

Ausgeschlossen und dennoch veräußert? - Die einkommensteuerlichen Folgen der "Steuerfalle Squeeze-out" bei Privatanlegern

Dr. Erich Waclawik, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof

I. Einleitung

Das am 1. Januar 2002 in Kraft getretene Gesetz zur Regelung von öffentlichen Angeboten zum Erwerb von Wertpapieren und von Unternehmensübernahmen hat nicht nur das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) geschaffen. Als weitere wesentliche Neuerung hat es in das dritte Buch des Aktiengesetzes (AktG) - Verbundene Unternehmen - einen neuen vierten Teil mit der Überschrift "Ausschluss von Minderheitsaktionären", die §§ 327a bis 327f, eingefügt. Für diesen Ausschluss hat sich die Bezeichnung "Squeeze-out" eingebürgert. Sinn der neuen Regelung ist es, einem Mehrheitsaktionär einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, dem bereits Aktien der Gesellschaft in Höhe von mindestens 95 % des Grundkapitals gehören, die Möglichkeit zu eröffnen, die noch nicht von ihm gehaltenen Aktien auch gegen den Willen des bzw. der Minderheitsaktionäre zu erwerben. Der Squeeze-out senkt die Rechtsformkosten der Aktiengesellschaft deutlich. Es kann daher nicht überraschen, dass von dieser Möglichkeit bereits bei einer nennenswerten Zahl von Aktiengesellschaften Gebrauch gemacht worden ist; der Trend wird sich voraussichtlich fortsetzen.

Häufig werden die im Wege des Squeeze-out ausgeschlossenen Minderheitsaktionäre Kleinanleger sein, die ihre Aktien im Privatvermögen halten (im Folgenden: Privatanleger). Haben die Privatanleger die Aktien binnen Jahresfrist vor dem Squeeze-out erworben, stellt sich die Frage, ob die Übertragung der Aktien auf den Haupt- und späteren Alleinaktionär ein privates Veräußerungsgeschäft im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG darstellt, sodass eventuelle Gewinne oder Verluste in ihr zu versteuerndes Einkommen einfließen. Dies gilt auch dann, wenn die Aktien des Privatanlegers Anteile an einer Kapitalgesellschaft im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG sind, da die Besteuerung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG Vorrang hat, § 23 Abs. 2 Satz 2 EStG. Hier lauere, so Pressestimmen, eine gefährliche Steuerfalle für Privatanleger. Vielen Anlegern sei das Problem nicht bewusst; gäben sie einen eventuellen Gewinn nicht in der Steuererklärung an, würden sie sogar ungewollt zu Steuerhinterziehern. Auf Verständnis bei der Finanzverwaltung für das Fehlen des Problembewusstseins zu hoffen, dürfte sich für betroffene Privatanleger nicht empfehlen:

In einem im Sommer 2002 bekannt gewordenen Entwurf eines Schreibens zur Auslegung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG vertritt das BMF die Auffassung, in den Fällen des Squeeze-out liege ein privates Veräußerungsgeschäft vor. Das BMF begründet seine Auffassung unter Hinweis auf ein Urteil des BFH damit, dass es für die Annahme eines privaten Veräußerungsgeschäftes ohne Bedeutung sei, ob die Veräußerung freiwillig oder unter wirtschaftlichem Zwang erfolge. Würden oder seien bei einer Gesellschaftsübernahme die verbliebenen Minderheitsgesellschafter rechtlich oder wirtschaftlich gezwungen, ihre Anteile an den Übernehmenden zu übertragen, liege gleichwohl eine Veräußerung der Anteile vor. Hätten die Minderheitsgesellschafter die Anteile innerhalb eines Jahres vor dem Übertragungsvorgang, bspw. der Annahme des Kaufangebotes, erworben, sei die Differenz zwischen der gewährten Gegenleistung und den Anschaffungskosten als privater Veräußerungsgewinn im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG steuerpflichtig. Nicht ausdrücklich erwähnt werden in dem Entwurf Aktienoptionsrechte und Wandelschuldverschreibungen. Sollte sich allerdings die Auffassung durchsetzen, dass diese Rechte bzw. Wertpapiere bei Durchführung eines Squeeze-out das Schicksal der Aktien teilen, kann für sie allerdings kaum etwas anderes gelten.

