

## § 23

## Private Veräußerungsgeschäfte

idF des EStG v. 19.10.2002 (BGBl. I 2002, 4210; BStBl. I 2002, 1209),  
 zuletzt geändert durch JStG 2009 v. 19.12.2008  
 (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74)

(1) <sup>1</sup>Private Veräußerungsgeschäfte (§ 22 Nr. 2) sind

1. Veräußerungsgeschäfte bei Grundstücken und Rechten, die den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegen (z. B. Erbbaurecht, Mineralgewinnungsrecht), bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zehn Jahre beträgt. <sup>2</sup>Gebäude und Außenanlagen sind einzubeziehen, soweit sie innerhalb dieses Zeitraums errichtet, ausgebaut oder erweitert werden; dies gilt entsprechend für Gebäudeteile, die selbständige unbewegliche Wirtschaftsgüter sind, sowie für Eigentumswohnungen und im Teileigentum stehende Räume. <sup>3</sup>Ausgenommen sind Wirtschaftsgüter, die im Zeitraum zwischen Anschaffung oder Fertigstellung und Veräußerung ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken oder im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Jahren zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurden;
2. Veräußerungsgeschäfte bei anderen Wirtschaftsgütern, insbesondere bei Wertpapieren, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als ein Jahr beträgt. <sup>2</sup>Bei vertretbaren Wertpapieren, die einem Verwahrer zur Sammelverwahrung im Sinne des § 5 des Depotgesetzes anvertraut worden sind, ist zu unterstellen, dass die zuerst angeschafften Wertpapiere zuerst veräußert wurden. <sup>3</sup>Entsprechendes gilt bei Anschaffung und Veräußerung mehrerer gleichartiger Fremdwährungsbeträge;
3. Veräußerungsgeschäfte, bei denen die Veräußerung der Wirtschaftsgüter früher erfolgt als der Erwerb;
4. Termingeschäfte, durch die der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt, sofern der Zeitraum zwischen Erwerb und Beendigung des Rechts auf einen Differenzausgleich, Geldbetrag oder Vorteil nicht mehr als ein Jahr beträgt. <sup>2</sup>Zertifikate, die Aktien vertreten, und Optionsscheine gelten als Termingeschäfte im Sinne des Satzes 1.

<sup>2</sup>Als Anschaffung gilt auch die Überführung eines Wirtschaftsguts in das Privatvermögen des Steuerpflichtigen durch Entnahme oder Betriebsaufgabe. <sup>3</sup>Bei unentgeltlichem Erwerb ist dem Einzelrechtsnachfolger für Zwecke dieser Vorschrift die Anschaffung, die Überführung des Wirtschaftsguts in das Privatvermögen oder der Erwerb eines Rechts aus Termingeschäften durch den Rechtsvorgänger zuzurechnen. <sup>4</sup>Die Anschaffung oder Veräußerung einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einer Personengesellschaft gilt als Anschaffung oder Veräußerung der anteiligen Wirtschaftsgüter. <sup>5</sup>Als Veräußerung im Sinne des Satzes 1 Nr. 1 gilt auch

1. die Einlage eines Wirtschaftsguts in das Betriebsvermögen, wenn die Veräußerung aus dem Betriebsvermögen innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren seit Anschaffung des Wirtschaftsguts erfolgt, und
  2. die verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft.
- (2) <sup>1</sup>Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften der in Absatz 1 bezeichneten Art sind den Einkünften aus anderen Einkunftsarten zuzurechnen, soweit sie zu diesen gehören. <sup>2</sup>§ 17 ist nicht anzuwenden, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 Nr. 2 vorliegen.
- (3) <sup>1</sup>Gewinn oder Verlust aus Veräußerungsgeschäften nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 ist der Unterschied zwischen dem Veräußerungspreis einerseits und den Anschaffungs- oder Herstellungskosten und den Werbungskosten andererseits. <sup>2</sup>In den Fällen des Absatzes 1 Satz 5 Nr. 1 tritt an die Stelle des Veräußerungspreises der für den Zeitpunkt der Einlage nach § 6 Abs. 1 Nr. 5 angesetzte Wert, in den Fällen des Absatzes 1 Satz 5 Nr. 2 der gemeine Wert. <sup>3</sup>In den Fällen des Absatzes 1 Satz 2 tritt an die Stelle der Anschaffungs- oder Herstellungskosten der nach den § 6 Abs. 1 Nr. 4, § 16 Abs. 3 angesetzte Wert. <sup>4</sup>Die Anschaffungs- oder Herstellungskosten mindern sich um Absetzungen für Abnutzung, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen, soweit sie bei der Ermittlung der Einkünfte im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 bis 7 abgezogen worden sind. <sup>5</sup>Gewinn oder Verlust bei einem Termingeschäft nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 4 ist der Differenzausgleich oder der durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmte Geldbetrag oder Vorteil abzüglich der Werbungskosten. <sup>6</sup>Gewinne bleiben steuerfrei, wenn der aus den privaten Veräußerungsgeschäften erzielte Gesamtgewinn im Kalenderjahr weniger als 512 Euro betragen hat. <sup>7</sup>In den Fällen des Absatzes 1 Satz 5 Nr. 1 sind Gewinne oder Verluste für das Kalenderjahr, in dem der Preis für die Veräußerung aus dem Betriebsvermögen zugeflossen ist, in den Fällen des Absatzes 1 Satz 5 Nr. 2 für das Kalenderjahr der verdeckten Einlage anzusetzen. <sup>8</sup>Verluste dürfen nur bis zur Höhe des Gewinns, den der Steuerpflichtige im gleichen Kalenderjahr aus privaten Veräußerungsgeschäften erzielt hat, ausgeglichen werden; sie dürfen nicht nach § 10d abgezogen werden. <sup>9</sup>Die Verluste mindern jedoch nach Maßgabe des § 10d die Einkünfte, die der Steuerpflichtige in dem unmittelbar vorangegangenen Veranlagungszeitraum oder in den folgenden Veranlagungszeiträumen aus privaten Veräußerungsgeschäften nach Absatz 1 erzielt hat oder erzielt; § 10d Abs. 4 gilt entsprechend.

Autor: Prof. Dr. Andreas **Musil**, Potsdam

Mitherausgeber: Michael **Wendt**, Richter am BFH München

## Inhaltsübersicht

## Allgemeine Erläuterungen zu § 23

	Anm.		Anm.
<b>A. Grundinformationen zu § 23</b> .....	1	V. Verlustverrechnungsbeschränkung .....	13
<b>B. Rechtsentwicklung des § 23</b> .....	4	<b>E. Geltungsbereich des § 23</b>	
<b>C. Bedeutung des § 23</b> .....	8	I. Sachlicher Geltungsbereich ..	14
<b>D. Verfassungsmäßigkeit des § 23</b>		II. Persönlicher Geltungsbereich	15
I. Überblick .....	9	III. Anwendung bei Auslandsbeziehung .....	16
II. Befristete Erfassung privater Veräußerungserlöse .....	10	<b>F. Verhältnis des § 23 zu anderen Vorschriften</b> .....	20
III. Rückwirkungsproblematik ..	11	<b>G. Zurechnung der Einkünfte</b> .....	25
IV. Strukturelles Erhebungsdefizit .....	12	<b>H. Verfahrensfragen zu § 23</b> ..	30

Erläuterungen zu Abs. 1 Satz 1 erster Teil:  
„Private Veräußerungsgeschäfte ... sind ...“

	Anm.		Anm.
<b>A. Begriff des privaten Veräußerungsgeschäfts</b> .....	40	<b>B. Spekulationsabsicht</b> .....	41

Erläuterungen zu Abs. 1 Satz 1 Nr. 1:  
Voraussetzungen eines privaten Veräußerungsgeschäfts bei Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten

	Anm.		Anm.
<b>A. Überblick</b> .....	45	d) Dingliche Erfüllung des Vertrags .....	54
<b>B. Private Veräußerungsgeschäfte gem. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1</b>		e) Rückgängigmachung und Änderungen des Vertrags .....	57
<b>I. Veräußerungsgeschäfte</b>		3. Eigentumsübertragung vor Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags .....	61
1. Grundsatz .....	48	4. Wirtschaftlich einem Kauf- oder Tauschvertrag gleichzustellende Vereinbarungen oder Vorgänge	
2. Schuldrechtliche Verträge		a) Grundsatz .....	64
a) Maßgeblichkeit des schuldrechtlichen Vertrags .....	51	b) Verkaufsangebot des späteren Verkäufers ..	66
b) Notwendiger Inhalt des Vertrags .....	52		
c) Rechtswirksamkeit des Vertrags .....	53		

	Anm.
c) Kaufangebot des späteren Käufers . . . . .	67
d) Vorkaufsrecht . . . . .	68
5. Enteignung, Veräußerung unter Zwang, Zwangsversteigerung	
a) Enteignung . . . . .	73
b) Veräußerung unter Zwang . . . . .	75
c) Zwangsversteigerung . . . . .	76
6. Aufhebung einer Mitigentümergeinschaft und Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft . . . . .	79
7. Unentgeltliche oder teilentgeltliche Übertragung sowie Übertragung gegen laufende lebenslängliche Bezüge . . . . .	80
<b>II. Grundstücke . . . . .</b>	<b>83</b>
<b>III. Rechte, die den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegen</b>	
1. Grundsatz . . . . .	84
2. ABC der grundstücksgleichen Rechte . . . . .	85
<b>IV. Zeitraum „zwischen Anschaffung und Veräußerung“</b>	
1. Maßgebender Zeitraum . . . . .	90
2. Anschaffung	
a) Grundsatz . . . . .	91
b) Schuldrechtliche Verträge . . . . .	92
c) Wirtschaftlich den Kauf- oder Tauschverträgen gleichzustellende Vereinbarungen oder Vorgänge . . . . .	93
d) Ersatzerwerb im Zusammenhang mit einer Enteignung oder einer Veräußerung unter Zwang . . . . .	94
e) Aufhebung von Mitigentum . . . . .	95
f) Erwerb durch Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft . . . . .	96

	Anm.
g) Erwerb kraft Gesetzes . . . . .	97
h) Rückübertragung enteigneter Wirtschaftsgüter . . . . .	98
3. Veräußerung . . . . .	105
4. Nämlichkeit des angeschafften und veräußerten Wirtschaftsguts	
a) Grundsatz . . . . .	110
b) Einzelfälle . . . . .	111
5. Zehnjahresfrist . . . . .	115

**C. Errichtung, Ausbau und Erweiterung von Gebäuden und Außenanlagen und ihre Einbeziehung in die Besteuerung (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2)**

I. Rechtsentwicklung und Grundsatz . . . . .	120
II. Einbeziehung von Gebäuden und Außenanlagen . . . . .	121
III. Errichtung, Ausbau, Erweiterung . . . . .	122
IV. Entsprechende Geltung für Gebäudeteile, Eigentumswohnungen und im Teileigentum stehende Räume (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 Halbs. 2) . . . . .	123

**D. Keine Besteuerung bei Veräußerung selbstgenutzter Wohnimmobilien (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3)**

I. Grundsatz . . . . .	128
II. Zu Wohnzwecken genutzte Wirtschaftsgüter . . . . .	129
III. Nutzung zu „eigenen“ Wohnzwecken . . . . .	130
IV. Nutzung „im Zeitraum zwischen Anschaffung oder Fertigstellung und Veräußerung ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken oder im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Jahren zu eigenen Wohnzwecken“ . . . . .	131

**Erläuterungen zu Abs. 1 Satz 1 Nr. 2:  
Private Veräußerungsgeschäfte bei anderen  
Wirtschaftsgütern**

	Anm.		Anm.
<b>A. Veräußerungsgeschäfte gem. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2</b>		<b>C. Nämlichkeit bei Anschaffung mehrerer Wirtschaftsgüter gleicher Art</b>	
I. Grundsatz . . . . .	140	I. Grundsatz . . . . .	153
II. Einziehung von Forderungen und Rückgewähr des Kapitals einer Kapitalgesellschaft . . .	141	II. Wertpapiere . . . . .	154
III. Erwerb von Gesellschaftsanteilen bei Gründung einer Kapitalgesellschaft . . . . .	144	<b>D. Einjahresfrist . . . . .</b>	157
IV. Erwerb von Bezugsrechten und Gesellschaftsanteilen bei Kapitalerhöhung . . . . .	145	<b>E. Fifo-Verfahren (Sätze 2 und 3)</b>	
V. Einzelfälle . . . . .	146	I. Wertpapiere in Sammelverwahrung (Satz 2) . . . . .	158
<b>B. „Andere Wirtschaftsgüter, insbesondere Wertpapiere“ . . . . .</b>	150	II. Fremdwährungsbeträge (Satz 3) . . . . .	160
		<b>F. Halbeinkünfteverfahren . .</b>	161

**Erläuterungen zu Abs. 1 Satz 1 Nr. 3:  
Veräußerung früher als Erwerb**

	Anm.		Anm.
<b>A. Grundsatz . . . . .</b>	165	<b>B. Veräußerung „früher“ als Erwerb . . . . .</b>	166

**Erläuterungen zu Abs. 1 Satz 1 Nr. 4:  
Termingeschäfte, Zertifikate und Optionsscheine**

	Anm.		Anm.
<b>A. Rechtsentwicklung und Bedeutung . . . . .</b>	180	IV. Zeitpunkt der Verwirklichung eines Termingeschäfts . . . . .	189
<b>B. Termingeschäfte (Nr. 4 Satz 1)</b>		V. Bedeutung der Jahresfrist . . .	190
I. Begriff des „Termin- geschäfts“ . . . . .	182	<b>C. Zertifikate, die Aktien ver- treten, und Optionsscheine als Termingeschäfte (Nr. 4 Satz 2)</b>	
II. Abgrenzung des Termin- geschäfts vom Veräußerungs- geschäft nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 . . . . .	187	I. Zertifikate, die Aktien ver- treten . . . . .	200
III. Insbesondere: Options- geschäfte . . . . .	188	II. Optionsscheine . . . . .	201
		<b>D. ABC der Termingeschäfte</b>	210

**Erläuterungen zu Abs. 1 Sätze 2–5:  
Der Anschaffung oder Veräußerung  
gleichzustellende Tatbestände**

	Anm.
<b>A. Überführung eines Wirtschaftsguts in das Privatvermögen gilt als Anschaffung (Abs. 1 Satz 2)</b>	
I. Grundsatz und frühere Rechtslage . . . . .	221
II. Entnahme . . . . .	222
III. Betriebsaufgabe . . . . .	223
<b>B. Zurechnung der Anschaffung durch den Vorgänger beim Einzelrechtsnachfolger im Fall des unentgeltlichen Erwerbs (Abs. 1 Satz 3)</b>	
I. Grundsatz . . . . .	230
II. Unentgeltlicher Erwerb . . . . .	231
III. „dem Einzelrechtsnachfolger für Zwecke dieser Vorschrift“	232
IV. Zurechnung der Anschaffung und gleichzustellender Tatbestände durch den Rechtsvorgänger beim Einzelrechtsnachfolger . . . . .	233
V. Sonderfälle: Gesamtrechtsnachfolge, Ausschlagung einer Erbschaft, teilentgeltlicher Erwerb, Erwerb gegen laufende lebenslängliche Bezüge	236

	Anm.
<b>C. Anschaffung oder Veräußerung einer Beteiligung an einer Personengesellschaft (Abs. 1 Satz 4)</b>	
I. Grundsatz . . . . .	240
II. Voraussetzungen und Rechtsfolge . . . . .	241
<b>D. Einlage von Wirtschaftsgütern als Veräußerung (Abs. 1 Satz 5)</b>	
<b>I. „Als Veräußerung iSd. Abs. 1 Nr. 1 gilt ...“ (Abs. 1 Satz 5 Halbs. 1)</b> . . . . .	244
<b>II. Einlage in das Betriebsvermögen (Abs. 1 Satz 5 Nr. 1)</b>	
1. Bedeutung der Regelung . . . . .	245
2. Einlage in das Betriebsvermögen . . . . .	246
3. Veräußerung aus dem Betriebsvermögen innerhalb eines Zeitraums von 10 Jahren seit Anschaffung . . . . .	247
<b>III. Verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft (Abs. 1 Satz 5 Nr. 2)</b> . . . . .	248

**Erläuterungen zu Abs. 2:  
Subsidiarität des § 23**

	Anm.
<b>A. Vorrang der übrigen Einkunftsarten vor § 23 (Abs. 2 Satz 1)</b> . . . . .	255

	Anm.
<b>B. Vorrang des § 23 vor § 17 (Abs. 2 Satz 2)</b> . . . . .	256

**Erläuterungen zu Abs. 3:  
Ermittlung der Einkünfte aus privaten  
Veräußerungsgeschäften**

	Anm.		Anm.
<b>A. Überblick</b> . . . . .	270		
<b>B. Gewinn oder Verlust aus privaten Veräußerungsgeschäften (Abs. 3 Satz 1)</b>			
<b>I. Grundsatz</b> . . . . .	271		
<b>II. Veräußerungspreis</b> . . . . .	272		
<b>III. Anschaffungs- und Herstellungskosten</b>			
1. Anschaffungskosten			
a) Grundsatz . . . . .	275		
b) Einzelfälle . . . . .	276		
c) Zahlungsweise . . . . .	277		
2. Herstellungskosten . . . . .	283		
<b>IV. Werbungskosten</b>			
1. Grundsatz . . . . .	288		
2. Einzelfälle . . . . .	289		
<b>V. Zu- und Abfluss</b>			
1. Zufluss von Einnahmen . . . . .	293		
2. Abfluss von Werbungskosten . . . . .	294		
<b>VI. Abzug von Anschaffungskosten und Herstellungskosten</b> . . . . .	295		
<b>C. An die Stelle des Veräußerungspreises tretende Werte in den Fällen des Abs. 1 Satz 5 (Abs. 3 Satz 2)</b> . . . . .	300		
		<b>D. An die Stelle der Anschaffungs- oder Herstellungskosten tretende Werte in den Fällen des Abs. 1 Satz 2 (Abs. 3 Satz 3)</b> . . . . .	303
		<b>E. Minderung der Anschaffungs- oder Herstellungskosten durch Absetzung für Abnutzung, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen (Abs. 3 Satz 4)</b> . . . . .	306
		<b>F. Gewinn und Verlust bei einem Termingeschäft (Abs. 3 Satz 5)</b> . . . . .	312
		<b>G. Freigrenze (Abs. 3 Satz 6)</b> . . . . .	316
		<b>H. Zufluss von Gewinnen und Verlusten in den Fällen des Abs. 1 Satz 5 (Abs. 3 Satz 7)</b> . . . . .	317
		<b>J. Berücksichtigung von Verlusten (Abs. 3 Sätze 8 und 9)</b>	
		I. Verlustausgleich und Verbot des Verlustabzugs (Abs. 3 Satz 8) . . . . .	320
		II. „Die Verluste mindern ... die Einkünfte ...“ (Abs. 3 Satz 9) . . . . .	321
		III. „§ 10d Abs. 4 gilt entsprechend“ . . . . .	322
		<b>ABC zu den privaten Veräußerungsgeschäften</b> . . . . .	350

## Allgemeine Erläuterungen zu § 23

**Schrifttum:** TULLIUS, Spekulationsbesteuerung bei Grundstücken, BB 1960, 169; PFAFF, Spekulationsgeschäfte beim Grundstücksverkauf, Inf. 1962, 226; HORSTMANN, Abgrenzung der Spekulationsgeschäfte von anderen Einkunftsarten, StWa. 1965, 151; FELIX, Besteuerung des Gewinns infolge Austritts aus der GmbH nach § 23 EStG, GmbHR 1966, 191; MITTELBACH, Spekulationsgewinne bei Grundstücksverkäufen, DStZ 1967, 253; LOHMEYER, Die Besteuerung von Spekulationsgeschäften, StuW 1968, 513; VANGEROW, Spekulationsgewinne beim Erben, StuW 1970, 239; VANGEROW, Zur Tragweite des Begriffs der Spekulationsgeschäfte, StuW 1970, 329; NISSEN, Spekulationsgewinne, JbFStR 1971/72, 143; MITTELBACH, Spekulationsgeschäfte mit Grundstücken aus einem Umlegungsverfahren, Inf. 1974, 531; MITTELBACH, Besteuerung von Spekulationsgeschäften, FR 1975, 110; FELLA, Die Besteuerung von Spekulationsgeschäften iSd. § 23 EStG, StWa. 1982, 115; WICHMANN, Die Frage nach der zutreffenden Bestimmung des Gegenstands eines Spekulationsgeschäfts, BB 1984, 2253; HOFFMANN, Einkünfte aus Spekulationsgeschäften, StuSt. 1987, 366; KALIGIN, (Nicht-)Besteuerung des Profispekulantentums, DStZ 1987, 183; SCHOOR, Die Einkommensbesteuerung von Spekulationsgeschäften, Versicherungswirtschaft 1988, 498; NEEB, Die Besteuerung von Spekulationsgewinnen, StuW 1991, 52; STEPHAN, § 23 Abs. 1 Satz 2 EStG idF des StMBG: Erweiterung, Betätigung oder Einschränkung der Besteuerung von Spekulationsgewinnen bei Beteiligung von Personengesellschaften?, DB 1994, 1588; GOTTWALD, Verschärfte Besteuerung von „Spekulationsgewinnen“ aus Grundstücksgeschäften, BB 1997, 2085; SCHOOR, Vermeidung von Spekulationsgewinnen, Inf. 1998, 174; HERZIG/LUTTERBACH, Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte nach dem StEntG 1999/2000/2002, DStR 1999, 521; KUPFER, Grundstücksverkäufe als private Veräußerungsgeschäfte, KÖSDI 2000, 12271; PAUS, Änderungen, neue Probleme und neue Gestaltungsmöglichkeiten bei privaten „Spekulationsgeschäften“ mit Grundstücken, Inf. 1999, 513; PAUS, Die gesetzliche Neuregelung der Spekulationsgeschäfte, StWa. 1999, 185; WENDT, StEntG 1999/2000/2002, Änderungen bei betrieblichen und privaten Veräußerungsgeschäften, FR 1999, 333; HARTMANN/MEYER, Korrektur des § 23 durch das StBereinG 1999, StBp. 2000, 214; KANZLER, Problematik der stl. Behandlung von Veräußerungsgewinnen, FR 2000, 1245; KORN, Private Grundstücksveräußerungen nach § 23 – Steuerverschärfungen und Gestaltungsmöglichkeiten, KÖSDI 2000, 12479; RISTHAUS, Zweifelsfragen zur Neuregelung der Besteuerung privater Grundstücksveräußerungen nach § 23 EStG, DB Beil. Nr. 13/2000; RISTHAUS, Erneute Änderung des § 23 im Rahmen des StBereinG 1999, FR 2000, 128; WENGER, Die Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen: Systemwidrigkeit und systematische Notwendigkeiten, StuW 2000, 177; HARTMANN/MEYER, Bedeutung des Vorbehaltsnießbrauchs für private Veräußerungsgeschäfte im Sinne des § 23 EStG, FR 2001, 757; PRINZ/OMMERBORN, Aktuelle Rechtsfragen und Gestaltungsmöglichkeiten zu §§ 17, 23 EStG bei privater Vermögensverwaltung, FR 2001, 977; SEITZ, Die stl. Behandlung privater Grundstücksveräußerungsgeschäfte, DStR 2001, 277. WALTER/STÜMPER, Überschusserzielungsabsicht bei privaten Veräußerungsgeschäften, DB 2001, 2271; INTEMANN/NACKE, Besteuerung von Veräußerungsgewinnen natürlicher Personen nach dem Halbeinkünfteverfahren, NWB F. 3, 12067; TIEDTKE/WÄLZHOLZ, Private Veräußerungsgeschäfte (Spekulationsgeschäfte) nach § 23 EStG im Rahmen von Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen, DStZ 2002, 9; BIRK, Das Gebot des gleichmäßigen Steuervollzugs und dessen Sanktionierung, StuW 2004, 277; HEY, Vollzugsdefizite bei Kapitaleinkommen: Rechtsschutzkonsequenzen und Reformoptionen, DB 2004, 724; HEUERMAN, Halbeinkünfteverfahren und private Veräußerungsgeschäfte, DB 2005, 2708; MÜLLER-FRANKEN, Verfassungsrecht und Einkommensteuerrecht, in: Gedächtnisschrift Trzaskalik, 2005, 195; DECHANT, Die Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte in systematischer und verfassungsrechtlicher Hinsicht, Berlin 2006; FISCHER, Anmerkung, jurisPR-SteuerR 51/2006, Anm. 3; FUHRMANN/ROSNER, Erfordert ein Grundstücksveräußerungsgeschäft nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG den Übergang des dinglichen Eigentums?, DStZ 2006, 152; JÄSCHKE, Aktuelle steuerliche Fragen der Umlegung von Grundstücken, DStR 2006, 1349; PAUS, Zur Frage der rückwirkenden Bereinigung eines verfassungswidrigen Zustands, DStZ 2006, 265; ZENGERLE, Veräußerungen von Grundstücken und Wertpapieren im Einkommensteuerrecht, Baden-Baden 2006; PAUKSTADT/LUCKNER, Die Abgeltungssteuer ab 2009 nach dem Regierungsentwurf zur Unternehmensteuerreform, DStR 2007, 653.

**A. Grundinformationen zu § 23**

1

Nach § 22 Nr. 2 gehören Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften zu den sonstigen Einkünften (§ 2 Abs. 1 Nr. 7). § 23 bestimmt, welche Geschäfte private Veräußerungsgeschäfte sind und wie die Einkünfte aus ihnen ermittelt und besteuert werden.

**Abs. 1** regelt, welche Geschäfte private Veräußerungsgeschäfte sind, und zwar in

- *Satz 1 Nr. 1–4* die Voraussetzungen für die einzelnen Veräußerungsgeschäfte,
- *Sätzen 2–5* die Voraussetzungen, wann in bestimmten Fällen Anschaffung und Veräußerung anzunehmen sind.

**Abs. 2** behandelt die Konkurrenz zu anderen Einkunftsarten.

**Abs. 3** enthält in

- *Sätzen 1–5* die Ermittlung der Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften,
- *Satz 6* die Einführung einer Freigrenze,
- *Satz 7* die Bestimmung, in welchem VZ der Veräußerungsgewinn oder -verlust in den Fällen des Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 und Nr. 2 zu erfassen ist,
- *Sätzen 8 und 9* die Behandlung von Verlusten.

Erlöse aus privaten Veräußerungsgeschäften gehören zu den Überschusseinkünften, auch wenn die Vorschrift von Gewinnen spricht. Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften nehmen im System des EStG insoweit eine Sonderstellung ein, als sie nur innerhalb bestimmter Fristen steuerbar sind. Daraus resultieren dann auch Sonderregelungen, die etwa die Verlustberücksichtigung betreffen. Verfassungsrechtl. ist die Sonderbehandlung nicht zu beanstanden, weil der Gesetzgeber den ihm zustehenden Spielraum bei der Erschließung von Steuerquellen nicht überschritten hat. Aufgrund der Verlängerung der Veräußerungsfristen ist allerdings der früher im Vordergrund stehende Spekulationsgedanke bei der Begründung der Steuerbarkeit in den Hintergrund getreten. Heute dominieren Aspekte stl. Leistungsfähigkeit.

Durch zahlreiche Änderungen in den letzten Jahren ist die Vorschrift immer komplexer geworden. Allerdings werden mit der Unternehmensteuerreform 2008 insbes. die Wertpapiere und Termingeschäfte betreffenden Normteile mit Geltung ab 2009 aus § 23 ausgegliedert und in § 20 eingegliedert. Dies wird zu einer erheblichen Verschlinkung der Vorschrift führen.

Einstweilen frei.

2–3

**B. Rechtsentwicklung des § 23**

4

**EStG 1920 v. 23.3.1920** (RGBl. I 1920, 359): Wie in § 22 Anm. 4 ausgeführt, gehörten nach § 5 zu den sonstigen Einnahmen durch einzelne Veräußerungsgeschäfte erzielte Gewinne; § 12 schränkte den Tatbestand der stbaren Veräußerungsgeschäfte ein.

**EStG 1925 v. 10.8.1925** (RGBl. I 1925, 189): Nach § 41 Abs. 1 Nr. 1 waren als Unterart der „sonstigen Leistungsgewinne“ Einkünfte aus Veräußerungsgeschäften stbar, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass sie als Spekulationsgeschäfte anzusehen waren. Solche waren anzunehmen, wenn die Veräußerung innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach der Anschaffung erfolgte. Die Ein-

künfte aus derartigen Geschäften waren stfrei, wenn der Stpfl. dartun konnte, dass der veräußerte Gegenstand nicht zum Zweck gewinnbringender Weiterveräußerung erworben wurde (§ 42 Abs. 2 Nr. 3). § 43 regelte die Ermittlung der Einkünfte.

**EStG 1934 v. 16.10.1934** (RGBl. I 1934, 1005; RStBl. I 1934, 1261): Die Besteuerung der Einkünfte aus Spekulationsgeschäften war in § 23 behandelt, und zwar als Unterart der sonstigen Einkünfte (§ 22 Nr. 2). In Aufbau und Systematik entsprach die Vorschrift der heutigen Regelung. Für die WG, die keine Grundstücke oder diesen gleichzusetzende Rechte waren, waren Spekulationsgeschäfte innerhalb einer Frist von einem Jahr zwischen Anschaffung und Veräußerung gegeben. Eine dem § 42 Abs. 2 Nr. 3 EStG 1925 entsprechende Vorschrift (Erwerb zum Zweck gewinnbringender Weiterveräußerung) galt nicht mehr.

**StNG v. 16.12.1954** (BGBl. I 1954, 373; BStBl. I 1954, 575): Der Zeitraum, innerhalb dessen bei beweglichen WG, insbes. bei Wertpapieren, ein Spekulationsgeschäft vorliegt, wurde von einem Jahr wieder auf *3 Monate* herabgesetzt. Der Gesetzgeber erhoffte sich dadurch eine Förderung des Kapitalmarkts. Jedenfalls bewirkte die Änderung eine Verwaltungsvereinfachung.

**StÄndG v. 18.7.1958** (BGBl. I 1958, 473; BStBl. I 1958, 412): Abs. 2 Nr. 3 (StFreiheit der Einkünfte aus der Veräußerung von Vorzugsaktien der Deutschen Reichsbahn) wurde als gegenstandslos gestrichen.

**StÄndG v. 30.7.1960** (BGBl. I 1960, 616; BStBl. I 1960, 514): Die Spekulationsfrist für die beweglichen WG (besonders Wertpapiere) wurde von 3 auf 6 Monate heraufgesetzt. Durch die Änderung sollte ein weiteres sprunghaftes Ansteigen der Aktienkurse verhindert und damit die damals überhitzte Konjunktur gedämpft werden.

**EStRG v. 5.8.1974** (BGBl. I 1974, 1769; BStBl. I 1974, 530): § 23 Abs. 3 wurde an die Neufassung des § 2 durch das EStRG redaktionell angepasst (Verweisung auf § 2 Abs. 1 statt bisher § 2 Abs. 3).

**Ges. zur Änd. des EStG v. 20.4.1976** (BGBl. I 1976, 1054; BStBl. I 1976, 282): In Abs. 4 Anfügung des letzten Halbsatzes betr. § 10d.

**StBereinG 1985 v. 14.12.1984** (BGBl. I 1984 1493; BStBl. I 1984, 659): Streichung des Erbpachtrechts als Grundstücksrecht in Abs. 1 Nr. 1a.

**StMBG v. 21.12.1993** (BGBl. I 1993, 2310; BStBl. I 1994, 50): In Abs. 1 wurde ein Satz 2 eingefügt, der die Anschaffung und Veräußerung der unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einer PersGes. betraf.

Abs. 2 aF (außer Ansatz bleibende Veräußerungen) wurde aufgehoben. Abs. 3 aF wurde durch die Sätze 2 (Vorrang des § 23 vor § 17) und 3 (Zwischengewinne bei Investmentgesellschaften) ergänzt.

**Zweites FinanzmarktförderungsG v. 26.7.1994** (BGBl. I 1994, 1749; BStBl. I 1994, 586): Durch Ergänzungen in Abs. 3 Satz 3 wurde den Änderungen der §§ 37a und 37b KAGG und des § 17 Abs. 2 AuslInvestmG Rechnung getragen.

**JStG 1996 v. 11.10.1995** (BGBl. I 1995, 1250; BStBl. I 1995, 438):

► *Änderung der Absatzbezeichnungen*: Abs. 3 idF des EStG 1990 wurde zu Abs. 2 und Abs. 4 idF des EStG 1990 zu Abs. 3.

► *In Abs. 3* wurde ein neuer Satz 2 eingefügt, mit dem bestimmt wurde, dass sich die AHK um die AfA, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen mindern, soweit sie bei der Ermittlung der Einkünfte abgezogen worden sind. Satz 2 aF wurde Satz 3 nF und Satz 3 aF Satz 4 nF.

**StEntlG 1999/2000/2002 v. 24.3.1999** (BGBl. I 1999, 402; BStBl. I 1999, 304): Die Überschrift wurde geändert, sie lautet nicht mehr „Spekulationsgeschäfte“, sondern „Private Veräußerungsgeschäfte“.

► *Abs. 1* wurde neu gefasst:

▷ *In Satz 1*

- *Nr. 1* wurde die Frist zwischen Anschaffung und Veräußerung für Grundstücksgeschäfte auf 10 Jahre heraufgesetzt (Satz 1); innerhalb dieser Frist fertiggestellte Gebäude sind einzubeziehen (Satz 2); ausgenommen sind die zu eigenen Wohnzwecken genutzten WG (Satz 3),
- *Nr. 2* wurde die Frist zwischen Anschaffung und Veräußerung für Veräußerungsgeschäfte bei anderen WG auf 1 Jahr heraufgesetzt,
- *Nr. 3* wurden die Veräußerungsgeschäfte behandelt, bei denen die Veräußerung früher als der Erwerb erfolgt,
- *Nr. 4* wurde bestimmt, dass Termingeschäfte zu den Veräußerungsgeschäften gehören.

Die Regelungen in den Nr. 1–3 sind auf Veräußerungsgeschäfte anzuwenden, bei denen die Veräußerung auf einem nach dem 31.12.1998 rechtswirksam abgeschlossenen Vertrag oder gleichstehenden Rechtsakt beruht (§ 52 Abs. 39 Satz 1). Die StBefreiung des Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 gilt nicht für Veräußerungen vor dem 1.1.1999 (Nds. FG v. 28.9.2000, EFG 2001, 750, rkr.). Zur erstmaligen Anwendung der Regelung in Nr. 4 (Termingeschäfte) s. § 52 Abs. 39 Satz 3 (Satz 2 idF des StEntlG 1999/2000/2002).

- ▷ *Satz 2* regelt, dass als Anschaffung die Überführung eines WG vom BV in das PV gilt.
- ▷ *Satz 3* behandelt die Zurechnung der Anschaffung durch den Rechtsvorgänger bei Einzelrechtsnachfolge und *Satz 4* die Anschaffung oder Veräußerung einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einer PersGes.
- *Abs. 2* wurde redaktionell neu gefasst. Außerdem wurde bestimmt, dass die Besteuerung nach § 23 Vorrang vor der Besteuerung nach § 17 hat.
- *Abs. 3*: Satz 1 wurde redaktionell verändert. Satz 2 ordnet an, welche Werte als AHK in den Fällen des Abs. 1 Satz 2 anzusetzen sind. Satz 3 entspricht der Regelung in Satz 2 aF (zur erstmaligen Anwendung s. § 52 Abs. 39 Satz 3 idF des StEntlG 1999/2000/2002). Satz 4 betrifft die Gewinnermittlung bei Termingeschäften. Satz 5 behandelt die Freigrenze entsprechend Satz 3 aF. Sätze 6 und 7 regeln Verlustausgleich und -abzug. Zu Verfassungsfragen der zeitlichen Anwendung der Verlustverrechnungsbeschränkung s. Anm. 13.

**StBereinG v. 22.12.1999** (BGBl. I 1999, 2601; BStBl. I 2000, 13):

► *Änderungen in Abs. 1*:

- ▷ *Satz 1 Nr. 1 Satz 2* wurde neu gefasst; auch teilfertige Gebäude usw. sind in die Besteuerung einzubeziehen; erstmalige Anwendung auf Veräußerungsgeschäfte, bei denen die Veräußerung auf einem nach dem 31.12.1998 rechtswirksam abgeschlossenen obligatorischen Vertrag oder einem gleichstehenden Rechtsakt beruht (§ 52 Abs. 39 idF des StBereinG 1999);
- ▷ *Satz 5* wurde eingefügt: Als Veräußerung gelten Einlagen von Grundstücken in das BV, wenn das Grundstück innerhalb von 10 Jahren seit Anschaffung im PV veräußert wird (Nr. 1), und ferner verdeckte Einlagen in eine KapGes. (Nr. 2); erstmalige Anwendung bei Einlagen und verdeckten

Einlagen nach dem 31.12.1999 (§ 52 Abs. 39 Satz 4 [Satz 3 idF des StBereinG 1999]).

► *Änderungen in Abs. 3:*

- In einem neu eingefügten Satz 2 wird bestimmt, welcher Wert als Veräußerungspreis anzusetzen ist.
- In dem neuen Satz 3 wird das Wort „anzusetzende“ durch das Wort „angesetzte“ ersetzt.
- Der bisherige Satz 3 wird Satz 4.
- In dem neuen Satz 6 wird angeordnet, wann Gewinne oder Verluste in den Fällen des Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 und Nr. 2 anzusetzen sind.

Abs. 3 Satz 4 ist nach § 52 Abs. 39 Satz 4 idF des StBereinG 1999 (nunmehr § 52 Abs. 39 Satz 5) auf Veräußerungsgeschäfte anzuwenden, bei denen der Stpfl. das WG nach dem 31.7.1995 anschafft und veräußert oder nach dem 31.12.1998 fertiggestellt und veräußert.

**StSenkG v. 23.10.2000** (BGBl. I 2000, 1433; BStBl. I 2000, 1428): Durch dieses Gesetz wurde § 23 nicht geändert; es wurde aber in dem neu eingefügten § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. j bestimmt, dass die Hälfte des Veräußerungspreises iSd. § 23 Abs. 3 bei der Veräußerung von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, soweit deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören, stfrei ist. Zur erstmaligen Anwendung s. § 52 Abs. 4b (Abs. 4a idF des StSenkG v. 23.10.2000).

**EURLUMsG v. 9.12.2004** (BGBl. I 2004, 3310, 3843; BStBl. I 2004, 1158): Im Wege der Anfügung der Sätze 2 und 3 in Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 wurde das Fifo-Verfahren (hierzu Anm. 158) verbindlich vorgeschrieben, um den Veräußerungsgewinn bei vertretbaren Wertpapieren in Sammelverwahrung zu ermitteln. Die Regelung gilt erstmals ab dem VZ 2005 (§ 52 Abs. 39 Satz 2 neu eingefügt durch G. v. 13.12.2006, BGBl. I 2006, 2878, zur zeitlichen Anwendung noch ausführlich Anm. 158).

**SEStEG v. 7.12.2006** (BGBl. I 2006, 2782; BStBl. I 2007, 4): Abs. 1 wurde an mehreren Stellen textlich geändert. So wurden die Verweise auf den Antrag nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG in den Sätzen 2 und 3 gestrichen. Ein entsprechender Verweis auf die Vorschriften des UmwStG in Abs. 3 Satz 3 wurde ebenfalls gestrichen. Die Änderungen wurden notwendig, weil die §§ 20 ff. UmwStG im Zuge der Anpassung an europarechtl. Vorgaben neu gefasst und die Verweise dadurch überflüssig wurden. Gem. § 52 Abs. 39 Satz 6 sind die entsprechenden Vorschriften für Anteile, die einbringungsgeboren iSv. § 21 UmwStG aF sind, weiter anzuwenden (siehe noch Anm. 221). Schließlich wurde an Abs. 3 Satz 9 ein neuer Halbsatz angefügt, der einen Verweis auf § 10d Abs. 4 enthält. Die letztgenannte Änderung ist eine Reaktion auf die Rspr. des BFH, wonach Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften nicht gesondert festzustellen seien. Nach § 52 Abs. 39 Satz 7 ist die Neuregelung auch anzuwenden, wenn die Festsetzungsfrist am 1.1.2007 noch nicht abgelaufen ist.

**Unternehmensteuerreformgesetz 2008 v. 14.8.2007** (BGBl. I 2007, 1912; BStBl. I 2007, 630): § 23 wurde insgesamt neu gefasst.

► *In Abs. 1 wurden folgende Änderungen vorgenommen:*

- Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 wurde insoweit neu gefasst, als Wertpapiere nicht mehr erwähnt werden;
- die Regelung über das Fifo-Verfahren in Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 und 3 aF ist entfallen;

- Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 nF wurde neu eingefügt;
- Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 4 sind entfallen;
- Abs. 1 Satz 3 wurde an die genannten Änderungen angepasst.
- ▶ *In Abs. 2* wurde Satz 2 gestrichen.
- ▶ *In Abs. 3* ergeben sich folgende Änderungen:
  - Abs. 3 Satz 5 ist entfallen;
  - Die Freigrenze in Abs. 3 Satz 5 nF (Satz 6 aF) wurde von 512 € auf 600 € erhöht;
  - Abs. 3 Satz 9 und 10 wurden neu angefügt.
- ▶ *Der zeitliche Anwendungsbereich* der Neuregelung ist in § 52a Abs. 11 geregelt (dazu ausführlich § 23 Anm. J 07–2). Der frühere § 52 Abs. 39, in dem sich bisher die zeitlichen Anwendungsregelungen zu § 23 fanden, wurde aufgehoben.

**Jahressteuergesetz 2009 v. 19.12.2008** (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74): Abs. 3 Satz 4 wurde dahingehend geändert, dass auch sonstige Einkünfte iSv. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 künftig in den Anwendungsbereich einbezogen werden. Zur erstmaligen Anwendung bestimmt § 52a Abs. 11 Satz 8 idF des JStG 2009, dass die Neuregelung auf solche Veräußerungsgeschäfte anzuwenden ist, bei denen der Stpfl. das WG nach dem 31.12.2008 anschafft oder fertigstellt.

Einstweilen frei.

5–7

### C. Bedeutung des § 23

8

Dass Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften estpfl. sind und zu den sonstigen Einkünften (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7) gehören, ist nicht erst in § 23, sondern schon in § 22 Nr. 2 bestimmt. In § 23 wird deshalb die EStPfl. der

[Anschluss S. E 13]



Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften nicht mehr ausdrücklich ausgesprochen.

**Sinn und Zweck** des § 23 ist es, innerhalb der Frist zwischen Anschaffung und Veräußerung realisierte Werterhöhungen eines WG im PV des Stpfl. der ESt. zu unterwerfen (BFH v. 29.3.1989 – X R 4/84, BStBl. II 1989, 652, mwN). Demgemäß bestimmt § 23, dass Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften vorliegen, wenn ein Stpfl. ein WG vor Erwerb oder innerhalb einer bestimmten Frist nach Erwerb veräußert und aus der Veräußerung einen Überschuss des Veräußerungsentgelts über die AHK und WK erzielt. Soweit im Fall der Veräußerung Gewinneinkünfte (§ 2 Abs. 1 Nr. 1–3) anzunehmen sind (die veräußerten Gegenstände gehören zum BV eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs, Gewerbebetriebs oder Betriebs iSd. § 18 Abs. 1), werden Gewinne und Verluste grds. aus *allen* Veräußerungsgeschäften (ohne Rücksicht auf den Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung) versteuert. Dagegen bleiben bei den Überschusseinkünften die Überschüsse aus Veräußerungen grds. stfrei; Ausnahmen bestehen in § 17 und § 23.

Mit der Regelung in § 23 wollte der Gesetzgeber ursprünglich diejenigen Veräußerungsvorgänge estl. erfassen, die Spekulationscharakter hatten. Dabei wurde aus praktischen Gründen darauf verzichtet, das darin zum Ausdruck kommende subjektive Element als gesetzliches Tatbestandsmerkmal zu normieren. Die Verwendung der Formulierung „Spekulationsgeschäft“ in der Überschrift und im Gesetzestext hatte keine normative Bedeutung iS eines subjektiven Tatbestandsmerkmals. Dieser Rechtslage hat der Gesetzgeber im StEntlG 1999/2000/2002 Rechnung getragen, indem er die Überschrift in „Private Veräußerungsgeschäfte“ geändert hat und im Gesetzestext nicht mehr die Formulierung „Spekulationsgeschäfte“ verwendet; etwas anderes kann nicht daraus gefolgert werden, dass in der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 14/23, 179 f.) noch von „Spekulationsgeschäften“, „Spekulationsfristen“ oder „Spekulationsbesteuerung“ die Rede ist; s. auch Anm. 41.

**Zugehörigkeit zu den Überschusseinkünften:** § 22 zählt die verschiedenen Arten der sonstigen Einkünfte auf. Zu ihnen gehören nach § 22 Nr. 2 die Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften, die das Gesetz im Einzelnen in § 23 behandelt. Somit sind die Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften Überschusseinkünfte iSd. § 2 Abs. 2 Nr. 2 (s. auch § 8 Anm. 4). Danach werden die Einkünfte durch den Überschuss der Einnahmen über die WK ermittelt. Dem steht nicht entgegen, dass § 23 Abs. 3, der die Ermittlung der Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften regelt, vom „Gewinn“ spricht. Aufgrund der Zuordnung der Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften zu den sonstigen Einkünften (§ 2 Abs. 1 Nr. 7) kommt es insoweit auf den Wortlaut des § 23 Abs. 3 nicht an. S. auch Anm. 271.

**Subsidiarität:** Die Vorschrift des § 23 hat gegenüber den Gewinneinkünften nur subsidiäre Bedeutung (s. hierzu Anm. 255).

**Ausdehnung der Besteuerung auf *alle* Veräußerungseinkünfte?** Der 57. Deutsche Juristentag forderte unter Einführung großzügiger Freigrenzen die estl. Erfassung *aller* Veräußerungseinkünfte ohne Rücksicht auf die Einhaltung der Spekulationsfrist. Er begründete dies mit dem Gebot der Gleichmäßigkeit der Besteuerung aller betrieblichen und privaten Einkünfte aus Veräußerungsgeschäften (zu einem entsprechenden Verfassungsgebot s. Anm. 9). Dieser Vorschlag wird ua. von TIPKE/LANG, Steuerrecht, 18. Aufl. 2005, 597 f., befürwortet, soweit es die Veräußerung von privatem Erverbsvermögen betrifft (s. dort auch wN).

Zur Kritik an der StFreiheit privater Veräußerungsgewinne s. Einf. ESt. Anm. 73 und 81, § 2 Anm. 522. Ein Rechtsvergleich zeigt, dass die meisten Staaten private Veräußerungsgewinne besteuern, wenn dabei auch erhebliche Tatbestands- und Tarifunterschiede bestehen. Zum internationalen Vergleich über die Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte s. SAATHOFF, FR 1998, 917.

Zu Systemwidrigkeiten bei Besteuerung und Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen s. WENGER, StuW 2000, 177.

Der Gesetzgeber beschreitet einen anderen Weg. Während er die Rechtslage bei Grundstücken und sonstigen WG unverändert lässt, sieht die Unternehmenssteuerreform 2008 ab dem VZ 2009 die Einführung einer Abgeltungssteuer auf Erlöse aus Wertpapiergeschäften vor. Wertpapiergeschäfte fallen einheitlich in den Anwendungsbereich von § 20, Wertpapierverkäufe und Termingeschäfte sind nicht mehr nach § 23 stbar.

### D. Verfassungsmäßigkeit des § 23

**Schrifttum:** BIRK/KULOSA, Verfassungsrechtliche Aspekte des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, FR 1999; 433; MICKER, Rückwirkungsfragen im Bereich der Besteuerung von Wertzuwächsen des Privatvermögens, BB 2002, 120; MÖSTL, Verfassungsrechtliche Grenzen der Besteuerung, DStR 2003, 720; BEKER, Verfassungswidrigkeit der rückwirkenden Verlängerung der „Spekulationsfrist“, DStR 2004, 621; BIRK, Das Gebot des gleichmäßigen Steuervollzugs und dessen Sanktionierung, StuW 2004, 277; BRANDT, Rückwirkende Verlängerung der Spekulationsfrist in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG verfassungswidrig?, NWB F. 3, 12845; GROSS, Neue Rechtsprechung des BFH zu Spekulationsverlusten bei Wertpapiergeschäften in den Jahren vor 1999, StuB 2004, 1016; HARENBERG, Verfassungswidrigkeit der Besteuerung von Spekulationseinkünften in den Jahren 1997 und 1998, NWB F. 3, 12869; HEY, Vollzugsdefizite bei Kapitaleinkommen: Rechtsschutzkonsequenzen und Reformoptionen, DB 2004, 724; HÖRETH/SCHIEGL/ZIPFEL, Die rückwirkende Verlängerung der Spekulationsfrist, BB 2004, 857; JOCHUM, Spekulationen über legislative Rückwirkung im Steuerrecht: Wie wird das BVerfG entscheiden?, NJW 2004, 1427; KRAFT/BÄUML, Verfassungswidrigkeit der Spekulationsgewinnbesteuerung bei Wertpapieren, DB 2004, 615; KRAFT/BÄUML, Verfassungswidrigkeit der Besteuerung privater Wertpapier-Veräußerungsgeschäfte, FR 2004, 443; ROHDE, Zur Verfassungsmäßigkeit der Besteuerung von privaten Grundstücksveräußerungsgeschäften, StuB 2004, 320; ROHDE, Besteuerung von privaten Spekulationsgeschäften bei Wertpapieren in 1997 und 1998 verfassungswidrig, StuB 2004, 559; SEIPL/WIESE, Strafrechtliche Folgen der Verfassungswidrigkeit der Spekulationsbesteuerung, NStZ 2004, 542 ff., WINTERHOFF, Steuerverfahrensrecht und tatsächliche Belastungsgleichheit, Baden-Baden 2004; HORNIG, Verfassungsmäßigkeit der Entnahme als fiktiver Anschaffungsvorgang i.S. von § 23 Abs. 1 Satz 2 EStG, DStR 2005, 857; LEITL, Fristverlängerung bei § 23 EStG: Echte oder unechte Rückwirkung?, StuB 2005, 1013; MÜLLER-FRANKEN, Verfassungsrecht und Einkommensteuerrecht, in: Gedächtnisschrift Trzaskalik, 2005, 195; BÄUML, Verfassungsmäßigkeit der Besteuerung privater Wertpapierveräußerungsgeschäfte ab 1999: ein Urteil des Bundesfinanzhofs „auf Bewahrung“, DStZ 2006, 109; DECHANT, Die Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte in systematischer und verfassungsrechtlicher Hinsicht, Berlin 2006; HOUBEN, Verlängerung der Fristen bei der Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte und verfassungsgerichtlicher Rückwirkungsbegriff, StuW 2006, 147; MUSIL, Steuerehrlichkeit als Problem des Besteuerungsverfahrens, DÖV 2006, 505; PAUS, Zur Frage der rückwirkenden Bereinigung eines verfassungswidrigen Zustands, DStZ 2006, 265; ROSE, Eine neue Veräußerungsgewinn-Einkommensteuer auf Gebäude in § 23 EStG, FR 2006, 441; SEER/DRÜEN, Der rückwirkende Steuerzugriff auf private Veräußerungsgewinne bei hergestellten Gebäuden auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, FR 2006, 661.

## I. Überblick

9

Mit Blick auf die Verfassungsmäßigkeit von § 23 sind verschiedene Fragenkreise zu trennen. Zunächst kann generell gefragt werden, ob und inwieweit die Erfassung privater Veräußerungserlöse mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip vereinbar ist. Hier ist insbes. problematisch, ob die nur befristete Erfassung sich im Vergleich mit gewerblichen Veräußerungsgewinnen, die unbefristet erfasst werden, rechtfertigen lässt (ausführlich Anm. 10). Ein zweiter Problemkomplex betrifft die Verlängerung der Frist zwischen Anschaffung und Veräußerung durch das StEntG 1999/2000/2002 sowie weitere mit dieser Gesetzesänderung zusammenhängende Rückwirkungsfragen. Zu diesen Problempunkten s. Anm. 11. Des Weiteren ist § 23 in jüngerer Zeit vor allem wegen in einigen Teilbereichen der Vorschrift festzustellender Vollzugsmängel in die verfassungsrechtl. Diskussion geraten (ausführlich Anm. 12). Schließlich ist die Verfassungskonformität der Verlustverrechnungsbeschränkung in Abs. 3 in mehrfacher Hinsicht angezweifelt worden; s. ausführlich Anm. 13.

## II. Befristete Erfassung privater Veräußerungserlöse

10

Gegen die befristete Erfassung privater Veräußerungserlöse erheben sich verfassungsrechtl. Bedenken aus zwei Richtungen. Zum einen wird bezweifelt, ob die Erfassung privater Veräußerungserlöse wegen ihres privaten Charakters überhaupt zulässig ist. Umgekehrt wird teilweise angenommen, die volle Erfassung privater Veräußerungserlöse und die Streichung bestehender Fristen seien ein Gebot gleichheitskonformer Besteuerung.

**Markteinkommenstheorie:** Was den erstgenannten Einwand betrifft, so kann er im Ergebnis nicht überzeugen. Die ihm zugrunde liegende Markteinkommenstheorie ist verfassungsrechtl. nicht zwingend und kann daher kein bindender Maßstab für den Gesetzgeber sein. Vielmehr erhöhen auch private Veräußerungserlöse die stl. Leistungsfähigkeit und können dementsprechend grundsätzlich von der ESt. erfasst werden. Insoweit kann nicht von einem generellen Verbot ausgegangen werden, private Veräußerungserlöse zu besteuern (s. mwN MÜLLER-FRANKEN in Gedächtnisschrift Trzaskalik, 2005, 195 [207]). Auch das BVerfG (Urt. v. 9.7.1969 – 2 BvL 20/65, BVerfGE 26, 302 [312]; BStBl. II 1970, 156) hat entschieden, dass die Vorschrift des § 23 Abs. 1 Nr. 1 in der vor dem In-Kraft-Treten des StEntG 1999/2000/2002 geltenden Fassung mit dem GG vereinbar ist (s. hierzu Anm. 41).

**Abschaffung der Fristen als Verfassungsgebot?:** Wie bereits beschrieben, wird verbreitet die Abschaffung der Fristen des § 23 gefordert (s. Anm. 8). Um die Frage nach einem entsprechenden Verfassungsgebot beantworten zu können, muss zunächst der verfassungsrechtl. Maßstab bestimmt werden. Zu Recht differenziert das BVerfG bei der Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Bereich des Steuerrechts danach, ob sich die gesetzgeberische Entscheidung auf die Auswahl des Steuergegenstands bezieht, oder ob es um die konsequente Umsetzung einer einmal getroffenen Belastungsentscheidung geht (BVerfG v. 15.12.1970 – 1 BvR 559/70, BVerfGE 29, 402 [411]; v. 29.11.1989 – 1 BvR 1402/87, BVerfGE 81, 108 [117]; v. 5.2.2002 – 2 BvR 348/93, BVerfGE 105, 17 [46]). Was die Besteuerung privater Veräußerungserlöse angeht, so hat sich der Gesetzgeber bisher grundsätzlich dafür entschieden, diese von der Be-

steuerung auszunehmen. Es handelt sich also um eine Frage des Zugriffs auf die Steuerquelle, bei der der Gesetzgeber einen weiten verfassungsrechtl. Spielraum genießt. Es müssen lediglich sachgerechte Gründe für die Verschonung privater Veräußerungserlöse von einer umfassenden Besteuerung gefunden werden. Vergleicht man den schlichten wirtschaftlichen Vorgang der Veräußerung, so lassen sich auf den ersten Blick keine leistungsfähigkeitsrelevanten Unterschiede zwischen gewerblichen und privaten Veräußerungserlösen feststellen. Auch der spekulative Charakter der Veräußerungsgeschäfte taugt seit der Fristverlängerung kaum noch zur eigenständigen Rechtfertigung. Allerdings lassen sich zunächst Argumente der Praktikabilität anführen. PV lässt sich teilweise nur schwer einer gleichmäßigen Besteuerung unterwerfen. Wo eine solche Besteuerung möglich ist, kann der Gesetzgeber teilweise wirtschafts- und sozialpolitische Erwägungen anführen, die eine Differenzierung rechtfertigen. So kann der private Mietwohnungsbau durch die StFreiheit gefördert werden. Die Nichtbesteuerung bestimmter Anlageformen hält Kapital im Inland. Vor diesem Hintergrund hätte eine Abschaffung der Fristen im Dienst einer Vereinfachung des Steuerrechts sicher auch Vorteile, verfassungsrechtl. geboten ist sie nicht (vgl. MÜLLER-FRANKEN in Gedächtnisschrift Trzaskalik, 2005, 197 [213]; aA DECHANT, Die Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte, 2006, 193 ff.).

### III. Rückwirkungsproblematik

**Problematische Konstellationen:** Durch das StEntlG 1999/2000/2002 ist die Frist zwischen Anschaffung und Veräußerung von Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten von 2 Jahren auf 10 Jahre verlängert worden. Bei anderen WG wurde die Frist von sechs Monaten auf ein Jahr verlängert. Nach § 52 Abs. 39 Satz 1 idF des StBereinG 1999 v. 22.12.1999 ist diese Neuregelung auf Veräußerungsgeschäfte anzuwenden, bei denen die Veräußerung auf einem nach dem 31.12.1998 rechtswirksam abgeschlossenen obligatorischen Vertrag oder gleichstehenden Rechtsakt beruht. Die Fristverlängerung wirft in verschiedener Hinsicht verfassungsrechtl. Zweifelsfragen auf. So fragt sich, ob der Umstand, dass das StEntlG 1999/2000/2002 vom 24.3.1999 datiert, aber bereits ab dem 1.1.1999 anzuwenden ist, zu einer unzulässigen Rückwirkung führt. Des Weiteren fragt sich, ob in Fällen, in denen die Spekulationsfrist im Zeitpunkt der Neuregelung bereits abgelaufen war, eine verfassungswidrige Rückwirkung gegeben ist. Schließlich stellen sich noch spezielle Rückwirkungsfragen, die im Zusammenhang mit durch die Neuregelung in § 23 eingefügten Tatbeständen stehen.

**Rückwirkende Anwendung der Fristverlängerung:** Das FG Köln (v. 23.7.2002, EFG 2002, 1236) ist der Auffassung, dass die rückwirkende Anwendung der Fristverlängerung zum 1.1.1999 eine unzulässige unechte Rückwirkung darstelle, und hat diese Frage dem BVerfG zur Entscheidung vorgelegt (Az. BVerfG: 2 BvL 14/02). Es lägen keine Gemeinwohlinteressen vor, die das Vertrauensschutzinteresse der Stpfl. überwiegen könnten. Dem ist nicht zuzustimmen (ebenso im Ergebnis BFH v. 16.12.2003 – IX R 46/02, BStBl. II 2004, 284; auch BLÜMICH/GLENK, § 23 Rn. 11; aA SCHAUMBURG, Anm., EFG 2002, 1239). Zwar nimmt das Gericht zu Recht eine unechte Rückwirkung an (anders HUBEN, StuW 2006, 147 [154]). Jedoch ist das Vertrauen der Stpfl., dass sich die Rechtslage während eines noch laufenden VZ nicht ändert, grundsätzlich nicht schutzwürdig (so auch BVerfG v. 29.10.1987 – 1 BvR 672/87, HFR 1989, 152).

**Bereits abgelaufene Spekulationsfrist:** Problematischer sind die Fälle, in denen die Spekulationsfrist am 1.1.1999 bereits abgelaufen war. Dies verdeutlicht Folgendes:

**Beispiel:** Der Stpfl. veräußert Anfang 1999 ein 1993 erworbenes unbebautes Grundstück seines PV; dabei erzielt er einen Gewinn von 200000 DM. Da die Veräußerung des Grundstücks nach dem 31.12.1998 erfolgt, ist der Gewinn nach § 23 nF zu versteuern. Damit werden bereits vor 1999 entstandene stille Reserven stl. erfasst.

Die in dem vorgenannten Beispiel aufgezeigte Rückwirkung der Besteuerung von Veräußerungsgewinnen gem. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 ist uE verfassungsrechtl. nicht unproblematisch. Allerdings ist die Regelung nicht per se verfassungswidrig. Lediglich die übergangslose Erfassung solcher Wertzuwächse, die vor 1999 erzielt wurden, ist verfassungsrechtl. unzulässig (ebenso BFH v. 16.12.2003 – IX R 46/02, BStBl. II 2004, 284; auch BLÜMICH/GLENK, § 23 Rn. 12; anders noch die Voraufgabe).

► *Unechte Rückwirkung:* Das BVerfG unterscheidet bei rückwirkender Anwendung von Steuergesetzen zwischen echter und unechter Rückwirkung (ausführlich bei Einf. ESt Anm. 523). Eine echte Rückwirkung ist gegeben, wenn das Gesetz an abgeschlossene, der Vergangenheit angehörende Tatbestände ungünstigere Folgen knüpft (BVerfG v. 8.6.1977 – 2 BvR 499/74, 499/74, 1042/75, BVerfGE 45, 142 [168]). Eine unechte Rückwirkung ist anzunehmen, wenn das Gesetz nur auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Tatbestände für die Zukunft verschlechternd einwirkt (BVerfG v. 13.5.1986 – 1 BvL 55/83, BVerfGE 72, 141 [154]). Zur Abgeschlossenheit des Tatbestands gem. Abs. 1 Nr. 1 aF gehören Anschaffung, Veräußerung und Fristablauf zwischen Anschaffung und Veräußerung. Ist vor Ablauf der Frist die Veräußerung nicht erfolgt, ist ein zwingendes Merkmal des Tatbestands des Abs. 1 Nr. 1 aE definitiv nicht erfüllt. Die Gesetzesänderung durch § 52 Abs. 39 Satz 1 idF des StBereinG 1999 hat somit den Charakter einer unechten Rückwirkung. Allein der Fristablauf führt noch nicht zu einem negativen Abschluss des Sachverhalts, wie zum Teil angenommen wird (so insbes. BIRK/KULOSA, FR 1999, 433 [438]). Vielmehr verwirklicht erst die Veräußerung den gesetzlichen Tatbestand und führt zur Beendigung des Sachverhalts.

