

# BESTEuerung IM WANDEL

FESTSCHRIFT FÜR  
WOLFGANG KESSLER  
ZUM 65. GEBURTSTAG

Herausgegeben von

Norbert Herzig  
Guido Förster  
Arne Schnitger  
Christian Levedag

2021



RALPH OBSER

Fallstricke im Zusammenhang mit eigenen Anteilen  
bei der GmbH

Gesellschaftsrecht – Steuerrecht

*Wolfgang Kessler* hat als Inhaber des Lehrstuhls für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre und Mitinitiator des Zentrums für Business and Law an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg stets die interdisziplinäre Forschung und Lehre an den vielfältigen Schnittstellen von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft verfolgt und auf deren Praxisrelevanz geachtet. Diesen integrativen Ansatz greift der nachfolgende dem Jubilar gewidmete Beitrag zu den „eigenen Anteilen“<sup>1</sup> bei der GmbH auf.

## I. Einführung

Stehen in der Handelsbilanz der GmbH „eigene Anteile“<sup>2</sup> oder ist die GmbH in der Gesellschafterliste als Gesellschafterin ausgewiesen, so kann dies verschiedene Ursachen haben. Eigene Geschäftsanteile kann die GmbH nicht „auf Vorrat“ im Rahmen der Gründung oder einer Kapitalerhöhung übernehmen, sie kann eigene Anteile nach Maßgabe des § 33 GmbHG nur in Form von bestehenden Anteilen erwerben. Typischer Anlass für den Erwerb eigener Anteile ist, dass ein Gesellschafter aus der GmbH ausscheiden will oder nach dem Willen der Mitgesellschafter ausscheiden soll und die Mitgesellschafter aus (eigenen) Liquiditätsaspekten und (vermeintlicher) Verfahrenserleichterung sich für den Erwerb durch die Gesellschaft entscheiden.<sup>3</sup> In Fällen, in denen der Gesellschafter nicht aus eigener Initiative ausscheidet, wird die Zwangsabtretung an die Gesellschaft oder einen von der Gesellschafterversammlung zu bestimmenden Dritten im Gesellschaftsvertrag regelmäßig als Alternative zur Einziehung vorgesehen. Dabei sehen Gesellschaftsverträge in der Regel die Möglichkeit der Einziehung von Geschäftsanteilen aus wichtigem Grund vor, wobei meist ein nicht abschließender Katalog der Situatio-

<sup>1</sup> Die steuerrechtlichen Ausführungen sind grundsätzlich auf andere Kapitalgesellschaftsformen iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG, insbesondere die Aktiengesellschaft, übertragbar.

<sup>2</sup> Seit BilMoG werden eigene Anteile nicht mehr als Vermögensgegenstand aktiviert, sondern sind gem. § 272 Abs. 1 a S. 1 HGB in der Vorspalte von dem Posten „Gezeichnetes Kapital“ offen abzusetzen; vgl. hierzu *Störk/Kliem/Meyer*, in: *Beckscher Bilanz-Kommentar*, 12. Aufl. 2020, § 272 HGB Rn. 130 ff.

<sup>3</sup> Der Erwerb der eigenen Anteile kann dabei zur Weiterveräußerung, zur Einziehung oder auf Dauer angelegt sein.

nen folgt, nach denen ein solcher wichtiger Grund vorliegt. Dazu gehören bspw. die Insolvenz des Gesellschafters, die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil, der Tod bzw. die Liquidation des Gesellschafters und die Kündigung durch den Gesellschafter.

Besteht eine Managementbeteiligung, ist die Gesellschafterstellung häufig von der Tätigkeit als Geschäftsführer abhängig. Wird die Organstellung und/oder der Geschäftsführerdienstvertrag beendet, ist der Geschäftsführer sodann verpflichtet, die Einziehung zu dulden oder an der Abtretung mitzuwirken (*Call-Option*)<sup>4</sup>; teilweise wird ihm zusätzlich ein Andienungsrecht (*Put-Option*) eingeräumt.

Sowohl beim Erwerb als auch bei der Weiterveräußerung können u. a. die Höhe der Gegenleistung<sup>5</sup> und die Zahlungskonditionen<sup>6</sup> wesentlichen Einfluss auf die gesellschaftsrechtliche und steuerliche Behandlung haben.

Da auf dem – auf den ersten Blick bequem erscheinenden – Weg des Erwerbs eigener Anteile verschiedene Fallstricke lauern<sup>7</sup>, soll dieser Beitrag einige Problemfelder, insbesondere aus den Bereichen des Gesellschafts- und des Steuerrechts, darstellen, auch um bei dem geeigneten Leser ein entsprechendes Problembewusstsein zu schaffen.

## II. Erwerb der eigenen Anteile als solcher

### 1. Gesellschaftsrecht

Anders als die Einziehung (vgl. § 34 Abs. 1 GmbHG) muss der Erwerb eigener Anteile bei der GmbH nicht gesondert im Gesellschaftsvertrag zugelassen sein.

Während bei der Aktiengesellschaft der Erwerb eigener Anteile nur in bestimmten, in § 71 AktG aufgeführten Fällen zulässig und in den meisten Fällen auf 10% des Grundkapitals beschränkt ist, ist der Erwerb eigener Anteile bei der GmbH weder auf bestimmte Fälle noch auf eine bestimmte Quote<sup>8</sup> beschränkt.

Durch die gesetzliche Regelung in § 33 GmbHG wird die Zulässigkeit des Erwerbs eigener Anteile bei der GmbH bestätigt, wobei die Vorschrift den Erwerb ausschließlich aus Gründen des Kapitalschutzes beschränkt.

Nach hM gelten die Anforderungen des § 33 GmbHG, um missbräuchliche Umgehungen zu verhindern, auch im Konzern, namentlich beim Erwerb durch verbundene Unternehmen. Dies gilt insbesondere, wenn das erwerbende Unternehmen im Mehrheitsbesitz der GmbH steht.<sup>9</sup> Teilweise wird bereits bei einer Beteiligung von 25% die Anwendbarkeit angenommen.<sup>10</sup>

#### a) Kapitalaufbringung

Nach § 33 Abs. 1 GmbHG kann die Gesellschaft eigene Anteile, auf welche die Einlagen<sup>11</sup> noch nicht vollständig geleistet sind, nicht erwerben. Das Verbot bezieht sich ausschließlich auf die Stammeinlage auf den jeweiligen Anteil. Dabei ist der Grund für die offene Einlageschuld ebenso unbeachtlich wie die Kenntnis oder Unkenntnis von der Nichtzahlung<sup>12</sup>. So können fehlende Fälligkeit, unwirksame oder ungenügende Leistung und nach hM<sup>13</sup> auch die Differenzhaftung (§ 9 GmbHG) und die Vorbelastungshaftung das Verbot auslösen. Demgegenüber sind Anteile, für die eine unzulässige Einlagenrückgewähr iSv. § 30 GmbHG erfolgt ist oder auf die eine Subsidiaritätshaftungsverbindlichkeit nach § 24 oder § 31 Abs. 3 GmbHG trifft, nicht von dem Verbot des § 33 Abs. 1 GmbHG betroffen.<sup>14</sup>

Solange die Einlage nicht eingefordert ist, sollte dies aus der Handelsbilanz ersichtlich sein, da nach § 272 Abs. 1 S. 2 HGB eingeforderte ausstehende Einlagen auf das gezeichnete Kapital offen abzusetzen sind. Aus der Handelsbilanz ist jedoch nicht ersichtlich auf welche konkreten Anteile die Einlage noch aussteht.

Die Volleinzahlung der Stammeinlage muss zu dem Zeitpunkt erfüllt sein, in welchem das schuldrechtliche Geschäft betreffend den Erwerb der eigenen Anteile rechtlich wirksam werden soll.<sup>15</sup> Dabei ist es sowohl möglich, dass ein Dritter *zuvor* die ausstehende Einlageleistung für den betroffenen Gesellschafter erbringt<sup>16</sup> oder dass die GmbH *zuvor* die ausstehende Resteinlage durch ein Darlehen finanziert, vorausgesetzt, der Gesellschafter ist zweifelsfrei kreditwürdig, das Darlehen ist angemessen verzinst und kann jederzeit fällig gestellt werden<sup>17</sup>.

Ein **Verstoß gegen das unabdingbare Erwerbsverbot** nach § 33 Abs. 1 GmbHG führt zur Nichtigkeit sowohl des Verpflichtungs- als auch des Verfügungs-

<sup>9</sup> *Fleischer*, in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 33 GmbHG Rn. 11, 17; *Kersting*, in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 33 Rn. 21.

<sup>10</sup> So *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 33 Rn. 41; *Löwisch*, in *Münchener Kommentar zum GmbHG*, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 84.

<sup>11</sup> Hierzu gehören auch ergänzende Einlagezahlungen nach § 9 Abs. 1 und § 56 GmbHG, nicht jedoch sonstige Leistungen aus anderem Rechtsgrund (wie Agio/Aufgeld); *Löwisch*, in *Münchener Kommentar zum GmbHG*, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 41.

<sup>12</sup> *Löwisch*, in *Münchener Kommentar zum GmbHG*, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 39.

<sup>13</sup> *Löwisch*, in *Münchener Kommentar zum GmbHG*, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 46.

<sup>14</sup> *Maul*, in *Becksches Handbuch der GmbH*, 5. Aufl. 2014, § 13 Rn. 20; *Löwisch*, in *Münchener Kommentar zum GmbHG*, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 41 und 46.

<sup>15</sup> *Löwisch*, in *Münchener Kommentar zum GmbHG*, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 48f. zur Möglichkeit der Vereinbarung, dass schuldrechtlicher und dinglicher Erwerbsvorgang unter der aufschiebenden Bedingung der Volleinzahlung stehen.

<sup>16</sup> *Löwisch*, in *Münchener Kommentar zum GmbHG*, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 43.

<sup>17</sup> *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 33 Rn. 12; *Lieder GmbHHR* 2014, 57 (60f.); *Löwisch*, in *Münchener Kommentar zum GmbHG*, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 44.

<sup>4</sup> Dabei ist zu prüfen, ob die Call-Option als Hinauskündigungsklausel nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig oder durch besondere Umstände sachlich gerechtfertigt ist; vgl. BGH 19.9.2005 – II ZR 173/04 (Managermodell) und BGH 19.9.2005 – II ZR 342/03, DStR 2005, 1910 (Mitarbeitermodell); *Stenzel*, in *Holzner/Mantke/Stenzel*, Hdb. Managementbeteiligungen, 2017 Rn. 638ff.

<sup>5</sup> Entspricht die Gegenleistung (Kaufpreis/Abfindung) dem Verkehrswert oder liegt sie darunter oder darüber.

<sup>6</sup> Sofortige Zahlung versus Ratenzahlung.

<sup>7</sup> *Wächter GmbHR* 2015, 549 (551) weist zu Recht darauf hin, dass sich der Erwerb eigener Anteile aus Sicht der Praxis immer wieder als „vermintes Gelände“ erweist.

<sup>8</sup> Der Erwerb aller Anteile durch die GmbH führt faktisch zu einer Kein-Mann-GmbH, die nach hM grundsätzlich zur Auflösung der Gesellschaft führt; vgl. *Kersting*, in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 33 Rn. 19; *Löwisch*, in *Münchener Kommentar zum GmbHG*, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 36; *Maul*, in *Becksches Handbuch der GmbH*, 5. Aufl. 2014, § 13 Rn. 47.

geschäfts (§ 134 BGB).<sup>18</sup> Der Veräußerer bleibt mithin *materiell*<sup>19</sup> Inhaber der Geschäftsanteile und haftet für seine Einlage weiter. Das Entgelt hat der Veräußerer der GmbH nach §§ 812 ff. BGB zurück zu gewähren. Bei einer Weiterveräußerung des vermeintlichen eigenen Anteils ist jedoch ein gutgläubiger Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG möglich; anderenfalls bedarf es der Zustimmung des materiell berechtigten Gesellschafters.<sup>20</sup>

Vor dem Hintergrund dieses Erwerbsverbots und der Rechtsfolgen empfiehlt es sich, bei der Gründung und bei Kapitalerhöhungen stets die volle Einzahlung auf den Nennbetrag jedes Geschäftsanteils vorzusehen und nicht von der Möglichkeit der teilweisen Einzahlung<sup>21</sup> Gebrauch zu machen.

### b) Kapitalerhaltung

Ist auf den zu erwerbenden Geschäftsanteil die Einlage nach § 33 Abs. 1 GmbHG vollständig geleistet (vgl. dazu vorstehend unter a)), ist nach **§ 33 Abs. 2 GmbHG** weiters erforderlich, dass die GmbH im Zeitpunkt des Erwerbs eine Rücklage in Höhe der Aufwendungen<sup>22</sup> für den Erwerb bilden *könnte*, ohne das Stammkapital oder eine nach dem Gesellschaftsvertrag zu bildende Rücklage zu mindern, die nicht zur Zahlung an die Gesellschafter verwandt werden darf (statutarische Rücklage)<sup>23</sup>. Das bedeutet, dass die Zahlung aus dem sog. freien Vermögen erbracht werden muss. Dabei ist zu beachten, dass es auf das nach handelsbilanziellen Grundsätzen ermittelte freie Vermögen ankommt, mithin stille Reserven außer Ansatz bleiben<sup>24</sup>. Der GmbH bleibt es jedoch unbenommen, zuvor stille Reserven durch entsprechende Veräußerungsgeschäfte zu realisieren. Für die Ermittlung des freien Vermögens ist ein fiktiver Zwischenabschluss auf den Zeitpunkt des Erwerbs erforderlich.<sup>25</sup> Da § 33 Abs. 2 GmbHG keine formale Zwischenbilanz vorschreibt, kann bei reichhaltiger Eigenkapitalausstattung eine überschlägige Bilanzrechnung ausrei-

chend sein, während in Zweifelsfällen eine Zwischenbilanz erstellt werden sollte.<sup>26</sup>

Umstritten ist weiters, wie „**im Zeitpunkt des Erwerbs**“ zu verstehen ist, welcher Zeitpunkt insbesondere bei Ratenzahlungen von Relevanz ist.<sup>27</sup> Kommt es allein auf den Abschluss bzw. den Eintritt einer aufschiebenden Bedingung des schuldrechtlichen Geschäfts<sup>28</sup>, allein auf den (jeweiligen) Zeitpunkt der Auszahlung(en)<sup>29</sup> bzw. der letzten Zahlung<sup>30</sup> oder kumulativ auf beide Zeitpunkte<sup>31</sup> an? Der BGH hat bislang nur festgestellt, dass *jedenfalls* im Zeitpunkt der Zahlung die Voraussetzung erfüllt sein muss.<sup>32</sup> Die Geschäftsführung der GmbH sollte daher sicherheitshalber, darauf achten, dass zu sämtlichen der vorstehend genannten Zeitpunkte hinreichend freies Vermögen zur Verfügung steht.<sup>33</sup> Anders als im Fall der Einziehung von Geschäftsanteilen nach § 34 GmbHG besteht bei § 33 Abs. 2 S. 1 GmbHG keine „rettende“ persönliche Ausfallhaftung der verbleibenden Gesellschafter.<sup>34</sup>

**Rechtsfolge eines Verstoßes** ist die Nichtigkeit des Grundgeschäfts, wohingegen die Abtretung des Geschäftsanteils an die GmbH wirksam ist und bleibt.<sup>35</sup> Für die GmbH ergibt sich dadurch nach einer Meinung eine Leistungsverweigerungs- bzw. Rückforderungspflicht<sup>36</sup>, nach anderer Ansicht ein Leistungsverweigerungsrecht<sup>37</sup>. Die §§ 812 ff. BGB sind zusätzlich anwendbar, sodass geleistete Zahlungen und Geschäftsanteile zurückzugewähren sind. Im Fall der (drohenden) Insolvenz kann bzw. muss die GmbH bzw. deren Insolvenzverwalter derart für Liquidität sorgen, dass die bisher geleisteten Kaufpreiszahlungen zurückverlangt und die nunmehr (nahezu) wertlosen Geschäftsanteile zurückgewährt werden können.<sup>38</sup>

<sup>26</sup> Löwisch, in Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 71.

