

# Urteil vom 24. April 2024, I R 11/23

Zur Behandlung von Währungskursverlusten bei Gesellschafterdarlehen - Teilweise inhaltsgleich mit BFH-Urteil vom 24.04.2024 I R 41/20

ECLI:DE:BFH:2024:U.240424.IR11.23.0

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 267 Abs 3, GG, KStG VZ 2009

vorgehend Finanzgericht Baden-Württemberg, 27. September 2022, Az: 6 K 1917/20

## Leitsätze

Währungskursverluste bei Fremdwährungs-Gesellschafterdarlehen mindern vor dem Inkrafttreten des § 8b Abs. 3 Satz 6 des Körperschaftsteuergesetzes (KStG) i.d.F. des Gesetzes vom 25.06.2021 (BGBl I 2021, 2050, BStBl I 2021, 889) das Einkommen der darlehensgewährenden Kapitalgesellschaft --vorbehaltlich einer unionsrechtlichen Prüfung-- nicht, da sie in den sachlichen Anwendungsbereich des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG fallen.

## Tenor

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Finanzgerichts Baden-Württemberg vom 27.09.2022 - 6 K 1917/20 aufgehoben.

Die Sache wird an das Finanzgericht Baden-Württemberg zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Diesem wird die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens übertragen.

## Tatbestand

### I.

1. Die Beteiligten streiten darüber, ob Währungskursverluste bei Fremdwährungs-Gesellschafterdarlehen im Jahr 2009 (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 A-AG, eine in der Bundesrepublik Deutschland ansässige Aktiengesellschaft und Rechtsvorgängerin der Klägerin und Revisionsbeklagten (Klägerin), hatte im Streitjahr ein vom Kalenderjahr abweichendes Wirtschaftsjahr (01.10. bis 30.09.). Sie steuerte als Konzernobergesellschaft vier Geschäftsbereiche, die sie jeweils in Holdinggesellschaften zusammengefasst hatte, und gewährte mehreren ausländischen mittelbaren Tochtergesellschaften Darlehen in deren Landeswährung, ohne entsprechende Währungskurssicherungsgeschäfte abzuschließen. Aus diesen Darlehen resultierende Zahlungsansprüche führten im Wirtschaftsjahr 2008/2009 zu einem Währungskursverlust von insgesamt ... €, der sich wie folgt zusammensetzte:
  - Ein Währungskursverlust von ... € stammte aus einem Darlehen vom 01.10.1999 an die ... AB mit Sitz in Schweden (X-AB). Dieses Darlehen über ... schwedische Kronen (SEK) hatte einen festen Zinssatz von 6,5 % p.a. und eine Laufzeit von sieben Jahren.
  - Ein weiterer Währungskursverlust von ... € resultierte aus einem Darlehen vom 12.07.2001 an die ... AB, ebenfalls mit Sitz in Schweden (Y-AB). Dieses Darlehen über insgesamt ... SEK war mit dem Prozentsatz der Stockholm Interbank Offered Rate zuzüglich 1,5 % p.a. verzinst und hatte ursprünglich eine Laufzeit bis zum 30.09.2011.
  - Der verbleibende Währungskursverlust von ... € stammte aus einem Darlehen über ... SEK an die in Schweden ansässige ... AB (Z-AB). Dieses Darlehen war mit 7 % p.a. verzinst. Feste Rückzahlungsbeträge oder -termine waren nicht vereinbart, lediglich der 30.09.2015 als spätester Rückzahlungstermin.
3. Die A-AG war zum Zeitpunkt der jeweiligen Darlehensausreichung und des Währungskursverlustes zu jeweils 100 %

mittelbar an der X-AB, der Y-AB und der Z-AB beteiligt.