► *Übergangsregelung erforderlich:* Gleichwohl ist diese unechte Rückwirkung ohne angemessene Übergangsregelung wegen Verstoßes gegen die Vertrauensschutzinteressen der Stpfl. verfassungswidrig (so auch BFH v. 16.12.2003 – IX R 46/02, BStBl. II 2004, 284, vgl. auch BFH v. 5.3.2001 – IX B 90/00, BStBl. II 2001, 405). Im Fall einer unechten Rückwirkung ist das Änderungsinteresse des Gesetzgebers gegen das Vertrauensschutzinteresse des Stpfl. abzuwägen. Dabei ist der wirtschaftliche Dispositionsschutz von besonderer Bedeutung. Es muss insbes. berücksichtigt werden, inwieweit der Stpfl. im Rahmen wirtschaftlicher Dispositionen auf den Bestand strechtl. Normen vertraut hat und vertrauen durfte. In Fällen wie den hier angesprochenen spielen Steuerfragen bereits bei der Anschaffungsentscheidung eine Rolle. Noch bedeutsamer sind sie aber bei der Entscheidung darüber, ob und wann ein WG veräußert werden soll. Der Stpfl. darf davon ausgehen, dass er ein WG nach Ablauf der entsprechenden Frist stfrei veräußern darf und es dementsprechend auch ohne Nachteil weiter behalten kann. Ein gesetzgeberischer Eingriff in diesen Vertrauensstatbestand bedarf des Vorliegens überwiegender Änderungsinteressen, die in der vorliegenden Konstellation nicht zu erkennen sind. Als Folge ist zwar die Gesetzesänderung nicht per se unzulässig, es bedarf jedoch einer Übergangsregelung, die zumindest die im Zeitpunkt der Gesetzesänderung bereits eingetretenen Wertstei-

gerungen von der Besteuerung ausnimmt (ebenso BRANDT, NWB F. 3, 12845; HEY, DStR 2007, 1 ff.; JOCHUM, NJW 2004, 1427; MICKER, BB 2002, 120; MÖSTL, DStR 2003, 720 [724]).

**Keine rückwirkende Anwendung der Anschaffungsfiktion:** Abs. 1 Satz 2 sieht vor, dass als Anschaffung auch die Entnahme eines WG aus dem BV gilt. Diese Anschaffungsfiktion ist gem. § 52 Abs. 1 erstmals für den VZ 1999 anzuwenden. § 52 Abs. 39 gilt nach richtiger Ansicht des BFH (v. 18.10.2006 – IX R 5/06, DStR 2006, 2167 [2168]) nicht, weil sich die Vorschrift nicht auf Abs. 1 Satz 2 erstreckt. Die Anschaffungsfiktion ist somit nur dann anzuwenden, wenn die Entnahme im VZ 1999 oder später erfolgt ist. Entnahmen vor diesem Zeitpunkt bleiben für die Besteuerung irrelevant, weil sie keine Anschaffungsfiktion auslösen können. Ein Rückwirkungsproblem stellt sich damit nicht (aA HORNIG, DStR 2005, 857).

**Rückwirkungsprobleme bei Gebäuden:** Der durch das StEntlG 1999/2000/2002 eingefügte Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 sieht vor, dass ein Gebäude, das während der Frist des § 23 errichtet, ausgebaut oder erweitert worden ist, in die Besteuerung einzubeziehen ist. Dieser Neuregelung kann eine eigenständige Rückwirkungsproblematik innewohnen, wenn nämlich Wertsteigerungen infolge der baulichen Veränderung, die vor dem VZ 1999 erfolgten, nunmehr besteuert werden. Auch hier handelt es sich um eine unechte Rückwirkung, die ohne Übergangsregelung verfassungswidrig ist. Der Dispositionsschutz der Stpfl. lässt hier das Änderungsinteresse des Gesetzgebers zurücktreten. Die Übergangsregelung sollte Wertsteigerungen, die vor dem Jahr 1999 eingetreten sind, von der Besteuerung ausnehmen (so ausführlich auch ROSE, FR 2006, 441 ff.; SEER/DRÜEN, FR 2006, 661 ff.).

12

#### IV. Strukturelles Erhebungsdefizit

**Tipke-Urteil:** Das BVerfG hat in seinem viel beachteten Tipke-Urteil (BVerfG v. 9.3.2004 – 2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94; BStBl. II 2005, 56) § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b aF (jetzt Nr. 2) in der für die VZ 1997 und 1998 geltenden Fassung für mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar und damit nichtig erklärt, soweit er Veräußerungsgeschäfte mit Wertpapieren betrifft. Im Anschluss an BVerfG v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89 (BVerfGE 84, 239; BStBl. II 1991, 654) sprach es aus, dass Art. 3 Abs. 1 GG auch eine gleichheitskonforme Steuererhebung verlange. Sei demgegenüber ein strukturelles Erhebungsdefizit festzustellen, so werde nicht das entsprechende Verfahrensrecht, sondern die materielle Steuernorm verfassungswidrig. Ein solches Vollzugsdefizit stellte das Gericht für die Besteuerung von Veräußerungserlösen aus Wertpapieren fest und erklärte die entsprechende Norm des EStG für nichtig (ausführlich HEY, DB 2004, 724 ff.; zu den strafrechtl. Konsequenzen s. SEIPL/WIESE, NSTz 2004, 542 ff.). Dem ist im praktischen Ergebnis, nicht aber in der Begründung und Konstruktion zu folgen, da der Schluss von der Verfassungswidrigkeit des Erhebungsverfahrens auf die Verfassungswidrigkeit der materiellen Norm dogmatisch wenig überzeugt (so auch BIRK, StuW 2004, 277 [281]). Es hätte ausgereicht, den Vollzug der Steuernorm bis zu einer Neuregelung zu untersagen. Im Ergebnis werden Veräußerungserlöse aus Wertpapiergeschäften in den VZ 1997 und 1998 nicht besteuert.

**Veranlagungszeiträume ab 1999:** Was die Veranlagungszeiträume ab 1999 betrifft, so hat der BFH (Urt. v. 29.11.2005 – IX R 49/04, BStBl. II 2006, 178;

BFHE 211, 330) entschieden, dass Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 in der seither geltenden Fassung mit dem Grundgesetz vereinbar sei. Durch die Schaffung des automatisierten Kontostammdatenabrufs habe der Gesetzgeber das strukturelle Erhebungsdefizit beseitigt. Zwar sei der Kontenabruf erst seit dem 1.4.2005 möglich. Jedoch könnten im Zuge des Abrufs auch frühere VZ (bis zur 10-jährigen Verjährungsfrist bei Steuerhinterziehung) in die Ermittlung einbezogen werden. Diesen Erwägungen ist zuzustimmen. Die Kritiker des Urteils (PAUS, DStZ 2006, 265 ff.; krit. auch BÄUML, DStZ 2006, 109), die darauf verweisen, dass der Kontenabruf kaum genutzt werde und damit die Vollzugsdefizite fortbeständen, berücksichtigen uE nicht hinreichend, dass es auf die praktische Umsetzung einer Norm für die Feststellung eines strukturellen Vollzugsdefizits nur in zweiter Linie ankommt. Vielmehr muss das Defizit dem Gesetzgeber zuzurechnen sein. Dies ließe sich erst bejahen, wenn sich im Laufe der Zeit tatsächlich die Ineffektivität des Instruments herausstellen sollte mit der Folge des Entstehens einer Nachbesserungspflicht. Zunächst darf der Gesetzgeber die Umsetzung der Norm für einen bestimmten Zeitraum beobachten. Ob freilich der Kontenabruf angesichts der Weiterexistenz von § 30a AO auf lange Sicht tatsächlich für eine befriedigende Vollzugssituation sorgen wird, muss abgewartet werden. § 30a AO sollte abgeschafft werden (s. MUSIL, DÖV 2006, 505 ff.).

**Veranlagungszeiträume vor 1997:** Die Frage, ob die Verfassungswidrigkeit auch auf VZ vor 1997 zu beziehen ist, war zunächst teilweise ungeklärt. Der BFH hat entschieden, dass zumindest bis einschließlich VZ 1993 die Vorschriften des Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b aF anwendbar blieben, auch soweit das BVerfG sie für verfassungswidrig erklärt habe. In den VZ bis 1993 sei dem Gesetzgeber eine Übergangs-Änderungsfrist zuzubilligen gewesen, da die Verfassungswidrigkeit seinerzeit nicht erkannt worden sei (BFH v. 1.6.2004 – IX R 35/01, BStBl. II 2005, 26). Problematischer sind die Zeiträume 1994–1996. Hier hatte zunächst das FG Münster dem BVerfG gem. Art. 100 Abs. 1 GG die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob die für die VZ 1997 und 1998 festgestellte Verfassungswidrigkeit auch auf die VZ 1994–1996 zu erstrecken sei (FG Münster v. 13.7.2005, DStRE 2005, 1203; ähnlich, aber nur für VZ 1996 FG Münster v. 5.4.2005, EFG 2005, 1117). Das BVerfG hat diese Vorlagen mittlerweile als unzulässig abgewiesen (BVerfG v. 18.4.2006 – 2 BvL 8 und 12/05, HFR 2006, 716). Im Nachgang hierzu hat das FG Münster nunmehr besagte Vorschrift auch für den VZ 1996 als verfassungskonform angesehen (FG Münster v. 14.9.2006, EFG 2007, 133, rkr.). Insgesamt wird man prognostizieren dürfen, dass die Rspr. außerhalb der VZ 1997 und 1998 keine Verfassungswidrigkeit mehr annehmen wird. Dem ist mit Blick auf die nunmehr geänderte Vollzugssituation zuzustimmen, auch wenn in der Praxis Defizite bleiben werden.

## V. Verlustverrechnungsbeschränkung

13

**Grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit:** Der BFH hatte zu entscheiden, ob die Verlustausgleichsregelung des Abs. 3 Satz 8 verfassungsgemäß ist. Er hat dies bejaht (BFH v. 18.10.2006 – IX R 28/05, DStR 2007, 64). Zur Begründung führt er aus, private Veräußerungsgeschäfte wiesen gegenüber anderen Einkunftsarten Unterschiede auf, die die Beschränkung des Verlustausgleichs rechtfertigen könnten. Insbes. würden nur Wertveränderungen innerhalb einer bestimmten Frist besteuert, so dass es der Stpfl. in der Hand habe, ob sich ein stabiler Gewinn realisiere oder nicht. Ohne die Beschränkung in Abs. 3 Satz 8 könne der Stpfl. seine Verhältnisse so einrichten, dass nur die Verluste, nicht

aber die Gewinne stl. berücksichtigt würden. Das Nettoprinzip fordere auch keine volle Verlustberücksichtigung in jedem VZ, sondern nur, dass die Verluste irgendwann in der Zeit berücksichtigt werden könnten. Dem trage Abs. 3 Satz 9 Rechnung, indem er eine beschränkte Verrechnung zulasse. Diesen Erwägungen ist uE zuzustimmen. Es ginge zu weit, wollte man von Verfassungs wegen eine periodengetreue Verlustberücksichtigung für alle Einkunftsarten und -quellen fordern. Der bestehende Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers wurde bei Abs. 3 Sätzen 8 und 9 nicht verletzt.

#### **Verfassungsfragen der zeitlichen Anwendung:**

► *Gesetzliche Neuregelung ab 1999:* Die durch das StEntlG 1999/2000/2002 geänderte Berücksichtigung von Verlusten gem. Abs. 3 Satz 9 trägt dem Beschl. des BVerfG v. 30.9.1998 – 2 BvR 1818/91 (FR 1998, 1028) zur Verlustverrechnung bei Leistungen iSd. § 22 Nr. 3 Rechnung. Nach dieser Entscheidung verstößt der völlige Ausschluss der Verlustverrechnung bei laufenden Einkünften aus der Vermietung beweglicher Gegenstände nach § 22 Nr. 3 gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG. Da die Verlustverrechnung, im Rahmen des § 23 nach den gleichen Regeln erfolgte, sah der Gesetzgeber zu Recht Handlungsbedarf auch für diese Vorschrift.

Für VZ vor 1999 ist keine gesetzliche Änderung eingetreten. Entgegen der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers, die Neuregelung in allen noch nicht bestandskräftigen Fällen anzuwenden (§ 52 Abs. 22 des Gesetzentwurfs; BTDrucks. 14/23; 14/265), enthält das verabschiedete Gesetz keine spezielle Anwendungsregelung zur Verlustverrechnung. Damit kommt die allgemeine Anwendungsregelung in § 52 Abs. 1 zum Tragen mit der Folge, dass die Regelung ab dem VZ 1999 gilt.

► *Veranlagungszeiträume 1997 und 1998:* Der BFH hat sich in mehreren Entscheidungen mit Verfassungsfragen der Verlustberücksichtigung vor dem VZ 1999 beschäftigt. In BFH v. 14.7.2004 – IX R 13/01 (BStBl. II 2005, 125) geht das Gericht davon aus, dass für die VZ 1997 und 1998 keine Verlustberücksichtigung bei Wertpapiergeschäften erfolgen könne, weil aufgrund des Urts. des BVerfG v. 9.3.2004 – 2 BvL 17/02 (BVerfGE 110, 94; BStBl. II 2005, 56) die Besteuerungsgrundlage für diese beiden Jahre entfallen sei. Dem ist zuzustimmen (so auch WAGNER, DStZ 2005, 251 [258]). Soweit allerdings andere WG betroffen sind, gelten die zu den VZ vor 1997 entwickelten Grundsätze (siehe sogleich).

► *Veranlagungszeiträume vor 1997:* Für VZ vor 1997 hält der BFH (Urt. v. 1.6.2004 – IX R 35/01, BStBl. II 2005, 26; s. auch BFH v. 7.9.2004 – IX R 73/00, BFH/NV 2005, 51; v. 17.4.2007 – IX R 23/06, DStR 2007, 1076) die allgemeinen Regeln über die Verlustberücksichtigung für anwendbar. Die Regelung der als verfassungswidrig einzustufenden Verrechnungsbeschränkung des Abs. 4 Satz 3 aF sei verfassungskonform einzuschränken. Eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG komme nicht in Betracht. Die verfassungsrechtl. gebotene Auslegung führe zu einer Erstreckung der Grundsätze des zu § 22 Nr. 3 ergangenen Beschlusses (BVerfG v. 9.3.2004 – 2 BvL 17/02 aaO) auf die hier vorliegende Konstellation. Danach seien die allgemeinen Regeln anwendbar, weil sich der Gesetzgebungsauftrag nur auf die Zukunft beziehe. Diesen Erwägungen kann gefolgt werden, weil der Gesetzgeber eine Rückerstreckung der gesetzlichen Neuregelung für entbehrlich gehalten hat. Wie bereits dargelegt, erstreckt sich die Nichtigkeit der Besteuerung von Wertpapiergeschäften nicht auf VZ vor 1997 (s. ausführlich Anm. 12). Verluste sind somit grundsätzlich in vollem Umfang zu berücksichtigen.

## E. Geltungsbereich des § 23

### I. Sachlicher Geltungsbereich

14

§ 23 findet nur Anwendung, wenn die Einkünfte aus den Veräußerungsgeschäften nicht zu einer anderen Einkunftsart gehören (Subsidiarität, s. näher Anm. 255).

**Körperschaftsteuer:** Nach § 8 Abs. 1 KStG gilt § 23 grds. auch für die KSt. Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen beziehen also, wenn die Voraussetzungen des § 23 erfüllt sind, sonstige Einkünfte iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 7. Sind allerdings Körperschaften nach den Vorschriften des HGB zur Führung von Büchern verpflichtet, gehören die Einkünfte aus den privaten Veräußerungsgeschäften nach § 8 Abs. 2 KStG zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb.

### II. Persönlicher Geltungsbereich

15

**Natürliche Personen:** Zu versteuern haben Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften iSd. § 23 alle *unbeschränkt stpfl.* natürlichen Personen, auch eine Mehrheit von Personen, zB Miterben in einer ungeteilten Erbengemeinschaft oder mehrere Bruchteilseigentümer. Das gilt grds. auch dann, wenn sich die veräußerten Vermögensgegenstände im Ausland befinden (s. hierzu jedoch Anm. 16).

*Beschränkt stpfl.* natürliche Personen erzielen zu versteuernde Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften nur, wenn es sich um inländ. Einkünfte iSd. § 49 Abs. 1 Nr. 8 handelt (s. hierzu Anm. 16 und § 49 Anm. 1024 ff.).

**Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen:** s. Anm. 14.

### III. Anwendung bei Auslandsbeziehungen

16

**Beschränkte Steuerpflicht:** Beschränkt stpfl. Personen versteuern Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften nach § 49 Abs. 1 Nr. 8 nur, wenn Gegenstand der privaten Veräußerungsgeschäfte inländ. Grundstücke, inländ. Rechte, die den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegen, oder Anteile an KapGes. mit Geschäftsleitung oder Sitz im Inland bei Beteiligung iSd. § 17 Abs. 1 sind; s. hierzu § 49 Anm. 1024 ff.

**Vermögen im Ausland:** Unbeschränkt stpfl. Personen müssen grds. die Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften auch dann im Inland versteuern, wenn die Gegenstände im Ausland veräußert wurden. Hiervon können sich Abweichungen durch DBA ergeben (s. Einf. ESt. Anm. 149); dabei kommt es auf die Regelungen in den jeweiligen DBA an. Nach BFH v. 19.5.1982 – I R 257/78 (BStBl. II 1982, 768) hat zB ein unbeschränkt Stpfl. Einkünfte aus der Veräußerung eines Kaufoptionsrechts, das ein in Spanien gelegenes Grundstück betrifft, nach dem DBA-Spanien in der Bundesrepublik Deutschland nach § 23 zu versteuern (s. Anm. HFR 1982, 556 zum Ort der Belegenheit des veräußerten Gegenstands).

Einstweilen frei.

17–19

**F. Verhältnis des § 23 zu anderen Vorschriften**

**Verhältnis zu betrieblichen Einkünften:** Gehören die veräußerten WG zum BV eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs, Gewerbebetriebs oder Betriebs iSd. § 18 Abs. 1, so geht die Besteuerung nach der jeweiligen Gewinneinkunftsart vor (§ 23 Abs. 2); s. hierzu Anm. 255. § 23 hat Vorrang vor § 17 (s. Anm. 256).

**Verhältnis zu den Einkünften aus Kapitalvermögen:** Handelt es sich bei den veräußerten WG um in Wertpapieren verbriefte Schuldverschreibungen oder Kapitalforderungen iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 Buchst. a–d, so geht die Besteuerung des Veräußerungsgewinns bzw. -verlusts nach dieser Vorschrift vor (§ 23 Abs. 3). Seit 1994 – eingeführt durch das StMBG – enthält § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 einen Besteuerungstatbestand, mit dem die Einnahmen aus der Veräußerung oder Abtretung von so genannten Finanzinnovationen (Kursdifferenzpapiere) unabhängig von einer Frist erfasst werden; s. hierzu § 20 Anm. 1080 ff.; s. ferner DAHM/HAMACHER, WM Sonderbeilage 3/1994, 21; SCHUMACHER, DB 1996, 1843 (1848).

**Verhältnis zu den wiederkehrenden Bezügen iSd. § 22 Nr. 1:** s. § 22 Anm. 51.

**Verhältnis zu § 22 Nr. 3:** Die Besteuerung nach § 22 Nr. 3 erfasst keine Veräußerungsvorgänge; sie konkurriert deshalb nicht mit der Besteuerung nach § 23 (s. § 22 Anm. 384).

**Verhältnis zur Liebhaberei:** s. Anm. 150 und 271.

**Verhältnis zu § 10d:** Gem. § 23 Abs. 3 Satz 9 findet nach Maßgabe des § 10d ein Verlustabzug mit Einkünften iSd. § 23 im Vorjahr und den folgenden VZ statt (s. Anm. 321).

**Verhältnis zu den Vorschriften des InvStG:** Das InvStG v. 15.12.2003 (BGBl. I 2003, 2676 [2724]), zuletzt geändert durch Gesetz v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878), hat iVm. dem Investmentgesetz (InvG) v. 15.12.2003 (BGBl. I 2003, 2676), zuletzt geändert durch Gesetz v. 5.1.2007 (BGBl. I 2007, 10), die Vorschriften des KAGG sowie des AuslInvestmG ersetzt (s. dazu die Voraufgabe). Nach § 8 Abs. 5 InvStG ist auf die Einnahmen aus der Rückgabe oder Veräußerung von Investmentanteilen, die nicht zu einem BV gehören, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 anzuwenden. Das InvStG verweist also für die Veräußerung von Investmentanteilen zurück auf die allgemeinen Regeln. § 3 Nr. 40 und § 17 sowie § 8b KStG sind nicht anzuwenden.

**Verhältnis zur Grunderwerbsteuer:** Die GrESt. wirkt sich auf die Einkünfte aus § 23 – falls sie vom Erwerber übernommen wird – dadurch aus, dass sie die AK erhöht und dadurch die Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften mindert (s. Anm. 271 und 275 f.; Berechnungsbeispiele hierzu bei STRUNZ, DVR 1988, 3).

**Verhältnis zum REIT-Gesetz:** Nach § 19 Abs. 2 des Gesetzes zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen v. 28.5.2007 (BGBl. I 2007, 914, REIT-Gesetz), das rückwirkend zum 1.1.2007 in Kraft getreten ist, findet auf die Veräußerung von Anteilen an entsprechenden Gesellschaften durch Privatanleger § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Anwendung.

**G. Zurechnung der Einkünfte**

25

Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften sind grds. dem Stpfl. persönlich zuzurechnen, der (wirtschaftlicher) Eigentümer eines Gegenstands ist und diesen veräußert. Sind mehrere Personen Eigentümer, sind diesen die Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften entsprechend ihren Eigentumsanteilen zuzurechnen (s. hierzu allgemein § 2 Anm. 113 ff.). Dies gilt auch, wenn an dem veräußerten Gegenstand ein Nießbrauch bestellt ist (s. § 2 Anm. 280).

Zur Zurechnung der Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften, wenn die Veräußerung durch Ehegatten erfolgt, s. § 2 Anm. 195.

Veräußern Eltern als gesetzliche Vertreter Vermögensgegenstände, die ihren minderjährigen Kindern gehören, so sind etwaige Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften grds. den Kindern zuzurechnen, weil deren Vermögen betroffen und auch vermehrt wird. Dies kann jedoch im Einzelfall anders sein. Die Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften sind zB den Eltern zuzurechnen, wenn sie ein auf den Namen ihres Kindes lautendes Kontokorrentkonto einrichten, darüber Wertpapiergeschäfte im Namen des Kindes mit von ihnen geschenkten Beträgen abwickeln und anschließend über das Guthaben im eigenen Interesse verfügen (Hess. FG v. 12.5.1982, EFG 1983, 125, rkr.).

Einstweilen frei.

26–29

**H. Verfahrensfragen zu § 23**

30

Nach In-Kraft-Treten der AO 1977 sind entgegen der früheren Rechtslage gem. § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO Einkünfte gesondert festzustellen, wenn an ihnen mehrere Personen beteiligt sind und deshalb eine Zurechnung der Einkünfte an diese Personen vorzunehmen ist. Demnach sind – sofern die veräußerten WG mehreren Personen gehören (s. hierzu Anm. 25) – die Einkünfte aus den privaten Veräußerungsgeschäften gesondert festzustellen (s. OFD Koblenz v. 28.8.2001, FR 2001, 1248). Die gesonderte Feststellung unterbleibt aber, wenn es sich um Fälle von geringerer Bedeutung handelt (§ 180 Abs. 3 Nr. 2 AO). Über die Frage, ob und ggf. inwieweit die Veräußerung des Anteils an einer PersGes. ein privates Veräußerungsgeschäft iSd. § 23 ist, ist nicht im Verfahren der einheitlichen und gesonderten Feststellung nach §§ 179 ff. AO zu entscheiden (BFH v. 13.10.1993 – X R 49/92, BStBl. II 1994, 86).

Einstweilen frei.

31–39

**Erläuterungen zu Abs. 1 Satz 1 erster Teil:  
„Private Veräußerungsgeschäfte ... sind ...“**

**A. Begriff des privaten Veräußerungsgeschäfts**

40

Die Zuordnung der Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften zu den sonstigen Einkünften ist in § 22 Nr. 2 geregelt (s. Anm. 8). Der Begriff der privaten Veräußerungsgeschäfte wird in § 23 Abs. 1 definiert. Die Vorschrift unterscheidet zwischen Veräußerungsgeschäften,

– bei denen die Veräußerung eine bestimmte Zeit nach der Anschaffung liegt (Satz 1 Nr. 1 und 2),

- bei denen die Veräußerung *vor* der Anschaffung erfolgt (Satz 1 Nr. 3), und
- die im Allgemeinen als Termingeschäfte bezeichnet werden (Satz 1 Nr. 4).

Aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber in den früheren Fassungen des Abs. 1 Satz 1 einleitend von „Spekulationsgeschäften“ sprach, konnte nicht gefolgert werden, dass § 23 das Vorliegen einer Spekulationsabsicht voraussetzte (s. Anm. 8 und 41); wohl aber wurde diese Gesetzesformulierung bei der Auslegung der Begriffsmerkmale „Anschaffung“ und „Veräußerung“ sowie der anderen Begriffsmerkmale des § 23 im Zweifelsfall berücksichtigt. Wie aus verschiedenen Formulierungen in den Äußerungen des Gesetzgebers zum StEntlG 1999/2000/2002 zB in der BTDrucks. 14/23, 180 hervorgeht, stellt er nach Änderung der Gesetzesüberschrift in „Private Veräußerungsgeschäfte“ zur Begründung seiner gesetzgeberischen Entscheidungen teilweise weiterhin auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Spekulationsabsicht ab.

## B. Spekulationsabsicht

**Schrifttum:** PANKOW, Zur Verfassungsmäßigkeit der Besteuerung von Grundstücks-Spekulationsgewinnen gemäß § 23 Abs. 1 Ziff. 1a EStG, StuW 1966, 487 ff.; Voss, Zur Verfassungsmäßigkeit der Spekulationsgewinnbesteuerung, BB 1966, 491; LABUS, Besteuerung von Spekulationsgewinnen, BB 1969, 1164; FAUT, Zur Problematik des § 23 Abs. 1 Ziff. 1a EStG (Spekulationsgeschäfte, Grundstücke betreffend) angesichts der herrschenden Preissteigerungen, StuW 1970, 681; JAKOBS, Die Spekulationssteuerpflicht bei der Veräußerung von Nachlassgegenständen, DB 1970, 1099; VANGEROW, Zur Tragweite des Begriffs der Spekulationsgeschäfte, StuW 1970, 329; NEEB, Die Besteuerung von Spekulationsgewinnen, StuW 1991, 52; Höck, Private Veräußerungsgeschäfte nach § 23 EStG: wirklich unabhängig von einer Veräußerungsabsicht?, FR 2000, 764.

**Rechtslage nach Inkrafttreten des StEntlG 1999/2000/2002:** Der BFH vertritt schon seit langem die Auffassung, dass die Spekulationsabsicht kein gesetzliches Tatbestandsmerkmal des § 23 sei (vgl. BFH v. 29.8.1969 – VI R 319/67, BStBl. II 1969, 705; s. sogleich). Mit dem StEntlG 1999/2000/2002 hat sich der Gesetzgeber dem angeschlossen. Durch das genannte Gesetz wurde die Überschrift des § 23 in „Private Veräußerungsgeschäfte“ geändert. Die im früheren Gesetzestext des § 23 enthaltenen Begriffe „Spekulationsgeschäfte“ und „Spekulationsgewinne“ wurden in der Neufassung nicht mehr verwendet. Damit ist auch durch den Gesetzeswortlaut klargestellt, dass die Spekulationsabsicht kein gesetzliches Tatbestandsmerkmal des § 23 ist. Ob das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Spekulationsabsicht bei der Auslegung in Zweifelsfällen noch zu beachten ist, ist uE ungeklärt, s. hierzu Anm. 40.

**Rechtswentwicklung:** Bis zum Inkrafttreten des StEntlG 1999/2000/2002 wurde die Frage nach der Spekulationsabsicht uneinheitlich beantwortet. In § 42 Abs. 2 Nr. 3 EStG 1925 waren die Einkünfte aus Spekulationsgeschäften ausdrücklich für stfrei erklärt, „wenn der Stpfl. dartut, dass der veräußerte Gegenstand nicht zum Zwecke gewinnbringender Wiederveräußerung erworben worden ist“. Mit der Neufassung im EStG 1934 sollte die Möglichkeit, durch den Nachweis fehlender Spekulationsabsicht stfrei zu bleiben, ausgeschlossen werden. Mit ihr „wollte der Gesetzgeber dem nie sicher zu entscheidenden Streit, wie der innere Beweggrund gewesen sei, ein für allemal ein Ende machen“ (BFH v. 4.7.1950 – IV 53/50, StuW 1950 Nr. 94). Eine eindeutige und befriedigende Lösung brachte die Neuregelung indes nicht, weil nunmehr die Unwiderlegbarkeit der Spekulationsabsicht teilweise als Verfassungsverstoß angesehen wurde. Manche bejahten einen Verstoß gegen Art. 1 GG, den Schutz der Menschenwürde (so insbes. FG Ba.-Württ. v. 23.11.1965, EFG 1966, 71). Andere sa-

hen in der Regelung einen Verstoß gegen Art. 3 GG (PANKOW, StuW 1966, 487; Voss, BB 1966, 491; WILCKE, StRK-Anm. EStG § 23 R. 28). BVerfG v. 9.7.1969 – 2 BvL 20/65 (BStBl. II 1970, 156) bejahte hingegen die Verfassungsmäßigkeit (glA VANGEROW, StuW 1970, 339; FAUT, StuW 1970, 68 1; zweifelnd LABUS, BB 1969, 1164), allerdings mit nicht einheitlicher Begründung.

BFH v. 29.8.1969 – VI R 319/67 (BStBl. II 1969, 705) folgte der von einem Teil der Verfassungsrichter vertretenen Auslegung, dass es für das Entstehen der StPflcht nicht darauf ankomme, ob der Stpfl. in spekulativer Absicht gehandelt habe, und führt aus, diese Auslegung der Verfassungsrichter stehe im Einklang mit der stRspr. des BFH. Der Auffassung des BFH stimmten zu: VANGEROW, StuW 1970, 339; FAUT, StuW 1910, 681; H 169 „Spekulationsabsicht“ EStH 1999; AA waren: LABUS, BB 1969, 1164; JAKOBS, DB 1970, 1099; NEEB, StuW 1991, 52 (56 f.). UE war der Auffassung des BFH (Urt. v. 29.8.1969 – VI R 319/67 aaO) zu folgen, dass die Spekulationsabsicht kein gesetzliches Tatbestandsmerkmal des Spekulationsgeschäfts iSd. § 23 Abs. 1 aF war. Auch spielte keine Rolle, ob die Möglichkeit, einen Spekulationsgewinn zu erzielen, voraussehbar war oder nicht. Dies schloss nicht aus, dass aus der Formulierung „Spekulationsgeschäfte“ in der Einleitung des Abs. 1 Nr. 1 Rückschlüsse bei der Auslegung der Begriffsmerkmale „Anschaffung“ und „Veräußerung“ sowie bei der Einkünfteermittlung gezogen wurden (s. Anm. 40).

Einstweilen frei.

42–44

## Erläuterungen zu Abs. 1 Satz 1 Nr. 1: Voraussetzungen eines privaten Veräußerungsgeschäfts bei Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten

### A. Überblick

45

Abs. 1 bestimmt, welche Geschäfte private Veräußerungsgeschäfte sind und welche Voraussetzungen im Einzelnen für die Annahme von privaten Veräußerungsgeschäften erfüllt sein müssen.

**Satz 1** behandelt die einzelnen privaten Veräußerungsgeschäfte, nämlich in

- Nr. 1 die Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten innerhalb eines Zeitraums von 10 Jahren zwischen Anschaffung und Veräußerung (Satz 1), die Einbeziehung der in diesem Zeitraum errichteten Gebäude, Eigentumswohnungen usw. in die Besteuerung (Satz 2) sowie die Ausnahme von der Besteuerung für WG, die zwischen Anschaffung (Errichtung) und Veräußerung zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurden (Satz 3),
- Nr. 2 die Veräußerung von anderen WG, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als 1 Jahr beträgt,
- Nr. 3 die Veräußerung von WG, bei denen die Veräußerung *vor* dem Erwerb erfolgt,
- Nr. 4 die Termingeschäfte.

**Satz 2** besagt, dass als Anschaffung auch die Überführung eines WG in das PV (durch Entnahme aus dem BV oder durch Betriebsaufgabe) gilt.

**Satz 3** ordnet an: Bei unentgeltlichem Erwerb sind dem Einzelrechtsnachfolger die Anschaffung des WG durch den Rechtsvorgänger und die der Anschaffung gleichzusetzenden Maßnahmen des Rechtsvorgängers zuzurechnen.

**Satz 4** schreibt vor, dass die Anschaffung/Veräußerung einer Beteiligung an einer PersGes. als Anschaffung/Veräußerung gilt.

**Satz 5** regelt, dass als Veräußerung anzusehen sind die Einlage eines WG in das BV (wenn die Veräußerung innerhalb von 10 Jahren seit Anschaffung des WG erfolgt) und die verdeckte Einlage in eine KapGes.

46–47 Einstweilen frei.

## B. Private Veräußerungsgeschäfte gem.

### Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1

#### I. Veräußerungsgeschäfte

##### 48 1. Grundsatz

Veräußerungsgeschäfte iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 sind grds. Rechtsgeschäfte, die die entgeltliche Übertragung von Grundstücken oder von Rechten, die den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegen, auf eine andere Person zum Inhalt haben (BFH v. 8.12.1981 – VIII R 125/79, BStBl. II 1982, 618; v. 2.5.2000 – IX R 73/98, BStBl. II 2000, 614). Die Veräußerung setzt grds. eine Willensbetätigung des Übertragenden voraus; s. zum gleichen Problem beim Begriff „Anschaffung“ Anm. 91 mwN. Unter Übertragung ist nicht die befristete Überlassung zur Nutzung, sondern die Übertragung des Eigentums an Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten zu verstehen. Deshalb ist zB die Bestellung des Erbbaurechts grds. keine (teilweise) Veräußerung des Grundstücks (TULLIUS, BB 1960, 169). Es genügt die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums (BFH v. 19.10.1971 – VIII R 84/71, BStBl. II 1972, 452; ebenso zur Anschaffung FG Nürnberg v. 30.6.1976, EFG 1976, 612, rkr.). Eine Veräußerung ist auch die Übertragung eines Teils eines WG in der Weise, dass ein Alleineigentümer mit einer anderen Person eine Miteigentümergeinschaft iSd. §§ 741 ff. BGB (Bruchteilsgemeinschaft) begründet. Für den Veräußerer liegt eine Veräußerung und für den Erwerber eine Anschaffung vor, und zwar jeweils in Höhe des vereinbarten Anteils. Zur Veräußerung ohne Entgelt, gegen Teilentgelt oder aufgrund laufender Bezüge s. Anm. 80.

49–50 Einstweilen frei.

#### 2. Schuldrechtliche Verträge

##### 51 a) Maßgeblichkeit des schuldrechtlichen Vertrags

Als Veräußerungsgeschäft wird nach stRspr. und Verwaltungspraxis idR der auf die Übertragung des WG gerichtete schuldrechtl. Vertrag angesehen; der Zeitpunkt des Abschlusses dieses Vertrags (und nicht des dinglichen Erfüllungsgeschäfts) ist für die Berechnung der Fristen (s. Anm. 115) maßgebend.

ZB RFH v. 14.3.1928, RSStBl. 1928, 180; v. 21.12.1932, RSStBl. 1933, 477; BFH v. 23.9.1966 – VI 147/65, BStBl. III 1967, 73; v. 19.10.1971 – VIII R 84/71, BStBl. II 1972, 452; v. 8.12.1981 – VIII R 125/79, BStBl. II 1982, 618 (zu einem privaten Devisentermingeschäft); v. 13.12.1983 – VIII R 16/83, BStBl. II 1984, 311; EL., DB 1983, 2498; BFH v. 4.6.2003 – X R 49/01, BStBl. II 2003, 751; v. 13.12.2005 – IX R 14/03, BStBl. II 2006, 513.

Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass sich der Stpfl. Werterhöhungen von WG innerhalb einer bestimmten Frist schon mit dem Abschluss des schuldrechtl.

Verpflichtungsgeschäfts wirtschaftlich zuführt (BFH v. 26.8.1975 – VIII R 61/72, BStBl. II 1976, 64; vgl. auch BFH v. 27.10.1967 – VI R 127/66 BStBl. II 1968, 142). Insoweit gilt nach § 23 Abs. 1 ein abweichender Begriff des Veräußerungsgeschäfts gegenüber § 6b (§ 6b Anm. 123), § 16 (§ 16 Anm. 60) und § 17 (BFH v. 30.6.1983 – IV R 113/81, BStBl. II 1983, 640); s. auch BFH v. 14.12.1982 – VIII R 54/81 (BStBl. II 1983, 315 [317]).

### b) Notwendiger Inhalt des Vertrags

52

**Lieferungsverpflichtung:** Ein schuldrechtl. Vertrag ist nur ein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1, wenn er die Verpflichtung beinhaltet, ein WG zu liefern (BFH v. 8.12.1981 – VIII R 125/79, BStBl. II 1982, 618, zu einem privaten Devisentermingeschäft), also das Eigentum an einer Sache zu übertragen oder Rechte abzutreten. Ohne eine solche Lieferungsverpflichtung kann nicht von der Veräußerung eines WG gesprochen werden (so die frühere Rspr. des BFH v. 6.12.1983 – VIII R 172/83, BStBl. II 1984, 132; v. 25.8.1987 – IX R 65/86, BStBl. II 1988, 248, zu privaten Devisentermingeschäften vor der Gesetzesänderung – Einfügung des Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 – durch das StEntlG 1999/2000/2002). Danach sind insbes. Kauf- und Tauschverträge Veräußerungsgeschäfte iSd. Abs. 1. Eine Lieferungsverpflichtung ist auch anzunehmen, wenn die Veräußerung trotz eines Wiederkaufsrechts an eine andere Person als den Wiederkaufsberechtigten erfolgt (RFH v. 22.9.1938, RStBl. 1939, 83); zur Ermittlung der Höhe der Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften bei Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch den Wiederkaufsberechtigten s. Anm. 289.

**Vorvertrag:** Auch ein rechtl. wirksamer und beide Parteien bindender Vorvertrag, einen Kaufvertrag über ein Grundstück abzuschließen, ist ein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 (BFH v. 13.12.1983 – VIII R 16/83, BStBl. II 1984, 311). Ein wirksamer Vorvertrag setzt voraus, dass sich die Vertragspartner über alle rechtserheblichen Merkmale geeinigt haben und dass der Inhalt des abzuschließenden Hauptvertrags im Übrigen zumindest bestimmbar ist. Weil in einem solchen Fall der Vorvertrag – anders als in dem Fall, in dem lediglich ein bindendes Verkaufsangebot vorliegt (s. Anm. 66) – dieselbe rechtl. Bindungswirkung wie ein Hauptvertrag hat, ist es gerechtfertigt, den Vorvertrag als Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 zu behandeln (ebenso zur Frage, ob aufgrund eines Vorvertrags eine Anschaffung vorliegt, BFH v. 23.4.1965 – VI 189/84, StRK EStG [bis 1974] § 23 R. 24; MITTELBACH, DStZ 1967, 253). Im Urteilsfall BFH v. 13.12.1983 – VIII R 16/83 aaO war die Bindung der zum Verkauf verpflichteten Person noch durch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung und einer Sicherungshypothek verstärkt; dies war jedoch für die Entscheidung – wie aus dem Leitsatz des Urteils zu entnehmen ist – nicht ausschlaggebend.

### c) Rechtswirksamkeit des Vertrags

53

Ein schuldrechtl. Vertrag kann grds. nur ein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 Nr. 1 sein, wenn er rechtswirksam zustande gekommen ist.

Vgl. BFH v. 19.10.1971 – VIII R 84/71, BStBl. II 1972, 452 (454); v. 13.12.1983 – VIII R 16/83, BStBl. II 1984, 311; FG Münster v. 11.1.1968, EFG 1968, 459, rkr.

Die Rechtswirksamkeit des Veräußerungsvertrags ist nach zivilrechtl. Rechtsgrundsätzen zu beurteilen (vgl. BFH v. 17.12.1997 – X R 88/95; BStBl. II 1998, 343). Insbes. muss die gesetzlich vorgeschriebene Form beachtet sein, zB die notarielle Beurkundung bei Grundstücksgeschäften nach § 311b BGB (früher § 313 BGB). Ohne Rechtswirksamkeit des schuldrechtl. Vertrags kann idR ein

Veräußerungsgewinn nicht verwirklicht sein. Wird nach einem rechtsunwirksamen schuldrechtl. Vertrag durch Übereignung das dingliche Geschäft vollzogen, ist die Übereignung (Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums) als Veräußerung iSd. Abs. 1 anzusehen (vgl. BFH v. 23.4.1965 – VI 189/64, StRK EStG [bis 1974] § 23 R. 24). BFH v. 15.12.1993 – X R 49/91 (BStBl. II 1994, 687) hat entschieden, dass ein unvollständig beurkundeter und deshalb formunwirksamer Kaufvertrag über ein Grundstück nach § 41 Abs. 1 AO eine für die Berechnung der Zweijahresfrist (nach heutigem Recht „Zehnjahresfrist“) maßgebende Veräußerung ist, sofern die Vertragsparteien das wirtschaftliche Ergebnis des Kaufvertrags eintreten und bestehen lassen (§ 41 Abs. 1 AO).

Streiten Vertragsparteien über die Wirksamkeit eines Kaufvertrags und wird die Wirksamkeit in einem später vereinbarten Vergleich bestätigt, so gilt für die Berechnung der Zehnjahresfrist der Zeitpunkt des ursprünglichen Vertrags und nicht der des Vergleichs (vgl. FG Ba.-Württ. v. 14.4.1994, EFG 1994, 1002, rkr.).

**Schwebende Unwirksamkeit:** Wirkt bei einem (notariellen) Kaufvertrag auf der Käuferseite ein vollmachtloser Vertreter mit und genehmigt der Käufer den Vertrag außerhalb der Veräußerungsfrist, so ist das Geschäft nicht nach Abs. 1 stbar (BFH v. 2.10.2001 – IX R 45/99, BStBl. II 2002, 10); teilweise anders hier bis Lfg. 174.

**Aufschiebende Bedingung:** Ist ein Vertrag aufschiebend bedingt, wird er erst wirksam, wenn die Bedingung eintritt (§ 158 BGB). Der Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung ist maßgebend für den Anschaffungs- und Veräußerungszeitpunkt des privaten Veräußerungsgeschäfts.

#### 54 d) Dingliche Erfüllung des Vertrags

Ein schuldrechtl. Vertrag ist nur dann ein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 Nr. 1, wenn die dingliche Erfüllung nachfolgt (ebenso FUHRMANN/ROSNER, DStZ 2006, 152 ff.). Um einen privaten Veräußerungsgewinn auch verwirklichen zu können, muss der Stpfl. das WG dinglich an einen Dritten übertragen. Die Vornahme eines schuldrechtl. Veräußerungsgeschäfts kann also solange nicht zur StPflcht führen, wie die dingliche Übertragung noch aussteht (FG Rhld.-Pf. v. 19.9.1958, EFG 1959, 49, rkr.; Hess. FG v. 1.3.1988, EFG 1988, 366, rkr.). Das dingliche Erfüllungsgeschäft braucht aber nicht auch innerhalb der Veräußerungsfrist vollzogen zu sein (vgl. TULLIUS, BB 1960, 169). Stellt sich nach Bestandskraft des Bescheids heraus, dass der schuldrechtl. Vertrag nicht dinglich erfüllt wird und wird deshalb der (bereits entrichtete) Kaufpreis zurückgezahlt, ist der Bescheid nach § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO zu ändern; ein Fall negativer Einnahmen (s. Anm. 293) liegt nicht vor, weil ein Veräußerungsgeschäft nicht zustande gekommen ist; zur Rückgängigmachung des Vertrags s. Anm. 57 und 293.

**Übertragung eines Wirtschaftsguts an Erfüllungsstatt** (§ 364 BGB): In diesem Fall ist das an Erfüllungsstatt übertragene WG (entgeltlich) veräußert; hierzu kritisch ТИЕТКЕ/ВÄЛЗХОЛЗ, DStZ 2002, 9. Veräußerungszeitpunkt ist uE in diesem Fall der Zeitpunkt der Leistung an Erfüllungsstatt.

55–56 Einstweilen frei.

#### 57 e) Rückgängigmachung und Änderungen des Vertrags

**Rücktritt, Minderung, sonstige Rückabwicklung:** Grds. kann ein Sachverhalt mit estl. Wirkung nicht rückwirkend gestaltet werden; s. ausführlich Einf. ESt. Anm. 685 ff. Dies gilt – nach heute wohl hM – nicht für eine Rückgängigmachung von Veräußerungsgeschäften oder für eine Minderung des Kaufpreises

(s. Einf. ESt. Anm. 697); ebenso BFH v. 14.12.1982 – VIII R 54/81 (BStBl. II 1983, 315 [318]) sowie v. 19.7.1993 – GrS 2/92 (BStBl. II 1993, 897...[899]); v. 27.6.2006 – IX R 47/04 (DStR 2006, 1835). Nach dieser Rspr. ist die Rückgewähr eines WG aufgrund eines Rücktritts nicht als eine Veräußerung, sondern als Rückgängigmachung des ursprünglichen Geschäfts anzusehen. Diese Grundsätze sind auch auf Veräußerungsgeschäfte iSd. Abs. 1 anzuwenden. Der BFH (Urt. v. 27.6.2006 – IX R 47/04, DStR 2006, 1835; zust. FISCHER, Anmerkung, jurisPR-SteuerR 51/2006, Anm. 3) hat zu Recht ausgesprochen, dass die Rückabwicklung eines Anschaffungsgeschäfts keine Veräußerung iSv. § 23 darstellt. In der Herausgabe des zuvor angeschafften WG liegt kein marktöffener Vorgang, sondern lediglich ein für die Rückabwicklung notwendiger Akt (zum Verhältnis dieser Entscheidung zu einem § 17 betreffenden Urteil des I. Senats v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424, s. ebenda; anders insoweit FISCHER aaO). Wird im Fall der Rückgängigmachung des schuldrechtl. Vertrags dieser dinglich nicht erfüllt und der Veräußerungspreis nicht gezahlt, so entfällt schon aus diesem Grund die Steuerbarkeit nach § 23 (s. Anm. 54). Wird der Kaufpreis gemindert und deshalb nicht entrichtet, fehlt es insoweit am Zufluss von Einnahmen. Hierzu und zur (teilweisen) Rückzahlung des Kaufpreises wegen Rückgängigmachung des Vertrags oder Minderung s. Anm. 293.

**Vertragliche Aufhebung von Verträgen:** Wird ein wirksamer Kaufvertrag über ein Grundstück vertraglich aufgehoben und gleichzeitig ein inhaltsgleicher Vertrag über dasselbe Grundstück abgeschlossen, so ist nach Auffassung des FG Münster v. 30.3.1981 (EFG 1982, 81, rkr.) der erste Vertrag als Veräußerung iSd. Abs. 1 Nr. 1 anzusehen (EL., DB 1983, 2498). AA war das Hess. FG v. 1.3.1988 (EFG 1988, 366, rkr.) in einem ähnlichen Fall. In einem Fall der Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung iSd. § 17 hat BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98 (BStBl. II 2000, 424) entschieden:

„Das wirtschaftliche Eigentum an einem WG geht auch dann auf den Erwerber über, wenn dieser alsbald nach Abschluss des Erwerbsgeschäfts dessen Rückabwicklung betreibt und das Geschäft tatsächlich rückgängig gemacht wird. Überträgt der Erwerber einer wesentlichen Beteiligung diese in der Folgezeit auf den Veräußerer zurück, weil der Veräußerer ihn über den Wert der Beteiligung getäuscht hat, so ist die Rückübertragung eine Veräußerung iSd. § 17.“

Diese Grundsätze gelten uE auch für private Veräußerungsgeschäfte iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1.

**Verträge unter auflösender Bedingung:** Werden Veräußerungsverträge unter einer auflösenden Bedingung (§ 158 BGB) abgeschlossen, so sind uE die Grundsätze von BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98 (aaO) entsprechend anzuwenden.

**Erhöhung des Kaufpreises:** BFH v. 15.12.1993 – X R 49/91 (BStBl. II 1994, 687) hat entschieden: Wird infolge von Meinungsverschiedenheiten über die Formgültigkeit des innerhalb der Frist zwischen Anschaffung und Veräußerung abgeschlossenen Grundstückskaufvertrags der Kaufpreis erhöht, kann der erhöhte Kaufpreis auch dann Veräußerungspreis iSd. Abs. 3 sein, wenn die Erhöhung nach Ablauf der Frist zwischen Anschaffung und Veräußerung vereinbart und beurkundet wird. Dieser Auffassung kann uE nur gefolgt werden, wenn sich die nachträgliche Erhöhung des Kaufpreises als Gestaltungsmissbrauch iSd. § 42 AO erweist.

**Wiederkauf** (s. Anm. 92) macht die ursprüngliche Veräußerung nicht stl. unwirksam (vgl. BFH v. 2.2.1982 – VIII R 3/79, BStBl. II 1982, 459).

Einstweilen frei.

58–60

### 61 3. Eigentumsübertragung vor Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags

Mehrfach hat der BFH ausgeführt, dass, wenn das dingliche Rechtsgeschäft (Übereignung oder Abtretung) *vor* dem Abschluss des schuldrechtl. Vertrags (zB Übereignung von Wertpapieren vor Einigung über die Höhe des Kaufpreises) vollzogen sei, schon das dingliche Geschäft als Veräußerung iSd. Abs. 1 anzusehen sei, und zwar auch dann, wenn das schuldrechtl. Geschäft nach Ablauf der Veräußerungsfrist abgeschlossen werde.

BFH v. 27.10.1967 – VI R 127/66, BStBl. II 1968, 142; v. 15.1.1974 – VIII R 63/68, BStBl. II 1974, 606; v. 13.12.1983 – VIII R 16/83, BStBl. II 1984, 311.

Dies gilt entsprechend, wenn das wirtschaftliche Eigentum übertragen wird und das schuldrechtl. Geschäft nachfolgt (BFH v. 19.10.1971 – VIII R 84/71, BStBl. II 1972, 452; BERGMANN, BB 1979, 569).

62–63 Einstweilen frei.

### 4. Wirtschaftlich einem Kauf- oder Tauschvertrag gleichzustellende Vereinbarungen oder Vorgänge

#### 64 a) Grundsatz

Nicht nur Kaufverträge und Tauschverträge können Veräußerungsgeschäfte iSd. Abs. 1 sein. Nach stRspr. gehören zu ihnen auch Vereinbarungen und Vorgänge, die einem Kaufvertrag wirtschaftlich gleichzustellen sind.

RFH v. 14.3.1934, RStBl. 1934, 711; BFH v. 17.5.1959 – VI 67/58 U, BStBl. III 1959, 346; v. 30.11.1962 – VI 253/61, StRK EStG [bis 1974] § 23 Nr. 12; v. 27.10.1967 – VI R 127/66, BStBl. II 1968, 142; v. 15.1.1974 – VIII R 63/68, BStBl. II 1974, 606; v. 13.12.1983 – VIII R 16/83, BStBl. II 1984, 311; TULLIUS, BB 1960, 169.

Dies ist der Fall, wenn durch Vereinbarungen das wirtschaftliche Eigentum übertragen oder wenn durch Vereinbarungen oder Vorgänge für den Stpfl. einem Kaufvertrag vergleichbare Bindungen, WG zu übereignen, geschaffen werden. Auch in diesen Fällen muss die dingliche Erfüllung – wenn auch außerhalb der Veräußerungsfrist – nachfolgen (s. Anm. 54).

Auch ein tauschähnliches Geschäft fällt unter § 23. Es liegt zB vor, wenn ein Gesellschafter ein WG seines PV in eine PersGes. gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten einbringt (BFH v. 19.10.1998 – VIII R 69/95, BStBl. II 2000, 230; BMF v. 29.3.2000, BStBl. I 2000, 462).

Zur Veräußerung in Zwangsversteigerungsverfahren s. Anm. 76.

65 Einstweilen frei.

#### 66 b) Verkaufsangebot des späteren Verkäufers

Ein Verkaufsangebot allein reicht grds. nicht aus, um ein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 zu begründen (BFH v. 7.8.1970 – VI R 166/67, BStBl. II 1970, 806; v. 13.12.1983 – VIII R 16/83, BStBl. II 1984, 311). Anders ist es nur, wenn zum Angebot noch Umstände hinzutreten, durch die zusammen mit dem Angebot rechtl. und tatsächlich eine Situation geschaffen wird, die der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums entspricht oder einem Kaufvertrag gleichzusetzen ist. Die Befristung des Verkaufsangebots auf einen erst nach Ablauf der Veräußerungsfrist beginnenden Zeitraum steht dem nicht entgegen. Voraussetzung für die Bejahung eines Veräußerungsgeschäfts ist jedoch, dass das Verkaufsangebot rechtl. wirksam – also zB nicht formungültig – ist (BFH v. 19.10.1971 – VIII R 84/71, BStBl. II 1972, 452). Die Rspr. hat ein Veräußerungsgeschäft iSd.

Abs. 1 bejaht, wenn zum verbindlichen Angebot, ein Grundstück zu verkaufen, folgende Umstände hinzukommen:

- ▷ *Erteilung einer Vollmacht* an einen Dritten zur Erklärung der Auflassung, Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung, Nutzungsüberlassung durch Abschluss eines Mietvertrags, Verrechnung der Mietzahlungen mit vom Anbieter geschuldeten Darlehenszinsen (BFH v. 23.9.1966 – VI 147/65, BStBl. III 1967, 73);
- ▷ *Darlehensgewährung* in Höhe des im Angebot angegebenen Kaufpreises, Bestellung eines Erbbaurechts zugunsten des späteren Käufers mit der Verpflichtung des Verkäufers des Grundstücks an den jeweiligen Erbbauberechtigten, Übertragung der Nutzung des Grundstücks und der Lasten durch den späteren Käufer (BFH v. 15.1.1974 – VIII R 63/68, BStBl. II 1974, 606).

BFH v. 7.8.1970 – VI R 166/67 (BStBl. II 1970, 806) hat in einem den vorgenannten Urteilsfällen ähnlichen Fall, in dem allerdings Besitz und Nutzung nicht vor dem Eigentumsübergang übertragen worden waren, ein Veräußerungsgeschäft im Wesentlichen mit der Begründung verneint, es fehle der Übergang des Besitzes und der Nutzungen auf den späteren Eigentümer. Andererseits hat der BFH (Urt. v. 23.1.1992 – IV R 95/90, BStBl. II 1992, 553) im Fall einer Veräußerung iSd. § 14a Abs. 1 und 3 (die er begrifflich einer Veräußerung iSd. § 23 Abs. 1 gleichstellt) die Abgabe eines verbindlichen Verkaufsangebots gegen Gewährung eines zinslosen Darlehens in Höhe des vorgesehenen Kaufpreises und Eintragung einer Auflassungsvormerkung als Veräußerung angesehen, ohne dass Besitz, Nutzungen, Lasten und Gefahr vor Übereignung übergegangen waren; der BFH war allerdings der Meinung, dass dieser Mangel im Streitfall durch zusätzliche Vereinbarungen (ua. Ausschluss anderer Personen von der Nutzung des Grundstücks und Gestattung bergbaurechtl. Einwirkungen zugunsten des späteren Eigentümers) kompensiert worden sei.

Aus diesen Urteilen ist zu entnehmen, dass ein bindendes Verkaufsangebot hinsichtlich eines Grundstücks nicht schon dann ein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 ist, wenn die zum Angebot hinzutretenden Umstände lediglich bedeuten, dass der Verkaufswillige alles für den endgültigen Vertragsabschluss Erforderliche getan hat (vgl. BFH v. 7.8.1970 – VI R 166/67, BStBl. II 1970, 806). Anders ist dies nur, wenn die Voraussetzungen des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums gegeben sind (zum Begriff des wirtschaftlichen Eigentums s. § 2 Anm. 144) oder wenn aufgrund weiterer Umstände – insbes. auch Handlungen des Empfängers des Angebots – angenommen werden kann, dass dieser schon vor der Annahme wirtschaftlich einem Käufer gleichsteht.

### c) Kaufangebot des späteren Käufers

67

Ebenso wie das bindende Verkaufsangebot des Verkäufers ist auch das bindende Angebot des Käufers, ein Grundstück kaufen zu wollen, kein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1. Selbst wenn hinzukommt, dass dem späteren Käufer ein Nießbrauchsrecht und ein Vorkaufsrecht eingeräumt werden und er Anzahlungen auf den späteren Kaufpreis leistet, rechtfertigt dies nicht, in diesem Vorgang ein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 zu erblicken (FG Hamb. v. 10.1.1985, EFG 1985, 501, rkr.; s. auch Anm. 68).

### d) Vorkaufsrecht

68

Die Einräumung eines Vorkaufsrechts allein ist keine Veräußerung iSd. Abs. 1, weil es den Vorkaufsverpflichteten nur bedingt verpflichtet und er nicht gehin-

dert ist, einen Kaufvertrag mit einem Dritten abzuschließen (BFH v. 8.4.2003 – IX R 1/01, BFH/NV 2003, 1171). Dies gilt selbst dann, wenn das Vorkaufrecht durch eine Auflassungsvormerkung gesichert ist und das Grundstück, auf das sich das Vorkaufrecht bezieht, an den Vorkaufsberechtigten unter Übernahme der Bauverpflichtung des Vorkaufsverpflichteten verpachtet ist, und wenn ferner der Vorkaufsberechtigte ein privatschriftliches (also formungültiges) Angebot abgibt, das Grundstück kaufen zu wollen (BFH v. 19.10.1971 – VIII R 84/71, BStBl. II 1972, 452, mit zustimmender Anm. von MITTELBACH, StRK-Anm., EStG § 23 R. 41; FICHTELMANN, FR 1972, 395). Das FG Hamb. v. 10.1.1985 (EFG 1985, 501, rkr.) hat bei ähnlicher Sachlage (Vereinbarung eines Vorkaufs- und Nießbrauchsrechts, Abgabe eines formgerechten Kaufangebots und Leistung von Anzahlungen) die Annahme eines Veräußerungsgeschäfts abgelehnt (vgl. auch FG Münster v. 11.1.1968, EFG 1968, 459, rkr.).

69–72 Einstweilen frei.

## 5. Enteignung, Veräußerung unter Zwang, Zwangsversteigerung

### 73 a) Enteignung

Eine Enteignung ist die Entziehung von Eigentum an Sachen oder Rechten durch staatlichen Hoheitsakt; sie ist also eine Maßnahme, die gegen oder ohne den Willen des Eigentümers (Rechtsinhabers) vollzogen wird. Dagegen ist unter einem Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 nur ein Eigentumsübergang zu verstehen, der vom Willen des Veräußernden getragen ist; s. Anm. 48 und zum Begriffsmerkmal „Anschaffung“ Anm. 91.

**Kein Veräußerungsgeschäft:** Die Enteignung eines Grundstücks oder eines anderen WG ist uE wegen des fehlenden rechtsgeschäftlichen Charakters der Enteignung kein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1. Hierfür spricht auch der Wortlaut dieser Vorschrift, die im Einleitungssatz ein „Veräußerungsgeschäft“ fordert. Die Formulierung „Geschäft“ deutet darauf hin, dass eine Veräußerung nur angenommen werden kann, wenn sie auf dem Übereignungswillen des Veräußerers beruht.

Schon bei den Beratungen des EStG 1925 hat POPITZ im Reichstagsausschuss erklärt, Zwangsenteignungen fielen nicht unter § 42 EStG 1925 (STRUTZ, EStG 1925 § 42 Anm. 2 und 4). AA SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVI. § 23 Rn. 55. Ausdrücklich offen gelassen in BFH v. 29.6.1962 – VI 82/61 U, BStBl. III 1962, 387; in diesem Urteil führte der BFH zwar aus, dass es für eine Veräußerung unerheblich sei, ob sie auf „freiem Willensentschluss“ beruhe; dies bezog sich aber offensichtlich nur auf die Fälle, dass eine Veräußerung unter Zwang und bei Ersatzbeschaffung (s. Anm. 75) vorliegt.

Der hier vertretenen Auffassung steht nicht entgegen, dass die Entschädigungen für eine Enteignung von WG des BV betriebliche Einnahmen sind und dass ferner Enteignungen zu den Veräußerungen iSd. § 14 (§ 14 Anm. 23 und Anm. 100 „Behördlicher Zwang“), § 16 (RFH v. 9.2.1938, StuW Nr. 139), § 17 (§ 17 Anm. 70) und § 18 Abs. 3 gehören. Für die Besteuerung in diesen Fällen ist *allein* entscheidend, dass eine Gewinnverwirklichung gegeben ist. Anders ist es bei privaten Veräußerungsgeschäften iSd. § 23. Bei diesen kommt es nämlich nicht nur auf die Gewinnverwirklichung, sondern – wie erwähnt – auch darauf an, dass das WG mit Willen des Stpfl. übertragen wird. Würde die Besteuerung nach § 23 Abs. 1 allein von der Gewinnrealisierung abhängen, hätte der Gesetzgeber – wie bei den übrigen Einkünften – folgerichtig auch den Verlustausgleich und Verlustabzug mit anderen Einkünften als solchen iSd. § 23 zulassen müssen.