<sup>27</sup> Altmeppen, in Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 33 Rn. 19ff. zum Streitstand mit differenzierter Stellungnahme.

<sup>28</sup> OLG Rostock 30.1.2013 – 1 U 75/11 m. Anm. Priester GmbHR 2013, 1121 und Schindler, GWR 2013, 310; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 33 Rn. 16; Wiegand-Schneider, in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 6. Aufl. 2020, Bd. VII, § 36 Rn. 211.

<sup>29</sup> Priester GmbHR 2013, 1121 (1123f.); Fleischer, in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 33 GmbHG Rn. 21; Lieder GmbHR 2014, 57 (67ff.); Sosnizza, in Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 33 Rn. 27; Paura, in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG Großkommentar, 3. Aufl. 2020, § 33 Rn. 52.

<sup>30</sup> Löwisch, in Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 80.

<sup>31</sup> Kersting, in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 33 Rn. 11; Kersting/Hauser, FS K. Schmidt, 2019, 625 (628ff.).

<sup>32</sup> BGH 29.6.1998 – II ZR 353/97, BGHZ 139, 132.

<sup>33</sup> So auch Lieder GmbHR 2014, 57 (71).

<sup>34</sup> Zur Ausfallhaftung nach § 34 GmbHG vgl. BGH 24.1.2012 – II ZR 109/11, BGHZ 192, 236; BGH 10.5.2016 – II ZR 342/14, BGHZ 210, 186; BGH 26.6.2018 – II ZR 65/16, DStR 2018, 1827.

<sup>35</sup> Löwisch, in Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 92; Kersting, in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 33 Rn. 14.

<sup>36</sup> So Löwisch, in Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 95; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 33 Rn. 21; Westermann, in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 33 Rn. 29.

<sup>37</sup> So Kersting, in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 33 Rn. 14; Sosnizza, in Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 33 Rn. 31.

<sup>38</sup> Dabei trifft die GmbH bzw. deren Insolvenzverwalter als Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast für alle Tatbestandsmerkmale der Nichtigkeit, insbesondere auch für das Bestehen einer Deckungslücke.

<sup>18</sup> Kersting, in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 33 Rn. 6; Sandhaus, in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG-Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 33 Rn. 10.

<sup>19</sup> Die formelle Gesellschafterstellung im Verhältnis zur GmbH verliert der Gesellschafter aber nach § 16 Abs. 1 S. 1 iVm. § 40 GmbHG dennoch, wenn eine neue Gesellschafterliste, die die GmbH als Inhaberin der Geschäftsanteile ausweist, im Handelsregister aufgenommen wird.

<sup>20</sup> Kersting, in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 33 Rn. 6; Westermann, in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 33 Rn. 15.

<sup>21</sup> Vgl. § 7 Abs. 2 (iVm. § 57 Abs. 2 S. 2) GmbHG.

<sup>22</sup> Dementsprechend ist ein unentgeltlicher Erwerb grundsätzlich zulässig, wobei sämtliche Anschaffungskosten zu berücksichtigen sind (bspw. einschließlich von der GmbH zu tragender Notarkosten); Sandhaus, in Gehrlein/Born/Simon, GmbH-Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 33 Rn. 16.

<sup>23</sup> Dabei handelt es sich um (Gewinn-)Rücklagen, die nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags gebildet werden *müssen*, nicht solche bei denen die Satzung die Rücklagenbildung nur *zulässt*, vgl. Störk/Kliem/Meyer, in Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Aufl. 2020, § 272 HGB Rn. 250; Merkt, in Baumbach/Hopt, HGB-Kommentar, 39. Aufl. 2020, § 272 Rn. 10. Bei Bedarf kann die statutarische Rücklage durch Satzungsänderung jederzeit aufgehoben werden; Löwisch, in Münchener Kommentar zum GmbHG, § 33 Rn. 70.

<sup>24</sup> BGH 30.9.1996 – II ZR 51/95, Rn. 16; Maul, in Beck'sches Handbuch der GmbH, 5. Aufl. 2014, § 13 Rn. 25; Löwisch, in Münchener Kommentar zum GmbHG, § 33 Rn. 71; Kersting, in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 33 Rn. 10; zur AG: Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 14. Aufl. 2020, § 71 Rn. 21a; Cahn, in Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 4. Aufl. 2019, § 71 Rn. 223.

<sup>25</sup> OLG Stuttgart 25.11.2009 – 20 U 5/09 zu § 72 Abs. 2 S. 2 AktG.

Wenn das freie Vermögen beim **Erwerb mehrerer Geschäftsanteile** (bspw. Geschäftsanteile im Nennbetrag von EUR 1,00) von einem oder mehreren Gesellschaftern für einen Teil der Anteile ausreicht, ist, sofern nicht vertraglich geregelt, nach hM durch Auslegung und unter Berücksichtigung des Bestimmtheitsgrundsatzes und des gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zu ermitteln, welche Anteile wirksam erworben wurden und welche nicht.<sup>39</sup>

Eine **Heilung** des nichtigen Rechtsgeschäfts ist nicht möglich. Es kommt aber eine *ex nunc* wirkende formgerechte Neuvernahme bzw. Bestätigung des Rechtserwerbs in Betracht, wenn sich die Vermögenslage – bspw. durch Zuführung von Eigenkapital oder Realisierung stiller Reserven – gebessert hat.<sup>40</sup> Ist der Erwerb nicht einvernehmlich erfolgt oder hat sich die Vermögenslage – insbesondere im Fall von mehrjährigen Ratenzahlungen – zwischenzeitlich deutlich verschlechtert und erscheint daher der ursprünglich vereinbarte Kaufpreis rückwirkend betrachtet als deutlich zu hoch, wird die Neuvernahme nicht ohne Diskussionen über eine Anpassung des Kaufpreises möglich sein.

Insbesondere bei Ratenzahlungen wird man in der Praxis oftmals vor dem Problem stehen, dass nicht bei jeder Ratenzahlung eine ordnungsgemäße Vermögensaufstellung bei der GmbH erfolgt ist und daher zweifelhaft ist, ob ein Verstoß gegen § 33 Abs. 2 S. 1 GmbHG vorliegt oder nicht. Die Weiterveräußerung der eigenen Anteile ist zumindest mit Risiken sowohl für die GmbH als auch für den Erwerber<sup>41</sup> behaftet, sodass von der Weiterveräußerung zur vermeintlichen „Heilung“ eine unwirksamen Erwerbs der eigenen Anteile abzuraten ist. Selbst wenn unmittelbar im Anschluss an den Erwerb die Weiterveräußerung erfolgt und der unzulässige Kapitalabfluss dadurch tatsächlich kompensiert wird, ist noch nicht abschließend geklärt, ob dies eine „Heilung“ bewirken kann.<sup>42</sup> Der BGH hat dies jedenfalls für den Fall verneint, dass die vereinbarte Gegenleistung der GmbH nicht zufließt.<sup>43</sup>

Ungeklärt scheint auch, welche Folgen die Einziehung der eigenen Anteile, die Verschmelzung der GmbH oder ein Formwechsel hätten, wenn sich nachträglich herausstellt, dass ein Verstoß gegen § 33 Abs. 2 S. 1 GmbHG vorlag. Werden die an-

<sup>39</sup> Vgl. dazu *Löwisch*, in Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 76; BGH 30.9.1996 – II ZR 51/95, Rn. 17f.; *Wiegand-Schneider*, in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 6. Aufl. 2020, Bd. VII, § 36 Rn. 210; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 33 Rn. 36.

<sup>40</sup> *Löwisch*, in Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 94f.; *Kersting*, in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 33 Rn. 14; großzügiger *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 33 Rn. 24. Nach *Altmeyen*, in *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 33 Rn. 21 ist eine Neuvernahme nicht erforderlich, vielmehr könne die schwebende Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts geheilt und den Voraussetzungen des § 33 Abs. 2 GmbHG genügt werden, wenn bei Zahlung der letzten Rate ergibt, dass der gesamte Kaufpreis – bezogen auf diesen Stichtag(!) – bei der GmbH eine freie Rücklage wäre, wenn sie ihn nicht aufgrund des Kausalgeschäftes an den Verkäufer geleistet hätte.

<sup>41</sup> Dies gilt insbesondere, wenn der Erwerber rechtlich beraten wurde und eine *Legal Due Diligence* durchgeführt hat.

<sup>42</sup> Ablehnend: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 33 Rn. 12 iZm § 33 Abs. 1 GmbHG; *Löwisch*, in Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 40; bejahend: *Wiegand-Schneider*, in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 6. Aufl. 2020, Bd. VII, § 36 Rn. 212.

<sup>43</sup> BGH 30.9.1996 – II ZR 51/95, NJW 1997, 196 Rn. 19.

deren Anteile bzw. die Anteile an der übernehmenden Gesellschaft „infiziert“? Zur „Heilung“ erscheinen daher auch solche Maßnahmen nicht geeignet.

### c) Konsequenzen

Regelmäßig enthalten GmbH-Gesellschaftsverträge keine spezifischen Regelungen zum Erwerb eigener Anteile.<sup>44</sup> Enthält der Gesellschaftsvertrag jedoch – wie üblich – ein Zustimmungserfordernis<sup>45</sup> hinsichtlich der Verfügung über Geschäftsanteile (Vinkulierungsklausel), so ist die Zustimmung weitere Wirksamkeitsvoraussetzung.

Enthält die Satzung ein Vorerwerbsrecht der anderen Gesellschafter, ist dieses vorrangig vor dem Erwerb durch die GmbH zu beachten.<sup>46</sup>

Für die Durchführung des Erwerbs ist zwar die Geschäftsführung zuständig, nach hM ist wegen der Außergewöhnlichkeit des Vorgangs und der Folgen für die Gesellschafter auch ohne entsprechende Satzungsregelung ein zustimmender Beschluss der Gesellschafter(versammlung) herbeizuführen.<sup>47</sup> Umstritten ist, ob dabei eine einfache<sup>48</sup> oder qualifizierte (satzungsändernde)<sup>49</sup> Mehrheit erforderlich ist.

Weiters sind die Formvorschriften, namentlich § 15 GmbHG, sowohl hinsichtlich des schuldrechtlichen als auch des dinglichen Rechtsgeschäfts einzuhalten.

### d) Perspektive der GmbH, des Geschäftsführers und der Mitgesellschafter

Bei den Verboten des § 33 GmbHG handelt es sich um zwingendes Recht. Durch Satzung oder Gesellschafterbeschluss können die gesetzlichen Regelungen selbst im Notfall oder zur Abwehr schwerer Schäden von der Gesellschaft nicht erleichtert oder gar aufgehoben werden, wohingegen eine Erschwerung oder gar ein Ausschluss des Rechtserwerbs zulässig sind.<sup>50</sup>

Verstöße gegen § 33 GmbHG können den handelnden Geschäftsführer im Innenverhältnis zur GmbH schadensersatzpflichtig und die GmbH im Außenverhältnis zu ihren Gläubigern einstandspflichtig machen.<sup>51</sup>

<sup>44</sup> Durch Gesellschaftsvertrag können aber Voraussetzungen, Einschränkungen bzw. der Ausschluss des Erwerbs eigener Anteile geregelt werden; *Löwisch*, in Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 24.

<sup>45</sup> Sei es durch die Gesellschaft, die Gesellschafterversammlung oder die anderen Gesellschafter.

<sup>46</sup> *Löwisch*, in Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 32.

<sup>47</sup> *Löwisch*, in Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 31; *Pentz*, in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbH-Gesetz, 6. Aufl. 2017, § 33 Rn. 33. AA *Westermann*, in *Scholz*, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 33 Rn. 27, wonach die Geschäftsführung zwar zuständig sei, diese jedoch die Gesellschafter zu informieren habe, damit diese durch Weisung (mit einfacher Mehrheit) eingreifen können; zustimmend *Sandhaus*, in *Gehrlein/Born/Simon*, GmbH-Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 33 Rn. 22.

<sup>48</sup> So *Kersting*, in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 33 Rn. 12a; *Fleischer*, in *Hensler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 33 GmbHG Rn. 21; *Pentz*, in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbH-Gesetz, 6. Aufl. 2017, § 33 Rn. 34.

<sup>49</sup> So *Löwisch*, in Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 31; *Paura*, in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG Großkommentar, 3. Aufl. 2020, § 33 Rn. 45.

<sup>50</sup> *Löwisch*, in Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 23f.

<sup>51</sup> *Löwisch*, in Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 25.

Der **Geschäftsführer** haftet nach § 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG ausdrücklich für einen Verstoß gegen § 33 GmbHG.<sup>52</sup> Da er schuldhaft gehandelt haben muss, kommt es darauf an, welche Kenntnis er von den für das Verbot maßgeblichen Umständen hatte oder bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes<sup>53</sup> hätte haben müssen.<sup>54</sup> In diesem Zusammenhang treffen die Geschäftsführer strenge Anforderungen bei der Prüfung der Sach- und Rechtslage, denen sie *im Zweifel* nur genügen können, wenn sie unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der GmbH und der Offenbarung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärenden Themen fachlich qualifizierten Rechtsanwalt, Steuerberater und/oder Wirtschaftsprüfer prüfen lassen und die Prüfungsergebnisse einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterziehen.<sup>55</sup> Die Haftung wird durch § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG gesetzlich weiter verschärft, da weder Gesellschafterbeschluss noch -weisung zum Erwerb der eigenen Anteile zu einer Enthaftung führen, soweit die Ersatzleistung zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Strafrechtlich kann sich der Geschäftsführer der Untreue nach § 266 StGB schuldig machen.<sup>56</sup>

Soll der Erwerb der eigenen Anteile im Wege der Zwangsabtretung erfolgen und besteht hinsichtlich des Grundes bzw. des Kaufpreises unüberbrückbare Uneinigkeit mit dem auszuschließenden Gesellschafter, bleibt der Gesellschaft in der Regel nur der Weg, den Anspruch durch Klage durchzusetzen.<sup>57</sup> Die Wirksamkeit von Satzungsregelungen, die die Mitwirkung des auszuschließenden Gesellschafters entbehrlich machen sollen, ist kritisch zu beurteilen.<sup>58</sup> Vor diesem Hintergrund behilft sich die Praxis bspw. im Bereich von Managementbeteiligung regelmäßig mit Kaufoptionsverträgen.

Die **Mitgesellschafter** – trifft anders als bei der Einziehung nach § 34 GmbHG – keine persönliche Ausfallhaftung.

