

# Urteil vom 24. April 2024, I R 41/20

## Zur Behandlung von Währungskursverlusten bei darlehensähnlichen Gesellschafterforderungen im Drittstaatenfall

ECLI:DE:BFH:2024:U.240424.IR41.20.0

BFH I. Senat

KStG § 8b Abs 3 S 4, KStG § 8b Abs 3 S 5, KStG § 8b Abs 3 S 6, KStG § 8b Abs 3 S 7, AEUV Art 49, AEUV Art 63 Abs 1, AEUV Art 267 Abs 3, GG, KStG VZ 2014

vorgehend Finanzgericht Baden-Württemberg, 24. September 2020, Az: 3 K 1486/19

## Leitsätze

1. Währungskursverluste bei darlehensähnlichen Gesellschafterforderungen in Fremdwährung mindern vor dem Inkrafttreten des § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG i.d.F. des Gesetzes vom 25.06.2021 (BGBl I 2021, 2050, BStBl I 2021, 889) das Einkommen der Kapitalgesellschaft nicht, da sie in den sachlichen Anwendungsbereich des § 8b Abs. 3 Satz 4 und 7 KStG fallen.
2. In einem Drittstaatenfall steht Unionsrecht dem nicht entgegen; die auch im Verkehr mit Drittstaaten geltende Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union --AEUV--) wird bei § 8b Abs. 3 Satz 4 und 7 KStG durch die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) verdrängt und ist nicht anwendbar.

## Tenor

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Finanzgerichts Baden-Württemberg vom 24.09.2020 - 3 K 1486/19 wird als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

## Tatbestand

- I.
  - 1 Die Beteiligten streiten darüber, ob Währungskursverluste im Jahr 2014 (Streitjahr) nicht abziehbare Gewinnminderungen im Sinne des § 8b Abs. 3 Satz 4 bis 7 des Körperschaftsteuergesetzes in der für das Streitjahr geltenden Fassung (KStG) sind.
  - 2 Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin), eine in der Bundesrepublik Deutschland ansässige AG, ist im Bereich der ... tätig. Der weltweite Vertrieb ihrer Produkte und Dienstleistungen erfolgt überwiegend durch konzerneigene Tochtergesellschaften, teilweise aber auch durch fremde Dritte.
  - 3 Den Vertrieb in Brasilien übernahm eine Tochtergesellschaft in der Rechtsform der Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada (X-Ltda). Alleinige Anteilsinhaberin der X-Ltda war die Klägerin. Die Forderungen aus Lieferungen und Leistungen rechnete sie gegenüber der X-Ltda in brasilianischer Landeswährung ab. Dabei gewährte sie der X-Ltda ein Zahlungsziel von 90 Tagen, ohne Währungskurssicherungsgeschäfte abzuschließen.
  - 4 Im Rahmen einer Außenprüfung stellte sich heraus, dass die X-Ltda ihre Verbindlichkeiten gegenüber der Klägerin in den Jahren 2013 bis 2016 regelmäßig erst sieben bis neun Monate nach der Rechnungstellung beglichen hatte. Einen Teil der offenen Forderungen hatte die Klägerin in den Jahren 2013, 2015 und 2016 für Kapitalerhöhungen der X-Ltda verwendet. Für Forderungen, bei denen das Zahlungsziel von 90 Tagen um mindestens 90 weitere Tage überschritten wurde, ergab sich im Streitjahr nach Saldierung mit Währungskursgewinnen ein Währungskursverlust von ... €. Dieser Betrag errechnete sich aus Wechselkursänderungen der brasilianischen Landeswährung, die

zwischen dem Tag der Fälligkeit und dem tatsächlichen Ausgleich der jeweiligen Forderung eingetreten waren; er ist zwischen den Beteiligten nicht im Streit. In Argentinien vertrieb die Klägerin ihre Produkte über einen fremden Dritten, die Y-S.A. Hier fakturierte die Klägerin in Euro. Die Y-S.A. beglich diese Rechnungen innerhalb des durchschnittlichen Zahlungsziels von 88 Tagen.

- 5 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (Finanzamt --FA--) erließ für die Jahre 2013 bis 2016 nach § 164 Abs. 2 der Abgabenordnung geänderte Körperschaftsteuerbescheide und rechnete die Währungskursverluste unter Berufung auf § 8b Abs. 3 Satz 4 bis 7 KStG außerbilanziell hinzu. Ein Einspruch blieb für das Streitjahr erfolglos.
- 6 Das Finanzgericht (FG) Baden-Württemberg wies die hiergegen gerichtete Klage mit Urteil vom 24.09.2020 - 3 K 1486/19 (Entscheidungen der Finanzgerichte --EFG-- 2021, 402) als unbegründet ab. Die Voraussetzungen für eine außerbilanzielle Hinzurechnung nach § 8b Abs. 3 Satz 4 bis 7 KStG seien erfüllt. Die Rechtsform der X-Ltda sei mit einer inländischen Kapitalgesellschaft (GmbH) vergleichbar. Außerdem sei das "Stehenlassen" der fälligen Forderungen aus Lieferungen und Leistungen für mindestens 90 Tage wirtschaftlich mit der Gewährung eines Darlehens vergleichbar (§ 8b Abs. 3 Satz 7 KStG). Die pünktlichen Zahlungen der Y-S.A. zeigten, dass eine Verlängerung des Zahlungsziels in dieser Weise nicht üblich gewesen sei. Darüber hinaus fehle der Nachweis, dass auch fremde Dritte der X-Ltda (unverzinsliche) Darlehen gewährt beziehungsweise auf Beitreibungsmaßnahmen fälliger, in Landeswährung fakturierter Forderungen aus Lieferungen und Leistungen verzichtet hätten (§ 8b Abs. 3 Satz 6 KStG). Eine einschränkende Auslegung des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG in Bezug auf Gewinnminderungen durch Währungskursverluste sei nicht geboten. Etwaige verfassungs- oder unionsrechtliche Bedenken, die daraus resultierten, dass es nicht zu einer korrespondierenden Steuerfreiheit von Währungskursgewinnen komme, seien im Streitfall nicht erheblich. Das FA habe diesen Bedenken bereits Rechnung getragen, indem es nur den Saldo aus Währungskursgewinnen und -verlusten außerbilanziell hinzugerechnet habe. Im Übrigen werde die auch für den Verkehr mit Drittstaaten geltende Kapitalverkehrsfreiheit durch die Niederlassungsfreiheit verdrängt.
- 7 Die Klägerin macht mit ihrer Revision die Verletzung materiellen Rechts geltend und beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und den Bescheid über Körperschaftsteuer für das Jahr 2014 vom 06.12.2018 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 28.05.2019 dahin zu ändern, dass die außerbilanzielle Hinzurechnung der Währungskursverluste in Höhe von ... € entfällt und die Körperschaftsteuer auf ... € gemindert wird.
- 8 Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

