

§ 17

Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften

idF des EStG v. 8.10.2009 (BGBl. I 2009, 3366; BStBl. I 2009, 1346)

(1) ¹Zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb gehört auch der Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 1 Prozent beteiligt war. ²Die verdeckte Einlage von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft steht der Veräußerung der Anteile gleich. ³Anteile an einer Kapitalgesellschaft sind Aktien, Anteile an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Genussscheine oder ähnliche Beteiligungen und Anwartschaften auf solche Beteiligungen. ⁴Hat der Veräußerer den veräußerten Anteil innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veräußerung unentgeltlich erworben, so gilt Satz 1 entsprechend, wenn der Veräußerer zwar nicht selbst, aber der Rechtsvorgänger oder, sofern der Anteil nacheinander unentgeltlich übertragen worden ist, einer der Rechtsvorgänger innerhalb der letzten fünf Jahre im Sinne von Satz 1 beteiligt war.

(2) ¹Veräußerungsgewinn im Sinne des Absatzes 1 ist der Betrag, um den der Veräußerungspreis nach Abzug der Veräußerungskosten die Anschaffungskosten übersteigt. ²In den Fällen des Absatzes 1 Satz 2 tritt an die Stelle des Veräußerungspreises der Anteile ihr gemeiner Wert. ³Weist der Veräußerer nach, dass ihm die Anteile bereits im Zeitpunkt der Begründung der unbeschränkten Steuerpflicht nach § 1 Absatz 1 zuzurechnen waren und dass der bis zu diesem Zeitpunkt entstandene Vermögenszuwachs auf Grund gesetzlicher Bestimmungen des Wegzugsstaats im Wegzugsstaat einer der Steuer nach § 6 des Außensteuergesetzes vergleichbaren Steuer unterlegen hat, tritt an die Stelle der Anschaffungskosten der Wert, den der Wegzugsstaat bei der Berechnung der Steuer nach § 6 des Außensteuergesetzes vergleichbaren Steuer angesetzt hat, höchstens jedoch der gemeine Wert. ⁴Satz 3 ist in den Fällen des § 6 Absatz 3 des Außensteuergesetzes nicht anzuwenden. ⁵Hat der Veräußerer den veräußerten Anteil unentgeltlich erworben, so sind als Anschaffungskosten des Anteils die Anschaffungskosten des Rechtsvorgängers maßgebend, der den Anteil zuletzt entgeltlich erworben hat. ⁶Ein Veräußerungsverlust ist nicht zu berücksichtigen, soweit er auf Anteile entfällt,

- a) die der Steuerpflichtige innerhalb der letzten fünf Jahre unentgeltlich erworben hatte. ²Dies gilt nicht, soweit der Rechtsvorgänger anstelle des Steuerpflichtigen den Veräußerungsverlust hätte geltend machen können;
- b) die entgeltlich erworben worden sind und nicht innerhalb der gesamten letzten fünf Jahre zu einer Beteiligung des Steuerpflichtigen im Sinne von Absatz 1 Satz 1 gehört haben. ²Dies gilt nicht für innerhalb der letzten fünf Jahre erworbene Anteile, deren Erwerb zur Begründung einer Beteiligung des Steuerpflichtigen im Sinne von Absatz 1 Satz 1 geführt hat oder die nach Begründung der Beteiligung im Sinne von Absatz 1 Satz 1 erworben worden sind.

(3) ¹Der Veräußerungsgewinn wird zur Einkommensteuer nur herangezogen, soweit er den Teil von 9060 Euro übersteigt, der dem veräußerten Anteil an der Kapitalgesellschaft entspricht. ²Der Freibetrag ermäßigt sich um den Betrag, um den der Veräußerungsgewinn den Teil von 36100 Euro übersteigt, der dem veräußerten Anteil an der Kapitalgesellschaft entspricht.

(4) ¹Als Veräußerung im Sinne des Absatzes 1 gilt auch die Auflösung einer Kapitalgesellschaft, die Kapitalherabsetzung, wenn das Kapital zurückgezahlt wird, und die Ausschüttung oder Zurückzahlung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagenkonto im Sinne des § 27 des Körperschaftsteuergesetzes. ²In diesen Fällen ist als Veräußerungspreis der gemeine Wert des dem Steuerpflichtigen zugeteilten oder zurückgezahlten Vermögens der Kapitalgesellschaft anzusehen. ³Satz 1 gilt nicht, soweit die Bezüge nach § 20 Absatz 1 Nummer 1 oder 2 zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen gehören.

(5) ¹Die Beschränkung oder der Ausschluss des Besteuerungsrechts der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung der Anteile an einer Kapitalgesellschaft im Fall der Verlegung des Sitzes oder des Orts der Geschäftsleitung der Kapitalgesellschaft in einen anderen Staat stehen der Veräußerung der Anteile zum gemeinen Wert gleich. ²Dies gilt nicht in den Fällen der Sitzverlegung einer Europäischen Gesellschaft nach Artikel 8 der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 und der Sitzverlegung einer anderen Kapitalgesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union. ³In diesen Fällen ist der Gewinn aus einer späteren Veräußerung der Anteile ungeachtet der Bestimmungen eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung in der gleichen Art und Weise zu besteuern, wie die Veräußerung dieser Anteile zu besteuern gewesen wäre, wenn keine Sitzverlegung stattgefunden hätte. ⁴§ 15 Absatz 1a Satz 2 ist entsprechend anzuwenden.

(6) Als Anteile im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 gelten auch Anteile an Kapitalgesellschaften, an denen der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft nicht unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 1 Prozent beteiligt war, wenn

1. die Anteile auf Grund eines Einbringungsvorgangs im Sinne des Umwandlungssteuergesetzes, bei dem nicht der gemeine Wert zum Ansatz kam, erworben wurden und
2. zum Einbringungszeitpunkt für die eingebrachten Anteile die Voraussetzungen von Absatz 1 Satz 1 erfüllt waren oder die Anteile auf einer Sacheinlage im Sinne von § 20 Absatz 1 des Umwandlungssteuergesetzes vom 7. Dezember 2006 (BGBl. I S. 2782, 2791) in der jeweils geltenden Fassung beruhen.

(7) Als Anteile im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 gelten auch Anteile an einer Genossenschaft einschließlich der Europäischen Genossenschaft.

Autoren:

Prof. Dr. Stephan **Eilers**, Rechtsanwalt, LL.M (Tax), Freshfields Bruckhaus Deringer, Köln;

Prof. Dr. Richard **Schmidt**, Rechtsanwalt, Dipl. Finw. (FH), Düsseldorf

Mitherausgeberin: Prof. Dr. Johanna **Hey**, Universität zu Köln

Inhaltsverzeichnis

Allgemeine Erläuterungen zu § 17

	Anm.		Anm.
A. Rechtentwicklung des § 17	1	VII. Verhältnis zu § 6 Abs. 6 Satz 2	31
B. Bedeutung des § 17		VIII. Verhältnis zu § 15 Abs. 2 EStG, § 2 GewStG	32
I. Stellung im System des EStG	2	IX. Verhältnis zu § 20	35
II. Verfassungsmäßigkeit		X. Verhältnis zu § 23	36
1. Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG)	9	XI. Verhältnis zu § 32d	37
2. Absenkung der Beteiligungsgrenze mit Rückwirkung und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG)	10	XII. Verhältnis zu § 34	38
III. Europarechtskonformität	11	XIII. Verhältnis zu § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e Doppelbuchst. bb, Nr. 8 Buchst. c Doppelbuchst. bb	39
IV. Kritik an fortbestehender Doppelbelastung	13	XIV. Verhältnis zu § 50c aF (bis StSenkG)	40
C. Geltungsbereich des § 17		XV. Verhältnis zu § 6 AStG	41
I. Sachlicher Geltungsbereich	20	XVI. Verhältnis zu § 12 KStG	42
II. Persönlicher Geltungsbereich	21	XVII. Verhältnis zu § 13 Abs. 6 KStG	43
III. Anwendung bei Auslandsbeziehungen	22	XVIII. Verhältnis zu § 42 AO	44
D. Verhältnis zu anderen Vorschriften		XIX. Verhältnis zum UmwStG	50
I. Verhältnis zu § 2	25	XX. Verhältnis zu § 11 BewG	51
II. Verhältnis zu § 2a	26	E. Zurechnung der Einkünfte	53
III. Verhältnis zu §§ 3 Nr. 40, 3c Abs. 2	27	F. Verfahrensfragen	
IV. Verhältnis zu § 4 Abs. 1 Satz 3	28	I. Anzeigepflichten nach § 54 EStDV	55
V. Verhältnis zu § 6 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b	29	II. Bescheinigung von Leistungen aus dem steuerlichen Einlagekonto (§ 27 Abs. 3 und Abs. 4 KStG)	56
VI. Verhältnis zu § 6 Abs. 6 Satz 1	30	III. Veranlagung, Feststellung, Korrektur von Steuerbescheiden	57

**Erläuterungen zu Abs. 1:
Der Veräußerungstatbestand**

	Anm.
A. Der Tatbestand der steuerpflichtigen Anteilsveräußerung (Abs. 1 Satz 1)	
I. Tatbestandsabgrenzung und -struktur	60
II. Rechtsfolge: Zugehörigkeit des Gewinns zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb	63
III. Gewinn aus der Veräußerung	66
IV. Veräußerung der Anteile	
1. Begriff der Veräußerung .	70
2. Unentgeltliche Anteilsübertragung (Abgrenzung)	80
3. Weitere Einzelheiten und -fälle (ABC)	
a) Ausschließung und Austritt eines GmbH-Gesellschafters	85
b) Einlage/Entnahme einer wesentlichen Beteiligung in das/aus dem Betriebsvermögen eines Einzelunternehmers	86
c) Einlage von Anteilen in eine Kapitalgesellschaft	87
d) Einschaltung einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft	88
e) Einziehung von Anteilen	89
f) Erbaueinandersetzung	90
g) Erwerb eigener Anteile	91
h) Treuhandverhältnisse	92
i) Übertragung von Anteilen in das Betriebsvermögen einer Mitunternehmerschaft . .	93
j) Umtausch von Wandelschuldverschreibungen	94
k) Veräußerung eines Bezugsrechts bei Kapitalerhöhung	95

	Anm.
l) Vorweggenommene Erbfolge	96
V. Anteile des Veräußerers an einer Kapitalgesellschaft (Veräußerungsgegenstand)	
1. Beteiligung des Veräußerers (Satz 1 Halbs. 2)	
a) Begriffe „Veräußerer“ und „Beteiligung“	100
b) Keine Zusammenrechnung der Anteile von Angehörigen	101
c) Anteile im gemeinsamen Eigentum mehrerer Steuerpflichtiger	102
d) Anteile im Privatvermögen und im Betriebsvermögen des Veräußerers	103
2. Fünfjahresfrist (Satz 1 Halbs. 2)	
a) Allgemeines	110
b) Kapitalerhöhung	111
3. Beteiligung am Kapital der Gesellschaft (Satz 1 Halbs. 2)	114
4. Unmittelbare oder mittelbare Beteiligung (Satz 1 Halbs. 2)	
a) Begriff der unmittelbaren Beteiligung	120
b) Begriff der mittelbaren Beteiligung	121
c) Wichtige Einzelfälle (ABC)	122
5. Beteiligungsquote von mindestens 1 % (Satz 1 Halbs. 2)	
a) Rechtsentwicklung	130
b) Wirkung der 5-Jahresfrist im Zusammenhang mit der Senkung der Beteiligungsgrenze von 25 % auf 10 %	131
c) Wirkung der 5-Jahresfrist im Zusammenhang mit der Senkung der Beteiligungsgrenze von 10 % auf 1 %	132
d) Besteuerung nach dem Teileinkünfteverfahren	133

Anm.

Anm.

B. Gleichstellung von verdeckter Einlage und Veräußerung (Abs. 1 Satz 2)

I. Begriff der verdeckten Einlage 140

II. Wirkung auf Gesellschafts- und Gesellschafterebene 141

C. Begriff der „Anteile an einer Kapitalgesellschaft“ (Abs. 1 Satz 3)

I. Anteil und Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft 145

II. Die im Gesetz aufgezählten Anteile 146

III. „Ähnliche Beteiligungen“ 147

IV. Anwartschaften auf Beteiligungen

1. Begriff der Anwartschaften 150

2. Beispiele 151

D. Veräußerung unentgeltlich erworbener Anteile (Abs. 1 Satz 4 nF, Satz 5 aF)

I. Überblick 155

II. Voraussetzungen der Steuerpflicht nach Abs. 1 Satz 4

1. Unentgeltlicher Erwerb innerhalb der letzten 5 Jahre vor der Veräußerung 156

2. Zusammenrechnung mit anderen Anteilen 157

3. Beteiligung des Rechtsvorgängers innerhalb der letzten 5 Jahre 158

4. Mehrere unentgeltliche Übertragungen 159

**Erläuterungen zu Abs. 2:
Veräußerungsgewinn**

Anm.

Anm.

A. Überblick über die Regelungen des Abs. 2 160

B. Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Abs. 2 Satz 1)

I. Allgemeine Grundsätze

1. Gewinnermittlungsformel des Abs. 2 Satz 1 161

2. Gewinnermittlungsvorschrift eigener Art 162

3. Zeitpunkt der Gewinn- und Verlustverwirklichung 163

4. Kausalverknüpfung mit Abs. 1 Satz 1 165

5. Spätere Änderungen des Veräußerungsgewinns 166

6. Umrechnung in ausländische Währung und in Euro 167

II. Veräußerungspreis

1. Begriff

a) Überblick 170

b) Einzelfälle 171

2. Unangemessener Preis

a) Allgemeines 172

b) Verdeckte Einlagen 173

c) Verdeckte Gewinnausschüttung 174

3. Auswirkungen der Zahlungsweise

a) Fester Kaufpreis 180

b) Stundung, Ratenzahlung 181

c) Wiederkehrende Bezüge 182

d) Verbindung von festem Kaufpreis mit wiederkehrenden Bezügen 183

4. Änderung des Veräußerungspreises 184

III. Veräußerungskosten

1. Begriff und Zeitpunkt der Berücksichtigung 185

2. Einzelheiten 186

IV. Anschaffungskosten der veräußerten Beteiligung

1. Begriff der Anschaffungskosten

a) Allgemeine Grundsätze 190

	Anm.
b) Drittaufwand	191
c) Beschränkter Abzug nach § 3c Abs. 2	192
d) Einzelheiten bei Erwerb von Beteiligungen	193
2. Nachträgliche Anschaffungskosten	
a) Allgemeine Grundsätze zu Aufwendungen nach der Anschaffung	200
b) Darlehensverluste des Beteiligten	201
c) Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis bei Eigenkapitalersatz	201a
d) Rechtslage seit Inkraft-Treten des MoMiG	201b
e) Inanspruchnahme aus Bürgschaft oder sonstigen Sicherheitsleistungen	202
f) Forderungsverzicht und -abtretung	203
3. Änderung der Anschaffungskosten	205
4. ABC zu Bewertungsfragen bei den Anschaffungskosten	207
C. Gemeiner Wert als Veräußerungspreis bei verdeckter Einlage (Abs. 2 Satz 2)	230

	Anm.
D. Anteilswert in Zuzugsfällen (Abs. 2 Sätze 3 und 4)	
I. Allgemeine Grundsätze	231
II. Tatbestand des Abs. 2 Satz 3	232
III. Kritik	232
IV. Ausschlussstatbestand des Abs. 2 Satz 4	234
E. Anschaffungskosten unentgeltlich erworbener Anteile (Abs. 2 Satz 5)	236
F. Veräußerungsverlust (Abs. 2 Satz 6)	
I. Rechtentwicklung	
1. Rechtslage nach dem JStG 1996	240
2. Neufassung des Abs. 2 Satz 6 durch das StEntlG 1999/2000/2002	241
3. Rückwirkende Anwendung der Neufassung ab VZ 1996 nach dem StÄndG 2001	242
II. Verlustausgleichsbeschränkung bei unentgeltlich erworbenen Anteilen (Abs. 2 Satz 6 Buchst. a)	246
III. Verlustausgleichsbeschränkung bei entgeltlich erworbenen Anteilen (Abs. 2 Satz 6 Buchst. b)	247

**Erläuterungen zu Abs. 3:
Freibetrag**

	Anm.
A. Rechtentwicklung	250
B. Freibetrag für den Veräußerungsgewinn (Satz 1)	251

	Anm.
C. Kürzung des Freibetrags bei höheren Gewinnen (Satz 2)	252

**Erläuterungen zu Abs. 4:
Auflösung/Kapitalherabsetzung und -rückzahlung/
Ausschüttungen oder Rückzahlungen aus dem
steuerlichen Einlagekonto iSd. § 27 KStG**

	Anm.	Anm.
A. Überblick zu Abs. 4	260	
B. Rechtsfolge: Entsprechende Anwendung von Abs. 1–3 (Abs. 4 Satz 1 Halbs. 1)		
I. Eingeschränkte Rechtsgrundverweisung auf Abs. 1–3	265	
II. Entsprechende Anwendung des Abs. 2 (Gewinnermittlung)		
1. Gewinnermittlung bei Auflösungs Vorgängen (einschl. Umwandlungen)	266	
2. Gewinnermittlung bei Kapitalherabsetzung und -rückzahlung	268	
3. Gewinnermittlung bei Ausschüttung oder Rückzahlung aus steuerlichem Einlagekonto nach § 27 KStG/EK 04	270	
C. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung in den Fällen des Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2		
I. Überblick	275	
II. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung bei Auflösung der Gesellschaft	276	
III. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung bei Kapitalherabsetzung und -rückzahlung	277	
IV. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung bei Ausschüttung oder Rückzahlung aus dem steuerlichen Einlagekonto iSv. § 27 KStG/EK 04	278	
D. Auflösung einer Kapitalgesellschaft (Abs. 4 Satz 1 Var. 1)		
I. Überblick und Begriff der Auflösung	286	
II. Auflösung im Zusammenhang mit Liquidationen	287	
III. Auflösung bei Sitzverlegung		
1. Grenzüberschreitende Sitzverlegung der Kapitalgesellschaft ins Inland/ Ausland	288	
2. Abgrenzung zu weiteren Fallgestaltungen der Sitzverlegung	289	
IV. Auflösung im Zusammenhang mit Umwandlungen		
1. Überblick	290	
2. Umwandlungstatbestände		
a) Verschmelzung (§§ 2–122 UmwG)	291	
b) Spaltung (§§ 123–173 UmwG)	292	
c) Vermögensübertragung (§§ 174–189 UmwG)	293	
d) Formwechsel (§§ 190–304 UmwG)	294	
e) Umwandlung einer ausländischen Kapitalgesellschaft	295	
3. Modifikationen des § 17 Abs. 4 durch das UmwStG	296	
V. Anteilseinbringungen in Kapitalgesellschaft gem. §§ 20 ff. UmwStG		
1. Abweichende Besteuerung des Gesellschafters bei Einbringung gem. § 21 UmwStG	297	
2. Abweichende Besteuerung des Gesellschafters bei Übertragung einbringungsgeborener Anteile iSd. § 21 UmwStG aF	298	
E. Kapitalherabsetzung und -rückzahlung (Abs. 4 Satz 1 Var. 2)		
I. Kapitalherabsetzung	320	
II. Kapitalrückzahlung	321	

Anm.

Anm.

F. Ausschüttung/Rückzahlung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto iSd. § 27 KStG/EK 04 (Abs. 4 Satz 1 Var. 3)	
I. Rechtslage bis zur Körperschaftsteuerreform durch das StSenkG.....	324
II. Ausschüttung oder Rückzahlung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto iSv. § 27 KStG.....	325

G. Gemeiner Wert des zuge- teilten oder zurückgezählten Vermögens als Veräuße- rungspreis (Abs. 4 Satz 2) .	330
H. Aussonderung von Kapitalein- nahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 (Abs. 4 Satz 3)	
I. Rechtsentwicklung	335
II. Rechtsfolge des Abs. 4 Satz 3	336
III. Die aussondernden Ein- nahmen aus Kapitalvermögen (Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2)	337

**Erläuterungen zu Abs. 5:
Beschränkung oder Ausschluss des deutschen
Besteuerungsrechts als veräußerungsgleiche
Tatbestände**

Anm.

Anm.

A. Überblick zu Abs. 5	350
B. Grundregel: Entstrickung (Abs. 5 Satz 1).....	351

C. Ausnahmen und Rückausnah- men vom Entstrickungsgrund- satz (Abs. 5 Sätze 2–4).....	352
D. Kritik: Risiko internationaler Doppelbesteuerung	353

**Erläuterungen zu Abs. 6:
Anteile aus einem Einbringungsvorgang
iSd. UmwStG**

Anm.

Anm.

A. Überblick	360
B. Voraussetzungen	361

C. Rechtsfolge	362
-----------------------------	-----

**Erläuterungen zu Abs. 7:
Anteile an einer Genossenschaft 370**

Allgemeine Erläuterungen zu § 17

Ausgewähltes Schrifttum ab 2002: BECK, Steuerliche Überlegungen zur Pensionszusage des Gesellschafter-Geschäftsführers bei Veräußerung der GmbH, DStR 2002, 473; BISCHOFF/KOTYRBA, Wohnsitzverlegung in die Schweiz – Steuerfolgen und Steuerplanung, BB 2002, 382; BRANDT, Gewerbesteuerpflicht des Handels mit GmbH-Geschäftsanteilen, KFR F. 5 GewStG § 2, 1/02, 23; BLUMERS, Gewerblichkeit durch Beteiligung an Kapitalgesellschaften, DB 2002, 60; CHRISTOFFEL, Gestaltungsempfehlungen zum Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz, LSW Gr. 5, 169 (2/2002); DÖRNER, Vor- und Nachteile der Vermögensverwaltungs-GmbH in ertrag- und erbschaftsteuerlicher Sicht, StWa. 2002, 11; DÖTSCH, Abgrenzung nichtabziehbarer Anschaffungskosten von sofort als Werbungskosten abziahbaren Finanzierungskosten, LSW Gr. 3, 643 (3/2002); DÖTSCH/PUNG, Erstmalige Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens und letztmalige Anwendung des Anrechnungsverfahrens auf Auflösungsgewinne/-verluste iSv. § 17 Abs. 4 EStG, DB 2002, 173; FRIEDL, Ein Plädoyer für Tracking Stocks, BB 2002, 1157; MÜLLER, Die steuerliche Bewertung von Sacheinlagen – ein Überblick, StuB 2002, 163; EILERS, Rückwirkungsschutz für stille Reserven? – Steuerrechtliche und verfassungsrechtliche Anmerkungen zur Absenkung der wesentlichen Beteiligungsgrenzen im Rahmen von § 17 EStG durch das StEntG 1999/2000/2002 und durch das StSenkG 2001, in Nomos und Ethos – Hommage an Josef Isensee, zum 65. Geburtstag von seinen Schülern, Berlin 2002, 421 f.; GEBHARD, Nachträgliche Werbungskosten, EStB 2002, 30; GRATH, Finanzierungsstrategien und Ausschüttungsstrategien der mittelständischen GmbH, DB 2002, 489; GRÜTZNER, Die Änderungen zur Ertragsbesteuerung der Unternehmen durch das StÄndG 2001 und das UntStFG, BBK F. 15, 1287; GRÜTZNER, Änderungen bei der Einkommensbesteuerung durch das Steueränderungsgesetz 2001 und das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz, NWB F. 3b, 5469; HÄGER, Rückabwicklung von privaten Grundstücksveräußerungen, EStB 2002, 31; P. HEINEMANN, Die Besteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung privater Beteiligungen an Kapitalgesellschaften nach § 17 EStG in der Fassung des StSenkG, Diss. Köln, 2002; HEY, Zum gewerblichen Beteiligungshandel, EWiR 2002, 105; HOFFMANN, Bürgschaftsaufwendungen des Besitz-Gesellschafters für Verbindlichkeiten der Betriebs-GmbH als Sonderbetriebsvermögen II und Rückstellungsbildung, GmbHR 2002, 334; INZELMANN/VAN LEMBERG, Veräußerung von Auslandsbeteiligungen in 2001 – Ist die 1 %-Grenze des § 17 Abs. 1 EStG verfassungskonform?, DStR 2002, 705; MICKER, Rückwirkungsfragen im Bereich der Besteuerung von Wertzuwächsen des Privatvermögens, BB 2002, 120; MITSCH, Alternative Formen der Gesellschafterfremdfinanzierung mittelständischer Kapitalgesellschaften, StWa. 2002, 205; RÄTKE, Anwendbarkeit und Rechtsfolgen des Fremdvergleichs in der Rechtsprechung des BFH, StuB 2002, 174; ROSE, Reform der Einkommensbesteuerung in Deutschland, Heidelberg 2002; SCHÖNWALD, Die Spaltung von Kapitalgesellschaften, StuSt. 2002, 8; STOLLENWERK, Einsatz einer GmbH zur Vermögensverwaltung, GmbH-StB 2002, 46; TIPKE, Der Karlsruher Entwurf zur Reform der Einkommensteuer – Versuch einer steuerjuristischen Würdigung, StuW 2002, 148; WARNKE, Halbeinkünfteverfahren, EStB 2002, 21; WATRIN, Disquotale Gewinnverteilung bei Private Equity-Fonds, BB 2002, 811; WENDT, Anmerkung zu BFH v. 25.7.2001 – X R 55/97 zum „Handel“ mit GmbH-Anteilen als Gewerbebetrieb, FR 2002, 31, 34; CREZELLIUS, Die Rückbezüglichkeit in § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG, DB 2003, 230; DÖTSCH/PUNG, Die Auflösung und Abwicklung von Körperschaften: Das Einführungsschreiben des BMF v. 26.8.2003, DB 2003, 1922; FOHLER, Private Anteilsveräußerung und vermögensverwaltende Personengesellschaften – Zur Auslegung des § 17 EStG, Diss. Münster, 2003; HOFFMANN, Kommentar zum Urt. des BFH v. 8.5.2003 – IV R 54/01, GmbHR 2003, 1070; HOHAUS/INHESTER, Besteuerung von Wagniskapitalgesellschaften – Quo Vadis?, DB 2003, 1080; P. KIRCHHOF, Das EStGB – ein Vorschlag zur Reform des Ertragsteuerrechts, DStR 2003, Beihefter 5 zu Heft 37, 1; MITSCHKE, Erneuerung des deutschen Einkommensteuerrechts, Saarbrücken 2003; Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Staatsfinanzen konsolidieren – Steuersystem reformieren, Berlin 2003; SCHNITTKER/LEMAITRE, Steuersubjektqualifikation ausländischer Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften anhand des Rechtstypenvergleichs, GmbHR 2003, 1314; BAHNS, Die rückwirkende steuerliche Berücksichtigung von Ereignissen bei Anteilsveräußerungen

nach § 17 EStG, FR 2004, 317; BAUER/GEMMEKE, Zur einkommensteuerlichen Behandlung von Venture Capital und Private Equity Fonds nach dem BMF-Schreiben v. 16.12.2003, DStR 2004, 579; BEKER, Tatsächliche und rechtliche Grenzen der Besteuerung, DStZ 2004, 32; HÖRETH/SCHIEGL/ZIPFEL, Die rückwirkende Verlängerung der Spekulationsfrist – Zwei Vorlagebeschlüsse an das Bundesverfassungsgericht, BB 2004, 857; MORITZ, Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften – Neue BFH-Rechtsprechung zu wesentlichen Beteiligungen im Sinne des § 17 EStG, NWB F. 3, 13119 (51/2004); RODIN/VEITH/BÄRENZ, Einkommensteuerliche Behandlung von Venture Capital und Private Equity Fonds – Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung vom Gewerbebetrieb, DB 2004, 103; SCHINDLER, Hughes de Lasteyrie du Saillant als Ende der (deutschen) Wegzugsbesteuerung?, IStR 2004, 300; SCHNITGER, Verstoß der Wegzugsbesteuerung (§ 6 AStG) und weiterer Entstrickungsnormen des deutschen Ertragsteuerrechts gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, BB 2004, 804; SEER, Einkommensteuerreform – Flat Tax oder Dual Income Tax?, BB 2004, 2272; SRADJ/MERTES, Neuregelungen bei der Besteuerung von Investmentvermögen, DStR 2004, 201; WACHTER, Ende der Wegzugsbeschränkungen in Europa, GmbHR 2004, R 161; WACHTER, Kurzkommentar zum Beschluss des BayObLG v. 11.2.2004 – 3 Z BR 175/03 (DStR 2004, 1224), EWiR 2004, 375; WASSERMAYER, Steuerliche Konsequenzen aus dem EuGH-Urt. „Hughes de Lasteyrie du Saillant“, GmbHR 2004, 613; WITT/TIEDE, Veräußerung von Investmentanteilen durch Privatanleger: Keine umfassende Sperrwirkung des Investmentsteuergesetzes, DStR 2004, 1021; ALTFELDER, Beitrag oder Leistung?, FR 2005, 6; EILERS, Substanzerfordernis an ausländische Finanzierungsgesellschaften, in Festschrift Wassermeyer, München 2005, 323; ETTINGER, Die deutsche Wegzugsbesteuerung nach der EuGH-Rechtsprechung und wesentliche Gestaltungsüberlegungen im Zusammenhang mit einem Wegzug ins Ausland, GmbHR 2005, 152; KINZL/GOERG, Wegzugsbesteuerung – Abhilfe durch Schreiben des BMF v. 8.6.2005, IStR 2005, 450; LANG ua., Kölner Entwurf eines Einkommensteuergesetzes, Köln 2005; OTT, Kapitalrückzahlung und Kapitalverlust bei Anteilen im Sinne des § 17 EStG, in Festschrift Korn, Köln 2005, 105; PAUS, Rückwirkende Besteuerung bislang nicht steuerverhafteter Wertsteigerungen von Anteilen an Kapitalgesellschaften, FR 2005, 627; STAPPERFEND, Die Unternehmensbesteuerung in den Entwürfen zur Reform des Einkommensteuerrechts, FR 2005, 74; WEBER, Kurzkommentar zu BFH-Urteil vom 1.3.2005 – VIII R 25/02, BB 2005, 985; WEBER-GRELLET, Anmerkung zum BFH-Urteil v. 1.3.2005 – VIII R 25/02 (Wesentliche Beteiligung: Wesentliche Beteiligung „innerhalb der letzten fünf Jahre“ i.S. des § 17 Abs. 1 EStG i.d.F. des StEntG 1999/2000/2002), FR 2005, 653.

Ausgewähltes Schrifttum ab 2006: ASSMANN, Rückwirkung bei Absenkung der Beteiligungsgrenze des § 17 EStG?, DStR 2006, 1115; BLUMENBERG/LECHNER, Der Regierungsentwurf des SEStEG: Entstrickung und Sitzverlegung bei Kapitalgesellschaften, Neuerungen beim Einlagekonto, Körperschaftsteuermindern und -erhöhung sowie sonstige Änderungen im Körperschaftsteuerrecht, Special zu BB 2006, 25; FROTSCHER, Zur Vereinbarkeit der „Betriebsstättenbedingung“ bei Sitzverlegung und grenzüberschreitender Umwandlung mit den Grundfreiheiten, IStR 2006, 65; HÖRTNAGL, Europäisierung des Umwandlungssteuerrechts – SEStEG, Stbg. 2006, 471; LAUSTERER, Die Wegzugsbesteuerung nach dem Regierungsentwurf des SEStEG, Special zu BB 2006, 80; PFLÜGER, Die Einbringung eines Einzelunternehmens in eine GmbH nach dem „neuen“ SEStEG, GStB 2006, 395; RÖDDER/SCHUMACHER, Das kommende SEStEG – Teil I: Die geplanten Änderungen des EStG, KStG und AStG – Der Regierungsentwurf eines Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften, DStR 2006, 1481; SCHÄFER/BLUMENBERG, Der Regierungsentwurf des SEStEG im Überblick, Special zu BB 2006, 1; SCHÖNHERR/LEMAITRE, Der Entwurf des SEStEG: Geplante Änderungen im Einkommen-, Körperschaft- und Gewerbesteuerrecht, GmbHR 2006, 561; STADLER/ELSER, Der Regierungsentwurf des SEStEG: Einführung eines allgemeinen Entstrickungs- und Verstrickungstatbestandes und andere Änderungen des EStG, Special zu BB 2006, 18; TÖBEN/RECKWARDT, Entstrickung und Verstrickung privater Anteile an Kapitalgesellschaften, FR 2007, 159; VOSS, SEStEG: Die vorgesehenen Änderungen im Einkommensteuergesetz, im Körperschaftsteuergesetz und im 1. bis 7. Teil des Umwandlungssteuergesetzes, BB 2006, 411; BENECKE/SCHNITGER, Letzte Änderungen der Neuregelungen des UmwStG und der Entstrickungsnormen durch das SEStEG – Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzaus-

schusses, IStR 2007, 22; BILITEWSKI, Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG) – Ein erster Überblick, FR 2007, 57; BLUMENBERG/BENZ, Die Unternehmensteuerreform 2008 – Erläuterungen und Gestaltungshinweise, Köln 2007; FÖRSTER, SEStEG: Rechtsänderungen im EStG, DB 2007, 72; FORST/RADMER, Einbringung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft (Anteilstausch), EStB 2007, 112; LEY, Einbringungen nach §§ 20, 24 UmwStG in der Fassung des SEStEG, FR 2007, 109; LEY/BODDEN, Verschmelzung und Spaltung von inländischen Kapitalgesellschaften nach dem SEStEG (§§ 11–15 UmwStG n.F.), FR 2007, 265; LUTTERMANN, Normenklarheit im Steuerrecht und „unbestimmte“ Rechtsbegriffe?, FR 2007, 18; NAGEL, Die Europäisierung im Umwandlungssteuerrecht, EStB 2007, 105; OLBBING, Neuerung für nationale Umwandlungen nach dem SEStEG, GmbH-StB 2007, 51; RÖDDER/SCHUMACHER, Das SEStEG – Überblick über die endgültige Fassung und die Änderungen gegenüber dem Regierungsentwurf, DStR 2007, 369; SCHMIDT/v. BUSEKIST/DRESCHER, Rechtsentwicklungen zur Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften gem. § 17 EStG, FR 2007, 1; WASSERMEYER, Merkwürdigkeiten bei der Wegzugsbesteuerung, IStR 2007, 833; GOEBEL/BOLLER/UNGEMACH, Die Zuordnung von Beteiligungen zum Betriebsvermögen im nationalen und internationalen Kontext, IStR 2008, 643; KRATZ, Steuerinduzierte Unternehmenswertsteigerung durch Abspaltung am Beispiel der GmbH, DStR 2008, 417; HECHT/GALLERT, Ungeklärte Rechtsfragen der Wegzugsbesteuerung gemäß § 6 AStG, BB 2009, 2396; WAGNER, Die verwirrende Rechtsprechung des BFH zur steuerlichen Beurteilung der Veräußerung von Bezugsrechten auch vor dem Hintergrund der Abgeltungsteuer, DStR 2009, 626; WEBER-GRELLET, § 17 EStG bei Einbringung, Umwandlung, Wegzug und Zuzug, DB 2009, 304; EILERS, Steuerliche Gestaltungsrisiken durch Sonderbetriebsvermögen bei grenzüberschreitenden Transaktionen, in Festschrift Herzog, München 2010, 1043; JEHKE, Teilabzugsverbot gem. § 3c Abs. 2 EStG bei einnahmenlosen Beteiligungen, DStR 2010, 256.

A. Rechtsentwicklung des § 17

1

Vor 1925: Bereits das Preuß. EStG idF v. 24.6.1891 und auch v. 19.6.1906 enthielt erste Ansätze zur Durchbrechung der zuvor rein quellentheoretischen Einkommensdefinition und -ermittlung (ausführl. dazu KSM/SCHNEIDER, § 17 Rn. A 150 f. [159 f.]). Nach dem Besitzsteuergesetz v. 3.7.1913 (RGBl. 1913, 524), später Vermögenszuwachssteuergesetz v. 8.4.1922 (RGBl. 1922, 335 [346]), iVm. dem Vermögensteuergesetz vom gleichen Tag (RGBl. 1922, 335) und § 11 Nr. 5 EStG 1920 v. 29.3.1920 (RGBl. 1920, 359) wurden Vermögenszuwächse erstmals bei Anteilen aus KapGes. besteuert.

EStG 1925 v. 10.8.1925 (RGBl. I 1925, 189): Ab 1925 war die Besteuerung der Gewinne aus der Veräußerung wesentlicher Beteiligungen in § 30 Abs. 3 EStG 1925 geregelt; die Vorschriften der §§ 31, 32 hatten hierauf Anwendung zu finden. § 30 war die Vorgängerregelung nicht nur zum heutigen § 17, sondern auch zum heutigen § 16.

EStG 1934 v. 16.10.1934 (RGBl. I 1934, 1005; RStBl. 1934, 1261): Die Regelung wurde sachlich unverändert übernommen, wobei allerdings die Grenze der StFreiheit bei Zwerganteilen von 2 % des Gesellschaftskapitals auf 1 % herabgesetzt wurde. § 17 Abs. 1, 2 des neuen Ges. (EStG 1934) entsprach dem bisherigen § 30 Abs. 3, § 17 Abs. 3 des neuen Ges. mit der Abwandlung zu einer Freigrenze dem bisherigen § 32 und § 17 Abs. 4 des neuen Ges. dem § 31 EStG 1925; § 17 Abs. 5 war neu, brachte aber keine sachliche Änderung gegenüber dem früheren Recht.

KRG 12 v. 11.2.1946 (StuZBl. 1946, 2) und **MRG Nr. 64 v. 22.6.1948** (StuZBl. 1948, 123): Art. XII KRG 12 hob die stl. Vergünstigungen nach den Abs. 3 und 4 des § 17 EStG 1934 für die Zeit vom 1.1.1946 bis 20.6.1948 auf. Nach Art. I

Ziff. 7 des Anhangs zum MRG Nr. 64 galt ab 21.6.1948 wieder die frühere Fassung.

StÄndG v. 14.5.1965 (BGBl. I 1965, 377; BStBl. I 1965, 217): § 17 blieb trotz der damals gegen die Vorschrift erhobenen verfassungsrechtl. Bedenken erhalten, jedoch mit folgenden Änderungen:

► *Der Begriff der „Anteile an einer Kapitalgesellschaft“* wurde aus § 53 EStDV in das Gesetz übernommen, da die Ermächtigung zur Regelung in der DV zweifelhaft war (BTDrucks. IV/2400, 70; EStKommission, Untersuchungen zum EStRecht, 1964, 187).

► *Keine Zusammenrechnung* der Anteile des Stpfl. mit denen seiner Angehörigen.

► *Unentgeltlicher Erwerb*: Als (wesentlich) beteiligt wird der Veräußerer auch dann behandelt, wenn zwar nicht er selbst (wesentlich) beteiligt war, wenn er aber die veräußerten Anteile innerhalb der letzten 5 Jahre vor der Veräußerung unentgeltlich erworben hat und der Rechtsvorgänger – oder, sofern der Anteil mehrmals nacheinander unentgeltlich übertragen worden ist, einer der Rechtsvorgänger – innerhalb der letzten 5 Jahre (wesentlich) beteiligt war (Abs. 1 Satz 4 bzw. Satz 5 bis einschl. der Gesetzesfassung nach dem StBereinG v. 22.12.1999, BGBl. I 1999, 2601). Andernfalls könnte der Stpfl. nämlich seine Anteile derart auf mehrere Personen unentgeltlich übertragen, dass jeder Erwerber nur noch unterhalb der gesetzlichen Beteiligungsgrenze beteiligt ist und daher bei der alsbald folgenden Veräußerung nicht unter § 17 fällt (BTDrucks. IV/2400, 69; EStKommission aaO, 185). Hat der Veräußerer den veräußerten Anteil unentgeltlich erworben, so sind als AK der Anteile die AK desjenigen Rechtsvorgängers maßgebend, der den Anteil zuletzt entgeltlich erworben hat (Abs. 2 Satz 3). Die während des Vorbesitzes eingetretene Wertsteigerung wird daher im Unterschied zu früher erfasst (Gleichstellung mit dem Mitunternehmer, der gem. § 7 Abs. 1 EStDV an die Buchwerte des Rechtsvorgängers gebunden ist; BTDrucks. IV/2400, 70; EStKommission aaO, 185).

► *Die innerhalb eines VZ veräußerten Anteile* waren bei Ermittlung der – letztmals im VZ 1995gültigen – Bagatellgrenze von 1 % der Anteile (Abs. 1 Satz 1 bis VZ 1995) zusammenzurechnen.

► *Wegfall der gesetzlichen Regelbeispiele für eine mittelbare Beteiligung* („durch Treuhänder oder durch eine KapGes.“, Abs. 1 Satz 3). Sachlich trat dadurch jedoch keine Änderung ein (BTDrucks. IV/2400 aaO).

► *Freibetrag*: An die Stelle der Freigrenze von 10000 DM trat ein Freibetrag von 20000 DM. Im Einzelnen wurde die Regelung derjenigen des § 16 Abs. 4 angeglichen (§ 17 Abs. 3).

► *Liquidation und Kapitalherabsetzung*: Die in § 53 Abs. 2 EStDV 1961 enthaltene Gleichstellung des Gewinns aus der Auflösung einer KapGes. mit dem Gewinn aus der Veräußerung ihrer Anteile wurde in das Gesetz übernommen (§ 17 Abs. 4), da die Ermächtigung zur Regelung in der EStDV zweifelhaft war (BTDrucks. IV/2400, 70; EStKommission aaO, 187). Die bis dahin nicht geregelte Gleichstellung der Kapitalherabsetzung mit der Anteilsveräußerung wurde angeordnet (Abs. 4).

► *Verlustausgleich*: Das nach § 17 Abs. 5 EStG 1934 bestehende Verbot des Verlustausgleichs (Abs. 5 aF) wurde gestrichen, „da auch bei der Veräußerung des Anteils an einer PersGes. Veräußerungsverluste unbeschränkt ausgleichsfähig sind“ (FinAussch. des BTag, zu BTDrucks. IV/3189, 8). Zur Wiedereinführung durch das JStG 1996 s. nachstehend.

EStRG v. 5.8.1974 (BGBl. I 1974, 1769; BStBl. I 1974, 530): Die Abstimmung der Veräußerungsgewinnbesteuerung nach § 17 mit der erbschaftstl. Belastung nach dem ursprünglichen § 17 Abs. 4 (EStG 1934) bzw. § 17 Abs. 3 Satz 3 iVm. § 16 Abs. 5 idF des StÄndG v. 14.5.1965 („§ 16 Abs. 5 gilt entsprechend“) wurde mit Wirkung v. 1.1.1975 gestrichen. An die Stelle der gestrichenen Verweisung trat eine grundsätzliche Regelung über den beschränkten Abzug der ErbSt. von der ESt. (§ 35 EStG 1975), die auch für die Veräußerung wesentlicher Beteiligungen galt. § 35 EStG 1975 war wiederum mit Wirkung ab VZ 1999 durch das StEntG 1999/2000/2002 v. 24.3.1999 (BGBl. I 1999, 402; BStBl. I 1999, 304) entfallen (s. § 35 Anm. 2; für Wiedereinführung einer vergleichbaren Vorschrift bereits KROSCHEL/WELLISCH, BB 1999, 2533). Mittlerweile wurde durch das ErbStRG v. 24.12.2008 (BGBl. I 2008, 3018; BStBl. I 2009, 140) durch die Vorschrift des § 35b eine EStErmäßigung wegen einer Doppelbelastung von estpfl. Einkünften mit ErbSt. in das EStG wieder eingefügt.

KStRG v. 31.8.1976 (BGBl. I 1976, 2597; BStBl. I 1976, 445): Abs. 4 wurde neu gefasst. Dabei wurden Satz 1 lediglich redaktionell und Satz 2 durch Anfügung des letzten Halbs. geändert, nach dem im Fall der Liquidation oder Kapitalherabsetzung derjenige Teil des ausgekehrten Vermögens nicht als „Veräußerungspreis“ iSd. § 17 EStG 1977 galt, der nach § 20 EStG 1977 zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehörte.

Einigungsvertrag 1990 v. 31.8.1990: Seit dem 1.1.1991 gilt § 17 uneingeschränkt auch in den fünf neuen Bundesländern und Ost-Berlin (Art. 8 iVm. Anlage I Kap. IV Sachgebiet B Abschn. II Nr. 16j des Einigungsvertrags v. 31.8.1990, BGBl. II 1990, 885).

StÄndG 1992 v. 25.2.1992 (BGBl. I 1992, 297; BStBl. I 1992, 146): In Abs. 1 wurde ein neuer Satz 2 eingefügt, wonach die verdeckte Einlage von Anteilen an einer KapGes. in eine KapGes. der Veräußerung der Anteile gleichsteht („Nichtanwendungsgesetz“ zu BFH v. 27.7.1988 – I R 147/83, BStBl. II 1989, 271). Entsprechend wird als Veräußerungspreis der Anteile ihr gemeiner Wert fingiert (Abs. 2 Satz 2).

JStG 1996 v. 11.10.1995 (BGBl. I 1995, 1250; BStBl. I 1995, 438): Die Bagatellgrenze von 1 % in Abs. 1 Satz 1 wurde gestrichen.

Ferner wurde in Abs. 2 Satz 4 eine neue Verlustausgleichsbeschränkung geschaffen. Diese führt ab VZ 1996 das – zwischenzeitlich mit StÄndG v. 14.5.1965 aufgehobene – Verlustabzugsverbot in eingeschränktem Umfang wieder ein. Einem wesentlich Beteiligten sollte damit erschwert werden, eine im PV entstandene Wertminderung von Anteilen durch kurzfristigen Zukauf weiterer Anteile in den stl. Verlustausgleich einzubeziehen (BTDrucks. 13/901, 133). Darüber hinaus verpflichtet seither § 54 EStDV die Notare, dem zuständigen FA eine beglaubigte Abschrift aller auf Grund gesetzlicher Vorschrift aufgenommenen oder beglaubigten Urkunden zu übersenden, die die Gründung, Kapitalerhöhung oder -herabsetzung, Umwandlung oder Auflösung von KapGes. zum Gegenstand haben (s. auch BTDrucks. 13/1558, 167).

JStG 1997 v. 20.12.1996 (BGBl. I 1996, 2049; BStBl. I 1996, 1523): Neufassung des Abs. 4. Nach der Gesetzesbegründung (s. BTDrucks. 13/5952, 47) sollte klargestellt werden, dass die Vorschrift einheitlich für Liquidation, Kapitalherabsetzung und Kapitalrückzahlung der KapGes. sowie für die Ausschüttung oder Rückzahlung von EK 04 iSv. § 30 Abs. 2 Nr. 4 KStG (bis zur Gesetzesfassung v. 22.4.1999, BGBl. I 1999, 817, geändert durch StBereinG 1999 v. 22.12.1999,

BGBI. I 1999, 2601) bzw. Rückzahlung von Eigenkapital iSv. § 27 KStG idF des StSenkG v. 23.10.2000 (s.u.) gilt.

StEntG 1999/2000/2002 v. 24.3.1999 (BGBI. I 1999, 402; BStBl. I 1999, 304): Herabsetzung der unteren Grenze für die Annahme einer wesentlichen Beteiligung (Abs. 1 Satz 4 bis zur Gesetzesfassung des StBereing v. 22.12.1999) von „mehr als“ 25 % auf genau 10 % mit Wirkung ab VZ 1999 (§ 52 Abs. 1 idF des StEntG 1999/2000/2002 – zur Rückwirkung der Neuregelung s. im Einzelnen Anm. 10 und 130 f.; zu den vorangegangenen Reformvorhaben s. nachstehend zum StSenkG). Ferner wurde Abs. 2 Satz 4, der die Abziehbarkeit von Veräußerungsverlusten einschränkt, neu gefasst. Die Neufassung sollte zwar ebenso wie die vorangegangene, für VZ 1996–1998gültige Regelung des JStG 1996 verhindern, dass Veräußerungsverluste bei nicht wesentlichen Beteiligungen durch bestimmte Gestaltungen wie zB die Schenkung eines Anteils durch einen nicht wesentlich Beteiligten an einen wesentlich Beteiligten stl. abziehbar werden (BTDrucks. 14/265, 180); jedoch wurden die Verlustausgleichsmöglichkeiten im Vergleich zur vorangehenden, bis VZ 1998 geltenden Fassung gesetzestechisch partiell dadurch erweitert, dass an die Stelle des generellen Verlustabzugsverbots mit Ausnahmevorbehalt (dh. Abziehbarkeit ist die Ausnahme: „Ein Veräußerungsverlust ist nur zu berücksichtigen, wenn ...“) die generelle Abziehbarkeit mit Einschränkung (dh. Abzugsverbot ist die Ausnahme: „Ein Veräußerungsverlust ist nicht zu berücksichtigen, soweit ...“) getreten ist. Zu Einzelheiten des aktuellen Abs. 2 Satz 6 s. Anm. 240 f.

StSenkG v. 23.10.2000 (BGBI. I 2000, 1433; BStBl. I 2000, 1428): Die Beteiligungsgrenze für die Annahme einer Steuerverstrickung eines Anteils an einer KapGes. senkte der Gesetzgeber weiter von 10 % (Abs. 1 Satz 4 idF des StEntG 1999/2000/2002) auf 1 % ab („zu mindestens ein vom Hundert“). Begründet wurde dies vom FinAussch. wie folgt (BTDrucks. 14/3366, Einzelbegründung zu § 17):

„Die Vorschrift des § 17 hat künftig grundsätzlich sicher zu stellen, dass es nicht durch Veräußerung der Beteiligung möglich ist, die Halbeinkünftebesteuerung auf der Ebene des Anteilseigners, der seine Anteile nicht in einem Betriebsvermögen hält, zu vermeiden.“

Zugleich wurde der Begriff „wesentliche“ Beteiligung gestrichen und Abs. 1 Satz 4 (idF des StEntG 1999/2000/2002) inhaltlich in den Satz 1 der Vorschrift integriert. In Abs. 4 ersetzte der Gesetzgeber die Angabe „§ 30 Abs. 2 Nr. 4“ durch die Angabe „§ 27“; dies resultierte aus der reformierten kstl. Behandlung von nicht in das Nennkapital geleisteten (sonstigen) Einlagen nach 27 KStG idF des StSenkG (stl. Einlagekonto).

Nach der allgemeinen zeitlichen Anwendungsvorschrift des § 52 Abs. 1 Satz 1 idF des StSenkG gilt § 17 idF des StSenkG erstmals für den VZ 2001 (ab 1.1.2001). § 52 Abs. 34a Satz 1 modifiziert jedoch die Grundregel des § 52 Abs. 1 Satz 1 idF des StSenkG. Im Einzelnen gelten demnach folgende Anwendungszeitpunkte:

- ▶ *Veräußerung von Anteilen an inländ. Kapitalgesellschaften*
- ▷ *ab dem 1.1.2002*, wenn das Wj. der KapGes., deren Anteile verkauft werden, dem Kj. entspricht,
- ▷ *ab dem Wj. 2002/2003*, wenn das Wj. der KapGes. vom Kj. abweicht. In diesem Fall ist § 17 erstmals auf Anteilsveräußerungen anwendbar, die ab dem jeweils abweichenden Wj. 2002/2003 erfolgen. Das gilt auch für vom Kj. ab-

weichende Wj., die erst im Rahmen einer Umstellung gem. § 4a Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 im Jahre 2001 im Einvernehmen mit dem FA begründet wurden.

► *Veräußerung von Anteilen an ausländischen Kapitalgesellschaften:* Für die Veräußerung von Anteilen an ausländ. KapGes. gilt § 17 idF seit StSenkG generell schon ab dem 1.1.2001, und zwar unabhängig davon, ob das Wj. der ausländ. KapGes. dem Kj. entspricht oder nicht (§ 52 Abs. 1 Satz 1 idF des StSenkG). Dies liegt daran, dass die ausländ. KapGes. von der Änderung des KStG (StSenkG) nicht betroffen sind. Für EU-Gesellschaften hat der EuGH entschieden, dass diese Regelung der Niederlassungsfreiheit entgegensteht, diese sind daher wie inländ. KapGes. zu behandeln (EuGH v. 18.12.2007 – C-436/06, GRÖNFELDT, BB 2008, 373; s. auch SCHÜPPEN/SANNA, BB 2001, 2397 [2399 f.]; INZELMANN/VAN LENGERICH, DStR 2002, 705).

▷ *Tatbestände iSv. § 17 Abs. 4 Satz 1:* Nach § 52 Abs. 1 Satz 1 idF des StSenkG ist Abs. 4 Satz 1 schon ab dem 1.1.2001 anzuwenden, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine inländ. oder ausländ. KapGes. handelt und ob das Wj. dem für Liquidationen geltenden Besteuerungszeitraum iSv. §§ 11, 34 Abs. 14 KStG entspricht oder nicht. Unklarheiten ergeben sich in diesem Zusammenhang aber aus der besonderen Anwendungsregelung des § 52 Abs. 34a (s. dazu zB DÖTSCH/PUNG, DB 2002, 173 [174 f.] mit Beispielen). UE sollten zur Wahrung einer gleichmäßigen Besteuerung von Vorgängen iSd. § 17 der zeitliche Anwendungsbereich für Liquidationen (Abs. 4) mit demjenigen für die Veräußerung von Beteiligungen (Abs. 1) übereinstimmen und etwaige Gesetzeslücken/-unklarheiten entsprechend verfassungskonform geschlossen werden. Hiernach spricht mehr dafür, die allgemeine zeitliche Anwendungsregel des § 52 Abs. 1 Satz 1 einheitlich anzuwenden, dh. ab 1.1.2001 die Gewinne nach § 17 Abs. 4 idF des StSenkG zu qualifizieren und auch nach dem Halb- bzw. Teileinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c iVm. § 52 Abs. 4a EStG idF UntStFG) zu behandeln (so im Erg. auch BMF v. 31.3.2004, DB 2004, 1289; OFD Koblenz v. 19.3.2004, DStR 2004, 771; OFD Erfurt v. 29.6.2004, GmbHR 2004, 1167; ferner OTT, Festschr. Korn, 2005, 105 [118 f.]). Für die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens ist unter „Wirtschaftsjahr“ der Abwicklungszeitraum iSd. § 11 Abs. 1 Satz 1 KStG maßgebend (vgl. FG Rhld.-Pf. v. 15.3.2005, EFG 2005, 1347, rkr.).

StEuglG v. 19.12.2000 (BGBl. I 2000, 1790; BStBl. I 2001, 3):

Der Veräußerungsfreibetrag nach Abs. 3 Satz 1 von 20 000 DM wurde durch die Angabe 10 300 € ersetzt (genaue Umrechnung 10 225,84 €; Glättung aus Praktikabilitätsgründen auf volle 100 € nach oben). Entsprechend wurde die Höchstgrenze des Abs. 3 Satz 2 von 80 000 DM in 41 000 € geändert (aufgerundet auf volle 1 000 € nach oben).

Vorgezogene 1%-Beteiligungsgrenze ab VZ 2001 für Anteile an Auslandsgesellschaften: Die in § 52 Abs. 1 und in § 52 Abs. 34a idF des StEuglG v. 19.12.2000 (s. Anm. 1) enthaltenen zeitlichen Anwendungsvorschriften zu § 17 führten dazu, dass bei der Veräußerung von Anteilen an nach § 1 KStG nicht unbeschränkt kstpfl. Gesellschaften und damit für Beteiligungen an einer ausländ. KapGes. § 17 unabhängig von weiteren Voraussetzungen bereits ab dem VZ 2001 anwendbar war. Bei der Veräußerung von Beteiligungen an unbeschränkt kstpfl. Gesellschaften und damit für Beteiligungen an Gesellschaften deutschen Rechts war § 17 im Regelfall erst ab dem VZ 2002 anwendbar, so dass im Jahr 2001 entsprechende Veräußerungsgewinne erst bei einer Kapitalbe-

teilung des Veräußerers von mindestens 10 % stpfl. waren. Diese Ungleichbehandlung von in- und ausländ. Gesellschaften im Hinblick auf die zeitliche Anwendung der Beteiligungs- bzw. Verstrickungsgrenze sah EuGH v. 18.12.2007 – Rs. C-436/06 [Grönfeldt], EuGHE 2007, I-12357, als Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 56 EGV (jetzt Art. 63 AEUV). Eine solche Ungleichbehandlung nach dem Ort der Kapitalanlage bzw. zwischen in- und ausländ. Beteiligungen führe dazu, dass ein Anteilinhaber davon abgehalten werde, sein Kapital bei einer in einem anderen bzw. ausländ. Staat niedergelassenen Gesellschaft anzulegen und wirke deshalb als Beschränkung für in anderen bzw. ausländ. Staaten niedergelassene Gesellschaften, da sie für diese ein Hindernis bei der Beschaffung von Kapital in Deutschland darstellt (in diesem Sinne fortführend zB EuGH v. 22.1.2009 – Rs. C-377/07 [Steko Industriemontage], BFH/NV 2009, 530 und BFH v. 22.4.2009 – I R 57/06, BFH/NV 2009, 1460).

UntStFG v. 20.12.2001 (BGBl. I 2001, 3858; BStBl. I 2002, 35): Abs. 1 Satz 4 erfuhr eine redaktionelle Änderung dadurch, dass der Begriff „wesentlich beteiligt“ durch „im Sinne von Satz 1 beteiligt“ ersetzt wurde. Entsprechendes gilt für Abs. 2 Satz 4 Buchst. b, in dem der Begriff „wesentlichen Beteiligung des Steuerpflichtigen“ jeweils in „Beteiligung des Steuerpflichtigen im Sinne von Abs. 1 Satz 1“ umformuliert wurde.

In Abs. 4 Satz 1 wurden die Wörter „Eigenkapital iSd. § 27 des Körperschaftsteuergesetzes ausgeschüttet oder zurückgezahlt wird“ durch die Wörter „Beträge aus dem steuerlichen Einlagekonto iSd. § 27 des Körperschaftsteuergesetzes ausgeschüttet oder zurückgezahlt werden“ ersetzt (vgl. RegE zum UntStFG in BTDrucks. 14/6882, 6 zu § 17).

StÄndG 2001 v. 20.12.2001 (BGBl. I 2001, 3794; BStBl. I 2002, 4): Das Verlustausgleichsverbot des Abs. 2 Satz 4 in der Neufassung des StEntlG 1999/2000/2002 v. 24.3.1999 wurde in zeitlicher Hinsicht rückwirkend auf VZ vor 1999 erstreckt (§ 52 Abs. 34a Satz 2 idF des StÄndG 2001), um seine verfassungskonforme Anwendung sicherzustellen (so die Begründung im RegE zum StÄndG 2001, BTDrucks. 14/6877).

§ 52 Abs. 34a Satz 2 idF des StÄndG 2001 lautet: „§ 17 Abs. 2 Satz 4 in der Fassung des Gesetzes v. 24.3.1999 (BGBl. I 1999 S. 402) ist auch für Veranlagungszeiträume vor 1999 anzuwenden.“

Abs. 2 Satz 4 idF des StEntlG 1999/2000/2002 gilt hiernach rückwirkend ab dem VZ 1996 (seit der Wiedereinführung durch das JStG 1996 v. 11.10.1995, s.o.) in einer inhaltlich einheitlichen Gesetzesfassung. Entsteht der Verlust erst in Jahren ab VZ 2001 (ab Anwendung des StSenkG), ist uE auch im Rahmen des Rückwirkungszeitraums VZ 1996–1998 die 1 %-Grenze für einen Verlustabzug ausreichend (vgl. Anm. 13); der VIII. Senat des BFH lehnt eine – uE verfassungsrechtl. gebotene – korrespondierende rückwirkende Anwendung des Abs. 2 Satz 4 idF des StEntlG 1999/2000/2002 im Ergebnis ab (BFH v. 22.2.2005 – VIII R 41/03, BFH/NV 2005, 1518; zur Kritik vgl. Anm. 13). Hiernach ist in der Praxis die Versagung eines Verlustabzugs in den VZ 1996–1998 darauf zu überprüfen, ob sie weiterhin auch nach der nunmehr rückwirkend geltenden mildereren Gesetzesfassung des StEntlG 1999/2000/2002 noch Bestand haben kann. In bestandskräftig veranlagten Fällen ist eine Korrektur des StBescheids gem. §§ 172 ff. AO (abgesehen von einer Rechtsfehlerkorrektur im Rahmen von § 177 AO) allerdings nicht allein wegen der rückwirkenden Gesetzesänderung durchsetzbar; Steuergesetze bzw. die Änderung von Steuergesetzen sind weder (neue) Tatsachen iSv. § 173 AO (vgl. zB TIPKE/KRUSE, § 173 AO Tz. 3 aE) noch rückwirkende Ereignisse iSv. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO (hM, vgl. TIPKE/KRUSE,

§ 175 AO Tz. 25 mwN der stRSpr.). Allerdings erscheint uE eine Korrektur gem. § 173 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 AO dann gerechtfertigt, wenn der Stpfl. zusätzliche neue Sachverhaltsumstände bzgl. § 17 Abs. 2 Satz 4 idF des StEntlG 1999/2000/2002 mitteilt, die dem FA bisher nicht bekannt waren.

HBegIG 2004 v. 29.12.2003 (BGBl. I 2003, 3076; BStBl. I 2004, 120): Die Beträge in Abs. 3 wurden auf 9 060 € bzw. 36 100 € gekürzt.

SEStEG v. 7.12.2006 (BGBl. I 2006, 2782; BStBl. I 2007, 4): Das Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften v. 7.12.2006 (BGBl. I 2006, 2782; BStBl. I 2007, 4 – SEStEG) war von dem allgemeinen Ziel beeinflusst, die nationalen stl. Vorschriften zur Umstrukturierung von Unternehmen an die jüngsten gesellschaftsrechtl. und stl. Entwicklungen und Vorgaben des europäischen Rechts anzupassen (vgl. Begründung des Gesetzentwurfs der BRReg. v. 25.9.2006, BTDrucks. 16/2710, 25). Um zu verhindern, dass das deutsche Besteuerungsrecht durch grenzüberschreitende Umstrukturierungen gefährdet wird, zielte das SEStEG nach der Regierungsbegründung (BTDrucks. 16/2710, 25) in erster Linie auf eine Sicherung deutscher Besteuerungsrechte. Verhindert werden sollten insbes. auch steuermindernde Gestaltungen, durch die infolge der europarechtl. Harmonisierung bislang aufgetretene Besteuerungslücken auftreten würden.

Solche nach der gesetzlichen Zielsetzung zu vermeidende Besteuerungslücken sind insbes. auch hinsichtlich der in Deutschland erzielten Wertsteigerungen von Anteilen an KapGes. iSv. § 17 möglich. Dennoch konnte sich im Gesetzgebungsverfahren nach den abschließenden Beratungen des FinAussch. (vgl. im Einzelnen Beschlussempfehlung des FinAussch. v. 8.11.2006, BTDrucks. 16/3315 sowie Bericht des FinAussch. v. 9.11.2006, BTDrucks. 16/3369) das Konzept eines allgemeinen Entstrickungstatbestands für den sachlichen Anwendungsbereich des § 17 nicht durchsetzen. Vielmehr wurde für § 17 bzw. für im PV gehaltene Anteile an KapGes. konzeptionell am „Wegzug“ als maßgebendem steuerauslösenden Besteuerungsmerkmal und damit auch an der Regelung des § 6 AStG festgehalten. Allerdings wurde die besondere Entstrickungsbesteuerung für den grenzüberschreitenden Wegzug eines Anteilseigners nach § 6 AStG durch die Einführung des § 17 Abs. 5 idF des SEStEG im Prinzip um eine Entstrickungsbesteuerung für den grenzüberschreitenden Wegzug der KapGes. durch Verlegung deren Sitzes oder deren Orts der Geschäftsleitung erweitert (Ausnahmefall: § 17 Abs. 5 Sätze 2 und 3). Danach hat der Gesetzgeber sich also nicht zur Umsetzung des in § 4 Abs. 1 Satz 3 zugrunde gelegten, sehr weitreichenden Konzepts einer stpfl. Entstrickung (allgemeine Entstrickungstatbestand) entschlossen, wonach jeder Ausschluss oder jede Beschränkung des Besteuerungsrechts der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung oder Nutzung eines WG einer stpfl. Entnahme gleichsteht. Danach führt uE im Anwendungsbereich des § 17 bzw. bei Anteilen an KapGes. nicht jeder Vorgang, der zum Ausschluss oder zur Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts führt, zu einer stpfl. Entstrickung für die Anteile (zu den Entstrickungsvoraussetzungen nach Abs. 5 im Einzelnen vgl. Anm. 350 ff.). Ebenso wenig hat der Gesetzgeber mit § 17 Abs. 2 Sätze 3 und 4 einen Steuerentstrickungstatbestand geschaffen, wie er etwa dem allgemeinen Steuerentstrickungskonzept des § 4 Abs. 1 Satz 7 Halbs. 2 zugrunde liegt. Daher führt die Begründung des Besteuerungsrechts zugunsten der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung eines Anteils iSv. § 17 nicht schon für sich genommen zu einer gewinnmindernden Verstrickung von ur-

sprünglichen AK oder von Wertsteigerungen; für die Steuerverstrickung nach § 17 Abs. 2 Sätze 3 und 4 hat der Gesetzgeber vielmehr zusätzliche einschränkende Tatbestandsvoraussetzungen geschaffen (Einzelheiten zu den Verstrickungsvoraussetzungen nach Abs. 2 Sätze 3 und 4 vgl. Anm. 231 ff.).

► § 17 wurde im Einzelnen wie folgt geändert:

- *Abs. 2:* Der Gewinnermittlungstatbestand des Abs. 2 wurde um die Sätze 3 und 4 ergänzt, die die Gewinnermittlung in Zuzugsfällen regeln. Satz 3 sieht bei Begründung der unbeschränkten EStPflicht nach § 1 Abs. 1 (insbes. Zuzug von Stpfl. vom Ausland in das Inland) besondere Bewertungsmaßstäbe für Zwecke der Ermittlung des Veräußerungsgewinns vor. Satz 4 schränkt dies in Fällen des § 6 Abs. 3 AStG einer nur vorübergehenden Abwesenheit des Stpfl. ausnahmsweise ein. Entsprechendes gilt für Steuerausländer bzw. beschränkt Stpfl., die steuerverstrickte Anteile an inländ. KapGes. halten und damit einer beschränkten EStPflicht iSv. § 1 Abs. 1 iVm. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e unterliegen.
- *Abs. 4 Satz 1,* der die veräußerungsgleichen Tatbestände aufführt, wurde neu gefasst. Die Formulierung des Satzes 1 stellt klar, dass die dort genannten Tatbestände einer Veräußerung gleichstehen (Veräußerungsfiktion).
- *Abs. 5* regelt – neben den in § 6 AStG geregelten Wegzugsfällen auf Gesellschafterebene – einen weiteren besonderen Fall der Entstrickung und damit Besteuerung der Wertsteigerung von KapGesAnteilen in Fällen des Wegzugs von KapGes. (Wegzug auf Gesellschafterebene). Die Regelung dient der Sicherstellung des Besteuerungsrechts der Bundesrepublik Deutschland in Fällen der identitätswahrenden Sitzverlegung.
- *Abs. 6* enthält eine Regelung über die weitere Behandlung von (ehemals) gem. § 21 UmwStG aF einbringungsgeborenen Anteilen.
- *Abs. 7* bezieht ausdrücklich Genossenschaften einschließlich der Europäischen Genossenschaften als relevante Gesellschaftsformen iSv. § 17 ein.

Im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zum SEStEG erfuhren die Vorgaben durch den Referentenentwurf des BMF v. 21.4.2006 nur geringfügige Änderungen. Der BRat beschloss dazu keine Änderungen (vgl. Stellungnahme des BRat v. 22.9.2006, BRDrucks. 542/06). Bei den gewünschten Änderungen des FinAussch. v. 8.11.2006 betreffend § 17 handelte es sich lediglich um redaktionelle Folgeänderungen und sprachliche Änderungen bzw. Anpassungen (vgl. Beschlussempfehlung des FinAussch. v. 8.11.2006 zu dem Gesetzentwurf der BReg. [BTDrucks. 16/2710, 16/2934], BTDrucks. 16/3315 sowie Bericht des FinAussch. v. 9.11.2006 zu dem Gesetzentwurf der BReg. [BTDrucks. 16/2710, 16/2934], BTDrucks. 16/3369).

In Ermangelung einer besonderen Anwendungsregelung galt für den zeitlichen Anwendungsbereich der Änderungen durch das SEStEG die Grundregel des § 52 Abs. 1 zum Zeitpunkt seines In-Kraft-Tretens am 13.12.2006. Maßgeblich war damit die Fassung des § 52 Abs. 1 zu diesem Zeitpunkt durch das Gesetz zum Einstieg in ein stl. Sofortprogramm v. 22.12.2005 (BGBl. I 2005, 3682; BStBl. I 2006, 79). Somit war die durch das SEStEG geänderte Fassung des § 17 erstmals für den VZ 2006 anzuwenden. Zweifelhaft ist, ob dies vom Gesetzgeber gewollt war. Schließlich entstehen auf diese Weise die bereits bekannten verfassungsrechtl. Rückwirkungsproblematiken (s. dazu Anm. 10). Da Steuertatbestand des Abs. 1 Satz 1 die „Veräußerung“ oder ein der Veräußerung gleichgestellter Vorgang ist, kommen die Änderungen und Ergänzungen dann zur Anwendung, wenn der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an den Anteilen oder der veräußerungsgleiche Vorgang ab dem VZ 2006 bzw. ab dem 1.1.2006 stattfand.

► § 54 *EStDV* erfuhr eine Neuregelung durch Abs. 4, die die Mitteilungspflichten der Notare im Hinblick auf Verfügungen über Anteile an KapGes. durch Anteilseigner, die nicht nach § 1 Abs. 1 *EStG* unbeschränkt estpfl. sind, erweiterte. § 54 *Abs. 4 EStDV* ist gem. § 84 Abs. 3b *EStDV* erstmals auf Verfügungen über Anteile an KapGes. anzuwenden, die nach dem 31.12.2006 beurkundet wurden.

Der RegE (BTDrucks. 16/2710) hatte noch vorgesehen, dass bei Beurkundungen in ausländ. Sprache generell eine Übersetzung ins Deutsche beizulegen ist. Davon wurde allerdings im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens auf Beschlussempfehlung des FinAussch. v. 8.11.2006 (BTDrucks. 16/3315) abgesehen.

JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28): Die Formulierung „vom Hundert“ in Abs. 1 Satz 1 wurde durch „Prozent“ ersetzt. Als Grund für die Ersetzung der Formulierung „vom Hundert“ durch „Prozent“ ist angegeben, dass der Gesetzgeber grundsätzlich gehalten sei, veraltete oder ungebrauchliche Ausdrücke durch eine zeitgemäße Wortwahl zu ersetzen. Dies soll nach dem Willen des Gesetzgebers der Verständlichkeit und Bürgernähe dienen.

UntStReformG 2008 v. 30.5.2007 (BGBl. I 2007, 1912; BStBl. I 2007, 630): Seit dem UntStReformG 2008 werden Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an KapGes. iSd. § 17 im sog. „Teileinkünfteverfahren“ mit 60% des jeweiligen Veräußerungsgewinns besteuert (§ 3 Nr. 40 Einleitungssatz idF des UntStReformG 2008). Zugleich wurde die Abgeltungsteuer nach § 32d eingeführt. Die Abgeltungsteuer nach § 32d schränkt den sachlichen Anwendungsbereich des § 17 allerdings normativ nicht ein. Dies lässt sich systematisch aus § 32d Abs. 1 Satz 1 aE iVm. der Subsidiaritätsklausel des § 20 Abs. 8 ableiten, wonach gewerbliche Einkünfte, zu denen Einkünfte aus § 17 gehören, vom Anwendungsbereich der Abgeltungsteuer ausgenommen sind (weitere Einzelheiten zum Verhältnis zwischen § 17 und § 32d vgl. Anm. 37). Daran ändern weder die mit dem UntStReformG 2008 zugleich erfolgten Modifikationen des § 23 Abs. 1 Nr. 2 und § 23 Abs. 2 etwas (näher dazu Anm. 36 und § 23 Anm. 4) noch die Erweiterung des Einkünftekataloges durch § 20 Abs. 2 Nr. 1 (dazu Anm. 35 und § 20 Anm. 420).

Sowohl die Veräußerung von Anteilen von mindestens 1% iSv. § 17 Abs. 1 Satz 1 als auch die Veräußerung von steuerverstrickten Anteilen iSv. § 17 Abs. 6 unterliegen somit nicht der Abgeltungsbesteuerung nach § 32d, sondern sind weiterhin als Einkünfte aus Gewerbebetrieb im Rahmen der EStVeranlagung heranzuziehen. Dagegen gehören seit Einführung der Abgeltungsteuer durch das UntStReformG 2008 alle Gewinne aus der Veräußerung von im PV gehaltenen Anteilen an KapGes. von weniger als 1%, soweit sie nicht ausnahmsweise § 17 Abs. 6 unterfallen, zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, die regelmäßig der Abgeltungsteuer nach § 32d unterliegen. Allerdings kann der Stpfl. auf Antrag nach § 32d Abs. 6 eine – im Vergleich zur Abgeltungsteuer nach § 32d Abs. 1 – günstigere Besteuerung der Kapitaleinkünfte erreichen, wenn die Heranziehung der Kapitaleinkünfte im Rahmen einer EStVeranlagung zu einer niedrigeren Steuerbelastung führt (zur Günstigerprüfung im Einzelnen vgl. § 32d Anm. 80 ff.).

B. Bedeutung des § 17

2

I. Stellung im System des EStG

Wie § 22 Nr. 2 iVm. § 23 nimmt § 17 eine Sonderstellung im System der Einkunftsarten dadurch ein, dass er Gewinne aus der Veräußerung von PV erfasst.

Reformüberlegungen für eine umfassende Neuordnung des EStRechts sehen deshalb eine umfassende Besteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung von zur Einkunftserzielung genutztem Vermögen vor. Bereits der RegE des StVerGAbG v. 10.1.2003 hatte auf der Basis des geltenden Rechts die Streichung der Spekulationsfristen des § 23 und damit eine umfassende Besteuerung privater Veräußerungseinkünfte bezweckt (BTDrucks. 15/287); dies hätte § 17 obsolet gemacht. Das Vorhaben wurde aber im Vermittlungsausschuss gestoppt (vgl. Ergebnis des Vermittlungsausschusses v. 11.4.2003, BRDrucks. 253/03).

3–8 Einstweilen frei.

II. Verfassungsmäßigkeit

9 1. Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit: Nach dem BVerfG ist die Besteuerung der Veräußerung von Anteilen an KapGes. dem Grunde nach verfassungsgemäß (BVerfG v. 7.10.1969 – 2 BvL 3/66, BStBl. II 1970, 160; v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05). Aus den Entscheidungen kann für die heutige Rechtslage entnommen werden, dass es im Hinblick auf den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) unbedenklich ist, Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an KapGes. im PV grundsätzlich zu besteuern, während die Veräußerung anderer WG des PV nur im Rahmen der Veräußerungsfristen des § 23 stpfl. ist. Der Gesetzgeber hat insoweit von seiner Freiheit bei der Auswahl des Steuergegenstands Gebrauch gemacht. Fraglich ist aber die Rechtfertigung der von § 17 geforderten Beteiligungshöhe. Die vom BVerfG für unbedenklich befundene Gesetzesfassung forderte noch eine Beteiligung von mehr als 25 % bzw. mindestens 10 %, die aber zwischenzeitlich auf mindestens 1 % abgesenkt wurde (dazu s. Anm. 130). Durch die Erfassung bei den gewerblichen Einkünften und der damit verbundenen Besteuerung nach dem Teileinkünfteverfahren werden diese Beteiligungen insoweit mit Beteiligungen im BV gleichbehandelt, wobei bei diesen eine Mindestbeteiligungshöhe bekanntermaßen nicht erforderlich ist. Eine ungleiche Behandlung liegt aber hinsichtlich der Beteiligungen im PV vor, die weniger als 1 % betragen. Diese werden zwar nach In-Kraft-Treten der Abgeltungsteuer nunmehr ungeachtet etwaiger Veräußerungsfristen grundsätzlich auch besteuert, aber eben nur mit dem Abgeltungsteuersatz (§ 20 Abs. 2 Nr. 1 idF des UntStReformG 2008). Die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Beteiligungen im PV differenziert nach „Wesentlichkeit“ iSd. § 17 ist spätestens seit der Absenkung der Mindestbeteiligungshöhe auf 1 % fraglich geworden (eine sachliche Rechtfertigung für die grundsätzliche Erfassung von Beteiligungen ab 1 % ablehnend etwa SCHULTE, DB 2000, 1043; KORN/STRAHL, § 17 Rn. 20).

Die sachliche Rechtfertigung kann uE jedenfalls nicht (mehr) aus der früheren Begründung, § 17 beruhe auf einer Gleichstellung mit dem Mitunternehmer einer PersGes. und der „Nähe“ einer solchen Beteiligung zur Geschäftsführung der Gesellschaft, hergeleitet werden. Bei einer derart geringen Beteiligung hat ein Anteilseigner keinerlei rechtl. Einflussmöglichkeiten mehr, weder auf die ei-

gentliche Gewinnerzielung noch auf die Gewinnverwendung, während der Mitunternehmer jedenfalls über ein Minimum an Initiativmöglichkeiten verfügen muss. Allerdings folgt die sachliche Rechtfertigung der gesetzlichen Absenkung der Beteiligungsgrenze auf 1 % seit dem StSenkG v. 23.10.2000 (s. Anm. 1) im Grundsatz nunmehr daraus, dass durch § 17 eine Besteuerung offener Rücklagen einer Körperschaft unabhängig von ihrer Ausschüttung erreicht werden soll; die Absenkung der Beteiligungsgrenze ist Folge der veränderten Besteuerung von Körperschaften und ihrer Anteilseigner. Sie dient dazu, die unter dem Halbeinkünfte-/Teileinkünfteverfahren erstrebte systematische und gleichmäßige Besteuerung beim Anteilseigner zu verwirklichen, sobald er – sei es durch Ausschüttung von Dividenden oder durch Veräußerung der Anteile – die in der Körperschaft dargestellten offenen Rücklagen realisiert (s. zum Funktionswechsel des § 17 auch BFH v. 1.3.2005 – VIII R 25/02, BStBl. II 2005, 398, unter 2.c; s.a. BFH v. 16.3.2010 – VIII R 20/08, DSStR 2010, 1472: „konzeptionelle Gleichbehandlung von Gewinnausschüttung und Veräußerung“). Dies reicht grundsätzlich als sachliche Rechtfertigung für den gesetzlich normierten Besteuerungszugriff auf Anteile an KapGes. aus, insbes. unter Berücksichtigung des im Grundsatz sehr weiten gesetzgeberischen Gestaltungs- und Typisierungsspielraums (BFH v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398, unter 2.a.bb mit Bezug auf die Gesetzesbegründung für das StEntlG 1999/2000/2002; s. auch BFH v. 6.4.2009 – XI B 204/08, BFH/NV 2009, 1262). Die bereits mit dem StEntlG 1999/2000/2002 eingeleitete Absenkung der Beteiligungsgrenze auf 10 % wird vom Gesetzgeber – im Rahmen seines gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums – zusätzlich mit der beabsichtigten Verbreiterung der Bemessungsgrundlage, der Missbrauchsbegrenzung (vgl. BTDrucks. 14/265, 179) und der im Rahmen des § 23 gleichzeitig erweitert stl. Erfassung von Gewinnen aus privaten Veräußerungsgeschäften gerechtfertigt (vgl. auch BFH v. 1.3.2005 – VIII R 92/03 aaO). Es ist aber insbesondere aus steuersystematischen Gründen die Frage aufzuwerfen, ob nicht der Gesetzgeber mit Einführung der Abgeltungsteuer auch eine Reform des § 17 hätte vornehmen müssen. Durch die mit der Einführung der Abgeltungsteuer verbundene grundsätzliche Erfassung aller Beteiligungen im PV (die bislang an dieser Stelle bemängelt wurde) wird das gesetzgeberische Ziel, das auch die beschriebene Rechtfertigung des § 17 bildet, ebenfalls erreicht. In systematischer Hinsicht hätten hieraus zwei Schlussfolgerungen gezogen werden können. Zum einen hätte die Sonderregelung für Beteiligungen ab einer bestimmten Beteiligungshöhe vollständig aufgehoben werden können, da die Besteuerung von Anteilen an KapGes. im PV nun anderweitig gesichert ist. In diesem Fall unterläge die Veräußerung von Beteiligungen unabhängig von der Beteiligungshöhe im PV der Abgeltungsteuer. Zum anderen hätte man § 17 im Hinblick auf die Gleichbehandlung mit im BV gehaltenen Beteiligungen wieder zurückführen können zu einer Norm, die tatsächlich „unternehmerische“ Beteiligungen an KapGes. erfasst. Die ursprüngliche Begründung, die Gleichbehandlung mit Mitunternehmern, wäre allerdings auch hier nicht mehr einschlägig, wird doch die Veräußerung eines Kapitalgesellschaftsanteils seit Einführung des Halbeinkünfte-/ Teileinkünfteverfahrens grundsätzlich anders besteuert als die eines Mitunternehmeranteils. Aus systematischer Sicht sprechen daher gute Gründe dafür, die Veräußerung von Anteilen an KapGes. analog zur Ausschüttung der Abgeltungsteuer zu unterwerfen (vgl. auch KIRCHHOF/GOSCH IX. § 17 Rn. 2).

Beschränkung der Verlustverrechnung: Die Beschränkung der Verrechnung eines etwaigen Veräußerungsverlusts nach Abs. 2 Satz 6 ist dem Grunde nach je-

denfalls in der seit dem StEntlG 1999/2000/2002 geltenden Fassung verfassungsgemäß, denn der Gesetzgeber hat den Verlustabzug aus sachlichen Gründen eingeschränkt, um unerwünschte Steuergestaltungen zu erschweren (BFH v. 14.6.2005 – VIII R 20/04, BFH/NV 2005, 2202). Die Voraussetzung, mindestens fünf Jahre ununterbrochen an der Gesellschaft beteiligt zu sein, stellt eine verfassungsrechtl. zulässige Typisierung dar. Zur wirksamen Bekämpfung von Missbrauchsfällen darf der Gesetzgeber einen Behaltenszeitraum wählen, der für die Stpfl. nicht ausreichend überschaubar ist, so dass die Missbrauchsbekämpfungsregelung nicht umgangen werden kann (Nds. FG v. 17.4.2002, EFG 2002, 1520, rkr.). Für die Zeit vor dem StEntlG 1999/2000/2002 war die Verfassungsmäßigkeit für Fälle umstritten, in denen keine künstliche oder rechtsmissbräuchliche Gestaltung vorlag (Verfassungswidrigkeit bejahend FG Münster v. 11.6.1999, DStRE 2000; Vorlagebeschluss allerdings aufgehoben mit Beschluss v. 27.12.2000, nv.; KORN/STRAHL, § 17 Rn. 101; BORDEWIN/BRANDT/ZIMMERMANN/SCHWIER, § 17 Rn. 217; für verfassungskonforme Auslegung dagegen FG Münster v. 27.4.2000, EFG 2000, 864, rkr. im Anschluss an FG Rhld.-Pf. v. 15.12.1998, EFG 1999, 830, rkr.; WEBER-GRELLET, FR 1999, 956). Erheblich entschärft wurde diese Problematik aber durch das StÄndG 2001 (s. Anm. 1), nach dem die Verlustausgleichsbeschränkung idF des StEntlG 1999/2000/2002 auch auf alle noch nicht bestandskräftig veranlagten Fälle vor dem VZ 1999 anzuwenden war (§ 52 Abs. 34a Satz 2; im Vorgriff hierauf bereits BMF v. 3.8.2000, BStBl. I 2000, 1199). Für Beteiligungen, die die Mindestbeteiligungshöhe von 1 % nicht erreichen, gilt unter dem Abgeltungsteuerregime eine andere Art der Verlustverrechnungsbeschränkung. Neben der grundsätzlichen Beschränkung auf eine Verlustverrechnung innerhalb der Einkunftsart (§ 20 Abs. 6 Sätze 2–4) besteht eine besondere Verschärfung für Verluste aus der Veräußerung von Aktien, die nur mit Gewinnen aus der Veräußerung von Anteilen an Körperschaften iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 verrechnet werden dürfen (§ 20 Abs. 6 Satz 5). Mindesthaltedauern sind dafür entsprechend der Erfassung des Gewinns ungeachtet der Haltedauer nicht zu beachten. Diese ungleiche Behandlung, die im Einzelfall negative oder positive Folgen haben kann, je nach dem, ob § 17 oder § 20 anzuwenden ist, hat uE aber wegen der grundsätzlich gerechtfertigten (gleichwohl systematisch zu kritisierenden) unterschiedlichen Behandlung der Beteiligungen keine Auswirkungen auf die Zulässigkeit der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 17 Abs. 2 Satz 6.

Allerdings kann die Anwendung der grundsätzlich verfassungsmäßigen Beschränkung in Einzelfällen verfassungswidrig erscheinen (zu Einzelfällen zB KORN/STRAHL, § 17 Rn. 100 ff., insbes. 101 und 109; Vorlagebeschluss des FG Münster v. 11.6.1999, aaO – später aufgehoben, s.o.). Die in Abs. 2 Satz 6 enthaltenen Verlustabzugsverbote führen nur dann zu noch verfassungskonformen Ergebnissen, wenn sie restriktiv am Maßstab des für das StRecht aus Art. 3 Abs. 1 GG entwickelten verfassungsrechtl. Subprinzips der Belastungsgleichheit ausgelegt werden (vgl. dazu insbes. BVerfG v. 30.9.1998 – 2 BvR 1818/91, DStR 1998, 1743 = HFR 1999, 44 zur Verfassungswidrigkeit des § 22 Nr. 3 Satz 3 EStG [bis VZ 1998]). Das BVerfG verlangt vom Gesetzgeber (und auch vom Rechtsanwender) Gestaltungsgleichheit (und Rechtsanwendungsgleichheit) im Rahmen der vom Gesetzgeber bei der Auswahl des Steuergegenstands und bei der Bestimmung des StSatzes einmal getroffenen Belastungsentscheidung. Der Gesetzgeber hat die von ihm einmal getroffene Belastungsentscheidung folgerichtig iSd. Belastungsgleichheit umzusetzen (BVerfG v. 12.5.2009 – 2 BvL 1/00, BVerfGE 123, 111; v. 30.9.1998 – 2 BvR 1818/91 aaO). Hiernach ist

Abs. 2 Satz 6 – entsprechend der unbeschränkten Erfassung von Wertsteigerungen bei steuerverstrickten Anteilen von mindestens 1 % nach Abs. 1 – nur auf nicht steuerverstrickte Beteiligungen von unter 1 % zu beziehen. Bei der Auslegung des Abs. 2 Satz 6 darf uE allerdings nicht etwa auf die in der Vergangenheit (vor Anwendung des § 17 idF des StSenkG) geltenden höheren Beteiligungsquoten von 10 % (insbes. VZ 1999, 2000) oder gar von 25 % (bis einschl. VZ 1998) zurückgegriffen werden (aA dagegen BFH v. 29.5.2008 – IX R 62/05, BStBl. II 2008, 856 und v. 22.2.2005 – VIII R 41/03, BFH/NV 2005, 1518 für die bis 2001 geltende Gesetzesfassung; dazu näher Anm. 10). Die für Abs. 1 zu gewährende Rückwirkungssperre folgt allein aus dem verfassungsrechtl. Vertrauensschutzprinzip, nicht aus einer gesetzlichen Belastungsentscheidung. Das bedeutet im Ergebnis, dass die 1 %-Grenze auch für die in Abs. 2 Satz 6 (idF des StSenkG) bestimmte 5-Jahresfrist zurückbezogen werden muss. Dafür spricht auch, dass der Gesetzgeber den Begriff „wesentlich“ auch im Rahmen des Abs. 2 Satz 6 gestrichen hat.

Einzelne BVerfG-Entscheidungen: Zu einzelnen Aspekten des § 17 hat das BVerfG bislang folgende Regelungen für verfassungskonform erklärt: die Erfassung der Veräußerung von Bezugsrechten (BVerfG v. 27.8.1975 – 1 BvR 171/75, HFR 1975, 540), die Auslegung, nach der der Gewinn in dem VZ entsteht und zu ermitteln ist, in dem das wirtschaftliche Eigentum übergeht (BVerfG v. 13.11.1984 – 1 BvR 1337/84, StRK EStG 1975 § 17 Abs. 1 R.6), die Erfassung auch mittelbarer Beteiligungen (BVerfG v. 20.11.1984 – 1 BvR 727/82, HFR 1985, 381), die hinreichende Bestimmtheit des Tatbestands der unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung (BVerfG v. 15.5.1985 – 1 BvR 274/85, HFR 1986, 424) und dass auch bei unentgeltlichem Hinzuerwerb, der zu einer wesentlichen Beteiligung führt, an die historischen AK der gesamten Anteile anzuknüpfen sei (BVerfG v. 3.5.2005 – 2 BvR 736/03, HFR 2005, 780).

2. Absenkung der Beteiligungsgrenze mit Rückwirkung und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG)

10

Problemstellung: Die tatbestandlich rückwirkende Absenkung der Beteiligungsgrenze auf 10 % durch das StEntlG 1999/2000/2002 (ab VZ 1999) und weiterhin auf 1 % durch das StSenkG kollidiert mit dem – aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG herzuleitenden – Verfassungsprinzip des Vertrauensschutzes. Sie wirft wegen des retrospektiven Tatbestandsmerkmals „... innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft [...] beteiligt war“ iSd. Abs. 1 Satz 1 die umstrittene Frage nach der verfassungsrechtl. Zulässigkeit auf. Rückwirkung entfaltet die Absenkung der Beteiligungsgrenze jeweils durch ihre Einbindung in das Merkmal „innerhalb der letzten fünf Jahre ... (wesentlich) beteiligt war“. Hierdurch werden stille Reserven, die in der Vergangenheit nicht steuerverstrickt waren, im Fall der Veräußerung von Anteilen unter den gesetzlichen Neufassungen (ab VZ 1999) rückwirkend stpfl. Es stellt sich die Kernfrage, ob und ggf. inwieweit eine dadurch bewirkte stl. Verstrickung von Wertsteigerungen (im PV) noch auf Zeiträume vor Abschluss des jeweiligen Gesetzgebungsverfahrens zurückwirken darf, ohne dass verfassungsrechtl. schutzwürdiges Vertrauen des Stpfl. in die (vormals für ihn günstigere) Gesetzeslage verletzt wird. In diesem Zusammenhang wird als mögliches Korrektiv insbes. der Ansatz von Zeitwerten an Stelle der historischen AK als vertrauensschutzwahrende, verfassungskonforme Auslegungsmöglichkeit diskutiert. Ein weiteres Kernproblem in diesem Zusammenhang ist die – mittlerweile häufig anzutreffende – Gepflogenheit des Gesetzgebers, Steuertatbestände während eines lau-

fenden VZ ab Beginn des VZ und sogar rückwirkend vor In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Anwendung zu bringen. Das BVerfG hat hierzu jüngst eine seit langem erwartete Entscheidung getroffen (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05 u.a., DStR 2010, 1733), in der es die Regelung als teilweise grundgesetzwidrig qualifiziert hat.

Meinungsstand bis zum Ergehen des BVerfG-Beschlusses: Die Frage, ob und inwieweit die gesetzliche Absenkung der Beteiligungsgrenzen in Verbindung mit dem retrospektiven Tatbestandsmerkmal „... innerhalb der letzten fünf Jahre ...“ zulässigerweise zu einer rückwirkenden stpfl. Verstrickung von Wertsteigerungen im PV führt, war seit Inkrafttreten der Änderung umstritten.

► *Auffassung des BFH zur Verfassungsmäßigkeit der Absenkung:* Der BFH sah in der Absenkung der Beteiligungsgrenze eine unechte Rückwirkung. Diese soll jedenfalls dann verfassungsrechtl. zulässig sein, wenn die Veräußerung erst nach dem BT-Beschluss am 4.3.1999 vorgenommen worden ist (BFH v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398) oder wenn sie zwar vor dem BT-Beschluss, aber im Hinblick auf die sich seit Ende 1998 abzeichnende Absenkung der Beteiligungsgrenze erfolgt ist (BFH v. 9.10.2008 – IX R 73/06, BStBl. II 2009, 140). Es führte nach Ansicht des BFH auch nicht zur Verfassungswidrigkeit, wenn zur Bestimmung, ob eine wesentliche Beteiligung vorliegt, ausschließlich auf das Jahr der Veräußerung abgestellt wird (BFH v. 1.3.2005 – VIII R 25/02, BStBl. II 2005, 436). In letztgenanntem Urteilsfall veräußerte der nach der seinerzeit geltenden Rechtslage nicht wesentlich beteiligte Stpfl. in 1998 einen Teil der Anteile und unterschritt damit ab diesem Zeitpunkt die ab 1999 geltende Beteiligungsgrenze. Der BFH bejahte trotzdem eine StPflcht, da er innerhalb der letzten fünf Jahre wesentlich iSd. neuen Beteiligungsgrenze beteiligt war, obwohl im Zeitpunkt der Veräußerung keine wesentliche Beteiligung gehalten wurde und auch in den vorangegangenen VZ die nach der jeweils geltenden Rechtslage maßgeblichen Beteiligungsgrenzen nicht erreicht wurden. Gegen alle diese Entscheidungen richteten sich Verfassungsbeschwerden, die zum nunmehr gefassten BVerfG-Beschluss führten.

