

## § 17

## Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften

idF des EStG v. 19.10.2002 (BGBl. I 2002, 4210; ber. I 2003, 179; BStBl. I 2002, 1209), zuletzt geändert durch Ges. zur Förderung von Wagniskapital v. 30.7.2004 (BGBl. I 2004, 2013; BStBl. I 2004, 554)

(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 vom Hundert 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>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>4</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 an Stelle 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 9060 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 36100 Euro übersteigt, der dem veräußerten Anteil an der Kapitalgesellschaft entspricht.

(4) <sup>1</sup>Die Absätze 1 bis 3 sind entsprechend anzuwenden, wenn eine Kapitalgesellschaft aufgelöst wird oder wenn ihr Kapital herabgesetzt und zurückgezahlt wird oder wenn Beträge aus dem steuerlichen Einlagekonto im Sinne des § 27 des Körperschaftsteuergesetzes ausgeschüttet oder zurückgezahlt werden. <sup>2</sup>In diesen Fällen ist als Veräußerungspreis der gemeine Wert des dem Steuerpflichtigen zugewiesenen oder zurückgezählten Vermögens der Kapitalgesellschaft anzusehen. <sup>3</sup>Satz 1 gilt nicht, soweit die Bezüge nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen gehören.

## § 10

### Verordnung über die gesonderte Feststellung von Besteuerungsgrundlagen nach § 180 Abs. 2 AO (Feststellungsverfahren bei steuerverstrickten Anteilen an Kapitalgesellschaften)

idF der VO zu § 180 Abs. 2 AO v. 19.12.1986 (BGBl. I 1986, 2663; BStBl. I 1987, 2), zuletzt geändert durch AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554)

(1) <sup>1</sup>Es kann gesondert und bei mehreren Beteiligten einheitlich festgestellt werden,

- a) ob und in welchem Umfang im Rahmen der Gründung einer Kapitalgesellschaft oder einer Kapitalerhöhung stille Reserven in Gesellschaftsanteilen, die der Besteuerung nach § 21 des Umwandlungssteuergesetzes oder § 17 des Einkommensteuergesetzes unterliegen (steuerverstrickte Anteile), auf andere Gesellschaftsanteile übergehen (mitverstrickte Anteile),
- b) in welchem Umfang die Anschaffungskosten der steuerverstrickten Anteile den mitverstrickten Anteilen zuzurechnen sind,
- c) wie hoch die Anschaffungskosten der steuerverstrickten Anteile nach dem Übergang stiller Reserven sowie der mitverstrickten Anteile im Übrigen sind.

<sup>2</sup>Satz 1 gilt sinngemäß für die Feststellung, ob und inwieweit Anteile an Kapitalgesellschaften unentgeltlich auf andere Steuerpflichtige übertragen werden.

(2) <sup>1</sup>Feststellungen nach Abs. 1 erfolgen durch das Finanzamt, das für die Besteuerung der Kapitalgesellschaft nach § 20 der Abgabenordnung zuständig ist. <sup>2</sup>Die Inhaber der von Feststellungen nach Abs. 1 betroffenen Anteile haben eine Erklärung zur gesonderten Feststellung der Besteuerungsgrundlagen abzugeben, wenn sie durch die Finanzbehörde dazu aufgefordert werden. <sup>3</sup>§ 3 Abs. 2 bis 4, §§ 4, 6 Abs. 1, 3 und 4 und § 7 sind sinngemäß anzuwenden.

Autoren:

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

Dr. Richard **Schmidt**, Rechtsanwalt, Dipl. Finw. (FH),  
Shearman & Sterling, Düsseldorf

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

Inhaltsübersicht

Allgemeine Erläuterungen zu § 17

	Anm.		Anm.
<b>A. Rechtsentwicklung</b> . . . . .	1	II. Verhältnis zu § 2a	26
<b>B. Bedeutung des § 17</b>		III. Verhältnis zu §§ 3 Nr. 40, 3c Abs. 2	27
<b>I. Stellung im System des EStG</b> . . . . .	2	IV. Verhältnis zu § 6 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b	28
<b>II. Verfassungsmäßigkeit des § 17</b>		V. Verhältnis zu § 6 Abs. 6 Satz 1	29
1. Absenkung der Beteiligungsgrenze mit Rückwirkung und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG)	9	VI. Verhältnis zu § 6 Abs. 6 Satz 2	30
2. Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG)	10	VII. Verhältnis zu § 15 Abs. 2 EStG, § 2 GewStG	31
<b>III. Kritik an § 17</b> . . . . .	13	VIII. Verhältnis zu § 20	35
<b>C. Geltungsbereich des § 17</b>		IX. Verhältnis zu § 23	36
I. Sachlicher Geltungsbereich	20	X. Verhältnis zu § 34 idF des StSenkErgG	37
II. Persönlicher Geltungsbereich	21	XI. Verhältnis zu § 6 AStG	40
III. Anwendung bei Auslandsbeziehungen	22	XII. Verhältnis zu § 13 Abs. 6 KStG	41
<b>D. Verhältnis zu anderen Vorschriften</b>		XIII. Verhältnis zum KapErhStG	42
I. Verhältnis zu § 2	25	XIV. Verhältnis zu § 42 AO	43
		<b>E. Zurechnung der Einkünfte bei § 17</b> . . . . .	50
		<b>F. Verfahrensfragen</b> . . . . .	55

Erläuterungen zu Abs. 1:  
Der Veräußerungstatbestand

	Anm.		Anm.
<b>A. Der Tatbestand der steuerpflichtigen Anteilsveräußerung (Abs. 1 Satz 1)</b>		2. Unentgeltliche Anteilsübertragung (Abgrenzung)	80
<b>I. Tatbestandsabgrenzung und -struktur</b> . . . . .	60	3. Weitere Einzelheiten und -fälle (ABC)	
<b>II. Rechtsfolge: Zugehörigkeit des Gewinns zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb</b> . . . . .	63	a) Ausschließung und Austritt eines GmbH-Gesellschafters	85
<b>III. Gewinn aus der Veräußerung</b> . . . . .	66	b) Einlage/Entnahme einer wesentlichen Beteiligung in das/aus dem Betriebsvermögen eines Einzelunternehmers	86
<b>IV. Veräußerung der Anteile</b>			
1. Begriff der Veräußerung	70		

	Anm.
c) Einlage von Anteilen in eine Kapitalgesellschaft . . . . .	87
d) Einschaltung einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft . . . . .	88
e) Einziehung von Anteilen . . . . .	89
f) Erbauseinandersetzung . . . . .	90
g) Erwerb eigener Anteile . . . . .	91
h) Umtausch von Wandelschuldverschreibungen . . . . .	92
i) Treuhandverhältnisse . . . . .	93
j) Übertragung von Anteilen in das Betriebsvermögen einer Mitunternehmerschaft . . . . .	94
k) Veräußerung eines Bezugsrechts bei Kapitalerhöhung . . . . .	95
l) Vorweggenommene Erbfolge . . . . .	96
<b>V. Anteile des Veräußerers an einer Kapitalgesellschaft (Veräußerungsgegenstand)</b>	
1. Beteiligung des Veräußerers (Satz 1 Halbs. 2)	
a) Begriffe „Veräußerer“ und „Beteiligung“ . . . . .	100
b) Keine Zusammenrechnung der Anteile von Angehörigen . . . . .	101
c) Anteile im gemeinsamen Eigentum mehrerer Steuerpflichtiger . . . . .	102
d) Anteile im Privatvermögen und im Betriebsvermögen des Veräußerers . . . . .	103
2. Fünfjahresfrist (Satz 1 Halbs. 2)	
a) Allgemeines . . . . .	110
b) Kapitalerhöhung . . . . .	111
3. Beteiligung am Kapital der Gesellschaft (Satz 1 Halbs. 2) . . . . .	114
4. Unmittelbare oder mittelbare Beteiligung (Satz 1 Halbs. 2)	

	Anm.
a) Begriff der unmittelbaren Beteiligung . . . . .	120
b) Begriff der mittelbaren Beteiligung . . . . .	121
c) Wichtige Einzelfälle (ABC) . . . . .	122
5. Beteiligungsquote von mindestens 1 vH (Satz 1 Halbs. 2)	
a) Rechtsentwicklung . . . . .	130
b) Wirkung der 5-Jahresfrist im Zusammenhang mit der Senkung der Beteiligungs- grenze von 25 vH auf 10 vH . . . . .	131
c) Wirkung der 5-Jahresfrist im Zusammenhang mit der Senkung der Beteiligungs- grenze von 10 vH auf 1 vH . . . . .	132
d) Besteuerung nach dem Halbeinkünfteverfahren . . . . .	133
<b>B. Gleichstellung von verdeckter Einlage und Veräußerung (Abs. 1 Satz 2)</b>	
I. Begriff der verdeckten Einlage . . . . .	140
II. Wirkung auf Gesellschafts- und Gesellschafterebene . . . . .	141
<b>C. Begriff der „Anteile an einer Kapitalgesellschaft“ (Abs. 1 Satz 3)</b>	
I. Anteil und Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft . . . . .	145
II. Die im Gesetz aufgezählten Anteile . . . . .	146
III. „Ähnliche Beteiligungen“ . . . . .	147
IV. Anwartschaften auf Beteiligungen	
1. Begriff der Anwartschaften . . . . .	150
2. Beispiele . . . . .	151
<b>D. Veräußerung unentgeltlich erworbener Anteile (Abs. 1 Satz 4 nF, Satz 5 aF)</b>	
I. Überblick . . . . .	155
II. Voraussetzungen der Steuerpflicht nach Abs. 1 Satz 4	

	Anm.		Anm.
1. Unentgeltlicher Erwerb innerhalb der letzten 5 Jahre vor der Veräußerung . . . . .	156	3. Beteiligung des Rechtsgängers innerhalb der letzten 5 Jahre . . . . .	158
2. Zusammenrechnung mit anderen Anteilen . . . . .	157	4. Mehrere unentgeltliche Übertragungen . . . . .	159

**Erläuterungen zu Abs. 2:  
Veräußerungsgewinn**

	Anm.		Anm.
<b>A. Überblick über die Regelungen des Abs. 2 . . . . .</b>	<b>160</b>	4. Änderung des Veräußerungspreises . . . . .	184
<b>B. Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Abs. 2 Satz 1)</b>		<b>III. Veräußerungskosten</b>	
<b>I. Allgemeine Grundsätze</b>		1. Begriff und Zeitpunkt der Berücksichtigung . . . . .	185
1. Gewinnermittlungsformel des Abs. 2 Satz 1 . . . . .	161	2. Einzelheiten . . . . .	186
2. Gewinnermittlungsvorschrift eigener Art . . . . .	162	<b>IV. Anschaffungskosten der veräußerten Beteiligung</b>	
3. Zeitpunkt der Gewinn- und Verlustverwirklichung . . . . .	163	1. Begriff der Anschaffungskosten	
4. Kausalverknüpfung mit Abs. 1 Satz 1 . . . . .	165	a) Allgemeine Grundsätze . . . . .	190
5. Spätere Änderungen des Veräußerungsgewinns . . . . .	166	b) Drittaufwand . . . . .	191
6. Umrechnung in ausländische Währung und in Euro . . . . .	167	c) Halbabzug nach § 3c Abs. 2 . . . . .	192
<b>II. Veräußerungspreis</b>		d) Einzelheiten bei Erwerb von Beteiligungen . . . . .	193
1. Begriff		2. Nachträgliche Anschaffungskosten	
a) Überblick . . . . .	170	a) Allgemeine Grundsätze zu Aufwendungen nach der Anschaffung . . . . .	200
b) Einzelfälle . . . . .	171	b) Darlehensverluste des Beteiligten . . . . .	201
2. Unangemessener Preis		c) Inanspruchnahme aus Bürgschaft oder sonstigen Sicherheitsleistungen . . . . .	202
a) Allgemeines . . . . .	172	d) Forderungsverzicht und -abtretung . . . . .	203
b) Verdeckte Einlagen . . . . .	173	3. Änderung der Anschaffungskosten . . . . .	205
c) Verdeckte Gewinnausschüttung . . . . .	174	4. ABC zu Bewertungsfragen bei den Anschaffungskosten . . . . .	207
3. Auswirkungen der Zahlungsweise		<b>C. Gemeiner Wert als Veräußerungspreis bei verdeckter Einlage (Abs. 2 Satz 2) . . . . .</b>	<b>230</b>
a) Fester Kaufpreis . . . . .	180		
b) Stundung, Ratenzahlung . . . . .	181		
c) Wiederkehrende Bezüge . . . . .	182		
d) Verbindung von festem Kaufpreis mit wiederkehrenden Bezügen . . . . .	183		

	Anm.
<b>D. Anschaffungskosten unentgeltlich erworbener Anteile (Abs. 2 Satz 3) . . . . .</b>	235
<b>E. Veräußerungsverlust im Sinne des Abs. 2 Satz 4</b>	
<b>I. Rechtsentwicklung</b>	
1. Rechtslage nach dem JStG 1996 . . . . .	240
2. Neufassung des Abs. 2 Satz 4 durch das StEntlG 1999/2000/2002 . . . . .	241

	Anm.
3. Rückwirkende Anwendung der Neufassung ab VZ 1996 nach dem StÄndG 2001 . . . . .	242
<b>II. Verlustausgleichsbeschränkung bei unentgeltlich erworbenen Anteilen (Abs. 2 Satz 4 Buchst. a) . . . . .</b>	246
<b>III. Verlustausgleichsbeschränkung bei entgeltlich erworbenen Anteilen (Abs. 2 Satz 4 Buchst. b) . . . . .</b>	247

**Erläuterungen zu Abs. 3:  
Freibetrag**

	Anm.
<b>A. Rechtsentwicklung . . . . .</b>	250
<b>B. Freibetrag für den Veräußerungsgewinn (Satz 1) . . . . .</b>	251

	Anm.
<b>C. Kürzung des Freibetrags bei höheren Gewinnen (Satz 2) . . . . .</b>	252

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

	Anm.
<b>A. Überblick zu Abs. 4 . . . . .</b>	260
<b>B. Rechtsfolge: Entsprechende Anwendung von Abs. 1–3 (Abs. 4 Satz 1 Halbs. 1)</b>	
<b>I. Eingeschränkte Rechtsgrundverweisung auf Abs. 1–3 . . . . .</b>	265
<b>II. Entsprechende Anwendung des Abs. 2 (Gewinnermittlung)</b>	
1. Gewinnermittlung bei Auflösungsvorgängen (einschl. Umwandlungen) . . . . .	266
2. Gewinnermittlung bei Kapitalherabsetzung und -rückzahlung . . . . .	268
3. Gewinnermittlung bei Ausschüttung oder Rückzahlung aus steuerlichem Einlagekonto nach § 27 KStG/EK 04 . . . . .	270

	Anm.
<b>C. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung in den Fällen des Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2</b>	
I. Überblick . . . . .	275
II. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung bei Auflösung der Gesellschaft . . . . .	276
III. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung bei Kapitalherabsetzung und -rückzahlung . . . . .	277
IV. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung bei Ausschüttung oder Rückzahlung aus dem steuerlichen Einlagekonto iSv. § 27 KStG/EK 04 . . . . .	278
<b>D. Auflösung einer Kapitalgesellschaft (Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 Var. 1)</b>	

	Anm.
<b>I. Überblick und Begriff der Auflösung</b> . . . . .	286
<b>II. Auflösung im Zusammenhang mit Liquidationen</b> . .	287
<b>III. Auflösung bei Sitzverlegung</b>	
1. Grenzüberschreitende Sitzverlegung der Kapitalgesellschaft ins Inland/ Ausland . . . . .	288
2. Abgrenzung zu weiteren Fallgestaltungen der Sitzverlegung . . . . .	289
<b>IV. Auflösung im Zusammenhang mit Umwandlungen</b>	
1. Überblick . . . . .	290
2. Umwandlungstatbestände	
a) Verschmelzung (§§ 2–122 UmwG) . .	291
b) Spaltung (§§ 123–173 UmwG) . . . . .	292
c) Vermögensübertragung (§§ 174–189 UmwG) . . . . .	293
d) Formwechsel (§§ 190–304 UmwG) .	294
e) Umwandlung einer ausländischen Kapitalgesellschaft . . . . .	295
3. Modifikationen des § 17 Abs. 4 durch das UmwStG . . . . .	296
<b>V. Anteilseinbringungen in Kapitalgesellschaft gem. §§ 20 ff. UmwStG</b>	
1. Abweichende Besteuerung des Gesellschafters bei Einbringung gem. § 20 UmwStG . . . . .	297
2. Abweichende Besteuerung des Gesellschafters bei Übertragung einbringungsgeborener Anteile gem. § 21 UmwStG . . . . .	298

	Anm.
<b>E. Kapitalherabsetzung und -rückzahlung (Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 Var. 2)</b>	
I. Kapitalherabsetzung . . . . .	320
II. Kapitalrückzahlung . . . . .	321
<b>F. Ausschüttung/Rückzahlung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto iSd. § 27 KStG/EK 04 (Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 Var. 3)</b>	
I. Ausschüttung oder Rückzahlung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto iSv. § 27 KStG . . . . .	325
II. Ausschüttung oder Rückzahlung von EK 04 (Rechtslage bis zur KStReform durch das StSenkG) . . . . .	326
<b>G. Gemeiner Wert des zugewiesenen oder zurückgezählten Vermögens als Veräußerungspreis (Abs. 4 Satz 2)</b> . . . . .	330
<b>H. Aussonderung von Kapitaleinnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 (Abs. 4 Satz 3)</b>	
I. Rechtsentwicklung . . . . .	335
II. Rechtsfolge des Abs. 4 Satz 3	336
III. Die auszusondernden Einnahmen aus Kapitalvermögen (Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2) . . . . .	337





## Allgemeine Erläuterungen zu § 17

**Ausgewähltes Schrifttum bis 2002:** HERZIG, Anteilsrotation vor Liquidation einer Kapitalgesellschaft, DB 1980, 1605; HERZIG, Steuerbilanz- und Ausschüttungspolitik einer Kapitalgesellschaft bei geplanter Liquidation unter Berücksichtigung von Anteilsübertragungen, StuW 1980, 19; HEINEMANN, Steuerliche Behandlung von Kapitalerhöhungen durch Bareinlage, durch Sacheinlage, aus Gesellschaftsmitteln, KÖSDI 1985, 5909; LANG, Abgrenzung betrieblicher Einkunftsarten von der privaten Vermögensverwaltung. Zur Anwendung des § 17 EStG bei atypischer Gestaltung der GmbH-Satzung, StbKongrRep. 1988, 49; MEERMANN, Kapitalersetzende Darlehen und Bürgschaften des GmbH-Gesellschafters, StBp. 1988, 110; GEBHARDT, Die wirtschaftliche Gleichstellung von Mitunternehmern und wesentlich Beteiligten nach § 17 EStG, DStR 1989, 64; WASSERMAYER, Tausch und Einlage von Anteilen an Kapitalgesellschaften über die Grenze, DB 1990, 855; WISMETH, Ertragsteuerliche Auswirkungen von offenen und verdeckten Sacheinlagen in eine KapGes., FR 1990, 275; BEATER, Zum Verhältnis der §§ 17 und 23 EStG, StuW 1992, 151; CARLÉ, Die unentgeltliche „Veräußerung“ von Anteilen an Kapitalgesellschaften (§ 17 EStG), FR 1992, 431; HÖRGER, Spaltung von Kapitalgesellschaften – Anmerkungen zum BMF-Schreiben v. 9.1.1992, DStR 1992, 93; HORLEMANN, Nochmals: Abzug von Schuldzinsen bei teilfinanziertem Erwerb niedrigverzinslicher Wertpapiere, DStR 1992, 318, 319; PAUS, Schuldübernahme bei wesentlichen Beteiligungen, DStZ 1992, 309; WISCHNEWSKY, Steuerliche Abzugsfähigkeit von Kreditzinsen beim Kauf festverzinslicher Wertpapiere, DStR 1992, 1229; NIEMANN, Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften iSd. § 17 EStG durch nicht gewerbliche Personenmehrheiten, FS Ludwig Schmidt, München 1993, 127; SELCHERT, Anteilveräußerung und Steuerbefreiung bei repräsentierten GmbH (in den neuen Bundesländern) gem. § 3 I DVO UnternehmensG, DB 1993, 1885; HERMANS, Nachlaufende Finanzierungskosten für Beteiligung an GmbH, Stbg. 1994, 319; MÄRKLE, Anteile an Kapitalgesellschaften im Nachlaß, StbJb. 1993/94, 207; OTT, Vorweggenommene Erbfolge bei GmbH-Anteilen. Rückwirkende Wertzunwachsbesteuerung, GmbHR 1994, 524; WOLFF-DIEPENBROCK, Zur Entstehungsgeschichte und Systematik des § 17 EStG, FS Franz Klein, Köln 1994, 875; FRIAUF, Die Wesentlichkeitsschwelle in § 17 EStG als steuerpolitische Manövriermasse?, DB 1995, Beilage Nr. 8/95 zu Heft 26; GSCHWENDNER, Verhältnis zwischen § 17 EStG und § 20 EStG, DStZ 1995, 293; BASLER, Steuerliche Gestaltungswege bei der Einbringung von EU-Gesellschaftsanteilen in eine inländische GmbH, IStR 1996, 114; FELIX/STRAHL, Ausschüttungen aus dem EK 04 bei wesentlicher Beteiligung iSd. § 17 EStG oder Beteiligung im Betriebsvermögen, DStR 1996, 1514; GRATZ/MÜLLER, Die nicht wesentliche Beteiligung an Kapitalgesellschaften – ein Auslaufmodell?, DStR 1996, 281; HÖRGER, Anteile an Kapitalgesellschaften im Privatvermögen. Übertragungen im Zusammenhang mit gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen, StbJb. 1995/96, 231; VAN RANDENBURGH/KALLMEYER, Probleme und Contr. Beurkundung gesellschaftsrechtlicher Rechtsgeschäfte durch ausländische Notare?, GmbHR 1996, 908; BLUMERS, Unternehmenskauf und Mitunternehmermodelle, DB 1997, 1636; CREZELIUS, Der Verstrickungswert bei § 17 EStG, DB 1997, 195; DONATH/ZUGMAIER, Finanzierung von Unternehmensakquisitionen durch steuerneutralen Aktientausch, BB 1997, 2401; EILERS/WIENANDS, Gestaltungsüberlegungen zur Strukturierung von Unternehmenskäufen, GmbHR 1997, 577; KESSLER/SCHMIDT, „Owner-buy-out“ und § 17 EStG bzw. Veräußerung der GmbH-Beteiligung an einer Personengesellschaft, an der der Veräußerer als Gesellschafter beteiligt ist, INF 1997, 427; NIEHUS/WILKE, Reformüberlegungen zu § 17 EStG. Zur Sinnhaftigkeit des Verbots der Gewinnminderung durch ausschüttungsbedingte TW-Abschreibung. Veräußerung an einen nicht wesentlich Beteiligten, StuW 1997, 35; PYSZKA, Beschränkte Verlustberücksichtigung nach § 17, DStR 1997, 309; REIS, Verlorene Gesellschafterdarlehen, Bürgschaftsinanspruchnahme des Gesellschafters und nahestehender Dritter im Konkursfall einer GmbH, DStR 1997, 1021; SCHMIDT/LEVEDAG, Anteilsrotation und steuerlicher Gestaltungsmissbrauch, FR 1997, 931; WOHLSCHLEGEL, Vermögensverwaltende GbR und wesentliche Beteiligung im Einkommen- und Erbschaftsteuerrecht, DStR 1997, 1589; BLUMERS/SCHMIDT, Die neuen Tauschgrundsätze und ihre subsidiäre Geltung, DB 1998, 392; KRÖNER, (1) Kurze Historie zu § 17; (2) Versuch eines Paradigmenwechsels – Grenzen des Gleichheitssatzes; (3) Gestaltungsrelevante Mechanismen der Verstrickung und Entstrickung unter § 17 EStG de lege lata; (4) Die

„technischen“ Elemente der geplanten Neuregelung, StbJb. 1997/98, 193; SAAGE, Die Besteuerung der Veräußerungsgewinne und der Ausgleich steuerlicher Vorbelastungen, StuW 1998, 2331; BALMES/KOTYRBA, Rückwirkende Wertzuwachsbesteuerung – Zur Neufassung des § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002, FR 1999, 1044; BIRK/KULOSA, Verfahrensrechtliche Aspekte des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, FR 1999, 433; DÖTSCH/PUNG, Die Änderung des § 17 des Einkommensteuergesetzes durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002, BB 1999, 1352; ERLERS/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; HERZIG/LUTTERBACH, Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte nach dem Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002, DStR 1999, 521; KROSCHEL/LÖBL/WELLISCH, Der Referentenentwurf zur Steuerreform der rot-grünen Bundesregierung: Abkehr von dem Ziel der Vereinfachung des Steuerrechts, DB 1999, 2387; PAUS, Ist § 17 EStG noch zeitgemäß?, NWB F. 3, 10303; PETER, Der Begriff der Beteiligung an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft im Rahmen der Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte gem. § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG, DStR 1999, 1337; SCHMIDT, KARSTEN, Finanzplanfinanzierung, Rangrücktritt und Eigenkapitalersatz. Zum System des Kapitalschutzes bei „funktionellem Eigenkapital“, ZIP 1999, 1241; SCHWEYER/DANNECKER, § 17 EStG: Anwartschaft und wesentliche Beteiligung, BB 1999, 1732; STEINHAAUF, Veräußerungsverlust durch Übertragung einer wesentlichen Beteiligung im Wege einer Vereinbarungstreuhand, NWB F. 3, 10319; WENDT, MICHAEL, Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002, Änderungen bei betrieblichen und privaten Veräußerungsgeschäften, FR 1999, 345; MAIER/DAL BOSCO, Unternehmenssteuerreform 2001: Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften durch natürliche Personen im Veranlagungszeitraum 2001, DStR 2000, 1763; SCHNEIDER, Sonderbetriebsvermögen – Rechtsgrundlage und Umfang, Diss. Köln 2000; BERGSTEINER/RITZER/STANGL, Steuersparmodell „Dividenden-Stripping“: Alter Wein in neuen Schläuchen?, BB 2001, 544; CHRISTOFFEL, GmbH-Anteile: Vorweggenommene Erbfolge bei Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, ErbBstg. 2001, 298; CREZELIUS, Dogmatische Grundstrukturen der Unternehmenssteuerreform, DB 2001, 221; DÖRNER, Gestaltungsmöglichkeiten mit Gesellschafterdarlehen in der Krise der GmbH, StWa. 2001, 494, 523; DÖTSCH, Gestaltungsmissbrauch und „Anteilsrotation“ in der Person des Erwerbers, StWa. 2001, 762; FOCK, Unternehmenssteuerreform und beschränkte Steuerpflicht, RIW 2001, 108; GEBHARDT, Fremdfinanzierte wesentliche Beteiligungen, EStB 2001, 66; GROH, Von Beteiligungshändlern und Unternehmensproduzenten, DB 2001, 2569; HÄUSELMANN, Das richtige „Timing“ bei der Kapitaleinkünftebesteuerung, DStR 2001, 597; HEINEMANN, Die Besteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung privater Beteiligungen an Kapitalgesellschaften nach § 17 EStG in der Fassung des Steuersenkungsgesetzes, Diss. Universität Köln 2001; JÜNGER, Liquidation und Halbeinkünfteverfahren, BB 2001, 69; LECHNER, Die Kapitalgesellschaft als Steuersparmodell – Anteilsveräußerung durch Kapitalgesellschaften nach der Unternehmenssteuerreform, Stbg. 2001, 201; LORENZ, Auswirkungen der Unternehmenssteuerreform 2001 auf die Gestaltung von Venture Capital-Fonds, DStR 2001, 821; PFLÜGER, Verdeckte Gewinnausschüttung nach dem Systemwechsel, GStB 2001, 209; REIS, Problemfelder und Gestaltungshinweise zum „neuen § 17 EStG“, StWa. 2001, 81; RODIN, Zur Abgrenzung zwischen privater Vermögensverwaltung und gewerblicher Tätigkeit bei Private Equity-Pools, DB 2001, 883; SCHEFCZYK/PETERSON, Neue steuerliche Regelungen und Gestaltungsmöglichkeiten für Gesellschafter junger Unternehmen, BB 2001, 441; SCHIKOSWSKY/BESTE, Einbringungen in Kapitalgesellschaften innerhalb der Europäischen Union, SteuerStud. 2001, 121; SCHÜPPEN/SANNA, Probleme beim Abschied von der wesentlichen Beteiligung, BB 2001, 2397; SCHUKA, Die Besteuerung der Übertragung von Betrieben und Anteilen an Gesellschaften, Stbg. 2001, 368; STOLLENWERK, Generationennachfolge im neuen Halbeinkünfteverfahren, GmbH-StB 2001, 81; VOLLATH, Umwandlung von Vorzugsaktien in Stammaktien, StuB 2001, 612; WIENANDS, Zur Ermittlung von Anschaffungskosten bei verbilligtem Verkauf an Arbeitnehmer, GStB 2001, 193; BLUMERS, Gewerblichkeit durch Beteiligung an Kapitalgesellschaften, DB 2002, 60; BRANDT, Gewerbesteuerpflicht des Handels mit GmbH-Geschäftsanteilen, KFR F 5 GewStG § 2, 1/02, 23; DÖRSCH/PUNG, Erstmalige Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens und letztmalige Anwendung des Anrechnungsverfahren auf Auflösungsgewinne/-verluste iSv. § 17 Abs. 4 EStG, DB 2002, 173; 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 F. 15, 1287; GRÜTZNER, Änderungen bei der Einkommensbesteuerung durch das Steueränderungsgesetz 2001 und das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz, NWB F. 3b, 5469; HEY, Zum gewerblichen Beteiligungshandel, EWiR 2002, 105; 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; STOLLENWERK, Einsatz einer GmbH zur Vermögensverwaltung, GmbH-StB 2002, 46; WENDT, Anmerkung zu BFH v. 25.7.2001 – X R 55/97 zum „Handel“ mit GmbH-Anteilen als Gewerbebetrieb, FR 2002, 31, 34.

**Schrifttum ab 2002:** BECK, Steuerliche Überlegungen zur Pensionszusage des Gesellschafter-Geschäftsführers bei Veräußerung der GmbH, DStR 2002, 473; BISCHOFF/KO-TYRBA, 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); DÖRSCH/PUNG, Erstmalige Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens und letztmalige Anwendung des Anrechnungsverfahren auf Auflösungsgewinne/-verluste iSv. § 17 Abs. 4 EStG, DB 2002, 173; FRIEDL, Ein Plädoyer für Tracking Stocks, BB 2002, 1157; MÜLLER, Die steuerliche Bewertung von Sacheinlagen – ein Überblick, StuB 2002, 163; EILERS, Rückwirkungsschutz für stille Reserven? – Steuerrechtliche und verfassungsrechtliche Anmerkungen zur Absenkung der wesentlichen Beteiligungsgrenzen im Rahmen von § 17 EStG durch das StEntG 1999/2000/2002 und durch das StSenkG 2001, in Nomos und Ethos -Hommage an Josef Isensee, zum 65. Geburtstag von seinen Schülern, 2002, 421 f.; GEBHARD, Nachträgliche Werbungskosten, EStB 2002, 30; GRATH, Finanzierungsstrategien und Ausschüttungsstrategien der mittelständischen GmbH, DB 2002, 489; GRÜTZNER, Die Änderungen zur Ertragsbesteuerung der Unternehmen durch das StÄndG 2001 und das UntStFG, BBK F. 15, 1287; GRÜTZNER, Änderungen bei der Einkommensbesteuerung durch das Steueränderungsgesetz 2001 und das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz, NWB F. 3b, 5469; HÄGER, Rückabwicklung von privaten Grundstücksveräußerungen, EStB 2002, 31; P. HEINEMANN, Die Besteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung privater Beteiligungen an Kapitalgesellschaften nach § 17 EStG in der Fassung des StSenkG, Diss. Köln, 2002; HEY, Zum gewerblichen Beteiligungshandel, EWiR 2002, 105; HOFFMANN, Bürgerschaftsaufwendungen des Besitz-Gesellschafters für Verbindlichkeiten der Betriebs-GmbH als Sonderbetriebsvermögen II und Rückstellungsbildung, 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; RÄTKE, Anwendbarkeit und Rechtsfolgen des Fremdvergleichs in der Rechtsprechung des BFH, StuB 2002, 174; ROSE, Reform der Einkommensbesteuerung in Deutschland, Heidelberg 2002; SCHÖNWALD, Die Spaltung von Kapitalgesellschaften, StuSt. 2002, 8; STOLLENWERK, Einsatz einer GmbH zur Vermögensverwaltung, GmbH-StB 2002, 46; TIPKE, Der Karlsruher Entwurf zur Reform der Einkommensteuer – Versuch einer steuerjuristischen Würdigung, StuW 2002, 148; WARNKE, Halbeinkünfteverfahren, EStB 2002, 21; WATRIN, Disquotale Gewinnverteilung bei Private Equity-Fonds, BB 2002, 811; WENDT, Anmerkung zu BFH v. 25.7.2001 – X R 55/97 zum „Handel“ mit GmbH-Anteilen als Gewerbebetrieb, FR 2002, 31, 34; 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; HOFFMANN, Kommentar zum UrT. des BFH v. 8.5.2003 – IV R 54/01, GmbHR 2003, 1070; HOHAUS/INHESTER, Besteuerung von Wagniskapitalgesellschaften – Quo Vadis?, DB 2003, 1080; P. KIRCHHOF, Das EStGB – ein Vorschlag zur Re-

form 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; FOHLER, Private Anteilsveräußerung und vermögensverwaltende Personengesellschaften – Zur Auslegung des § 17 EStG, Diss. Münster, 2003; BAHNS, Die rückwirkende steuerliche Berücksichtigung von Ereignissen bei Anteilsveräußerungen nach § 17 EStG, FR 2004, 317; BAUER/GEMMEKE, Zur einkommensteuerlichen Behandlung von Venture Capital und Private Equity Fonds nach dem BMF-Schreiben v. 16.12.2003, DStR 2004, 579; BEKER, Tatsächliche und rechtliche Grenzen der Besteuerung, DStZ 2004, 32; HÖRETH/SCHIEGL/ZIPFEL, Die rückwirkende Verlängerung der Spekulationsfrist – Zwei Vorlagebeschlüsse an das Bundesverfassungsgericht, BB 2004, 857; MORITZ, Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften – Neue BFH-Rechtsprechung zu wesentlichen Beteiligungen im Sinne des § 17 EStG, NWB F. 3, 13119 (51/2004); RODIN/VEITH/BÄRENZ, Einkommensteuerliche Behandlung von Venture Capital und Private Equity Fonds – Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung vom Gewerbebetrieb, DB 2004, 103; SCHINDLER, Hughes de Lasteyrie du Saillant als Ende der (deutschen) Wegzugsbesteuerung?, IStR 2004, 300; SCHNITGER, Verstoß der Wegzugsbesteuerung (§ 6 AStG) und weiterer Entstrickungsnormen des deutschen Ertragsteuerrechts gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, BB 2004, 804; SEER, Einkommensteuerreform – Flat Tax oder Dual Income Tax?, BB 2004, 2272; SRADJ/MERTES, Neuregelungen bei der Besteuerung von Investmentvermögen, DStR 2004, 201; WACHTER, Ende der Wegzugsbeschränkungen in Europa, GmbHR 2004, R 161; WACHTER, 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 Festschrift Wassermeyer, München 2005, 323; LANG u.a., Kölner Entwurf eines Einkommensteuergesetzes, Köln 2005; OTT, Kapitalrückzahlung und Kapitalverlust bei Anteilen im Sinne des § 17 EStG, in Festschrift Korn, Köln 2005; STAPPERFEND, Die Unternehmensbesteuerung in den Entwürfen zur Reform des Einkommensteuerrechts, FR 2005, 74; KINZL/GOERG, Wegzugsbesteuerung – Abhilfe durch Schreiben des BMF v. 8. Juni 2005, IStR 2005, 450; PAUS, Rückwirkende Besteuerung bislang nicht steuerverhafteter Wertsteigerungen von Anteilen an Kapitalgesellschaften, FR 2005, 627; WEBER, Kurzkomentar zu BFH-Urteil vom 1. März 2005 – VIII R 25/02, BB 2005, 985; ETTINGER, Die deutsche Wegzugsbesteuerung nach der EuGH-Rechtsprechung und wesentliche Gestaltungsüberlegungen im Zusammenhang mit einem Wegzug ins Ausland, GmbHR 2005, 152; HEY, Die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Marks & Spencer und die Zukunft der deutschen Organschaft. Haben die Mitgliedsstaaten den EuGH domestiziert?, GmbHR 2006, 113; WERNSMANN, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für die grenzüberschreitende Verlustberücksichtigung im Konzern, FR 2006, 153.

1

### A. Rechtsentwicklung

**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 (ausführlich dazu SCHNEIDER in K/S/M, § 17 Rn. A 150 f. [159 f.]). Nach dem Besitzsteuergesetz v. 3.7.1913, RGBl. 1913, 524, später Vermögenszuwachssteuergesetz v. 8.4.1922, RGBl. 1922, 335 [346], iVm. dem Vermögenssteuergesetz vom gleichen Tag, RStBl. I 1922, 335, und zu § 11 Nr. 5 EStG 1920 v. 29.3.1920, RGBl. 1920, 359, wurden Vermögenszuwächse erstmals bei Anteilen aus KapGes. besteuert.

**EStG 1925:** 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 EStG war die Vorgängerregelung nicht nur zum heutigen § 17 EStG, sondern auch zum heutigen § 16 EStG.

**EStG 1934:** Die Regelung wurde sachlich unverändert übernommen, wobei allerdings die Grenze der StFreiheit bei Zwerganteilen von 2 vH des Gesellschaftskapitals auf 1 vH 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 und MRG Nr. 64:** 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 verfassungsrechtlichen Bedenken erhalten, jedoch mit folgenden Änderungen:

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

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

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

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

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

- ▶ *Freibetrag*: An die Stelle der Freigrenze von 10000 DM trat ein Freibetrag von 20000 DM. Im Einzelnen wurde die Regelung derjenigen des § 16 Abs. 4 angeglichen (§ 17 Abs. 3).
- ▶ *Liquidation und Kapitalherabsetzung*: Die in § 53 Abs. 2 EStDV 1961 enthaltene Gleichstellung des Gewinns aus der Auflösung einer KapGes. mit dem Gewinn aus der Veräußerung ihrer Anteile wurde in das Gesetz übernommen (§ 17 Abs. 4), da die Ermächtigung zur Regelung in der EStDV zweifelhaft war (BTDrucks. IV/2400, 70; EStKommission aaO, 187). Die bis dahin nicht geregelte Gleichstellung der Kapitalherabsetzung mit der Anteilsveräußerung wurde angeordnet (Abs. 4).
- ▶ *Verlustausgleich*: Das nach § 17 Abs. 5 EStG 1934 bestehende Verbot des Verlustausgleichs (Abs. 5 aF) wurde gestrichen, „da auch bei der Veräußerung des Anteils an einer PersGes. Veräußerungsverluste unbeschränkt ausgleichsfähig sind“ (FinAussch. des BTag, zu BTDrucks. IV/3189, 8). Zur Wiedereinführung durch das JStG 1996 s. nachstehend).

**EStRG v. 5.8.1974** (BGBl. I 1974, 1769; BStBl. I 1974, 530): Die Abstimmung der Veräußerungsgewinnbesteuerung nach § 17 mit der erbschaftstl. Belastung nach dem ursprünglichen § 17 Abs. 4 (EStG 1934) bzw. § 17 Abs. 3 Satz 3 iVm. § 16 Abs. 5 EStG idF des StÄndG v. 14.5.1965 („§ 16 Abs. 5 gilt entsprechend“) wurde mit Wirkung v. 1.1.1975 gestrichen. An die Stelle der gestrichenen Verweisung trat eine grundsätzliche Regelung über den beschränkten Abzug der ErbSt. von der ESt. (§ 35 EStG 1975), die auch für die Veräußerung wesentlicher Beteiligungen galt. § 35 EStG 1975 ist wiederum mit Wirkung ab VZ 1999 entfallen (s. § 35 Anm. 5f.; für Wiedereinführung einer vergleichbaren Vorschrift KROSCHEL/WELLISCH, BB 1999, 2533).

**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. Über das Verhältnis des § 17 EStG 1977 zum KStSystem des KStG/EStG 1977 s. Anm. 6.

**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 Kapitel IV Sachgebiet B Abschnitt II Nr. 16j des Einigungsvertrages 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 vH 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 wesentlichen 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 vH auf genau 10 vH mit Wirkung 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 Ausnahmevorbehalt (dh. Abziehbarkeit ist die Ausnahme: „Ein Veräußerungsverlust ist nur zu berücksichtigen, wenn ...“) die generelle Abziehbarkeit mit Einschränkung (dh. Abzugsverbot ist die Ausnahme: „Ein Veräußerungsverlust ist nicht zu berücksichtigen, soweit ...“) getreten ist. Zu Einzelheiten 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 einer KapGes. senkte der Gesetzgeber weiter von 10 vH (Abs. 1 Satz 4 idF des StEntlG 1999/2000/2002) auf 1 vH ab („zu mindestens ein vom Hundert“). Begründet wurde dies vom FinAussch. wie folgt (BTDrucks. 14/3366, Einzelbegründung zu § 17):

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

Zugleich wurde der Begriff „wesentliche“ Beteiligung gestrichen und Abs. 1 Satz 4 (idF des 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 inländ. KapGes.*

▷ *ab dem 1.1.2002*, wenn das Wj. der KapGes., deren Anteile verkauft werden, dem Kj. entspricht,

▷ *ab dem Wj. 2002/2003*, wenn das Wj. der KapGes. vom Kj. abweicht. In diesem Fall ist § 17 erstmals auf Anteilsveräußerungen anwendbar, die ab dem jeweils abweichenden Wj. 2002/2003 erfolgen. Das gilt auch für vom Kj. 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 (zur verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Rechtfertigung dieser vorgezogenen zeitlichen Anwendung vgl. FG Hamb. v. 1.3.2004, DStRE 2004, 888; zuvor bereits zB SCHÜPPEN/SANNA, BB 2001, 2397 [2399 f.]; aA INZELMANN/VAN LENERICH, DStR 2002, 705). Der in 2001 erzielte Veräußerungsgewinn unterliegt bereits dem Halbeinkünfteverfahren (FG Hamb. v. 1.3.2004, DStRE 2004, 888).

▷ *Tatbestände iSv. § 17 Abs. 4 Satz 1*: Nach § 52 Abs. 1 Satz 1 idF des StSenkG ist Abs. 4 Satz 1 schon ab dem 1.1.2001 anzuwenden, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine inländ. oder ausländ. KapGes. handelt und ob das Wj. dem für Liquidationen geltenden Besteuerungszeitraum iSv. §§ 11, 34 Abs. 14 KStG entspricht oder nicht. Unklarheiten ergeben sich in diesem Zusammenhang aber aus der besonderen Anwendungsregelung des § 52 Abs. 34a (s. dazu zB DÖTSCH/PUNG, DB 2002, 173 [174 f.] mit Beispielen). UE sollten zur Wahrung einer gleichmäßigen Besteuerung von Vorgängen iSd. § 17 der zeitliche Anwendungsbereich für Liquidationen (Abs. 4) mit demjenigen für die Veräußerung von Beteiligungen (Abs. 1) übereinstimmen und etwaige Gesetzeslücken/-unklarheiten entsprechend verfassungskonform geschlossen werden. Hiernach spricht mehr dafür, die allgemeine zeitliche Anwendungsregel des § 52 Abs. 1 Satz 1 einheitlich anzuwenden, dh. ab 1.1.2001 die Gewinne nach § 17 Abs. 4 idF des StSenkG zu qualifizieren und auch nach dem Halbeinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c iVm. § 52 Abs. 4a EStG idF UntStFG) zu behandeln (so iE nunmehr 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 in Festschr. Korn, 2005, 118 [119]). Für die Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens 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, 1084, Revision zum BFH zugelassen).

**StEuglG v. 19.12.2000** (BGBl. I 2000, 1790; BStBl. I 2001, 3): Der Veräußerungsfreibetrag nach Abs. 3 Satz 1 von 20 000 DM wurde durch die Angabe 10 300 € ersetzt (genaue Umrechnung 10 225,84 €; Glättung aus Praktikabilitätsgründen auf volle 100 € nach oben). Entsprechend wurde die Höchstgrenze des



§ 17 Abs. 3 Satz 2 von 80 000 DM in 41 000 € geändert (aufgerundet auf volle 1 000 € nach oben).

**UntStFG v. 20.12.2001** (BGBl. I 2001, 3858; BStBl. I 2002, 35): Abs. 1 Satz 4 erfährt 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), um seine verfassungskonforme Anwendung sicherzustellen (so die Begründung im RegE zum StÄndG 2001, BTDrucks. 14/6877).

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

Abs. 2 Satz 4 idF des StEntlG 1999/2000/2002 gilt hiernach rückwirkend ab dem VZ 1996 (seit der Wiedereinführung durch das JStG 1996 v. 11.10.1995, s.o.) in einer inhaltlich einheitlichen Gesetzesfassung. Entsteht der Verlust erst in Jahren ab VZ 2001 (ab Anwendung des StSenkG), ist uE auch im Rahmen des Rückwirkungszeitraums VZ 1996–1998 die 1 vH-Grenze für einen Verlustabzug ausreichend (vgl. Anm. 13); der VIII. Senat des BFH lehnt eine – uE verfassungsrechtlich 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 TIPKE/KRUSE, § 173 AO Tz. 3 aE) noch rückwirkende Ereignisse iSv. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO (hM, vgl. TIPKE/KRUSE, § 175 AO Tz. 25 mwN der stRspr.). Allerdings erscheint uE eine Korrektur gem. § 173 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 AO dann gerechtfertigt, wenn der Stpfl. zusätzlich neue Sachverhaltsumstände bzgl. § 17 Abs. 2 Satz 4 idF des StEntlG 1999/2000/2002 mitteilt, die dem FA bisher nicht bekannt waren.

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

## B. Bedeutung des § 17

2

### I. Stellung im System des EStG

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

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

3–8 Einstweilen frei.

### II. Verfassungsmäßigkeit des § 17

#### 9 1. Absenkung der Beteiligungsgrenze mit Rückwirkung und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG)

**Problemstellung:** Die tatbestandlich rückwirkende Absenkung der Beteiligungsgrenze auf 10 vH durch das StEntlG 1999/2000/2002 (ab VZ 1999) und weiterhin auf 1 vH 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. § 17 Abs. 1 Satz 1 die umstrittene Frage nach der verfassungsrechtlichen 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 verfassungsrechtlich 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 In-Kraft-Treten des Gesetzes in Anwendung zu bringen.

**Gegenwärtiger Meinungsstand:** In der stl. Rspr. und Literatur umstritten bleibt, 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:

- *Entwicklung der BFH-Rechtsprechung:* In der Rspr. des BFH herrscht auch nach den neueren Entscheidungen des VIII. Senats v. 1.3.2005 – VIII R 92/03 (BStBl. II 2005, 398) und v. 1.3.2005 – VIII R 25/02 (BStBl. II 2005, 436) keine einheitliche Linie. Insoweit divergieren die verfassungsrechtlichen Ausführungen des IX. Senats zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 erheblich von denen des VIII. Senats in den beiden Urteilen v. 1.3.2005 zu § 17 Abs. 1 Satz 4 EStG idF des StEntG 1999/2000/2002.
- ▷ *Vorlagebeschluss des BFH v. 16.12.2003 – IX R 46/02, BStBl. II 2004, 284:* Der IX. BFH-Senat befasst sich in seinem Vorlagebeschluss an das BVerfG mit der Frage der Verfassungswidrigkeit der rückwirkenden Verlängerung der Veräußerungsfrist für Grundstücke von 2 auf 10 Jahre im Rahmen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 idF des StEntG 1999/2000/2002. Er hebt in diesem Vorlagebeschluss die verfassungsrechtliche Schutzwürdigkeit von Dispositionsentscheidungen hervor (dispositionsbezogener Vertrauensschutz). In jedem Einzelfall der tatbestandlichen Rückanknüpfung sei – in Bezug auf alle Steuerrechtsnormen – zu prüfen, inwieweit das durch eine Disposition bestätigte Vertrauen des Stpfl. schützenswert sei und ob das Änderungsinteresse des Staats dieses Vertrauen überwiege. Inhaltlich hält der IX. Senat den rückwirkenden Besteuerungszugriff auf Wertsteigerungen des PV für Grundstücke, die auf Anschaffungsvorgängen vor Gesetzeskraft bzw. im abgelaufenen KJ. beruhen und entstanden sind, für unzulässig. Zur Vermeidung dieses Ergebnisses hätte der Gesetzgeber eine vertrauensschützende Übergangsregelung schaffen müssen. Daher hat der IX. Senat mit Vorlagebeschluss v. 16.12.2003 das BVerfG angerufen, über die Verfassungsmäßigkeit des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 idF des StEntG 1999/2000/2002 zu entscheiden.
- ▷ *BFH-Urt. v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398* (dagegen Verfassungsbeschwerde unter Az. BVerfG 2 BvR 753/05): Einen dispositionsbezogenen Rückwirkungsbegriff und -schutz gegenüber einer rückwirkenden Steuerverstrickung nach § 17 Abs. 1 Satz 4 idF des StEntG 1999/2000/2002 (Satz 1 der aktuellen Gesetzesfassung) lehnt der VIII. Senat des BFH in seinem grundlegenden Urteil zur Verfassungsmäßigkeit der Absenkung der Wesentlichkeitsgrenze in Abs. 1 Satz 4 EStG idF des StEntG 1999/2000/2002 überraschenderweise ausdrücklich ab. Der VIII. Senat legt seiner Entscheidung weiterhin das herkömmliche, verfassungsrechtliche Verständnis des Rückwirkungsbegriffs zugrunde. Im Ergebnis sei die Absenkung der Wesentlichkeitsgrenze von 25 vH auf 10 vH in Abs. 1 Satz 4 idF des StEntG 1999/2000/2002 und die damit verbundene Erfassung von in der Vergangenheit gebildeten stillen Reserven jedenfalls dann verfassungsgemäß, wenn die Veräußerung erst nach dem Gesetzesbeschluss im BTag am 4.3.1999 vorgenommen worden ist. Ferner sind hiernach bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns gem. Abs. 2 als AK die historischen AK und nicht der gemeine Wert der Anteile am 1.1.1999 anzusetzen. Für eine Bewertung der Anteile iSd. Abs. 2 Satz 1 mit dem gemeinen Wert im Zeitpunkt der Steuerverstrickung fehle es an einer Rechtsgrundlage.
- ▷ *BFH-Urt. v. 1.3.2005 – VIII R 25/02, BStBl. II 2005, 436* (dagegen Verfassungsbeschwerde unter Az. BVerfG 2 BvR 748/05): In einer weiteren Entscheidung vom gleichen Tage befasst sich der VIII. Senat speziell mit dem retrospektiven Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Beteiligung „innerhalb der letzten fünf Jahre“ iSd. Abs. 1 idF des StEntG 1999/2000/2002. Dieses sei nicht für jeden abgeschlossenen VZ nach der jeweils für diesen geltenden Beteiligungsgrenze iSd. Abs. 1 Satz 4 zu bestimmen, sondern richte sich nach

der im Jahr der Veräußerung geltenden Wesentlichkeitsgrenze. Daher sei vorliegend die Veräußerung einer Beteiligung stpfl., 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. Zu der verfassungsrechtlichen Fragestellung verweist der VIII. Senat auf sein Urteil vom gleichen Tag (VIII R 92/03 aaO). Einzelheiten zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „... innerhalb der letzten fünf Jahre ...“.

