

**Titel:**

**"issued and outstanding shares" als maßgebliche Bezugsgröße an einer nach dem Recht des Staates Delaware gegründeten INC. bei Anwendung des § 17 EStG**

**Normenkette:**

EStG § 17

**Leitsatz:**

Für die Bestimmung der Höhe und damit der Relevanz der prozentualen Beteiligung an einer nach dem Recht des Staates Delaware gegründeten INC. ist auf die Anzahl der tatsächlich ausgegebenen "issued and outstanding shares" als "Kapital" abzustellen und nicht auf die im Register des Secretary of State von Delaware eingetragenen genehmigten "authorized shares" (entgegen FG Münster 11 K 3468/11 E vom 27.11.2013 und FG Münster 7 K 3225/13 E vom 06.12.2016). (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagwort:**

Gewerbeeinkünfte

**Rechtsmittelinstanz:**

BFH München, Urteil vom 14.02.2023 – IX R 23/21

**Fundstellen:**

EFG 2022, 762

StEd 2022, 218

LSK 2021, 47991

DStRE 2023, 316

**Tatbestand**

**1**

Streitig ist, ob im Jahr 2011 eine wesentliche Beteiligung vorliegt und damit ein Veräußerungsgewinn im Sinne von § 17 EStG in Höhe von 2.488.120,00 € zu besteuern ist.

**2**

Der Kläger ist der Sohn von Herrn A (verstorben am 01.03.2014, im Folgenden: Steuerpflichtiger) und dessen Alleinerbe. Der Steuerpflichtige wird im Streitjahr einzeln veranlagt und erzielte Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit, Einkünfte aus Gewerbebetrieb, Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung sowie Einkünfte aus Kapitalvermögen.

**3**

In einer Anlage zur Einkommensteuererklärung für 2011 und im Folgejahr für 2012 erklärte der Steuerpflichtige einen Veräußerungsgewinn aus dem Verkauf von Anteilen an der Firma INC. mit Sitz in Delaware/USA, im Jahr 2011 i.H.v. 3.399.009,40 € und im Jahr 2012 i.H.v. 741.027,40 €. Der Veräußerungsgewinn unterliege jeweils dem Teileinkünfteverfahren.

**4**

Der zugrundeliegende Sachverhalt stellte sich wie folgt dar:

**5**

Der Steuerpflichtige war Alleingesellschafter der C GmbH mit Sitz in 1 (Amtsgericht 1, HRB xx). Die Anteile an der C GmbH veräußerte er mit Vertrag vom xx.xx.2008 an die Unternehmensgruppe INC. und erhielt neben der Zahlung eines Geldbetrages in Höhe von 2.282.597 € im Tausch 1 296 165 Anteile an der INC. (vgl. "Agreement for the sale and purchase of the share capital in C vom xx.xx.2008). Auf die Anteile an der INC. entfielen Anschaffungskosten i.H.v. 1.560.972 € (vgl. die Feststellungen zur Betriebsnahen Veranlagung für 2008 vom 13.12.2012). Die Anzahl der Anteile und die Höhe der Anschaffungskosten sind zwischen den Beteiligten unstrittig.

## 6

Die Firma INC. ist eine Kapitalgesellschaft (incorporation nach dem Recht des US-amerikanischen Bundesstaates Delaware), die in England und später in den USA börsennotiert und bei der US-Börsenaufsichtsbehörde "United States Securities and Exchange Commission (SEC)" registriert war. Die INC. wurde am xx.xx.2006 in Delaware als D, als eine sog. "blank check company" gegründet. Als Folge der Verschmelzung mit der Firma D am xx.xx.2007 war die INC. nunmehr berechtigt 1 000 000 Aktien als "Preferred Stock", Vorzugsaktien, und 150 000 000 Aktien des "Common Stock", d.h. als "Stammaktien" auszugeben, von denen am xx.xx.2008 32 542 388 ausgegeben, "issued" waren (vgl. "Form 10-K", zum Ende des Steuerjahres 31.12.2007, S. 1 <https://www.sec.gov/xx>).

## 7

In dem bei der SEC mit dem "FORM 10-Q" einzureichenden Quartalsbericht zum xx.xx.2008 vom xx.xx.2008, d.h. vor Abschluss des Kaufvertrages vom xx.xx.2008, gab INC. die "issued and outstanding shares" mit 32 547 406 zum xx.xx.2008 bei unveränderten 150 000 000 authorized shares an (<https://www.sec.gov/xx> siehe dort Seite).

## 8

Nach dem letzten bei der Börsenaufsicht nach dem Securities Exchange Act von 1934 in standardisierter Form hinterlegten Jahresbericht zum 31.12.2009 ("Form 10-K" der INC. zum 31.12.2009, <https://www.sec.gov/xx>) betragen die "authorized shares" der INC. 150 000 000 Stammaktien zu je 0,0001 US-\$ (zuzüglich 1 000 000 Vorzugsanteile zu je 0,0001 US-\$) und die "issued and outstanding shares" 37 277 808 Anteile. Diese Anteile wurden auch in der veröffentlichten Bilanz zum 31.12.2009 ausgewiesen.

## 9

Laut Beschreibung des "common stock" gegenüber der US-Börsenaufsicht SEC wurden die ausgegebenen Anteile von ca. 101 Anteilseignern gehalten. Die Anteile an der INC. (bezeichnet als "common stock") wurden bis zum xx.xx.2009 bzw. die Bezugsrechte bis xx.xx.2009 an der "Alternative Investment Market" (AIM) der Londoner Börse (London Stock Exchange) gehandelt (vgl. "Form 10-K" für das am 31.12.2009 endende Steuerjahr, S. ...). Durch Beschluss der zu diesem Zeitpunkt vorhandenen Anteilseigner und Bezugsrechtinhaber wurde festgelegt, den Börsenhandel und Vertrieb des "common stock" einzustellen. Zum 31.12.2009 wurden die Anteile und Bezugsrechte an keiner Börse öffentlich gehandelt.

## 10

In der Einkommensteuererklärung für 2011 erklärte der Steuerpflichtige, dass er im Jahr 2011 1 080 138 Anteile an der INC. und am 16.04.2012 die verbleibenden 216 027 Stück verkauft habe. Der Steuerpflichtige sei mit mehr als 1 % an der INC. beteiligt gewesen.

## 11

Den Veräußerungsgewinn in 2011 ermittelte der Kläger wie folgt:

Verkaufspreis:

Verkauf am 02.03.2011	2.635.529,40 US-\$	1.907.790,00 €
Verkauf am 24.03.2011	3.953.312,40 US-\$	2.792.030,00 €
./. Anschaffungskosten		./. 1.300.810,60 €
Veräußerungsgewinn:		3.399.009,40 €

## 12

In der Einkommensteuererklärung für 2012 erklärte der Steuerpflichtige den Gewinn aus der Veräußerung der verbleibenden 216 027 Stück am 16.04.2012 in folgender Höhe:

Verkaufspreis:	1.317.764,70 US-\$	1.001.188,80 €
./. Anschaffungskosten		./. 260.161,40 €
Veräußerungsgewinn:		741.027,40 €

## 13

Mit Einkommensteuerbescheid vom 17.09.2013 wurde die Einkommensteuer für 2011 unter dem Vorbehalt der Nachprüfung auf 1.157.963,00 € festgesetzt. Die Umrechnung der Fremdwährung in Euro wurde nach dem Euroreferenzkurs für März 2011 von 1,3999 US-\$ berechnet. Der Veräußerungsgewinn aus dem Verkauf der Anteile an der INC. wurde im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens mit 2.043.510 € (= 60 % von 3.405.851,00 €) angesetzt.

## 14

Am 10.10.2013 legte der Steuerpflichtige Einspruch gegen den Einkommensteuerbescheid 2011 vom 17.09.2013 ein.

## 15

Der Veräußerungsgewinn sei steuerfrei zu belassen. Es liege keine wesentliche Beteiligung im Sinn von § 17 EStG vor. Die Erklärung für 2011 werde dahingehend berichtigt. Der Steuerpflichtige habe nach dem Tausch im Jahr 2008 insgesamt 1 296 165 Stück Aktien der INC. erworben. Dies würde einer Beteiligung von nur 0,86 % am Nominalkapital (Authorized Share Capital) der INC. mit 150 000 000 Stück entsprechen.

## 16

Der Veräußerungsvorgang unterliege auch nicht der Besteuerung nach § 20 EStG n.F., da der Erwerb vor dem 01.01.2009 gelegen habe. § 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG a.F. sei nicht anzuwenden, weil die Jahresfrist überschritten worden sei.

## 17

Im geänderten Einkommensteuerbescheid 2011 vom 10.10.2013 wertete das Finanzamt Mitteilungen zu Beteiligungseinkünften gem. § 164 Abs. 2 AO aus. Im weiteren Änderungsbescheid vom 05.11.2013 gem. § 164 Abs. 2 AO gab das Finanzamt dem Einspruchsbegehren hinsichtlich der Steuerfreiheit des Gewinns aus der Veräußerung der Anteile an der INC. statt und setzte den Veräußerungsgewinn aus ihrem Verkauf mit 0 € an (festgesetzte Einkommensteuer: 208.343,00 €). Der Vorbehalt der Nachprüfung blieb bestehen.

## 18

Im Einkommensteuerbescheid 2012 vom 03.01.2014, der unter dem Vorbehalt der Nachprüfung erging, setzte das Finanzamt den Veräußerungsgewinn aus dem Verkauf der 216 027 Anteile an der INC. nicht an.

## 19

Mit Prüfungsanordnung vom 14.02.2014 wurde bei dem Steuerpflichtigen eine Außenprüfung angeordnet, welche sich auf die Einkommensteuer für 2010 bis 2012 erstreckte und in der Zeit von 17.03.2014 bis 31.08.2015 stattfand. Die Betriebsprüfung gelangte zu dem Ergebnis, dass im Streitjahr 2011 ein Veräußerungsgewinn nach § 17 EStG aus der Veräußerung der Beteiligung an der Firma INC. erzielt worden sei, der unter Anwendung des Teileinkünfteverfahrens gem. § 3 Nr. 40 Buchst. c) EStG in Höhe von 2.043.504 € (= 60 % von 3.405.841,17 €) und im Folgejahr 2012 in Höhe von 444.616 € (= 60 % von 741.027,40 €) der Steuerpflicht unterliege (vgl. Bericht über die Außenprüfung vom 07.09.2015, ABNr. xx/xxG; im Folgenden: BP-Bericht). Die Betriebsprüfung errechnete somit aus der Veräußerung der Anteile an der INC. in Summe einen steuerpflichtigen Gewinn gem. § 17 EStG in Höhe von 2.488.120 € (vgl. Tz. 1.2 des BP-Berichts).

## 20

Das Nominalkapital der INC. habe nicht 150 000 000 Anteile betragen. Die INC. habe 37 224 215 Anteile ausgegeben (Hinweis auf "Agreement and Plan of Merger" vom xx.xx.2010, Seite A-7, Section x.xx). Auch aus der vorgelegten Bilanz zum 31.12.2009 könne anhand des Kapitalwerts dieses Stammkapital entnommen werden. Die von dem Steuerpflichtigen erworbenen 1 296 165 Anteile entsprächen daher einer Beteiligung von 3,48 %, so dass der Veräußerungsgewinn nach § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG steuerpflichtig sei (vgl. Exposé vom 13.07.2015). Die Höhe des Veräußerungsgewinns im Streitjahr und im Jahr 2012 sei jeweils unstreitig. Der Veräußerungsgewinn unterliege dem Teileinkünfteverfahren und sei daher zu 60 % steuerpflichtig. Die Betriebsprüferin ermittelte im Veranlagungsjahr 2011 einen Veräußerungsgewinn nach § 17 EStG in Höhe von 2.043.504,00 € und im Veranlagungsjahr 2012 in Höhe von 444.616,00 Euro.

## 21

Der Prüfungsbericht vom 07.09.2015 wurde am 22.09.2015 dem Kläger, Herrn B, bekanntgegeben.

## 22

Das Finanzamt folgte den Feststellungen der Außenprüfung und erließ am 14.12.2015 gegenüber dem Kläger, Herrn B als Alleinerbe nach dem verstorbenen Herrn A, nach § 164 Abs. 2 AO geänderte Einkommensteuerbescheide für das Streitjahr 2011 und für 2012, die dem Prozessbevollmächtigten bekannt gegeben wurden (festgesetzte Einkommensteuer: 1.127.920,00 € für 2011, 312.575 € für 2012). Der Vorbehalt der Nachprüfung wurde jeweils aufgehoben.

## 23

Am 17.12.2015 legte der Kläger Einsprüche gegen die Einkommensteuerbescheide vom 14.12.2015 für das Streitjahr 2011 und für das Folgejahr 2012 ein.

#### **24**

Zur Begründung führte er aus, dass bei der Berechnung der Mindestbeteiligung i.S.d. § 17 EStG die Beteiligung am Grund- oder Stammkapital maßgebend sei. Hierzu verweise er auf das Urteil des Finanzgerichts Münster vom 27.11.2013 11 K 3468/11 E, EFG 2014, 341.