## Entscheidungsgründe

II.

- 9 Die Revision der Klägerin ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--).
- 10 Das FG hat zu Recht entschieden, dass die streitigen Währungskursverluste nach § 8b Abs. 3 Satz 4 bis 7 KStG nicht einkommensmindernd zu berücksichtigen sind.
- 11 1. § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG knüpft an die Regelung in § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG an, die ihrerseits auf § 8b Abs. 2 KStG Bezug nimmt.
- 12 a) Nach § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG sind Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit einem in § 8b Abs. 2 KStG genannten Anteil entstehen, bei der Ermittlung des Einkommens nicht zu berücksichtigen.
- 13 Der in Bezug genommene § 8b Abs. 2 KStG erfasst unter anderem Anteile an einer Körperschaft, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 des Einkommensteuergesetzes in der für das Streitjahr geltenden Fassung (EStG) gehören. Gewinne aus der Veräußerung eines solchen Anteils bleiben ebenso wie Gewinne aus der Auflösung oder der Herabsetzung des Nennkapitals oder aus dem Ansatz des in § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EStG bezeichneten Werts (Gewinn aus Wertaufholung nach Teilwertabschreibung) bei der Ermittlung des Einkommens der beteiligten Körperschaft außer Ansatz (§ 8b Abs. 2 Satz 1 und 3 KStG). Dies gilt auch für Beteiligungen an ausländischen Gesellschaften (z.B. Senatsurteil vom 17.05.2023 - I R 29/20, BFH/NV 2023, 1195, m.w.N.).
- 14 § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG verfolgt den Zweck, für die Aufwandseite eine Korrespondenz zu der in § 8b Abs. 2 KStG statuierten Steuerbefreiung herzustellen (Senatsurteil vom 09.01.2013 - I R 72/11, BFHE 240, 111, BStBl II 2013,