- ▷ *BFH-Urt. v. 22.2.2005 – VIII R 41/03, BFH/NV 2005, 1518*: Im Zusammenhang mit der Verlustabzugsbeschränkung des Abs. 2 Satz 4 entschied sich der VIII. Senat des BFH – im Widerspruch zur Wertung in den beiden vorgeschilderten Urteilen v. 1.3.2005 aaO – gegen eine rückwirkende Anerkennung der herabgesetzten Beteiligungsgrenzen für den 5-jährigen Rückwirkungszeitraum. Eine verfassungsrechtliche 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 in Bezug auf die Höhe der Beteiligungsgrenze unterscheidet. Damit werden in Bezug auf die Rückwirkung der Absenkung der Wesentlichkeits- bzw. Beteiligungsgrenzen im Ergebnis Gewinne und Verluste gegensätzlich behandelt.
- *Herkömmliche und neuere Rechtsprechung des BVerfG*: Das BVerfG stellte bei der Beurteilung des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes im StRecht bis zur Entscheidung v. 3.12.1997 – 2 BvR 882/97 (BVerfGE 97, 67, Schiffsbausubventionen) in zeitlicher Hinsicht darauf ab, ob bei In-Kraft-Treten der Gesetzesänderung der jeweilige VZ noch nicht abgeschlossen war oder nicht. Danach sah es vor Ablauf eines VZ in Kraft getretene Gesetzesänderungen auch für den bereits abgelaufenen Teil des VZ als verfassungsrechtlich zulässige Neubestimmung noch nicht eingetretener Rechtsfolgen an, obwohl nach herkömmlichen Maßstäben eine – nur unter engsten Voraussetzungen zulässige – Rückbewirkung von Rechtsfolgen vorliegt (vgl. BVerfG v. 14.5.1986 – 2 BvL 2/83, BVerfGE 72, 200 [253 ff.]). Der Beschluss des 2. Senats des BVerfG zur Beendigung der Schiffsbausubventionen (vgl. BVerfG v. 3.12.1997 – 2 BvR 882/97, BVerfGE 97, 67) könnte eine Änderung in der Rechtsauffassung des BVerfG eingeleitet haben, wenn dort die Dispositionsbedingungen am Tag der Disposition zu einer schutzwürdigen Vertrauensgrundlage erklärt werden. Der Vorlagebeschluss des BFH v. 16.12.2003 – IX R 46/02 (BStBl. II 2004, 284) zur Frage der Verfassungswidrigkeit von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 idF des StEntlG 1999/2000/2002 gibt dem BVerfG die Gelegenheit zur Anwendung eines dispositionsbezogenen verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzmaßstabs auch für Besteuerungstatbestände bzw. für Veräußerungsgewinntatbestände.
- *Ansichten in der Literatur*: Das überwiegende Schrifttum vor den BFH-Entscheidungen v. 1.3.2005 – VIII R 92/03 aaO u. v. 1.3.2005 – VIII R 25/02 aaO sieht sowohl die rückwirkende Senkung der Beteiligungsgrenze bei § 17 als auch die rückwirkende Ausdehnung der Besitzzeiten bei § 23 gleichermaßen als verfassungswidrig an (vgl. zB LANDSITTEL/HAUG, BB 1999, 2218; EILERS/WIENANDS, GmbHR 1999, 505; HÖRGER/MENDEL/SCHULZ, DStR 1999, 565 [568]; BEKER, DStZ 2004, 32 [37]). 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 estbare Sphäre angesetzt werden (= Zeitpunkt des Überschreitens der Beteiligungsschwelle bei Inkrafttreten des jeweils geänderten Steuergesetzes, zumin-

dest aber Zeitwerte zum Zeitpunkt des Beginns der Fünf-Jahres-Frist iSd. Abs. 1 Satz 1; in diesem Sinne auch WENDT, FR 1999, 333 [345]; HÖRGER/MENDEL/SCHULZ, DStR 1999, 565 [568]; HERZIG/FÖRSTER, DB 1999, 711; EILERS/WIENANDS, GmbHR 1999, 505; EILERS in Hommage an Isensee, 2002, 421).

Auch die neueren Entscheidungen des VIII. Senats v. 1.3.2005 aaO sind in Teilen der Literatur auf Kritik gestoßen. 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 wird 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).

**Stellungnahme:** Die neue Judikatur des VIII. BFH-Senats (Urt. v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398, und v. 1.3.2005 – VIII R 25/02, BStBl. II 2005, 436), gegen die Verfassungsbeschwerden erhoben wurden, erscheint vor dem Hintergrund der grundlegenden BVerfG-Vorlage des IX. BFH-Senats (v. 16.12.2003 – IX R 46/02 aaO) unerwartet und unabgestimmt. Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Argumenten zum dispositionsbezogenen Vertrauensschutz im BVerfG-Vorlagebeschluss des IX. Senats (v. 16. 12.2003 – IX R 46/02 aaO) findet uE nicht statt. Die Ausführungen des VIII. Senats, wonach die vom IX. Senat in seinem Vorlagebeschluss zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 aufgestellten Grundsätze des dispositiven Vertrauensschutzes sich nicht auf § 17 übertragen lassen sollen, überzeugen nicht. § 17 und § 23 Abs. 1 Nr. 1 sind uE im Wesen und auch am Maßstab des Leistungsfähigkeitsprinzips (Art. 3 Abs. 1 GG) nicht (so) verschieden, dass sich daran ein – vom VIII. Senat Vertreter – unterschiedlicher bzw. für § 17 strengerer Vertrauensschutzmaßstab knüpfen lässt.

Auch im Rahmen des § 17 Abs. 1 ist ein dispositionsbezogener Vertrauensschutzmaßstab anzulegen. Der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz gegenüber der Änderung von belastenden, an Dispositionen des Stpfl. anknüpfenden StRechtsnormen kann im Ergebnis nicht schwächer ausgeprägt sein als bei Subventionstatbeständen. Vielmehr ist der vom BVerfG bisher nur für (Verschönungs-)Subventionen und StVergünstigungen gewährte Schutz von Dispositionen auf alle StRechtsnormen einheitlich zu erstrecken (so uE zutr. auch BFH v. 16.12.2003 – IX R 46/02 aaO mwN unter B.III.2.f zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 iVm. § 52 Abs. 39 Satz 1 idF des StEntG 1999/2000/2002; vgl. allgemein zur Problematik der rückwirkenden Steuergesetze Einf. ESt. Anm. 523 ff.). § 17 zeichnet sich in gleicher Weise wie § 23 durch die einmalige Disposition der „Veräußerung“ aus. Ferner sind uE unterlassene Dispositionen (zB Absehen von streifem Verkauf) im Vertrauen auf eine bestehende Gesetzeslage (zB 10 vH-Grenze) genauso schutzwürdig wie aktive Dispositionen durch Veräußerung oder Anschaffung (in diesem Sinne auch zB FG Ba.-Württ. v. 19.3.2002, EFG 2002, 701, aufgehoben durch BFH v. 1.3.2005 – VIII R 25/02, BStBl. II 2005, 398, und BFH v. 16.12.2003 – IX R 46/02 aaO unter B.III.4.c. bb [1]). Dies gebietet auch der Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG. Wenn der Gesetzgeber bewusst von vertrauensschützenden Übergangsregelungen absieht, obwohl er in Dispositionen des Stpfl. für bereits abgelaufene KJ. eingreift (auch die Unterlassung einer Veräußerung von Anteilen ist uE eine solche Disposition), drängt sich uE nach der neueren Rspr. des BVerfG zum dispositionsbezo-

genen Vertrauensschutz ein Verfassungsverstoß auf Klarheit und Rechtssicherheit sollte eine möglichst zeitnahe Entscheidung des BVerfG bringen.

Wegen der deshalb für sämtliche Zeiträume bzw. Veräußerungsfälle ab dem 1.1.1999 zu § 17 fortbestehenden verfassungsrechtlichen Zweifel an einer rückwirkenden Steuerverstrickung sollte uE die FinVerw. weiterhin AdV und Ruhen des Einspruchsverfahrens gewähren (zur bisherigen Handhabung vgl. OFD Düss. v. 13.8.2002, StEK EStG § 17 Nr. 58; OFD Münster v. 24.6.2002, StEK EStG § 17 Nr. 57 bzw. AO 1977 § 363 Nr. 33). Dem ist die OFD Hannover bereits zutreffend gefolgt (OFD Hannover, Vfg. v. 20.7.2005 – S 2244 - 64 - StO 243). Die Entscheidung des BVerfG (Az. 2 BvR 753/05) bleibt abzuwarten.

## 10 2. Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

**Absenkung der Beteiligungsgrenze:** Gegen die Absenkung auf 1 vH werden deshalb verfassungsrechtliche Bedenken erhoben, weil der Gesetzgeber damit gegen die von ihm selbst geschaffene Sachgesetzlichkeit, Veräußerungsgewinne im PV nicht zu besteuern, verstoßen habe, ohne dass sich dafür eine sachliche Rechtfertigung finden würde (SCHULTE, DB 2000, 1043; KORN/STRAHL, § 17 Rn. 20). Zutreffend daran ist, dass die frühere Begründung, § 17 beruhe auf einer Gleichstellung mit dem Mitunternehmer einer PersGes. und der „Nähe“ einer solchen Beteiligung zur Geschäftsführung der Gesellschaft, nicht mehr tragfähig ist. Bei einer derart geringen Beteiligung hat ein Anteilseigner keinerlei rechtliche Einflussmöglichkeiten mehr, weder auf die eigentliche Gewinnerzielung noch auf die Gewinnverwendung, während der Mitunternehmer jedenfalls über ein Minimum an Initiativmöglichkeiten verfügen muss.

Allerdings folgt uE die sachliche Rechtfertigung der gesetzlichen Absenkung der Beteiligungsgrenze auf 1 vH 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 Halbeinkünfteverfahren 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). Dies reicht zugleich als sachliche Rechtfertigung für den gesetzlich normierten Besteuerungszugriff auf Anteile an KapGes. aus, insbes. unter Berücksichtigung des im Grundsatz sehr weiten gesetzgeberischen Gestaltungs- und Typisierungsspielraums (BFH v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398, unter 2. a. bb mit Bezug auf die Gesetzesbegründung für das StEntlG 1999/2000/2002). Die bereits mit dem StEntlG 1999/2000/2002 eingeleitete Absenkung der Beteiligungsgrenze auf 10 vH 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 aaO).

Nach dem aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Gebot einer möglichst gleichmäßigen und folgerichtigen Belastung aller Stpfl. bei der Ausgestaltung von Besteuerungstatbeständen bzw. beim Zugriff auf gleichartige Besteuerungsobjekte bleibt jedoch bedenklich, dass weiterhin nicht alle Veräußerungen erfasst werden, son-

dern unterhalb der starren 1 vH-Schwelle ohne Rücksicht auf die Höhe eines möglichen Gewinns (der gerade bei Beteiligung an einer großen KapGes. sehr hoch sein kann) stfrei bleibt (vgl. zB SCHULTE, DB 2000, 1043 [1045]). Die Reformentwürfe zum EStG sehen deshalb die umfassende Besteuerung von Einkünften aus der Veräußerung von KapGesAnteilen vor (vgl. § 2 Abs. 1 des Karlsruher Entwurfs, Heidelberg 2003, § 7 Abs. 1 Nr. 2, sowie Rn. 243 ff. des Kölner Entwurfs, Köln 2005).

Die umstrittene Frage der Zulässigkeit einer rückwirkenden Verstrickung von Wertsteigerungen bzw. stiller Reserven durch Absenkung der Beteiligungsgrenzen ist gesondert am Maßstab des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes nach Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG zu betrachten (Einzelheiten vgl. Anm. 9).

**Beschränkung des Verlustausgleichs:** Noch ungeklärt und beim BVerfG anhängig ist gegenwärtig die Rechtsfrage, inwieweit die Beschränkung der Verrechnung eines etwaigen Veräußerungsverlusts nach § 17 Abs. 2 Satz 4 EStG 1996 mit dem Gleichbehandlungsgebot bzw. Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit vereinbar ist (BVerfG Az. 2 BvL 7/99; die Verfassungswidrigkeit bejahend FG Münster im Vorlagebeschluss v. 11.6.1999, DStRE 2000, 12; KORN/STRAHL, § 17 Rn. 101, unter Hinweis auf BVerfG v. 30.9.1998 – 2 BvR 1818/91, FR 1998, 1028, wonach die Verlustausgleichsbeschränkung des § 22 Nr. 3 Satz 3 für verfassungswidrig erklärt wurde; zur Kritik s. Anm. 13). Nach Ansicht des Nds. FG (Nds. FG v. 17.4.2002, EFG 2002, 1520, rkr.) stellt die Voraussetzung, mindestens fünf Jahre ununterbrochen an der Gesellschaft beteiligt zu sein, eine verfassungsrechtlich zulässige Typisierung dar. Zur wirksamen Bekämpfung von Missbrauchsfällen müsse der Gesetzgeber einen Behaltenszeitraum wählen, der für die Stpfl. nicht ausreichend überschaubar ist, so dass die Missbrauchsbekämpfungsregelung nicht umgangen werden kann.

Einstweilen frei.

11–12

### III. Kritik an § 17

13

Abgesehen von der systematisch nicht begründbaren Beteiligungsgrenze (vgl. Anm. 10) bestehen gegen § 17 in seiner jetzigen Fassung und im überkommenen System des Einkünfte dualismus insbes. in zweifacher Hinsicht verfassungsrechtliche Bedenken, nämlich wegen der verbleibenden Mehrfachbelastung von Einkünften mit ESt. einerseits und mit KSt./GewSt. andererseits sowie wegen des Verlustausgleichsverbots nach Abs. 2 Satz 4.

**Teilweise fortbestehende Doppelbelastung von konsumierbaren Erträgen aus Kapitalgesellschaften:** Auch nach der Unternehmenssteuerreform besteht 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 25 vH (ab VZ 2001) einerseits und der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens für Gewinne aus der Anteilsveräußerung (und Anteilsentnahme) gem. § 3 Nr. 40 EStG andererseits wurde die stl. Doppelbelastung von Wertsteigerungen bzgl. KapGesAnteilen zwar erheblich reduziert, aber vor allem wegen der für KapGes. weiterhin definitiven GewStBelastung keineswegs abgeschafft.

**Beispiel:**

*Fall 1:* Einzelunternehmer A veräußert ein betriebliches Grundstück X an B zum Wert 200 (AK 100). A unterliegt mit dem Gewinn von 100 dem EStSpitzensteuersatz. Die anfallende GewSt. soll A vorliegend vollständig nach Maßgabe von § 35 anrechnen können.

*Fall 2:* Ferner hält A einen im PV gehaltenen 100 vH-Anteil an einer KapGes. (AK 100). Die KapGes. erzielt und thesauriert aus der Veräußerung eines Grundstücks Y, das den gleichen Wert wie Grundstück X hat, einen Gewinn von 100. A verkauft danach seinen Anteil zum Wert von 162 (= Wert der GmbH nach KSt./GewStBelastung). Als Gesamtertragsteuerbelastung für den GmbH-Gewinn (einschl. definitiver GewSt.) wird 38 vH angenommen.

**Gesamtbelastung Jahr 2005**

Fall 1: Gewinn $100 \times 42$ vH (EStSatz) =	42,00
Fall 2: – KapGes.: $100 \times 38$ vH (KSt./GewSt. 400 vH) =	38,00
– ESt. für Anteilseigner § 17:	
Gewinn § 17: $(162 \cdot / \cdot 100 =)$	62,00
davon stpfl. § 3 Nr. 40	31,00
darauf ESt. 42 vH = ca.	13,00
Gesamtsteuer Fall 2	51,00

**Differenzbelastung ca. 9,00**

Die Differenzbelastung stellt die ertragstl. Höherbelastung dar, die aus einer wertgleichen WG geschöpften Wertsteigerung resultiert. Sie ergibt sich im Wesentlichen aus der für die KapGes. definitiven (nicht kstmindernd anrechenbaren) GewStBelastung. Bei der durchschnittlichen stl. Gesamtbelastung der KapGes. ist bereits die kstmindernde Wirkung der GewSt. (GewStRückstellung) berücksichtigt.

Eine systemgerechte, die Doppelbelastung von Wertsteigerungen bzgl. KapGes-Anteilen 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 nach der Unternehmenssteuerreform teilweise noch zu einer stl. Doppelbelastung. Insofern besteht weiterer Handlungsbedarf im Kontext der Besteuerung nach § 17. Die StBelastungsspreizung (Differenzbelastung) für Wertsteigerungen, die innerhalb von KapGes. gebildet und ausgeschüttet bzw. durch Veräußerung realisiert wurden, hat durch die Absenkung der EStSpitzenätze von 4,50 vH im Jahr 2002 auf 9,00 im Jahr 2005 zugenommen (bei einem EStSpitzenatz von 42 vH ab VZ 2005).

**Verlustersgleichungsverbot des § 17 Abs. 2 Satz 4:** Die mit StÄndG v. 14.5.1965 erfolgte Aufhebung des Verlustersgleichsverbots war nicht nur system- und folgerichtig, sondern als Fortschritt zu mehr Steuergerechtigkeit zu verzeichnen. Demgegenüber stellt die durch JStG 1996 v. 11.10.1995 mit Wirkung ab VZ 1996 geschaffene Verlustersgleichsbeschränkung gem. Abs. 2 Satz 4 einen Rückschritt dar. Sie konnte zwar noch vor dem Hintergrund gerechtfertigt werden, dass bei Verabschiedung des JStG 1996 Anteile bis immerhin 25 vH 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 vH) gerichtet waren. Die in Abs. 2 Satz 4 normierten Beschränkungen des Verlustabzugs verlieren uE jedoch spätestens mit der Herabsetzung der Beteiligungsgrenze auf 1 vH ihre Rechtfertigung; denn hierdurch werden in der



Mehrzahl der Fälle (Mittelstands- und Familien-KapGes.) besondere Gestaltungen zur Verlustnutzung obsolet.

Die Verlustabzugsvorschrift führt demgegenüber zu erheblichen rechtlichen Anwendungsproblemen und Komplizierungen, die in Einzelfällen verfassungswidrig erscheinen (zu Einzelfällen zB KORN/STRAHL, § 17 Rn. 100 ff., insbes. 101 und 109; Vorlagebeschluss des FG Münster v. 11.6.1999, DStRE 2000, 12 ff., Az. beim BVerfG 2 BvL 7/99, zur Frage der Verfassungsmäßigkeit von § 17 Abs. 2 Satz 4 Buchst. b EStG 1996 für den Fall, dass der Stpfl. vor dem Erwerb noch nicht an der KapGes. beteiligt war). Die in Abs. 2 Satz 4 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 verfassungsrechtlichen Subprinzips der Belastungsgleichheit ausgelegt werden (vgl. dazu insbes. BVerfG v. 30.9.1998 – 2 BvR 1818/91, DStR 1998, 1743 bzw. HFR 1999, 44 zur Verfassungswidrigkeit des § 22 Nr. 3 Satz 3 EStG [bis VZ 1998]). Das BVerfG verlangt vom Gesetzgeber (und auch vom Rechtsanwender) Gestaltungsgleichheit (und Rechtsanwendungsgleichheit) im Rahmen der vom Gesetzgeber bei der Auswahl des Steuergegenstands und bei der Bestimmung des StSatzes einmal getroffenen Belastungsentscheidung. Der Gesetzgeber hat die von ihm einmal getroffene Belastungsentscheidung folgerichtig iSd. Belastungsgleichheit umzusetzen (BVerfG v. 30.9.1998 – 2 BvR 1818/91 aaO unter Hinweis auf BVerfG v. 22.6.1995 – 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 [136]). Hiernach ist Abs. 2 Satz 4 – entsprechend der unbeschränkten Erfassung von Wertsteigerungen bei steuerverstrickten Anteilen von mindestens 1 vH nach Abs. 1 – nur auf nicht steuerverstrickte Beteiligungen von unter 1 vH zu beziehen. Bei der Auslegung des Abs. 2 Satz 4 darf uE allerdings nicht etwa auf die in der Vergangenheit (vor Anwendung des § 17 EStG idF des StSenkG) geltenden höheren Beteiligungsquoten von 10 vH (insbes. VZ 1999, 2000) oder gar von 25 vH (bis einschl. VZ 1998) zurückgegriffen werden (aA dagegen ohne nähere verfassungsrechtliche Auseinandersetzung BFH v. 22.2.2005 – VIII R 41/03, BFH/NV 2005, 1518; dazu näher Anm. 9). Die für Abs. 1 zu gewährende Rückwirkungssperre folgt allein aus dem verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzprinzip, nicht aus einer gesetzlichen Belastungsentscheidung. Das bedeutet im Ergebnis, dass die 1 vH-Grenze auch für die in Abs. 2 Satz 4 (idF des StSenkG) bestimmte 5-Jahresfrist zurückbezogen werden muss. Dafür spricht auch, dass der Gesetzgeber den Begriff „wesentlich“ auch im Rahmen des Abs. 2 Satz 4 gestrichen hat. Wegen der erheblichen Auslegungsschwierigkeiten des Abs. 2 Satz 4 einerseits und des weitgehend durch das Herabsenken der Beteiligungsquote auf 1 vH entfallenen Bedürfnisses der Verhinderung von rechtsmissbräuchlicher Verlustnutzung andererseits sollte uE Abs. 2 Satz 4 abgeschafft werden.

Einstweilen frei.

14–19

## C. Geltungsbereich des § 17

20

### I. Sachlicher Geltungsbereich

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

- ▷ bei Zugehörigkeit der Beteiligung zu einem BV (s. nachstehend);
- ▷ bei einem Spekulationsgewinn (jetzt „privates Veräußerungsgeschäft“ iSd. § 23, s. Anm. 36);
- ▷ bei Veräußerung von sog. einbringungsgeborenen Anteilen, dh. von Anteilen, die der Stpfl. durch Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils in eine KapGes. gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten unter Fortführung seiner bisherigen Buchwerte bei der KapGes. erworben hat. Der Veräußerungsgewinn ist nach § 16 zu erfassen (§ 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 1995).

**Zugehörigkeit zu einem Betriebsvermögen:** § 17 gilt nicht für die Veräußerung von Anteilen an einer KapGes., die zu einem BV gehören. In diesem Fall ist die Veräußerung ein Betriebsvorgang, für den der Gewinn oder Verlust im Rahmen der Gewinnermittlung nach § 15 erfasst und ermittelt wird (s. bereits RFH v. 18.12.1928, RStBl. 1929, 220; v. 23.10.1935, RStBl. 1936, 201; R 140 [1] EStR 2003). Das ergibt sich aus der Stellung des § 17 im Gesetz und aus dem Zweck der Vorschrift, die Einkünfte aus Gewerbebetrieb (zur Abgrenzung s. Anm. 31 f.) um den Tatbestand dieser Anteilsveräußerung zu erweitern; fällt der Veräußerungsgewinn oder -verlust schon gem. § 15 unter die Einkünfte aus Gewerbebetrieb, so kann er nicht mehr durch § 17 erfasst werden.

Nur bei einem der inländ. Besteuerung unterliegenden BV wird die Anteilsveräußerung bereits bei der Ermittlung der Einkünfte aus Gewerbebetrieb gem. §§ 4, 5 erfasst. Über die Zugehörigkeit zu einer ausländ. Betriebstätte s. Anm. 22.

**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

### II. Persönlicher Geltungsbereich

§ 17 gilt auch für beschränkt EStpfl., jedoch nur bei Beteiligungen an inländ. KapGes. und vorbehaltlich des Steuerrechts des Wohnsitzstaats lt. DBA; s. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e (§ 49 Anm. 560 ff., insbes. Anm. 575 f.). Zum Begriff „inländisch“ s. § 49 Anm. 103 und § 1 Anm. 57. Auf nach dem KStG unbeschr. oder beschr. kstpfl. Personen ist § 17 nicht anzuwenden. Für diese gilt vielmehr § 8b Abs. 2 iVm. § 8b Abs. 4 KStG. § 8b Abs. 2 iVm. Abs. 4 KStG ist insoweit *lex specialis* zu § 17 EStG.

### III. Anwendung bei Auslandsbeziehungen

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

**Eine Beteiligung an einer ausländischen Kapitalgesellschaft** (einer KapGes., die weder Sitz noch Geschäftsleitung im Inland hat) stellt einen Anteil iSd. § 17 dar, wenn die ausländ. KapGes. ihrer Rechtsform nach derjenigen einer deutschen KapGes. vergleichbar ist (sog. Typenvergleich, s. auch § 1 KStG Anm. 101 ff.; SCHNITTKER/LEMAITRE, GmbHR 2003, 1314; ferner zur Doppelanässigkeit Anm. 288 f.). Für einen solchen Anteil besteht regelmäßig ein inländisches Besteuerungsrecht. Denn die im PV gehaltene Beteiligung an einer ausländ. KapGes. begründet für sich genommen keine ausländ. Betriebsstätte. Ihre Veräußerung löst daher keinen Unternehmensgewinn iSd. Art. 7, 13 Abs. 2 des OECD-MA aus, sondern stets einen Veräußerungsgewinn iSd. Art. 13 Abs. 4 MA. Entsprechendes gilt für Gewinne gem. § 21 UmwStG aus einbringungsgeborenen Anteilen (vgl. WASSERMEYER/PILTZ in DEBATIN/WASSERMEYER, DBA, Art. 7 MA Rn. 56, 165 und Art. 13 Rn. 22, 135).

Gehört ein Anteil an einer KapGes. einer unbeschränkt stpfl. Person (KapGes. oder natürliche Person) zu einem ausländ. BV (ausländ. Betriebsstätte), greift § 17 im Anwendungsbereich von DBA nicht ein. Nach dem OECD-MA hat grundsätzlich der Staat das Besteuerungsrecht, in dem sich das ausländ. BV (ausländ. Betriebsstätte) befindet, da in diesem Fall nicht Art. 13 Abs. 5 MA (Wohnsitzprinzip), sondern vielmehr Art. 13 Abs. 2 iVm. Art. 7, 14 MA (Betriebsstättenprinzip) eingreift. Für die Anwendung des Art. 13 Abs. 2 MA ist zu beachten, dass der Veräußerungsgewinn den Einkünften aus Unternehmensgewinnen iSd. Art. 7 oder aus selbstständiger Arbeit iSd. Art. 14 zuzuordnen sein muss (WASSERMEYER in DEBATIN/WASSERMEYER, DBA, Art. 13 Rn. 72). Für das „tatsächliche Gehören“ einer Beteiligung zu der (ausländ.) Betriebsstätte iSv. Art. 10 Abs. 4 ist nach der neueren Rspr. des BFH erforderlich, dass die Beteiligung darüber hinaus in einem funktionalen Zusammenhang zu der Tätigkeit in der (ausländ.) Betriebsstätte steht (vgl. BFH v. 27.2.1991 – I R 15/89, BStBl. II 1991, 444, und v. 27.2.1991 – I R 96/89, BFH/NV 1992, 385; Einzelheiten s. auch WASSERMEYER aaO, Art. 10 Rn. 132 ff. mwN). Zählt zB die Beteiligung an einer Vertriebs-KapGes. zum Betriebsstättenvermögen und vertritt die Vertriebs-KapGes. in der Betriebsstätte hergestellte Produkte, dann wird die Beteiligung an dieser KapGes. als der Betriebsstätte tatsächlich zugehörig zu qualifizieren sein (vgl. BFH v. 7.8.2002 – I R 10/01, BStBl. II 2002, 848). Im Urtr. v. 26.2.1992 – I R 85/91 (BStBl. II 1992, 937) hat der BFH im Fall eines im Ausland ansässigen Kommanditisten einer inländ. GmbH & Co. KG (Inlandsfall) eine tatsächliche Zugehörigkeit der Anteile der Komplementär-GmbH auch dann angenommen, wenn die GmbH ausschließlich die Funktion eines haftenden Gesellschafters innerhalb der KG ausübt (Haftungsfunktion). Demgegenüber reicht allein die rechtliche Zugehörigkeit iSd. Zurechnungsregel des § 15 Abs. 1 Nr. 2 oder gar nur eine buchmäßige Zuordnung für sich genommen noch nicht für die tatsächliche Betriebsstättenzugehörigkeit eines Anteils einer KapGes. aus (zu weiteren Zweifelsfällen s. auch WASSERMEYER aaO, Art. 10 Rn. 134 mwN).

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

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

**Wohnsitzverlegung:** s. Anm. 40.

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

23–24 Einstweilen frei.

## D. Verhältnis zu anderen Vorschriften

25

### I. Verhältnis zu § 2

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

26

### II. Verhältnis zu § 2a

Bei Anteilen an ausländ. KapGes. ist die Geltendmachung von Verlusten aus § 17 – neben § 17 Abs. 2 Satz 4 – zusätzlich durch § 2a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 iVm. Abs. 2 Satz 2 eingeschränkt (normative Einzelheiten vgl. § 2a Anm. 80 f. und 184 f.). Diese Beschränkung des Verlustausgleichs hat der BFH (auch mit Blick auf die Rspr. des BVerfG v. 30.9.1998 – 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88 zur Verfassungswidrigkeit eines völligen Ausschlusses einer Verlustverrechnung bei den Einkünften aus § 22 Nr. 3 aF) für verfassungsgemäß und mit dem Europarecht vereinbar gehalten. Auch die neuere Rspr. des BFH und des BVerfG zum Rückwirkungsverbot und Gleichbehandlungsgebot stehe nicht entgegen (BFH v. 29.5.2001 – VIII R 43/00, BFH/NV 2002, 14). Danach dürfen Verluste aus dem Verkauf von Anteilen an einer ausländ. 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.

Der I. Senat des BFH (BFH v. 13.11.2002 – I R 13/02, BStBl. II 2003, 795; Anm. VOGEL, IStR 2003, 314) hat nun jedoch gegen den Ausschluss der Berücksichtigung ausländ. Verluste aus VuV durch ein DBA den EuGH angerufen. UE verdient diese Entscheidung über die konkrete Einkunftsart hinaus im Ergebnis auch für Einkünfte aus § 17 Zustimmung. Das Schrifttum vertritt zu Recht ganz überwiegend die Auffassung, dass nicht allein der Ausschluss von Auslandsverlusten von der inländ. Besteuerung durch die DBA-Freistellung, sondern auch die weitgehend vergleichbaren Folgen des § 2a Abs. 1 gegen die EG-Grundfreiheiten verstoßen (vgl. CORDEWENER, IStR 2003, 413 [418] mwN). Mittlerweile findet diese Meinung im Grundsatz Bestätigung durch den EuGH in seiner Ent-

scheidung v. 13.12.2005 (EuGH v. 13.12.2005 – C-446/03, FR 2006, 177; dazu Hey, GmbHR 2006, 113) zum Fall Marks & Spencer: Danach ist ein pauschales Verbot eines grenzüberschreitenden Verlustausgleichs mit Inlandseinkommen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unzulässig. Allerdings dürfen die EU-Staaten den Verlustabzug davon abhängig machen, dass die Auslandsverluste nicht im Land ihres Sitzes bereits stl. nutzbar sind.

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

27

Durch die Unternehmenssteuerreform (StSenkG) ist die Besteuerung der Veräußerungsgewinne aus § 17 neu geregelt worden. Entsprechend der Behandlung der Dividenden unterliegen sie nur noch zur Hälfte der Einkommensbesteuerung (Halbeinkünfteverfahren). Durch § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c wird die Hälfte des Veräußerungspreises bzw. des gemeinen Werts (im Fall der verdeckten Einlage) stfrei gestellt; im Gegenzug erlaubt § 3c Abs. 2 Satz 1 nur den hälftigen Abzug der AK und der Veräußerungskosten (dazu näher Anm. 192). Diese Regelungen gelten für alle Fälle des § 17, dh. für Veräußerungen von Anteilen, deren verdeckte Einlage (Abs. 1 Satz 2) sowie die Tatbestände des Abs. 4. Nur sofern vor dem Systemwechsel stl. voll abziehbare Teilwertabschreibungen auf die Anteile vorgenommen worden sind, ist nach § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c Satz 2 der Ertrag aus einer Wertaufholung bzw. der Veräußerungserlös bis zur Höhe der in der Vergangenheit vorgenommenen Teilwertabschreibung in voller Höhe stpfl. (vgl. dazu OFD Düss. v. 5.6.2003, FR 2003, 739).

Nach einem Urt. des FG Düss. v. 10.3.2003 (EFG 2003, 1070, rkr.) sollen WK für Anteilseigner, die eine Beteiligung an einer inländ. KapGes. mit kalenderjahrgleichem Wj. halten, bereits ab dem VZ 2001 nur noch zur Hälfte abziehbar sein, wenn der Anteilseigner von der KapGes. weder eine verdeckte Gewinnausschüttung oder Vorabauschüttung in 2001 noch eine offene Gewinnausschüttung für 2001 erhält (so auch OFD Koblenz v. 19.3.2004, DStR 2004, 771). Dies wird damit begründet, dass die WK im wirtschaftlichen Zusammenhang mit (zukünftigen) nach § 3 Nr. 40 zur Hälfte stfreien Einnahmen stehen.

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

28

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

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

29

Die mit StEntlG 1999/2000/2002 (s. Anm. 1) eingeführte Regelung des § 6 Abs. 6 Satz 1 behandelt die Übertragung von EinzelWG im Wege des Tauschs. Gem. § 6 Abs. 6 Satz 1 stellt sich die Übertragung von WG (einschl. von Anteilen an KapGes.) im Wege des Tauschs als Veräußerungsvorgang dar (vgl. auch

Gesetzesbegründung zu § 6 Abs. 6, BTDrucks. 14/23, 173 und BTDrucks. 14/265, 174; Bericht des FinAussch., BTDrucks. 14/443, 24). 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 abgeschafft worden. Ab 1999 kommt die Anwendung des Tauschgutachtens nicht mehr in Betracht (OFD Düss. v. 11.5.2004, DStR 2004, 1042).

30

## VI. 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 gesellschaftsrechtlich veranlasste Zuführung eines WG an die (eigene) Gesellschaft (KapGes.) oder PersGes., ohne dass die Gesellschaft dafür neue Anteile ausgibt oder eine andere Gegenleistung gewährt (Abschn. 40 KStR 2004; weitere Einzelheiten s. § 6 Anm. 1488b, 1488c). Die durch die Einlage bewirkte Stärkung der Gesellschaftsrechte durch Erhöhung des Gesellschaftsvermögens und des Anteils am Liquidationserlös ist Folgewirkung der Einlage, jedoch keine Gegenleistung durch die Gesellschaft (BFH v. 20.7.2005 – X R 22/02, BB 2005, 2230; v. 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348 unter C. I. 3. c.). Daher ist die verdeckte Einlage kein Tausch oder täuschähnliches 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 KapGesAnteile als zusätzliche AK der Beteiligung an der KapGes. ansetzen. UE ist § 6 Abs. 6 Satz 2 nur für die Bemessung der AK einer im BV gehaltenen Beteiligung an der KapGes. einschlägig. Für die Beurteilung der AK von Anteilen, die im PV gehalten werden, muss die Ermittlung der (nachträglichen) AK zum gemeinen Wert der verdeckt eingelegten Anteile erfolgen. Insofern gilt im Rahmen des § 17 Abs. 2 ein von § 6 Abs. 6 Satz 2 unabhängiger AKBegriff (weitere Einzelheiten s. Anm. 220).

31

## VII. Verhältnis zu § 15 Abs. 2 EStG, § 2 GewStG

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

- die Berücksichtigungsfähigkeit von Veräußerungsverlusten, für die Verlustnutzungsbeschränkungen des § 17 Abs. 2 Satz 4 und des § 23 Abs. 3 Sätze 8, 9 tatbestandlich eingreifen (können),

- die Gewerbesteuerpflicht von Veräußerungsgewinnen gem. § 2 GewStG,
- für die stl. Behandlung und Bewertung von Anteilen an KapGes. bei Übertragungsvorgängen (vgl. zB Einlagen gem. § 6 Abs. 1 Nr. 5 und Überführungen oder Übertragungen gem. § 6 Abs. 5).

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

**Bereichsspezifische Abgrenzung für Anteile an Kapitalgesellschaften:** Für die Veräußerung beweglicher WG und für den Wertpapierhandel ist nach Rspr. des BFH erst dann ein Gewerbebetrieb anzunehmen, wenn der Stpfl. sich „wie ein Händler“ verhält. In diesen Bereichen gilt mit anderen Worten eine Regelvermutung zugunsten der privaten Vermögensverwaltung (Einzelheiten dazu s. § 15 Anm. 1170, 1171). Folgende *Fallgruppen* lassen sich unterscheiden:

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

► *Bankentypische Betätigung:* Angehörige der Bankbranche können Wertpapiergeschäfte tätigen, die in ihrer Gesamtheit dem von der Verkehrsauffassung geprägten Bild einer privaten Vermögensverwaltung entsprechen (vgl. BFH v. 15.2.1966 – I 95/63, BStBl. III 1966, 274 – Wertpapiergeschäfte eines Bankiers; v. 11.7.1968 – IV 139/63, BStBl. II 1968, 775 – Wertpapiergeschäfte eines Börsenmaklers). Nicht jede Nutzbarmachung beruflicher Erfahrungen, Kenntnisse und Verbindungen macht private Geschäfte zu gewerblichen (BFH v. 24.10.1969 – IV R 139/68, BStBl. II 1970, 411). Ein angestellter Rentenhändler einer Bank erzielt aber nach bisheriger Ansicht des BFH beispielsweise schon Einkünfte aus gewerblicher Tätigkeit ab dem ersten Geschäft, wenn er auf eigene Rech-

nung über sein Wertpapierkonto bei einer anderen Bank innerhalb von 2 ½ 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 Kreditwesengesetz (KWG) bzw. eines „Finanzunternehmens“ iSd. § 1 Abs. 3 KWG vergleichbar ist (ausführlich BFH v. 30.7.2003 – X R 7/99, BStBl. II 2004, 408).

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

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

► *Venture Capital und Private Equity Fonds an Wagniskapitalgesellschaften*: Für die Beurteilung von Erträgen aus Venture Capital und Private Equity Fonds ist zwischen drei Personengruppen zu unterscheiden, den Wagniskapitalgesellschaften, den investierenden Gesellschaftern und den (Fonds-)Initiatoren. Die Besteuerung der *kapitalproportionalen* Gewinnanteile der – unmittelbar oder mittelbar über einen Fonds beteiligten – Gesellschafter an der Wagniskapitalgesellschaft erfolgt nach den allg. estl. Vorschriften über die Abgrenzung des Gewerbebetriebs von der privaten Vermögensverwaltung (vgl. BMF v. 16.12.2003, BStBl. I 2004, 40). Dagegen sind die *kapitaldisproportionalen (überhöhten)* Gewinnanteile (sog. *Carried Interest*) an Initiatoren von Capital-/Private Equity Fonds nach den besonderen Regelungen der § 18 Abs. 1 Nr. 4, § 3 Nr. 40a zu besteuern; der Carried Interest wird hiernach zwar als Einkünfte aus selbständiger Arbeit erfasst, unterliegt aber zugleich dem Halbeinkünfteverfahren wie Dividenden oder Gewinne aus Anteilsveräußerungen (Einzelheiten vgl. § 18 Anm. 276 f. und § 18 Anm. J 04–1 f. und § 3 Nr. 40a Anm. J 04–1 f.).

32–34 Einstweilen frei.



## VIII. Verhältnis zu § 20

**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 verkehrswertüberschreitenden Preis veräußert.

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

- ▷ *Einnahmen aus Kapitalvermögen* in Gestalt von
  - ausschüttbaren Gewinnen iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Sätze 1 und 2 iVm. § 27 Abs. 1 Satz 4 KStG (Abgrenzung zu Beträgen aus dem stl. Einlagekonto iSv. § 27 Abs. 1 Satz 1 KStG) und/oder
  - Rückzahlung von Eigenkapital (außer Nennkapital) nach § 20 Abs. 1 Nr. 2)
- und
- ▷ *Veräußerungspreis oder Liquidationswerten* in Gestalt von
  - gezahlten Entgelten iSv. § 17 Abs. 2 Satz 1,
  - gemeinem Wert von verdeckten Einlagen (§ 17 Abs. 2 Satz 2) oder von ausgeschüttetem bzw. zurückgezahltem Vermögen aus Nennkapital oder aus 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 Nr. 2 gegenüber Liquidationswerten iSv. § 17 Abs. 4 spielt das sog. stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG (StSenkG) eine gewichtige Rolle. Es ist – wie die im bisherigen Anrechnungsverfahren (KStG 1977) festgestellten Arten des verwendbaren Eigenkapitals iSd. §§ 29, 30 KStG aF – ein wichtiges Instrument für die Einkünftequalifikation (ebenso Ort in Festschr. Korn, 2005, 105 [107 f.]). Zu weiteren Einzelheiten s. Anm. 270 und 325 f.

**Werbungskosten aus § 20:** Auch hinsichtlich der Aufwendungen des Gesellschafters einer KapGes. für seine Beteiligung entstehen Abgrenzungsschwierigkeiten. Der WKAbzug aus § 20 hat Vorrang gegenüber der Qualifikation als Veräußerungskosten oder AK. Zinsaufwendungen zum darlehensfinanzierten Erwerb und der Verwaltungsaufwand für eine Beteiligung an einer KapGes. sind auch dann WK bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, wenn als positiver Totalüberschuss zwar kein Überschuss an Kapitalerträgen, aber angemessen hohe stpfl. Wertsteigerungen bzw. Veräußerungsgewinne iSv. § 17 zu erwarten sind (BFH v. 21.7.1981 – VIII R 154/76, BStBl. II 1982, 37, in Änderung früherer

Rspr.; ferner v. 8.10.1985 – VIII R 234/84, BStBl. II 1986, 596). Aufwendungen im Zusammenhang mit Anteilen an KapGes können in zeitlicher Hinsicht nur bis zum Zeitpunkt der Entstehung eines Auflösungs- oder Veräußerungsgewinns/-verlusts iSv. § 17 als WK bei den Einkünften aus Kapitalvermögen (§ 20) abgezogen werden (BFH v. 19.4.2005 – VIII R 45/04, BFH/NV 2005, 1545).

36

### IX. Verhältnis zu § 23

**Vorrang des § 23:** Gem. § 23 Abs. 2 Satz 2 ist § 17 nicht anzuwenden, wenn ein *privates* Veräußerungsgeschäft iSd. § 23 Abs. 1 Nr. 2 vorliegt. Danach fällt die Veräußerung einer (wesentlichen bzw. mindestens 1 vH-) 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 Nr. 2. § 17 greift also erst, wenn der Stpfl. die Anteile länger als ein Jahr im PV hält. Dies gilt gleichermaßen für Gewinne und Verluste. Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften iSd. § 23 Abs. 1 Nr. 2 unterliegen daher vorrangig den Verlustausgleichsbeschränkungen des § 23 Abs. 3 Sätze 8 und 9.

**Bei Veräußerung von gleichartigen Anteilen,** die zu verschiedenen Zeiten und zu verschiedenen Preisen erworben wurden, ist derjenige Teil bei der Ermittlung eines Veräußerungsgewinns iSd. § 17 auszuschneiden, bei dem die Voraussetzungen eines stpfl. Gewinns aus privatem Veräußerungsgeschäft iSd. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 gegeben sind (so bereits RFH v. 9.4.1941, RStBl. 1941, 443). Ist der Verkauf von Anteilen an einer KapGes. strechtl. in den Verkauf einer steuerverstrickten Beteiligung nach § 17 und in ein *privates* Veräußerungsgeschäft aufzuteilen, sind die im Zusammenhang mit dem Verkauf stehenden Veräußerungskosten den beiden betroffenen Einkunftsarten (§ 17, § 23) nach einem angemessenen Aufteilungsmaßstab (ggf. im Wege der Schätzung) zuzuordnen (s. FG Köln v. 8.12.2000, DStRE 2002, 88).

37

### X. Verhältnis zu § 34 idF des StSenkErgG

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

Seit den Änderungen durch das StSenkG findet weder die Tarifiermäßigung gem. § 34 Abs. 1 (idF d. StSenkG) noch die ergänzte Halbsatzbesteuerung gem. § 34 Abs. 3 (idF d. StSenkErgG) auf Veräußerungsgewinne iSd. § 17 Anwendung (BFH v. 1.9.2004 – VIII B 64/04, DStR 2004, 1913). § 34 Abs. 2 (idF d. 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 Halbeinkünfteverfahren 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. der §§ 14, 14a Abs. 1, der §§ 16 und 18 Abs. 3 nicht als außer-

ordentliche Einkünfte qualifiziert, soweit diese Gewinne gem. § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. b iVm. § 3c Abs. 2 dem Halbeinkünfteverfahren unterliegen.

Einstweilen frei.

38–39

## XI. Verhältnis zu § 6 AStG

40

**Eintritt der Rechtsfolgen des § 17 bei Beendigung der unbeschränkten Steuerpflicht:** § 6 AStG erweitert den Veräußerungstatbestand des § 17. Bei Beendigung der unbeschränkten StPfl. durch Aufgabe des inländ. Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts und bei einigen diesem Sachverhalt gleichgestellten Tatbeständen (§ 6 Abs. 3 AStG) treten die Rechtsfolgen des § 17 auch ohne Veräußerung ein, wenn

- der Stpfl. mindestens 10 Jahre unbeschränkt estpfl. war und
- die Voraussetzungen des § 17 im Übrigen erfüllt sind.

Aufgrund der Verweisung des § 6 AStG auf § 17 unterliegen die fiktiven Gewinne aus dem Wegzug genauso wie tatsächliche Veräußerungsgewinne dem Halbeinkünfteverfahren (§ 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 der BFH aaO aber für einbringungsgeborene Anteile im Rahmen des § 21 Abs. 2 UmwStG).

**Europarechtswidrigkeit des gegenwärtigen § 6 AStG:** Mit Ur. v. 17.12.1997 – I B 108/97 (BStBl. II 1998, 834) hielt der BFH den Besteuerungstatbestand des § 6 AStG noch uneingeschränkt für verfassungs- und europarechtskonform (dagegen bereits zB SCHÜPPEN/SANNA, BB 2001, 2397 mwN). Mittlerweile hat der EuGH in der Rechtssache Hughes de Lasteyrie du Saillant mit Ur. v. 11.3.2004 – Rs. C-9/02 (IStR 2004, 236) entschieden, dass die französische Wegzugsbesteuerung gegen die europäische Niederlassungsfreiheit verstößt. Nach nahezu einhelliger Ansicht im Schrifttum bedeutet dies auch das Ende für die deutsche Wegzugsbesteuerung nach der gegenwärtigen Gesetzesfassung des § 6 AStG (so zB SCHINDLER, IStR 2004, 300 [309]; WACHTER, GmbHR 2004, R 161; SCHNITZER, BB 2004, 804 [808]; WASSERMAYER, GmbHR 2004, 613 [614]; zu Gestaltungsmöglichkeiten vgl. ETTINGER/EBERL, GmbHR 2005, 152 f.). Die Grundsätze des zitierten EuGH-Urteils verbieten, dass schon der bloße Wegzug bzw. Grenzübertritt ohne tatsächliche Realisation von Veräußerungsgewinnen zu einer Besteuerung stiller Reserven führt. Die gegenwärtigen Vorgaben des EuGH führen jedoch nicht zwingend zur vollständigen Abschaffung der Wegzugsbesteuerung nach § 6 AStG. Der Gesetzgeber muss § 6 AStG aber zumindest dahingehend tatbestandlich reduzieren, dass eine Wegzugssteuer den Stpfl. erst bei tatsächlicher Veräußerung seiner Beteiligung (Realisation) belastet. Die Kommission der EG hat folgerichtig am 30.3.2004 angekündigt, das bereits mit Schreiben v. 3.4.2003 (SG [203] D/220268) eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland, das bis zu einer Entscheidung im Verfahren Hughes de Lasteyrie du Saillant zurückgestellt war, fortzusetzen. Die neuen Anwendungsgrundsätze des BMF zum AStG (BMF v. 14.5.2004, BStBl. I 2004, Sonder-Nr. 1 Tz. 6; ferner BMF v. 8.6.2005, BStBl. I 2005, 714) schränken die Entstehung (§ 38 AO) und Festsetzung (§ 155 AO) von ESt. nach Maßgabe von § 6 AStG weiterhin nicht ein. Nach einer Verfügung der OFD Berlin v.

