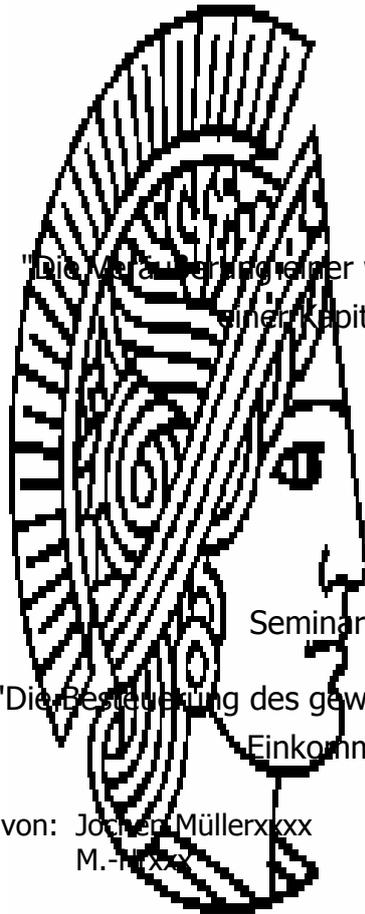


# TECHNISCHE HOCHSCHULE DARMSTADT

Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften  
Fachgebiet Finanz- und Steuerrecht  
Institut für Rechtswissenschaften

Professor Dr. Wolfram Reiß



"Die Verauftragung einer wesentlichen Beteiligung an  
einer Kapitalgesellschaft"

Seminararbeit im Seminar

"Die Besteuerung des gewerblichen Unternehmens nach dem  
Einkommenssteuergesetz"

Vorgelegt von: Jochen Müller xxx  
M.-111111

Darmstadt, den 17.06.00



## ***Gliederung***

<b>I. Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>2</b>
<b>II. Einleitung</b>	<b>3</b>
<b>III. Stellung und Bedeutung des § 17 in der Systematik des EStG</b>	<b>3</b>
<b>III.1. Der § 17 in der Systematik des EStG</b>	<b>3</b>
<b>III.2. Rechtfertigung und Zweck des §17 EStG</b>	<b>5</b>
<b>III.3. Abgrenzung des § 17 EStG</b>	<b>5</b>
<b>IV. Der Gehalt des § 17 EStG</b>	<b>6</b>
<b>IV.1. Allgemein</b>	<b>6</b>
<b>IV.2. Anwendungsbereich und Anwendungsvoraussetzungen</b> <b>(§ 17 I 1)</b>	<b>7</b>
<b>IV.3. Beteiligungsarten (§ 17 I 3, I 4)</b>	<b>7</b>
<b>IV.4. Beteiligungszurechnung (§ 39 II Nr. 1 S. 1, II Nr. 2 AO)</b>	<b>8</b>
<b>IV.5. Voraussetzungen einer "wesentlichen Beteiligung"</b> <b>(§ 17 I 4)</b>	<b>9</b>
<b>IV.6. Fristbestimmung (§ 17 I 1 EStG)</b>	<b>10</b>
<b>IV.7. Veräußerung und Veräußerungsarten (§ 17 I 1)</b>	<b>11</b>
<b>IV.8. Bemessungsgrundlage</b>	<b>12</b>
<b>IV.8.1. Bestimmung des Veräußerungsgewinns (§ 17 II 1)</b>	<b>12</b>
<b>IV.8.2. Bestimmung des Veräußerungsverlusts (§ 17 II 4)</b>	<b>13</b>
<b>IV.8.3. Bestimmung des Veräußerungspreises (§ 17 II 1)</b>	<b>14</b>
<b>IV.8.4. Bestimmung der Veräußerungskosten (§ 17 II 1)</b>	<b>14</b>
<b>IV.8.5. Bestimmung der Anschaffungskosten (§ 17 II 1)</b>	<b>14</b>
<b>V. Fallbesprechung: Mittelbare und unmittelbare Beteiligung bei</b> <b>Anteilen im PV und BV</b>	<b>15</b>
<b>VI. Kritik und Diskussion</b>	<b>17</b>
<b>VII. Resümee</b>	<b>21</b>
<b>VIII. Literaturverzeichnis</b>	<b>23</b>
<b>I.</b>	



## Abkürzungsverzeichnis

AK	= Anschaffungskosten
BV	= Betriebsvermögen
BB	= Betriebs-Berater
BFH	= Bundesfinanzhof
BStbl	= Bundessteuerblatt
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DB	= Der Betrieb
DStR	= Deutsches Steuerrecht
FG	= Finanzgericht
FR	= Finanz-Rundschau
GStb	= Gestaltende Steuerberatung
G'ter	= Gesellschafter
KapGes	= Kapitalgesellschaft
KSt	= Körperschaftssteuer
NWB	= Neue Wirtschafts-Briefe
PersGes	= Personengesellschaft
PV	= Privatvermögen
StbJb	= Steuerberaterjahrbuch
StuW	= Studium und Wirtschaft
VK	= Veräußerungskosten
VZ	= Veranlagungszeitraum
WG	= Wirtschaftsgut
ZEV	= Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge

## II.



## Einleitung

Gegenstand der folgenden Arbeit ist die Veräußerung von Anteilen an KapGes bei wesentlicher Beteiligung nach § 17 EStG. Ziel ist dabei zum einen, einen Überblick über die komplexe Regelungsmaterie und einen Einblick in die damit zusammenhängenden Sonderfälle und Sonderregelungen zu geben; zum anderen soll die Sonderstellung des § 17 EStG und die damit verbundene Kritik an der Ausgestaltung der gesetzlichen Regelung beleuchtet werden – mit dem Schwerpunkt auf der Herabsetzung der Wesentlichkeitsschwelle, die bis 1999 seit rund 70 Jahren unverändert bei 25% angesetzt war. Ich werde daher zuerst die Stellung und Bedeutung des § 17 innerhalb der Systematik des EStG verdeutlichen und auf die Abgrenzung des § 17 von anderen Regelungen eingehen. Im Anschluß daran werden die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 17 und die Rechtsfolge behandelt, mit einem Seitenblick auf die in der Praxis auftretenden Sonderfälle. Die Anwendung der gesetzlichen Regelung des § 17 wird dann in einem Beispielfall verdeutlicht und in der anschließenden Kritik wird auf die Diskussion um die Reform des § 17 eingegangen. Zum Abschluß werde ich die Ergebnisse, insbesondere hinsichtlich der Reformfähigkeit des § 17, kurz zusammenfassen.

### III. Stellung und Bedeutung des § 17 in der Systematik des EStG

#### III.1. Der § 17 in der Systematik des EStG

Das EStG unterscheidet zwei Arten von Einkünften: solche, bei denen der Gewinn ermittelt und Wertänderungen des Vermögens erfaßt werden (Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb, selbständiger Arbeit) und Überschusseinkünfte, bei denen Wertänderungen des Vermögens grundsätzlich außer Betracht bleiben. Die Einkünfte aus der Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung gehören zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb, bei denen auch die Wertänderungen erfaßt werden. Die Vorschriften des § 17 EStG schaffen jedoch einen von der allgemeinen Systematik des Einkommenssteuerrechts abweichenden Sondertatbestand. Diese Sonderstellung des § 17 EStG faßt das FG Stuttgart in einem Urteil prägnant zusammen:

*§ 17 EStG ist systemwidrig. Grundsätzlich wird jeder, der Einkünfte aus Einteilen an einer Kapitalgesellschaft bezieht, soweit die Beteiligung nicht zu einem Betriebsvermögen gehört, ohne Rücksicht auf die Höhe der Beteiligung nach § 20 EStG wegen Einkünften aus Kapitalvermögen besteuert. § 20 EStG gehört zu den Überschusseinkünften, bei denen Auswirkungen auf das Vermögen steuerlich unberücksichtigt bleiben. Wenn § 17 trotzdem einen Vermögenszuwachs bei der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft der Besteuerung unterwirft, so durchbricht er*

