recht pauschalen Anwendung eines erstinstanzlichen Finanzgerichtsurteils. Die ertragsteuerliche Strategie hat bereits zu einer ablehnenden Reaktion der Finanzverwaltung geführt und dürfte wohl allenfalls auf dem Gerichtsweg durchsetzbar sein.

1. (Vermeintliche) erbschaft- und schenkungsteuerliche Vorteile?

Wie bei Kapitalgesellschaften lassen sich auch im Rahmen von Genossenschaften volle wirtschaftliche Partizipationsmöglichkeiten bereits mit der Übertragung gering dotierter Geschäftsanteile vermitteln. Diese berechtigen insbesondere zum vollen Gewinnbezug und zur Teilhabe an den Leistungen der Genossenschaft. Ihr Nennwert kann jedoch frei festgesetzt werden und steht in keinem zwingenden Verhältnis zu dem in der Genossenschaft gebundenen Vermögen. So ist es möglich, den Nennbetrag von Genossenschaftsanteilen weit unterhalb der Freibeträge der Erbschaft- und Schenkungsteuer anzusetzen. Darauf aufbauend liegt der steuerliche Reiz der Gestaltung einer Vermögensnachfolge mittels Familiengenossenschaften darin, die Erbschaft- und Schenkungsteuer auch für nichtbegünstigtes Vermögen¹⁵ vermeintlich bis auf Null reduzieren zu können, da die übertragenen Genossenschaftsanteile stets nur mit dem Nennwert

7 FM Sachsen-Anhalt, Erl. v. 19.10.2023 – 42-S 2702-3, DStR 2024, 570.

8 Genaugenommen wird die Eignung der genossenschaftlichen Tätigkeit zur Erreichung des satzungsmäßigen Förderzwecks im Rahmen der Gründungsprüfung allerdings (noch) nicht beurteilt, so daß grundsätzlich auch als Vermögensvehikel gedachte Familiengenossenschaften bei ausreichender wirtschaftlicher Zuverlässigkeit zunächst zur Gründung zugelassen werden dürften (Kowanda, ErbStB 2023, 120, 123). Siehe zum RefE des BMJ v. 03.07.2024 unten Ziffer V.

9 Diese Frage wird behandelt etwa bei Haberer, ZEV 2023, 68; Werner, ZERB 2023, 206 und Kowanda, ErbStB 2023, 120. Siehe zum RefE des BMJ v. 03.07.2024 unten Ziffer V.

10 Beuthien, GenG, § 1 Rn. 10 f., 33; Scholz, RNotZ 2021, 441, 444; Werner, ZERB 2023, 206, 209; Kowanda, ErbStB 2023, 120, 123; vgl. auch Haberer, ZEV 2023, 68, 69.

11 Vgl. <https://www.genoverband.de/newsroom/presse/pressemitteilungen/nicht-mit-uns-keine-gruendung-von-familiengenossenschaften-zur-vermoegensverwaltung-und-steuervermeidung/>; <https://www.dgrv.de/steuervermeidung-ist-kein-foerderzweck/>; abgerufen jeweils am 09.07.2024.

12 FM Sachsen-Anhalt, Erl. v. 19.10.2023 – 42-S 2702-3, DStR 2024, 570, 571.

13 Beuthien, GenG, § 1 Rn. 2.

14 FM Sachsen-Anhalt, Erl. v. 19.10.2023 – 42-S 2702-3, DStR 2024, 570, 572.

15 Vgl. §§ 13 a, 13 b ErbStG.

zu bewerten sein sollen. Ob dieser Schluß tatsächlich trägt, ist allerdings zweifelhaft. Unmittelbar anwendbare Rechtsprechung steht dem Berater bislang nicht zur Verfügung.

2. Bewertung von Anteilen an Familiengenossenschaften

Gemäß § 12 ErbStG richtet sich die Bewertung des steuerpflichtigen Erwerbs im Sinne des § 10 ErbStG grundsätzlich nach den Vorschriften des BewG. Hiernach ist im Ausgangspunkt der gemeine Wert zugrunde zu legen.¹⁶ Für Anteile an Kapitalgesellschaften und Kapitalforderungen gelten jedoch Sondervorschriften.¹⁷ Zu klären ist daher in einem ersten Schritt, wie Genossenschaftsanteile bewertungsrechtlich zu qualifizieren sind.

a. Genossenschaftsanteile als Anteile an Kapitalgesellschaften?

Anteile an Kapitalgesellschaften sind gemäß § 11 Abs. 2 S. 1 BewG mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Jedoch sind Genossenschaften keine Kapitalgesellschaften.¹⁸ Das Gesetz unterscheidet an mehreren Stellen ausdrücklich zwischen Genossenschaften und Kapitalgesellschaften.¹⁹ Insbesondere mit Blick auf die bewertungsrechtliche Differenzierung in § 97 BewG kann daher nicht von einer Gleichsetzung der beiden Gesellschaftsformen ausgegangen werden. Will der Gesetzgeber Anteile an Kapitalgesellschaften und an Genossenschaften erkennbar gerade nicht gleich bewerten, bleibt kein Raum für eine Anwendung des § 11 Abs. 2 BewG auf Genossenschaftsanteile.²⁰

b. Genossenschaftsanteile als Kapitalforderungen?

Vielfach wird vielmehr eine Qualifizierung der Mitgliedschaft in einer Genossenschaft als schlichte Kapitalforderung im Sinne des § 12 Abs. 1 S. 1 BewG vertreten.²¹ Dem scheint auch die Finanzverwaltung zuzustimmen.²² Eine solche Qualifikation ist folgerichtig, weil die Mitgliedschaft in einer Genossenschaft gerade keinen *Anteil* am Vermögen der Genossenschaft vermittelt, sondern es sich ähnlich wie bei einem Genußrecht²³ in erster Linie um eine Forderung handelt, gerichtet auf Ausschüttungen und ein etwaiges Auseinandersetzungsguthaben. Allerdings sollen bereits nicht veröffentlichte Verwaltungsauffassungen existieren, wonach im Einzelfall von der Bewertung als Kapitalforderung abgewichen werden könne (etwa bei einer geringen Zahl an Genossen, einer Beteiligung der Mitglieder an den stillen Reserven der Genossenschaft oder einer besonders hohen Gewinnbeteiligung).²⁴

c. Bewertung von Kapitalforderungen

Forderungen sind nach § 12 Abs. 1 BewG grundsätzlich mit dem Nennwert zu bewerten. Dies erklärt den Reiz des Nachfolgemodells Familiengenossenschaft. Denn der Nennwert ist unabhängig von dem in einer Genossenschaft gebundenen Vermögen. Ein genossenschaftliches Geschäftsguthaben

von wenigen Euro kann ohne weiteres eine Gewinnausschüttung in Millionenhöhe vermitteln. Durch Übertragung großer Vermögen auf Genossenschaften mit gering dotierten Geschäftsanteilen ließe sich die Erbschaft- und Schenkungsteuer de facto aushebeln, da die Übertragung der Mitgliedschaft bei Bewertung zum Nennwert stets weit unter den Freibeträgen bliebe. In der Rechtsliteratur wird eine solche Bewertung von Genossenschaftsanteilen zum Nennwert grundsätzlich befürwortet.²⁵

Selbst wenn man die Anteile an Genossenschaften als Forderungen nach § 12 BewG einordnen wollte, dürfte jedoch die Ausnahme des § 12 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BewG nicht übersehen werden. Hiernach sind Kapitalforderungen nur dann mit dem Nennwert anzusetzen, „wenn nicht besondere Umstände einen höheren oder geringeren Wert begründen“. Angesichts der einzigartigen Struktur der Genossenschaft als Gesellschaft ohne Teilhabe der Mitglieder am Vermögen, aber mit vollem Gewinnbezugsrecht, spricht einiges dafür, jedenfalls bei einer Familiengenossenschaft derartige besondere Umstände anzunehmen.²⁶

Genossenschaftsanteile stellen keine „typischen“ Forderungen im Sinne des § 12 BewG dar. Anders als bei einfachen Zahlungsansprüchen kann eine erhebliche Diskrepanz zwischen Nennwert und wirtschaftlichem Wert einer Genossenschaftsmitgliedschaft bestehen. Bei Familiengenossenschaften dürfte dies aufgrund der geringen Mitgliederanzahl und damit verbundenen hohen Anteilsquote sogar regelmäßig der Fall sein. Insgesamt ähnelt die Familiengenossenschaft daher trotz der formell fehlenden Vermögensbeteiligung mehr einer Kapitalgesellschaft („Holding“) als einer herkömmlichen Genossenschaft. Eine Bewertung der jeweiligen Anteile nach ähnlichen Grundsätzen ist daher in der Sache angemessen.

Ein solches Vorgehen dürfte zudem auch der Auffassung des Gesetzgebers entsprechen. Im Ertragssteuerrecht dokumentiert schon die bloße Existenz des § 17 Abs. 7 EStG, daß

16 § 9 Abs. 1 BewG.

17 Für Kapitalgesellschaftsanteile: §§ 12 Abs. 2 ErbStG, 11 Abs. 2 und 151 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BewG; für Forderungen: § 12 Abs. 1 BewG.

18 Vgl. *Beuthien*, GenG, § 1 Rn. 3.

19 § 97 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BewG, § 7 Abs. 8 S. 3 ErbStG, § 3 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 UmwG, § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 KStG, § 17 Abs. 7 EStG. Der UmwStE verwendet durchgängig die Formulierung „*Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft*“; Ausnahme Bewertung in Tz. 13.05.

20 Ebenso *Haberger*, ZEV 2023, 68, 71 f.; *Werner*, ZErB 2023, 206, 208; *Kowanda*, ErbStB 2023, 149, 154.

21 *Haberger*, ZEV 2023, 68, 72; *Werner*, ZErB 2023, 206, 208; *Kowanda*, ErbStB 2023, 149, 154.

22 Vgl. R B 11.5 Abs. 3 S. 6 und R B 151.6 S. 2 ErbStR.

23 Vgl. dazu etwa *Jahn/Elßner*, *steueranwaltsmagazin* 2023, 197.

24 *Kowanda*, ErbStB 2023, 149, 155.

25 So *Rössler/Troll/Eisele*, BewG, § 97 Rn. 8 und *Kreutziger/Schaffner/Stephany*, BewG, § 97 Rn. 36.

26 So auch *Haberger*, ZEV 2023, 68, 72; *Werner*, ZErB 2023, 206, 208; *Kowanda*, ErbStB 2023, 149, 155.

Anteile an Genossenschaften nicht pauschal mit dem Nennwert zu bewerten sein können. Wäre für Genossenschaftsanteile stets (nur) der Nennwert anzusetzen, könnten sie keinen Wertsteigerungen unterliegen, so daß § 17 Abs. 7 EStG überflüssig wäre.²⁷

d. Bewertung von Anteilen an Familiengenossenschaften

Ist demnach die Bewertungsregel des § 12 Abs. 1 S. 1 BewG nicht anwendbar, muß der nach den besonderen Umständen höhere oder niedrigere Wert ermittelt werden. Im Ergebnis dürfte dies deckungsgleich mit der Ermittlung des gemeinen Werts nach § 9 BewG sein.²⁸ Dieser wird gemäß § 9 Abs. 2 S. 1 BewG durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsgutes bei einer Veräußerung zu erzielen wäre.

Zwar sind Anteile an Genossenschaften nicht frei verkäuflich. Gerade bei Familiengenossenschaften wird eine Übertragung von Geschäftsguthaben regelmäßig per Satzung ausgeschlossen sein.²⁹ Dennoch wird man bei der Ermittlung des gemeinen Werts von Genossenschaftsanteilen einerseits das in der Genossenschaft gebundene Vermögen bzw. den anteiligen Auseinandersetzungsanspruch der Mitglieder,³⁰ jedenfalls aber die zu erwartenden Ausschüttungen³¹ zu berücksichtigen haben. Bei Abstellen auf den gemeinen Wert wird man den Wert der Anteile also mitunter weit über dem jeweiligen Nennwert ansetzen müssen. Auf diese Weise besteht nach hier vertretener Auffassung ein weitgehender bewertungsrechtlicher Gleichlauf mit Anteilen an Kapitalgesellschaften.

e. Das mißverständene Urteil des Finanzgerichts Köln

Dem entgegengesetzt ist allerdings das Finanzgericht (FG) Köln für eine Molkereigenossenschaft zu dem Schluß gekommen, der gemeine Wert der Genossenschaftsanteile könne nicht über dem Rückkaufswert angesetzt werden, da ein höherer Veräußerungspreis im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nicht zu erzielen sei.³² Weil die Genossenschaftsmitglieder in der Veräußerung ihrer Anteile beschränkt seien und auch bei Ausscheiden aus der Genossenschaft die auf ihre Anteile entfallenden stillen Reserven nicht ersetzt erhielten, unterschieden sich Genossenschaftsanteile „elementar“ von Anteilen an Kapitalgesellschaften.³³ Die bloße Möglichkeit, daß ein Mitglied noch im Zeitpunkt der Auflösung an einer Genossenschaft beteiligt sein und in diesem Zusammenhang eine über den Rückkaufswert hinausgehende Auszahlung erhalten könne, reiche nicht aus, um einen Genossenschaftsanteil höher als mit dem Rückkaufswert zu bewerten.³⁴

Dem ist im Ausgangspunkt nicht zu widersprechen. Teilweise wird diese Rechtsprechung daher unkritisch auf Familiengenossenschaften übertragen. Ein genauer Blick zeigt allerdings, daß der entschiedene Sachverhalt mit typischen Fällen von Familiengenossenschaften nicht vergleichbar ist.

Das FG Köln stellt maßgeblich auf einen mutmaßlich zu erzielenden Veräußerungspreis ab und will dabei ausdrück-

lich die besonderen Umstände des Streitfalls berücksichtigen.³⁵ Daraus ergibt sich in dem zur Entscheidung vorliegenden Fall, daß ein Verkauf zu einem über dem Rückkaufswert liegenden Betrag in der Praxis unrealistisch war. Die zu erwartenden Gewinnausschüttungen und Rückvergütungen konnten – auch angesichts der Konkurrenzsituation im jeweiligen Markt – einen höheren Preis nicht rechtfertigen. Folgerichtig war in diesem Fall daher nur der Rückkaufswert anzusetzen.

Bei Familiengenossenschaften, die in erster Linie als Unternehmensträger fungieren, dürfte es sich aber grundsätzlich umgekehrt verhalten: anders als die o.g. Molkereigenossenschaften werden sie ihrem Zweck entsprechend regelmäßig hohe Beträge an ihre Mitglieder ausschütten. Der wirtschaftliche Wert ihrer Anteile liegt gerade in den damit verbundenen Gewinnbezugsrechten. Ein gedachter Erwerber würde den von ihm gebotenen Kaufpreis daher nicht nach dem Nennwert bemessen, sondern nach den zu erwartenden Erträgen.³⁶ Solche „besonderen Umstände des Einzelfalls“ sind – auch nach dem FG Köln – bei der Wertermittlung zu berücksichtigen. Einer tatsächlichen Veräußerung oder auch nur der Möglichkeit einer solchen bedarf es zur Heranziehung dieser Bewertungsmethode nicht.

Danach ergibt sich aus dem viel zitierten Urteil des FG Köln letztlich keine Abweichung zu dem oben aufgezeigten Auslegungsergebnis. Das Urteil erweckt auch nicht den Eindruck, das FG habe neue allgemeine Grundsätze zu der Bewertung von Anteilen an Genossenschaften aufstellen wollen.³⁷ Seine Ausführungen beziehen sich jeweils auf den zu entscheidenden – durchaus speziellen – Sachverhalt und die Eigenheiten der dort streitgegenständlichen Molkereigenossenschaft. Sie sind auf andere Genossenschaften nicht pauschal übertragbar. Erst recht gilt dies für die in vielerlei Hinsicht von der „typischen“ Genossenschaft abweichende Familiengenossenschaft, die ihre Wesensprägung durch die von ihr gehaltene Unternehmensbeteiligung erhält und damit in der Sache einer Holding-Kapitalgesellschaft ähnelt.

Bei konsequenter Betrachtung spricht demnach viel dafür, Anteile an Familiengenossenschaften für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsteuer mit ihrem ungekürzten

²⁷ Kowanda, ErbStB 2023, 149, 157.

²⁸ Ebenso Habberger, ZEV 2023, 68, 72; Werner, ZErB 2023, 206, 208.

²⁹ Vgl. § 76 Abs. 2 GenG.

³⁰ § 91 GenG.

³¹ § 19 GenG.

³² FG Köln, UrT. v. 26.11.2014 – 7 K 4141/09 – juris, Rn. 59, 71.

³³ FG Köln, UrT. v. 26.11.2014 – 7 K 4141/09 – juris, Rn. 77 mit Verweis auf BFH, UrT. v. 04.07.1968 – IV 13/65 – BFHE 93, 68, BStBl II 1968, 682, Rn. 5 und vom 04.08.2004 – II R 33/03 – juris, Rn. 11.

³⁴ FG Köln, UrT. v. 26.11.2014 – 7 K 4141/09 – juris, Rn. 77.

³⁵ FG Köln, UrT. v. 26.11.2014 – 7 K 4141/09 – juris, Rn. 59.

³⁶ Vgl. Habberger, ZEV 2023, 68, 72.

