

Urteil vom 14. Februar 2023, IX R 23/21

Relevante Beteiligung gemäß § 17 Abs. 1 EStG an einer "Corporation" nach US-amerikanischem Recht (Delaware)

ECLI:DE:BFH:2023:U.140223.IXR23.21.0

BFH IX. Senat

FGO § 118 Abs 2, EStG § 17 Abs 1 S 1, EStG § 17 Abs 1 S 3, EStG VZ 2011

vorgehend FG Nürnberg, 28. April 2021, Az: 5 K 1490/20

Leitsätze

1. Anteile an einer "Corporation" nach US-amerikanischem Recht gehören zu den ähnlichen Beteiligungen i.S. des § 17 Abs. 1 Satz 3 EStG.
2. § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG knüpft typisierend an die Höhe der nominellen Beteiligung am Grund- oder Stammkapital der (inländischen) Kapitalgesellschaft an; bei Auslandskapitalgesellschaften ist auf eine entsprechende Bezugsgröße abzustellen, die die kapitalmäßige Beteiligung des Gesellschafters in vergleichbarer Weise wiedergibt.
3. Diese Bezugsgröße muss bei Auslandskapitalgesellschaften, die nicht dem deutschen Gesellschaftsrecht unterliegen, Auskunft über das tatsächlich übernommene Gesellschaftskapital geben. Maßgeblich ist, welchen Beitrag der Gesellschafter zu dem durch Einlagen gebildeten Gesellschaftsvermögen erbracht hat; damit korrespondiert sein Anspruch auf Beteiligung an der Substanz der Kapitalgesellschaft. Auf eine Größe, die dem genehmigten Kapital nach deutschem Recht entspricht, kann in diesem Zusammenhang auch dann nicht abgestellt werden, wenn sie sich als einzige aus einem öffentlichen Register ergibt.
4. Die Feststellung des ausländischen Rechts gehört revisionsrechtlich zu den --den BFH bindenden (§ 118 Abs. 2 FGO)-- tatsächlichen Feststellungen des FG.

Tenor

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Finanzgerichts Nürnberg vom 28.04.2021 - 5 K 1490/20 wird als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat der Kläger zu tragen.

Tatbestand

I.

- 1 Streitig ist, wie die Relevanzschwelle des § 17 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) bei einer "Corporation", die nach dem Recht von Delaware (Bundesstaat der Vereinigten Staaten von Amerika --USA--) gegründet wurde, zu ermitteln ist.
- 2 Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) ist der Sohn und Alleinerbe des im Jahr 2014 verstorbenen Herrn ... (R). R war Alleingesellschafter der S-GmbH mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland (Deutschland). Die Anteile an der S-GmbH veräußerte er mit Vertrag vom xx.xx.2008 an die Z-Unternehmensgruppe und erhielt neben der Zahlung eines Geldbetrags in Höhe von 2.282.597 € im Tausch 1 296 165 Anteile an der Z-Inc. mit Sitz in Delaware/USA. Die Anschaffungskosten der Anteile betragen 1.560.972 €.
- 3 Die Z-Inc. ist eine nach dem Recht von Delaware gegründete Kapitalgesellschaft ("Corporation"), die zunächst in England und dann in den USA börsennotiert und bei der US-amerikanischen Börsenaufsichtsbehörde (SEC)

registriert war. Sie war am xx.xx.2006 als "T-Corporation" --als "blank check company"-- gegründet worden. Als Folge der Verschmelzung mit "T-Corporation" am xx.xx.2007 war die Z-Inc. berechtigt, 1 000 000 Aktien als "preferred stock" (Vorzugsaktien) und 150 000 000 Aktien als "common stock" (Stammaktien) auszugeben, von denen am xx.xx.2008 indes nur 32 542 388 ausgegeben ("issued") waren. In dem bei der SEC einzureichenden Quartalsbericht zum 30.09.2008 vom xx.xx.2008 gab die Z-Inc. "issued and outstanding shares" von 32 547 406 Stück sowie "authorized shares" von 150 000 000 Stück an. Nach dem letzten bei der SEC hinterlegten Jahresbericht zum 31.12.2009 und der veröffentlichten Bilanz zu diesem Stichtag betrug die "authorized shares" 150 000 000 Stammaktien zu je 0,0001 USD (zuzüglich 1 000 000 Vorzugsanteile zu je 0,0001 USD) und die "issued and outstanding shares" 37 277 808 Anteile. Die Anteile hielten ca. ... Anteilseigner. Die Anteile an der Z-Inc. ("common stock") wurden bis zum xx.xx.2009, die Bezugsrechte bis zum xx.xx.2009 am "Alternative Investment Market" der Londoner Börse gehandelt. Sodann wurde beschlossen, den Börsenhandel und Vertrieb des "common stock" einzustellen. Zum 31.12.2009 wurden die Anteile und Bezugsrechte an keiner Börse mehr öffentlich gehandelt.