- 343). Folglich erfasst § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG vor allem Vorgänge, die (auch) § 8b Abs. 2 KStG unterfallen und nicht zu einem Gewinn, sondern zu einem (Substanz-)Verlust führen. Dies betrifft insbesondere Verluste aus der Veräußerung von Anteilen und der Auflösung (Liquidation) der Gesellschaft sowie Gewinnminderungen, die durch den Ansatz des niedrigeren Teilwerts (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG) des in § 8b Abs. 2 KStG genannten Anteils entstehen (Senatsurteil vom 17.05.2023 - I R 29/20, BFH/NV 2023, 1195, m.w.N.).
- 15** b) Durch das Jahressteuergesetz 2008 vom 20.12.2007 (BGBl I 2007, 3150, BStBl I 2008, 218) ist das auf Eigenkapitalfinanzierungen der Gesellschafter beschränkte Abzugsverbot des § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG auf bestimmte Fremdkapitalfinanzierungen erweitert worden.
- 16** Nach § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG gehören zu den Gewinnminderungen im Sinne des Satzes 3 auch Gewinnminderungen im Zusammenhang mit einer Darlehensforderung oder aus der Inanspruchnahme von Sicherheiten, die für ein Darlehen hingegeben wurden, wenn das Darlehen oder die Sicherheit von einem Gesellschafter gewährt wird, der zu mehr als einem Viertel unmittelbar oder mittelbar am Grund- oder Stammkapital der Körperschaft, der das Darlehen gewährt wurde, beteiligt ist oder war. Da diese Regelung den Anwendungsbereich des § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG erweitert, gilt sie ebenfalls nicht nur für Beteiligungen an inländischen, sondern auch für Beteiligungen an ausländischen Gesellschaften (Senatsurteil vom 17.05.2023 - I R 29/20, BFH/NV 2023, 1195, m.w.N.).
- 17** § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG ist allerdings nicht anzuwenden, wenn nachgewiesen wird, dass auch ein fremder Dritter das Darlehen bei sonst gleichen Umständen gewährt oder noch nicht zurückgefordert hätte ("Escape" durch Fremdvergleich); dabei sind nur die eigenen Sicherungsmittel der Gesellschaft zu berücksichtigen (§ 8b Abs. 3 Satz 6 KStG). Die Sätze 4 bis 6 gelten entsprechend für Forderungen aus Rechtshandlungen, die einer Darlehensgewährung wirtschaftlich vergleichbar sind (§ 8b Abs. 3 Satz 7 KStG).
- 18** c) Durch das Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts vom 25.06.2021 (BGBl I 2021, 2050, BStBl I 2021, 889) --KöMoG-- ist § 8b Abs. 3 KStG um einen neuen Satz 6 ergänzt worden, der ausdrücklich regelt, dass Währungskursverluste nicht als Gewinnminderungen im Sinne von Satz 4 gelten. Allerdings erstreckt sich der zeitliche Anwendungsbereich dieser Regelung nicht auf das Streitjahr; nach § 34 Abs. 5 Satz 2 KStG i.d.F. des KöMoG ist sie erst auf Gewinnminderungen anzuwenden, die nach dem 31.12.2021 eintreten.
- 19** 2. Das FG hat die Voraussetzungen des § 8b Abs. 3 Satz 4 und 7 KStG zu Recht als erfüllt angesehen. Die Klägerin hat ihrer Tochtergesellschaft X-Ltda, die mit einer inländischen Kapitalgesellschaft vergleichbar ist und deren alleinige Gesellschafterin sie war, zwar kein Darlehen im Sinne des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG gewährt. Das Stehenlassen der streitigen Forderungen aus Lieferungen und Leistungen erfüllt aber unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Streitfalls die Voraussetzungen eines darlehensähnlichen Verhältnisses im Sinne des § 8b Abs. 3 Satz 7 KStG.
- 20** a) Nach den Feststellungen des FG, die für den Senat bindend sind (§ 118 Abs. 2 FGO), betreffen die streitigen Währungskursverluste Forderungen aus Lieferungen und Leistungen, bei denen jeweils nicht nur das ursprünglich gewährte Zahlungsziel von 90 Tagen abgelaufen war, sondern auch nach diesem Termin für mindestens 90 weitere Tage keine Beitreibungsmaßnahmen oder Zahlungen erfolgten.
- 21** b) Dass von § 8b Abs. 3 Satz 7 KStG grundsätzlich auch Forderungen aus Lieferungen und Leistungen erfasst sein können, hat der Senat bereits entschieden (Senatsbeschluss vom 15.05.2018 - I B 114/17, BFH/NV 2018, 1092; a.A. Engelen/Erb, Internationale Steuer-Rundschau 2018, 149, 150; auch Ditz/Quilitzsch, Deutsches Steuerrecht --DStR-- 2015, 545, 547 f. zur vergleichbaren Regelung in § 3c Abs. 2 Satz 4 EStG). Daran wird festgehalten, zumal in der Begründung des Gesetzentwurfs die Einbeziehung solcher Forderungen ausdrücklich erwähnt wird (BTDrucks 16/6290, S. 73).
- 22** c) Soweit die Klägerin in Anlehnung an die Regelung für Dauerschuldzinsen in § 8 Nr. 1 des Gewerbesteuergesetzes in der bis zur Änderung durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.08.2007 (BGBl I 2007, 1912, BStBl I 2007, 630) geltenden Fassung ein Überschreiten des Zahlungsziels um mehr als ein Jahr als Tatbestandsvoraussetzung einfordert, ist dem nicht zu folgen. Wie bereits ausgeführt, geht es in § 8b Abs. 3 Satz 4 bis 7 KStG um die Vermeidung einer Umgehung des § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG durch die Gewährung von Fremdkapital. Eine solche Umgehung ist auch durch kurzfristige Darlehen möglich. Dies wird im Streitfall dadurch bestätigt, dass die betroffenen Forderungen später teilweise für Kapitalerhöhungen der X-Ltda genutzt worden sind.
- 23** d) Allerdings bleibt zu berücksichtigen, dass es sich bei einem Darlehen um eine Kapitalüberlassung auf Zeit handelt (§ 607 des Bürgerlichen Gesetzbuchs). Wenn Forderungen nach § 8b Abs. 3 Satz 7 KStG als mit einem

Darlehen wirtschaftlich vergleichbar anzusehen sein sollen, ist deshalb eine gewisse Mindestlaufzeit erforderlich (Brandis/Heuermann/Rengers, § 8b KStG Rz 296; Frotscher in Frotscher/Drüen, KStG/GewStG/UmwStG, § 8b KStG Rz 400b; Gosch in Gosch, KStG, 4. Aufl., § 8b Rz 278f; Herlinghaus in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2. Aufl., § 8b Rz 352). Welcher konkrete zeitliche Rahmen dabei für die wirtschaftliche Vergleichbarkeit im Sinne des § 8b Abs. 3 Satz 7 KStG erforderlich ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls (Senatsbeschluss vom 15.05.2018 - I B 114/17, BFH/NV 2018, 1092).

