

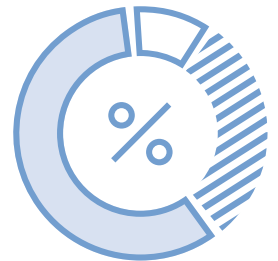
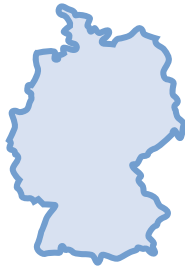
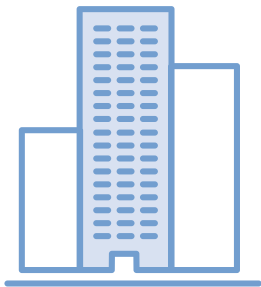
# § 8b KStG

Februar | February 2018

[www.mazars.de](http://www.mazars.de)

## NEUES AUS MÜNCHEN

## NEWS FROM MUNICH



Die Fiktion nicht-abziehbarer Betriebsausgaben bei Erzielung steuerfreier Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an inländischen Kapitalgesellschaften – sog. Schachtelstrafe – nach § 8b Abs. 3 S. 1 KStG setzt eine inländische Betriebsstätte voraus.

The add-back of fictitious business expenses in case of disposal gains from intercompany shares according to Section 8b (3) (1) of the German Corporate Income Tax Act (KStG) requires a domestic permanent establishment.

Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an einer Körperschaft sind gemäß § 8b Abs. 2 S. 1 KStG steuerfrei, wenn der Veräußerer eine Kapitalgesellschaft ist. Die Veräußerungsgewinne bleiben demnach bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz. Die sogenannte Schachtelstrafe gemäß § 8b Abs. 3 S. 1 KStG fingiert jedoch 5 % des Veräußerungsgewinns als nichtabzugsfähige Betriebsausgaben, welche dem Einkommen wieder hinzugerechnet und somit einer Besteuerung unterworfen werden.

Diese Regelung hat nun der Bundesfinanzhof (BFH) durch das Urteil vom 31.5.2017 Az. I R 37/15 für beschränkt Steuerpflichtige (ohne Betriebsstätte oder ständigen Vertreter im Inland) für nicht anwendbar erklärt.

#### 1. VON DER STEUERBEFREIUNG BETROFFENE FÄLLE

Nach dem Urteil des BFH läuft die Fiktion nichtabziehbarer Betriebsausgaben gemäß § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG ins Leere, sofern die veräußernde Kapitalgesellschaft im Inland über keine Betriebsstätte und keinen ständigen Vertreter verfügt. Im Streitfall fehlte es zudem an einem Doppelbesteuerungsabkommen (DBA; der Sitz und die Geschäftsleitung der Klägerin befand sich auf den Bermudas).

#### 2. GRÜNDE FÜR DIE STEUERBEFREIUNG

Grundsätzlich unterliegen Kapitalgesellschaften, die weder ihren Sitz noch den Ort der Geschäftsleitung im Inland haben, gemäß § 2 Nr. 1 KStG mit ihren inländischen Einkünften der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht.

Verfügt die betreffende Körperschaft über keine inländische Betriebsstätte, welcher die Betriebsausgaben im Rahmen der Einkünftermittlung zuzurechnen sind, kann nach Ansicht des BFH § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG bei beschränkt steuerpflichtigen Körperschaftsteuersubjekten nicht zu einer Hinzurechnung nicht abziehbarer Betriebsausgaben führen.

Die Fiktion nicht abziehbarer Betriebsausgaben durch § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG kann nur dann zu einer Erhöhung der körperschaftsteuerlichen Bemessungsgrundlage führen, wenn der fingierte betriebliche Aufwand dem Besteuerungszugriff des deutschen Fiskus unterliegen würde. Dies ist ohne die Zurechnung zu einer Betriebsstätte oder zu einem ständigen Vertreter nicht der Fall.

According to the regulation for the taxation of disposal gains from intercompany shares (Section 8b (2) KStG), profits from the sale of shares in a corporation are exempt from corporate income tax whenever the seller is a corporation, too. Therefore, the capital gains are not included in the taxable income. However, 5 percent of the capital gain must be added back to the taxable income as a fictitious, non-deductible business expense and is therefore taxable income.

On 31 May 2017, the Federal Fiscal Court has published a decision (ref.: I R 37/15) against the regulation in Section 8b (3) (1) KStG concerning taxpayers subject to a limited tax liability and with no permanent establishment or permanent representative located in Germany.

#### 1. SCOPE OF TAX EXEMPTION

According to the decision of the Federal Fiscal Court the add-back of fictitious business expenses does not apply to capital gains in cases where the disposing entity does not have of a permanent establishment or a permanent representative in Germany. In addition, the appellant in the case at hand was a tax resident of Bermuda and thus did not benefit from a tax treaty.

#### 2. REASONS FOR TAX EXEMPTION

Pursuant to Section 2 (Nr. 1) KStG corporations without a domestic permanent establishment or a permanent representative on German territory are subject to limited tax liability with their domestic income.

According to the Federal Fiscal Court the adding back of fictitious business expenses (Section 8b (3) (1) KStG) cannot apply to a corporation without a domestic permanent establishment or a permanent representative in Germany as business expenses have to be attributed to a permanent establishment or representative.

The add back of the fictitious 5 percent can only raise the corporate income tax assessment base if the fictitious business expenses could be claimed by German tax authorities. For this they would have to be attributed to a permanent establishment or permanent representative on German territory

**3. AUSBLICK**

Die Finanzverwaltung hat am 07.02.2018 beschlossen, die Entscheidung des Bundesfinanzhofes in Kürze im Bundessteuerblatt Teil II zu veröffentlichen. Damit werden zugleich die Finanzbehörden die Entscheidung allgemein anwenden. Eine Anwendbarkeit des Urteils auf Dividendeneinkünfte ist nicht anzunehmen, da das Urteil des BFH sich nur auf die beschränkte Steuerpflicht nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit e) lit aa) i.V.m. § 17 EStG und somit ausschließlich auf Veräußerungsgewinne bezieht.

**3. OUTLOOK**

On 07 February 2018 German tax authorities have decided to publish the decision from the Federal Fiscal Court in the Federal Gazette shortly. This means that German tax authorities will apply this decision going forward. It is unlikely that this decision will be applied to inter-company dividends as it was explicitly based on corporations with limited tax liability (Section 49 (1) (Nr. 2) e) aa) and Section 17 German income tax Act) and their intercompany disposal gains.

**ANSPRECHPARTNER | CONTACT**

**Dr. Christian Birkholz**  
Rechtsanwalt, Steuerberater  
Partner

Tel: +49 30 208 88-1880  
christian.birkholz@mazars.de



**Andreas Lichel**  
Steuerberater  
Partner

Tel: +49 30 208 88-1002  
andreas.lichel@mazars.de



**Miriam Eliaschewitz**  
Master of Science

Tel: +49 30 208 88-1144  
miriam.eliaschewitz@mazars.de