#### **25**

Das FG Münster habe mit Urteil vom 27.11.2013 (11 K 3468/11 E, a.a.O.) entschieden, dass bei einer nach englischem Recht gegründeten Limited für die Ermittlung der Beteiligungshöhe nicht auf die gezeichneten Anteile ("issued share capital"), sondern auf das Nominalkapital ("authorized share capital") abzustellen sei. Nach dem in Delaware geltenden Gesellschaftsrecht gebe es kein Mindestkapitalerfordernis. Das sog. "authorized capital" sei die geldmäßig ausgedrückte Summe, bis zu deren Höhe die Gesellschaft Anteile ausgeben dürfe. Für die Ermittlung der Beteiligungshöhe sei es unerheblich, in welchem Umfang das Grund- oder Stammkapital eingezahlt sei, unabhängig davon, ob sich die Gesellschaftsrechte nach dem eingezahlten Kapital bestimmen.

#### **26**

Die Höhe des Kapitals der INC. und deren Aufteilung in Anteile sowie deren Nennwert sei aus dem "Certificate of Incorporation" ersichtlich, das die Satzung der Gesellschaft darstelle. Eine Abschrift der aktuellsten Version ("Second Restated") vom xx.xx.2007 sei bei der "Division of Incorporation" in Delaware/USA angefordert worden.

#### **27**

Article FOURTH laute danach:

"The total number of shares which the Corporation shall have the authority to issue is 150 000 000 shares of common stock, par value \$0.0001 per share, and 1 000 000 shares of Preferred Stock, par value \$0.0001 per share."

#### **28**

Die Aktionärsversammlung habe am xx.08.2009 nur beschlossen, dass die Aktien aus dem Handel an der "Alternative Investment Market" an der Londoner Börse genommen, aber künftig an der US-Börse gelistet werden sollen. Außerdem sei in der Bilanz zum 31.12.2009 ein Hinweis auf das nominelle Kapital mit "authorized shares" von 150 000 000 Stück angegeben. Dies lasse nicht den Schluss einer Kapitalherabsetzung zu. Zur Wahrung der Rechtsklarheit sei daher als Bezugsgröße das "authorized capital" zugrunde zu legen.

#### **29**

Als Nachweis für den Handel an der US-Börse legte der Kläger einen Auszug des sog. "Registration Statement" bzw. "Form S-1" der INC. vom xx.xx.2010 vor. Dabei handele es sich um ein Börsen- bzw. Emissionsprospekt, welches für die Zulassung zum Börsenhandel erforderlich sei.

#### **30**

Des Weiteren werde das "Statement of Good Standing" vom xx.xx.2016 vorgelegt, das ebenfalls in Delaware angefordert worden und einem Handelsregisterauszug vergleichbar sei.

#### **31**

Der Beklagte verwies in einem Schreiben vom 05.10.2016 auf die Veröffentlichungen im Internet ("Form 10-K"), woraus sich die Anzahl der "authorized shares" sowie der "issued and outstanding shares" ergebe. Es stelle sich die Frage, wer bei ausgabefähigen 150 000 000 shares und tatsächlich ausgegebenen 37 277 808 shares die restlichen Anteile halte. Die Höhe der Stimmrechte sei für die Ermittlung der Beteiligungshöhe ohne Bedeutung.

#### **32**

Die INC. sei eine amerikanische "incorporation", also eine Kapitalgesellschaft, die mit einer deutschen GmbH nur verglichen werden könne, wenn der Nachweis der Eintragung des Stammkapitals in ein amerikanisches Handelsregister nachgewiesen worden sei. Ein derartiger Nachweis fehle. Die "incorporation" sei daher mit einer deutschen Aktiengesellschaft vergleichbar. Die Gesellschafteranteile und -rechte an der INC. seien in Form von Aktien verbrieft und das genehmigte Kapital sei bei der Verwaltung

des US-Bundesstaats Delaware zum Zeitpunkt xx.xx.2007 mit 150 000 000 Stück ausgewiesen gewesen. Maßgebend für die Besteuerung in Deutschland sei die Beurteilung nach deutschem Steuerrecht. Die Anteile des Steuerpflichtigen seien daher Anteile an einer ähnlichen Beteiligung i.S.d. § 17 Abs. 1 Satz 3 EStG.

### 33

Der Beklagte gehe davon aus, dass für die Beteiligungshöhe maßgeblich auf die "issued and outstanding shares", d.h. die 37 277 808 tatsächlich ausgegebenen Aktien, abzustellen sei, so dass sich eine Beteiligungsquote von 3,477 % ergebe.

### 34

Maßgeblich für § 17 EStG sei die nominelle Beteiligung am Grund- bzw. Stammkapital i.S.d. §§ 6, 7 AktG bzw. §§ 5, 14 GmbHG. Übertragen auf eine ausländische Kapitalgesellschaft, die kein Grund- oder Stammkapital im Sinne des deutschen Aktien- oder GmbH-Rechts habe, bedeute dies, dass nur die Beteiligung an einer festen Bezugsgröße maßgeblich sein könne. Jedenfalls komme es nicht auf das tatsächlich gezeichnete Kapital an. Als feste Bezugsgröße sei das Grundkapital bzw. das genehmigte Kapital anzusehen, d.h. das Kapital, das im Zeitpunkt des Verkaufs auch die möglicherweise erst zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlichen maximalen wirtschaftlichen Beteiligungsverhältnisse widerspiegeln könne. In diesem Sinne sei auch das Urteil des FG Münster vom 06.12.2016 (7 K 3225/13 E, EFG 2017, 129) zu verstehen.

### 35

Die Aktien seien bis xx.xx.2009 an der AIM (Alternative Investment Market) gehandelt worden. Auf einer Aktionärsversammlung am xx.08.2009 sei beschlossen worden, die Aktien vom öffentlichen Markt zu nehmen und vom öffentlichen Handel auszuschließen. Ab dem xx.xx.2009 seien die Aktien an keinem öffentlichen Handelsplatz mehr zu erwerben gewesen (vgl. Auszug aus dem veröffentlichten Jahresbericht "10-K File" zum 31.12.2009, S. 17). Nach 2009 liege deshalb auch kein im Internet abrufbarer "Annual Report" mehr vor.

### 36

Die nicht ausgegebenen Anteile müssten bei der Frage der Beteiligungshöhe gesondert betrachtet werden. Ein Vergleich mit eigenen Anteilen der Gesellschaft sei am zutreffendsten. Diese seien bei der Berechnung der Beteiligungshöhe nicht zu berücksichtigen. Dies gelte, auch wenn bekannt sei, dass bei der Fusion kein "treasury stock" vorgelegen habe.

### 37

Der Beschluss vom August 2009, die Aktien aus dem Handel zu nehmen, komme einer Kapitalherabsetzung gleich. Das genehmigte ursprüngliche Kapital sei faktisch auf die "issued and outstanding shares" i.H.v. "37.277.808 US-\$" begrenzt worden. Die nicht mehr existenten potentiellen Anteile führten wirtschaftlich zu einem verminderten (genehmigten) Kapital. Damit sei das "issued capital" im Streitfall ab xx.xx.2009 eine feste Bezugsgröße, weil es die maximale Beteiligungshöhe darstelle. Die nicht ausgegebenen Anteile seien am ehesten mit eigenen Anteilen zu vergleichen. Besitze die Kapitalgesellschaft eigene Anteile sei deren Nennwert vom Grund-/Stammkapital abzuziehen (vgl. BFH-Urteile vom 18.04.1989 VIII R 329/84, BFH/NV 1990, 27, und vom 25.11.1997 VIII R 36/39, BFH/NV 1998, 691); das maßgebliche Kapital verringere sich. Gleiches gelte bei der Einziehung eines Geschäftsanteils (vgl. Schmidt, EStG, 35. Aufl. 2016, § 17 EStG Rz. 38, 41, 42).

### 38

Die Beurteilung als Einziehung von Anteilen i.S.d. BMF-Schreibens vom 27.11.2013 (BStBl I 2013, 1615) sei nicht zutreffend, da eine Ausgabe der Anteile nicht erfolgt bzw. nach dem bei der Börsenaufsicht hinterlegten Jahresbericht nicht mehr beabsichtigt gewesen sei. Wichtiges Indiz sei der durchgeführte Beschluss zur Einstellung des Börsenhandels. Dieser sei rechtskräftig gefasst worden, so dass die ausgegebenen Anteile für die Höhe der Beteiligung maßgebend seien.

### 39

Außerdem werde auf die erhöhte Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen bei Auslandssachverhalten hingewiesen, so sei bisher noch kein Handelsregisterauszug vorgelegt worden.

### 40

Mit Einspruchsentscheidung für 2012 vom 22.11.2018 wies das Finanzamt den Einspruch als unbegründet zurück. Der Kläger hat am 19.12.2018 Klage wegen Einkommensteuer 2012 erhoben.

#### 41

Das Einspruchsverfahren wegen Einkommensteuer für 2011 ruhte bis zum Abschluss des Klageverfahrens wegen Einkommensteuer 2012 (FG Nürnberg 5 K 1730/18).

#### 42

Im Klageverfahren wegen Einkommensteuer 2012 ergänzte der Kläger sein bisheriges Vorbringen zum Sachverhalt dahingehend, dass mit Vertrag vom xx.xx.2010 zwischen INC., der INC. E, Delaware/USA und der F INC., Delaware/USA ("Muttersgesellschaft") eine Verschmelzung mit INC. als aufnehmendem Rechtsträger und dem Fortbestand der INC. als eine 100 %-ige Niederlassung der Muttersgesellschaft vereinbart worden sei. Der Vertrag sei auf der Homepage der US-Börsenaufsicht SEC veröffentlicht worden ("Agreement and Plan of Merger", vgl. <https://www.sec.gov/xx>).

#### 43

Nach Article II Section 2.01 des Verschmelzungsvertrages sei infolge der Verschmelzung jeder Anteil aufgehoben und automatisch in ein Vermögensrecht im Gegenwert von 6,10 US-\$ je Anteil getauscht worden. Dieser laute:

"At the Effective Time, as a result of the Merger:

(b) [ ... ] each Share issued and outstanding [ ... ] shall be cancelled and shall be converted automatically into the right to receive \$ 6.10 in cash [..]."

#### 44

Der Steuerpflichtige habe die im Zusammenhang mit der Verschmelzung erhaltenen Vermögensrechte in den Kalenderjahren 2011 und 2012 in Tranchen in Anspruch genommen. Insofern sei klärungsbedürftig, zu welchem Zeitpunkt die Anteile an INC. als veräußert gelten würden, d.h. zum Zeitpunkt der Verschmelzung oder jeweils im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der erhaltenen Vermögensrechte. Der BFH habe mit Urteil vom 21.10.1999 (I R 43, 44/98, BStBl II 2000, 424) entschieden, dass sich der Zeitpunkt des Rechtsübergangs und damit die Entstehung eines Veräußerungsverlusts/-gewinns nach dem betreffenden ausländischen Recht richte, wenn die den Gewinn oder Verlust auslösende Übertragung zivilrechtlich nach ausländischem Recht zu beurteilen sei.

#### 45

Die Hauptgesellschafter mit der Mehrheit der Anteile hätten dem Verschmelzungsvertrag im Jahr 2010 zugestimmt, so dass dieser - unabhängig von der Zustimmung der übrigen Gesellschafter - bereits in 2010 wirksam geworden sei. Die Minderheitsaktionäre seien hierüber mit Schreiben vom xx.xx.2011 nur informiert worden, um zumindest deren Informationsrechte zu gewährleisten. Hierzu werde auf das "Notice of written consent and appraisal rights and information statement" vom xx.xx.2011 verwiesen.

#### 46

Der Beklagte erwiderte im Klageverfahren wegen Einkommensteuer 2012, dass es sich bei dem vorgelegten "Agreement & Plan of Merger" vom xx.xx.2010 nicht um einen Verschmelzungsvertrag, sondern um eine Art Vorvertrag handele, der dann, wenn eine Zustimmung der einzelnen Personen erfolgt sei, als Vertrag gelte. Ein Verschmelzungsvertrag wäre erst ein "Certificate of Merger".

#### 47

In der mündlichen Verhandlung im Verfahren wegen Einkommensteuer 2012 (Az. 5 K 1730/18) am 16.09.2020 wies die Vorsitzende darauf hin, dass nach den vorliegenden Veröffentlichungen (vgl. "Form S-8 POS" vom xx.xx.2011, <https://www.sec.gov/xx>) am xx.xx..2011 der Merger (= die Verschmelzung) mit der Einreichung des Certificate of Merger bei den Behörden des Staates Delaware wirksam geworden sei, so dass ein Veräußerungsgewinn richtigerweise im Jahr 2011 zu besteuern sei, vorausgesetzt die 1 %-Grenze sei überschritten. Nachdem sich der Vertreter des Finanzamts bereit erklärt hatte, den Einkommensteuerbescheid 2012 dahingehend zu ändern, dass die Einkünfte aus Gewerbebetrieb aus Veräußerungsgewinnen um den Gewinn aus der Veräußerung der Anteile an der INC. in Höhe von 444.616 € gemindert werden, haben die Beteiligten im Verfahren 5 K 1730/18 den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt.

#### 48

Bereits in der mündlichen Verhandlung im Verfahren 5 K 1730/18 am 16.09.2020 sowie mit Schreiben vom 22.09.2020 kündigte der Beklagte an, dass der Veräußerungsgewinn im Jahr 2011 um den Betrag von 444.616 € erhöht und nun insgesamt in Höhe von 2.488.120 € (= 60 % von 4.146.868 €) angesetzt werde. Die Änderung des Einkommensteuerbescheids für 2011 könne gem. § 174 Abs. 4 AO erfolgen, da aufgrund irriger Beurteilung eines bestimmten Sachverhalts ein Steuerbescheid, nämlich der Einkommensteuerbescheid für 2012, ergangen und nun aufgrund eines Rechtsbehelfs zugunsten des Klägers geändert worden sei. Auch die Rücknahme des Einspruchs könne eine Berichtigung der Einkünfte nicht verhindern.