- 24** Das FG ist zutreffend davon ausgegangen, dass (jedenfalls) unter den konkreten Umständen des Streitfalls (Forderungen aus Lieferungen und Leistungen sowie Überschreitung des Zahlungsziels von 90 Tagen um mindestens weitere 90 Tage) die Voraussetzung der Mindestlaufzeit eingehalten worden ist. Hierfür spricht auch, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) Forderungen aus Lieferungen und Leistungen zivilrechtlich jedenfalls dann wie ein Darlehen zu behandeln sind, wenn sie mehr als 90 Tage nach Fälligkeit aufgrund rechtlicher oder faktischer Stundung stehen gelassen werden (BGH-Urteil vom 11.07.2019 - IX ZR 210/18, DStR 2019, 1988).
- 25** e) Darüber hinaus muss das zugrunde liegende Rechtsverhältnis (auch) einem Finanzierungszweck dienen, um mit einem Darlehen wirtschaftlich vergleichbar zu sein (Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, 2. Aufl., § 8b Rz 467). Hierfür ist nicht erforderlich, dass der Gläubiger das Rechtsverhältnis bereits mit der qualitativen Absicht begründet hat, seinen Vertragspartner zu finanzieren (so aber Zinowsky/Jochimsen, DStR 2016, 2839, 2843). Vielmehr reicht es, wenn die Forderungen zu diesem Zweck stehen gelassen werden.
- 26** Im Streitfall liegt nach den für den Senat bindenden Feststellungen des FG (§ 118 Abs. 2 FGO) ein ausreichender Finanzierungszweck vor. Denn die (rechtliche oder faktische) Verlängerung der ursprünglichen Zahlungsziele bezweckte, der X-Ltda in einer wirtschaftlich angespannten Lage Liquidität zu überlassen und damit ihren Finanzbedarf zu sichern.
- 27** 3. Eine teleologische Reduktion des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG für den Fall der Gewinnminderungen durch Währungskursverluste hat das FG zu Recht abgelehnt.
- 28** a) Die Anwendung des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG auf Währungskursverluste ist umstritten:
- 29** Die Finanzverwaltung und ein Teil der Literatur befürworten eine Einbeziehung der Wertminderungen durch Währungskursverluste (Landesamt für Steuern --LfSt-- Niedersachsen, Verfügung vom 15.04.2020, DStR 2020, 1319 f.; Brandis/Heuermann/Rengers, § 8b KStG Rz 298; Frotscher in Frotscher/Drüen, KStG/GewStG/UmwStG, § 8b KStG Rz 409; Herlinghaus in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2. Aufl., § 8b Rz 318; Pung in Dötsch/Pung/Möhlenbrock --D/P/M--, Die Körperschaftsteuer, § 8b KStG Rz 245; bei rein nationaler Betrachtung --ohne Berücksichtigung unionsrechtlicher Einschränkungen-- auch Gosch in Gosch, KStG, 4. Aufl., § 8b Rz 279i; Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, 2. Aufl., § 8b Rz 467). Hierfür wird insbesondere auf den weit gefassten Wortlaut der Vorschrift sowie einen entsprechend klaren Willen des Gesetzgebers verwiesen.
- 30** Dagegen vertritt ein anderer Teil der Literatur die Auffassung, § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG müsse in Bezug auf Währungskursverluste teleologisch reduziert werden (Watermeyer in Herrmann/Heuer/Raupach, § 8b KStG Rz 111; Badde, Betriebs-Berater --BB-- 2019, 347, 348 ff.; Kempf/Loose, Internationales Steuerrecht --IStR-- 2021, 49, 53 f.; Pohl/Storz, IStR 2023, 670, 671 ff.; Rödder/Schumacher, DStR 2018, 705, 709; Winhard, IStR 2011, 237, 239 ff.; Zinowsky/Jochimsen, DStR 2016, 2839, 2841 ff.; gleicher Ansicht FG Baden-Württemberg, Urteil vom 27.09.2022 - 6 K 1917/20, EFG 2023, 1166, anhängige Revision I R 11/23; in der Tendenz auch Niedling/Gsödl, Die Unternehmensbesteuerung 2017, 429, 432). Zur Begründung wird unter anderem darauf hingewiesen, dass es ansonsten zu einer asymmetrischen Besteuerung von (steuerlich nicht zu berücksichtigenden) Währungskursverlusten einerseits und (steuerpflichtigen) Währungskursgewinnen andererseits komme. Außerdem lasse § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG erkennen, dass die Veranlassung der Gewinnminderung durch das Gesellschaftsverhältnis für deren Nichtberücksichtigung maßgeblich sei. Deshalb müsse zwischen "beteiligungsspezifischen" und "marktbestimmten" Gewinnminderungen unterschieden werden. Währungskursverluste gehörten zu den marktbestimmten Gewinnminderungen, die nicht von der Zielsetzung des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG erfasst seien.
- 31** b) Der Senat schließt sich --wie die Vorinstanz-- der zuerst genannten Auffassung an.
- 32** aa) Ausgangspunkt ist der Wortlaut der Vorschrift. Die allgemeine Formulierung "Gewinnminderungen" enthält keine Anhaltspunkte für eine Einschränkung in Bezug auf Gewinnminderungen durch Währungskursverluste. Zwar

lässt sich aus dem Zusammenhang mit § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG entnehmen, dass die Gewinnminderungen im Zusammenhang mit einer Darlehensforderung (oder einer darlehensähnlichen Forderung) "entstehen" müssen (vgl. Pohl/Storz, IStR 2023, 670, 671). Dies bedeutet aber nur, dass sich der Veranlassungszusammenhang an dem Entstehen der Gewinnminderung orientiert und ein allgemeiner wirtschaftlicher Veranlassungszusammenhang nicht genügt (vgl. Gosch in Gosch, KStG, 4. Aufl., § 8b Rz 266). Dass nur solche Gewinnminderungen zu erfassen sind, bei denen korrespondierende Gewinnerhöhungen --wie beim Anteil nach § 8b Abs. 2 KStG-- steuerfrei sind, kann dem nicht entnommen werden. Vielmehr beschränkt sich der Normbefehl des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG ausdrücklich auf die Einbeziehung weiterer "Gewinnminderungen" in den Anwendungsbereich des § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG. Die steuerliche Behandlung damit korrespondierender Gewinnerhöhungen (hier: Währungskursgewinne) spielt nach dem Wortlaut weder auf der Tatbestands- noch auf der Rechtsfolgenebene eine Rolle.