#### e) Perspektive des veräußernden/ausscheidenden Gesellschafters

Vorsicht ist geboten bei Vereinbarungen bzw. gesellschaftsvertraglichen Regelungen, wenn dem Gesellschafter ein Andienungsrecht (*Put-Option*) ausschließlich gegenüber der GmbH eingeräumt wird. Der veräußernde Gesellschafter sollte vor der Ausübung des Andienungsrechts sicherstellen, dass er seine Einlage(n) vollständig geleistet hat und weiters die Vermögenslage der GmbH prüfen, was je nach „Status“ des Gesellschafters – auch unter Berücksichtigung der (beschränkten) Auskunfts- und Einsichtsrechte nach § 51 a GmbHG – schwierig sein kann.

Der Veräußerer haftet bei Verstoß gegen § 33 GmbHG neben den Geschäftsführern auf Rückzahlung des Kaufpreises nach §§ 812 ff. BGB.

Sofern sich die GmbH zu Recht auf § 33 Abs. 2 GmbHG beruft und daher den Vertrag nicht (mehr) erfüllt, verhält sich die GmbH nicht vertragswidrig. Insbesondere bei Ratenzahlungen mag es sein, dass die GmbH sogar zur Zurückbehaltung der (weiteren) Kaufpreistraten und ggf. zur Rückabwicklung des Erwerbs berechtigt bzw. verpflichtet ist.

## 2. Steuerrecht

Anders als das Gesellschaftsrecht und das Bilanzrecht enthält das Steuerrecht keine eigenständigen gesetzlichen Regelungen über den Erwerb und die Veräußerung eigener Anteile.<sup>59</sup> Steuerrechtlich wird der Erwerb eigener Anteile durch die GmbH nach hM auf **Gesellschafterebene als Veräußerung** und auf der **Gesellschafterebene als Kapitalherabsetzung** und damit systematisch unterschiedlich behandelt.<sup>60</sup> Die unterschiedliche Behandlung ist mit allgemeinen Besteuerungsgrundsätzen vereinbar, da das deutsche Steuerrecht kein intersubjektives Korrespondenzprinzip für den Erwerb eigener Anteile kennt,<sup>61</sup> aber nicht unumstritten.<sup>62</sup>

### a) Veräußernder/ausscheidender Gesellschafter

#### aa) Ertragsteuerliche Behandlung

Handelt es sich bei dem veräußernden/ausscheidenden Gesellschafter um eine **natürliche Person**, die die Anteile im Privatvermögen hält und iSv. § 17 EStG wesentlich an der GmbH beteiligt ist<sup>63</sup>, so ist der Erwerb als Veräußerung nach § 17 Abs. 1 iVm. § 3 Nr. 40 S. 1 Buchst. c) EStG (Teileinkünfteverfahren) steuerpflichtig.<sup>64</sup> Bei geringerer Beteiligung im Privatvermögen kommt die Abgeltungssteuer (§ 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 iVm. § 32d Abs. 1 EStG)<sup>65</sup> zur Anwendung. Bei Anteilen im Betriebsvermögen ist das Teileinkünfteverfahren anzuwenden (§ 3 Nr. 40 S. 1 Buchst. a) EStG).

Bei einer **Kapitalgesellschaft** als Veräußerer/Ausscheidender bleibt ein Veräußerungsgewinn oder -verlust – unabhängig von der Beteiligungshöhe<sup>66</sup> – bei der

<sup>59</sup> Hüttemann, in: Kessler/Förster/Watrin FS Herzig, 2010, 595 (602).

<sup>60</sup> Kessler/Mirbach/Probst SteuerStud 2015, 326 (336); Hüttemann, in: Kessler/Förster/Watrin FS Herzig, 2010, 595 (605); BMF 27.11.2013, BStBl. I 2013, 1615 Rn. 12, 15.

<sup>61</sup> Kessler/Mirbach/Probst SteuerStud 2015, 326 (336); Herzig/Briesemeister WPg 2010, 63 (75); Förster/Schmidtman BB 2009, 1342 (1344); BFH 6.12.2017 – IX R 7/17, BStBl. II 2019, 213 Rn. 20.

<sup>62</sup> Zur Kritik vgl. bspw. Dötsch, in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, KStG, § 28 Rn. 124 sowie Pung, in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, KStG, § 8b Rn. 129b.

<sup>63</sup> Eine wesentliche Beteiligung liegt grundsätzlich vor, wenn der Gesellschafter innerhalb der letzten 5 Jahre zu mindestens 1% beteiligt war.

<sup>64</sup> BFH 6.12.2017 – IX R 7/17, BStBl. II 2019, 213 Rn. 19; BMF 27.11.2013, BStBl. I 2013, 1615 Rn. 20; Weber-Grellet, in Schmidt, EStG, 39. Aufl. 2020, § 17 Rn. 102; Blumenberg/Lechner DB 2014, 141 (145) (147).

<sup>65</sup> Eine den Gewinnausschüttungen vergleichbare Option zur Regelbesteuerung (§ 32d Abs. 2 Nr. 3 EStG) existiert für Veräußerungsgewinne nicht.

<sup>66</sup> Die Beteiligung von mindestens 10% (Körperschaftsteuer) bzw. 15% (Gewerbsteuer) am Stammkapital zu Beginn des Veranlagungs- bzw. Erhebungszeitraums ist (derzeit noch) ausschließlich in Bezug auf Gewinnausschüttungen relevant.

<sup>52</sup> Löwisch, in Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 25.

<sup>53</sup> § 43 Abs. 1 GmbHG.

<sup>54</sup> Westermann, in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 33 Rn. 31.

<sup>55</sup> Löwisch, in Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 25.

<sup>56</sup> BGH 12.1.1956 – 3 StR 626/54, NJW 1956, 1326.

<sup>57</sup> Lutz, Gesellschafterstreit, 6. Aufl. 2020 Rn. 269; Löwisch, in Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 25.

<sup>58</sup> Vgl. dazu Maier-Reimer GmbHR 2017, 1325 ff.; Werner GmbHR 2019, 753 ff.

Körperschaft- und der Gewerbesteuer effektiv zu 95% außer Ansatz (§ 8b Abs. 2 iVm. Abs. 3 KStG, § 7 S. 1 GewStG). Daher kann der Erwerb eigener Anteile insbesondere für Portfoliobeteiligte oder ausländische Gesellschafter eine steuerlich attraktive Alternative zur Gewinnausschüttung sein.<sup>67</sup>

Ist der veräußernde Gesellschafter steuerlich **im Ausland** ansässig, kommt zwar eine beschränkte Steuerpflicht nach § 49 Abs. 1 Nr. 2c) EStG in Betracht. Bei Vorliegen eines Doppelbesteuerungsabkommens mit einer Regelung iSv. Art. 13 Abs. 5 OECD-MA, der auch auf Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an die Gesellschaft Anwendung findet<sup>68</sup>, wird aber regelmäßig dem Ansässigkeitsstaat des Veräußerers das Besteuerungsrecht zustehen.<sup>69</sup>

Ist der **Kaufpreis überhöht**, kann eine verdeckte Gewinnausschüttung an den ausscheidenden Gesellschafter vorliegen.<sup>70</sup> Dies wird regelmäßig dann *nicht* der Fall sein, wenn die Abfindungs-/Kaufpreisberechnung auf einer allgemeinen Regelung im Gesellschaftsvertrag oder in einer Beteiligungsvereinbarung beruht oder wenn der Erwerb zum Ausschluss eines „lästigen Gesellschafters“ erfolgt<sup>71</sup>. Soweit eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt, muss die GmbH grundsätzlich sowohl bei inländischen als auch bei ausländischen Gesellschaftern Kapitalertragsteuer iHv. 25% (zzgl. Solidaritätszuschlag) einbehalten und abführen. Für den inländischen Gesellschafter in Form der Kapitalgesellschaft erfolgt die Entlastung, d. h. die 95%ige Steuerbefreiung nach § 8b Abs. 1 und 5 KStG bzw. § 8 Nr. 5 iVm. § 9 Nr. 2a GewStG bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen (insbesondere der jeweiligen Mindestbeteiligungen), mit Ausnahme der Fälle des § 44a Abs. 1 S. 4 iVm. Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EStG (fiktive Nichtveranlagung), Abs. 5 (Dauerüberzahler)<sup>72</sup> und Abs. 7 (gemeinnützige Körperschaftsteuersubjekte) regelmäßig erst im Rahmen der Veranlagung. Der ausländische Gesellschafter kann, sofern er keine Freistellungsbescheinigung<sup>73</sup> vorgelegt hat und im Übrigen die Voraussetzungen für eine Reduzierung der Quellensteuer erfüllt, die (teilweise) Erstattung der Kapitalertragsteuer beantragen.

Ist der **Kaufpreis zu niedrig**, hat dies regelmäßig keine ertragsteuerlichen Auswirkungen<sup>74</sup>.

<sup>67</sup> Kessler/Mirbach/Probst SteuerStud 2015, 326 (327).

<sup>68</sup> Wassermeyer, in Wassermeyer MA Art. 13 Rn. 135.

<sup>69</sup> Loschelder, in Schmidt, EStG, 39. Aufl. 2020, § 49 Rn. 52.

<sup>70</sup> Nach BMF 27.11.2013, BStBl. I 2013, 1615 Rn. 22 iVm. Rn. 12 gelten hierfür die allgemeinen Grundsätze zur vGA iSv. R 8.5 KStR 2015.

<sup>71</sup> Schiffers GmbHR 2014, 79 (83).

<sup>72</sup> Als Dauerüberzahler kommen aufgrund von § 8b KStG insbesondere Holdinggesellschaften in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft in Betracht; vgl. OFD Frankfurt a. M. 13.9.2019, DStR 2019, 2539; Beuchert/Friese DB 2013, 2825 ff.

<sup>73</sup> Ausländische Gesellschafter können bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen eine Freistellungsbescheinigung auf Grundlage von § 50d Abs. 2 EStG iVm. § 43b EStG (Umsetzung der EU-Mutter-Tochter-Richtlinie) bzw. dem Dividendenartikel des jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommens (vgl. Art. 10 OECD-MA) beantragen und der GmbH vorlegen.

<sup>74</sup> In Ausnahmefällen, wenn der Gesellschafter nur einen Teil seiner Anteile an die Gesellschaft veräußert und mithin nicht aus der GmbH ausscheidet, kann ggf. eine verdeckte Einlage vorliegen.

## bb) Schenkung-/erbschaftsteuerliche Behandlung

Beruht der Erwerb der eigenen Anteile auf einer gesellschaftsvertraglich geregelten Abfindungsklausel und liegt die Abfindung an den Ausscheidenden unter dem gemeinen Wert, liegt nach § 7 Abs. 7 S. 1 ErbStG<sup>75</sup> **fiktiv** eine **Schenkung an die Gesellschaft** vor.<sup>76</sup> Nach hM ist § 7 Abs. 7 S. 1 ErbStG nur auf Abfindungsklauseln im Gesellschaftsvertrag anwendbar<sup>77</sup> und damit weder auf vertragliche Vereinbarungen, die im (zeitlichen) Zusammenhang mit dem Ausscheiden geschlossen werden, noch auf vertragliche Nebenvereinbarungen, die dem Ausscheiden zeitlich regelmäßig weit vorgelagert sind, wie Gesellschafter-/Beteiligungsvereinbarungen bzw. Call-Optionen. Beim Erwerb eigener Anteile auf sonstiger vertraglicher Grundlage kommt jedoch grundsätzlich ein schenkungsteuerpflichtiger Erwerb nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 oder Abs. 8 S. 1 ErbStG in Betracht.<sup>78</sup>

Die GmbH unterliegt im Verhältnis zum ausscheidenden Gesellschafter stets der (ungünstigsten) Steuerklasse III<sup>79</sup>, d. h. der Steuerfreibetrag beträgt nur EUR 20.000<sup>80</sup> und der Steuersatz 30% (bis EUR 6 Mio.) bzw. 50%<sup>81</sup>. Steuerschuldner ist in erster Linie die GmbH, daneben aber auch der ausscheidende Gesellschafter als (fiktiver) „Schenker“.<sup>82</sup> Da der Vertrag über den Erwerb der eigenen Geschäftsanteile zwingend nach § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG notariell zu beurkunden ist, ist weder die erwerbende GmbH noch der ausscheidende Gesellschafter zur Anzeige des Erwerbs verpflichtet (§ 30 Abs. 3 S. 2 ErbStG).

Jedenfalls wenn die Abfindungsregelung einen prozentualen Abschlag (zB 30%) vom „Unternehmenswert“<sup>83</sup> vorsieht, wird man von einer fiktiven Schenkung nach § 7 Abs. 7 S. 1 ErbStG ausgehen müssen, da diese Regelung keine subjektive Freigebigkeit voraussetzt. Dies sollte man bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags<sup>84</sup>

<sup>75</sup> Während § 7 Abs. 7 S. 1 ErbStG den Erwerb eigener Anteile betrifft, regelt Satz 2 die Einziehung „auf Grund einer Regelung im Gesellschaftsvertrag“. § 7 Abs. 7 S. 1 ErbStG ist gegenüber § 7 Abs. 8 S. 1 ErbStG als *lex specialis* vorrangig; R E 7.5 Abs. 1 S. 8 ErbStR 2019.

<sup>76</sup> GLE 20.4.2018, BStBl. I 2018, 632 Tz. 2.4.1; H E 7.5 ErbStH 2019 „Übergang des Anteils eines Gesellschafters auf die Gesellschaft (Erwerb eigener Anteile)“.

<sup>77</sup> BFH 20.1.2016 – II R 40/14, BStBl. II 2016, 284 Rn. 27 ff.; FG München 5.4.2017 – 4 K 711/16 (rkr.) m. Anm. Rodewald GmbHR 2017, 1166 f.; GLE 20.4.2018, BStBl. I 2018, 632 Tz. 2.4.1; Meincke/Hannes/Holtz, ErbStG, 17. Aufl. 2018, § 7 Rn. 161.

<sup>78</sup> R E 7.5 Abs. 5 S. 3 iVm. Abs. 10–13 ErbStR 2019.

<sup>79</sup> § 15 Abs. 1 ErbStG; die Begünstigungsregelung nach § 15 Abs. 4 ErbStG, wonach es bei Schenkungen durch eine Kapitalgesellschaft an einen Gesellschafter ggf. auf das Verwandtschaftsverhältnis zu anderen unmittelbaren oder mittelbaren „veranlassenden“ Gesellschaftern ankommen kann, findet dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift nach nicht auf den Fall der Schenkung an eine Kapitalgesellschaft (Fall des § 7 Abs. 7 ErbStG) Anwendung, wenngleich dies systematisch nicht einleuchtet; ebenso Jülicher, in Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, ErbStG, § 15 Rn. 184.

<sup>80</sup> § 16 Abs. 1 Nr. 7 ErbStG.

<sup>81</sup> § 19 Abs. 1 ErbStG.

<sup>82</sup> § 20 Abs. 1 S. 1 ErbStG.

<sup>83</sup> Dieser ist gesellschaftsvertraglich oft entweder auf Grundlage von IDW S1 oder nach einem vorgegebenen Berechnungsschema (ggf. unter Berücksichtigung eines bestimmten EBIT-Multiple) durch einen neutralen Wirtschaftsprüfer zu ermitteln.