*damit das System der Überschusseinkünfte. Diese Systemwidrigkeit ist beschränkt auf die, die am Kapital einer Kapitalgesellschaft unter den Voraussetzungen des § 17 EStG wesentlich ... beteiligt sind. Diese Anteilseigner werden dadurch im Verhältnis zu den übrigen Beziehern von Kapitaleinkünften ungleich behandelt und im Gegensatz zu diesen steuerlich belastet.*

Zum einen durchbricht der § 17 EStG also, ebenso wie der § 23 EStG für Spekulationsgeschäfte, den Grundsatz, daß die Veräußerung von PV grundsätzlich einkommenssteuerrechtlich irrelevant ist. Der Gewinn aus der Veräußerung von WG wird der Systematik des EStG zufolge nur erfaßt, wenn die WG zu einem BV gehören. Abweichend davon rechnen aber auch Gewinne und Verluste, die bei Veräußerung einer zum PV gehörenden wesentlichen Beteiligung an einer KapGes zustande kommen, zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb – während die Einkünfte hieraus zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gemäß § 20 EStG zu rechnen sind.

Zum anderen durchbricht § 17 EStG – wie auch die Spekulationsbesteuerung gem. §§ 22 Nr. 2, 23 EStG – den Grundsatz des Einkommenssteuerrechts, daß **Wertsteigerungen** im PV einkommenssteuerfrei bleiben. Legt man dem § 17 EStG steuertheoretisch die Quellentheorie zugrunde, so weicht § 17 im Bereich der Überschusseinkünfte von ihr ab, da Gewinne und Verluste aus der Veräußerung von Anteilen an KapGes in den Bereich steuerpflichtiger Tatbestände aufgenommen werden. Tipke und Lang sehen in der Regelung des § 17 EStG daher gar ein Durchbrechen der quellentheoretischen Ausgestaltung des Einkünftekatalogs. Folgt man dem sehr eng gefaßten Einkommensbegriff der Quellentheorie nicht, sondern legt die Reinvermögenszugangstheorie von G. von Schanz zugrunde, erscheint die steuertheoretische Begründung der Besteuerung der Veräußerung von Beteiligungen an KapGes zwar eher unproblematisch; dennoch ist festzuhalten, daß § 17 II EStG eine **Gewinnermittlungsvorschrift eigener Art** bildet, bei der das Zuflußprinzip des § 11 EStG keine Anwendung findet.

### **III.2. Rechtfertigung und Zweck des § 17 EStG**

Grundlage für die Gestaltung des § 17 ist die Annahme, daß G'ter einer KapGes wirtschaftlich Mitunternehmern einer PersGes vergleichbar sind und Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an KapGes daher ähnlich besteuert werden sollten wie Gewinne aus der Veräußerung von Mitunternehmeranteilen. Dies schlägt sich darin nieder, daß

Gewinne nach § 17 EStG gemäß § 34 II Nr. 1 EStG dem ermäßigten Steuersatz unterliegen und damit betrieblichen Veräußerungsgewinnen gleichgestellt sind.

Den Zweck des § 17 EStG sieht der BFH darin, den "aufgrund der Veräußerung... eintretenden Zuwachs der finanziellen Leistungsfähigkeit zu erfassen". Bei der Körperschaftssteuer-Vollanrechnung soll ein Umfunktionieren steuerpflichtiger Gewinnausschüttungen in steuerfreie Gewinne aus der Veräußerung von PV ausgeschlossen und somit die Einmalbesteuerung der von einer KapGes erwirtschafteten Gewinne sichergestellt werden.

### **III.3. Abgrenzung des §17**

Die Abgrenzung des § 17 von § 22 Nr. 2 i. V. m § 23 EStG war bis zur ausdrücklichen Regelung im StEntlG 99 umstritten. Wurden nämlich bei wesentlicher Beteiligung die Anteile an einer KapGes innerhalb von einem Jahr nach Anschaffung wieder veräußert, so erfüllte dies sowohl den Tatbestand von § 17 EStG als auch den des § 23 EStG. Dieser betrifft Veräußerungen innerhalb eines Beteiligungszeitraumes von einem Jahr, während § 17 EStG einen (rückwirkenden) Zeitraum von fünf Jahren bestimmt. Die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen bei wesentlicher Beteiligung konnte bei einer Veräußerung innerhalb eines Jahres also zwei rivalisierenden gesetzlichen Bestimmungen unterworfen sein. Der BFH vertrat seit seinem Urteil vom 4.11. 1992 den Standpunkt, daß bei einer derartigen Überschneidung § 17 EStG vorrangig vor § 23 EStG anzuwenden sei. Mit Wirkung vom 01.01.1994 hat der Gesetzgeber jedoch den Vorrang von § 23 EStG gegenüber § 17 EStG durch die Ergänzung von § 23 II EStG gesetzlich festgeschrieben. Demnach ist § 17 nicht anzuwenden, wenn die Voraussetzungen des § 23 I Nr. 2 EStG vorliegen. Spekulationsgewinne werden somit vorrangig besteuert.

Neben der Abgrenzung zum Fall des Spekulationsgeschäfts, ist § 17 EStG zur Veräußerung von im BV befindlichen Anteilen an KapGes abzugrenzen. Befindet sich die wesentliche, aber nicht totale (100%ige) Beteiligung im BV einer KapGes, so kommt die Besteuerung eines Veräußerungsgewinnes nach § 17 EStG nicht in Betracht, weil § 15 EStG – die Besteuerung des laufenden Gewinns – vorgeht. Die Veräußerung einer wesentlichen Gesamtbeteiligung (von 100%) im BV fällt hingegen unter § 16 I Nr. 1 EStG.

Ergänzende Bestimmungen zu § 17 EStG finden sich in § 50 c XI – Verhinderung der Umwandlung von steuerpflichtigen Erträgen in steuerfreie Veräußerungsgewinne –, § 13 II 2-3 UmwStG und § 5 II i. V. m. §§ 14, 16 UmwStG – demzufolge bei Verschmelzung einer KapGes oder formwechselnder Umwandlung in eine PersGes mit BV eine wesentliche Beteiligung als mit den AK in das BV der PersGes eingelegt gilt. Auch stehen § 17 EStG und § 20 EStG in einer engen Wechselwirkung. Von dem Ausschüttungsverhalten der KapGes hängt es nämlich ab, ob § 17 oder § 20 EStG Anwendung findet.

#### **IV. Der Gehalt des § 17 EStG**

##### **IV.1. Allgemein**

Der Tatbestand des § 17 EStG besteht aus

- Einer **Veräußerung** oder einem gleichgestellten Vorgang,
- die **zum PV gehörende**
- **Anteile an einer KapGes** betrifft,
- sofern der Veräußerer **wesentlich**, also zu **mindestens 10%**, beteiligt war,
- und zwar **innerhalb der letzten fünf Jahre** (§ 17 I EStG).
- Gleichgestellt sind
- **verdeckte Einlagen** in eine KapGes (§ 17 I 2 EStG) und
- die **Auflösung oder Kapitalherabsetzung** der Gesellschaft (§ 17 IV EStG).

Rechtsfolge ist

- die **Steuerpflicht als Einkunft aus Gewerbebetrieb** mit Freibetrag (§ 17 III EStG) und begrenzter Tarifbegünstigung und
- die beschränkte **Ausgleichs- und Abziehbarkeit von Verlusten** (§ 17 II 4 EStG), wobei
- die **Bemessungsgrundlage** die Differenz zwischen Veräußerungspreis abzüglich Anschaffungs- und Veräußerungskosten ist (§ 17 II, IV 2 EStG).