**Ersatzbeschaffung:** Da Enteignungen keine Veräußerungsgeschäfte iSd. Abs. 1 sind, sind uE die für sie gezahlten Entschädigungen – anders als bei Veräuße-

rungen unter Zwang (s. Anm. 75) – auch dann nach Abs. 1 nicht stbar, wenn von der Entschädigung kein ErsatzWG angeschafft wird (aA EN, DB 1976, 317). Würde man der Auffassung folgen, dass auch Enteignungen Veräußerungsgeschäfte iSd. Abs. 1 sind, entfiele eine Besteuerung allerdings bei Beschaffung eines ErsatzWG (s. hierzu Anm. 75).

**Einzelfälle:** Eine Enteignung im vorgenannten Sinne liegt auch bei einem Zwangsumtausch von Grundstücken im Umlegungsverfahren vor, so dass in diesem Fall kein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 angenommen werden kann (OFD Düss. v. 17.9.1958, DB 1958, 1047); s. Anm. 97. Ebenso ist es uE bei der Wegnahme von Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren. Anders ist es uE aber bei einer Zwangsversteigerung von Gegenständen, weil in diesem Fall der Eigentumsübergang vom Schuldner auf den Ersteigerer auf einem titulierten Geldanspruch besteht, den der Schuldner (Veräußerer) zu vertreten hat (s. zur Zwangsversteigerung auch Anm. 76).

Einstweilen frei.

74

## b) Veräußerung unter Zwang

75

**Grundsatz:** Von der Enteignung ist die Veräußerung unter Zwang zu unterscheiden. Wird ein Grundstück veräußert, so kommt es für die Annahme eines privaten Veräußerungsgeschäfts nach allgemein anerkannter Auffassung nicht darauf an, aus welchem Beweggrund die Veräußerung erfolgt. Insbes. ist nicht erforderlich, dass der Stpfl. mit Spekulationsabsicht handelt (s. näher Anm. 41). Danach sind die Voraussetzungen eines Veräußerungsgeschäfts iSd. Abs. 1 grds. auch erfüllt, wenn ein WG unter Zwang veräußert wird. Krankheit (BFH v. 29.8.1969 – VI R 319/67, BStBl. II 1969, 705), Zahlungsunfähigkeit, Trennung vom Ehepartner uä. stehen der Annahme eines Veräußerungsgeschäfts nicht entgegen (s. BFH v. 8.4.2003 – IX R 1/01, BFH/NV 2003, 1171, mwN; zum sogenannten „squeeze out“ bei Wertpapieren s. Anm. 146). Eine Veräußerung unter Zwang führt aber nach wohl einhelliger Meinung dann nicht zu einer Besteuerung nach Abs. 1, wenn der Veräußerer ein ErsatzWG anschafft (s.u.).

RFH v. 20.1.1937, RStBl. 1937, 794; BFH v. 5.5.1961 – VI 107/60 U, BStBl. III 1961, 385; v. 29.6.1962 – VI 82/61 U, BStBl. III 1962, 387; v. 22.11.1963 – VI 120/62, HFR 1964, 157; v. 8.4.1964 – VI 88/63, HFR 1964, 342; v. 16.1.1973 – VIII R 96/70, BStBl. II 1973, 445; v. 7.12.1976 – VIII R 134/71, BStBl. II 1977, 209. Ebenso GADISCHKE, StWa. 1966, 53, VANGEROW, StuW 1970, 332; FELLA, StWa. 1982, 115 (118); EL, DB 1983, 2498; H 23 „Enteignung“ EStH 2005.

**Zwangslage:** Eine Zwangslage, die eine Veräußerung iSd. Abs. 1 im Fall einer Ersatzbeschaffung ausschließt, kann insbes. bei einer bevorstehenden Enteignung angenommen werden. Der BFH bejaht aber eine solche Zwangslage nur, wenn eine Enteignung „unmittelbar“ droht (bevorsteht), nicht aber, wenn sie „künftig zu erwarten“ ist (BFH v. 16.1.1973 – VIII R 96/70, BStBl. II 1973, 445; GRIEGER, DStZ 1973, 216).

**Ersatzbeschaffung:** Wird ein WG unter Zwang veräußert, so liegt ein Veräußerungsgeschäft nur dann nicht vor, wenn der Stpfl. mit dem Veräußerungserlös ein ErsatzWG anschafft; so die stRspr. (s. Hinweise oben unter „Grundsatz“). Die Rspr. begründet dies damit, dass Veräußerungen unter Zwang auch bei der Gewinnermittlung nach §§ 4 und 5 und alsbaldiger Anschaffung eines ErsatzWG nicht zu einer Gewinnverwirklichung und damit auch nicht zu einer StPflcht führten; dies müsse aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtung auch für Veräußerungen nach § 23 gelten, weil sonst ein sinn- und systemwidriges Ergebnis erzielt werde (BFH v. 29.6.1962 – VI 82/61 U, BStBl. III 1962, 387).

Nach BFH v. 16.1.1973 – VIII R 96/70 (BStBl. II 1973, 445) müssen Veräußerung und Anlage des Veräußerungserlöses wirtschaftlich eine Einheit bilden, und zwar „ohne wesentliche Besser- oder Schlechterstellung“ des Stpfl.

► *Frist*: Die StFreiheit tritt nur ein, wenn das ErsatzWG alsbald beschafft wird (BFH v. 22.11.1963 – VI 120/62, HFR 1964, 157; v. 16.1.1973 – VIII R 96/70, BStBl. II 1973, 445). BFH v. 29.6.1962 – VI 82/61 U (BStBl. III 1962, 387) verweist hierzu auf die Regelung der FinVerw. zur Rücklage bei Ersatzbeschaffung in Abschn. 35 Abs. 6 EStR 1960 (entspricht im Wesentlichen R 6.6 Abs. 4 EStR 2005).

► *Ersatzwirtschaftsgut*: Nur wenn das angeschaffte WG wirtschaftlich dieselbe oder eine entsprechende Aufgabe erfüllt wie das veräußerte WG, ist ein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 Nr. 1 zu verneinen (BFH v. 29.6.1962 – VI 82/61 U, BStBl. III 1962, 387).

► *Veräußerung des Ersatzwirtschaftsguts*: s. Anm. 94.

## 76 c) Zwangsversteigerung

Die Abgabe des Meistgebots im Zwangsversteigerungsverfahren ist uE ein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1, und zwar eine Veräußerung des Eigentümers an den Meistbietenden (s. auch Anm. 73 aE). In der Wirkung entspricht die Abgabe des Meistgebots dem Abschluss eines schuldrechtl. Kaufvertrags zwischen Eigentümer und Meistbietendem (BFH v. 28.6.1977 – VIII R 30/74, BStBl. II 1977, 827); s. auch Anm. 93 und 350 „Meistgebot“. Der Meistbietende erwirbt mit der Abgabe des Meistgebots den Anspruch auf Eigentumsübertragung. Auch bei der Zwangsversteigerung einer wesentlichen Beteiligung nach § 17 wird eine Veräußerung angenommen (s. § 17 Anm. 70).

**Abtretung des Rechts aus dem Meistgebot**: Tritt der Meistbietende seinen Anspruch auf Übergang des versteigerten Grundstücks ab, so ist nach BFH v. 28.6.1977 – VIII R 30/74 (aaO) die Abtretung als Veräußerung des (durch die Abgabe des Meistgebots angeschafften) Grundstücks anzusehen.

**Verwertung einer Grundschuld**: Zum Zeitpunkt der Veräußerung s. RFH v. 19.11.1942 (RStBl. 1943, 9). UE ist jedoch die Einziehung einer Forderung keine Veräußerung iSd. § 23; s. Anm. 141.

77–78 Einstweilen frei.

## 79 6. Aufhebung einer Miteigentümergeinschaft und Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft

Bei der Aufhebung von Miteigentümergeinschaften und der Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften sind Vorgänge gegeben, die für den einen Beteiligten eine Anschaffung iSd. Abs. 1 und für den anderen Beteiligten eine Veräußerung iSd. Abs. 1 bilden können. Diese Tatbestände werden zusammenhängend in Anm. 95 behandelt.

## 80 7. Unentgeltliche oder teilentgeltliche Übertragung sowie Übertragung gegen laufende lebenslängliche Bezüge

**Schenkung**: Eine Veräußerung iSd. Abs. 1 liegt nur vor, wenn der Veräußerer ein Entgelt erhält (Gron, StuW 1984, 217 [236]); ebenso in den Fällen des § 17 (s. § 17 Anm. 70, 80). Dies folgt auch aus § 23 Abs. 3 Satz 1, der für ein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 die Zahlung eines „Veräußerungspreises“ voraussetzt. Diese Auslegung des Begriffs „Veräußerungsgeschäft“ hat zwar insofern keine praktische Bedeutung, als die Nichtzahlung eines Veräußerungspreises zur

Folge hat, dass keine Veräußerungsgewinne entstehen; sie bedeutet aber auch, dass im Fall einer unentgeltlichen Übertragung eines WG auch keine Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften anfallen, die mit positiven Einkünften aus anderen privaten Veräußerungsgeschäften ausgeglichen werden können.

Zur vorweggenommenen Erbregelung, gemischten Schenkung (teilentgeltlichen Übertragung) und Übertragung gegen lebenslängliche Bezüge s. Anm. 231, 236.

Einstweilen frei.

81–82

## II. Grundstücke

83

Grundstücke iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 sind zum einen der Grund und Boden und zum anderen Gebäude (über Grundstücke im Ausland s. Anm. 16). Hierbei handelt es sich auch iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 um zwei selbständige WG, die ggf. auch unterschiedlich zu behandeln sind (BFH v. 30.11.1976 – VIII R 202/72, BStBl. II 1977, 384; v. 29.3.1989 – X R 4/84, BStBl. II 1989, 652). Zu Gebäuden, die innerhalb des Zeitraums zwischen Anschaffung des Grundstücks und Veräußerung errichtet werden, s. Anm. 120 ff.

**Keine Grundstücke:** Bodenschätze gehören uE nicht zu dem WG „Grundstück“ iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 (ebenso BFH v. 18.3.1980 – VIII R 148/78, BStBl. II 1981, 794, zu § 7 Abs. 6; FG München v. 13.9.2006, EFG 2007, 188, nrkr., NZB Az. BFH IX B 178/06). Allerdings gehören sie zu den grundstücksgleichen Rechten (ebenso FG München v. 13.9.2006, EFG 2007, 188, nrkr.; anders die Vorbearbeitung; s. noch sogleich Anm. 85).

**Abtretung des Anspruchs auf Grundstücksübereignung:** Tritt ein Stpfl., der einen Grundstückskaufvertrag abgeschlossen hat, den Anspruch auf Übertragung des Grundstücks an einen Dritten ab, handelt es sich – weil die Anschaffung eines Grundstücks schon bei Abschluss des (schuldrechtl.) Kaufvertrags gegeben ist (Anm. 92) – um ein privates Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 und nicht um ein privates Veräußerungsgeschäft nach Abs. 1 Nr. 2; maßgebliches WG ist in diesem Fall nämlich das Grundstück und nicht etwa der Anspruch auf Grundstücksübereignung (vgl. BFH v. 28.6.1977 – VIII R 30/74, BStBl. II 1977, 827).

**Kaufoption** auf ein Grundstück ist kein Grundstück iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1, sondern ein WG iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (BFH v. 19.5.1982 – I R 257/78, BStBl. II 1982, 768 zu § 23 Abs. 1 Satz. 1 Nr. 1 Buchst. b idF des EStG 1997); s. Anm. 150. Die Option unterscheidet sich von dem Anspruch auf Übertragung aufgrund eines Kaufvertrags, weil die Option keine Verpflichtung zur Abnahme enthält.

**Miteigentumsanteile an Grundstücken** (Bruchteileigentum, § 741 BGB) sind Grundstücke iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 (vgl. BFH v. 4.10.1990 – X R 148/88, BStBl. II 1992, 211). Zur Veräußerung eines Grundstücks, nachdem ein Miteigentümer den Miteigentumsanteil des anderen Miteigentümers erworben hat, s. Anm. 111.

**Der Erbschafts Kauf** (§§ 2371 ff. BGB) ist ein Vertrag über die Anschaffung/Veräußerung der Gesamtheit der dem Erben zugefallenen Vermögensgegenstände. Der Erbschaftskäufer erwirbt die verkauften Gegenstände durch Einzelrechtsnachfolge. Soweit die verkauften WG zu den WG iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 gehören, gilt die Veräußerungsfrist von 10 Jahren, im anderen Fall gilt gem. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 die Veräußerungsfrist von 1 Jahr.

**Restitutionsanspruch:** Nach BFH v. 13.12.2005 – IX R 14/03 (BStBl. II 2006, 513) steht der Erwerb eines Restitutionsanspruchs der Anschaffung des von diesem erfassten Grundstücks gleich. Der entgeltliche Erwerb des Anspruchs und die Veräußerung des entsprechenden Grundstücks sind daher grundsätzlich als Anschaffung und Veräußerung iSv. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 anzusehen. Für die Fristberechnung kommt es auf die geschlossenen obligatorischen Geschäfte an.

### III. Rechte, die den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegen

#### 84 1. Grundsatz

Für die Besteuerung der privaten Veräußerungsgeschäfte werden – wie auch bei der Besteuerung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung (§ 21 Abs. 1 Nr. 1) – den Grundstücken die Rechte gleichgestellt, die den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegen.

Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 nennt als Beispiele für derartige Rechte das Erbbaurecht und das Mineralgewinnungsrecht (s. Anm. 85). Das in früheren Fassungen des § 23 erwähnte Erbpachtrecht ist gestrichen worden (s. Anm. 4), weil ihm keine praktische Bedeutung mehr zukam.

#### 85 2. ABC der grundstücksgleichen Rechte

**Bergbauberechtigungen** sind grundstücksgleiche Rechte iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1. Nach dem BBergG sind Bergbauberechtigungen Rechte zur Aufsuchung bestimmter bergfreier Bodenschätze; sie begründen das Recht, die Bodenschätze im Bewilligungsfeld zu gewinnen und das Eigentum daran zu erwerben.

**Bodenschätze:** Nach zutreffender Auffassung des FG München v. 13.9.2006 (EFG 2007, 188, nrkr., NZB Az. BFH IX B 178/06) sind Bodenschätze eigenständige WG. Es handelt sich um grundstücksgleiche Rechte, da sie den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegen, konkret den §§ 873 ff. BGB (FG München aaO, anders noch die Vorbearbeitung, s. auch Anm. 83 „Keine Grundstücke“). Es gilt dementsprechend die zehnjährige Frist des Abs. 1 Satz 1 Nr. 1. Zur Qualifikation eines Bodenschatzes s. auch BFH v. 4.12.2006 – GrS 1/05, BStBl. II 2007, 508.

**Dauerwohnrechte** (§§ 31 ff. WEG) gehören *nicht* zu den grundstücksgleichen Rechten, sondern zu den anderen WG iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (str., offen gelassen in BFH v. 11.8.1967 – VI R 67/66, BStBl. III 1967, 685).

#### **Erbbaurecht:**

► *Grundsatz:* Das Erbbaurecht ist das veräußerliche und vererbliche Recht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (§ 1 Erbbaurechtsgesetz). Dieses Recht ist als Beispiel in Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 für grundstücksgleiche Rechte genannt. Voraussetzung für die Annahme eines privaten Veräußerungsgeschäfts ist, dass das Erbbaurecht angeschafft wurde. Eine Anschaffung in diesem Sinne ist gegeben, wenn jemand, zu dessen Gunsten der Eigentümer das Erbbaurecht bestellt hat, dieses an einen Dritten verkauft oder unentgeltlich überträgt; Verkauf und unentgeltliche Übertragung stellen für den Dritten eine Anschaffung iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 dar (vgl. BFH v. 23.11.1993 – IX R 84/92, BStBl. II 1994, 292).

► *Bestellung durch den Eigentümer:* Die Rspr. hat angenommen, dass auch in der Bestellung des Erbbaurechts durch den Eigentümer eine Anschaffung zugunsten des Erbbauberechtigten liegt (BFH v. 30.11.1976 – VIII R 202/72, BStBl. II 1977, 384; BMF v. 5.10.2000, BStBl. I 2000, 1383 Tz. 14) und die Erbbauzinsen das Entgelt für die Anschaffung sind (FG Münster v. 28.11.1969, EFG 1970, 223, rkr.; anders aber nunmehr BFH v. 23.9.2003 – IX R 65/02, BStBl. II 2005, 159). Hiergegen bestehen uE Bedenken, weil der Erbbauberechtigte das Entgelt für eine zeitlich begrenzte Nutzungsüberlassung an den Eigentümer zahlt (ebenso SLOMMA, BB 1981, 2004; KORN, KÖSDI 2000, 12479 [12482]; s. auch BFH v. 7.3.2007 – I R 60/06, DStR 2007, 1033). Das Erbbaurechtsverhältnis wird estl. wie ein Miet- oder Pachtverhältnis (verdinglichtes Nutzungsverhältnis) gewertet und demgemäß der Erbbauzins – falls das Grundstück zum PV gehört – den Einkünften aus VuV zugerechnet (BFH v. 11.10.1963 – VI 251/62 U, BStBl. III 1963, 564; v. 4.7.1969 – VI R 259/67, BStBl. II 1969, 724; v. 20.11.1980 – IV R 126/78, BStBl. II 1981, 398; v. 19.1.1982 – VIII R 102/78, BStBl. II 1983, 413 [416]; v. 23.9.2003 – IX R 65/02, BStBl. II 2005, 159). Der Erbbauberechtigte zahlt den Erbbauzins – auch wenn er in einem Einmalbetrag besteht – ebenso wie der Mieter oder Pächter für eine Nutzungsüberlassung und nicht für eine Anschaffung (FG Ba.-Württ. v. 30.9.1992, EFG 1993, 233, rkr., unter Hinweis auf BFH v. 17.4.1985 – I R 132/81, BStBl. II 1985, 617). Der Erbbauzins ist uE deshalb kein Entgelt iSd. Abs. 1 (ebenso BFH v. 23.9.2003 – IX R 65/02, BStBl. II 2005, 159; BLÜMICH/GLENK, § 23 Rn. 57; s. auch Anm. 276).

Die Anschaffung eines Erbbaurechts iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 setzt voraus, dass der „Besteller“ bereits Inhaber des Erbbaurechts ist und dieses als Rechtsvorgänger auf den Erwerber überträgt; dies ist nicht möglich, weil erst durch die Bestellung das Erbbaurecht geschaffen wird. Deshalb scheidet uE auch die Möglichkeit eines teilweise unentgeltlichen Erwerbs aus (abweichend hier noch in der Lfg. 174 hinsichtlich einmaliger Aufwendungen bei Bestellung des Erbbaurechts). Abs. 1 Satz 3 führt zu keinem anderen Ergebnis; denn es liegt keine Anschaffung durch einen Rechtsvorgänger vor, die dem Erbbauberechtigten zugerechnet werden könnte. S. hierzu auch Anm. 350 „Erbbaurecht“.

**Fischereirechte** (landesgesetzlich geregelt, Überblick über die landesrechtl. Regelungen bei MünchKomm./SÄCKER, 4. Aufl. 2006, Art. 69 EGBGB Rn. 8f.) gehören zu den grundstücksgleichen Rechten.

**Kuxe älteren Rechts** zählen nicht zu den grundstücksgleichen Rechten, sondern zu den WG iSd. Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b idF des EStG 1997. Diese Regelung ist aber heute gegenstandslos, weil die bergrechtl. Gewerkschaften seit 1.1.1986 aufgelöst oder umgewandelt worden sind, s. § 9 KStG Anm. 37. Zum alten Recht vgl. RFH v. 14.3.1928, RStBl. 1928, 180; v. 21.3.1930, RStBl. 1930, 330.

**Luftfahrzeuge** gehören, auch wenn sie teilweise ähnlich wie Grundstücke behandelt werden (PALANDT/HEINRICHS, BGB, 66. Aufl. 2007, Überbl. v. § 90 BGB Rn. 3), nicht zu den grundstücksgleichen Rechten, sondern zu den WG iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2.

**Mineralgewinnungsrechte:** Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 erwähnt als Beispiel für andere grundstücksgleiche Rechte Mineralgewinnungsrechte. Diese sind Rechte, in eigenen oder fremden Grundstücken nach Mineralien zu schürfen; sie hatten ihre Rechtsgrundlage im Allgemeinen Berggesetz für den Preußischen Staat v. 24.6.1865. An die Stelle dieses Gesetzes ist das Bundesberggesetz (BBergG) getreten, nach dem die Mineralgewinnungsrechte zu den Bergbauberechtigungen gehören.

**Restitutionsanspruch:** s. Anm. 83.

**Schiffe** gehören, auch wenn sie teilweise ähnlich wie Grundstücke behandelt werden und in das Schiffsregister eingetragen sind (PALANDT/HEINRICHS, BGB, 66. Aufl. 2007, Überbl. v. § 90 BGB Rn. 3), nicht zu den grundstücksgleichen Rechten, sondern zu den WG iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2.

**Wohnungseigentum und Teileigentum** (§§ 1 ff. WEG) gehören uE zu den grundstücksgleichen Rechten (offen gelassen in BFH v. 11.8.1967 – VI R 67/66, BStBl. III 1967, 685; aA BayOblG v. 14.1.1988, NJW-RR 1988, 592 betr. bay. UnschädlichkeitsGes.: „kein grundstücksgleiches Recht, unterliegt aber grundsätzlich den auf Grundstücke anzuwendenden Vorschriften“).

86–89 Einstweilen frei.

#### IV. Zeitraum „zwischen Anschaffung und Veräußerung“

##### 90 1. Maßgebender Zeitraum

**Gleiche Maßstäbe für Anschaffung und Veräußerung:** Das Wesen eines privaten Veräußerungsgeschäfts besteht darin, dass ein bestimmter Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung des WG nicht überschritten sein darf. Der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung kann nur zutreffend ermittelt werden, wenn der maßgebende Zeitpunkt für die Merkmale „Anschaffung“ und „Veräußerung“ im Wesentlichen nach den gleichen Grundsätzen bestimmt wird. Hierfür spricht auch, dass unter „Anschaffung“ und „Veräußerung“ derselbe tatsächliche Vorgang verstanden wird, nämlich die Übertragung des Eigentums an einem WG von einer Person (Veräußerer) auf eine andere Person (Erwerber); der Vorgang der Übertragung ist aus der Sicht des Veräußerers eine Veräußerung und aus der Sicht des Erwerbers eine Anschaffung.

**Fristberechnung** nach § 108 AO, §§ 187–193 BGB: s. Anm. 115 und 157.

##### 2. Anschaffung

##### 91 a) Grundsatz

Unter Anschaffung ist der entgeltliche Erwerb eines WG von einem Dritten zu verstehen (BFH v. 5.11.1974 – VIII R 81/69, BStBl. II 1975, 411; v. 23.7.1980 – I R 43/77, BStBl. II 1981, 19 aE; v. 22.9.1987 – IX R 15/84, BStBl. II 1988, 250).

Der Begriff entspricht im Wesentlichen dem der Veräußerung (s. Anm. 48 ff.). Dies bedeutet vor allem, dass grds. nur solche Erwerbe Anschaffungen iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 sind, bei denen der Erwerb auf dem Willen des Erwerbers beruht (BFH v. 5.5.1961 – VI 107/60 U, BStBl. III 1961, 385; v. 19.4.1977 – VIII R 23/75, BStBl. II 1977, 712; THEIS, DB 1953, 829), also insbes. Kauf- und Tauschverträge. Deshalb ist zB der Erwerb kraft Gesetzes keine Anschaffung iSd. Abs. 1; s. hierzu Anm. 97. Die Anschaffung setzt Vereinbarungen voraus, die auf den Übergang des (wirtschaftlichen) Eigentums gerichtet sind; deshalb ist die zeitlich begrenzte Überlassung eines WG zur Nutzung keine Anschaffung iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1; s. hierzu Anm. 48. Zur Frage, ob die Bestellung eines Erbbaurechts durch den Grundstückseigentümer eine Anschaffung des Erbbaurechts ist, s. Anm. 85.

Der BFH (Urt. v. 19.4.1977 – VIII R 23/75 aaO) ist der Meinung, dass der Begriff „Anschaffung“ iSd. Abs. 1 grds. identisch mit dem Begriff „Anschaffung“

iSd. § 6 Abs. 1 Nr. 5 ist; dies trifft uE in dieser Allgemeinheit wohl nicht zu; s. hierzu § 6 Anm. 273.

Zum unentgeltlichen und teilentgeltlichen Erwerb sowie zum Erwerb gegen laufende Bezüge s. Anm. 231 und 236. Zur Anschaffung bei Begründung einer Miteigentümergeinschaft (Bruchteilsgemeinschaft) s. Anm. 95.

### b) Schuldrechtliche Verträge

92

Für die Anschaffung ist wie für die Veräußerung (Anm. 51) grds. der Abschluss des schuldrechtl. Vertrags und nicht die Eigentumsübertragung maßgebend.

BFH v. 22.11.1963 – VI 120/62, HFR 1964, 157; v. 23.4.1965 – VI 189/64, StRK EStG [bis 1974] § 23 R. 24; v. 27.10.1967 – VI R 127/66, BStBl. II 1968, 142; v. 2.2.1982 – VIII R 3/79, BStBl. II 1982, 459; v. 17.12.1997 – X R 88/95, BStBl. II 1998, 343; v. 13.12.2005 – IX R 14/03, BStBl. II 2006, 513.

**Rechtswirksamkeit:** Die Erl. in der Anm. 53 gelten entsprechend.

**Dingliche Erfüllung:** Die Erl. in der Anm. 54 gelten entsprechend.

**Rückgängigmachung:** Wird ein Grundstückskaufvertrag vor dem Übergang von Besitz, Nutzungen und Lasten auf den Käufer rückgängig gemacht, liegt eine Anschaffung nicht vor, und zwar auch dann nicht, wenn der Verkäufer den Käufer am Mehrgewinn beteiligt, den er aus einem erneuten Verkauf erzielt (BFH v. 20.1.1987 – IX R 147/83, BFH/NV 1987, 428); es fehlt in diesem Fall an der dinglichen Erfüllung des schuldrechtl. Geschäfts. Entsprechendes gilt bei anderen WG; s. auch Anm. 57. Nach FG Rhld.-Pf. v. 21.9.1992 (EFG 1993, 232, rkr.) liegt ein neuer Anschaffungsvorgang vor, wenn der Erwerber ein Grundstück auf den Veräußerer zurück überträgt und beim Wiedererwerb statt des Wohnrechts eine Rente vereinbart wird.

Zur Rückübertragung enteigneter WG (zB Rückerstattung nach dem Rückerstattungsgesetz und Rückgabe von in der ehemaligen DDR enteigneten Grundstücken) s. Anm. 98.

**Wiederkauf:** Beim Wiederkauf ist Anschaffung (und Anschaffungszeitpunkt) iSd. Abs. 1 der Tag, an dem die Erklärung des ursprünglichen Verkäufers gegenüber dem Käufer, dass er das Wiederkaufsrecht ausübe, wirksam wird (BFH v. 2.2.1982 – VIII R 3/79, BStBl. II 1982, 459).

**Eigentumsübergang vor Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags:** Wird das (wirtschaftliche) Eigentum vor Abschluss des schuldrechtl. Vertrags erworben, begründet bereits der Zeitpunkt des Eigentumserwerbs die Anschaffung iSd. Abs. 1 (BFH v. 27.10.1967 – VI R 126/66, BStBl. II 1968, 142; FG Nürnberg v. 30.6.1976, EFG 1976, 612; rkr.); s. auch Anm. 61.

### c) Wirtschaftlich den Kauf- oder Tauschverträgen gleichzustellende Vereinbarungen oder Vorgänge

93

Die Erl. in Anm. 64–68, dass Veräußerungsgeschäfte auch in den Fällen vorliegen, in denen Vereinbarungen oder Vorgänge einem Kauf- oder Tauschvertrag wirtschaftlich gleichzustellen sind, gelten entsprechend für Anschaffungsgeschäfte. So ist zB der Vorvertrag zum Kaufvertrag als Anschaffung anzusehen, wenn dem Erwerber schon mit dem Vorvertrag die Stellung eines Käufers eingeräumt wird; dies ist der Fall, wenn der Vorvertrag bindende Abmachungen enthält und alle wesentlichen Elemente aufweist, die in einem Kaufvertrag üblich sind (BFH v. 23.4.1965 – VI 189/84, StRK EStG [bis 1974] § 23 R. 24; v. 5.10.1966 – VI 309/64, BStBl. III 1967, 74; v. 30.11.1976 – VIII R 202/72, BStBl. II 1977, 384).

**Die Abgabe eines Meistgebots** in Zwangsversteigerungsverfahren ist als Anschaffung eines Grundstücks anzusehen, weil der Meistbietende den Anspruch auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück erwirbt (BFH v. 28.6.1977 – VIII R 30/74, BStBl. II 1977, 827; v. 29.3.1989 – X R 4/84, BStBl. II 1989, 652; v. 15.12.1993 – X R 49/91, BStBl. II 1994, 687); s. auch Anm. 76.

**Verdeckte Gewinnausschüttung:** Erwirbt der Gesellschafter einer KapGes. von dieser aufgrund einer vGA ein WG, so liegt darin eine Anschaffung iSd. § 23. Zur Ermittlung der AK s. Anm. 276.

#### 94 d) Ersatzerwerb im Zusammenhang mit einer Enteignung oder einer Veräußerung unter Zwang

Weil der Begriff „Anschaffung“ iSd. Abs. 1 eine Erwerbshandlung des Erwerbers voraussetzt, die im Wesentlichen von seinem Willen bestimmt ist (s. Anm. 91), liegt eine Anschaffung nicht darin, dass dem Stpfl., der wegen der Enteignung eines Grundstücks einen gesetzlich begründeten Anspruch auf Ersatzland hat, ein Ersatzgrundstück zugeteilt wird (BFH v. 5.5.1961 – VI 107/60 U, BStBl. III 1961, 385; HOFFMANN, FR 1961, 452; THEIS, DB 1988, 817). In diesem Fall bilden das enteignete Grundstück und das Ersatzgrundstück eine Einheit, so dass bei Veräußerung des Ersatzgrundstücks der Erwerb des enteigneten Grundstücks als Anschaffung iSd. Abs. 1 anzusehen und für die Ermittlung der Veräußerungsfrist maßgebend ist (s.u.).

Das gleiche gilt aufgrund wirtschaftlicher Betrachtung, wenn eine unmittelbar bevorstehende Enteignung eines Grundstücks durch Verkauf abgewendet und das Ersatzgrundstück nicht durch Hoheitsakt zugeteilt, sondern durch einen bürgerlich-rechtl. Vertrag erworben wird (BFH v. 5.5.1961 – VI 107/60 U aaO). Wenn jedoch im Zusammenhang mit der drohenden Enteignung einer Teilfläche eines Grundstücks zur Vermeidung wirtschaftlicher Nachteile auch die nicht unmittelbar von dem rechtl. Veräußerungszwang betroffenen Grundstücke durch Kauf eines anderen Grundstücks ersetzt werden, handelt es sich insoweit um eine Anschaffung iSd. Abs. 1 (BFH v. 7.12.1976 – VIII R 134/71, BStBl. II 1977, 209).

Auch die Zuteilung eines anderen Grundstücks für ein im Umlegungsverfahren eingebrachtes Grundstück ist keine Anschaffung iSd. Abs. 1.

BFH v. 15.1.1974 – VIII R 63/68, BStBl. II 1974, 606; MITTELBACH, Inf. 1974, 531; OFD Düss. v. 17.9.1958, DB 1958, 1047; THEIS, DB 1953, 829; ebenso im „freiwilligen Umlegungsverfahren“ (FG Ba.-Württ. v. 12.5.1981, EFG 1981, 564, rkr.; v. 22.3.1983, EFG 1984, 30, rkr.).

**Veräußerung des Ersatzwirtschaftsguts:** Ein privates Veräußerungsgeschäft liegt vor, wenn das ErsatzWG veräußert wird und die Veräußerungsfrist – ermittelt nach dem Zeitpunkt der Anschaffung des ersetzten WG – noch nicht abgelaufen ist (BFH v. 5.5.1961 – VI 107/60 U, BStBl. III 1961, 385; v. 15.1.1974 – VIII R 63/69, BStBl. II 1974, 606; MITTELBACH, Inf. 1974, 531). Zur Ermittlung der AK s. Anm. 276.

#### 95 e) Aufhebung von Miteigentum

Jeder Miteigentümer kann nach § 752 BGB die Aufhebung der Miteigentümergeinschaft (Gemeinschaft nach Bruchteilen) durch Teilung in Natur (Realteilung) verlangen. Diese stellt – anders als etwa der Kauf, mit dem ein Miteigentümer von einem anderen Miteigentümer den Miteigentumsanteil erwirbt, so dass der Käufer Alleineigentümer des WG wird – grds. keine Anschaffung des aufgrund der Realteilung erworbenen WG dar (glA PRIESTER, FR 1974, 257; SKIBBE,

FR 1974, 465; Hess. FG v. 15.9.1971, EFG 1972, 24, rkr.). Der Erwerb des „neuen“ WG beruht nämlich auf der Erfüllung des von vornherein bestehenden gesetzlichen Anspruchs auf Teilung. Außerdem ist uE der ideelle Miteigentumsanteil und der aus der Realteilung hervorgehende einzelne Gegenstand *wirtschaftlich* dasselbe WG (s. Anm. 111); offen gelassen hinsichtlich Erbanteil und Grundstücksanteil in BFH v. 22.9.1987 – IX R 15/84 (BStBl. II 1988, 250). Deshalb ist die Realteilung auch keine Veräußerung eines WG (des ideellen Miteigentumsanteils).

**Beispiel:** A und B haben aufgrund Kaufvertrags am 2.4.2007 für 100 000 € ein Grundstück als Miteigentümer je zur Hälfte erworben. Am 1.12.2008 teilen sie das Grundstück, dessen gemeiner Wert inzwischen auf 110 000 € gestiegen ist, in zwei gleich große und gleichwertige Teilgrundstücke auf; jeder wird Alleineigentümer des ihm zugewiesenen Teilgrundstücks. Am 1.6.2017 veräußert B seinen Teil für 80 000 € an C. Da die Aufteilung des Grundstücks am 1.12.2008 und die damit verbundene Aufhebung der Miteigentümergeinschaft *keine* Veräußerung ist, entsteht zum 1.12.2008 trotz zwischenzeitlicher Wertsteigerung kein Gewinn aus einem privaten Veräußerungsgeschäft. Die Aufteilung ist auch keine Anschaffung iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1; mit ihr beginnt deshalb auch nicht der Lauf der Zehnjahresfrist gem. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1. Ein privates Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 läge uE aber vor, wenn B das Teilgrundstück am 2.3.2009 an C veräußert hätte, weil der Miteigentümeranteil mit dem Teilgrundstück wirtschaftlich identisch ist und deshalb die Zehnjahresfrist nicht verstrichen wäre.

**Realteilung mit Spitzenausgleich:** Es kommt häufig vor, dass bei der Teilung einer Miteigentümergeinschaft (zB an einem Grundstück) ein Miteigentümer mehr erhält, als es seinem Miteigentumsanteil entspricht, und dass er dafür eine zusätzliche (Geld-)Leistung an den anderen Miteigentümer zu erbringen hat. Insofern spricht man von einem Spitzenausgleich. *Soweit* ein Spitzenausgleich geleistet wird, liegt für den Miteigentümer, der das Mehr an dem geteilten WG erlangt, eine Anschaffung iSd. Abs. 1 vor, während der andere Miteigentümer *insoweit* ein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 tätigt (PRIESTER, FR 1974, 257).

Zum teilentgeltlichen Erwerb s. auch Anm. 236.

## f) Erwerb durch Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft

96

Wird eine Erbengemeinschaft im Wege der Realteilung auseinandergesetzt, so gelten die in Anm. 95 dargestellten Grundsätze entsprechend. Findet also eine reale Aufteilung entsprechend den Erbanteilen der Miterben statt, fehlt es sowohl an einer entgeltlichen Anschaffung iSd. Abs. 1 als auch an einer entgeltlichen Veräußerung iSd. Abs. 1 (BFH v. 5.7.1990 – GrS 2/89, BStBl. II 1990, 837 [844] zu § 23 aF); so im Ergebnis auch die frühere Rspr. des BFH, die allerdings noch von der durch BFH v. 5.7.1990 – GrS 2/89 (aaO) aufgegebenen Auffassung, dass im EStRecht Erbfall und Erbauseinandersetzung eine rechtl. Einheit bilden, ausgegangen ist.

BFH v. 5.11.1974 – VIII R 81/69, BStBl. II 1975, 411, unter Verweisung auf BFH v. 18.9.1964 – VI 300/63 U, BStBl. III 1964, 647; v. 21.3.1969 – VI R 208/67, BStBl. II 1969, 520.

Zu den Rechtsfolgen s. Anm. 236 „Gesamtrechtsnachfolge durch Erbfolge“.

**Teilungsanordnung:** Die vorgenannten Grundsätze gelten auch, wenn die Auseinandersetzung aufgrund einer Teilungsanordnung des Erblassers erfolgt.

**Spitzenausgleich:** Erhält ein Miterbe mehr, als ihm nach dem Wert seines Erbanteils zusteht, und leistet er deshalb Ausgleichszahlungen an die anderen Miterben, so ist *insoweit* eine entgeltliche Anschaffung iSd. Abs. 1 anzunehmen. Mit seiner früheren Rspr. beurteilte der BFH (v. 5.1.1974 – VIII R 81/69, BStBl. II

1974, 411; v. 3.8.1976 – VIII R 192/74, BStBl. II 1977, 382) die Zuweisung von Vermögensgegenständen gegen Abfindungszahlungen wie eine Naturalteilung, weil er die Miterben hinsichtlich der erworbenen Vermögensgegenstände „als von Anfang an dinglich berechtigt“ ansah (Erbfall und Erbauseinandersetzung bilden eine Einheit). Von dieser Rspr. rückte der BFH später ab (zB BFH v. 9.7.1985 – IX R 49/83, BStBl. II 1985, 722). Der GrS des BFH hat sie in seinem Beschl. BFH v. 5.7.1990 – GrS 2/89 (BStBl. II 1990, 837; kritisch hierzu BIERGANS, StuW 1991, 381 [387 f.], sowie FELLMETH, BB 1991, 2184) endgültig aufgegeben. Mit diesem Beschluss hat der BFH auch für die Veräußerungsgewinne iSd. § 23 aF ausgesprochen, dass, soweit Abfindungszahlungen eines Erben im Rahmen einer Erbauseinandersetzung geleistet werden, diese beim Leistenden eine entgeltliche Anschaffung und beim weichenden Miterben eine entgeltliche Veräußerung sind (BFH v. 22.9.1987 – IX R 15/84, BStBl. II 1988, 250), und zwar entgegen BFH v. 9.7.1985 – IX R 49/83 (BStBl. II 1985, 722) ohne Rücksicht darauf, ob die Zuzahlung aus dem Nachlassvermögen oder sonstigen Vermögen geleistet wird. Nur hinsichtlich des entgeltlich erworbenen abgegebenen Teils liegt eine Anschaffung (Veräußerung) und ggf. ein privates Veräußerungsgeschäft vor; vgl. hierzu BMF v. 11.1.1993, BStBl. I 1993, 60 Tz. 28. Kritisch zu BFH v. 22.9.1987 – IX R 15/84 (aaO) hinsichtlich der Ermittlung des entgeltlich erworbenen Teils DRENSECK, FR 1988, 313; PAUS, DStZ 1988, 570.

**Entgeltlich erworbener Miterbenanteil:** Der BFH (v. 20.4.2004 – IX R 5/02, BStBl. II 2004, 987) hat zu Recht entschieden, dass die Veräußerung eines entgeltlich erworbenen Miterbenanteils innerhalb der Frist nach § 23 stbar ist. Dieser Vorgang sei wirtschaftlich einer Realteilung gegen Spitzenausgleich vergleichbar. Es liegt also insoweit ein Veräußerungsgeschäft vor, als der entgeltlich erworbene Miterbenanteil bei der Veräußerung betroffen ist. In Höhe des eigenen Anteils am Nachlasswert liegt hingegen unentgeltlicher Erwerb vor. Zum teilentgeltlichen Erwerb s. auch Anm. 236.

#### 97 g) Erwerb kraft Gesetzes

Eine Anschaffung setzt eine vom Willen des Erwerbenden getragene Erwerbshandlung voraus; s. Anm. 91. Daraus folgt, dass für eine Anschaffung iSd. § 23 Abs. 1 nicht der Erwerb kraft Gesetzes (OFH v. 4.7.1950 – IV 53/50, BFHE 54, 503) und der Erwerb aufgrund gesetzlicher Vorschriften ergehender Hoheitsakte (BFH v. 15.1.1974 – VIII R 63/68, BStBl. II 1974, 606) gehören.

**Umlegungsverfahren:** Hat ein Stpfl. ein Grundstück in einem Umlegungsverfahren eingebracht und wird ihm hierfür ein anderes Grundstück zugeteilt, so ist die Zuteilung keine Anschaffung iSd. Abs. 1 (BFH v. 15.1.1974 – VIII R 63/68 aaO; v. 15.12.1993 – X R 49/91, BStBl. II 1994, 687; OFD Düss. v. 17.9.1958, BB 1958, 1047; s. auch Anm. 73); die Frist für ein privates Veräußerungsgeschäft beginnt in diesem Fall mit der Anschaffung des in das Umlegungsverfahren eingebrachten Grundstücks. Eine Anschaffung liegt aber vor, sofern in einem Umlegungsverfahren ein Grundstück gegen Zuzahlung eines Geldbetrags zugeteilt wird, jedoch nur insoweit, als die Zuzahlung für eine den Sollanspruch (§ 56 Abs. 1 Satz 1 BauGB) nicht unwesentlich übersteigende Mehrzahlung zu leisten ist (BFH v. 29.3.1995 – X R 3/92, FR 1995, 618; s. auch JÄSCHKE, DStR 2006, 1349 [1351]).

#### 98 h) Rückübertragung enteigneter Wirtschaftsgüter

Wird ein enteignetes Grundstück oder anderes WG wegen Fortfalls der Voraussetzungen für die Enteignung (zB der Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 3 Satz 1

GG) zurückübertragen, ist die Rückübertragung keine Anschaffung iSd. Abs. 1 Nr. 1 (vgl. LOTHMANN, DB 1986, 2626); es handelt sich um einen Erwerb kraft Gesetzes. Als Anschaffung ist im Fall der Veräußerung der ursprüngliche Erwerb des enteigneten und rückübertragenen Grundstücks zu sehen. Auch die Rückübertragung von Grundstücken nach dem Vermögensgesetz ist keine Anschaffung iSd. Abs. 1 Nr. 1 (H 23 „Anschaffung“ EStH 2005). Dies gilt auch bei Erwerben nach § 21b Abs. 5 Investitionsvorranggesetz (FinMin. Sachsen v. 10.10.1997, FR 1998, 34). Zur Rückübertragung landwirtschaftlicher Grundstücke im Beitrittsgebiet s. BMF v. 14.10.1999 (FR 1999, 1395).

Einstweilen frei.

99–104

### 3. Veräußerung

105

Nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 liegen private Veräußerungsgeschäfte nur vor, wenn der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten nicht mehr als 10 Jahre beträgt. Das Merkmal „Veräußerung“ entspricht dem schon in den Anm. 48–76 erläuterten Begriffsmerkmal „Veräußerungsgeschäfte“. Auf diese Erl. wird verwiesen.

Einstweilen frei.

106–109

### 4. Nämlichkeit des angeschafften und veräußerten Wirtschaftsguts

#### a) Grundsatz

110

Ein privates Veräußerungsgeschäft gem. Abs. 1 Nr. 1 kann nur vorliegen, wenn das angeschaffte private Veräußerungsgut mit dem veräußerten WG identisch ist. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut und Sinn dieser Vorschrift.

BFH v. 30.11.1976 – VIII R 202/72, BStBl. II 1977, 384 (387); v. 28.6.1977 – VII R 30/74, BStBl. II 1977, 827; v. 19.7.1983 – VIII R 161/82, BStBl. II 1984, 26; v. 25.8.1987 – IX R 65/86, BStBl. II 1988, 243; v. 29.3.1989 – X R 4/84, BStBl. II 1989, 652.

Wie der BFH (zB BFH v. 19.7.1983 – VIII R 161/82 aaO; v. 29.3.1989 – X R 4/84 aaO; v. 13.12.2005 – IX R 14/03, BStBl. II 2006, 513) entschieden hat, reicht eine Identität im wirtschaftlichen Sinne aus, um ein privates Veräußerungsgeschäft zu begründen.

Grund und Boden einerseits und Gebäude andererseits sind je ein selbständiges WG iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1. Das Gleiche gilt für das Erbbaurecht und das Gebäude; s. näher Anm. 85. Dauerwohnrecht und Wohnungseigentum sind nicht identisch (BFH v. 11.8.1967 – VI R 67/66, BStBl. III 1967, 685); s. auch Anm. 85.

#### b) Einzelfälle

111

**Anteil an einer Erbengemeinschaft:** Der BFH (Urt. v. 22.9.1987 – IX R 15/84, BStBl. II 1988, 250) hat offen gelassen, ob der Anteil an einer Erbengemeinschaft mit dem aufgrund einer Realteilung erworbenen WG (Grundstücksanteil) identisch ist. Nunmehr hat der BFH (Urt. v. 20.4.2004 – IX R 5/02, BStBl. II 2004, 987) die Nämlichkeit zwischen erworbenem Miterbenanteil und Grundstück bejaht. Dem ist zuzustimmen, so dass die gleichen Regeln wie bei der Realteilung einer Miteigentümergeinschaft (s.u. und Anm. 95) gelten.

**Erbbaurecht:** Kauft ein Erbbauberechtigter das belastete Grundstück und veräußert er es nach Löschung des Erbbaurechts, so wird die Identität des Grundstücks hierdurch nicht berührt, weil das Erbbaurecht ein vom Grundstück unab-

hängiges, selbständiges WG ist (FG Ba.-Württ. v. 30.9.1992, EFG 1993, 233, rkr.).

**Ersatzbeschaffung im Fall einer Enteignung oder einer Veräußerung unter Zwang:** Wird ein Grundstück unter Zwang veräußert und ein Ersatzgrundstück angeschafft, so liegt ein privates Veräußerungsgeschäft nicht vor (s. im Einzelnen Anm. 75). Entsprechendes wird im Fall der Enteignung angenommen (s. hierzu Anm. 73). Das Ersatzgrundstück und das unter Zwang veräußerte (enteignete) WG bilden in diesem Fall eine Einheit; beide sind deshalb – wirtschaftlich gesehen – identisch; s. Anm. 94.

**Miteigentümeranteil:** Der Miteigentümeranteil an einem Grundstück und der aufgrund einer Realteilung erworbene entsprechende Teil an diesem Grundstück sind als identisch anzusehen.

**Teilung eines Grundstücks:** Wird ein einheitliches Grundstück aufgeteilt und ein Teil veräußert, so ist die Nämlichkeit hinsichtlich des veräußerten Teils zu bejahen, wenn „die Teilung ohne aufwendige technische Maßnahmen durchgeführt werden kann und sich die Marktgängigkeit des bisherigen Wirtschaftsguts in den Teilen fortsetzt“ (BFH v. 19.7.1983 – VIII R 161/82, BStBl. II 1984, 26; hierzu kritisch WICHMANN, BB 1984, 2253). Dies kann angenommen werden, wenn Grundstücke durch bloßen Rechtsakt – ggf. durch Vermessung – aufgeteilt werden. Die Identität besteht zB fort bei Aufteilung eines Grundstücks in Parzellen und eines Gebäudes in Eigentumswohnungen. Bei Teilung eines Grundstücks ist der Gesamtanschaffungsbetrag im Verhältnis der Verkehrswerte auf die einzelnen Teile aufzuteilen; im Einzelfall kann aber wohl auch eine individuelle Zuordnung von Anteilen der AK zum veräußerten Teil in Frage kommen (BFH v. 19.7.1983 – VIII R 161/82 aaO; o.V., KÖSDI 1984, 5321).

112–114 Einstweilen frei.

## 115 5. Zehnjahresfrist

Bei der Anschaffung und Veräußerung von Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten ist ein privates Veräußerungsgeschäft iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 nur anzunehmen, wenn der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als 10 Jahre beträgt. Auf den Zufluss des Veräußerungspreises kommt es nicht an (s. Anm. 272).

**Fristberechnung:** Die Frist ist nach § 108 AO zu berechnen. Danach gelten die Vorschriften der §§ 187–193 BGB entsprechend. Für den Fristbeginn ist hier ein Ereignis – nämlich die Anschaffung – maßgebend; infolgedessen ist für die Berechnung der Frist der Tag der Anschaffung nicht mitzurechnen (§ 187 Abs. 1 BGB). Die Zehnjahresfrist endet nach § 188 Abs. 2 BGB mit dem Ablauf desjenigen Tags des Zehntjahrs, der durch seine Zahl dem Tag entspricht, in den das Ereignis – die Anschaffung – fällt (s. auch FG Köln v. 21.9.1988, EFG 1989, 144, rkr.).

**Beispiel:** Anschaffung eines Grundstücks am 9.2.2007. Die Frist endet mit Ablauf des 9.2.2017.

Auch wenn das Ende der Frist auf einen Sonntag, einen gesetzlichen Feiertag oder einen Sonnabend fällt, endet die Frist mit Ablauf dieses Tages; § 108 Abs. 3 AO findet keine Anwendung (anders hier bis Lfg. 174). Dies wird zutreffend damit begründet, dass § 108 Abs. 3 AO für Fristen gilt, innerhalb derer bestimmte Handlungen zu vollziehen sind, die idR an Sonntagen, Feiertagen und Sonnabenden nicht getätigt werden konnten, nicht dagegen Fristen, innerhalb derer bestimmte Handlungen *nicht* vorzunehmen sind, wie im Fall der Veräußerungsfrist iSd. § 23

(so FG Köln v. 2.6.1997, EFG 1997, 1187, rkr., unter Hinweis auf BFH v. 11.5.1955 – II 177/54 U, BStBl. III 1955, 198; ferner TIPKE/KRUSE, AO, § 108 Tz. 8).

**Zeitpunkt der Anschaffung:** Die Frist beginnt mit der Anschaffung. Was unter Anschaffung zu verstehen ist, ist in den Anm. 91–97 erläutert. Soweit die Anschaffung in dem Abschluss des schuldrechtl. Vertrags gesehen wird (s. Anm. 92 ff. mit Hinweisen auf die Rspr.), ist der Abschluss dieses Vertrags der für die Fristberechnung maßgebende Anfangszeitpunkt. Da Verträge über den Erwerb von Grundstücken notariell zu vereinbaren sind, ist der Abschlusszeitpunkt idR einwandfrei festzustellen. Soweit die Anschaffung nicht im Abschluss eines schuldrechtl. Kaufvertrags besteht, der auf den Erwerb eines Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts gerichtet ist, ist der Zeitpunkt für den Fristbeginn maßgebend, in dem die Anschaffung vollzogen ist. Demnach sind zB maßgebend: Bei Eigentumsübertragung *vor* Abschluss des schuldrechtl. Vertrags der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs, s. Anm. 92; bei Vereinbarungen, die wirtschaftlich Kauf- und Tauschverträgen gleichzustellen sind, der Zeitpunkt des Abschlusses dieser Vereinbarung (s. Anm. 93); bei Aufhebung einer Mit-eigentümergeinschaft oder einer Auseinandersetzung einer Gesamthandsgemeinschaft gegen Spitzenausgleich der Zeitpunkt der schuldrechtl. Vereinbarung (s. Anm. 95 und 96).

**Zeitpunkt der Veräußerung:** Zur Frage, ob die Zehnjahresfrist erfüllt ist, kommt es darauf an, wann das Grundstück oder grundstücksgleiche Recht veräußert worden ist, nicht auf den Zeitpunkt des Zuflusses des Veräußerungspreises. Zum Zeitpunkt der Veräußerung s. Anm. 48–79 – insbes. Anm. 51 – sowie oben „Zeitpunkt der Anschaffung“.

**Beispiel:** Notarieller Kaufvertrag über den Erwerb eines Grundstücks am 6.8.2006; am gleichen Tag Erklärung der Auflassung; Eintragung im Grundbuch und damit Eigentumsübergang aber erst am 15.12.2006. Verkauf des Grundstücks am 8.8.2016 und Eigentumsübergang am 6.10.2016. Anschaffung und Veräußerung liegen nicht innerhalb der Zehnjahresfrist, weil die schuldrechtl. Verträge (6.8.2006 und 8.8.2016) und nicht der Eigentumsübergang maßgebend sind; vgl. auch FG Köln v. 21.9.1988, EFG 1989, 114, rkr.

Einstweilen frei.

116–119

## C. Errichtung, Ausbau und Erweiterung von Gebäuden und Außenanlagen und ihre Einbeziehung in die Besteuerung (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2)

### I. Rechtsentwicklung und Grundsatz

120

**Vor dem In-Kraft-Treten des StEntG 1999/2000/2002** lag ein Spekulationsgeschäft iSd. § 23 Abs. 1 aF vor, wenn ein WG nach „Anschaffung“ innerhalb einer bestimmten Frist veräußert wurde. Die Herstellung war kein Tatbestandsmerkmal iSd. § 23 Abs. 1 aF; in die Besteuerung war ein nach der Anschaffung des Grund und Bodens errichtetes Gebäude nicht einzubeziehen, wenn das Grundstück innerhalb von 2 Jahren nach der Anschaffung des Grund und Bodens veräußert wurde (zB BFH v. 1.12.1989 – III R 56/85, BStBl. II 1990, 1054). Dass § 23 Abs. 4 Satz 1 aF bei Ermittlung des Spekulationsgewinns die Berücksichtigung von HK erwähnte, hatte seine Bedeutung darin, dass bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns die AK um die HK in den Fällen zu erhö-

hen waren, in denen das angeschaffte WG durch die Herstellungsaufwendungen nicht in ein *anderes* WG umgewandelt wurde.

**Durch das StEntlG 1999/2000/2002** v. 24.3.1999 wurde in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 die Einbeziehung eines nach Anschaffung des Grund und Bodens „fertiggestellten“ Gebäudes in die Besteuerung angeordnet. Ihren heutigen Wortlaut erhielt die Vorschrift durch das StBereinG 1999 v. 22.12.1999. Mit der letztgenannten Änderung bezweckte der Gesetzgeber vor allem auch die Einbeziehung teiltfertiger Gebäudeteile in die Besteuerung (RISTHAUS, FR 2000, 128). Zur zeitlichen Anwendung s. Anm. 4.

121

## II. Einbeziehung von Gebäuden und Außenanlagen

**Gebäude:** Nach höchstrichterlicher Rspr. ist ein Bauwerk als Gebäude anzusehen, wenn es Menschen oder Sachen durch räumliche Umschließung Schutz gegen Witterungseinflüsse gewährt, den Aufenthalt von Menschen gestattet, fest mit dem Grund und Boden verbunden sowie von einiger Beständigkeit und ausreichend standfest ist (BFH v. 24.5.1963 – III 140/60 U, BStBl. III 1963, 376). S. hierzu im Einzelnen § 7 Anm. 322 ff. Der Begriff des Gebäudes im EStRecht richtet sich nach den Grundsätzen des BewG (zB BFH v. 10.6.1988 – III R 65/84, BStBl. II 1988, 847; v. 23.9.1988 – III R 67/85, BStBl. II 1989, 113; B. MEYER/BALL, FR 1999, 925).

**Außenanlagen** gehören nicht zu Gebäuden; sie werden aber nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 wie Gebäude in die Besteuerung einbezogen. Unter Außenanlagen versteht man die auf einem Grundstück vorhandenen Bauwerke, die wesentliche Bestandteile des Grundstücks, aber weder Gebäude noch Gebäudeteile sind. Zu ihnen gehören insbes. Hofbefestigungen, Straßenzufahrten und Grünanlagen; s. hierzu § 7 Anm. 335 und 350 „Außenanlagen“ sowie § 10e Anm. 3 „Außenanlagen“; s. auch § 6 Anm. 715 „Außenanlagen“.

**„... sind einzubeziehen ...“:** Gebäude und Außenanlagen sind – unter der weiteren Voraussetzung „soweit sie innerhalb dieses Zeitraums errichtet, ausgebaut oder erweitert werden“ – in die Besteuerung gem. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 einzubeziehen; sie unterliegen also wie die angeschafften Grundstücke der Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte; s. hierzu Anm. 122.

122

## III. Errichtung, Ausbau, Erweiterung

**Errichtung:** Nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 idF des StEntlG 1999/2000/2002 waren „fertiggestellte Gebäude“ in die Besteuerung einzubeziehen. Dies galt nicht für teiltfertige Gebäude. Der Gesetzgeber hat mit dem StBereinG 1999 durch die Formulierung „soweit ... errichtet“ auch teilweise fertiggestellte Gebäude in die Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte einbezogen (BMF v. 5.10.2000, BStBl. I 2000, 1383 Tz. 12).

**Ausbauten** sind Baumaßnahmen an bestehenden Gebäuden, durch die die Gebäudeteile oder Räume unter wesentlichem Bauaufwand so umgestaltet werden, dass sie für die vorgesehenen Zwecke genutzt werden können; s. hierzu § 10e Anm. 7.

**Erweiterung:** Unter Erweiterung ist das Schaffen von Wohnzwecken oder anderen Zwecken dienenden Räumen durch Aufstockung oder Anbau zu verstehen. S. hierzu § 10e Anm. 7.

„... soweit ... innerhalb dieses Zeitraums ...“: Hiermit knüpft der Gesetzgeber an die Formulierung „Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung“ in Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 an. Somit kann sich bezüglich des WG „errichtetes Gebäude“ nur dann ein privates Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ergeben, wenn der Zeitraum zwischen Anschaffung des *unbebauten* Grundstücks und der Veräußerung des bebauten Grundstücks nicht mehr als 10 Jahre beträgt (glA BMF v. 5.10.2000, BStBl. I 2000; 1383 Tz. 9; WENDT, FR 1999, 333 [353]; B. MEYER/BALL, FR 1999, 925); dies gilt entsprechend für Außenanlagen (BMF v. 5.10.2000 aaO Tz. 13).

**Beispiel:** D hat am 1.10.1999 ein unbebautes Grundstück erworben. 2001 hat er das Grundstück mit einem Mietwohngebäude bebaut, dessen Wohnungen seitdem zu Wohnzwecken vermietet sind. Durch Notarvertrag v. 15.1.2010 veräußert er das zu seinem PV gehörende bebaute Grundstück.

Da der Zeitraum zwischen Anschaffung des unbebauten Grundstücks und der Veräußerung des nunmehr bebauten Grundstücks mehr als 10 Jahre beträgt, liegt insgesamt kein privates Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 vor. Deshalb ist auch, obwohl zwischen Herstellung des Gebäudes und Veräußerung des bebauten Grundstücks nicht mehr als 10 Jahre liegen, kein privates Veräußerungsgeschäft bezüglich des Gebäudes anzunehmen.

**Einbeziehung des Gebäudes bei Veräußerung eines Erbbaurechts:** Folgt man der Auffassung des BFH, dass die Bestellung eines Erbbaurechts eine Anschaffung des Erbbaurechts iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ist (s. hierzu Anm. 85), ist die Errichtung eines Gebäudes aufgrund eines Erbbaurechts in die Veräußerung des „bebauten Erbbaurechts“ einzubeziehen, so dass ein privates Veräußerungsgeschäft hinsichtlich des Erbbaurechts und Gebäudes vorliegt, wenn der Zeitraum zwischen Erbbaurechtsbestellung und der Veräußerung nicht mehr als 10 Jahre beträgt (BMF v. 5.10.2000 aaO Tz. 14). Zu Recht weist das BMF (aaO Tz. 15) darauf hin, dass Grundstück und Gebäude gesondert Gegenstand eines privaten Veräußerungsgeschäfts sein können, wenn sie „getrennt handelbar“ sind. Dies hat zur Folge, dass zB in folgendem Fall für das Gebäude kein privates Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 vorliegt: Ein Gebäude wird in Ausübung eines Nutzungsrechts am Grund und Boden errichtet; der Grund und Boden wird später zu Eigentum erworben; bei Veräußerung des bebauten Grundstücks wird das Gebäude nicht in das Veräußerungsgeschäft einbezogen, weil es vor Anschaffung des Grund und Bodens *aufgrund des Erbbaurechts* errichtet und dieses nicht veräußert wurde (s. BMF v. 5.10.2000 aaO Tz. 15). Das BMF weist hinsichtlich der Fälle, in denen Grundstücke und aufstehende Gebäude getrennt handelbar sind, auf Art. 231 und Art. 233 EGBGB hin; hiermit sind die Fälle in Art. 231, § 5 (s. MünchKomm./SÄCKER, 4. Aufl. 2006, Art. 231, § 5 Rn. 4f.) und in Art. 233, § 2b (s. MünchKomm./VON OEFELE, 4. Aufl. 2006, Art. 233, § 2b Rn. 6ff.) EGBGB gemeint, die das Sondereigentum an Gebäuden im Beitrittsgebiet betreffen.

**Rückwirkende Anwendung:** Eine Besteuerung von Wertsteigerungen, die durch die Errichtung, den Ausbau und die Erweiterung von Gebäuden vor dem 1.1.1999 eingetreten sind, kommt aus verfassungsrechtl. Gründen (Dispositionsschutz) nicht in Betracht. Hier ist eine entsprechende Übergangsregelung zu fordern, s. ausführlich Anm. 11.

123

**IV. Entsprechende Geltung für Gebäudeteile,  
Eigentumswohnungen und im Teileigentum stehende Räume  
(Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 Halbs. 2)**

Der Begriff in Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 Halbs. 2 „Gebäudeteile, die selbständige unbewegliche WG sind“, wird auch in § 7 Abs. 5a verwendet. Er hat in beiden Vorschriften die gleiche Bedeutung; s. daher § 7 Anm. 503.

Die Begriffe „Eigentumswohnungen“ und „im Teileigentum stehende Räume“ sind in § 1 Abs. 2 und 3 WEG definiert. Diese Begriffsbestimmungen sind auch für § 23 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 Halbs. 2 maßgebend. Wohneigentum ist das Sonder Eigentum an einer Wohnung iVm. dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem er gehört (§ 1 Abs. 2 WEG). Teileigentum ist das Sondereigentum an nicht Wohnzwecken dienenden Räumen eines Gebäudes iVm. mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört (§ 1 Abs. 3 WEG).