30.7.2004 (FR 2004, 1028) ist in anhängigen Einspruchsverfahren nur AdV zu gewähren, falls der Wegzug in einen EU-Mitgliedstaat oder einen EWR-Staat erfolgte. Auch BMF v. 8.6.2005 aaO (dazu im Einzelnen KINZL/GOERG, IStR 2005, 450 f. mwN) schränkt die stl. Folgen des – gegenwärtig europarechtswidrigen – § 6 AStG zunächst nur für das Steuererhebungs- und Vollstreckungsverfahren ein. Hierzu enthält es folgende Kernbestimmungen: Die zunächst nach § 6 AStG weiterhin festzusetzende ESt. ist unter Widerrufsvorbehalt von Amts wegen zinslos zu stunden. Die Stundung gilt so lange, bis der Anteilseigner seine Anteile (insgesamt oder teilweise) veräußert, in ein Drittland außerhalb der EU und EWR verzieht oder dem deutschen FA nicht bis zum 31.12. eines jeden Jahres schriftlich seine Anschrift und die Anteilsinhaberschaft bestätigt. Ist 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 wird die entsprechende Wertdifferenz auch nicht durch das EU-/EWR-Zuzugsland steuermindernd berücksichtigt), kann die darauf entfallende Steuermehrbelastung nach § 227 AO erlassen werden. Diese abweichend von § 6 Abs. 1 Satz 4, Abs. 5 AStG gewährten Stundungs- und Erlassmöglichkeiten gelten nur für nicht bestandskräftige ESt-Festsetzungen. StFestsetzungen müssen daher weiterhin durch Rechtsbehelf angefochten und offen gehalten werden, um die vorstehenden Einschränkungen gegenüber der Wegzugsbesteuerung nach § 6 AStG zu erlangen.

Da das BMF in seinem Schreiben v. 8.6.2005 aaO bereits selbst von einer „gesetzlichen Neuregelung“ des § 6 AStG ausgeht, räumt es die Europarechtswidrigkeit von § 6 AStG in seiner gegenwärtigen Fassung und Notwendigkeit einer gesetzlichen Neuregelung bereits offen ein. Die mit dem BMF-Schreiben seitens der FinVerw. für die Zwischenzeit angestrebte geltungserhaltende Reduktion einer Besteuerung aus § 6 AStG (kritisch dazu KINZL/GOERG, IStR 2005, 450 [451 mwN]) könnte zugleich den Ausgangspunkt für eine gesetzliche Neuregelung darstellen. Allerdings sollte eine gesetzliche Neuregelung sogleich auch alle anderen – mit § 6 AStG vergleichbaren – Realisations- bzw. Besteuerungstatbestände erfassen, die tatbestandlich auf einen Wegzug im weitesten Sinne abstellen (vgl. zB zur Sitzverlegung Anm. 288).

## XII. 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).

**XIII. Verhältnis zum KapErhStG**

42

Das Ges. über strechtl. Maßnahmen bei Erhöhung des Nennkapitals aus Gesellschaftsmitteln (KapErhStG) enthält besondere Regelungen zur

- Umwandlung von Rücklagen in Nennkapital (§§ 1–4 KapErhStG),
- Herabsetzung von Nennkapital (§§ 5, 6 KapErhStG).

§ 1 KapErhStG stellt klar, dass die Erhöhung von Nennkapital durch Umwandlung von Rücklagen nicht zu Einkünften iSd. § 2 Abs. 1 EStG und damit auch nicht nach § 17 EStG führt. §§ 3, 5 und 6 KapErhStG enthalten allerdings Fiktionen zur Anschaffungskostenermittlung für die Anteilsrechte bei Kapitalerhöhung/-herabsetzung, die sich auf die Gewinnermittlung nach § 17 Abs. 2 bei einem späteren Veräußerungsfall auswirken (s. Anm. 219).

**XIV. Verhältnis zu § 42 AO**

43

**Allgemeines:** Die Anwendung des § 42 AO hat systematisch Vorrang vor derjenigen des § 17 EStG, ist aber inhaltlich an § 17 EStG zu messen (BFH v. 15.12.1999 – I R 29/97, BStBl. II 2000, 527; v. 19.1.2000 – I R 117/97, BFH/NV 2000, 824; v. 18.7.2001 – I R 48/97, BFH/NV 2001, 1636 [1638]). Das Motiv der Ersparnis von Steuern allein macht eine Gestaltung nicht unangemessen bzw. missbräuchlich iSv. § 42 AO (BFH v. 29.11.1982 – GrS 1/81, BStBl. II 1983, 272 [unter III.]; v. 18.7.2001 – I R 48/97, BFH/NV 2001, 1636 [1638] mwN zu § 42 AO). Ein Stpfl. ist nicht gehindert, aus mehreren sich anbietenden Lösungen, die für sich genommen nicht unangemessen erscheinen, die stl. günstigste zu wählen (BFH v. 17.11.1978 – VI R 139/77, BStBl. II 1979, 60; v. 12.7.1988 – IX R 149/83, BStBl. II 1988, 942; v. 12.9.1995 – IX R 54/93, BStBl. II 1996, 158; v. 18.7.2001 – I R 48/97, BFH/NV 2001, 1636 [1638]). Der Begrenzung der Beteiligungsquote und damit Steuerverstrickung nach § 17 Abs. 1 EStG (bis VZ 1998: 25 vH; VZ 1999–2001/2002 [Inlands-/Auslandsbeteiligungen]: 10 vH; ab VZ 2001/2002: 1 vH) liegen Entscheidungen des Gesetzgebers zugrunde, die durch die Anwendung des § 42 AO nicht korrigiert werden dürfen (BFH v. 23.10.1996 – I R 55/95, BStBl. II 1998, 90; v. 18.7.2001 – I R 48/97, BFH/NV 2001, 1636 [1638]). Eine Anwendung von § 42 AO kann in Betracht kommen, wenn die Veräußerung der Beteiligung wirtschaftlich tatsächlich nicht gewollt war (BFH v. 18.7.2001 – I R 48/97, BFH/NV 2001, 1636 [1638] mwN aus dem Schrifttum). Dagegen wird man eine Gestaltung idR dann nicht als rechtsmissbräuchlich ansehen können, wenn der gewählten Vorgehensweise ein wirtschaftlicher Zweck nicht ohne weiteres abgesprochen werden kann und sie auf Dauer angelegt ist (BFH v. 23.10.1996 – I R 55/95, BStBl. II 1998, 90). Die Veräußerung von Beteiligungen zum Zweck der Liquidation ist im Rahmen gewandelter Unternehmenspolitik weder ungewöhnlich noch unangemessen.

**Anteilsrotation:** Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO kommt in Fällen der sog. Anteilsrotation in Betracht. Diese umfasst Transaktionen, bei denen es zwar zivilrechtlich zu einer Übertragung bzw. Veräußerung von Anteilen an KapGes. kommt, der Übertrager bzw. Veräußerer aber am Ende der Transaktion wirtschaftlich gesehen entweder weiterhin am Unternehmen (ggf. in anderem Rechtskleid oder anderer Rechtsform) beteiligt bleibt oder die übertragenen Anteile durch Liquidation oder Umwandlung der KapGes. untergehen. Nach BFH

v. 23.10.1996 – I R 55/95 (BStBl. II 1998, 90) ist eine Anteilsrotation (auch zur Nutzung von Steuervorteilen wie einer ausschüttungsbedingten Teilwertabschreibung) dann nicht rechtsmissbräuchlich iSd. § 42 AO, wenn die Anteilsübertragung auf Dauer angelegt ist (vgl. dazu BMF v. 3.2.1998, BStBl. I 1998, 207; ferner FG Düss. v. 12.5.2003, EFG 2003, 1247, rkr.). Dagegen sieht der IV. Senat eine auf Dauer angelegte Anteilsrotation als rechtsmissbräuchlich an, wenn sie gezielt zu einer ausschüttungsbedingten Teilwertabschreibung genutzt wird, um die Besteuerung von jahrelang thesaurierten Gewinnen und/oder Gesellschaftsvermögen zu vermeiden (BFH v. 8.5.2003 – IV R 54/01, BStBl. II 2003, 854; krit. HOFFMANN, GmbHR 2003, 1070). Ferner liegt nach der Rspr. beispielsweise ein Fall von § 42 AO vor, wenn eine KapGes. lediglich eingeschaltet wurde, um die Versteuerung eines Liquidationserlöses nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 durch Veräußerung von Anteilen unterhalb der Beteiligungsgrenze von § 17 zu vermeiden (vgl. BFH v. 7.7.1998 – VIII R 10/96, BStBl. II 1999, 729; v. 19.8.2003 – VIII R 44/01, DStR 2004, 948). Die Folgen einer rechtsmissbräuchlichen Anteilsrotation treten regelmäßig jedoch nur beim Veräußerer und nur unter besonderen Umständen beim Erwerber der Beteiligung ein (BFH v. 19.8.2003 – VIII R 44/01, DStR 2004, 948 [950 ff.] mwN). Eine im wirtschaftlichen Interesse des Anteilseigners (zB zum Zweck der sog. Progressionsglättung) gezielte und steueroptimierte Ausschüttungspolitik ist uE regelmäßig nicht gestaltungsmisbräuchlich. Nach Absenkung der Relevanzschwelle auf 1 vH und weitgehender Einschränkung der stl. Abziehbarkeit von Teilwertabschreibungen (vgl. § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG, § 3c Abs. 2 EStG) hat die Anteilsrotation als Mittel der Steuergestaltung stark an Bedeutung verloren.

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

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

**Beteiligung eines Dritten an GmbH im Wege einer Kapitalerhöhung durch Einzahlung eines Agios (Einlage) und anschließende zeitnahe Auskehrung der Einlage an Altgesellschafter:** In seinem diesbetreffenden Urt. v. 13.10.1992 – VIII R 3/89 (BStBl. II 1993, 477) hat der BFH für den Teil des eingezahlten Agios, der in der GmbH als Rücklage verblieben ist, entsprechend der zivilrechtl. Rechtslage eine Veräußerung iSv. Abs. 1 Satz 1 ausgeschlossen. Er hat insoweit auch keinen Gestaltungsmissbrauch angenommen. Soweit aber die Einlage im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang (2 Tage nach Einzahlung) wieder an die Altgesellschafter ausgezahlt bzw. ausgeschüttet wurde, hat er nach § 42 Satz 2 AO iVm. § 17 einen Veräußerungstatbestand angenommen. Neben dem zeitlichen Zusammenhang zog der BFH als weitere Indizien für das Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs an, dass im Vorfeld der

Kapitalerhöhung bzw. des Vertragschlusses die stl. Behandlung bereits mit dem FA erörtert wurde. Ferner spreche dafür, dass mit der Auszahlung an die Altgesellschafter ein Entgelt (Kaufpreis) beglichen werden sollte und dass die Höhe des Entgelts genau dem errechneten Anteil an den stillen Reserven entsprach, der auf den neuen Geschäftsanteil des (hinzu-)erwerbenden Gesellschafters bzw. einzahlenden Bezugsberechtigten überging.

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

**Vor- bzw. Zwischenschaltung einer Schenkung:** Der Vor- bzw. Zwischenschaltung einer Schenkung von Anteilen an einer KapGes. (zB an Ehefrau oder Kinder) mit zeitlich unmittelbar anschließender Weiterveräußerung derselben an einen Dritten hat der BFH die stl. Anerkennung nach § 42 AO versagt, soweit dafür kein wirtschaftlich vernünftiger Grund ersichtlich ist (BFH v. 28.1.1972 – VIII R 4/66, BStBl. II 1972, 322; ebenso für Spekulationsgeschäfte nach § 23 BFH v. 12.7.1988 – IX R 149/83, BStBl. II 1988, 942). Die Vor- bzw. Zwischenschaltung wird dann für ertragstl. Zwecke ignoriert und eine direkte Veräußerung des Erstinhabers (zivilrechtl. Schenkers) an den Dritten angenommen. Sofern die einer Anteilsschenkung nachfolgende Anteilsveräußerung seitens des Beschenkten (unwiderlegt) auf einer neuen Entwicklung oder einem neuen wirtschaftlichen Anlass beruht, liegt uE regelmäßig keine rechtsmissbräuchliche Gestaltung iSv. § 42 AO vor (so auch FG Nds. v. 4.12.2003 – 10 K 294/00, nv., für eine 2 Jahre nach dem Schenkungsfall erfolgte Anteilsveräußerung).

**Veräußerung zwischen Ehegatten zur Vermeidung eines künftigen Veräußerungsgewinns:** Ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten liegt vor, wenn ein Ehegatte Anteile an einer GmbH an den anderen Ehegatten zum Nennwert überträgt, obschon er bereits zu diesem Zeitpunkt beabsichtigt, die GmbH-Anteile zu einem möglichst günstigen – jedenfalls nicht unter dem Nennwert liegenden – Preis zu veräußern, um damit die Entstehung eines Veräußerungsgewinns gem. § 17 zu verhindern (Schl.-Holst. FG v. 10.4.2003, EFG 2003, 1553, nrkr., Az. BFH VIII R 37/03).

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

44–49 Einstweilen frei.

50

**E. Zurechnung der Einkünfte bei § 17**

Dem Veräußerer ist der Gewinn oder Verlust aus der Veräußerung einer Beteiligung iSd. § 17 zuzurechnen. Fallen ausnahmsweise rechtliches und sog. wirtschaftliches Eigentum auseinander, so ist für die Bestimmung des Veräußerers der Inhaber des wirtschaftlichen Eigentums maßgebend (allg. zur persönlichen Zurechnung von Einkünften § 2 Anm. 100 f.; zur Zurechnung von wirtschaftlichem Eigentum s. § 2 Anm. 144). Ist auf Grund wirksamer schuldrechtl. Vereinbarungen zwischen einander nicht nahe stehenden Personen das wirtschaftliche Eigentum an den Geschäftsanteilen einer GmbH übergegangen und werden die schuldrechtl. Vereinbarungen nachträglich unwirksam, dann bleibt der Erwerber wirtschaftlicher Eigentümer, wenn die Beteiligten die wirtschaftlichen Folgen des Rechtsgeschäfts nicht rückgängig machen (BFH v. 17.2.2004 – VIII R 28/02, BFH/NV 2004, 1130). Bei einem formunwirksamen Kaufvertrag über einen GmbH-Geschäftsanteil geht das wirtschaftliche Eigentum über, wenn im Vertrag das Gewinnbezugsrecht übertragen, das Stimmrecht eingeräumt oder eine Stimmrechtsbindung des zivilrechtl. Gesellschafters an die Interessen des Erwerbers vereinbart worden ist und die getroffenen Vereinbarungen in der Folgezeit tatsächlich vollzogen werden (BFH v. 17.2.2004 – VIII R 26/01, BStBl. II 2004, 651; ähnlich FG Münster v. 23.2.2000, EFG 2000, 1000, rkr.). Eine Veräußerung vom zivilrechtlichen Eigentümer an den wirtschaftlichen Eigentümer fällt nicht unter § 17. In diesem Fall hat der Wechsel der stl. relevanten Inhaberschaft bereits zu einem früheren Zeitpunkt stattgefunden. § 17 setzt aber voraus, dass die Beteiligung an der KapGes. dem Veräußerer im Zeitpunkt der Veräußerung zuzurechnen war (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO). Diese Voraussetzung ist hier mangels wirtschaftlichen Eigentums des Veräußerers nicht erfüllt. Die bürgerlich-rechtliche Veräußerung bildet in diesem Fall wirtschaftlich vielmehr eine Abfindung für die Aufgabe der förmlichen zivilrechtl. Inhaberschaft an der Beteiligung. Ob darin eine Leistung iSd. § 22 Nr. 3 liegt, ist zweifelhaft; s. zu § 22 Nr. 3 § 22 Anm. 380 f., insbes. 390–393 (Vermögensumschichtungen und veräußerungsähnliche Vorgänge).

51–54 Einstweilen frei.

55

**F. Verfahrensfragen**

**Anzeigepflicht für Notare gem. § 54 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 2 Wochen ab dem Zeitpunkt der Aufnahme oder Beglaubigung der Urkunde einzureichen. (§ 54 Abs. 2 EStDV). Den Beteiligten dürfen die Urschrift, eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift der Urkunde erst ausgehändigt werden, wenn die Abschrift der Urkunde an das FA abgesandt ist. § 54 EStDV erfasst nicht nur Verfügungsgeschäfte, sondern auch Verpflichtungsgeschäfte, aufschiebend bedingte Verfügungen und Treuhandverträge über Anteile an KapGes.

Nicht erfasst von § 54 EStDV sind dagegen die Verpfändung von Anteilen an KapGes., die Beglaubigung einer Abschrift (§ 39 BeurkG) oder einer Unter-



schrift (§ 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, Diss. Münster 2003, 143 ff.). Für ausländ. Notare oder Beurkundungsvorgänge im Ausland findet die Vorschrift ebenfalls keine Anwendung; allerdings hat der Stpfl. selbst die Anzeigepflichten aus § 138 Abs. 2 und 3 AO zu beachten.

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

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

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

- ob und in welchem Umfang im Rahmen der Gründung einer KapGes. oder einer Kapitalerhöhung stille Reserven in Gesellschaftsanteilen, die der Besteuerung nach § 17 EStG und nach § 21 UmwStG unterliegen (steuerverstrickte Anteile), auf andere Gesellschaftsanteile übergehen (mitverstrickte Anteile),
- in welchem Umfang die AK der steuerverstrickten Anteile den mitverstrickten Anteilen zuzurechnen sind,

- wie hoch die AK der steuerverstrickten Anteile nach dem Übergang stiller Reserven sowie der mitverstrickten Anteile im Übrigen sind,
- ob und inwieweit Anteile an KapGes. unentgeltlich auf andere Stpfl. übertragen werden.

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

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

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

56–59 Einstweilen frei.

## Erläuterungen zu Abs. 1: Der Veräußerungstatbestand

**Ausgewähltes Schrifttum bis 2001:** SCHMIDT, LUDWIG, Wesentliche Beteiligungen an einer GmbH als Gegenstand einer gemischten Schenkung, GmbHR 1980, 247; KRUSE, Zur Anwendung der §§ 16, 17 EStG bei gemischten Schenkungen und anderen Sonderformen der Schenkung, StuW 1982, 345; TROLL, GmbH-Anteile als Gegenstand gemischter GmbH-Schenkungen, GmbHR 1984, 205; HEINEMANN, Veräußerung iSv. § 17 EStG bei Kapitalerhöhungen, KÖSDI 1985, 5916; FELIX, Teilentgeltliche Übertragungen wesentlicher Beteiligungen, FR 1987, 601; HABICH, Behandlung der gemischten Schenkung als Veräußerung nach § 17 EStG (und nach andern Normen der ertragsteuerlichen Gewinnermittlung), Dissertation Göttingen 1987; PAUS, Einkommensteuerliche Behandlung gemischter Schenkungen, FR 1987, 299; EPPLE, Die entgeltliche Nichtteilnahme an einer Kapitalerhöhung als Veräußerung einer Anwartschaft, DStR 1988, 64; HABICH, Die Entscheidungen des BFH zur gemischten Schenkung im Rahmen der §§ 16, 17 EStG – ein Widerspruch?, FR 1988, 16; LANG, Zur Anwendung des § 17 EStG bei atypischer Gestaltung der GmbH-Satzung, StbKongrRep. 1988, 62; WICHMANN, Der Verkehrswert im Steuerrecht bei den Aufteilungsfällen, BB 1988, 814; WASSERMEYER, Tausch und Einlage von Anteilen an Kapitalgesellschaften über die Grenze, DB 1990, 855; BREUNINGER, Zur Rechtsnatur eigener Anteile und ihre ertragsrechtliche Bedeutung, DStZ 1991, 420; PAUS, Schuldübernahme bei wesentlichen Beteiligungen, DStZ 1992, 309; CREZELIUS, Der Verstrickungswert bei § 17 EStG, DB 1997, 195; ÉBLING, KLAUS, Steuerrechtliche Aspekte der Veräußerung von Anteilen an einer ausländischen Kapitalgesellschaft bei wesentlicher Beteiligung (§ 17 EStG), FS Hans Flick, Köln 1997, 679; SCHNEEWEISS, Erbfallbedingte Entstehung von wesentlichen Beteiligungen, ZEV 1997, 150; HEX, Die rückwirkende Abschaffung der Sonderabschreibung auf Schiffsbeteiligungen. Wieder steuerliche Planungssicherheit. Anmerkungen zum Beschluß des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts v. 3.12.1997 – BvR 882/97, BB 1998, 1444; LANG, Verfassungsrechtliche Zu-

lässigkeit rückwirkender Steuergesetze, WPg. 1998, 163; PAUS, Erwerb und Veräußerung von Anteilen nach Wegfall einer wesentlichen Beteiligung, DStZ 1998, 390; EILERS/WIENANDS, Die Veräußerung von GmbH-Anteilen nach Maßgaben der geänderten §§ 17, 22 Nr. 2, 23 EStG. Besteuerung von Veräußerungsgewinnen, Geltendmachung von Veräußerungsverlusten, GmbHR 1999, 505; LANDSITTEL/HAUG, Die verfassungswidrige Absenkung der wesentlichen Beteiligung an Kapitalgesellschaften nach § 17 Abs. 1 EStG 1999, BB 1999, 2218; PLEYER, Verfassungswidrige Verlängerung der „Spekulationsfristen“ durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002, NJW 1999, 3156; SCHWEYER/DANNECKER, Der neue § 17 EStG und das alte Problem mit der Rückwirkung, BB 1999, 2375; EILERS/WIENANDS, Gestaltungsüberlegungen und Fallbeispiele zur Veräußerung von GmbH-Anteilen. Erneute Verschärfung des § 17 EStG durch den Gesetzentwurf eines StSenkG, GmbHR 2000, 405; HÄUSELMANN, Wertpapier-Darlehen in der Steuerbilanz, DB 2000, 495; SCHULTE, Die geplante Absenkung der Beteiligungsgrenze d. § 17 EStG im System des Einkommensteuerrechts, DB 2000, 1043; BALMES, Rückwirkung im Visier der Finanzrechtsprechung, FR 2001, 392; BORNHEIM, Die Erweiterung der Besteuerung nach § 17 Abs. 1 EStG durch das StSenkG, DB 2001, 162; DÖTSCH, Rückzahlung einer offenen Gewinnausschüttung gem. § 31 Abs. 1 GmbHG keine negative Einnahme aus Kapitalvermögen, StWa. 2001, 28; DÖTSCH, Zur steuerlichen Behandlung des Verzehrs auf eigenkapitalersetzendes Darlehen aus im Gesellschaftsverhältnis liegenden Gründen, StWa. 2001, 605; FÜLLSACK, Rückwirkende Anwendung hinsichtlich der Wesentlichkeitsgrenze in § 17 EStG, DStR 2001, 120; HAUN/WINKLER, Vertragsgestaltungen zur Verlagerung des Zeitpunkts der Besteuerung bei Anteilsveräußerungen, DStR 2001, 1195; HOLLER, Steuerplanung von Kapitalerhöhungsmaßnahmen zur Vorbereitung und Durchführung des Börsenganges, DStR 2001, 1; HUNSDOERFER, Beteiligungsaufwendungen im Halbeinkünfteverfahren, BB 2001, 2242; KORN/FUHRMANN, „Steuerfalle“ Behalte-, Besteuerungs- und Nachversteuerungsfristen, KÖSDI 2001, 12845; KORTH, Bürgschaftsinanspruchnahme des Ehegatten als mittelbare verdeckte Einlage, AktStR 2001, 209; PFAAR, Steuerliche Fragen bei der Beteiligung privater Anleger an ausländischen Private Equity an Venture Capital Fonds, IWB F. 3, Gr. 3, 1317; PRINZ, Aktuelle Rechtsfragen und Gestaltungsüberlegungen zu §§ 17, 23 EStG bei privater Vermögensverwaltung, FR 2001, 977; RUBAN, Kein Abzug von Drittaufwand als nachträgliche Anschaffungskosten einer wesentlichen Beteiligung, HFR 2001, 857; SCHAUMBURG, Verfassungskonforme Auslegung des § 17 Abs. 1 Satz 1 u. Satz 4 EStG idF des StEntG 1999/2000/2002, EFG 2001, 293; SCHAUMBURG, Wesentliche Beteiligung i.S. des § 17 EStG, EFG 2001, 1217; SCHMIDT/MÜHLHÄUSER, Wirtschaftliches Eigentum und Gewinnrealisierung bei der Wertpapierleihe, BB 2001, 2609; SCHÜPPEN/SANNA, Probleme beim Abschied von der wesentlichen Beteiligung, BB 2001, 2397; STRAHL, Sachverhaltsverwirklichung vor Gesetzesverkündung, BeSt. 2001, 1; VOGT, Steuerliche Behandlung des Verzehrs auf eigenkapitalersetzende Darlehen, DStR 2001, 1881; WIENANDS, Stille Reserven noch vor der Steuerverstrickung steuerfrei aufdecken, GStB 2001, 132; ZIMMERS, Grenzfälle – GmbH Anteilsverkäufe und Steuerverschärfungen: Zur Problematik der zweimal herabgesetzten Wesentlichkeitsgrenze, GmbH-Stpr. 2001, 154.

**Schrifttum ab 2002:** BÄCKER, Geordneter Rückzug – GmbH-Nachfolge: Die Übertragung von GmbH-Anteilen unter Lebenden und von Todes wegen, GmbH-Stpr. 2002, 127; GOSCH, Rechtsprechung im besonderen Blickpunkt der Außenprüfung, StBp. 2002, 116; HEROLD, Teilwert eines Darlehens bei Kriseneintritt, GStB 2002, 22; HERZIG/GOCKSCH, Die steuerliche Behandlung von Übergewinnanteilen für Sponsoren inländischer Private Equity-Fonds, DB 2002, 600; HOFFMANN, Merkwürdigkeiten bei der Bilanzierung von Gesellschaftsforderungen, GmbH-StB 2002, 117; HOHAUS, Die atypische Unterbeteiligung an einer GmbH – Wirtschaftliches Eigentum nach § 39 Abs. 2 AO?, GmbHR 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 Wertzuwächsen des Privatvermögens, BB 2002, 120; SCHÜPPEN, Zur Bewertung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens im Fall des Verzehrs, 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?, GmbHR 2003, 917; KRATZSCH, Beeinflussung der Beteiligungshöhe iSd. § 17 EStG durch Genussrechte und stille Beteiligungen, BB 2004, 581; MORITZ, Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften – Neue BFH-Rechtsprechung zu wesentlichen Beteiligungen im Sinne des § 17 EStG, NWB F. 3, 13119 (51/2004); PRINZ/FREEDEN, Erwerb eigener Anteile als Ausschüttungsalternative bei einer Kapitalgesellschaft, FR 2005, 533; RÄTKE, Bewertung der Einlage einer wertgeminderten wesentlichen Beteiligung, UM 2005, 241 zu § 17 Abs. 1; EILERS/RODERBURG, „Beteiligung am Kapital der Gesellschaft“ i.S.v. § 17 EStG bei Genussrechten (BFH v. 14.6.2005), GmbHR 2005, 1620.

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

60

### I. Tatbestandsabgrenzung und -struktur

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

- ▷ *Anteile an einer KapGes. (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 vH (bis VZ 2000/2001: „zu mindestens 10 vom Hundert“, bis VZ 1998: „zu mehr als einem Viertel“ – vgl. Anm. 130 f.)
  - unmittelbar oder mittelbar (Anm. 120 f.)
  - innerhalb der letzten fünf Jahre (Anm. 110 f.),
  - Anteile in Gestalt von Aktien, GmbH-Anteilen, Genussscheinen oder ähnlichen Beteiligungen *und* Anwartschaften auf solche Beteiligungen (Satz 3 – Anm. 145 f.).
- ▷ *Veräußerung der Anteile* (Handlung des Stpfl. – Anm. 70 f.)
- ▷ *Gewinn/Verlust aus der Veräußerung* (Besteuerungsgrundlage – dazu Anm. 66 f., ferner im Einzelnen zu Abs. 2 Anm. 240 f.).

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

**Abgrenzung zu § 15:** s. Anm. 31.

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

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

**Abgrenzung zu § 21 UmwStG, § 6 AStG:** s. 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). Anlaufverluste können wie in der betrieb-

lichen 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 mwN).

Einstweilen frei.

61–62

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

63

§ 17 ordnet den Gewinn und Verlust aus der Veräußerung von steuerverstrickten Anteilen den Einkünften aus Gewerbebetrieb (§ 2 Abs. 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. Denn die Veräußerung von Beteiligungen iSd. § 17 Abs. 1 Sätze 1 und 3 begründet idR für sich genommen keine originär gewerbliche Tätigkeit iSd. § 15 Abs. 1 Nr. 1, selbst wenn die Beteiligung Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaft vermittelt (BFH v. 4.3.1980 – VIII R 150/76, BStBl. II 1980, 389; v. 25.7.2001 – X R 55/97, BStBl. II 2001, 809 mwN; weitere Einzelheiten vgl. Anm. 31). Daher gilt ua.:

- Die Beteiligung gehört zum PV, sie wird nicht wie BV behandelt;
- Teilwertabschreibungen sind nicht möglich (BFH v. 9.8.1983 – VIII R 276/82, BStBl. II 1984, 29), Wertverluste werden erst mit der Veräußerung realisiert (vgl. Anm. 163);
- die laufenden Einkünfte aus der Beteiligung bilden Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 5, § 20 (SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 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 vH und Einführung des Halbeinkünfteverfahrens zweifelhaft geworden. Hiernach macht es für die Heranziehung zur Einkommenbesteuerung keinen tiefergehenden Sinn mehr, Dividenden- und Anteilswerterträge signifikant unterschiedlich tatbestandlich zu regeln (so im Ergebnis auch FOHLER, Private Anteilsveräußerung und vermögensverwaltende Personengesellschaften – Zur Auslegung des § 17 EStG, Diss. Münster, 2003, 229 ff.). Letzteres erscheint vor dem Hintergrund des Leistungsfähigkeitsprinzips als übergeordnetes Gebot gleichmäßiger Besteuerung auch verfassungsrechtlich bedenklich (vgl. Anm. 10).

Einstweilen frei.

64–65

### III. Gewinn aus der Veräußerung

**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 4 (Umkehrschluss) und dem Gebot der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit bzw. dem objektiven Nettoprinzip (vgl. TIPKE/LANG, StRecht, 18. Aufl. 2005, § 9 Rn. 54, 60 f.). Verluste aus der Veräußerung von Anteilen an KapGes. führen also zu negativen Einkünften, soweit nicht spezielle Verlustabzugsverbote oder -beschränkungen (insbes. § 17 Abs. 2 Satz 4, § 2a Abs. 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.).

67–69 Einstweilen frei.

### IV. Veräußerung der Anteile

#### 70 1. Begriff der Veräußerung

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

(die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums). Erst dann findet eine Gewinn- bzw. eine Verlustrealisierung statt.

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

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

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

- der Erwerber aufgrund eines Rechtsgeschäfts eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Vollrechts gerichtete Position erwirbt, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann,
- dem Erwerber die mit den Anteilen verbundenen wesentlichen Rechte zustehen und
- das Risiko einer Wertminderung sowie die Chancen einer Wertsteigerung auf den Erwerber übergegangen sind.

Hierzu sind die Willenserklärungen der Vertragsparteien und die für die Auslegung maßgeblichen Begleitumstände des Vertragsschlusses und der Vertragsdurchführung zu ermitteln (BFH v. 10.3.1988 – IV R 226/85, BStBl. II 1988, 832; v. 27.9.1988 – VIII R 193/83, BStBl. II 1989, 414; v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424; v. 18.12.2001 – VIII R 5/00, GmbHR 2002, 443 [445]; ausführlich 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; Nds. FG v. 23.2.2005, EFG 2005, 1318, nrkr.). Nach der Rechtslage bis zum 31.12.1998 war dies jedoch nach dem sog. Tauschgutachten des BFH (BFH v. 16.12.1958 – I D 1/57 S, BStBl. III 1959, 30) anders, wenn die hingegebenen und erworbenen Anteile wert-, art- und funktionsgleich waren; wegen der wirtschaftlichen Identität (Nämlichkeit) kam es nicht zur Gewinnrealisierung. Seit Einführung des § 6 Abs. 6 Satz 1 durch das StEntG 1999/2000/2002 (ab 1.1.1999) ist eine wirt-

schaftliche Identität getauschter Anteile unbeachtlich (DÖTSCH/PUNG, DB 1999, 932; HÖRGER/MENDEL/SCHULZ, DStR 1999, 565 [574]).

- ▶ *Ausschließung und Austritt* des Gesellschafters aus einer GmbH (vgl. Anm. 85);
- ▶ *Einziehung* von Aktien gem. § 237 AktG und von Geschäftsanteilen gem. § 34 GmbH gegen Entgelt, soweit das Entgelt nicht eine vGA bildet (vgl. Anm. 89);
- ▶ *Teilungsvertrag* zwischen mehreren Gesellschaftern;
- ▶ *Verwertung einer zur Sicherung abgetretenen oder verpfändeten Beteiligung* bedeutet Veräußerung der bis dahin dem Stpfl. zuzurechnenden Anteile an den Sicherungsnehmer oder Pfandgläubiger und von diesem ggf. an Dritte; Veräußerungspreis, den der Stpfl. erhält, ist der Betrag, mit dem die verwerteten Anteile ihm auf seine gesicherte Schuld angerechnet werden (vgl. BFH v. 1.6.1967 – V 208/64, BStBl. II 1968, 68);
- ▶ *Zwangsversteigerung* (BFH v. 10.12.1969 – I R 43/67, BStBl. II 1970, 310); Entziehung der Beteiligung durch Zwangsversteigerung; Abtretung der Rechte aus einem Höchstgebot;
- ▶ *Verwertung der Anteile durch den Insolvenzverwalter*. Für die Annahme einer Veräußerung ist es nicht erforderlich, dass der Stpfl. freiwillig über die ihm zuzurechnenden Anteile verfügt hat (BFH v. 10.12.1969 – I R 43/67 aaO);
- ▶ *Enteignung* (RFH v. 9.3.1938 – VI 29/38, StuW 1938, 287);
- ▶ *Einbringung in das BV einer PersGes.* mit Gewinneinkünften gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten (BFH v. 19.10.1998 – VIII R 69/95, BStBl. II 2000, 230).
- ▶ Ausübung von Bezugsrechten an KapGes.-Anteilen gegen Entgelt oder neue Anteile (Veräußerung von Anwartschaften, vgl. BFH v. 21.9.2004 – IX R 36/01, BStBl. II 2006, 12, zu § 23 EStG; BMF, Schr. v. 20.12.2005, BStBl. I 2006, 8);
- ▶ *Einräumung eines Bezugsrechts* für einen Dritten gegen Entgelt an Altgesellschafter im Rahmen einer Kapitalerhöhung, und zwar auch dann, wenn durch die Einräumung des Bezugsrechts im Rahmen des Gesellschafterbeschlusses zivilrechtl. ein Bezugsrecht gar nicht erst entsteht (vgl. BFH v. 8.4.1992 – I R 128/88, BStBl. II 1992, 761; v. 13.10.1992 – VIII R 3/89, BStBl. II 1993, 477 mwN; v. 19.4.2005 – VIII R 68/04, BStBl. II 2005, 762).
- ▶ *Weitere Einzelheiten* und -fälle s. Anm. 85 f.

**Keine Veräußerungsgeschäfte** sind:

- ▶ *Treuhandvertrag*, der die Vertragspartner lediglich schuldrechtl. bindet (s. FG München v. 24.6.1999, DStRE 2000, 18);
- ▶ *Unentgeltliche Übertragung* (s. Anm. 80);
- ▶ *Einlage* der Beteiligung in das BV des Stpfl. (s. Anm. 86);
- ▶ *Abtretung von schuldrechtl. Übertragungsansprüchen* gegen einen Gesellschafter. Hier liegt schon keine Anwartschaft iSv. Abs. 1 Satz 3 vor (s. Anm. 152 aE);
- ▶ *Bindendes Angebot* zur Übertragung der Beteiligung, weil es für sich kein wirtschaftliches Eigentum beim Erwerber begründet und dessen Rechtsposition dinglich nicht gesichert ist (s. FG München v. 24.6.1999, DStRE 2000, 18 [19], mwN). Diese Beurteilung wird auch durch den BFH geteilt, wenn er im Urt. v. 5.10.1976 – VIII R 38/72 (BStBl. II 1977, 198 [200] Tz. 2) zum Ausdruck bringt, dass die Verpflichtung, Anteile auf andere zu übertragen, den Anteilseigner gegenüber dem anderen nur schuldrechtl. bindet. Ferner bezweifelt der BFH im Beschl. v. 29.7.1977 – VIII R 15/76 (BStBl. II 1977, 726 [728]; aA SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 28), dass ein bindendes Verkaufsangebot eine



Anwartschaft des Angebotsempfängers begründet. 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 UrT. des BFH v. 13.12.1983 – VIII R16/83 (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. Das wirtschaftliche Eigentum an einer Beteiligung geht auch dann noch nicht auf den Erwerber über, wenn beide Vertragsparteien aufgrund eines Andienungs- bzw. Ankaufrechts jederzeit die Übertragung der Beteiligung herbeiführen können, die Gewinnbezugs- und Stimmrechte zwar beim Veräußerer verbleiben, dieser aber als Minderheitsgesellschafter keine Gewinnausschüttung mehr durchsetzen kann, und bis zur Veräußerung tatsächlich auch keine Gewinnausschüttung mehr erhält (FG Köln v. 3.2.2004, EFG 2004, 1772, nrkr., Az. BFH VIII R 32/04). Denn zumindest ihre Stimmrechte haben die Veräußerer in diesem Fall noch nicht vollständig zugunsten des Erwerbers aufgegeben.

► *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 zurückzuübertragen oder zumindest den Anspruch auf Rückerstattung von Wertpapieren gleicher Art, Güte und Menge (§ 607 Abs. 1 Satz 2 BGB) zu erfüllen. Daneben gibt es zahlreiche Gestaltungsmodifikationen.

Nach hM geht bei der sog. Wertpapierleihe zwar regelmäßig das wirtschaftliche und zivilrechtliche 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 übertragene 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/GLANEGGER XXIV. § 6 Rn. 364; mit anderer Begründung SCHMIDT/MÜHLHÄUSER, BB 2001, 2609, 2611 mwN). 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).

► *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).

► *Rückzahlung der Vermögenseinlage an den (stillen) Gesellschafter im Rahmen einer kündigungsbedingten Auseinandersetzung einer typischen stillen Gesellschaft* (§ 230 HGB) mit einer KapGes. führt nach Ansicht des FG Hamb. v. 20.1.2004 (EFG 2004, 805, nrkr.) nicht zu einem Veräußerungsgeschäft (ergangen zu § 23; Revision unter BFH Az. IX R 7/04).

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

71–79 Einstweilen frei.

## 80 2. Unentgeltliche Anteilsübertragung (Abgrenzung)

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

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

Unentgeltlichkeit setzt weiterhin voraus, dass Anteile mit einem Wert von mehr als 0 € ohne Gegenleistung übertragen werden. Wird ein wertloser Anteil ohne Entgelt übertragen, ist dies keine unentgeltliche Übertragung, sondern regelmäßig eine Veräußerung iSd. § 17, sofern auf die Gegenleistung nur wegen der Wertlosigkeit des Anteils verzichtet wurde, also die Beteiligten sich wie Kaufleute verhalten haben und deshalb keine Schenkung beabsichtigt war (BFH v. 5.3.1991 – VIII R 163/86, BStBl. II 1991, 630; v. 18.8.1992 – VIII R 13/90, BStBl. II 1993, 34; v. 30.11.1994 – VIII B 28/94, BFH/NV 1995, 386; krit. CARL, FR 1992, 341). In diesem Grenzfall kann der Veräußerer somit einen etwaigen Verlust aus § 17 realisieren. Bei der Frage, wie die festgestellten Tatsachen unter dem rechtl. Gesichtspunkt „Wertlosigkeit des Anteils“ zu würdigen sind, kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an (BFH v. 30.11.1994 – VIII B 28/94 aaO). Die Übertragung objektiv wertloser Anteile auf einen nahen Angehörigen für 0 € ist nicht als wie unter fremden Dritten üblich vereinbart und durchgeführt anzuerkennen, wenn zum Zeitpunkt der Übertragung weder ein Vermögensstatus über die exakte Vermögenslage der KapGes. noch Absprachen über verbleibende Risiken (Haftung, Verbindlichkeiten etc.) und die verdeckten Werte erfolgten (so FG Saarl. v. 24.5.2005 – 1 K 25/01, NWB direkt 2005, 5).

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

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

Der Erwerb von Todes wegen (als Erbe oder als Vermächtnisnehmer) gilt regelmäßig als unentgeltlich (BFH v. 5.7.1990 – GrS 2/89, BStBl. II 1990, 847). Un erheblich ist dabei, ob die Erbschaft mit Vermächtnissen, Auflagen, Pflichtteils- oder Erbersatzansprüchen belastet ist. (Teil-)Entgeltlich ist dagegen ein Erwerb oder 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). Zur Erbauseinandersetzung vgl. Anm. 90, zur vorweggenommenen Erbfolge vgl. Anm. 97.

Einstweilen frei.

81–84

### 3. Weitere Einzelheiten und -fälle (ABC)

#### a) Ausschließung und Austritt eines GmbH-Gesellschafters

85

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

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

86

**Die Einlage einer im Privatvermögen gehaltenen wesentlichen bzw. 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.

**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, BStBl. I 1996, 1500, korrigiert BStBl. I 1997, 132; R 140 Abs. 8 EStR

2003). Damit will sie die vom BFH akzeptierte Konsequenz verhindern, dass der Wertverlust unmittelbar nach der Einlage durch eine Teilwertabschreibung realisiert wird (vgl. GSCHWENDNER, DStR 1998, 1956).

Umstritten ist, ob und inwieweit sich die ab 1996 anwendbare Einschränkung der Verlustverrechnung (Abs. 2 Satz 4, vgl. Anm. 240 f.) auswirkt. Nach einer Auffassung soll die Beteiligung zwar – entsprechend dem BFH-Urt. v. 25.7.1995 – VIII R 25/94 aaO – mit den historischen AK angesetzt werden; eine Teilwertabschreibung komme jedoch auch im BV erst und nur dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen des Abs. 2 Satz 4 gegeben seien, wobei auch die Zugehörigkeit der Beteiligung zum BV zu berücksichtigen sei (LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 120; GRATZ/MÜLLER, DStR 1996, 281 [285]). Nach aA können die höheren historischen AK nur angesetzt werden, wenn der eingetretene Wertverlust zum Zeitpunkt der Einlage nach Abs. 2 Satz 4 berücksichtigungsfähig war; ansonsten sei nur der niedrigere Teilwert anzusetzen (PYSZKA, DStR 1997, 309 [311]). UE ist der ersten Meinung der Vorzug zu geben, da die Fünfjahresfrist des Abs. 2 Satz 4 nicht auf die Zugehörigkeit der Beteiligung zum PV abstellt.

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

#### 87 c) Einlage von Anteilen in eine Kapitalgesellschaft

Einlagen des Gesellschafters einer KapGes. sind die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlassten Leistungen des Gesellschafters an die Gesellschaft. Sofern der Gesellschafter Kapitalanteile an einer KapGes. an eine Gesellschaft in Anrechnung auf eine Barzahlungsverpflichtung übereignet (sog. Sachübernahme), liegt keine Einlage, sondern eine Veräußerung vor (im Ergebnis ebenso zum vermächtnisweisen Erwerb gegen wertäquivalente Zahlungsverpflichtung BFH v. 13.11.2002 – I R 110/00, BFH/NV 2003, 820). Die Einlage einer wesentlichen Kapitalbeteiligung in eine KapGes. gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten (sog. offene Einlage) stellt einen Tauschvorgang dar. Als Veräußerungspreis ist der gemeine Wert der erhaltenen Gesellschaftsrechte anzusetzen (BFH v. 7.7.1992 – VIII R 54/88, BStBl. II 1993, 331; v. 16.2.1996 – I R 183/94, BStBl. II 1996, 342 zur Einbringung einer PersGes. in eine KapGes.; GROH, DB 1990, 538; THIEL, DStR 1992, 1). Liegen die Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 Satz 2 bzw. des § 23 Abs. 4 UmwStG vor, gehen die Vorschriften des UmwStG dem § 17 vor (vgl. BMF v. 15.2.1995, BStBl. I 1995, 149, wonach in diesem Fall die Grundsätze des „Tauschgutachtens“ nicht anwendbar sein sollen).

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

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

**d) Einschaltung einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft**

**Übertragung einer steuerverstrickten Beteiligung:** Nach stRspr. sind Beteiligungen, die zum Gesamthandsvermögen einer vermögensverwaltenden PersGes. (insbesondere der GbR) gehören, den Gesellschaftern nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO anteilig – dh. so, als ob sie an den Anteilsrechten zu Bruchteilen beteiligt wären – zuzurechnen (sog. Bruchteilsbetrachtung; BFH v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312; v. 12.10.1982 – VIII R 72/79, BStBl. II 1983, 128; v. 7.4.1976 – I R 75/73, BStBl. II 1976, 557; v. 9.5.2000 – VIII R 41/99, BStBl. II 2000, 686). Folglich handelt es sich bei der entgeltlichen Übertragung – wobei auch die Übertragung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten als entgeltlich anzusehen ist – einer im PV gehaltenen wesentlichen bzw. steuerverstrickten Beteiligung auf eine PersGes. nur insoweit um eine Veräußerung iSv. § 17, als dem Veräußerer nicht das Gesamthandsvermögen gem. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO zuzurechnen ist (DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 55; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 116; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 144). Entsprechendes gilt für die Übertragung von der Gesamthand auf ein Mitglied.

Entgegen seiner früheren Rspr. hat der BFH im Ur. 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 Personengesellschaften FOHLER, Private Anteilsveräußerung und vermögensverwaltende Personengesellschaften, Diss. Münster 2003, 5 ff., 169 ff.). UE kann die Beurteilung der vermögensverwaltenden PersGes. entweder als bloße Bruchteile der Gesellschafter oder als Einheit im Rahmen einer Norm nur einheitlich erfolgen. Solange die Veräußerung der Anteile an der GbR nach Bruchteilsgrundsätzen behandelt wird (s.u.), muss die Bruchteilsbetrachtung auch für die anderen Vorgänge gelten.

**Veräußerung von Anteilen an einer vermögensverwaltenden GbR:** Auf Grundlage der Bruchteilsbetrachtung ist die Veräußerung des Anteils an einer vermögensverwaltenden PersGes., die eine wesentliche bzw. steuerverstrickte Beteiligung hält, als anteilige Veräußerung der Beteiligung an der KapGes. durch die Gesellschafter der PersGes. zu werten (BFH v. 13.7.1999 – VIII R 72/98, BStBl. II 1999, 820). Ob der Gesellschafter einen Anteil im Umfang der gesetzlichen Beteiligungsgrenze an der im Gesamthandsvermögen befindlichen Beteiligung an der KapGes. hat, bestimmt sich uE in konsequenter Anwendung der Bruchteilsbetrachtung nach dem auf ihn entfallenden Anteil an der Beteiligung der PersGes. (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO; glA zB HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 20). Der BFH hat diese Frage im Ur. v. 13.7.1999 – VIII R 72/98 (aaO, II.2.d) offen gelassen. Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters ist entsprechend zu behandeln. Die vom BFH (Ur. v. 4.10.1990 – X R 148/88, BStBl. II 1992, 211) zu § 23 aF aufgestellten Grundsätze zum Erwerb und der Veräußerung einer Mitgliedschaft an einer vermögensverwaltenden PersGes. lassen sich nicht auf § 17 übertragen (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). 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 hat dies nach Ansicht des BFH (Urt. v. 6.10.2004 – IX R 53/01, BFH/NV 2005, 129; vgl. aber Nichtanwendungserlass des BMF v. 18.5.2005, BStBl. I 2005, 698, im Vorgriff auf eine gesetzliche Festschreibung der vorherigen Verwaltungspraxis) entgegen R 138 Abs. 5 Satz 4 EStR nicht zur Folge, dass die gesamten Einkünfte der Obergesellschaft als Einkünfte aus Gewerbebetrieb gelten. Dies werde durch den Sinn und Zweck der Abfärberegelung nicht gerechtfertigt. Die Ermittlung von Einkünften unterschiedlicher Einkunftsarten führe nicht zu Schwierigkeiten, weil die Beteiligungseinkünfte bei der Untergesellschaft ohnehin gesondert ermittelt werden müssten (BFH v. 6.10.2004 – IX R 53/01 aaO, II.2.b. aa). UE kommt es deshalb bis zu einer gesetzlichen Festschreibung der vorherigen Verwaltungspraxis auch nicht zur Umfärbung der Einkünfte aus der Veräußerung der Beteiligung an einer KapGes.

#### 89 e) Einziehung von Anteilen

**Einziehung von Aktien:** Die Einziehung von Aktien nach § 237 Abs. 2 AktG iVm. § 222 AktG hat den Charakter einer Kapitalherabsetzung. Hierauf ist Abs. 4 anzuwenden (DÖLLERER, StbJb. 1981/82, 195 [215]; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 79a; LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 140; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 35). Erfolgt die Kapitalherabsetzung dagegen in der vereinfachten Form des § 237 Abs. 2 Nr. 2 AktG, wonach die Aktien zu Lasten des Bilanzgewinns oder der freien Rücklagen eingezogen werden, so ist von einer Veräußerung iSd. Abs. 1 auszugehen (DÖLLERER, StbJb. 1981/82, 195 [215]; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 146; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 79a).

**Einziehung von GmbH-Anteilen:** Nach § 34 GmbHG iVm. § 30 Abs. 1 GmbHG erfolgt die Zahlung des Entgelts für die Einziehung von GmbH-Anteilen zu Lasten des Bilanzgewinns oder der freien Rücklagen. Auch wenn die eingezogenen Anteile bei der KapGes. wertlos sind (vgl. BFH v. 1.7.1992 – II R 20/90, BStBl. II 1992, 912), wird die Einziehung als Veräußerung iSd. Abs. 1 angesehen, da die Anteile zivilrechtl. gegen Entgelt erworben werden, ohne dass eine Kapitalherabsetzung zu erfolgen hat (RAUPACH, FR 1978, 570; DÖLLERER, StbJb. 1981/82, 195 [216]; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 79; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 35; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 146). Nach aA liegt wirtschaftlich eine Teilliquidation vor, die der Regelung des Abs. 4 unterfallen soll (so SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 101; WASSERMAYER in Festschr. L. Schmidt, 1993, 621; LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 140). Sofern für die Einziehung ein unangemessen hohes Entgelt gezahlt wird, liegt eine vGA vor (vgl. Anm. 91).

