

§ 8b Beteiligung an anderen Körperschaften und Personenvereinigungen

idF des KStG v. 15.10.2002 (BGBl. I 2002, 4144; BStBl. I 2002, 1169), zuletzt geändert durch ProtErklG v. 22.12.2003 (BGBl. I 2003, 2840; BStBl. I 2004, 14)

...

(4) ¹Absatz 2 ist nur anzuwenden, soweit die Anteile nicht

1. einbringungsgeboren im Sinne des § 21 des Umwandlungssteuergesetzes sind oder
2. durch eine Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse unmittelbar, mittelbar oder mittelbar über eine Mitunternehmerschaft von einem Einbringenden, der nicht zu den von Absatz 2 begünstigten Steuerpflichtigen gehört, zu einem Wert unter dem Teilwert erworben worden sind.

²Satz 1 gilt nicht,

1. wenn der in Absatz 2 bezeichnete Vorgang später als sieben Jahre nach der Einbringung stattfindet oder
2. soweit die Anteile nicht unmittelbar oder mittelbar auf einer Einbringung im Sinne des § 20 Abs. 1 Satz 1 oder § 23 Abs. 1 bis 3 des Umwandlungssteuergesetzes und auf einer Einbringung durch einen nicht von Absatz 2 begünstigten Steuerpflichtigen innerhalb der in Nummer 1 bezeichneten Frist beruhen.

³In den Fällen des Satzes 1 und 2 ist Absatz 3 Satz 3 auf Gewinnminderungen anzuwenden, die im Zusammenhang mit den Anteilen entstehen.

...

Autor: Dr. Heinrich Jürgen Watermeyer, Rechtsanwalt/Fachanwalt für Steuerrecht, dhpG Dr. Harzem & Partner KG, Bonn

Mitherausgeberin: Prof. Dr. Johanna Hey, Köln

Anm. |

Anm.

F. Erläuterungen zu Abs. 4 aF: Ausschluss der Steuerfreiheit für Veräußerungsgewinne in Umgehungsfällen

I. Zeitlicher Anwendungsbereich, Struktur und Bedeutung der Regelung	
1. Zeitlicher Geltungsbereich und Bedeutung	165
2. Struktur der Regelung: Ausnahme – Rückausnahme – Verhältnis zum Ausschluss oder zur Wiederherstellung der Steuerbefreiung	166
II. Einschränkungen bei einbringungsgeborenen Anteilen (Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 aF)	
1. Einbringungsgeborene Anteile iSd. § 21 UmwStG (1995)	167
2. Erweiterung des Abs. 4 Satz 1 Nr. 1a auf andere Fälle	168
3. Nicht von Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 aF erfasste Fälle	169
III. Einschränkungen bei Anteilserwerb aufgrund von Einbringung durch nichtbegünstigte Person (Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 aF)	
1. Erfasste Einbringungsfälle	170
2. Nichtbegünstigte Einbringende . .	171

Anm.	Anm.
<p>3. Unmittelbarer oder mittelbarer Erwerb, mittelbarer Erwerb über eine Mitunternehmerschaft 172</p> <p>IV. Rückausnahme bei Veräußerung nach Ablauf von sieben Jahren (Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 aF)</p> <p>1. Einhaltung der Siebenjahresfrist . . . 173</p> <p>2. Vorgang nach Abs. 2 und weiterer Anteilstausch 174</p> <p>3. Kritik an der siebenjährigen Behaltfrist 175</p> <p>4. Rechtsfolge: Nichtgreifen der Sperrwirkung 176</p> <p>V. Rückausnahme – keine Einbringungsgeborenen durch unmittelbare oder mittelbare Sacheinlage aufgrund von §§ 20 Abs. 1 Satz 1, 23 Abs. 1–3 UmwStG und keine Einbringung von Anteilen unter Teilwert durch einen Nicht-</p>	<p>begünstigten innerhalb Siebenjahresfrist (Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 aF)</p> <p>1. Rückausnahme 1: Kein Beruhen auf einer Einbringung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 oder § 23 Abs. 1 bis 3 UmwStG (Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 Halbs. 1 aF) 178</p> <p>2. Rückausnahme 2: Kein Beruhen auf einer Einbringung durch einen Nichtbegünstigten 179</p> <p>3. Anteilsbezogene Abgrenzungsfragen 180</p> <p>4. Gestaltungshinweise zur Veräußerung sperrfristbehafteter Anteile . 181</p> <p>5. Gewinnminderungen in Fällen nicht steuerfreier Veräußerung (Abs. 4 Satz 3 aF)</p> <p>a) Rechtsentwicklung 183</p> <p>b) Tatbestandsvoraussetzungen . . 184</p> <p>c) Rechtsfolge 185</p>

F. Erläuterungen zu Abs. 4 aF: Ausschluss der Steuerfreiheit für Veräußerungsgewinne in Umgehungsfällen

Schrifttum: *Haritz*, Unternehmenssteuerreform 2001: Begünstigte Veräußerungsgewinne bei einbringungsgeborenen Anteilen, DStR 2000, 1537; *Behrens/Tausler*, Reduzierter Anwendungsbereich der 7-Jahresfrist iSd. § 8b Abs. 4 KStG, BB 2001, 1879; *Beinert/van Lishaut*, Steuerfragen bei Anteilskäufen und Sperrfristen, FR 2001, 1037; *Eisolt/Wickinger*, Veräußerung von einbringungsgeborenen Anteilen nach der Neuregelung des § 8b Abs. 4 KStG-StSenkG, BB 2001, 229; *Kessler/Schmalz/Schmidt*, Die Verschärfung, Verbesserung und Komplizierung der Besteuerung von Beteiligungserträgen nach der geplanten Neufassung des § 8b KStG, DStR 2001, 1865; *Kroschewski*, Veräußerungssperre – Konsequenzen für die Praxis des Unternehmenskaufs, GmbHR 2001, 1089; *Desens*, Die systemwidrige Anwendung des Halbabzugsverfahrens beim Wertansatz von Kapitalgesellschaften (§ 3c Abs. 2 Satz 1 HS 2 EStG) und des Abzugsverbotes in § 8b Abs. 3 KStG bei Veräußerungen innerhalb der 7-Jahres-Missbrauchsfristen, FR 2002, 247; *Haun/Winkler*, Klarstellungen und Unklarheiten bei der Besteuerung von Beteiligungserträgen nach der Neufassung des § 8b KStG, GmbHR 2002, 192; *Kroschewski*, Die Reichweite der „Veräußerungssperre“ gem. § 8b Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 KStG bei Verkauf von GmbH-Anteilen, GmbHR 2002, 763; *Romswinkel*, Systematische Rechtfertigung und Wirkungsweise des § 8b Abs. 4 KStG, DB 2002, 1679; *Seer/Drüen*, Vertrauensschutz bei steuerfreien Anteilsveräußerungen, GmbHR 2002, 1093; *Watermeyer*, Neuregelung der Steuerbefreiung in § 8b KStG, GmbH-StB 2002, 108; *Borschell/Kotyrbá*, Die Verschärfung der Missbrauchsregelung des § 26 Abs. 2 Satz 1 UmwStG bei grenzüberschreitenden Einbringungen durch Kapitalgesellschaften, IStR 2003, 37; *Kirnberger*, Steuerfreier Verkauf einbringungsgeborener Anteile, EStB 2003, 354; *Dötsch/Pung*, Die Neuerungen bei der Körperschaftsteuer und bei der Gewerbesteuer durch das Steuergesetzgebungspaket vom Dezember 2003 – Teil II: Die Änderungen insbes. bei der Verlustnutzung und bei § 8b KStG, DB 2004, 151; *Patt*, Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens auf einbringungsgeborene Anteile, FR 2004, 561; *Schumacher*, Aktuelles Beratungs-Know-how Umwandlungssteuerrecht, DStR 2004, 589; *Füger/Rieger*, Anwendung des § 8b Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 KStG und des § 3 Nr. 40 Satz 4 Buchst. b 1. Halbs. EStG auf Beteiligungen in einem eingebrachten Betriebsvermögen, BB 2005, 517; *Thieme*, Rückausnahme nach § 8b Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 KStG – Richtige Zuordnung von steuerfreien und steuerpflichtigen Veräußerungsgewinnen

durch Begründung einer Organshaft, GmbHR 2005, 1039; *Busch/Thieme*, Ein Zwang zur steuerlichen Beratung? – Anmerkung zum Urteil des Finanzgerichts Hamburg v. 18.02.2008 – 3 K 212/06, BB 2009, 534; *Behrens*, Ausnahmsweise steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn nach § 8b Abs. 4 KStG 2002 – Zweck und Auslegung der Rückausnahme, BB 2009, 2238; *Gosch*, Anmerkung zu BFH vom 18.03.2009 – I R 37/08, BFH/PR 2009, 432; *Buciek*, Auslegung der Rückausnahme des § 8b Abs. 4 KStG – Normenklarheit, FR 2010, 34; *Olkus/Stegmaier*, SEStEG – fehlende Regelung oder planwidrige Regelungslücke, DB 2011, 2290.

I. Zeitlicher Anwendungsbereich, Struktur und Bedeutung der Regelung

1. Zeitlicher Geltungsbereich und Bedeutung

165

Zeitlicher Geltungsbereich: Als Rückausnahme zu Abs. 2 teilt die Regelung grds. deren zeitlichen Anwendungsbereich. Folgende Besonderheiten bestehen: Die Sonderregelung des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 letzter Halbs. für die Einbringung mehrheitsvermittelnder Anteile durch eine natürliche Person gilt erstmals für Veräußerungen, die nach dem 15.8.2001 (Tag des Beschlusses des UntStFG) erfolgen. Abs. 4 aF wurde durch das SEStEG vollständig aufgehoben und war auf einbringungsgeborene Anteile iSd. § 21 Abs. 2 UmwStG 1995, dh. Anteile aufgrund Einbringung bis zum 12.12.2006, anzuwenden (§ 34 Abs. 7a, § 27 Abs. 1 und 4 UmwStG); auf Anteile, die auf der Einbringung durch eine natürliche Person beruhen, gilt derselbe Zeitpunkt (§ 34 Abs. 7a). Wegen der siebenjährigen Sperrfrist hat Abs. 4 aF seit dem 12.12.2013 keinen Anwendungsbereich mehr. Zu Weiterbringungen s. Anm. 174 und 179.

Bedeutung: Abs. 4 regelte Ausnahmen zu der durch Abs. 2 gewährten StFreiheiten für Veräußerungsgewinne und alle anderen Gewinne, die aufgrund von Abs. 2 stfrei sind, einschließlich Liquidationsgewinnen. Durch das SEStEG (v. 7.12.2006, BGBl. I 2007, 4) hat der Gesetzgeber Abs. 4 aufgehoben, weil er die Missbrauchsfälle einbringungsgeborener Anteile und durch einen nicht durch Abs. 2 begünstigten Einbringenden in § 22 Abs. 1 UmwStG (Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils) und § 22 Abs. 2 UmwStG (Anteilstausch) durch eine nachträgliche rückwirkend, auf sieben Jahre nach der Einbringung abschmelzende Besteuerung eines Einbringungsgewinns geregelt hat.

Ziel des Abs. 4 ist die Missbrauchsabwehr im Hinblick auf eine unberechtigte Nutzung der StBefreiungen des Abs. 2 durch typisierende Tatbestände. Verhindert werden soll die an sich nicht stfreie Veräußerung von (Betriebs-)Vermögen über den Weg einer vorherigen steuerneutralen Einbringung in eine KapGes. und anschließende stfreie Anteilsveräußerung. Ein vergleichbarer Gedanke liegt Abs. 4 im Bereich der vorherigen steuerneutralen Einbringung von Anteilen in eine KapGes. durch natürliche Personen zugrunde, um eine stfreie Veräußerung der eingebrachten Anteile zu verhindern, während eine Veräußerung durch die einbringende natürliche Person der (sofortigen) Halbeinkünfte-/Teileinkünftebesteuerung unterlegen hätte. Dabei bedient sich die Regelung einer nur schwer verständlichen Abfolge von Ausnahmen und Rückausnahmen. Der BFH (BFH v. 18.3.2009 – I R 37/08, BStBl. II 2011, 894) hat sie trotz ihrer komplizierten Fassung als noch auslegungsfähig qualifiziert und eine Verfassungswidrigkeit wegen fehlender Normenklarheit verneint (zust. *Buciek*, FR 2010, 34; *Gosch*, BFH/PR 2009, 432; krit. *Behrens*, BB 2010, 34). Die dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde (2 BvR 478/11) hat das BVerfG nicht zur Entsch. angenommen. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit

keit des Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 aF haben der BFH (BFH v. 15.4.2015 – I R 54/13, BStBl. II 2017, 136) und vorgehend das FG Hamburg (FG Hamb. v. 19.6.2013 – 2 K 185/11, EFG 2013, 1694) hält Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 auch in den Fällen der doppelten Entstrickung (die einbringungsgeborenen Anteile werden innerhalb der siebenjährigen Sperrfrist veräußert, nachdem der Einbringungsgegenstand bereits vorher stpfl. veräußert wurde), bejaht. Eine weitere Frage besteht dahingehend, ob Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 aF eine typisierende Missbrauchsregelung darstellt, die die Anwendung von § 42 AO ausschließt. Das FG Hamburg (FG Hamb. v. 27.6.2017 – 6 K 127/16, EFG 2017, 1718, Rev. Az. BFH I R 52/17) hält § 42 – uE zu weitgehend – für anwendbar, wenn Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 aF bewusst umgangen wird.

166 2. Struktur der Regelung: Ausnahme – Rückausnahme – Verhältnis zum Ausschluss oder zur Wiederherstellung der Steuerbefreiung

Die Einschränkung der StBefreiung nach Abs. 2 enthält Abs. 4 Satz 1 aF, die Rückausnahmen Abs. 4 Satz 2. Aufgrund von Satz 3 bleiben nach dem Gewinnminderungen iSd. Abs. 3 Satz 3 auch dann stl. unberücksichtigt, wenn wegen Abs. 4 Sätze 1 und 2 keine stfreie Veräußerung erfolgen könnte.