► *BFH v. 22.2.2005 – VIII R 41/03, BFH/NV 2005, 1518 und v. 29.5.2008 – IX R 62/05, BStBl. II 2008, 856 zur Verlustabzugsbeschränkung:* Im Zusammenhang mit der Verlustabzugsbeschränkung des Abs. 2 Satz 4 (jetzt Satz 6) entschieden sich der VIII. und der IX. Senat des BFH – im Widerspruch zur Wertung gegen eine rückwirkende Anerkennung der herabgesetzten Beteiligungsgrenzen – für den 5-jährigen Rückwirkungszeitraum (anderes soll aber für die Fassung ab VZ 2002 gelten, vgl. BFH v. 28.10.2008 – IX R 22/08, BStBl. II 2009, 527, s. Anm. 247). Eine verfassungsrechtl. Beurteilung findet hierbei nicht statt. Vielmehr geht er mit formalen, einfachgesetzlichen Erwägungen davon aus, dass sich der zeitliche Anwendungsbereich des Abs. 1 Satz 1 von demjenigen des Abs. 2 Satz 4 (jetzt Satz 6) in Bezug auf die Höhe der Beteiligungsgrenze unterscheidet. Damit wurden in Bezug auf die Rückwirkung der Absenkung der Wesentlichkeits- bzw. Beteiligungsgrenzen im Ergebnis Gewinne und Verluste gegensätzlich behandelt.

► *Ansichten im Schrifttum:* Das überwiegende Schrifttum vor den Entscheidungen des BFH v. 1.3.2005 – VIII R 92/03 aaO und v. 1.3.2005 – VIII R 25/02 aaO sah sowohl die rückwirkende Senkung der Beteiligungsgrenze bei § 17 als auch die rückwirkende Ausdehnung der Besitzzeiten bei § 23 gleichermaßen als verfassungswidrig an (vgl. zB LANDSITTEL/HAUG, BB 1999, 2218; EILERS/WIENANDS, GmbHR 1999, 505; HÖRGER/MENDEL/SCHULZ, DStR 1999, 565 [568]; BEKER, DStZ 2004, 32 [37]; KSM/SCHNEIDER, § 17 A 259). Auch die Entscheidungen

des VIII. Senats v. 1.3.2005 (s.o.) sind in Teilen des Schrifttums auf Kritik gestoßen (ASSMANN, DStR 2006, 1115). Bei wesentlichen Beteiligungen gäbe es im Vergleich zu den Fällen der Spekulationsgeschäfte mit Grundstücken einige Aspekte, die sogar eine größere Zurückhaltung hinsichtlich einer rückwirkenden Besteuerung gebieten würden (vgl. PAUS, FR 2005, 627 [630]). Ferner wurde vertreten, dass die Belastung stiller, nicht steuerverstrickter Reserven, die in den vergangenen VZ angesammelt wurden, als echte Rückwirkung zu behandeln sei, sofern zu keinem Zeitpunkt nach der jeweiligen Gesetzeslage eine wesentliche Beteiligung gegeben war; diese echte Rückwirkung sei nicht zu rechtfertigen und daher verfassungswidrig (vgl. WEBER, BB 2005, 985; eine echte Rückwirkung für den Zeitraum vom 1.1. bis zum 4.3.1999 – Tag des BT-Beschlusses – nimmt etwa SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 35 an). Differenzierend WEBER-GRELLET (FR 2005, 653): Seiner Auffassung nach ist die Entscheidung VIII R 92/03 verfassungskonform, da eine Vielzahl von Gründen das staatliche Änderungsinteresse rechtfertigten. Die Entscheidung VIII R 25/02 sei dagegen verfassungsrechtl. fragwürdig, da hier nur eine „fiktive“ wesentliche Beteiligung zugrunde gelegt worden sei. Der rückwirkenden Erfassung der bisher nicht steuerverstrickten stillen Reserven könnte dadurch begegnet werden, dass nicht die historischen AK, sondern die Zeitwerte zum Zeitpunkt des Eintritts der Anteile in die stbare Sphäre angesetzt werden (= Zeitpunkt des Überschreitens der Beteiligungsschwelle bei In-Kraft-Treten des jeweils geänderten Steuergesetzes, zumindest aber Zeitwerte zum Zeitpunkt des Beginns der Fünf-Jahres-Frist iSd. Abs. 1 Satz 1; in diesem Sinne auch KIRCHHOF/GOSCH IX. § 17 Rn. 34; WENDT, FR 1999, 333 [345]; HÖRGER/MENTEL/SCHULZ, DStR 1999, 565 [568]; HERZIG/FÖRSTER, DB 1999, 711; EILERS/WIENANDS, GmbHR 1999, 505; EILERS in Hommage an Isensee, 2002, 421; KSM/SCHNEIDER, § 17 A 260; BORDEWIN/BRANDT/ZIMMERMANN/SCHWIER, § 17 Rn. 60).

BVerfG-Beschluss v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05 aaO: Nach der Entscheidung des BVerfG ist die Absenkung der Beteiligungsquote eine unechte Rückwirkung, die zur Nichtigkeit führt, soweit im Veräußerungsgewinn Wertsteigerungen erfasst werden, die bis zur Verkündung des StEntG am 31.3.1999 entstanden sind und die entweder – bei einer Veräußerung bis zu diesem Zeitpunkt – nach der zuvor geltenden Rechtslage steuerfrei veräußert worden sind oder – bei einer Veräußerung nach Verkündung des Gesetzes – sowohl zum Zeitpunkt der Verkündung als auch zum Zeitpunkt der Veräußerung nach der zuvor geltenden Rechtslage steuerfrei hätten realisiert werden können.

Zunächst bestätigt das BVerfG trotz vielfältiger Kritik seine bisherige Rechtsprechung, nach der bei der Beurteilung des verfassungsrechtl. Vertrauensschutzes im StRecht in zeitlicher Hinsicht bei Fiskalzwecknormen darauf abzustellen ist, ob bei In-Kraft-Treten der Gesetzesänderung der jeweilige VZ schon abgeschlossen war oder nicht (sog. veranlagungsbezogener Rückwirkungsbegriff im Gegensatz zum dispositionsbezogenen Rückwirkungsbegriff, der etwa bei stl. Lenkungs Vorschriften zur Anwendung kommen soll, vgl. BVerfG v. 3.12.1997 – 2 BvR 882/97, BVerfGE 97, 67 zur Beendigung der Schiffsbausubventionen). Danach ist bei vor Ablauf eines VZ in Kraft getretenen Gesetzesänderungen auch für den bereits abgelaufenen Teil des VZ eine verfassungsrechtl. grundsätzlich zulässige Neubestimmung von Rechtsfolgen anzunehmen (sog. unechte Rückwirkung oder tatbestandliche Rückanknüpfung), obwohl nach herkömmlichen Maßstäben eine – nur unter engsten Voraussetzungen zulässige – Rückbewirkung von Rechtsfolgen (echte Rückwirkung) vorliegt (vgl. auch BVerfG v. 14.5.1986 – 2 BvL 2/83, BVerfGE 72, 200 [253 ff.]; vgl. dazu auch KSM/

SCHNEIDER, § 17 A 258 f.). Trotz dieser Einordnung als unechte Rückwirkung betont das BVerfG, dass auch im Rahmen dieser ein schutzwürdiges Vertrauen entsteht, dass von Verfassungen wegen zu beachten ist. Hinsichtlich des Zeitpunktes, bis zu dem sich der Stpfl. auf ein schutzwürdiges Vertrauen berufen kann, soll es (rein objektiv) auf den Zeitpunkt der Verkündung im BGBl. ankommen. Soweit hiernach schutzwürdiges Vertrauen auf die Steuerfreiheit von Wertsteigerungen besteht, hätte es zur Zulässigkeit einer Rückwirkung einer Rechtfertigung durch hinreichend gewichtige Gründe bedurft, die das BVerfG hier abgelehnt hat.

Das BVerfG hat allerdings nur die Erfassung der *Wertsteigerungen* als gegen das Rückwirkungsverbot verstößend angesehen. Das bedeutet, dass uE die Entscheidung, ob eine wesentliche bzw. steuerverstrickte Beteiligung iSd. § 17 veräußert wird, grundsätzlich nach den im Veräußerungszeitpunkt bestimmten Grenzen zu treffen ist. Wertsteigerungen, die im Zeitraum nach dem 31.3.1999 entstanden sind, sind in diesem Fall stpfl. Wertsteigerungen; Wertsteigerungen bleiben aber außer Betracht, soweit diese vor dem 31.3.1999 entstanden sind und ein schutzwürdiges Vertrauen in die Steuerfreiheit bestanden hat. Dies ist zum einen der Fall, wenn der Anteil bis zum 31.3.1999 veräußert wurde (1. Alt.). Bei einer Veräußerung nach dem 31.3.1999 (2. Alt.) kommt es darauf an, dass jeweils unter Zugrundelegung der Beteiligungsgrenze von mehr als 25 % (i) eine hypothetische Veräußerung zum 31.3.1999 steuerfrei gewesen wäre *und* (ii) die spätere tatsächliche Veräußerung ebenfalls steuerfrei gewesen wäre. Letzteres bedeutet, dass wenn der Stpfl. später durch Hinzuwerb oder andere Umstände eine Beteiligung von mehr als 25 % hält, die gesamte Wertsteigerung steuerpflichtig ist.

Stellungnahme: Die Ausführungen des BVerfG sind insofern zu begrüßen, als der Stpfl. grundsätzlich auf eine Gesetzeslage bis zur Verkündung einer Änderung im BGBl. vertrauen kann, was insbesondere hinsichtlich des Zeitpunktes eine gewisse Rechtssicherheit verspricht. Diesbezüglich wurde die Auffassung des BFH, der als vertrauenszerstörenden Zeitpunkt den Tag des BTBeschlusses angesehen hatte, widerlegt, was begrüßenswert ist, da die abgesenkte Beteiligungsgrenze erst ab dem 31.3.1999 rechtl. existent war. Hinsichtlich der Nichterfassung der bis zum 31.3.1999 entstandenen Wertsteigerungen folgt das BVerfG im Ergebnis unausgesprochen der bislang h.Lit., nach der bei einer Erfassung bisher nicht steuerverstrickter Anteile durch die Absenkung auf 10 % nicht die historischen AK, sondern die Zeitwerte zum Zeitpunkt der Verkündung anzusetzen sein sollten, wobei in zeitlicher Hinsicht eben der Zeitpunkt der Verkündung maßgebend sein soll.

Das BVerfG hat sich leider nicht zu einer grundsätzlichen Neubestimmung der Rückwirkungsrechtsprechung im Bereich des StRechts hin zu einem dispositionsbezogenen Rückwirkungsbegriff durchringen können. UE sollte der verfassungsrechtl. Vertrauensschutz gegenüber der Änderung von belastenden, an Dispositionen des Stpfl. anknüpfenden StRechtsnormen im Ergebnis nicht schwächer ausgeprägt sein als bei Subventionstatbeständen. Der vom BVerfG bisher nur für (Verschonungs-) Subventionen und StVergünstigungen gewährte Schutz von Dispositionen sollte auf alle StRechtsnormen einheitlich erstreckt werden (so uE zutr. auch BFH v. 16.12.2003 – IX R 46/02 aaO mwN unter B.III.2.f zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 iVm. § 52 Abs. 39 Satz 1 idF des StEntlG 1999/2000/2002; vgl. allg. zur Problematik der rückwirkenden Steuergesetze Einf. ESt. Anm. 523 ff.). Ferner sind uE unterlassene Dispositionen (zB Absehen von stfreiem Verkauf) im Vertrauen auf eine bestehende Gesetzeslage

(zB 10 %-Grenze) genauso schutzwürdig wie aktive Dispositionen durch Veräußerung oder Anschaffung (in diesem Sinne auch zB FG Ba.-Württ. v. 19.3.2002, EFG 2002, 701, aufgehoben durch BFH v. 1.3.2005 – VIII R 25/02, BStBl. II 2005, 398, und BFH v. 16.12.2003 – IX R 46/02 aaO unter B.III.4.c. bb [1]). Dies gebietet auch der Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG. Nach dieser Auffassung ist für die Frage, ob eine echte Rückwirkung vorliegt, darauf abzustellen, ob das Gesetz nachträglich in den durch die Veräußerung abgeschlossenen Sachverhalt eingreift, konkret, ob die Rechtsfolgen (= die Steuerverstrickung) auch für die Zeit vor der Veräußerung angeordnet werden.

Fraglich ist, welche Folgerungen sich aus dem Urteil für die neuerliche Absenkung der Beteiligungsgrenze durch das StSenkG auf mindestens 1 % ergeben. Ein Unterschied besteht hier insoweit, als diese Änderung nicht in einem laufenden VZ mit Wirkung ab Beginn dieses VZ wirksam wurde, sondern dass die Änderung am 26.10.2000 im BGBl. verkündet wurde und zeitlich frühestens ab dem VZ 2001 Anwendung fand (näher s. Anm. 1). Hierdurch ergeben sich aber uE vom Grundsatz her keine anderen Folgerungen für die Rückwirkung. Auch insoweit führt die gesetzliche Absenkung der Beteiligungsgrenzen in Verbindung mit dem retrospektiven Tatbestandsmerkmal „... innerhalb der letzten fünf Jahre ...“ zu einer rückwirkenden stpfl. Verstrickung von Wertsteigerungen im PV. Für Wertsteigerungen, die bis zum Tag der Verkündung entstanden waren sind damit die Grundsätze der BVerfG-Entscheidung entsprechend anzuwenden, d.h. auch insoweit besteht schützenswertes Vertrauen. Eine Rechtfertigung für die Rückwirkung ist uE auch hier nicht ersichtlich. Dogmatisch sollte eine Nichterfassung über eine entsprechende verfassungskonforme Auslegung zu lösen sein, auch wenn das BVerfG im Beschluss diesen Weg nicht gewählt hat, sondern die Norm insoweit für nichtig erklärt hat.

In tatsächlicher Hinsicht ergibt sich für diese Fälle das praktische Problem der Ermittlung der Wertsteigerung und deren Zuordnung zu den Zeitpunkten vor und nach Verkündung der jeweiligen Änderung. Die Feststellungslast, dass und inwieweit eine Wertsteigerung dem Zeitraum nach Verkündung der Änderung zuzuordnen ist, obliegt uE der Finanzverwaltung, da es sich insoweit um eine steuerbegründende Tatsache handelt.

III. Europarechtskonformität

11

Zielsetzungen des Gesetzgebers: Die Regelung des §17 begegnet dem Grunde nach keinen europarechtlichen Bedenken (solche bestehen im Hinblick auf die Wegzugsbesteuerung nach § 6 AStG, näher Anm. 40). Die durch das SEStEG eingefügten Gesetzesänderungen zu § 17 (dazu Anm. 1) sind – wie diejenigen zu § 6 AStG – durch das mit dem SEStEG verfolgte allgemeine Ziel beeinflusst, die nationalen stl. Vorschriften zur Umstrukturierung von Unternehmen an die gesellschaftsrechtl. und stl. Entwicklungen und Vorgaben des europäischen Rechts anzupassen (vgl. Begründung des Referentenentwurfs des BMF v. 21.4.2006, abrufbar unter <http://www.finanz-rundschau.de/media/kabinettsbeschluss1272006.pdf>) und Begründung des Gesetzentwurfs der BReg. v. 25.9.2006, BTDrucks. 16/2710, 25). Um zu verhindern, dass das deutsche Besteuerungsrecht durch grenzüberschreitende Umstrukturierungen gefährdet wird, zielt das Gesetz nach der Regierungsbegründung (BTDrucks. 16/2710, 25) in erster Linie auf eine Sicherung deutscher Besteuerungsrechte. Verhindert werden sollen insbes. auch steuermindernde Gestaltungen, durch die infolge der eu-

roparechtl. Harmonisierung bislang aufgetretene Besteuerungslücken auftreten würden. Solche nach der gesetzlichen Zielsetzung zu vermeidende Besteuerungslücken sind insbes. auch hinsichtlich der in Deutschland erzielten Wertsteigerungen von Anteilen an KapGes. möglich.

12 Einstweilen frei.

13

IV. Kritik an fortbestehender Doppelbelastung

Abgesehen von den verfassungsrechtlichen Bedenken (Anm. 9) und der systematisch nicht begründbaren Beteiligungsgrenze (vgl. Anm. 10) bestehen gegen § 17 in seiner jetzigen Fassung und im überkommenen System des Einkünfte-dualismus insbes. wegen der verbleibenden Mehrfachbelastung von Einkünften mit ESt. einerseits und mit KSt./GewSt. andererseits Bedenken.

Trotz aller Reformbemühungen besteht auch weiterhin bei der Gewinnrealisierung durch Anteilsveräußerung von KapGesAnteilen noch das Problem des Nebeneinanders von KSt. und GewSt. einerseits und ESt. andererseits (s. Einf. KSt. Anm. 19 f.). Infolge des erheblich geminderten KStSatzes für thesaurierte Gewinne von 15 % (ab VZ 2008) einerseits und der Einführung des Teileinkünfteverfahrens für Gewinne aus der Anteilsveräußerung (und Anteilsentnahme) gem. § 3 Nr. 40 andererseits wurde die stl. Doppelbelastung von Wertsteigerungen bzgl. KapGesAnteilen zwar erheblich reduziert (s. zur vorherigen Differenzbelastung vorangehende EL). Gleichwohl wurde sie vor allem wegen der für KapGes. weiterhin definitiven GewStBelastung nicht vollständig abgeschafft.

Eine systemgerechte, die Doppelbelastung von Wertsteigerungen bzgl. KapGesAnteilen weitgehend ausschließende Besteuerung durch § 17 wird uE erst dann erreicht, wenn die GewSt. entweder gänzlich abgeschafft oder aber – wie bei (Mit-)Unternehmern nach Maßgabe des § 35 – auch bei den KapGes. jedenfalls teilweise stmindernd angerechnet würde. Anderenfalls führt – wie gezeigt – § 17 auch weiterhin teilweise noch zu einer stl. Doppelbelastung. Insofern besteht weiterer Handlungsbedarf im Kontext der Besteuerung nach § 17.

Verlustausgleichsverbot des Abs. 2 Satz 6: Die mit StÄndG v. 14.5.1965 erfolgte Aufhebung des Verlustausgleichsverbots war nicht nur system- und folgerichtig, sondern als Fortschritt zu mehr Steuergerechtigkeit zu verzeichnen. Demgegenüber stellt die durch JStG 1996 v. 11.10.1995 mit Wirkung ab VZ 1996 geschaffene Verlustausgleichsbeschränkung gem. Abs. 2 Satz 6 (seinerzeit als Satz 4 eingeführt) einen Rückschritt dar. Sie konnte zwar noch vor dem Hintergrund gerechtfertigt werden, dass bei Verabschiedung des JStG 1996 Anteile bis immerhin 25 % der nicht stbaren Sphäre zuzuordnen waren; damit erschien es noch nachvollziehbar, solchen Gestaltungen entgegenzuwirken, die auf die Nutzung von eingetretenen Wertminderungen für nicht steuerverstrickte Anteile durch kurzfristigen Zukauf weiterer Anteile und (stl. motiviertes) Überschreiten der Wesentlichkeitsgrenze (25 %) gerichtet waren. Die in Abs. 2 Satz 6 normierten Beschränkungen des Verlustabzugs verlieren uE jedoch spätestens mit der Herabsetzung der Beteiligungsgrenze auf 1 % ihre Rechtfertigung; denn hierdurch werden in der Mehrzahl der Fälle (Mittelstands- und Familien-KapGes.) besondere Gestaltungen zur Verlustnutzung obsolet.

14–19 Einstweilen frei.

C. Geltungsbereich des § 17

I. Sachlicher Geltungsbereich

20

Subsidiäre Geltung des § 17: § 17 gilt nur subsidiär, nämlich nicht

- ▶ *bei Zugehörigkeit der Beteiligung zu einem BV* (s. nachstehend);
- ▶ *bei Veräußerung von sog. einbringungsgeborenen Anteilen:* Anteile, die der Stpfl. vor In-Kraft-Treten des SEStEG durch Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils in eine KapGes. gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten unter Fortführung seiner bisherigen Buchwerte bei der KapGes. erworben hat, waren sog. einbringungsgeborene Anteile, die der Sonderregelung des § 21 UmwStG aF unterliegen, die auch weiterhin (zeitlich unbegrenzt) Anwendung findet (näher s. Anm. 298). Danach ist der Veräußerungsgewinn nach § 16 zu erfassen. Werden die Anteile aber auf Antrag entstrickt, unterliegen sie § 17 (BFH v. 24.6.2008 – IX R 58/05, BStBl. II 2008, 872).
- ▶ *Die Veräußerung von sog. sperfristbehafteten Anteilen* (die nach In-Kraft-Treten des SEStEG das Institut der einbringungsgeborenen Anteile abgelöst haben) ist allerdings von Abs. 1 und insbes. Abs. 6 erfasst. Dies gilt auch für Veräußerungen innerhalb der Siebenjahres-Frist nach der begünstigten Einbringung, die rückwirkend zu einem Einbringungsgewinn nach § 22 UmwStG führen können. Einzelheiten zu § 17 Abs. 6 vgl. Anm. 360.

Zugehörigkeit zu einem Betriebsvermögen: § 17 gilt nicht für die Veräußerung von Anteilen an einer KapGes., die zu einem BV gehören. In diesem Fall ist die Veräußerung ein Betriebsvorgang, für den der Gewinn oder Verlust im Rahmen der Gewinnermittlung nach § 15 erfasst und ermittelt wird (s. bereits RFH v. 18.12.1928, RStBl. 1929, 220; v. 23.10.1935, RStBl. 1936, 201; R 17 Abs. 1 EStR 2008). Das ergibt sich aus der Stellung des § 17 im Gesetz und aus dem Zweck der Vorschrift, die Einkünfte aus Gewerbebetrieb (zur Abgrenzung s. Anm. 32 f.) um den Tatbestand dieser Anteilsveräußerung zu erweitern; fällt der Veräußerungsgewinn oder -verlust schon gem. § 15 unter die Einkünfte aus Gewerbebetrieb, so kann er nicht mehr durch § 17 erfasst werden.

Nur bei einem der inländ. Besteuerung unterliegenden BV wird die Anteilsveräußerung bereits bei der Ermittlung der Einkünfte aus Gewerbebetrieb gem. §§ 4, 5 erfasst. Über die Zugehörigkeit zu einer ausländ. Betriebstätte s. Anm. 23.

Gleichartige Anteile sowohl im Privatvermögen als auch im Betriebsvermögen: Hält der Stpfl. gleichartige Anteile an derselben KapGes. teils im PV und teils im BV und können die Anteile nicht unterschieden werden, kann der Stpfl. bestimmen (und buchmäßig zum Ausdruck bringen), ob die Veräußerung aus einem PV oder aus dem BV vorgenommen sein soll. Zur Bedeutung für die Bestimmung des Veräußerungsgewinns s. auch Anm. 208.

II. Persönlicher Geltungsbereich

21

§ 17 gilt auch für beschränkt EStpfl., jedoch nur bei Beteiligungen an inländ. KapGes. und vorbehaltlich des Besteuerungsrechts des Wohnsitzstaats lt. DBA; s. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e (§ 49 Anm. 560 ff., insbes. Anm. 575 f.). Zum Begriff „inländisch“ s. § 49 Anm. 103 und § 1 Anm. 57. Auf nach dem KStG unbeschränkt oder beschränkt kstpfl. Personen ist § 17 nicht anzuwenden. Für diese

gilt vielmehr § 8b Abs. 2 iVm. § 8b Abs. 4 KStG. § 8b Abs. 2 iVm. Abs. 4 KStG ist insoweit *lex specialis* zu § 17 EStG.

III. Anwendung bei Auslandsbeziehungen

Nach dem Sinn und Zweck des § 17 sollen auch Wertsteigerungen in Bezug auf Anteile an ausländ. KapGes. besteuert werden.

Eine Beteiligung an einer ausländischen Kapitalgesellschaft (einer KapGes., die weder Sitz noch Geschäftsleitung im Inland hat) stellt einen Anteil iSd. § 17 dar, wenn die ausländ. KapGes. ihrer Rechtsform nach einer deutschen KapGes. vergleichbar ist (sog. Typenvergleich, s. auch § 1 KStG Anm. 101 ff.; SCHNITTKER/LEMAITRE, GmbHR 2003, 1314; ferner zur Doppelansässigkeit Anm. 288 f.). Für einen solchen Anteil besteht regelmäßig ein inländ. Besteuerungsrecht. Denn die im PV gehaltene Beteiligung an einer ausländ. KapGes. begründet für sich genommen keine ausländ. Betriebsstätte. Ihre Veräußerung löst daher keinen Unternehmensgewinn iSd. Art. 7, 13 Abs. 2 OECD-MA aus, sondern stets einen Veräußerungsgewinn iSd. Art. 13 Abs. 5 OECD-MA. Entsprechendes gilt für Gewinne gem. § 21 UmwStG aF aus einbringungsgeborenen Anteilen und Einbringungsgewinne iSv. § 22 UmwStG (dazu Anm. 44, 298; vgl. WASSERMAYER in DEBATIN/WASSERMAYER, DBA, Art. 7 MA Rn. 56, 165 und Art. 13 MA Rn. 22, 135).

Geht ein Anteil an einer KapGes. einer unbeschränkt stpfl. Person (KapGes. oder natürliche Person) zu einem ausländ. BV (ausländ. Betriebsstätte), greift § 17 im Anwendungsbereich von DBA nicht ein. Nach dem OECD-MA hat grundsätzlich der Staat das Besteuerungsrecht, in dem sich das ausländ. BV (ausländ. Betriebsstätte) befindet, da in diesem Fall nicht Art. 13 Abs. 5 MA (Wohnsitzprinzip), sondern vielmehr Art. 13 Abs. 2 iVm. Art. 7 MA (Betriebsstättenprinzip) eingreift. Für die Anwendung des Art. 13 Abs. 2 MA ist zu beachten, dass der Veräußerungsgewinn den Einkünften aus Unternehmensgewinnen iSd. Art. 7 zuzuordnen sein muss (WASSERMAYER in DEBATIN/WASSERMAYER, DBA, Art. 13 MA Rn. 72). Unter welchen Umständen ein WG dem BV iSv. Art. 13 Abs. 2 MA zuzurechnen ist, ist in den DBA regelmäßig nicht ausdrücklich geregelt. Grundsätzlich ist erforderlich, dass die Beteiligung in einem funktionalen Zusammenhang zu der Tätigkeit in der (ausländ.) Betriebsstätte steht (vgl. BFH v. 27.2.1991 – I R 15/89, BStBl. II 1991, 444; v. 27.2.1991 – I R 96/89, BFH/NV 1992, 385; v. 19.12.2007 – I R 66/06 BStBl. II 2008, 510; BMF v. 16.4.2010, BStBl. I 2010, 354). Im Einzelnen ist hier allerdings noch vieles umstritten (so hat der BFH für die Zuordnung zu einem BV iSd. Art. 13 MA entschieden, dass auf nationales Recht abzustellen sein soll, BFH v. 13.2.2008 – I R 63/06, BStBl. II 2009, 414; andere verlangen eine „tatsächliche“ Zugehörigkeit zum BV entsprechend zur Vorgehensweise bei anderen Rückfallklauseln, s. BFH v. 19.12.2007 – I R 66/06 BStBl. II 2008, 510; vgl. GOEBEL/BOLLER/UNGEMACH, IStR 2008, 643 (649); WASSERMAYER aaO, Art. 13 MA Rn. 81, Art. 7 MA Rn. 240, Art. 10 MA Rn. 132 ff. mwN; zur Zuordnung von Beteiligungen an KapGes. im SonderBV s. EILERS, Festschr. Herzig, 2010, 1043).

Bei beschränkt Steuerpflichtigen unterliegen Einkünfte aus der Veräußerung eines Anteils an einer inländ. KapGes. der Besteuerung (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e). Über Zugehörigkeit einer solchen Beteiligung zum BV eines ausländ. Gewerbetriebs s. § 49 Anm. 579.

Anteilerwerb von ausländischen Anteilseignern: zur Europarechtskonformität des § 50c aF s. näher Anm. 40.

Ausländische Währung als Rechnungseinheit bei AK, Veräußerungspreis und Veräußerungskosten: s. Anm. 167.

Wohnsitzverlegung: s. Anm. 40.

Basisgesellschaft im Ausland als rechtsmissbräuchliches Vorschieben eines Dritten: s. Anm. 121.

Einstweilen frei.

23–24

D. Verhältnis zu anderen Vorschriften

I. Verhältnis zu § 2

25

§ 17 konkretisiert den in § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aufgeführten Grundtatbestand der Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Zugleich markiert die Vorschrift eine Grenzlinie der stl. Erfassung von Vermögenssubstanzmehrungen in Gestalt der Gewinneinkünfte iSv. § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 einerseits und der Überschusseinkünfte iSv. § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 andererseits. § 17 erfasst aber nur Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen, die sich im PV befinden (BFH v. 28.2.1974 – VIII R 83/69, BStBl. II 1974, 706; Abgrenzung zur Veräußerung von im BV gehaltenen Anteilen vgl. BFH v. 20.12.1995 – VIII B 83/95, BFH/NV 1996, 468; GEBHARDT, DStR 1989, 64, und Anm. 31 f.).

II. Verhältnis zu § 2a

26

Bei Anteilen an ausländ. KapGes. in Drittstaaten (sog. Drittstaaten-KapGes; zum Begriff Drittstaat und Drittstaaten-KapGes s. § 2a Abs. 2a Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2; Einzelheiten zB § 2a Anm. 129) ist die Geltendmachung von Verlusten aus § 17 – neben § 17 Abs. 2 Satz 4 – zusätzlich durch § 2a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und Nr. 7 Buchst. c iVm. Abs. 2 Satz 2 eingeschränkt. Danach dürfen Verluste aus der Veräußerung von Anteilen an einer ausländ. Drittstaaten-KapGes. oder aus veräußerungsgleichen Vorgängen iSd. § 17 Abs. 4 betr. Drittstaaten-KapGes. nur mit positiven Einkünften der jeweils selben Art (also positiven Einkünften aus Gewerbebetrieb) und aus demselben Staat (der ausländ. KapGes.) ausgeglichen werden. Verbleibende Verluste werden vorgetragen (vgl. § 2a Abs. 1 Sätze 3 ff.) und analog § 10d Abs. 4 gesondert festgestellt.

BFH v. 13.11.2002 – I R 13/02 (BStBl. II 2003, 795; Anm. VOGEL, IStR 2003, 314) hatte in einem Fall, in dem es um den Ausschluss der Berücksichtigung ausländ. Verluste aus VuV sowohl bzgl. des Verlustverrechnungsverbots nach § 2a Abs. 1 (erste Vorlagefrage) als auch wegen der Nichtberücksichtigung bei der Festsetzung des Steuersatzes im Rahmen von § 32b EStG (zweite Vorlagefrage) ging, den EuGH angerufen. Die hierzu ergangene Entscheidung des EuGH v. 21.2.2006 – Rs. C-152/03 (Ritter-Coulais), IStR 2006, 196 enthielt zur ersten Vorlagefrage des BFH bzgl. der Nichtberücksichtigung aus Verfahrensgründen zwar noch keine Entscheidung, führte aber zur zweiten Vorlagefrage bereits aus, dass die Versagung der Berücksichtigung ausländ. Verluste aus EU-Mitgliedstaaten bei der Festsetzung des deutschen Steuersatzes gegen das in Art. 48 EWG-Vertrag (nach Änderung Art. 39 EG-Vertrag, jetzt Art. 45 AEUV) garantierte Freizügigkeitsrecht verstößt und daher nicht europarechtskonform ist. Wegen

dieser europarechtl. Bedenken und Aufforderung durch die EU-Kommission beschränkte der Gesetzgeber mit dem JStG 2009 (BGBl. I 2008, 2794) – im Vorgriff auf weitere Entscheidungen des EuGH – das Verlustverrechnungsverbot nach § 2a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und Nr. 7 Buchst. c nunmehr auf Drittstaaten-KapGes. bzw. Drittstaaten-Fälle.

Nach dem JStG 2009 ist die gesetzliche Neufassung des § 2a für § 17-Verluste aus Drittstaaten-KapGes. nach Maßgabe des § 52 Abs. 3 *Satz 2* in allen Fällen anzuwenden, in denen die Steuer noch nicht bestandskräftig festgesetzt wurde. Nach § 52 Abs. 3 *Satz 3* gilt dagegen für § 17-Verluste aus EU-KapGes., die bereits vor der ab dem 24.12.2008 geltenden EStG-Fassung nach § 2a Abs. 1 Satz 5 bestandskräftig gesondert festgestellt waren, weiterhin die ursprüngliche Gesetzesregelung in der vor dem 24.12.2008 geltenden Fassung.

Für Drittstaaten-KapGes. bleibt weiterhin offen, ob und inwieweit der Verlustbeschränkung nach § 2a DBA-Diskriminierungsverbote rechtl. durchsetzbar entgegenstehen. Im Fall indirekter Betroffenheit von Stpfl. in der EU könnte in Einzelfällen auch bei Drittstaaten-Konstellationen der durch den EuGH in seiner Entscheidung v. 13.12.2005 (EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-446/03 [Marks & Spencer], FR 2006, 177; dazu HEY, GmbHR 2006, 113) aufgestellte Grundsatz herangezogen werden, dass ein pauschales Verbot eines grenzüberschreitenden Drittstaaten-Verlustausgleichs mit Inlandseinkommen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unzulässig ist. Darüber hinaus kann uE auch in Drittstaaten-Konstellationen das in Art. 56 EGV (Art. 63 AEUV) normierte Verbot von Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit zwischen den Mitgliedsstaaten durchgreifen.

27

III. Verhältnis zu §§ 3 Nr. 40, 3c Abs. 2

Bis einschließlich VZ 2008: Mit StSenkG v. 23.10.2000 (s. Anm. 1) im Zuge der Unternehmensteuerreform 2000/2001 hatte der Gesetzgeber die Besteuerung der Veräußerungsgewinne aus § 17 im „Halbeinkünfteverfahren“ eingeführt. Entsprechend der Behandlung der Dividenden unterlagen sie danach bis einschl. VZ 2008 nur zur Hälfte der Einkommensbesteuerung.

Ab VZ 2009: Mit UntStReformG 2008 v. 30.5.2007 (s. Anm. 1) werden ab VZ 2009 Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an KapGes. iSd. § 17 im sog. „Teileinkünfteverfahren“ mit 60% des jeweiligen Veräußerungsgewinns besteuert (§ 3 Nr. 40 Einleitungssatz). Durch die zugleich eingeführte Abgeltungsteuer nach § 32d wird der sachliche Anwendungsbereich des § 17 nicht eingeschränkt. Dies ergibt sich aus § 32d Abs. 1 Satz 1 aE iVm. der Subsidiaritätsklausel des § 20 Abs. 8, wonach gewerbliche Einkünfte vom Anwendungsbereich der Abgeltungsteuer ausgenommen sind. Bei der Beurteilung, ob in zeitlicher Hinsicht für einen Veräußerungsgewinn iSd. § 17 noch das Halbeinkünfteverfahren oder bereits das Teileinkünfteverfahren anzuwenden ist, ist maßgebend auf den Veräußerungszeitpunkt und nicht auf den Zeitpunkt des Zuflusses des Veräußerungserlöses oder diesbezüglich wiederkehrender Leistungen abzustellen (vgl. zB FinSen. Berlin v. 21.12.2007, StEK EStG § 17 Nr. 84).

Anteile weniger als 1% des Nennkapitals: Gewinne aus der Veräußerung von KapGesAnteilen im PV von weniger als 1 % des Nennkapitals gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, die grundsätzlich der Abgeltungsteuer nach § 32d Abs. 1 unterliegen. Allerdings wird diese Regel nach § 32d Abs. 2 wieder durch zahlreiche Rückausnahmen zur Vermeidung von Steuerbelastungs-

friktionen und -diskriminierungen durchbrochen (vgl. § 32d Anm. 15 ff.), welche die Sinnhaftigkeit der Abgeltungsteuer uE. jedenfalls für Anteile an KapGes. unterhalb 1% in Frage stellen.

Abzug von Beteiligungsaufwendungen im Teileinkünfteverfahren: Durch § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c werden 40 % des Veräußerungspreises bzw. des gemeinen Werts (im Fall der verdeckten Einlage) steuerfrei gestellt; im Gegenzug erlaubt § 3c Abs. 2 Satz 1 grundsätzlich nur den 40 %igen Abzug der AK und der Veräußerungskosten (dazu näher Anm. 192).

BFH v. 25.6.2009 – IX R 42/08 (BStBl. II 2010, 220), v. 14.7.2009 – IX R 8/09 (BFH/NV 2010, 399) sowie v. 18.3.2010 – IX B 227/09 (BStBl. II 2010, 627) hat der BFH – entgegen der bisherigen Verwaltungsauffassung – entschieden, dass der Abzug von Erwerbsaufwand (zB BV-Minderungen, AK oder Veräußerungskosten) im Zusammenhang mit Einkünften aus § 17 Abs. 4 jedenfalls dann nicht nach § 3c Abs. 2 Satz 1 begrenzt ist, wenn der Stpfl. keinerlei durch seine Beteiligung vermittelte Einnahmen erzielt hat (sog. „einnahmenlose Beteiligung“, dazu auch JEHKE, DStR 2010, 256 mwN).

Dem BFH-Urteil v. 25.6.2009 lag der Sachverhalt zugrunde, dass für die gehaltenen Anteile an der KapGes. wegen Insolvenz der KapGes. kein Veräußerungsgewinn mehr erzielbar war. Der BFH legte die gesetzliche Begrenzung des Abzugs des Erwerbsaufwands (hier AK) wörtlich aus. Da im BFH-Streitfall keine Einnahmen bzw. Veräußerungsgewinne mehr erzielbar waren und § 3c Abs. 2 in der gegenwärtigen Gesetzesfassung dem Wortlaut nach an die Erzielung von Einnahmen anknüpft, greift nach dem BFH die Abzugsbeschränkung nicht. Die FinVerw. reagierte auf dieses BFH-Urteil zunächst durch einen Nichtanwendungserlass mit BMF v. 15.2.2010 (BStBl. I 2010, 18). Diesen hob das BMF aber kurze Zeit später wieder auf mit BMF v. 28.6.2010 (BStBl. I 2010, 599). Allerdings ist nun im Gesetzentwurf des JStG 2010 (BTDrucks. 17/2249) vorgesehen, die ursprüngliche Verwaltungsauffassung bzw. die 40 %ige Abzugsbeschränkung durch eine gesetzliche Änderung in § 3c Abs. 2 ab dem VZ 2011 festzuschreiben.

Bei der Einnahmenlosigkeit der Beteiligung handelt es sich um ein Sachverhaltselement, dessen Eintritt zum Zeitpunkt des Anfalls von Aufwendungen, die möglicherweise unter § 3c Abs. 2 fallen, noch nicht abschbar ist. Zur verfahrensrechtl. Bewältigung solcher Unsicherheiten steht der FinVerw. die Möglichkeit zur Verfügung, den Abzug von Beteiligungsaufwendungen in vollem Umfang zuzulassen, den Bescheid jedoch in diesem Punkt gem. § 165 Abs. 1 Satz 1 AO für vorläufig zu erklären. Der Stpfl. sollte im Rahmen der StErklärung glaubhaft machen, auf Grund welcher Anhaltspunkte er davon ausgeht, dass die Beteiligung ggf. einnahmenlos bleiben wird (so zutreffend JEHKE, DStR 2010, 256). Weitere Einzelheiten zu AK und zur Verlustberücksichtigung bei „einnahmenlosen“ oder verlustbringenden Beteiligungen vgl. auch Anm. 192.

Die vorstehenden Grundsätze gelten für alle Fälle des § 17, dh. für Veräußerungen von Anteilen, deren verdeckte Einlage (Abs. 1 Satz 2) sowie die Tatbestände des Abs. 4.

IV. Verhältnis zu § 4 Abs. 1 Satz 3

28

Mit § 4 Abs. 1 Satz 3 ist ein allgemeiner Entstrickungstatbestand der Aufdeckung der stillen Reserven bei Wegfall des deutschen Besteuerungsrechts auf WG des BV eingeführt worden. Diese Vorschrift dient der Sicherstellung der

Aufdeckung und Besteuerung der in der Bundesrepublik Deutschland entstandenen stillen Reserven von zum BV gehörenden WG. § 4 stellt daher eine mit der Zielsetzung des § 17 Abs. 5 und § 6 AStG korrespondierende Vorschrift dar, bezieht sich allerdings nur auf WG im BV. Demgegenüber erfassen § 17 und § 6 AStG nur Anteile im PV.

29

V. Verhältnis zu § 6 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b

Die Einlage von Anteilen in das BV nach Maßgabe von § 6 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b (s. dazu § 6 Anm. 1228 f.) ist vom Fall der verdeckten Einlage von Anteilen in eine andere KapGes. gem. § 17 Abs. 1 Satz 2 zu unterscheiden. § 6 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b ist eine Bewertungsvorschrift, die der Sicherung des Besteuerungszugriffs auf im Inland gebildete stille Reserven von KapGesAnteilen dient. Demgegenüber stellt § 17 Abs. 1 Satz 2 eine steuerauslösende Veräußerungsfiktion dar (= Realisationstatbestand zum gemeinen Wert gem. Abs. 2 Satz 2, dazu im Einzelnen Anm. 140 f. und 230).

30

VI. Verhältnis zu § 6 Abs. 6 Satz 1

Die mit StEntlG 1999/2000/2002 (s. Anm. 1) eingeführte Regelung des § 6 Abs. 6 Satz 1 behandelt die Übertragung von EinzelWG im Wege des Tauschs. Gem. § 6 Abs. 6 Satz 1 stellt sich die Übertragung von WG (einschl. von Anteilen an KapGes.) im Wege des Tauschs als Veräußerungsvorgang dar (vgl. auch Gesetzesbegründung zu § 6 Abs. 6, BTDrucks. 14/23, 173 und BTDrucks. 14/265, 174; Bericht des FinAussch., BTDrucks. 14/443, 24). Für Tauschgeschäfte im PV ist § 6 Abs. 6 Satz 1 *zur AK-Ermittlung* im Rahmen des § 17 Abs. 2 analog anwendbar (BFH v. 6.4.2009 – IX B 204/08, BFH/NV 2009, 1262). Als *Veräußerungspreis* ist im Fall eines Tauschs (Sacheinlage von börsennotierten Aktien gegen Gewährung von nicht börsennotierten GmbH-Anteilen) der gemeine Wert (§ 11 Abs. 2 BewG) der erhaltenen (nicht börsennotierten) GmbH-Anteile und nicht der Kurswert (§ 11 Abs. 1 BewG) der hingegebenen (börsennotierten) Aktien anzusetzen (BFH v. 6.4.2009 – IX B 204/08, BFH/NV 2009, 1262).

Das sog. Tauschgutachten des BFH (BFH v. 16.12.1958 – I D 1/57 S, BStBl. III 1959, 30), das bis einschließlich VZ 1998 für den Tausch von Anteilen gegen andere wert-, art- und funktionsgleiche Anteile galt, war auch für Anteile iSd. § 17 seitens der Verwaltung für anwendbar erklärt worden (s. BMF v. 9.2.1998, BStBl. I 1998, 163). Mit der Neuregelung des § 6 Abs. 6 Satz 1 sind die Grundsätze des Tauschgutachtens ab VZ 1999 überholt (so ausdrückl. auch BFH v. 6.4.2009 – IX B 204/08, BFH/NV 2009, 1262).

31

VII. Verhältnis zu § 6 Abs. 6 Satz 2

§ 6 Abs. 6 Satz 2 regelt die Bewertung von Beteiligungen an KapGes. im Fall der Übertragung von WG im Wege der verdeckten Einlage.

Begriff der verdeckten Einlage: Eine verdeckte Einlage ist die gesellschaftsrechtl. veranlasste Zuführung eines WG an die (eigene) Gesellschaft (KapGes. oder PersGes.), ohne dass die Gesellschaft dafür neue Anteile ausgibt oder eine andere Gegenleistung gewährt (Abschn. 40 KStR 2004; weitere Einzelheiten

s. § 6 Anm. 1488b, 1488c). Die durch die Einlage bewirkte Stärkung der Gesellschaftsrechte durch Erhöhung des Gesellschaftsvermögens und des Anteils am Liquidationserlös ist Folgewirkung der Einlage, jedoch keine Gegenleistung durch die Gesellschaft (BFH v. 20.7.2005 – X R 22/02, BB 2005, 2230; v. 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348 unter C.I.3.c). Daher ist die verdeckte Einlage kein Tausch oder tauschähnliches Geschäft. Eine Konkurrenzsituation zu § 6 Abs. 6 Satz 1 tritt damit nicht auf.

Bewertungsmaßstab: Hinsichtlich des Bewertungsmaßstabs ist die Bewertungsvorschrift des § 6 Abs. 6 Satz 2 nicht abgestimmt mit § 17 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2. Während die verdeckte Einlage von Anteilen an einer KapGes. in eine KapGes. gem. § 17 Abs. 1 Satz 2 iVm. Abs. 2 Satz 2 als Veräußerung mit dem gemeinen Wert zur Besteuerung herangezogen wird, könnte gem. § 6 Abs. 6 Satz 2 der Erwerber lediglich den Teilwert der verdeckt eingelegten KapGes. Anteile als zusätzliche AK der Beteiligung an der KapGes. ansetzen. UE ist § 6 Abs. 6 Satz 2 nur für die Bemessung der AK einer im BV gehaltenen Beteiligung an der KapGes. einschlägig. Für die Beurteilung der AK von Anteilen, die im PV gehalten werden, muss die Ermittlung der (nachträglichen) AK zum gemeinen Wert der verdeckt eingelegten Anteile erfolgen. Insofern gilt im Rahmen des § 17 Abs. 2 ein von § 6 Abs. 6 Satz 2 unabhängiger AKBegriff (weitere Einzelheiten s. Anm. 220).

VIII. Verhältnis zu § 15 Abs. 2 EStG, § 2 GewStG

32

Bedeutung der Abgrenzung zu § 15 Abs. 2 EStG: Wegen der Subsidiarität des § 17 gegenüber § 15 (vgl. Anm. 20) besteht für Anteilsveräußerungen die Notwendigkeit der Abgrenzung zum Grundtatbestand des Gewerbebetriebs nach § 15 Abs. 2 (vgl. § 15 Anm. 1000 f.). Praktische Bedeutung hat diese Abgrenzung zB für

- die Berücksichtigungsfähigkeit von Veräußerungsverlusten, für die Verlustnutzungsbeschränkungen des § 17 Abs. 2 Satz 4 und des § 23 Abs. 3 Sätze 8, 9 tatbestandlich eingreifen (können),
- die Gewerbesteuerpflicht von Veräußerungsgewinnen gem. § 2 GewStG,
- für die stl. Behandlung und Bewertung von Anteilen an KapGes. bei Übertragungsvorgängen (vgl. zB Einlagen gem. § 6 Abs. 1 Nr. 5 und Überführungen oder Übertragungen gem. § 6 Abs. 5).

Allgemeine Abgrenzungsformel: Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Gewerbebetriebs iSv. § 15 Abs. 2 ist, dass die Betätigung über den Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung hinausgeht (Einzelheiten hierzu § 15 Anm. 1100 f.). Die Grenze zwischen privater Vermögensverwaltung und gewerblicher Betätigung ist dann überschritten, wenn nach dem Gesamtbild der Betätigung und unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung iS einer Fruchtziehung entscheidend in den Vordergrund tritt (sog. Fruchtziehungsformel des BFH, vgl. § 15 Anm. 1108). Wann diese Grenze im Einzelfall überschritten ist, wird in Rspr. und Schrifttum bereichsspezifisch konkretisiert (hierzu § 15 Anm. 1108, 1118 f.; für die Veräußerung beweglicher WG einschl. Wertpapierhandel vgl. § 15 Anm. 1170, 1171).

Bereichsspezifische Abgrenzung für Anteile an Kapitalgesellschaften: Für die Veräußerung beweglicher WG und für den Wertpapierhandel ist nach der Rspr. des BFH erst dann ein Gewerbebetrieb anzunehmen, wenn der Stpfl. sich

„wie ein Händler“ verhält. In diesen Bereichen gilt mit anderen Worten eine Regelvermutung zugunsten der privaten Vermögensverwaltung (Einzelheiten dazu s. § 15 Anm. 1170, 1171). Folgende *Fallgruppen* lassen sich unterscheiden:

► *An- und Verkauf von Wertpapieren*: Auch ein häufiger An- und Verkauf von Wertpapieren gehört nach stRspr. des BFH regelmäßig zur privaten Vermögensverwaltung (vgl. zB BFH v. 4.3.1980 – VIII R 150/76, BStBl. II 1980, 389; v. 29.10.1998 – XI R 80/97, BStBl. II 1999, 448; v. 25.7.2001 – X R 55/97, BStBl. II 2001, 809 mwN). Entsprechendes gilt für die Pflege eines großen Wertpapierdepots oder Beteiligungsvermögens, selbst wenn die Größe des Vermögens beträchtlich ist und dessen Verwaltung häufige und ständige Akte der Umschichtung erfordert (BFH v. 20.12.2000 – X R 1/97, BFH/NV 2001, 961; v. 25.7.2001 – X R 55/97, BStBl. II 2001, 809). Trotz fortgeschrittener Typisierung seitens der Rspr. ist die Grenzziehung im Einzelfall nicht immer eindeutig möglich (vgl. dazu näher GROH, DB 2001, 2569 zu BFH v. 25.7.2001 – X R 55/97 aaO; WENDT, FR 2002, 34 [36] mit dem Appell an den Gesetzgeber zum Abschied vom Einkünfte dualismus; krit. gegenüber Rspr. und FinVerw. BLUMERS, DB 2002, 60). Im Interesse der Rechtssicherheit ist uE die Abgrenzung mittels einer Anscheinsvermutung weiterzuentwickeln, die sich nach dem Umfang der Veräußerungen und ihrem zeitlichen Zusammenhang bestimmt und dadurch dem Stpfl. eine berechenbare Planungs- und Dispositionsgrundlage gibt (dazu auch § 15 Anm. 1171 aE mit entsprechendem Vorschlag).

► *Bankentypische Betätigung*: Angehörige der Bankbranche können Wertpapiergeschäfte tätigen, die in ihrer Gesamtheit dem von der Verkehrsauffassung geprägten Bild einer privaten Vermögensverwaltung entsprechen (vgl. BFH v. 15.2.1966 – I 95/63, BStBl. III 1966, 274 – Wertpapiergeschäfte eines Bankiers; v. 11.7.1968 – IV 139/63, BStBl. II 1968, 775 – Wertpapiergeschäfte eines Börsenmaklers). Nicht jede Nutzbarmachung beruflicher Erfahrungen, Kenntnisse und Verbindungen macht private Geschäfte zu gewerblichen (BFH v. 24.10.1969 – IV R 139/68, BStBl. II 1970, 411). Ein angestellter Rentenhändler einer Bank erzielt aber nach bisheriger Ansicht des BFH beispielsweise schon Einkünfte aus gewerblicher Tätigkeit ab dem ersten Geschäft, wenn er auf eigene Rechnung über sein Wertpapierkonto bei einer anderen Bank innerhalb von 2½ Jahren 21 Wertpapiergeschäfte mit festverzinslichen Wertpapieren und zugleich über eine Maklerfirma im selben Zeitraum ein weiteres kurzfristiges Wertpapiergeschäft unter Ausnutzung seiner Marktkenntnisse zum eigenen Vorteil durchführt (BFH v. 9.10.1992 – III R 9/89, BFH/NV 1994, 80). Entsprechendes gilt nach BFH für einen Bankangestellten, der nachhaltig unter Ausnutzung seiner beruflichen Möglichkeiten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Rentenwerte überwiegend taggleich und unter Ausschaltung jeglichen Kursrisikos „durchhandelt“; es liege hierbei eine „bankentypische“ Betätigung vor, die den Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung überschreite (BFH v. 6.3.1991 – X R 39/88, BStBl. II 1991, 631). Das Tätigwerden für fremde Rechnung nach Art von Finanzkommissionsgeschäften (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG) oder anderen Wertpapierdienstleistungen sowie sonstige Verhaltensweisen, die in vergleichbarer Weise der Vermögensverwaltung fremd sind, führen als besondere Beweisanzeichen zu einem gewerblichen Wertpapier-/Beteiligungshandel (BFH v. 20.12.2000 – X R 1/97, BStBl. II 2001, 706 mwN, und v. 20.12.2000 – X R 67/98, BFH/NV 2001, 1015 mwN). Die Gewerblichkeit von Wertpapiertransaktionen setzt voraus, dass die entfaltete (spekulative) Tätigkeit dem Bild eines „Wertpapierhandelsunternehmens“ iSd. § 1 Abs. 3d Satz 2 KWG bzw. eines

„Finanzunternehmens“ iSd. § 1 Abs. 3 KWG vergleichbar ist (ausführl. BFH v. 30.7.2003 – X R 7/99, BStBl. II 2004, 408).

► *Beteiligungsandel*: Die Gründung von 11 GmbH oder der Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, die Ausstattung der Gesellschaften mit Güterfernverkehrs-genehmigungen und die anschließende Veräußerung dieser Beteiligungen unterliegt nach dem UrT. des BFH v. 25.7.2001 – X R 55/97 (BStBl. II 2001, 809) als Gewerbebetrieb der GewSt.

► *Mitunternehmerschaft*: Sind die Anteile an einer KapGes. dem BV der Mitunternehmerschaft (ggf. als SonderBV des Gesellschafters) zuzuordnen (dazu umfassend N. SCHNEIDER, Sonderbetriebsvermögen, 2000, 95 f.), greift § 17 ebenfalls nicht ein. Zu schwierigen Abgrenzungsfragen bei stillen Gesellschaften oder Unterbeteiligungen s. Anm. 122 „Unterbeteiligung oder stille Gesellschaft“.

► *Venture Capital und Private Equity Fonds an Wagniskapitalgesellschaften*: Für die Beurteilung von Erträgen aus Venture Capital und Private Equity Fonds ist zwischen drei Personengruppen zu unterscheiden, den Wagniskapitalgesellschaften, den investierenden Gesellschaftern und den (Fonds-)Initiatoren. Die Besteuerung der *kapitalproportionalen* Gewinnanteile der – unmittelbar oder mittelbar über einen Fonds beteiligten – Gesellschafter an der Wagniskapitalgesellschaft erfolgt nach den allg. estl. Vorschriften über die Abgrenzung des Gewerbebetriebs von der privaten Vermögensverwaltung (vgl. BMF v. 16.12.2003, BStBl. I 2004, 40). Dagegen sind die *kapitaldisproportionalen (überhöhten)* Gewinnanteile (sog. *Carried Interest*) an Initiatoren von Capital-/Private Equity Fonds nach den besonderen Regelungen der § 18 Abs. 1 Nr. 4, § 3 Nr. 40a zu besteuern; der Carried Interest wird hiernach zwar als Einkünfte aus selbständiger Arbeit erfasst, unterliegt aber zugleich dem Teileinkünfteverfahren wie Dividenden oder Gewinne aus Anteilsveräußerungen (Einzelheiten vgl. § 18 Anm. 276 f., 287 und § 3 Nr. 40a Anm. 1 f.).

Einstweilen frei.

33–34

IX. Verhältnis zu § 20

35

Abgrenzung zur Veräußerung nach § 17 Abs. 1: § 17 betrifft nur die Veräußerung von im PV gehaltenen Anteilen, enthält jedoch keine Einkünftequalifikation für die aus der Beteiligung erzielten Erträge. Die Zahlung eines überhöhten Preises an den Gesellschafter für die Veräußerung eines Anteils an die KapGes. selbst stellt eine vGA iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 und damit Kapitalertrag dar; dies ist auch aus § 17 Abs. 4 Satz 3 abzuleiten. Desgleichen liegt eine vGA vor, wenn die KapGes. an ihren Gesellschafter Anteile an einer Tochtergesellschaft zu einem verkehrswertunterschreitenden Preis veräußert.

Abgrenzung zu § 17 Abs. 4 (zB Liquidation und Kapitalherabsetzung): Seit der KStReform 1977 zwingen § 17 Abs. 4 Sätze 1 und 3 einerseits und § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 andererseits zu diffizilen Abgrenzungen zwischen Kapitalerträgen und Veräußerungs- bzw. Liquidationsgewinnen (ausführl. OTT, Festschr. Korn, 2005, 105 [107 ff.]). Im Rahmen einer Liquidation und Kapitalherabsetzung werden häufig beide Einkunftsarten zugleich verwirklicht. In diesem Fall ist nach Maßgabe des § 17 Abs. 4 Satz 3 eine Aufspaltung erforderlich zwischen

► *Einnahmen aus Kapitalvermögen* in Gestalt von

- ausschüttbaren Gewinnen iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Sätze 1 und 2 iVm. § 27 Abs. 1 Satz 4 KStG (Abgrenzung zu Beträgen aus dem stl. Einlagekonto iSv. § 27 Abs. 1 Satz 1 KStG) und/oder

- Rückzahlung von Eigenkapital (außer Nennkapital) nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 und
- ▶ *Veräußerungspreis oder Liquidationswerten* in Gestalt von
 - gezahlten Entgelten iSv. § 17 Abs. 2 Satz 1,
 - gemeinem Wert von verdeckten Einlagen (§ 17 Abs. 2 Satz 2) oder von ausgeschüttetem bzw. zurückgezahltem Vermögen aus Nennkapital oder aus Beiträgen des stl. Einlagekontos iSv. § 17 Abs. 4 Satz 1 (iVm. § 27 Abs. 1 Satz 1 KStG).

Zu weiteren Einzelheiten der Abgrenzung s. Anm. 260 und 335 f.

Bedeutung des steuerlichen Einlagekontos nach § 27 KStG: Für die vorstehenden Abgrenzungen zwischen Kapitalerträgen iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 gegenüber Liquidationswerten iSv. § 17 Abs. 4 spielt das sog. stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG (StSenkG) eine gewichtige Rolle. Es ist – wie die im bisherigen Anrechnungsverfahren (KStG 1977) festgestellten Arten des verwendbaren Eigenkapitals iSd. §§ 29, 30 KStG aF – ein wichtiges Instrument für die Einkünftequalifikation (ebenso OTT, Festschr. Korn, 2005, 105 [107 f.]). Zu weiteren Einzelheiten s. Anm. 270 und 325 f.

Werbungskosten aus § 20: Auch hinsichtlich der Aufwendungen des Gesellschafters einer KapGes. für seine Beteiligung entstehen Abgrenzungsschwierigkeiten. Der WKAbzug aus § 20 hat Vorrang gegenüber der Qualifikation als Veräußerungskosten oder AK. Zinsaufwendungen zum darlehensfinanzierten Erwerb und der Verwaltungsaufwand für eine Beteiligung an einer KapGes. sind auch dann WK bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, wenn als positiver Totalüberschuss zwar kein Überschuss an Kapitalerträgen, aber angemessen hohe stpfl. Wertsteigerungen bzw. Veräußerungsgewinne iSv. § 17 zu erwarten sind (BFH v. 21.7.1981 – VIII R 154/76, BStBl. II 1982, 37, in Änderung früherer Rspr.; ferner v. 8.10.1985 – VIII R 234/84, BStBl. II 1986, 596). Aufwendungen im Zusammenhang mit Anteilen an KapGes. können in zeitlicher Hinsicht nur bis zum Zeitpunkt der Entstehung eines Auflösungs- oder Veräußerungsgewinns/-verlusts iSv. § 17 als WK bei den Einkünften aus Kapitalvermögen (§ 20) abgezogen werden (BFH v. 19.4.2005 – VIII R 45/04, BFH/NV 2005, 1545).

Abgrenzung § 17 zu § 20 Abs. 2: § 17 ist uE aufgrund der Subsidiaritätsklausel des § 20 Abs. 8 gegenüber § 20 Abs. 2 vorrangig anwendbar. Der Gesetzgeber knüpft zwar unter Missachtung der stl. Systematik und Terminologie an den „Gewinn“ aus der Veräußerung von Anteilen an einer Körperschaft an, statt den zutreffenderen Begriff der „Einnahmen aus der Veräußerung“ iSv. § 8 Abs. 1 zu übernehmen (vgl. auch § 20 Anm. 420). Unberührt von dieser uE missglückten Tatbestandsformulierung des § 20 Abs. 2 Nr. 1 bleibt es aber jedenfalls bei der Anwendung der Subsidiaritätsregel des § 20 Abs. 8 und damit der gegenüber § 20 Abs. 2 Nr. 1 vorrangigen Anwendung des § 17.

Verhältnis § 17 Abs. 3 zu § 20 Abs. 9: UE stellt die deutlich unterschiedlich hohe Gewährung von einkommensmindernden Freibeträgen nach § 17 Abs. 3 einerseits und nach § 20 Abs. 9 andererseits einen verfassungsrechtl. bedenklichen Verstoß gegen das Nettoprinzip dar. Hierbei ist § 20 Abs. 9 uE schon für sich genommen eine gleichheitswidrige Gesetzesanordnung (vgl. auch § 20 Anm. 682). Diese Bedenken verstärken sich, wenn in die Betrachtung die Freibetragsgewährung des § 17 Abs. 3 einbezogen wird. Unter Gleichmäßigkeitsgesichtspunkten lässt sich nicht rechtfertigen, dass ein Anteilseigner bei Veräußerung seines zB 1%-igen Anteils an einer KapGes. einen Freibetrag von bis zu

9060 €, während ein Anteilseigner bei Veräußerung seines zB 0,99%-igen Anteils an derselben KapGes. nur noch einen Freibetrag von bis zu 801 € abgezogen erhält. Erschwerend kommt hinzu, dass der zuletzt genannte Anteilseigner seine Benachteiligung hinsichtlich der Freibetrags- bzw. Abzugsgewährung auch nicht durch Stellung eines Antrags auf Besteuerung nach § 17 abwenden kann, und zwar auch nicht im Rahmen des § 32d Abs. 2.

X. Verhältnis zu § 23

36

Vorrang des § 23 bis einschließlich VZ 2008: Gem. § 23 Abs. 2 Satz 2 aF war § 17 bis einschl. VZ 2008 nicht anzuwenden, wenn ein privates Veräußerungsgeschäft iSd. § 23 Abs. 1 Nr. 2 vorlag. Danach fiel die Veräußerung einer (wesentlichen bzw. mindestens 1 %-) Beteiligung an einer KapGes., die innerhalb eines Jahres nach ihrer Anschaffung oder nach ihrer Entnahme aus dem BV erfolgt, unter den Tatbestand eines privaten Veräußerungsgeschäfts iSv. § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2. § 17 war also erst einschlägig, wenn der Stpfl. die Anteile im PV länger als ein Jahr vor dem Veräußerungszeitpunkt gehalten hatte. Bei Veräußerung von gleichartigen Anteilen, die zu verschiedenen Zeiten und zu verschiedenen Preisen erworben wurden, bedingte die bis VZ geltende Rechtslage, dass derjenige Teil bei der Ermittlung eines Veräußerungsgewinns iSd. § 17 auszuscheiden war, bei dem die Voraussetzungen eines stpfl. Gewinns aus privatem Veräußerungsgeschäft iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 gegeben waren (so bereits RFH v. 9.4.1941, RStBl. 1941, 443; zur Frage eines ggf. zu schätzenden angemessenen Aufteilungsmaßstabs vgl. FG Köln v. 8.12.2000, DStRE 2002, 88).

Subsidiaritätsklausel gem. § 23 Abs. 2 ab VZ 2009: Mit der ersatzlosen Streichung von § 23 Abs. 2 Satz 2 aF gilt ab VZ 2009 die allgemeine Subsidiaritätsklausel des § 23 Abs. 2. Hiernach tritt § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 hinter § 17 und § 20 Abs. 2 Nr. 1 zurück.

XI. Verhältnis zu § 32d

37

Durch die zugleich eingeführte Abgeltungsteuer nach § 32d wird der sachliche Anwendungsbereich des § 17 nicht eingeschränkt. Dies ergibt sich aus § 32d Abs. 1 Satz 1 aE iVm. der Subsidiaritätsklausel des § 20 Abs. 8, wonach gewerbliche Einkünfte vom Anwendungsbereich der Abgeltungsteuer ausgenommen sind. Gewinne aus der Veräußerung von KapGesAnteilen im PV von weniger als 1 % des Nennkapitals gehören auch zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, die der Abgeltungsteuer nach § 32d grundsätzlich unterliegen. § 32d findet auch auf die Wegzugsbesteuerung nach § 6 AStG (vgl. Anm. 41) keine Anwendung (so auch WASSERMAYER, IStR 2007, 833).

Wegen des regelmäßig auftretenden Steuersatzgefälles zwischen der definitiven Abgeltungsteuer von 25% gem. § 32d einerseits und dem allgemeinen Einkommensteuertarif von max. 45% (vor Anwendung des Teileinkünfteverfahrens) andererseits wird die Unterscheidung und Zuordnung von Ertragsquellen im Bereich des Kapitalvermögens eine wesentlich größere praktische Bedeutung gewinnen als bisher. Die nach § 32d möglichen Steuerbelastungsunterschiede lassen sich beispielsweise für ausgeschüttete Dividenden aus Anteilen im PV wie folgt darstellen:

	ab VZ 2009	bis VZ 2008
Gesellschaftsebene		
Gewinn vor Steuern	100,00	100,00
GewSt. (400% Hebesatz)/KSt./SolZ	– 29,83	– 38,65
Ausschüttungsvolumen	<u>70,17</u>	<u>61,35</u>
Gesellschafterebene		
Brutto-Einnahme	70,17	61,35
– Abgeltungsteuer (25% ab 2009)	– 17,54	
– Halbeinkünfteverfahren (bei 42% Einkommensteuersatz)		– 12,88
– Solidaritätszuschlag	– 0,96	– 0,71
Nettozufluss	<u>51,67</u>	<u>47,76</u>
Gesamtsteuerbelastung für voll ausgeschüttete Gewinne	48,33	52,24
(Jahr 2009 versus Jahre bis 2008)		

Abbildung: Vergleich Gesamtbelastung bei Vollausschüttung für im PV gehaltene Anteile an KapGes ab 01.01.2009

Dem Stpfl. steht für Kapitalerträge iSd. § 20 nur unter bestimmten Voraussetzungen ein beschränktes Veranlagungswahlrecht gem. § 32d zu.

Nicht unerhebliche Steuerbelastungsunterschiede können sich auch zwischen der Veräußerung von Anteilen an KapGes. von mindestens 1 % und der Veräußerung von Anteilen von weniger als 1 % ergeben. Hierzu ein exemplarischer Belastungsvergleich zur ESt. (ohne SolZ und ohne KiSt.) unter der Annahme, dass der tarifliche EStSatz 45 % beträgt):

	Anteile mindestens 1%	Anteile unter 1%
Veräußerungsgewinn vor Steuern	100,00	100,00
stpfl. Gewinn Teileinkünfteverfahren	60,00	100,00
Steuersatz	45%	25%
Steuerbelastung	27,00	25,00
Nettozufluss	73,00	75,00
Belastungsdifferenz	2,00	

Abbildung: Vergleich Gesamtbelastung für Veräußerung von Anteilen im PV ab 1.1.2009

Eine stl. Mehrbelastung von 2% entspricht im Ergebnis dem letzten Tarifsprung im Rahmen des § 32a Abs. 1 von 43 % auf 45 % im Umfang der sog. Reichensteuer. Vor diesem Hintergrund kann es für Stpfl. mit einer Höchststeuerbelastung von 45 % sinnvoll sein, ihre Investments in Anteilen an KapGes. unterhalb der 1 %-Grenze zu führen.

Bis zur Unternehmenssteuerreform 2001 unterfielen Veräußerungsgewinne iSd. § 17 den StSatzbegünstigungen des § 34. Die von 1999 bis 2001 geltende sog. Fünftel-Regelung des § 34 Abs. 1 idF des StEntlG 1999/2000/2002 ist nicht verfassungswidrig (BFH v. 25.2.2003 – VIII B 253/02, DStRE 2003, 619; FG Berlin v. 30.10.2002, EFG 2003, 394, rkr.).

Seit den Änderungen durch das StSenkG findet weder die Tarifiermäßigung gem. § 34 Abs. 1 (idF des StSenkG) noch die ergänzte Halbsatzbesteuerung gem. § 34 Abs. 3 (idF des StSenkErgG) auf Veräußerungsgewinne iSd. § 17 Anwendung (BFH v. 1.9.2004 – VIII B 64/04, DStR 2004, 1913). § 34 Abs. 2 (idF des StSenkG) erfasst Gewinne aus § 17 nicht als außerordentliche Einkünfte (s. § 34 Anm. 10). Dies ist folgerichtig, da Gewinne aus § 17 bereits gem. § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c dem Teileinkünfteverfahren unterliegen und deshalb nicht

nochmals eine Begünstigung durch § 34 Abs. 1 oder gar § 34 Abs. 3 erfahren sollen. Dies ergibt sich auch unmittelbar aus § 34 Abs. 2 Nr. 1, der Veräußerungsgewinne iS der §§ 14, 14a Abs. 1, §§ 16 und 18 Abs. 3 nicht als außerordentliche Einkünfte qualifiziert, soweit diese Gewinne gem. § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. b iVm. § 3c Abs. 2 dem Teileinkünfteverfahren unterliegen.

XIII. Verhältnis zu § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e Doppelbuchst. bb, Nr. 8 Buchst. c Doppelbuchst. bb

39

Nach der durch das SEStEG erweiterten Fassung des § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e fallen in die beschränkte EStPflcht auch Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an KapGes. unter den Voraussetzungen des § 17, wenn es sich um Anteile an einer KapGes. handelt,

- die ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung im Inland hat oder
- bei deren Erwerb auf Grund eines Antrags nach § 13 Abs. 2 oder § 21 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 UmwStG nicht der gemeine Wert der eingebrachten Anteile angesetzt worden ist oder auf die § 17 Abs. 5 Satz 2 anzuwenden war.

Die zuletzt genannte Variante des § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e wurde auf Anregung des FinAussch. (vgl. Bericht des FinAussch. v. 9.11.2006, BTDrucks. 16/3369) eingeführt. Die Erweiterung verdeutlicht, dass § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e den geänderten Regelungen des UmwStG zum Anteilstausch angepasst wurde. Zu den Einzelheiten der Neuregelung vgl. § 49 Anm. 560 ff.

XIV. Verhältnis zu § 50c aF (bis StSenkG)

40

Allgemeines: Erzielte vor der – mit dem StSenkG erfolgten – Abschaffung des Vollarrechnungsverfahrens ein seinerzeit anrechnungsberechtigter Anteilseigner einen ausschüttungsbedingten oder auf organschaftliche Gewinnabführungen zurückzuführenden Veräußerungsverlust, konnte er diesen nach § 50c aF (bis StSenkG) nicht stl. geltend machen, wenn er die veräußerten Anteile innerhalb der letzten zehn Jahre vor der Veräußerung bzw. vor dem Eintritt des Auflösungsverlusts

- von einem nicht anrechnungsberechtigten Anteilseigner oder
- von einem anrechnungsberechtigten Anteilseigner, der im Erwerbszeitpunkt unwesentlich beteiligt war (Fälle des § 50c Abs. 11 aF), oder
- von einem Sondervermögen iSd. §§ 38, 43a, 44, 50a oder § 50c KAGG

erworben hatte. Als schädlicher (Vor-)Erwerb galt gem. § 50c Abs. 1 Satz 2 aF (bis StSenkG) auch die Vermögensmehrung durch verdeckte Einlage des Anteils, nicht aber der Erbanfall oder das Vermächtnis. Nach In-Kraft-Treten des StSenkG findet § 50c aF nach Maßgabe der Anwendungsregel des § 52 Abs. 59 idF des StSenkG nur noch für solche erworbenen Anteile an KapGes. Anwendung, für die in einem ehemaligen Wj. vor Einführung des Halbeinkünfteverfahrens bzw. bis zur Abschaffung des Vollarrechnungsverfahrens (vor StSenkG) ein Sperrbetrag zu bilden war.

EuGH v. 17.9.2009 – C-182/08 (Glaxo Wellcome), BFH/NV 2009, 1941 hat zur Europarechtskonformität des § 50c EStG aF entschieden, dass Art. 73b EG-Vertrag (Art. 56 EGV = Art. 63 AEUV) einer nationalen gesetzlichen Steuervorschrift eines Mitgliedstaats nicht zwingend entgegensteht, wonach die Wertminderung von Anteilen durch Gewinnausschüttungen von einem Einfluss

auf die Bemessungsgrundlage der Steuer eines gebietsansässigen StPfl. ausgeschlossen wird, wenn dieser Anteile an einer gebietsansässigen KapGes. von einem gebietsfremden Anteilseigner erworben hat, während im Anschluss an den Erwerb von einem gebietsansässigen Anteilseigner eine solche Wertminderung die Bemessungsgrundlage der Steuer des Erwerbers mindert. Dies gilt nach dem EuGH aber nur in den Fällen, in denen die – wegen Ungleichbehandlung von inländ. und ausländ. Anteilseignerschaft – grundsätzlich in die Kapitalverkehrsfreiheit eingreifende Steuervorschrift durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Eine Rechtfertigung gibt es nach dem EuGH in den Fällen, in denen eine in die Kapitalverkehrsfreiheit eingreifende Steuervorschrift nicht über das hinausgeht, was erforderlich ist, um

- die Ausgewogenheit der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten zu wahren und
- um rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen zu verhindern, die allein zu dem Zweck geschaffen wurden, ungerechtfertigt in den Genuss eines Steuervorteils zu kommen.

Hierbei ist es nach EuGH Sache des vorliegenden Gerichts, zu prüfen, ob sich die im Ausgangsverfahren fragliche Steuervorschrift auf das beschränkt, was zur Erreichung der vorgenannten Ziele erforderlich ist.

XV. Verhältnis zu § 6 AStG

Eintritt der Rechtsfolgen des § 17 in Fällen der Steuerentstrickung nach § 6 AStG: § 6 AStG erweitert den Veräußerungstatbestand des § 17 erheblich. Bei Beendigung der unbeschränkten StPfl. durch Aufgabe des inländ. Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts und für eine Vielzahl weiterer mit dem SEStEG in § 6 AStG ergänzter oder modifizierter Steuerentstrickungstatbestände (§ 6 Abs. 3 AStG) treten die Rechtsfolgen des § 17 auch ohne Veräußerung ein. Auf Grund der Verweisung des § 6 AStG auf § 17 unterliegen die fiktiven Gewinne aus dem Wegzug oder sonstigen Entstrickungstatbeständen genauso wie tatsächliche Veräußerungsgewinne dem Teileinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c). § 6 AStG soll dagegen – abweichend von der Rechtsfolgenbestimmung des § 17 – keine steuerwirksame Realisierung von Verlusten ermöglichen (BFH v. 28.2.1990 – I R 43/86, BStBl. II 1990, 615; BMF v. 14.5.2004, BStBl. I 2004, Sonder-Nr. 1 Tz. 6. 1. 3.3; ausdrückl. anders BFH v. 28.2.1990 – I R 43/86 aaO, aber für einbringungsgeborene Anteile im Rahmen des § 21 Abs. 2 UmwStG aF, dazu Anm. 44, 298). Darüber hinaus erklärt § 6 Abs. 1 AStG nur § 17, nicht aber auch § 20 Abs. 2 Nr. 1 und/oder § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 in der ab VZ 2009 geltenden Fassung für entsprechend anwendbar. Deshalb muss der Gesetzgeber das Verhältnis zwischen § 17, § 20 Abs. 2 Nr. 1 und § 23 EStG 2009 klarstellen (so auch WASSERMAYER, IStR 2007, 833).

Europarechtswidrigkeit des § 6 AStG idF vor SEStEG: BFH v. 17.12.1997 – I B 108/97 (BStBl. II 1998, 834) hielt den Besteuerungstatbestand des § 6 AStG noch uneingeschränkt für verfassungs- und europarechtskonform (dagegen bereits zB SCHÜPPEN/SANNA, BB 2001, 2397 mwN). EuGH v. 11.3.2004 – Rs. C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant), IStR 2004, 236 entschied für die damalige französische Wegzugsbesteuerung dagegen, dass diese gegen die europäische Niederlassungsfreiheit verstößt. Nach der Entscheidung des EuGH v. 11.3.2004 – Rs. C-9/02 aaO und v. 7.9.2006 – Rs. C-470/04 („N⁴“), IStR 2006, 702) ist Art. 43 EGV (jetzt Art. 49 AEUV) dahin auszulegen, dass er es einem

Mitgliedstaat verwehrt, ein System einzuführen, nach dem der Wertzuwachs besteuert wird, wenn ein Stpfl. aus diesem Mitgliedstaat wegzieht, und das die Stundung dieser Steuer von der Leistung von Sicherheiten abhängig macht und Wertminderungen, die möglicherweise nach der Verlegung des Wohnsitzes eingetreten und nicht bereits im Aufnahmemitgliedstaat berücksichtigt worden sind, nicht vollständig berücksichtigt. Nach nahezu einhelliger Ansicht im Schrifttum bedeutete dies auch das Ende für die deutsche Wegzugsbesteuerung nach der Gesetzesfassung des § 6 AStG vor dem SEStEG (so zB SCHINDLER, IStR 2004, 300 [309]; WACHTER, GmbHR 2004, R 161; SCHNITGER, BB 2004, 804 [808]; WASSERMAYER, GmbHR 2004, 613 [614]; zu Gestaltungsmöglichkeiten vgl. ERTINGER/EBERL, GmbHR 2005, 152 f.). Die Grundsätze des zitierten EuGH-Urteils verboten es auch dem deutschen Gesetzgeber, die Besteuerung allein mit dem Wegzug bzw. Grenzübertritt in ein anderes EU-Land ohne tatsächliche Realisation von Veräußerungsgewinnen zu begründen. Die Vorgaben des EuGH führten jedoch nicht zwingend zur vollständigen Abschaffung der Wegzugsbesteuerung nach § 6 AStG. Der Gesetzgeber musste § 6 AStG im EU-Raum aber zumindest dahingehend tatbestandlich reduzieren, dass eine Wegzugsteuer den Stpfl. erst bei tatsächlicher Veräußerung seiner Beteiligung (Realisation) belastet. Für nicht bestandskräftige StBescheide galten vor dem SEStEG die abmildernden Bestimmungen in BMF v. 8.6.2005, BStBl. I 2005, 714 (dazu im Einzelnen KINZL/GOERG, IStR 2005, 450 f. mwN), wonach die stl. Folgen des – ehemals europarechtswidrigen – § 6 AStG zunächst nur auf das Steuererhebungs- und Vollstreckungsverfahren beschränkt wurden. Hierzu enthielt das BMF-Schreiben folgende Kernbestimmungen: Die zunächst nach § 6 AStG weiterhin festzusetzende ESt. war unter Widerrufsvorbehalt von Amts wegen zinslos zu stunden. Die Stundung galt so lange, bis der Anteilseigner seine Anteile (insgesamt oder teilweise) veräußerte, in ein Drittland außerhalb der EU und des EWR verzog oder dem deutschen FA nicht bis zum 31.12. eines jeden Jahres schriftlich seine Anschrift und die Anteilsinhaberschaft bestätigte. War der nach § 6 AStG zu versteuernde Vermögenszuwachs höher als der spätere Veräußerungsgewinn iSd. § 17 Abs. 2 aus einer tatsächlichen Anteilsveräußerung oder aus einem entsprechenden Ersatztatbestand (und wurde die entsprechende Wertdifferenz auch nicht durch das EU-/EWR-Zuzugsland steuermindernd berücksichtigt), konnte die darauf entfallende Steuermehrbelastung nach § 227 AO erlassen werden. Diese Stundungs- und Erlassmöglichkeiten galten nur für nicht bestandskräftige EStFestsetzungen. StFestsetzungen mussten daher durch fristgerechte Rechtsbehelfe erstritten werden.

§ 6 AStG idF des SEStEG: Die nach dem SEStEG neu gefassten Tatbestände des § 6 AStG dienen der Sicherung des deutschen Besteuerungsrechts an dem im Inland entstandenen Wertzuwachs, weil im Wegzugsfall die meisten deutschen DBA das Besteuerungsrecht für Gewinne aus Anteilen an KapGes. dem Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters zuweisen. Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 AStG wird im Fall des Wegzugs einer seit mindestens zehn Jahren unbeschränkt stpfl. natürlichen Person (oder bei Verwirklichung gleichgestellter Tatbestände), die Anteile an einer KapGes. hält, eine Veräußerung der Anteile iSv. § 17 in diesem Zeitpunkt fingiert, wenn die Person zu mindestens 1 % innerhalb der letzten fünf Jahre mittelbar oder unmittelbar an der Gesellschaft beteiligt war. In diesen Fällen gilt gem. § 6 Abs. 1 Satz 4 AStG der gemeine Wert der Anteile als Veräußerungspreis iSd. § 17 Abs. 2. Dies zeigt, dass es sich bei § 6 Abs. 1 Satz 1 AStG um eine spezielle Entstrickungsvorschrift für stille Reserven in Anteilen

an KapGes. iSd. § 17 für die in § 6 Abs. 1 AStG verankerten Sachverhalte handelt. Das Teileinkünfteverfahren findet Anwendung.

§ 6 AStG (Besteuerung des Vermögenszuwachses) lautet in seinem Absatz 1 wie folgt:

(1) ¹Bei einer natürlichen Person, die insgesamt mindestens zehn Jahre nach § 1 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes unbeschränkt steuerpflichtig war und deren unbeschränkte Steuerpflicht durch Aufgabe des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts endet, ist auf Anteile im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes im Zeitpunkt der Beendigung der unbeschränkten Steuerpflicht § 17 des Einkommensteuergesetzes auch ohne Veräußerung anzuwenden, wenn im Übrigen für die Anteile zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind. ²Der Beendigung der unbeschränkten Steuerpflicht im Sinne des Satzes 1 stehen gleich

1. die Übertragung der Anteile durch ganz oder teilweise unentgeltliches Rechtsgeschäft unter Lebenden oder durch Erwerb von Todes wegen auf nicht unbeschränkt steuerpflichtige Personen oder
2. die Begründung eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts oder die Erfüllung eines anderen ähnlichen Merkmals in einem ausländischen Staat, wenn der Steuerpflichtige auf Grund dessen nach einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung als in diesem Staat ansässig anzusehen ist, oder
3. die Einlage der Anteile in einen Betrieb oder eine Betriebsstätte des Steuerpflichtigen in einem ausländischen Staat oder
4. der Ausschluss oder die Beschränkung des Besteuerungsrechts der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung der Anteile auf Grund anderer als der in Satz 1 oder der in den Nummern 1 bis 3 genannten Ereignisse.

³§ 17 Abs. 5 des Einkommensteuergesetzes und die Vorschriften des Umwandlungssteuergesetzes bleiben unberührt. ⁴An Stelle des Veräußerungspreises (§ 17 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes) tritt der gemeine Wert der Anteile in dem nach Satz 1 oder 2 maßgebenden Zeitpunkt. ⁵Die §§ 17 und 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe e des Einkommensteuergesetzes bleiben mit der Maßgabe unberührt, dass der nach diesen Vorschriften anzusetzende Gewinn aus der Veräußerung dieser Anteile um den nach den vorstehenden Vorschriften besteuerten Vermögenszuwachs zu kürzen ist.

Die mit dem SEStEG erfolgte Neuregelung des § 6 Abs. 1 AStG geht konzeptionell weiterhin davon aus, dass Deutschland das Recht zusteht, den Wertzuwachs von steuerverstrickten Anteilen an KapGes. bei Wegzug von StPfl. zu besteuern. Der BFH sieht diese Konzeption ausdrücklich als verfassungs- und europarechtskonform an (vgl. BFH v. 23.9.2008 – I B 92/08, BStBl. II 2009, 524; v. 25.8.2009 – I R 88, 89/07, BFH/NV 2009, 2047; zu den verbleibenden ungeklärten Rechtsfragen vgl. HECHT/GALLERT, BB 2009, 2396 und WASSERMEYER, IStR 2007, 833). Ferner bleiben hiernach die Besteuerungstatbestände des § 17 weiterhin von den Regelungen des § 6 AStG unberührt. § 17 Abs. 5 regelt die Sitzverlegung bzw. Verlegung des Orts der Geschäftsleitung der Gesellschaft und nicht die Fälle des Gesellschafter-Wegzugs oder -Umzugs, während § 6 AStG den Wegzug des Gesellschafters vom Inland ins Ausland erfasst.

Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 AStG bleibt die Besteuerung des Vermögenszuwachses aus Anteilen an KapGes. im Grundtatbestand an die Aufgabe des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts seitens der unbeschränkt estpfl. Person „gekoppelt“. Allerdings wird der Tatbestand im Rahmen des § 6 Abs. 1 Satz 2 AStG erheblich ausgeweitet. Danach stehen der Beendigung der unbeschränkten StPfl. iSd. § 6 Abs. 1 Satz 1 AStG gleich

- die Übertragung der Anteile durch ganz oder teilweise unentgeltliches Rechtsgeschäft unter Lebenden oder durch Erwerb von Todes wegen auf nicht unbeschränkt stpfl. Personen oder

- die Begründung eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts oder die Erfüllung eines anderen ähnlichen Merkmals in einem ausländ. Staat, wenn der Stpfl. auf Grund dessen nach einem DBA als in diesem Staat ansässig anzusehen ist oder
- die Einlage der Anteile in einen Betrieb oder eine Betriebsstätte des Stpfl. in einem ausländ. Staat oder
- der Ausschluss oder die Beschränkung des Besteuerungsrechts der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung der Anteile auf Grund anderer als der in Satz 1 oder der in Nr. 1–3 genannten Ereignisse.

Die vorstehenden Besteuerungstatbestände sollen gem. § 6 Abs. 1 Satz 3 AStG die Vorschrift des § 17 Abs. 5 unberührt lassen. Dies bedeutet, dass die Vorschriften zur Besteuerung von Vermögenszuwächsen aus KapGesAnteilen auf Grund einer grenzüberschreitenden „Bewegung“ der betreffenden KapGes. nicht durch die Vorschrift des § 6 Abs. 1 AStG zur Besteuerung der „Bewegung“ von Anteilseignern oder von Anteilen an KapGes. beschränkt sind.

Abweichend vom bisherigen Recht wird auch der Erbfall erfasst (so ausdrücklich die Regierungsbegründung zum SEStEG v. 25.9.2006, BTDrucks. 16/2710 zu § 6 Abs. 1 AStG).

Weiterhin kann es auf Grund des sehr weitgehenden Tatbestands des § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AStG sogar dann zu einer Entstrickungsbesteuerung kommen, wenn nur die Regierung(en) eines beteiligten Staates mit dem Ergebnis eines Ausschlusses oder auch nur einer Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts (zB durch Abschluss/Änderung oder Aufhebung eines DBA) tätig wird (werden). UE ist § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AStG schon wegen seiner unbestimmten Tatbestandsfassung („...Ausschluss oder die Beschränkung des Besteuerungsrechts der Bundesrepublik Deutschland ... auf Grund anderer... Ereignisse“) als verfassungsrechtl. bedenklich im Hinblick auf das rechtsstaatliche Gebot der Normenklarheit (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie das Leistungsfähigkeitsprinzip als Ausprägung des Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG anzusehen (in diesem Sinne LUTTERMANN, FR 2007, 18). In diese Richtung weist auch der Vorlagebeschluss des BFH v. 6.9.2006 (vgl. BFH v. 6.9.2006 – XI R 26/04, BStBl. II 2007, 167; Vorinstanz FG Münster v. 11.2.2004, EFG 2004, 996), in dem der XI. Senat wegen Verletzung des Grundsatzes der Normenklarheit (Art. 20 Abs. 3, Art. 19 Abs. 4 GG) die Verfassungswidrigkeit der §§ 2 Abs. 3, 10d EStG zur sog. Mindestbesteuerung annimmt.

§ 6 Abs. 3 AStG stellt – bei Eingreifen der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen – eine gegenüber § 6 Abs. 1 AStG und § 6 Abs. 5 AStG vorrangig anwendbare Spezialvorschrift für die Wegzugsfälle mit nur vorübergehender Abwesenheit von bis zu 5 Jahren dar. Die Rechtsfolge dieser Vorschrift beinhaltet das Entfallen des Steueranspruchs nach § 6 Abs. 1 AStG.

Nach § 6 Abs. 4 AStG und § 6 Abs. 5–7 AStG soll die nach § 6 Abs. 1 AStG geschuldete Steuer allerdings grundsätzlich erst dann erhoben werden, wenn der Stpfl. tatsächlich einen Veräußerungsgewinn erzielt hat (Steuerstundung). Hierbei finden für den Wegzug von Stpfl. in Staaten außerhalb der EU (Drittstaaten) nach § 6 Abs. 4 AStG einerseits und für den Wegzug von Stpfl. in EU-Staaten nach § 6 Abs. 5–7 AStG andererseits unterschiedliche Stundungsregelungen Anwendung.

Praxisinweise: Jeder, der aus Deutschland wegzieht und Anteile iSd. § 17 Abs. 1 hält, muss die Möglichkeit prüfen, den inländ. Wohnsitz erst nach dem

Wegzug aufzugeben. In diesem Fall bewegt sich der Wegziehende dann im Ersatztatbestand des § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AStG.

Darüber hinaus muss der Wegziehende die weitere Möglichkeit prüfen, ob er seine Anteile vor dem Wegzug in ein inländ. BV einlegen oder in sonstiger Weise überführen kann, um aus dem Anwendungsbereich des § 17 und damit auch aus dem des § 6 AStG vollständig (vor Wegzug) auszuschneiden. Eine Einlage aus dem PV in das BV hätte wegen § 6 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b den Nachteil, dass auch auf die schon vor der Einlage angewachsenen stillen Reserven GewSt. erhoben würde. Der für den Ausschluss oder die Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts geltende Entstrickungstatbestand des § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AStG findet nach Überführung von KapGesAnteilen in ein inländ. BV uE grundsätzlich keine Anwendung, da die vorgenannte Vorschrift nur Anteile iSv. § 17 erfasst. Darüber hinaus besteht in Fällen, in denen – nach Überführung der Anteile in ein inländ. BV und nach Wegzug – DBA-Regelungen in Übereinstimmung mit den Art. 7, 13, 21 OECD-MA eingreifen, regelmäßig schon kein Ausschluss und keine Beschränkung des deutschen Besteuerungsrecht iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AStG.

42

XVI. Verhältnis zu § 12 KStG

Mit § 12 KStG wird korrespondierend zu § 4 EStG ein allgemeiner Entstrickungstatbestand im KStRecht eingeführt. § 12 KStG bezieht sich insoweit ebenfalls nur auf WG im BV, während § 17 und § 6 AStG nur Anteile im PV erfassen.

43

XVII. Verhältnis zu § 13 Abs. 6 KStG

§ 13 Abs. 6 Sätze 1 und 2 KStG erweitern den Anwendungsbereich des § 17 auf Fälle, in denen

- eine stpfl. Körperschaft von der KSt. befreit wird (Eintritt in die StFreiheit, vgl. auch § 13 Abs. 1 KStG),
- die StBefreiung nicht auf § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG (Förderung stbegünstigter Zwecke iSv. § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG) beruht (vgl. § 13 Abs. 6 Satz 4 KStG),
- die Anteile an der (zuvor) stpfl. Körperschaft nicht zu deren BV gehören (Halten der Anteile im außerbetrieblichen Bereich),
- außer einer Veräußerung alle weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des § 17 in dem Zeitpunkt vorliegen, in dem die StPflicht der Körperschaft endet.

Als Veräußerungspreis gilt in den Fällen des § 13 Abs. 6 Satz 1 KStG der gemeine Wert der Anteile (§ 13 Abs. 6 Satz 2 KStG).

Bei (Wieder-)Eintritt in die Steuerpflicht gem. § 13 Abs. 6 Satz 3 KStG gilt der gemeine Wert der Anteile an der Körperschaft als AK (vorrangige Sonderregelung zu §§ 6 Abs. 1 Nr. 5, 17 Abs. 2).

44

XVIII. Verhältnis zu § 42 AO

Allgemeines: Die Anwendung des § 42 AO hat systematisch Vorrang vor derjenigen des § 17 EStG, ist aber inhaltlich an § 17 EStG zu messen (BFH v. 15.12.1999 – I R 29/97, BStBl. II 2000, 527; v. 19.1.2000 – I R 117/97, BFH/

NV 2000, 824; v. 18.7.2001 – I R 48/97, BFH/NV 2001, 1636 [1638]). Das Motiv der Ersparnis von Steuern allein macht eine Gestaltung nicht unangemessen bzw. missbräuchlich iSv. § 42 AO (BFH v. 29.11.1982 – GrS 1/81, BStBl. II 1983, 272 [unter III.]; v. 18.7.2001 – I R 48/97, BFH/NV 2001, 1636 [1638] mwN zu § 42 AO). Ein Stpfl. ist nicht gehindert, aus mehreren sich anbietenden Lösungen, die für sich genommen nicht unangemessen erscheinen, die stl. günstigste zu wählen (BFH v. 17.11.1978 – VI R 139/77, BStBl. II 1979, 60; v. 12.7.1988 – IX R 149/83, BStBl. II 1988, 942; v. 12.9.1995 – IX R 54/93, BStBl. II 1996, 158; v. 18.7.2001 – I R 48/97, BFH/NV 2001, 1636 [1638]). Der Begrenzung der Beteiligungsquote und damit Steuerverstrickung nach § 17 Abs. 1 EStG (bis VZ 1998: 25 %; VZ 1999–2001/2002 [Inlands-/Auslandsbeteiligungen]: 10 %; ab VZ 2001/2002: 1 %) liegen Entscheidungen des Gesetzgebers zugrunde, die durch die Anwendung des § 42 AO nicht korrigiert werden dürfen (BFH v. 23.10.1996 – I R 55/95, BStBl. II 1998, 90; v. 18.7.2001 – I R 48/97, BFH/NV 2001, 1636 [1638]). Eine Anwendung von § 42 AO kann in Betracht kommen, wenn die Veräußerung der Beteiligung wirtschaftlich tatsächlich nicht gewollt war (BFH v. 18.7.2001 – I R 48/97, BFH/NV 2001, 1636 [1638] mwN aus dem Schrifttum). Dagegen wird man eine Gestaltung idR dann nicht als rechtsmissbräuchlich ansehen können, wenn der gewählten Vorgehensweise ein wirtschaftlicher Zweck nicht ohne weiteres abgesprochen werden kann und sie auf Dauer angelegt ist (BFH v. 23.10.1996 – I R 55/95, BStBl. II 1998, 90). Die Veräußerung von Beteiligungen zum Zweck der Liquidation ist im Rahmen gewandelter Unternehmenspolitik weder ungewöhnlich noch unangemessen.