<sup>84</sup> Für die Anwendung des Vorwegabschlags iHv. bis zu 30% bei Familienunternehmen ist ua. ein Abschlag vom gemeinen Wert zwingend (§ 13a Abs. 9 ErbStG); vgl. hierzu R E 13a.20 ErbStR 2019; Löscherbach, in Viskoff, Familienunternehmen in der Nachfolgeplanung, 2020; Rn. 165 f.

und bei der Frage, ob der Erwerb der eigenen Anteile wirtschaftlich sinnvoll ist, im Auge behalten.

Die Möglichkeit der Zwangsabtretung anstelle der Einziehung im Gesellschaftsvertrag eröffnet die Möglichkeit der Anwendung der Steuerbegünstigung nach § 13b iVm. § 13a ErbStG,<sup>85</sup> die jedenfalls nach Auffassung der Finanzverwaltung im Fall der Einziehung<sup>86</sup> und in den Fällen des § 7 Abs. 8 ErbStG ausgeschlossen ist.<sup>87</sup>

Sieht die gesellschaftsvertragliche Regelung vor, dass nach Wahl der Gesellschaft<sup>88</sup> die Zwangsabtretung neben der Gesellschaft auch an Mitgesellschafter oder Dritte erfolgen kann, besteht das Risiko, dass hier aus steuerlicher Sicht ein Durchgangserwerb seitens der GmbH angenommen wird.<sup>89</sup> Nach Auffassung der Finanzverwaltung liegt ein solcher Durchgangserwerb nicht vor, wenn der Erwerb aufgrund einer gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeregelung erfolgt<sup>90</sup>; dann kommen beim Erwerb eigener Anteile zugunsten der GmbH auch die Regelungen der §§ 13a, 13b ErbStG zur Anwendung.<sup>91</sup>

Ein automatischer bedingter Erwerb der GmbH auf den Todesfall iSv. § 3 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 ErbStG kann im Gesellschaftsvertrag der GmbH nicht vorgesehen werden, da vor dem Erwerb der eigenen Anteile die Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 und 2 GmbHG zu prüfen sind.<sup>92</sup>

**Verhandeln die Parteien** einen Kaufpreis, der unter gemeinem Wert liegt, liegt **keine freigebige Zuwendung** nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 oder nach § 7 Abs. 7 S. 1 ErbStG vor, weder an die verbleibenden Gesellschafter noch an die Gesellschaft.<sup>93</sup> Nach Auffassung der Finanzverwaltung kommt aber ggf. ein Fall des § 7 Abs. 8 S. 1 ErbStG, der im Zusammenhang mit der Erwerb eigener Anteile eine Schenkung des ausscheidenden Gesellschafters an die unmittelbar oder mittelbar an der GmbH beteiligten natürlichen Personen oder Stiftungen fingiert, in Betracht.<sup>94</sup>

#### cc) Umsatzsteuer

Sofern der Gesellschafter überhaupt als Unternehmer zu qualifizieren ist, stellt sich die Anschlussfrage, ob die Beteiligung dem unternehmerischen oder dem nicht-unternehmerischen Bereich zuzuordnen ist. Ist die Gesellschaftsbeteiligung dem unternehmerischen Bereich zuzuordnen, liegt zwar ein steuerbarer Umsatz nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG vor, dieser ist aber grundsätzlich gemäß § 4 Nr. 8 f) UStG steuerfrei. Die Möglichkeit eines Verzichts auf die Steuerbefreiung nach § 9 Abs. 1 UStG erscheint jedenfalls grundsätzlich möglich, denn die GmbH wird re-

gelmäßig Unternehmer sein, sodass es im Einzelfall davon abhängt, ob der Erwerb der eigenen Anteile für Zwecke des Unternehmens der GmbH ausgeführt wird, was bei Stärkung des Unternehmens jedenfalls nicht ausgeschlossen erscheint.

#### b) Gesellschaft

##### aa) Ertragsteuerliche Behandlung

Bei der GmbH ist der Erwerb der eigenen Anteile nach hM – abweichend vom Gesellschaftsrecht<sup>95</sup> – nicht als Anschaffungsvorgang, sondern als **Herabsetzung des Stammkapitals** zu behandeln.<sup>96</sup> Der Erwerb ist damit auf Ebene der Gesellschaft erfolgs- und steuerneutral, wobei steuerliche Konsequenzen in Bezug auf das steuerliche Einlagekonto und den Sonderausweis möglich sind.<sup>97</sup> Bei Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung kommt es auf Ebene der GmbH konsequenterweise zu keinem Ansatz nach § 8 Abs. 3 S. 2 KStG.<sup>98</sup>

Angemessene Aufwendung im Zusammenhang mit dem Erwerb sind nach hM als laufende Betriebsausgaben – aufgrund der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz und entsprechend § 272 Abs. 1a S. 3 HGB – abzugsfähig.<sup>99</sup> Demgegenüber ist nach der Gegenansicht auch auf Gesellschaftsebene weiterhin von einem Anschaffungsgeschäft auszugehen und daher § 8b Abs. 2 und 3 KStG anzuwenden, sodass die Aufwendungen als Anschaffungsnebenkosten letztlich wegen der 95%igen Steuerfreiheit nahezu außer Ansatz bleiben.<sup>100</sup>

##### (1) Angemessener Kaufpreis

Ist der Kaufpreis angemessen und entspricht er dem Nennbetrag der Geschäftsanteile, ist zunächst das steuerliche Einlagekonto entsprechend zu erhöhen (§ 28 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 KStG). Ein bestehender Sonderausweis ist nach Auffassung der Finanzverwaltung nicht zu mindern,<sup>101</sup> sodass ein gesetzlich nicht vorgesehener Direktzugriff auf das steuerliche Einlagekonto möglich ist.<sup>102</sup> Der dem Nennbetrag entsprechende Kaufpreis mindert sodann das steuerliche Einlagekonto (§ 28 Abs. 2

<sup>95</sup> Hüttemann, in: Kessler/Förster/Watrin FS Herzig, 2010, 595 (602).

<sup>96</sup> BMF 27.11.2013, BStBl. I 2013, 1615 Rn. 9; Kessler/Mirbach/Probst, SteuerStud 2015, 326 (331); Herzig, in: Blumenberg/Crezelius/Gosch/Schüppen FS Haamann, 2015, 638; Watermeyer, in: Herrmann/Heuer/Raupach, KStG, § 8b Rn. 64. AA FG Münster 13.10.2016 – 9 K 1087/14 K, G, F (rkr.) m. Anm. Binnewies AG 2018, 64f.; Pung, in: Dötsch/Pung/Möhlenbrock, KStG, § 8b Rn. 129b; Gosch, Körperschaftsteuergesetz, 4. Aufl. 2020, § 8b Rn. 163a; Rengerts, in: Blümich, KStG, § 8b Rn. 211; Schnitger, in: Schnitger/Fehrenbacher, Kommentar KStG, 2. Aufl. 2018, § 8b Rn. 274, 430.

<sup>97</sup> Kessler/Mirbach/Probst SteuerStud 2015, 326 (331).

<sup>98</sup> Klingebiel, in: Dötsch/Pung/Möhlenbrock, KStG, Anhang zu § 8 Abs. 3 „Eigene Anteile“ Rn. 8f. Wohl auch BMF 27.11.2013, BStBl. I 2013, 1615 Rn. 12, da dort nur auf § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG und damit auf die Gesellschafterebene Bezug genommen wird.

<sup>99</sup> BMF 27.11.2013, BStBl. I 2013, 1615 Rn. 18; Herzig/Briesemeister WpG 2010, 63 (74); Kessler/Mirbach/Probst SteuerStud 2015, 326 (335); Störk/Buchholz/Schubert/Adrian, in: Beckscher Bilanz-Kommentar, 12. Aufl. 2020, § 274 HGB Rn. 219.

<sup>100</sup> Hüttemann, in: Kessler/Förster/Watrin FS Herzig, 2010, 595 (604ff.); Pung, in: Dötsch/Pung/Möhlenbrock, KStG, § 8b Rn. 129b; Rengerts, in: Blümich, KStG, § 8b Rn. 211; nach FG Münster 13.10.2016 – 9 K 1087/14 K, G, F (rkr.) jedenfalls, wenn der Erwerb der eigenen Anteile nicht zur Einziehung erfolgt.

<sup>101</sup> BMF 27.11.2013, BStBl. I 2013, 1615 Rn. 9.

<sup>102</sup> Kessler/Mirbach/Probst SteuerStud 2015, 326 (331).

<sup>85</sup> R E 13b.2 Abs. 1 S. 2 Nr. 7, R E 3.4 Abs. 3 S. 6 ErbStR 2019.

<sup>86</sup> Vgl. R E 3.4 Abs. 3 S. 7ff. ErbStR 2019; ablehnend Geck, in: Kapp/Ebeling, ErbStG, § 13a Rn. 5.

<sup>87</sup> R E 7.5 Abs. 13 ErbStR 2019.

<sup>88</sup> Regelmäßig ist für die Auswahl die Gesellschafterversammlung zuständig.

<sup>89</sup> Gottschalk, in: Troll/Gebel/Jüllicher/Gottschalk, ErbStG, § 3 Rn. 263.

<sup>90</sup> § 7 Abs. 7 S. 3 iVm. § 10 Abs. 10 ErbStG.

<sup>91</sup> R E 13b.1 Abs. 2 S. 5 ErbStR 2019.

<sup>92</sup> Gottschalk, in: Troll/Gebel/Jüllicher/Gottschalk, ErbStG, § 3 Rn. 262.

<sup>93</sup> BFH 20.1.2016 – II R 40/14, BStBl. II 2018, 284; R E 7.5 Abs. 5 S. 2 ErbStR 2019.

<sup>94</sup> R E 7.5 Abs. 5 S. 3 iVm. Abs. 10–13 ErbStR 2019.

S. 3 KStG), sodass der Erwerb eigener Anteile im Ergebnis bei der GmbH keine Auswirkung auf das steuerliche Einlagekonto hat.

Soweit der Kaufpreis den Nennbetrag übersteigt, wird zunächst – entsprechend der Verwendungsreihenfolge nach § 27 KStG – der auf den Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres ermittelte ausschüttbare Gewinn gemindert und danach ggf. das steuerliche Einlagekonto. Dementsprechend kann bei der GmbH der ausschüttbare Gewinn „steuerneutral“ verringert werden, ohne dass Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt werden muss bzw. es zu Kapitalerträgen iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 EStG beim Gesellschafter kommt.<sup>103</sup>

Soweit der Kaufpreis unter dem Nennbetrag liegt wird dieser Betrag mit dem Sonderausweis verrechnet und, soweit der Differenzbetrag den Sonderausweis übersteigt, das steuerliche Einlagekonto erhöht.<sup>104</sup>

#### (2) Unangemessener Kaufpreis

Ist der Kaufpreis unangemessen hoch, liegt hinsichtlich des unangemessenen Teils zwar auf Ebene der Gesellschaft keine verdeckte Gewinnausschüttung nach § 8 Abs. 3 S. 2 KStG vor.<sup>105</sup> Es kann jedoch auf Gesellschafterebene eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegen, sodass insoweit von der GmbH ggf. Kapitalertragsteuer<sup>106</sup> einzubehalten und abzuführen ist.<sup>107</sup>

Ist der Kaufpreis zu niedrig, führt dies nach hM zu keiner verdeckten Einlage, sondern hat bei der GmbH hinsichtlich des zu niedrigen Teils keine steuerliche Auswirkung.<sup>108</sup>

#### bb) Schenkungs-/erbschaftsteuerliche Behandlung

Bei der GmbH kann ein schenkungs-/erbschaftsteuerpflichtiger Erwerb vorliegen, wenn der Erwerbspreis unter dem gemeinen Wert der Geschäftsanteile liegt (vgl. dazu oben unter II.2.a)bb)).

Sieht der Gesellschaftsvertrag der GmbH eine Nachfolgeklausel vor, nach der der Erbe nicht Gesellschafter werden kann, sondern sämtliche geerbten Geschäftsanteile auf die Gesellschaft (oder die übrigen Gesellschafter) zu übertragen hat und liegt die Abfindung unter dem gemeinen Wert, ist ein Erwerb eigener Anteile durch die GmbH nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG – ggf. unter Anwendung der Vergünstigungsregelung der §§ 13 a, 13 c und 28 a ErbStG – erbschaftsteuerpflichtig.<sup>109</sup> Hinsichtlich der Entstehung der Erbschaftsteuer und damit einhergehend des Stichtags der Bewertung<sup>110</sup> sollte auf die Ausübung des Rechts und damit auf § 9 Abs. 1

<sup>103</sup> BMF 27.11.2013, BStBl. I 2013, 1615 Rn. 11; *Kessler/Mirbach/Probst* SteuerStud 2015, 326 (331f.).

<sup>104</sup> *Kessler/Mirbach/Probst* SteuerStud 2015, 326 (332).

<sup>105</sup> *Klingebiel*, in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, KStG, § 8 Rn. 8; indirekt auch BMF 27.11.2013, BStBl. I 2013, 1615 Rn. 12.

<sup>106</sup> Kapitalertragsteuer entsteht regelmäßig bei inländischen Gesellschaftern, während sie bei ausländischen Gesellschaftern auf entsprechenden Antrag unter bestimmten Voraussetzungen nach § 43 b EStG (Umsetzung der Mutter-Tochter-Richtlinie) oder auf Basis des Dividendenartikels in Doppelbesteuerungsabkommen nicht erhoben wird.

<sup>107</sup> BMF 27.11.2013, BStBl. I 2013, 1615 Rn. 12.

<sup>108</sup> *Kessler/Mirbach/Probst* SteuerStud 2015, 326 (333).

<sup>109</sup> R. E 3.4 Abs. 3 S. 3 ff. ErbStR 2019.

<sup>110</sup> § 11 ErbStG.

Nr. 1a) ErbStG abgestellt werden,<sup>111</sup> wobei die gesellschaftsrechtlichen Themen einer nicht einvernehmlichen Zwangsabtretung zu berücksichtigen sind<sup>112</sup>.

#### cc) Umsatzsteuer

Der Erwerb kann – wie oben unter II.2.a)cc) dargestellt – unter bestimmten Voraussetzungen der Umsatzsteuer unterliegen. In diesem Fall ist die GmbH dann auch insoweit zum Vorsteuerabzug berechtigt. Soweit die GmbH weitere umsatzsteuerpflichtige Leistungen im Zusammenhang mit dem Erwerb<sup>113</sup> bezogen hat, sind diese vorsteuerabzugsfähig, wenn die Anteile dem Unternehmen der GmbH zugerechnet werden können, was jedenfalls bei einer Stärkung des Unternehmens vorstellbar erscheint.

#### c) Mitgesellschafter

Ertragsteuerlich hat der Erwerb als solcher für die Mitgesellschafter zwar keine Auswirkungen. Durch den Erwerb der eigenen Anteile können jedoch verschiedene unmittelbare Rechtsfolgen ausgelöst werden (vgl. dazu unten unter III.2.).