Ausnahmen: Im Grundsatz knüpft Abs. 4 an die StBefreiung nach Abs. 2 an. Satz 1 des Abs. 4 definiert Ausnahmen von dieser StBefreiung, und zwar

- in Nr. 1 für den Fall, dass einbringungsgeborene Anteile iSd. § 21 UmwStG aF zu dem einmaligen Beteiligungsgewinn führen (sachliche Sperre);
- in Nr. 2 für den Fall, dass die zu dem Gewinn führenden Anteile unmittelbar, mittelbar oder mittelbar über eine Mitunternehmerschaft von einem Einbringenden erworben wurden, wobei der Einbringende nicht zu dem begünstigten Personenkreis nach Abs. 2 gehört und die Einbringung zu einem Wert unter dem Teilwert erfolgte (persönliche Sperre).

► **Sachliche Sperre:** Mit der Versagung der StBefreiung in Nr. 1 für einbringungsgeborene Anteile soll ausgeschlossen werden, dass die StBefreiung des Abs. 2 sachlich durch Gestaltungsmaßnahmen auf BV ausgedehnt wird, das außerhalb der Tatbestände des Abs. 2 nicht stfrei veräußert werden könnte – Verhinderung der sachlichen Ausweitung (vgl. BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 28).

► **Persönliche Sperre:** Durch § 8b sind nur Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen begünstigt. Nr. 2 soll verhindern, dass dieser persönliche Anwendungsbereich auf andere Stpfl., insbes. natürliche Personen, durch indirekte Inanspruchnahme (Zwischenschaltung einer KapGes.) ausgedehnt wird – Verhinderung der persönlichen Ausweitung (vgl. BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 29).

Rückausnahmen: Die in Satz 2 des Abs. 4 enthaltenen Rückausnahmen sind ebenfalls in zwei Fallgruppen gegliedert:

- **Aufgrund von Nr. 1** bleibt es bei der StFreiheit von einmaligen Beteiligungserträgen, wenn der Realisierungstatbestand später als sieben Jahre nach der Einbringung stattfindet (siebenjährige Sperrfrist).
- **Aufgrund von Nr. 2** bleibt es bei der StFreiheit in besonderen Fällen. Zur Feststellung dieser Ausnahmefälle (Rückausnahme von der Versagung der StBefreiung) verwendet die Regelung eine doppelte Negation; dadurch wird die Rückausnahme nahezu unverständlich. Es bleibt bei der Befreiung für einmalige Be-

teiligungserträge („Satz 1 gilt nicht“ – erste Negation) soweit die Anteile nicht (zweite Negation)

- unmittelbar oder mittelbar auf einer Einbringung iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 oder § 23 Abs. 1–3 UmwStG
- und auf einer Einbringung durch einen nicht von Abs. 2 begünstigten Stpfl.
- innerhalb der Siebenjahresfrist beruhen.

Die Formulierung „und“ zwischen den beiden Satzteilen hat der Gesetzgeber des ProtErklG gewählt. Danach müssen beide Negativvoraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Vor dieser Änderung durch das ProtErklG waren die beiden Satzteile durch ein „oder“ verbunden; bereits dabei ergab die Rückausnahme nur den vom Gesetzgeber beabsichtigten Sinn, wenn man das „oder“ vor dem 2. Halbs. mit einem zusätzlichen „nicht“ las (*Füger/Rieger*, FR 2003, 589 [594]; *Eilers/Schmidt*, GmbHR 2003, 613 [631]; *Gosch*, BFH/PR 2009, 432).

Durch die Neufassung hat der Gesetzgeber diese Unzulänglichkeiten nicht behoben, sondern verstärkt. Von der Gesetzesvorstellung ausgehend, müsste hinter dem „und“ ein zusätzliches „nicht“ gelesen werden.

Positiv ausgedrückt wird die vom Gesetzgeber ganz offensichtlich beabsichtigte Rückausnahme verständlicher (ebenso *Dötsch/Pung*, DB 2004, 151 [154]). Trotz des nahezu nicht verständlichen Wortlauts hält der BFH die Regelung für auslegungsfähig und deshalb verfassungsrechtl. noch bestimmt genug (BFH v. 18.3. 2009 – I R 37/08, BStBl. II 2011, 894; dazu *Buciek*, FR 2010, 34; *Behrens*, BB 2009, 2238). Die StFreiheit bleibt zum einen erhalten, wenn einbringungsgeborene oder durch einen Nichtbegünstigten erworbene Anteile nach Ablauf der siebenjährigen Sperrfrist veräußert werden. Sie bleibt zum anderen erhalten, wenn Anteile veräußert werden, die auf einer Einbringung durch eine KapGes. aufgrund von § 20 Abs. 1 Satz 2 oder § 23 Abs. 4 UmwStG aF beruhen und dieser Einbringung keine schädliche Einbringung aufgrund von §§ 20 Abs. 1 Satz 1, 23 Abs. 1–3 UmwStG aF oder durch einen Nichtbegünstigten innerhalb der siebenjährigen Sperrfrist voranging.

Werden innerhalb der siebenjährigen Sperrfrist demgegenüber Anteile veräußert, die eine natürliche Person im Wege der Sacheinlage zu einem Wert unter dem Teilwert erworben hat, ist die StFreiheit ausgeschlossen.

Die Rückausnahme für Anteile, die auf einem Anteilstausch nach § 23 Abs. 4 UmwStG beruhen, wurde erst durch das UntStFG eingefügt. Insoweit handelt es sich offenbar um die Berichtigung eines Redaktionsversehens (BTDrucks. 14/6882, 36; vgl. auch *Watermeyer*, GmbH-StB 2002, 108 [111], mwN). Da die Änderung rückwirkend wirksam wurde, gilt auch die Rückausnahme des § 23 Abs. 4 UmwStG seit dem zeitlichen Anwendungsbereich des § 8b.

Sonderregelung für Gewinnminderungen: Während die Ausnahmen und Rückausnahmen zur StFreiheit an Abs. 2 anknüpfen, erfolgt eine Anknüpfung durch Satz 3 an die Nichtberücksichtigung von Substanzverlusten in Abs. 3 Satz 3. Auch in Fällen nicht stfreier Veräußerung aufgrund der Sätze 1 und 2 sind Gewinnminderungen nicht zu berücksichtigen, die im Zusammenhang mit den dort genannten Anteilen stehen. Durch diesen unklaren Verweis sind offenbar Fälle gemeint, die im Gewinnfall dennoch zur StPflicht führen.

II. Einschränkungen bei einbringungsgeborenen Anteilen (Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 aF)

167 1. Einbringungsgeborene Anteile iSd. § 21 UmwStG (1995)

Aufgrund von Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 aF ist die StBefreiung des Abs. 2 ausgeschlossen, „soweit die Anteile einbringungsgeboren im Sinne des § 21 des Umwandlungssteuergesetzes sind“. Es handelt sich um den Fall der sachlichen Sperre, mit der der Ausschluss der StFreiheit für Veräußerungsgewinne aus Anteilen im Hinblick auf Gestaltungen erfolgen soll, durch die nicht stfrei veräußerbares BV in Abs. 2 unterfallende Anteile an KapGes. umgewandelt wird.

Anteile, die einbringungsgeboren iSd. § 21 des UmwStG (1995) sind: § 21 UmwStG (1995) definiert als einbringungsgeboren solche Anteile an KapGes., die durch eine Sacheinlage unter dem Teilwert nach § 20 Abs. 1 und § 23 Abs. 1–4 UmwStG erworben wurden. Es ist unerheblich, ob der Einbringungsgegenstand bei dem Einbringenden dem BV oder der außerbetrieblichen Sphäre zuzuordnen ist. Einbringungsgeborene Anteile entstehen unter den Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 UmwStG in beiden Fällen. Es werden alle einbringungsgeborenen Anteile erfasst. Eine Einschränkung dieser weitgehenden Regelung erfolgt erst durch die Rückausnahmen in Satz 2. Die Einbringungsgeborenenheit kann auch bereits vor der zeitlichen Anwendung des § 8b entstanden sein (vgl. nur *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 946 ff.).

Wegfall des Charakters einbringungsgeborener Anteile: Der Charakter der Einbringungsgeborenenheit von Anteilen entfällt, wenn die Besteuerungstatbestände des § 21 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UmwStG (1995) eingreifen. Danach kann keine Umgehung des Abs. 2 iSd. Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 mehr vorliegen. Dies folgt daraus, dass § 21 Abs. 1 UmwStG (1995) die Steuerverstrickung stiller Reserven sicherstellen soll, wenn eine Einbringung der verstrickten Einbringungsgegenstände (Betrieb, Teilbetrieb, Mitunternehmeranteil, mehrheitsvermittelnde Beteiligung an einer KapGes.) unter ihrem Teilwert erfolgt. Kommt es jedoch zur Versteuerung der stillen Reserven, zB aufgrund eines Antrags nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 UmwStG (1995), endet auch die Steuerverstrickung der Anteile; sie verlieren ihre Eigenschaft als einbringungsgeboren (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 35; *Rödler/Schumacher*, DStR 2001, 1634, mwN).

Unterschiedliche Formen der Entstehung einbringungsgeborener Anteile: Die Negativabgrenzung des Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 erfasst Anteile aus Einbringungen in eine KapGes. zu einem Wert unter dem Teilwert aufgrund:

- ▶ **§ 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG (1995):** Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils in eine inländ. KapGes. Nach Ansicht der FinVerw. unterfällt dem Tatbestand der Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils auch die Beteiligung an einer KapGes; soweit sie wesentliches BV des Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils bildet, muss sie zwingend im Rahmen des § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG mit eingebracht werden (BMF v. 25.3.1998 – IV B 7 - S 1978 - 21/98, IV B 2 - 1909 - 33/98, BStBl. I 1998, 268, Rz. 20.08 und 20.12; ebenso BMF v. 11.11.2011 – IV C 2 - S 1978 - b/08/10001//2011/0903665, BStBl. I 2011, 1314, Rz. 24.02, 15.05 f., SE-SteG). Eine Aufteilung in nicht stfrei veräußerbare Anteile und solche Anteile, die auf die Einbringung der Finanzbeteiligung entfallen und trotz Abs. 4 vor der Einbringung stfrei veräußert werden könnten, lässt die FinVerw. nicht zu.

Auch wenn die FinVerw. die 100 %-Beteiligung nicht als eigenständig einbringungsfähigen Teilbetrieb wertet, wenn sie wesentliche Betriebsgrundlage eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunteranteils ist (BMF v. 25.3.1998 – IV B 7 - S 1978 - 21/98, IV B 2 - 1909 - 33/98, BStBl. I 1998, 268, Rz. 15.06; glA Patt, FR 2004, 561 [562f.]; zur Problematik auch *Schmitt* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, 9. Aufl. 2020, § 20 UmwStG Rz. 9), müssen Veräußerungsgewinne stfrei sein, soweit sie Anteile betreffen, die (auch) für die Einbringung von Anteilen an KapGes. gewährt werden. Das gilt nicht nur für eine 100 %-Beteiligung, sondern für alle Anteile an KapGes. Dies folgt aus der Wertentscheidung des Gesetzgebers in § 22 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 2 Satz 1 UmwStG, wonach in diesem Fällen nachträglich rückwirkend kein Einbringungsgewinn festgesetzt wird. Für Abs. 4 als gleichgelagertem typisiertem Missbrauchsfall kann nichts anderes gelten; die Regelung ist entsprechend ihrem Sinn auszulegen (vgl. auch BFH v. 18.3.2009 – I R 37/08, BStBl. II 2011, 894; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 492 [10/2019]).

- ▶ § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG (1995): Einbringung von mehrheitsvermittelnden oder mehrheitsverstärkenden Anteilen an einer in- oder ausländ. KapGes. in eine inländ. KapGes. Einbringender kann eine unbeschränkt oder beschränkt stpfl. natürliche Person oder KapGes. sein. Eingebbracht werden müssen Anteile an einer KapGes. in der Weise, dass die aufnehmende KapGes. nach der Einbringung über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt. Auch einbringungsgeborene Anteile selbst können Gegenstand der Einbringung sein und behalten diesen Charakter, wenn die Einbringung unter dem Teilwert erfolgt (vgl. BFH v. 25.7.2012 – I R 88/10, GmbHR 2012, 1246; BMF v. 25.3.1998 – IV B 7 - S 1978 - 21/98, IV B 2 - 1909 - 33/98, BStBl. I 1998, 268, Rz. 21.11). Das gilt auch, wenn die einbringungsgeborenen Anteile in eine KapGes. eingelegt werden (§ 21 Abs. 4 UmwStG). Keine einbringungsgeborenen Anteile entstehen, wenn die Einbringung zum Teilwert erfolgte (vgl. *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 276 [10/2019]), wenn das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland für die neuen Anteile ausgeschlossen ist (§ 20 Abs. 3 UmwStG 1995), wenn im PV gehaltene Anteile eingebracht werden, die im Zeitpunkt der Einbringung weder nach § 23 noch § 17 EStG steuerverstrickt und auch selbst nicht einbringungsgeboren sind (BMF v. 25.3.1998 – IV B 7 - S 1978 - 21/98, IV B 2 - 1909 - 33/98, BStBl. I 1998, 268, Rz. 21.04), wenn Anteile unter Teilwert eingebracht werden, für die die Bundesrepublik Deutschland bereits vor der Einbringung kein Besteuerungsrecht hatte (*Schaumburg/Rödder*, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 555).
- ▶ § 23 Abs. 1 UmwStG (1995): Einbringung eines inländ. Betriebs oder Teilbetriebs in die inländ. BS einer EU-KapGes. durch eine inländ. KapGes. Bei zum BV gehörenden Beteiligungen an einer KapGes. stellen sich wegen der Rückausnahmeregelung in Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 dieselben Abgrenzungsfragen wie im Fall einer Einbringung aufgrund von § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG (ausführl. *Patt*, FR 2004, 561).
- ▶ § 23 Abs. 2 UmwStG (1995): Einbringung einer inländ. BS in eine EU-KapGes. durch eine beschränkt kstpfl. EU-KapGes. Bei der aufnehmenden KapGes. kann es sich um eine inländ. oder beschränkt stpfl. EU-KapGes. handeln. Auch bei den dafür als Gegenleistung gewährten neuen Anteilen (vgl. BMF v. 25.3.1998 – IV B 7 - S 1978 - 21/98, IV B 2 - 1909 - 33/98, BStBl. I 1998, 268, Rz. 20.03 und 20.05) handelt es sich um nach § 21 Abs. 1 UmwStG einbrin-

gungsgeborene Anteile. Im Regelfall erfolgt gleichwohl trotz der Sperrwirkung des Abs. 4 keine inländ. Besteuerung des Veräußerungsgewinns, weil Veräußerungsgewinne oftmals aufgrund entsprechender DBA-Regelungen dem Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters zustehen. Missbräuchen soll durch § 26 Abs. 2 Satz 2 UmwStG begegnet werden, nach dem die Einbringung rückwirkend als zum Teilwert durchgeführt besteuert wird, wenn die einbringende KapGes. die erhaltenen Anteile innerhalb einer Frist von sieben Jahren veräußert.