- 4 Mit Vertrag vom xx.xx.2010 wurde zwischen der Z-Inc., der Y-Inc., Delaware/USA, und der X-Corp., ebenfalls Delaware/USA (Muttergesellschaft), eine Verschmelzung mit der Z-Inc. als aufnehmender Rechtsträgerin, die als 100%ige Tochtergesellschaft der X-Corp. fortbestehen sollte, vereinbart. Nach dem Verschmelzungsvertrag wurde jeder Anteil aufgehoben und automatisch in ein Vermögensrecht im Gegenwert von 6,10 USD je Anteil getauscht. R nahm die im Zusammenhang mit der Verschmelzung erhaltenen Vermögensrechte in den Kalenderjahren 2011 und 2012 in Tranchen in Anspruch.
- 5 In den Einkommensteuererklärungen für 2011 und 2012 erklärte R einen --dem Teileinkünfteverfahren unterfallenden-- Gewinn aus der Veräußerung von 1 080 138 bzw. 216 027 Z-Inc.-Anteilen in Höhe von 3.399.009,40 € bzw. 741.027,40 €, der sich wie folgt ermittelte:

2011		
Verkaufspreis:		
Verkauf am xx.xx.2011	2.635.529,40 USD	1.907.790,00 €
Verkauf am xx.xx.2011	3.953.312,40 USD	2.792.030,00 €
./. Anschaffungskosten		./. 1.300.810,60 €
Veräußerungsgewinn		3.399.009,40 €
2012		
Verkaufspreis	1.317.764,70 USD	1.001.188,80 €
./. Anschaffungskosten		./. 260.161,40 €
Veräußerungsgewinn		741.027,40 €

- 6 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (Finanzamt --FA--) setzte die Einkommensteuer für 2011 mit Bescheid vom 17.09.2013 unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 Abs. 1 der Abgabenordnung --AO--) fest und berücksichtigte einen Veräußerungsgewinn in Höhe von 3.405.851 € im Teileinkünfteverfahren.
- 7 R legte dagegen Einspruch ein und machte geltend, es liege keine relevante Beteiligung i.S. des § 17 EStG vor. Nach dem Tausch habe er 1 296 165 Stück Aktien von insgesamt 150 000 000 ("authorized share capital") erworben; dies entspreche einer Beteiligung von 0,86 % am Nominalkapital. Nachdem das FA im geänderten Bescheid vom 10.10.2013 Mitteilungen über Beteiligungseinkünfte ausgewertet hatte, folgte es dem Einspruchsbegehren des R im Bescheid vom 05.11.2013; der Vorbehalt der Nachprüfung blieb bestehen. Damit übereinstimmend berücksichtigte das FA in dem unter Vorbehalt der Nachprüfung stehenden Einkommensteuerbescheid für 2012 vom 03.01.2014 keinen Veräußerungsgewinn.