#### 90 f) Erbauseinandersetzung

Eine wesentliche Beteiligung ist stl. nicht der Erbengemeinschaft als solcher, sondern gem. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO anteilig den Miterben zuzurechnen (Bruch-

teilsbetrachtung, vgl. BMF v. 11.1.1993, BStBl. I 1993, 62 Rn. 28, idF des BMF-Schr. v. 5.12.2002, BStBl. 2002, 1392). Abweichend von seiner früheren Rspr. sieht der BFH zwischen Erbfall und Erbauseinandersetzung für die Einkommensbesteuerung keine rechtliche Einheit mehr (BFH v. 5.7.1990 – GrS 2/89, BStBl. II 1990, 847). Setzen sich die einzelnen Miterben in einer Weise auseinander, dass ein Miterbe Alleineigentum an einer Beteiligung erhält, deren Wert seine Erbquote nicht übersteigt (Realteilung ohne Abfindung), so liegt eine unentgeltliche Anteilsübertragung vor (vgl. BMF v. 11.1.1993 aaO Rn. 25 ff.). Soweit der Wert einer Beteiligung die Erbquote übersteigt und der Übernehmer deswegen eine Abfindung an die anderen Miterben leistet (Realteilung mit Abfindung), liegt ein entgeltlicher Erwerb vor (BFH v. 5.7.1990 – GrS 2/89, BStBl. II 1990, 847; BMF v. 11.1.1993 aaO Rn. 23 ff. mit Beispielen).

### g) Erwerb eigener Anteile

91

Der Erwerb eigener Anteile richtet sich nach § 33 GmbHG bzw. §§ 71 ff. AktG. Zwar sind eigene Anteile wirtschaftlich betrachtet wertlos (SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 102; THIEL in Festschr. L. Schmidt, 1993, 569), trotzdem gelten sie handelsrechtl. als Vermögensgegenstände (§ 33 Abs. 2 GmbHG, § 71 AktG, §§ 266 Abs. 2 B III Nr. 2, 272 Abs. 4, 253 III HGB; vgl. auch BMF v. 2.12.1998, DStR 1998, 2011 zur handels- und strechtl. Behandlung von eigenen Aktien). Entsprechend sind 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; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 34; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 147). Nach zutr. Auffassung (DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 79; BREUNINGER, DStZ 1991, 420; HERZIG, JbFStR 1982/83, 359 [379]; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 34; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 147; WASSERMAYER in Festschr. L. Schmidt, 1993, 621; aA THIEL in Festschr. L. Schmidt, 1993, 569 [577]; OSSENDORF, BB 1979, 40, wonach Abs. 4 Anwendung findet, sofern die eigenen Anteile nicht der Durchführung von Umsatzgeschäften dienen) handelt es sich daher bei der Veräußerung einer Kapitalbeteiligung durch den Anteilseigner an seine KapGes. um eine Veräußerung iSd. Abs. 1. Dabei ist es unerheblich, ob die KapGes. die Anteile mit oder ohne Einziehungsabsicht erwirbt (so auch BMF v. 2.12.1998, BStBl. I 1998, 1509 Rn. 24). Der Erwerb eigener Anteile durch die KapGes. ist als Gestaltungsalternative zur Dividendenausschüttung in Erwägung zu ziehen (dazu PRINZ/FREEDEN, FR 2005, 533).

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]; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 79). 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.

### h) Umtausch von Wandelschuldverschreibungen

92

Der Umtausch von handelbaren und wertpapiermäßig verbrieften Wandelanleihen (Wandelschuldverschreibungen) iSd. § 221 AktG in Aktien der ausgebenden Gesellschaft ist mangels Tauschvertrag iSd. § 515 BGB keine Veräußerung. Der Schuldverschreibungsgläubiger erlangt bereits mit dem Erwerb der Schuldverschreibung kraft Gesetzes ein festes und wertpapiermäßig verbrieftes Recht auf den Erwerb von Aktien. Daher handelt es sich bei der Begebung von Schuldverschreibungen einerseits und der späteren Lieferung von Aktien andererseits

wirtschaftlich um einen einheitlichen Vorgang, so dass die Ausübung des Bezugsrechts weder zu einem Tausch führt noch eine Aufrechnung einer Forderung darstellt (sog. Identität bzw. Einheitlichkeit der Wertpapiere; vgl. dazu zB RFH v. 5.7.1929, RFHE 25, 264; v. 24.8.1944, RFHE 54, 128; BFH v. 28.1.1976 – IV R 209/74, BStBl. II 1976, 288 zur wirtschaftlichen Identität im Zusammenhang mit der Anlagedauer nach § 6b Abs. 4 Satz 2; v. 30.11.1999 – IX R 70/96, BStBl. II 2000, 262 zum Umtausch von variabel verzinslichen in fest 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, nrkr.; FG Köln v. 11.5.2004, EFG 2004, 1760, nrkr., Az. BFH VI R 41/04; FG München v. 11.12.2002, DStRE 2003, 715, nrkr., Az. BFH VI R 18/03; FG München v. 11.12.2002, DStRE 2003, 718, rkr.; insoweit zu Einkünften aus § 19 aber weiter offen gelassen in BFH v. 23.6.2005 – VI R 124/99, BFH/NV 2005, 1702, und v. 23.6.2005 – VI R 10/03, BFH/NV 2005, 1706).

Vom Veräußerungsgeschäft iSd. § 17 zu unterscheiden ist ferner die stl. Beurteilung des verbilligten Bezugs von Aktien aus Wandelschuldverschreibungen oder aus Wandeldarlehen, die jeweils an ArbN ausgegeben werden und (fast) ausschließlich durch deren Beschäftigungsverhältnis veranlasst sind (dazu BFH v. 23.6.2005 – VI R 142/99, BFH/NV 2005, 1702, und v. 23.6.2005 – VI R 10/03, BFH/NV 2005, 1706; ferner FG München v. 11.12.2002, DStRE 2003, 715, nrkr., Az. BFH VI R 18/03; FG Köln v. 11.5.2004, EFG 2004, 1760, nrkr., Az. BFH VI R 41/04; aus dem Schrifttum zB HERZIG/LOCHMANN, WPg. 2003, 837 ff. mwN; BAUER/GEMMEKE, StB 2003, 83; aA zB EISOLT/WICKINGER, BB 2001, 122; LEOPOLD, FR 2000, 1332). Für die nach den Umständen des Einzelfalls vorzunehmende Abgrenzung bzw. Wertung ist die Feststellung wesentlich, ob die mit der Wandelschuldverschreibung erfolgte Kapitalüberlassung an den ArbG oder aber umgekehrt eine (im Zeitpunkt der Ausgabe bereits eindeutig existente oder absehbare) Aktienverschaffung als geldwerter Vorteil an den ArbN prägend ist (so im Grundsatz auch BFH v. 23.6.2005 – VI R 124/99, BFH/NV 2005, 1702; instruktiv für diese Abwägung bereits AdV-Beschluss des FG Düss. v. 11.4.2001, DStRE 2001, 693).

### 93 i) Treuhandverhältnisse

Die Begründung und Beendigung eines Treuhandverhältnisses stellt keine Veräußerung dar, wenn die Anteile nur vom rechtlichen an den wirtschaftlichen Eigentümer bzw. vom wirtschaftlichen auf den rechtlichen 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 zivilrechtliche Eigentum nicht ändert. Nach FG Köln v. 21.4.2005 (EFG 2005, 1195, Rev. wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen, BFH Az. VIII R 34/05) bedarf es für die stl. Anerkennung einer Treuhandabrede über einen (existierenden) GmbH-Geschäftsanteil der notariellen Form und der (rechtzeitigen) Anzeige an das FA gem. § 54 EStDV (einschränkend auf die Vereinbarungstreuhand FOHLER/GREITEMANN, DB 2005, 2488 mwN).



### j) Übertragung von Anteilen in das Betriebsvermögen einer Mitunternehmenschaft

94

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

#### Übertragung gegen Gesellschaftsrechte:

Der BFH (Urt. v. 19.10.1998 – VIII R 69/95, BStBl. II 2000, 230) sieht die Übertragung einer (wesentlichen) Beteiligung auf eine Mitunternehmenschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten als eine dem Tausch ähnliche entgeltliche Verfügung an, bei der eine in Geld ausgedrückte Einlageschuld mit dem objektiven Wert der eingebrachten Beteiligung verrechnet wird. Die aufnehmende PersGes. hat die empfangene Beteiligung mit ihrem gemeinen Wert zu aktivieren (zustimmend BMF v. 29.3.2000, BStBl. I 2000, 462, mit Übergangswahlrecht für Fälle bis zum 31.6.2000; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 115; krit. SCHULZE ZUR WIESCHE, FR 1999, 519). Der BFH lehnte eine – unmittelbare oder mittelbare – Anwendung des § 24 UmwStG ab, da diese Vorschrift nicht die Einbringung einzelner WG aus dem PV erfasse (aA DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 55).

**Die Übertragung einer steuerverstrickten Beteiligung aus dem Privatvermögen in das Sonderbetriebsvermögen** des Anteilseigners bei einer PersGes. ist keine Veräußerung, da die Beteiligung nicht auf einen anderen Rechtsträger übergeht, denn Rechtsträger des SonderBV ist der Mitunternehmer und nicht die PersGes. Daher liegt eine Einlage vor, die nach § 6 Abs. 1 Nr. 5 zu bewerten ist (s. auch BMF v. 20.12.1977, BStBl. I 1978, 8 Rn. 50). Sofern der Teilwert niedriger ist als die ursprünglichen AK, können letztere angesetzt werden, damit der vor der Einlage entstandene Wertverlust nicht verloren geht (BFH v. 25.7.1995 – VIII R 25/94, BStBl. II 1996, 685: teleologische Extension des § 6 Abs. 1 Nr. 5; anders BMF v. 5.12.1996, BStBl. I 1996, 1500; R 140 Abs. 8 EStR 2003). Da sich die wesentliche Beteiligung nunmehr im BV befindet, fällt ihre spätere Veräußerung nicht mehr unter § 17.

**Wird die steuerverstrickte Beteiligung unentgeltlich in das Gesamthandsvermögen einer gewerblich tätigen PersGes. eingebracht**, liegt ebenfalls keine Veräußerung, sondern eine Einlage vor (BMF v. 29.3.2000, BStBl. I 2000, 462; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 110; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 32; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 55). Bei entgeltlicher Übertragung oder Einbringung gegen Gesellschaftsrechte kommt es dagegen zur Gewinnrealisierung.

### k) 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; v. 13.10.1992 – VIII R 3/89, BStBl. II 1993, 477; v. 19.4.2005 – VIII R 68/04, BStBl. II 2005, 762; FG München v. 30.9.1997, EFG 1998, 461, rkr.). Dem steht es gleich, wenn das Bezugsrecht auf Veranlassung des Anteilseigners durch Gesellschafterbeschluss einem Dritten eingeräumt wird, also direkt bei dem

Dritten entsteht (BFH v. 8.4.1992 – I R 128/88 aaO unter II.2a); v. 19.4.2005 – VIII R 68/04 aaO; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 104; LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 143).

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

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

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

97–99 Einstweilen frei.

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

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

#### a) Begriffe „Veräußerer“ und „Beteiligung“

100

**Beteiligung:** zum Begriff s. Anm. 114 f.

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

**Die Art des Erwerbs** der Beteiligung ist unerheblich (BFH v. 7.7.1992 – VIII R 56/88, BFH/NV 1993, 25). Die Beteiligung kann entgeltlich oder unentgeltlich erworben worden sein (BFH v. 18.1.1999 – VIII B 80/98, DStR 1999, 538). 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; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 92). Erforderlich ist lediglich, dass die Beteiligung mit Gewinnerzielungsabsicht erworben und gehalten wird (BFH v. 29.6.1995 – VIII R 68/93, BStBl. II 1995, 722). Entscheidend für die Annahme eines Erwerbs ist, dass das wirtschaftliche Eigentum – wenn auch nur für einen kurzen Zeitraum – auf einen anderen übergegangen ist (BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424 [427]).

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

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

#### b) Keine Zusammenrechnung der Anteile von Angehörigen

101

Ob der Stpfl. beteiligt iSv. Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 ist, richtet sich allein nach der ihm (rechtlich oder wirtschaftlich) zustehenden Beteiligung. Anteile seiner Ange-

hörigen (iSv. § 15 AO) werden mit seinen Anteilen weder bei eventuell gleichgerichteten Interessen noch im Fall der Minderjährigkeit des Angehörigen zusammengerechnet.

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

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

**Gesamthandseigentum** an einer Beteiligung ist möglich (zB im Rahmen einer GbR, Erbengemeinschaft, ehelichen Gütergemeinschaft). Ist die Gesellschaft/Gemeinschaft nur vermögensverwaltend tätig, ist eine im Gesamthandsvermögen befindliche Beteiligung an einer KapGes. den einzelnen Gesamthändern gem. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO unmittelbar anteilig im Wege einer Bruchteilsbetrachtung zuzurechnen, dh. so, als ob sie an dem Anteil zu Bruchteilen berechtigt wären (BFH v. 13.7.1999 – VIII R 72/98, BStBl. II 1999, 820; v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312; v. 7.4.1976 – I R 75/73, BStBl. II 1976, 557; v. 9.5.2000 – VIII R 41/99, BStBl. II 2000, 686; zu der vermögensverwaltenden GbR s. Anm. 122). Die Bruchteilsbetrachtung bezieht sich auf alle Umstände, die für die Ermittlung des Veräußerungsgewinns relevant sind; hierunter fallen AK, Veräußerungskosten sowie Veräußerungspreis (BFH v. 7.4.1976 – I R 75/73, BStBl. II 1976, 557). Konsequenterweise gilt dies auch für die Frage, ob die für § 17 notwendige Beteiligungshöhe erreicht wird (offen insoweit BFH v. 13.7.1999 – VIII R 72/98, BStBl. II 1999, 820, 2. d):

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

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

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

teilung anzusehen ist (s. Anm. 122). Einzelheiten zur Besteuerung des Management-Gewinns bei Private Equity Fonds s. Anm. 31.

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

#### d) Anteile im Privatvermögen und im Betriebsvermögen des Veräußerers 103

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

**Beispiel:** Der Stpfl. besitzt 0,9 vH der Anteile an der X-GmbH im PV. Er hält weitere 0,6 vH in einem gewerblichen BV. Er ist daher insgesamt zu 1,5 vH 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 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).

Einstweilen frei.

104–109

## 2. Fünfjahresfrist (Satz 1 Halbs. 2)

### a) Allgemeines

110

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

entgeltlichen Erwerb s. Satz 4 nF, dazu Anm. 155 f. Zur Auswirkung der Absenkung der Beteiligungsgrenze auf die Frist vgl. Anm. 131 f.

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

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

**Beispiel:** Der Stpfl. hat am 1.2. des Jahres X eine Beteiligung von 10,5 vH gekauft und am 1.6. des gleichen Jahres hiervon 0,5 vH verkauft. Fristlauf 2.6. des Jahres X bis 1.6. des Jahres X+5. Erstmals am 2.6. dieses Jahres fällt die Veräußerung der restlichen 0,5 vH nicht mehr unter § 17.

**Maßgeblicher Zeitpunkt:** Noch nicht endgültig geklärt ist, ob sich Anfang und Ende der Fünfjahresfrist nach dem schuldrechtl. Anschaffungsgeschäft und dem schuldrechtl. Veräußerungsgeschäft bestimmen (offen gelassen von BFH v. 30.6.1983 – IV R 113/81, BStBl. II 1983, 640) oder ob die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums entscheidend ist (so BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 113; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 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, DStRE 1998, 583, 584 mwN). Es ist allerdings denkbar, dass das wirtschaftliche Eigentum bereits durch den schuldrechtl. Vertrag übertragen wird.

**Beispiel:** A ist am 1.1.02 an der Z-GmbH (Wj. = Kj.) mit 1,2 vH beteiligt. Am 2.1.02 verkauft er 0,3 vH seiner Anteile (nicht notariell beurkundet) an B, der sofort den Kaufpreis entrichtet. Am 1.2.03 wird der 0,3-vH-GmbH-Geschäftsanteil von A an B rückwirkend zum 2.1.02 abgetreten (notarielle Beurkundung ist erfolgt). Am 1.10.07 veräußert A seine restliche Beteiligung an C.

Die Veräußerung an C unterfällt § 17, da A innerhalb der letzten 5 Jahre wesentlich beteiligt war. Zwar hat er durch die Veräußerung an B die Beteiligungsgrenze von 1 vH unterschritten. Maßgeblicher Zeitpunkt hierfür war aber die notarielle Abtretungserklärung v. 1.2.03. Erst durch diese Erklärung ging das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen auf B über. Dass die Abtretung rückwirkend vereinbart wurde, ändert hieran nichts (vgl. zur Zulässigkeit von Vereinbarungen mit Rückwirkung BFH v. 10.9.1984 – VIII R 119/81, BStBl. II 1985, 55). In dem Kaufvertrag liegt weder die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums noch die Einräumung eines entsprechenden Anwartschaftsrechts an B (vgl. Anm. 150 f.).

**Zwischenzeitliche Nichtbeteiligung und unwesentliche Beteiligung:**

Nach dem Wortlaut des Satz 1 ist nicht erforderlich, dass gerade die veräußerten Anteile Teil einer wesentlichen bzw. steuerverstrickten Beteiligung innerhalb der letzten 5 Jahre waren. Hat also der Stpfl. innerhalb des Fünfjahreszeitraums eine steuerverstrickte Beteiligung erworben und wieder veräußert und danach eine nicht steuerverstrickte Beteiligung ( 1 vH) erworben und veräußert, wäre auch die letzte Veräußerung stpfl. (so BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 110; BFH v. 20.4.1999 – VIII R 58/97, BStBl. II 1999, 650; v. 1.8.2001 – VIII B 80/00, BFH/NV 2002, 180 [181]; offen gelassen noch von BFH v. 17.6.1997 – VIII B 72/96, BFH/NV 1997, 882; v. 24.4.1997 – VIII R 23/93, BStBl. II 1999, 342). Diese Auslegung geht aber uE über den Zweck des § 17 hinaus, der (jedenfalls nach den älteren Gesetzesfassungen vor StSenkG) an die Einflussmöglichkeit

des wesentlich Beteiligten anknüpft. Sie überschreitet wohl auch den Zweck der Fünfjahresfrist, Umgehungen zu verhindern. Deshalb ist uE anzunehmen, dass mit den Worten „wesentlich beteiligt war“ (bis StSenkG) gemeint ist, dass der Veräußerer gerade mit den – ganz oder teilweise – veräußerten Anteilen wesentlich beteiligt war (glA SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 77; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 90; HERZIG/FÖRSTER, DB 1997, 594). Entsprechendes gilt uE auch für die aktuelle Gesetzesfassung (Beteiligungsgrenze von 1 vH).

Hat innerhalb eines Fünfjahreszeitraums eine wesentliche bzw. steuerverstrickte Beteiligung bestanden, so fällt auch die Veräußerung von Anteilen unter § 17, die zu einem Zeitpunkt erworben wurden, als eine wesentliche bzw. steuerverstrickte Beteiligung noch gar nicht gegeben war. Entsprechend wird nach dem BFH der Wertzuwachs dieser Anteile auch insoweit berücksichtigt, als er auf den Zeitraum fällt, zu dem noch keine steuerverstrickte Beteiligung vorlag (BFH v. 16.5.1995 – VIII R 33/94, BStBl. II 1995, 870; v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312; v. 18.1.1999 – VIII B 80/98, DStR 1999, 538; v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398, und v. 1.3.2005 – VIII R 25/02, BStBl. II 2005, 436; krit. zB CREZELIUS, DB 1997, 195; PAUS, FR 1994, 350).

**Junge Aktien**, die der Stpfl. 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 Fünfjahresfrist veräußert werden (BFH v. 10.11.1992 – VIII R 40/89, BStBl. II 1994, 222).

### b) Kapitalerhöhung

111

Eine Kapitalerhöhung, an der sich der Stpfl. nicht beteiligt, kann seine steuerverstrickte bzw. wesentliche Beteiligung in eine nicht steuerverstrickte bzw. unwesentliche verwandeln. Allerdings kann in der Nichtteilnahme an der Kapitalerhöhung auch die Veräußerung eines Bezugsrechts liegen (vgl. BFH v. 8.4.1992 – I R 128/88, BStBl. II 1992, 761), die dann nach § 17 stpfl. ist (vgl. Anm. 70 und 96). Nach 5 Jahren kann der Anteilseigner die Beteiligung sfrei veräußern. In diesem Vorgehen liegt grundsätzlich kein Rechtsmissbrauch iSd. § 42 AO (BFH v. 27.1.1977 – IV R 46/76, BStBl. II 1977, 754). Die Fünfjahresfrist beginnt uE hier mit der Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister, weil erst dann die neuen Anteile entstehen (FG Bremen v. 17.6.2004 – 1 K 20/04, nv.; glA HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 93; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 114). Vorher geben die Anteile noch kein Stimmrecht; die für die Besteuerung gem. § 17 gesetzepolitisch maßgebende Einflussmöglichkeit des Stpfl. besteht bis dahin noch fort. Die rechtsmissbräuchliche Kapitalerhöhung dürfte jedoch nach der Absenkung der relevanten Beteiligungsgrenze auf 1 vH durch das StSenkG in der Praxis keine Rolle mehr spielen.

Einstweilen frei.

112–113

### 3. Beteiligung am Kapital der Gesellschaft (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 jetzt auch SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 38, aA noch in der 17. Aufl.; aA auch BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 85).

Diese Auslegung ergibt sich aus dem Zweck des Abs. 1. Die Norm soll den aufgrund der Veräußerung des Geschäftsanteils eintretenden Zuwachs an finanzieller Leistungsfähigkeit erfassen (BFH v. 16.5.1995 – VIII R 33/94, BStBl. II 1995, 870; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 56). Für die Besteuerung ist damit nicht die Einflussnahmemöglichkeit des Gesellschafters, sondern allein dessen Anspruch auf die Beteiligung an der Substanz der Gesellschaft maßgeblich. Zweck der Bestimmung eines Prozentsatzes (bei ursprünglich mehr als 25 vH) war es, im Interesse der einfachen Handhabung dieser Vorschrift eine feste Grenze zu ziehen (Begr. EStG 1925, vgl. STRUTZ, EStG 1925, § 30 Anm. 2). Diesem Zweck wird nur eine Anknüpfung am Nennkapital gerecht. Würde man hingegen die Beteiligung auf das tatsächliche Vermögen beziehen, so könnte aufgrund der Vielzahl der möglichen Satzungsregelungen bezüglich der Verteilung des Gewinns und des Liquidationserlöses nur mit Hilfe einer aufwändigen Einzelfallbetrachtung festgestellt werden, ob eine Beteiligung wesentlich bzw. steuerverstrickt ist. Dies wäre mit der Rechtssicherheit unvereinbar. Nach den Änderungen des StSenkG kommt dies sprachlich nun deutlich zum Ausdruck, indem – nach der Integrierung des Satzes 4 in Satz 1 (vgl. Anm. 1 betr. StSenkG zu „Wegfall des Begriffs der Wesentlichkeit“) – die sprachlich verkürzte Bezeichnung der Beteiligung „an der Gesellschaft“ nicht mehr erwähnt wird, sondern im neuen Satz 1 nur noch von der Beteiligung „am Kapital der Gesellschaft“ die Rede ist.

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

**Beispiel:** A ist mit 900 € am Stammkapital der B-GmbH von 100 000 € beteiligt. Die GmbH besitzt eigene Anteile in Höhe von 10 000 €. Zur Ermittlung der Beteiligungshöhe ist daher von einem Stammkapital von 90 000 € auszugehen. Folglich ist A zu genau 1 vH 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 Ges. austritt bzw. ausgeschlossen wird (DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 79a; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 87). Auch im Fall von wechselseitigen Beteiligungen ist die wechselseitige Beteiligung



vom Nennkapital abzuziehen (LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 88; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 81).

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

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

**Genussscheine:** Soweit sie zu den „Anteilen an einer KapGes.“ iSv. Abs. 1 Satz 3 gehören (vgl. Anm. 146), gilt bei der Ermittlung der Höhe der Beteiligung uE das Gleiche wie für Anwartschaften. Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn die Genussscheine eine Beteiligung am Liquidationserlös gewähren (so aber Nds. FG v. 16.7.2003, DStRE 2004, 75; KRATZSCH, BB 2004, 581; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 59), denn dies hätte zur Folge, dass die Bezugsgröße nicht mehr das Nennkapital, sondern ein um das Genussscheinkapital erhöhter Betrag ist. Insbes. dann, wenn die Beteiligung am Liquidationserlös nicht auf einen Bruchteil lautet, ließe sich dieser nur schwer bestimmen.

Einstweilen frei.

115–119

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

##### a) Begriff der unmittelbaren Beteiligung

120

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

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

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

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

#### 121 b) Begriff der mittelbaren Beteiligung

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

#### 122 c) Wichtige Einzelfälle (ABC)

**Sicherungsabtretung, Verpfändung:** Zur Sicherung abgetretene Anteile an KapGes. sind stl. dem Sicherungsgeber zuzurechnen (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO). Es gilt also Entsprechendes wie bei Treuhandverhältnissen, s. nachfolgend. Ist allerdings der Sicherungsnehmer berechtigt, über den Rahmen einer bloßen Sicherung hinaus über das Sicherungsgut zu verfügen, so ist es ihm zuzurechnen (RFH v. 8.1.1943, RStBl. 1943, 26).

##### **Treuhanderschaft:**

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

► *Begründung und Aufhebung* des Treuhandverhältnisses erfolgen durch Vertrag. Er kann auch mündlich oder stillschweigend geschlossen werden. Die 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).

► *Nachweis* des Treuhandverhältnisses: Zwar hat das FA von Amts wegen zu klären, ob ein Treuhandverhältnis besteht (§ 88 AO). Der Anschein spricht aber dafür, dass der Treuhänder als rechtl. Inhaber der Anteile auch ihr wirtschaftlicher Inhaber ist. Diese Vermutung muss der Treuhänder daher widerlegen (§ 159 AO; BFH v. 15.7.1997 – VIII R 56/93, BStBl. II 1998, 152). Vereinbarungen zwischen nahen Angehörigen (§ 15 AO) erkennt die Rspr. nur dann an, wenn sie eindeutig, ernstgemeint und bürgerlich-rechtl. wirksam sind, tatsächlich durchgeführt werden und wirtschaftlich zu einer Änderung der Inhaberschaft an dem betreffenden WG führen (Einzelheiten dazu s. zB TIPKE/KRUSE, § 42 AO Tz. 55 f.).

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

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

► *Typisch stille Unterbeteiligung/typisch stille Gesellschaft:* Die typisch stille Unterbeteiligung/typisch stille Gesellschaft vermittelt zumeist nur eine Beteiligung am Gewinn (Dividenden) aus den KapGesAnteilen, dagegen keine Vermögensrechte

an diesen. Sie kann deshalb nicht zu einer Veränderung der im Rahmen von § 17 relevanten Beteiligungsquote führen (Nds. FG v. 16.7.2003, DStRE 2004, 75; KRATZSCH, BB 2004, 581 [584]). Nicht nur Dritte, sondern auch ein Kapitalgesellschaftler 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 partiari-schen Darlehen; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 20 Rn. 140 mwN). Die Beherrschung der KapGes. schließt die Möglichkeit einer typisch stillen Unterbeteiligung/typisch stillen Gesellschaft nicht aus (BFH v. 21.6.1983 – VIII R 237/80 aaO mit Abgrenzung zur atypisch stillen Gesellschaft). Sowohl mit Vermögensbeteiligung als auch bei ausschließlicher Gewinnbeteiligung ist uE jedoch die Schwelle für die Annahme einer Mitunternehmerschaft iSv. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 in Form der atypisch stillen Unterbeteiligung/atypisch stillen Gesellschaft in der Praxis leicht überschritten (zur Abgrenzung s. zB OFD Frankfurt v. 26.6.1996, FR 1996, 604, und BFH v. 18.6.2001 – IV B 88/00, BFH/NV 2001, 1550 mwN).

### Zwischengeschaltete Kapitalgesellschaft(en):

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

Es ist auch möglich, dass die Beteiligung an einer KapGes. über eine andere jur. Person (zB über eine Genossenschaft) gehalten wird (BFH v. 10.2.1982 – I B 39/81, BStBl. II 1982, 392; FROTSCHER, § 17 Rn. 45; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 103). Eine mittelbare Beteiligung liegt auch dann vor, wenn die Anteile an einer KapGes. durch eine PersGes. mit gewerblichem BV vermittelt werden (BFH v. 10.2.1982 – I B 39/81, BStBl. II 1982, 392; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 69). Nicht erforderlich ist, dass die Beteiligung, welche die mittelbare Beteiligung vermittelt, selbst wesentlich bzw. steuerverstrickt ist (BFH v. 28.6.1978 – I R 90/76, BStBl. II 1978, 590; v. 12.6.1980 – IV R 128/77, BStBl. II 1980, 646; v. 14.10.2003 – VIII R 22/02, 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). 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 vH und an der C-GmbH zu 5 vH beteiligt. Die C-GmbH hält ihrerseits 20 vH an der B-GmbH. A ist unmittelbar zu 0,9 vH und mittelbar zu 1 vH, insgesamt also zu 1,9 vH 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 KapGes.*, an der der Stpfl. unmittelbar beteiligt ist, ihre Beteiligung an einer zweiten KapGes., so wirkt sich dieser Vorgang nur bei der veräußern- den KapGes., nicht jedoch beim Stpfl. aus.

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

Einstweilen frei.

123–129

## 5. Beteiligungsquote von mindestens 1 vH (Satz 1 Halbs. 2)

### a) Rechtsentwicklung

130

**Rechtslage bis 1998:** Bis einschließlich VZ 1998 war Voraussetzung für eine StPfl. nach § 17, dass der Veräußerer eine „wesentliche“ Beteiligung von *mehr* als 25 vH 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 vH 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 vH – genau 10 vH genügen – abgesenkt. Damit existierte für § 17 Abs. 1 Satz 4 EStG, § 9 Nr. 2a GewStG und § 26 Abs. 2 KStG eine einheitliche Beteiligungsgrenze von einem Zehntel. Die Herabsetzung der Wesentlichkeitsgrenze diente sowohl der Verbreiterung der Bemessungsgrundlage als auch der Missbrauchsbegrenzung (vgl. BTDrucks. 14/265, 179). Insbes. die sog. Quartett- und Quintett-Beteiligungen sollten hierdurch steuerverhaftet werden. Auch der Anwendungsbereich des § 50c Abs. 11, der die StFreiheit von Veräußerungsgewinnen einschränkte, sollte sich erheblich verringern.

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

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

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

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

**Veräußerung von Anteilen aus steuerverstrickter Beteiligung vor Bundestagsbeschluss (bis 4.3.1999):**

**Beispiel:** A war zu 15 vH an der B-GmbH beteiligt. Die Beteiligung hatte er am 1.2.1998 für 500 000 DM erworben. Er veräußerte sie am 1.3.1999 für 1 Mio. DM.

Das StEntlG 1999/2000/2002 wurde am 4.3.1999 im BTag verabschiedet; die Zustimmung des BRat erfolgte am 19.3.1999; die Ausfertigung am 24.3.1999 und die Verkündung im BGBl. am 31.3.1999. Mangels Erreichung der Wesentlichkeitsschwelle unterlag die Veräußerung von Anteilen zwischen 10 vH und 25 vH jedenfalls bis zum 4.3.1999 uE keiner Besteuerung nach § 17 (zur Begründung s. Anm. 9).

**Veräußerung von Anteilen aus steuerverstrickter Beteiligung vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung (24.3.1999), aber nach Bundestagsbeschluss (4.3.1999):**

**Beispiel** (vgl. Urteilsfall des BFH v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398): Wie vor. A veräußerte jedoch seine Beteiligung am 11.3.1999 (nach Gesetzesbeschluss im BTag, aber vor Zustimmung des BRats und vor Ausfertigung/Verkündung).

Nach dem UrT. des BFH v. 1.3.2005 – VIII R 92/03 (BStBl. II 2005, 398) ist die Veräußerung der Beteiligung am 11.3.1999 stpfl. Als relevanten vertrauenszerstörenden Zeitpunkt sieht der BFH ausdrücklich schon den Gesetzesbeschluss des BTag (4.3.1999), obwohl das Gesetzgebungsverfahren für das EStG erst mit Zustimmung des BRat und Verkündung durch den Bundespräsidenten abgeschlossen wird. Er lehnt zugleich einen dispositionsbezogenen Vertrauensschutz ab.

UE ist eine solche Vorverlagerung der Zerstörung von Vertrauen in das geltende (alte) Gesetzesrecht auf einen Zeitpunkt vor Verkündung oder Ausfertigung des neuen Gesetzes verfassungsrechtlich zweifelhaft. Vertrauensschutz in die (noch) geltende – und damit uE insoweit gegenüber Gesetzesvorhaben vorrangige – Gesetzeslage ist für Dispositionen des Stpfl. praktisch nur dann ein werthaltiges und durchsetzbares Verfassungsrecht, wenn für Gesetzesänderungen regelmäßig frühestens auf den Ausfertigungstag, besser noch auf den Tag der Verkündung im BGBl., als maßgebenden Zeitpunkt abgestellt wird. Für die Frage, ob ein von der Rückwirkung betroffener Tatbestand bereits in der Vergangenheit abgeschlossen worden ist (hier Veräußerung), ist der Zeitpunkt der Verkündung des Gesetzes maßgebend (BVerfG v. 14.5.1986 – 2 BvL 2/83, BVerfGE 72, 200 [242]). Dies gilt umso mehr, als gegenwärtig Steuergesetzgebungsverfahren und damit Gesetzesänderungen selten einen zeitlich und inhaltlich vorhersehbaren Verlauf nehmen. (Steuer-)Planungssicherheit ist ein nach Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG schutzwürdiges rechtsstaatliches Gut. § 17 Abs. 1 Satz 4 idF des StEntlG 1999/2000/2002 mit der auf 10 vH abgesenkten Beteiligungsgrenze war also erst ab dem 24.3.1999 rechtlich existent (vgl. zur Problematik der Rückbeziehung auf den Tag des Gesetzesbeschlusses im Bundestag Einf. ESt. Anm. 525).

**Veräußerung von Anteilen aus Beteiligung < 10 vH ab dem 24.3.1999 (Inkrafttreten) bei retroaktiver gesetzlicher Steuerverstrickung:**

**Beispiel** (vgl. Urteilsfall des BFH v. 1.3.2005 – VIII R 25/02 aaO): A war bis zum 29.12.1998 zu 10 vH an der B-GmbH beteiligt. Am 29.12.1998 veräußerte A einen

Teilgeschäftsanteil iHv 0,08 vH. Den verbleibenden Anteil an der B-GmbH iHv 9,92 vH veräußerte A am 28.06.1999 (nach Ausfertigung/Verkündung der gesetzlichen Neufassung).

Auch in diesem Fall bejaht der BFH in seinem zweiten Urt. v. 1.3.2005 – VIII R 25/02, BStBl. II 2005, 985) die StPfl. der Veräußerung im Jahr 1999, obwohl zu diesem Zeitpunkt keine Beteiligung von mindestens 10 vH mehr bestand und auch in den vergangenen VZ die jeweils geltenden Beteiligungsgrenzen nicht erreicht wurden. Der Senat folgt in dieser Entscheidung der von der FinVerw. (R 140 Abs. 2 Satz 2 EStR 2003) vertretenen Ansicht, dass sich die Frage, ob eine wesentliche Beteiligung gegeben sei, (ausschließlich) nach der im Veräußerungszeitpunkt geltenden Gesetzesfassung bestimme. Ausreichend sei daher, dass der StPfl. zu irgendeinem Zeitpunkt innerhalb von fünf Jahren vor der Veräußerung der Beteiligung mit 10 vH an der KapGes. beteiligt war. Den sog. veranlagungsbezogenen Beteiligungsbegriff, der bei der Prüfung der wesentlichen Beteiligung innerhalb der letzten fünf Jahre auf die in den vergangenen VZ geltende Rechtslage abstellt, lehnt der BFH ab. Gegen diese wortlautgetreue Auslegung des Abs. 1 nF sprechen uE jedoch erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, denn der Sachverhalt, an den die Fünfjahresfrist anknüpfen will (das Halten der Beteiligung in einer bestimmten Höhe) ist in einem vergangenen VZ vollständig abgeschlossen. Würde diesem abgeschlossenen Sachverhalt nunmehr nachträglich eine andere rechtl. Wertung beigelegt (dh. nachträgliche Qualifikation als wesentliche Beteiligung), um ihn bei der Prüfung der Steuerbarkeit des jetzigen Verkaufs als ein belastendes, stbegründendes Tatbestandsmerkmal zu verwerten, so wäre dies eine verfassungsrechtlich unzulässige Rückwirkung von Rechtsfolgen (so zu Recht auch FG Ba.-Württ. v. 8.12.2000, DStR 2001, 119 f., rkr.; aA BFH v. 1.3.2005 – VIII R 25/02, BStBl. II 2005, 436; FG Düss. v. 6.7.2001, DStRE 2001, 1338; FG München v. 11.2.2002, EFG 2002, 556, rkr.; FG München v. 28.4.2003, EFG 2003, 1162, rkr.; FG Münster v. 31.3.2004, DStRE 2004, 1126; Nds. FG v. 14.2.2005, EFG 2005, 1041, nrkr., Az. BFH VIII R 22/05; ähnlich in der Argumentation wohl auch BFH v. 8.11.2000 – II R 64/98, DStR 2001, 166 zu § 1 Abs. 2a GrEStG; aA FG Nürnberg v. 15.9.2003, EFG 2004, 105, rkr., bestätigt durch BFH v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398: zulässige unechte Rückwirkung; zur Kritik im Einzelnen vgl. Anm. 9 und zur Abgrenzung zwischen echter und unechter Rückwirkung Einf. ESt. Anm. 523 ff.).

**Veräußerung von Anteilen aus Beteiligung < 10 vH 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 DÖRSCH/PATR/PUNG/JOSEF, Umwandlungssteuerrecht, § 13 UmwStG Rn. 24) vertritt zT die Auffassung, dass dies auch gelten soll, wenn (a) die Verschmelzung vor dem 1.1.1999 stattfand (dh. vor der Absenkung der Beteiligungsgrenze auf mindestens 10 vH) und (b) die Beteiligung an der übertragenden Gesellschaft zwar mindestens 10 vH, aber weniger als 25 vH betrug; dieses Ergebnis wird mit einer extensiven Auslegung des BFH (Urt. v. 1.3.2005 – VIII R 25/02, BStBl. II 2005, 436) begründet, wonach die – ohnehin verfassungsrechtlich erheblich zweifelhafte (vgl. Anm. 9) – 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 dem BFH-Urt. v. 1.3.2005 – VIII R 25/02 aaO hinaus – unzutreffend, da ua. (a) 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, (b) § 13 Abs. 2 UmwStG von einem Veräußerungsvorgang (wenn auch zum Buchwert/AK) ausgeht, der in dem früheren VZ iSd. der Rückwirkungsdogmatik abgeschlossen ist, und (c) 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 EStG idF des StSenkG verstoßen, nach der die auf 10 vH abgesenkte Beteiligungsgrenze erst ab dem 1.1.1999 anzuwenden ist; sie würde – wegen der „Abgeschlossenheit“ der Verschmelzung – uE auch eindeutig gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot verstoßen. Dies gilt wegen der unterschiedlichen Ausgangsposition, die eine zusätzliche Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Beteiligung iSd. § 17 EStG“ im Zeitpunkt der früheren Verschmelzung erfordert, selbst dann, wenn das BVerfG (Verfassungsbeschwerde anhängig unter Az. 2 BvR 748/05) die Entscheidung des BFH v. 1.3.2005 – VIII R 25/02 aaO für verfassungsrechtlich zulässig erachten würde.

#### **Veräußerung von Anteilen aus Beteiligung von $\geq 10$ vH und nach dem 24.3.1999 (Inkrafttreten) bei retroaktiver gesetzlicher Steuerverstrickung:**

**Beispiel:** A ist seit 1970 zu 10 vH an der B-GmbH beteiligt. Die AK der Beteiligung betragen 100000 DM. Der gemeine Wert der Beteiligung zum 31.12.1998 beträgt 1 Mio. DM. Am 1.6.1999 veräußert A seine Beteiligung für 1,2 Mio. DM an C.

Der VIII. BFH-Senat lehnt in seiner Entscheidung v. 1.3.2005 – VIII R 92/03 (BStBl. II 2005, 398) 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 § 17 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. Urt. v. 20.4.1999 – VIII R 58/97, BFH/NV 1999, 1154). Durch die Anerkennung der Zeitwerte als AK bei In-Kraft-Treten der Gesetzesänderung bzw. der Absenkung der Beteiligungsgrenze wäre allerdings die uE verfassungsrechtlich bedenkliche rückwirkende Erfassung von bisher nicht steuerverstrickten stillen Reserven abgeschwächt worden (Einzelheiten vgl. Anm. 9 und zum Vertrauensschutz bei Dauersachverhalten Einf. ESt. Anm. 524).

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

Hierzu gelten die Ausführungen in Anm. 131 im Grundsatz entsprechend. Vgl. im Einzelnen auch Anm. 9.

#### 133 d) **Besteuerung nach dem Halbeinkünfteverfahren**

Der Veräußerungsgewinn unterliegt zukünftig nicht mehr der vollen Besteuerung. Das an die Stelle des Anrechnungsverfahrens getretene Halbeinkünfteverfahren stellt nicht nur Dividenden zur Hälfte stfrei, sondern gilt entsprechend



für Veräußerungsgewinne (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c iVm. § 3c Abs. 2). Allerdings sind auch Verluste nur noch zur Hälfte berücksichtigungsfähig. Die Regeln des § 34 sind nicht mehr anzuwenden.

Einstweilen frei.

134–139

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

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

### I. Begriff der verdeckten Einlage

140

Die verdeckte Einlage einer wesentlichen bzw. steuerverstrickten Beteiligung ist gegeben, wenn ein Gesellschafter oder eine ihm nahe stehende Person einer KapGes. außerhalb der gesellschaftsrechtl. Einlagen einen einlagefähigen Vermögensvorteil zuwendet und diese Zuwendung durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist (vgl. BFH v. 20.07.2005 – X R 22/02, BB 2005, 2230; v. 9.6.1997 – GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307; v. 15.10.1997 – I R 80/86, BFH/NV 1998, 624; begriffliche Einzelheiten s. Anm. 30, 230 und § 6 Anm. 1488b f. mwN).

Ursprünglich sah der BFH (Urt. v. 12.2.1980 – VIII R 114/77, BStBl. II 1980, 494) in der verdeckten Einlage von KapGesAnteilen in eine andere KapGes. eine Veräußerung iSv. Abs. 1. Davon rückte er später wieder ab (BFH v. 27.7.1988 – I R 147/83, BStBl. II 1989, 271) und qualifizierte den Vorgang als unentgeltliche Übertragung iSv. Abs. 1 Satz 4 (zu den sich daraus ergebenden Steuergestaltungsmodellen vgl. FELIX, DStZ 1989, 208; DÖLLERER, DStR 1989, 337; SCHMIDT, DStR 1989, 141). Um die Umgehung des § 17 zu vermeiden, stellte der Gesetzgeber mit dem StÄndG 1992 (BGBl. I 1992, 297; BStBl. I 1992, 146) die verdeckte Einlage von Anteilen an einer KapGes. in eine KapGes. ab dem VZ 1992 ausdrücklich der Veräußerung der Anteile gleich.

### II. Wirkung auf Gesellschafts- und Gesellschafterebene

141

**Gesellschafterebene:** Der Gesellschafter verwirklicht durch die verdeckte Einlage den Tatbestand des § 17, weil diese nach Abs. 1 Satz 2 einer Veräußerung gleichsteht. Bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns ist statt eines Veräußerungspreises der gemeine Wert der übertragenen Beteiligung anzusetzen (Abs. 2 Satz 2); dieser ist unter Berücksichtigung des § 11 BewG zu ermitteln. Gleichzeitig erhöhen sich die AK der Beteiligung an der aufnehmenden KapGes. um den gemeinen Wert der eingelegten Beteiligung. Der ab dem 1.1.1999 anwendbare § 6 Abs. 6 Satz 2 (Ansatz mit dem Teilwert) gilt uE nicht für Beteiligungen im PV, sondern nur für solche im BV (dazu bereits Anm. 30 und im Einzelnen § 6 Abs. 6 Anm. 1475 f., 1479, 1481, 1488b und 1488d; SCHMIDT/GLANEGGER XXIV. § 6 Rn. 551, 436; aA DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 165).

**Gesellschaftsebene:** Trotz der fingierten Veräußerung beim Gesellschafter liegt bei der Gesellschaft kein Erwerb, sondern eine Einlage vor (DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 52). Abs. 1 Satz 2 regelt nicht die Frage, wie die aufnehmende

KapGes. die eingelegten Anteile zu bewerten hat. Konsequenterweise müsste sich die Bewertung der Einlage nach § 6 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b richten (vgl. BFH v. 9.6.1997 – GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307, wonach die Einlagevorschriften des EStG auch auf KapGes. Anwendung finden). Das ist jedoch problematisch, wenn der Teilwert über den AK liegt, da nach dem Wortlaut des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Buchst. b höchstens die AK angesetzt werden dürfen. Dann könnte es im Fall einer späteren Veräußerung der wesentlichen bzw. steuerverstrickten Beteiligung durch die übernehmende KapGes. zu einer erneuten Besteuerung der stillen Reserven kommen (WASSERMEYER, DB 1990, 855; THIEL, DStR 1992, 1). Daher ist § 6 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b im Wege der teleologischen Reduktion dahingehend einzuschränken, dass immer der Teilwert anzusetzen ist (so ausdrücklich BMF v. 2.11.1998, BStBl. I 1998, 1227; s. a. DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 52; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 180; 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).

142–144 Einstweilen frei.

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

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

145

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

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

Ausländ. KapGes. (dh. KapGes., die weder Sitz noch Geschäftsleitung im Inland haben) fallen dann unter den Begriff der „KapGes.“ iSd. § 17 Abs. 1 Satz 3, wenn deren Rechtsform mit derjenigen einer inländ. KapGes. vergleichbar ist (BFH v. 22.2.1989 – I R 11/85, BStBl. II 1989, 794; v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312; v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424; vgl. auch Anm. 22).

**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 in Höhe von 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 Ges. nicht den Zweck der Einkunftserzielung verfolgt und keine Einkünfte iSd. § 2 Abs. 1 erzielt (zB bei Liebhaberei oder Gemeinnützigkeit). Dies führt dazu, dass Wertzuwächse besteuert werden, die durch stl. irrelevante Vorgänge entstanden sind.

## II. Die im Gesetz aufgezählten Anteile

146

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

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

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

**GmbH-Anteile** sind Geschäftsanteile an einer deutschen GmbH iSd. §§ 5, 14 GmbHG (BFH v. 19.5.1992 – VIII R 16/88, BStBl. II 1992, 902). Nach § 14 GmbH 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 (so jetzt BFH v. 25.11.1997 – VIII R 36/96, BFH/NV 1998, 691; anders wohl noch BFH v. 19.5.1992 – VIII R 16/88 aaO; wie hier auch SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 21; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 75).

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

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

Trotz des Wortlauts fallen auch unverbriefte Genussrechte unter § 17. Hierfür spricht zum einen der Vergleich mit GmbH-Anteilen, die auch dann als Anteile iSv. § 17 angesehen werden, wenn sie unverbrieft sind. Zum anderen ist dafür auch die Wertung in § 20 Abs. 1 Nr. 1 sowie in § 8 Abs. 3 KStG anzuführen (ebenso DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 82; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 46; LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 63; 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 EStG bewusst darauf verzichtet wurde, das Wort „Genussscheine“ durch „Genussrechte“ zu ersetzen).

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

### III. „Ähnliche Beteiligungen“

**Der Begriff „ähnliche Beteiligungen“** hat eine doppelte Bedeutung:

- Er kann sich zum einen auf Beteiligungen an anderen als den in Abs. 1 Satz 3 genannten KapGes. beziehen (zB Anteile an einer vergleichbaren ausländ. Ges.; vgl. hierzu Anm. 22);
- Zum anderen fallen hierunter auch andere (ähnliche) Beteiligungsarten an den in Abs. 1 Satz 3 genannten (oder an ähnlichen) KapGes.;
- Auch eine ähnliche Beteiligungsart an vergleichbaren ausländ. Ges. stellt eine ähnliche Beteiligung dar.

Vgl. dazu BFH v. 19.5.1992 – VIII R 16/88, BStBl. II 1992, 902; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 23 ff.; aA HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 47. Nach Ansicht des BFH (BFH v. 19.5.1992 – VIII R 16/88 (BStBl. II 1992, 902) sowie v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98 (BStBl. II 2000, 424) muss eine ähnliche Beteiligung iSd. Abs. 1 Satz 3 auch eine Beteiligung an den Gesellschaftsrechten beinhalten.

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

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

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

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

**Keine „ähnlichen Beteiligungen“** sind Anteile an einer Genossenschaft (§§ 1 ff. GenG) und an einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (§§ 15–53 VAG), da diese KStSubjekte nicht § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG unterfallen (vgl. Anm. 145). Auch der Komplementäranteil an einer KGaA ist keine ähnliche Beteiligung, soweit er nicht in Anteilen am Grundkapital besteht (vgl. § 15 Abs. 1 Nr. 3). Das Gleiche gilt für Investmentanteile (DÖRSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 87), Besserungsscheine, Gewinnschuldverschreibungen (selbst wenn sie eine Beteiligung am Liquidationserlös gewähren, da sie keine Beteiligung an Gesellschafterrechten vermitteln) sowie vom Stammrecht losgelöste Dividendenscheine (deren Besteuerung erfolgt nach § 20 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a).