Die Überraschung über die Entdeckung dieser "Steuerfalle" mag allerdings nicht nur rechtsunkundige Privatanleger, sondern auch Personen erfassen, die dem Steuerrecht berufsmäßig näher stehen. Auf den ersten Blick jedenfalls ist die Auslegung der Finanzverwaltung nicht selbstverständlich: § 23 EStG ist amtlich überschrieben mit "Private Veräußerungsgeschäfte"; der einschlägige Tatbestand in Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 der Vorschrift spricht ferner von "Veräußerungsgeschäften bei anderen Wirtschaftsgütern, insbesondere bei Wertpapieren". Es ist jedenfalls sprachlich nicht sehr nahe liegend, dass im Fall des Squeeze-out sowohl ein (Rechts-)Geschäft als auch eine Veräußerung durch den Privatanleger vorliegen sollen. Auch das Rechtsgefühl empört sich nicht unbedingt bei der Auffassung, ein privates Veräußerungsgeschäft liege nicht vor, da der Privatanleger seinen Aktienbesitz unfreiwillig verloren habe. Dies erscheint Anlass genug, in diesem Beitrag die Anwendung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG auf durch einen Squeeze-out ausgeschlossene Privatanleger zu hinterfragen. Im Folgenden werden daher zunächst die aktien- bzw. sachenrechtlichen Folgen des Squeeze-out auf die Rechtsstellung der ausgeschlossenen Aktionäre dargestellt. Auf dieser Grundlage wird sodann untersucht, ob - insbesondere nach der Rechtsprechung des BFH - in den Fällen des Squeeze-out tatsächlich ein privates Veräußerungsgeschäft vorliegt bzw. vorliegen kann.

2. Die Folgen des Squeeze-out für die Rechtsstellung der ausgeschlossenen Aktionäre

Das Verfahren zur Durchführung des Squeeze-out wird durch das entsprechende Verlangen des Aktionärs der Aktiengesellschaft in Gang gesetzt, dem Aktien der Gesellschaft in Höhe von (mindestens) 95 % des Grundkapitals gehören. Dieser Aktionär wird vom Gesetz als Hauptaktionär bezeichnet, alle anderen Aktionäre als Minderheitsaktionäre, § 327a Abs. 1 Satz 1 AktG. Das Verlangen des Hauptaktionärs ist an die Gesellschaft gerichtet und hat den Antrag auf Abhaltung einer Hauptversammlung zum Gegenstand, welche die Übertragung der Aktien der Minderheitsaktionäre auf den Hauptaktionär gegen Gewährung einer angemessenen Barabfindung beschließen soll. Zuständig für die Entscheidung über den Squeeze-out ist also die Hauptversammlung; dort wird der rechtlich maßgebliche Wille gebildet. Der Wille ist als Beschluss der Hauptversammlung der Wille der Aktiengesellschaft selbst und nicht derjenige des Hauptaktionärs. Diese Grundentscheidung des Gesetzgebers über die Zuständigkeit ist nicht selbstverständlich, da das Ergebnis der Beschlussfassung angesichts der Mehrheitsverhältnisse im Aktionärskreis nicht zweifelhaft sein kann. Die Minderheitsaktionäre können selbstverständlich an dem Beschluss mitwirken und dabei für oder gegen ihn stimmen. Sie wirken allerdings dadurch nur an der Willensbildung der Aktiengesellschaft mit und geben keine - sich für oder gegen die Veräußerung ihrer Aktien aussprechende - Willenserklärung gegenüber dem Hauptaktionär ab. Die Hauptversammlung hat angesichts der gegebenen Mehrheitsverhältnisse die Funktion eines Akklamations-, nicht eines Entscheidungsgremiums und die Beschlussfassung über den Squeeze-out den rechtlichen Sinn, den Willen des Hauptaktionärs in eine Willensentscheidung der Gesellschaft zu überführen, die das weitere Verfahren legitimiert.

