

## VERLUSTVERRECHNUNG

## Ringweise Anteilsveräußerung als Gestaltungsmöglichkeit optimal nutzen

von Prof. Dr. Dennis Klein, Steuerberater, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, Hannover/Toppenstedt

▮ Mit der ringweisen Anteilsveräußerung lassen sich steuerlich Veräußerungstatbestände vorziehen, um etwa Veräußerungsverluste vorzeitig zu verrechnen. Gleich einer Anteilsrotation übertragen Mitgesellschafter ihre Gesellschaftsanteile wechselseitig untereinander, ohne sich von der Einkunftsquelle endgültig trennen zu müssen. Der BFH hat dieses Gestaltungsmodell vor Jahren ausdrücklich anerkannt und einen Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten verneint. Wegen der zunehmend rigiden Handhabung des Gestaltungsmissbrauchs empfiehlt sich aber eine umsichtige Beratung. ▮

### 1. Ringweise Anteilsveräußerung als Gestaltungsmöglichkeit

Der Anteilsringtausch bietet sich als Gestaltungsmittel an, um die wirtschaftlichen Ergebnisse von Veräußerungsverlusten oder auch von Veräußerungsgewinnen zeitlich vorzuziehen.

#### ■ Beispiel

Drei Gesellschafter A, B und C haben gemeinsam zu gleichen Teilen eine GmbH gegründet und für ihre im Privatvermögen gehaltenen Beteiligungen Anschaffungskosten von jeweils 100.000 EUR gehabt. Die Geschäfte laufen zwar seit einigen Jahren schlecht und die GmbH erwirtschaftet Verluste, die Gesellschafter wollen aber an ihren Beteiligungen festhalten und die geschäftliche Wende schaffen. In dieser Situation haben A, B und C zwar schon einen Wertverlust im Hinblick auf ihre ursprünglichen hohen Anschaffungskosten erlitten, den sie aber mangels Realisationstatbestand noch nicht geltend machen können.

Ein solcher Realisationstatbestand lässt sich jedoch mit einem Ringtausch der Anteile schaffen. A veräußert seine Gesellschaftsanteile an B, B die seinen an C und C wiederum seine Anteile an A. Wegen der wirtschaftlichen Verhältnisse (Verlustsituation) erfolgt dies zum niedrigeren Zeitwert, sodass die Gesellschafter jeweils einen Veräußerungsverlust nach § 17 EStG erleiden. Gleichwohl sind die drei Gesellschafter wie bislang jeweils zu 1/3 beteiligt.

Ein vergleichbarer Fall lag dem BFH schon im Jahr 2010 vor (BFH 7.12.10, IX R 40/09, BStBl II 11, 427). Dort hatten sich Gesellschafter zum Zwecke der Verlustnutzung ihre Beteiligungen wechselseitig zum niedrigen Zeitwert verkauft. Die im Verhältnis zu den höheren Anschaffungskosten verursachten Verluste nutzten sie zur steuerlichen Verrechnung mit anderen Einkünften. Und durch den Ringtausch behielt jeder Gesellschafter eine entsprechende GmbH-Beteiligung als Einkunftsquelle. Der BFH erkannte in den ringweisen Anteilsveräußerungen und Anteilserwerben im Gesellschafterkreis keinen Gestaltungsmissbrauch, obwohl der Anteilstausch erklärtermaßen zur steuerlichen Verlustnutzung geschah.

Vorverlagern von Gewinnen oder Verlusten aus Veräußerungen

Ringtausch der Anteile zum niedrigeren Zeitwert

...