#### **49**

Der Kläger hielt seinen Einspruch wegen Einkommensteuer 2011 aufrecht.

#### **50**

Mit Einspruchsentscheidung vom 06.11.2020 erhöhte das Finanzamt die Einkommensteuer 2011 auf 1.327.997,00 €.

#### **51**

Der Kläger hat am 04.12.2020 Klage erhoben und trägt zur Begründung unter Verweis auf die Prozessunterlagen im Verfahren wegen Einkommensteuer 2012 (Az. 5 K 1730/18) sowie unter Bezugnahme auf sein dortiges Vorbringen ergänzend vor:

#### **52**

Die vom Finanzamt im Rahmen der Einspruchsentscheidung vom 06.11.2020 vorgenommene Verböserung sei nicht korrekt. Eine Änderung des Einkommensteuerbescheides 2011 nach § 174 Abs. 4 AO zu Ungunsten des Steuerpflichtigen hätte nicht erfolgen dürfen.

#### **53**

Der Veräußerungsgewinn aus dem Tausch der 1 296 165 Anteile an der INC. infolge der Verschmelzung der INC. E. mit INC. gemäß Vertrag vom xx.xx.2010 in ein Vermögensrecht im Gegenwert von 6,10 US-\$ je Anteil sei zu Unrecht gem. § 17 EStG besteuert worden. Hierzu habe der Beklagte nun einen Veräußerungsgewinn in Höhe von 2.488.120 € für den Veranlagungszeitraum 2011 festgestellt.

#### **54**

Der Vertrag vom xx.xx.2010 sei am xx.xx.2011 wirksam geworden, aber es fehle an einer wesentlichen Beteiligung i.S.d. § 17 EStG.

#### **55**

Die Beteiligung des Klägers (1 296 165 Anteile) habe unterhalb der Beteiligungsgrenze von 1 %, nämlich in Höhe von 0,86 % bezogen auf das maßgebliche "authorized capital" der INC. (150 000 000 Anteile) vorgelegen.

#### **56**

Dabei sei insbesondere zu klären, welche Bezugsgröße für die Ermittlung der Beteiligungsgrenze im Sinne des § 17 EStG im Fall einer Kapitalgesellschaft in der Rechtsform einer "incorporation" nach dem Gesellschaftsrecht des US-Bundesstaates Delaware zu berücksichtigen sei.

#### **57**

In einem vergleichbaren Fall habe das Finanzgericht Münster entschieden, dass bei einer nach US-amerikanischem Recht gegründete "Inc." für Zwecke des § 17 EStG auf das im Unternehmensregister eingetragene "authorized capital" abzustellen sei (vgl. Urteil vom 06.12.2016 Az. 7 K 3225/13 E).

#### **58**

Aus dem als Anlage beiliegenden "Certificate of Incorporation", welches einen Nachweis des Handelsregistereintrags und der Satzung der Gesellschaft darstelle, sei eindeutig die Gesamtzahl der Anteile von 150 000 000 ("The total number of shares which die Corporation shall have authority to issue is 150,000,000 shares...") ersichtlich. Die Beteiligung von Herrn A betrage lediglich 0,86% und unterliege daher nicht der Versteuerung.

#### **59**

Mit der Anknüpfung an das Stammkapital in § 17 EStG habe der Gesetzgeber im Interesse einer einfachen Handhabung der Vorschrift eine "feste Grenze" vorgesehen, ohne dass es auf mögliche andere individuelle

Umstände des Einzelfalls ankommen solle (vgl. BFH-Urteil vom 25.11.1997 VIII R 29/94, BStBl II 1998, 257). Diese Absicht des Gesetzgebers würde jedoch unterlaufen werden, wenn man das Tatbestandsmerkmal der Beteiligung am "Kapital" im Sinne einer Beteiligung am tatsächlichen Vermögen der Kapitalgesellschaft auslegen würde. Dies würde die Belange der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erheblich beeinträchtigen. Der BFH führe auch in seinem Urteil vom 14.06.2005 (VIII R 73/03, BStBl II 2005, 861) aus, dass im Rahmen des § 17 EStG das Merkmal der "Beteiligung am Kapital der Gesellschaft" dahingehend zu bestimmen ist, dass das "Kapital" in diesem Sinne dasjenige sei, welches mit einem festen Betrag in der Satzung ausgewiesen wird.

#### **60**

Die Gesamtzahl der Anteile gem. US-Handelsregister habe unverändert 150 000 000 Anteile betragen. Daran habe sich auch nichts dadurch geändert, dass die Anteile vom öffentlichen Markt genommen worden seien. Dies komme einer Kapitalherabsetzung nicht gleich. Das Finanzamt liefere auch keinerlei Nachweise für seine Auffassung. Auch nach dem Beschluss der Aktionärsversammlung am xx.08.2009 wäre nach Auffassung des Prozessbevollmächtigten eine Ausgabe von Aktien möglich gewesen. Der außerbörsliche Handel und die außerbörsliche Herausgabe von Aktien sei in der Wirtschaft kein ungewöhnlicher Vorgang.

#### **61**

Die vom Finanzamt durchgeführten Vergleiche mit den Steuerfolgen einer Kapitalherabsetzung oder einer Einziehung von Geschäftsanteilen sei nicht zielführend und völlig unbegründet; es sei kein Kapital herabgesetzt worden und die Gesellschaft habe auch keine eigenen Anteile erworben.

#### **62**

Der Kläger beantragt, den Einkommensteuerbescheid 2011 vom 14.12.2015 in der Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 06.11.2020 dahingehend zu ändern, dass der Veräußerungsgewinn in Höhe von 2.488.120 € aus dem Verkauf einer Beteiligung an der INC. mit Sitz in den USA mangels wesentlicher Beteiligung im Sinne des § 17 EStG nicht besteuert wird,

hilfsweise, die Revision zuzulassen.

#### **63**

Das Finanzamt beantragt, die Klage abzuweisen,

hilfsweise die Revision zuzulassen.

#### **64**

Das Finanzamt sei zur Verböserung im Einspruchsverfahren berechtigt gewesen.

#### **65**

Nach § 367 Abs. 2 AO werde im Einspruchsverfahren die Sache in vollem Umfang geprüft und der Verwaltungsakt könne auch zum Nachteil des Einspruchsführers geändert werden, wenn dieser auf die Möglichkeit einer verbösernden Entscheidung unter Angabe von Gründen hingewiesen und ihm die Gelegenheit gegeben worden ist, sich zu äußern. Dieser Hinweis sei mit Schreiben vom 22.09.2020 an den Vertreter des Klägers erfolgt. Der Gewinn aus der Veräußerung der Anteile nach § 17 EStG sei in Höhe von 2.844.120 € anzusetzen, so dass der Gewinn aus Gewerbebetrieb im Rahmen des Einspruchsverfahrens um 444.616 € erhöht werde. Der Hinweis auf eine verbösernde Entscheidung sei damit erbracht worden, auch wenn nicht explizit auf den § 367 Abs. 2 AO hingewiesen worden sei. Eine Antwort auf das Anschreiben des Finanzamtes sei nicht erfolgt.

#### **66**

Im Schreiben vom 22.09.2020 sei auch darauf hingewiesen worden, dass die Änderung des Bescheides nach § 174 Abs. 4 AO erfolgen könne, da die Finanzbehörde auf Grund eines Rechtsbehelfs oder sonst auf Antrag des Steuerpflichtigen den Einkommensteuerbescheid 2012 zu seinen Gunsten geändert habe. Dem Kläger sei die Möglichkeit gegeben worden, eine Stellungnahme nachzureichen.

#### **67**

Eine Korrekturmöglichkeit sei nach § 174 Abs. 4 AO auch gegeben, wenn ein bestimmter Sachverhalt in einem anderen Besteuerungszeitraum als bisher geschehen zu erfassen sei und einem Rechtsbehelf aus diesem Grund stattgegeben werde (vgl. BFH-Urteil vom 19.05.2005 IV R 17/02, BStBl II 2005, 637). Der Begriff des "bestimmten Sachverhalts" sei dabei nicht auf eine einzelne steuererhebliche Tatsache oder ein

einzelnes Merkmal beschränkt, sondern erfasse den einheitlichen, für diese Besteuerung maßgeblichen Sachverhaltskomplex.

#### **68**

Der Gewinn aus der Veräußerung der Anteile sei zu versteuern, weil der Steuerpflichtige mit 3,47 % und damit zu mehr als 1 % am Kapital der Gesellschaft beteiligt gewesen sei.

#### **69**

Unter Bezugnahme auf die Einspruchsentscheidung werde darauf hingewiesen, dass entscheidend sei, dass bereits zum Zeitpunkt des Verkaufs der Anteile die Aktien vom öffentlichen Markt genommen worden seien und der Börsenhandel eingestellt worden sei. So sei auf der Internetseite von "NASDAQ.com" ersichtlich, dass bei der INC. der Status "withdrawn xx.xx.2010" eingetragen sei, was dafür spreche, dass kein weiterer öffentlicher Handel der Aktien erfolgt sei. Der Beschluss, die Aktien aus dem Handel zu nehmen, komme einer Kapitalherabsetzung gleich. Das genehmigte Kapital von ursprünglich "150.000.000 US-\$" sei dadurch auf die "issued and outstanding shares" i.H.v. "37.277.808 US-\$", den tatsächlich ausgegebenen Anteilen der Gesellschaft, die auch weiterhin im Umlauf gewesen seien, d.h. nicht wieder von der Gesellschaft zurückerworben worden seien, begrenzt.

#### **70**

In der Sachverhaltsgestaltung, welche dem Urteil des FG Münster vom 06.12.2016 (7 K 3225/13 E, EFG 2017, 129) zugrunde gelegen habe, sei das genehmigte Kapital heranzuziehen gewesen, weil es im Zeitpunkt des Verkaufs die einzige feste Bezugsgröße dargestellt habe. Ansonsten hätte durch umfangreiche Ermittlungen erst geprüft werden müssen, in welcher Höhe am Verkaufstag tatsächlich Anteile vom genehmigten Kapital nominell als Stammkapital gezeichnet worden waren. Dies hätte dem Grundsatz von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit widersprochen, weil sich die Beteiligten in diesem Fall ihrer Beteiligungshöhe am Veräußerungstag nie sicher sein könnten.

#### **71**

Beim Verkauf der streitgegenständlichen Anteile sei die feste Bezugsgröße das "issued and outstanding shares" Kapital in Höhe von "37.277.808 US-\$" zum 31.12.2009, weil dieses Kapital festgeschrieben sei und die maximale nicht mehr zu ändernde Beteiligungshöhe darstelle. Es erfülle somit die Voraussetzungen für Rechtsklarheit und -sicherheit. Dieser Betrag sei auch in der Bilanz enthalten.

#### **72**

Eine weitere Zeichnung von Anteilen und ein Angebot liege nicht vor und könne nicht nachgewiesen werden. Die nicht mehr existenten, potentiellen Anteile führten wirtschaftlich zu einem verminderten (genehmigten) Kapital. Nach deutschem Recht hätte die Herabsetzung des genehmigten Kapitals auch wiederum seinen Ausdruck im Handelsregister finden müssen.

#### **73**

Die Anteile, die nicht mehr ausgegeben werden können, müssten bei der Frage der Beteiligungshöhe gesondert beurteilt werden. In diesem Fall dränge sich unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise am zutreffendsten der Vergleich mit "eigenen Anteilen der Kapitalgesellschaft" auf. Diese Beurteilung sei sicher am geeignetsten, auch wenn bekannt sei, dass bei der Fusion kein "treasury stock" vorgelegen habe. Denn besitzt die Kapitalgesellschaft eigene Anteile sei deren Nennwert vom Grund-/Stammkapital abzuziehen (BFH-Urt. vom 18.04.1989 VIII R 329/84, BFH/NV 1990, 27); das maßgebliche Kapital verringere sich (§ 16 Abs. 2 AktG).

#### **74**

Letztlich führe es auch zu keinem anderen Ergebnis, wenn man den Vorgang als Kapitalherabsetzung durch Einziehung betrachte: Ziehe eine GmbH Geschäftsanteile ein, bleibe das Stammkapital unverändert; die Einziehung führe aber dazu, dass die Summe der Geschäftsanteile nicht mehr dem Stammkapital entspreche. Durch die Einziehung ändere sich das Beteiligungsverhältnis der verbleibenden Geschäftsanteile; der Nennwert des eingezogenen Geschäftsanteils müsse vom Stammkapital abgezogen werden, in gleicher Weise wie eigene Anteile (vgl. Schmidt, EStG, 35. Auflage 2016, § 17 EStG Rz. 38,41,42).

#### **75**

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Akten des Finanzamts sowie die Finanzgerichtsakten verwiesen.

## Entscheidungsgründe

**76**

Die Klage hat keinen Erfolg.

**77**

Das Finanzamt hat den Gewinn aus der Veräußerung der Anteile an der INC. zu Recht gem. § 17 EStG im Jahr 2011 in Höhe von 2.488.120 € der Besteuerung zugrunde gelegt und als Kapital der INC. die "issued and outstanding shares" als maßgebliche Bezugsgröße angesehen.