- 8** Im Anschluss an eine Betriebsprüfung ging das FA davon aus, dass der Veräußerungsgewinn in Höhe von 3.405.841,17 € (2011) bzw. 741.027,40 € (2012) --zu 60 %-- steuerpflichtig sei. Denn die Beteiligung von 1 296 165 Anteilen sei nicht auf das Nominalkapital von 150 000 000 Anteilen zu beziehen, sondern auf die ausgegebenen 37 224 215 Anteile, die sich aus dem "Agreement and Plan of Merger" vom xx.xx.2010 und der Bilanz zum 31.12.2009 ergäben. Daraus folge eine Beteiligung von 3,48 %. Vor diesem Hintergrund erließ das FA am 14.12.2015 gegenüber dem Kläger als Rechtsnachfolger des R nach § 164 Abs. 2 AO geänderte Einkommensteuerbescheide für 2011 und 2012; der Vorbehalt der Nachprüfung wurde aufgehoben.
- 9** Mit Einspruchsentscheidung vom 22.11.2018 wies das FA den Einspruch betreffend Einkommensteuer 2012 als unbegründet zurück. Im anschließenden Klageverfahren (5 K 1730/18) gingen die Beteiligten übereinstimmend davon aus, dass der Veräußerungsgewinn --sofern die Relevanzschwelle überschritten werde-- im Jahr 2011 zu versteuern sei. Auf eine entsprechende Änderungszusage des FA hin erklärten sie daher den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt.
- 10** Nach einem Hinweis erhöhte das FA die Einkommensteuer für 2011 mit Einspruchsentscheidung vom 06.11.2020 und berücksichtigte nunmehr einen Veräußerungsgewinn in Höhe von 4.146.868 € (im Teileinkünfteverfahren).
- 11** Das Finanzgericht (FG) wies die dagegen gerichtete Klage mit dem in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2022, 762 veröffentlichten Urteil vom 28.04.2021 als unbegründet ab.
- 12** Mit der Revision rügt der Kläger zum einen die Verletzung materiellen Rechts (§ 17 EStG). Zu Unrecht habe das FG bei der Prüfung der Relevanzschwelle die "issued and outstanding shares" und nicht die im US-amerikanischen Unternehmensregister angemeldeten "authorized shares" herangezogen. Die Höhe des Kapitals der Z-Inc. sei aus dem "Certificate of Incorporation" ersichtlich, das die Satzung der Gesellschaft darstelle. Die dort genannten Anteile (150 000 000 bzw. 151 000 000 einschließlich Vorzugsaktien) repräsentierten das Kapital der Gesellschaft i.S. von § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG. Denn der Gesetzgeber habe mit der Anknüpfung an das Grund- oder Stammkapital im Interesse der einfachen Handhabung der Vorschrift eine feste Grenze vorgesehen, ohne dass den Finanzbehörden ein Spielraum belassen werde (Urteil des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 25.11.1997 - VIII R 29/94, BFHE 184, 543, BStBl II 1998, 257). Übertragen auf eine US-Kapitalgesellschaft, die kein Grund- oder Stammkapital habe, bedeute dies, dass ebenfalls nur die Beteiligung an einer festen Bezugsgröße maßgeblich sein könne. Im Streitfall habe nach den Eintragungen im Unternehmensregister ausschließlich "authorized capital" vorgelegen, so dass es darauf aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit ankomme.
- 13** Zwar habe die Z-Inc. tatsächlich weniger Anteile ausgegeben als die im "Certificate of Incorporation" genannten 151 000 000 Stück; am xx.xx.2010 seien es 37 224 215 Stück gewesen. Die Ermittlung der "issued and outstanding shares" anhand der bei der SEC hinterlegten Berichte sei jedoch kritisch zu sehen, da nicht alle US-Kapitalgesellschaften zur Offenlegung verpflichtet seien, nur Quartalswerte veröffentlicht würden und nicht bekannt sei, ob die veröffentlichten Werte korrekt seien.
- 14** Die Ausführungen des FG, dass sich aufgrund der Regelungen des Verschmelzungsvertrags spätestens zu diesem Zeitpunkt die Gesamtzahl der Anteile auf die Anzahl der "issued and outstanding shares" reduziert habe, seien schwer nachzuvollziehen. Allein die Nennung der Kapitalverhältnisse in einem privatschriftlichen Vertrag dürfte keinerlei Einfluss auf das Kapital der Gesellschaft i.S. des § 17 Abs. 1 EStG haben. Eine Ausgabe weiterer Aktien bis zur Höhe der "authorized shares" wäre wahrscheinlich auch nach Abschluss des Vertrags vom xx.xx.2010 noch möglich gewesen.
- 15** Zum anderen wendet sich der Kläger gegen den Zeitpunkt einer etwaigen Besteuerung des Veräußerungsgewinns. R habe bereits mit Abschluss des Verschmelzungsvertrags im Jahr 2010 das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen verloren. Es sei fehlerhaft, dass das FG insoweit an den Zeitpunkt der Einreichung der Verschmelzungsurkunde beim "Secretary of State" in Delaware (xx.xx.2011) angeknüpft habe.
- 16** Der Kläger beantragt,
das Urteil des FG aufzuheben und den Einkommensteuerbescheid für 2011 vom 14.12.2015 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 06.11.2020 dahingehend abzuändern, dass der Veräußerungsgewinn in Höhe von 2.488.120 € nicht der Besteuerung unterworfen wird.
- 17** Das FA beantragt,
die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

II.