4. Die X-AB und die Y-AB waren zum Zeitpunkt der Darlehensausreichung und des Währungskursverlustes mittelbare Tochtergesellschaften der Konzernbereichsholdinggesellschaft ... GmbH & Co. KG (B-KG). Die Klägerin erhielt am 11.05.2011 von der B-KG eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft unter Verzicht auf die Vorausklage, Anfechtbarkeit und Aufrechenbarkeit, die unter anderem ihre Forderungen gegen die X-AB und die Y-AB absicherte. Die Z-AB war im Zeitpunkt der Darlehensausreichung und des Währungskursverlustes Tochtergesellschaft der Konzernbereichsholdinggesellschaft ... GmbH. Deren Rechtsnachfolgerin ... GmbH & Co. KG erklärte gegenüber der Klägerin am 01.06.2011 ebenfalls eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft unter Verzicht auf die Vorausklage, Anfechtbarkeit und Aufrechenbarkeit, die unter anderem die Forderungen der Klägerin gegen die Z-AB absicherte.
5. Nach einer Außenprüfung erließ der Beklagte und Revisionskläger (Finanzamt --FA--) für das Streitjahr einen nach § 164 Abs. 2 der Abgabenordnung geänderten Körperschaftsteuerbescheid, da die Währungskursverluste der Klägerin nach § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG nicht zu berücksichtigen seien. Der Nachweis eines Fremdvergleichs im Sinne des § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG sei nicht erbracht worden. Die Darlehen seien jeweils ohne Sicherheiten gewährt worden. Ein Einspruch blieb erfolglos.
6. Das Finanzgericht (FG) Baden-Württemberg gab der hiergegen gerichteten Klage mit Urteil vom 27.09.2022 - 6 K 1917/20 (Entscheidungen der Finanzgerichte --EFG-- 2023, 1166) statt und änderte den angefochtenen Bescheid über Körperschaftsteuer 2009 dahin, dass das Einkommen der Klägerin um Währungskursverluste in Höhe von ... € gemindert wurde. Zwar seien die Voraussetzungen des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG nach dessen Wortlaut erfüllt. Die Vorschrift sei aber teleologisch zu reduzieren, so dass Währungskursverluste nicht erfasst seien. Auf eine unions- oder verfassungskonforme Auslegung komme es nicht an.
7. Das FA macht mit seiner Revision die Verletzung materiellen Rechts geltend und beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.
8. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

## Entscheidungsgründe

### II.

1. Die Revision des FA ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und mangels Spruchreife zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--).
2. Die Entscheidung des FG, § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG teleologisch zu reduzieren und --unabhängig vom Unionsrecht-- Gewinnminderungen durch Währungskursverluste nicht als von dieser Vorschrift erfasst anzusehen, ist rechtsfehlerhaft. Die Sache ist nicht spruchreif, da das FG keine Feststellungen zum Fremdvergleich nach § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG getroffen hat.
3. 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.
4. 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.
5. 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.).
6. § 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.).
7. 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.

8. 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.).
9. § 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).
10. 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.
11. 2. Die Auffassung des FG, § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG i.d.F. des KöMoG habe lediglich klarstellende Wirkung und die streitigen Währungskursverluste aus Fremdwährungsdarlehen seien --unabhängig vom Unionsrecht und vom zeitlichen Anwendungsbereich des Gesetzes zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts-- nicht von § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG erfasst, ist rechtsfehlerhaft.
12. a) Die Anwendung des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG auf Währungskursverluste ist umstritten:
13. Die Finanzverwaltung und ein Teil der Literatur befürworten eine Einbeziehung der Wertminderungen durch Währungskursverluste (Landesamt für Steuern --LfSt-- Niedersachsen, Verfügung vom 15.04.2020, Deutsches Steuerrecht --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; gleicher Ansicht FG Baden-Württemberg, Urteil vom 24.09.2020 - 3 K 1486/19, EFG 2021, 402, anhängige Revision I R 41/20); 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.
14. Dagegen vertritt ein anderer Teil der Literatur --ebenso wie das FG-- 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.; in der Tendenz auch Niedling/Gsödl, Die Unternehmensbesteuerung --Ubg-- 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.
15. b) Der Senat schließt sich der zuerst genannten Auffassung an.
16. 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 "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.
17. 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.

