

## § 17

### Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften

idF des EStG v. 8.10.2009 (BGBl. I 2009, 3366; BStBl. I 2009, 1346), zuletzt geändert durch Gesetz zur bestätigenden Regelung verschiedener steuerlicher und verkehrsrechtlicher Vorschriften des HBeglG 2004 v. 5.4.2011 (BGBl. I 2011, 554; BStBl. I 2011, 310)

(1) <sup>1</sup>Zu 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. <sup>2</sup>Die verdeckte Einlage von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft steht der Veräußerung der Anteile gleich. <sup>3</sup>Anteile an einer Kapitalgesellschaft sind Aktien, Anteile an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Genussscheine oder ähnliche Beteiligungen und Anwartschaften auf solche Beteiligungen. <sup>4</sup>Hat 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) <sup>1</sup>Veräußerungsgewinn im Sinne des Absatzes 1 ist der Betrag, um den der Veräußerungspreis nach Abzug der Veräußerungskosten die Anschaffungskosten übersteigt. <sup>2</sup>In den Fällen des Absatzes 1 Satz 2 tritt an die Stelle des Veräußerungspreises der Anteile ihr gemeiner Wert. <sup>3</sup>Weist 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 der Steuer nach § 6 des Außensteuergesetzes vergleichbaren Steuer angesetzt hat, höchstens jedoch der gemeine Wert. <sup>4</sup>Satz 3 ist in den Fällen des § 6 Absatz 3 des Außensteuergesetzes nicht anzuwenden. <sup>5</sup>Hat 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. <sup>6</sup>Ein Veräußerungsverlust ist nicht zu berücksichtigen, soweit er auf Anteile entfällt,

- a) die der Steuerpflichtige innerhalb der letzten fünf Jahre unentgeltlich erworben hatte. <sup>2</sup>Dies 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. <sup>2</sup>Dies 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) <sup>1</sup>Der Veräußerungsgewinn wird zur Einkommensteuer nur herangezogen, soweit er den Teil von 9 060 Euro übersteigt, der dem veräußerten Anteil an der Kapitalgesellschaft entspricht. <sup>2</sup>Der Freibetrag ermäßigt sich um den Betrag, um den der Veräußerungsgewinn den Teil von 36 100 Euro übersteigt, der dem veräußerten Anteil an der Kapitalgesellschaft entspricht.

(4) <sup>1</sup>Als 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. <sup>2</sup>In diesen Fällen ist als Veräußerungspreis der gemeine Wert des dem Steuerpflichtigen zugeteilten oder zurückgezählten Vermögens der Kapitalgesellschaft anzusehen. <sup>3</sup>Satz 1 gilt nicht, soweit die Bezüge nach § 20 Absatz 1 Nummer 1 oder 2 zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen gehören.

(5) <sup>1</sup>Die 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. <sup>2</sup>Dies 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. <sup>3</sup>In 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. <sup>4</sup>§ 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 Einbringungsverfahrens 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.

Autor:

Prof. Dr. Richard **Schmidt**, Rechtsanwalt, Dipl.-Finw. (FH), Düsseldorf  
Mitherausgeber: Prof. Dr. Andreas **Musil**, Universität Potsdam

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 17 . . . 1

|  | Anm. |   | Anm. |
|--|------|---|------|
| <b>I. Rechtentwicklung des § 17</b> . . . . .  | 1    | 8. Verhältnis zu § 6 Abs. 6 Satz 2 . . . . .  | 31   |
| <b>II. Bedeutung des § 17</b> . . . . .  | 2    | 9. Verhältnis zu § 9 . . . . .  | 32   |
| <b>1. Stellung im System des EStG</b> . . . . .  | 2    | 10. Verhältnis zu § 15 Abs. 2 EStG, § 2 GewStG . . . . .  | 33   |
| <b>2. Verfassungsmäßigkeit</b> . . . . .   | 9    | 11. Verhältnis zu § 20 . . . . .  | 35   |
| a) Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG . . . . .  | 9    | 12. Verhältnis zu § 23 . . . . .  | 36   |
| b) Absenkung der Beteiligungsgrenze mit Rückwirkung und Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG . . . . . | 10   | 13. Verhältnis zu § 32d . . . . .   | 37   |
| <b>3. Europarechtskonformität</b> . . . . .  | 11   | 14. Verhältnis zu § 34 . . . . .  | 38   |
| <b>4. Kritik an fortbestehender Doppelbelastung</b> . . . . .  | 13   | 15. Verhältnis zu § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e Doppelbuchst. bb . . . . .                                | 39   |
| <b>III. Geltungsbereich des § 17</b> . . . . .   | 20   | 16. Verhältnis zu § 50c aF (bis StSenkG) . . . . .  | 40   |
| 1. Sachlicher Geltungsbereich . . . . .  | 20   | 17. Verhältnis zu § 6 AStG . . . . .  | 41   |
| 2. Persönlicher Geltungsbereich . . . . .  | 21   | 18. Verhältnis zu § 12 KStG . . . . .   | 42   |
| 3. Anwendung bei Auslandsbeziehungen . . . . .   | 22   | 19. Verhältnis zu § 13 Abs. 6 KStG . . . . .  | 43   |
| <b>IV. Verhältnis des § 17 zu anderen Vorschriften</b> . . . . .   | 25   | 20. Verhältnis zu § 42 AO . . . . .   | 44   |
| 1. Verhältnis zu § 2 . . . . .   | 25   | 21. Verhältnis zum UmwStG . . . . .   | 50   |
| 2. Verhältnis zu § 2a . . . . .  | 26   | 22. Verhältnis zu § 11 BewG . . . . .   | 51   |
| 3. Verhältnis zu §§ 3 Nr. 40, 3c Abs. 2 . . . . .  | 27   | <b>V. Zurechnung der Einkünfte</b> . . . . .  | 53   |
| 4. Verhältnis zu § 4 Abs. 1 Satz 3 . . . . .   | 28   | <b>VI. Verfahrensfragen</b> . . . . .   | 55   |
| 5. Verhältnis zu § 6 Abs. 1 Nr. 4 . . . . .  | 29   | 1. Anzeigepflichten nach § 54 EStDV . . . . .   | 55   |
| 6. Verhältnis zu § 6 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b . . . . .  | 29a  | 2. Bescheinigung von Leistungen aus dem steuerlichen Einlagekonto nach § 27 Abs. 3 und 4 KStG . . . . . | 56   |
| 7. Verhältnis zu § 6 Abs. 6 Satz 1 . . . . .   | 30   | 3. Veranlagung, Feststellung, Korrektur von Steuerbescheiden . . . . .                                  | 57   |

|   |           |
|---|-----------|
| <b>B. Erläuterungen zu Abs. 1:<br/>Veräußerungstatbestand . . . . .</b> | <b>60</b> |
|---|-----------|

|  | Anm.      |
|--|-----------|
| <b>I. Tatbestand der steuerpflichtigen Anteilsveräußerung (Abs. 1 Satz 1) . .</b>                                      | <b>60</b> |
| 1. <b>Tatbestandsabgrenzung und -struktur . . . . .</b>  | 60        |
| 2. <b>Rechtsfolge: Zugehörigkeit des Gewinns zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb . . . . .</b>                        | 63        |
| 3. <b>Veräußerung der Anteile</b>  |           |
| a) Begriff der Veräußerung   | 70        |
| b) Unentgeltliche Anteilsübertragung (Abgrenzung) . . . . .  | 80        |
| c) Weitere Einzelheiten und -fälle . . . . .   | 85        |
| aa) Ausschließung und Austritt eines GmbH-Gesellschafters . . . . .  | 85        |
| bb) Einlage/Entnahme einer wesentlichen Beteiligung in das/aus dem Betriebsvermögen eines Einzelunternehmers . . . . . | 86        |
| cc) Einlage von Anteilen in eine Kapitalgesellschaft . . . . .   | 87        |
| dd) Einschaltung einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft . . . . .  | 88        |
| ee) Einziehung von Anteilen  | 89        |
| ff) Erbauseinandersetzung . . . . .  | 90        |
| gg) Erwerb eigener Anteile . . . . .   | 91        |
| hh) Treuhandverhältnisse . . . . .   | 92        |
| ii) Übertragung von Anteilen in das Betriebsvermögen einer Mitunternehmerschaft . . . . .                              | 93        |
| jj) Umtausch von Wandschuldverschreibungen . . . . .   | 94        |
| kk) Veräußerung eines Bezugsrechts bei Kapitalerhöhung . . . . .   | 95        |
| ll) Vorweggenommene Erbfolge . . . . .   | 96        |
| 4. <b>Anteile des Veräußerers an einer Kapitalgesellschaft (Veräußerungsgegenstand) . . . . .</b>                      | 100       |
| a) Beteiligung des Veräußerers (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2) . . . . .  | 100       |

|  | Anm.       |
|--|------------|
| aa) Begriffe Veräußerer und Beteiligung . . . . .  | 100        |
| bb) Keine Zusammenrechnung der Anteile von Angehörigen . . . . .   | 101        |
| cc) Anteile im gemeinsamen Eigentum mehrerer Steuerpflichtiger . . . . .   | 102        |
| dd) Anteile im Privatvermögen und im Betriebsvermögen des Veräußerers . . . . .                                      | 103        |
| b) Fünf-Jahres-Frist (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2) . . . . .  | 110        |
| aa) Allgemeines . . . . .  | 110        |
| bb) Kapitalerhöhung . . . . .  | 111        |
| c) Beteiligung am Kapital der Gesellschaft (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2) . . . . .  | 114        |
| d) Unmittelbare oder mittelbare Beteiligung (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2) . . . . .                                       | 120        |
| aa) Begriff der unmittelbaren Beteiligung . . . . .  | 120        |
| bb) Begriff der mittelbaren Beteiligung . . . . .  | 121        |
| cc) Wichtige Einzelfälle . . . . .   | 122        |
| e) Beteiligungsquote von mindestens 1 % (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2) . . . . .   | 130        |
| aa) Rechtsentwicklung . . . . .  | 130        |
| bb) Wirkung der Fünf-Jahres-Frist im Zusammenhang mit der Senkung der Beteiligungsgrenze von 25 % auf 10 % . . . . . | 131        |
| cc) Wirkung der Fünf-Jahres-Frist im Zusammenhang mit der Senkung der Beteiligungsgrenze von 10 % auf 1 % . . . . .  | 132        |
| dd) Besteuerung nach dem Teileinkünfteverfahren . . . . .  | 133        |
| <b>II. Gleichstellung von verdeckter Einlage und Veräußerung (Abs. 1 Satz 2) . .</b>                                 | <b>140</b> |

|   |     |
|---|-----|
| 1. Begriff der verdeckten Einlage . . . . .                     | 140 |
| 2. Wirkung auf Gesellschafts- und Gesellschafterebene . . . . . | 141 |

|   |            |
|---|------------|
|   | Anm.       |
| <b>III. Begriff der Anteile an einer Kapitalgesellschaft (Abs. 1 Satz 3) . . . . .</b>          | <b>145</b> |
| 1. Anteil und Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft . . . . .                                | 145        |
| 2. Die im Gesetz aufgezählten Anteile . . . . .   | 146        |
| 3. Ähnliche Beteiligungen . . . . .   | 147        |
| 4. Anwartschaften auf Beteiligungen   |            |
| a) Begriff der Anwartschaften . . . . .   | 150        |
| b) Beispiele . . . . .  | 151        |
| <b>IV. Veräußerung unentgeltlich erworbener Anteile (Abs. 1 Satz 4 nF, Satz 5 aF) . . . . .</b> | <b>155</b> |

|  |            |
|--|------------|
|  | Anm.       |
| <b>1. Überblick . . . . .</b>  | <b>155</b> |
| <b>2. Voraussetzungen der Steuerpflicht nach Abs. 1 Satz 4</b>                           | <b>156</b> |
| a) Unentgeltlicher Erwerb innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veräußerung . . . . . | 156        |
| b) Zusammenrechnung mit anderen Anteilen . . . . .                                       | 157        |
| c) Beteiligung des Rechtsvorgängers innerhalb der letzten fünf Jahre . . . . .           | 158        |
| d) Mehrere unentgeltliche Übertragungen . . . . .  | 159        |

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:  
Gewinnermittlung . . . . . 160**

|   |            |
|---|------------|
|   | Anm.       |
| <b>I. Regelungsinhalt des Abs. 2 . . . . .</b>                          | <b>160</b> |
| <b>II. Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Abs. 2 Satz 1) . . . . .</b> | <b>161</b> |
| 1. Allgemeine Grundsätze . . . . .                                      | 161        |
| a) Gewinnermittlungsformel des Abs. 2 Satz 1 . . . . .                  | 161        |
| b) Gewinnermittlungsvorschrift eigener Art . . . . .                    | 162        |
| c) Zeitpunkt der Gewinn- und Verlustverwirklichung . . . . .            | 163        |
| d) Kausalverknüpfung mit Abs. 1 Satz 1 . . . . .                        | 165        |
| e) Spätere Änderungen des Veräußerungsgewinns . . . . .                 | 166        |
| f) Umrechnung in ausländische Währung und in Euro . . . . .             | 167        |
| 2. Veräußerungspreis . . . . .  | 170        |
| a) Begriff  |            |
| aa) Allgemeine Grundsätze . . . . .                                     | 170        |
| bb) Einzelfälle . . . . .   | 171        |
| b) Unangemessener Preis . . . . .                                       | 171        |
| aa) Allgemeine Begriffsbestimmung . . . . .                             | 172        |
| bb) Verdeckte Einlagen . . . . .  | 173        |

|   |      |
|---|------|
|   | Anm. |
| cc) Verdeckte Gewinnausschüttung . . . . .                                | 174  |
| c) Auswirkungen der Zahlungsweise . . . . .                               | 180  |
| aa) Fester Kaufpreis . . . . .  | 180  |
| bb) Stundung, Ratenzahlung . . . . .                                      | 181  |
| cc) Wiederkehrende Bezüge . . . . .                                       | 182  |
| dd) Verbindung von festem Kaufpreis mit wiederkehrenden Bezügen . . . . . | 183  |
| d) Änderung des Veräußerungspreises . . . . .                             | 184  |
| 3. Veräußerungskosten . . . . .   | 185  |
| a) Begriff und Zeitpunkt der Berücksichtigung . . . . .                   | 185  |
| b) Einzelheiten . . . . .   | 186  |
| 4. Anschaffungskosten der veräußerten Beteiligung . . . . .               | 190  |
| a) Begriff der Anschaffungskosten . . . . .                               | 190  |
| aa) Allgemeine Grundsätze . . . . .                                       | 190  |
| bb) Drittaufwand . . . . .  | 191  |
| cc) Beschränkter Abzug nach § 3c Abs. 2 . . . . .                         | 192  |
| dd) Einzelheiten bei Erwerb von Beteiligungen . . . . .                   | 193  |
| b) Vorweggenommene Anschaffungskosten . . . . .                           | 199  |
| c) Nachträgliche Anschaffungskosten . . . . .                             | 200  |

|  | Anm.       |   | Anm.       |
|--|------------|---|------------|
| aa) Allgemeine Grundsätze zu Aufwendungen nach der Anschaffung . . . . .                         | 200        | 4. Ausschlussbestand des Abs. 2 Satz 4 . . . . .  | 234        |
| bb) Darlehensverluste des Beteiligten . . . . .  | 201        | <b>V. Anschaffungskosten unentgeltlich erworbener Anteile (Abs. 2 Satz 5) . . . . .</b>                           | <b>236</b> |
| cc) Eigenkapitalersatz, funktionales Eigenkapital . . . . .                                      | 201a       | <b>VI. Veräußerungsverlust (Abs. 2 Satz 6) . . . . .</b>  | <b>240</b> |
| dd) Inanspruchnahme aus Bürgschaft oder sonstigen Sicherheitsleistungen . . . . .                | 202        | <b>1. Rechtsentwicklung</b>   |            |
| ee) Forderungsverzicht und -abtretung . . . . .  | 203        | a) Rechtslage nach dem JStG 1996 . . . . .  | 240        |
| d) Änderung der Anschaffungskosten . . . . .   | 205        | b) Neufassung des Abs. 2 Satz 6 durch das StEntG 1999/2000/2002 . . . . .   | 241        |
| e) Wichtige Einzelfälle zu Bewertungsfragen bei den Anschaffungskosten . . . . .                 | 207        | c) Rückwirkende Anwendung der Neufassung ab Veranlagungszeitraum 1996 nach dem StÄndG 2001 . . . . .              | 242        |
| <b>III. Gemeiner Wert als Veräußerungspreis bei verdeckter Einlage (Abs. 2 Satz 2) . . . . .</b> | <b>230</b> | <b>2. Verlustausgleichsbeschränkung bei unentgeltlich erworbenen Anteilen (Abs. 2 Satz 6 Buchst. a) . . . . .</b> | <b>246</b> |
| <b>IV. Anteilswert in Zuzugsfällen (Abs. 2 Sätze 3 und 4) . . . . .</b>                          | <b>231</b> | <b>3. Verlustausgleichsbeschränkung bei entgeltlich erworbenen Anteilen (Abs. 2 Satz 6 Buchst. b) . . . . .</b>   | <b>247</b> |
| 1. Allgemeine Grundsätze . . . . .   | 231        |   |            |
| 2. Tatbestand des Abs. 2 Satz 3 . . . . .  | 232        |   |            |
| 3. Kritik . . . . .  | 233        |   |            |

**D. Erläuterungen zu Abs. 3:  
Freibetrag . . . . . 250**

|  | Anm.       |  | Anm.       |
|--|------------|--|------------|
| <b>I. Rechtsentwicklung . . . . .</b>                                      | <b>250</b> | <b>III. Kürzung des Freibetrags bei höheren Gewinnen (Abs. 3 Satz 2) . . . . .</b> | <b>252</b> |
| <b>II. Freibetrag für den Veräußerungsgewinn (Abs. 3 Satz 1) . . . . .</b> | <b>251</b> |  |            |

**E. Erläuterungen zu Abs. 4:  
Auflösung/Kapitalherabsetzung und -rückzahlung/Ausschüttungen oder Rückzahlungen aus dem steuerlichen Einlagekonto iSd. § 27 KStG . . . . . 260**

|   | Anm.       |   | Anm.       |
|---|------------|---|------------|
| <b>I. Einordnung von Abs. 4 . . . . .</b> | <b>260</b> | <b>II. Rechtsfolge: Entsprechende Anwendung von Abs. 1–3 (Abs. 4 Satz 1 Halbs. 1) . . . . .</b> | <b>265</b> |

|  | Anm. |  | Anm. |
|--|------|--|------|
| <b>1. Eingeschränkte Rechtsgrundverweisung auf Abs. 1–3</b> . . . . .  | 265  | b) Umwandlungstatbestände . . . . .  | 291  |
| <b>2. Entsprechende Anwendung des Abs. 2 (Gewinnermittlung)</b> . . . . .  | 266  | aa) Verschmelzung nach §§ 2 bis 122 UmwG . . . . .   | 291  |
| a) Gewinnermittlung bei Auflösungsvorgängen (einschließlich Umwandlungen) . . . . .  | 266  | bb) Spaltung nach §§ 123 bis 173 UmwG . . . . .  | 292  |
| b) Gewinnermittlung bei Kapitalherabsetzung und -rückzahlung . . . . .   | 268  | cc) Vermögensübertragung nach §§ 174 bis 189 UmwG . . . . .  | 293  |
| c) Gewinnermittlung bei Ausschüttung oder Rückzahlung aus steuerlichem Einlagekonto nach § 27 KStG/EK 04 . . . . .                     | 270  | dd) Formwechsel nach §§ 190 bis 304 UmwG . . . . .   | 294  |
|  |      | ee) Umwandlung einer ausländischen Kapitalgesellschaft . . . . .   | 295  |
|  |      | c) Modifikationen des Abs. 4 durch das UmwStG . . . . .  | 296  |
| <b>III. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung in den Fällen des Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2</b> . . . . .  | 275  | <b>5. Anteilseinbringungen in Kapitalgesellschaft gem. §§ 20 ff. UmwStG</b> . . . . .  | 297  |
| 1. Allgemeine Grundsätze . . . . .   | 275  | a) Abweichende Besteuerung des Gesellschafters bei Einbringung gem. § 21 UmwStG . . . . .  | 297  |
| 2. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung bei Auflösung der Gesellschaft . . . . .   | 276  | b) Abweichende Besteuerung des Gesellschafters bei Übertragung einbringungsgeborener Anteile iSd. § 21 UmwStG aF . . . . .               | 298  |
| 3. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung bei Kapitalherabsetzung und -rückzahlung . . . . .   | 277  | <b>V. Kapitalherabsetzung und -rückzahlung (Abs. 4 Satz 1 Var. 2)</b> . . . . .  | 320  |
| 4. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung bei Ausschüttung oder Rückzahlung aus dem steuerlichen Einlagekonto iSv. § 27 KStG/EK 04 . . . . . | 278  | 1. Kapitalherabsetzung . . . . .   | 320  |
| <b>IV. Auflösung einer Kapitalgesellschaft (Abs. 4 Satz 1 Var. 1)</b> . . . . .  | 286  | 2. Kapitalrückzahlung . . . . .  | 321  |
| <b>1. Überblick und Begriff der Auflösung</b> . . . . .  | 286  | <b>VI. Ausschüttung/Rückzahlung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto iSd. § 27 KStG/EK 04 (Abs. 4 Satz 1 Var. 3)</b> . . . . . | 324  |
| <b>2. Auflösung im Zusammenhang mit Liquidationen</b> . . . . .  | 287  | 1. Rechtslage bis zur Körperschaftsteuerreform durch das StSenkG . . . . .   | 324  |
| <b>3. Auflösung bei Sitzverlegung</b> . . . . .  | 288  | 2. Ausschüttung oder Rückzahlung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto iSv. § 27 KStG . . . . .                                 | 325  |
| a) Grenzüberschreitende Sitzverlegung der Kapitalgesellschaft ins Inland/Ausland . . . . .   | 288  | <b>VII. Gemeiner Wert des zuge- teilten oder zurückgezahl- ten Vermögens als Ver- äußerungspreis (Abs. 4 Satz 2)</b> . . . . .           | 330  |
| b) Abgrenzung zu weiteren Fallgestaltungen der Sitzverlegung . . . . .   | 289  |  |      |
| <b>4. Auflösung im Zusammen- hang mit Umwandlungen</b> . . . . .   | 290  |  |      |
| a) Allgemeine Grundsätze . . . . .   | 290  |  |      |

|  |   |
|--|---|
| Anm.   | Anm.  |
| <p><b>VIII. Aussonderung von Kapitaleinnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 (Abs. 4 Satz 3) . . . . . 335</b></p> <p>1. Rechtsentwicklung . . . . . 335</p> <p>2. Rechtsfolge des Abs. 4 Satz 3 336</p> | <p>3. Auszusondernde Einnahmen aus Kapitalvermögen – Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 . . . . . 337</p> |

**F. Erläuterungen zu Abs. 5:  
Beschränkung oder Ausschluss des deutschen Besteuerungsrechts als veräußerungsgleiche Tatbestände . . . . 350**

|  |   |
|--|---|
| Anm.   | Anm.  |
| <p><b>I. Einordnung von Abs. 5 . . . 350</b></p> <p><b>II. Grundregel: Entstrickung (Abs. 5 Satz 1) . . . . . 351</b></p> <p><b>III. Besteuerungsaufschub durch Ausnahme vom Entstrickungsgrundsatz (Abs. 5 Satz 2) . . . . . 352</b></p> <p><b>IV. Besteuerung nach Besteuerungsaufschub (Abs. 5 Sätze 3 und 4) . . . . 353</b></p> | <p>1. Besteuerung des Gewinns aus einer späteren Anteilsveräußerung (Abs. 5 Satz 3) . . . . 353</p> <p>2. Besteuerung der stillen Reserven in weiteren veräußerungsgleichen Fällen (Abs. 5 Satz 4 iVm. § 15 Abs. 1a Satz 2) . . . . . 354</p> <p><b>V. Kritik: Risiko internationaler Doppelbesteuerung . 355</b></p> |

**G. Erläuterungen zu Abs. 6:  
Anteile aus einem Einbringungsvorgang iSd. UmwStG . . . . . 360**

|  |  |
|--|--|
| Anm.   | Anm.   |
| <p><b>I. Einordnung und zeitlicher Anwendungsbereich . . . . 360</b></p> <p><b>II. Voraussetzungen . . . . . 361</b></p> | <p><b>III. Rechtsfolge . . . . . 362</b></p> |

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

## A. 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 abziehbaren Finanzierungskosten, LSW Gr. 3, 643 (3/2002); DÖTSCH/PUNG, Erstmalige Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens und letztmalige Anwendung des Anrechnungsverfahren auf Auflösungsgewinne/-verluste iSv. § 17 Abs. 4 EStG, DB 2002, 173; 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.; FRIEDL, Ein Plädoyer für Tracking Stocks, BB 2002, 1157; 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 2002, F. 15, 1287; GRÜTZNER, Änderungen bei der Einkommensbesteuerung durch das Steueränderungsgesetz 2001 und das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz, NWB 2002, 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 Rückstellungenbildung, GmbHR 2002, 334; INZELMANN/VAN LENGERICH, 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; MÜLLER, Die steuerliche Bewertung von Sacheinlagen – ein Überblick, StuB 2002, 163; 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, SteuStud. 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; CREZELIUS, 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 Urte. 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 2004, F. 3, 13119; 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; Wächter, Ende der Wegzugsbeschränkungen in Europa, GmbHR 2004, R 161; Wächter, Kurzkomentar 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 Gocke/Gosch/Lang (Hrsg.), Körperschaftsteuer, Internationales Steuerrecht, Doppelbesteuerung, FS Franz 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 u.a., Kölner Entwurf eines Einkommensteuergesetzes, Köln 2005; OTT, Kapitalrückzahlung und Kapitalverlust bei Anteilen im Sinne des § 17 EStG, in Stahl/Strahl/Carlé (Hrsg.), Gestaltung und Abwehr im Steuerrecht, FS Klaus Korn, Bonn 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, Kurzkomentar 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 StEntlG 1999/2000/2002), FR 2005, 653.

**Ausgewähltes Schrifttum ab 2006:** ABMANN, 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, 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; 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 Gewerbesteuergesetz, 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 Körperschaftsteu-

ergesetzt 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; BILITIEWSKI, 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 Unternehmenssteuerreform 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, Neuerungen 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/VON BUSEKIST/DRESCHER, Rechtsentwicklungen zur Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften gem. § 17 EStG, FR 2007, 1; WASSERMAYER, 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 KESSLER/FÖRSTER/WATRIN (Hrsg.), Unternehmensbesteuerung, FS Norbert Herzig, München 2010, 1043; JEHKE, Teilabzugsverbot gem. § 3c Abs. 2 EStG bei einnahmenlosen Beteiligungen, DStR 2010, 256.

**Ausgewähltes Schrifttum ab 2011:** BÖING, Veräußerungsverlust nach § 17 EStG bei Anteilsübertragungen zwischen nahen Angehörigen, ErbStB 2014, 215; MORITZ, Kapitalanlagen im Schnittpunkt zwischen §§ 17 EStG und 20 EStG (Teil 1), DStR 2014, 52; BODDEN, Die Neuregelungen des § 50i EStG durch das StÄndAnpG-Kroatien, DB 2014, 2371; Trossen, Kleinanlegerprivileg und nachträgliche Anschaffungskosten bei § 17 EStG, GmbH-StB 2014, 18; NETTERSHEIM, Darlehensausfall als nachträgliche AK bei § 17 EStG, EStB 2015, 37; TROSSEN, Veranlagungsoption und Schuldzinsenabzug bei § 17 EStG, EStB 2015, 208; NOACK, Steuerliche Geltendmachung von Auflösungsverlusten im Rahmen des § 17 EStG nach Auflösungsbeschluss oder Insolvenz der Kapitalgesellschaft, Stbg 2015, 348; KÖSTER, Nachträgliche Anschaffungskosten aus einer Bürgschaftsinanspruchnahme bei einem Verlust i.S.v. § 17 EStG FG Düsseldorf v. 10.3.2015, DStZ 2015, 103; KÖSTER, Zeitpunkt der Realisierung eines Auflösungsverlusts i.S.d. § 17 EStG im Rahmen eines Insolvenzverfahrens FG Berlin-Brandenburg v. 22.1.2015, DStZ 2015, 103; HÖRING, Veräußerung von Anteilen an in- und ausländischen Investmentfonds FG Baden-Württemberg v. 18.12.2014, DStZ 2015, 103; KÖSTER, Steuerliche Anerkennung eines Auflösungsverlusts nach § 17 EStG nur bei vorliegender Gewinnerzielungsabsicht FG Düsseldorf v. 7.7.2015, DStZ 2015, 103; KÖSTER, Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung: Gewinn i.S.d. § 17 EStG bei der Veräußerung girosammelverwahrter Wertpapiere FG Köln v. 24.4.2015, DStZ 2015, 103; GÜNTHER, Steuerverstrickte und nicht steuerverstrickte Aktien i.S.d. § 17 EStG bei Girosammelverwahrung, EStB 2015, 296; GÜNTHER, § 17 EStG bei Auflösung von Kapitalgesellschaften, EStB 2015, 402; KÖSTER, Änderung eines Steuerbescheids nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO – Veräußerungsverlust nach § 17 EStG BFH v. 16.6.2015, DStZ 2015, 103; RUND/GLUTH, Unternehmenskauf/-verkauf unter Beteiligung einer GmbH. Fragestellungen bei § 17 EStG (2), GmbH-StB 2016, 15; WEISS, Anmerkung zu BFH, Urt. v. 13.10.2015 – IX R 43/14 (Ermittlung des Veräußerungsgewinns nach § 17 EStG aus einem Anteilstausch), SteuK 2016, 106; HOLLATZ, Nachträgliche Anschaffungskosten i.S.d. § 17 Abs. 2 EStG aus „Mitverpflichtung“ des Gesellschafters unter MoMiG, Anmerkung zu FG Köln, Urt. v. 30.09.2015 – 3 K 706/12 –, DB

2016, 800; HÖRING, BFH v. 28.7.2015 – VIII R 39/12, DStZ 2016, 104; HILS, Nachträgliche Veränderungen des Veräußerungsgewinns nach § 17 EStG. Folgen aus dem BFH-Urt. v. 13.10.2015 – IX R 43/14, DStR 2016, 1345; KÖSTER, Zeitpunkt der Verlustrealisierung nach Paragraph 17 EStG bei Einzug von GmbH-Anteilen nach FG München v. 24.9.2015, DStZ 2016, 104; ROTH, Anmerkung zu FG München, Urt. v. 24.9.2015 – 13 K 554/13 – Berücksichtigung von Verlusten nach § 17 Abs. 1 EStG bei Einziehung eines Geschäftsanteils, GWR 2016, 264; KÖSTER, Anmerkung zu FG München v. 24.9.2015 – 13 K 554/13 – Zeitpunkt der Verlustrealisierung nach § 17 EStG bei Einzug von GmbH-Anteilen, DStZ 2016, 474; REITER, Anmerkung zu FG Nürnberg, Urt. v. 12.1.2016 – 1 K 1589/15 – Schenkungsteuer zählt nicht zu den Anschaffungskosten einer Beteiligung i.S.v. § 17 EStG, SteuK 2016, 300; GÜNTHER, Zeitpunkt der Berücksichtigung eines Auflösungsverlusts nach § 17 EStG, EStB 2016, 251; KÖSTER, Zeitpunkt der Berücksichtigung eines Auflösungsverlusts nach § 17 EStG nach BFH v. 24.3.2016 – IX B 6/15, DStZ 2016, 104; DRÄGER/DORN, Verdeckte Einlage von Anteilen i.S.d. § 17 EStG ohne Schenkungsteuer möglich, ertragsteuerliche Folgen unklar. Anmerkungen zum Urteil des BFH v. 20.1.2016 – II R 40/14, DStR 2016, 1852; BRÜGGEN, „Einbringungen in eine Kapitalgesellschaft im Rahmen der Umwandlung eines Betriebs im Sinne der §§ 20 ff. UmwStG und ausgewählte Möglichkeiten und Gefahren der steuerlichen Gestaltung bei der Veräußerung der erhaltenen neuen Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft innerhalb der gesetzlichen Sperrfrist für den einbringenden Gesellschafter im Sinne des § 22 UmwStG, insbesondere bei der „Aufwärtsverschmelzung“, Viersen, 2017, im Erscheinen.

1

### I. Rechtsentwicklung des § 17

**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 SCHNEIDER in KSM, § 17 Rn. A 150 f. [159 f.] [10/2000]). 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 Einkommensteuerrecht, 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 fünf 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 fünf Jahre (wesentlich) beteiligt war (Abs. 1 Satz 4 bzw. Satz 5 bis einschließlich der Gesetzesfassung nach dem StBereinG v. 22.12.1999, BGBl. I 1999, 2601). Anderenfalls 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*, Untersuchungen zum Einkommensteuerrecht, 1964, 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*, Untersuchungen zum Einkommensteuerrecht, 1964, 185).

► *Die innerhalb eines Veranlagungszeitraums veräußerten Anteile* waren bei Ermittlung der – letztmals im VZ 1995 gültigen – 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 Kapitalgesellschaft“, Abs. 1 Satz 3). Sachlich trat dadurch jedoch keine Änderung ein (BTDrucks. IV/2400, 69).

► *Freibetrag*: An die Stelle der Freigrenze von 10 000 DM trat ein Freibetrag von 20 000 DM. Im Einzelnen wurde die Regelung derjenigen des § 16 Abs. 4 angeglichen (Abs. 3).

► *Liquidation und Kapitalberabsetzung*: 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 (Abs. 4), da die Ermächtigung zur Regelung in der EStDV zweifelhaft war (BTDrucks. IV/2400, 70; *EStKommission*, Untersuchungen zum Einkommensteuerrecht, 1964, 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 Personengesellschaft Veräußerungsverluste unbeschränkt ausgleichsfähig sind“ (FinAussch. des BTags, 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 erbschaftsl. Belastung nach dem ursprünglichen 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 mW vom 1.1.1975 gestrichen. An die Stelle der gestrichenen Verweisung trat ei-

ne 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 mW ab VZ 1999 durch das StEntlG 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 aufgrund 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, BGBl. I 1999, 2601) bzw. Rückzahlung von Eigenkapital iSv. § 27 KStG idF des StSenkG v. 23.10.2000 (s.u.) gilt.

**StEntlG 1999/2000/2002 v. 24.3.1999** (BGBl. I 1999, 402; BStBl. I 1999, 304): Herabsenkung 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 % mW ab VZ 1999 (§ 52 Abs. 1 idF des StEntlG

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 1996–1998 gültige 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 gesetzestechnisch partiell dadurch erweitert, dass an die Stelle des generellen Verlustabzugsverbots mit Ausnahmeverbehalt (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** (BGBl. 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 StEntlG 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 grds. 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 StEntlG 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 inländische Kapitalgesellschaften*
- ▷ *ab dem 1.1.2002*, wenn das Wj. der KapGes., deren Anteile verkauft werden, dem Kj. entspricht,
- ▷ *ab dem Wirtschaftsjahr 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. abweichende 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, Slg 2007, I-12357; 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 DÖRSCH/PUNG, DB 2002, 173 [174 f.] mit Beispielen). Unseres Erachtens 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, FS 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 – 2 K 1437/03, EFG 2005, 1347, rkr.).

**StEugIG 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 Veranlagungszeitraum 2001 für Anteile an Ausländ. Gesellschaften:* Die in § 52 Abs. 1 und in § 52 Abs. 34a idF des StEugIG 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 kstpf. 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 kstpf. 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 Kapitalbeteiligung 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 – C-436/06 – Grönfeldt, Slg 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 an-

zulegen 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 – C-377/07 – Steko Industriemontage, BFH/NV 2009, 530; 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 vom 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 milderen 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 LOOSE in TIPKE/KRUSE, § 173 AO Rn. 3 [8/2014]) noch rückwirkende Ereignisse iSv. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO (hM, vgl. LOOSE in TIPKE/KRUSE, § 175 AO Rn. 25 [7/2017] mwN der stRspr.). Allerdings erscheint uE eine Korrektur gem. § 173 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 AO dann gerechtfertigt, wenn der Stpfl. zusätzlich neue Sachverhaltsumstände bezüglich § 17 Abs. 2 Satz 4 idF des StEntlG 1999/2000/2002 mitteilt, die dem FA bisher nicht bekannt waren.

**HBeglG 2004 v. 29.12.2003** (BGBl. I 2003, 3076; BStBl. I 2004, 120): Die Beträge im § 17 Abs. 3 wurden durch das HBeglG 2004 auf 9060 € bzw. 36100 € gekürzt. Das BVerfG stellte mit seiner Entscheidung BVerfG (BVerfG v. 8.12.

2009 – 2 BvR 758/07, BVerfGE 125, 104) die formelle Verfassungswidrigkeit aufgrund eines Fehlers im Gesetzgebungsverfahren der eingeführten Regelung fest. Mit dem am 5.4.2011 ergangenen Gesetz zur bestätigenden Regelung verschiedener steuerlicher und verkehrsrechtlicher Vorschriften des Haushaltsbegleitgesetzes 2004 sollte eine rückwirkende Heilung der formellen Verfassungswidrigkeit Rechtssicherheit gewährleisten (vgl. zum Gesetz zur bestätigenden Regelung verschiedener steuerlicher und verkehrsrechtlicher Vorschriften des Haushaltsbegleitgesetzes 2004 v. 5.4.2011; vgl. Anm. 250 zu § 17 Abs. 3).

**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 BReg. 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 infolge der bislang aufgetretenen Besteuerungslücken durch die europarechtl. Harmonisierung.

Solche nach der gesetzlichen Zielsetzung zu vermeidenden 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; 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 Entstrickungsteuerung für den grenzüberschreitenden Wegzug eines Anteilseigners nach § 6 AStG durch die Einführung des § 17 Abs. 5 idF des SEStEG im Prinzip um eine Entstrickungsteuerung 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 (allgemeiner 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 ursprünglichen AK oder von Wertsteigerungen; für die Steuerverstrickung nach § 17 Abs. 2 Sätze 3 und 4 hat der Gesetzgeber vielmehr zusätzliche einschränkende Tatbestandsvoraussetzungen geschaffen (zu 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 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 erfuhr die Vorgaben durch den Referentenentwurf des BMF v. 21.4.2006 nur geringfügige Änderungen. Der BRat beschloss dazu keine Änderungen (vgl. Stellungnahme des BRats 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 zum Gesetzentwurf der BReg. [BTDrucks. 16/2710, 16/2934], BTDrucks. 16/3315 sowie Bericht des FinAussch. v. 9.11.2006 zum 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 Inkrafttretens am 13.12.2006. Maßgeblich war damit die Fassung des § 52 Abs. 1 zu diesem Zeitpunkt durch das Gesetz zum Einstieg in ein steuerliches 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 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 grds. gehalten sei, veraltete oder ungebräuchliche 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 in Verbindung mit der Subsidiaritätsklausel des § 20 Abs. 8 ableiten, wonach gewerbliche Einkünfte, zu denen Einkünfte aus § 17 gehören, vom Anwendungsbereich der Abgeltungsteuer ausgenommen sind (zu weiteren 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 Einkünftekatalogs 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.).

**Gesetz zur bestätigenden Regelung verschiedener steuerlicher und verkehrsrechtlicher Vorschriften des Haushaltsbegleitgesetzes 2004 v. 5.4.2011** (BGBl. I 2011, 554): Das HBeglG 2004 änderte die Beträge des § 17 Abs. 3 (vgl. „HBeglG 2004 v. 29.12.2003“). Die formelle Verfassungswidrigkeit – aufgrund eines Gesetzgebungsmangels dieser Norm – sollte durch den Art. 1 des Gesetzes zur bestätigenden Regelung verschiedener steuerlicher und verkehrsrechtlicher Vorschriften des Haushaltsbegleitgesetzes 2004 v. 5.4.2011

rückwirkende Heilung gewährleisten. Fraglich ist, ob die Gesetzesbegründung die Rückwirkung eines durch das BVerfG als formell verfassungswidrig erkannten Gesetzes rechtfertigt. Eine Rückwirkung in einem bereits abgeschlossenen Sachverhalt ist nur in Ausnahmefällen möglich. Hier ist uE eine Rückwirkung gerechtfertigt. Zwar erwies sich diese Rechtsnorm als unwirksam, wurde aber dadurch geheilt, dass es sich hierbei nur um eine Bestätigung des damaligen gesetzgeberischen Willens durch eine inhaltsgleiche Neufassung handelt. Vertrauensschutz in eine aktive Disposition oder eine unterlassene Disposition zugunsten des Stpfl. kann hier – anders als bei materiell-rechtlichen Tatbeständen – nicht eingreifen.

**ZollkodexAnpG v. 22.12.2014** (BGBl. I 2014, 2417; BStBl. I 2015, 58): Durch Art. 4, 5 des ZollkodexAnpG wurde nach § 3c Abs. 2 Satz 1 ein Satz 2 eingefügt, welcher letztlich keine Auswirkung auf § 17 hat (vgl. Anm. 192 zu § 17 Abs. 2).

## II. Bedeutung des § 17

### 1. Stellung im System des EStG

2

Wie § 20 Abs. 2 (vgl. dazu im Einzelnen § 20 Anm. 11 ff.) und wie § 22 Nr. 2 iVm. § 23 nimmt § 17 eine Sonderstellung im System der Einkunftsarten dadurch ein, dass er Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an einer KapGes., die im PV gehalten werden, besteuert. Soweit die Anteile im BV gehalten werden, fallen sie nicht unter § 17. Dennoch wird § 17 den Einkünften aus Gewerbebetrieb zugeordnet. Diese Zuordnung ist nicht adäquat, resultiert aber daraus, dass bis zum StEntlG 1999/2000/2002 (vgl. Anm. 1) nur wesentliche Beteiligungen – welche der Gesetzgeber des EStG 1925 als mitunternehmerähnlich sah – der Besteuerung unterworfen wurden. Vormalig sollte eine Gleichstellung mit den Einkünften aus der Veräußerung von Mitunternehmer-Anteilen erreicht werden; dies ist nicht mehr treffend, da die Beteiligungsgrenze von 25 % auf 10 % und letztendlich auf 1 % reduziert wurde (vgl. zB HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 8 Rn. 547 ff.).

Mit dem StEntlG 1999/2000/2002 ist eine Ungleichbehandlung im Besteuerungsverfahren von Veräußerungseinkünften vertieft worden. Die geschaffene Differenzierung ist uE eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes unter dem Aspekt des Leistungsfähigkeitsprinzips und ist daher nicht zu vertreten (vgl. Anm. 9).

**Reformüberlegungen** für eine umfassende Neuordnung des EStRechts sahen 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).

Mit der Einführung der vollen StPfl. von Beteiligungsveräußerungen im Rahmen der Abgeltungsteuer im Jahr 2009 (§ 20 Abs. 2) hat § 17 seinen eigenständigen Zweck verloren; der Gesetzgeber hat versäumt, die Norm zu streichen.

Einstweilen frei.

3–8

## 2. Verfassungsmäßigkeit

### 9 a) Gleichheitsgrundsatz nach 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; BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, 2 BvR 753/05, 2 BvR 1738/05, BVerfGE 127, 61). 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 grds. 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 Inkrafttreten der Abgeltungsteuer nunmehr ungeachtet etwaiger Veräußerungsfristen grds. auch besteuert, aber eben nur mit dem Abgeltungssteuersatz (§ 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 % abl. etwa SCHULTE, DB 2000, 1043; STRAHL in KORN, § 17 Rn. 20 [5/2002]).

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 eigentliche 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. auch BFH v. 16.3.2010 – VIII R 20/08, DStR 2010, 1472: „konzeptionelle Gleichbehandlung von Gewinnausschüttung und Veräußerung“). Dies reicht grds. als sachliche Rechtfertigung für den gesetzlich normierten Besteuerungs-

zugriff 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 erweiterten stl. Erfassung von Gewinnen aus privaten Veräußerungsgeschäften gerechtfertigt (vgl. auch BFH v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398). Es ist aber insbes. 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 KapGes.-Anteils seit Einführung des Halbeinkünfte-/Teileinkünfteverfahrens grds. 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 Gosch in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 17 Rn. 2).

**Beschränkung der Verlustverrechnung:** Die Beschränkung der Verrechnung eines etwaigen Veräußerungsverlusts nach Abs. 2 Satz 6 ist dem Grunde nach jedenfalls 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 – 9 K 55/98, 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 – 4 K 5776/98 E, DStRE 2000, 12 f., 18; nach Vorlage zum BVerfG, Az. 2 BvL 7/99, hat das Finanzgericht Münster den Aussetzungs- und Vorlagebeschluss vom 11.6.1999 (4 K 5776/96 E) durch Beschluss vom 27.12.2000 aufgehoben; STRAHL in KORN, § 17 Rn. 101 [5/2002]; für verfassungs-

konforme Auslegung dagegen FG Münster v. 27.4.2000 – 2 K 5717/99 E, EFG 2000, 864, rkr., im Anschluss an FG Rhld.-Pf. v. 15.12.1998 – 2 K 2596/97, 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 – IV C 2-S 2244 - 35/00, 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 nachdem, ob § 17 oder § 20 anzuwenden ist, hat uE aber wegen der grds. 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 grds. verfassungsmäßigen Beschränkung in Einzelfällen verfassungswidrig erscheinen (zu Einzelfällen zB STRAHL in KORN, § 17 Rn. 100 ff., insbes. 101 [5/2002] und 109 [8/2004]; Vorlagebeschluss des FG Münster v. 11.6.1999 – 4 K 5776/98 E, EFG 1999, 977, später aufgehoben, vgl. vorstehende Ausführungen). 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 im Sinne der Belastungsgleichheit umzusetzen (BVerfG v. 12.5.2009 – 2 BvL 1/00, BVerfGE 123, 111; BVerfG v. 30.9.1998 – 2 BvR 1818/91, DStR 1998, 1743 = HFR 1999, 44). 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) gelten den höheren Beteiligungsquoten von 10 % (insbes. VZ 1999, 2000) oder gar von 25 % (bis einschließlich VZ 1998) zurückgegriffen werden (aA dagegen BFH v. 29.5.2008 – IX R 62/05, BStBl. II 2008, 856; BFH 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 Fünf-Jahres-Frist zurück-

bezogen 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).

**Einzelne finanzgerichtliche Entscheidungen:** Zur Verfassungsmäßigkeit der Besteuerung von Veräußerungsgewinnen am Prüfungsmaßstab des Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG unter Berücksichtigung des Leistungsfähigkeitsprinzips hat die FG-Rspr. bislang insbes. wie folgt Stellung bezogen:

► *Einführung einer 1%-Beteiligungsgrenze:* Die Einführung einer 1 %igen Beteiligungsgrenze des § 17 Abs. 1 Satz 1 sei für sich genommen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (BFH v. 24.10.2012 – IX R 36/11, BStBl. II 2013, 164; ebenfalls zB bereits FG Düss. v. 6.10.2011 – 8 K 3811/09 E, EFG 2012, 516, rkr.). Sie bedürfe aber im Hinblick auf das aus Art. 3 Abs. 1 GG gebotene Prinzip der Besteuerung nach der objektiven Leistungsfähigkeit der Begrenzung nach den Maßgaben des BVerfG in seinem grundlegenden Beschluss BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, u.a., BStBl. II 2011, 86 = BVerfGE 127, 61.

► *Veränderung der Beteiligungshöhe:* Nach FG Düss. (FG Düss. v. 30.8.2011 – 13 K 200/03 E, EFG 2011, 2150, rkr.) ist die Veräußerung einer Beteiligung an einer KapGes. auch dann stbar, wenn der Stpfl. bei Inkrafttreten des StEntG 1999/2000/2002 mit weniger als 10 %, in den letzten fünf Jahren vor der Veräußerung aber mit 10 % oder mehr beteiligt war. Ob eine wesentliche Beteiligung gegeben war, bestimmt sich nach der im Veräußerungszeitpunkt geltenden Gesetzesfassung. Ein solcher Veräußerungsvorgang ist verfassungsgemäß zu besteuern, indem der bis zum 31.3.1999 eingetretene Wertzuwachs stfrei belassen wird.

► *Teilabzugsverbot und Auflösungsverluste:* Das Teilabzugsverbot nach § 3c Abs. 2 Satz 2 idF des JStG 2010 sei auch bei Auflösungsverlusten nach § 17 Abs. 4 Satz 1 1. Alt. verfassungsmäßig (BFH v. 2.9.2014 – IX R 43/13, BStBl. II 2015, 257). Danach dürfen bei der Ermittlung des Verlustes iSv. § 17 aus der Veräußerung von Anteilen an einer KapGes. oder der Auflösung der Gesellschaft die AK und die Veräußerungskosten gem. § 3c Abs. 2 Satz 2 iVm. § 3c Abs. 2 Satz 1 idF durch das JStG 2010 auch dann nur zu 60 % abgezogen werden, wenn der Stpfl. zwar keine durch seine Beteiligung vermittelten Einnahmen erzielt hat, aber mit der Absicht zur Erzielung von BV-Mehrungen oder Einnahmen gehandelt hat. § 3c Abs. 2 Satz 2 idF des JStG 2010 ist verfassungsgemäß (vgl. dazu auch § 3 Nr. 40 Anm. 15 [4/2016]; § 3c Anm. 11 [6/2016]).

► *Hinweis:* Zu beachten bleibt aber die – höchstrichterlich durch den BFH ebenfalls bereits bestätigte – Nichtanwendung und Einschränkung des Halbabzugs-

verbots des § 3c Abs. 2 EStG idF des StSenkG v. 23.10.2000 (BGBl. I 2000, 1433) für Aufwendungen, die vor der mit dem StSenkG erfolgten Einführung des Halbeinkünfteverfahrens erfolgten, vgl. dazu weitergehend Anm. 192.

▶ *Keine Bedenken gegen die Nichtberücksichtigung nachträglicher AK durch § 4 VI 6 HS. 2 UmwStG 2007 und 2008:* Gegen die Regelung des § 4 Abs. 6 Satz 6 Halbs. 2 UmwStG idF der Jahre 2007 und 2008 und ihre Anwendung im Wortsinne und damit die Nichtberücksichtigung der ursprünglichen AK sollen nach Auffassung des FG Nürnberg. (FG Nürnberg. v. 18.9.2013 – 3 K 1205/12, DStRE 2014, 1035, rkr.) keine verfassungsrechtl. Bedenken bestehen; insbes. sei ein Verstoß gegen das sog. objektive Nettoprinzip nicht zu erkennen. Der Gesetzgeber bewege sich mit der Neuregelung des § 4 Abs. 6 UmwStG, die die Berücksichtigung eines Übernahmeverlustes nicht mehr zulässt, wenn die übertragenen Anteile innerhalb der letzten fünf Jahre vor dem stl. Übertragungsstichtag entgeltlich erworben wurden, im Rahmen der ihm zustehenden Gestaltungsfreiheit (FG Nürnberg. v. 18.9.2013 – 3 K 1205/12, DStRE 2014, 1035, rkr.). Diese Entscheidung stellt uE eine Verletzung des grundlegenden Judikats des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05 ua., BStBl. II 2011, 86 = BVerfGE 127, 61) dar.

▶ *Nur hälftige Verlustverrechnung im ersten Jahr bei privaten Wertpapierveräußerungen:* Nach dem FG Berlin-Brandenb. (FG Berlin-Brandenb. v. 25.4.2013 – 3 K 3273/11, EFG 2013, 1219, rkr.) soll es verfassungsgemäß sein, wenn Verluste aus privaten Wertpapierveräußerungsgeschäften im ersten Jahr der Anwendung der Abgeltungssteuer – soweit für die Veräußerungsgeschäfte aufgrund des Anschaffungszeitpunkts noch die alte Rechtslage des Halbeinkünfteverfahrens gilt – nur zur Hälfte mit den Neugewinnen aus Wertpapierveräußerungen verrechnet werden (FG Berlin-Brandenb. v. 25.4.2013 – 3 K 3273/11, EFG 2013, 1219, rkr.). Dieser Auffassung ist uE ebenfalls nicht zu folgen, da sie der Rspr. des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05 ua., BStBl. II 2011, 86 = BVerfGE 127, 61) widerspricht.

▶ *Auslegung der Entscheidung BVerfG v. 07.07.2010, 2 BvR 748/05 bezüglich der Herabsetzung der Beteiligungsgrenze von 10 % auf 1 % und Wertsteigerungen:* Zur „Auslegung“ der Entscheidung des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, 2 BvR 753/05, 2 BvR 1738/05, BVerfGE 127, 61) führt das Nds. FG (Nds. FG v. 28.2.2012 – 12 K 10250/09, EFG 2012, 1337, rkr.) aus, dass die vom BVerfG aufgestellten Grundsätze für die Herabsetzung der Beteiligungsgrenze von 10 % auf 1 % entsprechend anzuwenden seien. Nach den Grundsätzen des BVerfG sei davon auszugehen, dass Wertsteigerungen, die nach der Verkündung der Neuregelung zur Absenkung der Beteiligungsgrenze eingetreten sind, von Art. 3 Abs. 1 GG und vom Vertrauensschutz nicht betroffen seien. Aus dem Beschluss des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, 2 BvR 753/05, 2 BvR 1738/05, BVerfGE 127, 61) sei kein sog. veranlagungszeitraumbezogener Beteiligungsbegriff abzuleiten. Die einschränkende Auslegung seitens des Nds. FG (Nds. FG v. 28.2.2012 – 12 K 10250/09, EFG 2012, 1337, rkr.), welche zur Steuerbarkeit von Wertsteigerungen für Anteile, die vor der Gesetzesänderung nicht steuerverstrickt waren, führt, lässt sich aus der angegebenen Rspr. des BVerfG uE nicht ableiten.

▶ *Volle Besteuerung für Vorgänge, die vor dem Jahr 2000 abgewickelt wurden, auch wenn die Forderung erst 2004 zivilrechtl. unter dem Halbeinkünfteverfahren entstanden ist:* Nach FG München (FG München v. 17.3.2011 – 10 K 2394/09, EFG 2012, 690, rkr.) liegt keine verfassungsrechtl. problematische Ungleichbehandlung darin, dass eine zivilrechtl. erst in 2004 unter Geltung des Halbeinkünfteverfahrens entstan-

dene Kaufpreisforderung für einen vor Geltung des Halbeinkünfteverfahrens bereits erfolgten Veräußerungsvorgang im Jahre 2000 der vollen Besteuerung zu unterwerfen ist.

#### b) Absenkung der Beteiligungsgrenze mit Rückwirkung und Rechtsstaatsprinzip nach 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 laufenden VZ ab Beginn des VZ und sogar rückwirkend vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Anwendung zu bringen. Das BVerfG hat hierzu eine grundlegende, viele Jahre lang erwartete Entscheidung getroffen (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05 ua., BStBl. II 2011, 86 = BVerfGE 127, 61), mit der es die Regelung als teilweise grundgesetzwidrig qualifizierte.

