

## § 3 Nr. 40

## [Teileinkünfteverfahren]

idF des EStG v. 19.10.2002 (BGBl. I 2002, 4210; BStBl. I 2002, 1209),  
 zuletzt geändert durch UntStReformG 2008 v. 14.8.2007  
 (BGBl. I 2007, 1912; BStBl. I 2007, 630)

Steuerfrei sind

...

40. 40 Prozent

- a) der Betriebsvermögensmehrungen oder Einnahmen aus der Veräußerung oder der Entnahme von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9 gehören, oder an einer Organgesellschaft im Sinne der §§ 14, 17 oder 18 des Körperschaftsteuergesetzes, oder aus deren Auflösung oder Herabsetzung von deren Nennkapital oder aus dem Ansatz eines solchen Wirtschaftsguts mit dem Wert, der sich nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 ergibt, soweit sie zu den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, aus Gewerbebetrieb oder aus selbständiger Arbeit gehören. <sup>2</sup>Dies gilt nicht, soweit der Ansatz des niedrigeren Teilwertes in vollem Umfang zu einer Gewinnminderung geführt hat und soweit diese Gewinnminderung nicht durch Ansatz eines Wertes, der sich nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 ergibt, ausgeglichen worden ist. <sup>3</sup>Satz 1 gilt außer für Betriebsvermögensmehrungen aus dem Ansatz mit dem Wert, der sich nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 ergibt, ebenfalls nicht, soweit Abzüge nach § 6b oder ähnliche Abzüge voll steuerwirksam vorgenommen worden sind,
- b) des Veräußerungspreises im Sinne des § 16 Abs. 2, soweit er auf die Veräußerung von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen entfällt, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9 gehören, oder an einer Organgesellschaft im Sinne der §§ 14, 17 oder 18 des Körperschaftsteuergesetzes. <sup>2</sup>Satz 1 ist in den Fällen des § 16 Abs. 3 entsprechend anzuwenden. <sup>3</sup>Buchstabe a Satz 3 gilt entsprechend,
- c) des Veräußerungspreises oder des gemeinen Wertes im Sinne des § 17 Abs. 2. <sup>2</sup>Satz 1 ist in den Fällen des § 17 Abs. 4 entsprechend anzuwenden,
- d) der Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 und der Einnahmen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 9. <sup>2</sup>Dies gilt für sonstige Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 und der Einnahmen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 9 zweiter Halbsatz nur, soweit sie das Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert haben (§ 8 Abs. 3 Satz 2 des Körperschaftsteuergesetzes). <sup>3</sup>Satz 1 Buchstabe d Satz 2 gilt nicht, soweit die verdeckte Gewinnausschüttung das Einkommen einer dem Steuerpflichtigen nahe stehenden Person erhöht hat und § 32a des Körperschaftsteuergesetzes auf die Veranlagung dieser nahe stehenden Person keine Anwendung findet,
- e) der Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 2,

- f) der besonderen Entgelte oder Vorteile im Sinne des § 20 Abs. 3, die neben den in § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe a bezeichneten Einnahmen oder an deren Stelle gewährt werden,
- g) des Gewinns aus der Veräußerung von Dividendenscheinen und sonstigen Ansprüchen im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe a,
- h) des Gewinns aus der Abtretung von Dividendenansprüchen oder sonstigen Ansprüchen im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe a in Verbindung mit § 20 Abs. 2 Satz 2,
- i) der Bezüge im Sinne des § 22 Nr. 1 Satz 2, soweit diese von einer nicht von der Körperschaftsteuer befreiten Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse stammen.
- j) (weggefallen)

<sup>2</sup>Dies gilt für Satz 1 Buchstabe d bis h nur in Verbindung mit § 20 Abs. 8.

<sup>3</sup>Satz 1 Buchstabe a, b und d bis h ist nicht anzuwenden für Anteile, die bei Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten nach § 1a des Kreditwesengesetzes dem Handelsbuch zuzurechnen sind; Gleiches gilt für Anteile, die von Finanzunternehmen im Sinne des Gesetzes über das Kreditwesen mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolges erworben werden. <sup>4</sup>Satz 3 zweiter Halbsatz gilt auch für Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens.

Autoren: Dr. Alois **Nacke**, Richter am FG, Hannover  
(Allg. Erl., Satz 1 Buchst. c)

Dipl.-Finanzwirt Jens **Intemann**, Richter am FG, Hannover  
(Satz 1 Buchst. a, b, d–j, Sätze 2–4)

Mitherausgeber: Prof. Dr. Johanna **Hey**, Köln

### Inhaltsübersicht

Allgemeine Erläuterungen

	Anm.		Anm.
<b>A.</b> Grundinformation . . . . .	1		
<b>B.</b> Rechtsentwicklung . . . . .	2		
<b>C.</b> Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit			
I. Steuerpolitische Rechtfertigung für Ersetzung des Anrechnungsverfahrens durch das Halbeinkünfteverfahren – Europarechtswidrigkeit des Anrechnungsverfahrens . . . . .	4	<b>II.</b> Steuerpolitische Begründung für die Ersetzung des Halbeinkünfteverfahrens durch das Teileinkünfteverfahren . . . . .	5
		<b>III.</b> Steuersystematische Bedeutung des Halbeinkünfteverfahrens	
		1. Rechtssystematische Bedeutung bei laufenden Erträgen . . . . .	7
		2. Rechtssystematische Bedeutung bei Veräußerungserträgen	

	Anm.		Anm.
a) Ausgestaltung des Halbeinkünfteverfahrens durch den Gesetzgeber . . . . .	9	2. Geltung bei beschränkter Steuerpflicht . . . . .	27
b) Systematische Einordnung und Kritik . . . . .	10		
<b>IV. Steuersystematische Bedeutung des Teileinkünfteverfahrens . . . . .</b>	<b>13</b>	<b>E. Verhältnis zu anderen Vorschriften</b>	
<b>V. Verfassungsmäßigkeit des Halbeinkünfteverfahrens</b>		<b>I. Verhältnis zu § 3 Nr. 41 . . . . .</b>	<b>30</b>
1. Überblick . . . . .	15	<b>II. Verhältnis zu § 3c Abs. 2 . . . . .</b>	<b>31</b>
2. Verletzung des Gleichheitssatzes		<b>III. Verhältnis zu § 6b Abs. 10</b>	
a) Ungleichbehandlung der verschiedenen Einkunftsarten . . . . .	16	1. Allgemeines . . . . .	32
b) Keine Rechtfertigung aus sachlichen Gründen . . . . .	17	2. Übertragung auf ein Gebäude oder abnutzbares bewegliches Wirtschaftsgut . . . . .	33
3. Steuerfreistellung des Existenzminimums . . . . .	18	3. Übertragung auf Anteile an Kapitalgesellschaften . . . . .	34
4. Änderungen durch das SEStEG . . . . .	19	4. Bildung einer Rücklage . . . . .	35
<b>VI. Verfassungsmäßigkeit des Teileinkünfteverfahrens . . . . .</b>	<b>23</b>	<b>IV. Verhältnis zu § 16 . . . . .</b>	<b>37</b>
<b>D. Geltungsbereich</b>		<b>V. Verhältnis zu § 17 . . . . .</b>	<b>38</b>
<b>I. Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich . . . . .</b>	<b>25</b>	<b>VI. Verhältnis zu § 20 . . . . .</b>	<b>39</b>
<b>II. Anwendung bei Auslandsbeziehungen</b>		<b>VII. Verhältnis zu § 34 . . . . .</b>	<b>40</b>
1. Geltung bei Investitionen unbeschränkt Steuerpflichtiger im Ausland . . . . .	26	<b>VIII. Verhältnis zu § 34c . . . . .</b>	<b>41</b>
		<b>IX. Verhältnis zu Zuschlagsteuern . . . . .</b>	<b>42</b>
		<b>X. Verhältnis zum GewStG</b>	
		1. Gewerbeertrag bei natürlichen Personen . . . . .	45
		2. Gewerbeertrag bei Personengesellschaften . . . . .	46
		<b>F. Verfahrensfragen . . . . .</b>	<b>48</b>

**Erläuterungen zu Satz 1 Buchst. a:  
Veräußerung von Anteilen an Körperschaften,  
Personenvereinigungen und Vermögensmassen  
sowie gleichgestellte Vorgänge**

	Anm.		Anm.
<b>A. Veräußerung und Entnahme von Anteilen (Satz 1)</b>		b) Entnahme einbringungsgeborener Anteile iSd. § 21 Abs. 1 UmwStG aF . . . . .	55
<b>I. Überblick . . . . .</b>	<b>50</b>	c) Verdeckte Einlage . . . . .	56
<b>II. Betriebsvermögensmehrungen und Einnahmen . . . . .</b>	<b>51</b>	d) Überführung von Anteilen in eine ausländische Betriebsstätte . . . . .	57
<b>III. Veräußerung und Entnahmen von Anteilen</b>		e) Gewinn nach § 6 Abs. 5 Satz 4 . . . . .	58
1. Veräußerung . . . . .	53		
2. Entnahme von Anteilen			
a) Grundsatz . . . . .	54		

	Anm.
3. Veräußerung oder Entnahme von Anteilen einer Organgesellschaft iSd. §§ 14, 17 oder 18 KStG .....	59
<b>IV. Anteile an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 9</b>	
1. Anteile .....	63
2. Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9 .....	64
<b>V. Auflösung der Gesellschaft oder Herabsetzung des Nennkapitals .....</b>	66
<b>VI. Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, selbständiger Arbeit und Gewerbebetrieb .....</b>	67
<b>VII. Rechtsfolge .....</b>	68
<b>B. Behandlung teilwertberechtigter Anteile (Buchst. a Satz 2)</b>	

	Anm.
I. Grundsatz: Betriebsvermögensmehrung aus Wertaufholung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 zu 40 % befreit. . . . .	70
II. Ausnahme bei früherer Abschreibung nach altem Recht (Satz 1 Buchst. a Satz 2) . . . . .	71
<b>C. Berücksichtigung von Abzügen nach § 6b und ähnliche Abzüge (Satz 1 Buchst. a Satz 3)</b>	
I. Veräußerung und Entnahme von Anteilen .....	74
II. Abzüge nach § 6b und ähnliche Abzüge .....	75
III. Abzug voll steuerwirksam ..	76
IV. Berücksichtigung einer Wertaufholung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 .....	77
V. Rechtsfolge von Satz 1 Buchst. a Satz 3 .....	78

**Erläuterungen zu Satz 1 Buchst. b:  
Veräußerung von Anteilen im Rahmen des § 16**

	Anm.
<b>A. Veräußerung von Anteilen bei Betriebsveräußerung im Ganzen gem. § 16 Abs. 1</b>	
<b>I. Vorbemerkung .....</b>	80
<b>II. Veräußerungspreis iSd. § 16 Abs. 2</b>	
1. Veräußerungsvorgänge des § 16 Abs. 1 .....	81
2. Veräußerung einbringungsgeborener Anteile	
a) Anwendung der Steuerbefreiung des Satzes 1 Buchst. b . . .	82
b) Ersatztatbestände des § 21 Abs. 2 UmwStG aF. ....	83
c) Entnahme einbringungsgeborener Anteile .....	84
3. Veräußerungen iSd. §§ 14 und 18 Abs. 3 .....	85
4. Veräußerung von einbringungsgeborenen Anteilen, die durch Über-	

	Anm.
tragung eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs oder eines freiberuflichen Unternehmens entstanden sind . . .	86
<b>III. Aufteilung des Veräußerungspreises („soweit er ... entfällt“) .....</b>	90
<b>IV. Anteile an Körperschaft, Personenvereinigung und Vermögensmasse, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören .</b>	91
<b>V. Rechtsfolge .....</b>	92
<b>B. Entsprechende Behandlung des Aufgabeerlöses (Satz 1 Buchst. b Satz 2) ..</b>	95
<b>C. Entsprechende Anwendung von Satz 1 Buchst. a Satz 3 (Satz 1 Buchst. b Satz 3) ..</b>	96

**Erläuterungen zu Satz 1 Buchst. c:  
Beteiligungsverkäufe iSd. § 17**

	Anm.		Anm.
<b>I. Überblick</b> .....	100		
<b>II. Veräußerungspreis und gemeiner Wert (Buchst. c Satz 1)</b>			
1. Veräußerungspreis iSd. § 17 Abs. 2 .....	101	4. Keine Geltung der Sperrfristen der Sätze 3 und 4 aF .....	104
2. Gemeiner Wert iSd. § 17 Abs. 1 Satz 2 .....	102	5. Freibetrag gem. § 17 Abs. 3 .....	105
3. Verdeckte Gewinnausschüttung .....	103	<b>III. Entsprechende Behandlung in den Fällen des § 17 Abs. 4 (Buchst. c Satz 2)</b> .....	108

**Erläuterungen zu Satz 1 Buchst. d:  
Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9**

	Anm.		Anm.
<b>I. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 (Satz 1 Buchst. d Satz 1)</b>		<b>III. Einnahmen iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 9</b> .....	121
1. Bezüge .....	110	<b>IV. Sonderbehandlung verdeckter Gewinnausschüttungen (Satz 1 Buchst. d Satz 2)</b>	
2. Offene Gewinnausschüttung (Dividende)		1. Vorbemerkung .....	125
a) Offene Gewinnausschüttung .....	111	2. Voraussetzungen für die Steuerfreistellung einer verdeckten Gewinnausschüttung	
b) Herkunft der Ausschüttung .....	112	a) Sonstige Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 .....	126
c) Steuerliches Einlagekonto nach § 27 KStG .....	113	b) Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 Halbs. 2 .....	127
d) Kein Progressionsvorbehalt .....	114	c) Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert .....	128
3. Verdeckte Gewinnausschüttungen .....	115	3. Rechtsfolge .....	129
4. Bezüge von ausländischen Gesellschaften ..	116	<b>V. Rückausnahme bei Dreieckskonstellationen (Satz 1 Buchst. d Satz 3)</b> .....	135
5. Organschaft .....	117		
<b>II. Anteile an einer Gesellschaft</b> .....	120		

**Erläuterungen zu Satz 1 Buchst. e:  
Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2**

	Anm.		Anm.
I. Tatbestandsvoraussetzungen	140	II. Rechtsfolge .....	141

Erläuterungen zu Satz 1 Buchst. f:  
 Besondere Entgelte und Vorteile  
 iSv. § 20 Abs. 3 . . . . . 145

Erläuterungen zu Satz 1 Buchst. g:  
 Einnahmen aus der Veräußerung von Dividenden-  
 schein und sonstigen Ansprüchen iSd.  
 § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a . . . . 150

Erläuterungen zu Satz 1 Buchst. h:  
 Einnahmen aus der Abtretung von Dividenden-  
 ansprüchen oder sonstigen Ansprüchen iSd.  
 § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a . . . . 155

Erläuterungen zu Satz 1 Buchst. i:  
 Bezüge iSd. § 22 Nr. 1 Satz 2 . . . . . 160

Erläuterungen zu Satz 1 Buchst. j aF:  
 Veräußerungspreis iSd. § 23 Abs. 3

	Anm.		Anm.
I. Überblick . . . . .	165	1. Veräußerung . . . . .	167
II. Veräußerungspreis iSd. § 23 Abs. 3 . . . . .	166	2. Anteile an Körper- schaft, Personenverei- nigung oder Vermögen- masse, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören . . . .	168
III. Veräußerung von Anteilen an Körperschaft, Perso- nenvereinigung oder Ver- mögenmasse, deren Lei- stungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören			

Erläuterungen zu Satz 2:  
 Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens im  
 Rahmen der Gewinneinkünfte . . . . . 170

Erläuterungen zu Sätzen 3 und 4:  
 Eigenhandel von Kreditinstituten, Finanzdienst-  
 leistungsinstituten und Finanzunternehmen

	Anm.		Anm.
I. Überblick . . . . .	175	2. Kreditinstitute und Finanzdienstleistungs- institute . . . . .	177
II. Inländische Kredit- und Finanzdienstleistungsins- titute (Satz 3 Halbs. 1)		3. Anteile, die dem Handels- buch zuzurechnen sind . .	178
1. „Satz 1 Buchst. a, b und d–h ist nicht anzuwenden“	176	4. Rechtsfolge . . . . .	179

Anm.	<p><b>III. Finanzunternehmen iSd. KWG (Satz 3 Halbs. 2)</b></p> <p>1. Finanzunternehmen . . . . 180</p> <p>2. Mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung</p>	<p>eines Eigenhandels- erfolgs erworben . . . . . 181</p> <p><b>IV. Kreditinstitute und Finanzunternehmen in EU oder EWR (Satz 4) . . . . 185</b></p>	Anm.
------	--	---	------

**Erläuterungen zu Sätzen 3 und 4 aF:  
Missbrauchsklausel bei einbringungsgeborenen  
Anteilen iSd. § 21 Abs. 1 UmwStG aF**

Anm.	<p><b>I. Allgemeine Erläuterungen</b></p> <p>1. Zeitliche Anwendung der Missbrauchsklauseln . 190</p> <p>2. Steuersystematische Beurteilung der Vorschriften . . . . . 191</p> <p><b>II. Ausschluss einbringungsgeborener Anteile vom Halbeinkünfteverfahren (Satz 3 aF)</b></p> <p>1. Veräußerung einbringungsgeborener Anteile und vergleichbare Vorgänge iSd. Satzes 1 Buchst. a und b . . . . . 195</p> <p>2. Entstehen einbringungsgeborener Anteile . . . . . 196</p> <p>3. Rechtsfolge . . . . . 197</p> <p><b>III. Rückausnahme für einbringungsgeborene Anteile iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 und § 23 Abs. 1–3 UmwStG aF (Satz 4 Buchst. a aF)</b></p> <p>1. Überblick . . . . . 200</p> <p>2. Vorgang iSd. Satzes 1 Buchst. a und b . . . . . 201</p> <p>3. Sperrfrist von sieben Jahren . . . . . 202</p> <p>4. Behandlung im Fall einer Antragsbesteuerung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG aF</p> <p>a) Antrag auf Besteuerung nach § 21 Abs. 2</p>	<p>Satz 1 Nr. 1 UmwStG aF . . . . . 205</p> <p>b) Sieben-Jahres-Zeitraum . . . . . 206</p> <p><b>IV. Rückausnahme für einbringungsgeborene Anteile iSv. § 20 Abs. 1 Satz 2 und § 23 Abs. 4 UmwStG aF (Satz 4 Buchst. b aF)</b></p> <p>1. Überblick . . . . . 210</p> <p>2. Einbringungsgeborene Anteile iSd. §§ 20 Abs. 1 Satz 2 und 23 Abs. 4 UmwStG aF</p> <p>a) Einbringung nach § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG aF . . . . . 211</p> <p>b) Einbringung nach § 23 Abs. 4 UmwStG aF . . . . . 212</p> <p>c) Einbringung im Rahmen einer Einbringung iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 bzw. § 23 Abs. 1–3 UmwStG aF . . . . . 213</p> <p>3. Ausnahme für einbringungsgeborene Anteile, die ursprünglich durch eine Einbringung iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 oder § 23 Abs. 1–3 UmwStG aF entstanden sind . . . . . 215</p>	Anm.
------	---	--	------



## Allgemeine Erläuterungen

**Schrifttum:** WENDT, Spreizung von Körperschaftsteuersatz und Einkommensteuersatz als verfassungsrechtliches Problem, in Festschr. Friauf, 1996, 857; HEY, Die Brähler Empfehlungen zur Reform der Unternehmensbesteuerung, BB 1999, 1192; ERLE/SAUTER (Hrsg.), Reform der Unternehmensbesteuerung. Kommentar zum Steuersenkungsgesetz mit Checklisten und Materialien, Köln 2000; GROTHERR, Das neue Körperschaftsteuersystem mit Anteilseignerentlastung bei der Besteuerung von Einkünften aus Beteiligungen, BB 2000, 849; MAIER/DAL BOSCO, Unternehmenssteuerreform 2000: Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften durch natürliche Personen im Veranlagungszeitraum 2001, DStR 2000, 1763; PWC DEUTSCHE REVISION (Hrsg.), Unternehmenssteuerreform 2001 – Analyse aller wesentlichen Änderungen mit Praxishinweisen, Gestaltungsempfehlungen und Checklisten, Freiburg i. Br. 2000; RAUPACH, Perspektiven für den Steuerstandort Deutschland, StuW 2000, 341; SCHAUMBURG/RÖDDER (Hrsg.), Unternehmenssteuerreform 2001: Gesetze – Materialien – Erläuterungen, München 2000; SEEGER, Die verdeckte Gewinnausschüttung und das Halbeinkünfteverfahren, StuB 2000, 667; VAN LISHAUT, Die Reform der Unternehmensbesteuerung aus Gesellschaftersicht, StuW 2000, 182; STRAHL, Einbringungsgeborene Anteile: Probleme und Gestaltungsmöglichkeiten, KÖSDI 2001, 12728; WENDT, Betriebsaufgabe/-veräußerung wegen Alters – Voraussetzungen für den halben Steuersatz ab VZ 2001, EStB 2001, 57; DÖRSCH, Übergang vom Anrechnungsverfahren zum Halbeinkünfteverfahren – Gesamtdarstellung der Übergangsregelungen, in HERZIG (Hrsg.), Unternehmenssteuerreform, Köln 2002, 52; DÖTSCH/PUNG, Erstmalige Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens und letztmalige Anwendung des Anrechnungsverfahrens auf Auflösungsgewinne/-verluste i. S. von § 17 Abs. 4 EStG, DB 2002, 173; ERNST & YOUNG/BDI, Die Fortentwicklung der Unternehmenssteuerreform, Bonn 2002; INTEMANN/NACKE, Besteuerung von Veräußerungsgewinnen natürlicher Personen nach dem Halbeinkünfteverfahren, NWB F. 3, 12067; MÜLLER-GATERMANN, Halbeinkünfteverfahren – Grundsatzfragen und Anwendungsprobleme, in HERZIG (Hrsg.), Unternehmenssteuerreform, Köln 2002, 37; NACKE/INTEMANN, Ausgewählte Probleme des Halbeinkünfteverfahrens, DB 2002, 756; BAREIS, Probleme mit der Hälfte, BB 2003, 1006; INTEMANN, Beratungsschwerpunkte nach Einführung des Halbeinkünfteverfahrens, NWB F. 3, 12603 (2003); DESENS, Das Halbeinkünfteverfahren – Eine theoretische, historische, systematische und verfassungsrechtliche Würdigung, Köln 2004; PATZ, Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens auf einbringungsgeborene Anteile, FR 2004, 561; ENGLISCH, Dividendenbesteuerung – Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben im Vergleich der Körperschaftsteuersysteme Deutschlands und Spaniens, Köln 2005; ENGLISCH, Verfassungsrechtliche und steuersystematische Kritik der Abgeltungssteuer, StuW 2007, 221; HARENBERG/IRMER, Die Besteuerung privater Kapitaleinkünfte, 4. Aufl. Herne/Berlin 2007; HEUERMANN, Verfassungsrechtliche Prüfung des Halbabzugsverbots nach § 3c Abs. 2 EStG, StBp. 2007, 346; INTEMANN, Einbeziehung von Dividenden in die Abgeltungssteuer verfassungswidrig?, DB 2007, 1658; INTEMANN, Zur Verfassungsmäßigkeit des Halbabzugsverbots nach § 3c Abs. 2 EStG, DB 2007, 2797; INTEMANN, JStG 2007: Die korrespondierende Besteuerung von verdeckten Gewinnausschüttungen, GStB 2007, 341; HOMBURG, Das Halbeinkünfteverfahren und die Kirchensteuer, FR 2008, 153; INTEMANN, Anforderungen an den Nachweis ausländischer Körperschaftsteuer, NWB F. 4, 5263).

### A. Grundinformation

1

**Halbeinkünfteverfahren/Teileinkünfteverfahren:** Mit dem StSenkG hat der Gesetzgeber einen Systemwechsel bei der Besteuerung von KapGes. und ihren Anteilseignern vorgenommen. Der Wechsel vom kstl. Anrechnungsverfahren zur Definitivbesteuerung mit niedrigerem KStSatz wurde ergänzt durch die hälftige StBefreiung der mit KSt. vorbelasteten Einnahmen des Anteilseigners. Mit dem UntStReformG 2008 wurde der Gewinn einer Körperschaft deutlich niedriger belastet, so dass auch auf der Ebene des Anteilseigners eine Absenkung der StBefreiung von Gewinnausschüttungen und Veräußerungsgewinnen erfolg-

te. Statt der Hälfte werden nunmehr (ab VZ 2009) 40 % dieser Gewinne stbefreit. Nr. 40 regelt, für welche Einnahmen die StBefreiung gilt. Weil die anteilige StBefreiung der Einnahmen durch § 3c Abs. 2 mit einer anteiligen Kürzung der zugehörigen Ausgaben des Anteilseigners verbunden ist, wird der Begriff des Halbeinkünfteverfahrens bzw. Teileinkünfteverfahrens für die Besteuerung beim Anteilseigner verwendet. Das Halbeinkünfteverfahren kam unabhängig davon zur Anwendung, ob die Einnahmen oder Vermögenmehrungen in einem BV oder in einem PV anfielen. Mit Einführung der Abgeltungsteuer durch das UntStReformG 2008 ist die Gleichbehandlung von Einnahmen aus Anteilen im Privat- und Betriebsvermögen aufgegeben worden. Das Teileinkünfteverfahren wird durch die Neufassung des Satzes 2 auf Kapitaleinkünfte im betrieblichen Bereich sowie auf die Veräußerung von Anteilen iSv. § 17 beschränkt.

**Begriff Halb-/Teileinkünfteverfahren, Halb-/Teileinnahmeverfahren, Halb-/Teilabzugsverfahren, Veräußerungsprivileg und Dividendenprivileg:** Das Gesetz verwendet zwar den Begriff „Halbeinkünfteverfahren“ bzw. „Teileinkünfteverfahren“ selbst nicht; jedoch haben sich diese Begriffe schon im Gesetzgebungsverfahren etabliert. Sie werden *im engeren Sinn* für das Besteuerungsverfahren der Einkünfte aus der Beteiligung an insbes. KapGes. auf der Ebene des Anteilseigners, der eine natürliche Person ist, angewandt. *Im weiteren Sinne* beziehen sie auch die Besteuerung auf der Ebene der KapGes. mit ein und erfassen begrifflich auch die StFreistellung des Anteilseigners gem. § 8b KStG, wenn dieser eine Körperschaft ist. Der weite Begriff des Halbeinkünfteverfahrens resultierte daraus, dass die ausschüttende Körperschaft selbst einer definitiven KSt. von 25 % unterlag, die näherungsweise der Hälfte des EStSatzes entsprach, so dass die Gewinnausschüttung der Körperschaft bei dem Anteilseigner auch nur zur Hälfte der ESt. unterworfen wurde (vgl. BTDrucks. 14/2683, 94). Durch die Herabsetzung der KStBelastung durch das UntStReformG 2008 von 25 % auf 15 % war es erforderlich, die EStBelastung zu erhöhen, so dass das Halbeinkünfteverfahren zu einem Teileinkünfteverfahren fortentwickelt werden musste (BTDrucks 16/4841, 46). Nr. 40 regelt nur die teilweise StBefreiung der Einnahmen (Ausnahme ist jedoch Satz 1 Buchst. g und h idF des UntStReformG 2008, wonach nicht 40 % der Einnahmen, sondern des Gewinns stfrei gestellt sind), so dass im Prinzip insoweit von einem „Halbeinnahmeverfahren“ bzw. „Teileinnahmeverfahren“ gesprochen werden kann. Dagegen wird in § 3c Abs. 2 bestimmt, dass auch die Ausgaben im Hinblick auf die Anteile an insbes. KapGes. nur anteilig abgezogen werden können. Insoweit kann man von einem „Halbabzugsverfahren“ bzw. „Teilabzugsverfahren“ sprechen. Diese begriffliche Aufteilung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens in ein Halb-/Teileinnahme- und ein Halb-/Teilabzugsverfahren ist auch unter dem Gesichtspunkt gerechtfertigt, dass die jeweiligen Bestimmungen letztlich keine systematische Einheit bilden (an anderer Stelle wurde schon auf die daraus resultierenden Probleme hingewiesen, s. NACKE/INTEMANN, DB 2002, 756).

In einen größeren Zusammenhang gestellt spricht man bei den Sonderbehandlungen von Anteilsveräußerungen insbes. nach Nr. 40 Satz 1 Buchst. a, b und c und nach § 8b Abs. 2 KStG und bestimmten gleichgestellten Vorgängen von einem „Veräußerungsprivileg“. Soweit Dividenden stfrei vereinnahmt werden (§ 8b Abs. 1 KStG; § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d) bezeichnet man die Behandlung dieser Erträge als „Dividendenprivileg“. Es handelt sich jedoch bei diesen Bezeichnungen nicht um Steuervergünstigungen, sondern allein um eine steuerrechtliche Begriffsbildung (s. VAN LISHAUT in HERZIG, Unternehmenssteuerreform, 2002, 196 mwN).

## B. Rechtsentwicklung

**Frühere Vorschrift § 3 Nr. 40:** Die frühere Vorschrift Nr. 40 wurde 1974 gestrichen (zum Inhalt s. BGBl. I 1958, 672; BStBl. I 1958, 661).

**StSenkG v. 23.10.2000** (BGBl. I 2000, 1433; BStBl. I 2000, 1428): Mit dem StSenkG wurde Nr. 40 neu eingeführt. Eine Vorgängervorschrift hierzu gab es nicht. Die Reform der Unternehmensbesteuerung, die im Hinblick auf den Übergang vom Anrechnungsverfahren zum Halbeinkünfteverfahren einen wesentlichen Niederschlag in der Schaffung der Nr. 40 für die Besteuerung der natürlichen Personen gefunden hatte, beruhte auf den Beschlüssen der Brühler Reformkommission (vgl. BMF-Schriftenreihe Heft 66, 1999; Thesen abgedruckt in FR 1999, 580). Diese war von der BReg. eingesetzt worden. Das Reformvorhaben wurde umgesetzt in einen Entwurf eines StSenkG v. 15.2.2000 (BT-Drucks. 14/2683 u. 14/3074). Nr. 40 wurde im Zusammenhang mit § 3c Abs. 2 EStG und § 8b KStG geschaffen.

► *Zeitlicher Anwendungsbereich der neu eingeführten Nr. 40:* Das neue Recht gilt für offene Gewinnausschüttungen auf Grund eines Gewinnausschüttungsbeschlusses bei in 2001 endenden Wj. ab 2002 bzw. bei abweichenden in 2002 endenden Wj. ab 2003. Für sonstige Gewinnausschüttungen (vGA, echte Vorabauschüttungen) ein Jahr früher (also 2001 bzw. 2003). Für Veräußerungserträge gilt Nr. 40 erst für Veräußerungen ab VZ 2002 (§ 52 Abs. 4a Nr. 2 EStG iVm. § 34 Abs. 1 KStG aF); ausführlich BMF v. 6.11.2003, BStBl. I 2003, 575 mit Anm. DÖTSCH, DStR 2003, 1997; hier Voraufgabe in Lfg. 212 Anm. 37–59, abgelegt im elektronischen Archiv unter [www.hhr.otto-schmidt.de](http://www.hhr.otto-schmidt.de).

**Ges. zur Änderung des InvZulG 1999 v. 20.12.2000** (BGBl. I 2000, 1850; BStBl. I 2001, 28): Im Rahmen dieses Reformgesetzes wurde noch vor Inkrafttreten des StSenkG die zunächst vorgesehene Behaltefrist von einem Jahr gem. Nr. 40 Satz 5 idF des StSenkG gestrichen und das Halbeinkünfteverfahren für Veräußerungsgewinne und Dividenden für Anteile, die für den kurzfristigen Eigenhandel bei Banken und Finanzdienstleistern vorgesehen sind, für nicht anwendbar erklärt (BTDrucks. 14/4626, 13). Der Grund für die Änderung war, dass Gewinne aus unterjährig verkauften Anteilen nicht generell, sondern nur beim kurzfristigen Eigenhandel der Banken und Finanzdienstleister vom Halbeinkünfteverfahren ausgeschlossen werden sollten.

**UntStFG v. 20.12.2001** (BGBl. I 2001, 3858; BStBl. I 2002, 35):

► *Erfassung von Anteilen an Organgesellschaften:* Die Vorschrift erfuhr in Satz 1 Buchst. a sowie Buchst. b jeweils eine weitere Ergänzung. Danach sind zur Hälfte auch stfrei Einnahmen aus der Veräußerung und Entnahme von Anteilen an OG (Buchst. a) sowie der Teil des Veräußerungspreises iSd. § 16 Abs. 2, der auf eine OG entfällt (s. hierzu BMF v. 26.8.2003, BStBl. I 2003, 437).

► *Einbringungsgeborene Anteile:* Für einbringungsgeborene Anteile wurde die Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens außerhalb der Siebenjahresfrist (Satz 4 Buchst. a) für den Fall aufgehoben, in dem innerhalb der Frist ein Entstrickungsantrag nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG gestellt wird. Es sollte damit verhindert werden, dass die volle StPflcht aus der Veräußerung von einbringungsgeborenen Anteilen während der 7-Jahres-Frist umgangen wird (s. BR-Drucks. 638/01, 47; zur Kritik vgl. HAUN in ERNST & YOUNG/BDI, UntStFG, 2002, B Rn. 122). In Satz 4 Buchst. b wurde die Rückausnahme vom Ausschluss des Halbeinkünfteverfahrens jetzt auch auf mehrheitsvermittelnde Beteiligungen an EU-KapGes. erweitert, was vorher vergessen worden war.

**Gesetz zur Umsetzung der neu gefassten Bankenrichtlinie und der neu gefassten Kapitaladäquanzrichtlinie v. 17.11.2006** (BGBl. I 2006, 2606; BStBl. I 2007, 2): In Satz 5 (jetzt Satz 3) wird wegen einer Änderung des KWG nicht mehr auf § 1 Abs. 12 KWG, sondern auf § 1a KWG verwiesen.

**SEStEG v. 7.12.2006** (BGBl. I 2006, 2782; BStBl. I 2007, 4):

► *Ausschluss der Steuerbefreiung bei bestimmten Abzügen in Satz 1 Buchst. a:* Satz 1 Buchst. a wird um einen neuen Satz 3 ergänzt, der die hälftige StBefreiung ausschließt, wenn Abzüge nach § 6b oder ähnliche Abzüge voll steuerwirksam vorgenommen worden sind.

► *Ausschluss der Steuerbefreiung bei bestimmten Abzügen in Buchst. b:* Nach einem neuen Satz 3 in Buchst. b gilt der Ausschlussatbestand dort entsprechend.

► *Aufhebung der Sätze 3 und 4:* Darüber hinaus werden die Sätze 3 und 4 aufgehoben, weil mit der Neuregelung des Einbringungsteils des UmwStG einbringungsgeborene Anteile abgeschafft wurden.

► *Redaktionelle Anpassung in Satz 4:* Im neuen Satz 4 wird aufgrund der Streichung der alten Sätze 3 und 4 nicht mehr auf Satz 5, sondern auf Satz 3 verwiesen.

► *Zeitlicher Geltungsbereich:* Die Neuregelung ist nach § 52 Abs. 1 Satz 1 idF des Ges. zum Einstieg in ein stl. Sofortprogramm v. 22.12.2005 ab dem VZ 2006 anzuwenden, zur Verfassungsmäßigkeit s. Anm. 19. § 52 Abs. 1 Satz 1 findet auf die Änderungen des Satzes 1 Buchst. a und b Anwendung, da der Gesetzgeber keine eigenständige Anwendungsregel geschaffen hat. Zur Aufhebung der Sätze 3 und 4 aF hat das SEStEG eine eigene Anwendungsregel in § 52 Abs. 4b Satz 2 geschaffen. Danach gelten die Sätze 3 und 4 aF für Anteile, die einbringungsgeboren iSd. UmwStG aF sind.

**JStG 2007 v. 13.12.2006** (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28): Die hälftige StFreistellung von laufenden Beteiligungserträgen gem. Satz 1 Buchst. d wird für vGA davon abhängig gemacht, dass das Einkommen der leistenden Körperschaft insoweit nicht gemindert wurde (neuer Satz 2). Die Anwendung des neu eingeführten Satzes 2 wird für bestimmte Dreiecksverhältnisse insbes. mit Auslandsbezug wieder ausgeschlossen (neuer Satz 3).

► *Zeitlicher Geltungsbereich:* Nach § 52 Abs. 4b Satz 2 sind die neuen Sätze 2 und 3 des Satzes 1 Buchst. d erstmals auf vGA anzuwenden, die nach dem 18.12.2006 zufließen. Maßgeblich ist daher der Zeitpunkt des Zuflusses, dh. der Zeitpunkt, in dem der Anteilseigner wirtschaftlich über die vGA verfügen kann (vgl. auch DJPW/PUNG, vor § 3 Nr. 40 EStG Rn. 10).

**UntStReformG 2008 v. 14.8.2007** (BGBl. I 2007, 1912; BStBl. I 2007, 630):

► *Absenkung der Steuerbefreiung:* Wegen der Absenkung des KStSatzes auf 15 % werden nur noch 40 % der Einnahmen im Einleitungssatz stfrei gestellt.

► *Klarstellung in Satz 1 Buchst. a und b:* Gewinnrealisierungen aus Anteilen an Körperschaften iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 unterliegen dem Teileinkünfteverfahren (BTDrucks. 16/4841, 46).

► *Redaktionelle Anpassung in Satz 1 Buchst. f, b:* Aufgrund der Änderungen in § 20 EStG wird in Buchst. f nicht mehr auf die Einnahmen gem. „§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1“, sondern auf die Einnahmen iSd. „§ 20 Abs. 3“ verwiesen. In Buchst. h wird nicht mehr allein Bezug genommen auf § 20 Abs. 2 Satz 2, sondern auf § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a iVm. § 20 Abs. 2 Satz 2.

► *Gewinn statt Einnahmen:* In Satz 1 Buchst. g und h werden nicht mehr die Einnahmen, sondern der Gewinn zu 40 % stfrei gestellt.