- ▶ § 23 Abs. 3 UmwStG (1995): Einbringung einer EU-BS in eine beschränkt kstpfl. EU-KapGes. durch eine inländ. KapGes. Im Gegenzug für die Einbringung erhält die einbringende inländ. KapGes. neue Anteile an der ausländ. EU-Gesellschaft.
- ▶ § 23 Abs. 4 UmwStG (1995): Einbringung von Anteilen an einer EU-KapGes. in eine andere EU-KapGes. (grenzüberschreitender EU-Anteilstausch) durch eine inländ. natürliche Person/Personenunternehmung oder KapGes. Wie im Fall des nationalen Anteilstauschs entstehen einbringungsgeborene Anteile indes nicht, wenn das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland für die neuen Anteile ausgeschlossen ist (§ 23 Abs. 4 Satz 2 UmwStG) und wenn bereits kein Besteuerungsrecht an den eingebrachten Anteilen bestand (*Schaumburg/Rödder*, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 556).

Zur Weitereinbringung einbringungsgeborener Anteile s. Anm. 74 (Ketteneinbringung).

168 2. Erweiterung des Abs. 4 Satz 1 Nr. 1a auf andere Fälle

Neben diesen ausdrücklich in § 21 UmwStG genannten Fällen kommt es zu einbringungsgeborenen Anteilen:

- in Fällen des § 25 UmwStG: entsprechende Anwendung der §§ 20 ff. UmwStG beim Formwechsel einer PersGes. in eine KapGes. Die Beteiligungen an der KapGes. sind einbringungsgeboren iSd. § 21 UmwStG (1995).
- Nach FinVerw. (BMF v. 16.12.2003 – IV A 2 - S 1978 - 16/03, BStBl. I 2003, 786, Rz. 18) bei Verschmelzung einer KapGes., an der einbringungsgeborene Anteile bestehen. Die Qualifikation als einbringungsgeboren setzt sich an den für die Verschmelzung gewährten Anteilen fort (§ 13 Abs. 3 UmwStG 1995). Im Fall der Spaltung gilt das entsprechend (§ 15 Abs. 1 UmwStG 1995; aA zutr. *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 265 [10/2019]; *Gröbl/Adrian in Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 217).
- in Fällen sog. Wertabspaltung; nach der Rspr. des BFH (BFH v. 8.4.1992 – I R 128/88, I R 160/90, I R 162/90, BStBl. II 1992, 761; BFH v. 28.11.2007 – I R 34/07, BStBl. II 2008, 533; BFH v. 8.11.2016 – I R 49/15 Rz. 22 f., BStBl. II 2017, 132; ebenso FinVerw., BMF v. 25.3.1998 – IV B 7 - S 1978 - 21/98, IV B 2 - 1909 - 33/98, BStBl. I 1998, 268, Rz. 21.14; BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/04, BStBl. I 2003, 292, Rz. 51 f.) springt die Qualifikation als einbringungsgeboren von derartigen Anteilen auf neue, im Rahmen einer Kapitalerhöhung geschaffene Anteile über, wenn sie ohne ein am Verkehrswert ausgerichtetes Agio ausgegeben werden. Dasselbe gilt auch im umgekehrten Fall; stille Reserven des eingebrachten Vermögens springen bei fehlendem Wertverhältnis auf Altanteile über (BFH v. 25.7.2012 – I R 88/10, GmbHR 2012, 1246 [1249]). Ungeklärt ist, ob alle Anteile quotial betroffen sind oder einzelne Altanteile insgesamt; der

BFH (BFH v. 25.7.2012 – I R 88/10, GmbHR 2012, 1246) und die FinVerw. gehen von einer quotalen Infektion aus (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/04, BStBl. I 2003, 292, Rz. 51 f. mit Berechnungsbeispiel; *Gröbl/Adrian in Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 215; *Reinhard*, BB 2003, 1148; aA *Seibt*, DStR 2000, 2061 [2069]; *Eilers/Wienands*, GmbHR 2000, 1229 [1237]).

3. Nicht von Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 aF erfasste Fälle

169

Als einschränkende Regelung ist Abs. 4 Satz 1 aF uE als abschließend zu werten. Andere Fälle, in denen einer Anteilsveräußerung eine Vermögensübertragung vorrangig, werden uE nicht erfasst, weil insoweit keine einbringungsgeborenen Anteile entstehen. BMF v. 28.4.2003 (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/04, BStBl. I 2003, 292) enthält zu folgenden Fällen keine Stellungnahme:

- Fälle des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Buchst. a EStG, in denen die Einlage eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils mit den AK erfolgen muss (*Binnewies in Streck*, 9. Aufl. 2018, § 8b Rz. 110; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 325 [6/2017]; *Gosch/Bauschatz in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 334; *Gröbl/Adrian in Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 215; *Kröner in Bott/Walter*, § 8b Rz. 172 [4/2004]);
- Fälle der kapitalistischen Betriebsaufspaltung; die Anteile an der BetriebsKapGes. können seitens der Besitz-KapGes. trotz vorangegangener steuerneutraler Betriebsaufspaltung (bis einschließlich 1998, BMF v. 22.1.1985 – IV B 2 - S 1909 - 2/85, BStBl. I 1985, 97) stfrei veräußert werden (*Dötsch/Pung*, DB 2003, 1016 [1023]; *Kröner in Bott/Walter*, § 8b Rz. 172 [4/2004]; aA *Pung in DPM*, § 8b Rz. 314 [6/2017]);
- Fälle der steuerneutralen Anwachsung, die auch zwischen KapGes. möglich ist (vgl. *Watermeyer*, GmbH-StB 2003, 96 [97], mwN); gehört zum angewachsenen Vermögen die Beteiligung an einer KapGes., kann diese unter den Voraussetzungen von Abs. 4 (keine Einbringungsgeborenen der Anteile selbst) stfrei veräußert werden (*Füger/Rieger*, FR 2003, 589 [593], *Eilers/Schmidt*, GmbHR 2003, 613 [629]; *Pung in DPM*, § 8b Rz. 329 [6/2017]);
- andere Fälle des unentgeltlichen Erwerbs, zB aufgrund des seit 1999 nicht mehr anwendbaren Tauschgutachtens (OFD Düss. v. 11.5.2004 – S 2244 - 16 St 1232 - K, S 2244 A St 14, FR 2004, 670; vgl. *Köster*, FR 2000, 1263 [1266]). Eine Ausnahme soll gelten, wenn einbringungsgeborene Anteile getauscht werden (vgl. *Kröner in Bott/Walter*, § 8b Rz. 170 [4/2004]).

III. Einschränkungen bei Anteilserwerb aufgrund von Einbringung durch nichtbegünstigte Person (Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 aF)

1. Erfasste Einbringungsfälle

170

Die Stfreiheit des Abs. 2 greift neben dem Fall der einbringungsgeborenen Anteile auch dann nicht ein, wenn Anteile durch eine Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse unmittelbar, mittelbar oder mittelbar über eine Mitunternehmenschaft von einem Einbringenden zu einem Wert unter dem Teilwert erworben wurden, der nicht zu den durch Abs. 2 begünstigten Stpfl. gehört. Angesprochen sind die eingebrachten Anteile. Auch insoweit sollen missbräuchliche Umgestaltungsgestaltungen zur Nutzung des Abs. 2 gesperrt werden. Die Vorschrift

erfasst Anteile an KapGes. als Veräußerungsgegenstand iSd. Abs. 2, auch wenn sie nicht bereits einbringungsgeboren sind. Diese Anteile muss die veräußernde KapGes., Personenvereinigung oder Vermögensmasse von einem Einbringenden unter dem Teilwert erworben haben, sodass der Einbringende keine oder nicht alle stillen Reserven aufgedeckt hat.

171 2. Nichtbegünstigte Einbringende

Diese Tatbestandsvoraussetzung enthält uE zwei verschiedene Elemente, nämlich zum einen die persönliche Voraussetzung „nicht zu den durch Absatz 2 begünstigten Steuerpflichtigen gehörend“ und zum anderen eine materielle Voraussetzung, die durch das Merkmal „Einbringender“ zum Ausdruck kommt.

Nicht zu den von Abs. 2 begünstigten Steuerpflichtigen gehörend: Es werden solche Anteile an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen von der StFreiheit für einmalige Erträge ausgenommen, die die KapGes. durch einen Einbringenden erhält, der selbst nicht die StFreiheit für Veräußerungsgewinne beanspruchen kann, sondern Adressat des Teileinkünfteverfahrens ist. Betroffen sind insbes. natürliche Personen und Mitunternehmenschaften, soweit deren Gessellschafter natürliche Personen sind.

Beispiel (vgl. inoffizielle Begr. des Gesetzentwurfs durch den Vermittlungsausschuss zum StSenkG (BTDrucks. 14/6882, 36):

Einzelunternehmer U hält eine Beteiligung an der X-GmbH, deren Veräußerung für ihn nach Maßgabe des Halbeinkünfteverfahrens stpfl. wäre. U bringt die Beteiligung an der X-GmbH zu Buchwerten in die Y-GmbH ein. Die Y-GmbH veräußert die X-Anteile an Dritte weiter.

Y-GmbH hat die Anteile an der X-GmbH von einer natürlichen Person erworben, die nicht zum Kreis der persönlich nach Abs. 2 Berechtigten gehört. Die eingebrachten Anteile kann die Y-GmbH erst nach Ablauf der Sperrfrist von sieben Jahren stfrei veräußern.

Der Begriff der nicht durch Abs. 2 begünstigten Person ist uE abstrakt auszulegen. Generell Abs. 2 unterfallende Personen sind nicht betroffen; es kommt entgegen *Bindl* (DStR 2006, 1817 [1822]) nicht darauf an, ob Abs. 7 oder 8 im Einzelfall einschlägig ist. Die parallele Frage in § 22 Abs. 2 Satz 1 UmwStG hat der Gesetzgeber durch das JStG 2009 durch einen auf den konkreten Fall abstellenden Wortlaut geregelt; in Abs. 4 ist es dagegen von Beginn an bei dem auf die abstrakte Anwendung des Abs. 2 abstellenden Wortlaut geblieben (*Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 554). Dasselbe, nämlich eine Begünstigung durch Abs. 2, gilt auch beim Erwerb von einer OG (vgl. *Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 555).

Einbringender: Aus diesem Merkmal folgt uE, dass nicht jeder Erwerb von einem Nichtbegünstigten ausreicht, sondern dass er durch eine Einbringung erfolgen muss. Einbringung ist iSd. § 20 UmwStG zu verstehen. Dies folgt auch aus der inoffiziellen Begr. des Vermittlungsausschusses zum UntStFG, nach der gerade die bis dahin möglichen Voreinbringungen in eine KapGes. durch eine natürliche Person auf der Grundlage des § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG ausgeschlossen werden sollten (BTDrucks. 14/6882, 36).

Zu weit ist demzufolge uE BMF (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 39), nach dem auch die verdeckte Einlage von Anteilen des PV in eine KapGes., die aufgrund von § 6 Abs. 6 Satz 3, Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Buchst. a EStG mit den AK zu bewerten ist oder bewertet wurde, der Sperrwirkung des Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 unterfällt (zust. *Füger/Rieger*, FR 2003, 589 [592 f.], mwN). Demgegenüber hat der BFH (BFH v. 14.3.2009 – I R 32/08, BStBl. II 2012, 341)

entschieden, dass – selbst bei Falschbewertung mit den AK statt des Teilwerts – kein Fall des Abs. 4 vorliegt (glA *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 290 [10/2019]; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 329 [6/2017]; unklar *Gosch/Bauschatz* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 349 f.; *Schnitger* in *Schnitger/Fehrensbacher*, 2. Aufl. 2018, § 8b Rz. 548; zum im Übrigen umstrittenen Anwendungsbereich des § 6 Abs. 6 Satz 3 EStG vgl. *Füger/Rieger*, DStR 2003, 628, mwN).

3. Unmittelbarer oder mittelbarer Erwerb, mittelbarer Erwerb über eine Mitunternehmerschaft

172

Der Erwerb von einer nicht durch Abs. 2 begünstigten Person muss „unmittelbar, mittelbar oder mittelbar über eine Mitunternehmerschaft“ erfolgt sein. Die Aufzählung hat alternativen Charakter („oder“).