**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 StPfl., da er innerhalb der letzten

fünf Jahre wesentlich im Sinne der 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 BFH 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, BStBl. II 2005, 398) und BFH v. 1.3.2005 (VIII R 25/02 BStBl. II 2005, 436) 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, DSStR 1999, 565 [568]; BEKER, DSStZ 2004, 32 [37]; SCHNEIDER in KSM, § 17 A 259 [10/2000]). Auch die Entscheidungen des VIII. Senats des BFH v. 1.3.2005 (VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398) und BFH v. 1.3.2005 (VIII R 25/02 BStBl. II 2005, 436) sind in Teilen des Schrifttums auf Kritik gestoßen (ABMANN, DSStR 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 WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Auflage, 2017, § 17 Rn. 34 an). Differenzierend WEBER-GRELLET (FR 2005, 653): Seiner Auffassung nach ist die Entscheidung BFH (BFH v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398) verfassungskonform, da eine Vielzahl von Gründen das staatliche Änderungsinteresse rechtfertigen. Die Entscheidung BFH (BFH v. 1.3.2005 – VIII R 25/02 BStBl. II 2005, 436) 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 Inkrafttreten des

jeweils geänderten Steuergesetzes, zumindest aber Zeitwerte zum Zeitpunkt des Beginns der Fünf-Jahres-Frist iSd. Abs. 1 Satz 1; in diesem Sinne auch GOSCH in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 17 Rn. 34; WENDT, FR 1999, 333 [345]; HÖRGER/MENDEL/SCHULZ, DSrR 1999, 565 [568]; HERZIG/FÖRSTER, DB 1999, 711; EILERS/WIENANDS, GmbHR 1999, 505; EILERS in Hommage an Isensee, 2002, 421; SCHNEIDER in KSM, § 17 A 260 [10/2000]).

**BVerfG-Beschluss v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, BStBl. II 2011, 86:** 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 StEntlG am 31.3.1999 entstanden sind und die entweder – bei einer Veräußerung bis zu diesem Zeitpunkt – nach der zuvor geltenden Rechtslage stfrei 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 stfrei hätten realisiert werden können.

Zunächst bestätigt das BVerfG trotz vielfältiger Kritik seine bisherige Rspr., nach der bei der Beurteilung des verfassungsrechtl. Vertrauensschutzes im StRecht in zeitlicher Hinsicht bei Fiskalzwecknormen darauf abzustellen ist, ob bei Inkrafttreten der Gesetzesänderung der jeweilige VZ schon abgeschlossen war oder nicht (sog. veranlagungszeitraumbezogener Rückwirkungsbegriff im Gegensatz zum dispositionsbezogenen Rückwirkungsbegriff, der etwa bei stl. Lenkungsvorschriften 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. grds. 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 SCHNEIDER in KSM, § 17 A 258 f. [10/2000]). 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 StFreiheit 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 uE, dass die Entscheidung, ob eine wesentliche bzw. steuerverstrickte Beteiligung iSd. § 17 veräußert wird, grds. 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 StFreiheit 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 stfrei gewesen wäre und (ii) die spätere tatsächliche

Veräußerung ebenfalls stfrei gewesen wäre. Letzteres bedeutet, dass wenn der Stpfl. später durch Hinzuerwerb oder andere Umstände eine Beteiligung von mehr als 25 % hält, die gesamte Wertsteigerung stpfl. ist.

**Rechtentwicklungen nach Ergehen des BVerfG-Beschlusses v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, BStBl. II 2011, 86:**

► *Die Finanzverwaltung* reagierte durch das Schreiben BMF v. 20.12.2010 (BStBl. I 2011, 16) auf den Beschluss des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, BStBl. II 2011, 86) und legte Grundsätze zur Behandlung der rückwirkenden Absenkung der Beteiligungsgrenze fest. Im Abschnitt D wurde festgelegt, dass die genannten Grundsätze ebenfalls für die Absenkung der Beteiligungsgrenze auf mindestens 1 % durch das StSenkG v. 23.10.2000 (BStBl. I 2000, 1428) anzuwenden sind.

Darüber hinaus ergibt sich aus BMF v. 27.5.2013 (BStBl. I 2013, 721), dass der Beteiligungsbegriff nach den Grundsätzen des BFH (BFH v. 19.12.2012 – IX R 7/12, BStBl. II 2013, 372) zum Thema „Vorliegen einer Geschäftsveräußerung iSd. § 1 Abs. 1a UStG“ veranlagungszeitraumbezogen auszulegen ist. Das Tatbestandsmerkmal „innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft wesentlich beteiligt“ (§ 17 Abs. 1 Satz 1) ist für jeden abgeschlossenen VZ nach der in diesem VZ jeweils geltenden Beteiligungsgrenze zu bestimmen. Die Urteilsgrundsätze sind zwar auf alle vergleichbaren Fälle im Bereich der Absenkung von mehr als 25 % auf mindestens 10 % anzuwenden, aber nicht analog auf die Absenkung auf 1 %, da der § 17 Abs. 1 idF des StSenkG nicht mehr den Begriff der „wesentlichen Beteiligungen“ enthält.

► *Finanzrechtsprechung:*

Die Anwendung des BVerfG-Beschl. v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05 auf Sachverhalte im Hinblick auf die Absenkung der Wesentlichkeitsschwelle von 10% auf 1% erfolgte im Wesentlichen unter folgenden Aspekten:

▷ *Eingeschränkte Anwendung des BVerfG-Beschlusses; entsprechende Anwendung auf die Herabsetzung der Beteiligungsgrenze von 10 % auf 1 %:* Das Nds. FG (Nds. FG v. 28.2.2012 – 12 K 10250/09, EFG 2012, 1337, rkr.) ging zur Anwendung des § 17 Abs. 1 Satz 1 im Zusammenhang mit der Absenkung der Beteiligungsgrenze von 10 % auf 1 % durch das StSenkG v. 23.10.2000 (BGBl. I 2000, 1433) davon aus, dass § 17 Abs. 1 Satz 1 idF des StSenkG v. 23.10.2000 sei nur im Rahmen einer eingeschränkten verfassungskonformen Auslegung anwendbar sei. Die Entscheidung des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, 2 BvR 753/05, 2 BvR 1738/05, BVerfGE 127, 61), sei dahingehend auszulegen, dass die genannten Grundsätze auf die Herabsetzung der Beteiligungsgrenze von 10 % auf 1 % entsprechend anzuwenden seien. Betreffend die Anwendung des § 17 Abs. 1 Satz 1 für das Streitjahr 2002 sei nach den Grundsätzen des BVerfG davon auszugehen, dass Wertsteigerungen, die nach der Verkündung der Neuregelung eingetreten sind, nicht betroffen sind. Aus dem Beschluss des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, 2 BvR 753/05, 2 BvR 1738/05, BVerfGE 127, 61) sei kein sog. veranlagungszeitraumbezogener Beteiligungsbegriff abzuleiten (ebenso auch noch FG Ba.-Württ. v. 28.12.2011 – 6 K 3822/11, EFG 2012, 693, rkr.).

▷ *Keine Bindungswirkung des oben genannten Beschlusses für die Behandlung einer GmbH-Anteilsveräußerung nach der Absenkung der Wesentlichkeitsschwelle von 10 % auf 1 %:* Nach einschränkender Ansicht des FG Düss. (FG Düss. v. 16.4.2013 – 13 K 4190/11 E, juris, rkr.) entfalte der Beschluss BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05 u.a., BVerfGE 127, 61) zur Absenkung der Wesentlichkeits-

schwelle von 25 % auf 10 % durch § 17 Abs. 1 Satz 4 idF des StEntlG keine Bindungswirkung für die Behandlung einer erst nach der Absenkung der Wesentlichkeitsschwelle von 10 % auf 1 % durch das StSenkG stbaren Veräußerung einer GmbH-Beteiligung im Jahr 2002. Auch eine verfassungskonforme Auslegung des § 17 Abs. 2 Satz 1 idF des StSenkG iSv. BMF v. 20.12.2010 (BStBl. I 2011, 16, unter D.) komme nicht in Betracht. Würde das BVerfG die Vorschrift des § 17 Abs. 2 Satz 1 idF des StSenkG als verfassungswidrig erachten und die gleichen Maßstäbe wie im Beschluss BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05 u.a., BVerfGE 127, 61) anlegen, wäre eine typisierende Schätzung des als Veräußerungsgewinn zu steuernden anteiligen Wertzuwachses ab dem Tag der Verkündung des StSenkG am 26.10.2000 nach Maßgabe von BMF v. 20.12.2010 nicht zu beanstanden (FG Düss. v. 16.4.2013 – 13 K 4190/11 E, juris, rkr.). Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass der Begriff der „typisierenden Schätzung“ kein gesetzliches Tatbestandsmerkmal des § 162 AO darstellt und damit das aus Art. 20 Abs. 3 GG abzuleitende Verbot der steuerbegründenden Analogie zulasten des Stpfl. – entgegen den Grundsätzen des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05 u.a., BVerfGE 127, 61) – überschreitet.

- ▷ *Feststellungslast für Wertsteigerungen trifft das FA:* Der BFH (BFH v. 25.11.2010 – IX R 47/10, NJW 2011, 1840) zur rückwirkenden Herabsetzung der Beteiligungsquote stellte bereits klar, dass soweit nach Maßgabe des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, 2 BvR 753/05, 2 BvR 1738/05, BVerfGE 127, 61) gem. § 17 Abs. 1 Satz 4 iVm. § 52 Abs. 1 Satz 1 idF des StEntlG 1999/2000/2002 Wertsteigerungen stbar sind, welche nach der Verkündung des StEntlG 1999/2000/2002 am 31.3.1999 entstanden sind, es sich um eine steuerbegründende Tatsache handelt, für die das FA die Feststellungslast trifft. Insoweit sieht die vorzitierte Rspr. des FG Düss. (FG Düss. v. 16.4.2013 – 13 K 4190/11 E, juris, rkr.) zumindest die Einschränkung vor, dass im Rahmen der sog. typisierten Schätzung das FA die Feststellungslast für die Anknüpfungstatsachen trifft.
- ▷ *Verfassungsmäßigkeit der 1%-Beteiligungsgrenze:* Nach BFH (BFH v. 24.10.2012 – IX R 36/11, BStBl. II 2013, 164) ist die Beteiligungsgrenze von 1 % iSv. § 17 Abs. 1 Satz 1 verfassungsgemäß.

Die im Nachgang zum BVerfG v. 7.7.2010 zur Auslegung des Beteiligungsbegriffs in zeitlicher Hinsicht ergangene Finanzrechtsprechung erfolgte unter folgenden Aspekten:

- ▷ *Überschreitung der Wesentlichkeitsgrenze im 5-Jahreszeitraum richtet sich nach dem Veranlagungszeitraum:* Nach FG Düss. (FG Düss. v. 15.11.2012 – 11 K 2312/11 E, EFG 2013, 209, rkr.) war ein Stpfl. innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veräußerung der Beteiligung an einer KapGes. nicht wesentlich iSd. § 17 Abs. 1 Sätze 1, 4 idF des StEntlG 1999/2000/2002 an der Gesellschaft beteiligt, wenn seine Beteiligung mit Beginn des Jahres 1999 bis zum Zeitpunkt der Veräußerung im April 2000 die seinerzeit maßgebliche 10 %-Schwelle nicht erreichte und in den Jahren vor 1999 unterhalb der Beteiligungsgrenze von mehr als 25 % lag. Das Tatbestandsmerkmal der Überschreitung der Wesentlichkeitsgrenze innerhalb des fünfjährigen Betrachtungszeitraums ist nicht stichtagsbezogen nach der im Jahr der Veräußerung geltenden Wesentlichkeitsgrenze, sondern veranlagungszeitraumbezogen auszulegen, also für jeden abgeschlossenen VZ nach der in diesem VZ jeweils geltenden Beteiligungsgrenze zu bestimmen.

- ▷ *Maßstab zur Auslegung für den Beteiligungsbegriff; Beteiligung ist veranlagungszeitraumbezogen auszulegen:* Nach BFH (BFH v. 24.2.2012 – IX B 146/11, BStBl. II 2012, 335) war zunächst noch ernstlich zweifelhaft, ob sich die Beteiligungsgrenze nach der im Jahr der Veräußerung geltenden Wesentlichkeitsgrenze gem. § 17 Abs. 1 Satz 4 idF des StEntlG 1999/2000/2002 richtet – und damit zurückwirkt – oder ob der Beteiligungsbegriff veranlagungszeitraumbezogen auszulegen ist, indem das Tatbestandsmerkmal „innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft wesentlich beteiligt“ in § 17 Abs. 1 Satz 1 für jeden abgeschlossenen VZ nach der in diesem VZ jeweils geltenden Beteiligungsgrenze zu bestimmen ist. Nach BFH (BFH v. 11.12.2012 – IX R 7/12, BStBl. II 2013, 372) ist der Beteiligungsbegriff gem. § 17 Abs. 1 Satz 4 idF des StEntlG 1999/2000/2002 nunmehr veranlagungszeitraumbezogen auszulegen, indem das Tatbestandsmerkmal „innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft wesentlich beteiligt“ in § 17 Abs. 1 Satz 1 für jeden abgeschlossenen VZ nach der in diesem VZ jeweils geltenden Beteiligungsgrenze zu bestimmen ist. Diese Ansicht teilt die FinVerw. (Hinweis auf BMF v. 27.5.2013 – IV C 6 - S 2244/12/10001, BStBl. I 2013, 721).
- ▷ *Anwendung von § 17 Abs. 1 nur wenn der Wertzuwachs vor dem Realisationszeitraum steuerbar war:* Nach FG Rhld.-Pf. (FG Rhld.-Pf. v. 28.11.2012 – 2 K 2379/11, EFG 2013, 436, rkr.) findet aufgrund der veranlagungszeitraumbezogenen Auslegung § 17 Abs. 1 Satz 1 nur dann Anwendung, wenn der Wertzuwachs in den Zeiträumen vor dem Realisationszeitraum steuerbar gewesen ist, also der ESt unterlag. Dies ist nur der Fall, wenn der Stpfl. in qualifizierter Weise an der KapGes. beteiligt war, die sog. latente Verstrickung also irgendwann einmal aktuell geworden war. Die latente Verstrickung konnte jedoch nicht eintreten, wenn der Stpfl. während des Zuwachses an Leistungsfähigkeit nach der jeweils gültigen Fassung des § 17 Abs. 1 Satz 1 niemals wesentlich beteiligt war.
- ▷ *Maßgeblicher Zeitraum der Beteiligung:* Nach FG Köln (FG Köln v. 28.8.2013 – 5 K 2072/11, EFG 2013, 2000, rkr.) liegt ebenfalls eine „wesentliche Beteiligung“ innerhalb der letzten fünf Jahre iSd. § 17 Abs. 1 nur dann vor, wenn der Stpfl. in jedem der letzten fünf Jahre qualifiziert, dh. steuerungsrelevant beteiligt war. Wird die Beteiligungsquote im VZ vor der Veräußerung auf 0,99 % abgesenkt, liegen die Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 für die Veräußerung nicht vor.
- ▷ *Auslegung des Beteiligungsbegriffs in zeitlicher Hinsicht gilt auch für die Einlagenbewertung:* Das FG Ba.-Württ. (FG Ba.-Württ. v. 19.3.2015 – 13 K 4280/13, EFG 2015, 1361, rkr.) nimmt zur veranlagungszeitraumbezogenen Auslegung des § 17 für den Fall der Einlage von Aktien in ein Gesellschaftsvermögen einer gewerblich geprägten PersGes. wie folgt Stellung: Die veranlagungszeitraumbezogene Auslegung des Begriffs der wesentlichen Beteiligung iSd. § 17 Abs. 1 gilt nicht nur für die Veräußerung, sondern auch für die Einlagenbewertung gem. § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbs. 2 Buchst. b. Der Teilwert entspricht nach § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbs. 2 Buchst. b bei börsennotierten Anteilen an KapGes. grds. dem höchsten Börsenschlusskurs zum Bewertungsstichtag und nicht den AK, wenn die Beteiligungsquote an der KapGes. seit 1999 unter 10 % lag. Soweit die Beteiligung in den Jahren zuvor mehr als 10 %, aber weniger als 25 % betragen hatte, ist dies nach der veranlagungszeitraumbezogenen Betrachtung unschädlich.

Weitere Einzelfälle im Nachgang zum BVerfG-Beschluss v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05:

- ▷ *Maßstab für das Vorliegen einer wesentlichen Beteiligung ist die jeweilige Gesetzesfassung:* Die Veräußerung einer Beteiligung an einer KapGes. sei auch dann stbar, wenn der Stpfl. bei Inkrafttreten des StEntG 1999/2000/2002 mit weniger als 10 %, in den letzten fünf Jahren vor der Veräußerung aber mit 10 % oder mehr beteiligt war. Ob eine wesentliche Beteiligung gegeben war, bestimme sich nach der im Veräußerungszeitpunkt geltenden Gesetzesfassung. Ein solcher Veräußerungsvorgang sei verfassungsgemäß zu besteuern, indem der bis zum 31.3.1999 eingetretene Wertzuwachs stfrei belassen wird (FG Düss. v. 30.8.2011 – 13 K 200/03 E, EFG 2011, 2150, rkr.).
- ▷ *Keine Aufteilung des Kaufpreises auf WG-Anteile und Gewinnausschüttungsansprüche:* Nach FG Köln v. 14.3.2012 (3 K 989/06, EFG 2013, 19, rkr.) kann eine Aufteilung des Kaufpreises für KapGesAnteile auf separate WG „Anteile“ und „Gewinnausschüttungsansprüche“ nicht vorgenommen werden. Bei Erwerb einer KapGesBeteiligung mit ausschüttbaren Rücklagen bestehe vor Inkrafttreten des § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 iVm. Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG 1997 (idF des StEntG 1999/2000/2002) kein Vertrauensschutz dahingehend, eine ausschüttungsbedingte Teilwertabschreibung ohne spätere Wertaufholungspflicht durchführen zu können.
- ▷ *Steuerliche Erfassung von Wertsteigerungen vor und nach Verkündung des StEntG 1999:* Nach FG München (FG München v. 26.2.2013 – 11 K 446/08, EFG 2013, 1751, rkr.) wurde über die Anforderungen an die Übertragung von Anteilen an einer amerikanischen Incorporated nach Maßgabe der BVerfG-Rspr. (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, 2 BvR 753/05, 2 BvR 1738/05, BVerfGE 127, 61) bzw. zur nichtigen Vorschrift des § 17 Abs. 1 Satz 4 iVm. § 52 Abs. 1 Satz 1 idF des StEntG 1999/2000/2002 entschieden. Soweit hiernach in einem Veräußerungsgewinn Wertsteigerungen stl. erfasst wurden, die bis zur Verkündung am 31.3.1999 entstanden waren und die bei einer Veräußerung nach Verkündung des Gesetzes sowohl zum Zeitpunkt der Verkündung als auch zum Zeitpunkt der Veräußerung nach der zuvor geltenden Rechtslage stfrei hätten realisiert werden können, war die Besteuerung aufzuheben. War der Kläger mit mehr als 10 %, aber weniger als 25 % beteiligt, hat er seine Beteiligung zivilrechtl. wirksam noch im Jahr 1998 veräußert, ist jedoch das wirtschaftliche Eigentum an der Beteiligung im Jahr 1999 erst nach dem 31.3.1999 auf den Erwerber übergegangen, und war der Gesellschafter erst nach Absenkung der Beteiligungsgrenze iSd. § 17 Abs. 1 im Streitjahr 1999 erstmals wesentlich beteiligt, ist es nicht zulässig, die nach dem 31.3.1999 bis zur Realisierung des Veräußerungsgewinns entstandenen Wertsteigerungen in jedem Fall der Besteuerung zu unterwerfen. Voraussetzung ist vielmehr, dass in dem Veräußerungsgewinn, dessen Ermittlung sich nach § 17 richtet, solche Wertsteigerungen überhaupt enthalten sind. Für die Beantwortung dieser Frage kommt es darauf an, welchen Zeiträumen die im Veräußerungsgewinn erfassten Wertsteigerungen zuzuordnen sind (im Streitfall: volle Zuordnung der Wertsteigerungen auf den Zeitraum vor der schuldrechtl. Anteilsveräußerung im Dezember 1998, damit keine Besteuerung eines Veräußerungsgewinns im Jahr 1999, keine Steuerbarkeit eventuell nach der schuldrechtl. Veräußerung eingetretener Wertsteigerungen der Anteile sowie bei Veräußerung in einer Fremdwährung keine Besteuerung eines im Jahr 1999 erzielten Wechselkursgewinns).
- ▷ *Keine retrospektive Beurteilung der Wesentlichkeitsgrenze bei Verschmelzungen:* Nach Auffassung des FG Köln (FG Köln v. 14.4.2015 – 12 K 329/13, EFG 2015, 1362, rkr.) findet keine „retrospektive“ Beurteilung der Wesentlichkeitsgrenze

von § 17 bei Verschmelzungen statt. Für die Frage, ob im Zuge einer Verschmelzung Anteile an der übertragenden Körperschaft solche iSd. § 17 sind und damit gem. § 13 Abs. 2 Satz 2 UmwStG aF auch Anteile an der übernehmenden Körperschaft als Anteile iSd. § 17 gelten, ist auf die im Zeitpunkt der Verschmelzung gültige Fassung des § 17 abzustellen.

**Stellungnahme:** Die Ausführungen des BVerfG sind insofern zu begrüßen, als der Stpfl. grds. auf eine Gesetzeslage bis zur Verkündung einer Änderung im BGBl. vertrauen kann, was insbes. hinsichtlich des Zeitpunktes eine gewisse Rechtssicherheit verspricht. Diesbezüglich wurde die Auffassung des BFH, der als vertrauenszerstörenden Zeitpunkt den Tag des BT-Beschlusses 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 herrschenden Literaturmeinung, 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 Steuerrechtsnormen 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 Steuerrechtsnormen einheitlich erstreckt werden (so uE zutr. auch BFH v. 16.12.2003 – IX R 46/02, BStBl. II 2004, 284, mwN unter B.III.2.f zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 iVm. § 52 Abs. 39 Satz 1 idF des StEntG 1999/2000/2002; vgl. allg. zur Problematik der rückwirkenden Steuergesetze Einf. ESt Anm. 523 ff.). Ferner sind uE unterlassene Dispositionen (zB Abschen von streifem 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 – 1 K 63/00, EFG 2002, 701, aufgehoben durch BFH v. 1.3.2005 – VIII R 25/02, BStBl. II 2005, 398; BFH v. 16.12.2003 – IX R 46/02, BStBl. II 2004, 284, 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 mW 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, dh 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 FinVerw., da es sich insoweit um eine steuerbegründende Tatsache handelt. Demgegenüber hält das FG Düss. (FG Düss. v. 16.4.2013 – 13 K 4190/11 E, juris, rkr.) generell eine typisierende Schätzung des als Veräußerungsgewinn zu steuernden anteiligen Wertzuwachses ab dem Tag der Verkündung des StSenkG am 26.10.2000 nach Maßgabe des BMF (BMF v. 20.12.2010 – IV C 6 - S 2244/10/10001, BStBl. I 2011, 16) für möglich. Dies ändert uE aber nichts daran, dass das FA bei streitigen Anknüpfungstatsachen im Rahmen des § 162 AO weiterhin die Beweis- und Feststellungslast trägt und nicht der Stpfl. Anderenfalls würde der Begriff der sog. typisierenden Schätzung, welcher kein gesetzliches Tatbestandsmerkmal des § 162 AO darstellt, entgegen dem aus Art. 20 Abs. 3 GG abzuleitenden Verbot der steuerbegründenden Analogie der FinVerw. einen Schätzungsspielraum zulasten des Stpfl. einräumen, der die Vertrauensschutzgrundsätze des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, 2 BvR 753/05, 2 BvR 1738/05, BVerfGE 127, 61) praktisch leicht überwinden lässt.

### 3. Europarechtskonformität

11

**Zielsetzungen des Gesetzgebers:** Die Regelung des §17 begegnet dem Grunde nach keinen europarechtl. Bedenken (solche bestehen im Hinblick auf die Wegzugsbesteuerung nach § 6 AStG, vgl. Anm. 40). Die durch das SEStEG eingefügten Gesetzesänderungen zu § 17 (vgl. 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, [www.finanz-rundschau.de/media/kabinettsbeschluss1272006.pdf](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 europarechtl. Harmonisierung bislang aufgetretene Besteuerungslücken auftreten würden. Solche nach der gesetzlichen Zielsetzung zu vermeidenden Besteuerungslücken sind insbes. auch hinsichtlich der in Deutschland erzielten Wertsteigerungen von Anteilen an KapGes. möglich.

Im Anschluss an BFH (BFH v. 1.9.2004 – VIII B 64/04, BFH/NV 2004, 1650) entschied der BFH (BFH v. 20.10.2010 – IX R 56/09, BStBl. II 2011, 409) dass

an der Veräußerungsgewinnbesteuerung nach § 17 auch dann keine verfassungs- oder europarechl. Zweifel bestehen, wenn der Gesetzgeber an einen nach § 17 stbaren Veräußerungsgewinn eine höhere Tarifbelastung knüpft als an andere Einkunftstatbestände. Danach ist es auch gerechtfertigt, dass stbare Veräußerungsgewinne nach § 17 lediglich nach der Fünftelregelung des § 34 Abs. 1, nicht aber nach § 34 Abs. 3 begünstigt werden (vgl. zum Verhältnis des § 17 zu § 34 § 17 Anm. 38, § 34 Anm. 10).

Allerdings ist in 2001 die Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens für Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften von ausländ. Anteilen einschließlich Genusscheinen wegen Verstoßes gegen Art. 56 EG nicht anwendbar. Die im Jahr 2001 bestehende Ungleichbehandlung zwischen inländ. und ausländ. Beteiligungen in Bezug auf die Anwendbarkeit des Halbeinkünfteverfahrens verstößt gegen Art. 56 EG (FG Hamb. v. 18.6.2015 – 2 K 158/14, EFG 2015, 1675, rkr.).

12 Einstweilen frei.

#### 13 4. Kritik an fortbestehender Doppelbelastung

Abgesehen von den verfassungsrechtl. 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 bezüglich KapGesAnteilen zwar erheblich reduziert (s. zur vorherigen Differenzbelastung die Voraufgabe vor 9/2010, abrufbar im elektronischen HHR-Archiv unter [www.ertragsteuerrecht.de/hhr\\_archiv.htm](http://www.ertragsteuerrecht.de/hhr_archiv.htm)), gleichwohl wurde sie vor allem wegen der für KapGes. weiterhin definitiven GewStBelastung nicht vollständig abgeschafft.

Eine systemgerechte, die Doppelbelastung von Wertsteigerungen bezüglich 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.

Soweit es im Einzelfall durch die liquidationsbedingte Auflösung der stillen Reserven in der Gesamtschau (KSt, SolZ, GewSt/ErbSt/ESt) beim Erben zu einer Übermaßbesteuerung kommt, wird dieser im gesonderten Verfahren wegen sachlicher Billigkeit durch das für die laufende Besteuerung zuständige FA abzuhelpfen sein (so FG Hamb. v. 20.1.2015 – 3 K 180/14, EFG 2015, 1000, rkr.).

**Verlustrausgleichsverbot des Abs. 2 Satz 6:** Die mit StÄndG v. 14.5.1965 erfolgte Aufhebung des Verlustrausgleichsverbots war nicht nur system- und folgerichtig, sondern als Fortschritt zu mehr Steuergerechtigkeit zu verzeichnen.

Demgegenüber stellt die durch JStG 1996 v. 11.10.1995 mW 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.

Einstweilen frei.

14–19

### III. Geltungsbereich des § 17

#### 1. Sachlicher Geltungsbereich

20

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

- ▶ *bei Zugehörigkeit der Beteiligung zu einem Betriebsvermögen* (s. nachstehend);
- ▶ *bei Aussonderung von Vermögensauskehrungen aus der Kapitalgesellschaft nach § 17 Abs. 4 Satz 3, soweit die Vermögensauskehrungen originär als Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 zu qualifizieren sind.* Insoweit bleibt die Subsidiaritätsregel des § 20 Abs. 8 nachrangig bzw. unanwendbar (sog. umgekehrte Subsidiarität der gewerblichen Einkünfte nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 iVm. § 17 gegenüber Überschusseinkünften nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2; zu Einzelheiten vgl. Anm. 335–337);
- ▶ *bei Veräußerung von sog. einbringungsgeborenen Anteilen:* Anteile, die der Stpfl. vor Inkrafttreten 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. sperrfristbehafteten Anteilen (die nach Inkrafttreten 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 Sieben-Jahres-Frist nach der begünstigten Einbringung, die rückwirkend zu einem Einbringungsgewinn nach § 22 UmwStG führen können. Zu 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 oder § 16 erfasst und ermittelt wird (s. bereits RFH v. 18.12.1928, RStBl. 1929, 220; RFH 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 oder gem. § 16 unter die Einkünfte aus Gewerbebetrieb, so kann er nicht mehr durch § 17 erfasst werden (siehe hierzu auch § 15 Anm. 785 und § 16 Anm. 27). In der Praxis ist insbes. auf Konstellationen der Betriebsaufspaltung (im Einzelnen zur Betriebsaufspaltung siehe § 15 Anm. 770 ff.) zu achten. Die Notwendigkeit der Abgrenzung von § 17 zu § 15 ergibt sich bereits im Hinblick auf die GewSt, welche für § 17 nicht eingreift. Die Notwendigkeit der Abgrenzung von § 17 zu § 16 ergibt sich insbes. im Hinblick darauf, dass Veräußerungsgewinne nach § 17 dem Teileinkünfteverfahren unterliegen, während ausschließlich Veräußerungs- und/oder Aufgabegewinne nach § 16 als außerordentliche Einkünfte iSv. § 34 Abs. 2 zu qualifizieren und nach § 34 Abs. 1 (Fünftelregelung) oder nach § 34 Abs. 3 (ermäßigter StSatz von 56 % der Tarifbelastung) begünstigt sein können. Darüber hinaus sieht § 16 Abs. 4 auch eine großzügigere Freibetragsregelung vor als § 17 Abs. 3 (Anm. 251).

Nur bei einem der inländ. Besteuerung unterliegenden BV wird die Anteilsveräußerung bereits bei der Ermittlung der Einkünfte aus Gewerbebetrieb gem. §§ 4, 5 erfasst. Zur Zugehörigkeit zu einer ausländ. BS 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.

## 21 2. Persönlicher Geltungsbereich

§ 17 gilt auch für beschränkt EStpfl., jedoch nur bei Beteiligungen an inländ. KapGes. und vorbehaltlich des Besteuerungsrechts des Wohnsitzstaats laut 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.

## 22 3. 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 ausländ. KapGes. (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. BS. 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. WASSERMEYER in WASSERMEYER, Doppelbesteuerung, Art. 7 OECD-MA Rn. 44, 166 [10/2013] und Art. 13 OECD-MA Rn. 34, 74 [5/2011]).

Gehört ein Anteil an einer KapGes. einer unbeschränkt stpfl. Person (KapGes. oder natürliche Person) zu einem ausländ. BV (ausländ. BS), greift § 17 im Anwendungsbereich von DBA nicht ein. Nach dem OECD-MA hat grds. der Staat das Besteuerungsrecht, in dem sich das ausländ. BV (ausländ. BS) befindet, da in diesem Fall nicht Art. 13 Abs. 5 MA (Wohnsitzprinzip), sondern vielmehr Art. 13 Abs. 2 iVm. Art. 7 MA (BS-Prinzip) 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 (WASSERMEYER in WASSERMEYER, Doppelbesteuerung, Art. 13 OECD-MA Rn. 72 [5/2011]). 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.) BS steht (vgl. BFH v. 27.2.1991 – I R 15/89, BStBl. II 1991, 444; BFH v. 27.2.1991 – I R 96/89, BFH/NV 1992, 385; BFH 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]; WASSERMEYER in WASSERMEYER, Doppelbesteuerung, Art. 13 OECD-MA Rn. 81 [5/2011], Art. 7 OECD-MA Rn. 240 [10/2013], Art. 10 OECD-MA Rn. 162 ff. [8/2012] mwN; zur Zuordnung von Beteiligungen an KapGes. im SonderBV s. EILERS, FS Herzig, 2010, 1043).

**Bei beschränkt Steuerpflichtigen** unterliegen Einkünfte aus der Veräußerung eines Anteils an einer inländ. KapGes. gem. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e der Besteuerung. Siehe hierzu im Einzelnen § 49 Anm. 560 ff.

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

**Basisgesellschaft im Ausland als rechtsmissbräuchliches Vorschieben eines Dritten:** Haben die zwischengeschalteten Gesellschaften eine – wenn auch nur sehr begrenzte – Funktion, so sind sie anzuerkennen, sofern sie für die Ausübung dieser Funktion angemessen ausgestattet sind. Siehe hierzu im Einzelnen z.B. Anm. 43 oder 120 ff.

**Wegzugsbesteuerung:** Betreffend des Verhältnisses § 17 zu § 6 AStG siehe Anm. 41.

**Übertragung ausländischer Anteile:** Richtet sich die Übertragung von Aktienzertifikaten an einer ausl. KapGes. (z.B. Incorporated nach dem Recht von Delaware, USA), kann die Übergabe der Anteile ua. dadurch vollzogen werden, dass ein Dritter, der das verbriefte Wertpapier bereits im Besitz hat, bestätigt/ anerkennt (oder nur zustimmt, *acknowledge*), dass er dieses nun für den Erwerber in Besitz hält. Dies gilt, ohne dass für den zivilrechtl. Eigentumsübergang ein Schriftformerfordernis bezüglich der *acknowledge* eingehalten werden müsste oder es einer Eintragung in das Aktienregister der Gesellschaft bedürfte. Das wirtschaftliche Eigentum an diesen Anteilen geht aber noch nicht auf den Erwerber

über, wenn noch kein Antrag auf Registrierung der Aktienübertragung in der nach dem ausl. Recht erforderlichen Art und Weise gestellt worden ist und vom Erwerber ohne weitere Mitwirkung des Veräußerers auch nicht gestellt werden kann, und wenn sich der Veräußerer nicht verpflichtet hat, das ihm nach außen zustehende Aktionärsrecht in Zukunft im Namen und Interesse des Erwerbers auszuüben (FG München v. 26.2.2013 – 11 K 446/08, EFG 2013, 1751, rkr.).

23–24 Einstweilen frei.

#### IV. Verhältnis des § 17 zu anderen Vorschriften

##### 25 1. Verhältnis zu § 2

§ 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. Normativ werden diese Grenzlinien ua. durch die Subsidiaritätsregeln des § 20 Abs. 8 (zu Einzelheiten vgl. § 20 Anm. 650 ff.) und des § 17 Abs. 4 Satz 3 (zu Einzelheiten vgl. Anm. 335) sowie auch durch die Vorschrift des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG iVm. § 27 KStG (vgl. zu § 20 Anm. 94 ff.) markiert.

§ 17 erfasst 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; zur 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; Anm. 20 und 31 f.).

##### 26 2. Verhältnis zu § 2a

**Sachliche Anwendung:** 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 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 (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 bezüglich des Verlustverrechnungsverbots nach § 2a Abs. 1 (erste Vorlagefrage) als auch wegen der Nichtberücksichtigung bei der Festsetzung des StSatzes im Rahmen von § 32b (zweite Vorlagefrage) ging, den EuGH angerufen. Die hierzu ergangene Entscheidung EuGH (EuGH v. 21.2.2006 – C-152/03 – Ritter-Coulais, IStR 2006, 196) enthielt zur ersten Vorlagefrage des BFH bezüglich der Nichtberücksichtigung aus Verfahrensgründen zwar noch keine Entscheidung, führte aber zur zweiten Vor-

lagefrage bereits aus, dass die Versagung der Berücksichtigung ausländ. Verluste aus EU-Mitgliedstaaten bei der Festsetzung des deutschen StSatzes 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 auf Drittstaaten-KapGes. bzw. Drittstaaten-Fälle.

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 (EuGH v. 13.12.2005 – 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 EG (Art. 63 AEUV) normierte Verbot von Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit zwischen den Mitgliedstaaten durchgreifen.

Der EuGH (EuGH v. 17.12.2015 – C-388/14, BStBl. II 2016) hat Art. 49 AEUV dahingehend ausgelegt, dass er einer Steuerregelung eines Mitgliedstaats nicht entgegensteht, wonach, wenn eine gebietsansässige Gesellschaft eine in einem anderen Mitgliedstaat belegene BS an eine gebietsfremde, zum gleichen Konzern wie die veräußernde Gesellschaft gehörende Gesellschaft veräußert, die zuvor abgezogenen Verluste der veräußerten BS dem stl. Ergebnis der veräußernden Gesellschaft wieder hinzugerechnet werden, sofern die Einkünfte einer solchen BS aufgrund eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung im Mitgliedstaat des Sitzes der Gesellschaft, zu der diese BS gehörte, von der Steuer befreit sind. Art. 49 AEUV ist hiernach dahingehend auszulegen, dass er einer Steuerregelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht entgegensteht, die einer gebietsansässigen Gesellschaft im Fall der Veräußerung einer in einem anderen Mitgliedstaat belegenen BS an eine gebietsfremde, zum gleichen Konzern wie die veräußernde Gesellschaft gehörende Gesellschaft die Möglichkeit verwehrt, die Verluste der veräußerten BS in die Bemessungsgrundlage der Steuer einzubeziehen, sofern aufgrund eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung die abschließliche Befugnis zur Besteuerung der Ergebnisse dieser BS dem Mitgliedstaat zusteht, in dem sie belegen ist.

**Zeitliche Anwendung:** 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.

**Zu weiteren Einzelheiten** zu § 2a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und 7 vgl. EStH 2014.

## 27 3. Verhältnis zu §§ 3 Nr. 40, 3c Abs. 2

**Historische Entwicklung:** 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, das bis einschließlich VZ 2008 galt. Entsprechend der Behandlung der Dividenden unterlagen sie danach bis einschließlich VZ 2008 nur zur Hälfte der Einkommensbesteuerung.

Ab VZ 2009 wurden mit UntStReformG 2008 v. 30.5.2007 (s. Anm. 1) 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 wurde der sachliche Anwendungsbereich des § 17 nicht eingeschränkt. Dies ergibt sich aus § 32d Abs. 1 Satz 1 aE in Verbindung mit der Subsidiaritätsklausel des § 20 Abs. 8, wonach gewerbliche Einkünfte vom Anwendungsbereich der Abgeltungsteuer ausgenommen sind.

**Zeitliche Anwendung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens:** 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. FinSen. Berlin v. 21.12.2007, StEK EStG § 17 Nr. 84). Zu unterscheiden davon ist die Beurteilung der Frage, ob und inwieweit Aufwendungen bei der Gewinnermittlung im Rahmen des § 17 Abs. 2 dem Halb-/Teilabzugsverbot unterliegen, die vor dem Inkrafttreten der entsprechenden gesetzlichen Regelungen nach dem StSenkG und/oder der UntStReform 2008 für den Stpfl. bereits veranlasst wurden. Hierzu befindet sich uE die nachfolgende Finanzrechtsprechung nicht immer im Einklang mit dem Beschluss des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05 ua., BVerfGE 127, 61), dazu im Einzelnen Anm. 192.

**(Nicht-)Anwendung des Halb-/Teilabzugsverbots nach § 3c Abs. 2 (Weiterentwicklung der Finanzrechtsprechung seit BVerfG v. 7.7.2010 (2 BvR 748/05 ua., BVerfGE 127, 61):** Seit der Entscheidung des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05 ua., BVerfGE 127, 61, vgl. Anm. 10) hat sich die Finanzrechtsprechung dahingehend entwickelt, dass Wertsteigerungen von Anteilen an KapGes., die vor Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens nicht steuerverstrickt waren, aus der Besteuerung als nicht stbar auszunehmen sind. Erst recht ist nach Auffassung des BFH eine – im Wege der retroaktiven Anwendung des Halbabzugsverbots nach § 3c Abs. 2 erfolgende – retroaktive Besteuerung von Aufwendungen, die vor dem 31.3.1999 bereits steuerwirksam verausgabt wurden, nicht zulässig.

Einen differenzierenden Weg hat der 9. Senat des BFH (BFH v. 6.4.2011 – IX R 29/10, BFH/NV 2011, 2025) dagegen offenbar für Beteiligungsaufwendungen (zB AK) eingeschlagen, die zwar schon vor dem 31.3.1999 zivil-/handelsrechtl. entstanden und/oder verausgabt wurden, bei denen jedoch aufgrund einer stichtagsbezogenen Gewinnermittlungsmethodik (wie zB in § 17 Abs. 2 oder in § 16 Abs. 2) eine steuerwirksame Berücksichtigung erst nach dem Inkrafttreten bzw. mit der gesetzlich vorgesehenen zeitlichen Anwendung des Halb-/Teileinkünfteverfahrens möglich wurde. Hier soll der verfassungsrechtl. Vertrauensschutzgedanke des BVerfG in seiner Entscheidung v. 7.7.2010 (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05 ua., BVerfGE 127, 61) jedenfalls nicht zur Möglichkeit der Gel-

tendmachung stl. Verluste führen können. Vielmehr soll das Halb-/Teilabzugsverbot in diesen Fällen nur die Entstehung positiver stpfl. Gewinne vermeiden, also eine Einkommenbesteuerung für Aufwendungen, die bereits vor Inkrafttreten des Halb-/Teileinkünfteverfahrens vom Stpfl. getätigt wurden. Ungeklärt ist bislang, ob diese verfassungsrechtl. – der Entscheidung des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05 ua., BVerfGE 127, 61) uE widersprechende, insbesondere den darin postulierten verfassungsrechtl. Vertrauensschutz verletzende – Auslegung im Ergebnis auch durch das BVerfG so geteilt wird.

Vor dem Hintergrund der vertrauensschützenden Rspr. des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05 ua., BVerfGE 127, 61) konkretisierte sich in jüngerer Zeit auch die Finanzrechtsprechung speziell in der Frage, ob und inwieweit das Halb-/Teilabzugsverbot des § 3c Abs. 2 für Beteiligungsaufwendungen (rückwirkende) Anwendung finden kann oder nicht. Die nachfolgende, wenig einheitliche und in Einzelfällen auch nicht mit dem Beschluss des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05 ua., BVerfGE 127, 61) übereinstimmende Einzelfall-Judikatur, insbes. auch die hierzu bislang ergangene Rspr. des BFH durch den IV. Senat einerseits und den IX. Senat andererseits, ist nicht annähernd abgeschlossen, weil sie in den jeweils Streitgegenständlichen Positionen und Sachverhalten den zentralen Postulaten des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05 ua., BVerfGE 127, 61; vgl. Anm. 192) entweder ausweicht oder diese sogar in ihr Gegenteil verkehrt.

Zur Anwendung des Teileinkünfteverfahrens bei der Berechnung des Veräußerungsgewinns siehe Anm. 161.

#### **Einzelne finanzgerichtliche Entscheidungen:**

► *Anwendung des Halbabzugsverbots (grundsätzlich auch) im Verlustfall:* Werden bei der Anteilsveräußerung iSv. § 17 veräußerungsbedingte Einnahmen (Veräußerungspreis) erzielt, sind Halbeinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c) und Halbabzugsverbot (§ 3c Abs. 2) auch im Verlustfall anzuwenden, vgl. BFH (BFH v. 6.4.2011 – IX R 40/10, BStBl. II 2011, 785). Ebenso urteilte schon das FG Münster (FG Münster v. 20.7.2011 – 7 K 3666/08 E, EFG 2011, 1864, rkr.), wonach das Halbabzugsverbot gem. § 3c Abs. 2 Satz 1 auch dann Anwendung finden soll, wenn im Falle des § 17 zwar der Saldo aus Veräußerungspreis und AK negativ ist, mithin ein Veräußerungsverlust entsteht, unter § 3 Nr. 40 Buchst. c fallende Einnahmen jedoch erzielt werden. Dieser Auffassung ist uE nicht zu folgen, da sie mit der Rspr. des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, u.a., BStBl. II 2011, 86 = BVerfGE 127, 61) nicht übereinstimmt und (stillschweigend) die verfassungsrechtl. Postulate des BVerfG zum dispositionsbezogenen Vertrauensschutz wieder rückgängig zu machen sucht. Allerdings hat nunmehr der Gesetzgeber durch Einführung eines neuen Satz 7 in den § 3c Abs. 2 die frühere Verwaltungsauffassung normiert, nach der bereits die Absicht zur Erzielung von Einkünften zur Anwendung des Teileinkünfteverfahrens führt (vgl. hierzu ausführlich auch Anm. 192).

► *Keine Einnahme im Sinne des § 3 Nr. 40 Buchst. c bei Vergütung für Forderungsabtretung im Rahmen einer Veräußerung:* Die Anwendung des Halbabzugsverbots gem. § 3c Abs. 2 Satz 1 setzte vor Geltung des § 3c Abs. 2 Satz 2 i d F des JStG 2010 einen wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Halbeinkünfteverfahren unterliegenden Einnahmen voraus. Keine derartige Einnahme war in der Vergütung für eine anlässlich der Veräußerung einer Beteiligung iSd. § 17 abgetretene Forderung aus einem (eigenkapitalersetzenden) Gesellschafterdarlehen zu sehen, denn der Preis für die Abtretung einer Darlehensforderung sei – vorbehaltlich

der Regelungen in § 41 Abs. 2 und § 42 AO – nicht Teil des Veräußerungspreises für die Geschäftsanteile iSd. § 3 Nr. 40 Buchst. c und unterläge nicht dem Halbeinkünfteverfahren (FG Hamb. v. 12.12.2013 – 3 K 28/13, juris, rkr.). Da nunmehr die Absicht zur Erzielung von Einnahmen i.S.d. § 3 Nr. 40 Grund zur Anwendung des Halbabzugsverbots gibt, müssen uE auch diese Einnahmen nun zur Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens führen, da man unterstellen darf, dass die Veräußerung der Anteile ohne eine Abtretung der Forderung an den Erwerber nicht stattgefunden hätte und somit zur Erzielung von Einnahmen i.S.d. § 3 Nr. 40 notwendig war.

▶ *Anwendung des Teilabzugsverbots in den Fällen des § 17 Abs. 4:* Wird bei der Liquidation einer KapGes. ein Teil des Stammkapitals in Form von Liquidationsraten an den Anteilseigner iSv. § 17 Abs. 1 und 4 zurückgezahlt, sind das Teileinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c) und das Teilabzugsverbot (§ 3c Abs. 2) grds. auch im Verlustfall anzuwenden (BFH v. 6.5.2014 – IX R 19/13, BStBl. II 2014, 682). Hinweis: Allerdings bleibt das Halbabzugsverbot nach § 3c Abs. 2 EStG idF des StSenkG uE nicht anwendbar für Aufwendungen, die vor Einführung des Halbeinkünfteverfahrens getätigt wurden (vgl. auch BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05 ua., BVerfGE 127, 61).

▶ *Kein Halbabzugsverbot für Abschreibungen von Darlehensforderungen und GmbH-Beteiligung(en) der Besitzgesellschaft im Rahmen einer Beendigung der Betriebsaufspaltung:* Nach FG Düss. (FG Düss. v. 20.1.2010 – 2 K 4581/07 F, EFG 2010, 1775, rkr.) kommt kein Halbabzugsverbot für Abschreibungen von Darlehensforderungen und GmbH-Beteiligung(en) der Besitzgesellschaft im Rahmen einer Beendigung der Betriebsaufspaltung in Betracht, wenn den Besitzgesellschaftern während der Geltung des Halbeinkünfteverfahrens keine nach § 3 Nr. 40 zur Hälfte stfreien Einnahmen und BV-Mehrungen seitens der Betriebsgesellschaft zugeflossen sind (Anschluss an BFH v. 25.6.2009 – IX R 42/08, BStBl. II 2010, 220; BFH v. 14.7.2009 – IX R 8/09, BFH/NV 2010, 399). Hinsichtlich der Teilwertabschreibungen der Darlehensforderungen folgt dieses Ergebnis bereits daraus, dass Zinsen aus Darlehensforderungen nicht dem Halbeinkünfteverfahren unterliegen. Auch die Hingabe kapitalersetzender Darlehen begründet nicht den erforderlichen mittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit stfreien Einnahmen iSd. § 3 Nr. 40 (FG Düss. v. 20.1.2010 – 2 K 4581/07 F, EFG 2010, 1775, rkr.).

▶ *Keine Kürzung von im Jahr 2000 geleisteten Aufwendungen aufgrund von erstmals hälftig steuerfreien Einnahmen im Jahr 2001 nach BFH (BFH v. 13.12.2012 – IV R 51/09, BStBl. II 2013, 203):* Danach stehen Ausgaben nur dann in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit stfreien Einnahmen (§ 3c in seiner bis 31.12.2000 gültigen Fassung), wenn bereits im VZ des (zunächst) vollen BA-Abzugs Grund und Reichweite der StFreiheit korrespondierender Einnahmen gesetzlich geregelt sind. Deshalb ist § 3c Abs. 2 EStG in seiner ab dem 1.1.2001 gültigen Fassung des StSenkG 2001/2002 v. 23.10.2000 (BGBl. I 2000, 1433) auf vor diesem Zeitpunkt geleistete Aufwendungen nicht (rückwirkend) anwendbar.

#### 28 4. Verhältnis zu § 4 Abs. 1 Satz 3

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 entstan-

denen 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.

#### 5. Verhältnis zu § 6 Abs. 1 Nr. 4

29

**Anteilsentnahme als Anschaffung iSv. § 17 Abs. 2:** Veräußert ein iSd. § 17 qualifizierter beteiligter Gesellschafter Anteile an der KapGes., die er zuvor aus seinem BV in sein PV überführt hat, so tritt der Teilwert oder der gemeine Wert dieser Anteile nur dann an die Stelle der (historischen) AK, wenn durch die Entnahme die stillen Reserven tatsächlich aufgedeckt und bis zur Höhe des Teilwerts oder gemeinen Werts strechtl. erfasst sind oder noch erfasst werden können (BFH v. 13.4.2010 – IX R 22/09, BStBl. II 2010, 790).

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

29a

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).

Die Einlage eines kapitalersetzenden Darlehens fällt unter die Regelung des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Buchst. c, vgl. auch Anm. 880 zu § 6 EStG.

Die veranlagungszeitraumbezogene Auslegung des Begriffs der wesentlichen Beteiligung iSd. § 17 Abs. 1 gilt nicht nur für die Veräußerung, sondern auch für die Einlagenbewertung gem. § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbs. 2 Buchst. b. Wird eine PersGes. aufgrund der Änderung des Gesellschaftsvertrags gewerblich geprägt, bewirkt dies die Einlage der Aktien der Kommanditisten in das Gesellschaftsvermögen zu Teilwerten. Der Teilwert entspricht nach § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbs. 2 Buchst. b bei börsennotierten Anteilen an KapGes. grds. dem höchsten Börsenschlusskurs zum Bewertungsstichtag und nicht den AK, wenn die Beteiligungsquote an der KapGes. seit 1999 unter 10 % lag. Soweit die Beteiligung in den Jahren zuvor mehr als 10 %, aber weniger als 25 % betragen hatte, ist dies nach der veranlagungszeitraumbezogenen Betrachtung unschädlich (FG Ba.-Württ. v. 19.3.2015 – 13 K 4280/13, EFG 2015, 1361, rkr.).

Für Einzelheiten zur Einlage ins BV siehe Anm. 876 f. zu § 6 EStG.

Zur Trennungstheorie des BFH, nach der eine teilentgeltliche Übertragung in eine unentgeltliche (= Einlage) und eine entgeltliche Übertragung zu trennen ist, vgl. Anm. 80.

#### 7. Verhältnis zu § 6 Abs. 6 Satz 1

30

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. Gemäß § 6 Abs. 6 Satz 1 stellt sich die Übertragung von WG (einschließlich 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 ausdrücklich auch BFH v. 6.4.2009 – IX B 204/08, BFH/NV 2009, 1262).

### 31 8. 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. 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348; unter C.I.3.c; BFH v. 20.7.2005 – X R 22/02, BB 2005, 2230). 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. Meines Erachtens 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 AK-Begriff (weitere Einzelheiten s. Anm. 207).

**9. Verhältnis zu § 9**

32

**Grundlegendes:** Die Rspr. war in den letzten Jahren zunehmend mit Sachverhalten befasst, in denen Erwerbsaufwendungen und/oder sonstige Beteiligungsaufwendungen als (sofort abzugsfähige) WK nach § 9 geltend gemacht wurden. Hierzu ist die Abgrenzung zwischen WK als Aufwendungen im Zusammenhang mit einer Überschusseinkunftsart einerseits und nicht abzugsfähigen Beteiligungsaufwendungen iSd. § 17 Abs. 2 (AK oder Veräußerungskosten) in Einzelfällen schwierig, insbes. die Unterscheidung und Abgrenzung zwischen AK auf die Beteiligung an der KapGes. iSd. § 17 Abs. 2 Satz 1, § 255 Abs. 1 HGB analog und WK iSd. § 9 Abs. 1 Satz 1. Entscheidend kommt es auch hier auf den Veranlassungszusammenhang als Abgrenzungskriterium an. Für Einzelheiten siehe Anm. 190.

**10. Verhältnis zu § 15 Abs. 2 EStG, § 2 GewStG**

33

**Bedeutung der Abgrenzung zu § 15 Abs. 2:** 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 GewStPflicht von Veräußerungsgewinnen gem. § 2 GewStG,
- 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 s. § 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 im Sinne 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 einschließlich 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 maW 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; BFH v. 29.10.1998 – XI R 80/97, BStBl. II 1999, 448; BFH 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; BFH 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, BStBl. II 2001, 809; 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 Stpl. eine berechenbare Planungs- und Dispositionsgrundlage gibt (dazu auch § 15 Anm. 1171 aE mit entsprechendem Vorschlag).

► *Bankentypische Betätigung:* Angehörige der Bankenbranche 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; BFH 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).

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

► *Beteiligung an ausländischen Kapitalgesellschaften*: Das stl. Trennungsprinzip zwischen der Vermögenssphäre der KapGes. und derjenigen der Gesellschafter ist in ausländ. Rechtsordnungen (zB spanische S.A.) häufig fremd, dh., es wird wie beim Einzelunternehmer oder der PersGes. zwischen beiden Ebenen nicht getrennt. In diesen Fällen stellt sich bei der Anwendung des § 17 die Frage, ob die inländ. oder ausländ. Rechtsordnung Anwendung findet. Ferner stellt sich in diesen Fällen uE die Frage, ob Gewerblichkeitsmerkmale oder das Vorhandensein von Liebhaberei auf der Ebene der ausländ. KapGes. auf die Anwendung der Tatbestandsmerkmale des § 17 durchschlagen können. Hier ist uE entscheidend, ob die ausländ. KapGes. im Rahmen des sog. Typenvergleich ihrer Rechtsform nach mit einer inländ. KapGes. vergleichbar ist.