I.

**78**

Der Veräußerungsgewinn ist gem. § 17 EStG in Höhe von 2.488.120 € zu besteuern.

**79**

1. Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG (in der im Streitjahr anwendbaren Fassung) gehört zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb auch der Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veräußerung am Kapital der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 1 % beteiligt war.

**80**

Gemäß § 17 Abs. 1 Satz 3 EStG sind Anteile an Kapitalgesellschaften Aktien, Anteile an einer GmbH, Genussscheine oder ähnliche Beteiligungen und Anwartschaften auf solche Beteiligungen. Als ähnliche Beteiligungen in diesem Sinne kommen insbesondere Anteile an ausländischen Kapitalgesellschaften in Betracht, wenn die ausländische Gesellschaft mit einer deutschen AG, GmbH oder bergrechtlichen Gewerkschaft vergleichbar ist und wenn die Anteile Gesellschafterrechte verkörpern, wie sie nach deutschem Recht beispielsweise mit Aktien oder GmbH-Anteilen verbunden sind (vgl. BFH-Urteile 22.02.1989 I R 11/85, BStBl II 1989, 794; vom 21.10.1999 I R 43, 44/98, BStBl II 2000, 424; FG Münster, Urteil vom 06.12.2016 7 K 3225/13 E, EFG 2017, 129).

**81**

Nach dem Sinn und Zweck des § 17 sollen auch Wertsteigerungen in Bezug auf Anteile an ausländischen Kapitalgesellschaften besteuert werden. Eine Beteiligung an einer ausländischen Kapitalgesellschaft, d.h. einer Kapitalgesellschaft, die weder Sitz noch Geschäftsleitung im Inland hat, stellt einen Anteil i.S.v. § 17 EStG dar, wenn die ausländische Kapitalgesellschaft ihrer Rechtsform nach einer deutschen Kapitalgesellschaft vergleichbar ist (in Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 40. Aufl. 2021, § 17 EStG, Rn 104, sog. Typenvergleich; vgl. Schnittker/Lemaitre, Steuersubjektqualifikation ausländischer Personen- und Kapitalgesellschaften anhand des Rechtstypenvergleichs: Welche Vergleichskriterien sind heranzuziehen?, GmbHR 2003, 1314).

**82**

2. Bei den Anteilen des Steuerpflichtigen an der INC. handelt es sich um eine ähnliche Beteiligung i.S.d. § 17 Abs. 1 Satz 3 EStG, da die INC. für Zwecke des § 17 EStG als Kapitalgesellschaft anzusehen ist. Sie ist mit einer deutschen Aktiengesellschaft vergleichbar.

**83**

Nach dem anzustellenden Rechtstypenvergleich ist die "incorporation" nach US-amerikanischem Recht einer deutschen Aktiengesellschaft vergleichbar (vgl. BMF-Schreiben vom 24.12.1999, Grundsätze der Verwaltung für die Prüfung der Aufteilung der Einkünfte bei Betriebsstätten international tätiger Unternehmen, Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze, Tabelle 1, BStBl I 1999, 1076).

**84**

Die INC. wurde nach dem Recht des US-Bundesstaates Delaware gegründet und ist nach dem dort geltenden Gesellschaftsrecht ("Delaware General Corporation Law" - DGCL -) als Kapitalgesellschaft ausgestaltet. Das DGCL wird auf den deutschsprachigen Internetseiten des US-Bundesstaates Delaware als "Allgemeines Aktienrecht von Delaware" bezeichnet ([https://corplaw.delaware.gov/ger/why\\_delaware/](https://corplaw.delaware.gov/ger/why_delaware/)). Die INC. ist unter der Nummer xxx in das Unternehmensregister bei der Division of Corporations des "Secretary of State", einer Abteilung der obersten Aufsichtsbehörde des US-Bundesstaates Delaware bei der Gründung von Kapital- und Personengesellschaften (funktional vergleichbar dem Innenministerium),

eingetragen. Als "corporation" besitzt sie eine eigene Rechtspersönlichkeit und ist die wirtschaftlich wichtigste Gesellschaftsform für Unternehmen (vgl. Hof in: Steuerberater Rechtshandbuch, 160. Lieferung 2021, II. US-Corporation, Rn. 102). Ihre rechtliche Existenz ist von dem Bestand ihrer Anteilseigner unabhängig. Die Kapitalanteile an der INC. ("shares") waren in Form von Aktien frei übertrag- und veräußerbar und wurden hierzu - zumindest zeitweise - an einer Börse in London bzw. New York gehandelt.

## 85

Ihre Geschäftsführung oblag einem zentralen Organ, dem board of directors (vgl. § 141 im Title 1, Chapter 1 des DGCL, <https://delcode.delaware.gov/title8xx>), entsprechend dem Vorstand bei einer Aktiengesellschaft nach deutschem Recht. Die INC. wird fremdgeführt. Die Anteilseigner besitzen Rechte, die den deutschen Aktionären vergleichbar sind, wie z.B. die Stimmrechte nach § 212 DGCL, aber auch Vermögensrechte, wie den Anspruch auf Teilhabe an einer Dividendenausschüttung und dem Anteil am Liquidationserlös (Hof in: Steuerberater Rechtshandbuch, 160. Lieferung 2021, II. US-Corporation, Rn. 149).

## 86

Die INC., die als Firmenzusatz in ihrem vollen Namen "Inc." (für "incorporation") trägt, ist daher einer deutschen Aktiengesellschaft vergleichbar und mithin als Kapitalgesellschaft im Sinne des § 17 EStG zu würdigen. Die Beurteilung der Anteile an der INC. als "ähnliche Beteiligung" ist zwischen den Beteiligten auch unstrittig.

## 87

3. Der Steuerpflichtige hielt die Beteiligung an der INC. im Privatvermögen.

## 88

Mit Vertrag vom xx.xx.2008 über die Veräußerung der Anteile der C GmbH erhielt der Steuerpflichtige u.a. als sog. "Kaufpreisaktien" die Anteile an der INC. (vgl. Ziffer 5 des Kaufvertrages vom xx.xx.2008). Sie sind ihm persönlich wirtschaftlich zuzurechnen, da sie sich weder im Betriebsvermögen befanden noch einem Treuhänder zuzurechnen waren (vgl. hierzu auch die Zusicherungen unter Ziffer 7 des Kaufvertrages vom xx.xx.2008).

## 89

4. Das Finanzamt hat zu Recht bejaht, dass der Steuerpflichtige eine "wesentliche Beteiligung" im Sinne des § 17 EStG an der INC. hielt.

## 90

a) Unter Beteiligung versteht man die Summe aller Anteile, die ein Anteilseigner an einer Kapitalgesellschaft hält (Schmidt in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, 302. Lieferung 02.2021, § 17 EStG, Rn. 145).

## 91

Der "Anteil" bezieht sich auf den Anteil am Nennkapital der Kapitalgesellschaft, also bei der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien auf die Beteiligung am Grundkapital (§§ 1 Abs. 2, 152 Abs. 1, 278 AktG) und bei der GmbH auf die Beteiligung am Stammkapital (§§ 5, 42 Nr. 4 GmbHG).

## 92

Das Grundkapital der nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland (Deutschland) gegründeten Aktiengesellschaft ist in der Bilanz als gezeichnetes Kapital auszuweisen (§ 152 Abs. 1 AktG). Der Nennbetrag des Grundkapitals, das in Euro auszuweisen ist, ist eine satzungsmäßig festgesetzte Rechengröße, welche die Aufbringung eines Mindesthaftkapitals sichern soll (Fleischer in: Schmidt, K./Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 6 AktG, Rn. 2). Dabei beträgt der Mindestnennbetrag im deutschen Aktiengesetz 50.000 € (§ 7 AktG). In Abteilung B des Handelsregisters sind bei Aktiengesellschaften in Spalte 3 die jeweils aktuellen Beträge der Höhe des Grundkapitals einzutragen (§ 43 Nr. 3 Handelsregisterverordnung (HRV) in der Fassung vom 01.04.2015).

## 93

Die Anteile am Grundkapital einer dem deutschen Aktiengesetz unterliegenden Aktiengesellschaft sind die Aktien (§§ 1, 6, 8 AktG). Mit der Übernahme aller Aktien durch die Gründer ist die Gesellschaft errichtet (§ 29 AktG). Der Erwerb von Aktien begründet die Gesellschafterstellung mit den darin, je nach Art der Aktie, verbrieften Mitgliedschaftsrechten des Aktionärs.

## 94

b) Die in den Aktien - "shares" - an einer US-Corporation, wie vorliegend der INC., verkörpert Rechte sind den in einer Aktie einer nach deutschem Recht gegründeten Aktiengesellschaft verbrieften Rechten gleichartig.

#### 95

Bei einer Beteiligung an einer ausländischen Kapitalgesellschaft, die einer Aktiengesellschaft vergleichbar ist, müssen die Anteile an dieser ebenfalls Gesellschafterrechte verkörpern, wie sie nach deutschem Recht mit Aktien oder GmbH-Anteilen verbunden sind. Wie unter Tz. I. 2. dargelegt, ist dies bei den Aktien der INC. der Fall.

#### 96

Bei den streitbefangenen Anteilen ("shares") des Steuerpflichtigen an der INC. ("Kaufpreisaktien" = "Consideration Shares") handelt es sich um gültig ausgegebene Aktien ("validly issued"), die in jeder Hinsicht gleichrangig sind mit den "Stammaktien am Kapital des US-Garanten", der INC., die zum Tag der Begebung der Kaufpreisaktien ausgegeben sind und sich im Umlauf befinden. Dies wird im Kaufvertrag vom xx.xx.2008 dazu ausdrücklich bestätigt (vgl. dazu Ziffer 5.2 des Kaufvertrags vom xx.xx.2008: "...and shall rank pari passu in all respects with the ordinary shares in the capital of the US Guarantor that are issued and outstanding at the date of issue of the Consideration Shares."). Die eingeschränkte Übertragbarkeit der Aktien, die gemäß Ziffer 7.1 des Kaufvertrages vom xx.xx.2008 nur beschränkt übertragbar nach der Regulation S zum US-Wertpapiergesetz sind, ändert nichts an der Verbriefung gleichwertiger Mitgliedschaftsrechte zu denen von Aktieninhabern nach deutschem Aktiengesetz.

#### 97

c) Die Einordnung einer Beteiligung als eine wesentliche Beteiligung i.S.v. § 17 EStG bestimmt sich ausschließlich kapitalbezogen.

#### 98

Die Beteiligung ist eine "wesentliche", wenn der Steuerpflichtige (oder in Fällen des § 17 Abs. 1 Satz 4 EStG sein Rechtsvorgänger) innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veräußerung zu mindestens 1 v. H. am Nennkapital der Kapitalgesellschaft beteiligt war (vgl. Strahl in: Korn, EStG, 123. EL, § 17 Rn. 29, 35). Die Höhe der Beteiligung orientiert sich damit grds. am Nennkapital (Grundkapital einer AG, §§ 6, 7 AktG, Stammkapital einer GmbH, §§ 5, 14 GmbHG), ggf. abzüglich eigener Anteile der Kapitalgesellschaft oder eingezogener Geschäftsanteile. Aus der Entstehungsgeschichte des § 17 EStG ergibt sich, dass der Gesetzgeber mit der Anknüpfung an das Grund- oder Stammkapital im Interesse der einfachen Handhabung der Vorschrift eine "feste Grenze" vorsehen wollte, "ohne dass dem Ermessen der Verwaltungsbehörden noch ein weiterer Spielraum gelassen wird" (BFH-Urteil vom 25.11.1997 VIII R 29/94, BStBl II 1998, 257, unter II.3.d) der Entscheidungsgründe m.w.N. und unter Verweis auf die amtliche Begründung zu § 30 EStG). Ob die Einlagen tatsächlich erbracht worden sind, ist unbeachtlich, grds. auch dann, wenn die Satzung die Gesellschafterrechte nach dem Verhältnis der eingezahlten Beträge bestimmt (Gosch in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, 20. Aufl. 2021, § 17 EStG, Rn. 19).

#### 99

Die "Beteiligung am Kapital der Gesellschaft" bestimmt sich bei einer GmbH grundsätzlich nach dem nominellen Geschäftsanteil an deren Stammkapital (vgl. BFH-Urteil vom 14.06.2005 VIII R 73/03, BStBl II 2005, 861, Rn. 13, mit Verweis auf BFH-Urteile vom 25.11.1997 VIII R 29/94, BStBl II 1998, 257, VIII R 36/96, BFH/NV 1998, 691, sowie VIII R 49/96, BFH/NV 1998, 694, jeweils m.w.N.). Nach der überwiegenden Auffassung im Schrifttum ist allein diese nominelle Beteiligung für die Qualifikation als wesentliche Beteiligung i.S. des § 17 EStG entscheidend (vgl. u.a. Schneider in Kirchhof/Söhn, Einkommensteuergesetz, § 17 Rdnr. B 122 mit Streitstand, Stand Juni 2015).

#### 100

In dem Regelfall der Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, die nach deutschem Aktienrecht gegründet wurde, ist die Höhe der Beteiligung nach dem Verhältnis des Nennbetrags der Anteile zum Nennkapital zu bestimmen. Das Grundkapital muss auf einen Nennbetrag in Euro lauten (§ 6 AktG).