- ▶ *Aufhebung von Satz 1 Buchst. j:* Satz 1 Buchst. j wird aufgehoben, weil Einnahmen gem. § 23 nach Einführung der Abgeltungsteuer nicht mehr in den Anwendungsbereich des Teileinkünfteverfahrens fallen.
- ▶ *Nur noch Erfassung betrieblicher Einkünfte:* Nach Satz 2 ist das Teileinkünfteverfahren nur noch auf betriebliche Einkünfte anzuwenden. Mit der Einführung der Abgeltungsteuer ist eine Besteuerung privater Einkünfte, die der Abgeltungsteuer unterliegen, nicht mehr vorgesehen. Daher wird das Wort „auch“ durch das Wort „nur“ ersetzt und der Verweis auf die Subsidiaritätsvorschrift des § 20 Abs. 8 in seiner Neufassung angepasst.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Nach § 52a Abs. 3 Satz 1 sind die Änderungen des § 3 Nr. 40 durch das UntStReformG 2008 erstmals ab dem VZ 2009 anzuwenden. Nach § 52a Abs. 3 Satz 2 ist abweichend von Satz 1 § 3 Nr. 40 in der bisherigen Fassung bei Veräußerungsgeschäften, bei denen § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 in der bis zum 31.12.2008 anzuwendenden Fassung nach dem 31.12.2008 Anwendung findet, weiterhin gültig. Nach § 52a Abs. 11 Satz 4 ist § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 in der bisherigen Fassung noch für Veräußerungsgeschäfte anzuwenden, bei denen die veräußerten Anteile vor dem 1.1.2009 erworben wurden. Maßgeblich ist uE das obligatorische Rechtsgeschäft und nicht der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (ebenso DJPW/PUNG, vor § 3 Nr. 40 EStG Rn. 18). Es handelt sich hierbei um Wertpapiere, die vor dem 1.1.2009 angeschafft wurden und deren Veräußerungserlöse im Jahr 2009 wegen der Veräußerungsfrist von einem Jahr noch stpfl. sind. In diesem Fall soll auch noch das bisherige Halbeinkünfteverfahren angewandt werden (vgl. BTDrucks. 16/4841, 72). Dagegen wird für die Veräußerung von Beteiligungen iSd. § 17 keine Übergangsregelung geschaffen (STADLER/ELSER in BLUMENBERG/BENZ, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 63). Diese unterliegen ab dem 1.1.2009 dem Teileinkünfteverfahren.

Einstweilen frei.

3

## C. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit

### I. Steuerpolitische Rechtfertigung für Ersetzung des Anrechnungsverfahrens durch das Halbeinkünfteverfahren – Europarechtswidrigkeit des Anrechnungsverfahrens

4

Das Halbeinkünfteverfahren geht zurück auf die Brühler Empfehlungen. Die Kommission versprach sich vom Halbeinkünfteverfahren insbes. eine durchgreifende Vereinfachung, die Vermeidung von Missbräuchen sowie eine europarechtskonforme Besteuerung grenzüberschreitender Vorgänge (Brühler Empfehlungen, BMF-Schriftenreihe Heft 66, 1999, 50 f.). Darüber hinaus war mit dem StSenkG eine deutliche StEntlastung der Unternehmen beabsichtigt (BTDrucks. 14/2683, 94). Dieses sollte durch die Senkung des KStSatzes auf 25 % in Kombination mit dem Halbeinkünfteverfahren erreicht werden (BTDrucks. 14/2683, 95). Das Halbeinkünfteverfahren war eine der Säulen des Reformkonzepts. Obwohl an dem Systemwechsel kurz vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens noch massive Kritik von Politikern und Wissenschaftlern geäußert worden war (vgl. zB Handelsblatt v. 28.6.2000, 63; SIEGEL/BAREIS/HERZIG/SCHNEIDER/WAGNER/WENGER, BB 2000, 1269), blieb das Halbeinkünfteverfahren unverändert. Entgegen vielfachen Erwartungen wurde dem StSenkG v. 6.7.2000 auf der Sitzung des BRat am 14.7.2000 zugestimmt.

**Beseitigung der Missbrauchsanfälligkeit des Anrechnungsverfahrens:** Das Anrechnungsverfahren war insbes. missbrauchsanfällig im Hinblick auf den in der Praxis fehlenden Abgleich zwischen gezahlter KSt. und ihrer Anrechnung. Eine Verprobung der angerechneten KSt. mit der abgeführten KSt. erfolgte in der Praxis zumeist nicht. In Einzelfällen konnte festgestellt werden, dass höhere KStGuthaben geltend gemacht wurden, als tatsächlich gezahlt worden waren (BTDrucks. 14/2683, 94). Darüber hinaus war das Anrechnungsverfahren missbrauchsanfällig, weil es die Fälle des sog. Dividendenstrippings förderte. Die gesetzgeberischen Maßnahmen in § 50c hatten nicht den erhofften Erfolg gebracht. Diese Nachteile des Anrechnungsverfahrens sollten beim Halbeinkünfteverfahren durch die Einmalbelastung entfallen (BTDrucks. 14/2683, 94). Das Problem des Dividendenstripping besteht aber auch im Halbeinkünfteverfahren fort. Vgl. zur Kritik an dieser Begründung CREZELIUS, DB 2000, 1631.

**Europarechtswidrigkeit des Anrechnungsverfahrens:** Das bisherige Anrechnungsverfahren war national und daher binnenorientiert. Eine mangelhafte Europatauglichkeit sah der Gesetzgeber in der fehlenden Anrechnung über die Grenze: Zwar waren ausländ. Dividenden nach dem Anrechnungsverfahren beim inländ. Anteilseigner zu versteuern; jedoch konnte dabei die ausländ. KSt. nicht angerechnet werden. Umgekehrt konnte der ausländ. Anteilseigner die KSt. auf eine inländ. Dividende nicht anrechnen lassen. Diese Nachteile hätten zwar auch innerhalb des bisherigen Systems auf bilateraler oder multilateraler Ebene behoben werden können, indem eine Anrechnung der KSt. kombiniert mit einem überstaatlichen Ausgleich eingeführt worden wäre. Dieses Vorhaben war aber in absehbarer Zeit nicht zu realisieren, wie schon die angestrebte Einführung des Ursprungslandprinzips bei der USt. mit überstaatlichem Ausgleich zeigt. Das Halbeinkünfteverfahren beseitigte diese Benachteiligung. Dividenden inländ. und ausländ. Unternehmen werden nach dem Halbeinkünfteverfahren beim inländ. Stpfl. gleichbehandelt. Nur die Hinzurechnungsbesteuerung kann noch nachteilig wirken (vgl. zur Kritik an dieser Begründung CREZELIUS, DB 2000, 1631; SPENGLER/JAEGER/MÜLLER, IStR 2000, 257; GROTHERR, BB 2000, 850; HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 19. Aufl. 2008, § 11 Rn. 17).

**Entscheidung des EuGH:** Die Europarechtswidrigkeit des Anrechnungsverfahrens ist mittlerweile gerichtlich geklärt. Der EuGH hat in der Rechtssache Meilicke die Europarechtswidrigkeit des deutschen Anrechnungsverfahrens bestätigt (EuGH v. 6.3.2007 – Rs. C-292/04, BFH/NV 2007, Beil. 3, 273). Schon 2004 hatte der EuGH in der Rechtssache Maninnen zum finnischen Anrechnungsverfahren, das dem deutschen Anrechnungsverfahren ähnelt, die gleiche Rechtsauffassung vertreten (EuGH v. 7.9.2004 – Rs. C-319/02, IStR 2004, 680).

► *Rechtsfolgen aus der EuGH-Entscheidung:* Die Rechtsfolgen, die sich aus der Europarechtswidrigkeit ergeben, sind letztlich noch nicht geklärt. Feststehen dürfte aber, dass die EuGH-Entscheidung für alle nicht bestandkräftigen Fälle gilt. Ob bei Einreichung einer StBescheinigung der ausländ. Gesellschaft nach § 44 KStG aF auch bei bestandkräftigen Bescheiden eine Änderung nach § 175 Abs. 2 AO erfolgen kann, ist wegen der Neuregelung in § 175 Abs. 2 Satz 2 durch das EURLÜmsG problematisch (s. zu den Rechtsfolgen und Kritik bzgl. der EuGH-Entscheidung Meilicke INTEMANN, NWB F. 4, 5263; HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 19. Aufl. 2008, § 11 Rn. 17 mwN).

**Vereinfachung:** Die Vereinfachung durch das Halbeinkünfteverfahren liegt insbes. darin, dass auf der Ebene der Körperschaft eine Einmalbesteuerung so-

wohl bei der Thesaurierung als auch bei der Ausschüttung der Gewinne in gleicher Höhe erfolgt. Die umfangreiche Gliederungsrechnung des Anrechnungsverfahrens entfällt. Weiterhin entfällt die Anrechnung auf der Ebene des Anteilseigners. Dies hat zur Folge, dass das Bescheinigungsverfahren vereinfacht wird (BTDrucks. 14/2683, 94).

## II. Steuerpolitische Begründung für die Ersetzung des Halbeinkünfteverfahrens durch das Teileinkünfteverfahren

5

Die Ersetzung des Halbeinkünfteverfahrens durch das Teileinkünfteverfahren durch das UntStReformG 2008 folgt aus der Herabsetzung des KStSatzes von 25 % auf 15 %. Mit der Herabsetzung des StSatzes sollte die Attraktivität des Standortes Deutschland für Direktinvestitionen gesteigert werden (BT/Drucks. 16/4841, 31). Gleichzeitig war damit auch erforderlich, das Halbeinkünfteverfahren anzupassen. Die StFreistellung war auf der Anteilseignerebene zu reduzieren, denn die Gesamtbelastung auf Unternehmens- und Anteilseignerebene war mit dem Halbeinkünfteverfahren nicht mehr zu „rechtfertigen“ (BT/Drucks. 16/4841, 46). Dies sollte mit einer StFreistellung auf Anteilseignerebene von 40 % erreicht werden. Die insoweit sich ergebende Steuererhöhung führt aber in der Gesamtbelastung bei einem Spitzensteuersatz von 45 % zu einer Verringerung. So verringert sich die Gesamtbelastung einschließlich Solidaritätszuschlag von 53,21 % auf 49,82 % im Spitzensteuersatz (45 %) ab dem VZ 2009 (s. BTDrucks. 16/4841, 46); vgl. zB EISGRUBER, Der Konzern 2008, 343.

Einstweilen frei.

6

## III. Steuersystematische Bedeutung des Halbeinkünfteverfahrens

### 1. Rechtssystematische Bedeutung bei laufenden Erträgen

7

**Systematische Einordnung:** Die StBefreiung der laufenden Erträge stellt der Sache nach keine Begünstigung iS einer Sozialzweckbefreiung dar (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 69/05, BStBl. II 2008, 551). Die lediglich hälftige Erfassung der Ausschüttungen soll vielmehr die definitive Belastung mit KSt. auf der Ebene der Gesellschaft berücksichtigen und eine Doppelbesteuerung vermeiden. Dem Gesellschafter wird somit kein echtes Steuerprivileg gewährt (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 69/05, BStBl. II 2008, 551; SCHÖN, StuW 2000, 151 [154]). Vielmehr ist die Begünstigung notwendige Folge der definitiven Belastung des Gewinns mit KSt.

**Abzugsbeschränkung systemwidrig:** Das Halbeinkünfteverfahren soll sicherstellen, dass der Gewinn, betrachtet man die Besteuerung der Gesellschaft und die des Gesellschafters als Einheit, nur einmal besteuert wird. Mit diesem Konzept ist es nicht vereinbar, dass der Gesetzgeber den Abzug von Aufwendungen, die mit dem Dividendenbezug in Zusammenhang stehen, nur zur Hälfte zulässt. Zwar mag es auf den ersten Blick einleuchtend erscheinen, dass der Abzug von Aufwendungen, die mit stfreien Einnahmen im Zusammenhang stehen, entsprechend begrenzt wird. Dies entspricht dem allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz, die Gewährung doppelter Steuervorteile zu vermeiden (BFH v. 14.11.1986 – VI R 209/82, BStBl. II 1989, 351). Dabei wird aber übersehen, dass die Besteuerung des Gesellschafters nicht isoliert zu betrachten ist. Denn der Gesetzgeber selbst ist bei der Ausgestaltung des Halbeinkünfteverfahrens von einer in-

tegrierenden Betrachtung der verschiedenen Besteuerungsebenen ausgegangen (BTDrucks. 14/2683, 94). Da in die Betrachtung somit die Vorbelastung mit KSt. einzubeziehen ist, müssen die Beteiligungsaufwendungen unbeschränkt abziehbar sein, da der Gewinn in voller Höhe besteuert wird (vgl. zur Kritik HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 19. Aufl. 2008, § 11 Rn. 15 mwN).

**Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip:** Die Abzugsbeschränkung verstößt somit gegen das verfassungsrechtl. Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit – insbes. gegen das daraus abgeleitete objektive Nettoprinzip (BIRK, StuW 2000, 328 [331]; SCHÖN, StuW 1995, 366 [368]). Dem folgt insoweit auch BFH v. 19.6.2007 – VIII R 89/05 (BStBl. II 2008, 551, Verfassungsbeschw. eingelegt, Az. BVerfG 2 BvR 2221/07). Jedoch ist er der Ansicht, dass der Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip sachlich gerechtfertigt sei. Zur Begründung führt der BFH aus, dass sich die Rechtfertigung aus der systematischen Grundentscheidung des Halbeinkünfteverfahrens ergebe, wonach Veräußerungsvorgänge den laufenden Gewinnausschüttungen gleichzustellen seien. Damit seien auch die entsprechenden Aufwendungen einheitlich zu behandeln. Bei den Veräußerungsvorgängen sei bei typisierender Betrachtung eine Totalausschüttung gegeben, die zugunsten des Stpfl. davon ausgehe, dass mit dem Kaufpreis der Beteiligung auf der Gesellschafterebene versteuerte offene Rücklagen bezahlt worden seien. Wenn infolgedessen nur die Hälfte des Kaufpreises zu versteuern sei, so dürfe auch nur die Hälfte der Aufwendungen angesetzt werden. Um einen Gleichlauf mit den laufenden Gewinnausschüttungen zu erreichen, sei es daher auch gerechtfertigt, die Hälfte der Aufwendungen bei diesen Einnahmen zu berücksichtigen, selbst wenn es zu der Durchbrechung des Nettoprinzips komme.

UE überzeugt diese Argumentation des BFH nicht. Die systematische Grundentscheidung des Halbeinkünfteverfahrens, Veräußerungsvorgänge den laufenden Gewinnausschüttungen gleichzustellen, darf uE nicht zu einer Gleichbehandlung der Aufwendungen führen. Wenn der Gesetzgeber typischerweise bereits den Veräußerungspreis zur Hälfte stfrei stellt und damit stille Reserven, die nicht vorbelastet sind, stl. begünstigt, durchbricht er selbst das Gebot einer Besteuerung nach der individuellen Leistungsfähigkeit. Diese Durchbrechung ist selbst schon rechtfertigungsbedürftig (HEY, DStJG 24 [2001], 155). Ebenso ist auch das Halbabzugsverbot bei den laufenden Gewinnausschüttungen dogmatisch nicht zu begründen. Nach dem Gebot der Folgerichtigkeit wäre hier der volle Abzug konsequent (vgl. zur Kritik an der Begründung des BFH KIRCHHOFF/v. BECKERATH VIII. § 3c Rn. 2 mwN). Eine inkonsequente Regelung (häufige StBefreiung von Veräußerungsgewinnen) zur Begründung der weiteren inkonsequenten Regelung (Halbabzugsverbot bei laufenden Gewinnausschüttungen) heranzuziehen, überzeugt nicht, zumal der Gesetzgeber selbst diese Überlegungen nicht angestellt hat.

8 Einstweilen frei.

## 2. Rechtssystematische Bedeutung bei Veräußerungserträgen

### 9 a) Ausgestaltung des Halbeinkünfteverfahrens durch den Gesetzgeber

**Begründung des Gesetzgebers:** Neben der Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens beim Anteilseigner auf ausgeschüttete Gewinne bzw. ähnliche Zuwendungen (Satz 1 Buchst. d–i) sieht das Gesetz auch die Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens auf Veräußerungserträge vor (Satz 1 Buchst. a–c und Buchst. j aF). Den Grund für die Gleichbehandlung von Veräußerungserträgen

mit laufenden Erträgen nennen die BReg. bzw. die Regierungs-Fraktionen in ihren Gesetzentwürfen: Auch der Veräußerungsgewinn, der entstehe, wenn eine natürliche Person einen Anteil an einer KapGes. veräußere, sei nur zur Hälfte der Besteuerung zu unterwerfen, weil schon auf der Ebene der KapGes. eine Besteuerung erfolgt sei bzw. erfolgen werde. Denn die Gewinne der KapGes., die als offene Rücklage im Unternehmen verbleiben, seien bereits mit 25 % KSt. belastet worden. Gleiches gelte für die stillen Reserven, die zwar noch nicht besteuert worden seien, aber bei Aufdeckung mit 25 % versteuert würden. Deshalb ergebe sich auch bei Veräußerungserträgen durch die Vorbelastung bei der KapGes. und die Halbeinkünftebesteuerung zusammen eine Einmalbesteuerung (BTDruks. 14/2683, 96). Die Besteuerung des Einzelunternehmers, der seinen Betrieb veräußert, oder des Gesellschafters einer PersGes., der seinen Anteil an der Gesellschaft veräußert, dürfe dagegen nicht zur Hälfte erfolgen. Denn in diesen Fällen würden bei der Veräußerung die stillen Reserven in vollem Umfang aufgedeckt. Eine zweite Besteuerungsebene mit Vorbelastung oder Verhaftung stiller Reserven bestehe nicht. Der Veräußerungsgewinn unterliege daher beim Veräußerer voll der ESt. Der Erwerber könne auf der Grundlage seiner AK steuermindernde Abschreibungen auf die WG vornehmen. Demgegenüber seien bei Veräußerungen von Anteilen an KapGes. im Veräußerungspreis die offenen Rücklagen und stillen Reserven enthalten. Die stillen Reserven würden aber hier nicht aufgedeckt. Der Erwerber könne daher auch seine Steuer nicht durch die Abschreibung erhöhter Buchwerte mindern (BTDruks. 14/2683, 96).

**Totalausschüttung:** Diese Erwägungen des Gesetzgebers, die auch Zustimmung im Schrifttum finden, beruhen auf dem Grundgedanken, dass auch eine Veräußerung einer Beteiligung an einer KapGes. wie eine Totalausschüttung anzusehen sei (BTDruks. 14/2683, 96; CREZELIUS, DB 2001, 225). Bereits das bisherige Recht gehe in § 8b Abs. 2 KStG von diesem Verständnis aus (MÜLLER-GATERMANN, GmbHR 2000, 654). Nicht nur die vorbelasteten offenen Rücklagen seien im Veräußerungspreis enthalten, sondern auch die stillen Reserven, die ertragstl. zwar noch nicht vorbelastet seien, aber spätestens bei der Liquidation des Unternehmens aufgedeckt würden (MÜLLER-GATERMANN, GmbHR 2000, 654; MÜLLER-DOTT, DB 2000, Heft 3, Gastkommentar).

## b) Systematische Einordnung und Kritik

10

**Gesetzesziel der Einmalbesteuerung:** Das Prinzip der Einmalbesteuerung, das nicht nur bei den Ausschüttungen, sondern auch bei den Veräußerungsgewinnen gilt, ist nicht konsequent durchgehalten worden. Denn gem. Sätzen 3 und 4 aF gilt das Halbeinkünfteverfahren in den Fällen des Satzes 1 Buchst. a und b nicht, wenn einbringungsgeborene Anteile innerhalb der Behaltefrist von 7 Jahren veräußert werden (WENGER, StuW 2000, 179). Auch innerhalb der Behaltefrist erfordert der Grundsatz der Einmalbesteuerung eine Berücksichtigung der bereits bestehenden Vorbelastung bzw. zukünftigen Vorbelastung bei stillen Reserven. Hier mag jedoch der Gesetzeszweck, einen Missbrauch zu verhindern, diese Systemwidrigkeit rechtfertigen. Zu rechtfertigen ist jedoch nicht, dass in den Fällen einbringungsgeborener Anteile innerhalb der Behaltefrist die Einnahmen stl. voll erfasst werden, während die Aufwendungen nur zur Hälfte abgezogen werden können. Wird vom Grundsatz der Einmalbesteuerung berechtigterweise hier abgewichen, so ist aber systematisch dann erforderlich, dass auch die Aufwendungen in voller Höhe erfasst werden.

**Grundsatz der Individualbesteuerung:** Die Veräußerungserträge nur zur Hälfte der ESt. zu unterwerfen, stellt eine Verletzung des Grundsatzes der Individualbesteuerung dar. Das BVerfG, das diesen Grundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG herleitet und auf ihn im Zusammenhang mit der Veranlagung von Ehegatten zurückgreift, will mit ihm die Pflicht zur Besteuerung nach der individuellen Leistungsfähigkeit hervorheben (BVerfG v. 14.4.1959 – 1 BvL 23/57, 1 BvL 34/57, BVerfGE 9, 237; vgl. zuletzt BVerfG v. 4.10.1988 – 1 BvR 843/88, HFR 1990, 43). Mit diesem Prinzip ist die Übertragung stiller Reserven nicht vereinbar. Durch den Veräußerungsvorgang werden die stillen Reserven beim Veräußerer nur zur Hälfte der Einkommensbesteuerung zugeführt. Der Erwerber oder als ultima ratio im Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Steuerverstrickung der dann Aufdeckende haben nach dem KStG die stillen Reserven mit 25 % zu versteuern. Damit wird nicht derjenige besteuert, der auch die stillen Reserven erwirtschaftet hat – hier der Veräußerer. Umgekehrt versteuert der Veräußerer gemildert durch das Halbeinkünfteverfahren aber auch Anteile am Veräußerungsertrag, die er nicht erwirtschaftet hat, wenn darin künftige Gewinnerwartungen enthalten sind.

11–12 Einstweilen frei.

#### 13 IV. Steuersystematische Bedeutung des Teileinkünfteverfahrens

**Grund der Änderungen:** Wie das bisherige Halbeinkünfteverfahren so geht auch das Teileinkünfteverfahren von einer Gesamtbetrachtung aus. Es soll die Gesamtbelastung auf Unternehmens- sowie Anteilseignerebene durch die Einführung des Teileinkünfteverfahrens reduziert werden. Wegen der Reduzierung der KSt. auf Unternehmensebene, die der Steigerung der Attraktivität des Standorts Deutschland für Direktinvestitionen dienen sollte (BT/Drucks. 16/4841, 31), war hierzu eine Reduzierung der StBefreiung in Nr. 40 erforderlich.

Gleichzeitig werden die privaten Kapitaleinkünfte ab dem VZ 2009 aus dem System des Teileinkünfteverfahrens herausgenommen. Sie unterliegen der pauschalen Abgeltungsteuer von 25 %. Soweit Beteiligungserträge dem betrieblichen Bereich zuzuordnen sind (§ 32d Abs. 1 Satz 1 iVm. § 20 Abs. 8), findet das Teileinkünfteverfahren aber weiterhin Anwendung. Mit der Einführung der Abgeltungsteuer soll eine Reduzierung der stl. Belastung von Dividendenerträgen erreicht werden (BT/Drucks. 16/4841, 33). Der Zweck der Maßnahme liegt darin, bei Wahrung der Anonymität des Anlegers mehr Steuereinnahmen zu erzielen, die durch den Rückfluss bisher im Ausland investierter Gelder begründet sein soll.

**Vorbelastung unerheblich:** Bei dem Teileinkünfteverfahren kommt es nicht darauf an, ob die Vorbelastung im konkreten Fall mit 15 % oder mit einem höheren StStz zu Buche schlägt. Damit kann es bei einer Gesamtbetrachtung der Unternehmensebene und der Anteilseignerebene zu Verzerrungen kommen, wenn die Vorbelastung höher als 15 % war, dh. wenn Ausschüttungen erwirtschaftete Gewinne vor 2008 betreffen.

**Gewinne statt Einnahmen:** Mit dem UntStReformG 2008 wird in Satz 1 Buchst. g und h statt *Einnahmen* nunmehr ab VZ 2009 der *Gewinn* aus der Veräußerung oder Abtretung von Dividendscheinen oder sonstigen Ansprüchen iSd § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a zu 40 % stbefreit. Damit durchbricht der Gesetzgeber das dem Teileinkünfteverfahren zugrunde liegende Besteuerungskonzept. Das Teileinkünfteverfahren besteht aus einem Teileinnahmeverfahren

und Teilabzugsverfahren (s. Anm. 1), so dass die Erfassung des Gewinns an dieser Stelle einen Fremdkörper im System des Teileinkünfteverfahrens darstellt (s. § 3 Nr. 40 Anm. J 07-7).

Einstweilen frei.

14

## V. Verfassungsmäßigkeit des Halbeinkünfteverfahrens

### 1. Überblick

15

Nach Ansicht des BFH bestehen gegen das Halbeinkünfteverfahren insoweit keine verfassungsrechtl. Bedenken, als das Halbabzugsverfahren gem. § 3c Abs. 2 betroffen ist. In dem nur zur Hälfte zugelassenen Abzug der Aufwendungen, die im Zusammenhang mit den Nr. 40 zugrunde liegenden Einnahmen stehen, liege zwar ein Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip, dieser sei aber sachlich gerechtfertigt (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 69/05, BStBl. II 2008, 551; v. 16.10.2007 – VIII R 51/06, nv.; Verfassungsbeschw. gegen beide Urte. eingelegt, Az. BVerfG: 2 BvR 2221/07 und 2 BvR 2659/07; s. Anm. 7).

Es bestehen uE aber verfassungsrechtl. Bedenken gegen das Halbeinkünfteverfahren wegen des verfassungsrechtl. gebotenen Grundsatzes der Gleichmäßigkeit der Besteuerung (ebenso SEER, StbJb. 2000/2001, 15 [26]; JACHMANN, DStJG 23 [2000], 23 u. 161 f.; Einf. KSt. Anm. 199 aE; HEY, BB 1999, 1195; HEY, DStJG 24 [2001], 155 [197 f.]; SCHNEELOCH/TROCKELS-BRAND, DStR 2000, 909; PASCH in ERNST & YOUNG/BDI, Unternehmenssteuerreform, 2. Aufl. 2000, 90) und des Gebots der StFreistellung des Existenzminimums.

Vgl. hierzu R. WENDT in Festschr. Friauf, 1996, 857 (866 ff.); PEZZER, StuW 2000, 144 (146); SEER, StbJb. 2000/2001, 15 (16 ff.) mwN; SCHMIDT/HEINICKE XXII. § 3 ABC „Halbeinkünfteverfahren“ Anm. 1. b. cc.(2); aA WEBER-GRELLET, DB 1999, 995; BIRK, StuW 2000, 333 ff. und BIRK, Steuerrecht, 5. Aufl. 2002, Rn. 1111, der ua. in verfassungsrechtl. Hinsicht ein Überschreiten der Grenze des Zulässigen mit der Begründung verneint, der Stpfl. habe die freie Wahl zwischen den Unternehmensrechtsformen und könne auch nach dem UmwStG steuerneutral die Rechtsform wechseln.

### 2. Verletzung des Gleichheitssatzes

#### a) Ungleichbehandlung der verschiedenen Einkunftsarten

16

Das Halbeinkünfteverfahren iVm. der Definitivbesteuerung bei der Körperschaft führt zu einer ungleichen Behandlung der verschiedenen Einkunftsarten (vgl. Übersicht zu den Belastungswirkungen bei HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 18. Aufl. 2005, § 11 Rn 15).

Der Vergleich macht deutlich, dass die sonstigen Einkünfte iSd. § 2 zB mit ESt. in Höhe von 20 % belastet werden, während bei den Beteiligungseinkünften eine Belastung von 32,5 % festzustellen ist. Das ist eine Mehrbelastung von 12,5 Prozentpunkten. Dies ist eine Ungleichbehandlung der verschiedenen Einkünfte.

**Beabsichtigte Einmalbesteuerung:** Die Auffassung des Gesetzgebers, die Neuregelung sei mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar (BTDrucks. 14/2683, 95 f.), verkennt uE die Folgen aus der unterschiedlichen Behandlung insbes. gewerblicher Gewinne. Beim Halbeinkünfteverfahren soll auf dem Wege einer vereinfachten Behandlung ausgeschütteter Gewinne die Doppelbesteuerung beseitigt und damit prinzipiell eine Einmalbesteuerung von Beteiligungserträgen erreicht werden. Selbst der Gesetzgeber geht insoweit davon aus, dass mit der Besteue-

rung durch das Halbeinkünfteverfahren „zusammen mit der steuerlichen Vorbelastung durch die Körperschaftsteuer eine ertragsteuerliche Einmalbesteuerung des Gewinns sichergestellt“ wird (BTDrucks. 14/2683, 96; vgl. auch These II. 3. der Brühler Empfehlungen, BB 1999, 1188).

#### 17 b) Keine Rechtfertigung aus sachlichen Gründen

Es fehlen uE sachliche Gründe, die die Ungleichbehandlung rechtfertigen. Eine tarifliche Ungleichbehandlung mehrerer Einkunftsarten ist zwar verfassungsrechtl. nicht zu beanstanden, wenn sie ihre Rechtfertigung in besonderen sachlichen Gründen findet (BVerfG v. 10.4.1997 – 2 BvL 77/92, BStBl. II 1997, 518; v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, FR 2006, 766 [768]). Solche sachlichen Gründe fehlen aber. Im Einzelnen kommen als sachliche Rechtfertigungsgründe in Betracht neben der Schaffung einer typisierenden Regelung die vom Gesetzgeber (BTDrucks. 14/2683, 132 ff.) genannte Beseitigung der Kompliziertheit des Anrechnungsverfahrens, die Beseitigung der Missbrauchsanfälligkeit und die Herstellung der Europatauglichkeit. Diese Gründe rechtfertigen aber nicht einen solchen Systemwechsel.

Zur Kritik s. Einf KSt. Anm. 199 aE; HEY, DSJG 24 (2001), 155, 197 f.; HEY in Tipke/Lang, Steuerrecht, 19. Aufl. 2008, § 11 Rn. 20; SCHMIDT/HEINICKE XXII. § 3 ABC „Halbeinkünfteverfahren“ Anm. 1. b. cc; SEER, StbJb. 2000/2001, 15 (26); LÖHR, StuW 2000, 33 (39); MAITERH/SEMMER, BB 2000, 1377 (1382 ff.); CREZELIUS, DB 2000, 1631; SPENGLER/JAEGER/MÜLLER, ISrR 2000, 257; HOMBURG, Stbg. 2001, 15; SIEGEL/BAREIS/HERZIG ua., BB 2000, 1270; NACKE/INTEMANN, DB 2002, 756 (757).

#### 18 3. Steuerfreistellung des Existenzminimums

Verfassungsrechtl. Bedenken bestehen gegen die Neuregelung auch insoweit, als das stfrei zu belassende Existenzminimum durch den auch beim Halbeinkünfteverfahren prinzipiell weiterhin geltenden Grundsatz der ertragstl. Einmalbesteuerung (BTDrucks 14/2683, 96) durch KSt. und GewSt. bei ausgeschütteten Gewinnen belastet wird. Verfassungsrechtl. Maßstab ist der aus Art. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG folgende Grundsatz, dass der Staat das Einkommen insoweit stfrei belassen muss, als es vom Stpfl. zur Schaffung der Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein benötigt wird (vgl. BVerfG v. 29.5.1990 – 1 BvL 20/84, 1 BvL 26/84, 1 BvL 4/86, BVerfGE 82, 60 [85]; v. 10.11.1998 – 2 BvL 42/93, BStBl. II 1999, 174 [179]). Würde nach dem Anrechnungsverfahren dieser Grundsatz insoweit berücksichtigt, als bei Beteiligungseinkünften die Vorbelastung durch KSt. und KapErtrSt. bei Einkommen unterhalb des stfrei zu belassenden Existenzminimums durch Erstattung rückgängig gemacht wurde, wird er beim Halbeinkünfteverfahren nicht beachtet. Hier bleiben die Beteiligungseinkünfte aufgrund des vom Gesetzgeber angelegten Grundsatzes der Einmalbesteuerung mit KSt. belastet, wenn die Einkünfte unterhalb des Existenzminimums liegen (vgl. hierzu auch SEER, StbJb. 2000/2001, 15 (25 f.); NACKE/INTEMANN, DB 2002, 756 [757] BALMES/SCHÜTZBERG in ERLE/SAUTER, KStG, 2. Aufl. 2006, § 3 Rn. 60).

#### 19 4. Änderungen durch das SEStEG

**Rückwirkende Anwendung verfassungswidrig:** Die Änderungen des Satz 1 Buchst a und b durch das SEStEG galten bereits für Veräußerungen im VZ 2006, weil § 52 Abs. 1 zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des SEStEG noch in der Fassung galt, die eine Anwendung des EStG ab dem VZ 2006 vorsah. Soweit danach eine Anwendung der geänderten Vorschrift auf Veräußerungen vor

der Verkündung der Rechtsänderung in Betracht kommt, dürfte dies verfassungsrechtl. bedenklich sein. Folgt man der Rspr. des BVerfG, die das Gericht erstmals in der Schiffsbaubeteiligungsentscheidung v. 3.12.1997 begründet hat, so ist eine unterjährige Rückwirkung auf den Beginn des VZ grds. zulässig (sog. unechte Rückwirkung); jedoch gilt dies dann nicht, wenn der Stpfl. eine endgültige Disposition im Vertrauen auf den Fortbestand der bestehenden Regelung vorgenommen hat (vgl. BVerfG v. 3.12.1997 – 2 BvR 882/97, BVerfGE 97, 67; ähnlich BVerfG v. 5.2.2002 – 2 BvR 305/93, BVerfGE 105, 17; dazu Einf. ESt Anm. 523). Bei den Änderungen von Buchst. a und b kann es zu endgültigen Dispositionen in diesem Sinne vor der Verkündung des Gesetzes gekommen sein, so dass eine Rückwirkung auf den Beginn des VZ 2006 unzulässig wäre (ebenso § 3 Nr. 40 Anm. J 06-2). Da diese VZ-Rspr. des BVerfG aufgrund zweier Vorlagen des XI. Senats des BFH auf dem Prüfstand des BVerfG steht, bleibt abzuwarten, wie letztlich zu differenzieren ist (s. BFH v. 2.8.2006 – XI R 30/03, BStBl. II 2006, 895; v. 2.8.2006 – XI R 34/02, BStBl. II 2006, 887; s. zur Rückwirkungsproblematik allgemein auch HEY, NJW 2007, 408).

Vgl. auch FÖRSTER, DB 2007, 72 (76), der von einer Anwendung ab dem 13.12.2006 ausgeht. DJPW/PUNG, Vor § 3 Nr. 40 EStG Rn. 2, tritt für eine erstmalige Anwendung ab VZ 2007 ein.

Einstweilen frei.

20–22

## VI. Verfassungsmäßigkeit des Teileinkünfteverfahrens

23

Die verfassungsrechtl. Probleme, die im Halbeinkünfteverfahren auftreten, betreffen auch das Teileinkünfteverfahren. Darüber hinaus wird die Verfassungsmäßigkeit des Teileinkünfteverfahrens im Schrifttum insbes. unter dem Gesichtspunkt der durch das UntStReformG 2008 eingeführten Abgeltungsteuer kritisch gesehen.

**Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG:** Während betriebliche Kapitaleinkünfte wie bisher dem System des Halb- bzw. Teileinkünfteverfahren unterliegen und damit betriebliche Aufwendungen zur Hälfte bzw. zu 60 % stmindernd geltend gemacht werden können, können ab VZ 2009 bei privaten Beteiligungseinkünften entsprechende Aufwendungen nicht mehr geltend gemacht werden, § 20 Abs. 9 Satz 1. Hier greift die abgeltende Wirkung der Abgeltungsteuer von 25 %. Diese unterschiedliche Behandlung von privaten und betrieblichen Dividendeneinkünften ist verfassungsrechtl. unter dem Gesichtspunkt der Beachtung des Leistungsfähigkeitsprinzips und des Grundsatzes der Folgerichtigkeit bedenklich. Zwar hat der Gesetzgeber in § 32d Abs. 2 Nr. 3 mit dem JStG 2008 eine Optionsmöglichkeit geschaffen, so dass dem Stpfl. der Weg zum Teileinkünfteverfahren offen steht; gleichwohl bleibt das verfassungsrechtl. Problem erhalten, da nur ein begrenzter Kreis optieren kann und auch bei der Option über den Sparer-Pauschbetrag hinaus kein weiterer WKAbzug möglich ist.

Kritisch auch SCHLOTTER/VON FREEDEN in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 408; HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 19. Aufl. 2008, § 11 Rn. 20; BLÜMICH/ERHARD, § 3 Rn. 507; INTEMANN DB 2007, 1658; OHO/HAGEN/LENZ, DB 2007, 1324; LOOS, DB 2007, 704; FISCHER, DStR 2007, 1898; ENGLISCH, StuW 1007, 223; aA. ECKHOFF, FR 2007, 989; KORN/TORMÖHLEN, § 3 Nr. 40 Rn. 17.1.

Einstweilen frei.

24

## D. Geltungsbereich

25

### I. Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich

**Unbeschränkt und beschränkt Steuerpflichtige:** Nr. 40 gilt für alle unbeschränkt und beschränkt (Umkehrschluss aus § 50) Stpfl. iSd. § 1. Allerdings gilt im Privatbereich die abgeltende Wirkung der Abgeltungsteuer (s. Satz 2 iVm. § 20 Abs. 8) und bei beschränkt Stpfl. die abgeltende Wirkung der KapErtrSt.

**Anwendung auf Personengesellschaften:** Auch bei PersGes. gilt Nr. 40, wenn unmittelbar oder mittelbar über eine weitere PersGes. natürliche Personen beteiligt sind (zu Verfahrensfragen s. Anm. 48).

**Keine Geltung für Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit:** Soweit der ArbG seinen ArbN im Rahmen eines Optionsprogramms verbilligt Aktien überlässt, unterliegt der diesbzgl. Arbeitslohn nicht dem Teileinkünfteverfahren (BFH v. 20.12.2006 – VI B 21/06, BFH/NV 2007, 698).

**Keine Geltung für die Körperschaftsteuer:** Die Vorschrift hat für die KSt. keine Bedeutung, weil § 8b KStG als *lex specialis* Vorrang besitzt, wenn der Anteilseigner eine Körperschaft ist. Somit sind Ausschüttungen auch bei mittelbarer Beteiligung von natürlichen Personen nach § 8b KStG bis zur Ausschüttung an diese in vollem Umfang stfrei.

### II. Anwendung bei Auslandsbeziehungen

#### 26 1. Geltung bei Investitionen unbeschränkt Steuerpflichtiger im Ausland

Ziel der Unternehmenssteuerreform war ua. die europataugliche Ausgestaltung der deutschen Unternehmensbesteuerung (BTDrucks. 14/2683, 95). Daher werden in- und ausländ. Beteiligungen im Wesentlichen gleich behandelt.

**Laufende Erträge von ausländischen Gesellschaften:** Die anteilige StBefreiung gilt auch für laufende Erträge, die von ausländ. Gesellschaften stammen. Nr. 40 differenziert nicht, ob eine Dividende oder vGA von einer in- bzw. ausländ. Gesellschaft gezahlt wurde. Auch bei einer ausländ. Gesellschaft wird eine ausreichende Vorbelastung mit einer Ertragsteuer unterstellt. Allerdings ist die Hinzurechnungsbesteuerung nach dem AStG zu beachten (s. hierzu § 3 Nr. 41).

**Veräußerung von Anteilen an ausländischen Gesellschaften:** Die Veräußerung von Anteilen an einer ausländ. Gesellschaft unterliegt dem Teileinkünfteverfahren, wenn die ausländ. Gesellschaft ihrer Struktur nach einer deutschen KapGes. vergleichbar ist. Allerdings ist zu prüfen, ob ein DBA der inländ. Besteuerung generell entgegensteht.