► *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 allgemeinen estl. Vorschriften über die Abgrenzung des Gewerbetriebs 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 (zu Einzelheiten vgl. § 18 Anm. 276 f., 287 und § 3 Nr. 40a Anm. 1 f.).

Einstweilen frei.

34

## 11. 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 Veräußerungsentgelten nach § 17 Abs. 2:** Zum Veräußerungspreis (vgl. dazu im Einzelnen Anm. 170 ff.) für einen Anteil an einer KapGes. gehört auch

- das Entgelt, das der Erwerber dafür zahlt, dass er bei Erwerb während des Wj. am Gewinn bereits vom Beginn des Wj. beteiligt sein soll, oder

- das Entgelt für eine andere, von § 101 Nr. 2 BGB abweichende Gewinnaufteilung.

Dagegen sind in Anteilskaufverträgen vereinbarte Zinsen für die Stundung von Kaufpreisforderungen Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 7 (vgl. zB FG Hamb. v. 21.2.2013 – 3 K 69/12, juris, rkr.). Vereinbaren die Parteien im Rahmen einer späteren Vertragsänderung, dass der Kaufpreis erst im Zeitpunkt der Änderung zu bezahlen und ab dem Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrags bis zur Änderung zu verzinsen sein soll, sind die vom Erwerber gezahlten Zinsen ebenfalls voll zu versteuernde Einkünfte des Veräußerers aus Kapitalvermögen und nicht Teil des dem Halbeinkünfteverfahren unterliegenden Veräußerungsgewinns. Das gilt auch, wenn gleichzeitig vereinbart wird, dass dem Erwerber der Gewinn ab dem Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrags zustehen soll. Die Parteien stellen sich damit im Ergebnis so, wie sie bei Erfüllung der beiderseitigen Leistungspflichten im Zeitpunkt ihrer ursprünglichen Fälligkeit, dem Zustandekommen des Vertrags, stünden. Die Zinsen bleiben dann das Entgelt für die Stundung der Kaufpreisforderung (vgl. FG Hamb. v. 21.2.2013 – 3 K 69/12, juris, rkr.).

**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 2 andererseits zu diffizilen Abgrenzungen zwischen Kapitalerträgen und Veräußerungs- bzw. Liquidationsgewinnen (ausführl. Ort, FS 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 Beträgen 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 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 Ort, FS 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 BFH 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 Körperperson 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:** Die deutlich unterschiedlich hohe Gewährung von einkommensmindernden Freibeträgen nach § 17 Abs. 3 einerseits und nach § 20 Abs. 9 andererseits stellt uE 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.

## 12. Verhältnis zu § 23

36

**Bis einschließlich Veranlagungszeitraum 2008 bestehender Vorrang des § 23 vor § 17:** Gemäß § 23 Abs. 2 Satz 2 aF war § 17 bis einschließlich 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 Veräußerungs-

geschäft 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 – 7 K 1262/98, DStRE 2002, 88, rkr.).

Durch das UntStRefG 2008 wurde die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen dahingehend neu geregelt, dass Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an einer KapGes., die nach dem 31.12.2008 angeschafft wurden, nunmehr nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 besteuert wurden. Die Regelung des § 23 Abs. 2 Satz 2 aF, wonach § 17 keine Anwendung findet, wenn die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 vorliegen, entfiel deckungsgleich erst zusammen mit der Einführung der einheitlichen Besteuerung der im PV zufließenden Kapitaleinkünfte zum 1.1.2009.

Dass § 52a Abs. 11 idF des UntStRefG 2008 keine Regelung enthält, die speziell die Aufhebung des § 23 Abs. 2 Satz 2 aF betrifft, beruht auf einem offensichtlichen Versehen des Gesetzgebers (BFH v. 13.1.2015 – IX R 16/14, BFH/NV 2015, 670). Die Regelung in § 52a Abs. 11 Satz 4 idF des UntStRefG, wonach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF auf alle Veräußerungsgeschäfte anzuwenden ist, bei denen die WG vor dem 1.1.2009 angeschafft worden sind, ist dahin auszulegen, dass die Anwendungsregelung auch die Vorschrift des § 23 Abs. 2 Satz 2 in der am 1.1.2007 geltenden Fassung erfasst (BFH v. 13.1.2015 – IX R 16/14, BFH/NV 2015, 670).

**Ab Veranlagungszeitraum 2009 Subsidiaritätsklausel gem. § 23 Abs. 2:** 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.

### 37 13. Verhältnis zu § 32d

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 in Verbindung mit 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 grds. unterliegen. § 32d findet auch auf die Wegzugsbesteuerung nach § 6 AStG (vgl. Anm. 41) keine Anwendung (so auch WASSERMEYER, IStR 2007, 833).

Wegen des regelmäßig auftretenden Steuersatzgefälles zwischen der definitiven Abgeltungsteuer von 25 % gem. § 32d einerseits und dem allgemeinen EStTarif 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  |
|--|--------------|--------------|
| <b>Gesellschaftsebene</b>  |              |              |
| Gewinn vor Steuern   | 100,00       | 100,00       |
| GewSt (400 % Hebesatz)/KSt/SolZ  | - 29,83      | - 38,65      |
| Ausschüttungsvolumen   | <b>70,17</b> | <b>61,35</b> |
| <b>Gesellschafterebene</b>   |              |              |
| Brutto-Einnahme  | 70,17        | 61,35        |
| - Abgeltungsteuer (25 % ab 2009)   | - 17,54      |              |
| - Halbeinkünfteverfahren (bei 42 % EStSatz)  |              | - 12,88      |
| - SolZ   | - 0,96       | - 0,71       |
| <b>Nettozufluss</b>  | <b>51,67</b> | <b>47,76</b> |
| <b>Gesamtsteuerbelastung für voll ausgeschüttete Gewinne<br/>(Jahr 2009 versus Jahre bis 2008)</b> | <b>48,33</b> | <b>52,24</b> |

**Abb. 1:** Vergleich Gesamtbelastung bei Vollausschüttung für im PV gehaltene Anteile an KapGes. ab 1.1.2009

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            |
| StSatz                               | 45 %                   | 25 %              |
| <b>Steuerbelastung</b>               | <b>27,00</b>           | <b>25,00</b>      |
| <b>Nettozufluss</b>                  | <b>73,00</b>           | <b>75,00</b>      |
| <b>Belastungsdifferenz</b>           | <b>2,00</b>            |                   |

**Abb. 2:** 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.

**Option zur Regelbesteuerung nach § 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a nach GmbH-Insolvenz:** Laut dem FG Düss. (FG Düss. v. 4.10.2012 – 12 K 993/12 E, EFG 2013, 122, rkr.) besteht die Option zur Regelbesteuerung nach § 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a – bei einer Beteiligung von mindestens 25 % – auch nach Eintragung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH fort, bis die GmbH wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöscht wird. Die Option nach § 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a ermöglicht – abweichend von § 20 Abs. 6 und 9 – den Abzug von Schuldzinsen als nachträgliche WK bei den Einkünften aus Kapitalvermögen. Die Option zur Regelbesteuerung ist auch zulässig, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung nicht mehr mit Kapitalerträgen aus der Beteiligung gerechnet werden kann (vgl. im Einzelnen hierzu § 32d Anm. 46 ff. [1/2010]).

## 38 14. Verhältnis zu § 34

Bis zur Unternehmenssteuerreform 2001 unterfielen Veräußerungsgewinne iSd. § 17 den Steuersatzbegünstigungen des § 34. Die von 1999 bis 2001 geltende sog. Fünftelregelung 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 – 9 K 9222/02, EFG 2003, 394, rkr.).

Seit den Änderungen durch das StSenkG findet weder die Tarifermäßigung 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 iSd. §§ 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.

Die durch das Gesetz zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform mW zum 1.8.1997 rückwirkende Herabsetzung des Höchstbetrags gem. § 34 Abs. 1 EStG 1990 von 30 Mio. DM auf 15 Mio. DM für außerordentliche Einkünfte auf eine Anteilsveräußerung im August 1997 verletzt nicht in unzulässiger Weise Vertrauensschutzinteressen des Veräußerers (BFH v. 26.1.2011 – IX R 81/06, BStBl. II 2012, 658). Ebenso ist es verfassungs- und europarechtl. nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber einen stbaren, im VZ 2001 noch nicht dem Halbeinkünfteverfahren unterliegenden Veräußerungsgewinn nach § 17 lediglich nach der Fünftelregelung des § 34 Abs. 1, nicht aber nach § 34 Abs. 3 begünstigt (BFH v. 20.10.2010 – IX R 56/09, BStBl. II 2011, 409, im Anschluss an BFH v. 1.9.2004 – VIII B 64/04, BFH/NV 2004, 1650).

## 39 15. Verhältnis zu § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e Doppelbuchst. bb

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 aufgrund 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.

## 16. 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 Inkrafttreten 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 (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 – grds. 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 vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob sich die im Ausgangsverfahren fragliche Steuervorschrift auf das beschränkt, was zur Erreichung der vorgenannten Ziele erforderlich ist.

## 41 17. 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 StPflcht 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. Aufgrund 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; ausdrücklich anders BFH v. 28.2.1990 – I R 43/86, BStBl. II 1990, 615, 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 (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 (EuGH v. 11.3.2004 – 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 EuGH (EuGH v. 11.3.2004 – C-9/02 – Hughes de Lasteyrie du Saillant, IStR 2004, 236) und EuGH (EuGH v. 7.9.2006 – C-470/04 – „N“, 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. ETTINGER/EBERL, GmbHR 2005, 152). 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, 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. Dezember 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. Steuerfestsetzungen 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 Abs. 1 wie folgt:

(1) <sup>1</sup>Bei 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. <sup>2</sup>Der 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.

<sup>3</sup>§ 17 Abs. 5 des Einkommensteuergesetzes und die Vorschriften des Umwandlungssteuergesetzes bleiben unberührt. <sup>4</sup>An Stelle des Veräußerungspreises (§ 17 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes) tritt der gemeine Wert der Anteile in dem nach Satz 1 oder 2 maßgebenden Zeitpunkt. <sup>5</sup>Die §§ 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; BFH v. 25.8.2009 – I R 88, 89/07, BFH/NV 2009, 2047; zu den verbleibenden ungeklärten Rechtsfragen vgl. HECHT/GALLERT, BB 2009, 2396; 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. aufgrund dessen nach einem DBA als in diesem Staat ansässig anzusehen ist oder
- die Einlage der Anteile in einen Betrieb oder eine BS 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 aufgrund 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 KapGes. Anteilen aufgrund 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 aufgrund 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 Staats mit dem Ergebnis eines Ausschlusses oder auch nur einer Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts (zB durch Abschluss/Änderung oder Aufhebung eines DBA) tätig wird (werden). § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AStG ist uE 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 – 7 K 5227/00 E, EFG 2004, 996, rkr.), 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 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 fünf 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 grds. 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.

**Praxishinweise:** 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) auszuscheiden. 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 grds. 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.

#### **Einzelfälle:**

► *Verlustvorträge bei Wegzug:* Bei Wegzug des Stpfl. in das EU-Ausland ist im Rahmen der Berechnung der auf die stpfl. Einkünfte nach § 6 Abs. 1 AStG iVm.

§ 17 entfallenden und nach § 6 Abs. 5 AStG zu stundenden Steuer ein auf den 31. Dezember des Vorjahres festgestellter verbleibender Verlustvortrag auch dann nicht zu berücksichtigen, wenn zwar der Gesamtbetrag der Einkünfte ohne Berücksichtigung des Wertzuwachses nach § 6 Abs. 1 AStG nicht negativ ist, aber bei einem vergleichbaren Inlandsfall kein Verbrauch des Verlustvortrags eingetreten wäre (FG München v. 14.4.2010 – 9 K 680/10, EFG 2010, 1221).

► *Saldierungsverbot zwischen fingierten Gewinnen und Verlusten*: Eine Saldierung von fingierten Veräußerungsgewinnen mit fingierten Veräußerungsverlusten findet im Rahmen der Wegzugsbesteuerung nicht statt. Bei der nach § 6 Abs. 1 Satz 1 AStG im Zeitpunkt eines Wegzugs aus Deutschland erfolgenden Besteuerung des Vermögenszuwachses aus Beteiligungen iSd. § 17 Abs. 1 Satz 1 finden nur solche Beteiligungen Berücksichtigung, für die sich im Wegzugszeitpunkt ein fingierter Wertzuwachs errechnet. Anteile, für die sich eine fingierte Wertminderung errechnet, können auch dann nicht berücksichtigt werden, wenn nach Verrechnung mit den fingierten Wertzuwächsen in der Summe ein positiver Saldo verbliebe (FG München v. 25.3.2015 – 1 K 495/13, EFG 2015, 1210).

► *Vollverzinsung bei verspäteter Festsetzung der zu stundenden Wegzugssteuer*: Im Rahmen der Ermittlung der nach § 233a Abs. 1 AO festzusetzenden Zinsen ist die gem. § 6 Abs. 1 AStG geschuldete und nach Maßgabe des § 6 Abs. 5 AStG zinslos und ohne Sicherheitsleistung zu stundende Steuer nicht zu berücksichtigen. Die Festsetzung von Zinsen auf die geschuldete, aber vom FA verspätet festgesetzte Wegzugssteuer verletzt ebenso wie die Festsetzung von Zinsen auf die festgesetzte, aber gestundete Wegzugssteuer die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV. Der Garantie der Niederlassungsfreiheit wird nicht dadurch genügt, dass die gem. § 233a AO festgesetzten Zinsen auf die Wegzugssteuer ebenso wie diese zinslos und ohne Sicherheitsleistung gestundet werden (FG Düss. v. 27.9.2013 – 1 K 3233/11, EFG 2014, 108).

#### 42 18. Verhältnis zu § 12 KStG

Mit § 12 KStG wird korrespondierend zu § 4 ein allgemeiner Entstrickungsstatbestand 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 19. 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).

## 20. Verhältnis zu § 42 AO

44

**Allgemeines:** Die Anwendung des § 42 AO hat systematisch Vorrang vor derjenigen des § 17, ist aber inhaltlich an § 17 zu messen (BFH v. 15.12.1999 – I R 29/97, BStBl. II 2000, 527; BFH v. 19.1.2000 – I R 117/97, BFH/NV 2000, 824; BFH 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.]; BFH 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; BFH v. 12.7.1988 – IX R 149/83, BStBl. II 1988, 942; BFH v. 12.9.1995 – IX R 54/93, BStBl. II 1996, 158; BFH v. 18.7.2001 – I R 48/97, BFH/NV 2001, 1636 [1638]). Der Begrenzung der Beteiligungsquote und damit Steuerverstrickung nach § 17 Abs. 1 (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; BFH 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 Überträger 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 – IV B 7 - S 2810 - 4/98, BStBl. I 1998, 207; ferner FG Düss. v. 12.5.2003 – 7 K 3172/01 E, EFG 2003, 1247, rkr.). Dagegen sah der IV. Senat des BFH 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 zwischengeschaltet 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; BFH 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 gestaltungsmisbräuchlich. Nach Absenkung der Relevanzschwelle auf 1 % und weitgehender Einschränkung der stl. Abziehbarkeit von Teilwertabschreibungen (vgl. § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG, § 3c Abs. 2) hat die Anteilsrotation als Mittel der Steuergestaltung stark an Bedeutung verloren. Allerdings sind Gestaltungen, die der Anteilsrotation vergleichbar erscheinen, wie zB im Rahmen sog. Cum/Ex-Geschäfte mit Aktien, die den Erwerb von Aktien mit einem durch ein Kreditinstitut initiiertes und modellhaft aufgelegtes Gesamtvertragskonzept verbunden haben, zweifelhaft im Hinblick auf § 42 AO; der BFH hat die Frage der steuerlichen Anerkennung verbundener Geschäfte allerdings bereits über die Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums nach § 39 AO gelöst und den sog. Cum/Ex-Geschäften im Ergebnis zutreffend eine steuerliche Absage erteilt (vgl. BFH Urteil v. 16.4.2014, I R 2/12, BFHE 246, 15, mwN, dieser ausdrücklich offen lassend die Anwendbarkeit des § 42 AO unter IV. 4. der Entscheidungsgründe).

**Sog. ringweise Anteilsveräußerungen und -erwerbe im Gesellschafterkreis** sind ebenfalls grds. kein Gestaltungsmissbrauch: Die verlustbringende Veräußerung eines KapGesAnteils iSd. § 17 Abs. 1 Satz 1 an einen Mitgesellschafter ist nicht deshalb rechtsmissbräuchlich iSd. § 42 AO, weil der Veräußerer in engem zeitlichen Zusammenhang von einem anderen Mitgesellschafter dessen in gleicher Höhe bestehenden Gesellschaftsanteil an derselben Gesellschaft erwirbt (BFH v. 7.12.2010 – IX R 40/09, BStBl. II 2011, 427, mwN).

**Anteilsveräußerung zur Vermeidung einer Steuerverstrickung** iSv. § 17 Abs. 1 stellt grds. 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, rkr.; 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 – 18 K 7568/92 E, EFG 1998, 113, rkr.; Nds. FG v. 31.10.2001 – 9 K 400/96, 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 (BFH v. 13.10.1992 – III 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 (zwei 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 heran, 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:** § 42 AO kann nicht herangezogen werden, um etwa bestehende Gesetzeslücken im Bereich des § 17 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 – 10 K 294/00, EFG 2004, 652, rkr. für eine zwei Jahre nach dem Schenkungsfall erfolgte Anteilsveräußerung).

Ebenfalls nicht rechtsmissbräuchlich iSv. § 42 AO ist nach dem Urteil des FG München (FG München v. 15.12.2009 – 2 K 2608/06, EFG 2010, 715, rkr.) die stl. Geltendmachung eines Veräußerungsverlustes durch ein von einem Elternteil kurz zuvor beschenktes Kind, wenn der Verlust auch durch den schenkenden Elternteil im Veräußerungsfall hätte geltend gemacht werden können. Der Entscheidung steht auch nicht das Urteil des BFH (BFH v. 28.1.1972 – VIII R 4/66, BStBl. II 1972, 322) entgegen. Zwar kann danach ein Gestaltungsmissbrauch zur Umgehung der StPflicht nach § 17 vorliegen, wenn Anteile an einer KapGes. bei wesentlicher Beteiligung zunächst verschenkt und unmittelbar darauf vom Beschenkten gegen Entgelt veräußert werden. Jedoch hat der Entscheidung des BFH zugrundeliegende § 17 aF noch keine dem im Streitjahr geltenden § 17 Abs. 2 Satz 4 vergleichbare Regelung enthalten. Zum anderen bestanden, im Unterschied zum Urteilsfall des BFH (BFH v. 28.1.1972 – VIII R 4/66, BStBl. II 1972, 322) keine Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Schenkung des Vaters an den Kläger und wurde durch die Zwischenschaltung der Schenkung dem Veräußerungsvorgang der Anteile auch nicht das Merkmal der Entgeltlichkeit genommen. Wird die Verlustverrechnung danach ausdrücklich von

der Regelung in § 17 gebilligt, kann der Wille des Gesetzgebers nicht durch § 42 AO korrigiert werden (FG München v. 15.12.2009 – 2 K 2608/06, EFG 2010, 715, rkr.).

Sieht ein vorab erstelltes Konzept vor, dass Teile des vereinbarten Kaufpreises – oder gar der gesamte vereinbarte Betrag – unmittelbar als Schenkung vom Veräußerer an den Erwerber zurückfließen, liegt in Höhe des zurückgeschenkten Betrags keine entgeltliche Übertragung vor. Bei einer „teilentgeltlichen Betriebsaufgabe“ sind die Grundsätze der sog. Einheitstheorie nicht anzuwenden (BFH v. 22.10.2013 – X R 14/11, BStBl. II 2014, 158).

**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 Inkrafttreten des Halbeinkünfteverfahrens zu realisieren (BFH v. 29.5.2008 – IX R 77/06, BStBl. II 2008, 789).

**Künstliche Vermeidung eines (aktuellen oder 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 StRecht 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 – 2 K 1179/04, EFG 2008, 1803, rkr.).

**Eine missbräuchliche Vereinbarung eines Darlehens** über die als Veräußerungserlös nach § 17 zu erfassenden Gewinnbezugsrechte für unverteilte Gewinne einer GmbH liegt vor, wenn sich der Stpfl. und seine zwei Brüder darauf einigen, dass einer von ihnen feststehende (zB durch gerichtlichen Vergleich nach einem Rechtsstreit vereinbarte) Ansprüche auf unverteilte Gewinne vergangener Geschäftsjahre der GmbH erhält und die GmbH dem Anspruchsinhaber – missbräuchlich allein zur Umgehung der Besteuerung eines Teils des Veräußerungserlöses – ein zinsloses und sofort auszahlbares Darlehen gewährt, das bis zur vollständigen Auszahlung eines Gewinnanspruchs bzw. einer Dividende befristet und nur durch Verrechnung mit dem Dividendenanspruch zurückzuzahlen ist (FG München v. 5.2.2015 – 15 K 582/12, nkr., Az. BFH IV R 24/15).

**Zwischenschaltung von (Basis-)Gesellschaften im Ausland:** Vgl. dazu BFH (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 (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 (BFH v. 20.3.

2002 – I R 63/99, BStBl. II 2003, 50) 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, FS Wassermeyer, 2005, 323 [324 ff.] mwN; NIEDRIG, IStR 2003, 474).

**Eine disquotale Aufteilung** eines für Anteilsübertragungen gezahlten Gesamtkaufpreises ist nach § 42 AO nicht anzuerkennen, wenn die Aufteilung nicht von gegensätzlichen Interessen der Vertragspartner getragen wird (FG München v. 22.4.2013 – 7 K 2604/10, juris).

**Nachträgliche Re-Kapitalisierung einer insolventen Kapitalgesellschaft nach vorangegangener Gesellschafter-Fremdfinanzierung:** Nach Auffassung des Nds. FG (Nds. FG v. 26.9.2012 – 2 K 13510/10, GmbHR 2013, 613rkr.) soll die Berücksichtigung nach einer Liquidation der KapGes. zugeführter finanzieller Mittel als nachträgliche AK auf die Beteiligung wegen Gestaltungsmissbrauchs ausscheiden, soweit die neu zugeführten Gelder nur dazu dienen, Darlehen oder andere Fremdkapitalmittel abzulösen, die der auch die neuen Finanzmittel zuführende Gesellschafter der Gesellschaft vor Erwerb der Gesellschafterstellung gewährt hat. Die Entscheidung überschreitet uE die Tatbestandsvoraussetzungen des § 42 AO. Liegt für eine nachträgliche Rekapitalisierung einer KapGes. ein weitergehender außersteuerlicher Grund wie zB eine Sanierungsabsicht oder die vorübergehende Schaffung von Liquidität zu Abwicklungszwecken vor, dienen neu zugeführte Gelder auch nach einer Liquidationseröffnung durchaus anerkanntswerten außersteuerlichen Zwecken.

Bei zivilrechtl. zulässigen Kapitalzuführungen ist ein Gestaltungsmissbrauch grds. auszuschließen (so zB auch FG München [FG München v. 27.10.2009 – 6 K 3941/06, EFG 2010, 462, rkr.]). Eine Gestaltung, bei der die Gesellschafter der Betriebs-GmbH Kapital zuzuführen, mit dem diese die gegenüber der personenidentischen Besitz-PersGes. bestehenden Verbindlichkeiten tilgt, aus der die Gesellschafter das Kapital sodann wieder entnehmen, ist aufgrund anzuerkennender außersteuerlicher Gründe – auch unter dem Aspekt des Gesamtplans – grds. nicht missbräuchlich. Die Gesellschafter wählen damit auch keinen unüblichen und/oder gekünstelten Weg der Gesellschafterfinanzierung. Zwar kann im Einzelfall ein Forderungsverzicht einfacher sein. Entscheidend ist aber, dass nach § 26 Abs. 2 GmbHG die Bareinzahlung von im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Nachschüssen als gesetzlicher Normalfall geregelt ist. Dies schließt es aus, auch nicht im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Nachschusszahlungen als unüblichen Weg zu qualifizieren (FG München v. 27.10.2009 – 6 K 3941/06, EFG 2010, 462, rkr.).

Einstweilen frei.

45–49

## 21. 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 mW 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). 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 sieben Jahre (schädliche Haltefrist, die eine rückwirkende Besteuerung eines Einbringungsgewinns auslöst) nach Durchführung des unterhalb des gemeinen Werts durchgeführten Einbringungs- bzw. Umwandlungsvorgangs. Aufgrund 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 Gesellschaftsrechte an der übernehmenden KapGes. konsequent fort (vgl. FG Ba.-Württ. v. 19.4.2011 – 11 K 4386/08, EFG 2011, 1933, rkr., nachfolgend BFH v. 1.12.2011 – I B 127/11, BFH/NV 2012, 1015).

Allerdings ist für das Vorliegen eines Bewertungswahlrechts von Bedeutung, ob ein „einfacher“ oder ein „qualifizierter“ Anteilstausch vorliegt. Beim sog. einfachen Anteilstausch 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 Mehr-

heit der Stimmrechte an der erworbenen KapGes. verschafft (sog. qualifizierter Anteilstausch), kann die übernehmende KapGes. gem. § 21 Abs. 1 Satz 2 UmwStG unter Erfüllung der Voraussetzungen beantragen, für die von ihr übernommenen KapGesAnteile (statt des gemeinen Werts) einen niedrigeren Buchwert oder niedrigere AK oder einen niedrigeren Zwischenwert anzusetzen (vgl. BMF v. 25.3.1998 – IV B 7 - S 1978 - 21/98, BStBl. I 1998, 286, Tz. 20.15). 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) als auch als AK für die neu erhaltenen Anteile anzusetzen (Wertverknüpfung beim qualifizierten Anteilstausch). Dies bedeutet, dass das der Einbringende an das übernehmenden Rechtsträger ausgeübte Bewertungswahlrecht gebunden ist (vgl. BMF v. 11.11.2011, BStBl. I 2011, 1314, Tz. 20.21, AEUmwStG 2006). 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 sieben Jahre (Sieben-Jahres-Frist) 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 mehr eingreift (Abschaffung des Instituts der einbringungsgeborenen Anteile), sondern nur noch eine rückwirkende Besteuerung des Einbringungsvorgangs als sog. Einbringungsgewinn. § 22 UmwStG schafft keinen eigenen Besteuerungstatbestand, sondern ändert nachträglich die Rechtsfolgen des Einbringungsvorgangs und stellt somit ein rückwirkendes Ereignis iSd. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO dar (vgl. BRÜGGEN, „Einbringungen in eine Kapitalgesellschaft im Rahmen der Umwandlung eines Betriebs im Sinne der §§ 20 ff. UmwStG und ausgewählte Möglichkeiten und Gefahren der steuerlichen Gestaltung bei der Veräußerung der erhaltenen neuen Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft innerhalb der gesetzlichen Sperrfrist für den einbringenden Gesellschafter im Sinne des § 22 UmwStG, insbesondere bei der „Aufwärtsverschmelzung““, Viersen, 2017, im Erscheinen, mwN).

Hieraus folgt unter Berücksichtigung der Voraussetzungen des § 22 UmwStG im Grundsatz folgende Besteuerungssystematik (wesentliche Leitlinien):

- Sofern innerhalb von sieben 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 Einbringungsstichtag als Gewinn des Einbringenden iSv. § 16 zu versteuern (Einbringungsgewinn I, zu Einzelheiten vgl. zB LEY, FR 2007, 109 [114, 115] mit Beispielen). Spätere Wertänderungen der übertragenen bzw. eingebrachten Anteile innerhalb der Sie-

- ben-Jahres-Frist 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 Einbringungsstichtag häufig empfehlenswert, auch wenn die Höhe des gemeinen Werts als steuerbegründende oder -erhöhende Tatsache grds. 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 sieben 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 sieben Jahren nach Durchführung einer Sacheinlage (§ 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG) oder eines qualifizierten Anteilstauschs (§ 21 Abs. 1 Satz 2 UmwStG) unterhalb des gemeinen Werts „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, zu Einzelheiten vgl. zB LEY, FR 2007, 109 [116f., 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 aufgrund 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 aufgrund 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 AK-Erhöhung 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 nur für stl. Zwecke, nicht aber zwingend für handelsrechtl. Zwecke nachzuvollziehen (vgl. BMF v. 11.11.2011, BStBl. I 2011, 1314, AEUmwStG 2006; vgl. BRÜGGEN, „Einbringungen in eine Kapitalgesellschaft im Rahmen der Umwandlung eines Betriebs im Sinne der §§ 20 ff. UmwStG und ausgewählte Möglichkeiten und Gefahren der steuerlichen Gestaltung bei der Veräußerung der erhaltenen neuen Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft innerhalb der gesetzlichen Sperrfrist für den einbringenden Gesellschafter im Sinne des § 22 UmwStG, insbesondere bei der „Aufwärtsverschmelzung“, Viersen, 2017, im Erscheinen), denn nach der Gesetzesbegründung zu §§ 20 ff. UmwStG soll das Maßgeblichkeitsprinzip iSv. § 5 Abs. 1 Satz 1 aufgrund 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.

## 22. 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 aufgrund 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 gesetzssystematisch 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 Gesetzssystematik 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 für die Wertfindung von nicht notierten Anteilen an KapGes. uE auch das vereinfachte Ertragswertverfahren nach §§ 199–203 BewG herangezogen werden.

52 Einstweilen frei.

53

## V. Zurechnung der Einkünfte

**Grundsätze:** 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.; grundlegend zur Zurechnung von zivilrechtl. und/oder wirtschaftlichem Eigentum s. § 2 Anm. 144; FISCHER in HHSp., § 39 AO, Rn. 1 ff. [3/2013]).

**Besondere Anwendungsfälle der Zurechnung bei Einkünften nach § 17:**

▶ *Abgrenzung zu Werbungskosten nach § 9:* Vgl. Verhältnis § 17 zu § 9 unter Anm. 32

▶ *Girosammelvertrag:* Zum Begriff vgl. Anm. 56; zur objektiven Beweislast vgl. Anm. 57 und zu § 17 Abs. 1 S. 3 EStG vgl. Anm. 56 mit näheren Erläuterungen und zur Rechtsprechung des FG Köln v. 24.2.2015 – 7 K 1279/07, EFG 2015, 1604.

▶ *Optionsrecht:* Ein Optionsrecht zum Erwerb von Aktien ist keine Anwartschaft iSd. § 17 Abs. 1 Satz 3, wenn es unter dem Vorbehalt einer erforderlichen Änderung eines Poolvertrags steht, die Realisierbarkeit dieser Änderung jedoch fraglich ist und die Änderung letztendlich auch nicht zustande kommt. Ist die Ausübung der einseitigen Option zum Erwerb von Aktien aus der Sicht des Jahres, in dem die Option eingeräumt worden ist, zwar möglich, ist aber nach dem typischen Geschehensablauf nicht mit einer gewissen Sicherheit davon auszugehen, dass von der Option Gebrauch gemacht wird, so begründet die Einräumung eines Optionsrechts kein wirtschaftliches Eigentum an den Aktien. Hat eine

GmbH ihren beherrschenden Gesellschaftern ein unter einer Bedingung stehendes Optionsrecht zum Erwerb von Aktien eingeräumt und steht nunmehr nach dem Gesamtbild der Verhältnisse fest, dass die Bedingung (Zustimmung fremder Dritter zur Abänderung eines Poolvertrags) nicht erfüllt werden kann, so liegt eine vGA vor, wenn der Vertrag über das Optionsrecht aufgehoben wird und die GmbH trotz der nunmehrigen Wertlosigkeit des Optionsrechts eine Zahlung in Höhe des Kaufpreises der Aktien an die Gesellschafter leistet (FG München v. 24.10.2013 – 11 K 1190/11, EFG 2014, 344, rkr.). Zu weiteren Einzelheiten vgl. Anm. 150, zu § 17 Abs. 1.

► *Poolvertrag einschließlich Option:* Kann eine mittelbar über eine GmbH an einer anderen KapGes. (zB KGaA) beteiligte Stpfl. aufgrund einer Poolvereinbarung der Gesellschafter nicht selbst die von einem anderen Gesellschafter zum Verkauf angebotenen Aktien erwerben, sorgt sie deswegen für einen Erwerb der Aktien durch die GmbH und lässt sie sich von der GmbH ein Optionsrecht zum Erwerb der Aktien für den Fall einräumen, dass die GmbH eine Änderung des Poolvertrags und dadurch eine Genehmigung des Erwerbs der Aktien durch die bisher nicht unmittelbar an der KapGes. beteiligte Stpfl. erwirken kann, so erlangt die Stpfl. durch die Optionsvereinbarung auch dann noch kein wirtschaftliches Eigentum an den Anteilen, wenn sie zwar gegenüber der GmbH das Risiko eines möglichen Wertverlusts der Anteile an der anderen KapGes. übernimmt und sich die GmbH schuldrechtl. zur Veräußerung der Anteile ausschließlich an die Stpfl. verpflichtet, die mit den Anteilen an der KapGes. verbundenen wesentlichen Rechte, das Stimm- und Dividendenbezugsrecht, jedoch bei der GmbH verbleiben (vgl. FG München 24.10.2013 – 11 K 1190/11, EFG 2014, 344, rkr., vgl. Anm. 150).

► *Steuerliche Zurechnung eines Teilgeschäftsanteils im Rahmen einer Quotentreuhand:* Der Annahme eines zivilrechtl. wirksamen Treuhandverhältnisses steht nicht entgegen, dass dieses nicht an einem selbständigen Geschäftsanteil, sondern – als sog. Quotentreuhand – lediglich an einem Teil eines solchen Geschäftsanteils vereinbart wird (vgl. Anm. 122). Ein solcher quotaler Anteil ist strechtl. ein WG iSd. § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO und stellt damit einen treugutfähigen Gegenstand dar (BFH v. 6.10.2009 – IX R 14/08, BStBl. II 2010, 460).

► *Treuhand:* Treugutfähige Gegenstände sind als Wirtschaftsgüter i.S.d § 39 Abs.2 Nr.1 S.2 AO dem Treugeber zuzurechnen. Nach dem BFH (BFH Urt. v. 10.5.2016, IX R 13/15, BFH/NV 2016, 1556; v. 24.11.2009, I R 12/09, BStBl. II 2010, 590) ist ein Treuhandverhältnis nur gegeben, wenn die mit der rechtlichen Eigentümerstellung verbundene Verfügungsmacht schuldrechtlich so zu Gunsten des Treugebers einschränkt ist, dass das rechtliche Eigentum als leere Hülle erscheint. Bei der Prüfung, ob ein Treuhandverhältnis vorliegt, ist ein strenger Maßstab anzulegen. Kommt der Stpfl. seiner Nachweispflicht nach § 159 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 AO nicht nach, werden die Rechte oder Sachen grds. dem Treuhänder zugerechnet. Wesentliche inhaltliche Kriterien der Prüfung sind die Weisungsgebundenheit des Treuhänders und dessen Verpflichtung zur jederzeitigen Rückgabe des Treuguts. Die Feststellungslast für das Bestehen eines Treuhandverhältnisses trägt derjenige, der sich darauf beruft (FG München v. 30.11.2010 – 13 K 1150/07, juris, rkr.). Zu weiteren Einzelheiten, insbesondere zur Indizwirkung der Bilanzierung des Treuguts vgl. Anm. 92 und 122 zu § 17 Abs. 1.

► *Treuhandverhältnisse:* Erhebliche Probleme für die Zurechnung ergeben sich häufig bei Treuhand- und ähnlichen Rechtsverhältnissen (zB Sicherungsabreden, Wertpapierleihen etc.). Zu Einzelheiten vgl. Anm. 92 und 122 zu § 17 Abs. 1.

► *Unterbeteiligung*: Wer an Aktien unterbeteiligt ist, aber die Gesellschaftsrechte nicht ausüben kann und von den Entscheidungen des Aktionärs abhängig ist, überdies nur über ein begrenztes Gewinnbezugsrecht verfügt, ist – jedenfalls noch – kein wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien (BFH v. 1.8.2012 – IX R 6/11, BFH/NV 2013, 9).

Räumt der Vater seinem Sohn eine Unterbeteiligung an einem KapGesAnteil ein (10 %), für den der Vater weiterhin gegenüber der Gesellschaft alle Gesellschaftsrechte ausübt (einschließlich der Stimmrechte), für den dem Sohn ferner nur ein begrenzter Gewinnanteil zusteht, über den der Sohn ferner nicht frei verfügen kann und für den dem Sohn zudem die Vermögens- und Verwaltungsrechte nicht uneingeschränkt zustehen, ist auf den Sohn kein wirtschaftliches Eigentum an dem Anteil übergegangen (FG Münster v. 25.11.2010 – 3 K 2791/09 E, EFG 2011, 964, rkr.). Zu weiteren Einzelheiten vgl. Anm. 122 zu § 17 Abs. 1.

► *Unwirksame Rechtsgeschäfte*: Ist aufgrund 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 – 8 K 7577/97 E, EFG 2000, 1000, rkr.).

Zur strechtl. Anerkennung einer formunwirksamen vereinbarten Unterbeteiligung zwischen Ehegatten hat der BFH (BFH v. 11.5.2010 – IX R 19/09, BStBl. II 2010, 823) entschieden: Ob bei Verträgen zwischen nahen Angehörigen der Mangel der zivilrechtl. Form als Beweisanzeichen mit verstärkter Wirkung den Vertragsparteien anzulasten ist, beurteilt sich nach der Eigenqualifikation des Rechtsverhältnisses durch die Parteien. Vereinbaren Ehegatten die Unterbeteiligung an einem von einem Dritten treuhänderisch für einen der Ehegatten als Treugeber gehaltenen KapGesAnteil in einer zivilrechtl. nicht hinreichenden Form und behaupten sie, den Vertrag entsprechend dem Vereinbarten auch tatsächlich vollzogen zu haben, so können sie zum Beweis nicht lediglich ihre eigene Schilderung des Verfahrensablaufs mit Blick auf die zwischen Ehegatten intern üblichen Gepflogenheiten (keine schriftliche Kommunikation) anbieten (vgl. BFH v. 11.5.2010 – IX R 19/09, BStBl. II 2010, 823).

Die Formunwirksamkeit der Abtretung bzw. Übertragung eines Anteils an einer GmbH im Wege der Einlage in eine andere KapGes. steht der Erlangung des wirtschaftlichen Eigentums an dem GmbH-Anteil durch die aufnehmende Gesellschaft grds. nicht entgegen (BFH v. 24.1.2012 – IX R 69/10, BFH/NV 2012, 1099).

► *Verträge unter nahen Angehörigen*: Notwendige und hinreichende Voraussetzung für die Zurechnung einer Beteiligung iSd. § 17 ist das wirtschaftliche Eigentum. Die allgemeinen Regeln, wonach Verträge unter nahen Angehörigen stl. nur anzuerkennen sind, wenn sie zivilrechtl. wirksam abgeschlossen sowie vereinbarungsgemäß durchgeführt worden sind und nach Inhalt und Durchführung ei-

nem Fremdvergleich standhalten, gelten grds. auch für die Beurteilung einer Anteilveräußerung iSd. § 17 unter nahen Angehörigen (BFH v. 6.10.2009 – IX R 4/09, BFH/NV 2010, 623).

► *Veräußerung vom zivilrechtlichen Eigentümer an personenidentischen wirtschaftlichen Eigentümer:* Dies 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 (vgl. dazu im Einzelnen zu § 22 Anm. 380 f., insbes. 390–393 zu Vermögensumschichtungen und veräußerungsähnlichen Vorgängen).

► *Vorbehaltsnießbrauch:* Das wirtschaftliche Eigentum an unentgeltlich übertragenen GmbH-Anteilen geht trotz des vom Schenker vorbehaltenen Nießbrauchs (Vorbehaltsnießbrauch) und der diesem vertraglich eingeräumten unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht zusammen mit dem zivilrechtl. Eigentum auf den Beschenkten über, wenn der Schenkungsvertrag nicht mit einem Widerrufsvorbehalt oder einer Rückfallklausel zugunsten des Schenkers ausgestaltet ist, aufgrund derer der Schenker ohne den Willen des Beschenkten das zivilrechtl. Eigentum zurückerlangen könnte (Abgrenzung zu BGH v. 5.4.2011 – II ZR 173/10, DStR 2011, 1475). Die spätere entgeltliche Ablösung des Nießbrauchs führt bei der Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung der Anteile durch den Beschenkten zu nachträglichen AK (FG Düss. v. 26.4.2013 – 1 K 1143/12 E, EFG 2014, 447, rkr.). Zu weiteren Einzelheiten vgl. Anm. 70 zu § 17 Abs. 1.

► *Wirtschaftliches Eigentum:* Das wirtschaftliche Eigentum (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO) an einem KapGesAnteil geht auf einen Erwerber über, wenn der Erwerber des Anteils aufgrund eines (bürgerlich-rechtl.) Rechtsgeschäfts bereits eine rechtl. geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete Position erworben hat, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann, und die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen Rechte sowie das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf ihn übergegangen sind. Mit dem Abschluss des schuldrechtl. Kauf- und Übertragungsvertrags über Anteile an KapGes. erwirbt der Erwerber bereits vor Übertragung der Anteile auf das benannte Depot wirtschaftliches Eigentum, wenn eine konkret auf die Eigentumsübertragung gerichtete vertragliche Bindung vorliegt, deren Vollzug nicht von weiteren erst noch zu vereinbarenden Bedingungen abhängt. Die Abhängigkeit der dinglichen Übertragung von bereits vereinbarten Bedingungen hindert den Erwerb wirtschaftlichen Eigentums nicht, wenn der Bedingungseintritt allein im Einflussbereich des Käufers liegt (zB Zahlung des Kaufpreises) bzw. wenn nach den typischen und normalen Umständen der Bedingungseintritt mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist (zB Genehmigung der Kartellbehörde). Ein möglicher gutgläubiger Erwerb eines Dritten oder die Verpfändung der Anteile an einen gutgläubigen Dritten ändert nichts an dem Vorliegen der gesicherten Rechtsposition. Für die Bemessung des Fünf-Jahres-Zeitraums iSd. § 17 Abs. 1 Sätze 1, 4 ist der Zeitraum der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums maßgebend (Hess. FG v. 12.2.2009 – 12 K 3263/07, juris, rkr.). Der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums ist nach dem Gesamtbild der Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall zu bestimmen. Zu weiteren Einzelheiten vgl. Anm. 53.

▶ *Zeitliche Zurechnung von Anteilen:* Bezugsrechte aufgrund einer wirksamen Kapitalerhöhung, durch die nach dem Gesamtplan die Beteiligungshöhe eines GmbH-Gesellschafters trotz des gleichzeitigen Hinzuerwerbs von Anteilen wieder unter die Wesentlichkeitsschwelle von 25 % abgesenkt werden sollte, sind bei der Ermittlung der Beteiligungshöhe erst ab dem Zeitpunkt zu berücksichtigen, an dem die Erhöhung des Stammkapitals durch Eintragung der entsprechenden Satzungsänderung in das Handelsregister wirksam wird (FG Düss. v. 14.9.2010 – 13 K 997/08 E, EFG 2011, 961, rkr.).

▶ *Steuerverstrickung einer Beteiligung für eine juristische Sekunde:* Im Rahmen des § 17 Abs. 1 kommt es nicht auf die Dauer der Beteiligung an, sondern nur darauf, dass der Stpfl. einmal innerhalb der letzten fünf Jahre – und sei es auch nur für eine juristische Sekunde – wesentlich beteiligt war. Eine wesentliche Beteiligung liegt danach auch dann vor, wenn der Stpfl. im Zuge einer einheitlichen Vertragsurkunde zunächst eine wesentliche Beteiligung übernimmt und diese durch Kapitalerhöhung eine juristische Sekunde später wieder verliert. Für die Beurteilung spielt es keine Rolle, dass die übernommenen GmbH-Anteile einer sog. Mantelgesellschaft waren (FG Köln v. 17.3.2010 – 2 K 1049/03, EFG 2010, 1499, rkr.).

▶ *Zeitliche Zurechnung von Wertsteigerungen:* Nach BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, u.a., BStBl. II 2011, 86 = BVerfGE 127, 61, vgl. Anm. 10) ist § 17 Abs. 1 Satz 4 iVm. § 52 Abs. 1 Satz 1 idF des StEntlG 1999/2000/2002 nichtig, soweit in einem Veräußerungsgewinn Wertsteigerungen stl. erfasst werden, die bis zur Verkündung am 31.3.1999 entstanden sind und die bei einer Veräußerung nach Verkündung des Gesetzes sowohl zum Zeitpunkt der Verkündung als auch zum Zeitpunkt der Veräußerung nach der zuvor geltenden Rechtslage stfrei hätten realisiert werden können (Einzelheiten dazu Anm. 10). War der Kläger mit mehr als 10 %, aber weniger als 25 % beteiligt, hat er seine Beteiligung zivilrechtl. wirksam noch im Jahr 1998 veräußert, ist jedoch das wirtschaftliche Eigentum an der Beteiligung im Jahr 1999 erst nach dem 31.3.1999 auf den Erwerber übergegangen und war der Gesellschafter erst nach Absenkung der Beteiligungsgrenze iSd. § 17 Abs. 1 im Streitjahr 1999 erstmals wesentlich beteiligt, ist es nicht zulässig, die nach dem 31.3.1999 bis zur Realisierung des Veräußerungsgewinns entstandenen Wertsteigerungen in jedem Fall der Besteuerung zu unterwerfen; Voraussetzung ist vielmehr, dass in dem Veräußerungsgewinn, dessen Ermittlung sich nach § 17 richtet, solche Wertsteigerungen überhaupt enthalten sind. Für die Beantwortung dieser Frage kommt es nach FG München v. 26.2.2013 – 11 K 446/08 (EFG 2013, 1751 rkr) darauf an, welchen Zeiträumen die im Veräußerungsgewinn erfassten Wertsteigerungen zuzuordnen sind (im dortigen Streitfall: volle Zuordnung der Wertsteigerungen auf den Zeitraum vor der schuldrechtl. Anteilsveräußerung im Dezember 1998, damit keine Besteuerung eines Veräußerungsgewinns im Veräußerungsjahr 1999, also keine Steuerbarkeit eventuell nach der schuldrechtl. Veräußerung eingetretener Wertsteigerungen der Anteile).

▶ *Zeitpunkt des Ansatzes eines Auflösungsverlustes nach § 17 Abs. 4:* Ein stl. zu berücksichtigender Auflösungsverlust iSd. § 17 ist nur ausnahmsweise dann vor Abschluss des Liquidationsverfahrens entstanden, wenn mit einer wesentlichen Änderung des bereits feststehenden Verlustes nicht mehr zu rechnen ist (FG Rhld.-Pf. v. 10.2.2010 – 1 K 2231/06, juris, rkr.). Zu weiteren Einzelheiten s. Anm. 276 zu § 17 Abs. 4.

▶ *Zwischenscheine* verbiefen das volle, durch Eintragung entstandene Mitgliedschaftsrecht bis zur endgültigen Ausgabe der Aktien vorläufig. Der Zweck von

Zwischenscheinen ist es, den Aktionären schon vorher vorläufige verkehrsfähige Urkunden über ihr Mitgliedschaftsrecht ausstellen zu können. Ein Zwischenschein muss auf den Namen des Berechtigten lauten. Zwischenscheine sind geborene Orderpapiere, die wie Namensaktien zu behandeln und unter Angabe des Namens, Wohnorts und Berufs des Inhabers in das Aktienbuch der Gesellschaft einzutragen sind. Zwischenscheine können wie Namensaktien durch Indossament übergeben, aber auch durch Abtretung des verbrieften Rechts übertragen werden. Zwischenscheine sind also geborene Orderpapiere, die wie Namensaktien zu behandeln sind. Die durch sie verbriefte Mitgliedschaft kann sowohl durch Indossament als auch durch Abtretungsvertrag übertragen werden (vgl. zB FG München v. 30.11.2010 – 13 K 1150/07, juris, rkr.; BFH v. 11.12.2012 – IX R 33/11, BFH/NV 2013, 1057).

Einstweilen frei.

54

## VI. Verfahrensfragen

### 1. Anzeigepflichten nach § 54 EStDV

55

**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 aufgrund 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 zwei 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 ermöglicht (kritisch mit Blick auf weitere strukturelle Erhebungsdefizite aufgrund § 30a AO FOHLER, Private Anteilsveräußerung und vermögensverwaltende Personengesellschaften, 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 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.

## 56 2. Bescheinigung von Leistungen aus dem steuerlichen Einlagekonto nach § 27 Abs. 3 und 4 KStG

**Bescheinigung durch die Kapitalgesellschaft:** 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.

**Girosammelverwahrung:** Lässt sich nicht feststellen, ob girosammelverwahrte steuerverstrickte Aktien oder nicht steuerverstrickte Aktien veräußert worden sind, scheidet die Anwendung des § 17 nach dem Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung aus. Es gibt keinen Grundsatz, dass steuerverstrickte und nicht steuerverstrickte Aktienbestände zu gleichen ideellen Anteilen, wie sie im Gesamtbestand der Aktien enthalten sind, veräußert werden (FG Köln v. 24.4.2015 – 7 K 1279/07, EFG 2015, 1604, rkr.). Wird dem Anteilseigner ohne Entgelt eine Option zum Erwerb von Aktien eingeräumt und übt er diese Option später aus, ist diese Differenz zwischen dem Veräußerungsentgelt und dem Marktwert der Aktien nicht als AK des Gesellschafters für die Beteiligung zu qualifizieren. Bei der Ermittlung des Verlustes aus der Veräußerung solcher Anteile, denen konkret keine Kosten zugeordnet werden können dürfte auch nicht etwa ein Durchschnittssatz als AK unterstellt werden, sondern uE muss hier das Lifo-Verfahren angewandt werden, um dem Telos der Norm gerecht zu werden.

## 57 3. Veranlagung, Feststellung, Korrektur von Steuerbescheiden

**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; BFH v. 9.5.2000 – VIII R 41/99, BFH/NV 2001, 17; BFH 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 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 4 KStG verwiesen.

#### **Korrektur von Steuerbescheiden:**

§ 17 verhält sich zur eingeschränkten Korrekturmöglichkeit von Steuerbescheiden nach §§ 172 ff. AO wie folgt:

► *Zu späteren Veränderungen des Veräußerungsgewinns* (Veräußerungspreis bzw. -erlös, Veräußerungskosten oder AK) vgl. im Einzelnen Anm. 166, 184 f. und 205.

► *Änderungen nach § 174 AO:* Die Änderung eines bestandskräftigen Steuerbescheids nach § 174 Abs. 1 Satz 1 AO setzt voraus, dass ein bestimmter Sachverhalt in mehreren StBescheiden zu Ungunsten eines oder mehrerer Stpfl. berücksichtigt worden ist, obwohl er nur einmal hätte berücksichtigt werden dürfen. Ist ein bestimmter Sachverhalt, nämlich ein Auflösungsfall nach § 17 Abs. 4 Satz 1 1. Alt. nicht mehrfach berücksichtigt worden, ist der Tatbestand des § 174 Abs. 1 AO nicht erfüllt. Die Voraussetzungen des § 174 Abs. 3 AO sind ebenfalls nicht gegeben, weil diese Vorschrift voraussetzt, dass ein bestimmter Sachverhalt – hier der Auflösungsfall nach § 17 Abs. 4 Satz 1 1. Alt. – in einem StBescheid erkennbar in der Annahme nicht berücksichtigt wurde, dass er in einem anderen StBescheid zu berücksichtigen ist und sich diese Annahme als unrichtig herausstellt. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, scheidet ei-

ne Änderung nach § 174 AO aus (Nds. FG v. 15.1.2015 – 14 K 288/13, EFG 2015, 876, rkr.).

► *Die Berücksichtigung nachträglicher Anschaffungskosten im Rahmen des § 17 als „rückwirkendes Ereignis“ iSd. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO* kann nur erfolgen, wenn die Veräußerung der wesentlichen Beteiligung in der StErklärung mitgeteilt und damit „der Besteuerung zugrunde gelegt wurde“ (Schl.-Holst. FG v. 29.7.2014 – 3 K 77/10, EFG 2015, 52, rkr.; bestätigt durch BFH v. 16.6.2015 – X R 30/14, BFHE 250, 305).

► *Rückgängigmachung eines Kaufvertrags*: Veräußert ein Stpfl. seine Kapitalbeteiligung und kommt es später zu einem Streit über die Rückabwicklung des Vertrags, begründet ein gerichtlicher Vergleich kein rückwirkendes Ereignis iSd. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO, wenn die wirtschaftlichen Folgen des Veräußerungsgeschäfts von den Vertragsparteien nicht tatsächlich und vollständig beseitigt werden. Dieses ist insbes. der Fall, wenn keine vollständige Rückabwicklung von Leistung und Gegenleistung erfolgt (FG Münster v. 15.4.2015 – 13 K 2939/12 E, EFG 2015, 1242, rkr.).

**Beraterhaftung**: Vergisst der Steuerberater bei Erstellung der StErklärung die Eintragung eines Verlustes nach § 17, handelt er grds. grob fahrlässig, wenn sein Mandant ihn auf den für den Mandanten wichtigen Aspekt zuvor mehrfach angesprochen hat und der Berater den Aspekt gesondert geprüft hat, es sei denn ganz besondere Umstände haben den Berater von der Eintragung abgehalten (so zB auch FG Münster v. 23.1.2014 – 8 K 2198/11 F, EFG 2014, 1748, rkr.).

**Bindungswirkung einer tatsächlichen Verständigung**: Eine zwischen dem FA und dem Stpfl. vor dem FG getroffene tatsächliche Verständigung über den Zeitpunkt des Entstehens eines Auflösungsverlusts ist verbindlich, es sei denn sie führt zu einem offensichtlich unzutreffenden Ergebnis. Die irrümliche Auffassung des Stpfl., dass der VZ, in dem nach der tatsächlichen Verständigung der Auflösungsverlust berücksichtigt werden soll, verfahrensrechtl. noch offen ist, führt nicht zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage der tatsächlichen Verständigung (vgl. FG Ba.-Württ. v. 13.5.2014 – 5 K 1931/10, DStRE 2016, 1073, nrkr.; anhängig beim BFH XI R 24/15).

**Objektive Beweislast**: Lässt sich nicht feststellen, ob girosammelverwahrte steuerverstrickte Aktien oder nicht steuerverstrickte Aktien veräußert worden sind, scheidet die Anwendung des § 17 nach dem Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung aus. Es gibt nämlich keinen Grundsatz, dass steuerverstrickte und nicht steuerverstrickte Aktienbestände zu gleichen ideellen Anteilen, wie sie im Gesamtbestand der Aktien enthalten sind, veräußert werden (FG Köln v. 24.4.2015 – 7 K 1279/07, EFG 2015, 1604, rkr.).