148–149 Einstweilen frei.

#### IV. Anwartschaften auf Beteiligungen

##### 150 1. Begriff der Anwartschaften

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

**Anwartschaft und Anwartschaftsrecht:** Anwartschaft ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch die „begründete Aussicht auf den Erwerb einer tatsächlichen oder rechtlichen Position“; so BFH v. 20.2.1975 – IV R 15/71, BStBl. II 1975, 505 (im Anschluss an GRIMM, Dt. Wörterbuch). Zivilrechtl. versteht man unter einer Anwartschaft die rechtl. gesicherte Aussicht auf einen Erwerb, die darauf beruht, dass der normale Erwerbstatbestand schon teilweise verwirklicht ist und seine Vollendung mit einiger Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann. Zivilrechtl. unterscheidet sich der Begriff der Anwartschaft von dem des Anwartschaftsrechts; bei Letzterem muss sich die Aussicht rechtl. schon so weit verfestigt haben, dass der Verpflichtete den Rechtserwerb nicht mehr einseitig verhindern kann (vgl. PALANDT/HEINRICHS, 64. Aufl. 2005, Einf. vor § 158 Rn. 9 f.; LARENZ/WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 13 I 9). Ob der Begriff der Anwartschaft iSd. § 17 im engeren Sinne des Anwartschaftsrechts zu verstehen ist, ist noch nicht hinreichend geklärt. BFH v. 20.2.1975 – IV R 15/71 aaO hat die Frage offen gelassen; BFH v. 29.6.1977 – VIII S 15/76 (BStBl. II 1977, 726) geht ohne Problematisierung vom Anwartschaftsrecht aus. Nach uE zutr. Ansicht von SCHWEYER/DANNECKER (BB 1999, 1732 [1735 f.]) ist der Begriff zwar nicht im engen Sinn des Anwartschaftsrechts zu verstehen, jedoch werden nur „vertikale Anwartschaften“ erfasst (= solche, die sich gegen die Gesellschaft richten), nicht dagegen „horizontale“ (= Aussicht auf den Erwerb bestehender Anteile von einem anderen Gesellschafter).

## 2. Beispiele

**Bezugsrechte aus Kapitalerhöhung der Kapitalgesellschaft:** Anwartschaften iSd. Abs. 1 Satz 3 geben insbes. Bezugsrechte, die das Recht des Anteilseigners beinhalten, im Rahmen einer Kapitalerhöhung weitere Beteiligungsrechte (zB junge Aktien) zu den Bezugsbedingungen zu erwerben (BFH v. 20.2.1975 – IV R 15/71, BStBl. II 1975, 505; DÖRSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 91). Nach der ganz herrschenden Abspaltungstheorie ist das Bezugsrecht ein von der Substanz des alten Gesellschaftsanteils (zB Aktie) abgespaltenes Recht (BFH v. 20.2.1975 – IV R 15/71 aaO; v. 21.1.1999 – IV R 27/97, BStBl. II 1999, 638). Werden zB junge Aktien unter dem Ausgabekurs der Altaktien vor der Kapitalerhöhung ausgegeben, so verkörpert das Bezugsrecht wirtschaftlich einen Teil der Substanz der AG. Dasselbe gilt für GmbH-Anteile. Das Bezugsrecht ist bei der AG in § 186 AktG gesetzlich verankert. Bei der GmbH kann es sich aus der Satzung ergeben oder durch den Kapitalerhöhungsbeschluss gewährt werden (§ 55 Abs. 2 GmbH). 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. § 17 Abs. 1 Satz 3 gehört (vgl. nur BFH v. 13.10.1992 – VIII R 3/89, BStBl. II 1993, 477 mwN).

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

**Optionsanleihen** als weitere Art der Schuldverschreibung iSv. § 221 Abs. 1 Satz 1 AktG zählen ebenfalls zu den Anwartschaften, wenn der Berechtigte bereits an Vermögensmehrungen der KapGes. partizipieren kann (DÖLLERER, AG 1986, 237 [242]; LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 74; zweifelnd DÖRSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 94), weil der Kapitalgeber bei der Optionsanleihe iSv. § 221 Abs. 1 AktG neben der Schuldverschreibung zusätzlich das Recht erhält, innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu einem festgelegten Entgelt eine bestimmte Zahl von Aktien zu erwerben (HÜFFER, AktG, 6. Aufl. 2004, § 221 Rn. 6) und damit ein Optionsrecht erwirbt. Die Optionsanleihe iSv. § 221 Abs. 1 AktG stellt insoweit eine Kombination von Schuldverschreibung und Aktienbezugsrecht dar.

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

**Schuldrechtliche Ansprüche ohne Anwartschaftsqualität:** Schuldrechtl. Ansprüche gegen Gesellschafter auf Übertragung von Anteilen an KapGes. (wie zB Vorkaufsrechte oder bindende Kaufangebote) fallen nicht unter den Begriff der Anwartschaft (BFH v. 29.6.1977 – VIII S 15/76, BStBl. II 1977, 726: insoweit ernstlich zweifelnd; ähnlich FG Münster v. 25.2.2000, EFG 2000, 565, rkr.; FG Münster v. 28.7.1997, EFG 1997, 1508, rkr.; FG München v. 24.6.1999, DStRE 2000, 18, rkr.; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 50; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 77; aA SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 28), ebenso nicht das langfristige Angebot auf Abschluss eines Übertragungsvertrags, der sowohl den Kaufvertrag als auch die Übereignung (Abtretung) von GmbH-Anteilen enthält (FG Hamb. v. 11.7.2001, EFG 2001, 1435, rkr.; aA noch FG Hamb. v. 8.12.1970, EFG 1971, 335, rkr.). In diesen Fällen liegen nur horizontale Anwartschaften gegenüber den Mitgesellschaftern vor, die nicht erfasst sind (SCHWEYER/DANNECKER, BB 1999, 1732; s.o.). Bei Stimmrechtsvollmachten und Verfügungsbeschränkungen handelt es sich ebenfalls nicht um Anwartschaften, da diese keinen gesicherten Anspruch auf die Vermögenssubstanz beinhalten.

152–154 Einstweilen frei.

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

155

### I. Überblick

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

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

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

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

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

**Unentgeltlicher Erwerb** ist der Erwerb von Todes wegen (zB durch Erbanfall oder Vermächtnis) oder die Schenkung unter Lebenden (s. Anm. 97). Zu wertlosen Anteilen s. Anm. 97; zur vorweggenommenen Erbfolge s. Anm. 97. Die verdeckte Einlage ist seit dem VZ 1992 als entgeltliche Veräußerung zu behandeln. Der Erwerb durch vGA ist unentgeltlich (BFH v. 20.9.1986 – I R 150/82,



BStBl. II 1987, 455; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 91), ebenfalls solche im Rahmen einer Kapitalherabsetzung oder Liquidation einer KapGes. oder PersGes. (BFH v. 19.1.1982 – VIII R 21/77, BStBl. II 1982, 456; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 225).

**Teilentgeltlicher Erwerb** ist zB die gemischte Schenkung. Ein teilentgeltlicher Erwerb liegt auch beim Anteilerwerb im Rahmen einer Kapitalerhöhung vor, wenn der Gesellschafter eine Einlage leistet, die niedriger ist als der Wert der jungen Aktien (DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 114). Beim teilentgeltlichen Erwerb sind die Anteile in einen entgeltlich und in einen unentgeltlich erworbenen Teil aufzuteilen. Nur der unentgeltlich erworbene Anteil unterfällt dann dem Abs. 1 Satz 4 (BFH v. 17.7.1980 – IV R 15/76, BStBl. II 1981, 11; v. 10.10.1998 – VIII R 28/97, BFH/NV 1999, 616; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 82 ff.; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 161). Veräußert der Erwerber die Anteile anschließend teilweise weiter, kann er bestimmen, ob es sich um entgeltlich oder unentgeltlich erworbene Anteile handelt (DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 114; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 161; diff. BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 121a; aA GROH, StuW 84, 217 [226], der eine wertmäßige Aufteilung vornehmen will).

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

**„Innerhalb der letzten 5 Jahre“** vor der Veräußerung: Zur Fristberechnung s. Anm. 110. Wird eine wesentliche bzw. steuerverstrickte Beteiligung durch Schenkungen in Beteiligungen unterhalb der gesetzlichen Beteiligungsgrenze zerlegt und diese nach Ablauf von 5 Jahren veräußert, so liegt kein Gestaltungsmissbrauch iSv. § 42 AO vor (vgl. auch DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 113). Mit der zeitlichen Begrenzung hat der Gesetzgeber gleichzeitig seinen Willen bekundet, auf eine weitergehende stl. Erfassung zu verzichten.

## 2. Zusammenrechnung mit anderen Anteilen

157

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

Ist der Erwerber mit nunmehr 1 vH mindestens beteiligt, so findet niemals Abs. 1 Satz 4, sondern immer Satz 1 auf die gesamte Beteiligung Anwendung.

Dabei ist unerheblich, ob schon die unentgeltlich übertragene Beteiligung wesentlich bzw. steuerverstrickt war, ob der Erwerber schon vor dem unentgeltlichen Erwerb im Umfang der gesetzlichen Beteiligungsgrenze beteiligt war, oder ob der Erwerber zunächst unterhalb der gesetzlichen Beteiligungsgrenze beteiligt war und dann durch den unentgeltlichen Erwerb eines weiteren Anteils die Wesentlichkeitsschwelle überschritten hat (DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 113, 117; OTT, GmbHR 1994, 524).

### 158 3. Beteiligung des Rechtsvorgängers innerhalb der letzten 5 Jahre

**Beteiligung:** s. Anm. 100 f.

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

### 159 4. Mehrere unentgeltliche Übertragungen

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

## Erläuterungen zu Abs. 2: Veräußerungsgewinn

**Ausgewähltes Schrifttum bis 2000:** KNOBBE-KEUK, Abgrenzung zwischen (nachträglichen) AK iSv. § 17 II EStG und Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, DStZ 1984, 335; STEEMANN, Begriff der AK in § 17 II EStG, DStR 1984, 507; TROLL, Aufteilung und Aufteilungsmaßstab zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns im Falle gemischter Schenkungen, GmbHR 1984, 205; GERLACH, Die Anschaffungskosten von Aktien und Bezugsrechten im Privatvermögen, BB-Beilage Nr. 3/1985 zu Heft 4/1985; SCHMIDT/LUDWIG, AK beim Anwachsen einer unwesentlichen Beteiligung zu einer wesentlichen und beim Eintritt in die unbeschränkte Steuerpflicht. AK bei Verlust eines Gesellschafterdarlehens. § 17 II Satz 4 EStG, StuW 1996, 300; CREZELIUS, Der Verstrickungswert bei § 17 EStG, DB 1997, 195; EBLING, Steuerliche Aspekte der Veräußerung von Anteilen an einer ausländischen Kapitalgesellschaft bei wesentlicher Beteiligung (§ 17 EStG), FS Hans Flick, Köln 1997, 679; GSCHWENDTNER, Darlehensverluste eines wesentlich an einer Kapitalgesellschaft beteiligten Gesellschafters, NJW 1999, 2165; GSCHWENDTNER, Darlehensverluste eines wesentlich an einer Kapitalgesellschaft beteiligten Gesell-

schaffers in der Rechtsprechung des BFH, DStR 1999, Beihefter 32/99; STRAHL, Steuerrechtliche Folgen von Forderungsverzichten durch GmbH-Gesellschafter, KÖSDI, 1999, 11865.

**Schrifttum ab 2001:** BUCIEK, Einlage bei Verzicht auf kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen, DStZ 2001, 714; DÖTSCH, Darlehensverlust eines nahen Angehörigen des wesentlich Beteiligten GmbH-Gesellschafter keine nachträglichen Anschaffungskosten, StWa. 2001, 286; DÖTSCH, Unentgeltliche Dienstleistung eines GmbH-Gesellschafter als Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, StWa. 2001, 573; DÖTSCH, Zur steuerlichen Behandlung des Verzichts auf eigenkapitalersetzendes Darlehen aus im Gesellschaftsverhältnis liegenden Gründen, StWa. 2001, 605; ECKL, Teilwertabschreibungen auf Gesellschafterdarlehen in Organschaftsfällen nach der Unternehmenssteuerreform, DStR 2001, 1280; EILERS/SIEGER/WIENANDS, Die Finanzierung der GmbH durch ihre Gesellschafter, 2. Aufl., Köln 2001; FRANZ, Mittelbare verdeckte Einlage als 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 Ur. des FG Münster v. 31.1.2001 – 8 K 1010/99 (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, Bürgschaftsanspruchnahme des Ehegatten als mittelbare verdeckte Einlage, AktStR 2001, 209; KUSSMAUL/BLANK, Der Rechtsformwechsel von Einzelunternehmen und Personengesellschaft im Rahmen der Einbringung in eine Kapitalgesellschaft, StuB 2001, 525; KUSSMAUL/JUNKER, Verlustberücksichtigung bei Veräußerung „wesentlicher“ Beteiligungen aus dem Privatvermögen durch Aufstockung?, StuB 2001, 650; NEU, Einlagebewertung bei Verzicht auf krisenbestimmtes Darlehen, EFG 2001, 1394; PRINZ, Aktuelle Rechtsfragen und Gestaltungsüberlegungen zu §§ 17, 23 EStG bei privater Vermögensverwaltung, FR 2001, 977; RÄTKE, Darlehensverzicht des Alleingesellschafters als Einlage, StuB 2001, 762; RUBAN, Kein Abzug von Drittaufwand als nachträgliche Anschaffungskosten einer wesentlichen Beteiligung, HFR 2001, 857; SCHOLL, Drittaufwand und Eigenkapitalersatzrecht, NWB Blickpunkt Steuern, 4/2001, 1–4; SCHÜPPEN, Probleme beim Abschied von der wesentlichen Beteiligung, BB, 2001, 2397; SCHWENDY, Veräußerungsgewinn, LSW Gr. 4/328, 1–6 (2/2001); SERAFINI, Dritt- oder Eigenaufwand bei verdeckten Einlagen, Darlehen oder Bürgschaften, GStB 2001, 291; STOLLENWERK, Krisenfinanzierung durch Gesellschafter, GmbH-StB 2001, 283; VÖLLMEKE, Fahrtkosten als Werbungskosten bei einer wesentlichen Beteiligung, HFR 2001, 853; VOGT, Steuerliche Behandlung des Verzichts auf eigenkapitalersetzende Darlehen, DStR 2001, 1881; WACKER, Nachträgliche Anschaffungskosten bei mittelbar verdeckter Einlage, Darlehen und Bürgschaften, KFR F 3 EStG § 17, 1/01, 204; WEBER-GRELLET, Darlehensverlust des Gesellschafter-Ehegatten stellt keine nachträglichen Anschaffungskosten dar, FR 2001, 705; WEBER-GRELLET, Bewertung des Gesellschafterverzichts auf wertgeminderte kapitalersetzende Darlehensforderung im betrieblichen Bereich, FR 2001, 956; WERNER, Mindestbesteuerung: Verfassungsrechtliche Zweifel an der Beschränkung der Verlustverrechnung zwischen den Einkunftsarten, BB 2001, 659; WIENANDS, Zur Ermittlung von Anschaffungskosten bei verbilligtem Verkauf an Arbeitnehmer, GStB 2001, 193; BOLZ, Fahrtkosten eines wesentlich beteiligten GmbH-Gesellschafter 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 Ur. des FG des Saarl. v. 5.8.2002 – 1 K 331/02 (EFG 2002, 1435), EFG 2002, 1437; HOLLATZ, Auflösungsverlust nach § 17 EStG durch kapitalersetzende Bürgschaften, NWB F. 3, 11855 (6/2002); PAUS, Die ertragssteuerlichen Regelungen des Steueränderungsgesetzes 2001, StWa. 2002, 67; SCHWER, Steuersparende Verluste, GmbH-Stpr. 2002, 122; BRAUN, Verluste aus dem Verkauf wesentlicher Beteiligungen (§ 17 EStG), DStZ 2003, 500; HÜLSMANN, Zum Besteuerungszeitpunkt iSd. § 17 EStG beim Gesellschafteraustritt aus der GmbH, DStR 2003, 49; KRAFT, Auswirkungen der Substanzabspaltungs-Rechtsprechung auf die Vorteilhaftigkeit von Investitionen in Kapitalgesellschaften, BB 2003, 2391; MÜLLER, Anmerkung zum Ur. des Nds. FG v. 8.2.2001

– 13 K 518/97 (EFG 2003, 309), EFG 2003, 311; NACKE/INTEMANN, Verlustausgleichsbeschränkung nach § 17 Abs. 2 Satz 4 EStG, NWB F. 3, 12303 (11/2003); OSTERMAYER/ERHART, Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen: BFH harmonisiert Darlehensausfall und Darlehensverzicht, BB 2003, 449; STOLLENWERK, Krisenfinanzierung einer GmbH durch Nichtgesellschafter, GmbH-StB 2003, 76; BAHNS, Die rückwirkende steuerliche Berücksichtigung von Ereignissen bei Anteilsveräußerungen nach § 17 EStG, FR 2004, 317; BEKER, Tatsächliche und rechtliche Grenzen der Besteuerung, DStZ 2004, 32; GRAGERT, Zuflussbesteuerung bei Veräußerung von (Teil-)Betrieben, Mitunternehmeranteilen und Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, NWB F. 3, 13041 (42/2004); UHLÄNDER, Eigenkapitalersetzende Darlehen im Steuer- und Gesellschaftsrecht – ein systematischer Überblick, BB 2005, 70; CREZELIUS, Währungsgewinne bei § 17 EStG, DB 2005, 1924.

160

## A. Überblick über die Regelungen des Abs. 2

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

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

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

Die Definition des Gewinnbegriffs nach Satz 1 konkretisiert inhaltlich den in Abs. 1 Satz 1 vorausgesetzten „Gewinn aus der Veräußerung“ (vgl. Anm. 66). Satz 2 ist die konsequente Ergänzung der Veräußerungsfiktion des Abs. 1 Satz 2 zum Zweck einer Gewinnermittlung nach Abs. 1 Satz 1. Satz 3 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 4:** Beschränkung der Berücksichtigung eines Veräußerungsverlusts (Verlustabzugsverbot), soweit er auf Anteile entfällt,

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

Weitere Einzelheiten hierzu s. Anm. 240 f.

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

### I. Allgemeine Grundsätze

#### 1. Gewinnermittlungsformel des Abs. 2 Satz 1

161

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

Das Ergebnis dieser Berechnung kann auch negativ sein. Ein Verlust entsteht, wenn die (hälftigen) AK den (hälftigen) Veräußerungspreis nach Abzug der (hälftigen) Veräußerungskosten übersteigen. Dieser Verlust ist seit dem VZ 1996 nur noch unter den Voraussetzungen des Abs. 2 Satz 4 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:

Hälftiger Veräußerungspreis (gemeiner Wert in Fällen des Abs. 1 Satz 2, vgl. Abs. 2 Satz 2; zum Halbabzug vgl. Anm. 27)

./. hälftige Veräußerungskosten

./. hälftige AK (bei unentgeltlichem Erwerb AK des Rechtsvorgängers, Abs. 2 Satz 3; zum Halbabzug vgl. Anm. 27 und 192)

= Veräußerungsgewinn/-verlust

#### 2. Gewinnermittlungsvorschrift eigener Art

162

Abs. 2 Satz 1 ist eine Gewinnermittlungsvorschrift eigener Art (BFH v. 2.10.1984 – VIII R 20/84, BStBl. II 1985, 428; v. 10.12.1993 – VIII B 135/91, BFH/NV 1994, 707). Bei der Gewinnermittlung des § 17 Abs. 2 handelt es sich weder um einen Bestandsvergleich nach § 4 Abs. 1, § 5 noch um einen Fall der Überschussrechnung iSd. § 4 Abs. 3 (BFH v. 8.4.1998 – VIII R 21/94, BStBl. II 1998, 660). Nach dem Wortlaut der Vorschrift und ihrer Funktion ist der Veräußerungsgewinn aufgrund eines einzelnen stichtagsbezogenen Veräußerungsvorgangs zu erfassen. Es handelt sich um einen – auf diesen Veräußerungsvorgang bezogenen – Einmaltatbestand. Damit bildet § 17 Abs. 2 eine Parallele zu § 16 Abs. 2 (vgl. BFH v. 7.3.1974 – VIII R 118/73, BStBl. II 1974, 567; v. 27.10.1992 – VIII R 87/89, BStBl. II 1993, 340; BRAUN, GmbHR 1995, 211). Das Zufluss-Abfluss-Prinzip des § 11 gilt bei der Besteuerung nach § 17 grundsätzlich nicht (BFH v. 12.2.1980 – VIII R 114/77, BStBl. II 1980, 494); statt dessen kommt es – wie bei Einkunftermittlung 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.

#### 3. Zeitpunkt der Gewinn- und Verlustverwirklichung

163

**Grundsatz der Stichtagsbewertung:** Die in Abs. 2 vorgesehene besondere – stichtagsbezogene – Gewinnermittlung setzt die Realisierung eines Veräußerungsgewinns bzw. eines Veräußerungsverlusts voraus. Der Veräußerungsgewinn

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

**Entstehungszeitpunkt:** Der Veräußerungsgewinn bzw. -verlust iSd. Abs. 2 entsteht im Zeitpunkt der Veräußerung (BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 119), und zwar ohne Rücksicht darauf, wann die verschiedenen Komponenten Veräußerungspreis, -kosten und AK zu- oder abfließen. Irrelevant ist daher insbes., ob der vereinbarte Veräußerungspreis sofort fällig, in Raten zahlbar oder im Ganzen gestundet ist. Veräußerungszeitpunkt ist derjenige, zu dem das wirtschaftliche Eigentum an den veräußerten Kapitalanteilen vom Veräußerer auf den Erwerber übergeht (BFH v. 10.3.1988 – IV R 126/85, BStBl. II 1988, 832; v. 7.11.1990 – I R 154/85, BFHE 162, 432; v. 8.12.1992 – VIII R 99/90, BFH/NV 1993, 654; v. 3.6.1993 – VIII R 46/91, BFH/NV 1994, 364; v. 19.7.1993 – GrS 2/92, BStBl. II 1993, 897 [902]; SCHULZE ZUR WIESCHE, GmbHR 1984, 185). Auf den Abschluss des zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts kommt es nicht an (BFH v. 28.11.2001 – I R 86/00, GmbHR 2002, 443 [445]). Wird ein Gesellschafter aus wichtigem Grund ausgeschlossen, ist die Rechtskraft des Ausschlussurteils maßgebend. Im Fall des Austritts eines Gesellschafters aus wichtigem Grund kommt es auf den tatsächlichen Vollzug des Austritts durch Abtretung oder Einziehung der Anteile an (HÜLSMANN, DStR 2003, 49 [53]; aA ESCH, GmbHR 1981, 25; Zugang der Austrittserklärung bei der Gesellschaft). Ist die für § 17 relevante Veräußerung nach ausländ. Recht zu beurteilen, gilt dies auch für den Veräußerungszeitpunkt (BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98 aaO).

**Wahlrecht bei wiederkehrenden Leistungen/Ratenzahlungen:** Bei wiederkehrenden Leistungen als Entgelt für die Anteile hat der Veräußerer regelmäßig ein Wahlrecht zwischen Sofort- und Zuflussbesteuerung (R 140 Abs. 7 Satz 2 iVm. R 139 Abs. 11 EStR 2003; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 249; s. weiterführend Anm. 182). Ein entsprechendes Wahlrecht gibt die hM auch bei Ratenzahlung eines Kaufpreises entsprechend der alten Rspr. zu § 16 (BFH v. 23.1.1964 – IV 85/62 U, BStBl. III 1964, 239; v. 12.6.1968 – IV 254/62, BStBl. II 1968, 653), wenn die Raten auf einen längeren Zeitraum als 10 Jahre gestreckt sind und die Vereinbarungen des Vertrags erkennen lassen, dass sich der Veräußerer dadurch eine Versorgung verschaffen will (R 140 Abs. 7 EStR iVm. H 139 EStH; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 249). In diesem Fall ist uE jedoch die Sofortbesteuerung geboten (zutr. zB RICHTER/RICHTER, DB 1995, 1098; SCHMIDT/WACKER XXIV. § 16 Rn. 225; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 143). § 17 geht (wie auch § 16) von einem störungsfreien Verlauf des Veräußerungsgeschäfts aus. Kommt es später zu einem gestörten Verlauf (vollständiger oder teilweiser Ausfall der Forderung), kann eine Änderung nach § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO zurück auf den Veräußerungszeitpunkt erfolgen, da nur der tatsächlich erzielte Erlös erfasst werden soll (BFH v. 19.7.1993 – GrS 2/92, BStBl. II 1993, 897; vgl. Anm. 184). Das erlaubt auch bei Ratenzahlungen eine Korrektur, wenn sie später zT uneinbringlich werden. Damit unterscheiden sie sich von den wagnisbehafteten wiederkehrenden Bezügen, die an das Leben einer bestimmten Person gekoppelt sind; bei diesen führt die Realisierung des von Beginn an bewusst

in Kauf genommenen Risikos (Tod des Rentenberechtigten) gerade nicht zu einer rückwirkenden Änderung (BFH v. 19.8.1999 – IV R 67/98, BStBl. II 2000, 179). Die Einräumung der Möglichkeit einer Zuflussbeschleunigung bzw. Nachversteuerung bei langfristiger Ratenzahlung kann nur als Billigkeitsmaßnahme iSv. § 163 AO zu rechtfertigen sein.

**Auflösung einer Kapitalgesellschaft:** s. 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 gegebenenfalls zu schätzen. Auf den tatsächlichen Abfluss kommt es auch hier nicht an (BFH v. 12.2.1980 – VIII R 114/77, BStBl. II 1980, 494).

Einstweilen frei.

164

**4. Kausalverknüpfung mit Abs. 1 Satz 1**

165

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).

**5. Spätere Änderungen des Veräußerungsgewinns**

166

**Allgemeines:** Der Besteuerungstatbestand des § 17 knüpft mit der Veräußerung an ein einmaliges, punktuelles Ereignis an. Nachträgliche Änderungen können deswegen grundsätzlich nicht in einer laufenden Einkunftsermittlung in einem späteren VZ berücksichtigt werden (BFH v. 21.12.1993 – VIII R 69/88, BStBl. II 1994, 648, sog. „Einmaltatbestand“). Ziel des § 17 ist aber nicht, den vereinbarten, sondern nur den tatsächlich erzielten Erlös zu besteuern (BFH v. 19.7.1993 – GrS 2/92, BStBl. II 1993, 897). Nur diese Auslegung ist mit dem Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vereinbar. Nachträgliche Änderungen der Besteuerungsmerkmale (Veräußerungspreis, Anschaffungs- und Veräußerungskosten) müssen daher Berücksichtigung finden. Da ihre Berücksichtigung in einer laufenden Einkunftsermittlung ausscheidet, wirken sie unmittelbar auf den punktuellen Veräußerungszeitpunkt zurück (BFH v. 19.7.1993 – GrS 2/92 aaO). Dies gilt – nach der Änderung der teilweise anders lautenden früheren Rspr. durch den Großen Senat – unabhängig vom Grund der Änderung; es kommt demnach nicht darauf an, ob der Grund der Änderung im ursprünglichen Geschäft bereits angelegt ist oder nicht (BFH v.

19.7.1993 – GrS 2/92 aaO [902]; v. 21.12.1993 – VIII R 69/88 aaO [650]; ferner zB FG Rhld.-Pf. v. 15.7.2002 – 5 K 3072/00, nv., 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 I Satz 1 Nr. 2 AO zu ändern (rückwirkendes Ereignis, vgl. BFH v. 19.7.1993 – GrS 2/92, BStBl. II 1993, 897; v. 21.12.1993 – VIII R 69/88 aaO; BORDEWIN, FR 1995, 555). Dies gilt auch dann, wenn das schuldrechtl. Geschäft im Zeitpunkt des Eintritts der Veränderung durch Übertragung des Gegenstands und Erfüllung des Kaufpreisanspruchs bereits vollständig vollzogen war, sofern der Kaufpreis aus Gründen 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, BStBl. I 2005, 9; Vergleich über die Rückgewähr der jeweils empfangenen Leistungen). Letzteres war bisher nach der Entscheidung des Großen Senats v. 19.7.1993 nicht erforderlich und dürfte nur den Fall betreffen, dass der Kaufpreis bereits vollständig bezahlt worden ist (ähnlich MORITZ, NWB F. 3, 13119 [13128]). Anhaltspunkte dafür, wie das Merkmal „im Vertrag selbst angelegt“ auszulegen ist, lässt das 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]). Ferner müsste jeder preisbestimmende Umstand rückwirkend berücksichtigungsfähig sein, für den nach den ursprünglichen Vereinbarungen der Vertragsparteien ganz oder teilweise der Veräußerer das Preisrisiko trägt. Trägt dagegen ausschließlich der Erwerber das Preis- oder Bewertungsrisiko, bleiben nachträgliche Vermögensänderungen oder -umschichtungen bzgl. des Veräußerungsgewinns oder bzgl. einzelner Preisbestandteile unberücksichtigt (vgl. zB BFH v. 22.1.2003 – VIII B 61/02, BFH/NV 2003, 755). 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, nv., für den Fall der Anteilsschenkung unter Vorbehalt eines Nutzungsrechts, das der Beschenkte sodann einige Jahre später gegen Entgelt ablöste).

#### 167 6. Umrechnung in ausländische Währung und in Euro

In ausländ. Währung bestehende Besteuerungsgrundlagen (AK, Gegenleistungen des Erwerbers oder Veräußerungskosten) sind nach hM mit dem Devisenkurs zum Zeitpunkt ihrer Entstehung umzurechnen (FROTSCHER, § 17 Rn. 93; FG München v. 30.9.1997, EFG 1998, 461, rkr.; R 140 Abs. 7 Satz 1 EStR 2003; aA CREZELIUS, DB 2005, 1924, der für die Umrechnung generell auf den Veräußerungszeitpunkt abstellt). In Anlehnung an die Gewinnermittlung bei Gewerbetreibenden, die ihre Bilanz in DM bzw. nach dem 31.12.1998 in Euro (Art. 4 EuroEinfG v. 9.6.1998, BGBl. I 1998, 1242; BStBl. I 1998, 860) aufstellen müssen, wird auch hier die ausländ. Währung am Tag der Entstehung in DM bzw. Euro umgerechnet.

168–169 Einstweilen frei.



## II. Veräußerungspreis

### 1. Begriff

#### a) Überblick

170

**Gegenleistung:** Die Rspr. des BFH (BFH v. 17.10.1974 – IV R 223/72, BStBl. II 1975, 58; v. 7.3.1995 – VIII R 29/93, BStBl. II 1995, 693; v. 22.1.2003 – VIII B 61/02, BFH/NV 2003, 755) sieht als Veräußerungspreis iSd. § 17 alles an, was der Veräußerer als Gegenleistung für die Übertragung der Anteile 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; v. 7.3.1995 – VIII R 29/93 aaO). Bei der Beurteilung, ob eine Leistung als Gegenleistung für die Übertragung der Anteile gewährt wird, ist nicht ihre formale Rechtsnatur, sondern der wirtschaftliche Gehalt maßgebend (BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424 [428] zu Schadenskompensationsleistungen in den USA); dabei können auch Zahlungen von Dritten einbezogen werden (BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98 aaO [429]).

**Abgrenzung zu anderen Entgelten:** Nicht zum Veräußerungspreis gehören gesonderte Entgelte für zusätzliche selbständige Leistungen wie die Entschädigung für ein Wettbewerbsverbot (BFH v. 21.9.1982 – VIII R 140/79, BStBl. II 1983, 289; v. 11.3.2003 – IX R 76/99, BFH/NV 2003, 1161) oder eine – selbständige – Schenkung des Erwerbers an den Veräußerer (SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 141). Ob ein Entgelt für ein umfassendes Wettbewerbsverbot unselbständiger Teil des Veräußerungspreises iSv. § 17 Abs. 2 oder Entschädigung für eine sonstige Leistung nach § 22 Nr. 3 iVm. § 24 Nr. 1 Buchst. b ist, hängt davon ab, ob der Unterlassungsverpflichtung eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zukommt. Eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung ist gegeben, wenn die Unterlassungsverpflichtung zeitlich begrenzt ist und eindeutig ein gesondertes Entgelt ausweist; ferner muss in tatsächlicher Hinsicht auszuschließen sein, dass der Wert des Anteils an der KapGes. den gezahlten Kaufpreis rechtfertigt (vgl. BFH v. 11.3.2003 – IX R 76/99 aaO). Einnahmen und Ausgaben während der Besitzzeit der Anteile sind von dem Veräußerungsvorgang getrennt zu betrachten. Sie schlagen sich im Regelfall in den Einkünften aus Kapitalvermögen nieder (DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 120).

#### b) Einzelfälle

171

**Tausch:** Beim Tausch (Gegenleistung in Form von Sachen, Rechten oder sonstigen bewertbaren Leistungen) ist als Veräußerungspreis der gemeine Wert des WG anzusetzen (BFH v. 17.10.1974 – IV R 223/72, BStBl. II 1975, 58; FG Rhld.-Pf. v. 12.5.2003, DStRE 2003, 1454, rkr.). Bei börsengängigen Wertpapieren kann der am Stichtag für sie im amtlichen Handel notierte niedrigste Kurs angesetzt werden (vgl. § 11 Abs. 1 BewG; FROTSCHER, § 17 Rn. 95). Der Veräußerungspreis bestimmt sich regelmäßig auch dann nach dem Kurswert der erlangten Aktien im Zeitpunkt der Veräußerung, wenn der Veräußerer der Beteiligung sich verpflichtet hat, die erlangten Aktien innerhalb einer Sperrfrist nicht zu veräußern (BFH v. 17.10.1974 – IV R 223/72, BStBl. II 1975, 58; v. 22.1.2003 – VIII B 61/02, BFH/NV 2003, 755); Ausnahmen hiervon sind allenfalls denkbar, sofern bereits im Veräußerungszeitpunkt konkrete Anhaltspunkte

für eine ungünstige Kursentwicklung der erlangten Aktien erkennbar sind (Schl.-Holst. FG v. 27.7.2005 – 3 V 147/05, nv., unter Hinweis auf BFH v. 17.10.1974 – IV R 223/72 aaO). Bei nicht notierten Anteilen an KapGes. ist der Wert nach Maßgabe des § 11 Abs. 2 BewG zu ermitteln (BFH v. 9.3.1994 – II R 39/90, BStBl. II 1994, 394). Dies gilt nach FG Rhld.-Pf. v. 12.5.2003 (DStRE 2003, 1454, rkr.) auch dann, wenn bei ausländ. Wertpapieren, die nicht im Inland notiert werden, kein Telefonkurs im inländ. Bankenverkehr vorliegt.

**Offene Einlage:** Bei einer Einlage der Anteile in eine KapGes. gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten ist Veräußerungspreis der gemeine Wert der gewährten Gesellschaftsrechte (BFH v. 7.7.1993 – VIII R 54/88, BStBl. II 1993, 331; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 248).

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

## 2. Unangemessener Preis

### 172 a) Allgemeines

Ausgangspunkt für die Besteuerung ist der bürgerlich-rechtl. vereinbarte Kaufpreis. Das gilt auch dann, wenn er vom Marktpreis abweicht, weil unterschiedliche Motive und Marktpositionen auch unter Fremden zu einer vom Marktpreis abweichenden Gegenleistung führen können, zB weil die Anteile von den übrigen Gesellschaftern der KapGes. erworben werden und diese den Veräußerer als lästigen Gesellschafter empfinden (DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 93). Dementsprechend kann vom Grundsatz her auch ein unangemessener Preis nicht über eine Angemessenheitsfiktion korrigiert werden. Anders ist dies aber dann, wenn der unangemessene Preis durch eine außerhalb des eigentlichen Veräußerungsvorgangs liegende Motivation (zB privater oder gesellschaftsrechtl. Natur) verursacht wird, zB weil zwischen Veräußerer und Erwerber ein Interessengleichlauf (zB zwischen Angehörigen oder verbundenen KapGes.) besteht. Bei einem unangemessen niedrigen Entgelt ist in diesem Fall zunächst festzustellen, ob eine gemischte Schenkung vorliegt. Diese ist nicht über eine fingierte Korrektur des Veräußerungspreises zu behandeln, sondern durch Aufteilung in einen entgeltlichen und unentgeltlichen Teil (vgl. dazu Anm. 80 „Bei teilentgeltlicher Übertragung“).

### 173 b) Verdeckte Einlagen

**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. 140f.). Diese ist seit dem VZ 1992 ausdrücklich einer entgeltlichen Zuwendung gleichgestellt (SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 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 dem Stuttgarter Verfahren (SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 139). 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 Schwesergesellschaft).

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

### c) Verdeckte Gewinnausschüttung

174

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

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

**Beispiel 1:** G1 ist an einer A-GmbH zu 50 vH beteiligt. Die B-GmbH, an der G1 zu 100 vH 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 1/3 beteiligt. G1 ist den beiden anderen lästig. Deshalb kauft die A-GmbH die Anteile des G1 auf. Der überhöhte Teil des Kaufpreises beträgt wiederum 100.

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

Einstweilen frei.

175–179

## 3. Auswirkungen der Zahlungsweise

### a) Fester Kaufpreis

180

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

**Bargeld:** Wird die Gegenleistung in Bargeld gezahlt, ist der Nennbetrag anzusetzen. Erfolgt die Barzahlung in einer ausländ. Währung, ist der Wechselkurs zum Zeitpunkt der Veräußerung (Stichtag) für die Umrechnung zugrunde zu legen (BFH v. 19.1.1978 – IV R 61/73, BStBl. II 1978, 295 zu § 16).

**Bei Forderungen** ist der gemeine Wert der Forderung maßgebend. Dieser ist nach § 12 BewG zu ermitteln. IdR ist deshalb der jeweilige Nennwert anzusetzen. Etwas anderes gilt dann, wenn der gemeine Wert wegen besonderer Umstände niedriger oder höher ist. Dies ist der Fall, wenn die Forderung nicht, niedrig- oder hochverzinslich ist. In diesem Fall ist der gemeine Wert durch Auf- oder Abzinsung zu ermitteln (s. Anm. 181 zu „unverzinslicher Stundung“). Eine Abweichung vom Nennwert ist auch möglich, wenn die Kaufpreisforderung über eine ausländ. Währung lautet und Kursschwankungen im Stundungszeitraum zu erwarten sind (BFH v. 19.1.1978 – IV R 61/73 aaO). 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).

181 **b) Stundung, Ratenzahlung**

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

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

**Bei einer verzinslichen Stundung** ist der Nennwert maßgebend. Die gezahlten Zinsen gehören nicht zum Veräußerungspreis iSd. § 17, sondern zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen (HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 247). Ist die gestundete Forderung besonders hoch oder niedrig verzinslich, ist eine vom Nennwert abweichende Bewertung vorzunehmen (§ 12 Abs. 1 Satz 2 BewG). Niedrige Verzinsung in diesem Sinne ist eine unter 3 vH, die hohe Verzinsung liegt über 9 vH (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.

182 **c) Wiederkehrende Bezüge**

**Wiederkehrende Bezüge** sind wagnisbehaftete Bezüge wie zB Leibrenten, Gewinn- und Umsatzbeteiligungsrenten, private Versorgungsrenten sowie Bezüge, die der Versorgung des Veräußerers dienen (vgl. GROSSMANN/LÜCKHARDT, INF 1996, 737 mit Rechenbeispiel). Wenn die KapGesAnteile gegen Zahlung wiederkehrender Bezüge übertragen werden, muss zunächst festgestellt werden, ob der Vorgang voll-, teil- oder unentgeltlich war (vgl. dazu im Einzelnen TIPKE/LANG, StRecht, 18. Aufl. 2005, § 9 Rn. 523 f.; BMF v. 23.12.1996, BStBl. I 1996, 1508). Maßgebend ist, ob die Höhe der Bezüge nach kaufmännischen Gesichtspunkten bemessen wurde oder nicht. Dabei ist auf das Verhältnis zwischen Barwert der Bezüge und der übertragenen Beteiligung abzustellen.

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

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

► *Familiäre Gesichtspunkte:* Wurde die Höhe dagegen nach familiären Gesichtspunkten bemessen, ist die Übertragung der Anteile idR eine gemischte Schen-

kung und damit nur teilentgeltlich. Diese ist nach der sog. Trennungstheorie in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Übertragungsteil aufzuspalten (HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 249).

**Beispiel:** Zusage einer Leibrente.

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

**Besteuerung und Wahlrecht:** Der Veräußerer hat ein Wahlrecht hinsichtlich der Besteuerung von wiederkehrenden Bezügen (R 140 Abs. 7 Satz 2 iVm. R 139 Abs. 11 EStR 2003). 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 war nach der Rechtslage bis zur Unternehmenssteuerreform tarif- und freibetragsbegünstigt, BFH v. 17.12.1991 – VIII R 80/87, BStBl. II 1993, 15). Der Barwert wird gem. §§ 13 ff. BewG ermittelt. Dabei ist regelmäßig von einem Zinsfuß von 5,5 vH auszugehen. Ein höherer Zinsfuß ist auch hier zulässig (s. Anm. 181 zur Stundung). Die laufenden Rentenzahlungen sind in einen Tilgungs- und Zinsanteil aufzuspalten (BFH v. 17.12.1991 – VIII R 80/87 aaO). Der Tilgungsanteil ist sneutral; er wird auf den Veräußerungsgewinn gezahlt, der bereits bei seiner Entstehung besteuert wurde. Der Zinsanteil ist dagegen im Zeitpunkt des Zuflusses nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 estpfl. Bei Veräußerungsleibrenten liegt statt eines Zinsanteils ein nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a stpfl. Ertragsanteil vor.

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

BFH v. 26.11.1992 – X R 187/87, BStBl. II 1993, 298; v. 25.11.1992 – X R 34/89, BStBl. II 1996, 663; für Veräußerungen ab dem 1.1.2004 auch BMF v. 3.8.2004, BStBl. I 2004, 1187; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 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 Halbeinkünfteverfahren (vgl. Anm. 1, 7 u. 27) zu versteuern (BMF v. 3.8.2004, BStBl. I 2004, 1187), dh. es ist jeweils auf die Hälfte der Tilgungsanteile, AK sowie Veräußerungskosten abzustellen. Für die Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens ist der Zeitpunkt der Anteilsveräußerung entscheidend. Erfolgte die Veräußerung nach bisherigem Recht, sind auch die ab dem Jahr 2002 zufließenden nachträglichen Leistungen nach bisherigem 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). Der Freibetrag nach Abs. 3 kann nicht gewährt werden (KORN/STRAHL, § 17 Rn. 112; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 285; ebenso BFH v. 19.8.1999 – IV R 67/98, BStBl. II 2000, 179 [182] zu § 16; aA BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 185, 237).

Der Tod des Rentenberechtigten vor Ablauf der Höchstlaufzeit führt bei Zuflussversteuerung zur Beendigung der Erfassung nachträglicher Einkünfte iSd.

§ 24. Wurde dagegen die Sofortbesteuerung gewählt, wird der als Veräußerungspreis angesetzte Barwert nicht rückwirkend nach § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO geändert, da es sich nicht um eine Störung der Abwicklung handelt, sondern um ein bereits im Veräußerungsgeschäft angelegtes Risiko (BFH v. 19.8.1999 – IV R 67/98, BStBl. II 2000, 179 [182], zu § 16).

#### 183 d) Verbindung von festem Kaufpreis mit wiederkehrenden Bezügen

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

#### 184 4. Änderung des Veräußerungspreises

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

- ▷ *Ausfall der Kaufpreisforderung* – ganz oder teilweise – (BFH v. 19.7.1993 – GrS 2/92, BStBl. II 1993, 897);
- ▷ *Anfechtung* des der Übertragung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts (§§ 119, 123 BGB);
- ▷ *Rücktritt* vom Kaufvertrag.  
Abs. 2 fordert, dass jede nach der Veräußerung eintretende Veränderung beim ursprünglich vereinbarten Veräußerungspreis oder beim Veräußerungstatbestand so lange und so weit auf den Zeitpunkt der Veräußerung zurückzubeziehen ist, wie der Erwerber seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises nicht nachgekommen ist. Es ist ohne Bedeutung, ob er seine Leistung aus tatsächlichen oder rechtl. Gründen nicht (mehr) erbringen kann bzw. zu erbringen braucht (BFH v. 21.12.1993 – VIII R 69/88, BStBl. II 1994, 648). Dass der Rücktritt zivilrechtl. nur ex nunc wirkt, ist für die strechtl. Wertung ohne jede Bedeutung. Unerheblich ist auch, ob die Rückabwicklung mit dem Ersterwerber stattfindet oder mit einem anderen, der den Übertragungsvertrag vom Ersterwerber übernommen hat. Die spätere Rückübertragung kann für den Ersterwerber selbst wiederum eine Veräußerung iSd. § 17 darstellen (BFH v. 21.10.1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424);
- ▷ *Eintritt einer auflösenden Bedingung*, aufgrund derer der Erwerber den Kaufpreis nicht mehr zahlt oder einen bereits erbrachten zurückerhält;
- ▷ *nachträgliche Herabsetzung oder Erhöhung der Gegenleistung* (durch außergerichtlichen Vergleich oder Urt. oder Nachverhandlungen, zB aufgrund geltend gemachter Rechts- oder Sachmängel, oder aufgrund einer Teilanfechtung, BFH v. 21.12.1993 – VIII R 69/88 aaO; v. 27.9.1994 – VIII B 21/94, DStR 1995, 97);
- ▷ Rückabwicklungsverträge, wenn eine oder mehrere Leistungen (zB Kaufpreis) aus Gründen zurückzugewähren sind, die jeweils im ursprünglichen Kaufvertrag selbst angelegt sind (BFH v. 19.8.2003 – VIII R 67/02, BStBl. II 2004, 107). Eine solche Rückabwicklung kann steuerlich rückwirkend auch aus einem außergerichtlichen Vergleich folgen;
- ▷ *Wechselkursänderung bei Fremdwährungsforderung* zwischen Zahlungszeitpunkt und Realisationszeitpunkt (BFH v. 12.2.1980 – VIII R 114/77, BStBl. II 1980, 494; FG München v. 30.9.1997, EFG 1998, 461, rkr.);

- ▷ *veränderte Werthaltigkeit der Forderung*, die als Gegenleistung für die Gewährung der Anteile erbracht wurde;
- ▷ *wagnisbehaftete Bezüge*, die von der künftigen Umsatz- oder Gewinnentwicklung abhängen (BFH v. 27.9.1994 – VIII B 21/94 aaO).

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

### III. Veräußerungskosten

#### 1. Begriff und Zeitpunkt der Berücksichtigung

185

**Begriff:** Veräußerungskosten sind nach der Rspr. des BFH nur diejenigen Aufwendungen, die in einer unmittelbaren sachlichen Beziehung zu einem tatsächlich erfolgten Veräußerungsgeschäft stehen (BFH v. 18.8.1992 – VIII R 13/90, BStBl. II 1993, 34; v. 1.12.1992 – VIII R 43/90, BFH/NV 1993, 520; v. 17.4.1997 – VIII R 47/95, BStBl. II 1998, 102) und die nach der Natur der Sache oder nach den Vereinbarungen von dem Veräußerer zu tragen sind (BFH v. 2.10.1984 – VIII R 36/83, BStBl. II 1985, 320). Der Begriff der Veräußerungskosten soll daher der gleiche sein wie in §§ 6b, 16 (vgl. dazu zB § 16 Anm. 320). Zu Recht kritisiert das Schrifttum dies als zu eng (SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 150; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 270; KORN/STRAHL, § 17 Rn. 78). Die Auffassung des BFH widerspricht der Einordnung des Veräußerungsgewinns nach § 17 als gewerblich; die Veräußerungskosten sind daher der Sache nach BA im Hinblick auf § 17, so dass insoweit das – weitergehende, weil auch mittelbare Aufwendungen erfassende – Veranlassungsprinzip gelten muss. Die mit § 16 gleichlaufende Auslegung befriedigt nicht, weil die entsprechenden Aufwendungen bei § 16 zwar nicht im Rahmen der Ermittlung des Veräußerungsgewinns, dafür aber als laufende BA abziehbar sind (was den Stpfl. wegen der GewSt. begünstigt, vgl. SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 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 in letzter Zeit 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 § 17 Abs. 2 aufgeführten Begriffen Veräußerungspreis, Veräußerungskosten und AK losgelöste – weitere abziehbare Kategorie der „Beteiligungskosten“ befürwortet (SCHMIDT, StuW 1996, 300; WEBER-GRELLET, DStR 1998, 1617 [1621 f.] mwN; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 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).

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

#### 2. Einzelheiten

186

**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 (zu Recht dafür KORN/STRAHL, § 17 Rn. 79).

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

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

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

187–189 Einstweilen frei.

#### IV. Anschaffungskosten der veräußerten Beteiligung

##### 1. Begriff der Anschaffungskosten

###### 190 a) 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:** Der allgemeine AKBegriff iSd. § 17 Abs. 2 ist der gleiche wie in § 6 (zum allgemeinen AKBegriff s. § 6 Anm. 281 f.). Als grundlegender gesetzlicher Maßstab hierfür wird zunächst § 255 Abs. 1 Satz 1



und Satz 2 HGB herangezogen (BFH v. 8.4.1998 – VIII R 21/94, BStBl. II 1998, 660).