#### 27 2. Geltung bei beschränkter Steuerpflicht

**Laufende Beteiligungserträge aus einer inländischen Beteiligung:** Für beschränkt Stpfl. kommt das Teileinkünfteverfahren bei laufenden Erträgen nicht zur Anwendung, denn insoweit bewirkt die Abgeltungswirkung der KapErtrSt., dass eine Steuerveranlagung nicht durchgeführt wird (§ 43a Abs. 1 Nr. 1, § 50 Abs. 5 Satz 1; s. hierzu ECKERT, IStR 2003, 406; HOLTHAUS, IStR 2003, 600; FOCK, RIW 2001, 111; KSM/v. BECKERATH, § 3 Rn. B 40/58). Dies könnte europarechtl. bedenklich sein (s. zur vergleichbaren KStEbene EuGH v. 8.11.2007 – Rs. C 379/05, BFH/NV 2008, Beil. 2, 134). Die stl. Behandlung von Dividenden bei inländ. Anteilseignern ist insoweit nicht der Behandlung bei ausländ.

Anteilseignern gleichwertig (vgl. EuGH v. 8.11.2007 – Rs. C 379/05 aaO Rn. 39; aA DESENS, IStR 2003, 620; im Rahmen des § 8b Abs. 1 KStG FG Ba.-Württ. v. 18.6.2007, EFG 2008, 766, nrkr., Rev. Az. BFH I R 53/07).

**Beteiligung im Betriebsvermögen einer inländischen Betriebsstätte:** Im Inland stpfl. ist die Veräußerung einer Beteiligung, die zu einem BV einer inländ. Betriebsstätte des Steuerausländers gehört (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a). Besteht mit dem Land, in dem der Steuerausländer ansässig ist, ein DBA, steht das Besteuerungsrecht für den Betriebsstättengewinn nach Art. 7 OECD-MA Deutschland zu. Die Anteile an einer KapGes. sind der Betriebsstätte jedoch nur zuzurechnen, wenn die Beteiligung der Betriebsstätte dient (BMF v. 24.12.1999, BStBl. I 1999, 1076 Tz. 2.4). Gehört ein Beteiligungsertrag zu den BE einer inländ. Betriebsstätte (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a), so entfaltet der KapErtrStAbzug gem. § 50 Abs. 5 Satz 2 keine Abgeltungswirkung. Vielmehr ist eine Veranlagung durchzuführen. Da die StBefreiungen nach § 3 auch für beschränkt estpfl. Personen gelten, wenn die einzelne Befreiungsnorm keine ausdrückliche Ausnahme vorsieht (BFH v. 27.7.1988 – I R 28/87, BStBl. II 1989, 449), kommt das Teileinkünfteverfahren bei der Ermittlung des Betriebsstättengewinns zur Anwendung, denn eine Beschränkung auf unbeschränkt estpfl. Personen enthält die Nr. 40 nicht.

**Beteiligung im Privatvermögen:** Gehört der Anteil an der inländ. KapGes. nicht zum BV einer inländ. Betriebsstätte, so ist ein Verkauf nur unter den Voraussetzungen des § 17 bzw. des § 23 stpfl. (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e und Nr. 8). In diesen Fällen ist ein KapErtrStAbzug nicht vorzunehmen. Vielmehr wird anders als bei Beteiligungserträgen eine Veranlagung durchgeführt. Das Teileinkünfteverfahren ist anzuwenden, weil weder § 3 Nr. 40 noch § 50 insoweit Einschränkungen enthalten.

In den Fällen des § 17 bzw. § 23 steht regelmäßig dem Staat des Veräußerers das Besteuerungsrecht nach DBA zu (BERGEMANN, DStR 2000, 1410 [1415]). Denn Art. 13 Abs. 4 OECD-MA weist das Besteuerungsrecht für Anteile an KapGes. ausschließlich dem Wohnsitzstaat zu, wenn die Anteile nicht zum BV einer Betriebsstätte gehören (REIMER in VOGEL/LEHNER, DBA, 5. Aufl. 2008, Art. 13 Rn. 190). In der deutschen Abkommenspraxis sind allerdings häufig Ausnahmen von diesem Grundsatz üblich, so dass das Besteuerungsrecht für die Veräußerung von Anteilen Deutschland als Quellenstaat zustehen kann (zu Einzelheiten s. Übersicht bei REIMER in VOGEL/LEHNER aaO Art. 13 Rn. 225). Einige Abkommen enthalten eine subject-to-tax-Klausel, die Deutschland die Besteuerung gestattet, wenn der Wohnsitzstaat einen Veräußerungsgewinn nicht besteuert (SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 16.400 ff.). In diesem Fall findet das Teileinkünfteverfahren Anwendung. Zur Besteuerung von Veräußerungsgewinnen von Immobiliengesellschaften vgl. Art. 13 Abs. 4 OECD-MA.

Einstweilen frei.

28–29

## E. Verhältnis zu anderen Vorschriften

### I. Verhältnis zu § 3 Nr. 41

30

Nr. 40 wird durch die Befreiungsvorschrift der Nr. 41 ergänzt. Die Hinzurechnungsbesteuerung nach §§ 7–14 AStG ist nach der Einführung des Halb-/Teil-

einkünfteverfahrens definitiv. Daher verhindert § 3 Nr. 41 eine Überbesteuerung, indem er die Dividende der ausländ. Gesellschaft und Gewinne aus der Veräußerung ihrer Anteile sowie aus ihrer Auflösung oder der Herabsetzung ihres Kapitals stfrei stellt.

31

## II. Verhältnis zu § 3c Abs. 2

Das Teileinkünfteverfahren gem. § 3 Nr. 40 ist in engem Zusammenhang mit der Vorschrift des § 3c Abs. 2 zu sehen. Werden in § 3 Nr. 40 60 % der Einnahmen für stpfl. erklärt, werden in § 3c Abs. 2 entsprechend 60 % der WK/BA, der BVMinderungen und der Veräußerungskosten zum Abzug zugelassen.

## III. Verhältnis zu § 6b Abs. 10

### 32 1. Allgemeines

Durch die Neuregelung des § 6b Abs. 10 idF des UntStFG können Veräußerungsgewinne aus dem Verkauf von Anteilen an KapGes. auf andere WG übertragen werden, so dass die stillen Reserven nicht versteuert werden brauchen. Stpfl. können danach Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an KapGes. bis zu 500 000 € übertragen. Es handelt sich bei dieser Regelung um einen wichtigen Schritt in Richtung einer rechtsformneutralen Besteuerung, da KapGes. schon gem. § 8b Abs. 2 KStG stfrei Anteile an KapGes. veräußern können.

### 33 2. Übertragung auf ein Gebäude oder abnutzbares bewegliches Wirtschaftsgut

Erfolgt die Übertragung auf ein Gebäude oder auf ein abnutzbares bewegliches WG, so darf gem. § 6b Abs. 10 Satz 2 der nicht nach § 3 Nr. 40 iVm. § 3c Abs. 2 stbefreite Teil des Veräußerungsgewinns von den AK der neu angeschafften WG abgezogen werden (s. auch Nr. 40 Satz 1 Buchst. a Satz 3 und Buchst. b Satz 3).

### 34 3. Übertragung auf Anteile an Kapitalgesellschaften

Soll der Veräußerungsgewinn auf die AK für neu erworbene Anteile an KapGes. übertragen werden, so ist gem. § 6b Abs. 10 Satz 3 der Veräußerungsgewinn einschließlich der stfreien Beträge nach § 3 Nr. 40 Buchst. a oder b iVm. § 3c Abs. 2 zu übertragen (s. auch Nr. 40 Satz 1 Buchst. a Satz 3 und Buchst. b Satz 3). Diese Regelung beruht darauf, dass ansonsten die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme der anteiligen StBefreiung nach § 3 Nr. 40 besteht. Durch Weiterveräußerung der neu erworbenen Anteile könnte nämlich ein zweites Mal die StBefreiung nach § 3 Nr. 40 in Anspruch genommen werden (s. im Einzelnen DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 6a; LINKLATERS OPPENHOFF & RÄDLER, DB 2002, Beil. 1, 20 ff.; STRAHL, KÖSDI, 2002, 13145; FÖRSTER, DStR 2001, 1913).

### 35 4. Bildung einer Rücklage

Erfolgt im Jahr der Veräußerung nicht eine Übertragung auf ein WG im vorgenannten Sinne, so verbleibt die Möglichkeit, gem. § 6b Abs. 10 Satz 5 den Veräußerungsgewinn inkl. der stbefreiten Teile gem. § 3 Nr. 40 in eine Rücklage einzustellen. Der Grund für eine volle Berücksichtigung des Veräußerungs-

betrags (inkl. stfreier Teile) liegt darin, dass noch unklar ist, in welches Objekt reinvestiert wird. Erst bei späterer Auflösung der Rücklage wegen einer Reinvestition kommt es zur entsprechenden Anwendung des § 6b Abs. 10 Sätze 2 und 3 (s. § 6b Abs. 10 Satz 6). Wird die gebildete Rücklage nicht auf ein WG übertragen, so ist sie zum Ende des vierten auf die Veräußerung folgenden Wj. aufzulösen, wobei der ursprünglich nach § 3 Nr. 40 stbefreite Teil nunmehr zu berücksichtigen ist, dh. dass auf diese Gewinnerhöhung das Teileinkünfteverfahren anzuwenden ist. Soweit einbringungsgeborene Anteile innerhalb von sieben Jahren veräußert werden, kann der entstandene Veräußerungsgewinn nicht nach § 6b reinvestiert werden (s. § 6b Abs. 10 Satz 11 aF).

Einstweilen frei.

36

#### IV. Verhältnis zu § 16

37

Nach § 16 gehören Veräußerungsgewinne aufgrund der Veräußerung eines ganzen Betriebs oder Teilbetriebs bzw. von Anteilen an einer PersGes. zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb und sind gem. § 16 Abs. 4 und § 34 Abs. 1 und Abs. 3 begünstigt. Soweit der Veräußerungspreis jedoch auf Anteile an KapGes. entfällt, die zum BV des Veräußerungsobjekts gehören, unterliegt er gem. § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. b dem Teileinkünfteverfahren.

#### V. Verhältnis zu § 17

38

Waren früher die von § 17 erfassten Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an KapGes. nach § 34 Abs. 1 stbegünstigt, unterliegen sie nach § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c nun dem Halb-/Teileinkünfteverfahren. Diese Regelung gilt für alle Fälle des § 17, dh. für Veräußerungen von Anteilen, deren verdeckte Einlage sowie für die Tatbestände des § 17 Abs. 4 und Abs. 5.

#### VI. Verhältnis zu § 20

39

Nach § 20 gehören bestimmte Erträge, die aufgrund von Rechtsverhältnissen unterschiedlicher Art durch entgeltliche Überlassung von Vermögen zur befristeten Nutzung entstehen, zu den Einkünften aus Kapitalvermögen iSv. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5. Diese werden ebenfalls dem Teileinkünfteverfahren unterworfen, soweit es sich um Ausschüttungen oder ausschüttungsähnliche Vorgänge handelt (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d–h).

#### VII. Verhältnis zu § 34

40

§ 34 wurde durch das StSenkG in Abs. 2 Nr. 1 aus systematischen Gründen dem Halbeinkünfteverfahren angepasst. So entfiel die frühere Begünstigung nach Abs. 1 bei Veräußerungsgewinnen nach § 17, weil diese Erlöse bereits nach § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c begünstigt werden. Weiterhin werden Gewinne nach § 16 nur insoweit nach § 34 stl. begünstigt, als darin enthaltene Gewinnanteile nicht auf Anteile an KapGes. entfallen. Der Grund für diese Anpassung lag in der Verhinderung einer Doppelbegünstigung. „Durch die Neufassung von § 34 Abs. 2 Nr. 1 EStG wird sichergestellt, dass nur solche Gewinne der ermäßigten

Besteuerung unterliegen, die voll der Besteuerung unterliegen. Solche Gewinne, die bereits durch das Halbeinkünfteverfahren begünstigt werden..., werden zur Vermeidung einer Doppelbegünstigung aus der ermäßigten Besteuerung des § 34 EStG herausgenommen“ (BTDrucks. 14/2683, 116). Dies gilt auch für Einkünfte iSd. § 17, wenn sie im VZ 2001 erzielt wurden, da sie nach der Übergangsregelung des § 52 Abs. 34a (idF des StEuglG v. 19.12.2000 [BGBl. I 2000, 1790; BStBl. I 2001, 3]) noch der früheren Besteuerung unterlagen (sichergestellt durch § 52 Abs. 47 Satz 3 EStG idF des StSenkErgG). Veräußerungsgewinne nach § 17 waren im VZ 2001 auch von der Anwendung des halben durchschnittlichen Steuersatzes ausgeschlossen (BTDrucks. 14/4547, 2).

41

### VIII. Verhältnis zu § 34c

Ausländ. Quellensteuer (KapErtrSt.) auf die Dividende ist grds. nach § 34c anrechenbar (BFH v. 5.2.1992 – I R 9/90, BStBl. II 1992, 607; LBP/HELLWIG, § 34c Rn. 29; NEUMANN in NEU/NEUMANN/NEUMAYER, Steueroptimierung nach der Unternehmenssteuerreform, 2000, 4). Die Anrechnung der ausländ. Steuer ist nicht – wie dies der Gesetzentwurf des SPD und Bündnis 90/Die Grünen zum StSenkG noch vorsah (BTDrucks. 14/2683, 6) – auf die Hälfte begrenzt. Dies sei – so die Beschlussempfehlung des FinAussch. – nicht sachgerecht, da auch die deutsche KapErtrSt. nach § 36 in vollem Umfang angerechnet werde, obwohl die Einnahmen nach § 3 Nr. 40 zur Hälfte stfrei seien (BTDrucks. 14/3366, 119).

**Avoir fiscal:** Das BMF hat ungeachtet der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens mit Frankreich die Vereinbarung getroffen, dass die französische Steuergutschrift im VZ 2001 in voller Höhe angerechnet werden kann. Seit VZ 2002 ist aber die Anrechnung in Gänze gestrichen (BMF v. 10.9.2002, FR 2002, 1333).

42

### IX. Verhältnis zu Zuschlagsteuern

Aufgrund einer Änderung des § 51a Abs. 2 durch das Gesetz zur Regelung der Bemessungsgrundlage für Zuschlagsteuern v. 21.12.2000 (BGBl. I 2000, 1978; BStBl. I 2001, 38) wurde die Bemessungsgrundlage für die Berechnung der Zuschlagsteuern verändert. Aus der Bemessungsgrundlage wurde das Halbeinkünfteverfahren neutralisiert (§ 51a Abs. 2 Satz 2). Damit erhöht sich das für die Berechnung der Zuschlagsteuern maßgebliche zvE um den stfreien Betrag nach § 3 Nr. 40. Jedoch wird auch das Halbabzugsverfahren nach § 3c Abs. 2 rückgängig gemacht, so dass sich insoweit die Bemessungsgrundlage vermindert.

**Kirchensteuer:** Diese Neutralisierung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens, wie auch die nach § 51a Abs. 2 Satz 3 normierte Rückgängigmachung der pauschalierten Anrechnung der GewSt. nach § 35, betrifft insbes. die KiSt. Die Regelungen in diesem Gesetz wirkten sich nicht unbeträchtlich kirchensteuererhöhend aus. In Bezug auf die ESt. ist zu beachten, dass die Erhöhung des SA-Abzugs der KiSt. zu Mindereinnahmen von ca. 400 Mio. DM im Entstehungsjahr für Bund, Länder und Gemeinden führten (BTDrucks. 14/4546, 1; zur Kritik an § 51 Abs. 2 Satz 2 s. HOMBURG, FR 2008, 153; HOFMANN, DB 2005, 2157; SCHULT, BB 2001, 1019).

**Solidaritätszuschlag:** Bei der Berechnung des Solidaritätszuschlags kommt es jedoch nicht zu einer Neutralisierung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens. Inso-

weit ist nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 iVm. Abs. 2 SolZG Bemessungsgrundlage für die Jahresveranlagung die ESt., wie sie nach dem EStG zu bemessen ist. Dabei ist von der ESt. auszugehen, die abweichend von § 2 Abs. 6 unter Berücksichtigung von Freibeträgen nach § 32 Abs. 6 in allen Fällen des § 32 festzusetzen wäre. Die Neutralisierung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens durch § 51a Abs. 2 bleibt somit hier außer Betracht.

Einstweilen frei.

43–44

## X. Verhältnis zum GewStG

### 1. Gewerbeertrag bei natürlichen Personen

45

Bei der Ermittlung des Gewerbeertrags verweist § 7 GewStG auf die Vorschriften des EStG. Stfreie Einnahmen iSd. § 3 EStG gehen somit über § 7 GewStG nicht in die Ermittlung des Gewerbeertrags ein (SELDER in GLANEGGER/GÜROFF, GewStG, 6. Aufl. 2006, § 7 Rn. 2 mwN). Deshalb bewirkt § 3 Nr. 40, dass die anteilige StBefreiung auch für die Ermittlung der GewSt. zu beachten ist (BTDrucks. 14/2683, 113).

**Nicht der Gewbesteuer unterliegende Gewinne wegen Beachtung von Hinzurechnungs- und Kürzungsvorschriften:** Das Teileinkünfteverfahren wirkt sich weiterhin in den Fällen des § 8 Nr. 5 und § 9 Nr. 2a und Nr. 7 GewStG nicht auf den Gewerbeertrag aus.

► *Kürzung nach §§ 9 Nr. 2a und Nr. 7 GewStG:* Nach § 9 Nr. 2a GewStG erfolgt keine gewstl. Belastung für Gewinne aus Anteilen an einer nicht stbefreiten inländ. KapGes. iSd. § 2 Abs. 2 GewStG, wenn die Beteiligung zu Beginn des Erhebungszeitraums mindestens ein Zehntel des Grund- oder Stammkapitals beträgt (ab Erhebungszeitraum 2008 15 %) und die Gewinnanteile bei der Gewinnermittlung angesetzt worden sind (sog. „gewerbesteuerliches Schachtelprivileg“). Durch diese Kürzung soll eine Doppelbelastung mit GewSt. bei Schachtelbeteiligungen vermieden werden. Denn ansonsten käme es zu einer GewStBelastung bei der ausschüttenden KapGes. und auch beim Empfänger. Diese Gewinne und damit auch die wegen § 3 Nr. 40 von der ESt. befreiten Teile werden somit bei der Ermittlung des Gewerbeertrags des Empfängers gänzlich herausgenommen.

Die Kürzung nach § 9 Nr. 7 GewStG idF des UntStFG betrifft die ausländ. Beteiligungen. Für Anteile an ausländ. KapGes. findet das Schachtelprivileg nur dann Anwendung, wenn die Beteiligung an der begünstigten ausländ. KapGes. ua. mit Beginn des Erhebungszeitraums mindestens ein Zehntel (ab Erhebungszeitraum 2008 15 %) beträgt. Auch in den Fällen des § 9 Nr. 7 GewStG werden somit die Gewinne, die nach § 3 Nr. 40 iVm. § 3c Abs. 2 anteilig erfasst wurden, gänzlich aus der Ermittlung des Gewerbeertrags herausgenommen.

► *Hinzurechnung nach § 8 Nr. 5 GewStG:* Bei Streubesitzbeteiligungen, die unterhalb von 10 % (ab Erhebungszeitraum 2008 15 %) und damit nicht von der Kürzung nach § 9 Nr. 2a und Nr. 7 GewStG erfasst werden, wird durch § 8 Nr. 5 GewStG das Teileinkünfteverfahren für Gewerbsteuerzwecke wieder eliminiert. So erfolgt hier die Hinzurechnung der nach § 3 Nr. 40 stbefreiten Einnahmen bei Streubesitzdividenden für Zwecke der Ermittlung des Gewerbeertrags. Diese Hinzurechnung, die durch das UntStFG eingeführt wurde, basierte auf einer Einbringung der Länder im BRat, die damit die GewStAusfälle zum Teil kompensieren wollten (s. HÖRETH in ERNST & YOUNG/BDI, UntStFG, 2002,

Rn. 145). Es ist aber nicht einzusehen, warum der Streubesitz gegenüber Schachtelbeteiligungen benachteiligt wird. Die GewStBelastung der stbefreiten Teile nach Satz 1 Buchst. d kann durch Zwischenschaltung einer Holding-GmbH vermieden werden (s. STRAHL, Harzburger Steuerprotokoll, 2001, 28 Beisp. u. Fn. 7). Die Neuregelung gilt gem. § 36 Abs. 4 GewStG idF des UntStFG rückwirkend ab Erhebungszeitraum 2001.

#### 46 **2. Gewerbeertrag bei Personengesellschaften**

Nach § 7 Satz 4 GewStG (eingeführt durch das EURLUMsG v. 9.12.2004 mit Wirkung für EZ 2004) sind § 3 Nr. 40 und § 3c Abs. 2 auch bei der Ermittlung des Gewerbeertrags einer Mitunternehmerschaft anzuwenden. Dies gilt, wenn natürliche Personen unmittelbar oder mittelbar über eine PersGes. beteiligt sind. Nach § 8 Nr. 5 GewStG werden allerdings die anteilig befreiten Ausschüttungserträge nach Abzug der Beträge nach § 3c Abs. 2 dem Gewerbeertrag wieder hinzugerechnet, soweit sie nicht die Voraussetzungen des § 9 Nr. 2a oder Nr. 7 GewStG erfüllen (s. zu Veräußerungsgewinnen auf Beteiligungen OFD Koblenz v. 22.12.2005, DStR 2006, 235; OFD Hannover 30.1.2006, GewSt.-Kartei ND § 7 GewStG Karte 7; zur Rechtslage vor und nach dem EURLUMsG OFD Hannover v. 4.9.2006, juris).

47 Einstweilen frei.

48

### **F. Verfahrensfragen**

**Anwendung des Teileinkünfteverfahrens bei Personengesellschaften:** Es ist noch unklar, wie zu verfahren ist, wenn eine PersGes. Erträge erzielt, die an sich dem Teileinkünfteverfahren unterliegen.

► „*Nettomethode*“: Es spricht einiges dafür, das Teileinkünfteverfahren schon auf der Ebene der PersGes. zu berücksichtigen (vgl. NEYER, GmbHR 2002, 104; ENGEL, DB 2003, 1811; KSM/v. BECKERATH, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/69; KORN/TORMÖHLEN, § 3 Nr. 40 Rn. 3; SEITZ, GmbHR 2004, 476). Wie zB bei § 3 Nr. 66 aF (vgl. § 3 Nr. 66 Anm. 34) sollte auch die anteilige StBefreiung nach § 3 Nr. 40 auf der Ebene der Gesellschaft im Verfahren über die gesonderte und einheitliche Gewinnfeststellung der Mitunternehmerschaft berücksichtigt werden. Denn die Mitunternehmerschaft betreffende Fragen sollen einheitlich, dh. mit Wirkung für und gegen alle Beteiligten, entschieden werden (BFH v. 12.6.1980 – IV R 150/79, BStBl. II 1981, 8; v. 24.4.1986 – IV R 282/84, BStBl. II 1986, 672). Gem. § 179 Abs. 2, § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO sind die estpfl. Einkünfte einheitlich und gesondert festzustellen, wenn an ihnen mehrere Personen beteiligt sind und die Einkünfte diesen Personen stl. zuzurechnen sind. Das Gesetz schreibt somit die gesonderte Feststellung der Einkünfte aus der Beteiligung vor und nicht nur die Feststellung des gemeinschaftlich erzielten Ergebnisses (BFH v. 11.9.1991 – XI R 35/90, BStBl. II 1992, 4 mwN; v. 3.7.1997 – IV R 31/96, BStBl. II 1997, 690). Eine von der einheitlichen und gesonderten Feststellung des Gewinns der Gesellschaft gesonderte Feststellung der anteilig stpfl. Beträge ist ebenso wenig wie bei den anderen stbefreiten Beträgen erforderlich. Die anteilige StBefreiung nach § 3 Nr. 40 kann im Rahmen der Ergänzungsbilanzen berücksichtigt werden (ENGEL, DB 2003, 1811).

Für „*Bruttomethode*“: BLÜMICH/ERHARD, § 3 Rn 509a; GRIEMLA, FR 2005, 719 und seit VZ 2003 auch die FinVerw., s. amtl. Feststellungsvordrucke.

► *Gewinnaufteilungsschlüssel der Personengesellschaft*: Soweit KapGes. und natürliche Personen an der PersGes. beteiligt sind, ist für die anteilige Anwendung des Teileinkünfteverfahrens der allgemeine Gewinnaufteilungsschlüssel der PersGes. maßgeblich (SCHMIDT/WACKER XXVII. § 15 Rn. 439).

**Verfahren bei Organschaft**: Gem. § 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 KStG idF des UntStFG kommt § 3 Nr. 40 EStG erst beim OT zur Geltung (sog. Bruttomethode).

Einstweilen frei.

49

## Erläuterungen zu Satz 1 Buchst. a: Veräußerung von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen sowie gleichgestellte Vorgänge

### A. Veräußerung und Entnahme von Anteilen (Satz 1)

#### I. Überblick

50

Das Halb-/Teileinkünfteverfahren ist nach Satz 1 Buchst. a auf den betrieblichen Erlös aus der Veräußerung von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 anzuwenden. Der Gesetzgeber hat die Besteuerung von Veräußerungserlösen der Dividendenbesteuerung gleichgestellt, weil er der Auffassung ist, die Veräußerung einer Beteiligung entspreche der Ausschüttung offener und stiller Reserven (BTDrucks. 14/2683, 96). Somit sei ein Anteilsverkauf mit einer Totalausschüttung vergleichbar und müsse ebenso wie eine laufende Gewinnausschüttung anteilhaftfrei gestellt werden. Die Gleichstellung wird damit gerechtfertigt, dass die offenen Gewinnrücklagen bereits besteuert seien, während die stillen Reserven steuerhaft geblieben und dementsprechend bei ihrer späteren Aufdeckung der Besteuerung unterworfen würden (BIRK, StuW 2000, 328; SCHÖN, StuW 2000, 151; zu systematischen Bedenken gegen die Gleichstellung s. Anm. 10).

**Übergang zum Teileinkünfteverfahren**: Das Halbeinkünfteverfahren wird ab dem VZ 2009 durch das Teileinkünfteverfahren ersetzt (s. Anm. 5). Daher ist ein Veräußerungserlös oder ein Entnahmewert ab dem VZ 2009 wegen der Absenkung der kstl. Vorbelastung nur noch zu 40 % stfrei. Die dogmatische Konzeption des Teileinkünfteverfahrens und des Halbeinkünfteverfahrens unterscheiden sich nicht (INTEMANN, DB 2007, 1658). Sowohl im Halb- als auch im Teileinkünfteverfahren erfasst Satz 1 Buchst. a nur Veräußerungs- und Entnahmevorgänge im betrieblichen Bereich.

### II. Betriebsvermögensmehrungen und Einnahmen

51

Durch die Verwendung der Begriffe „Betriebsvermögensmehrung“ und „Einnahmen“ berücksichtigt der Gesetzgeber, dass die Befreiung unabhängig von der Frage gewährt wird, ob der Veräußerer seinen Gewinn durch BV-Vergleich oder durch Einnahmen-Überschuss-Rechnung ermittelt. Es kommt allein darauf an, dass die veräußerten Anteile zu einem stl. BV gehören.

**Bruttowert:** Mit der Verwendung des Begriffs „Betriebsvermögensmehrung“ wird nicht deutlich, ob nur der Nettozugang zum BV – also der Wert der BVMehrung abzüglich des Buchwerts – oder ob der Bruttozugang stfrei gestellt werden soll. Da der Gesetzgeber die stl. Behandlung der Wertzugänge einerseits und der BA bzw. Buchwerte andererseits getrennt behandeln will (§ 3 Nr. 40/§ 3c), ist uE der Begriff der BVMehrung als Bruttowert zu verstehen. Damit wird die BVMehrung vor Abzug des Buchwerts zu 40 % stbefreit.

52 Einstweilen frei.

### III. Veräußerung und Entnahmen von Anteilen

#### 53 1. Veräußerung

Veräußerung ist jede entgeltliche Übertragung des bürgerlich-rechtl. oder wirtschaftlichen Eigentums an WG auf eine andere Person (BFH v. 22.9.1992 – VIII R 7/90, BStBl. II 1993, 229 mwN). Neben dem Verkauf von Anteilen an einen Dritten werden auch andere Vorgänge vom Veräußerungsbegriff erfasst.

**Einbringung von Anteilen:** Die Einbringung von Anteilen in eine KapGes. oder PersGes. ist eine Veräußerung, wenn für die Einbringung Gesellschaftsrechte gewährt werden; es handelt sich um einen tauschähnlichen Vorgang (BFH v. 16.2.1996 – I R 183/94, BStBl. II 1996, 342; v. 29.10.1987 – IV R 93/85, BStBl. II 1988, 374). Dabei ist der Begriff der Veräußerung auch erfüllt, wenn die Anteile zu Buchwerten in die andere Gesellschaft eingebracht werden (BFH v. 21.6.1994 – VIII R 5/92, BStBl. II 1994, 856). Auf die Einbringung ist somit das Halb-/Teileinkünfteverfahren anzuwenden (glA BALMES/SCHÜTZE-  
BERG in ERLE/SAUTER, KStG, 2. Aufl. 2006, § 3 EStG Rn. 103).

► *Ermittlung des begünstigten Erlöses:* Der Veräußerungserlös, der durch die Einbringung durch Zugang der neuen Gesellschaftsanteile an der aufnehmenden Gesellschaft entsteht, wird zu 40 % stfrei gestellt. Werden die Anteile zu Buchwerten eingebracht, entsteht insgesamt kein Gewinn, da der Buchwert der Beteiligung gem. § 3c Abs. 2 ebenfalls nur zu 60 % bei der Ermittlung der Einkünfte abgezogen werden kann. Werden die Anteile dagegen nicht zu Buchwerten, sondern zu Teilwerten eingebracht, führt das Zusammenspiel von § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. a und § 3c Abs. 2 dazu, dass nur 60 % des Gewinns stpfl. sind (SEIFRIED, DStR 2001, 241; BALMES/SCHÜTZE-  
BERG in ERLE/SAUTER, KStG, 2. Aufl. 2006, § 3 EStG Rn. 103).

**Verdeckte Einlage:** Die StBefreiung ist uE auch auf eine verdeckte Einlage – also die Einbringung eines WG in eine Gesellschaft, ohne dass hierfür Gesellschaftsrechte gewährt werden – anzuwenden. Zu Einzelheiten s. Anm. 56.

#### 2. Entnahme von Anteilen

##### 54 a) Grundsatz

Die Entnahme von Anteilen an einer Körperschaft, Personenvereinigung und Vermögensmasse iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 ist nach Satz 1 Buchst. a begünstigt. Sie ist nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 mit dem Teilwert zu bewerten, wobei nur 60 % stpfl. ist. Der Buchwert ist gem. § 3c Abs. 2 nur zu 60 % abzuziehen.

**b) Entnahme einbringungsgeborener Anteile iSd.**

55

**§ 21 Abs. 1 UmwStG aF**

Die Entnahme einbringungsgeborener Anteile führt nach zutreffender Auffassung der FinVerw. zu einer stpfl. Gewinnrealisierung (BMF v. 25.3.1998, BStBl. I 1998, 268 Tz. 21.12; aA WIDMANN/MAYER, UmwStG, § 21 Rn. 526), obwohl die Anteile steuerverstrickt bleiben und daher ein späterer Verkauf weiterhin stpfl. ist (HARITZ, DStR 2000, 1537). Der Entnahmevergange ist nach Nr. 40 Satz 1 Buchst. a begünstigt, wenn die Anwendung nicht gem. Sätzen 3 und 4 aF ausgeschlossen ist (DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 16).

**c) Verdeckte Einlage**

56

Einen begünstigten Entnahmetatbestand iSd. Satz 1 Buchst. a erfüllt uE auch die Übertragung von Anteilen im Rahmen einer verdeckten Einlage (glA DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 17; BALMES/SCHÜTZBERG in ERLE/SAUTER, KStG, 2. Aufl. 2006, § 3 EStG Rn. 104; KSM/VON BECKERATH, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/106; aA HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 214). Bei einer verdeckten Einlage wird der Gesellschaftsanteil auf eine andere KapGes. übertragen, ohne dass der Übertragende hierfür Gesellschaftsanteile an der aufnehmenden Gesellschaft erhält. Es handelt sich nicht um einen Tausch oder tauschähnlichen Vorgang, so dass keine Veräußerung vorliegt (BFH v. 18.12.1990 – VIII R 17/85, BStBl. II 1991, 512). Dennoch führt die Übertragung beim abgebenden Betrieb zu einer Gewinnrealisierung. Aus Sicht des abgebenden Betriebs liegt ein außerbetrieblicher Vorgang vor, so dass eine Entnahme gegeben ist (glA SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVII. § 5 Rn. 639; SCHMIDT/GLANEGGER XXVII. § 6 Rn. 550).

**d) Überführung von Anteilen in eine ausländische Betriebsstätte**

57

**Steuerentstrickung als Entnahme gem. § 4 Abs. 1 Satz 3:** Durch die Überführung einer Beteiligung von einem inländ. Stammhaus in eine ausländ. Betriebsstätte wird regelmäßig das deutsche Besteuerungsrecht für einen späteren Verkauf ausgeschlossen, weil das Besteuerungsrecht gem. Art. 7 OECD-MA dem ausländ. Staat zusteht. Dieser Vorgang wird nach § 4 Abs. 1 Satz 3 idF des SEStEG v. 7.12.2006 als Entnahme behandelt. Der Gesetzgeber hat mit § 4 Abs. 1 Satz 3 erstmals einen Entstrickungstatbestand gesetzlich geregelt (zu Einzelheiten s. § 4 Anm. J 06-8 ff.). Als Entnahme ist der Vorgang nach Satz 1 Buchst. a begünstigt (KSM/VON BECKERATH, § 3 Rn. B 40/107).

**Auflösung eines Ausgleichspostens nach § 4g:** Die StBefreiung ist zu gewähren, wenn der Stpfl. nach § 4g einen Ausgleichsposten gebildet hat, der über die nächsten vier Jahre gewinnerhöhend aufzulösen ist (KORN/TORMÖHLEN, § 3 Nr. 40 Rn. 24; KSM/VON BECKERATH, § 3 Rn. B 40/107). Nach § 4g Abs. 1 kann zur Vermeidung einer sofortigen Besteuerung der Entnahme ein Ausgleichsposten gebildet werden, wenn die ausländ. Betriebsstätte in einem Mitgliedstaat der EU liegt. Der Ausgleichsposten ist nach § 4g Abs. 2 grundsätzlich im Jahr der Bildung und in den nächsten vier Wj. gewinnerhöhend aufzulösen (zu Einzelheiten s. § 4g Anm. J 06-4 ff.).

**Steuerentstrickung vor Einführung des § 4 Abs. 1 Satz 3:** Auch vor der gesetzlichen Regelung des Entstrickungstatbestands durch § 4 Abs. 1 Satz 3 führte die Überführung von Anteilen an einer Körperschaft iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 in eine ausländ. Betriebsstätte zu stpfl. Erträgen, wenn die Anteile durch die Überführung dem deutschen Besteuerungsrecht entzogen werden. Diese Erträge sind

nach Satz 1 Buchst. a zu 40 % stfrei, unabhängig von der Frage, ob man bezüglich des Realisationstatbestands der Auffassung der FinVerw. oder der (überwiegenden) Meinung im Schrifttum und des BFH folgt (glA DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 19; KSM/VON BECKERATH, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/107).

► *Auffassung der Finanzverwaltung:* Die FinVerw. behandelte die Überführung eines WG in eine ausländ. Betriebsstätte schon vor Einführung des § 4 Abs. 1 Satz 3 als sofort stpfl. Entnahme. Es bestand jedoch die Möglichkeit, den Gewinn aus Billigkeitsgründen erst zu versteuern, wenn das WG tatsächlich aus dem Vermögen der Betriebsstätte ausgeschieden war (BMF v. 24.12.1999, BStBl. I 1999, 1076 Tz. 2.6.1). Als Entnahme ist dieser Vorgang nach Satz 1 Buchst. a begünstigt.

► *Schrifttum und Rechtsprechung:* Überwiegend wird im Schrifttum hingegen die „Theorie der aufgeschobenen Gewinnrealisierung“ vertreten (zu Einzelheiten s. SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 18.44 ff.). Die Überführung eines WG in eine ausländ. Betriebsstätte führt danach noch nicht zu einer Gewinnrealisierung. Dieser Auffassung hat sich der BFH nunmehr angeschlossen (BFH v. 17.7.2008 – I R 77/06, BFH/NV 2008, 1941). Ein Gewinn ist erst im Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung des WG durch die Betriebsstätte verwirklicht. Auch nach dieser Konzeption ist der Vorgang gem. Satz 1 Buchst. a begünstigt, weil die Gewinnrealisation auf einer Veräußerung basiert.

#### 58 e) Gewinn nach § 6 Abs. 5 Satz 4

**Grundsatz:** Nach § 6 Abs. 5 Satz 3 können auch einzelne WG stneutral aus einem BV des Mitunternehmers in das Gesamthandsvermögen einer Mitunternehmerschaft, aus dem SonderBV eines Mitunternehmers in das Gesamthandsvermögen derselben oder einer anderen Mitunternehmerschaft, an der er beteiligt ist, und zwischen den SonderBV verschiedener Mitunternehmer derselben Mitunternehmerschaft übertragen werden. Rückwirkend auf den Zeitpunkt der Übertragung ist jedoch der Teilwert anzusetzen, wenn das WG innerhalb einer Sperrfrist von drei Jahren veräußert oder entnommen wird. Dies führt rückwirkend zur stpfl. Aufdeckung stiller Reserven (zu Einzelheiten vgl. § 6 Anm. 1467 ff.).

**Anwendung des Teileinkünfteverfahrens:** Soweit es sich bei dem übertragenen WG um eine Beteiligung iSd. Satz 1 Buchst. a handelt, wird der stpfl. Ertrag, der durch den nachträglichen Ansatz des Teilwerts im abgebenden BV entsteht, zu 40 % stfrei gestellt.

#### 59 3. Veräußerung oder Entnahme von Anteilen einer Organgesellschaft iSd. §§ 14, 17 oder 18 KStG

**Organgesellschaft:** Die Veräußerung von Anteilen an einer OG durch den OT wird von Satz 1 Buchst. a begünstigt. Die Erfassung der Anteilveräußerung von OG durch § 3 Nr. 40 stand nach der ursprünglich geltenden Gesetzesfassung nicht zweifelsfrei fest, weil die OG dem OT keine Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 vermittelt. Vielmehr wird dem OT der Gewinn gem. § 14 KStG nur zugerechnet. Um dieses Auslegungsproblem zu beseitigen, wurde die Vorschrift durch das UntStFG ergänzt (BTDrucks. 14/6882, 1 u. 31). Nunmehr wird ausdrücklich klargestellt, dass auch die Veräußerung einer OG iSd. §§ 14, 17 oder 18 KStG nach Nr. 40 Satz 1 Buchst. a begünstigt ist (NEYER, GmbHR 2002, 102; RÖDDER/SCHUMACHER, DSStR 2001, 1634).