³⁷ Dementsprechend hat es auch die Revision nicht zugelassen (FG Köln, UrT. v. 26.11.2014 – 7 K 4141/09 – juris, Rn. 85).

gemeinen Wert anzusetzen. Dieser kann den Rückkaufswert erheblich übersteigen. Angemessen ist dies, weil Genossenschaftsanteile nicht nur durch Rückgabe zu verwerten sind, sondern auch der ihnen innewohnenden – mitunter erheblichen – Gewinnbezugserwartung ein wirtschaftlicher Wert beizumessen ist. Die Übertragung von Anteilen an Genossenschaften wäre danach erbschaft- und schenkungsteuerlich nicht vorteilhafter als die Übertragung von Kapitalgesellschaftsanteilen.

Endgültig absichern läßt sich jedoch auch dieses Ergebnis nicht. Eine unmittelbar anwendbare Rechtsprechung existiert bislang nicht. Auch die Finanzbehörden haben noch nicht eindeutig Position bezogen. Die versprochenen Steuervorteile sind damit also durchaus nicht ausgeschlossen, bisweilen aber zumindest mit Vorsicht zu genießen.

3. (Vermeintliche) Ertragssteuervorteile?

Kaum anders zu beurteilen ist die hier untersuchte Gestaltung aus ertragsteuerlicher Perspektive. Wie ein Erlaß des FM Sachsen-Anhalt aus der jüngeren Vergangenheit erkennen läßt, wird inzwischen auch versucht, Kosten der privaten Lebensführung auf Familiengenossenschaften zu verlagern und sie mit den dort erzielten Unternehmensgewinnen zu verrechnen.³⁸ So erbringen Familiengenossenschaften offenbar allerlei Leistungen für ihre Mitglieder, die sich ganz nach den jeweiligen Interessen und Gepflogenheiten der betreffenden Familien richten (etwa in den Bereichen Wohnen, Transport, Sport, etc.). Über die Nutzung durch Mitglieder einer Familie hinaus stehen diese Leistungen in keiner Verbindung zueinander. Die Kosten werden auf Ebene der körperschaft- und gewerbsteuerpflichtigen Genossenschaft³⁹ mit den Gewinnen aus zugleich gehaltenen Unternehmensanteilen verrechnet.

a. Zivilrechtliche Hürde

Das FM Sachsen-Anhalt will in diesen Fällen schon das Bestehen eines (einheitlichen) Geschäftsbetriebs verneinen, weil es keine Unternehmen am Markt mit vergleichbaren Tätigkeitsprofilen gebe.⁴⁰ Der funktionale Gesamtatbestand aus Förderziel und Fördermittel sei nicht verwirklicht.⁴¹ Der Grundsatz der Selbsthilfe werde verfehlt.⁴² Die Finanzverwaltung zieht also schon das rechtmäßige Bestehenkönnen derartiger Familiengenossenschaften in Zweifel. Das Gestaltungsmodell soll nicht erst am Steuerrecht, sondern bereits an der zivilrechtlichen Grundlage scheitern.

Das ist nach Maßgabe der oben nur grob umrissenen Grundsätze im Ergebnis konsequent. Das Halten und Verwalten von Unternehmensanteilen allein ist kein zulässiger Geschäftsbetrieb im Sinne des § 1 GenG.⁴³ Der funktionale Gesamtatbestand aus Förderzweck und Fördermittel verlangt es, daß eine Genossenschaft in zumindest mittelbare Leistungsbeziehungen mit ihren Mitgliedern tritt. Tut sie dies durch Zurverfügungstellung verbilligter Leistungen aus dem Bereich der privaten Lebensführung, während sie zu-

gleich Unternehmensanteile verwaltet, kann man einerseits an der Einheitlichkeit des jeweiligen Geschäftsbetriebs und der Eignung zur aktiven Mitgliederförderung zweifeln.

Vor allem aber ist ein Verstoß gegen den Grundsatz der Selbsthilfe nicht von der Hand zu weisen, wenn die für die Erbringung der Leistungen erforderlichen Mittel nicht aus Einzahlungen der Mitglieder stammen, sondern aus Gewinnausschüttungen gehaltener Unternehmensanteile, die mit dem eigentlichen Förderzweck in keinem Zusammenhang stehen. Jedoch handelt es sich beim Grundsatz der Selbsthilfe nicht um ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal, sondern lediglich um einen der Rechtsform Genossenschaft allgemein zugrundeliegenden Gedanken. Ob ein „Verstoß“ hiergegen – wie das FM Sachsen-Anhalt meint – unmittelbar zur Unzulässigkeit einer Genossenschaft führt, ist richterlich nicht geklärt.

b. Steuerrechtliche Hürde

Darüber hinaus drängt sich in Fällen der geschilderten Art die Möglichkeit verdeckter Gewinnausschüttungen (vGA, § 8 Abs. 3 S. 2 KStG) auf. Nach der Rechtsprechung liegt eine vGA einer Genossenschaft an ein Mitglied erst vor, wenn der Leistungsaustausch zu einem Preis stattfindet, der die Selbstkosten der Genossenschaft unterschreitet (Kostendeckungsprinzip).⁴⁴ Angesichts des Zwecks von Genossenschaften, die Belange ihrer Mitglieder zu fördern, ist dies folgerichtig. Die Erfüllung des Satzungszwecks darf nicht grundsätzlich als vGA anzusehen sein.

Das FM Sachsen-Anhalt geht aber auch bei Einhaltung des Kostendeckungsprinzips von vGA aus, wenn die jeweiligen Leistungen bei Familiengenossenschaften des hier in Rede stehenden Charakters „aus dem Unternehmen finanziert werden, das von seiner Art her in keinem oder nur untergeordnetem Zusammenhang mit dem satzungsmäßigen Förderzweck steht“.⁴⁵ Ein nur formal in der Rechtsform einer Genossenschaft betriebenes Unternehmen entspreche faktisch einer Kapitalgesellschaft. Es diene nur der Mittelbeschaffung zur Finanzierung der an die Mitglieder erbrachten Leistungen. Die Genossenschaften grundsätzlich zustehende Privilegierung sei daher ausnahmsweise nicht anzuwenden, da eine solche Gestaltung dem genossenschaft-

38 FM Sachsen-Anhalt, Erl. v. 19.10.2023 – 42-S 2702-3, DStR 2024, 570.

39 § 1 Abs. 1 Nr. 2 KStG, § 2 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 GewStG.

40 FM Sachsen-Anhalt, Erl. v. 19.10.2023 – 42-S 2702-3, DStR 2024, 570, 572.

41 FM Sachsen-Anhalt, Erl. v. 19.10.2023 – 42-S 2702-3, DStR 2024, 570, 572 mit Verweis auf *Beuthien*, GenG, § 1 Rn. 27.

42 FM Sachsen-Anhalt, Erl. v. 19.10.2023 – 42-S 2702-3, DStR 2024, 570, 572.

43 Vgl. dazu die obigen Ausführungen unter III.

44 BFH, Urt. v. 11.10.1989 – I R 208/85 – BFHE 158, 388, BStBl II 1990, 88, Rn. 11.; so auch FM Sachsen-Anhalt, Erl. v. 19.10.2023 – 42-S 2702-3, DStR 2024, 570, 573.

45 FM Sachsen-Anhalt, Erl. v. 19.10.2023 – 42-S 2702-3, DStR 2024, 570, 573.

lichen Grundgedanken widerspreche. Das Rechtskleid der Genossenschaft dürfe nicht vor der Anwendung allgemeiner steuerrechtlicher Regelungen schützen.⁴⁶ Man wird davon ausgehen dürfen, dass dies auch dann gelten soll, wenn durch eine Genossenschaft Unternehmensanteile gehalten werden.

Vergleichbar meint auch *Kowanda*, eine vGA liege „unzweifelhaft“ vor, wenn eine Genossenschaft Aufwendungen eines Mitglieds trägt, die bei diesem (wenn er Personenunternehmer wäre) dem Abzugsverbot des § 12 Nr. 1 EStG unterlägen, und kommt zu dem Schluß, „daß die körperschaftsteuerlichen Grundsätze zur vGA nicht durch die Rechtsform der Genossenschaft ausgehebelt werden können“.⁴⁷

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Die Befriedigung persönlicher Bedürfnisse hat der Gesetzgeber bewußt aus der ertragsteuerlichen Sphäre ausgenommen. Durch das Rechtsinstitut der vGA hat er eine Umgehung mittels Zwischenschaltung von Gesellschaften gerade zu unterbinden versucht. Dem kann sich auch die Genossenschaft nicht entziehen.

Anzumerken bleibt aber, daß der BFH in gefestigter höchstgerichtlicher Rechtsprechung die Grenze zwischen Zweckerfüllung und vGA genau taxiert hat.⁴⁸ Auf die Kostendeckung soll es ankommen, nicht auf den Zusammenhang von Unternehmen und Förderzweck. Im Ausgangspunkt muß es Genossenschaften zugestanden werden, zur Erfüllung ihrer Satzungszwecke ihren Mitgliedern Vorteile zuzuwenden, ohne daß hierin sogleich eine steuerschädliche vGA gesehen wird. Die vom FM Sachsen-Anhalt angeordnete Rechtsanwendung setzt sich in direkten Widerspruch zu diesen Grundsätzen. Ob der BFH eine solche „Mißachtung“ ohne weiteres zulassen wird, dürfte bis zu einer endgültigen Klärung zweifelhaft bleiben.

V. Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der genossenschaftlichen Rechtsform vom 03.07.2024

1. Gesetzgeberische Ziele

Der RefE nennt drei wesentliche Ziele der beabsichtigten Gesetzesänderung, namentlich neben der Förderung der Digitalisierung bei Genossenschaften und der Steigerung der Attraktivität der genossenschaftlichen Rechtsform die hier interessierenden „Maßnahmen gegen unseriöse Genossenschaften“. Diese Maßnahmen richten sich sowohl gegen reine Kapitalanlagegenossenschaften als auch ganz unzweifelhaft gegen vermögenverwaltende Familiengenossenschaften. Das BMJ wendet sich gegen die damit attestierte mißbräuchliche Verwendung der Rechtsform, die es zu verhindern gälte.

Sollte der Entwurf Gesetz werden, so dürfte die Rechtsform der Genossenschaft als Familiengesellschaft und als Instrument der Nachfolgeplanung bereits aus rein gesellschaftsrechtlichem Blickwinkel ausscheiden.

2. „Maßnahmen gegen unseriöse Genossenschaften“

Durch Ergänzung in § 1 Abs. 3 GenG-E wird die bloße Erhaltung und Verwaltung des Genossenschaftsvermögens oder die gemeinschaftliche Vermögensanlage als zulässiger Förderzweck ausdrücklich ausgeschlossen.⁴⁹ Damit sollen sowohl Vorratsgenossenschaften als auch vermögenverwaltende Genossenschaften verhindert werden. Zugleich wird der Prüfungsmaßstab für Prüfungsverbände, Aufsichtsbehörden und Registergerichte für eine Förderzweckverfehlung vorgegeben.

Ausdrücklich soll durch diese gesetzliche Klarstellung „so Konstrukten (häufig als sog. Familiengenossenschaften bezeichnet), bei denen Vermögenswerte nur deswegen in eine Genossenschaft eingebracht werden, um Erbschaftssteuern zu umgehen oder Vermögenswerte dem Zugriff von Gläubigern einzelner Familienmitglieder zu entziehen, die genossenschaftsrechtliche Anerkennung versagt“ werden.

Flankierend erfolgt eine Ausweitung der Rechte und Pflichten des Prüfungsverbandes. Genossenschaftliche Prüfungsverbände sollen verpflichtet werden, in der gutachtlichen Stellungnahme nach § 11 Absatz 2 Nummer 3 GenG-E ausdrücklich zu erklären, ob und welchen Förderzweck die jeweilige Genossenschaft erfüllt. Die gutachtliche Äußerung des Prüfungsverbandes muß auch dazu Stellung nehmen, welchen Förderzweck die Genossenschaft verfolgt und ob die Satzung der Genossenschaft den Anforderungen des Genossenschaftsgesetzes entspricht. Dies soll zum einen die Prüfung durch das Registergericht beschleunigen. Zum anderen soll die Pflicht des Prüfungsverbandes, in seiner gutachtlichen Äußerung ausdrücklich zu erklären, welchen konkreten Förderzweck die Genossenschaft verfolgt, zur Verhinderung unseriöser Genossenschaften beitragen, die keinen zulässigen Förderzweck verfolgen. Dies steht im Zusammenhang mit der vorgesehenen Ergänzung des § 11 a Absatz 2 Satz 1 GenG-E, wonach das Registergericht die Eintragung einer Genossenschaft künftig auch abzulehnen hat, wenn offenkundig oder auf Grund der gutachtlichen Äußerung des Prüfungsverbandes die Genossenschaft keinen zulässigen Förderzweck hat. Da dies derzeit für das Registergericht aufgrund der Anmeldeunterlagen schwierig zu überprüfen ist, soll in § 11 Absatz 2 Nummer 4 GenG-E klargestellt werden, daß der Prüfungsverband in seinem Gründungsgutachten ausdrücklich dazu Stellung nehmen muß, ob die Genossenschaft einen zulässigen Förderzweck verfolgt. Der Prüfungsverband muß einen „konkreten“ För-

46 FM Sachsen-Anhalt, Erl. v. 19.10.2023 – 42-S 2702-3, DStR 2024, 570, 573.

47 *Kowanda*, ErStB 2023, 120, 124 f. mit Hinweis auf BFH, Urt. v. 28.10.2015 – I R 10/13 – BFHE 252, 101, BStBl II 2016, 298 und vom 28.11.1991 – I R 13/90 – BFHE 166, 251, BStBl II 1992, 359.

48 Zuletzt BFH, Urt. v. 28.10.2015 – I R 10/13 – BFHE 252, 101, BStBl II 2016, 298; vgl. auch die weiteren Nachweise in Fn. 44.

49 „(3) Die bloße Erhaltung und Verwaltung des Genossenschaftsvermögens oder die gemeinschaftliche Vermögensanlage stellt keinen zulässigen Förderzweck dar.“

derzweck angeben, eine bloße Wiederholung des Gesetzeswortlauts („darauf gerichtet, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern“) reicht nicht aus.

Um die ordnungsgemäße Prüfung sicherzustellen, erfolgt die Stärkung der Staatsaufsicht über genossenschaftliche Prüfungsverbände. Eine Ausweitung der Rechte und Pflichten des Prüfungsverbandes bewirkt wenig, so die Entwurfsbegründung, wenn ein Prüfungsverband tätig wird, der nicht ordnungsgemäß prüft. Die Aufsichtsbehörden in den Ländern über die genossenschaftlichen Prüfungsverbände sollen ausdrücklich verpflichtet werden, die Zuverlässigkeit der einzelnen Vorstandsmitglieder des jeweiligen Prüfungsverbandes zu prüfen (§ 63 a Absatz 1 GenG-E).

Weiter richtet sich der Entwurf gegen den Mißbrauch bei vermögenverwaltenden Wohnungsgenossenschaften, die ihre Mieter als investierende Mitglieder einbinden. Im neuen § 8 b Absatz 5 GenG-E wird in Bezug auf Wohnungsgenossenschaften geregelt, daß die Förderleistung – die Nutzung der Wohnung – nicht von investierenden Mitgliedern in Anspruch genommen werden kann und zwar auch nicht im Rahmen des Nichtmitgliedergeschäfts.⁵⁰ Damit soll die genossenschaftsrechtliche Anerkennung solchen Geschäftsmodellen versagt werden, bei denen Wohnungsmieter zu investierenden Mitgliedern gemacht werden, um den Anschein eines zulässigen Förderzwecks zu erwecken, während diese Mitglieder durch den nach § 8 Absatz 2 Satz 2 GenG (künftig § 8 b Absatz 1 Satz 2 GenG-E) zulässigen Stimmrechtsausschluß keinerlei Mitbestimmungsrechte haben. Die Regelung schließt nicht aus, daß die Genossenschaft Nichtmitgliedergeschäfte mit nicht nur investierenden Mitgliedern betreiben kann, wenn dies in der Satzung zugelassen ist.

VI. Fazit

Die teilweise in Aussicht gestellten Steuervorteile halten demnach einer kritischen Überprüfung nur bedingt stand. Familiengenossenschaften haben durchaus ihre Berechtigung – sinnvolle Vehikel der Vermögensnachfolge sind sie mangels Rechtssicherheit nicht.

Dies gilt auch deshalb, weil das „Steuersparmodell Genossenschaft“ inzwischen den Gesetzgeber erreicht hat. Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der genossenschaftlichen Rechtsform vom 03.07.2024 zur Unterbindung von „unseriösen Kapitalanlage-Genossenschaften“⁵¹ befin-

det sich bereits auf dem Weg ins Gesetzgebungsverfahren. Nach Auffassung des BMJ, der der Ampelkoalition und zuvor bereits der großen Koalition⁵² seien Genossenschaften generell „nicht zur Vermögensanlage geeignet, da keine Beteiligung ausscheidender Mitglieder an einem Wertzuwachs vorgesehen und die Genossenschaft auf eine offene Mitgliederanzahl ausgelegt ist“.⁵³ Der Referentenentwurf sowie der Erlaß des FM Sachsen-Anhalt zeigen, daß die hier diskutierten Gestaltungsmodelle auf Ebene der Finanzverwaltung und der Politik mißbilligt werden. Schon vor diesem Hintergrund ist bei einer langfristigen Vermögensplanung mittels Genossenschaften Vorsicht und Zurückhaltung geboten.