... ermöglicht eine Verlustverrechnung

## 2. Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten

Die Finanzverwaltung wie auch die Vorinstanz sahen in dieser Vorgehensweise noch einen Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO a.F. und lehnten daher die Berücksichtigung eines Veräußerungsverlusts nach § 17 EStG ab. Die Anteilsveräußerung und der zeitgleiche Anteilserwerb von einem Mitgesellschafter konterkarierten sich und würden sich wirtschaftlich aufheben (vgl. hierzu auch Klein/Orlopp/Brockmeyer, AO, § 42 Rz. 51). Außer dem steuerlichen Gestaltungsversuch, eine gesetzlich nicht vorgesehene Teilwertabschreibung von im Privatvermögen gehaltenen GmbH-Beteiligungen zu erreichen, seien für diese Vorgehensweise keine vernünftigen wirtschaftlichen Gründe ersichtlich (FG Rheinland-Pfalz 5.2.09, 4 K 1078/05).

**PRAXISHINWEIS** | Der BFH sah das offen zugegebene Steuervermeidungsmotiv unkritisch, die Finanzverwaltung gab durch die Veröffentlichung im Bundessteuerblatt letztlich auch ihr Plazet (BStBl II 11, 427). Gleichwohl ist bei ähnlichen Gestaltungen im Hinblick auf § 42 AO Vorsicht geboten, einige der zentralen Entscheidungsargumente bedürfen der kritischen Überprüfung, um diesen Gestaltungsweg auch für die Zukunft abzusichern.

Ein Gestaltungsmissbrauch ist gegeben, wenn eine rechtliche Gestaltung gewählt wird, die gemessen an dem erstrebten Ziel unangemessen ist, der Steuererminderung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche nichtsteuerliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist (BFH 21.8.12, VIII R 32/09, DStR 12, 2369; BFH 7.5.14, VIII B 110/13, BFH/NV 14, 1886). Nach ständiger Rechtsprechung macht allein das Motiv, Steuern sparen zu wollen, eine Gestaltung noch nicht unangemessen. Erst wenn ein Steuerpflichtiger wegen dieses Ziels nicht mehr die gesetzlich als Normalfall vorausgesetzten Gestaltungen wählt, sondern ungewöhnlichere, aufwendigere oder weniger sichere Wege geht, dann steht ein Gestaltungsmissbrauch i.S. von § 42 AO im Raum (BFH 29.5.08, IX R 77/06, BStBl II 08, 789).

**MERKE** | Die Unangemessenheit einer Rechtsgestaltung tritt insbesondere dann zutage, wenn sie außer der Steuerersparnis keinem wirtschaftlichen Zweck dient (BFH 8.5.03, IV R 54/01, BStBl II 03, 854). Nur bei beachtlichen außersteuerlichen Zwecken ist das Verhalten der Beteiligten nicht mehr auf die Angemessenheit hin zu beurteilen (BFH 21.8.12, VIII R 32/09, DStR 12, 2369).

## 3. Anteilsveräußerung als probates Gestaltungsinstrument

Wenn die gewählte Gestaltung hingegen dem als gesetzlichen Normalfall vorgesehenen Weg entspricht, dann ist mangels Ungewöhnlichkeit für Gestaltungsmissbrauch von vornherein kein Platz (vgl. Hey, Beihefter 3 DStR 14, S. 8). Dann bedarf es keiner weiteren außersteuerlichen Motive; das alleinige Motiv darf also in der Steuerersparnis liegen. Denn der Nachweis außersteuerlicher Gründe nach § 42 Abs. 2 S. 2 AO bezieht sich als Ausnahme auf den Missbrauch nach § 42 Abs. 2 S. 1 AO, kommt also überhaupt nur zur Anwendung, wenn zuvor eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt

Vorinstanz nahm noch Gestaltungsmissbrauch an

Motivation der Steuervermeidung war für BFH unschädlich

Beachtliche außersteuerliche Zwecke ersichtlich?

Welche Gestaltung schwebte dem Gesetzgeber als regulärer Weg vor?

wurde. Für die Abgrenzung ist maßgeblich, welche Gestaltung dem Gesetzgeber als regulärer Weg vorschwebte, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen. In der ringweisen Anteilsveräußerung erkannte der BFH jedenfalls keinen ungewöhnlichen Weg.