Rechtstechnisch denkbar wäre auch eine Lösung gewesen, den - in gesetzlich geregelter Weise gebildeten, überprüft und dokumentierten - Willen des Hauptaktionärs auch ohne die Beschlussfassung der Hauptversammlung als entscheidend anzusehen. Der Gesetzgeber hätte dem Hauptaktionär das Recht zu einer "Zwangsofferte" geben können, welche von den Minderheitsaktionären im Sinne eines Kontrahierungszwangs hätte angenommen werden müssen bzw. deren Annahmeerklärungen gesetzlich fingiert worden wären. Durch eine solche Squeeze-out-Lösung auf Aktionärsbene und das damit verbundene "Übergehen" der Hauptversammlung wäre allerdings die Möglichkeit entfallen, dort das Verlangen des Hauptaktionärs im Aktionärskreis den Minderheitsaktionären mündlich zu erläutern und zu diskutieren. Aber vor allem kann der Übertragungsbeschluss angefochten werden und wird somit einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich. Die Möglichkeit der Anfechtung ist jedoch im Vergleich mit den allgemeinen Vorschriften der §§ 243 ff. AktG eingeschränkt; für die Überprüfung der Barabfindung ist ein besonderes Verfahren vorgesehen, §§ 327f, 306 AktG.

Der Gesetzgeber hat wohl zum einen aus den genannten Gründen und zum anderen in Anlehnung an die insoweit gleich strukturierte Eingliederung durch Mehrheitsbeschluss nach den §§ 320 ff. AktG die Lösung der Beschlussfassung durch die Hauptversammlung bevorzugt. Es gibt damit bei dem Squeeze-out weder eine Vertragsofferte des Hauptaktionärs an die Minderheitsaktionäre, die auf den Kauf und die Übertragung ihrer Aktien gerichtet wäre noch - weder tatsächlich bzw. gesetzlich fingiert - eine hierzu korrespondierende Annahmeerklärung der Minderheitsaktionäre. Konsequenterweise spricht das AktG auch nicht von der "Veräußerung" der Aktien,

sondern - bereits in der Abschnittsüberschrift - von dem "Ausschluss" der Minderheitsaktionäre. Die den Minderheitsaktionären zu gewährende Gegenleistung nennt das Gesetz folgerichtig nicht "Kaufpreis" oder "Entgelt", sondern "Barabfindung".

Hat die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft den Übertragungsbeschluss gefasst, ist es die Aufgabe des Vorstandes, den Beschluss zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, § 327e Abs. 1 Satz 1 AktG. Die Eintragung ist, wie sich aus § 327e Abs. 3 Satz 1 AktG ergibt, kein reiner Formalakt, sondern konstitutive Voraussetzung für den Rechtsübergang. Ausdrücklich wird in der genannten Vorschrift bestimmt, dass (erst) mit der Eintragung des Übertragungsbeschlusses in das Handelsregister alle Aktien der Minderheitsaktionäre auf den Hauptaktionär übergehen. Sind über die Aktien der Minderheitsaktionäre Aktienurkunden ausgegeben, verbriefen sie ab der Eintragung des Übertragungsbeschlusses und bis zu ihrer Aushändigung an den Hauptaktionär nicht mehr die bisherigen Mitgliedschaftsrechte, sondern (lediglich) den Anspruch auf Barabfindung, § 327e Abs. 3 Satz 2 AktG. Auch hier zeigt sich die dem Squeeze-out zu Grunde liegende gesetzgeberische Konzeption, keine rechtsgeschäftliche Übertragung der Aktien vorzusehen, sondern den Übergang des in den Aktien verbrieften Mitgliedschaftsrechts als gesetzliche Folge an die Eintragung in das Handelsregister anzuknüpfen, also an die Amtshandlung einer staatlichen Einrichtung.