Nach Auffassung der Finanzverwaltung kommt für die (unmittelbaren bzw. mittelbaren) Mitgesellschafter unter Umständen ein fiktiv unentgeltlicher Erwerb nach § 7 Abs. 8 S. 1 ErbStG in Betracht.<sup>114</sup>

### III. Unmittelbare Rechtsfolgen des Erwerbs der eigenen Anteile

#### 1. Gesellschaftsrecht

##### a) Stimm- und Gewinnbezugsrechte

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung<sup>115</sup> ruhen die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten aus den eigenen Anteilen während der Zeit des Eigenbesitzes.<sup>116</sup> Dementsprechend vermitteln die eigenen Anteile der GmbH weder ein Stimmrecht noch ein Gewinnbezugsrecht.<sup>117</sup> Vielmehr erhöht sich sowohl die Stimmmacht als auch der Anteil am Gewinn der verbleibenden Gesellschafter und zwar aus eigenem Mitgliedschaftsrecht und nicht aus von der GmbH abgeleitetem Recht<sup>118</sup>. Die Stimmrechte aus den eigenen Anteilen werden auch dann nicht berücksichtigt, wenn die Satzung für eine zu erzielende Mehrheit auf „das Stamm-

<sup>111</sup> *Gottschalk*, in *Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk*, ErbStG, § 3 Rn. 262; *Gebel*, DStR 1993, 325 (330).

<sup>112</sup> Vgl. hierzu oben unter II.1.d) aE.

<sup>113</sup> ZB Kosten für etwaige Rechtsberater, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer sowie für Notarkosten.

<sup>114</sup> R. E 7.5 Abs. 5 S. 3 iVm. Abs. 10–13 ErbStR 2019.

<sup>115</sup> BGH 30.1.1995 – II ZR 45/94, DStR 1995, 537.

<sup>116</sup> Während dies für die AG in § 71 b AktG geregelt ist, fehlt im GmbH-Recht eine gesetzliche Regelung.

<sup>117</sup> *Westermann*, in *Scholz*, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 33 Rn. 33, 37; *Kersting*, in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 33 Rn. 23 ff.

<sup>118</sup> BGH 30.1.1995 – II ZR 45/94, DStR 1995, 537.



kapital“ Bezug nimmt; insoweit ist im Wege einer berichtigenden Auslegung von einem um die eigenen Anteile verminderten Stammkapital auszugehen.<sup>119</sup> Die GmbH ist selbst nicht zu Gesellschafterversammlungen zu laden und die Geschäftsführer als gesetzliche Vertreter der GmbH haben auf Grundlage der eigenen Anteile kein Teilnahmerecht an Gesellschafterversammlungen.<sup>120</sup> Ebenso wenig steht der GmbH ein Anfechtungsrecht in Bezug auf Gesellschafterbeschlüsse zu.<sup>121</sup>

#### b) Offene Einlageverpflichtungen (Nachschüsse oder Sonderleistungen)

Eine Erwerberhaftung der GmbH nach § 16 Abs. 2 GmbHG in Bezug auf Nachschüsse und Sonder-/Nebenleistungen scheidet aus, da insoweit Konfusion eintritt; es bleibt jedoch bei der Veräußererhaftung, ohne dass durch den Veräußerer gegenüber der GmbH ein Gesamtschuldnerregress geltend gemacht werden kann (§ 425 Abs. 2 BGB).<sup>122</sup> Soweit die GmbH beim Erwerb wirksam auf die rückständigen Nachschüsse und Sonderleistungen verzichtet, scheidet die Veräußererhaftung aus, im Zusammenhang mit § 33 Abs. 2 GmbHG ist jedoch der Verzichtsbeitrag als „Aufwendung für den Erwerb“ bei der Prüfung, ob ausreichend freies Vermögen zur Verfügung steht, zu berücksichtigen.<sup>123</sup>

Umstritten ist, ob auf eigene Anteile die Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG entfällt. Nach hM ist dies nicht der Fall, da dadurch die Kapitalaufbringung beeinträchtigt würde.<sup>124</sup>

#### c) Gesellschafterliste

Weder die gesetzlichen Regelungen der § 40 und § 16 GmbHG noch die GesLV<sup>125</sup> enthalten Ausführungen zur Darstellung eigener Anteile. Nach ganz hM ist die GmbH als Inhaberin der eigenen Anteile und insoweit auch als Gesellschafterin in die Gesellschafterliste aufzunehmen.<sup>126</sup> Die Angabe der prozentualen Beteiligung am Stammkapital des jeweiligen Geschäftsanteils und bei Inhaberschaft meh-

rerer Geschäftsanteile des Gesamtumfangs schließt nach hM<sup>127</sup> die eigenen Anteile mit ein – es kommt insoweit auf die *rechtliche* und nicht auf die *wirtschaftliche* Beteiligung an. Anders als in der Handelsbilanz (vgl. § 272 Abs. 1a HGB) und bei Aktiengesellschaften (vgl. § 16 Abs. 2 S. 2 AktG) sind die eigenen Anteile mithin in der Gesellschafterliste nicht offen von dem Posten „Gezeichnetes Kapital“ bzw. vom Nennkapital oder von der Zahl der Aktien abzusetzen.

Der Notar, der den Erwerb der eigenen Anteile beurkundet, muss nach § 40 Abs. 2 GmbHG eine neue Gesellschafterliste erstellen und zum Handelsregister einreichen, wobei er die (rechtliche) Wirksamkeit der Veränderung nach § 33 GmbHG besonders sorgfältig zu prüfen hat.<sup>128</sup> Dabei ist zu beachten, dass der Notar einerseits auf Angaben der GmbH angewiesen ist und andererseits bei Ratenzahlung des Kaufpreises im Zeitpunkt der Einreichung der neuen Gesellschafterliste nicht beurteilen kann, ob die GmbH im Zusammenhang mit künftigen Ratenzahlungen gegen die Vorgaben des § 33 Abs. 2 GmbHG verstößt.<sup>129</sup>

#### d) Transparenzregister

Nach § 20 Abs. 1 GWG sind die an einer GmbH wirtschaftlich Berechtigten iSv. § 3 Abs. 2 GWG, d.h. jede natürliche Person, die unmittelbar oder mittelbar mehr als 25% der Kapitalanteile hält bzw. Stimmrechte kontrolliert oder in vergleichbarer Weise Kontrolle ausübt, dem Transparenzregister zur Eintragung mitzuteilen. Nach § 20 Abs. 2 Nr. 1 GWG gilt die Pflicht zur Mitteilung als erfüllt, wenn sich die nach § 19 Abs. 1 GWG erforderlichen Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten aus dem Handelsregister ergeben. Im Zusammenhang mit dem Erwerb eigener Anteile stellt sich insoweit die Frage, ob, da die Gesellschafterliste weiterhin die *rechtlichen* und nicht die *wirtschaftlichen* Beteiligungsverhältnisse ausweist, die Mitteilungsfiktion gilt<sup>130</sup> oder ob die Geschäftsführung ggf. zur Mitteilung an das Transparenzregister verpflichtet ist.<sup>131, 132</sup>

Das Bundesverwaltungsamt vertritt die Auffassung, dass „[die] Mitteilung der wirtschaftlich Berechtigten einer GmbH zum Transparenzregister [...] jedoch nicht erforderlich [ist], wenn in der Gesellschafterliste nur die Angabe der prozentualen Beteiligung am Stammkapital fehlt. Dies verhindert nicht, dass § 20 Abs. 2 GWG Anwendung finden kann.“<sup>133</sup> Wenn aber bereits das Fehlen prozentualer Angaben

<sup>119</sup> Paura, in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG Großkommentar, 3. Aufl. 2020, § 33 Rn. 86.

<sup>120</sup> Teichmann, in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG-Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 48 Rn. 12; Zöllner/Noack, in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 48 Rn. 6; Westermann, in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 33 Rn. 37.

<sup>121</sup> Kersting, in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 33 Rn. 24; Westermann, in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 33 Rn. 37.

<sup>122</sup> Kersting, in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 33 Rn. 27; Westermann, in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 33 Rn. 36; Sosnitza, in Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 33 Rn. 60.

<sup>123</sup> Westermann, in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 33 Rn. 36.

<sup>124</sup> Ebbing, in Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 24 Rn. 48; Kersting, in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 24 Rn. 4 und 7; Leuschner, in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG Großkommentar, 3. Aufl. 2019, § 24 Rn. 32.

<sup>125</sup> Gesellschafterlistenverordnung 20.6.2018, BGBl. 2018 I 870.

<sup>126</sup> Bayer, in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 40 Rn. 25; Wachter GmbHR 2018, 1129 (1137); Heidinger, in Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 16 Rn. 56, § 40 Rn. 33; Servatius, in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 40 GmbHG Rn. 9. AA Löwisch, in Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 119, nach dessen Auffassung die GmbH zwar Inhaberin des Anteils, nicht aber Gesellschafterin wird und daher nicht in die Gesellschafterliste aufzunehmen ist.

<sup>127</sup> Servatius, in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 40 Rn. 13; Altmeyden, in Roth/Altmeyden, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 40 Rn. 15; Wachter, GmbHR 2017, 1177, (1191).

<sup>128</sup> Wachter GmbHR 2018, 1129 (1137).

<sup>129</sup> Auf welchen Zeitpunkt für § 33 Abs. 2 GmbHG abzustellen ist, ist umstritten; vgl. dazu oben unter II.1.b).

<sup>130</sup> So DNotI-Report 2017, 131 (132).

<sup>131</sup> So Wachter GmbHR 2018, 1129 (1138); Wachter EWiR 2019, 653 Rn. 3.6 zum insoweit gleichgelagerten Fall der Kaduzierung des Geschäftsanteils (§ 21 GmbHG); Bayer, in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 40 Rn. 26.

<sup>132</sup> Krit. zur Sinnhaftigkeit einer prozentualen Beteiligung am Stammkapital vor dem Hintergrund des Regelungsziels Windeknecht/Junginger DZWIR 2017, 551 (557f).

<sup>133</sup> Bundesverwaltungsamt, Transparenzregister – Fragen und Antworten, C.I.2. (Stand: 19.8.2020), [www.bva.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aufgaben/ZMV/Transparenzregister/Transparenzregister\\_FAQ](http://www.bva.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aufgaben/ZMV/Transparenzregister/Transparenzregister_FAQ).

unschädlich sein soll, wird eine gesonderte Mitteilung bei in der Gesellschafterliste ausgewiesenen eigenen Anteilen nicht erforderlich sein, da sich die wirtschaftliche Beteiligung insoweit ermitteln lässt.

Vor dem Hintergrund der Ausweitung der Möglichkeiten der Einsichtnahme in das Transparenzregister, die nun „allen Mitgliedern der Öffentlichkeit“ (§ 23 Abs. 1 Nr. 3 GWG) offensteht, muss die Annahme der Mitteilungsfiktion mE jedoch weiter in Zweifel gezogen werden, denn dem juristischen Laien wird die Qualifikation „eigener Anteile“ kaum ersichtlich sein. Da es jedenfalls unschädlich ist, mehr Informationen an das Transparenzregister zu melden als erforderlich, mag es angezeigt sein, vorsorglich eine entsprechende Meldung vorzunehmen, wenngleich ein Unterlassen nach aktuellem Stand keine Ordnungswidrigkeit nach § 56 Abs. 1 GWG darstellen sollte.

## 2. Steuerrecht

Das Steuerrecht knüpft an die Beteiligungsquoten bzw. deren Veränderung in verschiedenen Bereichen Rechtsfolgen, die im Folgenden kurz adressiert werden sollen. Dabei sind für die GmbH insbesondere die Beteiligung am Stammkapital und die Stimmrechte relevant. Da im Steuerrecht regelmäßig auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise abzustellen ist, bleiben die eigenen Anteile bei der Quotenermittlung in der Regel außer Ansatz. Sofern eine Regelung auf die Kapitalbeteiligung abstellt, wird auf das Stammkapital der GmbH ohne die eigenen Anteile abgestellt. Sofern eine Regelung auf die Stimmrechte abstellt, bleiben die eigenen Anteile außer Ansatz, da diese gesellschaftsrechtlich der GmbH keine Stimmrechte vermitteln<sup>134</sup>.

### a) Gesellschaft

#### (1) Verlustuntergang durch schädlichen Beteiligungserwerb

Ein nach § 8c Abs. 1 S. 1 KStG (iVm. § 10a S. 10 GewStG) schädlicher Beteiligungserwerb, d. h. der Erwerb von mehr als 50% innerhalb von fünf Jahren, führt grundsätzlich<sup>135</sup> zum vollständigen „Untergang“ bis dahin nicht genutzter Körperschaft-/gewerbsteuerlicher Verluste<sup>136</sup> auf Ebene der GmbH. Dabei qualifiziert die erwerbende GmbH nach hM nicht selbst als Erwerberin iSv. § 8c KStG.<sup>137</sup> Zwar erwirbt auch ein Gesellschafter im Fall des Erwerbs eigener Anteile durch die

<sup>134</sup> S. oben unter III.1.a).

<sup>135</sup> Sofern nicht die Ausnahmeregelungen, wie bspw. das Konzernprivileg, die Stille-Reservenklausel, das Sanierungsprivileg oder § 8d KStG, eingreifen.

<sup>136</sup> Bei unterjährigem schädlichen Beteiligungserwerb sind sowohl Verlustvorträge als auch laufende Verluste bzw. Gewinne zu berücksichtigen; BFH 30.11.2011 – I R 14/11, BStBl. II 2012, 360; BMF 28.11.2017, BStBl. I 2017, 1645 Rn.33; Brandis, in Blümich, KStG, § 8c Rn. 56; Dötsch/Leibner, in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, KStG, § 8c Rn. 230ff.; Roser, in Gosch, Körperschaftsteuergesetz, 4. Aufl. 2020, § 8c Rn. 96f.; aA (nur Verlustvorträge) Drieni, in Blümich, GewStG, § 10a Rn. 89.

<sup>137</sup> Frotscher, in Frotscher/Maas, KStG-Kommentar, § 8c Rn. 47; Kleinheisterkamp, in Lenski/Steinberg, GewStG, § 10a Rn. 125; Roser, GmbH-StB 2014, 55 (58); Roser, in Gosch, Körperschaftsteuergesetz, 4. Aufl. 2020, § 8c Rn. 56 „Eigene Anteile“; Neumann, in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG-Kommentar, 2015, § 8c Rn. 74.

GmbH selbst keine Anteile, es liegt aber ein „vergleichbarer Sachverhalt“ vor, wenn sich die Beteiligungsquoten derart ändern, dass ein Gesellschafter die 50%-Beteiligungsquote überschreitet.<sup>138</sup> Dies dürfte selbst dann gelten, wenn der Erwerb eigener Anteile nur vorübergehend und aus „Abwicklungsgründen“ erfolgt, bspw. um im Rahmen einer Managementbeteiligung kurzfristig einen neuen Gesellschafter aufzunehmen, obwohl in solchen Fällen eine teleologische Reduktion der Vorschrift sachgerecht wäre.<sup>139</sup>

#### (2) Zinsschranke

Die Zinsschranke, d. h. die Beschränkung des Betriebsausgabenabzugs für Zinsaufwendungen, findet nach § 8a Abs. 2 KStG iVm. § 4h EStG nur Anwendung, wenn ein (unmittelbar oder mittelbar) zu mehr als 25% am Stammkapital der GmbH beteiligter Anteilseigner vorhanden ist. Hält die GmbH eigene Anteile, ist von einem um die eigenen Anteile verminderten Nennkapital auszugehen.<sup>140</sup> Der Erwerb eigener Anteile kann damit den persönlichen Anwendungsbereich der Zinsschranke eröffnen, wenn ein zunächst zu 25% oder weniger beteiligter Gesellschafter dadurch bei wirtschaftlicher Betrachtung die 25%-Grenze überschreitet.