Erwerb ist in den Ertragsteuergesetzen nicht definiert und bildet den Oberbegriff von Anschaffung, unentgeltlichem und gesetzlichem Erwerb. Der Begriff ist – wie Veräußerung auch – wirtschaftlich auszulegen und bedeutet den Erwerb des zivilrechtl., zumindest aber wirtschaftlichen Eigentums.

Unmittelbar: Es handelt sich um eine Einbringung von mehrheitsvermittelnden Anteilen an in- und ausländ. KapGes. unmittelbar in die durch Abs. 2 begünstigte KapGes durch die natürliche Person.

Mittelbar: Betroffen ist die Einbringung im Wege einer Einbringungskette. Die nicht durch Abs. 2 begünstigte Person bringt die Finanzbeteiligung zu einem Wert unter dem Teilwert in eine KapGes. ein, die die eingebrachte Finanzbeteiligung ihrerseits in eine weitere KapGes. einbringt, die die Anteile nachfolgend veräußert.

Die Fallgestaltung der „mittelbaren“ Einbringung hat erst der Gesetzgeber des ProtErklG in Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 eingefügt. Die FinVerw. qualifiziert die Ergänzung als klarstellend, weil sie diese Fallgestaltung stets unter Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 fasste (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292) mit entsprechenden Beispielen in Rz. 38.

Die Ergänzung um „mittelbar“ ist uE entgegen der Regierungsbegründung konstitutiv und gilt nicht für entsprechende Veräußerungen, die bis zum 31.12.2003 erfolgten, denn entgegen der Verwaltungsansicht handelte es sich uE bei weiter eingebrachten (mittelbar eingebrachten) Anteilen nicht um einen Fall der persönlichen Sperrwirkung. Eine solche Auslegung wäre vom Wortlaut des Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 nicht mehr gedeckt (glA zB *Bauschatz* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 358; *Kröner* in *Bott/Walter*, § 8b Rz. 184 [4/2004]; *Leip*, BB 2002, 1839 [1841 f.]; *Strahl*, KÖSDI 2003, 13578 [13582]; *Reinhardt*, BB 2003, 1148 [1151]; krit. *Eilers/Schmidt*, GmbHR 2003, 613 [627]). Die Gegenmeinung (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 333 [6/2017]; *Knebel/Seltenreich*, Stbg 2003, 259 [263]) beruft sich auf §§ 22 Abs. 1 und 2, 12 Abs. 3 Satz 1 UmwStG (1995); danach habe die aufnehmende KapGes. die Siebenjahresfrist aufgrund Gesamtrechtsnachfolge fortzusetzen. Die Gesamtrechtsnachfolge kann sich uE jedoch nur auf Eigenschaften der Anteile selbst, zB Einbringungsgeborenhheit, nicht aber persönliche Eigenschaften (natürliche Person) des ehemaligen Anteilsinhabers beziehen.

Mittelbar über eine Mitunternehmerschaft: Diese Fallgestaltung erfasst die Einbringung von mehrheitsvermittelnden Anteilen, die über Abs. 6 zu einer stfreien Veräußerung geführt werden können. Es handelt sich um Fälle der Einbringung in eine Mitunternehmerschaft (§ 24 UmwStG), wobei ein Wert unter dem Teilwert angesetzt wird und an der Mitunternehmerschaft eine durch Abs. 2 begünstigte Person (insbes. KapGes.) beteiligt ist oder wird; oder es handelt sich um Fälle, in denen die Mitunternehmerschaft mit nicht durch Abs. 2 begünstigten Mitunternehmer die Finanzbeteiligung selbst in eine KapGes. zu einem Wert unter dem

Teilwert eingebracht hat (vgl. auch *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 331 [6/2017]; *M. Frot-scher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 293 [10/2019]). Maßgebend ist die Gesamthandsbilanz, weil sich danach insoweit der Gewinnanteile der beteiligten KapGes. bemisst; eine negative Ergänzungsbilanz des Einbringenden betrifft nur diesen selbst (vgl. *Gröbl/Adrian* in *Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 232; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 331 [6/2017]; *Rödler/Schumacher*, DStR 2003, 909 [914]). Die anschließende Veräußerung des Mitunternehmeranteils durch die beteiligte KapGes. ist stfrei, soweit der Gewinn auf die Beteiligung entfällt; ebenso ist die Veräußerung durch die aufnehmende Mitunternehmerschaft stfrei, soweit eine KapGes. beteiligt ist (Abs. 6). Unseres Erachtens ist auch in diesen Fällen die verdeckte Einlage in eine Mitunternehmerschaft, die aufgrund von § 6 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a oder b EStG zu AK erfolgt, noch tatbestandsmäßig (aA BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 39; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 294 [10/2019]).

Beispiel (entsprechend BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/04, BStBl. I 2003, 292, Rz. 38): Einzelunternehmer U bringt seine mehrheitsvermittelnde Beteiligung an der X-GmbH in die U-KG ein, an der die Y-GmbH beteiligt ist. Soweit ein Veräußerungsgewinn aus der Veräußerung von Anteilen an der X-GmbH – sei es durch Veräußerung des Mitunternehmeranteils an der U-KG (Abs. 6) oder bei Veräußerung durch die U-KG selbst (Abs. 2) – auf die Y-GmbH entfällt, würde ohne die Restriktion des Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Halbs. 2 die Stfreiheit für Einmalerträge eingreifen. Demgegenüber tritt aufgrund von Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Halbs. 2 volle Stpflicht ein.

Dasselbe gilt, wenn A Kommanditist der A-GmbH & Co. KG ist, die alle Anteile an der X-GmbH hält und die Anteile in die von ihr allein gehaltene Y-GmbH eingebracht hat. Die Y-GmbH kann die Anteile an der X-GmbH während einer Frist von sieben Jahren nach der Einbringung nicht stfrei veräußern.

IV. Rückausnahme bei Veräußerung nach Ablauf von sieben Jahren (Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 aF)

173 1. Einhaltung der Siebenjahresfrist

Nicht alle der in Abs. 4 Satz 1 genannten schädlichen Vorgänge führen immer und zeitlich unbegrenzt zur Versagung der StBefreiung. Die StBefreiung nach Abs. 2 für einmalige Beteiligungsgewinne bleibt trotz Einbringungsgeborenhheit von Anteilen (Satz 1 Nr. 1) oder Erwerbs von Anteilen unter Teilwert von einem nichtbegünstigten Einbringenden (Satz 1 Nr. 2) erhalten, wenn eine Veräußerung dieser Anteile oder ein in Abs. 2 genannter veräußerungsgleicher Vorgang erst nach Ablauf von sieben Jahren nach der Einbringung erfolgt. Dies ergibt sich aus der Rechtsanordnung in Abs. 4 Satz 2 Nr. 1. Das Gesetz wertet eine Einbringung dann nicht mehr als typisierten Missbrauchsfall. Es handelt sich um eine zeitliche Rückausnahme (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 30).

Dauer der Behaltefrist: Die Frist von sieben Jahren ist eine absolute Frist, die nicht verlängert, aber auch nicht verkürzt werden kann. Für ihre – taggenaue – Berechnung ist § 108 AO maßgebend.

Fristbeginn: Der Beginn der Siebenjahresfrist richtet sich nach dem Zeitpunkt der Einbringung, auf der die veräußerten Anteile beruhen. Unklar ist, ob der handels- oder strechtl. wirksame Einbringungszeitpunkt zur Berechnung des Fristbeginns

maßgebend ist. In Übereinstimmung mit der hM (vgl. *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 338 [6/2017]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 300 [10/2019]; *Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 371 f. [7/2019]) geht auch die FinVerw. (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 41) vom steuerwirksamen Einbringungszeitpunkt einschließlich der Rückwirkungsfiktion des § 20 Abs. 7 und 8 UmwStG (1995) aus (aA *Bauschatz* in *Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 377). Wie bei Fristbeginn ist auch bei Fristende eine stl. Rückwirkung zu beachten, zB im Fall der Veräußerung durch Anteilstausch, Verschmelzung oder Spaltung (*Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 300 [10/2019]).

Die Frist konnte bereits vor der zeitlichen Anwendung des § 8b begonnen haben (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 42; krit. dazu *Seer/Drüen*, GmbHR 2002, 1093) und auch bereits vorher (teilweise) abgelaufen sein (*Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 336 [6/2017]). Bis zum UntStFG (v. 20.12.2001, BGBl. I 2001, 3858) stellte Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 für den Fristbeginn auf den Erwerb der Anteile statt seit VZ 2002 auf die Einbringung ab. Nach der Gesetzesbegründung soll die Änderung auch Fälle nachträglicher Verstrickung von vor mehr als sieben Jahren erworbenen Anteilen erfassen. Gemeint sein kann damit nur die nachträgliche Verstrickung von Anteilen durch Wertabsplattung bei einem Einbringungsvorgang (vgl. BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 52; BFH v. 25.7.2012 – I R 88/10, BStBl. II 2013, 94).

Einbringung iSd. Siebenjahresfrist ist uE nur ein Tatbestand, der zur Sperrwirkung nach Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 (einbringungsgeborene Anteile) oder Satz 1 Nr. 2 (Anteile, die ein nicht durch Abs. 2 Begünstigter eingebracht hat) führt. Beide Fälle werden erfasst (vgl. auch *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 461 [10/2019]; weitergehend demgegenüber *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 329 [6/2017]; *Kröner* in *Bott/Walter*, § 8b Rz. 182 [4/2004]; krit. *Rödter/Schumacher*, DStR 2001, 1634 [1640]).

2. Vorgang nach Abs. 2 und weiterer Anteilstausch

174

Die Rückausnahme des Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 (Siebenjahresfrist) stellt auf den in Abs. 2 bezeichneten Vorgang ab. Erfasst werden alle Vorgänge, die zu einem stfreien Veräußerungsgewinn führen. Ein wesentlicher Anwendungsfall ist die Veräußerung von Anteilen ebenso wie die verdeckte Einlage, aber auch die Liquidation der anteilshaltenden Gesellschaft.

Veräußerung erfordert wirtschaftlichen Übergang: Es gelten die allgemeinen Grundsätze für Anteilsübertragungen, denn Abs. 4 stellt für die stfreie Veräußerung einbringungsgeborener oder durch einen Nichtbegünstigten unter Teilwert eingebrachter Anteile nach Abs. 2 nur besondere (zusätzliche) Voraussetzungen auf, ohne allgemeine Grundsätze zu ändern.

Anteilstausch als „Veräußerungssurrogat“? Fraglich ist, welche Auswirkungen steuerneutrale Reorganisationen hinsichtlich der Siebenjahresfrist zeitigen, insbes., ob eine weitere siebenjährige Haltefrist ausgelöst wird, wenn die bereits von einer siebenjährigen Frist erfassten einbringungsgeborenen Anteile Gegenstand einer solchen Reorganisation sind:

- ▶ **Anteilstausch (Ketteneinbringung):** Die Siebenjahresfrist ist uE für die eingebrachten und die im Gegenzug erhaltenen Anteile zwar unabhängig voneinander zu ermitteln. Hinsichtlich einbringungsgeborener Anteile, die Gegenstand einer weiteren Einbringung sind, tritt neben die ursprüngliche Siebenjahresfrist

keine weitere, neu beginnende Siebenjahresfrist, sondern es wird die bisherige fortgeführt. Sie ist der Auslöser für die Veräußerungsschädlichkeit der Anteile (vgl. BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 41; BMF v. 11.11.2011 – IV C 2 - S 1978 - b/08/10001//2011/0903665, BStBl. I 2011, 1314, Rz. 2704 ff.). Eine andere Auslegung des Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 würde seinem Zweck widersprechen, nur die sachliche oder persönliche Ausweitung des Anwendungsbereichs des Abs. 2 zu verhindern. Die ursprüngliche Einbringung bleibt für die Siebenjahresfrist auch in den Fällen maßgebend, in denen stille Reserven auf andere Anteile übergehen (im Wege der Wertabspaltung, vgl. BFH v. 25.7.2012 – I R 88/10, BStBl. II 2013, 94; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 339 [6/2017]). Eine neue Siebenjahresfrist kann für die eingebrachten Anteile aber zB in Gang gesetzt werden, wenn einbringungsgeborene von einem nicht durch Abs. 2 Begünstigten zu einem Wert unter dem Teilwert in eine KapGes. eingebracht werden; dadurch wird ein weiterer schädlicher Tatbestand mit eigener Siebenjahresfrist verwirklicht (glA wohl auch BFH v. 25.7.2012 – I R 88/10, BStBl. II 2013, 94; *Binnewies* in *Streck*, 9. Aufl. 2018, § 8b Rz. 134f.; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 339f. [6/2017]; *Kröner* in *Bott/Walter*, § 8b Rz. 194 [4/2004]; *Rengers* in *Blümich*, § 8b Rz. 373 [7/2019]). Zur konkurrierenden Sperrfrist des § 26 Abs. 2 UmwStG vgl. *Eilers/Teske*, DStR 2003, 1195 (1196). Bei der Weiterbringung der deutschen einbringungsgeborenen Anteile iSd. § 21 UmwStG (1995) nach dem 12.12.2006 (Anwendbarkeit des SEStEG, s. § 27 Abs. 1 und 2 UmwStG) setzt sich die Einbringungsgeborenenheit insoweit an den neuen Anteilen aufgrund von § 20 Abs. 3 Satz 4, § 21 Abs. 2 Satz 6 UmwStG fort und Abs. 4 aF bleibt aufgrund von § 27 Abs. 4 UmwStG anwendbar (vgl. dazu BMF v. 11.11.2011 – IV C 2 - S 1978 - b/08/10001//2011/0903665, BStBl. I 2011, 1314, Rz. 27.04ff.; *Herlinghaus* in *Rödter/Herlinghaus/van Lishaut*, 3. Aufl. 2019, § 20 UmwStG Rz. 197ff.; *Mutscher* in *Frotscher/Maas*, § 27 UmwStG Rz. 35 ff.). Fraglich ist, ob das auch in Fällen gilt, in denen Anteile iSd. Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 nach dem 12.12.2006 weiter eingebracht werden (vgl. dazu *Olkus/Stegmaier*, DB 2011, 2290 [2292]; *Pung* in *DPM*, § 27 UmwStG Rz. 20 [2/2020]).