- 33** bb) Die Einbeziehung von Währungskursverlusten wird durch die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung (BTDrucks 16/6290, S. 73) bestätigt, in der ausdrücklich "alle" Gewinnminderungen angesprochen werden. Zwar bezieht sich die anschließende Aufzählung lediglich auf Gewinnminderungen, die aus der Teilwertabschreibung auf Gesellschafterdarlehen, dem Ausfall eines Gesellschafterdarlehens oder dem Verzicht auf Forderungen aus einem Gesellschafterdarlehen resultieren. Durch den Zusatz "insbesondere" wird aber deutlich, dass es sich hierbei nicht um eine abschließende Aufzählung handelt.
- 34** Auch der Umstand, dass nach der Begründung des Gesetzentwurfs bei einer Beteiligung von mehr als 25 % nur "grundsätzlich" von einer Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis auszugehen sein soll, steht dem nicht entgegen. Denn aus dem weiteren Verlauf der Begründung ergibt sich, dass hiermit lediglich auf die Abgrenzung zu laufenden Aufwendungen (zum Beispiel Refinanzierungszinsen) sowie auf die mögliche Ausnahme durch den Nachweis eines Fremdvergleichs (§ 8b Abs. 3 Satz 6 KStG) Bezug genommen wird.
- 35** Dass der Gesetzgeber in der Begründung des Gesetzentwurfs zum Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts vom 25.06.2021 ausdrücklich davon ausgegangen ist, dass Währungskursverluste vor Einführung des § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG i.d.F. des KöMoG von Satz 4 erfasst gewesen seien (BTDrucks 19/28656, S. 25), kann dagegen nicht als weitere Bestätigung herangezogen werden. Diese Ausführungen in der Entwurfsbegründung zum Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts vom 25.06.2021 lassen keine Rückschlüsse zu, welchen Willen der historische Gesetzgeber des Jahressteuergesetzes 2008 bei Einführung von § 8b Abs. 3 Satz 4 bis 7 KStG hatte. Entsprechendes gilt für die Empfehlung der Ausschüsse des Bundesrats vom 10.09.2019 zum Entwurf eines Gesetzes zur weiteren steuerlichen Förderung der Elektromobilität und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften, im Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob Wechselkursverluste für den Fall einer fremdüblichen Absicherung des Wechselkursrisikos vom Abzugsverbot des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG auszunehmen seien (BRDrucks 356/1/19, Nr. 49).
- 36** cc) Der Gesetzeszweck rechtfertigt ebenfalls keine einschränkende Auslegung des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG bei Währungskursverlusten.
- 37** (1) Mit der Einführung des § 8b Abs. 3 Satz 4 bis 7 KStG sollten Gestaltungen getroffen werden, bei denen ein Gesellschafter seine Gesellschaft gezielt mit (nicht fremdüblichen) Darlehen statt mit Eigenkapital finanziert, um das Abzugsverbot des § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG zu umgehen und etwaige Substanzverluste steuerwirksam geltend machen zu können (BTDrucks 16/6290, S. 73). Nachdem der Senat im Urteil vom 14.01.2009 - I R 52/08 (BFHE 224, 132, BStBl II 2009, 674) entschieden hatte, dass Gesellschafterdarlehen nicht von § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG i.d.F. bis zur Änderung durch das Jahressteuergesetz 2008 erfasst sind, wäre die Bedeutung solcher Gestaltungen weiter gestiegen.
- 38** (2) Fremdwährungsdarlehen sind nicht nur innerhalb eines Konzerns, sondern auch unter fremden Dritten eine nicht nur in Ausnahmefällen genutzte Finanzierungsvariante (vgl. Empfehlung des Europäischen Ausschusses für Systemrisiken vom 21.09.2011 zu Fremdwährungskrediten --ESRB/2011/1--, Amtsblatt der Europäischen Union --ABIEU-- 2011, Nr. C 342, 1, in der unter anderem der Umfang der Fremdwährungskredite innerhalb der Europäischen Union dargelegt wird). Für die Fakturierung von darlehensähnlichen Forderungen aus Lieferungen und Leistungen in der Landeswährung des Leistungsempfängers gilt Entsprechendes.
- 39** Die damit verbundenen Währungskursrisiken, die aus Sicht des Forderungsinhabers --im Vergleich zu einer Fakturierung in Euro-- zu den Bonitätsrisiken und sonstigen Risiken hinzutreten, stellen aber nicht einen rein "exogenen Faktor" dar, der außerhalb des Zwecks des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG liegt (so aber Rödder/Schumacher, DStR 2018, 705, 709). Dass von den Entwicklungen des Devisenmarkts abhängige Währungskursverluste nicht vom Forderungsinhaber (Gesellschafter) beeinflusst werden können, reicht hierfür nicht aus. Vielmehr ist entscheidend,

dass der Gesellschafter --im Vergleich zu Eigenkapitalfinanzierungen (vgl. Senatsurteil vom 21.09.2016 - I R 63/15, BFHE 256, 11, BStBl II 2017, 357)-- durch die Wahl der Fakturierung in einer Fremdwährung statt in Euro nicht nur Substanzverluste aufgrund der Realisierung eines Bonitätsrisikos, sondern auch Substanzverluste aufgrund eines realisierten Währungskursrisikos steuerlich abzugsfähig gestalten kann. Es geht also nicht darum, ob die tatsächliche Realisierung eines Währungskursverlusts durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sondern ob dies für die Übernahme des Währungskursrisikos durch Fakturierung in einer Fremdwährung statt in Euro gilt. Es geht nicht darum, dass Währungskursverluste generiert werden, die steuerlich abzugsfähig sind, sondern darum, Währungskursrisiken für den Fall ihrer Realisierung als steuerlich abzugsfähig behandeln zu können. Unter diesem Blickwinkel besteht kein Unterschied zu einer (nicht fremdüblichen) Übernahme des Bonitätsrisikos, die ohne Zweifel von § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG erfasst wird.