60–62 Einstweilen frei.

#### IV. Anteile an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 9

##### 1. Anteile

63

Das Teileinkünfteverfahren ist nur auf Anteile an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, deren Leistungen beim Empfänger zu den Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören, anzuwenden. Zu den Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 9 gehören insbes. KapGes. (AG, GmbH, KGaA und SE), Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und bergbaureibende Vereinigungen, die die Rechte einer juristischen Person haben.

**Bezugsrechte:** Nach der Rspr. des IX. Senats des BFH zählen auch Bezugsrechte zu den Anteilen iSd. § 3 Nr. 40, so dass ihre Veräußerung begünstigt wird (BFH v. 27.10.2005 – IX R 15/05, BStBl. II 2006, 1171; zustimmend DINKELBACH, DB 2006, 1642; ablehnend INTEMANN, DStR 2006, 1447). Für die Auslegung des § 3 Nr. 40 greift der BFH auf die gesetzliche Definition des Anteilsbegriffs in § 17 zurück, weil hier wie dort die Realisierung von Wertsteigerungen stl. erfasst werden soll. Die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens ist danach gerechtfertigt, weil Bezugsrechte wegen des Substanztransfers von den Altaktien den Wert der Gesellschaft anteilig repräsentieren.

► *Stellungnahme:* Die Rspr. des IX. Senats kann uE. nicht überzeugen (s. ausführlich INTEMANN, DStR 2006, 1447; aA DINKELBACH, DB 2006, 1642). Bei normspezifischer Auslegung werden von § 3 Nr. 40 nur Anteile erfasst, die dem Anteilseigner laufende Gewinnausschüttungen vermitteln können. Denn die Anteilsveräußerung wird im Teileinkünfteverfahren nur begünstigt, weil der Gesetzgeber diese mit einer Totalausschüttung vergleicht, also laufende Gewinnausschüttung und Veräußerungserlös verknüpft (s. Anm. 50). Bezugsrechte berechnen den Inhaber aber nicht zum Dividendenbezug. Gestützt wird diese Auffassung durch den I. Senats des BFH, der die Veräußerung von Bezugsrechten nicht in den Anwendungsbereich des § 8b Abs. 2 KStG einbezieht (BFH v. 23.1.2008 – I R 101/06, BStBl. II 2008, 719).

**Innovative Finanzinstrumente:** Umtauschanleihen, Aktienanleihen, Optionsanleihen und andere Aktienderivate können sich wie Bezugsrechte dadurch auszeichnen, dass sie den Wert der unterlegten Aktien repräsentieren. Dennoch unterliegt ihre Veräußerung uE. nicht dem Teileinkünfteverfahren (HAISCH/DANZ, DStZ 2006, 229; INTEMANN, DStR 2006, 1447; HÄUSELMANN/WAGNER, BB 2002, 2170; HÄUSELMANN/WAGNER, BB 2002, 2432). Ob sich aus der Rspr. des BFH zu Bezugsrechten eine Einbeziehung anderer Finanzinstrumente ableiten lässt, ist noch ungeklärt.

**Anteile an ausländischen Gesellschaften:** Auch Anteile an ausländ. Gesellschaften werden von der Vorschrift begünstigt (KORN/TORMÖHLEN, § 3 Rn. 4), so dass der Veräußerungserlös bei einem Anteilsverkauf einer ausländ. Gesellschaft nur zu 60 % in die Besteuerung einbezogen wird. Die Vergünstigung wird ohne Rücksicht auf eine Mindestbeteiligungsquote oder eine Aktivitätsklausel gewährt (VAN LISHAUT, StuW 2000, 182; WATERMEYER, GmbH-StB 2001, 167). Die Gleichbehandlung von inländ. und ausländ. Beteiligungen soll die Europatauglichkeit der Unternehmensbesteuerung sicherstellen. Eine ausländ. Gesellschaft vermittelt ihrem Anteilseigner Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1, wenn die nach ausländ. Recht gegründete Gesellschaft ihrer inneren Struktur nach einer deutschen KapGes. im Wesentlichen entspricht (BFH v. 16.12.1992 – I R 32/92, BStBl. II 1993, 399; v. 16.12.1998 – I R 138/97, BStBl. II 1999, 437).

► *Hinzurechnungsbesteuerung nach dem AStG:* Das Teileinkünfteverfahren ist auf die Veräußerung einer ausländ. Beteiligung nicht anzuwenden, soweit in dem Veräußerungserlös Beträge enthalten sind, die bereits der Hinzurechnungsbesteuerung unterworfen wurden und die die ausländ. Gesellschaft noch nicht an den inländ. Anteilseigner ausgeschüttet hat. Diese Beträge sind nach § 3 Nr. 41 Buchst. b in voller Höhe steuerfrei (s. § 3 Nr. 41 Anm. 20).

**Einbringungsgeborene Anteile:** Nur die Entnahme einbringungsgeborener Anteile fällt unter Satz 1 Buchst. a, während eine Veräußerung nach Satz 1 Buchst. b begünstigt wird (zu Einzelheiten s. Anm. 82).

**Anteile an Rechtsgebilden iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9:** Die Veräußerung von Anteilen an nichtrechtsfähigen Vereinen, Anstalten, Stiftungen und anderen Zweckvermögen privaten Rechts (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG), deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 gehören, ist nach dem Teileinkünfteverfahren begünstigt. Ausdrücklich wurde die Einbeziehung solcher Anteilsveräußerungen erst mit dem UntStReformG 2008 v. 14.8.2007 gesetzlich geregelt. Die Regelung hat jedoch nur klarstellende Funktion, obwohl vor der Änderung Rechtssubjekte iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 in Satz 1 Buchst. a nicht erwähnt wurden (BTDrucks. 16/4841, 47). Dennoch ist die Steuerbefreiung der Nr. 40 schon nach dem ursprünglichen Wortlaut auf solche Veräußerungen anzuwenden, weil der fehlende Verweis auf § 20 Abs. 1 Nr. 9 lediglich auf einem Versehen des Gesetzgebers beruht. Die dadurch entstandene Lücke im Gesetz kann durch Auslegung geschlossen werden. Denn es war erklärter Wille des Gesetzgebers, Rechtssubjekte iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 9 im Rahmen des Halb-/Teileinkünfteverfahrens gleich zu behandeln (BTDrucks. 14/2683, 114). Bestätigt wird diese Auslegung auch durch einen Blick auf die für Körperschaften geltende Komplementärnorm des § 8b Abs. 2 KStG, denn dort wurde der Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an Rechtssubjekten iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 seit Einführung des Halbeinkünfteverfahrens ausdrücklich steuerbefreit. Eine unterschiedliche Besteuerung der Anteilsveräußerung aufgrund der Rechtsform des Veräußerers war vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt.

#### 64 2. Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 9

Mit der Formulierung, dass die Leistungen „beim Empfänger zu den Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören“, wird lediglich abstrakt der Kreis der begünstigten Anteile definiert. Damit ist die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens nicht von der weiteren Voraussetzung abhängig, dass die Leistungen tatsächlich im konkreten Fall zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören. Daher war die Veräußerung einer Organgesellschaft schon vor der klarstellenden Änderung des Satzes 1 Buchst. a durch das UntStFG begünstigt (glA WATERMEYER, GmbH-StB, 2001, 166; s. auch Anm. 59).

65 Einstweilen frei.

#### 66 V. Auflösung der Gesellschaft oder Herabsetzung des Nennkapitals

**Auflösung/Liquidation:** Erlöse, die dem Anteilseigner anlässlich der Auflösung bzw. Liquidation einer Körperschaft iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 zufließen, werden ebenfalls von Satz 1 Buchst. a erfasst, wenn die Anteile zu einem stl. BV gehören. Dabei unterscheidet die Vorschrift nicht nach der Art des verwendeten Vermögens. Nach Satz 1 Buchst. a werden uE sowohl solche Bezüge erfasst, die

nicht aus dem Nennkapital oder aus dem Einlagekonto gem. § 27 KStG stammen, als auch solche, für die Nennkapital oder das Einlagekonto gem. § 27 KStG als verwendet gilt (glA DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 20; NACKE/INTEMANN, DB 2002, 756 [760]; KSM/VON BECKERATH, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/110; aA BALMES/SCHÜTZEBERG in ERLE/SAUTER, KStG, 2. Aufl. 2006, § 3 EStG Rn. 107; HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 216 u. 234).

**Steuerliches Einlagekonto iSd. § 27 KStG:** Soweit Leistungen, für die Beträge aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG als verwendet gelten, zu einem stpfl. Ertrag im BV führen, greift uE die StBefreiung nach Satz 1 Buchst. a ein (glA DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 20; STAIGER/SCHOLZ, BB 2002, 2633). Stl. betrachtet handelt es sich bei Leistungen aus dem Einlagekonto um eine Kapitalrückzahlung, so dass dieser Vorgang wie die Herabsetzung von Nennkapital zu behandeln ist (BFH v. 20.4.1999 – VIII R 38/96, BStBl. II 1999, 647 zu Ausschüttungen aus dem EK 04). Zu Einzelheiten s. Anm. 113.

**Herabsetzung des Nennkapitals:** Gleiches gilt, wenn dem Anteilseigner Einnahmen aus der Herabsetzung des Nennkapitals einer Körperschaft iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 zufließen.

**Ausländische Gesellschaft:** Das Teileinkünfteverfahren ist auch anzuwenden, wenn eine ausl. Gesellschaft aufgelöst oder ihr Nennkapital herabgesetzt wird. Denn die Vorschrift begrenzt die Anwendung der StBefreiung nicht auf unbeschränkt stpfl. Körperschaften (glA KSM/VON BECKERATH, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/111; DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 20).

## VI. Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, selbständiger Arbeit und Gewerbebetrieb

67

Satz 1 Buchst. a ist nur anzuwenden, wenn die Einnahmen zu den Einkünften aus LuF, aus Gewerbebetrieb und aus selbständiger Arbeit gehören. Dies ist der Fall, wenn der fragliche Anteil zu einem gewerblichen, selbständigen oder land- und forstwirtschaftlichen BV gehört. Insoweit kommt es durch die Umstellung des Halbeinkünfteverfahrens auf das Teileinkünfteverfahren ab dem VZ 2009 zu keiner Änderung. Zur Sonderbehandlung bei Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten s. Anm. 175 ff.

**Ausländisches Betriebsvermögen:** Die Beteiligungsveräußerung ist nicht nur begünstigt, wenn die Anteile zu einem inländ. BV gehören. Werden die Anteile über eine ausl. PersGes. gehalten oder sind sie dem BV einer ausl. Betriebsstätte zuzuordnen, greift die StBefreiung ebenfalls ein, soweit der Vorgang überhaupt der deutschen Besteuerung unterliegt.

## VII. Rechtsfolge

68

**Anteilige Steuerfreistellung:** Der Veräußerungserlös wird bis zum VZ 2008 zur Hälfte und ab dem VZ 2009 zu 40 % stfrei gestellt. Die StBefreiung wird auf den Bruttoertrag gewährt, weil mit der Veräußerung oder Entnahme in Zusammenhang stehende Aufwendungen nach § 3c Abs. 2 erst in einem zweiten Schritt (anteilig) berücksichtigt werden (zu Einzelheiten s. § 3c Anm. 50 ff.)

**Kaufpreis:** Im Fall der Veräußerung wird der vereinbarte Kaufpreis zu 40 % stbefreit. Besteht der Kaufpreis in einem Einmalbetrag, unterliegt dieser der

StBefreiung. Unproblematisch ist auch die Vereinbarung von Kaufpreistraten oder Leib- und Zeitrenten. Hier ist der abgezinste Barwert zu berücksichtigen. Ist dagegen der Kaufpreisumsatz- bzw. gewinnabhängig, so werden die laufend in den späteren Jahren zufließenden Beträge nach Satz 1 Buchst. a zu 40 % stfrei gestellt.

**DBA:** Der Verkauf von Anteilen unterliegt nicht dem Teileinkünfteverfahren, wenn das Besteuerungsrecht bzgl. des Veräußerungserlöses aufgrund eines DBA einem ausländ. Staat zugewiesen ist (KSM/VON BECKERATH, § 3 Rn. B 40/93). Steht ein DBA der deutschen Besteuerung nicht entgegen, findet die Befreiungsvorschrift uneingeschränkt auf den Veräußerungserlös Anwendung (BALMES/SCHÜTZEBERG in ERLE/SAUTER, KStG, 2. Aufl. 2006, § 3 EStG Rn. 101).

69 Einstweilen frei.

## B. Behandlung teilwertberechtigter Anteile (Buchst. a Satz 2)

### 70 I. Grundsatz: Betriebsvermögensmehrung aus Wertaufholung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 zu 40 % befreit

Mit dem StEntG 1999/2000/2002 wurde für Beteiligungen ein Wertaufholungsgebot (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3) eingeführt. Hatte ein Stpfl. den Wert einer Beteiligung in den Vorjahren auf den niedrigeren Teilwert abgeschrieben, so ist er nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 iVm. § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 verpflichtet, eine gewinnerhöhende Wertaufholung vorzunehmen, wenn der Teilwert der Beteiligung in einem späteren Jahr wieder gestiegen ist (zu Einzelheiten s. § 6 Anm. 772). Die so ausgelöste Gewinnerhöhung wird nunmehr zu 40 % stfrei gestellt. Es ist jedoch die Einschränkung des Satzes 1 Buchst. a Satz 2 zu beachten.

### 71 II. Ausnahme bei früherer Abschreibung nach altem Recht (Satz 1 Buchst. a Satz 2)

Die Wertaufholung soll nicht dem Teileinkünfteverfahren unterliegen, wenn und soweit sich die Teilwertabschreibung in den Vorjahren im vollen Umfang gewinnmindernd ausgewirkt hatte. Wurde die Teilwertabschreibung in voller Höhe gewinnmindernd berücksichtigt, darf die Wertaufholung nicht nur zu 60 %, sondern muss ebenfalls in voller Höhe stl. erfasst werden (BLÜMICH/ERHARD, § 3 Rn. 517). Diese Einschränkung soll sicherstellen, dass die Einführung des Halbeinkünfteverfahrens nicht zu dem unerwünschten Ergebnis führt, dass sich die Wertminderung voll, die gewinnerhöhende Wertzuschreibung jedoch nur noch zur Hälfte bzw. zu 60 % stl. auswirkt (glA HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 215). Die Teilwertabschreibung hat den Gewinn in voller Höhe gemindert, wenn sie in einem Jahr vorgenommen wurde, in dem das Halbeinkünfteverfahren noch keine Anwendung fand.

**Veräußerung bzw. Entnahme teilwertberechtigter Anteile:** Die eingeschränkte Anwendung des Teileinkünfteverfahrens nach Satz 1 Buchst. a Satz 2 gilt auch für den Fall, dass ein teilwertberechtigter Anteil veräußert oder entnommen wird. Die Einnahmen aus der Veräußerung bzw. Entnahme teilwertberechtigter Anteile werden nicht zu 40 % stfrei gestellt, wenn und soweit sich die Teil-

wertabschreibung in vollem Umfang gewinnmindernd ausgewirkt hatte (DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 23).

**Gewinn aus der Auflösung einer Rücklage nach § 52 Abs. 16:** Nach § 52 Abs. 16 Satz 3 kann zur Abmilderung des Wertaufholungsgebots eine Rücklage gebildet werden. Diese Rücklage ist in den vier auf die Bildung folgenden Jahren gewinnerhöhend aufzulösen (Auflösungszeitraum). Scheidet das WG im Auflösungszeitraum aus, ist die (verbleibende) Rücklage in diesem Jahr in voller Höhe gewinnerhöhend aufzulösen. Auch diese Gewinnerhöhungen unterliegen nach § 52 Abs. 16 Satz 6 nicht dem Teileinkünfteverfahren, weil sich die Teilwertabschreibung in den Vorjahren vollständig gewinnmindernd ausgewirkt hatte (BALMES/SCHÜTZE in ERLE/SAUTER, KStG, 2. Aufl. 2006, § 3 EStG Rn. 112).

**Teilwertabschreibung bereits ausgeglichen:** Das Teileinkünfteverfahren findet aber wieder uneingeschränkt Anwendung, soweit die Gewinnminderung durch eine gewinnwirksame Wertaufholung bereits kompensiert worden ist (Satz 1 Buchst. a Satz 2 Halbs. 2).

**Anteile iSd. § 50c aF:** Soweit sich eine Teilwertabschreibung wegen Anwendung des § 50c aF stl. nicht ausgewirkt hat, ist das Teileinkünfteverfahrens uE auf die gewinnerhöhende Wertaufholung anzuwenden. Nach Auffassung der FinVerw. wirkt sich die Wertaufholung auch steuererhöhend aus, wenn die vorhergehende Abschreibung gem. § 50c aF stl. unberücksichtigt geblieben war (BMF v. 25.2.2000, BStBl. I 2000, 372; aA PRINZ, DStR 2000, 661; RÖDDER, DStR 1999, 1019). Die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens ist gerechtfertigt, weil es aufgrund des § 50c zu keiner unberechtigten Doppelbegünstigung kommt (BLÜMICH/ERHARD, § 3 Rn. 518).

Einstweilen frei.

72–73

## C. Berücksichtigung von Abzügen nach § 6b und ähnliche Abzüge (Satz 1 Buchst. a Satz 3)

### I. Veräußerung und Entnahme von Anteilen

74

Satz 1 Buchst. a Satz 3 suspendiert die Anwendung der StBefreiung des Satzes 1 Buchst. a Satz 1, soweit in früheren Jahren auf die AK von Anteilen Rücklagen nach § 6b oder ähnliche Abzüge übertragen worden sind und sich die Übertragung in der Gewinnermittlung *voll* steuerwirksam ausgewirkt hatte.

**Veräußerung und Entnahme:** Durch den Bezug auf Satz 1 Buchst. a Satz 1 wird für alle dort aufgeführten Gewinnrealisationstatbestände der Ausschluss des Teileinkünfteverfahrens nach Satz 1 Buchst. a Satz 3 angeordnet. Das Teileinkünfteverfahren ist somit bei einer Veräußerung oder Entnahme von Anteilen ausgeschlossen, soweit auf die Anteile eine Rücklage nach § 6b übertragen wurde.

### II. Abzüge nach § 6b und ähnliche Abzüge

75

**Abzüge nach § 6b und ähnliche Abzüge:** Der Ausschluss des Teileinkünfteverfahrens nach Satz 1 Buchst. a Satz 3 setzt voraus, dass von den AK der veräußerten oder entnommenen Anteile ein Abzug nach § 6b vorgenommen wor-

den ist. Nach der Gesetzesbegründung soll zB eine Begünstigung nach § 30 BergbauRatG zur Förderung des Steinkohlebergbaus einen *ähnlichen Abzug* iSd. Satz 1 Buchst. a Satz 3 darstellen. Darüber hinaus dürften auch Rücklagen für Ersatzbeschaffungen zu den ähnlichen Abzügen gehören (krit. IDW-Stellungnahme, WPg. 2006, 749 [750]).

76

### III. Abzug voll steuerwirksam

**Voll steuerwirksam vorgenommen:** Die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens wird nur ausgeschlossen, wenn der Abzug in der Vergangenheit voll steuerwirksam vorgenommen worden ist. Dies trifft auf alle Abzüge zu, die vor der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens durchgeführt wurden (KSM/von BECKERATH, § 3 Rn. B 40/121). Durch den Abzug des übertragbaren Gewinns auf die AK der erworbenen Anteile ist es vor Einführung des Halbeinkünfteverfahrens zu einer uneingeschränkten StMinderung gekommen.

► *Abzüge nach Einführung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens:* Satz 1 Buchst. a Satz 3 findet keine Anwendung, wenn die Gewinnübertragungen schon unter dem Regime des Halb-/Teileinkünfteverfahrens erfolgt sind (insbes. nach § 6b Abs. 10). Die Einbeziehung dieser Fälle wäre systemwidrig, weil der übertragene Veräußerungsgewinn auch ohne Anwendung des § 6b nur anteilig stpfl. gewesen wäre (RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2006, 1487; FÖRSTER, DB 2007, 72). Somit kann es in diesen Fällen nicht zu einer unberechtigten mehrfachen Begünstigung kommen, die Satz 1 Buchst. a Satz 3 verhindern soll.

77

### IV. Berücksichtigung einer Wertaufholung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3

**Ausnahme bei Betriebsvermögensmehrungen aus Wertaufholung:** Für Betriebsvermögensmehrungen aus einer Wertaufholung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 gilt die Suspendierung des Teileinkünfteverfahrens nicht. Soweit für die Anteile, auf deren AK auch eine Rücklage nach § 6b übertragen wurde, eine Wertzuschreibung erfolgt, ist diese grundsätzlich nur zu 60 % stpfl. Allerdings ist wiederum der Ausschluss des Teileinkünfteverfahrens für in der Vergangenheit voll gewinnwirksame Teilwertabschreibungen nach Satz 1 Buchst. a Satz 2 zu beachten. Unter den Voraussetzungen von Satz 1 Buchst. a Satz 2 kann die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens auch für Wertaufholungen ausgeschlossen sein (s. Anm. 70 ff.).

78

### V. Rechtsfolge von Satz 1 Buchst. a Satz 3

**Keine Steuerbefreiung der Einnahmen:** Werden Anteile veräußert oder entnommen, ist die anteilige StBefreiung nach Satz 1 Buchst. a Satz 1 insoweit nicht zu gewähren, als Abzüge nach § 6b oder ähnliche Abzüge in der Vergangenheit voll steuerwirksam vorgenommen worden sind. Ein Veräußerungserlös ist in Höhe des erfolgten Abzugs voll stpfl. Ein darüber hinausgehender Ertrag ist weiterhin zu 40 % stfrei.

**Anwendung der Abzugsbeschränkung des § 3c Abs. 2:** Bei der Ermittlung des stpfl. Gewinns ist die Abzugsbeschränkung des § 3c Abs. 2 zu beachten. Da der Teil des Veräußerungserlöses, der auf den Abzug gem. § 6b entfällt, voll

stpfl. ist, sind die Aufwendungen – insbes. der Buchwert der veräußerten Anteile – insoweit auch in voller Höhe abziehbar (FÖRSTER, DB 2007, 72). Eine vergleichbare Rechtsfrage stellt sich bei der Veräußerung teilwertberechtigter Anteile. Zur Berechnung der Einkünfte in diesem Fall s. OFD Düsseldorf v. 5.6.2003, FR 2003, 739; SCHIRMER, FR 2003, 1231; ZIEREN/ADRIAN, DB 2006, 299.

Einstweilen frei.

79

## **Erläuterungen zu Satz 1 Buchst. b: Veräußerung von Anteilen im Rahmen des § 16**

### **A. Veräußerung von Anteilen bei Betriebsveräußerung im Ganzen gem. § 16 Abs. 1**

#### **I. Vorbemerkung**

80

Die Veräußerung von Anteilen an einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören (Beteiligung), wird auch nach Nr. 40 begünstigt, wenn die Übertragung im Rahmen einer Veräußerung eines (ganzen) Betriebs iSv. § 16 erfolgt. Wird ein Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil nach § 16 übertragen, ist der Veräußerungserlös insoweit gem. Satz 1 Buchst. b zu 40 % stfrei, als er auf die zum BV gehörenden Beteiligungen entfällt. Damit soll sichergestellt werden, dass auch die mittelbare Beteiligungsveräußerung begünstigt wird (KORN/TORMÖHLEN, § 3 Nr. 40 Rn. 25).

#### **II. Veräußerungspreis iSd. § 16 Abs. 2**

##### **1. Veräußerungsvorgänge des § 16 Abs. 1**

81

**Begünstigte Veräußerungsvorgänge:** Mit dem Verweis auf den Veräußerungspreis iSd. § 16 Abs. 2 wird zunächst jede Beteiligungsübertragung begünstigt, die im Rahmen einer Veräußerung erfolgt, die von § 16 erfasst wird. Dazu gehören die Veräußerung eines ganzen Gewerbebetriebs, eines Teilbetriebs, einer 100 %-Beteiligung an einer KapGes., eines Mitunternehmeranteils sowie die Veräußerung eines Anteils eines persönlich haftenden Gesellschafters einer KGaA, die Veräußerung einbringungsgeborener Anteile iSd. § 21 Abs. 1 UmwStG aF und Einbringungsvorgänge. Darüber hinaus erfasst die Regelung nicht nur Veräußerungsvorgänge, sondern auch Vorgänge, die wie eine Veräußerung nach § 16 zu behandeln sind. Daher werden zB sowohl die Ersatztatbestände des § 21 Abs. 2 UmwStG als auch die Realteilung sowie die Betriebsverlegung ins Ausland von Satz 1 Buchst. b begünstigt (s. Anm. 83 und 95).

##### **2. Veräußerung einbringungsgeborener Anteile**

###### **a) Anwendung der Steuerbefreiung des Satzes 1 Buchst. b**

82

Die Veräußerung einbringungsgeborener Anteile iSd. § 21 Abs. 1 UmwStG aF wird von der Regelung des Satzes 1 Buchst. b erfasst, und zwar unabhängig davon, ob die Anteile zum BV oder PV des Veräußerers gehören (ausführlich s. NACKE/INTEMANN, DB 2002, 756; glA KSM/VON BECKERATH, § 3 Nr. 40 Rn. B

40/158; aA DIETERLEN/SCHADEN, BB 2000, 2492; PATT/RASCHE, FR 2001, 175). Denn nach § 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG aF gilt der Gewinn aus der Veräußerung einbringungsgeborener Anteile grds. als Veräußerungsgewinn iSd. § 16. Daher findet Satz 1 Buchst. b auch für Anteile im BV als speziellere Norm Anwendung.

**Veräußerungspreis iSd. § 16:** § 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG aF ordnet an, dass der Gewinn, der bei der Veräußerung einbringungsgeborener Anteil entsteht, als Veräußerungsgewinn iSd. § 16 gilt. Hierbei handelt es sich um eine Rechtsfolgenverweisung (HARITZ/BENKERT, UmwStG, 2. Aufl. 2000, § 21 Rn. 240). Die Gewinnermittlung erfolgt allein nach § 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG aF. Daraus schließen einige Autoren, dass die Veräußerung einbringungsgeborener Anteile nicht von Satz 1 Buchst. b erfasst wird, denn es fehle an einem „Veräußerungsgewinn iSd. § 16 Abs. 2“. Da § 21 Abs. 1 UmwStG aF eine eigenständige Gewinnermittlungsnorm sei, handele es sich hier um einen „Veräußerungspreis iSd. § 21 Abs. 1 UmwStG“, so dass die StBefreiung nach Satz 1 Buchst. b, die nur einen „Veräußerungspreis iSd. § 16 Abs. 2“ begünstige, nicht eingreife (DIETERLEN/SCHADEN, BB 2000, 2492; PATT/RASCHE, FR 2001, 175).

► *Stellungnahme:* UE ist nach dem Zweck des Gesetzes sowie aus systematischen Gründen die Veräußerung einbringungsgeborener Anteile nach Satz 1 Buchst. b zu begünstigen. Diesem Ergebnis steht auch der Wortlaut der Vorschrift nicht entgegen.

▷ *Wortlaut der Vorschrift:* Der Begriff des Veräußerungsgewinns iSd. § 16 umfasst uE auch den Begriff des Veräußerungspreises iSd. § 16, denn der Veräußerungspreis ist nur Teil der Grundlage zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns. Durch die Fiktion des § 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG aF wird daher auch der Erlös aus der Veräußerung einbringungsgeborener Anteile zu einem Veräußerungsgewinn iSd. § 16 transformiert. Für die hier vertretene Auslegung spricht im Übrigen, dass § 21 Abs. 1 UmwStG aF keine eigenständige Einkunftsart darstellt, die neben die Einkunftsarten des EStG tritt. Daher kann es uE keinen Veräußerungspreis iSd. § 21 UmwStG aF, sondern nur einen iSd. § 16 geben.

► *Systemwidrige Auswirkungen:* Darüber hinaus verhindert die Anwendung des Satzes 1 Buchst. b auf die Veräußerung einbringungsgeborener Anteile weitere systemwidrige Folgen. Denn nach § 34 Abs. 2 Nr. 1 ist nur der Veräußerungsgewinn, der nach „§ 3 Nr. 40 Buchst. b in Verbindung mit § 3c Abs. 2 teilweise steuerbefreit“ ist, von der weiteren Vergünstigung des § 34 ausgeschlossen. Der Gesetzgeber bezweckt damit richtigerweise, eine doppelte Begünstigung zu vermeiden. Würde man jedoch der Auffassung folgen, dass die Veräußerung einbringungsgeborener Anteile nur nach Satz 1 Buchst. a teilweise stbefreit sein würde, käme es zu einer kumulativen Begünstigung sowohl nach dem Halbeinkünfteverfahren als auch nach § 34 (ein solches Ergebnis bezeichnen selbst PATT/RASCHE als vom Gesetzgeber nicht gewollt; sie sehen sich durch den Wortlaut der Vorschriften jedoch an einer anderen Auslegung gehindert; PATT/RASCHE, FR 2001, 175).

Im Ergebnis wie hier DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 30; FÖRSTER, Stbg. 2001, 657; KSM/VON BECKERATH, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/158; SCHMITT/HÖRTNAGL/STRATZ, UmwG/UmwStG, 4. Aufl. 2006, § 21 Rn. 108; HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 214; KIRCHHOF/VON BECKERATH III. § 3 Rn. 136; JAKOBS/WITTMANN, GmbHR 2000, 910; VAN LISHAUT/FÖRSTER, GmbHR 2000, 1121; HARITZ, DStR 2000, 1537; STRAHL, KÖSDI 2001, 12728; aA DIETERLEN/SCHADEN, BB 2000, 2492; PATT/RASCHE, FR 2001, 175.

**b) Ersatztatbestände des § 21 Abs. 2 UmwStG aF**

83

Nicht nur die Veräußerung einbringungsgeborener Anteile führt zu einem stpfl. Erlös. Auch ohne Veräußerung entsteht nach § 21 Abs. 2 UmwStG ein Veräußerungsgewinn iSd. § 16, wenn der Anteilseigner zB. die Besteuerung beantragt. Die stpfl. Erlöse, die aufgrund der Ersatztatbestände des § 21 Abs. 2 UmwStG entstehen, unterliegen uE ebenfalls dem Halbeinkünfteverfahren gem. Satz 1 Buchst. b (glA FÖRSTER, Stbg. 2001, 657; BALMES/SCHÜTZBERG in ERLE/SAUTER, KStG, 2. Aufl. 2006, § 3 EStG Rn. 143; aA PATT/RASCHE, FR 2001, 175). § 21 Abs. 2 UmwStG verweist für die Rechtsfolge auf § 21 Abs. 1 UmwStG. Somit handelt es sich auch bei dem Gewinn, der bei Erfüllung der Ersatztatbestände verwirklicht wird, um einen Veräußerungsgewinn iSd. § 16, den der Gesetzgeber grds. begünstigen wollte. Da § 21 Abs. 2 Satz 2 UmwStG die Ersatztatbestände der Veräußerung gleichstellt, ist es unschädlich, dass es an einem Veräußerungsvorgang fehlt (vgl. ausführlich NACKE/INTEMANN, DB 2002, 756).

**c) Entnahme einbringungsgeborener Anteile**

84

Die Entnahme einbringungsgeborener Anteile soll nach Auffassung der Fin-Verw. zu einem stpfl. Ertrag führen, der uE nach Satz 1 Buchst. a zur Hälfte stfrei ist (zu Einzelheiten s. Anm. 63).

**3. Veräußerungen iSd. §§ 14 und 18 Abs. 3**

85

Die Veräußerung eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs (§ 14) sowie die Veräußerung eines Vermögens, das der selbständigen Tätigkeit dient (§ 18 Abs. 3), unterliegt uE dem Teileinkünfteverfahren, obwohl die Veräußerungstatbestände nicht ausdrücklich erwähnt sind. Da §§ 14 und 18 Abs. 3 nur für Zwecke der Gewinnermittlung auf § 16 verweisen, findet eine Transformation der Veräußerungsgewinne iSd. §§ 14 und 18 Abs. 3 in solche aus Gewerbebetrieb iSd. § 16 nicht statt. Eine Begünstigung des Veräußerungserlöses nach Satz 1 Buchst. b würde somit ausscheiden (so auch HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 222).

**Anwendung durch Analogie:** Der Ausschluss der Veräußerungsvorgänge iSd. §§ 14 und 18 Abs. 3 war vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt. Es entspricht dem Sinn und Zweck des Gesetzes, dass das Teileinkünfteverfahren auch auf diese Veräußerungen Anwendung finden sollte, auch wenn dies nicht ausdrücklich geregelt ist. Die somit vorliegende planwidrige Lücke des Gesetzes ist im Wege der Auslegung zu schließen (KSM/VON BECKERATH, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/163; KORN/TORMÖHLEN, § 3 Nr. 40 Rn. 28). Eine andere Auslegung ließe sich verfassungsrechtl. nicht rechtfertigen, da ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung nicht ersichtlich ist (s. ausführlich NACKE/INTEMANN, DB 2002, 756).

**4. Veräußerung von einbringungsgeborenen Anteilen, die durch Übertragung eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs oder eines freiberuflichen Unternehmens entstanden sind**

86

Werden einbringungsgeborene Anteile veräußert, die durch die Übertragung eines land- und forstwirtschaftlichen oder freiberuflichen Betriebs entstanden sind, so liegt nach hM im Schrifttum kein Veräußerungsgewinn iSd. § 16, sondern einer iSd. § 14 bzw. § 18 Abs. 3 vor (WIDMANN in WIDMANN/MAYER, UmwStG, § 21 Rn. 315; HARITZ/BENKERT, UmwStG, 2. Aufl. 2000, § 21

Rn. 241). Da Satz 1 Buchst. b auch auf die Veräußerungserlöse nach §§ 14 und 18 Abs. 3 anzuwenden ist (s. Anm. 85), unterliegt eine entsprechende Veräußerung dem Teileinkünfteverfahren.

87–89 Einstweilen frei.

### 90 III. Aufteilung des Veräußerungspreises („soweit er ... entfällt“)

**Notwendigkeit zur Kaufpreisaufteilung:** Der Veräußerungspreis, der bei dem Verkauf eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils erzielt wird, ist nur insoweit begünstigt, als er auf die (mit-)verkauften Beteiligungen entfällt. Daher ist es notwendig, den einheitlichen Kaufpreis zum Zweck der Besteuerung des Veräußerers aufzuteilen. Der Gesetzgeber hat auf eine gesetzliche Regelungen zur Kaufpreisaufteilung verzichtet.

**Kaufvertrag als geeigneter Aufteilungsmaßstab:** UE kann die Aufteilung des Gesamtkaufpreises zukünftig den Vereinbarungen der Vertragsparteien im (Unternehmens-)Kaufvertrag entnommen werden (SCHMIDT/HEINICKE XXVII. § 3 „Halbeinkünfteverfahren“). Die von der Rspr. im Zusammenhang mit der Betriebsveräußerung im Ganzen entwickelte modifizierte Stufentheorie (BFH v. 18.2.1993 – IV R 40/92, BStBl. II 1994, 224) sollte nur in Ausnahmefällen als Aufteilungsmaßstab im Rahmen des Satzes 1 Buchst. b herangezogen werden (vgl. ausführlich NACKE/INTEMANN, DB 2002, 756).

**Rechtfertigung der modifizierten Stufentheorie nach altem Recht:** Die Rspr. hatte die modifizierte Stufentheorie entwickelt, um zum Zweck der (zukünftigen) Besteuerung des Erwerbers eines Unternehmens den einheitlichen (Unternehmens-)Kaufpreis abweichend von einer kaufvertraglichen Vereinbarung der Kaufvertragsparteien aufteilen zu können. Gerechtfertigt wurde die Notwendigkeit einer abweichenden stl. Aufteilung, weil die Vertragsparteien in diesem Punkt keine widerstreitenden Interessen besaßen. Denn die Aufteilung des Kaufpreises war nur für den Erwerber von Bedeutung. Somit konnte die Vereinbarung im Kaufvertrag keinen objektiven Aufteilungsmaßstab für stl. Zwecke darstellen.

**Gegenläufige Interessen von Veräußerer und Erwerber:** Nunmehr stellt sich die Ausgangslage zumindest in Bezug auf mitübertragene Beteiligungen anders dar. Veräußerer und Erwerber besitzen zukünftig insoweit gegenläufige Interessen. Der Erwerber wird bestrebt sein, dass ein möglichst geringer Betrag auf die miterworbene Beteiligung entfällt, weil er sie nur sehr eingeschränkt abschreiben kann (HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 224). Der Veräußerer wird dagegen bemüht sein, einen hohen Anteil auf die Beteiligung entfallen zu lassen, weil er insoweit in den Genuss des Teileinkünfteverfahrens kommt. Dieser Interessengegensatz rechtfertigt es uE im Regelfall, die kaufvertraglichen Vereinbarungen der Besteuerung zu Grunde zu legen, da sie eine Aufteilung des Kaufpreises nach einem objektiven Maßstab ermöglichen (glA KSM/VON BECKERATH, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/172; SCHMIDT/HEINICKE XXVII. § 3 „Halbeinkünfteverfahren“).

**Anwendung der modifizierten Stufentheorie in Ausnahmefällen:** Auf die modifizierte Stufentheorie sollte nur zurückgegriffen werden, wenn ein Interessengegensatz zwischen Erwerber und Veräußerer nicht erkennbar ist oder der vertraglich bestimmte Kaufpreisanteil für die Beteiligung offensichtlich von ihrem tatsächlichen Wert deutlich abweicht. Schließlich muss die modifizierte Stu-

fentheorie für den Fall nutzbar gemacht werden, dass dem Kaufvertrag überhaupt keine Aufteilung des Kaufpreises entnommen werden kann.

#### IV. Anteile an Körperschaft, Personenvereinigung und Vermögensmasse, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören

91

Im Rahmen eines Veräußerungsvorgangs iSd. § 16 ist die Veräußerung von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören, begünstigt. Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals entspricht derjenigen zu Satz 1 Buchst. a, so dass zu Einzelheiten auf Anm. 63 verwiesen werden kann.

**Veräußerung teilwertberechtigter Anteile:** Die Veräußerung teilwertberechtigter Anteile ist – anders als bei Satz 1 Buchst. a – uneingeschränkt begünstigt (DJPW/DÖTSCHE/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 34). Ein sachlicher Grund für diese Differenzierung ist uE nicht ersichtlich. Dagegen ist die Veräußerung von Anteilen, bei denen Abzüge nach § 6b oder ähnliche Abzüge voll steuerwirksam vorgenommen worden sind, wie bei Satz 1 Buchst. a von der StBefreiung ausgenommen (s. Anm. 96).

**Organgesellschaft:** Begünstigt ist – wie nach Satz 1 Buchst. a – auch die Veräußerung einer Organgesellschaft im Rahmen einer Betriebsveräußerung iSd. § 16 (BALMES/SCHÜTZEBERG in ERLE/SAUTER, KStG, 2. Aufl. 2006, § 3 EStG Rn. 120).