##### **IV.2. Anwendungsbereich und Anwendungsvoraussetzungen (§ 17 I 1)**

Der **persönliche Anwendungsbereich** des § 17 I 1 EStG sind grundsätzlich natürliche Personen. **Sachlich** erfaßt § 17 I 1 EStG nur Anteile im PV; allerdings sind bei der Prüfung auf wesentliche Beteiligung die vom Veräußerer im BV gehaltenen Anteile hinzuzurechnen. Dies zeigt, daß die Sondervorschrift des § 17 EStG subsidiären Charakter trägt Sie ist nicht



anwendbar bei einer Zugehörigkeit der Anteile zu einem BV (§ 15 EStG), einer Veräußerung aller Anteile, die zu einem BV gehören (§ 16 I Nr. 1 EStG), einem Spekulationsgewinn (§ 23 EStG) und bei sog. einbringungsgeborenen Anteilen. **Einbringungsgeborene Anteile** im PV werden ebenfalls bei der Ermittlung einer wesentlichen Beteiligung berücksichtigt, fallen jedoch bei Ansatz unterhalb des Teilwerts unter § 21 I 1 UmwStG.

### **IV.3. Beteiligungsarten (§ 17 I 3, I 4)**

Unter einem Anteil an einer KapGes versteht man einen Anteil am Nennkapital oder am Vermögen der KapGes. Nach § 17 I 3 EStG umfassen Anteile an einer KapGes Aktien, Anteile an einer GmbH, Kuxe, Genußscheine, "ähnliche Beteiligungen" und "Anwartschaften auf solche Beteiligungen". **Aktien** umfassen auch Vorzugsaktien ohne Stimmrecht (§§ 11, 12 I AktG), Mehrstimmrechtsaktien (§ 12 II AktG) und Zwischenscheine (§ 17 i. V. m § 8 IV AktG). **Genußscheine** fallen nur unter § 17 EStG, sofern sie Beteiligung am Liquidationserlös (Kapital) gewähren. Unter **ähnliche Beteiligungen** fallen Anteile an einer Vorgesellschaft (vor Eintragung in das Handelsregister), jedoch keine eigenkapitalersetzenden Gesellschafter-Darlehen oder Gesellschafterleistungen. Ähnliche Beteiligungen liegen somit unter der Voraussetzung vor, daß es sich bei der Gesellschaft um eine juristische Person handelt und die Beteiligung Gesellschafterrechte verkörpert. **Anwartschaften auf solche Beteiligungen** können konkrete Bezugsrechte, schuldrechtliche Ansprüche gegen einen G'ter auf Übertragung von Anteilen oder Wandlungs- oder Optionsrechte aus Schuldverschreibungen sein. Hierunter fällt z. B. das Bezugsrecht der G'ter auf die im Rahmen einer Kapitalerhöhung ausgegebenen Geschäftsanteile.

Diese Arten von Anteilschaft können in Form einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung vorliegen; sind dem Veräußerer die Anteile nach § 39 AO zuzurechnen, liegt eine unmittelbare Beteiligung vor; ist er an einer anderen KapGes beteiligt, die an einer anderen Gesellschaft Anteile hält, so ist seine Beteiligung an dieser Gesellschaft mittelbar. Rechtliche Relevanz gewinnt eine mittelbare Beteiligung jedoch nur dann, wenn eine unwesentliche unmittelbare Beteiligung veräußert wird. Durch die gemäß § 17 I 4 EStG gebotene Zusammenrechnung von unmittelbarer und mittelbarer Beteiligung kann die unmittelbare Beteiligung durch Einbeziehung einer mittelbaren Beteiligung zu einer

wesentlichen werden. Dabei muß der Gesellschafter die diese Beteiligung vermittelnde KapGes nicht beherrschen.

#### **IV.4. Beteiligungszurechnung (§ 39 II Nr. 1 S. 1, II Nr. 2 AO)**

Wesentlich für das Vorliegen einer Beteiligung ist, daß dem Veräußerer die Anteile auch einkommenssteuerrechtlich zuzurechnen sind. Dies ist der Fall, wenn er der wirtschaftliche Eigentümer dieser Anteile ist (§ 39 II Nr. 1 S. 1 AO), auch wenn es sich lediglich um "Durchgangserwerb" handelt.

Als **Sonderfälle** verdienen Treuhandverhältnisse, Schenkungen und Gesamthandsvermögen eine nähere Betrachtung. Bei **Treuhandverhältnissen** sind die Anteile dem Treugeber zuzurechnen. Bei **Schenkung** sind Anteile, die einkommenssteuerrechtlich einem Dritten zugerechnet werden, dem Veräußerer nicht zuzurechnen. Dies bedeutet, daß durch schenkungsweise Übertragung von Teilen einer wesentlichen Beteiligung auf Familienangehörige aus einer wesentlichen Beteiligung mehrere nicht wesentliche Beteiligungen entstehen können, die steuerfrei zu veräußern sind. Besteht ein **Gesamthandsvermögen** ohne BV oder ist der Anteil an einer KapGes an mehrere Personen **nach Bruchteilen** aufgeteilt, wird jeder Bruchteil dem Berechtigten zugerechnet (§ 39 II Nr. 2 AO). Maßstab für die Zurechnung ist dabei der Gewinnverteilungsschlüssel. Wird ein Gesamthandsanteil an einen Dritten entgeltlich übertragen, steht dies daher einer Veräußerung des Anteils des Mitberechtigten gleich. Auch hier sind bei Prüfung auf wesentliche Beteiligung die dem Veräußerer allein gehörigen Anteile und die zurechenbaren Anteile im Gesamthandsvermögen zusammenzurechnen.

#### **IV.5. Voraussetzungen einer "wesentlichen Beteiligung" (§ 17 I 4)**

Eine Beteiligung überschreitet nach § 17 I 4 EStG die Wesentlichkeitsschwelle, wenn der Veräußerer zu mindestens 10% unmittelbar oder mittelbar am Kapital der betroffenen Gesellschaft beteiligt war, und zwar innerhalb der letzten fünf Jahre. Bis einschließlich 1998 lag die Wesentlichkeitsschwelle bei **mehr als 25%**; sie wurde zum 1.1.1999 auf **mindestens 10%** gesenkt. Berücksichtigt wird dabei der nominelle Anteil am Grund- oder Stammkapital (§§ 6, 7 AktG; § 5 GmbHG). Die absolute Höhe des Eigenkapitals der KapGes und des Einzahlungsbetrags sind für die Bemessung ebenso unerheblich wie der tatsächliche Einfluß auf die KapGes, der durch die wesentliche Beteiligung erreicht wird.



Daher fallen auch Vorzugsaktien ohne Stimmrecht unter die Wesentlichkeitsschwelle, während Mehrstimmrechtsanteile nicht nach Gewicht des Stimmrechts berücksichtigt werden. Ebenso führt der Anspruch auf mehr als 10% des Reingewinns und des Liquidationserlöses bei nicht wesentlicher Beteiligung nicht zu einem Überschreiten der Wesentlichkeitsschwelle.

Zu den **Sonderfällen** zählt hier der Besitz von Anteilen durch die KapGes, die Einziehung von Anteilen und die Veräußerung von Genußscheinen, Bezugsrechten und Wandlungs- und Optionsrechten. Sollte die KapGes **eigene Anteile** besitzen, wird deren Nennwert vom Grund- oder Stammkapital abgezogen. **Zieht** eine GmbH **Geschäftsanteile ein**, wird eine Neuberechnung des Beteiligungsverhältnisses der Geschäftsanteile nötig. Dazu wird der Nennwert des eingezogenen Geschäftsanteils vom Stammkapital abgezogen. Bei **Veräußerung von Genußscheinen** gibt die verhältnismäßige Teilhabe an Gewinn und Liquidationserlös Ausschlag. Problematisch ist die Bestimmung einer wesentlichen Beteiligung bei **Veräußerung von Genußscheinen, Bezugsrechten und Wandlungs- und Optionsrechten**. Zwar sind Bezugs-, Wandlungs- und Optionsrechte dem Grund- oder Stammkapital nicht zuzurechnen, ihre Veräußerung fällt jedoch unter § 17 EStG, wenn der Veräußerer zu mindestens 10% am Grund- oder Stammkapital beteiligt war.