Zum Zweck einer seriösen Beratung wird in der Regel jedenfalls die Einholung einer verbindlichen Auskunft erforderlich sein. Allerdings ist weder auszuschließen, daß die Finanzverwaltung bei der ausführlich darzulegenden Gesamtplanung von einer Steuerspargestaltung ausgehen wird, noch, daß eine verbindliche Auskunft erteilt wird, die den Nennwertansatz ablehnt (sog. Negativauskunft).⁵⁴ Die Finanzverwaltung könnte einen Antrag auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft sogar zum Anlaß nehmen, sich auf Bund-Länder-Ebene zu verständigen, um die Büchse der Pandora gleichsam a priori zu schließen.⁵⁵

Die o.g. Umstände dürften das Modell Familiengenossenschaft im hier verstandenen Sinne (s.o.) daher insgesamt unattraktiv machen.⁵⁶ Es gibt zahlreiche bewährte Vehikel der Vermögensplanung, die ein Nachfolgekonzep in der Regel verlässlicher tragen werden als eine Familiengenossenschaft. Diesen Befund scheint die gelebte Praxis – entgegen der medialen und nunmehr auch politischen Aufmerksamkeit für Familien- und Kapitalanlagegenossenschaften – zu bestätigen: Genossenschaften nach dem oben beschriebenen Konzept sind in den deutschen Genossenschaftsregistern nahezu gar nicht auffindbar. Die in der Fachliteratur viel diskutierte Gestaltungen und vor allem die teils reißerisch angepriesenen Vorteile der Familiengenossenschaft bleiben offenbar allzu oft theoretischer Natur.

50 „Besteht das Verhältnis zwischen einer Genossenschaft und ihren Mitgliedern in der Nutzung von Wohnungen zu Wohnzwecken, so ist die Nutzung der Wohnungen durch ein investierendes Mitglied, auch im Rahmen des Nichtmitgliedergeschäftes, ausgeschlossen.“

51 BT-Drucks. 20/1533.

52 BT-Drucks. 19/11467.

53 BT-Drucks. 20/1533.

54 Kowanda, ErbStB 2023, 187, 192.

55 Kowanda, ErbStB 2023, 187, 192.

56 Ebenso Habeger, ZEV 2023, 68, 73; Werner, ZErB 2023, 206, 210.

Die Kapitalmarktunion und die Rückerstattungsansprüche des § 32 Abs. 5 und 6 KStG auf gezahlte Kapitalertragsteuer nach dem WachstumschancenG 2024

Prof. Dr. Klaus von Brocke, Rechtsanwalt, Weissach/München

I. Einführung: Die Vollendung der Kapitalmarktunion und die FASTER-Richtlinie

Die EU-Initiative zur Schaffung einer Kapitalmarktunion zielt darauf ab, einen einheitlichen Kapitalmarkt in der gesamten Europäischen Union zu etablieren. Dies umfaßt die Schaffung eines echten Binnenmarkts für Kapital in der EU, um Investitionen und Ersparnisse in alle Mitgliedstaaten fließen zu lassen, um Kapitalmarkt-Finanzierungen zur Entwicklung einer klimaneutralen Wirtschaft zu fördern. So schön so gut. Die Herausforderungen sind aber nach wie vor enorm. Eine der größten Herausforderungen besteht darin, die bestehenden Hindernisse für grenzüberschreitende Investitionen zu überwinden. Dazu gehören Unterschiede in den nationalen Rechts- und Steuersystemen, mangelnde Markttransparenz und unzureichende Finanzinfrastrukturen. Eine weitere Herausforderung besteht darin, einen angemessenen Verbraucherschutz zu gewährleisten, da die Öffnung der Kapitalmärkte auch das Risiko von Marktmißbrauch und finanzieller Instabilität erhöhen könnte. Unterschiede im deutschen Steuersystem sind schon lange kritisiert worden, wie diese Abhandlung sogleich aufzeigen wird. Ein weiterer Schritt hierzu ist sicherlich der durch das WachstumschancenGesetz eingeführte § 32 Abs. 6 KStG.

Auf europarechtlicher Ebene wird die Verabschiedung der FASTER-Richtlinie einen großen Beitrag zur Schaffung einer Kapitalmarktunion schaffen. Die FASTER-Richtlinie (Faster and Safer Relief of Excess Withholding Taxes), die am 14.05.2024 politisch angenommen wurde, ist sicherlich ein erster wichtiger Schritt. Die Richtlinie zielt darauf ab, die Verfahren in Zusammenhang mit Rückerstattungen von Quellensteuern auf Dividenden und Zinsen aus börsennotierten Wertpapieren zu vereinfachen. Hierzu sind Maßnahmen wie die Einführung einer digitalen EU-Ansässigkeitsbescheinigung (eTRC), registrierte Finanzintermediäre, die die Quellensteuerverfahren einheitlich durchführen sollen, ein einheitliches System der Entlastung an der Quelle (Relief at Source System) bzw. ein einheitliches schnelles Erstattungsverfahren (Quick Refund System) vorgesehen. Allerdings treten die Rechtswirkungen der Richtlinie erst zum 01.01.2030 vollständig in Kraft. Im Hinblick auf die leidlichen Erfahrungen mit den cum/cum Geschäften werden mit der Richtlinie standardisierte Meldepflichten für zertifizierte Finanzintermediäre (wie Banken oder Investitionsplattformen)

eingeführt. Damit soll den nationalen Steuerbehörden die Aufdeckung von potenziellem Steuerbetrug oder -mißbrauch erleichtert werden. Dafür müssen die Mitgliedstaaten nationale Register einrichten, in denen sich große (und fakultativ kleinere) Finanzintermediäre eintragen lassen müssen, um als zertifiziert zu gelten. Um dieses Eintragungsverfahren zu vereinfachen, ist der Rat übereingekommen, ein Europäisches Portal zertifizierter Finanzintermediäre einzurichten.

II. Gleichbehandlungsgrundsatz und Kapitalmarktunion

1. Ausgangspunkt: Die Rs. Denkavit und das Vertragsverletzungsverfahren Kommission gegen Deutschland sowie das EuGH DividendenUmsetzungsG

Werden Einkünfte eines Unternehmens, das in einem Mitgliedstaat ansässig ist, in einem anderen Mitgliedstaat erzielt, wird das Unternehmen durch den letztgenannten Mitgliedstaat regelmäßig als beschränkt steuerpflichtig behandelt. Im Hinblick auf Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV, und Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 63 AEUV, sind die Mitgliedstaaten, in denen sich die Einkunftsquelle befindet, gewissen Anforderungen unterworfen. Wie auch in anderen Bereichen der direkten Besteuerung oblag es mangels Harmonisierung durch den AEUV und derivativer Harmonisierungsinstrumente, d.h. Richtlinien, dem EuGH, den Mitgliedstaaten Leitlinien zur Besteuerung von Quellen, deren Empfänger sich in anderen Mitgliedstaaten befindet, aufzuzeigen.

In der mittlerweile zu einiger Berühmtheit gewordenen grundlegenden Entscheidung in der Rechtssache Denkavit Internationaal¹ hat der EuGH sodann entschieden, daß das französische Quellensteuer-Erhebungsverfahren, das gebietsfremde Muttergesellschaften mit einer Quellensteuer auf die Dividenden französischer Tochtergesellschaften i.H.v. 25% belastet, gebietsansässige Muttergesellschaften aber fast völlig (bis auf 5% vom steuerpflichtigen Nettogewinn) davon befreit, gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt. Hieran ändert die Möglichkeit einer Anrechnung der Quellensteuer auf die Steuerschuld der Muttergesellschaft im Sitzstaat aufgrund

¹ EuGH, Urt. v. 14.12.2006 – Rs. C-170/05, Denkavit Internationaal.

eines Doppelbesteuerungsabkommens nichts, soweit die im Doppelbesteuerungsabkommen vorgesehene Anrechnung tatsächlich nicht möglich ist und es zu einer definitiven Belastung der Muttergesellschaft durch die Quellensteuerzahlung kommt. Diese tatsächliche Unmöglichkeit ist z.B. bei völliger Steuerfreistellung der Dividende oder einer Verlustsituation der Fall.

Eine Erweiterung dieser Rechtsprechung erging am 18.06.2009 in der Rechtssache *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*.² Darin entschied der EuGH, daß es gegen die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 und 54 AEUV (ex-Art. 43 und 48 EGV) verstößt, wenn Finnland Dividenden von einer finnischen Tochtergesellschaft an ihre ebenfalls in Finnland ansässige Muttergesellschaft von der Quellensteuer befreit, während Finnland auf Dividenden an eine ausländische Muttergesellschaft (hier in der Rechtsform einer SICAV) finnische Quellensteuer einbehält. Der EuGH hat in dieser Entscheidung außerdem klargestellt, daß es der Annahme einer Diskriminierung nicht entgegensteht, daß die ausländische Muttergesellschaft in einer Rechtsform betrieben wird (SICAV), welche nach dem finnischen Recht nicht vorgesehen ist, solange eine Vergleichbarkeit mit einer inländischen Rechtsform nachgewiesen werden kann.

Die Europäische Kommission hat im Anschluß an die „Denkavit“- und „Amurta“-Rechtsprechung des EuGH verschiedene Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten wegen der ungleichen Besteuerung von Dividendenausschüttungen an in- und ausländische Portfolio-Anteilseigner initiiert. Neben Norwegen,³ Frankreich,⁴ Finnland,⁵ Niederlande,⁶ welche indirekt Adressat des europarechtlichen Gleichbehandlungsgebots geworden sind, wurden die EU-Mitgliedstaaten Portugal,⁷ Spanien,⁸ Belgien⁹ und Italien¹⁰ sowie Deutschland unmittelbar im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 258 AEUV mit dem Vorwurf der Diskriminierung konfrontiert. Bei der Sachlage der Ungleichbehandlung in- und ausländischer Dividendenausschüttungen an Portfolio-Investoren gilt es aber, im Wesentlichen fünf unterschiedliche Kategorien von Anteilseignern zu unterscheiden:

- 1) der vorliegend und in der Rs. *Denkavit* entschiedene Fall der Kapitalgesellschaft als Anteilseigner,
- 2) die Fälle der Pensionsfonds, Pensionskassen,¹¹
- 3) die Fälle der Investmentfonds,¹²
- 4) die Fälle der gemeinnützigen Rechtsträger¹³ sowie
- 5) die Fälle der sonstigen steuerbefreiten Rechtsträger (Versorgungswerke, spezifische Versicherungen).

Allen Typen von Anteilseignern ist gemein, daß sie als in dem Mitgliedstaat der ausschüttenden Gesellschaft ansässige Personen mit den empfangenen Dividenden wirtschaftlich keiner Doppelbesteuerung unterworfen wären, m.a.W., im Endeffekt würden sie wie unbeschränkt Steuerpflichtige besteuert, soweit im nationalem Recht wie z.B. durch § 8 b KStG bis 25.02.2013 Dividenden zur Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung freigestellt wurden. Tatsächlich sind jedoch alle ausländischen Anteilseigner kraft ihrer zu-

meist vollständigen Steuerbefreiung oder mangels ausreichendem zu versteuerndem Einkommen im Ausland mit der deutschen Kapitalertragsteuer belastet. Die für einige Anteilseigner mögliche Reduzierung des Quellensteuersatzes auf 15% kraft DBA mildert diese Doppelbelastung nur zum Teil.

Während die 4. und 5. Kategorie rechtstechnisch einfach zu behandeln wäre, handelt es sich ja hierbei um Rechtsträger, die im Inland unter bestimmten Voraussetzungen körperschaftsteuer- und damit auch im Ergebnis kapitalertragsteuerbefreit sind und die Rechtslage seit der Rs. *Stauffer* eigentlich auch für Deutschland hinreichend geklärt ist, sieht die europarechtlich zu würdigende Situation der Investmentgesellschaften und Pensionsfonds, die dem komplexen Regelwerk des Investmentsteuergesetzes oder anderen speziellen Regeln unterfallen (siehe § 8 b Abs. 8 Satz 5 KStG), anders aus. Insbesondere bei Investmentfonds wird sich unter Berücksichtigung der zumeist transparenten Besteuerung des Fondsvehikels die Frage stellen, inwieweit die Besteuerungsfolgen auf der Ebene des Anteilseigners miteinzubeziehen sind. Mit dem Urteil des EuGH in der Rs. *Orange European Smallcap Fund NV*¹⁴ ist zwar bereits eine Entscheidung in Bezug auf Investmentfonds ergangen. In diesem Verfahren ging es um eine niederländische Regelung, wonach niederländische steuerbefreite Investmentfonds eine Vergünstigung bzw. Erstattung bezüglich ausländischer Quellensteuern auf Dividenden erhalten. Insbesondere erfolgt die Erstattung der Quellensteuern direkt an den Anlageorganismus, also an den Investmentfonds selbst, und nicht an die einzelnen Anteilsinhaber. Diese Fallkonstellation behandelte aber den Inboundfall, also den Bezug von Dividenden aus dem Ausland, während es bei den *Denkavit*-Fällen um die „Quellen“-Besteuerung der ausschüttenden Kapitalgesellschaft (Outbound-Fälle) geht.

2 EuGH, Urte. v. 18.06.2009 – Rs. C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*.

3 EFTA, Urte. v. 23.11.2004 – Rs. E 1/04, *Fokus Bank*.

4 EuGH, Urte. v. 14.12.2006 – Rs. C-170/05, *Denkavit*.

5 EuGH, Urte. v. 18.06.2009 – Rs. C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*.

6 EuGH, Urte. v. 08.11.2007 – Rs. C-379/05, *Amurta*.

7 EuGH, Urte. v. 06.10.2011 – Rs. C-493/09, *Portugal*.

8 EuGH, Urte. v. 03.06.2010 – Rs. C-487/08, *Spanien*.

9 Belgien, Referenznummer IP 10/10/94.

10 EuGH, Urte. v. 19.11.2009 – Rs. C-540/07, *Italien*.

11 EuGH, Urte. v. 08.11.2012 – Rs. C-342/10, *Komm. gg Finnland*; v. 02.06.2016 – Rs. C-252/14, *Pensionsfonds Metaal en Techniek*; vgl. auch *Forchhammer*, *ISR* 2017, 117.

12 EuGH, Urte. v. 10.05.2012 – Rs. C-338/11 – Rs. C-345/11, *Santander*; EuGH, Urte. v. 18.06.2009 – Rs. C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*.

13 EuGH, Urte. v. 14.09.2006 – Rs. C-386/04, *Stauffer*.

14 EuGH, Urte. v. 20.05.2008 – Rs. C-194/06, *Orange European Smallcap Fund NV*.

2. Das Urteil Europäische Kommission gegen Deutschland

Am 20.10.2011 hatte der EuGH sein Urteil¹⁵ im Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission gegen Deutschland gefällt. Nach Ansicht des EuGH verstoßen die deutschen Steuervorschriften die Besteuerung von Portfolio-Dividenden betreffend gegen den AEU-Vertrag und das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum. Nach Auffassung des EuGH dürfen in Deutschland Dividenden, die an in anderen Mitgliedstaaten ansässige Gesellschaften ausgeschüttet werden, wirtschaftlich nicht einer höheren Besteuerung unterworfen werden als Dividenden, die an Gesellschaften mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland ausgeschüttet werden. Nach dem EuGH verstoßen die deutschen Regelungen gegen die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 AEUV und Art. 40 EWR.

3. Gesetz zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 20.10.2011 in der Rechtssache C-284/09¹⁶

Um eine vom EuGH festgestellte Europarechtswidrigkeit zu beseitigen, muß die Ungleichbehandlung zwischen einem EU/EWR-ausländischen und einem inländischen Anteilseigner sowohl rückwirkend als auch erst recht ab Verkündung des Urteils beseitigt werden. Der deutsche Gesetzgeber hat mit einer Änderung der Vorschriften zum Quellensteuerabzug reagiert. Das „Gesetz zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 20.10.2011 in der Rechtssache C-284/09“ wurde am 21.03.2013 ausgefertigt und am 28.03.2013 verkündet. Ex nunc soll eine Ungleichbehandlung EU/EWR-ausländischer und inländischer Anteilseigner durch § 8 b Abs. 4 KStG n.F. verhindert werden. Mit Wirkung für die Vergangenheit wurde ein Erstattungsverfahren gem. § 32 Abs. 5 KStG bei Erfüllung und Nachweis umfangreicher Voraussetzungen (u.a. § 50 d Abs. 3 EStG) eingeführt. Positiv-rechtlich wurde für die Anträge eine weitere Zuständigkeit des Bundeszentralamts für Steuern mit § 5 Abs. 1 Nr. 39 FVG begründet. Mit diesem Gesetz werden aber nicht sämtliche in Rn. 242 aufgezählten potenziell diskriminierten ausländischen Anteilseigner erfaßt. Neben der europarechtlichen Fragwürdigkeit der einzelnen Nachweiserfordernisse bleiben folglich noch viele weitere Fragen ungeklärt.

4. Die Ungleichbehandlung im deutschen Gemeinnützigkeitsrecht (Die Rechtssache Stauffer)

Im deutschen Recht werden gem. § 5 Abs. 1 Nr. 9 Satz 1 KStG i.V.m. §§ 51 ff. AO die gemeinnützigen Körperschaften von der Körperschaftsteuer befreit. Diese Befreiung galt bis zum JStG 2009 nach dessen Abs. 2 Nr. 2 aber nicht für beschränkt steuerpflichtige Körperschaften, weshalb diese hinsichtlich ihrer im Inland erzielten Einkünfte schlechter als eine vergleichbare inländische Körperschaft standen. Der EuGH hat in seinem Urteil v. 14.09.2006 in der Rs.