Die Feststellungslast für das Bestehen eines Treuhandverhältnisses trägt derjenige, der sich darauf beruft (FG München v. 30.11.2010 – 13 K 1150/07, juris, rkr.). Für den tatsächlichen Vollzug eines Vereinbarungstreuhandverhältnisses an GmbH-Geschäftsanteilen trägt der Stpfl. die Feststellungslast für eine vom zivilrechtl. Eigentum abweichende Zurechnung, da nicht jede als „Treuhandvertrag“ bezeichnete Vereinbarung zum Vorliegen eines stl. anzuerkennenden Treuhandverhältnisses führt. Weist der Stpfl. nicht nach, dass er seine im Treuhandvertrag niedergelegten Pflichten als Treugeber nachgekommen ist und er insbes. seine Rechte und Pflichten als GmbH-Gesellschafter nach Anweisungen des Treuhänders ausgeübt hat, so ist das Treuhandverhältnis mangels tatsächlichen Vollzugs nicht anzuerkennen (FG München v. 18.6.2012 – 7 K 1759/09, juris, rkr.).

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:  
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 AOP, GmbHHR 2002, 883; KOLLRUSS, Möglichkeiten zur Durchbrechung des Halbeinkünfteverfahrens, Stbg 2002, 97; LÜTTICKEN, Die Ermittlung der Beteiligungsquote nach § 17 Abs. 1 EStG bei Kapitalerhöhung, StB 2002, 122; MICKER, Rückwirkungsfragen im Bereich der Besteuerung von Wertzuwachsen des Privatvermögens, BB 2002, 120; SCHÜPPEN, Zur Bewertung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens im Fall des Verzichts, EWiR 2002, 65; SIEKER, Steueraufschub 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 – Neuere Überlegungen zur steueroptimierten 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?, GmbHHR 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 2004, F. 3, 13119; EILERS/RODERBURG, „Beteiligung am Kapital der Gesellschaft“ i.S.v. § 17 EStG bei Genussrechten (BFH v. 14.6.2005), GmbHHR 2005, 1620; U. PRINZ/VON FREEDEN, Erwerb eigener Anteile als Ausschüttungsalternative bei einer Kapitalgesellschaft, FR 2005, 533; RÄTKE, Bewertung der Einlage einer wertgeminderten wesentlichen Beteiligung, UM 2005, 241; BLUMENBERG/ROSSNER, Steuerliche Auswirkungen der durch das BilMoG geplanten Änderungen der Bilanzierung von eigenen Anteilen, GmbHHR 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), GmbHHR 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; BODE, Wesentliche Beteiligung innerhalb der letzten fünf Jahre i.Sd. § 17 Abs. 1 EStG i.d.F. des StEntlG 1999/2000/2002, FR 2012, 589; PAUS, Konsequenzen des „veranlagungszeitraumbezogenen“ Beteiligungsbegriffs, FR 2012, 959; BÖING, Veräußerungsverlust nach § 17 EStG bei Anteilsübertragungen zwischen nahen Angehörigen, ErbStB 2014, 215; MORITZ, Kapitalanlagen im Schnittpunkt zwischen §§ 17 EStG und 20 EStG (Teil 1), DStR 2014, 52; DB 2014, 2371; HILBERTZ StBW 2015, 217, Wandelschuldverschreibung – Anschaffungszeitpunkt von Aktien; NOACK, Steuerliche Geltendmachung von Auflösungsverlusten im Rahmen des § 17 EStG nach Auflösungsbeschluss oder In-

solvenz der Kapitalgesellschaft, Stbg 2015, 348; KÖSTER, Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung: Gewinn i.S.d. § 17 EStG bei der Veräußerung giro sammelverwahrter Wertpapiere FG Köln v. 24.4.2015, DStZ 2015, 103; GÜNTHER, Steuerverstrickte und nicht steuerverstrickte Aktien i.S.d. § 17 EStG bei Giro sammelverwahrung, EStB 2015, 296; GÜNTHER, § 17 EStG bei Auflösung von Kapitalgesellschaften, EStB 2015, 402; KÖSTER, Änderung eines Steuerbescheids nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO – Veräußerungsverlust nach § 17 EStG BFH v. 16.6.2015, DStZ 2015, 103; WEISS, Anmerkung zu BFH. v. 13.10.2015 – IX R 43/14 (Ermittlung des Veräußerungsgewinns nach § 17 EStG aus einem Anteilstausch) SteuK 2016, 106; REITER, Anmerkung zu FG Nürnberg. Ur. v. 12.01.2016 – 1 K 1589/15 – Schenkungsteuer zählt nicht zu den Anschaffungskosten einer Beteiligung i.S.v. § 17 EStG, SteuK 2016, 300; GÜNTHER, Zeitpunkt der Berücksichtigung eines Auflösungsverlusts nach § 17 EStG, EStB 2016, 251; DRÄGER/DORN, Verdeckte Einlage von Anteilen i.S.d. § 17 EStG ohne Schenkungsteuer möglich, ertragsteuerliche Folgen unklar. Anmerkungen zum Urteil des BFH v. 20.01.2016 – II R 40/14, DStR 2016, 1852; THIELE/BECKMANN, Das Konkurrenzverhältnis zwischen Erbschaft- und Schenkungsteuer und Einkommensteuer, FR 2016, 656.

## I. Tatbestand der steuerpflichtigen Anteilsveräußerung (Abs. 1 Satz 1)

### 60 1. Tatbestandsabgrenzung und -struktur

**Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 1 Satz 1:** Die estl. Erfassung eines Gewinns oder Verlusts gem. 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:** Siehe Anm. 31.

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

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

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

**Abgrenzung zu Liebhabereieinkünften:** Erforderlich ist, dass die Beteiligung mit Gewinnerzielungsabsicht erworben und gehalten wird (BFH v. 29.6.1995 – VIII R 68/93, BStBl. II 1995, 722; FG Düss. v. 7.7.2015 – 10 K 546/12 E, EFG 2015, 1608, rkr.; FG Hamb. v. 25.11.2015 – 2 K 258/14, BB 2016, 1123,

rkr., Rn. 63, 73). 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-GRELLET, FR 2001, 705). Die Einkünfteerzielungsabsicht ist nicht bereits deshalb zu verneinen, weil vor der Gründung einer Gesellschaft keine qualifizierten Umsatz- und Gewinnprognosen erstellt worden sind (FG Düss. v. 7.7.2015 – 10 K 546/12, EFG 2015, 1608, rkr.). Bei neu gegründeten Gewerbebetrieben streitet der Beweis des ersten Anscheins für die Einkünfteerzielungsabsicht, selbst wenn der Unternehmensgegenstand einem vom Alleingesellschafter in seiner Freizeit betriebenen Hobby entspricht (FG Düss. v. 7.7.2015 – 10 K 546/12, EFG 2015, 1608, rkr.). Erweist sich die Ertragsersparnis des wesentlich Beteiligten sowohl im Hinblick auf die Ausschüttung als auch auf eine Wertsteigerung der Beteiligung als unrichtig, kann hieraus nicht ohne Weiteres auf eine fehlende Einkünfteerzielungsabsicht geschlossen werden; maßgeblich sind die individuellen Verhältnisse (FG Hamb. v. 25.11.2015 – 2 K 258/14, EFG 2016, 483, rkr.).

Einstweilen frei.

61–62

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

**Rechtsdogmatische Einordnung:** § 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 aufgrund 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. 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; BFH v. 25.7.2001 – X R 55/97, BStBl. II 2001, 809; FG BW v. 28.9.2015 – 10 K 2178/12, EFG 2016, 1184, rkr., Rn. 73; 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 (WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 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, 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 StAbzüge nach § 20 Abs. 9 einerseits und Abs. 3 andererseits vgl. Anm. 35).

**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. HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 8 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 aufgrund 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.).

64–69 Einstweilen frei.

### 3. Veräußerung der Anteile

#### a) Begriff der Veräußerung

70

**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 aufgrund eines schuldrechtl. Verpflichtungsvertrags, bei dem Leistung und Gegenleistung kaufmännisch gegeneinander abgewogen worden sind, übertragen wird (BFH v. 18.9.1984 – VIII R 119/81, BStBl. II 1985, 55; BFH v. 10.7.1991 – VIII R 16/90, BFH/NV 1992, 223; BFH v. 7.7.1992 – VIII R 54/88, BStBl. II 1993, 331; BFH v. 15.7.1997 – VIII R 56/93, BStBl. II 1998, 152; BFH v. 25.6.1998 – VIII S 45/97, BFH/NV 1999, 33; BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424 [427]; BFH v. 22.10.2013 – X R 14/11, BFHE 243, 271 = BStBl. II 2014, 158). 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; BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424; BFH v. 22.10.2013 – X R 14/11, BFHE 243, 271 = BStBl. II 2014, 158). Sieht ein vorab erstelltes Konzept etwa vor, dass der vereinbarte Kaufpreis ganz oder teilweise unmittelbar als Schenkung vom Veräußerer an den Erwerber zurückfließen soll, so liegt in Höhe des zurückgeschenkten Betrags keine entgeltliche Veräußerung vor (H 17 Abs. 4 „Allgemeines“ EStH 2015 mit Verweis auf BFH v. 22.10.2013 – X R 14/11, BFHE 243, 271 = BStBl. II 2014, 158). 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 aufgrund 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; BFH v. 13.10.2015 – IX R 43/14, BFHE 251, 326 = BStBl. II 2016, 212).

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; BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424), zB aufgrund eines hoheitlichen Eingriffs (Enteignung, Zwangsversteigerung) oder einer gerichtlich verfügten Übertragung (BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424 [427]; BFH v. 12.5.2015 – IX R 57/13, BFH/NV 2015, 1364).

**Übergang des wirtschaftlichen Eigentums** setzt voraus, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise

- der Erwerber aufgrund 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 zuste-  
hen 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 Aus-  
legung maßgeblichen Begleitumstände des Vertragsschlusses und der Vertrags-  
durchführung zu ermitteln (BFH v. 10.3.1988 – IV R 226/85, BStBl. II 1988,  
832; BFH v. 27.9.1988 – VIII R 193/83, BStBl. II 1989, 414; BFH v. 21.10.1999  
– I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424; BFH v. 18.12.2001 – VIII R 5/00, GmbHR  
2002, 443 [445]; BFH v. 9.10.2008 – IX R 73/06, BStBl. II 2009, 140; BFH v.  
25.5.2011 – IX R 23/10, BStBl. II 2012, 3; ausführl. TSCHESCHE, WPg 2002,  
965).

#### **Veräußerungsgeschäfte sind:**

▶ *Kauf*: Die Anteilsübertragung aufgrund 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; FG BW v. 30.11.2010  
– 11 K 2218/08, DStRE 2012, 376, 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 er-  
worbenen Anteile wert-, art- und funktionsgleich waren; wegen der wirtschaftli-  
chen Identität (Nämlichkeit) kam es nicht zur Gewinnrealisierung. Seit Einfüh-  
rung des § 6 Abs. 6 Satz 1 durch das StEntlG 1999/2000/2002 (ab 1.1.1999) ist  
eine wirtschaftliche Identität getauschter Anteile unbeachtlich (DÖRSCH/PUNG,  
DB 1999, 932; HÖRGER/MENTEL/SCHULZ, DStR 1999, 565 [574]). In Abgren-  
zung zur vGA kommt es bei einem Tausch allerdings maßgeblich auf das Vorlie-  
gen einer wertadäquaten Gegenleistung an (FG Ba.-Württ. v. 30.11.2010 – 11 K  
2218/08, DStRE 2012, 376, rkr. mit Verweis auf BFH v. 4.3.2009 – I R 32/08,  
BFHE 224, 410, Rn. 10).

▶ *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 Ver-  
äußerung der bis dahin dem Stpfl. zuzurechnenden Anteile an den Sicherungs-  
nehmer oder Pfandgläubiger und von diesem ggf. an Dritte; Veräußerungspreis,  
den der Stpfl. erhält, ist der Betrag, mit dem die verwerteten Anteile ihm auf sei-  
ne 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; zu-  
letzt BFH v. 12.5.2015 – IX R 57/13, BFH/NV 2015, 1364); Entziehung der  
Beteiligung durch Zwangsversteigerung; Abtretung der Rechte aus einem  
Höchstgebot.

▶ *Verwertung der Anteile durch den Insolvenzverwalter*: Für die Annahme einer Ver-  
äußerung ist es nicht erforderlich, dass der Stpfl. freiwillig über die ihm zu-  
zurechnenden Anteile verfügt hat (BFH v. 10.12.1969 – I R 43/67, BStBl. II  
1970, 310).

▶ *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; BMF v. 20.12.2005 – IV C 3-S 2256-255/05, BStBl. I 2006, 8; OFD Nds. 18.9.2013 – S 2244 - 81 - St 244, StEd. 2013, 699; OFD Hannover v. 5.1.2007, StEK EStG § 17 Nr. 80). Mit BMF v. 20.12.2005 (IV C 3 - S 2256 - 255/05, BStBl. I 2006, 8) 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 Bezugsrechten im Regelungskontext der § 17 EStG, § 21 UmwStG sowie in den Fällen, in denen die Anteile an KapGes. zum BV gehören, keine Veräußerung darstellen (vgl. OFD Nds. v. 18.9.2013, § 17 Nr. 109; 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, StEK EStG § 17 Nr. 81). 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; BFH v. 13.10.1992 – VIII R 3/89, BStBl. II 1993, 477, mwN; BFH v. 19.4.2005 – VIII R 68/04, BStBl. II 2005, 762). Von der Übertragung einer Anwartschaft iSd. Abs. 1 Satz 3 ist auch dann auszugehen, wenn sich die Altgesellschafter nicht an der Kapitalerhöhung beteiligen oder das Bezugsrecht der Altgesellschafter in dem für die Kapitalerhöhung notwendigen Gesellschafterbeschluss mit der Folge ausgeschlossen wird, dass gesellschaftsrechtl. kein Bezugsrecht entsteht. Bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns können nur dann fiktive AK in Höhe des gemeinen Werts des Anwartschaftsrechts berücksichtigt werden, wenn die stillen Reserven des Anwartschaftsrechts im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Übertragung stl. erfasst worden sind oder noch erfasst werden können (FG Münster v. 3.6.2014 – 9 K 5/08 K, EFG 2014, 2076, nrkr., BFH I R 55/14).

► *Zu weiteren Einzelheiten* und -fällen s. Anm. 85 f.

**Keine Veräußerungsgeschäfte** sind:

► *Trennhandvertrag*, der die Vertragspartner lediglich schuldrechtl. bindet (s. FG München v. 24.6.1999 – 13 K 3521/97, EFG 2000, 494, rkr.).

► *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 – 13 K 3521/97, EFG 2000, 494, rkr., mwN). Diese Beurteilung wird auch durch den BFH geteilt, wenn er in BFH (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 (BFH v. 29.7.1977 – VIII R 15/76, BStBl. II 1977, 726 [728]), dass ein bindendes Verkaufsangebot eine Anwartschaft des Angebotsempfängers begründet (aA WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 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 Dritterwerbenden 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 Ur. BFH (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 aufgrund eines Andienungs- bzw. Ankaufrechts jederzeit die Übertragung der Beteiligung herbeiführen können ist nach Auffassung des BFH regelmäßig ein Anwartschaftsrecht 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. Die Erträge aus den verliehenen Wertpapieren sind regelmäßig dem Entleiher zuzurechnen, weil er zivilrechtl. Eigentümer der Wertpapiere wird (BFH v. 18.8.2015 – I R 88/13, BFH/NV 2016, 341 mwN). Ausnahmsweise verbleibt das wirtschaftliche Eigentum beim Verleiher, wenn der Leihvertrag und die Art des Vollzugs schon nicht darauf angelegt sind, dass dem Entleiher in einem wirtschaftlichen Sinne die Erträge aus den verliehenen Aktien zukommen sollen, dh. etwa wenn sich der Verlei-

her Dividendenkompensationszahlungen vollständig vorbehalten (BFH v. 18.8.2015 – I R 88/13, BFH/NV 2016, 341). Nach OFD Frankfurt v. 17.2.2016 (DB 2016, 862) wird derzeit wegen möglicher fiskalischer Auswirkungen der Urteilsgrundsätze des BFH (BFH v. 18.8.2015 – I R 88/13, BFH/NV 2016, 341) die Bearbeitung von Einzelfällen, in denen Wertpapierleih- und/oder Kassageschäfte geschlossen wurden, zurückgestellt.

Nach hM geht bei der sog. Wertpapierleihe zwar regelmäßig das wirtschaftliche und zivilrechtl. Eigentum an den konkreten Wertpapieren auf den Entleiher über (zweifelnd 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; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 5 Rn. 270 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]).

Bilanzsteuerlich ist ein Wertpapierleihgeschäft von einem echten Wertpapierpensionsgeschäft (§ 340b Abs. 2 HGB) abzugrenzen (OFD Frankfurt v. 17.2.2016, DB 2016, 862). Bei einem echten Wertpapierpensionsgeschäft (§ 340b Abs. 2 HGB) werden Wertpapiere entgeltlich mit der Verpflichtung übertragen, dass der Erwerber (Pensionsnehmer) die Wertpapiere zu einem bestimmten oder vom Veräußerer (Pensionsgeber) noch zu bestimmenden Zeitpunkt auf ihn zurücküberträgt. Gemäß § 340b Abs. 4 Satz 1 HGB sind hierbei die übertragenen Wertpapiere ununterbrochen in der Bilanz des Pensionsgebers auszuweisen.

Für sog. Cum/Ex-Geschäfte, welche im Rahmen eines modellhaft aufgelegten Gesamtvertragskonzepts den Erwerb der Aktien mit einer sog. Wertpapierleihe (bis zum Rückverkauf) verbindet und bei dem der Erwerber das Marktpreisrisiko der Aktien im Rahmen eines sog. Total Return Swap-Geschäfts auf den Initiator überträgt, hat der BFH den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an den Aktien auf die zwischengeschaltete Person bzw. Gesellschaft abgelehnt (vgl. BFH Urteil v. 16.4.2014, I R 2/12, BFHE 246, 15, mwN).

► *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; BFH v. 29.5.2009 – IX B 23/09, nv. zur zivilrechtl., nicht aber strechtl. rückwirkenden Genehmigung).

► *Zivilrechtlicher Durchgangserwerb (logische Sekunde)*: Hat nicht zwangsläufig einen stl. Durchgangserwerb im Sinne des Innehabens wirtschaftlichen Eigentums in der Person des zivilrechtl. Durchgangserwerbers zur Folge (H 17 Abs. 4 „Wirtschaftliches Eigentum“ EStH 2015; BFH v. 26.1.2011 – IX R 7/09, BStBl. II 2011, 540).

▶ *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 Kapitalgesellschaft 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).

▶ *Inkongruente Kapitalerhöhung*: Soweit die Position des Gesellschafters allein in der gebundenen Mitwirkung an einer inkongruenten Kapitalerhöhung besteht, vermittelt diese Position noch kein wirtschaftliches Eigentum an einem Gesellschafteranteil (BFH v. 25.5.2011 – IX R 23/10, BStBl. II 2012, 3).

▶ *Vorbehaltsnießbrauch – Gesellschaftsanteile im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge unter Vorbehalt des Nießbrauchs*: Kein Erwerb nach Abs. 2 Satz 5 liegt vor, soweit die Gesellschaftsanteile weiterhin dem Nießbraucher zuzurechnen sind, weil dieser abredgemäß alle mit der Beteiligung verbundenen wesentlichen Rechte (Vermögens- und Verwaltungsrechte) ausüben und im Konfliktfall effektiv durchsetzen kann (H 17 Abs. 4 „Wirtschaftliches Eigentum“ EStH 2015; BFH v. 24.1.2012 – IX R 51/10, BStBl. II 2012, 308). Dies gilt auch, wenn das Nießbrauchsrecht später abgelöst wird und der Nießbraucher für seinen Verzicht eine Abstandszahlung erhält, sofern der Verzicht auf einer neuen Entwicklung der Verhältnisse beruht (H 17 Abs. 4 „Vorbehaltsnießbrauch“ EStH 2015; BFH v. 18.11.2014 – IX R 49/13, BStBl. II 2015, 224).

▶ *Leasing (Sonderfall: Sale-and-lease-back)*: Das sog. „Sale-and-lease back“ ist dadurch gekennzeichnet, dass sich der Leasinggeber den Leasinggegenstand nicht von einem Dritten, sondern vom Leasingnehmer beschafft (BGH Urt. v. 29.11.1989 – VIII ZR 323/88, BGHZ 109, 250) und der zunächst angekaufte Leasinggegenstand sogleich vom Leasingnehmer an den Leasinggeber zurückverleast wird. Die Zurechnung wirtschaftlichen Eigentums nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 AO des Leasingnehmers an dem Leasinggegenstand scheidet beim sog. „Sale-and-lease back“ regelmäßig dann, wenn die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer des Leasinggegenstands länger als die Grundmietzeit ist und dem Leasinggeber lediglich ein Andienungsrecht eingeräumt ist (BFH, Urt. v. 13.10.2016 – IV R 33/13, DStR 2017, 300). Ist ausnahmsweise im Fall des sog. „Sale-and-lease back“ die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer des Leasinggegenstands länger als die Grundmietzeit, kann der Leasingnehmer (als der „andere“ i.S.d § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 AO) den Leasinggeber nur dann für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf den Leasinggegenstand abhalten, wenn ihm eine entsprechende rechtliche Befugnis zusteht. Im Fall des BFH (BFH, Urt. v. 13.10.2016 – IV R 33/13, DStR 2017, 300) ist dies etwa dann der Fall, wenn der Leasingnehmer als Nutzungsberechtigter über eine den wirtschaftlichen Abschluss herbeiführende Befugnis (z.B. eine Verlängerungs- oder Kaufoption) verfügt und darüber hinaus in einem derartigen Fall mit der Ausübung dieses Rechts durch den Leasingnehmer bei wirtschaftlich vernünftiger Entscheidungsfindung zu rechnen ist. Nur in diesem Fall sieht der BFH (s.o.) gewährleistet, dass der Leasingnehmer den Leasinggeber auf Dauer von jeglicher Einwirkung auf den Leasinggegenstand ausschließen kann. Als nicht ausreichend für die Zurechnung wirtschaftlichen Eigentums hat der BFH (BFH, Urt. v. 13.10.2016 – IV R 33/13, DStR 2017, 300) hingegen zurecht – unter ausdrücklichem Verweis auf die gegenteiligen Entscheidungen des FG Köln (FG Köln, Beschl. v. 20.9.2011

– 12 V 1524/11 und Urt. v. 1.9.2016 – 15 K 444/12 – Revision anhängig unter IV R 56/16) – den Fall erkannt, dass dem Leasinggeber lediglich als zivilrechtlichen Eigentümer ein Andienungsrecht zu so günstigen Konditionen eingeräumt worden ist, dass bei wirtschaftlich vernünftiger Entscheidungsfindung mit einer Ausübung des Rechts zu rechnen sei.

► *Zu weiteren Einzelheiten und -fällen s. Anm. 85 f.*

Einstweilen frei.

71–79

### b) Unentgeltliche Anteilsübertragung (Abgrenzung)

80

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; BFH v. 8.4.2014 – IX R 4/13, BFH/NV 2014, 1201, zur Unentgeltlichkeit bei objektiver Wertlosigkeit). 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; BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424 [427]; BFH v. 3.8.2016 – IX R 23/15, BFH/NV 2017, 289). Keine Vermutung der Entgeltlichkeit besteht dagegen bei Verträgen zwischen Angehörigen, weil bei ihnen nicht unterstellt werden kann, dass sie Leistung und Gegenleistung im Regelfall nach kaufmännischen Gesichtspunkten ausgehandelt haben (BFH v. 10.11.1998 – VIII R 28/97, BFH/NV 1999, 538; BFH v. 3.8.2016 – IX R 23/15, BFH/NV 2017, 289). 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. 31.5.2001 – IX R 78/98, BStBl. II 2001, 756; BFH v. 1.3.2005 – VIII R 25/02, BStBl. II 2005, 436).

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; BFH v. 18.8.1992 – VIII R 13/90, BStBl. II 1993, 34; BFH v. 4.8.2008 – IX B 85/08, nv.; BFH v. 8.4.2014 – IX R 4/13, BFH/NV 2014, 1201; krit. CARL, FR 1992, 431). In diesem Grenzfall kann der Veräußerer somit einen etwaigen Verlust aus § 17 realisieren. Nach BFH Urt. v. 3.8.2016, IX R 23/15, kann eine Veräußerung nur angenommen werden, wenn feststeht, dass der übertragene Anteil sowohl in den Augen der Vertragsparteien als auch objektiv wertlos ist, was im Regelfall nur durch eine Bewertung des Anteils erfolgen kann. 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, deren Würdigung dem Finanzgericht als Tatsacheninstanz obliegt (BFH v. 30.11.1994 – VIII B 28/94, BFH/NV 1995, 386; BFH v. 1.8.1996 – VIII R 4/92, BFH/NV 1997, 215; BFH v. 8.4.2014 – IX R 4/13, BFH/NV 2014, 1201; BFH v. 3.8.2016 – IX R 23/15). In sei-

ner Entscheidung vom 3.8.2016 (BFH, Urt. v. 3.8.2016 – IX R 23/15) macht der BFH deutlich, dass er den Finanzgerichten bislang keine rechtlichen Vorgaben gemacht habe, welche Schlüsse sie zu ziehen haben und welche Methode der Wertermittlung für die Anteile zu wählen ist, weil es allein auf die Umstände des Einzelfalls ankommt. Wird kein Entgelt oder lediglich eines in symbolischer Höhe von 1 € geleistet, so liegt eine unentgeltliche Veräußerung vor, wenn der übertragene Anteil sowohl in den Augen der Vertragsparteien als auch objektiv wertlos ist (zuletzt FG Düss. v. 19.3.2015 – 8 K 1885/13 E, EFG 2015, 1364, rkr.; BFH v. 8.4.2014 – IX R 4/13, BFH/NV 2014, 1201; BFH, Urt. v. 3.8.2016 – IX R 23/15 mwN). Bringen die Vertragsparteien in einem Übertragungsvertrag zum Ausdruck, dass sie dem Übertragungsgegenstand aus ihrer Sicht (subjektiv) keinen Wert beimessen, so verbietet sich nach Auffassung des BFH (BFH, Urt. v. 3.8.2016 – IX R 23/15) eine vom Wortlaut der Vereinbarung abweichende juristische Auslegung und tatrichterliche Würdigung, soweit nicht Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Beteiligten diese Vereinbarung nur zum Schein geschlossen haben, was seinerseits vom Tatgericht festzustellen wäre. 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, rkr.). GmbH-Anteile können selbst dann objektiv wertlos sein, wenn die GmbH über Sachwerte (zB Grundstücke nebst Immobilien) verfügt, wenn sie aufgrund anderweitiger langjähriger Verbindlichkeiten zur im Wesentlichen unveränderten Fortführung einer dauerhaft defizitären Tätigkeit auf dem Gelände verpflichtet ist (FG Berlin-Brandenb. v. 27.5.2009 – 7 K 7301/04 B, juris, rkr.).

**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; GROH, StuW 1984, 217). Sein Bekenntnis zur sog. strengen Trennungstheorie hat der X. Senat des BFH zuletzt mit seiner Vorlage an den Großen Senat mit Beschluss BFH (BFH v. 27.10.2015 – X R 28/12, BFH/NV 2016, 310) bekundet. Nach FG Nürnberg (FG Nürnberg v. 10.12.2014 – 3 K 943/13, ZEV 2015, 307, rkr.) kann im Fall einer Kapitalerhöhung nach den Umständen des Einzelfalls eine teilweise Unentgeltlichkeit des Anteilserwerbs anzunehmen sein, wenn bei der Kapitalerhöhung fremde Dritte, die Anteile erwerben, eine mehr als 10mal so hohe Gegenleistung zu erbringen haben wie Anteilserwerber, die Angehörige der bisherigen beiden Gesellschafter sind. Ein teilentgeltlicher Erwerb ist einheitlich ertragstl. nach Maßgabe des Abs. 2 Satz 1 zu bewerten, so dass erbschaftstl. Vorschriften, insbes. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG keine Anwendung finden (BFH v. 27.8.2014 – II R 44/13, BStBl. II 2015, 249, für den Fall eines verbilligten Verkaufs eines Grundstücks einer GmbH an einen ausscheidenden Gesellschafter). Dabei ist es insbes. unerheblich, ob der auf Veranlassung des Anteilserwerbers erfolgte verbilligte Verkauf des Grundstücks der GmbH an den Anteilsveräußerer zu einer gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 der ESt unterliegenden vGA der GmbH an den Anteilserwerber führt, denn das Vorliegen der vGA würde es nicht ausschließen, dass der Vorteil aus dem verbilligten Grundstückserwerb beim Anteilsveräußerer als Bestandteil des Veräußerungspreises iSd. Abs. 2 Satz 1 erfasst wird.

**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; BMF 13.1.1993 – IV B 3 - S 2190 - 37/92, BStBl. I 1993, 80, anwendbar gem. Positivliste Nr. 620 laut BMF v. 23.4.2010 – IV A 6 - O 1000/09/10095, 2010/0197416, BStBl. I 2010, 391). Unerheblich 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. aufgrund eines Vermächtnisses, 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; BFH v. 29.6.2011 – IX R 63/10, BStBl. II 2011, 873). Zur Erbauseinandersetzung vgl. Anm. 90, zur vorweggenommenen Erbfolge vgl. Anm. 97.

Einstweilen frei.

81–84

### c) Weitere Einzelheiten und -fälle

#### aa) 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 Abtretung findet Abs. 1 Anwendung (nach WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 103, 101 soll Abs. 4 analog anzuwenden sein). Entscheidet sich die Gesellschaft für die Einziehung, so gilt das unter Anm. 89 Gesagte.

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

86

**Die Einlage einer im Privatvermögen gehaltenen wesentlichen bzw. steuerverstrickten Beteiligung** an einer KapGes. in das BV des Einzelunternehmens 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 Wertsteigerung daher erst bei ihrer Realisierung im BV erfasst. Eine Veräußerung aufgrund eines entgeltlichen Erwerbs liegt regelmäßig vor, wenn dem Einbringenden für ein aus seinem PV eingebrachtes WG Gesellschaftsrechte gewährt werden und der Wert des in das Gesamthandsvermögen übertragenen WG dem Kapitalkonto I (sog. fester Kapitalanteil) gutgeschrieben wird (BFH v. 24.2.2016 – IV R 46/12, BFH/NV 2016, 662). Praktisch maßgeblich ist die Gutschrift des Werts des WG auf dem Kapitalkonto I um die erstmalige Einräumung eines (Mit-)Unternehmeranteils und eine Erhöhung des Kapitalanteils zu dokumentieren (BFH v. 24.2.2016 – IV R 46/12, BFH/NV 2016, 662) – vgl. Anm. 93.

**Liegt der Teilwert unter den Anschaffungskosten**, so ginge der bereits während 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 schließen, indem der Anteil an der KapGes. im BV nicht mit dem niedrigeren Teilwert, 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 höheren AK und niedrigerem Teilwert) lediglich aus Billigkeitsgründen und erst bei Ausscheiden der Beteiligung aus dem BV berücksichtigen (BMF v. 5.12.1996 – IV B 2 - S 2178 - 4/96, 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. Vorstehende Grundsätze hat der BFH zuletzt für eine Einbringung eines vom Kommanditisten in seinem PV entdeckten Kiesvorkommens in die KG bestätigt und sowohl eine Teilwertabschreibung als auch eine aufwandswirksame AfS iSd. § 7 Abs. 6 mit Blick darauf abgelehnt, dass es der gesetzgeberischen Grundentscheidung entspreche, den Abbauertrag der Besteuerung zu unterwerfen (BFH v. 4.2.2016 – IV R 46/12, BStBl. II 2016, 607, mwN). Im Fall von Bodenschätzen verkörpere der Teilwert das Volumen, was durch den späteren Abbau zu Erträgen führen werde (BFH v. 4.2.2016 – IV R 46/12, BStBl. II 2016, 607).

**Die Entnahme** von Anteilen an einer KapGes. aus dem BV in das PV ist uE 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 cc) 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; BFH 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 – IV B 2 - S 1909 - 6/95,

BStBl. I 1995, 149, wonach in diesem Fall die Grundsätze des „Tauschgutach-  
tens“ 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; BMF v. 14.3.2006 – IV B 2 - S 2242 - 7/06, BStBl. I 2006, 253; anwendbar gem. Positivliste Nr. 746 des BMF v. 14.3.2016 – IV A 2 - O 2000/15/10001, 2016/0210799, BStBl. I 2016, 290.

**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 aufgespaltet 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.).

#### dd) 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. 7.4.1976 – I R 75/73, BStBl. II 1976, 557; BFH v. 12.10.1982 – VIII R 72/79, BStBl. II 1983, 128; BFH v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312; BFH v. 9.5.2000 – VIII R 41/99, BStBl. II 2000, 686; BFH v. 21.1.2014 – IX R 9/13, BFHE 244, 225 mwN). 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 (PUNG in *DPM*, § 17 EStG, Rn. 197 [4/2014]; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 116). Entsprechendes gilt für die Übertragung von der Gesamthand auf ein Mitglied.

Entgegen seiner früheren Rspr. hat BFH (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*, 2003, 5 ff., 169 ff.). Die Beurteilung der vermögensverwaltenden PersGes. kann uE 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; BFH v. 21.1.2014 – IX

R 9/13, BFHE 244, 225). 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 entfallenden Anteil an der Beteiligung der PersGes. (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO; glA zB RAPP in LBP, § 17 Rn. 72 [8/2009]). BFH (BFH v. 13.7.1999 – VIII R 72/98, BStBl. II 1999, 820, II.2.d) hat diese Frage offen gelassen. Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters ist entsprechend zu behandeln. Die von BFH (BFH v. 4.10.1990 – X R 148/88, BStBl. II 1992, 211) zu § 23 aF aufgestellten Grundsätze zum Erwerb und zur Veräußerung einer Mitgliedschaft an einer vermögensverwaltenden PersGes. lassen sich nicht auf § 17 übertragen (aufgrund 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; BFH v. 21.1.2014 – IX R 9/13, BFHE 244, 225). 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 (BFH v. 6.10.2004 – IX R 53/01, BFH/NV 2005, 129; vgl. aber Nichtanwendungserlass des BMF v. 18.5.2005 – IV B 2 - S 2241 - 34/05, 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 BODE in BLÜMICH, § 15 Rn. 230 [9/2016] mwN).

#### 89 ee) 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]; PUNG/WERNER in DPM, § 17 EStG Rn. 150 [1/2017]; JÄSCHKE in LADEMANN, § 17 Rn. 140 [8/2016]; RAPP in LBP, § 17 Rn. 117 [11/2009]). Erfolgt die Kapitalherabsetzung dagegen in der vereinfachten Form des § 229 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]; VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 400 [7/2016]; PUNG/WERNER in DPM, § 17 EStG Rn. 150 [1/2017]).

**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. Die Einziehung gegen Entgelt (§ 34 GmbHG) wird auf der Ebene des von der Einziehung betroffenen Gesellschafters überwiegend als entgeltliche Anteilsveräußerung iSd. § 17 beurteilt (FG Rh.-Pf. v. 4.11.2015 – 1 K 1214/13, EFG 2016, 288, rkr., mwN; offen gelassen von BFH v. 22.7.2008 – IX R 15/08, BStBl. II 2008, 927). 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]; PUNG/WERNER in DPM, § 17 EStG Rn. 150 [1/2017]; RAPP in LBP, § 17 Rn. 117 [11/2009]; VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 400 [7/2016]). Nach aA liegt wirtschaftlich eine Teilliquidation vor, die der Regelung des Abs. 4 unterfallen soll (so WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 101; WASSERMEYER, FS L. Schmidt, 1993, 621; JÄSCHKE in LADEMANN, § 17 Rn. 140 [8/2016]). Sofern für die Einziehung ein unangemessen hohes Entgelt gezahlt wird, liegt eine vGA vor (vgl. Anm. 91). Im Zuge der Einziehung geleistete Abfindungszahlungen werden von der FinVerw. einheitlich nach Abs. 1 erfasst und dem Teileinkünfteverfahren unterworfen (BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009, BStBl. I 2013, 1615). In zeitlicher Hinsicht beendet der Einziehungsbeschluss allein die Mitgliedschaft in einer fortbestehenden GmbH noch nicht. Für den kündigenden Gesellschafter, dessen Anteil gemäß § 34 GmbHG eingezogen wird, wird die Einziehung mit Zugang der Einziehungserklärung wirksam.

#### ff) 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 – IV B 2 - S 2242 - 86/92, BStBl. I 1993, 62, Tz. 28, idF von BMF v. 5.12.2002 – IV A 6 - S 2242 - 25/02, BStBl. I 2002, 1392; für vermögensverwaltende PG – OFD Frankfurt v. 7.8.2014, DStR 2014, 1832 – vgl. auch Anm. 88). 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 – IV B 2 - S 2242 - 86/92, BStBl. I 1993, 62, Tz. 25 ff.; gilt fort gem. Nr. 561 der Positivliste laut BMF v. 29.3.2007 – IV C 6 - O 1000/07/0018, 2007/0145039, BStBl. I 2007, 369). 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 – IV B 2 - S 2242 - 86/92, BStBl. I 1993, 62, Tz. 23 ff. mit Beispielen).

#### gg) Erwerb eigener Anteile

91

Die handelsrechtl. Zulässigkeit des Erwerbs eigener Anteile richtet sich nach § 33 GmbHG bzw. § 71 AktG. Nach der Rechtslage bis zum Inkrafttreten des BilMoG (v. 25.5.2009, BGBI. 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; RAPP in LBP, § 17 Rn. 116 [11/2009]; VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 405 [7/2016]). Nach der bislang herrschenden – uE zutr. – Auffassung (GOSCH in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 17 Rn. 55; BREUNINGER, DStZ 1991, 420; HERZIG, JbFStR 1982/83, 359 [379]; RAPP in LBP, § 17 Rn. 113 [11/2009]; VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 405 [7/2016]); WASSERMEYER, FS L. Schmidt, 1993, 621; aA THIEL, FS 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 Einziehungabsicht erwirbt (so auch BMF v. 2.12.1998 – IV C 6 - S 2741 - 12/98, BStBl. I 1998, 1509, Tz. 24). Der Erwerb eigener Anteile durch die KapGes. ist als Gestaltungsalternative zur Dividendenausschüttung in Erwägung zu ziehen (dazu U. PRINZ/VON 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, DStR 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 (MAYER, Ubg 2008, 779 [782 f.]; BLUMENBERG/ROSSNER, GmbHR 2008, 1079 [1082 ff.]; PUNG/WERNER in DPM, § 17 EStG Rn. 148 [1/2017]; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 102). Nach BMF v. 27.11.2013 (IV C 2 - S 2742/07/10009, BStBl. I 2013, 1615) ist der Erwerb und die Veräußerung eigener Anteile handels- und strechtl. auf der Ebene der Gesellschaft nicht als Anschaffungs- oder Veräußerungsvorgang zu qualifizieren, sondern wie eine Kapitalherabsetzung bzw. -erhöhung zu behandeln. Im Fall des Erwerbs eigener Anteile soll für diese Herabsetzung des Nennkapitals § 28 Abs. 2 KStG mit der Maßgabe entsprechend anwendbar sein, dass abweichend von § 28 Abs. 2 Satz 1 KStG ein bereits bestehender Sonderausweis nicht zu mindern ist.

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]; PUNG/WERNER in DPM, § 17 EStG Rn. 149 [1/2017]; BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009, BStBl. I 2013, 1615). 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.

#### hh) Treuhandverhältnisse

92

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. Die Feststellungslast für das Bestehen eines Treuhandverhältnisses bzw. eine vom zivilrechtl. Eigentum abweichende Zurechnung trägt derjenige, der sich darauf beruft, wobei dem Treuhänder zugleich der Nachweis gem. § 159 AO obliegt (FG München v. 24.10.2013 – 11 K 1190/11, EFG 2014, 344, rkr.; vgl. Anm. 122 „Treuhanderschaft“). Indizielle Bedeutung für die steuerliche Anerkennung und die Frage nach der tatsächlichen Durchführung einer Treuhandvereinbarung kommt nach BFH, Urt. v. 10.5.2016 – IX R 13/15, BFH/NV 2016, 1556, der bilanziellen Behandlung des Treuguts zu. Hiernach versagt der BFH im Fall fehlender Bilanzierung des Treuguts im Treuhandvermögen des Treuhänders unter Bezug auf seine vorangegangene Rechtsprechung (BFH, Urt. v. 15.7.1997 – VIII R 56/93, BStBl. II 1998, 152; v. 28.2.2001 – I R 12/00, BStBl. II 2001, 468; v. 24.11.2009 – I R 12/09, BStBl. II 2010, 590) grundsätzlich die steuerliche Anerkennung.

#### ii) Übertragung von Anteilen in das Betriebsvermögen einer Mitunternehmerschaft

93

**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. 21.10.1976 – IV R 210/72, BStBl. II 1977, 145; BFH v. 19.10.1998 – VIII R 69/95, BStBl. II 2000, 230; BFH v. 28.4.2016 – I R 33/14, DStR 2016, 1801; BMF v. 6.2.1981 – IV B 2 - S 2241 - 13/81, BStBl. I 1981, 76; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 115). Entsprechendes gilt im umgekehrten Fall, wenn eine Mitunternehmerschaft eine Beteiligung an einen ihrer Gesellschafter veräußert.

**Übertragung gegen Gesellschaftsrechte:** BFH (BFH v. 19.10.1998 – VIII R 69/95, BStBl. II 2000, 230) und BFH (BFH v. 28.4.2016 – I R 33/14, DStR 2016, 1801) sehen 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. 11.11.2011, BStBl. I 2011, 1314, AEUmwStG 2006).

**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 – IV B 2 - S 2241 - 231/77, BStBl. I 1978, 8, Tz. 50 – gilt fort gem. Nr. 713 der Positivliste laut BMF v. 14.3.2016 – IV A 2-O 2000/15/10001, 2016/0210799, BStBl. I 2016, 290). 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 – IV B 2 - S 2178 - 4/96, BStBl. I 1996, 1500 – gilt fort gem. Nr. 631 der Positivliste laut BMF v. 14.3.2016 – IV A 2-O 2000/15/10001, 2016/0210799, BStBl. I 2016, 290; 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 steuervertrickte Beteiligung unentgeltlich in das Gesamthandsvermögen einer gewerblich tätigen Personengesellschaft eingebracht,** liegt ebenfalls keine Veräußerung, sondern eine Einlage vor (BMF v. 29.3.2000 – IV C 2 - S 2178 - 4/00, BStBl. I 2000, 462 – gilt fort gem. Nr. 632 der Positivliste des BMF v. 14.3.2016 – IV A 2 - O 2000/15/10001, 2016/0210799, BStBl. I 2016, 290; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 110; PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 103 [4/2014]). 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 (sog. Kapitalkonto I) erfolgte (BFH v. 17.7.2008 – I R 77/06, BStBl. II 2009, 464; BFH v. 24.2.2016 – IV R 46/12, BFH/NV 2016, 662; s. auch BMF v. 20.5.2009 – IV C 6 - S 2134/07/10005, BStBl. I 2009, 671). Nur für diese „Mischfälle“ sollte uE 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).

#### 94 jj) Umtausch von Wandelschuldverschreibungen

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; RFH 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; BFH v. 30.11.1999 – IX R 70/96, BStBl. II 2000, 262, zum Umtausch von variabel verzinslichen in fest verzinsliche 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 – 1 K 5497/03, 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; BFH v. 23.6.2005 – VI R 10/03, BFH/NV 2005, 1706).

Bilanziell geht der BFH (BFH v. 30.11.2005 – I R 3/04, BStBl. II 2008, 809; BFH v. 30.11.2005 – I R 26/04, BFH/NV 2006, 616; BFH v. 11.11.2014 – I R 53/13, BFH/NV 2015, 686) davon aus, dass bei der Ausgabe von Optionsanleihen vereinnahmte Aufgelder nicht nur nach § 272 Abs. 2 Nr. 2 HGB als Kapitalrücklagen auszuweisen, sondern auch strechtl. als Einlage anzusetzen sind. Danach unterfallen den iSv. § 272 Abs. 2 Nr. 2 HGB erzielten Beträgen alle Entgelte im Zusammenhang mit der Begebung von Wandlungs- und Optionsrechten, damit nicht nur offene, sondern auch verdeckte Aufgelder in Form einer unter dem Kapitalmarktzins liegenden Verzinsung. Auch ein solches bei der Ausgabe der Optionsanleihe verdeckt erzielt Entgelt sei, entsprechend dem Wortlaut des § 272 Abs. 2 Nr. 2 HGB, im Fall der späteren Nichtausübung der Option nicht aufzulösen, sondern weiterhin als Kapitalrücklage auszuweisen. 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. 14.9.2005 – VI R 18/03, BFH/NV 2006, 13; BFH v. 23.6.2005 – VI R 142/99, BFH/NV 2005, 1702; BFH v. 23.6.2005 – VI R 10/03, BFH/NV 2005, 1706; BFH v. 20.5.2010 – VI R 12/08, BStBl. II 2010, 1069; BFH v. 7.5.2014 – VI R 73/12, BStBl. II 2014, 904; aus dem Schrifttum zB HERZIG/LOCHMANN, WPg 2003, 837 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 – 3 V 6028/00 A (L), DStRE 2001, 693). Ging der BFH v. 20.5.2010 (VI R 12/08, BStBl. II 2010, 1069) noch davon aus, dass erst die Übertragung eines Wandeldarlehens zu einem geldwerten Vorteil führe, macht er in seiner jüngeren Rspr. für die Einkünfte aus § 19 deutlich, dass es für die Ermittlung eines geldwerten Vorteils beim ArbN auf die Wertverhältnisse beim Abschluss des Veräußerungsgeschäfts ankommt und nicht auf den nachgelagerten Zeitpunkt des Zuflusses der erworbenen Aktien (BFH v. 7.5.2014 – VI R 73/12, BStBl. II 2014, 904).

#### **kk) Veräußerung eines Bezugsrechts bei Kapitalerhöhung**

95

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; BFH v. 13.10.1992 – VIII R 3/89, BStBl. II 1993, 477; BFH v. 19.4.2005 – VIII R 68/04, BStBl. II 2005, 762; FG München v. 30.9.1997 – 16 K 4577/96, EFG 1998, 461, rkr.; FG Münster v. 3.6.2014 – 9 K 5/08 K, EFG 2014, 2076, nrkr., BFH I R 55/14). Dem steht es gleich, wenn das Bezugsrecht auf Veranlas-

sung des Anteilseigners durch Gesellschafterbeschluss einem Dritten eingeräumt wird, also direkt bei dem Dritten entsteht (BFH v. 8.4.1992 – I R 128/88, BStBl. II 1992, 761, unter II.2.a; BFH v. 19.4.2005 – VIII R 68/04, BStBl. II 2005, 762; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 104; JÄSCHKE in LADEMANN, § 17 Rn. 143 [8/2016]). Eine Übertragung einer Anwartschaft gem. Abs. 1 Satz 3 ist gegeben, wenn sich die Altgesellschafter nicht an der Kapitalerhöhung beteiligen oder das Bezugsrecht der Altgesellschafter in dem für die Kapitalerhöhung notwendigen Gesellschafterbeschluss mit der Folge ausgeschlossen wird, dass gesellschaftsrechtl. kein Bezugsrecht entsteht (FG Münster v. 3.6.2014 – 9 K 5/08 K, EFG 2014, 2076, nrkr., BFH I R 55/14).

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 (BFH v. 13.10.1992 – VIII R 3/89, BStBl. II 1993, 477, sah hierin einen Rechtsmissbrauch nach § 42 AO; vgl. BFH v. 19.4.2005 – VIII R 68/04, BStBl. II 2005, 762; vgl. hierzu FISCHER, StW 1995, 87 [95]; WOLFF-DIEPENBROCK, DStZ 1993, 314; nach FG Ba.-Württ. v. 17.2.1997 – 8 V 17/96, 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. einschließlich der übergegangenen stillen Reserven darstellen (vgl. dazu BFH v. 21.9.2004 – IX R 36/01, BStBl. II 2006, 12, zu § 23; BFH v. 19.4.2005 – VIII R 68/04, BStBl. II 2005, 762; BMF v. 20.12.2005 – IV C 3 - S 2256 - 255/05, 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; BFH v. 10.10.1992 – VIII R 40/89, BStBl. II 1994, 222; WASSERMAYER, FR 1993, 532; RAPP in LBP, § 17 Rn. 121 [11/2009], 137 [2/2010]; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 85; R 17 Abs. 3 EStR, H 17 Abs. 3 EStH „Unentgeltlicher Anwartschaftserwerb“.

## 96 II) Vorweggenommene Erbfolge

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 – IV C 3 - S 2255 - 354/04, BStBl. I 2004, 992, Tz. 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, BStBl. II 1990, 847). 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

#### 4. Anteile des Veräußerers an einer Kapitalgesellschaft (Veräußerungsgegenstand)

##### a) Beteiligung des Veräußerers (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2)

###### aa) 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; BFH v. 8.4.2014 – IX R 4/13, BFH/NV 2014, 1201). 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, DStZ 1991, 144; VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 325 [7/2016]). 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; FG Düss. v. 7.7.2015 – 10 K 546/12, EFG 2015, 1608, rkr.; FG Hamb. v. 25.11.2015 – 2 K 258/14, BB 2016, 1123, rkr., Rn. 63, 73). 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; BFH 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 BFH 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.). Anders verhält es sich in dem Fall, in dem im Rahmen mehrerer zeitgleich abgeschlossener, korrespondierender Verträge GmbH-Anteile übertragen werden und deren Höhe durch eine Kapitalerhöhung auf genau 25 % reduziert werden, weil in diesem Fall die der Kapitalerhöhung vorgreifliche Anteilsübertragung kein wirt-

schaftliches Eigentum an einer wesentlichen Beteiligung vermittelt, wenn nach dem Gesamtvertragskonzept die mit der übertragenen Beteiligung verbundenen Rechte von vornherein nur für eine Beteiligung von genau 25 % übergehen sollten (BFH v. 5.10.2011 – IX 57/10, BStBl. II 2012, 318).

**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 fünf Jahre vor dieser zu irgendeinem Zeitpunkt im Umfang der Beteiligungsgrenze beteiligt war, genügt die geringste Dauer, wie zB eine juristische Sekunde (BFH v. 5.10.1976 – VIII R 38/72, BStBl. II 1977, 198; BFH v. 20.12.1989 – VI R 55/84, BFH/NV 1990, 23; BFH v. 7.7.1992 – VIII R 54/88, BStBl. II 1993, 331; BFH v. 16.5.1995 – VIII R 33/94, BStBl. II 1995, 870). Für das Vorliegen einer wesentlichen Beteiligung kommt es nach neuer Rspr. des BFH jedoch vorrangig auf das Vorliegen wirtschaftlichen Eigentums beim Erwerber (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO) an, was im Einzelfall anhand des Gesamtbildes der tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall zu beurteilen ist (BFH v. 25.5.2011 – IX R 23/10, BStBl. II 2012, 3). In dem dem BFH-Urteil v. 25.5.2011 zugrundeliegenden Einzelfall war das FG Köln als Vorinstanz davon ausgegangen, dass es im Rahmen des Abs. 1 nicht auf die Dauer der Beteiligung ankomme, sondern nur darauf dass der Stpfl. innerhalb von fünf Jahren – und sei es nur für eine juristische Sekunde – wesentlich beteiligt war (FG Köln v. 17.3.2010 – 2 K 1049/03, EFG 2010, 1499, rkr.). 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 **bb) 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 **cc) Anteile im gemeinsamen Eigentum mehrerer Steuerpflichtiger**

**Bruchteileigentum** (§§ 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. 7.4.1976 – I R 75/73, BStBl. II 1976, 557; BFH v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312; BFH v. 13.7.1999 – VIII R 72/98, BStBl. II 1999, 820; BFH v. 9.5.2000 – VIII R 41/99, BStBl. II 2000, 686; OFD Frankfurt 7.8.2014, Rn. 15, DB 2014, 2139; 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 vier 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. Es bleibt uE der nominelle Anteil am Grund- oder Stammkapital nach der Bruchteilsbetrachtung maßgebend (s. näher Anm. 88; glA WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 60 mwN; VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 47 ff. [7/2016]). 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; BFH 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 Gesamthändern anteilig zuzurechnenden Anteile (BFH v. 7.4.1976 – I R 75/73, BStBl. II 1976, 557; RAPP in LBP, § 17 Rn. 72 [8/2009]).

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 (RAPP in LBP, § 17 Rn. 72 [8/2009]; VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 47 [7/2016]). 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.

#### dd) Anteile im Privatvermögen und im Betriebsvermögen des Veräußers 103

Besitz 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; RAPP in LBP, § 17 Rn. 73 [8/2009]; VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 285 ff. [7/2016]). 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; dem folgend BFH v. 11.12.2013 – IX R 45/12, BStBl. II 2014, 578).

104–109 Einstweilen frei.

### b) Fünf-Jahres-Frist (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2)

#### 110 aa) 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; BFH v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398; BFH 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). Ein zivilrechtl. Durchgangserwerb (logische Sekunde) hat nach der Rspr. des BFH (H 17 Abs. 4 „Wirtschaftliches Eigentum“ EStH 2015; BFH v. 26.1.2011 – IX R 7/09, BStBl. II 2011, 540) nicht zwangsläufig einen stl. Durchgangserwerb im Sinne des Innehabens wirtschaftlichen Eigentums in der Person des zivilrechtl. Durchgangserwerbers zur Folge. Letztlich kann uU bereits eine juristische Sekunde genügen (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 Rn. 2).

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

**Beispiel 1:** 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 Fünf-Jahres-Frist 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 wirt-

schaftlichen Eigentums entscheidend ist (so VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 465 [7/2016]; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 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 – 5 K 193/97, DStRE 1998, 583 [584 mwN], rkr.). Es ist allerdings denkbar, dass das wirtschaftliche Eigentum bereits durch den schuldrechtl. Vertrag übertragen wird.

**Beispiel 2:** 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 fünf 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). Im Kaufvertrag liegt weder die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums noch die Einräumung eines entsprechenden Anwartschaftsrechts an B (vgl. Anm. 150 f.).

Nach BFH v. 11.12.2012 – IX R 7/12, BStBl. II 2013, 372; BFH v. 11.12.2012 – IX R 34/11, BFH/NV 2013, 539; BFH v. 16.4.2013 – IX R 47/12, BFH/NV 2013, 1915; FG Ba.-Württ. v. 19.3.2015 – 13 K 4280/13, EFG 2015, 1361, rkr., ist für die Bewertung des Tatbestandsmerkmals „wesentliche Beteiligung innerhalb der letzten fünf Jahre“ iSd. § 17 Abs. 1 idF des StEntG 1999/2000/2002 und den Beteiligungsbegriff gem. § 17 Abs. 1 Satz 4 idF des StEntG 1999/2000/2002 eine veranlagungszeitraumbezogene Auslegung maßgeblich, bei der das Tatbestandsmerkmal „innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft wesentlich beteiligt“ in § 17 Abs. 1 Satz 1 für jeden abgeschlossenen VZ nach der in diesem VZ jeweils geltenden Beteiligungsgrenze zu bestimmen ist (so auch BMF v. 27.5.2013 – IV C 6 - S 2244/12/10001, BStBl. I 2013, 721).