#### **IV.6. Fristbestimmung (§ 17 I 1 EStG)**

Zur Anwendung von § 17 EStG muß die wesentliche Beteiligung zu irgendeinem Zeitpunkt innerhalb der letzten fünf Jahre vor Veräußerung bestanden haben (§ 17 I 1 EStG). Der Zeitraum bemißt sich rückwirkend vom Zeitpunkt der Veräußerung; maßgebend ist der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (z. B. durch Kauf oder Schenkung), der sowohl den Beendigungszeitpunkt als auch den Veräußerungszeitpunkt bestimmt.

Dabei kommt es nicht auf die Dauer der Beteiligung an, denn jede noch so kurze wesentliche Beteiligung innerhalb der letzten fünf Jahre verstrickt alle Anteilsveräußerungen. Art und Zeitpunkt des Erwerbs der wesentlichen Beteiligung sind somit unerheblich. So kann die wesentliche Beteiligung durch Kauf, Tausch, Schenkung, Erbfall oder Gütergemeinschaft entstanden sein. Der Steuerpflichtige kann zunächst nur unwesentlich am Nennkapital beteiligt gewesen sein und durch weiteren Erwerb eine wesentliche Beteiligung erlangen.



Als Sonderfälle treten die zwischenzeitliche Nichtbeteiligung, die teilentgeltliche und die unentgeltliche Übertragung auf. Problematisch ist der Fall der **zwischenzeitlichen Nichtbeteiligung**; so kann der Veräußerer in einem Jahr wesentlich beteiligt sein, seine Beteiligung gänzlich veräußern, sodann eine nicht wesentliche Beteiligung erwerben und diese wiederum veräußern. Strittig ist dann, ob der Veräußerer gerade mit den veräußerten Anteilen innerhalb der Fünfjahresfrist zu mehr als einem Viertel beteiligt gewesen sein muß. Der Wortlaut des § 17 EStG spricht dafür, der Zweck der Fünfjahresfrist jedoch dagegen. Laut BFH Urteil vom 20.4.1999 ist der Gewinn jedenfalls nach § 17 I 1 EStG zu erfassen, wenn der Gesellschafter innerhalb der Frist eine wesentliche Beteiligung insgesamt veräußert hat und nun eine neu erworbene nicht wesentliche Beteiligung veräußert.

Werden die Anteile **unentgeltlich** erworben, und war der Rechtsvorgänger innerhalb der letzten fünf Jahre vor dem Veräußerungszeitpunkt wesentlich beteiligt, so ist nach § 17 I 5 EStG der Tatbestand des § 17 I 1 ebenfalls anzuwenden, d. h.: die Eigenschaft "wesentlich beteiligter Gesellschafter" geht auf den unentgeltlichen Erwerber über, auch wenn dieser weniger als 10% der Anteile erwirbt (§ 17 I 4 EStG). Die unentgeltliche Veräußerung ist einkommenssteuerrechtlich im übrigen nicht etwa eine Veräußerung zum Nulltarif; sie erhöht vielmehr die Anschaffungskosten des Erwerbers um die Anschaffungskosten des Rechtsvorgängers (§ 17 II 2 EStG).

#### **IV.7. Veräußerung und Veräußerungsarten (§ 17 I 1)**

Veräußerungen sind Anteilsübertragung aufgrund Kauf-, Teilungs- oder Tauschvertrag, Einziehung der Anteile durch Zwangsversteigerung und entgeltliche Einziehung eines Geschäftsanteils gemäß §34 GmbHG. Dabei müssen Leistung und Gegenleistung kaufmännisch ausgewogen sein. Der in § 17 I 1 EStG verwendete Begriff der Veräußerung weicht allerdings vom zivilrechtlichen Veräußerungsbegriff ab; er bezeichnet die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums gegen Entgelt, d. h. sowohl das Kausalgeschäft (Kaufvertrag) als auch das Erfüllungsgeschäft (Übertragung des Eigentums). Erst nach Abschluß des Erfüllungsgeschäfts wird die Veräußerung einkommenssteuerrechtlich wirksam.

Sonderfälle sind die teilentgeltliche Veräußerung, die Einziehung von GmbH-Anteilen gegen Entgelt, die Übertragung von Bezugsrechten, Erbauseinandersetzungen und Tausch.



**Teilentgeltliche** Veräußerungen werden nach dem Verhältnis des Verkehrswerts der Anteile zur Gegenleistung in einen voll entgeltlichen und einen voll unentgeltlichen Teil aufgespalten. Teilentgeltlichkeit kann in Fällen einer gemischten Schenkung oder bei vorweggenommener Erbfolge gegen Entgelt als auch bei einer Kapitalerhöhung vorliegen. Die **Einziehung von GmbH-Anteilen** gegen Entgelt ist zulässig, soweit das Entgelt aus Rücklagen gezahlt werden kann (§§ 34 III, 30 GmbHG). Das Einziehungsentgelt vermindert das buchmäßige Reinvermögen; dennoch wird die Einziehung bei nicht überhöhtem Entgelt als entgeltliche Anteilsveräußerung des G'ters gewertet. Beim Erwerb eigener Anteile durch eine KapGes kann zwischen einfachem Erwerb und Erwerb zum Zweck der Einziehung unterschieden werden; ersterer stellt auf Gesellschafterebene eine Veräußerung dar, letzterer eine Kapitalherabsetzung. Als Veräußerung zu betrachten ist auch die entgeltliche **Übertragung eines** durch Kapitalerhöhungsbeschluß entstandenen **Bezugsrechts** sowie die verdeckte Einlage von Anteilen an einer KapGes (§ 17 I 2 EStG). Das Bezugsrecht ist hier als Anwartschaft auf eine Beteiligung i. S. v. § 17 EStG zu verstehen. Bei einem **Tausch** von Anteilen ist der gemeine Wert der erhaltenen Anteile grundsätzlich als Veräußerungsentgelt anzusetzen. Sind bei einer Veräußerung im Tauschwege die hingeebene und die erlangte Beteiligung wirtschaftlich identisch, so kann von der Besteuerung eines Veräußerungsgewinns abgesehen werden, weil die stillen Reserven der hingeebenen Beteiligung auf die eingetauschte Beteiligung übertragen werden und lediglich in der Person des Anteilseigners eine Veränderung eintritt.

#### **IV.8. Bemessungsgrundlage**

##### **IV.8.1. Bestimmung des Veräußerungsgewinns (§ 17 II 1)**

Veräußerungsgewinn ist der Betrag, um den der Veräußerungspreis nach Abzug der Veräußerungskosten die Anschaffungskosten übersteigt (§ 17 II 1 EStG). Sämtliche Aufwendungen, die nicht als AK oder VK einzuordnen sind, werden bei den Einkünften i. S. v. § 17 EStG nicht erfaßt. Nach Abzug des Freibetrags unterliegt der Veräußerungsgewinn dem ermäßigten Steuersatz (§ 34 I 1, II Nr. 1 EStG) von einem Fünftel des Gewinns. Gemäß § 17 III EStG ist ein Veräußerungsgewinn nur insoweit heranzuziehen, soweit er den Teil von 20.000 DM übersteigt, der dem veräußerten Anteil an der KapGes entspricht. Der Freibetrag ermäßigt sich um den Betrag, um den der Veräußerungsgewinn den Teil von 80.000 DM übersteigt, der wiederum dem veräußerten Anteil an der KapGes entspricht.