Die in Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 Halbs. 1 geregelte Einbeziehung von Gebäuden und Außenanlagen, die in dem Zehnjahreszeitraum iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 errichtet wurden, in die Besteuerung gilt auch für die vorerwähnten Gebäudeteile, Eigentumswohnungen und die im Teileigentum stehenden Räume.

124–127 Einstweilen frei.

**D. Keine Besteuerung bei Veräußerung selbstgenutzter  
Wohnimmobilien (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3)**

128

**I. Grundsatz**

Von der Besteuerung nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Sätze 1 und 2 sind die Veräußerungen von allen in diesen Vorschriften genannten WG ausgenommen, und zwar gem. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 unter der Voraussetzung, dass das WG wie folgt genutzt wurde:

- „im Zeitraum zwischen Anschaffung oder Fertigstellung und Veräußerung ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken“ (Alt. 1)  
oder
- „im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Jahren zu eigenen Wohnzwecken“ (Alt. 2).

Auffallend an dieser Regelung ist, dass in der Alt. 1 als zusätzliche Voraussetzung „Ausschließlichkeit“ gefordert wird, nicht dagegen in der Alt. 2; welchen Sinn diese unterschiedliche Regelung hat, ist nicht ohne weiteres erkennbar (s. PAUS, INF 1999, 513 [516]). Ferner ist nach dem Wortlaut in der Alt. 1 unklar, ob sich die Ausschließlichkeit auf den räumlichen Umfang der Nutzung zu eigenen Wohnzwecken oder auf das zeitliche Erfordernis bezieht. Die FinVerw. (BMF v. 5.10. 2000, BStBl. I 2000, 1383 Tz. 25) geht offenbar davon aus, dass das Merkmal „ausschließlich“ nicht die wohnliche Nutzung, sondern deren Zeitraum betrifft (ebenso KORN, KÖSDI 2000, 12492; KOHLRUST-SCHULZ, NWB F. 3, 10775 [10779]); denn sie hat diesem Merkmal in BMF v. 5.10.2000 aaO Tz. 25 die Bedeutung „ununterbrochen“ beigemessen.

Zum zeitlichen Anwendungsbereich s. Anm. 4.

## II. Zu Wohnzwecken genutzte Wirtschaftsgüter

129

**Wirtschaftsgüter** iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 sind grds. alle Objekte, deren Veräußerung nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 und 2 zu versteuern ist. WG eines Gebäudes können auch Gebäudeteile sein, die eigenbetrieblich, fremdbetrieblich, zu eigenen Wohnzwecken oder zu fremden Wohnzwecken genutzt werden (R 4.2 Abs. 4 EStR 2005). So sind zB einzelne vermietete Zimmer selbständige WG, die wegen ihrer Vermietung nicht zu eigenen Wohnzwecken genutzt werden (KORN, KÖSDI 2000, 12492). Der Grund und Boden ist ein von dem darauf errichteten Gebäude abzugrenzendes eigenständiges WG (HARTMANN/MEYER, FR 1999, 1089 [1090]).

**Nutzung zu Wohnzwecken** kann nur vorliegen, wenn in Räumen eines Gebäudes die Führung eines selbständigen Haushalts möglich ist (s. auch § 10e Anm. 2 und § 21 Anm. 205; R 7.2 Abs. 1 EStR 2005). Sie ist nicht anzunehmen, wenn das WG zu (eigenen oder fremden) betrieblichen Zwecken genutzt wird.

**Teilweise Nutzung zu Wohnzwecken:** Wird ein Grundstück nur teilweise zu Wohnzwecken genutzt, dann gilt die Ausnahme von der Steuerbarkeit nur für den Teil, der zu Wohnzwecken genutzt wurde.

**Grund und Boden** wird nur (mittelbar) zu Wohnzwecken genutzt, wenn auf ihm ein zu Wohnzwecken genutztes Gebäude errichtet worden ist. Unbebauter Grund und Boden wird grds. nicht unmittelbar wohnlich genutzt. Ist Grund und Boden bebaut, liegt eine mittelbare Nutzung des Grund und Bodens zu Wohnzwecken vor, aber nur insoweit, als der Grund und Boden dem wohnlich genutzten Teil des Gebäudes zuzuordnen ist (KOHLRUST-SCHULZ/NWB F. 3, 10775 [10778]; KORN, KÖSDI 2000, 12479 [12490]). Wenn also zB ein zu 70 vH wohnlich und zu 30 vH zu anderen Zwecken genutztes Gebäude veräußert wird, gilt die Ausnahme des Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 hinsichtlich des Grund und Bodens nur für einen Anteil von 70 vH. Vgl. hierzu auch das Beispiel in Anm. 130. Diese Grundsätze gelten für Außenanlagen entsprechend.

Nach BMF v. 5.10.2000 (BStBl. I 2000, 1383 Tz. 17) ist nur der Teil des Grund und Bodens als zu Wohnzwecken genutzt anzusehen, der für die Nutzung des Wohnzwecken dienenden Gebäudes erforderlich und üblich ist, wobei auch die künftig geplante Nutzung zu berücksichtigen ist; zur Begründung bezieht sich das BMF auf BFH v. 24.10.1997 – IV R 43/95 (BStBl. II 1998, 50). Hierbei wird man uE auch auf die Wohnlage des Gebäudes abstellen müssen. Wird ein bebautes und zu Wohnzwecken genutztes Grundstück parzelliert und die neu entstandene unbebaute Fläche als Bauland veräußert, fällt der veräußerte Teil wegen fehlender Nutzung zu Wohnzwecken nicht unter die Ausnahmenvorschrift des Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 (BMF v. 5.10.2000 aaO).

## III. Nutzung zu „eigenen“ Wohnzwecken

130

Nutzung zu „eigenen“ Wohnzwecken bedeutet, dass der Stpfl. – also der (wirtschaftliche) Eigentümer und Veräußerer des WG – dieses selbst bewohnt und die Vermietung zu Wohnzwecken des Mieters nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 nicht begünstigt ist.

**Beispiel:** A erwirbt ein aus 2 gleichwertigen Wohnungen bestehendes Zweifamilienhaus, das er innerhalb der Zehnjahresfrist veräußert. Er bewohnt eine Wohnung seit Anschaffung des Gebäudes; die andere Wohnung ist seit diesem Zeitpunkt zu Wohnzwecken vermietet. Die AK betragen 1 000 000 €, der Veräußerungspreis 1 300 000 €; A erzielte nach Abzug der Kosten einen Veräußerungsgewinn von 260 000 €.

Diesen Gewinn hat A zur Hälfte nach § 23 zu versteuern; soweit der Gewinn die selbst genutzte Wohnung betrifft, ist er nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 von der Besteuerung ausgenommen. AK und Veräußerungspreis für den Grund und Boden entfallen je zur Hälfte auf die eigengenutzte Wohnung (insoweit also nicht steuerbar) und die vermietete Wohnung (insoweit also stpfl.).

**Nutzung zu eigenen Wohnzwecken bei Miteigentum:** Nutzt ein Miteigentümer eines Gebäudes eine Wohnung mit Zustimmung der übrigen Miteigentümer und entspricht diese Nutzung in etwa seinem Miteigentumsanteil, so ist uE davon auszugehen, dass er diese Wohnung zu eigenen Wohnzwecken nutzt; insoweit ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten. Zum gleichen Ergebnis kommt BMF v. 5.10.2000 (BStBl. I 2000, 1383 Tz. 24), indem es darauf abstellt, dass der Miteigentümer die von ihm genutzte Wohnung aufgrund „eigenen Rechts“ nutzt. Vgl. hierzu auch HARTMANN/MEYER, FR 1999, 1089 (1093 f.). Nutzt ein Miteigentümer ein Gebäude zu einem höheren Anteil, als er seinem Miteigentumsanteil entspricht, zu eigenen Wohnzwecken, liegt *insoweit* für die übrigen Miteigentümer keine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken vor.

**Mitnutzung einer Wohnung durch Dritte:** Eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken ist auch insoweit anzuerkennen, als eine Wohnung nicht nur vom Eigentümer (= Veräußerer), sondern auch von seinen Familienangehörigen zu Wohnzwecken genutzt wird; dazu gehören insbes. sein Ehegatte und seine unterhaltsberechtigten Kinder (so BFH. v. 31.10.1991 – X R 9/91, BStBl. II 1992, 241, zu § 34 f; v. 26.1.1994 – X R 94/91, BStBl. II 1994, 544, zu § 10e; s. auch § 10e Anm. 2). Nach BMF v. 5.10.2000 (BStBl. I 2000, 1383 Tz. 22) liegt eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken auch vor, wenn der Stpfl. die Wohnung „mit seinen Familienangehörigen oder gemeinsam mit einem Dritten bewohnt“ (enger PAUS, INF 1999, 513 [516]). Das BMF fordert also nicht, dass der Stpfl. gegenüber den Familienangehörigen (gesetzlich oder sittlich) unterhaltsverpflichtet ist und dass der Mitbewohner ein Familienangehöriger ist; erforderlich ist bei Dritten lediglich ein „gemeinsames Mitbewohnen“. Als unschädlich wird es von BMF v. 5.10.2000 (aaO Tz. 22) auch angesehen, wenn der Stpfl. Teile eines WG einem Dritten unentgeltlich überlassen hat, sofern die dem Stpfl. zu eigenen Wohnzwecken verbliebenen Räume noch den Wohnungsbegriff erfüllen und ihm die Führung eines selbständigen Haushalts ermöglichen. Dies gilt uE auch, wenn sich der Angehörige bei Übereignung des Grundstücks ein derartiges Wohnrecht vorbehalten hat.

**Zweitwohnung:** Die Nutzung einer Wohnung zu Wohnzwecken setzt uE nicht voraus, dass der Stpfl. in der Wohnung seinen Lebensmittelpunkt hat (vgl. BFH v. 14.3.1989 – IX R 45/89, BStBl. II 1989, 776; v. 14.3.1989 – IX R 43/88, BStBl. II 1989, 829, zu § 34 f). Es genügt, wenn die Wohnung zeitweise vom Stpfl. genutzt wird und in der übrigen Zeit zum Bewohnen zur Verfügung steht; ebenso BMF v. 5.10.2000 (aaO Tz. 22). Dies gilt zB für Wohnungen im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung und für Ferienwohnungen, sofern sie nicht zur Vermietung bestimmt sind und tatsächlich nicht vermietet werden (vgl. PAUS, INF 1999, 513 [515]).

**Unentgeltliche Überlassung einer Wohnung an Dritte:** Eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken nimmt BMF v. 5.10.2000 (aaO Tz. 23) selbst dann an, wenn der Stpfl. einem Kind, für das er Anspruch auf Kindergeld oder einen Freibetrag nach § 32 Abs. 6 hat, ein WG – idR also eine Eigentumswohnung – unentgeltlich zur alleinigen wohnlichen Nutzung überlässt (aA PAUS, INF 1999, 513 [516]; KOHLRUST-SCHULZ, NWB F. 3, 10775 [10779]); diese Verwaltungsanweisung – der zuzustimmen ist – beruht offensichtlich auf dem zu § 10e er-

gangenen Urt. des BFH v. 26.1.1994 – X R 94/91, BStBl. II 1994, 544). Die unentgeltliche Überlassung von Wohnungen an andere Personen erfüllt nicht die Voraussetzungen der Ausnahme nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3.

**Die Altenteilerwohnung** in der LuF ist kein vom Eigentümer zu eigenen Wohnzwecken genutztes WG (BMF v. 5.10.2000 aaO Tz. 23).

**Nutzung für andere Zwecke als eigene Wohnzwecke:** Der Stpfl. kann ein Gebäude nicht nur für eigene Wohnzwecke, sondern auch in anderer Weise nutzen, insbes. für eigene betriebliche Zwecke und zur Vermietung für wohnliche oder betriebliche Zwecke. Ist dies der Fall, liegen hinsichtlich der Gebäudeteile mit Nutzung für andere als eigene Wohnzwecke ein oder mehrere WG vor, deren Veräußerung nicht nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 von der Besteuerung ausgenommen ist; für die übrigen Gebäudeteile ist die Ausnahme anzuwenden. Der Grund und Boden ist entsprechend den Nutzungsanteilen für eigene Wohnzwecke und für andere Zwecke aufzuteilen (s. Anm. 129). Soweit zu einem BV gehörende WG vorliegen, erfolgt eine Besteuerung nach den für Gewinnermittlungseinkünfte (§ 2 Abs. 2 Nr. 1) geltenden Regeln (§ 23 Abs. 2).

**Betrieblich genutzte Grundstücksteile von untergeordnetem Wert** (Wert nicht mehr als ein Fünftel des gemeinen Werts des Grundstücks und nicht mehr als 20 500 €) brauchen nach § 8 EStDV nicht als BV behandelt zu werden. Hat sich der Stpfl. in diesem Sinne entschieden, gehören die Grundstücksteile von untergeordnetem Wert zum PV, und zwar mit der Folge, dass sie im Fall der Veräußerung der Besteuerung nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 und 2 unterliegen; die Ausnahme von der Besteuerung nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 kommt nicht in Betracht, weil diese Grundstücksteile nicht zu eigenen Wohnzwecken genutzt werden.

**Häusliches Arbeitszimmer:** Das BMF (Schr. v. 5.10.2000 aaO Tz. 21) bestimmt, dass ein häusliches Arbeitszimmer nicht Wohnzwecken dient, selbst wenn der Abzug der Aufwendungen als BA oder WK nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b oder § 9 Abs. 5 ausgeschlossen oder eingeschränkt ist. Dem kann nach der Neufassung des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b so nicht gefolgt werden. Aufgrund der Neufassung werden häusliche Arbeitszimmer grundsätzlich dem Bereich privater Nutzung zugeordnet. Damit stellen sie auch keine WG mehr dar, die von der Wohnung zu trennen wären. Nur für den Fall, dass eine ausnahmsweise Anerkennung der Aufwendungen nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b Satz 2 in Betracht kommt, dient das Arbeitszimmer auch nicht Wohnzwecken.

**Garagen** gehören uE zu Gebäudeteilen, die zu eigenen Wohnzwecken genutzt werden, es sei denn, sie sind vermietet oder werden vom Eigentümer zu gewerblichen Zwecken genutzt (KORN, KÖSDI 2000, 12491).

#### IV. Nutzung „im Zeitraum zwischen Anschaffung oder Fertigstellung und Veräußerung ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken oder im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Jahren zu eigenen Wohnzwecken“

131

Private Veräußerungsgeschäfte werden nicht besteuert, wenn das veräußerte WG im Zeitraum zwischen Anschaffung und Fertigstellung und Veräußerung ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken (Alt. 1) oder im Jahr der Veräußerung und den beiden vorangegangenen Jahren zu eigenen Wohnzwecken (Alt. 2) genutzt wird. S. hierzu auch Anm. 128.

**Anschaffung und Veräußerung:** Unter „Anschaffung“ und „Veräußerung“ iSd. Abs. 1 Satz 1 ist idR der Zeitpunkt des Abschlusses der schuldrechtl. Verträge zu verstehen (s. Anm. 52 und 92). Für die Auslegung der gleichlautenden Begriffe in Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 ist nach dem Gesetzeszweck dieser Vorschrift darauf abzustellen, von welchem Zeitpunkt an und bis zu welchem Zeitpunkt die Nutzung *zu eigenen Wohnzwecken* vorlag. Deshalb ist für die Auslegung der Begriffe „Anschaffung“ und „Veräußerung“ iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 grds. der Zeitpunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums maßgebend (BMF v. 5.10.2000, BStBl. I 2000, 1383 Tz. 25), der idR mit dem Übergang der Nutzungen und Lasten anzunehmen ist.

**Fertigstellung** eines WG, das Wohnzwecken dient, ist mit seiner Bezugsfertigkeit gegeben. Der Zeitpunkt der Fertigstellung ist für die Anwendung der Ausnahmeregelung des Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 insbes. in folgendem Beispielfall von Bedeutung.

**Beispiel:** A erwirbt 2006 ein unbebautes Grundstück, das er zunächst vermietet. 2008 errichtet er ein Einfamilienhaus, das er von der Fertigstellung an bewohnt. Mitte 2009 veräußert er das Haus. Die Voraussetzungen der StBefreiung nach der Alt. 1 liegen vor, da A das Gebäude von der Fertigstellung bis zur Veräußerung ununterbrochen bewohnt hat.

**Leerstand:** Aus praktischen Gründen können Wohnungen nicht schon am Tag nach Anschaffung oder Fertigstellung, sondern idR frühestens erst einige Tage oder auch Wochen später bezogen werden. Deshalb erkennt BMF v. 5.10.2000 aaO Tz. 25 zu Recht an, dass ein Leerstand zu Beginn der Nutzung, wenn er mit der beabsichtigten Nutzung zu Wohnzwecken im Zusammenhang steht, unschädlich ist; dies gilt auch für den Leerstand zwischen Beendigung der wohnlichen Nutzung und der Veräußerung, „wenn der Stpfl. die Veräußerungsabsicht nachweist“ (BMF v. 5.10.2000 aaO Tz. 25). UE wäre es angemessen, wenn die FinVerw. in diesen Fällen einen Leerstand von etwa 3 Monaten typisierend ohne Überprüfung aller Einzelheiten als unschädlich behandeln würde.

**Bei unentgeltlichem Erwerb** eines zu eigenen Wohnzwecken genutzten WG ist zur Ermittlung des zeitlichen Umfangs der Nutzung zu eigenen Wohnzwecken iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 die Nutzungszeit des Rechtsvorgängers dem Rechtsnachfolger zuzurechnen (BMF v. 5.10.2000 aaO Tz. 26; WENDT, FR 1999, 333 [354]).

**Schuldzinsen bei nicht realisiertem Selbstbezug:** s. hierzu Anm. 289 „Schuldzinsen“.

**Im Fall der Alt. 2** wird die Ausnahme von der Besteuerung gewährt, wenn die Nutzung zu eigenen Wohnzwecken im Kj. der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Kj. vorlag, wobei dieser Zeitraum nicht die vollen 3 Kj. umfassen muss (BMF v. 5.10.2000 aaO Tz. 25).

**Beispiel** (gem. BMF v. 5.10.2000 aaO Tz. 25): B erwirbt eine Eigentumswohnung im März 2006 und vermietet sie. Nach Beendigung des Mietverhältnisses nutzt B ab 1.12. 2007 die Wohnung zu eigenen Wohnzwecken bis zur Veräußerung am 1.3.2009. Da eine Nutzung der Eigentumswohnung zu eigenen Wohnzwecken des B im Veräußerungsjahr 2009 und in den beiden vorangegangenen Jahren 2007 und 2008 gegeben ist, ist die Veräußerung nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 von der Besteuerung ausgenommen.

**Verhältnis zwischen Alt. 1 und 2:** Das Gesetz geht davon aus, dass grds. die StBefreiung des Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 nur zu gewähren ist, wenn eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Jahren vorgelegen hat (Alt. 2, s.o.). Ist diese Voraussetzung nicht

erfüllt – ist zB das Wohnhaus oder die Eigentumswohnung erst im Jahr vor der Veräußerung angeschafft oder fertiggestellt worden –, so fordert das Gesetz, dass die Nutzung zu eigenen Wohnzwecken im Zeitraum zwischen Anschaffung/Fertigstellung und Veräußerung ausschließlich (dh. ununterbrochen) erfolgte (s. Anm. 128).

**Beispiel:** C schafft Anfang 2005 eine Eigentumswohnung an, die er am 1.11.2006 veräußert. Er nutzt die Wohnung vom Erwerb an bis zur Veräußerung zu eigenen Wohnzwecken. Die Veräußerung unterliegt nicht der Besteuerung, weil die Voraussetzungen der Alt. 1 des Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 erfüllt sind (ebenso PAUS, INF 1999, 513 [516]). Auf die Länge des Zeitraums zwischen Anschaffung/Fertigstellung und Veräußerung kommt es in diesem Fall grds. nicht an.

Hätte im Beispielfall C die Eigentumswohnung zum 1.10.2007 veräußert und sie bereits zum 1.5.2007 an den künftigen Erwerber vermietet, hätte ihm die StBefreiung uE ebenfalls zugestanden, und zwar nach der Alt. 2. Denn C hat die Eigentumswohnung sowohl in den beiden Jahren vor der Veräußerung als auch im Jahr der Veräußerung (wenn auch nur für einen Teil des Jahres) zu eigenen Wohnzwecken genutzt (vgl. WENDT, FR 1999, 323 [354]). Anders wäre es nach BMF v. 5.10.2000 (aaO Tz. 25), wenn C die Eigentumswohnung im Jahre 2006 auch nur kurzfristig zu anderen Zwecken als eigenen Wohnzwecken genutzt hätte (hiergegen uE zu Recht SAUREN, DStR 2000, 60).

Einstweilen frei.

132–139

## Erläuterungen zu Abs. 1 Satz 1 Nr. 2: Private Veräußerungsgeschäfte bei anderen Wirtschaftsgütern

### A. Veräußerungsgeschäfte gem. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2

#### I. Grundsatz

140

Der Begriff des Veräußerungsgeschäfts iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 entspricht dem gleichlautenden Begriff iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1. Zum Begriffsmerkmal „Anschaffung“ s. Anm. 91–96 und zum Begriffsmerkmal „Veräußerung“ s. Anm. 48–80. Die Erl. in diesen Anm. finden unmittelbar Anwendung bei Anschaffung und Veräußerung von WG, die nicht in Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 genannt sind. Anschaffung oder Veräußerung „anderer Wirtschaftsgüter“ in diesem Sinne liegen also insbes. vor, wenn schuldrechtl. Verträge, die die Anschaffung/Veräußerung eines WG zum Gegenstand haben, wirksam zustande gekommen sind. Demnach sind zB der Verkauf von Wertpapieren und Geldforderungen Veräußerungsgeschäfte iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2.

#### II. Einziehung von Forderungen und Rückgewähr des Kapitals einer Kapitalgesellschaft

141

**Einziehung von Forderungen:** Nach der Rspr. ist die Einziehung einer käuflich erworbenen Forderung ein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2.

RFH v. 14.3.1934, RStBl. 1934, 711; BFH v. 17.7.1959 – VI 67/58 U, BStBl. III 1959, 346; v. 13.12.1961 – VI 133/60 U, BStBl. III 1962, 127; FG Hamb. v. 10.8.1984, EFG 1985, 125, rkr.; aA LBP/JACOBS-SOYKA, § 23 Rn. 107; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVI. § 23 Rn. 54.

Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass die Einziehung einer Forderung wirtschaftlich ihrer Veräußerung gleichsteht. In BFH v. 13.12.1961 – VI 133/60 U aaO wird ausgeführt: Weil der Begriff „Veräußerung“ nicht eindeutig sei (auch zivilrechtl. nicht), könne eine Auslegung gegen den Wortlaut erfolgen; nach wirtschaftlicher Betrachtung sei als Veräußerung nicht nur die Abtretung einer Forderung an einen Dritten, sondern auch ihre Verwertung durch Einziehung anzusehen.

UE ist es bedenklich, die Einziehung einer Forderung als ein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 zu behandeln und dies mit der wirtschaftlichen Gleichstellung von Veräußerung und Einziehung zu begründen (ebenso LBP/JACOBS-SOYKA, § 23 Rn. 107; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVI. § 23 Rn. 54). Im Allgemeinen wird unter einer Veräußerung die Übertragung einer Sache oder eines Rechts auf einen Dritten verstanden. Dies gilt auch zivilrechtl.; so heißt es zB bei PALANDT/HEINRICHS, BGB, 66. Aufl. 2007, Überblick vor § 104 Rn. 16: Zu den Verfügungen gehören Veräußerung (Übereignung oder Übertragung eines Rechts) und Belastungen. Das private Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 ist gekennzeichnet durch das Begriffspaar „Anschaffung“ und „Veräußerung“ desselben Gegenstands. Beide Begriffsmerkmale entsprechen einander; wenn als Anschaffung nur der Erwerb eines WG von einem Dritten anzusehen ist (s. Anm. 91), kann als Veräußerung auch nur die Übertragung des WG an einen Dritten und nicht eine „Verwertung“ in der Weise, dass ein WG untergeht, verstanden werden. UE reicht eine wirtschaftliche Betrachtung nicht aus, die Ausdehnung des Begriffs „Veräußerungsgeschäft“ iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 auf die Fälle der Einziehung einer Forderung zu rechtfertigen.

**Einziehung der Forderung in Teilbeträgen:** Folgt man der Auffassung, dass die Einziehung einer Forderung ein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ist, so ergeben sich für die Besteuerung Probleme, wenn die Einziehung in Teilbeträgen erfolgt. Hierzu ausführlich STRECK, FR 1987, 267. UE ist im Prinzip wie folgt zu verfahren:

Findet die Einziehung vor Ablauf der Veräußerungsfrist statt, so entsteht die StPflcht nur insoweit, als die AK überschritten werden; dies gilt auch dann, wenn lediglich der Zufluss der Einnahmen nach Ablauf der Veräußerungsfrist erfolgt. Beruht die Einziehung auf Vollstreckungsmaßnahmen und werden diese vor Ablauf der Veräußerungsfrist wegen Erfolglosigkeit beendet, so löst uE eine erneute Einziehung *nach* Ablauf der Veräußerungsfrist (durch Wiederaufnahme der Vollstreckung oder durch freiwillige Zahlung des Schuldners) keine Steuerbarkeit aus, weil die Veräußerung (Einziehung) nicht innerhalb der Veräußerungsfrist erfolgt. Zur Einziehung einer Grundschuld s. Anm. 76.

**Sperrmarkguthaben:** Der BFH hatte auch in der vom Stpfl. erwirkten Freigabe eines von ihm erworbenen gesperrten Bankguthabens („Sperrmark“) einen der Veräußerung gleichzustellenden Vorgang erblickt, weil das Guthaben durch die Entsperrung zu einem WG anderer Art, nämlich einem freien Guthaben, geworden sei; deshalb liege bereits in der Freigabe die der Veräußerung entsprechende Verwertung (BFH v. 17.7.1959 – VI 67/58 U, BStBl. III 1959, 346; v. 30.11.1962 – VI 253/61, StRK EStG [bis 1974] § 23 R. 12). Mit dieser Rspr. ging der BFH noch einen Schritt weiter als mit seinen Entscheidungen, dass die Einziehung einer Forderung einem Spekulationsgeschäft (heute privatem Veräußerungsgeschäft) gleichzustellen sei. Er dehnte den Begriff des Veräußerungsgeschäfts auch auf nicht realisierte Wertsteigerungen aus. Diese auch im Schrifttum abgelehnte Auslegung des Begriffs „Veräußerungsgeschäft“ hat BFH v. 13.12.1961 – VI 133/60 U (BStBl. III 1962, 127) aufgegeben; danach liegt eine

Veräußerung nur vor, „wenn ein entsperrtes Guthaben eingezogen oder wenn sonst darüber verfügt wird“. Zutreffend hat jedoch BFH v. 1.12.1967 – VI R 202/66 (BStBl. II 1968, 267) entschieden: Die Verwendung eines freigegebenen Sperrmarkguthabens zum Erwerb von WG, die ihrerseits wieder gesperrt sind, ist ein Veräußerungsgeschäft bezüglich des Sperrmarkguthabens und führt ungeachtet der erneuten Sperrung in Höhe des über dem Anschaffungspreis liegenden Nennbetrags zu einem Spekulationsgewinn (Veräußerungsgewinn).

#### **Rückgewähr des Kapitals einer Kapitalgesellschaft:**

► *Kapitalberabsetzung*: Setzt eine AG oder GmbH das Kapital herab (§ 222 AktG, 58 GmbHG) und gewährt sie Kapital an die Gesellschafter zurück, ist dies keine (teilweise) Veräußerung der Gesellschaftsanteile.

► *Einziehung von Aktien und GmbH-Anteilen*: Werden Aktien nach § 237 AktG oder GmbH-Anteile nach § 34 GmbHG gegen Entgelt eingezogen, so ist die Einziehung uE keine Veräußerung iSd. § 23 Abs. 1; ebenso LBP/JACOBS-SOYKA, § 23 Rn. 104, mit der Begründung, die Anteile gingen unter.

► *Kündigung einer stillen Beteiligung*: Nach BFH v. 18.10.2006 – IX R 7/04, FR 2007, 301, stellt die Kündigung einer stillen Gesellschaft und die Vereinnahmung des Auseinandersetzungsguthabens keine Veräußerung iSv. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 dar. Dem ist mit der Erwägung zuzustimmen, dass nur dasjenige zurückgewährt wird, was dem Gesellschafter zuvor ohnehin schon wirtschaftlich zuzuordnen war.

► *Liquidation der KapGes.*: Die Rückgewähr des Kapitals aufgrund einer Liquidation ist uE keine Veräußerung der Beteiligung iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und keine Anschaffung der durch die Liquidation erhaltenen WG (DÖLLERER, JbFStR 1980/81, 260). Veräußerung und Anschaffung setzen Handlungen des Stpfl. voraus, die wesentlich von seinem Willen abhängen. Diese Voraussetzung liegt hier nicht vor. Auch nach BFH v. 19.4.1977 – VIII R 22/75 (BStBl. II 1977, 712) ist die Übertragung von WG auf den Gesellschafter im Zuge der Abwicklung einer KapGes. ein Erwerb kraft Gesetzes und damit keine Anschaffung iSd. § 23. Nach dieser BFH-Entscheidung ist jedoch eine Anschaffung iSd. § 23 anzunehmen, wenn der Erwerb nicht im Rahmen der Liquidation, sondern aufgrund eines schuldrechtl. Vertrags erfolgt, der der Vermögensübertragung vorausgegangen ist.

Einstweilen frei.

142–143

### **III. Erwerb von Gesellschaftsanteilen bei Gründung einer Kapitalgesellschaft**

144

Nach BFH v. 26.8.1975 – VIII R 61/72 (BStBl. II 1976, 64) ist entgegen der Vorinstanz (FG Ba.-Württ. v. 11.2.1972, EFG 1972, 184) bei Erwerb von Gesellschaftsanteilen bei Gründung einer GmbH durch den Gründungsgesellschafter eine Anschaffung iSd. Abs. 1 anzunehmen. Als Anschaffungsgeschäft wird der notarielle Vertrag über die Gründung der GmbH angesehen und damit ein Erwerb kraft Gesetzes ausgeschlossen. Danach sind bei Veräußerung der Gesellschaftsanteile an einer GmbH innerhalb der Veräußerungsfrist die Voraussetzungen eines privaten Veräußerungsgeschäfts gegeben. Gleiches gilt im Fall der Gründung anderer KapGes.

UE ist die Auffassung des BFH nicht unbedenklich. Bei Gründung einer KapGes. werden die Gesellschaftsanteile *nicht* von einem Dritten erworben, was als Voraussetzung für eine Anschaffung angesehen wird (s. Anm. 91). Die Gesell-

schaftsanteile entstehen vielmehr durch die Gründung der KapGes., die vom Gesellschafter (mit)bewirkt wird; ihr Erwerb ist deshalb wirtschaftlich eher mit einer Herstellung als mit einer Anschaffung gleichzusetzen. Nach BFH v. 30.11.1976 – VIII R 202/72 (BStBl. II 1977, 384) liegt eine Anschaffung vor, wenn *bereits vorhandene* WG von einem Dritten erworben werden, während eine Herstellung anzunehmen ist, wenn *zuvor nicht vorhandene* Werte durch den Stpfl. geschaffen werden (s. BFH v. 30.11.1976 – VIII R 202/72, BStBl. II 1977, 384 [386]). Legt man diese Überlegungen hier zugrunde, ist uE der Erwerb von Gesellschaftsanteilen bei Gründung einer KapGes. keine Anschaffung iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1; die Gesellschaftsanteile werden durch Maßnahmen des Erwerbers (Gründung bzw. Mitgründung einer KapGes.) geschaffen.

#### IV. Erwerb von Bezugsrechten und Gesellschaftsanteilen bei Kapitalerhöhung

**Schrifttum:** STEGMAIER, Die Einkommensteuerpflicht von Bezugsrechten und ihre Veräußerungserlöse, FR 1955, 150; STEINBERG, Die steuerrechtlichen Vorschriften des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften, DB 1957, 198; KAASE, Die einkommensteuerliche Behandlung des Erwerbs und der Veräußerung von Bezugsrechten auf junge Aktien bei Eigentümern alter Aktien, AG 1959, 49; THEWALT, Spekulationsgewinn bei der Veräußerung von Aktien und Bezugsrechten, AG 1959, 76; UELNER, Die Veräußerung von Bezugsrechten bei wesentlicher Beteiligung gemäß § 17 EStG, DB 1964, 273; SÖFFING, Spekulationsbesteuerung bei Bezugsrechten und Bezugsaktien, Inf. 1966, 433; GRIEGER, Spekulationsgewinn bei der Veräußerung junger, mit Bezugsrechten erworbener Aktien, BB 1967, 987; KAMPRAD, Spekulationssteuer beim Verkauf von Wertpapieren aus dem Privatvermögen, FR 1968, 531, KAMPRAD, Die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen beim Verkauf und beim Umtausch von Wertpapieren, AG 1969, 245; MAYER-WEGELIN, Anschaffungszeitpunkt junger GmbH-Anteile bei der Einkommensteuer, BB 1969, 1131; BRAUN, Anschaffungskosten und Buchwerte von Bezugsrechten, BB 1970, 250; KARWATZKI, Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und Spekulationsgewinn, DB 1979, 1150; GERLACH, Die Anschaffungskosten von Aktien und Bezugsrechten im Privatvermögen, BB 1985 Beilage 3; MELLWIG, Zur Ermittlung der Anschaffungskosten von Aktien und Bezugsrechten, DB 1986, 1417; FELIX, Veräußerung der Alt-Aktien innerhalb und der Jung-Aktien nach Ablauf der Spekulationsfrist, FR 1993, 688; STEGEMANN, Die steuerliche Behandlung von Gratisaktien, BB 2000, 953, KRAFT, Praxisfragen der Anschaffungskostenermittlung von Kapitalgesellschaftsanteilen nach der Substanzabspaltungstheorie des BFH, BB 2004, 595; BAREIS, „Substanzabspaltung“ bei der Erhöhung des Eigenkapitals? – Zur steuerlichen Fehlinterpretation wirtschaftlicher Sachverhalte, DB 2006, 1637; BEHRENS/RENNER, Führt die Bezugsrechtsausübung zu steuerpflichtigem Veräußerungsgewinn?, AG 2006, 367 ff.; MEILICKE, Gewinnrealisierung durch Ausübung von Bezugsrechten?, DB 2006, 1337; PATEK, Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte bei Kapitalerhöhungen gegen Einlage, BB 2006, 1142.

Für die stl. Beurteilung kann von Bedeutung sein, ob es sich um den Erwerb von Bezugsrechten oder von Gesellschaftsanteilen handelt oder ob die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln oder durch Einlagen der Gesellschafter erfolgt. Eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln vollzieht sich bei einer AG nach den §§ 207 ff. AktG und bei einer GmbH nach §§ 57c ff. GmbHG. Im Folgenden werden (aus Vereinfachungsgründen) nur die Fälle einer Kapitalerhöhung bei einer AG behandelt; für die Kapitalerhöhung bei einer GmbH gelten die gleichen Grundsätze sinngemäß (vgl. BFH v. 21.9.2004 – IX R 36/01, BStBl. II 2006, 12).

**Abspaltung aus den Altanteilen:** Nach wohl überwiegender Meinung entstehen aus dem Stammrecht zugewiesene Bezugsrechte durch Abspaltung aus den Altanteilen (§ 6 Anm. 1109; s. BFH v. 21.9.2004 – IX R 36/01, BStBl. II 2006,

12; BMF v. 20.12.2005, BStBl. I 2006, 8; gegen Abspaltungstheorie GERLACH, BB 1985 Beil. 3; MELLWIG, BB 1986, 1417; FELIX, FR 1993, 688; BAREIS, DB 2006,1637). Sie sind kein zusätzlicher Kapitalertrag der Altanteile, sondern ein durch den Kapitalerhöhungsbeschluss konkretisierter und verselbständigter Teil der Substanz. Eine Anschaffung iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 setzt eine Erwerbsbehandlung des Stpfl. voraus. Bei der Konkretisierung eines Bezugsrechts sowie der Zuteilung von Freianteilen fehlt es an einer Erwerbsbehandlung; der Anteilsbesitzer nimmt keine Anschaffung vor, etwa durch Hingabe der Wertminderung, die die Altanteile durch die Kapitalerhöhung und Ausgabe neuer Anteile erfahren. Vielmehr werden die Altanteile lediglich aufgespalten; das Vermögen der Gesellschaft wird ohne Veränderung seiner Höhe auf eine größere Zahl von Anteilen aufgeteilt. Rechtlich erhält der Stpfl. zusätzlich zu den Altanteilen das Bezugsrecht bzw. den neuen Anteil als weiteres WG; wirtschaftlich betrachtet erhält er nur einen größeren Nominalbetrag an Anteilen, für die er die AK bereits mit dem Betrag der AK der Altanteile und im Zeitpunkt ihrer Anschaffung aufgewendet hat. Es handelt sich also, vom konkretisierten Bezugsrecht bzw. neuen Anteil her gesehen, um fiktive AK (KAASE, AG 1959, 50; BRAUN, BB 1970, 250). Die für die Altanteile aufgewendeten AK werden lediglich rechnerisch auf alle (alte und neue) Anteile verteilt. Wirtschaftlich liegt aber auch darin keine (neue) Anschaffung der Freianteile; wirtschaftlich hat der Stpfl. die Freianteile bereits mit den Altanteilen angeschafft (glA SÖFFING, Inf. 1966, 433; STEGEMANN, BB 2000, 953 [956]). Aus der Begründung für die Abspaltungstheorie folgt, dass sie unabhängig davon anzuwenden ist, ob die Wertpapiere zum BV oder zum PV gehören (aA FELIX, FR 1993, 688).

**Veräußerung originär erworbener Bezugsrechte:** Nach dem Vorstehenden ist es wohl heute einhellige Meinung, dass der originäre Erwerb der Bezugsrechte durch den Gesellschafter keine Anschaffung iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ist (so auch BMF v. 20.12.2005, BStBl. I 2006, 8). Es wird aber die Auffassung vertreten, dass die Veräußerung der Bezugsrechte dann zu einem privaten Veräußerungsgeschäft führt, wenn die Veräußerung innerhalb einer Frist von einem Jahr nach Anschaffung der *Altaktien* erfolgt (als Anschaffung der Bezugsrechte ist also der Erwerb der Altaktien und als Anschaffungszeitpunkt der Tag des Erwerbs der Altaktien anzusehen). BFH v. 22.5.2003 – IX R 9/00 (BStBl. II 2003, 712; offen gelassen noch von BFH v. 12.4.1967 – VI 144/64, BStBl. III 1967, 554 [557]) hat sich mittlerweile der im Schrifttum (BLÜMICH/GLENK, § 23 Rn. 185; GERLACH, BB 1985 Beil. 3) vertretenen Auffassung angeschlossen, wonach ein Veräußerungsgeschäft vorliege (ebenso BMF v. 20.12.2005, BStBl. I 2006, 8). UE bestehen Bedenken, hinsichtlich des originären Erwerbs der Bezugsrechte eine Anschaffung im Zusammenhang mit den Altaktien und damit ein privates Veräußerungsgeschäft anzunehmen; s. auch die Ausführungen zur Gründung einer KapGes. in Anm. 144. Diese Bedenken gelten uE auch im Fall des derivativen Erwerbs der Altaktien.

Folgt man der Ansicht des BFH, so gilt Folgendes:

- ▶ *Die Veräußerung des Bezugsrechts erfolgt zwar innerhalb von einem Jahr nach der Kapitalerhöhung, aber später als ein Jahr nach der Anschaffung der Altanteile:* Es entfällt ein privates Veräußerungsgeschäft wegen Überschreitung der Veräußerungsfrist.
- ▶ *Die Veräußerung des Bezugsrechts erfolgt innerhalb von einem Jahr nach Anschaffung der Altanteile:* Es liegt ein privates Veräußerungsgeschäft vor. Die Nämlichkeit der WG wird bejaht. Die AK des Bezugsrechts sind nach der Gesamtwertmethode (s.u.) zu ermitteln (so BFH v. 22.5.2003 – IX R 9/00, BStBl. II 2003, 712; vgl. SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVI. § 17 Rn. 180).

**Veräußerung derivativ erworbener Bezugsrechte:** Veräußert der Gesellschafter die Bezugsrechte entgeltlich an einen Dritten und verkauft der Dritte sie innerhalb der Veräußerungsfrist weiter, so liegt ein privates Veräußerungsgeschäft vor. Die Bezugsrechte sind ein WG iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2. Zur Veräußerung von Aktien, die aufgrund solcher Bezugsrechte erworben wurden, s.u.

**Veräußerung der jungen Aktien durch den Gesellschafter:** BFH v. 12.4.1967 – VI 144/64 (aaO) hat entschieden, dass der *originäre* Erwerb der jungen Aktien eine Anschaffung durch den Gesellschafter sei, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er eine Zuzahlung leiste oder nicht. Hiergegen bestehen uE Bedenken, sofern die jungen Aktien von einem Gründer der Gesellschaft erworben werden; s. Anm. 144. Danach ist uE für den Zeitpunkt der Anschaffung und damit für die Berechnung der Veräußerungsfrist im Fall des derivativen Erwerbs der Altaktien und – sofern man der Auffassung des BFH folgt – im Fall des Erwerbs der jungen Aktien durch einen Gründer wie folgt zu verfahren:

► *Freianteile (Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln):* Ausgehend davon, dass der Zeitpunkt des Erwerbs der jungen Aktien der Zeitpunkt der Anschaffung iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ist, gilt folgendes:

- ▷ *Die Veräußerung erfolgt innerhalb von einem Jahr nach der Kapitalerhöhung, aber später als ein Jahr nach der Anschaffung der Altanteile:* Wegen des Überschreitens der Veräußerungsfrist ist kein privates Veräußerungsgeschäft gegeben.
- ▷ *Die Veräußerung erfolgt innerhalb von einem Jahr nach Anschaffung der Altaktien:* Es liegt ein privates Veräußerungsgeschäft vor. Die AK sind nach § 3 Kap-ErhStG zu ermitteln. Danach gelten als AK der vor der Erhöhung des Nennkapitals erworbenen Anteilsrechte und der auf sie entfallenden neuen Anteilsrechte die Beträge, die sich für die einzelnen Anteilsrechte ergeben, wenn die (tatsächlichen) AK der vor der Erhöhung des Nennkapitals erworbenen Anteilsrechte auf diese und auf die auf sie entfallenden neuen Anteilsrechte nach dem Verhältnis der Nennbeträge verteilt werden.

**Beispiel:** AK von 3 Aktien 900 €, Gratisaktien 3: 1, mithin AK von nunmehr 4 Aktien 900 €, von einer Aktie 225 €.

► *Junge Aktien gegen Zuzahlung (ohne Rücksicht auf die Höhe des Ausgabekurses):* Zwar steckt in den jungen Aktien wenigstens zT auch das originär erworbene Bezugsrecht und damit ein Teil der Substanz der Altanteile. Hier kommt aber für die Frage, ob eine Anschaffung iS einer Erwerbshandlung des Stpfl. vorliegt, von der ab eine selbständige Veräußerungsfrist laufen kann, die „Automatik“ der Abspaltung nicht mehr zum Zuge. Hier hat der Stpfl. „eine in seinem freien Entschluss stehende und auf den Erwerb von Gesellschaftsrechten gerichtete Erwerbshandlung“ vollzogen. Der Erwerb ist auch entgeltlich, und zwar nicht bloß, soweit eine Zuzahlung geleistet wird, sondern auch soweit das Bezugsrecht eingesetzt wird (BFH v. 12.4.1967 – VI 144/64 aaO; nunmehr auch BFH v. 21.9.2004 – IX R 36/01, BStBl. II 2006, 12 zu GmbH-Anteilen). Im Fall der Veräußerung der jungen Anteile ist daher ein privates Veräußerungsgeschäft gegeben, wenn zwischen dem Erwerb der jungen Anteile, dh. ihrer Zuteilung aufgrund des Kapitalerhöhungsbeschlusses, und ihrer Veräußerung die Veräußerungsfrist von einem Jahr noch nicht verstrichen ist. Fraglich ist dann nur die Ermittlung der AK insoweit, als für den Erwerb außer der Zuzahlung auch das Bezugsrecht „eingesetzt“ worden ist.

► *Kapitalerhöhung später als ein Jahr nach der Anschaffung der Altanteile:* UE muss man das Bezugsrecht mit dem Wert ansetzen, der sich vom – im Vergleich mit den AK höheren – Kurswert der Altanteile im Zeitpunkt der Kapitalerhöhung abge-

spalten hat, dh. mit dem Wert im Zeitpunkt seiner Realisierung durch Erwerb der neuen Anteile (so auch BFH v. 21.9.2004 – IX R 36/01 aaO unter Verweis auf BFH v. 12.4.1967 – VI 144/64 aaO; vgl. auch BMF v. 20.12.2005; BStBl. I 2006, 8: „Börsenkurs im Zeitpunkt der Annahme des Bezugsrechtsangebots“). Ein Zurückgreifen auf die (anteiligen) AK der Altanteile verbietet sich deshalb, weil der Wertzuwachs der Altanteile, der in mehr als einem Jahr seit ihrer Anschaffung entstanden ist, nach § 23 nicht stbar sein soll; das wäre nicht der Fall, wenn das in den jungen Anteilen steckende Bezugsrecht bei der Ermittlung der AK der jungen Anteile nur mit den anteiligen AK der Altanteile angesetzt würde.

► *Kapitalerhöhung und Veräußerung innerhalb von einem Jahr nach der Anschaffung der Altanteile:* UE ist nach der sog. Gesamtwertmethode (s. § 6 Anm. 1109) zu verfahren, weil dann auch die Wertsteigerung der Altanteile erfasst werden muss; dh. das Bezugsrecht ist mit demjenigen Teil der AK der Altaktien anzusetzen, der seinem Anteil entspricht (Formel: AK des Bezugsrechts = AK der Altanteile  $\cdot$  Börsenkurs des Bezugsrechts geteilt durch Börsenkurs der Altaktien); glA SÖFFING, Inf. 1966, 433; BIEDERMANN, Stbg. 1967, 76; KAMPRAD, AG 1959, 250; aA BLENCHE, StRK-Anm. EStG § 23 R. 30 zu BFH v. 12.4.1967 – VI 144/64 aaO.

**Veräußerung junger Aktien, die aufgrund eines derivativ erworbenen Bezugsrechts zugeteilt wurden:** UE liegt in diesem Fall eine Anschaffung iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 hinsichtlich der jungen Aktien vor. Die Erwerbshandlung ist aufgrund des derivativ Erwerbs des Bezugsrechts gegeben; der Erwerb des Bezugsrechts und der jungen Aktien ist als Einheit zu sehen. Für die Ermittlung der Veräußerungsfrist ist deshalb uE auch der Zeitpunkt des Erwerbs der jungen Aktien maßgebend; erst damit ist die einheitliche Erwerbshandlung abgeschlossen. AK sind uE die Aufwendungen zum Erwerb des Bezugsrechts und der jungen Aktien.

**Veräußerung der Altaktien:** Veräußert der Stpfl. die Altanteile nach Empfang des Bezugsrechts auf die jungen Anteile oder nach Bezug der jungen Anteile selbst, so bestimmt sich die Veräußerungsfrist unverändert nach dem Zeitpunkt der Anschaffung der Altanteile. AK der Altanteile sind die tatsächlichen AK abzüglich des auf die Bezugsrechte oder die Gratisaktien entfallenden Betrags, der nach der Gesamtwertmethode zu ermitteln ist (BFH v. 19.12.2000 – IX R 100/97, BStBl. II 2001, 345).

**Ausübung der Bezugsrechte:** Die FinVerw. (BMF v. 20.12.2005, BStBl. I 2006, 8) geht davon aus, dass bereits die Ausübung von Bezugsrechten eine Veräußerung derselben darstelle. Diese Auffassung ist mit dem überwiegenden Schrifttum abzulehnen. Die Ausübung ist begrifflich keine Veräußerung, sondern die Anschaffung neuer Aktien. Das vom BMF in Bezug genommene Urteil des BFH entscheidet die Frage nicht. Die Ausübung von Bezugsrechten führt mithin nicht zu einem Veräußerungsgeschäft im Hinblick auf dieselben (ebenso BEHRENS/RENNER, AG 2006, 367 ff.; MEILICKE, DB 2006, 1337; PATEK, BB 2006, 1142).

## V. Einzelfälle

146

**Schrifttum:** HARTMANN, Praxisbeispiel zur Beurteilung der Ausgabe von Bonusaktien (T-Aktie und Aktie Gelb); FR 2001, 577; SCHUMACHER, Private Veräußerungsgeschäfte nach § 23 EStG für Minderheitsaktionäre als steuerliche Folge beim sog. „Squeeze-out“, DB 2002, 1626; WELLMANN, Anschaffung und Veräußerung von Wertpapieren gegen Fremdwährung, DStZ 2002, 791; DELP, Besteuerung von Wertpapierkombinationen, BB 2003, 1594; WACLAWIK, Ausgeschlossen und dennoch veräußert? – Die einkommensteuerlichen Folgen der „Steuerfalle Squeeze-out“ bei Privatanlegern, DStR 2003, 447; JUROW-

SKY, Fremdwährungseinflüsse bei der Veräußerung von Wertpapieren im Rahmen des § 23 EStG, DB 2004, 2711; PAUKSTADT/DEIRITZ, Fremdwährungsgeschäfte im Rahmen des § 23 EStG, DStR 2004, 806; DERLIEN/SPILLER, Zweifelsfragen und Optimierungsüberlegungen zur Neufassung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, DStR 2005, 1520; RUHMANNSEDER, Zu Zweifelsfragen bei der Besteuerung von Bonusaktien, StuB 2005, 757; ROHDE/SCHOLZE, Zweifelsfragen bei der Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, StuB 2005, 295; STEINKAMPF, Besteuerung privater Aktiengeschäfte in Fremdwährung, DB 2005, 687; STEINLEIN, Zweifelsfragen bei der Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, DStR 2005, 456; WACKER, Zur steuerrechtlichen Beurteilung der anlässlich der Börsengänge der Deutschen Telekom AG zugeteilten Bonusaktien, BB 2005, 867; WAGNER, Zweifelsfragen bei der Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, DStZ 2005, 251; WELLMANN, Anschaffung und Veräußerung von Wertpapieren gegen Fremdwährung, DStZ 2005, 80.

**Aktionsoptionsrecht des Arbeitnehmers:** Wird einem ArbN aufgrund seines Arbeitsverhältnisses von seinem ArbG ein nicht handelbares Optionsrecht auf den späteren Erwerb von Aktien zu einem bestimmten Übernahmepreis gewährt, so fließt dem ArbN ein geldwerter Vorteil erst zu, wenn er die Option ausübt und der Kurswert der Aktien den Übernahmepreis übersteigt (BFH v. 24.1.2001 – I R 100/98, BStBl. II 2001, 509; v. 24.1.2001 – I R 119/98, BStBl. II 2001, 513; v. 20.6.2001 – VI R 105/99, BStBl. II 2001, 689). In diesem Fall liegt eine Anschaffung iSd. § 23 uE erst mit Ausübung der Option vor; auf diesen Zeitpunkt ist der geldwerte Vorteil zu ermitteln. Die AK entsprechen dem Kurswert zum Zeitpunkt der Ausübung der Option (vgl. auch BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 Tz. 13 f.).

#### **Bonusaktien:**

► *Bonusaktien der Deutschen Telekom:* Bei der Privatisierung der deutschen Telekom AG hat der Bund als Hauptaktionär den Emissionsaktionären des ersten und des zweiten Börsengangs neben einem Preisnachlass einen kostenlosen Bezug von Bonusaktien versprochen, wenn sie ihre Aktien eine bestimmte Zeit halten. Wer als Privataktionär beim ersten Börsengang der Deutschen Telekom AG im November 1996 Telekom-Aktien erworben und ununterbrochen bis zum 30.9.1999 gehalten hat, hat für jeweils zehn gehaltene Aktien eine Bonusaktie erhalten. Maximal wurden dreißig Bonusaktien pro Kapitalanleger ausgegeben. Wer als Privataktionär beim zweiten Börsengang im Juni 1999 Telekom-Aktien erworben hat, konnte diese ebenfalls mit einem Preisnachlass erwerben. Hielt er die Aktien ununterbrochen bis zum 31.8.2000, erhielt er ebenfalls für zehn gehaltene Aktien jeweils eine Bonusaktie. Eine Begrenzung auf eine maximale Anzahl von Bonusaktien – wie im Zusammenhang mit dem ersten Börsengang – war laut Börsenzulassungsprospekt nicht vorgesehen. Zu erwähnen sind weiterhin der dritte Börsengang der Telekom im Jahre 2000 mit Haltefrist bis 31.12.2001 sowie der nach gleichem Muster erfolgte Börsengang der Deutschen Post AG von 2000 mit Haltefrist bis zum 30.11.2002. Der Unterschied zu den beiden ersten Börsengängen lag darin, dass der Bund hier erstmals direkt Aktien aus dem Bestand der KfW veräußert hat.

► *Bezug der Bonusaktien grds. Einnahmen aus Kapitalvermögen:* Die Frage der strechtl. Behandlung der Bonusaktien war lange Zeit umstritten. BMF v. 10.12.1999 (BStBl. I 1999, 1129) hatte entschieden, dass der Bezug von Bonusaktien zu Einnahmen aus Kapitalvermögen iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 führe. Aus Vertrauensschutzgründen sollte allerdings für den Bezug von Bonusaktien aus dem ersten Börsengang auf die Besteuerung beim Empfänger verzichtet werden. Der Wert der Bonusaktien aus dem zweiten Börsengang sei hingegen als Einnahme

aus Kapitalvermögen iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 zu erfassen. KapErtrSt. werde nicht einbehalten. Die Aktionäre würden nur auf die StPflicht hingewiesen. Mit Blick auf den dritten Börsengang sowie den Börsengang der Deutschen Post AG geht die FinVerw. (OFD Frankf. v. 16.7.2003, DB 2003, 1986) von einer Steuerbarkeit nach § 22 Nr. 3 aus. Zum Teil wurde demgegenüber angenommen, der Bezug der Bonusaktien sei insgesamt als Einnahme aus sonstigen Leistungen iSd. § 22 Nr. 3 anzusehen, denn der Stpfl. müsse zur Kursstützung die Emissionsaktien eine bestimmte Zeit halten, um überhaupt Anspruch auf die Bonusaktien zu haben (so die Vorauf.). Das Halten der Emissionsaktie sei eine Leistung iSd. § 22 Nr. 3. Eine dritte Auffassung verneint eine Besteuerung, weil in Bezug auf Treueaktien nur eine nachträgliche Minderung der AK vorliege (FG Düss. v. 17.7.2002 – 2 K 4068/01, nv.; GONDERT/SCHIMMELSMIDT, DB 1999, 1570; SINGER, FR 2000, 228; METZING, DStR 2001, 608). BFH v. 7.12.2004 – VIII R 70/02 (BStBl. II 2005, 468) hat die Streitfrage nunmehr für den zweiten Börsengang der Telekom dahingehend entschieden, dass Einkünfte aus Kapitalvermögen vorliegen. Das Veranlassungsprinzip ist danach auch für die Steuerbarkeit von sonstigen Bezügen aus Aktien nach § 20 Abs 1 Nr. 1 iVm. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 zu beachten. Beim zweiten Börsengang sei die Vorteilszuwendung der Erwerbssphäre zuzuordnen. Dem ist zuzustimmen, da zumindest eine hier ausreichende Mitveranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis gegeben ist. Aber auch für die übrigen genannten Börsengänge kann uE nichts anderes gelten, da es nicht darauf ankommt, ob der Vermögensvorteil durch die KapGes. selbst oder einen Dritten (hier den Bund) gewährt wird (ebenso RUHMANNSEDER, StuB 2005, 757 [758]).

► *Verkauf der Bonusaktien:* Veräußert der Stpfl. die Bonusaktien innerhalb eines Jahres nach der Ausgabe, liegt uE ein privates Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 vor, da die Bonusaktien im Zeitpunkt der Ausgabe als entgeltlich angeschafft gelten. Zwar hat sich der Bund bereits im Zeitpunkt der Emission festgelegt, dem Emissionsaktionär nach Ablauf bestimmter Haltefristen für die gekauften Emissionsaktien Bonusaktien zu gewähren. Das Angebot auf Übertragung der Bonusaktien steht jedoch unter einer aufschiebenden Bedingung (Haltefrist). Auch der Emissionsaktionär nimmt im Grunde erst mit Ablauf der Haltefrist das Angebot des Bundes an. Ein zivilrechtl. wirksamer gegenseitiger Vertrag ist damit erst am Ausgabestichtag für die Bonusaktien entstanden mit der Folge, dass zu diesem Zeitpunkt das schuldrechtl. Anschaffungsgeschäft iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 zustande gekommen ist (s. Anm. 53). Die Gegenleistung des Emissionsaktionärs besteht im Halten der Emissionsaktien bis zum Ausgabestichtag; sie kann mit dem gemeinen Wert der Bonusaktien im Zeitpunkt des Erwerbs bewertet werden. Dieser Wert gilt damit als AK der Bonusaktien. Zum Anschaffungszeitpunkt s. BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 Tz. 18 sowie WACKER, BB 2005, 867 f.).

**Fremdwährungsguthaben** (s. Anm. 150) werden angeschafft iSd. § 23, wenn sie gegen Umtausch von Guthaben in Euro erworben werden; sie werden veräußert iSd. § 23, wenn sie in Guthaben in Euro rückgetauscht oder in eine andere Fremdwährung umgetauscht werden (BFH v. 2.5.2000 – IX R 74/96, BStBl. II 2000, 469; v. 2.5.2000 – IX R 73/98, BStBl. II 2000, 614; s. auch BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 Tz. 42). Nach BMF v. 25.10.2004 aaO Tz. 43 ist auch die Anschaffung anderer WG durch ein Fremdwährungsguthaben als dessen Veräußerung anzusehen (krit. WELLMANN, DStZ 2002, 791 f.; WELLMANN, DStZ 2005, 80 f.). Dies ist vor dem Hintergrund der Rspr. des BFH, wonach Fremdwährungsguthaben selbständige WG sind (BFH v. 2.5.2000 – IX R 74/96,

BStBl. II 2000, 469; v. 2.5.2000 – IX R 73/98, BStBl. II 2000, 614), konsequent. Die Umsetzung dieser Auffassung ist allerdings mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden (s. JUROWSKY, DB 2004, 2711). Zinsen führen nicht zu einem privaten Veräußerungsgeschäft, weil sie nicht angeschafft wurden, sondern zugeflossen sind. Zu Fremdwährungskonten s. WELLMANN, DStZ 1997, 665; SCHULTZE, DStR 2000, 1680; PAUKSTADT/DEIRITZ, DStR 2004, 806.

**Hochzinsanleihen (Aktienanleihen) und Umtauschanleihen** sind Schuldverschreibungen, bei denen die Erträge nach BMF v. 2.3.2001 (BStBl. I 2001, 206), nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 und nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c zu versteuern sind, weil ihre Höhe von einem ungewissen Ereignis abhängt. Bei Hochzinsanleihen liegt der Zinssatz über dem Marktzins und hat der Emittent ein Wahlrecht zur Rückzahlung des Kapitals oder der Übertragung einer vorher festgelegten Anzahl von Aktien. Bei Umtauschanleihen liegt der Zinssatz unter dem Marktzins und hat der Gläubiger ein Wahlrecht zur Kapitalrückzahlung oder Übertragung einer vorher festgelegten Anzahl von Aktien. BMF v. 2.3.2001 aaO hat bestimmt, dass nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 als Kapitalertrag der Unterschiedsbetrag zwischen dem Entgelt für den Erwerb und den Einnahmen aus der Veräußerung, Abtretung oder Einlösung der Besteuerung zugrunde zu legen ist; dies gilt auch für die Fälle der Einlösung durch den Ersterwerber (BMF v. 2.3.2001 aaO). Entsteht durch die Veräußerung, Abtretung oder Einlösung ein Verlust, so ist dieser uE bei der Ermittlung der Einkünfte nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c nur insoweit zu berücksichtigen, als darin wirtschaftlich eine Rückzahlung von Zinsen zu sehen ist, also nur in Höhe der Differenz zwischen der Summe der vereinbarten und gezahlten Zinsen einerseits und dem Kurswert der gelieferten Aktien andererseits.

► *Erwirbt der Gläubiger Aktien*, liegt darin eine Anschaffung iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2. Die Aktien gelten in dem Zeitpunkt als angeschafft, in dem nach den Emissionsbedingungen der Anleihen feststeht, dass es zu einer Lieferung der Aktien kommt (BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 Tz. 12).

► *Ermittlung der Anschaffungskosten*: Die AK sind mit dem niedrigsten am Zuflusstag an einer deutschen Börse gehandelten Kurs zu ermitteln (BMF v. 2.3.2001 aaO).

**Optionsanleihen**: s. Anm. 188.

**Squeeze out**: Ein Aktionär, dem mindestens 95 % des Grundkapitals einer AG oder KGaA gehören, kann gem. § 327a ff. AktG durch Beschluss der Hauptversammlung erreichen, dass die Aktien der Minderheitsaktionäre auf ihn – den Hauptaktionär – gegen eine angemessene Barabfindung übertragen werden („Squeeze out“). Ob dieser Vorgang als Veräußerung iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 einzustufen ist, ist umstritten. Die FinVerw. (BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 Tz. 40 f.), der einige Vertreter des Schrifttums folgen (BLÜMICH/GLENK, § 23 Rn. 147 mwN; LBP/JACOBS-SOYKA, § 23 Rn. 106; STRUNK/JEHN, NWB F. 3, 12157 ff.), geht davon aus, dass eine Veräußerung vorliege, weil es nach stRspr. des BFH auf die Beweggründe für eine Veräußerung nicht ankomme. Dem wird entgegenghalten (so R. SCHUMACHER, DB 2002, 1626; WACLAWIK, DStR 2003, 447 ff.), dass der Zwangsausschluss gem. § 327a ff. AktG einer Enteignung gleichstehe und der Verlust des Eigentums an den Aktien gegen bzw. ohne den Willen des Minderheitsaktionärs erfolge. Letzterer Auffassung gebührt der Vorzug. Bei einem „Squeeze out“ beruht der Anteilsverlust nicht auf einer Willensentschließung des Aktionärs, sondern tritt kraft Gesetzes ein, wenn ein entsprechender Beschluss vorliegt. Damit sind die Mindestvoraussetzungen einer

„Veräußerung“ nicht erfüllt. Insoweit ist das „Squeeze out“ mit der Enteignung vergleichbar, s. hierzu Anm. 73.