Stauffer¹⁷ – den Schlußanträgen der Generalanwältin *Stix-Hackl* folgend – festgestellt, daß die Versagung der Körperschaftsteuerbefreiung allein wegen der Ansässigkeit der Stiftung im Ausland gegen die Kapitalverkehrsfreiheit gem. Art. 56 EG i.V.m. Art. 58 EG (jetzt Art. 63 i.V.m. Art. 65 AEUV) verstößt. Die in Italien als gemeinnützig anerkannte Stauffer-Stiftung ohne Geschäftsräume in Deutschland bezog Mieteinkünfte aus einem in Deutschland belegenen Grundstück. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes fallen die direkten Steuern zwar in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, doch müssen diese ihre Zuständigkeit unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts ausüben.¹⁸ Die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit verneinte der EuGH in der Rs. C-386/04 Stauffer¹⁹ aufgrund der fehlenden Existenz einer dauerhaften Präsenz der Klägerin im Aufnahmemitgliedstaat. Der EuGH bejaht jedoch einen Eingriff in den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH hat die Nomenklatur im Anhang der RL 88/361 Hinweischarakter für die Definition des Kapitalverkehrs. Unter den in Anhang I der Richtlinie aufgeführten Kapitalbewegungen zwischen den Mitgliedstaaten sind in Abschnitt II „Immobilieninvestitionen von Gebietsfremden im Inland“ erfaßt. Daraus folgert der EuGH in der Rs. Stauffer,²⁰ daß sowohl das Eigentum als auch dessen Nutzung vom Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit erfaßt sind.²¹

Durch das JStG 2009 wurden im § 5 Abs. 2 Nr. 2 KStG auch im Ausland ansässige Körperschaften, die nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG als gemeinnützig anzusehen sind, von der Körperschaftsteuerpflicht ausgenommen. Damit werden ausländische gemeinnützige Körperschaften den inländischen gleichgestellt und von der Steuer befreit, wenn sie durch die Förderung der Allgemeinheit in nicht nur unbedeutendem Umfang auch der Förderung des Ansehens der Bundesrepublik Deutschland dienen. Wirtschaftliche Gewerbebetriebe gemeinnütziger in- oder ausländischer Gesellschaften werden jedoch weiterhin von der Steuerbefreiung ausgenommen.

5. Die Drittwirkung der EU-Kapitalverkehrsfreiheit und die Rs. Emerging Markets

In der Rs. Emerging Markets entschied der EuGH,²² daß eine Dividende, die von einer in einem Mitgliedstaat ansässigen

15 EuGH, Ur. v. 20.10.2011 – Rs. C-284/09, Europäische Kommission/Bundesrepublik Deutschland.

16 Vgl. zur Vorgeschichte des Gesetzes zur Umsetzung des EuGH-Ur. v. 20.10.2011 – Rs. C-284/09; von Brocke, IWB 23/2012, 884 – 887; sowie zu dem Gesetz selbst Lemaitre, IWB 8/2013, 269 – 279.

17 EuGH, Ur. v. 14.09.2006 – Rs. C-386/04, Stauffer.

18 EuGH, Ur. v. 16.07.1998 – Rs. C-264/96, ICI, Rn. 19.

19 EuGH, Ur. v. 14.09.2006 – Rs. C-386/04, Stauffer.

20 EuGH, Ur. v. 14.09.2006 – Rs. C-386/04, Stauffer.

21 Vgl. Folgeentscheidung des BFH, Ur. v. 20.12.2006 – I R 94/02.

22 EuGH, Ur. v. 10.04.2014 – Rs. C-190/12, Emerging Markets.

Gesellschaft an einen Investmentfonds bezahlt wird, der in einem Drittstaat ansässig ist, nicht von einer Steuerbefreiung ausgenommen werden darf, falls zwischen beiden Staaten eine Verpflichtung zur gegenseitigen Amtshilfe besteht. Eine Beschränkung kann nur gerechtfertigt sein, wenn nach der Regelung eines Mitgliedstaats die Gewährung eines Steuervorteils von der Erfüllung von Bedingungen abhängt, deren Einhaltung nur durch Einholung von Auskünften bei den zuständigen Behörden eines Drittstaats nachgeprüft werden kann, und es sich wegen des Fehlens einer vertraglichen Verpflichtung des Drittstaats zur Auskunftserteilung als unmöglich erweist, die betreffenden Auskünfte von diesem Staat zu erhalten. Gleichwohl ist es Sache des vorlegenden Gerichts zu prüfen, ob es die vertraglichen Verpflichtungen der Vertragsstaaten den inländischen Steuerbehörden tatsächlich ermöglichen können, die von den in einem Drittstaat ansässigen Investmentfonds vorgelegten Informationen über ihre Gründung und Tätigkeit ggf. zu prüfen, ob sie innerhalb eines Regelungsrahmens tätig sind, der dem der Union gleichwertig ist.

Der Umstand, daß gebietsfremde Investmentfonds nicht unter den einheitlichen Regelungsrahmen der Union fallen, der durch die in nationales Recht umzusetzende OGAW-Richtlinie zur Regelung der Modalitäten für die Gründung und die Tätigkeit von Investmentfonds innerhalb der Union geschaffen wurde, genügt als solcher nicht, um die Unterschiedlichkeit der Situationen der betreffenden Fonds zu begründen. In Anbetracht dessen, daß die OGAW-Richtlinie nicht für in Drittstaaten ansässige Investmentfonds gilt, weil sie sich außerhalb des Geltungsbereichs des Unionsrechts befinden, würde nämlich eine Anforderung, daß diese Fonds einer identischen Regelung unterliegen wie gebietsansässige Investmentfonds, der Kapitalverkehrsfreiheit jede praktische Wirksamkeit nehmen.

Die Emerging Markets Entscheidung des EuGH ist ein klares Bekenntnis zu Kapitalverkehrsfreiheit. Bisherige Positionen des EuGH zugunsten der Steuerpflichtigen werden bestätigt; nun vorliegende Feststellungen des EuGH dienen der Attraktivität des Kapitalmarkts der Union im Verhältnis zu Drittstaaten. Das Urteil macht zudem einmal mehr deutlich, daß fiskalpolitische Erwägungen zur Beschränkung der Rechtskraft von Urteilen des EuGH einer äußerst hohen Rechtfertigungsschwelle unterliegen. Darüber hinaus erscheint es umso fraglicher, ob § 32 Abs. 5 KStG unionsrechtlichen Anforderungen genügen kann.²³

Bezüglich der Kategorie der Rechtsträger im Hinblick für die Beurteilung der Vergleichbarkeit der Rechtsform der Dividendengläubiger in einer Inlands- mit einer Drittstaatsituation stellt der EuGH speziell für die Situation kollektiver Investmentvehikel auf die Ebene desselbigen ab, nicht auf deren dahinterstehende Investoren, d.h. Fondsbeteiligte.²⁴

Die Urteilsgründe in der Rs. Emerging Markets zeigen, daß es insoweit auf eine hinreichende Vergleichbarkeit mit im Unionsgebiet anerkannten Rechtsformen ankommt.

Durch das Emerging Markets Urteil kann nun als gesichert gelten, daß Investmentfonds in der Rechtsform des RIC (Regulated Investment Trust) hinreichend vergleichbar sein können. Ein solcher Rechtstypenvergleich muß durch die Rechtsordnung der Mitgliedstaaten anerkannt und zulässig sein. Darüber hinaus liegt der Verdienst der vorliegenden Entscheidung insbesondere darin, daß die Regelungsrahmen, in denen jeweils RIC und OGAW an ihrem jeweiligen Sitz operieren, hinreichend vergleichbar sind. Informationsmöglichkeiten, die zwischen den Mitgliedstaaten aufgrund Unionsrecht bestehen, aber nicht das Steuerrecht betreffen, z.B. die OGAW-Richtlinie, dürfen insoweit nicht in eine Vergleichbarkeitsanalyse einbezogen werden.²⁵ Steuerpflichtigen dürfen Nachweisanforderungen nicht im Übermaß auferlegt werden. Soweit zwischen dem betreffenden Mitgliedstaat und dem Drittstaat ein Amtshilfeabkommen besteht, das der Finanzverwaltung die Einholung von als notwendig angesehenen Informationen erlaubt, sollte damit die Finanzverwaltung gehalten sein, solche Auskunftsmöglichkeiten anzuerkennen.

Unter dem Eindruck der vorliegenden Entscheidung erscheint auch zweifelhaft, ob § 32 Abs. 5 KStG in der derzeitigen Form Bestand haben kann. Zwar ist diese Norm ihrerseits durch den deutschen Gesetzgeber in das Gesetz aufgenommen worden mit dem Ziel, der Rechtsprechung des EuGH zu entsprechen.²⁶ Dadurch sollen Dividendenausschüttungen an im Ausland ansässige Gläubiger für die Vergangenheit unionsrechtskonform ausgestaltet werden. Gleichwohl ist zu konstatieren, daß dieses Ziel nicht erreicht wird. Daher ist es folgerichtig, daß auch weiterhin in Drittstaaten ansässige Dividendengläubiger auf die Rechtsprechung des EuGH gestützte Anträge auf vollständige Rückerstattung stellen. Ungeachtet dieser materiell-rechtlichen Überlegungen stellt das Verfahren i.S. des § 32 Abs. 5 KStG je nach konkreter Situation auch formal rechtlich beträchtliche Hindernisse. Diese umfassen insbesondere das Beibringen eines Nachweises für das Vorliegen der Erstattungsvoraussetzungen sowie hinsichtlich der Bestimmung der Zuständigkeit.²⁷

Das Urteil macht zudem einmal mehr deutlich, daß fiskalpolitische Erwägungen zur Beschränkung der Rechtskraft von Urteilen des EuGH einer äußerst hohen Rechtfertigungsschwelle unterliegen. Darüber hinaus erscheint es im Lichte

23 Vgl. hierzu zuletzt von Brocke/Aicher, *IBW* 2013, 711; von Brocke/Auer, *steueranwaltsmagazin* 2012, 50, 51 ff. insbesondere zur Problematik der Zuständigkeit von BZSt und/oder lokalen Finanzämtern; Frotscher/Maas, *KStG*, § 32 Rn. 36, 53.

24 EuGH, *Urt. v. 10.05.2012 – Rs. C-338/11 – 347/11*, FIM Santander, Rn. 39, 41.

25 So bereits von Brocke, *IBW* 2014, 146, 148.

26 EuGH, *Urt. v. 20.10.2011 – Rs. C-284/09*, Kommission/Deutschland.

27 Von Brocke/Aicher, *IBW* 2013, 711, 714 ff.; von Brocke/Auer, *steueranwaltsmagazin* 2012, 50, 51 ff. insbesondere zur Problematik der Zuständigkeit von Bundeszentralamt für Steuern und/oder lokalen Finanzämtern.

des vorliegenden Urteils umso fraglicher, ob § 32 Abs. 5 KStG unionsrechtlichen Anforderungen genügen kann.

In zwei wichtigen Verfahren hat der EuGH nunmehr die Rechtslage in Deutschland zu Gunsten beschränkt steuerpflichtiger Körperschaften/Rechtsträger geklärt und verbessert. Mit der Rs. C-641/17 vom 13.11.2019 *College Pension Plan of British Columbia* können sich nun Pensionskassen aus Drittstaaten auf die Gleichbehandlungsgrundsätze der Kapitalverkehrsfreiheit berufen, wenn sie einer inländischen Pensionskasse insbesondere im Hinblick auf die Rückstellungsbildung für Pensionszahlungsverpflichtungen gleichen.

Des Weiteren hat der EuGH in der Rs. C-572/20 *ACC Silicones Ltd.* mit Urteil vom 16.06.2022 dem Erfordernis des § 32 Abs. 5 Satz 2 Nr. 5 KStG, auch die Nichtanrechenbarkeit der deutschen Kapitalertragsteuer auf der Ebene des unmittelbaren und mittelbaren Anteilseigners des ausländischen Steuerpflichtigen nachzuweisen, eine Absage erteilt, da dies im vergleichbaren rein inländischen Sachverhalt bei § 36 EStG auch nicht verlangt wird.

III. Die Reaktion des deutschen Gesetzgebers aufgrund des Vertragsverletzungsverfahrens INFR 2022/4000

Die fehlende Gleichbehandlung von EU-Gemeinnützigkeitsträgern mit ihren deutschen Pendanten hat der Gesetzgeber nun auch für die zulässige Vermögensverwaltung i.S.d. § 14 AO im Rahmen des Wachstumschancengesetzesentwurfs vom 06.07.2023 glattgezogen. Danach können durch den neu eingefügten § 32 Abs. 6 KStG EU-ausländische gemeinnützige Rechtsträger bei Vergleichbarkeit einen Erstattungsanspruch bzgl. deutscher Kapitalertragsteuer auf Dividendenausschüttungen beim Bundeszentralamt für Steuern geltend machen. Dabei hat der Gesetzgeber gleich drei lang ersehnte Korrekturen auf einmal vorgenommen:

- a) Die Antragsmöglichkeit für EU-ausländische gemeinnützige Rechtsträger geschaffen
- b) Die Antragsmöglichkeit auf Grund der Reichweite der EU-Kapitalverkehrsfreiheit auch auf nicht EU-ausländische gemeinnützige Rechtsträger ausgeweitet
- c) Die durch das EuGH Urteil *ACC Silicones* festgestellte europarechtswidrige Bedingung des Fehlens auch einer mittelbaren Anrechnungsmöglichkeit deutscher KSt (§ 32 Abs. 5 Satz 2 Nr. 5 KStG) im § 32 Abs. 6 KStG wegzulassen (zumal der Gesetzgeber den nunmehr europarechtswidrigen Teil des § 32 Abs. 5 Satz 2 Nr. 5 KStG im WachstumschancenG unangetastet ließ).²⁸

Der Aufbau und damit die Nachweiserfordernisse des § 32 Abs. 6 KStG sind denen des § 32 Abs. 5 KStG nachempfunden und unterscheiden zwischen der subjektiven Antragsberechtigung des Satzes 1 und der materiellen Voraussetzungen im Satz 2.²⁹

1. Die subjektive Antragsberechtigung des § 32 Abs. 6 Satz 1 KStG:

a. Abgeltungswirkung nach § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG und Bescheinigung gemäß § 45 a Abs. 2 und 3 bzw. § 45 a Abs. 2 a EStG (§ 32 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 KStG)

Der Gläubiger muß ein beschränkt steuerpflichtiger Rechtsträger i.S.d. § 2 Nr. 1 KStG sein, der Einkünfte gemäß § 20 EStG erzielt, die dem Steuerabzug unterlagen. Die auszahlende Kapitalgesellschaft oder Zahlstelle muß deutsche Kapitalertragsteuer einbehalten, angemeldet und abgeführt und hierfür dem Gläubiger eine Bescheinigung erteilt haben, § 45 a Abs. 2 und 3 bzw. § 45 a Abs. 2 a EStG.

b. Fiktive Gemeinnützigkeit gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG (§ 32 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 a KStG)

Wie bereits bei § 5 Abs. 2 Nr. 2 KStG oder dem § 10 b EStG geregelt, gilt das Gleichbehandlungsgebot nur bei weitestgehender Übereinstimmung des konkreten ausländischen Gemeinnützigkeitsstatus des Rechtsträgers mit den Anforderungen der §§ 512 ff AO. Das bedeutet zum Beispiel auch die Einhaltung der Satzungsstrenge, die der BFH unlängst bei einer österreichischen Stiftung in seinem Urteil vom 18.08.2022³⁰ nicht gelten ließ. Auch macht die Regierungsbegründung deutlich, wie der Inlandsbezug des § 51 Abs. 2 AO diesbezüglich zu verstehen ist. Danach sollte erkennbar sein, daß der im Ausland verwirklichte Gemeinwohlzweck auch mit deutschen Mitteln finanziert wird. Für Antragsstellungen ab 2024 soll mit der Einführung des Zuwendungsempfängerregisters ab 01.01.2024 im § 60 b AO zumindest eine formale Erleichterung der Nachweispflicht durch bereits dem BZSt. vorliegende Informationen aus eben diesem vorhanden sein.

c. Gewährleistung eines effektiven Informationsaustauschs und einer effektiven Beitreibungshilfe (§ 32 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 b und c KStG)

Während diese Anforderung für EU-ausländische Rechtsträger auf der Grundlage der EU-Kooperationsrichtlinien und der EU-Beitreibungsrichtlinien³¹ gegeben ist, muß dies bei Drittstaaten-Rechtsträgern in Anlehnung an das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Emerging Markets* durch andere bilaterale Maßnahmen, wie z.B. ein entsprechender Art. 26, 27 OECD-MA oder durch das Übereinkommen über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen³² gewährleistet sein.

²⁸ Dies muß in der Praxis bis zu einer gesetzlichen Korrektur über das Rechtsinstitut der geltungserhaltenden Reduktion geheilt werden, vgl. dazu *Gosch*, DStR 2007, 1553 ff.

²⁹ Vgl. dazu auch *Valta* in Mössner/Oellerich/Valta, KStG, § 32 Rn. 151 ff.

³⁰ BFH-Urt. v. 18.08.2022 – V R 15/20.

³¹ EU-Kooperationsrichtlinie 2011/16 sowie EU-Beitreibungsrichtlinie 2010/24/EU.