Sollte sich der Veräußerungsgewinn in Hinblick auf AK, Veräußerungspreis und VK nachträglich ändern, wirkt die Änderung auf den Zeitpunkt der Veräußerung zurück. Veräußert der Steuerpflichtige mehrere Anteile an derselben KapGes innerhalb eines VZ, werden die daraus entstehenden Gewinne oder Verluste zusammengefaßt und untereinander ausgeglichen. Bei Veräußerung von Anteilen an verschiedenen KapGes werden sie dagegen getrennt ermittelt. Diese unterschiedliche Handhabung hat Auswirkungen auf den Freibetrag nach § 17 III EStG.

Als Sonderfall ist die **Gewährung einer Rente** bzw. die **Veräußerung auf Raten** zu betrachten. Werden die Anteile gegen Einräumung einer Leibrente oder gegen Raten veräußert, besteht hinsichtlich der Versteuerung nach § 17 EStG ein Wahlrecht zwischen einer Sofortversteuerung und laufender Versteuerung. Bei der Sofortversteuerung wird als Veräußerungspreis der Barwert der Rente bzw. Raten angesetzt. Nach Abzug des Freibetrags gemäß § 17 III EStG unterliegt der Veräußerungsgewinn dem ermäßigten Steuersatz. Bei Gewährung einer Rente und laufender Versteuerung werden die Renten bzw. Ratenzahlungen mit Anschaffungs- und Veräußerungskosten verrechnet. Sobald die Anschaffungs- und Veräußerungskosten überschritten werden, erfolgt eine laufende Besteuerung nach § 17 EStG. Dabei kommt weder der Freibetrag nach § 17 III EStG noch der ermäßigte Steuersatz nach § 34 EStG zur Anwendung.

#### **IV.8.2. Bestimmung des Veräußerungsverlustes (§ 17 II 4)**

Nach der Neuregelung des § 17 II 4 EStG sind Veräußerungsverluste nur noch eingeschränkt abziehbar, wobei unentgeltlicher und entgeltlicher Erwerb unterschieden werden. Verluste sind nicht abziehbar, wenn sie Anteile betreffen, die unentgeltlich erworben worden sind; bei entgeltlich erworbenen Anteilen (§ 17 II 4 b) ist ein Verlustabzug nur zulässig, wenn die veräußerten Anteile fünf Jahre lang ununterbrochen Teil einer wesentlichen Beteiligung waren.

#### **IV.8.3. Bestimmung des Veräußerungspreises (§ 17 II 1)**

Der Veräußerungspreis ist der Wert der Gegenleistungen, die der Veräußerer bezüglich der Veräußerung erhält. Besteht die Gegenleistung in Sachen oder Rechten (Tausch), ist der Veräußerungspreis der "Wert" der empfangenen WG bzw. der Forderung hierauf. Erfolgt



die Übertragung einer wesentlichen Beteiligung gegen einen unangemessen niedrigen Kaufpreis, zählt zum Veräußerungspreis neben dem Barpreis auch die Wertsteigerung, die die Beteiligung durch Zuführung einer verdeckten Einlage erfährt.

#### **IV.8.4. Bestimmung der Veräußerungskosten (§ 17 II 1)**

Bei Berechnung der Veräußerungskosten werden nur die Aufwendungen als Veräußerungskosten behandelt, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Veräußerungsgeschäft stehen. Veräußerungskosten, wie z. B. Anwalts- und Notariatskosten, Provisionen usw. (§ 17 IV EStG), sind vom Veräußerungspreis abzuziehen.

#### **IV.8.5. Bestimmung der Anschaffungskosten (§ 17 II 1)**

Die Anschaffungskosten der veräußerten Anteile sind – wie auch die VK – vom Veräußerungspreis abzuziehen. Anschaffungskosten i. S. v. § 17 II 1 EStG sind alles, was der Erwerber aufwendet, um das WG zu erlangen und zu behalten. Die Anschaffungskosten setzen sich aus dem Anschaffungspreis, den Anschaffungsnebenkosten und den nachträglichen Anschaffungskosten zusammen. Zum **Anschaffungspreis** zählt der vom Erwerber zu zahlende Kaufpreis (bzw. der Wert der Einlageverpflichtung bei Erwerb im Gründungsstadium der KapGes) und das Entgelt für die Beteiligung am Gewinn der KapGes von Beginn des Wirtschaftsjahres an. Bei Tausch bildet der gemeine Wert des in Tausch gegebenen WG die Anschaffungskosten. **Anschaffungsnebenkosten** sind z. B. vom Erwerber getragene Beurkundungs- und Beratungskosten sowie Vermittlungsprovisionen. **Nachträgliche Anschaffungskosten** sind Leistungen der G'ter, die den Status von verdeckten Einlagen besitzen, z. B. Übertragung von WG, Gewährung von Nachschüssen oder Erlaß von Verbindlichkeiten. Verdeckte Einlagen, wie z. B. Nachschüsse, verlorene Zuschüsse oder Verzicht auf Gesellschafterforderungen, sind beim G'ter mit dem gemeinen Wert zu bewerten und führen zu nachträglichen Anschaffungskosten.

Als Sonderfälle kommen Darlehens- und Bürgschaftsgewährung in Betracht. Kommt es zur **Darlehensgewährung** eines G'ters an die Gesellschaft, weicht der körperschaftssteuerliche Begriff der verdeckten Einlage vom i. S. v. § 17 EStG angewandten Begriff ab: Ein Darlehen hat hier den Charakter einer verdeckten Einlage und



ist als nachträgliche Anschaffungskosten zu werten, wenn die Gewährung des Darlehens durch das Gesellschaftsverhältnis begründet worden ist. Dies ist z. B. der Fall, wenn bei Darlehensgewährung noch nicht mit der Uneinbringlichkeit zu rechnen war, das Darlehen aber auf Grund der sich verschlechternden Vermögenslage der KapGes und wegen des Fehlens von Sicherheiten so risikobehaftet war, daß ein ordentlicher Kaufmann dieses Darlehen nicht gewährt hätte. Es besitzt damit bei Uneinbringlichkeit den Charakter einer verdeckten Einlage. Der Verlust des risikobehafteten Darlehens des G'ters erhöht somit die AK seiner wesentlichen Beteiligung. Ebenso begründet die **Übernahme einer Bürgschaft** durch den G'ter nachträgliche AK in Gestalt einer verdeckten Einlage, sollte der G'ter die Bürgschaft aus gesellschaftsrechtlichen Gründen übernommen haben und für Schulden der KapGes in Anspruch genommen werden. Gleiches gilt bei sonstiger Sicherheitsleistung, z. B. Verpfändung oder Inanspruchnahme des Veräußerers für Schulden der KapGes.

#### **V. Fallbesprechung: Mittelbare und unmittelbare Beteiligung bei Anteilen im PV und BV**

A ist seit dem Jahr 01 mit 20.000 DM im PV am Stammkapital der A-GmbH von 440.000 DM beteiligt. Die A-GmbH besitzt Geschäftsanteile von 40.000 DM als eigene. Weiterhin besitzt A seit dem Jahr 02 einen Anteil an der B-GmbH von 20.000 DM im PV bei einem Stammkapital von 400.000 DM. Weiterhin hält er seit demselben Zeitpunkt 10.000 DM im BV der B-GmbH. Die A-GmbH wiederum ist seit dem Jahr 03 mit 200.000 DM am Stammkapital der B-GmbH beteiligt. Im Jahr 04 gerät die B-GmbH in eine Krise. In diesem Zuge übernimmt A die Bürgschaft für einen der B-GmbH gewährten Bankkredit von 10.000 DM. Die Bank hat darauf gedrängt, weil die B-GmbH bei der Inanspruchnahme des Kredits bereits vorher gewährte Kredite nicht zurückzahlen konnte. A verzichtet der B-GmbH von vorne herein auf die Geltendmachung einer Rückforderung. Im Jahr 05 wird A aus der Bürgschaft in Anspruch genommen. Kurz darauf veräußert A seine Beteiligung im PV an der B-GmbH für 50.000 DM.