- 18** Die Revision ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--). Das FG ist zu Recht davon ausgegangen, dass R zu mindestens 1 % i.S. von § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG an der Z-Inc. beteiligt war (dazu unter 1.). Die übrigen Voraussetzungen des § 17 EStG sind ebenfalls erfüllt (dazu unter 2.). Der Veräußerungsgewinn ist in zutreffender Höhe ermittelt worden (dazu unter 3.). Ein deutsches Besteuerungsrecht hat das FG ebenfalls zu Recht angenommen (dazu unter 4.). Ein Verfahrensmangel liegt nicht vor (dazu unter 5.).
- 19** 1. Das FG ist zu Recht davon ausgegangen, dass R zu mindestens 1 % am Kapital der Z-Inc. beteiligt war.
- 20** a) Gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG gehört zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb auch der Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 1 % beteiligt war. Anteile an einer Kapitalgesellschaft sind Aktien, Anteile an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Genussscheine oder ähnliche Beteiligungen und Anwartschaften auf solche Beteiligungen (§ 17 Abs. 1 Satz 3 EStG in der im Streitjahr gültigen Fassung). Dazu gehören auch Anteile an einer ausländischen Kapitalgesellschaft, wenn sie nach dem betreffenden ausländischen Recht Gesellschafterrechte verkörpern, wie sie nach deutschem Recht beispielsweise mit Aktien oder GmbH-Anteilen verbunden sind (vgl. BFH-Urteil vom 21.10.1999 - I R 43, 44/98, BFHE 190, 377, BStBl II 2000, 424, unter II.2.b bb aaa; Schneider in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 17 Rz B 92).
- 21** b) Das FG ist zu Recht davon ausgegangen, dass es sich bei Anteilen an einer "Corporation" US-amerikanischen Rechts um eine ähnliche Beteiligung i.S. des § 17 Abs. 1 Satz 3 EStG handelt (s. dazu BFH-Urteil vom 19.05.1992 - VIII R 16/88, BFHE 168, 170, BStBl II 1992, 902). Die Gesellschaft ist nach Maßgabe des sog. Typenvergleichs einer deutschen Aktiengesellschaft vergleichbar (vgl. zur US-amerikanischen "Inc." BFH-Urteil vom 18.05.2021 - I R 12/18, BFHE 273, 223, BStBl II 2021, 875, Rz 13, m.w.N.; Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 24.12.1999, Grundsätze der Verwaltung für die Prüfung der Aufteilung der Einkünfte bei Betriebsstätten international tätiger Unternehmen - Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze, BStBl I 1999, 1076, Tabelle 1). Dies ist zwischen den Beteiligten nicht streitig. Ebenso wenig ist die Vergleichbarkeit der in den "shares" verkörperten Rechte mit den Gesellschafterrechten eines Aktionärs in Zweifel zu ziehen.
- 22** c) Die Entscheidung des FG, R sei innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Z-Inc. zu mindestens 1 % beteiligt gewesen, ist revisionsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden.
- 23** aa) Nach ständiger Rechtsprechung des BFH sind Anteile an einer GmbH die Geschäftsanteile i.S. der §§ 5 und 14 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Nach § 14 GmbHG a.F. bestimmt sich der Geschäftsanteil eines Gesellschafters nach dem Betrag der übernommenen Stammeinlage; nach § 14 GmbHG in seiner ab 01.11.2008 gültigen Fassung ist auf jeden Geschäftsanteil eine Einlage zu leisten, die sich nach dem Nennbetrag des Geschäftsanteils richtet. Aus der Anbindung des § 17 Abs. 1 EStG an diese zivilrechtliche Regelung folgt, dass sich steuerrechtlich die Höhe des Anteils an einer GmbH ebenfalls aus der übernommenen Stammeinlage errechnet (BFH-Urteile in BFHE 184, 543, BStBl II 1998, 257, unter II.2.; vom 14.06.2005 - VIII R 73/03, BFHE 210, 272, BStBl II 2005, 861, unter II.2.a).
- 24** Von dispositiven Vorschriften des GmbHG abweichende Regelungen über das Stimmrecht und/oder über die Verteilung des Gewinns und/oder des Liquidationserlöses beeinflussen die Höhe einer Beteiligung i.S. des § 17 Abs. 1 EStG hingegen nicht. Schon der Wortlaut des § 17 Abs. 1 EStG legt es nahe, den Begriff der Beteiligung allein kapitalmäßig zu bestimmen. Die Vorschrift spricht in Satz 1 ausdrücklich von der Beteiligung am "Kapital der Gesellschaft". Kapital ist nach den gesetzlichen Vorschriften des GmbHG (§ 5 Abs. 1) und des Aktiengesetzes --AktG-- (§ 6 ff.) das Stamm- bzw. Grundkapital der Gesellschaft, das mit einem festen Betrag in der Satzung auszuweisen ist. Es bezeichnet das durch Einlagen oder Einlageverpflichtungen der Gesellschafter aufzubringende Gesellschaftsvermögen. Der "Anteil an einer Kapitalgesellschaft" bemisst sich deshalb nach dem betragsmäßig bestimmten (festen) Anteil am Stamm- oder Grundkapital der Gesellschaft (vgl. BFH-Urteile in BFHE 184, 543, BStBl II 1998, 257, beginnend unter II.3.; in BFHE 210, 272, BStBl II 2005, 861, unter II.2.b).
- 25** Für dieses Gesetzesverständnis spricht auch der Zweck des § 17 Abs. 1 EStG, den aufgrund der Veräußerung des Geschäftsanteils eintretenden Zuwachs an finanzieller Leistungsfähigkeit zu erfassen. Der Zuwachs an Leistungsfähigkeit ist unabhängig davon steuerungswürdig, ob er auf der Einflussnahme des Anteilseigners auf