Für die Ausnahmen von der Zinsschranke erfolgt im Rahmen des Eigenkapitaltests (Escape-Klausel) keine Kürzung nach § 4h Abs. 2c) Satz 5 EStG um eigene Anteile.<sup>141</sup>

#### (3) Organschaft

Das Tatbestandsmerkmal der finanziellen Eingliederung für die Anwendbarkeit der körperschaft- und gewerbsteuerlichen Organschaftsregelungen ist nach § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KStG iVm. § 17 KStG erfüllt, wenn der Organträger an der GmbH als Organgesellschaft vom Beginn ihres Wirtschaftsjahres an ununterbrochen derart beteiligt ist, dass ihm die Mehrheit der Stimmrechte aus den Anteilen an der Organgesellschaft zusteht. Da eigene Anteile keine Stimmrechte vermitteln, sind diese bei der Berechnung außer Ansatz zu lassen.<sup>142</sup> Gleichzeitig bedeutet dies, dass eine ertragsteuerliche Organschaft (unter Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags) stets erst im auf den Erwerb der eigenen Anteile folgenden Wirtschaftsjahr der Organgesellschaft möglich ist, wenn dem Gesellschafter erst infolge des Erwerbs der eigenen Anteile die Mehrheit der Stimmrechte zuzurechnen sind.<sup>143</sup>

Für Zwecke der umsatzsteuerlichen Organschaft (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG) kann die finanzielle Eingliederung der GmbH in das Unternehmen eines Gesellschafters durch den Erwerb eigener Anteile begründet werden, wenn dadurch ein Gesellschafter<sup>144</sup> die – nach dem Gesellschaftsvertrag – zur Beschlussfassung erforderliche

<sup>138</sup> BMF 28.11.2017, BStBl. I 2017, 1645 Rn. 7; Brandis, in Blümich, KStG, § 8c Rn. 45.

<sup>139</sup> Kleinheisterkamp, in Lenski/Steinberg, GewStG, § 10a Rn. 175.

<sup>140</sup> Förster, in Gosch, Körperschaftsteuergesetz, 4. Aufl. 2020, § 8c Rn. 130.

<sup>141</sup> H 4h EStH 2018 iVm. BMF 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718 Rn. 74; Möhlenbrock/Pung, in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, KStG, § 8a Rn. 154 Förster, in Gosch, Körperschaftsteuergesetz, 4. Aufl. 2020, § 8c Rn. 215.

<sup>142</sup> Rödder/Joisten, in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG-Kommentar, 2015, § 14 Rn. 705; Dötsch, in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, KStG, § 14 Rn. 256.

<sup>143</sup> Ggf. ist hierbei die Umstellung des Wirtschaftsjahres in Betracht zu ziehen.

<sup>144</sup> Eine finanzielle Eingliederung kann auch bei einem mittelbaren Gesellschafter vorliegen; vgl. A 2.8 Abs. 5b UStAE.

Stimmenmehrheit<sup>145</sup> erlangt und dadurch in der GmbH seinen Willen durchsetzen kann (Eingliederung mit Durchgriffsrechten)<sup>146</sup>, denn bei der Berechnung der Beteiligungsquote bleiben die (stimmrechtslosen) eigenen Anteile außer Ansatz. Sind auch die weiteren Voraussetzungen, d. h. die wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung, erfüllt, entsteht zwischen der GmbH als Organgesellschaft und dem Mehrheitsgesellschafter als Organträger „automatisch“ *ex nunc* eine umsatzsteuerliche Organschaft, denn hierfür bedarf es weder eines Antrags noch – insoweit abweichend von der körperschaft- und gewerbsteuerlichen Organschaft – einer vertraglichen Vereinbarung.

#### b) Mitgesellschafter

##### aa) Kapitalgesellschaften

Die 95%ige Steuerbefreiung für **Gewinnausschüttungen** der GmbH an Gesellschafter in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft setzt für Zwecke der Körperschaftsteuer eine (unmittelbare) Mindestbeteiligung von 10% am Stammkapital der GmbH zu Beginn des jeweiligen Kalenderjahres voraus (§ 8b Abs. 1 und 5 iVm. Abs. 4 KStG; **körperschaftsteuerliches Schachtelprivileg**). Bei der Berechnung der Beteiligungsquote bleiben eigene Anteile außer Ansatz.<sup>147</sup> Dementsprechend kann ein Gesellschafter, der zunächst unter der 10%-Grenze lag (Portfolio-/Streubesitzbeteiligung), diese infolge des Erwerbs eigener Anteile möglicherweise überschreiten. Dabei gilt die Steuerbefreiung regelmäßig erst ab dem folgenden Veranlagungszeitraum. Ungeklärt ist, ob bei einer Erhöhung der Quote des betroffenen Gesellschafters – infolge des Erwerbs der eigenen Anteile seitens der GmbH – um mindestens 10 Prozentpunkte die Fiktion des § 8b Abs. 4 S. 6 KStG zur Anwendung kommt. Zwar stellt diese Regelung auf den „Erwerb einer Beteiligung“ ab. Zivilrechtlich liegt aber kein Erwerb durch den Gesellschafter, sondern durch die Gesellschaft vor. Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise erscheint es jedoch sachgerecht, die Fiktion derart auszuweiten, dass auf den wirtschaftlichen Beteiligungserwerb abgestellt wird. Ob die Finanzverwaltung, die sich bislang eher restriktiv zur Erwerbsfiktion geäußert hat<sup>148</sup>, diesem Ansatz folgt, ist unsicher, sodass eine Gewinnausschüttung vorsorglich auf das Folgejahr verschoben werden sollte.

Das **gewerbsteuerliche Schachtelprivileg** setzt eine (unmittelbare/mittelbare) Mindestbeteiligung, bei der die eigenen Anteile außer Ansatz bleiben,<sup>149</sup> von 15% am Stammkapital zu Beginn des Erhebungszeitraums<sup>150</sup> voraus (§ 8 Nr. 5 iVm. § 9 Nr. 2a GewStG). Dabei handelt es sich um eine rein stichtagsbezogene Betrachtung

tungsweise, sodass sich ein unterjähriger Erwerb eigener Anteile regelmäßig erst im Folgejahr auswirken kann.

#### bb) Natürliche Personen

##### (1) Gewinnausschüttung

**Einkommensteuerlich** hat die Erhöhung der Beteiligungsquote für Gewinnausschüttungen bei natürlichen Personen keine unmittelbare Auswirkungen. Befinden sich die Anteile eines Mitgesellschafters in dessen Privatvermögen, kann dieser infolge der erhöhten Beteiligungsquote möglicherweise nach § 32d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EStG durch das Erreichen bzw. Überschreiten der 25%- bzw. 1%-Grenze zur Regelbesteuerung (statt Abgeltungssteuertarif) optieren.<sup>151</sup>

Befinden sich die Anteile im Betriebsvermögen einer natürlichen Person als Mitgesellschafter, führt das Erreichen bzw. Überschreiten der 15%-Grenze **gewerbsteuerlich** dazu, dass sich die Gewerbesteuerbelastung der Gewinnausschüttungen im folgenden Erhebungszeitraum von 100% auf Null reduziert (§ 7 S. 1 (iVm. S. 4) iVm. § 8 Nr. 5, § 9 Nr. 2a GewStG). Dies kann vor dem Hintergrund der Anrechnung der Gewerbesteuer auf die Einkommensteuer nach § 35 EStG insbesondere dann grundsätzlich positive Effekte haben, wenn der Gewerbesteuerhebesatz bei dem Mitgesellschafter über 422 % liegt.<sup>152</sup>

##### (2) Veräußerungsgewinn

Durch den Erwerb eigener Anteile seitens der GmbH kann sich die Beteiligung einer natürlichen Person am Stammkapital der GmbH von unter 1% auf mindestens 1% erhöhen. Die Beteiligung, sofern sie im Privatvermögen gehalten wird, fällt dann aus dem Anwendungsbereich der Abgeltungssteuer in den Anwendungsbereich des Teileinkünfteverfahrens nach § 17 iVm. § 3 Nr. 40 S. 1 Buchst. c) EStG, denn eigene Anteile sind bei der Berechnung der Beteiligungsquote außer Ansatz zu lassen<sup>153</sup>.

Selbst wenn im Anschluss an den Erwerb der eigenen Anteile, diese von der GmbH an einen Dritten veräußert werden und der Gesellschafter mit seiner Beteiligung dann wieder unter die 1%-Grenze fällt, ist zu beachten, dass für die Dauer von fünf Jahren, im Fall einer Veräußerung weiterhin § 17 EStG Anwendung findet (§ 17 Abs. 1 S. 1 EStG).

##### (3) Wegzugsbesteuerung

Zieht ein Gesellschafter mit einer Beteiligung iSv. § 17 Abs. 1 S. 1 EStG ins Ausland, kommt grundsätzlich die Besteuerung des Vermögenszuwachses nach § 6 AStG in Betracht. Da § 6 Abs. 1 S. 1 AStG ausdrücklich auf § 17 Abs. 1 S. 1 EStG

<sup>145</sup> Regelmäßig also eine Beteiligung von mehr als 50% (einfache Mehrheit).

<sup>146</sup> A 2.8 Abs. 5 UStAE; BFH 1.12.2010 – XI R. 43/08, BStBl. II 2011, 600; BFH 2.12.2015 – V R. 15/14, BStBl. II 2017, 553; BFH 2.12.2015 – V R. 25/13, BStBl. II 2017, 547.

<sup>147</sup> Förster StJb 2013/2014, 103 (120); Rengerts, in Blümich, KStG, § 8b Rn. 117; Pung, in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, KStG, § 8b Rn. 227 iVm. § 8a KStG (vor URefG 2008) Rn. 390.

<sup>148</sup> Vgl. OFD Frankfurt/Main 2.12.2013, DB 2014, 329 m. Anm. Ernst DB 2014, 449 ff.

<sup>149</sup> Gosch, in Blümich, GewStG § 9 Rn. 169 iVm. Rn. 167; Güroff, in Glanegger/Güroff, GewStG, 10. Aufl. 2021, § 9 Nr. 2a Rn. 4a.

<sup>150</sup> Erhebungszeitraum ist grundsätzlich das Kalenderjahr (§ 14 S. 2 GewStG).

<sup>151</sup> Vgl. Levedag, in Herzig/Förster/Schnitger/Levedag, FS Kessler, 2021, S. 307 f.

<sup>152</sup> Vgl. Förster, in Herzig/Förster/Schnitger/Levedag, FS Kessler, 2021, S. 267. Nach Wacker, in Schmidt, 39. Aufl. 2020, EStG, § 35 Rn. 36 sind die gewerblichen Einkünfte und damit die anteilige Einkommensteuer iRv. § 35 EStG durch das Teileinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40 EStG) zu mindern; aA. Levedag, in Herrmann/Heuer/Raupach, § 35 EStG, Rn. 84, 93 und Gosch/Schindler, in Kirchhof, 19. Aufl. 2020, EStG, § 35 Rn. 15, da der steuerfreie Teil der Dividende gemäß § 8 Nr. 5 GewStG hinzugerechnet wird.

<sup>153</sup> H 17 Abs. 2 EStH 2018 „Eigene Anteile“; Pung/Werner, in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, EStG, § 17 Rn. 186; Weber-Grellet, in Schmidt, EStG, § 17 Rn. 41; Vögt, in Blümich, EStG, § 17 Rn. 246; Gosch, in Kirchhof, EStG, 19. Aufl. 2020, § 17 Rn. 19.

Bezug nimmt, sind die vorstehend unter III.2.b)bb) (2) adressierten Aspekte zu beachten. Da es für die Wegzugsbesteuerung auf die Verhältnisse beim Wegzug ankommt, ist ein Erwerb eigener Anteile nach dem Wegzug, der zu einem Überschreiten der 1%-Grenze beim Wegziehenden führt, unschädlich.

#### (4) Erbschaft-/schenkungsteuerliche Begünstigungen

GmbH-Geschäftsanteile sind sog. begünstigungsfähiges Vermögen iSv. § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG, wenn der Erblasser bzw. der Schenker am Stammkapital der GmbH zu mehr als 25% beteiligt war.<sup>154</sup> Eigene Anteile bleiben bei der Berechnung außer Ansatz und erhöhen damit die Beteiligungsquote der Gesellschafter.<sup>155</sup> Dies sollte nach hL entsprechend beim Verwaltungsvermögenstest nach § 13b Abs. 4 Nr. 2 ErbStG gelten.<sup>156</sup> Zu beachten ist, dass es für die Begünstigungen ausschließlich auf die Beteiligungsverhältnisse im Zeitpunkt der Steuerentstehung ankommt.

#### cc) Kapitalgesellschaften oder natürliche Personen

##### (1) Schachteldividenden iSv. Doppelbesteuerungsabkommen (OECD-Musterabkommen)

Nach Art. 10 Abs. 2a) OECD-MA ist das Recht des Ansässigkeitsstaats der ausschüttenden Gesellschaft zur Erhebung einer Quellensteuer auf 5% beschränkt, wenn der im anderen Staat ansässige Gesellschafter über mindestens 25% des Kapitals der ausschüttenden Gesellschaft verfügt (Schachtelprivileg). Nach dem OECD-Musterkommentar<sup>157</sup> dürften, insbesondere vor dem Hintergrund der Regelung in § 272 Abs. 1a HGB, eigene Anteile der GmbH für die Beteiligungsquote außer Ansatz bleiben.<sup>158</sup>

##### (2) Umwandlungssteuer iZm. Einbringungen in die GmbH

Die Steuerneutralität der Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs, Mitunternehmeranteils oder (mehrheitsvermittelnder) Anteile an einer Kapitalgesellschaft bzw. Genossenschaft in eine GmbH setzt nach § 20 bzw. § 21 UmwStG u. a. die Gewährung neuer Anteile an der übernehmenden GmbH voraus. Als „neue“ Anteile sind aber bei einer bestehenden GmbH nur solche zu qualifizieren, die aus einer Kapitalerhöhung im Zusammenhang mit der Einbringung resultieren<sup>159</sup>, nicht jedoch eigene Anteile.<sup>160</sup> Vor dem Hintergrund der ertragsteuerlichen Behandlung auf

<sup>154</sup> Ggf. unter Berücksichtigung durch Poolvereinbarung zuzurechnender Anteile weiterer Gesellschafter.

<sup>155</sup> R E 13b.6 Abs. 2 S. 2 ErbStR 2019; Jülicher, in Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, ErbStG § 13b Rn. 221; Stalleken, in von Oertzen/Loose, ErbStG, 2. Aufl. 2020, § 13b Rn. 50; Viskorf in Viskorf/Schuck/Wälzholz, ErbStG, 6. Aufl. 2020, § 13b Rn. 112.

<sup>156</sup> Jülicher, in Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, ErbStG, § 13b Rn. 221; Stalleken, in von Oertzen/Loose, ErbStG, 2. Aufl. 2020, § 13b Rn. 146.

<sup>157</sup> Art. 10 Nr. 15b): „Capital as understood in company law, should be indicated in terms of par value of all shares which in the majority of cases will be shown as capital in the company's balance sheet“.

<sup>158</sup> So auch Kaeser/Wassermeyer, in Wassermeyer, DBA, Art. 10 MA Rn. 90.

<sup>159</sup> BMF 11.11.2011, UmwStE Rn. E 20.10.