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass der Squeeze-out nach den §§ 327a ff. AktG nicht als (erzwungene) rechtsgeschäftliche Veräußerung der Aktien durch die Minderheitsaktionäre an den Hauptaktionär konzipiert ist, sondern als "Privatenteignung" mit staatlicher Unterstützung. Von einer "Enteignung" kann man deshalb sprechen, da die Übertragung der Aktien auf den Hauptaktionär nicht rechtsgeschäftlich erfolgt, also kein von den Minderheitsaktionären freiwillig bzw. zumindest (trotz Zwang) gewollt vorgenommene (Rechts-)Geschäft ist, sondern es sich um einen gesetzlich angeordneten Entzug ihrer Rechtsposition handelt. Das Attribut "Privat" verdient die Enteignung im Wege des Squeeze-out deshalb, weil es sich nicht - wie bei einer Enteignung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG - um einen Rechtsentzug durch die öffentliche Gewalt zur Verfolgung eines öffentlichen Zwecks handelt, sondern um eine Enteignung durch die Aktiengesellschaft selbst, also durch eine juristische Person des privaten Rechts. Die "staatliche Unterstützung" für die Privatenteignung liegt zum einen in der Bereitstellung des rechtlichen Rahmens für den Squeeze-out und zum anderen in der Durchführung der Handelsregistereintragung als dem konstitutiven Akt der Übertragung der Mitgliedschaftsrechte.

3. Der Squeeze-out als privates Veräußerungsgeschäft

3.1 Keine "Maßgeblichkeit" des Zivilrechts

Die Analyse der aktien- und sachenrechtlichen Wirkungen des Squeeze-out hat gezeigt, dass die Übertragung der Mitgliedschaftsrechte als Folge des Squeeze-out nicht auf rechtsgeschäftlichem Wege erfolgt. Im Sinne der zivilrechtlichen Terminologie liegt somit kein "Veräußerungsgeschäft" vor: Weder liegt der Übertragung ein (Rechts-)Geschäft zu Grunde, noch kann von einer Veräußerung gesprochen werden, da die Übertragung weder auf den Willen der Minderheitsaktionäre noch auf denjenigen des Hauptaktionärs zurückzuführen ist, sondern auf den Willen der Aktiengesellschaft und somit auf den Willen eines Dritten. Dieser Befund allein trägt jedoch nicht die Schlussfolgerung, es liege auch kein privates Veräußerungsgeschäft im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG vor. Es ist anerkannt und entspricht der ständigen Rechtsprechung des BFH, dass § 23 EStG bei dem Begriff des Veräußerungsgeschäftes nicht an die "enge" bürgerlich-rechtliche Terminologie angebunden ist. Auch wenn man dies für richtig hält, bleibt allerdings die Frage, wie weit man darüber hinaus gehen kann und ob die Übertragung der Mitgliedschaftsrechte in Folge eines Squeeze-out noch unter den Tatbestand des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG gefasst werden kann.