18. 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.
19. Dass der Gesetzgeber in der Begründung des Gesetzentwurfs zum Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts 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 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).
20. cc) Der Gesetzeszweck rechtfertigt keine einschränkende Auslegung des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG bei Währungskursverlusten.
21. (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.
22. (2) Das FG nimmt --wie die Klägerin-- in Bezug auf Währungskursverluste eine planwidrige Umsetzung dieses gesetzgeberischen Willens an. Unter anderem stellt es darauf ab, dass Währungskursgewinne im Zusammenhang mit einem Darlehen weiterhin steuerpflichtig blieben. Eine Einbeziehung von Währungskursverlusten in § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG widerspreche somit der Regelungssymmetrie des § 8b Abs. 2 und Abs. 3 Satz 3 KStG (Nichtberücksichtigung von Gewinnen und Verlusten) und führe zu sinnwidrigen Ergebnissen. Deshalb sei eine teleologische Reduktion der von § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG erfassten Gewinnminderungen auf beteiligungsspezifische Risiken erforderlich, um die als Rechtsfolge vorgesehene Gleichstellung mit anteilsbezogenen Gewinnminderungen nach § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG rechtfertigen zu können. Marktbestimmte Risiken wie Währungskursschwankungen, die nicht planbar und damit auch nicht gestaltbar seien, dürften dagegen nicht erfasst werden (vgl. auch Kempf/Loose, IStR 2021, 49, 53; Niedling/Gsödl, Ubg 2017, 429, 432). Dies werde im Übrigen durch § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG bestätigt, da sich Währungskursverluste nur durch separate Kurssicherungsgeschäfte verhindern ließen, der Nachweis einer fremdüblichen Absicherung des Währungskursrisikos aber nicht in den Fremdvergleich nach § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG einbezogen worden sei (vgl. auch Kempf/Loose, IStR 2021, 49, 53).
23. (3) Dem ist im Ergebnis nicht zu folgen.
24. 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).
25. Die damit verbundenen Währungskursrisiken, die aus Sicht des Darlehensgebers --im Vergleich zur Gewährung eines Euro-Darlehens-- 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 von dem das Darlehen gewährenden 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 eines Fremdwährungs- statt eines Euro-Darlehens 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 Währungskursverlustes durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sondern ob dies für die Übernahme des Währungskursrisikos durch Gewährung eines Fremdwährungs- anstelle eines Euro-Darlehens 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.
26. Auch die grundsätzliche Symmetrie bei der Nichtberücksichtigung von Gewinnen und Verlusten in § 8b Abs. 2 und

Abs. 3 Satz 3 KStG steht dem nicht entgegen. Denn durch § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG soll gerade gewährleistet werden, dass diese Symmetrie erhalten bleibt und nicht durch Darlehen 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 durch das Gesellschaftsverhältnis hinaus auf weitere ("beteiligungsspezifische") Kriterien abgestellt werden muss (so aber Winhard, IStR 2011, 237, 240 f.).