- 40** Auch die grundsätzliche Symmetrie bei der Nichtberücksichtigung von Gewinnen und Verlusten in § 8b Abs. 2 und Abs. 3 Satz 3 KStG, die bei Währungskursgewinnen und -verlusten nicht gegeben ist, da Währungskursgewinne im Zusammenhang mit einem Darlehen oder darlehensähnlichen Forderungen grundsätzlich weiterhin steuerpflichtig bleiben, steht dem nicht entgegen. Denn durch § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG soll gerade gewährleistet werden, dass die Symmetrie des § 8b Abs. 2 und Abs. 3 Satz 3 KStG erhalten bleibt und nicht durch Darlehen oder darlehensähnliche Forderungen umgangen wird, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sind. Dass etwaige Währungskursgewinne grundsätzlich nicht in die Ausnahmeregelung einbezogen worden sind, sondern steuerpflichtig bleiben, ändert daran nichts, da der Gesetzgeber auf die gestalterisch relevanten Währungskursverluste abgezielt hat. Auch aus der gesetzgeberischen Grundentscheidung, zwischen Eigenkapital- und Fremdkapitalfinanzierungen zu unterscheiden, kann nicht geschlossen werden, dass beim Abzugsverbot des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG über die Veranlassung eines Darlehens oder einer darlehensähnlichen Forderung durch das Gesellschaftsverhältnis hinaus auf weitere ("beteiligungsspezifische") Kriterien abgestellt werden muss (so aber Winhard, IStR 2011, 237, 240 f.).
- 41** Die konkrete Ausformung der "Escape"-Regelung in § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG steht ebenfalls nicht entgegen. Die Beschränkung des § 8b Abs. 3 Satz 6 Halbsatz 2 KStG auf eigene Sicherungsmittel der Gesellschaft zielt nicht auf Währungskursrisiken ab, sondern insbesondere auf Bonitätsrisiken. Dass Währungskursrisiken aus dem (umfassenden) Fremdvergleich nach § 8b Abs. 3 Satz 6 Halbsatz 1 KStG ausgenommen werden sollen, lässt sich daraus aber nicht herleiten. Vielmehr macht Halbsatz 1 deutlich, dass das Darlehen beziehungsweise die darlehensähnliche Forderung insgesamt unter fremdüblichen Bedingungen gewährt beziehungsweise stehen gelassen worden sein muss, damit der "Escape" gewährt wird.
- 42** dd) Schließlich ist der Senat nicht davon überzeugt, dass die Einbeziehung der Währungskursverluste in § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG verfassungswidrig ist (vgl. auch Brandis/Heuermann/Rengers, § 8b KStG Rz 291; Gosch in Gosch, KStG, 4. Aufl., § 8b Rz 278b; Herlinghaus in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2. Aufl., § 8b Rz 313; Pung in D/P/M, Die Körperschaftsteuer, § 8b KStG Rz 224; für eine verfassungskonforme Einschränkung in Bezug auf Währungskursverluste dagegen Ditz/Engelen in Wassermeyer/Baumhoff/Ditz, Verrechnungspreise international verbundener Unternehmen, 2. Aufl., Rz 6.495; Badde, BB 2019, 347, 349; Liekenbrock/Liedgens, Der Betrieb --DB-- 2023, 1499, 1502; Pohl/Storz, IStR 2023, 670, 673; Winhard, IStR 2011, 237, 240; Zinowsky/Jochimsen, DStR 2016, 2839, 2842).
- 43** Insoweit wird auf die verfassungsrechtlichen Ausführungen im Senatsurteil vom 12.03.2014 - I R 87/12 (BFHE 244, 567, BStBl II 2014, 859) verwiesen (bestätigt durch das Senatsurteil vom 17.05.2023 - I R 29/20, BFH/NV 2023, 1195). Hieran hält der Senat weiterhin fest. Die Erwägungen gelten im Ergebnis auch für die Einbeziehung von Währungskursverlusten in das Abzugsverbot des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG. Obwohl Währungskursgewinne grundsätzlich steuerpflichtig bleiben, während sie im Fall einer Eigenkapitalfinanzierung von § 8b Abs. 2 KStG erfasst und damit steuerfrei gewesen wären (vgl. hierzu Senatsurteil vom 10.04.2019 - I R 20/16, BFHE 265, 63, BStBl II 2020, 674), ist der Senat nicht von einem Verstoß gegen das Gebot der Folgerichtigkeit und das Leistungsfähigkeitsprinzip überzeugt. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, dass die Typisierung des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG nicht nur auf den besonderen Fall der Fremdwährungsdarlehen oder der Fakturierung einer darlehensähnlichen Forderung aus Lieferungen und Leistungen in der jeweiligen Landeswährung des Leistungsempfängers gerichtet ist, sondern für sämtliche entsprechend qualifizierte Gesellschafterdarlehen oder -forderungen gilt, und dass es selbst bei der Gewährung eines Darlehens oder der Fakturierung einer darlehensähnlichen Forderung in Fremdwährung nicht zwingend zu einer asymmetrischen steuerlichen Behandlung von Währungskursgewinnen und -verlusten kommt. Denn soweit ein Währungskursverfall zu einer Teilwertabschreibung führt (zum Teilwert bei Währungskursschwankungen vgl. auch Urteile des Bundesfinanzhofs vom 10.06.2021 - IV R 18/18, BFHE 273, 495, BStBl II 2022, 211; vom 02.07.2021 - XI R 29/18, BFHE 274, 8, BStBl II

2022, 205; jeweils m.w.N.; hierzu auch Prinz, DB 2022, 687), sind etwaige spätere Zuschreibungen über § 8b Abs. 3 Satz 8 KStG in symmetrischer Weise steuerbefreit (Senatsurteil vom 17.05.2023 - I R 29/20, BFH/NV 2023, 1195). Außerdem bleibt es insbesondere dann bei einer symmetrischen Behandlung von Währungskursgewinnen und -verlusten, wenn dem Steuerpflichtigen der Nachweis eines Fremdvergleichs nach § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG gelingt.