³² Übereinkommen über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen v. 25.01.1988.

d. Grundsätzliche unbeschränkte Steuerpflicht im Staat des Orts der Geschäftsleitung (§ 32 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 d KStG)

Der Rechtsträger muß in seinem Sitzstaat grundsätzlich der unbeschränkten Steuerpflicht unterfallen. Die auf Grund seines Gemeinnützigkeitsstatus bewirkte Steuerbefreiung im Sitzstaat ist naturgemäß unschädlich.

e. Unmittelbare Beteiligung an inländischer ausschüttender Kapitalgesellschaft (§ 32 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 KStG)

Ist der ausländische gemeinnützige Rechtsträger Empfänger von Einkünften gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 EStG, muß er unmittelbar (mit weniger als 10%) an der ausschüttenden deutschen Kapitalgesellschaft beteiligt sein, auch wenn die Beteiligung über eine vermögensverwaltende Personengesellschaft unschädlich ist. Die Zurechnung hat gemäß § 20 Abs. 5 EStG zu erfolgen.

f. Bei Drittstaaten-Rechtsträger keine „Direktinvestition“ (§ 32 Abs. 6 Satz 1 Nr. 3 KStG)

Diese Voraussetzung folgt der Rechtsprechung des EuGH in Abgrenzung der Niederlassungsfreiheit zur Kapitalverkehrsfreiheit und der besonderen Bedingung des Art. 54 Abs. 1 Satz 1 AEUV, daß, positiv ausgedrückt, nur Beteiligungen von Drittstaaten-Rechtsträgern von unterhalb 10% an deutschen Kapitalgesellschaften von der Anspruchsberechtigung umfaßt sind.

2. Weitere materiell-rechtliche Voraussetzungen des § 32 Abs. 6 Satz 2 KStG

a) Keine (vollständige) Erstattung der Kapitalertragsteuer auf Grund anderer Vorschriften (§ 32 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 KStG)

Zur Bekämpfung des Mißbrauchs bei sog. Cum-Cum Geschäften darf die Erstattung nicht bereits auf Grund anderer Vorschriften des deutschen Steuerrechts wie z.B. des § 44 a Abs. 9 oder § 50 c EStG erfolgen. Abzugrenzen ist diese Erstattungsmöglichkeit im Inland von der potentiellen Anrechnung oder Erstattung beim Gläubiger im Ausland nach § 32 Abs. 6 Satz 2 Nr. 3 KStG.

b) Kein Ausschluß bei entsprechender Anwendung des § 50 d Abs. 3 oder 50 j EStG (§ 32 Abs. 6 Satz 2 Nr. 2 KStG)

Zunächst wirkt der Verweis auf § 50 d Abs. 3 EStG wie ein Fremdkörper, stellt er doch eine Anti-Mißbrauchsvorschrift bei Zwischenschaltung einer substanzlosen Gesellschaft zur Erlangung der deutschen Kapitalertragssteuerfreiheit im Rahmen des Schachtelprivilegs bzw. der Mutter-Tochter-Richtlinie dar. Gemeint ist nach der Regierungsbegründung eine sinngemäße Anwendung mit dem Nachweis, daß kein Mißbrauch durch die Einschaltung eines steuerbefreiten ausländischen gemeinnützigen Rechtsträgers gegeben ist. Es bleibt aber fraglich, wie das in der Praxis auszusehen hat. Für

zukünftige Antragstellungen soll wiederum der Eintrag gemäß § 60 b AO im Zuwendungsempfängerregister ein Indiz für einen erfolgreichen Nachweis gelten.

c) Keine Anrechnung oder Abzug beim Gläubiger (§ 32 Abs. 6 Satz 2 Nr. 3 KStG)

Im Gegensatz zu der Regelung im § 32 Abs. 5 Satz 2 Nr. 5 KStG wird hier nur auf den ausländischen Gläubiger und nicht auf die dahinterstehenden mittelbaren Beteiligten abgestellt. Der Gesetzgeber hat folglich bei § 32 Abs. 6 KStG die EuGH-Rechtsprechung zu ACC Silicones bereits berücksichtigt. Eine Anrechnung oder ein Abzug könnte unilateral oder bilateral auf der Grundlage eines DBA in Frage kommen, wobei auf Grund der Steuerbefreiung grundsätzlich die DBA-Berechtigung schon fraglich ist bzw. eine Anrechnung mangels Steuer bzw. ein Abzug mangels Bemessungsgrundlage schwerlich vorstellbar ist.

d) Verfahren (§ 32 Abs. 6 Satz 3 – 5 KStG)

Die Antragstellung hat gemäß § 16 AO i.V.m. § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 FVG innerhalb von vier Jahren nach Ablauf des Jahres des Dividendenbezugs nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz über die amtlich beschriebene Schnittstelle (siehe Verweis auf § 50 c Abs. 3 Satz 1 und 2 und Abs. 5 EStG) gegenüber dem Bundeszentralamt für Steuern zu erfolgen. Für die Praxis der bereits gestellten Anträge der letzten 20 Jahre ergibt sich damit das Problem, ob nun in allen der noch offenen Fällen der Jahre ab 2005 die Anträge noch einmal elektronisch eingereicht werden müssen. Es ist zu hoffen, daß hier das BZSt. eine pragmatische Lösung anbietet.

IV. Fazit

Die Aufarbeitung dieser nunmehr möglichen Rückerstattungs-berechtigung ist wie bei § 32 Abs. 5 KStG wieder einmal mit enormem administrativem Aufwand verbunden. Das spricht schon jetzt klar gegen die Intention der Schaffung einer echten Kapitalmarktunion und der umzusetzenden FASTER-Richtlinie. Immerhin scheint eine für die Altantragsteller finanziell sehr bedeutsame Frage geklärt zu sein, nämlich inwieweit die lange Wartezeit von der Finanzverwaltung vergolten wird, also m.a.W. inwieweit die berechtigt beantragten Rückerstattungsbeträge nach europarechtlichen Grundsätzen verzinst werden müssen. Eine derartige Regelung fehlt zwar in dem Wachstumschancengesetz, der Zinsanspruch auf europarechtswidrig erhobene Steuern ist aber europarechtlich durch den EuGH hinreichend bestätigt.³³

³³ FG Köln, Ur. v. 30.06.2020 (2 K 140/18) mit Verweis auf die ständige Rechtsprechung des EuGH, EuGH-Urt. v. 18.04.2013 – C-565/11, Irimie, HFR 2013, 659; s.a. EuGH-Urt. v. 27.09.2012 – C-234/10, Jülich, HFR 2012, 1210; vgl. auch BFH-Urt. v. 22.09.2015 – VII R 32/14, BStBl II 2016, 323.

Kennen Sie den Güterstand Ihrer Mandanten/-innen? Auswirkungen ausländischen Familienrechts auf die Besteuerung im Inland (Teil 2)

Dr. Thomas Stein, Rechtsanwalt/Steuerberater, Stein & Partner mbB, Ulm

Im Familienrecht tätige Juristen sind auf ständiger Basis mit ausländischen Güterständen und den daraus resultierenden Rechtsfragen im Bereich des Familienrechts vertraut und tätig. Bedeutsam ist aber, daß ausländische Güterstände auch in steuerrechtlicher Hinsicht andere Rechtsfolgen nach sich ziehen können, als dies etwa bei deutschen Güterständen der Fall ist. Vor diesem Hintergrund betrachtet der nachfolgende Beitrag steuerrechtliche Einordnungen anhand von Grundkategorisierung der ausländischen Güterstände.

Der Beitrag aus steueranwaltsmagazin 2024, 84 wird hier mit dem zweiten Teil fortgesetzt.

4. Der Problemfall: Die Errungenschaftsgemeinschaft als Güterstand mit teilweise Gemeinschaftsvermögen und die Notwendigkeit zur Überprüfung des Bestehens von gemeinschaftlichem Vermögen

Steuerrechtlich bewirken die unterschiedlichen Einordnungen eine Unterscheidungsnotwendigkeit zwischen inländischen und ausländischen Güterständen.

Gütertrennungsehen, einschließlich der Zugewinnsgemeinschaft, ziehen andere steuerliche Folgen nach sich als Güterstände, die echtes Gemeinschaftsvermögen auf Güterstandsbasis kennen. Dabei kommt der Thematik besondere Bedeutung zu, daß auch die Errungenschaftsgemeinschaft als häufig anzutreffender Güterstand entsprechendes Gemeinschaftsvermögen ausbildet. Zugleich ist die Errungenschaftsgemeinschaft gesetzlicher Güterstand in vielen anderen EU-Staaten.

Nicht nur bei der zivilrechtlichen Auseinandersetzung einer Errungenschaftsgemeinschaft ist aus Gemeinschaftsvermögen eine andere Rechtsfolge abzuleiten. Dies gilt auch im Steuerrecht. Vor diesem Hintergrund wird etwa auf dem Einkommensteuererklärungsmantelbogen auf Seite 1 abgefragt, ob Ehegatten in Gütergemeinschaft verheiratet sind. Schließlich wird gemeinschaftliches Vermögen für Zwecke der Besteuerung beiden Ehegatten zu je 1/2 zugeordnet. Dies gilt regelmäßig auch für die aus diesem Vermögen erzielten Einkünfte.

Besteht die Möglichkeit, daß güterstandsbedingt Gemeinschaftsvermögen begründet wurde, sind dessen Umfang und die davon betroffenen Gegenstände im Einzelfall abzuklären.

a) Zivilrechtliche Ausgangslage

In der tatsächlichen Rechtspraxis zeigt sich, daß der Umfang des gemeinschaftlichen Vermögens einer Gütergemeinschaft oder Errungenschaftsgemeinschaft nicht nur durch die Sichtung von Grundbüchern, Registern und sonstigen Aufzeichnungen bestimmt werden kann.¹ Stets sind die tatsächlichen Verhältnisse in die Beurteilung mit einzubeziehen.

Immer wieder ist festzustellen, daß Notare beim Grundstückserwerb den Güterstand des Erwerbers nicht ermitteln oder abfragen. Tritt dann ein Erwerber als alleiniger Erwerber auf, obwohl er tatsächlich im ausländischen Güterstand eine Errungenschaftsgemeinschaft verheiratet ist, so wird diese Person häufig als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen. Sachlich richtig ist allerdings ein Erwerb im Gemeinschaftsvermögen der Errungenschaftsgemeinschaft.²

Zwar ist rechtstechnisch umstritten, ob die Errungenschaftsgemeinschaft unmittelbar das Eigentum am Grundstück erwirbt oder ob dies als Durchgangserwerb erfolgt.³ Beide Betrachtungsweisen kommen schließlich zu demselben Ergebnis, daß ungeachtet des Auftretens nur eines Erwerbers das Grundstück gemeinschaftliches Errungenschaftsgut ist.⁴ Dabei ist eine Auflassung auf die Gemeinschaft nicht mehr erforderlich, sondern lediglich ein Grundbuchberichtigungsantrag zu stellen.⁵

Erwähnt sei an dieser Stelle auch, daß die zivilrechtliche Bedeutung der zutreffenden Beurteilung der ausländischen Güterstände nicht nur das Familien- und Grundbuchrecht betrifft. Die Auswirkungen gehen weit darüber hinaus. So sind Problembereiche auch im Gesellschaftsrecht auszumachen. Schließlich wird dann zu eruieren sein, ob ein Gesellschaftsanteil bei bestehender Errungenschaftsgemeinschaft Eigen-/Vorbehalts- oder Gemeinschaftsgut wird. Dies wiederum hat Bedeutung für die Fassung von Gesellschafterbeschlüssen. Für eine GmbH vermeidet allerdings § 16 Abs. 1 GmbHG häufig schon die eigentliche Problematik, sofern nur ein Ehegatte, der in Errungenschaftsgemeinschaft verheiratet ist, als Gesellschafter in der Gesellschafterliste beim

¹ BGH, 10.12.1981 – V ZB 12/81, BGHZ 82, 346: keine erneute Auflassung erforderlich, nur Grundbuchberichtigung.

² BGH, 10.12.1981 – V ZB 12/81, BGHZ 82, 346.

³ BGH, 10.12.1981 – V ZB 12/81, BGHZ 82, 346: keine erneute Auflassung erforderlich, nur Grundbuchberichtigung.

⁴ BGH, 10.12.1981 – V ZB 12/81, BGHZ 82, 346.

⁵ Zu den Grundbuchberichtigungsanträgen siehe auch OLG Nürnberg, Beschl. v. 02.07.2020 – 15 W 985/20, FGPrax 2020, 212.

Handelsregister eingetragen ist. Schließlich gilt im Verhältnis zur Gesellschaft die in der Liste eingetragene Person als legitimiert, weshalb sich eine Entkoppelung zur materiellen Rechtslage einstellt. Bei Umstrukturierungen von Unternehmen müssen dementsprechend auch beide Ehegatten als Errungenschaftsgemeinschaftler und damit als gesamthänderische Eigentümer an Umstrukturierungsmaßnahmen mitwirken. Positiv wirken sich in diesem Kontext aber die Heilungsmöglichkeiten aus. Schließlich wäre ein solcher Fehler durch eine registerliche Eintragung der Umstrukturierungsmaßnahme gegeben, etwa gemäß § 20 Abs. 2 UmwG.

Im Rahmen der Beurteilung der Gesamtgutsfähigkeit von Vermögensgegenständen kommt es allerdings nicht nur auf die Beurteilungen des ausländischen Güterrechts an. Vielmehr muß auch berücksichtigt werden, welche Konsequenzen das deutsche Sachenrecht zuläßt. So ist es für Personengesellschaftsanteile nach deutschem Recht nicht möglich, daß diese Gesamtgut einer Errungenschafts- oder Gütergemeinschaft werden. Personengesellschaftsanteile sind daher zwingendes Sondergut.⁶

Die Zuordnung des Kommanditanteils zum Sondergut des Ehegatten hat zur Folge, daß ein Gesellschaftsanteil grundsätzlich nicht durch rein güterrechtliche Vereinbarung übertragbar ist (§§ 1417 Abs. 2, 717, 719 Abs. 1 BGB, §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB). Ob damit im Ergebnis ein Ausschluß sämtlicher gemeinschaftlicher wirtschaftlicher Verflechtungen gegeben ist, bleibt aber eine Beurteilungsfrage des Einzelfalls unter Berücksichtigung der güterrechtlichen Regeln des jeweiligen Rechts.

Eine Quasi-Vergemeinschaftungsfähigkeit von Personengesellschaftsanteilen „durch die Hintertüre“ nimmt die deutsche Finanzgerichtsrechtsprechung an.⁷ So soll aus finanzgerichtlicher Sicht die Nichtübertragbarkeit abdingbar sein, mit der Konsequenz, daß über einen gütergemeinschaftlichen Personengesellschaftsanteil beide Ehegatten Mitunternehmer sein könnten. Die erforderliche Überprüfung der Mitunternehmerstellung eines jeden Ehegatten wäre aber dennoch vorzunehmen.

b) Steuerliche Problemstellungen

Neben die zivilrechtlichen Fragestellungen reihen sich auch steuerliche. Dies beginnt bereits damit, daß im Mantelbogen der Einkommensteuererklärung für verheiratete Ehegatten – für den Veranlagungszeitraum 2023 in Zeile 19 – anzugeben ist, ob eine Gütergemeinschaft vereinbart wurde. Dabei wird diese Abfrage allgemein auf Gemeinschaftsgut ausgerichtet zu verstehen sein. Demnach müßte dieses Formularfeld auch im Falle des Bestehens einer Gütergemeinschaft nach ausländischem Recht angekreuzt werden. Zumal sich es sich um eine Abfrage der grundsätzlichen güterrechtlichen Modalitäten handelt, wäre die Errungenschaftsgemeinschaft mit Gemeinschaftsvermögen hiervon ebenso erfaßt.

Relevanter sind aber die Konsequenzen, die sich für die Gestaltungsberatung ergeben. Zur Vermeidung von betrieb-

lichen Vermögen wird Ehegatten häufig geraten, Betriebsimmobilien durch denjenigen Ehegatten erwerben zu lassen, der nicht Inhaber der Praxis, des Gewerbebetriebs oder des Gesellschaftsanteils ist. Dies zielt darauf ab, steuerlich negativer behandelndes Betriebsvermögen bezogen auf die Betriebsimmobilien (= sog. Wiesbadener Modell) zu vermeiden. Entsprechende Beratungen durch Steuerberater gehören zum Standardrepertoire, jedenfalls für Inlandsfälle. Ein Ratschlag, der für in der deutschen Zugewinnngemeinschaft verheiratete Ehegatten steuerlich zweifelsohne richtig ist, mag bei anderen Güterständen andere Rechtsfolgen nach sich ziehen.

Der zuvor dargestellten Grundeinordnung folgend, ist jegliches Gemeinschaftsvermögen nicht nur einem Ehegatten, sondern beiden Ehegatten zuzuordnen,⁸ im Zweifelsfall hälftig.⁹ Dies ist durch § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO gesetzlich angeordnet. Über das Entstehen von Gemeinschaftsvermögen entscheidet allerdings nicht das nachvollziehende Steuerrecht, sondern daß die Rechtsverhältnisse prägende Zivilrecht. Sieht der ausländische Güterstand vor, daß während der Ehe erworbene Gegenstände Gemeinschaftsgut werden, ist dies die Ausgangslage, welche einer steuerrechtlichen Prüfung zugrunde zu legen ist. Dabei ist nach den vorstehenden Ausführungen ebenso zu berücksichtigen, daß Gemeinschaftsvermögen einer Errungenschaftsgemeinschaft auch vorliegen kann, wenn ein Ehegatte (fälschlicherweise) als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen worden ist.