#### V. Rechtsfolge

92

**Umfang der Steuerbefreiung:** Der auf Anteile entfallende Erlös iSd. § 16 wird zu 40 % stbefreit. Soweit die Anteile im Rahmen einer Veräußerung von Sachgesamtheiten erfolgt, ist der Kaufpreis auf Seiten des Veräußerers zur Gewährung der StBefreiung aufzuteilen (s. Anm. 90).

**Verhältnis zum Freibetrag nach § 16 Abs. 4:** Soweit die Voraussetzungen des § 16 Abs. 4 vorliegen, wird der Freibetrag erst nach Gewährung der StBefreiung des Satzes 1 Buchst. b vom verbleibenden (hälftigen) Gewinn abgezogen (KIRCHHOF/VON BECKERATH VIII. § 3 Rn. 121; GROTHERR, BB 2000, 849).

**Abgrenzung zu § 34:** Nach § 34 Abs. 2 Nr. 1 findet die Tarifiermäßigung für außerordentliche Einkünfte keine Anwendung, soweit der Veräußerungsgewinn nach Satz 1 Buchst. b anteilig stfrei gestellt wird, um eine Doppelbegünstigung zu vermeiden ((BTDrucks. 14/2683, 116). Werden also im Rahmen der Veräußerung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils Beteiligungen stbegünstigt übertragen, scheidet die Tarifiermäßigung nach § 34 insoweit aus.

**Einschränkungen für einbringungsgeborene Anteile (Sätze 3 und 4 aF):** Werden im Rahmen der Betriebsveräußerung einbringungsgeborene Anteile iSd. § 21 Abs. 1 UmwStG aF (mit-)veräußert, sind insoweit die Missbrauchsklauseln der Sätze 3 und 4 aF zu beachten, nach denen die Anwendung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens ausgeschlossen sein kann. Zu Einzelheiten s. Anm. 190 ff.

Einstweilen frei.

93–94

## B. Entsprechende Behandlung des Aufgaberlöses (Satz 1 Buchst. b Satz 2)

**Aufgabe:** Die Aufgabe eines Betriebs, Teilbetriebs, Mitunternehmeranteils oder eines Anteils eines persönlich haftenden Gesellschafters einer KGaA ist nach Satz 1 Buchst. b Satz 2 begünstigt, soweit der Aufgaberlös auf einen Anteil an einer Körperschaft, Personenvereinigung und Vermögensmasse, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören, entfällt. Wird die Beteiligung im Rahmen der Betriebsaufgabe veräußert, ist der Veräußerungserlös zu 40 % stfrei. Wird die Beteiligung nicht veräußert, ist der gemeine Wert zum Zeitpunkt der Aufgabe anzusetzen (§ 16 Abs. 3 Satz 5).

**Realteilung:** Unter Realteilung versteht man die Verteilung des Gesellschaftsvermögens einer PersGes. auf ihre Gesellschafter im Rahmen der Auflösung und Beendigung der Gesellschaft (s. § 16 Anm. 440f.). Sie erfolgt nach § 16 Abs. 3 Satz 2 sneutral, auch soweit nur einzelne WG auf einen Mitunternehmer übertragen werden, wenn die Besteuerung der stillen Reserven sichergestellt ist (vgl. § 16 Anm. 445).

► *Steuerpflichtiger Aufgabegewinn:* Die Realteilung kann aber auch zu einem stpfl. Aufgabegewinn führen. Dies ist zunächst der Fall, wenn die WG in das PV des Gesellschafters übertragen werden, weil die Besteuerung der stillen Reserven nicht gesichert ist. Weiterhin entsteht nunmehr nach § 16 Abs. 3 Satz 3 ein stpfl. Vorgang, wenn bei einer Realteilung einzelne WG übertragen werden, die eine wesentliche Betriebsgrundlage darstellen und innerhalb einer Sperrfrist von drei Jahren veräußert oder entnommen werden (zu Einzelheiten vgl. § 16 Anm. 460). Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen ist rückwirkend der gemeine Wert anzusetzen.

► *Anwendung der Steuerbefreiung:* Die StBefreiung des Satzes 1 Buchst. b findet im Fall einer stpfl. Realteilung Anwendung, soweit Beteiligungen auf den einzelnen Gesellschafter übertragen werden. Der im Rahmen der Realteilung erzielte Ertrag ist Aufgabegewinn iSd. § 16 Abs. 3, so dass Satz 1 Buchst. b einschlägig ist. Stbefreit wird der nach § 16 Abs. 3 Satz 3 anzusetzende gemeine Wert der übertragenen Anteile.

**Betriebsverlegung ins Ausland:** Die Betriebsverlegung ins Ausland wird nach § 4 Abs. 1 Satz 3, der durch das SEStEG v. 7.12.2006 neu eingeführt wurde, als Entnahme behandelt. Diese Regelung geht den bisher von der Rspr. zur Betriebsverlegung entwickelten Grundsätzen vor, wonach die Betriebsverlegung ins Ausland als Betriebsaufgabe behandelt wurde (s. § 16 Anm. 437). Da nunmehr eine Entnahme fingiert wird, ist der Vorgang gem. Satz 1 Buchst. a stbegünstigt.

► *Behandlung einer Betriebsverlegung vor Einführung des § 4 Abs. 1 Satz 3:* Der BFH behandelte eine Betriebsverlegung ins Ausland vor Einführung des § 4 Abs. 1 Satz 3 als Betriebsaufgabe iSd. § 16, wenn die stillen Reserven dadurch der deutschen Besteuerung entzogen werden (BFH v. 26.1.1977 – VIII R 109/75, BStBl. II 1977, 283; v. 22.4.1998 – XI R 28/97, BStBl. II 1998, 665; v. 14.3.2007 – XI R 15/05, BStBl. II 2007, 924). Dies trifft insbes. bei der Verlegung des Betriebs in einen Staat zu, mit dem ein DBA abgeschlossen wurde (§ 16 Anm. 437). Denn in diesem Fall wird das Besteuerungsrecht aufgrund der Regelungen des DBA regelmäßig dem ausländ. Staat zustehen. Da es sich um einen Aufgabevorgang iSd. § 16 handelt, wird ein Aufgaberlös, der vor dem VZ 2006 realisiert wurde, nach Nr. 40 Satz 1 Buchst. b zur Hälfte stfrei gestellt, soweit er auf die zum BV gehörenden Beteiligungen entfällt.

**Beendigung der Betriebsaufspaltung:** Auch die Beendigung der Betriebsaufspaltung durch personelle oder sachliche Entflechtung führt zu einer Betriebsaufgabe iSd. § 16 Abs. 3. Der Aufgabevorgang ist nach Nr. 40 Satz 1 Buchst. b begünstigt. Bei der Aufgabe werden sämtliche stillen Reserven, die in den WG des Besitzunternehmens ruhen, aufgedeckt. Dazu gehören auch die Anteile an der Betriebsgesellschaft. Da die Betriebsgesellschaft überwiegend in der Rechtsform der GmbH geführt wird, erlangt das Teileinkünfteverfahren bei der Beendigung einer Betriebsaufspaltung zukünftig besondere Bedeutung.

**Beendigung der Betriebsverpachtung:** Eine Betriebsaufgabe iSd. § 16 Abs. 3 liegt auch vor, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des Verpächterwahlrechts nicht mehr gegeben sind oder der Verpächter die Betriebsaufgabe erklärt (zu Einzelheiten s. § 16 Anm. 491 ff.). Entfallen die Voraussetzungen für das Wahlrecht oder erklärt der Verpächter die Betriebsaufgabe, wird der Aufgabebetrag insoweit gem. Satz 1 Buchst. b zu 40 % stfrei gestellt, als er auf eine Beteiligung iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 entfällt (KSM/VON BECKERATH, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/182).

### C. Entsprechende Anwendung von Satz 1 Buchst. a Satz 3 (Satz 1 Buchst. b Satz 3)

96

Die anteilige StFreistellung wird auch im Rahmen einer Betriebsveräußerung oder Betriebsaufgabe ausgeschlossen, soweit Abzüge nach § 6b oder ähnliche Abzüge voll steuerwirksam in der Vergangenheit vorgenommen worden sind. Der Gesetzgeber vertritt zu Recht die Auffassung, dass nicht nur bei einer Einzelveräußerung von Anteilen iSd. Satz 1 Buchst. a, sondern auch bei Veräußerung oder Entnahme iSd. Satz 1 Buchst. b der Ausschluss des Teileinkünfteverfahrens gerechtfertigt ist (BTDrucks. 16/3369, 5).

**Teilwertberichtigte Anteile:** Weiterhin wird für teilwertberichtigte Anteile iSd. Satz 1 Buchst. a Satz 2 im Rahmen einer Betriebsveräußerung oder Betriebsaufgabe die anteilige StBefreiung gewährt (FÖRSTER, DB 2007, 72), obwohl eine sachliche Rechtfertigung für diese Differenzierung nicht erkennbar ist (zu Einzelheiten s. Anm. 91). Der Gesetzgeber hat die seit Einführung des Halbeinkünfteverfahrens bestehende Unterscheidung nicht beseitigt, obwohl es sich aufgrund der Vergleichbarkeit zwischen Teilwertabschreibung und Abzug nach § 6b aufgedrängt hätte, Satz 1 Buchst. b entsprechend zu ergänzen.

Einstweilen frei.

97–99

### Erläuterungen zu Satz 1 Buchst. c: Beteiligungsverkäufe iSd. § 17

#### I. Überblick

100

War der Gewinn aus der Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung iSd. § 17 nach § 34 begünstigt, so entfiel diese schon lange bestehende und mehrfach modifizierte Vergünstigung mit dem StSenkG. Stattdessen wurden nach dem StSenkG nun die Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen gem. § 17 dem Halb- bzw. Teileinkünfteverfahren unterworfen. Erfolgt die Veräußerung bzw. die verdeckte Einlage, die auch von § 17 erfasst wird, innerhalb eines Jahres

nach Anschaffung, so erfolgt die Besteuerung nicht nach § 17, sondern nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2. Die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen nach § 17 hat an Bedeutung zugenommen, da der Gesetzgeber die Beteiligungsgrenze für Einkünfte nach § 17 von 10 % auf 1 % herabgesetzt hat. Damit hat er erreicht, dass der Anteilseigner einer Beteiligung unterhalb von 10 % nicht zB auf Ausschüttungen verzichten und später seinen Anteil stfrei veräußern kann (GROTHERR BB 2000, 849 [856]; KIRCHHOF/v. BECKERATH VIII. § 3 Nr. 40 Rn. 125).

Steuersystematisch liegt der Grund für die Neuregelung der Besteuerung von Anteilsveräußerungen im PV darin, dass in den Fällen des Satzes 1 Buchst. c der Gesetzgeber wie in den Veräußerungsfällen des Satzes 1 Buchst. a und b von einer Totalausschüttung ausgeht, so dass es sinnvoll erscheint, diese Gewinne, die schon durch die KSt. vorbelastet sind, nur zu 40 % zu besteuern.

## II. Veräußerungspreis und gemeiner Wert (Buchst. c Satz 1)

### 101 1. Veräußerungspreis iSd. § 17 Abs. 2

Nach Satz 1 Buchst. c sind 40 % des Veräußerungspreises oder des gemeinen Werts iSd. § 17 Abs. 2 stfrei. Der gemeine Wert ist in den Fällen des § 17 Abs. 1 Satz 2 anzusetzen. Das sind die Fälle, in denen eine verdeckte Einlage in eine andere KapGes. erfolgt. Werden im PV einbringungsgeborene Anteile iSd. § 21 UmwStG aF gehalten, so fällt eine Veräußerung nicht unter Satz 1 Buchst. c, sondern unter Buchst. b. Die Zuordnung ist von Bedeutung für die Anwendung der Missbrauchsvorschriften der Sätze 3 und 4 aF. Mit der Abschaffung des Instituts der einbringungsgeborenen Anteile durch das SEStEG erfasst Buchst. c nunmehr auch Anteile iSd. § 17 Abs. 1 oder 6 EStG, die aus einer Einbringung iSd. § 20 oder 21 UmwStG nF stammen.

**Abgrenzung:** Veräußerungspreis ist nach der Rspr. des BFH alles, was der Veräußerer als Gegenleistung für die Übertragung der Anteile erhalten hat (BFH v. 17.10.1974 – IV R 223/72, BStBl. II 1975, 58; v. 7.3.1995 – VIII R 29/93, BStBl. II 1995, 693). Damit fallen alle Entgelte aus dem Anwendungsbereich des § 17 und damit auch aus dem Anwendungsbereich des § 3 Nr. 40, die für zusätzliche Leistungen aufgebracht wurden oder die als Schenkungen des Erwerbers zu werten sind. Soweit es sich um Einnahmen während der Besitzzeit der Anteile handelt, fallen sie nicht unter §§ 17, 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c, sondern gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen und können dann zB nach Satz 1 Buchst. d stbefreit sein.

**Offene Einlage, Tausch und Zwangsversteigerung:** Bei einer offenen Einlage von Anteilen in eine KapGes. wie auch beim Tausch ist der gemeine Wert der Gesellschaftsrechte bzw. des erhaltenen WG anzusetzen. Bei einer Zwangsversteigerung ist der erzielte Erlös maßgeblich (vgl. § 17 Anm. 171).

**Teilentgeltliche Veräußerung:** Veräußerungspreis ist im Fall der vollentgeltlichen Veräußerung die Gegenleistung des Erwerbers. Im Fall einer teilentgeltlichen Veräußerung ist der Veräußerungsvorgang in einen voll entgeltlichen und einen voll unentgeltlichen Teil aufzuteilen. Das Teileinkünfteverfahren ist dann auf den entgeltlichen Teil anzuwenden (DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 39; KSM/v. BECKERATH, § 3 Nr. 40 Rn B 40/201).

**Beispiel:** A veräußert seine Anteile an der B-GmbH für 40 000 €. Er hat AK iHv. 120 000 €. Der Verkehrswert der Anteile liegt bei 240 000 €. Die Veräußerung ist nur zu 1/6 entgeltlich und zu 5/6 unentgeltlich. Damit stehen dem Veräußerungspreis von 40 000 € nur 20 000 € AK gegenüber. Der Rest ist unentgeltlich übertragen worden.

Die Einnahmen sind gem. Satz 1 Buchst. c zu 60 % stl. zu erfassen, also 24000 €. 60 % der auf diese Anteile entfallenden AK, also 12000 €, sind als Aufwendungen gem. § 3c Abs. 2 zu berücksichtigen. Der stpfl. Gewinn beträgt dann 12000 €.

**Stundung:** Die Fälle der Stundung sind im Rahmen des § 17 in der Weise zu behandeln, dass als Veräußerungspreis der Wert der Kaufpreisforderung anzusetzen ist. Maßgeblich ist der Tag der Veräußerung, da das Abflussprinzip gem. § 11 nicht gilt.

**Wiederkehrende Bezüge als Gegenleistung:** Wird der Anteil gegen wiederkehrende Bezüge verkauft (zB Gewinn- und Umsatzbeteiligungsrenten und Leibrenten), so hat der Stpfl. ein Wahlrecht. Er kann nach R 16 Abs. 11 Satz 1 iVm. R 17 Abs. 7 Satz 2 EStR 2007 den Barwert der wiederkehrenden Bezüge versteuern oder im Zeitpunkt des Zuflusses die Besteuerung vornehmen. Für die Zuflussbesteuerung hat BMF v. 3.8.2004 (BStBl. I 2004, 1187) für Veräußerungen nach dem 31.12.2003 folgende Regelung vorgegeben: Die einzelnen Bezüge sind in einen Kapitalanteil und in einen Zinsanteil aufzuteilen. Nur der Tilgungsanteil ist nach Abzug der AK und der Veräußerungskosten Nr. 40 zu unterwerfen, so dass das Teileinkünfteverfahren erst zur Anwendung kommt, wenn die AK und Veräußerungskosten überschritten werden. Bei Veräußerungen bis zum 31.12.2003 erfolgt die oben beschriebene Erfassung nach Satz 1 Buchst. c, wenn die Anteilsveräußerung bereits im Geltungsbereich des EStG nF stattgefunden hat. Ob im Zeitpunkt des Zuflusses nach 2008 das Halb- oder Teileinkünfteverfahren anzuwenden ist, richtet sich nach Auffassung der Verw. nach dem Zeitpunkt der Veräußerung. Erfolgt die Veräußerung vor dem 31.12.2008, so unterliegt danach der zu versteuernde Gewinn in den VZ 2009 und später dem Halbeinkünfteverfahren (FinSen. Berlin v. 21.12.2007, EStG-Kartei BE § 17 EStG Nr. 1006; OFD Hannover v. 20.5.2008, ESt.-Kartei ND § 17 EStG Nr. 3).

**Sitzverlegung als Veräußerungsvorgang:** Die Veräußerung von Anteilen an einer KapGes. im Fall der Sitzverlegung in einen anderen Staat kann zu einer Beschränkung oder einen Ausschluss des Besteuerungsrechtes der Bundesrepublik Deutschland führen. § 17 Abs. 5 EStG idF des SEStEG ordnet hierzu an, dass die Sitzverlegung eine Veräußerung der Anteile zum gemeinen Wert darstellt. Hierdurch soll das deutsche Besteuerungsrecht erhalten bleiben (BTDrucks. 16/2710, 29). Zwar verweist Satz 1 Buchst. c Satz 2 nur auf die Veräußerungersatztatbestände des § 17 Abs. 4 EStG; gleichwohl dürfte sich schon aus Satz 1 Buchst. c Satz 1 ergeben, dass hierzu auch die Fälle des § 17 Abs. 5 nF gehören (ebenso DJPW/PUNG, vor § 3 Nr. 40 EStG Rn. 6).

## 2. Gemeiner Wert iSd. § 17 Abs. 1 Satz 2

102

In den Fällen des § 17 Abs. 1 Satz 2 tritt an Stelle des Veräußerungspreises der gemeine Wert (§ 17 Abs. 2 Satz 2). Damit hat der Gesetzgeber seit dem VZ 1992 auch die Missbrauchsfälle erfasst, in denen der Anteilseigner seine Anteile zu einem unangemessen niedrigen Preis an eine KapGes. veräußert, an der er selbst beteiligt ist, und der Preisnachlass auf dem Gesellschaftsverhältnis beruht (verdeckte Einlage). In diesen Fällen gilt als Veräußerungspreis der gemeine Wert, so dass auf diesem Wege nicht mehr eine Versteuerung umgangen werden kann. Der gemeine Wert ist auch in den Fällen zugrunde zu legen, in denen die oben beschriebene Übertragung nicht auf die KapGes. unmittelbar, sondern mittelbar (durch Übertragung auf eine Tochtergesellschaft oder Schwestergesellschaft) erfolgt.

103 **3. Verdeckte Gewinnausschüttung**

Wird für die Anteile des Gesellschafters ein überhöhter Veräußerungspreis gezahlt, so kann es sich insoweit um eine vGA an den Empfänger der Gegenleistung handeln (§ 17 Anm. 174), die bei diesem zu Einkünften nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 führt (§ 17 Abs. 4 Satz 3). Damit kommt nicht Satz 1 Buchst. c, sondern Satz 1 Buchst. d zur Anwendung. Da nach dem StSenkG beide Besteuerungstatbestände (nach dem Halb-/Teileinkünfteverfahren) gleich behandelt werden, hat diese gesonderte Behandlung abgesehen von dem Freibetrag des § 17 Abs. 3 keine praktischen Auswirkungen.

104 **4. Keine Geltung der Sperrfristen der Sätze 3 und 4 aF**

Die Sperrfrist nach den Sätzen 3 und 4 aF kommt hier nicht zur Anwendung. Diese Sperrfrist betrifft Vorgänge, die im BV des Stpfl. stattfinden. Dagegen regelt Satz 1 Buchst. c das Teileinkünfteverfahren für Anteile im PV. So gilt die siebenjährige „Behaltefrist“ für einbringungsgeborene Anteile, deren Verkauf sich im BV vollzieht und somit ein Fall des § 16 wäre.

105 **5. Freibetrag gem. § 17 Abs. 3**

Der Freibetrag nach § 17 Abs. 3 in Höhe von 10300 – ist in voller Höhe auf den stpfl. Teil des Veräußerungsgewinns zu gewähren (glA SCHULTE in ERLE/SAUTER, Reform der Unternehmensbesteuerung, 2001, 94; § 17 Anm. 251; BLÜMICH/ERHARD § 3 Rn. 521). Denn Satz 1 Buchst. c verweist nur auf den Veräußerungspreis iSd. § 17 Abs. 2, nicht jedoch auf den stpfl. Veräußerungsgewinn des § 17 (ebenso SCHULTE in ERLE/SAUTER aaO). Praktisch führt daher die Einführung des Halbeinkünfteverfahrens zu einer Verdoppelung des Freibetrags.

**Beispiel:** A veräußert seine im PV gehaltene Beteiligung an der X-GmbH für 100000 €. Er hat Anschaffungs- und Veräußerungskosten von 50000 €. Gem. Satz 1 Buchst. c unterliegen nur 60 % des Veräußerungspreises der Besteuerung (= 60000 €). Hiervon sind gem. § 3c Abs. 2 60 % der Anschaffungs- und Veräußerungskosten abzuziehen (= 30000 €). Von dem stpfl. Veräußerungsgewinn (= 30000 €) ist der Freibetrag gem. § 17 Abs. 3 iHv. 9060 € abzuziehen, so dass letztlich nur 20940 € stpfl. sind (vgl. auch Beispiel in § 17 Anm. 251).

Auch soweit eine Kürzung des Freibetrags nach § 17 Abs. 3 in Betracht kommt, ist als Veräußerungsgewinn derjenige nach Anwendung des Teileinkünfteverfahrens zugrunde zu legen (§ 17 Anm. 252).

106–107 Einstweilen frei.

108 **III. Entsprechende Behandlung in den Fällen des § 17 Abs. 4 (Buchst. c Satz 2)**

Nach Satz 1 Buchst. c Satz 2 ist in den Fällen des § 17 Abs. 4 der Satz 1 des Buchst. c entsprechend anzuwenden. Nach § 17 Abs. 4 Satz 1 stellt das Gesetz die Auflösung und Liquidation einer KapGes. und die Herabsetzung und Rückzahlung ihres Nennkapitals ausdrücklich einer Veräußerung gleich. Eine Aufteilung der Auskehrung, wie sie nach früherem Recht aufgrund § 17 Abs. 4 Satz 3 erforderlich war, ist nach Einführung des Halbeinkünfteverfahrens obsolet geworden. Der Wortlaut, wonach das Halb- bzw. Teileinkünfteverfahren auch „in den Fällen des § 17 Abs. 4“ gilt, erfasst auch die Auskehrung thesaurierter Gewinne gem. § 17 Abs. 4 Satz 3. Damit kommt es zur estl. Gleichbehandlung (s. noch zur früheren Rechtslage BFH v. 9.4.1994 – VIII R 2/93, BStBl. II 1995,

705). Eine Differenzierung ist nicht mehr erforderlich (aA HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 226).

**Auflösung einer Kapitalgesellschaft:** Im Fall der Auflösung einer KapGes. stellt sich die Frage, wann der Auflösungsgewinn realisiert wird. Grds. steht nach der Rspr. des BFH erst mit Abschluss der Liquidation fest, welcher Gewinn dem Halb- bzw. Teileinkünfteverfahren zugeführt wird (s. im Einzelnen § 17 Anm. 276). Auf den Zufluss von Liquidationsraten bei den Anteilseignern kommt es somit grds. nicht an. Soweit für die Auskehrung des Vermögens der aufgelösten KapGes. verwendbares Eigenkapital als verwendet gilt (mit Ausnahme des früheren EK 04), erzielt der Anteilseigner jedoch nicht stpfl. Einkünfte nach § 17, sondern Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 2, die aber auch gem. § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. e dem Halb- bzw. Teileinkünfteverfahren unterliegen (vgl. im Einzelnen JÜNGER, BB 2001, 72 f.; § 17 Anm. 286 ff.).

**Kapitalherabsetzung und -rückzahlung:** Der Begriff Kapitalherabsetzung iSd. § 17 Abs. 4 erfasst die Herabsetzung von Grundkapital oder Stammkapital einer KapGes. nach gesellschaftsrechtl. Vorschriften (s. zu den begrifflichen Einzelheiten § 20 Anm. 326). Führt die Herabsetzung zu einer Kapitalrückzahlung, so ist diese Zahlung an den Gesellschafter ebenfalls nach dem Teileinkünfteverfahren zu 40 % stfrei (zu den Einzelheiten der Kapitalherabsetzung und -rückzahlung vgl. § 17 Anm. 320 ff.).

**Ausschüttung/Rückzahlung aus dem steuerlichen Einlagekonto des § 27 KStG:** § 17 Abs. 4 Satz 1 Var. 3 erklärt die Ausschüttung oder Rückzahlung von Einlagen, die im stl. Einlagekonto gem. § 27 KStG ausgewiesen sind, zu estpfl. Einkünften. Auf diesem Einlagekonto sind Einlagen, die nicht in das Nennkapital der KapGes. geleistet worden sind, insbes. etwa verdeckte Einlagen oder Aufgelder bei Kapitalerhöhungen auszuweisen (zu den Einzelheiten der Ausschüttung/Rückzahlung aus dem stl. Einlagekonto des § 27 KStG vgl. § 17 Anm. 325 ff.).

Einstweilen frei.

109

## Erläuterungen zu Satz 1 Buchst. d: Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9

### I. Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 (Satz 1 Buchst. d Satz 1)

#### 1. Bezüge

110

Nach Satz 1 Buchst. d werden alle Bezüge iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 zu 40 % stfrei gestellt. Zu den Bezügen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören neben den Gewinnanteilen (Dividenden) und Ausbeuten alle sonstigen Bezüge, die einem Anteilseigner aufgrund seiner Beteiligung zufließen (§ 20 Anm. 181). Ein sonstiger Bezug ist insbes. die vGA (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2). Das Halbeinkünfteverfahren will eine Doppelbelastung des von einer Körperschaft an ihre Anteilseigner ausgeschütteten Gewinns verhindern (so auch BFH v. 19.6.2007 – VIII R 69/05, BFH/NV 2007, 2173). Zur Vermeidung einer Doppelbelastung wird die Vorbelastung des ausgeschütteten Gewinns mit KSt. in pauschalierter Form bei der Besteuerung des Anteilseigners berücksichtigt (s. auch Anm. 7). Auch das ab VZ 2009 geltende Teileinkünfteverfahren unterscheidet sich in seiner systemati-

schen Ausgestaltung nicht vom Halbeinkünfteverfahren (s. auch Anm. 13; RÖDDER in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 401; INTERNMANN, DB 2007, 1658). Die Reduzierung des stfreien Betrags auf 40 % berücksichtigt lediglich die Absenkung der Vorbelastung durch die Senkung des KStSatzes auf 15 %. Es ist somit gerechtfertigt, dass alle Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 von der StBefreiung erfasst werden, weil diese mit KSt. vorbelastet sind.

**Beschränkung auf betriebliche Einkünfte ab VZ 2009:** Als Folge der neu eingeführten Abgeltungsteuer auf private Kapeneinkünfte wird das Teileinkünfteverfahren ab VZ 2009 nur noch auf Gewinneinkünfte angewendet (s. Anm. 170). Bis zum VZ 2008 ist das Halbeinkünfteverfahren sowohl auf betriebliche als auch private Kapitalerträge anzuwenden.

## 2. Offene Gewinnausschüttung (Dividende)

### 111 a) Offene Gewinnausschüttung

Eine offene Gewinnausschüttung wird zu 40 % der persönlichen Einkommensbesteuerung eines estpfl. Anteilseigners unterworfen. Eine offene Gewinnausschüttung liegt vor, wenn die Leistung an den Anteilseigner auf einem handelsrechtl. Gewinnverwendungsbeschluss beruht (s. § 20 Anm. 177 ff.). Satz 1 Buchst. d stellt 40 % der Brutto-Dividende von der Steuer frei. Die Dividende unterliegt weiterhin dem KapErtrStAbzug gem. § 43 Abs. 1, die sich der Anteilseigner anrechnen lassen kann.

Zur Behandlung von Einnahmen aus Tracking Stocks vgl. PRINZ/SCHÜRNER, DStR 2003, 181 und BALMES/SCHÜTZEBERG in ERLE/SAUTER, KStG, 2. Aufl. 2006, § 3 EStG Rn. 191 ff.

### 112 b) Herkunft der Ausschüttung

Für die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens auf eine Dividende ist es unerheblich, welche Beträge für die Ausschüttung bei der Körperschaft als verwendet gelten (BALMES/SCHÜTZEBERG in ERLE/SAUTER, KStG, 2. Aufl. 2006, § 3 Rn. 177). Lediglich für den Fall, dass Beträge aus dem stl. Einlagekonto (§ 27 KStG) als verwendet gelten, sind Besonderheiten auch auf der Ebene des Anteilseigners zu beachten (zu Einzelheiten s. Anm. 113). Ebenso gelten Besonderheiten, wenn Nennkapital unter Anwendung des § 28 KStG ausgekehrt wird (zu Einzelheiten vgl. Anm. 140 ff.).

**Übergang vom Anrechnungsverfahren:** Durch die Umstellung der Besteuerung von Körperschaften vom Anrechnungsverfahren auf das Halbeinkünfteverfahren entfällt grds. die Notwendigkeit einer Gliederungsrechnung. Jedoch hat der Gesetzgeber für die Umstellung eine Übergangsphase von 18 Jahren vorgesehen, in der nach alten Recht entstandene KStGuthaben realisiert werden können (§§ 36 ff. KStG). Die Ausschüttung von Altgewinnen konnte in den ersten Jahren nach der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens zu einer KStMinderung auf der Ebene der ausschüttenden Körperschaft führen. Die Besteuerung der Gewinnausschüttung beim Anteilseigner blieb davon unberührt. Gleiches gilt, seitdem der Gesetzgeber zu einer ausschüttungsunabhängigen Auszahlung des KStGuthabens in zehn gleichen Jahresraten gem. § 37 Abs. 4 und KStG idF des SEStEG v. 7.12.2006 übergegangen ist.

**Übergang zum Teileinkünfteverfahren:** Für die Anwendung der niedrigeren StBefreiung des Teileinkünfteverfahrens von 40 % ist es nicht entscheidend, aus welchen Gewinnen der Körperschaft die beim Anteilseigner zu besteuende Dividende gespeist wird. Auch wenn die Körperschaft Gewinne ausschüttet, die

noch mit dem höheren KStSatz belegt wurden, wird ab dem VZ 2009 nur 40 % der Ausschüttung stbefreit. Damit orientiert sich die Höhe der gewährten StBefreiung nicht an der tatsächlichen Vorbelastung des ausgeschütteten Gewinns. Insoweit kann es zu einer unzutreffenden Besteuerung des Anteilseigners kommen, die verfassungsrechtl. uE noch durch das Recht des Gesetzgebers zur Typisierung gerechtfertigt ist. Eine Lösung, die für die Höhe der StBefreiung auf die konkrete Vorbelastung abstellt, würde zu einer komplizierten Gliederungsrechnung zwingen, deren mangelnde Praxistauglichkeit im Jahr 2000 gerade ein Motiv für die Einführung des Halbeinkünfteverfahrens war.

### c) Steuerliches Einlagekonto nach § 27 KStG

113

Gelten für eine Ausschüttung Beträge aus dem stl. Einlagekonto als verwendet, muss für die stl. Behandlung der Ausschüttung beim Anteilseigner unterschieden werden, ob der Anteil im PV oder BV gehalten wird (WARNKE, EStB 2002, 21). Das stl. Einlagekonto soll die nicht in das Nennkapital der Gesellschaft geleisteten Einlagen erfassen (§ 27 Abs. 1 Satz 1 KStG). Es ist über die Jahre fortzuschreiben und stellt eine Fortführung des bisherigen EK 04 dar (DJPW/DÖTSCH, § 27 KStG Rn. 18; BTDrucks. 14/2683, 125). Daher wird nach § 39 KStG ein positiver Endbestand des EK 04 als Anfangsbestand des stl. Einlagekontos erfasst. Nach § 27 Abs. 3 KStG muss die Gesellschaft ihren Anteilseignern eine Bescheinigung ausstellen, wenn für eine Ausschüttung Beträge aus dem stl. Einlagekonto als verwendet gelten.

**Kapitalrückzahlung grundsätzlich steuerneutral:** Bei der Minderung des stl. Einlagekontos geht der Gesetzgeber wie vormals bei einer Ausschüttung aus dem EK 04 von einer Kapitalrückzahlung aus (SCHIMMELE, EStB 2002, 486; DÖRNER, INF 2000, 545; SCHAHOFF in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 297). Dementsprechend führt eine solche Rückzahlung gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 bei Anteilen im PV nicht zu Einnahmen aus Kapitalvermögen. Übersteigt die Ausschüttung jedoch die AK der Beteiligung, kann dies bei Anteilen im BV und bei Anteilen iSd. § 17 zu stpfl. Einnahmen führen, die dem Teileinkünfteverfahren unterliegen.

Zur Besteuerung im Rahmen des § 17 s. § 17 Anm. 325 ff.

**Beteiligung im Betriebsvermögen:** Werden die Anteile an einer Gesellschaft im BV gehalten, führte eine Ausschüttung aus dem EK 04 nach der Rspr. des BFH (BFH v. 20.4.1999 – VIII R 38/96, BStBl. II 1999, 647) zu einem Beteiligungsertrag, wenn die Auszahlung den Buchwert der Beteiligung überstieg. Die Ausschüttung war also zunächst mit dem Buchwert (steuerneutral) zu verrechnen. Ein übersteigender Betrag führte zu einem stpfl. Beteiligungsertrag (s. auch BMF v. 9.1.1987, BStBl. I 1987, 171).

► *Keine Anwendung von Satz 1 Buchst. d:* UE kann Satz 1 Buchst. d nicht einschlägig sein, weil es sich nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 bei diesem Beteiligungsertrag nicht um eine stpfl. Bezug iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 handelt.

► *Anwendung von Satz 1 Buchst. a:* Die BVMehrung aufgrund der Ausschüttung ist uE unter analoger Anwendung des Satzes 1 Buchst. a und nicht nach Satz 1 Buchst. d zur Hälfte stfrei (glA BALMES/SCHÜTZBERG in ERLE/SAUTER, KStG. 2. Aufl. 2006, § 3 EStG Rn. 208; DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 21 und Rn. 47; KSM/VON BECKERATH, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/221; WARNKE, EStB 2002, 21; aA HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 227 f.; SCHMIDT/HEINICKE XXVII. § 3 „Halbeinkünfteverfahren“;

SCHIMMELE, EStB 2002, 486). Die FinVerw. hat sich zur vergleichbaren Rechtslage nach § 8b KStG der hier vertretenen Auffassung angeschlossen (BMF v. 28.4.2003, FR 2003, 528 Tz. 6). Bei einer Ausschüttung unter Verwendung von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto (§ 27 KStG) handelt es sich um eine Kapitalrückzahlung, die lediglich eine (steuerneutrale) Vermögensumschichtung darstellt. Dieser Vorgang führt nicht zu einem Kapitalertrag, der nach Satz 1 Buchst. d stffrei zu stellen ist, sondern es handelt sich um einen veräußerungs-gleichen Vorgang, auf den Satz 1 Buchst. a anzuwenden ist (DJPW/DÖRSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 47).

► *Rechtsfolge:* Die Anwendung von Satz 1 Buchst. a hat zur Folge, dass vorangegangene Teilwertabschreibungen zu berücksichtigen sind und die Sperrfristen der Sätze 3 und 4 aF beachtet werden müssen. Dies ist uE auch gerechtfertigt, weil ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung einer Kapitalherabsetzung bzw. der Rückzahlung von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto nicht ersichtlich ist.

**Ausländische Kapitalgesellschaft:** Auch für ausländ. KapGes. gilt uE die StBefreiung nach Satz 1 Buchst. a (glA KORN/TORMÖHLEN, § 3 Nr. 40 Rn. 34). Die Rückzahlung von Kapital durch eine ausländ. KapGes. führt nicht zu einem stpfl. Kapitalertrag iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1, da auch für ausländ. KapGes. der Grundsatz gilt, dass es sich bei dieser Rückzahlung um eine steuerneutrale Vermögensumschichtung handelt (aA BLÜMICH/STUHRMANN, § 20 Rn. 142). Soweit ein stpfl. Ertrag im betrieblichen Bereich entsteht, wird dieser Vorgang zu 40 % nach Satz 1 Buchst. a freigestellt (aA SCHIMMELE, EStB 2002, 486).

**Neuregelung des § 27 Abs. 8 KStG durch das SEStEG:** Mit dem SEStEG v. 7.12.2006 wurde § 27 KStG dahingehend ergänzt, dass Körperschaften, die in einem anderen Mitgliedstaat des EU unbeschränkt stpfl. sind, unter den dort genannten Voraussetzungen eine Einlagenrückgewähr iSd. § 27 erbringen können (s. § 27 Anm. J 06-19 ff.; SEDEMUND/FISCHENICH, BB 2008, 1656). Somit ist gesetzlich geklärt, dass diese ausländ. Körperschaften insoweit denselben Regeln wie inländ. Körperschaften unterliegen. Allerdings gelten nach § 27 Abs. 8 Satz 9 alle Leistungen der ausländ. Körperschaft als Gewinnausschüttungen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1, wenn eine gesonderte Feststellung der Einlagenrückgewähr nach § 27 Abs. 8 KStG nicht erfolgt ist (zur Frage der Europarechtswidrigkeit des § 27 Abs. 8 KStG s. SEDEMUND/FISCHENICH, BB 2008, 1656). In diesem Fall sind die Leistungen wegen der ausdrücklichen gesetzlichen Fiktion ausschließlich nach Satz 1 Buchst. d anteilig stbefreit. Für in Drittländern ansässigen KapGes., für die § 27 Abs. 8 KStG nicht gilt, sind die bisher geltenden Grundsätze anzuwenden (glA RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2006, 1481; SEDEMUND/FISCHENICH, BB 2008, 1656).

#### 114 d) Kein Progressionsvorbehalt

Die stfrei gestellten Dividendenbezüge unterliegen nicht dem Progressionsvorbehalt gem. § 32b. Der ursprüngliche Gesetzentwurf zum StSenkG sah eine entsprechende Berücksichtigung des stfreien Teils der Dividende noch vor. Davon wurde aber mit der endgültigen Fassung des Gesetzes Abstand genommen.