**Tausch von Wertpapieren:**

► *Tausch durch Vereinbarung* ist grds. als Anschaffung und Veräußerung iSd. § 23 anzusehen (s. BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 Tz. 25). Dies gilt jedoch nicht, wenn die durch Tausch erworbenen Wertpapiere mit den hingegebenen Wertpapieren wirtschaftlich identisch sind. Dementsprechend hat BFH v. 30.11.1999 – IX R 70/96 (BStBl. II 2000, 262) entschieden: Werden Wertpapiere mit variablem Zins ausgegeben, die in eine festverzinsliche Schuldverschreibung (Bonds) umgetauscht werden können, bedeutet der Umtausch jedenfalls dann keine Anschaffung iSd. § 23, wenn Emittent, Inhaber, Nennbetrag und Laufzeit unverändert bleiben, das Umtauschrecht zum Bezug der Bonds bereits mit dem Kauf der Wertpapiere mit variablem Zins erworben und diese im Fall eines Umtauschs gelöscht und die Bonds neu ausgegeben werden.

► *Zwangsumtausch von Wertpapieren:* Beim Zwangsumtausch von Wertpapieren (Konversion) wird man eine Gewinnverwirklichung und damit die StPflcht nach § 23 verneinen müssen (RFH v. 20.1.1937, RStBl. 1937, 794; KAMPRAD, AG 1969, 249).

► *Bei Verschmelzung* (s. auch BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 Tz. 27 ff.) sowie in den Fällen, in denen bei Eingliederung einer AG deren Aktionäre als Abfindung für den Verlust ihrer Anteile Aktien der Hauptgesellschaft erhalten, ist dieser Tausch kein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1. Entsprechendes gilt uE, wenn bei Abschluss eines Beherrschungsvertrags die außenstehenden Aktionäre das in § 305 AktG vorgesehene Tauschangebot der herrschenden Gesellschaft annehmen und ihre Anteile an der Untergesellschaft gegen solche der herrschenden Gesellschaft umtauschen. Bei unechter Verschmelzung ist dagegen eine Veräußerung iSd. § 23 gegeben; von einer unechten Verschmelzung spricht man, wenn die übernehmende KapGes. sämtliche Anteile einer anderen Gesellschaft erwirbt und für die Übertragung der Anteile eigene Anteile gewährt.

► *Formwechselnde Umwandlung:* Der Anteilstausch ist kein Veräußerungsgeschäft iSd. § 23.

**Wandelanleihen:** Bei der Wandelanleihe (§ 221 AktG) erwirbt der Inhaber das Recht, die Anleihe innerhalb einer bestimmten Frist in Aktien umzutauschen. Übt der Inhaber das Wandlungsrecht aus, so werden nach Auffassung der Fin-Verw. (BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 Tz. 6) die Aktien im Zeitpunkt der Ausübung des Rechts angeschafft. Die Aufwendungen, die für die Anschaffung der Anleihe entstanden sind, gehörten zu den AK der Aktien. Die Veräußerung der Aktien innerhalb eines Jahres nach Ausübung des Wandlungsrechts stelle ein privates Veräußerungsgeschäft dar. Diese Auffassung ist abzulehnen (ebenso Süß/ZANKL, DStR 2005, 547 ff. mwN). Wandelanleihe und erworbene Aktien sind wirtschaftlich identisch. Deshalb kann auch keine Anschaffung der Aktien vorliegen, wenn das Wandlungsrecht ausgeübt wird. Vielmehr liegt ein Veräußerungsgeschäft iSv. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 nur vor, wenn die Aktien innerhalb eines Jahres nach Anschaffung der Wandelanleihen veräußert werden. Zum Verhältnis zur Umtauschanleihe ausführlich KORN, FR 2003, 1101.

**Wirtschaftsgüter des täglichen Gebrauchs:** s. Anm. 150.

**Zufallserfindung:** Die Veräußerung einer Zufallserfindung führt nach BFH v. 10.9.2003 – XI R 26/02, BStBl. II 2004, 218 nicht zu einer Steuerbarkeit nach §§ 22 Nr. 2 oder 3 oder § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2.

Einstweilen frei.

147–149

**B. „Andere Wirtschaftsgüter, insbesondere Wertpapiere“**

Der Begriff „Wirtschaftsgut“ hat estl. insbes. Bedeutung für die Gewinnermittlung nach §§ 4 ff. (s. hierzu insbes. Vor §§ 4–7 Anm. 101, 116; § 5 Anm. 1715 ff.). Dieser WGBegriff ist auch für § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 maßgebend (BFH v. 14.11.1978 – VIII R 72/76, BStBl. II 1979, 298; ferner zB SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVI § 23 Rn. 13). Ausgenommen sind allerdings die WG iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, also Grundbesitz und grundstücksgleiche Rechte. Dass nur WG, die nicht zu einem BV gehören, Gegenstand eines privaten Veräußerungsgeschäfts sein können, regelt Abs. 2.

Beispiele für „andere Wirtschaftsgüter“: Anteile an einer GmbH, Briefmarken, Bücher, Edelmetalle, Fahrzeuge aller Art, Kunstgegenstände, Schmuck, Wertpapiere, Geldforderungen, Hypotheken, Grundschulden, Geldbeträge in Fremdwährung (BFH v. 2.5.2000 – IX R 74/96, BStBl. II 2000, 469), Wertpapiere in Fremdwährung.

**Auch die Kaufoption** (zB auf ein Grundstück) ist ein WG iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (BFH v. 19.5.1982 – I R 257/78, BStBl. II 1982, 768, zu § 23 Abs. 1 aF; v. 24.7.1996 – X R 139/93, BFH/NV 1997, 105, zur Veräußerung von Aktienoptionsrechten). Die Veräußerung einer Option an einen Dritten ist also ein privates Veräußerungsgeschäft. Die Geltendmachung einer Option gegenüber dem Optionsgeber ist jedoch keine Veräußerung; durch die Geltendmachung der Kaufoption kommt der Kaufvertrag zustande, womit, wenn die Option sich zB auf ein Grundstück bezog, die Anschaffung eines Grundstücks iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 gegeben ist.

**Wertpapiere** sind Urkunden, ohne die ein darin verbrieftes privates Recht nicht geltend gemacht werden kann (PALANDT/SPRAU, BGB, 66. Aufl. 2007, Einf. vor § 793 Rn. 1). Wertpapiere sind zB Aktien, Inhaberschuldverschreibungen, Wechsel.

**Wirtschaftsgüter des täglichen Gebrauchs/Jahreswagen:** Nach OFD Hannover v. 12.3.2001 (FR 2001, 556) handelt ein Stpfl., der WG des täglichen Gebrauchs (insbes. zB sog. Jahreswagen) veräußert, nicht in Gewinnerzielungsabsicht; danach sind Gewinne aus solchen Veräußerungsgeschäften nicht nach § 23 zu versteuern und Verluste aus ihnen nicht abziehbar. Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden. Träfe sie zu, läge ein privates Veräußerungsgeschäft iSd. § 23 auch nicht vor, wenn jemand zB von einem ArbN eines Automobilwerks einen Jahreswagen erwirbt und diesen 3 Monate später mit Gewinn veräußert. Die gesetzlichen Kriterien eines privaten Veräußerungsgeschäfts iSd. § 23 unterscheiden sich nicht danach, ob aus dem Geschäft positive oder negative Einkünfte erzielt werden. Estl. zu erfassende Einkünfte liegen zwar grds. nur vor, wenn die Absicht besteht, auf Dauer gesehen nachhaltig Gewinne/Überschüsse zu erzielen (BFH v. 25.6.1984 – GrS 4/82, BStBl. II 1984, 751 [766]). Bei Veräußerung von WG iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 reicht aber zur stl. Erfassung als privates Veräußerungsgeschäft aus, wenn der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als 1 Jahr beträgt. Diese Regelung hat uE Spezialcharakter und schließt eine Einzelfallprüfung der Einkünfteerzielungsabsicht aus (s. Anm. 271).

Mit anderer Begründung möchte das Hess. FG (v. 25.4.2006, EFG 2006, 1758; nrkr., Rev. Az. BFH IX R 29/06; ebenso BLÜMICH/GLENK, § 23 Rn. 61) WG des täglichen Bedarfs aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift ausnehmen. Unter den Begriff der „anderen Wirtschaftsgüter“ seien nur solche zu fassen, bei denen Wertsteigerungen während der einjährigen Frist unabhängig von der Entwicklung des Marktes nicht von vornherein ausgeschlossen seien. Somit fielen

beispielsweise gebrauchte PKW nicht unter § 23. Auch diese Einschränkung ist abzulehnen. Sie lässt sich nicht mit dem eindeutigen Wortlaut vereinbaren, der von „anderen Wirtschaftsgütern“ spricht. Wertpapiere sind nur eines von vielen denkbaren Beispielen. Das Kriterium der Wertsteigerungsprognose versucht, die bei § 23 gerade nicht zu prüfende Gewinnerzielungsabsicht zu verobjektivieren und ist für die Praxisanwendung zu unscharf.

**Negative Wirtschaftsgüter:** Im Allgemeinen werden Verbindlichkeiten als negative WG iSd. Gewinnermittlung angesehen (BFH v. 15.4.1958 – I 27/57 U, BStBl. III 1958, 260). Ob Verbindlichkeiten andere WG iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 sind, ist umstritten; bejahend RODIN, DB 1990, 343; verneinend OFD Düss. v. 13.9.1989, StEK EStG § 23 Nr. 14.

UE sind Verbindlichkeiten keine WG iSd. Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b. Wie in der Verfügung der OFD Düss. v. 13.9.1989 aaO zutreffend ausgeführt ist, kann man hinsichtlich einer Verbindlichkeit nicht von einer Anschaffung oder Veräußerung sprechen; das Eingehen einer Verbindlichkeit ist keine Anschaffung und die Tilgung einer Verbindlichkeit keine Veräußerung, was insbes. dann gilt, wenn nach der hier vertretenen Auffassung die Einziehung einer Forderung keine Veräußerung iSd. Abs. 1 ist (s. Anm. 141).

**Mehrere Wirtschaftsgüter gleicher Art:** Zur Anschaffung mehrerer WG gleicher Art zu verschiedenen Zeitpunkten und zur Veräußerung eines Teils dieser WG s. Anm. 153 f.

**Wirtschaftsgüter im Ausland:** Zur Anschaffung und Veräußerung von WG im Ausland s. Anm. 16.

**Erbschafts Kauf:** s. Anm. 83 aE.

Einstweilen frei.

151–152

## C. Nämlichkeit bei Anschaffung mehrerer Wirtschaftsgüter gleicher Art

### I. Grundsatz

153

Schafft ein Stpfl. mehrere WG gleicher Art zu unterschiedlichen Zeitpunkten an, kann es im Fall der Veräußerung eines Teils der WG für die Frage, ob die Veräußerungsfrist überschritten ist, darauf ankommen, welche WG veräußert wurden.

Da eine Steuerbarkeit nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (ebenso wie im Fall des Abs. 1 Satz 1 Nr. 1) nur angenommen wird, wenn das angeschaffte WG mit dem veräußerten WG identisch ist (BFH v. 24.11.1993 – X R 49/90, BStBl. II 1994, 591), ist zunächst die Frage zu klären, ob die angeschafften und veräußerten WG tatsächlich gleicher Art sind.

Alte und junge Aktien sind zB solange unterschiedliche Wertpapiere, bis die jungen Aktien in gleicher Weise dividendenberechtigt und daher ebenso wie diese notiert werden (KRAH, AG 1960, 17). Besitzt der Stpfl. effektive Stücke und Girosammelzuteilungsrechte der gleichen Wertpapiergattung, so sind diese Werte und Rechte wegen der Verschiedenheit ihrer Rechtsnatur und ihres wirtschaftlichen Werts bei der Beurteilung, ob innerhalb der Veräußerungsfrist eine Anschaffung und Veräußerung erfolgt sind, getrennt zu behandeln.

154

## II. Wertpapiere

Bei Wertpapieren gleicher Art wird für die Frage, welche Papiere bei unterschiedlichen Anschaffungszeitpunkten veräußert werden, auf die Art der Verwahrung der Papiere abgestellt. Es ist zu unterscheiden zwischen Sonderverwahrung (§ 2 DepotG) und Sammelverwahrung im Sammeldepot (§ 5 DepotG).

**Sonderverwahrung:** In diesen Fällen kann der Stpfl. die einzelnen Stücke nummernmäßig nachweisen. Wird auf diese Weise festgestellt, dass die Papiere nicht innerhalb der Veräußerungsfrist veräußert worden sind, ist die Steuerbarkeit nicht gegeben.

**Sammelverwahrung:** Für den Fall der Sammelverwahrung hat der Gesetzgeber nunmehr in Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 eine eindeutige Anordnung getroffen. Danach ist das sogenannte Fifo-Verfahren anzuwenden (sogleich Anm. 158, dort auch zur alten Rechtslage).

155–156 Einstweilen frei.

157

## D. Einjahresfrist

**Grundsatz:** Die Einjahresfrist für die Anschaffung und Veräußerung von WG iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 wird entsprechend den für die Zehnjahresfrist iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 maßgebenden Regeln ermittelt; dies gilt grundsätzlich auch für die Feststellung des Zeitpunkts der Anschaffung und Veräußerung; s. Anm. 115.

Danach endet die Einjahresfrist mit Ablauf desjenigen Tages, der durch seine Zahl dem Tag des Vorjahres entspricht, in den das Ereignis – die Anschaffung – fällt.

**Beispiel:** Anschaffung eines Wertpapiers am 15.10.2007. Die Veräußerungsfrist endet mit Ablauf des 15.10.2008.

**Anschaffungszeitpunkt bei Wertpapieren:** Werden Wertpapiere an der Börse erworben, so ist für die Anschaffung der Zeitpunkt maßgebend, in dem der Börsenhändler den Kaufauftrag ausführt (Schlusstag, vgl. BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 Tz. 1). Bei einem außerbörslichen Erwerb börsennotierter Wertpapiere setzt die Anschaffung eine tatsächliche Lieferung der Wertpapiere voraus. Maßgeblicher Zeitpunkt ist dann der Abschluss des obligatorischen Geschäfts. Bei der Zeichnung neu emittierter Wertpapiere liegt ein Kaufvertrag erst mit der Zuteilungsentscheidung vor. Kommt es nicht zu einer Zuteilung, können entsprechende Aufwendungen nicht als WK iSv. § 23 Abs. 3 geltend gemacht werden.

## E. Fifo-Verfahren (Sätze 2 und 3)

158

### I. Wertpapiere in Sammelverwahrung (Satz 2)

**Neuregelung:** Durch das EURLUMsG v. 9.12.2004 (BGBl. I 2004, 3310, 3843; BStBl. I 2004, 1158) wurde das Fifo-Verfahren in Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 verbindlich vorgeschrieben, um den Veräußerungsgewinn bei Wertpapieren in Sammelverwahrung zu ermitteln. Die vor der Gesetzesänderung angewandten Verfahren, insbesondere Lifo-Verfahren und Durchschnittswertmethode, sind ab dem VZ 2005 definitiv nicht mehr anzuwenden. Für die VZ bis 2003 sind sie

aber weiter von Bedeutung und werden deshalb unten weiterhin dargestellt. Im VZ 2004 gewährte die FinVerw. ein Wahlrecht zwischen Durchschnittswertmethode und Fifo-Verfahren. Dieses Vorgehen bringt eigene Anwendungsprobleme und Gestaltungsspielräume mit sich (ausführlich DERLIEN/SPILLER, DStR 2005, 1520 [1521]).

**Erstmalige Anwendbarkeit:** Die zunächst bestehenden Unsicherheiten über den zeitlichen Anwendungsbereich der Neuregelung hat der Gesetzgeber durch Anfügung von § 52 Abs. 39 Satz 2 (vgl. JStG 2007 v. 13.12.2006, BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28) ausgeräumt. Danach ist die Vorschrift ab dem VZ 2005 anzuwenden.

**Rechtslage bis VZ 2003:** Seit RFH v. 13.6.1928 (RStBl. 1928, 328) galt in der Praxis bei Verwahrung im Sammeldepot für die Ermittlung der Veräußerungsfrist und der AK das sog. Lifoverfahren (last in – first out). Danach war is einer sog. Staffelnrechnung zu unterstellen, dass die veräußerten Stücke identisch mit den zuletzt, zu vorletzt usw. angeschafften Stücken waren. Ein Wahlrecht, selbst zu bestimmen, welche Stücke als veräußert anzusehen sind, hatte RFH v. 13.12.1928 (RStBl. 1929, 136) nicht eingeräumt. Diese Rspr. wurde hier in den Voraufl. und weitgehend im Schrifttum abgelehnt.

► *Unanwendbarkeit von Lifo- und Fifo-Verfahren:* BFH v. 24.11.1993 – X R 49/90 (BStBl. II 1994, 591) hatte entschieden: Bei Wertpapieren eines Sammeldepots sei das Nämlichkeitserfordernis erfüllt, wenn die angeschafften und veräußerten Wertpapiere der Art und der Stückzahl nach identisch seien; in solchen Fällen sei die Veräußerungsfrist gewahrt, wenn (der Art und der Stückzahl nach) ausgeschlossen werden könne, dass die veräußerten Wertpapiere außerhalb dieser Frist erworben wurden; Lifo- und Fifo-Verfahren seien unanwendbar (ebenso BFH v. 5.5.1994 – X R 157/90, BFH/NV 1995, 195). Zur Begründung weist der BFH darauf hin, dass der Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung für die Anwendung des § 23 auf Wertpapiergeschäfte im Sammeldepot verlange, dass nur solche Vorgänge estl. erfasst würden, bei denen nach Art und Stückzahl feststehe, dass Anschaffung und Veräußerung innerhalb der Veräußerungsfrist stattgefunden hätten.

► *Durchschnittswertmethode:* Die AK der Wertpapiere im Sammeldepot sind nach BFH v. 24.11.1993 – X R 49/90 (aaO) nach Durchschnittssätzen zu ermitteln (H 23 „Sammeldepot“ EStH 2005; s. auch BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 Tz. 45 ff.).

**Beispiel:** A hat im Sammeldepot am 21.12.2000 100 X-Papiere zum Anschaffungspreis von je 100 €. Er erwirbt von der gleichen Sorte am 3.1.2001 40 Stück à 90 €, am 1.2.2001 30 Stück à 100 € und am 1.3.2001 30 Stück à 110 € hinzu. Am 2.1.2002 veräußert er 150 Stück X-Papiere aus diesem Depot für 22.500 €.

Nur für 100 Stück veräußerte X-Papiere kann ausgeschlossen werden, dass sie innerhalb der Frist iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 angeschafft wurden, da A 100 Stück Altbestand hatte, für den am 2.1.2002 die Frist von einem Jahr bereits abgelaufen war.

Der Gewinn errechnet sich wie folgt:

Anschaffungskosten insgesamt:	9 900 €
durchschnittlicher Stückpreis:	99 €
Erlös insgesamt:	22 500 €
pro Stück:	150 €
Überschuss pro Stück (150 ./ . 99 €)	51 €
Gewinn: 50 × 51 €	2 550 €

**Abwandlung:** A veräußert bei unveränderter Fallgestaltung nur 100 Stück X-Papiere.

In diesem Fall liegt kein stpfl. privates Veräußerungsgeschäft vor, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die 100 Papiere insgesamt aus dem vor dem 1.1.2001 erworbenen Altbestand stammen.

Zur Gewinnermittlung nach Durchschnittssätzen s. auch SKIBBE, StRK-Anm. R. 14 EStG 1975 § 23 Abs. 1; FLEISCHMANN, Inf. 1996, 414; PRINZ/OMMERBORN, FR 2001, 977 (989 f.); OFD Frankf. v. 16.10.2000, FR 2001, 46; HARTMANN, FR 2001, 1215; BUOB, BB 2001, 284.

**Rechtslage im VZ 2004:** Es wurde bereits ausgeführt, dass die Verwaltung für den VZ 2004 ein Wahlrecht zwischen dem Fifo-Verfahren und der Durchschnittswertmethode gewährt (BMF v. 5.4.2005, BStBl. I 2005, 617). Der Anleger kann nun überlegen, welches Verfahren für ihn vorteilhafter in der Anwendung ist. Per se ist keines der beiden Verfahren günstiger; es kommt auf die Umstände des Einzelfalls an (Berechnungsbeispiele bei DERLIEN/SPILLER, DStR 2005, 1520 [1522]). Vor diesem Hintergrund wäre es im Dienste der Rechtssicherheit vorzugswürdig gewesen, das Fifo-Verfahren bereits ab dem VZ 2004 durchgängig und ausschließlich anzuwenden.

**Rechtslage ab VZ 2005:** Seit dem VZ 2005 sieht Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 die Anwendung des Fifo-Verfahrens verbindlich vor. Dieses „first in – first out“-Verfahren besagt, dass jeweils die zuerst angeschafften Wertpapiere als zuerst veräußert gelten. Als Grund für die Neuregelung wurde angeführt, dass die vom BFH favorisierte Durchschnittswertmethode nicht praktikabel sei. In der Tat führt die Methode zu schwer beherrschbaren Problemen bei der Sachverhaltsermittlung. Das Fifo-Verfahren erweist sich demgegenüber als einfach zu handhaben. Das verdeutlicht Folgendes

**Beispiel:** A kauft am 30.11.2005 100 Aktien zum Kurswert von 50 € und hält sie in einem Sammeldepot. Am 31.1.2006 kauft er weitere 100 Aktien derselben Sorte zum Kurs von 60 € und am 31.3.2006 100 Stück zum Kurswert von 70 €. Am 31.12.2006 verkauft er nun für 80 € das Stück 150 Aktien.

Da fingiert wird, dass die zuerst gekauften Aktien zuerst veräußert werden, können 100 Aktien, die zu 50 € gekauft wurden, stfrei veräußert werden. Bei den verbleibenden 50 wird angenommen, dass sie am 31.1.2006 gekauft wurden. Es ergeben sich also AK von 3 000 €. Es ergibt sich also folgende Rechnung:

Verkaufswert:	12 000 €
stfrei (100 St.)	./ 8 000 €
AK der verbleibenden 50 St.	./ 3 000 €
stpfl. Gewinn	1 000 €

Die gesetzliche Neuregelung ist uE zu begrüßen. Zum einen wurde dadurch eine bedenkliche Gesetzeslücke geschlossen. Zum anderen erwies sich die vom BFH angewandte Durchschnittswertmethode als in der Praxis zu kompliziert und kaum handhabbar.

159 Einstweilen frei.

160 **II. Fremdwährungsbeträge (Satz 3)**

Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 erstreckt die Anwendung des Fifo-Verfahrens auch auf Fremdwährungsbeträge. Werden Teilbeträge gleichartiger Fremdwährungsverbindlichkeiten innerhalb der Jahresfrist umgetauscht, so gilt auch hier die Annahme, dass zuerst erworbene Bestände zuerst veräußert werden.

**F. Halbeinkünfteverfahren**

161

Ab dem 1.1.2000 ist bei der Veräußerung von Anteilen an inländ. KapGes. das Halbeinkünfteverfahren anzuwenden. Dies gilt insbes. bei der Veräußerung von Wertpapieren. Nach § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. j ist nur der hälftige Veräußerungspreis anzusetzen. Auch bei der Veräußerung eines durch Kapitalerhöhung entstandenen Bezugsrechts ist die Vorschrift anzuwenden (BFH v. 27.10.2005 – IX R 15/05, BStBl. II 2006, 171). Bezugsrechte tragen einen Teil der Substanz der Altaktien in sich. Durch die Veräußerung des Bezugsrechts wird wie durch die Veräußerung der Aktie eine Wertveränderung bewirkt, die nur zur Hälfte besteuert werden soll. Im Gegenzug sind die Ausgaben, die mit den Einnahmen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, nur zur Hälfte abzuziehen (§ 3c Abs. 2 Satz 1). Nach zutreffender Auffassung des BFH (v. 27.10.2005 – IX R 15/05 aaO; zustimmend HEUERMANN, DB 2005, 2708; s. auch INTEMANN/NACKE, NWB F. 3, 12067) verstößt die nur hälftige Abziehbarkeit von AK nicht gegen das Nettoprinzip, weil durch Abs. 1 Nr. 2 die seit der Anschaffung erzielten Wertsteigerungen des PV der Besteuerung unterworfen werden sollen. Auch für andere Aufwendungen ist dementsprechend ein Verstoß gegen das Nettoprinzip zu verneinen (ebenso HEUERMANN, DB 2005, 2708 ff. [2711]). Ein Unterschied zwischen § 3c Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 und Halbs. 2 besteht insoweit nicht.

Einstweilen frei.

162–164

### Erläuterungen zu Abs. 1 Satz 1 Nr. 3: Veräußerung früher als Erwerb

**A. Grundsatz**

165

Private Veräußerungsgeschäfte liegen nicht nur vor, wenn die Veräußerung innerhalb einer bestimmten Frist *nach* der Anschaffung stattfindet (so Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2), sondern auch, wenn die Veräußerung *früher* als der Erwerb erfolgt (so Abs. 1 Satz 1 Nr. 3).

**Das Merkmal „Veräußerung“** in Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 entspricht dem Merkmal „Veräußerung“ in Abs. 1 Satz 1 Nr. 1; s. hierzu Anm. 48 ff. und 105.

**Das Merkmal „Erwerb“** ist ebenso im gleichen Sinne wie das Merkmal „Anschaffung“ iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 (s. Anm. 90 ff.) zu verstehen. Dem steht nicht entgegen, dass das Gesetz im Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 von „Erwerb“ und nicht von einer „Anschaffung“ spricht. Beide Merkmale haben die gleiche Bedeutung, wie auch daraus folgt, dass Abs. 3 für die Einkünftermittlung nur von der Berücksichtigung der „Anschaffungskosten“ und nicht etwa im Hinblick auf die Formulierung in Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 von der Berücksichtigung von „Erwerbskosten“ ausgeht.

**B. Veräußerung „früher“ als Erwerb**

166

Werden WG schon vor ihrem Erwerb veräußert, spricht man häufig von „Fixgeschäften“. Sie kommen insbes. bei Wertpapiergeschäften vor. In diesem Fall handelt es sich um die Veräußerung von WG, die im Zeitpunkt des Abschlusses des schuldrechtl. Veräußerungsvertrags noch nicht im Besitz des Veräußerers sind, sondern von ihm erst später erworben werden. Voraussetzung für die An-

nahme eines privaten Veräußerungsgeschäfts ist jedoch, dass tatsächlich eine Lieferung (Übereignung) erfolgt. Der Zeitraum zwischen früherer Veräußerung und späterer Anschaffung kann beliebig lang sein, ohne dass der Begriff „private Veräußerungsgeschäfte“ berührt wird. Wird also in einem Vertrag vereinbart, dass ein Stpfl. ein von ihm noch zu erwerbendes WG an einen Dritten zu liefern (zu übereignen) hat, unterbleibt aber nach dem Vertrag die Lieferung und hat lediglich der Verlierer den durch das Steigen oder Fallen des Börsen- oder Marktpreises bestimmten Preisunterschied an den Gewinner zu zahlen (Differenzgeschäft), so sind die Voraussetzungen eines privaten Veräußerungsgeschäfts iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 nicht gegeben; in diesem Fall können jedoch die Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 vorliegen.

Hinsichtlich der Merkmale „Anschaffung“ (= Erwerb) und „Veräußerung“ s. Anm. 48 ff., 91 ff. und 140 ff.

167–179 Einstweilen frei.

### Erläuterungen zu Abs. 1 Satz 1 Nr. 4: Termingeschäfte, Zertifikate und Optionscheine

**Schrifttum:** PUCKLER, Steuerliche und bilanzielle Aspekte von Options- und Futures-Geschäften, in GÖPPL/BÜHLER/VON ROSEN (Hrsg.), Optionen und Futures, Frankfurt 1990, 141–157; WEBER, An- und Verkauf von Wertpapieren sowie die Vornahme von Termingeschäften durch Privatpersonen als Gewerbebetrieb?; DStZ 1991, 353; KONRAD, Terminbörsengeschäfte, Wiesbaden 1992; ZOLLENKOPF, Die Einkommensbesteuerung der Optionsprämien bei nichtbetrieblichen Optionsgeschäften als Börsentermingeschäfte, Diss. Köln 1992; BORCHERS, Swapgeschäfte in Zivil- und Steuerrecht, Europäische Hochschulschriften 1993; FLEISCHER, Bewertungsrechtliche Behandlung von DTB-Optionscheinen und DTB-Futures; DB 1995, 1780; HAMACHER, Steuerliche Behandlung der DTB-Geschäfte im Privatbereich, WM 1995, 777; REDANZ, Besteuerung von Termingeschäften in Aktienindizes, Wiesbaden 1995; SCHICK, Die Besteuerung von Optionsgeschäften, 1998; SCHLÜTER, Innovative Finanzinstrumente im Privatvermögen, 1998; ROSSET, Der Begriff des Börsentermingeschäfts, WM 1999, 574; SCHMIDT-LIEBIG, Wertpapiergeschäfte von „Dayträdern“ und anderen Phänomen im Grenzbereich der Einkunftsarten, INF 1999, 641; VAN BEBBER, Private Devisentermingeschäfte im Lichte der Neuregelung durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002, DStR 1999, 1756; HAMACHER, Termingeschäfte im privaten Bereich nach neuem Steuerrecht, WM 2000, 1721; HARENBERG, Taxation of Cash-or-Share Bonds, Derivates und Financial Instrument, International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), Amsterdam, Vol. 2 Nr. 6, 2000, 307; HARENBERG, Innovative Wertpapier und Finanzanlagen, GStB 2000, 413; SCHLÜTER, Der Anwendungsbereich des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG bei der Besteuerung von Optionsgeschäften, DStR 2000, 226; LORITZ, Private Veräußerungsgeschäfte bei Depotverwahrung von Wertpapieren (§ 22 Nr. 2 i. V.m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2–4 EStG), FR 2001, 169; MUSCAT, Private Stillhaltergeschäfte – steuerpflichtige private Veräußerungsgeschäfte oder sonstige Einkünfte, BB 2001, 2293; PRÄTZLER, Überlegungen zur steuerlichen Behandlung von vereinnahmten Optionsprämien im Betriebsvermögen, DStR 2001, 927; FISCHER, Besteuerung unternehmerischer Tätigkeit, Grundstückshandel, Wertpapier- und Beteiligungshandel, „private equity“, FR 2002, 597; HARENBERG, Kommentar zum BMF-Schreiben vom 27.11.2001, FR 2002, 104; HARENBERG, Besteuerung von privaten Devisentermingeschäften, NWB F. 3, 12031; HERZIG/BRIESEMEISTER, Steuerbilanzielle Abbildung von Optionsgeschäften beim Stillhalter, DB 2002, 1570; KIRNBERGER, Neues BMF-Schreiben zu privaten Termingeschäften – Beratungsempfehlungen zur Vermeidung von Rechtsnachteilen, EStB 2002, 66; KUPKA/SÜSS, Steuerliche Behandlung von Optionsprämien im Betriebsvermögen, FR 2002, 438; OHO/REMMEL, Die Besteuerung von Hedge-Fonds-Zertifikaten im Privatvermögen, BB 2002, 1449; WOLF/BECKENHAUB, Überlegungen zur steuerbilanziellen Erfas-

sung von Optionsgeschäften beim Stillhalter, DB 2002, 1617; HEUERMANN, Das Glatstellen von Aktienoptionsgeschäften als privates Veräußerungsgeschäft i.S. von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, DB 2003, 1919; SCHULTZE/GRELCK, Steuerpflicht bei Optionsgeschäften an der EUREX, DStR 2003, 2103; WAGNER, Glatstellung von Aktienoptionsgeschäften – ein Besteuerungstatbestand des § 23 EStG, NWB F. 3, 12695; HEUERMANN, EUREX II: Besteuerung von Optionsgeschäften an Terminbörsen, DB 2004, 1848; PHILIPOWSKI, Verfall wertlos gewordener Kauf- und Verkaufsoptionen; DStR 2004, 978; GRATZ, Steuereffiziente Portfolio-Optimierung durch Zertifikate für risikoaverse Kapitalanleger, BB 2005, 2678; HAISCH/DANZ, Grundsätze der Besteuerung von Zertifikaten im Privatvermögen, DStR 2005, 2108; ZENGERLE, Veräußerungen von Grundstücken und Wertpapieren im Einkommensteuerrecht, Baden-Baden 2006; HARENBERG/IRMER, Die Besteuerung privater Kapitaleinkünfte, 4. Aufl., Herne/Berlin 2007.

## A. Rechtsentwicklung und Bedeutung

180

Die Vorschrift hat keinen Vorläufer. Sie wurde erstmalig durch das StEntlG 1999/2000/2002 v. 24.3.1999 in § 23 eingeführt. Mit der Neufassung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 durch das StMBG 1994 waren Einnahmen aus der Veräußerung (Abtretung) und Einlösung bestimmter Wertpapiere, sog. Finanzinnovationen (Kursdifferenzpapiere), der Besteuerung unterworfen worden. Die Reaktion des Kapitalmarkts auf das StMBG bestand darin, strukturierte Produkte anzubieten, die weder eine Kapitalrückzahlung noch einen Ertrag mit Sicherheit erzielen ließen, also ganz oder doch nahezu ausschließlich aus spekulativen Elementen zusammengesetzt waren. Die Erträge dieser als Optionsscheine, Partizipationsscheine oder Zertifikate bezeichneten Produkte waren nach der Rspr. des BFH (v. 25.8.1987 – IX R 65/86; BStBl. II 1988, 248) im Rahmen des § 23 nicht stbar, weil entweder kein Leistungsaustausch vorlag oder die Geschäfte in sonstiger Weise, nicht aber durch Veräußerung an einen Dritten, beendet wurden. Als Reaktion auf diese Besteuerungslücke fügte der Gesetzgeber die Nr. 4 in § 23 Abs. 1 Satz 1 ein, um auch Erträge aus solchen spekulativen Anlageprodukten und -geschäften der Besteuerung – zumindest innerhalb der auf ein Jahr verlängerten Behaltefrist – zugänglich zu machen.

Einstweilen frei.

181

## B. Termingeschäfte (Nr. 4 Satz 1)

### I. Begriff des „Termingeschäfts“

182

**Parallelen zum Wertpapier- und Börsenrecht:** Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 beschreibt die Termingeschäfte in Anlehnung an die Definition der in § 2 Abs. 2 WpHG (idF v. 9.9.1998, BGBl. I 1998, 2708) und in § 1 Abs. 11 KWG (idF v. 9.9.1998, BGBl. I 1998, 2776) geregelten Derivate, also den Finanzprodukten, deren Wertentwicklung von der eines anderen Finanzprodukts (zB einer Aktie) oder einem synthetischen Bezugsobjekt (zB Bund-Futures) abhängt oder die sich aus Elementen mehrerer anderer Finanzprodukte zusammensetzen (zB Aktienanleihen, die zusammengesetzt sind aus einer Festzinsanleihe und einem Optionsrecht). Mit der Gesetzesformulierung soll deutlich gemacht werden, dass nicht nur Waren- und Devisentermingeschäfte, sondern alle Geschäfte, die in Abhängigkeit von der Entwicklung einer bestimmten Bezugsgröße einen Anspruch auf Geldzahlung oder einen sonstigen Vorteil begründen, der Besteuerung nach Nr. 4 Satz 1 unterliegen. Der Gesetzeswortlaut legt die Vermutung

nahe, dass der Gesetzgeber von einem umfassenden Termingeschäftsbegriff ausgegangen ist, der auch das – nicht identische – Börsentermingeschäft des § 50 Abs. 1 BörsG in sich aufnimmt.

**Termingeschäft:** Nach BMF v. 27.11.2001 (BStBl. I 2001, 986 Tz. 1) sollen sämtliche als Options- oder Festgeschäfte ausgestalteten Finanzinstrumente sowie Kombinationen zwischen Options- und Festgeschäften, deren Preis unmittelbar oder mittelbar vom Börsen- oder Marktpreis

- eines Wertpapiers,
- eines Geldmarktinstruments,
- einer Währungs- oder Rechnungseinheit,
- einer Ware oder eines Edelmetalls abhängt,

unter den Begriff des Termingeschäfts fallen.

Dem ist zumindest im Ergebnis zuzustimmen (anders noch die Vorauf.). Zunächst ist festzuhalten, dass die strechtl. Bedeutung des Begriffs nicht mit der zivilrechtl. oder kapitalmarktrechtl. übereinstimmen muss. Vielmehr ist ein autonomes Begriffsverständnis zu ermitteln. Ausweislich der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 14/23, 180) wollte der Gesetzgeber bestimmte Besteuerungslücken, die bei Geschäften mit spekulativem Charakter bestanden, schließen. Insoweit ist der Begriff des Termingeschäfts weit auszulegen. Allerdings ist das Vorgehen des BMF, allein auf den Begriff der Derivate iSv. § 2 Abs. 2 Nr. 1 WpHG zurückzugreifen, zu schematisch, weil diese Norm dem Anlegerschutz dient und damit mit den Bedürfnissen des Steuerrechts nicht in Einklang zu bringen ist. Umgekehrt erscheint es als zu eng, den Termingeschäftsbegriff über die Handelstechnik abzugrenzen. Danach wären Termingeschäfte von den Kassageschäften dadurch abzugrenzen, dass eine Erfüllung erst zu einem späteren Zeitpunkt zu erfolgen hätte (so noch die Vorauf.). Diese enge Auslegung wird dem Gesetzeszweck nicht gerecht. Vielmehr ist der Begriff des Termingeschäfts iS eines Typusbegriffs zu verstehen, der durch die Risiken einer Hebelwirkung, eines Totalverlusts des angelegten Kapitals und der Gefahr, planwidrig zusätzliche Mittel einsetzen zu müssen, gekennzeichnet ist (s. Haisch/Danz, DStR 2005, 2108 [2113]). Der Begriff des Termingeschäfts in Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 umfasst demnach alle Geschäfte, die als Rechtsgeschäft spekulativen Charakter aufweisen (ebenso Zengerle, Veräußerungen von Grundstücken und Wertpapieren im EStRecht, 2006, 87 ff.; vgl. noch unten „Optionsgeschäfte“).

**Differenzgeschäfte:** Der Begriff „Termingeschäft“ umfasst auch den zivilrechtl. Begriff des (unverbindlichen) Differenzgeschäfts iSd. § 764 Satz 2 BGB, der im ursprünglichen Gesetzentwurf noch zu finden war (BTDrucks. 14/23). Von einem Differenzgeschäft ist auszugehen, wenn Vertragsinhalt die Lieferung von Waren oder Wertpapieren ist, aber zumindest eine Vertragspartei die Absicht hat, im Lieferzeitpunkt lediglich die Differenz zwischen dem bei Vertragsschluss vereinbarten Preis (Basispreis) und dem aktuellen Börsen- oder Marktpreis zu bezahlen. Obwohl äußerlich ein Umsatzgeschäft vereinbart ist, findet keine Lieferung des WG, sondern lediglich ein Differenzausgleich (cash-settlement) statt.

**Börsentermingeschäfte:** Das Termingeschäft iSd. Nr. 4 Satz 1 umfasst weiter spezielle Ausprägungen wie das Börsentermingeschäft (§§ 50–70 BörsG). Die Vertragsgestaltung von Börsentermingeschäften entspricht grds. derjenigen der Termingeschäfte. Die Besonderheit dieser Geschäftsart liegt in der Handelsform. Das Börsentermingeschäft ist darauf angelegt, durch Abschluss eines Gegengeschäfts (Glattstellung) für ein bereits vorher eingegangenes Grundgeschäft

Deckung zu suchen (SCHLÜTER, *Innovative Finanzinstrumente*, 1998, 16) und sich so von den Verpflichtungen aus dem Grundgeschäft zu befreien. Nach der Rspr. des BGH sind Börsentermingeschäfte standardisierte Verträge, die von beiden Seiten erst zu einem späteren Zeitpunkt, dem Ende der Laufzeit, zu erfüllen sind und einen Bezug zum Terminmarkt haben (BGH v. 12.3.2002 – XI ZR 258/01, DStR 2002, 1055, betr. Aktienanleihen; v. 18.12.2001 – XI ZR 363/00, WM 2002, 283). Anders als beim Kassageschäft, bei dem der Anleger sofort Barvermögen oder einen Kreditbetrag einsetzen muss, wird der Anleger durch den hinausgeschobenen Erfüllungszeitpunkt beim Börsentermingeschäft zur Spekulation auf eine günstige, aber ungewisse Entwicklung des Marktpreises in der Zukunft verleitet, die die Auflösung des Terminengagements ohne Einsatz eigenen Vermögens und ohne Aufnahme eines förmlichen Kredits durch ein gewinnbringendes Glattstellungsgeschäft ermöglichen soll (BGH v. 17.7.2001 – XI ZR 15/01, WM 2001, 1714).

**Finanztermingeschäfte** (Futures) sind zu standardisierten oder individuell vereinbarten Bedingungen abgeschlossene Verträge, die nach außen die Lieferung bestimmter Basisgüter wie Aktien oder Anleihen auf Termin zum Gegenstand haben. IdR sind sich die Vertragsbeteiligten jedoch darüber einig, dass ihnen nicht an der Lieferung des Basiswerts, sondern lediglich am Ausgleich der Differenz zwischen Basispreis und dem in der Zukunft liegenden, dann aktuellen Börsen- oder Marktpreis gelegen ist. Dieser Differenzausgleich wird durch Barausgleich (cash-settlement) geleistet. Dies gilt unabhängig davon, ob Inhalt des sog. verdeckten Optionsgeschäfts ein lieferbares Basisgut wie Aktien oder Anleihen oder aber ein nicht lieferbares Basisgut wie zB ein Index oder ein bestimmter Zinssatz ist.

► *Termingeschäfte an der EUREX*: Zu standardisierten Bedingungen werden Termingeschäfte an der Deutsch-Schweizerischen Terminbörse (Nachfolgerin der DTB) gehandelt. Die Eröffnungsgeschäfte werden idR durch ein glattstellendes Gegengeschäft beendet, aus dem sich der Stpfl. einen Differenzgewinn erhofft. Neben Futures-Kontrakten auf Aktien oder Optionsgeschäften auf Futures werden an der EUREX auch Kapitalmarkt-Futures auf fiktive (synthetische) Schuldverschreibungen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft gehandelt.

► *Forwards*: Die Besteuerungsregeln der Nr. 4 Satz 1 gelten auch für individuell vereinbarte, außerhalb der Börsen gehandelte Termingeschäfte (Over The Counter – OTC – Geschäfte), sog. Forwards.

► *Beendigung von Finanztermingeschäften durch Glattstellung*: Finanzgeschäfte an der EUREX werden regelmäßig durch den Abschluss eines Gegengeschäfts (Glattstellung) aufgelöst. Bei der Glattstellung schließen die Vertragspartner zum Ausgleich des Ursprungsgeschäfts ein Gegengeschäft auf den gleichen Basiswert mit gleichem Verfalltermin ab, wodurch die Verpflichtungen beider Seiten erlöschen, sofern das Gegengeschäft als Glattstellung oder Closing gekennzeichnet wird. Vertragspartner des Stpfl. ist hier ausschließlich die Clearingstelle der Börse. Bei Forwards sind deshalb Glattstellungsgeschäfte nicht möglich. Die umstrittene Frage, ob die Glattstellung eines Termingeschäfts eine Veräußerung iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ist, hat sich durch die Einführung der Nr. 4 entschärft. Nr. 4 setzt gerade keine Veräußerung voraus, weshalb der Gewinn oder Verlust aus der Glattstellung „ein durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmter Vorteil“ ist. Durch die Glattstellung wird das Ausgangsgeschäft beendet. Der BFH (v. 24.6.2003 – IX R 2/02, BStBl. II 2003, 752; v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. II 2004, 995) hat nunmehr entschieden, dass die Glattstellung eines Opti-

ongeschäfts an der EUREX unter Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 fallen kann (s. noch Anm. 188).

► *Beendigung von Finanztermingeschäften ohne Ausübungserklärung:* Finanztermingeschäfte unterscheiden sich von Optionsgeschäften dadurch, dass die Geschäftspartner ohne die bei Optionsgeschäften notwendige Ausübungserklärung (Wahrnehmung des Optionsrechts) verpflichtet sind, nach Ablauf der vereinbarten Frist den Basiswert zu „liefern“ bzw. zu „erwerben“, dh. regelmäßig den Differenzausgleich zu zahlen.

**Devisentermingeschäfte** können in zwei Grundvarianten abgeschlossen werden. Die Vertragsparteien können vereinbaren, zwei bestimmte Währungen zu einem zukünftigen Zeitpunkt zu einem vorher festgelegten Devisenkurs auszutauschen, dh. die Devisen effektiv zu liefern. Das Devisentermingeschäft kann jedoch auch in der Weise abgeschlossen werden, dass keine tatsächliche Lieferung erfolgen soll, sondern lediglich die Differenz zwischen einem angenommenen Basiskurs und dem zukünftigen Marktkurs auszugleichen ist.

► *Effektive Lieferung der Devisen:* Werden die gelieferten Devisen innerhalb der Jahresfrist des Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, beginnend mit dem Abschluss des Termingeschäfts (schuldrechtl. Rechtsgeschäft), in eine andere Währung umgetauscht, ist von einem privaten Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 auszugehen (BFH v. 2.5.2000 – IX R 73/98; BStBl. II 2000, 614). Dies gilt auch dann, wenn am Fälligkeitstag ein auf Euro lautendes Konto des Käufers mit dem Kaufpreis belastet und ihm gleichzeitig die Fremdwährung gutgeschrieben wird, wenn dieser Betrag der auf Termin gekauften Fremdwährung entspricht. In diesem Fall wird die mit dem Devisentermingeschäft erworbene Fremdwährung am Fälligkeitstag geliefert und unmittelbar danach in Euro zurückgetauscht (BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986 Tz. 42).

► *Devisenerwerb vor Abschluss des Termingeschäfts:* Von einem privaten Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ist auch dann auszugehen, wenn die Devisen innerhalb eines Jahres nach Anschaffung auf Termin weiterveräußert werden. Maßgeblich für die Fristberechnung ist der Abschluss des Termingeschäfts, nicht der uU außerhalb der Jahresfrist liegende Liefertermin (BMF v. 27.11.2001 aaO Tz. 43).

► *Devisenerwerb nach Abschluss des Termingeschäfts:* Verkauft der Stpfl. Devisen auf Termin, ohne im Besitz der Fremdwährung zu sein (Stillhaltergeschäft), liegt ein privates Veräußerungsgeschäft nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 vor, wenn der Abschluss des Termingeschäfts und die Anschaffung der Fremdwährung innerhalb der Jahresfrist liegen.

**Beispiel:** A verkauft am 3.4.2007 10 000 US-\$ auf Termin zum 30.6.2007, ohne über die Fremdwährung zu verfügen. Der Verkaufspreis beträgt 11 000 US-\$. Am 10.5.2007 erwirbt A 10 000 US-\$ zum Termin 30.6.2007 zum Preis von 9 000 US-\$. Am 30.6.2007 wird sein Konto mit 9 000 US-\$ belastet; gleichzeitig werden ihm 11 000 US-\$ gutgeschrieben. Hieraus ist ein stpfl. Gewinn aus einem privaten Veräußerungsgeschäft von 2 000 US-\$ aus der Differenz von 11 000 zu 9 000 US-\$ entstanden.

► *Differenzausgleich:* Vereinbaren die Vertragspartner ausdrücklich oder stillschweigend keine effektive Lieferung, sondern einen Differenzausgleich, ist ein daraus entstandener Gewinn oder Verlust nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 strechtl. beachtlich, wenn der Zeitraum zwischen Abschluss des Ausgangsgeschäfts und der Zahlung des Differenzausgleichs oder dem Abschluss eines befreienden Gegengeschäfts nicht mehr als ein Jahr beträgt. Nach der Rspr. (BFH v. 8.12.1981 – VIII R 125/79; BStBl. II 1982, 618; v. 25.8.1987 – IX R

65/86; BStBl. II 1988, 248) sprechen folgende Indizien für ein Differenzgeschäft:

- die wiederholte Unterlassung der effektiven Lieferung vorheriger Devisentermingeschäfte,
- die Verbuchung und Zahlung lediglich eines Differenzausgleichs bei Fälligkeit des Devisentermingeschäfts,
- ein auffallendes Missverhältnis zwischen Vermögen und Börsentermingeschäft des Stpfl. und
- ein fehlendes sachliches Interesse des Devisenkäufers an der effektiven Währung.

**Beispiel:** A erwirbt am 11.6.2007 100 000 US-\$ auf Termin zum 1.10.2007. Der Terminkurs beträgt 20 000 US-\$. Am 16.7.2007 veräußert A 50 000 US-\$ auf Termin zum 11.10.2007. Der Terminkurs beträgt 62 000 US-\$. Bereits am 16.7.2007 hat A einen Gewinn aus einem privaten Termingeschäft von 2000 US-\$ erzielt, der sich aus der Differenz des Verkaufspreises von 62 000 US-\$ und dem Kaufpreis von 60 000 US-\$ für jeweils 50 000 US-\$ nominal ergibt.

**Optionsgeschäfte** können ebenfalls unter den Begriff des Termingeschäfts iSv. Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 fallen (ebenso BFH v. 17.4.2007 – IX R 40/06, DStR 2007, 1075 f.; ausführlich ZENGERLE, Veräußerungen von Grundstücken und Wertpapieren im EStRecht, 2006, 87 ff.; anders noch die Vorauf.). Legt man ein autonom zu bestimmendes strechtl. Begriffsverständnis zugrunde (s. bereits oben unter „Termingeschäft“), so sind auch Optionsgeschäfte unter den Begriff des Termingeschäfts zu fassen. Die Tatsache, dass Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft beim Optionsgeschäft technisch zusammenfallen, spricht nicht gegen die Einordnung von Optionsgeschäften bei Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1. Eine Subsumtion ausschließlich unter Nr. 4 Satz 2, wie sie teilweise vorgeschlagen wird, überschreite zudem die Wortlautgrenze, da dort von „Optionsscheinen“, nicht von „Optionsgeschäften“ die Rede ist. Vielmehr ist zu differenzieren: Optionen, die als Optionsscheine Wertpapiere sind, fallen unter Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2, Optionen, die keine Wertpapiere sind, unter Nr. 4 Satz 1 (ebenso BFH v. 17.4.2007 – IX R 40/06, DStR 2007, 1075 f.; so auch HEUERMANN, DB 2004, 1848 [1852]).

Einstweilen frei.

183–186

## II. Abgrenzung des Termingeschäfts vom Veräußerungsgeschäft nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 2

187

**Veräußerung und Beendigung:** Ausgehend von der jetzigen Struktur des § 23 unterscheidet sich das Termingeschäft in Nr. 4 Satz 1 vom Geschäft des Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 dadurch, dass nach dem Tatbestand der Nr. 4 nicht an einen Veräußerungsvorgang, sondern an die Beendigung des Geschäfts (Beendigungsgeschäfte) durch Zahlung (Empfang) eines Geldbetrags oder durch die Leistung eines sonstigen Vorteils aus dem Eingehen eines Termingeschäfts angeknüpft wird. Das Veräußerungsgeschäft in Nr. 2 ist dagegen iS eines entgeltlichen Übertragungsgeschäfts mit einem Dritten zu verstehen (ausführlich Anm. 48). Wegen des fehlenden Veräußerungsvorgangs schied deshalb nach alter Rechtslage in vielen Fällen eine Erfassung von Geldzahlungen oder die Erlangung sonstiger Vorteile im Rahmen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b aF (jetzt Nr. 2) aus (BFH v. 29.6.1976 – VIII B 1/76, BStBl. II 1976, 644; v. 8.12.1981 – VIII R 125/79, BStBl. II 1991, 618). Nunmehr fallen alle Beendigungstatbestände zwi-

schen einem Rechtsinhaber und dem Emittenten eines Finanzprodukts begrifflich in den Bereich der Nr. 4. Liegt begrifflich auch eine Veräußerung vor, so ist Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 vorrangig anzuwenden (sogleich unter „Subsidiarität“). Dies gilt nach der Rspr. des BFH (Urt. v. 24.6.2003 – IX R 2/02, BStBl. II 2003, 752; v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. II 2004, 995) etwa für die Glattstellung bestimmter Optionsgeschäfte an der EUREX. Kommt es innerhalb der Jahresfrist zu einer Übertragung der Rechte aus einem Termingeschäft oder einer Veräußerung des Optionsscheins oder Zertifikats, ist ebenfalls der Tatbestand der Nr. 2 erfüllt. Erst der Zwischenerwerber unterliegt mit dem bei Beendigung erzielten Geldbetrag oder sonstigen Vorteil der Besteuerung nach Nr. 4, sofern zwischen dem Erwerbsvorgang und der Beendigung des Geschäfts nicht mehr als ein Jahr vergangen ist.

**Beispiel:** A erwirbt am 20.9.2007 von der X-Bank aus der Emission ein Index-Zertifikat als Ersterwerber zu 50 €, das er am 20.12.2007 zu 60 € über die Börse an B veräußert. Der aus diesem Geschäft erzielte Gewinn (Differenz zwischen Erwerbs- und Veräußerungspreis) von 10 € ist nach Nr. 2 stl. zu erfassen. B löst das Zertifikat am Ende der Laufzeit am 15.9.2008 bei der X-Bank ein und erhält den Index im Verhältnis 1:100 in bar ausgezahlt. Das macht einen Geldbetrag von 70 € aus. B hat seinen Gewinn von 10 € (Differenz zwischen Erwerbs- und Einlösungspreis) nach Nr. 4 zu versteuern, da das Index-Zertifikat nach Auffassung der FinVerw. (BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986 Tz. 45) von Nr. 4 Satz 2 erfasst wird; zur Kritik s. Anm. 201.

**Subsidiarität des Abs. 1 Satz 1 Nr. 4:** Erfüllt ein Geschäft sowohl die Tatbestandsvoraussetzungen von Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 als auch die des Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, so fragt sich, welcher Norm der Vorrang gebührt und welche subsidiär ist. Der Wortlaut ist wenig ergiebig. Deshalb werden im Schrifttum auch beide Positionen vertreten. Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift ist von einer Subsidiarität der Nr. 4 gegenüber Nr. 2 auszugehen. Mit Nr. 4 sollten lediglich Besteuerungslücken geschlossen werden, die durch das Abstellen der Nr. 2 auf Veräußerungen entstanden waren (ebenso HEUERMAN, DB 2003, 1919 [1922]; aA BLÜMICH/GLENK, § 23 Rn. 75).

### III. Insbesondere: Optionsgeschäfte

**Inhalt eines Optionsgeschäfts:** Das Optionsgeschäft ist dadurch gekennzeichnet, dass der Erwerber einer Option nur das Recht, nicht jedoch die Verpflichtung hat, zu einem späteren Zeitpunkt ein Geschäft, zB den Kauf oder Verkauf eines Wertpapiers, zu vorher festgelegten Konditionen abzuschließen (BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986 Tz 4 ff.). Gegen Bezahlung einer Prämie (Optionsprämie) erwirbt der Käufer (Optionsnehmer) vom Verkäufer (Optionsgeber) das Recht, eine bestimmte Anzahl von Basiswerten, zB Aktien, zu einem vereinbarten Basispreis vom Verkäufer zu erwerben (Kaufoption oder Call) oder dem Verkäufer der Option zu verkaufen (Verkaufsoption oder Put). Bei einer Call-Option hat der Optionsgeber das Basisgut zu liefern, wenn der Optionsnehmer die Option ausübt. Im Fall eines Puts muss der Optionsgeber die ihm vom Optionsnehmer (Stillhalter) angeordneten Aktien abnehmen. Je nach den Bedingungen des Optionsgeschäfts kann die Option am Ende der Laufzeit (europäische Option) oder während der gesamten Laufzeit (amerikanische Option) ausgeübt werden.

**Verhältnis von Options- und nachfolgendem Wertpapiergeschäft:** BFH v. 28.11.1990 – XI 197/87 (BStBl. II 1990, 300) geht uE zutreffend davon aus, dass der Optionsvertrag durch die Einräumung des Optionsrechts und Zahlung der Optionsprämie durch den Optionsnehmer vollständig erfüllt sei. Die nach-

folgende, durch die Ausübung der Option veranlasste Lieferung des Basiswerts, zB der Aktien, gegen Zahlung des im Optionsvertrag vereinbarten Entgelts sei strechtl. als ein eigenständiges Geschäft anzusehen. Diese sog. Zweivertragstheorie wird zumindest für die Optionsgeschäfte an der EUREX (früher Deutsche Terminbörse) kritisiert (FG Hamb. v. 6.12.2001, FR 2001, 456, nrkr., mit Anm. KUPKA/Süss, FR 2001, 438), weil die an der Terminbörse abgeschlossenen Optionsgeschäfte gerade nicht auf den nachfolgenden Vertragsabschluss über die Lieferung des veroptionierten Wertpapiers, sondern auf Glattstellung des Eingangsgeschäfts durch Abschluss eines Gegengeschäfts mit Closing-Vermerk gerichtet seien. Diese Argumentation überzeugt uE nicht, auch wenn an der Terminbörse ca. 95 % aller eingegangenen Geschäfte durch Glattstellung beendet werden. Die Handelsbedingungen der Terminbörse lassen vielmehr ausdrücklich auch die Ausübung der Option über lieferbare Wertpapiere zu, dh. es kommt im Fall der Ausübung zu einem zweiten Vertragsabschluss über die Lieferung des Basiswerts gegen Zahlung des Kaufpreises.

**Beendigung des Optionsgeschäfts:** Das Optionsgeschäft wird beendet durch

- Ausübung der Option,
- Verfall bei Ablauf der Laufzeit oder
- an der EUREX durch Glattstellung (Eingehen eines Gegengeschäfts).

**Grundpositionen des Optionsgeschäfts:** Der Optionsschein-Anleger kann vier Grundpositionen eingehen, aus denen sich unterschiedliche strechtl. Folgerungen ableiten:

- Kauf einer Kaufoption (long call),
- Kauf einer Verkaufsoption (long put),
- Verkauf einer Kaufoption (short call) und
- Verkauf einer Verkaufsoption (short put).

► *Kauf einer Kauf- oder Verkaufsoption:* Die Aufwendungen für den Erwerb einer Kauf- oder Verkaufsoption sind AK des Optionsrechts. Transaktionskosten sind Anschaffungsnebenkosten der Option. Wird das Optionsrecht innerhalb der Jahresfrist weiterveräußert, liegt ein privates Veräußerungsgeschäft iSd. Nr. 2 vor.

► *Verkauf einer Kauf- oder Verkaufsoption:* Der Verkäufer einer Kaufoption (Stillhalter) erhält für das Eingehen des Risikos aus dem eingeräumten Optionsrecht vom Käufer der Option eine Optionsprämie, die als Einnahme aus sonstiger Leistung nach § 22 Nr. 3 stbar ist (BFH v. 28.11.1990 – X R 197/87, BStBl. II 1991, 300; v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. II 2004, 995; v. 17.4.2007 – IX R 40/06, DStR 2007, 1075 f.). Die Auffassung, wonach die Stillhalterprämie unter Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 zu fassen sei, überzeugt nicht. Erfasst werden nämlich lediglich erworbene Optionen. Bei der Stillhalterprämie fehlt es aber an einem Erwerbs- und Beendigungstatbestand (so auch BFH v. 17.4.2007 – IX R 40/06, DStR 2007, 1075 f.; Nds. FG v. 8.8.2006, DStRE 2007, 469, nrkr., Az. BFH: IX R 40/06; bespr. v. HARENBERG, NWB, F. 3, 14529; ebenso HEUERMANN, DB 2004, 1848 [1852]; ZENGERLE, Veräußerungen von Grundstücken und Wertpapieren im EStRecht, 2006, 90 f.). Auch fällt die Stillhalterprämie nicht unter Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 oder Nr. 3, weil es insoweit an einer Veräußerung fehlt (BFH v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. II 2004, 995; so aber SCHULTZE/GRELCK, DStR 2003, 2103 [2104]). Entsteht dem Stillhalter aus der Lieferung des Basisguts oder der Zahlung eines Differenzausgleichs ein Verlust, so ist dieser nicht durch die Einnahmen aus der Optionsprämie veranlasst und kann nicht im Rah-

men des § 22 Nr. 3 als WK abgezogen werden. Stellt der Stpfl. die Option hingegen glatt, so sind die im Gegengeschäft gezahlten Prämien als WK bei den Einkünften aus § 22 Nr. 3 abziehbar (so BFH v. 17.4.2007 – IX R 23/06, DStR 2007, 1076 ff.; v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. II 2004, 995; dazu HEUERMANN, DB 2004, 1848 [1851]).

**Beispiel 1** (Verkauf einer Kaufoption): Der Verkäufer einer Kaufoption (Stillhalter) erhält von A die Optionsprämie dafür, dass er sich für eine bestimmte Zeit bindet und die daraus resultierenden Kursrisiken eingeht, die durch Einräumung des Optionsrechts während der Optionsfrist entstehen können. Die Optionsprämie stellt deshalb nach Auffassung der FinVerw. und der Rspr. für den Stillhalter Entgelt für eine sonstige Leistung dar, das nach § 22 Nr. 3 zu versteuern ist (BFH v. 28.11.1990 – X R 197/87, BStBl. II 1991, 300; v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. II 2004, 995). Muss der Stillhalter die Aktien zum Preis von 320 € liefern, die er zuvor für 350 € erworben hatte, so führt der hieraus entstehende Verlust von 30 € je Aktie nicht zu WK bei den sonstigen Einkünften. Das gilt auch, wenn der Stillhalter auf Grund des Optionsgeschäfts an A statt der Aktie einen Barausgleich (Differenzausgleich) zu leisten hat.