Anteilsrotation: Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO kommt in Fällen der sog. Anteilsrotation in Betracht. Diese umfasst Transaktionen, bei denen es zwar zivilrechtl. zu einer Übertragung bzw. Veräußerung von Anteilen an KapGes. kommt, der Übertrager bzw. Veräußerer aber am Ende der Transaktion wirtschaftlich gesehen entweder weiterhin am Unternehmen (ggf. in anderem Rechtskleid oder anderer Rechtsform) beteiligt bleibt oder die übertragenen Anteile durch Liquidation oder Umwandlung der KapGes. untergehen. Nach BFH v. 23.10.1996 – I R 55/95 (BStBl. II 1998, 90) ist eine Anteilsrotation (auch zur Nutzung von Steuervorteilen wie einer ausschüttungsbedingten Teilwertabschreibung) dann nicht rechtsmissbräuchlich iSd. § 42 AO, wenn die Anteilsübertragung auf Dauer angelegt ist (vgl. dazu BMF v. 3.2.1998, BStBl. I 1998, 207; ferner FG Düss. v. 12.5.2003, EFG 2003, 1247, rkr.). Dagegen sieht der IV. Senat eine auf Dauer angelegte Anteilsrotation als rechtsmissbräuchlich an, wenn sie gezielt zu einer ausschüttungsbedingten Teilwertabschreibung genutzt wird, um die Besteuerung von jahrelang thesaurierten Gewinnen und/oder Gesellschaftsvermögen zu vermeiden (BFH v. 8.5.2003 – IV R 54/01, BStBl. II 2003, 854; krit. HOFFMANN, GmbHR 2003, 1070). Ferner liegt nach der Rspr. beispielsweise ein Fall von § 42 AO vor, wenn eine KapGes. lediglich eingeschaltet wurde, um die Versteuerung eines Liquidationserlöses nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 durch Veräußerung von Anteilen unterhalb der Beteiligungsgrenze von § 17 zu vermeiden (vgl. BFH v. 7.7.1998 – VIII R 10/96, BStBl. II 1999, 729; v. 19.8.2003 – VIII R 44/01, DStR 2004, 948). Die Folgen einer rechtsmissbräuchlichen Anteilsrotation treten regelmäßig jedoch nur beim Veräußerer und nur unter besonderen Umständen beim Erwerber der Beteiligung ein (BFH v. 19.8.2003 – VIII R 44/01, DStR 2004, 948 [950 ff.] mwN). Eine im wirtschaftlichen Interesse des Anteilseigners (zB zum Zweck der sog. Progressionsglättung) gezielte und steueroptimierte Ausschüttungspolitik ist uE regelmäßig nicht gestaltungsmissbräuchlich. Nach Absenkung der Relevanzschwelle auf 1 % und

weitgehender Einschränkung der stl. Abziehbarkeit von Teilwertabschreibungen (vgl. § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG, § 3c Abs. 2 EStG) hat die Anteilsrotation als Mittel der Steuergestaltung stark an Bedeutung verloren.

Anteilsveräußerung zur Vermeidung einer Steuerverstrickung iSv. § 17 Abs. 1 stellt grundsätzlich keine Steuerumgehung iSd. § 42 AO dar. Dies gilt auch im Hinblick auf die Absenkung der Beteiligungsgrenze von 25 % auf 10 % bzw. von 10 % auf 1 %, wenn und soweit es sich bei der Ursprungsbeteiligung nicht um eine wesentliche bzw. nicht um eine steuerverstrickte Beteiligung iSd. § 17 handelte (so BFH v. 1.3.2005 – VIII R 25/02, BStBl. II 2005, 436; FG Ba.-Württ. v. 19.3.2002 – 1 K 63/00, DStRE 2002, 1318; MAINCZYK, Stbg. 2001, 445; KORN/STRAHL, KÖSDI 2001, 13058).

Erwerb einer relevanten Beteiligung vor Insolvenzantragstellung: Stockt ein bisher unwesentlich beteiligter seine Beteiligung kurz vor Insolvenzantragstellung dergestalt auf, dass er relevant beteiligt ist gem. § 17, so liegt ein Missbrauch rechtl. Gestaltungsmöglichkeiten iSd. § 42 AO vor. Der Verlust ist nicht nach § 17 steuermindernd zu berücksichtigen (FG Düss. v. 28.2.1997, EFG 1998, 113, rkr.; Nds. FG v. 31.10.2001, EFG 2002, 552, rkr.).

Beteiligung eines Dritten an GmbH im Wege einer Kapitalerhöhung durch Einzahlung eines Agios (Einlage) und anschließende zeitnahe Auskehrung der Einlage an Altgesellschafter: BFH v. 13.10.1992 – VIII R 3/89 (BStBl. II 1993, 477) hat für den Teil des eingezahlten Agios, der in der GmbH als Rücklage verblieben ist, entsprechend der zivilrechtl. Rechtslage eine Veräußerung iSv. Abs. 1 Satz 1 ausgeschlossen. Er hat insoweit auch keinen Gestaltungsmissbrauch angenommen. Soweit aber die Einlage im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang (2 Tage nach Einzahlung) wieder an die Altgesellschafter ausgezahlt bzw. ausgeschüttet wurde, hat er nach § 42 Satz 2 AO iVm. § 17 einen Veräußerungstatbestand angenommen. Neben dem zeitlichen Zusammenhang zog der BFH als weitere Indizien für das Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs an, dass im Vorfeld der Kapitalerhöhung bzw. des Vertragsschlusses die stl. Behandlung bereits mit dem FA erörtert wurde. Ferner spreche dafür, dass mit der Auszahlung an die Altgesellschafter ein Entgelt (Kaufpreis) beglichen werden sollte und dass die Höhe des Entgelts genau dem errechneten Anteil an den stillen Reserven entsprach, der auf den neuen Geschäftsanteil des (hinzu-)erwerbenden Gesellschafters bzw. einzahlenden Bezugsberechtigten überging.

Gesetzeslücken in § 17 EStG: § 42 AO kann nicht herangezogen werden, um etwa bestehende Gesetzeslücken im Bereich des § 17 EStG zu schließen. Gesetzeslücken sind im StRecht jedenfalls für steuerbegründende Tatbestände oder Tatbestandsmerkmale durch den Gesetzgeber zu schließen (vgl. zum Veräußerungsbegriff des § 17 Abs. 1 Satz 1 auch BFH v. 9.7.1997 – VIII B 40/97, BFH/NV 1998, 23).

Vor- bzw. Zwischenschaltung einer Schenkung: Der Vor- bzw. Zwischenschaltung einer Schenkung von Anteilen an einer KapGes. (zB an Ehefrau oder Kinder) mit zeitlich unmittelbar anschließender Weiterveräußerung derselben an einen Dritten hat der BFH die stl. Anerkennung nach § 42 AO versagt, soweit dafür kein wirtschaftlich vernünftiger Grund ersichtlich ist (BFH v. 28.1.1972 – VIII R 4/66, BStBl. II 1972, 322; ebenso für Spekulationsgeschäfte nach § 23 BFH v. 12.7.1988 – IX R 149/83, BStBl. II 1988, 942). Die Vor- bzw. Zwischenschaltung wird dann für ertragstl. Zwecke ignoriert und eine direkte Veräußerung des Erstinhabers (zivilrechtl. Schenkers) an den Dritten angenommen.

Sofern die einer Anteilsschenkung nachfolgende Anteilsveräußerung seitens des Beschenkten (unwiderlegt) auf einer neuen Entwicklung oder einem neuen wirtschaftlichen Anlass beruht, liegt uE regelmäßig keine rechtsmissbräuchliche Gestaltung iSv. § 42 AO vor (so auch FG Nds. v. 4.12.2003, EFG 2004, 652, rkr. für eine 2 Jahre nach dem Schenkungsfall erfolgte Anteilsveräußerung).

Veräußerung an eine beteiligungsidentische GmbH: Die Veräußerung der Anteile an eine beteiligungsidentische GmbH ist auch dann nicht rechtsmissbräuchlich, wenn hierdurch eine Besteuerung noch vor einer Gesetzesänderung erreicht werden soll, hier, um einen Veräußerungsverlust noch vor In-Kraft-Treten des Halbeinkünfteverfahrens zu realisieren (BFH v. 29.5.2008 – IX R 77/06, BStBl. II 2008, 789).

Veräußerung zwischen Ehegatten zur Vermeidung eines künftigen Veräußerungsgewinns: Ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten liegt vor, wenn ein Ehegatte Anteile an einer GmbH an den anderen Ehegatten zum Nennwert überträgt, obschon er bereits zu diesem Zeitpunkt beabsichtigt, die GmbH-Anteile zu einem möglichst günstigen – jedenfalls nicht unter dem Nennwert liegenden – Preis zu veräußern, um damit die Entstehung eines Veräußerungsgewinns gem. § 17 zu verhindern (BFH v. 14.6.2005 – VIII R 37/03, DStRE 2006, 117). Entsprechendes gilt für die verlustbegründende Veräußerung von wertlosen Anteilen zwischen Ehegatten kurz vor ihrem Wegzug ins Ausland; auch nahe Angehörige sind keineswegs gehalten, ihre Verhältnisse stl. so ungünstig wie möglich zu gestalten. Wer nach deutschem Steuerrecht einen Verlust nach § 17 erlitten hat, kann diesen auch realisieren und geltend machen, und zwar zu einem Zeitpunkt, der ihm stl. am günstigsten erscheint (so auch FG Saarl. v. 17.6.2008, EFG 2008, 1803, rkr.).

Zwischenschaltung von (Basis-)Gesellschaften im Ausland: Vgl. dazu BFH v. 19.1.2000 – I R 117/97, BStBl. II 2001, 222 (zur Abwicklung von Wertpapiergeschäften im Ausland [Dublin Docks] durch eine Management-Gesellschaft; bestätigt durch BFH v. 25.2.2004 – I R 42/02, BStBl. II 2005, 14; beachte: BMF v. 19.3.2001, BStBl. I 2001, 243; Nichtanwendungserlass der Dublin Docks-Urt. des BFH), und BFH v. 20.3.2002 – I R 63/99, BStBl. II 2003, 50 (zur Zwischenschaltung von Finanzierungsgesellschaften im Ausland). Diese Entscheidungen konkretisieren die Missbrauchsvoraussetzungen bei der Zwischenschaltung von ausländ. KapGes. und enthalten Abgrenzungskriterien zu den „klassischen Briefkastengesellschaften“. Ferner stellt BFH v. 20.3.2002 – I R 63/99 aaO klar, dass § 42 Abs. 2 AO nF zu keiner materiellen Verschärfung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 42 Abs. 1 Satz 1 AO führt. Klare Nicht-Anerkennungsfälle sind nur die Fälle der Briefkastengesellschaften, die funktionslos sind. Haben die zwischengeschalteten Gesellschaften dagegen eine – wenn auch nur sehr begrenzte – Funktion, so sind sie anzuerkennen, sofern sie für die Ausübung dieser Funktion angemessen ausgestattet sind (vgl. EILERS, Festschr. Wassermeyer, 2005, 323 [324 ff.] mwN; NIEDRIG, IStR 2003, 474 ff.).

Einstweilen frei.

45–49

XIX. Verhältnis zum UmwStG

50

Vorrang des UmwStG gegenüber § 17: Soweit für Umwandlungsvorgänge nach dem UmwG Vorschriften des UmwStG eingreifen, sind diese vorrangig gegenüber § 17. Den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich des UmwStG als gegenüber dem EStG/KStG vorrangiges Sonderrecht bestimmt

§ 1 UmwStG. Der sachliche Anwendungsbereich des UmwStG wird vorab durch § 1 Abs. 1–4 UmwStG bestimmt. Innerhalb dieses sachlichen Anwendungsbereichs kommen als – § 17 modifizierende – vorrangige Sondervorschriften in Betracht

- für die Verschmelzung §§ 11 ff. UmwStG,
- für die Aufspaltung und Abspaltung § 15 UmwStG iVm. §§ 11 ff., 16 UmwStG,
- für die Ausgliederung nach UmwG und Einbringungen gegen Gewährung neuer Anteile §§ 20 ff. UmwStG,
- für die Vermögensübertragung §§ 3 ff. UmwStG,
- für den Formwechsel § 25 iVm. §§ 20 ff. UmwStG.

Verhältnis zu §§ 20 ff. UmwStG: Die Änderung der §§ 20 ff. UmwStG durch das SEStEG (für Einbringungs- und Umwandlungsvorgänge bereits mit Wirkung ab dem 13.12.2006, vgl. § 27 Abs. 1 UmwStG) haben zu einer erheblichen Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs von § 17 geführt (instruktiv zu den neuen Einbringungstatbeständen der §§ 20 ff. UmwStG zB LEY, FR 2007, 109 ff.). Für die Einbringung von Unternehmensteilen (Betrieben, Teilbetrieben oder Mitunternehmeranteilen) und von KapGesAnteilen in andere KapGes. (Anteilstausch) unterhalb des gemeinen Werts wurde das Rechtsinstitut der (ewig) einbringungsgeborenen Anteile (vgl. dazu § 21 UmwStG aF) abgeschafft. Hat ein Einbringungsvorgang iSv. §§ 20, 21 UmwStG unterhalb des gemeinen Werts stattgefunden, unterliegen die daraus „erhaltenen“ Anteile des PV im Fall ihrer späteren Veräußerung, verdeckten Einlage (§ 17 Abs. 2 Satz 2) oder Entstrickung nach einem anderen veräußerungsgleichen Tatbestand (s. § 17 Abs. 4, Abs. 5) generell nur noch einer Besteuerung nach § 17 (und nicht nach § 16). Dies gilt insbes. auch für die aus einer Einbringung von Unternehmensteilen (Betrieben, Teilbetrieben oder Mitunternehmeranteilen) „erhaltenen Anteile“, und zwar auch innerhalb der ersten 7 Jahre nach Durchführung des unterhalb des gemeinen Werts durchgeführten Einbringungs- bzw. Umwandlungsvorgangs. Auf Grund des Wegfalls des Konzepts einbringungsgeborener Anteile hat der Gesetzgeber die Einfügung des § 17 Abs. 6 für notwendig erachtet.

Verhältnis zu § 21 UmwStG: Für *verdeckten Einlagen* von im PV gehaltenen Anteilen an KapGes. sieht bereits § 17 Abs. 2 Satz 2 eine Bewertung der Anteile mit dem *gemeinen Wert* für Zwecke der Ermittlung des stpfl. Veräußerungsgewinns vor. Diesen Bewertungsmaßstab setzt der Gesetzgeber in § 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG für die Einbringung von Anteilen an KapGes. gegen Gewährung neuer Anteile an der übernehmenden KapGes. konsequent fort. Hiernach hat die übernehmende KapGes. für die von ihr im Wege der Einbringung übernommenen Anteile an der KapGes. ebenfalls den gemeinen Wert anzusetzen, welcher spiegelbildlich bzw. korrespondierend für den einbringenden Anteilseigner (Einbringenden) nach § 21 Abs. 2 Satz 1 UmwStG als Veräußerungspreis gilt (Wertverknüpfung zwischen übernehmender KapGes. und Einbringendem).

Für die Einbringung von Anteilen gegen Gewährung neuer Anteile an der übernehmenden KapGes., die der übernehmenden KapGes. *unmittelbar die Mehrheit der Stimmrechte an der erworbenen KapGes. verschafft* (sog. *qualifizierter Anteilstausch*), kann die übernehmende KapGes. gem. § 21 Abs. 1 Satz 2 UmwStG ausnahmsweise beantragen, für die von ihr übernommenen KapGesAnteile (statt des gemeinen Werts) einen niedrigeren Buchwert oder niedrigere AK oder einen niedrigeren Zwischenwert anzusetzen. Korrespondierend bzw. spiegelbildlich hat der einbringende Anteilseigner (Einbringende) gem. § 21 Abs. 2 Satz 1 UmwStG

den Wert, mit dem die übernehmende KapGes. die eingebrachten Anteile im Rahmen des § 21 Abs. 1 UmwStG ansetzt, sowohl als Veräußerungspreis (zB im Rahmen von § 17 Abs. 2 EStG) als auch als AK für die neu erhaltenen Anteile anzusetzen (Wertverknüpfung beim qualifizierten Anteilstausch). Der Antrag zur Wahrnehmung des Bewertungswahlrechts nach § 21 Abs. 1 Satz 2 UmwStG ist gem. § 21 Abs. 2 Satz 4 UmwStG spätestens bis zur erstmaligen Abgabe der StErklärung bei dem FA zu stellen, das für die Besteuerung des Einbringenden zuständig ist. § 21 Abs. 2 Satz 3 UmwStG stellt ausdrücklich klar, dass für Anteile, die aus dem PV in eine KapGes. gegen neue Anteile eingebracht werden, für die Bewertung der Anteile im Rahmen der Wahlrechtsausübung als Bewertungsmaßstab die AK anstelle des Buchwerts treten.

Verhältnis zu § 22 UmwStG: Ferner hat der Gesetzgeber im Zuge des SE-StEG die Besteuerung des Inhabers von Anteilen an KapGes. nach § 22 UmwStG für die Fälle reformiert, in denen der Anteilsinhaber innerhalb der ersten 7 Jahre (*Siebenjahresfrist*) nach einer vorangehenden steuerneutralen oder teilweise steuerneutralen Einbringungstransaktion (vgl. vorstehend zu § 21 UmwStG) seine Anteile veräußert. § 22 UmwStG ersetzt die frühere Besteuerung von einbringungsgeborenen Anteilen (§ 21 UmwStG aF) dahingehend, dass für die aus der Einbringung stammenden bzw. „erhaltenen Anteile“ keine verschärfte Besteuerung als Gewinn aus § 16 EStG mehr eingreift (Abschaffung des Instituts der einbringungsgeborenen Anteile), sondern nur noch eine rückwirkende Besteuerung des Einbringungsvorgangs als sog. *Einbringungsgewinn*. Hieraus folgt unter Berücksichtigung der Voraussetzungen des § 22 UmwStG im Grundsatz folgende Besteuerungssystematik (wesentliche Leitlinien):

- Sofern innerhalb von 7 Jahren aus einer Sacheinlage unterhalb des gemeinen Werts (§ 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG) „erhaltene Anteile“ veräußert werden (oder einer nach § 22 Abs. 1 Satz 6 UmwStG, § 17 Abs. 2 Satz 2, § 17 Abs. 4 oder § 17 Abs. 5 vergleichbaren Transaktion unterliegen), ist der Gewinn aus der Einbringung rückwirkend zum Einbringungstichtag als Gewinn des Einbringenden iSv. § 16 zu versteuern (*Einbringungsgewinn I*, Einzelheiten dazu vgl. zB LEX, FR 2007, 109f. [114, 115] mit Beispielen). Spätere Wertänderungen der übertragenen bzw. eingebrachten Anteile innerhalb der Siebenjahresfrist bleiben hierbei ohne Bedeutung und haben deshalb keine Auswirkung auf die Höhe des stpfl. Einbringungsgewinns mehr. Dies kann im Fall nachträglicher Wertsteigerungen für die Anteile zu stl. Vorteilen, im Fall nachträglicher Wertminderungen zu stl. Nachteilen führen. Zur Vermeidung eines bewertungsbedingten Steuernachteils erscheint eine vorsorgliche Anteilsbewertung zum Einbringungstichtag häufig empfehlenswert, auch wenn die Höhe des gemeinen Werts als steuerbegründende oder -erhöhende Tatsache grundsätzlich vom FA nachzuweisen ist. Das Teileinkünfteverfahren findet keine Anwendung, soweit der *Einbringungsgewinn I* nicht aus Anteilen an KapGes. resultiert (arg. e contrario § 22 Abs. 1 Satz 4, § 22 Abs. 2 UmwStG).
- Sofern die aus einem qualifizierten Anteilstausch gem. § 21 Abs. 1 Satz 2 UmwStG (unterhalb des gemeinen Werts) *erhaltenen* Anteile innerhalb von 7 Jahren nach dem Einbringungsvorgang veräußert werden (oder einer nach § 22 Abs. 1 Satz 5 UmwStG, § 17 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 oder Abs. 5 vergleichbaren Transaktion unterliegen), fällt ein rückwirkend zu erfassender Einbringungsgewinn iSv. § 22 Abs. 1 UmwStG oder § 22 Abs. 2 UmwStG nicht an. § 22 Abs. 1 UmwStG knüpft tatbestandlich nur an Einbringungsvorgänge des § 20 UmwStG an. § 22 Abs. 2 UmwStG betrifft dagegen nur den Fall der nachfolgenden Veräußerung bzw. Transaktion von *eingebrachten* Anteilen. Die

- aus einem qualifizierten Anteilstausch *erhaltenen* Anteile unterliegen damit der normalen Besteuerung nach § 17 im Teileinkünfteverfahren gem. § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c).
- Sofern innerhalb von 7 Jahren nach Durchführung einer Sacheinlage (§ 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG) oder eines qualifizierten Anteilstauschs (§ 21 Abs. 1 Satz 2 UmwStG) unterhalb des gemeinen Wertes „eingebrachte Anteile“ nachfolgend von der übernehmenden KapGes. veräußert werden (oder einer nach § 22 Abs. 1 Satz 6 UmwStG, § 17 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 oder Abs. 5 vergleichbaren Transaktion unterliegen), ist der Gewinn aus der Einbringung der *eingebrachten* Unternehmensteile (Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil) und/oder der *eingebrachten* Anteile rückwirkend im Wj. der Einbringung als Gewinn des Einbringenden zu versteuern (*Einbringungsgewinn II*, Einzelheiten dazu vgl. zB LEX, FR 2007, 116 f. [118] mit Beispielen). Soweit der Einbringende seine erhaltenen Anteile bereits veräußert hat, findet im Fall einer späteren Veräußerung von *eingebrachten* Anteilen eine rückwirkende Besteuerung eines Einbringungsgewinns II nicht mehr statt; dies gilt auch in Fällen, in denen für die *erhaltenen* Anteile ein Tatbestand nach § 6 AStG verwirklicht wurde, wenn und soweit die dafür entstehende Steuer nicht gestundet wird. Das Teileinkünfteverfahren findet für den Einbringungsgewinn II nur Anwendung, soweit Anteile an KapGes. eingebracht wurden.
 - Sind *eingebrachte* Anteile sog. einbringungsgeborene Anteile auf Grund eines bis zum 12.12.2006 durchgeführten Einbringungsvorgangs, gelten für diese Anteile die Besteuerungsregeln nach § 21 UmwStG aF fort (§ 27 Abs. 3 Nr. 3 UmwStG nF).
 - Werden auf Grund einer Sacheinlage (§ 20 Abs. 1 UmwStG) oder eines Anteilstauschs (§ 21 Abs. 1 UmwStG) unterhalb des gemeinen Werts gebildete stillen Reserven im Zuge einer Gesellschaftsgründung oder Kapitalerhöhung auf andere (Alt-)Anteile verlagert, gelten diese Altanteile insoweit auch als *eingebrachte* oder *erhaltene* Anteile iSd. § 22 Abs. 1 oder Abs. 2 UmwStG (*Mitverstrickung* von Anteilen). Hierdurch soll eine Umgehung und Reduzierung der Besteuerung von stpfl. Einbringungsgewinnen durch die Verlagerung von stillen Reserven auf Altanteile vermieden werden.
 - Zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung stiller Reserven von Anteilen an KapGes. ist eine Erhöhung der AK sowohl für die *eingebrachten* als auch die *erhaltenen* Anteile vorgesehen (§§ 22 Abs. 1 Satz 4, Abs. 2 Satz 4 UmwStG und § 23 Abs. 2 Sätze 1 und 3 UmwStG). Soweit die aus einem stpfl. Einbringungsgewinn I oder Einbringungsgewinn II resultierenden Steuern nachweislich gezahlt sind, werden auf Antrag des Stpfl. die AK der betreffenden Anteile erhöht. Diese Anschaffungskostenerhöhung ist uE nicht rückwirkend auf den Zeitpunkt der Einbringung bzw. des stl. Einbringungsstichtags vorzunehmen, sondern vielmehr erst ab dem VZ der Antragstellung. Bei den Vorschriften der §§ 22 Abs. 1 Satz 4, Abs. 2 Satz 4 UmwStG und § 23 Abs. 2 Sätze 1 und 3 UmwStG handelt es sich um gesetzlich fingierte *nachträgliche* AK. Diese gesetzlichen Fiktionen *nachträglicher* AK sind uE nur für stl. Zwecke, nicht aber zwingend für handelsrechtl. Zwecke nachzuvollziehen. Denn nach der Gesetzesbegründung zu den §§ 20 ff. UmwStG soll das Maßgeblichkeitsprinzip iSv. § 5 Abs. 1 Satz 1 auf Grund der Streichung des früheren § 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG keine Geltung mehr haben (BTDrucks. 16/2710, 43). Diese Betrachtung vermeidet insbes. auch Probleme, die sich bei Geltung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes im Hinblick auf die für stl. Wahlrechte eingeschränkten Möglichkeiten einer Bilanzänderung iSv. § 4 Abs. 2 Satz 2 ergeben könnten.

XX. Verhältnis zu § 11 BewG

51

Bis zum 31.12.2005 war die Anwendung des § 11 Abs. 2 Satz 2 BewG aF für Zwecke der Bewertung von (nicht notierten) Anteilen an KapGes. nach dem sog. Stuttgarter Verfahren noch möglich. Demgegenüber vertrat die FinVerw. auch schon vor dem 1.1.2007 zunehmend die Auffassung, dass der gemeine Wert von Anteilen an KapGes. im Ertragsteuerrecht nicht nach dem Stuttgarter Verfahren bzw. nach § 11 Abs. 2 Satz 2 BewG aF, sondern nach anerkannten Methoden der Unternehmensbewertung im Ertragswertverfahren zu ermitteln sei (vgl. zB Bewertungsleitfaden der OFD Rheinland und OFD Münster, 4. Fassung, v. 15.11.2007, StEK EStG § 17 Nr. 83).

In der Zeit vom 1.1.2006 bis 31.12.2008 fand auf Grund der Gesetzesergänzung gem. § 11 Abs. 2 Satz 3 BewG (vgl. BGBl. I 2006, 2805) die vormalige Bestimmung des § 11 Abs. 2 Satz 2 BewG aF und damit auch das Stuttgarter Verfahren für ertragstl. Zwecke keine Anwendung mehr. Danach war auch im Anwendungsbereich des § 17 sowie von § 6 AStG, § 20 UmwStG eine Wertermittlung im Wege der Ableitung aus Verkäufen innerhalb des letzten Jahres oder des Stuttgarter Verfahrens vom Gesetzgeber für Anteile an KapGes. ausgeschlossen worden.

Ab dem 1.1.2009 gilt für die Bestimmung des gemeinen Werts, soweit er im Anwendungsbereich des § 17 als Tatbestandsmerkmal vorausgesetzt wird (zB im Fall einer verdeckten Einlage nach § 17 Abs. 2 Satz 2) die Vorschrift des § 11 BewG idF des ErbStRG v. 24.12.2008 (BGBl. I 2008, 3018; BStBl. I 2009, 140).

Für börsengehandelte Anteile an KapGes. erscheint gesetzessystematisch fraglich, ob für die Ermittlung des gemeinen Werts auf die Bestimmung des § 11 Abs. 1 BewG, dh. auf den niedrigsten am Bewertungsstichtag im regulierten Markt notierten Kurs, zurückgegriffen werden kann. Nach dem Wortlaut und der Gesetzessystematik des § 11 Abs. 2 BewG wäre dies ausgeschlossen, da er den Bewertungsmaßstab des gemeinen Werts nur für Anteile an KapGes. vorsieht, die gerade nicht unter § 11 Abs. 1 BewG fallen, also gerade keine börsengehandelten Anteile an KapGes. darstellen. In der Praxis wird sich uE jedoch ein gemeiner Wert der Anteile an börsennotierten KapGes. nicht besser ermitteln und darstellen lassen können als durch den in § 11 Abs. 1 BewG genannten Wertmaßstab, nämlich den niedrigsten am Stichtag für die Anteile im regulierten Markt notierten Kurswert bzw. einem Kurswert innerhalb von 30 Tagen vor dem Stichtag.

Für nicht börsengehandelte Anteile an KapGes. gelten für die Ermittlung des gemeinen Werts, soweit in § 17 vorausgesetzt, uE die Bewertungsregeln des § 11 Abs. 2 Sätze 2–4 BewG. Hierbei kann uE für die Wertfindung von nicht notierten Anteilen an KapGes. auch das vereinfachte Ertragswertverfahren nach §§ 199–203 BewG herangezogen werden.

Einstweilen frei.

52

E. Zurechnung der Einkünfte

53

Dem Veräußerer ist der Gewinn oder Verlust aus der Veräußerung einer Beteiligung iSd. § 17 zuzurechnen. Fallen ausnahmsweise rechtl. und sog. wirtschaftliches Eigentum auseinander, so ist für die Bestimmung des Veräußerers der Inhaber des wirtschaftlichen Eigentums maßgebend (allg. zur persönlichen Zurechnung von Einkünften § 2 Anm. 100 f.; zur Zurechnung von wirtschaft-

lichem Eigentum s. § 2 Anm. 144). Ist auf Grund wirksamer schuldrechtl. Vereinbarungen zwischen einander nicht nahe stehenden Personen das wirtschaftliche Eigentum an den Geschäftsanteilen einer GmbH übergegangen und werden die schuldrechtl. Vereinbarungen nachträglich unwirksam, dann bleibt der Erwerber wirtschaftlicher Eigentümer, wenn die Beteiligten die wirtschaftlichen Folgen des Rechtsgeschäfts nicht rückgängig machen (BFH v. 17.2.2004 – VIII R 28/02, BFH/NV 2004, 1130). Bei einem formunwirksamen Kaufvertrag über einen GmbH-Geschäftsanteil geht das wirtschaftliche Eigentum über, wenn im Vertrag das Gewinnbezugsrecht übertragen, das Stimmrecht eingeräumt oder eine Stimmrechtsbindung des zivilrechtl. Gesellschafters an die Interessen des Erwerbers vereinbart worden ist und die getroffenen Vereinbarungen in der Folgezeit tatsächlich vollzogen werden (BFH v. 17.2.2004 – VIII R 26/01, BStBl. II 2004, 651; ähnlich FG Münster v. 23.2.2000, EFG 2000, 1000, rkr.). Eine Veräußerung vom zivilrechtl. Eigentümer an den wirtschaftlichen Eigentümer fällt nicht unter § 17. In diesem Fall hat der Wechsel der stl. relevanten Inhaberschaft bereits zu einem früheren Zeitpunkt stattgefunden. § 17 setzt aber voraus, dass die Beteiligung an der KapGes. dem Veräußerer im Zeitpunkt der Veräußerung zuzurechnen war (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO). Diese Voraussetzung ist hier mangels wirtschaftlichen Eigentums des Veräußerers nicht erfüllt. Die bürgerlich-rechtl. Veräußerung bildet in diesem Fall wirtschaftlich vielmehr eine Abfindung für die Aufgabe der förmlichen zivilrechtl. Inhaberschaft an der Beteiligung. Ob darin eine Leistung iSd. § 22 Nr. 3 liegt, ist zweifelhaft; s. zu § 22 Nr. 3 § 22 Anm. 380 f., insbes. 390–393 (Vermögensumschichtungen und veräußerungs-ähnliche Vorgänge).

54 Einstweilen frei.

F. Verfahrensfragen

55 I. Anzeigepflichten nach § 54 EStDV

Anzeigepflicht für Notare gem. § 54 Abs. 1–3 EStDV: Nach § 54 Abs. 1 EStDV haben Notare dem für die KapGes. zuständigen FA (§ 20 AO) eine beglaubigte Abschrift aller auf Grund gesetzlicher Vorschriften aufgenommenen oder beglaubigten Urkunden zu übersenden, die die Gründung, Kapitalerhöhung oder -herabsetzung, Umwandlung oder Auflösung von KapGes. oder die Verfügung über Anteile an KapGes. zum Gegenstand haben. Die Abschrift ist binnen 2 Wochen ab dem Zeitpunkt der Aufnahme oder Beglaubigung der Urkunde einzureichen. (§ 54 Abs. 2 EStDV). Den Beteiligten dürfen die Urschrift, eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift der Urkunde erst ausgehändigt werden, wenn die Abschrift der Urkunde an das FA abgesandt ist. § 54 EStDV erfasst nicht nur Verfügungsgeschäfte, sondern auch Verpflichtungsgeschäfte, aufschiebend bedingte Verfügungen und Treuhandverträge über Anteile an KapGes.

Nicht erfasst von § 54 EStDV sind dagegen die Verpfändung von Anteilen an KapGes., die Beglaubigung einer Abschrift (§ 39 BeurkG) oder einer Unterschrift (§ 40 BeurkG) oder die Beurkundung nur eines Angebots auf Übertragung eines Anteils an einer KapGes. ohne entsprechende Annahmeerklärung. Ferner sind nur Übertragungen von GmbH-Anteilen, nicht aber die Veräußerung anderer Anteile iSv. § 17 Abs. 1 Satz 3 beurkundungspflichtig, so dass § 54 EStDV praktisch nur für GmbH-Anteile eine automatische Kontrolle ermög-

licht (kritisch mit Blick auf weitere strukturelle Erhebungsdefizite auf Grund § 30a AO FOHLER, Private Anteilsveräußerung und vermögensverwaltende Personengesellschaften, Diss. Münster 2003, 143 ff.). Für ausländ. Notare oder Beurkundungsvorgänge im Ausland findet die Vorschrift ebenfalls keine Anwendung; allerdings hat der Stpfl. selbst die Anzeigepflichten aus § 138 Abs. 2 und 3 AO zu beachten.

Anzeigepflichten nach § 54 Abs. 4 EStDV (idF des SEStEG v. 7.12.2006, BGBl. I 2006, 2782; BStBl. I 2007, 4): Die Neuregelung in Abs. 4 erweitert die Mitteilungspflichten der Notare im Hinblick auf Verfügungen über Anteile an KapGes. durch Anteilseigner, die nicht nach § 1 Abs. 1 EStG unbeschränkt stpfl. sind. Der Gesetzentwurf der BReg. v. 25.9.2006 (BTDrucks. 16/2710) sah noch vor, dass bei Beurkundungen in ausländ. Sprache generell eine Übersetzung ins Deutsche beizulegen ist. Davon wurde allerdings im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens auf Anregung der Beschlussempfehlung des FinAussch. v. 8.11.2006 abgesehen. Nach dem SEStEG v. 7.12.2006 (BGBl. I 2006, 2782; BStBl. I 2007, 4) bestimmt § 84 Abs. 3b EStDV, dass die durch den neuen § 54 Abs. 4 EStDV eingeführte geänderte Meldepflicht erstmals für Beurkundungen über Verfügungen an Anteilen an KapGes. gilt, die nach dem 31.12.2006 vorgenommen werden.

II. Bescheinigung von Leistungen aus dem steuerlichen Einlagekonto 56 (§ 27 Abs. 3 und Abs. 4 KStG)

Nach § 27 Abs. 3 KStG hat die KapGes. ihren Anteilseignern Leistungen, die das stl. Einlagekonto nach Maßgabe der in § 27 Abs. 1 Satz 3 KStG normierten Vergleichsrechnung mindern, nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck zu bescheinigen. Nach § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1–3 KStG muss die Bescheinigung den Namen und die Anschrift des Anteilseigners, die Höhe der Leistungen iSv. § 27 Abs. 1 Satz 3 KStG und den Zahlungstag enthalten. Entsprechendes gilt nach § 27 Abs. 4 KStG auch für den Fall der Ausschüttung bzw. Rückzahlung von Einlagen über ein inländ. Kreditinstitut. Die Bescheinigung dient damit verfahrenstechnisch nicht nur der Nichtbesteuerung von zurückgewährten Einlagen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3, sondern jeweils auch der Sicherstellung einer Besteuerung nach § 17 Abs. 4 Satz 1 Var. 3.

III. Veranlagung, Feststellung, Korrektur von Steuerbescheiden 57

Veranlagung: Die Erfassung von Veräußerungsgewinnen nach § 17 findet im Rahmen der EStVeranlagung der Gesellschafter statt und geht als Besteuerungsgrundlage unmittelbar in den EStBescheid ein. Veräußerungsgewinne iSv. § 17 Abs. 2 können weder Gegenstand einer einheitlichen und gesonderten Feststellung nach §§ 179 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2, 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO noch – im Fall einer Unterbeteiligung – Gegenstand eines besonderen gesonderten Feststellungsverfahrens sein. Dies ist die Folge der sog. Bruchteilsbetrachtung, nach der für die Bestimmung des Veräußerungstatbestands bzw. der Beteiligungsquote nach § 17 Abs. 1 die Kapitalbeteiligungen einer vermögensverwaltenden PersGes. anteilig den Gesellschaftern unmittelbar selbst zuzurechnen sind (BFH v. 9.5.2000 – VIII R 41/99, BStBl. II 2000, 686; v. 9.5.2000 – VIII R 41/99, BFH/NV 2001, 17; v. 25.1.2001 – VIII B 46/00, BFH/NV 2001, 779).

Gesonderte und ggf. einheitliche Feststellung nach § 180 Abs. 2 AO iVm. § 10 VO zu § 180 Abs. 2 AO: Das für die Besteuerung der KapGes. nach § 20 AO zuständige FA (§ 10 Abs. 2 Satz 1 VO zu § 180 Abs. 2 AO) kann nach Maßgabe des § 180 Abs. 2 AO iVm. § 10 Abs. 1 VO gesondert und bei mehreren Beteiligten einheitlich feststellen,

- ob und in welchem Umfang im Rahmen der Gründung einer KapGes. oder einer Kapitalerhöhung stille Reserven in Gesellschaftsanteilen, die der Besteuerung nach § 17 EStG und nach § 21 UmwStG unterliegen (steuerverstrickte Anteile), auf andere Gesellschaftsanteile übergehen (mitverstrickte Anteile),
- in welchem Umfang die AK der steuerverstrickten Anteile den mitverstrickten Anteilen zuzurechnen sind,
- wie hoch die AK der steuerverstrickten Anteile nach dem Übergang stiller Reserven sowie der mitverstrickten Anteile im Übrigen sind,
- ob und inwieweit Anteile an KapGes. unentgeltlich auf andere Stpfl. übertragen werden.

Die Anteilseigner bzw. Gesellschafter haben nur dann eine Erklärung zur gesonderten Feststellung nach § 180 Abs. 2 AO iVm. § 10 Abs. 1 VO abzugeben, wenn sie durch die FinBeh. dazu aufgefordert werden (§ 149 Abs. 1 Satz 2 AO iVm. § 10 Abs. 2 Satz 2 VO).

Gesonderte Feststellung von steuerlichem Einlagekonto (§ 27 Abs. 2 KStG): Der Bestand des stl. Einlagekontos iSd. § 27 Abs. 1 KStG, auf das § 17 Abs. 4 Satz 1 Var. 3 Bezug nimmt, wird durch das FA gesondert festgestellt (§ 27 Abs. 2 Satz 1 KStG iVm. §§ 179 ff. AO). Die betreffende KapGes. hat hierfür auf den Schluss eines jeden Wj. eine Erklärung zur gesonderten Feststellung des Bestands des Einlagekontos abzugeben (§ 27 Abs. 2 Sätze 3 und 4 KStG). Demgemäß richtet sich der Feststellungsbescheid auch nur gegen die KapGes. als Stpfl. iSv. § 179 Abs. 2 Satz 1 AO, so dass ein Anteilseigner daraus keine eigenen Rechte ableiten kann. Die Anteilseigner sind vielmehr auf die Bescheinigungen nach § 27 Abs. 3 und Abs. 4 KStG verwiesen (s.o.).

Korrektur von Steuerbescheiden wegen späterer Veränderungen des Veräußerungsgewinns (Veräußerungspreis bzw. -erlös, Veräußerungskosten oder AK): s. im Einzelnen Anm. 166, 184f. und 205.

58–59 Einstweilen frei.

**Erläuterungen zu Abs. 1:
Der Veräußerungstatbestand**

Schrifttum ab 2002: BÄCKER, Geordneter Rückzug – GmbH-Nachfolge: Die Übertragung von GmbH-Anteilen unter Lebenden und von Todes wegen, GmbH-Stpr. 2002, 127; GOSCH, Rechtsprechung im besonderen Blickpunkt der Außenprüfung, StBp. 2002, 116; HEROLD, Teilwert eines Darlehens bei Kriseneintritt, GStB 2002, 22; HERZIG/GOCKSCH, Die steuerliche Behandlung von Übergewinnanteilen für Sponsoren inländischer Private Equity-Fonds, DB 2002, 600; HOFFMANN, Merkwürdigkeiten bei der Bilanzierung von Gesellschaftsforderungen, GmbH-StB 2002, 117; HOHAUS, Die atypische Unterbeteiligung an einer GmbH – Wirtschaftliches Eigentum nach § 39 Abs. 2 AO?, GmbHHR 2002, 883; KOLLRUSS, Möglichkeiten zur Durchbrechung des Halbeinkünfteverfahrens, Stbg. 2002, 97; LÜTTICKEN, Die Ermittlung der Beteiligungsquote nach § 17 Abs. 1 EStG bei Kapital-

erhöhung, StB 2002, 122; MICKER, Rückwirkungsfragen im Bereich der Besteuerung von Wertzuwächsen des Privatvermögens, BB 2002, 120; SCHÜPPEN, Zur Bewertung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens im Fall des Verzichts, EWiR 2002, 65; SIEKER, Steuerausgleich bei grenzüberschreitenden Unternehmenstransaktionen unter dem neuen DBA-Kanada, IStR 2002, 269; TSCHESCHE, Die Übertragung wirtschaftlichen Eigentums an Anteilen von Kapitalgesellschaften, WPg. 2002, 965; BAUER/GEMMEKE, Der Zeitpunkt der Besteuerung bei Mitarbeiter-Wandelschuldverschreibungen, StB 2003, 83; CREZELIUS, Die Rückbezüglichkeit in § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG, DB 2003, 230; HAASE, Die Anerkennung von Treuhandverhältnissen an GmbH-Anteilen – Neure Überlegungen zur steueroptimalen Mitarbeiterbeteiligung, INF 2003, 664; FOHLER, Private Anteilsveräußerung und vermögensverwaltende Personengesellschaften – Zur Auslegung des § 17 EStG, Diss. Münster, 2003; HERZIG/LOCHMANN, Besteuerung von Wandelanleihen als Vergütungsinstrument für Arbeitnehmer, WPg. 2003, 837; SOMMER/MENZEL, Sind unwirksame Treuhandverhältnisse an GmbH-Anteilen steuerlich anzuerkennen?, GmbHR 2003, 917; KRATZSCH, Beeinflussung der Beteiligungshöhe iSd. § 17 EStG durch Genussrechte und stille Beteiligungen, BB 2004, 581; MORITZ, Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften – Neue BFH-Rechtsprechung zu wesentlichen Beteiligungen im Sinne des § 17 EStG, NWB F. 3, 13119 (51/2004); EILERS/RODERBURG, „Beteiligung am Kapital der Gesellschaft“ i.S.v. § 17 EStG bei Genussrechten (BFH v. 14.6.2005), GmbHR 2005, 1620; PRINZ/v. FREEDEN, Erwerb eigener Anteile als Ausschüttungsalternative bei einer Kapitalgesellschaft, FR 2005, 533; RÄTKE, Bewertung der Einlage einer wertgeminderten wesentlichen Beteiligung, UM 2005, 241 zu § 17 Abs. 1; BLUMENBERG/ROSSNER, Steuerliche Auswirkungen der durch das BilMoG geplanten Änderungen der Bilanzierung von eigenen Anteilen, GmbHR 2008, 1079; FISCHER, Querbezüge des MoMiG zum Unternehmenssteuerrecht, Ubg. 2008, 684; HOFFMANN/LÜDENBACH, Inhaltliche Schwerpunkte des BilMoG-Regierungsentwurfs, DStR 2008, Beihefter zu Heft 30, 49; MAYER, Steuerliche Behandlung eigener Anteile nach dem BilMoG, Ubg. 2008, 779; SCHNITGER/BILDSTEIN, Wertpapierpensionsgeschäfte und Wertpapierleihe – Wirtschaftliches Eigentum und UntStReformG 2008, IStR 2008, 202; HECKSCHEN, Gründungserleichterungen nach dem MoMiG – Zweifelsfragen in der Praxis, DStR 2009, 166; KORN, Anmerkung zu BMF: Entgeltlichkeit von Einbringungen von Einzel-WG, Teilbetriebsfiktion für 100%-Beteiligungen, finales Entnahmeverständnis, (Schr. v. 20.5.2009), NWB 2009, 2041; RODEWALD/POHL, Neuregelung des Erwerbs von eigenen Anteilen durch die GmbH im Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG), GmbHR 2009, 32; SCHNEIDER/OEPEN, Nichtanwendungserlass zum BFH-Urteil zur (u.a.) Aufgabe der finalen Entnahmetheorie. Anmerkung zu BMF v. 20.5.2009, FR 2009, 660; STRAHL, Neues zur Kapitalkontenstruktur bei Personengesellschaften, KÖSDI 2009, 16531.

A. Der Tatbestand der steuerpflichtigen Anteilsveräußerung (Abs. 1 Satz 1)

I. Tatbestandsabgrenzung und -struktur

60

Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 1 Satz 1: Die estl. Erfassung eines Gewinns oder Verlusts gem. § 17 Abs. 1 setzt voraus

► *Anteile an einer Kapitalgesellschaft (Veräußerungsgegenstand)* mit folgenden nach Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 und Satz 3 definierten Einzelmerkmalen:

- Beteiligung bzw. Anteile des Veräußerers (Anm. 100 f.)
- am Kapital der KapGes. (Anm. 114)
- zu mindestens 1 % (bis VZ 2000/2001: „zu mindestens 10 vom Hundert“, bis VZ 1998: „zu mehr als einem Viertel“ – vgl. Anm. 130 f.)
- unmittelbar oder mittelbar (Anm. 120 f.)
- innerhalb der letzten fünf Jahre (Anm. 110 f.),

– Anteile in Gestalt von Aktien, GmbH-Anteilen, Genussscheinen oder ähnlichen Beteiligungen und Anwartschaften auf solche Beteiligungen (Satz 3 – Anm. 145 f.).

► *Veräußerung der Anteile* (Handlung des Stpfl. – Anm. 70 f.)

► *Gewinn/Verlust aus der Veräußerung* (Besteuerungsgrundlage – dazu Anm. 66 f., ferner im Einzelnen zu Abs. 2 Anm. 240 f.).

Rechtsfolge des Abs. 1 Satz 1: Als Rechtsfolge regelt Abs. 1 Satz 1, dass der Veräußerungsgewinn (Abs. 2 Satz 1) „... (auch) zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb gehört ...“ (Einzelheiten s. Anm. 63).

Abgrenzung zu § 15: s. Anm. 31.

Abgrenzung zu § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2: s. Anm. 34.

Abgrenzung zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2: s. Anm. 36.

Abgrenzung zu § 21 UmwStG, § 6 AStG: s. Anm. 39 f.

Abgrenzung zu Liebhabereinkünften: Erforderlich ist, dass die Beteiligung mit Gewinnerzielungsabsicht erworben und gehalten wird (BFH v. 29.6.1995 – VIII R 68/93, BStBl. II 1995, 722). Anlaufverluste können wie in der betrieblichen Sphäre nicht der alleinige Maßstab für die Beurteilung der Gewinnerzielungsabsicht der Gesellschafter sein (BFH v. 2.5.2001 – VIII R 32/00, BStBl. II 2001, 668). Ein Veräußerungsverlust iSd. § 17 kann nicht isoliert betrachtet werden, sondern ist im Zusammenhang mit den vorausgegangenen Kapitaleinkünften zu beurteilen (vgl. WEBER-GRELET, FR 2001, 705 mwN).

61–62 Einstweilen frei.

63 II. Rechtsfolge: Zugehörigkeit des Gewinns zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb

§ 17 ordnet den Gewinn und Verlust aus der Veräußerung von steuerverstrickten Anteilen den Einkünften aus Gewerbebetrieb (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2) zu. Diese Einordnung ergibt sich zwar auf Grund der den §§ 15–17 vorangestellten Überschrift „Gewerbebetrieb“. Rechtssystematisch handelt es sich aber um eine Fiktion der Art des Veräußerungsgewinns als gewerbliche Einkünfte. Die Merkmale des § 15 Abs. 2 müssen nicht vorliegen (BFH v. 14.9.2007 – VIII B 15/07, BFH/NV 2008, 61) und liegen regelmäßig nicht vor, da die Veräußerung von Beteiligungen iSd. § 17 Abs. 1 Sätze 1 und 3 idR für sich genommen keine originär gewerbliche Tätigkeit iSd. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 begründet, selbst wenn die Beteiligung Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaften vermittelt (BFH v. 4.3.1980 – VIII R 150/76, BStBl. II 1980, 389; v. 25.7.2001 – X R 55/97, BStBl. II 2001, 809 mwN; weitere Einzelheiten vgl. Anm. 31). Daher gilt ua.:

- Die Beteiligung gehört zum PV, sie wird nicht wie BV behandelt;
- Teilwertabschreibungen sind nicht möglich (BFH v. 9.8.1983 – VIII R 276/82, BStBl. II 1984, 29), Wertverluste werden erst mit der Veräußerung realisiert (vgl. Anm. 163);
- die laufenden Einkünfte aus der Beteiligung bilden Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5, § 20 (SCHMIDT/WEBER-GRELET XXIX. § 17 Rn. 16);
- der Veräußerungsgewinn aus § 17 ist nicht gewstpfl.;
- § 15a findet für Verluste aus § 17 keine Anwendung;

– soweit dagegen Vorschriften an die „Einkunftsart“ (s. § 2 Abs. 1 Satz 2) anknüpfen, stehen Gewinne/Verluste aus § 17 den anderen gewerblichen Einkünften gleich. Dies gilt zB für die Möglichkeit des Verlustabzugs gem. § 10d. Rechtsdogmatisch ist die Gewerblichkeitsfiktion nach Absenkung der Beteiligungsgrenze auf 1 %, der Einführung des Halb- bzw. nun Teileinkünfteverfahrens zweifelhaft geworden. Hiernach macht es für die Heranziehung zur Einkommensbesteuerung keinen tiefergehenden Sinn mehr, Dividenden- und Anteilswerteträge signifikant unterschiedlich tatbestandlich zu regeln (so im Ergebnis auch FOHLER, *Private Anteilsveräußerung und vermögensverwaltende Personengesellschaften – Zur Auslegung des § 17 EStG*, Diss. Münster, 2003, 229 ff.). Letzteres erscheint vor dem Hintergrund des Leistungsfähigkeitsprinzips als übergeordnetes Gebot gleichmäßiger Besteuerung auch verfassungsrechtl. bedenklich (vgl. Anm. 10). Diese verfassungsrechtl. Bedenken verstärken sich im Hinblick auf die Regelung des § 20 Abs. 2 Nr. 1 zur vollständigen Erfassung von Gewinnen aus der Veräußerung von im PV gehaltenen Beteiligungen (zur Gleichheitswidrigkeit der unterschiedlichen Steuerabzüge nach § 20 Abs. 9 einerseits und § 17 Abs. 3 andererseits vgl. Anm. 35).

Einstweilen frei.

64–65

III. Gewinn aus der Veräußerung

66

Gewinn als Besteuerungsgrundlage: Zum einen definiert das in Abs. 1 Satz 1 vorzufindende Merkmal „Gewinn aus der Veräußerung“ die für die Einkommensermittlung und -besteuerung zugrunde zu legende Maßgröße, ist also Besteuerungsgrundlage.

Verlust als „Gewinn“: Veräußerungsverluste fallen ebenfalls in den Gewinnbegriff des Abs. 1. Dies folgt unmittelbar aus Abs. 2 Satz 6 (Umkehrschluss) und dem Gebot der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit bzw. dem objektiven Nettoprinzip (vgl. TIPKE/LANG, *StRecht*, 20. Aufl. 2010, § 9 Rn. 54, 60 f.). Verluste aus der Veräußerung von Anteilen an KapGes. führen also zu negativen Einkünften, soweit nicht spezielle Verlustabzugsverbote oder -beschränkungen (insbes. § 17 Abs. 2 Satz 6, § 2a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, § 3c Abs. 2) greifen.

Bedeutung für Gewinnermittlung nach Abs. 2: Zum anderen impliziert dieses Tatbestandsmerkmal einen Kausalzusammenhang zwischen Gewinn und Veräußerung steuerverstrickter Anteile dergestalt, dass der Gewinn „aus der“ Veräußerung stammen muss. Daraus ergibt sich für die Gewinnermittlung nach Abs. 2 Sätze 1–3:

► *Verknüpfung gewinnbegründender Merkmale mit Veräußerung:* Die – den Veräußerungsgewinn konstituierenden – Merkmale in Abs. 2 Sätze 1–3 müssen einer Veräußerung von Anteilen konkret zugeordnet werden können. Bedeutsam sein kann dies beispielsweise bei zeitgleichen oder kurz hintereinander geschalteten Anteilsübertragungen (zB Kettenveräußerungen zu verschiedenen Veräußerungspreisen und/oder mit verschiedenen AK und/oder an verschiedene Erwerber) sowie bei Anteilsübertragungen durch verschiedenartige Rechtsakte (zB bei Zusammentreffen von Schenkung und Veräußerung oder gemischte Schenkungen oder Teilveräußerung und Teilverschmelzung etc.). In diesen Fällen müssen auf Grund des vorstehenden Kausalitätserfordernisses Veräußerungserlös, Veräußerungskosten und AK jeweils dem einzelnen Rechts- bzw. Übertragungsvorgang zugeordnet werden.

► *Zeitliche Verknüpfung*: Ferner ergibt sich aus der normativen Verknüpfung von Abs. 2 Satz 1 mit Abs. 1 Satz 1, dass der Zeitpunkt der Gewinn- und Verlustrealisierung und Gewinnermittlung mit dem Zeitpunkt der Anteilsveräußerung übereinstimmen muss (vgl. dazu im Einzelnen zu Abs. 2 Satz 1 unter Anm. 163 f.).

67–69 Einstweilen frei.

IV. Veräußerung der Anteile

70 1. Begriff der Veräußerung

Eine Veräußerung iSd. Abs. 1 liegt vor, wenn und sobald mindestens das wirtschaftliche Eigentum (§ 39 AO) an den Anteilen von einer Person auf eine andere Person auf Grund eines schuldrechtl. Verpflichtungsvertrags, bei dem Leistung und Gegenleistung kaufmännisch gegeneinander abgewogen worden sind, übertragen wird (BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424 [427]; v. 25.6.1998 – VIII S 45/97, BFH/NV 1999, 33; v. 15.7.1997 – VIII R 56/93, BStBl. II 1998, 152; v. 7.7.1992 – VIII R 54/88, BStBl. II 1993, 331; v. 10.7.1991 – VIII R 16/90, BFH/NV 1992, 223; v. 18.9.1984 – VIII R 119/81, BStBl. II 1985, 55). Zum zweigliedrigen Tatbestand der Veräußerung gehört sowohl das entgeltliche Kausalgeschäft als auch das Erfüllungsgeschäft (die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums). Erst dann findet eine Gewinn- bzw. eine Verlustrealisierung statt.

Der Veräußerungsbegriff des § 17 unterscheidet sich damit grundlegend vom zivilrechtl. Veräußerungsbegriff. Er ist einerseits insofern weiter, als er sich nicht auf die Übertragung von zivilrechtl. Eigentum beschränkt, sondern primär (entsprechend § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO) auf das wirtschaftliche Eigentum abstellt. Andererseits ist er enger, da er die unentgeltliche Übertragung von Anteilen nicht erfasst (vgl. BFH v. 17.7.1980 – IV R 15/76, BStBl. II 1981, 11; v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424). Die Vereinbarung einer Rückübertragungsverpflichtung oder eines Rücktrittsrechts stehen der Annahme einer Veräußerung nicht entgegen, wenn der Erwerber noch als wirtschaftlicher Eigentümer anzusehen ist (vgl. BFH v. 7.3.1995 – VIII R 29/93, BStBl. II 1995, 693). Wird das Veräußerungsgeschäft jedoch auf Grund eines solchen Rücktrittsrechts rückabgewickelt, so entfällt rückwirkend auch die Veräußerung (BFH v. 21.12.1993 – VIII R 69/88, BStBl. II 1994, 648, wonach die Ausübung des Rücktrittsrechts ein rückwirkendes Ereignis iSd. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO darstellt).

Nicht nur die freiwillige Übertragung begründet eine Veräußerung, sondern auch die zwangsweise oder unfreiwillige Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums (BFH v. 28.3.1979 – I R 194/78, BStBl. II 1979, 774; v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424), zB auf Grund eines hoheitlichen Eingriffs (Enteignung, Zwangsversteigerung) oder einer gerichtlich verfügten Übertragung (BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98 aaO [427]).

Übergang des wirtschaftlichen Eigentums setzt voraus, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise

- der Erwerber auf Grund eines Rechtsgeschäfts eine rechtl. geschützte, auf den Erwerb des Vollrechts gerichtete Position erwirbt, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann,
- dem Erwerber die mit den Anteilen verbundenen wesentlichen Rechte zustehen und

- das Risiko einer Wertminderung sowie die Chancen einer Wertsteigerung auf den Erwerber übergegangen sind.

Hierzu sind die Willenserklärungen der Vertragsparteien und die für die Auslegung maßgeblichen Begleitumstände des Vertragsschlusses und der Vertragsdurchführung zu ermitteln (BFH v. 10.3.1988 – IV R 226/85, BStBl. II 1988, 832; v. 27.9.1988 – VIII R 193/83, BStBl. II 1989, 414; v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424; v. 18.12.2001 – VIII R 5/00, GmbHR 2002, 443 [445]; v. 9.10.2008 – IX R 73/06, BStBl. II 2009, 140; ausführl. TSCHESCHE, WPg. 2002, 965).

Veräußerungsgeschäfte sind:

- ▶ *Kauf*: Die Anteilsübertragung auf Grund eines Kaufvertrags ist die typische Form der Veräußerung.
- ▶ *Tausch*: Der Tauschvertrag iSv. § 515 BGB stellt eine Veräußerung nach § 17 dar (BFH v. 7.7.1992 – VIII R 54/88, BStBl. II 1993, 331; Nds. FG v. 23.2.2005, EFG 2005, 1318, rkr.). Nach der Rechtslage bis zum 31.12.1998 war dies jedoch nach dem sog. Tauschgutachten des BFH (BFH v. 16.12.1958 – I D 1/57 S, BStBl. III 1959, 30) anders, wenn die hingegebenen und erworbenen Anteile wert-, art- und funktionsgleich waren; wegen der wirtschaftlichen Identität (Nämlichkeit) kam es nicht zur Gewinnrealisierung. Seit Einführung des § 6 Abs. 6 Satz 1 durch das StEntG 1999/2000/2002 (ab 1.1.1999) ist eine wirtschaftliche Identität getauschter Anteile unbeachtlich (DÖTSCH/PUNG, DB 1999, 932; HÖRGER/MENDEL/SCHULZ, DStR 1999, 565 [574]).
- ▶ *Ausschließung und Austritt* des Gesellschafters aus einer GmbH (vgl. Anm. 85).
- ▶ *Einziehung* von Aktien gem. § 237 AktG und von Geschäftsanteilen gem. § 34 GmbH gegen Entgelt, soweit das Entgelt nicht eine vGA bildet (vgl. Anm. 89).
- ▶ *Teilungsvertrag* zwischen mehreren Gesellschaftern.
- ▶ *Verwertung einer zur Sicherung abgetretenen oder verpfändeten Beteiligung* bedeutet Veräußerung der bis dahin dem Stpfl. zuzurechnenden Anteile an den Sicherungsnahmer oder Pfandgläubiger und von diesem ggf. an Dritte; Veräußerungspreis, den der Stpfl. erhält, ist der Betrag, mit dem die verwerteten Anteile ihm auf seine gesicherte Schuld angerechnet werden (vgl. BFH v. 1.6.1967 – V 208/64, BStBl. II 1968, 68).
- ▶ *Zwangsversteigerung* (BFH v. 10.12.1969 – I R 43/67, BStBl. II 1970, 310); Entziehung der Beteiligung durch Zwangsversteigerung; Abtretung der Rechte aus einem Höchstgebot.
- ▶ *Verwertung der Anteile durch den Insolvenzverwalter*. Für die Annahme einer Veräußerung ist es nicht erforderlich, dass der Stpfl. freiwillig über die ihm zuzurechnenden Anteile verfügt hat (BFH v. 10.12.1969 – I R 43/67 aaO).
- ▶ *Enteignung* (RFH v. 9.3.1938, StuW 1938, 287).
- ▶ *Einbringung in das Betriebsvermögen einer Personengesellschaft* mit Gewinneinkünften gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten (BFH v. 19.10.1998 – VIII R 69/95, BStBl. II 2000, 230).
- ▶ *Ausübung von Bezugsrechten an Kapitalgesellschaftsanteilen gegen Entgelt oder neue Anteile* (Veräußerung von Anwartschaften, vgl. BFH v. 21.9.2004 – IX R 36/01, BStBl. II 2006, 12, zu § 23 EStG; BMF v. 20.12.2005, BStBl. I 2006, 8 und OFD Hannover v. 5.1.2007, StEK EStG § 17 Nr. 80). Mit BMF v. 20.12.2005 aaO wird für Zwecke des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 geregelt, dass die Ausübung von Bezugsrechten als Veräußerung der Bezugsrechte anzusehen ist. Dagegen soll – nach Auffassung der Länder-Finanzverwaltungen – die Ausübung von Be-

zugsrechten im Regelungskontext der § 17 EStG, § 21 UmwStG sowie in den Fällen, in denen die Anteile an KapGes. zum BV gehören, keine Veräußerung darstellen (vgl. FinMin. Hess. v. 7.12.2006, StEK EStG § 17 Nr. 81). Die Veräußerung von Bezugsrechten an Dritte wird von der FinVerw. wiederum nach allgemeinen Grundsätzen als eine Veräußerung gewertet (FinMin. Hess. v. 7.12.2006 aaO). Die vorstehenden Sichtweisen sind nicht folgerichtig. Auch die Rspr. des BFH zur stl. Beurteilung der Veräußerung von Bezugsrechten ist uneinheitlich und bislang unklar: In BFH v. 23.1.2008 – I R 101/06, BStBl. II 2008, 719 hält der I. Senat des BFH die Vorschrift des § 8b Abs. 2 KStG für die Veräußerung von Bezugsrechten an KapGes. für nicht anwendbar, während der IX. Senat in BFH v. 27.10.2005 – IX R 15/05, BStBl. II 2006, 171 Bezugsrechte bereits als Anteile iSd. § 3 Nr. 40 einstuft mit der Folge, dass Gewinne aus der Veräußerung von Bezugsrechten dem Halb- bzw. Teileinkünfteverfahren unterliegen (kritisch dazu WAGNER, DStR 2009, 626).

► *Einräumung eines Bezugsrechts* für einen Dritten gegen Entgelt an Altgesellschafter im Rahmen einer Kapitalerhöhung, und zwar auch dann, wenn durch die Einräumung des Bezugsrechts im Rahmen des Gesellschafterbeschlusses zivilrechtl. ein Bezugsrecht gar nicht erst entsteht (vgl. BFH v. 8.4.1992 – I R 128/88, BStBl. II 1992, 761; v. 13.10.1992 – VIII R 3/89, BStBl. II 1993, 477 mwN; v. 19.4.2005 – VIII R 68/04, BStBl. II 2005, 762).

► *Weitere Einzelheiten* und -fälle s. Anm. 85 f.

Keine Veräußerungsgeschäfte sind:

► *Treuhandvertrag*, der die Vertragspartner lediglich schuldrechtl. bindet (s. FG München v. 24.6.1999, DStRE 2000, 18).

► *Unentgeltliche Übertragung* (s. Anm. 80).

► *Einlage* der Beteiligung in das BV des Stpfl. (s. Anm. 86).

► *Abtretung von schuldrechtlichen Übertragungsansprüchen* gegen einen Gesellschafter. Hier liegt uE schon keine Anwartschaft iSv. Abs. 1 Satz 3 vor (s. Anm. 151 aE).

► *Bindendes Angebot* zur Übertragung der Beteiligung, weil es für sich kein wirtschaftliches Eigentum beim Erwerber begründet und dessen Rechtsposition dinglich nicht gesichert ist (s. FG München v. 24.6.1999, DStRE 2000, 18 [19], mwN). Diese Beurteilung wird auch durch den BFH geteilt, wenn er in BFH v. 5.10.1976 – VIII R 38/72 (BStBl. II 1977, 198 [200]) zum Ausdruck bringt, dass die Verpflichtung, Anteile auf andere zu übertragen, den Anteilseigner gegenüber dem anderen nur schuldrechtl. bindet. Ferner bezweifelt er in BFH v. 29.7.1977 – VIII R 15/76 (BStBl. II 1977, 726 [728]), dass ein bindendes Verkaufsangebot eine Anwartschaft des Angebotsempfängers begründet (aA SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 28; tatsächlich gibt BFH v. 19.12.2007 – VIII R 14/06, BStBl. II 2008, 475 Anlass zu zweifeln, ob der BFH künftig dieser Auffassung folgen wird, näher s. Anm. 151 aE). Dies wäre nur der Fall gewesen, wenn der Anteilseigner die Anteile bedingt oder befristet veräußert hätte, da in diesem Fall der Erwerber sich gegenüber Dritterwerbfern auf §§ 161 Abs. 1 Satz 1, 163 BGB berufen kann (BFH v. 10.3.1988 – IV R 226/85, BStBl. II 1988, 832 [834]). Das Urt. des BFH v. 13.12.1983 – VIII R 16/83 (BStBl. II 1984, 311) erging zu einer Veräußerung iSd. § 23 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a und bestätigt außerdem die Ansicht des FA, dass durch ein einseitig bindendes Vertragsangebot eine Veräußerung nach dieser Vorschrift noch nicht zustande gekommen ist. Im Fall der sog. Doppeloption, in dem beide Vertragsparteien auf Grund eines Andienungs- bzw. Ankaufrechts jederzeit die Übertragung der Beteiligung herbeiführen können ist nach Auffassung des BFH regelmäßig ein An-

wirtschaftsrecht und ein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums anzunehmen (BFH v. 11.7.2006 – VIII R 32/04, BStBl. II 2007, 296). Dies sollte allerdings im Einzelfall widerlegbar sein, wenn der Veräußerer wesentliche Mitwirkungsrechte zurückbehalten hat, wobei es auf die jeweiligen konkreten Umstände ankommt (zB die Einräumung von Mehrfachstimmrechten, Ausschluss des Gewinnbezugsrechts etc.).

► *Wertpapierleihe*: Sie wird in der Praxis als Sachdarlehen (§ 607 Abs. 1 BGB) regelmäßig wie folgt ausgestaltet: Der sog. Verleiher (= Darlehensgeber) übereignet dem sog. Entleiher (= Darlehensnehmer) für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit Wertpapiere gegen Entrichtung eines Nutzungsentgelts. Danach ist der Entleiher verpflichtet, dem Verleiher bei Fälligkeit Wertpapiere gleicher Art, Güte und Menge zurück zu übereignen. Wert- und Kursschwankungen der verliehenen Wertpapiere gehen daher zu Lasten des Verleihers. Der Entleiher ist regelmäßig verpflichtet, die während der Laufzeit der Wertpapierleihe auf die Wertpapiere geleisteten Zinsen, Gewinnanteile sowie sonstigen Ausschüttungen im Wege einer Kompensationszahlung an den Verleiher weiterzuleiten (= Nutzungs- bzw. Darlehensentgelt). Ferner verbleiben dem Verleiher die auf die Wertpapiere entfallenden Bezugsrechte (zB Aktienbezugsrechte). Im Fall eines Umtausch-, Abfindungs- oder sonstigen öffentlichen Kaufangebots ist der Entleiher verpflichtet, vorzeitig die ursprünglich erhaltenen Wertpapiere selbst zurück zu übertragen oder zumindest den Anspruch auf Rückerstattung von Wertpapieren gleicher Art, Güte und Menge (§ 607 Abs. 1 Satz 2 BGB) zu erfüllen. Daneben gibt es zahlreiche Gestaltungsmodifikationen.

Nach hM geht bei der sog. Wertpapierleihe zwar regelmäßig das wirtschaftliche und zivilrechtl. Eigentum an den konkreten Wertpapieren auf den Entleiher über (zweifeln insoweit SCHMIDT/MÜHLHÄUSER, BB 2001, 2609); dennoch wird für den Verleiher regelmäßig eine Veräußerung bzw. Gewinnrealisierung ausgeschlossen. Begründet wird dies ua. damit, dass der Anspruch auf Rückerstattung von Papieren gleicher Art, Menge und Güte (§ 607 Abs. 1 Satz 2 BGB) regelmäßig als wirtschaftlich gleichwertiges Surrogat für die darlehensweise übertragenen Wertpapiere anzusehen sei. Eine Gewinnrealisierung sei daher nicht gerechtfertigt (vgl. BMF v. 3.4.1990, DB 1990, 863; HÄUSELMANN, DB 2000, 495 mwN und Beispielen; HÄUSELMANN/WAGNER, FR 2003, 33; aA SCHMIDT/MÜHLHÄUSER, BB 2001, 2609 [2611 mwN]; SCHMIDT/GLANEGGER XXVI. § 6 Rn. 364, jetzt aber SCHMIDT/KULOSA XXIX. § 6 Rn. 405 wie hM). Das gilt nach FinVerw. sowohl für Anteile im BV als auch im PV (BMF v. 9.3.2000 – IV C 2 - S 2244 - 5/00, nv.). Diese Auffassung ist mittelbar durch die Einführung des § 8b Abs. 10 KStG (BA-Abzugsverbot für Wertpapiere überlassende Körperschaften) bestätigt worden (vgl. SCHNITGER/BILDSTEIN, IStR 2008, 202 [203]).

► *Veräußerung unter aufschiebender Bedingung*: Der Verkauf und die Übertragung von Anteilen unter der aufschiebenden Bedingung der endgültigen Kaufpreiszahlung führt erst bei Bedingungseintritt zur Veräußerung iSv. § 17, es sei denn, das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen ist ausnahmsweise schon vorher übergegangen (s. dazu BFH v. 18.12.2001 – VIII R 5/00, GmbHR 2002, 443 [445, 446] mwN; v. 29.5.2009 – IX B 23/09, nv. zur zivilrechtl., nicht aber strechtl. rückwirkenden Genehmigung).

► *Rückzahlung der Vermögenseinlage an den (stillen) Gesellschafter im Rahmen einer kündigungsbedingten Auseinandersetzung einer typischen stillen Gesellschaft* (§ 230 HGB) mit einer KapGes. führt nicht zu einem Veräußerungsgeschäft (ergangen zu § 23; BFH v. 18.10.2006 – IX R 7/04, BStBl. II 2007, 258).

► *Wegzug der KapGes durch Sitzverlegung oder Verlegung der Geschäftsleitung, welche zum Ausschluss oder zur Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts führt:* In diesen Fällen findet aber – wie im Fall des Wegzugs von Gesellschaftern nach § 6 AStG – eine weitgehende Gleichstellung mit der Veräußerung durch Abs. 5 statt (Veräußerungsfiktion).

► *Weitere Einzelheiten und -fälle* s. Anm. 85 f.

71–79 Einstweilen frei.

80 2. Unentgeltliche Anteilsübertragung (Abgrenzung)

Keine Veräußerung iSv. § 17 stellt die unentgeltliche Anteilsübertragung dar.

Unentgeltlichkeit ist gegeben, wenn die Anteilsübertragung beim Empfänger zu einer Bereicherung führen soll (BFH v. 5.3.1991 – VIII R 163/86, BStBl. II 1991, 630). Entscheidend sind die Vorstellungen der Beteiligten, sofern objektive Umstände diesbezüglich einen Rückschluss zulassen. Stehen Leistung und Gegenleistung nicht in einem Missverhältnis zueinander, so ist bei fremden Personen im Rahmen einer widerlegbaren Vermutung von der Entgeltlichkeit des Geschäfts auszugehen (BFH v. 7.3.1995 – VIII R 29/93, BStBl. II 1995, 639; v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424 [427]). Keine Vermutung der Entgeltlichkeit besteht dagegen bei Verträgen zwischen Angehörigen (BFH v. 10.11.1998 – VIII R 28/97, BFH/NV 1999, 538). Die Vereinbarung eines unüblich niedrigen Kaufpreises steht aber auch bei nahen Angehörigen der Annahme einer teilentgeltlichen Übertragung (s.u.) nicht entgegen; in einem solchen Fall ist – wie bei fremden Dritten – davon auszugehen, dass der Anteil an der KapGes. zum Teil entgeltlich und im Übrigen unentgeltlich übertragen worden ist (so BFH v. 1.3.2005 – VIII R 25/02, BStBl. II 2005, 436; v. 31.5.2001 – IX R 78/98, BStBl. II 2001, 756).

Unentgeltlichkeit setzt weiterhin voraus, dass Anteile mit einem Wert von mehr als 0 € ohne Gegenleistung übertragen werden. Wird ein wertloser Anteil ohne Entgelt übertragen, ist dies keine unentgeltliche Übertragung, sondern regelmäßig eine Veräußerung iSd. § 17, sofern auf die Gegenleistung nur wegen der Wertlosigkeit des Anteils verzichtet wurde, also die Beteiligten sich wie Kaufleute verhalten haben und deshalb keine Schenkung beabsichtigt war (BFH v. 5.3.1991 – VIII R 163/86, BStBl. II 1991, 630; v. 18.8.1992 – VIII R 13/90, BStBl. II 1993, 34; v. 4.8.2008 – IX B 85/08, nv.; krit. CARL, FR 1992, 431). In diesem Grenzfall kann der Veräußerer somit einen etwaigen Verlust aus § 17 realisieren. Bei der Frage, wie die festgestellten Tatsachen unter dem rechtl. Gesichtspunkt „Wertlosigkeit des Anteils“ zu würdigen sind, kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an (BFH v. 30.11.1994 – VIII B 28/94, BFH/NV 1995, 386). Die Übertragung objektiv wertloser Anteile auf einen nahen Angehörigen für 0 € ist nicht als wie unter fremden Dritten üblich vereinbart und durchgeführt anzuerkennen, wenn zum Zeitpunkt der Übertragung weder ein Vermögensstatus über die exakte Vermögenslage der KapGes. noch Absprachen über verbleibende Risiken (Haftung, Verbindlichkeiten etc.) und die verdeckten Werte erfolgten (so FG Saarl. v. 24.5.2005 – 1 K 25/01, NWB direkt 2005, 5).

Bei teilentgeltlicher Übertragung ist diese nach dem Verhältnis der Gegenleistung zum Verkehrswert der übertragenen Anteile in eine voll entgeltliche und eine voll unentgeltliche Übertragung aufzuteilen (sog. Trennungstheorie: BFH v. 17.7.1980 – IV R 15/76, BStBl. II 1981, 11; GRON, StuW 1984, 217).

Beispiel: A überträgt eine wesentliche bzw. steuerverstrickte Beteiligung (AK 100, Verkehrswert 500) für 50 auf B. Damit hat A 10 % seiner Anteile (AK 10) entgeltlich veräußert. Er hat einen Gewinn von 40 (Preis von 50 ./., AK von 10) nach Abs. 1 zu versteuern. 90 % seiner Beteiligung hat er dagegen unentgeltlich auf B übertragen.

Der Erwerb von Todes wegen (als Erbe oder als Vermächtnisnehmer) gilt regelmäßig als unentgeltlich (BFH v. 5.7.1990 – GrS 2/89, BStBl. II 1990, 847). Un- erheblich ist dabei, ob die Erbschaft mit Vermächtnissen, Auflagen, Pflichtteils- oder Erbersatzansprüchen belastet ist. (Teil-)Entgeltlich ist dagegen ein Erwerb oder eine Übertragung von Anteilen an KapGes. auf Grund eines Vermächtnis- ses, wenn der Vermächtnisnehmer für den Erwerb des vermachten Gegenstands eine Gegenleistung an den Erben oder an einen Dritten erbringen muss, deren Wert die vermächtnisweise Zuwendung annähernd ausgleicht (vgl. BFH v. 13.11.2002 – I R 110/00, BFH/NV 2003, 820). Zur Erbauseinandersetzung vgl. Anm. 90, zur vorweggenommenen Erbfolge vgl. Anm. 97.

Einstweilen frei.

81–84

3. Weitere Einzelheiten und -fälle (ABC)

a) Ausschließung und Austritt eines GmbH-Gesellschafters

85

Tritt ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus oder wird er ausgeschlossen, so kann die Gesellschaft Abtretung der Anteile gegen Ersatz verlangen oder die Anteile des Gesellschafters nach § 34 GmbHG einziehen (K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, 1058 ff.). Im Fall der erzwungenen entgeltlichen Ab- tretung findet Abs. 1 Anwendung (nach SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 103, 101 soll Abs. 4 analog anzuwenden sein). Entscheidet sich die Gesell- schaft für die Einziehung, so gilt das unter Anm. 89 Gesagte.

b) Einlage/Entnahme einer wesentlichen Beteiligung in das/aus dem Betriebsvermögen eines Einzelunternehmers

86

Die Einlage einer im Privatvermögen gehaltenen wesentlichen bzw. steuer- verstrickten Beteiligung an einer KapGes. in das BV des Einzelunterneh- mens des Anteilseigners stellt keine Veräußerung iSv. § 17 dar (BFH v. 21.10. 1976 – IV R 210/72, BStBl. II 1977, 145). Eine Ausnahme gilt nur nach § 6 Abs. 3 Nr. 3 AStG. Hiernach ist unter bestimmten Voraussetzungen die Einlage wie eine Veräußerung zu behandeln. Die eingelegte Beteiligung ist nach § 6 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b mit dem Teilwert zum Zeitpunkt ihrer Einlage, höchstens aber mit den AK zu bewerten. Liegt der Teilwert über den AK, wird die Wert- steigerung daher erst bei ihrer Realisierung im BV erfasst.

Liegt der Teilwert unter den Anschaffungskosten, so ginge der bereits wäh- rend der Zugehörigkeit zum PV eingetretene Wertverlust der wesentlichen bzw. steuerverstrickten Beteiligung bei einer wortlautgetreuen Anwendung des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b (Ansatz des Teilwerts) verloren. Der BFH hat daher zutr. eine planwidrige Gesetzeslücke in dieser Vorschrift gesehen. Diese sei zu schlie- ßen, indem der Anteil an der KapGes. im BV nicht mit dem niedrigeren Teil- wert, sondern mit den ursprünglichen AK bewertet werde (BFH v. 25.7.1995 – VIII R 25/94, BStBl. II 1996, 684, mit ausführlicher Darstellung des bisherigen Meinungsstands). Die FinVerw. will die Einlage stattdessen weiterhin mit dem niedrigeren Teilwert bewerten und den Wertverlust (Differenz zwischen höhe- ren AK und niedrigerem Teilwert) lediglich aus Billigkeitsgründen und erst bei Ausscheiden der Beteiligung aus dem BV berücksichtigen (BMF v. 5.12.1996, BStBl. I 1996, 1500, korrigiert BStBl. I 1997, 132; R 17 Abs. 8 EStR 2008 und H

17 Abs. 8 EStH 2008). Eng damit zusammen hängt die Frage, ob nach Einlage der wertgeminderten Beteiligung eine Teilwertabschreibung zulässig ist. Nach Auffassung des BFH soll § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 teleologisch dahingehend zu reduzieren sein, dass eine Teilwertabschreibung nicht zulässig ist, soweit sie auf einer vor der Einlage der Beteiligung in das BV eingetretenen (nicht realisierten) Wertminderung beruht (BFH v. 2.9.2008 – X R 48/02, BFH/NV 2008, 2111). Erst bei Veräußerung oder einem gleichgestellten Vorgang aus dem BV ist bei der Berechnung des Gewinns die im PV entstandene, bisher nicht berücksichtigte Wertminderung gewinnmindernd zu berücksichtigen. Umstritten ist aber weiterhin, ob und inwieweit sich die ab 1996 anwendbare Einschränkung der Verlustverrechnung (Abs. 2 Satz 6, vgl. Anm. 240 f.) auswirkt, da die bisherigen BFH-Entscheidungen jeweils Streitjahre vor 1996 betrafen. Nach einer Auffassung liegt nach dem In-Kraft-Treten der Verlustverrechnungsbeschränkung keine planwidrige Gesetzeslücke mehr vor, die es mittels teleologischer Auslegung zu schließen gilt (LBP/RAPP, § 17 Rn. 112). Folgt man dem, ist fraglich, wie die Anteile ab dem 1.1.1996 im BV anzusetzen sind. Zum Teil wird vertreten, dass die Beteiligung zwar – entsprechend BFH v. 25.7.1995 – VIII R 25/94 aaO – mit den historischen AK angesetzt werden soll; eine Teilwertabschreibung komme jedoch auch im BV erst und nur dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen des Abs. 2 Satz 6 gegeben seien, wobei auch die Zugehörigkeit der Beteiligung zum BV zu berücksichtigen sei (LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 120; GRATZ/MÜLLER, DStR 1996, 281 [285]). Nach aA können die höheren historischen AK nur angesetzt werden, wenn der eingetretene Wertverlust zum Zeitpunkt der Einlage nach Abs. 2 Satz 6 berücksichtigungsfähig war; ansonsten sei nur der niedrigere Teilwert anzusetzen (PYSZKA, DStR 1997, 309 [311]). UE sollte BFH v. 2.9.2008 – X R 48/02, aaO auch für die heutige Regelung Anwendung finden, die „Lücke“ ist auch nach In-Kraft-Treten der Verlustverrechnungsbeschränkung vorhanden. Bei der späteren Veräußerung bzw. bei einem gleichgestellten Vorgang sind aber bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen des Abs. 2 Satz 6 vorliegen, hinsichtlich der Fünfjahresfrist auch die Zeiten im BV zu berücksichtigen.

Die Entnahme von Anteilen an einer KapGes. aus dem BV in das PV ist als laufender Gewinn zu besteuern und nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 mit dem Teilwert zu bewerten. Die Entnahme gilt wiederum als Anschaffung iSd. § 17, wobei der Entnahmewert als AK anzusetzen ist.

87 c) Einlage von Anteilen in eine Kapitalgesellschaft

Einlagen des Gesellschafters einer KapGes. sind die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlassten Leistungen des Gesellschafters an die Gesellschaft. Sofern der Gesellschafter Kapitalanteile an einer KapGes. an eine Gesellschaft in Anrechnung auf eine Barzahlungsverpflichtung übereignet (sog. Sachübernahme), liegt keine Einlage, sondern eine Veräußerung vor (im Ergebnis ebenso zum vermächtnisweisen Erwerb gegen wertäquivalente Zahlungsverpflichtung BFH v. 13.11.2002 – I R 110/00, BFH/NV 2003, 820). Die Einlage einer wesentlichen Kapitalbeteiligung in eine KapGes. gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten (sog. offene Einlage) stellt einen Tauschvorgang dar. Als Veräußerungspreis ist der gemeine Wert der erhaltenen Gesellschaftsrechte anzusetzen (BFH v. 7.7.1992 – VIII R 54/88, BStBl. II 1993, 331; v. 16.2.1996 – I R 183/94, BStBl. II 1996, 342 zur Einbringung einer PersGes. in eine KapGes.; GROH, DB 1990, 538; THIEL, DStR 1992, 1). Liegen die Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 Satz 2 bzw. des § 23 Abs. 4 UmwStG vor, gehen die Vorschriften des UmwStG dem

§ 17 vor (vgl. BMF v. 15.2.1995, BStBl. I 1995, 149, wonach in diesem Fall die Grundsätze des „Tauschgutachtens“ nicht anwendbar sein sollen).

Die verdeckte Einlage einer wesentlichen bzw. steuerverstrickten Beteiligung in eine KapGes. wird seit dem VZ 1992 ausdrücklich einer entgeltlichen Veräußerung gleichgestellt (Abs. 1 Satz 2; vgl. Anm. 140 f.). Zur Abgrenzung zum unentgeltlichen Erwerb durch Vermächtnis s. BFH v. 13.11.2002 – I R 110/00, BFH/NV 2003, 820.

Gemischte Einlage: Erfolgt die Veräußerung von Anteilen an einer KapGes. an eine andere KapGes., an der der Veräußerer beteiligt ist, unter dem Verkehrswert, so muss die Anteilsveräußerung gedanklich in einen entgeltlichen und in einen unentgeltlichen Teil aufgespalten werden. Letzterer ist als verdeckte Einlage zu behandeln, die ab dem VZ 1992 gem. Abs. 1 Satz 2 der Veräußerung von Anteilen gleichgestellt ist (vgl. dazu Anm. 140 f.).

d) Einschaltung einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft

88

Übertragung einer steuerverstrickten Beteiligung: Nach stRspr. sind Beteiligungen, die zum Gesamthandsvermögen einer vermögensverwaltenden PersGes. (insbes. der GbR) gehören, den Gesellschaftern nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO anteilig – dh. so, als ob sie an den Anteilsrechten zu Bruchteilen beteiligt wären – zuzurechnen (sog. Bruchteilsbetrachtung: BFH v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312; v. 12.10.1982 – VIII R 72/79, BStBl. II 1983, 128; v. 7.4.1976 – I R 75/73, BStBl. II 1976, 557; v. 9.5.2000 – VIII R 41/99, BStBl. II 2000, 686). Folglich handelt es sich bei der entgeltlichen Übertragung – wobei auch die Übertragung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten als entgeltlich anzusehen ist – einer im PV gehaltenen wesentlichen bzw. steuerverstrickten Beteiligung auf eine PersGes. nur insoweit um eine Veräußerung iSv. § 17, als dem Veräußerer nicht das Gesamthandsvermögen gem. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO zuzurechnen ist (DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 105; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 116; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 144). Entsprechendes gilt für die Übertragung von der Gesamthand auf ein Mitglied.

Entgegen seiner früheren Rspr. hat BFH v. 13.7.1999 – VIII R 72/98 (BStBl. II 1999, 820) allerdings offen gelassen, ob die Bruchteilsbetrachtung anzuwenden ist, wenn eine wesentliche bzw. steuerverstrickte Beteiligung aus dem PV in eine vermögensverwaltende GbR eingebracht wird (ausführlich zur Problematik zwischengeschalteter vermögensverwaltender PersGes. FOHLER, Private Anteilsveräußerung und vermögensverwaltende Personengesellschaften, Diss. Münster 2003, 5 ff., 169 ff.). UE kann die Beurteilung der vermögensverwaltenden PersGes. entweder als bloße Bruchteile der Gesellschafter oder als Einheit im Rahmen einer Norm nur einheitlich erfolgen. Solange die Veräußerung der Anteile an der GbR nach Bruchteilsgrundsätzen behandelt wird (s.u.), muss die Bruchteilsbetrachtung auch für die anderen Vorgänge gelten.

Veräußerung von Anteilen an einer vermögensverwaltenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Auf Grundlage der Bruchteilsbetrachtung ist die Veräußerung des Anteils an einer vermögensverwaltenden PersGes., die eine wesentliche bzw. steuerverstrickte Beteiligung hält, als anteilige Veräußerung der Beteiligung an der KapGes. durch die Gesellschafter der PersGes. zu werten (BFH v. 13.7.1999 – VIII R 72/98, BStBl. II 1999, 820). Ob der Gesellschafter einen Anteil im Umfang der gesetzlichen Beteiligungsgrenze an der im Gesamthandsvermögen befindlichen Beteiligung an der KapGes. hat, bestimmt sich uE in konsequenter Anwendung der Bruchteilsbetrachtung nach dem auf ihn entfal-

lenden Anteil an der Beteiligung der PersGes. (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO; glA zB LBP/RAPP, § 17 Rn. 72). BFH v. 13.7.1999 – VIII R 72/98 (aaO, II.2.d) hat diese Frage offen gelassen. Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters ist entsprechend zu behandeln. Die von BFH v. 4.10.1990 – X R 148/88 (BStBl. II 1992, 211) zu § 23 aF aufgestellten Grundsätze zum Erwerb und der Veräußerung einer Mitgliedschaft an einer vermögensverwaltenden PersGes. lassen sich nicht auf § 17 übertragen (auf Grund rechtsnormspezifischer Auslegung, so auch BFH v. 13.7.1999 – VIII R 72/98, BStBl. II 1999, 820). Auch das Ausscheiden eines Gesellschafters kann der Besteuerung nach § 17 unterfallen. Wird die Gesellschaft weitergeführt, so wächst sein Anteil an der Gesamthand den verbleibenden Gesellschaftern zu. Sofern der Ausscheidende abgefunden wird, ist hierin gleichzeitig die Veräußerung seiner Beteiligung an der KapGes. an die anderen Gesellschafter zu sehen.

Veräußerung der Beteiligung an der Kapitalgesellschaft durch die Gesamthand: Nach der Bruchteilsbetrachtung ist die Übertragung der Anteile an einer KapGes. durch die Gesamthand als anteilige Veräußerung der Beteiligung an der KapGes. durch die Gesellschafter der Gesamthand zu werten (BFH v. 13.7.1999 – VIII R 72/98, BStBl. II 1999, 820). Der Verkauf an einen anderen Gesellschafter stellt allerdings nur insoweit eine Veräußerung dar, als diesem die Beteiligung an einer KapGes. nicht schon nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO zuzurechnen ist.

Beteiligt sich eine vermögensverwaltende PersGes. mit Einkünften aus VuV an einer gewerblich tätigen anderen PersGes., so hatte dies nach BFH v. 6.10.2004 – IX R 53/01 (BFH/NV 2005, 129; vgl. aber Nichtanwendungserlass des BMF v. 18.5.2005, BStBl. I 2005, 698, im Vorgriff auf eine gesetzliche Festschreibung der vorherigen Verwaltungspraxis) für die damalige Gesetzesfassung nicht zur Folge, dass die gesamten Einkünfte der Obergesellschaft als Einkünfte aus Gewerbebetrieb gelten. Mit dem JStG 2007 (v. 13.12.2006, BGBl. I 2006, 2878) wurde § 15 Abs. 3 Nr. 1 um den Hinweis auf Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ergänzt, wonach die Abfärberegelung auch dann greift, wenn die PersGes. gewerbliche Einkünfte von einer anderen PersGes. bezieht. Die Verwaltungsauffassung wurde hiermit rückwirkend (§ 52 Abs. 32a) festgeschrieben (ablehnend zur Rückwirkung BLÜMICH/STUHRMANN, § 15 Rn. 282c mwN).

89 e) Einziehung von Anteilen

Einziehung von Aktien: Die Einziehung von Aktien nach § 237 Abs. 2 AktG iVm. § 222 AktG hat den Charakter einer Kapitalherabsetzung. Hierauf ist Abs. 4 anzuwenden (DÖLLERER, StbJb. 1981/82, 195 [215]; DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 150; LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 140; LBP/RAPP, § 17 Rn. 117). Erfolgt die Kapitalherabsetzung dagegen in der vereinfachten Form des § 237 Abs. 2 Nr. 2 AktG, wonach die Aktien zu Lasten des Bilanzgewinns oder der freien Rücklagen eingezogen werden, so ist von einer Veräußerung iSd. Abs. 1 auszugehen (DÖLLERER, StbJb. 1981/82, 195 [215]; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 146; DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 150).