die Geschäfte der Kapitalgesellschaft beruht. Entscheidend für die Besteuerung des Veräußerungsgewinns sind vielmehr die Ansprüche des Gesellschafters auf Beteiligung an der Substanz. Dem entspricht es, für die Wesentlichkeit der Beteiligung auf die Höhe des Anteils am Nennkapital abzustellen. Denn die Vermögensrechte des Anteilseigners (Gewinnrecht und Recht auf den Liquidationserlös) bestimmen sich gemäß §§ 29 Abs. 3 und 72 GmbHG nach dem Nennbetrag seines Geschäftsanteils. Da im Regelfall die Gesellschafter der Kapitalgesellschaft im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile am Vermögenszuwachs der Kapitalgesellschaft beteiligt sind, ist es sachgerecht, wenn § 17 Abs. 1 EStG typisierend an die Höhe der nominellen Beteiligung am Stamm- oder Grundkapital anknüpft (vgl. BFH-Urteil in BFHE 184, 543, BStBl II 1998, 257, unter II.3.c, m.w.N.).

- 26** Eine Ausnahme ist auch dann nicht gerechtfertigt, wenn einem Gesellschafter, der nominell nicht in relevanter Höhe am Kapital der Gesellschaft beteiligt ist, abweichend von §§ 29, 72 GmbHG durch die Satzung ein höherer Anteil am Gewinn und/oder am Liquidationserlös eingeräumt worden ist. Wie sich aus der Entstehungsgeschichte des § 17 EStG ergibt, wollte der Gesetzgeber mit der Anknüpfung an das Grund- oder Stammkapital im Interesse der einfachen Handhabung der Vorschrift eine "feste Grenze" vorsehen, "ohne dass dem Ermessen der Verwaltungsbehörden noch ein weiterer Spielraum gelassen wird". Diese Absicht des Gesetzgebers würde unterlaufen, wenn man das Tatbestandsmerkmal der Beteiligung am "Kapital" im Sinne einer Beteiligung am tatsächlichen Vermögen der Kapitalgesellschaft auslegen würde. Angesichts der Vielzahl denkbarer Satzungsregelungen über die Verteilung des Gewinns und des Liquidationserlöses könnte nur aufgrund einer Beurteilung aller individuellen Umstände des jeweiligen Einzelfalls entschieden werden, ob eine relevante Beteiligung anzunehmen ist. Dies würde die Rechtssicherheit und -klarheit erheblich beeinträchtigen. Für die Beteiligten wäre nicht mehr in allen Fällen vorhersehbar, ob der Erlös aus der Veräußerung eines Geschäftsanteils nach § 17 EStG einkommensteuerpflichtig ist (BFH-Urteil in BFHE 184, 543, BStBl II 1998, 257, beginnend unter II.3.d, m.w.N.).
- 27** bb) Bei Auslandskapitalgesellschaften, die über kein Grund- oder Stammkapital im Sinne des deutschen Aktien- oder GmbH-Rechts verfügen, ist auf eine entsprechende Bezugsgröße abzustellen, die die kapitalmäßige Beteiligung des Gesellschafters in vergleichbarer Weise wiedergibt (vgl. Gosch in Kirchhof/Seer, EStG, 21. Aufl., § 17 Rz 19; Hils in EStG-eKommentar, EStG [01.01.2015], § 17 Rz 32). Diese Bezugsgröße ist unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks des § 17 EStG, den aufgrund der Veräußerung des Geschäftsanteils eingetretenen Zuwachs an finanzieller Leistungsfähigkeit zu erfassen, und der Bedeutung des Grund- oder Stammkapitals im deutschen Gesellschaftsrecht zu bestimmen. Entscheidend ist eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung der maßgebenden ausländischen Bestimmungen über das Kapital der Gesellschaft sowie deren konkrete Ausformung in ihrer Satzung (vgl. BFH-Urteil in BFHE 273, 223, BStBl II 2021, 875, Rz 13, zum Typenvergleich).