#### 101

Abweichende Regelungen über das Stimmrecht, das Gewinnbezugsrecht sowie die Verteilung des Liquidationserlöses sind unbeachtlich (BFH-Urteil vom 25.11.1997 VIII R 29/94, BStBl II 1998, 257; Dötsch, BB 1999, 1352; Niemann, DStZ 1992, 679; gl. A. Schmidt/Weber-Grellet, 40. Aufl. 2021, EStG § 17 Rn. 56).

Die Anteile müssen rechtlich bestehen und der Steuerpflichtige muss sie rechtlich und/oder wirtschaftlich innehaben. Durch rechtlich nicht bestehende Anteile ist eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft unmöglich (Blümich/Vogt, 157. EL Mai 2021, EStG § 17 Rn. 235).

#### 102

In der Maßgeblichkeit der Beteiligung am Kapital kommt der gesetzliche Zweck der Vorschrift zum Ausdruck, wonach die Beteiligung an der Substanz der Kapitalgesellschaft der Steuerverstrickung unterworfen sein soll (Frotscher/Geurts, EStG, § 17 EStG Rz. 59). Die Höhe der Beteiligung sei nach Frotscher/Geurts daher danach zu beurteilen, welcher Anteil an der Vermögenssubstanz der Kapitalgesellschaft dem Steuerpflichtigen zusteht. Besteuert wird in § 17 EStG die erhöhte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, die durch die Teilhabe an der Mehrung der Vermögenssubstanz entsteht (Frotscher/Geurts, EStG, § 17 EStG Rz. 61). Schmidt sieht den Zweck des § 17 EStG darin, die mit der Anteilsveräußerung verbundene Realisierung von thesaurierten Gewinnen sowie von stillen Reserven einer Kapitalgesellschaft zu besteuern (Schmidt in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, 303. Update 04/2021, 304. Lieferung 06.2021, § 17 EStG, Rn. 145).

#### 103

Nicht maßgeblich ist, wie lange die Beteiligung in der notwendigen Höhe, im Streitjahr von 1 %, bestanden hat oder ob von vornherein feststeht, dass dies nur von kurzer Dauer sein wird. Es genügt, dass der Steuerpflichtige einmal im Fünf-Jahreszeitraum im Sinne des § 17 EStG, und damit wesentlich mit mindestens 1 %, beteiligt war (Pung/Werner in Dötsch/Punk/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 17 EStG Tz. 182, Stand: 01.11.2017). Dabei richtet sich die Höhe nach den zivilrechtlichen Regeln.

#### 104

Bei eigenen Anteilen der Kapitalgesellschaft (vgl. § 71 AktG, § 33 GmbHG) ruhen die damit verbundenen Gesellschafter-Rechte; die wirtschaftliche Beteiligung entfällt nur auf die übrigen Anteile. Folglich ist von einem entsprechend geminderten Grund- oder Stammkapital auszugehen. In ähnlicher Weise verhält es sich, wenn die Kapitalgesellschaft Geschäftsanteile einzieht (§ 34 GmbHG). Zwar bleibt das Stammkapital dann unverändert, allerdings stimmt die Summe der Anteile nicht mehr mit diesem überein. Der Nennbetrag der vinkulierten Anteile ist deshalb vom Stammkapital der GmbH abzuziehen. Bei Aktien wirkt sich die Einziehung hingegen nicht aus, weil eine solche gem. § 237 AktG nur gegen Herabsetzung des Grundkapitals zulässig ist. So zieht der Ausschluss oder Austritt eines Gesellschafters die Minderung des Nennkapitals nach sich (Gosch in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, 20. Aufl. 2021, § 17 EStG, Rn. 21).

#### 105

Nach deutschem Rechtsverständnis können nur Änderungen, die das Grund- oder Stammkapital betreffen, die Höhe des Anteils an einer Kapitalgesellschaft beeinflussen, da dieses die relevante Bezugsgröße ist (vgl. Weber-Grellet in Schmidt, EStG, 40. Aufl. 2021, § 17 Rz. 55 m.w.N.).

#### 106

Nicht von Bedeutung ist dabei die Höhe der Stimmrechte, die einem Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft zustehen, so dass es ohne Auswirkung wäre, falls es sich um stimmrechtslose Aktien handelt.

#### 107

d) Für die Bestimmung der Höhe und damit der Relevanz der prozentualen Beteiligung an der nach dem Recht des Staates Delaware gegründeten INC. ist im Ergebnis auf die Anzahl der "issued and outstanding shares" als "Kapital" abzustellen.

#### 108

Das Finanzamt hat zu Recht angenommen, dass der Steuerpflichtige Anteile von mindestens 1 % gehalten hat und damit eine wesentliche Beteiligung in dem maßgeblichen Zeitraum von 5 Jahren vor der Veräußerung innehatte.

#### 109

Bei Beteiligung an einer Auslands-Kapitalgesellschaft, die über kein Grund- oder Stammkapital i.S.d. deutschen Aktien- oder GmbH-Rechts verfügt, ist auf eine "entsprechende Bezugsgröße" abzustellen (Gosch in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, 20. Aufl. 2021, § 17 EStG, Rn. 19).

#### 110

aa) Zur Bestimmung der Bezugsgröße bei ausländischen Kapitalgesellschaften ist der Sinn und Zweck des § 17 EStG zu berücksichtigen und die Bedeutung des Stammkapitals bzw. Grundkapitals nach deutschem Gesellschaftsrecht zu beachten.

#### 111

Die Norm des § 17 EStG soll nach seinem Zweck den aufgrund der Veräußerung des Geschäftsanteils eintretenden Zuwachs an finanzieller Leistungsfähigkeit erfassen (BFH-Urteil vom 25.11.1997 VIII R 29/84, BStBl II 1995, 870, m.w.N.). Entscheidend für die Besteuerung des Veräußerungsgewinns sind die Ansprüche des Gesellschafters auf Beteiligung an der Substanz. Das Stammkapital (der GmbH) bzw. Grundkapital (der AG) bezeichnet nach deutschem Recht das durch die Einlagen der Gesellschafter aufzubringende Gesellschaftsvermögen (BFH-Urteil vom 25.11.1997 VIII R 29/94, BStBl II 1998, 257, Tz. II.3.b). Die Errichtung der Aktiengesellschaft setzt die Übernahme der Aktien durch die Gründer voraus (§ 27 AktG). Dem entspricht es, für die Frage der Wesentlichkeit einer Beteiligung i.S.d. § 17 EStG auf die Höhe des Anteils am Nennkapital abzustellen. Denn die Vermögensrechte des Anteilseigners (Gewinnrecht und Recht auf den Liquidationserlös) bestimmen sich bei der GmbH gemäß §§ 29 Abs. 3 und 72 GmbHG nach dem Nennbetrag seines Geschäftsanteils und bei der AG gem. §§ 58 Abs. 4, 60 Abs. 1 AktG und § 271 Abs. 2 AktG nach seinem Anteil am Grundkapital.

#### 112

Da im Regelfall die Aktionäre der AG im Verhältnis ihres Anteils am Grundkapital am Vermögenszuwachs der Kapitalgesellschaft beteiligt sind, ist es sachgerecht, wenn § 17 Abs. 1 EStG typisierend an die Höhe der nominellen Beteiligung am Grundkapital anknüpft.

#### 113

bb) Für die INC. als "corporation", die nach dem Recht des US-Staates Delaware gegründet worden ist, ist eine "entsprechende Bezugsgröße" zu bestimmen.

#### 114

Das Gesellschaftsrecht des Staates Delaware, wie in der Mehrheit der Einzelstaaten in den USA, kennt keinen Kapitalbegriff für Kapitalgesellschaften, der mit dem deutschen Grundkapital oder Stammkapital vergleichbar ist. Es kennt auch kein Mindestkapitalerfordernis, wie er in § 7 AktG mit 50.000 € für den Mindestnennbetrag des Grundkapitals einer deutschen Aktiengesellschaft genannt wird.

#### 115

Bezüglich des Systems von Grundkapital und Nennwert der Aktien folgt Delaware - laut Hof - noch dem traditionellen System, wonach "Grundkapital" - nach dem dortigen Verständnis - und Nennwert weiterhin von Bedeutung sind. In diesem Zusammenhang führt Hof aus, dass zum "Eigenkapital" insbesondere das Grundkapital der Gesellschaft ("Stated Capital"), das sich aus dem addierten Nennwert der ausgegebenen Aktien zusammensetzt und zunächst in den Gründungsdokumenten festgelegt wird, zählt (Hof in: Steuerberater Rechtshandbuch, 157. Lieferung 2021; II. US-Corporation, Rn. 121). Dem Prinzip des festen Nennkapitals ("stated capital" oder einfach "capital" in § 154 DGCL, <https://delcode.delaware.gov/xx.html>), kommt vor allem eine ausschüttungsbegrenzende Bedeutung zu. Das "stated capital" setzt sich zusammen aus der Summe des Gesamtnennwertes aller zum Nennwert ausgegebenen Gesellschaftsanteile, zuzüglich der Gegenleistung für alle ohne Nennwert ausgegebenen Gesellschaftsanteile, abzüglich des Teils der Gegenleistung für nennwertlose Anteile, der den Rücklagen (surplus) zugewiesen wurde, wobei nicht die gesamte Gegenleistung den Rücklagen zugewiesen werden darf. Ferner erhöht sich das "stated capital" um die sonstigen, dem "stated capital" zugewiesenen Beträge (§ 154 DGCL). Die für die Ausgabe der Gesellschaftsanteile zuständige Geschäftsleitung ("board of directors") kann daher grundsätzlich frei darüber entscheiden, welcher Teil der Gegenleistung dem "stated capital" zugewiesen wird und welcher Teil dem surplus, d.h. der Rücklage. Durch das Fehlen von Mindestkapitalvorschriften haben die Gründer es somit selbst in der Hand, die Höhe des "stated capital" zu bestimmen (vgl. Gerber in: Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 3. Aufl. 2016, USA, Rn. 37), da hierfür ausschließlich auf "shares issued", also ausgegebene Aktien abgestellt wird.

#### 116

In anderer Literatur wird jedoch herausgestellt, dass bei der Registrierung das festgelegte Stammkapital nur das "Authorized Capital" ist, weshalb dieser Betrag auch als "genehmigtes Kapital" bezeichnet wird. Er bezeichnet nur einen Höchst- oder Grenzwert (<https://www.easy-inc.com/faqs/was-ist-der-unterschied-zwischen-authorized-shares-und-issued-shares-bei-us-gesellschaften>).

## 117

Das Verständnis des "Kapitals", das in der Satzung und den Gründungsunterlagen genannt ist, als "Höchstbetrag" der Aktien, die ausgegeben werden dürfen, entspricht auch den deutschsprachigen Ausführungen auf der Homepage der Staatlichen Behörden in Delaware, die zum Inhalt der Gründungsurkunde (vgl. auch § 102 (a) (4) DGCL) ausführen: "Aus der Gründungsurkunde muss der Name der Gesellschaft, der Name und die Adresse des eingetragenen Bevollmächtigten sowie der Name, die Adresse und die Unterschrift der Person hervorgehen, die zur Eingabe der Urkunde bevollmächtigt ist (der "Gründer"). (...) Aktiengesellschaften müssen ferner die Anzahl der genehmigten Aktien und deren Nennwert angeben" (<https://corplaw.delaware.gov/xx/>). Nach dem Musterformular einer Gründungsurkunde ist zu den Aktien kein "Stated Capital" oder seine Höhe in US-\$ anzugeben, vielmehr enthält das aktuell abrufbare Formular (STATE OF DELAWARE - CERTIFICATE OF INCORPORATION - A STOCK CORPORATION) folgenden Passus: "4. The total amount of stock this corporation is authorized to issue is \_\_\_\_ shares (number of authorized shares) with a par value of \$ \_\_\_\_ per share." (<https://corpfiles.delaware.gov/incstk09.pdf>, abgerufen am xx.xx.2021). Dies entspricht auch der Formulierung in den vorgelegten Unterlagen zur Änderung des "Certificate of Incorporation" vom xx.xx.2007.

## 118

Auch der Inhalt der Eintragung in das Unternehmensregister, das kein Handelsregister im Sinne des deutschen Rechts mit Publizitätswirkung darstellt, weicht im Recht des US-Staates Delaware von Deutschland entsprechend ab. Gem. § 39 AktG ist die Höhe des Grundkapitals, dessen Aktien bei Gründung zu übernehmen sind, einzutragen. Nach den Vorschriften des Staates Delaware sind im Unternehmensregister nur die "Authorized Shares" genannt, also der Höchstbetrag der Aktien, der ausgegeben werden darf, ohne je eine Aussage in diesem Register niederzulegen, in welcher Höhe Aktien tatsächlich gezeichnet oder ausgegeben ("issued") wurden. Eine Sicherung der Kapitalaufbringung sieht das Gesellschaftsrecht von Delaware erst im Fall der Ausgabe von Anteilen zum Nennwert vor, da der Wert der Gegenleistung den Nennwert nicht unterschreiten darf (§ 153(a) DGCL; Gerber in: Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 3. Aufl. 2016, USA, Rn. 38).