**Beachten Sie |** Das Instrument der „Anteilsveräußerung“ ist nicht ungewöhnlicher als die Alternative „Liquidation einer Gesellschaft“. Denn die Liquidation gilt selbst nach § 17 Abs. 4 EStG als eine Veräußerung (BFH 8.5.03, IV R 54/01, BStBl II 03, 854). Dementsprechend lässt sich schwerlich die Liquidation als einziges Mittel zur Zielerreichung behaupten.

#### 4. Gestaltungsmissbrauch durch gegenläufige Rechtsgeschäfte?

Etwas überraschender ist die Argumentation hinsichtlich des zeitgleichen Anteilserwerbs. Prima facie ist dies durchaus ein gegenläufiges Rechtsgeschäft (vgl. BFH 17.12.03, IX R 56/03, BStBl II 04, 648), dessen Sinn sich nicht ohne Weiteres erschließt. Die Entscheidung zum Anteilsringtausch stellt eine eher formale Betrachtung an. Dieser Anteilserwerb betreffe nämlich auf der Vermögensebene des Gesellschafters andere Gesellschaftsanteile. Überdies ergebe sich durch diesen neuerlichen Erwerb eine geänderte steuerliche Ausgangslage. Denn insofern liegen nunmehr niedrigere Anschaffungskosten vor, welche sich bei einer späteren erneuten Veräußerung oder der Liquidation der Gesellschaft in einem geänderten Veräußerungsergebnis nach § 17 Abs. 2 EStG niederschlagen (BFH 7.12.10, IX R 40/09, BStBl II 11, 427). Insofern unterscheiden sich Veräußerung und Erwerb voneinander, dem Fiskus geht auch kein Steuersubstrat verloren.

**GESTALTUNGSHINWEIS |** Wichtig ist zunächst einmal, nicht dieselben Gesellschaftsanteile zurückzuerwerben, sondern die Anteile anderer Gesellschafter. Somit setzt dieses Gestaltungsmodell mindestens zwei Gesellschafter voraus, zwecks Ringtausches besser mehrere.

Gleichwohl überraschen die Knappheit der Argumentation und die formale Betrachtung. Wenngleich es sich formal um andere Gesellschaftsanteile handelt, sind diese doch gleich bzw. gleichartig mit den parallel veräußerten Anteilen. Angesichts der ausgeprägten Rechtsprechung zu gegenläufigen Rechtsgeschäften ist für die Gestaltungsberatung eine etwas vorsichtiger Herangehensweise angezeigt. Nach ständiger Rechtsprechung kann nämlich ein **gleichzeitig vereinbarter Rückerwerb ein Gestaltungsmissbrauch** sein (BFH 1.2.08, IX B 251/07, BFH/NV 08, 813).

**MERKE |** Die Unangemessenheit ergibt sich nach diesen Kriterien daraus, dass ein Steuerpflichtiger nach einem Gesamtplan eine Rechtsposition erst schafft und diese dann durch gegenläufige Gestaltungen wieder ausgleicht, ohne dass hierfür außer der Steuerersparnis wirtschaftliche Gründe ersichtlich sind (BFH 27.10.05, IX R 76/03, BStBl II 06; BFH 31.7.02, X R 103/96, BFH/NV 03, 26; FG Rheinland-Pfalz 5.2.09, 4 K 1078/05; Fischer in: H/H/Sp, AO, § 42 Rz. 84).

Anteilsveräußerung  
nicht ungewöhnlicher  
als Liquidation

Keinesfalls  
dieselben Anteile  
zurückerwerben!