**Begrenzung durch Werbungskosten:** Begrenzt wird der AKBegriff gesetzessystematisch vor allem durch den WKAbzug nach Maßgabe von § 9 Abs. 1 Satz 1. Unter AK iSd. § 17 sind daher alle Beträge zu verstehen, die der Veräußerer für den Erwerb seiner (zu veräußernden) Beteiligung aufwenden musste, sofern es sich nicht um Veräußerungskosten oder WK handelt (vgl. zB BFH v. 9.10.1979 – VIII R 67/77, BStBl. II 1980, 116; v. 27.10.1992 – VIII R 87/89, BStBl. II 1993, 340; HOFFMANN, GmbHR 1997, 1140). Sie umfassen neben dem ursprünglichen Anschaffungspreis die Anschaffungsnebenkosten und die nachträglichen Aufwendungen auf die Beteiligung (nachträgliche AK, Anm. 200 f.). Die Behandlung als (nachträgliche) AK setzt also immer voraus, dass die vorrangige Frage nach der Zulässigkeit eines WKAbzugs verneint wird. Es besteht mit anderen Worten ein Vorrang des WKAbzugs gegenüber der Behandlung als (nachträgliche) AK (vgl. 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).

**Weite Auslegung des BFH im Sinne des objektiven Nettoprinzips:** Abgesehen von der Aussonderung der WK ist der Begriff der AK iSd. § 17 Abs. 2 nach der Rspr. des BFH aber weit auszulegen (zB BFH v. 27.10.1992 – VIII R 87/89, BStBl. II 1993, 340; v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339; v. 24.4.1997 – VIII R 23/93, BStBl. II 1999, 342). Danach sind AK alle Aufwendungen, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sind und die weder zu den Veräußerungskosten noch zu den WK bei den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören (vgl. zB BFH v. 10.11.1998 – VIII R 6/96, BStBl. II 1999, 348, II.3.a; v. 2.5.2001 – VIII R 32/00, BStBl. II 2001, 668 mwN).

Die weite Auslegung des AKBegriffs dient der Verwirklichung des objektiven Nettoprinzips: Nach dem Wortlaut des Abs. 2 können nur Anschaffungs- und Veräußerungskosten gewinnmindernd berücksichtigt werden. Andererseits erfordert das objektive Nettoprinzip eine möglichst umfassende Berücksichtigung aller Aufwendungen, die durch die Beteiligung (als Basis der Einkunftserzielung) veranlasst sind (vgl. allgemein TIPKE/LANG, StRecht, 18. Aufl. 2005, § 4 Rn. 4, § 9 Rn. 230 ff.). Diese können aber nur dann in die Einkunftsermittlung des § 17 eingehen, wenn man – wie der BFH – den Begriff der AK und/oder Veräußerungskosten weit auslegt oder – wie Teile des Schrifttums (SCHMIDT, StuW 1996, 300; WEBER-GRELLET, DStR 1998, 1617 [1621 f.] mwN; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 132; aA GSCHWENDTNER, DStR 1999, Beihefter 32/99, 4) – eine Lücke in der Einkunftsermittlungsregel des Abs. 2 ausmacht, die durch die Schaffung von „abziehbaren Beteiligungskosten“ geschlossen werden soll. UE ist der Weg über die im Gesetz nicht genannten Beteiligungskosten vorzugswürdig. Die Berücksichtigung aller Aufwendungen, die mit der Einkunftserzielung zusammenhängen, gehört zu den zentralen Prinzipien der Einkunftsermittlung nach dem EStG. Dem wird der enge Wortlaut des Abs. 2 nicht gerecht, ohne dass ein entsprechender Plan des Gesetzgebers, bestimmte beteiligungsveranlasste Kosten nicht zum Abzug zuzulassen, ersichtlich wäre. Es muss daher von einer Lücke ausgegangen werden, die durch den Abzug der genannten Beteiligungskosten geschlossen wird. Damit wird nicht nur eine – auf § 17 beschränkte – Überdehnung des AKBegriffs vermieden, sondern idR auch ein angemesseneres Ergebnis erzielt. Solange der BFH diese Beteiligungskosten nicht anerkennt, ist seine weite Auslegung des AKBegriffs vom Ergebnis her allerdings nachdrücklich zu begrüßen.

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

### 191 b) Drittaufwand

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

**Zurechenbarer Drittaufwand als Anschaffungskosten (Ausnahme):** Abweichend vom vorstehenden Grundsatz kann ein Gesellschafter bzw. Stpfl. die Aufwendungen eines Dritten (Drittaufwand) ausnahmsweise dann einkünftermindernd für sich als AK geltend machen, wenn ihm die Aufwendungen des Dritten als eigene Aufwendungen zugerechnet werden können (grundlegend für § 17 vgl. BFH v. 12.12.2000 – VIII R 52/93, BStBl. II 2001, 286 mwN; v. 12.12.2000 – VIII R 62/93, BStBl. II 2001, 234; v. 12.12.2000 – VIII R 22/92, BStBl. II 2001, 385; zur Umsetzung in der Verwaltungspraxis ausführlich OFD Kiel v. 28.8.2001, FR 2001, 1125; OFD Erfurt v. 30.7.2001, DB 2001, 1966; OFD Düss. v. 17.12.2001, FR 2002, 112).

In folgenden Fallkonstellationen kann Drittaufwand eines Nichtgesellschafters dem Gesellschafter als eigener Aufwand und damit als nachträgliche AK zuzurechnen sein:

- abgekürzter Zahlungsweg (s. BFH v. 23.8.1999 – GrS 2/97, BStBl. II 1999, 782; v. 2.12.1999 – IX R 45/95, BStBl. II 2000, 310; v. 2.12.1999 – IX R 21/96, BStBl. II 2000, 312; TIPKE/LANG, StRecht, 18. Aufl. 2005, § 9 Rn. 225 f.),
- abgekürzter Vertragsweg (s. TIPKE/LANG aaO § 9 Rn. 225 ff. mwN),
- mittelbar verdeckte Einlage (vgl. OFD Düss. v. 17.12.2001, FR 2002, 112),
- Aufwendungen eines Dritten auf eine eigene Verbindlichkeit, aber im wirtschaftlichen Interesse des Gesellschafters (vgl. OFD Düss. v. 17.12.2001, FR 2002, 112),
- gemeinsame Verbindlichkeiten von Ehegatten, die aber nur durch einen Ehegatten (= Gesellschafter der KapGes.) für dessen Einkunftserzielung genutzt werden (vgl. OFD Düss. v. 17.12.2001, FR 2002, 112),
- bei Regress-, Ausgleichs- oder Aufwendungsersatzansprüchen des leistenden Dritten, und zwar unabhängig von ihrer tatsächlichen Geltendmachung bzw.

Durchsetzung gegenüber dem Gesellschafter (vgl. FG Rhld.-Pf. v. 10.11.2003, EFG 2004, 255, rkr.). Um die Berücksichtigung nachträglicher AK bei der Inanspruchnahme des Dritten aus Bürgschaften zugunsten des Gesellschafters sicherzustellen, wird im Schrifttum empfohlen, den Gesellschafter zu einem vollen Aufwendungsersatz zu verpflichten, der mit Sicherheiten und einer angemessenen Verzinsung versehen sein sollte (vgl. dazu OTT in Festschr. Korn, 2005, 121 mwN [Fn. 49, 50]).

► *Keine abziehbaren Aufwendungen durch abgekürzten Vertragsweg bei Dauerschuldverhältnissen:* vgl. BFH v. 24.2.2000 – IV R 75/98, BStBl. II 2000, 314 mwN. In diesen Fällen leistet der Dritte stets für eigene Rechnung und wendet dem Stpfl. nur ein obligatorisches und ungesichertes Nutzungsrecht zu. Dieses ist nicht einlagefähig und berührt nicht die Gewinnermittlung des Stpfl. Bei Dauerschuldverhältnissen führt eine Abkürzung des Vertragswegs daher nicht zu abziehbaren Aufwendungen des Stpfl. Drittaufwendungen aus Dauerschuldverhältnissen wie zB Darlehensrückzahlungen können somit bei folgerichtiger Anwendung der BFH-Rspr. dem Gesellschafter nicht als Aufwendungen und damit auch nicht als nachträgliche AK zugerechnet werden.

► *Mittelbar verdeckte Einlage:* Eine mittelbar verdeckte Einlage liegt vor, wenn der Gesellschaft nicht unmittelbar selbst, sondern ein Dritter bzw. Nichtgesellschafter der KapGes. eine verdeckte Einlage (durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasster Vermögensvorteil ohne Erhalt einer Gegenleistung) zuwendet. Ein solcher Vermögensvorteil kann in der Vermehrung von Aktivvermögen oder der Minderung von Schulden der KapGes. bestehen (zB Darlehensgewährung, Tilgung von Verbindlichkeiten, Verzicht auf bereits entstandene Zinsforderung), dagegen nicht in Nutzungen und Leistungen (zB nicht Vorteil der Zinslosigkeit oder Niedrigverzinslichkeit eines Darlehens an die Gesellschaft, grundlegend dazu BFH v. 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348 mwN; zur Einlagefähigkeit von Vermögensvorteilen im Zusammenhang mit Nutzungen und Dienstleistungen vgl. auch BFH v. 19.5.2005 – IV R 3/04, BFH/NV 2005, 1784). Dritte sind auch dem Stpfl. bzw. Gesellschafter nahe stehende Personen (s. auch OFD Düss. v. 17.12.2001, FR 2002, 112 mit weiteren Beispielen).

**Beispiel:** Eine GmbH I vergibt einer anderen GmbH II ein Darlehen, dessen Rückzahlung wegen der wirtschaftlichen Lage der GmbH II von vornherein ausgeschlossen ist (eigenkapitalersetzender Charakter). Alleingesellschafter der GmbH I ist A, Alleingesellschafterin der GmbH II ist B. A und B sind verheiratet. Der Grund für die Darlehensvergabe liegt allein in den ehelichen Beziehungen von A und B als jeweils beherrschende Gesellschafter, so dass eine (mittelbare) vGA der GmbH I an ihren Gesellschafter A vorliegt. Dieser im Wege der vGA erzielte Vermögensvorteil gilt wiederum von A an seine Ehepartnerin B unentgeltlich zugewendet, damit diese ihn verdeckt in ihre GmbH II einlegt (BFH v. 12.12.2000 – VIII R 62/93, BStBl. II 2001, 234). In Höhe dieser mittelbaren verdeckten Einlage hat der Gesellschafter der GmbH II daher nachträgliche AK.

► *Aufwendungen eines Dritten auf eine eigene Verbindlichkeit, aber im wirtschaftlichen Interesse des Gesellschafters:* Im Gegensatz zu den ersten drei Varianten des Drittaufwands leistet der Dritte Aufwendungen auf eine eigene Verbindlichkeit, zB wegen einer selbst eingegangenen Bürgschaft für eine GmbH, an der er nicht beteiligt ist. Die Aufwendungen des Dritten sind nur dann dem Gesellschafter der KapGes. als eigener Aufwand zuzurechnen, wenn der Dritte einen Rechtsanspruch auf Aufwendungsersatz gegen den Gesellschafter hat (Einzelheiten und Beispiel s. OFD Düss. v. 17.12.2001, FR 2002, 112). So stellt die aus einer Grundschuldbestellung erfolgte Inanspruchnahme eines Dritten eine Aufwendung auf eine im eigenen Namen, aber im wirtschaftlichen Interesse des Ge-

sellschafters eingegangene Verbindlichkeit dar, wenn die Verbindlichkeit im Innenverhältnis zur Rechnung des Gesellschafters eingegangen ist und ein Ausgleichsanspruch zB nach § 670 BGB besteht (FG Rhld.-Pf. v. 10.11.2003, DStRE 2004, 132, rkr.).

### 192 c) Halbabzug nach § 3c Abs. 2

Als Gegenstück zu § 3 Nr. 40 sind im Rahmen des Halbeinkünfteverfahrens gem. § 3c Abs. 2 Satz 1 die Aufwendungen des Anteilseigners im Zusammenhang mit seinen KapGesAnteilen (Beteiligungsaufwendungen) nur noch zur Hälfte 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.

### 193 d) Einzelheiten bei Erwerb von Beteiligungen

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

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

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

**Entgelt für zeitanteiligen Gewinn nach § 101 Nr. 2 BGB:** Das Entgelt, welches für den Anspruch auf den zeitanteiligen Gewinn des laufenden Geschäftsjahrs gem. § 101 Nr. 2 BGB geleistet wird, zählt auch zu den AK (BFH v. 22.5.1984 – VIII R 316/83, BStBl. II 1984, 746), selbst wenn der Gewinnan-

spruch getrennt und zeitlich abweichend von der Beteiligung übertragen wird (BFH v. 21.5.1986 – I R 199/84, BStBl. II 1986, 794). In dem Gewinnanspruch kann kein von dem übrigen Kaufpreis getrenntes WG gesehen werden (BFH v. 21.5.1986 – I R 199/84 aaO; LEBERFINGER, DStR 1991, 120 hinsichtlich der Bedeutung des § 101 BGB für die Zurechnung von Einkünften).

**Gründung oder Kapitalerhöhung:** Im Zeitpunkt der Gründung bzw. Kapitalerhöhung erlangte Anteile an einer KapGes. gelten ebenfalls als „angeschafft“ iSd. § 17. Erwirbt eine GmbH Anteile von einem ihrer Gesellschafter, stellen die Zahlungen an diesen Gesellschafter keine AK der übrigen Gesellschafter dar. Dies gilt vor allem dann, wenn der Gesellschafter für seine Anteile mehr erhält, als sein Anteil wert ist (BFH v. 18.4.1989 – VIII R 36/96, BFH/NV 1990, 27).

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

Einstweilen frei.

194–199

## 2. Nachträgliche Anschaffungskosten

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

200

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

#### Nachträgliche Anschaffungskosten können zB im Einzelfall sein:

- ▷ Nachschüsse iSd. §§ 26, 28 GmbHG (weiterführend vgl. Anm. 220);
- ▷ verdeckte Einlagen der Gesellschafter (BFH v. 12.2.1980 – VIII R 114/77, BStBl. II 1980, 494; weiterführend vgl. Anm. 220);
- ▷ Kosten für die Liquidation der Gesellschaft. Das gilt auch für Aufwendungen nach Abschluss der Liquidation der Gesellschaft gem. Abs. 4 (BFH v. 8.12.1992 – VIII R 99/90, BFH/NV 1993, 654; v. 9.2.1998 – VIII B 2/97, BFH/NV 1998, 955 [956]; weiterführend vgl. Anm. 210);
- ▷ Aufwendungen für Dritte (vgl. Anm. 191);
- ▷ eigenkapitalersetzende Darlehen bzw. Bürgschaften. Nach der Rspr. des BFH werden sie hinsichtlich der AK den gesellschaftsrechtl. Einlagen gleichgestellt (BFH v. 9.8.1983 – VIII R 276/82, BStBl. II 1984, 29; v. 2.10.1984 – VIII R 36/83, BStBl. II 1985, 320; MEERMANN, StBp. 1988, 112 mit Beispielen; dazu UHLÄNDER, BB 2005, 70 [74f]; Einzelheiten vgl. Anm. 201 f.);
- ▷ Forderungsverzicht und -abtretung (vgl. Anm. 203);
- ▷ Haftungsschuld eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers: Nach Nds. FG v. 8.8.2001 (EFG 2003, 309, aufgeh. durch BFH v. 21.1.2004 – VIII R 8/02, HFR 2004, 863) stellen die von einem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer im Wege der Haftungsinanspruchnahme (vgl. § 69 AO) gezahl-

ten Steuern der Gesellschaft nachträgliche AK der GmbH-Beteiligung dar. Dies dürfte jedoch nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen. IdR beruht die Haftungsanspruchnahme eindeutig auf der Geschäftsführertätigkeit (vgl. MÜLLER, EFG 2003, 311).

**Nachträgliche Anschaffungskosten bei Beteiligungserwerb zu verschiedenen Zeitpunkten:** Jeder Anteil an einer KapGes. ist strechtl. selbständig (BFH v. 7.3.1995 – VIII R 29/93, BStBl. II 1995, 693). Daher sind die AK grundsätzlich den einzelnen Anteilen nach dem Verhältnis der Nominalbeträge zuzuordnen. Dies gilt jedoch nach Ansicht des BFH nicht für nachträgliche AK (BFH v. 20.4.2004 – VIII R 52/02, BStBl. II 2004, 556; aA Schl.-Holst. FG v. 16.4.2003, EFG 2003, 998, aufgeh. durch BFH v. 22.2.2002 – VIII R 41/03, HFR 2005, 1075): Darlehensverluste und Bürgschaftsinspruchnahmen, die auf Verträgen nach Begründung der wesentlichen Beteiligung beruhen, sind danach – soweit es sich dem Grunde nach um Finanzplan- und Krisendarlehen handelt – in voller Höhe als nachträgliche AK der steuerverstrickten Beteiligung zu berücksichtigen und nicht auf alle Anteile zu verteilen. Zu den Auswirkungen im Rahmen von Abs. 2 Satz 4 Buchst. b vgl. Anm. 247.

## 201 b) Darlehensverluste des Beteiligten

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

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

**Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis bei Eigenkapitalersatz:** Die Rspr. des BFH stellt für die Frage der gesellschaftlichen Veranlassung ausschließlich darauf ab, ob das Darlehen nach zivilrechtl. Grundsätzen eigenkapitalersetzenden Charakter hat (BFH v. 2.10.1984 – VIII R 36/83, BStBl. II 1985, 320; v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339; v. 10.11.1998 – VIII R 6/

96, BStBl. II 1999, 348; v. 13.7.1999 – VIII R 31/98, BStBl. II 1999, 724; GSCHWENDTNER, DStR 1999, Beihefter zu Heft 32/99, 5 ff.; ebenfalls BMF v. 8.6.1999, BStBl. I 1999, 545; OFD Kiel v. 14.12.1999, FR 2000, 161 f.). Das Darlehen ist daher durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst, wenn die Darlehensrückzahlung bei der Gewährung oder Weitergewährung (Stehenlassen) unter Berücksichtigung der finanziellen Lage objektiv gefährdet ist. Eine objektive Gefährdung liegt vor, wenn das Unternehmen zum Zeitpunkt der Gewährung bereits insolvenzreif ist oder sich zumindest in einer Krise befindet. Die veränderte Zuordnung aus dem reinen Privatbereich des § 20 hin zur Beteiligungssphäre des § 17 (und damit die Qualifikation als nachträglichen AK) rechtfertigt sich dadurch, dass aus dem eigenkapitalersetzenden Charakter das zivilrechtl. Haftungsrisiko folgt (BFH v. 12.12.2000 – VIII R 52/93, BStBl. II 2001, 286, IV. 2).

► *Maßgebende Beteiligungsquote für Eigenkapitalersatzcharakter*: Allerdings führt die strikte Verknüpfung zwischen nachträglichen AK und den Eigenkapitalersatzregeln bei jenen zu Problemen, die wegen der Absenkung der Beteiligungsgrenzen des § 17 auf 10 vH, bzw. nunmehr sogar nur 1 vH in die estl. Verstrickung gekommen sind, für die aber die gesellschaftsrechtl. Eigenkapitalersatzregeln gar nicht anwendbar sind, da diese wiederum selbst eine bestimmte Beteiligungshöhe voraussetzen. Diese beträgt bei GmbH-Gesellschaftern mehr als 10 vH (so weit nicht geschäftsführend, § 32a Abs. 3 GmbHG) und bei Aktionären 25 vH (vgl. GSCHWENDTNER, DStR 1999, Beihefter zu Heft 32/99, 20 mwN). Ob der BFH bei Darlehensverlusten dieser Gesellschafter bei seinem Ansatz bleiben, ihn generell ändern oder nur für die betroffenen Gesellschafter abweichende Ansätze entwickeln wird, bleibt abzuwarten. UE müssen die Rechtsgrundsätze zum kapitalersetzenden Darlehen auch nach Herabsetzung der maßgeblichen Beteiligungsgrenzen durch das StEntlG 1999/2000/2002 und das StSenkG gelten, so dass es entscheidend darauf ankommen muss, ob der Gesellschafter die nach diesen beiden Gesetzen jeweils vorgeschriebene Beteiligungsgrenze von 10 vH bzw. 1 vH erreicht (so auch VOGT, DStR 2001, 1881; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 212) SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 171; aA OFD Kiel v. 14.12.1999, FR 2000, 161 [168]; OFD Düss. v. 5.11.2002, StEK ESStG § 17 Nr. 59; FinSen. Bremen v. 8.11.2002, DStR 2003, 464; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 151a; OSTERMAYER/ERHART, BB 2003, 449 [451]: kein Abzug bei Unanwendbarkeit der gesellschaftsrechtl. Eigenkapitalersatzregeln).

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

- das Verhältnis zwischen Darlehensrückzahlungsanspruch und bilanziellem Eigenkapital (ggf. einschl. 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 Verant- wortung für eine ordnungsgemäße Finanzierung zu erkennen (vgl. auch BGH v. 7.11.1994 – II ZR 270/93, GmbHR 1995, 38). Vom Vorliegen einer solchen Erkenntnismöglichkeit ist lt. BFH regelmäßig und insbes. bei einem geschäftsführenden Allein- oder Mehrheitsgesellschafter auszugehen (Hin- weis auf BGH v. 28.11.1994 – II ZR 77/93, GmbHR 1995, 35 mwN).
- ▶ *Die Insolvenzsreife* bestimmt sich ebenfalls nach den im Zivilrecht entwickelten Grundsätzen (vgl. zB K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 37 IV, 1151 ff.). Insolvenzsreife liegt demnach vor, wenn die Gesellschaft über das Sta- dium der Kreditwürdigkeit hinaus insolvent ist, dh. bei Überschuldung, be- stehender und drohender Zahlungsunfähigkeit (§§ 16–19 InsO).

**Einzelfälle eigenkapitalersetzender Darlehen:** Der eigenkapitalersetzende Charakter von Darlehen (und damit nachträgliche AK auf die Beteiligung) wird in folgenden Einzelfällen angenommen (zusammenfassend BFH v. 13.7.1999 – VIII R 31/98, BStBl. II 1999, 724; GSCHWENDTNER, DStR 1999, Beihefter zu Heft 32/99, 11 ff.):

▶ *Darlehensgewährung in der Krise bzw. bei Insolvenzsreife:* Das Darlehen wurde ausge- zahlt oder verlängert, als die Gesellschaft mindestens in der Krise bzw. schon in- solvenzsreif war. Die Zufuhr „frischen“ Kapitals in der Krise bedeutet immer eine Finanzierungsentscheidung für die Fortführung der Gesellschaft und gegen die an sich gebotene Liquidation (GSCHWENDTNER, NJW 1999, 2165). Für die Höhe der AK ist dann der Nennwert des Darlehens maßgeblich (BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339 [341] mwN; HARTMANN, DStZ 1998, 270; WIDMANN, StbJb. 1993/94, 303 ff. – weiterführende Überlegung zum Wertansatz einer Darlehensforderung).

▶ *Stehenlassen in der Krise:* Das Darlehen wurde zwar vor der Krise ausgezahlt, der Gesellschafter hat es aber – nach einer Überdenkensfrist von 2 bis 3 Wo- chen (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 Situa- tion der Gesellschaft absehbar war, dass die Rückzahlung gefährdet sein würde (BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94 aaO; v. 7.7.1992 – VIII R 24/90, BStBl. II 1993, 333; WATERMEYER, BB 1993, 403; BULLINGER, DStR 1993, 225). Wie der Gesellschafter das Darlehen „stehen lässt“ – sei es durch eine Verlängerungs-, Stundungs-, Schuldumschaffungs- oder sonstige Vereinbarung oder durch die bloße Nichtgeltendmachung der Forderung bzw. Unterlassen einer möglichen Kündigung – spielt für den eigenkapitalersetzenden Charakter der Handlung des Gesellschafters keine Rolle (GSCHWENDTNER, NJW 1999, 2165). Im Fall eines stehen gelassenen Darlehens ist grundsätzlich der gemeine Wert in dem Zeit- punkt maßgeblich, in dem es der Gesellschafter mit Rücksicht auf das Gesell- schaftsverhältnis nicht abzieht. Dieser Wert kann erheblich unter dem Nennwert des Darlehens liegen, im Einzelfall sogar auf 0 € absinken (vgl. auch HOFFMANN, GmbHR 1997, 1140; HARTMANN aaO). Erst Wertverluste ab dem Zeitpunkt, in dem das Darlehen eigenkapitalersetzenden Charakter erhält, beziehen sich auf das Gesellschaftsverhältnis und können damit nachträgliche AK darstellen (BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339). Vorher entstandene



Verluste betreffen ausschließlich den privaten Vermögensbereich, da bis zu diesem Zeitpunkt der Gesellschafter wie ein normaler Darlehensgeber auftritt und sich auch so behandeln lassen muss (BFH v. 10.11.1998 – VIII R 6/96, BStBl. II 1999, 348). Stehen gelassene Zinsen aus einem Gesellschafterdarlehen führen nicht zu einem Auflösungsverlust nach Abs. 4, wenn die Krise der Gesellschaft durch die Verzinsung des Darlehens erst veranlasst wurde. Denn der Wert der stehen gelassenen Zinsen beträgt in diesem Fall im Moment des Eintritts der Krise 0 €. Es handelt sich nicht um einen Fall der Hingabe eines Darlehens in der Krise (Nds. FG v. 25.1.2001, EFG 2001, 1042, rkr.; aA BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 213, für den Fall, dass das Stehenlassen der Zinsen von vornherein vereinbart war).

► *Krisenbestimmtes Darlehen:* Es handelt sich um ein „krisenbestimmtes Darlehen“, wenn das Darlehen seiner Zweckbestimmung nach schon von vornherein auch als Krisenfinanzierung angelegt ist (GSCHWENDTNER, DStR 1999, Beihefter zu Heft 32/99, 13): Die Krisenbestimmtheit dokumentiert sich dadurch, dass der Gesellschafter bereits vor einer möglichen Krise gegenüber der Gesellschaft, den anderen Gesellschaftern oder Gesellschaftsgläubigern verbindlich zusagt, das Darlehen auch in einer – für möglich erachteten – Krise in der Gesellschaft zu belassen (BFH v. 7.7.1992 – VIII R 24/90, BStBl. II 1993, 333). Diese Erklärung kann im Gesellschaftsvertrag, einem Gesellschafterbeschluss oder einer schuldrechtl. Abrede abgegeben werden (GSCHWENDTNER aaO). Der BFH hält in diesem Zusammenhang auch schon die Erklärung eines einfachen Rangrücktritts für ausreichend (BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339). Das Gleiche gilt für einen Forderungsverzicht mit Besserungsschein (BFH v. 7.7.1992 – VIII R 24/90 aaO) oder einen Verzicht auf Kündigung im Krisenfall (so für den konkludenten Verzicht auf die Ausübung eines außerordentlichen Kündigungsrechts auch FG Köln v. 9.10.2003, EFG 2004, 109, rkr.). Fällt der Gesellschafter mit einem solchen „krisenbestimmten Darlehen“ aus, führt dies zu nachträglichen AK auf die Beteiligung in Höhe des Darlehensnennwerts (BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94 aaO; v. 31.10.2000 – VIII R 47/98, BFH/NV 2001, 589 mwN). Dies beruht auf der Erwägung, dass die krisenbestimmte Darlehensbindung zugunsten der Gesellschaft bereits mit dem Verzicht auf eine ordentliche und eine außerordentliche Kündigung eintritt und deshalb der spätere Verlust dieses Darlehens bereits auf diesem Verzicht und nicht nur auf den später eintretenden Rechtsfolgen der Krise beruht. Damit unterscheidet sich diese Fallgruppe wesentlich von der vorherigen Fallgruppe „Stehenlassen eines Darlehens in der Krise“ (BGH v. 9.10.1986 – II ZR 58/86, BB 1987, 80; v. 9.3.1992 – II ZR 168/91, NJW 1992, 1763; v. 21.3.1988 – II ZR 238/87, BGHZ 104, 33; BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339, und v. 4.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, 344 [zu Bürgschaften]; BMF v. 8.7.1999, BStBl. I 1999, 545). Für die Frage der Höhe der nachträglichen AK kommt es nicht auf die Frage an, wann eine Krise eintrat und welchen Wert das Darlehen zu diesem Zeitpunkt noch hatte, da beim krisenbestimmten Darlehen der Nennwert maßgebend ist.

► *Finanzplandarlehen:* Hierunter fallen Darlehen, die von Anfang an in die Finanzplanung der Gesellschaft mit einbezogen werden, um die zur Aufnahme der Geschäfte erforderliche Kapitalausstattung der Gesellschaft durch eine Kombination von Eigen- und Fremdfinanzierung zu erreichen (BFH v. 4.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, 344; v. 31.5.1999 – VIII B 21/99, BFH/NV 1999, 1594). Liegt ein Finanzplandarlehen vor, ist es nach Auffassung des BFH von vornherein – mit seiner Hingabe – gesellschaftsrechtl. als Haftein-

lage gebunden. Der BFH lehnt sich mit dieser Auffassung an die ursprüngliche Rspr. des BGH an (BFH v. 4.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, 344; s.o.). Auch für die estrechtl. Beurteilung geht der BFH davon aus, dass das Finanzplandarlehen mit Rücksicht auf das Gesellschaftsverhältnis gewährt wurde (ebenfalls BMF v. 8.6.1999, BStBl. I 1999, 545). Dementsprechend erhöhen sich im Fall des Darlehensverlusts die AK des Beteiligten nicht nur um den Darlehenswert im Zeitpunkt des Kriseneintritts, sondern um den Nennwert.

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

Der BGH (Urt. 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 StRcht ist dies wegen der unterschiedlichen Höhe der nachträglichen AK (Nennwert oder nur gemeiner Wert bei Kriseneintritt) gerade nicht der Fall. Ob und inwiefern der BFH seine Rspr. ändert, ist noch nicht abzusehen. Die FinVerw. hält jedenfalls zunächst an einer eigenständigen Fallgruppe der Finanzplandarlehen fest (OFD Kiel v. 14.12.1999, FR 2000, 161, 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 32/99, 14 ff.

## 202 c) Inanspruchnahme aus Bürgschaft oder sonstigen Sicherheitsleistungen

**Die Übernahme von Bürgschaften** für Verbindlichkeiten der Gesellschaft wird entsprechend den Grundsätzen eigenkapitalersetzender Darlehen beurteilt (grundlegend BFH v. 2.10.1984 – VIII R 20/84, BStBl. II 1985, 428; v. 4.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, 344; v. 8.4.1998 – VIII R 21/94, BStBl. II 1998, 660; v. 26.1.1999 – VIII R 50/98, BStBl. II 1999, 559; v. 6.7.1999 – VIII R 9/98, BStBl. II 1999, 817). Hiernach liegen nachträgliche AK vor, wenn der Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses eine Bürgschaft

für Verbindlichkeiten der KapGes. übernimmt und aufgrund dieser Bürgschaft in Anspruch genommen wird, ohne eine gleichwertige Rückgriffsforderung gegen die Gesellschaft erwerben zu können (so auch OFD München v. 30.4.1996, FR 1996, 431; OFD Cottbus v. 26.3.1999, StEK EStG § 17 Nr. 44).

Wenn zB ein Gesellschafter für Verbindlichkeiten einer wirtschaftlich gesunden KapGes. unentgeltlich, ohne Sicherheitsleistung und ohne gesicherte Rückgriffsmöglichkeit eine zeitlich unbeschränkte und (bezogen auf die der KapGes. von der Bank und/oder einem anderen Gläubiger eingeräumte Kreditlinie) unbegrenzte Bürgschaft übernimmt, so kann davon ausgegangen werden, dass eine solche Bürgschaftsübernahme von vornherein ihre Ursache ausschließlich im Gesellschaftsverhältnis hat. Ein außenstehender Dritter bzw. Nichtgesellschafter würde sich die Risikoübernahme auf jeden Fall vergüten lassen und darüber hinaus seine Rückgriffsforderung in irgendeiner Weise sichern. Die bloße Möglichkeit einer Kündigung der Bürgschaft steht dann der Berücksichtigung nachträglicher AK nicht mehr entgegen (OFD München v. 30.4.1996, StEK EStG § 17 Nr. 30). Andere Umstände sind für die Qualifizierung unerheblich, so zB ob die Bürgschaftszahlungen zu einer Einlage in das Gesellschaftsvermögen und zu einer Werterhöhung der Anteile geführt haben (BFH v. 10.11.1998 – VIII R 6/96, BStBl. II 1999, 348, II.3.; v. 13.4.2000 – VIII B 86/99, BFH/NV 2000, 1199 mwN).

**Zeitpunkt der Berücksichtigung:** Die bloße Übernahme einer Bürgschaft führt noch nicht zu nachträglichen AK der Beteiligung. Das Gleiche gilt für die Zahlung durch den Bürgen, denn dadurch erwirbt er idR eine Rückgriffsforderung gegen die Gesellschaft als Hauptschuldner (§ 774 Abs. 1 BGB). Erforderlich ist vielmehr, dass der Gesellschafter-Bürge auf diese Rückgriffsforderung gegen die Gesellschaft verzichtet oder dass diese wertlos/wertgemindert ist/wird. Ist dies der Fall, so ist eine Berücksichtigung als nachträgliche AK bei der stichtagsbezogenen Ermittlung des Veräußerungsgewinns regelmäßig bereits möglich, wenn der Gesellschafter in Anspruch genommen wurde oder damit ernstlich zu rechnen ist; eine tatsächliche Zahlung ist dagegen nicht erforderlich (BFH v. 26.2.1993 – VIII B 87/92, BFH/NV 1993, 364; v. 26.1.1999 – VIII R 50/98, BStBl. II 1999, 559; v. 4.7.2001 – VIII B 70/00, BFH/NV 2001, 1552 [1553]). Eine Berücksichtigung scheidet aber aus, wenn der Gesellschafter zahlungsunfähig ist (BFH v. 8.4.1998 – VIII R 21/94, BStBl. II 1998, 660; v. 26.1.1999 – VIII R 50/98 aaO [II. 2. c]). Zahlt er später doch, kommt eine Änderung nach § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO in Betracht. Dies gilt auch dann, wenn ein Gesellschafter im Zeitpunkt der Entstehung des Auflösungsgewinns oder -verlusts mit seiner Inanspruchnahme aus einer Bürgschaft für die GmbH nicht oder jedenfalls nicht über einen bestimmten Betrag hinaus rechnen musste. Seine spätere Inanspruchnahme ist dann ein nachträgliches Ereignis, das auf den Zeitpunkt der Auflösung der GmbH zurückwirkt (BFH v. 1.7.2003 – VIII R 71/02, GmbHR 2003, 1378; FG Nürnberg v. 23.1.2003, DStRE 2003, 729, nrkr., 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, II.3.).

**Qualifizierung als Eigenkapitalersatz:** Die Bürgschaftsübernahme durch einen Gesellschafter ist nach der neueren Rspr. des BFH nur dann „durch das Ge-

schaftsverhältnis veranlasst“, wenn sie als eigenkapitalersetzende Finanzierungsmaßnahme zu qualifizieren ist. Es bestehen die gleichen Fallgruppen wie bei Gesellschafterdarlehen (s. dazu Anm. 201), nämlich Bürgschaften, die in der Krise übernommen werden, in der Krise stehen gelassen werden, von vornherein krisenbestimmt sind oder von vornherein im Rahmen eines erkennbaren Finanzplans übernommen wurden (BFH v. 6.7.1999 – VIII R 9/98, BStBl. II 1999, 817, II.2.a mwN). Eine Krise liegt – bezogen auf die Bürgschaft – vor, wenn die Inanspruchnahme aus ihr und die Wertlosigkeit des Rückgriffsanspruchs so wahrscheinlich sind, dass ein Nichtgesellschafter zu diesem Zeitpunkt keine Bürgschaft mehr für die Gesellschaft übernommen hätte (zB BFH v. 16.4.1991 – VIII R 100/87, BStBl. II 1992, 234; v. 29.6.1995 – VIII R 68/93, BStBl. II 1995, 722).

**Höhe der nachträglichen Anschaffungskosten:** Auch für die Höhe der nachträglichen AK gelten die gleichen Grundsätze wie bei Gesellschafterdarlehen (s. dazu Anm. 201); statt der Darlehensforderung ist auf den Wert des Rückgriffsanspruchs des Bürgen nach § 774 BGB abzustellen (BFH v. 6.7.1999 – VIII R 9/98 aaO [II. 2. c]). Bei Bürgschaften, die in der Krise gewährt wurden oder krisenbestimmt sind oder in die Finanzplanung erkennbar einbezogen waren, ist der Nennwert des Rückgriffsanspruchs maßgebend. Bei Bürgschaften, die erst durch das Stehenlassen in der Krise eigenkapitalersetzend wurden, kommt es dagegen auf den gemeinen Wert zu diesem Zeitpunkt an (BFH v. 6.7.1999 – VIII R 9/98 aaO). Ist der Bürge zahlungsunfähig oder ist aus anderen Gründen, zB einer bedingten Erlassvereinbarung, nicht mit seiner Inanspruchnahme über einen bestimmten Betrag hinaus zu rechnen, so ist die Bürgschaftsverpflichtung nur noch in Höhe dieses Restbetrags zu berücksichtigen. Seine volle Inanspruchnahme wäre in diesem Fall ein rückwirkendes Ereignis iSd. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO (FG Nürnberg v. 23.1.2003, DStRE 2003, 729). 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 Saarl. v. 5.8.2002, EFG 2002, 1435; zu Gestaltungsmöglichkeiten HOFFMANN, EFG 2002, 1437).

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

#### 203 d) Forderungsverzicht und -abtretung

**Der Verzicht** eines Gesellschafters auf eine bereits realisierte Forderung gegen die KapGes. ist in aller Regel durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst und führt in diesem Fall zu nachträglichen AK iSd. Abs. 2 (BFH v. 16.5.2001 – I B 143/00, BStBl. II 2002, 436; so bereits EILERS/WIENANDS, GmbHR 1998, 618; BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 210; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 147). Hin-

sichtlich der Höhe der nachträglichen AK gelten die Grundsätze, die unter Anm. 201, 202 dargestellt wurden (Nennwert bei krisenbestimmten, Finanzplan- oder in der Krise gewährten Darlehen, gemeiner Wert zum Zeitpunkt des Stehenlassens in der Krise).

**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; DÖRSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 151c) abtritt.

Einstweilen frei.

204

### 3. Änderung der Anschaffungskosten

205

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

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

**Rückzahlung oder Ausschüttungen aus dem steuerlichen Einlagekonto** (§ 27 KStG) mindern die AK. Eine solche Minderung der AK ist jedoch nur bis auf null möglich, da es keine negativen AK gibt. Der BFH (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 veräußerungs-gleicher Tatbestand behandelt wird (Einzelheiten vgl. Anm. 207, 325 f.).

Einstweilen frei.

206

### 4. ABC zu Bewertungsfragen bei den Anschaffungskosten

207

**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 vH (ab 1.1.1999 durch das StEntlG 1999/2000/2002) bzw. mindestens 1 vH (prinzipiell ab 1.1.2001 durch StSenkG) wurden, wären auf der Grundlage des BFH-Urt. v. 19.3.1996 – VIII R 15/94 (BStBl. II 1996, 312) bei der Gewinnermittlung nach § 17 die historischen AK anzusetzen. Nach der jüngsten Rspr. des BFH v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398 (hiergegen Verfassungsbeschwerden unter Az. 2 BvR 753/05 und Az. 2 BvR 748/05) sind als AK die historischen AK und nicht der gemeine Wert der Anteile anzusetzen. Diese Ansicht verstößt uE gegen den dispositionsbezogenen Vertrauensschutz als verfassungsrechtliche Grenze für rückwirkende Besteuerungszugriffe. Weitere Einzelheiten und Kritik s. Anm. 9.

Im Fall der Veräußerung mit Verlust kann die Absenkung von 25 auf 10 vH bzw. von 10 auf 1 vH günstig sein. Sie kann dazu führen, dass die Verlustausgleichsbeschränkung des Abs. 2 Satz 4 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, sind nach Ansicht des BFH (BFH v. 30.3.1993 – VIII R 44/90, BFH/NV 1993, 597; v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312) bei der Gewinnermittlung nach § 17 die tatsächlichen historischen AK anzusetzen und nicht der gemeine Wert bei Zuzug (vgl. GROSSMANN/LÜCKHARDT, INF 1996, 737 mit Beispiel). Es ist dabei ohne Belang, ob der Stpfl. die Beteiligung an einer in- oder ausländ. KapGes. hält (BFH v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312; v. 18.1.1999 – VIII B 80/98, DStR 1999, 538). UE wird durch den Ansatz der historischen AK eine rückwirkende Wertzuwachsbesteuerung bewirkt, die systematisch verfehlt ist. Das ist in dieser Konstellation um so bedenklicher, als die deutsche Steuerhoheit faktisch auf Zeiträume ausgedehnt wird, in denen sie noch gar nicht bestanden hat (BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 227). Richtigerweise sollte daher der gemeine Wert im Zeitpunkt des Zuzugs angesetzt werden (so bereits L. SCHMIDT, StuW 1996, 300; CREZELIUS, DB 1997, 195; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 224).

**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 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 (FG Münster v. 15.3.2001, EFG 2003, 759, nrkr., Az. BFH III R 7/03). Dieser Wert tritt nunmehr bei der Steuerverstrickung nach § 17 an die Stelle der AK, um eine Doppelberücksichtigung zu vermeiden. Die Entnahme wird damit zum Zweck der Gewinnermittlung nach § 17 einer Anschaffung gleichgestellt (SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV, § 17 Rn. 179; BFH v. 29.4.1992 – XI R 5/90, BStBl. II 1992, 969, bzgl. § 21). Dies gilt auch bei einer Verlustrealisierung im Rahmen der Entnahme, da eine doppelte Berücksichtigung dem objektiven Nettoprinzip widerspräche.

**Anteilswerb bei Gründung oder Kapitalerhöhung einer Kapitalgesellschaft:** Die AK von Anteilen, die bei der Gründung einer KapGes. oder einer Kapitalerhöhung einer KapGes. erworben wurden, bestehen

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

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

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

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

**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 sind 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 HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 225; für den Ansatz des bei der KapGes. angesetzten Werts SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 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; v. 18.1.1999 – VIII B 80/98, BStBl. II 1999, 486 [II.3]; v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398) sind dann sämtliche Anteile mit ihren jeweiligen „historischen“ AK zu bewerten. Der BFH hat dies für den Fall eines Hinzuerwerbs einer nicht wesentlichen bzw. nicht steuerverstrickten Beteiligung durch Erbfolge nochmals bestätigt (BFH v. 23.1.2003 – VIII B 121/01, BFH/NV 2003, 767). Dadurch werden auch jene Wertzuwächse in die Besteuerung einbezogen, die seit der Anschaffung in dem Zeitraum gebildet wurden, in dem noch keine wesentliche bzw. steuerverstrickte Beteiligung vorlag. Es handelt sich hierbei um eine „rückwirkende Wertzuwachsbesteuerung“ (OTT, GmbHR 1993, 471 [475]; vgl. zum ähnlich gelagerten Problem durch die Absenkung der Beteiligungsgrenzen Anm. 130 f.). Die alten „nichtwesentlichen“ Anteile sind deshalb uE 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 anzusetzen (SCHMIDT, StuW 1996, 300; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 159; CREZELIUS, DB 1997, 195; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 214 mwN; aA zB BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 204).

**Beispiel:** X erwirbt 2000 eine 0,8-vH-Beteiligung an der Y-GmbH für 50 000 €. 2002 erwirbt er weitere 0,6 vH 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.

**Anteils erwerben 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 besonderen Bewertungsvorschriften keine Anwendung.

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

► *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 (ausführlich BFH v. 21.1.1999 – IV R 27/97, BStBl. II 1999, 638 mwN; zu § 23 vgl. BFH v. 21.9.2004 – IX R 36/01, BStBl. II 2006, 12; BMF v. 20.12.2005, BStBl. I 2006, 8).

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

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

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

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



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

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

Der Börsenkurs des Bezugsrechts beträgt somit 10 € ( $(300 \text{ €} \cdot / \cdot 270 \text{ €}) : [2 + 1]$ ). 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. selbstständig bestehen. Die Selbstständigkeit ergibt sich:

- bei hinzerworbenen 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 selbstständig bestehenden Anteile veräußert werden soll, wenn die Identität der Anteile feststeht bzw. ermittelt werden kann (DÖRSCH/PUNG in DEJPW, § 17 EStG Rn. 137; 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 (Streifbanddepot) möglich (BFH v. 17.7.1980 – IV R 15/76, BStBl. II 1981, 11; v. 7.3.1995 – VIII R 29/93, BStBl. II 1995, 693). Das Wahlrecht gibt dem Stpfl. ein allein ihm von Rechts wegen zustehendes Gestaltungsrecht; ein Missbrauch (§ 42 AO) kann deshalb durch seine Ausübung nicht begründet werden.
- ▶ *Durchschnittswert bei nicht möglicher Identifizierung*: Ist eine Identifizierung der tatsächlich verkauften Anteile nicht möglich, sind im Wege der Schätzung die durchschnittlichen AK aller Anteile anzusetzen (BFH v. 17.7.1980 – IV R 15/76, BStBl. II 1981, 11). Keine Schätzung, sondern ein regelrechter Durchschnittspreis muss gebildet werden, wenn mehrere Geschäftsanteile zusammengelegt werden und später ein Teil dieses neuen Geschäftsanteils veräußert wird (vgl. § 17 Abs. 1 GmbHG).

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

**Tausch:** Beim Tausch entsprechen die AK dem gemeinen Wert der hingegebenen WG (BFH v. 7.7.1992 – VIII R 54/88, BStBl. II 1993, 331). Die Grundsätze des Tausch-Gutachtens 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 StEntlG 1999/2000/2002 eingefügten § 6 Abs. 6 Satz 1 obsolet geworden (KORN/STAHL, KÖSDI 1999, 11973). Für Tauschgeschäfte im PV ist uE § 6 Abs. 6 Satz 1 zur AK-Ermittlung im Rahmen des § 17 Abs. 2 analog anwendbar.

**Verdeckte Einlagen:** Zum Begriff der verdeckten Einlage s. Anm. 140 u. 230. Zu den nachträglichen AK in Form einer verdeckten Einlage zählen insbes. Nachschüsse und Zuschüsse an die Gesellschaft (WELZEL, DStR 1987, 511) sowie der Verzicht auf Ansprüche gegen die Gesellschaft und auf Sacheinlagen (BFH v. 12.4.1989 – I R 41/85, BStBl. II 1989, 612). Die AK der Beteiligung erhöhen sich im Fall der verdeckten Einlage uE um den gemeinen Wert der eingelegten WG. § 6 Abs. 6 Satz 2 (Teilwertansatz) ist auf Beteiligungen des PV nicht anwendbar (glA zB SCHMIDT/GLANEGGER XXIV. § 6 Rn. 551, 436; aA DÖRSCH/PUNG in DEJPW, § 17 EStG Rn. 165). Zwischen dem Bewertungsmaßstab des Abs. 2 Satz 2 und den AK muss uE Korrespondenz herrschen; anderenfalls könnte es bei niedrigerem Teilwert zu einer zweckwidrigen Doppelbesteuerung stiller Reserven nach Abs. 2 kommen. Der Anteilseigner müsste einerseits seine verdeckte Einlage zum gemeinen Wert (Verkehrswert) versteuern (Abs. 2 Satz 2 iVm. Abs. 1 Satz 2), dürfte aber andererseits bei einer nachfolgenden Veräußerung nur geminderte AK (um Differenz zwischen Verkehrswert und Teilwert) vom Veräußerungserlös absetzen.

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

208–229 Einstweilen frei.

### 230 C. Gemeiner Wert als Veräußerungspreis bei verdeckter Einlage (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 2 Halbs. 1 BewG). Fehlen diese, ist der Wert mit Hilfe des Stuttgarter Verfahrens zu schätzen (ebenso SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 139; JAHNDORF, StuW 1999, 271; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 251). Das Stuttgarter Verfahren ist auch bei der ESt. anwendbar, soweit es nicht aus besonderen Gründen im Einzelfall zu offensichtlich unrichtigen Ergebnissen führt (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 Stuttgarter Verfahren zu offensichtlich unzutreffenden Ergebnissen geführt hat, ist eine Frage des Einzelfalls und einer abstrakter Beantwortung nicht zugänglich (BFH v. 11.5.2005 – VIII B 89/01, BFH/NV 2005, 1777). Nach Auffassung des BMF (BMF v. 12.10.1998, DStR 1998, 1754) soll dabei das Vermögen der KapGes. zu Teilwerten angesetzt werden. Teilweise bevorzugt die FinVerw. mittlerweile aber auch das sog. Ertragswertverfahren nach IdW-Standards als Regelbewertungsmaßstab für die Bewertung von Anteilen an KapGes. gegenüber dem Stuttgarter Verfahren (vgl. zB Bewertungsleitfaden der OFD Düss. und Münster v. 12.8.2004 – S 2177 - 16 - St 13 - K, abrufbar auf der Internet-Homepage für die OFD Münster unter [www.fm.nrw.de](http://www.fm.nrw.de); dazu BRINKMEIER, GmbH-StB 2005, 16 f.).

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

Einstweilen frei.

231–234

## D. Anschaffungskosten unentgeltlich erworbener Anteile (Abs. 2 Satz 3)

235

**Anschaffungskosten des Rechtsvorgängers:** Nach Abs. 2 Satz 3, der durch das StÄndG 1965 eingeführt wurde (BTDrucks. IV/3180 v. 12.3.1965, 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 allgemein Anm. 200 f.). Demnach bleibt der Veräußerer an die AK des Rechtsvorgängers gebunden. Er muss bei seiner Veräußerung auch die Wertsteigerungen versteuern, die zur Be-

sitzzeit 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; v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312).

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

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

**Beispiel:** X erwirbt von Y 5 Anteile an einer KapGes. für insgesamt 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).

236–239 Einstweilen frei.

## E. Veräußerungsverlust im Sinne des Abs. 2 Satz 4

**Schrifttum:** EILERS/WIENANDS, GmbHR 1999, 505; HERZIG/FÖRSTER, DB 1999, 711; WENDT, 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.