- 28** Die gesuchte Bezugsgröße muss --wie die übernommene Einlage bei einer deutschen Kapitalgesellschaft-- Auskunft über das tatsächlich übernommene Gesellschaftskapital geben. Maßgeblich ist, welchen Beitrag der Gesellschafter zu dem durch Einlagen gebildeten Gesellschaftsvermögen erbracht hat; damit korrespondiert sein Anspruch auf Beteiligung an der Substanz der Kapitalgesellschaft (vgl. dazu BFH-Urteil vom 14.03.2006 - VIII R 49/04, BFHE 213, 307, BStBl II 2006, 746, unter II.3.c cc; Karrenbrock in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, Kommentar, § 17 Rz 106; Oellerich in Bordewin/Brandt, § 17 EStG Rz 123; Frotscher/Moritz/Strohm in Frotscher/Geurts, EStG, § 17 Rz 59 f.). Beteiligungen i.S. des § 17 Abs. 1 EStG sind vor allem dadurch gekennzeichnet, dass sie die für einen Anteilsinhaber typische Teilhabe an den stillen Reserven der Gesellschaft gewährleisten. Denn § 17 EStG in seiner ursprünglichen Fassung wollte den wesentlich beteiligten Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft dem typischen (Mit-)Unternehmer gleichstellen, der an den im Unternehmen gebildeten stillen Reserven beteiligt ist (vgl. BFH-Urteil in BFHE 210, 272, BStBl II 2005, 861, unter II.2.c bb).
- 29** Hingegen kommt es auf das genehmigte Kapital der Gesellschaft (§§ 202 ff. AktG) oder vergleichbare Kategorien nicht an. Die Anteile müssen ausgegeben sein und dem Gesellschafter einen Anspruch auf Beteiligung an der Substanz der Gesellschaft vermitteln. Dementsprechend ist für die Bestimmung der Relevanzschwelle irrelevant, wenn Anteile zwar genehmigt, aber nicht ausgegeben worden sind, um diese für spätere Finanzierungen oder zur Ausschüttung von Gratisanteilen zurückhalten zu können (vgl. dazu Sauermilch in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Anhang 3 USA Rz U 22). Auch die Eintragung der Höhe des Anteils in ein öffentliches ausländisches Register ist grundsätzlich kein Kriterium.
- 30** cc) Die Feststellung des ausländischen Rechts (nicht der vorgenannten abstrakten Bezugsgröße) durch das FG gehört zu der --den BFH bindenden-- Tatsachenfeststellung i.S. des § 118 Abs. 2 FGO. Im Revisionsverfahren kann insoweit (nur) überprüft werden, ob das FG sein Ermessen tatsächlich ausgeübt hat, ob die Ermittlung der

Rechtsnormen und ihres Inhalts verfahrensrechtlich einwandfrei zustande gekommen ist und ob das FG bei seinen Ermittlungen die Ermessensgrenzen sowie die Denkgesetze und allgemeinen Erfahrungssätze beachtet hat (vgl. nur BFH-Urteil vom 19.12.2007 - I R 46/07, BFH/NV 2008, 930, unter II.2.b aa; Gräber/Ratschow, Finanzgerichtsordnung, 9. Aufl., § 118 Rz 60).