► *Ausübung einer Kauf- oder Verkaufsoption:* Mit Ausübung der Kaufoption wird das Basisgut geliefert. Die Optionsprämie und Transaktionskosten erhöhen die AK des Basisguts. Der Tatbestand der Nr. 4 ist in diesem Fall nicht berührt. Wird dagegen anstelle der Lieferung innerhalb der Jahresfrist lediglich ein Differenzausgleich gezahlt, liegt ein privates „Veräußerungsgeschäft“ iSd. Nr. 4 vor. Die Optionsprämie und Transaktionskosten sind wie WK vom Differenzausgleich abzuziehen (BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986 Tz. 16). Übt der Inhaber einer Verkaufsoption seine Option aus, muss er das Basisgut an seinen Vertragspartner liefern. Verfügt er noch nicht über das Basisgut, zB Aktien, und muss er dieses erst erwerben, verwirklicht er mit der Weiterlieferung der Aktien an den Optionsnehmer ein Veräußerungsgeschäft iSd. Nr. 3. War er bereits Inhaber des Basisguts, erfüllt er mit der Lieferung innerhalb der Jahresfrist nach Anschaffung der Aktien den Tatbestand der Nr. 2. Optionsprämie und Transaktionskosten sind wiederum wie WK abziehbar (Abs. 3 Satz 1).

**Beispiel 2** (Ausübung einer Kaufoption durch Lieferung): Anleger A erwirbt am 1.3.2007 über seine Bank zehn Kaufoptionen (Calls) über je 100 Aktien eines bestimmten Unternehmens zum Basispreis von 320 €, weil er für die nächsten Monate mit einem Kursanstieg der Aktie rechnet (Kurs der Aktie am 1.3.2007: 309,60 €). Die Kaufoption läuft im Juli 2007 (Verfallmonat) aus. A bezahlt eine Optionsprämie von  $1000 \times 20,40 \text{ €} = 20400 \text{ €}$ . Bereits am 31.5.2007 ist der Kurs der Aktie auf 320 € gestiegen. A beschließt daher, sein Optionsrecht auszuüben und verlangt die Lieferung der Aktien. A erzielt aus diesem Geschäft keinen Vorteil iSd. Nr. 4. Die Optionsprämie von 20400 € erhöht die AK der Aktien. Je Aktie hat A nunmehr AK von 340,40 € ( $320 \text{ €} + 20,40 \text{ €}$ ), die der Ermittlung eines privaten Veräußerungsgewinns nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 zu Grunde zu legen sind, wenn die Aktien innerhalb der Jahresfrist weiterveräußert werden.

**Beispiel 3** (Ausübung einer Kaufoption durch Differenzausgleich): Anleger A erwirbt am 1.3.2007 über seine Bank zehn Kaufoptionen (Calls) über je 100 Aktien eines bestimmten Unternehmens zum Basispreis von 320 €, weil er für die nächsten Monate mit einem Kursanstieg der Aktie rechnet (Kurs der Aktie am 1.3.2007: 309,60 €). Die Kaufoption läuft im Juli 2007 (Verfallmonat) aus. A bezahlt eine Optionsprämie von  $1000 \times 20,40 \text{ €} = 20400 \text{ €}$ . Am 31.7.2007 ist der Kurs der Aktie auf 350 € gestiegen. A beschließt daher, sein Optionsrecht auszuüben und verlangt die Differenz zwischen dem Basispreis von 309,60 € zu 350 €, also 40,40 € je Option. Daraus erzielt er insgesamt Einnahmen von 40400 €, abzüglich der Aufwendungen für die Optionsprämie von 20400 € verbleibt ein stpfl. Gewinn aus einem privaten „Veräußerungsgeschäft“ von 20000 €.

► *Glattstellung einer Kauf- oder Verkaufsoption durch den Käufer:* Standardisierte Optionsgeschäfte an der EUREX können durch Glattstellung beendet werden. Mit

dem Abschluss eines Gegengeschäfts zur Glattstellung des Ausgangsgeschäfts innerhalb der Jahresfrist wird ein privates Veräußerungsgeschäft iSd. Nr. 2 verwirklicht. Der Gewinn oder Verlust aus dieser Glattstellung ist die Differenz zwischen der aus dem Gegengeschäft erzielten Optionsprämie und den Anschaffungs- und Nebenkosten des Grundgeschäfts (BFH v. 24.6.2003 – IX R 2/02, BStBl. II 2003, 752; v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. II 2004, 995; ebenso BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986 Tz. 17, 22; aA die Vorinstanz zu IX R 26/03, FG Köln v. 22.1.2003, EFG 2003, 853; WAGNER, NWB F. 3, 12695 [12697]). Zu Recht geht der BFH von einer Veräußerung durch Glattstellung aus, weil die Glattstellung an der EUREX die einzige Möglichkeit darstellt, sich wieder von der erworbenen Position zu trennen (ausführlich HEUERMANN, DB 2003, 1919 [1921]; zust. auch SCHULTZE/GRELCK, DStR 2003, 2103 f.). Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 ist auf den durch die Glattstellung erzielten Gewinn nicht anzuwenden, weil diese Vorschrift gegenüber der Nr. 2 subsidiär ist (s. ausführlich Anm. 187, „Subsidiarität“).

**Beispiel 4** (Glattstellung einer Kaufoption nach BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986 Tz. 17): Anleger A erwirbt am 15.3.2007 über seine Bank an der Terminbörse EUREX zehn Kaufoptionen (Calls) über je 100 Aktien eines bestimmten Unternehmens zum Basispreis von 320 €, weil er für die nächsten Monate mit einem Kursanstieg der Aktie rechnet (Kurs der Aktie am 15.3.2007 309,60 €). Die Kaufoption läuft im Juni 2007 (Verfallmonat) aus. A bezahlt eine Optionsprämie von  $1000 \times 20,40 \text{ €} = 20400 \text{ €}$  zuzügl. 250 € Transaktionskosten. Am 1.4.2007 ist der Kurs der Aktie auf 350 € gestiegen. Das Recht (die Option), die Aktien zu einem Basispreis von 320 € zu kaufen, ist jetzt 50 € wert (innerer Wert 30 €, angenommener Zeitwert 20 €). A beschließt daher, seine Position durch ein Gegengeschäft glattzustellen, dh. er verkauft über seine Bank zehn Kaufoptionen über je 100 Aktien des gleichen Unternehmens zum Basispreis von 320 €, Verfallmonat Juli 2007, mit closing-Vermerk (Glattstellung). A erhält dafür am 2.4.2007 eine Optionsprämie von  $1000 \times 50 \text{ €} = 50000 \text{ €}$  abzüglich 500 € Spesen. A hat aus diesen Vorgängen einen stpl. privaten „Veräußerungsgewinn“ in Höhe von  $(50000 \text{ €} \cdot 500 \text{ €} \cdot 20400 \text{ €} \cdot 250 \text{ €}) = 28850 \text{ €}$  erzielt.

► *Glattstellung einer Kaufoption durch den Verkäufer*: Der Verkäufer einer Kaufoption löst sich aus dem Grundgeschäft durch den Kauf einer Kaufoption mit entsprechendem Glattstellungsvermerk. Die für den Kauf der Kaufoption aufgewendete Optionsprämie ist durch die Befreiung aus dem Grundgeschäft und zur Sicherung der dabei erhaltenen Optionsprämie veranlasst und deshalb als WK bei den Einkünften aus § 22 Nr. 3 abziehbar.

► *Verfall einer Kauf- oder Verkaufsoption*: Wird die Option am Ende der Laufzeit nicht ausgeübt, verfällt das Kauf- oder Verkaufsrecht. Der daraus entstehende Verlust ist stl. nicht relevant (ebenso BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986 Tz. 18 und 23; aA FG Münster v. 7.12.2005 – 10 K 5715/04 F, EFG 2006, 669, nrkr., Az. BFH IX R 11/06; PHILIPOWSKI, DStR 2004, 978).

**Beispiel 5** (Verfall einer Kauf- oder Verkaufsoption): Anleger A erwirbt am 1.3.2007 über seine Bank zehn Kaufoptionen (Calls) über je 100 Aktien eines bestimmten Unternehmens zum Basispreis von 320 €, weil er für die nächsten Monate mit einem Kursanstieg der Aktie rechnet (Kurs der Aktie am 1.3.2007: 309,60 €). Die Aktie ist nicht gestiegen, sondern hat verloren. Am letzten Tag des Verfallmonats Juli 2007 steht sie unter dem Basispreis von 320 €, zB bei 300 €. A könnte die Aktie jetzt über die Börse preiswerter erwerben als aus der Option. Er wird deshalb die Option nicht ausüben, sondern verfallen lassen. Die gezahlte Optionsprämie von 20400 € geht dabei verloren. Sie kann stl. nicht als Verlust mit anderen Gewinnen aus privaten Veräußerungsgeschäften verrechnet werden. Die FinVerw. sieht in der Optionsprämie AK des Basisguts. Werden zB die zu Grunde liegenden Aktien geliefert, so erhöht die Optionsprämie die AK der Aktien. Wird die Option nicht ausgeübt, verfällt die Optionsprämie. Das Gleiche gilt für den Verfall einer Verkaufsoption.

**Keine Anwendung der Nr. 4 auf Optionsanleihen:** Beim Erwerb einer Optionsanleihe erwirbt der Stpfl. zwei selbständige WG, die Schuldverschreibung und das im Optionsschein verbriefte Optionsrecht (Einzelheiten dazu HARENBERG/IRMER, Die Besteuerung privater Kapitaleinkünfte, 4. Aufl. 2007, Rn. 1417). Aus der Schuldverschreibung werden in Gestalt der laufend gezahlten Zinsen oder eines Disagios Einnahmen aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 erzielt (s. § 20 Anm. 850 „Optionsanleihen“). Die Ausübung der Option zum Bezug der Aktien des emittierenden Unternehmens ist kein Fall der Nr. 4. Werden die bezogenen Aktien innerhalb der Jahresfrist weiterveräußert, ist der daraus entstehende Gewinn oder Verlust nach Nr. 2 beachtlich. Lässt der Optionsscheininhaber das Optionsrecht dagegen verfallen, ist ein Verlust stl. unbeachtlich.

189

#### IV. Zeitpunkt der Verwirklichung eines Termingeschäfts

Der Tatbestand der Nr. 4 Satz 1 ist erfüllt, wenn aus einem Termingeschäft ein Geldbetrag oder Vorteil erlangt ist, der vom Wert einer veränderlichen Größe abhängig ist. Der Gewinn oder Verlust aus einem Termingeschäft entsteht also im Zeitpunkt der Beendigung des Geschäfts und Entstehung des Anspruchs auf Zahlung des Differenzausgleichs oder des Anspruchs auf Leistung des sonstigen Vorteils, zB Lieferung einer bestimmten Anzahl von Aktien. Im Fall der Glattstellung ist auf den Zeitpunkt der Ausführung des Gegengeschäfts abzustellen. Für den Zufluss des Geldbetrags oder sonstigen Vorteils aus einem Termingeschäft gelten die allgemeinen Regeln des § 11.

190

#### V. Bedeutung der Jahresfrist

Der Gewinn oder Verlust aus einem Termingeschäft ist strechtl. nur relevant, sofern der Zeitraum zwischen Erwerb und Beendigung des Rechts auf einen Differenzausgleich, Geldbetrag oder Vorteil nicht mehr als ein Jahr beträgt. Maßgeblich ist auch hier – wie in Nr. 2 – der Abschluss des schuldrechtl. Geschäfts. So kommt es bei Beendigung des Geschäfts für die Fristberechnung nicht auf den Zufluss des Geldbetrags oder – im Fall der Lieferung des Basisguts – auf die Wertstellung (Einbuchung) der Wertpapiere an. Im Übrigen gelten auch hier die allgemeinen Regelungen der Nr. 2; s. Anm. 90 ff.

191–199 Einstweilen frei.

### C. Zertifikate, die Aktien vertreten, und Optionsscheine als Termingeschäfte (Nr. 4 Satz 2)

200

#### I. Zertifikate, die Aktien vertreten

**Begriffsübernahme aus anderen Rechtsgebieten:** Wie bei der gesetzlichen Umschreibung des Termingeschäfts in Nr. 4 Satz 1 hat der Steuergesetzgeber auch im Satz 2 der Nr. 4 auf die Terminologie eines anderen Rechtsgebiets zurückgegriffen. Der Terminus „Zertifikate, die Aktien vertreten“ stammt offensichtlich aus § 2 Abs. 1 Nr. 1 WpHG. Das muss nicht bedeuten, dass die Begriffsbedeutung im Steuerrecht mit der dortigen übereinstimmt. Vielmehr ist

eine autonome Begriffsbestimmung vorzunehmen. Allerdings ist der Wortlaut eine absolute Grenze der Auslegung.

**Partizipationsscheine und Discount-Zertifikate:** BMF v. 27.11.2001 (BStBl. I 2001, 986) nennt als Beispiele für Zertifikate, die Aktien vertreten, Partizipationsscheine und Discount-Zertifikate. Dem kann nicht gefolgt werden. Diese Zertifikate vermitteln keine gesellschaftsrechtl. Beteiligung an den Unternehmen, mit dessen Aktien die Produkte hinterlegt sind. Der Zertifikatsinhaber nimmt nicht an den Gewinnausschüttungen der Unternehmen teil und hat kein Recht zur Teilnahme an den Hauptversammlungen. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen wird man aber angesichts des eindeutigen Wortlauts von Nr. 4 Satz 2 verlangen müssen. Nur dann werden „Aktien vertreten“. Die genannten Papiere fallen demnach nicht unter Nr. 4 Satz 2. Der anderslautende historische Wille des Gesetzgebers (BTDrucks. 14/443, 60) steht dem nicht entgegen, weil er im Wortlaut keinen Ausdruck gefunden hat (ebenso Haisch/Danz, DStR 2005, 2108 [2113]). Diese Auslegung wird auch durch einen Blick auf § 2 WpHG bestätigt. Dort werden diejenigen Wertpapiere bestimmt, die den Regeln des WpHG unterfallen. Zertifikate iSd. WpHG vertreten jedoch nur dann Aktien, wenn sie zumindest mittelbar Beteiligungsrechte an einer börsennotierten AG vermitteln. Dazu gehören zB american depository receipts (ADR), also Zertifikate, die von US-Banken über die bei ihnen hinterlegten ausländ. Aktien ausgestellt werden. Anstelle der ausländ. Aktien werden diese ADR an den Börsen gehandelt, wodurch zumindest mittelbar der Handel von ausländ. Aktien zulässig wird, die nicht an den amerikanischen Börsen zum Handel zugelassen sind, zB weil sie nicht zugelassen werden können oder die Unternehmen eine Zulassung nicht beantragt haben. Der Handel solcher ADR anstelle der ausländ. Aktie ist auch in der Bundesrepublik üblich. Der Erwerber dieser spezifischen Aktienzertifikate ist – einem direkten Aktionär gleich – an den Gewinnausschüttungen des ausländ. Unternehmens beteiligt und erhält die wichtigsten Unternehmensinformationen. ADR vertreten also – im Gegensatz zu den in BMF v. 27.11.2001 aaO beispielhaft aufgeführten Zertifikaten – die Rechte aus der hinterlegten Aktie. Vom insoweit eindeutigen Gesetzeswortlaut sind deshalb Index-Partizipationsscheine und Aktiendiscount-Zertifikate nicht erfasst. Die Besteuerung solcher Produkte ist uE mit Nr. 4 Satz 2 nicht vereinbar (ebenso Harenberg, FR 2002, 109).

**Besondere Form von Schuldverschreibungen:** Index-Partizipations- und Discount-Zertifikate sind zivilrechtl. Schuldverschreibungen, die – im Gegensatz zu diesen – allerdings nicht das Recht auf Zahlung eines laufenden oder am Ende der Laufzeit zu zahlenden Zinsertrags, sondern das Recht auf einmalige Zahlung eines Geldbetrags (Index-Zertifikate, DAX-Partizipationsscheine) verbrieft, dessen Höhe sich zB nach dem Stand eines Index richtet oder nach dem Wert eines sonstigen Vorteils bemisst. Dieser Vorteil kann aus der Kombination einer Geldzahlung mit Lieferung eines bestimmten Wertpapiers, regelmäßig einer Aktie, oder nur der Lieferung einer Aktie (Kickstart-Zertifikate, Aktiendiscount-Zertifikate) bestehen. In jedem Fall hängt die Höhe des zu zahlenden Geldbetrags regelmäßig von einem ungewissen Ereignis, zB dem Stand eines Index (zB DAX-Partizipationsscheine), dem Kurswert einer Aktie (Discount-Zertifikate) oder eines ganzen Aktien- oder Fondskorbs (Basket- oder Fonds-Zertifikate), ab.

**Funktionsweise von Zertifikaten:** Der Kapitalanleger nimmt mit dem Erwerb eines Zertifikats an der positiven und negativen Wertentwicklung des dem Zertifikat hinterlegten Basiswerts teil (Beispiele s. Harenberg, NWB F. 3, 11695). So-

weit die Zertifikate eine begrenzte Laufzeit haben, wird der Geldbetrag und/oder sonstige Vorteil am Ende der Laufzeit durch den Emittenten des Zertifikats ausgezahlt bzw. das Basisgut geliefert. In diesem Fall erlöschen die Rechte aus dem Zertifikat. Zertifikate ohne Laufzeitbegrenzung (Open-End-Zertifikate) gewähren idR einmal im Jahr das Recht, die versprochene Leistung vom Emittenten zu verlangen.

**Garantiezertifikate:**

► *Zuordnung zu § 20:* Die Zertifikatsbedingungen enthalten idR keine Zusage auf Rückzahlung des eingesetzten Kapitals (Kaufpreis), das der Stpfl. für den Erwerb des Zertifikats an den Emittenten zu zahlen hat. Garantiezertifikate zeichnen sich dagegen durch den vollständigen oder teilweisen Kapitalerhalt, die Partizipationsrate an einem zu Grunde liegenden Index (Aktienindex) und eine begrenzte Laufzeit aus. Der Emittent verspricht also die vollständige oder teilweise Rückzahlung des eingesetzten Kapitals (Garantiezertifikate, Money-Back-Zertifikate). Nach uE zutreffender Auffassung der FinVerw. (BMF v. 16.3.1999, BStBl. I 1999, 433) liegt in diesem Fall eine Kapitalforderung iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 vor mit der Folge, dass der aus dem Zertifikat bei Beendigung (Einlösung) erzielte Geldbetrag oder sonstige Vorteil nach dieser Vorschrift und nicht nach Nr. 4 stpfl. ist. Dieser Auffassung hat sich nunmehr auch der BFH angeschlossen. In BFH v. 13.12.2006 – VIII R 79/03 (DStR 2007, 286) hat er ausgesprochen, dass Erträge aus der Rückzahlung von DAX-Zertifikaten nach § 20 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 Buchst. c Alt. 2, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 4 stpfl. sind. Aufgrund der Kapitalrückzahlungsgarantie seien DAX-Zertifikate sonstige Kapitalforderungen. Mangels vorab bestimmbarer Emissionsrendite sei die Marktrendite der Besteuerung zugrunde zu legen. Diese Systemabweichung sei auch verfassungsrechtl. gerechtfertigt. Dem ist uE zuzustimmen, da sich die Besteuerung der Marktrendite als Anpassung an geänderte wirtschaftliche Lebenssachverhalte darstellt, die noch im Rahmen des dem Gesetzgeber eröffneten Gestaltungsspielraums liegt.

In dem behandelten Fall ist Nr. 4 wegen der Subsidiaritätsklausel in Abs. 2 nicht anwendbar. Die Veräußerung eines solchen Zertifikats fällt deshalb auch bei einer Zwischenveräußerung während der Laufzeit nicht mehr unter Nr. 2, sondern unter § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c, da es sich um Schuldverschreibungen handelt, deren Ertrag von einem ungewissen Ereignis (zB Wertentwicklung eines Index, Kurs einer Aktie) abhängt. Die fehlende Emissionsrendite (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2) spielt nach der Änderung dieser Vorschrift durch das StÄndG 2001 keine Rolle mehr. Die Veräußerungsbesteuerung aus § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ist danach auch anwendbar, wenn es sich um Wertpapiere oder Kapitalforderungen handelt, die nach ihren zivilrechtl. Konstruktionen keine Emissionsrendite errechnen lassen.

► *Folgen der Zuordnung zu § 20:* Für Garantiezertifikate gilt die Verlustabzugsbegrenzung des Abs. 3 Satz 8 nicht. Soweit aus der Einlösung oder Veräußerung Kursverluste (negative Marktrendite) entstanden sind, sind diese nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 als negative Einnahmen aus Kapitalvermögen in voller Höhe – und nicht nur beschränkt – ausgleichsfähig; s. § 20 Anm. 1110 ff. Die Erträge aus Garantiezertifikaten unterfallen dem Sparer-Freibetrag des § 20 Abs. 4. Soweit sie darüber liegen, besteht nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 KapErtrStPflcht mit einem StStz von 30 %. Die Jahresfrist des Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 4 gilt im Fall der Veräußerung nicht. Positive oder negative Erträge aus der Veräußerung oder Einlösung (Beendigung) eines Garantiezertifikats

sind deshalb zeitlich unbeschränkt zu berücksichtigen. Die Freigrenze des Abs. 3 Satz 6 von 512 € gilt für Garantiezertifikate ebenfalls nicht.

**Discount-Zertifikate** gewähren das Recht, in Abhängigkeit von der Wertentwicklung einer bestimmten Aktie am Ende der Laufzeit vom Emittenten des Zertifikats – je nach Ausstattung – entweder einen Geldbetrag, einen Geldbetrag und die Aktie oder nur die Aktie verlangen zu können. Der Stpfl. erhält also in jedem Fall einen Geldbetrag ausgezahlt oder einen sonstigen Vorteil in Form der Aktie geliefert. Gleichwohl fallen Discount-Zertifikate unter Nr. 4 und nicht etwa unter § 20.

Die Besteuerung aus § 20 Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 verlangt, dass der Kapitalschuldner die Rückzahlung des hingegebenen Kapitals zugesagt hat (s. § 20 Anm. 821). Das ist nur dann der Fall, wenn nach den Emissionsbedingungen sichergestellt ist, dass der Gläubiger am Ende der Laufzeit entweder das gesamte Kapital oder aber einen der Höhe nach konkret bestimmten Kapitalanteil zurück erhält. Eine solche Sicherstellung bieten Discount-Zertifikate regelmäßig nicht. Nach den einzelnen Einlösungsszenarien ist lediglich sicher, dass der Zertifikatsinhaber am Ende der Laufzeit in Abhängigkeit vom Kurs der hinterlegten Aktien einen Vorteil iSd. Nr. 4 Satz 2 (Kapitalrückzahlung in bar, in Kombination mit einer Aktie oder nur die Aktie) erhält. Der Wert dieser Kapitalrückzahlung ist jedoch bei Ausgabe des Zertifikats ungewiss, weshalb nur die Besteuerung des Vorteils aus Nr. 4 Satz 2 und nicht aus § 20 Abs. 1 Nr. 7 Satz 2 in Betracht kommt.

**Veräußerung der gelieferten Aktien:** Werden die als Rückzahlung gelieferten Aktien innerhalb der Jahresfrist weiterveräußert, ist der Tatbestand der Nr. 2 erfüllt. Maßgebend für die Fristberechnung ist der Tag, an dem auf Grund des Kurswerts der Aktie feststeht, dass die Aktie geliefert wird. Dieser Tag ist regelmäßig nicht identisch mit dem Ende der Laufzeit des Zertifikats, das für die Fristberechnung ebenso unmaßgebend ist wie der Tag der Einbuchung der Aktien in das Depot. Als AK der Aktien ist der niedrigste am Stichtag an einer deutschen Börse im Xetra-Handel festgestellte Kurs anzusetzen (BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986 Tz. 52).

## II. Optionsscheine

201

Nr. 4 Satz 2 stellt klar, dass Optionsscheine vom Begriff der Termingeschäfte erfasst werden. Dieser Klarstellung hätte es nicht bedurft, weil Optionen bereits unter Nr. 4 Satz 1 fallen. Aufgrund des ausdrücklichen gesetzgeberischen Verweises ist nunmehr zu differenzieren: Verbriefte Optionen fallen unter Satz 2, unverbriefte unter Satz 1 (s. bereits Anm. 182).

Einstweilen frei.

202–209

## D. ABC der Termingeschäfte

210

**Amerikanische Option:** s. Europäische Option.

**Basket-Zertifikate** sind im Gegensatz zu Index-Zertifikaten mit einem Aktienkorb unterlegt. Die strechtl. Behandlung beider Zertifikatsformen ist identisch; s. Anm. 200.

**Bewertungsstichtag** bei einem Zertifikat ist der Tag, an dem in Abhängigkeit vom Kurs des unterlegten Basiswerts der Rückzahlungsbetrag berechnet wird. IdR liegt der Bewertungsstichtag einige Tage vor dem Rückzahlungstag des Zer-

tifikats, um zufällige Kursschwankungen des Basiswerts zu vermeiden. Übt der Emittent des Zertifikats am Bewertungsstichtag sein Wahlrecht, einen Geldbetrag zurückzuzahlen oder eine bestimmte Anzahl von Aktien zu liefern, aus, beginnt an dem dem Bewertungsstichtag folgenden Tag die Jahresfrist des Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 im Hinblick auf eine spätere Veräußerung der aus dem Zertifikat erlangten Aktien; zur Fristberechnung s. Anm. 90.

**Covered Warrants** („gedeckte Optionsscheine“) sind eine Sonderform der Naked Warrants (s. dort), die das Recht zum physischen Bezug von Aktien, regelmäßig nicht des Emittenten, verbriefen. Der Emittent muss die veroptionierten Aktien in einem besonderen Deckungsbestand halten, wodurch dem Kapitalmarkt Liquidität in diesen Aktien entzogen wird. Anstelle des Deckungsbestands wird der Lieferanspruch des Optionsnehmers heute oft durch den Abschluss derivater Finanzgeschäfte sichergestellt. Veräußerungsgeschäfte fallen unter Nr. 2. Verbrieft die Warrants dagegen nur den Anspruch auf Barausgleich, ist die Nr. 4 einschlägig; s. Anm. 188.

**Digital-Optionsscheine** verbriefen das Recht des Optionsnehmers (Käufers) auf Auszahlung eines im Voraus bestimmten festen Betrags, wenn der Kurs des Basiswerts den vereinbarten Basispreis am Laufzeitende (europäische Option) oder zu irgend einem Zeitpunkt während der Laufzeit (amerikanische Option) überschreitet (Call) oder unterschreitet (Put). Werden diese Bedingungen nicht erreicht, verfällt das Optionsrecht wertlos und es kommt zum Totalverlust des eingesetzten Kapitals. Die Veräußerung der Optionsscheine während der Jahresfrist erfüllt den Tatbestand der Nr. 2. Die Beendigung des Optionsgeschäfts wird über Nr. 4 erfasst. Zwar ist regelmäßig die Höhe des zu erwartenden Geldbetrags in den Emissionsbedingungen festgelegt, doch hängt die Zahlung selbst vom Wert einer veränderlichen Bezugsgröße, dem Erreichen eines bestimmten Kurses des Basiswerts, ab. Verfällt das Optionsrecht, ist die Optionsprämie nach Auffassung der FinVerw. stl. nicht beachtlich; s. Anm. 188.

**Emissionskurs** ist der Ausgabekurs, zu dem ein neu ausgegebenes Wertpapier oder Zertifikat dem Anlegerpublikum offeriert wird. Die Differenz zwischen dem Einlösungskurs und dem Emissionskurs bildet beim Ersterwerber und Durchhalter die Einnahmen aus einem privaten Veräußerungsgeschäft (Abs. 3 Satz 1 bzw. Satz 5).

**Endlos-Zertifikat** ist ein Zertifikat ohne definierte Endfälligkeit. Es hat also eine theoretische unbegrenzte Laufzeit. IdR können die Zertifikatsinhaber jedoch an einem bestimmten Tag im Jahr die Rückzahlung des versprochenen Einlösungsbetrags verlangen (s. Anm. 200). Die Emittenten behalten sich in den Emissionsbedingungen jedoch ein Kündigungsrecht vor, um den Charakter des Zertifikats als Schuldverschreibung zu wahren.

**Europäische Option** bezeichnet ein Optionsrecht, das nur zu einem bestimmten Zeitpunkt während der Laufzeit, regelmäßig am Ende der Laufzeit, ausgeübt werden kann. Im Gegensatz dazu kann bei einer amerikanischen Option der Optionsinhaber sein Optionsrecht jederzeit während der Laufzeit des Geschäfts ausüben. Die meisten börsengehandelten Optionskontrakte sind amerikanische Optionen. Strechtl. Unterschiede bestehen zwischen den beiden Optionsarten nicht.

**Garantiespannen-Zertifikate** sind Index-Zertifikate, bei denen der Emittent dem Anleger die Rückzahlung des eingesetzten Kapitals garantiert, soweit sich der Kursverlust des Index innerhalb einer bestimmten Spanne bewegt. Tritt ein Verlust außerhalb dieser Spanne ein, wird die Garantie nicht wirksam.

**Beispiel:** Das Zertifikat wird bei einem Indexstand von 4000 Punkten emittiert mit der Zusage, dass das eingesetzte Kapital bis zu einem Verlust (Indexrückgang) von 25 % zurückgezahlt wird. Steht der Index am Ende der Laufzeit bei 3000 Punkten, erhält der Anleger sein Kapital zurück. Steht der Index dagegen bei 2500 Punkten, erhält der Anleger nur 2500 € ausgezahlt bei einem Auszahlungsverhältnis von 1 : 1. Steht der Index bei 4500 Punkten, kommt es zu einer Rückzahlung von 4500 €. Gewinne und Verluste aus einem solchen Zertifikat sind im Rahmen des Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 zu erfassen, wenn man mit der FinVerw. Zertifikate dieser Art überhaupt unter diese Vorschrift subsumieren will. § 20 Abs. 1 Nr. 7 ist – trotz der Garantie – nicht anwendbar, denn sowohl die Rückzahlung des Kapitals als auch der Kapitalertrag sind von einem ungewissen Ereignis (Indexstand) abhängig.

Es handelt sich trotz der teilweisen Kapitalrückzahlungsgarantie um ein rein spekulatives Produkt, bei dem beide Komponenten (Kapitalrückzahlung und Ertrag) ungewiss sind (s. § 20 Anm. 823).

**Gleitziins-Anleihen** sind Schuldverschreibungen mit ab- oder aufsteigender Verzinsung. Unabhängig davon, ob die Anleihe verbrieft ist oder nicht, ist ein Einlösungsgewinn nicht nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 stbar, weil der Vorteil nicht von einer veränderlichen Bezugsgröße abhängt. Veräußerungsgewinne, auch solche, die innerhalb der Jahresfrist erzielt werden, werden von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 erfasst.

**Index-Zertifikate** sind eine besondere Form von Zertifikaten, die mit einem Index unterlegt sind. Sie werden in Deutschland seit 1990 emittiert. Der Inhaber „kauft einen Index“, zB den DAX oder einen anderen Aktienindex. Das Zertifikat bildet den Index nach. Der Anleger nimmt in transparenter Weise an der Wertentwicklung des Index teil. Am Ende der Laufzeit erhält er den Indexstand oder einen Bruchteil daran in bar vom Emittenten ausgezahlt. Das Index-Zertifikat unterscheidet sich vom Basket-Zertifikat lediglich durch das unterlegte Produkt (underlying). Während dem Index-Zertifikat ein standardisiertes Indexprodukt zu Grunde liegt, hat das Basket-Zertifikat einen Aktienkorb als Unterlegung. Für die strechtl. Behandlung des Rückzahlungs- oder Veräußerungserlöses ist die Art des Underlying nicht von Bedeutung (s. Anm. 200).

**Innerer Wert** einer Option entspricht dem Mittelzufluss, den ein Optionskäufer aus der sofortigen Ausübung seines Optionsrechts erzielen würde. Eine Option weist einen inneren Wert auf, wenn bei einem Call (Put) der Basispreis unter (über) dem aktuellen Kurs des Basiswerts liegt. Eine sofortige Ausübung der Option würde zu einem Gewinn (Mittelzufluss) in Höhe der positiven Differenz aus Basispreis (zuzüglich Transaktionskosten) und aktuellem Kurs führen. Notiert bei einem Call (Put) der Basiswert unter (über) oder gleich dem vereinbarten Basispreis, so ist eine Ausübung wirtschaftlich nicht sinnvoll. Der innere Wert beträgt hier null. Die Option würde verfallen. Die Optionsprämie ist dann nach der FinVerw. stl. unbeachtlich (zweifelhaft).

**Kombizins-Anleihen** stellen eine Kombination aus einer Nullkupon-Anleihe und einer festverzinslichen oder variabel verzinslichen Schuldverschreibung dar, zur strechtl. Einordnung s. „Gleitziinsanleihen“.

**Kurs-Index** ist ein Index, der ausschließlich die Kursentwicklung der in ihm enthaltenen Aktien nachbildet, zB Dow Jones. Dividenden und Bezugsrechte werden dagegen – anders als beim Performance-Index – nicht berücksichtigt.

**Money-Back-Zertifikate:** s. Anm. 200 und „Garantiezertifikate“.

**Naked Warrants** sind Optionsscheine, die – im Gegensatz zu traditionellen Optionsscheinen – ohne gleichzeitige Emission einer Optionsanleihe begeben werden. Sie stehen nicht in Zusammenhang mit der Finanzierung eines Unter-

nehmens, sondern werden von Banken oder Wertpapierhandelshäusern als spekulative Anlageprodukte emittiert.

**Open-End-Zertifikate:** s. „Endlos-Zertifikate“.

**Optionsscheine, traditionelle,** werden in Verbindung mit der Emission einer Optionsanleihe begeben. Die Optionsscheine werden separat gehandelt und verbriefen im Regelfall das selbständige Recht auf Lieferung des Basiswerts, zB von Aktien des Emittenten. Die Veräußerung des Optionsscheins innerhalb der Jahresfrist fällt unter Nr. 2. Der Bezug der Aktien bei Ausübung der Option ist kein Geschäft iSd. Nr. 4. Für die bezogenen Aktien beginnt mit Optionsausübung eine eigene Jahresfrist; s. auch Naked Warrants.

**Optionsserie** bezeichnet Optionen, die hinsichtlich Typ (Call oder Put), Basiswert, Basispreis und Verfalldatum identisch sind. Die Glattstellung eines Optionsgeschäfts führt nur dann zu einem privaten Veräußerungsgeschäft iSd. Nr. 4, wenn das Gegengeschäft aus einer identischen Serie stammt, aber einem anderen Optionstyp zuzurechnen ist.

**Performance-Index** ist ein Index, der nicht nur die in ihm enthaltenen Aktien abbildet, sondern auch die Dividendenerträge und Bezugsrechte in den Index einrechnet und die Erträge rechnerisch im Zeitpunkt des Zuflusses reinvestiert, zB der DAX; Gegensatz: Kurs-Index. Inhabern von Zertifikaten, die mit einem Performance-Index hinterlegt sind, fließen diese Erträge jedoch nicht zu und sind deshalb uE nicht stbar. Die Erträge wirken sich nur rechnerisch in Form eines höheren Index-Stands und damit einer Kurssteigerung des Zertifikats aus. Diese Kurssteigerung ist lediglich im Rahmen des Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 strechtl. relevant, wenn das Zertifikat innerhalb der Jahresfrist veräußert und damit die Kurssteigerung realisiert wird.

**Plain-Vanilla-Optionsscheine** sind regelmäßig Optionsscheine iSd. Nr. 4 mit „exotischer“ Ausstattung, zB in der Art der Optionsausübung oder zu der Ausübung hinzutretender Bedingungen. Beispiele: Barrier-Optionsscheine in Form der Knock-out- (Option erlischt) oder Knock-in- (Optionsrecht entsteht erst) Variante, wenn der Basiswert einen im Voraus bestimmten Kurs erreicht hat. Strechtl. haben die besonderen Emissionsbedingungen keine Bedeutung, soweit es in allen Variationen um einen Differenzausgleich und nicht um die physische Lieferung des Basiswerts geht.

**Protect-Discount-Zertifikate** sind Sonderformen der klassischen Discount-Zertifikate, die mit einem sog. Protect-Preis ausgestattet sind. Für den Fall, dass der zu Grunde liegende Basiswert (Aktie) während der Laufzeit des Zertifikats nicht auf oder unter den Protect-Preis (Aktienkurs) fällt, wird das Zertifikat vom Emittenten mit dem Höchstbetrag (Cap) selbst dann zurückgezahlt, wenn der Basiswert bei Laufzeitende unter dem Cap notieren sollte.

**Beispiel:** Zertifikat hinterlegt mit der Aktie der Bayer AG; Laufzeit bis 30.9.2008; Höchstauszahlung (Cap) 40 €; Referenzkurs der Aktie 24,75 €; Protect-Preis 30 €; Bezugsverhältnis 1 : 1.

*Szenario 1:* Die Aktie steht am 30.9.2008 bei 45 €, ohne auf oder unter 30 € gefallen zu sein; der Stpfl. erhält den Höchstbetrag (Cap) von 40 € ausgezahlt. Ist die Jahresfrist eingehalten, so ist die Differenz von Anschaffungspreis zu 40 € abzgl. WK stpfl. Einnahme iSd. Nr. 4 iVm. Abs. 3 Satz 5; außerhalb der Jahresfrist ist die Differenz nicht stbar (FinVerw.).

*Szenario 2:* Die Aktie steht am 30.9.2008 bei 20 €; der Stpfl. erhält lediglich 20 € ausgezahlt. Der dabei entstehende Einlösungsverlust, soweit er innerhalb der Jahresfrist entstanden ist, ist nach Nr. 4 iVm. Abs. 3 Satz 8 stl. beachtlich (FinVerw.).

*Szenario 3:* Die Aktie fällt während der Laufzeit nicht auf oder unter den Protect-Preis von 30 € und steht am 30.9.2008 bei 31 €; der Stpfl. erhält den Höchstpreis von 40 €; stl. Behandlung wie zu 1.

*Szenario 4:* Der Aktienkurs lag während der Laufzeit unter dem Protect-Preis von 30 € und steht am 30.9.2008 bei 31 €; der Stpfl. erhält lediglich 31 € ausbezahlt; stl. Behandlung des Einlösungsverlusts wie bei 2.

**Quanto-Zertifikat** ist ein Zertifikat, das mit einer bestimmten Währung unterlegt ist. Der Preis dieses Zertifikats ergibt sich aus dem Kurs der Währung. Wechselkursveränderungen, zB zum Euro, spielen keine Rolle. Die Besteuerung des Veräußerungs- und Einlösungsgewinns bzw. -verlusts folgt den allgemeinen Regeln (s. Anm. 200).

**Range Warrants** (Bandbreiten-Optionsscheine) verbriefen das Recht des Optionsnehmers (Käufers), am Ende der Laufzeit einen Geldbetrag vom Emittenten verlangen zu können, dessen Höhe davon abhängt, ob der Kurs des Basiswerts während der Laufzeit über bzw. unter einem oder zwischen mehreren im Voraus festgelegten „Grenzwerten“ (Range) verläuft. Die Veräußerung innerhalb der Jahresfrist fällt unter Nr. 2; die Beendigung innerhalb der Frist unter Nr. 4 Satz 2.

**Rückzahlungstag** ist der Tag, an dem der Emittent eines Zertifikats den versprochenen Rückzahlungsbetrag oder sonstigen Vorteil an die Zertifikatsinhaber auszahlt. Dieser Tag ist für den Zufluss des Gewinns oder die Entstehung eines Verlusts aus einem privaten Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 Satz 2 maßgebend. Für die Berechnung der Jahresfrist ist dagegen auf den Bewertungsstichtag abzustellen.

**Stillhalter:** Der Stillhalter erbringt durch das vereinbarungsgemäße Bereithalten von Geldebeträgen bzw. Wertpapieren gegen Erhalt einer Optionsprämie eine wirtschaftlich und rechtl. selbständige Leistung. Die Stillhalterprämie ist in strechtl. Hinsicht losgelöst von einem etwa nachfolgenden Wertpapiergeschäft zu beurteilen. Die Prämie ist im Privatbereich als sonstige Leistung nach § 22 Nr. 3 stbar (BFH v. 28.11.1990 – X R 197/87; BStBl. II 1991, 300; v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. II 2004, 995). Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 ist nicht tangiert. Vermögensverluste, die dem Stillhalter aus einem sich anschließenden Wertpapiergeschäft oder aus einem gegenläufigen Geschäft entstehen, sind nicht als WK abziehbar (HAMACHER, Die Bank 1989, 507 [509]; aA KEUK, DB 1972, 1130 [1133]; EBENROTH/EINSELE, ZIP 1988, 205 [218]; PAUS, DStZ 1988, 518 [519]). Anders ist es bei Kosten der Glattstellung (vgl. BFH v. 29.6.2004 – IX R 26/03, BStBl. II 2004, 995).

**Underlying** ist das Basisgut bzw. der Basiswert, mit dem ein Zertifikat unterlegt ist. Es ist für die strechtl. Behandlung des Zertifikats nicht von Bedeutung. Gewinne bzw. Verluste aus einem Zertifikat werden losgelöst vom hinterlegten Basiswert besteuert. Das Underlying ist lediglich die veränderliche Bezugsgröße, auf die Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 und Abs. 3 Satz 5 für die Besteuerung des Geldbetrags oder Vorteils abstellen.

**Warrants** ist der englische Ausdruck für Optionsscheine; s. Naked Warrants und Anm. 201.

**Währungsswaps** sind Termingeschäfte, bei denen Währungseinheiten ausgetauscht werden. Gewinne oder Verluste sind im Privatbereich nicht nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 stbar, weil kein durch den Wert einer veränderlichen Größe bestimmter Vorteil erlangt wird. Vielmehr werden effektive Devisen hin- und rückgetauscht und nicht nur ein Zahlungsausgleich wie beim Zinsswap be-

wirkt. Der Devisenaustausch kann unter den Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 zu einem privaten Veräußerungsgewinn führen (s. Anm. 182).

**Zeitwert** einer Option ist der Preis einer Option abzüglich ihres inneren Werts, also des Mittelzuflusses, den ein Optionskäufer aus der sofortigen Ausübung seines Optionsrechts erzielen würde; s. „Innerer Wert“.

**Zertifikate** sind Schuldverschreibungen, auch wenn sie sich auf Aktien oder Indices beziehen. Sie verbriefen keinerlei Gesellschaftsrechte an den Unternehmen, mit deren Aktien sie unterlegt sind. Besteht das Underlying aus einem Index (Index-Zertifikat), bestehen keine gesellschaftsrechtl. Beziehungen zu den im Index enthaltenen Unternehmen. Zertifikate verbriefen lediglich das Recht auf Auszahlung eines bestimmten Geldbetrags oder Lieferung einer bestimmten Aktie durch den Emittenten am Ende der Laufzeit oder zu einem bestimmten Tag im Jahr (Open-End-Zertifikate). Der Zertifikatsinhaber ist Gläubiger des Emittenten. Zertifikate sind frei handelbar und werden auf eine unbegrenzte oder begrenzte Laufzeit begeben. Laufende Erträge fallen nicht an; zur Besteuerung s. Anm. 200.

**Zins-Swaps** sind Termingeschäfte iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1, bei denen kein Leistungsaustausch stattfindet. Es werden nur währungskongruente Zahlungen ausgetauscht. Diese Zahlungen ergeben sich aus der Anwendung eines für die Vertragspartner in unterschiedlicher Weise festgelegten Zinssatzes auf einen identischen Grundbetrag (VÖGELE, DB 1987, 1060). Idealtypisch wird eine zinsfeste Zahlungsverpflichtung gegen eine zinsvariable Zahlungsverpflichtung getauscht.

211–220 Einstweilen frei.

## Erläuterungen zu Abs. 1 Sätze 2–5: Der Anschaffung oder Veräußerung gleichzustellende Tatbestände

### A. Überführung eines Wirtschaftsguts in das Privatvermögen gilt als Anschaffung (Abs. 1 Satz 2)

221

#### I. Grundsatz und frühere Rechtslage

**StEntlG 1999/2000/2002:** Durch das StEntlG 1999/2000/2002 wurde bestimmt, dass auch die Überführung eines WG in das PV des Stpfl. als Anschaffung gilt. Als Tatbestände einer solchen Überführung werden Entnahme und Betriebsaufgabe genannt.

Vor In-Kraft-Treten des StEntlG 1999/2000/2002 wurde die Entnahme eines WG von der Rspr. und der Verwaltungspraxis nicht als Anschaffung iSd. § 23 angesehen.

BFH v. 23.4.1965 – VI 34/62 U, BStBl. III 1965, 477; Hess. FG v. 20.11.1980, EFG 1981, 388, rkr.; H 169 (Anschaffung) EStH 1998; anders früher RFH v. 28.11.1928, RStBl. 1929, 271; v. 28.5.1935, RStBl. 1936, 213.

Durch die Neuregelung im StEntlG 1999/2000/2002 wird kraft gesetzlicher Fiktion in Abs. 1 Satz 2 die Überführung eines WG in das PV des Stpfl. durch Entnahme oder Betriebsaufgabe als Anschaffung gewertet. Die Überführung in

das PV bewirkt den Beginn von eigenständigen Veräußerungsfristen gem. Abs. 1 Satz 1.

**Antrag nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG:** Der Verweis auf den Antrag nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG wurde durch das SEStEG v. 7.12.2006 (BGBl. I 2006, 2782; BStBl. I 2007, 4) gestrichen. Dies hat seinen Grund darin, dass das UmwStG im Zuge der Gesetzesänderung vollständig neu gefasst wurde. Die stl. Folgen einer Veräußerung in diesem Rahmen sind nun speziell im UmwStG geregelt (vgl. etwa LEX, FR 2007, 109).

Nach der alten Rechtslage gilt Folgendes: Hat der Stpfl. im Fall der Sacheinlage bei Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils gegen Gewährung von Gesellschaftsanteilen nach § 20 Abs. 1 UmwStG Anteile an einer KapGes. unter dem Teilwert (zB Buchwert) erworben (sog. einbringungsgeborene Anteile) und veräußert er diese Anteile, so unterliegt der Veräußerungsgewinn nach § 21 Abs. 1 UmwStG – abweichend von den allgemeinen Grundsätzen des EStG – der Besteuerung nach § 16. Diese Rechtsfolge tritt ferner (also ohne Veräußerung) nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG ein, wenn der Anteilseigner dies beantragt. In diesem Fall gilt als Veräußerungspreis der gemeine Wert der Anteile zum Zeitpunkt der Antragstellung (§ 21 Abs. 2 Satz 2 UmwStG). Durch diese Regelung wird der Antrag nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG stl. wie der Tatbestand der Veräußerung behandelt. Dies rechtfertigt es, für die Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte die Antragstellung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG einer Anschaffung gleichzustellen.

## II. Entnahme

222

Eine Entnahme ist gegeben, wenn ein WG aus dem betrieblichen Bereich in den privaten Bereich übergeht (BFH v. 16.2.1996 – I R 183/94, BStBl. II 1996, 342 [344]). Gegenstand von Entnahmen sind nach § 4 Abs. 1 Satz 3 Bargeld und andere WG (zB Waren, Erzeugnisse, Grundstücke).

Eine Entnahme erfordert regelmäßig eine Entnahmehandlung, der ein Entnahmewille zugrunde liegt; der Willensentschluss muss klar und deutlich zum Ausdruck kommen, ggf. auch durch ein schlüssiges Verhalten (BFH v. 9.8.1989 – X R 20/86, BStBl. II 1990, 128; v. 25.6.2003 – X R 72/98, BStBl. II 2004, 403); eine buchmäßige Darstellung ist nicht zwingend Voraussetzung für eine Entnahme (vgl. BFH v. 22.9.1993 – X R 37/91, BStBl. II 1994, 142). s. H 4.3 EStH 2005.

Auch bei Betriebsveräußerungen im Ganzen kann es sich ergeben, dass nicht zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen zählende WG entnommen werden.

FG Nürnberg. v. 7.2.1964 (EFG 1964, 434, rkr.) betrachtet uE zu Unrecht im Fall der Entnahme eines bisher betrieblich genutzten *Grundstücksteils* diesen Teil nicht als „Grundstück“ iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, sondern als ein „anderes Wirtschaftsgut“ iSv. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2. Der Grundstücksteil wird bis zur Entnahme wie ein selbständiges Grundstück behandelt; das wird uE dann auch für die Anwendung des Abs. 1 Satz 2 iVm. Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 gelten müssen.

## III. Betriebsaufgabe

223

**Die Überführung eines Wirtschaftsguts in das Privatvermögen durch Betriebsaufgabe** ist im Gesetz gesondert erwähnt; dies ist eine Klarstellung. Durch Auslegung des Begriffs der Entnahme kommt man zu keinem anderen

Ergebnis, denn eine Überführung im Rahmen einer Betriebsaufgabe steht der Entnahme gleich.

Da sich Betriebsaufgaben nicht selten über längere Zeiträume erstrecken, ist in diesem Fall von besonderer Bedeutung, wann die Überführung des WG in das PV stattgefunden hat.

**Beispiel:** H hat im Jahr 2005 seinen Gewerbebetrieb aufgegeben (§ 16 Abs. 3). H hatte alle WG veräußert; lediglich Wertpapiere wurden in das PV überführt. Im Rahmen der bestandskräftigen EStVeranlagung für 2005 wurden die Wertpapiere bei Ermittlung des Aufgabegewinns mit einem zutreffenden gemeinen Wert von 800 000 € angesetzt. Zum 1.7.2006 veräußert H die Wertpapiere zum Preis von 1 100 000 € (Zufluss noch in 2006).

Die Veräußerung der Wertpapiere ist grds. ein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, da die Entnahme als Anschaffung gilt. Ob auch die Veräußerungsfrist von einem Jahr eingehalten ist, hängt davon ab, wann die Entnahme stattgefunden hat. Erfolgte die Entnahme zB zum 20.6.2005, kommt eine Besteuerung nach Abs. 1 Nr. 2 nicht in Frage. Fand die Entnahme am 5.7.2005 statt, sind alle Voraussetzungen eines stpfl. privaten Veräußerungsgeschäfts erfüllt.

224–229 Einstweilen frei.

## **B. Zurechnung der Anschaffung durch den Vorgänger beim Einzelrechtsnachfolger im Fall des unentgeltlichen Erwerbs (Abs. 1 Satz 3)**

230

### **I. Grundsatz**

Vor In-Kraft-Treten des StEntlG 1999/2000/2002 war nach allgemeiner Auffassung der unentgeltliche Erwerb eines WG keine Anschaffung iSd. § 23 aF; folglich war die spätere Veräußerung kein Spekulationsgeschäft iSd. § 23 aF.

Nummehr bestimmt Abs. 1 Satz 3, dass bei unentgeltlichem Erwerb dem Einzelrechtsnachfolger die Anschaffung (einschließlich der Tatbestände in Abs. 1 Satz 2) sowie der Erwerb eines Rechts aus Termingeschäften durch den Rechtsvorgänger zuzurechnen sind.

Zur Begründung wird in BTDrucks. 14/23, 180 auf die Vermeidung möglicher Missbrauchsfälle iSv. § 42 AO verwiesen. Auch wenn der Verweis auf § 42 AO allein die gesetzliche Regelung nicht trägt, hält sich der Gesetzgeber mit der Neuregelung noch im Rahmen seines weiten Gestaltungsspielraums. Die Systematik des § 23 verlangt keine Identität von Erwerber und Veräußerer, so dass uE verfassungsrechtl. Bedenken nicht bestehen.

231

### **II. Unentgeltlicher Erwerb**

Ein unentgeltlicher Erwerb ist eine Anschaffung, ohne dass der Erwerber dafür eine Gegenleistung erbringt. Das ist zB der Fall, wenn zivilrechtl. eine Schenkung vorliegt (BFH v. 21.3.1969 – VI R 208/67, BStBl. II 1969, 520). Unentgeltliche Erwerbe sind zB: Erwerb aufgrund eines Vermächtnisses (H 23 „Anschaffung“ EStH 2005); Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft im Fall einer Realteilung, allerdings mit Ausnahme insoweit, als ein Spitzenausgleich geleistet wird (BFH v. 22.9.1987 – IX R 15/84, BStBl. II 1988, 250); s. auch Anm. 95 zur Realteilung einer Miteigentümergeinschaft. Auch der Erbfall selbst ist ein un-

entgeltlicher Erwerb, jedoch fehlt es in diesem Fall am Merkmal der Einzelrechtsnachfolge; s. Anm. 232.

**Kein unentgeltlicher Erwerb** ist idR anzunehmen, soweit der ArbG dem ArbN „unentgeltlich“ oder verbilligt WG überlässt (s. § 19 Anm. 600 „Unentgeltliche oder verbilligte Überlassung von Wirtschaftsgütern“). Ebenso wenn im Fall der Zugewinnngemeinschaft auf den Zahlungsanspruch verzichtet und statt dessen WG übertragen werden (vgl. BFH v. 15.2.1977 – VIII R 175/74, BStBl. II 1977, 389); zur „Zugewinnngemeinschaft“ s. Anm. 350.

**Die Übernahme von Schulden** beim Erwerb eines WG ist Gegenleistung. Es liegt also in Höhe der Schuldübernahme und einer (etwaigen) Barzahlung ein Entgelt vor.

**Erwerb mit zweckgebundenen Mitteln:** Erwirbt ein Stpfl. (zB von seinen Eltern) im Wege einer Schenkung zweckgebundene Geldmittel, die er nur zur Anschaffung eines bestimmten WG (zB eines Grundstücks) verwenden darf, so liegt estl. eine Schenkung des anzuschaffenden WG (also zB eines Grundstücks) und nicht eine Schenkung von Geldmitteln vor (BFH v. 5.2.1986 – II R 188/83, BStBl. II 1986, 460); für die Fristberechnung kommt es auf den Zeitpunkt des Erwerbs des angeschafften WG an. Muss der Beschenkte zur Anschaffung des WG zusätzlich eigene Geldmittel aufwenden, ist ein teilentgeltlicher Erwerb anzunehmen (s. Anm. 236).

**Erwerb eines Grundstücks gegen Vorbehalt eines Nießbrauchs** wird zivilrechtl. und estl. grds. als unentgeltlicher Erwerb angesehen. Zivilrechtl. wird idR eine Schenkung unter Auflage angenommen, die unentgeltlich ist; denn die Auflage ist aus der Schenkung zu erbringen (OGH v. 18.11.1948 – II ZS 16/48, OGHZ 1, 528); estl. folgert der BFH (v. 28.7.1981 – VIII R 12/76, BStBl. II 1982, 378 mwN) die Unentgeltlichkeit daraus, dass der Vorbehaltsnießbraucher die Nutzungsrechte zurückbehalten habe. Unentgeltlich iSd. § 23 ist allerdings nur die Übertragung des Grundstücks abzgl. des Werts des Nießbrauchs.

**Gemischte Schenkung** ist ein Vertrag, bei dem der Wert der Leistung des einen dem Wert der Leistung des anderen nur zu einem Teil entspricht, die Vertragsparteien dies wissen und übereinstimmend wollen (PALANDT/WEIDENKAFF, BGB, 66. Aufl. 2007, § 516 Rn. 13). Es ist ein teilentgeltlicher Erwerb anzunehmen mit der Folge, dass in Höhe des unentgeltlichen Erwerbs Abs. 1 Satz 3 und im Übrigen ein entgeltlicher Erwerb iSd. Abs. 1 Satz 1 gegeben ist. S. im Übrigen und zur Aufteilung in den entgeltlich und den unentgeltlich erworbenen Teil der WG Anm. 236.

**Schenkungen unter Auflage** ist Schenkung mit der Nebenabrede, dass der Beschenkte zu einer Leistung verpflichtet ist. Ist der Wert dieser Leistungsverpflichtung so hoch, dass für den Zuwendungsempfänger keine Bereicherung verbleibt, so liegt ein vollentgeltlicher Erwerb vor. Im anderen Fall handelt es sich estl. um einen teilentgeltlichen Erwerb, der wie eine gemischte Schenkung zu behandeln ist.

**Vorweggenommene Erbregelung:** Bei unentgeltlicher Übertragung von WG im Wege der vorweggenommenen Erbregelung liegt keine Anschaffung iSd. Abs. 1 Satz 1 vor. Werden jedoch im Hinblick auf den künftigen Erbfall unentgeltlich erworbene Anteile an Gegenständen (zB an Grundstücken) gegen Abfindung an Mitberechtigten übertragen, ist insoweit für den Erwerber ein entgeltlicher Erwerb und für den Übertragenden eine entgeltliche Veräußerung gegeben (BFH v. 3.8.1976 – VIII R 192/74, BStBl. II 1977, 382). Wird Vermögen (zB Grundbesitz) aufgrund einer vorweggenommenen Erbregelung ge-

gen Gewährung von laufenden Versorgungsleistungen (Übergabeverträge) übertragen, so stellen diese keine AK dar (GrS des BFH v. 5.7.1990 – GrS 4–6/89, BStBl. II 1990, 847); deshalb ist in einem solchen Fall wegen des fehlenden Entgelts ein unentgeltlicher Erwerb iSd. Abs. 1 Satz 3 anzunehmen. Anders ist es, soweit der Vermögensübernehmer im Hinblick auf die Vermögensübergabe *Gleichstellungsgelder* an Angehörige oder *Abstandsablungen* leistet oder *Verbindlichkeiten* übernimmt (BFH v. 5.7.1990 – GrS 4–6/89 aaO; hierzu krit. BIERGANS, Stuw 1991, 381 [386 ff.]); *soweit* solche Leistungen erbracht werden, ist ein (teil)entgeltlicher Erwerb gegeben.

RFH v. 11.3.1943, RStBl. 1943, 34 (Anschaffung von Dollarbeträgen); OFH v. 4.7.1950, Stuw 1950 Nr. 94; BFH v. 5.5.1961 – VI 107/60 U, BStBl. III 1961, 385; v. 5.11.1974 – VIII R 81/69, BStBl. II 1974, 411; v. 22.9.1987 – IX R 15/84, BStBl. II 1988, 250; v. 12.7.1988 – IX R 149/83, BStBl. II 1988, 942; FRICKE, DStZ 1964, 97; GROH, Stuw 1984, 217 (226); MUNDT, DStR 1991, 698 (702 f.).

232

### III. „... dem Einzelrechtsnachfolger für Zwecke dieser Vorschrift ...“

Abs. 1 Satz 3 fordert, dass der Erwerber Einzelrechtsnachfolger ist. Einzelrechtsnachfolger sind insbes. der Beschenkte, Vermächtnisnehmer, Erwerber im Wege der Erbauseinandersetzung.

**Der Erbe** ist kein Einzelrechtsnachfolger, sondern Gesamtrechtsnachfolger (§ 1922 BGB). Deshalb findet für den Erben hinsichtlich des Erbanfalls Abs. 1 Satz 3 nach seinem eindeutigen Wortlaut keine Anwendung; aA unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung PAUS, StWa. 1999, 189; KUPFER, KÖSDI 2000, 1271 (1276). UE bestand für den Gesetzgeber keine zwingende Notwendigkeit, die Fälle der Gesamtrechtsnachfolge in die Regelung des Abs. 1 Satz 3 einzubeziehen, weil die Rspr. für sie durch Auslegung eine Regelung mit gleichem Ergebnis gefunden hatte; diese Rspr. ist uE auch weiterhin anzuwenden (ebenso WENDT, FR 1999, 333 [354]); s. auch Anm. 236.

„Für Zwecke dieser Vorschrift“ wird die Zurechnung der Anschaffung beim Rechtsnachfolger gesetzlich angeordnet. Diese Regelung ergibt sich auch ohne ausdrückliche Erwähnung in Abs. 1 Satz 3 schon aus dem Sinnzusammenhang.

233

### IV. Zurechnung der Anschaffung und gleichzustellender Tatbestände durch den Rechtsvorgänger beim Einzelrechtsnachfolger

Die Zurechnung gilt für alle in Abs. 1 Satz 3 genannten Fälle, also für die Anschaffung, die Überführung des WG in das PV und den Erwerb eines Rechts aus Termingeschäften. Sie gilt sowohl für die danach maßgebenden Werte – also zB im Fall der Anschaffung für die Höhe der AK des Einzelrechtsnachfolgers – als auch für die Zurechnung des (für die Berechnung der Veräußerungsfrist) ausschlaggebenden Zeitpunkts. Demnach ist maßgebend im Fall der Anschaffung der Zeitpunkt der Anschaffung durch den Rechtsvorgänger, im Fall der Entnahme oder Betriebsaufgabe der Zeitpunkt der Entnahme oder Betriebsaufgabe durch den Rechtsvorgänger sowie im Fall des Erwerbs eines Rechts aus Termingeschäften der Zeitpunkt dieses Erwerbs durch den Rechtsvorgänger.

Die Zurechnung gilt auch für die nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 einzubeziehenden Baumaßnahmen (BMF v. 5.10.2000, BStBl. I 2000, 1383 Tz. 10).

234–235 Einstweilen frei.