Zwar mag der Versuch unternommen werden, zu argumentieren, die Ehegatten hätten durch den Erwerb des Grundstücks nur durch einen Ehegatten Eigentum dieses Ehegatten begründen wollen. Korrekterweise wird zur Beantwortung der Frage, ob durch den jeweiligen Rechtsakt Eigentum begründet wurde, auf die Möglichkeiten und (formalen) Voraussetzungen des ausländischen Rechts zu rekurrieren sein. Der stillschweigenden Vereinbarung von Eigentum stand die deutsche Rechtsprechung bislang eher zurückhaltend gegenüber.¹⁰

5. Einblick in die steuerlichen Konsequenzen¹¹

Werden Vermögenswerte beiden Ehegatten hälftig zugerechnet, sind an verschiedenen Stellen andere steuerrechtliche Würdigungen zu ziehen. Zunächst führt die Zuordnung ei-

6 BGH v. 20.10.1971 – VIII ZR 212/69, NJW 1972, 48; OLG Nürnberg v. 24.05.2017 – 12 W 643/17, DStR 2017, 1717.

7 FG München v. 23.10.1990 – 16 K 11143/88, EFG 1991, 401; in möglichem Widerspruch zu OLG Nürnberg v. 24.05.2017 – 12 W 643/17, DStR 2017, 1717.

8 BFH, 18.02.1959 – VI D 1/58 S, BStBl. III 1959, 263.

9 BFH, 18.02.1959 – VI D 1/58 S, BStBl. III 1959, 263; Zu Abweichungen bei Mitberücksichtigung des Arbeitseinsatzes eines Ehegatten; Sonderfall Handelsvertreter: BFH, 07.10.1976 – IV R 50/72, BStBl II 1977, 201.

10 OLG München v. 30.11.2015 – 34 Wx 364/15, NJW 2016, 1186; s. auch *Apfelbaum* MittBayNot 2006, 185, 191. (DStR 2020, 368, beck-online)

11 Siehe hierzu auch *Stein*, DStR 2020, 368/417.

ner Immobilie zum Gemeinschaftsvermögen dazu, daß die aus der Immobilie erzielten Vermietungseinkünfte beiden Ehegatten hälftig zuzurechnen sind. Wenngleich die hieraus folgenden steuerlichen Konsequenzen in Fällen der Zusammenveranlagung häufig vernachlässigbar sind, tritt bei getrennter Veranlagung zu Verlustnutzungen oder aus anderen steuerrechtlichen Gründen ein Unterschied ein.

Wesentlicher ist hingegen, daß nicht nur die Einkünfte, sondern auch die Vermögenswerte selbst, beiden Ehegatten zugeordnet werden können. Bei Bezügen zu betrieblichem Vermögen zeigt dies erhebliche Unterschiede.

Beispiel 1: Die Ehegatten sind im Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft verheiratet. Der Ehemann betreibt einen Gewerbebetrieb als Einzelunternehmer, der bereits vor Eheschließung begründet wurde. Während der Ehe wird von der Ehefrau ein Grundstück erworben, für das sie als Alleineigentümerin im Grundbuch eingetragen ist. Das Grundstück ist an den Ehemann zum Betrieb seines Gewerbes verpachtet. Das Grundstück soll nach einer Haltedauer von elf Jahren veräußert werden. Besondere Abreden wurden nicht getroffen.

Den zivilrechtlichen Würdigungen folgend, wurde das Grundstück nicht im Alleineigentum der Ehefrau, sondern als Gemeinschaftseigentum der Errungenschaftsgemeinschaft erworben. Dies gilt unabhängig von der Eintragung im Grundbuch, da gekaufte Immobilien – vorbehaltlich einer Eigengutvereinbarung – während der Ehe als Errungenschaftsgemeinschaftsvermögen erworben werden. Auf die vorstehenden Darstellungen der zivilrechtlichen Rechtsprechung in jüngerer Zeit sei an dieser Stelle verwiesen.

Aus der steuerlichen Transparenzwürdigung der Errungenschaftsgemeinschaft und des damit begründeten gemeinschaftlichen Eigentums gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO ist daher das Grundstück steuerlich beiden Ehegatten zur Hälfte zuzuordnen. Es sind insoweit dieselben Erwägungen anzustellen wie bei der Gütergemeinschaft.¹² Dem gewerbetreibenden Ehemann ist sein fiktiver Grundstücksanteil aber nicht im Privat-, sondern im Betriebsvermögen zuzuordnen. Während der Grundstücksverkauf für den auf die Ehefrau entfallenden Hälfteanteil gemäß § 23 EStG nichtsteuerbar erfolgt, wird für den Ehemann eine gem § 15 EStG steuerpflichtige Veräußerung aus dem Betriebsvermögen getätigt. Als notwendiges Betriebsvermögen ist es auch unerheblich, ob dieses bereits als solches in den Büchern und Anlageverzeichnissen erfaßt wurde oder nicht.

Zivilrechtlich mag sich zwar die Frage stellen, ob die Ehefrau über das tatsächliche Gemeinschaftsgut im Rahmen eines Verkaufs alleine verfügen kann. Aufgrund der Grundbucheintragung wird der Erwerber des Grundstücks regelmäßig zumindest gutgläubig von der Ehefrau Eigentum erwerben können.

In diesem Beispielfall fließen durch den Grundstücksverkauf zumindest Erlöse, aus denen eine möglicherweise unerwartet aufgetretene Einkommensteuerbelastung erfüllt werden kann. Deutlich mißlicher sind diejenigen Fälle, in denen

steuerliche stille Reserven realisiert werden, ohne daß Mittel zufließen. Dies läßt sich an folgendem Beispiel darstellen.

Beispiel 2: Unter denselben Vorgaben wie im vorangegangenen Beispiel wollen die Ehegatten nun nicht das auf die Ehefrau eingetragene Grundstück verkaufen, sondern der Ehemann möchte seinen Gewerbebetrieb an sein Kind als Unternehmensnachfolger übergeben. Der Betrieb hat stille Reserven aufgrund der immateriellen Vermögenswerte (Firmenwert, Know-How, Geschäftschancen etc.) von 1 Mio EUR. Das Betriebsgrundstück wird nicht mitübertragen und soll zukünftig durch Mieterträge Einkünfte der ehelichen Gemeinschaft sichern.

Hier zeigt sich das Problem der engen Voraussetzungen der buchwertneutralen Übertragung von Betrieben nach § 6 Abs. 3 EStG. Wären die Ehegatten im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft verheiratet und ist dann das verpachtete Grundstück alleine auf die Ehefrau eingetragen, wird die Unternehmensübertragung auf das Kind buchwertneutral erfolgen können.

Im Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft stellt sich aus der Kombination der engen Voraussetzungen des § 6 Abs. 3 EStG und der Zuordnung von Gemeinschaftswerten eine andere steuerrechtliche Situation ein.

Buchwertneutrale Übertragungen nach § 6 Abs. 3 EStG erfordern nach Sichtweise des BFH und des BMF,¹³ daß sämtliche funktional-wesentlichen Betriebsgrundlagen im Rahmen der Übertragung mitübertragen werden. Betriebsgrundstücke werden, abgesehen von seltenen Ausnahmefällen, als solche funktional-wesentlichen Betriebsgrundlagen eingeordnet.¹⁴

Die Folge der unterbliebenen Mitübertragung des über die Errungenschaftsgemeinschaft zugerechneten Grundstücksanteils als funktional-wesentliche Betriebsgrundlage läßt damit die Buchwertneutralität der Schenkung gem. § 6 Abs. 3 EStG scheitern. Dies wird sodann als Betriebsveräußerung nach § 16 EStG und damit insgesamt steuerbar behandelt. Dem Ehemann ist aufgrund der Betriebsübertragung auf das Kind ein Gewinn in Höhe von 1 Million Euro zuzurechnen, zuzüglich der stillen Reserven seines Hälfteanteils aus dem Grundstück.

Dieses Ergebnis mag vor dem Hintergrund der Zielsetzung und Begünstigung von Betriebsübergaben auf die nächste Generation fragwürdig erscheinen. Auch ist der Hälfteanteil am Grundstück als Gemeinschaftsgut nicht isoliert verkehrsfähig. Die Rechtsprechung hat dies bislang nicht daran gehindert, dennoch die Betriebsvermögenseigenschaft des zugerechneten Grundstücksanteils zu bejahen und entsprechende steuerrechtliche Folgerungen zu ziehen.¹⁵

¹² Koenig in Pahlke/Koenig, AO, § 39, Rn. 68.

¹³ BMF, 20.11.2019 – IV C 6 – S 2241/15/10003, DOK 2019/0964762, DStR 2019, 2482, Tz 8; BFH v. 31.08.1995 – VIII B 21/93, BStBl. II 1995, 890.

¹⁴ Vgl. Bode in Brandis/Heuermann, EStG, § 16, Rn. 623, 624 mit Verweis auf umfassende Rechtsprechung.

¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 14.02.2008 – 1 BvR 19/07, HFR 2008, 754; zur Betriebsaufspaltung.

Hinweis zum Beispielfall 2: Die entsprechende Problematik stellt sich in allen Konstellationen, in denen Übertragungen sämtlichen funktional-wesentlichen Betriebsvermögens erforderlich werden. Damit sind von dieser Problematik auch sämtliche Umstrukturierungsvorgänge nach § 20 und 24 UmwStG eingeschlossen, die die Einbringung des gesamten Betriebs zur Gewährung der Buchwertneutralität erforderlich machen.¹⁶

Beispiel 3: *In derselben Sachverhaltsgestaltung wie im Beispiel 1 wird nun beabsichtigt, den Gewerbebetrieb des Ehemanns nach Vollendung seines 55. Lebensjahres zu veräußern. Die Immobilie soll zur Altersabsicherung vermietet werden.*

Die Gestaltungsaufgabe des steuerlichen Beraters in dieser Konstellation ist die Absicherung der Anwendung des ermäßigten Steuersatzes nach § 34 Abs. 3 EStG und ggf. auch des Freibetrags nach § 16 Abs. 4 EStG. Die Anwendung dieser Normen setzt aber voraus, daß der Veräußerer nach Vollendung seines 55. Lebensjahres den gesamten Gewerbebetrieb veräußert. Sofern Betriebsvermögen zwar nicht verkauft, aber steuerpflichtig in das Privatvermögen entnommen wird, werden die Privilegien des ermäßigten Steuersatzes und des Freibetrags für die gesamte Gewinnauswirkung aus Entnahme- und Veräußerungsgewinn gewährt.¹⁷ Damit ist die grundsätzliche Begünstigungsfähigkeit im Sinne der Normen weiter gegeben.

Allerdings darf nicht unbeachtet bleiben, daß der Entnahmegewinn auf den hälftigen Grundstücksanteil anfällt, der als notwendiges Betriebsvermögen dem Unternehmer aufgrund der Regelungen des ehelichen Güterrechts zuzurechnen war. Diese Gewinnauswirkung kann übersehen werden, sofern der eheliche Güterstand bei der steuerlichen Betrachtung des Vorgangs nicht berücksichtigt wird.

Beispiel 4: *Die Eheleute sind im ausländischen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft verheiratet. Der Ehemann ist in der Gesellschafterliste als Inhaber der Geschäftsanteile einer GmbH eingetragen. Es soll ein neues Betriebsgrundstück mit Mitteln erworben werden, die während der Ehezeit verdient wurden. Die Geschäftsanteile wurden ohne weitere Vereinbarungen vom Ehemann erworben. Wie würde sich der Erwerb des Grundstücks darstellen, falls dieses von der Ehefrau alleine ohne weitere Abreden erworben würde?*

Eine Betriebsaufspaltung charakterisiert sich dadurch, daß eine Betriebs- und eine Besitzgesellschaft von derselben Person oder derselben Personengruppe kontrolliert werden und vom Besitzunternehmen eine wesentliche Betriebsgrundlage überlassen wird. Durch die Betriebsaufspaltung werden die vermögensverwaltende Tätigkeit der Besitzgesellschaft/des Besitzunternehmens zu einer steuerlich gewerblichen Tätigkeit umqualifiziert.

Liegen wie im Beispielfall keine Vereinbarungen zu etwaigem Eigen-/Vorbehaltsgut vor, wurden die GmbH-Anteile nicht – wie ggf. gedacht – vom Ehemann als Alleingesellschafter erworben, sondern als Gemeinschaftsvermögen der Errungenschaftsgemeinschaft. Würde die Ehefrau, ohne weitere Vereinbarungen, das Grundstück mit Mitteln erwerben,

die während der Ehe verdient wurden, so wäre auch das Grundstück Teil des ehelichen Gemeinschaftsvermögens.

Entsprechend kontrollieren die Ehegatten nun als Gemeinschaftler sowohl die GmbH-Geschäftsanteile als auch das Grundstück. Dies wird anhand der ausländischen Normen der Errungenschaftsgemeinschaft zu verifizieren sein.

Bevorrechtigte Zuweisungsrechte bei Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaften werden hieran nichts ändern.

Aufgrund der sog. Gruppentheorie des BFH entsteht dann eine Betriebsaufspaltung. Steuerlich wird dieses Ergebnis abseits der erbschaftsteuerlichen Betriebsvermögensgestaltung nach § 13 b Abs. 4 Nr. 1 ErbStG zur Vermeidung von Verwaltungsvermögen – unerwünscht sein.

Gestaltungsüberlegung zu Beispiel 4: Erwerben nicht beide Ehegatten das Grundstück, sondern nur ein Ehegatte alleine, so scheidet eine Betriebsaufspaltung.

Zentrale Gestaltungsvorgabe ist dann, daß ein Erwerb in Alleineigentum durch das jeweilige ausländische Recht zugelassen ist und die vertraglichen Vereinbarungen dementsprechend erfolgen. Unter Umständen muß dann der andere, nicht eigentumserwerbende Ehegatte am Kaufvertrag mitwirken und den Alleineigentumserwerb des kaufenden Ehegatten im Einzelfall absichern.¹⁸

Abwandlung zu Beispiel 4: Die GmbH-Anteile wurden vom Gesellschafter bereits vor der Eheschließung erworben.

Eine Betriebsaufspaltung würde auch vermieden, wenn die Gesellschaftsanteile vor der Eheschließung erworben wurden. Dann wären diese als voreheliches Vermögen nach den Grundcharakteristika der Errungenschaftsgemeinschaft aus dem ehelichen Gemeinschaftsvermögen ausgeschlossen. Diese blieben vielmehr Eigenvermögen des Gesellschafter-Ehegatten.

Eine Betriebsaufspaltung wäre dann ausgeschlossen, da die Ehegatten beim Erwerb des Grundstücks im Gemeinschaftsvermögen zwar beide berechtigt wären. Allerdings werden die Gesellschaftsanteile dann nur von einem Ehegatten kontrolliert. Eine Kontrolle als Personengruppe erfolgt somit nicht. Auch eine Kontrolle durch den Gesellschafter alleine ist nicht gegeben, da dieser zwar das Betriebs-, aber nicht das Besitzunternehmen kontrolliert.

Beispiel 5: *Überlegungen zum gewerblichen Grundstückshandel bei ehelichem Gemeinschaftsvermögen. Die Ehegatten sind in Errungenschaftsgemeinschaft verheiratet. Mangels besonderer Vereinbarungen und in Ermangelung von vorehelichem oder ererbtem Vermögen ist sämtliches Vermögen der Ehegatten eheliches Gemeinschaftsvermögen. Der Ehemann hatte auf*

16 BFH v. 29.11.2017 – I R 7/16, BStBl. II 2019, 738, DStR 2018, 1014.

17 BFH v. 26.05.1993 – X R 101/90, BStBl. II 1993, 710; BFH v. 19.05.2005 – IV R 17/02 BStBl. II 2005, 637; BFH v. 25.08.1993 – X R 6/93, BStBl. II 1994, 232

18 Zur Überlegung: vgl. etwa Art. 179 Abs. 2 CC für italienische Sachverhalte.

seinen Namen drei Wohnungen in den letzten fünf Jahren gekauft, die vor einem Jahr veräußert wurden. Nun überlegen sich die Ehegatten, wie sie sich im Hinblick auf die Zählobjekte eines gewerblichen Grundstückshandels vor dem Hintergrund ihres ehelichen Güterstands aufstellen müssen.

Der gewerbliche Grundstückshandel definiert sich grundsätzlich anhand der 3-Objekt-Regel. Die Finanzverwaltung nimmt einen gewerblichen Grundstückshandel regelmäßig an, wenn die Veräußerung von mehr als drei in bedingter Verkaufsabsicht erworbenen oder errichteten Objekten innerhalb dieses 5-Jahres-Zeitraums erfolgt. Dies führt bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen (§ 15 Abs. 2 EStG) grundsätzlich zur Gewerblichkeit aller – d.h. auch der ersten drei – Objektveräußerungen. Die zeitliche Grenze von fünf Jahren hat allerdings keine starre Bedeutung. Ein gewerblicher Grundstückshandel kann z.B. bei einer höheren Zahl von Veräußerungen nach Ablauf dieses Zeitraums, aber auch bei einer hauptberuflichen Tätigkeit im Baubereich vorliegen.¹⁹

Eine wesentliche Aufgabe im Rahmen der Prüfungen des gewerblichen Grundstückshandels kommt daher der Bestimmung der Zählobjekte zu.

Bei Ehegatten ist eine Zusammenfassung der Grundstückssaktivitäten im Regelfall nicht zulässig. Dies bedeutet, daß *jeder Ehegatte* bis zu drei Objekte im Bereich der Vermögensverwaltung veräußern kann. Die Grundstückssaktivitäten von Ehegatten sind jedoch dann zusammenzurechnen, wenn die Ehegatten eine über ihre eheliche Lebensgemeinschaft hinausgehende, zusätzliche enge Wirtschaftsgemeinschaft, z.B. als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, eingegangen sind, in die sie alle oder den größeren Teil der Grundstücke eingebracht haben.²⁰

Bei Veräußerungen von Grundstücken durch Gesellschaften oder Gemeinschaften ist jedem Gesellschafter oder Gemeinschaftler nach den allg. Regelungen des gewerblichen Grundstückshandels ein Zählobjekt zuzurechnen. Dies ist sodann keine Frage der Schlechterstellung von Ehegatten, sondern vielmehr eine Frage der allg. Rechtsanwendung.²¹ Ohne weitere Vereinbarungen hatten die Ehegatten im Beispielsfall die Grundstücke im Gemeinschaftsvermögen gehalten. Damit entfallen auf beide Ehegatten im Beispielsfall bereits drei Zählobjekte.