#### 115 3. Verdeckte Gewinnausschüttungen

Verdeckte Gewinnausschüttungen (vGA) gehören zu den Bezügen iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und unterliegen daher ebenfalls dem Teileinkünfteverfahren. Eine vGA ist eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung, die

durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht (zu Einzelheiten s. § 8 KStG Anm. 100 ff.). Die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens auf die vGA ist gerechtfertigt, weil sie das Einkommen der Körperschaft nicht mindern darf (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG), so dass die vGA mit KSt. vorbelastet ist (SCHNORR, GmbHR 2003, 861 [862]; STAIGER/SCHOLZ, BB 2002, 2633; SCHIFFERS, GmbH-StB 2000, 242 [243]). Diese Vorbelastung ist auf der Ebene des Anteilseigners durch die anteilige StFreistellung zu berücksichtigen. Die Bedeutung der vGA in der Besteuerungspraxis ist auch nach der Systemumstellung erhalten geblieben (HEY, GmbHR 2001, 1). Trotz der weiteren Absenkung des KStSatzes ab 2008 wird die praktische Bedeutung der vGA auch im Teileinkünfteverfahren nicht wesentlich abnehmen.

**Zinszahlungen als verdeckte Gewinnausschüttung nach § 8a KStG aF:** Zinszahlungen an wesentlich beteiligte Gesellschafter konnten nach § 8a KStG idF des sog. Korb-II-Gesetzes als vGA zu behandeln sein. Wurden Zinszahlungen nach § 8a KStG in vGA umqualifiziert, war das Halbeinkünfteverfahren anzuwenden (KORN/TORMÖHLEN, § 3 Nr. 40 Rn. 37). Die Vorschrift wurde durch das UntStReformG 2008 durch die Zinsschrankenregelung des 4h und § 8a KStG überwiegend mit Wirkung ab dem VZ 2008 ersetzt (zu Einzelheiten s. § 8a KStG Anm. J 07-5 ff.).

**Verfahrensrechtliche Korrespondenz nach Einführung des § 32a KStG:** Mit dem JStG 2007 wurde mit § 32a KStG eine eigenständige Korrekturvorschrift eingeführt, die eine Änderung des EStBescheids des Anteilseigners ermöglicht, wenn der StBescheid einer Körperschaft hinsichtlich der Berücksichtigung einer vGA erlassen, aufgehoben oder geändert wird (zu Einzelheiten s. § 32a KStG Anm. J 06-8 ff.). Die Korrekturvorschrift des § 32a KStG füllt eine bisher bestehende verfahrensrechtl. Lücke (KORN/TORMÖHLEN, § 3 Nr. 40 Rn. 38). Denn die Umqualifizierung einer Leistungsvergütung in eine vGA hat zur Konsequenz, dass der EStBescheid des Anteilseigners geändert werden muss, damit die bisher als Gehalt oder Miete erfasste Zahlung als vGA in das Teileinkünfteverfahren einbezogen wird (MEYER/BALL, DStR 2002, 1285; BIPPUS, GmbHR 2002, 951). Nur so kann eine vom Gesetz nicht gewollte Doppelbesteuerung vermieden werden (BIPPUS, GmbHR 2002, 951). Vor Einführung des § 32a KStG konnte ein nicht unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gem. § 164 AO stehender EStBescheid nur ausnahmsweise nach den Vorschriften der AO geändert werden (nach stRspr. des BFH stehen nämlich KStBescheid und EStBescheid nicht im Verhältnis von Grundlagen- zu Folgebescheid, so dass eine Änderung nach § 175 Abs. 1 Nr. 1 AO ausscheidet, BFH v. 27.10.1992 – VIII R 41/89, BStBl. II 1993, 569). Eine Änderung kommt daher nur nach § 173 AO in Betracht, die regelmäßig sowohl daran scheitern kann, dass keine neuen Tatsachen vorliegen (AX/HARLE, GmbHR 2001, 763), als auch daran, dass den Anteilseigner grobes Verschulden am nachträglichen Bekanntwerden der neuen Tatsachen trifft (JACOBSEN, BB 2006, 183). Eine vorläufige StFestsetzung gem. § 165 AO beim Anteilseigner kommt nicht in Betracht (BMF v. 29.9.2005, BStBl. I 2005, 903). Dieses verfahrensrechtl. Hindernis für eine korrespondierende Besteuerung von Gesellschaft und Gesellschafter wird mit § 32a KStG beseitigt, der allerdings nur für KStBescheide gilt, die nach dem 18.12.2006 erlassen oder geändert werden.

**Materiell-rechtliche Korrespondenz:** Mit dem JStG 2007 v. 13.12.2006 wurde auch eine materiell-rechtl. Korrespondenz zwischen der Behandlung einer vGA bei der Gesellschaft und dem Gesellschafter hergestellt (SCHNITGER/ROMETZKI,

BB 2008, 1648; KORN/TORMÖHLEN, § 3 Nr. 40 Rn. 38.1). Die anteilige StBefreiung wird dem Anteilseigner nur noch gewährt, wenn die vGA das Einkommen der zuwendenden Körperschaft nicht gemindert hat (Satz 1 Buchst. d Satz 2; zu Einzelheiten s. Anm. 125 ff.).

#### 116 4. Bezüge von ausländischen Gesellschaften

Erhält ein Anteilseigner Bezüge iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 von einer ausländ. Gesellschaft, die mit einer inländ. Gesellschaft vergleichbar ist, findet das Teileinkünfteverfahren ebenfalls Anwendung, denn die Befreiungsvorschrift unterscheidet nicht zwischen einer inländ. und einer ausländ. Körperschaft. Der Gesetzgeber wollte mit der Gleichbehandlung ausländ. und inländ. Dividenden die Europatauglichkeit der Unternehmensbesteuerung sicherstellen (BTDrucks. 14/2683, 95). Ein DBA wird der inländ. Besteuerung nicht entgegenstehen, weil nach Art. 10 OECD-MA das Besteuerungsrecht für Dividenden dem Wohnsitzstaat des Anteilseigners zusteht.

**Steuerliche Vorbelastung:** Der Gesetzgeber unterstellt für die ausländ. Dividende eine stl. Vorbelastung, die mit der deutschen Besteuerung vergleichbar ist. Es kommt jedoch für die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens nicht darauf an, ob und ggf. in welcher Höhe die ausländ. Dividende tatsächlich stl. vorbelastet ist (KSM/VON BECKERATH, § 3 Nr. 40 Rn. B40/215).

**Hinzurechnungsbesteuerung:** Gewinnausschüttungen von ausländ. Gesellschaften werden nicht nach Nr. 40, sondern nach Nr. 41 in voller Höhe stfrei gestellt, wenn die ausländ. Körperschaft der Hinzurechnungsbesteuerung nach §§ 7 ff. AStG unterlegen hatte. Denn dem Anteilseigner wurde der nunmehr ausgeschüttete Gewinn schon zuvor als Hinzurechnungsbetrag nach § 10 AStG zugerechnet und als Kapitalertrag nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 voll besteuert (RÄTTIG/PROTZEN, DStR 2002, 241). Das Teileinkünfteverfahren ist nach § 10 Abs. 2 Satz 3 AStG auf einen Hinzurechnungsbetrag nicht anzuwenden (LIEBER, FR 2002, 139). Die Gewinnausschüttung wird nach Nr. 41 in voller Höhe stfrei gestellt, um eine Doppelbesteuerung zu vermeiden (s § 3 Nr. 41 Anm. 2).

#### 117 5. Organschaft

**Keine Anwendung** findet das Teileinkünfteverfahren auf Beteiligungserträge, die dem OT aufgrund eines Gewinnabführungsvertrags im Rahmen einer kstl. Organschaft zugerechnet werden (DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 43). Die kstl. Organschaft führt nach § 14 KStG dazu, dass der Gewinn der Tochtergesellschaft (OG) dem Mutterunternehmen (OT) unmittelbar zugerechnet wird (§ 14 KStG). OT kann sowohl eine PersGes. als auch eine natürliche Person sein. Bei den dem OT zuzurechnenden Beträgen handelt es sich nicht um Gewinnausschüttungen iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 (HARLE, BB 2003, 184). Vielmehr hat der OT die zugerechneten Gewinne als eigenes Einkommen zu versteuern. Eine Besteuerung auf der Ebene der OG findet nicht statt. Daher ist der zugerechnete Gewinn nicht mit KSt. vorbelastet, so dass es nicht gerechtfertigt ist, auf diesen Betrag das Teileinkünfteverfahren anzuwenden. Nach § 15 Nr. 2 KStG ist § 3 Nr. 40 erst bei der Ermittlung des Einkommens des OT anzuwenden (Bruttomethode).

**Begründung einer Organschaft als Gestaltungsinstrument:** Die Begründung einer kstl. Organschaft kann mit Blick auf die nach § 3c eingeschränkte Abziehbarkeit von Aufwendungen, die mit den nach Nr. 40 freigestellten Einnahmen in Zusammenhang stehen, als Gestaltungsinstrument genutzt werden, da das aufgrund der kstl. Organschaft nach § 14 KStG zugerechnete Einkom-

men der OG nicht dem Teileinkünfteverfahren unterliegt, so dass auch die Abzugsbeschränkung des § 3c nicht eingreift (DARAGAN/LEY/STRAHL, DStR 2000, 1973; FROTSCHER/BERG/PANNEN/STIFTER, DB 2002, 1522; BEINERT/MIKUS, DB 2002, 1467; PUPETER, GmbHR 2002, 768; SCHADEN/Franz, GmbHR 2002, 880; aA THIEL, DB 2002, 1340 u. 1525).

Einstweilen frei.

118–119

## II. Anteile an einer Gesellschaft

120

Nur Bezüge, die von Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 stammen, werden von Satz 1 Buchst. d erfasst. Zu den Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören insbes.:

- KapGes. (SE, AG, GmbH, KGaA),
- Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften,
- bergbautreibende Vereinigungen, die die Rechte einer juristischen Person haben.

Dabei handelt es sich um keine abschließende Aufzählung (BFH v. 8.2.1995 – I R 73/94, BStBl. II 1995, 552; § 20 Anm. 160; aA zum neuen Recht JAKOBS/WITTMANN, GmbHR 2000, 910 [916]). Daher gehören auch Bezüge von anderen als den ausdrücklich aufgeführten Körperschaften zu den Einkünften iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1, wenn die betreffende Körperschaft den in § 20 Abs. 1 Nr. 1 genannten Gesellschaftsformen zumindest vergleichbar ist (BFH v. 16.12.1992 – I R 32/92, BStBl. II 1993, 399). Weitere Voraussetzung ist, dass die dem Anteilseigner zustehenden Mitgliedschaftsrechte einer kapitalmäßigen Beteiligung gleichstehen (BFH v. 8.2.1995 – I R 73/94, BStBl. II 1995, 552). Hierzu können Bezüge aus sog. Vorgesellschaft, aus Realgemeinden oder aus wirtschaftlichen Vereinen gehören (§ 20 Anm. 160). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, werden die Bezüge einer solchen Körperschaft beim Anteilseigner nur zu 40 % besteuert.

**Ausländische Gesellschaften:** Bezüge iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 kann auch eine ausländ. Gesellschaft vermitteln (BFH v. 16.12.1992 – I R 32/92, BStBl. II 1993, 399). Voraussetzung ist, dass die ausländ. Gesellschaft mit einer inländ. Körperschaft iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 vergleichbar ist.

## III. Einnahmen iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 9

121

**Tatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 9:** § 20 Abs. 1 Nr. 9 stellt einen neuen Einnahmetatbestand dar, der mit dem StSenkG eingeführt wurde. Leistungen von nicht von der KSt. befreiten Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit, von sonstigen juristischen Personen des privaten Rechts und von nichtrechtsfähigen Vereinen, Anstalten, Stiftungen und anderen Zweckvermögen des privaten Rechts stellen nunmehr Einnahmen aus Kapitalvermögen für die hinter diesen Körperschaften stehenden Personen dar. Der Gewinn dieser Körperschaften wird mit 15 % KSt. belegt, so dass die Besteuerung eines Vermögenstransfers beim Empfänger notwendig ist, um eine Gleichbehandlung zu sichern (BT-Drucks. 14/2683, 114).

**Vermögensübertragung:** Es werden nur Vermögensübertragungen vom Teileinkünfteverfahren erfasst, die mit einer Gewinnausschüttung, die eine Körperschaft iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 an ihre Anteilseigner vornimmt, vergleichbar sind (DJPW/DÖRSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 48). Die Regelung wurde zur Klarstellung durch das UntStFG dahingehend ergänzt, dass die Leistung mit einer Gewinnausschüttung iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 wirtschaftlich vergleichbar sein muss. Nach der Gesetzesbegründung sind Leistungen eines von der KSt. befreiten Vereins in Erfüllung seiner satzungsmäßigen Aufgaben nicht mit einer Gewinnausschüttung wirtschaftlich vergleichbar, weil solche Leistungen den Mitgliedern nur in ihrer Eigenschaft als Mitglied zugewandt werden, so dass eine Abgeltung durch die Mitgliedsbeiträge gegeben sei (BTDrucks. 14/6882, 35). Dagegen stellen nach Verwaltungsauffassung alle Leistungen einer nicht stbefreiten Stiftung Einkünfte iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 dar (BMF v. 27.6.2006, BStBl. I 2006, 417).

**Anwendung des Teileinkünfteverfahrens:** Da der Gewinn bei der Körperschaft mit 15 % besteuert wird, ist es gerechtfertigt, die Einnahmen gem. Satz 1 Buchst. d anteilig stfrei zu stellen (KSM/VON BECKERATH, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/231). Die Vermögensübertragung unterliegt nach § 43 Abs. 1 Nr. 7a dem KapErtrStAbzug.

**Einlagenrückgewähr:** Entsprechend dem Ziel der Gleichbehandlung mit regulären Gewinnausschüttungen sind die Regelungen zur vGA (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2) und der Einlagenrückgewähr (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3) auch auf die Leistungen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 anzuwenden.

122–124 Einstweilen frei.

#### IV. Sonderbehandlung verdeckter Gewinnausschüttungen (Satz 1 Buchst. d Satz 2)

##### 125 1. Vorbemerkung

**Verknüpfung der Besteuerung von Anteilseigner und Kapitalgesellschaft:** Die Besteuerung von Körperschaft und Anteilseigner soll durch die Ergänzung von Satz 1 Buchst. d durch einen neuen Satz 2 besser aufeinander abgestimmt werden. Bei Gewährung einer vGA soll sichergestellt werden, dass dem Anteilseigner die anteilige StBefreiung nur gewährt wird, wenn der (verdeckt) ausgeschüttete Gewinn auf der Ebene der Gesellschaft die stl. Bemessungsgrundlage nicht gemindert hat und daher besteuert worden ist (BTDrucks. 16/2712, 40). Die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens ist daher für alle vGA, die nach dem 18.12.2006 zufließen (§ 52 Abs. 4b Satz 3), ausgeschlossen, wenn zB ein überhöhtes Gehalt eines Gesellschafter-Geschäftsführers bestandskräftig als BA bei der Körperschaft erfasst wurde (BTDrucks. 16/2712, 40). Ohne kstl. Vorbelastung wird der (verdeckt) ausgeschüttete Gewinn beim Anteilseigner nunmehr in voller Höhe besteuert. Dabei hatte der Gesetzgeber besonders Sachverhalte mit Auslandsbezug im Auge, um das Entstehen „weißer Einkünfte“ zu verhindern (POHL/RAUPACH, FR 2007, 210; DÖRSCH/PUNG, DB 2007, 11). Eine entsprechende Regelung für körperschaftliche Anteilseigner sieht § 8b Abs. 1 Sätze 2 und 4 KStG vor. Über § 7 GewStG sind Satz 1 Buchst. d Sätze 2 und 3 auch bei der Ermittlung des Gewerbeertrags zu beachten. Zur Vermeidung einer Überbesteuerung wird nach Satz 1 Buchst. d Satz 3 für bestimmte Dreieckskonstellationen mit Auslandsbezug die Anwendung von Satz 1 Buchst. d Satz 2 suspendiert (s. Anm. 135).

**Materielle Korrespondenz bei verdeckter Gewinnausschüttung:** Für den Bereich der vGA wird mit der Neuregelung eine materielle Korrespondenz zwischen der Besteuerung von Körperschaften und ihren Anteilseignern in das Ertragsteuerrecht eingeführt (SCHNITGER/ROMETZKI, BB 2008, 1648; KORN/TORMÖHLEN, § 3 Nr. 40 Rn. 38.1). Eine korrespondierende Besteuerung von Körperschaft und Anteilseigner war dem Steuerrecht bislang fremd (DÖRFLER/HEURUNG/ADRIAN, DStR 2007, 514). Isoliert betrachtet erscheint eine entsprechende materielle Korrespondenz im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens als systemgerecht, weil sich die anteilige StFreistellung beim Anteilseigner durch die Vorbelastung einer Gewinnausschüttung mit KSt. auf Ebene der Körperschaft rechtfertigt (zu Einzelheiten s. Anm. 7). Ist der ausgeschüttete Gewinn tatsächlich nicht mit KSt. vorbelastet, entfällt auch die Rechtfertigung einer anteiligen StFreistellung der Gewinnausschüttung beim Anteilseigner. Der Gesetzgeber stellt durch die Neuregelung also eine noch engere Verbindung zwischen der Besteuerung der Körperschaft und ihrer Anteilseigner her. Insoweit handelt es sich um eine konsequente Fortentwicklung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens, da dieses dogmatisch auf eine integrierte Betrachtung der verschiedenen Besteuerungsebenen hin angelegt ist (BFH v. 19.6.2007 – VIII R 69/05, BStBl. II 2008, 551; SCHÖN, StuW 2000, 151).

**Dogmatische Neuausrichtung:** Jedoch ist zu bedenken, dass der Gesetzgeber mit der Einführung einer korrespondierenden Besteuerung von Körperschaft und Anteilseigner isoliert für den Fall der vGA das Halb-/Teileinkünfteverfahren dogmatisch neu ausrichtet. Der Gesetzgeber hatte bei Einführung des Halbeinkünfteverfahrens bewusst auf eine korrespondierende Besteuerung von Körperschaft und Anteilseigner verzichtet. Die StBefreiung einer Gewinnausschüttung war bisher nicht davon abhängig, dass der Gewinn tatsächlich bei der Körperschaft besteuert wurde. Eine die hälftige StBefreiung rechtfertigende Vorbelastung wurde sowohl für inländ. als auch für ausländ. Gewinnausschüttungen vom Gesetz unterstellt. Besonders deutlich wird dies bei der Besteuerung von Gewinnausschüttungen ausländ. Körperschaften, weil diese unabhängig von Höhe und Art der Besteuerung der Gesellschaft im Sitzstaat hälftig steuerfrei gestellt wurde. Aber auch für reine Inlands Sachverhalte war die Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens nicht von der Herkunft der Mittel, die die Körperschaft ihren Anteilseignern zugewendet hat, abhängig (s. Anm. 112). Mit der Einführung einer materiellen Korrespondenz für vGA ändert der Gesetzgeber diese dogmatische Grundausrichtung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens.

**Keine konsequente Umsetzung:** Der Gesetzgeber hat auf eine konsequente Umsetzung einer materiellen Korrespondenz verzichtet. Er beschränkt sich darauf, eine korrespondierende Besteuerung nur für vGA und nicht für alle Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 vorzuschreiben. Systematisch bedenklich ist eine solche Beschränkung auf vGA, denn die anteilige StFreiheit rechtfertigt sich für alle Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 mit der Vorbelastung des Gewinns mit KSt., und nicht nur bei vGA kann es zu weißen Einkünften kommen (DÖRSCH/PUNG, DB 2007, 11). Konsequenter wäre es daher gewesen, alle Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 in den Ausschlussstatbestand einzubeziehen.

**Europarechtliche Bedenken:** Gegen die Vorschrift werden europarechtl. Bedenken vorgebracht, obwohl die Regelung ohne Unterschied sowohl auf Inlands- als auch auf Ausland Sachverhalte anzuwenden ist. Zweifel an der Europarechtskonformität werden geäußert, weil zumindest faktisch eine Ungleichbehandlung zwischen Inlands- und Auslandsfall bestehen soll (DÖRFLER/HEURUNG/ADRIAN, DStR 2007, 514). Die Anwendung des Satzes 1 Buchst. d Satz 2

auf Inlandssachverhalte sei faktisch die Ausnahme, während Hauptanwendungsgebiet der Regelung der Auslandsachverhalt sei. Darin sei eine europarechtlich unzulässige Ungleichbehandlung zu sehen, die auch nicht durch Kohärenzgesichtspunkte zu rechtfertigen wäre (DÖRFLER/HEURUNG/ADRIAN, DStR 2007, 514). Sollte eine faktische Ungleichbehandlung die Grundfreiheiten verletzen, ist uE allerdings zu bedenken, dass die Regelung sich aus der Systematik des Teileinkünfteverfahrens rechtfertigen lässt, die eine kstl. Vorbelastung für eine StBefreiung der vGA voraussetzt (ENGLISCH, IStR 2004, 685; BENECKE/SCHNITGER, IStR 2004, 47).

**Kein effektiver Rechtsschutz:** Darüber hinaus werden verfassungsrechtlich. Bedenken geäußert, weil der Anteilseigner keine Möglichkeit habe, den KStBescheid der leistenden Körperschaft anzufechten, obwohl die Besteuerung bei der Körperschaft entscheidend dafür sei, ob die vGA beim ihm anteilig oder in voller Höhe besteuert wird. Die Bindung an die Besteuerung bei der Körperschaft müsse mit der Möglichkeit des Anteilseigners einhergehen, den KStBescheid anfechten zu können, damit ein verfassungsrechtlich gebotener effektiver Rechtsschutz gewährleistet werde (POHL/RAUPACH, FR 2007, 210).

## 2. Voraussetzungen für die Steuerfreistellung einer verdeckten Gewinnausschüttung

### 126 a) Sonstige Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2

Der Anwendungsausschluss nach Satz 1 Buchst. d Satz 2 gilt nur für den Bezug einer vGA iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 (zum Begriff der vGA s. § 20 Anm. 220 ff.). Offene Gewinnausschüttungen und andere sonstige Bezüge werden vom Anwendungsausschluss dagegen nicht erfasst (SCHNITGER/ROMETZKI, BB 2008, 1648). Der die vGA auslösende Vorgang muss auf beiden Besteuerungsebenen auf demselben Sachverhalt beruhen. Dagegen ist es unschädlich, wenn der Vorgang bei der Körperschaft und dem Anteilseigner in verschiedenen VZ stl. zu erfassen ist. Auch vGA von ausländ. Körperschaften werden erfasst.

**Verhinderte Vermögensmehrung:** Eine vGA kann auch bei einer verhinderten Vermögensmehrung vorliegen. Soweit eine vGA aufgrund einer verhinderten Vermögensmehrung nach den allgemeinen Grundsätzen zu den stl. relevanten Einkünften des Anteilseigners gehört, unterliegt sie auch den Restriktionen des Satzes 1 Buchst. d Satz 2 (glA KORN/TORMÖHLEN, § 3 Nr. 40 Rn. 38.2; DÖTSCH/PUNG, DB 2007, 11; KIRCHHOF/v. BECKERATH VIII. § 3 Rn. 127; aA STRNAD, GmbHR 2006, 1323; DÖRFLER/HEURUNG/ADRIAN, DStR 2007, 514; kritisch bei Auslandssachverhalten SCHNITGER/ROMETZKI, BB 2008, 1648).

### 127 b) Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 Halbs. 2

Das Teileinkünfteverfahren wird auch für Leistungen von nicht von der KSt. befreiten Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 KStG), sonstigen juristischen Personen des privaten Rechts (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 KStG) sowie nichtrechtsfähigen Vereinen, Anstalten, Stiftungen und anderen Zweckvermögen des privaten Rechts (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG) an die hinter dem StSubjekt stehenden Personen ausgeschlossen, wenn die fragliche Leistung das Einkommen des StSubjekts gemindert hat.

► *Komplementärnorm zu § 20 Abs. 1 Nr. 1:* Da die in § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 KStG aufgeführten StSubjekte keine Ausschüttungen an ihre Anteilseigner iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 vornehmen, wurde mit der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens gem. § 20 Abs. 1 Nr. 9 ein neuer Einnahmetatbestand geschaffen, um die

vollständige Besteuerung von Leistungen an die hinter diesen Körperschaften stehenden Personen sicherzustellen. Es handelt sich daher um eine Komplementärnorm zu § 20 Abs. 1 Nr. 1. Dementsprechend ist es gerechtfertigt, den Ausschluss des Teileinkünfteverfahrens auch auf Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 9 Halbs. 2 auszudehnen.

► *Einschränkende Auslegung:* Der Verweis auf Einnahmen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 9 Halbs. 2 ist ungenau, denn danach würden auch vergleichbare Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 und Nr. 2 von Satz 1 Buchst. d Satz 2 erfasst. Jedoch werden uE. nur solche Leistungen vom Teileinkünfteverfahren ausgeschlossen, die mit einem sonstigen Bezug iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 (vGA) wirtschaftlich vergleichbar sind. Sinn und Zweck der Vorschrift gebieten insoweit eine einschränkende Auslegung des Wortlauts, weil der Gesetzgeber erkennbar lediglich die Fälle einer vGA regeln wollte.

### c) Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert

128

**Einkommen nicht gemindert:** Eine vGA darf nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG das Einkommen der leistenden Körperschaft nicht mindern, so dass sie das stpfl. Einkommen der Körperschaft erhöht. Die kstl. Vorbelastung der vGA rechtfertigt die anteilige StBefreiung beim Anteilseigner. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze setzt die anteilige StBefreiung einer vGA nach Satz 1 Buchst. d Satz 2 voraus, dass die dem Anteilseigner zugewendete Leistung das Einkommen der Körperschaft nicht gemindert hat und somit im Ergebnis auf der Ebene der Körperschaft besteuert wurde (BTDrucks. 16/2712, 40). Erfolgt entgegen § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG doch eine Einkommensminderung, sind die Einnahmen beim Anteilseigner in voller Höhe zu besteuern.

► *Verweis auf § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG:* Die einem Anteilseigner zugewendete vGA wird anteilig stfrei gestellt, wenn sie unter Anwendung von § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG das Einkommen der leistenden Körperschaft nicht gemindert hat. Denn das Gesetz verweist in einem Klammerzusatz ausdrücklich auf diese Norm des KStG. Soweit Inlandssachverhalte zu beurteilen sind, ist die Anwendung des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG zwingende Folge einer vGA. Dagegen ist der Klammerzusatz bei Leistungen von einer ausländ. Körperschaft lediglich als Auslegungshilfe zu verstehen. Käme es auch hier auf eine tatsächliche Anwendung des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG an, so würde die vGA einer ausländ. Körperschaft nie dem Teileinkünfteverfahren unterliegen, weil eine Norm des deutschen KStG selbstverständlich nicht auf die Einkommensermittlung einer ausländ. Körperschaft anzuwenden ist. Ein solches Auslegungsergebnis wäre unsinnig und nicht mit dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers vereinbar (glA SCHNITGER/ROMETZKI, BB 2008, 1648). Daher ist es bei Auslandssachverhalten nach Sinn und Zweck der Vorschrift ausreichend, dass die vGA bei der ausländ. Körperschaft die stl. Bemessungsgrundlage nicht gemindert hat, so dass eine stl. Vorbelastung der zugewendeten Leistung besteht.

► *Zeitpunkt der Einkommensminderung:* Die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens ist erst ausgeschlossen, wenn für die leistende Körperschaft eine StFestsetzung erfolgt ist, bei der die vGA das Einkommen gemindert hat (DÖRFLER/HEURUNG/ADRIAN, DStR 2007, 514; aA KIRCHHOF/v. BECKERATH VIII. § 3 Rn. 127). Solange eine StFestsetzung für die Körperschaft noch nicht erfolgt ist, liegt eine den Ausschluss des Teileinkünfteverfahrens rechtfertigende Einkommensminderung noch nicht vor. Denn eine stl. zu beachtende Einkommensminderung ist nur relevant, wenn sie sich bereits auf eine StFestsetzung ausgewirkt hat. Allerdings muss die StFestsetzung nicht bestandskräftig sein (aA POHL/

RAUPACH, FR 2007, 210). In der Gesetzesbegründung wird dagegen ausgeführt, dass eine steuerschädliche Minderung des Einkommens schon gegeben ist, wenn für die Körperschaft noch keine erstmalige StFestsetzung ergangen ist (BTDrucks. 16/2712, 40). Mit dem Wortlaut der Vorschrift lässt sich eine solche einschränkende Auslegung nicht begründen (DÖRFLER/HEURUNG/ADRIAN, DStR 2007, 514). Ist ein StBescheid für die Körperschaft noch nicht ergangen, ist dem Anteilseigner daher die anteilige StBefreiung gem. Satz 1 Buchst. d Satz 1 zu gewähren. Ergeht später ein StBescheid für die Körperschaft, der die vGA einkommensmindernd berücksichtigt, ist der StBescheid des Anteilseigners ggf. nach § 32a KStG zu ändern.

► *Zahlung der Körperschaftsteuerschuld unerheblich:* Unerheblich ist dagegen, ob die auf der vGA beruhende KStSchuld tatsächlich von der Körperschaft gezahlt wurde. Hat die vGA das Einkommen der Körperschaft nicht gemindert, ist den Anteilseigner die anteilige StBefreiung auch zu gewähren, wenn die KSt. nicht entrichtet wurde (POHL/RAUPACH, FR 2007, 210; KIRCHHOF/v. BECKERATH VIII. § 3 Rn. 127).

**Leistende Körperschaft:** Bei der leistenden Körperschaft kann es sich sowohl um eine inländ. als auch um eine ausländ. Körperschaft handeln. Wer als leistende Körperschaft anzusehen ist, richtet sich nicht nach dem tatsächlichen Zahlungs- bzw. Lieferweg. Vielmehr ist entscheidend, wer unter stl. Gesichtspunkten als leistende Körperschaft anzusehen ist. Dies kann insbes. fraglich sein, wenn sich die vGA über mehrere Beteiligungsebenen vollzieht.

**Beispiel:** A ist alleiniger Gesellschafter der T-GmbH, die wiederum alle Anteile an der E-GmbH hält. Die Enkelgesellschaft wendet dem A unmittelbar einen Vorteil zu, der als vGA zu qualifizieren ist.

Stl. wird in einer solchen Konstellation angenommen, dass die E-GmbH der T-GmbH und die T-GmbH dem A eine vGA zuwendet (BTDrucks. 16/3036, 3). Leistende Körperschaft im stl. Sinne ist nicht die E-GmbH, sondern die T-GmbH. Somit ist allein zu prüfen, ob die vGA das Einkommen der T-GmbH gemindert hat (DÖRFLER/HEURUNG/ADRIAN, DStR 2007, 514; DÖTSCH/PUNG, DB 2007, 11 mit weiteren Beispielen; zur Kritik an der Behandlung einer vGA im Konzern s. KOHLHEPP, DStR 2008, 1859).

### 129 3. Rechtsfolge

**Ausschluss des Teileinkünfteverfahrens:** Hat die vGA das Einkommen der leistenden Körperschaft gemindert, sind die Einnahmen in voller Höhe stpfl. Die einteilige StBefreiung des Teileinkünfteverfahrens wird nicht gewährt. Wurden die Leistungen bei der Körperschaft nur anteilig stmindernd berücksichtigt, wird die vGA auch nur in dieser Höhe von der StBefreiung ausgenommen. Wird eine zunächst erfolgte Einkommensminderung nachträglich durch Erlass eines geänderten StBescheids für die leistende Körperschaft geändert und die vGA somit auf der Ebene der Körperschaft besteuert, kann der Anteilseigner nachträglich die anteilige StBefreiung in Anspruch nehmen. Sein StBescheid kann nach § 32a KStG geändert werden.

**Anwendung der Abzugsbeschränkung des § 3c Abs. 2:** Die Abzugsbeschränkung greift nur ein, soweit die Einnahmen nach § 3 Nr. 40 stfrei gestellt werden. Daher können die mit den voll stpfl. Einnahmen aus der vGA in wirtschaftlichem Zusammenhang stehenden Aufwendungen unbeschränkt abgezogen werden.

130–134 Einstweilen frei.

### V. Rückausnahme bei Dreieckskonstellationen (Satz 1 Buchst. d Satz 3)

Satz 1 Buchst. Satz 3 stellt eine Rückausnahme zu Satz 1 Buchst. d Satz 2 für Dreieckskonstellationen insbes. mit Auslandsbezug dar. Sind die Voraussetzungen von Satz 1 Buchst. d Satz 3 erfüllt, ist eine vGA trotz Vorliegen der Voraussetzungen des Satzes 1 Buchst. d Satz 2 beim Anteilseigner zu 40 % stfrei. Voraussetzung ist, dass eine vGA das Einkommen einer dem Anteilseigner nahe stehenden Person erhöht hat und diese StFestsetzung nicht mehr nach § 32a KStG geändert werden kann. Damit soll eine ungewollte Doppelbelastung der vGA vermieden werden (BTDrucks. 16/3368,37).

**Nahe stehende Person:** Eine vGA zugunsten eines Anteilseigners kann auch vorliegen, wenn die Leistung einer dem Anteilseigner nahe stehenden Person zufließt (BFH v. 18.12.1996 – I R 139/94, BStBl. II 1997, 301). Die vGA wird in diesem Fall stl. dem Anteilseigner zugerechnet (s. § 20 Anm. 231). Die Rückausnahme knüpft an diese Fallkonstellation an. Daher ist für die Frage, ob der Vorteil einer nahe stehenden Person zugeflossen ist, auf die zu § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG entwickelten Grundsätze abzustellen (glA KORN/TORMÖHLEN, § 3 Nr. 40 Rn. 38.5). Obwohl die Rückausnahme Fälle mit Auslandsbezug betrifft, ist nicht auf die Definition der nahe stehenden Person in § 1 Abs. 2 AStG abzustellen (so aber POHL/RAUPACH, FR 2007, 210; STRNAD, GmbHR 2006,1321).

**Einkommen erhöht und Anwendung von § 32a KStG ausgeschlossen:** Die Zuwendung muss das Einkommen der nahe stehenden Person endgültig erhöht haben, damit die Rückausnahme des Satzes 1 Buchst. Satz 3 eingreift. Dies ist der Fall, wenn die StFestsetzung der nahe stehenden Person nicht nach § 32a KStG geändert werden kann. Die Anwendung des § 32a KStG ist insbes. bei einer nahe stehenden Person ausgeschlossen, die im Ausland ansässig ist (BTDrucks. 16/3368, 37). Denkbar ist aber auch, dass eine Änderung des St-Bescheids der nahe stehenden Person unterbleiben muss, weil die Festsetzungsfrist auch unter Beachtung von § 32a Abs. 1 Satz 2 KStG abgelaufen ist. Auch in diesem Fall findet § 32a KStG iSd. Satz 1 Buchst. d Satz 3 keine Anwendung.

**Zahlung der Körperschaftsteuerschuld unerheblich:** Es kommt nicht darauf an, ob die nahe stehende Person die auf der Leistung beruhende Steuer tatsächlich entrichtet hat. Die Berücksichtigung der Leistung bei der Einkommensermittlung reicht dem Gesetzgeber aus, um dem Anteilseigner die anteilige St-Befreiung für die vGA zu gewähren.

**Rechtsfolge:** Die vGA wird beim Anteilseigner nach Buchst. d Satz 1 nur zu 60 % besteuert, obwohl sie das Einkommen der leistenden Körperschaft gemindert hat. Die stl. Erfassung der Leistung bei der nahe stehenden Person lässt das Gesetz als ausreichende Vorbelastung der Gewinnausschüttung genügen, damit es unter Berücksichtigung einer Gesamtschau nicht zu einer ungewollten Doppelbelastung des (verdeckt) ausgeschütteten Gewinns kommt.

Einstweilen frei.

136–139

## Erläuterungen zu Satz 1 Buchst. e: Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2

140

### I. Tatbestandsvoraussetzungen

**Bezüge nach Auflösung einer Körperschaft:** Als Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 gelten alle Bezüge, die nach der Auflösung einer Körperschaft oder Personenvereinigung dem Anteilseigner zufließen. Ausgenommen von der StPflcht sind die Rückzahlung von Nennkapital sowie Bezüge, für die Beträge aus dem stl. Einlagekonto gem. § 27 KStG als verwendet gelten. Nach einer Änderung des § 20 Abs. 1 Nr. 2 durch das UntStFG ist klar gestellt, dass sowohl Liquidationsraten als auch Abschlusszahlungen zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören (BTDrucks. 14/6882, 35 und 14/7344, 17). Somit wird die Liquidation nicht wie ein veräußerungsgleicher Vorgang besteuert (BRDrucks. 638/01, 54; KIRCHHOF/VON BECKERATH VIII. § 20 Rn. 101).

**Gewinnausschüttung iSd. § 28 Abs. 2 Sätze 2 und 4 KStG:** Zu den stpfl. Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 gehören auch die Bezüge iSd. § 28 Abs. 2 Sätze 2 und 4 KStG. Bei Bezügen iSd. § 28 Abs. 2 Sätze 2 und 4 KStG handelt es sich um die Rückzahlung von Nennkapital im Rahmen einer Kapitalherabsetzung oder nach Auflösung einer Körperschaft, soweit das Nennkapital durch Umwandlung von Gewinnrücklagen entstanden ist. Die Vorschrift soll sicherstellen, dass es nicht möglich ist, Gewinne zunächst in Nennkapital umzuwandeln, um sie anschließend als Rückgewähr von Eigenkapital stfrei an die Anteilseigner auszukehren (SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXVII. § 20 Rn. 88).

141

### II. Rechtsfolge

**Anwendung der Steuerbefreiung:** Alle Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 werden gem. Satz 1 Buchst. e zur Hälfte stfrei gestellt. Dies ist gerechtfertigt, weil diese Bezüge bereits mit KSt. vorbelastet sind. Diese Vorbelastung ist durch die anteilige StFreistellung zu berücksichtigen. Die Besonderheit der Bezüge iSd. § 28 Abs. 2 Satz 2 KStG besteht darin, dass Gewinnrücklagen zunächst in Nennkapital umgewandelt wurden. Trotz der Auskehrung von Nennkapital handelt es sich stl. betrachtet nicht um eine stneutral zu behandelnde Kapitalrückzahlung, sondern um die Auskehrung von Gewinnen, so dass die Zahlungen in das Teileinkünfteverfahren einzubeziehen sind.

**Abgrenzung zu Satz 1 Buchst. a und c:** Sind die Voraussetzungen des Satzes 1 Buchst. a bzw. Buchst. c erfüllt, gehen diese der Anwendung des Satzes 1 Buchst. e als speziellere Norm uE vor. Die StBefreiung des Satzes 1 Buchst. e ist somit auf die im PV gehaltenen Beteiligungen beschränkt, soweit es sich nicht um eine Beteiligung iSd. § 17 handelt (glA DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 49; BLÜMICH/ERHARD, § 3 Rn. 523; aA HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 234). Die Bedeutung der Vorschrift wird nach der hier vertretenen Meinung ab dem VZ 2009 entfallen, weil das Teileinkünfteverfahren nur noch auf betriebliche Einkünfte anzuwenden ist.