1. A ist eine natürliche Person. Folglich fällt er unter den persönlichen Anwendungsbereich des § 17 EStG. Sachlich erfaßt § 17 EStG zwar nur Anteile im PV, bei der Prüfung auf wesentliche Beteiligung sind aber auch die im BV gehaltenen Anteile denen im PV hinzuzurechnen. Demnach ist auch die Beteiligung des A am BV der B-GmbH zu berücksichtigen. Eine wesentliche Beteiligung des A an der B-GmbH und die

Steuerpflichtigkeit eines evtl. Veräußerungsgewinnes ergäbe sich nach § 17 I 4, wenn A zu mindestens 10% unmittelbar oder mittelbar an der B-GmbH beteiligt war, und zwar innerhalb der letzten fünf Jahre.

2. Fraglich ist, ob A an der B-GmbH wesentlich beteiligt war. A ist offensichtlich zum einen unmittelbar an der B-GmbH beteiligt, nämlich mit  $20.000 \text{ DM} / 400.000 \text{ DM} = 5\%$ . Weiterhin hält A auch einen Teil des BV der B-GmbH, nämlich  $10.000 \text{ DM} / 400.000 \text{ DM} = 2,5 \%$ . Diese Beteiligung ist der im PV gehaltenen Beteiligung hinzuzurechnen.
3. Weiterhin ist A über seine Beteiligung an der A-GmbH mittelbar an der B-GmbH beteiligt, da die A-GmbH Anteile an der B-GmbH hält. Dabei ist zu klären, wie hoch der Anteil des A an der A-GmbH anzusetzen ist. Die A-GmbH besitzt eigene Anteile; deren Nennwert ist vom Stammkapital abzuziehen. Folglich ergibt sich eine unmittelbare Beteiligung des A an der A-GmbH von  $20.000 \text{ DM} / (440.000 \text{ DM} - 40.000 \text{ DM}) = 5\%$  und daraus eine mittelbare Beteiligung an der B-GmbH von  $5\% \cdot 200.000 \text{ DM} / 400.000 \text{ DM} = 2,5 \%$ .
4. Daraus ergibt sich für die Gesamtbeteiligung des A an der B-GmbH eine Höhe von  $5\%$  (aus unmittelbarer Beteiligung) +  $2,5\%$  (aus mittelbarer Beteiligung) =  $7,5 \%$ . Dazu ist die Beteiligung des A am BV der B-GmbH hinzuzurechnen. Folglich ist A mit insgesamt  $10\%$  an der B-GmbH wesentlich beteiligt.
5. Fraglich ist, wie hoch die Anschaffungskosten des A aus seiner Beteiligung an der B-GmbH sind. Die Höhe des Veräußerungsgewinns bzw. -verlusts gemäß § 17 EStG hängt nämlich davon ab, ob die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft zu nachträglichen Anschaffungskosten führt. Übernimmt der G'ter einer KapGes eine Bürgschaft für Verbindlichkeiten der KapGes und wird daraus in Anspruch genommen, ohne eine gleichwertige Rückforderung gegen die Kapitalgesellschaft zu erwerben, entstehen dem G'ter nachträgliche Anschaffungskosten bezüglich der Beteiligung in Gestalt verdeckter Einlagen, wenn die Übernahme der Bürgschaft ihre Ursachen im Gesellschaftsverhältnis hat. Dies ist der Fall, wenn die Uneinbringlichkeit so wahrscheinlich war, daß ein Nichtgesellschafter bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die Bürgschaft nicht übernommen hätte. Dies trifft auf unseren Fall zu. Folglich erwachsen dem A nachträgliche Anschaffungskosten in Höhe von  $10.000 \text{ DM}$ .

6. Für den steuerbaren Veräußerungsgewinn gilt nun:

Veräußerungspreis	50.000 DM
– Anschaffungskosten (Anschaffungspreis)	20.000 DM
– Nachträgliche Anschaffungskosten	10.000 DM
Veräußerungsgewinn	20.000 DM

7. Ob und in welcher Höhe nun ein Freibetrag abgezogen werden kann, bestimmt sich nach dem Verhältnis des Nennwerts der veräußerten Anteile zum Nennkapital der KapGes. Wird nur ein Teil veräußert, verringert sich der Freibetrag ebenfalls auf den entsprechenden Teil. Die Beteiligung des A an der B-GmbH beträgt 10%; von dieser Beteiligung veräußert A 5% (die unmittelbare Beteiligung); folglich beträgt der Freibetrag  $5\% \cdot 20.000 \text{ DM} = 1.000 \text{ DM}$ . Zu versteuern sind also  $20.000 \text{ DM} - 1.000 \text{ DM} = 19.000 \text{ DM}$ . Der Steuersatz hierauf beträgt ein Fünftel, also 3.800 DM.

## VI. Kritik und Diskussion

Der § 17 EStG wird in der einschlägigen Literatur unter mehreren Gesichtspunkten kritisiert: zum einen unter den Einzelgesichtspunkten des Absenkens der Wesentlichkeitsschwelle auf 10 § zum 1.1.1999, der Steuergerechtigkeit, der nachträglichen Besteuerung von Wertsteigerungen und der Stellung außerhalb der Systematik des EStG, zum anderen unter dem globalen Gesichtspunkt seiner Verfassungsmäßigkeit.

Bei der Diskussion um die **Absenkung der Wesentlichkeitsschelle** muß bewußt sein, daß Gegenstand der Regelung nicht die Besteuerung von im PV entstandenen Veräußerungsgewinnen als solchen ist. Der § 17 EStG zielt vielmehr darauf, daß Beteiligungen an KapGes, die wegen ihres Ausmaßes einem unmittelbaren mitunternehmerischen Engagement wirtschaftlich gleichstehen, im Veräußerungsfall steuerlich wie diese behandelt werden sollen. Von dieser Konzeption her läßt es sich rechtfertigen, die Steuerpflicht der Veräußerungsgewinne am Grad der prozentualen Beteiligung an der Kapitalgesellschaft statt an der absoluten Größe des Kapitalanteils oder der Höhe des Veräußerungsgewinns zu orientieren. Somit geht es offensichtlich nicht um die Erfassung von privaten Vermögensmehrungen, als vielmehr um die steuerliche Gleichstellung der mitunternehmerisch verstandenen Beteiligung.