Zur Vermeidung eines gewerblichen Grundstückshandels für beide Ehegatten durch Erwerb/Veräußerung eines vierten Zählobjekts, wird bei zukünftigen Erwerben darauf zu achten sein, daß nur ein Ehegatte dieses weitere Grundstück erwirbt. Entsprechend den subjektbezogenen Beurteilungsregelungen bliebe der gewerbliche Grundstückshandel dann dem anderen Ehegatten mit seinen Gewinnanteilen erspart.

Gestalterisch ist in den Fällen gemeinschaftsvermögensbegründender Güterstände zu erwägen, entweder bezogen auf den Erwerb einzelner Grundstücke Eigenvermögen zu begründen oder insgesamt einen Güterstandswechsel anzustreben.²² Abseits des ehelichen Gemeinschaftsvermögens wird der Betrachtungsweise der getrennten Vermögensmas-

sen der Ehegatten auch bzgl. des gewerblichen Grundstückshandels zum Durchbruch verholfen.

Beispiel 6: *Die Ehegatten leben seit langer Zeit in Deutschland, haben allerdings eine gemeinsame ausländische Staatsangehörigkeit. Der gesetzliche ausländische Güterstand ist eine Gütertrennung. Innerhalb der letzten Jahre wurden Schenkungen über zwei Millionen EUR von einem an den anderen Ehegatten getätigt. Es wird nun überlegt, durch einen Güterstandswechsel die in der Vergangenheit entstandene Schenkungsteuer gem. § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG zum rückwirkenden Entfall zu bringen.*

Ehegatten, die in Zugewinnngemeinschaft verheiratet sind, steht die Möglichkeit offen, durch Güterstandsmaßnahmen schenkungsteuerlich zu gestalten. Dies betrifft etwa die Güterstandsschaukel, die es ermöglicht, erhebliche Vermögenswerte unter Ehegatten auf güterrechtlicher Basis nicht schenkungsteuerbar zu übertragen. Entsprechendes gilt auch für die Möglichkeit, Schenkungsteuer gem. § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG zum Entfallen zu bringen.

Voraussetzung für diese Gestaltungsmaßnahmen ist aber, daß die Ehegatten in Zugewinnngemeinschaft oder einem vergleichbaren ausländischen Güterstand verheiratet sind. Dies ist Anwendungsvoraussetzung von § 5 ErbStG und § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG. Ist diese Grundvoraussetzung nicht erfüllt, scheitern entsprechende Maßnahmen.

Im Beispielsfall mag die Lösung des Güterstandswechsels für den Normalfall der Zugewinnngemeinschaft eine gute Lösung darstellen. Der ausländische, gütertrennungähnliche Güterstand kennt aber keine Anrechnungsbestimmung nach § 1380 BGB, die wiederum Anwendungsvoraussetzung für den rückwirkenden Entfall der Schenkungsteuer gem. § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG ist. Daher wird die Lösungsvariante nicht möglich sein.

Gestaltungsüberlegung zu Beispiel 6: Im Beispielsfall 6 kann gestalterisch eine andere Lösung in Betracht gezogen werden, die an eine Überlegung *Reichs*²³ anknüpft. Die Ehegatten könnten im ersten Schritt eine Rechtswahl zum deutschen Güterrecht hin treffen und rückwirkend auf den Beginn ihrer Ehe den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft vereinbaren.²⁴ Damit wäre der Anwendungsbereich deutschen Güterrechts und zugleich der Vorschriften von § 5 ErbStG und § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG gegeben. Wird sodann später, mit zeitlichem Abstand, die Zugewinnngemeinschaft wieder beendet, käme der deutsche güterrechtliche Ausgleich zur Anwendung.

19 BMF, 26.03.2004, BMF IV A 6-S 2240-46/04, BStBl I 2004, 434; eingehend hierzu *Söffing*, steueranwaltsmagazin 2024, 35.

20 BMF, 26.03.2004, BMF IV A 6-S 2240-46/04, BStBl I 2004, 434, Tz 12; BFH-Urt. v. 24.07.1996, BStBl. II 1996, 603.

21 Zur ehегüterstandsbezogenen Begründung von Betriebsaufspaltung und zur Vereinbarkeit mit Art. 6 GG: BVerfG, Beschl. v. 14.02.2008 – 1 BvR 19/07, HFR 2008, 754.

22 Siehe oben; etwa entsprechend den Regelungen nach Art. 179 CC.

23 *Reich*, ZEV 2011, 59.

24 *Stein*, Scheidung Zugewinn Steuern 2023, S. 173.

Eine Nichtsteuerbarkeit der Zugewinnausgleichsforderung wäre im Hinblick auf § 5 Abs. 2 ErbStG gegeben, der die rückwirkenden Vereinbarungen nicht ausschließt.²⁵ Eine Anwendung von § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG kommt im Hinblick auf die Überlegungen einer rückwirkend begründeten, überholenden Güterstandslage denkbar. Die Erreichung der Rechtswirkung ist allerdings nicht zweifelsfrei, wenngleich diese im Ergebnis zu befürworten ist.²⁶ In gestalterischer Hinsicht werden aber regelmäßig keine Alternativgestaltungen in Betracht kommen.

Sind ausländische Güterstände mit Gemeinschaftsvermögen gegeben, erübrigen sich schenkungsteuerliche Würdigungen meist für während der Ehe erworbenes Vermögen. Ist solches als Gemeinschaftsvermögen zu qualifizieren, so erfolgt der Vermögensaufbau als solcher gemeinschaftlich. Zuwendungen durch spätere Übertragungen scheiden bereits aus, da innerhalb des Gemeinschaftsvermögens keine Übertragungen erfolgen und daher auch keine Zuwendungen auftreten können. Hier können nur Übertragungsvermögen aus dem Gemeinschaftsvermögen in das Einzelvermögen schenkungsteuerliche Konsequenzen nach sich ziehen.²⁷

Beispiel 7: Die Ehegatten sind in der Errungenschaftsgemeinschaft ausländischen Rechts verheiratet. Der Ehemann ist sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer, die Ehefrau ist nicht berufstätig. Während der Ehe hat der Ehemann eine Immobilie erworben, die jährliche Überschüsse von mehr als 14.000 Euro erzielt. Das Grundbuch weist den Ehemann als Alleineigentümer aus. Bislang ist die Ehefrau als im Rahmen der Familienversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung des Ehemanns mitversichert behandelt worden.

Vorbehaltlich abweichender Regelungen des ausländischen Güterrechts, sind nach den steuerrechtlichen Grundkategorisierungen aus dem Kapital folgende Einkünfte über das Errungenschaftsgut beiden Ehegatten hälftig zuzurechnen.²⁸ Folglich erzielt nicht der Ehemann alleine Überschüsse aus Vermietung und Verpachtung von 14.000 Euro, sondern beide Ehegatten erzielen die Vermietungseinkünfte je zur Hälfte. Somit sind der Ehefrau zutreffenderweise 7.000 Euro Vermietungseinkünfte zuzurechnen. Dies ist die Folge der steuerlichen Vorgaben und Zurechnungen gem. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO.

Die Familienversicherung nach § 10 Abs. 1 Nr. 5 SGB V kennt allerdings Einkommensgrenzen, die am Steuerrecht nach § 16 SGB IV anknüpfen. Für Errungenschaftsgemeinschaften bestehen zwar keine weiteren Stellungnahmen, allerdings führen die Hinweise des GKV-Spitzenverbandes zum Gesamteinkommen im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen der Familienversicherung²⁹ eine hälftige Einkommenszurechnung bei Gütergemeinschaften aus, was im Hinblick auf die Grundnatur der Errungenschaftsgemeinschaften dort entsprechend gelten muß.

Unschädlich sind Einkünfte, die bis zu 1/7 der monatlichen Bezugsgröße betragen, die im Jahr 2024 bei 3.535 Euro (West) liegt. Im Jahr 2024 sind daher monatliche Einkünfte von 505 Euro unschädlich für die Familienversicherung. Dieser Wert wird im Beispielfall durch die hälftige Zurechnung der

Vermietungseinkünfte in Höhe von 7.000 Euro allerdings überschritten. Die Ehefrau kann somit nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung mitversichert werden.

6. Vorsicht vor der pauschalen Rechtswahl zur Zugewinnngemeinschaft bei Vorliegen ausländischer Güterstände

Gerade bei Ehegatten, deren Lebensmittelpunkt in Deutschland liegt, bietet sich eine Rechtswahl durch notariell beurkundeten Vertrag hin zum deutschen Güterstand an. Dies gilt gerade für jene Ehegatten, deren Bindungen zum Staatsangehörigkeitsstaat über Jahre hinweg deutlich geringer wurden als jene Beziehungen zu Deutschland als Ansässigkeitsstaat. Regelmäßig läßt auch das ausländische Güterrecht eine entsprechende Rechtswahl zu.

Mit einer entsprechenden Rechtswahl wird gemeinschaftliches Vermögen regelmäßig zwischen den Ehegatten verteilt werden, ggf. als Miteigentum. Nun wird die bloße Umqualifizierung von gemeinschaftlichem Eigentum zu Miteigentum zu 1/2 regelmäßig noch keine wesentliche Bedeutung haben. Problematischer sind diejenigen Fälle, in denen im Vorfeld Zuordnungen zwischen Gemeinschafts- und Eigenvermögen fehlerhaft vorgenommen wurden.

Dabei gerät insbesondere der Grundstückserwerb durch einen Ehegatten, der in Errungenschaftsgemeinschaft verheiratet ist, in den Fokus. Hier sollten eingehendere Prüfungen durch den Notar vorab erfolgen. Möglicherweise bleibt sonst ein Grundstück, welches zwar Gesamthandgut ist, für das aber nur ein Ehegatte im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, nicht zutreffend bei der Auseinandersetzung der Errungenschaftsgemeinschaft einbezogen. Tatsächlich handelt es sich auch bei diesem Grundstück um Gemeinschaftsvermögen der Errungenschaftsgemeinschaft, ungeachtet der Grundbucheintragung.

Wird in einem solchen Fall das tatsächlich im Gemeinschaftsvermögen liegende Grundstück nur einem Ehegatten zugeordnet, kann eine steuerliche Zuwendung durch Verzicht auf den Hälfteanteil am Grundstück auftreten.³⁰ Insgesamt ist bei Güterstandswechsel die zutreffende Zuordnung der Vermögenswerte bzw. der zutreffende Ausgleich vor schenkungsteuerlichen Gesichtspunkten wichtig.

25 R E 5.2 Abs. 2 S. 3 ErbStR; BFH, 28.06.1989 – II R 82/86, BStBl II 1989, 897.

26 Zu den Abwägungen im Einzelnen: Stein, Scheidung Zugewinn Steuern (2023), S. 160.

27 Hierzu weitergehend Stein, ErbBstg 2021, 124.

28 BFH, 18.02.1959 – VI D 1/58 S, BStBl. III 1959, 263.

29 Hinweise des GKV-Spitzenverbandes zum Gesamteinkommen im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen der Familienversicherung v. 12.06.2019, https://www.vdek.com/vertragspartner/mitgliedschaftsrecht_beitragsrecht/familienversicherung/_jcr_content/par/download_1926320624/file.res/GH%20Fami%20Gesamteinkommen_12.06.2019.pdf.

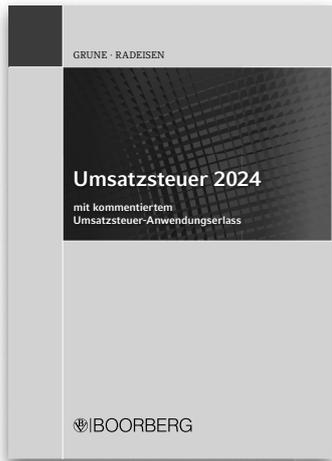
30 Uhl-Ludäscher, ErbStB 2017, 266; Brüggemann, ErbBstg 2018, 66.

Überdies müssen bei Güterstandswechseln stets auch die ertragsteuerlichen Folgen mit abgewogen werden und eventuelle Gestaltungsmaßnahmen eruiert werden. Zu groß können die steuerlichen Schäden andernfalls sein.

7. Fazit

Die im Familienrecht häufig anzutreffenden internationalen Betrachtungsweisen dürfen vor den steuerrechtlichen Würdigungen nicht haltmachen. Während sich im Famili-

enrecht tätige Anwälte diese internationale Denkweise angeeignet haben, ist diese Betrachtungsweise im Hinblick auf Güterstandsfragen bei der steuerrechtlichen Betrachtung weniger verbreitet. Eine funktionierende Symbiose aus familienrechtlicher und steuerlicher Beratung sollte bei Familienrechtlern aufgrund ihrer internationalen Denkweise zu kritischen Nachfragen beim steuerlichen Berater veranlassen. Gestaltungen ohne Einbeziehung steuerrechtlicher Berater sollten stets unter Mitberücksichtigung der eventuellen steuerlichen Konsequenzen vorgenommen werden.



Umfassende Erläuterungen.

WWW.BOORBERG.DE

Grune · Radeisen

Umsatzsteuer 2024

Rechtsstand: 1.1.2024

2024, 1418 Seiten, DIN A4, 2 Bände, € 119,-

ISBN 978-3-415-07565-8

Im Laufe des Jahres 2023 hat es im Bereich der Umsatzsteuer wieder viele praxisrelevante Änderungen gegeben. Darüber hinaus sind zum 1.1.2024 wichtige gesetzliche Neuerungen in Kraft getreten. Der aktuelle Leitfaden geht auf alle Änderungen mit praxisorientierten Gestaltungsmöglichkeiten ein.



Leseprobe unter

www.boorberg.de/9783415075658

Das Praxiswerk »Umsatzsteuer 2024« enthält die wichtigsten Materialien für die Bearbeitung umsatzsteuerlicher Fragen:

- UStG und UStDV mit Rechtsstand 1.1.2024
- Umsatzsteuer-Anwendungserlass in konsolidierter Fassung mit Rechtsstand 1.1.2024 mit optischen Hervorhebungen der Änderungen in 2023
- Kommentierende Hinweise der Autoren zu den Änderungen des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses bis einschließlich 1.1.2024
- Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie mit Rechtsstand 1.1.2024
- Durchführungsverordnung zur Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie mit Rechtsstand 1.1.2024
- Weitere gesetzliche Änderungen/Neuerungen
- Aktuelles aus Rechtsprechung und Finanzverwaltung
- Hinweise auf anhängige Verfahren (Vorabentscheidungsersuchen) beim EuGH und BFH

 BOORBERG

RICHARD BOORBERG VERLAG BESTELLUNG@BOORBERG.DE TEL 0711/7385-343 FAX 0711/7385-100

SC0824

Veranstaltungen

24. Hamburger Tage des Stiftungs- und Non-Profit-Rechts am 08. und 09.11.2024 an der Bucerius Law School in Hamburg

Die Veranstaltung steht unter dem Generalthema „**Aktuelle Tendenzen im Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht**“.

Wir freuen uns, daß die Hamburger Rede zum Thema „Warum wir für Zeiten wie diese gegründet wurden und woran wir Gemeinnützigkeits arbeiten müssen, wenn wir relevant und wirksam bleiben wollen“ in diesem Jahr von Herrn Mag. Stefan Wallner, Geschäftsführer des Bündnisses für Gemeinnützigkeit, Wien, übernommen wird.

Darüber hinaus stehen folgende Themen im Fokus der Veranstaltung:

- Die Haftung von Stiftungs- und Vereinsorganen nach neuem Recht (Business Judgment Rule, § 84 a, § 31 a BGB, Entlastung)
- Der neue Rechnungslegungsstandard des IDW für Stiftungen ERS HFA 5
- Related Party Agreements in Stiftungen (und Vereinen) – Zulässigkeit, Grenzen, Gefahren und Kontrolle
- Die CSRD-Berichtsvorgaben – auch für Non-Profit-Organisationen?
- Spendenwerbung und Wettbewerbsrecht
- Podiumsdiskussion: Reform des Gemeinnützigkeitsrechts
- Aktuelle Fragen des Zuwendungsempfängerregisters (Fragen und erste Erfahrungen)

- Neue Entwicklungen bei der Umsatzsteuer: Bildungseinrichtungen, Sport & mehr
 - Aktuelles aus Gesetzgebung und Finanzverwaltung – Zur Weiterentwicklung des Gemeinnützigkeitsrechts
- Wie gewohnt, werden die Themen von hochkarätigen Referentinnen und Referenten präsentiert und im Anschluss auf dem Podium und von den Teilnehmerinnen und Teilnehmern diskutiert. Das Tagungsprogramm finden Sie unter www.hamburger-tage.net. Wir freuen uns über Ihre Anmeldung unter <https://buceri.us/HHT24> oder über das im Flyer enthaltene Formular.

Zusätzlich möchten wir Sie am ersten Abend der Tagung herzlich zu einem gemeinsamen Abendessen mit den Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Tagung einladen, das im Restaurant „Kleine Alster“ (ehemals: VLET Kitchen & Bar) stattfinden wird. Die Kosten hierfür belaufen sich auf 95,00 Euro inkl. USt. pro Person.