- 31** dd) Das FG hat zur Begründung seines Urteils u.a. ausgeführt, das in der Satzung und in den Gründungsunterlagen genannte und bei der Registrierung angegebene "authorized capital" lege als genehmigtes Kapital nur die Anzahl der Aktien fest, die von der Gesellschaft ausgegeben werden dürften. Diese Anzahl gebe aber keine Auskunft oder Gewissheit darüber, dass die Gesellschaft in dieser Höhe auch mit Kapital ausgestattet bzw. dass mit einer Kapitalaufbringung in dieser Höhe zu rechnen sei. Das "authorized capital" gebe auch keinen Hinweis auf die Höhe des Kapitals, an dem der Gesamtheit der Aktionäre die Gesellschafterrechte (Dividendenbezug, Teilhabe am Liquidationserlös) zustünden, da nicht erkennbar sei, inwieweit Aktien tatsächlich ausgegeben und gezeichnet worden seien. Das lasse sich nur aus den Angaben zu den "issued and outstanding shares" ersehen. Allein den Inhabern dieser Anteile stünden die maßgeblichen Rechte eines Aktionärs zu.
- 32** (1) In rechtlicher Hinsicht hat das FG damit zutreffend auf diejenigen Anteile abgestellt, die ihren Inhabern eine kapitalmäßige Beteiligung an der Gesellschaft vermittelten. Damit hat es den richtigen Maßstab gewählt. Auf eine Maßgröße, die dem genehmigten Kapital entspricht, kann dagegen nicht abgestellt werden, weil das genehmigte Kapital (noch) keine Kapitalbeteiligung vermittelt. Zu Recht hat es das FG auch nicht als entscheidend angesehen, dass nur das "authorized capital" als feste Maßgröße ausgeprägt war. Die einfache und rechtssichere Handhabung der Relevanzschwelle (Anknüpfung an eine feste Maßgröße) ist bei der Beteiligung an einer ausländischen Kapitalgesellschaft nicht das entscheidende Kriterium. Es genügt vielmehr, wenn sich die maßgebliche Bezugsgröße ermitteln und feststellen lässt. Sie muss nicht in einem öffentlichen Register eingetragen oder für jedermann erkennbar sein. Dem entsprechend hat das FG überzeugend ausgeführt, dass die Feststellung der Anzahl der ausgegebenen Anteile unter den gegebenen Umständen zumindest möglich war. Mehr ist von Rechts wegen nicht erforderlich.
- 33** (2) In tatsächlicher Hinsicht ist der BFH an die Feststellung des Inhalts des ausländischen Rechts durch das FG gebunden (§ 118 Abs. 2 FGO). Verstöße gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze sind weder dargelegt noch ersichtlich. Der Bindungswirkung steht auch nicht entgegen, dass es sich bei der Feststellung des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts (Höhe der Beteiligung des R) nur um eine Vorfrage für die Anwendung des deutschen Steuerrechts (Beurteilung des Erreichens der Relevanzschwelle i.S. des § 17 Abs. 1 EStG) handelt (vgl. BFH-Urteil vom 10.07.2002 - X R 89/98, BFHE 199, 441, BStBl II 2003, 72, betreffend die Feststellung und Auslegung von Landesrecht durch das Finanzgericht). Mit Bindungswirkung hat das FG danach festgestellt, dass nur die "issued and outstanding shares" ihren Inhabern eine kapitalmäßige Beteiligung an der Gesellschaft vermittelten und dass der Kläger --gemessen an der Anzahl der von der Gesellschaft tatsächlich ausgegebenen "shares"-- in relevanter Höhe an ihr beteiligt war.
- 34** ee) Soweit das FG Münster in seinen Urteilen vom 27.11.2013 - 11 K 3468/11 E (EFG 2014, 341, betreffend eine Limited englischen Rechts) und vom 06.12.2016 - 7 K 3225/13 E (EFG 2017, 129, betreffend eine nach dem Recht des US-Bundesstaats Nevada gegründete "Inc.") auf das ins Handelsregister eingetragene "authorized capital" der betreffenden Gesellschaften abgestellt (und dort die jeweils geltend gemachten Verluste mangels relevanter Beteiligung nicht berücksichtigt) hat, folgt der Senat dieser Rechtsansicht nicht (kritisch auch Graw, EFG 2014, 343). Denn sie berücksichtigt nicht hinreichend, dass das "authorized capital" --wie der Streitfall belegt-- keine Aussagekraft zur Höhe des tatsächlichen Kapitals der Gesellschaft haben muss und daher keine taugliche Bezugsgröße für die Beurteilung der Höhe der Kapitalbeteiligung des veräußernden Gesellschafters sein kann. Zudem entstünden --jedenfalls in einer Gewinnsituation-- Besteuerungslücken, wenn es in der Hand der Gesellschaft läge, nur durch die Erhöhung des "authorized capitals" einen Rechtszustand zu schaffen, der die Kapitalbeteiligung unter die Relevanzgrenze des § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG absinken lässt.
- 35** 2. R hat die Anteile an der Z-Inc. im Zuge der Verschmelzung i.S. von § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG veräußert.
- 36** a) Nach dem Verschmelzungsvertrag vom xx.xx.2010 wurde jeder Anteil in ein Vermögensrecht im Gegenwert von 6,10 USD je Anteil getauscht (s. Sec. 2.01 (b) des Verschmelzungsvertrags: "... each Share issued and outstanding immediately prior to the Effective Time ... shall be cancelled and shall be converted automatically into the right to receive \$6.10 in cash ..."). Hierin liegt eine entgeltliche Übertragung der Anteile und damit eine Veräußerung i.S. des § 17 Abs. 1 EStG. Der Umstand, dass die Anteile "eingezogen" ("cancelled") wurden, steht dem nicht entgegen. Hierbei handelt es sich nur um die technische Abwicklung der Verschmelzung zwischen der Z-Inc. und dem