## 119

cc) Die bisher bekannten beiden Urteile des Finanzgerichts Münster zu dieser Rechtsfrage der Bezugsgröße "Kapital der Gesellschaft" zur Bestimmung der Beteiligungshöhe bei ausländischen Kapitalgesellschaften sahen jeweils die Höhe der "authorized shares" als maßgeblich an. Das Finanzgericht Münster stellt in seinem Urteil vom 06.12.2016 (7 K 3225/13 E, EFG 2017, 129) für den Fall einer US-amerikanischen Inc. bei der Berechnung der prozentualen Beteiligung auf das im Unternehmensregister des US-Bundesstaats Nevada eingetragene "authorized capital" ab. Im deutschen Handelsregister B war für eine Zweigniederlassung der dortigen US-Gesellschaft ein Grundkapital in Höhe von 50.000.000 US-\$, d.h. in Höhe der "authorized shares" eingetragen. Nach dem weiteren Urteil des 11. Senats des Finanzgerichts Münster vom 27.11.2013 (11 K 3468/11 E, EFG 2014, 341) zu einer GmbH englischen Rechts (Private Limited Company) kommt es auf das "Nominalgeschäftskapital (Authorised Share Capital)" an. Die Zweigniederlassung dieser Limited war ebenfalls in das deutsche Handelsregister B mit dem Betrag der genehmigten Aktien eingetragen. Danach betrug laut Eintragung das "Stammkapital" 12.500 € bei Anteilen von je 1 €, wobei laut Urteil des Finanzgerichts Münster tatsächlich nur 100 Anteile ausgegeben waren. Die Zahl der "issued shares" war aus dem deutschen Handelsregister nicht zu ersehen.

## 120

dd) Der Senat stellt als Bezugsgröße zur Prüfung der 1 %-Grenze der Beteiligung am "Kapital der Gesellschaft" i.S.d. § 17 EStG auf die tatsächlich ausgegebenen "issued and outstanding shares" der INC. ab und sieht nicht die im Register des Secretary of State von Delaware eingetragenen genehmigten "authorized shares" von 150 000 000 als maßgeblich an.

## 121

Das Kapital i.H.v. 150 000 000 "authorized shares" als Common Stock (Stammaktien) stellt keine "entsprechende Bezugsgröße" dar, da es mit dem Grundkapital nach dem Rechtsverständnis des deutschen Aktienrechts nicht vergleichbar ist.

## 122

(1) Die nach dem DGCL anzugebende Zahl der "authorized shares" in dem Unternehmensregister, d.h. die Zahl der Aktien, die sofort oder zukünftig ausgegeben werden dürfen, gibt keine Auskunft oder Gewissheit darüber, dass die US-Gesellschaft annähernd in dieser Höhe mit Kapital ausgestattet ist bzw. dass mit einer Aufbringung in dieser Höhe, vorliegend wären dies 15.000 US-\$ bei einem Wert pro Stammaktie ("Common Stock") von 0,0001 US-\$, durch die Aktieninhaber zu rechnen ist.

### 123

(2) Es gibt auch keine Hinweise auf die Höhe des Kapitals, an dem der Gesamtheit der Aktionäre die Gesellschafterrechte (Dividendenbezug, Teilhabe am Liquidationserlös) zustehen, da nicht erkennbar ist, inwieweit Aktien tatsächlich ausgegeben und gezeichnet wurden. Dieser Anteil lässt sich nur aus den Angaben zu den "issued and outstanding shares" in den verpflichtenden Berichten an die SEC, der US-Börsenaufsichtsbehörde ersehen, die weltweit für jedermann über das Internet frei zugänglich einsehbar sind. Nur den Aktieninhabern der "issued and outstanding shares" stehen die maßgeblichen Rechte eines Aktionärs zu. Die outstanding shares, "ausstehende Aktien", beinhalten zugleich alle Aktien im Streubesitz oder im Besitz institutioneller Anleger oder auch von Vorständen, aber nicht die "eigenen Aktien" der Gesellschaft, "treasury stock", der ebenfalls nicht zum Kapital als Bezugsgröße für die Bestimmung der Beteiligungshöhe im § 17 EStG gehört.

### 124

(3) Das "Authorized Capital" ist hingegen mit dem "Genehmigten Kapital" im Sinne von § 202 AktG vergleichbar. So äußerte sich im Grundsatz auch das Finanzgericht Münster in seinem Urteil vom 06.12.2016 (7 K 3225/13 E, EFG 2017, 129). Das genehmigte Kapital nach deutschem Aktienrecht bestimmt, bis zu welcher Höhe Aktien ausgegeben werden dürfen. Abweichend vom Begriff des "Authorized Capital" besteht - nach deutschem Recht - die Ermächtigung des Vorstands einer AG durch die Satzung zur Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe neuer Aktien nur in begrenztem Umfang, zeitlich begrenzt auf 5 Jahre (§ 202 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 AktG) und der Höhe nach auf die Hälfte des Grundkapitals, das zur Zeit der Ermächtigung vorhanden ist (§ 202 Abs. 3 Satz 1 AktG). Das genehmigte Kapital gehört im deutschen Recht ausdrücklich nicht zum Grundkapital der Aktiengesellschaft (§ 39 Abs. 2 AktG) und ist im deutschen Handelsregister B in Spalte 6 und nicht wie das Grundkapital in Spalte 3 einzutragen. So sind im Handelsregister B in Spalte 6 unter Buchstabe b (...) das Bestehen eines genehmigten Kapitals unter Angabe des Beschlusses der Hauptversammlung oder Gesellschafterversammlung, der Höhe des genehmigten Kapitals und des Zeitpunktes, bis zu dem die Ermächtigung besteht, anzugeben (vgl. § 43 Nr. 6 Buchst. b) hh) HRV).

### 125

(4) Die Stellung und Rechte der Aktieninhaber werden nach dem Aktienrecht beider Staaten, dem deutschen Aktiengesetz und dem DGCL des Staates Delaware, erst durch die Ausgabe und Zeichnung der Aktien begründet. Nur den Inhabern der gezeichneten Aktien oder "issued shares", d.h. von tatsächlich bestehenden Aktien, stehen u.a. die Rechte am Liquidationserlös zu.

### 126

(5) Dementsprechend stellen die streitgegenständlichen Verträge in maßgeblichen Passagen, in denen die Rechte oder Pflichten in den vorliegenden Verträgen niedergelegt sind, ebenfalls auf die "issued and outstanding shares" und nicht auf die "authorized shares" ab. Die Präambel ("recitals") des "Agreement and Plan of Merger" stellt von Anfang an klar, dass jede "issued and outstanding share" der INC./"Company", bezeichnet als "Company Common Stock", umgewandelt wird in das Recht, das "Verschmelzungsentgelt" ("Merger Consideration") zu erhalten (vgl. dazu das "Agreement and Plan of Merger", <https://www.sec.gov/xx>).

### 127

Die vertraglichen Regelungen sowohl des Kaufvertrags vom xx.xx.2008 über die Geschäftsanteile an der C GmbH als auch das "Agreement and Plan of Merger" vom xx.xx.2010 nehmen auf die "issued and outstanding shares" Bezug. Die Rechte aus dem Verschmelzungsvertrag stehen nur den Inhabern der "issued and outstanding shares", der ausgegebenen und ausstehenden Aktien, zu (vgl. Article II Section 2.01 des "Agreement and Plan of Merger"). Die "Authorized Shares" verkörpern keinerlei Gesellschafterrechte und begründen diese nicht, da sie einen inhaltslosen Höchstbetrag angeben, bis zu dem die Aktien der jeweiligen Aktiengattung ausgegeben werden dürfen. Auch der Kaufvertrag vom xx.xx.2008 beschreibt die Wertigkeit der Kaufpreisaktien, d.h. die Aktien an der INC. als Gegenleistung für

den Steuerpflichtigen, als in jeder Hinsicht gleichrangig mit den "issued and outstanding shares", die am Tag des Vertragsschlusses ausgegeben worden sind (vgl. Ziffer 5.2 des Kaufvertrages), denn erst in den ausgegebenen Aktien sind die Rechte der Aktionäre verbrieft.

#### 128

(6) Zwar ist einzuräumen, dass die vorgelegte Übersetzung des Textes in Ziffer 5.2. der Vertrages vom xx.xx.2008 von "with the ordinary shares in the capital of the US Guarantor that are issued and outstanding at the date of issue of the Consideration Shares" in "mit den Stammaktien am Kapital des US-Garanten, die zum Tag der Begebung der Kaufpreisaktien ausgegeben sind und sich im Umlauf befinden" den Schluss nahelegt, dass zwischen den Vertragsparteien das "capital" der INC., übersetzt mit "Kapital" von den "issued and outstanding shares" verschieden ist. Dies kann jedoch nicht zu einer anderen Auffassung führen, denn es ist zu bedenken, dass zum "capital" einer Corporation nach den Bilanzierungsvorschriften auch andere Arten von Aktien gehören, wie Vorzugsaktien ("preferred stock") oder eigene Anteile ("treasury stock").

#### 129

ee) Das Argument, dass nur die Beteiligung an einer "festen Bezugsgröße" maßgeblich sein kann, rechtfertigt es nicht, bei der Beteiligung an einer US-corporation, die nicht in einem deutschen Handelsregister eingetragen ist, auf die während des Haltens der Beteiligung durch den Steuerpflichtigen unveränderte Zahl der "authorized shares" abzustellen.

#### 130

Zum einen verlangt der Begriff einer "festen Bezugsgröße" keine unveränderliche Bezugsgröße während des Haltens der Beteiligung.

#### 131

Zum anderen kann sich auch die Zahl der "authorized shares" nach einem entsprechenden Beschluss gleichfalls ändern. Dies war nach den Veröffentlichungen der SEC bei der INC. vor dem Kaufvertrag im Jahr 2008 der Fall, wenn auch nicht während der Phase des Haltens der Beteiligung durch den Steuerpflichtigen. Die "authorized shares" betragen zunächst nur 25 301 475 und wurden zum xx.xx.2007 auf 150 000 000 erhöht (vgl. den Jahresbericht zum Ende des Steuerjahres am 31.12.2007, "Form 10-K", Seite 28, <https://www.sec.gov/xx>).

#### 132

Allein das Argument, dass eine "feste Bezugsgröße" maßgeblich sein soll, kann nicht zur Folge haben, dass auf eine Größe abgestellt wird, die noch gar keine Rechtsstellung eines Aktionärs verkörpert, weil die Aktien noch nicht existent sind. Dies muss insbesondere gelten, wenn gleichzeitig die Anzahl der ausgegebenen Aktien aufgrund der Berichtspflichten gegenüber der Börsenaufsichtsbehörde SEC für jedes Quartal zu ermitteln ist und auch aus den maßgeblichen Verträgen hervorgeht.

#### 133

ff) Das Gericht sieht die Nachweismöglichkeiten zur Anzahl der "issued and outstanding shares" über die auf der Homepage der SEC einsehbaren Berichte als ausreichend an.

#### 134

Die Bezugsgröße "issued and outstanding shares" ist abweichend von den Urteilen des Finanzgerichts Münster auch deshalb im Streitfall als maßgeblich anzusehen, da der Nachweis über ihre Anzahl vorliegend für jedes Quartalsende ab dem Erwerb der Aktien bis zum Abschluss des Verschmelzungsvertrages vom xx.xx.2010 geführt werden kann, nachdem die INC. ihren Pflichten zur Veröffentlichung der Jahresberichte ("Form 10-K") und Quartalsberichte ("Form 10-Q") gegenüber der SEC stets nachgekommen ist. Der Nachweis der einzelnen Aktionäre ist bei der INC. als Kapitalgesellschaft mit einer Vielzahl von Aktieninhabern nicht erforderlich, da es nur auf die Höhe des "Kapitals" als Bezugsgröße und damit die Gesamtzahl der "issued and outstanding shares" und nicht die Namen der einzelnen Aktionäre ankommt.

#### 135

Auf eine Ermittlung für jeden Tag des Innehabens der Aktien kommt es ebenfalls nicht an, da für das Überschreiten der relevanten Beteiligungsgrenze nach § 17 EStG selbst ein nur kurzer (Durchgangs-)Erwerb für eine "juristische Sekunde" ausreichend ist (Gosch in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, 20. Aufl. 2021, § 17 EStG, Rn. 30), an dem zumindest 1 % Anteile an dem Kapital der INC. gehalten wurden. Dies ist vorliegend gegeben.

### 136

Die Zahl der "issued and outstanding shares" kann durch den Anteilseigner oder auch deutsche Behörden in dem vierteljährlich einzureichenden Bericht ("FORM 10-Q") oder dem Jahresbericht ("FORM 10-K") auf den Seiten der SEC für die INC. jederzeit ermittelt werden (vgl. den Link zur INC.: <https://www.sec.gov/xx>). Es lässt sich für jedermann weltweit und kostenfrei auf den Seiten der SEC nachsehen, wie sich die Anzahl der "issued and outstanding shares" von einem Quartalsende zum nächsten Quartalsende entwickelt haben (vgl. z.B. das "FORM 10-K" (zum 31.12.2007) vom xx.xx.2008, das im Vergleich - Stand vom 31.12.2006 zum Stand vom 31.12.2007 - sowohl die Erhöhung des genehmigten Kapitals ("authorized shares") von 25 301 475 auf 150 000 000 als auch die Erhöhung der ausgegebenen und im Umlauf befindlichen Aktien ("issued and outstanding shares") von 12 404 751 auf 32 199 223 ausweist (<https://www.sec.gov/xx>). Gleiches gilt für die Veränderungen vom 31.12.2007 zum 31.12.2008 im Jahresbericht 2008 vom xx.xx.2009, "FORM 10-K", als sich die "issued and outstanding shares" von 32 199 223 auf 36 746 291 erhöhten (<https://www.sec.gov/xx>). Dabei werden die einzelnen Vorgänge, wie der Kauf der Geschäftsanteile an der C GmbH im Jahr 2008, unter Angabe der ausgegebenen von 1 296 165 genau beschrieben (vgl. den Jahresbericht zum 31.12.2009 "FORM 10-K", <https://www.sec.gov/xx>).