**Ausländische Körperschaften:** Mit dem SEStEG v. 7.12.2006 entfiel in § 20 Abs. 1 Nr. 2 die Voraussetzung, dass die Bezüge von einer unbeschränkt stpfl. Körperschaft stammen müssen (s. ausführlich FRÜCHTL/PROKSCHA, BB 2007,

2147). Bezüge von ausländ. Körperschaften iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 werden daher nach Satz 1 Buchst. e begünstigt (KORN/TORMÖHLEN, § 3 Nr. 40 Rn. 42.1). Vor der Änderung des § 20 Abs. 1 Nr. 2 waren solche Bezüge nicht nach Satz 1 Buchst. e begünstigt (glA DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 49; KSM/VON BECKERATH, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/242; aA HÖTZEL in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 234). Die StBefreiung greift ausdrücklich nur bei Bezügen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 ein. § 20 Abs. 1 Nr. 2 erfasst wiederum nur Bezüge, die von einer unbeschränkt stpfl. Körperschaft stammen, so dass eine Anwendung des StBefreiung ausgeschlossen war.

Einstweilen frei.

142–144

### **Erläuterungen zu Satz 1 Buchst. f: Besondere Entgelte und Vorteile iSv. § 20 Abs. 3**

145

Nach § 20 Abs. 3 gehören zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen auch besondere Entgelte oder Vorteile, die neben den nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a bezeichneten Einnahmen oder an deren Stelle gewährt werden. Diese Regelung enthält keinen selbständigen Steuertatbestand, sondern dient der Klarstellung und Ergänzung (BFH v. 13.10.1987 – VIII R 156/84, BStBl. II 1988, 252). Zu Einzelheiten s. § 20 Anm. 1010 ff.

**Anwendung der Steuerbefreiung:** Nur soweit diese Einnahmen neben oder an Stelle von Bezügen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 (insbes. Dividenden) bzw. von Einnahmen iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a gewährt werden, unterliegen sie dem Teileinkünfteverfahren. Dies ist gerechtfertigt, weil diese Einnahmen wirtschaftlich betrachtet den Charakter von Bezügen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 besitzen, so dass sie wie diese zu 40 % stfrei zu stellen sind.

**Mit dem UntStReformG 2008** v. 14.8.2007 wurde die Vorschrift nur redaktionell an die Änderung des § 20 angepasst.

Einstweilen frei.

146–149

### **Erläuterungen zu Satz 1 Buchst. g: Einnahmen aus der Veräußerung von Dividendenscheinen und sonstigen Ansprüchen iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a**

150

**Rechtslage bis 31.12.2008:** Nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a führt die Veräußerung von Dividendenscheinen und sonstigen Ansprüchen durch den Inhaber des Stammrechts zu Einkünften aus Kapitalvermögen, wenn die dazugehörige Aktie oder sonstige Anteile nicht mitveräußert werden. Dividendenschein ist das verbriefte Recht des Aktionärs auf die beschlossene Dividende. Sonstige Ansprüche sind zivilrechtl. Ansprüche auf den Gewinnanteil gegenüber einer in § 20 Abs. 1 Nr. 1 genannten KapGes., falls der Anspruch nicht in einem Dividendenschein verbrieft ist, zB Gewinnanteilscheine einer GmbH. Von der Regelung wird aber nur die Veräußerung zukünftiger Gewinnansprüche erfasst. Veräußert der Anteilseigner dagegen bereits entstandene Gewinnansprüche, muss er diese nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 versteuern. Zu Einzelheiten s. § 20 Anm. 1030 ff.

**Anwendung der Steuerbefreiung:** Der Veräußerungserlös wird nach Satz 1 Buchst. g zu 40 % stfrei gestellt. Die StFreistellung ist gerechtfertigt, weil der Veräußerungserlös an die Stelle der Dividende oder eines sonstigen Gewinnanspruchs an einer KapGes. tritt. Die Regelung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a ergänzt insoweit § 20 Abs. 1 Nr. 1.

**Änderung durch das UntStReformG 2008 v. 14.8.2007:** Mit dem UntStReformG 2008 wollte der Gesetzgeber die Vorschrift des Buchst. g lediglich redaktionell an die Neufassung des § 20 anpassen (BTDrucks. 16/4841, 47). Allerdings werden nach der Änderung nicht mehr die Einnahmen, sondern der Gewinn anteilig stfrei gestellt, so dass es zu einer materiell-rechtl. Änderung kommt. In der bis VZ 2008 geltenden Fassung spricht § 20 noch von den *Einnahmen* aus der Veräußerung von Dividendenscheinen, die dann nach § 40 stbefreit werden. Dagegen gehören ab VZ 2009 die *Gewinne* aus der Veräußerung von Dividendenscheinen zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, wobei die Ermittlung des Gewinns aus Veräußerungsgeschäften nach § 20 Abs. 2 nunmehr in § 20 Abs. 4 eigenständig geregelt wird. Offensichtlich wollte der Gesetzgeber nur dieser Änderung des § 20 durch Anpassung des Buchst. g Rechnung tragen.

**Besteuerungskonzept durchbrochen:** Allerdings durchbricht der Gesetzgeber mit der Aufnahme des Begriffs „Gewinn“ das dem Teileinkünfteverfahren zu Grunde liegende Besteuerungskonzept. Denn beim *Teileinkünfteverfahren* handelt es sich um ein *Teileinnahme-* und *Teilausgabeverfahren*, weil § 3 Nr. 40 auf der ersten Stufe die Bruttoeinnahmen befreit und die Ausgaben nach § 3c Abs. 2 auf einer zweiten Stufe einem anteiligen Abzugsverbot unterworfen werden. Daher stellt die StBefreiung des Gewinns aus der Veräußerung von Dividendenscheinen einen Fremdkörper im System des Teileinkünfteverfahrens dar.

**Anwendung der Steuerbefreiung:** Ab VZ 2009 wird der Gewinn aus der Veräußerung von Dividendenscheinen anteilig stbefreit. Die Gewinnermittlung hat wohl nach § 20 Abs. 4 zu erfolgen. Es fließt also erst der Unterschiedsbetrag zwischen dem (vollen) Veräußerungserlös und den (vollen) AK abzüglich der Veräußerungskosten in die Ermittlung der StBefreiung ein. Daher findet § 3c Abs. 2 insoweit keine Anwendung.

**Verlust:** Im Fall eines Verlusts ist uE das Abzugsverbot des § 3c Abs. 2 anzuwenden, so dass sich ein Verlust nur anteilig stmindernd auswirkt. Zwar bestehen aufgrund der Neuregelung Bedenken gegen die Anwendung des § 3c Abs. 2, weil ein Verlust keiner StBefreiung unterliegen kann. Somit finden auf einen Verlust Satz 1 Buchst. g und h keine Anwendung, so dass es für das Eingreifen des § 3c Abs. 2 an dem notwendigen Anknüpfungspunkt fehlen könnte. Mit der Neuregelung hat der Gesetzgeber wohl ungewollt in das Zusammenspiel von § 3 Nr. 40 und § 3c Abs. 2 eingegriffen, das sonst dafür Sorge trägt, dass sich ein Verlust nur anteilig stmindernd auswirkt. Dennoch kann im Wege der Auslegung § 3c Abs. 2 zur Anwendung gelangen, weil Einnahmen aus der Veräußerung oder Abtretung von Dividendenscheinen grundsätzlich als Teil des Gewinns der StBefreiung unterliegen würden. Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, der die StBefreiungsvorschriften nur redaktionell anpassen, aber sicher nicht Verlusten aus solchen Geschäften eine eigenständige stl. Behandlung zukommen lassen wollte.

155

**Erläuterungen zu Satz 1 Buchst. h:  
Einnahmen aus der Abtretung von Dividenden-  
ansprüchen oder sonstigen Ansprüchen iSd.  
§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a**

**Rechtslage bis 31.12.2008:** Nach § 20 Abs. 2 Satz 2 aF gehören Einnahmen aus der Abtretung von Dividendenansprüchen zu Einkünften aus Kapitalvermögen, auch wenn sie im Unterschied zu § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a nicht in einem Wertpapier verbrieft sind. Dies gilt auch für die Abtretung sonstiger Ansprüche iSd. § 20 Abs. 2 Satz 2 iVm. Satz 1 Nr. 2. Zu Einzelheiten s. § 20 Anm. 1140.

**Anwendung der Steuerbefreiung:** Solche Einnahmen aus der Abtretung werden nach Satz 1 Buchst. h zu 40 % stfrei gestellt. Dies ist gerechtfertigt, weil diese Einnahmen nur an die Stelle der Vereinnahmung von Dividendenzahlungen oder sonstigen Zahlungen durch den Anteilseigner treten. Daher müssen sie wie die Dividendenzahlung behandelt werden, so dass die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens nur konsequent ist.

**Änderung durch das UntStReformG v. 14.8.2007:** Ebenso wie bei Satz 1 Buchst. g wollte der Gesetzgeber nur eine redaktionelle Anpassung an die ab dem VZ 2009 geltende Neufassung des § 20 vornehmen. Da nunmehr aber nicht Einnahmen aus der Abtretung von Dividendenansprüchen, sondern der Gewinn anteilig stfrei gestellt wird, kommt es zu einer materiell-rechtl. Änderung. Zu Einzelheiten s. Anm. 150.

Einstweilen frei.

156–159

160

**Erläuterungen zu Satz 1 Buchst. i:  
Bezüge iSd. § 22 Nr. 1 Satz 2**

Nach § 22 Nr. 1 Satz 2 hat der Empfänger Bezüge, die er von einer unbeschränkt stpfl. Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse außerhalb der Erfüllung stbegünstigter Zwecke iSd. §§ 53, 54 AO erhält, als sonstige Einkünfte zu versteuern. Dies trifft insbes. auf die Zuwendungen von Stiftungen an ihre Stifter oder deren nahe Angehörige sowie für Zuwendungen von Familienstiftungen an ihre Destinatäre zu (SCHAUHOFF in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 315).

**Rechtfertigung des Einnahmetatbestands des § 22:** Die Erfassung der Bezüge, die von einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse stammen, die nicht stbefreit ist, wurde aufgrund der Absenkung des KStSatzes auf (ursprünglich) 25 % notwendig. Nach dem früher geltenden Recht konnte eine nicht stbefreite Stiftung die Zahlungen an ihre Destinatäre nicht steuermindernd geltend machen (§ 10 KStG). Damit ergab sich eine StBelastung dieser Zahlungen auf der Ebene der Stiftung iHv. 40 %. Der Empfänger musste die Zahlung daher nach altem Recht nicht versteuern. Da der Gewinn der nicht stbefreiten Stiftung nach dem StSenkG nur noch mit 25 % besteuert wurde, musste die Zahlung zur Sicherung einer Einmalbesteuerung auch beim Empfänger der Steuer unterworfen werden (ORTH, DStR 2001, 325; SCHMIDT/HEINICKE XXVII. § 3 „Halbeinkünfteverfahren“), weil es sonst zu einer ungerechtfertigten Begünstigung kommen würde (BTDrucks. 14/2683, 115).

**Anwendung des Teileinkünfteverfahrens:** Die Bezüge werden gem. Satz 1 Buchst. i zu 40 % stfrei gestellt, weil sie mit KSt. vorbelastet sind.

**Abgrenzung zu § 20 Abs. 1 Nr. 9:** Nach § 20 Abs. 1 Nr. 9 gehören Einnahmen aus Leistungen einer nicht von der KSt. befreiten Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 KStG, die wirtschaftlich mit Gewinnausschüttungen vergleichbar sind, zu den Einkünften aus Kapitalvermögen (s. Anm. 121). Soweit die Bezüge bereits von § 20 Abs. 1 Nr. 9 tatbestandlich erfasst werden, ist die Regelung wegen der allgemeinen Subsidiarität des § 22 Abs. 1 Satz 1 vorrangig (ORTH, DStR 2001, 325; aA SCHAUHOFF in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 315; KIRCHHOF/FISCHER III. § 22 Rn. 7: § 22 sei insoweit *lex specialis* zu § 20 Abs. 1 Nr. 9). Nach Auffassung der FinVerw. stellen alle Leistungen einer nicht stbefreiten Stiftung an den Stifter oder seine Angehörigen Einkünfte iSd § 20 Abs. 1 Nr. 9 dar (kritisch WASSERMEYER, DStR 2006, 1733).

161–164 Einstweilen frei.

### Erläuterungen zu Satz 1 Buchst. j aF: Veräußerungspreis iSd. § 23 Abs. 3

165

#### I. Überblick

**Rechtslage bis VZ 2008:** Die Erträge aus privaten Veräußerungsgeschäften gem. § 23 sind gem. Satz 1 Buchst. j aF bis VZ 2008 zur Hälfte stfrei, soweit sie aus dem Verkauf einer Beteiligung iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 stammen. Die Erstreckung des Halbeinkünfteverfahrens auf private Veräußerungsgeschäfte beruht auf der konzeptionellen Gleichbehandlung von Veräußerungserträgen mit laufenden Erträgen aus einer Beteiligung (zu Einzelheiten s. Anm. 9). Alle stpfl. Beteiligungsveräußerungen sollen daher unabhängig von einer Zuordnung zu einzelnen Einkunftsarten dem Halbeinkünfteverfahren unterliegen.

**Änderung nach Einführung der Abgeltungsteuer ab VZ 2009:** Die StBefreiung des Satzes 1 Buchst. j ist durch das UntStReformG 2008 ab dem VZ 2009 aufgehoben worden, da private Veräußerungsgewinne, auch soweit sie auf Anteilsveräußerungen entfallen, ab 2009 als Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 2 in die Abgeltungsteuer (§ 32d) einbezogen werden (zu Einzelheiten s. § 20 Anm. J 07-20). Somit ist die Vorschrift mit der Einführung des Teileinkünfteverfahrens überflüssig geworden. Die bisher bestehende Gleichbehandlung von betrieblichen und privaten Erträgen wird mit Einführung der Abgeltungsteuer aufgegeben.

**Weitergeltung der Vorschrift:** Die hälftige StBefreiung des Satzes 1 Buchst. j kann über den 31.12.2008 hinaus weiterhin anzuwenden sein, denn für KapGes-Anteile, die vor dem 1.1.2009 erworben worden sind, gilt § 23 aF (KORN/TORMÖHLEN, § 3 Nr. 40 Rn. 48). Werden solche Anteile nach dem 31.12.2008 noch innerhalb der Behaltefrist von einem Jahr veräußert, ist der Vorgang als privates Veräußerungsgeschäft gem. § 23 Abs. 1 Nr. 2 in der am 1.1.1999 geltenden Fassung zu besteuern (§ 52a Abs. 11). In diesem Fall wird der Veräußerungserlös auch noch gem. Satz 1 Buchst. j. hälftig stfrei gestellt.

**II. Veräußerungspreis iSd. § 23 Abs. 3**

166

Die hälftige StBefreiung erfasst den Veräußerungspreis iSd. § 23 Abs. 3, soweit er auf die Veräußerung von Beteiligungen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 entfällt. Private Veräußerungsgeschäfte iSd. § 23 gehören als sonstige Einkünfte gem. § 22 Nr. 2 zu den Überschusseinkünften. Für die Ermittlung des Veräußerungspreises gilt das Zu- und Abflussprinzip des § 11. Somit wird der Veräußerungsgewinn erst im Jahr des tatsächlichen Zuflusses des Veräußerungserlöses realisiert. Die Hälfte der tatsächlichen Zahlung wird stfrei gestellt.

**Veräußerung gegen Renten und Kaufpreistraten:** Werden als Kaufpreis Renten oder Kaufpreistraten vereinbart, so entsteht ein Veräußerungsgewinn erst in dem Jahr, in welchem die Zahlungen die AK und WK überschreiten. Im Jahr des Zuflusses wird die Hälfte der Zahlung stfrei gestellt. Für die Frage, wann die laufenden Zahlungen die AK zuzüglich der WK überschreiten, ist die Abzugsbeschränkung des § 3c Abs. 2 zu beachten. UE entsteht ein Veräußerungsgewinn nach Satz 1 Buchst. j iVm. § 3c Abs. 2 erst, wenn der stpfl. Teil der Zahlungen die Hälfte der AK und WK überschreitet.

► *Renten:* Bei der StFreistellung ist zu bedenken, dass die Rentenzahlungen, soweit es sich um eine Leibrente handelt, in einen Kapitalanteil und einen Ertragsanteil aufzuteilen sind. Der Ertragsanteil ist ausschließlich nach § 22 Nr. 1 stpfl. Er wird nicht von der hälftigen StBefreiung erfasst. Lediglich der nach Abzug des Ertragsanteils verbleibende Kapitalanteil ist zur Hälfte stfrei.

► *Kaufpreistraten:* Auch bei der Vereinbarung von Kaufpreistraten sind die Zahlungen in einen Zinsanteil und einen Tilgungsanteil aufzuteilen. Dies gilt selbst für den Fall, dass die Vertragsparteien eine Verzinsung ausdrücklich ausgeschlossen haben (BFH v. 21.10.1980 – VIII R 190/78, BStBl. II 1981, 160). Der Zinsanteil ist als Kapitalertrag nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 stpfl. Durch das Halbeinkünfteverfahren wird nur der Tilgungsanteil, dh. lediglich der abgezinsten Betrag, begünstigt. Eine Begünstigung des Zinsanteils kommt nicht in Betracht.

► *Zeitrenten:* Zeitrenten werden wie Kaufpreistraten behandelt, so dass nur der in den Zahlungen enthaltenen Tilgungsanteil hälftig stbefreit wird.

**III. Veräußerung von Anteilen an Körperschaft,  
Personenvereinigung oder Vermögensmasse, deren Leistungen  
beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören**

**1. Veräußerung**

167

Nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ist die Veräußerung von WG, die zum PV gehören, stpfl., wenn der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als ein Jahr beträgt (zum Begriff der Veräußerung iSd. § 23 vgl. § 23 Anm. 48 ff.). Soweit es sich Anteile an einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören, handelt, ist der Veräußerungserlös nach Satz 1 Buchst. j aF zur Hälfte stfrei.

**Veräußerung nach Entnahme oder nach Antragstellung gem. § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG aF:** Die Veräußerung von Anteilen nach einer Entnahme aus dem BV und nach Stellung eines Antrags gem. 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG aF innerhalb der Jahresfrist kann ein stpfl. privates Veräußerungsgeschäft sein, weil Entnahme und Antragstellung nach § 23 Abs. 1 Satz 2 als

Anschaffung gilt. Liegt danach ein stpfl. Veräußerungserlös vor, ist er nach Satz 1 Buchst. j aF begünstigt. Zu Einzelheiten des § 23 Abs. 1 Satz 2 s. § 23 Anm. 221 ff.

**Veräußerung eines Anteils an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft mit Anteilen an Gesellschaften iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1:** Die Veräußerung des Anteils an einer PersGes. gilt nach § 23 Abs. 1 Satz 4 als Veräußerung der anteiligen WG, die im Eigentum der PersGes. stehen. Damit wird für die Zwecke des § 23 fingiert, dass nicht der Anteil an der PersGes., sondern das WG (anteilig) veräußert wird (zu Einzelheiten s. § 23 Anm. 240 f.).

► *Anwendung der Steuerbefreiung:* Gehört eine Beteiligung iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 zum Vermögen der PersGes., so ist uE der Veräußerungserlös, soweit er auf diesen Anteil entfällt, gem. Satz 1 Buchst. j aF zur Hälfte stbefreit (glA KSM/VON BECKERATH, § 3 Rn. B 40/262; BALMES/SCHÜTZBERG in ERLE/SAUTER, KStG, 2. Aufl. 2006, § 3 EStG Rn. 221). Da § 23 Abs. 1 Satz 4 fingiert, dass es sich bei der Veräußerung eines PersGesAnteils um eine Veräußerung der anteiligen WG handelt, liegt somit eine Beteiligungsveräußerung iSd. § 23 vor, die nach Satz 1 Buchst. j aF begünstigt wird.

168 **2. Anteile an Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören**

Begünstigt ist – wie nach Satz 1 Buchst. a – die Veräußerung von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören. Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals entspricht derjenigen zu Satz 1 Buchst. a, so dass zu Einzelheiten auf Anm. 63 verwiesen werden kann.

**Bezugsrechte:** Nach der Rspr. des IX. Senats des BFH unterliegt die Veräußerung von Bezugsrechten dem Halbeinkünfteverfahren gem. § 23 iVm. Satz 1 Buchst. j aF (BFH v. 27.10.2005 – IX R 15/05, BStBl. II 2006, 171; ablehnend INTEMANN, DStR 2006, 1447). Dagegen vertritt der I. Senat des BFH zur Komplementärnorm des § 8b Abs. 2 KStG die Auffassung, dass Bezugsrechte nicht begünstigt sind (BFH v. 23.1.2008 – I R 101/06, BStBl. II 2008, 719). Zu Einzelheiten s. Anm. 63.

169 Einstweilen frei.

170 **Erläuterungen zu Satz 2:  
Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens im  
Rahmen der Gewinneinkünfte**

**Rechtslage bis 31.12.2008:** Die Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens ist in den Fällen des Satzes 1 Buchst. d–h nicht davon abhängig, ob die erzielten Einnahmen wegen der Subsidiaritätsklausel des § 20 Abs. 3 nicht zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, sondern zu den Einkünften aus LuF, aus Gewerbebetrieb, aus selbständiger Arbeit oder aus Vermietung und Verpachtung gehören (Satz 2). Damit werden insbes. Gewinnausschüttungen zur Hälfte stfrei gestellt, die den gewerblichen Einkünften gem. § 20 Abs. 3 zugerechnet werden, weil die Gesellschaftsanteile zu einem BV des Stpfl. gehören.

**Beschränkung auf betriebliche Einkünfte ab VZ 2009:** Als Folge der Einführung einer Abgeltungssteuer auf private Kapeinkünfte wird das Teileinkünfte-

verfahren ab VZ 2009 nur noch auf Gewinneinkünfte und Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung angewendet (BLÜMICH/ERHARD, § 3 Rn. 529a). Private Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. § 20 unterliegen dann den Regeln der Abgeltungsteuer. Eine Ausnahme besteht für Einnahmen aus einer KapGes., an der der Stpfl. entweder zu mindestens 25 % beteiligt ist oder zu mindestens 1 % beteiligt und beruflich für diese tätig ist, wenn er zur Anwendung des Teileinkünfteverfahrens optiert (§ 32d Abs. 2 Nr. 3). Laufende Einnahmen aus einer solchen wesentlichen Beteiligung gehören zwar weiterhin zu den privaten Einkünften aus Kapitalvermögen gem. § 20, dennoch räumt der Gesetzgeber dem Stpfl. die Möglichkeit ein, diese Einnahmen nach dem Teileinkünfteverfahren besteuern zu können.

**Folge der Abgeltungsteuer:** Die Beschränkung des Teileinkünfteverfahrens auf betriebliche Einkünfte ist Ausfluss der Einführung einer Abgeltungsteuer für private Kapitaleinkünfte mit einem gesonderten StSatz von 25 %. Die mit der Einführung der Abgeltungsteuer verbundene (weitere) Schedulingisierung der ESt. wirft zusätzliche Abgrenzungsprobleme auf. Aufgrund der völlig unterschiedlichen Besteuerungsgrundsätze kann es zukünftig einen erheblichen Unterschied machen, ob Kapitaleinkünfte dem betrieblichen oder privaten Bereich zuzuordnen sind. Fremdfinanzierte Beteiligungen werden bei Anwendung der Abgeltungsteuer erheblich benachteiligt, weil nach § 20 Abs. 9 die über den Sparer-Pauschbetrag hinausgehenden tatsächlichen WK nicht mehr abgezogen werden können (RÄDLER, DB 2007, 988). Dagegen können bei betrieblichen Beteiligungen 60 % der Aufwendungen stmindernd geltend gemacht werden. Auch die Beschränkung der Verlustverrechnungsmöglichkeiten nach § 20 Abs. 6 kann dazu führen, dass der Zuordnung von Einkünften zu den verschiedenen Einkunftsarten erhebliche Bedeutung zukommt (s. § 20 Anm. J 07-39 ff.). Anleger müssen daher sorgfältig prüfen, ob es für sie stl. günstiger ist, Beteiligungen an KapGes. in den betrieblichen Bereich zu überführen (WORGULLA/SÖFFING, FR 2007, 1005; OHO/HAGEN/LENZ, DB 2007, 1322).

Zu den verfassungsrechtl. Bedenken gegen die unterschiedliche Behandlung von Gewinnausschüttungen im betrieblichen und privaten Bereich s. ausführlich INTEMANN, DB 2007, 1658; kritisch auch SCHLOTTER/VON FREEDEN in SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 408; BLÜMICH/ERHARD, § 3 Rn. 507; aA ECKHOFF, FR 2007, 989). Auch die erst mit dem JStG 2008 eingeführte Optionsmöglichkeit nach § 32d Abs. 2 Nr. 3 kann die Bedenken nicht endgültig beseitigen, weil nur ein begrenzter Kreis von Stpfl. zur Anwendung des Teileinkünfteverfahrens optieren kann.

Einstweilen frei.

171–174

## Erläuterungen zu Sätzen 3 und 4: Eigenhandel von Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten und Finanzunternehmen

### I. Überblick

175

Der Eigenhandel von Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten und Finanzunternehmen iSd. KWG soll vom Teileinkünfteverfahren ausgenommen werden. Das Bankengewerbe hat auf eine besondere Behandlung der Eigen-geschäfte gedrängt (BOGENSCHÜTZ/TIBO, DB 2001, 8; MILATZ, BB 2001, 1066).

Die Regelung muss im Zusammenhang mit der Einschränkung der Verlustrechnungsmöglichkeiten durch § 15 Abs. 4 und § 3c Abs. 2 gesehen werden (SCHMIDT/HEINICKE XXVII. § 3 „Halbeinkünfteverfahren“). Denn das Bankgewerbe sah den Finanzplatz Deutschland gefährdet, wenn es nicht mehr möglich gewesen wäre, Verluste im Rahmen des Eigenhandels unbeschränkt zu verrechnen (KIRCHHOF/REISS VIII. § 15 Rn. 612). Um eine unbeschränkte Geltendmachung von Verlusten zu ermöglichen, musste auch auf der Einnahmeseite die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens ausgeschlossen werden. Dies hat der Gesetzgeber ausdrücklich mit dem Bestreben gerechtfertigt, negative Auswirkungen auf den institutionellen Aktien- und Derivat Handel zu vermeiden zu wollen (BTD Drucks. 14/4626, 5). Konsequenterweise werden neben Veräußerungsgeschäften auch laufende Erträge von einer StBefreiung ausgenommen (KORN/TORMÖHLEN, § 3 Nr. 40 Rn. 73).

**Verfassungsrechtliche Bedenken:** Gegen die besondere Behandlung des Eigenhandels bei Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten und Finanzunternehmen bestehen mit Blick auf Art. 3 GG verfassungsrechtl. Bedenken (KIRCHHOF/REISS VIII. § 15 Rn. 615: in Bezug auf § 15 Abs. 4 Satz 3 wird ein Verfassungsverstoß bejaht). Die Schaffung eines Sonderrechts für diese Institute kann uE aber mit dem Schutz des Finanzplatzes Deutschland aufgrund seiner volkswirtschaftlichen Bedeutung verfassungsrechtl. gerechtfertigt werden (zu Einzelheiten des § 15 Abs. 4 s. § 15 Anm. 1531 ff.).

## II. Inländische Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute (Satz 3 Halbs. 1)

### 176 1. „Satz 1 Buchst. a, b und d–h ist nicht anzuwenden“

Die StFreistellung im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens wird für bestimmte Geschäfte von Unternehmen des Bankgewerbes durch Satz 3 ausgeschlossen. Davon sind sowohl die Erträge aus dem Verkauf von Beteiligungen gem. Satz 1 Buchst. a und b als auch die laufenden Erträge gem. Satz 1 Buchst. d–h betroffen (PYSZKA/BRAUER, BB 2002, 1669).

### 177 2. Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute

Betroffen von der Einschränkung sind Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute iSd. KWG, die in der Rechtsform der PersGes. oder als Einzelunternehmen geführt werden (DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 111). Für Institute in der Rechtsform der KapGes. gilt § 8b Abs. 7 KStG als speziellere Norm.

**Kreditinstitut** ist nach § 1 Abs. 1 KWG ein Unternehmen, das Bankgeschäfte gewerbsmäßig oder in einem Umfang betreibt, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert.

**Finanzdienstleistungsinstitut** ist nach § 1 Abs. 1a KWG ein Unternehmen, das Finanzdienstleistungen für andere gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringt, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, wenn es kein Kreditinstitut ist.

### 178 3. Anteile, die dem Handelsbuch zuzurechnen sind

Nach § 1a KWG sind Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute grds. verpflichtet, ein Handelsbuch zu führen. Die Institute müssen dem Handels-

buch alle handelbaren Forderungen und Anteile, die zum Zweck des kurzfristigen Wiederverkaufs im Eigenbestand gehalten werden, zurechnen (PYSZKA/BRAUER, BB 2002, 1669). Darüber hinaus sind alle Geschäfte und Refinanzierungsmaßnahmen zu erfassen, die der Absicherung von wirtschaftlichen Risiken des Handelsbuchs dienen (BOGENSCHÜTZ/TIBO, DB 2001, 8). Da Satz 3 unmittelbar an die Regelung des KWG anschließt, ist auch für stl. Zwecke allein nach den Grundsätzen des KWG zu entscheiden, welche Anteile dem Handelsbuch zuzurechnen sind (BMF v. 25.7.2002, BStBl. I 2002, 712). Sind Anteile unter Berücksichtigung dieser Grundsätze dem Handelsbuch zuzurechnen, so ist das Teileinkünfteverfahren nicht anzuwenden. Es kommt dagegen nicht darauf an, ob die Anteile tatsächlich vom Kreditinstitut im Handelsbuch geführt werden (aA BOGENSCHÜTZ/TIBO, DB 2001, 8). Zu der Möglichkeit, Anteile vom Handelsbuch in das Anlagebuch umzuwidmen, vgl. BMF v. 25.7.2002, BStBl. I 2002, 712 und BOGENSCHÜTZ/TIBO, DB 2001, 8. Kritisch zur Begrenzung der vollen StPflcht auf Anteile, die im Handelsbuch geführt werden, s. KIRCHHOF/REISS VIII. § 15 Rn. 613 (zu § 15 Abs. 4).

#### 4. Rechtsfolge

179

Anteile, die dem Handelsbuch zuzurechnen sind, werden nicht in das Teileinkünfteverfahren einbezogen. Sowohl der laufende Ertrag als auch ein Veräußerungsgewinn ist den allgemeinen Besteuerungsregeln zu unterwerfen. Daher ist eine Dividende oder eine vGA nicht anteilig stfrei gestellt, obwohl sie mit KSt. vorbelastet sind (KIRCHHOF/VON BECKERATH VIII. § 3 Rn. 139). Ebenso ist ein Veräußerungsgewinn in voller Höhe stpfl. Andererseits ist die Abzugsbeschränkung des § 3c Abs. 2 nicht anzuwenden, so dass auch ein Veräußerungsverlust uneingeschränkt abgezogen werden kann. Die Verlustverrechnungsbeschränkung nach § 15 Abs. 4 Satz 5 greift nicht ein, weil die Vorschrift eine identische Ausnahmeregelung enthält.

### III. Finanzunternehmen iSd. KWG (Satz 3 Halbs. 2)

#### 1. Finanzunternehmen

180

Die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens ist gem. Satz 3 Halbs. 2 auch für Anteile ausgeschlossen, die Finanzunternehmen iSd. KWG mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben haben.

**Finanzunternehmen** ist nach § 1 Abs. 3 KWG ein Unternehmen, das kein Institut ist (dh. kein Kreditinstitut oder Finanzdienstleistungsinstitut, s. Anm. 177) und dessen Haupttätigkeit darin besteht, Beteiligungen zu erwerben, Geldforderungen entgeltlich zu erwerben, Leasingverträge abzuschließen, Kreditkarten oder Reiseschecks auszugeben oder zu verwalten, mit Finanzinstrumenten für eigene Rechnung zu handeln, andere bei der Anlage in Finanzinstrumente zu beraten, Unternehmen über die Kapitalstruktur, die industrielle Strategie und die damit verbundenen Fragen zu beraten sowie bei Zusammenschlüssen und Übernahmen von Unternehmen diese zu beraten und ihnen Dienstleistungen anzubieten oder Darlehen zwischen Kreditinstituten zu vermitteln. Ein Unternehmen ist als Finanzunternehmen zu behandeln, wenn die in § 1 Abs. 3 KWG aufgeführten Aktivitäten die Haupttätigkeit des Unternehmens darstellen (FÜLBIER in Boos/FISCHER/SCHULTE-MATTLER (Hrsg.), KWG, 3. Aufl. 2008, § 1 Rn. 154). Ob eine Tätigkeit in diesem Sinn als Haupttätigkeit einzustufen ist, muss anhand des Gesamtumsatzes ermittelt werden (PYSZKA/BRAUER, BB 2002, 1669; MILATZ, BB

2001, 1066). Eine Haupttätigkeit liegt danach vor, wenn sie mehr als 50 % des Gesamtumsatzes ausmacht (DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 8b KStG Rn. 139).

**Holdinggesellschaft, vermögensverwaltende Kapitalgesellschaft:** Die FinVerw. will den Begriff des Finanzunternehmens weit auslegen. Somit sollen auch Holding-, Factoring-, Leasing-, Anlageberatungsunternehmen und vermögensverwaltende KapGes. von der Regelung des Satzes 3 erfasst werden (BMF v. 25.7.2002, BStBl. I 2002, 712). Hauptzweck dieser Gesellschaften ist idR der Erwerb und die Verwaltung von Beteiligungen, so dass sie die Voraussetzungen für ein Finanzunternehmen grds. erfüllen (PYSZKA/BRAUER, BB 2002, 1669).

► *Stellungnahme:* Diese weite Auslegung ist mit dem Zweck des Gesetzes, eine Sonderregelung für den Bankensektor schaffen zu wollen, nicht vereinbar. Daher ist die Regelung mit Blick auf den Gesetzeszweck einschränkend auszulegen (DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 8b KStG Rn. 139; MILATZ, BB 2001, 1066; HUNSMANN, Inf. 2006, 182; aA PYSZKA/BRAUER, BB 2002, 1669). Dabei ist auch zu bedenken, dass eine weitergehende Auslegung verfassungsrechtl. Probleme aufwirft (PYSZKA/BRAUER, BB 2002, 1669). Die Sonderregelung der Sätze 3 und 4 kann verfassungsrechtl. nur mit Blick auf die volkswirtschaftliche Bedeutung des Bankenplatzes Deutschland gerechtfertigt werden (zu Einzelheiten vgl. Anm. 175). Eine solche Rechtfertigung ist bei einem Anwendungsbereich, der deutlich über den Bankensektor hinausgeht, nicht mehr gegeben. Die praktische Relevanz dieser Streitfrage dürfte allerdings gering sein, weil weitere Voraussetzung für den Ausschluss vom Teileinkünfteverfahren das Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs ist. Da insbes. Holdinggesellschaften Beteiligungen regelmäßig zum dauerhaften Besitz erwerben, wird Satz 3 selten Anwendung finden (KORN/TORMÖHLEN, § 3 Nr. 40 Rn. 71).

## 181 2. Mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben

**Kurzfristiger Eigenhandelserfolg:** Der Anwendungsausschluss findet bei Finanzunternehmen nur Anwendung, wenn die Anteile mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben werden. Zur Bestimmung der Anteile, die vom Teileinkünfteverfahren ausgenommen werden sollen, konnte der Gesetzgeber nicht auf die Regelungen zum Handelsbuch Bezug nehmen, weil Finanzunternehmen nach § 1a KWG nicht zum Führen eines solchen verpflichtet sind. Nur aus diesem Grund wurde für Finanzunternehmen eine eigenständige Regelung geschaffen. Der Gesetzgeber war bestrebt, Kreditinstitute und Finanzunternehmen insoweit gleich zu behandeln (BTDrucks. 14/4626, 16).

**Begriffsbestimmung:** Bei der Auslegung dieser Regelung ist daher uE auf die Grundsätze, die für das Handelsbuch gelten, abzustellen (HARDECKER, DB 2002, 2127; PYSZKA/BRAUER, BB 2002, 1669; KSM/VON BECKERATH, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/322). Anteile sind somit mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben, wenn ein Kreditinstitut die Anteile seinem Handelsbuch hätte zurechnen müssen. Eine Auslegung nach unterschiedlichen Kriterien ist nicht vorzunehmen (aA BOGENSCHÜTZ/TIBO, DB 2001, 8). Dagegen will die FinVerw. danach unterscheiden, ob die Anteile dem Umlaufvermögen zuzuordnen sind (BMF v. 25.7.2002, BStBl. I 2002, 712).

**Rechtsfolge:** s. Anm. 179.

182–184 Einstweilen frei.

#### IV. Kreditinstitute und Finanzunternehmen in EU oder EWR (Satz 4)

185

**Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen mit Sitz in EU oder EWR:** Bei ausländ. Instituten und Unternehmen wird nicht auf die Regelungen des KWG verwiesen, weil ausländ. Unternehmen nicht dem KWG unterliegen. Dennoch muss uE für die Frage, welche ausländ. Institute und Unternehmen von der Regelung betroffen sind, auf die Definition im KWG abgestellt werden. Nur soweit ein ausländ. Institut oder Unternehmen die Voraussetzungen des KWG erfüllt, wird es daher von der Regelung erfasst.

► *Sitz in EU oder EWR-Raum:* Das Institut oder Unternehmen muss seinen Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens haben. Dies stellt die europarechtl. notwendige Gleichbehandlung der Unternehmen sicher.

**Mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben:** Da auch ausländ. Institute kein Handelsbuch iSd. § 1a KWG führen, ist wie bei Finanzunternehmen iSd. Satzes 3 zur Abgrenzung der vom Anwendungsausschluss betroffenen Anteile darauf abzustellen, ob die Anteile mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben worden sind (zu Einzelheiten s. Anm. 181).

**Rechtsfolge:** s. Anm. 179.

Einstweilen frei.

186–189

### Erläuterungen zu Sätzen 3 und 4 aF: Missbrauchsklausel bei einbringungsgeborenen Anteilen iSd. § 21 Abs. 1 UmwStG aF

#### I. Allgemeine Erläuterungen

##### 1. Zeitliche Anwendung der Missbrauchsklauseln

190

**Ausschluss des Halb-/Teileinkünfteverfahrens:** Die Anwendung der St-Befreiung gem. Satz 1 Buchst. a und b wird für die Veräußerung einbringungsgeborener Anteile iSd. § 21 Abs. 1 UmwStG aF grds. ausgeschlossen. Dies gilt auch für die übrigen Tatbestände des Satzes 1 Buchst. a und b, soweit einbringungsgeborene Anteile betroffen sind. Aber auch einbringungsgeborene Anteile können unter den Voraussetzungen des Satzes 4 dem Halb-/Teileinkünfteverfahren unterliegen (sog. Rückausnahmen). Die Regelungen wurden im Rahmen des Vermittlungsverfahrens zum StSenkG in das Gesetz aufgenommen, um eine missbräuchliche Nutzung des Halbeinkünfteverfahrens auszuschließen (BT-Drucks. 14/3640).