Friauf überprüft in der Folge die Neuregelung des § 17 auf ihre Verfassungsmäßigkeit unter Maßstäblichkeit des Art. 3 I GG – u. a. auf das Verbot ungerechtfertigter Ungleichbehandlung, das Differenzierungsgebot nach Maßgabe regelungsrelevanter Ungleichheit und auf **Steuergerechtigkeit** nach der Maßgabe der Leistungsfähigkeit. Problematisch erscheint hier eine selektive Erfassung der Gewinne aus Anteilsveräußerung an KapGes, wenn eine Mindestbeteiligung vorliegt. Die relative Leistungsfähigkeit als wichtiges Kriterium der Steuergerechtigkeit, so Friauf, kann nämlich nicht durch die Art des veräußerten WG, wohl aber durch die absolute Höhe des zugeflossenen Gewinns bestimmt werden. § 17 EStG zielt auf diese jedoch gar nicht ab. Da bei den Gründen für die Absenkung der Wesentlichkeitsschwelle vor allem fiskalische Gründe ausschlaggebend waren, und dies auch als legitimer Änderungsgrund angesehen werden kann, ist es jedoch fragwürdig, daß der Gesetzgeber unter gleichzeitiger Durchbrechung des überkommenen einkommenssteuerlichen Ordnungssystems aus fiskalischen Gründen selektiv eine bestimmte Kategorie von Veräußerungsgewinnen einer Steuerbelastung unterwirft, die Bezieher anderer Veräußerungsgewinne nicht zu tragen haben. Dazu Friauf:

*Es erscheint offensichtlich, daß es keinen wie auch immer gearteten sachbezogenen Grund "von solcher Art und solchem Gewicht" gibt, der es rechtfertigen könnte, die Veräußerer von Anteilen an Kapitalgesellschaften wegen des Vorliegens einer bestimmten prozentualen Beteiligung am Gesellschaftskapital vorrangig vor den Beziehern von ggf gleich hohen oder noch höheren Gewinnen aus der Veräußerung von anderen Wirtschaftsgütern des Privatvermögens zur Deckung eines offenen staatlichen Finanzbedarfs heranzuziehen.*

Das Defizit liegt hier darin, daß der Sondertatbestand des § 17 EStG sich nicht mit einer am Zuwachs der Leistungsfähigkeit gemessenen Steuergerechtigkeit verträgt, die dann auch prinzipiell auch andere Veräußerungen aus dem PV der Steuer unterwerfen müßte.

Zusätzlich wirft die gesetzliche Regelung des § 17 EStG offensichtlich ein weiteres Problem auf: Wie unter IV.1.8.5 beschrieben, sind die historischen Anschaffungskosten bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns zu berücksichtigen. Dieses Vorgehen führt zu nicht systemgerechten Ergebnissen, insbesondere im Rahmen der Absenkung der Wesentlichkeitsschwelle von 25% auf 10% seit dem 1.1.1999; denn die vor Bestehen der wesentlichen Beteiligung entstandene Wertsteigerung wird ebenfalls erfaßt; somit tritt eine **rückwirkende Wertzuwachsbesteuerung** auf. Hält ein Anteilseigner z. B. eine Beteiligung von 20% und hat diese zu 250 GE erworben, würde diese zum Absenken der Wesentlichkeitsschwelle am 1.1.1999 unter § 17 EStG fallen; bei einer Veräußerung am

1.1.1999 zu einem Preis von 300 GE wäre ein Veräußerungsgewinn von 50 GE steuerpflichtig, obwohl die Wertsteigerung in einer Zeit entstanden ist, in der die Anteile nicht steuerverhaftet waren. Nach Meinung von Niehus und Wilke wäre dem Veräußerungserlös vielmehr der gemeine Wert der Anteile im Zeitpunkt des Entstehens der wesentlichen Beteiligung gegenüberzustellen.

Auf Kritik stößt weiterhin die mit Inkrafttreten des JStG 1996 eintretende Ungleichbehandlung der Fristbestimmung für Veräußerungsgewinne und -verluste; wie auch bei anderen Kritikpunkten wird so von Niehus und Wilke die System- oder sogar **Verfassungswidrigkeit** der Regelung beklagt, "da eine generelle steuerliche Ungleichbehandlung zu Lasten des Steuerpflichtigen nicht kurzerhand mit dem Ziel des Abschneidens einer für den Steuerpflichtigen positiven Gestaltungsmöglichkeit gerechtfertigt werden kann". Bei der Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit des § 17 EStG spielt wiederum die Absenkung der Wesentlichkeitsschwelle eine entscheidende Rolle; das BVerfG hatte nämlich die Verfassungsmäßigkeit des § 17 EStG zuvor gerade damit begründet, daß mit wesentlichen Beteiligungen ein höherer Einfluß auf die Gesellschaft verbunden ist. Bei der Prüfung der Frage, was unter einer mittelbaren Beteiligung i. S. v. § 17 EStG zu verstehen ist, geht der BHF jedoch rein "mathematisch-rechnerisch" vor, d. h. berücksichtigt allein die relative Größe des Anteils, nicht jedoch den tatsächlichen mitunternehmerischen Einfluß.

Friauf weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß § 17 EStG u. a. beim verfassungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren 1969 mit dem besonderen wirtschaftlichen Engagement des wesentlich Beteiligten begründet wurde. Wie paßt aber dann die Senkung der Wesentlichkeitsschwelle in die prinzipielle Rechtfertigung und systematische Stellung des § 17 EStG? Dabei ist wiederum zu beachten, daß kartellrechtliche Regelungen über die Fusionskontrolle als Vorbild gesehen werden können, die 25%-Schwelle zum Umschlagpunkt der Beteiligung in eine von mitunternehmerischer Qualität zu machen. Bei der Begründung der Verfassungsmäßigkeit des § 17 EStG hatte das BVerfG die Nähe der wesentlichen Beteiligung (von damals noch über 25%) zur Geschäftsführung der Gesellschaft gesehen und mit dem Einfluß des Anteilsinhabers auf die Ausschüttungs- und Rücklagenpolitik, die Entscheidungen über Kapitalerhöhungen usw. angesichts der besonderen Rolle der Sperrminorität begründet. Tatsächlich erlangt der Inhaber einer Aktienbeteiligung von mehr als einem Viertel eine wesentliche Entscheidungsmacht in zentralen Fragen der Unternehmenspolitik (§ 179 II 2 AktG, § 111



IV 4 AktG u. a.); bei geringerer Beteiligung stehen ihm nur Kontrollbefugnisse ohne unternehmerisch-gestaltenden Charakter zu (§§ 147 I, 93 IV 3, u. a. AktG).

Wenn soweit die unbefriedigende Stellung des § 17 innerhalb des EStG deutlich geworden ist, beantwortet dies jedoch noch nicht die Frage, wie alternativ zu verfahren wäre oder wie eine Reform des § 17 aussehen könnte. Fraglich ist hier insbesondere – neben Vorschlägen, die auf eine Streichung des gesamten Paragraphen hinauslaufen – ob die Wesentlichkeitsschwelle beibehalten oder fallen gelassen werden sollte. Niehus und Wilke kommen so z. B. zu dem Schluß, daß

*eine einfache und systemgerechte, alle angesprochenen Probleme simultan berücksichtigende Lösung nur in einer von der Beteiligungshöhe unabhängigen Besteuerung der Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften liegen kann. Nur so kann einerseits die steuerfreie Vereinnahmung operativer Gewinne im Wege der Anteilsveräußerung verhindert, andererseits die steuerliche Berücksichtigung von Veräußerungsverlusten systemgerecht und verfassungskonform geregelt werden.*

Angesichts der an Steuervermeidung orientierten persönlichen Ausgestaltungen von Beteiligungsverhältnissen schlagen Niehus und Wilke vor, sämtliche im PV realisierte Veräußerungsgewinne einer Besteuerung zu unterwerfen oder auf die Besteuerung gänzlich zu verzichten.

Demgegenüber merkt Friauf angesichts der Sonderstellung des § 17 EStG (siehe 1.3) an, daß die Regelung auch dann ein systemdurchbrechender ausnahmsweiser Sondersteuertatbestand bliebe, wenn die Beteiligungsgrenze weiter gesenkt bzw. aufgehoben würde. Da die Veräußerer sonstiger im PV gehaltener WG nicht mit einer vergleichbaren Steuer belastet würden, könnte sich mit Absenkung der Wesentlichkeitsschwelle das Gewicht des Systemdurchbruchs sogar noch verschärfen. Im Gegensatz zu Niehaus und Stimpel spricht sich Friauf daher gegen die Senkung der Beteiligungsgrenze aus, da die Mindestbeteiligungsquote des § 17 EStG überhaupt erst die steuerliche Gleichstellung der im PV gehaltenen Kapitalanteile mit einer Mitunternehmerschaft i. S. v. § 16 EStG begründen könne.