- 44** Unter Berücksichtigung dieser Einschränkungen ist der Senat im Ergebnis auch nicht überzeugt, dass die (weite) Typisierung des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG in Bezug auf Währungskursverluste unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig ist. Ob dies voraussetzt, dass etwaige korrespondierende Währungskursgewinne im Wege einer verfassungskonformen Auslegung so weit wie möglich mit den nach § 8b Abs. 3 Satz 4 bis 7 KStG nicht abziehbaren Währungskursverlusten zu verrechnen sind (eine Saldierung ablehnend LfSt Niedersachsen, Verfügung vom 15.04.2020, DStR 2020, 1319 f.; Pung in D/P/M, Die Körperschaftsteuer, § 8b KStG Rz 245; zur Eigenkapitalfinanzierung s. Senatsurteil vom 10.04.2019 - I R 20/16, BFHE 265, 63, BStBl II 2020, 674), kann für den Streitfall dahingestellt bleiben. Auf Grundlage der Feststellungen des FG ist davon auszugehen, dass das FA im Streitfall eine entsprechende Saldierung vorgenommen hat.
- 45** 4. Die Entscheidung des FG, die Klägerin habe mangels Nachweises eines Fremdvergleichs nicht die Voraussetzungen einer Ausnahme nach § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG erfüllt, ist revisionsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden.
- 46** a) Der Nachweis eines Fremdvergleichs nach § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG kann im Fall von Forderungen aus Lieferungen und Leistungen grundsätzlich unter zwei Gesichtspunkten erbracht werden. Entweder weist der Steuerpflichtige (Lieferant/Darlehensgeber) nach, dass er in vergleichbaren Fällen und zu vergleichbaren Konditionen auch gegenüber fremden Dritten fällige Forderungen aus Lieferungen und Leistungen nicht beigetrieben und/oder zinslos gestundet hat. Oder er weist nach, dass fremde Dritte, die ebenfalls Gläubiger der X-Ltda waren, in vergleichbaren Fällen entsprechende Verlängerungen der Zahlungsziele vereinbart beziehungsweise faktisch gewährt haben. Gegebenenfalls können hierfür auch statistische Auswertungen über die Gepflogenheiten bei der Gewährung von Zahlungszielen im Markt des Darlehensnehmers herangezogen werden, zumal an den Nachweis nach § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG generell keine überhöhten Anforderungen zu stellen sind, da § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG für die Annahme eines Umgehungstatbestands auf eine sehr weit gehende Pauschalierung der Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis zurückgreift (vgl. auch Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, 2. Aufl., § 8b Rz 453 und 503).
- 47** b) Das FG hat den Nachweis nach § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG unter beiden Gesichtspunkten geprüft und im Ergebnis ohne Rechtsfehler als nicht erbracht angesehen. Soweit es um den Vortrag der Klägerin geht, sie habe fällige Forderungen aus Lieferungen und Leistungen auch bei fremden Dritten für eine gewisse Zeit nicht beigetrieben, sofern es sich um strategisch wichtige Kunden gehandelt habe, hat das FG zu Recht die Vergleichbarkeit der Fälle verneint. Die vorgelegten Nachweise bezogen sich gerade nicht auf Forderungen in der jeweiligen Landeswährung des Leistungsempfängers, sondern auf Forderungen in Euro, bei denen die Klägerin kein Währungskursrisiko getragen hatte. Darüber hinaus hat das FG zutreffend darauf abgestellt, dass die Klägerin keine Nachweise vorgelegt hat, dass auch fremde Dritte der X-Ltda ein unverzinsliches Darlehen gewährt beziehungsweise bei Aufrechterhaltung der Lieferbeziehung auf die Beitreibung fälliger, in Landeswährung fakturierter Forderungen aus Lieferungen und Leistungen verzichtet hätten.
- 48** 5. Schließlich ist ein Abzug der Währungskursverluste auch nicht aus unionsrechtlichen Gründen geboten. Zwar hat der Senat zur Unionsrechtskonformität von § 8b Abs. 3 Satz 3 und 4 KStG bisher auf die symmetrische Besteuerung von Gewinnen und Verlusten abgestellt (Senatsurteil vom 17.05.2023 - I R 29/20, BFH/NV 2023, 1195, m.w.N.), die bei Währungskursgewinnen und -verlusten im Zusammenhang mit nach § 8b Abs. 3 Satz 4 und 7 KStG qualifizierten Gesellschafterdarlehen oder damit wirtschaftlich vergleichbaren Forderungen grundsätzlich nicht gegeben ist. Die X-Ltda ist aber in einem Drittstaat (Brasilien) ansässig, so dass eine unionsrechtliche Einschränkung nur auf Grundlage der auch im Verkehr mit Drittstaaten geltenden Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union i.d.F. des Vertrags von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft --AEUV--, ABLEU 2008, Nr. C 115, 47) in Betracht kommen kann. Die Kapitalverkehrsfreiheit wird im Streitfall jedoch durch die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV verdrängt und ist nicht anwendbar.
- 49** a) Zur Beantwortung der Frage, ob eine nationale Regelung in den Tatbestandsbereich der einen oder der anderen Grundfreiheit fällt, ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union --EuGH-- (z.B. Urteil EV vom 20.09.2018 - C-685/16, EU:C:2018:743, BStBl II 2019, 111, m.w.N.) auf den Gegenstand der betreffenden

Regelung abzustellen. In den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV fällt eine nationale Regelung, die nur auf Beteiligungen anwendbar ist, die es ermöglichen, einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen einer Gesellschaft auszuüben und deren Tätigkeiten zu bestimmen. Hingegen sind nationale Bestimmungen über Beteiligungen, die in der alleinigen Absicht der Geldanlage erfolgen, ohne dass auf die Verwaltung und Kontrolle des Unternehmens Einfluss genommen werden soll, ausschließlich im Hinblick auf den freien Kapitalverkehr nach Art. 63 Abs. 1 AEUV zu prüfen.