27. Die konkrete Ausformung der "Escape"-Regelung in § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG steht ebenfalls nicht entgegen. Insbesondere ist der Einwand, der Fremdvergleich könne wegen des zweiten Halbsatzes ("eigenen Sicherungsmittel der Gesellschaft") im Fall von Fremdwährungsdarlehen niemals gelingen, da eine Absicherung des Währungskursrisikos nur durch separate Kurssicherungsgeschäfte des Darlehensgebers (Gesellschafters) möglich sei, nicht erfolgreich. Vielmehr kann der von § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG geforderte Fremdvergleich auch unabhängig vom Abschluss eines Währungskurssicherungsgeschäfts erbracht werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das zusätzliche Währungskursrisiko --ähnlich wie die Erhöhung des Bonitätsrisikos bei unbesicherten Darlehen (vgl. hierzu Senatsurteile vom 18.05.2021 - I R 4/17, BFHE 273, 440, BStBl II 2023, 678; vom 18.05.2021 - I R 62/17, BFHE 273, 457, BStBl II 2023, 723; vom 09.06.2021 - I R 32/17, BFHE 273, 475, BStBl II 2023, 686; vom 13.01.2022 - I R 15/21, BFHE 276, 1, BStBl II 2023, 675)-- Einfluss auf die Höhe der fremdüblichen Zinsen hat (Ditz/Engelen in Wassermeyer/Baumhoff/Ditz, Verrechnungspreise international verbundener Unternehmen, 2. Aufl., Rz 6.465 f.; Gutmann, IStR 2017, 699). Die Höhe der fremdüblichen Zinsen richtet sich in einem solchen Fall nicht nach den Kapitalmarktverhältnissen für Euro-Darlehen, sondern nach den Kapitalmarktverhältnissen für Darlehen in der jeweils genutzten Fremdwährung (vgl. auch Senatsurteil vom 19.01.1994 - I R 93/93, BFHE 174, 61, BStBl II 1994, 725). Die durch die Gewährung eines Fremdwährungsdarlehens zusätzlich übernommenen Währungskursrisiken können somit gegebenenfalls durch eine Anpassung des Zinssatzes kompensiert werden, ohne dass es auf den Abschluss eines Währungskurssicherungsgeschäfts ankommt. 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 dadurch 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 insgesamt unter fremdüblichen Bedingungen gewährt beziehungsweise stehengelassen worden sein muss, damit der "Escape" gewährt wird.
28. 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).
29. 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 bei Fremdwährungsdarlehen 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.
30. Soweit die Klägerin geltend macht, dass Währungskursverluste allein vom Devisenmarkt abhängig seien und damit nicht durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sein könnten, so dass deren Einbeziehung in § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG zu einer sachfremden Typisierung führe, die bei Fremdwährungsdarlehen zudem den Regelfall darstelle, ist dem nicht zu folgen. Zum einen wurde bereits dargelegt, dass auch die Übernahme von Währungskursrisiken vom Zweck des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG erfasst ist. Insofern ist die Einbeziehung von Währungskursverlusten in das Abzugsverbot nicht von vorneherein sachfremd und grundsätzlich von dem (weiten) Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers gedeckt. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Typisierung des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG nicht nur auf den besonderen Fall der Fremdwährungsdarlehen gerichtet ist, sondern für sämtliche entsprechend qualifizierte Gesellschafterdarlehen gilt, und dass es selbst bei Fremdwährungsdarlehen nicht zwingend zu einer asymmetrischen steuerlichen Behandlung von Währungskursgewinnen und -verlusten kommt. Soweit ein Währungskursverfall zu einer Teilwertabschreibung der Darlehensforderung führt (zum Teilwert bei Währungskursschwankungen vgl. auch BFH-Urteile 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 --wie bereits ausgeführt-- 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.
31. Unter Berücksichtigung dieser Einschränkungen ist der Senat im Ergebnis 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 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 die A-AG keine korrespondierenden Währungskursgewinne erzielt hat. Für etwaige Gewinne aus Währungskursicherungsgeschäften (vgl. hierzu Badde, BB 2019, 347, 348 ff.) gilt dies schon deshalb, weil die A-AG solche Geschäfte nicht abgeschlossen hat.