Akquisitionsvehikel (Y-Inc.), in deren Zuge es zu einer Neuordnung der Kapitalstruktur gekommen ist. Der Sache nach hat die X-Corp. sämtliche Anteile an der Z-Inc. entgeltlich erworben. Das Verschmelzungsentgelt hat die X-Corp. über einen "Paying Agent" (Zahlstelle) an R gezahlt (vgl. Sec. 2.02 (a) des Verschmelzungsvertrags).

- 37** b) Vor diesem Hintergrund hat R --entgegen der Ansicht der Vorinstanz-- nicht den Tatbestand des § 17 Abs. 4 EStG verwirklicht. Die Z-Inc. ist im Zuge der Verschmelzung nicht aufgelöst worden, sie hat vielmehr als aufnehmende Rechtsträgerin fortbestanden. Zudem ist R kein Vermögen der Z-Inc. zugeteilt oder zurückgezahlt worden.
- 38** c) Nach den Feststellungen des FG erfolgte die verschmelzungsbedingte Veräußerung der Anteile an der Z-Inc. mit Einreichung der Verschmelzungsurkunde beim "Secretary of State" von Delaware am xx.xx.2011.
- 39** Der vom Kläger unter Bezugnahme auf seinen Schriftsatz vom 30.01.2023 in der mündlichen Verhandlung erstmals vorgetragene Einwand, der Veräußerungstatbestand sei --wenn denn überhaupt-- bereits im Jahr 2010 verwirklicht worden, da R das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen an der Z-Inc. schon mit Abschluss des Verschmelzungsvertrags am xx.xx.2010 verloren habe, war nicht zu berücksichtigen. Der Kläger greift hiermit im Kern die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz zur Frage des nach ausländischem Recht zu beurteilenden Zeitpunkts des Rechteübergangs an und macht daher einen Sachaufklärungsmangel i.S. von § 76 Abs. 1 Satz 1 FGO geltend. Ein solcher Verfahrensfehler hätte vom Kläger innerhalb der Revisionsbegründungsfrist des § 120 Abs. 2 FGO dargelegt werden müssen (vgl. Gräber/Ratschow, a.a.O., § 120 Rz 66, m.w.N.). Anhaltspunkte dafür, dass die Feststellungen des FG gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen und daher den Senat --losgelöst von einer fristgerechten Verfahrensrüge-- nicht nach § 118 Abs. 2 FGO binden würden, bestehen nicht.
- 40** 3. Die Höhe des Veräußerungsgewinns (§ 17 Abs. 2 EStG) steht zwischen den Beteiligten nicht in Streit. Der Senat sieht daher von weiteren Ausführungen ab.
- 41** 4. Zu Recht haben das FA und die Vorinstanz ein (ausschließliches) deutsches Besteuerungsrecht nach Art. 13 Abs. 5 des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und zur Verhinderung der Steuerverkürzung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen und einiger anderer Steuern in der Fassung der Bekanntmachung vom 04.06.2008 (BGBl II 2008, 661, BStBl I 2008, 783) angenommen. Deutschland kann den Veräußerungsgewinn als Ansässigkeitsstaat des Veräußerers besteuern. Auch dies ist zwischen den Beteiligten nicht streitig.
- 42** 5. Schließlich ist das FG zutreffend davon ausgegangen, dass der angefochtene Bescheid nicht an einem Verfahrensfehler in Gestalt eines unterlassenen Verböserungshinweises (§ 367 Abs. 2 Satz 2 AO) leidet. Einen solchen Mangel haben die Kläger im Revisionsverfahren auch nicht mehr geltend gemacht.
- 43** 6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de