3.2 Das Urteil des BFH v. 7. Dezember 1976

Besondere Aufmerksamkeit verdient in diesem Zusammenhang das Urteil des BFH vom 7. Dezember 1976 (VIII R 134/71, BStBl. 1977 II S. 209), da sich das BMF in dem Entwurf seines Schreibens zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG auf diese Entscheidung beruft und in ihr die Verwaltungsauffassung bekräftigt sieht. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Ein Steuerpflichtiger, Inhaber zweier Grundstücke, veräußerte diese zur Vermeidung einer angedrohten, teilweisen Enteignung für den Straßenbau in vollem Umfang an die Gemeinde, in der die Grundstücke belegen waren. Als Gegenleistung erhielt der Steuerpflichtige, neben einer Zuzahlung, ein anderes Grundstück. Dieses veräußerte er wenige Monate später wieder mit erheblichem Gewinn. Streitig war, ob der Erwerb des Ersatzgrundstückes eine Anschaffung im Sinne des § 23 EStG darstellte und damit durch die Veräußerung des Grundstücks der Tatbestand des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG verwirklicht worden war. Das Finanzamt behandelte den gesamten Überschuss des Veräußerungserlöses über die Anschaffungs- und Werbungskosten als steuerpflichtigen Gewinn.

Der BFH entschied im Anschluss an das Finanzgericht, dass es sich bei der Veräußerung des Tauschgrundstücks nicht um ein - im damaligen Sprachgebrauch - Spekulationsgeschäft handele, soweit dieses Grundstück von dem Steuerpflichtigen als Gegenleistung für die von der Enteignung bedrohten Grundstücksteile erlangt worden sei. Insoweit sei der Grundstückstausch keine Anschaffung im Sinne des § 23 EStG gewesen. Folglich lag hinsichtlich dieses ideellen Grundstücksteils kein Verkauf innerhalb der damals geltenden Zweijahresfrist für Veräußerungsgeschäfte über Grundstücke vor. Nach der Fassung des Gesetzes komme es zwar, so der BFH, grundsätzlich nicht auf den Grund der Betätigung des Steuerpflichtigen an. Die Rechtsprechung habe das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen aber in denjenigen Fällen verneint, in denen die Veräußerung und die Anschaffung eines Ersatzgrundstücks das Bild einer Einheit im Wesen einer der freien Entscheidung des Steuerpflichtigen entzogenen Auswechslung von Wirtschaftsgütern ergeben habe. Derartige unter Zwang vorgenommene "Anschaffungen" und "Veräußerungen" reichten nicht aus, eine für die Verwirklichung eines Spekulationsgeschäftes zu fordernde wirtschaftliche Betätigung anzunehmen. Der Erwerb von Ersatzland im Zusammenhang mit der Veräußerung zur Abwendung einer Enteignung sei somit keine "Anschaffung" im Sinne von § 23 EStG.

Diese Rechtsgrundsätze waren im Urteilsfall allerdings nur insoweit einschlägig, als die Enteignung der beiden Grundstücke konkret gedroht hatte. Entscheide sich hingegen, so der BFH, ein Steuerpflichtiger zur Vermeidung von Wertverlusten oder sonstigen finanziellen Nachteilen dafür, ein Grundstück durch ein anderes zu ersetzen, obwohl feststehe, dass er in unmittelbarer Zukunft aus Rechtsgründen nicht zu einem derartigen Vorgehen gezwungen werden könne oder dass von einer derartigen Möglichkeit kein Gebrauch gemacht werden solle, führe das Tauschgeschäft zu einer Veräußerung und einer Anschaffung im Sinne von § 23 EStG. Dies gelte auch dann, wenn der Grundstückswechsel als einzig zweckmäßige, möglicherweise sogar wirtschaftlich gebotene Maßnahme erscheinen möge. Auch in einem solchen Fall beruhe die Veräußerung auf der freien Willensentscheidung des Steuerpflichtigen. Richtig sei zwar, dass die Rechtsprechung bei der Veräußerung von Wirtschaftsgütern des Betriebsvermögens zur Vermeidung einer Enteignung hinsichtlich der Vermeidung einer Veräußerungsgewinnbesteuerung tendenziell großzügiger sei. Im Rahmen des § 23 EStG sei jedoch deshalb die Anlegung eines strengeren Maßstabes geboten, weil - anders als bei der Übertragung stiller Reserven auf Ersatzwirtschaftsgüter im betrieblichen Bereich - die Möglichkeit endgültiger Besteuerungsverluste bestehe. Wirtschaftliche Gründe reichten nicht aus, um eine der freien Entschliessung des Steuerpflichtigen entzogene Auswechslung von Wirtschaftsgütern anzunehmen und von einer Besteuerung nach § 23 EStG abzusehen.