- ▶ **Verschmelzung und Spaltung:** Auch durch Verschmelzung und Spaltung wird keine neue Siebenjahresfrist für solche Anteile ausgelöst, die im zu übertragenen Vermögen enthalten sind. Der Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge (§§ 4 Abs. 2, 12 Abs. 3 Satz 1 [iVm. § 15 Abs. 1] UmwStG) erfasst auch eine bereits laufende Sperrfrist (vgl. BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 45).

175 3. Kritik an der siebenjährigen Behaltefrist

Die Behaltefrist von sieben Jahren entspricht der Umgehungsregelung des § 8b Abs. 3 idF bis StSenkG und des § 26 Abs. 2 UmwStG (1995). Bereits in diesem Zusammenhang wurde die Behaltefrist von sieben Jahren vielfach als nicht EU-richtlinienkonform angesehen (vgl. *Eilers*, DB 1993, 1156 [1157]; *Wassermeyer*, DStR 1992, 57 [61]). Aufgrund von Art. 11 Abs. 1 Buchst. a der Fusionsrichtlinie (90/434/EWG v. 23.7.1990, ABl. EG 1990 Nr. L 225, 1) kann die Steuerneutralität einer Einbringung versagt werden, wenn sie sich als rechtsmissbräuchlich darstellt. Das ist nach der RL dann nicht der Fall, wenn sie auf vernünftigen wirtschaftlichen Gründen wie insbes. der Umstrukturierung oder Rationalisierung der beteiligten Gesellschaften beruht. Ein Zeitraum von sieben Jahren erscheint zu lang, um typisierend für eine Veräußerung einen Missbrauch anzunehmen. Der Gesetzgeber

hat demgegenüber an der Siebenjahresfrist auch im aktuellen UmwStG festgehalten (s. § 22 UmwStG).

Gestaltungsmöglichkeiten während der Sperrfrist: Sollte während der Siebenjahresfrist eine Veräußerung sperrfristbehafteter Anteile erfolgen, gab es verschiedene Gestaltungen zur Steueroptimierung; s. Anm. 181.

4. Rechtsfolge: Nichtgreifen der Sperrwirkung

176

Als Rechtsfolge lässt Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 zu, dass die Sperrwirkung einer stfreien Veräußerung nach Ablauf der Siebenjahresfrist nicht eingreift und dadurch die stfreie Veräußerung aufgrund zeitlicher Rückausnahmen wiederhergestellt ist:

- Veräußerung einbringungsgeborener Anteile, durch eine Körperschaft, wenn sie diese durch die Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils erworben hatte (Fall des Abs. 4 Satz 1 Nr. 1);
- Veräußerung von Anteilen durch eine KapGes., die ein nicht durch Abs. 2 Begünstigter zu einem Wert unter dem Teilwert in diese eingebracht hatte (Fall des Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 – unmittelbar) oder durch eine KapGes., in die eine KapGes. solche, von einem nicht durch Abs. 2 Begünstigten zu einem Wert unter dem Teilwert eingebrachte Anteile ihrerseits eingebracht hatte (Fall des Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 – mittelbar);
- Veräußerung von Anteilen durch eine Mitunternehmerschaft, an der eine begünstigte KapGes. beteiligt ist und die ein nicht durch Abs. 2 Begünstigter in diese zu einem Wert unter dem Teilwert eingebracht hatte oder die Veräußerung des Mitunternehmeranteils durch die beteiligte KapGes. selbst (Fall des Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 – unmittelbar über Mitunternehmerschaft).

Einstweilen frei.

177

V. Rückausnahme – keine Einbringungsgeborenenheit durch unmittelbare oder mittelbare Sacheinlage aufgrund von §§ 20 Abs. 1 Satz 1, 23 Abs. 1–3 UmwStG und keine Einbringung von Anteilen unter Teilwert durch einen Nichtbegünstigten innerhalb Siebenjahresfrist (Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 aF)

1. Rückausnahme 1: Kein Beruhen auf einer Einbringung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 oder § 23 Abs. 1 bis 3 UmwStG (Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 Halbs. 1 aF)

178

Die Rückausnahme, die voraussetzt, dass keine Einbringungsgeborenenheit durch unmittelbare oder mittelbare Sacheinlage aufgrund von § 20 Abs. 1 Satz 1, § 23 Abs. 1–3 UmwStG (1995) vorliegt, soll die Stfreiheit für – aufgrund von Abs. 2 stfreien – einmalige Beteiligungserträge erhalten, in denen eine Veräußerung oder ein dieser gleich gestellter Vorgang (zB verdeckte Einlage) statt der Einbringung zu einem stfreien einmaligen Beteiligungsertrag führen würde. Erfolgt nämlich die Einbringung durch eine durch Abs. 2 begünstigte Person, hätte sie die Anteile stfrei veräußern können. Es besteht kein Grund, in diesen Fällen die Stfreiheit zu versagen, weder für die eingebrachten Anteile noch für die erhaltenen Anteile. Die Rückausnahme war bereits im StSenkG enthalten, wurde aber durch das UntStFG redaktionell überarbeitet. Nach der ursprünglichen Fassung (des StSenkG v. 23.10.

2000, BGBl. I 2000, 1433) sollte die StFreiheit auch im Fall einbringungsgeborener Anteile erhalten bleiben,

„soweit die in Satz 1 bezeichneten Anteile aufgrund eines Einbringungsverganges nach § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG erworben worden sind, es sei denn, die Anteile sind unmittelbar oder mittelbar auf eine Einbringung im Sinne des § 20 Abs. 1 Satz 1 oder des § 23 Abs. 1 bis 3 UmwStG innerhalb der in Nr. 1 bezeichneten Frist zurückzuführen.“

Diese ursprüngliche Regelung verdeutlicht ihren Zweck besser als die nur schwer verständliche Fassung durch das UntStFG, die allerdings entgegen der ursprünglichen Version auch Einbringungen aufgrund von § 23 Abs. 4 UmwStG einbezieht (vgl. auch *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 334 [6/2017]; *Kessler/Schmalz/Schmidt*, DStR 2001, 1865; *Rödder/Schumacher*, DStR 2001, 1634).

Auf einer Einbringung beruhen: Unklar ist bereits, wann Anteile auf einer Einbringung beruhen. Nach dem Gesetzeszweck, keinen Steuervorteil durch die Befreiung einmaliger Beteiligungserträge aufgrund Einbringungen in eine KapGes. entstehen zu lassen, erfasst „beruhen“ zwei Seiten der Einbringung. Zum einen werden die Anteile erfasst, die die aufnehmende KapGes. erhält, und zum anderen die Anteile, die der durch Abs. 2 begünstigte Einbringende im Gegenzug für die Einbringung erhält (glA *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 354 [6/2017]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 481 [10/2019]; *Behrens*, BB 2009, 2238). Bei der aufnehmenden Gesellschaft kann es sich uE aber nur um solche Anteile handeln, die selbst einbringungsgeboren sind; anderenfalls liegt bereits kein Versagungsfall aufgrund von Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 vor. Beim Einbringenden handelt es sich dann um entsprechend mittelbar einbringungsgeborene Anteile.

Insoweit ist auch die RegBegr. zum UntStFG (BTDrucks. 14/6882, 36) unklar. Die im Verhältnis zum StSenkG geänderte Rückausnahme soll auch klarstellen, dass der Erwerb einer Kapitalbeteiligung von einer KapGes. durch eine KapGes. aufgrund von § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG (im Rahmen einer Betriebs-, Teilbetriebs- oder Mitunternehmeranteils-einbringung) bei der aufnehmenden KapGes. keine Sperrfrist auslöst. Diese Anteile werden jedoch nicht von der Restriktion des Abs. 4 Satz 1 erfasst, sodass sie auch bereits vor der Ergänzung durch das UntStFG stfrei veräußert werden konnten (*Rödder/Schumacher*, DStR 2001, 1634 [1640]). Eine Ausnahme besteht nur insoweit, wie diese Anteile – unmittelbar oder mittelbar – selbst wieder auf eine schädliche Einbringung zurückzuführen sind.

Einbringung iSd. § 20 Abs. 1 Satz 1 oder § 23 Abs. 1–3 UmwStG: Erfasst werden Einbringungsfälle, die einen Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil (§ 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG) oder im Fall der EU-Einbringung einen Betrieb oder Teilbetrieb (§ 23 Abs. 1–3 UmwStG) zum Gegenstand haben. Das gilt auch für Mehrfacheinbringungen. Sobald einem Anteilstausch in einer Kette von Einbringungen eine (schädliche) Einbringung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 oder § 23 Abs. 1–3 UmwStG vorgeschaltet ist, ist der Tatbestand der (unschädlichen) Rückausnahme nicht erfüllt. Da eine Veräußerung von Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil für die veräußernde KapGes. nicht zu einem nach Abs. 2 begünstigten Gewinn führt, soll auch die Veräußerung nach Voreinbringung in eine KapGes. mit nachfolgender Veräußerung der dadurch „geborenen Anteile“ an KapGes. nicht begünstigt sein.

Unmittelbare Einbringung: Es handelt sich um Fälle, in denen die veräußernde KapGes. selbst einen Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil in eine Tochter-KapGes. steuerneutral oder zumindest unter dem Teilwert nach § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG gegen Gewährung neuer Anteile einbringt. Diese neuen Anteile

sind Gegenstand des nachfolgenden Veräußerungsgeschäfts, für das die StFreiheit zu versagen ist.

Mittelbare Einbringung: Erfasst werden Fälle, in denen ein Dritter einen Betrieb oder Teilbetrieb unter dem Teilwert nach § 23 Abs. 1–3 UmwStG oder einen Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil nach § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG in eine KapGes. gegen Gewährung von neuen Anteilen einbringt und diese Anteile sodann in die veräußernde KapGes. weiter einbringt. Sowohl die Veräußerung der ursprünglich für die Einbringung nach §§ 20 Abs. 1 Satz 1, 23 Abs. 1–3 UmwStG gewährten Anteile (unmittelbar) als auch die zur Weitereinbringung gewährten Anteile (mittelbar) unterfallen der Sperrwirkung des Abs. 4.

Innerhalb der in Nr. 1 bezeichneten Frist: Das am Ende des Halbs. 2 genannte Merkmal „innerhalb der in Nummer 1 bezeichneten Frist“ ist missverständlich, bezieht sich aber wohl auch auf Halbs. 1 (BFH v. 18.3.2009 – I R 37/08, BStBl. II 2011, 894; BFH v. 25.7.2012 – I R 88/10, BStBl. II 2013, 94). Anderenfalls könnte die Rückausnahme des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 nie eingreifen, wenn die veräußerten Anteile auf einer Einbringung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 bzw. § 23 Abs. 1–3 UmwStG beruhen. Inhaltlich ist die Bezugnahme in Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 auf die „in Nummer 1 bezeichnete Frist“ als eine Bezugnahme auf sieben Jahre anzusehen.

Beispiel:

Die X-GmbH hatte im Jahr 1998 einen Teilbetrieb zu einem unter dem Teilwert liegenden Buchwert von 400 in die Y-GmbH eingebracht. Im Jahr 2000 übertrug sie die Anteile an der Y-GmbH zu Buchwerten im Wege der Sachgründung auf die Z-GmbH. Im Jahr 2003 veräußert die X-GmbH die Anteile an der Z-GmbH für 750 (aus BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 48).

Der Veräußerungsgewinn von 350 fällt nicht unter die Rückausnahme des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2. Die Anteile an der Z-GmbH beruhen zwar auf einem Einbringungsverfahren iSd. § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG, sind aber mittelbar durch eine (schädliche) Einbringung eines Teilbetriebs gem. § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG entstanden, die noch nicht länger als sieben Jahre zurückliegt.

Der Gesetzeswortlaut schließt die StBefreiung allgemein bei einer Einbringung aufgrund von §§ 20 Abs. 1 Satz 1, 23 Abs. 1–3 UmwStG aus. Das aber würde dem Zweck der Ausnahmeregelung des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 nicht gerecht, denn die „mittelbare“ Einbringung kann nur dann schädlich sein, wenn sie unter dem Teilwert erfolgte; das sieht offenbar auch die FinVerw. so, wenn sie im vorangegangenen Beispiel auf eine Einbringung zu einem unter dem Teilwert liegenden Wert abstellt. Hätte die X-GmbH die Einbringung zum Teilwert vorgenommen, wäre nach Sinn und Zweck (teleologische Reduktion) des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 die StBefreiung für die Veräußerung der Anteile an der Z-GmbH zu gewähren (vgl. *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 360 [6/2017]; *Füger/Rieger*, FR 2003, 589 [594]).

Begünstigung durch Rückausnahme: Im Umkehrschluss zur doppelten Negation in der Rückausnahme des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 sind einmalige Erträge aus einbringungsgeborenen Anteilen trotz Abs. 4 Satz 1 stfrei, wenn sie – wie bereits idF des StSenkG – auf einem nationalen Anteilstausch aufgrund von § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG beruhen. Durch die Änderung der ursprünglichen Fassung des StSenkG durch das UntStFG wird indes nunmehr auch der EU-Anteilstausch aufgrund von § 23 Abs. 4 UmwStG (von Beginn des Systemwechsels an) begünstigt, dessen Nichtaufführung im StSenkG offenbar auf einem gesetzgeberischen Versehen beruhte und dessen danach vom Wortlaut gedeckte Einbeziehung vom Zweck der Regelung des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 geboten war (vgl. auch *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 356 [6/2017]).

Die Rückausnahme greift indes trotz begünstigenden Anteilstauschs nicht, wenn ein Fall des Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 vorliegt.