**Maßgeblicher Zeitpunkt im Umwandlungsfall:** Für die Frage, ob im Zuge einer Verschmelzung Anteile an der übertragenden Körperschaft solche iSd. § 17 sind und damit gem. § 13 Abs. 2 Satz 2 UmwStG aF auch Anteile an der übernehmenden Körperschaft als Anteile iSd. § 17 gelten, ist auf die im Zeitpunkt der Verschmelzung gültige Fassung des § 17 abzustellen (FG Köln v. 14.4.2015 – 12 K 329/13, EFG 2015, 1362, rkr.). Weder der Wortlaut des § 13 UmwStG noch das Verbot der Rückwirkung würden nach Ansicht des FG Köln eine retrospektive Beurteilung erlauben. Hiernach stellt vielmehr die Fiktionswirkung des § 13 Abs. 2 Satz 2 UmwStG aF für Verschmelzungsfälle sicher, dass die Besteuerung eines etwaigen durch die Veräußerung von steuerverhafteten Anteilen realisierten Gewinns auf die Veräußerung der einbringungsgeborenen Anteile nachverlagert wird. Handelt es sich hingegen um keine nach § 17 steuerverhaftete Beteiligung, wird durch die Vorschrift des § 13 Abs. 2 UmwStG aF sichergestellt, dass auch keine Besteuerung der bis dahin entstandenen oder später entstehenden stillen Reserven erfolgt.

**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 fünf Jahre waren. Hat also der Stpfl. innerhalb des Fünf-Jahres-Zeitraums eine steuerverstrickte Beteiligung erworben und wieder veräußert und danach eine nicht steuerverstrickte Beteiligung (1 %) erworben und veräußert, wäre auch die letzte Veräußerung stpfl. (so VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 301 [7/2016]; BFH v. 20.4.1999 – VIII R 58/97, BStBl. II 1999, 650; BFH 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; BFH 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 Fünf-Jahres-Frist, 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 WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 77; RAPP in LBP, § 17 Rn. 90 [8/2009]; HERZIG/FÖRSTER, DB 1997, 594). Entsprechendes gilt uE auch für die aktuelle Gesetzesfassung (Beteiligungsgrenze von 1 %).

Hat innerhalb eines Fünf-Jahres-Zeitraums 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; BFH v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312; BFH v. 18.1.1999 – VIII B 80/98, BStBl. II 1999, 486; BFH v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398; BFH 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. aufgrund seiner wesentlichen Beteiligung zu einem Zeitpunkt erworben hat, zu dem keine wesentliche Beteiligung mehr vorlag, werden von § 17 erfasst, sofern sie noch innerhalb der Fünf-Jahres-Frist veräußert werden (BFH v. 10.11.1992 – VIII R 40/89, BStBl. II 1994, 222).

**111 bb) 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 fünf Jahren kann der Anteilseigner die Beteiligung stfrei veräußern. In diesem Vorgehen liegt grds. kein Rechtsmissbrauch iSd. § 42 AO (BFH v. 27.1.1977 – IV R 46/76, BStBl. II 1977, 754). Die Fünf-Jahres-Frist beginnt uE hier mit der Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister, weil erst dann die neuen Anteile entstehen (BFH v. 14.3.2006 – VIII R 49/04, BStBl. II 2006, 746; FG Düss. v. 14.9.2010 – 13 K 997/08 E, EFG 2011, 961, rkr.; glA RAPP in LBP, § 17 Rn. 93 [8/2009]; VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 310 [7/2016]). Vorher geben die Anteile noch kein Stimmrecht; die für die Besteuerung gem. § 17 gesetzlich 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.

Einstweilen frei.

112–113

**c) Beteiligung am Kapital der Gesellschaft (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2)**

114

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 WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 38; VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 236 ff. [7/2016]).

Diese Auslegung ergibt sich aus dem Zweck des Abs. 1. Die Norm soll den aufgrund der Veräußerung des Geschäftsanteils eintretenden Zuwachs an finanzieller Leistungsfähigkeit erfassen (BFH v. 16.5.1995 – VIII R 33/94, BStBl. II 1995, 870; RAPP in LBP, § 17 Rn. 56 [8/2008]). 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 Rn. 2). Diesem Zweck wird nur eine Anknüpfung am Nennkapital gerecht. Würde man hingegen die Beteiligung auf das tatsächliche Vermögen beziehen, so könnte aufgrund der Vielzahl der möglichen Satzungsregelungen bezüglich der Verteilung des Gewinns und des Liquidationserlöses nur mit Hilfe einer aufwendigen 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; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 41; RAPP in LBP, § 17 Rn. 58 [8/2009]). 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 1:** 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 (PUNG/WERNER in DPM, § 17 EStG Rn. 149 [1/2017]). Auch im Fall von wechselseitigen Beteiligungen ist die wechselseitige Beteiligung vom Nennkapital abzuziehen (JÄSCHKE in LADEMANN, § 17 Rn. 88 [8/2016]; PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 153 [4/2014]).

**Beispiel 2:** 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 Kapitalgesellschaft“ 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 (H 15.7 Abs. 1 „Anwartschaftsrechte“ EStH 2015; BFH v. 14.3.2006 – VIII R 49/04, BStBl. II 2006, 746; BFH v. 19.2.2013 – IX R 35/12, BStBl. II 2013, 578). Sie können ihrem Inhaber keine Gesellschafterrechte vermitteln und geben ihm damit keine Möglichkeit, auf die Ansammlung von Gewinn bei der Gesellschaft hinzuwirken (VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 252 [7/2016]; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 44 ff.; JÄSCHKE in LADEMANN, § 17 Rn. 89 [8/2016]; aA RAPP in LBP, § 17 Rn. 59 [8/2009]). 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 Kapitalgesellschaft“ 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 – 12 K 5/98, DStRE 2004, 75, rkr.; KRATZSCH, BB 2004, 581; RAPP in LBP, § 17 Rn. 59 [8/2009]), denn dies hätte zur Folge, dass die Bezugsgröße nicht mehr das Nennkapital, sondern ein um das Genussscheinkapital erhöhter Betrag ist. Insbesondere dann, wenn die Beteiligung am Liquidationserlös nicht auf einen Bruchteil lautet, ließe sich dieser nur schwer bestimmen. Nur Genussrechte mit Beteiligungscharakter (qualifizierte Genussrechte), die bilanziell wie Nennkapital behandelt werden, räumen dem Inhaber eine dem Gesellschafter der KapGes. wirtschaftlich vergleichbare Stellung ein (BFH v. 14.6.2005 – VIII R 73/03, BStBl. II 2005, 861; BMF v. 27.12.1995, IV B 7 - S 2742 - 76/95, BStBl. I. 1996, 49; FG Nds. v. 28.2.2012 – 12 K 10250/09, EFG 2012, 1337, nrkr., Az. BFH IX R 19/12).

115–119 Einstweilen frei.

**d) Unmittelbare oder mittelbare Beteiligung (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2)**

**aa) Begriff der unmittelbaren Beteiligung**

120

„Unmittelbar“ iSd. 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 – 2 K 2640/98, 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 „Zwischengeschaltete vermögensverwaltende Personengesellschaft“).

**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, Beschäftigte) regelmäßig nicht anzuerkennen (zu Einzelheiten und zum Verhältnis § 17 zu § 42 AO s. Anm. 43).

**bb) Begriff der mittelbaren Beteiligung**

121

Eine mittelbare Beteiligung liegt vor, wenn der Stpfl. nicht unmittelbar an einer KapGes. beteiligt ist, dafür aber ein anderes, selbständiges StRechtssubjekt, an dem der Stpfl. wiederum – unmittelbar oder auch nur mittelbar – beteiligt ist (BFH, Urt. v. 3.9.2015 – VI R 58/13, BFHE 251, 429, BStBl. II 2016, 305; BFH v. 10.5.2016 – IX R 13/15, BFH/NV 2016, 1556; BFH, Urt. v. 6.9.2016 – IX R 44 und 45/14, BFHE 255, 162; BFH, Urt. v. 6.9.2016 – IX R 27/15, BFHE 255, 176). Grundfall der mittelbaren Beteiligung ist das Halten einer KapGesBeteiligung über eine – oder mehrere – zwischengeschaltete KapGes. (s. Anm. 122). Im Fall, dass der Stpfl. Anteile an einer KapGes. hält, die ihrerseits Anteile an einem Tochterunternehmen hält, welche wechselseitig wiederum Anteile an der Obergesellschaft hält, liegt keine über zwei Gesellschaften „vermittelte“ Beteiligung an der Obergesellschaft vor, sondern nur eine unmittelbare Beteiligung an der Obergesellschaft (PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 196 [4/2014]). Nach FG Nds. (FG Nds. v. 28.2.2012 – 12 K 10250/09, EFG 2012, 1337, nrkr., anhängig beim BFH IX R 19/12) sei dies damit zu begründen, dass die Beteiligung der Tochtergesellschaft an der Obergesellschaft keine zusätzliche – neben der unmittelbaren Beteiligung bestehende – Beteiligung des Stpfl. an der Obergesell-

schaft schafft, sondern nur die unmittelbare Beteiligung des Stpfl. dadurch verstärkt, dass die Obergesellschaft aus den Anteilen, die sie über ihre Tochtergesellschaft an sich selbst hält, keine Rechte und Pflichten herleiten kann (für die Aktiengesellschaft gem. § 71d Sätze 2 und 3 AktG). Diese systematische Auslegung ist uE überzeugend.

## 122 cc) Wichtige Einzelfälle

**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:* Siehe § 2 Anm. 340 „Treuhand“ und Drüen in TIPKE/KRUSE, § 39 AO Rn. 30 f. [6/2012] mwN. Ob das Treuhandverhältnis nach außen bekannt gegeben oder verheimlicht wird, wie zB bei der sog. Strohmänngründung 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). Maßgeblich ist, dass der Treugeber das Treuhandverhältnis beherrscht, insbes. bei dessen tatsächlichen Vollzug, wobei erkennbar sein muss, dass der Treuhänder ausschließlich für Rechnung des Treugebers handelt (FG München v. 18.6.2012 – 7 K 1759/09, juris, rkr.). Im Grundsatz unverzichtbares Kriterium einer solchen Beherrschung ist eine Weisungsbefugnis des Treugebers und Spiegelbildlich eine Weisungsgebundenheit des Treuhänders in Bezug auf die Behandlung des Treuguts (FG München v. 18.6.2012 – 7 K 1759/09, juris, rkr.). 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 (FG Köln v. 1.4.2009 – 10 K 2898/08, EFG 2010, 230, nrkr.) un schlüssig sein, da wirtschaftliches Eigentum nach der BFH-Rspr. ua. verlange, dass der Erwerber seine Rechte im Konfliktfall effektiv durchsetzen kann. Der BFH (BFH v. 11.5.2010 – IX R 19/09, BStBl. II 2010, 823) greift die von der Vorinstanz ange-mahnte Unschlüssigkeit nicht auf, sondern stellt klar, dass es für die Frage des Vorliegens eines Mangels der zivilrechtl. Form als Beweisanzeichen maßgeblich auf die Eigenqualifikation des Rechtsverhältnisses ankomme.

► *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). Indizielle

Bedeutung für den Nachweis des Treuhandverhältnisses und für die Frage nach der tatsächlichen Durchführung einer Treuhandvereinbarung kommt nach BFH, Urt. v. 10.5.2016 – IX R 13/15, BFH/NV 2016, 1556, der bilanziellen Behandlung des Treuguts zu (siehe Anm. 92). 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 Drüen in TIPKE/KRUSE, § 42 AO Rn. 55 f. [1/2010]). Der Nachweis des tatsächlichen Vollzugs des Vereinbarten kann von Ehegatten dabei nicht anhand der eigenen Schilderung des Verfahrensablaufs mit Verweis auf die zwischen Ehegatten intern üblichen Gepflogenheiten begründet werden (BFH v. 11.5.2010 – IX R 19/09, BStBl. II 2010, 823). 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. v. 21.4.2009 – 2 K 268/07, nv., rkr.).

► *Besondere Erscheinungsform: „Poolung“ von Treugeberrechten* – Treuhandverhältnissen in Bezug auf Geschäftsanteile an einer KapGes. kann auch dann anerkannt werden, wenn mehrere Treugeber ihre Rechte gegenüber dem Treuhänder grds. nur gemeinschaftlich (gesamthänderisch oder als Bruchteilsgemeinschaft iSd. § 741 BGB) ausüben können (BFH v. 21.5.2014 – I R 42/12, BStBl. II 2015, 4). Eine Zurechnung wirtschaftlichen Eigentums beim Treugeber findet dabei gem. § 39 AO (FISCHER in HHSp., § 39 AO Rn. 20 [3/2013]) auch bei wirtschaftlichem (ideellen) Bruchteilseigentum statt. Der BFH stellt für die stl. Anerkennung eines Treuhandverhältnisses maßgeblich darauf ab, dass das Weisungsrecht des Treugebers besteht und nicht – wie im Urteilsfall von BFH (BFH v. 24.11.2009 – I R 12/09, BStBl. II 2010, 590) – bereits vertraglich ausgeschlossen ist. Im Urteilsfall des BFH v. 24.11.2009 stand dem vertraglichen Ausschluss von Weisungsrechten mehrerer an einer GmbH beteiligter Kommunen nicht entgegen, dass sie das Vertragsverhältnis mit der GmbH jederzeit kurzfristig beenden konnten.

► *Besondere Erscheinungsform: Quotentreuhand* – Die FinVerw. geht davon aus, dass der Annahme eines zivilrechtl. wirksamen Treuhandverhältnisses nicht entgegensteht, dass dieses nicht an einem selbständigen Geschäftsanteil, sondern – als sog. Quotentreuhand – lediglich an einem Teil eines solchen Geschäftsanteils vereinbart wird (H 17 Abs. 2 „Quotentreuhand“ EStH; BFH v. 6.10.2009 – IX R 14/08, BStBl. II 2010, 460). Ein solcher Anteil ist danach ein WG iSd. § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO und stellt einen treugutfähigen Gegenstand dar.

► *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 Mitunternehmergemeinschaft 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 (WACKER in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 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 – 2 K 1235/98 E, DStRE 2001, 1210 mwN aus dem Schrifttum, rkr.; im Ergebnis ebenso mit anderer Begründung BFH v. 18.5.2005 – VIII R 34/01, GmbHR 2005, 1633). 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, GmbHR 2005, 1633, zur Unterbeteiligung). Erreichen die Anteile des Unterbeteiligten hiernach nicht die gesetzliche Beteiligungsquote iSv. Abs. 1 innerhalb des maßgebenden Fünf-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 und § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO, wenn der Unterbeteiligte aufgrund der Beteiligungsabrede alle mit der Beteiligung verbundenen Vermögens- und Verwaltungsrechte ausüben und ggf. effektiv durchsetzen kann (BFH v. 18.5.2005 – VIII R 34/01, GmbHR 2005, 1633). 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, GmbHR 2005, 1633; 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, GmbHR 2005, 1633; aA WACKER in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 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 – 12 K 5/98, 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 Gesellschafter 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; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 20 Rn. 78 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, BStBl. II 1983, 563, 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; 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 in FROTSCHER, § 17 Rn. 80 [7/2013]; PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 196 [4/2014]). 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; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 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; BFH v. 12.6.1980 – IV R 128/77, BStBl. II 1980, 646; BFH v. 14.10.2003 – VIII R 22/02, DStRE 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 – 11 K 2615/05 E, EFG 2009, 831, rkr.; 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 (BFH v. 9.5.1999 – VIII R 40/99, BFH/NV 2001, 17 mwN; Bestätigung der stRspr. durch BFH v. 9.5.2000 – VIII R 41/99, BStBl. II 2000, 686; zu weiteren Einzelheiten zur Einschaltung von vermögensverwaltenden PersGes. s. Anm. 88).

123–129 Einstweilen frei.

### e) Beteiligungsquote von mindestens 1 % (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2)

#### 130 aa) 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 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). Insbesondere 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 s. auch Anm. 1, 2, 10 (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 aufgrund der Änderungen bei der Besteuerung von Körperschaften und ihrer Anteilseigner veranlasst (s. Anm. 7).

#### 131 bb) Wirkung der Fünf-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):

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

**Beispiel 1:** A war zu 15 % an der B-GmbH beteiligt. Die Beteiligung hatte er am 1.2.1998 für 500000 DM erworben. Er veräußerte sie für 1 Mio. DM am 11.3.1999 (nach Gesetzesbeschluss im BTag, aber vor Zustimmung des BRats und vor Ausfertigung/Verkündung).

Das StEntG 1999/2000/2002 wurde am 4.3.1999 im BTag verabschiedet; die Zustimmung des BRats erfolgte am 19.3.1999; die Ausfertigung am 24.3.1999 und die Verkündung im BGBl. am 31.3.1999. Nach BFH (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 BTags (4.3.1999), obwohl das Gesetzgebungsverfahren für das EStG erst mit Zustimmung des BRats und Verkündung im BGBl. abgeschlossen wird. Er lehnt zugleich einen dispositionsbezogenen Vertrauensschutz ab. Eine solche Vorverlagerung der Zerstörung von Vertrauen in das geltende (alte) Gesetzesrecht auf einen Zeitpunkt vor Verkündung bzw. Ausfertigung des neuen Gesetzes ist uE verfassungsrechtl. zweifelhaft, Abs. 1 Satz 4 idF des StEntG 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 (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, DStR 2010, 1733), das zwar grds. 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. ausführl. 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/JOSEF, 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 (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, BStBl. II 2005, 436, 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 im Sinne 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 2:** 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 (BFH v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398) lehnte 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 (zu Einzelheiten vgl. Anm. 10; zum Vertrauensschutz bei Dauersachverhalten Einf. ESt Anm. 524).

In Ansehung des Beschlusses des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, 2 BvR 753/05, 2 BvR 1738/05, BVerfGE 127, 61; hierzu vorstehend unter Anm. 10) geht das FG Hamburg v. 29.9.2016 – 1 K 3/16, EFG 2017, 493 davon aus, dass angesichts der vom BVerfG ausgemachten partiellen Nichtigkeit der Herabsenkung der Wesentlichkeitsgrenze in § 17 Abs. 1 EStG von 25% auf 10% durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 sich diese auch auf Beteiligungen erstreckt, die bei Verkündung des Gesetzes noch unter 10% lagen.

### **132 cc) Wirkung der Fünf-Jahres-Frist im Zusammenhang mit der Senkung der Beteiligungsgrenze von 10 % auf 1 %**

Hierzu gelten die Ausführungen in Anm. 131 im Grundsatz entsprechend. Der Beschluss des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, BVerfGE 127, 61) zur Absenkung der Wesentlichkeitsschwelle von 25 % auf 10 % durch Abs. 1 Satz 4 idF des StEntlG entfaltet nach Auffassung des FG Düss. (FG Düss. v. 16.4.2013 – 13 K 4190/11 E, juris, rkr.) keine Bindungswirkung für die Behandlung einer erst nach der Absenkung der Wesentlichkeitsschwelle von 10 % auf 1 % durch das StSenkG stbaren Veräußerung einer Beteiligung im Jahr 2002.

Vgl. im Einzelnen auch Anm. 10 und Anm. 156 „Innerhalb der letzten 5 Jahre“. Zur Kritik vgl. Anm. 131.

**dd) Besteuerung nach dem Teileinkünfteverfahren**

133

Der Veräußerungsgewinn unterliegt nicht der vollen Besteuerung. Das an die Stelle des Anrechnungsverfahrens getretene Halb-/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 grds. nur noch zu 60 % im Teileinkünfteverfahren berücksichtigungsfähig (vgl. hierzu Anm. 27 zu § 3c im allgemeinen Teil und in Abs. 2). Die Tarifbegünstigungsvorschriften des § 34 Abs. 1 und Abs. 3 finden nach Maßgabe des § 34 Abs. 2 Nr. 1 idF des Gesetzes zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung – Steuersenkungsgesetz – (StSenkG) v. 23.10.2000 (BGBl. I 2000, 1433; BStBl. I 2000, 1428) für Veräußerungsgewinne nach § 17 keine Anwendung mehr. Auf sie ist nach § 52 Abs. 47 Satz 2 die Anwendungsregelung des § 52 Abs. 4a in der nämlichen Fassung entsprechend anzuwenden (BFH v. 20.10.2010 – IX R 56/09, BStBl. II 2011, 409).

Einstweilen frei.

134–139

**II. 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, JbFStR 1990, 387; GROH, Verdeckte Einlage = Tauschgeschäft?, DB 1997, 1683; DRÄGER/DORN, Verdeckte Einlage von Anteilen i.S.d. § 17 EStG ohne Schenkungsteuer möglich, ertragsteuerliche Folgen unklar. Anmerkungen zum Urteil des BFH v. 20.01.2016 – II R 40/14, DStR 2016, 1852; THIELE/BECKMANN, FR 2016, 656, Das Konkurrenzverhältnis zwischen Erbschafts- und Schenkungsteuer und Einkommensteuer; SCHWEDHELM, GmbH-StB 2017, 49 (53), Verdeckte Gewinnausschüttungen – Überblick über die aktuelle Rechtsprechung.

**1. Begriff der verdeckten Einlage**

140

**Voraussetzungen der verdeckten Einlage:** 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. 9.6.1997 – GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307; BFH v. 15.10.1997 – I R 80/86, BFH/NV 1998, 624; BFH v. 20.7.2005 – X R 22/02, BB 2005, 2230; begriffliche Einzelheiten s. Anm. 30, 230 und § 6 Anm. 1488b f. mwN).

**Abgrenzung zwischen verdeckter Einlage/vGA und Schenkung:** vGA werden nicht als Schenkungen betrachtet, da sie im Hinblick auf das Gesellschaftsverhältnis gewährt werden (ausführl. GECK in KAPP/EBELING, § 7 ErbStG Rn. 208 [7/2016]; THIELE/BECKMANN, FR 2016, 656; BFH v. 17.10.2007 – II R 63/05, BStBl. II 2007, 381; BFH v. 30.1.2013 – II R 6/12, BStBl. II 2013, 930). Umgekehrt ist, soweit eine Schenkung vorliegt, die Annahme einer vGA ausgeschlossen. Wie der BFH zu Recht in seiner Entscheidung vom 30.1.2013 zum Verhältnis von Schenkungsteuer und vGA betont, spielt es entgegen der Ansicht der FinVerw. (Erlasse der Länder v. 14.3.2012, BStBl. I 2012, 331,

Abschn. 2.6.2) keine Rolle, ob alle Gesellschafter der KapGes. vGA in gleicher Höhe erhalten. Selbst wenn dies – wie der 2. Senat des BFH verdeutlicht – nicht der Fall wäre und beispielsweise nur ein Gesellschafter eine überhöhte Vergütung erhält, führe das über die Beteiligungsquote hinaus Verteilte nicht zu einer freigebigen Zuwendung der KapGes. an den Gesellschafter. Vielmehr unterliege die Zahlung des unangemessenen Teils der Vergütung als vGA der ESt, da sie durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sei – was zugleich das Vorliegen einer freigebigen Zuwendung der KapGes. an den Gesellschafter ausschließe (BFH v. 30.1.2013 – II R 6/12, BStBl. II 2013, 930; BFH Urt. v. 20.1.2016, II R 40/14, BFH/NV 2016, 848 mwN). Nichts anderes darf u.E. für das Verhältnis der Schenkungssteuer zur verdeckten Einlage gelten, weil es auch dort maßgeblich darauf ankommt, ob der gewährte Vermögensvorteil mit der Einkünfteerzielung im Zusammenhang steht und durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist (vgl. auch GECK in KAPP/EBELING, § 7 ErbStG Rn. 220 [3/2016]). Die FinVerw. wendet die Entscheidung des 2. Senats des BFH v. 30.1.2013 über den Einzelfall nicht an (Nichtanwendungserlass der Obersten Finanzbehörden der Länder v. 5.6.2013, BStBl. II 2013, 1465, im Anschluss an ihren Erlass v. 14.3.2012, BStBl. I 2012, 331). Allerdings hält die FinVerw. für den Fall, dass eine GmbH eigene Anteile durch (gemischte) verdeckte Einlage erhält, im Verhältnis zur GmbH § 7 Abs. 7 S. 1 ErbStG für anwendbar (H 18 Nr. ErbStH 2003; Abschn. 2.4.1 Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 14.3.2012, BStBl. I 2012, 331). Zwischenzeitlich reagierte der Gesetzgeber für den Fall disquotaler Einlagen durch das Beitreibungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz v. 7.12.2011 (BGBl. I 2011, 2592) mit der Einführung des § 7 Abs. 8 ErbStG, der für nach dem 13.12.2011 entstandene Steuern eine Zuwendung des Einlegenden an den durch die Wertsteigerung der Anteile wirtschaftlich begünstigten Gesellschafter fingiert. Noch nicht abschließend geklärt ist die Abgrenzung zwischen vGA und Schenkung für den vom FG Münster (FG Münster v. 22.10.2015, 3 K 986/13 Erb, EFG 2016, 232) entschiedenen Fall, in dem eine GmbH eine überhöhte Miete an den Ehemann der Alleingesellschafter (zugleich alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der GmbH) zahlte. Entgegen der Auffassung des FA, welches eine Schenkung des Empfängers der überhöhten Mietzahlung (Ehemann/Vermieter) durch die GmbH annahm, sah das FG Münster in dem vorliegenden Mietvertrag einen einheitlichen vertraglichen Rechtsgrund, der eine Aufspaltung in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil verbiete. Erziele ein Steuerpflichtiger Vermögensvorteile durch eine auf Einkünfteerzielung gerichtete Erwerbshandlung, erziele er – so das FG Münster – hieraus nur der Einkommensteuer unterliegende Einkünfte. Die gegen das Urteil des FG Münster vom 22.10.2015 eingelegte Revision der FinVerw. wird beim BFH derzeit unter dem Az. II R 54/15 geführt.

## 141 2. Wirkung auf Gesellschafts- und Gesellschafterebene

**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 sog. Management-Buy-Out FG Münster v. 8.12.2008 – 3 K 1595/05 E, EFG 2009, 471; bestätigt durch BFH v. 14.7.2009 – IX R 6/09, BFH/NV 2010, 397). Gleichzeitig erhö-

hen 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 (s. dazu Anm. 30 und im Einzelnen § 6 Anm. 1475 f., 1479, 1481, 1488b und 1488d; KULOSA in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 6 Rn. 743; aA PUNG/WERNER in DPM, § 17 EStG Rn. 374 [1/2017]).

**Gesellschaftsebene:** Trotz der fingierten Veräußerung beim Gesellschafter liegt bei der Gesellschaft kein Erwerb, sondern eine Einlage vor (PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 99 [4/2014]). 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 (WASSERMAYER, 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 ausdrücklich BMF v. 2.11.1998 – IV C 2 - S 2244 - 2/98, BStBl. I 1998, 1227; s. auch PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 99 [4/2014]; RAPP in LBP, § 17 Rn. 180 [8/2010]; zu den Gestaltungsmöglichkeiten vgl. SLABON, DStR 2001, 2133).

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

Einstweilen frei.

142–144

### III. 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 KLEIN/STIHL/WASSERMAYER (Hrsg.), Unternehmen Steuern, FS 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.

#### 1. Anteil und Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft

145

**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. Kapitalgesellschaften sind demnach die AG, die GmbH und die KGaA sowie seit SEStEG auch Genossenschaften einschließlich 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).

Ausländische KapGes. (dh. KapGes., die weder Sitz noch Geschäftsleitung im Inland haben) fallen dann unter den Begriff der „Kapitalgesellschaft“ iSd. 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; BFH v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312; BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424; s. auch BMF v. 19.3.2004 – IV B 4 - S 1301, BStBl. I 2004, 411, zur US-amerik. LLC; vgl. auch Anm. 22). Für Genossenschaften erfolgte mit dem SEStEG eine gesetzliche Gleichstellung mit der Europäischen Genossenschaft (vgl. Anm.1).

**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 20000 € beteiligt. Er hat hierauf 5000 € eingezahlt. Er verkauft seinen Geschäftsanteil für 60000 €. Der Käufer zahlt 45000 € bar und übernimmt iHv. 15000 € die Schuld des Verkäufers gegenüber der Gesellschaft aus nicht eingezahltem Stammkapital. Lässt man diese Schuld außer Betracht, so hat der Gesellschafter 5000 € für die Anschaffung seines Geschäftsanteils aufgewendet; er erhält 45000 €, der Gewinn beträgt mithin 40000 €. Berücksichtigt man die Schuld, so hat der Gesellschafter 20000 € aufgewendet und 60000 € erhalten, der Gewinn beträgt also auch nach dieser Rechnung 40000 €.

**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.

## 146 2. Die im Gesetz aufgezählten Anteile

**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, siehe Anm. 54 „Zwischenscheine“).

Die Falschbezeichnung von Mitgliedschaftsrechten an einer AG, etwa durch Kennzeichnung als Nennbetragsaktien anstatt als Stückaktien, hindert trotz formaler Unrichtigkeit der Aktien nicht den Erwerb der dann noch unverkörpernten Mitgliedschaftsrechte (BFH v. 7.7.2011 – IX R 2/10, BStBl. II 2012, 20).

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 insofern 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, BStBl. II 1992, 902; wie hier auch WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 21; PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 144 [4/2014]).

**Anteile an einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)** (nach § 5a GmbHG idF des MoMiG) sind ebenfalls erfasst, da es sich bei der Unternehmergesellschaft 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 verbrieftete 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; RG 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 PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 155 [4/2014]; RAPP in LBP, § 17 Rn. 46 [8/2008]; JÄSCHKE in LADEMANN, § 17 Rn. 63 [8/2016]; aA HAARMANN, JbFStR 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 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, Beilage 19, 2; VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 250 [7/2016]; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 22; RAPP in LBP, § 17 Rn. 46 [8/2008]; JÄSCHKE in LADEMANN, § 17 Rn. 63 [8/2016]). 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, BStBl. II 2005, 861).

### 147 3. 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. Gesellschaft; 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. 21.10.1999, I R 43,44/98, BStBl. II 2000,424; v. 19.5.1992 – VIII R 16/88, BStBl. II 1992, 902; FG Münster v. 6.12.2016, 7 K 3225/13 E; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 24; aA RAPP in LBP, § 17 Rn. 47 (8/2008). Nach Ansicht des BFH v. 19.5.1992 – VIII R 16/88 (BStBl. II 1992, 902) sowie BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98 (BStBl. II 2000, 424) kommen als ähnliche Beteiligung i.S.d. § 17 Abs. 1 S. 3 EStG auch solche Anteile an einer ausl. KapGes. in Betracht, wenn diese Gesellschafterrechte verkörpert, wie sie nach deutschem Recht beispielsweise mit Aktien oder GmbH-Anteilen verbunden sind.

**Anteile an einer Vorgesellschaft**, die kstrechl. 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 bilanzstrechl. Einordnung bei der KapGes. – keine ähnlichen Beteiligungen, da mit solchen Maßnahmen keine Beteiligung an Gesellschafterrechten verbunden ist (BFH v. 19.5.1992 – VIII R 16/88, BStBl. II 1992, 902; BFH v. 28.5.1997 – VIII R 25/96, BStBl. II 1997, 724; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 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 (RAPP in LBP, § 17 Rn. 47 [8/2008], 186 [11/2010]). 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; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 25; VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 179 [7/2016]). 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 (PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 167 [4/2014]), 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).

Einstweilen frei.

148–149

#### 4. Anwartschaften auf Beteiligungen

##### 150 a) 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. Als Anwartschaften gelten auch die aufgrund einer Kapitalerhöhung entstehenden Bezugsrechte oder abspaltbaren Teile an dem WG „Geschäftsanteil“ (BFH v. 21.9.2004 – IX R 36/01, BStBl. II 2006, 12).

**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). Zivilrechtlich 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. Zivilrechtlich 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. HEINRICHS in PALANDT, 74. Aufl. 2015, 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 iEs 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, BStBl. II 1975, 505; 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, BStBl. II 2008, 475); uE ist diese Rspr. zweifelhaft (s. auch SCHWEYER/DANNECKER, BB 1999, 1732 [1735 f.]).

**Anwartschaften als Beteiligung:** Gemäß Abs. 1 Satz 3 können Anwartschaften auch Anteile an einer KapGes. sein, jedoch bewirkt die bloße Übertragung einer Anwartschaft noch keinen Übergang der Beteiligung (BFH v. 19.12.2007 – VIII R 14/06, BStBl. II 2008, 475; BFH v. 19.2.2013 – IX R 35/12, BStBl. II 2013, 578). Anwartschaften sind keine Beteiligungen und bei der Bestimmung der Beteiligungshöhe – ungeachtet ihrer Eigenschaft als möglicher Gegenstand einer Veräußerung gem. Abs. 1 Satz 1 – nicht zu berücksichtigen (BFH v. 14.3.2006 – VIII R 49/04, BStBl. II 2006, 746 [748]; BFH v. 19.12.2007 – VIII R 14/06, BStBl. II 2008, 475; zuletzt FG Köln v. 20.6.2012 – 4 K 295/10, EFG 2012, 2022, rkr.). Beispielsweise hat die FinVerw. eine Veräußerung einer Anwartschaft iSd. Abs. 1 Satz 3 angenommen, wenn eine schuldrechtl. Option auf den Erwerb einer Beteiligung (Call-Option) veräußert wird, die die wirtschaftliche Verwertung des bei der KapGes. eingetretenen Zuwachses an Vermögenssubstanz ermöglicht (H 17 Abs. 2 „Optionsrecht“ EStH 2015 mit Verweis auf BFH v. 19.12.2007 – VIII R 14/06, BStBl. II 2008, 475).

**Keine Anwartschaften** sind nach Ansicht der Rspr.:

► *Optionsrechte zum Erwerb von Aktien bei Poolverträgen*, wenn diese unter dem Vorbehalt einer erforderlichen Änderung eines Poolvertrags stehen, deren Realisierbarkeit fraglich ist und wenn die Änderung letztlich auch nicht zustande kommt (FG München v. 24.10.2013 – 11 K 1190/11, EFG 2014, 344, rkr.). Damit nimmt der 11. Senat des FG eine Abgrenzung zu dem Fall des BFH (BFH v. 19.12.2007 – VIII R 14/06, BStBl. II 2008, 475) vor, bei dem ein Optionsrecht als Anwartschaft qualifiziert wurde, weil bereits bei Vertragsschluss ein unwiderrufliches dingliches Übertragungsangebot für die Aktien vorlag und damit der Erwerbsvorgang der Aktien bereits durch Abschluss eines von zwei hierzu erforderlichen Verträgen teilweise verwirklicht war (BFH v. 19.12.2007 – VIII R 14/06, BStBl. II 2008, 475).

► *Schuldrechtliche Teilnahme an einer (disquotalen) Kapitalerhöhung*: Ein schuldrechtl. Anspruch eines Nicht-Gesellschafters auf Erwerb eines Anteils durch Teilnahme an einer (disquotalen) Kapitalerhöhung bei der GmbH gehört grds. nicht zu den Anwartschaften iSv. Abs. 1 Satz 3, es sei denn, die Kapitalerhöhung ist bereits beim Handelsregister angemeldet und eingetragen (FG Berlin-Brandenb. v. 16.3.2010 – 6 K 1328/05, EFG 2010, 1423, rkr.).

#### b) Beispiele

151

**Bezugsrechte aus Kapitalerhöhung der Kapitalgesellschaft:** Anwartschaften iSd. Abs. 1 Satz 3 verleihen 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; PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 172 [4/2014]). 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, BStBl. II 1975, 505; BFH v. 21.1.1999 – IV R 27/97, BStBl. II 1999, 638). Die Abspaltungstheorie, wonach zwecks Abgrenzung der Ertrags- und Vermögenssphäre eine rechnerische Aufteilung der historischen AK von Aktien nach einer Kapitalerhöhung auf die Stamm- und Bezugsrechte vorgenommen wird, ist nach Auffassung der FinVerw. auch nach Einführung der Abgeltungsteuer für Anteile gem. § 17 zwingend anzuwenden (R 17 Abs. 5 EStR 2012, H 17 Abs. 5 „Bezugsrechte/Gratisaktien“ EStH 2015; ausdrücklich BMF v. 14.12.2007 – IV B 8 - S 2000/07/0001). 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). Ein Bezugsrecht ist allerdings so lange nicht vom Geschäftsanteil abtrennbar oder selbständig übertragbar, wie es nicht durch den Kapitalerhöhungsbeschluss (so BFH v. 22.5.2003 – IX R 9/00, BStBl. II 2003, 712; zuletzt FG Münster v. 3.6.2014 – 9 K 5/08 K, EFG 2014, 2076, nrkr., anhängig beim BFH unter I R 55/14) sowie durch dessen Eintragung im Handelsregister (BFH v. 16.4.1991 – VIII R 63/87, BStBl. II 1991, 832) konkretisiert worden ist (BFH v. 19.12.2007 – VIII R 14/06, BStBl. II 2008, 475). Nach einem Urteil des FG Köln (FG Köln v. 26.5.2009 – 8 K 335/07,

EFG 2009, 1459, nrkr., 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 in FROTSCHER, § 17 Rn. 78 f. [7/2013], 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]; JÄSCHKE in LADEMANN, § 17 Rn. 74 [8/2016]; wohl zweifelnd PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 176 [4/2014]), 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, 12. Aufl. 2016, § 221 AktG 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 Berlin-Brandenb. v. 16.3.2010 – 6 K 1328/05, EFG 2010, 1423, rkr.; FG Hamb. v. 11.7.2001 – VI 252/99, EFG 2001, 1435, rkr.).

**Schuldrechtliche Ansprüche gegen Gesellschafter:** Schuldrechtliche Ansprüche gegen Gesellschafter auf Übertragung von Anteilen an KapGes. (zB Vorkaufsrechte oder bindende Kaufangebote) können nach neuerer Rspr. des BFH unter den Begriff der Anwartschaft fallen, auch wenn sie noch kein Anwartschaftsrecht 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). Diese Rspr. ist uE 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 – 11 K 1590/97 F, EFG 2000, 565, rkr.; FG Münster v. 28.7.1997 – 11 V 3649/97 F, EFG 1997, 1508, rkr.; FG München v. 24.6.1999 – 13 K 3521/97, DStRE 2000, 18, rkr.; GOSCH in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 17 Rn. 17; RAPP in LBP, § 17 Rn. 50 [8/2008]; VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 200 ff. [7/2016]; aA WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 28). In diesen Fällen liegen nur horizontale Anwartschaften gegenüber den Mitgesellschaftern vor, die nicht erfasst sind

#### IV. Unentgeltl. erworben. Anteile (S. 4 nF, S. 5 aF) Anm. 151–156 § 17

(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 – VI 252/99, EFG 2001, 1435, rkr.; FG Hamb. v. 8.12.1970 – II 134/68, EFG 1971, 335, rkr.). Bei Stimmrechtsvollmachten und Verfügungsbeschränkungen handelt es sich ebenfalls nicht um Anwartschaften, da diese keinen gesicherten Anspruch auf die Vermögenssubstanz beinhalten.

Einstweilen frei.

152–154

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

#### 1. Überblick

155

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 fünf Jahre vor der Veräußerung unentgeltlich erworben hat und
- sein Rechtsvorgänger innerhalb der letzten fünf 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 beim veräußernden Anteilseigner keine wesentliche bzw. steuerverstrickte Beteiligung mehr gegeben ist (BTDrucks. IV/2400, 69; s. Anm. 158).

#### 2. Voraussetzungen der Steuerpflicht nach Abs. 1 Satz 4

##### a) Unentgeltlicher Erwerb innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veräußerung

156

**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; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 81), 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; RAPP in LBP, § 17 Rn. 161 [2/2010]).

**Teilentgeltlicher Erwerb** ist zB die gemischte Schenkung. Ein teilentgeltlicher Erwerb liegt auch beim Anteils Erwerb im Rahmen einer Kapitalerhöhung vor, wenn der Gesellschafter eine Einlage leistet, die niedriger ist als der Wert der jungen Aktien (PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 224 [4/2014]). 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; BFH v. 10.10.1998 – VIII R 28/97, BFH/NV 1999, 616; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 82 ff.; RAPP in LBP, § 17 Rn. 161 [2/2010]). Veräußert der Erwerber die Anteile anschließend teilweise weiter, kann er bestimmen, ob es sich um entgeltlich oder unentgeltlich erworbene Anteile handelt (PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 224 [4/2014]; RAPP in LBP, § 17 Rn. 161 [2/2010]; VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 730 [7/2016]; aA GROH, StuW 1984, 217 [226], der eine wertmäßige Aufteilung vornehmen will). Kein (teil-) entgeltlicher Erwerb im Sinne des § 17 Abs. 1 S. 1, 4 EStG liegt nach der Rechtsprechung des FG Köln, Urt. v. 24.4.2015 – 7 K 1279/07 im Fall einer Girosammelverwahrung von Aktien vor, bei denen steuerverstrickte und nicht-steuerverstrickte Anteile in einem Girosammelkonto verwaltet werden und nach den tatrichterlich zu würdigenden Gesamtumständen wegen Vermischung der gattungsgleichen Wertpapiere im Sammelkonto nicht mehr individualisierbar sind. Das FG Köln geht im Anschluss an die Rechtsprechung des BFH zu den Tatbeständen des § 23 EStG und § 21 UmwStG (BFH, Urt. 11.12.2013 – IX 45/12, BStBl. II 2014, 578; v. 26.8.2010, I B 85/10, BFH/NV 2011, 220 m.w.N.) davon aus, dass nach dem Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung für die Anwendung einer belastenden Vorschrift auf einen Wertpapierverkauf mindestens nach Art und Stückzahl der Papiere bekannt sein müssen. Mit Beantragung der Girosammelverwahrung sei ein Anspruch auf Verwendung bestimmter Stücknummern beim Verkauf von Aktien ausgeschlossen und der Fungibilität der Aktien zugestimmt (FG Köln, Urt. v. 24.4.2015 – 7 K 1279/07).

**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 fünf 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 Fünf-Jahres-Frist, 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. Der BFH legt den Beteiligungsbegriff gem. Abs. 1 Satz 4 idF des StEntG 1999/2000/2002 veranlagungszeitraumbezogen aus, dh., dass das Tatbestandsmerkmal „innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft wesentlich beteiligt“ in Abs. 1 Satz 1 für jeden abgeschlossenen VZ nach der in diesem VZ jeweils geltenden Beteiligungsgrenze zu bestimmen ist (BFH v. 11.12.2012 – IX R 34/11, BFH/NV 2013, 539; BFH v. 11.12.2012 – IX R 7/12, BStBl. II 2013, 372; BFH v. 24.2.2012 – IX B 146/11, BStBl. II 2012, 335). Damit stellt der BFH im Anschluss an das Urteil des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, 2 BvR 753/05, 2 BvR 1738/05, BVerfGE 127, 61 =

BStBl. II 2011, 86; BMF-Schreiben v. 20.12.2010, BStBl. I 2011, 16, zuletzt ergänzt durch BMF-Schreiben v. 16.12.2015 – IV C 6 - S 2244/10/10001:003, klar, dass mit der Besteuerung des Veräußerungsgewinns im Zeitpunkt der Realisation ein über den vorangegangenen Zeitraum akkumulierter Zuwachs an Leistungsfähigkeit nachholend der Besteuerung unterworfen wird. Unerheblich ist die bloße formale Zuordnung des Veräußerungsgewinns zu einem bestimmten VZ, maßgeblich ist vielmehr, dass sich die höhere Leistungsfähigkeit, auf die mit der stl. Erfassung des Veräußerungsgewinns zugegriffen wird, materiell auf den gesamten Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung bezieht (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, 2 BvR 753/05, 2 BvR 1738/05, BVerfGE 127, 61 = BStBl. II 2011, 86, unter B.I.2.b bb). Der stbare Zuwachs an Leistungsfähigkeit muss daher innerhalb des Fünf-Jahres-Zeitraums des Abs. 1 irgendwann einmal steuerverstrickt gewesen sein. In Ansehung des Beschlusses des BVerfG (BVerfG vom 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, 2 BvR 753/05, 2 BvR 1738/05, BVerfGE 127, 61; hierzu Anm. 10 und 130) geht das FG Hamburg davon aus, dass angesichts der vom BVerfG ausgemachten partiellen Nichtigkeit der Herabsetzung der Wesentlichkeitsgrenze in § 17 Abs. 1 EStG von 25 % auf 10 % durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 sich diese auch auf Beteiligungen erstreckte, die bei Verkündung des Gesetzes noch unter 10 % lagen. Weil es auf die „formale Zuordnung des Veräußerungsgewinns zu einem bestimmten Veranlagungszeitraum“ nicht ankommt, ist unerheblich, ob der Stpfl. allein aus der Retrospektive dieses Zeitraums früher einmal wesentlich und damit stbar beteiligt war, ohne es aber während des Zuwachses an Leistungsfähigkeit je gewesen zu sein (BFH v. 24.2.2012 – IX B 146/11, BStBl. II 2012, 335; BFH v. 11.12.2012 – IX R 7/12, BStBl. II 2013, 372, mit Verweis auf SÖFFING/BRON, DB 2012, 1585 [1590]; BFH v. 16.4.2013 – IX R 47/12, BFH/NV 2013, 1915; BODE, FR 2012, 589 [591]; MILATZ/HERBST, GmbHR 2012, 520; PAUS, FR 2012, 959 [960]). Wird eine wesentliche bzw. steuerverstrickte Beteiligung durch Schenkungen in Beteiligungen unterhalb der gesetzlichen Beteiligungsgrenze zerlegt und diese nach Ablauf von fünf Jahren veräußert, so liegt kein Gestaltungsmissbrauch iSv. § 42 AO vor (vgl. auch PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 223 [4/2014]). Mit der zeitlichen Begrenzung hat der Gesetzgeber gleichzeitig seinen Willen bekundet, auf eine weitergehende stl. Erfassung zu verzichten.

#### b) Zusammenrechnung mit anderen Anteilen

157

Abs. 1 Satz 4 verweist nur auf die Rechtsfolge des Abs. 1 Satz 1 (Rechtsfolgenverweisung, BFH v. 24.1.2012 – IX R 8/10, BStBl. II 2013, 363). 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; RAPP in LBP, § 17 Rn. 162 [2/2010]; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 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 betei-

ligt war und dann durch den unentgeltlichen Erwerb eines weiteren Anteils die Wesentlichkeitsschwelle überschritten hat (PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 223 [4/2014]; OTT, GmbHR 1994, 524). Die Beteiligung bleibt eine unwesentliche Beteiligung. Der Veräußerer muss sich lediglich die Verhältnisse seines Rechtsvorgängers zurechnen lassen (BFH v. 24.1.2012 – IX R 8/10, BStBl. II 2013, 363, Rn. 25).

#### 158 c) Beteiligung des Rechtsvorgängers innerhalb der letzten fünf Jahre

**Beteiligung:** Siehe Anm. 100 f.

**Innerhalb der letzten fünf Jahre:** Es gilt dieselbe Fünf-Jahres-Frist wie beim Veräußerer (s. Anm. 110 f.), dh., der Rechtsvorgänger muss irgendwann innerhalb der letzten fünf Jahre vor dem Veräußerungszeitpunkt (nicht vor der unentgeltlichen Übertragung) beteiligt iSv. Abs. 1 Satz 1 gewesen sein (VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 725 [7/2016]; RAPP in LBP, § 17 Rn. 164 [2/2010]). Abs. 1 Satz 4 ist veranlagungszeitraumbezogen auszulegen (BFH v. 1.3.2005 – VIII R 25/02, BStBl. II 2005, 436; FG Rhld.-Pf. v. 28.11.2012 – 2 K 2379/11, EFG 2013, 436, rkr.). Durch die Zurechnung der Besitzzeit des Rechtsvorgängers beim Rechtsnachfolger gewährleistet Abs. 1 Satz 4 eine objektbezogene Betrachtung der Steuerverstrickung der Anteile (BFH v. 29.7.1997 – VIII R 80/94, BStBl. II 1997, 727; BFH v. 24.1.2012 – IX R 8/10, BStBl. II 2013, 363). 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 WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 80).

#### 159 d) 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 dergleichen) verhindert werden.

### C. Erläuterungen zu Abs. 2: Gewinnermittlung

**Schrifttum ab 2001:** BUCIEK, Einlage bei Verzicht auf kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen, DStZ 2001, 714; DÖRSCH, Darlehensverlust eines nahen Angehörigen des wesentlich beteiligten GmbH-Gesellschafters keine nachträglichen Anschaffungskosten, StWa. 2001, 286; DÖRSCH, Unentgeltliche Dienstleistung eines GmbH-Gesellschafters als Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, StWa. 2001, 573; DÖRSCH, 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, Köln, 2. Aufl. 2001; FRANZ, Mittelbare verdeckte Einlage als nachträgliche 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 Urteil des FG Münster v. 31.1.2001 (EFG 2001, 684), EFG 2001, 686; HOFFMANN, Veräußerungsverlust bei Eigenkapitalersatz und Zahlungsunfähigkeit 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, Bürgschaftsinanspruchnahme 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; U. PRINZ/OMMERBORN, Aktuelle Rechtsfragen und Gestaltungsüberlegungen zu §§ 17, 23 EStG bei privater Vermögensverwaltung, FR 2001, 977; RÄTKE, Darlehensverzicht des Alleingeschafters 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; SCHÜPPEN, Probleme beim Abschied von der wesentlichen Beteiligung, BB 2001, 2397; SCHWENDY, Veräußerungsgewinn, LSW 2001, Gr. 4/328, 1; 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 verbilligtem 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 Urteil des FG des Saarland v. 5.8.2002 (EFG 2002, 1435), EFG 2002, 1437; HOLLATZ, Auflösungsverlust nach § 17 EStG durch kapitalersetzende Bürgschaften, NWB 2002, F. 3, 11855; PAUS, Die ertragsteuerlichen Regelungen des Steueränderungsgesetzes 2001, StWa. 2002, 67; SCHWER, Steuersparende Verluste, GmbH-Steuerpraxis 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 Substanzspaltungs-Rechtsprechung auf die Vorteilhaftigkeit von Investitionen in Kapitalgesellschaften, BB 2003, 2391; MÜLLER, Anmerkung zum Urteil des Niedersächsischen FG v. 8.8.2001 (13 K 518/97, EFG 2003, 309), EFG 2003, 311; NACKE/INTEMANN, Verlustausgleichsbeschränkung nach § 17 Abs. 2 Satz 4 EStG, NWB 2003, F. 3, 12303; 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 2004, F. 3, 13041; 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 Darlehensverlusten?, 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 – Insolvenzzrechtliche versus gesellschaftsrechtliche Bindung?, NZG 2009, 841; BRUSCHKE, Eigenkapitalersatzrecht und Verluste nach § 17 EStG, SteuK 2010, 159.

**Ausgewähltes Schrifttum ab 2011:** TROSSEN, Kleinanlegerprivileg und nachträgliche Anschaffungskosten bei § 17 EStG, GmbH-StB 2014, 18; NETTERSHEIM, Darlehensausfall als nachträgliche AK bei § 17 EStG, EStB 2015, 37; TROSSEN, Veranlagungsoption und Schuldzinsenabzug bei § 17 EStG, EStB 2015, 208; NOACK, Steuerliche Geltendmachung von Auflösungsverlusten im Rahmen des § 17 EStG nach Auflösungsbeschluss oder Insolvenz der Kapitalgesellschaft, Stbg 2015, 348; KÖSTER, Nachträgliche Anschaffungskosten aus einer Bürgschaftsinanspruchnahme bei einem Verlust i.S.v. § 17 EStG FG Düsseldorf v. 10.3.2015, DSz 2015, 103; RUND/GLUTH, Unternehmenskauf/-verkauf unter Beteiligung einer GmbH. Fragestellungen bei § 17 EStG (2), GmbH-StB 2016, 15; WEISS, Anmerkung zu BFH Urt. v. 13.10.2015 – IX R 43/14 – Ermittlung des Veräußerungsgewinns nach § 17 EStG aus einem Anteilstausch, SteuK 2016, 106; HOLLATZ, Nachträgliche Anschaffungskosten i.S.d. § 17 Abs. 2 EStG aus „Mitverpflichtung“ des Gesellschafters unter MoMiG, Anmerkung zu FG Köln. U. v. 30.09.2015 – 3 K 706/12, DB 2016, 800; HÖRING, BFH v. 28.7.2015, VIII R 39/12, DSz 2016, 104; REITER, Anmerkung zu FG Nürnberg, Urt. v. 12.01.2016 – 1 K 1589/15 – Schenkungsteuer, zählt nicht zu den Anschaffungskosten einer Beteiligung i.S.v. § 17 EStG, SteuK 2016, 300; DRÄGER/DORN, Verdeckte Einlage von Anteilen i.S.d. § 17 EStG ohne Schenkungsteuer möglich, ertragsteuerliche Folgen unklar. Anmerkungen zum Urteil des BFH v. 20.01.2016 – II R 40/14, DStR 2016, 1852

## I. Regelungsinhalt des Abs. 2

In Abs. 2 werden die folgenden zwei verschiedenen Regelungsbereiche normiert, welche systematisch besser in verschiedene Absätze gegliedert werden sollten:

**Abs. 2 Sätze 1 bis 5:** 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);

## II. Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Satz 1) Anm. 160–161 § 17

► *Satz 3* eine Regelung zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung in Fällen der Begründung einer unbeschränkten StPfl., soweit die Anteile bereits im Ausland einer Besteuerung vergleichbar dem § 6 AStG unterlegen haben;

► *Satz 4* eine Beschränkung des Satzes 3 für Fälle der vorübergehenden Abwesenheit des Stpl. iSd. § 6 Abs. 3 AStG;

► *Satz 5* eine Regelung zum Ansatz der AK des Rechtsvorgängers bei unentgeltlichem Anteilerwerb.

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. Sätze 3 und 4 gewährleisten bei Zuzugsfällen aus dem Ausland, in denen die Anteile des Stpl. dort bereits einer Steuer iSd. § 6 AStG unterlegen haben, dass bereits dort versteuerte Substanz im Falle der anschließenden inländ. Veräußerung nicht nochmals, sondern nur die im Inland verwirklichten Wertsteigerungen nach § 17 versteuert werden. 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 Stpl. innerhalb der letzten fünf Jahre unentgeltlich erworben hatte. Dies gilt (ausnahmsweise) nicht, soweit der Rechtsvorgänger anstelle des Stpl. den Veräußerungsverlust hätte geltend machen können;
- die entgeltlich erworben wurden und nicht zu einer Beteiligung iSv. Abs. 1 Satz 1 innerhalb der gesamten letzten fünf Jahre (bis zum Veräußerungszeitpunkt) gehört haben. Dies gilt nicht für innerhalb der letzten fünf Jahre erworbene Anteile,
  - deren Erwerb zur Begründung einer Beteiligung des Stpl. 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.