32. 3. Das FG ist rechtsfehlerhaft von anderen Rechtsgrundsätzen ausgegangen. Die Vorentscheidung ist daher aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückzuverweisen. Die Sache ist nicht spruchreif, da das FG --auf Grundlage seiner Rechtsauffassung konsequent-- keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob der Klägerin der nach § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG mögliche Nachweis eines Fremdvergleichs gelungen und dadurch das Abzugsverbot des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG ausgeschlossen ist. Dem FG wird aufgegeben, diese Feststellungen im zweiten Rechtsgang nachzuholen.
33. Im Rahmen der Prüfung des § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG wird zu berücksichtigen sein, dass das bei Fremdwährungsdarlehen zusätzlich übernommene Währungskursrisiko --wie bereits ausgeführt-- Einfluss auf die Höhe der fremdüblichen Zinsen hat und es zur konkreten Bestimmung der fremdüblichen Zinsen nicht auf die Kapitalmarktverhältnisse für Euro-Darlehen, sondern auf die Kapitalmarktverhältnisse für Darlehen in der jeweils genutzten Fremdwährung ankommt. In diesem Zusammenhang kann für den Fremdvergleich nach § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG aus Gründen der Praktikabilität grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass sich die Währungskursrisiken im Sinne einer Zinsparität in dem jeweiligen Zinsniveau widerspiegeln (vgl. auch Kempf/Loose, IStR 2021, 49, 52 - unter Verweis auf den Monatsbericht der Deutschen Bundesbank vom Juli 2005, S. 29 ff.; Zinowsky/Jochimsen, DStR 2016, 2839, 2843 f.). Sofern ein Verfall der genutzten Fremdwährung droht, hat dies somit grundsätzlich eine Erhöhung der fremdüblichen Zinsen zur Folge.
34. Aus diesen Maßgaben folgt, dass allein der Nachweis des Abschlusses eines Währungskursicherungsgeschäfts nicht für den Gegenbeweis nach § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG ausreicht (a.A. Badde, BB 2019, 347, 350 - "erneute Beweislastumkehr"). Vielmehr muss das Darlehen insgesamt unter fremdüblichen Bedingungen gewährt beziehungsweise stehengelassen worden sein. Darüber hinaus kann allein aus dem Fehlen von Sicherheiten, sei es für Währungskursrisiken oder für Bonitätsrisiken, nicht auf die Fremdunüblichkeit eines Darlehens geschlossen werden, solange die Höhe der Zinsen diese Risiken einpreist und damit kompensiert (a.A. die Begründung des Gesetzentwurfs, BTDrucks 16/6290, S. 74). Auch der Einwand, der Entlastungsbeweis könne regelmäßig nicht erbracht werden (vgl. Winhard, IStR 2011, 237, 238), hat keinen Erfolg. Dass nachträglich Beweisschwierigkeiten bestehen können, mag zwar zutreffen. Dies ist aber unerheblich, da vom Steuerpflichtigen zumindest ab Einführung des § 8b Abs. 3 Satz 4 bis 7 KStG eine Beweisvorsorge für den Nachweis fremdüblicher Bedingungen gefordert werden kann.
35. 4. Angesichts der tatsächlichen Ungewissheit, ob die Anwendung des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG auf die streitigen Währungskursverluste bereits durch einen "Escape" nach § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG ausgeschlossen ist, sieht der Senat von einer Prüfung ab, ob --und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen-- das Unionsrecht dazu führt, Währungskursverluste aus dem Anwendungsbereich des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG auszunehmen (vgl. auch Senatsurteile vom 09.06.2021 - I R 32/17, BFHE 273, 475, BStBl II 2023, 686; vom 13.01.2022 - I R 15/21, BFHE 276, 1, BStBl II 2023, 675; vom 10.04.2024 - I R 67/23, juris, jeweils zu § 1 Abs. 1 des Außensteuergesetzes). Entsprechend wird nach derzeitigem Verfahrensstand von einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) nach Art. 267 Abs. 3 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-- (ABIEU 2008, Nr. C 115, 47) abgesehen (vgl. hierzu Bundesverfassungsgericht, Beschlüsse vom 04.03.2021 - 2 BvR 1161/19, Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung --HFR-- 2021, 504; vom 08.11.2023 - 2 BvR 1079/20, HFR 2024, 357).
36. a) Für den Fall, dass der Nachweis eines Fremdvergleichs nach § 8b Abs. 3 Satz 6 KStG im zweiten Rechtsgang nicht gelingen sollte, wird das FG zu prüfen haben, ob und gegebenenfalls welche wirtschaftlichen Gründe bestanden, dass die A-AG ihre (mittelbaren) Tochtergesellschaften nicht durch Euro-Darlehen finanziert hat, sondern durch (nicht fremdübliche) Fremdwährungsdarlehen, die mit der Übernahme eines zusätzlichen Währungskursrisikos verbunden waren. Denn für die gegebenenfalls vom EuGH vorzunehmende Prüfung, ob bei Währungskursverlusten die vom nationalen Gesetzgeber in § 8b Abs. 3 Satz 6 und 8 KStG vorgesehenen Einschränkungen des § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG ausreichen oder insoweit aus unionsrechtlichen Gründen weitere Einschränkungen erforderlich sind, könnte es auf entsprechende wirtschaftliche Gründe ankommen.
37. b) Im Rahmen dieser unionsrechtlichen Prüfung wäre zunächst zu klären, ob die Einbeziehung der Währungskursverluste in § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) darstellt. Zwar hat der EuGH im Urteil X vom 10.06.2015 - C-686/13, EU:C:2015:375 (ABIEU 2015, Nr. C 270, 5) hierfür maßgeblich auf eine Symmetrie der Besteuerung von Währungskursverlusten und -gewinnen abgestellt (zur Bedeutung der Symmetrie auch Senatsurteil vom 17.05.2023 - I R 29/20, BFH/NV 2023, 1195, m.w.N.). In Rz 34 dieses Urteils wird als eigenständige Hilfsbegründung aber auch darauf abgestellt, dass die Mitgliedstaaten durch die