Einziehung von GmbH-Anteilen: Nach § 34 GmbHG iVm. § 30 Abs. 1 GmbHG erfolgt die Zahlung des Entgelts für die Einziehung von GmbH-Anteilen zu Lasten des Bilanzgewinns oder der freien Rücklagen. Auch wenn die eingezogenen Anteile bei der KapGes. wertlos sind (vgl. BFH v. 1.7.1992 – II R 20/90, BStBl. II 1992, 912), wird die Einziehung als Veräußerung iSd. Abs. 1 angesehen, da die Anteile zivilrechtl. gegen Entgelt erworben werden, ohne dass eine Kapitalherabsetzung zu erfolgen hat (RAUPACH, FR 1978, 570; DÖLLERER,

StbJb. 1981/82, 195 [216]; DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 150; LBP/RAPP, § 17 Rn. 117; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 146). Nach aA liegt wirtschaftlich eine Teilliquidation vor, die der Regelung des Abs. 4 unterfallen soll (so SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 101; WASSERMAYER, Festschr. L. Schmidt, 1993, 621; LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 140). Sofern für die Einziehung ein unangemessen hohes Entgelt gezahlt wird, liegt eine vGA vor (vgl. Anm. 91).

f) Erbauseinandersetzung

90

Eine wesentliche Beteiligung ist stl. nicht der Erbengemeinschaft als solcher, sondern gem. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO anteilig den Miterben zuzurechnen (Bruchteilsbetrachtung, vgl. BMF v. 11.1.1993, BStBl. I 1993, 62 Rn. 28, idF von BMF v. 5.12.2002, BStBl. I 2002, 1392). Abweichend von seiner früheren Rspr. sieht der BFH zwischen Erbfall und Erbauseinandersetzung für die Einkommensbesteuerung keine rechtl. Einheit mehr (BFH v. 5.7.1990 – GrS 2/89, BStBl. II 1990, 847). Setzen sich die einzelnen Miterben in einer Weise auseinander, dass ein Miterbe Alleineigentum an einer Beteiligung erhält, deren Wert seine Erbquote nicht übersteigt (Realteilung ohne Abfindung), so liegt eine unentgeltliche Anteilsübertragung vor (vgl. BMF v. 11.1.1993 aaO Rn. 25 ff.). Soweit der Wert einer Beteiligung die Erbquote übersteigt und der Übernehmer deswegen eine Abfindung an die anderen Miterben leistet (Realteilung mit Abfindung), liegt ein entgeltlicher Erwerb vor (BFH v. 5.7.1990 – GrS 2/89, BStBl. II 1990, 847; BMF v. 11.1.1993 aaO Rn. 23 ff. mit Beispielen).

g) Erwerb eigener Anteile

91

Die handelsrechtl. Zulässigkeit des Erwerbs eigener Anteile richtet sich nach § 33 GmbHG bzw. § 71 AktG. Nach der Rechtslage bis zum In-Kraft-Treten des BilMoG (v. 25.5.2009, BGBl. I 2009, 1102; BStBl. I 2009, 650) waren die Anteile in der HBil. und StBil. der Gesellschaft als Vermögensgegenstände bzw. WG mit den AK zu aktivieren und gleichzeitig eine Rücklage zu passivieren (§ 266 Abs. 2 B III Nr. 2, §§ 272 Abs. 4, 253 Abs. 3 HGB aF; vgl. auch BMF v. 2.12.1998, DStR 1998, 2011 zur handels- und strechtl. Behandlung von eigenen Aktien). Entsprechend waren eigene Anteile auch stl. als WG zu behandeln (BFH v. 6.12.1995 – I R 51/95, BStBl. II 1998, 781; BREUNINGER, DStZ 1992, 420; LBP/RAPP, § 17 Rn. 116; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 147). Nach der bislang herrschenden – uE zutr. – Auffassung (KIRCHHOF/GOSCH IX. § 17 Rn. 55; BREUNINGER, DStZ 1991, 420; HERZIG, JbFfStR 1982/83, 359 [379]; LBP/RAPP, § 17 Rn. 113; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 147; WASSERMAYER, Festschr. L. Schmidt, 1993, 621; aA THIEL, Festschr. L. Schmidt, 1993, 569 [577]; OSSENDORF, BB 1979, 40, wonach Abs. 4 Anwendung findet, sofern die eigenen Anteile nicht der Durchführung von Umsatzgeschäften dienen) handelte es sich daher bei der Veräußerung einer Kapitalbeteiligung durch den Anteilseigner an seine KapGes. um eine Veräußerung iSd. Abs. 1. Dabei war es unerheblich, ob die KapGes. die Anteile mit oder ohne Einziehungsabsicht erwirbt (so auch BMF v. 2.12.1998, BStBl. I 1998, 1509 Rn. 24). Der Erwerb eigener Anteile durch die KapGes. ist als Gestaltungsalternative zur Dividendenausschüttung in Erwägung zu ziehen (dazu PRINZ/v. FREEDEN, FR 2005, 533).

Nunmehr ist durch das BilMoG die Aktivierung der eigenen Anteile entfallen, stattdessen sind nach § 274 Abs. 1a HGB nF sämtliche eigenen Anteile ausnahmslos mit dem Eigenkapital der Gesellschaft (offen) zu verrechnen (dazu etwa RODEWALD/POHL, GmbHR 2009, 32). Daraus könnte gefolgert werden, dass

eine Veräußerung nicht mehr gegeben sei, wenn die eigenen Anteile nicht mehr als Vermögensgegenstand bzw. WG für die Gesellschaft zu qualifizieren sein sollten (so etwa HOFFMANN/LÜDENBACH, DSrR 2008, Beihefter zu Heft 30, 49 [58]; aA BLUMENBERG/ROSSNER, GmbHR 2008, 1079 [1082]). Für die Annahme einer Veräußerung spricht aber zum einen, dass die Änderungen des BilMoG nur die Ebene der Gesellschaft betreffen, die Regelungen zur Besteuerung der Anteilseigner bleiben vielmehr unverändert. Auch geht das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen auf die Gesellschaft über. Zudem spricht ein Vergleich mit der stl. Behandlung der Einziehung von Anteilen für eine Weitergeltung der alten Grundsätze, dass der Erwerb eigener Anteile eine Veräußerung auf Ebene des Gesellschafters darstellt (gl.A. MAYER, Ubg. 2008, 779 [782 f.]; BLUMENBERG/ROSSNER, GmbHR 2008, 1079 [1082 ff.]; DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 148; aA SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 102).

Entrichtet die KapGes. für die Anteile ein unangemessen hohes Entgelt, so liegt in Höhe des unangemessenen Teils eine vGA vor, die auf Seiten der Gesellschafter zu Einkünften aus Kapitalvermögen führt (DÖLLERER, StbJb. 1981/82, 195 [214]; DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 149). Übertragen alle Gesellschafter gleich hohe Anteile auf ihre KapGes., so handelt es sich nach dem BFH (v. 27.3.1979 – VIII R 95/76, BStBl. II 1979, 553) bei dem hierfür erhaltenen Entgelt ebenfalls um Einkünfte aus Kapitalvermögen.

92 h) Treuhandverhältnisse

Die Begründung und Beendigung eines Treuhandverhältnisses stellt keine Veräußerung dar, wenn die Anteile nur vom rechtl. an den wirtschaftlichen Eigentümer bzw. vom wirtschaftlichen auf den rechtl. Eigentümer übertragen werden. Unabhängig von der zivilrechtl. Lage sind Anteile typischerweise gem. § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO stl. dem Treugeber zuzurechnen (vgl. Anm. 122 „Treuhanderschaft“). Daher ist keine Veräußerung iSd. § 17 gegeben, wenn der Treugeber die Anteile mit dinglicher Wirkung auf den Treuhänder überträgt. Andererseits kann eine Veräußerung iSd. § 17 dann vorliegen, wenn sich der zivilrechtl. Anteilsinhaber gegenüber einem Dritten verpflichtet, für diesen die Anteile treuhänderisch zu halten (sog. Vereinbarungstreuhand), obwohl sich das zivilrechtl. Eigentum nicht ändert.

93 i) Übertragung von Anteilen in das Betriebsvermögen einer Mitunternehmerschaft

Die entgeltliche Übertragung einer Beteiligung zum Verkehrswert auf eine Mitunternehmerschaft, an der der Veräußerer beteiligt ist, ist eine in vollem Umfang nach § 17 stpfl. Veräußerung; es liegt keine anteilige Einlage des Veräußerers vor (BFH v. 19.10.1998 – VIII R 69/95, BStBl. II 2000, 230; v. 21.10.1976 – IV R 210/72, BStBl. II 1977, 145; BMF v. 6.2.1981, BStBl. I 1981, 76; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 115). Entsprechendes gilt im umgekehrten Fall, wenn eine Mitunternehmerschaft eine Beteiligung an einen ihrer Gesellschafter veräußert.

Übertragung gegen Gesellschaftsrechte: BFH v. 19.10.1998 – VIII R 69/95 (BStBl. II 2000, 230) sieht die Übertragung einer (wesentlichen) Beteiligung auf eine Mitunternehmerschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten als eine dem Tausch ähnliche entgeltliche Verfügung an, bei der eine in Geld ausgedrückte Einlageschuld mit dem objektiven Wert der eingebrachten Beteiligung verrechnet wird. Die aufnehmende PersGes. hat die empfangene Beteiligung mit ihrem gemeinen Wert zu aktivieren (zustimmend BMF v. 29.3.2000, BStBl. I

2000, 462, mit Übergangswahlrecht für Fälle bis zum 31.6.2000; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 115; krit. SCHULZE ZUR WIESCHE, FR 1999, 519). Der BFH lehnte eine – unmittelbare oder mittelbare – Anwendung des § 24 UmwStG ab, da diese Vorschrift nicht die Einbringung einzelner WG aus dem PV erfasse.

Die Übertragung einer steuerverstrickten Beteiligung aus dem Privatvermögen in das Sonderbetriebsvermögen des Anteilseigners bei einer PersGes. ist keine Veräußerung, da die Beteiligung nicht auf einen anderen Rechtsträger übergeht, denn Rechtsträger des SonderBV ist der Mitunternehmer und nicht die PersGes. Daher liegt eine Einlage vor, die nach § 6 Abs. 1 Nr. 5 zu bewerten ist (s. auch BMF v. 20.12.1977, BStBl. I 1978, 8 Rn. 50). Sofern der Teilwert niedriger ist als die ursprünglichen AK, können letztere angesetzt werden, damit der vor der Einlage entstandene Wertverlust nicht verloren geht (BFH v. 25.7.1995 – VIII R 25/94, BStBl. II 1996, 685: teleologische Extension des § 6 Abs. 1 Nr. 5; anders BMF v. 5.12.1996, BStBl. I 1996, 1500; R 17 Abs. 8 EStR 2008 und H 17 Abs. 8 EStH 2008). Da sich die wesentliche Beteiligung nunmehr im BV befindet, fällt ihre spätere Veräußerung nicht mehr unter § 17.

Wird die steuerverstrickte Beteiligung unentgeltlich in das Gesamthandsvermögen einer gewerblich tätigen Personengesellschaft eingebracht, liegt ebenfalls keine Veräußerung, sondern eine Einlage vor (BMF v. 29.3.2000, BStBl. I 2000, 462; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 110; DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 103). Bei entgeltlicher Übertragung oder Einbringung gegen Gesellschaftsrechte kommt es dagegen zur Gewinnrealisierung. Eine Veräußerung und damit ein in vollem Umfang gewinnrealisierender Tausch soll nach Ansicht des BFH aber auch dann vorliegen, wenn bei einer Übertragung auf eine KG (nur) ein Teil des Einbringungswerts in eine gesamthänderisch gebundene Kapitalrücklage eingestellt worden ist und im Übrigen eine Anrechnung auf die Kommanditeinlage („Kapitalkonto I“) erfolgte (BFH v. 17.7.2008 – I R 77/06, BStBl. II 2009, 464; s. auch BMF v. 20.5.2009, BStBl. I 2009, 671). UE sollte nur für diese „Mischfälle“ eine volle Gewinnrealisierung eintreten; eine unentgeltliche Einlage dürfte auch weiterhin anzunehmen sein, wenn eine Buchung ausschließlich auf einem gesamthänderischen Kapitalrücklagenkonto erfolgt (glA KORN, NWB 2009, 2041; STRAHL, KÖSDI 2009, 16531 [16538]; SCHNEIDER/OEPEN, FR 2009, 660 [661]; auch das BMF-Schreiben spricht nur „Mischfälle“ an).

j) Umtausch von Wandelschuldverschreibungen

94

Der Umtausch von handelbaren und wertpapiermäßig verbrieften Wandelanleihen (Wandelschuldverschreibungen) iSd. § 221 AktG in Aktien der ausgebenden Gesellschaft ist mangels Tauschvertrag iSd. § 515 BGB keine Veräußerung. Der Schuldverschreibungsgläubiger erlangt bereits mit dem Erwerb der Schuldverschreibung kraft Gesetzes ein festes und wertpapiermäßig verbrieftes Recht auf den Erwerb von Aktien. Daher handelt es sich bei der Begebung von Schuldverschreibungen einerseits und der späteren Lieferung von Aktien andererseits wirtschaftlich um einen einheitlichen Vorgang, so dass die Ausübung des Bezugsrechts weder zu einem Tausch führt noch eine Aufrechnung einer Forderung darstellt (sog. Identität bzw. Einheitlichkeit der Wertpapiere; vgl. dazu zB RFH v. 5.7.1929, RFHE 25, 264; v. 24.8.1944, RFHE 54, 128; BFH v. 28.1.1976 – IV R 209/74, BStBl. II 1976, 288 zur wirtschaftlichen Identität im Zusammenhang mit der Anlagedauer nach § 6b Abs. 4 Satz 2; v. 30.11.1999 – IX R 70/96, BStBl. II 2000, 262 zum Umtausch von variabel verzinslichen in fest verzins-

liche Anleihen). Die Annahme eines einheitlichen Rechtsvorgangs wird nach jüngerer Rspr. der FG regelmäßig jedoch auf handelbare und börsenfähige Wertpapiere eingeschränkt (vgl. dazu zB FG Schl.-Holst. v. 5.4.2005 – 5 V 285/04, nv., rkr.; FG Köln v. 11.5.2004, EFG 2004, 1760, rkr.; insoweit zu Einkünften aus § 19 aber weiter offen gelassen in BFH v. 23.6.2005 – VI R 124/99, BFH/NV 2005, 1702, und v. 23.6.2005 – VI R 10/03, BFH/NV 2005, 1706).

Vom Veräußerungsgeschäft iSd. § 17 zu unterscheiden ist ferner die stl. Beurteilung des verbilligten Bezugs von Aktien aus Wandelschuldverschreibungen oder aus Wandeldarlehen, die jeweils an ArbN ausgegeben werden und (fast) ausschließlich durch deren Beschäftigungsverhältnis veranlasst sind (dazu BFH v. 23.6.2005 – VI R 142/99, BFH/NV 2005, 1702, und v. 23.6.2005 – VI R 10/03, BFH/NV 2005, 1706; ferner FG München v. 11.12.2002, DStRE 2003, 715, Rev. hierzu BFH v. 14.9.2005 – VI R 18/03, BFH/NV 2006, 13 aus verfahrensrechtl. Gründen unbegründet; FG Köln v. 11.5.2004, EFG 2004, 1760, rkr.; aus dem Schrifttum zB HERZIG/LOCHMANN, WPg. 2003, 837 ff. mwN; BAUER/GEMMEKE, StB 2003, 83; aA zB EISOLT/WICKINGER, BB 2001, 122; LEOPOLD, FR 2000, 1332). Für die nach den Umständen des Einzelfalls vorzunehmende Abgrenzung bzw. Wertung ist die Feststellung wesentlich, ob die mit der Wandelschuldverschreibung erfolgte Kapitalüberlassung an den ArbG oder aber umgekehrt eine (im Zeitpunkt der Ausgabe bereits eindeutig existente oder absehbare) Aktienverschaffung als geldwerter Vorteil an den ArbN prägend ist (so im Grundsatz auch BFH v. 23.6.2005 – VI R 124/99, BFH/NV 2005, 1702; instruktiv für diese Abwägung bereits AdV-Beschluss des FG Düss. v. 11.4.2001, DStRE 2001, 693).

95 k) Veräußerung eines Bezugsrechts bei Kapitalerhöhung

Verzichtet der Anteilseigner zugunsten eines Dritten gegen Entgelt auf sein Bezugsrecht (dh. er nimmt nicht an der Kapitalerhöhung teil), so liegt hierin die Veräußerung einer Anwartschaft (BFH v. 8.4.1992 – I R 128/88, BStBl. II 1992, 761; v. 13.10.1992 – VIII R 3/89, BStBl. II 1993, 477; v. 19.4.2005 – VIII R 68/04, BStBl. II 2005, 762; FG München v. 30.9.1997, EFG 1998, 461, rkr.). Dem steht es gleich, wenn das Bezugsrecht auf Veranlassung des Anteilseigners durch Gesellschafterbeschluss einem Dritten eingeräumt wird, also direkt bei dem Dritten entsteht (BFH v. 8.4.1992 – I R 128/88 aaO unter II.2a); v. 19.4.2005 – VIII R 68/04 aaO; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 104; LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 143).

Das Entgelt muss nicht notwendigerweise in einer direkten Zahlung an den Altgesellschafter liegen. Erfolgt der Ausgleich in Form eines Agios, welches die Gesellschaft in engem zeitlichen Zusammenhang an den betreffenden Gesellschafter ausschüttet, so handelt es sich hierbei ebenfalls um ein Entgelt (vgl. BFH v. 19.4.2005 – VIII R 68/04 aaO; BFH v. 13.10.1992 – VIII R 3/89, BStBl. II 1993, 477 sah hierin einen Rechtsmissbrauch nach § 42 AO; vgl. hierzu FISCHER, StuW 1995, 87 [95]; WOLFF-DIEPENBROCK, DStZ 1993, 314; nach FG Ba.-Württ. v. 17.2.1997, EFG 1997, 743, rkr., ist kein zeitlicher Zusammenhang mehr erforderlich). Auch andere, ggf. über mehrere Vertragsstufen verdeckte Leistungsformen können sich bei wirtschaftlicher Betrachtung als Entgelt an die Altgesellschafter zum Ausgleich für ein neu erlangtes Anteilsbezugsrecht oder einen neuen Anteil an der KapGes. einschl. der übergegangenen stillen Reserven darstellen (vgl. dazu BFH v. 19.4.2005 – VIII R 68/04 aaO; v. 21.9.2004 – IX R 36/01, BStBl. II 2006, 12, zu § 23 EStG; BMF v. 20.12.2005, BStBl. I 2006, 8).

Erfolgt die Übertragung teilentgeltlich, dh. leistet ein Gesellschafter eine Einlage, die niedriger als der Wert der jungen Anteile ist, weil zB ein Altgesellschafter das Bezugsrecht zugunsten von Angehörigen nicht ausübt, so unterfällt der unentgeltlich erworbene Teil des Bezugsrechts Abs. 1 Satz 4 nF (vgl. BFH v. 16.4.1991 – VIII R 63/87, BStBl. II 1991, 832; v. 10.10.1992 – VIII R 40/89, BStBl. II 1994, 222; WASSERMEYER, FR 1993, 532; LBP/RAPP, § 17 Rn. 121, 137; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 85).

1) Vorweggenommene Erbfolge

96

Hierunter ist die vertragliche Vermögensübertragung unter Lebenden zu verstehen, die aus Rücksicht auf eine künftige Erbfolge erfolgt. Wird keine Gegenleistung vereinbart, so liegt eine unentgeltliche Übertragung gem. Abs. 1 Satz 4 nF vor.

Soweit sich der Erwerber zu Abstandszahlungen, Gleichstellungsgeldern, wiederkehrenden Leistungen oder zur Übernahme von Verbindlichkeiten verpflichtet, ist eine Veräußerung iSd. Abs. 1 gegeben (vgl. BFH v. 5.7.1990 – GrS 2/89, BStBl. II 1990, 847). Da Anteile an KapGes. zu den sog. existenzsichernden Wirtschaftseinheiten gezählt werden (BMF v. 16.9.2004, BStBl. I 2004, 992 Rn. 10), kann es sich bei wiederkehrenden Leistungen aber auch um sog. Versorgungsleistungen handeln. Letztere stellen kein Entgelt dar, so dass im Fall der bloßen Übernahme von Versorgungsleistungen keine Veräußerung nach Abs. 1 vorliegt. Versorgungsleistungen sind dann anzunehmen, wenn die übernommenen Leistungen nicht höher sind als der Ertrag, der mit der übertragenen Beteiligung erzielt werden kann. Dasselbe gilt für die Vereinbarungen von Sachleistungen, die aus dem übernommenen Vermögen erbracht werden können, sowie für den Vorbehalt von Nutzungsrechten (BFH v. 5.7.1990 – GrS 2/89 aaO). Eine entgeltliche Anteilsübertragung liegt selbst dann nicht vor, wenn das Nutzungsrecht später abgelöst wird und der Nutzungsberechtigte für seinen Verzicht eine Abstandszahlung erhält, sofern der Verzicht auf einer neuen Entwicklung der Verhältnisse beruht (BFH v. 14.6.2005 – VIII R 14/04, BB 2005, 2386 zum Nießbrauch).

Einstweilen frei.

97–99

V. Anteile des Veräußerers an einer Kapitalgesellschaft (Veräußerungsgegenstand)

1. Beteiligung des Veräußerers (Satz 1 Halbs. 2)

a) Begriffe „Veräußerer“ und „Beteiligung“

100

Beteiligung: zum Begriff s. Anm. 114 f.

Veräußerer ist derjenige, dem die Beteiligung vor der Veräußerung wirtschaftlich zuzurechnen ist.

Die Art des Erwerbs der Beteiligung ist unerheblich (BFH v. 7.7.1992 – VIII R 56/88, BFH/NV 1993, 25). Die Beteiligung kann entgeltlich oder unentgeltlich erworben worden sein (BFH v. 18.1.1999 – VIII B 80/98, BStBl. II 1999, 486). Der Erwerb braucht nicht durch Kauf, Tausch oder eine ähnliche zielgerichtete Maßnahme erfolgt sein, er kann auch durch Erbfall, Schenkung oder Gütergemeinschaft stattgefunden haben (FELIX, DSStZ 1991, 144; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 92). Erforderlich ist lediglich, dass die Beteiligung mit Gewinnerzielungsabsicht erworben und gehalten wird (BFH v. 29.6.1995 – VIII R 68/93,

BStBl. II 1995, 722). Entscheidend für die Annahme eines Erwerbs ist, dass das wirtschaftliche Eigentum – wenn auch nur für einen kurzen Zeitraum – auf einen anderen übergegangen ist (BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424 [427]).

Der Zeitpunkt des Erwerbs der wesentlichen bzw. steuerverstrickten Beteiligung ist ebenfalls unerheblich. Auch wenn der Stpfl. Teile der Beteiligung nacheinander erworben hat und zunächst unterhalb der gesetzlichen Beteiligungsgrenze beteiligt gewesen ist, wird die seit dem ersten Erwerb eingetretene Wertsteigerung sämtlicher Anteile bei der Veräußerung der wesentlich gewordenen bzw. später steuerverstrickten Beteiligung durch § 17 stl. erfasst (BFH v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312; v. 18.1.1999 – VIII B 80/98, BStBl. II 1999, 486; HERZIG/FÖRSTER, DB 1997, 594). Eine rückwirkende stl. Erfassung der Wertsteigerung von Anteilen gilt nach den Urteilen des BFH v. 1.3.2005 – VIII R 92/03 (BStBl. II 2005, 398) und v. 1.3.2005 – VIII R 25/02 (BStBl. II 2005, 436) auch dann, wenn die Steuerverstrickung nicht auf einem Hinzuerwerb von Anteilen, sondern allein auf der gesetzlichen Absenkung der Beteiligungsgrenzen von 25 % auf 10 % (ab VZ 1999) und/oder von 10 % auf 1 % (ab VZ 2001) beruht (Einzelheiten dazu in Anm. 10 und 130 f.).

Keine Mindestdauer der Beteiligung: Die Beteiligung muss nicht über eine bestimmte Dauer gehalten werden. Weil das Gesetz keine Mindestdauer vorschreibt, sondern die Tatsache genügen lässt, dass der Gesellschafter im Zeitpunkt der Veräußerung oder der letzten 5 Jahre vor dieser zu irgendeinem Zeitpunkt im Umfang der Beteiligungsgrenze beteiligt war, genügt die geringste Dauer, wie zB eine juristische Sekunde (BFH v. 16.5.1995 – VIII R 33/94, BStBl. II 1995, 870; v. 7.7.1992 – VIII R 54/88, BStBl. II 1993, 331; v. 20.12.1989 – VI R 55/84, BFH/NV 1990, 23; v. 5.10.1976 – VIII R 38/72, BStBl. II 1977, 198). Auch die rückwirkende Übertragung eines Anteils kann nicht verhindern, dass der Übertragende den Anteil innehatte (BFH v. 19.9.1984 – VIII R 119/81, BStBl. II 1985, 55). Zur Absenkung der Beteiligungsgrenzen vgl. aber die Einschränkungen in Anm. 10 und 130 f.

101 b) **Keine Zusammenrechnung der Anteile von Angehörigen**

Ob der Stpfl. beteiligt iSv. Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 ist, richtet sich allein nach der ihm (rechtl. oder wirtschaftlich) zustehenden Beteiligung. Anteile seiner Angehörigen (iSv. § 15 AO) werden mit seinen Anteilen weder bei eventuell gleichgerichteten Interessen noch im Fall der Minderjährigkeit des Angehörigen zusammengerechnet.

102 c) **Anteile im gemeinsamen Eigentum mehrerer Steuerpflichtiger**

Bruchteilseigentum (§§ 741 ff. BGB, § 69 AktG, § 18 GmbHG): Jeder Bruchteil steht schon bürgerlich-rechtl. dem Miteigentümer allein zu und ist daher auch stl. ihm allein zuzurechnen (in Höhe seines Bruchteils).

Gesamthandseigentum an einer Beteiligung ist möglich (zB im Rahmen einer GbR, Erbengemeinschaft, ehelichen Gütergemeinschaft). Ist die Gesellschaft/Gemeinschaft nur vermögensverwaltend tätig, ist eine im Gesamthandsvermögen befindliche Beteiligung an einer KapGes. den einzelnen Gesamthändern gem. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO unmittelbar anteilig im Wege einer Bruchteilsbetrachtung zuzurechnen, dh. so, als ob sie an dem Anteil zu Bruchteilen berechtigt wären (BFH v. 13.7.1999 – VIII R 72/98, BStBl. II 1999, 820; v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312; v. 7.4.1976 – I R 75/73, BStBl. II

1976, 557; v. 9.5.2000 – VIII R 41/99, BStBl. II 2000, 686; zu der vermögensverwaltenden GbR s. Anm. 122). Die Bruchteilsbetrachtung bezieht sich auf alle Umstände, die für die Ermittlung des Veräußerungsgewinns relevant sind; hierunter fallen AK, Veräußerungskosten sowie Veräußerungspreis (BFH v. 7.4.1976 – I R 75/73, BStBl. II 1976, 557). Konsequenterweise gilt dies auch für die Frage, ob die für § 17 notwendige Beteiligungshöhe erreicht wird (offen insoweit BFH v. 13.7.1999 – VIII R 72/98, BStBl. II 1999, 820, 2.d):

Beispiel: Zum Gesamthandsvermögen einer seit 2002 aus 4 Miterben zu je $\frac{1}{4}$ bestehenden Erbengemeinschaft gehört eine 2 %-Beteiligung an der A-GmbH. Diese ist jedem Miterben zu je $\frac{1}{4}$ zuzurechnen. Alle Miterben sind daher zu 0,5 % an der A-GmbH beteiligt. Jeder der Miterben hätte eine nicht steuerverstrickte Beteiligung von unter 1 %.

Unterscheiden sich Gewinnverteilungs-, Liquidations- und Abfindungsschlüssel nach den gesellschaftsvertraglichen Vorschriften, stellt sich die Frage, welcher Schlüssel für die Zurechnung maßgeblich sein soll. UE bleibt der nominelle Anteil am Grund- oder Stammkapital nach der Bruchteilsbetrachtung maßgebend (s. näher Anm. 88; glA SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 60 mwN; aA zB BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 101, der den Liquidationsschlüssel als Regelmaßstab ansieht). Die dem Stpfl. zuzurechnenden Anteile sind mit den Anteilen, die ihm allein gehören, zu addieren (BFH v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312; v. 13.7.1999 – VIII R 72/98, BStBl. II 1999, 820). Veräußert die Gesamthandsgemeinschaft ihre Anteile, so liegt hierin gleichzeitig eine Veräußerung der den Gesamthändlern anteilig zuzurechnenden Anteile (BFH v. 7.4.1976 – I R 75/73, BStBl. II 1976, 557; LBP/RAPP, § 17 Rn. 72).

Eine unmittelbare Zurechnung findet nicht statt, wenn die Anteile zu einer Gesamthandsgemeinschaft mit BV (zB zu einer gewerblich tätigen OHG) gehören; diese ist ertragstl. selbst Gewinnerzielungssubjekt (BFH v. 24.6.1984 – GrS 4/82, BStBl. II 1984, 751 [762]). Veräußert sie ihre Anteile, so ist § 17 schon deshalb nicht anwendbar, weil sich die Anteile im BV befinden (LBP/RAPP, § 17 Rn. 72; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 99). Hat der Gesellschafter selbst auch Anteile im PV, können ihm die Anteile der betrieblichen PersGes. uE zwar nicht unmittelbar über § 39 Abs. 2 AO zugerechnet werden, weil die Bruchteilsbetrachtung insoweit nicht anwendbar ist. Eine Zusammenrechnung erfolgt letztlich aber doch, weil die Beteiligung über die betriebliche PersGes. als mittelbare Beteiligung anzusehen ist (s. Anm. 122). Einzelheiten zur Besteuerung des Management-Gewinns bei Private Equity Fonds s. Anm. 31.

Zur Veräußerung/Einbringung von KapGesAnteilen seitens der Gesamthänder an die Gesamthand und umgekehrt sowie zur Veräußerung der Beteiligung an der Gesamthandsgemeinschaft durch einen Gesamthänder s. Anm. 94.

d) Anteile im Privatvermögen und im Betriebsvermögen des Veräußerers 103

Besitzt der Stpfl. sowohl Anteile im PV als auch im BV, so werden die Anteile im BV bei der Ermittlung der 1 %-Grenze berücksichtigt (BFH v. 10.11.1992 – VIII R 40/89, BStBl. II 1994, 222; LBP/RAPP, § 17 Rn. 73; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 91). Das gilt auch für Anteile im SonderBV, weil der Mitunternehmer dessen alleiniger Rechtsträger ist.

Beispiel: Der Stpfl. besitzt 0,9 % der Anteile an der X-GmbH im PV. Er hält weitere 0,6 % in einem gewerblichen BV. Er ist daher insgesamt zu 1,5 % beteiligt und damit iSv. Abs. 1 Satz 1 beteiligt.

Hierfür spricht zum einen der Wortlaut des § 17, der allein darauf abstellt, ob der Stpfl. in bestimmter Höhe beteiligt ist. Zum anderen verlangt dies auch der

Sinn dieser Vorschrift. Zwar will § 17 nur die Wertsteigerung der im PV befindlichen Anteile besteuern, während Anteile im BV ohne Rücksicht auf die Beteiligungshöhe steuerverstrickt sind. Für die Frage, ob die notwendige Beteiligungshöhe erreicht wird, kommt dieser Trennung aber keine Bedeutung zu. Nach der früheren Rechtslage, die über die Beteiligungshöhe typisierend auf einen wesentlichen Einfluss des Anteilseigners schloss, ergab sich dies bereits aus der Unteilbarkeit der Einflussnahme. Im Übrigen ergäbe sich ohne Zusammenrechnung ein Wertungswiderspruch zu bloß mittelbar gehaltenen Beteiligungen (vgl. Anm. 122 f.).

Einbringungsgeborene Anteile iSd. § 21 UmwStG aF sind aus den gleichen Gründen bei der Untersuchung, ob die notwendige Beteiligungshöhe vorliegt, zu berücksichtigen (vgl. BFH v. 10.11.1992 – VIII R 40/89, BStBl. II 1994, 222).

104–109 Einstweilen frei.

2. Fünfjahresfrist (Satz 1 Halbs. 2)

110 a) Allgemeines

Wenn der Veräußerer „innerhalb der letzten fünf Jahre“ am Kapital der Gesellschaft wesentlich bzw. im Umfang der Beteiligungsquote von 1 % beteiligt war (Abs. 1 Satz 1), führt die Veräußerung von Anteilen an dieser Gesellschaft auch dann zu einem stpfl. Gewinn, wenn im Zeitpunkt der Veräußerung selbst keine wesentliche bzw. steuerverstrickte Beteiligung mehr bestand (BFH v. 24.4.1997 – VIII R 23/93, BStBl. II 1999, 342; v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398, und v. 1.3.2005 – VIII R 25/02, BStBl. II 2005, 436 zur Steuerverstrickung durch rückwirkende gesetzliche Absenkung der Beteiligungsgrenze). Gleichgültig ist, wie der Veräußerer die Beteiligung erworben hat (ob zB durch Kauf, Schenkung, Erbfall) und ob er die Beteiligung durch einen Vorgang oder durch den mehrfachen Erwerb von kleineren Anteilen erlangt hat (sog. gestaffelter Erwerb). Auch die Dauer der Beteiligung ist unerheblich (BFH v. 7.7.1992 – VIII R 54/88, BStBl. II 1993, 331). Letztlich genügt eine juristische Sekunde (BFH v. 16.5.1995 – VIII R 33/94, BStBl. II 1995, 870; aA CREZELIUS, DB 2003, 230 [234], der eine mitunternehmerähnliche Stellung für erforderlich hält). Zum unentgeltlichen Erwerb s. Satz 4 nF, dazu Anm. 155 f. Zur Auswirkung der Absenkung der Beteiligungsgrenze auf die Frist vgl. Anm. 131 f.

Zweck dieser Regelung ist die Verhinderung von Steuerumgehungen durch Teilveräußerungen (Begründung zu § 30 Abs. 3 EStG 1925, 55 ff.; STRUTZ, EStG 1925 § 30 Anm. 2).

Fristberechnung: Die Frist bezieht sich gem. § 108 AO iVm. §§ 187–193 BGB auf den Zeitraum von 5 Jahren vor der Veräußerung und nicht etwa auf die letzten 5 VZ, die der Veräußerung vorangingen.

Beispiel: Der Stpfl. hat am 1.2. des Jahres X eine Beteiligung von 1,4 % gekauft und am 1.6. des gleichen Jahres hiervon 0,5 % verkauft. Fristlauf vom 2.6. des Jahres X bis Ablauf 1.6. des Jahres X+5. Erstmals am 2.6. dieses Jahres fällt die Veräußerung der restlichen 0,9 % nicht mehr unter § 17.

Maßgeblicher Zeitpunkt: Noch nicht endgültig geklärt ist, ob sich Anfang und Ende der Fünfjahresfrist nach dem schuldrechtl. Anschaffungsgeschäft und dem schuldrechtl. Veräußerungsgeschäft bestimmen (offen gelassen von BFH v. 30.6.1983 – IV R 113/81, BStBl. II 1983, 640) oder ob die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums entscheidend ist (so BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 113; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 74). Zwar lässt sich der Zeitpunkt

des schuldrechtl. Geschäfts meist leichter feststellen als der Zeitpunkt der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums. Da aber Abs. 1 Satz 1 von der „Veräußerung“ zurückrechnet, welche die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums voraussetzt (s. Anm. 70) und eine schuldrechtl. Verpflichtung auch noch keinen Zugriff auf die Unternehmenssubstanz gewährt, muss uE auf den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums abgestellt werden (FG Ba.-Württ. v. 17.9.1997, DSStRE 1998, 583 [584 mwN]). Es ist allerdings denkbar, dass das wirtschaftliche Eigentum bereits durch den schuldrechtl. Vertrag übertragen wird.

Beispiel: A ist am 1.1.2002 an der Z-GmbH (Wj. = Kj.) mit 1,2 % beteiligt. Am 2.1.2002 verkauft er 0,3 % seiner Anteile (nicht notariell beurkundet) an B, der sofort den Kaufpreis entrichtet. Am 1.2.2003 wird der 0,3-%-GmbH-Geschäftsanteil von A an B rückwirkend zum 2.1.2002 abgetreten (notarielle Beurkundung ist erfolgt). Am 1.10.2007 veräußert A seine restliche Beteiligung an C.

Die Veräußerung an C unterfällt § 17, da A innerhalb der letzten 5 Jahre wesentlich beteiligt war. Zwar hat er durch die Veräußerung an B die Beteiligungsgrenze von 1 % unterschritten. Maßgeblicher Zeitpunkt hierfür war aber die notarielle Abtretungserklärung v. 1.2.2003. Erst durch diese Erklärung ging das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen auf B über. Dass die Abtretung rückwirkend vereinbart wurde, ändert hieran nichts (vgl. zur Zulässigkeit von Vereinbarungen mit Rückwirkung BFH v. 10.9.1984 – VIII R 119/81, BStBl. II 1985, 55). In dem Kaufvertrag liegt weder die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums noch die Einräumung eines entsprechenden Anwartschaftsrechts an B (vgl. Anm. 150 f.).

Zwischenzeitliche Nichtbeteiligung und unwesentliche Beteiligung:

Nach dem Wortlaut des Satzes 1 ist nicht erforderlich, dass gerade die veräußerten Anteile Teil einer wesentlichen bzw. steuerverstrickten Beteiligung innerhalb der letzten 5 Jahre waren. Hat also der Stpfl. innerhalb des Fünfjahreszeitraums eine steuerverstrickte Beteiligung erworben und wieder veräußert und danach eine nicht steuerverstrickte Beteiligung (1 %) erworben und veräußert, wäre auch die letzte Veräußerung stpfl. (so BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 110; BFH v. 20.4.1999 – VIII R 58/97, BStBl. II 1999, 650; v. 1.8.2001 – VIII B 80/00, BFH/NV 2002, 180 [181]; offen gelassen noch von BFH v. 17.6.1997 – VIII B 72/96, BFH/NV 1997, 882; v. 24.4.1997 – VIII R 23/93, BStBl. II 1999, 342). Diese Auslegung geht aber uE über den Zweck des § 17 hinaus, der (jedenfalls nach den älteren Gesetzesfassungen vor StSenkG) an die Einflussmöglichkeit des wesentlich Beteiligten anknüpft. Sie überschreitet wohl auch den Zweck der Fünfjahresfrist, Umgehungen zu verhindern. Deshalb ist uE anzunehmen, dass mit den Worten „wesentlich beteiligt war“ (bis StSenkG) gemeint ist, dass der Veräußerer gerade mit den – ganz oder teilweise – veräußerten Anteilen wesentlich beteiligt war (glA SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 77; LBP/RAPP, § 17 Rn. 90; HERZIG/FÖRSTER, DB 1997, 594). Entsprechendes gilt uE auch für die aktuelle Gesetzesfassung (Beteiligungsgrenze von 1 %).

Hat innerhalb eines Fünfjahreszeitraums eine wesentliche bzw. steuerverstrickte Beteiligung bestanden, so fällt auch die Veräußerung von Anteilen unter § 17, die zu einem Zeitpunkt erworben wurden, als eine wesentliche bzw. steuerverstrickte Beteiligung noch gar nicht gegeben war. Entsprechend wird nach dem BFH der Wertzuwachs dieser Anteile auch insoweit berücksichtigt, als er auf den Zeitraum fällt, zu dem noch keine steuerverstrickte Beteiligung vorlag (BFH v. 16.5.1995 – VIII R 33/94, BStBl. II 1995, 870; v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312; v. 18.1.1999 – VIII B 80/98, BStBl. II 1999, 486; v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398, und v. 1.3.2005 – VIII R 25/02, BStBl. II 2005, 436; krit. zB CREZELIUS, DB 1997, 195; PAUS, FR 1994, 350).

Junge Aktien, die der Stpfl. auf Grund seiner wesentlichen Beteiligung zu einem Zeitpunkt erworben hat, zu dem keine wesentliche Beteiligung mehr vorlag, werden von § 17 erfasst, sofern sie noch innerhalb der Fünfjahresfrist veräußert werden (BFH v. 10.11.1992 – VIII R 40/89, BStBl. II 1994, 222).

111 b) Kapitalerhöhung

Eine Kapitalerhöhung, an der sich der Stpfl. nicht beteiligt, kann seine steuerverstrickte bzw. wesentliche Beteiligung in eine nicht steuerverstrickte bzw. unwesentliche verwandeln. Allerdings kann in der Nichtteilnahme an der Kapitalerhöhung auch die Veräußerung eines Bezugsrechts liegen (vgl. BFH v. 8.4.1992 – I R 128/88, BStBl. II 1992, 761), die dann nach § 17 stpfl. ist (vgl. Anm. 70 und 96). Nach 5 Jahren kann der Anteilseigner die Beteiligung stfrei veräußern. In diesem Vorgehen liegt grundsätzlich kein Rechtsmissbrauch iSd. § 42 AO (BFH v. 27.1.1977 – IV R 46/76, BStBl. II 1977, 754). Die Fünfjahresfrist beginnt uE hier mit der Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister, weil erst dann die neuen Anteile entstehen (s. auch jetzt BFH v. 14.3.2006 – VIII R 49/04, BStBl. II 2006, 746; glA LBP/RAPP, § 17 Rn. 93; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 114). Vorher geben die Anteile noch kein Stimmrecht; die für die Besteuerung gem. § 17 gesetzpolitisch maßgebende Einflussmöglichkeit des Stpfl. besteht bis dahin noch fort. Die rechtsmissbräuchliche Kapitalerhöhung dürfte jedoch nach der Absenkung der relevanten Beteiligungsgrenze auf 1 % durch das StSenkG in der Praxis keine Rolle mehr spielen.

112–113 Einstweilen frei.

114 3. Beteiligung am Kapital der Gesellschaft (Satz 1 Halbs. 2)

Mit diesem Merkmal kann gemeint sein

- die Beteiligung am Nennkapital der Gesellschaft;
- die gesellschaftsrechtl. Stellung des Gesellschafters (Vermögensrechte, nämlich die Beteiligung am Reingewinn und am Liquidationserlös, sowie Mitverwaltungsrechte, besondere Stimmrechte);
- ein Teil der gesellschaftsrechtl. Stellung (nur Vermögensrechte oder nur Mitverwaltungsrechte; vgl. BFH v. 27.1.1977 – IV R 46/76, BStBl. II 1977, 754).

Nennkapital als maßgebliche Größe: Für die Berechnung der Beteiligungshöhe ist allein auf den Anteil des Stpfl. am Nennkapital (dem Stamm- bzw. Grundkapital) abzustellen. Hierbei ist unerheblich, ob und in welchem Umfang das Nennkapital eingezahlt worden ist. Abweichende Regelungen über das Stimmrecht, das Gewinnbezugsrecht sowie die Verteilung des Liquidationserlöses sind unbeachtlich (BFH v. 25.11.1997 – VIII R 29/94, BStBl. II 1998, 257; DÖTSCH, BB 1999, 1352; NIEMANN, DStZ 1992, 679; glA SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 38, aA noch in der 17. Aufl.; aA auch BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 85).

Diese Auslegung ergibt sich aus dem Zweck des Abs. 1. Die Norm soll den auf Grund der Veräußerung des Geschäftsanteils eintretenden Zuwachs an finanzieller Leistungsfähigkeit erfassen (BFH v. 16.5.1995 – VIII R 33/94, BStBl. II 1995, 870; LBP/RAPP, § 17 Rn. 56). Für die Besteuerung ist damit nicht die Einflussnahmemöglichkeit des Gesellschafters, sondern allein dessen Anspruch auf die Beteiligung an der Substanz der Gesellschaft maßgeblich. Zweck der Bestimmung eines Prozentsatzes (bei ursprünglich mehr als 25 %) war es, im Interesse der einfachen Handhabung dieser Vorschrift eine feste Grenze zu ziehen (Begr. EStG 1925, vgl. STRUTZ, EStG 1925, § 30 Anm. 2). Diesem Zweck wird nur eine

Anknüpfung am Nennkapital gerecht. Würde man hingegen die Beteiligung auf das tatsächliche Vermögen beziehen, so könnte auf Grund der Vielzahl der möglichen Satzungsregelungen bezüglich der Verteilung des Gewinns und des Liquidationserlöses nur mit Hilfe einer aufwändigen Einzelfallbetrachtung festgestellt werden, ob eine Beteiligung wesentlich bzw. steuerverstrickt ist. Dies wäre mit der Rechtssicherheit unvereinbar. Nach den Änderungen des StSenkG kommt dies sprachlich nun deutlich zum Ausdruck, indem – nach der Integrierung des Satzes 4 in Satz 1 (vgl. Anm. 1 betr. StSenkG zu „Wegfall des Begriffs der Wesentlichkeit“) – die sprachlich verkürzte Bezeichnung der Beteiligung „an der Gesellschaft“ nicht mehr erwähnt wird, sondern im neuen Satz 1 nur noch von der Beteiligung „am Kapital der Gesellschaft“ die Rede ist.

Eigene Anteile der Kapitalgesellschaft (vgl. §§ 71, 16 Abs. 2 AktG; § 33 GmbHG) sind bei der Entscheidung der Frage, ob die notwendige Beteiligungshöhe erreicht wird, von der Summe des tatsächlichen Nennkapitals abzuziehen (BFH v. 18.4.1989 – VIII R 36/96, BFH/NV 1990, 27; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 41; LBP/RAPP, § 17 Rn. 58). Dies ist erforderlich, weil die mit den im Besitz der Gesellschaft selbst befindlichen Anteile verbundenen Rechte und Pflichten ruhen, die Gesellschaft also nicht mit den in ihrem Besitz befindlichen eigenen Anteilen an ihrem Unternehmen wirtschaftlich beteiligt ist und eine wirtschaftliche Beteiligung daher nur auf die übrigen Anteile entfällt.

Beispiel: A ist mit 900 € am Stammkapital der B-GmbH von 100 000 € beteiligt. Die GmbH besitzt eigene Anteile iHv. 10 000 €. Zur Ermittlung der Beteiligungshöhe ist daher von einem Stammkapital von 90 000 € auszugehen. Folglich ist A zu genau 1 % an der B-GmbH beteiligt.

Nicht anders ist zu verfahren, wenn eine GmbH nach § 34 GmbHG Geschäftsanteile einzieht, ohne dass es zu einer Herabsetzung des Stammkapitals kommt (ein entsprechendes Vorgehen ist bei der AG nicht möglich, vgl. § 237 AktG), oder wenn ein GmbH-Gesellschafter aus der Gesellschaft austritt bzw. ausgeschlossen wird (DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 149; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 87). Auch im Fall von wechselseitigen Beteiligungen ist die wechselseitige Beteiligung vom Nennkapital abzuziehen (LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 88; DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 153).

Beispiel: A ist zu 0,5 % an der B-AG beteiligt. Diese hält alle Anteile an der C-GmbH, die ihrerseits zu 90 % an der B-AG beteiligt ist. Da vorliegend die wechselseitige Beteiligung von 90 % vom Grundkapital der B-AG abzuziehen ist, ist A mit 5 % an der B-AG beteiligt.

Anwartschaften auf Kapitalanteile zählen zwar zu den „Anteilen an einer KapGes.“ iSv. Abs. 1 Satz 3, aber noch nicht zum „Nenn“-Kapital der Gesellschaft. Sie bleiben bei der Ermittlung der Höhe der Beteiligung uE außer Betracht. Sie können ihrem Inhaber keine Gesellschafterrechte vermitteln und geben ihm damit keine Möglichkeit, auf die Ansammlung von Gewinn bei der Gesellschaft hinzuwirken (BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 88; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 44 ff.; LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 89; aA LBP/RAPP, § 17 Rn. 59). Eine Ausnahme wird man machen müssen, wenn die Anwartschaft auf Anteile an einer Vorgesellschaft gerichtet ist. Da hier rechtl. noch gar kein Gesellschaftskapital besteht, der Gewinn aus der Veräußerung einer Anwartschaft aber bereits stpfl. ist, muss die Wesentlichkeit bzw. Steuerverstrickung einer Beteiligung vom beschlossenen Nennkapital abhängig gemacht werden. Dasselbe gilt für Wandlungs- und Optionsrechte.

Genussscheine: Soweit sie zu den „Anteilen an einer KapGes.“ iSv. Abs. 1 Satz 3 gehören (vgl. Anm. 146), gilt bei der Ermittlung der Höhe der Beteiligung

uE das Gleiche wie für Anwartschaften. Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn die Genussscheine eine Beteiligung am Liquidationserlös gewähren (so aber Nds. FG v. 16.7.2003, DStRE 2004, 75, rkr.; KRATZSCH, BB 2004, 581; LBP/RAPP, § 17 Rn. 59), denn dies hätte zur Folge, dass die Bezugsgröße nicht mehr das Nennkapital, sondern ein um das Genussscheinkapital erhöhter Betrag ist. Insbes. dann, wenn die Beteiligung am Liquidationserlös nicht auf einen Bruchteil lautet, ließe sich dieser nur schwer bestimmen.

115–119 Einstweilen frei.

4. Unmittelbare oder mittelbare Beteiligung (Satz 1 Halbs. 2)

120 a) Begriff der unmittelbaren Beteiligung

„Unmittelbar“ iSd. § 17 Abs. 1 Satz 4 ist der Veräußerer dann beteiligt, wenn er selbst rechtl. Inhaber der Anteile ist (§ 39 Abs. 1 AO) oder wenn ihm die Anteile abweichend von der rechtl. Inhaberschaft eines Dritten stl. zuzurechnen sind; das ist der Fall

- bei sog. wirtschaftlichem Eigentum (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO), wenn zivilrechtl. und wirtschaftliches Eigentum auseinanderfallen (BFH v. 7.7.1992 – VIII R 54/88, BStBl. II 1993, 331; s. zu den Voraussetzungen des wirtschaftlichen Eigentums auch FG Rhld.-Pf. v. 27.7.1999, EFG 1999, 1207, rkr.),
- bei einem Treuhandverhältnis als Treugeber (s. Anm. 122 „Treuhanderschaft“),
- bei Sicherungsabtretung dem Sicherungsgeber, bei Verpfändung dem Verpfänder,
- bei Gesamthandseigentum einer vermögensverwaltenden Gesellschaft/Gemeinschaft (anteilig, s. Anm. 88 und 122 „zwischenengeschaltete vermögensverwaltende PersGes.“).

Pfandrechte und Nießbrauch an Anteilen begründen kein wirtschaftliches Eigentum des Berechtigten.

Bei rechtsmissbräuchlichem Vorschieben eines Dritten als Anteilseigner anstelle des Stpfl. wird der Stpfl. als Anteilsinhaber behandelt (§ 42 AO). Die Zwischenschaltung einer Gesellschaft im Ausland (ausländ. KapGes. als Besitzerin von Beteiligungen an weiteren Gesellschaften) ist jedenfalls dann anzuerkennen, wenn dafür wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe vorliegen und die Gesellschaft eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet. Umgekehrt ist die Zwischenschaltung einer reinen „Briefkastengesellschaft“ ohne jede Substanz (dh. keine Räume, Kommunikationseinrichtungen, Beschäftigten) regelmäßig nicht anzuerkennen (Einzelheiten und zum Verhältnis § 17 zu § 42 AO s. Anm. 43).

121 b) Begriff der mittelbaren Beteiligung

Eine mittelbare Beteiligung liegt vor, wenn der Stpfl. nicht unmittelbar an einer KapGes. beteiligt ist, dafür aber ein anderes, selbstständiges StRechtssubjekt, an dem der Stpfl. wiederum – unmittelbar oder auch nur mittelbar – beteiligt ist. Grundfall der mittelbaren Beteiligung ist das Halten einer KapGesBeteiligung über eine – oder mehrere – zwischenengeschaltete KapGes. (s. Anm. 122).

122 c) Wichtige Einzelfälle (ABC)

Sicherungsabtretung, Verpfändung: Zur Sicherung abgetretene Anteile an KapGes. sind stl. dem Sicherungsgeber zuzurechnen (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2

AO). Es gilt also Entsprechendes wie bei Treuhandverhältnissen, s. nachfolgend. Ist allerdings der Sicherungsnehmer berechtigt, über den Rahmen einer bloßen Sicherung hinaus über das Sicherungsgut zu verfügen, so ist es ihm zuzurechnen (RFH v. 8.1.1943, RStBl. 1943, 26).

Treuhanderschaft:

► *Begriff der Treuhand:* s. § 2 Anm. 340 „Treuhand“ und TIPKE/KRUSE, § 39 AO Rn. 30 f. mwN. Ob das Treuhandverhältnis nach außen bekannt gegeben oder verheimlicht wird, wie zB bei der sog. Strohmangründung einer GmbH, ist gleichgültig (BFH v. 27.1.1993 – IX R 269/87, BStBl. II 1994, 615). Treuhänder kann jede natürliche oder juristische Person sein, auch die KapGes. selbst, an der der Stpfl. beteiligt ist.

► *Begründung und Aufhebung* des Treuhandverhältnisses erfolgen durch Vertrag. Er kann auch mündlich oder stillschweigend geschlossen werden. Die zivilrechtl. Wirksamkeit des Treuhandverhältnisses ist ohne Bedeutung, sofern das Treuhandverhältnis vorab eindeutig vereinbart und vereinbarungsgemäß durchgeführt worden ist (entsprechend zur stl. Anerkennung von unwirksamen Übertragungen von Geschäftsanteilen BFH v. 17.2.2004 – VIII R 26/01, BStBl. II 2004, 651, vgl. Anm. 50; zuvor bereits SOMMER/MENZEL, GmbHR 2003, 917). Wirtschaftliches Eigentum des Treugebers ist auch dann gegeben, wenn einander nicht nahe stehende Vertragsparteien die in einem formunwirksamen Vertrag getroffenen Vereinbarungen tatsächlich durchführen (BFH v. 22.7.2008 – IX R 61/05, BFH/NV 2008, 2004). Diese Auffassung des BFH soll nach FG Köln v. 1.4.2009 (EFG 2010, 230, nrkr.) unschlüssig sein, da wirtschaftliches Eigentum nach der BFH-Rspr. ua. verlange, dass der Erwerber seine Rechte im Konfliktfall effektiv durchsetzen kann. Die effektive Durchsetzung sei aber bei einem zivilrechtl. nichtigem Vertrag nicht möglich (Rev. Az. BFH IX R 19/09).

► *Nachweis* des Treuhandverhältnisses: Zwar hat das FA von Amts wegen zu klären, ob ein Treuhandverhältnis besteht (§ 88 AO). Der Anschein spricht aber dafür, dass der Treuhänder als rechtl. Inhaber der Anteile auch ihr wirtschaftlicher Inhaber ist. Diese Vermutung muss der Treuhänder daher widerlegen (§ 159 AO; BFH v. 15.7.1997 – VIII R 56/93, BStBl. II 1998, 152). Vereinbarungen zwischen nahen Angehörigen (§ 15 AO) erkennt die Rspr. nur dann an, wenn sie eindeutig, ernstgemeint und bürgerlich-rechtl. wirksam sind, tatsächlich durchgeführt werden und wirtschaftlich zu einer Änderung der Inhaberschaft an dem betreffenden WG führen (Einzelheiten dazu s. zB TIPKE/KRUSE, § 42 AO Rn. 55 f.). Die Anforderungen an eine „wirtschaftliche Gesellschafterstellung“ sind – besonders bei Verträgen unter nahen Angehörigen – hoch: Um Gesellschafter iSv. § 17 zu sein, reicht es nicht aus, wenn Gesellschaftsanteile lediglich über einen Treuhänder gehalten werden, dessen Pflichten sich im Wesentlichen darin erschöpfen, Leistungen und Unterlagen, die den Gesellschaftsanteil betreffen, an Treugeber weiterzuleiten sowie mindestens einmal im Vierteljahr oder auf Anforderung Auskunft zu erteilen und über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu berichten. Ob der Treugeber faktisch einen größeren Einfluss gehabt hat, ist unerheblich (so FG Hamb. 21.4.2009, nv.).

► *Folge* des Treuhandverhältnisses: Das Treugut – die Beteiligung an einer KapGes. – ist dem Treugeber zuzurechnen (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO; BFH v. 16.5.1995 – VIII R 33/94, BStBl. II 1995, 870).

Unterbeteiligung oder stille Gesellschaft:

► *Allgemeines:* Eine Beteiligung an einer KapGes. durch eine Unterbeteiligung oder als stiller Gesellschafter begründet für sich genommen keine Mitunterneh-

mereigenschaft des Unterbeteiligten/stillen Gesellschafters (keine gewerblichen Einkünfte), sondern bewirkt regelmäßig nur eine anteilige Zurechnung der Einkünfte aus den GmbH-Anteilen als Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und/oder Nr. 4 (SCHMIDT/WACKER XXIX. § 15 Rn. 367 zur Unterbeteiligung; wohl auch BFH v. 18.5.2005 – VIII R 34/01, GmbHR 2005, 1633 mit Anm. HEINZ/HAGEBÖKE). Unterbeteiligungsverträge bzw. stille Gesellschaften an KapGesAnteilen führen – vorbehaltlich des Fremdvergleichs bei nahen Angehörigen und gestaltungsmisbräuchlicher Gestaltungen iSv. § 42 AO – zu einer estl. beachtlichen Aufspaltung der Einkünfte auf den Hauptbeteiligten und Unterbeteiligten (FG Düss. v. 13.6.2001, DStRE 2001, 1210 mwN aus dem Schrifttum, rkr.; im Ergebnis ebenso mit anderer Begründung BFH v. 18.5.2005 – VIII R 34/01 aaO). Im Fall einer – über die Beteiligung am Gewinn hinausgehenden – vermögensrechtl. und vollen wirtschaftlichen Beteiligung des Unterbeteiligten/stillen Gesellschafters an den KapGesAnteilen selbst ist der stille Unterbeteiligte bzw. stille Gesellschafter nicht „über“ die Person des Hauptbeteiligten an der KapGes. und den daraus erzielten Einkünften beteiligt, sondern verwirklicht vielmehr als wirtschaftlicher Inhaber der KapGesAnteile originär die Einkunftstatbestände des § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2 und des § 17 (BFH v. 18.5.2005 – VIII R 34/01 aaO zur Unterbeteiligung). Erreichen die Anteile des Unterbeteiligten hiernach nicht die gesetzliche Beteiligungsquote iSv. Abs. 1 innerhalb des maßgebenden 5-Jahres-Zeitraums, unterliegt ein Veräußerungsgewinn des stillen Unterbeteiligten nicht der Besteuerung. Die Rechtsfragen der zutreffenden Zurechnung von Erlösen aus der Veräußerung von GmbH-Anteilen in Bezug auf den Unterbeteiligten/stillen Gesellschafter sind allerdings höchstrichterlich bislang nicht abschließend geklärt.

► *Atypisch stille Unterbeteiligung/atypisch stille Gesellschaft:* Dem Beteiligten stehen im Fall einer atypisch stillen Beteiligung regelmäßig nicht nur Anteile am laufenden Gewinn, sondern auch Vermögensrechte an den KapGesAnteilen des Hauptbeteiligten zu. Diese Vermögensrechte umfassen meist Wertschwankungen der KapGesAnteile (Beteiligung an stillen Reserven und Verlusten) sowie Mitverwaltungsrechte des Hauptbeteiligten. Die atypische Unterbeteiligung vermittelt anteiliges wirtschaftliches Eigentum an dem der Unterbeteiligung unterliegenden Gesellschaftsanteil gem. § 20 Abs. 2a EStG und § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO, wenn der Unterbeteiligte auf Grund der Beteiligungsabrede alle mit der Beteiligung verbundenen Vermögens- und Verwaltungsrechte ausüben und gegebenenfalls effektiv durchsetzen kann (BFH v. 18.5.2005 – VIII R 34/01 aaO). Deshalb ist eine diesen Anforderungen entsprechende atypische Unterbeteiligung eine Beteiligung iSd. Abs. 1, deren Veräußerung im Fall des Überschreitens der gesetzlichen Beteiligungsquote der Besteuerung nach Abs. 1, 4 unterliegt (vgl. BFH v. 18.5.2005 – VIII R 34/01 aaO; HOHAUS, GmbHR 2002, 883 [888 f.]). Allerdings werden häufig die Voraussetzungen für eine Mitunternehmerschaft gegeben sein, die zum Ausschluss von § 17 führt (vgl. auch KRATZSCH, BB 2004, 581 [583]; offen gelassen durch BFH v. 18.5.2005 – VIII R 34/01 aaO; aA SCHMIDT/WACKER XXIX. § 15 Rn. 367; HOHAUS, GmbHR 2002, 883 [888]).

► *Typisch stille Unterbeteiligung/typisch stille Gesellschaft:* Die typisch stille Unterbeteiligung/typisch stille Gesellschaft vermittelt zumeist nur eine Beteiligung am Gewinn (Dividenden) aus den KapGesAnteilen, dagegen keine Vermögensrechte an diesen. Sie kann deshalb nicht zu einer Veränderung der im Rahmen von § 17 relevanten Beteiligungsquote führen (Nds. FG v. 16.7.2003, DStRE 2004, 75, rkr.; KRATZSCH, BB 2004, 581 [584]). Nicht nur Dritte, sondern auch ein Kapitalgesellschafter selbst kann sich mit estl. Wirkung als typisch stiller Gesell-

schafter an „seiner“ KapGes. beteiligen, auch an einer Einmann-GmbH (vgl. zB BFH v. 21.6.1983 – VIII R 237/80, BStBl. II 1983, 563 mit Abgrenzung zum partiarischen Darlehen; SCHMIDT/WEBER-GRELLERT XXIX. § 20 Rn. 95 mwN). Die Beherrschung der KapGes. schließt die Möglichkeit einer typisch stillen Unterbeteiligung/typisch stillen Gesellschaft nicht aus (BFH v. 21.6.1983 – VIII R 237/80 aaO mit Abgrenzung zur atypisch stillen Gesellschaft). Sowohl mit Vermögensbeteiligung als auch bei ausschließlicher Gewinnbeteiligung ist uE jedoch die Schwelle für die Annahme einer Mitunternehmerschaft iSv. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 in Form der atypisch stillen Unterbeteiligung/atypisch stillen Gesellschaft in der Praxis leicht überschritten (zur Abgrenzung s. zB OFD Frankfurt v. 26.6.1996, FR 1996, 604, und BFH v. 18.6.2001 – IV B 88/00, BFH/NV 2001, 1550 mwN).

Zwischengeschaltete Kapitalgesellschaft(en):

► *Rechtsgrundlage der Zurechnung:* Ist der Stpfl. an einer KapGes. und diese an einer zweiten KapGes. beteiligt, so ist der Stpfl. iSd. Abs. 1 Satz 1 nF (Satz 4 aF) mittelbar an der zweiten KapGes. beteiligt; Entsprechendes gilt bei mehrfacher Verschachtelung (sog. mehrstufige mittelbare Beteiligung). Dass diese Rechtsfolge gewollt ist, ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, s. Anm. 1.

Es ist auch möglich, dass die Beteiligung an einer KapGes. über eine andere juristische Person (zB über eine Genossenschaft) gehalten wird (BFH v. 10.2.1982 – I B 39/81, BStBl. II 1982, 392; FROTSCHER, § 17 Rn. 45; DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 196). Eine mittelbare Beteiligung liegt auch dann vor, wenn die Anteile an einer KapGes. durch eine PersGes. mit gewerblichem BV vermittelt werden (BFH v. 10.2.1982 – I B 39/81, BStBl. II 1982, 392; SCHMIDT/WEBER-GRELLERT XXIX. § 17 Rn. 69). Nicht erforderlich ist, dass die Beteiligung, welche die mittelbare Beteiligung vermittelt, selbst wesentlich bzw. steuerverstrickt ist (BFH v. 28.6.1978 – I R 90/76, BStBl. II 1978, 590; v. 12.6.1980 – IV R 128/77, BStBl. II 1980, 646; v. 14.10.2003 – VIII R 22/02, DSRE 2004, 187; auch Zwerganteile sind zu berücksichtigen).

► *Höhe und Bedeutung der mittelbaren Beteiligung:* Dem Stpfl. ist die Beteiligung der Obergesellschaft (KapGes./betriebliche PersGes.) an der Beteiligungs-KapGes. rein rechnerisch in dem Verhältnis zuzurechnen, in dem er an der Obergesellschaft beteiligt ist (bei KapGes. Nennkapital maßgebend, bei PersGes. Bruchteil bzw. Anteil am Gesamthandsvermögen, vgl. Anm. 88, vgl. zur Berechnung auch FG Münster v. 8.2.2008, EFG 2009, 831; aus anderen Gründen aufgehoben durch BFH v. 6.10.2009 – IX R 4/09, nv.). Eine mittelbare Beteiligung kann für sich allein keine Beteiligung iSv. Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 darstellen. Wird aber eine unmittelbare Beteiligung veräußert, so ist die mittelbare Beteiligung insoweit relevant, als sie bei Ermittlung der Beteiligungsgrenze zu der unmittelbaren Beteiligung hinzuaddiert wird.

Beispiel: A ist an der B-GmbH zu 0,9 % und an der C-GmbH zu 5 % beteiligt. Die C-GmbH hält ihrerseits 20 % an der B-GmbH. A ist unmittelbar zu 0,9 % und mittelbar zu 1 %, insgesamt also zu 1,9 % an der B-GmbH beteiligt. Veräußert A nun seine Anteile an beiden GmbH, so ist sowohl die Veräußerung der Anteile an der C-GmbH als auch die Veräußerung der Anteile an der B-GmbH nach § 17 stpfl.

► *Eigene Anteile* der KapGes., an der der Stpfl. unmittelbar beteiligt ist, bleiben bei Ermittlung der Höhe des Nennkapitals außer Betracht (s. Anm. 114). Würde man das Nennkapital nicht um den Betrag der eigenen Anteile vermindern, so müsste man andererseits die eigenen Anteile den Gesellschaftern als mittelbare

Beteiligung zurechnen und käme zu den gleichen Beteiligungsquoten für die Gesellschafter.

► *Veräußert die Kapitalgesellschaft*, an der der Stpfl. unmittelbar beteiligt ist, ihre Beteiligung an einer zweiten KapGes., so wirkt sich dieser Vorgang nur bei der veräußernden KapGes., nicht jedoch beim Stpfl. aus.

Zwischengeschaltete vermögensverwaltende Personengesellschaft: Die Kapitalanteile einer vermögensverwaltenden PersGes. sind nach der vorherrschenden Bruchteilsbetrachtung den Gesellschaftern der PersGes. für die Bestimmung des Veräußerungstatbestands nach § 17 anteilig zuzurechnen (Bestätigung der stRspr. durch BFH v. 9.5.2000 – VIII R 41/99, BStBl. II 2000, 686; v. 9.5.1999 – VIII R 40/99, BFH/NV 2001, 17 mwN; zu weiteren Einzelheiten zur Einschaltung von vermögensverwaltenden PersGes. Anm. 88).

123–129 Einstweilen frei.

5. Beteiligungsquote von mindestens 1 % (Satz 1 Halbs. 2)

130 a) Rechtsentwicklung

Rechtslage bis 1998: Bis einschließlich VZ 1998 war Voraussetzung für eine StPfl. nach § 17, dass der Veräußerer eine „wesentliche“ Beteiligung von *mehr* als 25 % hielt. Orientierung hierfür war die Grenze nach dem Schachtelprivileg des § 11 Ziff. 3 KStG 1925 (= § 9 Abs. 1 KStG 1934–1975); so Begr. EStG 1925, 56 zu § 30. Ferner war bis einschließlich VZ 1995 die Veräußerung von Anteilen einer wesentlichen Beteiligung nur dann stpfl., wenn der Stpfl. innerhalb eines VZ Anteile von mehr als 1 % des Nennkapitals der Gesellschaft veräußerte. Diese sog. Bagatellgrenze wurde ab dem VZ 1996 ersatzlos gestrichen (§§ 17 Abs. 1 Satz 1, 52 Abs. 1 idF des JStG 1996).

Rechtslage 1999–2001: Die eine wesentliche Beteiligung begründende unmittelbare oder mittelbare Beteiligungsquote des Abs. 1 Satz 4 aF wurde durch Art. 18 Abs. 1 StEntG 1999/2000/2002 ab dem VZ 1999 (§ 52 Abs. 1) auf mindestens 10 % – genau 10 % genügen – abgesenkt. Damit existierte für § 17 Abs. 1 Satz 4 EStG, § 9 Nr. 2a GewStG und § 26 Abs. 2 KStG eine einheitliche Beteiligungsgrenze von einem Zehntel. Die Herabsetzung der Wesentlichkeitsgrenze diente sowohl der Verbreiterung der Bemessungsgrundlage als auch der Missbrauchsbegrenzung (vgl. BTDrucks. 14/265, 179). Insbes. die sog. Quartett- und Quintett-Beteiligungen sollten hierdurch steuerverhaftet werden. Auch der Anwendungsbereich des § 50c Abs. 11, der die StFreiheit von Veräußerungsgewinnen einschränkte, sollte sich erheblich verringern.

Eine Übergangsregelung für diese Herabsetzung der Beteiligungsquote wurde nicht vorgesehen. Zur Rechtsentwicklung im Einzelnen auch Anm. 1 (ab StEntG 1999/2000/2002).

Rechtslage ab 2001: Absenkung der Beteiligungsschwelle auf 1 %: Durch das StSenkG ist die für das Eingreifen des § 17 notwendige Beteiligungshöhe auf *mindestens* 1 % abgesenkt worden. Der Gesetzgeber sah sich hierzu auf Grund der Änderungen bei der Besteuerung von Körperschaften und ihrer Anteilseigner veranlasst (s. Anm. 7).

131 b) Wirkung der 5-Jahres-Frist im Zusammenhang mit der Senkung der Beteiligungsgrenze von 25 % auf 10 %

Die Absenkung der Beteiligungsgrenze wirkte nach dem Wortlaut des § 17 wie folgt zeitlich zurück (vgl. bereits zB EILERS/WIENANDS, GmbHR 1999, 505 ff.):

Veräußerung von Anteilen aus steuerverstrickter Beteiligung vor Verkündung der Gesetzesänderung (31.3.1999), aber nach Bundestagsbeschluss (4.3.1999):

Beispiel: A war zu 15 % an der B-GmbH beteiligt. Die Beteiligung hatte er am 1.2.1998 für 500 000 DM erworben. Er veräußerte sie für 1 Mio. DM am 11.3.1999 (nach Gesetzesbeschluss im BTag, aber vor Zustimmung des BRat und vor Ausfertigung/Verkündung).

Das StEntlG 1999/2000/2002 wurde am 4.3.1999 im BTag verabschiedet; die Zustimmung des BRat erfolgte am 19.3.1999; die Ausfertigung am 24.3.1999 und die Verkündung im BGBl. am 31.3.1999. Nach dem Ur. des BFH v. 1.3.2005 – VIII R 92/03 (BStBl. II 2005, 398) ist die Veräußerung der Beteiligung am 11.3.1999 stpfl. Als relevanten vertrauenszerstörenden Zeitpunkt sieht der BFH ausdrücklich schon den Gesetzesbeschluss des BTag (4.3.1999), obwohl das Gesetzgebungsverfahren für das EStG erst mit Zustimmung des BRat und Verkündung im Bundesgesetzblatt abgeschlossen wird. Er lehnt zugleich einen dispositionsbezogenen Vertrauensschutz ab. UE ist eine solche Vorverlagerung der Zerstörung von Vertrauen in das geltende (alte) Gesetzesrecht auf einen Zeitpunkt vor Verkündung bzw. Ausfertigung des neuen Gesetzes verfassungsrechtlich zweifelhaft, § 17 Abs. 1 Satz 4 idF des StEntlG 1999/2000/2002 mit der auf 10 % abgesenkten Beteiligungsgrenze war erst ab dem 31.3.1999 rechtl. existent. So im Ergebnis nun auch das BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05 (DStR 2010, 1733), das zwar grundsätzlich eine stpfl. Veräußerung als gegeben ansieht, allerdings die Wertsteigerung bei einer Veräußerung bis zum 31.3.1999 aus Vertrauensschutzgründen bei der Besteuerung außer Betracht lässt, so dass es hier nicht zu einer Besteuerung kommt (s. ausf. Anm. 10).

Veräußerung von Anteilen aus Beteiligung von weniger als 10 % in 1999, wenn die Beteiligung verschmelzungsgeboren ist: Sind bei einer Verschmelzung Anteile an der übertragenden Gesellschaft solche iSd. § 17, springt diese Qualifikation nach § 13 Abs. 2 UmwStG auf die neu gewährten Anteile an der übernehmenden Gesellschaft über, und zwar auch dann, wenn letztere nicht die Beteiligungshöhe des § 17 erreichen. Die FinVerw. (zustimmend DÖTSCH in DÖTSCH/PATT/PUNG/JOSE, Umwandlungssteuerrecht, 6. Aufl. 2007, § 13 UmwStG Rn. 24) vertritt zT die Auffassung, dass dies auch gelten soll, wenn

- die Verschmelzung vor dem 1.1.1999 stattfand (dh. vor der Absenkung der Beteiligungsgrenze auf mindestens 10 %) und
- die Beteiligung an der übertragenden Gesellschaft zwar mindestens 10 %, aber weniger als 25 % betrug;

dieses Ergebnis wird mit einer extensiven Auslegung von BFH v. 1.3.2005 – VIII R 25/02 (BStBl. II 2005, 436) begründet, wonach die – ohnehin verfassungsrechtl. erheblich zweifelhafte (vgl. Anm. 10) – rückwirkende Anwendung der abgesenkten Beteiligungsgrenze über das Merkmal der „wesentlichen Beteiligung innerhalb der letzten 5 Jahre“ nicht nur auf die dinglich veräußerte Beteiligung angewandt wird, sondern darüber hinaus auf die in einem früheren VZ untergegangene Beteiligung an der früheren übertragenden Gesellschaft. Diese Auffassung ist uE – über die generellen Bedenken gegenüber BFH v. 1.3.2005 – VIII R 25/02 aaO hinaus – unzutreffend, da ua.

- es für die Prüfung des Tatbestandsmerkmals „Beteiligung iSd. § 17 EStG“ im Rahmen des § 13 Abs. 2 UmwStG ausschließlich auf das Recht im Zeitpunkt/VZ der Verschmelzung ankommen kann,

- § 13 Abs. 2 UmwStG von einem Veräußerungsvorgang (wenn auch zum Buchwert/AK) ausgeht, der in dem früheren VZ iSd. der Rückwirkungsdogmatik abgeschlossen ist, und
- die untergegangene Beteiligung mit der übernehmenden Beteiligung weder zivilrechtl. noch (fiktiv) strechtl. identisch ist.

Eine solche Auffassung würde deshalb nicht nur gegen die zeitliche Anwendungsregelung des § 52 Abs. 1 Satz 1 idF des StEntlG 1999/2000/2002 verstoßen, nach der die auf 10 % abgesenkte Beteiligungsgrenze erst ab dem 1.1.1999 anzuwenden ist; sie würde – wegen der „Abgeschlossenheit“ der Verschmelzung – uE auch gegen das verfassungsrechtl. Rückwirkungsverbot verstoßen. Dies würde selbst wegen der unterschiedlichen Ausgangsposition, die eine zusätzliche Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Beteiligung iSd. § 17 EStG“ im Zeitpunkt der früheren Verschmelzung erfordert, selbst dann gelten, wenn das BVerfG die Rückwirkung für verfassungsrechtl. zulässig erachtet hätte.

Veräußerung von Anteilen aus Beteiligung von höchstens 10 % und nach dem 31.3.1999 bei retroaktiver gesetzlicher Steuerverstrickung:

Beispiel: A ist seit 1970 zu 10 % an der B-GmbH beteiligt. Die AK der Beteiligung betragen 100 000 DM. Der gemeine Wert der Beteiligung zum 31.3.1999 beträgt 1 Mio. DM. Am 1.6.1999 veräußert A seine Beteiligung für 1,2 Mio. DM an C.

BFH v. 1.3.2005 – VIII R 92/03 (BStBl. II 2005, 398) lehnt auch den Ansatz des gemeinen Werts der Anteile im Zeitpunkt der stl. Verstrickung (1.1.1999) als AK ab. Wegen einer insoweit fehlenden Rechtsgrundlage könnten die Anteile im Rahmen des Abs. 2 Satz 1 nicht mit ihrem gemeinen Wert im Zeitpunkt der Verstrickung bewertet werden. Maßgeblich für die Ermittlung des Veräußerungsgewinns iSv. § 17 seien die historischen AK der Beteiligung.

Der VIII. Senat bleibt zwar in dieser Entscheidung seiner bisherigen Rspr. treu, wonach als relevante Bezugsgröße die historischen AK anzusehen sind (vgl. BFH v. 20.4.1999 – VIII R 58/97, BFH/NV 1999, 1154). Dieser Rspr. ist durch den BVerfG-Beschluss nunmehr insoweit die Grundlage entzogen worden, im Beispielfall wären nur die Wertsteigerung vom 31.3.1999 bis zur Veräußerung am 1.6.1999 zu erfassen (0,2 Mio. DM), was einen stpfl. Veräußerungsgewinn von 100 000 DM ergäbe (Einzelheiten vgl. Anm. 10 und zum Vertrauensschutz bei Dauersachverhalten Einf. ESt. Anm. 524).

132 **c) Wirkung der 5-Jahres-Frist im Zusammenhang mit der Senkung der Beteiligungsgrenze von 10 % auf 1 %**

Hierzu gelten die Ausführungen in Anm. 131 im Grundsatz entsprechend. Vgl. im Einzelnen auch Anm. 10.

133 **d) Besteuerung nach dem Teileinkünfteverfahren**

Der Veräußerungsgewinn unterliegt zukünftig nicht mehr der vollen Besteuerung. Das an die Stelle des Anrechnungsverfahrens getretene Teileinkünfteverfahren stellt nicht nur Dividenden zu 40% stfrei, sondern gilt entsprechend für Veräußerungsgewinne (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c iVm. § 3c Abs. 2). Allerdings sind auch Verluste grundsätzlich nur noch zu 60% berücksichtigungsfähig. Die Regeln des § 34 sind nicht mehr anzuwenden.

134–139 Einstweilen frei.

B. Gleichstellung von verdeckter Einlage und Veräußerung (Abs. 1 Satz 2)

Schrifttum: WIDMANN, Die wesentliche Beteiligung iSd. § 17 EStG im Wechsel zwischen Erwerb, Veräußerung und Gewinnausschüttung. Verdeckte Einlage, JbFfStR 1990, 387 f.; GROH, Verdeckte Einlage = Tauschgeschäft?, DB 1997, 1683.

I. Begriff der verdeckten Einlage

140

Die verdeckte Einlage einer wesentlichen bzw. steuerverstrickten Beteiligung ist gegeben, wenn ein Gesellschafter oder eine ihm nahe stehende Person einer KapGes. außerhalb der gesellschaftsrechtl. Einlagen einen einlagefähigen Vermögensvorteil zuwendet und diese Zuwendung durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist (vgl. BFH v. 20.7.2005 – X R 22/02, BB 2005, 2230; v. 9.6.1997 – GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307; v. 15.10.1997 – I R 80/86, BFH/NV 1998, 624; begriffliche Einzelheiten s. Anm. 30, 230 und § 6 Anm. 1488b f. mwN). Verdeckte Einlagen sind uE trennscharf von Schenkungen abzugrenzen. Verdeckte Einlagen werden nicht als Schenkungen betrachtet, da sie im Hinblick auf das Gesellschaftsverhältnis gewährt werden (ausführl. TROLL/GEBEL/JÜLICHER, ErbStG, § 8 Rn. 182 ff.). Umgekehrt ist, soweit eine Schenkung vorliegt, die Annahme einer verdeckten Einlage ausgeschlossen.

II. Wirkung auf Gesellschafts- und Gesellschafterebene

141

Gesellschafterebene: Der Gesellschafter verwirklicht durch die verdeckte Einlage den Tatbestand des § 17, weil diese nach Abs. 1 Satz 2 einer Veräußerung gleichsteht. Bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns ist statt eines Veräußerungspreises der gemeine Wert der übertragenen Beteiligung anzusetzen (Abs. 2 Satz 2); dieser ist unter Berücksichtigung des § 11 BewG zu ermitteln (vgl. zum gemeinen Wert bei Anteilsübertragungen im Rahmen eines „Management-Buy-Out“ FG Münster v. 8.12.2008, EFG 2009, 471; bestätigt durch BFH v. 14.7.2009 – IX R 6/09, BFH/NV 2010, 397). Gleichzeitig erhöhen sich die AK der Beteiligung an der aufnehmenden KapGes. um den gemeinen Wert der eingelegten Beteiligung. Der ab dem 1.1.1999 anwendbare § 6 Abs. 6 Satz 2 (Ansatz mit dem Teilwert) gilt uE nicht für Beteiligungen im PV, sondern nur für solche im BV (dazu bereits Anm. 30 und im Einzelnen § 6 Abs. 6 Anm. 1475 f., 1479, 1481, 1488b und 1488d; SCHMIDT/KULOSA XXIX. § 6 Rn. 743; aA DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 374).

Gesellschaftsebene: Trotz der fingierten Veräußerung beim Gesellschafter liegt bei der Gesellschaft kein Erwerb, sondern eine Einlage vor (DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 99). Abs. 1 Satz 2 regelt nicht die Frage, wie die aufnehmende KapGes. die eingelegten Anteile zu bewerten hat. Konsequenterweise müsste sich die Bewertung der Einlage nach § 6 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b richten (vgl. BFH v. 9.6.1997 – GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307, wonach die Einlagevorschriften des EStG auch auf KapGes. Anwendung finden). Das ist jedoch problematisch, wenn der Teilwert über den AK liegt, da nach dem Wortlaut des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Buchst. b höchstens die AK angesetzt werden dürfen. Dann könnte es im Fall einer späteren Veräußerung der wesentlichen bzw. steuerverstrickten Beteiligung durch die übernehmende KapGes. zu einer erneuten Besteuerung der stillen Reserven kommen (WASSERMEYER, DB 1990, 855; THIEL,

DStR 1992, 1). Daher ist § 6 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b im Wege der teleologischen Reduktion dahingehend einzuschränken, dass immer der Teilwert anzusetzen ist (so ausdrückl. BMF v. 2.11.1998, BStBl. I 1998, 1227; s. auch DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 99; LBP/HÖRGER, § 17 Rn. 180; zu den Gestaltungsmöglichkeiten vgl. SLABON, DStR 2001, 2133).

Einlagen vor In-Kraft-Treten des StÄndG 1992 sind mit den AK zu bewerten (BFH v. 11.2.1998 – I R 89/97, BStBl. II 1998, 691).

142–144 Einstweilen frei.

C. Begriff der „Anteile an einer Kapitalgesellschaft“ (Abs. 1 Satz 3)

Schrifttum: EPPLER, Die entgeltliche Nichtteilnahme an einer Kapitalerhöhung als Veräußerung einer Anwartschaft, DStR 1988, 64; o.V., Zum Begriff der wesentlichen Beteiligung iSd. § 17 Abs. 1 Satz 3 EStG, DB 1988, 84; o.V., Voraussetzungen einer wesentlichen Beteiligung, GmbHR 1989, R 37; BULLINGER, Darlehensgewährung/Kapitalersetzende Maßnahmen führen nicht zur Begründung oder Erhöhung einer ähnlichen Beteiligung iSd. § 17 I Satz 3 EStG, DStR 1993, 225; EBLING, Anteile an einer ausländischen Kapitalgesellschaft, in Festschr. Hans Flick, Köln 1997, 679; SCHWEYER/DANECKER, § 17 EStG: Anwartschaft und wesentliche Beteiligung, BB 1999, 1732; STEINHAUFF, Ähnliche Beteiligung iSv. § 17 Abs. 1 Satz 3, NWB F. 3, 10323.

145

I. Anteil und Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft

Kapitalgesellschaft: Hierzu gehören die in § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 KStG genannten Körperschaften, nicht hingegen die in § 1 Abs. 1 Nr. 3–6 KStG aufgezählten KStSubjekte. KapGes. sind demnach die AG, die GmbH und die KGaA sowie seit SEStEG auch Genossenschaften einschl. der Europäischen Genossenschaften (vgl. auch § 17 Abs. 7). Die bis 1999 in Satz 3 noch genannten bergrechtl. Gewerkschaften spielen keine Rolle mehr, da diese Gesellschaftsart zum 1.1.1986 aufgelöst wurde (§ 163 Bundesberggesetz v. 13.8.1980, BGBl. I 1980, 1310).

Ausländ. KapGes. (dh. KapGes., die weder Sitz noch Geschäftsleitung im Inland haben) fallen dann unter den Begriff der „KapGes.“ iSd. § 17 Abs. 1 Satz 3, wenn deren Rechtsform mit derjenigen einer inländ. KapGes. vergleichbar ist (BFH v. 22.2.1989 – I R 11/85, BStBl. II 1989, 794; v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312; v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424; s. auch BMF v. 19.3.2004, BStBl. I 2004, 411 zur US-amerik. LLC; vgl. auch Anm. 22). Für die Genossenschaften erfolgte mit dem SEStEG eine gesetzliche Gleichstellung der Europäischen Genossenschaften.

Anteil bezieht sich auf den Anteil am Nennkapital der KapGes., also bei der AG und der KGaA auf die Beteiligung am Grundkapital (§§ 1 Abs. 2, 152 Abs. 1, 278 AktG) und bei der GmbH auf die Beteiligung am Stammkapital (§§ 5, 42 Nr. 4 GmbHG).

Beteiligung: Unter Beteiligung versteht man die Summe aller Anteile, die ein Anteilseigner an einer KapGes. hält. Da allein die Kapitalbeteiligung maßgeblich ist, spielt es keine Rolle, ob und inwieweit die Anteile dem Gesellschafter die Einflussnahme auf die KapGes. ermöglichen (zB ob es sich um stimmrechtlose Anteile oder um Anteile mit Mehrfachstimmrecht handelt; vgl. BFH v. 25.11.1997 – VIII R 36/96, BFH/NV 1998, 691). Dies folgt aus dem Zweck des § 17,

die mit der Anteilsveräußerung verbundene Realisierung von thesaurierten Gewinnen sowie von stillen Reserven einer KapGes. zu besteuern.

Teilweise Einzahlung des Kapitals genügt, wenn der Stpfl. jedenfalls einen oder mehrere Anteile an der KapGes. erworben hat. Für die Berechnung des Veräußerungsgewinns ist die Höhe der Finanzierung unerheblich.

Beispiel: Der Gesellschafter einer GmbH ist an ihrem Stammkapital seit der Gründung mit einem Geschäftsanteil von 20 000 € beteiligt. Er hat hierauf 5 000 € eingezahlt. Er verkauft seinen Geschäftsanteil für 60 000 €. Der Käufer zahlt 45 000 € bar und übernimmt in Höhe von 15 000 € die Schuld des Verkäufers gegenüber der Gesellschaft aus nicht eingezahltem Stammkapital. Lässt man diese Schuld außer Betracht, so hat der Gesellschafter 5 000 € für die Anschaffung seines Geschäftsanteils aufgewendet; er erhält 45 000 €, der Gewinn beträgt mithin 40 000 €. Berücksichtigt man die Schuld, so hat der Gesellschafter 20 000 € aufgewendet und 60 000 € erhalten, der Gewinn beträgt also auch nach dieser Rechnung 40 000 €.

Ertraglose oder steuerfreie Kapitalgesellschaft: Nach dem Wortlaut des § 17 ist die Veräußerung von Anteilen auch dann stpfl., wenn die Gesellschaft nicht den Zweck der Einkunftserzielung verfolgt und keine Einkünfte iSd. § 2 Abs. 1 erzielt (zB bei Liebhaberei oder Gemeinnützigkeit). Dies führt dazu, dass Wertzuwächse besteuert werden, die durch stl. irrelevante Vorgänge entstanden sind.

II. Die im Gesetz aufgezählten Anteile

146

Aktien sind die Anteile eines Aktionärs am Grundkapital einer dem deutschen AktG unterliegenden AG (§§ 1, 6, 8 AktG) oder KGaA (§ 278 Abs. 1 AktG). Hierzu zählen

- Inhaberaktien,
- Namensaktien (auch vinkuliert),
- Vorzugsaktien ohne Stimmrecht (§§ 11, 12 Abs. 1 AktG),
- Mehrstimmrechtaktien (§ 12 Abs. 2 AktG) sowie
- stimmrechtlose Aktien mit eingeschränktem Gewinnbezugsrecht,
- Zwischenscheine (Interimsscheine) (§ 8 Abs. 6 AktG).

Die Einlagen des Komplementärs einer KGaA, mit denen er persönlich haftet, stehen außerhalb des Grundkapitals; insofern unterliegt er mit der Beteiligung der Besteuerung nach § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3. Der Komplementär ist jedoch insoweit am Grundkapital beteiligt (und damit eventuell nach § 17 zu behandeln), als er auch Aktien der KGaA hält, denn diese sind weder BV noch SonderBV (BFH v. 21.6.1989 – X R 14/88, BStBl. II 1989, 881).

GmbH-Anteile sind Geschäftsanteile an einer deutschen GmbH iSd. §§ 5, 14 GmbHG (BFH v. 19.5.1992 – VIII R 16/88, BStBl. II 1992, 902). Nach § 14 GmbHG bestimmt sich der Geschäftsanteil eines Gesellschafters nach dem Betrag der übernommenen Stammeinlage. Ohne Bedeutung ist dabei regelmäßig, ob sich die weiteren Gesellschafterrechte wie zB Stimm-, Gewinn und Liquidationsbeteiligung nach der Stammeinlage bestimmen (§ 14 GmbHG) oder ob in der Satzung etwas anderes vorgeschrieben ist (BFH v. 25.11.1997 – VIII R 36/96, BFH/NV 1998, 691; anders wohl noch BFH v. 19.5.1992 – VIII R 16/88 aaO; wie hier auch SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 21; DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 Rn. 144).

Anteile an einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) (nach § 5a GmbHG idF des MoMiG) sind ebenfalls erfasst, da es sich bei der UG nicht um eine neue Rechtsform handelt, sondern um eine Sonderform der GmbH,

auf die mit wenigen Ausnahmen GmbH-Recht anwendbar ist (HECKSCHEN, DStR 2009, 166 [169]; FISCHER, Ubg. 2008, 684).

Kuxe waren Anteile an bergrechtl. Gewerkschaften. Mit deren Auflösung hat sich die Nennung dieser Anteilsart überholt. Der Begriff wurde deshalb durch das StSenkG aus dem Gesetz genommen.

Genussscheine sind verbrieft Genussrechte. Der Begriff „Genussrechte“ wird im Gesetz zwar verschiedentlich erwähnt, aber nicht näher geregelt (vgl. § 160 Abs. 1 Nr. 6, § 221 Abs. 3 AktG). Unter Genussrechten versteht man schuldvertragliche Vermögensrechte gegen eine KapGes., die eine Beteiligung am Gewinn und/oder Liquidationserlös gewähren. Daneben können sie auch Rechte auf eine feste Verzinsung, sowie Bezugs- oder Benutzungsrechte beinhalten (BGH v. 5.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305; K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, 521 mwN; LUTTER, DB 1993, 2441). Genussrechte begründen keine Mitgliedschaftsrechte (RG v. 16.11.1926, RGZ 115, 230; v. 13.3.1931, RGZ 132, 206).

Trotz des Wortlauts fallen auch unverbriefte Genussrechte unter § 17. Hierfür spricht zum einen der Vergleich mit GmbH-Anteilen, die auch dann als Anteile iSv. § 17 angesehen werden, wenn sie unverbrieft sind. Zum anderen ist dafür auch die Wertung in § 20 Abs. 1 Nr. 1 sowie in § 8 Abs. 3 KStG anzuführen (ebenso DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 155; LBP/RAPP, § 17 Rn. 46; LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 63; aA HAARMANN, JbFfStR 1985/86, 407 [413], mit dem Argument, dass im Rahmen des StBereinG 1985 bei § 17 im Gegensatz zu § 8 Abs. 3 KStG und § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG bewusst darauf verzichtet wurde, das Wort „Genussscheine“ durch „Genussrechte“ zu ersetzen).

§ 17 umfasst nicht schlechthin alle Genussrechte, sondern nur solche, die eine Beteiligung am Liquidationserlös gewähren (BFH v. 14.6.2005 – VIII R 73/03, BB 2005, 2446, dazu Anm. EILERS/RODERBURG, GmbHR 2005, 1620; so auch die ganz hM, vgl. zB SONTHEIMER, BB 1984, Beil. 19, 2; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 71; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 22; LBP/RAPP, § 17 Rn. 46; LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 63). Nur bei derartigen Genussscheinen wird, wie bei der Beteiligung am Nominalkapital der Gesellschaft selbst, im Fall der Veräußerung des Genussscheins die Beteiligung an den bei der Gesellschaft angesammelten stillen Reserven realisiert. Dies folgt auch aus der parallelen Wertung in § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG, wonach Ausschüttungen auf derartige Genussscheine das Einkommen der KapGes. nicht mindern dürfen, dh. die Ausschüttungen werden wie Ausschüttungen auf Beteiligungen am Grund- und Stammkapital behandelt. Eine Beteiligung am Liquidationserlös ist dann gegeben, wenn der Rechtsinhaber am Abwicklungsgewinn bzw. im Fall des Ausscheidens vor der Liquidation an den bis dahin angefallenen stillen Reserven beteiligt ist. Die Vereinbarung, dass das Genusskapital erst nach der Befriedigung der übrigen Gesellschaftsgläubiger ausgezahlt wird – sog. Nachrangvereinbarung – allein begründet dagegen keine Beteiligung am Liquidationserlös und verleiht dem Genussrecht noch keinen Beteiligungscharakter (BFH v. 14.6.2005 – VIII R 73/03 aaO).

III. „Ähnliche Beteiligungen“

Der Begriff „ähnliche Beteiligungen“ hat eine doppelte Bedeutung:

- Er kann sich zum einen auf Beteiligungen an anderen als den in Abs. 1 Satz 3 genannten KapGes. beziehen (zB Anteile an einer vergleichbaren ausländ. Ges.; vgl. hierzu Anm. 22);

– Zum anderen fallen hierunter auch andere (ähnliche) Beteiligungsarten an den in Abs. 1 Satz 3 genannten (oder an ähnlichen) KapGes.;

Auch eine ähnliche Beteiligungsart an vergleichbaren ausländ. Gesellschaften. stellt eine ähnliche Beteiligung dar.