<sup>160</sup> Patt, in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, UmwStG, § 20 Rn. 173; Schmitt, in Schmitt/Hörtnagl, UmwStG, 9. Aufl. 2020, § 20 Rn. 208 und 210; Herlinghaus, in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, 3. Aufl. 2019, § 20 Rn. 221; Rabback, in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, 3. Aufl. 2019, § 21 Rn. 62.

Ebene der Gesellschaft als Kapitalerhöhung<sup>161</sup> und der handelsrechtlichen Behandlung nach § 272 Abs. 1b HGB erscheint dieses Abstellen auf eine zivilrechtliche Sichtweise im Umwandlungssteuerrecht inkonsistent.<sup>162</sup> Soweit ein EU-grenzüberschreitender Anteilstausch vorliegt, dürfte im Ausschluss von eigenen Anteilen ein Verstoß gegen die Fusionsrichtlinie vorliegen.<sup>163</sup>

Bei der Frage, ob ein steuerneutraler qualifizierter Anteilstausch möglich ist, stellt § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UmwStG darauf ab, dass die übernehmende Kapitalgesellschaft nach der Einbringung unmittelbar die Mehrheit der Stimmrechte an der erworbenen GmbH hat. Da eigene Anteile keine Stimmrechte vermitteln, bleiben eigene Anteile der eingebrachten GmbH außer Ansatz, sodass die Stimmenmehrheit „schneller“ erreicht wird.

Hat der Gesellschafter gem. § 20 UmwStG einen Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil steuerneutral in eine GmbH gegen Gewährung neuer Geschäftsanteile eingebracht, so löst in jedem Fall der Rückerwerb dieser gewährten neuen Anteile durch GmbH innerhalb der 7-jährigen Sperrfrist einen sog. Einbringungsgewinn I aus, wobei umstritten ist, ob es sich um einen Fall des Satzes 1<sup>164</sup> oder des Satzes 6 Nr. 3<sup>165</sup> oder des § 22 Abs. 1 UmwStG handelt.<sup>166</sup> War der Gesellschafter bereits vor der Einbringung an der GmbH beteiligt und erwirbt die GmbH „Altanteile“, so liegt ein Fall des § 22 Abs. 1 S. 6 Nr. 3 UmwStG vor.

##### (3) Grunderwerbsteuer

Sofern sich im Vermögen der GmbH ein inländisches Grundstück befindet, kann der Erwerb eigener Anteile zu einer steuerbaren (erstmaligen) Anteilsvereinigung von mindestens 95% nach § 1 Abs. 3 oder 3a GrEStG führen. Dies ist bspw. der Fall, wenn in einer zweigliedrigen GmbH die GmbH die Anteile eines der beiden Gesellschafter erwirbt und damit nur noch ein Alleingesellschafter verbleibt. Der Gesellschafter, der mindestens 95% der nicht von der Gesellschaft selbst gehaltenen Anteile an dieser hält, beherrscht das Vermögen der Gesellschaft in gleicher Weise, wie wenn der Gesellschaft selbst keine Anteile zustünden.<sup>167</sup> Zu beachten ist, dass die Anteilsvereinigung auch auf mittelbar gehaltene Grundstücksgesellschaften durchschlagen kann bzw. ein Erwerb eigener Anteile bei einer zwischengeschalteten Gesellschaft eine Anteilsvereinigung auslösen kann.<sup>168</sup> Steuerschuldner ist in jedem Fall nicht die GmbH, sondern der bzw. die Gesellschafter, bei denen 95%-Grenze erreicht bzw. überschritten wird<sup>169</sup>.

<sup>161</sup> Vgl. oben unter II.2.b)aa) und IV.2.a).

<sup>162</sup> Ebenso Roser, GmbH-StB 2014, 55 (58).

<sup>163</sup> Aus Art. 2e) der Richtlinie 2009/133/EG ist jedenfalls keine entsprechende Beschränkung ersichtlich; vgl. Patt, in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, UmwStG, § 21 Rn. 41 aE; Schmitt, in Schmitt/Hörtnagl, UmwStG, 9. Aufl. 2020, § 21 Rn. 30.

<sup>164</sup> Hierfür spricht, dass auf Ebene des Veräußerers steuerlich ein Veräußerungstatbestand angenommen wird, vgl. oben unter II.2.a)aa); Nitzschke, in Blümich, UmwStG 2006, § 22 Rn. 34; Schmitt, in Schmitt/Hörtnagl, UmwStG, 9. Aufl. 2020, § 22 Rn. 30.

<sup>165</sup> Auf Ebene der GmbH wird eine Kapitalherabsetzung fingiert, vgl. oben unter II.2.b)aa).

<sup>166</sup> Stangl, in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG 3. Aufl. 2019, § 22 Rn. 70ff.

<sup>167</sup> BFH 18.9.2013 – II R 21/12, BStBl. II 2014, 326 Rn. 19; BFH 20.1.2015 – II R 8/13, BStBl. II 2015, 553 Rn. 20; ablehnend Behrens, in Behrens/Wachter, GrEStG, 2018, § 1 Rn. 546.

<sup>168</sup> BFH 25.8.2010 – II R 65/08, BStBl. II 2011, 225.

<sup>169</sup> § 13 Nr. 5 oder 7 GrEStG.

Bei einem Verstoß gegen § 33 Abs. 1 GmbHG sind sowohl Verpflichtungs- als auch Verfügungsgeschäft nichtig<sup>170</sup>, sodass es zu keiner Anteilsvereinigung kommt.

Ob ein Verstoß gegen § 33 Abs. 2 GmbHG vorliegt, ist grunderwerbsteuerlich – jedenfalls zunächst – irrelevant, denn in diesem Fall wäre jedenfalls das Verfügungsgeschäft wirksam<sup>171</sup>, sodass eine Anteilsvereinigung nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG in Betracht kommt.<sup>172</sup> Liegt ein Verstoß gegen § 33 Abs. 2 GmbHG vor und kommt es wegen der Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts zur Rückabwicklung, kommt eine Nichtfestsetzung oder Aufhebung der Grunderwerbsteuer nach § 16 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG in Betracht – nach § 16 Abs. 5 GrEStG jedoch nur, wenn die ursprüngliche Anteilsvereinigung fristgerecht und in allen Teilen vollständig angezeigt worden ist.<sup>173</sup>

Eine grunderwerbsteuerliche Vergünstigung bei Umstrukturierungen im Konzern setzt u. a. voraus, dass herrschende Unternehmen an der oder den abhängigen Gesellschaft(en) zu mindestens 95% am Kapital oder Gesellschaftsvermögen beteiligt ist (§ 6a S. 4 GrEStG). Sowohl bei einer Kapital- als auch bei einer Vermögensbetrachtung bleiben eigene Anteile mE außer Ansatz, sodass die 95%-Grenze „schneller“ erreicht ist.

#### 4. Sozialversicherungsrechtlicher Status des Gesellschafter-Geschäftsführers

Ein Gesellschafter-Geschäftsführer oder sonstiger mitarbeitender Gesellschafter, der zunächst unter 50% an der GmbH beteiligt war und mangels entsprechender gesellschaftsvertraglicher Regelung keine Sperrminorität innehatte, kann durch den Erwerb eigener Anteile die 50%-Grenze erreichen und damit grundsätzlich aus der Sozialversicherungspflicht herausfallen.<sup>174</sup> Dies dürfte jedoch nicht gelten, wenn der Erwerb nur für eine kurze Zeitspanne erfolgen soll und die Weiterveräußerung zeitnah geplant ist. Umgekehrt ist bei einem längerfristig geplanten Erwerb im Zeitpunkt der späteren Weiterveräußerung darauf zu achten, dass – ohne satzungsmäßige Vorsorge – der mitarbeitende Gesellschafter wieder sozialversicherungspflichtig werden kann.

### IV. Weiterveräußerung/-übertragung der eigenen Anteile

Die Weiterveräußerung der eigenen Anteile durch die GmbH führt grundsätzlich zu einer „Umqualifizierung“ der Anteile in „normale“ Anteile. Für die GmbH und deren Gesellschafter ist dies auf den ersten Blick ein bequemer Weg bei der Ge-

<sup>170</sup> Vgl. oben II.1.a).

<sup>171</sup> Vgl. oben II.1.b).

<sup>172</sup> BFH 20.1.2015 – II R 8/13, BStBl. II 2015, 553 Rn. 25f. m. Anm. *Wachter* GmbHHR 2015, 549ff.

<sup>173</sup> Vgl. dazu BFH 20.1.2015 – II R 8/13, BStBl. II 2015, 553 Rn. 28ff.

<sup>174</sup> LSG Hessen 31.10.2019 – L 1 KR 502/18, NZG 2020, 73. Vgl. allgemein zur sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführer und mitarbeitenden Gesellschaftern einer GmbH, Anlage 3 idF v. 8.11.2017 zum Gemeinsamen Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger v. 21.3.2019.

sellschaft – ohne Kapitalerhöhung – Liquidität zu generieren, die Weiterveräußerung führt jedoch zu keiner „Heilung“ der oben unter II.1.a) und b) aufgeführten Rechtsfolgen.

#### 1. Gesellschaftsrecht

Die Weiterveräußerung der eigenen Anteile ist grundsätzlich – unter Beachtung der allgemeinen gesetzlichen und gesellschaftsvertraglichen Vorschriften<sup>175</sup> – jederzeit möglich.<sup>176</sup>

Umstritten ist, ob bei Fehlen einer gesellschaftsvertraglichen Vinkulierungsregelung oder sonstigen Zuständigkeitsregelung die Veräußerung eigener Anteile in die Geschäftsführungs- und Vertretungskompetenz der Geschäftsführung fällt<sup>177</sup> und ob und ggf. mit welcher Mehrheit die Gesellschafterversammlung zustimmen muss<sup>178</sup>. Jedenfalls bei der Veräußerung an Dritte und/oder einzelne Gesellschafter muss der Geschäftsführer – wie beim Erwerb (s. oben unter II.1.c)) – zumindest im Innenverhältnis die Zustimmung der Gesellschafterversammlung<sup>179</sup> einholen, da dadurch das Verhältnis der Gesellschafter unmittelbar berührt wird.<sup>180</sup> Auf der sicheren Seite ist die Geschäftsführung jedenfalls, wenn sie in jedem Fall der Weiterveräußerung die vorherige Zustimmung Gesellschafterversammlung mit qualifizierte Mehrheit einholt.

Weiters ist umstritten, ob die Gesellschafter auch ohne entsprechende gesellschaftsrechtliche Regelung eines Vorerwerbsrechts stets einen Anspruch auf einen Erwerb entsprechend ihrer jeweiligen Beteiligungsquote haben.<sup>181</sup>

Im Kauf- und Abtretungsvertrag darf die GmbH eine Gewährleistung (auch für das Bestehen) im Hinblick auf § 30 GmbHG gegenüber dem Erwerber nur übernehmen, wenn und soweit freies ungebundenes Vermögen für die Erfüllung einer Gewährleistungsverpflichtung vorhanden ist und im Übrigen soweit rechtlich möglich ausschließen.<sup>182</sup>

<sup>175</sup> Eine beschränkende gesetzliche Regelung wie für den Erwerb (§ 33 GmbHG) existiert für die Weiterveräußerung nicht.

<sup>176</sup> *Kersting*, in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 33 Rn. 28.

<sup>177</sup> So *Altmeyen*, in *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 33 Rn. 55, aber interne Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich. Offengelassen von BGH 28.1.2014 – II ZR 371/12, NZG 2014, 389 Rn. 13 und BGH 22.9.2003 – II ZR 74/01, NZG 2003, 1164 Rn. 8.

<sup>178</sup> Für qualifizierte Mehrheit: *Westermann*, in *Scholz*, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 33 Rn. 38; *Löwisch*, in *Münchener Kommentar zum GmbHG*, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 132; *Paura*, in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG Großkommentar, 3. Aufl. 2020, § 33 Rn. 91. Einfache Mehrheit ausreichend *Kersting*, in *Baumbach/Hueck*, GmbH, 22. Aufl. 2019, § 33 Rn. 28; *Kort*, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, 5. Aufl. 2018, Bd. III, § 27 Rn. 41.

<sup>179</sup> Im Fall, dass nur einzelne und nicht alle Gesellschafter quotale die eigenen Anteile (ggf. unter Teilung der Geschäftsanteile) erwerben, sind die erwerbenden Gesellschafter mE von der Beschlussfassung nach § 47 Abs. 4 S. 2 Alt. 1 GmbHG ausgeschlossen.

<sup>180</sup> So *Kersting*, in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 33 Rn. 28.

<sup>181</sup> Dafür *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 33 Rn. 34, 36; *Löwisch*, in *Münchener Kommentar zum GmbHG*, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 132; *Paura*, in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG Großkommentar, 3. Aufl. 2020, § 33 Rn. 92f.; tendenziell auch *Westermann*, in *Scholz*, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 33 Rn. 38; ablehnend *Kersting*, in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 33 Rn. 28.

<sup>182</sup> *Löwisch*, in *Münchener Kommentar zum GmbHG*, 3. Aufl. 2018, § 33 Rn. 136.

Grundsätzlich ist ein gutgläubiger Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG zwar auch bei eigenen Anteilen möglich.<sup>183</sup> Der Erwerb eigener Anteile von der GmbH erfordert mE aber eine erhöhte Prüfpflicht des Käufers im Hinblick auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 33 GmbHG im Zusammenhang mit dem ursprünglichen Erwerb durch die GmbH, die bei entsprechenden Zweifeln die Gutgläubigkeit ausschließen kann.<sup>184</sup>

Die infolge der Weiterveräußerung der eigenen Anteile eintretenden Veränderungen im Gesellschafterbestand und/oder Beteiligungsumfang lösen die Verpflichtung zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG aus.

Die während der Inhaberschaft der GmbH ruhenden mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten<sup>185</sup> leben durch die Abtretung des Geschäftsanteils mit Wirkung *ex nunc* wieder auf.<sup>186</sup> Umstritten ist dabei, ob den (Dritt-)Erwerber nach § 16 Abs. 2 GmbHG eine Haftung trifft. Nach hM scheidet die Haftung aus, da die rückständige Leistung bei der GmbH als Veräußerer wegen Konfusion nicht möglich ist.<sup>187, 188</sup> Danach haftet der (Dritt-)Erwerber im Ergebnis nur für Verbindlichkeiten, die nach seinem Anteilerwerb fällig werden; für die vor dem Erwerb des Anteils bestehenden Pflichten bleibt es bei der Haftung des ursprünglichen Veräußerers.<sup>189</sup> Die Gegenansicht geht insbesondere aus Gründen der Kapitalerhaltung davon aus, dass in erweiterter Auslegung des § 16 Abs. 2 GmbHG davon auszugehen sei, dass „Veräußerer“ im Sinne der Vorschrift der ursprüngliche Veräußerer sei, der den Anteil zunächst an die GmbH veräußert hat, sodass dieser neben dem (Dritt-)Erwerber haftet.<sup>190</sup>

## 2. Steuerrecht

### a) Gesellschaft

Bei der GmbH wird die Weiterveräußerung der eigenen Anteile nach hM steuerlich nicht als Veräußerungsvorgang, sondern als Erhöhung des Nennkapitals behandelt.<sup>191</sup> Dementsprechend erhöht ein den Nennbetrag übersteigender Kaufpreis, insoweit das steuerliche Einlagekonto (unabhängig davon, ob die Differenz in der Handelsbilanz die Kapitalrücklage oder andere Rücklagen er-

<sup>183</sup> Kersting, in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 33 Rn. 6.