## II. Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Abs. 2 Satz 1)

### 1. Allgemeine Grundsätze

#### a) 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“. Grundsätzlich unterliegt jede dieser das Veräußerungsergebnis beeinflussenden Größen dem Teileinkünfteverfahren nach § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c iVm. § 3c Abs. 2 Satz 1 (vgl. Anm. 27), wobei dies nicht auf alle Komponenten zutreffen muss (vgl.

Anm. 192 zum Teilabzugsverbot). Übersteigen nach Anwendung des TEV die aufgewandten Kosten den erzielten Veräußerungspreis, so stellt sich ein stl. grds. zu berücksichtigender Verlust ein. Allerdings ist dieser Verlust 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

#### 162 b) Gewinnermittlungsvorschrift eigener Art

Abs. 2 Satz 1 ist eine Gewinnermittlungsvorschrift eigener Art (BFH v. 2.10.1984 – VIII R 20/84, BStBl. II 1985, 428; BFH v. 10.12.1993 – VIII B 135/91, BFH/NV 1994, 707). Bei der Gewinnermittlung des 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 aufgrund eines einzelnen stichtagsbezogenen Veräußerungsvorgangs zu erfassen. Es handelt sich um einen – auf diesen Veräußerungsvorgang bezogenen – Einmaltbestand. Damit bildet Abs. 2 eine Parallele zu § 16 Abs. 2 (vgl. BFH v. 7.3.1974 – VIII R 118/73, BStBl. II 1974, 567; BFH 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 grds. nicht (BFH v. 12.2.1980 – VIII R 114/77, BStBl. II 1980, 494; BFH v. 1.4.2008 – IX B 257/07, BFH/NV 2008, 1331); stattdessen kommt es – wie bei Einkunftsermittlung 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 c) 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 Abs. 2 gestellten Rahmen in Anlehnung an die GE-Vorschriften 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:** Wertsteigerungen im Rahmen des § 17 sind erst im Zeitpunkt ihrer Realisation zu versteuern. Dies hat seinen Grund allein im Prinzip einer vorsichtigen, substanzschonenden Besteuerung. Die Besteuerung ist

nicht deshalb auf die Realisation bezogen, weil erst zu diesem Zeitpunkt der Wertzuwachs entsteht, sondern obwohl er bereits vorher beim Stpfl. entstanden ist. Es wird im Zeitpunkt der Realisation ein über den vorangegangenen Zeitraum akkumulierter Zuwachs an Leistungsfähigkeit nachholend der Besteuerung unterworfen (vgl. BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, BVerfGE 127, 61). Der Veräußerungsgewinn bzw. -verlust iSd. Abs. 2 entsteht strechtl. also im Zeitpunkt der Veräußerung (BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424; PUNG/WERNER in DPM, § 17 EStG Rn. 235 [4/2014]), 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. Auf den Abschluss des zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts kommt es nicht an (BFH v. 28.11.2001 – I R 86/00, GmbHR 2002, 443). Jedoch kommt es auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Erfüllung an, wenn diese von den Verhältnissen im Zeitpunkt der Entstehung des Veräußerungsgewinns abweichen. Nach der Rspr. des Großen Senats des BFH gilt das Realisationsprinzip bei der Ermittlung eines Veräußerungsgewinns nur für den Zeitpunkt der Entstehung uneingeschränkt. Für die Höhe des tatsächlich erzielten Erlöses kommt es dagegen auf den Zeitpunkt der Erfüllung (Zufluss) an. Abs. 2 geht insofern als speziellere Vorschrift dem Realisationsgrundsatz vor (ebenso § 16 Abs. 2, vgl. BFH v. 19.7.1993 – GrS 2/92, BFHE 172, 66 = BStBl. II 1993, 897; BFH v. 13.10.2015 – IX R 43/14, BStBl. II 2016, 212). 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 226/85, BStBl. II 1988, 832; BFH v. 7.11.1990 – I R 154/85, BFHE 162, 432; BFH v. 8.12.1992 – VIII R 99/90, BFH/NV 1993, 654; BFH v. 3.6.1993 – VIII R 46/91, BFH/NV 1994, 364; BFH v. 19.7.1993 – GrS 2/92, BStBl. II 1993, 897 [902]; SCHULZE ZUR WIESCHE, GmbHR 1984, 185). Der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Erwerber wird angenommen (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO), wenn der Käufer des Anteils

- (1) aufgrund eines (bürgerlich-rechtl.) Rechtsgeschäfts bereits eine rechtl. geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete Position erworben hat, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann (BFH v. 9.10.2008 – IX R 73/06, BFHE 223, 145 = BStBl. II 2009, 140), und
- (2) die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen Rechte (insbes. Gewinnbezugsrecht und Stimmrecht; BFH v. 18.12.2001 – VIII R 5/00, BFH/NV 2002, 640) sowie
- (3) das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf ihn übergegangen sind (vgl. BFH v. 10.3.1988 – IV R 226/85, BFHE 153, 318 = BStBl. II 1988, 832; BFH v. 11.7.2006 – VIII R 32/04, BFHE 214, 326 = BStBl. II 2007, 296).

Nach stRspr. ist der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall zu bestimmen. Eine von der zivilrechtl. Inhaberstellung abweichende Zuordnung eines WG kann deshalb auch anzunehmen sein, wenn die vorstehend genannten Voraussetzungen nicht in vollem Umfang erfüllt sind.

**Zivilrechtliche Rückwirkungen** zB aus der Aufhebung eines Kaufvertrags entfalten keine stl. Wirkung, da im Bereich der ESt der sog. Grundsatz der Unabänderlichkeit des verwirklichten Einkünfteerzielungstatbestands gilt (WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 2 Rn. 50; vgl. auch BFH v. 21.10.1999 –

I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424; BFH v. 15.3.2000 – IV B 35/99, BFH/NV 2000, 1185). In solchen Fällen wird neben der zivilrechtl. ex tunc aufgehobenen Veräußerung von der FinVerw. in der Rückabwicklung des Vertrags eine weitere Veräußerung gesehen, die bestenfalls zu denselben Werten und für die Beteiligten somit zu einer Steuer von null abläuft.

**Nießbrauch:** Erhält der Stpfl. die Anteile unter Vorbehalt eines Nießbrauchrechts des Veräußerers, so kann das wirtschaftliche Eigentum bereits mit Übertragung der Anteile übergegangen sein, der Zeitpunkt der Ablösung des Nießbrauchs ist dann unerheblich (es mangelt an einer rechtl. geschützten, auf den Erwerb des Rechts gerichteten Position des Nießbrauchers, vgl. BFH v. 18.11.2014 – IX R 49/13, BStBl. II 2015, 224).

**Ausschluss eines Gesellschafters:** 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, BStBl. II 2000, 424).

**Wahlrecht bei wiederkehrenden Leistungen/Ratenzahlungen:** Bei wiederkehrenden Leistungen als Entgelt für die Anteile hat der Veräußerer regelmäßig ein Wahlrecht zwischen Sofort- und Zuflussbesteuerung (zu Einzelheiten vgl. BMF v. 3.8.2004 – IV A 6 - S 2244 - 16/04, BStBl. I 2004, 1187; RAPP in LBP, § 17 Rn. 249 [2/2011]; s. weiterführend Anm. 182).

**Auflösung einer Kapitalgesellschaft:** Siehe Anm. 276.

**Veräußerungspreis nach den Verhältnissen im Veräußerungszeitpunkt:** Die Höhe des Veräußerungspreises bestimmt sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der 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 ggf. 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).

**Das Entstehen eines Auflösungsverlusts** iSv. Abs. 2 und 4 setzt allerdings voraus, dass die Höhe der nachträglichen AK feststeht (BFH v. 3.6.1993 – VIII R 81/91, BStBl. II 1994, 162; BFH v. 25.3.2003 – VIII R 24/02, BFH/NV 2003, 1305; BFH v. 21.1.2004 – VIII R 8/02, BFH/NV 2004, 947; BFH v. 18.5.2005 – VIII B 11/04, BFH/NV 2005, 1810). Bestehende Zweifel der FinVerw.

## II. Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Satz 1) Anm. 163–166 § 17

beispielsweise hinsichtlich der Höhe einer Inanspruchnahme des Stpfl. aus einer Bürgschaft und sich daraus ggf. ergebenden nachträglichen AK hemmen die Feststellung des Verlustes (BFH v. 2.12.2014 – IX R 9/14, BFH/NV 2015, 666).

Einstweilen frei.

164

### d) Kausalverknüpfung mit Abs. 1 Satz 1

165

Aufgrund 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).

### e) Spätere Änderungen des Veräußerungsgewinns

166

**Allgemeines:** Der Besteuerungstatbestand des § 17 knüpft mit der Veräußerung an ein einmaliges, punktuelles Ereignis an. Nachträgliche Änderungen können deswegen grds. 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, AK und Veräußerungskosten) müssen daher Berücksichtigung finden. Da ihre Berücksichtigung in einer laufenden Einkunftsermittlung ausscheidet, wirken sie materiell-rechtl. auf den Zeitpunkt der Veräußerung zurück (BFH v. 19.7.1993 – GrS 2/92, BStBl. II 1993, 897; jüngst BFH v. 13.10.2015 – IX R 43/14, BStBl. II 2016, 212). Hierin liegt keine unzulässige Durchbrechung des Grundsatzes der Bewertung auf den Zeitpunkt der Entstehung des Veräußerungsgewinns (BFH v. 13.10.2015 – IX R 43/14, BStBl. II 2016, 212; aA aber FG München v. 16.7.2008 – 9 K 4042/06, EFG 2008, 1611, rkr.). 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, BStBl. II 1993, 897 [902]; BFH v. 21.12.1993 – VIII R 69/88, BStBl. II 1994, 648 [650]; ferner zB FG Rhld.-Pf. v. 15.7.2002 – 5 K 3072/00, 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; BFH v. 21.12.1993 – VIII R 69/88, BStBl. II 1994, 648; BORDEWIN, FR 1995, 555). Dies gilt auch, 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 zurückzugewähren 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 – IV A 4 - S 0062 - 4/04, BStBl. I 2005, 3; 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 2004, F. 3, 13119 [13128]). Anhaltspunkte dafür, wie das Merkmal „im Vertrag selbst angelegt“ auszulegen ist, lässt das Ur. 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 – 1 K 687/04, DStRE 2009, 1517, rkr.). 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, BStBl. II 2010, 539; 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 bezüglich des Veräußerungsgewinns oder bezüglich einzelner Preisbestandteile unberücksichtigt (vgl. zB BFH v. 22.1.2003 – VIII B 61/02, BFH/NV 2003, 755; FG München v. 16.7.2008 – 9 K 4042/06, EFG 2008, 1611, rkr., 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 Veräußerungstatbestand an sich rückwirkend begründet oder umqualifiziert werden (vgl. Nds. FG v. 4.12.2003 – 10 K 294/00, EFG 2004, 652, rkr., für den Fall der Anteilsschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts, das der Beschenkte sodann einige Jahre später gegen Entgelt ablöste).

#### 167 f) 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 in FROTSCHER, § 17 Rn. 189 f. [7/2013]; FG München v. 30.9.1997 – 16 K 4577/96, 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. Zur Berechnung des Auflösungsgewinns aus einer sowohl in ausländ. Währung angeschafften als auch in Fremdwährung veräußerten Beteiligung an einer KapGes. sind somit sowohl die AK als auch der Veräußerungspreis zum Zeitpunkt ihres jeweiligen Entstehens in Euro umzurechnen und nicht lediglich der Saldo des in ausländ. Währung errechneten Veräußerungsgewinns bzw. -verlustes zum Zeitpunkt der Veräußerung (BFH v. 24.1.2012 – IX R 62/10, BStBl. II 2012, 564).

168–169 Einstweilen frei.

## 2. Veräußerungspreis

### a) Begriff

#### aa) Allgemeine Grundsätze

170

**Gegenleistung:** Die Rspr. des BFH (BFH v. 17.10.1974 – IV R 223/72, BStBl. II 1975, 58; BFH v. 7.3.1995 – VIII R 29/93, BStBl. II 1995, 693; BFH 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 erhalten 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; BFH v. 7.3.1995 – VIII R 29/93, BStBl. II 1995, 693; 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, BStBl. II 2000, 424 [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; BFH v. 11.3.2003 – IX R 76/99, BFH/NV 2003, 1161; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 135) oder eine – selbständige – Schenkung des Erwerbers an den Veräußerer (WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 141). Ob ein Entgelt für ein umfassendes Wettbewerbsverbot unselbständiger Teil des Veräußerungspreises iSv. 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, BFH/NV 2003, 1161). Einnahmen und Ausgaben während der Besitzzeit der Anteile sind getrennt vom Veräußerungsvorgang zu betrachten. Sie schlagen sich im Regelfall in den Einkünften aus Kapitalvermögen nieder (PUNG/WERNER in DPM, § 17 EStG Rn. 237 [4/2014]).

#### bb) Einzelfälle

171

**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; BFH v. 6.4.2009 – IX B 204/08, BFH/NV 2009, 1262). Hierzu hält der BFH § 6 Abs. 6 im Rahmen von 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, BFH/NV 2009, 1262; zum Verhältnis des § 17 zu § 6 Abs. 6 vgl. Anm. 30 f.). 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 in FROTSCHER, § 17 Rn. 194a [7/2013]). 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. 17.10.1974 – IV R 223/72, BStBl. II 1975, 58; BFH 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 – 3 V 147/05, EFG 2005, 1538, rkr., unter Hinweis auf BFH v. 17.10.1974 – IV R 223/72, BStBl. II 1975, 58). 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 (5 K 1870/02, 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; RAPP in LBP, § 17 Rn. 248 [2/2011]). 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).

## b) Unangemessener Preis

### 172 aa) Allgemeine Begriffsbestimmung

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 (PUNG/WERNER in DPM, § 17 EStG Rn. 239 [1/2017]). 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

## II. Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Satz 1) Anm. 172–174 § 17

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“).

### bb) 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 (WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 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 (zu 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 eventuell ein Rechtsmissbrauch (§ 42 AO) angenommen werden (BFH v. 13.10.1992 – VIII R 3/89, BStBl. II 1993, 477).

### cc) 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 (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; glA WEBER-GRELLET in SCHMIDT,

36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 141). Bei ihm gehört der überhöhte Teil deshalb zum Veräußerungspreis iSd. § 17.

175–179 Einstweilen frei.

### c) Auswirkungen der Zahlungsweise

#### 180 aa) Fester Kaufpreis

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. In der Regel ist deshalb der jeweilige Nennwert anzusetzen. Etwas anderes gilt, 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 bb) 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 in FROTSCHER, § 17 Rn. 191 [7/2013]; VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 504 ff. [7/2016]). Die Kaufpreisforderung ist in einen Tilgungsanteil und einen Zinsanteil aufzuspalten (BFH v. 21.10.1980 – VIII R 190/78, BStBl. II 1981, 160; BFH 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, BStBl. II 1981, 160).

## II. Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Satz 1) Anm. 181–182 § 17

**Bei einer verzinslichen Stundung** ist der Nennwert maßgebend. Die gezahlten Zinsen gehören nicht zum Veräußerungspreis iSd. § 17, sondern zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen (RAPP in LBP, § 17 Rn. 247 [2/2011]). 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.

### cc) Wiederkehrende Bezüge

182

**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 HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 8 Rn. 523 ff.; BMF v. 23.12.1996 – IV B 3 - S 2257 - 54/96, 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 zehn 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 (RAPP in LBP, § 17 Rn. 249 [2/2011]).

**Beispiel:** Zusage einer Leibrente.

Die Übertragung gegen Versorgungsleistungen bei vorweggenommener Erbfolge gilt grds. 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 (WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 205; zu Berechnungsbeispielen insbes. auch zur Anwendung des Teilein-

künfteverfahrens BMF v. 3.8.2004 – IV A 6 - S 2244 - 16/04, 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, BStBl. II 1993, 15). 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; BFH 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 – IV A 6 - S 2244 - 16/04, BStBl. I 2004, 1187; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 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 – IV A 6 - S 2244 - 16/04, 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 GOSCH in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 17 Rn. 77). Der Freibetrag nach Abs. 3 kann nicht gewährt werden (STRAHL in KORN, § 17 Rn. 112 [8/2004]; RAPP in LBP, § 17 Rn. 285 [11/2011]; ebenso BFH v. 19.8.1999 – IV R 67/98, BStBl. II 2000, 179 [182] zu § 16; diff. VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 185, 510 ff. [7/2016]).

Der Tod des Rentenberechtigten vor Ablauf der Höchstlaufzeit führt bei Zuflussversteuerung zur Beendigung der Erfassung nachträglicher Einkünfte iSd. § 24. Wurde 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 dd) 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 (VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 479, 510 ff. [7/2016]; Vgl. § 16 Anm. 219).

**d) Änderung des Veräußerungspreises**

184

**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 die 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*, aufgrund 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 aufgrund geltend gemachter Rechts- oder Sachmängel, oder aufgrund einer Teilanfechtung, BFH v. 21.12.1993 – VIII R 69/88, BStBl. II 1994, 648; BFH 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 – 16 K 4577/96, 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, DStR 1995, 97).

**Zum Zeitpunkt der Berücksichtigung** von Preisänderungen vgl. Anm. 166.

**3. Veräußerungskosten**

**a) 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; BFH v. 1.12.1992 – VIII R 43/90, BFH/NV 1993, 520; BFH v. 17.4.1997 – VIII R 47/95, BStBl. II 1998, 102) und die nach der Natur der Sache oder nach den Vereinbarungen vom 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 (WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 150; RAPP in LBP, § 17 Rn. 270 [5/2011]; STRAHL in KORN, § 17 Rn. 78 [5/2002]). 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. WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 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 Begriffen „Veräußerungspreis“, „Veräußerungskosten“ und „Anschaffungskosten“ losgelöste – weitere abziehbare Kategorie der „Beteiligungskosten“ befürwortet (SCHMIDT, StuW 1996, 300; WEBER-GRELLET, DStR 1998, 1617 [1621 f.] mwN; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 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 b) 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 – 1 K 71/07, EFG 2009, 473, rkr.; in der Begründung anders STRAHL in KORN, § 17 Rn. 79 [5/2002]). Das Urteil des FG Ba.-Württ. (FG Ba.-Württ. v. 14.12.2010 – 2 K 1413/07, EFG 2011, 952, rkr.) hat auf diese Wertungen keinen Bezug genommen und lediglich entschieden, dass die Kosten einer fehlgeschlagenen Veräußerung iSd. § 17 weder vorab entstandene BA, noch laufende WK seien – diese Feststellung stehen somit den Wertungen des FG Ba.-Württ. (FG Ba.-Württ. v. 19.12.2008 – 1 K 71/07, EFG 2009, 473, rkr.) uE nicht entgegen.

**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 – 1 K 1229/84, 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 (§. 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. 21.7.1981 – VIII R 154/76, BStBl. II 1982, 37; BFH v. 19.1.1993 – VIII R 74/91, BFH/NV 1993, 714). In die hierbei anzustellende Renditebetrachtung bzw. Überschussprognose gehen nicht nur die Einnahmen aus § 20, sondern auch zu erwartenden 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 – 13 K 4481/98, 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. 21.1.2004 – VIII R 2/02, BStBl. II 2004, 551; BFH v. 4.12.2007 – VIII R 14/05, BFH/NV 2008, 745; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 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, DStR 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. Sog. Entscheidungsfindungskosten stellen – jedenfalls nach der engen Auffassung der Rspr. – keine Veräußerungskosten iSd. Abs. 2 dar (FG Düsseldorf v. 9.5.1989 – 8 K 141/85 E, EFG 1989, 459, rkr.).

Einstweilen frei.

187–189

#### 4. Anschaffungskosten der veräußerten Beteiligung

##### a) Begriff der Anschaffungskosten

##### 190 aa) Allgemeine Grundsätze

**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:** Abs. 2 Satz 1 definiert den Begriff der AK nicht. Von den AK der Geschäftsanteile an einer GmbH spricht § 57o GmbHG, allerdings nur im Zusammenhang mit der Erhöhung des Stammkapitals. Übrig bleibt im Grundsatz nur, zur Auslegung § 255 Abs. 1 HGB heranzuziehen (BFH v. 8.4.1998 – VIII R 21/94, BStBl. II 1998, 660). Danach muss es sich um Aufwendungen handeln, die geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben und ihn in einen betriebsbereiten Zustand zu versetzen, soweit sie dem Vermögensgegenstand einzeln zugeordnet werden können. Dieser handelsrechtl. Begriff der AK ist in Ermangelung einer abweichenden Definition im EStG auch der steuerbilanziellen Beurteilung zugrunde zu legen (BFH v. 17.10.2001 – I R 32/00, BStBl. II 2002, 349 mwN; BFH v. 19.12.2000 – IX R 100/97, BStBl. II 2001, 345). Der allgemeine AKBegriff iSd. Abs. 2 ist der Gleiche wie in § 6 (zum allgemeinen AKBegriff s. § 6 Anm. 281 f.).

**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; BFH v. 27.10.1992 – VIII R 87/89, BStBl. II 1993, 340; HOFFMANN, GmbHR 1997, 1140). Sie umfassen neben dem ursprünglichen Anschaffungspreis die ANK 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.

##### **Einzelfälle:**

► *Anschaffungsnebenkosten* beim geplanten, aber gescheiterten Erwerb von GmbH-Anteilen: AK, einschließlich der ANK einer Vermögensanlage, gehören nicht zu den abzugsfähigen WK bei den Einkünften aus Kapitalvermögen (FG Hamb. v. 23.4.2014 – 6 K 248/13, EFG 2014, 1782, rkr.). Vgl. hierzu aber Anm. 193 zu „vergebliche Anschaffungskosten“.

► *Beratungskosten*, die im Zusammenhang mit einem Erwerb angefallen sind, sind dann AK, wenn die Kaufentscheidung bereits grds. getroffen wurde. Vergeblich aufgewandte Beratungskosten anlässlich der fehlgeschlagenen Gründung einer KapGes. gehören zu den ANK einer – erstrebten – Beteiligung und nicht zu den WK bei den Einkünften aus Kapitalvermögen. Dies gilt auch für Beratungs-

kosten im Zusammenhang mit der Anschaffung von GmbH-Geschäftsanteilen, wenn sie nach einer grds. gefassten Erwerbsentscheidung entstehen und die Beratung nicht lediglich eine Maßnahme zur Vorbereitung einer noch unbestimmten, erst später zu treffenden Erwerbsentscheidung darstellt. Nicht alle der Finanzierung dienenden Aufwendungen sind zwangsläufig WK. Eine von den Beteiligten als „Finanzierungsberatung“ bezeichnete Beratung kann grds. nicht losgelöst und abweichend von den anderen Beratungsleistungen, die im Zusammenhang mit dem geplanten Erwerb durchgeführt worden sind, betrachtet werden; vielmehr müssen die Beratungsleistungen einheitlich beurteilt werden. Maßgeblich für die Beurteilung der Aufwendungen zur Abgrenzung zwischen WK und AK oder ANK ist nicht die Bezeichnung der Leistung, die die Vertragspartner (zB in der Rechnung) gewählt haben, sondern der tatsächliche wirtschaftliche Gehalt der erbrachten Leistung (FG Hamb. v. 23.4.2014 – 6 K 248/13, EFG 2014, 1782, rkr.).

► *Engerer und wirtschaftlich vorrangiger Veranlassungszusammenhang maßgebend:* Nach BFH v. 16.11.2011 (VI R 97/10, BFHE 236, 61 = BStBl. II 2012, 343) sind Aufwendungen, die aus objektiver Sicht mehreren Einkunftsarten zuzuordnen wären, bei der Einkunftsart zu berücksichtigen, zu der sie nach Art und Weise die engere Beziehung haben. Diese Entscheidung wurde durch BFH v. 8.7.2015 (VI R 77/14, BStBl. II 2016, 60) weiter klargestellt. Danach sind Erwerbsaufwendungen denjenigen Einkünften zuzurechnen, zu denen der engere und wirtschaftlich vorrangige Veranlassungszusammenhang besteht; dabei ist es nicht ausgeschlossen, dass trotz einer gegenwärtig ausgeübten Erwerbstätigkeit ein Erwerbsaufwand wirtschaftlich vorrangig durch eine zunächst nur angestrebte andere Erwerbstätigkeit veranlasst und dementsprechend dieser zuzurechnen ist. Eine solche Zurechnung setzt allerdings voraus, dass diese künftige Erwerbstätigkeit schon hinreichend konkret feststeht; nur dann kann zwischen dieser und dem Erwerbsaufwand auch ein hinreichend konkreter und objektiv feststellbarer Veranlassungszusammenhang bestehen, der eine entsprechende Zurechnung rechtfertigt (BFH v. 8.7.2015 – VI R 77/14, BStBl. II 2016, 60).

► *Nachträgliche Schuldzinsen und steuerverstrickte Beteiligung:* Schuldzinsen für die Anschaffung einer im PV gehaltenen Beteiligung iSv. § 17, die auf Zeiträume nach Veräußerung der Beteiligung oder Auflösung der Gesellschaft entfallen, können ab dem VZ 1999 wie nachträgliche BA als WK bei den Einkünften aus Kapitalvermögen abgezogen werden (Änderung der Rspr. durch BFH v. 16.3.2010 – VIII R 20/08, BStBl. II 2010, 787). Bei früheren wesentlichen Beteiligungen führen Schuldzinsen, die zur Finanzierung von (ggf. nachträglichen) AK auf nicht mehr bestehende Beteiligungen iSd. § 17 entstehen, auch dann unter den gleichen Voraussetzungen, wie sie für die ESt-rechtl. Abziehbarkeit nachträglicher BA gelten, zu nachträglichen WK bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, wenn die Veräußerung der Beteiligung bzw. die Auflösung der KapGes. vor dem VZ 1999 stattgefunden hat (Anschluss an die geänderte Rspr. des VIII. Senats des BFH v. 29.10.2013 – VIII R 13/11, BFHE 243, 346 = BStBl. II 2014, 251).

► *Refinanzierungszinsen* für Zahlungen an eigene KapGes.: Refinanzierungsaufwand für die Zahlung von Geldmitteln an eine KapGes., an der der Zahlende wesentlich beteiligt ist, können bei ihm zu WK bei den Einkünften aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder 7 führen, sofern er in Einkünfteerzielungsabsicht handelt. Bei einer nach § 17 steuerverstrickten Beteiligung ist selbst bei anhaltenden Verlustperioden eine Einkünfteerzielungsabsicht lediglich dann zu verneinen, wenn Beweisanzeichen dafür vorliegen, dass der Stpfl. die verlust-

bringende Beteiligung nur aus im Bereich seiner Lebensführung liegenden persönlichen Gründen oder Neigungen hält. Das FG darf eine Beweislastentscheidung zulasten des Stpfl. wegen zweifelhafter Einkünfterzielungsabsicht nur dann treffen, wenn es zuvor seiner Sachaufklärungspflicht genügt hat; Ungewissheit bezüglich des konkreten Rechtsgrundes für die Weiterleitung refinanzierter Geldmittel an die eigene Gesellschaft genügen nicht, um schon deshalb den WKAbzug der Refinanzierungszinsen auszuschließen (BFH v. 2.4.2014 – VIII R 26/11, BFH/NV 2014, 1745).

► *Vergeblich aufgewendete Anschaffungskosten:* Auch vergeblich aufgewendete AK bleiben AK. Allerdings sind sie bei nicht abnutzbaren WG des PV grds. nicht zu berücksichtigen. Da WG des Kapitalvermögens mangels Abnutzbarkeit nicht abschreibungsfähig sind und vergebliche AK das strechtl. Schicksal erfolgreicher Anschaffungsaufwendungen teilen, sind auch die AK und Nebenkosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen nicht berücksichtigungsfähig (FG Hamb. v. 23.4.2014 – 6 K 248/13, EFG 2014, 1782, rkr.). Vgl. aber Anm. 193 zu „vergebliche Anschaffungskosten“.

► *Zuordnung- und Aufteilung von Kosten:* Welche Kosten dem Anschaffungsvorgang im Einzelfall zuzuordnen sind, bestimmt sich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Dabei ist ein bloßer kausaler oder zeitlicher Zusammenhang mit der Anschaffung nicht ausreichend; vielmehr kommt es auf die Zweckbestimmung der Aufwendungen an. Aufwendungen, die für den Erwerb einer Kapitalanlage gemacht werden, rechnen, anders als Aufwendungen bei einer bestehenden Kapitalanlage, nicht zu den WK, sondern zu den AK, denn zu diesen gehört nicht nur der Kaufpreis iS, sondern alles, was der Erwerber aufwenden muss, um das WG zu erlangen (FG Hamb. v. 23.4.2014 – 6 K 248/13, EFG 2014, 1782, 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; BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339; BFH 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; BFH 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 AK und Veräußerungskosten gewinnmindernd berücksichtigt werden. Andererseits erfordert das objektive Nettoprinzip eine möglichst umfassende Berücksichtigung aller Aufwendungen, die durch die Beteiligung (als Basis der Einkünfterzielung) veranlasst sind (vgl. allg. HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 8 Rn. 54 f.). Diese können aber nur dann in die Einkünftermittlung 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; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 132; aA GSCHWENDTNER, DStR 1999, Beihefter 32, 4) – eine Lücke in der Einkünftermittlungsregel des Abs. 2 ausmacht, die durch die Schaffung von „abziehbaren Beteiligungskosten“ geschlossen werden soll. Der Weg über die im Gesetz nicht genannten Beteiligungskosten ist uE vorzugswürdig. Die Berücksichtigung aller Aufwendungen, die mit der Einkünfterzielung zusammenhängen, gehört zu den zentralen Prinzipien der Einkünftermittlung

## II. Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Satz 1) Anm. 190–191 § 17

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.

**Kosten vor und nach der Anschaffung:** Aus der vorgeschilderten weiten Auslegung des AKBegriffs als alle durch das Gesellschaftsverhältnis veranlassten Aufwendungen folgt, dass zu den AK auch vorweggenommene (vgl. FG Düss. v. 5.7.2012 – 11 K 4602/10 F, EFG 2012, 1839) und nachträgliche Aufwendungen auf die Beteiligung zählen. 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 vorweggenommenen AK s. unter Anm. 199, zu den nachträglichen AK s. Anm. 200 f.

### bb) 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 grds. nicht mindern (grundlegend für § 17 vgl. BFH v. 12.12.2000 – VIII R 52/93, BStBl. II 2001, 286 mwN; BFH v. 12.12.2000 – VIII R 62/93, BStBl. II 2001, 234; BFH 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; BFH v. 12.12.2000 – VIII R 62/93, BStBl. II 2001, 234; BFH 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 insbes. der abgekürzte Zahlungsweg (s. BFH v. 23.8.1999 – GrS 2/97, BStBl. II 1999, 782; BFH v. 2.12.1999 – IX R 45/95, BStBl. II 2000, 310; BFH v. 2.12.1999 – IX R 21/96, BStBl. II 2000, 312; HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 8 Rn. 225 f.) und der abgekürzte Ertragsweg (s. HEY in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 8 Rn. 225 ff. mwN).

## 192 cc) Beschränkter Abzug nach § 3c Abs. 2

**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) grds. 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.

**„Einnahmelose“ oder verlustbringende Beteiligungen:** In BFH (BFH v. 25.6.2009 – IX R 42/08, BStBl. II 2010, 220) und BFH (BFH v. 14.7.2009 – IX R 8/09, BFH/NV 2010, 399) sowie BFH v. 18.3.2010 (BFH v. 18.3.2010 – IX B 227/09, BStBl. II 2010, 627) hatte der BFH – entgegen der Verwaltungsauffassung – entschieden, dass der Abzug von Erwerbsaufwand (zB BV-Minderungen, AK oder Veräußerungskosten) im Zusammenhang mit Einkünften aus Abs. 4 jedenfalls dann nicht nach § 3c Abs. 2 Satz 1 begrenzt ist, wenn der Stpfl. keinerlei durch seine Beteiligung vermittelten Einnahmen erzielt hat (sog. einnahmeloze Beteiligung, dazu auch JEHKE, DStR 2010, 256 mwN). Die Fin-Verw. reagierte auf diese BFH-Urteile zunächst durch einen Nichtanwendungserlass (BMF v. 15.2.2010 – IV C 6 - S 2244/09/10002, BStBl. I 2010, 181). Diesen hob das BMF aber kurze Zeit später wieder auf (BMF v. 28.6.2010 – IV C 6 - S 2244/09/10002, BStBl. I 2010, 599). Nach der Erweiterung des § 3c Abs. 2 Satz 2 durch das JStG 2010 ist für die Anwendung des Teilabzugsverbots nunmehr bereits die Absicht zur Erzielung von BVMehrungen oder Einnahmen iSd. § 3 Nr. 40 ausreichend und die frühere Verwaltungsauffassung somit im Gesetz normiert. Die Grundsätze des BFH (BFH v. 25.6.2009 – IX R 42/08, BStBl. II 2010, 220), wonach das Teilabzugsverbot des § 3c Abs. 2 auf Erwerbsaufwendungen im Falle von vollständig einnahmelozen Beteiligungen keine Anwendung findet, sind nur für VZ bis einschließlich 2010 zu beachten. Fehlt es vollständig an Einnahmen, ist nun § 3c Abs. 2 Satz 1 für VZ ab 2011 anzuwenden und der angefallene Erwerbsaufwand deshalb nur teilweise abziehbar. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Kapitalbeteiligung einnahmelos ist, sind Einnahmen aus der Zeit des Anrechnungsverfahrens außer Acht zu lassen. Der BFH hat seine diesbezügliche Entscheidung BFH (BFH v. 6.4.2011 – IX R 28/10, BStBl. II 2011, 814) damit begründet, dass ein Systembruch zwischen Anrechnungsverfahren einerseits und Halb- bzw. Teileinkünfteverfahren andererseits bestehe, und jeglicher Kombination zwischen beiden Verfahren eine Absage erteilt.

**Anschaffungskosten vor 2001:** Steuerpflichtige, die Aufwendungen auf ihre Beteiligung noch vor Geltung des Halb- bzw. Teileinkünfteverfahrens getätigt haben, können diese aufgewandten Kosten nicht in voller Höhe in Abzug bringen, falls auch nur geringfügige Einnahmen (symbolische Kaufpreise ausgenommen, vgl. Anm. 80) durch die Beteiligung und deren Veräußerung entstanden sind, die bereits in den Geltungsbereich des Halb- bzw. Teileinkünfteverfahrens fallen. Dies soll der stichtagsbezogenen Gewinnermittlung des § 17 entsprechen, da die Kosten insofern lediglich latent (weil noch nicht über die Veräußerung realisiert) entstanden sind (BFH v. 6.4.2011 – IX R 29/10, BFH/NV 2011, 2025). Der von § 3c Abs. 1 geforderte wirtschaftliche Zusammenhang mit begünstigten Einnahmen werde durch die stichtagsbezogene Besteuerung des § 17 hergestellt und verstoße auch nicht gegen die vom BVerfG entwickelten Vertrauensschutzaspekte (BFH v. 6.4.2011 – IX R 29/10, BFH/NV 2011, 2025).

## II. Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Satz 1) Anm. 192–193 § 17

Der Ansicht des BFH und der FinVerw. in dieser Sache ist uE nicht zu folgen. Gemäß dem zum (rückwirkend zur Steuerverstrickung führendem) Absenken der Beteiligungsquote ergangenen Urteil des BVerfG (BVerfG v. 7.7.2012 – 2 BvR 748/05, 2 BvR 753/05, 2 BvR 1738/05, BStBl. II 2011, 86) erachtet dieses nämlich eine durch Rechtsänderung erfolgende Entwertung von konkret vorhandenen Vermögensbeständen als verfassungsrechtl. nicht zulässig. Um dem von solchen Rechtsänderungen bedrohten Vertrauensschutz zur Wirklichkeit zu verhelfen, darf eine unter Vertrauensschutzaspekten verfassungsrechtl. schützenswerte Vermögensposition nicht dahingehend eng auszulegen sein, dass diese nur in entstandenem positiven Vermögen aus VZ stfreier Belassung von Wertsteigerungen bestehen kann, sondern ebenso dahin, dass diese auch in negativem Vermögen bestehen kann, welches in VZ mit die Leistungsfähigkeit in voller Höhe mindernder Verlustberücksichtigung entstanden ist. Zum Argument der Unbedenklichkeit aufgrund der eigenen Gewinnermittlungsart des § 17 vgl. Anm. 162).

**Keine Änderung bei Darlehensverlusten für Veranlagungszeiträume ab 2015:** Die mit dem Gesetz zur Anpassung der Abgabenordnung an den Zollkodex der Union und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften in § 3c Abs. 2 Satz 2 eingefügte Regelung, dass Verluste aus dem Wertverfall des Darlehens eines zu mehr als 25 % an der Schuldnergesellschaft beteiligten Gläubigers ebenfalls dem Teilabzugsverbot unterliegen, zieht für die Gewinnermittlung nach Abs. 2 keine Änderung nach sich. Aufgrund eigener Gewinnermittlungsvorschriften unterlagen solche Verluste ohnehin bereits dem Teilabzugsverbot. Daher ist auch der Umkehrschluss, dass zu weniger als 25 % Beteiligte ihre Darlehensverluste nun in voller Höhe abziehen könnten, nicht zulässig. Die Neuregelung soll nur im BV gehaltene Darlehen erfassen, um Gestaltungsmissbräuchen mittels Teilwertabschreibungen vorzubeugen (vgl. BTDrucks. 18/3017, 38) und ist außerdem ausschließlich Quantifikations- und nicht Qualifikationsnorm.

### dd) Einzelheiten bei Erwerb von Beteiligungen

193

**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 hingegabenen 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 ANK. 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 aufgrund 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 Vorgründungen sind KapGes. iSd. § 17 (vgl. Anm. 147).

**Kreditkosten** für den Erwerb der veräußerten Anteile sind keine ANK, sondern WK bei den Einkünften aus Kapitalvermögen (BFH v. 9.8.1983 – VIII R 276/82, BStBl. II 1984, 29; BFH 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; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 152).

**Entgelt für zeitanteiligen Gewinn nach § 101 Nr. 2 BGB:** Das Entgelt, welches für den Anspruch auf den zeitanteiligen Gewinn des laufenden Geschäftsjahres 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). Im Gewinnanspruch kann kein vom übrigen Kaufpreis getrenntes WG gesehen werden (BFH v. 21.5.1986 – I R 199/84, BStBl. II 1986, 794; 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, 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).

**Vergebliche Anschaffungskosten** finden dennoch Berücksichtigung, sofern bereits eine wesentliche Beteiligung iSd. Abs. 1 besteht (vgl. FG Hamb. v. 23.4.2014 – 6 K 248/13, EFG 2014, 1782, rkr.). Nach der neueren Rspr. zu vorweggenommenen AK (vgl. FG Düss. v. 5.7.2012 – 11 K 4602/10, EFG 2012, 1839, rkr.) können diese uE auch später erworbenen Anteilen zurechenbar sein (vgl. Anm. 199 zu vorweggenommenen AK).

**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; VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 380 [7/2016]; s. weiterführend Anm. 294 zu Abs. 4).

194–198 Einstweilen frei.

#### 199 b) Vorweggenommene Anschaffungskosten

Der Begriff der AK soll alle mit dem Anschaffungsvorgang verbundenen Kosten beinhalten (BFH v. 19.4.1977 – VIII R 44/74, BStBl. II 1977, 600). Nicht entscheidend ist, ob diese Kosten bereits im Zeitpunkt des Erwerbs oder erst im Anschluss hieran als Folgekosten des Erwerbsvorgangs entstehen (BFH v. 12.6.1978 – GrS 1/77, BStBl. II 1978, 620; BFH v. 3.7.1997 – III R 114/95, BStBl. II 1997, 811; BFH v. 17.10.2001 – I R 32/00, BStBl. II 2002, 349 = BFHE 197, 58). Vor dem Hintergrund der Maßgabe des § 255 HGB für den stl. Begriff der AK überrascht es nicht, dass in der Rspr. aber auch vorweggenommene AK in Fällen des § 17 Anerkennung gefunden haben (FG Düss. v. 5.7.2012 – 11 K 4602/10 F, EFG 2012, 1839, rkr.; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 156), finden im Rahmen des § 255 HGB doch auch Herstellungs- und Entwicklungskosten, also Aufwendungen, die vor dem Erwerb des WG getätigt

## II. Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Satz 1) Anm. 199–200 § 17

wurden, Berücksichtigung. Für diese gelten die von der Rspr. für vorab entstandene BA bzw. WK entwickelten Grundsätze entsprechend (BFH v. 20.4.2004 – VIII R 4/02, BStBl. II 2004, 597). Vor dem Erwerb der Beteiligung verausgabte Aufwendungen sind als AK zu qualifizieren, wenn sie nach dem endgültigen Entschluss des Stpfl., die Beteiligung zu erwerben, entstanden sind. Hier gilt der allgemeine Grundsatz, dass strechtl. relevante Aufwendungen nur vorliegen, wenn die Beziehung zwischen den Aufwendungen und der Einkunftsart klar erkennbar ist (BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339). Die Aufwendungen müssen auch aufgrund der zeitlichen Nähe in einem hinreichend konkreten Zusammenhang mit dem Erwerb der Beteiligung stehen (FG Münster v. 20.1.2010 – 7 K 5023/07, EFG 2010, 957). Das FG Düss. v. 5.7.2012 (FG Düss. v. 5.7.2012 – 11 K 4602/10 F, EFG 2012, 1839, rkr.) hat diese Nähe bei einem Darlehensengagement des Stpfl. über einen Zeitraum von einem Jahr vor dem Anteilswerb unstreitig angenommen; uE muss dieser Zeitraum bei Vorliegen eines die Absicht des Erwerbs widerspiegelnden Vorvertrags auch mehrere Jahre umfassen können (und dann ggf. die Rechtsfolgen des Abs. 2 Satz 6 ausschließen, vgl. hierzu Anm. 246 f. zu Abs. 2 Satz 6).

Diese Wertungen sollen nicht auf Aufwendungen anwendbar sein, die dem Stpfl. im Zusammenhang mit einem geplanten, aber fehlgeschlagenen erstmaligen Erwerb einer qualifizierten Beteiligung entstanden sind (BFH v. 20.4.2004 – VIII R 4/02, BStBl. II 2004, 597; BFH v. 7.5.2009 – IX B 221/08, BFH/NV 2009, 1265). Aus denselben Urteilen ergibt sich aber, dass ein Verlust, der einem bereits wesentlich Beteiligten (hierzu sind gem. Abs. 1 auch Anwartschaften auf die Beteiligung zu berücksichtigen, vgl. Anm. 150 f.) durch den angebahnten und letztlich erfolglosen Erwerb weiterer Anteile entsteht, als nachträgliche AK bei den bereits gehaltenen Beteiligungen im Rahmen des § 17 Berücksichtigung finden soll. Systematisch müsste dies uE ebenso für kurzfristig erfolglos verausgabte AK gelten, sofern mittelfristig doch noch eine wesentliche Beteiligung an derselben Gesellschaft erworben wird.

Hat der Stpfl. nach vorangegangenen Investitionen in die Gesellschaft direkt einen wesentlichen Anteil erworben, ohne zu einem vorherigen Zeitpunkt nur unwesentlich beteiligter Anteilseigner gewesen zu sein, kommt eine Aufteilung (nachträglicher) AK auf Anteile iSd. Abs. 2 Satz 6 und auf andere Anteile nicht in Betracht (Achtung: anders bei vorangegangener unwesentlicher Beteiligung, s. Anm. 246 f. zu Abs. 2 Satz 6).

### c) Nachträgliche Anschaffungskosten

#### aa) Allgemeine Grundsätze zu Aufwendungen nach der Anschaffung

200

Eine eigene Kategorie von Aufwendungen stellen die nachträglichen AK dar. Sie stehen idR weder in zeitlichem noch in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem ursprünglichen Anteilswerb 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. 207);
- ▶ *verdeckte Einlagen* der Gesellschafter (BFH v. 12.2.1980 – VIII R 114/77, BStBl. II 1980, 494; weiterführend vgl. Anm. 207);
- ▶ *sonstige Zahlungen* nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB, zB Einzahlungen in die Kapitalrücklage und Barzuschüsse;

- ▶ *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; BFH 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*: Diese waren bis zum 27.9.2017 hinsichtlich der AK den gesellschaftsrechtl. Einlagen gleichgestellt (BFH v. 9.8.1983 – VIII R 276/82, BStBl. II 1984, 29; BFH 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.]; zu Einzelheiten vgl. Anm. 201 f.);
- ▶ *Forderungsverzicht und -abtretung* (vgl. Anm. 203);
- ▶ *Haftungsschuld eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers*: Nach Nds. FG (Nds. FG v. 8.8.2001 – 13 K 518/97, EFG 2003, 309, aufgeh. durch BFH v. 21.1.2004 – VIII R 8/02, HFR 2004, 863) stellen die von einem beherrschenden GesGf. 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. In der Regel 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 grds. nicht geeignet ist, sich auf den Wert der Beteiligung auszuwirken (FG Thür. v. 27.2.2007 – I 983/01, 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 grds. den einzelnen Anteilen nach dem Verhältnis der Nominalbeträge zuzuordnen. Zur Bewertung von AK für Anteile, die nicht innerhalb der gesamten letzten fünf Jahre eine wesentliche Beteiligung in der Hand des Veräußerers gebildet haben und somit von Abs. 2 Satz 6 Buchst. b erfasst werden, vgl. Anm. 246. Wird nur ein Teil der wesentlichen Beteiligung veräußert, so sind nur dann ausnahmsweise durchschnittliche AK für die veräußerten Anteile anzusetzen, wenn deren Einzelkosten nicht identifizierbar sind (vgl. BFH v. 11.12.2013 – IX R 45/12, BStBl. II 2014, 578); der bloße Umstand einer Sammelverwahrung reicht hierfür nicht aus, wenn anhand einer Nummerierung dennoch festgestellt werden kann, welche Anteile veräußert wurden (BFH v. 11.12.2013 – IX R 45/12, BStBl. II 2014, 578).

## 201 bb) 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 Entsch. 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). Vor diesem Hintergrund ist der in Teilen der Literatur diskutierte Ansicht, der Ausfall von Gesellschafterdarlehen müsse immer zu nachträglichen AK führen, da diese im Falle der Insolvenz immer nachrangig zu bedienen und Rückzahlungen bis ein Jahr vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 135 InsO anfechtbar seien, nicht zu folgen. Die Anerkennung von nachträglichen AK in diesen Fällen würde einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz und die Missachtung der ausgeübten Finanzierungs-

freiheit darstellen, da der Stpfl. gerade wie ein fremder Dritter behandelt werden wollte (aA GRÖGLER/URBAN, Steuer-Consultant 2009, 27; HÖLZLE, DStR 2007, 1185; GROH, FR 2008, 264; NEUFANG/KÜBLER/SCHMID, StB 2009, 148). Auch ist ein Abziehen des Darlehens durch den Gesellschafter hinsichtlich der vom BGH entwickelten Treuepflichten gegenüber seiner Gesellschaft (zB Unterlassen gesellschaftsschädigender Handlungen, vgl. BGH v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, DStR 2014, 860) seit MoMiG unbedenklich, da der Gesetzgeber extra zu diesem Zweck § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG angefügt hat, der explizit die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen aus dem Anwendungsbereich der Kapitalerhaltungsvorschriften ausnimmt (vgl. BTDrucks. 16/6140, 42). Daher kann der Ablehnung von nachträglichen AK auch nicht entgegengehalten werden, dass ein Gesellschafterdarlehen aufgrund der besonderen gesellschaftsrechtl. Verflechtungen nicht abziehbar und im Fall des Verlusts per se mit dem Nennbetrag zu berücksichtigen sei.

**Ausnahme bei Eigenkapitalersatz bis zum 27.9.2017:** 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 aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses gewährt worden ist (BFH v. 18.8.1992 – VIII R 90/89, BFH/NV 1993, 158; BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339; BFH v. 4.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, 344; EILERS/SIEGER/WIENANDS, Die Finanzierung der GmbH durch ihre Gesellschafter, 2. Aufl. 2001, Rz. 250 f.; ausführl. dazu auch UHLÄNDER, BB 2005, 70). Durch das Merkmal der gesellschaftlichen Veranlassung wird das „private Fremd-Darlehen“ umqualifiziert in ein „beteiligungsveranlasstes Darlehen“ (idS Gschwendtner, DStR 1999, Beihefter 32, 3). 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 einkunfts-mindernd aus. Für die Qualifikation als nachträgliche AK reicht der völlige oder teilweise Verlust des Darlehens im Rahmen der Insolvenz 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; BFH v. 4.8.1999 – VIII B 68/99, BFH/NV 2000, 41 mwN; Gosch in Kirchhof, 16. Aufl. 2017, § 17 Rz. 94). Weitergehend hierzu vgl. Anm. 201a zur Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis bei Eigenkapitalersatz.

**Ausnahme durch Zuordnung zum § 20:** Solche Darlehen, die nicht dem Eigenkapitalersatzrecht unterliegen bzw. nicht funktionales Eigenkapital darstellen, können im Rahmen des § 17 keine Berücksichtigung finden, da sie gemäß dem Willen des Gesellschafters offenbar nicht zur Stärkung der Beteiligung, sondern als selbständiges Engagement zur Erzielung von Einkünften aus Kapitalvermögen dienen. Diese Darlehen können aber im Falle des Verlustes, zumindest bei rechtsgeschäftlichem Verzicht, nach § 20 Abs. 2 Nr. 7, der den Gewinn aus der Veräußerung solcher Darlehensforderungen abgreifen will, Berücksichtigung finden (ebenso: Bundessteuerberaterkammer im Schreiben an das Bundesministerium der Finanzen v. 25.6.2009, s. [www.bstbk.de/export/sites/standard/de/ressourcen/Dokumente/04\\_presse/stellungnahmen/2009/20-Eing04\\_25.06.09.pdf](http://www.bstbk.de/export/sites/standard/de/ressourcen/Dokumente/04_presse/stellungnahmen/2009/20-Eing04_25.06.09.pdf) [Abruf 24.5.2018]). Nach der (zivilrechtl.) Aufgabe des Eigenkapitalersatzrechts durch MoMiG und der Entsch. des Gesetzgebers, auch im PV realisierte Wertsteigerungen im Rahmen des § 20 abzugreifen, ist es steuersystematisch geboten, auch in diesem Rahmen entstehende Verluste zu berücksichtigen – alles andere

widerstreitet dem zur Verwirklichung von Art. 3 Abs. 1 GG gebotenen objektiven Nettoprinzip. Die Revision des BFH (BFH v. 24.10.2017 – VIII R 13/15, DStR 2017, 2801) hat unsere bereits in der letzten Ergänzungslieferung (9/2017) hier vertretene Auffassung mittlerweile bestätigt.

Die Berücksichtigung entspricht im Übrigen auch den bisherigen Wertungen des BFH, der im Falle des Forderungsverzichts eine verdeckte Einlage zum Teilwert (idR 0 €) angenommen hat. Gemäß § 20 Abs. 2 Satz 2 stellt die verdeckte Einlage in eine KapGes. eine Veräußerung iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 dar, so dass als Veräußerungspreis in diesen Fällen der geminderte Teilwert angesetzt und somit ein Verlust realisiert werden muss. Die Regeln zum begrenzten WKAbzug und zum Verlustverrechnungsverbot (§ 20 Abs. 6 und 9) finden gem. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 keine Anwendung, sofern der Darlehensgeber gleichzeitig mindestens 10 % der Anteile hält (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b). Diese Rechtsfolge müsste uE bereits auch für weniger beteiligte Gesellschafter eintreten, da § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a lediglich voraussetzt, dass Gläubiger und Schuldner einander nahestehende Personen sind und die den Kapitalerträgen des Gläubigers entsprechenden Aufwendungen beim Schuldner (idR dürfte dies für während der Laufzeit gezahlte Zinsen zutreffen) BA darstellen. Schließlich gibt der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren (vgl. BTDrucks. 16/4841, 61) selbst zu erkennen, dass er mit nahestehender Person meint, dass

„... die Person auf den Steuerpflichtigen einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder umgekehrt der Steuerpflichtige auf diese Person einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder eine dritte Person auf beide einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder die Person oder der Steuerpflichtige imstande ist, bei der Vereinbarung der Bedingungen einer Geschäftsbeziehung auf den Steuerpflichtigen oder die nahestehende Person einen außerhalb dieser Geschäftsbeziehung begründeten Einfluss auszuüben oder wenn einer von ihnen ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Erzielung der Einkünfte des anderen hat.“

Dies dürfte für den Gesellschafter einer Gesellschaft, zumindest wenn er gleichfalls Geschäftsführer ist, uE regelmäßig zutreffen.

## 201a cc) Eigenkapitalersatz, funktionales Eigenkapital

**Rechtswicklung:** Nach bisheriger Rspr. des BFH zählten zu den nachträglichen AK einer Beteiligung iSd. Abs. 2 ua. auch Leistungen des Gesellschafters aus einem der KapGes. hingegebenen Darlehen, soweit dieses zivilrechtl. als eigenkapitalersetzend anzusehen war (vgl. „Anschaffungskosten nach dem Eigenkapitalersatzrecht, Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis – Anwendung bis zum 27.9.2017“ weiter unten in dieser Anm.). Mit dem Wegfall des zivilrechtl. Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG zum 1.11.2008 ist der gesellschaftsrechtl. Anknüpfungspunkt der bisherigen BFH-Rspr. entfallen (vgl. BFH v. 11.7.2017 – IX R 36/15, BFHE 258, 427 Rz. 32; vgl. Landesamt für Steuern Nds. v. 9.10.2017 – S 2244 - 118 - St 244, DStR 2017, 2390).

Die bisherige Rspr. zur stl. Berücksichtigung von Aufwendungen in Form von eigenkapitalersetzenden Finanzierungshilfen des Gesellschafters als nachträgliche AK der Beteiligung im Rahmen des § 17 Abs. 2 und 4 EStG ist nach Ansicht des IX. Senats des BFH vor allem eine Reaktion auf die Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzrechts und stellt eine Ausnahme vom Grundsatz dar, dass eine im PV gehaltene Kapitalforderung des Gesellschafters aus einem Gesellschafterdarlehen oder einer zugunsten der Gesellschaft übernommenen Bürgschaft dem Anwendungsbereich des § 20 EStG und nicht dem des § 17 EStG unterfällt (BFH v. 11.7.2017 – IX R 36/15, BFHE 258, 427 Rz. 32–34). Gegen die Fortgeltung der bisherigen Grundsätze spreche hingegen bereits der Wortlaut des

§ 17 Abs. 2 und 4 EStG, sodass die bisherige Durchbrechung der Trennung von stl. unberücksichtigter Vermögens- und steuerbarer Erwerbssphäre nach der Aufhebung des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG zum 1.11.2018 auch nicht mehr mit einer normspezifischen Auslegung des AK-Begriffs zu rechtfertigen sei (BFH v. 11.7.2017 – IX R 36/15, BFHE 258, 427 Rz. 34). Vielmehr sind nach Auffassung des BFH neue Maßstäbe für eigenkapitalersetzende Finanzierungshilfen zu entwickeln (BFH v. 11.7.2017 – IX R 36/15, BFHE 258, 427 Rz. 32).