Niederlassungsfreiheit nicht verpflichtet seien, ihr eigenes Steuersystem anzupassen, um mögliche Wechselkursrisiken zu berücksichtigen, denen sich die Gesellschaften infolge der Fortdauer einer Mehrzahl von Währungen und der Gestattung des Ausweises des Gesellschaftskapitals in einer Fremdwährung ausgesetzt sehen (vgl. hierzu auch Schulz-Trieglaff, IStR 2023, 842, 843 f.).

38. Für den Fall einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit käme als Rechtfertigungsgrund die Bekämpfung einer Steuerumgehung in Betracht, sofern dieser Grund auch für eine Regelung wie in § 8b Abs. 3 Satz 4 und 6 KStG schon bei nicht fremdüblichen Gestaltungen greift (vgl. z.B. EuGH-Urteile *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* vom 13.03.2007 - C-524/04, EU:C:2007:161, HFR 2007, 611; *Itelcar* vom 03.10.2013 - C-282/12, EU:C:2013:629, HFR 2013, 1169; SGI vom 21.01.2010 - C-311/08, EU:C:2010:26, BFH/NV 2010, 571), darüber hinaus auch die angemessene Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse, sofern in den Vordergrund gestellt wird, dass durch die Wahl eines Fremdwährungs- anstelle eines Euro-Darlehens das Währungskursrisiko vom Ansässigkeitsstaat der ausländischen Tochtergesellschaft auf den Ansässigkeitsstaat der das Darlehen gewährenden Gesellschafter verschoben wird.
39. Sollte wenigstens einer der beiden Rechtfertigungsgründe erfüllt sein, könnte es für die unionsrechtliche Verhältnismäßigkeit auf etwaige wirtschaftliche Gründe ankommen, anstelle eines Euro-Darlehens ein (nicht fremdübliches) Fremdwährungsdarlehen zu gewähren (vgl. EuGH-Urteile SGI vom 21.01.2010 - C-311/08, EU:C:2010:26, BFH/NV 2010, 571; *Hornbach-Baumarkt* vom 31.05.2018 - C-382/16, EU:C:2018:366, HFR 2018, 580; *Impresa Pizzarotti* vom 08.10.2020 - C-558/19, EU:C:2020:806, IStR 2021, 103; zur Diskussion über die wirtschaftlichen Gründe auch FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 16.08.2023 - 1 K 1472/13, EFG 2024, 278, anhängige Revision I R 68/23; Gebel, IStR 2024, 177; Glahe, Internationale Steuer-Rundschau 2024, 91; Uterhark/Nagler, IStR 2024, 243).
40. 5. Die Übertragung der Kostenentscheidung beruht auf § 143 Abs. 2 FGO.

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)