Vgl. dazu BFH v. 19.5.1992 – VIII R 16/88, BStBl. II 1992, 902; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 24; aA LBP/RAPP, § 17 Rn. 47. Nach Ansicht des BFH v. 19.5.1992 – VIII R 16/88 (BStBl. II 1992, 902) sowie v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98 (BStBl. II 2000, 424) muss eine ähnliche Beteiligung iSd. Abs. 1 Satz 3 auch eine Beteiligung an den Gesellschaftsrechten beinhalten.

Anteile an einer Vorgesellschaft, die kstrechtl. als KapGes. zu beurteilen ist, begründen eine ähnliche Beteiligung. Als Vorgesellschaft wird eine Gesellschaft bezeichnet, die sich im Stadium zwischen dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags und der Eintragung in das Handelsregister befindet und nach außen geschäftlich in Erscheinung getreten ist (BFH v. 8.11.1989 – I R 174/86, BStBl. II 1990, 91). Dagegen fällt die Beteiligung an einer Vorgründungsgesellschaft, bei der ein notarieller Gesellschaftsvertrag noch nicht geschlossen ist, so dass lediglich eine BGB-Gesellschaft vorliegt, nicht unter § 17 (BFH v. 20.4.2004 – VIII R 4/02, BStBl. II 2004, 597).

Kapitalersetzende Maßnahmen (insbesondere eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen) sind – unabhängig von der bilanzrechtl. Einordnung bei der KapGes. – keine ähnlichen Beteiligungen, da mit solchen Maßnahmen keine Beteiligung an Gesellschafterrechten verbunden ist (BFH v. 28.5.1997 – VIII R 25/96, BStBl. II 1997, 724; v. 19.5.1992 – VIII R 16/88, BStBl. II 1992, 902; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 26). Diesem Argument wird entgegengehalten, dass auch die in Abs. 1 Satz 3 erwähnten Genussscheine sowie Vorzugsaktien ohne Stimmrecht keine Gesellschafterrechte vermitteln können (LBP/RAPP, § 17 Rn. 47, 186). Entscheidend ist jedoch, dass alle in Abs. 1 Satz 3 genannten Anteile eine Beteiligung begründen, die sich auf die gesamte Lebenszeit der Gesellschaft erstreckt. Demgegenüber werden Darlehen der Gesellschaft nur vorübergehend zur Verfügung gestellt. Gegen die Einordnung von kapitalersetzenden Darlehen als ähnliche Beteiligung hat BFH v. 19.5.1992 – VIII R 16/88 (BStBl. II 1992, 902) demnach zutr. folgende praktischen Überlegungen angeführt: Zum einen können sich die Beteiligungsverhältnisse mit der finanziellen Situation der Gesellschaft schnell ändern und zu Unsicherheiten zwischen den Gesellschaftern führen. Zum anderen kann sich die Beteiligung ändern, ohne dass dies den Beteiligten bekannt werden muss.

Eine typisch stille Beteiligung ist auch dann keine ähnliche Beteiligung, wenn sie kapitalersetzenden Charakter hat (BFH v. 28.5.1997 – VIII R 25/96, BStBl. II 1997, 724; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 25; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 74). So stimmt die stille Beteiligung an einer GmbH in ihren wesentlichen Merkmalen nicht mit denjenigen des Geschäftsanteils an einer GmbH überein, da sie keine vergleichbaren Gesellschafterrechte zum Inhalt hat. Im Übrigen vermittelt die typisch stille Beteiligung regelmäßig auch keine Teilhabe an den stillen Reserven.

Eine atypisch stille Beteiligung kann im Einzelfall – nämlich bei Beteiligung an den stillen Reserven und der Gewährung von Mitgliedschaftsrechten – als ähnliche Beteiligung angesehen werden. Dann wird allerdings gleichzeitig ein Fall der Mitunternehmerschaft vorliegen, so dass § 17 hinter die §§ 15, 16 zurücktritt.

Keine „ähnlichen Beteiligungen“ sind Anteile an einer Genossenschaft (§§ 1 ff. GenG) und an einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (§§ 15–53

VAG), da diese KStSubjekte nicht § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG unterfallen (vgl. Anm. 145). Auch der Komplementäranteil an einer KGaA ist keine ähnliche Beteiligung, soweit er nicht in Anteilen am Grundkapital besteht (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3). Das Gleiche gilt für Investmentanteile (DJPW/PUNG/DÖRSCH, § 17 EStG Rn. 167), Besserungsscheine, Gewinnschuldverschreibungen (selbst wenn sie eine Beteiligung am Liquidationserlös gewähren, da sie keine Beteiligung an Gesellschafterrechten vermitteln) sowie vom Stammrecht losgelöste Dividendenscheine (deren Besteuerung erfolgt nach § 20 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a).

148–149 Einstweilen frei.

IV. Anwartschaften auf Beteiligungen

150 1. Begriff der Anwartschaften

Anwartschaften auf Anteile an KapGes. fallen nach Wortlaut, Zweck und Entstehungsgeschichte des § 17 bereits unter den Begriff der Anteile an KapGes. (vgl. Anm. 1 betr. § 30 EStG 1925: Klammerdefinition), so dass ihre Erwähnung im Gesetz nur die Wirkung einer Klarstellung besitzt; so BFH v. 20.2.1975 – IV R 15/71, BStBl. II 1975, 505.

Anwartschaft und Anwartschaftsrecht: Anwartschaft ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch die „begründete Aussicht auf den Erwerb einer tatsächlichen oder rechtlichen Position“; so BFH v. 20.2.1975 – IV R 15/71, BStBl. II 1975, 505 (im Anschluss an GRIMM, Dt. Wörterbuch). Zivilrechtl. versteht man unter einer Anwartschaft die rechtl. gesicherte Aussicht auf einen Erwerb, die darauf beruht, dass der normale Erwerbstatbestand schon teilweise verwirklicht ist und seine Vollendung mit einiger Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann. Zivilrechtl. unterscheidet sich der Begriff der Anwartschaft von dem des Anwartschaftsrechts; bei Letzterem muss sich die Aussicht rechtl. schon so weit verfestigt haben, dass der Verpflichtete den Rechtserwerb nicht mehr einseitig verhindern kann (vgl. PALANDT/HEINRICH, 69. Aufl. 2010, Einf. vor § 158 Rn. 9 f.; LARENZ/WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 13 I 9). Der Begriff der Anwartschaft iSd. § 17 ist jedenfalls nach der neueren Rspr. des BFH nicht im engeren Sinne des Anwartschaftsrechts zu verstehen, die Verneinung eines Anwartschaftsrechts schließe nicht aus, dass eine Anwartschaft vorliegt (BFH v. 19.12.2007 – VIII R 14/06, BStBl. II 2008, 475; noch offen gelassen von BFH v. 20.2.1975 – IV R 15/71 aaO; BFH v. 29.6.1977 – VIII S 15/76, BStBl. II 1977, 726 ging noch ohne Problematisierung vom Anwartschaftsrecht aus). Nach dieser Rspr. sollen nicht nur „vertikale Anwartschaften“ erfasst sein (= solche, die sich gegen die Gesellschaft richten), sondern auch „horizontale“ (= Aussicht auf den Erwerb bestehender Anteile von einem anderen Gesellschafter; BFH v. 19.12.2007 – VIII R 14/06 aaO; zust. SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 28). UE ist diese Rspr. zweifelhaft (s. auch SCHWEYER/DANNECKER, BB 1999, 1732 [1735 f.]).

151 2. Beispiele

Bezugsrechte aus Kapitalerhöhung der Kapitalgesellschaft: Anwartschaften iSd. Abs. 1 Satz 3 geben insbes. Bezugsrechte, die das Recht des Anteilseigners beinhalten, im Rahmen einer Kapitalerhöhung weitere Beteiligungsrechte (zB junge Aktien) zu den Bezugsbedingungen zu erwerben (BFH v. 20.2.1975 – IV R 15/71, BStBl. II 1975, 505; DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 172).

Nach der ganz herrschenden Abspaltungstheorie ist das Bezugsrecht ein von der Substanz des alten Gesellschaftsanteils (zB Aktie) abgespaltenes Recht (BFH v. 20.2.1975 – IV R 15/71 aaO; v. 21.1.1999 – IV R 27/97, BStBl. II 1999, 638). Werden zB junge Aktien unter dem Ausgabekurs der Altaktien vor der Kapitalerhöhung ausgegeben, so verkörpert das Bezugsrecht wirtschaftlich einen Teil der Substanz der AG. Dasselbe gilt für GmbH-Anteile. Das Bezugsrecht ist bei der AG in § 186 AktG gesetzlich verankert. Bei der GmbH kann es sich aus der Satzung ergeben oder durch den Kapitalerhöhungsbeschluss gewährt werden (§ 55 Abs. 2 GmbHG). Daher geht die Rspr. davon aus, dass das durch eine Stammkapitalerhöhung geschaffene Bezugsrecht auf einen GmbH-Geschäftsanteil zu den Anwartschaften auf eine Beteiligung an einer GmbH iSd. Abs. 1 Satz 3 gehört (vgl. nur BFH v. 13.10.1992 – VIII R 3/89, BStBl. II 1993, 477 mwN). Nach einem Urteil des FG Köln v. 26.5.2009 (EFG 2009, 1459, nrkr., Rev. Az. BFH IX R 24/09) soll die anlässlich einer Verschmelzung vorgesehene Kapitalerhöhung eine Anwartschaft begründen.

Bezugsrechte aus Wandelschuldverschreibungen: Zu den Anwartschaften zählen auch Wandelschuldverschreibungen iSv. § 221 Abs. 1 Satz 1 AktG, die dem Gläubiger ein Recht auf Umtausch gegen Aktien oder ein Recht auf Bezug von Aktien einräumen, und ähnliche Umtauschrechte (BFH v. 28.1.1976 – IV R 209/74, BStBl. II 1976, 288; einschränkend FROTSCHER, § 17 Rn. 30, wonach die Umwandlungsbedingungen bei Rechtserwerb bereits so festgelegt sein müssen, dass der Berechtigte die Chance hat, an Vermögensmehrungen der KapGes. in der Zeit zwischen Ausgabe und Ausübung des Umwandlungsrechts zu partizipieren). Wandelschuldverschreibungen können vorsehen, dass der Gläubiger entweder kraft Ersetzungsbefugnis seine Rechte aus der Schuldverschreibung zu bestimmten Konditionen (Anleihebedingungen) in Aktien umtauschen kann (sog. *Wandelanleihe*) oder unter Beibehaltung seiner Rechte aus der Schuldverschreibung zusätzlich ein Bezugsrecht auf Aktien erhält (sog. *Optionsanleihe*).

Optionsanleihen als weitere Art der Schuldverschreibung iSv. § 221 Abs. 1 Satz 1 AktG zählen ebenfalls zu den Anwartschaften, wenn der Berechtigte bereits an Vermögensmehrungen der KapGes. partizipieren kann (DÖLLERER, AG 1986, 237 [242]; LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 74; wohl zweifelnd DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 176), weil der Kapitalgeber bei der Optionsanleihe iSv. § 221 Abs. 1 AktG neben der Schuldverschreibung zusätzlich das Recht erhält, innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu einem festgelegten Entgelt eine bestimmte Zahl von Aktien zu erwerben (HÜFFER, AktG, 9. Aufl. 2010, § 221 Rn. 6) und damit ein Optionsrecht erwirbt. Die Optionsanleihe iSv. § 221 Abs. 1 AktG stellt insoweit eine Kombination von Schuldverschreibung und Aktienbezugsrecht dar.

Schuldrechtlicher Anspruch gegen die Gesellschaft auf Erwerb einer Beteiligung durch Teilnahme an Kapitalerhöhung: Der schuldrechtl. Anspruch des bis dahin nicht an einer Gesellschaft beteiligten Dritten auf Erwerb einer Beteiligung durch Teilnahme an einer Kapitalerhöhung ist nicht mit den Bezugsrechten aus einer Kapitalerhöhung der Gesellschaft zu vergleichen, kann jedoch zu einer Anwartschaft erstarken, wenn die Anmeldung und Eintragung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister erfolgt ist (FG Hamb. v. 11.7.2001, EFG 2001, 1435, rkr.).

Schuldrechtliche Ansprüche gegen Gesellschafter: Schuldrechtl. Ansprüche gegen Gesellschafter auf Übertragung von Anteilen an KapGes. (wie zB Vorkaufsrechte oder bindende Kaufangebote) können nach neuerer Rspr. des BFH unter den Begriff der Anwartschaft fallen, auch wenn sie noch kein Anwart-

schaftsrecht begründen (BFH v. 19.12.2007 – VIII R 14/06, BStBl. II 2008, 475; zur Frage, in welchem Fall eine Doppeloption bereits ein Anwartschaftsrecht begründet, s. BFH v. 11.7.2006 – VIII R 32/04, BStBl. II 2007, 296). UE ist diese Rspr. zweifelhaft (s. etwa BFH v. 29.6.1977 – VIII S 15/76, BStBl. II 1977, 726; insoweit ernstlich zweifelnd; ähnlich FG Münster v. 25.2.2000, EFG 2000, 565, rkr.; FG Münster v. 28.7.1997, EFG 1997, 1508, rkr.; FG München v. 24.6.1999, DStRE 2000, 18, rkr.; KIRCHHOF/GOSCH IX. § 17 Rn. 17; LBP/RAPP, § 17 Rn. 50; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 77; aA SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 28). In diesen Fällen liegen nur horizontale Anwartschaften gegenüber den Mitgesellschaftern vor, die nicht erfasst sind (SCHWEYER/DANNECKER, BB 1999, 1732; s.o.). Gleichwohl dürfte sich die Praxis auf die Rspr. einstellen, die insbes. auch Anwendung findet bei einem Optionsrecht, das auf den Abschluss des Übertragungsvertrags gerichtet ist (aA noch FG Hamb. v. 11.7.2001, EFG 2001, 1435, rkr., und v. 8.12.1970, EFG 1971, 335, rkr.). Bei Stimmrechtsvollmachten und Verfügungsbeschränkungen handelt es sich ebenfalls nicht um Anwartschaften, da diese keinen gesicherten Anspruch auf die Vermögenssubstanz beinhalten.

152–154 Einstweilen frei.

D. Veräußerung unentgeltlich erworbener Anteile (Abs. 1 Satz 4 nF, Satz 5 aF)

155

I. Überblick

Abs. 1 Satz 4 nF (= Satz 5 idF bis zum StSenkG) erweitert die StPflcht nach den vorherigen Sätzen: Auch ein Stpfl., der selbst nicht die Beteiligungsgrenze iSv. Abs. 1 Satz 1 erreicht, fällt mit der Veräußerung eines Anteils an einer KapGes. unter § 17, wenn er

- den veräußerten Anteil innerhalb der letzten 5 Jahre vor der Veräußerung unentgeltlich erworben hat und
- sein Rechtsvorgänger innerhalb der letzten 5 Jahre beteiligt iSv. Abs. 1 Satz 1 war. Sofern der Anteil nacheinander unentgeltlich übertragen worden ist, reicht es aus, wenn einer der Rechtsvorgänger beteiligt iSv. Abs. 1 Satz 1 war.

Mit dieser Vorschrift soll die Möglichkeit verhindert werden, die Besteuerung eines Veräußerungsgewinns dadurch zu umgehen, dass die Anteile vor der Veräußerung unentgeltlich auf nahe stehende Personen übertragen werden (wodurch selbst noch keine StPflcht entsteht, da es an einer Veräußerung fehlt, s. Anm. 80), so dass bei dem veräußernden Anteilseigner keine wesentliche bzw. steuerverstrickte Beteiligung mehr gegeben ist (BTDrucks. IV/2400, 69).

II. Voraussetzungen der Steuerpflicht nach Abs. 1 Satz 4

156 1. Unentgeltlicher Erwerb innerhalb der letzten 5 Jahre vor der Veräußerung

Unentgeltlicher Erwerb ist der Erwerb von Todes wegen (zB durch Erbanfall oder Vermächtnis) oder die Schenkung unter Lebenden (s. Anm. 97). Erforderlich ist ein Rechtsträgerwechsel ohne Gegenleistung (BFH v. 25.2.2009 – IX R 26/08, BStBl. II 2009, 658 auch zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln).

Zu wertlosen Anteilen s. Anm. 80; zur vorweggenommenen Erbfolge s. Anm. 96. Die verdeckte Einlage ist seit dem VZ 1992 als entgeltliche Veräußerung zu behandeln. Der Erwerb durch vGA ist unentgeltlich (BFH v. 20.9.1986 – I R 150/82, BStBl. II 1987, 455; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 91), ebenfalls solche im Rahmen einer Kapitalherabsetzung oder Liquidation einer KapGes. oder PersGes. (BFH v. 19.1.1982 – VIII R 21/77, BStBl. II 1982, 456; LBP/RAPP, § 17 Rn. 161).

Teilentgeltlicher Erwerb ist zB die gemischte Schenkung. Ein teilentgeltlicher Erwerb liegt auch beim Anteilerwerb im Rahmen einer Kapitalerhöhung vor, wenn der Gesellschafter eine Einlage leistet, die niedriger ist als der Wert der jungen Aktien (DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 224). Beim teilentgeltlichen Erwerb sind die Anteile in einen entgeltlich und in einen unentgeltlich erworbenen Teil aufzuteilen. Nur der unentgeltlich erworbene Anteil unterfällt dann dem Abs. 1 Satz 4 (BFH v. 17.7.1980 – IV R 15/76, BStBl. II 1981, 11; v. 10.10.1998 – VIII R 28/97, BFH/NV 1999, 616; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 82 ff.; LBP/RAPP, § 17 Rn. 161). Veräußert der Erwerber die Anteile anschließend teilweise weiter, kann er bestimmen, ob es sich um entgeltlich oder unentgeltlich erworbene Anteile handelt (DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 224; LBP/RAPP, § 17 Rn. 161; diff. BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 121a; aA GROH, StuW 1984, 217 [226], der eine wertmäßige Aufteilung vornehmen will).

Beispiel: (zur neuen Rechtslage): Der mit 1,5 % an einer GmbH beteiligte A verkauft an seinen Sohn B einen Geschäftsanteil von 0,9 % des Gesellschaftskapitals. Obwohl der Wert des verkauften Anteils 90 000 € beträgt, wird der Kaufpreis nur auf 60 000 € bemessen (= $\frac{2}{3}$ des Verkehrswerts). B hat nun einen Geschäftsanteil von 0,6 % entgeltlich und einen Geschäftsanteil von 0,3 % unentgeltlich erworben. Mit dem 0,6 %-Anteil unterfällt B nicht dem § 17, da er insgesamt „unwesentlich“ beteiligt ist. Hinsichtlich des 0,3 %-Geschäftsanteils greift dagegen bei Weiterveräußerung innerhalb von 5 Jahren § 17 ein, da insofern die wesentliche Beteiligung seines unentgeltlichen Rechtsvorgängers A bei ihm über Abs. 1 Satz 4 nF fortwirkt. Veräußert er nun seinerseits 0,6 % der Geschäftsanteile innerhalb der Fünfjahresfrist, ist der Veräußerungsgewinn nicht nach Abs. 1 Satz 4 nF zu besteuern, wenn er die veräußerten Anteile seinem entgeltlich erworbenen Geschäftsanteil zuordnet (eine Besteuerung des entgeltlich erworbenen Geschäftsanteils nach Abs. 1 Satz 1 entfällt, da insgesamt eine „unwesentliche“ Beteiligung vorliegt).

„Innerhalb der letzten 5 Jahre“ vor der Veräußerung: Zur Fristberechnung s. Anm. 110. Wird eine wesentliche bzw. steuerverstrickte Beteiligung durch Schenkungen in Beteiligungen unterhalb der gesetzlichen Beteiligungsgrenze zerlegt und diese nach Ablauf von 5 Jahren veräußert, so liegt kein Gestaltungsmissbrauch iSv. § 42 AO vor (vgl. auch DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 223). Mit der zeitlichen Begrenzung hat der Gesetzgeber gleichzeitig seinen Willen bekundet, auf eine weitergehende stl. Erfassung zu verzichten.

2. Zusammenrechnung mit anderen Anteilen

Abs. 1 Satz 4 verweist nur auf die Rechtsfolge des Abs. 1 Satz 1. Daher sind lediglich diejenigen Anteile entsprechend Abs. 1 Satz 1 steuerverhaftet, die der Stpfl. von einem iSv. Abs. 1 Satz 1 beteiligten Rechtsvorgänger unentgeltlich erworben hat. Weitere – entgeltlich erworbene – Anteile werden dagegen nicht von der Verstrickungsfiktion infiziert, solange der Erwerber insgesamt die für § 17 notwendige Beteiligungshöhe nicht erreicht (BFH v. 29.7.1997 – VIII R 80/94, BStBl. II 1997, 727; LBP/RAPP, § 17 Rn. 162; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX § 17 Rn. 88; s. auch das Beispiel in Anm. 110 zur Fristberechnung).

Ist der Erwerber mit nunmehr 1 % mindestens beteiligt, so findet niemals Abs. 1 Satz 4, sondern immer Abs. 1 Satz 1 auf die gesamte Beteiligung Anwendung. Dabei ist unerheblich, ob schon die unentgeltlich übertragene Beteiligung wesentlich bzw. steuerverstrickt war, ob der Erwerber schon vor dem unentgeltlichen Erwerb im Umfang der gesetzlichen Beteiligungsgrenze beteiligt war, oder ob der Erwerber zunächst unterhalb der gesetzlichen Beteiligungsgrenze beteiligt war und dann durch den unentgeltlichen Erwerb eines weiteren Anteils die Wesentlichkeitsschwelle überschritten hat (DJPW/PUNG/DÖTSCHE, § 17 EStG Rn. 223; OTT, GmbHR 1994, 524).

158 3. Beteiligung des Rechtsvorgängers innerhalb der letzten 5 Jahre

Beteiligung: s. Anm. 100 f.

Innerhalb der letzten 5 Jahre: Es gilt dieselbe Fünfjahresfrist wie beim Veräußerer (s. Anm. 110 f.), dh. der Rechtsvorgänger muss irgendwann innerhalb der letzten 5 Jahre vor dem Veräußerungszeitpunkt (nicht vor der unentgeltlichen Übertragung) beteiligt iSv. Abs. 1 Satz 1 gewesen sein (BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 119; LBP/RAPP, § 17 Rn. 164). Dies folgt aus dem Zweck der Regelung, Steuerumgehungen durch Schenkung von Anteilen und deren anschließende Veräußerung durch den unwesentlich beteiligten Beschenkten innerhalb einer bestimmten Frist zu verhindern. Der Rechtsvorgänger braucht folglich nicht zur Zeit der unentgeltlichen Übertragung steuerverstrickte Anteile gehalten zu haben. Unerheblich ist des weiteren, ob der Rechtsvorgänger die Beteiligung im BV oder im PV hielt (glA SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX, § 17 Rn. 80).

159 4. Mehrere unentgeltliche Übertragungen

Mehrere aneinander anschließende (dh. nicht durch eine entgeltliche Übertragung unterbrochene) unentgeltliche Übertragungen werden wie eine einzige unentgeltliche Übertragung und mehrere Rechtsvorgänger wie ein einziger Rechtsvorgänger behandelt. Es genügt also, dass die Beteiligung, die der Stpfl. unentgeltlich erworben hat, nicht bei seinem Rechtsvorgänger, aber – da jener die Beteiligung ebenfalls unentgeltlich erworben hatte – bei dessen Rechtsvorgänger usw. eine wesentliche bzw. steuerverstrickte Beteiligung gebildet hatte. Der Zweck der Regelung liegt auf der Hand: Es sollen Steuerumgehungen durch mehrfache unentgeltliche Übertragungen (Kettenschenkungen, zB Ehemann-Ehefrau-Kind und dergl.) verhindert werden.

Erläuterungen zu Abs. 2: Veräußerungsgewinn

Schrifttum ab 2001: BUCIEK, Einlage bei Verzicht auf kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen, DStZ 2001, 714; DÖTSCHE, Darlehensverlust eines nahen Angehörigen des wesentlich beteiligten GmbH-Gesellschafters keine nachträglichen Anschaffungskosten, StWa. 2001, 286; DÖTSCHE, Unentgeltliche Dienstleistung eines GmbH-Gesellschafters als Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, StWa. 2001, 573; DÖTSCHE, Zur steuerlichen Behandlung des Verzichts auf eigenkapitalersetzendes Darlehen aus im Gesellschaftsverhältnis liegenden Gründen, StWa. 2001, 605; ECKL, Teilwertabschreibungen auf Gesellschafterdarlehen in Organschaftsfällen nach der Unternehmenssteuerreform, DStR 2001, 1280; EILERS/SIEGER/WIENANDS, Die Finanzierung der GmbH durch ihre Gesellschafter, 2. Aufl., Köln 2001; FRANZ, Mittelbare verdeckte Einlage als nachträg-

liche Anschaffungskosten iSv. § 17 Abs. 2 EStG, StWa. 2001, 253; FROTSCHER, Die Ausgabenabzugsbeschränkung nach § 3c EStG und ihre Auswirkung auf Finanzierungsentscheidungen, FR 2001, 2045; GOSCH, Zum Abzug von Drittaufwand als nachträgliche Anschaffungskosten iSv. § 17 EStG, StBp. 2001, 148; HOFFMANN, Kurzreferat, Anmerkung zum UrT. des FG Münster v. 31.1.2001 (EFG 2001, 684), EFG 2001, 686; HOFFMANN, Veräußerungsverlust bei Eigenkapitalersatz und Zahlungsfähigkeit des Gesellschafters, EFG 2001, 1550; HUNSDOERFER, Beteiligungsaufwendungen im Halbeinkünfteverfahren, BB 2001, 2242; KOHLHAAS, Nachträgliche Anschaffungskosten auf eine GmbH-Beteiligung und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, GmbHR 2001, 556; KOREZKIJ, Zur Wesentlichkeit von „unwesentlichen“ Änderungen, StB 2001, 85; KORTH, Bürgschaftsanspruchnahme des Ehegatten als mittelbare verdeckte Einlage, AktStR 2001, 209; KUSSMAUL/BLANK, Der Rechtsformwechsel von Einzelunternehmen und Personengesellschaft im Rahmen der Einbringung in eine Kapitalgesellschaft, StuB 2001, 525; KUSSMAUL/JUNKER, Verlustberücksichtigung bei Veräußerung „wesentlicher“ Beteiligungen aus dem Privatvermögen durch Aufstockung?, StuB 2001, 650; NEU, Einlagebewertung bei Verzicht auf krisenbestimmtes Darlehen, EFG 2001, 1394; PRINZ, Aktuelle Rechtsfragen und Gestaltungsüberlegungen zu §§ 17, 23 EStG bei privater Vermögensverwaltung, FR 2001, 977; RÄTKE, Darlehensverzicht des Alleingesellschafters als Einlage, StuB 2001, 762; RUBAN, Kein Abzug von Drittaufwand als nachträgliche Anschaffungskosten einer wesentlichen Beteiligung, HFR 2001, 857; SCHOLL, Drittaufwand und Eigenkapitalersatzrecht, NWB Blickpunkt Steuern, 4/2001, 1–4; SCHÜPPEN, Probleme beim Abschied von der wesentlichen Beteiligung, BB, FR 2001, 2397; SCHWENDY, Veräußerungsgewinn, LSW Gr. 4/328, 1–6 (2/2001); SERAFINI, Dritt- oder Eigenaufwand bei verdeckten Einlagen, Darlehen oder Bürgschaften, GSTb 2001, 291; STOLLENWERK, Krisenfinanzierung durch Gesellschafter, GmbH-StB 2001, 283; VÖLLMEKE, Fahrtkosten als Werbungskosten bei einer wesentlichen Beteiligung, HFR 2001, 853; VOGT, Steuerliche Behandlung des Verzichts auf eigenkapitalersetzende Darlehen, DStR 2001, 1881; WACKER, Nachträgliche Anschaffungskosten bei mittelbar verdeckter Einlage, Darlehen und Bürgschaften, KFR F 3 EStG § 17, 1/01, 204; WEBER-GRELLET, Darlehensverlust des Gesellschafter-Ehegatten stellt keine nachträglichen Anschaffungskosten dar, FR 2001, 705; WEBER-GRELLET, Bewertung des Gesellschafterverzichts auf wertgeminderte kapitalersetzende Darlehensforderung im betrieblichen Bereich, FR 2001, 956; WERNER, Mindestbesteuerung: Verfassungsrechtliche Zweifel an der Beschränkung der Verlustverrechnung zwischen den Einkunftsarten, BB 2001, 659; WIENANDS, Zur Ermittlung von Anschaffungskosten bei verblittetem Verkauf an Arbeitnehmer, GSTb 2001, 193; BOLZ, Fahrtkosten eines wesentlich beteiligten GmbH-Gesellschafters als Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, AktStR 2002, 49; HERLINGHAUS, Veräußerungsgewinne nach § 49 Abs. 1 Nr. 2f EStG, EFG 2002, 90; HOFFMANN; Anmerkung zum UrT. des FG des Saarl. v. 5.8.2002 (EFG 2002, 1435), EFG 2002, 1437; HOLLATZ, Auflösungsverlust nach § 17 EStG durch kapitalersetzende Bürgschaften, NWB F. 3, 11855 (6/2002); PAUS, Die ertragsteuerlichen Regelungen des Steueränderungsgesetzes 2001, StWa. 2002, 67; SCHWER, Steuersparende Verluste, GmbH-Stpr. 2002, 122; BRAUN, Verluste aus dem Verkauf wesentlicher Beteiligungen (§ 17 EStG), DStZ 2003, 500; HÜLSMANN, Zum Besteuerungszeitpunkt iSd. § 17 EStG beim Gesellschafteraustritt aus der GmbH, DStR 2003, 49; KRAFT, Auswirkungen der Substanzabspaltungs-Rechtsprechung auf die Vorteilhaftigkeit von Investitionen in Kapitalgesellschaften, BB 2003, 2391; MÜLLER, Anmerkung zum UrT. des Nds. FG v. 8.8.2001 (EFG 2003, 309), EFG 2003, 311; NACKE/INTEMANN, Verlustausgleichsbeschränkung nach § 17 Abs. 2 Satz 4 EStG, NWB F. 3, 12303 (11/2003); OSTERMAYER/ERHART, Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen: BFH harmonisiert Darlehensausfall und Darlehensverzicht, BB 2003, 449; STOLLENWERK, Krisenfinanzierung einer GmbH durch Nichtgesellschafter, GmbH-StB 2003, 76; BAHNS, Die rückwirkende steuerliche Berücksichtigung von Ereignissen bei Anteilsveräußerungen nach § 17 EStG, FR 2004, 317; BEKER, Tatsächliche und rechtliche Grenzen der Besteuerung, DStZ 2004, 32; GRAGERT, Zuflussbesteuerung bei Veräußerung von (Teil-)Betrieben, Mitunternehmeranteilen und Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, NWB F. 3, 13041 (42/2004); CREZELIUS, Währungsgewinne bei § 17 EStG, DB 2005, 1924; UHLÄNDER, Eigenkapitalersetzende Darlehen im Steuer- und Gesellschaftsrecht – ein systematischer Überblick, BB 2005, 70; HÖLZLE, Nachträgliche Anschaffungskosten auf Kapitalbeteiligungen in der Fassung des RegE-MoMiG, DStR 2007, 1185; WACLAWIK, Fernwirkungen des MoMiG auf den Umfang nachträglicher Anschaffungskosten bei Dar-

lehensverlusten?, ZIP 2007, 1838; FISCHER, Querbezüge des MoMiG zum Unternehmenssteuerrecht, Ubg. 2008, 684; HEUERMANN, Ausgefallene Finanzierungshilfen bei Anteilsveräußerungen im Privatvermögen – Nettoprinzip und künftige Entwicklungen – Versuche über eine hybride Besteuerung, DStR 2008, 2089; GROH, Unternehmensteuerreform 2008/MoMiG 2008: Neuerungen bei § 17 EStG, FR 2008, 264; NEUMANN, Nachträgliche Anschaffungskosten bei § 17 EStG durch Forderungsausfälle – Bedeutung des MoMiG und des UntStRefG 2008, GmbH-StB 2008, 361; BAYER, Verlorene Gesellschafterdarlehen im steuerlichen Privatvermögen, DStR 2009, 2397; BODE, Nachträgliche Anschaffungskosten beim Ausfall von Gesellschafterdarlehen nach MoMiG und Einführung der Abgeltungsteuer, DStR 2009, 1781; HEUERMANN, Finanzierungshilfen eines nach § 17 EStG qualifizierten beteiligten Gesellschafters nach Abgeltungsteuer und MoMiG, DB 2009, 2173; HEUERMANN, Anteilsveräußerungen (§ 17 EStG) und Gesellschafterfinanzierung – Insolvenzrechtliche versus gesellschaftsrechtliche Bindung?, NZG 2009, 841; BRUSCHKE, Eigenkapitalersatzrecht und Verluste nach § 17 EStG, SteuK 2010, 159.

160

A. Überblick über die Regelungen des Abs. 2

Abs. 2 enthält folgende zwei inhaltsverschiedene Regelungen, die ebenso gut in zwei verschiedene Absätze hätten gefasst werden können:

Abs. 2 Sätze 1–3: Ermittlung des Veräußerungsgewinns/-verlusts iSd. Abs. 1. Hierbei enthält:

- *Satz 1* eine Legaldefinition des Veräußerungsgewinns/-verlusts als Betrag, um den der Veräußerungspreis (Anm. 170 f.) nach Abzug der Veräußerungskosten (Anm. 185 f.) die AK (Anm. 190 f.) übersteigt;
- *Satz 2* die Fiktion des gemeinen Werts als Veräußerungspreis iSv. Satz 1 zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns bei verdeckten Einlagen (Veräußerungsfiktion des Abs. 1 Satz 2);
- *Satz 3* die (stl.) Übertragung von tatsächlichen AK des Rechtsvorgängers auf den Veräußerer, der seine Anteile unentgeltlich erworben hat.

Die Definition des Gewinnbegriffs nach Satz 1 konkretisiert inhaltlich den in Abs. 1 Satz 1 vorausgesetzten „Gewinn aus der Veräußerung“ (vgl. Anm. 66). Satz 2 ist die konsequente Ergänzung der Veräußerungsfiktion des Abs. 1 Satz 2 zum Zweck einer Gewinnermittlung nach Abs. 1 Satz 1. Satz 5 vermeidet typisierend die Mehrfachbesteuerung von Anteilswerten. Da beim entgeltlichen Erwerb durch den Rechtsvorgänger in Höhe der AK idR eine Besteuerung auf Veräußererseite stattgefunden hat, soll der nachfolgend unentgeltlich erwerbende Veräußerer in Höhe dieser AK nicht nochmals einer Besteuerung nach § 17 unterworfen sein (s. Anm. 235).

Abs. 2 Satz 6: Beschränkung der Berücksichtigung eines Veräußerungsverlusts (Verlustabzugsverbot), soweit er auf Anteile entfällt,

- die der Stpfl. innerhalb der letzten 5 Jahre unentgeltlich erworben hatte. Dies gilt (ausnahmsweise) nicht, soweit der Rechtsvorgänger anstelle des Stpfl. den Veräußerungsverlust hätte geltend machen können;
- die entgeltlich erworben wurden und nicht zu einer Beteiligung iSv. Abs. 1 Satz 1 innerhalb der gesamten letzten 5 Jahre (bis zum Veräußerungszeitpunkt) gehört haben. Dies gilt nicht für innerhalb der letzten 5 Jahre erworbene Anteile, deren Erwerb zur Begründung einer Beteiligung des Stpfl. iSd. Abs. 1 Satz 1 geführt hat oder die nach Begründung der Beteiligung iSv. Abs. 1 Satz 1 erworben worden sind.

Weitere Einzelheiten hierzu s. Anm. 240 f.

B. Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Abs. 2 Satz 1)

I. Allgemeine Grundsätze

1. Gewinnermittlungsformel des Abs. 2 Satz 1

161

Die Ermittlung des Veräußerungsgewinns wird von Abs. 2 Sätze 1–6 unter Berücksichtigung des Teileinkünfteverfahrens (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c und § 3c Abs. 2 Satz 1; vgl. Anm. 27) bestimmt. Nach Abs. 2 Satz 1 ist Veräußerungsgewinn „der Betrag, um den der Veräußerungspreis nach Abzug der Veräußerungskosten die Anschaffungskosten übersteigt“. Im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens sind Veräußerungspreis, Veräußerungskosten und AK mit 60% anzusetzen (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c und § 3c Abs. 2 Satz 1).

Das Ergebnis dieser Berechnung kann auch negativ sein. Ein Verlust entsteht, wenn die 60%igen AK den 60%igen Veräußerungspreis nach Abzug der 60%igen Veräußerungskosten übersteigen. Dieser Verlust ist seit dem VZ 1996 nur noch unter den Voraussetzungen des Abs. 2 Satz 6 ausgleichsfähig und abziehbar (s. Anm. 240 f.). Die Feststellungslast hinsichtlich des Entstehens eines Veräußerungsverlusts trägt der Stpfl. (BFH v. 15.7.1997 – VIII R 56/93, BStBl. II 1998, 152).

Daraus ergibt sich folgende Gewinnermittlungsrechnung iSd. Abs. 2 Satz 1 iVm. § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c, § 3c Abs. 2 Satz 1:

- 60% des Veräußerungspreises (gemeiner Wert in Fällen des Abs. 1 Satz 2, vgl. Abs. 2 Satz 2; zum Teileinkünfteabzug vgl. Anm. 27)
- ./. 60% der Veräußerungskosten
- ./. 60% der AK (bei unentgeltlichem Erwerb AK des Rechtsvorgängers, Abs. 2 Satz 5; zum Teileinkünfteabzug vgl. Anm. 27 und 192)
- = Veräußerungsgewinn/-verlust

2. Gewinnermittlungsvorschrift eigener Art

162

Abs. 2 Satz 1 ist eine Gewinnermittlungsvorschrift eigener Art (BFH v. 2.10.1984 – VIII R 20/84, BStBl. II 1985, 428; v. 10.12.1993 – VIII B 135/91, BFH/NV 1994, 707). Bei der Gewinnermittlung des § 17 Abs. 2 handelt es sich weder um einen Bestandsvergleich nach § 4 Abs. 1, § 5 noch um einen Fall der Überschussrechnung iSd. § 4 Abs. 3 (BFH v. 8.4.1998 – VIII R 21/94, BStBl. II 1998, 660). Nach dem Wortlaut der Vorschrift und ihrer Funktion ist der Veräußerungsgewinn auf Grund eines einzelnen stichtagsbezogenen Veräußerungsvorgangs zu erfassen. Es handelt sich um einen – auf diesen Veräußerungsvorgang bezogenen – Einmaltatbestand. Damit bildet § 17 Abs. 2 eine Parallele zu § 16 Abs. 2 (vgl. BFH v. 7.3.1974 – VIII R 118/73, BStBl. II 1974, 567; v. 27.10.1992 – VIII R 87/89, BStBl. II 1993, 340; BRAUN, GmbHR 1995, 211) und für wortgleiche Tatbestandsmerkmale wie zB die Begriffe der Veräußerung oder AK auch eingeschränkt Parallelen zu § 20 Abs. 4. Das Zufluss-Abfluss-Prinzip des § 11 gilt bei der Besteuerung nach § 17 grundsätzlich nicht (BFH v. 1.4.2008 – IX B 257/07, BFH/NV 2008, 1331; v. 12.2.1980 – VIII R 114/77, BStBl. II 1980, 494); statt dessen kommt es – wie bei Einkünftermittlung durch Bilanzierung – nur auf die Entstehung des Gewinns an (BFH v. 29.6.1995 – VIII R 69/93, BStBl. II 1995, 725). Zur Ausnahme bei wiederkehrenden Bezügen vgl. Anm. 182.

163 3. Zeitpunkt der Gewinn- und Verlustverwirklichung

Grundsatz der Stichtagsbewertung: Die in Abs. 2 vorgesehene besondere – stichtagsbezogene – Gewinnermittlung setzt die Realisierung eines Veräußerungsgewinns bzw. eines Veräußerungsverlusts voraus. Der Veräußerungsgewinn bzw. -verlust errechnet sich in dem von § 17 Abs. 2 gestellten Rahmen in Anlehnung an die Gewinnermittlungsvorschriften der § 4 Abs. 1, § 5 (BFH v. 20.12.1995 – VIII B 83/95, BFH/NV 1996, 468). Maßgebend für die Realisierung ist allein der Zeitpunkt der Veräußerung. Dies ergibt sich auch daraus, dass Abs. 2 Satz 1 ausdrücklich auf Abs. 1 Bezug nimmt (Veräußerungsgewinn „im Sinne des Absatzes 1“) und nach Abs. 1 Satz 1 der Gewinn „... aus der Veräußerung ...“ der KapGesAnteile resultieren muss (vgl. dazu Anm. 66).

Entstehungszeitpunkt: Der Veräußerungsgewinn bzw. -verlust iSd. Abs. 2 entsteht im Zeitpunkt der Veräußerung (BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424; DJPW/PUNG/DÖRSCH, § 17 Rn. 235), und zwar ohne Rücksicht darauf, wann die verschiedenen Komponenten Veräußerungspreis, -kosten und AK zu- oder abfließen. Irrelevant ist daher insbes., ob der vereinbarte Veräußerungspreis sofort fällig, in Raten zahlbar oder im Ganzen gestundet ist. Veräußerungszeitpunkt ist derjenige, zu dem das wirtschaftliche Eigentum an den veräußerten Kapitalanteilen vom Veräußerer auf den Erwerber übergeht (BFH v. 10.3.1988 – IV R 126/85, BStBl. II 1988, 832; v. 7.11.1990 – I R 154/85, BFHE 162, 432; v. 8.12.1992 – VIII R 99/90, BFH/NV 1993, 654; v. 3.6.1993 – VIII R 46/91, BFH/NV 1994, 364; v. 19.7.1993 – GrS 2/92, BStBl. II 1993, 897 [902]; SCHULZE ZUR WIESCHE, GmbHR 1984, 185). Auf den Abschluss des zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts kommt es nicht an (BFH v. 28.11.2001 – I R 86/00, GmbHR 2002, 443 [445]). Wird ein Gesellschafter aus wichtigem Grund ausgeschlossen, ist die Rechtskraft des Ausschlussurteils maßgebend. Im Fall des Austritts eines Gesellschafters aus wichtigem Grund kommt es auf den tatsächlichen Vollzug des Austritts durch Abtretung oder Einziehung der Anteile an (HÜLSMANN, DStR 2003, 49 [53]; aA ESCH, GmbHR 1981, 25: Zugang der Austrittserklärung bei der Gesellschaft). Bei einer Einziehung eines GmbH-Anteils kommt es auf den Zeitpunkt der zivilrechtl. Wirksamkeit an (Einziehungsbeschluss und Zugang der Einziehungserklärung, BFH v. 22.7.2008 – IX R 15/08, BStBl. II 2008, 977). Ist die für § 17 relevante Veräußerung nach ausländ. Recht zu beurteilen, gilt dies auch für den Veräußerungszeitpunkt (BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98 aaO).

Wahlrecht bei wiederkehrenden Leistungen/Ratenzahlungen: Bei wiederkehrenden Leistungen als Entgelt für die Anteile hat der Veräußerer regelmäßig ein Wahlrecht zwischen Sofort- und Zuflussbesteuerung (Einzelheiten vgl. BMF v. 3.8.2004, BStBl. I 2004, 1187; LBP/HÖRGER/RAPP, § 17 Rn. 249; s. weiterführend Anm. 182).

Auflösung einer Kapitalgesellschaft: s. Anm. 276.

Veräußerungspreis nach den Verhältnissen im Veräußerungszeitpunkt: Die Höhe des Veräußerungspreises bestimmt sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des Veräußerung. Mit dem Begriff „Verhältnisse“ im Zeitpunkt der Veräußerung sind nicht nur die Vertragsverhältnisse selbst gemeint, sondern auch alle weiteren Umstände, die zu diesem Zeitpunkt vorliegen. Besteht die Gegenleistung des Erwerbers zB in Sachen oder Rechten, so dass als Veräußerungspreis deren gemeiner Wert im Zeitpunkt der Veräußerung anzusetzen ist, ist bei Ungewissheiten über diesen Wert (zB über die Werthaltigkeit einer eingetauschten Forderung) gem. § 162 Abs. 1 AO zu schätzen.

Anschaffungskosten bis zum Veräußerungszeitpunkt: Hinsichtlich der Ermittlung der AK als Bestandteil des Veräußerungsgewinns ist ebenfalls der Zeitpunkt der Veräußerung maßgeblich, und zwar in der zur Zeit ihrer Entstehung angefallenen tatsächlichen Höhe (BFH v. 18.8.1992 – VIII R 13/90, BStBl. II 1993, 34). Verbindlichkeiten, die zum Veräußerungszeitpunkt noch laufen und mit Bezug auf die Anteile eingegangen wurden, sind mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Dieser ist gegebenenfalls zu schätzen. Auf den tatsächlichen Abfluss kommt es auch hier nicht an (BFH v. 12.2.1980 – VIII R 114/77, BStBl. II 1980, 494).

Einstweilen frei.

164

4. Kausalverknüpfung mit Abs. 1 Satz 1

165

Auf Grund der Verknüpfung mit dem in Abs. 1 Satz 1 enthaltenen Merkmals „Gewinn aus der Veräußerung“ ist erforderlich, dass Veräußerungspreis und Veräußerungskosten aus der Veräußerung herrühren und die AK den Anteilen der Anteilsveräußerung konkret zugeordnet werden können (vgl. dazu Anm. 66).

5. Spätere Änderungen des Veräußerungsgewinns

166

Allgemeines: Der Besteuerungstatbestand des § 17 knüpft mit der Veräußerung an ein einmaliges, punktuelles Ereignis an. Nachträgliche Änderungen können deswegen grundsätzlich nicht in einer laufenden Einkunftsermittlung in einem späteren VZ berücksichtigt werden (BFH v. 21.12.1993 – VIII R 69/88, BStBl. II 1994, 648, sog. „Einmaltatbestand“). Ziel des § 17 ist aber nicht, den vereinbarten, sondern nur den tatsächlich erzielten Erlös zu besteuern (BFH v. 19.7.1993 – GrS 2/92, BStBl. II 1993, 897). Nur diese Auslegung ist mit dem Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vereinbar. Nachträgliche Änderungen der Besteuerungsmerkmale (Veräußerungspreis, Anschaffungs- und Veräußerungskosten) müssen daher Berücksichtigung finden. Da ihre Berücksichtigung in einer laufenden Einkunftsermittlung ausscheidet, wirken sie unmittelbar auf den punktuellen Veräußerungszeitpunkt zurück (BFH v. 19.7.1993 – GrS 2/92 aaO). Dies gilt – nach der Änderung der teilweise anders lautenden früheren Rspr. durch den Großen Senat – unabhängig vom Grund der Änderung; es kommt demnach nicht darauf an, ob der Grund der Änderung im ursprünglichen Geschäft bereits angelegt ist oder nicht (BFH v. 19.7.1993 – GrS 2/92 aaO [902]; v. 21.12.1993 – VIII R 69/88 aaO [650]; ferner zB FG Rhld.-Pf. v. 15.7.2002, DStRE 2003, 532, rkr., für den Rückabwicklungsvertrag wegen Streits über eine auflösende Bedingung). Eine Unterscheidung zwischen wertaufhellenden oder wertbeeinflussenden Faktoren ist daher irrelevant. Dabei muss die Behandlung des Veräußerers nicht zwingend mit derjenigen des Erwerbers korrespondieren (vgl. BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424 [428]). Ist der StBescheid des Veräußerungs-VZ bereits bestandskräftig, ist er gem. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO zu ändern (rückwirkendes Ereignis, vgl. BFH v. 19.7.1993 – GrS 2/92, BStBl. II 1993, 897; v. 21.12.1993 – VIII R 69/88 aaO; BORDEWIN, FR 1995, 555). Dies gilt auch dann, wenn das schuldrechtl. Geschäft im Zeitpunkt des Eintritts der Veränderung durch Übertragung des Gegenstands und Erfüllung des Kaufpreisanspruchs bereits vollständig vollzogen war, sofern der Kaufpreis aus Gründen zurückzugewährt ist, die im Kaufvertrag selbst angelegt sind (BFH v. 19.8.2003 – VIII R 67/02, BStBl. II 2004, 107; BMF v. 3.1.2005, BStBl. I 2005, 9; Vergleich über die Rückgewähr der jeweils empfangenen Leistungen). Letzteres war bisher nach der Entscheidung des Großen Senats v. 19.7.1993 nicht erforderlich und dürfte nur den

Fall betreffen, dass der Kaufpreis bereits vollständig bezahlt worden ist (ähnlich MORITZ, NWB F. 3, 13119 [13128]). Anhaltspunkte dafür, wie das Merkmal „im Vertrag selbst angelegt“ auszulegen ist, lässt das Urt. des VIII. Senats vermissen. Es dürfte jedoch ausreichen, dass sich die Parteien zB den Rücktritt vom Vertrag vorbehalten oder auflösende Bedingungen vereinbaren (BAHNS, FR 2004, 317 [323]). Entsprechendes gilt auch für einen Rücktritt vom Vertrag, der wegen eines zivilrechtl. möglichen Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach Maßgabe des § 313 BGB erfolgt (so BFH v. 28.10.2009 – IX R 17/09, BStBl. II 2010, 539; Vorinstanz FG Meck.-Vorp. v. 8.4.2009, DStRE 2009, 1517). Hierbei gehören sogar die stl. Folgen eines Veräußerungsgeschäfts jedenfalls dann nicht in die alleinige Risikosphäre des Verkäufers, wenn die Vertragsparteien im ursprünglichen Vertragswerk eine bestimmte stl. Lastenverteilung explizit zur Vertragsgrundlage gemacht haben (vgl. dazu BFH v. 28.10.2009 – IX R 17/09 aaO; ferner auch BFH v. 6.11.2002 – XI R 42/01, BStBl. II 2003, 257).

Ferner müsste jeder preisbestimmende Umstand rückwirkend berücksichtigungsfähig sein, für den nach den ursprünglichen Vereinbarungen der Vertragsparteien ganz oder teilweise der Veräußerer das Preisrisiko trägt. Trägt dagegen ausschließlich der Erwerber das Preis- oder Bewertungsrisiko, bleiben nachträgliche Vermögensänderungen oder -umschichtungen bzgl. des Veräußerungsgewinns oder bzgl. einzelner Preisbestandteile unberücksichtigt (vgl. zB BFH v. 22.1.2003 – VIII B 61/02, BFH/NV 2003, 755; FG München v. 16.7.2008, EFG 2008, 1611 zum Kursverfall nach Veräußerungszeitpunkt und vor Übertragung, aus anderen Gründen bestätigt durch BFH v. 25.8.2009 – IX R 41/08, nv.). Ebenso wenig kann das Veräußerungsgeschäft bzw. der Veräußerungsbestand an sich rückwirkend begründet oder umqualifiziert werden (vgl. Nds. FG v. 4.12.2003, EFG 2004, 652, rkr., für den Fall der Anteilsschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts, das der Beschenkte sodann einige Jahre später gegen Entgelt ablöste).

167 6. Umrechnung in ausländische Währung und in Euro

In ausländ. Währung bestehende Besteuerungsgrundlagen (AK, Gegenleistungen des Erwerbers oder Veräußerungskosten) sind nach hM mit dem Devisenkurs zum Zeitpunkt ihrer Entstehung umzurechnen (FROTSCHER, § 17 Rn. 93; FG München v. 30.9.1997, EFG 1998, 461, rkr.; aA CREZELIUS, DB 2005, 1924, der für die Umrechnung generell auf den Veräußerungszeitpunkt abstellt). In Anlehnung an die Gewinnermittlung bei Gewerbetreibenden, die ihre Bilanz in DM bzw. nach dem 31.12.1998 in Euro (Art. 4 EuroEinfG v. 9.6.1998, BGBl. I 1998, 1242; BStBl. I 1998, 860) aufstellen müssen, wird auch hier die ausländ. Währung am Tag der Entstehung in DM bzw. Euro umgerechnet.

168–169 Einstweilen frei.

II. Veräußerungspreis

1. Begriff

170 a) Überblick

Gegenleistung: Die Rspr. des BFH (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; v. 22.1.2003 – VIII B 61/02, BFH/NV 2003, 755) sieht als Veräußerungspreis iSd. § 17 alles an, was der Veräußerer als Gegenleistung für die Übertragung der Anteile erhal-

ten hat. Maßgeblich ist der Wert der Gegenleistung am jeweiligen Stichtag. Die Gegenleistung muss nicht in Geld, sondern kann in jeder Leistung mit wirtschaftlichem Wert bestehen (zB in der Befreiung von einem Haftungsrisiko, vgl. BFH v. 12.2.1980 – VIII R 114/77, BStBl. II 1980, 494; v. 7.3.1995 – VIII R 29/93 aaO; oder in der Freistellung des ausscheidenden Gesellschafters von der Einlageverpflichtung, vgl. BFH v. 20.1.2009 – IX R 98/07, BFH/NV 2009, 1248). Bei der Beurteilung, ob eine Leistung als Gegenleistung für die Übertragung der Anteile gewährt wird, ist nicht ihre formale Rechtsnatur, sondern der wirtschaftliche Gehalt maßgebend (BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424 [428] zu Schadenskompensationsleistungen in den USA); dabei können auch Zahlungen von Dritten einbezogen werden (BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98 aaO [429]). Werden Anteile an einer Gesellschaft in Paketen veräußert und wird das Entgelt in den jeweils zugrunde liegenden Rechtsgeschäften, die rechtl., wirtschaftlich und zeitlich verbunden sind, unterschiedlich bemessen, muss der Kaufpreis für die einzelnen Pakete für stl. Zwecke abweichend aufgeteilt werden, wenn sich keine kaufmännisch nachvollziehbaren Gründe für die unterschiedliche Preisgestaltung finden lassen (BFH v. 4.7.2007 – VIII R 68/05, BStBl. II 2007, 937).

Abgrenzung zu anderen Entgelten: Nicht zum Veräußerungspreis gehören gesonderte Entgelte für zusätzliche selbständige Leistungen wie die Entschädigung für ein Wettbewerbsverbot (BFH v. 21.9.1982 – VIII R 140/79, BStBl. II 1983, 289; v. 11.3.2003 – IX R 76/99, BFH/NV 2003, 1161) oder eine – selbständige – Schenkung des Erwerbers an den Veräußerer (SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 141). Ob ein Entgelt für ein umfassendes Wettbewerbsverbot unselbständiger Teil des Veräußerungspreises iSv. § 17 Abs. 2 oder Entschädigung für eine sonstige Leistung nach § 22 Nr. 3 iVm. § 24 Nr. 1 Buchst. b ist, hängt davon ab, ob der Unterlassungsverpflichtung eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zukommt. Eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung ist gegeben, wenn die Unterlassungsverpflichtung zeitlich begrenzt ist und eindeutig ein gesondertes Entgelt ausweist; ferner muss in tatsächlicher Hinsicht auszuschließen sein, dass der Wert des Anteils an der KapGes. den gezahlten Kaufpreis rechtfertigt (vgl. BFH v. 11.3.2003 – IX R 76/99 aaO). Einnahmen und Ausgaben während der Besitzzeit der Anteile sind von dem Veräußerungsvorgang getrennt zu betrachten. Sie schlagen sich im Regelfall in den Einkünften aus Kapitalvermögen nieder (DJPW/PUNG/DÖRSCH, § 17 EStG Rn. 237).

b) Einzelfälle

Tausch: Beim Tausch (Gegenleistung in Form von Sachen, Rechten oder sonstigen bewertbaren Leistungen) ist als Veräußerungspreis der gemeine Wert des *erhaltenen* WG anzusetzen (BFH v. 28.10.2008 – IX R 96/07, BStBl. II 2009, 45; v. 6.4.2009 – IX B 204/08, BFH/NV 2009, 1262). Hierzu hält der BFH § 6 Abs. 6 im Rahmen von § 17 Abs. 2 – als einer an den §§ 4, 5 orientierten Gewinnermittlungsvorschrift eigener Art – ausdrücklich für anwendbar (vgl. BFH v. 6.4.2009 – IX B 204/08 aaO; zum Verhältnis § 17 zu § 6 Abs. 6 vgl. Anm. 30f.). Bei Erhalt von börsengängigen Wertpapieren kann der am Stichtag für sie im amtlichen Handel notierte niedrigste Kurs angesetzt werden (vgl. § 11 Abs. 1 BewG; FROTSCHER, § 17 Rn. 95). Der Veräußerungspreis bestimmt sich regelmäßig auch dann nach dem Kurswert der erlangten Aktien im Zeitpunkt der Veräußerung, wenn der Veräußerer der Beteiligung sich verpflichtet hat, die erlangten Aktien innerhalb einer Sperrfrist nicht zu veräußern (BFH v. 17.10.

171

1974 – IV R 223/72, BStBl, II 1975, 58; v. 22.1.2003 – VIII B 61/02, BFH/NV 2003, 755); Ausnahmen hiervon sind allenfalls denkbar, sofern bereits im Veräußerungszeitpunkt konkrete Anhaltspunkte für eine ungünstige Kursentwicklung der erlangten Aktien erkennbar sind (Schl.-Holst. FG v. 27.7.2005, EFG 2005, 1538, rkr., unter Hinweis auf BFH v. 17.10.1974 – IV R 223/72 aaO). Bei nicht notierten Anteilen an KapGes. ist der Wert nach Maßgabe des § 11 Abs. 2 BewG zu ermitteln (BFH v. 9.3.1994 – II R 39/90, BStBl. II 1994, 394). Dies gilt nach FG Rhld.-Pf. v. 12.5.2003 (DStRE 2003, 1454, rkr.) auch dann, wenn bei ausländ. Wertpapieren, die nicht im Inland notiert werden, kein Telefonkurs im inländ. Bankenverkehr vorliegt.

Offene Einlage: Bei einer Einlage der Anteile in eine KapGes. gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten ist Veräußerungspreis der gemeine Wert der gewährten Gesellschaftsrechte (BFH v. 7.7.1993 – VIII R 54/88, BStBl. II 1993, 331; LBP/HÖRGER/RAPP, § 17 Rn. 248). Als Veräußerungspreis ist im Fall einer Sacheinlage von börsennotierten Aktien gegen Gewährung von nicht börsennotierten GmbH-Anteilen (Tausch) der gemeine Wert (§ 11 Abs. 2 BewG) der erhaltenen (nicht börsennotierten) GmbH-Anteile und nicht der Kurswert (§ 11 Abs. 1 BewG) der hingegebenen (börsennotierten) Aktien anzusetzen (BFH v. 6.4.2009 – IX B 204/08, BFH/NV 2009, 1262).

Zwangsversteigerung: Bei Zwangsversteigerungen ist der Versteigerungserlös maßgebend (BFH v. 10.12.1969 – I R 43/67, BStBl. II 1970, 310).

Vorbehaltene, noch nicht entstandene Dividendenansprüche: Die Abgrenzung zwischen Veräußerungspreis und Gewinnausschüttung ist betreffend Vergütungen für – nicht entstandene – Dividendenansprüche uE dahingehend vorzunehmen, dass letztere als Bestandteil des Veräußerungspreises in die Gewinnermittlung nach § 17 einzubeziehen sind (vgl. dazu BFH v. 17.10.2001 – I R 111/00, BFH/NV 2002, 628).

2. Unangemessener Preis

172 a) Allgemeines

Ausgangspunkt für die Besteuerung ist der bürgerlich-rechtl. vereinbarte Kaufpreis. Das gilt auch dann, wenn er vom Marktpreis abweicht, weil unterschiedliche Motive und Marktpositionen auch unter Fremden zu einer vom Marktpreis abweichenden Gegenleistung führen können, zB weil die Anteile von den übrigen Gesellschaftern der KapGes. erworben werden und diese den Veräußerer als lästigen Gesellschafter empfinden (DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 175). Dementsprechend kann vom Grundsatz her auch ein unangemessener Preis nicht über eine Angemessenheitsfiktion korrigiert werden. Anders ist dies aber dann, wenn der unangemessene Preis durch eine außerhalb des eigentlichen Veräußerungsvorgangs liegende Motivation (zB privater oder gesellschaftsrechtl. Natur) verursacht wird, zB weil zwischen Veräußerer und Erwerber ein Interessengleichlauf (zB zwischen Angehörigen oder verbundenen KapGes.) besteht. Bei einem unangemessen niedrigen Entgelt ist in diesem Fall zunächst festzustellen, ob eine gemischte Schenkung vorliegt. Diese ist nicht über eine fingierte Korrektur des Veräußerungspreises zu behandeln, sondern durch Aufteilung in einen entgeltlichen und unentgeltlichen Teil (vgl. dazu Anm. 80 „Bei teilentgeltlicher Übertragung“).

b) Verdeckte Einlagen

173

Kapitalgesellschaft: Verkauft der Stpfl. eine steuerverstrickte Beteiligung iSd. Abs. 1 Satz 1 an eine KapGes., an der er beteiligt ist, zu einem unangemessen niedrigen Preis und beruht der Preisnachlass auf dem Gesellschaftsverhältnis, liegt in Höhe des Nachlasses eine verdeckte Einlage vor (s. Anm. 140 f.). Diese ist seit dem VZ 1992 ausdrücklich einer entgeltlichen Zuwendung gleichgestellt (SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 139) und mit dem gemeinen Wert der übertragenen Anteile im Zeitpunkt der Einlage zu bewerten (Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2). Die Ermittlung des gemeinen Werts ist nach § 11 BewG vorzunehmen, dh. bei nicht börsennotierten Gesellschaften idR nach den Bewertungsregeln des § 11 Abs. 2 Sätze 2–4 BewG (Ertragswertverfahren), wonach die Wertfindung auch mittels eines vereinfachten Ertragswertverfahrens nach §§ 199–203 BewG erfolgen kann (Einzelheiten vgl. Anm. 51). Das Gleiche gilt, wenn die Beteiligung nicht unmittelbar an die eigene KapGes. veräußert wird, sondern zu einem unangemessen niedrigen Preis an eine dieser nahe stehende Person (Tochtergesellschaft oder Schwestergesellschaft).

Rückgewähr: Bei zeitnaher Rückgewähr des Veräußerungspreises oder eines Teils davon kann evtl. ein Rechtsmissbrauch (§ 42 AO) angenommen werden (BFH v. 13.10.1992 – VIII R 3/89, BStBl. II 1993, 477).

c) Verdeckte Gewinnausschüttung

174

Veräußert der Anteilseigner eine Beteiligung an eine KapGes., an der er beteiligt ist, zu einem überhöhten Preis, kann dies zu einer vGA führen (BFH v. 12.2.1980 – VIII R 114/77, BStBl. II 1980, 494). In Höhe der vGA verringert sich der Veräußerungspreis, weil der Vorteil aus der vGA den Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 zuzuordnen ist. Diese Einordnung nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 geht der Erfassung gem. § 17 vor (§ 17 Abs. 4 Satz 3).

Je nach Veranlassung wirkt sich ein erhöhter Kaufpreis wie folgt aus:

Beispiel 1: G1 ist an einer A-GmbH zu 50 % beteiligt. Die B-GmbH, an der G1 zu 100 % beteiligt ist, kauft ihm die Beteiligung an der A zu einem überhöhten Preis ab. Die Überhöhung beträgt 100.

Der überhöhte Teil (100) der Gegenleistung ist gesellschaftlich veranlasst und ist daher als vGA der B-GmbH an G1 zu qualifizieren. Sie ist nicht Teil des Veräußerungsgewinns, sondern unterliegt bei G1 der Besteuerung nach § 20.

Beispiel 2: An der A-GmbH sind G1, G2 und G3 zu je $\frac{1}{3}$ beteiligt. G1 ist den beiden anderen lästig. Deshalb kauft die A-GmbH die Anteile des G1 auf. Der überhöhte Teil des Kaufpreises beträgt wiederum 100.

Die Zahlung des überhöhten Preises durch die A-GmbH erfolgt uE ausschließlich im Interesse von G2 und G3 und ist insoweit gesellschaftlich veranlasst. Der überhöhte Teil der Gegenleistung stellt daher eine vGA der A-GmbH an G2 und G3 dar. Dagegen liegt hier keine vGA an G1 vor, da er den überhöhten Preis lediglich als Reflex der gegenüber G2 und G3 gesellschaftlich veranlassten Zuwendung erhält (aA wohl BFH v. 16.2.1977 – I R 163/75, BStBl. II 1977, 572; wie hier SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 141). Bei ihm gehört der überhöhte Teil deshalb zum Veräußerungsgewinn iSd. § 17.

Einstweilen frei.

175–179

3. Auswirkungen der Zahlungsweise**a) Fester Kaufpreis**

180

Der Veräußerungspreis ist leicht feststellbar, wenn eine feste, bald zu erbringende Gegenleistung vereinbart wird.

Bargeld: Wird die Gegenleistung in Bargeld gezahlt, ist der Nennbetrag anzusetzen.

Bei Forderungen ist der gemeine Wert der Forderung maßgebend. Dieser ist nach § 12 BewG zu ermitteln. IdR ist deshalb der jeweilige Nennwert anzusetzen. Etwas anderes gilt dann, wenn der gemeine Wert wegen besonderer Umstände niedriger oder höher ist. Dies ist der Fall, wenn die Forderung nicht, niedrig- oder hochverzinslich ist. In diesem Fall ist der gemeine Wert durch Auf- oder Abzinsung zu ermitteln (s. Anm. 181 zu „unverzinslicher Stundung“). Eine Abweichung vom Nennwert ist auch möglich, wenn die Kaufpreisforderung über eine ausländ. Währung lautet und Kursschwankungen im Stundungszeitraum zu erwarten sind (BFH v. 19.1.1978 – IV R 61/73, BStBl. II 1978, 295). Maßgebend für die Bewertung der Forderung ist stets der Zeitpunkt der Veräußerung, wobei das Prinzip der Wertaufhellung gilt. Kommt es später zu einem (teilweisen) Ausfall der Forderung, erfolgt eine rückwirkende Korrektur des Veräußerungsgewinns (vgl. Anm. 166).

Fremdwährung: Wird der Veräußerungspreis in einer ausländ. Währung bemessen, ist der Wechselkurs zum Zeitpunkt der Veräußerung (Stichtag) für die Umrechnung zugrunde zu legen (BFH v. 2.4.2008 – IX R 73/04, BFH/NV 2008, 1658).

181 b) Stundung, Ratenzahlung

Stundung bedeutet, dass der vereinbarte Kaufpreis erst zu einem späteren Zeitpunkt fällig wird. Da das Zuflussprinzip (§ 11) im Rahmen des § 17 nicht gilt, ist trotz der späteren Zahlung der Tag der Veräußerung der maßgebende Realisationszeitpunkt. Als Veräußerungspreis ist der Wert der Kaufpreisforderung anzusetzen.

Bei unverzinslicher Stundung ist zu differenzieren: Beträgt die Laufzeit ein Jahr oder weniger, ist die Kaufpreisforderung gem. § 12 Abs. 3 BewG mit dem Nennbetrag anzusetzen. Bei einer Laufzeit von über einem Jahr hat nach § 12 Abs. 3 BewG eine Abzinsung zu erfolgen (FROTSCHER, § 17 Rn. 93; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 182 f.). Die Kaufpreisforderung ist in einen Tilgungsanteil und einen Zinsanteil aufzuspalten (BFH v. 21.10.1980 – VIII R 190/78, BStBl. II 1981, 160; v. 24.4.1991 – XI R 5/83, BStBl. II 1991, 793). Der Tilgungsanteil ist der Veräußerungspreis iSd. § 17, der Zinsanteil führt zu Einnahmen aus Kapitalvermögen im Zeitpunkt der Zahlung (BFH v. 21.10.1980 – VIII R 190/78, BStBl. II 1981, 160; bei § 20 gilt das Zuflussprinzip). Für die Berechnung des Zinsanteils ist ein Rechnungszinsfuß von 5,5 % zugrunde zu legen. Den Vertragsparteien steht jedoch die Möglichkeit offen, von einem höheren Prozentsatz auszugehen (BFH v. 21.10.1980 – VIII R 190/78 aaO).

Bei einer verzinslichen Stundung ist der Nennwert maßgebend. Die gezahlten Zinsen gehören nicht zum Veräußerungspreis iSd. § 17, sondern zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen (LBP/HÖRGER, § 17 Rn. 247). Ist die gestundete Forderung besonders hoch oder niedrig verzinslich, ist eine vom Nennwert abweichende Bewertung vorzunehmen (§ 12 Abs. 1 Satz 2 BewG). Niedrige Verzinsung in diesem Sinne ist eine unter 3 %, die hohe Verzinsung liegt über 9 % (vgl. R 109 Abs. 2 ErbStR sowie BMF v. 15.9.1997, BStBl. I 1997, 832).

Ratenzahlung: Unter Ratenzahlung versteht man die Tilgung des Kaufpreises in Raten anstelle der Zahlung in einer Summe. Bei der Bewertung der Forderung als Veräußerungspreis gilt das zur Stundung Gesagte entsprechend. Auch hier hat ggf. eine Abzinsung zu erfolgen.

c) Wiederkehrende Bezüge

Wiederkehrende Bezüge sind wagnisbehaftete Bezüge wie zB Leibrenten, Gewinn- und Umsatzbeteiligungsrenten, private Versorgungsrenten sowie Bezüge, die der Versorgung des Veräußerers dienen (vgl. GROSSMANN/LÜCKHARDT, Inf. 1996, 737 mit Rechenbeispiel). Wenn die KapGesAnteile gegen Zahlung wiederkehrender Bezüge übertragen werden, muss zunächst festgestellt werden, ob der Vorgang voll-, teil- oder unentgeltlich war (vgl. dazu im Einzelnen TIPKE/LANG, StRecht, 20. Aufl. 2010, § 9 Rn. 523 ff.; BMF v. 23.12.1996, BStBl. I 1996, 1508). Maßgebend ist, ob die Höhe der Bezüge nach kaufmännischen Gesichtspunkten bemessen wurde oder nicht. Dabei ist auf das Verhältnis zwischen Barwert der Bezüge und der übertragenen Beteiligung abzustellen.

► *Kaufmännische Gesichtspunkte:* Wurde die Höhe des Entgelts nach wirtschaftlichen Aspekten bemessen, ist die Übertragung der Anteile stets entgeltlich. Als Veräußerungspreis iSd. Abs. 2 ist der Barwert der zugesagten Bezüge anzusetzen.

Beispiele: Gewinn- bzw. Umsatzbeteiligungsrenten, Leibrenten (auf Lebenszeit oder abgekürzt auf 10 Jahre).

► *Familiäre Gesichtspunkte:* Wurde die Höhe dagegen nach familiären Gesichtspunkten bemessen, ist die Übertragung der Anteile idR eine gemischte Schenkung und damit nur teilentgeltlich. Diese ist nach der sog. Trennungstheorie in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Übertragungsteil aufzuspalten (LBP/HÖRGER/RAPP, § 17 Rn. 249).

Beispiel: Zusage einer Leibrente.

Die Übertragung gegen Versorgungsleistungen bei vorweggenommener Erbfolge gilt grundsätzlich als voll unentgeltlicher Vorgang. Werden dabei aber Abstands- oder Gleichstellungsgelder gezahlt oder Verbindlichkeiten übernommen, ist insoweit ein Entgelt gegeben.

Besteuerung und Wahlrecht: Der Veräußerer hat ein Wahlrecht hinsichtlich der Besteuerung von wiederkehrenden Bezügen (R 17 Abs. 7 Satz 2 iVm. R 16 Abs. 11 EStR 2008). Er kann entscheiden, ob er die Sofortversteuerung im VZ der Gewinnentstehung wählt oder ob er die wiederkehrenden Bezüge im Zeitpunkt ihres Zuflusses versteuern möchte.

► *Wahl der Sofortversteuerung:* Bei der Sofortversteuerung ist als Veräußerungspreis der Barwert der Rentenzusage anzusetzen. Der ermittelte Veräußerungsgewinn ist Freibetragsbegünstigt (SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX, § 17 Rn. 205; zu Berechnungsbeispielen insbes. auch zur Anwendung des Teileinkünfteverfahrens BMF v. 3.8.2004, BStBl. I 2004, 1187). Der Barwert wird gem. §§ 13 ff. BewG ermittelt. Dabei ist regelmäßig von einem Zinsfuß von 5,5 % auszugehen. Ein höherer Zinsfuß ist auch hier zulässig (s. Anm. 181 zur Stundung). Die laufenden Rentenzahlungen sind in einen Tilgungs- und Zinsanteil aufzuspalten (BFH v. 17.12.1991 – VIII R 80/87 aaO). Der Tilgungsanteil ist steuerneutral; er wird auf den Veräußerungsgewinn gezahlt, der bereits bei seiner Entstehung besteuert wurde. Der Zinsanteil ist dagegen im Zeitpunkt des Zuflusses nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 estpfl. Bei Veräußerungsleibrenten liegt statt eines Zinsanteils ein nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a stpfl. Ertragsanteil vor.

► *Wahl der Zuflussversteuerung:* Entscheidet sich der Veräußerer für eine Versteuerung bei Zufluss, muss ebenfalls eine Aufspaltung in einen Tilgungs- und Ertrags-/Zinsanteil erfolgen.

BFH v. 26.11.1992 – X R 187/87, BStBl. II 1993, 298; v. 25.11.1992 – X R 34/89, BStBl. II 1996, 663; für Veräußerungen ab dem 1.1.2004 auch BMF v. 3.8.2004, BStBl. I 2004, 1187; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 206.

Der Ertrags-/Zinsanteil ist im Zeitpunkt der Zahlung nach § 22 bzw. 20 und damit in voller Höhe steuerbar (s.o.). Der Tilgungsanteil ist mit den AK und Veräußerungskosten zu verrechnen. Wenn die Summe der zugeflossenen Tilgungsanteile diese Beträge übersteigt, sind die übersteigenden Bezüge im Jahr des Zuflusses als nachträgliche Einkünfte aus Gewerbebetrieb iSv. § 17 iVm. §§ 15, 24 Nr. 2 im Teileinkünfteverfahren (vgl. Anm. 1, 7 und 27) zu versteuern (BMF v. 3.8.2004, BStBl. I 2004, 1187), dh. es ist jeweils auf 60 % der Tilgungsanteile, AK sowie Veräußerungskosten abzustellen. Für die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens ist der Zeitpunkt der Anteilsveräußerung entscheidend. Erfolgte die Veräußerung nach dem Recht vor StSenkG, sind auch die ab dem Jahr 2002 zufließenden nachträglichen Leistungen nach diesem Recht, dh. in voller Höhe zu versteuern (OFD Frankfurt v. 28.5.2003, DStR 2003, 1396; OFD Magdeburg v. 23.6.2004, FR 2004, 1081; aA KIRCHHOF/GOSCH IX. § 17 Rn. 77). Der Freibetrag nach Abs. 3 kann nicht gewährt werden (KORN/STRAHL, § 17 Rn. 112; LBP/HÖRGER, § 17 Rn. 285; ebenso BFH v. 19.8.1999 – IV R 67/98, BStBl. II 2000, 179 [182] zu § 16; aA BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 185, 237).

Der Tod des Rentenberechtigten vor Ablauf der Höchstlaufzeit führt bei Zuflussversteuerung zur Beendigung der Erfassung nachträglicher Einkünfte iSd. § 24. Würde dagegen die Sofortbesteuerung gewählt, wird der als Veräußerungspreis angesetzte Barwert nicht rückwirkend nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO geändert, da es sich nicht um eine Störung der Abwicklung handelt, sondern um ein bereits im Veräußerungsgeschäft angelegtes Risiko (BFH v. 19.8.1999 – IV R 67/98, BStBl. II 2000, 179 [182], zu § 16).

183 d) Verbindung von festem Kaufpreis mit wiederkehrenden Bezügen

Setzt sich der Veräußerungspreis aus einem festen Barbetrag und wiederkehrenden Bezügen zusammen, dann sind beide Entgeltteile für sich zu beurteilen. Der Gesamtwert bildet den Veräußerungserlös (BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 187). Vgl. § 16 Anm. 219.

184 4. Änderung des Veräußerungspreises

Änderungen des Veräußerungspreises mit Rückwirkung auf den ursprünglichen Veräußerungs- bzw. Realisationszeitpunkt sind zB in folgenden Fällen möglich:

- ▶ *Ausfall der Kaufpreisforderung* – ganz oder teilweise – (BFH v. 19.7.1993 – GrS 2/92, BStBl. II 1993, 897);
- ▶ *Anfechtung* des der Übertragung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts (§§ 119, 123 BGB);
- ▶ *Rücktritt* vom Kaufvertrag. Abs. 2 fordert, dass jede nach der Veräußerung eintretende Veränderung beim ursprünglich vereinbarten Veräußerungspreis oder beim Veräußerungstatbestand so lange und so weit auf den Zeitpunkt der Veräußerung zurückzubeziehen ist, wie der Erwerber seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises nicht nachgekommen ist. Es ist ohne Bedeutung, ob er seine Leistung aus tatsächlichen oder rechtl. Gründen nicht (mehr) erbringen kann bzw. zu erbringen braucht (BFH v. 21.12.1993 – VIII R 69/88, BStBl. II 1994, 648). Dass der Rücktritt zivilrechtl. nur ex nunc wirkt, ist für die strechtl. Wertung ohne jede Bedeutung. Unerheblich ist auch, ob die Rückabwicklung

mit dem Ersterwerber stattfindet oder mit einem anderen, der den Übertragungsvertrag vom Ersterwerber übernommen hat. Die spätere Rückübertragung kann für den Ersterwerber selbst wiederum eine Veräußerung iSd. § 17 darstellen (BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424);

- ▶ *Eintritt einer auflösenden Bedingung*, auf Grund derer der Erwerber den Kaufpreis nicht mehr zahlt oder einen bereits erbrachten zurückerhält;
- ▶ *nachträgliche Herabsetzung oder Erhöhung der Gegenleistung* (durch außergerichtlichen Vergleich oder Urteil oder Nachverhandlungen, zB auf Grund geltend gemachter Rechts- oder Sachmängel, oder auf Grund einer Teilanfechtung, BFH v. 21.12.1993 – VIII R 69/88 aaO; v. 27.9.1994 – VIII B 21/94, DStR 1995, 97);
- ▶ *Rückabwicklungsverträge*, wenn eine oder mehrere Leistungen (zB Kaufpreis) aus Gründen zurückzugewähren sind, die jeweils im ursprünglichen Kaufvertrag selbst angelegt sind (BFH v. 19.8.2003 – VIII R 67/02, BStBl. II 2004, 107). Eine solche Rückabwicklung kann stl. rückwirkend auch aus einem außergerichtlichen Vergleich folgen;
- ▶ *Wechselkursänderung bei Fremdwährungsforderung* zwischen Zahlungszeitpunkt und Realisationszeitpunkt (BFH v. 12.2.1980 – VIII R 114/77, BStBl. II 1980, 494; FG München v. 30.9.1997, EFG 1998, 461, rkr.);
- ▶ *veränderte Werthaltigkeit der Forderung*, die als Gegenleistung für die Gewährung der Anteile erbracht wurde;
- ▶ *wagnisbehaftete Bezüge*, die von der künftigen Umsatz- oder Gewinnentwicklung abhängen (BFH v. 27.9.1994 – VIII B 21/94 aaO).

Zeitpunkt der Berücksichtigung von Preisänderungen: vgl. Anm. 166.

III. Veräußerungskosten

1. Begriff und Zeitpunkt der Berücksichtigung

185

Begriff: Veräußerungskosten sind nach der Rspr. des BFH nur diejenigen Aufwendungen, die in einer unmittelbaren sachlichen Beziehung zu einem tatsächlich erfolgten Veräußerungsgeschäft stehen (BFH v. 18.8.1992 – VIII R 13/90, BStBl. II 1993, 34; v. 1.12.1992 – VIII R 43/90, BFH/NV 1993, 520; v. 17.4.1997 – VIII R 47/95, BStBl. II 1998, 102) und die nach der Natur der Sache oder nach den Vereinbarungen von dem Veräußerer zu tragen sind (BFH v. 2.10.1984 – VIII R 36/83, BStBl. II 1985, 320). Der Begriff der Veräußerungskosten soll daher der gleiche sein wie in §§ 6b, 16 (vgl. dazu zB § 16 Anm. 320). Zu Recht kritisiert das Schrifttum dies als zu eng (SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 150; LBP/HÖRGER, § 17 Rn. 270; KORN/STRAHL, § 17 Rn. 78). Die Auffassung des BFH widerspricht der Einordnung des Veräußerungsgewinns nach § 17 als gewerblich; die Veräußerungskosten sind daher der Sache nach BA im Hinblick auf § 17, so dass insoweit das – weitergehende, weil auch mittelbare Aufwendungen erfassende – Veranlassungsprinzip gelten muss. Die mit § 16 gleichlaufende Auslegung befriedigt nicht, weil die entsprechenden Aufwendungen bei § 16 zwar nicht im Rahmen der Ermittlung des Veräußerungsgewinns, dafür aber als laufende BA abziehbar sind (was den Stpfl. wegen der GewSt. begünstigt, vgl. SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 150). Bleiben die Kosten gänzlich nicht abziehbar, kollidiert dies uE mit dem objektiven Nettoprinzip, das der BFH gerade auch im Bereich des § 17 verstärkt zur Begründung herangezogen hat (BFH v. 24.4.1997 – VIII R 23/93, BStBl. II 1999, 342). Zum Teil wird deshalb eine – von den in Abs. 2 aufgeführten Begrif-

fen Veräußerungspreis, Veräußerungskosten und AK losgelöste – weitere abziehbare Kategorie der „Beteiligungskosten“ befürwortet (SCHMIDT, StuW 1996, 300; WEBER-GRELLET, DStR 1998, 1617 [1621 f.] mwN; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 132). Zu den Veräußerungskosten rechnen zB die Übertragungskosten für die Anteile (BFH v. 18.8.1992 – VIII R 13/90, BStBl. II 1993, 34), Beratungskosten, Kosten für Anzeigen, Bankspesen, Provisionen, Notar- und Anwaltskosten, durch den Veräußerungsvorgang selbst entstehende Verkehrsteuern (vgl. BFH v. 27.10.1977 – IV R 60/74, BStBl. II 1978, 100). Veräußerungskosten können im Einzelfall abzugrenzen sein gegen nachträgliche AK (dazu Anm. 200 ff.).

Zeitpunkt der Berücksichtigung der Änderung von Veräußerungskosten: Es gelten die Ausführungen zur Kaufpreisänderung entsprechend (Anm. 184).

186 2. Einzelheiten

Kosten für eine fehlgeschlagene Veräußerung sind nicht abziehbar im Rahmen des § 17, wenn es nicht zur Veräußerung kommt (BFH v. 17.4.1997 – VIII R 47/95, BStBl. II 1998, 102). Der BFH ordnet sie zwar begrifflich den Veräußerungskosten zu (BFH v. 17.4.1997 – VIII R 47/95, BStBl. II 1998, 102, II.3), lässt den Abzug aber mangels einer den Besteuerungstatbestand auslösenden Veräußerung nicht zu. In der Entscheidung hat der BFH offen gelassen, ob sie bei einer späteren Veräußerung abgezogen werden könnten. Das FG Ba.-Württ. hat sich im Ergebnis für eine Abziehbarkeit ausgesprochen, die Aufwendungen seien zwar nicht Veräußerungskosten, aber AK auf die Anteile (FG Ba.-Württ. v. 19.12.2008, EFG 2009, 473, rkr.; in der Begründung anders KORN/STRAHL, § 17 Rn. 79).

Abfindungen an Dritte können nur dann Veräußerungskosten iSd. Abs. 2 sein, wenn sie in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Veräußerungsvorgang und dem Eingehen der Verpflichtung stehen (BFH v. 2.10.1984 – VIII R 36/83, BStBl. II 1985, 320; FG München v. 13.3.1991, EFG 1992, 19, rkr.).

Zinsen, die für die Anschaffung einer Beteiligung an einer KapGes. oder zur Finanzierung zusätzlicher AK durch einen Kredit anfallen, sind weder AK (s. Anm. 193 zu Kreditkosten) noch Veräußerungskosten. Sie stellen WK dar, die bei den Einkünften aus § 20 Abs. 1 Nr. 1 abzuziehen sind, soweit auf Dauer ein Einnahmenüberschuss zu erwarten ist (BFH v. 19.1.1993 – VIII R 74/91, BFH/NV 1993, 714; v. 21.7.1981 – VIII R 154/76, BStBl. II 1982, 37). In die hierbei anzustellende Renditebetrachtung bzw. Überschussprognose gehen nicht nur die Einnahmen aus § 20, sondern auch zu erwartende stpfl. Wertsteigerungen der Beteiligung bzw. stpfl. Veräußerungsgewinne nach § 17 oder § 23 ein (BFH v. 25.7.2000 – VIII R 35/99, DStR 2001, 14 [17]). Ein Abzug kommt auch dann in Betracht, wenn tatsächlich keine positiven Einkünfte nach § 20 oder § 17 anfallen, sofern der Stpfl. mit Einkunftserzielungsabsicht handelt; letztere wird vermutet, solange persönliche Gründe oder Neigungen als Motiv für den Erwerb und die Aufrechterhaltung der Beteiligung nicht festgestellt sind (BFH v. 21.1.2004 – VIII R 2/02, BStBl. II 2004, 551; aA noch FG München v. 10.12.2001, EFG 2002, 615, rkr.). Zinsen für die Anschaffung einer Beteiligung iSv. § 17 waren nach bisheriger Rspr. regelmäßig nur bis zur Veräußerung der Beteiligung oder bis zum Eintritt der Vermögenslosigkeit bzw. bis zur Löschung der KapGes. im Handelsregister als WK bei den Einkünften aus Kapitalvermögen abziehbar (vgl. BFH v. 4.12.2007 – VIII R 14/05, BFH/NV 2008, 745; v. 21.1.2004 – VIII R 2/02 aaO; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 152).

Durch die Absenkung der Beteiligungsgrenze hat sich diesbezüglich aber eine veränderte Situation ergeben. Für die Gesetzesfassung ab 1999 (10 % Beteiligungserfordernis) hat der BFH seine Rspr. dahingehend geändert, dass auch nachträglich anfallende Zinsen entsprechend der Behandlung im betrieblichen Bereich bei § 20 abziehbar sind (BFH v. 16.3.2010 – VIII R 20/08, DSrR 2010, 1472, noch offen gelassen in BFH v. 12.9.2007 – VIII R 38/04, BFH/NV 2008, 37).

Kurssicherungsgeschäfte, die der Absicherung des Kaufpreises in einer Fremdwährung dienen, sind für die Bestimmung des Veräußerungspreises irrelevant (BFH v. 2.4.2008 – IX R 73/04, BFH/NV 2008, 1658). Die Kurssicherung bildet ein selbständiges Rechtsgeschäft und ist als solches ein getrennt zu beurteilender wirtschaftlicher Sachverhalt, der ggf. § 23 unterfällt.

Vorweggenommene Veräußerungskosten sind auch dann abzuziehen, wenn sie bereits im VZ vor der Entstehung des Veräußerungsgewinns angefallen sind (BFH v. 6.10.1993 – I R 97/92, BStBl. II 1994, 287). Die unmittelbare sachliche Beziehung setzt nicht lediglich eine zeitliche Nähe zur Veräußerung voraus; notwendig ist auch eine bereits konkrete Veräußerungsabsicht. Ausgaben, die diese Absicht erst begründen, dh. „Entscheidungsfindungskosten“ stellen – jedenfalls nach der engen Auffassung der Rspr. – keine Veräußerungskosten iSd. Abs. 2 dar (FG Münster v. 9.5.1989, EFG 1989, 459, rkr.).

Einstweilen frei.

187–189

IV. Anschaffungskosten der veräußerten Beteiligung

1. Begriff der Anschaffungskosten

a) Allgemeine Grundsätze

190

Anschaffung: Unter Anschaffung versteht man den derivativen entgeltlichen Erwerb eines bestehenden WG (BFH v. 13.1.1993 – X R 53/91, BStBl. II 1993, 346).

Grundlegender Gesetzesmaßstab: Der allgemeine AKBegriff iSd. § 17 Abs. 2 ist der gleiche wie in § 6 (zum allgemeinen AKBegriff s. § 6 Anm. 281 f.). Als grundlegender gesetzlicher Maßstab hierfür wird zunächst § 255 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 HGB herangezogen (BFH v. 8.4.1998 – VIII R 21/94, BStBl. II 1998, 660).

Begrenzung durch Werbungskosten: Begrenzt wird der AKBegriff gesetzes-systematisch vor allem durch den WKAbzug nach Maßgabe von § 9 Abs. 1 Satz 1. Unter AK iSd. § 17 sind daher alle Beträge zu verstehen, die der Veräußerer für den Erwerb seiner (zu veräußernden) Beteiligung aufwenden musste, sofern es sich nicht um Veräußerungskosten oder WK handelt (vgl. zB BFH v. 9.10.1979 – VIII R 67/77, BStBl. II 1980, 116; v. 27.10.1992 – VIII R 87/89, BStBl. II 1993, 340; HOFFMANN, GmbHR 1997, 1140). Sie umfassen neben dem ursprünglichen Anschaffungspreis die Anschaffungsnebenkosten und die nachträglichen Aufwendungen auf die Beteiligung (nachträgliche AK, Anm. 200 f.). Die Behandlung als (nachträgliche) AK setzt also immer voraus, dass die vorrangige Frage nach der Zulässigkeit eines WKAbzugs verneint wird. Es besteht mit anderen Worten ein Vorrang des WKAbzugs gegenüber der Behandlung als (nachträgliche) AK. Zur Abgrenzung von WK bei § 20 und nachträglichen AK iSd. § 17 BFH v. 2.5.2001 – VIII R 32/00, BStBl. II 2001, 668 mwN; vgl. auch BFH v. 21.1.2004 – VIII R 2/02, BStBl. II 2004, 551; zur Abgrenzung zwischen WK aus einem Arbeitsverhältnis bei Einkünften aus § 19 und Wertverlust einer

Beteiligung mit Ausführungen zu den entscheidungserheblichen Kriterien bzw. Indizien vgl. FG Berlin-Brandenb. v. 22.10.2008, 1 K 6139/05 B, EFG 2009, 327, rkr.

Weite Auslegung des BFH im Sinne des objektiven Nettoprinzips: Abgesehen von der Aussonderung der WK ist der Begriff der AK iSd. Abs. 2 nach der Rspr. des BFH aber weit auszulegen (zB BFH v. 27.10.1992 – VIII R 87/89, BStBl. II 1993, 340; v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339; v. 24.4.1997 – VIII R 23/93, BStBl. II 1999, 342). Danach sind AK alle Aufwendungen, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sind und die weder zu den Veräußerungskosten noch zu den WK bei den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören (vgl. zB BFH v. 10.11.1998 – VIII R 6/96, BStBl. II 1999, 348 unter II.3.a; v. 2.5.2001 – VIII R 32/00, BStBl. II 2001, 668 mwN).

Die weite Auslegung des AKBegriffs dient der Verwirklichung des objektiven Nettoprinzips: Nach dem Wortlaut des Abs. 2 können nur Anschaffungs- und Veräußerungskosten gewinnmindernd berücksichtigt werden. Andererseits erfordert das objektive Nettoprinzip eine möglichst umfassende Berücksichtigung aller Aufwendungen, die durch die Beteiligung (als Basis der Einkunftserzielung) veranlasst sind (vgl. allg. TIPKE/LANG, StRecht, 20. Aufl. 2010, § 9 Rn. 54 f.). Diese können aber nur dann in die Einkunftsermittlung des § 17 eingehen, wenn man – wie der BFH – den Begriff der AK und/oder Veräußerungskosten weit auslegt oder – wie Teile des Schrifttums (SCHMIDT, StuW 1996, 300; WEBER-GRELLET, DStR 1998, 1617 [1621 f.] mwN; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 132; aA GSCHWENDTNER, DStR 1999, Beihefter 32, 4) – eine Lücke in der Einkunftsermittlungsregel des Abs. 2 ausmacht, die durch die Schaffung von „abziehbaren Beteiligungskosten“ geschlossen werden soll. UE ist der Weg über die im Gesetz nicht genannten Beteiligungskosten vorzugswürdig. Die Berücksichtigung aller Aufwendungen, die mit der Einkunftserzielung zusammenhängen, gehört zu den zentralen Prinzipien der Einkunftsermittlung nach dem EStG. Dem wird der enge Wortlaut des Abs. 2 nicht gerecht, ohne dass ein entsprechender Plan des Gesetzgebers, bestimmte beteiligungsveranlasste Kosten nicht zum Abzug zuzulassen, ersichtlich wäre. Es muss daher von einer Lücke ausgegangen werden, die durch den Abzug der genannten Beteiligungskosten geschlossen wird. Damit wird nicht nur eine – auf § 17 beschränkte – Überdehnung des AKBegriffs vermieden, sondern idR auch ein angemesseneres Ergebnis erzielt. Solange der BFH diese Beteiligungskosten nicht anerkennt, ist seine weite Auslegung des AKBegriffs vom Ergebnis her allerdings nachdrücklich zu begrüßen.