- 50** Sogenannte neutrale Vorschriften, die nicht ausschließlich für Situationen gelten, in denen die Muttergesellschaft einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft und deren Tätigkeiten ausüben kann, sind im Drittstaatenfall anhand der Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 Abs. 1 AEUV zu beurteilen; auf die tatsächliche Höhe der Beteiligung kommt es hier nicht an (EuGH-Urteil EV vom 20.09.2018 - C-685/16, EU:C:2018:743, BStBl II 2019, 111). Dass die dargelegten Grundsätze auch auf nationale Regelungen anwendbar sind, bei denen es um die steuerliche Behandlung von Darlehen an nicht gebietsansässige Tochtergesellschaften geht, ergibt sich aus dem EuGH-Urteil Itecar vom 03.10.2013 - C-282/12, EU:C:2013:629 (Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung --HFR-- 2013, 1169).
- 51** b) Nach diesen Maßstäben ist § 8b Abs. 3 Satz 4 bis 7 KStG allein anhand der Niederlassungsfreiheit zu beurteilen. Dies gilt ungeachtet dessen, dass die Niederlassungsfreiheit im Streitfall aufgrund der Ansässigkeit der X-Ltda in einem Drittstaat (Brasilien) im Ergebnis nicht anwendbar ist. Die Kapitalverkehrsfreiheit wird als Prüfungsmaßstab verdrängt.
- 52** aa) Die in § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG vorausgesetzte (unmittelbare oder mittelbare) Beteiligungsquote von mindestens 25 % verschafft einen ausreichend sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft und deren Tätigkeiten (vgl. auch EuGH-Beschluss Lasertec vom 10.05.2007 - C-492/04, EU:C:2007:273, HFR 2007, 712; EuGH-Urteile Truck Center vom 22.12.2008 - C-282/07, EU:C:2008:762, HFR 2009, 319; Scheunemann vom 19.07.2012 - C-31/11, EU:C:2012:481, ABIEU 2012, Nr. C 295, 6; Finanzamt Bremen vom 13.10.2022 - C-431/21, EU:C:2022:792, ABIEU 2022, Nr. C 463, 12; Senatsurteil vom 19.07.2017 - I R 87/15, BFHE 259, 435, BStBl II 2020, 237). Darüber hinaus besteht die Rechtsfolge des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG darin, dass ab einer Beteiligungsquote von 25 % von einer durch das Gesellschaftsverhältnis veranlassten Darlehensgewährung auszugehen ist. Dies zeigt, dass bei dieser Vorschrift die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Kontrolle und Verwaltung und nicht die Absicht der Kapitalanlage im Vordergrund stehen.
- 53** bb) Dass § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG kein Überschreiten der Mindestbeteiligungsquote zum Zeitpunkt der Darlehensvergabe (beziehungsweise der Begründung eines darlehensähnlichen Verhältnisses) oder der Gewinnminderung voraussetzt, sondern hierfür irgendein Zeitpunkt während der Darlehenslaufzeit ausreicht (Senatsurteil vom 12.03.2014 - I R 87/12, BFHE 244, 567, BStBl II 2014, 859), steht dem nicht entgegen (im Ergebnis für die Anwendung der Niederlassungsfreiheit auch Buschmann, DB 2015, 1856, 1859; Schober in Musil/Weber-Grellet, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl., § 8b KStG Rz 265; a.A. Kraft/Hohage, DB 2021, 861, 863; Liekenbrock/Liedgens, DB 2023, 1499, 1502 f.). Entscheidend bleibt das Ziel der nationalen Regelung, pauschalierend Voraussetzungen für eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis festzulegen, und hierfür --wenn auch nur zu irgendeinem Zeitpunkt während der Darlehenslaufzeit-- auf eine qualifizierte Beteiligung abzustellen, die einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft und deren Tätigkeiten gewährleistet. Diese Sichtweise wird im Übrigen durch den EuGH-Beschluss Lasertec vom 10.05.2007 - C-492/04, EU:C:2007:273 (HFR 2007, 712) bestätigt, der zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung nach § 8a des Körperschaftsteuergesetzes i.d.F. des Standortsicherungsgesetzes vom 13.09.1993 (BGBl I 1993, 1569, BStBl I 1993, 774) ergangen ist. Obwohl diese Vorschrift ebenfalls keine wesentliche Beteiligung während der gesamten Darlehenslaufzeit voraussetzt, hat der EuGH sie (nur) anhand der Niederlassungsfreiheit beurteilt.
- 54** c) Der Senat erachtet die Unionsrechtslage auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH als eindeutig. Einer Vorlage an den EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV bedarf es daher nicht (EuGH-Urteile CILFIT vom 06.10.1982 - Rs. 283/81, EU:C:1982:335, Slg. 1982, 3415; Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi vom 06.10.2021 - C-561/19, EU:C:2021:799; vgl. auch Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts vom 04.03.2021 - 2 BvR 1161/19, HFR 2021, 504; vom 08.11.2023 - 2 BvR 1079/20, HFR 2024, 357).
- 55** 6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.