### 137

Veränderungen bei einer public corporation in den USA, wie der INC., lassen sich daher nicht nur aus dem Unternehmensregister ersehen ("Certificate of Incorporation" und den Änderungen der Satzung der Gesellschaft - wie vorliegend u.a. zum Namen der Gesellschaft und der Höhe des genehmigten Kapitals durch das Certificate of Amendment of Second Restated Certificate of Incorporation of D Acquisition Corporation vom xx.xx.2007), sondern auch aus den verpflichtenden Berichtsvorlagen an die Börsenaufsichtsbehörde SEC.

### 138

gg) Dem Steuerpflichtigen war die SEC als Informationsquelle für die Verhältnisse bei der INC. durch den Hinweis auf die bestehenden Vorlage- und Berichtspflichten im Kaufvertrag vom xx.xx.2008 bekannt. Er ist daher nicht dahin schutzwürdig, dass nur die Eintragungen der "authorized shares" im Unternehmensregister des Secretary of State von Delaware maßgeblich sein dürfen.

### 139

In dem Abschnitt "Garantien" (vgl. Ziffer 21 des Kaufvertrages vom xx.xx.2008) hat die INC. als "US-Garant" die Einhaltung aller Verpflichtungen seit 01.12.2007 zugesichert, die sich aus den Bestimmungen des US-Wertpapiergesetzes von 1993 in seiner jeweils geltenden Fassung bzw. dem US Börsengesetz von 1934 (US Securities Exchange Act of 1934) in seiner jeweils geltenden Fassung (das US-Börsengesetz - Exchange Act -) sowie den Vorschriften und Regeln der SEC ergeben. Der Steuerpflichtige wurde bereits im Dezember 2008 auf die Jahresberichte auf Formblatt 10-K und die (ungeprüften) Quartalsberichte auf Formblatt 10-Q hingewiesen sowie darauf, dass die Finanzabschlüsse entsprechend den in den Vereinigten Staaten geltenden Rechnungslegungsvorschriften (US-GAAP) dort hinterlegt sind. Dabei wurde auch der zuletzt eingereichte Quartalsbericht auf Formblatt 10-Q (einschließlich des zugehörigen Anhangs die Bilanz - Balance Sheet -) erwähnt.

### 140

Darüber hinaus sind die Informationen aus den Veröffentlichungen der SEC für einen Steuerpflichtigen und auch für deutsche Behörden leichter zugänglich, da sie im Internet kostenfrei, im Gegensatz zu dem Registerauszug des Secretary of State aus Delaware, und jederzeit über den Namen der Gesellschaft abrufbar sind (vgl. <https://www.sec.gov/xx>).

### 141

hh) Ein Zurückgreifen auf eine Eintragung zum "Grundkapital" im deutschen Handelsregister scheidet vorliegend aus, da INC. keine Niederlassung in Deutschland unterhält, die in ein Register eingetragen wurde.

### 142

Insofern unterscheidet sich der Streitfall von den Sachverhalten, die den Urteilen des Finanzgerichts Münster zugrunde lagen, da weder die INC. noch eine Niederlassung in ein deutsches Handelsregister B (für Kapitalgesellschaften) eingetragen wurde. Daher folgt aus den Gesichtspunkten der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit vorliegend nicht die Maßgeblichkeit der "authorized shares" allein aufgrund der Verwendung des deutschen Begriffs "Grundkapital" im deutschen Handelsregister B für diese Aktien. Damit

kann auch die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zur Relevanz der Eintragung in das deutsche Handelsregister nicht unbenommen auf diesen Auslandssachverhalt und die ausschließliche Eintragung in das US-Unternehmensregister übernommen werden (vgl. hierzu BFH-Urteil vom 25.11.1997 VIII R 29/94, BStBl II 1998, 257). Das US-amerikanische Recht kennt kein dem deutschen Handelsregister vergleichbares öffentliches Register mit Publizitätswirkung (Gerber in: Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 3. Aufl. 2016, USA, Rn. 59). Diese Bedeutung kommt dem Register bei dem Secretary of State nicht zu.

#### 143

Die hiervon abweichende Meinung des Finanzgerichts Münster im Urteil vom 06.12.2016 (7 K 3225/13 E, EFG 2017, 129) war letztendlich jedoch nicht entscheidungserheblich, da die Klage auch deshalb keinen Erfolg hatte, weil der Verlust nicht im Streitjahr steuerlich zu berücksichtigen war. Der Annahme des Finanzgerichts Münster, dass ohne die Verwendung des Begriffes Grundkapital für die "authorized shares" und ohne Angabe eines Grundkapitals mangels Kapital keine mit einer deutschen Aktiengesellschaft vergleichbare Kapitalgesellschaft vorliegen würde, folgt das Gericht nicht. Die Beurteilung der Frage, ob eine "wesentliche Beteiligung" vorliegt, ist zu trennen von dem Vergleich der INC. mit einer deutschen Aktiengesellschaft. Für das Vorliegen einer ähnlichen Beteiligung ist die Eintragung der "authorized shares" als Kapital der INC. ausreichend und maßgeblich, nicht jedoch als Bezugsgröße für die relevante Beteiligungshöhe.

#### 144

ii) Dem Urteil des Finanzgerichts Münster vom 27.11.2013 (11 K 3468/11 E, EFG 2014, 341) kann weiter nicht dahin gefolgt werden, dass die Maßgeblichkeit der "issued and outstanding shares" dazu führt, die Beteiligung am "Kapital" im Sinne einer Beteiligung am tatsächlichen Vermögen auszulegen. Dies ist nach Überzeugung des Gerichts nicht der Fall.

#### 145

Nach dem Sinn und Zweck des § 17 EStG, den realisierten Substanzzuwachs der Gesellschaft zu versteuern (vgl. Schmidt/Weber-Grellet, 40. Aufl. 2021, EStG § 17 Rn. 3), sind die "issued and outstanding shares" maßgeblich, da erst mit der Ausgabe der Aktien ein Anspruch eines shareholders am Liquidationserlös oder auf Dividendenzahlungen entsteht. Den Anteil an der Gesamtsumme der Rechte am Kapital gilt es jedoch für Zwecke des § 17 EStG festzustellen.

#### 146

Das Abstellen auf die "issued and outstanding shares" mit einem Wert von je 0,0001 US-\$ lässt aber keine Schlussfolgerung dahin zu, ob die Einlagen tatsächlich erbracht sind oder das Vermögen höher ist als die "issued and outstanding shares", weil z.B. Gewinne erzielt wurden, die nicht ausgeschüttet, sondern in das "surplus" (Gewinnrücklagen) eingestellt worden sind. Vielmehr sind die "issued and outstanding shares" deshalb als maßgebliches "Kapital" anzusehen, weil sie eine vergleichbare Bezugsgröße für die wertmäßige Gesamtheit der verkörperten Gesellschafterrechte darstellen.

#### 147

jj) Dabei folgt das Gericht nicht der Auffassung des Beklagten, dass auf das Kapital in Höhe der "issued and outstanding shares" abzustellen ist, da der Beschluss der Aktieninhaber und Optionsinhaber vom xx.08.2009 einer Kapitalherabsetzung bis zur Höhe der "issued and outstanding shares" gleichkommen würde, weil die Aktien nicht mehr an einer Börse gehandelt werden sollten.

#### 148

Nach dem Recht des Staates Delaware hätte die Herabsetzung der "authorized shares" zu einer Änderung der "articles of incorporation" führen müssen. Dies ist aber nach der im Dezember 2017 aus den USA angeforderten aktuellsten Version nicht erfolgt. Die Nennung der 37 277 808 "issued and outstanding shares" in dem Hinweis auf die Versammlung vom xx.08.2009 gab nur die Anzahl der stimmberechtigten Aktien an.

#### 149

Auch aufgrund der Eintragung auf der Internetseite "NASDAQ.com" am xx.xx.2010 mit dem Status "withdrawal" kann nicht auf eine Herabsetzung der "authorized shares" geschlossen werden.

#### 150

Im Übrigen reichte die INC. ab der Versammlung im August 2009 weiterhin die erforderlichen Berichte bei der US-Börsenaufsichtsbehörde SEC ein, gab am xx.xx.2010 das "FORM S-1" ("Registration Statement") zur Registrierung unter dem Securities Act von 1933 ab, den die INC. erst am xx.xx.2011 mit dem "Form RW" widerrufen hat. Dies sind Anzeichen, dass ein Handel der Aktien an einer US-Börse weiter nicht ausgeschlossen war.

#### 151

kk) Selbst wenn man der Auffassung des Klägers folgen würde, dass das Kapital in Höhe der "authorized shares" maßgeblich sei, stand jedoch spätestens mit Unterzeichnung des Verschmelzungsvertrages am xx.xx.2010 fest, dass das "Kapital der Gesellschaft" i.S.d. § 17 EStG nicht mehr die im "Agreement and Plan of Merger" genannte Zahl von 37 224 215 ausgegebenen und ausstehenden Aktien, "issued and outstanding shares", überschreiten wird.

#### 152

Am Tag der Unterzeichnung des Verschmelzungsvertrags am xx.xx.2010, d.h. noch vor der Wirksamkeit der Verschmelzung, stand fest, dass 37 224 215 Aktien ausgegeben und ausstehend waren ("37 224 215 shares were issued and outstanding", vgl. Art. III Sec. 3.02 Capital Structure des Verschmelzungsvertrages), deren Inhaber stimmberechtigt waren und zu einem späteren Zeitpunkt Anspruch auf ein Verschmelzungsentgelt hatten. Eine Ausgabe weiterer Aktien bis zur Höhe der "authorized shares" war damit ausgeschlossen, so dass hilfsweise anzunehmen ist, dass sich spätestens zum Zeitpunkt der Vereinbarung und des Verschmelzungsplans vom xx.xx.2010, die Gesamtzahl der Anteile, aufgrund derer die Anteilsinhaber die Gesellschafterrechte ausüben konnten und durften und damit die Gesamtheit der Rechteinhaber am Kapital der INC. verkörperten, auf die Anzahl der "issued and outstanding shares" reduziert haben.

#### 153

e) Der Steuerpflichtige hielt zwischen dem Tag des Verschmelzungsvertrags vom xx.xx.2010 und des Kaufvertrags vom xx.xx.2008 unverändert 1 296 165 Anteile an der INC. Dies waren über den gesamten Zeitraum von gut 2 Jahren mehr als 1 % der "issued and outstanding shares" als maßgebliche Bezugsgröße. Nach dem "Agreement and Plan of Merger" waren 37 224 215 "issued and outstanding shares" Gegenstand des Vertrages und konnten für ihre Inhaber ("shareholder") ein Recht auf Abfindung begründen. Dies entspricht einem Anteil von 3,48 % an den "issued and outstanding shares", so dass die Grenze von 1 % überschritten ist.

#### 154

5. Die Verschmelzung aufgrund des "Agreement and Plan of Merger" ist als Veräußerungstatbestand i.S. des § 17 EStG zu beurteilen.

#### 155

Unter Veräußerung ist die entgeltliche Übertragung des rechtlichen oder zumindest des wirtschaftlichen Eigentums von Anteilen, die zu einer Beteiligung i.S.d. § 17 EStG rechnen, auf einen anderen Rechtsträger zu verstehen. Der Tatbestand der Veräußerung wird nicht im Zeitpunkt des schuldrechtlichen Rechtsgeschäftes (z.B. Kaufvertrag), sondern erst mit der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums verwirklicht.

#### 156

Die bloße Rückgabe von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft (im Rahmen eines Rückabwicklungsverhältnisses) ist keine Veräußerung i.S.d. § 17 EStG, anders die Rückveräußerung. Eine Veräußerung ist aber auch dann gegeben, wenn sie nicht freiwillig erfolgt, sondern die Anteile etwa im Wege der Zwangsversteigerung entzogen werden oder die Veräußerung durch den Sicherungsnehmer, Pfandgläubiger oder Insolvenzverwalter erfolgt (vgl. Strahl in: Korn, EStG 130. EL, § 17 Rn. 52).

#### 157

Mit der Einziehung von Anteilen und dem Erwerb eigener Anteile vergleichbar ist die Rechtslage beim Austritt oder Ausschluss eines Gesellschafters aus der Kapitalgesellschaft. In beiden Fällen kommt es entweder zur Einziehung der betreffenden Anteile (§ 17 Abs. 4) oder diese werden gegen finanzielle Ersatzleistung übertragen. In beiden Fällen werden folglich Besteuerungstatbestände i.S.v. § 17 erfüllt (vgl. Gosch in: Kirchhof, EStG, 20. Aufl. 2021, § 17 EStG Rn. 54).

#### 158

Die Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf eine andere Gesellschaft im Inland (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwStG) führt mit der Eintragung des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers in das Handelsregister immer zum Erlöschen der übertragenden Kapitalgesellschaft (vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwStG). Die Verschmelzung bedingt damit notwendigerweise die Auflösung der Kapitalgesellschaft als übertragenden Rechtsträger.