Gegenläufige  
Gestaltungen  
aufgrund Gesamtplan  
kritisch zu sehen

Als rechtsmissbräuchlich erkannt wurden etwa gegenläufige Rechtsgeschäfte auf der Nutzungsebene, bei denen es nach der wirtschaftlichen Substanz der Vereinbarungen nicht zu einer Veränderung der tatsächlichen und wirtschaftlichen Position kommt (BFH 17.12.03, IX R 56/03, BStBl II 04, 648). Darauf deutet in der diskutierten Gestaltung einiges hin, soll doch die Beteiligungsstruktur im wirtschaftlichen Ergebnis fortbestehen. Und für die kritische Beurteilung steuerlicher Gestaltungen muss ein Steuerpflichtiger mit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise rechnen und darf sich nicht allein an formale Positionen halten. In anderem Zusammenhang war bei fungiblen Wertpapieren keine absolute rechtliche Identität vorausgesetzt, sondern eine wirtschaftliche Identität, die bei gleichartigen, funktionsgleichen und gleichwertigen Wirtschaftsgütern vorliegt (BFH 22.5.03, IX R 9/00, BStBl II 03, 712; Schmitt/Hagen/Lenz, DStR 10, 735).

## 5. Außersteuerliche Gründe der ringweisen Anteilsveräußerung

Vorteilhaft sind insofern also durchaus außersteuerliche Gründe, die sich für den Anteilsringtausch anführen ließen. Als Grund für die Maßnahme lässt sich an eine drohende Insolvenz denken, in deren Vorfeld die Beteiligten Klarheit über die Verluste haben wollen. Außerdem kann es ein beachtliches Motiv sein, Verlust- oder Gewinnpositionen glattzustellen. Denn hierbei realisieren die Beteiligten die veränderte Vermögenslage tatsächlich und nicht allein steuerlich. Die Vermögensumstrukturierung und Bereinigung von Verlust- oder Gewinnpositionen ist als rechtmäßiges Gestaltungsmotiv anerkannt (vgl. BFH 17.10.01, I R 97/00, DStR 02, 78; FG Münster 14.3.07, 10 K 3380/04 E, EFG 07, 1024).

**Beachten Sie |** So lassen sich durch die ringweise Anteilsveräußerung auch Veräußerungsgewinne antizipieren und in Zeiträume vorverlagern, in denen diese steuerlich besser verkräftbar sind. Die Gewinnsicherung ist ein beachtliches außersteuerliches Motiv. Dass die Beteiligten hierbei ihre steuerliche Gesamtsituation im Blick behalten, begründet keinen Gestaltungsmissbrauch.

### ■ Beispiel

Die Gesellschaftsanteile der Gesellschafter A und B sind seit deren Anschaffung im Wert gestiegen. Aus anderen Einkünftequellen erwachsen A und B Verluste oder sie verfügen über Verlustvorträge. Durch eine ringweise Anteilsveräußerung können sie einen Veräußerungsgewinn nach § 17 Abs. 1 EStG produzieren, den sie mit den anderweitigen Verlusten verrechnen.

**GESTALTUNGSHINWEIS |** Überdies lässt sich der Anteilsringtausch mitsamt seinen steuerlichen Auswirkungen auch mit einer Umstrukturierung der Beteiligungsquoten verbinden. Ein Gesellschafter veräußert also mehr Anteile an seinen Mitgesellschafter als er von einem anderen erwirbt. Im wirtschaftlichen Ergebnis ist er also nicht mehr im bisherigen Umfang im Besitz der Einkunftsquelle. Da sich dann die Rechtsgeschäfte insoweit nicht mehr wirtschaftlich gegeneinander aufheben, scheidet von Beginn an ein Gestaltungsmissbrauch aus.

Wirtschaftliche  
Betrachtungsweise  
nicht außen vor  
lassen

Gewinnsicherung  
als beachtliches  
außersteuerliches  
Motiv

Veränderte  
Beteiligungsquote  
zur Absicherung der  
Gestaltung sinnvoll

## 6. Spezielle Verlustverrechnungsbeschränkungen

Die Anteilsveräußerungen nach § 17 EStG unterliegen dem Teileinkünfteverfahren. Nach § 3 Nr. 40 c) EStG sind 40 % des Veräußerungsgewinns steuerfrei, also nur 60 % zu versteuern. Entsprechend ist nach § 3c Abs. 2 EStG ein Veräußerungsverlust auch nur zu 60 % zu berücksichtigen. Der früher zeitweise mögliche Vollabzug des Verlusts bei vollständig ausgebliebenen Einnahmen aus der Beteiligung ist jedenfalls ab dem VZ 2011 überholt (Weber-Grellet in: Schmidt, EStG, § 17 Rn. 191; Glaser, DStR 11, 1797).