Zu Abs. 4 unterfallenden Fallgestaltungen im Einzelnen vgl. *Haritz/Wisniewski*, GmbHR 2000, 789 (794); *Eilers/Wienands*, GmbHR 2000, 1229 (1236 ff.); *Dötsch/Pung*, DB 2003, 1016 (1022 ff.); *Füger/Rieger*, FR 2003, 589 (591 ff.).

Abgrenzungsfragen: Durch die Erstreckung der Rückausnahme auf Fälle einer Einbringung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 und § 23 Abs. 4 UmwStG ergeben sich Abgrenzungsfragen zur Identifizierung begünstigter und nicht begünstigter Anteile. Diese treten insbes. auf, wenn die Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils aufgrund von § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG erfolgt und zum BV Anteile an KapGes. gehören. Die Beurteilungsgrundsätze der FinVerw. sind in BMF v. 5.1.2004 (BMF v. 5.1.2004 – IV A 2 - § 2750a - 35/03, BStBl. I 2004, 44) enthalten; s. Anm. 142.

179 2. Rückausnahme 2: Kein Beruhen auf einer Einbringung durch einen Nichtbegünstigten

Der zweite Fall des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 ist in engem Zusammenhang mit der Restriktion des Abs. 4 Satz 1 Nr. 2, dem Erwerb von einem nicht durch Abs. 2 begünstigten Stpfl. unter dem Teilwert, zu sehen. Ohne die ergänzende Regelung im Rahmen der Rückausnahmen wäre die Restriktion wirkungslos. Deshalb wurde sie durch das UntStFG eingeführt, und zwar für Veräußerungen durch die aufnehmende KapGes. ab dem 15.8.2001 (§ 34 Abs. 4 Satz 7; nach BFH v. 19.10.2010 – I R 82/09, BFH/NV 2011, 363, kommt es entgegen der in der Voraufgabe [Stand Juli 2004, Anm. 112, mwN, abrufbar im elektronischen HHR-Archiv unter www.ertragsteuerrecht.de/hhr_archiv.htm] vertretenen Ansicht auch insoweit nicht auf den schuldrechtl. Vertrag, sondern den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an). Die Änderung soll, die aufgrund des StSenkG noch mögliche Gestaltung verhindern, durch die die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen durch natürliche Personen im Halbeinkünfte-/Teileinkünfteverfahren hinausgeschoben werden konnte.

Beispiel (aus der inoffiziellen Begr. des StSenkG durch den Vermittlungsausschuss):

Einzelunternehmer U hat eine Beteiligung an der X-GmbH, deren Veräußerung für U stpfl. wäre. U bringt seine Beteiligung zu Buchwerten gem. § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG in die Y-GmbH ein. Die Y-GmbH veräußert die Beteiligung an der X-GmbH an Dritte stfrei gem. Abs. 2 weiter.

Hätte U die Beteiligung unmittelbar veräußert, wäre der Gewinn unter Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c EStG) besteuert worden. Auf der Ebene des einbringenden U entstand somit ein Steuerstundungseffekt bis zur Ausschüttung des Veräußerungsgewinns an U, den die Y-GmbH wegen der ersten Rückausnahme – nicht schädliche Anteilseinbringung aufgrund von § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG – stfrei realisieren konnte. Die Rückausnahme in Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 Halbs. 2 ist – wie die gesamte Regelung – ungenau formuliert, obwohl sie durch das UntStFG und wiederum durch das ProtErklG reaktionell überarbeitet wurde. Sie wirft nach wie vor zahlreiche Auslegungs- und Anwendungsfragen auf (vgl. *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 473 [10/2019]; *Füger/Rieger*, FR 2003, 589 [595]; *Eilers/Schmidt*, GmbHR 2003, 613 [631]).

Einbringung durch einen Nichtbegünstigten unter Teilwert: Erfasst werden Einbringungsvorgänge, soweit ein nicht durch Abs. 2 begünstigter Einbringender ist. Betroffen sind Einbringungen aufgrund von § 20 Abs. 1 Satz 2, § 23 Abs. 4 UmwStG, die zu einem Wert unter dem Teilwert erfolgen. Dasselbe gilt im Grunde

genommen auch für Einbringungen aufgrund von § 20 Abs. 1 Satz 1 und § 23 Abs. 1–3 UmwStG, die aber ebenso bereits durch Nr. 2 Halbs. 1 schädlich für Abs. 2 bleiben. Im Wesentlichen sind Einbringungen durch natürliche Personen betroffen.

Auf der Einbringung beruhende Anteile: Streitig ist insbes., welcher Vorgang mit „Einbringung“ gemeint ist, auf der die Anteile beruhen; uE können nur die eingebrachten Anteile als nicht begünstigte Veräußerungsobjekte gemeint sein (ebenso BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 49). Der Wortlaut ließe auch eine andere Auslegung zu. So wird argumentiert, es käme nicht auf den Einbringungs Vorgang durch einen Nichtbegünstigten an, sondern auf die eingebrachten Anteile. Gingen sie aus einer Bargründung hervor, beruhten die Anteile nicht auf einer Einbringung durch einen Nichtbegünstigten (*Haub/Winkler, GmbHHR 2002*, 192 [197]). Teilweise wird auch vertreten, mit der in Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 Halbs. 2 angesprochenen Einbringung durch einen Nichtbegünstigten sei eine andere Einbringung gemeint als die von Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 erfasste Auf Grundlage dieser Auslegung würde Abs. 4 eine Gesetzeslücke enthalten (vgl. *Függer/Rieger*, FR 2003, 589 [595]). Vertreten wird insoweit, dass die eingebrachte Beteiligung selbst einbringungsgeboren sein müsse; Bargründung und Erwerb durch den Einbringenden seien ausgeschlossen (insbes. *Haub/Winkler, GmbHHR 2002*, 192 [197]). Der Wortlaut lässt diese Auslegung uE zwar zu, sie entspricht aber nicht dem Gesetzeszweck der Regelung; sie erfasst auch solche Anteile, die vor der Einbringung nicht selbst einbringungsgeboren waren (BFH v. 18.3.2009 – I R 37/08, BStBl. II 2011, 894; *Gosch*, BFH/PR 2009, 432 [433]).

Insoweit ist jedoch der Wortlaut der Rückausnahme des Halbs. 2 aus anderem Grund unklar. Zwar erfasst er nach wie vor Einbringungen durch eine nichtbegünstigte Person, nimmt aber nur „Einbringung“ in Bezug. Im Gegensatz zu Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 Halbs. 1 bleibt offen, ob die den Veräußerungsgegenstand bildenden Anteile nur für eine stfreie Veräußerung gesperrt sind, wenn sie auf einer unmittelbaren Einbringung beruhen, oder ob das auch in Fällen der mittelbaren oder mittelbar über eine Mitunternehmenschaft erfolgten Einbringung der Fall ist. Vom Gesetzeszweck geleitet muss „Einbringung“ insoweit im Kontext mit Satz 1 Nr. 2 als auch mittelbare Einbringungen umfassend ausgelegt werden.

Innerhalb der in Nr. 1 bezeichneten Frist: Siehe Anm. 173.

Überschießender Regelungsinhalt: Die Steuerverhaftung von Anteilen nach Einbringung durch einen Nichtbegünstigten ist zu weitgehend. Sie geht über den beabsichtigten Gesetzeszweck, die Halbeinkünfte-/Teileinkünftebesteuerung wirksam werden zu lassen, weit hinaus, denn die Veräußerung durch die aufnehmende KapGes. ist vollständig kstpfl. und gewstpfl. Wird der bereits besteuerte Veräußerungsgewinn an den nicht durch Abs. 2 Begünstigten ausgeschüttet, kommt es zusätzlich zur Halbeinkünfte-/Teileinkünftebesteuerung; auf eine tatsächliche Umgehungsabsicht durch die ursprüngliche Einbringung kommt es nicht an (*Gröbll/Adrian in Erle/Sauter*, 3. Aufl. 2010, § 8b Rz. 205; *Rödler/Schumacher*, DStR 2001, 1634 [1640]; *Kessler/Schmalz/Schmidt*, DStR 2001, 1865 [1868 f.]; *Beinert/van Lishaut*, FR 2001, 1137 [1152]; *Watermeyer, GmbH-StB 2001*, 347 [348]; *Watermeyer, GmbH-StB 2002*, 108 [111]). Bei einer Weitereinbringung der Anteile durch die aufnehmende KapGes. bleibt die Sperrwirkung nach der Fassung durch das Pro-ERklG nicht nur bestehen, sondern wird vervielfacht, denn auch die die Anteile aufnehmende KapGes. ist an die Siebenjahresfrist der ursprünglichen Einbringung gebunden (vgl. *Behrens*, BB 2012, 2238). Diese überzogene Rechtsfolge wird noch

dadurch verstärkt, dass auch Einbringungen betroffen sind, die vor dem StSenkG/UntStFG erfolgten.

Die mögliche Steuerverhaftung von Anteilen, die ein Nichtbegünstigter in eine KapGes. eingebracht hatte, ist wie im Fall schädlicher einbringungsgeborener Anteile genau zu prüfen. Vor allem durch die Einbeziehung mittelbar eingebrachter Anteile muss die gesamte Historie der letzten sieben Jahre der zu veräußernden Anteile geprüft werden. Wegen der Anwendbarkeit des Abs. 4 im Fall einer Weitereinbringung von Anteilen iSd. Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 nach dem 12.12.2006 s. Anm. 174.

180 3. Anteilsbezogene Abgrenzungsfragen

Bei der Veräußerung von Anteilen an KapGes. durch KapGes. ergeben sich Abgrenzungsfragen mit Blick auf eine StBefreiung nach Abs. 2 und einen möglichen Ausschluss durch Abs. 4, denn insoweit spielt die Qualität der Anteile (zB einbringungsgeboren oder durch einen nicht durch Abs. 2 Begünstigten unter dem Teilwert eingebracht) eine entscheidende Rolle. Im Wesentlichen sind entsprechend Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 zwei Ebenen zu unterscheiden: Anteile an einer Gesellschaft, die veräußert werden, und Anteile in einer Gesellschaft, die diese Anteile veräußert.

Anteil an einer Gesellschaft: Eine Abgrenzung ist erforderlich, soweit Anteile verschiedener Qualität (nicht einbringungsgeboren, einbringungsgeboren, begünstigt einbringungsgeboren) innerhalb und außerhalb der Siebenjahresfrist des Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 veräußert werden.

Die Qualifikation als „einbringungsgeboren“ oder als „nicht begünstigt einbringungsgeboren“ führt im Regelfall nicht zur Infektion auch aller anderen Anteile einer Beteiligung (zu Ausnahmen im Wege der Wertabsplattung vgl. BFH v. 25.7.2012 – I R 88/10, BStBl. II 2013, 94; s. Anm. 168). Obwohl es sich bei mehreren Anteilen nach wohl hM für bilanzielle und bewertungsrechtl. Zwecke um ein WG handelt, sind Veräußerungsgegenstand die einzelnen Anteile selbst. Die Anteile behalten für Zwecke der Veräußerung grds. ihre Selbständigkeit (vgl. *Weber-Grellet* in *Schmidt*, 39. Aufl. 2020, § 17 EStG Rz. 162). Daraus leitet sich die Notwendigkeit ab, Anteile hinsichtlich ihrer Entstehung und Herkunft genau zu trennen; aufgrund dessen wird es dem Veräußerer möglich, die Verkaufsanteile eindeutig zu bestimmen und damit die StBefreiung des Abs. 2 uU zu erreichen. Da eine Identifikation der verschiedenen Anteile schwierig sein kann, insbes. im Fall von Aktienbesitz, sollte der Veräußerer durch entsprechende Dokumentation oder Verwahrung (Einzelverwahrung) Vorsorge treffen (vgl. zur Problematik insbes. BFH v. 24.11.1993 – X R 49/90, BStBl. II 1994, 591; *Eilers/Wienands*, GmbHR 2000, 1229 [1237]; *Eisolt/Wickinger*, BB 2001, 229).

Sonderproblem der Anteilseinbringung im Rahmen des § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG: Problematisch ist der Fall einbringungsgeborener Anteile, die auf der Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils beruhen und bei denen das eingebrachte BV (begünstigte) mehrheitsvermittelnde oder mehrheitsverstärkende Anteile an KapGes. mit umfasst. Handelt es sich um einen einheitlichen Einbringungsvorgang, richtet sich dieser nach § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG. Das gilt nicht nur in den Fällen, in denen die Anteile eine wesentliche Betriebsgrundlage darstellen, sondern auch, wenn eine nicht mehrheitsvermittelnde Beteiligung im Rahmen des § 20 Abs. 1 Satz 1 miteingebracht wird. In beiden Fällen entstehen sog. schädliche einbringungsgeborene Anteile. Nach dem Zweck des Abs. 4, missbräuchliche Gestaltungen zu verhindern, dürfen dagegen

keine schädlichen einbringungsgeborenen Anteile entstehen, soweit sie anteilig auf die miteingebrachten Anteile an KapGes. entfallen. Systematisch zutr. wäre es, die für die Einbringung gewährten neuen Anteile für Zwecke des § 8b Abs. 2 und 4 aufzuteilen, denn die eingebrachten Anteile selbst hätten im Vorgriff der Einbringung stfrei veräußert werden können (vgl. insbes. FG Münster v. 25.7.2012 – 10 K 3388/08 K, G, F, EFG 2012, 2057, rkr.; *Rengers in Blümich*, § 8b Rz. 356 [7/2019]; *Rosenbach/Müller-Gatermann*, WpG-Sonderheft 2003, 3 [11 f.]; Hinweise auch bei *Füger/Rieger*, FR 2003, 589 [596]; *Eilers/Schmidt*, GmbHR 2003, 613 [631]).