#### 159

Auch die Umwandlung einer ausländischen Kapitalgesellschaft führt beim inländischen Anteilseigner regelmäßig ebenfalls zur Besteuerung als Auflösungstatbestand nach § 17 Abs. 4 EStG (vgl. BFH-Urteil vom 22.02.1989 I R 11/85, BStBl II 1989, 794). Der Zeitpunkt des Rechtsübergangs und damit der Entstehung eines Veräußerungsverlustes oder Veräußerungsgewinns richtet sich, wenn die den Verlust auslösende Übertragung zivilrechtlich nach ausländischem Recht zu beurteilen ist, nach dem betreffenden ausländischen Recht (vgl. BFH-Urteil vom 21.10.1999 I R 43, 44/98, BStBl II 2000, 424).

#### 160

Die Verschmelzung und der Tausch der Anteile in ein Vermögensrecht im Gegenwert von 6,10 US-\$ erfüllt den Tatbestand des § 17 Abs. 4 EStG.

#### 161

Dies ist zwischen den Beteiligten auch unstrittig.

6. Der Beklagte hat den Gewinn aus der Veräußerung zu Recht im Jahr 2011 der Besteuerung unterworfen.

#### 162

Der gewerbliche Veräußerungsgewinn im Sinne von § 17 EStG ist grundsätzlich für den Zeitpunkt zu ermitteln, in dem er entstanden ist. Er ist nach einer Stichtagsbewertung auf den Zeitpunkt der Entstehung des Gewinns oder Verlusts zu ermitteln, abweichend von dem Zuflussprinzip des § 11 EStG. Maßgebender Zeitpunkt der Gewinn- oder Verlustrealisierung ist derjenige, zu dem bei einer Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich gemäß § 4 Abs. 1, § 5 EStG nach handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung der Gewinn oder Verlust realisiert wäre.

#### 163

Der Veräußerungsgewinn im Sinne des § 17 EStG entsteht weder mit Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts noch im Zeitpunkt des Zuflusses des Kaufpreises oder des Verschmelzungsentgelts, sondern wird nach bilanzrechtlichen Grundsätzen in dem Zeitpunkt realisiert, in dem der Erwerber der Beteiligung das wirtschaftliche Eigentum erlangt und der Veräußerer es verliert (ständige Rechtsprechung, vgl. dazu allgemein Weber-Grellet in Schmidt, EStG, 40. Aufl. 2021, § 17 Rz. 131, m.w.N., und BFH-Urteile vom 17.02.2004 VIII R 26/01, BStBl II 2004, 651; vom 19.04.2005 VIII R 68/04, BStBl II 2005, 762; vom 11.05.2010 IX R 26/09, BFH/NV 2010, 2067; vom 04.02.2020 IX R 7/18, BFH/NV 2020, 864).

#### 164

Regelmäßig ist dies der Zeitpunkt der Veräußerung, d.h. der Zeitpunkt, zu dem das rechtliche oder zumindest wirtschaftliche Eigentum (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO) an den veräußerten Anteilen auf den Erwerber übergegangen ist (vgl. BFH-Urteile vom 10.03.1988 IV R 226/85, BStBl II 1988, 832; vom 31.01.2017 IX R 40/15, BFH/NV 2017, 572; vom 04.02.2020 IX R 7/18, Juris). Das wiederum bestimmt sich im Regelfall nach zivilrechtlichen Kriterien (vgl. BFH-Urteil vom 16.05.1995 VIII R 33/94, BStBl II 1995, 870). Fallen rechtliches und wirtschaftliches Eigentum auseinander, ist Letzteres maßgeblich. Auf den Zeitpunkt, in dem der zugrundeliegende Kausalvertrag geschlossen worden ist, kommt es nicht an.

#### 165

Bei Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft mit Barabfindung nach deutschen Rechtsvorschriften (vgl. § 30 UmwG) ist ein Gewinn i.S.v. § 17 zu dem Zeitpunkt realisiert, in dem die Vermögensübertragung wirksam wird (Widmann, StbJb 85/86, 113; Schmidt/Weber-Grellet, 40. Aufl. 2021, EStG § 17 Rn. 135).

#### 166

Nach den Rechtsvorschriften des US-Staates Delaware wurde die Verschmelzung der Merger Sub auf die INC. und der Fortbestand von INC. als 100 %-ige Niederlassung der Muttergesellschaft mit der gleichzeitigen Nichtigerklärung der Aktien und dem automatischen Recht auf Erhalt des Verschmelzungsentgelts von 6,10 US-\$ je Aktie im Jahr 2011 wirksam.

**167**

Die Verschmelzung ist am xx.xx.2011 als Ergebnis der Einreichung der Verschmelzungsurkunde ("Certificate of Merger") bei dem Secretary of State von Delaware in Kraft getreten.

**168**

Neben der Unterzeichnung des Verschmelzungsvertrages mussten verschiedene andere Ereignisse eintreten, die Zustimmung durch die Mehrheit der Aktionäre, wobei die Hauptaktionäre bereits 56,8 % ausmachten, sowie verschiedene Einreichungs- und Vorlagepflichten, zuletzt auch gegenüber dem Secretary of State, erfüllt werden.

**169**

Nach dem Verschmelzungsvertrag war es bis zur sog. "Effective Time" (Article 1 Section 1.03) möglich, dass die Verschmelzung nicht bzw. zu einem späteren Zeitpunkt stattfinden würde (vgl. hierzu Art. 1 Sec. 1.03 des Verschmelzungsvertrages: "[...] The Merger will become effective at such time as the Certificate of Merger has been duly filed with, and accepted by, the Secretary of State of the State of Delaware or at such later date or time as may be agreed by the Company and Parent [...]") sowie auf Article VII Section 7.01: "This agreement may be terminated at any time prior to the Effective Time (notwithstanding any approval of this Agreement by the stockholders of the Company) by mutual written consent of Parent and the Company. [...]"

Vgl. zur "Effective Time" der Verschmelzung am xx.xx.2011 die verschiedenen Berichte und Einreichungen auf der Seite der Börsenaufsichtsbehörde SEC, da infolge der Verschmelzung auch die Berichtspflicht der INC. als eigenständige Gesellschaft endete: "FORM S-8 POS" vom xx.xx.2011, (<https://www.sec.gov/>); "Certification and notice of termination of registration" vom xx.xx.2011, "Form 15" (<https://www.sec.gov/>) sowie den Antrag auf Rücknahme der Registrierung vom xx.xx.2011 ("Request for Withdrawal of Registration Statement on Form S-1"), "FORM RW" (<https://www.sec.gov/xx>).

**170**

Auch die weiteren eingereichten Berichte bei der SEC nehmen ausdrücklich auf den xx.xx.2011 als Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung Bezug.

**171**

Dass die letzte Vorlage der Aktienzertifikate durch den Steuerpflichtigen und infolgedessen die letzte Teilzahlung des Verschmelzungsentgelts erst im Jahr 2012 erfolgte, hat für die Realisierung des Veräußerungsgewinns und damit das Jahr, in dem die Besteuerung zu erfolgen hat, keine Bedeutung.

**172**

7. Der Veräußerungsgewinn ist zu Recht in Höhe von 2.488.120 € besteuert worden.

**173**

Der Höhe des Veräußerungsgewinns wurde durch die Betriebsprüfung korrekt ermittelt und ist zwischen den Beteiligten unstrittig.

**174**

Veräußerungsgewinn im Sinne des § 17 Abs. 1 EStG ist der Betrag, um den der Veräußerungspreis nach Abzug der Veräußerungskosten die Anschaffungskosten übersteigt (§ 17 Abs. 2 Satz 1 EStG in der im Streitjahr anwendbaren Fassung).

**175**

Das Verschmelzungsentgelt betrug umgerechnet in Euro insgesamt 5.707.840 € bei Anschaffungskosten - ermittelt durch die Betriebsnahe Veranlagung für 2008 - in Höhe von insgesamt 1.560.972 €. Der sich daraus ergebende Veräußerungsgewinn ist zu 60 % von 4.146.838 € zu versteuern (§ 3 Satz 1 Nr. 40 EStG), mithin mit einem Betrag von 2.488.120 €.

II.

**176**

Deutschland steht das ausschließliche Besteuerungsrecht für den Veräußerungsgewinn gem. Art. 13 Abs. 5 des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und zur Verhinderung der Steuerverkürzung auf dem Gebiet der

Steuern vom Einkommen und vom Vermögen und einiger anderer Steuern vom 04.06.2020 (DBA-USA 2008) zu.

#### **177**

Gem. Art. 13 Abs. 5 DBA-USA 2008 kann die Veräußerung des in den vorgenannten Absätzen des Art. 13 DBA-USA 2008 nicht genannten Vermögens nur im Vertragsstaat besteuert werden, in dem der Veräußerer ansässig ist.

#### **178**

Der Steuerpflichtige war aufgrund seines Wohnsitzes in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig gem. § 1 Abs. 1 Satz 1 EStG und damit ansässig im Vertragsstaat Deutschland gem. Art. 4 Abs. 1 DBA-USA 2008.

#### **179**

Die Veräußerung von Anteilen an Gesellschaften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. e DBA-USA 2008, dazu zählt die INC. als juristische Person, ist in den Absätzen 1 bis 4 von Art. 13 DBA-USA 2008 nicht genannt, so dass sich das Besteuerungsrecht nach Art. 13 Abs. 5 DBA-USA 2008 richtet. Die Gewinne aus der Veräußerung der im Privatvermögen gehaltenen Anteile an der INC. dürfen daher nur in Deutschland besteuert werden.

III.

#### **180**

Das Finanzamt war berechtigt, den Einkommensteuerbescheid 2011 mit Einspruchsentscheidung vom 06.11.2020 zu Lasten des Klägers als Rechtsnachfolger des Steuerpflichtigen zu ändern und die Einkommensteuer 2011 auf 1.327.997,00 € zu erhöhen, da es den nötigen Verböserungshinweis erteilt hatte.

#### **181**

Gem. § 367 Abs. 2 Satz 1 AO hat die Finanzbehörde, die über den Einspruch entscheidet, die Sache in vollem Umfang erneut zu prüfen. Der Verwaltungsakt kann auch zum Nachteil des Einspruchsführers geändert werden, wenn dieser auf die Möglichkeit einer verbösernden Entscheidung unter Angabe von Gründen hingewiesen und ihm Gelegenheit gegeben worden ist, sich hierzu zu äußern (§ 367 Abs. 2 Satz 2 AO).

#### **182**

Durch den Verböserungshinweis soll erreicht werden, dass der Steuerpflichtige einer verbösernden Entscheidung durch rechtzeitige Rücknahme seines Einspruchs zuvorkommen kann (BFH-Urteil vom 10.11.1989 VI R 124/88, BStBl II 1990, 414, Rn. 7). Eine explizite Belehrung auf diese Möglichkeit der Rücknahme ist dabei nicht erforderlich (Birkenfeld in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 261. Lieferung 02.2021, § 367 AO, Rn. 196).

#### **183**

Mit Schreiben vom 22.09.2020 hat der Beklagte einen Verböserungshinweis im Sinne von § 367 Abs. 2 Satz 2 AO vorgenommen.

#### **184**

Das Finanzamt hat den steuerlichen Vertreter des Klägers darauf hingewiesen, dass es beabsichtigt, den Veräußerungsgewinn um den Betrag von 444.616 € zu erhöhen. Durch die Bezugnahme auf die bereits erfolgte Ankündigung in der mündlichen Verhandlung vor dem Finanzgericht Nürnberg wegen Einkommensteuer 2012 am 16.09.2020 und die ergangene Einspruchsentscheidung zur Einkommensteuer 2012 machte das Finanzamt deutlich, dass der Veräußerungsgewinn um den Betrag erhöht wird, der bisher im Veranlagungsjahr 2012 erfasst war. In dieser Einspruchsentscheidung wurden dem Kläger auch nochmals die gesetzlichen Grundlagen und die rechtliche Auffassung des Beklagten zu den einzelnen Rechtsfragen bei der Anwendung des § 17 EStG auf den streitigen Sachverhalt dargestellt. Dem Kläger wurde im gleichen Schreiben Gelegenheit eingeräumt zur Stellungnahme zum Einspruch und zu den beabsichtigten Änderungen.

#### **185**

Das Gericht kann es aufgrund des vorliegenden korrekten Hinweises gem. § 367 Abs. 2 Satz 2 AO dahinstehen lassen, ob der Verböserungshinweis entbehrlich war, weil der Beklagte auch nach der

Rücknahme des Einspruchs berechtigt gewesen wäre, den Einkommensteuerbescheid 2011 gem. § 174 Abs. 4 AO zu ändern.

**186**

Der Kläger nahm den Einspruch nicht zurück, so dass es nicht zu einer Änderung des Einkommensteuerbescheides 2011 gem. § 174 Abs. 4 AO kam.

IV.

**187**

Die Revision ist zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung gem. § 115 Abs. 2 Nr. 2 FGO zuzulassen.

**188**

Das Finanzgericht Münster hat in seinen Urteilen vom 27.11.2013 (11 K 3468/11 E, EFG 2014, 341) und vom 06.12.2016 (7 K 3225/13 E, EFG 2017, 129) - in Abweichung vom vorliegenden Urteil - die "authorized shares" als maßgebliche Bezugsgröße bei Anwendung des § 17 EStG angesehen, wobei das Urteil aus dem Jahr 2016 ebenfalls zu einer US-Corporation, gegründet nach dem Recht des Staates Nevada, ergangen ist.

V.

**189**

Der Kläger hat die Kosten des Verfahrens zu tragen, da er in der Sache unterlegen ist.