<sup>184</sup> Insbesondere, wenn ursprünglich Ratenzahlungen vereinbart wurden, bei der Weiterveräußerung noch nicht sämtliche Raten gezahlt worden sind und man nicht nur auf die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts abstellt (vgl. dazu oben unter II.1.b), kann der Käufer die Wirksamkeit nicht abschließend beurteilen und dürfte sich wohl nicht auf Gutgläubigkeit berufen können.

<sup>185</sup> Vgl. oben unter III.1.a).

<sup>186</sup> Pentz, in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbH-Gesetz, 6. Aufl. 2017, § 33 Rn. 53; Kersting, in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 33 Rn. 28.

<sup>187</sup> Vgl. oben unter III.1.b).

<sup>188</sup> Kersting, in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 33 Rn. 28; Pentz, in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbH-Gesetz, 6. Aufl. 2017, § 33 Rn. 54.

<sup>189</sup> Westermann, in *Scholz*, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 33 Rn. 40.

<sup>190</sup> Sosnitzer, in *Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt*, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 33 Rn. 69; Paura, in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG Großkommentar, 3. Aufl. 2020, § 33 Rn. 95 iVm Rn. 84.

<sup>191</sup> BMF 27.11.2013, BStBl. I 2013, 1615 Rn. 13ff.

höht).<sup>192</sup> Liegt der (angemessene) Kaufpreis unter dem Nennbetrag, ist der Unterschiedsbetrag als Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln zu behandeln und eine Minderung des steuerlichen Einlagekontos sowie ggf. eine Bildung bzw. Erhöhung eines Sonderausweises vorzunehmen.<sup>193</sup> Bei Zahlung eines zu niedrigen Kaufpreises kann eine verdeckte Gewinnausschüttung an einzelne oder mehrere Alt-Gesellschafter vorliegen, für die die GmbH grundsätzlich Kapitalertragsteuer einzubehalten und abzuführen hätte.<sup>194</sup> Weiters wäre die verdeckte Gewinnausschüttung bei der GmbH außerbilanziell hinzuzurechnen (§ 8 Abs. 3 S. 2 KStG).<sup>195</sup> Bei einem überhöhten Kaufpreis kann eine verdeckte Einlage vorliegen.<sup>196</sup>

Nach der Gegenauffassung handelt es sich demgegenüber um eine Veräußerung, sodass ein Veräußerungsergebnis<sup>197</sup> nach § 8b Abs. 2 und 3 KStG zu 95% außer Ansatz bleibt.<sup>198</sup>

Werden die eigenen Anteile – bspw. im Rahmen eines Mitarbeiterbeteiligungsprogramms – in Erfüllung einer Arbeitslohnverbindlichkeit einem Mitarbeiter gewährt, wird die betriebliche Veranlassung nicht gelöst und der Betriebsausgabenabzug für den Arbeitslohnaufwand bleibt möglich.<sup>199</sup>

War die GmbH Organgesellschaft, besteht das Risiko, dass – jedenfalls ohne weitere gesellschaftsvertragliche Vorsorge<sup>200</sup> – durch die Weiterveräußerung der eigenen Anteile die finanzielle Eingliederung<sup>201</sup> entfällt. Während die umsatzsteuerliche Organshaft dann mit Wirkung *ex nunc* aufgehoben wird, entfällt die körperschaft- und gewerbesteuerliche Organshaft *ex tunc* entweder zum Beginn ihres Wirtschaftsjahres oder, wenn die 5-jährige Mindestlaufzeit (§ 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KStG) noch nicht abgelaufen ist, von Anfang an<sup>202</sup>.

<sup>192</sup> BMF 27.11.2013, BStBl. I 2013, 1615 Rn. 13; Kessler/Mirbach/Probst SteuerStud 2015, 326 (334); Bauschatz, in *Gosch*, Körperschaftsteuergesetz, 4. Aufl. 2020, § 27 Rn. 38; Dötsch, in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, KStG, § 28 Rn. 111.

<sup>193</sup> BMF 27.11.2013, BStBl. I 2013, 1615 Rn. 14; Kessler/Mirbach/Probst SteuerStud 2015, 326 (334).

<sup>194</sup> BMF 27.11.2013, BStBl. I 2013, 1615 Rn. 15; Dötsch, in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, KStG, § 28 Rn. 113.

<sup>195</sup> Kessler/Mirbach/Probst SteuerStud 2015, 326 (335).

<sup>196</sup> Kessler/Mirbach/Probst SteuerStud 2015, 326 (335).

<sup>197</sup> Einschließlich der Veräußerungskosten.

<sup>198</sup> Pung, in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, KStG, § 8b Rn. 129b; Gosch, in *Gosch*, Körperschaftsteuergesetz, 4. Aufl. 2020, § 8b Rn. 163a; Herlinghaus, in *Rödter/Herlinghaus/Neumann*, KStG-Kommentar, 2015, § 8b Rn. 200; Schmitzger, in *Schmitzger/Fehrenbacher*, Kommentar KStG, 2. Aufl. 2018, § 8b Rn. 274. Dabei ist die Höhe der „Beteiligung“ irrelevant, da die Mindestbeteiligungsregelung für das körperschaft- und das gewerbesteuerliche Schachtelprivileg (§ 8b Abs. 4 KStG, § 8 Nr. 5 iVm. § 9 Nr. 2a GewStG) nur auf Einkünfte aus Gewinnausschüttungen und nicht auf Einkünfte aus Veräußerungen Anwendung findet.

<sup>199</sup> OFD Frankfurt/Main 22.5.2019 – S 2144 A – 129 – St 516, BeckVerw 452132.

<sup>200</sup> So kann es ggf. genügen das *allgemeine* Mehrheitserfordernis bei Gesellschafterbeschlüssen von einer qualifizierten Mehrheit auf eine einfache Mehrheit zu reduzieren oder den Anteilen des Organträgers ein höheres Stimmrecht zuzuweisen.

<sup>201</sup> D. h. dem Organträger muss die Mehrheit der Stimmrechte derart zustehen, dass er in der Gesellschafterversammlung bei *allgemeinen* Beschlüssen (nicht bei Sondertatbeständen wie Satzungsänderungen oder Umwandlungen) seinen Willen durchsetzen kann; Dötsch, in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, KStG, § 14 Rn. 254.

<sup>202</sup> Die Veräußerung eigener Anteile durch die Organgesellschaft dürfte keinen steuerunschädlichen wichtigen Grund iSv. R. 14.5 Abs. 6 KStR 2015 darstellen.

### b) Erwerber

Erwirbt ein fremder Dritter die „eigenen Anteile“, hat dies bei ihm grundsätzlich keine steuerliche Auswirkung.

Erfolgt der Erwerb durch einen Alt-Gesellschafter oder eine diesem nahestehende Person, kann ein verbilligter Kaufpreis eine verdeckte Gewinnausschüttung für den Alt-Gesellschafter darstellen. Bei einem überhöhten Kaufpreis kommt eine verdeckte Einlage in Betracht.

Ist der Erwerber ein Mitarbeiter der GmbH, bspw. deren Geschäftsführer, und erwirbt er die „eigenen Anteile“ zu einem verbilligten Kaufpreis, kann, wenn der Vorteil „für“ seine Arbeitsleistung gewährt wird, in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen Kaufpreis und tatsächlichem Wert der Geschäftsanteile steuerpflichtiger Arbeitslohn nach § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 iVm. § 8 Abs. 1 EStG vorliegen.<sup>203</sup> Dabei kommt es auf die Wertverhältnisse bei Abschluss des für beide Seiten verbindlichen Veräußerungsgeschäfts und nicht auf das Verfügungsgeschäft an.<sup>204</sup> Sofern der Unterschiedsbetrag als Arbeitslohn zu qualifizieren ist, hat die Geschäftsführung der GmbH dafür Sorge zu tragen, dass auch insoweit insbesondere Lohnsteuer und ggf. Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden.

Bei Gewinnausschüttungen der GmbH im Jahr des Erwerbs kann ein Erwerber in Form der Kapitalgesellschaft, wenn er nicht bereits Gesellschafter ist und eine gewerbe- bzw. Körperschaftsteuerliche Schachtelbeteiligung hält, nicht vom gewerbe- steuerlichen Schachtelprivileg und nur dann vom Körperschaftsteuerlichen Schachtelprivileg profitieren, wenn er eine 10%-Beteiligung erwirbt<sup>205, 206</sup>

### c) Alt-Gesellschafter

Die Weiterveräußerung der eigenen Anteile führt erneut zu einer Veränderung der Beteiligungsquoten. Wenn nicht zwischenzeitlich sonstige Veränderungen erfolgt sind, bspw. durch Anteilsverkäufe/-erwerbe und/oder Kapitalerhöhung/-minderung, und soweit die einzelnen Alt-Gesellschafter nicht selbst die eigenen Anteile erwerben, reduzieren sich bei den Alt-Gesellschaftern ihre Beteiligungsquoten wieder auf den ursprünglichen Stand.

Dabei ist zu beachten, dass verschiedene im Zusammenhang mit dem ursprünglichen Erwerb ausgelösten Effekte mehr oder weniger lang nachwirken können.

- Ein Alt-Gesellschafter in Form einer Kapitalgesellschaft kann bei unterjähriger Weiterveräußerung auch noch von dem Körperschaft- bzw. gewerbsteuerlichen Schachtelprivileg bei Gewinnausschüttungen im laufenden Jahr profitieren

<sup>203</sup> BFH 26.6.2014 – VI R 94/13, BStBl. II 2014, 1907 Rn. 20; BFH 7.5.2014 – VI R 73/12, BStBl. II 2014, 1328 Rn. 21 f.; *Geserich*, in *Blümich*, EStG, § 19 Rn. 280 „Aktien“. Vgl. zur steuerlichen Behandlung von Eigenkapitalbeteiligungen *Holzner*, in *Holzner/Mantke/Stenzel*, Hdb. Managementbeteiligungen, 2017 Rn. 677 ff. und aus Sicht des Mitarbeiters *Möllmann* DStJG, Bd. 40 (2017), 401, (411 ff).

<sup>204</sup> *Geserich*, in *Blümich*, EStG, § 19 Rn. 280 „Aktien“

<sup>205</sup> Zu den Streitfragen iZm. mit der Fiktion des § 8b Abs. 4 S. 6 KStG beim unterjährigen Beteiligungserwerb, vgl. *Gosch*, in *Gosch*, Körperschaftsteuergesetz, 4. Aufl. 2020, § 8b Rn. 289b ff.

<sup>206</sup> Zum Schachtelprivileg bei Gewinnausschüttungen vgl. oben unter III.2.b)aa)(1).

selbst, wenn er infolge der Weiterveräußerung unter die 10%- bzw. 15%-Grenze „rutscht“.<sup>207</sup>

- Für den Alt-Gesellschafter als natürliche Person mit Beteiligung im Privatvermögen, der durch den ursprünglichen Erwerb der eigenen Anteile die 1%-Grenze überschritten hat, findet im Fall einer Veräußerung durch den Alt-Gesellschafter das Teileinkünfteverfahren (§ 17 iVm. § 3 Nr. 40 S. 1c) EStG) noch fünf Jahre ab der Weiterveräußerung der eigenen Anteile durch die GmbH weiter Anwendung.<sup>208</sup>
- Grunderwerbsteuerlich hat das Absinken auf bzw. unter die 95%-Grenze infolge der Weiterveräußerung als solche zwar keine Auswirkungen bei dem Alt-Gesellschafter, bei dem eine Anteilsvereinigung iSv. § 1 Abs. 3 bzw. wirtschaftliche Beteiligung iSv. § 1 Abs. 3a GrEStG stattgefunden hat.<sup>209</sup> Da die Anteilsvereinigung bzw. wirtschaftliche Beteiligung aber wieder „aufgelöst“ wird, besteht das Risiko, dass der Alt-Gesellschafter durch spätere Erhöhung seiner Beteiligung erneut eine Grunderwerbsteuerpflichtige Anteilsvereinigung auslöst. Für Zwecke des Grunderwerbsteuerlichen Konzernprivilegs<sup>210</sup> ist zu beachten, dass die Weiterveräußerung zu einem steuerschädlichen Unterschreiten der 95%-Grenze innerhalb der 5-jährigen Nachbehaltensfrist (§ 6a S. 4 GrEStG) führen kann.

Beim sog. qualifizierten Anteilstausch ist es unschädlich für die steuerneutrale Einbringung, wenn die übernehmende Gesellschaft zunächst die Mehrheit der Stimmrechte an der erworbenen GmbH (mit eigenen Anteilen) nach § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UmwStG im Zeitpunkt des Anteilstausches bzw. infolge des Anteilstausches innehatte<sup>211</sup> und durch die Weiterveräußerung der eigenen Anteile die Stimmenmehrheit wieder verliert.<sup>212</sup> Ebenso wenig dürfte darin eine ggf. den Einbringungsgewinn II auslösende schädliche Weiterveräußerung nach § 22 Abs. 2 UmwStG zu sehen sein, auch nicht im Sinne einer „mittelbaren“ Veräußerung der eingebrachten Anteile.

## V. Fazit

Der vorliegende Beitrag mit den exemplarisch dargestellten Fallstricken im Zusammenhang mit eigenen Geschäftsanteilen der GmbH hat gezeigt, dass bereits im Vorfeld der Entscheidung über den Erwerb eigener Anteile einerseits eine gesellschaftsrechtliche Prüfung über die Zulässigkeit und andererseits eine steuerrechtliche Prüfung über die unmittelbaren und mittelbaren Auswirkungen des Erwerbs vorgenommen werden muss – und zwar nicht nur seitens der GmbH als solcher und des Veräußerers, sondern auch aus Sicht der Geschäftsführung und der Mitgesell-

<sup>207</sup> Vgl. dazu oben unter III.2.b) aa).

<sup>208</sup> Vgl. dazu oben unter III.2.b) bb) (2).

<sup>209</sup> Vgl. oben unter III.2.b) cc) (4).

<sup>210</sup> Vgl. oben unter III.2.b) cc) (4).

<sup>211</sup> Vgl. oben unter III.2.b) cc) (2).

<sup>212</sup> Vgl. *Rabback*, in *Rödter/Herlinghaus/van Lishaut*, UmwStG, 3. Aufl. 2019, § 21 Rn. 87.

schafter. Weiters verdeutlichen die Beispiele, dass auch nach dem Erwerb der eigenen Anteile deren „Existenz“ stets von allen Beteiligten im Auge behalten werden muss, und zwar auch bei Anteilsverschiebungen, die nicht direkt die eigenen Anteile betreffen. Die Weiterveräußerung der eigenen Anteile, birgt ihre eigenen unmittelbaren und mittelbaren Risiken. Mit der Weiterveräußerung der eigenen Anteile, mit der diese Anteile die Qualifikation als „eigene Anteile“ verlieren, ist das Thema jedoch nicht notwendigerweise abgeschlossen – so wirkt ein gesellschaftsrechtlich unwirksamer ursprünglicher Erwerb grundsätzlich auch nach der Weiterveräußerung fort und sind steuerrechtliche Nachwirkungen zu berücksichtigen.