Grundsätzlich sind Veräußerungsgewinne und -verluste i.S. von § 17 EStG gleich zu behandeln. Für Veräußerungsverluste sind jedoch spezielle Verlustverrechnungsbeschränkungen zu beachten, die der Gesetzgeber zur Missbrauchsbekämpfung eingeführt hat. Dies betrifft zum einen unentgeltlich erworbene Anteile. Veräußerungsverluste sind nach § 17 Abs. 2 S. 6 a) EStG nicht abziehbar, soweit sie auf innerhalb der letzten fünf Jahre **unentgeltlich erworbene Anteile** entfallen. Dies soll verhindern, dass ein nicht relevant Beteiligter einem relevant Beteiligten seine Verlustbeteiligung schenkt (vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 14/23, S. 179).

**Hinweis** | Mangels Missbrauchsgefahr besteht diese Einschränkung nicht, soweit der Rechtsvorgänger den Veräußerungsverlust hätte geltend machen können. Länger als fünf Jahre zurückliegende Erwerbe sind unschädlich.

Eine weitere Einschränkung ergibt die Haltefrist entgeltlich erworbener Anteile nach § 17 Abs. 2 S. 6 b) EStG. Für eine Verlustberücksichtigung ist eine **durchgehende vorherige fünfjährige Haltefrist** der Beteiligung von mindestens 1 % erforderlich. Für den Veräußerungsgewinn reicht es aus, wenn die relevante Beteiligung auch nur zeitweise oder gar punktuell einmalig während des fünfjährigen Betrachtungszeitraums vorlag (§ 17 Abs. 1 S. 1 EStG).

**Hinweis** | Ein Veräußerungsverlust ist auch nur zu berücksichtigen, wenn noch im Veräußerungszeitpunkt eine relevante Beteiligung vorliegt (Strahl, KÖSDI 2000, S. 12 260/9.). Die zu einer relevanten Beteiligung führenden Erwerbe sind nach § 17 Abs. 2 S. 6 b) S. 2 EStG hingegen voll zu berücksichtigen (Nacke/Intemann, NWB 3/12 303/11). Gleiches gilt für den Erwerb im Rahmen einer Gründung gemäß § 17 Abs. 2 S. 6 b) S. 2 EStG (Weber-Grellet in: Schmidt, EStG, § 17 Rn. 200), da dann noch gar keine fünfjährige Haltefrist möglich ist. Für derlei Fälle fehlt die Missbrauchsgefahr, sodass es nur auf den Existenzzeitraum der Gesellschaft ankommt.

**FAZIT** | Die ringweise Anteilsveräußerung ist ein höchsttrichterlich anerkanntes geeignetes Mittel, um Veräußerungstatbestände vorzuziehen. Nach den herkömmlichen Standards des Gestaltungsmissbrauchs sind Bedenken jedoch nicht völlig von der Hand zu weisen. Zur Absicherung empfehlen sich daher flankierende außersteuerliche Motive. Überdies haben Steuerpflichtige vorab die speziellen Verlustverrechnungsbeschränkungen aus § 17 Abs. 2 S. 6 EStG zu bedenken.

**ZUM AUTOR** | Der Verfasser ist Professor für Wirtschafts- und Steuerrecht sowie Rechnungslegung an der Leibniz-Fachhochschule in Hannover und zugleich Steuerberater, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht in Toppenstedt bei Hamburg.

Veräußerungsverlust unterliegt auch dem Teileinkünfteverfahren

Verschenken von Verlustbeteiligungen soll „eingedämmt“ werden

Durchgehende fünfjährige Haltefrist beachten

Flankierende Maßnahmen zur Absicherung