Den nachträglichen AK können grds. nur noch Aufwendungen zugeordnet werden, die nach handels- und bilanzrechtlichen Grundsätzen zu einer offenen oder verdeckten Einlage in das Gesellschaftskapital führen (BFH v. 11.7.2017 – IX R 36/15, BFHE 258, 427 Rz. 37). Denn nur der handelsrechtliche AK-Begriff gewähre in Ermangelung einer abweichenden Definition im EStG eine hinreichende rechtssichere und trennscharfe Abgrenzung zwischen Fremd- und Eigenkapital (BFH v. 11.7.2017 – IX R 36/15, BFHE 258, 427 Rz. 36). Unter die nachträglichen AK fallen hiernach insbes. Nachschüsse (§§ 26 ff. GmbHG) und sonstige Zuzahlungen (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB – Beispiel: Einzahlungen in die Kapitalrücklage; hierzu BFH v. 11.7.2017 – IX R 36/15, BFHE 258, 427 Rz. 37 mwN).

Das bedeutet im zeitlichen Anwendungsbereich des MoMiG aber auch, dass Aufwendungen aus der Inanspruchnahme aus einer Gesellschafterbürgschaft unabhängig davon, ob die Bürgschaft krisenbestimmt oder in der Krise der Gesellschaft übernommen worden ist, grds. nicht mehr den nachträglichen AK gem. § 17 Abs. 2 und 4 EStG zuzurechnen sind (BFH v. 11.7.2017 – IX R 36/15, BFHE 258, 427 Rz. 39). Die vor dem Inkrafttreten des MoMiG entwickelte Dogmatik zur Krisenbestimmtheit von Finanzierungshilfen findet nach Auffassung des IX. Senats des BFH nur noch Anwendung, wenn der Gesellschafter eine eigenkapitalersetzende Finanzierungshilfe bis zum Tag der Veröffentlichung dieses Urteils geleistet hat oder wenn eine Finanzierungshilfe des Gesellschafters bis zu diesem Tag eigenkapitalersetzend geworden ist (BFH v. 11.7.2017 – IX R 36/15, BFHE 258, 427 Rz. 40). Eine abweichende Würdigung kann sich nach Auffassung des IX. Senats des BFH nur ergeben, wenn die vom Gesellschafter gewährte Fremdkapitalhilfe aufgrund der vertraglichen Abreden mit der Zuführung einer Einlage in das Gesellschaftsvermögen wirtschaftlich vergleichbar sei. Exemplarisch nennt der IX. Senat des BFH das sog. Rangrücktrittsdarlehen iSd. § 5 Abs. 2a EStG, welches im Wesentlichen denselben Voraussetzungen unterliegt wie die Rückzahlung von Eigenkapital und welches bilanzsteuerrechtlich die Funktion von zusätzlichem Eigenkapital hat (BFH v. 11.7.2017 – IX R 36/15, BFHE 258, 427 Rz. 38 und BFH v. 15.4.2015 – I R 44/14, BStBl. II 2015, 769; BFH v. 10.8.2016 – I R 25/15, BStBl. II 2017, 670). Bislang noch nicht abschließend geklärt ist in diesem Zusammenhang, ob nach den neuen Grundsätzen ein Finanzplandarlehen (vgl. Anm. 201a unter Finanzplandarlehen) als zusätzliches Eigenkapital und damit für den Gesellschafter als AK zu werten ist. Hierzu dürften uE die Rechtsprechungsgrundsätze zum Umfang des Kapitalkontos iSd. § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG (vgl. dazu zB OFD Frankfurt v. 16.6.2016 – S 2241a A - 5 - St 213, juris) einschlägig sein. Grundsätzlich handelt es sich danach nicht um Eigenkapital. Allerdings ist ein Finanzplandarlehen nach dem BFH (BFH v. 7.4.2005 – IV R 24/03, BStBl. II 2005, 598) dann als Eigenkapital anzusehen, wenn es nicht einseitig vom Kommanditisten gekündigt werden könne und im Falle des Ausscheidens oder der Liquidation der Gesellschaft mit einem eventuell bestehenden negativen Kapitalkonto zu verrechnen sei. Anders

als das kapitalersetzende Darlehen, das nur zeitweise eine Eigenkapitalfunktion übernehme und diese verliere, wenn sich die Gesellschaft nachhaltig erhole und so ihre Kreditwürdigkeit zurückgewinne, behalte nach der Rspr. des BFH vom 7.4.2005 das Finanzplandarlehen seinen Charakter als materielles Eigenkapital mangels Kündbarkeit seitens des Kommanditisten unabhängig davon, ob sich die Gesellschaft in einer Krise befinde (BFH v. 7.4.2005 – IV R 24/03, BStBl. II 2005, 598 Rz. 26). Zudem habe seine spätere Verrechnung mit einem eventuell bestehenden negativen Kapitalkonto zur Folge, dass der Darlehensgeber im Verhältnis zu seinen Mitgesellchaftern für Verluste der Gesellschaft einzustehen habe (BFH v. 7.4.2005 – IV R 24/03, BStBl. II 2005, 598 Rz. 26 aE).

Die neuen Grundsätze des BFH (BFH v. 11.7.2017 – IX R 36/15, BFHE 258, 427 Rz. 37) sind allerdings uE wiederum auslegungsbedürftig: Da das Handelsrecht nämlich gar keine verdeckten Einlagen kennt, stellt sich für den Anwender die Frage, ob die zur Erkennung einer Einlage führenden Grundsätze der beiden Rechtsgebiete nun kumulativ vorliegen müssen (was durch die Verwendung der nebenordnenden Konjunktion „und“ bereits indiziert wird) oder, da der BFH die verdeckte Einlage an dieser Stelle explizit anführt, entgegen dem Wortlaut seiner vorangegangenen Formulierung die Kriterien für eine Einlage im Sinne des Handels- oder Bilanzsteuerrechts alternativ erfüllt sein können.

Aufwendungen aus Fremdkapitalhilfen sollen jetzt jedenfalls nur dann noch zu nachträglichen AK führen, wenn sie vom Gesellschafter gewährt und aufgrund vertraglicher Abreden mit der Zuführung einer Einlage in das Gesellschaftsvermögen wirtschaftlich vergleichbar sind (BFH v. 11.7.2017 – IX R 36/15, BFHE 258, 427 Rz. 38). Dies soll bei Gesellschafterdarlehen der Fall sein, wenn sie im Wesentlichen denselben Voraussetzungen unterliegen wie die Rückzahlung von Eigenkapital (BFH v. 11.7.2017 – IX R 36/15, BFHE 258, 427 Rz. 38). Was der BFH hierunter versteht, lässt er im angeführten Urteil leider offen, zitiert aber seine Entsch. BFH v. 30.11.2011 (BFH v. 30.11.2011 – I R 100/10, BStBl. II 2012, 332), mit welcher er festgestellt hat, dass ein qualifizierter Rangrücktritt iSd. § 5 Abs. 2a einem Passivierungsverbot unterliegt, da das so subordinierte Kapital denselben Voraussetzungen wie die Rückzahlung von Eigenkapital mit der Folge unterliege, dass für den Schuldner (echtes) Eigenkapital durch gewinnwirksames Ausbuchen der Verbindlichkeit entsteht. Dieser Vorgang erfüllt sodann gleichsam den Tatbestand der Einlage (vgl. BFH v. 15.4.2015 – I R 44/14, BFHE 249, 493 Rz. 18). Die Formulierung des Erfordernisses der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit mit Einlagen zeigt aber deutlich, dass der BFH nach wie vor durchaus gewillt ist, auch solche Engagements eines Gesellschafters zugunsten seiner Gesellschaft als AK zu berücksichtigen, die gerade keine Einlage sind. Daher darf die Qualifizierung von nachträglichen AK auch nicht davon abhängig gemacht werden, ob sich das bilanzielle Eigenkapital bspw. durch das gewinnwirksame Ausbuchen einer Verbindlichkeit erhöht hat. Die vom BFH geforderten Voraussetzungen können sich uE auch nicht auf die gesellschaftsrechtl. Voraussetzungen der Kapitalherabsetzung iSd. § 58 GmbHG, §§ 225, 233 AktG beziehen, da eine Anmeldung und Eintragung von Gesellschafterdarlehen im Handelsregister schlicht nicht möglich ist.

Erfreulich konsequent ist jedenfalls die Abkehr vom Begriff der „Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis“. Eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis war nach der Rspr. des BFH dann gegeben, wenn ein Nichtgesellschafter bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns das Darlehen der Gesellschaft nicht gewährt hätte (vgl. BFH v. 7.7.1992 – VIII R 24/90, BStBl. II 1993, 333). Dies führte der BFH auf eine Entsch. des BGH (BGH v.

13.7.1981 – II ZR 256/79, BGHZ 81, 252) zurück, in welcher dieser entschied, dass die mW zum 1.1.1981 eingeführten §§ 30, 31 GmbHG (Kapitalerhaltung, damals ohne den heutigen Satz 3 im § 30) einem Abzug von Gesellschafterdarlehen entgegenstehen, wenn die Gesellschaft von dritter Seite zu marktüblichen Bedingungen keinen Kredit mehr hätte erhalten können und eine Rückgewähr nur zu Lasten des Stammkapitals der GmbH möglich ist oder deren Überschuldung noch vertieft. Eine solche gesetzliche Bindung besteht für Finanzierungsmaßnahmen der Gesellschafter heute nicht mehr, weshalb auch die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis weder Voraussetzung noch Folge einer Handlung des Gesellschafters sein kann.

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechungsänderung bleibt abzuwarten, ob der BFH weitere neue Maßstäbe entwickelt, welche die Berücksichtigung nachträglicher AK im Rahmen des § 17 beeinflussen. Mit der Beitrittsaufforderung mit Beschluss vom 11.10.2017 im Verfahren IX R 5/15 wird der BFH grundlegend zur Frage Stellung nehmen, ob Zuzahlungen, die der Gesellschafter in das Eigenkapital leistet und die bei der KapGes. als Kapitalrücklage auszuweisen sind (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB), bei diesem in jedem Fall und zu jedem denkbaren Zeitpunkt zu (nachträglichen) AK iSd. § 255 Abs. 1 Sätze 1 und 2 HGB führen und mithin im Rahmen der Gewinnermittlung nach Abs. 2 zu berücksichtigen sind und ob solche Zuzahlungen einen Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts iSd. § 42 AO darstellen könnten.

**Zeitlicher Anwendungsbereich:** Der BFH änderte seine Rspr. mit Urteil v. 11.7.2017 – IX R 36/15, DStR 2017, 2098, grundlegend. Anstelle des Wortes „Eigenkapitalersatz“ wird nun von „funktionalem Eigenkapital“ oder „Kapital, das unter denselben Voraussetzungen wie Eigenkapital zurückgezahlt werden kann“, gesprochen. 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). Die mit BFH v. 11.7.2017 (BFH v. 11.7.2017 – IX R 36/15, BFHE 258, 427) geänderte Rechtsauffassung findet zur Wahrung des verfassungsrechtl. gebotenen Vertrauensschutzes außerdem keine Anwendung auf solche Dispositionen eines Gesellschafters, die bis zum Veröffentlichungsdatum des Urts. der Rechtsprechungsänderung, also dem 27.9.2017 (laut Homepage des BFH, entspricht dem Datum der Pressemitteilung), nach alter Rechtslage getätigt wurden und eigenkapitalersetzenden Charakter erlangt haben (vgl. BFH v. 11.7.2017 – IX R 36/15, BFHE 258, 427 Rz. 40, 42; zur Ermittlung der AK in diesen Fällen vgl. „Anschaffungskosten nach dem Eigenkapitalersatzrecht, Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis – Anwendung bis zum 27.9.2017“ weiter unten in dieser Anm.).

**Anschaffungskosten dem Grunde nach:** Nur Kapital, das wie Eigenkapital gebunden ist, darf im Rahmen einer Veräußerung oder dieser gleichgestellten Tatbestände als nachträgliche AK Berücksichtigung finden. Ob ein vom Gesellschafter gegebenes Darlehen, das bilanziell als Fremdkapital behandelt wird, einen Ersatz für Eigenkapital darstellt oder nicht hängt von zwei Faktoren ab: Es muss objektiv geeignet und subjektiv dazu bestimmt sein, der Gesellschaft wie Eigenkapital zu dienen.

► *Objektive Geeignetheit:* Die objektive Komponente der Geeignetheit der zu Gunsten der Gesellschaft ausgeübten Finanzierungsform erschöpft sich uE in der Feststellung, ob das überlassene Kapital bei der Gesellschaft dieselben Funktionen wie Eigenkapital (Haftungs- und Finanzierungsfunktion) erfüllen kann und ob es vom Gesellschafter final verausgabt wurde. Lediglich (kurz- und mit-

tel-)befristete Kapitalüberlassungen scheiden hier aus und stellen ein selbständiges Engagement zur Erzielung von Einkünften dar. Eine Verzinslichkeit des Darlehens ist im Grunde unschädlich, da auch das Eigenkapital durch den Anspruch auf den Gewinn gewissermaßen verzinslich ist. Dogmatisch reiner wäre es uE sogar – da die Entstehung von Zinsansprüchen bei normalen Darlehen unabhängig vom Zustandekommen eines Gewinns in der Gesellschaft ist – nur partiarische Darlehen anzuerkennen.

► *Subjektive Bestimmtheit:* Die subjektive Bestimmtheit der Kapitalüberlassung lässt sich anhand der vom Gesellschafter bestimmten Modalitäten ableiten (vgl. BFH v. 7.7.1992 – VIII R 24/90, BStBl. II 1993, 333). Notwendige Voraussetzung der Annahme, die Überlassung solle einen Ersatz für Eigenkapital darstellen, ist der Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechts (§ 490 BGB) der Finanzierungsmaßnahme (jüngst BFH v. 6.12.2016 – IX R 12/15, DStR 2017, 487). Zweite notwendige Voraussetzung ist die Vereinbarung einer Subordination (Rangrücktritt) dergestalt, dass in der Krise nur im Rang nach allen anderen Gläubigern und ranggleich mit einer Einlagenrückgewähr an die Gesellschafter getilgt werden darf. Eine Besserungsabrede dergestalt, dass außerhalb der Krise aus Bilanzgewinnen und sonstigem freien Vermögen getilgt werden darf, ist uE unschädlich. Dem liegt die Parallelwertung zugrunde, dass ins Eigenkapital geleistete Zahlungen ebenfalls aus erwirtschafteten Gewinnen zurückgezahlt werden können (vgl. Verwendungsfiktion im § 27 Abs. 1 Satz 3 KStG).

► *Qualität der Subordination:* Zur Herstellung der zur Anerkennung von nachträglichen AK notwendigen Bestimmtheit der Kapitalüberlassung durch den wesentlich beteiligten Stpfl. mittels Subordination kann eine entsprechende Erklärung bereits im Gesellschaftsvertrag, einem Gesellschafterbeschluss oder einer schuldrechtl. Abrede abgegeben werden (GSCHWENDTNER, DStR 1999, Beihefter zu Heft 32, 13). Bezüglich schuldrechtl. Abreden sind uE ausschließlich sog. qualifizierte Rangrücktritte geeignet. Der einfache Rangrücktritt hat zur Folge, dass der zurückgetretene Gläubiger hinter alle anderen Fremdgäubiger zurücktritt (Tilgung in der Insolvenz als letzter Gläubiger). Erst ein qualifizierter Rangrücktritt, der eine Tilgung zugleich und nicht vor der Einlagenrückgewähr an die Gesellschafter vereinbart, erreicht eine Gleichstellung mit dem Eigenkapital. Anderenfalls würde der Darlehensgeber im Falle der Insolvenz zwar erst als Letzter der Gläubiger, aber dennoch vor den übrigen Gesellschaftern und daher auch nicht nur anteilig, sondern, sofern die Mittel der Gesellschaft noch so weit reichen, bis zur vollen Höhe seines Darlehens befriedigt. Unter diesem Gesichtspunkt würde sein Darlehen nicht mehr die Funktion von Eigenkapital erfüllen, nachträgliche AK können daher nur im Fall des qualifizierten Rangrücktritts in Betracht kommen. Der Ansicht des FG Köln (FG Köln v. 18.3.2014 – 1 K 3127/11, BB 2014, 1136, rkr.), wonach bereits ein einfacher Rangrücktritt ausreichend sein soll, ist uE daher nicht zu folgen.

Hierzu beispielhaft ein Sachverhalt und die Auswirkungen auf die AK der Gesellschafter in Abhängigkeit von der Qualität des vereinbarten Rangrücktritts:

**Beispiel:** Das Insolvenzverfahren einer GmbH endet in der Liquidation. Alle Gläubiger sind befriedigt. Es verbleiben 5000 in der Masse, die noch zu verteilen sind. Übrig sind Gesellschafter A und B. Gesellschafter A hatte der Gesellschaft 10000 als Gesellschafterdarlehen und 12500 als gezeichnetes Kapital, der Gesellschafter B ebenfalls 12500 als gezeichnetes Kapital gewährt (die nachfolgenden Zahlenbeispiele vernachlässigen der Einfachheit halber die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens, da sich dies für beide Gesellschafter gleich auswirkt).

II. Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Satz 1) Anm. 201a § 17

► *Fall 1: Kein Rangrücktritt:* Obwohl kein Rangrücktritt vereinbart wurde, unterliegt das Darlehen des A dem gesetzlichen Nachrang nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Er ist daher nach allen anderen Gläubigern, aber noch vor den übrigen Gesellschaftern zu befriedigen. In diesem Fall würde er 5000 ausgezahlt und für die restlichen 5000 des Darlehens keine AK anerkannt bekommen, da sein Darlehen nicht mit einem Rangrücktritt versehen war. In Höhe von 12 500 (Stammeinlage) bekommen beide Gesellschafter AK anerkannt.

Ergebnis:

|                        | Gesellschafter A | Gesellschafter B |
|------------------------|------------------|------------------|
| Rückzahlung            | 5 000            | 0                |
| AK                     | 12 500           | 12 500           |
| Zurechenbares Vermögen | 17 500           | 12 500           |

► *Fall 2: Einfacher Rangrücktritt:* Bei genauer Betrachtung ergibt sich, dass der einfache Rangrücktritt lediglich in solchen Fällen Wirkung entfaltet, in denen der Gläubiger ansonsten unter das Kleinanlegerprivileg des § 39 Abs. 5 InsO gefallen wäre. Aufgrund der Regelung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO steht das Gesellschafterdarlehen ansonsten nämlich ohnehin den Forderungen aller anderen Gläubiger nach. Folgt man der Auffassung des FG Köln (FG Köln v. 18.3.2014 – 1 K 3127/11, BB 2014, 1136, rkr.), so bekommt A jetzt nicht nur 5000 ausgezahlt, sondern auch die übrigen 5000 aus dem ausgefallenen Darlehen zusätzlich zu seinen 12 500 als AK anerkannt. B bekommt 12 500 als AK anerkannt.

Ergebnis:

|                        | Gesellschafter A | Gesellschafter B |
|------------------------|------------------|------------------|
| Rückzahlung            | 5 000            | 0                |
| AK                     | 17 500           | 12 500           |
| Zurechenbares Vermögen | 22 500           | 12 500           |

► *Fall 3: Qualifizierter Rangrücktritt:* Durch den qualifizierten Rangrücktritt wird A erst gleichzeitig und zu gleichen Teilen mit B bedient. Beide erhalten 2 500 ausgezahlt und ihre AK iHv. 12 500 werden anerkannt.

Ergebnis:

|                        | Gesellschafter A | Gesellschafter B |
|------------------------|------------------|------------------|
| Rückzahlung            | 2 500            | 2 500            |
| AK                     | 20 000           | 10 000           |
| Zurechenbares Vermögen | 22 500           | 12 500           |

Für die Gesellschafter ändert sich an der Höhe des ihnen zurechenbaren Vermögens (als Summe von Barvermögen und stl. nutzbaren Kosten) unabhängig davon, ob nun ein einfacher oder ein qualifizierter Rangrücktritt vereinbart ist, nichts. Auf diese einseitige wirtschaftliche Betrachtungsweise abzustellen ist uE jedoch zu kurz gegriffen. Hinsichtlich des unmittelbar zugewandten Vermögens in Form einer Barrückzahlung ist Gesellschafter B im Fall 2 gegenüber Fall 3 im Vergleich zur Behandlung von Gesellschafter A nämlich benachteiligt. Soweit der BGH (BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, NJW 2015, 1672) festgestellt hat, das ein Rangrücktritt ein Vertrag zugunsten Dritter (nämlich der übrigen Fremd-Gläubiger) ist, so stellt der einfache Rangrücktritt im oben dargestellten Fall einen Vertrag zulasten Dritter (nämlich der übrigen Gesellschafter) dar. Ausgehend von dem Grundsatz, dass nur Eigenkapital als AK in Betracht kommt, ist nicht ersichtlich, warum Gesellschafter A aufgrund eines einfachen

Rangrücktritts – also noch wie ein fremder Dritter – von einer Barvermögensrückzahlung profitiert und gleichzeitig – wie ein Gesellschafter, der Eigenkapital gegeben hat – für sein Darlehen stl. abzugsfähige AK anerkannt bekommt, während Gesellschafter B, der reines Eigenkapital gegeben hat (und somit auch zur Verbesserung der eine Kreditwürdigkeit mitbestimmenden Eigenkapitalquote beigetragen hat), in diesem Falle nur einen stl. Verlust erhält, der das Vorliegen weiterer Einkünfte voraussetzt, um sich für den Gesellschafter als Vorteil auszuwirken.

Bezüglich der gebotenen Vorsicht bei der Formulierung von Rangrücktritten vgl. nachfolgend „Auswirkungen auf Ebene der Gesellschaft“.

**Anschaffungskosten der Höhe nach:** Die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft im Zeitpunkt der Erfüllung der beiden vorgenannten Voraussetzungen (Geeignetheit und Bestimmtheit) bestimmt die berücksichtigungsfähige Höhe der AK, da im Moment des Zustandekommens der Eigenkapitalqualität das Darlehen in sog. funktionales Eigenkapital (vgl. BFH v. 15.4.2015 – I R 44/14, BStBl. II 2015, 769) umgewandelt wird und somit eine fiktive Einlage stattfindet. Deren Wert bestimmt sich, wie eine verdeckte Einlage, nach § 6 Abs. 6 Satz 2 und ist somit mit dem Teilwert anzusetzen. Dies deshalb, da Wertverluste überhaupt erst ab dem Zeitpunkt, in dem das Darlehen funktionales Eigenkapital darstellt, aus dem Gesellschaftsverhältnis resultieren und damit nachträgliche AK bilden können (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; vgl. hierzu aber obige Anmerkung zur Abziehbarkeit im Rahmen des § 20). Maßgeblich für den anzusetzenden Wert ist die unterstellte Höhe des fiktiv eingelegten Rückforderungsanspruchs des Gesellschafters gegen seine Gesellschaft. Dieser ist abhängig von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Gesellschaft, wobei der BFH hier aus Vereinfachungsgründen nur zwei Zustände kennt: Die Gesellschaft befindet sich nicht in einer (wirtschaftlichen) Krise oder sie befindet sich in einer Krise (Näheres zur Krisenbestimmung im nachfolgenden Absatz). Findet die fiktive Einlage des Rückforderungsanspruchs nicht während einer Krise der Gesellschaft statt, so kommen im Falle des Totalverlustes die AK in voller Höhe zum Tragen. Findet die Einlage jedoch während einer Krise statt, wird diese lediglich mit dem Teilwert – aufgrund der regelmäßig eingetretenen Überschuldung – idR mit 0 € bewertet. Es kommt also darauf an, wann und ob im Verhältnis zur Krise der Gesellschaft der Gesellschafter eine Subordinationsvereinbarung getroffen hat.

► *Eine Krise* im o.g. Sinne liegt vor, wenn zwar noch keine Insolvenzreife eingetreten, 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; BFH 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, BStBl. II 1999, 339 [340] mwN; BFH v. 13.7.1999 – VIII R 31/98, BStBl. II 1999, 724 mwN). Als Indizien für den Eintritt einer Krise sieht er hiernach (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 laut 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 Stadi- um der Kreditunwürdigkeit hinaus insolvent ist, dh. bei Überschuldung, beste- hender und drohender Zahlungsunfähigkeit (§§ 16–19 InsO).

**Auswirkungen auf Ebene der Gesellschaft:** Bei der Formulierung von Rang- rücktritten ist besondere Vorsicht geboten, soweit es um die Formulierung von Tilgungsbestimmungen geht. Entgegen der früheren Rspr. und Verwaltungs- ansicht (vgl. BFH v. 30.3.1993 – IV R 57/91, BStBl. II 1993, 502; OFD Kiel v. 8.6.1993 – S 2175 A - St 113, juris) führt die Bestimmung, dass die Verbindlich- keit nur aus künftigen Gewinnen oder einem eventuellen Liquidationsüber- schuss zu bedienen ist, nun nach Maßgabe des § 5 Abs. 2a zu einem Passivie- rungsverbot (vgl. BFH v. 30.11.2011 – I R 100/10, BStBl. II 2012, 332; BFH v. 15.4.2015 – I R 44/14, BStBl. II 2015, 769). In der Folge ist die Verbindlichkeit aufzulösen und der Auflösungsgewinn wird in die Kapitalrücklage eingestellt (vgl. SCHUBERT, Beck BilKomm., 10. Aufl. 2016, § 247 HGB Rz. 232). Der so entstandene Ertrag ist um den werthaltigen Teil des fiktiv eingelegten Rückfor- derungsanspruchs als EK27-wirksame, verdeckte Einlage zu kürzen (vgl. BFH v. 9.6.1997 – GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307). Ist ein Rangrücktritt jedoch dergestalt vereinbart, dass das Darlehen erst im Zeitpunkt der Krise subordiniert sein sollte, so entsprechen die AK dem Wert der fiktiven Einlage in diesem Mo- ment – aufgrund der idR bereits eingetretenen Überschuldung 0 €. Der hier- durch entstehende Buchgewinn wird entsprechend nicht gekürzt werden können – hier kommt es dann zu einem stpfl. Gewinn für die Gesellschaft. Im Erg. wird in diesem Fall genau das Gegenteil dessen erzielt, was gewollt war. Die Subordi- nation muss daher in jedem Fall bereits vor dem sich Abzeichnen einer wirt- schaftlichen Krise der Gesellschaft wirksam werden, um AK zu generieren; ei- nem Ausbuchen nach § 5 Abs. 2a kann mit der Tilgungsbestimmung auch aus sonstigem, die Verbindlichkeiten übersteigendem freien Vermögen vorgebeugt werden. Einige Verwirrung stiftet in diesem Zusammenhang die Bezeichnung des „qualifizierten“ Rangrücktritts, da das Prädikat „qualifiziert“ in der Literatur mal auf die Bestimmung des zur Tilgung heranzuziehenden Vermögens und mal auf die Bestimmung des Ranges des Rücktritts bezogen wird. Weitgehend unbe- merkt hat der BFH (BFH v. 15.4.2015 – I R 44/14, BStBl. II 2015, 769) zur Umgehung dieser Begrifflichkeitsproblematik für einen in dem Sinne „qualifi-

zierten“ Rangrücktritt, dass die Befriedigung der Forderung nur aus einem bestimmten Vermögen erfolgen dürfe, als spezifiziert bezeichnet. Eine begriffliche Unterscheidung ist uE zur rechtssicheren Beratung dringend geboten und das Ur. des BFH daher sehr begrüßenswert.

**Keine Korrespondenz mit Insolvenzrecht:** Auf die Qualifikation des Gesellschafterdarlehens in der insolvenzrechtl. Überschuldungsbilanz kommt es für stl. Bewertungszwecke nicht an, da Sinn und Zweck der beiden Rechtsgebiete verschieden sind. Insoweit ging auch die von der FinVerw. vertretene und durch die Rspr. (BFH v. 6.5.2014 – IX R 44/13, BStBl. II 2014, 781) mittlerweile widerlegte Auffassung, dass Darlehen, die dem Kleinanlegerprivileg iSd. § 39 Abs. 5 InsO unterliegen, nicht als AK im Rahmen des § 17 berücksichtigt werden könnten, völlig fehl. Gleiches muss für das sog. Sanierungsprivileg in § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO (kein gesetzlicher Nachrang bei Anteilerwerben zu Sanierungszwecken) unter Berücksichtigung des Abs. 2 Satz 6 Buchst. b gelten (vgl. Anm. 247).

**Anschaffungskosten nach dem Eigenkapitalersatzrecht, Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis – Anwendung bis zum 27.9.2017:** 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; BFH 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) rechtfertigte sich dadurch, dass aus dem eigenkapitalersetzenden Charakter das zivilrechtl. Haftungsrisiko folgte (BFH v. 12.12.2000 – VIII R 52/93, BStBl. II 2001, 286, unter IV.2). Diese Grundsätze galten 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).

Nach BFH (BFH v. 11.7.2017 – IX R 36/15, BFHE 258, 427 Rz. 39) ist der Verlust nicht subordinierter Finanzierungen seit dem 27.9.2017 unabhängig davon, ob das Darlehen krisenbestimmt oder in der Krise der Gesellschaft ausgereicht worden ist, grds. nicht mehr als nachträgliche AK iSd. Abs. 2 berücksichtigungsfähig, vgl. aber Hinweise zu „Zeitlicher Anwendungsbereich“ in dieser Anm.

Bis zum 27.9.2017 war der eigenkapitalersetzende Charakter von Darlehen (und damit nachträglichen AK auf die Beteiligung) in der stRspr. der Finanzgerichtsbarkeit auf die nachfolgenden Grundtypen reduziert worden (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 ausgezahlt, als die Gesellschaft mindestens in der Krise bzw. schon insolvenzreif 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 – weiterführende Überlegung zum Wertansatz einer Darlehensforderung). Der Gesellschafter hat hier eine de-facto-Einlage getätigt.

► *Stehenlassen in der Krise*: Das Darlehen wurde zwar vor der Krise ausgezahlt, der Gesellschafter hat es aber – nach einer Überdenkensfrist von zwei bis drei 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 Gesellschaft hätte verlangen können und es angesichts der finanziellen Situation der Gesellschaft absehbar war, dass die Rückzahlung gefährdet sein würde (BFH v. 7.7.1992 – VIII R 24/90, BStBl. II 1993, 333; BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339; WATERMEYER, BB 1993, 403; BULLINGER, DStR 1993, 225). Hierdurch hat er, wie bei der Ausreichung in der Krise, eine de-facto-Einlage getätigt. Wie der Gesellschafter das Darlehen „stehen lässt“ – sei es durch eine Verlängerungs-, Stundungs- oder sonstige Vereinbarung (zu Besonderheiten bei einer Schuldumschaffung [Novation] vgl. Anm. 203 zum Forderungsverzicht) 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 grds. der gemeine Wert in dem Zeitpunkt maßgeblich, in dem es der Gesellschafter mit Rücksicht auf das Gesellschaftsverhältnis nicht abzieht. 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 – 5 K 65/95, EFG 2001, 1042, rkr.; VOGT in BLÜMICH, § 17 Rz. 669 [7/2016]).

► *Krisenbestimmtes Darlehen*: Es handelt sich um ein sog. krisenbestimmtes Darlehen, wenn das Darlehen seiner Zweckbestimmung nach schon von vornherein auch als Krisenfinanzierung angelegt ist (BFH v. 7.7.1992 – VIII R 24/90, BStBl. II 1993, 333; GSCHWENDTNER, DStR 1999, Beihefter zu Heft 32, 13). Auch der Verzicht auf die Kündigung im Krisenfall (so für den konkludenten Verzicht auf die Ausübung eines außerordentlichen Kündigungsrechts auch FG Köln v. 9.10.2003 – 10 K 2759/99, EFG 2004, 109, rkr.) kann ein Indikator sein. 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, BStBl. II 1999, 339; BFH v. 31.10.2000 – VIII R 47/98, BFH/NV 2001, 589 mwN). 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.

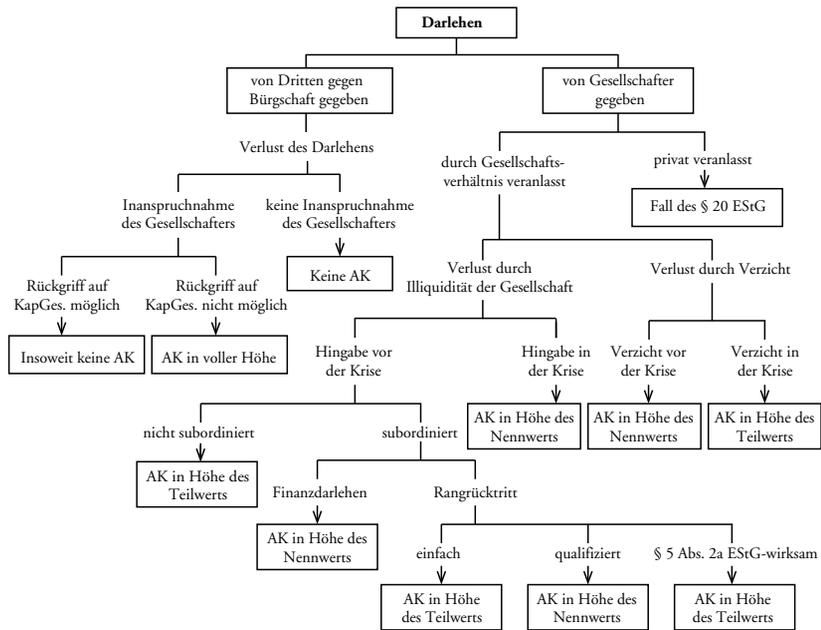
► *Finanzplandarlehen*: Hierunter fallen Darlehen, die von Anfang an in die Finanzplanung der Gesellschaft mit einbezogen werden, um die zur Aufnahme der Geschäfte erforderliche Kapitalausstattung der Gesellschaft durch eine Kombination von Eigen- und Fremdfinanzierung zu erreichen (BFH v. 4.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, 344; BFH 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). 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 – IV C 2 - S 2244 - 12/99, BStBl. I 1999, 545). Dementsprechend erhöhen sich im Fall des Darlehensverlustes die AK des Be-

teiligten nicht nur um den Darlehenswert im Zeitpunkt des Kriseneintritts, sondern um den Nennwert.

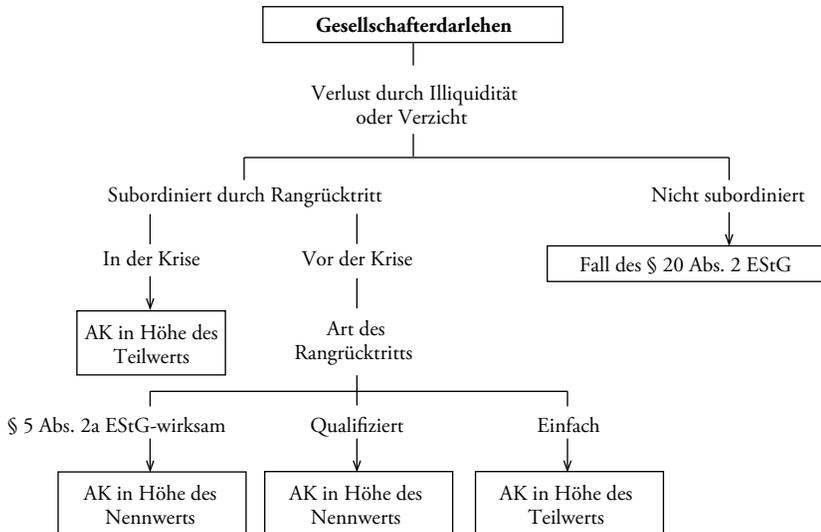
Ob ein Finanzplandarlehen vorliegt, ist nach den Gesamtumständen des Einzelfalls zu beurteilen. Indizien sind insofern: Unentbehrlichkeit des Darlehens für die Erreichung des Gesellschaftszwecks; zeitgleicher Abschluss von Gesellschafts- und Darlehensvertrag; fehlende Kreditwürdigkeit der finanzierten Kap-Ges. 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 – 2 K 114/00, EFG 2003, 307, rkr.). 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, FR 2000, 161; STRAHL in KORN, § 17 Rz. 90 [5/2002]). Ein Finanzplandarlehen liegt aber nicht schon dann vor, wenn es der Gesellschaft innerhalb von sechs 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., rkr.).

Der BGH (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. Die Figur des Finanzplandarlehens findet dementsprechend in der Finanzrechtsprechung auch weiterhin Berücksichtigung (ausführlich zu den Anforderungen: FG Köln v. 19.12.2013 – 10 K 2113/10, EFG 2014, 633, rkr.). Auch die FinVerw. hält 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.

**Übersicht zur Rechtslage bis zum 27.9.2017:**



**Übersicht zur aktuellen Rechtslage seit dem 27.9.2017:**



202 **dd) Inanspruchnahme aus Bürgschaft oder sonstigen Sicherheitsleistungen**

**Die Übernahme von Bürgschaften für Verbindlichkeiten der Gesellschaft** wurde entsprechend den Grundsätzen eigenkapitalersetzender Darlehen beurteilt (grundlegend BFH v. 2.10.1984 – VIII R 20/84, BStBl. II 1985, 428; BFH v. 4.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, 344; BFH v. 8.4.1998 – VIII R 21/94, BStBl. II 1998, 660; BFH v. 26.1.1999 – VIII R 50/98, BStBl. II 1999, 559; BFH v. 6.7.1999 – VIII R 9/98, BStBl. II 1999, 817).

Nach BFH (BFH v. 11.7.2017 - IX R 36/15, BFHE 258, 427 Rz. 39) sind Aufwendungen aus der Inanspruchnahme aus einer Gesellschafterbürgschaft unabhängig davon, ob die Bürgschaft krisenbestimmt oder in der Krise der Gesellschaft übernommen worden ist, grds. nicht mehr als nachträgliche AK iSd. Abs. 2 berücksichtigungsfähig.

Hiernach liegen nachträgliche AK nur noch vor, wenn der Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses bis zum 27.9.2017 eine Bürgschaft für Verbindlichkeiten der KapGes. übernimmt und aufgrund dieser Bürgschaft in Anspruch genommen wurde, 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 übernahm, so konnte davon ausgegangen werden, dass eine solche Bürgschaftsübernahme von vornherein ihre Ursache ausschließlich im Gesellschaftsverhältnis hat. Ein außenstehender Dritter bzw. Nichtgesellschafter hätte sich die Risikoübernahme auf jeden Fall vergüten lassen und darüber hinaus seine Rückgriffsforderung in irgendeiner Weise gesichert. Die bloße Möglichkeit einer Kündigung der Bürgschaft stand der Berücksichtigung nachträglicher AK nicht entgegen (OFD München v. 30.4.1996, StEK EStG § 17 Nr. 30). Andere Umstände waren für die Qualifizierung unerheblich, so zB ob die Bürgschaftszahlungen zu einer Einlage in das Gesellschaftsvermögen und zu einer Werterhöhung der Anteile geführt hatte (BFH v. 10.11.1998 – VIII R 6/96, BStBl. II 1999, 348, unter II.3; BFH v. 13.4.2000 – VIII B 86/99, BFH/NV 2000, 1199 mwN).

**Daher gelten die nachfolgenden Ausführungen nur für Bürgschaften, die bis zum 27.9.2017 (Tag der Veröffentlichung des Urteils) nach den alten Grundsätzen als eigenkapitalersetzend anzusehen waren:**

► *Die Übernahme einer Bürgschaft zugunsten eines Dritten* ist grds. 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; BFH v. 26.1.1999 – VIII R 50/98, BStBl. II 1999, 559; BFH 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; BFH v. 26.1.1999 – VIII R 50/98, BStBl. II 1999, 559, 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, 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 – VI 187/2000, 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 Inkrafttreten des MoMiG insoweit die gleichen Fallgruppen wie bei Gesellschafterdarlehen (s. dazu Anm. 201), nämlich Bürgschaften, die in der Krise übernommen, 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 übernehmen hätte (zB BFH v. 16.4.1991 – VIII R 100/87, BStBl. II 1992, 234; BFH 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).

► *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, BStBl. II 1999, 817, 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, BStBl. II 1999, 817). 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 – VI 187/2000, DStRE 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, DStR 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 Saar. v. 5.8.2002 – 1 K 331/02, EFG 2002, 1435, rkr.; 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; BFH 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 – 14 K 2511/92 E, EFG 1996, 1035, rkr.; RAPP in LBP, § 17 Rz. 210 [11/2010]).

## 203 ee) Forderungsverzicht und -abtretung

**Der Verzicht** eines Gesellschafters auf eine Forderung gegen die KapGes. führt nur dann zu nachträglichen AK iSd. Abs. 2 in Höhe des gemeinen Werts der Forderung im Zeitpunkt des Verzichts (verdeckte Einlage, BFH v. 9.6.1997 – GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307; PUNG/WERNER in DPM, § 17 Rz. 307 [4/2014]), wenn die Forderung entsprechend subordiniert war, vgl. Anm. 201a. Anderenfalls handelt es sich um einen Fall des § 20 Abs. 2, vgl. Anm. 201.

**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; PUNG/WERNER in DPM, § 17 Rz. 326 [4/2014]) abtritt.

**Verzicht auf funktionales Eigenkapital** (zur Geltung s. Anm. 201a): Verzichtet der Gesellschafter während einer Krise der Gesellschaft auf seine Forderung

## II. Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Satz 1) Anm. 203–206 § 17

(zB um die Eigenkapitalquote zu verbessern), so führt dies bei ihm selbst dann nur zu nachträglichen AK in Höhe des Teilwerts der Forderung (idR dann 0 €), wenn das Darlehen bei der Gesellschaft bis zum Zeitpunkt des Verzichts einen Ersatz für Eigenkapital dargestellt hat (Anm. 201a zur Auswirkung bei der Gesellschaft gilt hier entsprechend). Die Vereinbarung eines Besserungsscheins, so dass das Darlehen im Falle der Überwindung der Krise der Gesellschaft wieder auflebe, ändert hieran nichts (stRspr., vgl. BFH v. 16.5.2001 – I B 143/00, BStBl. II 2002, 436; BFH v. 15.4.2015 – I R 44/14, BStBl. II 2015, 769). Die Rspr. sollte hier uE die eigenen Regelungszwecke des StRechts in den Vordergrund stellen und den bisher maßgebenden Gedanken der zivilrechtl. Novation (Erlöschen der alten Schuld und Begr. einer neuen Abrede, daher auch die Neubewertung im Zeitpunkt des Verzichts) nicht auf die Bewertung von Darlehensverzichten durchschlagen lassen, soweit das Darlehen vorher funktionales Eigenkapital dargestellt hat. Bei einer entsprechenden Anpassung der Rspr. müsste allerdings darauf geachtet werden, dass in diesen Fällen eine Art Veräußerungsverbot – zB in Form einer Behaltensfrist von fünf Jahren – für den Gesellschaftsanteil sowie den (im Besserungsfall wieder auflebenden) Darlehensanspruch verhängt wird, bis der Besserungsfall eintritt, um möglichen Gestaltungsmissbräuchen vorzubeugen. Eine solche Anpassung wäre aufgrund der bisher gängigen die Sanierungsbemühungen der Gesellschafter zunichtemachenden Rechtslage sehr begrüßenswert, kann doch die aus einem Verzicht in der Krise regelmäßig resultierende Steuerlast für die ohnehin bereits angeschlagene Gesellschaft das Aus bedeuten.

Einstweilen frei.

204

### d) Änderung der Anschaffungskosten

205

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. Wertveränderungen können auch aus einer geänderten Rechtslage und der daraus resultierenden abweichenden Bewertung zum Veräußerungs- im Vergleich zum Anschaffungszeitpunkt herrühren (vgl. Anm. 192).

**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 (zu Einzelheiten vgl. Anm. 207, 325 f.).

Einstweilen frei.

206

207 e) **Wichtige Einzelfälle 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 StEntlG 1999/2000/2002) bzw. mindestens 1 % (prinzipiell ab 1.1.2001 durch StSenkG) wurden, wären auf der Grundlage von BFH (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 (BFH v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398. hiergegen Verfassungsbeschwerden unter 2 BvR 753/05 und 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 StPflcht hinein. Veräußert er die Beteiligung später, waren nach Ansicht des BFH (v. 30.3.1993 – VIII R 44/90, BFH/NV 1993, 597; BFH 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). Zum Zweck der zutreffenden Ermittlung solcher Gewinne wurden im Zuge des SEStEG v. 7.12. 2006 die neuen Sätze 3 und 4 geschaffen, vgl. hierzu Anm. 232.

**Anteilsbewertung bei Entnahme aus einem Betriebsvermögen:** Bei der Entnahme von Anteilen aus dem BV eines Einzelunternehmens oder einer PersGes. – oder wenn Anteile im Zuge einer Betriebsaufgabe in das PV überführt werden – tritt bei einer späteren Veräußerung an die Stelle der historischen AK

[Anschluss S. E 171]

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 (WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 179; BFH v. 29.4.1992 – XI R 5/90, BStBl. II 1992, 969, bezüglich § 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 Fünf-Jahres-Frist 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 fünf Jahren s. Anm. 205.

**Anteilerwerb 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 RAPP in LBP, § 17 Rn. 225 [2/2011]; für den Ansatz des bei der KapGes. angesetzten Werts WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 179; MEIER, DStR 1987, 152). Nur diese Betrachtung stimmt uE mit Abs. 4 Satz 2 überein.

**Anteilerwerb, 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 (BFH v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312; BFH v. 18.1.1999 – VIII B 80/98, BStBl. II 1999, 486 unter II.3; BFH 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. 130 f.). 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; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2016, § 17 Rn. 159; ASSMANN, DStR 2006, 1115 [1119]; CREZELIUS, DB 1997, 195; RAPP in LBP, § 17 Rn. 214 [2/2011] mwN).

**Beispiel 1:** 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.

**Anteilerwerbe 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 Bewertungsstichtag 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 besondere Bewertungsvorschriften keine Anwendung.

**Bezugsrechte:** Das Bezugsrecht ist ein Teil des allgemeinen Mitgliedschaftsrechts. Tatsächliche wirtschaftliche Bedeutung erlangt es erst bei einem Be-

schluss über eine Kapitalerhöhung, da dadurch ein konkreter Bezugsanspruch entsteht (GERLACH, BB 1985, Beilage zu Heft 4).

► *Ausübung des Bezugsrechts*: Erwirbt der Stpfl. aufgrund 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 aufgrund 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 – IV C 3 - S 2256 - 255/05, 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, BStBl. II 1999, 638 [641 ff.]; aA für GmbH-Anteile KRAFT, BB 2003, 2391). Es ergibt sich hiernach folgende Formel (BFH v. 6.12.1968 – IV R 174/67, BStBl. II 1969, 105 [107]; BFH v. 21.1.1999 – IV R 27/97, BStBl. II 1999, 638):

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

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 2** (ähnlich JÄSCHKE in LADEMANN, § 17 Rn. 205 [9/2013]; VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 722 [7/2016]):

Auf je zwei alte Aktien von nominell je 50 € (Börsenkurs vor Kapitalerhöhung 300 €) kann eine junge Aktie von nominell 50 € zum Bezugskurs 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 Gesellschafter 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. selbständig bestehen. Die Selbständigkeit ergibt sich:

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

► *Wahlrecht zur Bestimmung identifizierbarer Anteile:* Bei Veräußerung besteht ein Wahlrecht, welcher der selbständig bestehenden Anteile veräußert werden soll, wenn die Identität der Anteile feststeht bzw. ermittelt werden kann (PUNG/WERNER in DPM, § 17 EStG Rn. 273 [4/2014]; 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; BFH 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 im Ausgabeaufgeld. Bei ungenauer oder fehlender Bezifferung ist der Gesamtpreis im Verhältnis der Verkaufswerte der beiden WG (Schuldverschreibung, Bezugsrecht) zueinander aufzuteilen (JÄSCHKE in LADEMANN, § 17 Rn. 207 [12/2010]). 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 Schätzungsstatsachen 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 (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 aufgrund des durch das StEntG 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 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 er-

### III. Gemeiner Wert als Veräußerungspreis (S. 2) Anm. 207–230 § 17

höhen 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 KULOSA in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 6 Rn. 743; aA PUNG/WERNER in DPM, § 17 EStG Rn. 374 [1/2017]). 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 VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 250 ff. [7/2016]).

Einstweilen frei.

208–229

### III. Gemeiner Wert als Veräußerungspreis bei verdeckter Einlage 230 (Abs. 2 Satz 2)

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 Anm. 173; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 139; JAHNDORF, StuW 1999, 271; RAPP in LBP, § 17 Rn. 251 [2/2011]). 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).

**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 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).

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

##### 231 1. 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 iSd. Abs. 2 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 StPfl. 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 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 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 aufgrund 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.

## 2. Tatbestand des Abs. 2 Satz 3

232

**Überblick:** Der Tatbestand des 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. 322 f.). Die in Abs. 2 Satz 3 vorausgesetzte Steuerverstrickung von Anteilen an KapGes. findet durch den Zuzug des Anteilseigners und die für ihn dadurch eintretende 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 aufgrund 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 grds. 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 Anteilsveräußerung und Gewinnermittlung nach Abs. 2 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 sämtliche stillen 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 3. Kritik

Nach dem Gesetzeswortlaut bleibt zweifelhaft, ob im Wegzugsstaat lediglich der gesetzliche Tatbestand für eine Wegzugsbesteuerung vorliegen muss oder aber die entsprechende ausländ. Steuer vom 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 „... aufgrund 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 4. Ausschlussstatbestand des Abs. 2 Satz 4

**Anlass der Regelung:** Die Einfügung des Satzes 4 in Abs. 2 stellt eine Folgeänderung aufgrund 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 Abs. 2 Satz 3 nicht anzuwenden. Der Ausschlussstatbestand des 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 fünf Jahre, max. zehn Jahre bei beruflicher Abwesenheit), innerhalb dieses Zeitraums wieder nach Deutschland zurückzieht (vorübergehender Wegzug) und die weiteren negativen Tatbestandsmerkmale des § 6 Abs. 3 AStG (insbes. Nichtvorliegen einer zwischenzeitlichen Anteilsveräußerung) nicht eingreifen.

**Rechtsfolge:** Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des 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 KapGesAnteilen 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 sämtliche stillen 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 Abs. 2 Satz 3 geforderte Nachweis über eine (zwischenzeitliche) Wegzugsbesteuerung im ausländ. Staat praktisch schwierig sein.

## 235 Einstweilen frei.

### V. 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 (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; BFH 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; RFH 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 Anm. 156).

**Beispiel:** X erwirbt von Y 5 Anteile an einer KapGes. für insgesamt 20 000 €. Tatsächlich hat jeder Anteil jedoch einen Wert von 10 000 €. 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

### VI. 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.

## 1. Rechtsentwicklung

### 240 a) 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 fünf 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). Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Norm veranlassten das FG Münster, die Regelung des Abs. 2 Satz 6 Buchst. b dem BVerfG (Az. beim BVerfG 2 BvL 7/99, nv.) zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit vorzulegen (FG Münster v. 11.6.1999 – 4 K 5776/98 E, EFG 1999, 977, Az. BVerfG 2 BvL 7/99), der Vorlagebeschluss wurde allerdings mit Beschluss v. 27.12.2000 aufgehoben. Erheblich entschärft wurde diese Problematik aber durch das StÄndG 2001, dazu s. Anm. 242 und 9.

### 241 b) 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). Abs. 2 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 iHv. 0,5 % und kauft er weitere 1,2 % hinzu, so kann er einen innerhalb der kommenden fünf 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).

### c) Rückwirkende Anwendung der Neufassung ab Veranlagungszeitraum 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

### 2. 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 Fünf-Jahres-Frist sind allerdings die Besitzzeiten des Rechtsvorgängers und des Rechtsnachfolgers (= Veräußerer der unentgeltlich erworbenen Anteile) zusammenzurechnen (Gesamtbetrachtung, ebenso RAPP in LBP, § 17 Rn. 315 [8/2011]; aA WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 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 (zur Kritik am § 17 vgl. Anm. 13 „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 3. 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 beim 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 Steuerpflichtigen im Sinne von Absatz 1 Satz 1“ (Alt. 1) geführt hat oder die Anteile „nach Begründung der Beteiligung im Sinne von Absatz 1 Satz 1 erworben worden sind“ (Alt. 2), ist uE auf der Grundlage der (neuen) Beteiligungsgrenze von mindestens 1 % zu beurteilen. Auch der BFH (BFH v. 28.10.2008 – IX R 22/08, BStBl. II 2009, 527) geht hiervon für

die Gesetzesfassung ab Inkrafttreten 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 im Sinne der Gesetzesfassung des jeweiligen Jahres anzusehen war (BFH v. 29.5.2008 – IX R 62/05, BStBl. II 2008, 856). Die neue Beteiligungsgrenze gilt uE 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 einen Tag) auf einen Prozentsatz unterhalb der Relevanzschwelle abgesenkt wurde. Nach BFH (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 – 9 K 55/98, 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). Die Grundsätze der neueren Entscheidung müssten uE 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, FS Korn, 2005, 105 [123]; STRAHL in KORN, § 17 Rn. 109 [5/2002]; ebenso der [aufgehobene] Vorlagebeschluss des FG Münster v. 11.6.1999 – 4 K 5776/98 E, 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. PUNG/WERNER in DPM, § 17 EStG Rn. 440 [4/2014]; 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“ bezüglich 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, BStBl. II 2004, 556; aA Schl.-Holst. FG v. 16.4.2003 – 3 K 247/01, EFG 2003, 998, nrkr., aufgeh. 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). Der Auffassung des BFH ist uE 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 hinzu erworbenen 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 beim Erwerb von Anteilen im Rahmen der Gründung oder Kapitalerhöhung einer Gesellschaft sind diese uE im Rahmen von Abs. 2 Satz 6 Buchst. b Satz 2 als hinzu erworbene Anteile zu berücksichtigen.

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

**Umwandlung in eine Personengesellschaft:** Nach § 5 Abs. 2 Satz 2 UmwStG gelten Anteile iSd. § 17 nicht als in das BV der übernehmenden Gesellschaft eingelegt, wenn bei ihrer gedachten Veräußerung ein eventuell entstehender Verlust nach Abs. 2 Satz 6 nicht zu berücksichtigen wäre. Abs. 2 Satz 6

führt zur Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 5 Abs. 2 Satz 2 UmwStG (EILERS/WIENANDS, GmbHR 1999, 505 [510]).