### I. Rechtentwicklung

#### 240 1. Rechtslage nach dem JStG 1996

Mit dem durch das JStG 1996 (BGBI. I 1995, 1250; BStBl. I 1995, 438) eingeführten Abs. 2 Satz 4 sollten „Gestaltungen erschwert werden, die es einem bisher nicht wesentlich beteiligten Anteilseigner ermöglichten, 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 Neuregelung 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 4 Buchst. a, sog. gründungsgeborene Beteiligung) oder
- die Anteile mehr als 5 Jahre vor der Veräußerung entgeltlich erworben hatte und er während des gesamten Zeitraums wesentlich beteiligt war (Abs. 2 Satz 4 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 4 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 4 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 Gesetzentwurf der BReg. zum StÄndG 2001, BTDrucks. 14/6877, 15 zu § 52 Abs. 34a). Verfassungsrechtl. Bedenken gegen die Norm (zB HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 290) veranlassten das FG Münster, die Regelung des Abs. 2 Satz 4 Buchst. b dem BVerfG zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit vorzulegen (FG Münster v. 11.6.1999, EFG 1999, 977, Az. BVerfG 2 BvL 7/99).

## 2. Neufassung des Abs. 2 Satz 4 durch das StEntG 1999/2000/2002

241

Mit der Neufassung des Abs. 2 Satz 4 durch das StEntG 1999/2000/2002 trug der Gesetzgeber der allgemeinen Kritik an der zweckwidrig überschießenden Reichweite des Verlustabzugsverbots nach dem JStG 1996 inhaltlich Rechnung. Die bisherige Unterscheidung zwischen Erwerb bei Gründung und sonstigem Erwerb wurde aufgegeben. Die Neuregelung unterscheidet jetzt zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb. Bei teilentgeltlich erworbenen Anteilen sind die Anteile wertmäßig in entgeltlich sowie unentgeltlich erworbene Anteile aufzuspalten (vgl. Anm. 156).

Die Neufassung beschränkt das Abzugsverbot treffsicherer auf die eigentlichen Missbrauchsfälle und geht ansonsten von der Abziehbarkeit von Verlusten aus (so im RegE zum StÄndG 2001, BTDrucks 14/6877, 15 zu § 52 Abs. 34a; zur historischen Entwicklung NACKE/INTEMANN, NWB F. 3, 12303). Satz 4 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 4 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 Neuregelung begünstigt die entgeltliche Aufstockung zur Erreichung einer wesentlichen bzw. steuerverstrickten Beteiligung. Verfügt ein Gesellschafter zB bereits über eine nicht steuerverstrickte Beteiligung in Höhe von 0,5 vH und kauft er weitere 1,2 vH hinzu, so kann er einen innerhalb der kommenden 5 Jahre erlittenen Veräußerungsverlust zu 1,2/1,7 stl. abziehen, danach ohnehin voll (s. auch BTDrucks. 14/23, 179 für § 17 vor StSenkG: Hinzuerwerb von 12 vH zu ursprünglich nicht wesentlicher Beteiligung von 8 vH führt zur Abziehbarkeit von 12/20 des erlittenen Veräußerungsverlusts).

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

Durch § 52 Abs. 34a idF des StÄndG 2001 gilt die in Anm. 241 beschriebene Neufassung des Abs. 2 Satz 4 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 in seinem Ur. v. 22.2.2005 – VIII R 41/03 (BFH/NV 2005, 1518) jedoch die abgesenkten Beteiligungsgrenzen von 10 vH bzw. von 1 vH – 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 Neufassung des Abs. 2 Satz 4 im Rahmen eines Billigkeitserlasses nach §§ 163, 227 AO. Ein solcher Billigkeitserlass ist uE zu gewähren.

243–245 Einstweilen frei.

246 **II. Verlustausgleichsbeschränkung bei unentgeltlich erworbenen Anteilen (Abs. 2 Satz 4 Buchst. a)**

**Grundsatz:** Nach Abs. 2 Satz 4 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 4 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, 347). Bei dieser fiktiven Prüfung der Verlustausgleichsmöglichkeit beim Rechtsvorgänger ist für diesen auch die weitere Verlustausgleichsbeschränkung des Abs. 2 Satz 4 Buchst. b einzubeziehen und fiktiv anzuwenden; hinsichtlich der 5-Jahres-Frist sind allerdings die Besitzzeiten des Rechtsvorgängers und des Rechtsnachfolgers (= Veräußerer der unentgeltlich erworbenen Anteile) zusammenzurechnen (Gesamtbetrachtung, ebenso HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 315; aA SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 198). Die Verlustausgleichsbeschränkungen führen dadurch zu äußerst komplexen und streitanfälligen Subsumtionsketten. Vor dem Hintergrund der Absenkung der Beteiligungsgrenze auf 1 vH durch das StSenkG und dem dadurch kaum mehr bestehenden Anreiz von gestaltungsmisbräuchlicher Aufstockung von verlustbringenden Beteiligungen sollte uE daher Abs. 2 Satz 4 abgeschafft werden (vgl. oben zur Kritik am § 17 Anm. 13 zu „Verlustausgleichsverbot des § 17 Abs. 2 Satz 4“).

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

### III. Verlustausgleichsbeschränkung bei entgeltlich erworbenen Anteilen (Abs. 2 Satz 4 Buchst. b)

247

**Grundsatz:** Nach Abs. 2 Satz 4 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 4 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 4 Buchst. b Satz 2 setzt nicht voraus, dass die Anteile, deren Erwerb zur Begründung einer wesentlichen bzw. steuerverstrickten Beteiligung führt, aus der Hand einer Person erworben werden. Ob die Anteile bereits bei dem Rechtsvorgänger steuerverhaftet waren, spielt für Abs. 2 Satz 4 Buchst. b ebenfalls keine Rolle. Ferner sind auch mittelbare Beteiligungen in die Beurteilung mit einzubeziehen.

**Maßgebliche Relevanzschwelle:** Ob der Erwerb von Anteilen „zur Begründung einer Beteiligung des Stpfl. iSv. Abs. 1 Satz 1“ (Alt. 1) geführt hat oder die Anteile „nach Begründung der Beteiligung iSv. Abs. 1 Satz 1 erworben worden sind“ (Alt. 2), ist uE auf der Grundlage der (neuen) Beteiligungsgrenze von mindestens 1 vH zu beurteilen. Dies gilt 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 vH wird somit die Möglichkeit einer Verlustberücksichtigung für entsprechende Beteiligungen von mindestens 1 vH rückwirkend ausgedehnt. Dem steht uE nicht entgegen, dass dem Stpfl. gegenüber einer steuerbelastenden rückwirkenden Absenkung der Beteiligungsgrenzen verfassungsrechtl. gebotener Vertrauensschutz zu gewähren ist (vgl. Anm. 9).

**Relevante Beteiligung während der gesamten letzten fünf Jahre:** Ein Verlustabzug ist bei strenger Wortlautinterpretation des Merkmals „... nicht innerhalb der *gesamten* letzten fünf Jahre ...“ nur zulässig, wenn die veräußerten Anteile in den fünf Jahren vor der Veräußerung ununterbrochen Teil einer relevanten Beteiligung waren. Damit weicht die Regelung von Abs. 1 Satz 1 ab, wonach es dem Wortlaut nach ausreichend ist, wenn der Stpfl. „... innerhalb der letzten fünf Jahre ...“ vor der Veräußerung, also nur vorübergehend wesentlich an der KapGes. beteiligt war. Hiernach wäre eine Verlustberücksichtigung auch dann ausgeschlossen, wenn eine ursprünglich bestehende relevante Beteiligung zwischenzeitlich (und ggf. nur für sehr kurze Zeit wie zB 1 Tag) auf einen Prozentsatz unterhalb der Relevanzschwelle abgesenkt wurde (Nds. FG v. 17.4.2002, EFG 2002, 1520, rkr.; BFH v. 14.6.2005 – VIII R 20/04, BFH/NV 2005, 2202, unter Ablehnung verfassungsrechtl. Bedenken für den dort entschiedenen Einzelfall). Im Schrifttum werden gegen eine derartige disproportionale bzw. ungleiche Behandlung von Veräußerungsgewinnen einerseits und Veräußerungsverlusten andererseits verfassungsrechtl. Bedenken erhoben (vgl. OTT in Festschr. Korn,

2005, 123; KORN/STRAHL, § 17 Rn. 109 (Mai 2002); ebenso Vorlagebeschluss des FG Münster v. 11.6.1999 – 4 K 5776/98 E, EFG 1999, 977 zur Verfassungswidrigkeit der Verlustabzugsbeschränkung des § 17 Abs. 2 Satz 4 idF des JStG 1996, und Anm. 240).

**Kein Verlustabzug für bisher nicht steuerverstrickte (Teil-)Anteile:** Die rechtl. Selbständigkeit der Anteile ist auch hier zu beachten (vgl. DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 192; BFH v. 7.3.1995 – VIII R 29/93, BStBl. II 1995, 693), dh. im Fall einer nach Hinzuerwerb erfolgenden Veräußerung aller Anteile findet keine „Mischkalkulation“ bzgl. der ursprünglichen AK und Veräußerungskosten für die insgesamt veräußerten Anteile statt (WENDT, FR 1999, 333 [348]; EILERS/WIENANDS, GmbHR 1999, 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 4 Buchst. b nur anteilig zu berücksichtigen, kann die Wertminderung von Ansprüchen des Gesellschafters aus eigenkapitalersetzenden Darlehen oder von Rückgriffsforderungen aus eigenkapitalersetzenden Bürgschaften, die vor der Begründung der wesentlichen Beteiligung gewährt oder übernommen wurden, nur insoweit zu nachträglichen AK der Beteiligung führen, als die Wertminderung nach Begründung der wesentlichen Beteiligung eingetreten ist. Dagegen sind Wertminderungen von eigenkapitalersetzenden Darlehen oder von Rückgriffsansprüchen aus eigenkapitalersetzenden Bürgschaften, die erst nach Begründung der wesentlichen Beteiligung gewährt oder übernommen wurden, in vollem Umfang als nachträgliche AK zu berücksichtigen (BFH v. 20.4.2004 – VIII R 52/02, BStBl. II 2004, 556; krit. WEBER-GRELLET, FR 2004, 787). Beim Abzug nachträglicher AK ist keine anteilsbezogene Zuordnung des Aufwands vorzunehmen. Allein entscheidend ist der Umstand, ob die Entstehung der nachträglichen AK in den Zeitraum des Bestehens einer wesentlichen Beteiligung fällt (BFH v. 20.4.2004 – VIII R 52/02 aaO; aA Schl.-Holst. FG v. 16.4.2003, EFG 2003, 998, nrkr. [aufgehoben durch BFH v. 22.2.2005 – VIII R 41/03, HFR 2005, 1075]: Verteilung auf die zu unterschiedlichen Zeitpunkten erworbenen Anteile, dh. nur insoweit abziehbar, wie sie auf Anteile entfallen, die nicht dem Abzugsverbot des Abs. 2 Satz 4b unterfallen). UE ist der Auffassung des BFH zuzustimmen. Es macht keinen Unterschied, ob der Gesellschafter nach Begründung der wesentlichen Beteiligung weitere Geschäftsanteile erwirbt, deren AK ohne jeden Zweifel voll zu berücksichtigen wären, oder ob er angesichts der akuten Krise der Gesellschaft den schnelleren Weg wählt, die weitere Finanzierung der Gesellschaft durch eigenkapitalersetzende Maßnahmen sicherzustellen. Der Gesetzeszweck des Abs. 2 Satz 4, Missbräuche zu verhindern, erfordert in diesem Fall keine Einschränkung der Verlustabzugsmöglichkeit.

**Keine Mindestgrenze für erworbene Anteile:** Die Ausnahmeregelung des Abs. 2 Satz 4 Buchst. b Satz 2 Alt. 1 erfasst die hinzuerworbenen Anteile, deren Erwerb zum Überschreiten der maßgebenden Beteiligungsgrenze iSd. Abs. 1 Satz 1 führte. Es ist also nicht notwendig, dass die Höhe der erworbenen Anteile selbst die Mindestbeteiligungsquote erreicht. Auch der Erwerb von Anteilen im Rahmen der Gründung oder Kapitalerhöhung einer Gesellschaft ist uE im Rah-



men von Abs. 2 Satz 4 Buchst. b Satz 2 als hinzu erworbene Anteile zu berücksichtigen.

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

**Umwandlung in eine Personengesellschaft:** Nach § 5 Abs. 2 Satz 2 UmwStG gelten Anteile iSd. § 17 EStG nicht als in das BV der übernehmenden Gesellschaft eingelegt, wenn bei ihrer gedachten Veräußerung ein eventuell entstehender Verlust nach § 17 Abs. 2 Satz 4 nicht zu berücksichtigen wäre. § 17 Abs. 2 Satz 4 führt zur Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 5 Abs. 2 Satz 2 UmwStG (EILERS/WIENANDS, GmbHR 1999, 505 [510]).

Einstweilen frei.

248–249

## Erläuterungen zu Abs. 3: Freibetrag

### A. Rechtsentwicklung

250

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

**Rechtsentwicklung seit 1999:** Im Gesetzgebungsverfahren zum StEntlG 1999/2000/2002 wurde zunächst die Abschaffung des § 17 Abs. 3 diskutiert (vgl. BTDrucks. 14/23, 179), letztendlich aber doch davon abgesehen.

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

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

## B. Freibetrag für den Veräußerungsgewinn (Satz 1)

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

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

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

**Veräußerungsgewinn, für den der Freibetrag gewährt wird:** Mit dem Begriff „Veräußerungsgewinn“ bezieht sich Satz 1 auf den Gewinn iSd. des Abs. 1 iVm. Abs. 2, ohne aber eindeutig zu regeln, was im Fall mehrerer Veräußerungen innerhalb eines VZ aus Beteiligungen an derselben oder verschiedenen KapGes. gelten soll. Diese Frage ist durch Auslegung zu beantworten:

► *Mehrere Veräußerungen innerhalb eines VZ von Anteilen an derselben KapGes.:* 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 DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 200; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 193; aA HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 286, der jede Veräußerung für sich wertet).

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

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

### Veräußerungsgewinn bei Gegenleistung in Form von wiederkehrenden

**Bezügen:** Umstritten ist, ob der Freibetrag nur im Fall einer Versteuerung des Werts sämtlicher wiederkehrender Bezüge im Veräußerungszeitpunkt (Sofortversteuerung) oder auch im Fall einer fortlaufenden Versteuerung jeweils bei Zufluss (Nachversteuerung; zum Wahlrecht s. Anm. 182) gewährt werden kann (verneinend BFH v. 17.12.1991 – VIII R 80/87, BStBl. II 1993, 15; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 206; HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 285; bejahend BLÜMICH/EBLING, § 17 Rn. 185). UE kann der Freibetrag nur bei Sofortversteuerung in Betracht kommen. Die Nachversteuerung ist gesetzlich nicht normiert, sondern stellt ein Instrument der richterlichen Rechtsfortbildung zugunsten des Stpfl. dar. Sie mildert bereits in erheblichem Maße die Auswirkungen, die sich bei der Sofortversteuerung durch die geballte Aufdeckung der stillen Reserven in einem VZ ergeben. Eine zusätzliche Gewährung des Freibetrags würde in der Gesamtbetrachtung zu einer Doppelbegünstigung führen. Dazu besteht jedoch bei Wahl der Nachversteuerung wegen des bereits „günstigeren“ Besteuerungs-

zeitpunkts keine Veranlassung. Ferner würde die Freibetragsgewährung eine systemwidrige Verknüpfung des bei der Nachversteuerung angewandten Zuflussprinzips mit dem bei der Sofortversteuerung angewandten Realisationsprinzip (s. Anm. 163) beinhalten (in diesem Sinn auch BFH v. 19.8.1999 – IV R 67/98, BStBl. II 2000, 179 [182]).

**Veräußerungsgewinn unter Geltung des Halbeinkünfteverfahrens:** Veräußerungspreis oder gemeiner Wert iSd. Abs. 2 und Veräußerungskosten/AK werden seit Geltung des StSenkG je nur zur Hälfte angesetzt (§ 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 halbiert (glA SCHULTE in ERLE/SAUTER, Reform der Unternehmensbesteuerung, 2001, 94). Das bewirkt im Ergebnis eine Verdoppelung des mit dem Freibetrag streif gestellten Gewinns. Denn in der ersten Stufe der Einkunftsermittlung treten gesetzessystematisch die einkünftermindernden Halbierungen durch das Halbeinkünfteverfahren ein. 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 140 Abs. 9 EStR 2003).

**Beispiel:** X veräußert seine 100 vH-Beteiligung an der A-GmbH. Der Veräußerungspreis beträgt 50 000 €, die AK belaufen sich auf 30 000 €. Der Veräußerungsgewinn nach Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens gem. § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c beträgt 10 000 €, nämlich 25 000 € ( $\frac{1}{2}$  vom Veräußerungspreis von 50 000 €, § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c abzgl. 15 000 € ( $\frac{1}{2}$  der AK von 30 000 €, § 3c Abs. 2)). Davon ist der – wegen der Veräußerung von 100 vH der Anteile voll zu gewährende – Freibetrag von 9 060 € abzuziehen. Damit bleibt der gesamte Gewinn streif.

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

**Beispiel:** X veräußert seine 60 vH-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 vH), also auf 5 436 €. Damit sind vom Veräußerungsgewinn nach Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens (s.o.) von 15 000 € noch 9 564 € nach § 17 stpfl. Eine Kürzung nach Abs. 3 Satz 2 (s. Anm. 252) ergibt sich nicht.

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

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

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

Ist der Veräußerungsgewinn oberhalb des maximalen Unschädlichkeitsbetrags von ( $25 \text{ vH} \times 45 160 \text{ €} =$ ) 11 290 €, kommt ein Freibetrag wegen Satz 2 (s. Anm. 252) überhaupt nicht mehr zum Abzug. Ist der Veräußerungsgewinn niedriger als ( $25 \text{ vH} \times 36 100 \text{ €} =$ ) 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  $(10\,000 \cdot 9\,025 =)$  975 € zu kürzen, so dass ein nach Abs. 3 Satz 1 iVm. Satz 2 doppelt gekürzter Freibetrag (zB von 1 290 €) anzusetzen wäre.

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

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 vH-Beteiligung und einem Gewinn von bis zu 36 100 € (= unschädlicher Gewinn bei 100 vH-Beteiligung) tritt eine Kürzung des Freibetrags überhaupt nicht ein. Umgekehrt entfällt bei Veräußerung einer 100 vH-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 vH beteiligt. Er veräußert einen Anteil von 20 vH; der Veräußerungsgewinn (nach Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens, vor Freibetragsanwendung) beträgt 8 000 €.

Da nur eine Telbeteiligung veräußert wird, ermäßigt sich der Freibetrag von 9 060 € in einem ersten Schritt zunächst auf 1 812 € (20 vH 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 Telbeteiligung 7 220 € (20 vH 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  $(1\,812 \cdot 780 =)$  1 032 €. Der stpfl. Veräußerungsgewinn beträgt somit  $(8\,000 \cdot 1\,032 =)$  6 968 €.

253–259 Einstweilen frei.

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

**Schrifttum:** EILERS/SCHMIDT, Diskriminierungsverbot gegenüber ausländischen EU-Kapitalgesellschaften nach dem EuGH-Urt. Saint Gobain v. 21.9.1999, DSr 1999, 1977; EILERS/WIENANDS, Neue steuerliche und gesellschaftsrechtliche Aspekte der Doppelsässigkeit 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“-Urt. des EuGH, DSr 1999, 2057; SCHWEDHELM/BINNEWIES, Hinzuzugsbesteuerung als neue Begehrlichkeit der Finanzverwaltung. Steuerrechtliche Konsequenzen der Verlegung des Ortes der Geschäftsleitung einer im Ausland gegründeten Kapitalgesellschaft ins Inland, DB 1999, 1420; DÖRRFUSS, Die Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften, zugleich Anmerkungen zum Urt. des BFH v. 17.5.2000, IStR 2001, 147; WEBER-GRELLET, Anmerkung zu BFH v. 25.1.2000 – VIII R 63/98 – (Körperschaften: Realisation des Auflösungsverlustes erst mit Abschluss des Konkursverfahrens), FR 2000, 716; DÖRNER, GmbH in

der Krise: Steuergestaltung mit Gesellschafterdarlehen und –bürgschaften, LSW Gr. 9, 37–56 (9/2001); DÖTSCH, Rückzahlung einer offenen Gewinnausschüttung gem. § 31 Abs. 1 GmbH G 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; PRINZ, Aktuelle Rechtsfragen und Gestaltungsüberlegungen zu §§ 17, 23 EStG bei privater Vermögensverwaltung, FR 2001, 977; SCHWER, Verlust-Konkretisierung, GmbH-Stpr. 2002, 17; FÖRSTER/VAN LISHAUT, Das körperschaftsteuerliche Eigenkapital iSd. §§ 27–29 KStG (Teil 1), FR 2002, 1205; HEROLD, Teilwert eines Darlehens bei Kriseneintritt, GStB 2002, 22; HOFFMANN, Anmerkung zu FG Köln v. 20.9.2001 – 10 K 680/01, EFG 2002, 19; HOLLATZ, Auflösungsverlust nach § 17 EStG durch kapitalersetzende Bürgschaften, NWB F. 3, 11855 (6/2002); BRK, Zuzug und Wegzug von Kapitalgesellschaften – Zu den körperschaftsteuerlichen Folgen der Überseeingentscheidung 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 – 13 K 5911/99 E, EFG 2003, 42; OMERBORN/ALTENDORF, Veräußerungsgewinn und -verlust nach § 17 Abs. 4 EStG unter Berücksichtigung des StEntG 1999/2000/2002, NWB F. 3, 11193; WASSERMEYER, Überseeing 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-Urt. „de Lasteyrie du Saillant“, IStR 2004, 424; MORITZ, Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften – Neue BFH-Rechtsprechung zu wesentlichen Beteiligungen im Sinne des § 17 EStG, NWB F. 3, 13119 (51/2004); WACHTER, Kurzkommentar zum Beschluss des BayObLG v. 11.2.2004 – 3 Z BR 175/03 (DStR 2004, 1224), EWiR 2004, 375; WELLER, Zum identitätswahrenden Wegzug deutscher Gesellschaften, DStR 2004, 1218; OTT, Kapitalrückzahlung und Kapitalverlust bei Anteilen im Sinne des § 17 EStG, in Festschrift Korn, Köln 2005, 105; SCHAUMBURG, Der Wegzug von Unternehmen, in Festschrift Wassermeyer, München 2005, 411; FRYSTATZKI, Neues zur Berücksichtigung des Veräußerungsverlustes?, EStB 2005, 152.

### A. Überblick zu Abs. 4

260

**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 zurückgezählten Vermögens der KapGes. (Anm. 330).

Diese Regelung gehört systematisch in Abs. 2, wie bei der verdeckten Einlage durch Abs. 2 Satz 2 geschehen.

► *Abs. 4 Satz 3* fingiert negativ, dass Abs. 4 Satz 1 nicht gilt, soweit die Bezüge nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen gehören (Anm. 335 f.).

Diese Tatbestandsabgrenzung bzw. Subsidiaritätsregelung zu § 20 wäre systematisch ebenfalls besser im Rahmen des tatbestandsbegründenden Abs. 1 aufgehoben.

**Verhältnis zu § 20 Abs. 1:** Abs. 4 Satz 1 ist keine generelle Auffangnorm für Gewinne, die im Zusammenhang mit der Auflösung von KapGes., Kapitalherabsetzung und -zurückzahlung oder EK 04-Ausschüttungen oder Rückzahlungen erfolgen. Soweit konkrete Zahlungen nicht unter eine der in Abs. 4 Satz 1 genannten Maßnahmen subsumiert werden können, sondern (lediglich) das Resultat einer Kapitalüberlassung sind, findet ausschließlich § 20 Abs. 1 Anwendung (§ 17 Abs. 4 Satz 3). Die nach Abs. 4 Satz 3 vorzunehmende Abgrenzung zwischen Veräußerungsentgelten iSv. § 17 als Resultat eines Tatbestands nach Abs. 4 Satz 1 (Auflösung, Kapitalherabsetzung und -rückzahlung oder Ausschüttung/Rückzahlung von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto der KapGes.) einerseits und Bezügen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 u. 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, Anm. 185–199; ferner OTT in Festschrift für K. Korn, 2005, 105 ff.).

261–264 Einstweilen frei.

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

### 265 I. 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 in Festschr. Korn, 2005, 111 (Fn. 10)):

**Entsprechende Anwendung des Abs. 1** bedeutet, dass sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 1 für die StPflcht 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 (über Veräußerungskosten s. Anm. 185 f.). Zu Besonderheiten der Gewinnermittlung im Rahmen des Abs. 4 s. nachfolgend Anm. 266 f.

**Entsprechende Anwendung des Abs. 3:** Der Freibetrag (s. Anm. 250 f.) gilt auch bei Auflösung der KapGes., Kapitalherabsetzung und für die Auskehrung von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG.

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

### 1. Gewinnermittlung bei Auflösungsvorgängen (einschl. Umwandlungen) 266

**Auflösungsgewinn** iSv. Abs. 4 iVm. Abs. 2 ist der Betrag, um den der gemeine Wert des dem Anteilseigner zugeteilten oder 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, 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; FG Rhld.-Pf. v. 18.4.2002, EFG 2002, 1166, rkr.). Nach Auflösung einer KapGes. anfallende nachträgliche AK können bei der Ermittlung des Auflösungsgewinns als rückwirkendes Ereignis berücksichtigt werden (BFH v. 2.10.1984 – VIII R 20/84, BStBl. II 1985, 428; BMF v. 3.1.2005, BStBl. I 2005, 9).

**Bei Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft** durch Verschmelzung, Formwechsel, Auf- oder Abspaltung von Teilbetrieben muss der Gesellschafter einen Auflösungsgewinn nach § 17 Abs. 4 Satz 1, ggf. unter Beachtung der besonderen Regelungen der §§ 3 ff. UmwStG versteuern. Einzelheiten s. Anm. 295.

**Bei der Verschmelzung oder Spaltung auf eine andere Kapitalgesellschaft** gelten im Anwendungsbereich des UmwStG unter § 17 EStG fallende Anteile als zu den historischen AK (einschließlich nachträglicher AK) veräußert (§§ 13 Abs. 2 Satz 1, 15 Abs. 1 Satz 1 UmwStG; Einzelheiten s. Anm. 294). Verschmelzungskosten verursachen bei Ansatz der AK uE einen Verschmelzungsverlust. Werden bei nicht gleichwertiger Gegenleistung bare Zuzahlungen an Gesellschafter oder bei Ausscheiden eines Anteilseigners Barabfindungen aus Anlass der Verschmelzung geleistet, so sind diese Leistungen wirtschaftlich als Wertabspaltung bzw. als eine Art der Kapitalherabsetzung zu behandeln. Der baren Zuzahlung oder Barabfindung müssen jeweils (anteilige) AK gewinnmindernd gegenübergestellt werden.

**Für die Gewinnermittlung bei einbringungsgeborenen Anteilen** gilt § 21 Abs. 2 UmwStG als vorrangige Spezialnorm.

Einstweilen frei.

267

### 2. Gewinnermittlung bei Kapitalherabsetzung und -rückzahlung 268

**Grundsatz:** Bei einer Kapitalherabsetzung iSd. Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 Var. 2 wird das Nominalkapital zurückgezahlt. Auch der Herabsetzungsgewinn ermittelt sich als Saldo aus dem nach Abs. 4 Satz 2 fingierten Veräußerungspreis (gemeiner Wert des an den Anteilseigner zurückgezahlten Vermögens, vgl. dazu Anm. 330) und ggf. gezahlten Aufgeldern einerseits und den Anschaffungs- und Herabsetzungskosten andererseits.

**Erfolgsneutrale Verrechnung mit Anschaffungskosten:** Die Kapitalherabsetzung und -rückzahlung mindert zunächst in voller Höhe die AK der Beteili-

gung (erfolgsneutrale Verrechnung). Denn dem Gesellschafter werden auf diesem Weg lediglich die AK seiner Beteiligung erstattet (BFH v. 29.6.1995 – VIII R 69/93, BStBl. II 1995, 725 [727]; aA zB DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 218 mwN: Minderung der AK nur im Verhältnis der Herabsetzung zum bisherigen Nennkapital). Ein Herabsetzungsgewinn entsteht danach nur, soweit das zurückgezahlte Vermögen die gesamten AK des Gesellschafters übersteigt. Deshalb kommt es im Fall von Kapitalherabsetzungen und -rückzahlungen kaum zu einem Veräußerungsgewinn. Die Minderung der AK wirkt sich erst im Rahmen einer späteren Anteilsveräußerung oder Liquidation der KapGes. aus.

269 Einstweilen frei.

### 270 3. Gewinnermittlung bei Ausschüttung oder Rückzahlung aus steuerlichem Einlagekonto nach § 27 KStG/EK 04

**Vor dem VZ 1997** wurden negative AK angenommen, wenn EK 04 ausgeschüttet wurde, das die historischen AK einer Beteiligung iSv. § 17 überstieg; diese führten erst bei der späteren Liquidation der KapGes. oder Veräußerung der Anteile zu einem Veräußerungsgewinn (BFH v. 20.4.1999 – VIII R 44/96, BStBl. II 1999, 698; jedoch stbare BE bzw. Beteiligungsertrag für im BV gehaltene Anteile, vgl. BFH v. 20.4.1999 – VIII R 38/96, BStBl. II 1999, 647). Im Ergebnis führte diese bis zum 31.12.1996 geltende Rechtslage zu einem Aufschub der Besteuerung in vollem Umfang bis zur späteren Veräußerung der Anteile, der Liquidation der KapGes. oder einer Kapitalherabsetzung (ausführlich OTT in Festschr. Korn, 2005, 114 mwN).

**Ab dem VZ 1997** sind Auskehrungen aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG zunächst erfolgsneutral von den AK der Beteiligung abzusetzen (BFH v. 19.7.1994 – VIII R 58/92, BStBl. II 1995, 362 [366]). Soweit die Rückzahlung den Betrag der AK übersteigt, entsteht nach der vom Gesetzgeber durch das JStG 1997 v. 20.12.1996 (BGBl. I 1996, 2049; BStBl. I 1996, 1523) vorgenommenen Erweiterung des Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 Var. 3 auf EK 04-Ausschüttungen und EK 04-Rückzahlungen sowie auf Rückzahlungen von Eigenkapital iSv. § 27 KStG (StSenkG) nunmehr ein stpfl. Gewinn (vgl. Sächs. FG v. 11.7.2001, EFG 2001, 1199, rkr.). Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 Var. 3 ist nach Maßgabe von § 52 Abs. 1 Satz 1 idF des JStG 1997 auch für Zwecke der Ermittlung der AK anlässlich einer (nachgeschalteten) Anteilsveräußerung oder Gesellschaftsliquidation erst ab VZ 1997 anwendbar (keine zeitliche Rückwirkung, vgl. KORN/STRAHL, § 17 Rn. 120 aE mwN). Weitere Einzelheiten zur neuen Rechtslage seit 1997 vgl. Anm. 325.

271–274 Einstweilen frei.

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

275

### I. Überblick

Ein Gewinn ist nach Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 zu versteuern, „wenn“ eine KapGes. aufgelöst wird oder „wenn“ ihr Kapital herabgesetzt wird oder „wenn“ Beträge aus dem stl. Einlagekonto ausgeschüttet oder zurückgezahlt werden. Eine genauere Beschreibung des Zeitpunkts, in dem der Gewinn realisiert ist, enthält das Gesetz nicht. Der Realisations-/Besteuerungszeitpunkt bestimmt sich aber



nach den GoB, s. Anm. 163 f. Bislang offen gelassen hat der BFH die Frage, ob davon Ausnahmen möglich sind.

## II. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung bei Auflösung der Gesellschaft 276

**Abschluss der Liquidation als maßgebender Zeitpunkt:** Nach GoB maßgebender Realisationszeitpunkt für den Veräußerungsgewinn iSv. § 17 Abs. 4 ist lt. BFH-Rspr. im Fall der Auflösung mit anschließender Liquidation der Abschluss der Liquidation, nicht schon die Einleitung der Auflösung oder die Auflösung der KapGes. Erst dann steht fest, ob und in welcher Höhe der Gesellschafter mit einer Zuteilung und Rückzahlung von Vermögen der Gesellschaft rechnen kann, und ferner, welche nachträglichen AK der Beteiligung anfallen und welche Veräußerungskosten/Auflösungskosten der Gesellschafter persönlich zu tragen hat (stRSpr., BFH v. 3.6.1993 – VIII R 81/91, BStBl. II 1994, 162 mwN). Die Einstellung der Tätigkeit der Gesellschaft führt demnach nicht zur Auflösung und Vollbeendigung (BFH v. 21.1.2004 – VIII R 2/02, BStBl. II 2004, 551). Ausnahmsweise kann der Zeitpunkt für die Entstehung eines Veräußerungsverlusts nach Abs. 4 schon vor Abschluss der Liquidation liegen, wenn mit einer wesentlichen Änderung des bereits festgestellten Verlusts nicht mehr zu rechnen ist (stRSpr.: s. BFH v. 25.1.2000 – VIII R 63/98, BStBl. II 2000, 343 mwN; v. 27.11.2001 – VIII R 36/00, GmbHR 2002, 439 f. mwN; OFD Frankf. v. 28.1.2003, FR 2003, 424 f., und v. 3.12.2003, StEK EStG § 17 Nr. 64). 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 in Festschrift Korn, 2005, 125 f., 128).

**Bei der insolvenzfrieren 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 insolvenzfrieren Liquidation bestimmt sich nicht ohne weiteres nach denselben Grundsätzen wie bei der zwangsweisen Liquidation durch Insolvenz (BFH v. 28.1.2002 – VIII B 63/01, BFH/NV 2002, 646). Auf Ebene der KapGes. sind auch Sachverhalte zu berücksichtigen, die die KapGes. oder den Gesellschafter – wenn er Kaufmann wäre – zur Bildung einer Rückstellung verpflichten würden (BFH v. 27.11.2001 – VIII R 36/00, GmbHR 2002, 439 mit umfassenden Nachweisen; OFD Frankf. v. 28.1.2003, FR 2003, 424, und v. 3.12.2003, StEK EStG § 17 Nr. 64). Der Zeitpunkt des Abschlusses der Liquidation wird für Gesellschaften, die noch verteilungsfähiges Vermögen haben, durch den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs auf Auszahlung des Liquidationsguthabens bestimmt (vgl. auch BFH v. 27.10.1992 – VIII R 87/89, BStBl. II 1993, 340 [341]). Ansonsten ist der Zeitpunkt maßgebend, in welchem feststeht, dass kein ins Gewicht fallendes verteilungsfähiges Vermögen der KapGes. mehr vorhanden ist (BFH v. 2.10.1984 – VIII R 20/84, BStBl. II 1985, 428 [430]; v. 7.7.1992 – VIII R 56/88, BFH/NV 1993, 25 [27]; v. 3.6.1993 – VIII R 81/91, BStBl. II 1994, 162 [164]). Vorstehendes gilt selbst dann, wenn sich die Liquidation über mehrere Jahre erstreckt und die Liquidationsmasse an die Gesellschafter in Raten ausgeschüttet wird: Liquidationsraten oder Abschlagszahlungen als Teil des „Veräußerungspreises“ (vgl.

Anm. 330) sind in dem Zeitpunkt zu erfassen, in dem der Auflösungs-gewinn oder -verlust entsteht (s.o.), nicht im Zeitpunkt des Zuflusses (so bereits in RFH v. 17.2.1937, RStBl. 1937, 963 [964], ferner zB BFH v. 21.9.1982 – VIII R 140/79, BStBl. II 1983, 289 [292]; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 222). Ausnahmsweise kann der Zeitpunkt der Entstehung des Auflösungsverlusts nach Abs. 4 schon vor dem Abschluss der Liquidation liegen, wenn die Gesellschaft bereits im Zeitpunkt des Auflösungsbeschlusses vermögenslos war und deshalb mit einer wesentlichen Änderung des Verlusts nicht mehr zu rechnen ist (BFH v. 4.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, 344 [345]; v. 27.11.2001 – VIII R 36/00, GmbHR 2002, 439 mwN; v. 25.3.2003 – VIII R 24/02, BFH/NV 2003, 1305; OFD Frankfurt v. 28.1.2003, FR 2003, 424; aA: MORITZ, NWB F. 3, 13119 [13129: kein Auflösungsstatbestand, da Vermögenslosigkeit nicht ausreichend bestimmbar). Dies gilt allerdings nicht für den Fall der Überschuldung einer KapGes. Eine Überschuldung auf der Basis der Bewertung zu Verkehrswerten dokumentiert zwar, dass die Gesellschaft per Saldo vermögenslos ist, weil ihr Vermögen die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Vermögenslosigkeit als Auflösungs- und Vollbeendigungsgrund einer KapGes. setzt aber – wenn nicht noch die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister hinzutreten muss – voraus, dass die Gesellschaft über kein oder nur noch über ein geringfügiges Aktivvermögen verfügt (BFH v. 21.1.2004 – VIII R 2/02, BStBl. II 2004, 551).

**Im Insolvenzverfahren** über das Vermögen einer GmbH ist der Auflösungs-gewinn/-verlust iSv. Abs. 4 nicht schon bei Antragstellung auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder bei Eröffnung, sondern regelmäßig erst mit Abschluss des Insolvenzverfahrens realisiert (vgl. BFH v. 25.1.2000 – VIII R 63/98, BFH/NV 2000, 1029; FG München v. 12.4.2005 – 6 K 643/03, nv.). Die Beachtung des Realisations- und Stichtagsprinzips für die Gewinnermittlung nach § 17 hat zur Folge, dass sich regelmäßig erst im Zeitpunkt des Abschlusses der Liquidation bzw. des Insolvenzverfahrens beurteilen lässt, ob und in welcher Höhe dem Stpfl. aus seiner Beteiligung ein Gewinn/Verlust entstanden ist (BFH v. 27.11.2001 – VIII R 36/00, BStBl. II 2002, 731). Die Realisierung eines Auflösungsverlusts setzt kumulativ voraus, dass mit einer Auskehrung von Gesellschaftsvermögen nicht (mehr) zu rechnen ist und dass die Höhe der nachträglichen AK weitgehend feststeht (BFH v. 18.5.2005 – VIII B 11/04, BFH/NV 2005, 1810).

Nur ausnahmsweise kann der Zeitpunkt, in dem der Veräußerungsverlust realisiert ist, schon vor Abschluss der Liquidation liegen, wenn mit einer wesentlichen Änderung des bereits feststehenden Verlusts nicht mehr zu rechnen ist (vgl. ua. BFH v. 2.10.1984 – VIII R 20/84, BStBl. II 1985, 428; v. 3.6.1993 – VIII R 81/91, BStBl. II 1994, 162; v. 14.6.2000 – XI R 39/99, BFH/NV 2001, 302; v. 27.11.2001 – VIII R 36/00, GmbHR 2002, 439). Das ist zB dann der Fall, wenn die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels Masse rechtskräftig abgelehnt wurde (BFH v. 19.4.2005 – VIII R 45/04, BFH/NV 2005, 1545; v. 27.11.1995 – VIII B 16/95, BFH/NV 1996, 406 mwN; Hess. FG v. 10.2.2005 – 11 K 4545/02, NWB direkt 2005, 4, nrkr.; OFD Frankf. v. 3.12.2003, StEK EStG § 17 Nr. 64) oder die Gesellschaft bereits im Zeitpunkt des Auflösungsbeschlusses vermögenslos war (BFH v. 4.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, 344 [345]; FG Rhld.-Pf. v. 18.4.2002, EFG 2002, 1166, rkr.; zur Abgrenzung vgl. ua. FG Hamb. v. 4.7.1997, EFG 1997, 1391, rkr.; FG Berlin v. 1.7.2004, EFG 2004, 1518, rkr.: entscheidend ist die objektivierbare Vermögenslosigkeit im stl. Sinne). Die Berücksichtigung des Auflösungsverlusts schon vor dem Abschluss

des Liquidationsverfahrens kommt auch dann in Betracht, wenn auf Grund des Inventars und der Insolvenzeröffnungsbilanz des Insolvenzverwalters (§§ 151, 153 f. InsO) oder einer Zwischenrechnungslegung (§ 66 Abs. 2 InsO) ohne weitere Ermittlungen mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, dass das Vermögen der Gesellschaft zu Liquidationswerten die Schulden nicht mehr decken wird und ein Zwangsvergleich ausgeschlossen erscheint (BFH v. 12.12.2000 – VIII R 36/97, BFH/NV 2001, 761; FG Köln v. 20.9.2001, EFG 2002, 18, rkr.; OFD Frankf. v. 28.1.2003, FR 2003, 424 [426]). Hier kann die Möglichkeit einer Auskehrung von Restvermögen an die Gesellschafter ausgeschlossen werden. Die Vermögenslosigkeit der Gesellschaft und ihre Löschung im Handelsregister haben ihre Vollbeendigung zur Folge. Dagegen ist kein Veräußerungsverlust entstanden, solange ein Zwangsvergleich möglich erscheint (FG Düss. v. 14.8.2002, EFG 2003, 40, rkr.). Dies ist selbst bei erheblicher Überschuldung einer Gesellschaft bis zur Schlussverteilung möglich, wenn die Masse ausreicht, um die Masseansprüche und die bevorrechtigten Gläubiger zu befriedigen (vgl. BFH v. 25.1.2000 – VIII R 63/98, BStBl. II 2000, 343; Nds. FG v. 15.1.2003, DStRE 2003, 1083; glA auch für den Liquidationsvergleich OFD Frankf. v. 28.1.2003, FR 2003, 424 [426]). In Zweifelsfällen sollte der Gesellschafter beim FA die Berücksichtigung seines Auflösungsverlusts für den frühest möglichen Zeitpunkt beantragen, um zu vermeiden, dass der Auflösungsverlust ganz ohne stl. Auswirkung bleibt (vgl. HOFFMANN, EFG 2002, 19 f.).

**In Fällen der Umwandlung** (zB Verschmelzung) einer KapGes. ist ein eventueller Gewinn nach § 17 (zB durch Barabfindung und bare Zuzahlungen an außenstehende Gesellschafter) regelmäßig in dem Zeitpunkt realisiert, in dem die Vermögensübertragung wirksam wird, dh. mit Eintragung im Handelsregister (vgl. zB WIDMANN, StbJb. 1985/86, 113 [120]).

### III. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung bei Kapitalherabsetzung und -rückzahlung

277

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).

### IV. Zeitpunkt der Gewinnrealisierung bei Ausschüttung oder Rückzahlung aus dem steuerlichen Einlagekonto iSv. § 27 KStG/EK 04

278

**Zufluss als maßgebender Zeitpunkt:** Der Wortlaut des § 17 Abs. 1 Satz 1 Var. 3 greift auf den Ausschüttungsbegriff des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 zurück. Der Zeitpunkt für die Ausschüttung oder Rückzahlung von EK 04 bzw. Eigenkapital iSv. § 27 KStG ist identisch mit dem Zufluss iSv. § 11 Abs. 1. Die Regeln des § 11 Abs. 1 für den Zufluss von Gewinnanteilen gelten daher entsprechend (vgl. dazu § 11 Anm. 60, 62 ff.). VGA fließen regelmäßig ebenfalls (erst) im Zeit-

punkt der Vorteilsgewährung zu (vgl. BFH v. 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348; v. 24.1.1989 – VIII R 74/89, BStBl. II 1989, 419 [420 unter 3. a]; aA Orr in Festschr. Korn, 2005, 113).

**Beherrschender Gesellschafter:** vgl. § 11 Anm. 62. Im Fall einer offenen, durch Beschluss festgestellten (ordentlichen) Ausschüttung von Eigenkapital aus dem Einlagekonto gem. § 27 KStG (EK 04) tritt die Gewinnrealisierung bereits im Zeitpunkt des Vorliegens eines entsprechenden Gewinnverteilungsbeschlusses ein. Die vorgelagerte zeitliche Zuordnung rechtfertigt sich aus der beherrschenden Gesellschafterstellung. Wann ein Gesellschafter eine beherrschende Stellung besitzt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine beherrschende Stellung ist idR anzunehmen, wenn der Gesellschafter unmittelbar oder mittelbar über die Stimmenmehrheit an der KapGes. verfügt oder mit anderen Gesellschaftern mit gleichgerichteten Interessen zusammenwirkt (vgl. BFH v. 26.7.1978 – I R 138/76, BStBl. II 1978, 659; v. 23.1.1980 – I R 12/77, BStBl. II 1980, 304). Ausschüttungen an den beherrschenden Gesellschafter einer zahlungsfähigen KapGes. sind diesem idR auch dann zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung iSd. § 11 Abs. 1 Satz 1 zugeflossen, wenn die Gesellschafterversammlung eine spätere Fälligkeit des Auszahlungsanspruchs beschlossen hat (vgl. BFH v. 30.4.1974 – VIII R 123/73, BStBl. II 1974, 541; v. 17.11.1998 – VIII R 24/98, BStBl. II 1999, 223; zur Aktivierungspflicht von Gewinnansprüchen im BV s. auch BGH v. 12.1.1998 – II ZR 82/93, DStR 1998, 383 mwN; zur phasengleichen Bilanzierung im BV bei Mutter- und Tochtergesellschaft s. auch EuGH v. 27.6.1996 – C-234/94 [Tomberger], DStR 1996, 1093). Dies gilt ausnahmsweise nicht, wenn

- die KapGes. zahlungsunfähig ist (vgl. § 11 Anm. 62 mwN aus der BFH-Rspr.),
- der KapGes. gegenüber dem Gesellschafter ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht (für Zinsen aus kapitalersetzendem Darlehen s. BFH v. 16.11.1993 – VIII R 33/92, BStBl. II 1994, 632).

279–285 Einstweilen frei.

## D. Auflösung einer Kapitalgesellschaft (Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 Var. 1)

286

### I. Überblick und Begriff der Auflösung

Das Ende einer KapGes. kann *zivilrechtlich* eintreten:

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

Unter *Auflösung iSv. Abs. 4* ist die zivilrechtl. Auflösung der KapGes. zu verstehen (s. zB BFH v. 3.10.1989 – VIII R 328/84, BFH/NV 1990, 361; v. 3.6.1993 – VIII R 81/91, BStBl. II 1994, 162 [163]). Danach ist die KapGes. frühestens in dem Zeitpunkt aufgelöst, in dem sie nach Gesetz oder Satzung zivilrechtl. aufgelöst ist (s. BFH v. 3.6.1993 – VIII R 81/91 aaO).

## II. Auflösung im Zusammenhang mit Liquidationen

**Liquidation:** Der Tatbestand der Auflösung einer KapGes. ist erfüllt bei einer Liquidation nach Maßgabe der §§ 262 ff. AktG, §§ 60 ff. GmbHG.

**Auflösungsgründe:** Gründe für die Auflösung einer KapGes. können insbes. sein (vgl. zB auch OFD Berlin v. 28.8.2000, FR 2000, 1371 mwN; OFD Frankf. v. 28.1.2003, FR 2003, 425):

- Ablauf der in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag bestimmten Zeit (§ 262 Abs. 1 Nr. 1 AktG, § 60 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG),
- ein Auflösungsbeschluss der Gesellschafter (§ 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG, § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG),
- die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG, § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG),
- die Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse (§ 262 Abs. 1 Nr. 4 AktG, § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG),
- die Sitzverlegung ins Ausland (Einzelheiten s. Anm. 288).

Keine Auflösungsgründe sind die Zweckerreichung, Vereitelung des satzungsmäßigen Zwecks oder der Erwerb aller Anteile in der Hand eines Gesellschafters, soweit nicht zugleich einer der vorgenannten Tatbestände erfüllt ist. Die Gesellschaft ist auch nicht automatisch durch Vermögenslosigkeit, Überschuldung oder das Einstellen der werbenden Tätigkeit aufgelöst (s. BFH v. 29.10.1986 – I R 318–319/83, BStBl. II 1987, 310; v. 3.10.1989 – VIII R 328/84, BFH/NV 1990, 361 f.).

**Liquidationsverfahren:** Die Liquidation erfolgt in der Weise, dass die Gesellschaft 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 (s. BFH v. 3.10.1989 – VIII R 328/84, BFH/NV 1990, 361; v. 21.1.2004 – VIII R 2/02, BStBl. II 2004, 551; FG Bremen v. 25.3.1993, EFG 1993, 652, rkr.).

**Ausländische Kapitalgesellschaft:** Für ihre Auflösung gilt das gleiche wie bei einer inländ. KapGes. (zur Beteiligung an ausländ. KapGes. s. Anm. 22). Im Einzelnen noch nicht abschließend geklärt ist die abkommensrechtl. Behandlung von Liquidationsgewinnen; hierbei stellt sich die Frage, ob der Liquidationsgewinn als Veräußerungsgewinn oder als (Schachtel-)Dividende zu behandeln ist (s. dazu zB PILTZ, DStR 1989, 133). Die Entscheidung hängt im Fall eines nach dem OECD-MA ausgestalteten DBA von der Auflösung des Konkurrenzverhältnisses zwischen Art. 10 Abs. 3 MA und Art. 13 Abs. 4 MA ab (vgl. dazu ausführlich WASSERMEYER in DEBATIN/WASSERMEYER, Doppelbesteuerung, Art. 10 Rn. 105 f. mwN und Beispielen). Hiernach kommt es maßgebend auch auf die Art der Gesellschaftsbeteiligung, dh. die Rechtsform der ausländ. KapGes. an (Einzelheiten s. WASSERMEYER aaO, Art. 10 Rn. 105 iVm. Rn. 92, 114).

**Die Fortsetzung einer aufgelösten Kapitalgesellschaft** kann beschlossen werden, wenn noch keine vollständige Verteilung des Gesellschaftsvermögens stattgefunden hat (§ 274 AktG; § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG bei Aufhebung des Insolvenzverfahrens; ebenso in anderen Fällen der Auflösung, vgl. LUTTER/

HOMMELHOFF, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 60 Rn. 28 f. mwN). Wird eine aufgelöste Gesellschaft fortgesetzt, bevor mit der Verteilung des Vermögens begonnen wurde, ist § 17 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 HÖRGER in L./B./P., § 17 Rn. 81; DÖTSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 203; 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:** UE sind die Einziehung von Anteilen (§ 34 GmbHG) und der Erwerb eigener Anteile durch die KapGes. (§ 33 GmbHG) als Veräußerungsvorgänge iSd. § 17 Abs. 1 zu behandeln (so hinsichtlich des Erwerbs eigener Anteile auch BMF v. 2.12.1998, BStBl. I 1998, 1509 Rn. 24; s. Anm. 91). Austritt und Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund sind ebenfalls als Veräußerung iSd. Abs. 1 zu erfassen, und zwar unabhängig von der Art ihres Vollzugs. Aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise werden die Vorgänge teilweise im Schrifttum als Fälle einer sog. Teilliquidation angesehen und nach den Regeln des Abs. 4 behandelt (so zB LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 138–140).