**Weitergeltung der Vorschriften trotz Abschaffung einbringungsgeborener Anteile:** Die Sondervorschriften für einbringungsgeborene Anteile wurden nach Änderung des UmwStG durch das SEStEG v. 7.12.2006 aufgehoben, weil nach dem neuen Umwandlungssteuerrecht durch die Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils in eine KapGes. gem. §§ 20–23 UmwStG idF des SEStEG keine einbringungsgeborenen Anteile mehr entstehen. Dennoch sind die Vorschriften für einen Übergangszeitraum (bis zum Jahre

2013) noch von Bedeutung, denn diese sind auch weiterhin auf einbringungsgeborene Anteile iSd. § 21 UmwStG idF v. 12.12.2006 anwendbar (s.u.).

► *Neukonzeption des UmwStG durch das SEStEG*: Das Umwandlungssteuerrecht wurde mit dem SEStEG grundlegend reformiert. Auch die Besteuerung von Einbringungsvorgängen nach §§ 20 ff. UmwStG hat eine konzeptionelle Neuausrichtung erfahren.

▷ *Keine einbringungsgeborenen Anteile mehr*: Das bisher geltende Besteuerungssystem für einbringungsgeborene Anteile wurde aufgegeben. Die Neuregelung geht nunmehr zum Grundsatz der nachträglichen Besteuerung der im Zeitpunkt der Einbringung vorhandenen stillen Reserven beim Einbringenden über (BTDrucks. 16/2710, 46). Der durch die Änderung des Besteuerungskonzepts veranlasste Wegfall einbringungsgeborener Anteile hat die Notwendigkeit einer Missbrauchsklausel im Rahmen des § 3 Nr. 40 entbehrlich gemacht. Die Sätze 3 und 4 aF konnten daher aufgehoben werden (BTDrucks. 16/2710, 27).

▷ *Fortgeltung des alten Rechts*: Allerdings ist zu beachten, dass die Missbrauchsklauseln auch in Zukunft auf die Veräußerung *alter* einbringungsgeborener Anteile weiter anzuwenden sind (§ 52 Abs. 4b Satz 2). Für Anteile, die aus einer Einbringung bis zum 12.12.2006 hervorgegangen sind, gelten die ursprünglichen Besteuerungsregeln weiter. Einbringungsgeboren nach altem Umwandlungssteuerrecht sind jene Anteile, die auf einem Einbringungsvorgang beruhen, für den die Anmeldung zur Eintragung in das für die Wirksamkeit des jeweiligen Vorgangs maßgebende öffentliche Register bis zum 12.12.2006 erfolgt ist. Sollte die Wirksamkeit der Einbringung nicht von einer solchen Eintragung abhängig sein, gilt das alte Recht, wenn das wirtschaftliche Eigentum an den eingebrachten WG bis zum 12.12.2006 übergegangen ist (§ 27 Abs. 2 UmwStG nF). Unerheblich ist daher, wann die für die Einbringung erhaltenen Anteile auf den Einbringenden übertragen wurden. Bei einem Einbringungsvorgang ohne Eintragungserfordernis, der vor dem 12.12.2006 beginnt, sich aber über diesen Zeitpunkt erstreckt, ist schon das neue Recht anzuwenden. § 27 Abs. 1 und 2 UmwStG nF stellen uE für die zeitliche Anwendung auf den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an *allen* eingebrachten WG ab. Somit richtet sich die zeitliche Anwendung nach dem Zeitpunkt, in dem das letzte WG auf die übernehmende Gesellschaft übertragen wurde.

## 191 2. Steuersystematische Beurteilung der Vorschriften

**Rechtfertigung des Anwendungsausschlusses**: Der (zeitlich begrenzte) Ausschluss einbringungsgeborener Anteile vom Halbeinkünfteverfahren soll nach Auffassung des Gesetzgebers missbräuchliche Gestaltungen verhindern (BTDrucks. 14/3640; MEICHELBECK/VOLLATH, DStR 2001, 2189; VAN LISHAUT/KÖSTER, GmbHR 2000, 1121; DIETERLEN/SCHADEN, BB 2000, 2492). Ohne die Missbrauchsklausel könnte durch stneutrale Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils in eine KapGes. nach den Bestimmungen des UmwStG aF und anschließenden Verkauf der Gesellschaftsanteile die hälftige StFreistellung für den Veräußerungserlös erreicht werden. Hätte der Stpfl. dagegen den Betrieb, den Teilbetrieb oder den Mitunternehmeranteil als Einzelunternehmer veräußert, wäre der Erlös in voller Höhe stpfl. gewesen. Diesen Weg in das Halbeinkünfteverfahren wollte der Gesetzgeber versperren, weil er darin einen Missbrauchsfall sieht (PATT, FR 2004, 561). Da somit Missbrauchs-

fälle speziell geregelt sind, bleibt für eine zusätzliche Anwendung des § 42 AO kein Raum (INTEMANN, StB 2004, 54; KORN/TORMÖHLEN, § 3 Nr. 40 Rn. 69).

**Keine Missbrauchsabsicht erforderlich:** Obwohl es sich um eine Regelung zur Vermeidung missbräuchlicher Gestaltungen handelt, ist die Absicht, einen ungerechtfertigten Steuervorteil erlangen zu wollen, keine Tatbestandsvoraussetzung. Der Anwendungsausschluss gilt in typisierender Form für alle einbringungsgeborenen Anteile, unabhängig von der Frage, aus welchem Grund die Einbringung erfolgte (BLÜMICH/ERHARD, § 3 Rn. 531). Somit muss der Einbringende nicht in Missbrauchsabsicht gehandelt haben.

**Sonderbehandlung nicht gerechtfertigt:** Die Sonderbehandlung einbringungsgeborener Anteile ist unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber für das Halb-/Teileinkünfteverfahren gewählten Systematik uE nicht gerechtfertigt (s. ausführlich INTEMANN, StB 2004, 49; ebenfalls kritisch KORN/TORMÖHLEN, § 3 Nr. 40 Rn. 56). Auf den ersten Blick erscheint es zwar berechtigt, in der stneutralen Einbringung eines Betriebs iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG vor einer beabsichtigten Veräußerung eine missbräuchliche Gestaltung anzunehmen, weil so ein ansonsten voll stpfl. Vorgang dadurch begünstigt besteuert werden würde. Doch diese Handhabung ist systemimmanent. Der Gesetzgeber hat sich bei der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens dafür entschieden, dass der Veräußerungsgewinn, auch soweit er auf bei der Körperschaft noch nicht besteuerte stille Reserven entfällt, nur zur Hälfte versteuern soll. Dies rechtfertigt der Gesetzgeber mit dem Argument, dass die Besteuerung der stillen Reserven bei ihrer Aufdeckung zu einem späteren Zeitpunkt gesichert ist (zu Einzelheiten vgl. Anm. 9). Mit dieser Ausgestaltung der Besteuerung nimmt er ausdrücklich in Kauf, dass vom Grundsatz der Individualbesteuerung abgewichen wird. Diese Rechtfertigung gilt aber auch für denjenigen Stpfl., der einbringungsgeborene Anteile verkauft. Auch für ihn gilt, dass die Besteuerung der in der Körperschaft ruhenden stillen Reserven zukünftig gesichert ist. Insoweit unterscheidet sich der Veräußerer einbringungsgeborener Anteile nicht von demjenigen, der „normale“ Anteile verkauft. Auch der Veräußerer einbringungsgeborener Anteile muss uE daher in den Genuss der hälftigen StFreistellung nach dem Halbeinkünfteverfahren gelangen. Durch die jetzige Sonderbehandlung kommt es zu einer doppelten Belastung, für die die Rechtfertigung des Gesetzgebers nicht überzeugt (FÖRSTER, Stbg. 2001, 657; INTEMANN, StB 2004, 49).

**Kein Wertungswiderspruch durch Wiedereinführung des halben Steuersatzes gem. § 34 Abs. 3:** Die gegen die Sonderbehandlung vorgebrachten Bedenken wegen der (Wieder-)Einführung des halben Steuersatzes für die Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen gem. § 34 Abs. 3 nF durch das StSenkErgG sind uE nicht begründet. Der halbe Steuersatz kann nur unter engen Voraussetzungen, insbes. nur einmal im Leben, in Anspruch genommen werden. Die Missbrauchs Klausel gem. Satz 3 hat dagegen einen deutlich weiteren Anwendungsbereich, so dass sie ihre eigenständige Bedeutung behält (aA FÖRSTER, Stbg. 2001, 657 [659]; SEIBT, DStR 2000, 2061 [2064]).

Einstweilen frei.

192–194

## II. Ausschluss einbringungsgeborener Anteile vom Halbeinkünfteverfahren (Satz 3 aF)

### 195 1. Veräußerung einbringungsgeborener Anteile und vergleichbare Vorgänge iSd. Satzes 1 Buchst. a und b

**Vorgang iSd. Satzes 1 Buchst. a und b:** Der Ausschluss vom Halbeinkünfteverfahren gilt für alle Vorgänge iSd. Satzes 1 Buchst. a und b, soweit sie mit einbringungsgeborenen Anteilen in Zusammenhang stehen. Damit findet das Halbeinkünfteverfahren insbes. keine Anwendung, wenn einbringungsgeborene Anteile veräußert oder entnommen werden. Auch die Veräußerung solcher Anteile im Rahmen eines Vorgangs iSd. § 16 ist nicht begünstigt. Gleiches gilt uE für die Ersatztatbestände iSd. § 21 Abs. 2 UmwStG (zu Einzelheiten vgl. Anm. 205 ff.) und für eine Gewinnrealisation, die als Aufgabegewinn iSd. § 16 Abs. 2 behandelt wird (zu Einzelheiten vgl. Anm. 95).

**Keine Sonderbehandlung für Gewinnausschüttungen:** Dagegen erfahren Gewinnausschüttungen auf einbringungsgeborene Anteile keine Sonderbehandlung. Die laufenden Erträge aus einer solchen Beteiligung sind anteilig steuerfrei gestellt. Dies eröffnet die Möglichkeit, vor Veräußerung die Anteile durch hohe Gewinnausschüttungen zumindest teilweise zu entwerten (DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 58).

### 196 2. Entstehen einbringungsgeborener Anteile

Nach § 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG aF liegen einbringungsgeborene Anteile vor, wenn der Stpfl. Anteile durch Sacheinlage unter dem Teilwert nach § 20 Abs. 1 oder § 23 Abs. 1–4 UmwStG erworben hat (zu Einzelheiten vgl. ausführlich § 8b KStG Anm. 92 ff.). Hauptfall ist die (stneutrale) Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder eines Mitunternehmeranteils in eine KapGes. zu Buchwerten gegen Gewährung neuer Gesellschaftsanteile (§ 20 Abs. 1 UmwStG). Die für die Einbringung gewährten Gesellschaftsanteile bleiben steuerverstrickt, so dass der spätere Verkauf stpfl. ist.

**Infizierung von originär nicht einbringungsgeborenen Anteilen (Wertabspaltung):** Einbringungsgeborene Anteile können nach der Rspr. des BFH (v. 8.4.1992 – I R 128/88, BStBl. II 1992, 761; v. 8.4.1992 – I R 160/90, BStBl. II 1992, 763) auch durch das Überspringen stiller Reserven entstehen, wenn die Einbringung im Rahmen einer nicht verhältniswahrenden Kapitalerhöhung erfolgt. Dabei gehen teilweise stille Reserven auf die übrigen bisher nicht einbringungsgeborenen Anteile über. Die bisher nicht einbringungsgeborenen Anteile werden durch das Überspringen der stillen Reserven dahingehend infiziert, dass sie nunmehr auch anteilig als einbringungsgeboren iSd. § 21 UmwStG aF gelten (KROSCHESKI, GmbHR 2001, 1089). Damit unterliegen auch diese Anteile anteilig den Restriktionen des Satzes 3 aF (DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 69; aA zu § 8b Abs. 4 KStG: KROSCHESKI, GmbHR 2002, 761; EILERS/WIENANDS, GmbHR 2000, 1229).

**Unentgeltlicher Erwerb:** Der unentgeltliche Erwerber tritt in die Rechtsposition des Rechtsvorgängers ein (DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 88). Auch für ihn gelten daher die Einschränkungen des Satzes 3 aF.

**Verschmelzung von Kapitalgesellschaften:** Bei einer stneutralen Verschmelzung von KapGes. nach § 13 UmwStG gelten die Anteile der aufnehmenden Körperschaft nach § 13 Abs. 3 Satz 2 UmwStG aF als einbringungsgeboren, wenn die Anteile der untergehenden Körperschaft einbringungsgeboren waren.

Dies gilt uE sowohl für Anteile, die im PV, als auch für Anteile, die im stl. BV gehalten werden (glA SCHMITT, BB 2002, 435; KROSCHEWSKI, GmbHR 2002, 761; aA DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 72 und 110). Die im Rahmen der Verschmelzung erhaltenen Anteile unterliegen daher den Restriktionen der Sätze 3 und 4 aF.

► *Auffassung der Finanzverwaltung*: Die FinVerw. vertritt zum UmwStG dagegen die Auffassung, dass sich die Eigenschaft, einbringungsgeboren zu sein, nicht an den im Rahmen der Verschmelzung erhaltenen Anteilen fortsetzt, wenn die Anteile im stl. BV gehalten würden (BMF v. 25.3.1998, BStBl. I 1998, 268 Tz. 13.09; glA DJPW/DÖTSCH, § 13 UmwStG Rn. 30; s. zum Meinungsstreit SCHMITT/HÖRTNAGL/STRATZ, UmwG/UmwStG, 4. Aufl. 2006, § 13 UmwStG Rn. 11; BLÜMICH/KLINGBERG, § 13 UmwStG Rn. 25). Bei Berücksichtigung dieser Auffassung können die erworbenen Anteile ohne Beachtung einer Sperrfrist (Sätze 3 und 4 aF) stbegrünstigt veräußert werden (DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 110).

► *Verschmelzung von SchwesterKapGes.*: Bei einer Verschmelzung von SchwesterKapGes. wird die Auffassung vertreten, dass die neuen Anteile nicht die Eigenschaft, einbringungsgeboren zu sein, übernehmen, weil § 13 Abs. 3 Satz 2 UmwStG aF nur für im PV gehaltene Anteile gelte und eine analoge Anwendung des § 13 Abs. 3 Satz 2 aF nicht in Frage komme (DJPW/DÖTSCH/PUNG in DJPW, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 110; aA SCHMITT, BB 2002, 435 [437]).

► *Überspringen von stillen Reserven bei einer Verschmelzung*: Das Überspringen von stillen Reserven im Rahmen einer solchen Verschmelzung führt nicht dazu, dass die „Alt-Anteile“ an der aufnehmenden Körperschaft nach der Wertabspaltungstheorie infiziert werden. Die Veräußerung von Alt-Anteilen ist daher nicht vom Halbeinkünfteverfahren ausgeschlossen (KSM/VON BECKERATH, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/282; DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 110; SCHMITT, BB 2002, 435).

### 3. Rechtsfolge

197

**Keine Steuerbefreiung**: Die Veräußerung von einbringungsgeborenen Anteilen innerhalb der Sieben-Jahres-Frist unterliegt nicht der StBefreiung von Satz 1 Buchst. a und b, so dass ein Veräußerungserlös voll stpfl. ist. Besitzt der Stpfl. verschiedene Anteile derselben Gesellschaft, von denen nur einige einbringungsgeboren sind, so sind nur diese vom Halb-/Teileinkünfteverfahren ausgeschlossen (HAUN/WINKLER, GmbHR 2002, 192). Werden die Einnahmen voll besteuert, sind im Gegenzug auch die damit in wirtschaftlichen Zusammenhang stehenden Aufwendungen gem. § 3c Abs. 2 Sätze 3 und 4 idF v. 12.12.2006 in voller Höhe abziehbar (zu Einzelheiten s. § 3c Anm. 69 ff.).

**Anwendung des § 34**: Nach § 34 Abs. 2 Nr. 1 ist ein ermäßigter StSatz nur auf Veräußerungsgewinne anzuwenden, wenn Nr. 40 Satz 1 Buchst. b keine Anwendung findet. Bei der Veräußerung einbringungsgeborener Anteile handelt es sich um einen Veräußerungsgewinn iSd. § 16, so dass der ermäßigte StSatz uE zu gewähren ist, wenn aufgrund des Satzes 3 aF das Halb-/Teileinkünfteverfahren nicht anzuwenden ist (glA DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 79; zu Einzelheiten vgl. § 34 Anm. 47 f.).

Einstweilen frei.

198–199

### III. Rückausnahme für einbringungsgeborene Anteile iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 und § 23 Abs. 1–3 UmwStG aF (Satz 4 Buchst. a aF)

#### 200 1. Überblick

Satz 4 Buchst. a aF regelt die Fälle, in denen bei einbringungsgeborenen Anteilen das Halb-/Teileinkünfteverfahren (wieder) Anwendung findet (Rückausnahme). Der Gesetzgeber nimmt einen Missbrauchsfall nicht an, wenn die Einbringung mehr als sieben Jahre zurückliegt. Erfolgt die Veräußerung oder ein nach Satz 1 Buchst. a oder b der Veräußerung gleichgestellter Vorgang sieben Jahre nach der Einbringung, so ist die Hälfte (40 %) des Erlöses stbefreit. Somit werden einbringungsgeborene Anteile nicht auf Dauer vom Halb-/Teileinkünfteverfahren ausgeschlossen. Es handelt sich um eine typisierende Regelung für Missbrauchsfälle. Nach Ablauf der Sieben-Jahres-Frist ist das Halb-/Teileinkünfteverfahren daher auch anzuwenden, wenn der Stpfl. die einbringungsgeborenen Anteile ursprünglich in missbräuchlicher Absicht erworben haben sollte.

#### 201 2. Vorgang iSd. Satzes 1 Buchst. a und b

Die Rückausnahme vom generellen Ausschluss einbringungsgeborener Anteile vom Halb-/Teileinkünfteverfahren setzt denotwendig nur Vorgänge iSd. Satzes 1 Buchst. a und b voraus, weil nur in diesen Fällen die Ausnahme des Satzes 3 aF eingreift.

#### 202 3. Sperrfrist von sieben Jahren

Die Rückausnahme greift ein, wenn seit dem Zeitpunkt der Einbringung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 oder § 23 Abs. 1 bis 3 UmwStG aF, auf die der Erwerb der einbringungsgeborenen Anteile zurückzuführen ist, mehr als sieben Jahre vergangen sind (Sperrfrist). Nach Ablauf dieser Frist sieht der Gesetzgeber keinen Anlass mehr für die Annahme einer missbräuchlichen Inanspruchnahme der Stbefreiung (BTDrucks. 14/3640). Mit der Einführung der Sieben-Jahres-Frist nimmt der Gesetzgeber typisierend an, dass ein Missbrauch nach Ablauf dieser Frist nicht mehr angenommen werden kann.

**Beispiel:** A bringt sein Einzelunternehmen gem. § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG aF am 1.6.2002 steuerneutral in eine GmbH ein. Die für die Einbringung gewährten Gesellschaftsanteile (einbringungsgeborene Anteile) verkauft er

a) am 1.7.2005

b) am 1.7.2011

für 1 Mio. €.

Der Veräußerungserlös von 1 Mio. € ist im Fall a nicht gem. Satz 1 Buchst. b zur Hälfte stbefreit, weil es sich um einen Verkauf von einbringungsgeborenen Anteilen handelt, bei denen die Einbringung weniger als sieben Jahre zurückliegt.

Im Fall b findet das Teileinkünfteverfahren wieder Anwendung, da zwar einbringungsgeborene Anteile veräußert werden, seit der Einbringung aber mehr als sieben Jahre vergangen sind.

**Fristberechnung:** Für die Fristberechnung ist der Zeitpunkt der Einbringung und der Zeitpunkt der Veräußerung maßgebend. Nur wenn der Verkauf mehr als sieben Jahre nach der Einbringung erfolgt, wird der Veräußerungserlös zur Hälfte stfrei gestellt. Die Berechnung hat taggenau zu erfolgen (KORN/TORMÖHLEN, § 3 Nr. 40 Rn. 59).

► *Fristbeginn* ist der Zeitpunkt der Einbringung. Fraglich ist, ob es auf den rechtl. Abschluss des Einbringungs Vorgangs oder auf den ggf. abweichenden stl. Einbringungsstichtag des § 20 Abs. 7 und 8 UmwStG ankommt. Der Charakter

der Regelung als Missbrauchsklausel würde dafür sprechen, den rechtl. Abschluss des Einbringungsvorgangs als Anknüpfungspunkt zu wählen, da dies der Einflussnahme des Stpfl. im Wesentlichen entzogen ist. Jedoch sollte uE der stl. Einbringungszeitpunkt gem. § 20 Abs. 7 und 8 UmwStG als Anknüpfungspunkt dienen, denn für alle ertragstl. Folgen ist auf diesen Zeitpunkt abzustellen (glA BLÜMICH/ERHARD, § 3 Rn. 532; JAKOBS/WITTMANN, GmbHR 2000, 910; HARITZ, DStR 2000, 1537). Zu § 8b KStG vertritt die FinVerw. die gleiche Auffassung (BMF v. 28.4.2003, FR 2003, 528 Tz. 41).

► *Fristende:* Für die Frage, ob die Veräußerung oder ein nach Satz 4 Buchst. a und b aF vergleichbarer Vorgang vor oder nach Ablauf der siebenjährigen Sperrfrist erfolgt, ist auf den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an den Anteilen abzustellen (BLÜMICH/ERHARD, § 3 Rn. 532). Der Zeitpunkt des Abschlusses eines Kaufvertrags ist daher nicht entscheidend. Zu den Voraussetzungen des wirtschaftlichen Eigentums bei Gesellschaftsanteilen s. zB. BFH v. 12.12.2007 – X R 17/05, BStBl. II 2008, 579.

**Unentgeltlicher Erwerb:** Der unentgeltliche Erwerber tritt in die Rechtsposition des Rechtsvorgängers ein (DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 88). Der unentgeltliche Rechtsnachfolger kann sich die Vorbesitzzeiten des Rechtsvorgängers anrechnen lassen, so dass es für die Berechnung der Sperrfrist darauf ankommt, wann der Rechtsvorgänger die Anteile durch Einbringung erworben hat.

**Anwendung auf Einbringungsvorgänge vor 2001:** Die Missbrauchsklauseln sind uE auch auf einbringungsgeborene Anteile anzuwenden, die durch eine Einbringung entstanden sind, die vor der Geltung des StSenkG durchgeführt wurde (BALMES/SCHÜTZEBERG in ERLE/SAUTER, KStG, 2. Aufl. 2006, § 3 EStG Rn. 239; KSM/VON BECKERATH, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/289; DJPW/DÖRSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 75). Zweifel an dieser Auffassung könnten bestehen, weil vor der Geltung des StSenkG Einbringungen nicht mit Blick auf einen ungerechtfertigten Steuervorteil durch die Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens vorgenommen werden konnten, da die Begünstigung zu diesem Zeitpunkt noch nicht bekannt war. Damit ist eine missbräuchliche Gestaltung durch den Stpfl. in diesen Fällen ausgeschlossen, so dass für die Anwendung einer Missbrauchsklausel kein Bedarf bestünde. Jedoch ist zu bedenken, dass eine Missbrauchsabsicht nicht Voraussetzung für die Missbrauchsklauseln ist. Daher sind die Missbrauchsklauseln auch auf „alte“ einbringungsgeborene Anteile anzuwenden. Auch die Anwendungsvorschrift des § 52 Abs. 4a stellt nur auf den Zufluss der Einnahmen und nicht auf den Einbringungszeitpunkt ab.

**Einbringung iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 und § 23 Abs. 1–3 UmwStG:** Die Sperrfrist von sieben Jahren ist nur bei Einbringungsvorgängen iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 und § 23 Abs. 1–3 UmwStG zu beachten. Bei einer Einbringung gem. § 20 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 23 Abs. 4 UmwStG muss die Sperrfrist von sieben Jahren nicht beachtet werden. Hier ist das Halb-/Teileinkünfteverfahren nach Satz 4 Buchst. b aF unmittelbar anzuwenden (vgl. Anm. 210 ff.).

Einstweilen frei.

203–204

#### 4. Behandlung im Fall einer Antragsversteuerung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG aF

##### 205 a) Antrag auf Versteuerung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG aF

**Grundsatz:** Stellt der Stpfl. innerhalb der siebenjährigen Sperrfrist einen Antrag auf Versteuerung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG aF, so ist der dabei entstehende Ertrag nicht nach Nr. 40 anteilig stbefreit, sondern in voller Höhe zu versteuern. Die Regelung zur Antragsbesteuerung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG aF ist mit dem UntStFG in das Gesetz aufgenommen worden. Nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG aF kann der Anteilseigner jederzeit beantragen, dass die Rechtsfolgen des § 21 Abs. 1 UmwStG aF eintreten, dh. es erfolgt eine Gewinnrealisierung (HARITZ/BENKERT, UmwStG, 2. Aufl. 2000, § 21 Rn. 195). Dieser Vorgang soll innerhalb der Sperrfrist nicht nach dem Halbeinkünfteverfahren begünstigt besteuert werden. Damit macht der Gesetzgeber gleichzeitig deutlich, dass eine Gewinnrealisation im Rahmen der Antragsversteuerung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG aF grds. dem Halbeinkünfteverfahren unterliegt (FÖRSTER, Stbg. 2001, 657).

**Volle Besteuerung auch ohne gesetzliche Neuregelung:** UE hat die Regelung nur klarstellende Funktion. Die Antragsversteuerung war schon nach der ursprünglichen Gesetzesfassung innerhalb der siebenjährigen Sperrfrist vom Halbeinkünfteverfahren ausgenommen, weil die Vorgänge des § 21 Abs. 2 UmwStG aF vom Regelungsgehalt des Satzes 4 Buchst. a und b aF erfasst werden.

**Anschließende Veräußerung:** Veräußert der Stpfl. nach erfolgter Antragsversteuerung die Anteile, so ist der Vorgang nach § 3 Nr. 40 anteilig stfrei. Da die Anteile nach einer Antragsversteuerung ihre Eigenschaft, einbringungsgeboren zu sein, verlieren (BFH v. 24.6.2008 – IX R 58/05, DB 2008, 1890), wird die StBefreiung nicht gem. Satz 3 aF suspendiert (BALMES/SCHÜTZEBERG in ERLE/SAUTER, KStG, 2. Aufl. 2006, § 3 EStG Rn. 243; KORN/TORMÖHLEN, § 3 Nr. 40 Rn. 58; DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 98; FÖRSTER, Stbg. 2001, 657; RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2001, 1634). Der Rückausnahmetatbestand läuft leer, weil schon die Voraussetzungen für den Ausschluss des Halb-/Teileinkünfteverfahrens gem. Satz 3 aF nicht erfüllt sind. Die FinVerw. gewährt für eine anschließende Veräußerung aus diesem Grund die anteilige StBefreiung (R 3.40 EStR; BMF v. 28.4.2003, FR 2003, 528 Tz. 35 zu § 8b KStG). Die wohl vom Gesetzgeber beabsichtigte volle Besteuerung einer Veräußerung nach einer Antragstellung iSd. § 21 Abs. 2 UmwStG aF ist für die Auslegung unbeachtlich, da der Wille des Gesetzgebers im Gesetz keinen Niederschlag gefunden hat (KSM/VON BECKERATH, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/291).

##### 206 b) Sieben-Jahres-Zeitraum

Die Antragsversteuerung ist steuerschädlich, wenn sie innerhalb der normalen Sperrfrist von sieben Jahren seit der Einbringung erfolgt. Für die Frage, ob der Antrag innerhalb der Sperrfrist gestellt wurde, kommt es auf den Eingang beim FA an. Mit Eingang des Antrags beim FA tritt die Gewinnrealisierung ein (HARITZ/BENKERT, UmwStG, 2. Aufl. 2000, § 21 Rn. 195). Eine Rückbeziehung auf einen früheren Zeitpunkt (SCHMITT/HÖRTNAGL/STRATZ, UmwG/UmwStG, 4. Aufl. 2006, § 21 UmwStG Rn. 47) oder die Verlagerung auf einen späteren Zeitpunkt ist nicht möglich.

207–209 Einstweilen frei.

**IV. Rückausnahme für einbringungsgeborene Anteile iSv. § 20 Abs. 1 Satz 2 und § 23 Abs. 4 UmwStG aF (Satz 4 Buchst. b aF)**

**1. Überblick**

210

Nach Satz 4 Buchst. b aF ist das Halbeinkünfteverfahren auch bei einbringungsgeborenen Anteilen anzuwenden, wenn eine Einbringung iSd. § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG aF erfolgt, es sei denn, die eingebrachten Anteile resultieren wiederum mittelbar oder unmittelbar aus einer Einbringung gem. Satz 4 Buchst. a aF innerhalb der dort bezeichneten Frist von sieben Jahren.

**2. Einbringungsgeborene Anteile iSd. §§ 20 Abs. 1 Satz 2 und 23 Abs. 4 UmwStG aF**

**a) Einbringung nach § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG aF**

211

Das Halbeinkünfteverfahren ist auch bei einbringungsgeborenen Anteilen anzuwenden, die durch die Einbringung von KapGesAnteilen in eine KapGes. gem. § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG aF entstanden sind (mehrheitsvermittelnde Anteile). Eine Einbringung von mehrheitsvermittelnden Anteilen in eine andere KapGes. kann nach § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG aF nämlich ebenfalls stneutral erfolgen, wenn die übernehmende KapGes. aufgrund ihrer eigenen Beteiligung einschließlich der übernommenen Beteiligung unmittelbar die Mehrheit der Stimmrechte an der Gesellschaft erhält, deren Anteile eingebracht werden.

**Beispiel:** A bringt seinen Anteil von 20 % an der X-GmbH am 1.6.2002 in die V-GmbH ein, die bereits 40 % der Anteile an der X-GmbH hält. Diese Einbringung kann stneutral gem. § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG aF vorgenommen werden. Die Anteile, die A hierfür an der V-GmbH erhält, sind einbringungsgeborene Anteile iSv. § 21 Abs. 1 UmwStG aF.

**Rechtsfolge:** Die für die Einbringung von der übernehmenden KapGes. erhaltenen Anteile können ohne Beachtung einer Sperrfrist unter Anwendung der hälftigen StBefreiung der Nr. 40 veräußert werden (Satz 4 Buchst. b aF). Denn in diesem Fall liegt eine missbräuchliche Gestaltung nicht vor, da die eingebrachten KapGesAnteile bereits vor der Einbringung unter Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens hätten veräußert werden können (VAN LISHAUT/KÖSTER, GmbHR 2000, 1121 [1126]).

**b) Einbringung nach § 23 Abs. 4 UmwStG aF**

212

Nach § 23 Abs. 4 UmwStG aF kann eine mehrheitsvermittelnde Beteiligung (§ 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG aF), die an einer EU-KapGes. besteht, in eine andere EU-KapGes. zu Buchwerten eingebracht werden, falls dem Einbringenden hierfür Anteile an der aufnehmenden EU-KapGes. gewährt werden. Diese Anteile werden gem. § 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG aF ebenfalls zu einbringungsgeborenen Anteilen, deren spätere Veräußerung durch den Einbringenden nach Satz 3 aF grds. nicht dem Halbeinkünfteverfahren unterliegt. Jedoch hätte in diesem Fall auch ohne Einbringung eine begünstigte Veräußerung erfolgen können, so dass ein Missbrauchsfall nicht anzunehmen ist.

**Rechtsfolge:** Daher gilt die Rückausnahme des Satzes 4 Buchst. b aF für nach § 23 Abs. 4 UmwStG aF eingebrachte Anteile. Ihre Veräußerung ist somit begünstigt (DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 104). Die ursprüngliche Fassung des Satzes 4 aF durch das StSenkG sah für einbringungsgeborene Anteile, die durch eine Einbringung nach § 23 Abs. 4 UmwStG aF entstanden sind, keine Rückausnahme für die Nichtanwendung des Halbeinkünfteverfahrens vor,

so dass ein Verkauf solcher Anteile selbst nach Ablauf von sieben Jahren nicht begünstigt gewesen wäre (HARITZ, DStR 2000, 1537). Um dieses – auch europarechtl. bedenkliche (RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2000, 1453) – Ergebnis zu verhindern, hat der Gesetzgeber die Vorschrift entsprechend ergänzt (FÖRSTER, Stbg. 2001, 657). Zur Bedeutung des rückwirkenden Wegfalls des § 23 Abs. 4 UmwStG aF gem. § 26 Abs. 2 Satz 1 UmwStG aF vgl. LINKLATERS OPPENHOFF & RÄDLER, DB-Beil. 1/2002, 37; HAUN/WINKLER, GmbHR 2002, 192).

213 c) **Einbringung im Rahmen einer Einbringung iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 bzw. § 23 Abs. 1–3 UmwStG aF**

**Systemwidriger Ausschluss der Steuerbefreiung:** Die Rückausnahme des Satzes 4 Buchst. b aF findet keine Anwendung, wenn eine Beteiligung anlässlich der Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils eingebracht wird. Die durch die Einbringung erworbenen Anteile können, auch soweit sie auf die miteingebrachten Beteiligungen entfallen, nur nach Ablauf der siebenjährigen Sperrfrist des Satzes 4 Buchst. a aF stbegünstigt veräußert werden (PATT, FR 2004, 561; FÖRSTER, Stbg. 2001, 657). Dies ist nicht gerechtfertigt, weil die Veräußerung der im Rahmen der Einbringung erworbenen Anteile unter Anwendung des Satzes 4 Buchst. b aF begünstigt hätte erfolgen können, wenn Gegenstand der Einbringung allein die (mehrheitsvermittelnde) Beteiligung gewesen wäre. Der Ausschluss vom Halbeinkünfteverfahren ist nicht systemgerecht, weil der Gesetzgeber in Bezug auf die mehrheitsvermittelnde Beteiligung einen zu verhindernden Missbrauchsfall nicht annimmt. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, kann es sich empfehlen, die mehrheitsvermittelnde Beteiligung vorab nach § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG aF gesondert einzubringen (HAUN/WINKLER, GmbHR 2002, 192).

**Begünstigende Verwaltungsauffassung:** Die FinVerw. gewährt wegen dieser Wertungswidersprüche die StBefreiung, wenn die mehrheitsvermittelnde Beteiligung keine wesentliche Betriebsgrundlage des übertragenen (Teil-)Betriebs ist, die Anteile genau identifizierbar sind und das Verhältnis des Nennbetrags der Anteile zum Nennbetrag der insgesamt gewährten Anteile dem Verhältnis des Verkehrswerts der übertragenen Anteile zum Verkehrswert des insgesamt übertragenen BV entsprechen (BMF v. 5.1.2004, BStBl. I 2004, 44 zu § 8b KStG und OFD Berlin v. 21.4.2004, DB 2004, 1291 zur Anwendung dieser Grundsätze im Rahmen des § 3 Nr. 40).

214 Einstweilen frei.

215 3. **Ausnahme für einbringungsgeborene Anteile, die ursprünglich durch eine Einbringung iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 oder § 23 Abs. 1–3 UmwStG aF entstanden sind**

**Eingebrachte Anteile sind auf eine Einbringung iSd. Satzes 4 Buchst. a aF zurückzuführen:** Die Rückausnahme des Satzes 4 Buchst. b aF greift nicht, wenn die nach § 20 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 23 Abs. 4 UmwStG aF eingebrachten Anteile zuvor selbst durch eine Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils gem. § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG aF erworben worden waren. Das Halbeinkünfteverfahren ist auf solche Anteile nicht anzuwenden. Mit dieser Regelung soll sicher gestellt werden, dass die Ausnahmenvorschrift des Satzes 3 aF nicht durch eine Ketteneinbringung unterlaufen werden kann. Liegen allerdings zwischen der ursprünglichen Einbringung des Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils gem. § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG aF und

der endgültigen Veräußerung der mehrheitsvermittelnden Anteile mehr als sieben Jahre, greift die hälftige StBefreiung wieder ein.

**Beispiel:** A bringt sein Einzelunternehmen gem. § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG aF am 1.6.2002 steuerneutral in die F-GmbH ein. Die Anteile an der F-GmbH bringt er anschließend am 1.8.2004 in die Y-GmbH gem. § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG aF steuerneutral ein. Am 1.10.2006 veräußert A die Anteile an der Y-GmbH für 1 Mio. €.

Die Veräußerung ist nicht zur Hälfte stbefreit. Zwar handelt es sich bei den Anteilen an der Y-GmbH um Anteile, die durch Einbringung von KapGesAnteilen gem. § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG aF erworben wurden, so dass nach Satz 4 Buchst. b aF grds. das Halbeinkünfteverfahren anzuwenden wäre. Jedoch sind die eingebrachten Anteile an der F-GmbH ihrerseits durch Einbringung iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG aF entstanden. Dies schließt die hälftige StBefreiung aus. Denn die Veräußerung des Einzelunternehmens durch A wäre nicht zur Hälfte stbefreit gewesen.

**Sperrfrist von sieben Jahren:** Die mittelbare und unmittelbare Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils nach § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG aF im Vorfeld einer anschließenden Einbringung der dadurch erworbenen Anteile gem. § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG aF ist nur schädlich, wenn sie innerhalb der in Satz 4 Buchst. a aF bezeichneten Frist von sieben Jahren erfolgt.

**Fristberechnung bei Ketteneinbringung:** UE ist für die Berechnung der Sperrfrist des Satzes 4 Buchst. b aF auf die ursprüngliche Einbringung des Betriebs, Teilbetriebs bzw. Mitunternehmeranteils gem. § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG aF und nicht auf die folgenden Einbringungsvorgänge abzustellen (glA SCHWEDHELM, BB 2003, 605; DJPW/DÖTSCH/PUNG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 107; SEIBT, DStR 2000, 2061; zweifelnd KERSENBRÖCK/KIEL, BB 2002, 282). Die Sperrfrist des Satzes 4 Buchst. b aF soll sicherstellen, dass Satz 3 aF nicht durch eine Ketteneinbringung unterlaufen wird. Diesem Schutzzweck ist genügt, wenn zwischen der Einbringung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG aF und der späteren Veräußerung von Gesellschaftsanteilen ebenso wie in den Fällen des Satzes 4 Buchst. a aF mehr als sieben Jahre liegen. Daher ist nicht auf den Zeitpunkt der Einbringung der mehrheitsvermittelnden Anteile nach § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG aF abzustellen (KSM/VON BECKERATH, § 3 Nr. 40 Rn. B 40/296).

**Mittelbar oder unmittelbar:** Unerheblich ist, ob die eingebrachten Anteile unmittelbar oder nur mittelbar auf eine Einbringung iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 oder § 23 Abs. 1–3 UmwStG aF zurückzuführen sind. Auch bei Zwischenschaltung mehrerer Einbringungsvorgänge muss die Sieben-Jahres-Frist abgewartet werden, um die Anteile begünstigt veräußern zu können (BLÜMICH/ERHARD, § 3 Rn. 535).

**Rechtsfolge:** Liegen diese Voraussetzungen vor, ist die Veräußerung grds. nicht vom Halbeinkünfteverfahren begünstigt. Die Veräußerung von Anteilen kann nur (hälftig) stfrei erfolgen, wenn die siebenjährige Sperrfrist abgelaufen ist.