**Kritik und Reformvorschlag:** Bei Anschaffung und Halten einer unwesentlichen Beteiligung iSd. Abs. 1 fehlt es an der Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Wesentlichkeitsgrenze iHv. aktuell 1 %, so dass Gewinne aus der Veräußerung solcher Anteile nicht stpfl. sind. Korrespondierend hierzu sind eventuell auftretende Wertverluste stl. unbeachtlich. Eine Heilung dieses Tatbestands-erfüllungsmangels mW ex tunc ist denknotwendigerweise nicht möglich, wenn die Absicht, eine Steuerpflichtigkeit der sich ergebenden Wertentwicklung zu begründen ex ante nicht bestand. Richtigerweise hat der Gesetzgeber mit Abs. 2 Satz 6 eine Norm geschaffen, die dem Rechnung trägt und Heilungsversuche des Stpfl. in Gestalt der nachträglichen Aufstockung seiner Beteiligung zum Zwecke der Verlustnutzung erschwert. Unglücklicherweise ist die Norm aber entgegen der Ansicht des Gesetzgebers weder „treffsicher“ ausgestaltet, noch „begünstigt“ sie (so BTDrucks. 14/23, 179; 14/265, 180) den Stpfl., der lautere Absichten verfolgt. Erwirbt der Stpfl. für 1000 € im Jahr 01 eine Beteiligung iHv. 1,0 % und veräußert er im Jahr 02 sodann 0,5 % für 400 €, so kann er die entsprechenden AK iHv. 500 € in Abzug bringen und erleidet nach Anwendung des Teileinkünfteverfahren einen stl. Verlust iHv. 60 €. Veräußert er im Jahr 03 die verbliebenen 0,5 % ebenfalls für 400 €, so ist der entstehende Veräußerungsverlust nach Abs. 2 Satz 6 Buchst. b in der aktuellen Fassung nicht berücksichtigungsfähig, da der veräußerte Anteil nicht innerhalb der gesamten letzten fünf Jahre zu einer wesentlichen Beteiligung des Stpfl. gehört hat. Die Regelung erfasst mit ihrem Wortlaut nämlich nicht nur Aufstockungen, sondern auch solche Abschichtungen der Beteiligung, die ihrem Zweck nach überhaupt nicht missbräuchlich sind (vgl. auch FROTSCHER in FROTSCHER, § 17 Rn. 313 [7/2013] mwN). Unter Umständen liefert die Anwendung auf den eigentlichen Missbrauchsfall noch viel bizarrere Rechtsfolgen: Der Stpfl. schafft im Jahr 01 eine Beteiligung iHv. 0,1 % zum Preis von 9900 € an. In den darauffolgenden Jahren büßt die Gesellschaft an Liquidität ein und steht im Jahr 04 kurz vor der Insolvenz. Um im Fall der Liquidation wenigstens die AK seiner Beteiligung anerkannt zu bekommen, kauft der Stpfl. im Jahr 04 noch 0,9 % für den günstigen Preis von insgesamt 100 € an, da die Anteile aufgrund der Ertragslage der Gesellschaft mittlerweile nahezu wertlos sind. Im Jahr der Liquidation (05) wird ihm ein Verlust iHv.  $10000 € \times (0,9 \% / 1,0 \%) = 9000 €$ , davon berücksichtigungsfähig nach Anwendung des Teileinkünfteverfahren 5400 €, zugesprochen. Mit der Regelung in der jetzigen Form wird im Ergebnis derjenige mit der Abziehbarkeit von Verlusten belohnt, der von einer wesentlichen Beteiligung am weitesten entfernt war. Dies resultiert aus der verfehlten Formulierung, dass ein „Veräußerungsverlust“ nicht zu berücksichtigen ist, „soweit er auf Anteile entfällt“ die vom Wortlaut erfasst werden. Der Gesetzgeber sieht in seinen eigenen Drucksachen (BTDrucks. 14/23, 179; 14/265, 180) eine anteilige Nichtabziehbarkeit entsprechend der Höhe der vorher unwesentlichen Beteiligungen vor. Richtigerweise müsste uE auf die Höhe der auf die verschiedenen Anteile aufgewandten Kosten und nicht auf die Höhe der Beteiligungen selbst abgestellt werden. Entsprechend müsste ebenfalls nicht der Verlust als Saldogröße einer Begrenzung unterliegen, sondern bereits die durch den aufgestockten und ursprünglich nicht wesentlichen Anteil verursachten Kosten gar nicht erst mit in die Gewinnermittlung nach Abs. 2 einbezogen werden. Bei der Ermittlung des Verlustes aus der Veräußerung solcher Anteile, denen konkret keine Kosten zugeordnet werden können (zB wegen Sammelverwahrung) dürfte auch nicht etwa

ein Durchschnittssatz als AK unterstellt werden, sondern uE muss hier das Lifo-Verfahren angewandt werden, um dem Telos der Norm gerecht zu werden. Während die Norm in ihrem allgemeinen Anwendungsbereich viel zu weit geraten ist, ordnet sie im speziellen Einzelfall also auch noch ihrem Sinn und Zweck entgegenstehende Rechtsfolgen an. Eine Neufassung der Regelung zur begrenzten Verlustverrechnung für Fälle der missbräuchlichen Anteilsaufstockung ist gegenüber der teleologischen Reduktion (vgl. BFH v. 1.4.2009 – IX R 31/08, BStBl. II 2009, 810) uE vorzugswürdig und dringend geboten; ein dem Gesetzgeber regelmäßig zugebilligter Typisierungsspielraum ist weit überschritten. Steuersystematisch muss die Anwendung nicht nur die tatsächlichen Missbrauchsfälle erfassen, sondern auch einen Gleichklang der Besteuerung von Auflösungsgewinnen und -verlusten erreichen, um der Verwirklichung des objektiven Nettoprinzipis zu genügen (so auch BFH v. 1.4.2009 – IX R 31/08, BStBl. II 2009, 810). Eine Neufassung der Regelung muss sich daher an der Steuerverstrickung nach Abs. 1 orientieren und könnte in etwa so lauten:

„Tritt die Steuerpflichtigkeit der Wertveränderung eines Anteils erst durch Hinzuwerb eines weiteren Anteils ein, so sind bei einer Veräußerung innerhalb von fünf Jahren nach Eintritt der Steuerpflichtigkeit bei der Ermittlung eines Verlustes nur die Kosten abziehbar, die für den die Steuerpflichtigkeit begründenden Anteil aufgewandt wurden.“

248–249 Einstweilen frei.

## D. Erläuterungen zu Abs. 3: Freibetrag

250

### I. Rechtsentwicklung

**Rechtsentwicklung bis zum EStG 1965:** § 32 EStG 1925 gewährte einen Freibetrag in Höhe desjenigen Teils von 10000 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 20000 DM erhöht, aber auf Veräußerungsgewinne bis zu einer maximalen Höhe beschränkt (Abs. 3 Satz 2).

**Rechtsentwicklung seit 1999:** Im Gesetzgebungsverfahren zum StEntG 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 20000 DM auf 10300 €, unschädliche Höhe des Veräußerungsgewinns von 80000 DM auf 41000 €). 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 Euroumstellung sind die Eurobeträge uE einheitlich ab dem 1.1.2002 auf alle Veräußerungsgewinne anzuwenden.

► *Durch das HBeglG 2004 v. 29.12.2003* (BGBl. I 2003, 3076; BStBl. I 2004, 120) wurde der Freibetrag für Veräußerungen v. 1.1.2004 an von 10 300 € auf 9 060 € herabgesetzt.

## II. Freibetrag für den Veräußerungsgewinn (Abs. 3 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 Abs. 3 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 Abs. 3 Satz 1 auf den Gewinn iSd. 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 Veranlagungszeitraums 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 PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 455 [4/2014]; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 193; aA RAPP in LBP, § 17 Rn. 286 [8/2011], der jede Veräußerung für sich wertet).

► *Mehrere Veräußerungen innerhalb eines Veranlagungszeitraums 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 (glA. RAPP in LBP, § 17 Rn. 286 [8/2011] mwN).

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

**Veräußerungsgewinn bei Gegenleistung in Form von wiederkehrenden Bezügen:** Der Freibetrag kann nur im Fall einer Versteuerung des Werts sämtlicher wiederkehrender Bezüge im Veräußerungszeitpunkt (Sofortversteuerung; zum Wahlrecht zur Nachversteuerung im Fall einer fortlaufenden Versteuerung

jeweils bei Zufluss s. Anm. 182) gewährt werden (BFH v. 17.12.1991 – VIII R 80/87, BStBl. II 1993, 15; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 205; RAPP in LBP, § 17 Rn. 285 [11/2011]; VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 510 ff. [7/2016]). 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 (idS 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 Unternehmensteuerreform 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 verbleibt, wird anschließend der volle Freibetrag abgezogen (vgl. R 17 Abs. 9 EStR 2008).

**Beispiel 1 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) abzüglich 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 Abs. 3 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 maW 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 2:** 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 3:** 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 iHv. 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.

### III. Kürzung des Freibetrags bei höheren Gewinnen (Abs. 3 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 Veräußerungsgewinn 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 Teilbeteiligung 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 Teilbeteiligung 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 (1 812 ./. 780 =) 1 032 €. Der stpfl. Veräußerungsgewinn beträgt somit (8 000 ./. 1 032 =) 6 968 €.

Einstweilen frei.

253–259

**E. 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 Doppelansäs-

sigkeit 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; 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); DÖRRFUSS, Die Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften, zugleich Anmerkungen zum Urteil des BFH v. 17.5.2000, IStR 2001, 147; DÖTSCH, Rückzahlung einer offenen Gewinnausschüttung gem. § 31 Abs. 1 GmbHG keine negative Einnahme aus Kapitalvermögen, StWa. 2001, 28; HUNSDOERFER, 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; U. PRINZ/OMMERBORN, Aktuelle Rechtsfragen und Gestaltungsüberlegungen zu §§ 17, 23 EStG bei privater Vermögensverwaltung, FR 2001, 977; FÖRSTER/VAN LISHAUT, Das körperschaftsteuerliche Eigenkapital iSd. §§ 27–29 KStG (Teil 1), FR 2002, 1205; HEROLD, Teilwert eines Darlehens bei Krisenintritt, GStB 2002, 22; HOFFMANN, Anmerkung zu FG Köln v. 20.9.2001, EFG 2002, 19; HOLLATZ, Auflösungsverlust nach § 17 EStG durch kapitalersetzende Bürgschaften, NWB 2002, F. 3, 11855; SCHWER, Verlust-Konkretisierung, GmbH-Stpr. 2002, 17; 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 2003, F. 3, 11193; WASSERMAYER, Überseering aus der Sicht des Steuerrechts, EuZW 2003, 257; HEY, Personalstatut und Steuerrecht – Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Sitztheorie auf die Besteuerung doppelansässiger 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 2004, F. 3, 13119; WACHTER, Kurzkomentar zum Beschluss des BayObLG v. 11.2.2004 – 3 Z BR 175/03 (DStR 2004, 1224), EWiR 2004, 375; WELLER, Zum identitätswahrenden Wegzug deutscher Gesellschaften, DStR 2004, 1218; OTT, Kapitalrückzahlung und Kapitalverlust bei Anteilen im Sinne des § 17 EStG, in STAHL/STRAHL/CARLÉ (Hrsg.), Gestaltung und Abwehr im Steuerrecht, FS Klaus Korn, Bonn 2005, 105; SCHAUMBURG, Der Wegzug von Unternehmen, in GOCKE/GOSCH/LANG (Hrsg.), Körperschaftsteuer, Internationales Steuerrecht, Doppelbesteuerung, FS Franz 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 SPINDLER/TIPKE/RÖDDER (Hrsg.), Steuerzentrierte Rechtsberatung, FS Harald Schaumburg, Köln 2009, 813; WÖHLERT, Umzug von Gesellschaften innerhalb Europas – Eine systematische Darstellung unter Auswertung der Entscheidungen „Cartesio“ und „Trabrennbahn“, GWR 2009, 161; SEDEMUND, Zuständigkeits- und Verfahrensfragen bei Leistungen ausländischer Kapitalgesellschaften an inländische Anteilseigner, IStR 2010, 270; KÖSTER, Zeitpunkt der Realisierung eines Auflösungsverlustes i.S.d. § 17 EStG im Rahmen eines Insolvenzverfahrens FG Berlin-Brandenburg v. 22.1.

2015, DSzZ 2015, 103; WEISS, Anmerkung zu BFH v. 13.10.2015 – IX R 43/14 (Ermittlung des Veräußerungsgewinns nach § 17 EStG aus einem Anteilstausch), SteuK 2016, 106, BRÜGGEN, „Einbringungen in eine Kapitalgesellschaft im Rahmen der Umwandlung eines Betriebs im Sinne der §§ 20 ff. UmwStG und ausgewählte Möglichkeiten und Gefahren der steuerlichen Gestaltung bei der Veräußerung der erhaltenen neuen Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft innerhalb der gesetzlichen Sperrfrist für den einbringenden Gesellschafter im Sinne des § 22 UmwStG, insbesondere bei der ‚Aufwärtsverschmelzung‘“, Viersen, 2017, im Erscheinen.

## I. Einordnung von 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 Kapitalherabsetzungen 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. 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 (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 Ott, FS Korn, 2005, 105).

261–264 Einstweilen frei.

## II. Rechtsfolge: Entsprechende Anwendung von Abs. 1–3 (Abs. 4 Satz 1 Halbs. 1)

### 265 1. Eingeschränkte Rechtsgrundverweisung auf Abs. 1–3

Die im Einleitungssatz zu Abs. 4 Satz 1 angeordnete entsprechende Anwendung von Abs. 1–3 stellt eine eingeschränkte Rechtsgrundverweisung dar (ebenso Ott, FS Korn, 2005, 105 [111 Fn. 10]).

**Entsprechende Anwendung des Abs. 1** bedeutet, dass sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 1 für die StPflicht 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 zurückgezahlten 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 (zu Veräußerungskosten s. Anm. 185 f.). Zu Besonderheiten der Gewinnermittlung im Rahmen des Abs. 4 s. 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.

## 2. Entsprechende Anwendung des Abs. 2 (Gewinnermittlung)

### a) Gewinnermittlung bei Auflösungsvorgängen (einschließlich Umwandlungen) 266

**Auflösungsgewinn** iSv. Abs. 4 iVm. Abs. 2 ist der Betrag, um den der gemeine Wert des dem Anteilseigner zugeteilten oder zurückgezahlten 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 – 2 K 114/00, EFG 2003, 307, rkr.) der Beteiligung übersteigt. Auflösungsverlust ist der Betrag, um den die genannten Kosten den gemeinen Wert des zugeteilten oder zurückgezahlten Vermögens der KapGes. übersteigen (BFH v. 3.6.1993 – VIII R 23/92, BFH/NV 1994, 459; BFH v. 20.8.2013 – IX R 43/12, BFH/NV 2013, 1783; BFH v. 6.5.2014 – IX R 47/13, BStBl. II 2014, 781). 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; BFH v. 1.7.2014 – IX R 47/13, BStBl. II 2014, 786; BMF v. 31.1.2014 – IV A 3 - S 0062/14/10002, BStBl. I 2014, 290).

**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. Zu Einzelheiten s. Anm. 295.

**Bei der Verschmelzung oder Spaltung auf eine andere Kapitalgesellschaft** gelten im Anwendungsbereich des UmwStG unter § 17 fallende Anteile als zu den historischen AK (einschließlich nachträglicher AK) veräußert (§§ 13 Abs. 2 Satz 1, 15 Abs. 1 Satz 1 UmwStG; zu 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.

Einstweilen frei.

267

268 **b) 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 AK 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]). 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 **c) Gewinnermittlung bei Ausschüttung oder Rückzahlung aus steuerlichem Einlagekonto nach § 27 KStG/EK 04**

**Vor dem Veranlagungszeitraum 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, FS Korn, 2005, 105 [114 mwN]).

**Ab dem Veranlagungszeitraum 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; BFH v. 19.2.2013 – IX R 24/12, BStBl. II 2013, 484). 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 – 6 V 202/00, EFG 2001, 1199, rkr.). Für eine Rückgewähr der Einlagen iSd. § 27 KStG hat der BFH v. 19.2.2013 (IX R 24/12, BStBl. II 2013, 484) entschieden, dass in Höhe des übersteigenden Teils des Rückzahlungsbetrags über die AK eine stbare Einnahme vorliegt. Dieser Auffassung ist die FinVerw. gefolgt (OFD Frankfurt v. 4.2.2014, DStR 2014, 903, unter 3. mit Beispiel; OFD Magdeburg v. 30.9.2013, StEK EStG § 17 Nr. 114).

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 (nachschaleteten) Anteilsveräußerung oder Gesellschaftsliquidation erst ab VZ 1997

anwendbar (keine zeitliche Rückwirkung, vgl. STRAHL in KORN, § 17 Rn. 120 aE [5/2002] mwN). Zu weiteren Einzelheiten vgl. Anm. 325.

Einstweilen frei.

271–274

### III. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung in den Fällen des Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2

#### 1. Allgemeine Grundsätze

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, insbes. nach dem Realisationsprinzip (stRSpr. des BFH, vgl. zB BFH v. 27.11.2001 – VIII R 36/00, BStBl. II 2002, 731 mwN; BFH 16.6.2015 – IX R 28/14, BFH/NV 2015, 1679).

#### 2. 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 laut 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; BFH v. 29.12.2008 – X B 141/08, BFH/NV 2009, 581; BFH v. 24.3.2016 – IX B 6/15, BFH/NV 2016, 1014). 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; BFH v. 27.11.2001 – VIII R 36/00, BStBl. II 2002, 731; BFH v. 3.12.2014 – IX B 90/14, BFH/NV 2015, 493; OFD Frankfurt v. 22.7.2009 – S 2244 A - 21 - St 215). Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Möglichkeit einer Auskehrung von Restvermögen an die Gesellschafter wegen der Vermögenslosigkeit der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann und absehbar 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; BFH v. 16.6.2015 – IX R 28/14, BFH/NV 2015, 1679). 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 OTT, FS Korn, 2005, 105 [125 f., 128]).

**Bei der insolvenzfreen 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 insolvenzfreen 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, BStBl. II 2002, 731; OFD Frankfurt v. 22.7.2009 – S 2244 A - 21 - St 215).

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 (BFH v. 27.10.1992 – VIII R 87/89, BStBl. II 1993, 340; OFD Frankfurt v. 22.7.2009 – S 2244 A - 21 - St 215). Ansonsten ist der Zeitpunkt maßgebend, in welchem feststeht, dass kein ins Gewicht fallendes verteilungsfähiges Vermögen der KapGes. mehr vorhanden ist (stRspr. BFH v. 2.10.1984 – VIII R 20/84, BStBl. II 1985, 428; BFH v. 7.7.1992 – VIII R 56/88, BFH/NV 1993, 25; BFH v. 3.6.1993 – VIII R 81/91, BStBl. II 1994, 162; BFH v. 16.6.2015 – IX R 28/14, BFH/NV 2015, 1679; BFH v. 13.10.2015 – IX R 41/14, BFH/NV 2016, 385). 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; ferner zB BFH v. 21.9.1982 – VIII R 140/79, BStBl. II 1983, 289; BFH v. 13.10.2015 – IX R 43/14, BStBl. II 2016, 212).

Ausnahmsweise kann der Zeitpunkt der Entstehung des Auflösungsverlustes 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 Verlustes nicht mehr zu rechnen ist (BFH v. 27.11.2001 – VIII R 36/00, GmbHR 2002, 439 mwN; BFH v. 22.7.2008 – IX R 79/06, BStBl. II 2009, 227; BFH v. 16.6.2015 – IX R 28/14, BFH/NV 2015, 1679; BFH v. 13.10.2015 – IX R 41/14, BFH/NV 2016, 385; OFD Frankfurt v. 22.7.2009 – S 2244 A - 21 - St 215; aA Morritz, NWB 2004, 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 geringfügiges Aktivvermögen verfügt (BFH v. 21.1.2004 – VIII R 2/02, BStBl. II 2004, 551; OFD Frankfurt v. 22.7.2009 – S 2244 A - 21 - St 215).

**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 (BFH v. 25.1.2000 – VIII R 63/98, BFH/NV 2000, 1029; BFH v. 21.10.2014 – VIII R 48/12, BStBl. II 2015, 270). 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; BFH v. 13.10.2015 – IX R 41/14, BFH/NV 2016, 385). Die Realisierung eines Auflösungsverlustes 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; BFH v. 13.10.2015 – IX R 41/14, BFH/NV 2016, 385). Dies ist dabei aus der ex ante Sicht zu beurteilen, dh., nachträgliche Ereignisse wie beispielsweise der tatsächliche Ausgang des Insolvenzverfahrens sind nicht zu berücksichtigen (BFH v. 2.12.2014 – IX R 9/14, BFH/NV 2015, 666; BFH v. 13.10.2015 – IX R 41/14, BFH/NV 2016, 385).

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 Verlustes nicht mehr zu rechnen ist (vgl. ua. BFH v. 2.10.1984 – VIII R 20/84, BStBl. II 1985, 428; BFH v. 3.6.1993 – VIII R 81/91, BStBl. II 1994, 162; BFH v. 14.6.2000 – XI R 39/99, BFH/NV 2001, 302; BFH v. 13.10.2015 – IX R 41/14, BFH/NV 2016, 385). Das ist zB der Fall, wenn die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels Masse rechtskräftig abgelehnt wurde (BFH v. 27.11.1995 – VIII B 16/95, BFH/NV 1996, 406 mwN; BFH v. 19.4.2005 – VIII R 45/04, BFH/NV 2005, 1545; BFH v. 16.6.2015 – IX R 28/14, BFH/NV 2015, 1679; BFH v. 13.10.2015 – IX R 41/14, BFH/NV 2016, 385; OFD Frankfurt v. 22.7.2009 – S 2244 A - 21 - St 215) oder die Gesellschaft bereits im Zeitpunkt des Auflösungsbeschlusses vermögenslos war (BFH v. 4.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, 344 [345]; zuletzt bestätigt durch BFH v. 16.6.2015 – IX R 28/14, BFH/NV 2015, 1679 = SIS 15 26 01, Rn. 20; BFH v. 13.10.2015 – IX R 41/14, BFH/NV 2016, 385 = SIS 16 02 49, Rn. 16; FG Rhld.-Pf. v. 18.4.2002 – 4 K 2792/97, EFG 2002, 1166, rkr.; zur Abgrenzung vgl. ua. FG Hamb. v. 4.7.1997 – V 231/96, EFG 1997, 1391, rkr.; FG Berlin v. 1.7.2004 – 1 K 1192/01, EFG 2004, 1518, rkr.: entscheidend ist die objektivierbare Vermögenslosigkeit im stl. Sinne). Die Berücksichtigung des Auflösungsverlustes schon vor dem Abschluss des Liquidationsverfahrens kommt auch dann in Betracht, wenn aufgrund 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; BFH v. 13.10.2015 – IX R 41/14, BFH/NV 2016, 385; OFD Frankfurt v. 22.7.2009 – S 2244 A - 21 - St 215).

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 – 13 K 5911/99 E, 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 – 2 K 315/98, DStRE 2003, 1083, rkr.). Hat der Insolvenzverwalter gegen den Gesellschafter zivilrechtl. Klage erhoben, die für den Gesellschafter im Falle seines Unterliegens zu weiteren nachträglichen AK führt, so ist sein Auflösungsverlust nicht vor Beendigung des Klageverfahrens realisiert (BFH v. 1.3.2005 – VIII R 46/03, BFH/NV 2005, 2171; OFD Frankfurt v. 22.7.2009 – S 2244 A - 21 - St 215). In Zweifelsfällen sollte der Gesellschafter beim FA die Berücksichtigung seines Auflösungsverlustes für den frühestmöglichen Zeitpunkt beantragen, um zu vermeiden, dass der Auflösungsverlust ganz ohne stl. Auswirkung bleibt (vgl. HOFFMANN, EFG 2002, 19).

**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 3. 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 4. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung bei Ausschüttung oder Rückzahlung aus dem steuerlichen Einlagekonto iSv. § 27 KStG/EK 04

**Zufluss als maßgebender Zeitpunkt:** Der Wortlaut des 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.). Verdeckte Gewinnausschüttungen fließen regelmäßig ebenfalls (erst) im Zeitpunkt der Vorteilsgewährung zu (BFH v. 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348; BFH v. 24.1.1989 – VIII R 74/84, BStBl. II 1989, 419; aA OTT, FS Korn, 2005, 105 [113]).

**Beherrschender Gesellschafter:** Siehe § 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 beherr-

schende 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 (BFH v. 26.7.1978 – I R 138/76, BStBl. II 1978, 659; BFH 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 (BFH v. 30.4.1974 – VIII R 123/73, BStBl. II 1974, 541; BFH v. 17.11.1998 – VIII R 24/98, BStBl. II 1999, 223; BFH v. 2.12.2014 – VIII R 2/12, BStBl. II 2015, 333; 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 kapitalersetzendem Darlehen, BFH v. 16.11.1993 – VIII R 33/92, BStBl. II 1994, 632; BFH v. 28.10.2008 – VIII R 36/04, BStBl. II 2009, 190).

Einstweilen frei.

279–285

#### IV. Auflösung einer Kapitalgesellschaft (Abs. 4 Satz 1 Var. 1)

##### 1. Überblick und Begriff der Auflösung

286

Das Ende einer KapGes. kann zivilrechtlich eintreten:

- durch Liquidation (Auflösung mit anschließender Abwicklung) und
- durch Umwandlung.

**Auflösung:** Unter Auflösung iSv. Abs. 4 ist die zivilrechtl. Auflösung der KapGes. zu verstehen (ua. BFH v. 3.10.1989 – VIII R 328/84, BFH/NV 1990, 361; BFH v. 3.6.1993 – VIII R 81/91, BStBl. II 1994, 162; Thüringer FG v. 28.9.2016 – 3 K 742/15, EFG 2017, 33, nrkr. Az. BFH IX R 38/16). Danach ist die KapGes. frühestens in dem Zeitpunkt aufgelöst, in dem sie nach Gesetz oder Satzung zivilrechtl. aufgelöst ist (BFH v. 3.6.1993 – VIII R 81/91, BStBl. II 1994, 162).

##### 2. 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 Frankfurt v. 22.7.2009 – S 2244 A - 21 - St 215):

- 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),
- Löschung der Gesellschaft wegen Vermögenslosigkeit (Gesellschaft verfügt über kein oder nur noch geringes Aktivvermögen),
- gerichtliches Urteil, wenn die Gesellschaft durch gesetzwidriges Handeln das Gemeinwohl gefährdet,
- Beschluss des Registergerichts, durch welchen ein Mangel des Gesellschaftsvertrags/der Satzung festgestellt wurde,
- Gerichtsentscheid über Feststellung der Nichtigkeit der Gesellschaft,
- gerichtliches Urteil oder Entscheidung des Verwaltungsgerichts oder der Verwaltungsbehörde.

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, Überschuldung oder das Einstellen der werbenden Tätigkeit aufgelöst (BFH v. 29.10.1986 – I R 318-319/83, BStBl. II 1987, 310; BFH v. 3.10.1989 – VIII R 328/84, BFH/NV 1990, 361; BFH v. 21.1.2004 – VIII R 2/02, BStBl. II 2004, 551; OFD Frankfurt v. 22.7.2009 – S 2244 A - 21 - St 215).

**Liquidationsverfahren:** Die Liquidation erfolgt in der Weise, dass die Gesellschaft aufgrund 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 (BFH v. 3.10.1989 – VIII R 328/84, BFH/NV 1990, 361; BFH v. 21.1.2004 – VIII R 2/02, BStBl. II 2004, 551).

**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 KAESER/WASSERMAYER in WASSERMAYER, Doppelbesteuerung, Art. 10 OECD-MA Rn. 130 f. [8/2012] mwN und Beispielen). Hiernach kommt es maßgebend auch auf die Art der Gesellschaftsbeteiligung, dh. die Rechtsform der ausländ. KapGes. an (Einzelheiten s. KAESER/WASSERMAYER in WASSERMAYER, Doppelbesteuerung, Art. 10 OECD-MA Rn. 130 [8/2012] iVm. Rn. 110, 139).

**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, 17. Aufl. 2009, § 60 GmbHG 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 RAPP in LBP, § 17 Rn. 332 [11/2011]; PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 476 [4/2014]; 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 zurückgezählten 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:  $200\,000 \text{ €} - (100\,000 \text{ €} - 5\,000 \text{ €}) = 105\,000 \text{ €}$ .

**Erwerb eigener Anteile, Einziehung von Anteilen, Ausschluss oder Austritt aus der Kapitalgesellschaft:** Mit Einführung von § 272 Abs. 1a und 1b HGB durch das Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG) v. 25.5.2009 (BGBl. I 2009, 1102; BStBl. I 2009, 650) wurde der handelsrechtl. Ausweis eigener Anteile rechtsformunabhängig geregelt. § 272 Abs. 1a Sätze 2 und 3 HGB enthält weitere Regelungen zur Behandlung des Erwerbs und der Veräußerung eigener Anteile in der HBil. Demnach ist der Unterschiedsbetrag zwischen der Gegenleistung für den Erwerb der eigenen Anteile und dem anteiligen Nennbetrag dieser Anteile handelsrechtl. mit den frei verfügbaren Gewinn- und Kapitalrücklagen zu verrechnen (§ 272 Abs. 1a Satz 2 HGB). Somit handelt es sich beim Erwerb eigener Anteile wirtschaftlich betrachtet nicht um einen Anschaffungsvorgang, sondern um eine Kapitalherabsetzung. Analog dazu stellt die Veräußerung eigener Anteile durch die Gesellschaft keine Veräußerung dar, sondern es handelt sich um eine Kapitalerhöhung. Auf Ebene der Gesellschaft folgt die strechtl. Behandlung des Erwerbs eigener Anteile künftig der wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Handelsrechts. Dies bedeutet, dass der Erwerb und die Veräußerung eigener Anteile nicht als Anschaffungs- oder Veräußerungsvorgang anzusehen ist, sondern wie eine Kapitalherabsetzung oder eine -erhöhung zu behandeln ist.

**Bei der Gesellschaft** stellt der Erwerb eigener Anteile keinen Anschaffungsvorgang dar, sondern ist wie eine Herabsetzung des Nennkapitals zu behandeln. In Höhe des Nennbetrags der eigenen Anteile ist § 28 Abs. 2 KStG entsprechend anzuwenden. Abweichend von § 28 Abs. 2 Satz 1 KStG ist ein bestehender Sonderausweis nicht zu mindern. Der über die Rückzahlung des herabgesetzten Nennkapitals hinausgehende Betrag stellt eine Leistung der Gesellschaft an den veräußernden Anteilseigner dar, die, soweit sie den maßgebenden ausschüttbaren Gewinn übersteigt, nach den Grundsätzen des § 27 Abs. 1 Satz 3 KStG zu einer Minderung des stl. Einlagekontos führt.

**Auf Ebene des Anteilseigners** bleibt der Erwerb eigener Anteile durch die Gesellschaft idR ein Veräußerungsgeschäft, das nach allgemeinen Grundsätzen der Besteuerung unterliegt. Die StPflcht der Veräußerung kann sich ua. aus Abs. 1 ergeben (vgl. BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009, BStBl. I 2013, 1615; 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 (BMF v. 27.11.2013 – IV C 2 - S 2742/07/10009, BStBl. I 2013, 1615). Aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise werden die Vorgänge teilweise im Schrifttum als Fälle einer sog. Teilliquidation angesehen und analog nach den Regeln des Abs. 4 behandelt (so zB JÄSCHKE in LADEMANN, § 17 Rn. 138–140 [8/2016]). Nach Ansicht der Rspr. ist eine Differenzierung danach, ob ein freiwilliger Austritt oder ein Ausschluss ohne die Zustimmung des ausscheidenden Gesellschafters vorliegt, zumindest in den Fällen einer entgeltlichen Einziehung der Gesellschaftsanteile nicht angezeigt. Zudem erfordere § 17 keine freiwillige (gewollte) Anteilsveräußerung (FG Rhld.-Pf. v. 4.11.2015 – 1 K 1214/13, EFG 2016, 288, rkr.).

### 3. Auflösung bei Sitzverlegung

#### 288 a) Grenzüberschreitende Sitzverlegung der Kapitalgesellschaft ins Inland/Ausland

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 SEStEG KÖHLER, FS Schaumburg, 2009, 813; vor SEStEG s. etwa Überblick bei SCHAUMBURG, FS Wassermeyer, 2005, 411 f. mwN).

**Sitztheorie:** 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 lag; 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.]).

Aufgrund der Rspr. des EuGH ist fraglich, ob die Sitztheorie auch weiterhin aufrechterhalten werden kann, sie erfuhr jedenfalls erhebliche Einschränkungen (so bereits EILERS/WIENANDS, IStR 1999, 289 [291 ff.]; SCHMIDT/SEDEMUND, DStR 1999, 2057, 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 Auflösung ist insoweit nicht (mehr) anzunehmen (vgl. auch GOSCH in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 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 (ausführlich dazu FROBENIUS, DStR 2009, 487). Das deutsche Recht ermöglicht es aber seit Inkrafttreten 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).

#### b) Abgrenzung zu weiteren Fallgestaltungen der Sitzverlegung

289

Folgende weitere 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; EuGH 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).

#### 4. 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 mitgliedschaftlicher Beitrag?, DStR 1998, 741; DEHMER, Steuerorientierte Umstrukturierung, Auswirkungen der Änderung des § 50c EStG, BB 1998, 2028; DÖTSCH, 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 Dummenfalle, 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 Enthaltung, DStR 1998, 319; SCHULTZ, Einführerlass 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; DÖTSCH, 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 Beck'sches Steuerberater-Handbuch 2004/2005, München 2004, Kap. N; BASSLER, Anteile aus Einbringungen im Anwendungsbereich des § 6 AStG, FR 2008, 218; SCHMITT/SCHLOSSMACHER, Einbringungsgeborene Anteile im Umwandlungssteuergesetz 2006, DStR 2008, 2242; KÖSTER, Zeitpunkt der Realisierung eines Auflösungsverlusts i.S.d. § 17 EStG im Rahmen eines Insolvenzverfahrens FG Berlin-Brandenburg v. 22.1.2015, DStZ 2015, 103; WEISS, Anmerkung zu BFH. U. v. 13.10.2015 – IX R 43/14 (Ermittlung des Veräußerungsgewinns nach § 17 EStG aus einem Anteilstausch). SteuK 2016, 106; BRÜGGEN, „Einbringungen in eine Kapitalgesell-

schaft im Rahmen der Umwandlung eines Betriebs im Sinne der §§ 20 ff. UmwStG und ausgewählte Möglichkeiten und Gefahren der steuerlichen Gestaltung bei der Veräußerung der erhaltenen neuen Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft innerhalb der gesetzlichen Sperrfrist für den einbringenden Gesellschafter im Sinne des § 22 UmwStG, insbesondere bei der „Aufwärtsverschmelzung“, Viersen, 2017, im Erscheinen.

#### a) Allgemeine Grundsätze

290

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 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 (zu weiteren 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, Steuerberater-Handbuch 2000/2001, 1659 [1661 ff. mwN]).

#### b) Umwandlungstatbestände

##### aa) Verschmelzung nach §§ 2 bis 122 UmwG

291

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 nicht mehr der (zusätzlichen) ertragstl. Fiktion eines tauschähnlichen Vorgangs bzw. einer entgeltlichen Veräußerung (glA THIEL, DB 1995, 1196 [1203]; WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 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 MAYER in WIDMANN/MAYER, § 4 UmwG Rn. 21 ff. [4/2013]), 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 FRONHÖFER in WIDMANN/MAYER, § 2 UmwG Rn. 22 f. [4/2014]).

#### 292 bb) Spaltung nach §§ 123 bis 173 UmwG

Spaltungsvorgänge bedürfen im Vergleich zur Verschmelzung einer differenzierten 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 Auflösungsstatbestand unter 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. 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 aufgrund 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 Abs. 1 im Sinne eines tauschähnlichen Vorgangs (Anteilstausch) in Betracht (iSd. zB WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 117, unter Bezug auf das für einen Verschmelzungsfall ergangene Urt. des BFH v. 15.10.1997 – I R 22/96, BStBl. II 1998, 168).

#### 293 cc) Vermögensübertragung nach §§ 174 bis 189 UmwG

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 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 Anm. 292 entsprechend.

#### 294 dd) Formwechsel nach §§ 190 bis 304 UmwG

Der Formwechsel in eine andere KapGes. (§§ 190, 191 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) führt bereits wegen der zivilrechtl. Identität von „altem“ und „neuem“ Rechts-

träger nicht zur Auflösung der KapGes. iSd. 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 JÄSCHKE in LADEMANN, § 17 Rn. 293 [9/2013]).

**ee) Umwandlung einer ausländischen Kapitalgesellschaft**

295

Die Umwandlung einer ausländ. KapGes. führt beim inländ. Anteilseigner regelmäßig ebenfalls zur Besteuerung als Auflösungstatbestand 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, BStBl. II 1989, 794) hat diese Frage ausdrücklich offen gelassen. Die Ansichten im Schrifttum sind konträr (für die Anwendbarkeit von Abs. 4 insbes. WIDMANN in WIDMANN/MAYER, Umwandlungsrecht, Bd. 9, Anh. 6, Rn. 4, 3 [8/1994]; dagegen zB HAAS, RIW/AWD 1981, 863; zweifelnd PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 134 [4/2014]). 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. Es gilt uE 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 legem gibt es jedoch keine sachliche Rechtfertigung. Im Anwendungsbereich eines DBA gilt nichts anderes (so auch WASSERMEYER in WASSERMEYER, Doppelbesteuerung, Art. 13 OECD-MA Rn. 27 mwN [5/2011]).

**c) Modifikationen des Abs. 4 durch das UmwStG**

296

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).

**5. Anteilseinbringungen in Kapitalgesellschaft gem. §§ 20 ff. UmwStG**

**a) Abweichende Besteuerung des Gesellschafters bei Einbringung gem. § 21 UmwStG**

297

Die Übertragung (zB Einbringung) einer steuerverstrickten Beteiligung iSv. Abs. 1 Satz 1 in eine andere KapGes. gegen Gewährung neuer Anteile an der

übernehmenden KapGes. steht nach Auffassung von Literatur und Rspr. einem Tausch gleich und ist folglich ein Veräußerungsvorgang iSd. Abs. 1 Satz 1 (BFH v. 5.6.2002 – I R 6/01, BFH/NV 2003, 88; BFH v. 17.7.2008 – I R 77/06, BFH/NV 2008, 1941). Bei Einbringung von Anteilen im Rahmen einer Sacheinlage oder bei Einbringung im Rahmen eines qualifizierten Anteilstausches sind die Anteile bei der übernehmenden KapGes. iSd. §§ 20 Abs. 1 Satz 1, 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG grds. zum gemeinen Wert im Zeitpunkt der Einbringung/des Anteilstausches anzusetzen (BFH v. 24.3.1983 – IV R 138/80, BStBl. II 1984, 233). Bei Erfüllung der Voraussetzungen der §§ 20 Abs. 2 Satz 2, 21 Abs. 1 Satz 2 UmwStG kann die übernehmende KapGes. die Anteile auch zum Buch- oder einem Zwischenwert ansetzen. Der Einbringende ist dabei an die Auswahl des übernehmenden Rechtsträgers gebunden, so dass dieser als Veräußerungspreis für den Einbringenden und als AK für den Übernehmenden gilt und bei der Gewinnermittlung nach Abs. 2 zugrunde zu legen ist (BMF v. 11.11.2011, BStBl. I 2011, 1314, AEUmwStG 2006; glA BRÜGGEN, „Einbringungen in eine Kapitalgesellschaft im Rahmen der Umwandlung eines Betriebs im Sinne der §§ 20 ff. UmwStG und ausgewählte Möglichkeiten und Gefahren der steuerlichen Gestaltung bei der Veräußerung der erhaltenen neuen Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft innerhalb der gesetzlichen Sperrfrist für den einbringenden Gesellschafter im Sinne des § 22 UmwStG, insbesondere bei der „Aufwärtsverschmelzung“, Viersen, 2017, im Erscheinen, mwN).

Befanden sich die eingebrachten Anteile vor der Einbringung in einem PV, so treten gem. § 21 Abs. 2 Satz 5 UmwStG die AK der Anteile an die Stelle des Buchwerts.

Der Freibetrag nach Abs. 3 wird nur gewährt, wenn der Einbringende eine natürliche Person ist und die KapGes. für die von ihr übernommenen Anteile den gemeinen Wert angesetzt hat (§ 21 Abs. 3 Satz 1 UmwStG). Die Nutzung der sog. Fünftel-Regelung und des sog. Fast-hälftigen Steuersatzes gem. § 34 Abs. 1 sind gänzlich ausgeschlossen (§ 21 Abs. 3 Satz 2 UmwStG).

#### 298 b) Abweichende Besteuerung des Gesellschafters bei Übertragung einbringungsgeborener Anteile iSd. § 21 UmwStG aF

Vor Inkrafttreten des SEStEG galt für sog. einbringungsgeborene Anteile die Sondervorschrift des § 21 UmwStG aF, die nunmehr durch die Regelung des 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 idS unterliegt daher zeitlich unbegrenzt der Vorschrift des § 21 UmwStG aF, eine Übergangsvorschrift im Sinne eines zeitlichen Auslaufens existiert nicht (zur Kritik HARITZ/MENNER, 3. Aufl. 2010, § 27 UmwStG Rn. 28 ff.; zu nach wie vor bestehenden Anwendungsproblemen insbes. SCHMITT/SCHLOSSMACHER, DStR 2008, 2242). Siehe auch Anm. 44.

## V. Kapitalherabsetzung/-rückzahlung (S. 1 Var. 2) Anm. 298–320 § 17

Die für die einbringungsgeborenen Anteile geltende Norm des § 21 UmwStG aF ist insoweit *lex specialis* gegenüber §§ 16, 17, 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 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; BFH v. 11.12.2013 – IX R 45/12, BStBl. II 2014, 578).

Einstweilen frei.

299–319

### V. Kapitalherabsetzung und -rückzahlung (Abs. 4 Satz 1 Var. 2)

#### 1. 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 Gewinnausschüttung oder vGA (OTT, FS Korn, 2005, 105 [108]; zu Sonderfällen der Verrechnung mit dem Einlagekonto vgl. BMF v. 4.6.2003 – IV A 2 - S 2836 - 2/03, BStBl. I 2003, 366, Tz. 29; DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1345 [1347]; zu weiteren begrifflichen Einzelheiten s. § 20 Anm. 326).

Für die weitere stl. Beurteilung ist die Behandlung auf der Gesellschaftsebene (zu Einzelheiten s. OTT, FS Korn, 2005, 105 [109 f.]) von der Ebene des Gesellschafters (dazu OTT, FS Korn, 2005, 105 [111 f.]) zu trennen. Auf der Ebene des Gesellschafters tritt die Anwendung des 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 (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 Abs. 4 auf der anderen Seite (zu Einzelheiten s. OTT, FS Korn, 2005, 105 [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, 9. Aufl. 2010, § 222 AktG 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 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 grds. 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).

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]) 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 aufgrund 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 KAESER/WASSERMAYER in WASSERMAYER, Doppelbesteuerung, Art. 10 OECD-MA Rn. 130 [8/2012] mit Beispiel zur abkommensrechtl. Aufteilung zwischen Liquidationsraten und Kapitalrückzahlung).

## 2. Kapitalrückzahlung

**Begriff der Kapitalrückzahlung iSd. Abs. 4 Satz 1:** Kapitalrückzahlung ist die Zahlung des Betrags an die Gesellschafter, der ihnen aufgrund der Kapitalherabsetzung am Grund-/Stammkapital zusteht (Kapitalrückzahlung ieS). Hiervon 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 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 Aufteilung in eine echte Kapitalrückzahlung (ieS des Abs. 4 Satz 1) und eine Auskehrung thesaurierter Gewinne vorzunehmen (so auch Ort, FS 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 (zu Einzelheiten s. Ort, FS Korn, 2005, 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. Sonderausweises (§ 28 Abs. 1 Satz 3 KStG) vom Anwendungsbereich des 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 KapGes. durchgeführt wird. Hierfür qualifiziert § 28 Abs. 2 Satz 2 KStG die Rückzahlung 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 – IV A 2 - S 2760 - 4/03, 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 Sonderausweis 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 aufgrund 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 einschließlich Darlehen s. EILERS/SIEGER/WIENANDS, Die Finanzierung der GmbH durch ihre Gesellschafter, 2. Aufl. 2001, Teil E, Rn. 201 ff.; s. auch Anm. 201, 201a, 201b.

322–323 Einstweilen frei.

## VI. Ausschüttung/Rückzahlung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto iSd. § 27 KStG/EK 04 (Abs. 4 Satz 1 Var. 3)

### 324 1. 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 Anschaffungskosten“ 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 aber 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 Veranlagungszeitraum 2001/2002** (vgl. Anm. 1 „StSenkG“) gilt die Neufassung des 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).

## 2. 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, FS Korn, 2005, 105 [113] mwN):

- Steuerneutrale Verrechnung mit den AK der Beteiligung, soweit die Rückzahlung aus dem stl. Einlagekonto die AK nicht übersteigt (Korrektur der AK); aufgrund 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. 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 (zu Einzelheiten dazu Ott, FS Korn, 2005, 105 [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, FS Korn, 2005, 105 [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. Einlagekonto 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. Zu 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, son-

dern 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. Aufgrund 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 Abs. 4 Satz 1 Var. 3 zu denen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Sätze 1 und 2. Die Regelung des § 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 Abs. 4 Satz 1 Var. 3 und die des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3. Zu 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 Abkommensrecht durch, weil dieses die Frage nicht regelt (vgl. KASER/WASSERMEYER in WASSERMEYER, Doppelbesteuerung, Art. 10 OECD-MA Rn. 132 [8/2012]).

**Ausländische Kapitalgesellschaften:** Mangels eines stl. Eigenkapitals iSv. § 27 KStG kommt eine unmittelbare Anwendung des Abs. 4 Satz 1 Var. 3 nicht in Betracht. Allerdings kann sich der Vorgang entweder als Veräußerung iSd. Abs. 1 darstellen oder aber mit einer Liquidation verbunden sein.

326–329 Einstweilen frei.

### 330 VII. Gemeiner Wert des zugeteilten oder zurückgezahlten Vermögens als Veräußerungspreis (Abs. 4 Satz 2)

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, maW der Veräußerungsgewinn/-verlust entsteht (vgl. auch WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 17 Rn. 223 f.). Die Gewinnermittlung nach Abs. 2 ist nach einer Stichtagsbewertung auf den Zeitpunkt der Veräußerung vorzunehmen (BFH v. 12.2.1980 – VIII R 114/77, BStBl. II 1980, 494; BFH v. 13.10.2015 – IX R 43/14, BStBl. II 2016, 212). 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 Kapitalgesellschaft* 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 Gewinnermittlung des Abs. 4 Sätze 1 und 2 iVm. Abs. 2 auseinanderfallen (zu weiteren Einzelheiten zum Besteuerungszeitpunkt vgl. Anm. 277).

► *im Fall der Ausschüttung oder Rückzahlung von Eigenkapital* iSv. § 27 KStG/EK 04, dass ausnahmsweise als Realisationszeitpunkt und Bewertungsstichtag der Zeitpunkt des Zuflusses iSv. § 11 Abs. 1 anzusehen ist (vgl. Anm. 278).

Einstweilen frei.

331–334

## VIII. Aussonderung von Kapitaleinnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 (Abs. 4 Satz 3)

### 1. Rechtsentwicklung

335

**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 zurückgezahlte Vermögen der Kapitalgesellschaft) 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.

**JSStG 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 2 bereits auf der Ebene der Einkünfte-

qualifikation (und nicht erst im Rahmen der Gewinnermittlung) aus dem Anwendungsbereich des § 17 ausscheiden.

Seitdem besteht Abs. 4 Satz 3 in unveränderter Fassung.

### 336 2. 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 2 gehören. Die Vorschrift bewirkt, dass Einnahmen aus Kapitalvermögen aus den Erlösen iSd. § 17 ausgedeutet 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. zB PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 485 [4/2014] mwN).

**Verminderte Bedeutung seit Abschaffung des Anrechnungsverfahrens:** Mit dem geltenden Teileinkünfteverfahren, das sowohl die in Abs. 4 Satz 3 genannten Kapitalerträge (vgl. § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d und e iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2) als auch sämtliche nach § 17 stbaren Veräußerungsgewinne (vgl. § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c iVm. § 17) erfasst, ist die Abgrenzung uE weitgehend bedeutungslos geworden. Steuersystematisch sollten 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 hat daher durch das StSenkG erheblich an Bedeutung verloren. Die Vorschrift spielt noch für die Inanspruchnahme der Freibeträge nach 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 grds. verbundenen tariflichen Steuersatzspreizung (§ 32a Abs. 1 versus § 32d Abs. 1) gewinnt Abs. 4 Satz 3 als Abgrenzungsvorschrift allerdings wieder erheblich mehr praktische Bedeutung.

### 337 3. Auszusondernde Einnahmen aus Kapitalvermögen – Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2

**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; BFH v. 22.10.1998 – I R 15/98, BFH/NV 1999, 829; zur kstl. Behandlung s. BMF v. 26.8.2003 – IV A 2 - S 2760 - 4/03, 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; BFH v. 8.6.2011 – I R 69/10, BFH/NV 2011, 1921).

**Verdeckte Gewinnausschüttungen:** Zu Einzelheiten 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 vom 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. nominalen 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.

Einstweilen frei.

338–349

**F. 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, 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; 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 Verstrickungsstatbestandes 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 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; 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/VON 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.

### I. Einordnung von 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 i d F des 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 gesetzessystematischer 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 Satzungssitzes 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 ins 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 aufgrund 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 aufgrund 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 Sätze 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 zur Anwendung, wenn eine identitätswahrende Sitzverlegung durchgeführt wird (so ausdrücklich 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 ins Ausland ohne Liquidation möglich, so dass der vollständige Wegzug von KapGes. erleichtert ist (so bereits BENECKE/SCHNITGER, IStR 2006, 765 [767]; zu Einzelheiten Anm. 288, 289; § 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 aufgrund 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. Zu Einzelheiten vgl. Ausführungen zu Abs. 6 Anm. 360 ff.

**Verfassungs- und Europarechtskonformität:** Vgl. § 15 Anm. 971, 972.

## II. Grundregel: Entstrickung (Abs. 5 Satz 1)

351

**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 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. Anm. 352.

Der Tatbestand des Abs. 5 Satz 1 erfasst grds. 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 Umstrukturi-

rierung 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:** Zu Einzelheiten 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:** 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 im Sinne 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 KapGes. Anteilen 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 Steuerrechtsvorschriften 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“, „Kapitalgesellschaft“, „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 gedankliche Vergleichsmatrix dergestalt voraus, 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 Wegzug der KapGes. zusammenfällt, besteht eine Anspruchskonkurrenz zwischen Abs. 1, 2 und Abs. 5, die zugunsten der zuerst genannten Tatbestände aufzulösen ist. Im Fall eines gleichzeitigen Wegzugs eines Anteilseigners hat uE § 6 AStG Vorrang vor 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 (sog. Entstrickung).

**Verfassungs- und EU-Rechtskonformität:** Vgl. § 15 Anm. 972 zur vergleichbaren Vorschrift des § 4 Abs. 1 Satz 4.

### III. Besteuerungsaufschub durch Ausnahme vom Entstrickungsgrundsatz (Abs. 5 Satz 2) 352

Der Ausnahmetatbestand des 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 [166 f.]). Dies liegt darin begründet, dass nach Art. 10d Abs. 1 Fusionsrichtlinie eine Besteuerung der Gesellschaft aufgrund 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 [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.

#### IV. Besteuerung nach Besteuerungsaufschub (Abs. 5 Sätze 3 und 4)

##### 353 1. Besteuerung des Gewinns aus einer späteren Anteilsveräußerung (Abs. 5 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 Tatbestands 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:** Abs. 5 Satz 3 ist allerdings uE 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.

**2. Besteuerung der stillen Reserven in weiteren veräußerungsgleichen Fällen (Abs. 5 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. (Abs. 2 Satz 2),
- erfolgte Auflösung der Europäischen Gesellschaft oder Europäischen Genossenschaft,
- erfolgten Kapitalrückzahlungen aus Kapitalherabsetzungen und Ausschüttungen bzw. Rückzahlungen aus dem stl. Einlagekonto 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.

**V. Kritik: Risiko internationaler Doppelbesteuerung** 355

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 Ortes 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 Ortes der Geschäftsleitung die vorhandenen stillen Reserven sofort besteuert. Dies setzt allerdings voraus, dass ein Auseinanderfallen beider Sitze bei der betreffenden SE überhaupt möglich ist.

Einstweilen frei.

356–359

**G. 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 Gewerbesteuerrecht, GmbHR 2006, 561; 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; FORST/RADMER, Einbringung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft (Anteilstausch), EStB 2007, 112; FÖRSTER, SEStEG: Rechtsänderungen im EStG, DB 2007, 72; 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; OLBBING, Neuerungen für nationale Umwandlungen nach dem SEStEG, GmbH-StB 2007, 51; SCHMIDT/VON 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; BRÜGGEN, „Einbringungen in eine Kapitalgesellschaft im Rahmen der Umwandlung eines Betriebs im Sinne der §§ 20 ff. UmwStG und ausgewählte Möglichkeiten und Gefahren der steuerlichen Gestaltung bei der Veräußerung der erhaltenen neuen Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft innerhalb der gesetzlichen Sperrfrist für den einbringenden Gesellschafter im Sinne des § 22 UmwStG, insbesondere bei der ‚Aufwärtsverschmelzung‘“, Viersen, 2017, im Erscheinen.

360

### I. Einordnung und zeitlicher Anwendungsbereich

**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 aufgrund 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 aufgrund 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 Inkrafttreten 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 VOGT in BLÜMICH, § 17 Rn. 916 [7/2016]). 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 PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 566 [4/2014]). 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 (WEBER-GRELLET in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 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 Abs. 6.

## II. 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 (PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 562 [4/2014]). 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 aufgrund eines Einbringungs Vorgangs iSd. UmwStG erworben wurden, bei dem nicht der gemeine Wert zum Ansatz kam, und zum Einbringungszeitpunkt für die eingebrachten Anteile die Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 1 erfüllt waren oder die Anteile auf einer Sacheinlage iSv. § 20 Abs. 1 UmwStG beruhen.

Einbringungs Vorgang 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 mehr zu einer Umgehung der Besteuerung nach § 17 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 (HARTZ/MENNER, 3. Aufl. 2010, § 20 UmwStG 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 (PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 564 [4/2014]), dh., nur solche Anteile werden nach Abs. 6 steuerverstrickt, die unmittelbar als neue Anteile für die eingebrachten WG gewährt werden.

362

### III. 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 Fünf-Jahres-Frist iSd. Abs. 1 Satz 1 liegt.

**Beispiel:** A hat einen Betrieb in Köln (Buchwert 100, gemeiner Wert 1000). 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 sechs Jahren zu einem Kaufpreis von 2000. 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 Fünf-Jahres-Frist.

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 (RAPP in LBP, vor § 17 Rn. 73 [8/2009]). 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 PUNG in DPM, § 17 EStG Rn. 565 [4/2014]).
- 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, wenn Abs. 6 nicht zur Anwendung kommt, weil bei der Einbringung der gemeine Wert angesetzt wurde.

363–369 Einstweilen frei.

|  |
|--|
| <b>H. Erläuterungen zu Abs. 7:<br/>Anteile an einer Genossenschaft</b> |
|--|

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.

## § 17