Diese Argumentation hat ihre Stärke vor allem darin, daß bei einem Fallenlassen der Wesentlichkeitsschwelle unklar bleibt, wie die Rechtfertigung des § 17 EStG durch die Ähnlichkeit zur Mitunternehmerschaft, die Forderung nach Steuergerechtigkeit und nach einer einigermaßen systemgerechten Regelung in Einklang gebracht werden können.

## VII. Resümee

Bei der Behandlung der Regelungen des § 17 EStG sollte deutlich geworden sein, daß hier innerhalb des EStG ein Sondertatbestand geschaffen wurde, der unter systematischen und verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zahlreiche Auslegungs- und Gestaltungsprobleme mit sich bringt, zumal diese durch die Absenkung der Wesentlichkeitsschwelle noch verstärkt worden sind. Hier wird ein komplexer Sachverhalt begründet, der zum einen Abgrenzungsprobleme, zum anderen zahllose Sonderfälle und Sonderregelungen mit sich bringt. Die Auseinandersetzung mit § 17 EStG zeigt, daß der Gesetzgeber mit fiskalisch motivierten Abänderungen und Sonderregelungen – z. B. bei der Zulässigkeit von Verlustabzügen – die Komplexität der Regelung ausweitet, ohne sämtliche Regelungslücken überhaupt abdecken zu können. Die fortwährend beschworene Vereinfachung des Steuersystems bei gleichzeitiger Abschaffung von Steuerschlupflöchern wird hier schon dadurch erschwert, daß zwar fortwährend neue Einzelregelungen entworfen werden, jedoch ohne an den Grundfesten des § 17 EStG selbst zu rütteln. Dabei bringen Einzelregelungen häufig nicht nur systematische, sondern auch verfassungsrechtliche Probleme mit sich, wie bei dem Erschweren der Verlustberücksichtigung in § 17 II 4 EStG oder bei dem Absenken der Wesentlichkeitsschwelle. Insofern dürfte eine grundsätzliche Reform des § 17 nötig sein, die sich jedoch dem Dilemma gegenüber sieht, mit dem Fallenlassen der Wesentlichkeitsschwelle zwar eine wesentliche Vereinfachung darzustellen, zugleich jedoch der Rechtfertigung und systematischen Stellung des § 17 EStG zuwiderzulaufen.



## Literaturverzeichnis

- App: "Prüfungsfeststellungen zu wesentlichen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften". In: *Die steuerliche Betriebsprüfung*, 1994, S. 31
- Crezelius, Georg: *Steuerrecht II. Die einzelnen Steuerarten*. 2. Aufl. München: 1994.
- Döllerer, Georg: "Die wesentliche Beteiligung im Ertragssteuerrecht". In: *Steuerberater-Jahrbuch: zugleich Bericht über d. Fachkongreß d. Steuerberater d. Bundesgebietes*. Hrsg. Im Auftr. d. Fachinst. d. Steuerberater, 1982, S. 195.
- Felix, Günther: "Die einkommenssteuerlichen Risiken der 'wesentlichen Durchgangs-Beteiligung', §17 EStG". In: *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 4/1996, S. 139.
- Friauf, Karl Heinrich: "Die Wesentlichkeitsschwelle in §17 EStG als steuerpolitische Manövriermasse?". In: *Der Betrieb. Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht*. Beilage 8/1995
- Frotscher, Gerrit: *Einkommenssteuergesetz. Kommentar*. 7. Aufl. Freiburg im Breisgau: 1990.
- Gratz, Kurt und Müller, Rolf: "Die nicht wesentliche Beteiligung an Kapitalgesellschaften – ein Auslaufmodell?" In: *Deutsches Steuerrecht*, 8/1996, S. 281.
- Groh, Manfred: "Die Erbauseinandersetzung im Einkommenssteuerrecht. Zum Beschluß des Großen Senats vom 5.7.1990 GrS 2/89, DB 1990 S. 2144". In: *Der Betrieb*, 43/1990, S. 2135.
- Hörger, Helmut: "Anteile an Kapitalgesellschaften im Privatvermögen: Übertragungen im Zusammenhang mit gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen". In: *Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 1995/96*. Hrsg. vom Deutschen Anwaltsinstitut e. V., 1996, S. 231.
- Hötzel: *Steuerorientierte Gestaltung des Unternehmenskaufs*. Düsseldorf: 1993.
- Knobbe-Keuk, Birgitt: *Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht*. 9. Aufl. Düsseldorf: 1993.
- Lang: *Die Bemessungsgrundlage der Est*. Berlin: 1988.
- "Liquidation einer GmbH und Alternativlösungen". In: *Gestaltende Steuerberatung*. Beilage zu 1/1996, S. 10.
- Niehus, Ulrich und Wilke, Helmuth: "Reformüberlegungen zu §17 EStG i. d. F. des JStG 1996". In: *Steuer und Wirtschaft. Zeitschrift für die gesamten Steuerwissenschaften*, 1/1997, S. 35.
- Reis, Monique: "Verlorene Gesellschafterdarlehen, Bürgschaftsinanspruchnahme des Gesellschafters und nahestehender Dritter im Konkursfall einer GmbH". In: *Deutsches Steuerrecht*, 27/1997, S. 1021.

- Rose, Manfred: "Sinn und Unsinn einer Besteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung von Anteilen an Unternehmen". In: *Betriebs Berater. Zeitschrift für Recht und Wirtschaft*. 21/2000, S. 1062.
- Schiffers, Joachim: "Geplante Änderung der §§17 und 34 EStG im Rahmen der Steuerreform 1998/99 – Auswirkungen und Beratungserwägungen". In: *Deutsches Steuerrecht*, 20/1997, S. 765.
- Schmidt, Ludwig [Hrsg.]: *Einkommenssteuergesetz*. 18. Aufl. München: 1999.
- Sommer, Ulrich: Die Liquidation einer GmbH – Ertragsteuerwirkungen der Beendigung einer unternehmerischen Betätigung durch Liquidation. In: *Deutscher Steuerberaterkongress: Steuerberaterkongress-Report. Ansprachen, Referate, Diskussionen*. Hrsg. Von der Bundessteuerberaterkammer, 1994, S. 137.
- Tipke und Lang: *Steuerrecht*. 13. Aufl. München: 1991.
- Weber-Grellet: "Kommentar zum BFH-Urteil v. 20.4.1999 – VIII R 58/97". In: *Finanz-Rundschau Einkommenssteuer mit Körperschaftssteuer und Gewerbesteuer*. 13/1999, S. 758.
- Weber-Grellet: "Kommentar zum BFH-Urteil v. 26.1.1999 – VIII R 50/98". In: *Finanz-Rundschau Einkommenssteuer mit Körperschaftssteuer und Gewerbesteuer*. 13/1999, S. 761
- Widmann, Siegfried: "Die wesentliche Beteiligung i. S. d. §17 EStG im Wechsel zwischen Erwerb, Veräußerung und Gewinnausschüttung". In: *Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 1990/91: aktuelle steuerrechtliche Beiträge, Referate und Diskussionen der 41. Steuerrechtlichen Jahresarbeitstagung, Wiesbaden vom 7. Bis 9. Mai 1990*. Hrsg. vom Deutschen Anwaltsinstitut e. V., 1991, S. 387.
- Widman: "Die Besteuerung der Veräußerungsgewinne – eine Crux des deutschen Steuerrechts". In: *Festschrift für F. Klein*, 1994, S. 865.