Möglichkeit nachträglicher Anschaffungskosten: Aus der vorgeschilderten weiten Auslegung des AKBegriffs als alle durch das Gesellschaftsverhältnis veranlassten Aufwendungen folgt vor allem die Möglichkeit der Anerkennung nachträglicher AK für die Beteiligung an der KapGes. Entfallen die Voraussetzungen für den WKAbzug ab einem bestimmten Zeitpunkt, so bleibt eine gewinnmindernde Berücksichtigung von beteiligungsveranlassten Aufwendungen als nachträgliche AK im Rahmen des Abs. 2 möglich. Wendet ein Gesellschafter beispielsweise Schuldzinsen zu einem Zeitpunkt auf, in dem die Auflösung der KapGes. bereits beschlossen worden ist und in dem weder mit Ausschüttungen noch mit Wertsteigerungen der Beteiligung mehr gerechnet werden kann (negative Totalüberschussprognose), können sie nur noch im Rahmen des § 17 als nachträgliche AK berücksichtigt werden (BFH v. 2.5.2001 – VIII R 32/00, BStBl. II 2001, 668 mwN). Weitere Einzelheiten zu den nachträglichen AK s. unter Anm. 200 f.

b) Drittaufwand

191

Nichtabzug von Drittaufwand (Grundsatz): Nach dem Grundsatz der Besteuerung nach der persönlichen Leistungsfähigkeit kann nur eigener, nicht sog. Drittaufwand abgezogen werden (BFH v. 23.8.1999 – GrS 2/97, BStBl. II 1999, 782). Aufwendungen eines Nichtgesellschafters (Dritten) auf die Beteiligung eines Gesellschafters dürfen daher auch im Rahmen des Abs. 2 den Gewinn grundsätzlich nicht mindern (grundlegend für § 17 vgl. BFH v. 12.12.2000 – VIII R 52/93, BStBl. II 2001, 286 mwN; v. 12.12.2000 – VIII R 62/93, BStBl. II 2001, 234; v. 12.12.2000 – VIII R 22/92, BStBl. II 2001, 385).

Zurechenbarer Drittaufwand als Anschaffungskosten (Ausnahme): Davon abweichend kann ein Gesellschafter bzw. Stpfl. Drittaufwand ausnahmsweise dann einkünftermindernd für sich als AK geltend machen, wenn ihm die Aufwendungen des Dritten als eigene Aufwendungen zugerechnet werden können (grundlegend für § 17 vgl. BFH v. 12.12.2000 – VIII R 52/93, BStBl. II 2001, 286 mwN; v. 12.12.2000 – VIII R 62/93, BStBl. II 2001, 234; v. 12.12.2000 – VIII R 22/92, BStBl. II 2001, 385; zur Umsetzung in der Verwaltungspraxis ausführlich OFD Kiel v. 28.8.2001, FR 2001, 1125; OFD Erfurt v. 30.7.2001, DB 2001, 1966; OFD Düss. v. 17.12.2001, FR 2002, 112). Hierunter fallen insbesondere der abgekürzte Zahlungsweg (s. BFH v. 23.8.1999 – GrS 2/97, BStBl. II 1999, 782; v. 2.12.1999 – IX R 45/95, BStBl. II 2000, 310; v. 2.12.1999 – IX R 21/96, BStBl. II 2000, 312; TIPKE/LANG, StRecht, 20. Aufl. 2010, § 9 Rn. 225 f.) und der abgekürzte Vertragsweg (s. TIPKE/LANG aaO § 9 Rn. 225 ff. mwN). Weitere Einzelheiten s. Voraufgabe.

c) Beschränkter Abzug nach § 3c Abs. 2

192

Grundsatz: Als Gegenstück zu § 3 Nr. 40 sind im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens gem. § 3c Abs. 2 Satz 1 die Aufwendungen des Anteilseigners im Zusammenhang mit seinen KapGesAnteilen (Beteiligungsaufwendungen) grundsätzlich nur zu 60% abziehbar (krit. zu § 3c idF des StSenkG zB FROTSCHER, FR 2001, 2045; HUNSDOERFER, BB 2001, 2242 mit Reformvorschlägen). Die Abgrenzung zwischen WK und Veräußerungskosten/AK iSd. § 17 ist für den Zeitpunkt des Abzugs der Aufwendungen erheblich; WK werden schon im Zeitpunkt des Abflusses, dagegen Veräußerungskosten/AK erst im Zeitpunkt der Veräußerung hälftig abgezogen.

„Einnahmeloze“ oder verlustbringende Beteiligungen: In BFH v. 25.6.2009 – IX R 42/08, BStBl. II 2010, 220 und v. 14.7.2009 – IX R 8/09, BFH/NV 2010, 399 sowie v. 18.3.2010 – IX B 227/09, BStBl. II 2010, 627 hat der BFH – entgegen der bisherigen Verwaltungsauffassung – entschieden, dass der Abzug von Erwerbsaufwand (zB BV-Minderungen, AK oder Veräußerungskosten) im Zusammenhang mit Einkünften aus § 17 Abs. 4 jedenfalls dann nicht nach § 3c Abs. 2 Satz 1 begrenzt ist, wenn der Stpfl. keinerlei durch seine Beteiligung vermittelte Einnahmen erzielt hat (sog. „einnahmeloze Beteiligung“, dazu auch JEHKE, DStR 2010, 256 mwN). Die FinVerw. reagierte auf diese BFH-Urteile zunächst durch einen Nichtanwendungserlass (BMF v. 15.2.2010, BStBl. I 2010, 181). Diesen hob das BMF aber kurze Zeit später wieder auf (BMF v. 28.6.2010, BStBl. I 2010, 599). Allerdings ist nun im Gesetzentwurf des JStG 2010 (BTDrucks. 17/2249) vorgesehen, die ursprüngliche Verwaltungsauffassung bzw. die 40%-ige Abzugsbeschränkung durch eine gesetzliche Änderung in § 3c Abs. 2 ab dem VZ 2011 festzuschreiben.

Bislang nicht entschieden hat der BFH die Anwendbarkeit des § 3c Abs. 2 Satz 1 für die Fallkonstellation(en), dass zwar Einnahmen aus der Beteiligung iSv. § 17 Abs. 1 angefallen sind (zB ein Veräußerungspreis), die damit wirtschaftlich zusammenhängenden Aufwendungen aber höher sind, so dass es zu einem Verlust kommt. Weitere Einzelheiten und Praxishinweise vgl. Anm. 27 zum Verhältnis § 17 zu §§ 3 Nr. 40, 3c Abs. 2.

193 d) Einzelheiten bei Erwerb von Beteiligungen

Anschaffungspreis: Der Anschaffungspreis stellt idR den größten Teil der AK dar. Wurden die Anteile durch Kauf erworben, ist der Anschaffungspreis regelmäßig der jeweilige Kaufpreis. Beim Tausch bildet der gemeine Wert der abgegebenen WG die AK (BFH v. 7.7.1992 – VIII R 24/90, BStBl. II 1993, 331). Zur Ermittlung von AK bei wiederkehrenden Bezügen s. Anm. 182. Sind Anteile aus dem BV entnommen worden, so stellt der Entnahmewert die AK dar (BFH v. 29.4.1992 – XI R 5/90, BStBl. II 1992, 969).

Anschaffungsnebenkosten: Zu den AK gehören neben dem Anschaffungspreis auch Anschaffungsnebenkosten. Das sind alle Kosten, die im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Erwerb des Vermögensgegenstands stehen und (fast) ausschließlich durch die Anschaffung der Anteile veranlasst sind. Dazu zählen ua. Vermittlungs- und Maklergebühren, Kosten des Notars, Gutachter- oder Beratungskosten etc., uU auch Kosten auf Grund von Reisen im Zusammenhang mit dem Erwerb (BFH v. 10.3.1981 – VIII R 195/77, BStBl. II 1981, 470). Bei fehlgeschlagener Gründung können Beratungskosten aber nicht als Liquidationsverlust iSd. Abs. 4 berücksichtigt werden, wenn nur eine Vorgründungsgesellschaft existiert hat (BFH v. 20.4.2004 – VIII R 4/02, BStBl. II 2004, 597). Nur Vorgesellschaften sind KapGes. iSd. § 17 (vgl. Anm. 147).

Kreditkosten für den Erwerb der veräußerten Anteile sind keine Anschaffungsnebenkosten, sondern WK bei den Einkünften aus Kapitalvermögen (BFH v. 9.8.1983 – VIII R 276/82, BStBl. II 1984, 29; v. 8.10.1985 – VIII R 284/83, BStBl. II 1986, 481; vgl. auch Anm. 185, 186 [„Zinsen“] zu Veräußerungskosten). Sie sind dort auch abziehbar, wenn bei einer isolierten Betrachtung des § 20 kein Überschuss der Einnahmen über die WK zu erwarten ist, ein solcher sich aber unter Berücksichtigung eines zu erwartenden Veräußerungsgewinns aus § 17 ergibt (BFH v. 21.7.1981 – VIII R 154/76, BStBl. II 1982, 37). Dies gilt sogar dann, wenn gar keine § 20-Einnahmen angestrebt werden, sondern nur ein stpfl. Veräußerungsgewinn (BFH v. 8.10.1985 – VIII R 234/84, BStBl. II 1986, 596; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 152).

Entgelt für zeitanteiligen Gewinn nach § 101 Nr. 2 BGB: Das Entgelt, welches für den Anspruch auf den zeitanteiligen Gewinn des laufenden Geschäftsjahrs gem. § 101 Nr. 2 BGB geleistet wird, zählt auch zu den AK (BFH v. 22.5.1984 – VIII R 316/83, BStBl. II 1984, 746), selbst wenn der Gewinnanspruch getrennt und zeitlich abweichend von der Beteiligung übertragen wird (BFH v. 21.5.1986 – I R 199/84, BStBl. II 1986, 794). In dem Gewinnanspruch kann kein von dem übrigen Kaufpreis getrenntes WG gesehen werden (BFH v. 21.5.1986 – I R 199/84 aaO; LEBERFINGER, DStR 1991, 120 hinsichtlich der Bedeutung des § 101 BGB für die Zurechnung von Einkünften).

Gründung oder Kapitalerhöhung: Im Zeitpunkt der Gründung bzw. Kapitalerhöhung erlangte Anteile an einer KapGes. gelten ebenfalls als „angeschafft“ iSd. § 17. Erwirbt eine GmbH Anteile von einem ihrer Gesellschafter, stellen die Zahlungen an diesen Gesellschafter keine AK der übrigen Gesellschafter dar.

Dies gilt vor allem dann, wenn der Gesellschafter für seine Anteile mehr erhält, als sein Anteil wert ist (BFH v. 18.4.1989 – VIII R 36/96, BFH/NV 1990, 27).

Verschmelzung: Bei der Verschmelzung von KapGes. mit der Folge des Eintauschs der im PV gehaltenen Anteile der übertragenden Gesellschaft gegen neue Anteile der aufnehmenden Gesellschaft gelten als AK dieser Anteile die AK der eingetauschten Anteile; entsteht durch die Verschmelzung erst eine wesentliche Beteiligung, gilt der gemeine Wert als AK (vgl. § 13 Abs. 2 Sätze 1 und 3 UmwStG 1995; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 203; s. weiterführend Anm. 294 zu Abs. 4).

Einstweilen frei.

194–199

2. Nachträgliche Anschaffungskosten

a) Allgemeine Grundsätze zu Aufwendungen nach der Anschaffung

200

Eine eigene Kategorie von Aufwendungen stellen die nachträglichen AK dar. Sie stehen idR weder im zeitlichen Zusammenhang noch in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem ursprünglichen Anteilserwerb des Veräußerers (GLANEGGER, FR 1997, 903 [904]). Charakteristisch für sie ist, dass sie durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sind und den Wert der Anteile erhöht haben.

Nachträgliche Anschaffungskosten können zB im Einzelfall sein:

- ▶ *Nachschüsse* iSd. §§ 26, 28 GmbHG (weiterführend vgl. Anm. 220);
- ▶ *verdeckte Einlagen* der Gesellschafter (BFH v. 12.2.1980 – VIII R 114/77, BStBl. II 1980, 494; weiterführend vgl. Anm. 220);
- ▶ *Kosten für die Liquidation der Gesellschaft*. Das gilt auch für Aufwendungen nach Abschluss der Liquidation der Gesellschaft gem. Abs. 4 (BFH v. 8.12.1992 – VIII R 99/90, BFH/NV 1993, 654; v. 9.2.1998 – VIII B 2/97, BFH/NV 1998, 955 [956]; weiterführend vgl. Anm. 210);
- ▶ *Aufwendungen für Dritte* (vgl. Anm. 191);
- ▶ *eigenkapitalersetzende Darlehen bzw. Bürgschaften*. Nach der Rspr. des BFH werden sie hinsichtlich der AK den gesellschaftsrechtl. Einlagen gleichgestellt (BFH v. 9.8.1983 – VIII R 276/82, BStBl. II 1984, 29; v. 2.10.1984 – VIII R 36/83, BStBl. II 1985, 320; MEERMANN, StBp. 1988, 112 mit Beispielen; dazu UHLÄNDER, BB 2005, 70 [74 f.]; Einzelheiten vgl. Anm. 201 f.);
- ▶ *Forderungsverzicht und -abtretung* (vgl. Anm. 203);
- ▶ *Haftungsschuld eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers*: Nach Nds. FG v. 8.8.2001 (EFG 2003, 309, aufgeh. durch BFH v. 21.1.2004 – VIII R 8/02, HFR 2004, 863) stellen die von einem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer im Wege der Haftungsinanspruchnahme (vgl. § 69 AO) gezahlten Steuern der Gesellschaft nachträgliche AK der GmbH-Beteiligung dar. Dies dürfte jedoch nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen. IdR beruht die Haftungsinanspruchnahme eindeutig auf der Geschäftsführertätigkeit (vgl. MÜLLER, EFG 2003, 311). Ähnlich ist auch die Haftungsinanspruchnahme für eine noch ausstehende Stammeinlage eines Mitgesellschafters nicht zu berücksichtigen, da sie grundsätzlich nicht geeignet ist, sich auf den Wert der Beteiligung auszuwirken (Thür. FG v. 27.2.2007, EFG 2008, 536, rkr.).

Nachträgliche Anschaffungskosten bei Beteiligungserwerb zu verschiedenen Zeitpunkten: Jeder Anteil an einer KapGes. ist strechtl. selbständig (BFH v. 7.3.1995 – VIII R 29/93, BStBl. II 1995, 693). Daher sind die AK

grundsätzlich den einzelnen Anteilen nach dem Verhältnis der Nominalbeträge zuzuordnen. Dies gilt jedoch nach Ansicht des BFH nicht für nachträgliche AK (BFH v. 20.4.2004 – VIII R 52/02, BStBl. II 2004, 556; aA Schl.-Holst. FG v. 16.4.2003, EFG 2003, 998, aufgeh. durch BFH v. 22.2.2005 – VIII R 41/03, HFR 2005, 1075): Darlehensverluste und Bürgschaftsinanspruchnahmen, die auf Verträgen nach Begründung der wesentlichen Beteiligung beruhen, sind danach – soweit es sich dem Grunde nach um Finanzplan- und Krisendarlehen handelt – in voller Höhe als nachträgliche AK der steuerverstrickten Beteiligung zu berücksichtigen und nicht auf alle Anteile zu verteilen. Zu den Auswirkungen im Rahmen von Abs. 2 Satz 6 Buchst. b vgl. Anm. 247.

201 b) Darlehensverluste des Beteiligten

Grundsatz: Darlehen führt nicht zu Anschaffungskosten. Ein Darlehen des Beteiligten ist prinzipiell dem Bereich der Einkünfte aus Kapitalvermögen zuzuordnen; Auswirkungen auf die AK ergeben sich nicht. Die strechtl. Qualifikation folgt der Entscheidung des Gesellschafters, dass er der Gesellschaft nicht Eigenkapital, sondern – wie ein fremder Dritter – Fremdkapital zuführt (BFH v. 24.2.1997 – VIII R 23/93, BStBl. II 1999, 342).

Ausnahme bei Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis: Verliert der Gesellschafter das Darlehen endgültig ganz oder teilweise (zB in der Insolvenz der Gesellschaft oder ihrer Liquidation), ist es dann als nachträgliche AK der Beteiligung zu qualifizieren, wenn und soweit es auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses gewährt worden ist (BFH v. 18.8.1992 – VIII R 90/89, BFH/NV 1993, 158; v. 4.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, 344; v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339; EILERS/SIEGER/WIENANDS, Die Finanzierung der GmbH durch ihre Gesellschafter, 2. Aufl. 2001, Rn. 250 f.; ausführl. dazu auch UHLÄNDER, BB 2005, 70 ff.). Durch das Merkmal der gesellschaftlichen Veranlassung wird das „private Fremd-Darlehen“ umqualifiziert in ein „beteiligungsveranlassenes Darlehen“ (in diesem Sinne GSCHWENDTNER, DStR 1999, Beihefter 32, 3 ff.). Fehlt es daran, bleibt es bei der Zuordnung des Darlehens zum Bereich der Kapitaleinkünfte; ein Verlust wirkt sich dann wegen des Grundsatzes der Unbeachtlichkeit der Vermögensebene bei den Überschusseinkünften nicht einkunftsmindernd aus. Für die Qualifikation als nachträgliche AK reicht der völlige oder teilweise Verlust des Darlehens im Rahmen des Konkurses oder der Liquidation aus. Es ist nicht notwendig, dass der Gesellschafter den Wertverlust durch einen besonderen Akt (Abtretung, Verzicht; dazu Anm. 203) realisiert; es reicht das bloße Wertloswerden (BFH v. 10.11.1998 – VIII R 6/96, BStBl. II 1999, 348; v. 4.8.1999 – VIII B 68/99, BFH/NV 2000, 41 mwN; Kirchhof/Gosch, § 17 Rn. 94).

201a c) Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis bei Eigenkapitalersatz

Rechtslage bis zum In-Kraft-Treten des MoMiG: Für die Rechtslage bis zum In-Kraft-Treten des MoMiG (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23.10.2008, BGBl. I 2008, 2026) stellte die stRspr. des BFH für die Frage der gesellschaftlichen Veranlassung ausschließlich darauf ab, ob das Darlehen nach zivilrechtl. Grundsätzen eigenkapitalersetzenden Charakter hat. Der nunmehr zuständige IX. Senat hat die Rspr. des VIII. Senats weitestgehend übernommen (BFH v. 4.3.2008 – IX R 78/06, BStBl. II 2008, 575; v. 2.10.1984 – VIII R 36/83, BStBl. II 1985, 320; v. 13.7.1999 – VIII R 31/98, BStBl. II 1999, 724; GSCHWENDTNER, DStR 1999, Beihefter zu Heft 32, 5 ff.; ebenfalls BMF v. 8.6.1999, BStBl. I 1999, 545). Durch

das MoMiG wurden nunmehr die Eigenkapitalersatzregeln der §§ 32a, 32b GmbHG aufgehoben, wodurch die Weitergeltung dieser Grundsätze fraglich ist (dazu unten). Das Eigenkapitalersatzrecht behält aber seine Gültigkeit für Insolvenzverfahren, die vor dem 1.11.2008 eröffnet wurden (Art. 103d Satz 2 EGINsO, s. BGH v. 26.1.2009 – II ZR 260/07, DStR 2009, 699; näher zur zeitlichen Anwendung HAAS, DStR 2009, 976). Nach der an das Eigenkapitalersatzrecht anknüpfenden BFH-Rspr. ist das Darlehen durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst, wenn die Darlehensrückzahlung bei der Gewährung oder Weitergewährung (Stehenlassen) unter Berücksichtigung der finanziellen Lage objektiv gefährdet ist. Eine objektive Gefährdung liegt vor, wenn das Unternehmen zum Zeitpunkt der Gewährung bereits insolvenzreif ist oder sich zumindest in einer Krise befindet. Eine gesellschaftliche Veranlassung liegt nur bei eigenkapitalersetzenden Finanzierungsmaßnahmen zugunsten einer Gesellschaft vor, an der der Gesellschafter unmittelbar beteiligt ist. Finanzierungsmaßnahmen einer mittelbaren Beteiligung führen nicht zu nachträglichen AK der unmittelbaren Beteiligung (BFH v. 4.3.2008 – IX R 78/06, BStBl. II 2008, 575; v. 26.11.2008 – IX R 102/07, BFH/NV 2009, 737). Die veränderte Zuordnung aus dem reinen Privatbereich des § 20 hin zur Beteiligungssphäre des § 17 (und damit die Qualifikation als nachträgliche AK) rechtfertigt sich dadurch, dass aus dem eigenkapitalersetzenden Charakter das zivilrechtl. Haftungsrisiko folgt (BFH v. 12.12.2000 – VIII R 52/93, BStBl. II 2001, 286 unter IV.2.). Diese Grundsätze gelten auch für Finanzierungsmaßnahmen eines Treugebers, dem die Gesellschafterstellung strechtl. zuzurechnen ist (BFH v. 9.10.2008 – IX R 60/05, BFH/NV 2009, 896, s. zur Treuhänderschaft Anm. 122).

► *Maßgebende Beteiligungsquote für Eigenkapitalersatzcharakter:* Allerdings führt die strikte Verknüpfung zwischen nachträglichen AK und den Eigenkapitalersatzregeln bei jenen zu Problemen, die wegen der Absenkung der Beteiligungsgrenzen des § 17 auf 10 %, bzw. nunmehr sogar nur 1 % in die estl. Verstrickung gekommen sind, für die aber die gesellschaftsrechtl. Eigenkapitalersatzregeln gar nicht anwendbar sind, da diese wiederum selbst eine bestimmte Beteiligungshöhe voraussetzen. Diese beträgt bei GmbH-Gesellschaftern mehr als 10 % (so weit nicht geschäftsführend, § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG aF) und bei Aktionären 25 % (vgl. GSCHWENDTNER, DStR 1999, Beihefter zu Heft 32, 20 mwN). Nach Auffassung des BFH sind Darlehensverluste in diesem Fall nicht berücksichtigungsfähig: liege keine unternehmerische Beteiligung in diesem Sinne vor, sei der Gesellschafter wie jeder Drittgläubiger zu behandeln (BFH v. 2.4.2008 – IX R 76/06, BStBl. II 2008, 706; v. 25.6.2009 – IX R 42/08, BFH/NV 2009, 2128; auch OFD Rheinl. v. 9.2.2009, FR 2009, 349; zu Recht kritisch VOGT, DStR 2001, 1881; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 212; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX, § 17 Rn. 172. Zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns in einem solchen Fall s. FG Münster v. 8.2.2008, EFG 2009, 834).

► *Sanierungsprivileg:* Greift das sog. Sanierungsprivileg des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG aF, ist das Eigenkapitalersatzrecht nicht anwendbar, die Gesellschafterforderungen sind damit nicht nachrangig. Trotzdem bejaht der BFH – uE im Ergebnis zu Recht – den Eigenkapitalersatzcharakter des Darlehens. Denn der Zweck des Privilegs, Anreize zu bieten, GmbH Risikokapital zur Verfügung zu stellen und sich an Sanierungen zu beteiligen, würde unterlaufen, wenn der privilegierte Gesellschafter gegenüber anderen Gesellschaftern strechtl. benachteiligt würde (BFH v. 19.8.2008 – IX R 63/05, BStBl. II 2009, 5; s. auch OFD Rheinl. v. 9.2.2009, FR 2009, 349 unter Aufhebung der ursprünglichen gegenteiligen Verfügungen).

► *Eine Krise* im o.g. Sinne liegt vor, wenn zwar noch keine Insolvenzzreife eingetreten ist, die Rückzahlung aber in einem solchen Maße gefährdet ist, dass ein ordentlicher Kaufmann das Risiko einer Kreditgewährung zu marktüblichen Konditionen zugunsten der Gesellschaft nicht mehr in Kauf genommen hätte (BFH v. 7.7.1992 – VIII R 24/90, BStBl. II 1993, 333; v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339 mwN; krit. WOLFF-DIEPENBROCK, DStZ 1995, 652). Der BFH greift insoweit ausdrücklich auf die Maßstäbe der BGH-Rspr. zu kapitalersetzenden Gesellschafterleistungen zurück (vgl. zum Begriff der Krise zB BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94 aaO, 340 mwN; v. 13.7.1999 – VIII R 31/98, BStBl. II 1999, 724 mwN). Als Indizien für den Eintritt einer Krise sieht er hier- nach (vgl. BFH v. 31.10.2000 – VIII R 47/98, BFH/NV 2001, 589 mwN)

- das Verhältnis zwischen Darlehensrückzahlungsanspruch und bilanziellem Eigenkapital (ggf. einschließlich stiller Reserven),
- den Verlust von mehr als der Hälfte des Stammkapitals/Grundkapitals (zu diesem Gesichtspunkt auch BGH v. 4.12.1995 – II ZR 281/94, DStR 1996, 552 mit Anm. GOETTE),
- die Erklärung eines Rangrücktritts vom darlehensgewährenden Gesellschafter (Indiz für „Krisenbestimmtheit“, vgl. dazu nachstehend Einzelfälle zu „Krisenbestimmtes Darlehen“),
- die Möglichkeit des darlehensgewährenden Gesellschafters, die den Krisen- eintritt bestimmenden objektiven Umstände bei Wahrnehmung seiner Ver- antwortung für eine ordnungsgemäße Finanzierung zu erkennen (vgl. auch BGH v. 7.11.1994 – II ZR 270/93, GmbHR 1995, 38). Vom Vorliegen einer solchen Erkenntnismöglichkeit ist lt. BFH regelmäßig und insbes. bei einem geschäftsführenden Allein- oder Mehrheitsgesellschafter auszugehen (Hin- weis auf BGH v. 28.11.1994 – II ZR 77/93, GmbHR 1995, 35 mwN).

► *Die Insolvenzzreife* bestimmt sich ebenfalls nach den im Zivilrecht entwickelten Grundsätzen (vgl. zB K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 37 IV, 1151 ff.). Insolvenzzreife liegt demnach vor, wenn die Gesellschaft über das Sta- dium der Kreditunwürdigkeit hinaus insolvent ist, dh. bei Überschuldung, beste- hender und drohender Zahlungsunfähigkeit (§§ 16–19 InsO).

Einzelfälle eigenkapitalersetzender Darlehen: Der eigenkapitalersetzende Charakter von Darlehen (und damit nachträgliche AK auf die Beteiligung) wird in folgenden Einzelfällen angenommen (zusammenfassend BFH v. 13.7.1999 – VIII R 31/98, BStBl. II 1999, 724; GSCHWENDTNER, DStR 1999, Beihefter zu Heft 32, 11 ff.):

► *Darlehensgewährung in der Krise bzw. bei Insolvenzzreife:* Das Darlehen wurde aus- gezahlt oder verlängert, als die Gesellschaft mindestens in der Krise bzw. schon insolvenzzreif war. Die Zufuhr „frischen“ Kapitals in der Krise bedeutet immer eine Finanzierungsentscheidung für die Fortführung der Gesellschaft und gegen die an sich gebotene Liquidation (GSCHWENDTNER, NJW 1999, 2165). Für die Höhe der AK ist dann der Nennwert des Darlehens maßgeblich (BFH v. 24.4. 1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339 [341] mwN; HARTMANN, DStZ 1998, 270; WIDMANN, StbJb. 1993/94, 303 ff. – weiterführende Überlegung zum Wert- ansatz einer Darlehensforderung).

► *Stehenlassen in der Krise:* Das Darlehen wurde zwar vor der Krise ausgezahlt, der Gesellschafter hat es aber – nach einer Überdenkensfrist von 2–3 Wochen (BGH v. 2.12.1996 – II ZR 243/95, GmbHR 1997, 501) – während der Krise in der Gesellschaft belassen, obwohl er die (sofortige) Rückzahlung durch die Ges- ellschaft hätte verlangen können und es angesichts der finanziellen Situation

der Gesellschaft absehbar war, dass die Rückzahlung gefährdet sein würde (BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94 aaO; v. 7.7.1992 – VIII R 24/90, BStBl. II 1993, 333; WATERMEYER, BB 1993, 403; BULLINGER, DStR 1993, 225). Wie der Gesellschafter das Darlehen „stehen lässt“ – sei es durch eine Verlängerungs-, Stundungs-, Schuldumschaffungs- oder sonstige Vereinbarung oder durch die bloße Nichtgeltendmachung der Forderung bzw. Unterlassen einer möglichen Kündigung – spielt für den eigenkapitalersetzenden Charakter der Handlung des Gesellschafters keine Rolle (GSCHWENDTNER, NJW 1999, 2165). Im Fall eines stehen gelassenen Darlehens ist grundsätzlich der gemeine Wert in dem Zeitpunkt maßgeblich, in dem es der Gesellschafter mit Rücksicht auf das Gesellschaftsverhältnis nicht abzieht. Dieser Wert kann erheblich unter dem Nennwert des Darlehens liegen, im Einzelfall sogar auf 0 € absinken (vgl. auch HOFFMANN, GmbHR 1997, 1140; HARTMANN aaO). Erst Wertverluste ab dem Zeitpunkt, in dem das Darlehen eigenkapitalersetzenden Charakter erhält, beziehen sich auf das Gesellschaftsverhältnis und können damit nachträgliche AK darstellen (BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339). Vorher entstandene Verluste betreffen ausschließlich den privaten Vermögensbereich, da bis zu diesem Zeitpunkt der Gesellschafter wie ein normaler Darlehensgeber auftritt und sich auch so behandeln lassen muss (BFH v. 10.11.1998 – VIII R 6/96, BStBl. II 1999, 348). Stehen gelassene Zinsen aus einem Gesellschafterdarlehen führen nicht zu einem Auflösungsverlust nach Abs. 4, wenn die Krise der Gesellschaft durch die Verzinsung des Darlehens erst veranlasst wurde. Denn der Wert der stehen gelassenen Zinsen beträgt in diesem Fall im Moment des Eintritts der Krise 0 €. Es handelt sich nicht um einen Fall der Hingabe eines Darlehens in der Krise (Nds. FG v. 25.1.2001, EFG 2001, 1042, rkr.; aA BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 213, für den Fall, dass das Stehenlassen der Zinsen von vornherein vereinbart war).

► *Krisenbestimmtes Darlehen*: Es handelt sich um ein „krisenbestimmtes Darlehen“, wenn das Darlehen seiner Zweckbestimmung nach schon von vornherein auch als Krisenfinanzierung angelegt ist (GSCHWENDTNER, DStR 1999, Beihefter zu Heft 32, 13): Die Krisenbestimmtheit dokumentiert sich dadurch, dass der Gesellschafter bereits vor einer möglichen Krise gegenüber der Gesellschaft, den anderen Gesellschaftern oder Gesellschaftsgläubigern verbindlich zusagt, das Darlehen auch in einer – für möglich erachteten – Krise in der Gesellschaft zu belassen (BFH v. 7.7.1992 – VIII R 24/90, BStBl. II 1993, 333). Diese Erklärung kann im Gesellschaftsvertrag, einem Gesellschafterbeschluss oder einer schuldrechtl. Abrede abgegeben werden (GSCHWENDTNER, DStR 1999, Beihefter zu Heft 32, 13). Der BFH hält in diesem Zusammenhang auch schon die Erklärung eines einfachen Rangrücktritts für ausreichend (BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339). Das Gleiche gilt für einen Forderungsverzicht mit Besserungsschein (BFH v. 7.7.1992 – VIII R 24/90 aaO) oder einen Verzicht auf Kündigung im Krisenfall (so für den konkludenten Verzicht auf die Ausübung eines außerordentlichen Kündigungsrechts auch FG Köln v. 9.10.2003, EFG 2004, 109, rkr.). Fällt der Gesellschafter mit einem solchen „krisenbestimmten Darlehen“ aus, führt dies zu nachträglichen AK auf die Beteiligung in Höhe des Darlehensnennwerts (BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94 aaO; v. 31.10.2000 – VIII R 47/98, BFH/NV 2001, 589 mwN). Dies beruht auf der Erwägung, dass die krisenbestimmte Darlehensbindung zugunsten der Gesellschaft bereits mit dem Verzicht auf eine ordentliche und eine außerordentliche Kündigung eintritt und deshalb der spätere Verlust dieses Darlehens bereits auf diesem Verzicht und nicht nur auf den später eintretenden Rechtsfolgen der Krise be-

ruht. Damit unterscheidet sich diese Fallgruppe wesentlich von der vorherigen Fallgruppe „Stehenlassen eines Darlehens in der Krise“ (BGH v. 9.10.1986 – II ZR 58/86, BB 1987, 80; v. 9.3.1992 – II ZR 168/91, NJW 1992, 1763; v. 21.3.1988 – II ZR 238/87, BGHZ 104, 33; BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339, und v. 4.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, 344 [zu Bürgschaften]; BMF v. 8.7.1999, BStBl. I 1999, 545). Für die Frage der Höhe der nachträglichen AK kommt es nicht auf die Frage an, wann eine Krise eintritt und welchen Wert das Darlehen zu diesem Zeitpunkt noch hatte, da beim krisenbestimmten Darlehen der Nennwert maßgebend ist.

► *Finanzplandarlehen*: Hierunter fallen Darlehen, die von Anfang an in die Finanzplanung der Gesellschaft mit einbezogen werden, um die zur Aufnahme der Geschäfte erforderliche Kapitalausstattung der Gesellschaft durch eine Kombination von Eigen- und Fremdfinanzierung zu erreichen (BFH v. 4.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, 344; v. 31.5.1999 – VIII B 21/99, BFH/NV 1999, 1594). Liegt ein Finanzplandarlehen vor, ist es nach Auffassung des BFH von vornherein – mit seiner Hingabe – gesellschaftsrechtl. als Hafteinlage gebunden. Der BFH lehnt sich mit dieser Auffassung an die ursprüngliche Rspr. des BGH an (BFH v. 4.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, 344; s.o.). Auch für die estrechtl. Beurteilung geht der BFH davon aus, dass das Finanzplandarlehen mit Rücksicht auf das Gesellschaftsverhältnis gewährt wurde (ebenfalls BMF v. 8.6.1999, BStBl. I 1999, 545). Dementsprechend erhöhen sich im Fall des Darlehensverlusts die AK des Beteiligten nicht nur um den Darlehenswert im Zeitpunkt des Kriseneintritts, sondern um den Nennwert.

Ob ein Finanzplandarlehen vorliegt, ist nach den Gesamtumständen des Einzelfalls zu beurteilen. Indizien sind insofern: Unentbehrlichkeit des Darlehens für die Erreichung des Gesellschaftszwecks; zeitgleicher Abschluss von Gesellschafts- und Darlehensvertrag; fehlende Kreditwürdigkeit der finanzierten KapGes. für ein Darlehen in der gewährten Größenordnung; Darlehen auf Dauer oder jedenfalls langfristig angelegt; Außenstehender hätte ein entsprechendes Darlehen nicht gewährt; Bedingungen nicht marktüblich, sondern für die Gesellschaft besonders günstig; Fehlen einseitiger Kündigungsmöglichkeiten; frühzeitig erklärter Rangrücktritt (vgl. ausführl. OFD Kiel v. 14.12.1999, FR 2000, 161; FG Ba.-Württ. v. 13.11.2002, EFG 2003, 307 f.). Möglich sind derartige Darlehen nicht nur bei Gründung der Gesellschaft, sondern auch bei Erweiterungen des Geschäftsbetriebs oder langfristigen Investitionen (OFD Kiel v. 14.12.1999 aaO; KORN/STRAHL, § 17 Rn. 90). Ein Finanzplandarlehen liegt aber nicht schon dann vor, wenn es der Gesellschaft innerhalb von 6 Monaten nach der Gründung und beteiligungsproportional gewährt wurde, im Übrigen aber Anhaltspunkte dafür fehlen, dass die Gesellschafter mit den Mitteln dauerhaft zur Finanzierung des Gesellschaftszwecks beitragen oder sie wie unternehmerisches Risikokapital zur Verfügung stellen wollten (FG Rhld.-Pf. v. 24.11.2003 – 5 K 2547/00, nv.).

BGH v. 28.6.1999 – II ZR 272/98 (NJW 1999, 2809) sieht ein Finanzplandarlehen nicht mehr als eigenständige Kategorie an. Diese Fallgruppe sei „nur geeignet, Missverständnissen Vorschub zu leisten“. Denn soweit der Kredit eingezahlt, dann aber in der Krise stehen gelassen worden sei, finde das Eigenkapitalersatzrecht ohnehin über das „Stehenlassen“ Anwendung. Für das Zivilrecht mit seinem Ziel des Gläubigerschutzes ist eine Abgrenzung gegenüber Darlehen, die in der Krise stehen gelassen werden, irrelevant; für das StRecht ist dies wegen der unterschiedlichen Höhe der nachträglichen AK (Nennwert oder nur gemeiner Wert bei Kriseneintritt) gerade nicht der Fall. Ob und inwiefern

der BFH seine Rspr. ändert, ist noch nicht abzusehen. Die FinVerw. hält jedenfalls zunächst an einer eigenständigen Fallgruppe der Finanzplandarlehen fest (OFD Kiel v. 14.12.1999, FR 2000, 161, unter III.2.). Praktisch spielt die Einordnung keine Rolle, wenn das Darlehen als krisenbestimmt zu qualifizieren ist, weil auch dann der Nennwert maßgebend ist. Weiterführend zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden von krisenbestimmten Darlehen und Finanzplandarlehen GSCHWENDTNER, DStR 1999, Beihefter zu Heft 32, 14 ff.

d) Rechtslage seit In-Kraft-Treten des MoMiG

201b

Fraglich ist, ob diese Grundsätze nach In-Kraft-Treten des MoMiG weiterhin Geltung haben, da sich die zivilrechtl. Grundlagen entscheidend geändert haben: Das bisherige Eigenkapitalersatzrecht wurde aufgehoben und durch eine rechtsformneutrale Regelung im Insolvenzrecht ersetzt. Gesellschafterdarlehen werden nunmehr gesellschaftsrechtl. stets als Verbindlichkeiten der Gesellschaft behandelt, im Fall einer Insolvenz sind sie aber nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO idF des MoMiG zwingend nachrangig zu befriedigen. Dieser gesetzliche Nachrang gilt nicht im Fall des Anteilerwerbs zum Zweck der Sanierung (§ 39 Abs. 4 Satz 2 InsO) und nicht bei Beteiligungen eines nicht geschäftsführenden Gesellschafters von max. 10 % (§ 39 Abs. 5 InsO). Rückzahlungen auf Gesellschafterdarlehen sind nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar, wenn sie innerhalb eines Jahres vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden sind.

Gegenwärtiger Meinungsstand: Die weit überwiegende Meinung im Schrifttum ist der Auffassung, dass auch nach In-Kraft-Treten des MoMiG und der Einführung der Abgeltungsteuer Darlehensverluste im Rahmen des § 17 zu berücksichtigen sein können (vgl. BAYER, DStR 2009, 2397 [2399 mwN]; aA etwa FISCHER, Übg. 2008, 684 [690], nach dem private Darlehensverluste nunmehr bei den Einkünften aus Kapitalvermögen zu berücksichtigen sind). Umstritten ist aber die Abgrenzung im Einzelnen, dh. wie die gesellschaftsrechtl. Veranlassung (als Voraussetzung des Vorliegens nachträglicher AK) zu bestimmen ist, nachdem die *Krise* kein gesellschaftsrechtl. Anknüpfungspunkt mehr ist.

Teilweise wird vertreten, die bisherigen von der Rspr. entwickelten Grundsätze seien jedenfalls dem Grunde nach weiterhin unverändert anzuwenden (DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 331; WACLAWIK, ZIP 2007, 1838 [1841]; wohl auch BRUSCHKE, SteuK 2010, 159). Da Gesellschafts- und Steuerrecht verschiedene Ziele verfolgten, seien die nachträglichen AK strechtl. autonom zu bestimmen, die Aufhebung des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG habe daher keine unmittelbaren Auswirkungen. Das Merkmal der Krise sei auch weiterhin geeignet, Finanzierungsverluste in der Privatsphäre von denen im Rahmen des § 17 abzugrenzen.

Nach HEUERMANN (DB 2009, 2173 [2175 f.]) sind die Rechtsprechungsgrundsätze fortzuentwickeln (ihm folgend KIRCHHOF/GOSCH IX, § 17 Rn. 95 ff.). Die *Krise* idS. Eigenkapitalersatzrechts gebe es zwar nicht mehr. Allerdings sei die Situation in der Insolvenz (in der der gesetzliche Nachrang greift) und im Jahr vor der Eröffnung der Insolvenz (bei der es zur Anfechtung kommen kann) dieser bislang maßgebenden Krise vergleichbar. Gewährt der Gesellschafter in diesem Zeitraum ein Darlehen, liege funktionales Eigenkapital und damit nachträgliche AK vor, zu bewerten mit dem Nennwert. Lässt der Gesellschafter das Darlehen ab Beginn des Zeitraums stehen, sei es mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Bei der Bewertung weiterhin anwendbar sollen die Grundsätze zum Finanzplandarlehen und zum krisenbestimmten Darlehen sein, dh. auch insoweit käme es zum Ansatz des Nennwerts.

Nach einer anderen, mehrfach vertretenen, Auffassung soll die gesellschaftsrechtl. Veranlassung bereits darin liegen, dass das Darlehen dem gesetzlichen Nachrang unterfällt (s. nur BODE, DStR 2009, 1781 [1784]; GROH, FR 2008, 264 [267]; HÖLZLE, DStR 2007, 1185). Nach dieser Auffassung kommt es grundsätzlich zur Berücksichtigung der Gesellschafterdarlehen in Höhe des Nennwerts.

Stellungnahme: Auch nach In-Kraft-Treten der Abgeltungsteuer sind Darlehensverluste grundsätzlich nicht bei den Einkünften aus § 20 zu erfassen, wenn eine Veranlassung durch die Gesellschafterstellung besteht. Zwar erfasst § 20 Abs. 2 nun auch die Vermögensebene und nicht mehr nur die Nutzungsebene. Die Aufwendungen sind aber sachlich der jeweiligen Einkunftsart zuzuordnen, eine Berücksichtigung bei § 17 erfolgt somit bei einer Veranlassung durch die Gesellschafterstellung. Diese Veranlassung ergibt sich nach In-Kraft-Treten des MoMiG nun bereits dadurch, dass das Darlehen von vornherein zwingend gesetzlich nachrangig ist. Es ist damit in keinem Fall mehr „normales“ Darlehen. Zudem stellte sich bei einer Berücksichtigung im Rahmen des § 20 die Frage, ob der Verlust eines Darlehens als Veräußerung der Kapitalforderung nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 oder wenigstens als gleichgestellter Vorgang iSd. § 20 Abs. 2 Satz 2 (Einlösung, Rückzahlung, Abtretung oder verdeckte Einlage) angesehen werden kann (str., verneinend unter Berufung auf den Wortlaut etwa NEUMANN, GmbH-StB 2008, 361 [364]).

Bejaht man die grundsätzliche Erfassung bei § 17, stellt sich die Frage, in welcher Höhe ein Darlehensverlust zu berücksichtigen ist. Dazu ist zum einen denkbar (entsprechend der bisherigen Rspr.), auf den Wert der Darlehensforderung im Zeitpunkt der gesellschaftsrechtl. Veranlassung abzustellen. Danach hätte man wie die genannten Stimmen aus dem Schrifttum zu entscheiden, ob die *Krise* nach bisherigen Grundsätzen im StRecht weiterlebt (was die zweifelhafte Folge hätte, dass man stl. die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts schlichtweg ignorierte, obwohl die BFH-Rspr. doch gerade an das Zivilrecht anknüpfte), ob auf den Zeitpunkt der Darlehensgewährung abzustellen ist, da das Darlehen bereits ab diesem Zeitpunkt dem gesetzlichen Nachrang unterliegt, oder ob es auf den Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bzw. auf den Beginn des Einjahreszeitraums der möglichen Anfechtung ankommt, da der gesetzliche Nachrang gerade nur für den Fall einer Insolvenz gilt. UE muss sich eine sachgerechte Lösung am objektiven Nettoprinzip orientieren. Dieses bietet im Rahmen des § 17, alle Aufwendungen, die durch die Beteiligung veranlasst sind, zu berücksichtigen (s. Anm. 185, 190). Die ungleiche Behandlung von Darlehensverlusten im betrieblichen Bereich – die (vorbehaltlich des § 3c) voll berücksichtigt werden – und solchen im privaten Bereich – die nur bei gesellschaftsrechtl. Veranlassung Berücksichtigung finden –, ist spätestens seit In-Kraft-Treten der Abgeltungsteuer nicht mehr sachgerecht (vgl. SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 174; WEBER-GRELLET, NWB F. 3, 15229 [15236]). Darlehensverluste und Rückzahlungen auf Grund einer Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO sind uE damit in Höhe des Nennwerts zu berücksichtigen. Es spricht allerdings einiges dafür, dass der BFH seine Rspr. weitestgehend aufrechterhalten wird und lediglich an die geänderten Bedingungen anpasst. Danach wäre wohl lediglich der Zeitraum der *Krise* anders zu bestimmen – nämlich anhand der Bestimmungen der InsO (Krisenbeginn ein Jahr vor Insolvenzeröffnungsantrag). Im Ergebnis ergäbe sich ein Unterschied zur hier vertretenen Auffassung im Wesentlichen bei in der Krise stehen gelassenen Darlehen, deren Wert bei Eintritt der Krise idR bereits wesentlich gemindert ist und ggf. 0 € beträgt. Indes gibt BFH v. 16.3.2010 – VIII R 20/08, DStRE 2010, 1472 (zu nach-

trägliches WK nach Veräußerung der Anteile, s. dazu Anm. 186) Anlass zur Hoffnung, dass er doch auf eine Gleichbehandlung der Einkünfte iSd. § 17 mit betrieblichen Einkünften schwenken könnte.

e) Inanspruchnahme aus Bürgschaft oder sonstigen Sicherheitsleistungen

202

Die Übernahme von Bürgschaften für Verbindlichkeiten der Gesellschaft wird entsprechend den Grundsätzen eigenkapitalersetzender Darlehen beurteilt (grundlegend BFH v. 2.10.1984 – VIII R 20/84, BStBl. II 1985, 428; v. 4.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, 344; v. 8.4.1998 – VIII R 21/94, BStBl. II 1998, 660; v. 26.1.1999 – VIII R 50/98, BStBl. II 1999, 559; v. 6.7.1999 – VIII R 9/98, BStBl. II 1999, 817). Hiernach liegen nachträgliche AK vor, wenn der Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses eine Bürgschaft für Verbindlichkeiten der KapGes. übernimmt und auf Grund dieser Bürgschaft in Anspruch genommen wird, ohne eine gleichwertige Rückgriffsforderung gegen die Gesellschaft erwerben zu können (so auch OFD München v. 30.4.1996, FR 1996, 431; OFD Cottbus v. 26.3.1999, StEK EStG § 17 Nr. 44).

Wenn zB ein Gesellschafter für Verbindlichkeiten einer wirtschaftlich gesunden KapGes. unentgeltlich, ohne Sicherheitsleistung und ohne gesicherte Rückgriffsmöglichkeit eine zeitlich unbeschränkte und (bezogen auf die der KapGes. von der Bank und/oder einem anderen Gläubiger eingeräumte Kreditlinie) unbegrenzte Bürgschaft übernimmt, so kann davon ausgegangen werden, dass eine solche Bürgschaftsübernahm

e von vornherein ihre Ursache ausschließlich im Gesellschaftsverhältnis hat. Ein außenstehender Dritter bzw. Nichtgesellschafter würde sich die Risikoübernahme auf jeden Fall vergüten lassen und darüber hinaus seine Rückgriffsforderung in irgendeiner Weise sichern. Die bloße Möglichkeit einer Kündigung der Bürgschaft steht dann der Berücksichtigung nachträglicher AK nicht mehr entgegen (OFD München v. 30.4.1996, StEK EStG § 17 Nr. 30). Andere Umstände sind für die Qualifizierung unerheblich, so zB ob die Bürgschaftszahlungen zu einer Einlage in das Gesellschaftsvermögen und zu einer Werterhöhung der Anteile geführt haben (BFH v. 10.11.1998 – VIII R 6/96, BStBl. II 1999, 348 unter II.3.; v. 13.4.2000 – VIII B 86/99, BFH/NV 2000, 1199 mwN).

Die Übernahme einer Bürgschaft zugunsten eines Dritten ist grundsätzlich nicht erfasst, da es sich nicht um eine Finanzierungshilfe zugunsten der Gesellschaft handelt. Zu nachträglichen AK führt die Inanspruchnahme des Gesellschafters aus der Bürgschaft zugunsten eines Dritten aber dann, wenn die Bürgschaft ursprünglich im alleinigen Interesse der GmbH übernommen wurde (bspw. um zu ermöglichen, dass der Dritte mit der GmbH ein für sie günstiges Geschäft abschließt – im Urteilsfall erwarb ein Dritter fremdfinanziert Grundstücke von der GmbH, für diese Darlehen verbürgte sich der Gesellschafter der GmbH) und der Gesellschafter nach Inanspruchnahme seinen Aufwendungsersatzanspruch gegen die GmbH nicht geltend macht (BFH v. 4.3.2008 – IX R 80/06, BStBl. II 2008, 577). Voraussetzung ist aber, dass der Gesellschafter der GmbH eine einem Darlehen ähnliche Kreditierung des Aufwendungsersatzanspruchs gewährt (zur Abgrenzung s. BFH v. 26.11.2008 – IX R 102/07, BFH/NV 2009, 737). Damit die Aufwendungen als nachträgliche AK zu qualifizieren sind, muss diese Kreditierung des Aufwendungsersatzanspruchs als uE entscheidender Punkt zudem in der Krise im o.g. Sinn gewährt werden.

Zeitpunkt der Berücksichtigung: Die bloße Übernahme einer Bürgschaft führt noch nicht zu nachträglichen AK der Beteiligung. Das Gleiche gilt für die Zahlung durch den Bürgen, denn dadurch erwirbt er idR eine Rückgriffsforderung gegen die Gesellschaft als Hauptschuldner (§ 774 Abs. 1 BGB). Erforderlich ist vielmehr, dass der Gesellschafter-Bürge auf diese Rückgriffsforderung gegen die Gesellschaft verzichtet oder dass diese wertlos/wertgemindert ist/wird. Ist dies der Fall, so ist eine Berücksichtigung als nachträgliche AK bei der stichtagsbezogenen Ermittlung des Veräußerungsgewinns regelmäßig bereits möglich, wenn der Gesellschafter in Anspruch genommen wurde oder damit ernstlich zu rechnen ist; eine tatsächliche Zahlung ist dagegen nicht erforderlich (BFH v. 26.2.1993 – VIII B 87/92, BFH/NV 1993, 364; v. 26.1.1999 – VIII R 50/98, BStBl. II 1999, 559; v. 4.7.2001 – VIII B 70/00, BFH/NV 2001, 1552 [1553]). Eine Berücksichtigung scheidet aber aus, wenn der Gesellschafter zahlungsunfähig ist (BFH v. 8.4.1998 – VIII R 21/94, BStBl. II 1998, 660; v. 26.1.1999 – VIII R 50/98 aaO unter II.2.c). Zahlt er später doch, kommt eine Änderung nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO in Betracht. Dies gilt auch dann, wenn ein Gesellschafter im Zeitpunkt der Entstehung des Auflösungsgewinns oder -verlusts mit seiner Inanspruchnahme aus einer Bürgschaft für die GmbH nicht oder jedenfalls nicht über einen bestimmten Betrag hinaus rechnen musste. Seine spätere Inanspruchnahme ist dann ein nachträgliches Ereignis, das auf den Zeitpunkt der Auflösung der GmbH zurückwirkt (BFH v. 1.7.2003 – VIII R 71/02, GmbHR 2003, 1378; FG Nürnberg. v. 23.1.2003, DStRE 2003, 729, nrkr., NZB Az. BFH VIII B 48/03).

Wegen der Anknüpfung an das Eigenkapitalersatzrecht (s.u.) scheidet eine Berücksichtigung aber aus, wenn die Bürgschaft erstmalig nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft übernommen wurde; unschädlich ist dagegen die Verlängerung einer bereits vor dem Ausscheiden übernommenen, als eigenkapitalersetzend qualifizierten Bürgschaft (BFH v. 6.7.1999 – VIII R 9/98, BStBl. II 1999, 817 unter II.3.).

Qualifizierung als Eigenkapitalersatz: Die Bürgschaftsübernahme durch einen Gesellschafter ist nach der Rspr. des BFH nur dann „durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst“, wenn sie als eigenkapitalersetzende Finanzierungsmaßnahme zu qualifizieren ist. Für die Qualifikation als eigenkapitalersetzende Finanzierungsmaßnahme galten vor In-Kraft-Treten des MoMiG insoweit die gleichen Fallgruppen wie bei Gesellschafterdarlehen (s. dazu Anm. 201), nämlich Bürgschaften, die in der Krise übernommen werden, in der Krise stehen gelassen werden, von vornherein krisenbestimmt sind oder von vornherein im Rahmen eines erkennbaren Finanzplans übernommen wurden (BFH v. 6.7.1999 – VIII R 9/98, BStBl. II 1999, 817 unter II.2.a mwN). Eine Krise liegt – bezogen auf die Bürgschaft – vor, wenn die Inanspruchnahme aus ihr und die Wertlosigkeit des Rückgriffsanspruchs so wahrscheinlich sind, dass ein Nichtgesellschafter zu diesem Zeitpunkt keine Bürgschaft mehr für die Gesellschaft übernommen hätte (zB BFH v. 16.4.1991 – VIII R 100/87, BStBl. II 1992, 234; v. 29.6.1995 – VIII R 68/93, BStBl. II 1995, 722). Nicht entscheidend ist die bloße Unvereinbarkeit mit einem Fremdvergleich (BFH v. 22.4.2008 – IX R 75/06, BFH/NV 2008, 1994). Zur Beurteilung von Finanzierungsmaßnahmen als eigenkapitalersetzend nach In-Kraft-Treten des MoMiG s. Anm. 201.

Höhe der nachträglichen Anschaffungskosten: Auch für die Höhe der nachträglichen AK gelten die gleichen Grundsätze wie bei Gesellschafterdarlehen (s. dazu Anm. 201); statt der Darlehensforderung ist auf den Wert des Rückgriffsanspruchs des Bürgen nach § 774 BGB abzustellen (BFH v. 6.7.1999 – VIII R

9/98 aaO unter II.2.c). Bei Bürgschaften, die in der Krise gewährt wurden oder krisenbestimmt sind oder in die Finanzplanung erkennbar einbezogen waren, ist der Nennwert des Rückgriffsanspruchs maßgebend. Bei Bürgschaften, die erst durch das Stehenlassen in der Krise eigenkapitalersetzend wurden, kommt es dagegen auf den gemeinen Wert zu diesem Zeitpunkt an (BFH v. 6.7.1999 – VIII R 9/98 aaO). Ist der Bürge zahlungsunfähig oder ist aus anderen Gründen, zB einer bedingten Erlassvereinbarung, nicht mit seiner Inanspruchnahme über einen bestimmten Betrag hinaus zu rechnen, so ist die Bürgschaftsverpflichtung nur noch in Höhe dieses Restbetrags zu berücksichtigen. Seine volle Inanspruchnahme wäre in diesem Fall ein rückwirkendes Ereignis iSd. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO (FG Nürnberg v. 23.1.2003, DSrE 2003, 729, nrkr., NZB Az. BFH VIII B 48/03). Bei Ratentilgung einer Bürgschaftsschuld durch den Gesellschafter einer GmbH sind die nachträglichen AK auf die Beteiligung durch Abzinsung der Bürgschaftsschuld zu ermitteln. Die in der Ratenzahlung enthaltenen Zinsanteile können nicht als WK bei den Einkünften des Gesellschafters aus Kapitalvermögen abgezogen werden (BFH v. 26.1.1999 – VIII R 32/96, DSrE 1999, 427; OFD Cottbus v. 26.3.1999, StEK EStG § 17 Nr. 44). Entsprechendes gilt für Darlehenszinsen zur Refinanzierung der Bürgschaftszahlungen (BFH v. 5.10.2004 – VIII R 64/02, GmbHR 2004, 1545; aA die Vorinstanz FG Saarl. v. 5.8.2002, EFG 2002, 1435; zu Gestaltungsmöglichkeiten HOFFMANN, EFG 2002, 1437).

Sonstige gesellschaftsrechtlich bedingte Sicherheitsleistungen: Die gleichen Grundsätze wie für die Bürgschaft gelten auch für andere gesellschaftsrechtl. bedingte Sicherheitsleistungen, so zB für Garantieverprechen und Rangrücktritt (BFH v. 27.10.1992 – VIII R 87/89, BStBl. II 1993, 340; v. 4.11.1997 – VIII R 43/96, BFH/NV 1998, 1076 mwN), beim abstrakten Schuldversprechen (BFH v. 18.8.1992 – VIII R 13/90, BStBl. II 1993, 34). Eine Patronatserklärung reicht für sich alleine noch nicht aus, um nachträgliche AK auszulösen (FG Düss. v. 17.7.1996, EFG 1996, 1035, rkr.; LBP/HÖRGER, § 17 Rn. 210).

f) Forderungsverzicht und -abtretung

203

Der Verzicht eines Gesellschafters auf eine Forderung gegen die KapGes. führt zu nachträglichen AK iSd. Abs. 2 in Höhe des gemeinen Werts der Forderung im Zeitpunkt des Verzichts, wenn der Verzicht gesellschaftsrechtl. veranlasst ist (verdeckte Einlage, BFH v. 9.6.1997 – GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307; DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 307). Ist das Darlehen bei Verzicht als eigenkapitalersetzend zu qualifizieren, gelten die unter Anm. 201, 202 dargestellten Grundsätze jedenfalls vor In-Kraft-Treten des MoMiG entsprechend (Nennwert bei krisenbestimmten, Finanzplan- oder in der Krise gewährten Darlehen, gemeiner Wert zum Zeitpunkt des Stehenlassens in der Krise; BFH v. 16.5.2001 – I B 143/00, BStBl. II 2002, 436; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 164; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 218b). Zur Rechtslage nach In-Kraft-Treten des MoMiG s. Anm. 201 aE.

Abtretung der Forderung: Nachträgliche AK entstehen nach der Rspr. des BFH auch, wenn der Gesellschafter in der Abwicklungsphase zum Zweck der Beendigung seines Engagements Forderungen gegen die KapGes. an einen Mitgesellschafter (BFH v. 24.4.1997 – VIII R 23/93, BStBl. II 1999, 342) oder den Erwerber des KapGesAnteils (BFH v. 4.8.1999 – VIII B 68/99, BFH/NV 2000, 41; DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 326) abtritt.

Einstweilen frei.

204

205 **3. Änderung der Anschaffungskosten**

Für die Änderung der AK gelten Anm. 166 und 184. Änderungen können durch einen nachträglichen Erlass eines Teils der AK, durch Nachzahlung auf den Erwerbspreis, durch nachträgliche Zahlung einer Vermittlungsprovision für den damaligen Erwerb seitens des Veräußerers, durch Inanspruchnahme aus einer Bürgschaft (SCHULZE ZUR WIESCHE, GmbHR 1984, 185) etc. eintreten.

Bei einer Kapitalherabsetzung liegt eine Minderung der AK in Höhe des herabgesetzten Betrags vor, wenn dieser Betrag an die Anteilseigner ausgezahlt und die Auszahlung nicht als Einkünfte aus Kapitalvermögen erfasst wurde (vgl. § 20).

Rückzahlung oder Ausschüttungen aus dem steuerlichen Einlagekonto (§ 27 KStG) mindern die AK. Eine solche Minderung der AK ist jedoch nur bis auf null möglich, da es keine negativen AK gibt. Der BFH (v. 20.4.1999 – VIII R 44/96, BStBl. II 1999, 698 mit Schrifttumsnachweisen) ging für VZ bis 1996 demgegenüber von einer Minderung in den negativen Bereich aus (vgl. Anm. 270). Jedenfalls ab dem VZ 1997 hat sich dieser Streit erledigt, da die Ausschüttung von EK 04 bzw. von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG (ab VZ 2001/2002) durch Abs. 4 Satz 1 ausdrücklich als veräußerungsgleicher Tatbestand behandelt wird (Einzelheiten vgl. Anm. 207, 325 f.).

206 Einstweilen frei.

207 **4. ABC zu Bewertungsfragen bei den Anschaffungskosten**

Anteile, die durch Absenkung der Beteiligungsgrenzen steuerverstrickt wurden: Bei Anteilen, die wegen der Beteiligungshöhe ursprünglich nicht nach § 17 steuerverstrickt waren und es erst durch die Absenkung der Beteiligungsquoten auf mindestens 10 % (ab 1.1.1999 durch StEntG 1999/2000/2002) bzw. mindestens 1 % (prinzipiell ab 1.1.2001 durch StSenkG) wurden, wären auf der Grundlage von BFH v. 19.3.1996 – VIII R 15/94 (BStBl. II 1996, 312) bei der Gewinnermittlung nach § 17 die historischen AK anzusetzen. Nach der jüngsten Rspr. des BFH v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398 (hiergegen Verfassungsbeschwerden unter Az. 2 BvR 753/05 und Az. 2 BvR 748/05) sind als AK die historischen AK und nicht der gemeine Wert der Anteile anzusetzen. Diese Ansicht ist wegen der Rückwirkung verfassungsrechtl. fraglich. Weitere Einzelheiten und Kritik s. Anm. 9.

Im Fall der Veräußerung mit Verlust kann die Absenkung von 25 % auf 10 % bzw. von 10 % auf 1 % günstig sein. Sie kann dazu führen, dass die Verlustausgleichsbeschränkung des Abs. 2 Satz 6 nicht eingreift (s. Anm. 240 f.).

Anteilsbewertung bei Eintritt der unbeschränkten Steuerpflicht: Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungen an inländ. KapGes. unterliegen regelmäßig nicht der deutschen Besteuerung, wenn der Anteilseigner seinen Wohnsitz im Ausland hat. Zwar liegen inländ. Einkünfte vor (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e), das Besteuerungsrecht wird durch DBA aber idR allein dem Wohnsitzstaat zugewiesen. Wird der Anteilseigner unbeschränkt stpfl., wächst er mit seiner Beteiligung im Umfang der gesetzlichen Beteiligungsgrenze in die deutsche StPfl. hinein. Veräußert er die Beteiligung später, sind nach Ansicht des BFH (v. 30.3.1993 – VIII R 44/90, BFH/NV 1993, 597; v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312) bei der Gewinnermittlung nach § 17 die tatsächlichen historischen AK anzusetzen und nicht der gemeine Wert bei Zuzug (vgl. GROSSMANN/LÜCKHARDT, Inf. 1996, 737 mit Beispiel). Es ist dabei ohne Belang, ob der Stpfl. die Beteiligung an einer in- oder ausländ. KapGes. hält (BFH v.

19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312; v. 18.1.1999 – VIII B 80/98, DSStR 1999, 538). Dies ist fragwürdig, da die deutsche Steuerhoheit faktisch auf Zeiträume ausgedehnt wird, in denen sie noch gar nicht bestanden hat (BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 227). Es sollte daher der gemeine Wert im Zeitpunkt des Zuzugs angesetzt werden (etwa L. SCHMIDT, StuW 1996, 300; CREZELIUS, DB 1997, 195; LBP/HÖRGER, § 17 Rn. 224).

Anteilsbewertung bei Entnahme aus einem Betriebsvermögen: Bei der Entnahme von Anteilen aus dem BV eines Einzelunternehmens oder einer Pers-Ges. – oder wenn Anteile im Zuge einer Betriebsaufgabe in das PV überführt werden – tritt bei einer späteren Veräußerung an die Stelle der historischen AK der Entnahmewert (Teilwert, § 6 Abs. 1 Nr. 4; bei Betriebsaufgabe gemeiner Wert, § 16 Abs. 3 Satz 7; vgl. BFH v. 7.12.1978 – I R 412/76, BStBl. II 1979, 729). Die im BV realisierte Wertsteigerung wird bereits bei der Entnahme durch den Teilwert-Ansatz gem. § 6 Abs. 1 Nr. 4 erfasst. Dieser Wert tritt nunmehr bei der Steuerverstrickung nach § 17 an die Stelle der AK, um eine Doppelberücksichtigung zu vermeiden. Die Entnahme wird damit zum Zweck der Gewinnermittlung nach § 17 einer Anschaffung gleichgestellt (SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 179; BFH v. 29.4.1992 – XI R 5/90, BStBl. II 1992, 969, bzgl. § 21). Dies gilt auch bei einer Verlustrealisierung im Rahmen der Entnahme, da eine doppelte Berücksichtigung dem objektiven Nettoprinzip widerspräche. Diese Grundsätze gelten allerdings nur dann, wenn durch die Entnahme die stillen Reserven bzw. Lasten tatsächlich aufgedeckt und bis zur Höhe des Teilwerts oder gemeinen Werts strechtl. erfasst sind oder noch erfasst werden können. Denn nur in diesem Fall besteht ein Grund, die Geltungsanordnung des Gesetzes über den klaren Wortlaut hinaus teleologisch zu reduzieren und Wertansätze unter den Begriff der AK zu subsumieren, die an sich nicht mit einem Erwerb der Anteile zusammenhängen (BFH v. 13.4.2010 – IX R 22/09, BFH/NV 2010, 1533). **Anteilerwerb bei Gründung oder Kapitalerhöhung einer Kapitalgesellschaft:** Die AK von Anteilen, die bei der Gründung einer KapGes. oder einer Kapitalerhöhung einer KapGes. erworben wurden, bestehen

- bei einer *Bargründung* in der Bareinlage, unabhängig davon, ob und inwieweit die Einlageverpflichtungen bereits erfüllt sind (vgl. § 46 Abs. 1 Satz 3 AktG, § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG),
- bei einer *Sachgründung* in Höhe des gemeinen Werts der eingelegten WG.

Bei einer Sachübernahme (vgl. § 27 AktG) bestehen die AK in der Höhe des Betrags, mit dem die übereigneten WG auf die Bareinzahlungsverpflichtung des Gesellschafters angerechnet werden.

Für die Einbringung eines (Teil-) Betriebs oder Mitunternehmeranteils im Rahmen einer „echten“ Sachgründung gelten besondere Regelungen des § 20 UmwStG.

Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln führen nicht zu erhöhten AK. Die AK der ursprünglichen Anteile sind aufzuteilen auf die neuen und alten Anteile (§ 3 KapErhStG aF). Bei einer anschließenden Kapitalherabsetzung innerhalb der 5-Jahresfrist bleiben die AK unverändert. Es handelt sich um eine Gewinnausschüttung und nicht um eine Rückzahlung der Einlagen (§ 57 AktG). Die AK sind auf die verbleibenden Anteile im Verhältnis ihres Nennwerts aufzuteilen (bisher § 6 KapErhStG; aufgehoben durch StSenkG ab 1.1.2002). Zur Kapitalherabsetzung nach 5 Jahren s. Anm. 205.

Anteilsverkauf bei Liquidation einer Kapitalgesellschaft: Werden im Rahmen der Liquidation einer KapGes. Anteile an einer anderen KapGes. erworben, indem die Anteile unter Anrechnung auf den anteiligen Liquidationserlös übertragen werden, führt dies beim Gesellschafter zu AK in Höhe der Verrechnung (soweit fremdüblicher Ansatz). Richtigerweise ist als AK der erworbenen Anteile der gemeine Wert der untergegangenen Beteiligung anzusetzen, der wiederum im Zweifel mit dem Wert der ausgekehrten WG übereinstimmt (wie hier LBP/HÖRGER, § 17 Rn. 225; für den Ansatz des bei der KapGes. angesetzten Werts SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 179; MEIER, DStR 1987, 152). Nur diese Betrachtung stimmt uE mit Abs. 4 Satz 2 überein.

Anteilsverkauf, der zum Überschreiten der Beteiligungsgrenze führt: Wenn durch den Hinzuerwerb weiterer Anteile überhaupt erst eine steuerverstrickte Beteiligung iSd. Abs. 1 Satz 1 entstanden ist, stellt sich die Ermittlung der AK als problematisch dar. Nach der Rspr. des VIII. Senats des BFH (v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312; v. 18.1.1999 – VIII B 80/98, BStBl. II 1999, 486 unter II.3.; v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398) sind dann sämtliche Anteile mit ihren jeweiligen „historischen“ AK zu bewerten. Der BFH hat dies für den Fall eines Hinzuerwerbs einer nicht wesentlichen bzw. nicht steuerverstrickten Beteiligung durch Erbfolge nochmals bestätigt (BFH v. 23.1.2003 – VIII B 121/01, BFH/NV 2003, 767). Dadurch werden auch jene Wertzuwächse in die Besteuerung einbezogen, die seit der Anschaffung in dem Zeitraum gebildet wurden, in dem noch keine wesentliche bzw. steuerverstrickte Beteiligung vorlag. Es handelt sich hierbei um eine „rückwirkende Wertzuwachsbesteuerung“ (OTT, GmbHR 1993, 471 [475]; vgl. zum ähnlich gelagerten Problem durch die Absenkung der Beteiligungsgrenzen Anm. 130f.). Die alten „nichtwesentlichen“ Anteile sollten deshalb entgegen der Rspr. des BFH nicht mit ihren historischen AK, sondern – im Wege einer teleologischen Reduktion – mit dem gemeinen Wert zum Zeitpunkt des Eintritts der Steuerverstrickung angesetzt werden (SCHMIDT, StuW 1996, 300; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 159; ASSMANN, DStR 2006, 1115 [1119]; CREZELIUS, DB 1997, 195; LBP/HÖRGER, § 17 Rn. 214 mwN; aA zB BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 204).

Beispiel: X erwirbt 2000 eine 0,8 %-Beteiligung an der Y-GmbH für 50 000 €. 2002 erwirbt er weitere 0,6 % für 60 000 €. Zu diesem Zeitpunkt beträgt der gemeine Wert seiner ursprünglichen Beteiligung 80 000 €. 2003 veräußert er seine komplette Beteiligung für 170 000 €.

Nach dem BFH beträgt der Veräußerungsgewinn 60 000 €, nämlich Veräußerungserlös 170 000 € ./ der Summe der AK von insgesamt 110 000 € (50 000 € + 60 000 €). Nach Auffassung des Schrifttums wäre dagegen nur ein Veräußerungsgewinn von 30 000 € entstanden, da vom Erlös insgesamt 140 000 € (gemeiner Wert der Alt-Beteiligung plus AK des die Steuerverstrickung iSd. Abs. 1 Satz 1 begründenden neuen Anteils) abzuziehen wären.

Anteilsverkäufe vor dem 21.6.1948 und Anteile an Kapitalgesellschaften im Beitrittsgebiet: Bei Anteilen an KapGes., die bereits vor dem 21.6.1948 erworben wurden, sind nach § 53 EStDV die endgültigen Höchstwerte, mit denen diese Anteile in einer stl. DM-Eröffnungsbilanz auf den 21.6.1948 hätten angesetzt werden können, als AK zugrunde zu legen (vgl. auch BFH v. 10.12.1969 – I R 43/67, BStBl. II 1970, 310).

Die AK für Anteile an KapGes., die zum 1.7.1990 in den neuen Bundesländern und im Ostteil Berlins bereits existierten, richten sich gem. § 52 Abs. 2 Satz 1 aF iVm. § 11 DMBilG nach den in der DM-Eröffnungsbilanz ausgewiesenen anteiligen Eigenkapitalbeträgen bzw. den Verkehrswerten der Anteile zum Bewer-

tungsstichtag 1.7.1990 (Einzelheiten vgl. zB OFD Cottbus v. 9.2.1995, StEK EStG § 17 Nr. 26). Hierbei sind sowohl Sonderrücklagen nach § 27 Abs. 2 Satz 3 DMBilG als auch Sonderrücklagen nach § 17 Abs. 4 DMBilG als Bestandteile des maßgeblichen Eigenkapitals anzusehen und bei der Ermittlung der AK anzusetzen (FinMin. Meck.-Vorp. v. 7.1.2000, DStR 2000, 383). Dies gilt auch dann, wenn die Sonderrücklage auf einem Rangrücktritt iSd. § 16 Abs. 3 DMBilG beruht (vgl. OFD Rostock v. 6.4.2000, DStR 2000, 1393). Für später entstandene Anteile bzw. später errichtete KapGes. finden vorstehende besonderen Bewertungsvorschriften keine Anwendung.

Bezugsrechte: Das Bezugsrecht ist ein Teil des allgemeinen Mitgliedschaftsrechts. Tatsächliche wirtschaftliche Bedeutung erlangt es erst bei einem Beschluss über eine Kapitalerhöhung, da dadurch ein konkreter Bezugsanspruch entsteht (GERLACH, BB 1985, Beilage zu Heft 4).

► *Ausübung des Bezugsrechts:* Erwirbt der Stpfl. auf Grund eines Bezugsrechts neue Anteile, werden die AK des Bezugsrechts Teil der AK der neu erworbenen Gesellschaftsanteile. Die AK eines entgeltlich von einem Dritten erworbenen Bezugsrechts bestimmen sich nach den Aufwendungen für den Erwerb. Wird ein originärer Bezugsanspruch auf Grund eines Kapitalerhöhungsbeschlusses der Gesellschaft erworben, sind die AK des Bezugsrechts durch Abspaltung aus den AK der Altanteile zu ermitteln. Es kommt dabei nicht auf die volle Wertminderung der Altanteile an; vielmehr erfolgt die AK-Ermittlung nach der sog. Gesamtwertmethode (ausführl. BFH v. 21.1.1999 – IV R 27/97, BStBl. II 1999, 638 mwN; zu § 23 vgl. BFH v. 21.9.2004 – IX R 36/01, BStBl. II 2006, 12; BMF v. 20.12.2005, BStBl. I 2006, 8).

Nach der Gesamtwertmethode ist bei der Ausgabe neuer Anteile zu einem unter dem Wert der Altanteile liegenden Kurs bzw. Verkehrswert der Buchwert der Altanteile in dem Umfang zu vermindern, der sich aus dem Verhältnis des Börsenkurses bzw. Verkehrswerts des Bezugsrechts zum Börsenkurs bzw. Verkehrswert der Altanteile ergibt. Dieser Teil der AK gilt als AK des Bezugsrechts, der später – nach Ausgabe der neuen Anteile – auf diese zu übertragen ist (BFH v. 21.1.1999 – IV R 27/97 aaO [641 ff.]; aA für GmbH-Anteile KRAFT, BB 2003, 2391). Es ergibt sich hiernach folgende Formel (BFH v. 21.1.1999 – IV R 27/97 aaO; v. 6.12.1968 – IV R 174/67, BStBl. II 1969, 105 [107]):

$$\text{AK Bezugsrecht} = \frac{\text{AK Altanteil} \cdot \text{Börsen-/Verkehrswert Bezugsrecht}}{\text{Börsen-/Verkehrswert Altanteil}}$$

Der Börsenkurs bzw. Verkehrswert des Bezugsrechts wird nach der folgenden Methode errechnet:

$$\text{Börsen-/Verkehrswert Bezugsrecht} = \frac{\text{Börsen-/Verkehrswert Altanteil} \cdot \text{Bezugspreis Neuanteil}}{\text{Bezugsverhältnis} + 1}$$

Beispiel (ähnlich LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 205; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 222):

Auf je zwei alte Aktien von nominell je 50 € (Börsenkurs vor Kapitalerhöhung 300 €) kann eine junge Aktie von nominell 50 € zum Börsenkurs von 270 € bezogen werden. Der mit mindestens 1 % beteiligte X hatte die Altaktien für 210 € gekauft.

Der Börsenkurs des Bezugsrechts beträgt somit 10 € ($[300 \text{ €} \cdot 270 \text{ €}] : [2 + 1]$). Der von den Altaktien auf das Bezugsrecht übergehende AK-Anteil der Altaktien beträgt 7 €. Die AK der Altaktien mindern sich demnach auf 203 €, die AK der Neuaktien erhöhen sich entsprechend auf 277 €.

► *Verzicht auf Ausübung:* Wird das Bezugsrecht nicht ausgeübt, werden keine AK abgespalten (BFH v. 13.10.1992 – VIII R 3/89, BStBl. II 1993, 477). Eine Ausnahme dazu besteht lediglich, wenn Abs. 1 Satz 4 einschlägig sein sollte, der Ge-

sellschafter also als Beteiligter iSd. Abs. 1 Satz 1 zugunsten einer nahe stehenden Person auf die Ausübung verzichtet (dann AK des unentgeltlich Erwerbenden).

Gleichartige Anteile sind Anteile gleicher Art an derselben KapGes., zB Inhaberaktien der gleichen Stückelung einer AG, gleiche Geschäftsanteile einer GmbH etc. Werden Anteile an einer KapGes. zu verschiedenen Zeitpunkten und unterschiedlichen AK erworben, bleibt jeder Anteil zivil- und strechtl. selbstständig bestehen. Die Selbstständigkeit ergibt sich:

- bei hinzuerworbenen Anteilen aus § 15 Abs. 2 GmbHG und
- bei Erwerb eines weiteren Anteils durch einen bereits vorhandenen Gesellschafter auf Grund einer Kapitalerhöhung aus § 55 Abs. 3 GmbHG.

► *Wahlrecht zur Bestimmung identifizierbarer Anteile:* Bei Veräußerung besteht ein Wahlrecht, welcher der selbstständig bestehenden Anteile veräußert werden soll, wenn die Identität der Anteile feststeht bzw. ermittelt werden kann (DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 273; MELLWIG, DB 1986, 1417). Dieses Bestimmungsrecht muss im Zeitpunkt der Veräußerung ausgeübt werden. Eine Identifizierung ist bei einem Anteil an einer GmbH immer über den notariellen Vertrag möglich (§ 15 Abs. 2 GmbHG). Bei einer AG ist die Kenntlichmachung beispielsweise durch Aufnahme der Aktienstücknummern bzw. der unterschiedlichen Nennbeträge oder durch Verwahrungen in gesonderten Depots (Streifenbanddepot) möglich (BFH v. 17.7.1980 – IV R 15/76, BStBl. II 1981, 11; v. 7.3.1995 – VIII R 29/93, BStBl. II 1995, 693). Das Wahlrecht gibt dem Stpfl. ein allein ihm von Rechts wegen zustehendes Gestaltungsrecht; ein Missbrauch (§ 42 AO) kann deshalb durch seine Ausübung nicht begründet werden.

► *Durchschnittswert bei nicht möglicher Identifizierung:* Ist eine Identifizierung der tatsächlich verkauften Anteile nicht möglich, sind im Wege der Schätzung die durchschnittlichen AK aller Anteile anzusetzen (BFH v. 17.7.1980 – IV R 15/76, BStBl. II 1981, 11). Keine Schätzung, sondern ein regelrechter Durchschnittspreis muss gebildet werden, wenn mehrere Geschäftsanteile zusammengelegt werden und später ein Teil dieses neuen Geschäftsanteils veräußert wird (vgl. § 17 Abs. 1 GmbHG).

Optionsrechte: Bei Optionsrechten bestehen die AK in dem Ausgabeaufgeld. Bei ungenauer oder fehlender Bezifferung ist der Gesamtpreis im Verhältnis der Verkaufswerte der beiden WG (Schuldverschreibung, Bezugsrecht) zueinander aufzuteilen (LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 207). Bei der schätzungsweisen Ermittlung bzw. Bemessung der jeweiligen AK können ggf. vorhandene Börsen-/Marktpreise vergleichbarer Rechte als Maßstab herangezogen werden, sofern sich aus den zugrunde liegenden Vereinbarungen keine konkreteren Schätzungstatsachen bzw. Maßstäbe ergeben.

Tausch: Beim Tausch entsprechen die AK dem gemeinen Wert der hingegebenen WG (BFH v. 7.7.1992 – VIII R 54/88, BStBl. II 1993, 331). Die Grundsätze des Tauschgutachtens des BFH (v. 16.12.1958 – I D 1/57 S, BStBl. III 1959, 30), nach denen der Tausch von Anteilen an KapGes. nicht zur Gewinnrealisierung führte, wenn die hingegebenen und erlangten Anteile wert-, art- oder funktionsgleich waren, sind auf Grund des durch das StEntlG 1999/2000/2002 eingefügten § 6 Abs. 6 Satz 1 obsolet geworden (KORN/STAHL, KÖSDI 1999, 11973). Für Tauschgeschäfte im PV ist § 6 Abs. 6 Satz 1 zur AK-Ermittlung im Rahmen des § 17 Abs. 2 analog anwendbar (BFH v. 6.4.2009 – IX B 204/08, BFH/NV 2009, 1262). Beim Anteilstausch mindern Verfügungsbeschränkungen für den erhaltenen Anteil nicht den gemeinen Wert, wenn sie in der Person des Stpfl. oder seines Rechtsvorgängers begründet sind (§ 9 Abs. 2 Satz 3 iVm.

Abs. 3 Satz 1 BewG), wohl aber, wenn sie im WG selbst gründen (BFH v. 28.10.2008 – IX R 96/07, BStBl. II 2009, 45).

Verdeckte Einlagen: Zum Begriff der verdeckten Einlage s. Anm. 140 und 230. Zu den nachträglichen AK in Form einer verdeckten Einlage zählen insbes. Nachschüsse und Zuschüsse an die Gesellschaft (WELZEL, DStR 1987, 511) sowie der Verzicht auf Ansprüche gegen die Gesellschaft und auf Sacheinlagen (BFH v. 12.4.1989 – I R 41/85, BStBl. II 1989, 612). Die AK der Beteiligung erhöhen sich im Fall der verdeckten Einlage uE um den gemeinen Wert der eingelegten WG. § 6 Abs. 6 Satz 2 (Teilwertansatz) ist auf Beteiligungen des PV nicht anwendbar (glA zB SCHMIDT/KULOSA XXIX. § 6 Rn. 743; aA DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 374). Zwischen dem Bewertungsmaßstab des Abs. 2 Satz 2 und den AK muss uE Korrespondenz herrschen; anderenfalls könnte es bei niedrigerem Teilwert zu einer zweckwidrigen Doppelbesteuerung stiller Reserven nach Abs. 2 kommen. Der Anteilseigner müsste einerseits seine verdeckte Einlage zum gemeinen Wert (Verkehrswert) versteuern (Abs. 2 Satz 2 iVm. Abs. 1 Satz 2), dürfte aber andererseits bei einer nachfolgenden Veräußerung nur geminderte AK (um Differenz zwischen Verkehrswert und Teilwert) vom Veräußerungserlös absetzen.

Wandelschuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen, Genussrechte: Die Regeln zu Bezugsrechten gelten entsprechend für Wandelschuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechte (vgl. oben „Bezugsrechte“, ferner BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 222).

Einstweilen frei.

208–229

C. Gemeiner Wert als Veräußerungspreis bei verdeckter Einlage (Abs. 2 Satz 2)

230

Seit dem VZ 1992 ist die verdeckte Einlage einer wesentlichen bzw. steuerverstrickten Beteiligung in eine andere KapGes. einer Veräußerung gleichgestellt (Einzelheiten s. Anm. 140 f.).

Begriff der verdeckten Einlage: Verdeckte Einlagen liegen vor, wenn ein Gesellschafter oder ein ihm nahe Stehender der Gesellschaft Vermögensvorteile zuwendet und diese Zuwendung durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist. Darüber hinaus muss durch diese Zuwendung eine tatsächliche Vermögensmehrung der KapGes. eintreten (BFH v. 7.7.1992 – VIII R 24/90, BStBl. II 1993, 333; WEBER-GRELLET, DB 1998, 1532). Wie diese Vermögensmehrung aussieht, spielt jedoch keine Rolle. Sie kann sowohl durch Entstehung oder Erhöhung eines Aktivpostens als auch durch Wegfall oder Minderung eines Passivpostens erzielt werden (BFH v. 2.10.1984 – VIII R 36/83, BStBl. II 1985, 320). Bloße Nutzungsvorteile können dagegen nicht Gegenstand einer Einlage sein, da ihnen die für eine Einlage notwendige Qualität eines WG fehlt (BFH v. 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348).

Gemeiner Wert als fiktiver Veräußerungspreis: Ein „Veräußerungspreis“ fehlt im Fall der verdeckten Einlage. Stattdessen ordnet Abs. 2 Satz 2 an, dass der gemeine Wert der eingelegten Beteiligung als Veräußerungspreis anzusetzen ist. Die Bestimmung des gemeinen Werts folgt aus §§ 9, 11 BewG. Er ergibt sich entweder aus dem Kurswert (§ 11 Abs. 1 BewG) oder durch Ableitung aus Verkäufen des letzten Jahres (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BewG). Fehlen diese, ist der Wert gem. § 11 Abs. 2 Sätze 2–4 BewG mit Hilfe des Ertragswertverfahrens zu ermitteln (vgl. dazu Anm. 51 und oben zu Anm. 173; SCHMIDT/WEBER-GRELLET

XXIX. § 17 Rn. 139; JAHNDORF, *StuW* 1999, 271; LBP/HÖRGER/RAPP, § 17 Rn. 251). Das Ertragswertverfahren nach § 11 Abs. 2 Sätze 2–4 BewG ist auch bei der ESt. anwendbar, soweit es nicht aus besonderen Gründen im Einzelfall zu offensichtlich unrichtigen Ergebnissen führt (für das ehemalige Stuttgarter Verfahren BFH v. 21.1.1993 – XI R 33/92, BFH/NV 1994, 12; aA HÜBNER, *DStR* 1995, 1 [5]). Ob eine Schätzung des gemeinen Werts nach dem Ertragswertverfahren zu offensichtlich unzutreffenden Ergebnissen geführt hat, ist eine Frage des Einzelfalls und einer abstrakter Beantwortung nicht zugänglich (für das ehemalige Stuttgarter Verfahren BFH v. 11.5.2005 – VIII B 89/01, BFH/NV 2005, 1777). Teilweise bevorzugt die FinVerw. das sog. Ertragswertverfahren nach IdW-Standards als Regelbewertungsmaßstab für die Bewertung von Anteilen an KapGes. (vgl. zB Bewertungsleitfaden der OFD Rheinl. und OFD Münster, 4. Fassung, v. 15.11.2007, StEK EStG § 17 Nr. 83; dazu BRINKMEIER, *GmbH-StB* 2005, 16 f.).

Börsennotierte Anteile: Für börsennotierte Anteile kann der Kurswert gem. § 11 BewG zwar nicht als gesetzlicher Bewertungsmaßstab angesehen werden. Der nach § 17 Abs. 2 Satz 2 EStG iVm. § 9 Abs. 2 BewG zu bestimmende Preis, „... der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsguts bei einer Veräußerung zu erzielen wäre“, lässt sich aber in der Praxis regelmäßig durch Rückgriff auf den am Bewertungsstichtag im amtlichen Handel notierten Kurs schätzen (§ 162 AO). § 11 BewG bietet uE insofern für den nach § 9 Abs. 2 BewG festzulegenden gemeinen Wert einen geeigneten (widerlegbaren) Schätzungsmaßstab. Überträgt ein Gesellschafter mehr als 25 % der Anteile an einer KapGes., kommt ein Paketzuschlag bis zu 25 % des Kurswerts (§ 11 Abs. 1 BewG) in Betracht; bei der Entscheidung darüber, ob mehr als 25 % der Anteile an einer KapGes. übergehen, ist von einem um die eigenen Anteile der KapGes. verminderten Nennkapital auszugehen (vgl. R 95 [6] ErbStR).

D. Anteilswert in Zuzugsfällen (Abs. 2 Sätze 3 und 4)

231

I. Allgemeine Grundsätze

Bedeutung: Ausweislich der Gesetzesbegründung zum SEStEG (vgl. RegE, BTDrucks. 16/2710) regeln die Sätze 2 und 3 die Gewinnermittlung in Fällen des Zuzugs eines Stpfl. in das Inland. Hierfür soll sichergestellt werden, dass bei der Ermittlung des Gewinns aus einer späteren Veräußerung von nunmehr steuerverstrickten Anteilen nicht die ursprünglichen AK, sondern der Wert, den der Wegzugsstaat einer § 6 AStG vergleichbaren Wegzugsbesteuerung unterworfen hat, (nur) Berücksichtigung findet (sog. *Wertverknüpfung*). Der Wert ist hierbei auf den gemeinen Wert begrenzt.

Geltungsbereich: Im Rahmen der Ermittlung eines Veräußerungsgewinns ist die Ermittlung der AK nicht nur bei Erwerb einer Beteiligung erforderlich, sondern auch im Fall des Zuzugs von Stpfl.

► *Abs. 2 Satz 3* ist durch das SEStEG eingefügt worden, um die Gewinnermittlung in Zuzugsfällen gesetzlich zu regeln. Als Zuzug iS dieses Absatzes ist lediglich der Zuzug eines Gesellschafters zu verstehen, nicht der Zuzug der Gesellschaft. Abs. 2 Satz 3 erfordert ferner einen Zuzug des Gesellschafters vom Ausland ins Inland (Deutschland) durch Begründung der unbeschränkten StPflcht iSd. § 1 Abs. 1. Letztere setzt die Begründung eines Wohnsitzes (§ 8 AO) oder eines gewöhnlichen Aufenthalts (§ 9) im Inland voraus.

Abs. 2 Satz 3 erfasst hingegen nicht den Umzug vom Ausland ins Ausland. Im Fall des Umzugs eines an einer inländ. KapGes. beteiligten Anteilseigners von einem ausländ. Staat (mit oder ohne DBA-Schutz) in einen anderen ausländ. Staat (mit oder ohne DBA mit Deutschland) besteht somit die Gefahr einer Doppelbesteuerung im Hinblick auf die im jeweiligen Wegzugsstaat gebildeten stillen Reserven. Die Doppelbesteuerung kann beispielsweise dadurch verursacht werden, dass die im Wegzugsstaat gebildeten stillen Reserven zum einen im ausländ. Wegzugsstaat kraft einer Wegzugsbesteuerung, zum anderen in Deutschland kraft der beschränkten StPflcht nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e als Gewinn besteuert werden. Damit entsteht durch § 17 Abs. 2 Satz 3 nicht nur eine Überlagerung von DBA-Besteuerungs- bzw. Freistellungsregelungen (treaty override), sondern auch eine doppelte Besteuerung der gleichen stillen Reserven durch den ausländ. Wegzugsstaat und durch Deutschland. Die im Rahmen des § 17 Abs. 2 Satz 3 verbleibende sinnwidrige Gesetzeslücke kann uE auch nicht ohne weiteres im Wege der Auslegung, insbes. auch nicht durch eine erweiternde Auslegung des § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e geschlossen werden.

► *Abs. 2 Satz 4* stellt eine redaktionelle Folgeänderung auf Grund der Neuregelung in § 6 Abs. 3 AStG dar. Eine sachliche Anwendungskonkurrenz zu den in § 6 Abs. 3 AStG tatbestandlich neu geregelten Fällen der Wegzugsbesteuerung bei nur vorübergehender Abwesenheit soll vermieden werden.

II. Tatbestand des Abs. 2 Satz 3

232

Überblick: Der Tatbestand des § 17 Abs. 2 Satz 3 steht im sachlichen Zusammenhang mit der durch das SEStEG eingeführten allgemeinen Steuerverstrickungsregelung und Einlagefiktion des § 4 Abs. 1 Satz 7 Halbs. 2 (vgl. dazu § 4 Anm. 322f.). Die in § 17 Abs. 2 Satz 3 vorausgesetzte Steuerverstrickung von Anteilen an KapGes. findet durch den Zuzug des Anteilseigners und der für ihn dadurch eintretenden Begründung der subjektiven unbeschränkten EStPflcht nach § 1 Abs. 1 statt.

Tatbestandsmerkmale: Die Neuregelung des Satzes 3 setzt kumulativ voraus

- den Nachweis seitens des Stpfl.,
- dass ihm die Anteile
- bereits im Zeitpunkt der Begründung der unbeschränkten StPflcht (Zuzugs)
- stl. zuzurechnen waren, wobei sich die stl. Zurechnung der Anteilseignerschaft nach § 39 AO richtet, und
- dass der bis zum Zeitpunkt des Zuzugs entstandene Vermögenszuwachs auf Grund gesetzlicher Bestimmungen des Wegzugsstaats im Wegzugsstaat einer Wegzugsbesteuerung unterlegen hat, die § 6 AStG vergleichbar ist.

Rechtsfolge: Rechtsfolge des neuen Satzes 3 in Fällen des Zuzugs nach Deutschland ist, dass im Rahmen der Ermittlung des Veräußerungsgewinns nach Abs. 2 Satz 1 an die Stelle der historischen AK für die Anteile grundsätzlich der Wert tritt, den der Wegzugsstaat bei seiner Wegzugsbesteuerung zugrunde gelegt hat (Prinzip der Wertverknüpfung). Höchstens ist allerdings der gemeine Wert der Anteile im Zeitpunkt des Zuzugs anzusetzen.

Nach erfolgtem Zuzug eines Anteilseigners verbleiben für die spätere Anteilveräußerung und Gewinnermittlung nach Abs. 2 Satz somit zwei Möglichkeiten: Es können zum einen die historischen AK des Gesellschafters (bzw. bei unentgeltlichen Erwerb die des Rechtsvorgängers) anzusetzen sein (Abs. 2 Satz 1). In

diesem Fall werden jegliche stille Reserven versteuert, und zwar sowohl die vor als auch die nach dem Zuzug bzw. der Verstrickung gebildeten stillen Reserven der Beteiligung bei einer späteren Veräußerung. Zum anderen ist es möglich, die AK nach dem gemeinen Wert der Beteiligung im Zeitpunkt des Zuzugs bzw. der Verstrickung zu bestimmen (Abs. 2 Satz 3). Dies bedeutet, dass im Fall einer Veräußerung der Beteiligung nur der Wertzuwachs, der nach der Verstrickung gebildet wurde, der deutschen Besteuerung unterliegt.