### III. Auflösung bei Sitzverlegung

#### 288 1. Grenzüberschreitende Sitzverlegung der Kapitalgesellschaft ins Inland/Ausland

Der Wegzug von Unternehmen ist aus stl. Sicht ein ständiges Problemfeld der grenzüberschreitenden Gewinnrealisierung (Überblick dazu s. zB SCHAUMBURG in Festschr. Wassermeyer, 2005, 411 f. mwN). Die Diskussion ist durch einige weitreichende Entscheidungen des EuGH in jüngster Zeit fortgeschritten:

**EU-Recht:** Während der EuGH noch 1988 in der Rechtssache *Daily Mail* (EuGH v. 27.9.1988 – C-81/87, NJW 1989, 2186) entschied, die Niederlassungsfreiheit umfasse nicht das Recht, den Sitz unter Bewahrung der Eigenschaft als Gesellschaft des Mitgliedsstaats ihrer Gründung in einen anderen Mitgliedsstaat zu verlegen, hob das Gericht in der *Centros*-Entscheidung (EuGH v. 9.3.1999 – C-212/97, NJW 1999, 2027) die eigenständige Bedeutung und unmittelbare Geltung der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 und 48 EGV hervor. Mit dem Urt. im Fall *Überseering* (EuGH v. 5.11.2002 – C-208/00, NJW 2002, 3614) hat der EuGH klargestellt, dass eine KapGes., die nach dem Recht eines

Mitgliedstaats wirksam gegründet wurde, nach Art. 43 und 48 EGV 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 Ur. *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.

**Zivilrechtslage:** Verlegt eine inländ. KapGes. ihren Verwaltungssitz ins Ausland oder umgekehrt eine ausländ. KapGes. ihren Verwaltungssitz ins Inland, führte dies nach der im deutschen Zivilrecht bis vor kurzem uneingeschränkt angewandten *Sitztheorie* im Regelfall zur Auflösung der Gesellschaft. Die Sitztheorie berief diejenige Rechtsordnung zur Anwendung, in deren Geltungsgebiet der Schwerpunkt der tatsächlichen geschäftlichen Aktivitäten der juristischen Person liegt; dies war regelmäßig der Ort des Verwaltungssitzes der Gesellschaft. Dieser Sichtweise folgte auch der BFH noch in seinem sog. „Liechtenstein“-Ur. (BFH v. 23.6.1992 – IX R 182/87, BStBl. II 1992, 972 [973 ff.]).

Die *Überseering*- und *Inspire Art*-Entscheidungen des EuGH bedeuten jedoch im Ergebnis, dass die Sitztheorie als Kollisionsnorm im Geltungsbereich des EG-Vertrags jedenfalls für die Zuzugsfälle außer Kraft gesetzt ist. Bei seiner Umsetzung des *Überseering*-Urteils hat der VII. Zivilsenat des BGH anerkannt, dass die nach dem Gesellschaftsrecht eines Mitgliedstaats gegründete juristische Person bei Sitzverlegung nach Deutschland die Rechtspersönlichkeit nach ihrem ausländ. Gründungsrecht behält (BGH v. 13.3.2003 – VII ZR 370/98, NJW 2003, 1461; vgl. auch BGH v. 19.9.2005 – II ZR 372/03, BB 2005, 2373 zur Frage der Anerkennung ausländ. KapGes. in deutschen Gerichtsverfahren). Dieses Ergebnis hat der BGH mittlerweile auf eine liechtensteinische Aktiengesellschaft übertragen (BGH v. 19.9.2005 – II ZR 372/03, EuZW 2005, 733).

**Steuerrecht:** Der BFH geht davon aus, dass unter „aufgelöst“ iSd. Abs. 4 die zivilrechtl. Auflösung der KapGes. zu verstehen ist. Die zivilrechtsdogmatische Figur der Sitztheorie kann jedoch nicht mehr angewandt werden (so bereits EILERS/WIENANDS, IStR 1999, 289 [291 ff.]; SCHMIDT/SEDEMUND, DStR 1999, 2057 ff. zur Beurteilung des ertragstl. Status doppelansässiger KapGes.; SCHWEDHELM/BINNEWIES, DB 1999, 1420 ff. jeweils zu den strechtl. Konsequenzen der Verlegung des Orts der Geschäftsleitung und/oder des Verwaltungssizes einer im Ausland gegründeten KapGes. ins Inland; zum weiteren Meinungsstand: JACOBS, Internationale Unternehmensbesteuerung, 5. Aufl. 2002, 1125 ff.; KESSLER/HUCK/OBSER/SCHMALZ, DStZ 2004, 813 [820]; HEY, Der Konzern 2004, 577 [584]). Der EuGH hat spätestens mit der *Centros*-Entscheidung das europarechtl. Diskriminierungsverbot für EU-KapGes. so deutlich konkretisiert, dass es eine wesentliche inhaltliche Schranke gegenüber der nationalen Zivilrechtsdogmatik der Sitztheorie bildet (EILERS/WIENANDS, IStR 1999, 289 [291 ff.]; SCHMIDT/SEDEMUND, DStR 1999, 2057 ff.). Bestätigt wurde diese Sicht durch das EuGH-Urt. in der Rechtssache *Saint-Gobain* (EuGH v. 21.9.1999 – Rs. C 307/97, FR 1999, 1138 ff.; dazu EILERS/SCHMIDT, DStR 1999, 1977 ff.). Zu Recht wird deshalb die sog. Sitztheorie bereits im Zivilrecht zurückgedrängt (vgl. oben zur Zivilrechtslage, insbes. BGH v. 13.3.2003 – VII ZR 370/98 aaO). Die nachfolgenden EuGH-Entscheidungen *Überseering* (EuGH v. 5.11.2002 – C-208/00, NJW 2002, 3614), *Inspire Art* (EuGH v. 30.9.2003 – C-167/01, NJW 2003, 3331) und insbes. *Hughes de Lasteyrie du Saillant* (EuGH v. 11.3.2004 – C-9/

02, IStR 2004, 236) bestätigen die Auffassung, dass die (nationale) Zivilrechtsdogmatik der „Sitztheorie“ keinen Rechtsgrund für eine Liquidationsbesteuerung auf Ebene der Gesellschaft oder des Gesellschafters bilden darf (vgl. auch Anm. 40 zu § 6 AStG; ferner KÖRNER, IStR 2004, 424 [430]; KLEINERT/PROBST, NJW 2004, 2425 [2427]). Wenn der EuGH und die Kommission der EG bereits die gesetzliche Fiktion einer stpfl. Anteilsveräußerung wegen Wegzugs (§ 6 AStG iVm. § 17) als diskriminierend verwerfen (vgl. Anm. 40), so muss dies für die Auslegung von § 17 Abs. 4 entsprechend gelten. Deshalb bleibt für eine unterschiedliche stl. Behandlung zwischen einer Sitzverlegung in das EU-Ausland und einer – nach gegenwärtigem Gesetzesrecht nicht stpfl. – Sitzverlegung innerhalb Deutschlands kein Raum mehr. § 17 Abs. 4 gibt hinreichenden Spielraum für eine europarechtskonforme Auslegung dahingehend, dass der Wegzug bzw. die Sitzverlegung einer KapGes. zu keiner Auflösung der KapGes. und damit zu keiner Besteuerung des Anteilseigners führt. Entsprechendes gilt uE für die Ebene der KapGes. bzw. für den Anwendungsbereich der §§ 11, 12 KStG.

## 289 2. Abgrenzung zu weiteren Fallgestaltungen der Sitzverlegung

Folgende weiteren Fallgestaltungen der Sitzverlegung sind von der vorstehend analysierten grenzüberschreitenden Verlegung des gesellschaftsrechtl. Verwaltungssitzes zu unterscheiden:

**Sitzverlegungen innerhalb Deutschlands** führen für sich genommen nicht zu einer Auflösung der KapGes. Das Personalstatut der Sitztheorie, dh. die Bestimmung der Rechtsordnung nach dem Verwaltungssitz der Gesellschaft, spielt hier keine Rolle. Durch die Sitzverlegung innerhalb Deutschlands tritt keine Änderung der Zivilrechtsordnung bzw. des Gesetzesrechts für die deutsche KapGes. ein. Die KapGes. besteht vielmehr unter Wahrung ihrer Identität fort.

**Eine grenzüberschreitende Verlegung der Geschäftsleitung vom Ausland ins Inland ohne Änderung/Verlegung des ausländ. Verwaltungssitzes (stl. Doppelansässigkeit durch Zuzug)** führt schon nach der Sitztheorie nicht zu einer Auflösung der ausländ. Gesellschaft. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass am gesellschaftsrechtl. Verwaltungssitz zumindest ein wesentlicher Teil bzw. Schwerpunkt geschäftlicher Aktivitäten verbleibt. Im Bereich der EU darf die stl. Beurteilung der Geschäftsleitungsverlegung bzw. Doppelansässigkeitsfälle jedenfalls bei Zuzugsfällen im Hinblick auf die *Überseering-* und *Inspire Art*-Entscheidung des EuGH (EuGH v. 5.11.2002 – C-208/00, NJW 2002, 3614, und v. 30.9.2003 – C-167/01, NJW 2003, 3331) nicht mehr auf Basis der Sitztheorie erfolgen (so bereits EILERS/WIENANDS, IStR 1999, 289 f. [296] mwN; SCHMIDT/SEDEMUND, DStR 1999, 2057 [2064] mwN; BIRK, IStR 2003, 469 [473]; zur gesellschaftsrechtl. Behandlung HORN, NJW 2004, 893).

**Eine grenzüberschreitende Verlegung der Geschäftsleitung vom Inland ins Ausland unter Beibehaltung des inländischen Verwaltungssitzes (stl. Doppelansässigkeit durch Wegzug):** Nach dem Sinn und Zweck des § 17 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 Ge-



schäftsleitung zivilrechtl. nicht zur Auflösung einer Körperschaft führt (vgl. KESSLER/HUCK/OBSER/SCHMALZ, DStZ 2004, 813 [819] mwN).

#### IV. Auflösung im Zusammenhang mit Umwandlungen

**Schrifttum:** SCHAUMBURG/RÖDDER, UmwG, UmwStG, Strukturierte Textausgabe des Umwandlungsgesetzes und des Umwandlungssteuergesetzes mit Materialien und ergänzenden Hinweisen, Köln 1995; BUSCH, Verschärfende Regelungen nach dem neuen Erlass zum UmwStG zur Einbringung in eine Personengesellschaft nach § 24 UmwStG, BB 1997, 2032; DIETERLEN, Ertragsteuerliche Behandlung von Umwandlungskosten bei der Verschmelzung von Tochtergesellschaften auf ihre Muttergesellschaft, BB 1997, 2297; FÖRSTER, Gleichstellung wesentlicher Beteiligungen mit unwesentlichen Anteilen bei der Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften durch den Gesetzgeber, DB 1997, 1786; KESSLER, Wahlrechte, Automatismen und Wechselwirkungen bei der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft, DStR 1997, 1506; KREBS, Zur Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft nach der Spaltung, BB 1997, 1817; PARCZYK, Nochmals: Nicht wesentliche Beteiligungen im Privatvermögen und Umwandlung in Personengesellschaften, DStR 1997, 1195; BIEN, Kritische Anmerkungen zum Umwandlungssteuererlass des BMF v. 25.3.1998, DStR 1998, Beilage zu Heft 17/1998; 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. 7/98; 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, Einführungserlass zum Umwandlungssteuergesetz: Neue Hürden im Umwandlungsmodell, DB 1998, 1052; SCHULZE, Gesetz zur Fortführung der Unternehmenssteuerreform, BB 1998, 920; BREIDENBACH, Steuern neutrale 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 Beckssches Steuerberater-Handbuch 2004/2005, Kapitel N.

##### 1. Überblick

Mit dem ab 1.1.1995 geltenden UmwG v. 28.10.1994 (BGBl. I 1994, 3210) ist die Reform des Umwandlungsrechts verwirklicht worden. Die bisher in fünf verschiedenen Gesetzen (UmwG 1969, AktG, KapErhG, GenG, VAG) verstreuten Vorschriften sind seither im UmwG zusammengefasst. Umwandlungen außerhalb der Vorschriften des UmwG sind nur möglich, wenn sie durch ein anderes Bundesgesetz oder ein Landesgesetz ausdrücklich vorgesehen sind. Eine analoge Anwendung des UmwG auf Strukturierungsmaßnahmen unter Beteiligung anderer, im Gesetz nicht erwähnter Rechtsträger ist nicht zulässig. Umwandlungsvorgänge wie zB das Ausscheiden aller Kommanditisten einer GmbH & Co. KG bei gleichzeitigem Anwachsen der Vermögensanteile der ausscheidenden Gesellschafter bei der GmbH (§§ 105 u. 161 HGB, § 738 BGB – „Anwachsung“) werden durch diesen numerus clausus nicht berührt. Die Vorschrift

290

ten des UmwG sind zwingend, Abweichungen nur erlaubt, wenn das Gesetz das ausdrücklich vorsieht. Ergänzende vertragliche Bestimmungen sind zulässig, wenn das Gesetz keine abschließende Regelung enthält. Das UmwG gilt nur für Rechtsträger mit Sitz im Inland (weitere Einzelheiten s. EILERS/WIENANDS, Umwandlungsrecht/Umwandlungssteuerrecht (N.), Steuerberater-Handbuch 2000/2001, 1659 [1661 ff. mwN]).

Die Umwandlung inländ. KapGes. kann nach § 1 UmwG vollzogen werden durch

- Verschmelzung (§§ 2–122 UmwG),
- Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung – §§ 123–173 UmwG),
- Vermögensübertragung (§§ 174–189 UmwG) und
- Formwechsel (§§ 190–304 UmwG).

Die stl. Beurteilung von Umwandlungsvorgängen erfordert zumeist eine genaue *zivilrechtl. Vorklärung* (dazu im Überblick betr. die einzelnen Umwandlungsvorgänge EILERS/WIENANDS aaO).

## 2. Umwandlungstatbestände

### 291 a) Verschmelzung (§§ 2–122 UmwG)

Die Verschmelzung einer KapGes. (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) auf eine andere Gesellschaft oder auch eine natürliche Person (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 UmwG) führt mit der Eintragung des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers in das Handelsregister immer zum Erlöschen der übertragenden KapGes. (s. § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG). Die Verschmelzung bedingt damit notwendigerweise die Auflösung der KapGes. als übertragenden Rechtsträger (vgl. auch § 2 UmwG: „unter Auflösung“). Insofern bedarf es für die Verschmelzung von KapGes. im Zusammenhang mit der Veräußerungsgewinnbesteuerung nach § 17 EStG nicht mehr der (zusätzlichen) ertragstl. Fiktion eines tauschähnlichen Vorgangs bzw. einer entgeltlichen Veräußerung (glA THIEL, DB 1995, 1196 [1203]; SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 117; anders dagegen BFH v. 15.10.1997 – I R 22/96, FR 1998, 192 mwN). Die Verschmelzung ist nämlich als gesellschaftsrechtl. Organisationsakt (so auch SCHWARZ in WIDMANN/MAYER, UmwG § 2 Rn. 9 ff.), nicht als rechtsgeschäftliche Einzelrechtsübertragung anzusehen. Abzuleiten ist dies auch daraus, dass nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers einschließlich seiner Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger kraft Gesetzes im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergeht (Möglichkeit der Umstrukturierung in einem Rechtsakt bzw. uno acto, vgl. auch SCHWARZ in WIDMANN/MAYER, UmwG § 2 Rn. 10.2).

### 292 b) Spaltung (§§ 123–173 UmwG)

Spaltungsvorgänge bedürfen im Vergleich zur Verschmelzung einer differenzierteren Beurteilung:

**Bei der Aufspaltung** überträgt die KapGes. als übertragender Rechtsträger ihr Vermögen auf einen anderen Rechtsträger iSd. § 124 UmwG *unter Auflösung* (vgl. § 123 Abs. 1 UmwG). Dabei erlischt der übertragende Rechtsträger (vgl. § 131 Abs. 1 Nr. 2 UmwG). Das Vermögen der übertragenden KapGes. geht vollständig auf den übernehmenden Rechtsträger im Wege der gesetzlichen Rechtsnachfolge über (vgl. § 131 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UmwG). Dieser Vorgang entspricht

damit seiner Rechtsnatur nach der Verschmelzung und ist daher unmittelbar als Auflösungsstatbestand unter § 17 Abs. 4 zu fassen.

**Abspaltung (§ 123 Abs. 2 UmwG) und Ausgliederung (§ 123 Abs. 3 UmwG)** bringen dagegen die KapGes. als übertragenden Rechtsträger nicht zur Auflösung, so dass ein Auflösungsstatbestand iSd. § 17 Abs. 4 ausscheidet. Bei der Abspaltung halten die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers neue Anteile oder Mitgliedschaftsrechte des übernehmenden Rechtsträgers (§ 123 Abs. 2 aE UmwG); bei der Ausgliederung erhält die KapGes. als übertragende Rechtsträgerin selbst die neuen Anteile oder Mitgliedschaften des vermögensübernehmenden Rechtsträgers (vgl. § 123 Abs. 3 aE UmwG). In beiden Fällen setzt das Gesetz also voraus, dass der übertragende Rechtsträger weiterhin fortbesteht. Ein weiterer Beleg dafür ergibt sich auch 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 § 17 Abs. 1 EStG iS eines tauschähnlichen Vorgangs (Anteilstausch) in Betracht (in diesem Sinne zB SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 117, unter Bezug auf das für einen Verschmelzungsfall ergangene BFH-Urt. v. 15.10.1997 – I R 22/96, BStBl. II 1998, 168).

#### c) Vermögensübertragung (§§ 174–189 UmwG)

293

Die Vermögensübertragung kann als Vollübertragung (§ 174 Abs. 1 UmwG) oder als Teilübertragung (§ 174 Abs. 2 UmwG) ausgestaltet sein. Da die Vollübertragung gem. § 174 Abs. 1 UmwG unter Auflösung der übertragenden KapGes. erfolgt, greift bereits der Auflösungsstatbestand des § 17 Abs. 4 Satz 1 für diesen Vorgang ein. Die Teilübertragung gem. § 174 Abs. 2 UmwG kann – wie die Spaltung eines Rechtsträgers bzw. einer KapGes. – im Wege der Aufspaltung, der Abspaltung oder der Ausgliederung eines Vermögensteils zur Übertragung auf den übernehmenden Rechtsträger erfolgen. In diesen Fällen gilt vorstehende Anm. 292 entsprechend.

#### d) Formwechsel (§§ 190–304 UmwG)

294

Der Formwechsel in eine andere KapGes. (§§ 190, 191 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) führt bereits wegen der zivilrechtl. Identität von „altem“ und „neuem“ Rechtsträger nicht zur Auflösung der KapGes. iSd. § 17 Abs. 4 Satz 1. Denn § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG bestimmt bereits, dass der formwechselnde Rechtsträger in der in dem Umwandlungsbeschluss bestimmten Rechtsform weiter besteht. Einer besonderen ertragstl. Argumentation für die Identität beider Rechtsträger bedarf es daher nicht (anders LADEMANN/JÄSCHKE, § 17 Rn. 293).

#### e) Umwandlung einer ausländischen Kapitalgesellschaft

295

Die Umwandlung einer ausländ. KapGes. führt beim inländ. Anteilseigner regelmäßig ebenfalls zur Besteuerung als Auflösungsstatbestand nach § 17 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 § 17 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.). Der BFH hat in seinem Urt. v. 22.2.1989 – I R 11/85 (aaO) diese Frage ausdrücklich offen gelassen. Die Ansichten im Schrifttum sind konträr (für die Anwendbarkeit von § 17 Abs. 4 insbes. WIDMANN in WIDMANN/MAYER, UmwR, Bd. 6, Anh. 6, Rn. 4, 3; dagegen zB HAAS, RIW/AWD 1981, 863; zweifelnd DÖRSCH/PUNG in DEJPW, § 17 Rn. 69). Die Zweifel gehen auf die Grundfrage zurück, ob für die Auslegung des Begriffs „Auflösung“ im Rahmen des § 17 Abs. 4 das ausländ. Zivil- bzw. Umwandlungsrecht oder aber allein das deutsche Zivil- bzw. Umwandlungsrecht nach dem UmwG den Maßstab bildet. UE gilt Folgendes: Ein Grund dafür, weshalb § 17 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 § 17 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 DEBATIN/WASSERMEYER, Doppelbesteuerung, Art. 13 MA Rn. 22 mwN).

### 296 3. Modifikationen des § 17 Abs. 4 durch das UmwStG

Für die vorgenannten Umwandlungsvorgänge bzw. -tatbestände führt das UmwStG für die Anteilseignerbesteuerung zu vielfältigen inhaltlichen Modifikationen im Verhältnis zu § 17. In ihrer Wirkung reichen diese von der abweichenden Definition bestimmter Besteuerungsmerkmale iSv. § 17 (zB AK) bis hin zum völligen Ausschluss einer Anteilseignerbesteuerung.

**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.

► *Persönlicher Anwendungsbereich:* Nach § 1 Abs. 5 UmwStG gilt das UmwStG nur für unbeschränkt stpfl. Körperschaften.

► *Sachlicher Anwendungsbereich:* Dieser wird vorab durch § 1 Abs. 1 bis Abs. 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 iVm. §§ 11 ff., 16 UmwStG,
- für die Ausgliederung §§ 20 ff. UmwStG,
- für die Vermögensübertragung §§ 3 ff. UmwStG,
- für den Formwechsel § 25 iVm. §§ 20 ff. UmwStG.

**V. Anteilseinbringungen in Kapitalgesellschaft gem. §§ 20 ff. UmwStG****1. Abweichende Besteuerung des Gesellschafters bei Einbringung gem. § 20 UmwStG** 297

Die Übertragung (zB Einbringung) einer steuerverstrickten Beteiligung iSv. § 17 Abs. 1 Satz 1 in eine andere KapGes. gegen Gewährung neuer Anteile an der übernehmenden KapGes. ist dem Grunde nach ein Veräußerungsvorgang iSd. § 17 Abs. 1 Satz 1 in Gestalt eines Tauschs (s. BFH v. 7.7.1992 – VIII R 54/88, BStBl. II 1993, 331 [332]). Erlangt die übernehmende KapGes. nach der Einbringung aufgrund ihrer Beteiligung einschließlich der übernommenen Anteile unmittelbar die Mehrheit der Stimmrechte an der Gesellschaft, deren Anteile eingebracht wurden (sog. mehrheitsvermittelnde Beteiligung), steht ihr ein Wertansatzwahlrecht gem. §§ 20 Abs. 2, 23 Abs. 4 UmwStG zu. Hiernach darf sie die eingebrachten Beteiligungen mit ihrem Buchwert (bei ursprünglich im PV gehaltenen Beteiligungen mit ihren AK iSd. § 17 Abs. 2), mit ihrem Teilwert oder einem Wert zwischen Buch- und Teilwert (sog. Zwischenwert) ansetzen.

Diesen Wertansatz muss der Einbringende bei der Berechnung seines Veräußerungsgewinns im Rahmen der Gewinnermittlung nach § 17 Abs. 2 als Veräußerungspreis zugrunde legen (§§ 20 Abs. 4 Satz 1, 23 Abs. 4 Satz 1 UmwStG). Der Freibetrag nach § 17 Abs. 3 wird nur gewährt, wenn die KapGes. für die von ihr übernommenen Beteiligungen den Teilwert ansetzt (§ 20 Abs. 5 Satz 1 UmwStG).

**2. Abweichende Besteuerung des Gesellschafters bei Übertragung einbringungsgeborener Anteile gem. § 21 UmwStG** 298

**Verhältnis des § 21 UmwStG zu § 17 und Zweck:** Setzt die übernehmende KapGes. 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 an, so gilt für die Besteuerung des Anteilseigners der neuen Gesellschaftsanteile (= sog. einbringungsgeborene Anteile) die Sondervorschrift des § 21 UmwStG. Diese ist insoweit *lex specialis* gegenüber §§ 16, 17 EStG, wenngleich in der Rechtsfolge nur auf § 16 verwiesen wird. Die Veräußerung von einbringungsgeborenen Anteilen führt daher auch dann zur Qualifikation als stpfl. Gewinn, wenn die Anteile nicht steuerverstrickt iSv. §§ 16, 17 EStG sind. Sind Anteile sowohl nach § 21 UmwStG als auch nach § 17 steuerverstrickt, so geht die Anwendung des § 21 UmwStG derjenigen des § 17 vor. Das gilt auch im Fall der Verlustentstehung. Mangels eines gesetzlichen Verweises sind im Rahmen des § 21 UmwStG die Verlustabzugsbeschränkungen des § 17 Abs. 2 Satz 4 nicht einschlägig.

§ 21 UmwStG hat den Zweck, die im BV gebildeten stillen Reserven nach einer gem. §§ 20, 23 UmwStG begünstigten Einbringung für Zwecke der nachfolgenden Besteuerung in der Steuerverstrickung zu sichern. Infolgedessen kann der Verweis des § 21 Abs. 1 Satz 1 aE UmwStG auf § 16 EStG nur als Rechtsfolgenverweis verstanden werden.

Einstweilen frei.

299–319

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

320

### I. Kapitalherabsetzung

Der Begriff der Kapitalherabsetzung iSv. Abs. 4 bezieht sich auf die ordentliche Herabsetzung des Grundkapitals oder Stammkapitals einer KapGes. nach gesellschaftsrechtl. Regeln (§§ 58 ff. GmbHG, §§ 222 ff. AktG). Während die Auflösung (Liquidation) einer KapGes. zu einer vollständigen Kapitalrückzahlung führt, bewirkt die Kapitalherabsetzung mit Auszahlung an die Gesellschafter lediglich eine teilweise Kapitalrückzahlung. Von diesen teilweisen Kapitalrückzahlungen wiederum zu unterscheiden ist die Auskehrung von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto (Einlagenrückgewähr) im Rahmen einer offenen oder verdeckten Gewinnausschüttung (OTT in Festschr. Korn, 2005, 108; zu Sonderfällen der Verrechnung mit dem Einlagekonto vgl. BMF v. 4.6.2003, BStBl. I 2003, 366 Rn. 29; Dörsch/Pung, DB 2003, 1345 [1347]; zu weiteren begrifflichen Einzelheiten s. § 20 Anm. 326). Für die weitere stl. Beurteilung ist die Behandlung auf der Gesellschaftsebene (Einzelheiten dazu OTT aaO, 109 f.) von der Ebene des Gesellschafter (dazu OTT aaO, 111 f.) zu trennen. Auf der Ebene des Gesellschafters tritt die Anwendung des § 17 Abs. 4 zugunsten des § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 zurück, soweit der ausgekehrte Betrag auf thesaurierte Gewinne entfällt und daher wie eine Gewinnausschüttung iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 iVm. Nr. 1 zu behandeln ist (§ 17 Abs. 4 Satz 3; vgl. dazu Anm. 335). Die Kapitalherabsetzung führt danach in der Praxis regelmäßig zu einer Aufspaltung der korrespondierenden Kapitalrückzahlungsbeträge an den Gesellschafter mit jeweils unterschiedlicher stl. Ermittlung nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 auf der einen Seite und § 17 Abs. 4 auf der anderen Seite (Einzelheiten s. OTT aaO, 111 [112] mwN).

**Formelles Erfordernis hinreichender Bezeichnung im Herabsetzungsbeschluss:** Im Kapitalherabsetzungsbeschluss sind der Zweck der Rückzahlung (§ 222 Abs. 3 AktG) und die Art der Kapitalherabsetzung (§ 222 Abs. 4 Satz 3 AktG) konkret zu bezeichnen. Ist dies nicht der Fall (= Anfechtungsgrund gem. § 243 Abs. 1 AktG), kann über den mit der Handelsregistereintragung freigewordenen Kapitalbetrag nur durch gesonderten Beschluss der Hauptversammlung verfügt und dieser ausgezahlt werden (vgl. HÜFFER, AktG, 6. Aufl. 2004, § 222 Rn. 12 ff., 17). Die Rückzahlung des freigewordenen Gesellschaftsvermögens an die Anteilseigner darf bei einer AG erst sechs Monate nach Bekanntmachung der Eintragung (§ 225 Abs. 2 AktG) und bei einer GmbH erst nach Zustimmung, Befriedigung oder Sicherstellung aller Gläubiger der Gesellschaft (vgl. § 58 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG) geleistet werden.

**Die vereinfachte Kapitalherabsetzung** (§§ 229 ff. AktG, §§ 58a ff. GmbHG) kann die Voraussetzungen des § 17 Abs. 4 – ebenso wenig wie die des § 20 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 – nicht erfüllen, weil die Aktionäre/Gesellschafter bei ihr keine Zahlungen von Beträgen aus der Auflösung von Kapital- oder Gewinnrücklagen und/oder aus der Kapitalherabsetzung erhalten (s. § 230 AktG). Sie soll nur dazu dienen, Wertminderungen auszugleichen, sonstige Verluste zu decken und Beträge in die Kapitalrücklage oder in die gesetzliche Rücklage einzustellen (s. § 230 Sätze 2 und 3 AktG). Eine Kapitalherabsetzung zum Ausgleich eines Verlusts bewirkt folglich bei den Gesellschaftern keinen Veräußerungsver-

lust, da es an dem in Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 Var. 2 aufgestellten Tatbestandsmerkmal einer Kapitalrückzahlung fehlt.

**Die zivilrechtliche Wirksamkeit des Kapitalherabsetzungsbeschlusses** ist grundsätzlich Voraussetzung dafür, dass Zahlungen aus dem Vermögen einer KapGes. an ihre Gesellschafter als Kapitalherabsetzung und -rückzahlung iSv. Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 Var. 2 qualifiziert werden. Erforderlich dafür ist insbes. die Eintragung des Beschlusses über die Herabsetzung des Grund-/Gesellschaftskapitals in das Handelsregister (vgl. BFH v. 29.6.1995 – VIII R 68/93, BStBl. II 1995, 722 [725]). Ausnahmsweise wird von dem Eintragungserfordernis nach der Rspr. des BFH (s. Urt. v. 6.4.1976 – VIII R 72/70, BStBl. II 1976, 341; bestätigt in Urt. v. 29.6.1995 – VIII R 69/93, BStBl. II 1995, 725 [726]) dann abgesehen, wenn

- die Beteiligten alles unternommen haben, was zur Durchführung der handelsrechtl. Wirksamkeit der Kapitalherabsetzung erforderlich ist,
- die Eintragung der Kapitalherabsetzung alsbald nachgeholt wird und
- ausgeschlossen werden kann, dass die Kapitalherabsetzung als Steuerumgehung iSv. § 42 AO anzusehen ist.

Die vorstehenden Anforderungen sollen gewährleisten, dass die Zahlung an die Gesellschafter tatsächlich aus der Kapitalherabsetzung resultiert (Kausalitätsnachweis). Sie dienen uE letztlich der notwendigen Abgrenzung von anderen Zuwendungen der KapGes. an den Gesellschafter iSv. § 20. Liegen sie nicht vor, so erzielen die Gesellschafter durch die Rückzahlung von Vermögen der KapGes. Kapitalerträge iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2. Zu weiteren Einzelheiten zur Abgrenzung zu Bezügen 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 WASSERMAYER in DEBATIN/WASSERMAYER, DBA, Art. 10 MA Rn. 105 mit Beispiel zur abkommensrechtl. Aufteilung zwischen Liquidationsraten und Kapitalrückzahlung).

## II. Kapitalrückzahlung

321

**Begriff der Kapitalrückzahlung iSd. Abs. 4 Satz 1:** Kapitalrückzahlung ist die Zahlung des Betrags an die Gesellschafter, der ihnen aufgrund der Kapitalherabsetzung am Grund-/Stammkapital zusteht (Kapitalrückzahlung ieS). Hier-von zu unterscheiden sind Kapitalrückzahlungen iwS, insbes.

- Kapitalrückzahlungen im Rahmen offener oder verdeckter Auskehrung von thesaurierten Gewinnen, die stets (vorrangig) zu Einkünften aus Kapitalvermögen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 führen (vgl. auch Anm. 336 zu § 17 Abs. 4 Satz 3), und
- Leistungen der KapGes. aus dem stl. Einlagekonto iSv. § 27 KStG (vgl. Anm. 325 f.).

Bei der Rückzahlung von Eigenkapital der KapGes. ist also regelmäßig eine Aufteilung in eine echte Kapitalrückzahlung (ieS des § 17 Abs. 4 Satz 1) und eine Auskehrung thesaurierter Gewinne vorzunehmen (so auch ORT in Festschr. Korn, 2005, 107).

Die unterschiedliche stl. Einkünftequalifikation je nach Art und/oder Anlass der Vermögensauskehrung an den Gesellschafter führt dazu, dass auch auf der Ebene der KapGes. die Differenzierung zwischen Einlagen und thesaurierten Gewinnen zwingend vorzunehmen ist. Dem tragen für die Ebene der KapGes. die Vorschriften der §§ 27 ff. KStG Rechnung (Einzelheiten s. OTT aaO, 107 [108] 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 § 17 Abs. 4 aus: Dies betrifft den Sonderfall, dass das Nennkapital durch Umwandlung von sonstigen Rücklagen (außer Einlagen iSv. § 27 KStG) zunächst erhöht und anschließend eine Herabsetzung des Nennkapitals oder 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, Schr. v. 26.8.2003, BStBl. I 2003, 434 Tz. 19). Ein übersteigender Betrag ist sodann vom Bestand des stl. Einlagekontos abzuziehen (§ 28 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 KStG). Der 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 Halbeinkünfteverfahren 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 kapitaleretzender 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 kapitaleretzenden Einlage eines stillen Gesellschafters). Zur zivilrechtl. Begründung und stl. Behandlung von eigenkapitaleretzenden Gesellschafterleistungen einschl. Darlehen s. EILERS/SIEGER/WIENANDS, Die Finanzierung der GmbH durch ihre Gesellschafter, 2. Aufl., 2001, Teil E (Rn. 201 ff.).

322–324 Einstweilen frei.

## F. Ausschüttung/Rückzahlung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto iSd. § 27 KStG/EK 04 (Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 Var. 3)

### 325 I. Ausschüttung oder Rückzahlung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto iSv. § 27 KStG

**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 § 17 Abs. 4 Satz 1 Konsequenzen in zweifacher Hinsicht haben (vgl. OTT in Festschr. Korn, 2005, 113 mwN):

- Steuerneutrale Verrechnung mit den AK der Beteiligung, soweit die Rückzahlung aus dem stl. Einlagenkonto die AK nicht übersteigt (Korrektur der AK); aufgrund dieser Korrekturfunktion ist auch das Halbeinkünfteverfahren nicht anwendbar, dh. die AK werden in vollem Umfang (und nicht etwa zur Hälfte) gekürzt;
- Überschreitet die Einlagenrückzahlung die (ggf. bis auf Null reduzierten) AK, stellt der übersteigende Teil des Rückzahlungsbetrags einen hälftig stpfl. Veräußerungsgewinn iSv. § 17 Abs. 4 Satz 2 und Abs. 2 iVm. § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c dar.

Noch nicht abschließend geklärt ist gegenwärtig die stl. Behandlung in Fällen, in denen bereits vor dem 1.1.1997 eine Einlagenrückzahlung vorgenommen wurde (vgl. dazu Anm. 270) und ein Ersatztatbestand iSd. § 17 Abs. 4 Satz 1 (zB weitere Einlagenrückzahlung oder Kapitalherabsetzung) erst nach dem 31.12.1996 realisiert wird (Einzelheiten dazu OTT aaO, 115, 116 mwN). Eine höchstrichterliche Klärung steht hierzu noch aus. Es liegt jedoch nach der bisherigen BFH-Rspr. nahe (BFH v. 20.4.1999 – VIII R 44/96, BStBl. II 1999, 698), ursprüngliche negative AK nicht schon im Fall einer weiteren Einlagenrückzahlung, sondern erst bei einer Anteilsveräußerung oder Liquidation der KapGes. gewinnerhöhend aufzulösen (OTT aaO, 116).

**Steuerliches Einlagekonto iSd. § 27 KStG:** Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 Var. 3 erklärt die Ausschüttung oder Rückzahlung von Einlagen, die im stl. Einlagekonto gem. § 27 KStG ausgewiesen sind, zu estpfl. Einkünften. Das stl. Einlagekonto iSv. § 27 KStG weist Einlagen aus, die nicht in das Nennkapital geleistet worden sind, insbes. etwa verdeckte Einlagen oder Aufgelder bei Kapitalerhöhungen. Das stl. Einlagenkonto ist an die Stelle des bisherigen EK 04 getreten, dessen Teilbetrag über § 39 KStG in das Einlagekonto als Anfangsbestand eingegangen ist. In der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 14/2683 und 14/3074) wird die sachliche Funktion des stl. Einlagekontos iSv. § 27 KStG nF wie folgt beschrieben:

„Die steuerliche Behandlung der nicht in das Nennkapital geleisteten Einlagen und ihrer Rückgewähr wird im Grundsatz beibehalten. Da künftig die Gliederungsrechnung und der Ausweis von EK 04 entfällt, ist es erforderlich, die Gesellschaftereinlagen auf einem besonderen Konto zu erfassen. Für die Einlagenrückgewähr gilt eine Verwendungsreihenfolge, nach der auf das steuerliche Einlagekonto erst zugegriffen werden kann, wenn andere Rücklagen der Gesellschaft nicht mehr zur Verfügung stehen.“

**Ausschüttung** ist eine Leistung der KapGes. an die Anteilseigner auf gesellschaftsrechtl. Grundlage als offene Ausschüttung oder außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung als verdeckte Ausschüttung (vgl. § 27 KStG aF Anm. 26).

**Rückzahlungen** unterscheiden sich dadurch von Ausschüttungen, dass sie für die Anteilseigner nicht Ertrag aus den Anteilen an der KapGes. darstellen, sondern eine Umschichtung in ihrem Vermögen bewirken. Zur Abgrenzung s. § 27 KStG aF Anm. 35.

**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 § 17 Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 Var. 3 zu denen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Sätze 1 und 2. § 20 Abs. 1 Satz 3 (vgl. dazu § 20 Anm. 310 ff.) schließt die Besteuerung von zurückgezahlten Gesellschaftereinlagen und gesetzlich den Einlagen gleichgestellten Beträgen als Einnahmen aus Kapitalvermögen aus (s. § 20 Anm. 311). Bei Ausschüttung von Beträgen aus dem Einlagekonto decken sich die Tatbestandsvoraussetzungen des § 17 Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 Var. 3 und die des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3. Zu den Einzelheiten dieser korrespondierenden Tatbestandsmerkmale vgl. § 20 Anm. 312–315.

**Abkommensrechtliche Qualifikation:** Werden Kapitalzuzahlungen (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB) oder verdeckte Einlagen zurückgewährt, so entscheidet letztlich das Recht des Anwendestaats darüber, ob die Einlagenrückgewähr eine Dividende oder ein Veräußerungsgewinn ist. Die Beurteilung schlägt auf das Abkommensrecht durch, weil dieses die Frage nicht regelt (vgl. WASSERMEYER in DEBATIN/WASSERMEYER, DBA, Art. 10 MA Rn. 107).

**Ausländische Kapitalgesellschaften:** Mangels eines stl. Eigenkapitals iSv. § 27 KStG kommt eine unmittelbare Anwendung des § 17 Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 Var. 3 nicht in Betracht. Allerdings kann sich der Vorgang entweder als Veräußerung iSd. § 17 Abs. 1 darstellen oder aber mit einer Liquidation verbunden sein.

326

## II. Ausschüttung oder Rückzahlung von EK 04 (Rechtslage bis zur KStReform durch das StSenkG)

Vor der Reform des KStRechts durch das StSenkG wurden in der Gliederungsrechnung des vEK nicht in das Nennkapital geleistete Einlagen nach § 30 Abs. 2 Nr. 4 KStG aF gesondert ausgewiesen (EK 04).

**Rechtslage bis 1996:** Nach dem Gesetzeswortlaut des § 17 aF fiel bis zum VZ 1996 die Rückzahlung von EK 04 außerhalb von Kapitalherabsetzung und Liquidation nicht unter § 17 (vgl. BFH v. 20.4.1999 – VIII R 44/96, BStBl. II 1999, 698: „negative AK“ iSv. § 17 als Merkposten für späteren Veräußerungs- bzw. Realisationsakt).

**Das JStG 1997 v. 20.12.1996** (BGBl. I 1996, 2049; BStBl. I 1996, 1523) ergänzte § 17 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 v. 5.11.1996, 47). Tatsächlich war die Rechtsänderung konstitutiv (vgl. zur Rechtslage bis 1996). Die Regelung galt ab dem VZ 1997 für Rückzahlungen aus dem EK 04 nach dem 31.12.1996 (§ 52 Abs. 1 Satz 1 EStG 1997).

**Ab VZ 2001/2002** (vgl. Anm. 1 zu „StSenkG“) gilt die Neufassung des § 17 Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 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 (näher hierzu § 30 KStG aF Anm. 97 ff.). Davon nicht umfasst waren solche Einlagen, die auf das Nennkapital geleistet wurden (s. auch § 29 Abs. 2 KStG aF).

**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).

Einstweilen frei.

327–329

## G. Gemeiner Wert des zugewiesenen oder zurückgezählten Vermögens als Veräußerungspreis (Abs. 4 Satz 2)

330

Nach Abs. 4 Satz 2 wird als Veräußerungspreis der gemeine Wert des dem Stpfl. zugewiesenen oder zurückgezählten Vermögens fingiert („... ist als Veräußerungspreis ... anzusehen“). Nicht zum zugewiesenen oder zurückgezählten Vermögen und damit nicht zum Veräußerungspreis zählen die Beträge, die nach Abs. 4 Satz 3 als Kapitalerträge auszusondern sind.

**Zugewiesenes und zurückgezähltes Vermögen** sind alle dem Gesellschafter bei Vorgängen iSd. Abs. 4 Satz 1 zugewiesenen WG aus dem Vermögen der KapGes.

**Gemeiner Wert als Bewertungsmaßstab:** Abs. 4 Satz 2 ordnet an, dass die zugewiesenen WG mit dem gemeinen Wert zu bewerten sind. Der gemeine Wert von Sachen und Rechten wird nach den zu Abs. 2 (Anm. 230) dargestellten Grundsätzen ermittelt. Die Vorgänge iSd. Abs. 4 Satz 1 werden damit für Besteuerungszwecke so angesehen, als habe der Gesellschafter seine Anteile ganz oder teilweise veräußert und dafür das ihm zukommende Vermögen der KapGes. als Kaufpreis erhalten. Liquidationsraten und Kapitalrückzahlungen werden also wie der Veräußerungspreis im Fall der Veräußerung behandelt.

**Bewertungsstichtag** ist der Zeitpunkt, in dem die gesetzlichen Tatbestände des Abs. 4 Satz 1 vollständig verwirklicht sind, mit anderen Worten der Veräußerungsgewinn/-verlust entsteht (vgl. auch SCHMIDT/WEBER-GRELLET XXIV. § 17 Rn. 225). Die Gewinnermittlung nach Abs. 2 ist bei Anteilsveräußerungen nicht nach dem Zuflussprinzip, sondern nach einer Stichtagsbewertung auf den Zeitpunkt der Veräußerung vorzunehmen (BFH v. 12.2.1980 – VIII R 114/77,

BSStBl. II 1980, 494; v. 21.9.1982 – VIII R 140/79, BSStBl. II 1983, 289 [292]). Entsprechend muss im Rahmen des Abs. 4 Satz 2 auf den Zeitpunkt der Verwirklichung der Ersatztatbestände des Abs. 4 Satz 1 abgestellt werden. Spätere Wertänderungen wirken sich daher uE nicht auf die Höhe des Gewinns nach Abs. 4 Satz 1 iVm. Abs. 2 aus, ebenso wenig Wertänderungen in der Zeit zwischen Zufluss von Vorausleistungen und (endgültiger) Tatbestandsverwirklichung. Danach gilt

- ▷ *im Fall der Auflösung einer KapGes.* der Zeitpunkt der Entstehung des Auflösungsgewinns/-verlusts, dh. idR der Zeitpunkt des Abschlusses der Liquidation der KapGes. (vgl. Anm. 276). Das gilt auch für die Erfassung und Bewertung von Liquidationsraten, die vor dem Abschluss der Liquidation geleistet wurden;
- ▷ *im Fall der Herabsetzung und Rückzahlung von Nominalkapital* regelmäßig der Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister, mit dem die Kapitalherabsetzung wirksam wird. Soweit ausnahmsweise eine Kapitalrückzahlung vor Eintragung in das Handelsregister stl. als wirksam erachtet wird (s. Anm. 277), können Bewertungszeitpunkt und Besteuerungszeitpunkt im Rahmen der Gewinnermittlung des Abs. 4 Sätze 1 und 2 iVm. Abs. 2 auseinanderfallen (weitere Einzelheiten zum Besteuerungszeitpunkt vgl. Anm. 277);
- ▷ *im Fall der Ausschüttung oder Rückzahlung von Eigenkapital* iSv. § 27 KStG/EK 04 ist ausnahmsweise als Realisationszeitpunkt und Bewertungsstichtag der Zeitpunkt des Zuflusses iSv. § 11 Abs. 1 anzusehen (vgl. Anm. 278).

331–334 Einstweilen frei.

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

335

### I. Rechtsentwicklung

**Das KStRG v. 31.8.1976** (BGBl. I 1976, 2597; BSStBl. I 1976, 445) fügte zunächst in Abs. 4 Satz 2 den Halbs. 2 an: „soweit es (dh. das zugeteilte oder zurückgezählte Vermögen der KapGes.) nicht nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen gehört“. Die Gründe und Interpretation dieser Regelung waren unklar. Der Halbs. 2 des Abs. 4 Satz 2 galt erstmals für den VZ 1977 (§ 52 Abs. 1 Sätze 1 und 3 EStG 1977) bis einschließlich 1996.

**JSStG 1997 v. 20.12.1996** (BGBl. I 1996, 2049; BSStBl. I 1996, 438): Im Zuge der Neufassung des Abs. 4 wurde der Halbs. 2 des Satzes 2 in einen eigenständigen Satz 3 ausgegliedert und durch dessen Bezugnahme auf Satz 1 ua. klargestellt, dass Bezüge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 bereits auf der Ebene der Einkünftequalifikation (und nicht erst im Rahmen der Gewinnermittlung) aus dem Anwendungsbereich des § 17 ausscheiden.

Seitdem besteht § 17 Abs. 4 Satz 3 in unveränderter Fassung.

336

### II. Rechtsfolge des Abs. 4 Satz 3

Nach Abs. 4 Satz 3 gelten die Besteuerungstatbestände des Abs. 4 Satz 1 iVm. Abs. 1–3 nicht, soweit die Bezüge zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 gehören. Die Vorschrift bewirkt, dass Einnahmen aus Kapitalvermögen aus den Erlösen iSd. § 17 ausgesondert werden.

**Regelungsziel unter Geltung des Anrechnungsverfahrens:** Zweck der Regelung sollte unter der Geltung des bis zur KStReform durch das StSenkG geltenden Anrechnungsverfahrens die Sicherung der Anrechnung der KSt. sein, die auf ausgekehrten Gewinnen lastet, was im Schrifttum auf Kritik stieß (s. dazu zB HÖRGER in L/B/P, § 17 Rn. 86 mwN).

**Verminderte Bedeutung seit Abschaffung des Anrechnungsverfahrens:** Mit dem durch StSenkG eingeführten Halbeinkünfteverfahren, das sowohl die in § 17 Abs. 4 Satz 3 genannten Kapitalerträge (vgl. § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d und e iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2) als auch sämtliche nach § 17 stbaren Veräußerungsgewinne (vgl. § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c iVm. § 17) erfasst, wird die Abgrenzung uE weitgehend bedeutungslos. Stsystematisch sollen mittels des Halbeinkünfteverfahrens 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 § 17 Abs. 3 einerseits und nach § 20 Abs. 4 (Sparer-Freibetrag) 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.

### III. Die auszusondernden Einnahmen aus Kapitalvermögen (Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2)

337

**Offene Ausschüttungen** von Gewinnen für Wirtschaftsjahre oder Rumpfwirtschaftsjahre 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 körperschaftsteuerlichen Behandlung s. BMF, Schr. v. 26.8.2003, BStBl. I 2003, 434 Tz. 10), sind (noch) Einnahmen aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG. 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, StJb. 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

## § 17 Anm. 337 Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften

iSv. §§ 27 Abs. 3 Satz 2, 28 Abs. 2 Satz 2 KStG nF zu qualifizieren (vgl. BFH v. 29.7.1992 – I R 31/91, BStBl. II 1993, 369).

**Verdeckte Gewinnausschüttungen:** Einzelheiten dazu s. § 20 Anm. 220 f. Zur Abgrenzung zwischen vGA einerseits und Veräußerungsentgelten, Kapitalrückzahlungen oder Anteilswertänderungen andererseits s. vorstehende Ausführungen zur offenen Ausschüttung. Zivilrechtswidrig (zB verfrühte) zugeteilte Kapitalrückzahlungen führen idR zu einer vGA und sind daher von dem Anwendungsbereich des Abs. 4 Satz 1 ausgeschlossen. Verfrühte Kapitalrückzahlungen können vor allem im Zusammenhang mit einer Kapitalherabsetzung auftreten, wenn die zivilrechtl. Anforderungen an die Wirksamkeit einer effektiven Herabsetzung des Grund- oder Stammkapitals (Nennkapitals) einer KapGes. (§§ 222 ff. AktG, § 58 GmbHG) – im Unterschied zur vereinfachten bzw. 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.