► *Beurteilungsgrundsätze der Finanzverwaltung*: Die FinVerw. hatte die Problematik in Entwürfen zu BMF v. 28.4.2003 (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292) aufgegriffen, im endgültigen BMF-Schreiben aber nicht geregelt. Dies ist in einem eigenständigen Schreiben (BMF v. 5.1.2004 – IV A 2 - 2750a - 35/03, BStBl. I 2004, 44; ohne Rechtsgrundlage nach FG Münster v. 25.7.2012 – 10 K 3388/08 K, G, F, EFG 2012, 2057, rkr.; vgl. auch *Haritz/Wisniewski*, GmbHR 2004, 207) erfolgt. Sie knüpft die Aufteilung in schädliche und stfrei veräußerbare Anteile an folgende kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen:

- mit dem BV wurde eine mehrheitsvermittelnde Beteiligung übertragen;
- diese Beteiligung ist keine wesentliche Betriebsgrundlage des übertragenden Betriebs oder Teilbetriebs;
- die für die Übertragung gewährten Anteile sind genau identifizierbar (zB aufgrund des Vertrags über die Einbringung);
- die für die Beteiligungseinbringung gewährten Anteile sind – bezogen auf den Verkehrswert der Beteiligung zum genannten BV des Betriebs oder Teilbetriebs – verhältnismäßig.

Nach Ansicht der FinVerw. greift bei Vorliegen der vorgenannten Voraussetzungen die Rückausnahme des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 ein, da die Veräußerung neuer, für die eingebrachte Beteiligung gewährter Anteile, unter § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG falle.

► *Stellungnahme*: Grundsätzlich ist die Billigkeitsmaßnahme der FinVerw. zu begrüßen, da sie Defizite der gesetzlichen Regelung zumindest mildert. Zu eng ist aber, dass sich diese Billigkeitsmaßnahme nur auf solche mehrheitsvermittelnden Anteile erstreckt, die keine wesentliche Betriebsgrundlage darstellen, denn Regelungsgrund für die Versagung der Stfreiheit von Gewinnen aus Anteilen aus einer Einbringung aufgrund von § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG ist, dass die Veräußerung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils stets stpfl. ist. Würden grds. Abs. 2 unterfallende Anteile im Rahmen einer Einbringung aufgrund von § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG miteingebracht, besteht vor diesem Hintergrund kein Unterschied im Hinblick auf wesentliches oder nichtwesentliches BV. In beiden Fällen entsteht kein ungerechtfertigter Steuervorteil. Letztlich ist die Frage der wesentlichen oder nichtwesentlichen Betriebsgrundlage keine Frage des § 8b, sondern eine vorgeschaltete Frage des § 20 UmwStG, also der Einbringung selbst. Dies zeigt sich auch deutlich an den weiteren Feststellungen der FinVerw., nach denen die miteingebrachten Anteile nach der Einbringung stfrei veräußert werden können. Warum dies für die im Rahmen der Einbringung gewährten Anteile nicht (anteilig) möglich sein soll, ist auch vor dem Hintergrund des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 Halbs. 1 systematisch nicht nachzuvollziehen. Das FG Münster (FG Münster v. 25.7.2012 – 10 K 3388/08 K, G,

F, EFG 2012, 2057, rkr.) nimmt insoweit eine teleologische Reduktion des Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 vor (Aufteilungsnotwendigkeit abl. auch *Rengers in Blümich*, § 8b Rz. 356 [7/2019]; krit. *Gosch/Bauschatz in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 8b Rz. 405; *Haritz/Wisniewski*, GmbHR 2004, 267 [268]). Im Übrigen nimmt der Gesetzgeber im aktuellen § 22 Abs. 2 UmwStG eine genaue Aufteilung der Steuerfolgen danach vor, ob neue Anteile auf die Einbringung von Anteilen an einer KapGes. entfallen. Für Abs. 4 kann nichts anderes gelten.

- ▶ *Gestaltungshinweis*: Zur Vermeidung der vorgenannten, auf einer zu engen und dem Gesetzeszweck nicht Rechnung tragenden Auslegung beruhenden Problematik konnte der Einbringungsvorgang zweigeteilt durchgeführt werden, indem die Beteiligung an der KapGes. vorweg (steuerneutral) nach § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG (1995) eingebracht oder stfrei aufgrund von Abs. 2 veräußert wurde. Dies war jedenfalls angezeigt, wenn die Anteile nicht wesentliches BV darstellen. Nach Rspr. (vgl. BFH v. 11.12.2003 – IV R 19/02, BStBl. II 2004, 280 [281], mwN) und FinVerw. (BMF v. 16.8.2000 – IV C 2 - S 1909 - 23/00, BStBl. I 2000, 1253) ist die funktionelle Zuordnung entscheidend. Beteiligungen an KapGes. sind funktional dem wesentlichen BV zuzuordnen, wenn sie die geschäftlichen Beziehungen des Unternehmens zur Beteiligungsgesellschaft fördern oder zumindest sichern. Handelt es sich um eine wesentliche Betriebsgrundlage, ist fraglich, ob durch eine Zweiteilung des Einbringungsvorgangs im Einzelfall die Teilbetriebs Eigenschaft verlorengeht. Im Regelfall sollte das zu verneinen sein, selbst wenn es sich bei der Finanzbeteiligung um wesentliches BV handelt (*Beinert/van Lishaut*, FR 2001, 1137 [1153]; *Füger/Rieger*, FR 2003, 589 [597]; krit. indes *Dötsch/Pung*, DB 2003, 1016 [1023 f.]). Die in BMF v. 11.11.2011 (BMF v. 11.11.2011 – IV C 2 - S 1978 - b/08/10001//2011/0903665, BStBl. I 2011, 1314, Rz. 20.06) vorgenommene Zuordnung funktional wesentlicher Beteiligungen zum Teilbetrieb erfolgte nach SESTEG, weil dies nach Meinung der FinVerw. der europäische Teilbetriebsbegriff erfordert und kann auf Fälle vor SESTEG wohl nicht übertragen werden. Zur Vermeidung der Teilbetriebsproblematik wird vorgeschlagen, eine Einbringung des gesamten Teilbetriebs vorzunehmen und die Anteile an KapGes. an den Einbringenden im Wege der Sachdividende zurückzugewähren (*Dötsch/Pung*, DB 2003, 1016 [1024]). Eine missbräuchliche Gestaltung ist uE in diesen Maßnahmen nicht zu sehen, weil die Anteile bereits vor oder ohne Einbringung des Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils stfrei veräußert werden konnten. Auch nach der Einbringung bleiben diese Anteile stfrei veräußerbar; nach dem Zweck des Abs. 4 Satz 1, die „Umwandlung“ von anderem BV als Finanzbeteiligungen in stfrei veräußerbares Vermögen zu verhindern, kann für die als Gegenleistung gewährten neuen Anteile kein (typisierter) Missbrauch vorliegen (aA *Patt*, FR 2004, 561 [564 f.]).
- ▶ *„Übergangsregelung“ der Finanzverwaltung*: Ist keine Identifizierung der Anteile aufgrund Übertragungsvertrags oder vergleichbarer Unterlagen möglich, wendet die FinVerw. aus Billigkeitsgründen eine quotale Betrachtung an, wenn die Einbringung bis zum 31.1.2004 erfolgte (BMF v. 5.1.2004 – IV A 2 - 2750a - 35/03, BStBl. I 2004, 44). Die veräußerten einbringungsgeborenen Anteile sollen quotaal stpfl. sein. Die Steuerverhaftung eines jeden Anteils richtet sich nach den Wertverhältnissen im Zeitpunkt der Einbringung.
- ▶ *Anwendung auf vergleichbare Fälle*: Das BMF-Schreiben (BMF v. 5.1.2004 – IV A 2 - 2750a - 35/03, BStBl. I 2004, 44) gilt ausdrücklich auch für die Einbrin-

gung einer Beteiligung bei Formwechsel einer PersGes. in eine KapGes. Nicht erwähnt sind Fälle des § 23 Abs. 1 UmwStG (1995); uE sind die Grundsätze der FinVerw. auch hierauf anzuwenden, weil Interessenlage und Problematik identisch sind.

Offenbar orientiert sich die FinVerw. insoweit an den von ihr vertretenen Grundsätzen der quotalen Infektion von Anteilen in Fällen des Überspringens stiller Reserven (Wertabspaltung). Das ist uE nicht zwingend. Da sich die partielle StPflcht für jeden Anteil nach den Wertverhältnissen im Zeitpunkt der Einbringung richten soll, kann statt der partiellen StPflcht auch die Quote der unschädlichen Anteile ermittelt werden, die insgesamt auf die Einbringung von KapGes-Anteilen entfällt.

Anteile an einer Gesellschaft: Eine genaue Identifikation ist in nahezu allen Einbringungsfällen angezeigt. Eine Abgrenzung hat insbes. zu solchen Anteilen zu erfolgen, die nicht mittelbar auf der Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils und nicht auf der Einbringung durch einen Nichtbegünstigten zu einem Wert unter dem Teilwert beruhen und uneingeschränkt sfrei veräußerbar sind.

Der Prüfung des Charakters und der Identifizierbarkeit von Anteilen kommt in Fällen des Unternehmenskaufs erhebliche Bedeutung zu, um nachfolgende innerkonzernliche Umstrukturierungen durch Veräußerung, Sachdividende oder verdeckte Einlage und die sfreie Veräußerung nicht benötigter Beteiligungen vornehmen zu können.

4. Gestaltungshinweise zur Veräußerung sperrfristbehafteter Anteile

181

Sowohl im Fall von durch einen nicht durch Abs. 2 Begünstigten unter dem Teilwert eingebrachten Anteil als auch im Fall einbringungsgeborener Anteile war die Gestaltungsberatung auf Steueroptimierungsstrukturen angewiesen, wenn eine Veräußerung vor Ablauf der siebenjährigen Sperrfrist beabsichtigt war. Insbesondere bestanden folgende Möglichkeiten:

Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrags mit späterer dinglicher Übertragung (Terminverkauf): Dadurch erlangt der Erwerber noch keine rechtl. gesicherte Position, die eine wirtschaftliche Eigentumsübertragung begründet. Der Veräußerer bleibt Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten aus der Beteiligung. Dies gilt uE insbes., wenn eine Kaufpreisanpassung für den Zeitpunkt der Anteilsübertragung vorgesehen ist. Selbst das Hinzutreten der dinglichen Übertragung unter aufschiebender zeitlicher Bedingung ist unschädlich, wenn dem Veräußerer bis zum Bedingungseintritt die wesentlichen Gesellschafterrechte und das Wertrisiko verbleiben (BFH v. 18.12.2001 – VIII R 5/00, BFH/NV 2002, 640; *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 348 [6/2017]; vgl. auch *Watermeyer*; GmbH-StB 2001, 166 [168]; aA BFH v. 10.3.1988 – IV R 266/85, BStBl. II 1988, 832).

Vereinbarung einer Kauf- oder Verkaufsoption: Durch die Vereinbarung einer Kauf- oder Verkaufsoption allein geht im Regelfall das rechtl. oder wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen nicht über. Eine Ausnahme kann bestehen, wenn sich der bisherige Gesellschafter aufgrund ergänzender Vereinbarungen wesentlicher Rechte aus seiner Gesellschafterstellung begibt, wie zB Stimmrechtsbindung oder Verfügungsbeschränkungen. Ohne derartige ergänzende Vereinbarungen führt die Einräumung einer Kauf- oder Verkaufsoption weder zum Übergang des rechtl. noch des wirtschaftlichen Eigentums, weil die Ausübung der Option zum Zeitpunkt der Einräumung noch unsicher ist (vgl. auch FG Hamb. v. 24.9.1987 – II 133/84, EFG 1988, 475 [476], rkr.; *Hötzel* in *Schaumburg/Rödter*, Unternehmens-

steuerreform 2001, 2000, 239; *Benz in Oppenhoff & Rädler*, Reform der Unternehmensbesteuerung, 2000, 243 f.; *Jakobs/Wittmann*, GmbHR 2000, 910 [921]; *Seibt*, DStR 2000, 2061 [2065]; differenzierend *Blumers*, DB 1988, 2317 [2318]).

Wechselseitige Optionen: Durch die Einräumung einer wechselseitigen Käufer- und Verkäuferoption sollte es uE ebenfalls nicht zur Übertragung des rechtl. oder wirtschaftlichen Eigentums kommen, sofern die Gesellschaftsrechte des Veräußerers nicht durch ergänzende Vereinbarungen eingeschränkt werden (vgl. BFH v. 18.12.2001 – VIII R 5/00, BFH/NV 2002, 640, zum Kaufvertrag). Dies gilt selbst dann, wenn die Optionen denselben Kaufpreis enthalten und zeitlich ab demselben Zeitpunkt ausübbar sind. Erst ab dem Ausübungszeitpunkt beider Optionen kann es zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums kommen, weil je nach wirtschaftlicher Entwicklung des Werts des zu veräußernden Anteils damit zu rechnen ist, dass eine der beiden Optionen ausgeübt wird (vgl. auch FG Hamb. v. 24.9.1987 – II 133/84, EFG 1988, 475 [476], rkr.). Die Doppeloption entspricht wirtschaftlich einem Terminverkauf (vgl. *Seibt*, DStR 2000, 2061 [2065]; *Jakobs/Wittmann*, GmbHR 2000, 910 [921]; einschränkend *Hötzel in Schaumburg/Rödder*, Unternehmenssteuerreform 2001, 2000, 239; *Benz in Oppenhoff & Rädler*, Reform der Unternehmensbesteuerung, 2000, 244; *van Lishaut/Köster*, GmbHR 2000, 1121 [1126]).