**V. Sonderfälle: Gesamtrechtsnachfolge, Ausschlagung einer Erbschaft, teilentgeltlicher Erwerb, Erwerb gegen laufende lebenslängliche Bezüge**

**Gesamtrechtsnachfolge durch Erbfolge:** Der BFH hatte in stRspr. die Anschaffung eines WG durch den Erblasser dem Erben zugerechnet und damit ein privates Veräußerungsgeschäft iSd. § 23 bejaht, wenn die Veräußerungsfrist zwischen der Anschaffung durch den Erblasser und der Veräußerung durch den Erben gewahrt ist (BFH v. 18.9.1964 – VI 300/63 U, BStBl. III 1964, 647; v. 21.3.1969 – VI R 208/67, BStBl. II 1969, 520; v. 12.7.1988 – IX R 149/83, BStBl. II 1988, 942). Dem Bedenken, dass Anschaffender und Veräußerer nicht identisch seien, begegnet der BFH mit dem Bemerkung, dass der bürgerlich-rechtl. Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge uneingeschränkt auch im EStRecht gelte, und zwar nicht nur bezüglich der schon in der Person des Erblassers entstandenen Rechte und Pflichten, sondern auch insoweit, als nur Anwartschaften oder bedingte Verhältnisse in Betracht kommen. Demzufolge setze der Erbe die estl. Position des Erblassers auch in Bezug auf das zum Steuertatbestand des § 23 gehörende Merkmal der Anschaffung fort bzw. sei ihm, dem Erben, die Anschaffung des Erblassers zuzurechnen und müsse er sie gegen sich gelten lassen. Für die Frage, ob ein privates Veräußerungsgeschäft des Erben vorliegt, sind also AK des Erblassers und der Zeitpunkt der Anschaffung des WG durch den Erblasser maßgebend (BFH v. 18.9.1964 – VI R 300/63 U, BStBl. III 1964, 647; v. 21.3.1969 – VI R 208/67, BStBl. II 1969, 520). Aus BFH v. 7.12.1993 – VIII R 160/86 (BStBl. II 1994, 331) und v. 5.5.1999 – XI R 1/97 (BStBl. II 1999, 653) kann uE nichts anderes gefolgert werden; dies gilt insbes. nach BFH v. 16.5.2001 – I R 76/99, BStBl. II 2002, 487. BFH v. 7.12.1993 – VIII R 160/86 (aaO) betraf den Verlustabzug gem. § 10a GewStG, für den der BFH es von Anfang an abgelehnt hat, die estl. Behandlung auf das GewStRecht zu übertragen. In BFH v. 5.5.1999 – XI R 1/97 (aaO) hatte das Gericht den Abzug der Verluste des Erblassers durch den Erben nicht grds., sondern nur für den Fall abgelehnt, in dem der Erbe durch die Verluste wirtschaftlich nicht belastet war.

**Zur Erbauseinandersetzung** s. Anm. 96.

**Ausschlagung einer Erbschaft gegen Abfindung:** Schlägt ein Erbe die Erbschaft aus, gilt nach § 1953 Abs. 2 BGB der Nächstberufene rückwirkend als Erbe; die Ausschlagung bewirkt keine Rechtsnachfolge vom „vorläufigen“ zum „endgültigen“ Erben (PALANDT/EDENHOFER, BGB, 66. Aufl. 2007, § 1953 Rn. 5). Da der Nächstberufene vom Erbfall an Erbe (also Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers) ist, können für ihn die Voraussetzungen eines privaten Veräußerungsgeschäfts erfüllt sein, wenn er aus dem Nachlassvermögen WG veräußert; s. oben „Gesamtrechtsnachfolge durch Erbfolge“. Nach BMF v. 14.3.2006, BStBl. I 2006, 253 Tz. 37 „steht die Ausschlagung einer Erbschaft gegen eine Abfindung einer entgeltlichen Veräußerung des Erbteils gleich“ (vgl. BFH v. 20.4.2004 – IX R 5/02, BStBl. II 2004, 987). UE liegen die Voraussetzungen eines privaten Veräußerungsgeschäfts gem. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 2 für den Ausschlagenden nicht vor, weil das Merkmal „Anschaffung“ des veräußerten WG fehlt. Die Anschaffung der WG durch den Erblasser ist nicht dem Ausschlagenden, sondern dem Erben (als Gesamtrechtsnachfolger) zuzurechnen. Ein entgeltliches oder unentgeltliches Anschaffungsgeschäft (s. Anm. 91) zwischen dem Ausschlagenden und dem Erblasser (also eine Einzelrechtsnachfolge) ist nicht gegeben; s. hierzu auch TIETKE/WÄLZHOLZ, BB 2001, 234.

**Teilentgeltlicher Erwerb:** Eine Anschaffung iSd. Abs. 1 Satz 1 liegt auch insoweit vor, als ein WG gegen Teilentgelt erworben wird (Fälle einer gemischten Schenkung). Von einem teilweise entgeltlichen Erwerb kann aber nicht ausgingen werden, wenn es dem Erwerber gelungen ist, einen besonders günstigen Kaufpreis auszuhandeln (BFH v. 5.10.1966 – VI R 309/64, BStBl. III 1967, 74; v. 27.6.1996 – IX R 130/90, BStBl. II 1996, 215); die Beteiligten müssen also hinsichtlich des Mehrwerts tatsächlich eine Schenkung gewollt haben. Ist dies nicht der Fall, so ist – obwohl Leistung und Gegenleistung nicht objektiv gleichwertig sind – *in vollem Umfang* ein Anschaffungsgeschäft anzunehmen, was für die Ermittlung der Einkünfte von Bedeutung ist. Nach BFH v. 5.10.1966 – VI R 309/64 aaO ist bei Vereinbarung eines unverhältnismäßig niedrigen „Kaufpreises“ ggf. eine vorweggenommene Erbregelung anzunehmen und damit ein unentgeltlicher Erwerb iSd. Abs. 1 Satz 3.

Der teilentgeltliche Erwerb ist für die Prüfung, ob und ggf. in welcher Höhe Einkünfte aus einem privaten Veräußerungsgeschäft vorliegen, in einen entgeltlichen Erwerb und einen unentgeltlichen Erwerb aufzuspalten. Dies geschieht nach dem Verhältnis des Entgelts (ohne Anschaffungsnebenkosten) zum Verkehrswert des WG.

BFH v. 22.9.1987 – IX R 15/84, BStBl. II 1988, 250; v. 17.7.1980 – IV R 15/76, BStBl. II 1981, 11 zu § 17; BMF v. 13.1.1993, BStBl. I 1993, 80 Tz. 14 und 23; FRICKE, DStZ 1964, 101; FRANK, StW. 1973, 104; MÄRKLE, StbJb 1987/88, 317; KEMMER, Teilentgeltliche Rechtsgeschäfte in der ESt., 1987, 336 f.; SÖFFING, DB 1991, 828 (836); kritische Anm. zu BFH v. 22.9.1987 – IX R 15/84 aaO hinsichtlich der Einkünfteermittlung von DRESENCK, FR 1988, 313; PAUS, DStZ 1988, 570; BMF v. 5.10.2000, BStBl. I 2000, 1383 Tz. 11.

Der für die Besteuerung als privates Veräußerungsgeschäft nach § 23 maßgebende Zeitpunkt richtet sich für den entgeltlich erworbenen Teil nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 und für den unentgeltlich erworbenen Teil nach Abs. 1 Satz 3 (also nach der Anschaffung durch den Rechtsvorgänger).

**Beispiel:** A schenkt seiner Tochter T ein Grundstück, das er am 1.4.1996 zum Preis von 800 000 € erworben hatte, am 1.7.2007 mit einem Verkehrswert von 2 000 000 € an diesem Tag. T übernimmt die darauf lastenden Schulden in Höhe von 500 000 €.

T erwirbt das Grundstück zu 1/4 entgeltlich und zu 3/4 unentgeltlich. Hinsichtlich des entgeltlich erworbenen Teils (1/4) betragen die AK 500 000 € (zzgl. etwaiger Nebenkosten); die Anschaffung erfolgte nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 zum 1.7.2007. Hinsichtlich des unentgeltlich erworbenen Teils (3/4) gilt für die Höhe der AK und den Zeitpunkt der Anschaffung Abs. 1 Satz 3: Die T zuzurechnenden AK betragen 3/4 der AK des A, also 600 000 € (3/4 von 800 000 €); auch für den Anschaffungszeitpunkt gilt die Anschaffung des A, also der 1.4.1996.

Würde T das Grundstück zum 1.4.2008 veräußern, läge hinsichtlich des entgeltlich erworbenen Grundstücks ein privates Veräußerungsgeschäft vor, da die Veräußerungsfrist nicht abgelaufen ist. Anders wäre es hinsichtlich des unentgeltlich erworbenen Teils, weil als Anschaffungszeitpunkt insoweit der 1.4.1996 anzunehmen ist.

**Schenkungen unter Auflage:** Entsprechendes wie für teilentgeltliche Erwerbe gilt für Schenkungen unter Auflagen, soweit sie als teilentgeltlicher Erwerb anzusehen sind (s. Anm. 231 „Schenkungen unter Auflage“).

#### **Erwerb aufgrund laufender lebenslänglicher Bezüge:**

► *Erwerb im Zusammenhang mit lebenslänglichen Versorgungsbezügen oder Unterhaltsleistungen* ist kein entgeltlicher (auch kein teilentgeltlicher) Erwerb (s. § 22 Anm. 128 ff.), sondern ein unentgeltlicher Erwerb iSd. Abs. 1 Satz 3 (s. Anm. 231).

► *Erwerb im Zusammenhang mit lebenslänglichen Veräußerungsbezügen* ist ein entgeltlicher Erwerb und damit eine Anschaffung iSd. Abs. 1 Nr. 1. Veräußert der Er-

werber das WG innerhalb der Veräußerungsfrist an einen Dritten, kommt grds. eine Besteuerung nach § 23 in Betracht. Zur Ermittlung der Einkünfte hat der Erwerber (= spätere Veräußerer) uE den Barwert der Verpflichtung im Zeitpunkt der Anschaffung als AK anzusetzen; s. auch Anm. 277.

Einstweilen frei.

237–239

## C. Anschaffung oder Veräußerung einer Beteiligung an einer Personengesellschaft (Abs. 1 Satz 4)

### I. Grundsatz

240

BFH v. 4.10.1990 – X R 148/88 (BStBl. II 1992, 211) hatte – entgegen der Auffassung der FinVerw. (vgl. BMF v. 27.2.1992, BStBl. I 1992, 125) – entschieden, dass die Beteiligung an einer PersGes. auch dann kein WG iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 (früher Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a), sondern ein WG iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (früher Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b) ist, wenn das Vermögen der PersGes. nur aus Grundstücken besteht (ebenso BFH v. 13.7.1994 – X R 7/91, BFH/NV 1995, 303; v. 10.7.1996 – X R 103/95, BStBl. II 1997, 678); Gesamthandsvermögen begründete – anders als Bruchteileigentum – keine WG iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1. Dies ist durch das StMBG v. 21.12.1993 geändert worden (s. Anm. 4).

Abs. 1 Satz 4 bestimmt seither, dass Anschaffung und Veräußerung einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einer PersGes. als Anschaffung und Veräußerung der anteiligen WG der PersGes. gelten. Eine Beteiligung kann also auch unter Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 fallen.

Abs. 1 Satz 4 gilt nur für PersGes., nicht für andere Gesamthandsgemeinschaften, zB Erbengemeinschaften (TIEDTKE/WÄLZHOLZ, BB 2001, 234 [238]).

### II. Voraussetzungen und Rechtsfolge

241

#### **Unmittelbare und mittelbare Beteiligung an einer Personengesellschaft:**

Eine unmittelbare Beteiligung ist gegeben, wenn ein Stpfl. Gesellschafter einer PersGes. ist, ebenso, wenn jemand treuhänderisch an einer PersGes. beteiligt ist. Eine mittelbare Beteiligung an einer PersGes. ist anzunehmen, wenn ein Stpfl. an dem Gesellschaftsanteil eines Gesellschafters einer PersGes. beteiligt ist (Unterbeteiligung); keine mittelbare Beteiligung iSd. Abs. 1 Satz 4 ist die Beteiligung über eine KapGes.

**Anschaffung und Veräußerung der anteiligen Wirtschaftsgüter:** Zu den Begriffsmerkmalen „Anschaffung“ und „Veräußerung“ s. Anm. 140 sowie Anm. 48–80 und 91–98. Bei Anschaffung oder Veräußerung von Beteiligungen sind dem Gesellschafter nur die anteiligen WG zuzuordnen; dies hat Bedeutung für die unterschiedliche Fristberechnung nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 1 Satz 1 Nr. 2. Ob die für das Vorliegen eines Veräußerungsgeschäfts erforderlichen Fristen gem. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 2 gegeben sind, richtet sich danach, welche WG die PersGes. besitzt. Veräußert zB ein Stpfl. eine Beteiligung an einer PersGes. 18 Monate nach dem Erwerb, so kann wegen der in Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 vorgeschriebenen Fristen ein privates Veräußerungsgeschäft nur insoweit angenommen werden, als die PersGes. Grundstücke oder grundstücksgleiche Rechte besitzt; in einem solchen Fall sind die Einkünfte aus

dem privaten Veräußerungsgeschäft nur mit dem Anteil der AK und Veräußerungskosten zu berücksichtigen, der dem Anteil des Gesellschafters an den Grundstücken (grundstücksgleichen Rechten) entspricht.

**Einschränkung der Besteuerung durch Abs. 1 Satz 4?** UE tritt nach dem Gesetzeswortlaut die Besteuerung auch ein, wenn die PersGes. ein WG anschafft und der Gesellschafter die Beteiligung innerhalb der Veräußerungsfrist veräußert (oder umgekehrt); ebenso ROSENBAUM, DStZ 1994, 97 (101); KOTTKE, INF 1994, 556; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVI. § 23 Rn. 47; aA STEPHAN, DB 1994, 1588; BLÜMICH/GLENK, § 23 Rn. 84 ff.

242–243 Einstweilen frei.

## D. Einlage von Wirtschaftsgütern als Veräußerung (Abs. 1 Satz 5)

### 244 I. „Als Veräußerung iSd. Abs. 1 Nr. 1 gilt ...“ (Abs. 1 Satz 5 Halbs. 1)

Abs. 1 Satz 5 ist nur anzuwenden, wenn WG iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 – also Grundstücke oder grundstücksgleiche Rechte – eingelegt werden. Abs. 1 Satz 5 stellt die Fiktion auf, dass Einlagen – nach näherer Maßgabe der Nr. 1 und Nr. 2 – als Veräußerung anzusehen sind; damit liegt – wenn die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind – ein privates Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 Nr. 1 vor. In den Fällen des Abs. 1 Satz 1 Nr. 2–4 gilt die Fiktion des Abs. 1 Satz 5 nicht.

## II. Einlage in das Betriebsvermögen (Abs. 1 Satz 5 Nr. 1)

### 245 1. Bedeutung der Regelung

Nach der Rechtslage vor In-Kraft-Treten des StBereing v. 22.12.1999 hatte der Stpfl., der ein WG aus dem PV grds. stfrei zum Teilwert in ein BV einlegte, bei anschließender Veräußerung aus dem BV nur den Überschuss des Veräußerungserlöses über den ursprünglichen Einlagewert als betrieblichen Gewinn zu versteuern. Eine Besteuerung der im PV *vor* der Einlage realisierten stillen Reserven – als betrieblicher Gewinn – erfolgt nur in den Fällen, in denen ein WG innerhalb von 3 Jahren nach seiner Anschaffung oder Herstellung eingelegt wurde (§ 6 Abs. 1 Nr. 5). Sinn des Abs. 1 Satz 5 ist es, diese Gestaltungsmöglichkeiten für Einlagen nach dem 31.12.1999 – zumindest teilweise – zu beseitigen (BTDrucks. 14/2070, 19). Die Einlage eines Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts in ein BV wird für Zwecke des § 23 als Veräußerung behandelt, wenn das eingelegte WG innerhalb eines Zeitraums von 10 Jahren seit der Anschaffung im PV aus dem BV heraus veräußert wird.

### 246 2. Einlage in das Betriebsvermögen

Eine Einlage in das BV liegt vor, wenn ein Stpfl. ein WG iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 (also Grundstücke oder grundstücksgleiche Rechte) aus dem PV in das BV seines Betriebs einbringt. Die Regelung gilt nach BMF v. 5.10.2000 (BStBl. I 2000, 1383 Tz. 2) für Einlagen des Stpfl. in sein Einzelunternehmen, in sein SonderBV oder in ein betriebliches Gesamthandsvermögen einer PersGes., an der er beteiligt ist, ohne Gewährung von Gesellschaftsrechten und ohne sonstige Gegenleistungen (RISTHAUS, FR 2000, 128 [131]). Die Einlage eines WG in ein BV setzt

voraus, dass der Einlegende nach der Einlage (weiterhin) grds. (wirtschaftlicher) Eigentümer des WG, ggf. anteiliger (wirtschaftlicher) Eigentümer des WG (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO), ist (BFH v. 30.1.1995 – GrS 4/92, BStBl. II 1995, 281 [284]; SCHMIDT/HEINICKE XXVI. § 4 Rn. 128, 132). Aus diesem Grund kann der „Einlegende“, der keine gesellschaftsrechtl. Beteiligung besitzt oder mit der „Einlage“ erwirbt, nicht (anteiliger/wirtschaftlicher) Eigentümer des WG werden und damit keine Einlage in das Gesellschaftsvermögen der PersGes. leisten. In einem solchen Fall liegt estl. eine unentgeltliche Veräußerung oder ggf. auch eine teilentgeltliche Veräußerung (s. HARTMANN/MEYER, StBp. 2000, 214) – zB bei Übertragung gegen Schuldübernahme (SCHMIDT/WACKER XXVI. § 15 Rn. 665) – vor. Ist der Einlegende Gesellschafter, kommt durch entsprechende vertragliche Vereinbarung auch eine Einlage in der Weise in Frage, dass der Einlegende Alleineigentümer bleibt (MünchKomm/ULMER, 4. Aufl. 2004, § 733 BGB Rn. 4). Bei Übertragung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten oder anderen fremdüblichen Gegenleistungen liegt nach BFH v. 19.10.1998 – VIII R 69/95 (BStBl. II 2000, 230) und v. 19.10.1998 – VIII R 69/99 (BFH/NV 1999, 849) ein tauschähnliches Geschäft vor, also keine Einlage (SCHMIDT/WACKER XXVI. § 15 Rn. 663; anderer – uE zutreffender – Meinung REISS, BB 2000, 1965 [1972 f.]), sondern ein Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 Nr. 1 Satz 1, sofern die übrigen Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind (BMF v. 5.10.2000, BStBl. I 2000, 1383 Tz. 6).

Erfolgte die Einbringung in das betriebliche Gesamthandsvermögen einer PersGes. gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten vor dem 1.7.2000, hat der Stpfl. nach BMF v. 29.3.2000 (BStBl. I 2000, 462) ein Wahlrecht; auf gemeinsamen Antrag der Beteiligten kann die Übertragung noch nach Tz. 49 des Mitunternehmererlasses (BMF v. 20.12.1977, BStBl. I 1978, 8) als Einlage behandelt werden. Machen die Beteiligten von dem Wahlrecht Gebrauch, ist die Übertragung auch für die Anwendung des § 23 als Einlage anzusehen mit der Folge, dass eine Versteuerung der vor der Übertragung in das Gesamthandsvermögen der PersGes. entstandenen stillen Reserven nur über Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 erfolgen kann, wenn später eine Veräußerung aus dem BV erfolgt.

**Keine Einlagen iSd. Abs. 1 Satz 5 Nr. 1** sind die Betriebseröffnung (KORN, KÖSDI 2000, 12479 [12484]), die Einlage, soweit ein Grundstücksteil kein WG ist, das betrieblich genutzt wird (zB das zu Wohnzwecken genutzte Geschoss eines Gebäudes; s. HARTMANN/MEYER, StBp. 2000, 214) und die Einlage in eine PersGes. ohne BV.

### 3. Veräußerung aus dem Betriebsvermögen innerhalb eines Zeitraums von 10 Jahren seit Anschaffung

247

**Veräußerung aus dem Betriebsvermögen:** Eine Veräußerung ist die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an einem WG auf einen Dritten. „Aus“ dem BV wird ein WG veräußert, wenn es im Zeitpunkt der Veräußerung noch zum BV gehört; dass dieses BV nach der Veräußerung noch in der Person des Veräußerers fortbestehen muss, setzt Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 uE nicht voraus. Deshalb ist uE eine „Veräußerung aus dem Betriebsvermögen“ auch gegeben, wenn ein Betrieb im Ganzen oder ein Teilbetrieb, zu dem das eingelegte WG gehört, veräußert wird (aA KORN, KÖSDI 2000, 12479 [12485]; zweifelnd RISTHAUS, FR 2000, 128 [132]).

Eine solche Veräußerung liegt ferner vor, wenn ein Stpfl. ein Grundstück in sein BV einlegt und er danach

- den gesamten Betrieb in eine KapGes. oder in das Gesamthandsvermögen einer PersGes. gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten einbringt oder
- ein Grundstück in eine KapGes. im Wege einer verschleierte Sachgründung oder einer verschleierte Sacheinlage im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung überführt

(BMF v. 5.10.2000, BStBl. I 2000, 1383 Tz. 4 Nr. 2 und 3). Nach BMF v. 5.10.2000 (aaO Tz. 4 Nr. 4) ist die Übertragung eines Grundstücks in das Gesamthandsvermögen einer PersGes. ohne Gewährung von Gesellschaftsrechten als Einlage iSd. Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 und die später folgende Übertragung des Grundstücks aus dem betrieblichen Gesamthandsvermögen in das PV oder SonderBV eines Gesellschafters als Veräußerung „aus dem BV“ anzusehen. Dies setzt voraus, dass der Einlegende Gesellschaftsrechte besitzt und Gesamthandseigentümer des eingelegten WG ist (s. Anm. 246).

**Veräußerung innerhalb eines Zeitraums von 10 Jahren seit Anschaffung:**

Ein privates Veräußerungsgeschäft liegt nicht schon mit der Einlage, sondern erst mit der Veräußerung aus dem BV vor, wenn der Zeitraum zwischen Anschaffung (dazu zählen auch die Fälle des Abs. 1 Sätze 2 und 3) und Veräußerung nicht mehr als 10 Jahre beträgt. Ist diese Voraussetzung erfüllt, gilt die Einlage als Veräußerung.

**Die Entnahme** des WG aus dem BV ist keine Veräußerung iSd. Abs. 1 Satz 5 Nr. 1, so dass durch die Entnahme keine Besteuerung nach dieser Vorschrift ausgelöst wird (BMF v. 5.10.2000 aaO Tz. 5). In diesem Fall ist der im Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung entstandene Gewinn als privates Veräußerungsgeschäft zu besteuern (RISTHAUS, DB, Beil. 13/2000 Tz. 35), jedoch nach Abzug des Gewinns, der im Zeitraum zwischen Einlage und Entnahme angefallen ist, weil dieser Gewinn nach Abs. 2 den betrieblichen Einkünften zuzuordnen ist. Erfolgt die Veräußerung 10 Jahre nach der Anschaffung, kommt eine Besteuerung nach Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 nicht in Frage. Die Entnahme gilt aber nach Abs. 1 Satz 2 als Anschaffung. Demnach sind die stillen Reserven, die zwischen Entnahme und Veräußerung entstehen, nach § 23 zu besteuern, sofern der Zeitraum zwischen Entnahme und Veräußerung nicht mehr als 10 Jahre beträgt. Auf das Beispiel 1 in Anm. 300 wird verwiesen.

248 **III. Verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft (Abs. 1 Satz 5 Nr. 2)**

Anders als im Fall des Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 gilt die verdeckte Einlage eines Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts in eine KapGes. schon als Veräußerung, ohne dass eine spätere Veräußerung aus dem BV der KapGes. Voraussetzung ist.

**Eine verdeckte Einlage** liegt vor, wenn ein Gesellschafter einer KapGes. außerhalb der gesellschaftsrechtl. Einlage WG in das Vermögen der KapGes. überträgt und diese Übertragung ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis hat (st-Rspr., zB BFH v. 18.12.1990 – VIII R 17/85, BStBl. II 1991, 512; Abschn. 36a KStR 1995); s. auch § 8 KStG Anm. 22. Die verdeckte Einlage ist kein tauschähnliches Geschäft und deshalb keine Veräußerung iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1; die Voraussetzungen für eine Besteuerung nach dieser Vorschrift sind aber aufgrund der Fiktion des Abs. 1 Satz 5 Nr. 2 gegeben. Bei verdeckter Einlage eines Grundstücks oder eines grundstücksgleichen Rechts in eine KapGes. liegt somit ein privates Veräußerungsgeschäft vor, wenn der Gesellschafter das WG inner-

halb von 10 Jahren nach Anschaffung verdeckt in die KapGes. einlegt; s. Beispiel 2 in Anm. 300.

Abs. 1 Satz 5 Nr. 2 ist nicht anzuwenden, wenn ein Grundstück oder grundstücksgleiches Recht gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in eine KapGes. eingebracht wird. In diesem Fall liegt eine Veräußerung des WG an die KapGes. vor mit der Folge, dass ggf. die Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 unmittelbar erfüllt sind.

**Keine verdeckte Einlage** iSd. Abs. 1 Satz 5 Nr. 2 ist nach BMF v. 5.10.2000 (BStBl. I 2000, 1383 Tz. 4) gegeben, wenn die Anteile der KapGes. zum BV des Stpfl. gehören, weil in diesem Fall das WG gleichzeitig in das BV des Stpfl. eingelegt wird.

Einstweilen frei.

249–254

## Erläuterungen zu Abs. 2: Subsidiarität des § 23

### A. Vorrang der übrigen Einkunftsarten vor § 23 (Abs. 2 Satz 1) 255

Abs. 2 Satz 1 bestimmt, dass die Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften den Einkünften aus anderen Einkunftsarten zuzurechnen sind, soweit sie zu diesen gehören.

Unter § 23 fallen keine Veräußerungen von solchen WG, die zu einem BV eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs, Gewerbebetriebs oder Betriebs iSd. § 18 gehören. In diesem Fall werden die Veräußerungsgewinne als betriebliche Einkünfte erfasst.

Der BFH hat in stRSpr. entschieden, dass der An- und Verkauf von Grundstücken einen Gewerbebetrieb darstellen kann.

ZB BFH v. 6.4.1990 – III R 28/87, BStBl. II 1990, 1057; v. 20.11.1990 – VIII R 15/87, BStBl. II 1991, 345; v. 10.12.2001 – GrS 1/98, BStBl. II 2002, 291; v. 14.10.2003 – IX R 56/99, BStBl. II 2004, 227; v. 15.7.2004 – III R 37/02, BStBl. II 2004, 950; v. 7.10.2004 – IV R 27/03, BStBl. II 2005, 164; v. 15.3.2005 – X R 39/03, BStBl. II 2005, 817; v. 1.12.2005 – IV R 65/04, BStBl. II 2006, 259; v. 20.4.2006 – III R 1/05, BFH/NV 2007, 138; v. 27.9.2006 – IV R 39, 40/05, DSStR 2007, 275; vgl. auch BMF v. 21.1.2000, BStBl. I 2000, 133; v. 9.7.2001, BStBl. I 2001, 512; v. 19.2.2003, BStBl. I 2003, 171; v. 26.3.2004, BStBl. I 2004, 434; im neueren Schrifttum s. zB SÖFFING, DSStR 2004, 793; Schnorr, NJW 2004, 3214; KEMPERMANN, DSStR 2006, 265.

Liegen danach gewerbliche Einkünfte vor, findet eine Besteuerung nach § 23 nicht statt. Auch der An- und Verkauf von Wertpapieren kann eine gewerbliche Betätigung sein, die die Besteuerung nach § 23 ausschließt.

Vgl. zB BFH v. 4.3.1980 – VIII R 150/76, BStBl. II 1980, 389; v. 30.7.1990 – I R 173/83, BStBl. II 1991, 66; v. 6.3.1991 – X R 39/88, BStBl. II 1991, 631; v. 20.12.2000 – X R 1/97, BStBl. II 2001, 706; v. 30.7.2003 – X R 7/99, BStBl. II 2004, 408; v. 10.4.2006 – X B 209/05, BFH/NV 2006, 1461.

### B. Vorrang des § 23 vor § 17 (Abs. 2 Satz 2) 256

Nach früherer ständiger Praxis der FinVerw. und nach früherer Rspr. hatte die Besteuerung nach § 23 Vorrang vor der Besteuerung nach § 17. Hiervon sind BFH v. 4.11.1992 – X R 33/90 (BStBl. II 1993, 292) und v. 29.6.1995 – VIII R

68/93 (BStBl. II 1995, 722) abgewichen. Durch das StMBG v. 21.12.1993 wurde die alte Rechtslage wieder hergestellt.

Abs. 2 Satz 2 bestimmt, dass § 17 nicht anzuwenden ist, wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 vorliegen. Sind also in einem Fall die Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und die des § 17 erfüllt, erfolgt die Besteuerung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2. Dies gilt auch, wenn die Anschaffung durch einen der Tatbestände des Abs. 1 Satz 2 erfüllt wird (aA HERZIG/LUTTERBACH, DStR 1999, 521 [524]); denn auch in diesem Fall liegen die Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 vor und erfolgt auch die Besteuerung nach dieser Vorschrift.

257–269 Einstweilen frei.

### Erläuterungen zu Abs. 3: Ermittlung der Einkünfte aus privaten Veräußerungs- geschäften

**Schrifttum:** HEIGL, Veräußerung von Wertpapieren aus einem Bestand von zu verschiedenen Anschaffungskosten beschafften Wertpapieren gleicher Art, DB 1960, 706; FRANKE, Spekulationserlöse auf Raten- oder Rentenbasis, FR 1965, 78; FRICKE, Spekulationseinnahmen bei der Veräußerung von Grundstücken auf Raten- und Rentenbasis, FR 1965, 78; SÖFFING, Spekulationsbesteuerung bei Bezugsrechten und Bezugsaktien, Inf. 1966, 433; EL, Korrekturen bei Spekulationsgewinnen, DB 1970, 565; SÖFFING, Anschaffungskosten beim Erwerb eines Wirtschaftsguts gegen Leibrentenverpflichtung, Inf. 1972, 507; EL, Änderung des Spekulationsgewinns und Verlustausgleich, DB 1979, 1253; EN, Spekulationsfrist bei Wertpapieren, DB 1979, 1253; FELLA, Die Besteuerung von Spekulationsgeschäften iSd. § 23 EStG, StWa. 1982, 135; SCHULZE ZUR WIESCHE, Die Berücksichtigung von Aufwendungen bei Veräußerungen im Privatvermögen, FR 1982, 446; RICHTER, Rentenzahlungen bei Spekulationsgeschäften, DStZ 1983, 515; SCHUHMAN, Zur Berechnung des Spekulationsgewinns bzw. -verlusts, StBp. 1998, 123.

270

#### A. Überblick

Abs. 3 regelt in

- Satz 1, dass die Einkünfte gem. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1–3 durch Abzug der AHK sowie der WK vom Veräußerungspreis zu ermitteln sind,
- Satz 2, welcher Betrag als Veräußerungspreis in den Fällen des Abs. 1 Satz 5 zu erfassen ist,
- Satz 3, welche Beträge als AHK im Fall des Abs. 1 Satz 2 anzusetzen sind,
- Satz 4, dass die AHK um die berücksichtigungsfähige AfA, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen zu mindern sind,
- Satz 5 die Ermittlung des Gewinns und Verlusts bei Termingeschäften,
- Satz 6 die Gewährung einer Freigrenze von 512 €,
- Satz 7 den Zeitpunkt der Erfassung von Gewinnen oder Verlusten in den Fällen des Abs. 1 Satz 5,
- Sätzen 8 und 9 den Verlustausgleich und Verlustabzug.

## B. Gewinn oder Verlust aus privaten Veräußerungsgeschäften (Abs. 3 Satz 1)

### I. Grundsatz

271

Nach Abs. 3 Satz 1 werden die Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften wie folgt ermittelt: Vom Veräußerungspreis sind die AHK und außerdem die WK abzuziehen. Der auf diese Weise ermittelte Unterschiedsbetrag bildet die Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften (positive Einkünfte oder Verluste). Für die Ermittlung der Einkünfte aus Termingeschäften gilt Abs. 3 Satz 5 (s. Anm. 312).

**Keine Gewinn-, sondern Überschusseinkünfte:** Das Gesetz spricht vom „Gewinn“ aus Veräußerungsgeschäften. Gemeint ist aber der Einnahmeüberschuss nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 und nicht Gewinn iSd. § 2 Abs. 2 Nr. 1 (BFH v. 13.4.1962 – VI 194/61 U, BStBl. III 1962, 306; v. 2.4.1974 – VIII R 76/79, BStBl. II 1974, 540). Denn die Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften gehören zu den sonstigen Einkünften iSd. § 22 Nr. 2 (s. auch Anm. 8); bei diesen ist nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 stets der „Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten“ zu versteuern. Die Einnahmen bestehen im Veräußerungspreis; wie WK werden die AHK behandelt.

**Gesonderte Einkünfteermittlung für jedes private Veräußerungsgeschäft:** Die Ermittlung der Einkünfte ist grds. für jedes private Veräußerungsgeschäft gesondert vorzunehmen (Nds. FG v. 15.10.1970, EFG 1971, 227, rkr.).

**Eigenständiger Charakter der Einkünfteermittlung:** Die Ermittlung der Einkünfte hat einen eigenständigen Charakter, weil es sich (ähnlich § 17) um Einkünfte aus einem Veräußerungsgeschäft handelt, die nicht Gegenstand der übrigen Überschusseinkünfte sind. Dies zeigt sich insbes. darin, dass von den Einnahmen neben den WK auch die AHK abzuziehen sind. Dies ist sinnvoll nur in der Weise möglich, dass die AHK in voller Höhe ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Leistung in dem VZ von den Einnahmen (Veräußerungspreisen) abzusetzen sind, in dem die Einnahmen versteuert werden, also zugeflossen sind; s. näher Anm. 295.

**Einkünfte aus einer anderen Einkunftsart innerhalb der Veräußerungsfrist:** s. Anm. 288 f.

**Liebhaberei:** Die Einkünfteerzielungsabsicht ist uE kein Merkmal für private Veräußerungsgeschäfte iSd. § 23, weil diese Vorschrift eine Spezialregelung ist. Die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale Anschaffung, Veräußerung und Veräußerungsfrist schließen ein (ungeschriebenes) subjektives Merkmal „Einkünfteerzielungsabsicht“ aus, zumal der Gesetzgeber den Verlustausgleich innerhalb der Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften grds. zugelassen hat; s. auch Anm. 146 aE.

### II. Veräußerungspreis

272

Zum Veräußerungspreis gehören alle Güter, die der Stpfl. bei der Veräußerung des WG erhält. Dazu zählen alle Güter, die in Geld oder Geldeswert bestehen; s. § 8 Anm. 22 ff. Ein Zufluss des Veräußerungspreises innerhalb der Veräußerungsfrist ist nicht erforderlich (vgl. BFH v. 15.12.1993 – X R 49/91, BStBl. II 1994, 687); s. Anm. 115 und 293.

**Bindung an ein Verkaufsangebot:** Ein bindendes Verkaufsangebot allein ist noch kein Veräußerungsgeschäft; s. Anm. 66. Das für die Bindung an ein Verkaufsangebot gewährte Entgelt ist kein Preis für das WG, auf das sich das Angebot bezieht, sondern für die Einräumung der durch die Bindung gewährten Rechtsstellung. Das Entgelt wird aber in dem Augenblick Veräußerungspreis, in dem es auf den Kaufpreis angerechnet wird.

**Eigenleistungen des Veräußerers:** s. Anm. 283.

**Erstattungen von Finanzierungsaufwendungen** gehören nicht zum Veräußerungspreis iSv. Abs. 3 (BFH v. 15.2.2005 – IX R 51/03, BFH/NV 2005, 1262).

**Fremdvergleich:** Die Grundsätze des Fremdvergleichs rechtfertigen es nicht, an Stelle der vereinbarten Leistung ein höheres Veräußerungsentgelt anzusetzen (BFH v. 31.5.2001 – IX R 78/98, BFH/NV 2001, 1333).

**Ratenzahlung:** Ist der Kaufpreis in Raten zu zahlen, sind nach BMF v. 23.12.1996 (BStBl. I 1996, 1508 Tz. 55 iVm. Tz. 47 und Tz. 48) die Zinsanteile – auch wenn sie nicht ausdrücklich vereinbart sind – nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 und die Tilgungsanteile nach Maßgabe des § 23 zu versteuern, und zwar in Höhe des Barwerts; zum Zufluss s. Anm. 293. Nach aA sind die Raten in vollem Umfang – ohne Aufteilung in einen Zins- und Tilgungsanteil – gem. den Regeln des § 23 stpfl. (o.V., DB 1963, 467). Werden Ratenzahlungen wegen *Zahlungsunfähigkeit* uneinbringlich, ist dies ein Ereignis mit stl. Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Veräußerung; der ursprüngliche StBescheid ist gem. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO zu ändern (GROH, DB 1995, 2235 [2241]; vgl. BFH v. 19.7.1993 – GrS 2/92, BStBl. II 1993, 897, zu § 16 Abs. 1 und 2).

**Rückzahlung des Kaufpreises:** s. Anm. 293.

**Tausch:** Beim Tausch ist Veräußerungspreis der gemeine Wert des empfangenen WG.

**Teilentgeltliche Veräußerung:** Wird ein WG teilweise entgeltlich veräußert, so ist der entgeltliche Teil ein privates Veräußerungsgeschäft iSd. § 23. Der unentgeltliche Teil ist beim Erwerber ein unentgeltlicher Erwerb iSd. Abs. 1 Satz 3. Zur Aufteilung s. Anm. 236.

**Übernahme von Verbindlichkeiten:** Übernimmt der Veräußerer als Gegenleistung für die Veräußerung Schulden, so rechnen auch diese (einschließlich der Schulden aus Mietvorauszahlungen) zum Veräußerungspreis. Soweit die Verbindlichkeiten erst künftig zu tilgen sind, sind sie mit dem abgezinsten Wert anzusetzen. Gleiches gilt bei übernommenen Mietvorauszahlungen.

**Veräußerungspreis in Fremdwährung:** Werden Wertpapiere gegen ein Entgelt in Fremdwährung veräußert, liegen Einnahmen in Form geldwerter Güter vor (§ 8 Abs. 2). Zur Bewertung s. § 8 Anm. 22 und Anm. 180 „Fremdwährungsgeschäfte“ (vgl. auch FG München v. 7.1.1987, EFG 1987, 356, rkr.). Entsprechendes gilt für die Anschaffung von Wertpapieren in Fremdwährung.

**Vorbehaltsnießbrauch:** Veräußert ein Stpfl. ein Grundstück gegen Vorbehalt des Nießbrauchs, ist die Bestellung des Nießbrauchs keine Gegenleistung des Erwerbers (BFH v. 28.11.1981 – VIII R 124/76, BStBl. II 1982, 378). Der Veräußerungspreis ist also nicht um den Wert des Nießbrauchs zu erhöhen; s. auch Anm. 275. Entsprechendes gilt, wenn das veräußerte Grundstück mit dem Nießbrauch eines Dritten belastet ist (Zuwendungsnießbrauch).

**Wiederkehrende Bezüge:**

► *Der Kaufpreis wird in Form einer Leibrente gezahlt:* s. hierzu § 22 Anm. 172 ff.

► *Wird der Kaufpreis in Form von wiederkehrenden Bezügen, die keine Leibrenten sind (§ 22 Anm. 100), geleistet, gilt Folgendes: Der Veräußerungspreis ist im Jahr des Zuflusses zu erfassen (s. Anm. 293). Zu versteuernde Einkünfte liegen aber erst vor, wenn der Veräußerungspreis die AK und WK sowie evtl. auch die Freigrenze nach § 23 Abs. 3 Satz 6 überschreitet. S. im Einzelnen § 22 Anm. 178.*

**Zahlungsunfähigkeit:** s. „Ratenzahlung“.

Einstweilen frei.

273–274

### III. Anschaffungs- und Herstellungskosten

#### 1. Anschaffungskosten

##### a) Grundsatz

275

AK sind alle Aufwendungen, die durch die Anschaffung des WG veranlasst sind; s. § 6 Anm. 281 ff. Nach BFH v. 30.7.1965 – VI 264/64 U (BStBl. III 1965, 663) sind die AK iSd. § 23 Abs. 3 (damals Abs. 4) mit denen iSd. § 6 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 identisch. Danach gehören zB zu den AK folgende vom Erwerber getragenen Aufwendungen: Kosten für Fahrten zur Besichtigung des zu erwerbenden WG, die Kosten für Zeitungsinserate, Maklerhonorare, Gerichts- und Notarkosten sowie die Grunderwerbsteuer. Soweit der Erwerber Schulden des Veräußerers übernimmt, liegen ebenfalls AK vor. Zum Abzug der AfA gem. Abs. 3 Satz 4 s. Anm. 306.

##### b) Einzelfälle

276

**Änderungen des Kaufpreises** (zB durch Vereinbarungen oder Minderungsansprüche) oder der anderen AK sind bei der Ermittlung der Einkünfte zu berücksichtigen, und zwar auch dann, wenn die Änderungen in den Jahren nach der Anschaffung oder nach der Veräußerung eingetreten sind. Sind die Veranlagungen bestandskräftig, kommt uE eine Berichtigung nach § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO in Frage. Insoweit gelten uE die für die Einnahmen (Veräußerungspreise) und WK maßgeblichen Regeln des § 11 nicht; s. Anm. 295.

**Anteile an einer Kapitalgesellschaft bei Kapitalerhöhung:** Zur Ermittlung der AK in den Fällen der Kapitalerhöhung s. Anm. 145.

**Eigenheimzulage:** Sie mindert die AHK nicht (§ 16 EigZulG). Ohnehin gilt sie nur noch für Altfälle (s. das Gesetz zur Abschaffung der Eigenheimzulage v. 22.12.2005, BGBl. I 2005, 3680).

**Erbbaurecht:** Nach der Rspr. des BFH ist die Bestellung eines Erbbaurechts durch den Grundstückseigentümer eine Anschaffung des Erbbaurechts zugunsten des Erbbauberechtigten (s. Anm. 85). Folgt man der Auffassung der Rspr. zu § 23, sind die Erbbauzinsen – ohne Rücksicht darauf, ob sie laufend oder in einem Einmalbetrag gezahlt werden – die AK für den Erwerb des Erbbaurechts. Hiergegen bestehen uE Bedenken; s. näher Anm. 85. Die Anwendung der Rspr.-Grundsätze führt in den Fällen, in denen der Erbbauzins laufend zu zahlen ist, zu dem unbefriedigenden Ergebnis, dass die AK um so höher sind, je länger der Veräußerer Inhaber des Rechts war, was damit zusammenhängt, dass der Erbbauzins ein Nutzungsentgelt und kein Veräußerungsentgelt ist. Dass von diesem Umstand die Höhe des privaten Veräußerungsgewinns abhängen soll, ist kaum verständlich.

**Ersatzwirtschaftsgüter:** Wird ein WG unter Zwang veräußert und ein ErsatzWG erworben, so kommt es für die Annahme eines privaten Veräußerungsgeschäfts allein darauf an, ob die Anschaffung des unter Zwang veräußerten

WG und die Veräußerung des ErsatzWG innerhalb der Veräußerungsfrist erfolgt sind (s. Anm. 94). Für die Ermittlung der Einkünfte sind die AK für das unter Zwang veräußerte WG anzusetzen.

**Fremdvergleich** rechtfertigt es nicht, an Stelle der vereinbarten Leistung eine höhere Gegenleistung als AK zugrunde zu legen (BFH v. 31.5.2001 – IX R 78/98, FR 2001, 1185; s. dazu Anm. P. FISCHER, FR 2001, 1187).

**Fremdwährungsguthaben:** s. Anm. 146.

**Geldwerte Vorteile,** die ArbN von ihrem ArbG beim Erwerb von WG erhalten, sind zu versteuernde Einnahmen iSd. § 19. Sie erhöhen die AK und mindern damit den Veräußerungsgewinn iSd. § 23 (OFD Frankf. v. 14.12.2001, FR 2002, 484).

**Gesamtkaufpreis:** Wurde (zB beim Erwerb von Eigentumswohnungen) ein Gesamtkaufpreis vereinbart, ist dieser auf die einzelnen Eigentumswohnungen aufzuteilen, und zwar nach dem Verhältnis der Verkehrswerte (BFH v. 27.6.1995 – IX R 130/90, BStBl. II 1996, 215, mwN).

**Investitionszulage:** Sie mindert die AHK nicht (§ 8 InvZulG 2005).

**Kapitalerhöhung:** Werden Aktien nach einer Kapitalerhöhung und Gewährung von kostenlosen Bezugsrechten oder von Gratisaktien veräußert, sind die ursprünglichen AK der Aktien um den auf die Bezugsrechte oder Gratisaktien entfallenden Betrag zu kürzen (BFH v. 19.12.2000 – IX R 100/97, BStBl. II 2001, 345; H 23 EStH 2005 „Anschaffungskosten“); s. auch Anm. 145.

**Lebenslängliche Bezüge:** Bestehen die AK in lebenslänglichen Veräußerungsbezügen, bildet der Barwert die AK; s. Anm. 236 und 277.

**Tausch:** Im Fall des Tauschs bildet der gemeine Wert des hingegebenen WG die AK.

**Teilentgeltlicher Erwerb:** s. Anm. 236 mit Beispiel. Hierzu wird auch auf BMF v. 5.10.2000, BStBl. I 2000, 1383 Tz. 31 verwiesen.

**Teilung eines Wirtschaftsguts:** Zur Ermittlung der AK s. Anm. 111.

**Teilweise Nutzung eines Gebäudes zu Wohnzwecken:** In diesem Fall sind AHK auf den wohnlich und den nicht wohnlich genutzten Teil aufzuteilen (BMF v. 5.10.2000, BStBl. I 2000, 1383 Tz. 32 mit Beispiel).

**Verbilligte oder unentgeltliche Überlassung von Wirtschaftsgütern an Arbeitnehmer:** s. zur Ermittlung der AK § 19 Anm. 600 „Unentgeltliche oder verbilligte Überlassung von Wirtschaftsgütern“.

**Verdeckte Gewinnausschüttung:** Erwirbt der Gesellschafter einer KapGes. von dieser ein WG zu einem unangemessen niedrigen Kaufpreis (vGA), so gilt bei einer Veräußerung innerhalb der Veräußerungsfrist als AK der tatsächliche Wert des WG (RFH v. 11.1.1929, RStBl. 1929, 325), weil der Vorgang wirtschaftlich so zu deuten ist, dass der Gesellschafter zunächst die vGA bar erhalten und dann zusätzlich zum vereinbarten Kaufpreis als weitere AK aufgewendet hat.

**Vorbehaltsnießbrauch:** Beim Erwerb eines mit einem Vorbehaltsnießbrauch belasteten Grundstücks erhöht der Wert des Nießbrauchs die AK nicht (HARTMANN/B. MEYER, FR 2001, 757). Entsprechendes gilt, wenn das Grundstück mit einem Zuwendungsnießbrauch belastet ist; s. Anm. 272.

**Wertpapiere im Sammeldepot:** Seit der Neuregelung durch das EURLUMsG v. 9.12.2004 gilt das Fifo-Verfahren; s. Anm. 158 f.

**Zuschüsse,** die keine Mietzuschüsse sind, mindern nach BMF v. 5.10.2000 (BStBl. I 2000, 1383 Tz. 26) die AHK. Private Zuschüsse dieser Art können an-

genommen werden, wenn der Empfänger einer rechtl. Zweckbindung unterliegt und die Zuwendung zurückgefordert werden kann, sofern der Empfänger den vereinbarten Zweck nicht erfüllt (BFH v. 29.4.1982 – IV R 177/78, BStBl. II 1982, 591); sie dürfte deshalb nur selten vorkommen und im Zweifelsfall kaum nachweisbar sein.

**Zwangsversteigerung:** Bei einem Grundstückserwerb in der Zwangsversteigerung durch einen Hypothekengläubiger bestehen die AK aus dem Meistgebot zuzüglich der ausgefallenen Eigenhypothek, soweit diese durch den Verkehrswert des Grundstücks am Versteigerungstag gedeckt war (BFH v. 25.7.1972 – VIII R 69/68, BStBl. II 1972, 881). Zur Ermittlung der AK, wenn das Grundstück von einem Gläubiger ersteigert wird, dem ein durch eine Auflassungsvormerkung gesicherter Anspruch auf Übereignung des Grundstücks zusteht, s. BFH v. 28.6.1977 – VIII R 30/74, BStBl. II 1977, 827.

### c) Zahlungsweise

277

**Kaufpreis in Form von Leibrenten:** Wird der Kaufpreis in Form von Leibrenten gezahlt, bildet nach BFH v. 30.7.1965 – VI 264/64 U (BStBl. III 1965, 663) der versicherungsmathematisch zu berechnende Barwert im Zeitpunkt der Anschaffung die AK. Aus diesem Ur. ist zu entnehmen, dass ein nach den Vorschriften des BewG errechneter Barwert aus Vereinfachungsgründen angesetzt werden kann, wenn der Stpfl. damit einverstanden ist.

**Kaufpreis in Form wiederkehrender Bezüge, die keine Leibrenten sind:** Wird der Kaufpreis in Form wiederkehrender Bezüge geleistet, die keine Leibrenten sind (s. dazu § 22 Anm. 100 ff. und 172 ff.), ist der Barwert der AK nach den Besonderheiten des Einzelfalls zu schätzen. Unterliegen die wiederkehrenden Bezüge jährlich starken Schwankungen, ist die Barwertermittlung aus praktischen Gründen schwierig. Meist wird aber beim Erwerb eines WG gegen derartige Bezüge und der Veräußerung an einen Dritten dieser die Verpflichtung des Veräußerers, die Bezüge zu leisten, übernehmen, so dass sich die Probleme der Barwertermittlung neutralisieren, weil die Barwerte zum Anschaffungszeitpunkt und zum Veräußerungszeitpunkt nach gleichen Grundsätzen berechnet werden.

**Ratenzahlung:** Die für die Einkünfteermittlung maßgeblichen AK sind solche Aufwendungen, die durch die Anschaffung veranlasst sind. Das ist grds. der Kaufpreis. Sind Zinsen vereinbart, ist die Summe der Raten der Betrag der AK; im anderen Fall ist der abgezinste Barwert anzusetzen. Die bis zur Veräußerung anfallenden Zinsen sind, wenn sie zu einer anderen Einkunftsart (zB VuV) gehören, bei dieser als WK abzuziehen; soweit dies nicht der Fall ist, sind die Zinsen als WK bei der Ermittlung der Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften zu erfassen, und zwar uE auch dann, wenn sie nach der Veräußerung geleistet werden (s. Anm. 288 und 294). Bei kurzfristigen Stundungen ist von einer Abzinsung abzusehen.

Einstweilen frei.

278–282

## 2. Herstellungskosten

283

**Grundsatz:** Keine privaten Veräußerungsgeschäfte sind

- die Veräußerung hergestellter WG und
- die Veräußerung angeschaffter WG, die durch Herstellungsmaßnahmen in ein anderes WG umgewandelt worden sind, so dass dieses WG und das ange-

schaffte WG nicht mehr identisch sind (s. Anm. 110); etwas anderes gilt unter den Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2.

Werden nach Erwerb eines WG an diesem Herstellungsmaßnahmen vorgenommen und wird dadurch die Nämlichkeit des angeschafften WG *nicht* in Frage gestellt, kann bei seiner Veräußerung auch hinsichtlich der HK ein privates Veräußerungsgeschäft vorliegen. In diesem Fall sind auch die HK bei der Ermittlung der Einkünfte zu erfassen, und zwar in der Weise, dass sie zusammen mit den AK und WK vom Veräußerungspreis (in dem auch die durch die Herstellungsmaßnahmen bedingten Wertsteigerungen enthalten sind) abgezogen werden. Zum Abzug der AfA gem. Abs. 3 Satz 4 s. Anm. 306.

**Zum Begriff Herstellungskosten:** HK sind alle Aufwendungen, die durch die Herstellung eines WG oder eines Teils eines WG veranlasst sind; der Begriff der HK iSd. § 23 Abs. 3 richtet sich nach den Regeln des § 6; s. hierzu § 6 Anm. 459 ff. Soweit die HK erst nach der Veräußerung gezahlt werden, mindern sie ebenso wie die AK den Veräußerungspreis (SCHULZE ZUR WIESCHE, FR 1982, 446 [450]). Auch anschaffungsnahe Aufwendungen können HK sein (§ 6 Anm. 505 ff.; SCHULZE ZUR WIESCHE, FR 1982, 446 [452]).

#### Keine Herstellungskosten:

► *Eigenleistungen:* Keine HK sind eigene Arbeitsleistungen des Eigentümers des WG (s. § 6 Anm. 1000). Diese erhöhen jedoch den Veräußerungspreis und wären damit im privaten Veräußerungsgewinn enthalten. BFH v. 29.8.1969 – VI R 319/67 (BStBl. II 1969, 705) sieht in dieser Auswirkung eine „Härte“, die nur durch eine Billigkeitsmaßnahme der FinVerw. vermieden werden könne. UE ergibt sich schon aus der Gesetzesauslegung, dass die auf den Eigenleistungen beruhenden „Gewinne“ nach § 23 nicht stbar sind. Der Veräußerungspreis ist uE eine nach § 23 stbare Einnahme nur insoweit, als er sich auf das angeschaffte WG oder auf *an Dritte geleistete* HK bezieht. Deshalb ist bei Ermittlung der privaten Veräußerungsgewinne aus dem Veräußerungspreis der Anteil – als nicht stbare Einnahmen – auszuschneiden, der auf die Eigenleistungen entfällt.

► *Erhaltungsaufwendungen* sind keine HK. Zum Begriff der Erhaltungsaufwendungen s. § 6 Anm. 470 ff. Erhaltungsaufwendungen sind zur Ermittlung des privaten Veräußerungsgewinns nicht wie HK vom Veräußerungspreis abzuziehen (RFH v. 28.5.1927, RStBl. 1927, 188). Die Erhaltungsaufwendungen können bei Nutzung des WG durch den Veräußerer in dem Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung aber WK bei einer anderen Einkunftsart sein, zB wenn es sich um ein vermietetes Gebäude handelt, aus dem Einkünfte nach § 21 Nr. 1 erzielt werden. Zur Frage, ob die Erhaltungsaufwendungen ausnahmsweise auch WK iSd. § 23 Abs. 3 Satz 1 sein können, s. Anm. 289.

284–287 Einstweilen frei.

#### IV. Werbungskosten

**Schrifttum:** AATZ, Die Besteuerung der Wertpapiergeschäfte von Privaten, BB 1974, 879; HECHT, Zur Abzugsfähigkeit von Schuldzinsen bei privatem Aktienerwerb im EStRecht, AG 1975, 70; EL, Reisekosten und Mieteinkünfte, DB 1976, 414; SCHULZE ZUR WIESCHE, Die Berücksichtigung von Aufwendungen bei Veräußerungen im Privatvermögen, FR 1982, 446; LÜCK, Behandlung der Schuldzinsen beim Verkauf eines Einfamilienhauses innerhalb von 2 Jahren, DStZ 1988, 487; WARNKE, Der WK-Abzug bei Einkünften aus Spekulationsgeschäften, DStR 1998, 1073; D. MEYER, Schuldzinsen als nachträgliche WK – ein Dauerproblem in Rspr. und Schrifttum, StBp. 1999, 30; SCHMITT, Zuordnung von Schuldzinsen bei Aktienanlagen, NWB F. 3, 12295.

## 1. Grundsatz

WK sind die Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen (§ 9 Abs. 1 Satz 1). Dies bedeutet für die Ermittlung der privaten Einkünfte, dass alle Aufwendungen, die durch das private Veräußerungsgeschäft veranlasst sind, als WK abzuziehen sind. Darunter fallen die Finanzierungskosten für den veräußerten Gegenstand sowie die durch die Veräußerung veranlassenen Kosten (BFH v. 19.2.1965 – VI 291/64 U, BStBl. III 1965, 194; v. 15.12.1987 – VIII R 281/83, BStBl. II 1989, 16; v. 16.6.2004 – X R 22/00, BStBl. II 2005, 91).

Wird ein WG während des Zeitraums zwischen Anschaffung und Veräußerung genutzt und werden aus der Nutzung Erträge erzielt (zB im Fall der Einkünfte aus Kapitalvermögen oder aus VuV), so sind die WK, die durch die mit der Nutzung zusammenhängenden Einnahmen veranlasst sind, bei diesen und nicht bei den privaten Veräußerungsgeschäften zu berücksichtigen (BFH v. 12.12.1996 – X R 65/95, BStBl. II 1997, 603 mwN).

Wesentliche Elemente eines privaten Veräußerungsgeschäfts sind Anschaffung und Veräußerung. Deshalb rechnen alle Aufwendungen, die durch Anschaffung oder Veräußerung eines WG veranlasst sind, auch zu den WK des privaten Veräußerungsgeschäfts. Nicht erforderlich ist, dass der Stpfl. bei der Verausgabung in Veräußerungsabsicht gehandelt hat, denn diese ist kein Merkmal eines privaten Veräußerungsgeschäfts. Die gegenteilige Ansicht in H 23 „Werbungskosten“ EStH 2005 kann nicht auf BFH v. 12.12.1996 – X R 65/95 aaO gestützt werden, weil in diesem Ur. die strittigen Kosten der Baureifmachung nicht den AK zugerechnet werden konnten. Zutreffend hat BFH v. 12.12.1996 – X R 65/95 aaO aufgrund der damaligen Rechtslage ausgeführt, dass Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Herstellung eines nicht nämlichen, also wirtschaftlich nicht identischen WG angefallen sind, keine WK bei der Ermittlung der privaten Veräußerungseinkünfte sind. Seit aufgrund der durch das StEntlG 1999/2000/2002 erfolgten Gesetzesänderung in Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 der Besteuerung auch Gebäude und Außenanlagen unterliegen, soweit diese innerhalb der Veräußerungsfrist errichtet, umgebaut oder erweitert worden sind, werden auch die damit zusammenhängenden Aufwendungen bei der Einkünfteermittlung als WK oder HK berücksichtigt.

## 2. Einzelfälle

**Abstandszahlung wegen Kündigung eines Bauvertrags:** s. § 9 Anm. 750 „Abstandszahlung bei Spekulationsgeschäft“.

**Erhaltungsaufwendungen** fallen idR bei vermieteten Gebäuden an; in diesem Fall sind sie WK bei den Einkünften aus VuV. Sofern aber der Stpfl. das von ihm erworbene Gebäude nicht vermietet, weil er es kurze Zeit nach Erwerb (preisgünstig) veräußern will, sind die von ihm geleisteten Aufwendungen zur Erhaltung des Gebäudes nach zutreffender Auffassung des BFH (v. 14.12.2004 – IX R 34/03, BStBl. II 2005, 343), der die FinVerw. folgt (H 23 „Werbungskosten“ EStH 2005), WK bei den Einkünften aus privaten Veräußerungsgeschäften. Diese Aufwendungen hängen mit der Veräußerung zusammen, weil sie einer gewinnbringenden Veräußerung dienlich sind und den Veräußerungspreis erhöhen; sie sind damit durch die Veräußerung veranlasst.

**Reisekosten:** s. § 9 Anm. 287.

**Schadensersatzansprüche:** Hat ein Stpfl. ein WG trotz eines Wiederkaufsrechts an einen anderen als an den Wiederkaufsberechtigten veräußert und leis-

ter er deshalb Schadensersatz, so sind die Schadensersatzzahlungen WK bei den Einkünften aus privaten Veräußerungsgeschäften (RFH v. 22.9.1938, RStBl. 1939, 83).

#### Schuldzinsen:

► *Einkünfte aus VuV*: Werden Schuldzinsen im Zusammenhang mit der Anschaffung oder Herstellung eines Gebäudes gezahlt und aus ihm Einkünfte aus VuV erzielt, sind die Zinsen WK bei dieser Einkunftsart. Insoweit liegen keine WK bei den Einkünften aus privaten Veräußerungsgeschäften vor.

► *Keine stpfl. Einkünfte*: Werden aus einem Gebäude keine *anderen* stpfl. Einkünfte erzielt (zB bei Veräußerung kurze Zeit nach Erwerb ohne Zwischenvermietung), sind bei Anschaffung und Veräußerung innerhalb der Veräußerungsfrist uE die Zinsen, die durch die fremdfinanzierte Anschaffung angefallen sind, WK bei den Einkünften aus privaten Veräußerungsgeschäften (BFH v. 12.12.1996 – X R 65/95, BStBl. II 1997, 603; vgl. auch FG München v. 22.7.2003, EFG 2003, 1612, best. durch BFH v. 15.2.2005 – IX R 51/03, BFH/NV 2005, 1262). Wird ein Gebäude, das zu eigenen Wohnzwecken genutzt werden sollte, vor dem Selbstbezug innerhalb der Frist des Abs. 1 Nr. 1 wieder veräußert, so mindern nur solche Schuldzinsen den Gewinn, die auf die Zeit entfallen, in der der Stpfl. bereits zum Verkauf des Objekts entschlossen war (BFH v. 16.6.2004 – X R 22/00, BStBl. II 2005, 91).

► *Nutzung von Kapitalvermögen*: Schuldzinsen für ein Darlehen zur Anschaffung von Kapitalvermögen sind WK bei den Einkünften gem. § 20, wenn auf die Gesamtdauer der Kapitalanlage gesehen mit einem Überschuss der Einnahmen über die WK zu rechnen ist (zB BFH v. 5.3.1991 – VII R 6/88, BStBl. II 1991, 744). Andererseits können die im Zusammenhang mit dem Erwerb eines WG anfallenden Schuldzinsen WK bei den Einkünften aus privaten Veräußerungsgeschäften sein (BFH v. 12.12.1996 – X R 65/95 aaO). Demnach sind uE die Schuldzinsen, die nicht schon bei den Einkünften aus Kapitalvermögen als WK abziehbar sind, im Fall der Veräußerung des Kapitalvermögens innerhalb der Veräußerungsfrist als WK bei der Ermittlung der Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften abzuziehen (vgl. SCHULZE ZUR WIESCHE, FR 1982, 448 [451]; ausführlich auch SCHMITT, NWB F. 3, 12295 ff.).

► *Der Abzug der Zinsen nach § 10e* hatte Spezialcharakter und ging deshalb dem Abzug als WK gem. § 23 vor (aA PAUS, StWa. 1997, 193 [201]).