233

III. Kritik

Nach dem Gesetzeswortlaut bleibt zweifelhaft, ob im Wegzugsstaat lediglich der gesetzliche Tatbestand für eine Wegzugsbesteuerung vorliegen muss oder aber die entsprechende ausländ. Steuer von dem Wegzugsstaat auch tatsächlich festgesetzt und gezahlt worden sein muss. Die Gesetzesbegründung enthält hierzu ebenfalls keine Anhaltspunkte. Unter Berücksichtigung der in Satz 3 angeordneten Rechtsfolge spricht das dort erwähnte Merkmal „den der Wegzugsstaat bei der Berechnung der ... vergleichbaren Steuer angesetzt hat“ eher dafür, vom Stpfl. den Nachweis zu verlangen, dass er die vom Wegzugsstaat wegen seines Wegzugs nach Deutschland festgesetzten und erhobenen Steuern gezahlt hat. Dies schließt erforderlichenfalls auch den konkreten Nachweis darüber ein, dass der Wegzugsstaat „... auf Grund gesetzlicher Bestimmungen des Wegzugsstaats ...“ die Steuern festgesetzt und erhoben hat. Allerdings kann uE vom Stpfl. nicht mehr ein Nachweis über die Gesetzes- und/oder Rechtmäßigkeit der vom ausländ. Staat festgesetzten Steuer verlangt werden.

234

IV. Ausschlussstatbestand des Abs. 2 Satz 4

Anlass der Regelung: Die Einfügung des Satzes 4 in § 17 Abs. 2 stellt eine Folgeänderung auf Grund der Neufassung des § 6 Abs. 3 AStG dar. Diese Einschränkung war im Referenten- und Regierungsentwurf des SEStEG noch nicht enthalten, sondern wurde erst im Zuge des weiteren Gesetzgebungsverfahrens in das Gesetz aufgenommen.

Regelungsinhalt: In den Fällen des § 6 Abs. 3 AStG ist § 17 Abs. 2 Satz 3 nicht anzuwenden. Der Ausschlussstatbestand des § 17 Abs. 2 Satz 4 greift damit ein, wenn auch nur einer der in § 6 Abs. 3 AStG geregelten Tatbestände dergestalt eingreift, dass der Steueranspruch entfällt. Ein solcher Tatbestand des § 6 Abs. 3 AStG kann insbes. dann vorliegen, wenn der Stpfl. nur vorübergehend aus Deutschland abwesend ist (regelmäßig bis 5 Jahre, max. 10 Jahre bei beruflicher Abwesenheit), innerhalb dieses Zeitraums wieder nach Deutschland zurückzieht (vorübergehender Wegzug) und die weiteren negativen Tatbestandsmerkmale des § 6 Abs. 3 AStG (insb. Nichtvorliegen einer zwischenzeitlichen Anteilsveräußerung) nicht eingreifen.

Rechtsfolge: Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 17 Abs. 2 Satz 4 iVm § 6 Abs. 3 AStG vor, so findet – abweichend von Abs. 2 Satz 3 – eine Wertanhebung bzw. Wertaufstockung („step-up“) der AK von KapGes.-Anteilen bis zur Höhe des gemeinen Werts nicht statt.

Kritik: Ohne Einfügung des Satzes 4 wäre im Fall des Wegzugs und anschließendem (Wieder-)Zuzugs ein „step-up“ um jegliche stille Reserven möglich gewesen. Durch die Einfügung des Satzes 4 wird umgekehrt nunmehr aber die Möglichkeit einer doppelten Besteuerung der stillen Reserven in Kauf genommen (in

diesem Sinne wohl auch TÖBEN/RECKWARDT, FR 2007, 159 [168]). So kann zB der vom Gesetzgeber in § 17 Abs. 2 Satz 3 geforderte Nachweis über eine (zwischenzeitliche) Wegzugsbesteuerung im ausländ. Staat praktisch schwierig sein.

Einstweilen frei.

235

E. Anschaffungskosten unentgeltlich erworbener Anteile (Abs. 2 Satz 5)

236

Anschaffungskosten des Rechtsvorgängers: Nach Abs. 2 Satz 5, der durch das StÄndG 1965 eingeführt wurde (BTD Drucks. IV/3180, 7), sind bei unentgeltlichem Erwerb von Anteilen die AK desjenigen Rechtsvorgängers maßgebend, der den Anteil zuletzt entgeltlich erworben hat. Dies gilt auch für den Erbfall (BFH v. 18.1.1999 – VIII B 80/98, BStBl. II 1999, 486). Es kommen ggf. nachträgliche AK des Rechtsnachfolgers hinzu (dazu allg. Anm. 200 f.). Demnach bleibt der Veräußerer an die AK des Rechtsvorgängers gebunden. Er muss bei seiner Veräußerung auch die Wertsteigerungen versteuern, die zur Besitzzeit des Rechtsvorgängers eingetreten sind. Nach Ansicht des BFH (v. 5.12.1973 – I R 68/71, BStBl. II 1974, 236) gilt dies auch für Anteile, die vor 1965 unentgeltlich erworben wurden, sowie in den Fällen, bei denen der Erwerber erst nach Erwerb unbeschränkt stpfl. wird (BFH v. 30.3.1993 – VIII R 44/90, BFH/NV 1993, 597; v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312).

Rechtslage bis 1965: Hatte der Veräußerer Anteile unentgeltlich erworben, so war nach der früheren Gesetzeslage und der Rspr. des RFH (RFH v. 12.3.1937, RStBl. 1937, 963; v. 14.12.1938, RStBl. 1939, 212) der gemeine Wert der Anteile im Zeitpunkt des unentgeltlichen Erwerbs anzusetzen. Dies bedeutete, dass bei einer späteren Veräußerung dieser Anteile nur die Wertsteigerung erfasst wurde, die während der Besitzzeit des Veräußerers eingetreten war. Die beim Rechtsvorgänger entstandenen stillen Reserven blieben unversteuert.

Bei einer gemischten Schenkung ist der Erwerb in einen entgeltlichen und unentgeltlichen Teil aufzuspalten. Die Bindung an die AK des Rechtsvorgängers besteht nur für den unentgeltlichen Teil; beim entgeltlichen sind die eigenen AK des Erwerbers maßgebend (GROH, StuW 1984, 217; vgl. dazu bereits Anm. 156).

Beispiel: X erwirbt von Y 5 Anteile an einer KapGes. für insgesamt 20000 €. Tatsächlich hat jeder Anteil jedoch einen Wert von 10000 €. Somit hat X im Ergebnis zwei Anteile entgeltlich und drei Anteile unentgeltlich erworben. X ist bezüglich der drei unentgeltlichen Anteile an die AK des Y gebunden.

Wenn er nun Anteile verkauft, kann er bestimmen, ob es sich bei den veräußerten Anteilen um die entgeltlich oder die unentgeltlich erworbenen handelt (vgl. Anm. 156).

Einstweilen frei.

237–239

F. Veräußerungsverlust (Abs. 2 Satz 6)

Schrifttum: EILERS/WIENANDS, Die Veräußerung von GmbH-Anteilen nach Maßgabe der geänderten §§ 17, 22 Nr. 2, 23 EStG, GmbHR 1999, 505; HERZIG/FÖRSTER, Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002: Die Änderung von § 17 und § 34 EStG mit ihren Folgen, DB 1999, 711; WENDT, Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 – Änderungen bei betrieblichen und privaten Veräußerungsgeschäften, FR 1999, 333; BRAUN, Verluste aus dem Verkauf wesentlicher Beteiligungen (§ 17 EStG), DStZ 2003, 500; NACKE/INTEMANN, Verlustausgleichsbeschränkung nach § 17 Abs. 2 Satz 4 EStG, NWB F. 3, 12303; EWALD, Die Auslegungsprobleme des § 17 Abs. 2 Satz 6 EStG – Keine Lösung in Sicht?, DB 2007, 1159.

I. Rechtsentwicklung

240 1. Rechtslage nach dem JStG 1996

Mit dem durch das JStG 1996 (BGBl. I 1995, 1250; BStBl. I 1995, 438) eingeführten Abs. 2 Satz 6 (vor SEStEG = Satz 4) sollten „Gestaltungen erschwert werden, die es einem bisher nicht wesentlich beteiligten Anteilseigner ermöglichen, durch kurzfristigen Zukauf weniger Anteile eine im Privatvermögen entstandene Wertminderung in den steuerlichen Verlustausgleich einzubeziehen“ (BTDrucks. 13/901, 133; zur weitreichenden Verlustnutzungsmöglichkeit bis 31.12.1995 vgl. zB BFH v. 29.6.1995 – VIII R 68/93, BStBl. II 1995, 722). Nach der Regelung sollten Verluste nur noch abziehbar sein, wenn der Veräußerer oder bei unentgeltlichem Erwerb sein Rechtsvorgänger

- die wesentliche Beteiligung im Rahmen der Gründung der KapGes. entgeltlich erworben hatte (Abs. 2 Satz 6 Buchst. a, sog. gründungsgeborene Beteiligung) oder
- die Anteile mehr als 5 Jahre vor der Veräußerung entgeltlich erworben hatte und er während des gesamten Zeitraums wesentlich beteiligt war (Abs. 2 Satz 6 Buchst. b).

Mit der Voraussetzung „im Rahmen der Gründung einer KapGes.“ war weder eine Vorratsgesellschaft noch ein Mantelkauf bzw. der Erwerb von Anteilen durch eine Kapitalerhöhung gleichzusetzen. Diesbezüglich war der Wortlaut des Abs. 2 Satz 6 unmissverständlich und keiner Auslegung zugänglich (PYSZKA, DStR 1997, 309; aA zT FELIX/STRAHL, BB 1996, 1582). Die damit eingeführte Einschränkung der Abziehbarkeit von Veräußerungsverlusten ging jedoch weit über dieses Ziel der Missbrauchsverhinderung hinaus, so dass die Regelung im Schrifttum zu Recht erheblich kritisiert wurde (zB HARITZ, BB 1996, 1409; HAAS, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, 455; PYSZKA, DStR 1997, 309; WENDT, FR 1999, 333 [345 mwN in Fn. 76]). Vor allem die Regelung des Abs. 2 Satz 6 Buchst. b schränkte den Verlustausgleich bei solchen Beteiligungen unangemessen lange ein, die nicht im Rahmen der Gründung erworben wurden (Beispiele s. OFD Berlin v. 21.11.1997, StEK EStG § 17 Nr. 42). In bestimmten Fällen, in denen künstliche oder missbräuchliche Gestaltungen nicht vorlagen, konnte es nach dem Wortlaut des Gesetzestexts des JStG 1996 gleichwohl zum Ausschluss der Verlustberücksichtigung kommen (so ausdrücklich eingeräumt auch im RegE zum StÄndG 2001, BTDrucks. 14/6877, 15 zu § 52 Abs. 34a). Verfassungsrechtl. Bedenken gegen die Norm veranlassten das FG Münster, die Regelung des Abs. 2 Satz 6 Buchst. b dem BVerfG zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit vorzulegen (FG Münster v. 11.6.1999, EFG 1999, 977, Az. BVerfG 2 BvL 7/99), der Vorlagebeschluss wurde allerdings aufgehoben mit Beschluss v. 27.12.2000, nv. Erheblich entschärft wurde diese Problematik aber durch das StÄndG 2001, dazu s. Anm. 242 und 9.

241 2. Neufassung des Abs. 2 Satz 6 durch das StEntlG 1999/2000/2002

Mit der Neufassung des Abs. 2 Satz 6 durch das StEntlG 1999/2000/2002 trug der Gesetzgeber der allgemeinen Kritik an der zweckwidrig überschießenden Reichweite des Verlustabzugsverbots nach dem JStG 1996 inhaltlich Rechnung. Die bisherige Unterscheidung zwischen Erwerb bei Gründung und sonstigem Erwerb wurde aufgegeben. Die Neuregelung unterscheidet jetzt zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb. Bei teilentgeltlich erworbenen Anteilen sind die Anteile wertmäßig in entgeltlich sowie unentgeltlich erworbene Anteile aufzuspalten (vgl. Anm. 156).

Die Neufassung beschränkt das Abzugsverbot treffsicherer auf die eigentlichen Missbrauchsfälle und geht ansonsten von der Abziehbarkeit von Verlusten aus (so im RegE zum StÄndG 2001, BTDrucks 14/6877, 15 zu § 52 Abs. 34a; zur historischen Entwicklung NACKE/INTEMANN, NWB F. 3, 12303). Satz 6 Buchst. a der Neufassung stellt klar, dass ein Verlustabzug nicht erreicht werden kann, indem ein nicht wesentlich bzw. unterhalb der Beteiligungsgrenze Beteiligter seine Verlustbeteiligung einem wesentlich bzw. oberhalb der Beteiligungsgrenze Beteiligten schenkt. Der Beschenkte kann die Verluste nur geltend machen, soweit der Schenker sie hätte geltend machen können, wenn er die Beteiligung anstelle des Beschenkten veräußert hätte. Satz 6 Buchst. b beschränkt das Abzugsverbot auf die eigentlichen Missbrauchsfälle des Hinzuerwerbs zur Begründung einer wesentlichen bzw. steuerverstrickten Beteiligung und geht von der Abziehbarkeit von Verlusten als Regelfall aus (vgl. BMF v. 3.8.2000, StEK EStG § 17 Nr. 51), so dass eine unnötige Behinderung wirtschaftlicher Vorgänge vermieden wird. Die Regelung begünstigt die entgeltliche Aufstockung zur Erreichung einer wesentlichen bzw. steuerverstrickten Beteiligung. Verfügt ein Gesellschafter zB bereits über eine nicht steuerverstrickte Beteiligung in Höhe von 0,5 % und kauft er weitere 1,2 % hinzu, so kann er einen innerhalb der kommenden 5 Jahre erlittenen Veräußerungsverlust zu 1,2/1,7 stl. abziehen, danach ohnehin voll (s. auch BTDrucks. 14/23, 179 für § 17 vor StSenkG: Hinzuerwerb von 12 % zu ursprünglich nicht wesentlicher Beteiligung von 8 % führt zur Abziehbarkeit von $\frac{12}{20}$ des erlittenen Veräußerungsverlusts).

3. Rückwirkende Anwendung der Neufassung ab VZ 1996 nach dem StÄndG 2001

242

Durch § 52 Abs. 34a idF des StÄndG 2001 gilt die in Anm. 241 beschriebene Fassung des Abs. 2 Satz 6 einheitlich ab VZ 1996. Dies kann für die VZ 1996–1998 zu einer nachträglichen Abziehbarkeit von Veräußerungsverlusten führen. In diesem Zusammenhang wirken nach Ansicht des BFH v. 22.2.2005 – VIII R 41/03 (BFH/NV 2005, 1518) jedoch die abgesenkten Beteiligungsgrenzen von 10 % bzw. von 1 % – anders als bei der Besteuerung von Gewinnen – nicht auf VZ vor Absenkung der Beteiligungsgrenzen zurück (zur Kritik s. Anm. 9). Sind die zugrunde liegenden StFestsetzungen bereits bestandskräftig und greift ein besonderer Korrekturgrund nach den §§ 172 ff. AO nicht (mehr) ein, besteht noch die Möglichkeit der Anwendung der gesetzlichen Fassung des Abs. 2 Satz 6 im Rahmen eines Billigkeitserlasses nach §§ 163, 227 AO. Ein solcher Billigkeitserlass ist uE zu gewähren.

Einstweilen frei.

243–245

II. Verlustausgleichsbeschränkung bei unentgeltlich erworbenen Anteilen (Abs. 2 Satz 6 Buchst. a)

246

Grundsatz: Nach Abs. 2 Satz 6 Buchst. a ist ein Veräußerungsverlust nicht zu berücksichtigen, soweit er auf Anteile entfällt, die der Stpfl. bzw. Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veräußerung unentgeltlich erworben hatte.

Ausnahme für Verluste, die Rechtsvorgänger hätte geltend machen können: Vorstehendes gilt nach der Ausnahmeregelung des Abs. 2 Satz 6 Buchst. a Satz 2 nicht, soweit der Rechtsvorgänger anstelle des Stpfl. bzw. Veräußerers den Veräußerungsverlust hätte geltend machen können. Gemeint ist damit, dass der Rechtsvorgänger die Verluste hätte geltend machen können, wenn ihm die

Anteile im Zeitpunkt der Veräußerung zuzurechnen gewesen wären und er die Veräußerung vorgenommen hätte (= fiktive Prüfung des Verlustausgleichs beim Rechtsvorgänger, vgl. auch WENDT, FR 1999, 333 [347]). Bei dieser fiktiven Prüfung der Verlustausgleichsmöglichkeit beim Rechtsvorgänger ist für diesen auch die weitere Verlustausgleichsbeschränkung des Abs. 2 Satz 6 Buchst. b einzubeziehen und fiktiv anzuwenden; hinsichtlich der 5-Jahres-Frist sind allerdings die Besitzzeiten des Rechtsvorgängers und des Rechtsnachfolgers (= Veräußerer der unentgeltlich erworbenen Anteile) zusammenzurechnen (Gesamtbetrachtung, ebenso LBP/HÖRGER, § 17 Rn. 315; aA SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 198). Die Verlustausgleichsbeschränkungen führen dadurch zu äußerst komplexen und streitanfälligen Subsumtionsketten. Vor dem Hintergrund der Absenkung der Beteiligungsgrenze auf 1 % durch das StSenkG und dem dadurch kaum mehr bestehenden Anreiz von gestaltungsmisbräuchlicher Aufstockung von verlustbringenden Beteiligungen sollte uE daher Abs. 2 Satz 6 abgeschafft werden (vgl. oben zur Kritik am § 17 Anm. 13 zu „Verlustausgleichsverbot des Abs. 2 Satz 6“).

Zur Unentgeltlichkeit des (Vor-)Erwerbs gelten die Grundsätze und Anforderungen der unentgeltlichen Anteilsübertragung spiegelbildlich (vgl. Anm. 156 f.).

247 III. Verlustausgleichsbeschränkung bei entgeltlich erworbenen Anteilen (Abs. 2 Satz 6 Buchst. b)

Grundsatz: Nach Abs. 2 Satz 6 Buchst. b ist ein Veräußerungsverlust nicht zu berücksichtigen, soweit er auf Anteile entfällt, die

- entgeltlich erworben worden sind und
- nicht innerhalb der gesamten letzten fünf Jahre zu einer steuerverstrickten Beteiligung iSv. Abs. 1 Satz 1 des Stpfl. gehört haben.

Ausnahme: Vorstehendes gilt nach der Ausnahmeregelung des Abs. 2 Satz 6 Buchst. b Satz 2 nicht für innerhalb der letzten fünf Jahre erworbene Anteile,

- deren Erwerb zur Begründung einer steuerverstrickten Beteiligung des Stpfl. geführt hat (Alt. 1) oder
- die nach Begründung der steuerverstrickten Beteiligung erworben worden sind (Alt. 2).

Abs. 2 Satz 6 Buchst. b Satz 2 setzt nicht voraus, dass die Anteile, deren Erwerb zur Begründung einer wesentlichen bzw. steuerverstrickten Beteiligung führt, aus der Hand einer Person erworben werden. Ob die Anteile bereits bei dem Rechtsvorgänger steuerverhaftet waren, spielt für Abs. 2 Satz 6 Buchst. b ebenfalls keine Rolle. Ferner sind auch mittelbare Beteiligungen in die Beurteilung mit einzubeziehen.

Maßgebliche Relevanzschwelle: Ob der Erwerb von Anteilen „zur Begründung einer Beteiligung des Stpfl. iSv. Abs. 1 Satz 1“ (Alt. 1) geführt hat oder die Anteile „nach Begründung der Beteiligung iSv. Abs. 1 Satz 1 erworben worden sind“ (Alt. 2), ist uE auf der Grundlage der (neuen) Beteiligungsgrenze von mindestens 1 % zu beurteilen. Auch der BFH v. 28.10.2008 (IX R 22/08 – BStBl. II 2009, 527) geht hiervon für die Gesetzesfassung ab In-Kraft-Treten des UntStFG aus. Für die Zeit davor ging er dagegen von einer veranlagungszeitraumbezogenen Auslegung aus, danach kam es darauf an, dass eine Beteiligung in den letzten fünf Jahren als wesentlich iSd. Gesetzesfassung des jeweiligen Jahres anzusehen war (BFH v. 29.5.2008 – IX R 62/05, BStBl. II 2008, 856). UE

gilt die neue Beteiligungsgrenze in allen Fällen, dh. generell auch dann, wenn der Erwerb der betreffenden Anteile vor dem zeitlichen Anwendungsbereich des § 17 idF des StSenkG stattgefunden hat (so bereits HERZIG/FÖRSTER, DB 1999, 711 [716]; für das StSenkG zB SCHÜPPEN/SANNA, BB 2001, 2397 [2405]; NACKE/INTEMANN, NWB F. 3, 12303 [12310]). Durch die Absenkung der Beteiligungsgrenze auf 1 % wird somit die Möglichkeit einer Verlustberücksichtigung für entsprechende Beteiligungen von mindestens 1 % rückwirkend ausgedehnt. Da sich die Änderung insoweit zugunsten des Stpfl. auswirkt, steht dem nicht entgegen, dass dem Stpfl. gegenüber einer steuerbelastenden rückwirkenden Absenkung der Beteiligungsgrenzen verfassungsrechtl. gebotener Vertrauensschutz zu gewähren ist (vgl. Anm. 9).

Relevante Beteiligung während der gesamten letzten fünf Jahre: Ein Verlustabzug ist bei strenger Wortlautinterpretation des Merkmals „... nicht innerhalb der *gesamten* letzten fünf Jahre ...“ nur zulässig, wenn die veräußerten Anteile in den fünf Jahren vor der Veräußerung ununterbrochen Teil einer relevanten Beteiligung waren. Damit weicht die Regelung von Abs. 1 Satz 1 ab, wonach es dem Wortlaut nach ausreichend ist, wenn der Stpfl. „... innerhalb der letzten fünf Jahre ...“ vor der Veräußerung, also nur vorübergehend wesentlich an der KapGes. beteiligt war. Hiernach wäre eine Verlustberücksichtigung auch dann ausgeschlossen, wenn eine ursprünglich bestehende relevante Beteiligung zwischenzeitlich (und ggf. nur für sehr kurze Zeit wie zB 1 Tag) auf einen Prozentsatz unterhalb der Relevanzschwelle abgesenkt wurde. Nach BFH v. 1.4.2009 – IX R 31/08 (BStBl. II 2009, 810) soll aber ein Verlust trotz des Absinkens unter die Beteiligungsgrenze innerhalb der letzten fünf Jahre zu berücksichtigen sein, wenn der Stpfl. von vornherein eine relevante Beteiligung erwirbt, da es in diesem Fall nicht zu einem Missbrauch kommen könne. Nach älteren Entscheidungen soll aber etwas anderes gelten, wenn eine zunächst nicht relevante Beteiligung zu einer relevanten Beteiligung aufgestockt wird und dann wiederum eine Absenkung erfolgt ist (Nds. FG v. 17.4.2002, EFG 2002, 1520, rkr.; BFH v. 14.6.2005 – VIII R 20/04, BFH/NV 2005, 2202, unter Ablehnung verfassungsrechtl. Bedenken für den dort entschiedenen Einzelfall). UE müssten die Grundsätze der neueren Entscheidung auch dann gelten, wenn die Beteiligung zu Beginn der letzten fünf Jahre vor dem Veräußerungszeitpunkt mindestens 1 % betragen hat. Darüber hinaus werden im Schrifttum gegen eine derartige disproportionale bzw. ungleiche Behandlung von Veräußerungsgewinnen einerseits und Veräußerungsverlusten andererseits verfassungsrechtl. Bedenken erhoben (vgl. OTT, Festschr. Korn, 2005, 105 [123]; KORN/STRAHL, § 17 Rn. 109 [Mai 2002]; ebenso der [aufgehobene] Vorlagebeschluss des FG Münster v. 11.6.1999, EFG 1999, 977 zur Verfassungswidrigkeit der Verlustabzugsbeschränkung des Abs. 2 Satz 6 (vorher Satz 4) idF des JStG 1996, und Anm. 240 und 9).

Kein Verlustabzug für bisher nicht steuerverstrickte (Teil-)Anteile: Die rechtl. Selbständigkeit der Anteile ist auch hier zu beachten (vgl. DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 440; BFH v. 7.3.1995 – VIII R 29/93, BStBl. II 1995, 693), dh. im Fall einer nach Hinzuerwerb erfolgenden Veräußerung aller Anteile findet keine „Mischkalkulation“ bzgl. der ursprünglichen AK und Veräußerungskosten für die insgesamt veräußerten Anteile statt (WENDT, FR 1999, 333 [348]; EILERS/WIENANDS, GmbHR 1999, 505 [509 mwN]). Durch Aufstockung der Beteiligung kann kein Verlustabzug für den bisherigen unwesentlichen Teil erreicht werden (BRAUN, DStZ 2003, 500 [501]). Nur wenn sich die einzelnen Anteile nicht (mehr) identifizieren lassen, können die AK (schätzweise) im Wege der Durchschnittsbewertung ermittelt und zugerechnet werden. Dies ist insbes.

bei in Sammeldepots gehaltenen Aktien der Fall. Zu nachträglichen AK s. nachfolgend (vgl. dazu ergänzend unter Anm. 200).

Voraussetzungen und Umfang der Abziehbarkeit nachträglicher Anschaffungskosten als Veräußerungsverlust gem. § 17: Ist ein Veräußerungsverlust nach Abs. 2 Satz 6 Buchst. b nur anteilig zu berücksichtigen, kann die Wertminderung von Ansprüchen des Gesellschafters aus eigenkapitalersetzenden Darlehen oder von Rückgriffsforderungen aus eigenkapitalersetzenden Bürgschaften, die vor der Begründung der wesentlichen Beteiligung gewährt oder übernommen wurden, nur insoweit zu nachträglichen AK der Beteiligung führen, als die Wertminderung nach Begründung der wesentlichen Beteiligung eingetreten ist. Dagegen sind Wertminderungen von eigenkapitalersetzenden Darlehen oder von Rückgriffsansprüchen aus eigenkapitalersetzenden Bürgschaften, die erst nach Begründung der wesentlichen Beteiligung gewährt oder übernommen wurden, in vollem Umfang als nachträgliche AK zu berücksichtigen (BFH v. 20.4.2004 – VIII R 52/02, BStBl. II 2004, 556; krit. WEBER-GRELLET, FR 2004, 787). Beim Abzug nachträglicher AK ist keine anteilsbezogene Zuordnung des Aufwands vorzunehmen. Allein entscheidend ist der Umstand, ob die Entstehung der nachträglichen AK in den Zeitraum des Bestehens einer wesentlichen Beteiligung fällt (BFH v. 20.4.2004 – VIII R 52/02 aaO; aA Schl.-Holst. FG v. 16.4.2003, EFG 2003, 998, nrkr. [aufgehoben durch BFH v. 22.2.2005 – VIII R 41/03, HFR 2005, 1075]: Verteilung auf die zu unterschiedlichen Zeitpunkten erworbenen Anteile, dh. nur insoweit abziehbar, wie sie auf Anteile entfallen, die nicht dem Abzugsverbot des Abs. 2 Satz 6 Buchst. b unterfallen). UE ist der Auffassung des BFH zuzustimmen. Es macht keinen Unterschied, ob der Gesellschafter nach Begründung der wesentlichen Beteiligung weitere Geschäftsanteile erwirbt, deren AK ohne jeden Zweifel voll zu berücksichtigen wären, oder ob er angesichts der akuten Krise der Gesellschaft den schnelleren Weg wählt, die weitere Finanzierung der Gesellschaft durch eigenkapitalersetzende Maßnahmen sicherzustellen. Der Gesetzeszweck des Abs. 2 Satz 6, Missbräuche zu verhindern, erfordert in diesem Fall keine Einschränkung der Verlustabzugsmöglichkeit.

Keine Mindestgrenze für erworbene Anteile: Die Ausnahmeregelung des Abs. 2 Satz 6 Buchst. b Satz 2 Alt. 1 erfasst die hinzuerworbenen Anteile, deren Erwerb zum Überschreiten der maßgebenden Beteiligungsgrenze iSd. Abs. 1 Satz 1 führte. Es ist also nicht notwendig, dass die Höhe der erworbenen Anteile selbst die Mindestbeteiligungsquote erreicht. Auch der Erwerb von Anteilen im Rahmen der Gründung oder Kapitalerhöhung einer Gesellschaft ist uE im Rahmen von Abs. 2 Satz 6 Buchst. b Satz 2 als hinzuerworbene Anteile zu berücksichtigen.

Keine Umgehung durch Einlage in ein Betriebsvermögen: Einzelheiten s. Anm. 86.

Umwandlung in eine Personengesellschaft: Nach § 5 Abs. 2 Satz 2 UmwStG gelten Anteile iSd. § 17 EStG nicht als in das BV der übernehmenden Gesellschaft eingelegt, wenn bei ihrer gedachten Veräußerung ein eventuell entstehender Verlust nach § 17 Abs. 2 Satz 6 nicht zu berücksichtigen wäre. § 17 Abs. 2 Satz 6 führt zur Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 5 Abs. 2 Satz 2 UmwStG (EILERS/WIENANDS, GmbHR 1999, 505 [510]).

**Erläuterungen zu Abs. 3:
Freibetrag**
A. Rechtsentwicklung

250

Rechtsentwicklung bis zum EStG 1965: § 32 EStG 1925 gewährte einen Freibetrag in Höhe desjenigen Teils von 10 000 RM, der dem Verhältnis der verkauften Anteile zum Gesellschaftskapital entsprach, um leistungsschwache Stpfl. zu schonen (STRUTZ, EStG 1925, § 30 Anm. 2). Durch § 17 Abs. 3 EStG 1934–1961 wurde der Freibetrag in eine Freigrenze gleicher Höhe geändert. Dies schien dem Gesetzgeber ausreichend, um Gewinne aus der Veräußerung kleiner Betriebe freizustellen (Begr. RStBl. 1935, 42). § 17 Abs. 3 EStG 1965 ff. brachte wieder eine Änderung hin zum Freibetrag. Dieser wurde auf 20 000 DM erhöht, aber auf Veräußerungsgewinne bis zu einer maximalen Höhe beschränkt (Abs. 3 Satz 2).

Rechtsentwicklung seit 1999: Im Gesetzgebungsverfahren zum StEntlG 1999/2000/2002 wurde zunächst die Abschaffung des Abs. 3 diskutiert (vgl. BTDrucks. 14/23, 179), letztendlich aber doch davon abgesehen.

Durch das StEuglG v. 17.12.2000 (BGBl. I 2000, 1790; BStBl. I 2001, 3) wurden die in Abs. 3 enthaltenen DM-Beträge auf Euro-Beträge umgestellt (Freibetrag von 20 000 DM auf 10 300 €, unschädliche Höhe des Veräußerungsgewinns von 80 000 DM auf 41 000 €). Die Anwendbarkeit dieser Umstellung ist durch § 52 Abs. 34a idF des StEuglG an die Anwendbarkeit der gesamten Neufassung des § 17 idF des StSenkG gekoppelt. Sie ist daher bei inländ. KapGes. ohne abweichendes Wj. ab dem 1.1.2002 anwendbar. Bei Beteiligungen an ausländ. KapGes. wäre sie nach dem Wortlaut des § 52 Abs. 34a bereits ab 2001 anwendbar. Dies war uE nicht gewollt und ist nur durch die Verquickung mehrerer, kompliziert formulierter Anwendungsregeln verursacht. Entsprechend dem Sinn der Eurorumstellung sind die Eurobeträge uE einheitlich ab dem 1.1.2002 auf alle Veräußerungsgewinne anzuwenden.

Durch das HBeglG 2004 wurde der Freibetrag für Veräußerungen v. 1.1.2004 an von 10 300 € auf 9 060 € herabgesetzt.

B. Freibetrag für den Veräußerungsgewinn (Satz 1)

251

Bedeutung des Freibetrags: Abs. 3 gewährt eine sachliche StBefreiung für Veräußerungsgewinne iSd. Abs. 1. Es handelt sich nicht um eine Tarifvorschrift. Deshalb ist der Freibetrag bereits bei der Ermittlung der Einkünfte vom Veräußerungsgewinn abzuziehen.

Keine Verlustentstehung durch Freibetrag: Der Abzug eines Freibetrags nach Abs. 3 kann nicht zu Verlusten aus § 17 führen. Abs. 3 Satz 1 ordnet der Rechtsfolge nach nur eine Nichtheranziehung zur ESt. an.

Tatbestandsstruktur: Abs. 3 Satz 1 bestimmt die maximale Höhe des Freibetrags, während Satz 2 eine Kürzung dieses Höchstbetrags für höhere Veräußerungsgewinne vorsieht. Beide Sätze des Abs. 3 bilden eine Regelungseinheit, dh. sie normieren gemeinsam die Höhe des Freibetrags.

Veräußerungsgewinn, für den der Freibetrag gewährt wird: Mit dem Begriff „Veräußerungsgewinn“ bezieht sich Satz 1 auf den Gewinn iSd. des Abs. 1

iVm. Abs. 2, ohne aber eindeutig zu regeln, was im Fall mehrerer Veräußerungen innerhalb eines VZ aus Beteiligungen an derselben oder verschiedenen KapGes. gelten soll. Diese Frage ist durch Auslegung zu beantworten:

► *Mehrere Veräußerungen innerhalb eines VZ von Anteilen an derselben Kapitalgesellschaft:* Der Freibetrag bezieht sich auf alle Veräußerungen von Anteilen an einer KapGes. innerhalb eines VZ. Veräußert der Stpfl. innerhalb desselben VZ mehrfach Anteile an derselben KapGes., sind sie zur Berechnung des Veräußerungsgewinns und des Freibetrags zusammenzufassen (einheitliche Ermittlung; glA DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 455; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 193; aA LBP/HÖRGER, § 17 Rn. 286, der jede Veräußerung für sich wertet).

► *Mehrere Veräußerungen innerhalb eines VZ von Anteilen an verschiedenen Kapitalgesellschaften:* Bei der Veräußerung von Anteilen verschiedener KapGes. innerhalb desselben VZ erfolgt uE dagegen keine Zusammenrechnung. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Freibetrag nach einem Prozentsatz bemessen wird, der den veräußerten Anteilen „der Kapitalgesellschaft“ entspricht. Der Freibetrag ist jeweils für alle Veräußerungen von Anteilen an jeder einzelnen KapGes. nach den dafür maßgebenden Verhältnissen zu gewähren.

► *Mehrere Veräußerungen von Anteilen an derselben Kapitalgesellschaft in verschiedenen VZ:* Wurden mehrere Veräußerungen in verschiedenen VZ getätigt, sind sie auch für Abs. 3 getrennt zu beurteilen.

Veräußerungsgewinn bei Gegenleistung in Form von wiederkehrenden Bezügen:

Umstritten ist, ob der Freibetrag nur im Fall einer Versteuerung des Werts sämtlicher wiederkehrender Bezüge im Veräußerungszeitpunkt (Sofortversteuerung) oder auch im Fall einer fortlaufenden Versteuerung jeweils bei Zufluss (Nachversteuerung; zum Wahlrecht s. Anm. 182) gewährt werden kann (verneinend BFH v. 17.12.1991 – VIII R 80/87, BStBl. II 1993, 15; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 206; LBP/HÖRGER, § 17 Rn. 285; bejahend BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 185). UE kann der Freibetrag nur bei Sofortversteuerung in Betracht kommen. Die Nachversteuerung ist gesetzlich nicht normiert, sondern stellt ein Instrument der richterlichen Rechtsfortbildung zugunsten des Stpfl. dar. Sie mildert bereits in erheblichem Maße die Auswirkungen, die sich bei der Sofortversteuerung durch die geballte Aufdeckung der stillen Reserven in einem VZ ergeben. Eine zusätzliche Gewährung des Freibetrags würde in der Gesamtbetrachtung zu einer Doppelbegünstigung führen. Dazu besteht jedoch bei Wahl der Nachversteuerung wegen des bereits „günstigeren“ Besteuerungszeitpunkts keine Veranlassung. Ferner würde die Freibetragsgewährung eine systemwidrige Verknüpfung des bei der Nachversteuerung angewandten Zuflussprinzips mit dem bei der Sofortversteuerung angewandten Realisationsprinzip (s. Anm. 163) beinhalten (in diesem Sinn auch BFH v. 19.8.1999 – IV R 67/98, BStBl. II 2000, 179 [182]).

Veräußerungsgewinn unter Geltung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens:

Veräußerungspreis oder gemeiner Wert iSd. Abs. 2 und Veräußerungskosten/AK wurden seit Geltung des StSenkG je nur zur Hälfte angesetzt, seit der Unternehmenssteuerreform 2008 ab VZ 2009 nur zu 60% (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c bzw. § 3c Abs. 2 Satz 1). Dies hat uE keine Auswirkungen auf Höhe und Ermittlung des Freibetrags; er wird nicht gekürzt (glA SCHULTE in ERLE/SAUTER, Reform der Unternehmensbesteuerung, 2001, 94). Von demjenigen Betrag, der nach Anwendung von § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c, § 3c Abs. 2 als Gewinn ver-

bleibt, wird anschließend der volle Freibetrag abgezogen (vgl. R 17 Abs. 9 EStR 2008).

Beispiel zum Teileinkünfteverfahren: X veräußert seine 100 %-Beteiligung an der A-GmbH. Der Veräußerungspreis beträgt 50 000 €, die AK beliefen sich auf 30 000 €. Der Veräußerungsgewinn nach Anwendung des Teileinkünfteverfahrens gem. § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c beträgt 12 000 €, nämlich 30 000 € (60% vom Veräußerungspreis von 50 000 €, § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c) abzgl. 18 000 € (60% der AK von 30 000 €, § 3c Abs. 2). Davon ist der (Freibetrag von 9 060 € abzuziehen (dieser ist hier voll zu gewähren, da 100% der Anteile veräußert wurden und der Veräußerungsgewinn 36 100 € nicht übersteigt). Damit verbleibt ein stpfl. Gewinn von 2 940 €.

Höhe des Freibetrags nach Satz 1 in Abhängigkeit vom Nennkapital:

Nach Abs. 3 Satz 1 wird der Veräußerungsgewinn nur insoweit zur ESt. herangezogen, als er den Teil von 9 060 € übersteigt, der dem veräußerten Anteil an der KapGes. entspricht. Es wird also der Nennwert der veräußerten Anteile in Relation zum Nennkapital der KapGes. gesetzt. Der Freibetrag kann mit anderen Worten nur dann in der vollen Höhe von 9 060 € ausgeschöpft werden, wenn sämtliche Anteile an der KapGes. (also 100 %) veräußert werden. Wird nur eine geringere Beteiligung veräußert, reduziert sich der Freibetrag prozentual um den Anteil der nicht veräußerten Beteiligung.

Beispiel: X veräußert seine 60 %-Beteiligung an der A-GmbH (AK 50 000 €) für 80 000 €.

Der Freibetrag beläuft sich auf den Teil von 9 060 €, der dem veräußerten Anteil entspricht (= 60 %), also auf 5 436 €. Damit sind vom Veräußerungsgewinn nach Anwendung des Teileinkünfteverfahrens (s.o.) von 18 000 € noch 12 564 € nach § 17 stpfl. Eine Kürzung nach Abs. 3 Satz 2 (s. Anm. 252) ergibt sich nicht.

Bei der Berechnung des Anteils der veräußerten Kapitalanteile sind eigene Anteile der KapGes. vom Nennkapital abzuziehen.

Beispiel: Das Stammkapital der A-GmbH beträgt 50 000 €. X veräußert seine 20 %-Beteiligung (nominal 10 000 €). Die GmbH hält selbst eigene Anteile von 10 000 € nominal.

Vom Stammkapital (50 000 €) sind die eigenen Anteile in Höhe 10 000 € abzuziehen. Die von X veräußerte Beteiligung (nominal 10 000 €) beträgt in Relation zum verbliebenen Stammkapital 25 %. X erhält daher nach Satz 1 auch 25 % des Freibetrags = 2 265 €.

Ist der Veräußerungsgewinn oberhalb des maximalen Unschädlichkeitsbetrags von (25 % × 45 160 € =) 11 290 €, kommt ein Freibetrag wegen Satz 2 (s. Anm. 252) überhaupt nicht mehr zum Abzug. Ist der Veräußerungsgewinn niedriger als (25 % × 36 100 € =) 9 025 €, bleibt es beim Abzug eines Freibetrags nach Satz 1 iHv. 2 265 €. Liegt der Veräußerungsgewinn innerhalb der Spanne von 9 025 € bis 11 290 €, ist der Freibetrag in Höhe der Differenz zwischen Veräußerungsgewinn (zB 10 000 €) und Unschädlichkeitsbetrag (9 025 €), also zB um (10 000 ./. 9 025 =) 975 € zu kürzen, so dass ein nach Abs. 3 Satz 1 iVm. Satz 2 doppelt gekürzter Freibetrag (zB von 1 290 €) anzusetzen wäre.

C. Kürzung des Freibetrags bei höheren Gewinnen (Satz 2)

252

Nach Abs. 3 Satz 2 ermäßigt sich der Freibetrag, wenn der Veräußerungsgewinn den Teil von 36 100 € (bis VZ 2001: 80 000 DM; bis VZ 2004: 41 000 €) übersteigt, der dem veräußerten Anteil an der KapGes. entspricht. Das bedeutet: Bei Veräußerung einer 100 %-Beteiligung und einem Gewinn von bis zu 36 100 € (= unschädlicher Gewinn bei 100 %-Beteiligung) tritt eine Kürzung des Freibetrags überhaupt nicht ein. Umgekehrt entfällt bei Veräußerung einer 100 %-Beteiligung ein Freibetrag nach Abs. 3 vollständig, wenn der erzielte Veräuße-

rungsgewinn den Betrag von 45 160 € übersteigt. Umfasst die veräußerte Beteiligung nicht das gesamte Kapital, wird der unschädliche Betrag – wie schon der Freibetrag – entsprechend reduziert. Der Abzug eines Freibetrags nach Abs. 3 kommt damit generell nur für Veräußerungsgewinne in der Spanne von 1 € (bis VZ 2001: 1 DM) bis 45 160 € in Betracht.

Beispiel: A ist an der GmbH zu 50 % beteiligt. Er veräußert einen Anteil von 20 %; der Veräußerungsgewinn (nach Anwendung des Teileinkünfteverfahrens, vor Freibetragsanwendung) beträgt 8 000 €.

Da nur eine Teilmeteiligung veräußert wird, ermäßigt sich der Freibetrag von 9 060 € in einem ersten Schritt zunächst auf 1 812 € (20 % von 9 060 € = 1 812 €; Abs. 3 Satz 1). In einem zweiten Schritt ist eine Kürzung dieses anteiligen Freibetrags wegen der Höchstbegrenzung des Abs. 3 Satz 2 zu prüfen. Der unschädliche Gewinn beträgt wegen der Veräußerung einer Teilmeteiligung 7 220 € (20 % von 36 100). Der Veräußerungsgewinn (8 000 €) übersteigt diesen Betrag um 780 €. Der Freibetrag nach Satz 1 ist um diesen übersteigenden Betrag nach Satz 2 zu kürzen, beträgt also letztlich noch (18 812 \cdot 780 =) 1 032 €. Der stpfl. Veräußerungsgewinn beträgt somit (8 000 \cdot 1 032 =) 6 968 €.

253–259 Einstweilen frei.

**Erläuterungen zu Abs. 4:
Auflösung/Kapitalherabsetzung und -rückzahlung/
Ausschüttungen oder Rückzahlungen aus dem steuerlichen Einlagekonto iSd. § 27 KStG**

Schrifttum: EILERS/SCHMIDT, Diskriminierungsverbot gegenüber ausländischen EU-Kapitalgesellschaften nach dem EuGH-Urteil Saint Gobain v. 21.9.1999, DStR 1999, 1977; EILERS/WIENANDS, Neue steuerliche und gesellschaftsrechtliche Aspekte der Doppelansässigkeit von Kapitalgesellschaften nach der EuGH-Entscheidung v. 9.3.1999, IStR 1999, 289; JAHNDORF, Zur Schätzung des gemeinen Werts von nichtnotierten Anteilen an Kapitalgesellschaften für Zwecke des Ertragsteuerrechts – Bindungswirkung des Stuttgarter Verfahrens auch für Ertragsteuern?, StuW 1999, 271; SCHMIDT/SEDEMUND, Der ertragsteuerliche Status doppelansässiger Kapitalgesellschaften vor und nach dem „Centros“-Urteil des EuGH, DStR 1999, 2057; SCHWEDHELM/BINNEWIES, Hinzuzugsbesteuerung als neue Begehrlichkeit der Finanzverwaltung – Steuerrechtliche Konsequenzen der Verlegung des Ortes der Geschäftsleitung einer im Ausland gegründeten Kapitalgesellschaft ins Inland, DB 1999, 1420; DÖRRFUSS, Die Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften, zugleich Anmerkungen zum Urteil des BFH v. 17.5.2000, IStR 2001, 147; WEBER-GRELLET, Anmerkung zu BFH v. 25.1.2000 – VIII R 63/98 – (Körperschaften: Realisation des Auflösungsverlustes erst mit Abschluss des Konkursverfahrens), FR 2000, 716; DÖRNER, GmbH in der Krise: Steuergestaltung mit Gesellschafterdarlehen und -bürgschaften, LSW Gr. 9, 37–56 (9/2001); DÖTSCH, Rückzahlung einer offenen Gewinnausschüttung gem. § 31 Abs. 1 GmbHG keine negative Einnahme aus Kapitalvermögen, StWa. 2001, 28; HUNSDORFER, Beteiligungsaufwendungen im Halbeinkünfteverfahren, BB 2001, 2242; KORTH, Bürgschaftsinanspruchnahme des Ehegatten als mittelbare verdeckte Einlage, AktStR 2001, 209; MAACK, Systemübergreifende Liquidation von Kapitalgesellschaften, DStR 2001, 1064; MÜLLER, Ausschüttung von Eigenkapital als Veräußerungsvorgang des § 17 Abs. 4 EStG, EFG 2001, 1200; PRINZ, Aktuelle Rechtsfragen und Gestaltungsüberlegungen zu §§ 17, 23 EStG bei privater Vermögensverwaltung, FR 2001, 977; SCHWER, Verlust-Konkretisierung, GmbH-Stpr. 2002, 17; FÖRSTER/VAN LISHAUT, Das körperschaftsteuerliche Eigenkapital iSd. §§ 27–29 KStG (Teil 1), FR 2002, 1205; HEROLD, Teilwert eines Darlehens bei Kriseneintritt, GStB 2002, 22; HOFFMANN, Anmerkung zu FG Köln v. 20.9.2001, EFG 2002, 19; HOLLATZ, Auflösungsverlust nach § 17 EStG durch kapitalersetzende

Bürgschaften, NWB F. 3, 11855 (6/2002); BIRK, Zuzug und Wegzug von Kapitalgesellschaften – Zu den körperschaftsteuerlichen Folgen der Überseeringentscheidung des EuGH, IStR 2003, 469; DÖTSCH/PUNG, Die Auflösung und Abwicklung von Körperschaften: Das Einführungsschreiben des BMF v. 26.8.2003, DB 2003, 1922; HOFFMANN, Anmerkung zu FG Düss. v. 14.8.2002, EFG 2003, 42; OMMERBORN/ALTENDORF, Veräußerungsgewinn und -verlust nach § 17 Abs. 4 EStG unter Berücksichtigung des StEntlG 1999/2000/2002, NWB F. 3, 11193; WASSERMEYER, Überseering aus der Sicht des Steuerrechts, EuZW 2003, 257; HEY, Personalstatut und Steuerrecht – Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Sitztheorie auf die Besteuerung dopelensässiger Kapitalgesellschaften, Der Konzern 2004, 577; KESSLER/HUCK/OBSER/SCHMALZ, Wegzug von Kapitalgesellschaften, DStZ 2004, 813, 855; KLEINERT/PROBST, Erneute klare Absage an Wegzugsbeschränkungen durch EuGH und Kommission, NJW 2004, 2425; KÖRNER, Europarecht und Wegzugsbesteuerung – das EuGH-Urteil „de Lasteyrie du Saillant“, IStR 2004, 424; MORITZ, Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften – Neue BFH-Rechtsprechung zu wesentlichen Beteiligungen im Sinne des § 17 EStG, NWB F. 3, 13119 (51/2004); WACHTER, Kurzkommentar zum Beschluss des BayObLG v. 11.2.2004 – 3 Z BR 175/03 (DStR 2004, 1224), EWIR 2004, 375; WELTER, Zum identitätswahrenden Wegzug deutscher Gesellschaften, DStR 2004, 1218; OTT, Kapitalrückzahlung und Kapitalverlust bei Anteilen im Sinne des § 17 EStG, in Festschrift Korn, Köln 2005, 105; SCHAUMBURG, Der Wegzug von Unternehmen, in Festschrift Wassermeyer, München 2005, 411; FRYSTATZKI, Neues zur Berücksichtigung des Veräußerungsverlustes?, EStB 2005, 152; FROBENIUS, „Cartesio“: Partielle Wegzugsfreiheit für Gesellschaften in Europa, DStR 2009, 487; GEBERT/FINGERHUTH, Die Verlegung des Ortes der Geschäftsleitung ins Ausland – Steuerliche Fallstricke im Licht aktueller gesellschaftsrechtlicher Entwicklungen, IStR 2009, 445; KÖHLER, Der Wegzug von Unternehmen und Unternehmensteilen in die EU, in Festschrift Schaumburg, Köln 2009, 813; WÖHLERT, Umzug von Gesellschaften innerhalb Europas – Eine systematische Darstellung unter Auswertung der Entscheidungen „Cartesio“ und „Trabrennbahn“, GWR 2009, 161; SEDERMUND, Zuständigkeits- und Verfahrensfragen bei Leistungen ausländischer Kapitalgesellschaften an inländische Anteilseigner, IStR 2010, 270.

A. Überblick zu Abs. 4

260

Bedeutung: Abs. 4 führt die veräußerungsgleichen Tatbestände auf, nämlich die Auflösung einer KapGes., die Rückzahlung von Kapital aus einer Kapitalherabsetzung und die Ausschüttung oder Zurückzahlung von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG. Als veräußerungsgleicher Tatbestand gilt auch die verdeckte Einlage (Abs. 1 Satz 2). Aus diesem Grund hätte es sich für den Gesetzgeber angeboten, in die Neufassung des Abs. 4 Satz 1 auch die verdeckte Einlage als Veräußerungsfiktion aufzunehmen und Abs. 1 Satz 2 zu streichen.

Sprachliche Neufassung durch SEStEG: Abs. 4 Satz 1, der die veräußerungsgleichen Tatbestände definiert, wurde mit dem SEStEG sprachlich neu gefasst. Eine tatbestandliche Erweiterung ist mit der Neufassung des Abs. 4 Satz 1 nicht verbunden. Abs. 4 führt nunmehr lediglich die veräußerungsgleichen Tatbestände auf (Auflösung einer KapGes., die Rückzahlung von Kapital aus Kapitalherabsetzungen, die Ausschüttung oder Zurückzahlung von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG). Als veräußerungsgleiche Tatbestände sind auch die verdeckte Einlage (Abs. 1 Satz 2) und die mit dem SEStEG neu eingefügten Entstrickungstatbestände für den Wegzug von KapGes. (Abs. 5) anzusehen.

Die im Einleitungssatz der bisherigen Gesetzesfassung angeordnete entsprechende Anwendung von Abs. 1–3 hat der Gesetzgeber durch die Fiktion der „Veräußerung“ ersetzt. Der Gesetzgeber hat die veräußerungsgleichen Tatbestände der Auflösung einer KapGes., der Rückzahlung von Kapital aus Kapi-

talherabsetzungen und der Ausschüttung oder Zurückzahlung von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG einer Veräußerung iSd. Abs. 1 Satz 1 unmittelbar gleichgesetzt. Damit bestätigt der Gesetzgeber, dass Abs. 4 Satz 1 lediglich eine eingeschränkte Rechtsgrundverweisung bzw. Verweisung auf das Tatbestandsmerkmal der Veräußerung iSv. § 17 Abs. 1 Satz 1 darstellt (vgl. dazu im Einzelnen Anm. 265).

Tatbestand und Rechtsfolge des Abs. 4: Abs. 4 regelt inhomogene Tatbestände, die keinem systematisch einleuchtenden Prinzip folgen. Seine Regelungsinhalte gehören inhaltlich zu Abs. 1–3 und hätten ebenso gut unmittelbar dort verankert werden können.

- ▶ *Abs. 4 Satz 1* regelt, dass für
 - die Auflösung einer KapGes. (Var. 1 – Anm. 286 f.),
 - die Herabsetzung und Rückzahlung ihres Kapitals (Var. 2 – Anm. 320 f.),
 - die Ausschüttung oder Rückzahlung von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG (Anm. 325 f.)
 - die Absätze 1–3 entsprechend anzuwenden sind (Anm. 265 f.).

Diese Erweiterungstatbestände hätten – wie bei der verdeckten Einlage in Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 geschehen – in die Abs. 1 und 2 eingefügt werden können.

- ▶ *Abs. 4 Satz 2* fingiert in den Fällen des Satzes 1 (Vorliegen der Ersatztatbestände) als Veräußerungspreis den gemeinen Wert des dem Stpfl. zugeteilten oder zurückgezahlten Vermögens der KapGes. (Anm. 330).

Diese Regelung gehört systematisch in Abs. 2, wie bei der verdeckten Einlage durch Abs. 2 Satz 2 geschehen.

- ▶ *Abs. 4 Satz 3* fingiert negativ, dass Abs. 4 Satz 1 nicht gilt, soweit die Bezüge nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen gehören (Anm. 335 f.).

Diese Tatbestandsabgrenzung bzw. Subsidiaritätsregelung zu § 20 wäre systematisch ebenfalls besser im Rahmen des tatbestandsbegründenden Abs. 1 aufgehoben.

Verhältnis zu § 20 Abs. 1: Abs. 4 Satz 1 ist keine generelle Auffangnorm für Gewinne, die im Zusammenhang mit der Auflösung von KapGes., Kapitalherabsetzung und -zurückzahlung oder EK 04-Ausschüttungen oder Rückzahlungen erfolgen. Soweit konkrete Zahlungen nicht unter eine der in Abs. 4 Satz 1 genannten Maßnahmen subsumiert werden können, sondern (lediglich) das Resultat einer Kapitalüberlassung sind, findet ausschließlich § 20 Abs. 1 Anwendung (§ 17 Abs. 4 Satz 3). Die nach Abs. 4 Satz 3 vorzunehmende Abgrenzung zwischen Veräußerungsentgelten iSv. § 17 als Resultat eines Tatbestands nach Abs. 4 Satz 1 (Auflösung, Kapitalherabsetzung und -rückzahlung oder Ausschüttung/Rückzahlung von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto der KapGes.) einerseits und Bezügen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 als Resultat einer Kapitalüberlassung andererseits kann im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten (Einzelheiten zur Abgrenzung und Entgeltqualifikation s. unter Anm. 335 f. und § 20 Anm. 175, 185–199; ferner Orr, Festschr. Korn, 2005, 105 ff.).

B. Rechtsfolge: Entsprechende Anwendung von Abs. 1–3 (Abs. 4 Satz 1 Halbs. 1)

I. Eingeschränkte Rechtsgrundverweisung auf Abs. 1–3

265

Die im Einleitungssatz zu Abs. 4 Satz 1 angeordnete entsprechende Anwendung von Abs. 1–3 stellt eine eingeschränkte Rechtsgrundverweisung dar (ebenso Ott, Festschr. Korn, 2005, 105 [111 Fn. 10]).

Entsprechende Anwendung des Abs. 1 bedeutet, dass sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 1 für die StPfl. erfüllt sein müssen; lediglich das Tatbestandsmerkmal „Veräußerung“ (s. Anm. 70) wird durch die Merkmale Auflösung der KapGes., Kapitalherabsetzung und -rückzahlung sowie EK 04-Ausschüttung/Rückzahlung bzw. Ausschüttung/Rückzahlung von Eigenkapital iSv. § 27 KStG ersetzt.

Entsprechende Anwendung des Abs. 2: Für die Berechnung des Veräußerungsgewinns ist Abs. 2 voll anwendbar: Als Veräußerungspreis ist gem. Abs. 4 Satz 2 der gemeine Wert des dem StPfl. zugeteilten oder zurückgezählten Vermögens der KapGes. anzusetzen (vgl. dazu im Einzelnen Anm. 330). Diesem gemeinen Wert sind die AK (s. Anm. 190 f.) gegenüberzustellen; Kosten, die im Zusammenhang mit der Auflösung bzw. Kapitalherabsetzung anfallen und den Anteilseigner treffen, sind wie Veräußerungskosten abziehbar (über Veräußerungskosten s. Anm. 185 f.). Zu Besonderheiten der Gewinnermittlung im Rahmen des Abs. 4 s. nachfolgend Anm. 266 f.

Entsprechende Anwendung des Abs. 3: Der Freibetrag (s. Anm. 250 f.) gilt auch bei Auflösung der KapGes., Kapitalherabsetzung und für die Auskehrung von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG.

II. Entsprechende Anwendung des Abs. 2 (Gewinnermittlung)

1. Gewinnermittlung bei Auflösungsvorgängen (einschl. Umwandlungen) 266

Auflösungsgewinn iSv. Abs. 4 iVm. Abs. 2 ist der Betrag, um den der gemeine Wert des dem Anteilseigner zugeteilten oder zurückgezählten Vermögens der KapGes. die im Zusammenhang mit der Auflösung der Gesellschaft vom Anteilseigner persönlich getragenen Kosten (analog den „Veräußerungskosten“ gem. Abs. 2 Satz 1) sowie die AK einschließlich nachträglicher AK (vgl. FG Ba-Württ. v. 13.11.2002, EFG 2003, 307, rkr.) der Beteiligung übersteigt. Auflösungsverlust ist der Betrag, um den die genannten Kosten den gemeinen Wert des zugeteilten oder zurückgezählten Vermögens der KapGes. übersteigen (BFH v. 3.6.1993 – VIII R 23/92, BFH/NV 1994, 459; FG Rhld.-Pf. v. 18.4.2002, EFG 2002, 1166, rkr.). Nach Auflösung einer KapGes. anfallende nachträgliche AK können bei der Ermittlung des Auflösungsgewinns als rückwirkendes Ereignis berücksichtigt werden (BFH v. 2.10.1984 – VIII R 20/84, BStBl. II 1985, 428; BMF v. 3.1.2005, BStBl. I 2005, 9).

Bei Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft durch Verschmelzung, Formwechsel, Auf- oder Abspaltung von Teilbetrieben muss der Gesellschafter einen Auflösungsgewinn nach Abs. 4 Satz 1, ggf. unter Beachtung der besonderen Regelungen der §§ 3 ff. UmwStG versteuern. Einzelheiten s. Anm. 295.

Bei der Verschmelzung oder Spaltung auf eine andere Kapitalgesellschaft gelten im Anwendungsbereich des UmwStG unter § 17 EStG fallende Anteile als zu den historischen AK (einschließlich nachträglicher AK) veräußert (§§ 13 Abs. 2 Satz 1, 15 Abs. 1 Satz 1 UmwStG; Einzelheiten s. Anm. 294). Verschmelzungskosten verursachen bei Ansatz der AK uE einen Verschmelzungsverlust. Werden bei nicht gleichwertiger Gegenleistung bare Zuzahlungen an Gesellschafter oder bei Ausscheiden eines Anteilseigners Barabfindungen aus Anlass der Verschmelzung geleistet, so sind diese Leistungen wirtschaftlich als Wertabspaltung bzw. als eine Art der Kapitalherabsetzung zu behandeln. Der baren Zuzahlung oder Barabfindung müssen jeweils (anteilige) AK gewinnmindernd gegenübergestellt werden.

Für die Gewinnermittlung bei einbringungsgeborenen Anteilen gilt § 21 Abs. 2 UmwStG aF (dazu Anm. 44, 298) als vorrangige Spezialnorm.

267 Einstweilen frei.

268 2. Gewinnermittlung bei Kapitalherabsetzung und -rückzahlung

Grundsatz: Bei einer Kapitalherabsetzung iSd. Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 Var. 2 wird das Nominalkapital zurückgezahlt. Auch der Herabsetzungsgewinn ermittelt sich als Saldo aus dem nach Abs. 4 Satz 2 fingierten Veräußerungspreis (gemeiner Wert des an den Anteilseigner zurückgezahlten Vermögens, vgl. dazu Anm. 330) und ggf. gezahlten Aufgeldern einerseits und den Anschaffungs- und Herabsetzungskosten andererseits.

Erfolgsneutrale Verrechnung mit Anschaffungskosten: Die Kapitalherabsetzung und -rückzahlung mindert zunächst in voller Höhe die AK der Beteiligung (erfolgsneutrale Verrechnung). Denn dem Gesellschafter werden auf diesem Weg lediglich die AK seiner Beteiligung erstattet (BFH v. 29.6.1995 – VIII R 69/93, BStBl. II 1995, 725 [727]; aA zB DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 499 mwN: Minderung der AK nur im Verhältnis der Herabsetzung zum bisherigen Nennkapital). Ein Herabsetzungsgewinn entsteht danach nur, soweit das zurückgezahlte Vermögen die gesamten AK des Gesellschafters übersteigt. Deshalb kommt es im Fall von Kapitalherabsetzungen und -rückzahlungen kaum zu einem Veräußerungsgewinn. Die Minderung der AK wirkt sich erst im Rahmen einer späteren Anteilsveräußerung oder Liquidation der KapGes. aus.

269 Einstweilen frei.

270 3. Gewinnermittlung bei Ausschüttung oder Rückzahlung aus steuerlichem Einlagekonto nach § 27 KStG/EK 04

Vor dem VZ 1997 wurden negative AK angenommen, wenn EK 04 ausgeschüttet wurde, das die historischen AK einer Beteiligung iSv. § 17 überstieg; diese führten erst bei der späteren Liquidation der KapGes. oder Veräußerung der Anteile zu einem Veräußerungsgewinn (BFH v. 20.4.1999 – VIII R 44/96, BStBl. II 1999, 698; jedoch stbare BE bzw. Beteiligungsertrag für im BV gehaltene Anteile, vgl. BFH v. 20.4.1999 – VIII R 38/96, BStBl. II 1999, 647). Im Ergebnis führte diese bis zum 31.12.1996 geltende Rechtslage zu einem Aufschub der Besteuerung in vollem Umfang bis zur späteren Veräußerung der Anteile, der Liquidation der KapGes. oder einer Kapitalherabsetzung (ausführl. Ott, Festschr. Korn, 2005, 105 [114 mwN]).

Ab dem VZ 1997 sind Auskehrungen aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG zunächst erfolgsneutral von den AK der Beteiligung abzusetzen (BFH v.

19.7.1994 – VIII R 58/92, BStBl. II 1995, 362 [366]). Soweit die Rückzahlung den Betrag der AK übersteigt, entsteht nach der vom Gesetzgeber durch das JStG 1997 v. 20.12.1996 (BGBl. I 1996, 2049; BStBl. I 1996, 1523) vorgenommenen Erweiterung des Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 Var. 3 auf EK 04-Ausschüttungen und EK 04-Rückzahlungen sowie auf Rückzahlungen von Eigenkapital iSv. § 27 KStG (StSenkG) nunmehr ein stpfl. Gewinn (vgl. Sächs. FG v. 11.7.2001, EFG 2001, 1199, rkr.). Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 Var. 3 ist nach Maßgabe von § 52 Abs. 1 Satz 1 idF des JStG 1997 auch für Zwecke der Ermittlung der AK anlässlich einer (nachgeschalteten) Anteilsveräußerung oder Gesellschaftsliquidation erst ab VZ 1997 anwendbar (keine zeitliche Rückwirkung, vgl. KORN/STRAHL, § 17 Rn. 120 aE mwN). Weitere Einzelheiten vgl. Anm. 325.

Einstweilen frei.

271–274

C. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung in den Fällen des Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2

I. Überblick

275

Ein Gewinn ist nach Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 zu versteuern, „wenn“ eine KapGes. aufgelöst wird oder „wenn“ ihr Kapital herabgesetzt wird oder „wenn“ Beträge aus dem stl. Einlagekonto ausgeschüttet oder zurückgezahlt werden. Eine genauere Beschreibung des Zeitpunkts, in dem der Gewinn realisiert ist, enthält das Gesetz nicht. Der Realisations-/Besteuerungszeitpunkt bestimmt sich aber nach den GoB, s. Anm. 163 f. Bislang offen gelassen hat der BFH die Frage, ob davon Ausnahmen möglich sind.

II. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung bei Auflösung der Gesellschaft

276

Abschluss der Liquidation als maßgebender Zeitpunkt: Nach den GoB maßgebender Realisationszeitpunkt für den Veräußerungsgewinn iSv. Abs. 4 ist lt. BFH-Rspr. im Fall der Auflösung mit anschließender Liquidation der Abschluss der Liquidation, nicht schon die Einleitung der Auflösung oder die Auflösung der KapGes. Erst dann steht fest, ob und in welcher Höhe der Gesellschafter mit einer Zuteilung und Rückzahlung von Vermögen der Gesellschaft rechnen kann, und ferner, welche nachträglichen AK der Beteiligung anfallen und welche Veräußerungskosten/Auflösungskosten der Gesellschafter persönlich zu tragen hat (stRspr., BFH v. 3.6.1993 – VIII R 81/91, BStBl. II 1994, 162 mwN; v. 12.12.2000 – VIII R 52/93, BStBl. II 2001, 286; v. 29.12.2008 – X B 141/08, BFH/NV 2009, 581). Die Einstellung der Tätigkeit der Gesellschaft führt demnach nicht zur Auflösung und Vollbeendigung (BFH v. 21.1.2004 – VIII R 2/02, BStBl. II 2004, 551). Ausnahmsweise kann der Zeitpunkt für die Entstehung eines Veräußerungsverlusts nach Abs. 4 schon vor Abschluss der Liquidation liegen, wenn mit einer wesentlichen Änderung des bereits festgestellten Verlusts nicht mehr zu rechnen ist (stRspr., s. BFH v. 25.1.2000 – VIII R 63/98, BStBl. II 2000, 343 mwN; v. 27.11.2001 – VIII R 36/00, GmbHR 2002, 439 f. mwN; OFD Frankf. v. 28.1.2003, FR 2003, 424 f., und v. 3.12.2003, StEK EStG § 17 Nr. 64). Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Möglichkeit einer Auskehrung von Restvermögen an die Gesellschafter wegen der Vermögenslosigkeit der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann und ab-

sehbar ist, ob und in welcher Höhe dem Gesellschafter noch nachträgliche AK oder sonstige zu berücksichtigende Kosten anfallen (BFH v. 28.10.2008 – IX R 100/07, BFH/NV 2009, 561). In der Praxis ist es regelmäßig empfehlenswert, in Zweifelsfällen die Berücksichtigung eines Auflösungsverlusts zu einem möglichst frühen Zeitpunkt geltend zu machen, um verfahrensrechtl. den richtigen Zeitpunkt nicht zu verpassen (ebenfalls Ort, Festschr. Korn, 2005, 105 [125 f., 128]).

Bei der insolvenzfreien Auflösung entsteht nach vorstehendem Grundsatz der nach Abs. 4 zu berücksichtigende Auflösungsgewinn/-verlust regelmäßig erst in dem Zeitpunkt, in dem weder mit einer Auskehrung von Gesellschaftsvermögen an den Gesellschafter noch mit einer wesentlichen Änderung der durch die Beteiligung veranlassten Aufwendungen wie Veräußerungskosten, Aufgabekosten oder nachträgliche AK mehr zu rechnen ist. Der Entstehungszeitpunkt für den Auflösungsverlust bei insolvenzfreier Liquidation bestimmt sich nicht ohne weiteres nach denselben Grundsätzen wie bei der zwangsweisen Liquidation durch Insolvenz (BFH v. 28.1.2002 – VIII B 63/01, BFH/NV 2002, 646). Auf Ebene der KapGes. sind auch Sachverhalte zu berücksichtigen, die die KapGes. oder den Gesellschafter – wenn er Kaufmann wäre – zur Bildung einer Rückstellung verpflichten würden (BFH v. 27.11.2001 – VIII R 36/00, GmbHR 2002, 439 mit umfassenden Nachweisen; OFD Frankf. v. 28.1.2003, FR 2003, 424, und v. 3.12.2003, StEK EStG § 17 Nr. 64). Der Zeitpunkt des Abschlusses der Liquidation wird für Gesellschaften, die noch verteilungsfähiges Vermögen haben, durch den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs auf Auszahlung des Liquidationsguthabens bestimmt (vgl. auch BFH v. 27.10.1992 – VIII R 87/89, BStBl. II 1993, 340 [341]). Ansonsten ist der Zeitpunkt maßgebend, in welchem feststeht, dass kein ins Gewicht fallendes verteilungsfähiges Vermögen der KapGes. mehr vorhanden ist (BFH v. 2.10.1984 – VIII R 20/84, BStBl. II 1985, 428 [430]; v. 7.7.1992 – VIII R 56/88, BFH/NV 1993, 25 [27]; v. 3.6.1993 – VIII R 81/91, BStBl. II 1994, 162 [164]). Vorstehendes gilt selbst dann, wenn sich die Liquidation über mehrere Jahre erstreckt und die Liquidationsmasse an die Gesellschafter in Raten ausgeschüttet wird: Liquidationsraten oder Abschlagszahlungen als Teil des „Veräußerungspreises“ (vgl. Anm. 330) sind in dem Zeitpunkt zu erfassen, in dem der Auflösungsgewinn oder -verlust entsteht (s.o.), nicht im Zeitpunkt des Zuflusses (so bereits RFH v. 17.2.1937, RStBl. 1937, 963 [964], ferner zB BFH v. 21.9.1982 – VIII R 140/79, BStBl. II 1983, 289 [292]; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 222). Ausnahmsweise kann der Zeitpunkt der Entstehung des Auflösungsverlusts nach Abs. 4 schon vor dem Abschluss der Liquidation liegen, wenn die Gesellschaft bereits im Zeitpunkt des Auflösungsbeschlusses vermögenslos war und deshalb mit einer wesentlichen Änderung des Verlusts nicht mehr zu rechnen ist (BFH v. 22.7.2008 – IX R 79/06, BStBl. II 2009, 227; v. 27.11.2001 – VIII R 36/00, GmbHR 2002, 439 mwN; v. 25.3.2003 – VIII R 24/02, BFH/NV 2003, 1305; OFD Frankfurt v. 28.1.2003, FR 2003, 424; aA MORITZ, NWB F. 3, 13119 [13129]: kein Auflösungsstatbestand, da Vermögenslosigkeit nicht ausreichend bestimmbar). Dies gilt allerdings nicht für den Fall der Überschuldung einer KapGes. Eine Überschuldung auf der Basis der Bewertung zu Verkehrswerten dokumentiert zwar, dass die Gesellschaft per Saldo vermögenslos ist, weil ihr Vermögen die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Vermögenslosigkeit als Auflösungs- und Vollbeendigungsgrund einer KapGes. setzt aber – wenn nicht noch die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister hinzutreten muss – voraus, dass die Gesellschaft über kein oder nur noch über ein ge-

ringfügiges Aktivvermögen verfügt (BFH v. 21.1.2004 – VIII R 2/02, BStBl. II 2004, 551).

Im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer GmbH ist der Auflösungsgewinn/-verlust iSv. Abs. 4 nicht schon bei Antragstellung auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder bei Eröffnung, sondern regelmäßig erst mit Abschluss des Insolvenzverfahrens realisiert (vgl. BFH v. 25.1.2000 – VIII R 63/98, BFH/NV 2000, 1029; FG München v. 12.4.2005 – 6 K 643/03, nv., rkr.). Die Beachtung des Realisations- und Stichtagsprinzips für die Gewinnermittlung nach § 17 hat zur Folge, dass sich regelmäßig erst im Zeitpunkt des Abschlusses der Liquidation bzw. des Insolvenzverfahrens beurteilen lässt, ob und in welcher Höhe dem Stpfl. aus seiner Beteiligung ein Gewinn/Verlust entstanden ist (BFH v. 27.11.2001 – VIII R 36/00, BStBl. II 2002, 731). Die Realisierung eines Auflösungsverlusts setzt kumulativ voraus, dass mit einer Auskehrung von Gesellschaftsvermögen nicht (mehr) zu rechnen ist und dass die Höhe der nachträglichen AK weitgehend feststeht (BFH v. 18.5.2005 – VIII B 11/04, BFH/NV 2005, 1810).

Nur ausnahmsweise kann der Zeitpunkt, in dem der Veräußerungsverlust realisiert ist, schon vor Abschluss der Liquidation liegen, wenn mit einer wesentlichen Änderung des bereits feststehenden Verlusts nicht mehr zu rechnen ist (vgl. ua. BFH v. 2.10.1984 – VIII R 20/84, BStBl. II 1985, 428; v. 3.6.1993 – VIII R 81/91, BStBl. II 1994, 162; v. 14.6.2000 – XI R 39/99, BFH/NV 2001, 302; v. 27.11.2001 – VIII R 36/00, GmbHR 2002, 439). Das ist zB dann der Fall, wenn die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels Masse rechtskräftig abgelehnt wurde (BFH v. 19.4.2005 – VIII R 45/04, BFH/NV 2005, 1545; v. 27.11.1995 – VIII B 16/95, BFH/NV 1996, 406 mwN; FG Brandenb. v. 27.4.2006, EFG 2006, 1435, aus anderen Gründen aufgehoben durch BFH v. 17.9.2008 – IX R 92/07, nv.; OFD Frankf. v. 3.12.2003, StEK EStG § 17 Nr. 64) oder die Gesellschaft bereits im Zeitpunkt des Auflösungsbeschlusses vermögenslos war (BFH v. 4.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, 344 [345]; FG Rhld.-Pf. v. 18.4.2002, EFG 2002, 1166, rkr.; zur Abgrenzung vgl. ua. FG Hamb. v. 4.7.1997, EFG 1997, 1391, rkr.; FG Berlin v. 1.7.2004, EFG 2004, 1518, rkr.: entscheidend ist die objektivierbare Vermögenslosigkeit im stl. Sinne). Die Berücksichtigung des Auflösungsverlusts schon vor dem Abschluss des Liquidationsverfahrens kommt auch dann in Betracht, wenn auf Grund des Inventars und der Insolvenzeröffnungsbilanz des Insolvenzverwalters (§§ 151, 153 f. InsO) oder einer Zwischenrechnungslegung (§ 66 Abs. 2 InsO) ohne weitere Ermittlungen mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, dass das Vermögen der Gesellschaft zu Liquidationswerten die Schulden nicht mehr decken wird und ein Zwangsvergleich ausgeschlossen erscheint (BFH v. 12.12.2000 – VIII R 36/97, BFH/NV 2001, 761; FG Köln v. 20.9.2001, EFG 2002, 18, rkr.; OFD Frankf. v. 28.1.2003, FR 2003, 424 [426]). Hier kann die Möglichkeit einer Auskehrung von Restvermögen an die Gesellschafter ausgeschlossen werden. Die Vermögenslosigkeit der Gesellschaft und ihre Löschung im Handelsregister haben ihre Vollbeendigung zur Folge. Dagegen ist kein Veräußerungsverlust entstanden, solange ein Zwangsvergleich möglich erscheint (FG Düss. v. 14.8.2002, EFG 2003, 40, rkr.). Dies ist selbst bei erheblicher Überschuldung einer Gesellschaft bis zur Schlussverteilung möglich, wenn die Masse ausreicht, um die Masseansprüche und die bevorrechtigten Gläubiger zu befriedigen (vgl. BFH v. 25.1.2000 – VIII R 63/98, BStBl. II 2000, 343; Nds. FG v. 15.1.2003, DStRE 2003, 1083; glA auch für den Liquidationsvergleich OFD Frankf. v. 28.1.2003, FR 2003, 424 [426]). In Zweifelsfällen sollte

der Gesellschafter beim FA die Berücksichtigung seines Auflösungsverlusts für den frühest möglichen Zeitpunkt beantragen, um zu vermeiden, dass der Auflösungsverlust ganz ohne stl. Auswirkung bleibt (vgl. HOFFMANN, EFG 2002, 19 f.).

In Fällen der Umwandlung (zB Verschmelzung) einer KapGes. ist ein eventueller Gewinn nach § 17 (zB durch Barabfindung und bare Zuzahlungen an außenstehende Gesellschafter) regelmäßig in dem Zeitpunkt realisiert, in dem die Vermögensübertragung wirksam wird, dh. mit Eintragung im Handelsregister (vgl. zB WIDMANN, Stb]b. 1985/86, 113 [120]).

277

III. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung bei Kapitalherabsetzung und -rückzahlung

Zeitpunkt der Entstehung des Veräußerungsgewinns ist die Eintragung der Kapitalherabsetzung im Handelsregister, weil erst dann die Kapitalherabsetzung wirksam wird und der Zahlungsanspruch der Gesellschafter entsteht (vgl. § 54 Abs. 3 GmbHG, § 224 AktG). Auf den Zeitpunkt der Rückzahlung kommt es daher – wie bei der Auflösung (s. Anm. 276) – im Regelfall nicht an. Ausnahmsweise findet eine Gewinn-/Verlustrealisierung bereits vor Eintragung der Kapitalherabsetzung statt, wenn die Beteiligten im Zeitpunkt der Zahlung alles unternehmen haben, was zur Herbeiführung der handelsrechtl. Wirksamkeit der Kapitalherabsetzung erforderlich ist (BFH v. 6.4.1976 – VIII R 72/70, BStBl. II 1976, 341).

278

IV. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung bei Ausschüttung oder Rückzahlung aus dem steuerlichen Einlagekonto iSv. § 27 KStG/EK 04

Zufluss als maßgebender Zeitpunkt: Der Wortlaut des § 17 Abs. 4 Satz 1 Var. 3 greift auf den Ausschüttungsbegriff des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 zurück. Der Zeitpunkt für die Ausschüttung oder Rückzahlung von EK 04 bzw. Eigenkapital iSv. § 27 KStG ist identisch mit dem Zufluss iSv. § 11 Abs. 1. Die Regeln des § 11 Abs. 1 für den Zufluss von Gewinnanteilen gelten daher entsprechend (vgl. dazu § 11 Anm. 60, 62 ff.). VGA fließen regelmäßig ebenfalls (erst) im Zeitpunkt der Vorteilsgewährung zu (vgl. BFH v. 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348; v. 24.1.1989 – VIII R 74/89, BStBl. II 1989, 419 [420 unter 3.a]; aA OTT, Festschr. Korn, 2005, 105 [113]).

Beherrschender Gesellschafter: vgl. § 11 Anm. 62. Im Fall einer offenen, durch Beschluss festgestellten (ordentlichen) Ausschüttung von Eigenkapital aus dem Einlagekonto gem. § 27 KStG (EK 04) tritt die Gewinnrealisierung bereits im Zeitpunkt des Vorliegens eines entsprechenden Gewinnverteilungsbeschlusses ein. Die vorgelagerte zeitliche Zuordnung rechtfertigt sich aus der beherrschenden Gesellschafterstellung. Wann ein Gesellschafter eine beherrschende Stellung besitzt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine beherrschende Stellung ist idR anzunehmen, wenn der Gesellschafter unmittelbar oder mittelbar über die Stimmenmehrheit an der KapGes. verfügt oder mit anderen Gesellschaftern mit gleichgerichteten Interessen zusammenwirkt (vgl. BFH v. 26.7.1978 – I R 138/76, BStBl. II 1978, 659; v. 23.1.1980 – I R 12/77, BStBl. II 1980, 304). Ausschüttungen an den beherrschenden Gesellschafter einer zahlungsfähigen KapGes. sind diesem idR auch dann zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung iSd. § 11 Abs. 1 Satz 1 zugeflossen,

wenn die Gesellschafterversammlung eine spätere Fälligkeit des Auszahlungsanspruchs beschlossen hat (vgl. BFH v. 30.4.1974 – VIII R 123/73, BStBl. II 1974, 541; v. 17.11.1998 – VIII R 24/98, BStBl. II 1999, 223; zur Aktivierungspflicht von Gewinnansprüchen im BV s. auch BGH v. 12.1.1998 – II ZR 82/93, DStR 1998, 383 mwN; zur phasengleichen Bilanzierung im BV bei Mutter- und Tochtergesellschaft s. auch EuGH v. 27.6.1996 – C-234/94 [Tomberger], DStR 1996, 1093). Dies gilt ausnahmsweise nicht, wenn

- die KapGes. zahlungsunfähig ist (vgl. § 11 Anm. 62 mwN aus der BFH-Rspr.),
- der KapGes. gegenüber dem Gesellschafter ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht (für Zinsen aus kapitaleretzendem Darlehen s. BFH v. 16.11.1993 – VIII R 33/92, BStBl. II 1994, 632).

Einstweilen frei.

279–285

D. Auflösung einer Kapitalgesellschaft (Abs. 4 Satz 1 Var. 1)

I. Überblick und Begriff der Auflösung

286

Das Ende einer KapGes. kann *zivilrechtlich* eintreten:

- durch Liquidation (Auflösung mit anschließender Abwicklung) und
- durch Umwandlung.

Unter *Auflösung iSv. Abs. 4* ist die zivilrechtl. Auflösung der KapGes. zu verstehen (s. zB BFH v. 3.10.1989 – VIII R 328/84, BFH/NV 1990, 361; v. 3.6.1993 – VIII R 81/91, BStBl. II 1994, 162 [163]). Danach ist die KapGes. frühestens in dem Zeitpunkt aufgelöst, in dem sie nach Gesetz oder Satzung zivilrechtl. aufgelöst ist (s. BFH v. 3.6.1993 – VIII R 81/91 aaO).

II. Auflösung im Zusammenhang mit Liquidationen

287

Liquidation: Der Tatbestand der Auflösung einer KapGes. ist erfüllt bei einer Liquidation nach Maßgabe der §§ 262 ff. AktG, §§ 60 ff. GmbHG.

Auflösungsgründe: Gründe für die Auflösung einer KapGes. können insbes. sein (vgl. zB auch OFD Berlin v. 28.8.2000, FR 2000, 1371 mwN; OFD Frankf. v. 28.1.2003, FR 2003, 425):

- Ablauf der in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag bestimmten Zeit (§ 262 Abs. 1 Nr. 1 AktG, § 60 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG),
- ein Auflösungsbeschluss der Gesellschafter (§ 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG, § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG),
- die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG, § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG),
- die Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse (§ 262 Abs. 1 Nr. 4 AktG, § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG),
- die Sitzverlegung ins Ausland (Einzelheiten s. Anm. 288).

Keine Auflösungsgründe sind die Zweckerreichung, Vereitelung des satzungsmäßigen Zwecks oder der Erwerb aller Anteile in der Hand eines Gesellschafters, soweit nicht zugleich einer der vorgenannten Tatbestände erfüllt ist. Die Gesellschaft ist auch nicht automatisch durch Vermögenslosigkeit, Überschul-

dung oder das Einstellen der werbenden Tätigkeit aufgelöst (s. BFH v. 29.10.1986 – I R 318-319/83, BStBl. II 1987, 310; v. 3.10.1989 – VIII R 328/84, BFH/NV 1990, 361 f.).

Liquidationsverfahren: Die Liquidation erfolgt in der Weise, dass die Gesellschaft auf Grund der genannten Auflösungsgründe in die Abwicklungsphase eintritt. Die Vollbeendigung der Gesellschaft tritt mit der Verteilung ihres Vermögens an die Gesellschafter (§ 271 AktG; § 72 GmbHG) ein. Die Auflösung und das Erlöschen der Firma sind in das Handelsregister einzutragen (§ 263 AktG; § 65 GmbHG; § 31 HGB). Die bloße Betriebseinstellung oder Einstellung der werbenden Tätigkeit ist noch keine Auflösung der Gesellschaft (s. BFH v. 3.10.1989 – VIII R 328/84, BFH/NV 1990, 361; v. 21.1.2004 – VIII R 2/02, BStBl. II 2004, 551; FG Bremen v. 25.3.1993, EFG 1993, 652, rkr.).

Ausländische Kapitalgesellschaft: Für ihre Auflösung gilt das gleiche wie bei einer inländ. KapGes. (zur Beteiligung an ausländ. KapGes. s. Anm. 22). Im Einzelnen noch nicht abschließend geklärt ist die abkommensrechtl. Behandlung von Liquidationsgewinnen; hierbei stellt sich die Frage, ob der Liquidationsgewinn als Veräußerungsgewinn oder als (Schachtel-)Dividende zu behandeln ist (s. dazu zB PILTZ, DStR 1989, 133). Die Entscheidung hängt im Fall eines nach dem OECD-MA ausgestalteten DBA von der Auflösung des Konkurrenzverhältnisses zwischen Art. 10 Abs. 3 MA und Art. 13 Abs. 4 MA ab (vgl. dazu ausführlich WASSERMEYER in DEBATIN/WASSERMEYER, Doppelbesteuerung, Art. 10 Rn. 105 f. mwN und Beispielen). Hiernach kommt es maßgebend auch auf die Art der Gesellschaftsbeteiligung, dh. die Rechtsform der ausländ. KapGes. an (Einzelheiten s. WASSERMEYER aaO, Art. 10 Rn. 105 iVm. Rn. 92, 114).

Die Fortsetzung einer aufgelösten Kapitalgesellschaft kann beschlossen werden, wenn noch keine vollständige Verteilung des Gesellschaftsvermögens stattgefunden hat (§ 274 AktG; § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG bei Aufhebung des Insolvenzverfahrens; ebenso in anderen Fällen der Auflösung, vgl. LUTTER/HOMMELHOFF, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 60 Rn. 28 f. mwN). Wird eine aufgelöste Gesellschaft fortgesetzt, bevor mit der Verteilung des Vermögens begonnen wurde, ist Abs. 4 nicht anwendbar. Wird zwar die Fortsetzung der Gesellschaft beschlossen und durchgeführt, wurde aber mit der Verteilung des Vermögens bereits begonnen, so beseitigt der Fortsetzungsbeschluss nicht rückwirkend die wirtschaftliche Bedeutung bereits geleisteter Liquidationszahlungen und damit auch nicht deren stl. Rechtsfolgen (so auch LBP/HÖRGER, § 17 EStG Rn. 332; DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 476; aA Voss, GmbHR 1965, 246, der die Zahlungen generell nach § 20 beurteilen will). Liquidationszahlungen bzw. -leistungen sind daher uE nach § 17 zu beurteilen und nicht als Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. § 20; soweit sie die AK der Anteile beim Gesellschafter übersteigen, entsteht ein Veräußerungsgewinn iSd. § 17. Bei einer späteren Veräußerung der Anteile, Kapitalherabsetzung oder Auflösung der Gesellschaft oder auch Rückzahlung von Eigenkapital iSv. § 27 KStG (bis StSenkG EK 04-Ausschüttung) sind die während der zeitweiligen Liquidation geleisteten und nicht an die Gesellschaft zurückgezahlten Beträge von den AK der Anteile abzusetzen.

Beispiel: AK der Anteile 100 000 €; Vermögensauskehrung während der zeitweiligen Liquidation 20 000 €; Rückzahlung 15 000 €, nicht zurückbezahlt also 5 000 €. Später Veräußerung der Anteile für 200 000 €. Veräußerungsgewinn: 200 000 € ./ (100 000 ./ 5 000) = 105 000 €.

Erwerb eigener Anteile, Einziehung von Anteilen, Ausschluss oder Austritt aus der Kapitalgesellschaft: UE sind die Einziehung von Anteilen (§ 34

GmbHG) und der Erwerb eigener Anteile durch die KapGes. (§ 33 GmbHG) als Veräußerungsvorgänge iSd. § 17 Abs. 1 zu behandeln (so hinsichtlich des Erwerbs eigener Anteile auch BMF v. 2.12.1998, BStBl. I 1998, 1509 Rn. 24; s. Anm. 91). Austritt und Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund sind ebenfalls als Veräußerung iSd. Abs. 1 zu erfassen, und zwar unabhängig von der Art ihres Vollzugs. Auf Grund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise werden die Vorgänge teilweise im Schrifttum als Fälle einer sog. Teilliquidation angesehen und nach den Regeln des Abs. 4 behandelt (so zB LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 138–140).

III. Auflösung bei Sitzverlegung

1. Grenzüberschreitende Sitzverlegung der Kapitalgesellschaft ins Inland/Ausland

288

Der Wegzug von Unternehmen ist aus stl. Sicht ein ständiges Problemfeld der grenzüberschreitenden Gewinnrealisierung (s. zur Besteuerung auf Ebene der Gesellschaft insbes. nach Einführung der Entstrickungsnormen durch das SE-StEG KÖHLER, Festschr. Schaumburg, 2009, 813; vor SEStEG s. etwa Überblick bei SCHAUMBURG, Festschr. Wassermeyer, 2005, 411 f. mwN).

Im Hinblick auf § 17 geht der BFH davon aus, dass unter „aufgelöst“ iSd. Abs. 4 die zivilrechtl. Auflösung der KapGes. zu verstehen ist. Verlegt eine inländ. KapGes. ihren Verwaltungssitz ins Ausland oder umgekehrt eine ausländ. KapGes. ihren Verwaltungssitz ins Inland, führte dies nach der im deutschen Zivilrecht bislang uneingeschränkt angewandten *Sitztheorie* im Regelfall zur Auflösung der Gesellschaft und damit zur Besteuerung nach § 17. Die Sitztheorie berief diejenige Rechtsordnung zur Anwendung, in deren Geltungsgebiet der Schwerpunkt der tatsächlichen geschäftlichen Aktivitäten der juristischen Person liegt; dies war regelmäßig der Ort des Verwaltungssitzes der Gesellschaft. Dieser Sichtweise folgte auch der BFH noch in seinem sog. „Liechtenstein“-Urteil (BFH v. 23.6.1992 – IX R 182/87, BStBl. II 1992, 972 [973 f.]).

Auf Grund der Rspr. des EuGH ist fraglich, ob die Sitztheorie auch weiterhin aufrecht erhalten werden kann, sie erfuhr jedenfalls erhebliche Einschränkungen (so bereits EILERS/WIENANDS, IStR 1999, 289 [291 ff.]; SCHMIDT/SEDEMUND, DStR 1999, 2057 ff. zur Beurteilung des ertragstl. Status doppelansässiger KapGes.; dazu auch JACOBS, Internationale Unternehmensbesteuerung, 6. Aufl. 2007, 1192 ff.). Der EuGH entschied in den Rechtssachen *Centros* (EuGH v. 9.3.1999 – C-212/97, NJW 1999, 2027) und *Überseering* (EuGH v. 5.11.2002 – C-208/00, NJW 2002, 3614), dass eine KapGes., die nach dem Recht eines Mitgliedstaats wirksam gegründet wurde, nach Art. 43 und 48 EGV (jetzt Art. 49 und 54 AEUV) auch dann nach Maßgabe ihres Gesellschaftsstatuts rechts- und parteifähig bleibt, wenn sie ihr unternehmerisches Entscheidungszentrum in einen anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft verlagert. Diese Rspr. wird im Urteil *Inspire Art* (EuGH v. 30.9.2003 – C-167/01, NJW 2003, 3331) dahingehend erweitert, dass der Zuzugsstaat auch darauf verzichten muss, der Gesellschaft irgendwelche rechtl. Erschwernisse aufzuerlegen, falls dies nicht durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses geboten oder im Einzelfall durch einen konkreten nachgewiesenen Missbrauch gerechtfertigt ist. Diese Entscheidungen bedeuten im Ergebnis, dass die Sitztheorie als Kollisionsnorm im Geltungsbereich des EG-Vertrags jedenfalls für die Zuzugsfälle außer Kraft gesetzt ist, eine Auf-

lösung ist insoweit nicht (mehr) anzunehmen (vgl. auch KIRCHHOF/GOSCH IX. § 17 Rn. 124).

Für Wegzugsfälle sollte dagegen nach der Entscheidung in der Rechtssache *Daily Mail* (EuGH v. 27.9.1988 – C-81/87, NJW 1989, 2186) gelten, dass die Niederlassungsfreiheit nicht das Recht umfasst, den Sitz unter Bewahrung der Eigenschaft als Gesellschaft des Mitgliedstaats ihrer Gründung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen. In der Rechtssache *Cartesio* (EuGH v. 16.12.2008 – C 210/06, DStR 2009, 121) hat der EuGH nun entschieden, dass ein Mitgliedstaat die Verlegung des Sitzes einer nach seinem Recht gegründeten Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat verhindern darf, dh. die Niederlassungsfreiheit ermöglicht nicht die identitätswahrende Sitzverlegung (ausf. dazu FROBENIUS, DStR 2009, 487). Das deutsche Recht ermöglicht es aber seit In-Kraft-Treten des MoMiG deutschen AG und GmbH, ihren Verwaltungssitz ohne Auflösung ins Ausland zu verlegen, lediglich der statutarische Sitz muss im Inland verbleiben (§ 5 AktG und § 4a GmbHG idF des MoMiG; GEBERT/FINGERHUTH, IStR 2009, 445; WÖHLERT, GWR 2009, 161).

289 2. Abgrenzung zu weiteren Fallgestaltungen der Sitzverlegung

Folgende weiteren Fallgestaltungen der Sitzverlegung sind von der vorstehend analysierten grenzüberschreitenden Verlegung des gesellschaftsrechtl. Verwaltungssitzes zu unterscheiden:

Sitzverlegungen innerhalb Deutschlands führen nicht zu einer Auflösung der KapGes. Das Personalstatut der Sitztheorie, dh. die Bestimmung der Rechtsordnung nach dem Verwaltungssitz der Gesellschaft, spielt hier keine Rolle. Durch die Sitzverlegung innerhalb Deutschlands tritt keine Änderung der Zivilrechtsordnung bzw. des Gesetzesrechts für die deutsche KapGes. ein. Die KapGes. besteht vielmehr unter Wahrung ihrer Identität fort.