Gemeinschaftsunternehmen: Die Vereinbarung nur einer Option oder eines schuldrechtl. Vertrags führt dazu, dass der potentielle Erwerber keine Informations- und Stimmrechte in der Gesellschaft hat. Oftmals besteht jedoch das Interesse, dem (potentiellen) Erwerber Gesellschaftsrechte einzuräumen, ohne dass für den (die) bisherigen Gesellschafter eine Veräußerung vorliegt. Dazu muss eine Kapitalerhöhung mit ausschließender Zulassung des Erwerbers zur Übernahme des aus der Kapitalerhöhung entstehenden neuen Geschäftsanteils erfolgen. Sofern der oder die bisherigen Gesellschafter für den Verzicht auf ihr Bezugsrecht aus der Kapitalerhöhung keine Entschädigung erhalten, liegt keine Veräußerung vor. Etwas anderes gilt, wenn ein mit der Kapitalerhöhung zu leistendes Aufgeld von der zu veräußernden Gesellschaft im engen zeitlichen Zusammenhang an die Altgesellschafter ausgezahlt wird (BFH v. 13.10.1992 – VIII R 3/89, BStBl. II 1993, 477 [478 f.]; *Seibt*, DStR 2000, 2061 [2066]). Im Regelfall wird eine Gestaltung gewählt, durch die der Erwerber die Mehrheit der Anteile und damit die Mehrheit der Stimmrechte an der zu veräußernden Gesellschaft erhält. Die Übernahme nur einer Minderheitsbeteiligung mit Umwandlung der Gesellschaftsrechte des/der bisherigen Gesellschafter(s) in stimmrechtlose Anteile (jedenfalls wenn diese nicht vorzugsberechtigt sind) birgt das Risiko, dass sich der/die bisherigen Gesellschafter wesentlicher Gesellschaftsrechte begeben (zT weitergehend *Benz in Oppenhoff & Rädler*, Reform der Unternehmensbesteuerung, 2000, 243 f.: Abschluss eines Beherrschungsvertrages/GAV). Dies gilt insbes. dann, wenn hinsichtlich dieser Anteile bereits der Kaufvertrag oder eine Kauf- oder Verkaufsoption vereinbart wird. Die Kauf- oder Verkaufsoption kann zwischen dem potentiellen Erwerber und dem Veräußerer oder je nach Ausgestaltung der Option auch mit der Gesellschaft selbst vereinbart werden, die dann eigene Anteile oder Anteile zur Einziehung erwirbt. In diesen Fällen ist zu bedenken, dass es zu einer vGA (5 %-BA-Fiktion, Kap-ErtrSt) kommen kann, wenn die Gesellschaft die Anteile zu einem höheren Preis als dem dann bestehenden Fremdvergleichspreis erwirbt.

Wird die Kapitalerhöhung nur zum Nennwert und unter Ausschluss der Pflicht, ein Agio zu zahlen, vereinbart, wird der potentielle Veräußerer im Regelfall eine Sicherheit für die auf die neuen Anteile überspringenden stillen Reserven verlan-

gen. Je weiter die Sicherung des Veräußerers geht, desto größer wird das Risiko der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums (vgl. *Seibt*, DStR 2000, 2061 [2066]). Alternativ zur Beteiligung an der zu veräußernden Gesellschaft können Erwerber und Veräußerer auch ein Gemeinschaftsunternehmen in der Form einer KapGes. gründen, in die der Veräußerer die zukünftig zu übertragenden Anteile gegen Gewährung von neuen Anteilen steuerneutral einbringt (§ 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG) und der Erwerber mehrheitsvermittelnde neue Anteile gegen Einbringung einer Bareinlage oder einer Sacheinlage erhält. Im Fall der Einbringung von Anteilen durch einen nicht durch Abs. 2 Begünstigten unter dem Teilwert und im Fall einer Sacheinlage zu einem Wert unter dem Teilwert (zB Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils) sind die Restriktionen des Abs. 4 für den Fall einer Weiterveräußerung zu beachten. Gemeinhin wird dabei für die Anteile des Veräußerers eine Kauf- oder Verkaufsoption vereinbart. Im Übrigen ergeben sich dieselben Konsequenzen wie bei einer unmittelbaren Beteiligung durch Kapitalerhöhung an der zu veräußernden Gesellschaft selbst.

Wandelschuldverschreibungen, Wertpapierleihe: Werden Wertpapiere im Rahmen eines Darlehens übertragen, kommt es nicht zur Aufdeckung stiller Reserven (BMF v. 3.4.1990 – IV B 2 - S 2134 - 2/90, DB 1990, 683; ausführl. § 17 EStG Anm. 70 „Wertpapierleihe“). Die für die Leihe vereinbarten Zahlungen führen nicht zu Bezügen iSd. § 8b Abs. 1.

Umwandlung von Veräußerungsgewinnen in Dividenden: Da die Sperrwirkungen des Abs. 4 für Veräußerungsgewinne, nicht aber für laufende Beteiligungserträge gelten, können entsprechende stille Reserven vor Veräußerung der sperrfristbehafteten Anteile ohne StBelastung realisiert und stfrei ausgeschüttet werden. Dazu wird der Betrieb von der KapGes., an der die sperrfristbehafteten Anteile bestehen, in eine Tochter-PersGes. handelsrechtl. unter Aufdeckung der stillen Reserven und strechtl. zu Buchwerten aufgrund von § 24 UmwStG eingebracht. Die einbringende KapGes. kann den handelsrechtl. Gewinn, uU unter Darlehensfinanzierung, an ihren Gesellschafter zu 60 % (hälftig)/zu 95 % stfrei ausschütten (vgl. im Einzelnen *Romswinkel*, DB 2002, 1679 [1683]). Ebenfalls der Inanspruchnahme der (hälftigen/60 %igen) StBefreiung für laufende Beteiligungserträge liegt die Strukturierung vor Veräußerung durch eine Vorzugsdividende zugrunde, mit der im Vorfeld der durch eine Option abgesicherten Veräußerung der Kaufpreis und damit Veräußerungsgewinn gemindert wird. Hierzu und zu weiteren Gestaltungsmöglichkeiten vgl. *Bogenschiütz/Hierl*, DStR 2003, 1147.

Verschmelzung zum Zweck des Wegfalls schädlicher Anteile: Da die Befreiung von Veräußerungsgewinnen für Anteile iSd. Abs. 4 versagt wird, könnten diese durch im Rahmen einer Verschmelzung neu auszugebende Anteile ersetzt werden. Wird zB die KapGes., an der sperrfristbehaftete Anteile bestehen, auf eine Schwes-tergesellschaft verschmolzen, gehen die sperrfristbehafteten Anteile unter. Aufgrund von § 13 Abs. 1 UmwStG treten die neuen Anteile an deren Stelle, soweit die Beteiligung im BV gehalten wird. Es ist str., ob sich aufgrund von § 13 Abs. 3 UmwStG die Einbringungsgeborenen der untergehenden Anteile an den neuen Anteilen fortsetzt; die FinVerw. wendet § 13 Abs. 3 UmwStG (1995) auf alle Anteile an (BMF v. 16.12.2003 – IV A 2 - S - 1978 - 16/03, BStBl. I 2003, 786, Rz. 18). Es liegt uE jedenfalls kein Fall des § 13 Abs. 3 UmwStG (1995) vor, wenn aufgrund der Verschmelzung keine einbringungsgeborenen, sondern durch einen nicht durch Abs. 2 Begünstigten eingebrachte Anteile ersetzt werden. Insgesamt kein Fall des Abs. 13 Abs. 3 UmwStG (1995) liegt uE auch dann vor, wenn im Rahmen

eines *upstream mergers* keine neuen Anteile ausgegeben werden (ausführl. *Pung* in *DPM*, § 8b Rz. 366 [6/2017]; *Schmitt*, BB 2002, 435); anders aber § 13 Abs. 3 des aktuellen UmwStG.

182 Einstweilen frei.

5. Gewinnminderungen in Fällen nicht steuerfreier Veräußerung (Abs. 4 Satz 3 aF)

183 a) Rechtsentwicklung

Die Regelung wurde durch das ProtErklG an Abs. 4 angefügt. Damit wurde die Verwaltungsmeinung gesetzlich festgeschrieben (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 27). Nach der Gesetzesbegründung handelt es sich um eine Klarstellung. Das indes ist zumindest zweifelhaft; uE gebot die StPflcht von Abs. 4 unterfallenden Anteilen eine entsprechende Berücksichtigung von Gewinnminderungen. Die Frage war str. Da Abs. 4 Satz 1 für bestimmte Anteile die Anwendung des Abs. 2, nicht aber des Abs. 3 ausschloss, wurde hieraus geschlossen, dass Abs. 3 auch anzuwenden war, wenn solche Anteile mit Verlust veräußert wurden (so insbes. BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 27; *Füger/Rieger*, FR 2003, 589 [592]; zum Streitstand ausführl. *Dessens*, FR 2002, 247 [255], mwN). Anderer Ansicht nach bezog sich Abs. 3 nur auf Anteile, die auch der Rechtsfolge des Abs. 2 unterlagen und demnach stfrei veräußert werden konnten (*Crezelius*, DB 2000, 1631 [1632]; *Rödder/Schumacher*, DStR 2000, 1453 [1456]; *Haritz*, DStR 2000, 1537 [1544]; *M. Frotscher* in *Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 499 [10/2019]).

184 b) Tatbestandsvoraussetzungen

Abs. 4 Satz 3 aF regelt, dass in Fällen nicht stfreier Veräußerung aufgrund von Abs. 4 Sätze 1 und 2 aF Gewinnminderungen nicht zu berücksichtigen sind, die im Zusammenhang mit den dort genannten Anteilen stehen. Folglich sind Gewinnminderungen während der siebenjährigen Sperrfrist auch dann nicht abziehbar, wenn eine Anteilsveräußerung vor Ablauf dieser Frist stpfl. wäre.

Satz 3 nennt selbst keine eigenen konkreten Tatbestände, sondern verweist auf Fälle des Satzes 1 und 2 sowie auf Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit den Anteilen entstehen.

Fälle des Satzes 1 und 2: Nach der Gesetzesintention sollen einbringungsgeborene Anteile und Anteile, die ein nicht durch Abs. 2 Begünstigter zu einem Wert unter dem Teilwert in eine KapGes. eingebracht hat (Satz 1) und für die keine Rückausnahme eingreift (Satz 2) betroffen sein. Der Wortlaut des Satzes 3 ist zwar ungenau formuliert, lässt aber die vom Gesetzgeber beabsichtigte Rechtsfolge zu. Der Verweis auf „Fälle des Satzes 1 und 2“ bezieht sich uE nicht nur auf die Nr. 1 und 2 des Satzes, sondern auch dessen Einleitung „Absatz 2 ist nur anzuwenden, soweit die Anteile nicht ...“. Es handelt sich um eine Rechtsgrundverweisung. Dadurch erfasst Satz 3 solche Fälle, die zwar grds. zu einem stfreien Veräußerungsgewinn führen, aber durch Satz 1 und die fehlende Rückausnahme in Satz 2 ausnahmsweise stpfl. sind.

Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit den Anteilen entstehen: Auch diese Formulierung ist ungenau; ihre Bedeutung erschließt sich erst durch

die Anordnung der Rechtsfolge, dass Abs. 3 Satz 3 gelten soll. Gemeint sind die Gewinnminderungen, die Abs. 3 Satz 3 ausschließt, insbes. Veräußerungsverluste und Teilwertabschreibungen. Sie müssen im Zusammenhang mit Anteilen entstehen, deren Veräußerung im Gewinnfall nicht zur StFreiheit nach Abs. 2 führt.

c) Rechtsfolge

185

Satz 3 formuliert keine eigenständige Rechtsfolge, sondern bedient sich ebenso wie bereits im Tatbestand eines Verweises. Abs. 3 Satz 3 ist anzuwenden. Gewinnminderungen bleiben dadurch stl. unberücksichtigt.

Überschießende Rechtsfolge: Die Anwendung des Abs. 3 Satz 3 in den Fällen des Abs. 4 Sätze 1 und 2 aF kann zu systemwidrigen Ergebnissen führen. Ist der Teilwert einer Beteiligung während der Siebenjahresfrist gesunken, wirkt sich die gebotene Teilwertabschreibung wegen Abs. 3 Satz 3 nicht aus. Dagegen würde ein Gewinn aus der Veräußerung der Anteile nachfolgend innerhalb der Siebenjahresfrist besteuert, selbst wenn sich unter Einbeziehung der Steuerwirksamkeit der Abschreibung kein Gewinn ergäbe. Zumindest in Fällen wie dem Vorgenannten ist Abs. 4 Satz 3 dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass steuerunwirksame Teilwertabschreibungen iSd. Abs. 3 den stpfl. Veräußerungsgewinn mindern (BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750a - 7/03, BStBl. I 2003, 292, Rz. 46; *Füger/Rieger*, FR 2003, 543 [547]; *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 502 [10/2019]; *Desens*, FR 2002, 247 [257]).

Stellungnahme: Der Wortlaut von Abs. 4 Satz 3 aF lässt es zwar zu, mit „Anteilen im Sinne des Absatzes 2“ sowohl einen abstrakten Verweis auf alle generell begünstigten Anteile zu fassen als aber auch einen Verweis auf den konkreten Anteil, der nicht unter Abs. 4 fällt. Da der Vorschrift aber systematisch der Gedanke zugrunde liegt, Gewinne und Verluste im Rahmen der Gewinnermittlung korrespondierend zu behandeln, erschien es angezeigt, auf konkret stfrei veräußerbare Anteile abzustellen (vgl. auch *Spengel/Schaden*, DStR 2003, 2192 [2200]; glA *M. Frotscher in Frotscher/Drüen*, § 8b Rz. 499 f. [10/2019]).

Fraglich ist, ob die Regelung in Satz 3 die Gesetzesintention, eine Berücksichtigung von Verlusten auszuschließen, trägt. Daran bestehen Zweifel, weil sich der Gesetzgeber auch in Satz 3 Verweisungen bedient, die bereits in den Sätzen 1 und 2 zu Auslegungsproblemen führen; wenngleich BFH (BFH v. 18.3.2008 – I R 37/08, BStBl. II 2011, 894) nur den Gewinnfall behandelt, dürfte auch der Verlustfall noch verfassungsrechtl. bestimmt genug gefasst sein.