Wir hoffen, Ihr Interesse geweckt zu haben, und würden uns sehr freuen, Sie am 08. und 09.11.2024 zu der Tagung bei uns in Hamburg zu begrüßen!

Mit freundlichen Grüßen
Prof. Dr. Birgit Weitemeyer

Bucerius Law School
Hochschule für Rechtswissenschaft



Muster für Arbeitsverträge

von Gerd Schäfer, Rechtsanwalt

2024, 8., vollständig überarbeitete Auflage, 100 Seiten, € 12,90

Das Recht der Wirtschaft

ISBN 978-3-415-07606-8

Der Band zeigt praxisbezogen auf, woran bei der Abfassung eines Arbeitsvertrages gedacht werden muss und wie ein solcher Arbeitsvertrag sowohl zweckmäßig als auch rechtlich zutreffend formuliert werden kann.

Den Schwerpunkt des Werkes bilden Muster für Verträge mit Beschäftigten sowohl tarifgebundener als auch nicht tarifgebundener Unternehmen. Verschiedene Fassungen von Standard-Arbeitsverträgen sind ebenso enthalten wie jeweils ein Muster-Arbeitsvertrag für außertarifliche und leitende Angestellte.

Die Vertragsmuster sind erläutert und mit weiterführenden Hinweisen versehen. Ein Muster für ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot rundet den Band ab.

BOORBERG

RICHARD BOORBERG VERLAG
BESTELLUNG@BOORBERG.DE TEL 0711/7385-343 FAX 0711/7385-100

SC0824

Ein kleiner Gestaltungstip 1

Entgeltlicher oder unentgeltlicher Nießbrauchverzicht

Im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge ist eine unentgeltliche Übertragung unter Nießbrauchvorbehalt ein übliches Gestaltungsmittel. Dies gilt insbesondere in Bezug auf Immobilienvermögen, da man die erheblichen Wertsteigerungen in der Substanz einerseits bereits auf die nächste Generation übertragen und andererseits gleichzeitig sich die Erträge zur Bestreitung des Lebensunterhaltes zurückbehalten kann. Nicht selten stellte man fest, daß mit fortschreitendem Alter die Erträge überhaupt nicht mehr in dem Umfang benötigt werden und aufgrund dessen wiederum beim Nießbrauchberechtigten umfangreiches Vermögen aufgebaut wird. Verzichtet nun der Nießbrauchsberechtigte auf seinen Nießbrauch, handelt es sich um einen schenkungsteuerpflichtigen Vorgang. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie denn eigentlich ein entgeltlicher Nießbrauchverzicht steuerlich zu würdigen ist.

Wird für den Nießbrauchverzicht ein Entgelt von dem zuvor Nießbrauchverpflichteten geleistet, so wird zweifelsfrei der unentgeltliche Bereich verlassen. Damit wird die Frage aufgeworfen, ob hierin ein privates Veräußerungsgeschäft i.S. des § 23 EStG zu sehen ist. Diese Ansicht vertrat das Finanzamt in einem durch das FG Münster (Urteil vom 12.12.2023 – 6 K2489/22 E, Rev. IX R 4/24) zu entscheidenden Fall. Ein Nießbrauch gewährt gem. § 1030 Abs. 1 BGB, die Nutzungen einer Sache zu ziehen. Wenn dieses Recht durch einen Verzicht auf den Eigentümer der Sache zurückfällt, dann liegt ein Rechtsträgerwechsel vor, und geschieht dies entgeltlich, mithin auch eine Veräußerung. Dieser Meinung folgte das FG nicht. Wird auf einen bestellten Nießbrauch verzichtet, so erwirbt der Nießbrauchbelastete nicht

dieses Nießbrauchrecht. Ihm fallen nur die vormaligen Nießbraucher zugestandenem Nutzungen und Fruchtziehungsrechte wieder zu. Es gibt eben kein Eigentümergebrauch, so wie es hingegen eine Eigentümergrundschild gibt. Aufgrund dessen kann es auch bei einem Nießbrauchverzicht keinen Rechtsträgerwechsel geben. Folgerichtig bestimmt daher § 1059 BGB die Unübertragbarkeit des Nießbrauchs. Ist ein Rechtsträgerwechsel nicht möglich, so ist auch eine Veräußerung nicht denkbar. Zutreffend geht deshalb das FG Münster von einem veräußerungsähnlichen Vorgang aus, der aber gerade nicht von § 23 EStG erfaßt wird.

Gestaltungstip: Das FG Münster hat die Revision gegen sein Urteil zugelassen und man wird gespannt sein dürfen, wie der BFH entscheidet. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, daß § 23 EStG nur dann überhaupt relevant wird, wenn zuvor das Nießbrauchrecht angeschafft worden ist. Eine Anschaffung i.S. des § 23 EStG setzt aber eine entgeltliche Übertragung des Wirtschaftsguts voraus und damit einen Rechtsträgerwechsel. Behält sich der Schenker einen Nießbrauch vor, so ist keine Anschaffung gegeben, da kein Rechtsträgerwechsel in Bezug auf das Nießbrauchrecht vorliegt. Der Nießbrauchsberechtigte muß also das veräußerte Nießbrauchrecht zuvor angeschafft haben; es muß sich also um ein bereits bestehendes Nießbrauchrecht handeln. Hierbei reichen für eine Anschaffung auch die vom Gesetz vorgesehenen Anschaffungsfiktionen aus, wie bspw. die Überführung eines Wirtschaftsguts in das Privatvermögen durch Entnahme (§ 23 Abs. 1 Satz 2 EStG).

(Rechtsanwalt/Fachanwalt für Steuerrecht Dr. Matthias Söffing)

Ein kleiner Gestaltungstip 2

Geschäftsguthaben i.S. des § 13 b Abs. 4 Nr. 5 ErbStG

Nachfolgende Ausführungen stellen keinen konkreten Gestaltungstip dar; sollen aber dazu anregen, eventuelle steuerliche Konsequenzen aus nachfolgend skizzierten Rechtsgegebenheiten zu ziehen. Es geht um die Rechtsform der Genossenschaft und die Möglichkeit sie als Vehikel einer Vermögensnachfolgeplanung einzusetzen (s. dazu *Jahn/Elßner*, in diesem Heft, S. 113 ff.). Was eine Genossenschaft ist, wird in § 1 Abs. 1 GenG definiert. Danach ist eine Genossenschaft eine Gesellschaft von nicht geschlossener Mitgliederzahl, deren Zweck darauf gerichtet ist, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern. Mitglied einer Genossenschaft wird man durch Abgabe einer Beitrittserklärung und durch Zulassung des Beitritts durch die Genossenschaft (§ 15 Abs. 1 GenG). Jedes einzelne Mitglied ist mit einem sog. Geschäftsanteil an der Genossenschaft beteiligt. Aus der Satzung der Genossenschaft ergibt sich sodann, bis zu welchem Betrag ein Genosse sich mit Einlagen beteiligen kann, sowie die Einzahlungen auf den Geschäftsanteil, zu welchen jedes Mitglied verpflichtet ist. Der Geschäftsanteil ist jedoch nur eine abstrakte Größe, die nicht die tatsächliche, sondern lediglich die höchstmögliche Beteiligung widerspiegelt. Im Gegensatz zu Kapitalgesellschaften, bei denen sich aus der Gesellschaftsbeteiligung die Beteiligungsquote und damit auch in aller Regel das Stimmrecht ergibt, bildet der Genossenschaftsanteil nur ab, bis zu welcher Höchstgrenze sich ein Mitglied an der Genossenschaft beteiligen darf. Der Genossenschaftsanteil ist lediglich eine rechnerische Größe, die keinen Einfluß auf den Umfang der mitgliedschaftlichen Rechte hat (BFH v. 26.09.2023 – IX R 19/21, BStBl II 2024, 23, Rn. 40). Von dem Geschäftsanteil ist das Geschäftsguthaben zu unterscheiden. Das Geschäftsguthaben ist der tatsächliche Betrag, den die Einlagen auf den Geschäftsanteil jeweils erreichen. Das Geschäftsguthaben ist der Betrag, mit dem der Genosse tatsächlich an der Genossenschaft finanziell beteiligt ist. Scheidet ein Genosse aus der Genossenschaft aus, so erhält er grundsätzlich gemäß § 73 GenG sein Geschäftsguthaben zurück. Das Geschäftsguthaben ist der Höhe nach durch den Geschäftsanteil begrenzt. Beträge, die über diese Höchstgrenze hinausgehen, werden genossenschaftsrechtlich nicht mehr als Eigenkapital der Genossenschaft qualifiziert. Die überschießenden Beträge stellen in aller Regel eine Verbindlichkeit der Genossenschaft gegenüber dem Genossen dar und sind als Darlehen zu betrachten.

Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG gehört zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb unter bestimmten Voraussetzungen auch

der Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften. Als Anteil in diesem Sinn gelten nach § 17 Abs. 7 EStG auch Anteile an Genossenschaften. Wie sich aus der Rechtsprechung des BFH (Urteil vom 26.09.2023 – IX R 19/21, BStBl II 2024, 23, Rn. 20) ergibt, ist sowohl die Übertragung des Geschäftsguthabens an einer Genossenschaft nach § 76 GenG als auch die Kündigung der Mitgliedschaft nach § 65 GenG als Veräußerung i.S. des § 17 Abs. 1 EStG zu werten. Dies wirft die Frage auf, wie in diesen Fällen der Veräußerungsgewinn zu ermitteln ist und ob sich hieraus etwaige Folgen für eine Nachfolgeplanung ergeben. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf etwaige verdeckte Einlagen eines Genossen in die Genossenschaft, die zulässig sind.

Gestaltungstip, besser sollte man von Gestaltungsüberlegungen sprechen: Der Veräußerungsgewinn bestimmt sich nach der Formel: Veräußerungspreis abzüglich der Veräußerungskosten abzüglich der Anschaffungskosten. Vor diesem Hintergrund soll ein Beispiel die steuerliche Situation verdeutlichen. Eine Familie besteht inzwischen aus über 10 Personen. Neben den beiden sehr vermögenden Eltern und deren vier Kindern gibt es eine Vielzahl von Enkelkindern. Die Familie gründet eine Genossenschaft. Der Geschäftsanteil (Genossenschaftsanteil) beträgt für jeden Genossen 1.000 Euro. Die Satzung der Genossenschaft sieht vor, daß ein Genosse bei seinem Ausscheiden lediglich sein Geschäftsguthaben zurückerhält. Alle Mitglieder haben auf ihren Geschäftsanteil eine Einzahlung von 1.000 Euro getätigt. Darüber hinaus tätigen die beiden Eltern jeweils eine verdeckte Einlage in die Genossenschaft in Höhe von 1 Mio. Euro. Sodann kündigen die Eltern ihre Mitgliedschaft und erhalten ihr Geschäftsguthaben von 1.000 Euro ausgezahlt. Weitergehende Kosten sollen nicht entstanden sein.

Steuerlich würde man wohl unter der Annahme einer verdeckten Einlage das Aufgabergebnis wie folgt ermitteln: Veräußerungspreis ist das eingezahlte Geschäftsguthaben von 1.000 Euro. Davon sind die Anschaffungskosten abziehen, die in § 17 Abs. 2 a EStG legal definiert sind. Neben der auf den Geschäftsanteil geleisteten Einzahlung von 1.000 Euro gehören auch nachträgliche Anschaffungskosten zu den Anschaffungskosten. Nach § 17 Abs. 2 a Satz 3 Nr. 1 EStG zählen hierzu auch verdeckte Einlagen. Die vom Veräußerungspreis abzuziehenden Anschaffungskosten würden mithin 1.001.000 Euro betragen. Es ergibt sich danach ein steuerlicher Aufgabeverlust in Höhe von 1 Mio. Euro.

Genossenschaftsrechtlich würde man wohl zu einer anderen Bewertung kommen. Sowohl der Veräußerungspreis als

► Gestaltungstip

auch die Anschaffungskosten werden durch das Geschäftsguthaben abgebildet und neutralisieren sich dergestalt, daß kein Aufgabegewinn oder Aufgabeverlust besteht. Die verdeckte Einlage wäre nicht als nachträglicher Anschaffungsaufwand, sondern als Darlehensforderung des ausgeschiedenen Genossen zu werten. Diese Forderung würde dann wohl

auch trotz des Ausscheidens weiter dem ausgeschiedenen Genossen zustehen.

Diesen Wertungswiderspruch müßte man auflösen und je nach dem gefundenen Ergebnis etwaigen Überlegungen einer Nachfolgeplanung zugrundelegen.

(Rechtsanwalt/Fachanwalt für Steuerrecht Dr. Matthias Söffing)



Umfassender Leitfaden.

AUCH ALS
E-Book

WWW.BOORBERG.DE

Betriebsprüfung und Steuerfahndung
von Dr. Thomas Kaligin, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht
2022, 2. Auflage, 676 Seiten, € 128,-
ISBN 978-3-415-07033-2

 Leseprobe unter
www.boorberg.de/9783415070332

Besonders wertvoll ist das Buch durch die dreiteilige Gliederung der Ausführungen zur Betriebsprüfung in **Basiswissen zur Betriebsprüfung, Steuerstrafsachen und Steuerfahndung**. Der Autor erklärt bei der Steuerfahndung detailliert nicht nur die Aufgaben und Befugnisse der Finanzbehörden, sondern auch die typischen Aufgriffsanlässe, wie z.B. Selbstanzeige oder Kontenabruf. Der Verfasser führt im Steuerstrafverfahren Schritt für Schritt durch die Arbeitsabfolge in der Praxis – zu jedem Problem, von der Einleitung des Steuerstrafverfahrens bis zu seiner möglichst einvernehmlichen Beendigung, finden sich konkrete Hinweise.

Zahlreiche Beispiele aus der Praxis machen die aktuellen Prüfungs- und Fahndungsschwerpunkte der Finanzämter transparent. Die wichtigsten Kapitel, z.B. zur Schätzung in der Betriebsprüfung oder den Verhaltensmaßnahmen bei Durchsuchungsmaßnahmen, werden durch Checklisten abgerundet.

 **BOORBERG**

RICHARD BOORBERG VERLAG BESTELLUNG@BOORBERG.DE TEL 07 11/7385-343 FAX 07 11/7385-100

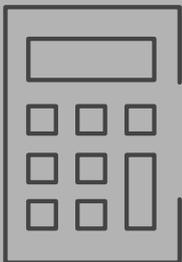
SC0824

juris

RECHERCHIEREN SIE ALLE DETAILS DES STEUERRECHTS. VOLL VERNETZT.

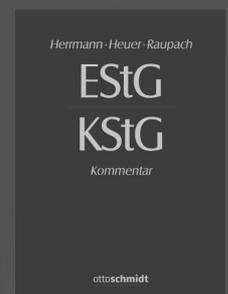
Im Steuerrecht können kleinste Details den Unterschied machen. Mit juris Steuerrecht Premium nutzen Sie die Expertise der renommiertesten Autoren, um Ihre Mandanten noch besser zu beraten – dank über 200 Premium-Titeln der jurisAllianz, intelligent vernetzt mit maßgeblicher Rechtsprechung und relevanten Vorschriften. Sichern Sie Ihre Argumentation bestmöglich ab und optimieren Sie Ihr Rechts- und Praxiswissensmanagement.

JURIS STEUER- RECHT PREMIUM



jurisAllianz
Hervorragende Fachwerke,
die Ihre Arbeit erleichtern.

DAS PRODUKT ENTHÄLT DIESE UND WEITERE TOP-TITEL.



Jetzt hier gratis testen.



www.juris.de/steuerp

juris.de Wissen, das für Sie arbeitet.



Wie hoch ist der Preis der Popularität?



WWW.BOORBERG.DE

Datenschutz und Persönlichkeitsrechte im Sport

Jahrestagung 2023 der Deutschen Vereinigung für Sportrecht am 6. und 7. Oktober 2023 in Wörlitz (Sachsen-Anhalt)

hrsg. von Professor Dr. Jan F. Orth, mit Beiträgen von Nico Winter, Dr. Raphael Rohrmoser, Professor Niko Härting, Dr. Johannes Öhlböck, Professor Dr. Rainer Tarek Cherkeh und Simon Bergmann

2024, 104 Seiten, € 28,-

Recht und Sport, Band 52

ISBN 978-3-415-07640-2



Leseprobe unter
www.boorberg.de/9783415076402

Dieser Band vereint die auf der Tagung der Deutschen Vereinigung für Sportrecht e.V. (Konstanzer Kreis) in Wörlitz im Herbst 2023 gehaltenen Referate.

Nico Winter beleuchtet »Das Datenschutzrecht für die Arbeit im Verein und Verband«. Dr. Raphael Rohrmoser berichtet über »Talent-Scouting und Bußgeldgefahr«. Das Thema »DSGVO im Beratungsalltag: Auskunftersuchen, Akteneinsicht, Bußgelder« steht im Mittelpunkt des Beitrags von Prof. Niko Härting.

Die beiden Referate von Dr. Johannes Öhlböck und Prof. Dr. Rainer Tarek Cherkeh problematisieren die »NADA-Veröffentlichungspraxis« in Österreich und Deutschland und ihre datenschutzrechtliche Umsetzung. Der Tagungsband schließt mit dem Beitrag »Verdachtsberichterstattung und Persönlichkeitsrechte« von Simon Bergmann.

 BOORBERG

RICHARD BOORBERG VERLAG BESTELLUNG@BOORBERG.DE TEL 0711/7385-343 FAX 0711/7385-100

SC0824