**Verwalterhonorare** für die Verwaltung von Vermögen sind, soweit sie für eine gewinnbringende Veräußerung von WG gezahlt werden, WK bei den Einkünften aus privaten Veräußerungsgeschäften. BFH v. 15.12.1987 – VIII R 181/83 (BStBl. II 1989, 16) hat die Anerkennung eines erfolgsabhängigen Honorars für die Verwaltung von WG, durch deren Veräußerung ein privater Veräußerungsgewinn entstand, als WK bei diesen Einkünften durch das erstinstanzliche FG-Urt. als „nicht zweifelsfrei“ bezeichnet.

**Vorfälligkeitsentschädigung**: Nach BFH v. 6.12.2005 – VIII R 34/04 (BStBl. II 2006, 265) sind Vorfälligkeitsentschädigungen, die durch die Verpflichtung zur lastenfremen Veräußerung von Grundbesitz veranlasst sind, Kosten der Veräußerung und nicht WK von solchen Einkunftsquellen, die aus dem Veräußerungserlös finanziert wurden. Dies gilt auch dann, wenn der Veräußerungserlös nicht stbar ist.

290–292 Einstweilen frei.

## V. Zu- und Abfluss

293

## 1. Zufluss von Einnahmen

Abs. 3 regelt die Ermittlung der Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften. Davon zu unterscheiden ist die Frage, in welchem VZ die Einkünfte estl. zu erfassen sind. Da die Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften Überschusseinkünfte und durch Abzug der WK von den Einnahmen zu ermitteln sind (s. Anm. 271), werden die Einnahmen nach § 11 Abs. 1 in dem VZ estl. angesetzt, in dem sie zugeflossen sind, ggf. also in mehreren VZ (BFH v. 2.4.1974 – VIII R 76/79, BStBl. II 1974, 546; v. 17.7.1991 – X R 6/91, BStBl. II 1991, 916). Der Zeitpunkt des Zuflusses des Veräußerungspreises ist aber nicht maßgebend dafür, ob überhaupt ein privates Veräußerungsgeschäft zustande gekommen ist (s. Anm. 115 u. 272). Zum Begriff „Zufluss“ s. § 11 Anm. 18 ff. Zur Berücksichtigung der WK sowie AHK s. Anm. 294 und 295.

**Änderungen des Verkaufspreises, insbesondere Rückzahlung:** Wird der Verkaufspreis aufgrund von Mängelansprüchen voll oder teilweise zurückgezahlt, ist die Rückzahlung eine „negative Einnahme“ (s. aber § 9 Anm. 80). Sie mindert den Veräußerungsgewinn im Jahr des Zuflusses des Veräußerungspreises, ggf. im Wege der Änderung des StBescheids gem. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO (BFH v. 3.6.1992 – X R 91/90, BStBl. II 1992, 1017; vgl. auch BFH v. 18.12.1997 – X S 22/96, BFH/NV 1998, 703; anders noch BFH v. 7.4.1974 – VIII R 76/69, BStBl. II 1992, 540). Gleiches gilt, soweit der Verkaufspreis durch vertragliche Vereinbarung herabgesetzt und zurückgezahlt wird. Wird der Verkaufspreis vereinbarungsgemäß erhöht, ist die Erhöhung im VZ des Zuflusses eine Einnahme iSd. Abs. 3 Satz 1.

**Ratenzahlung:** Wird der Veräußerungspreis ratenweise in mehreren KJ gezahlt, so ist der die AHK und WK übersteigende Betrag als privater Veräußerungsgewinn jeweils in denjenigen VZ zu berücksichtigen, in denen er dem Stpfl. tatsächlich zugeflossen ist (BFH v. 13.4.1962 – VI 194/61 U, BStBl. III 1962, 306; v. 8.4.1964 – VI 88/63, StRK EStG [bis 1974] § 23 R. 16). Dies gilt auch, wenn Raten vertragswidrig nicht gezahlt werden. Zur Nichtzahlung bei Uneinbringlichkeit s. Anm. 272 „Ratenzahlung“. Die in den Ratenzahlungen enthaltenen Zinsanteile hat der Veräußerer nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 zu versteuern (BMF v. 23.12.1996, BStBl. I 1996, 1508 Tz. 55 iVm. Tz. 49). Zum Zufluss bei Ratenzahlungen in den Fällen des Abs. 1 Satz 5 s. Anm. 317.

**Leibrenten und andere lebenslängliche wiederkehrende Bezüge** aus privaten Veräußerungsgeschäften sind im Jahr des Zuflusses zu versteuern.

**Zahlungsunfähigkeit:** s. Anm. 272 „Ratenzahlung“.

## 2. Abfluss von Werbungskosten

294

Nach BFH v. 17.7.1991 – X R 6/91 (BStBl. II 1991, 916) sind die durch ein privates Veräußerungsgeschäft veranlassten WK nach Abs. 3 abweichend vom Abflussprinzip des § 11 Abs. 2 in dem VZ zu berücksichtigen, in dem der Veräußerungserlös zufließt (ebenso H 23 „Werbungskosten“ EStH 2005). Dies gilt auch, wenn die WK *vor* oder mit Sicherheit *nach* dem Jahr des Zuflusses des Veräußerungsgewinns abfließen (BFH v. 3.6.1992 – X R 91/90, BStBl. II 1992, 1017; WARNKE, DStR 1998, 1073). Der BFH begründet seine Auffassung damit, dass die Regelung des Abs. 3 Satz 1 „eine eigenständige, das Abflussprinzip durchbrechende Vorschrift“ sei. Nach stRspr. gelten für die Einnahmen des § 23 Abs. 1 – also für den Veräußerungspreis – die Regeln des § 11 Abs. 1 (s.

Anm. 293). Entsprechendes müsste uE für die WK gelten. Bei Anwendung der BFH-Rspr. ist, sofern die nicht sicher vorhersehbaren WK abfließen, nachdem der private Veräußerungsgewinn in einem bestandskräftigen Bescheid erfasst ist, dieser Bescheid gem. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO zu ändern (BFH v. 3.6.1992 – X R 91/90 aaO).

**Beim Abfluss von Werbungskosten in mehreren Veranlagungszeiträumen** sind nach H 23 „Werbungskosten“ EStH 2005 sämtliche WK zunächst mit den im 1. Zuflussjahr erzielten Einnahmen und die verbleibenden WK mit den Einnahmen in den Folgejahren zu verrechnen.

**Rückgewähr von Werbungskosten:** Die Rückgewähr von WK ist wie eine Einnahme zu behandeln; s. § 8 Anm. 33 sowie § 9 Anm. 85.

295

## VI. Abzug von Anschaffungskosten und Herstellungskosten

Nach Abs. 3 Satz 1 sind zur Ermittlung des privaten Veräußerungsgewinns die AHK vom Veräußerungspreis abzuziehen; dh., dass im VZ der Versteuerung – also im VZ des Zuflusses des Veräußerungspreises – die AHK in voller Höhe zu berücksichtigen sind, und zwar unabhängig davon, ob sie im Jahr vor oder nach der Veräußerung geleistet werden (SCHULZE ZUR WIESCHE, FR 1982, 446 [450]; – 6 –, KÖSDI 1986, 6283).

Minderungen oder Erhöhungen der AHK, die auf einem Gewährleistungsanspruch oder auf vertraglicher Vereinbarung beruhen, mindern oder erhöhen den Gewinn. Rückzahlung oder Zuzahlung sind uE nicht entsprechend § 11 Abs. 2 im Zeitpunkt der Leistung zu erfassen, weil für die AHK die Regeln des § 11 nicht gelten (s.o.). Es kommt deshalb ggf. nur eine Änderung der ursprünglichen Veranlagung nach § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO in Frage (glA – 6 –, KÖSDI 1986, 6283).

296–299 Einstweilen frei.

300

## C. An die Stelle des Veräußerungspreises tretende Werte in den Fällen des Abs. 1 Satz 5 (Abs. 3 Satz 2)

Nach näherer Maßgabe des Abs. 1 Satz 5 wird die Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte auf die Fälle ausgedehnt, in denen WG in das BV eingelegt werden (s. Anm. 244 ff.). Zum Zweck der Ermittlung des Gewinns bestimmt Abs. 3 Satz 2: An die Stelle des Veräußerungspreises tritt in den Fällen

- des Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 der nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 angesetzte Wert (die im PV entstandenen stillen Reserven ergeben sich aus der Differenz zwischen Einlagewert und den ursprünglichen AK) und
- des Abs. 1 Satz 5 Nr. 2 der gemeine Wert des WG im Zeitpunkt der Einlage.

In den Fällen des Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 ist nach Abs. 3 Satz 2 der tatsächlich „angesetzte“ Wert maßgebend (erstmalige Anwendung ab VZ 2000); das ist der Wert, der der StFestsetzung im StBescheid zugrunde gelegen hat. Dies gilt selbst dann, wenn sich dieser Wert als fehlerhaft herausstellt.

**Beispiel 1:** A hat am 3.1.2007 ein unbebautes Grundstück für 100 000 € erworben. Im März 2010 legt er es zum Teilwert von 150 000 € in seinen Gewerbebetrieb ein; er veräußert es aus seinem BV im Februar 2013 zum Preis von 175 000 € (WK werden nicht berücksichtigt).

Den betrieblichen Gewinn in Höhe von 25 000 € (Veräußerungspreis 175 000 € ./. Teilwert bei Einlage 150 000 €) versteuert A gem. § 15. Die Einlage im März 2010 gilt nach Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 als Veräußerung iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, weil die tatsächliche Veräußerung im Februar 2013 – also innerhalb von 10 Jahren seit Anschaffung – erfolgt. Nach Abs. 3 Satz 2 tritt an die Stelle des Veräußerungspreises der Teilwert der Einlage. Damit erzielt A einen Gewinn aus privatem Veräußerungsgeschäft in Höhe von 50 000 € (Teilwert 150 000 € ./. AK 100 000 €); die Besteuerung erfolgt im Zuflusszeitpunkt (s. Anm. 293).

**Abänderung des Beispiels:** A entnimmt das Grundstück im April 2011 aus seinem BV zum Teilwert von 160 000 €; die Veräußerung im Februar 2013 zum Preis von 175 000 € erfolgt somit *aus dem PV*. Die Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 liegen also nicht vor. Nach der Veräußerung im Februar 2013 sind grds. die Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 erfüllt: Anschaffung in 2007 und Veräußerung in 2013; die zwischenzeitlich erfolgte Einlage und Entnahme stehen dem nicht entgegen (s. Anm. 247). Bei Ermittlung des privaten Veräußerungsgewinns bleiben gem. § 23 Abs. 2 die Gewinne außer Ansatz, die in der Zeit der Zugehörigkeit des Grundstücks zum BV – also in der Zeit von März 2010 bis April 2011 – entstanden sind. Es sind also zu versteuern: Im betrieblichen Bereich ein Gewinn von 10 000 € (Entnahme 160 000 € ./. Einlage 150 000 €) und nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ein Gewinn von 65 000 € (nämlich 175 000 € Veräußerungspreis ./. 100 000 € AK und ./. 10 000 € aufgrund des betrieblichen Gewinns gem. § 23 Abs. 2).

**Weitere Abänderung des Beispiels:** A entnimmt das Grundstück im April 2011 mit einem Teilwert von 160 000 € und veräußert es im März 2017 für 175 000 €. Ein privates Veräußerungsgeschäft aufgrund der Anschaffung v. 3.1.2007 liegt nicht vor, da die 10-Jahresfrist überschritten ist (Veräußerung im März 2017). Jedoch gilt die Entnahme aus dem PV im April 2011 gem. Abs. 1 Satz 2 als Anschaffung, so dass insoweit die 10-Jahresfrist erfüllt (Entnahme/Anschaffung in 2011 und Veräußerung in 2017) und ein privates Veräußerungsgeschäft gem. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 iVm. Abs. 1 Satz 2 gegeben ist. Die Entnahme gem. Abs. 3 Satz 3 ist mit dem Teilwert anzusetzen (s. Anm. 303). Der private Veräußerungsgewinn beträgt also 170 000 € Veräußerungspreis ./. 160 000 € Entnahmewert = 10 000 €; er ist im Zuflusszeitpunkt zu versteuern (s. Anm. 293).

**Beispiel 2 (verdeckte Einlage):** B hat ein unbebautes Grundstück im Februar 2006 für (umgerechnet) 80 000 € erworben. Er verkauft es im Juli 2010 an die D-GmbH, deren Alleingesellschafter er ist, zum Preis von 100 000 €. Der gemeine Wert war zu diesem Zeitpunkt auf 500 000 € gestiegen, da das Grundstück Bauland geworden war.

Es liegt eine verdeckte Einlage in Höhe von 400 000 € vor (gemeiner Wert 500 000 € ./. Verkaufspreis 100 000 €). Die D-GmbH hat das Grundstück mit 500 000 € zu bilanzieren und eine Kapitalrücklage in Höhe von 400 000 € auszuweisen.

Die verdeckte Einlage gilt gem. Abs. 1 Satz 5 Nr. 2 als Veräußerung. An die Stelle des Veräußerungspreises tritt nach Abs. 3 Satz 2 der für den Zeitpunkt der Einlage maßgebende gemeine Wert. Danach erzielt B aus privatem Veräußerungsgeschäft (ohne Berücksichtigung von WK) einen Veräußerungsgewinn in Höhe von 420 000 € (gemeiner Wert 500 000 € ./. AK 80 000 €).

Einstweilen frei.

301–302

#### D. An die Stelle der Anschaffungs- oder Herstellungskosten tretende Werte in den Fällen des Abs. 1 Satz 2 (Abs. 3 Satz 3)

303

Gem. Abs. 3 Satz 3 tritt an die Stelle der AHK im Fall

- der Entnahme der Wert nach § 6 Abs. 1 Nr. 4, das ist grds. der Teilwert,
- der Betriebsaufgabe der gemeine Wert (§ 16 Abs. 3).

Nach der Formulierung in Abs. 3 Satz 2 idF StEntG 1999/2000/2002 (jetzt Abs. 3 Satz 3) sollte in allen Fällen an die Stelle der AHK der jeweils „anzusetzende“ Wert treten. Demnach war für die Ermittlung des privaten Veräuße-

rungsgewinns der nach dem Gesetz zutreffende Wert maßgebend, und zwar auch dann, wenn er von dem im EStBescheid tatsächlich angesetzten Wert abwich. Nach einer Änderung dieser Vorschrift durch das StBereinG 1999 – erstmals anzuwenden ab VZ 2000 (§ 52 Abs. 1 idF des StBereinG 1999) – ist bei Ermittlung des privaten Veräußerungsgewinns der „angesetzte“ Wert maßgebend, also auch dann, wenn dieser fehlerhaft war.

Abs. 3 Satz 3 ist anzuwenden, wenn der Entnahmegewinn gem. §§ 14 und 14a, § 16 Abs. 4 sowie § 18 Abs. 3 nicht zur ESt. herangezogen worden ist (BMF v. 5.10.2000, BStBl. I 2000, 1383 Tz. 33). Anders soll es nach BMF v. 5.10.2000 (aaO Tz. 34) sein, wenn der Entnahmegewinn (zB nach § 13 Abs. 5) außer Ansatz bleibt; in diesem Fall soll der Buchwert im Zeitpunkt der Entnahme an die Stelle der AHK treten. Dem kann uE nicht zugestimmt werden; hier handelt es sich um betriebliche Gewinne, die von der ESt. befreit sind.

Zu dem gestrichenen Verweis auf den Antrag nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG s. Anm. 221

304–305 Einstweilen frei.

### 306 **E. Minderung der Anschaffungs- oder Herstellungskosten durch Absetzung für Abnutzung, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen (Abs. 3 Satz 4)**

Nach Abs. 3 Satz 4 sind die AHK um bestimmte Beträge zu mindern; erforderlich ist, dass

- es sich um AfA, erhöhte Absetzungen oder Sonderabschreibungen handelt,
- sie bei der Ermittlung „der Einkünfte iSd. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4–7“ anfallen und
- sie „abgezogen worden sind“.

Liegen diese Voraussetzungen vor, erfolgt die Minderung der AHK des veräußerten WG nur, „soweit“ die genannten Beträge abgezogen worden sind.

**Keine Verfassungswidrigkeit der Regelung:** Im Schrifttum ist zum Teil die Auffassung vertreten worden, Abs. 3 Satz 4 verstoße gegen das Grundgesetz, insbes. gegen Art. 3 Abs. 1 GG (VON BORNHAUPT, BB 2003, 125 ff. [127]). Durch die Vorschrift würden zuvor legal gewährte Steuererminderungen rückgängig gemacht. Es entstehe eine Schlechterstellung gegenüber den Gewinneinkunftsarten. Dem ist der BFH zu Recht nicht gefolgt (BFH v. 21.9.2005 – IX B 90/05, BFH/NV 2006, 55). Die Minderung der AHK durch in Anspruch genommene AfA-Beträge sei eine folgerichtige Ausprägung der Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte. Ebenso wie bei den Gewinneinkünften würden bei § 23 Wertsteigerungen der entsprechenden WG erfasst. Um insoweit eine Gleichbehandlung zu erreichen, müssten auch bei § 23 die geltend gemachten AfA-Beträge berücksichtigt werden. Dem ist in vollem Umfang zuzustimmen.

**Änderung durch Jahressteuergesetz 2009:** Nunmehr hat der Gesetzgeber Abs. 3 Satz 4 durch das JStG 2009 (v. 19.12.2008, BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74) dahingehend geändert, dass auch die Einkünfte iSv. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 in die Regelung einbezogen wurden (zum zeitlichen Anwendungsbereich s. § 52a Abs. 11 Satz 8 nF sowie Anm. 4). Zur Begründung (BTDrucks. 16/10189, 52) wird ausgeführt, dass bisher bei der Gewinnermittlung bei sonstigen Einkünften iSv. § 22 Abs. 3 nur die AK anzusetzen gewesen seien, ohne dass die AfA-Beträge gewinnerhöhend berücksichtigt wurden. Dadurch entstün-

den aber regelmäßig Verluste, die mit dem Zweck der Gewinnermittlung des § 23 Abs. 3, nämlich dem Ansatz der realisierten Gewinne, nicht zu vereinbaren seien. In der Tat war es wenig verständlich, warum lediglich die Einkünfte iSv. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 aus der Regelung des Abs. 3 Satz 4 ausgenommen waren. Auch hier stellte sich wie bei den übrigen Überschusseinkünften das Problem, dass ohne eine Berücksichtigung der AfA eine gegenüber den Gewinneinkunftsarten verzerrte Einkünfteermittlung erfolgte. Deshalb ist es nur folgerichtig, wenn nunmehr eine entsprechende Änderung erfolgt ist. Diese wurde vor allem deshalb praktisch notwendig, weil durch die Anhebung der Frist in Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 auf zehn Jahre in Fällen der Nutzung eines WG als Einkunftsquelle nunmehr Fälle denkbar sind, in denen einerseits AfA geltend gemacht werden können, andererseits ohne Berücksichtigung dieser AfA bei den Veräußerungserlösen ein Veräußerungsverlust entsteht.

**Absetzung für Abnutzung, erhöhte Absetzungen, Sonderabschreibungen:** Hierunter fallen alle AfA und erhöhte Absetzungen iSd. § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7, also auch die Absetzung für außergewöhnliche technische oder wirtschaftliche Abnutzung, nicht aber die Absetzung für Substanzverringerung (diese Absetzung ist keine Absetzung für „Abnutzung“). Die Regelung des Abs. 3 Satz 4 hat nur Bedeutung, soweit AfA, erhöhte Absetzungen und sonstige Abschreibungen nicht im betrieblichen Bereich anfallen.

„Bei der Ermittlung der Einkünfte iSd. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4–7“: Die AHK sind um die AfA, erhöhten Absetzungen und Sonderabschreibungen zu kürzen, die als WK bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit, aus Kapitalvermögen oder aus VuV (Einkünfte gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4–7) anfallen. Bisher waren die AHK nicht zu mindern, wenn AfA vorgenommen wurden auf bewegliche WG, aus denen der Stpfl. Einkünfte gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 iVm. § 22 Nr. 3 (zB bei Vermietung beweglicher WG) bezogen hat. Nach der Neuregelung durch das JStG 2009 (so.) sind nun auch diese Einkünfte erfasst. Nach dem Wortlaut des Abs. 3 Satz 4 fallen unter die von den AHK abzuziehenden Absetzungen allerdings nicht diejenigen Beträge, die „wie Sonderausgaben“ abzuziehen sind (zB Beträge nach § 10e); denn diese Beträge werden nicht „bei der Ermittlung der Einkünfte“ abgezogen (s. hierzu BMF v. 5.10.2000, BStBl. I 2000, 1389 Tz. 40).

„Soweit“ die Beträge „abgezogen worden sind“: Hat ein Stpfl. ein Wahlrecht, Absetzungen geltend zu machen (zB erhöhte Absetzungen nach § 7b, Sonderabschreibungen nach § 4 FördG), nicht ausgeübt, sind Beträge nicht abgezogen worden. Eine Minderung der AHK um die AfA etc. kommt dann nicht in Betracht, weil bei der Einkünfteermittlung tatsächlich kein Abzug vorgenommen wurde. Entspricht die bei der Ermittlung der Einkünfte iSd. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4–7 tatsächlich berücksichtigte AfA nicht den gesetzlichen Vorschriften und ist die darauf beruhende StFestsetzung bestandskräftig oder rechtskräftig, sind uE nach dem Wortlaut des Abs. 3 Satz 4 („abgezogen worden sind“) die AHK des veräußerten WG um den tatsächlich abgezogenen (und nicht um den rechtl. abzuziehenden) Betrag zu mindern. Es ist denkbar, dass sich aufgrund der Ermittlung der Einkünfte ein negativer Gesamtbetrag der Einkünfte oder durch Abzug von Sonderausgaben, außergewöhnlichen Belastungen usw. kein zu versteuerndes Einkommen ergibt. Wirken sich dadurch die AfA, erhöhten Absetzungen oder Sonderabschreibungen hinsichtlich des veräußerten WG estl. nicht oder nicht in voller Höhe aus, kommt uE eine Minderung ihrer AHK nach Abs. 3 Satz 4 *insoweit* nicht in Betracht. Dies gilt wiederum nicht, wenn sich die AfA etc. über einen Verlustabzug in einem anderen VZ auswirken.

**Bei Nutzung eines Raumes des hergestellten Gebäudes für betriebliche oder berufliche Zwecke** (eines häusliches Arbeitszimmers) sind die anteiligen AHK um den auf diesen Raum entfallenden Teil der AfA, erhöhten Absetzungen und Sonderabschreibungen zu kürzen; die Kürzung entfällt, wenn der Abzug der Aufwendungen nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b, § 9 Abs. 5 ausgeschlossen ist; ebenso, wenn der Abzug der BA oder WK nach alter Rechtslage (bis VZ 2006) auf 1 250 € begrenzt ist (so BMF v. 5.10.2000, BStBl. I 2000, 1383 Tz. 39; RISTHAUS, Beil. DB Nr. 13/2000 Rn. 39). Die FinVerw. verstrickt sich durch die in Tz. 39 geäußerte Auffassung allerdings in einen Wertungswiderspruch zu Tz. 21 desselben Schreibens. Dies unterstreicht noch einmal die Zweifelhafteigkeit der in Tz. 21 enthaltenen Aussage (s. dazu Anm. 130).

**Vorbehaltensnießbrauch:** Ist das Grundstück mit einem Vorbehaltensnießbrauch belastet und steht die AfA deshalb Nießbrauchsberechtigten zu, sind die AHK nicht um die AfA zu mindern (HARTMANN/B. MEYER, FR 2001, 757 [761]); denn Abs. 3 Satz 4 ist nur anzuwenden, wenn die AfA-Beträge die Einkünfte des Veräußerers, der Einkünfte aus einem privaten Veräußerungsgeschäft bezogen hat, gekürzt haben.

307–311 Einstweilen frei.

## 312 F. Gewinn und Verlust bei einem Termingeschäft (Abs. 3 Satz 5)

**Ermittlung der steuerpflichtigen Einnahmen:** Für die Ermittlung der stpfl. Einnahmen aus einem Termingeschäft kann – anders als für die privaten Veräußerungsgeschäfte nach Nr. 2 – idR nicht auf einen Anschaffungs- und Veräußerungsvorgang zurückgegriffen werden. Es bedurfte deshalb einer speziellen Regelung zur Ermittlung der stl. Bemessungsgrundlage und des Umfangs der stpfl. Einnahmen. Dazu bestimmt Abs. 3 Satz 5, dass Gewinn oder Verlust bei einem Termingeschäft der Differenz ausgleich oder der durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmte Geldbetrag oder Vorteil abzüglich der WK ist.

**Gewinnbegriff:** Gewinn oder Verlust iSd. Abs. 3 Satz 5 ist die Differenz zwischen dem bei Beendigung des Geschäfts erhaltenen Geldbetrag oder dem Wert des erlangten Vorteils (zB Aktien) einerseits und dem bei Eingehen des Geschäfts an den Geschäftspartner (Emittenten) gezahlten Geldbetrag abzüglich der WK andererseits. Eine bei Erwerb des Optionsrechts gezahlte Optionsprämie muss in diesem Zusammenhang bei wirtschaftlicher Betrachtung gewinnmindernd behandelt werden, denn die Erzielung eines Differenzausgleichs oder Vorteils setzt voraus, dass der Stpfl. sein Optionsrecht einsetzt mit der Folge, dass das Optionsrecht erlischt und der Stpfl. dadurch eine Vermögensminderung erleidet. Diese Vermögensminderung ist somit Voraussetzung für die Erzielung der Einnahmen in Gestalt des Geldbetrags oder Vorteils aus dem Optionsgeschäft. Unter systematischen Gesichtspunkten ist der Abzug einer Optionsprämie als WK allerdings zweifelhaft, weil sie zu den AK des Optionsrechts gehört. Der Gesetzgeber hätte deshalb neben den WK besser auch die AK des zugrundeliegenden Rechts ausdrücklich zum Abzug zulassen sollen.

**Differenzausgleich bei EUREX-Geschäften:** Der stpfl. Differenzausgleich bei EUREX-Geschäften setzt sich aus der Differenz der Summen aller während der Laufzeit des Geschäfts empfangenen und geleisteten Zahlungen im Zeitpunkt der Fälligkeit des Geschäfts (Differenzausgleich) zusammen (BMF v. 27.11.2001, BStBl. I 2001, 986 Tz. 34).

**Steuerpflichtige Einnahmen bei Glattstellung:** Der Gewinn oder Verlust im Fall der Glattstellung eines Ausgangsgeschäfts durch ein Gegengeschäft ergibt sich ebenfalls aus der Differenz der Summen aller während der Laufzeit des Geschäfts empfangenen und geleisteten Zahlungen.

**Ausnahmsweise Lieferung des Basiswerts:** Wird bei einem Termingeschäft ausnahmsweise einmal der zu Grunde liegende Basiswert (Akte oder Schuldverschreibung) geliefert, sind die geleisteten Zahlungen für den Basiswert und die damit zusammenhängenden Nebenkosten (Transaktionskosten) AK des Basiswerts. Erst wenn die gelieferten Aktien oder Schuldverschreibungen innerhalb der Jahresfrist weiterveräußert werden, liegt ein privates Veräußerungsgeschäft nach Nr. 2 vor. Die Lieferung des Basiswerts selbst erfüllt keinen Tatbestand iSd. Nr. 4; auch dann nicht, wenn der Wert des Basiswerts im Lieferungszeitpunkt den Wert des beim Eingehen des Geschäfts gezahlten Geldbetrags übersteigt. Nr. 4 gehört im Rahmen des § 23 zu den Überschusseinkunftsarten, bei denen die Besteuerung nicht realisierter Vermögenszuwächse nicht zulässig ist.

**Gewinn oder Verlust aus der Einlösung (Rückzahlung) eines Zertifikats** ist die Differenz zwischen Rückzahlungsbetrag bzw. Wert der gelieferten Aktie und den AK zzgl. Transaktionskosten bei Anschaffung abzgl. WK (Abs. 3 Satz 5). Die Einkünfte sind im Jahr des Zuflusses des Geldbetrags oder der Lieferung der Aktien zu erfassen. Somit kann es zu einem Auseinanderfallen von Abfluss der AK und WK und Zufluss der Einnahmen kommen. Wird das Zertifikat im Jahr 2007 angeschafft und erst im Jahr 2008 eingelöst (zurückgezahlt), so sind die AK ebenso wie die WK, zB Finanzierungskosten, entgegen ihrem Abfluss im Jahr 2007 erst bei der Ermittlung der Einkünfte 2008 zu berücksichtigen. AK und WK können also nicht als vorweggenommene WK bereits im Jahr 2007 steuermindernd abgezogen werden. Der Wert börsennotierter Wertpapiere ist unter sinngemäßer Anwendung des § 19a Abs. 2 Satz 2 mit dem niedrigsten am Zuflusstag (Liefertag) an einer deutschen Börse gehandelten Kurs anzusetzen (BMF v. 27.11.2001 aaO Tz. 52).

[Anschluss S. E 115]



**Berücksichtigung geldwerter Vorteile bei der Ermittlung des Gewinns bzw. Verlusts:** Werden einem ArbN Optionsrechte, zB Aktienoptionsrechte, vom ArbG zu einem unter dem Marktpreis liegenden Kurs gewährt, stellt sich bei Ausübung oder Veräußerung des Optionsrechts die Frage, ob der in der Minderung des Erwerbspreises liegende geldwerte Vorteil bei der Ermittlung der AK zu berücksichtigen ist. Der geldwerte Vorteil fließt einem ArbN bei Veräußerung oder Ausübung des Optionsrechts zu und ist als Einnahme iSv. § 19 zu erfassen (BFH v. 10.3.1972 – VI R 278/68, BStBl. II 1972, 596; v. 3.7.1999 – VI B 116/99, BStBl. II 1999, 684). Zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung des geldwerten Vorteils, einmal im Rahmen des § 19 und ein zweites Mal im Rahmen des § 23, muss im Fall eines späteren Verkaufs der geldwerte Vorteil den AK bei der Ermittlung der Höhe des privaten Veräußerungsgewinns sowohl nach Abs. 3 Satz 1 als auch nach Satz 5 hinzugerechnet werden. Dies gilt nach BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 Tz. 14, unabhängig davon, ob der geldwerte Vorteil der Besteuerung unterliegt oder wegen des Freibetrags aus § 8 Abs. 3 Satz 2 stfrei bleibt.

Einstweilen frei.

313–315

### G. Freigrenze (Abs. 3 Satz 6)

316

Abs. 3 Satz 6 schreibt vor, dass Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften stfrei bleiben, wenn der aus ihnen erzielte Gesamtgewinn im Kj. weniger als 512 € (früher 1000 DM) beträgt. Diese Regelung ist durch das EStG 1934 in das Gesetz aufgenommen worden und sollte Bagatellfälle von der Besteuerung ausnehmen. Dieser Gesetzeszweck wird durch die seit 1948 eingetretene Geldentwertung nicht mehr erfüllt.

Abs. 3 Satz 6 enthält eine Freigrenze und keinen Freibetrag. Zum Begrifflichen s. § 2 Anm. 515. Dies bedeutet: Sind die Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften in einem VZ 512 € oder höher, unterliegen sie in voller Höhe der ESt. Nur wenn die Einkünfte in einem VZ geringer als 512 € sind, bleiben sie stfrei.

**Gesamtberechnung für alle privaten Veräußerungsgeschäfte:** Für die Anwendung der Freigrenze sind die Einkünfte aus allen privaten Veräußerungsgeschäften zusammenzurechnen. Erzielt also der Stpfl. zB aus drei privaten Veräußerungsgeschäften in demselben Kj. je 300 € Gewinn, hat er den Gesamtgewinn in Höhe von 900 € voll zu versteuern. Durch einen Verlustausgleich nach Abs. 3 Satz 8 (s. Anm. 320) kann der Gesamtgewinn aus privaten Veräußerungsgeschäften auf unter 512 € sinken und damit stfrei sein. Hat zB ein Stpfl. aus einem Geschäft iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 einen Gewinn von 600 € und im selben Jahr aus einem Geschäft iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 einen Verlust von 400 € erzielt, bleibt der Gesamtgewinn in Höhe von 200 € nach Abs. 3 Satz 6 stfrei.

**Zufluss des Veräußerungspreises in mehreren Jahren:** Die Freigrenze des Abs. 3 Satz 6 wird für jeden VZ gewährt; dies gilt auch dann, wenn der Veräußerungspreis in mehreren Jahren zu zahlen ist (zB bei ratenweiser Entrichtung) und der Gewinn aus demselben privaten Veräußerungsgeschäft stammt; ebenso R 169 Abs. 4 Satz 2 EStR 1995; diese Regelung ist in den EStR der Folgejahre entfallen, weil die stl. Behandlung von Veräußerungen gegen wiederkehrende Bezüge und Raten in das BMF-Schr. v. 23.12.1996 (BStBl. I 1996, 1508 Tz. 55 iVm. Tz. 42–49) aufgenommen wurde; daraus kann nicht auf eine Meinungsänderung der FinVerw. geschlossen werden. Wird also der Veräußerungspreis *eines* Geschäfts zB je zur Hälfte im Jahr der Veräußerung und im Jahr danach ge-

zahlt und fällt dadurch im Jahr der Veräußerung ein Veräußerungsgewinn von 250 € und im Jahr danach ein Veräußerungsgewinn von 300 € an, bleiben die Gewinne beider Jahre stfrei (allerdings nur unter der Voraussetzung, dass keine Gewinne aus anderen privaten Veräußerungsgeschäften vorliegen, die zu einem Gesamtgewinn von 512 € oder mehr in einem Jahr führen).

**Ehegatten:** Werden Ehegatten, bei denen die Voraussetzungen der Zusammenveranlagung vorliegen, nach § 26a getrennt veranlagt und hat jeder Ehegatte private Veräußerungsgewinne, so steht jedem Ehegatten die Freigrenze von 512 € (höchstens jedoch bis zur Höhe seines Gesamtgewinns aus privaten Veräußerungsgeschäften) zu. Dies gilt auch, wenn die Ehegatten gem. §§ 26, 26b zusammenveranlagt werden, da die Ehegatten nicht mehr, wie dies früher angenommen wurde, eine „Veranlagungseinheit“ bilden, sondern ihre Einkünfte getrennt ermittelt werden (H 23 „Freigrenze“ EStH 2005).

**Verlustverrechnung:** Zur Gewährung der Freigrenze im Fall der Verlustverrechnung s. Anm. 321.

### 317 H. Zufluss von Gewinnen und Verlusten in den Fällen des Abs. 1 Satz 5 (Abs. 3 Satz 7)

Nach Abs. 1 Satz 5 gelten als Veräußerung iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1

- die Einlage eines WG in das BV, sofern später eine Veräußerung aus dem BV erfolgt und
- die verdeckte Einlage.

Abs. 3 Satz 7 regelt, wann in den vorgenannten Fällen Gewinne oder Verluste zugeflossen sind. Danach sind Gewinne und Verluste anzusetzen

- im Fall des Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 für das Kj., in dem der Preis für die Veräußerung aus dem BV zugeflossen ist, und
- im Fall des Abs. 1 Satz 5 Nr. 2 für das Kj., in dem die verdeckte Einlage erfolgte.

**Fall Abs. 1 Satz 5 Nr. 1:** Der private Veräußerungsgewinn ist in dem Kj. stl. zu erfassen, in dem der Kaufpreis zufließt; wird der Kaufpreis in Teilbeträgen entrichtet, ist der Veräußerungsgewinn erst in dem Kj. anzusetzen, in dem die gezahlten Teilbeträge die (ggf. nach Abs. 3 Satz 4 geminderten) AHK übersteigen (BMF v. 5.10.2000, BStBl. I 2000, 1383 Tz. 36).

**Beispiel:** A erwirbt ein unbebautes Grundstück am 10.1.2007 für 100 000 €, legt es am 15.2.2010 mit einem Teilwert von 130 000 € in sein BV ein und veräußert es am 21.3.2011 aus dem BV für 150 000 €. Der Kaufpreis wird in 2011 und 2012 mit je 75 000 € gezahlt.

A erzielt einen privaten Veräußerungsgewinn nach § 23 in Höhe von 30 000 €, den er im VZ 2012 zu versteuern hat.

Der Auffassung, die eine Aufteilung des Veräußerungserlöses im Verhältnis der zufließenden Raten für möglich hält (s. HARTMANN/MEYER, StBp. 1990, 214; RISTHAUS, Beil. DB Nr. 13/2000 Rn. 36) wird nicht zugestimmt. Denn nach Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 ist die Einlage als Veräußerung anzusehen; die Besteuerung erfolgt nach Veräußerung aus dem BV, so dass ein Gewinn erst entsteht, wenn alle Raten die AK (HK) aufgezehrt haben.

In den Fällen, die in BMF v. 5.10.2000 (BStBl. I 2000, 1383 Tz. 4 Nr. 2–5) behandelt sind (s. hierzu Anm. 247), gelten die Einnahmen in dem Zeitpunkt als zugeflossen, in dem die der Veräußerung aus dem BV gleichgestellten Sachverhalte verwirklicht werden (BMF v. 5.10.2000 aaO Tz. 37 Satz 1).

**Fall des Abs. 1 Satz 5 Nr. 2:** Bei verdeckten Einlagen eines WG in eine Kap-Ges. ist der private Veräußerungsgewinn im Kj. der verdeckten Einlagen zu erfassen (BMF v. 5.10.2000 aaO Tz. 37 Satz 2).

Einstweilen frei.

318–319

## J. Berücksichtigung von Verlusten (Abs. 3 Sätze 8 und 9)

**Schrifttum:** SCHWENDY, Verlustausgleich und Verlustabzug auf neuen Wegen, INF 1998, 737; BERANEK, Verlustabzug und Verlustverrechnung nach dem StEntG 1999/2000/2002, INF 1999, 65; BRANDENBERG, StEntG 1999/2000/2002, BuW 1999, 331; HERZIG/BRIESENMEISER, Zusammenwirken verrechnungsbeschränkender Normen, DB 1999, 1470; KOSSOW, Neuregelung des Verlustausgleichs und Verlustabzugs auf dem Prüfstand, StuW 1999, 573; PAUS, Einschränkung beim Verlustausgleich und Verlustabzug, StWa. 1999, 82; A. SCHMIDT, Die Neuregelung zum Verlust aus GmbH-Anteilen, GmbH-StB 1999, 233; GROSS, Verrechnung von Spekulationsgewinnen 1998?, StuW 2000, 7; SCHULTZE/JANSSEN, Die Freigrenze der privaten Veräußerungsgeschäfte (§ 23 Abs. 3 Satz 6 EStG) beim Verlustrücktrag, FR 2002, 568; WALTER/STÜMPER, Freigrenze für Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften beim Verlustrücktrag als „steuerliches Schnäppchen“?, DStR 2002, 204; HEIDENREICH, Freigrenze des § 23 EStG auch nach einem Verlustrücktrag anwendbar?, NWB F. 3, 12291; GROSS, Neue Rechtsprechung des BFH zu Spekulationsverlusten bei Wertpapiergeschäften in den Jahren vor 1999, StuB 2004, 1016; WERNSMANN/DECHANT, Die Anwendbarkeit der Freigrenze des § 23 Abs. 3 S. 6 EStG beim Verlustrücktrag, FR 2004, 1272; POHL, Die gesonderte Feststellung von Verlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften, DStR 2006, 1308.

### I. Verlustausgleich und Verbot des Verlustabzugs (Abs. 3 Satz 8)

320

**Verlustausgleich (Abs. 3 Satz 8 Halbs. 1):** § 2 Abs. 3 regelt grds. den Verlustausgleich innerhalb einer Einkunftsart und zwischen den einzelnen Einkunftsarten. Für Gewinne und Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften gilt die spezielle Regelung des § 23 Abs. 3 Satz 8. Danach sind Gewinne und Verluste aus allen privaten Veräußerungsgeschäften iSd. Abs. 1 Nr. 1–4 untereinander auszugleichen. Ein Verlustausgleich mit anderen sonstigen Einkünften iSd. § 22 Nr. 1, 1a, 3–5 sowie mit den anderen Einkunftsarten iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 1–6 findet *nicht* statt. Zur grundsätzlichen Verfassungsmäßigkeit und zu Verfassungsfragen der zeitlichen Anwendung s. Anm. 13.

Verluste, die durch Veräußerungsgeschäfte außerhalb der Veräußerungsfrist entstehen, sind nicht ausgleichsfähig, weil in einem solchen Fall kein privates Veräußerungsgeschäft iSd. Abs. 1 und damit keine (positiven oder negativen) Einkünfte aus einer Einkunftsart iSd. § 2 Abs. 1 vorliegen. Auch ein Steuererlass wegen sachlicher Unbilligkeit kommt insoweit nicht in Frage (BFH v. 5.10.1966 – VI 279/65, BStBl. III 1967, 37).

#### ► *Ehegatten:*

- ▷ *Verlustausgleich bei Zusammenveranlagung:* Ehegatten können private Veräußerungsgewinne des einen Ehegatten mit Verlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften des anderen Ehegatten ausgleichen (BMF v. 5.10.2000, BStBl. I 2000, 1383 Tz. 41, unter Hinweis auf BFH v. 6.7.1989 – IV R 116/87, BStBl. II 1989, 787, zu § 15 Abs. 2 idF EStG 1975 und 1977). Der Verlustausgleich unterbleibt, wenn ein Ehegatte einen Veräußerungsverlust und der andere Ehegatte einen Veräußerungsgewinn, der geringer als die Freigrenze von 512 € ist, erzielt hat (BMF v. 5.10.2000 aaO Tz. 41 letzter Satz); in diesem Fall bleibt der Gewinn des anderen Ehegatten

durch Ansatz der Freigrenze stfrei (hierzu kritisch RISTHAUS, DB Beil. Nr. 13/2000 Rn. 41). Übersteigen die privaten Veräußerungsgewinne eines Ehegatten die Freigrenze und hat der andere Ehegatte Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften, sind diese mit den privaten Veräußerungsgewinnen auszugleichen.

- ▷ *Private Veräußerungsgeschäfte zwischen Ehegatten:* Auch Verluste aus solchen Veräußerungsgeschäften können mit Gewinnen aus anderen privaten Veräußerungsgeschäften ausgeglichen werden (glA o.V., DB 1963, 536).
- ▶ *Negative Einnahmen:* Entstehen durch (Teil-) Rückzahlung auf den Kaufpreis negative Einnahmen, mindern diese den Verkaufspreis; s. im Einzelnen Anm. 293 „Änderungen des Verkaufspreises, insbesondere Rückzahlung“.
- ▶ *Anschaffungs- und Herstellungskosten* sind ohne Rücksicht darauf, wann sie abgeschlossen sind, im Jahre des Zuflusses des Veräußerungspreises zu berücksichtigen; s. Anm. 295. Deshalb entstehen Gewinne bei Veräußerung gegen Ratenzahlungen erst, wenn der zugeflossene Veräußerungspreis die AHK übersteigt. Ergibt die Ermittlung der Einkünfte, dass unter Berücksichtigung des künftig zufließenden Veräußerungspreises ein Verlust entsteht, weil die AHK höher als der Veräußerungspreis sind, ist uE dieser Verlust bereits im ersten Jahr, in dem ein Teil des Veräußerungspreises zugeflossen ist, estl. nach Abs. 3 Satz 1 zu erfassen und evtl. entsprechend der Einschränkung des Abs. 3 Satz 8 auszugleichen.

**Beispiel:** Wertpapiere werden am 1.9.2007 für 10 000 € angeschafft und am 1.12.2007 für 9 000 € verkauft. Der Verkaufspreis ist mit 5 000 € am 1.12.2007 und mit 4 000 € am 1.2.2008 zu zahlen. UE ist der Verlust von 1 000 € im VZ 2007 anzusetzen und mit etwaigen im VZ 2007 zu versteuernden Gewinnen aus anderen privaten Veräußerungsgeschäften auszugleichen.

**Verbot des Verlustabzugs (Abs. 3 Satz 8 Halbs. 2):** Abs. 3 Satz 8 Halbs. 2 bestimmt, dass Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften nicht nach § 10d abgezogen werden dürfen. Dieser Grundsatz wird durch die Regelung des Abs. 3 Satz 9 eingeschränkt. Zur grundsätzlichen Verfassungsmäßigkeit und zu Verfassungsfragen der zeitlichen Anwendung s. Anm. 13.

## II. „Die Verluste mindern ... die Einkünfte ...“ (Abs. 3 Satz 9)

Von dem in Abs. 3 Satz 8 Halbs. 2 normierten Grundsatz, dass Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften nicht nach § 10d abgezogen werden dürfen, sieht Abs. 3 Satz 9 eine Ausnahme vor. Nicht nach Abs. 3 Satz 8 ausgeglichene Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften mindern nach Maßgabe des § 10d die Einkünfte, die der Stpf. in dem unmittelbar vorangegangenen VZ oder in den folgenden VZ aus privaten Veräußerungsgeschäften erzielt hat oder erzielt. Ein Verlustabzug kommt also mit allen anderen Einkünften nicht in Frage.

„Nach Maßgabe des § 10d“ werden die Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften rück- oder vorgetragen. Die Formulierung „nach Maßgabe des § 10d“ bedeutet uE, dass die nicht ausgeglichenen Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften gem. § 10d Abs. 1 und 3 in den vorangegangenen VZ zurückgetragen und – soweit sie nicht nach § 10d Abs. 1 abgezogen sind – gem. § 10d Abs. 2 und 3 in die folgenden VZ vorgetragen werden. Der am Schluss eines VZ verbleibende Verlustvortrag ist gem. § 10d Abs. 4 gesondert festzustellen. Dies stellt nunmehr Abs. 3 Satz 9 nF klar (sogleich Anm. 322).

**Abweichend von § 10d** erfolgt die Verrechnung der Verluste nicht vom Gesamtbetrag der Einkünfte vorrangig vor SA, sondern zusammen mit der Ermitt-

lung der Summe der Einkünfte (BMF v. 5.10.2000, BStBl. I 2000, 1383 Tz. 42); dies ergibt sich aus der Formulierung in Abs. 3 Satz 9: „Die Verluste mindern ... die Einkünfte, die der Stpfl. ... erzielt hat oder erzielt“.

**Bei der Zusammenveranlagung von Ehegatten** ist der Verlustabzug gem. § 10d Abs. 1 und 2 getrennt für jeden Ehegatten und anschließend zwischen den Ehegatten durchzuführen (BMF v. 5.10.2000 aaO Tz. 42).

**Freigrenze bei Verlustverrechnung:** Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften eines Ehegatten dürfen mit Gewinnen des anderen Ehegatten verrechnet werden (BMF v. 5.10.2000, BStBl. I 2000, 1383 Tz. 41 f.). Im Zusammenhang mit den Verlustverrechnungsmöglichkeiten in Abs. 3 Sätze 8 und 9 stellt sich die Frage, ob die Freigrenze nach Abs. 3 Satz 6 vor oder nach einem eventuell möglichen Verlustausgleich zwischen den Ehegatten zu berücksichtigen ist. Die Freigrenze bei der Zusammenveranlagung von Ehegatten steht jedem Ehegatten höchstens bis zur Höhe seines Gesamtgewinns aus privaten Veräußerungsgeschäften iSd. § 23 zu (s. Anm. 316). UE ist die Freigrenze nach einem eventuell durchzuführenden Verlustausgleich zu berücksichtigen, denn erst nach dem Verlustausgleich steht der „Gesamtgewinn“ des Stpfl. für diesen VZ fest. Dies gilt auch bei einer Verrechnung im Rahmen des Rück- oder Vortrags nach Maßgabe des § 10d, denn der Verlustrück- oder -vortrag erfolgt bei Einkünften mit beschränkten Verlustverrechnungsmöglichkeiten im Bereich der Einkunftsermittlung und nicht im Sonderausgabenbereich; ebenso WALTER/STÜMPER, DStR 2002, 204; HEIDENREICH, NWB F. 3, 12291; aA BFH v. 11.1.2005 – IX R 27/04, BStBl. II 2005, 433; BMF v. 25.10.2004, BStBl. I 2004, 1034 Tz. 52; SCHULTZE/JANSSEN, FR 2002, 568; WERNSMANN/DECHANT, FR 2004, 1272.

**Beispiel 1:** A erzielt in 2007 stpfl. private Veräußerungsgewinne aus einer Grundstücksveräußerung iHv. 50 000 € und aus Veräußerungen von WG iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 iHv. 20 000 €. Seine Ehefrau B hat Verluste aus Termingeschäften iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 iHv. 69 500 €.

Gem. Abs. 3 Satz 8 dürfen die Verluste der Ehefrau im Rahmen des horizontalen Verlustausgleichs mit den Gewinnen des Ehemannes ausgeglichen werden. Bei nachfolgender Anwendung der Freigrenze bleibt kein stpfl. Gewinn.

**Beispiel 2:** A hat in 2007 einen privaten Veräußerungsgewinn iHv. 5 000 €, der bei der Veranlagung in die Einkunftsvermittlung nach § 2 Abs. 3 als positive Einkünfte mit einbezogen worden ist. In 2008 erzielt er einen privaten Veräußerungsverlust iHv. 4 500 €.

Der Veräußerungsverlust kann in 2008 nicht ausgeglichen werden, da eine Verrechnung nur mit gleichartigen positiven Einkünften möglich ist (Abs. 3 Satz 8). Da A jedoch in 2007 einen privaten Veräußerungsverlust erzielt hat, ist gem. Abs. 3 Satz 9 ein Rücktrag möglich. Im Rahmen des horizontalen Verlustausgleichs beträgt der Gesamtgewinn des A aus privaten Veräußerungsgeschäften danach in 2007 nur noch 500 €. Dieser Betrag liegt unter der Freigrenze des Abs. 3 Satz 6 mit der Folge, dass der Betrag stfrei bleibt (s. auch WALTER/STÜMPER, DStR 2002, 204).

### III. „§ 10d Abs. 4 gilt entsprechend“

322

Die Vorschrift wurde durch das SStEG v. 7.12.2006 (BGBl. I 2006, 2782; BStBl. I 2007, 4) an Abs. 3 Satz 9 angefügt. Sie stellt eine Reaktion auf das Urteil des BFH v. 22.9.2005 – IX R 21/04 (BStBl. II 2007, 158) dar, das die Anwendbarkeit des § 10d Abs. 4 auf Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften abgelehnt hatte. Der BFH vertrat die Auffassung, dass sich eine gesonderte Feststellung der Verluste weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus den entsprechenden Materialien herleiten lasse. Für eine entsprechende Anwendung des § 10d Abs. 4 sei kein Raum. Vielmehr sei über die Verrechenbarkeit erst im Jahr

der Entstehung entsprechender positiver Einkünfte zu entscheiden. Das Urteil ist wegen der mit ihm einhergehenden praktischen Schwierigkeiten und wegen des Widerspruchs zur Regelungsabsicht des Verlustfeststellungsverfahrens zu Recht kritisiert worden (ausführlich POHL, DStR 2006, 1308). Es hat einen Nichtanwendungserlass des BMF (Erlass v. 14.2.2007, BStBl. I 2007, 268) nach sich gezogen. Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber nunmehr Klarheit geschaffen hat. Ohne eine gesonderte Feststellung würden Stpfl. und FinVerw. vor schwerwiegende Vollzugsprobleme gestellt. Alle Informationen und Nachweise müssten über einen längeren Zeitraum, der unter Umständen auch Jahrzehnte betragen könnte, vorgehalten werden. Zu den Einzelheiten des Feststellungsverfahrens s. § 10d Anm. 120 ff.

323–349 Einstweilen frei.

### 350 ABC zu den privaten Veräußerungsgeschäften

**Abfluss von Werbungskosten:** s. Anm. 294.

**Absetzung für Abnutzung:** s. Anm. 306.

**Abtretung des Anspruchs auf Übereignung:** s. Anm. 83.

**Ausland:** Die Verbringung von Gegenständen aus dem Ausland in das Inland ist keine Anschaffung (RFH v. 31.7.1940, RStBl. 1940, 884; s. auch Anm. 16).

**Ausschlagung einer Erbschaft:** s. Anm. 236.

**Bedingung:** Zu Verträgen mit aufschiebenden oder auflösenden Bedingungen s. Anm. 53 und 57.

**Dingliche Erfüllung:** s. Anm. 54, 61.

**Eigenleistungen:** s. Anm. 283.

**Einziehung von Forderungen** ist nach hM eine Veräußerung (s. Anm. 141).

**Enteignung** ist uE keine Veräußerung (s. näher Anm. 73); s. auch „Rückübertragung enteigneter Wirtschaftsgüter“.

#### **Erbbaurecht:**

► *Erwerb des Erbbaurechts:* Zur Frage, ob der Erwerb eines Erbbaurechts eine Anschaffung iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 ist, s. Anm. 85.

► *Beendigung des Erbbaurechts:*

▷ *Grund und Boden:* Ebenso wie die Bestellung eines Erbbaurechts keine (teilweise) Veräußerung des Grund und Bodens ist (s. Anm. 48), ist die entgeltliche Ablösung des Erbbaurechts keine teilweise Anschaffung des Grund und Bodens. Bei Veräußerung des Grund und Bodens vor Ablauf von zehn Jahren nach der Ablösung des Erbbaurechts liegt also kein privates Veräußerungsgeschäft vor.

▷ *Gebäude:* Mit Beendigung des Erbbaurechts wird der Grundstückseigentümer auch Eigentümer des Gebäudes.

– Zahlt der Grundstückseigentümer keine Entschädigung, erfolgt der Erwerb des Gebäudes unentgeltlich, so dass aus diesem Grund eine Anschaffung iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 nicht gegeben ist.

– Zahlt der Eigentümer eine Entschädigung, ist danach zu unterscheiden, ob oder inwieweit die Entschädigung für den Wegfall des Erbbaurechts oder für den Erwerb des Eigentums am Gebäude gezahlt wird:

- Soweit die Zahlung für die Beendigung des Erbbaurechts erfolgt, liegt keine Leistung vor, die für die Besteuerung nach Abs. 1 erheblich ist (s.o.).
- Soweit die Entschädigung auf das Gebäude entfällt, liegt uE eine Anschaffung iSd. Abs. 1 vor, sofern die Beendigung vertraglich vereinbart worden ist. Anderenfalls wird das Gebäude aufgrund des gesetzlich bestehenden Heimfallanspruchs kraft Gesetzes erworben (Entschädigungsanspruch beruht bei Beendigung durch Zeitablauf auf § 27 ErbbauVO); es ist deshalb in diesem Fall keine Anschaffung iSd. Abs. 1 gegeben; s. Anm. 97.

▷ *Erwerb des Grundstücks durch den Erbbauberechtigten*: Kauft ein Erbbauberechtigter das Grundstück und veräußert er es nach Löschung des Erbbaurechts innerhalb der Veräußerungsfrist, so ist bei der Gewinnermittlung nach Abs. 3 der Wert des Erbbaurechts unberücksichtigt zu lassen (FG Ba.-Württ. v. 30.9.1992, EFG 1993, 293, rkr.).

**Erhaltungsaufwendungen**: s. Anm. 283, 289.

**Ersatzbeschaffung** ist im Fall der Enteignung oder der Veräußerung unter Zwang unter bestimmten Voraussetzungen weder eine Anschaffung noch eine Veräußerung (s. Anm. 73, 75, 94).

**Formwechselnde Umwandlungen (§§ 226 ff. UmwG)** führen zu keinen Veräußerungsgeschäften iSd. § 23 (s. auch Anm. 146 „Tausch von Wertpapieren“).

**Fremdwährungsgeschäfte**: s. Anm. 146, 150, 272.

**Halbeinkünfteverfahren**: Die Hälfte des Veräußerungspreises iSd. Abs. 3 ist bei der Veräußerung von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören, stfrei (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. j); s. § 3 Nr. 40 Anm. 175 ff. Anschaffungs- und Veräußerungskosten oder WK, die mit den vorgenannten Einnahmen wirtschaftlich zusammenhängen, dürfen bei der Ermittlung der Einkünfte nur zur Hälfte abgezogen werden (§ 3c Abs. 2); s. § 3c Anm. 40 ff.; BMF v. 12.6.2002, BStBl. I 2002, 647; hierzu Anm. 161.

**Identität von Wirtschaftsgütern**: s. „Nämlichkeit von Wirtschaftsgütern“.

**Kapitalherabsetzung**: Die Herabsetzung des Kapitals einer KapGes. und eine Rückzahlung sind uE keine Veräußerung (s. aber Anm. 141).

**Kaufangebot des Kaufwilligen** ist grds. keine Anschaffung (s. Anm. 67).

**Kaufoption** bezüglich eines Grundstücks ist ein WG iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2; s. Anm. 83.

**Leistung an Erfüllungs statt**: s. Anm. 54.

**Liebhabelei**: s. Anm. 146 aE, 271.

**Liquidation**: Die Rückgewähr von Kapital aufgrund der Liquidation einer KapGes. ist uE keine Veräußerung (s. Anm. 141).

**Meistgebot**: Die Abgabe des Meistgebots im Zwangsversteigerungsverfahren ist für den Eigentümer als Veräußerung und für den Meistbietenden als Anschaffung anzusehen (s. Anm. 76, 93). Hatte der Meistbietende bereits vor Abgabe des Meistgebots einen schuldrechtl. Anspruch auf Übertragung des Grundstücks, so ist dieser Anspruch nicht identisch mit dem Anspruch aus dem Meistgebot (BFH v. 28.6.1977 – VIII R 30/74, BStBl. II 1977, 827); bei Abtretung des Anspruchs aus dem Meistgebot richtet sich der Anschaffungszeitpunkt also nicht nach dem Entstehen des schuldrechtl. Übertragungsanspruchs, sondern nach dem Zeitpunkt der Abgabe des Meistgebots.

**Nämlichkeit von Wirtschaftsgütern:** Nur wenn das angeschaffte WG mit dem veräußerten WG identisch ist, liegt ein privates Veräußerungsgeschäft vor (s. Anm. 110 f., 153 f.).

**Negative Wirtschaftsgüter:** s. Anm. 130.

**Nießbrauch:** s. „Vorbehaltsnießbrauch“.

**Rückerstattungsgesetz:** s. „Rückübertragung enteigneter Wirtschaftsgüter“.

**Rückgängigmachung von Verträgen** führt grds. dazu, dass eine Anschaffung oder Veräußerung nicht gegeben ist (s. Anm. 57, 92).

**Rückübertragung enteigneter Wirtschaftsgüter** ist keine Anschaffung iSd. Abs. 1; s. Anm. 98.

**Rückzahlung des Veräußerungspreises:** s. Anm. 293, 320.

**Schuldzinsen:** s. Anm. 289.

**Schwebende Unwirksamkeit des Vertrags:** s. Anm. 53.

**Teilentgeltliche Rechtsgeschäfte:** s. Anm. 236.

**Umlegungsverfahren:** Werden Grundstücke im Umlegungsverfahren abgegeben oder erworben, liegt keine Anschaffung oder Veräußerung vor (s. Anm. 73 aE und 97).

**Veräußerung von Ersatzwirtschaftsgütern:** s. „Ersatzbeschaffung“.

**Veräußerung unter Zwang:** s. Anm. 75.

**Verdeckte Gewinnausschüttungen:** s. Anm. 93, 276.

**Verlust eines Wirtschaftsguts** (zB durch Feuer, Verlieren, Diebstahl usw.) ist keine Veräußerung. Die dafür evtl. empfangene Entschädigung führt zu keinem privaten Veräußerungsgewinn.

**Verschmelzung (§§ 2 ff. UmwG)** ist keine Veräußerung iSd. § 23 (s. Anm. 146 „Tausch von Wertpapieren“).

**Vorbehaltsnießbrauch:** s. Anm. 231, 272, 275. Vgl. hierzu auch HARTMANN/MEYER, FR 2000, 757.

**Vorkaufsrecht:** Die Einräumung eines Vorkaufsrechts begründet für sich allein keine Veräußerung oder Anschaffung (s. Anm. 68).

**Vorvertrag:** Ein rechtl. wirksamer Vorvertrag kann eine Anschaffung oder Veräußerung sein (s. im Einzelnen Anm. 52, 95).

**Wiederkauf** ist für den Wiederkäufer eine Anschaffung (s. Anm. 92) und für den Wiederverkäufer eine Veräußerung.

**Wirtschaftliches Eigentum:** s. Anm. 48.

**Zahlungsunfähigkeit:** Wird bei Ratenzahlung der Veräußerungspreis uneinbringlich, ist der ursprüngliche StBescheid nach § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO zu berichtigen; s. Anm. 272 „Stundung“.

**Zugewinngemeinschaft:** Durch die Zugewinngemeinschaft (s. zum Begriff § 2 Anm. 180) entsteht kein gemeinschaftliches Vermögen (Eigentum). Nach Beendigung des Güterstands ist der Wert des während der Ehe erzielten Zugewinns unter den Ehegatten auszugleichen. Dazu gewährt das bürgerliche Recht entsprechende Zahlungsansprüche (§ 1378 BGB). Der Erwerb dieser Ansprüche ist kein entgeltliches Geschäft. Werden aber WG in Erfüllung dieser Ansprüche von einem Ehegatten auf den anderen übertragen, sind die Voraussetzungen eines entgeltlichen Erwerbs gegeben (s. Anm. 231). Nach OFD Frankf. v. 5.2.2001 (FR 2001, 322, mit Beispielen) ist die Übertragung eines WG (insbes. eines Grundstücks) zur Tilgung eines Zugewinnausgleichsanspruchs iSd. § 1378 BGB

eine Leistung an Erfüllung statt (s. dazu Anm. 54) und damit iSd. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 für den Übertragenden eine Veräußerung und für den Erwerber eine Anschaffung, ggf. auch teilentgeltliche Veräußerung oder Anschaffung; s. hierzu PRINZ/OMMERBORN, FR 2001, 977 (991); aA TIEDTKE, DB 2003, 1471 ff.; zur Schenkung eines Grundstücks unter Ehegatten s. HOLLENDER/SCHLÜTTER, DStR 2002, 1932 ff.; Gestaltungsüberlegungen bei ARENS, FPR 2003, 426 ff.; HERRMANN/GROBSHÄUSER, FPR 2005, 146 ff.; KENSBOCK/MENHORN, DStR 206, 1073 ff.

**Zweckgebundene Zuwendungen:** s. Anm. 231 „Erwerb mit zweckgebundenen Mitteln“.