Eine grenzüberschreitende Verlegung der Geschäftsleitung vom Ausland ins Inland ohne Änderung/Verlegung des ausländ. Verwaltungssitzes (stl. Doppelansässigkeit durch Zuzug) führt schon nach der Sitztheorie nicht zu einer Auflösung der ausländ. Gesellschaft. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass am gesellschaftsrechtl. Verwaltungssitz zumindest ein wesentlicher Teil bzw. Schwerpunkt geschäftlicher Aktivitäten verbleibt. Im Bereich der EU darf die stl. Beurteilung der Geschäftsleitungsverlegung bzw. Doppelansässigkeitsfälle jedenfalls bei Zuzugsfällen im Hinblick auf die *Überseering-* und *Inspire Art*-Entscheidung des EuGH (EuGH v. 5.11.2002 – C-208/00, NJW 2002, 3614, und v. 30.9.2003 – C-167/01, NJW 2003, 3331) nicht mehr auf Basis der Sitztheorie erfolgen (so bereits EILERS/WIENANDS, IStR 1999, 289 f. [296] mwN; SCHMIDT/SEDEMUND, DStR 1999, 2057 [2064] mwN; BIRK, IStR 2003, 469 [473]; zur gesellschaftsrechtl. Behandlung HORN, NJW 2004, 893).

Eine grenzüberschreitende Verlegung der Geschäftsleitung vom Inland ins Ausland unter Beibehaltung des inländischen Verwaltungssitzes (stl. Doppelansässigkeit durch Wegzug): Nach dem Sinn und Zweck des Abs. 4 ist keine Schlussbesteuerung erforderlich (so auch KESSLER/HUCK/OBSER/SCHMALZ, DStZ 2004, 813 [819] mwN; HEY, Der Konzern 2004, 577 [584]). Durch das Herausverlegen der Geschäftsleitung wird die Besteuerung der in den Anteilen enthaltenen stillen Reserven nicht gefährdet. Denn sind die Anteilseigner im Ausland ansässig, lässt § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e Sitz *oder* Geschäftsleitung im Inland für die beschränkte StPflcht des Gewinns aus der Anteilsveräußerung genügen (vgl. HEY, Der Konzern 2004, 577 [584]). Zum selben

Ergebnis muss auch der BFH gelangen, da die Verlegung des Orts der Geschäftsleitung zivilrechtl. nicht zur Auflösung einer Körperschaft führt (vgl. KESSLER/HUCK/OBSER/SCHMALZ, DStZ 2004, 813 [819] mwN).

IV. Auflösung im Zusammenhang mit Umwandlungen

Schrifttum: SCHAUMBURG/RÖDDER, UmwG, UmwStG, Strukturierte Textausgabe des Umwandlungsgesetzes und des Umwandlungssteuergesetzes mit Materialien und ergänzenden Hinweisen, Köln 1995; BUSCH, Verschärfende Regelungen nach dem neuen Erlass zum UmwStG zur Einbringung in eine Personengesellschaft nach § 24 UmwStG, BB 1997, 2032; DIETERLEN, Ertragsteuerliche Behandlung von Umwandlungskosten bei der Verschmelzung von Tochtergesellschaften auf ihre Muttergesellschaft, BB 1997, 2297; FÖRSTER, Gleichstellung wesentlicher Beteiligungen mit unwesentlichen Anteilen bei der Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften durch den Gesetzgeber, DB 1997, 1786; KESSLER, Wahlrechte, Automatismen und Wechselwirkungen bei der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft, DStR 1997, 1506; KREBS, Zur Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft nach der Spaltung, BB 1997, 1817; PARCZYK, Nochmals: Nicht wesentliche Beteiligungen im Privatvermögen und Umwandlung in Personengesellschaften, DStR 1997, 1195; BIEN, Kritische Anmerkungen zum Umwandlungssteuererlass des BMF v. 25.3.1998, DStR 1998, Beilage zu Heft 17; BÜCHELE, Die Sacheinlage – ein Austauschgeschäft oder ein mitgliederschaftlicher Beitrag?, DStR 1998, 741; DEHMER, Steuerorientierte Umstrukturierung, Auswirkungen der Änderung des § 50c EStG, BB 1998, 2028; DÖRSCH, Der neue Umwandlungssteuererlass, DB 1998, Beilage Nr. 7; DÖTSCH, Inländische Umwandlungsvorgänge mit Auslandsberührung, BB 1998, 1029; HARITZ, § 5 Abs. 2 Satz 2 UmwStG – eine systemwidrige Dummfall, DStR 1998, 589; HARITZ, Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften, BB 1998, 1084; HERZIG, Problembereiche bei derivativen einbringungsgeborenen Anteilen, DStR 1998, 97; KUSTERER, Die Bewertung einbringungsgeborener Anteile bei freiwilliger Enthaffung, DStR 1998, 319; SCHULTZ, Einführungserlass zum Umwandlungssteuergesetz: Neue Hürden im Umwandlungsmodell, DB 1998, 1052; SCHULZE, Gesetz zur Fortführung der Unternehmenssteuerreform, BB 1998, 920; BREIDENBACH, Steuerneutrale Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter nach Abschaffung des Mitunternehmererlasses?, DB 1999, 1234; DÖRSCH, Die Änderung des § 17 Einkommensteuergesetz durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002, BB 1999, 1352; HÖRGER, Ausgewählte Fragen zum Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002: Unternehmensumstrukturierungen, DStR 1999, 565; KUSSMAUL, Renaissance des Umwandlungsmodells?, BB 1999, 2002; SCHEIDLE, Wertansätze in der steuerlichen Schlussbilanz nach § 3 UmwStG, DStR 1999, 1340; SÖFFING, Einbringung einer nicht wesentlichen Beteiligung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in eine Kapitalgesellschaft, BB 1999, 1358; SCHNITGER, Verstoß der Wegzugsbesteuerung (§ 6 AStG) und weiterer Entstrickungsnormen des deutschen Ertragsteuerrechts gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, BB 2004, 804; WIENANDS, Umwandlungsrecht/Umwandlungssteuerrecht, in Becksches Steuerberater-Handbuch 2004/2005, Kapitel N; BASSLER, Anteile aus Einbringungen im Anwendungsbereich des § 6 AStG, FR 2008, 218; SCHMITT/SCHLOSSMACHER, Einbringungsgeborene Anteile im Umwandlungssteuergesetz 2006, DStR 2008, 2242.

1. Überblick

Das UmwG 1995 (BGBl. I 1994, 3210) sieht einen *numerus clausus* zulässiger Umwandlungen vor, Umwandlungen außerhalb der Vorschriften des UmwG sind nur möglich, wenn sie durch ein anderes Bundesgesetz oder ein Landesgesetz ausdrücklich vorgesehen sind. Das UmwG steht allerdings nicht der Nutzung allgemeiner Rechtsinstitute entgegen, mit denen oftmals das gleiche wirtschaftliche Ergebnis erzielt werden kann, wie zB das Ausscheiden aller Kommanditisten einer GmbH & Co. KG bei gleichzeitigem Anwachsen der Vermögensanteile der ausscheidenden Gesellschafter bei der GmbH (§§ 105

290

und 161 HGB, § 738 BGB – „Anwachsung“). Die Vorschriften des UmwG sind zwingend, Abweichungen nur erlaubt, wenn das Gesetz das ausdrücklich vorsieht. Ergänzende vertragliche Bestimmungen sind zulässig, wenn das Gesetz keine abschließende Regelung enthält. Das UmwG gilt nur für Rechtsträger mit Sitz im Inland (weitere Einzelheiten s. EILERS/WIENANDS, Steuerberater-Handbuch 2000/2001, 1659 [1661 ff. mwN]).

Die Umwandlung inländ. KapGes. kann nach § 1 UmwG vollzogen werden durch

- Verschmelzung (§§ 2–122 UmwG),
- Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung – §§ 123–173 UmwG),
- Vermögensübertragung (§§ 174–189 UmwG) und
- Formwechsel (§§ 190–304 UmwG).

Die stl. Beurteilung von Umwandlungsvorgängen erfordert zumeist eine genaue *zivilrechtl. Vorklärung* (dazu im Überblick betr. die einzelnen Umwandlungsvorgänge EILERS/WIENANDS aaO).

2. Umwandlungstatbestände

291 a) Verschmelzung (§§ 2–122 UmwG)

Die Verschmelzung einer KapGes. (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) auf eine andere Gesellschaft oder auch eine natürliche Person (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 UmwG) führt mit der Eintragung des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers in das Handelsregister immer zum Erlöschen der übertragenden KapGes. (s. § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG). Die Verschmelzung bedingt damit notwendigerweise die Auflösung der KapGes. als übertragenden Rechtsträger (vgl. auch § 2 UmwG: „unter Auflösung“). Insofern bedarf es für die Verschmelzung von KapGes. im Zusammenhang mit der Veräußerungsgewinnbesteuerung nach § 17 EStG nicht mehr der (zusätzlichen) ertragstl. Fiktion eines tauschähnlichen Vorgangs bzw. einer entgeltlichen Veräußerung (glA THIEL, DB 1995, 1196 [1203]; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 117; anders dagegen BFH v. 15.10.1997 – I R 22/96, FR 1998, 192 mwN). Die Verschmelzung ist nämlich als gesellschaftsrechtl. Organisationsakt (so auch SCHWARZ in WIDMANN/MAYER, UmwG, § 2 Rn. 9 ff.), nicht als rechtsgeschäftliche Einzelrechtsübertragung anzusehen. Abzuleiten ist dies auch daraus, dass nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers einschließlich seiner Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger kraft Gesetzes im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergeht (Möglichkeit der Umstrukturierung in einem Rechtsakt bzw. uno acto, vgl. auch SCHWARZ in WIDMANN/MAYER, UmwG, § 2 Rn. 10.2).

292 b) Spaltung (§§ 123–173 UmwG)

Spaltungsvorgänge bedürfen im Vergleich zur Verschmelzung einer differenzierteren Beurteilung:

Bei der Aufspaltung überträgt die KapGes. als übertragender Rechtsträger ihr Vermögen auf einen anderen Rechtsträger iSd. § 124 UmwG *unter Auflösung* (vgl. § 123 Abs. 1 UmwG). Dabei erlischt der übertragende Rechtsträger (vgl. § 131 Abs. 1 Nr. 2 UmwG). Das Vermögen der übertragenden KapGes. geht vollständig auf den übernehmenden Rechtsträger im Wege der gesetzlichen Rechtsnachfolge über (vgl. § 131 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UmwG). Dieser Vorgang entspricht damit seiner Rechtsnatur nach der Verschmelzung und ist daher unmittelbar als Auflösungstatbestand unter § 17 Abs. 4 zu fassen.

Abspaltung (§ 123 Abs. 2 UmwG) und Ausgliederung (§ 123 Abs. 3 UmwG) bringen dagegen die KapGes. als übertragenden Rechtsträger nicht zur Auflösung, so dass ein Auflösungsstatbestand iSd. § 17 Abs. 4 ausscheidet. Bei der Abspaltung halten die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers neue Anteile oder Mitgliedschaftsrechte des übernehmenden Rechtsträgers (§ 123 Abs. 2 aE UmwG); bei der Ausgliederung erhält die KapGes. als übertragende Rechtsträgerin selbst die neuen Anteile oder Mitgliedschaften des vermögensübernehmenden Rechtsträgers (vgl. § 123 Abs. 3 aE UmwG). In beiden Fällen setzt das Gesetz also voraus, dass der übertragende Rechtsträger weiterhin fortbesteht. Ein weiterer Beleg dafür ergibt sich auch auf Grund eines Umkehrschlusses aus § 131 Abs. 1 Nr. 2 UmwG, der lediglich für den Fall der Aufspaltung ein Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers vorsieht. Wegen der Gewährung von Gesellschaftsrechten durch den übernehmenden Rechtsträger an den/die Gesellschafter der vermögensübertragenden KapGes. (übertragenden Rechtsträger) kommt jedoch ein Veräußerungsvorgang nach Maßgabe des § 17 Abs. 1 iS eines täuschähnlichen Vorgangs (Anteilstausch) in Betracht (in diesem Sinne zB SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 117, unter Bezug auf das für einen Verschmelzungsfall ergangene Ur. des BFH v. 15.10.1997 – I R 22/96, BStBl. II 1998, 168).

c) Vermögensübertragung (§§ 174–189 UmwG)

293

Die Vermögensübertragung kann als Vollübertragung (§ 174 Abs. 1 UmwG) oder als Teilübertragung (§ 174 Abs. 2 UmwG) ausgestaltet sein. Da die Vollübertragung gem. § 174 Abs. 1 UmwG unter Auflösung der übertragenden KapGes. erfolgt, greift bereits der Auflösungsstatbestand des § 17 Abs. 4 Satz 1 für diesen Vorgang ein. Die Teilübertragung gem. § 174 Abs. 2 UmwG kann – wie die Spaltung eines Rechtsträgers bzw. einer KapGes. – im Wege der Aufspaltung, der Abspaltung oder der Ausgliederung eines Vermögensteils zur Übertragung auf den übernehmenden Rechtsträger erfolgen. In diesen Fällen gilt vorstehende Anm. 292 entsprechend.

d) Formwechsel (§§ 190–304 UmwG)

294

Der Formwechsel in eine andere KapGes. (§§ 190, 191 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) führt bereits wegen der zivilrechtl. Identität von „altem“ und „neuem“ Rechtsträger nicht zur Auflösung der KapGes. iSd. § 17 Abs. 4 Satz 1. Denn § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG bestimmt bereits, dass der formwechselnde Rechtsträger in der in dem Umwandlungsbeschluss bestimmten Rechtsform weiter besteht. Einer besonderen ertragstl. Argumentation für die Identität beider Rechtsträger bedarf es daher nicht (anders LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 293).

e) Umwandlung einer ausländischen Kapitalgesellschaft

295

Die Umwandlung einer ausländ. KapGes. führt beim inländ. Anteilseigner regelmäßig ebenfalls zur Besteuerung als Auflösungsstatbestand nach Abs. 4 (so BFH v. 22.2.1989 – I R 11/85, BStBl. II 1989, 794 zur Umwandlung einer österreichischen GmbH in eine österreichische KG).

Ungeklärt ist bislang, ob Abs. 4 dann für die Umwandlung ausländ. KapGes. gilt, wenn das maßgebende ausländ. Zivilrecht von einer formwechselnden Umwandlung ausgeht (so zB das französische Recht für die Umwandlung von KapGes. in PersGes.). BFH v. 22.2.1989 – I R 11/85 (aaO) hat diese Frage ausdrücklich offen gelassen. Die Ansichten im Schrifttum sind konträr (für die Anwendbarkeit von Abs. 4 insbes. WIDMANN in WIDMANN/MAYER, UmwRecht,

Bd. 6, Anh. 6, Rn. 4, 3; dagegen zB HAAS, RIW/AWD 1981, 863; zweifelnd DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 134). Die Zweifel gehen auf die Grundfrage zurück, ob für die Auslegung des Begriffs „Auflösung“ im Rahmen des Abs. 4 das ausländ. Zivil- bzw. Umwandlungsrecht oder aber allein das deutsche Zivil- bzw. Umwandlungsrecht nach dem UmwG den Maßstab bildet. UE gilt Folgendes: Ein Grund dafür, weshalb Abs. 4 wegen ausländ. Vorschriften, die von der deutschen Rechtslage abweichen, einschränkend ausgelegt werden soll, ist nicht ersichtlich. Eine solche einschränkende Auslegung liefe im Ergebnis darauf hinaus, dass Umwandlungsvorgänge im Ausland, die nach deutschem Zivilrecht eine Auflösung der vermögensübertragenden KapGes. bedeuteten, nicht der Veräußerungsgewinnbesteuerung nach § 17 unterworfen werden könnten, während gleichgelagerte Fälle der Umwandlung für inländ. KapGes. der StPflcht nach Abs. 4 unterliegen würden. Dies liefe im Ergebnis auf eine Privilegierung von Anteilseignern an ausländ. KapGes. gegenüber Anteilseignern an inländ. KapGes. hinaus. Für eine solche Privilegierung extra legen gibt es jedoch keine sachliche Rechtfertigung. Im Anwendungsbereich eines DBA gilt nichts anderes (so auch WASSERMAYER in DEBATIN/WASSERMAYER, Doppelbesteuerung, Art. 13 MA Rn. 22 mwN).

296 3. Modifikationen des § 17 Abs. 4 durch das UmwStG

Für die vorgenannten Umwandlungsvorgänge bzw. -tatbestände führt das UmwStG für die Anteilseignerbesteuerung zu vielfältigen inhaltlichen Modifikationen im Verhältnis zu § 17. In ihrer Wirkung reichen diese von der abweichenden Definition bestimmter Besteuerungsmerkmale iSv. § 17 (zB AK) bis hin zum völligen Ausschluss einer Anteilseignerbesteuerung (näher zum Verhältnis zum UmwStG s. Anm. 44).

V. Anteilseinbringungen in Kapitalgesellschaft gem. §§ 20 ff. UmwStG

297 1. Abweichende Besteuerung des Gesellschafters bei Einbringung gem. § 21 UmwStG

Die Übertragung (zB Einbringung) einer steuerverstrickten Beteiligung iSv. Abs. 1 Satz 1 in eine andere KapGes. gegen Gewährung neuer Anteile an der übernehmenden KapGes. ist dem Grunde nach ein Veräußerungsvorgang iSd. Abs. 1 Satz 1 in Gestalt eines Tauschs (s. BFH v. 7.7.1992 – VIII R 54/88, BStBl. II 1993, 331 [332]). Bei Einbringungen von Anteilen im Rahmen einer Sacheinlage oder bei Einbringung einer sog. mehrheitsvermittelnden Beteiligung kann die übernehmende KapGes. die Anteile unter bestimmten Voraussetzungen nach §§ 20 Abs. 2 Satz 2, 21 Abs. 1 Satz 2 UmwStG mit ihrem Buchwert (bei ursprünglich im PV gehaltenen Beteiligungen mit ihren AK iSd. § 17 Abs. 2), mit ihrem gemeinen Wert oder einem Wert zwischen AK und gemeinem Wert (sog. Zwischenwert) ansetzen. Der von der übernehmenden KapGes. gewählte Wertansatz gilt für den Einbringenden als Veräußerungspreis und ist entsprechend bei der Berechnung seines Veräußerungsgewinns im Rahmen der Gewinnermittlung nach § 17 Abs. 2 zugrunde zu legen (§§ 20 Abs. 3, 21 Abs. 2 Satz 1 UmwStG). Gleichzeitig stellt dieser Wert die AK der erhaltenen Anteile dar. Der Freibetrag nach § 17 Abs. 3 wird nur gewährt, wenn die KapGes. für die von ihr übernommenen Beteiligungen den gemeinen Wert ansetzt (§ 21 Abs. 3 Satz 1 UmwStG).

2. Abweichende Besteuerung des Gesellschafters bei Übertragung einbringungsgeborener Anteile iSd. § 21 UmwStG aF

298

Vor In-Kraft-Treten des SEStEG galt für sog. einbringungsgeborene Anteile die Sondervorschrift des § 21 UmwStG aF, die nunmehr durch die Regelung des § 17 Abs. 6 ersetzt wurde (dazu s. Anm. 360 ff.). Als einbringungsgeborene Anteile wurden Anteile bezeichnet, die der Anteilseigner von der übernehmenden KapGes. erhielt, wenn diese im Rahmen einer Einbringung oder Ausgliederung (§ 123 Abs. 3 UmwG) Buch- oder Zwischenwerte für die erbrachte Sacheinlage bzw. den Einbringungsgegenstand (Betrieb, Teilbetrieb, Mitunternehmeranteil, Anteile an KapGes.) nach Maßgabe der §§ 20 Abs. 2, 23 Abs. 4 UmwStG aF ansetzte. Das Regime der einbringungsgeborenen Anteile wurde zwar durch das SEStEG aufgehoben, gleichwohl findet dieses auch weiterhin Anwendung für Einbringungen, bei denen die Anmeldung zur Eintragung in das Register bis zum 12.12.2006 erfolgt ist (§ 27 Abs. 3 Nr. 3 UmwStG). Zudem entstehen einbringungsgeborene Anteile ggf. sogar neu, wenn diese wiederum eingebracht werden (§§ 20 Abs. 3 Satz 4, 21 Abs. 2 Satz 6 UmwStG). Die Veräußerung von einbringungsgeborenen Anteilen in diesem Sinne unterliegt daher *zeitlich unbegrenzt* der Vorschrift des § 21 UmwStG aF, eine Übergangsvorschrift iS eines zeitlichen Auslaufens existiert nicht (zur Kritik HARITZ/MENNER, UmwStG, 3. Aufl. 2010, § 27 Rn. 28 ff. und zu nach wie vor bestehenden Anwendungsproblemen insbes. SCHMITT/SCHLOSSMACHER, DStR 2008, 2242). Siehe auch Anm. 44.

Die für die einbringungsgeborenen Anteile geltende Norm des § 21 UmwStG aF ist insoweit *lex specialis* gegenüber §§ 16, 17 EStG, wenngleich in der Rechtsfolge nur auf § 16 verwiesen wurde. Die Veräußerung von einbringungsgeborenen Anteilen führt daher auch dann zur Qualifikation als stpfl. Gewinn, wenn die Anteile nicht steuerverstrickt iSv. §§ 16, 17 sind. Sind Anteile sowohl nach § 21 UmwStG aF als auch nach § 17 steuerverstrickt, so geht die Anwendung des § 21 UmwStG aF derjenigen des § 17 vor. Das gilt auch im Fall der Verlustentstehung. Mangels eines gesetzlichen Verweises sind im Rahmen des § 21 UmwStG aF die Verlustabzugsbeschränkungen des § 17 Abs. 2 Satz 6 nicht einschlägig. Werden die Anteile durch einen Antrag nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG aF entstrickt, endet ihre Eigenschaft als einbringungsgeborene Anteile. Sie unterfallen sodann der Besteuerung nach § 17. Der Gewinn bemisst sich nach dem Unterschied zwischen Veräußerungspreis und dem nach § 21 Abs. 2 Satz 2 UmwStG angesetzten gemeinen Wert im Zeitpunkt der Entstrickung (BFH v. 24.6.2008 – IX R 58/05, BStBl. II 2008, 872).

Einstweilen frei.

299–319

E. Kapitalherabsetzung und -rückzahlung (Abs. 4 Satz 1 Var. 2)

I. Kapitalherabsetzung

320

Der Begriff der Kapitalherabsetzung iSv. Abs. 4 bezieht sich auf die ordentliche Herabsetzung des Grundkapitals oder Stammkapitals einer KapGes. nach gesellschaftsrechtl. Regeln (§§ 58 ff. GmbHG, §§ 222 ff. AktG). Während die Auflösung (Liquidation) einer KapGes. zu einer vollständigen Kapitalrückzahlung führt, bewirkt die Kapitalherabsetzung mit Auszahlung an die Gesellschafter lediglich eine teilweise Kapitalrückzahlung. Von diesen teilweisen Kapitalrückzahlungen wiederum zu unterscheiden ist die Auskehrung von Beträgen aus dem stl.

Einlagekonto (Einlagenrückgewähr) im Rahmen einer offenen oder verdeckten Gewinnausschüttung (OTT, Festschr. Korn, 2005, 105 [108]; zu Sonderfällen der Verrechnung mit dem Einlagekonto vgl. BMF v. 4.6.2003, BStBl. I 2003, 366 Rn. 29; DÖRSCH/PUNG, DB 2003, 1345 [1347]; zu weiteren begrifflichen Einzelheiten s. § 20 Anm. 326). Für die weitere stl. Beurteilung ist die Behandlung auf der Gesellschaftsebene (Einzelheiten dazu OTT aaO, 109 f.) von der Ebene des Gesellschafters (dazu OTT aaO, 111 f.) zu trennen. Auf der Ebene des Gesellschafters tritt die Anwendung des § 17 Abs. 4 zugunsten des § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 zurück, soweit der ausgekehrte Betrag auf thesaurierte Gewinne entfällt und daher wie eine Gewinnausschüttung iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 iVm. Nr. 1 zu behandeln ist (§ 17 Abs. 4 Satz 3; vgl. dazu Anm. 335). Die Kapitalherabsetzung führt danach in der Praxis regelmäßig zu einer Aufspaltung der korrespondierenden Kapitalrückzahlungsbeträge an den Gesellschafter mit jeweils unterschiedlicher stl. Ermittlung nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 auf der einen Seite und § 17 Abs. 4 auf der anderen Seite (Einzelheiten s. OTT aaO, 111 f. mwN).

Formelles Erfordernis hinreichender Bezeichnung im Herabsetzungsbeschluss: Im Kapitalherabsetzungsbeschluss sind der Zweck der Rückzahlung (§ 222 Abs. 3 AktG) und die Art der Kapitalherabsetzung (§ 222 Abs. 4 Satz 3 AktG) konkret zu bezeichnen. Ist dies nicht der Fall (= Anfechtungsgrund gem. § 243 Abs. 1 AktG), kann über den mit der Handelsregistereintragung freigewordenen Kapitalbetrag nur durch gesonderten Beschluss der Hauptversammlung verfügt und dieser ausgezahlt werden (vgl. HÜFFER, AktG, 9. Aufl. 2010, § 222 Rn. 12 ff., 17). Die Rückzahlung des freigewordenen Gesellschaftsvermögens an die Anteilseigner darf bei einer AG erst sechs Monate nach Bekanntmachung der Eintragung (§ 225 Abs. 2 AktG) und bei einer GmbH erst nach Zustimmung, Befriedigung oder Sicherstellung aller Gläubiger der Gesellschaft (vgl. § 58 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG) geleistet werden.

Die vereinfachte Kapitalherabsetzung (§§ 229 ff. AktG, §§ 58a ff. GmbHG) kann die Voraussetzungen des § 17 Abs. 4 – ebenso wenig wie die des § 20 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 – nicht erfüllen, weil die Aktionäre/Gesellschafter bei ihr keine Zahlungen von Beträgen aus der Auflösung von Kapital- oder Gewinnrücklagen und/oder aus der Kapitalherabsetzung erhalten (s. § 230 AktG). Sie soll nur dazu dienen, Wertminderungen auszugleichen, sonstige Verluste zu decken und Beträge in die Kapitalrücklage oder in die gesetzliche Rücklage einzustellen (s. § 230 Sätze 2 und 3 AktG). Eine Kapitalherabsetzung zum Ausgleich eines Verlusts bewirkt folglich bei den Gesellschaftern keinen Veräußerungsverlust, da es an dem in Abs. 4 Satz 1 Var. 2 aufgestellten Tatbestandsmerkmal einer Kapitalrückzahlung fehlt.

Die zivilrechtliche Wirksamkeit des Kapitalherabsetzungsbeschlusses ist grundsätzlich Voraussetzung dafür, dass Zahlungen aus dem Vermögen einer KapGes. an ihre Gesellschafter als Kapitalherabsetzung und -rückzahlung iSv. Abs. 4 Satz 1 Var. 2 qualifiziert werden. Erforderlich dafür ist insbes. die Eintragung des Beschlusses über die Herabsetzung des Grund-/Gesellschaftskapitals in das Handelsregister (vgl. BFH v. 29.6.1995 – VIII R 68/93, BStBl. II 1995, 722 [725]). Ausnahmsweise wird von dem Eintragungserfordernis nach der Rspr. des BFH (s. BFH v. 6.4.1976 – VIII R 72/70, BStBl. II 1976, 341; bestätigt in BFH v. 29.6.1995 – VIII R 69/93, BStBl. II 1995, 725 [726]) dann abgesehen, wenn

- die Beteiligten alles unternommen haben, was zur Durchführung der handelsrechtl. Wirksamkeit der Kapitalherabsetzung erforderlich ist,

- die Eintragung der Kapitalherabsetzung alsbald nachgeholt wird und
- ausgeschlossen werden kann, dass die Kapitalherabsetzung als Steuerumgehung iSv. § 42 AO anzusehen ist.

Die vorstehenden Anforderungen sollen gewährleisten, dass die Zahlung an die Gesellschafter tatsächlich aus der Kapitalherabsetzung resultiert (Kausalitätsnachweis). Sie dienen uE letztlich der notwendigen Abgrenzung von anderen Zuwendungen der KapGes. an den Gesellschafter iSv. § 20. Liegen sie nicht vor, so erzielen die Gesellschafter durch die Rückzahlung von Vermögen der KapGes. Kapitalerträge iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2. Zu weiteren Einzelheiten zur Abgrenzung zu Bezügen auf Grund einer Kapitalherabsetzung oder nach Auflösung der KapGes. iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 2 vgl. § 20 Anm. 320 ff.

Abkommensrechtlich stellen Kapitalrückzahlungen idR keine Dividende iSv. Art. 10 Abs. 3 OECD-MA dar (s. auch Art. 10 Nr. 28 des offiziellen Kommentars zum MA [MK]); ferner WASSERMAYER in DEBATIN/WASSERMAYER, DBA, Art. 10 MA Rn. 105 mit Beispiel zur abkommensrechtl. Aufteilung zwischen Liquidationsraten und Kapitalrückzahlung).

II. Kapitalrückzahlung

321

Begriff der Kapitalrückzahlung iSd. Abs. 4 Satz 1: Kapitalrückzahlung ist die Zahlung des Betrags an die Gesellschafter, der ihnen auf Grund der Kapitalherabsetzung am Grund-/Stammkapital zusteht (Kapitalrückzahlung ieS). Hier-von zu unterscheiden sind Kapitalrückzahlungen iwS, insbes.

- Kapitalrückzahlungen im Rahmen offener oder verdeckter Auskehrung von thesaurierten Gewinnen, die stets (vorrangig) zu Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 führen (vgl. auch Anm. 336 zu § 17 Abs. 4 Satz 3), und
- Leistungen der KapGes. aus dem stl. Einlagekonto iSv. § 27 KStG (vgl. Anm. 325 f.).

Bei der Rückzahlung von Eigenkapital der KapGes. ist also regelmäßig eine Auf- teilung in eine echte Kapitalrückzahlung (ieS des § 17 Abs. 4 Satz 1) und eine Auskehrung thesaurierter Gewinne vorzunehmen (so auch OTT, Festschr. Korn, 2005, 105 [107]).

Die unterschiedliche stl. Einkünftequalifikation je nach Art und/oder Anlass der Vermögensauskehrung an den Gesellschafter führt dazu, dass auch auf der Ebene der KapGes. die Differenzierung zwischen Einlagen und thesaurierten Gewinnen zwingend vorzunehmen ist. Dem tragen für die Ebene der KapGes. die Vorschriften der §§ 27 ff. KStG Rechnung (Einzelheiten s. OTT aaO, 105 [107 f. mwN]). So schließen beispielsweise §§ 27 Abs. 1 Satz 3, 28 Abs. 2 Satz 2 KStG explizit auch die Rückzahlung von Nennkapital zu Lasten des sog. Sonderaus- weises (§ 28 Abs. 1 Satz 3 KStG) vom Anwendungsbereich des § 17 Abs. 4 aus. Dies betrifft den Sonderfall, dass das Nennkapital durch Umwandlung von sonstigen Rücklagen (außer Einlagen iSv. § 27 KStG) zunächst erhöht und anschließend eine Herabsetzung des Nennkapitals oder die Auflösung der Kap- Ges. durchgeführt wird. Hierfür qualifiziert § 28 Abs. 2 Satz 2 KStG die Rück- zahlung des Nennkapitals, soweit sie den Sonderausweis mindert, in Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 beim Anteilseigner um (so auch BMF v. 26.8.2003, BStBl. I 2003, 434 Tz. 19). Ein übersteigender Betrag ist sodann vom Bestand des stl. Einlagekontos abzuziehen (§ 28 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 KStG). Der Sonderaus-

weis wird gem. § 28 Abs. 3 KStG zum Schluss eines jeden Wj. mit einem positiven Bestand des stl. Einlagekontos (soweit vorhanden) saldiert. Die §§ 27 Abs. 1 Satz 3, 28 Abs. 2 Satz 2 KStG sollen erreichen, dass für „ausschüttbare Gewinne“ bzw. Gewinnrücklagen eine Besteuerung nach dem Halb-/Teileinkünfteverfahren vollständig erhalten bleibt.

Verdecktes Gesellschaftskapital wird stl. wie offenes Gesellschaftskapital behandelt. Seine Rückzahlung ist daher wie eine Kapitalrückzahlung auf Grund einer förmlichen Kapitalherabsetzung zu behandeln.

Kapitalrückzahlung auf eigene Anteile: Beschließt eine KapGes., die eigene Anteile hält, eine Kapitalherabsetzung sowie die Rückgewähr des durch diese Herabsetzung frei gewordenen Kapitals an die „übrigen“ Gesellschafter, so erzielen diese einen sonstigen Bezug iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 aus ihrer Beteiligung an der KapGes., soweit die Kapitalrückzahlung auf die von der GmbH gehaltenen eigenen Anteile entfällt (BFH v. 29.7.1992 – I R 31/91, BStBl. II 1993, 369).

Die Rückzahlung kapitalersetzender Darlehen fällt nicht unter Abs. 4, da es sich bei solchen Darlehen auch nicht etwa um „ähnliche Beteiligungen“ iSv. Abs. 1 Satz 3 handelt (s. auch BFH v. 28.5.1997 – VIII R 25/96, BStBl. II 1997, 724 zur kapitalersetzenden Einlage eines stillen Gesellschafters). Zur zivilrechtl. Begründung und stl. Behandlung von eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen einschl. Darlehen s. EILERS/SIEGER/WIENANDS, Die Finanzierung der GmbH durch ihre Gesellschafter, 2. Aufl., 2001, Teil E (Rn. 201 ff.); s. auch Anm. 201a, 201b.

322–323 Einstweilen frei.

F. Ausschüttung/Rückzahlung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto iSd. § 27 KStG/EK 04 (Abs. 4 Satz 1 Var. 3)

324 I. Rechtslage bis zur Körperschaftsteuerreform durch das StSenkG

Vor der Reform des KStRechts durch das StSenkG wurden in der Gliederungsrechnung des vEK nicht in das Nennkapital geleistete Einlagen nach § 30 Abs. 2 Nr. 4 KStG aF gesondert ausgewiesen (EK 04).

Rechtslage bis 1996: Nach dem Gesetzeswortlaut des § 17 aF fiel bis zum VZ 1996 die Rückzahlung von EK 04 außerhalb von Kapitalherabsetzung und Liquidation nicht unter § 17 (vgl. BFH v. 20.4.1999 – VIII R 44/96, BStBl. II 1999, 698: „negative AK“ iSv. § 17 als Merkposten für späteren Veräußerungs- bzw. Realisationsakt).

Das JStG 1997 v. 20.12.1996 (BGBl. I 1996, 2049; BStBl. I 1996, 1523) ergänzte Abs. 4 Satz 1 um den Tatbestand der Rückzahlung von EK 04. Der Gesetzgeber sah in der Erweiterung des Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 um die Var. 3 zwar eine Klarstellung (s. BTDrucks. 13/5952, 47). Tatsächlich war die Rechtsänderung konstitutiv. Die Regelung galt ab dem VZ 1997 für Rückzahlungen aus dem EK 04 nach dem 31.12.1996 (§ 52 Abs. 1 Satz 1 EStG 1997).

Ab VZ 2001/2002 (vgl. Anm. 1 zu „StSenkG“) gilt die Neufassung des § 17 Abs. 4 Satz 1 Var. 3 für die Rückzahlung von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG (s. Anm. 326).

Eigenkapital iSd. § 30 Abs. 2 Nr. 4 KStG aF (EK 04) entstand durch Einlagen der Anteilseigner in die KapGes., die das Eigenkapital der Körperschaft in nach dem 31.12.1976 abgelaufenen Wj. erhöhten.

Eine Ausschüttung oder Rückzahlung von EK 04 lag vor, wenn die Eigenkapitalanteile als verwendet und damit als ausgeschüttet oder zurückgezahlt galten. Dies bestimmte sich nach den gem. § 47 KStG aF getroffenen gesonderten Feststellungen zur Gliederung des vEK (§ 30 KStG aF) und der in § 28 Abs. 3 Satz 1 KStG aF gesetzlich bestimmten Verwendungsreihenfolge. Insoweit hatte der Bescheid über die gesonderte Feststellung des vEK materiell-rechtl. Bindungswirkung (vgl. BFH v. 19.7.1994 – VIII R 58/92, BStBl. II 1995, 362 [365]). Zu EK-04-Ausschüttungen bzw. EK-04-Rückzahlungen gehörten ua. auch:

- *Die Rückzahlung eines (in das EK 04 geleisteten) Nachschusses* iSd. § 30 Abs. 2 GmbHG (vgl. Abschn. 95 Abs. 3 KStR 1995); sie gehörte nicht zu Kapitalerträgen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2.
- *Erfüllung einer Forderung nach Verzicht gegen Besserungsabrede*: Verzichtet ein Gesellschafter auf eine Forderung gegen seine GmbH unter der auflösenden Bedingung, dass im Besserungsfall die Forderung wieder aufleben soll, so ist die Erfüllung der Forderung nach Bedingungseintritt keine (verdeckte) Gewinnausschüttung, sondern eine stl. anzuerkennende Form der Kapitalrückzahlung (BFH v. 30.5.1990 – I R 41/87, BStBl. II 1991, 588).

II. Ausschüttung oder Rückzahlung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto iSv. § 27 KStG

325

Überblick: Außerhalb der Kapitalherabsetzung und der Liquidation kommt als dritte Form der Kapitalrückzahlung die Auskehrung von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto (§ 27 KStG) an die Anteilseigner in Betracht. Für den Anteilseigner kann diese Form der Kapitalrückzahlung im Anwendungsbereich des Abs. 4 Satz 1 Konsequenzen in zweifacher Hinsicht haben (vgl. Ott, Festschr. Korn, 2005, 105 [113 mwN]):

- Steuerneutrale Verrechnung mit den AK der Beteiligung, soweit die Rückzahlung aus dem stl. Einlagenkonto die AK nicht übersteigt (Korrektur der AK); auf Grund dieser Korrekturfunktion ist auch das Teileinkünfteverfahren nicht anwendbar, dh. die AK werden in vollem Umfang (und nicht etwa anteilig) gekürzt;
- Überschreitet die Einlagenrückzahlung die (ggf. bis auf Null reduzierten) AK, stellt der übersteigende Teil des Rückzahlungsbetrags zu 60 % einen stpfl. Veräußerungsgewinn iSv. § 17 Abs. 4 Satz 2 und Abs. 2 iVm. § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c dar.

Noch nicht abschließend geklärt ist gegenwärtig die stl. Behandlung in Fällen, in denen bereits vor dem 1.1.1997 eine Einlagenrückzahlung vorgenommen wurde (vgl. dazu Anm. 270) und ein Ersatztatbestand iSd. Abs. 4 Satz 1 (zB weitere Einlagenrückzahlung oder Kapitalherabsetzung) erst nach dem 31.12.1996 realisiert wird (Einzelheiten dazu Ott aaO, 115 f. mwN). Eine höchstrichterliche Klärung steht hierzu noch aus. Es liegt jedoch nach der bisherigen BFH-Rspr. nahe (BFH v. 20.4.1999 – VIII R 44/96, BStBl. II 1999, 698), ursprüngliche negative AK nicht schon im Fall einer weiteren Einlagenrückzahlung, sondern erst bei einer Anteilsveräußerung oder Liquidation der KapGes. gewinnerhöhend aufzulösen (Ott aaO, 116).

Steuerliches Einlagekonto iSd. § 27 KStG: 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. Das stl. Einlagekonto iSv. § 27 KStG weist Einlagen aus, die nicht in das Nennkapital geleistet worden sind, insbes. etwa verdeckte Einlagen oder Aufgelder bei Kapitalerhöhungen. Das stl. Einlagenkonto ist an die Stelle des bisherigen EK 04 getreten, dessen Teilbetrag über § 39 KStG in das Einlagekonto als Anfangsbestand eingegangen ist. In der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 14/2683 und 14/3074) wird die sachliche Funktion des stl. Einlagekontos iSv. § 27 KStG nF wie folgt beschrieben:

„Die steuerliche Behandlung der nicht in das Nennkapital geleisteten Einlagen und ihrer Rückgewähr wird im Grundsatz beibehalten. Da künftig die Gliederungsrechnung und der Ausweis von EK 04 entfällt, ist es erforderlich, die Gesellschaftereinlagen auf einem besonderen Konto zu erfassen. Für die Einlagenrückgewähr gilt eine Verwendungsreihenfolge, nach der auf das steuerliche Einlagekonto erst zugegriffen werden kann, wenn andere Rücklagen der Gesellschaft nicht mehr zur Verfügung stehen.“

Ausschüttung ist eine Leistung der KapGes. an die Anteilseigner auf gesellschaftsrechtl. Grundlage als offene Ausschüttung oder außerhalb der gesellschaftsrechtl. Gewinnverteilung als verdeckte Ausschüttung Einzelheiten zur offenen und verdeckten Ausschüttung s. § 8 KStG Anm. 90 f. und Anm. 100 f.

Rückzahlungen unterscheiden sich dadurch von Ausschüttungen, dass sie für die Anteilseigner nicht Ertrag aus den Anteilen an der KapGes. darstellen, sondern eine Umschichtung in ihrem Vermögen bewirken. Zur Abgrenzung s. § 8 KStG Anm. 94.

Ausschüttung oder Rückzahlung aus dem steuerlichen Einlagekonto iSv. § 27 KStG ist eine Leistung der KapGes. an den Gesellschafter, die das stl. Einlagekonto nach Maßgabe des § 27 Abs. 1 Satz 3 KStG mindert. Auf Grund der in § 27 KStG bestimmten Verwendungsreihenfolge mindern Leistungen der KapGes. an den Gesellschafter das stl. Einlagekonto nur, soweit sie den „ausschüttbaren Gewinn“ iSv. Abs. 1 Satz 4 KStG übersteigen. Der ausschüttbare Gewinn ist der auf den Schluss desselben Wj. ermittelte Unterschiedsbetrag zwischen

- dem (um das gezeichnete Kapital geminderten) in der StBil. ausgewiesenen Eigenkapital und
- dem (vorherigen) Bestand des stl. Einlagekontos.

Verhältnis zu § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3: Die Anknüpfung an § 27 KStG gewährleistet eine klare qualitative und quantitative Abgrenzung der Einkünfte nach § 17 Abs. 4 Satz 1 Var. 3 zu denen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Sätze 1 und 2. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 (vgl. dazu § 20 Anm. 310 ff.) schließt die Besteuerung von zurückgezahlten Gesellschaftereinlagen und gesetzlich den Einlagen gleichgestellten Beträgen als Einnahmen aus Kapitalvermögen aus (s. § 20 Anm. 311). Bei Ausschüttung von Beträgen aus dem Einlagekonto decken sich die Tatbestandsvoraussetzungen des § 17 Abs. 4 Satz 1 Var. 3 und die des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3. Zu den Einzelheiten dieser korrespondierenden Tatbestandsmerkmale vgl. § 20 Anm. 312–315.

Abkommensrechtliche Qualifikation: Werden Kapitalzuzahlungen (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB) oder verdeckte Einlagen zurückgewährt, so entscheidet letztlich das Recht des Anwendestaats darüber, ob die Einlagenrückgewähr eine Dividende oder ein Veräußerungsgewinn ist. Die Beurteilung schlägt auf das Ab-

kommensrecht durch, weil dieses die Frage nicht regelt (vgl. WASSERMEYER in DEBATIN/WASSERMEYER, DBA, Art. 10 MA Rn. 107).

Ausländische Kapitalgesellschaften: Mangels eines stl. Eigenkapitals iSv. § 27 KStG kommt eine unmittelbare Anwendung des § 17 Abs. 4 Satz 1 Var. 3 nicht in Betracht. Allerdings kann sich der Vorgang entweder als Veräußerung iSd. § 17 Abs. 1 darstellen oder aber mit einer Liquidation verbunden sein.

Einstweilen frei.

326–329

G. Gemeiner Wert des zugeteilten oder zurückgezahlten Vermögens als Veräußerungspreis (Abs. 4 Satz 2)

330

Nach Abs. 4 Satz 2 wird als Veräußerungspreis der gemeine Wert des dem Stpfl. zugeteilten oder zurückgezahlten Vermögens fingiert („... ist als Veräußerungspreis ... anzusehen“). Nicht zum zugeteilten oder zurückgezahlten Vermögen und damit nicht zum Veräußerungspreis zählen die Beträge, die nach Abs. 4 Satz 3 als Kapitalerträge auszusondern sind.

Zugeteiltes und zurückgezahltes Vermögen sind alle dem Gesellschafter bei Vorgängen iSd. Abs. 4 Satz 1 zugeteilten WG aus dem Vermögen der KapGes.

Gemeiner Wert als Bewertungsmaßstab: Abs. 4 Satz 2 ordnet an, dass die zugeteilten WG mit dem gemeinen Wert zu bewerten sind. Der gemeine Wert von Sachen oder Rechten wird nach den zu Abs. 2 (Anm. 230) dargestellten Grundsätzen ermittelt. Die Vorgänge iSd. Abs. 4 Satz 1 werden damit für Besteuerungszwecke so angesehen, als habe der Gesellschafter seine Anteile ganz oder teilweise veräußert und dafür das ihm zukommende Vermögen der KapGes. als Kaufpreis erhalten. Liquidationsraten und Kapitalrückzahlungen werden also wie der Veräußerungspreis im Fall der Veräußerung behandelt.

Bewertungsstichtag ist der Zeitpunkt, in dem die gesetzlichen Tatbestände des Abs. 4 Satz 1 vollständig verwirklicht sind, mit anderen Worten der Veräußerungsgewinn/-verlust entsteht (vgl. auch SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 225). Die Gewinnermittlung nach Abs. 2 ist bei Anteilsveräußerungen nicht nach dem Zuflussprinzip, sondern nach einer Stichtagsbewertung auf den Zeitpunkt der Veräußerung vorzunehmen (BFH v. 12.2.1980 – VIII R 114/77, BStBl. II 1980, 494; v. 21.9.1982 – VIII R 140/79, BStBl. II 1983, 289 [292]). Entsprechend muss im Rahmen des Abs. 4 Satz 2 auf den Zeitpunkt der Verwirklichung der Ersatztatbestände des Abs. 4 Satz 1 abgestellt werden. Spätere Wertänderungen wirken sich daher uE nicht auf die Höhe des Gewinns nach Abs. 4 Satz 1 iVm. Abs. 2 aus, ebenso wenig Wertänderungen in der Zeit zwischen Zufluss von Vorausleistungen und (endgültiger) Tatbestandsverwirklichung. Danach gilt

- *im Fall der Auflösung einer KapGes.* der Zeitpunkt der Entstehung des Auflösungsgewinns/-verlusts, dh. idR der Zeitpunkt des Abschlusses der Liquidation der KapGes. (vgl. Anm. 276). Das gilt auch für die Erfassung und Bewertung von Liquidationsraten, die vor dem Abschluss der Liquidation geleistet wurden;
- *im Fall der Herabsetzung und Rückzahlung von Nominalkapital* regelmäßig der Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister, mit dem die Kapitalherabsetzung wirksam wird. Soweit ausnahmsweise eine Kapitalrückzahlung vor Eintragung in das Handelsregister stl. als wirksam erachtet wird (s. Anm. 277), können Bewertungszeitpunkt und Besteuerungszeitpunkt im Rahmen der Gewinn-

- ermittlung des Abs. 4 Sätze 1 und 2 iVm. Abs. 2 auseinanderfallen (weitere Einzelheiten zum Besteuerungszeitpunkt vgl. Anm. 277);
- *im Fall der Ausschüttung oder Rückzahlung* von Eigenkapital iSv. § 27 KStG/EK 04 ist ausnahmsweise als Realisationszeitpunkt und Bewertungsstichtag der Zeitpunkt des Zuflusses iSv. § 11 Abs. 1 anzusehen (vgl. Anm. 278).

331–334 Einstweilen frei.

H. Aussonderung von Kapitaleinnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 (Abs. 4 Satz 3)

335

I. Rechtsentwicklung

Das KStRG v. 31.8.1976 (BGBl. I 1976, 2597; BStBl. I 1976, 445) fügte zunächst in Abs. 4 Satz 2 den Halbs. 2 an: „soweit es (dh. das zugeteilte oder zurückgezählte Vermögen der KapGes.) nicht nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen gehört“. Die Gründe und Interpretation dieser Regelung waren unklar. Der Halbs. 2 des Abs. 4 Satz 2 galt erstmals für den VZ 1977 (§ 52 Abs. 1 Sätze 1 und 3 EStG 1977) bis einschließlich 1996.

JStG 1997 v. 20.12.1996 (BGBl. I 1996, 2049; BStBl. I 1996, 438): Im Zuge der Neufassung des Abs. 4 wurde der Halbs. 2 des Satzes 2 in einen eigenständigen Satz 3 ausgegliedert und durch dessen Bezugnahme auf Satz 1 ua. klargestellt, dass Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 bereits auf der Ebene der Einkünftequalifikation (und nicht erst im Rahmen der Gewinnermittlung) aus dem Anwendungsbereich des § 17 ausscheiden.

Seitdem besteht Abs. 4 Satz 3 in unveränderter Fassung.

336

II. Rechtsfolge des Abs. 4 Satz 3

Nach Abs. 4 Satz 3 gelten die Besteuerungstatbestände des Abs. 4 Satz 1 iVm. Abs. 1–3 nicht, soweit die Bezüge zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 gehören. Die Vorschrift bewirkt, dass Einnahmen aus Kapitalvermögen aus den Erlösen iSd. § 17 ausgesondert werden.

Regelungsziel unter Geltung des Anrechnungsverfahrens: Zweck der Regelung sollte unter der Geltung des bis zur KStReform durch das StSenkG geltenden Anrechnungsverfahrens die Sicherung der Anrechnung der KSt. sein, die auf ausgekehrten Gewinnen lastet, was im Schrifttum auf Kritik stieß (s. dazu zB DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 485 mwN).

Verminderte Bedeutung seit Abschaffung des Anrechnungsverfahrens: Mit dem geltenden Teileinkünfteverfahren, das sowohl die in § 17 Abs. 4 Satz 3 genannten Kapitalerträge (vgl. § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d und e iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2) als auch sämtliche nach § 17 stbaren Veräußerungsgewinne (vgl. § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c iVm. § 17) erfasst, wird die Abgrenzung uE weitgehend bedeutungslos. Stsystematisch sollen mittels des Teileinkünfteverfahrens und des neuen KStSystems die Realisierung von offenen und stillen Reserven in einer Körperschaft unabhängig von der Art der Realisierung (Gewinnausschüttung, Anteilsveräußerung oder Liquidation) im Ergebnis gleich hoch besteuert werden (JAKOBS/WITTMANN, GmbHR 2000, 405). Abs. 4 Satz 3 hatte daher durch das StSenkG erheblich an Bedeutung verloren. Die Vorschrift

spielt noch für die Inanspruchnahme der Freibeträge nach § 17 Abs. 3 einerseits und nach § 20 Abs. 9 (Sparer-Pauschbetrag) eine Rolle. Bei grenzüberschreitenden Konstellationen (Inländer hält Anteile an ausländ. KapGes. oder Ausländer hält Anteile an inländ. KapGes.) wird sie weiterhin für die abkommensrechtl. Zuweisung der Besteuerungshoheit (in DBA-Fällen) und generell für die Quellenbesteuerung bzw. die KapErtrSt. (§§ 43 ff.) Bedeutung haben. In DBA-Fällen werden nämlich Veräußerungsgewinne (s. Art. 13 Abs. 4 DBA-MA) und Dividendeneinkünfte (s. Art. 10 DBA-MA) unterschiedlich behandelt. Mit der Einführung der Abgeltungsteuer und der damit grundsätzlich verbundenen tariflichen Steuersatzspreizung (§ 32a Abs. 1 versus § 32d Abs. 1) gewinnt § 17 Abs. 4 Satz 3 als Abgrenzungsvorschrift allerdings wieder erheblich mehr praktische Bedeutung.

III. Die auszuondernden Einnahmen aus Kapitalvermögen (Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2)

337

Offene Ausschüttungen von Gewinnen für Wj. oder Rumpfwj. aus der Zeit vor der Auflösung, die zeitlich nach der Auflösung erfolgen (BFH v. 12.9.1973 – I R 9/72, BStBl. II 1974, 14; v. 22.10.1998 – I R 15/98, BFH/NV 1999, 829; zur kstl. Behandlung s. BMF v. 26.8.2003, BStBl. I 2003, 434 Tz. 10), sind (noch) Einnahmen aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1. Zu Begriff und Arten s. § 20 Anm. 177 f. Zur Abgrenzung zwischen offenen Ausschüttungen und

- Entgelt aus Veräußerung von Anteilen s. § 20 Anm. 185,
- Entgelt aus veräußerungsähnlichen Vorgängen (Einziehung von Aktien oder GmbH-Anteilen) s. Anm. 89 und § 20 Anm. 186,
- Entgelt in sonstigen Fällen des Leistungsaustauschs s. § 20 Anm. 187,
- Liquidationsraten s. DÖLLERER, StbJb. 1981/82, 195 (218),
- Kapitalherabsetzung und -rückzahlung s. Anm. 320 betr. stfreie Kapitalrückzahlungen; s. ferner § 20 Anm. 190–192,
- Anteils-Wertänderungen durch Ausgabe von Bezugsrechten (Nennkapitalerhöhung gegen Einlagen), durch Freianteile (Nennkapitalerhöhung durch Umwandlung von Rücklagen), durch Erwerb eigener Anteile, durch Einziehung von Anteilen eines Gesellschafters, durch Veräußerung eigener Anteile der KapGes. zu einem unangemessen niedrigen Preis s. § 20 Anm. 195–199. Rückzahlungsbeträge auf eigene Anteile der Gesellschaft an die Gesellschafter sind als „sonstige Bezüge“ iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und andere Ausschüttung iSv. §§ 27 Abs. 3 Satz 2, 28 Abs. 2 Satz 2 KStG nF zu qualifizieren (vgl. BFH v. 29.7.1992 – I R 31/91, BStBl. II 1993, 369).

Verdeckte Gewinnausschüttungen: Einzelheiten dazu s. § 20 Anm. 220 f. Zur Abgrenzung zwischen vGA einerseits und Veräußerungsentgelten, Kapitalrückzahlungen oder Anteilswertänderungen andererseits s. vorstehende Ausführungen zur offenen Ausschüttung. Zivilrechtswidrig (zB verfrüht) zugeteilte Kapitalrückzahlungen führen idR zu einer vGA und sind daher von dem Anwendungsbereich des Abs. 4 Satz 1 ausgeschlossen. Verfrühte Kapitalrückzahlungen können vor allem im Zusammenhang mit einer Kapitalherabsetzung auftreten, wenn die zivilrechtl. Anforderungen an die Wirksamkeit einer effektiven Herabsetzung des Grund- oder Stammkapitals (Nennkapitals) einer KapGes. (§§ 222 ff. AktG, § 58 GmbHG) – im Unterschied zur vereinfachten bzw. nomi-

nellen Kapitalherabsetzung (§§ 229 ff. AktG, § 58a GmbHG) – verkannt werden (s. dazu näher Anm. 320).

Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2: zur Abgrenzung vgl. zu Abs. 4 Satz 1 Var. 2 Anm. 320 sowie § 20 Anm. 320 ff.

338–349 Einstweilen frei.

**Erläuterungen zu Abs. 5:
Beschränkung oder Ausschluss des deutschen
Besteuerungsrechts als veräußerungsgleiche
Tatbestände**

Schrifttum: BENECKE/SCHNITGER, Neuregelung des UmwStG und der Entstrickungsnormen durch das SEStEG, IStR 2006, 765; BLUMENBERG/LECHNER, Der Regierungsentwurf des SEStEG: Entstrickung und Sitzverlegung bei Kapitalgesellschaften, Neuerungen beim Einlagekonto, Körperschaftsteuerminderung und -erhöhung sowie sonstige Änderungen im Körperschaftsteuerrecht, Special zu BB 2006, 25; FROTSCHER, Zur Vereinbarkeit der „Betriebsstättenbedingung“ bei Sitzverlegung und grenzüberschreitender Umwandlung mit den Grundfreiheiten, IStR 2006, 65; HÖRTNAGL, Europäisierung des Umwandlungssteuerrechts – SEStEG, Stbg. 2006, 471; LAUSTERER, Die Wegzugsbesteuerung nach dem Regierungsentwurf des SEStEG, Special zu BB 2006, 80; RÖDDER/SCHUMACHER, Das kommende SEStEG – Teil I: Die geplanten Änderungen des EStG, KStG und AStG – Der Regierungsentwurf eines Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften, DStR 2006, 1481; SCHÄFER/BLUMENBERG, Der Regierungsentwurf des SEStEG im Überblick, Special zu BB 2006, 1; SCHÖNHERR/LEMAITRE, Der Entwurf des SEStEG: Geplante Änderungen im Einkommen-, Körperschaft- und Gewerbesteuerrecht, GmbHR 2006, 561; STADLER/ELSER, Der Regierungsentwurf des SEStEG: Einführung eines allgemeinen Entstrickungs- und Verstrickungstatbestandes und andere Änderungen des EStG, Special zu BB 2006, 18; Voss, SEStEG: Die vorgesehenen Änderungen im Einkommensteuergesetz, im Körperschaftsteuergesetz und im 1. bis 7. Teil des Umwandlungssteuergesetzes, BB 2006, 411; BENECKE/SCHNITGER, Letzte Änderungen der Neuregelungen des UmwStG und der Entstrickungsnormen durch das SEStEG – Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses, IStR 2007, 22; BILITEWSKI, Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG) – Ein erster Überblick, FR 2007, 57; FÖRSTER, SEStEG: Rechtsänderungen im EStG, DB 2007, 72; RÖDDER/SCHUMACHER, Das SEStEG – Überblick über die endgültige Fassung und die Änderungen gegenüber dem Regierungsentwurf, DStR 2007, 369; SCHMIDT/v. BUSEKIST/DRESCHER, Rechtsentwicklungen zur Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften gem. § 17 EStG, FR 2007, 1; TÖBEN/RECKWARDT, Entstrickung und Verstrickung privater Anteile an Kapitalgesellschaften, FR 2007, 159.

350

A. Überblick zu Abs. 5

Bedeutung des Abs. 5: Der mit dem SEStEG neu eingeführte Abs. 5 regelt die Beschränkung oder den Ausschluss des deutschen Besteuerungsrechts (Entstrickung) beim Wegzug von KapGes. als veräußerungsgleiche Tatbestände und steht im Zusammenhang mit dem allgemeinen Entstrickungskonzept des § 4 Abs. 1 Satz 3 idF SEStEG. Die in Abs. 5 vorgesehene Veräußerungsfiktion führt als konstitutive (und nicht lediglich klarstellende) Gesetzesnorm zu einer erheblichen Erweiterung der Besteuerung von Gewinnen aus Anteilen im PV.

Aus gesetzensystematischer Sicht hätte sich allerdings eine Aufnahme in den Tatbestand des Abs. 4 aufgedrängt, der eine Aufzählung der veräußerungsgleichen Tatbestände enthält (vgl. zu Abs. 4 Anm. 260 ff.; zur problematischen Abgrenzung zwischen der Verlegung des Sitzungssitzes und des Verwaltungssitzes vgl. § 11 KStG Anm. 19: Auflösung durch Sitzverlegung).

Erfasst von Abs. 5 wird beispielsweise der Fall, dass ein beschränkt Stpfl. in einem Nicht-DBA-Staat Anteile an einer inländ. KapGes. hält, die ihren Sitz oder Ort der Geschäftsleitung ins Ausland verlegt. Unter dem Einfluss europarechtl. Normen und der Novellierung des GmbHG und AktG durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ist die Verlegung des statutarischen Verwaltungssitzes in das Ausland ohne Liquidation erleichtert worden.

Für unbeschränkt Stpfl. hat die Regelung des Abs. 5 im Regelfall geringere praktische Relevanz; denn in den meisten Fällen wird auf Grund einer Art. 13 Abs. 5 OECD-MA entsprechenden Verteilungsnorm bereits Deutschland das Besteuerungsrecht für Einkünfte aus der Veräußerung von Anteilen an einer wegziehenden Gesellschaft zugewiesen sein. Nur wenn auf Grund einer Ausnahmeregelung des jeweils einschlägigen DBA dem neuen Ansässigkeitsstaat der Gesellschaft das Besteuerungsrecht an den Gesellschaftsanteilen nach dem Wegzug der KapGes. aus Deutschland zukommt, findet Abs. 5 Anwendung.

Systematik des Abs. 5: Abs. 5 Satz 1 sieht für die dort vorausgesetzten Entstrickungsfälle der Beschränkung oder des Ausschlusses des deutschen Besteuerungsrechts als Rechtsfolge die Fiktion der Veräußerung der Anteile zum gemeinen Wert vor. Mit Abs. 5 Satz 2 sowie Abs. 5 Sätzen 3 und 4 normiert der Gesetzgeber hingegen die unter bestimmten Voraussetzungen möglichen Ausnahmen (Satz 2) sowie Rückausnahmen (Sätze 3 und 4) zu den in Abs. 5 Satz 1 geregelten Entstrickungstatbeständen. Der in den Sätzen 3 und 4 geregelten *treaty override* kann allerdings – mangels einer Begrenzung des deutschen Besteuerungsrechts auf die stillen Reserven bzw. Vermögenssteigerungen im Zeitpunkt der Sitzverlegung – zu einer europarechtswidrigen und auch DBA-rechtl. unzulässigen Doppelbesteuerung von stillen Reserven führen.

Sachlicher Anwendungsbereich: Die Vorschrift kommt dann zur Anwendung, wenn eine identitätswahrende Sitzverlegung durchgeführt wird (so ausdrükl. die Regierungsbegründung zum SEStEG, BTDrucks. 16/2710, 29; zur Frage der Europarechtskonformität vgl. FROTSCHER, IStR 2006, 65 [71 f.]).

Angesichts der bisher nach deutschem Recht noch nicht generell abgeschafften sog. Sitztheorie und der damit verbundenen Risiken wird ein identitätswahrender Wegzug für eine nach deutschem Recht errichtete KapGes. in der Praxis nicht häufig umgesetzt werden. Unter dem Einfluss europarechtl. Normen und der daraus folgenden Novellierung des GmbHG und des AktG nach dem MoMiG ist nicht nur die Verlegung der Geschäftsleitung, sondern auch die Verlegung des statutarischen Verwaltungssitzes in das Ausland ohne Liquidation möglich, so dass der vollständige Wegzug von KapGes. erleichtert ist (so bereits BENECKE/SCHNITGER, IStR 2006, 765 [767]; Einzelheiten Anm. 288, 289 und § 11 KStG Anm. 19).

Abs. 5 ist dagegen nicht anwendbar, sofern die Änderung des Sitzes zivilrechtl. durch Liquidation und Neugründung vollzogen wird. In einem solchen Fall greift bereits die Veräußerungsfiktion des Abs. 4 auf Grund Auflösung der KapGes. ein. Daher führen nicht identitätswahrende Sitzverlegungen, die zur Auflösung der KapGes. führen, zur Anwendung des Abs. 4 (dazu im Einzelnen

Anm. 288, 289 mwN; zur Abgrenzung von identitätswahrender Sitzverlegung und Liquidation der KapGes vgl. § 11 KStG Anm. 19).

Zeitlicher Anwendungsbereich: Die Regelung ist uE ab dem 1.1.2007 anwendbar, da § 52 insoweit keine eigene Anwendungsregelung enthält. Einzelheiten vgl. Ausführungen zu Abs. 6 Anm. 360 ff.

Verfassungs- und Europarechtskonformität: Vgl. § 15 Anm. 971, 972.

351

B. Grundregel: Entstrickung (Abs. 5 Satz 1)

Überblick: Der in Abs. 5 Satz 1 für im PV gehaltene Anteile an KapGes. geregelte Steuerentstrickungstatbestand steht im Zusammenhang mit dem allgemeinen Entstrickungs- und Verstrickungskonzept nach dem SEStEG, insbes. auch dem im BV geltenden Steuerentstrickungstatbestand des § 4 Abs. 1 Satz 3 (dazu § 15 Anm. 970 f.). Die in § 17 Abs. 5 Satz 1 vorausgesetzte Steuerentstrickung von Anteilen an KapGes. findet durch Verlegung entweder des Sitzes oder des Orts der Geschäftsleitung der KapGes. in einen anderen Staat (Wegzug der KapGes.) statt. Zu den Ausnahmefällen des Abs. 5 Sätze 2 und 3 vgl. nachfolgende Anm. 352.

Der Tatbestand des Abs. 5 Satz 1 erfasst grundsätzlich auch die Sitzverlegung von KapGes. mit Sitz oder Geschäftsleitung im Ausland, sofern dadurch ein (zuvor vorhandenes) Besteuerungsrecht der Bundesrepublik ausgeschlossen oder beschränkt wird. Danach kann auch schon der bloße Umzug einer ausländ. KapGes. von einem ausländ. Staat in einen anderen ausländ. Staat zu einer Veräußerungsgewinnbesteuerung nach Abs. 5 Satz 1 iVm. Abs. 1 für den unbeschränkt estpfl. Anteilseigner führen. Damit bedürfen nicht nur die Umstrukturierung bzw. Umwandlung im Hinblick auf Abs. 4, sondern auch bloße Sitzverlegungen von ausländ. Gesellschaften im Hinblick auf Abs. 5 besonderer Aufmerksamkeit.

Tatbestandsvoraussetzungen: Abs. 5 Satz 1 setzt voraus, dass

- die Verlegung des Sitzes oder des Orts der Geschäftsleitung einer KapGes. in einen anderen Staat (grenzüberschreitende Sitz- oder Geschäftsleitungsverlegung)
- das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland ausschließt oder zumindest beschränkt, und zwar
- hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung der Anteile an dieser KapGes.

Grenzüberschreitende Sitzverlegung: Einzelheiten dazu s. Anm. 288. Zum Begriff sowie zur weiteren Unterscheidung und Abgrenzung zwischen Verlegung des Satzungssitzes und des Verwaltungssitzes vgl. § 11 KStG Anm. 19 (Auflösung durch Sitzverlegung).

Grenzüberschreitende Geschäftsleitungsverlegung: Zum und zur Abgrenzung zur Sitzverlegung s. Anm. 289.

Ausschluss des deutschen Besteuerungsrechts: Die Bundesrepublik Deutschland verliert ihr vor der Sitz- oder Geschäftsleitungsverlegung noch bestehendes Besteuerungsrecht für Gewinne aus einer gedachten Veräußerung der KapGes. Anteile sowohl nach der nationalen als auch der internationalen Steuerrechtsordnung (zB nach DBA). Behält Deutschland auch nur nach einer strechtl. Norm, die ggf. mit Abs. 5 konkurriert, vollständig sein Besteuerungsrecht, so greift uE die Rechtsfolge einer fiktiven Veräußerungsgewinnbesteuerung zum gemeinen Wert nach Satz 1 nicht ein.

Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts: Dieses Tatbestandsmerkmal ist im Gesetz nicht näher definiert und nur schwer zu konkretisieren. Es kann uE nur iS einer wegzugsbedingten teilweisen Entstrickung von stillen Reserven für Anteile an KapGes. verstanden werden, sofern diese Teil-Entstrickung von stillen Reserven durch nationale oder gültige internationale Steuervorschriften eintritt. In Abgrenzung zum Begriff „Ausschluss des Besteuerungsrechts“ kann uE der Begriff „Beschränkung“ nur dahingehend verstanden werden, dass die Bundesrepublik Deutschland trotz Wegzugs der KapGes. zwar *in qualitativer Hinsicht* bzw. *dem Grunde nach* ihr ursprünglich bestehendes Besteuerungsrecht für Gewinne aus der Veräußerung von KapGesAnteilen behält, jedoch *in quantitativer Hinsicht* nicht mehr sämtliche künftigen Wertsteigerungen der Anteile vom deutschen Besteuerungsrecht für den Anteilseigner erfasst werden dürfen. Solche Fälle dürften aber – auch unter Berücksichtigung von DBA-Regelungen – selten eintreten.

Eine rein faktische Beschränkung der Zugriffsmöglichkeiten der FinVerw. zB aus Gründen mangelnder Auskünfte oder Informationen oder aufgrund eines Vollzugsdefizits im Steuerermittlungsverfahren reicht uE nicht aus, da es im Wortlaut des Abs. 5 um das Besteuerungsrecht Deutschlands und damit das gesetzliche *Recht* auf Besteuerung geht. Bloße tatsächliche Vollzugshindernisse oder -defizite für die Besteuerung bzw. Erfassung stiller Reserven sind daher nicht ausreichend für die Annahme einer „Beschränkung des Besteuerungsrechts“. Die Beschränkung des Besteuerungszugriffs auf stille Reserven der Anteile muss sich vielmehr aus nationalen oder internationalen Steuerrichtsvorschriften ergeben. Behält hiernach Deutschland sein Besteuerungsrecht in vollem Umfang, kann uE die Rechtsfolge einer fiktiven Veräußerung der Anteile zum gemeinen Wert nach Abs. 5 Satz 1 nicht eingreifen.

Gewinn aus der Veräußerung der Anteile an dieser Kapitalgesellschaft: Die Begriffe Anteile, KapGes., Veräußerung und Gewinn sind wie in Abs. 1 und Abs. 2 zu verstehen. Allerdings setzt der Tatbestand des Abs. 5 lediglich eine fiktive Veräußerung der Anteile als gedanklich Vergleichsmatrix voraus dergestalt, dass eine gedachte Veräußerung vor dem Wegzug mit einer gedachten Veräußerung nach dem Wegzug im Hinblick auf den deutschen Besteuerungszugriff zu vergleichen ist. Sofern eine reale Veräußerung der Anteile mit dem dem Wegzug der KapGes. zusammenfällt, besteht eine Anspruchskonkurrenz zwischen § 17 Abs. 1, 2 und § 17 Abs. 5, die zugunsten der zuerst genannten Tatbestände aufzulösen ist. Im Fall eines gleichzeitigen Wegzugs eines Anteilseigners hat uE § 6 AStG Vorrang vor § 17 Abs. 5.

Rechtsfolge: Auf der Rechtsfolgenseite sieht Abs. 5 Satz 1 vor, dass die Anteile an der KapGes. als zum gemeinen Wert veräußert gelten (Veräußerungsfiktion). Die Rechtsfolge des Abs. 5 Satz 1 stellt damit sowohl die Beschränkung als auch den Ausschluss des deutschen Besteuerungsrechts durch Verlegung des Sitzes oder des Orts der Geschäftsleitung der Veräußerung der Anteile zum gemeinen Wert gleich („Entstrickung“).

Verfassungs- und EU-Rechtskonformität: Vgl. § 15 Anm. 972 zur vergleichbaren Vorschrift des § 4 Abs. 1 Satz 4.

C. Besteuerungsaufschub durch Ausnahme vom Entstrickungsgrundsatz (Abs. 5 Satz 2)

Der Ausnahmetatbestand des § 17 Abs. 5 Satz 2 für Anteile im PV findet sein Vorbild in der mit dem SEStEG ähnlich ausgestalteten Vorschrift des § 4 Abs. 1 Satz 4 für im BV gehaltene Anteile entsprechender KapGes. (dazu § 15 Anm. 970).

Tatbestand Abs. 5 Satz 2: Nach Satz 2 findet die Besteuerung wegen Entstrickung stiller Reserven der Anteile nach Satz 1 keine Anwendung (Besteuerungsaufschub), sofern

- eine im Inland errichtete Societas Europaea (SE) oder auch jede andere KapGes.
- ihren Sitz oder Ort der Geschäftsleitung in einen anderen Mitgliedstaat der EU/EWR verlegt.

Nach dem Wortlaut des Abs. 5 Satz 1 bzw. Satz 2 werden auch Fälle des Umzugs der Gesellschaft von einem ausländ. EU-Staat in einen anderen EU-Staat erfasst (so auch TÖBEN/RECKWARDT, FR 2007, 159 f. [166 f.]). Dies liegt darin begründet, dass nach Art. 10d Abs. 1 Fusionsrichtlinie eine Besteuerung der Gesellschafter auf Grund der Sitzverlegung einer Europäischen Gesellschaft oder Europäischen Genossenschaft nicht zulässig ist.

Differenzierung zwischen „Sitzverlegung“ und „Verlegung des Orts der Geschäftsleitung“: Abs. 5 Sätze 2 und 3 unterscheiden tatbestandlich zwischen der Sitzverlegung und der Verlegung des Orts der Geschäftsleitung innerhalb der EU (hierzu mit zutreffender Kritik und Beispielen im Einzelnen TÖBEN/RECKWARDT, FR 2007, 159 f. [166 f.]):

► *Im Fall der Sitzverlegung* erfolgt eine Besteuerung erst bei der späteren tatsächlichen Veräußerung gem. Abs. 5 Satz 2 iVm. Satz 3. Die Besteuerung erfolgt dann allerdings in Höhe aller stillen Reserven. Gleiches gilt, wenn zugleich sowohl der (statutarische) Sitz als auch die Geschäftsleitung verlegt werden.

► *Bei ausschließlicher Verlegung des Orts der Geschäftsleitung* erfolgt hingegen schon zu diesem Zeitpunkt eine Entstrickung gem. Abs. 1 Satz 1. Dies ist dadurch bedingt, dass Abs. 5 Satz 2 die Geschäftsleitungsverlegung für sich genommen nicht als Tatbestandmerkmal aufgreift. Der Höhe nach unterliegen dann allerdings nur die im Zeitpunkt der Geschäftsleitungsverlegung vorhandenen stillen Reserven der Besteuerung.

Kritik: Die vorstehende Differenzierung ist uE systemwidrig und nicht europarechtskonform. Sie müsste vom Gesetzgeber durch entsprechende Gesetzesergänzungen des Abs. 5 Sätze 2 und 3 für Geschäftsleitungsverlegungen beseitigt werden.

D. Besteuerung nach Besteuerungsaufschub (Abs. 5 Sätze 3 und 4)

I. Besteuerung des Gewinns aus einer späteren Anteilsveräußerung (Satz 3)

Der Tatbestand des Abs. 5 Satz 3 greift für die Veräußerung von im PV gehaltenen Anteilen an KapGes. ein, die zuvor iSv. Abs. 5 Satz 2 trotz ihrer Sitzverlegung von einer Entstrickungsbesteuerung nach Abs. 5 Satz 1 zunächst ausgenommen blieben. Der durch die veräußerungsbedingte Aufdeckung der stillen

Reserven entstehende Gewinn ist dann nach Abs. 5 Satz 3 so zu versteuern, wie er auch ohne die Sitzverlegung der Europäischen Gesellschaft oder einer anderen KapGes. in einen anderen EU Mitgliedstaat zu versteuern gewesen wäre, und zwar unabhängig von den Bestimmungen eines DBA.

Rechtsfolgen nach Abs. 5 Satz 3: Satz 3 ordnet bei Vorliegen des Tatbestandes nach Satz 2 als Rechtsfolge, an, dass der Gewinn aus einer späteren – also nach Wegzug der KapGes. erfolgenden – Veräußerung der Anteile ungeachtet der Bestimmungen eines DBA in der gleichen Art und Weise zu besteuern ist, wie die Veräußerung dieser Anteile zu besteuern gewesen wäre, wenn keine Sitzverlegung stattgefunden hätte. Satz 3 sieht damit eine definitive Nachbesteuerung einer späteren bzw. der Sitzverlegung nachfolgenden Veräußerung der Anteile an der KapGes. vor. Diese Nachbesteuerungsregel findet ihr nahezu spiegelbildliches Vorbild in der Vorschrift des § 15 Abs. 1a Satz 1 für im BV gehaltene Anteile an KapGes. Sie überlagert die DBA-Besteuerungs- bzw. Freistellungsregelungen (treaty overriding; zur EU-Rechtskonformität s. § 15 Anm. 972: Treaty overriding).

Sofern die Voraussetzungen des Satzes 3 vorliegen, gehört der Gewinn aus der späteren Anteilsveräußerung zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb nach § 17. Der Gewinn ist so zu versteuern, als hätte die Sitzverlegung der in Satz 2 genannten KapGes. nicht stattgefunden.

EU-rechtskonforme Anwendung: UE ist Abs. 5 Satz 3 allerdings EU-rechtskonform so auszulegen, dass der Gewinn nur in Höhe der stillen Reserven besteuert werden darf, die bei einer Veräußerung der Anteile zum Zeitpunkt der Sitzverlegung entstanden wären (vgl. auch § 15 Anm. 972, 985). Anderenfalls käme es für EU-Gesellschaften und für Sitzverlegungen innerhalb von EU/EWR quantitativ zu einer Schlechterstellung im Vergleich zu den Fällen der Sofortbesteuerung einer Sitzverlegung nach Abs. 5 Satz 1 für Nicht-EU-Gesellschaften oder der Wegzug in Drittstaaten.

II. Besteuerung der stillen Reserven in weiteren veräußerungsgleichen Fällen (Satz 4 iVm. § 15 Abs. 1a Satz 2) 354

Abs. 5 Satz 4 erweitert den Tatbestand der Rückausnahme des Satzes 3 um die in § 15 Abs. 1a Satz 2 normierten Fälle, dh. auf die nach Sitzverlegung erfolgte

- verdeckte Einlage in eine KapGes. (§ 17 Abs. 2 Satz 2),
- Auflösung der Europäischen Gesellschaft oder Europäischen Genossenschaft,
- Kapitalrückzahlungen aus Kapitalherabsetzungen und Ausschüttungen bzw. Rückzahlungen aus dem stl. Einlagenkonto iSd. § 27 KStG.

Für diese veräußerungsgleichen Tatbestände wird die in Abs. 5 Satz 3 angeordnete Nachbesteuerung erweitert für Anteile an KapGes., die nach Abs. 5 Satz 2 von einem entstrickungsbedingten Besteuerungszugriff zunächst verschont blieben.

Zur Überschreitung der Vorgaben des Art. 10d Abs. 2 der Fusionsrichtlinie vgl. § 15 Anm. 981.

D. Kritik: Risiko internationaler Doppelbesteuerung

Durch Abs. 5 verlagert die deutsche FinVerw. für den Wegzug von KapGes. einseitig die Risiken einer weiteren ausländ. Besteuerung auf den Anteilseigner, obwohl dieser – anders als in § 6 AStG – selbst weder wegzieht noch einen vergleichbaren Entstrickungstatbestand in seiner Person erfüllt. Verlegt beispielsweise eine deutsche SE, an der ua. ein Stpfl. aus einem EU-Staat beteiligt ist, ihren Sitz nach B, so zieht dies im Regelfall auch einen Wechsel des Orts der Geschäftsleitung nach sich. Art. 7 SE-VO bestimmt insoweit, dass eine SE ihren Sitz und ihre Hauptverwaltung im selben Mitgliedstaat haben muss. Abs. 5 Satz 2 iVm. Satz 3 sieht vor, dass Deutschland im Fall einer späteren Veräußerung der Anteile alle stillen Reserven besteuern darf (treaty override hinsichtlich der nach der Sitzverlegung gebildeten stillen Reserven). Es besteht nunmehr das Risiko einer Doppelbesteuerung der gleichen stillen Reserven, da auch der Staat B ein Besteuerungsrecht – zumindest für die nach der Sitzverlegung gebildeten stillen Reserven – geltend machen könnte. Nach dem Wortlaut des Abs. 5 Satz 3 erstreckt sich die Besteuerungsfolge auch auf mögliche Wertsteigerungen, die erst nach dem Wegzug der KapGes. eintreten. Dieser überschießende Spielraum im Wortlaut der Rechtsfolgenanordnung ist uE im Wege einer verfassungs- und europarechtskonformen Auslegung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Diskriminierungsverbots und der Kapitalverkehrsfreiheit auf die im Inland gebildeten stillen Reserven bzw. inländ. Wertsteigerungen zu reduzieren.

Verlegt eine SE hingegen lediglich ihren Ort der Geschäftsleitung von Deutschland in den Staat B (B folgt der Gründungstheorie), so werden im Zeitpunkt der Verlegung des Orts der Geschäftsleitung die vorhandenen stillen Reserven sofort besteuert. Dies setzt allerdings voraus, dass ein Auseinanderfallen beider Sitze bei der betreffenden SE überhaupt möglich ist.

356–359 Einstweilen frei.

**Erläuterungen zu Abs. 6:
Anteile aus einem Einbringungsvorgang
iSd. UmwStG**

Schrifttum: HÖRTNAGL, Europäisierung des Umwandlungssteuerrechts – SEStEG, Stbg. 2006, 471; PFLÜGER, Die Einbringung eines Einzelunternehmens in eine GmbH nach dem „neuen“ SEStEG, GStB 2006, 395; SCHÖNHERR/LEMAITRE, Der Entwurf des SEStEG: Geplante Änderungen im Einkommen-, Körperschaft- und Gewerbesteuerergesetz, GmbHR 2006, 561; Voss, SEStEG: Die vorgesehenen Änderungen im Einkommensteuergesetz, im Körperschaftsteuergesetz und im 1. bis 7. Teil des Umwandlungsteuergesetzes, BB 2006, 411; BENECKE/SCHNITGER, Letzte Änderungen der Neuregelungen des UmwStG und der Entstrickungsnormen durch das SEStEG – Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses, IStR 2007, 22; FÖRSTER, SEStEG: Rechtsänderungen im EStG, DB 2007, 72; FORST/RADMER, Einbringung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft (Anteilstausch), EStB 2007, 112; LEY, Einbringungen nach §§ 20, 24 UmwStG in der Fassung des SEStEG, FR 2007, 109; LEY/BODDEN, Verschmelzung und Spaltung von inländischen Kapitalgesellschaften nach dem SEStEG (§§ 11–15 UmwStG n.F.), FR 2007, 265; NAGEL, Die Europäisierung im Umwandlungssteuerrecht, EStB 2007, 105; OLBING, Neuerungen für nationale Umwandlungen nach dem SEStEG, GmbH-StB 2007, 51; SCHMIDT/v. BUSEKIST/DRESCHER, Rechtsentwicklungen

gen zur Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften gem. § 17 EStG, FR 2007, 1; TÖBEN/RECKWARDT, Entstrickung und Verstrickung privater Anteile an Kapitalgesellschaften, FR 2007, 159.

A. Überblick

360

Regelungszweck: Die Regelung des Abs. 6 wurde durch das SEStEG neu eingeführt. Sie führt dazu, dass auch Anteile unterhalb der Beteiligungsgrenze in bestimmten Fällen einer StPflcht nach § 17 unterliegen, wenn sie auf Grund eines Einbringungsvorgangs iSd. UmwStG erworben wurden. Die Regelung soll verhindern, dass die StPflcht durch einen Einbringungsvorgang umgangen werden kann (vgl. BTDrucks. 16/2710, 29). Nach den Regelungen des UmwStG können Betriebe, Teilbetriebe und Mitunternehmeranteile (§ 20 UmwStG) und Anteile bei einem qualifizierten Anteilstausch (§ 21 UmwStG) ganz oder teilweise stfrei in eine KapGes. eingebracht werden, indem die übernehmende KapGes. die übernommenen WG mit dem Buchwert/den AK oder einem Wert zwischen gemeinem Wert und Buchwert/AK ansetzt (dazu Anm. 44, 297). Erhält der Einbringende auf Grund der Einbringung Anteile, die nicht die Beteiligungsgrenze von 1 % erreichen, wären diese Anteile nach den allgemeinen Regelungen nicht steuerverstrickt. Nach den Regelungen des UmwStG vor In-Kraft-Treten des SEStEG entstanden hier aber sog. einbringungsgeborene Anteile, deren Besteuerung unabhängig von der Beteiligungshöhe die Sondervorschrift des § 21 UmwStG sicherte (s. Anm. 298). Mit Wegfall dieser Vorschrift durch das SEStEG wurde die Regelung des Abs. 6 erforderlich, mit der erreicht werden soll, dass die Steuerverstrickung der eingebrachten WG vor der Einbringung (nach § 17 bzw. als BV bei einer Einbringung nach § 20 UmwStG) durch die Einbringung nicht verloren geht, indem die erhaltenen Anteile in diesen Fällen nach § 17 steuerverstrickt werden (s. auch BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 82 f.). Die Regelung steht insofern in direkter Linie zu ihrer „Vorgängervorschrift“ des § 21 UmwStG aF. War der Einbringungsgegenstand ursprünglich steuerverhaftet – entweder als Anteil iSd. § 17 oder als BV iSd. § 20 Abs. 1 UmwStG – soll unabhängig von der Beteiligungsquote dauerhaft eine Steuerverstrickung nach § 17 vorliegen.

Zeitlicher Anwendungsbereich: Zeitlich ist die Regelung ab dem 1.1.2007 anwendbar, da § 52 insoweit keine eigene Anwendungsregelung enthält, wie etwa in Abs. 34 Satz 7, wo für § 16 Abs. 5 ausdrücklich die Anwendung ab dem 13.12.2006 angeordnet ist (glA DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 566). Damit gilt die Grundregel des § 52 Abs. 1, nach der diese Fassung des EStG erstmals für den VZ 2007 anzuwenden ist (s. Anm. 22). Nach aA soll sie dagegen bereits ab dem 13.12.2006 anwendbar sein (SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIX. § 17 Rn. 245). Die Frage ist insofern von Bedeutung, als das System der einbringungsgeborenen Anteile nur auf Einbringungen bis zum 12.12.2006 anwendbar ist (s. Anm. 298). Für Einbringungen in diesem Zwischenzeitraum sind die erhaltenen Anteile damit weder einbringungsgeboren iSd. § 21 UmwStG aF noch steuerverstrickt nach § 17 Abs. 6.

B. Voraussetzungen

361

Abs. 6 ist nur anwendbar auf Anteile an KapGes., an denen der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft nicht unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 1 % beteiligt war (DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17

ESTG Rn. 562). Liegt bereits eine Beteiligung iSd. Abs. 1 Satz 1 vor, kommt Abs. 6 nicht zur Anwendung. Im Übrigen bedarf es vor dem Hintergrund des Zwecks in diesem Fall auch keiner Anwendung, da die Anteile bereits nach Abs. 1 steuerverstrickt sind. Beträgt die Beteiligung weniger als 1 %, werden die Anteile einer Beteiligung nach Abs. 1 Satz 1 gleichgestellt, wenn die Anteile auf Grund eines Einbringungsvorgangs iSd. UmwStG erworben wurden, bei dem nicht der gemeine Wert zum Ansatz kam, und zum Einbringungszeitpunkt für die eingebrachten Anteile die Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 Satz 1 erfüllt waren oder die Anteile auf einer Sacheinlage iSv. § 20 Abs. 1 UmwStG beruhen.

Einbringungsvorgang iSd. UmwStG ist ein Vorgang nach §§ 20 oder 21 UmwStG. Übt die übernehmende KapGes. ihr Wahlrecht zugunsten des Ansatzes des Buch- oder Zwischenwerts aus, kommt es durch die Einbringung zu keiner bzw. nur zu einer teilweisen Besteuerung der in den eingebrachten WG enthaltenen stillen Reserven (s.o.). Wird dagegen der gemeine Wert angesetzt, werden diese bereits bei der Einbringung vollständig besteuert. In diesem Fall kann es damit nicht zu einer Umgehung der Besteuerung nach § 17 mehr kommen, Abs. 6 ist folgerichtig nicht anwendbar.

Die im Rahmen der Einbringung von der übernehmenden KapGes. erhaltenen neuen Anteile – die für sich keine Beteiligung iSd. Abs. 1 Satz 1 darstellen –, werden einer solchen gleichgestellt, wenn kumulativ eine der beiden folgenden Bedingungen erfüllt ist:

- Die ursprünglich eingebrachten Anteile waren im Zeitpunkt der Einbringung nach Abs. 1 Satz 1 steuerverstrickt. Danach muss der Einbringende innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Einbringung am Kapital der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 1 % beteiligt gewesen sein. Bei dieser Alternative kommen grds. nur Fälle des qualifizierten Anteilstauschs iSd. § 21 UmwStG in Betracht, da bei einer Sacheinlage nach § 20 UmwStG nur WG des BV eingebracht werden können (Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil), WG des PV fallen nicht hierunter (HARITZ/MENNER, UmwStG, 3. Aufl. 2010, § 20 Rn. 71).
- Die Anteile beruhen auf einer Sacheinlage iSd. § 20 Abs. 1 UmwStG. Die Anteile, die für die Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils im Rahmen einer Sacheinlage gewährt werden, sind damit stets steuerverstrickt. Voraussetzung ist aber, dass die Anteile unmittelbar auf einer Sacheinlage beruhen (DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 564), dh. nur solche Anteile werden nach Abs. 6 steuerverstrickt, die unmittelbar als neue Anteile für die eingebrachten WG gewährt werden.

362

C. Rechtsfolge

Liegen die Voraussetzungen vor, gelten die durch die Einbringung erworbenen Anteile als Anteile iSd. Abs. 1 Satz 1. Die Steuerverstrickung nach Abs. 6 gilt ohne zeitliche Beschränkung, wie dies auch für einbringungsgeborene Anteile nach Maßgabe des § 21 UmwStG aF der Fall war. Es kommt somit nicht darauf an, ob der relevante Einbringungsvorgang innerhalb oder außerhalb der 5-Jahresfrist iSd. § 17 Abs. 1 Satz 1 liegt.

Beispiel: A hat einen Betrieb in Köln (Buchwerte 100, gemeiner Wert 1 000). A bringt einen Teilbetrieb im Wege einer Kapitalerhöhung in eine KapGes. zu Buchwerten nach Maßgabe des § 20 UmwStG ein, an der er nach der Kapitalerhöhung zu 0,5 % beteiligt ist. A veräußert seinen Anteil nach 6 Jahren zu einem Kaufpreis von 2 000. Lösung:

Die Veräußerung des im Zuge der Kapitalerhöhung erhaltenen Anteils von 0,5 % ist stpfl. gem. Abs. 1 iVm. Abs. 6, und zwar unabhängig vom Ablauf der 5-Jahresfrist.

Durch Abs. 6 wird uE eine umfassende Gleichstellung mit Anteilen iSd. Abs. 1 Satz 1 erreicht; damit sind alle Regelungen, die für diese Anteile Anwendung finden, auch für die erworbenen Anteile iSd. Abs. 6 anwendbar (LBP/RAPP, vor § 17 Rn. 77). Hierunter fallen

- Abs. 1 Satz 4, dh. bei einer Veräußerung des Anteils durch den unentgeltlichen Rechtsnachfolger. Allerdings gilt nach dieser Vorschrift Satz 1 nur entsprechend, wenn der Rechtsvorgänger innerhalb der letzten fünf Jahre iSv. Satz 1 beteiligt war. Diese Frist ist auch für Zwecke des Abs. 6 zu beachten, die Steuerverstrickung endet damit nach Ablauf von fünf Jahren nach der unentgeltlichen Übertragung (glA DJPW/PUNG/DÖTSCH, § 17 EStG Rn. 565).
- Abs. 2–5.
- Abs. 6 Nr. 2. Damit kommt es bei Anteilen, die durch die Anwendung des Abs. 6 steuerverstrickt sind, bei einer weiteren nach dem UmwStG begünstigten Einbringung wiederum zu einer Steuerverstrickung der durch die folgende Einbringung erhaltenen Anteile.
- § 6 AStG (dazu etwa BASSLER, FR 2008, 218).

Ist der Tatbestand dagegen nicht erfüllt, kommen die allgemeinen Regelungen zur Anwendung. Liegt eine Beteiligung von weniger als 1 % vor, kommt es zu keiner Besteuerung, beträgt sie mindestens 1 %, erfolgt eine Besteuerung. Dies gilt uE auch dann, wenn Abs. 6 nicht zur Anwendung kommt, weil bei der Einbringung der gemeine Wert angesetzt wurde. Dagegen soll nach RAPP der Stpfl. Anteile von über 1 %, die auf Grund eines Einbringungsvorgangs gewährt wurden, stfrei veräußern können, soweit nicht § 23 Abs. 1 Nr. 2 – vor Abgeltungssteuer – einschlägig sei (LBP/RAPP, vor § 17 Rn. 76). Dies überzeugt nicht, da Abs. 6 zum einen nur Anwendung findet, wenn die Anteile weniger als 1 % betragen. Zum anderen führt Abs. 6 entsprechend seinem Zweck zu einer Ausdehnung des Besteuerungsrechts auf sonst nicht erfasste Anteile. Der Regelung ist aber nicht e contrario zu entnehmen, dass im Fall des Nichtvorliegens der Voraussetzungen § 17 nicht mehr anzuwenden wäre.

Einstweilen frei.

363–369

**Erläuterungen zu Abs. 7:
Anteile an einer Genossenschaft**

370

Regelungszweck: Mit der Einbeziehung von (europäischen) Genossenschaften wollte der Gesetzgeber ebenfalls das Besteuerungsaufkommen sichern (vgl. RegE, BTDrucks. 16/2710). Er trägt hierbei insbes. dem Umstand Rechnung, dass Anteile an nicht nach deutschem Recht gegründeten Genossenschaften und der Europäischen Genossenschaft ebenfalls veräußerbar sind und damit Besteuerungsgegenstand im Rahmen von § 17 sein können.

Regelungsinhalt: Mit der Regelung in Abs. 7 wird ausdrücklich klargestellt, dass auch Anteile an Genossenschaften einschließlich der Europäischen Genossenschaft als Anteile iSd. § 17 gelten.

Kritik: Die durch das SEStEG angefügte Regelung des Abs. 7 ist inhaltlich und systematisch Abs. 1 zuzuordnen (vgl. dazu Anm. 145 f.). Abs. 7 hätte daher besser als Ergänzung zum Begriff „Anteile an einer Kapitalgesellschaft“ in der Aufzählung des Abs. 1 Satz 3 Platz gefunden.