Der vorstehende Überblick über die Entscheidungsgründe zeigt, dass dieses Urteil die Auffassung des BMF nicht trägt. Im Gegenteil: Das zur Auslegung des § 23 EStG sehr instruktive Urteil zeigt die Gründe dafür auf, weshalb es verfehlt wäre, in den Fällen des Squeeze-out ein privates Veräußerungsgeschäft nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG anzunehmen. So weist der BFH zwar darauf hin, dass es nach dem Wortlaut des § 23 EStG nicht auf den Grund der Betätigung des Steuerpflichtigen ankommt. Dies ist auch der Grund, weshalb im Jahr 1999 die irreführende Gesetzesüberschrift "Spekulationsgeschäfte" durch die neue Überschrift "Private Veräußerungsgeschäfte" ersetzt wurde. Jedoch geht der BFH - wie oben aufgezeigt - an verschiedenen Stellen der Entscheidungsgründe als selbstverständlich davon aus, dass die Gewinnverwirklichung auf die wirtschaftliche Betätigung des Steuerpflichtigen zurückgeführt werden muss. Die Besteuerung des Veräußerungsgewinns aus dem Grundstücksverkauf wurde, soweit eine Anschaffung innerhalb der Zweijahresfrist vorlag, von dem BFH gerade deshalb für richtig gehalten, weil die Veräußerung auf der freien Willensentschliessung des Steuerpflichtigen beruhte.

Dass für den BFH die freie Willensentscheidung des Steuerpflichtigen das insoweit maßgebliche Kriterium für die Auslegung des § 23 EStG darstellt, zeigen im Übrigen die in den Entscheidungsgründen dargestellten Grundsätze über die (Nicht-)Anwendung des § 23 EStG. Nicht nur der Fall der Enteignung soll aus dem Anwendungsbereich des privaten Veräußerungsgeschäftes herausfallen, sondern auch derjenige des Grundstückstauschs oder vergleichbare Vorgänge, "in denen Veräußerung und Anschaffung eines Ersatzgrundstücks das Bild einer Einheit im Wesen einer der freien Entscheidung des Steuerpflichtigen entzogenen Auswechslung von Wirtschaftsgütern ergeben haben". Man kommt damit zu dem Ergebnis, dass der BFH in der hier referierten Entscheidung, auch wenn er sich grundsätzlich nicht an die "enge" bürgerlich-rechtliche Terminologie gebunden sieht, an dieser Stelle doch nicht die von dem bürgerlichen Recht vorgezeichneten Bahnen verlässt. Das Veräußerungsgeschäft im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 3 EStG ist nach dem Urteil ein Sonderfall des zivilrechtlichen Rechtsgeschäfts. In der klassischen Definition durch die Motive zum BGB ist dies eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist. Das Wesen des Rechtsgeschäfts, so die Motive, wird darin gefunden, dass sich ein auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichteter Wille betätigt und dass der Spruch der Rechtsordnung in Anerkennung dieses Willens die gewollte rechtliche Gestaltung in der Rechtswelt verwirklicht. Ersetzt man in diesem Satz das Wort "Rechtsgeschäft" durch das Wort "Veräußerungsgeschäft", fügt vor dem Wort "Wille" das Wort "freier" ein, und verlängert ihn um den Halbsatz "und die gesetzlichen Besteuerungsfolgen anknüpft", so wird aus dem Zitat aus den Motiven zum BGB die Quintessenz der Entscheidung des BFH.

3.3 Der Zweck der Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte mit Wertpapieren

Das im vorangegangenen Abschnitt dargestellte Urteil des BFH hat sich aus der Sicht des Entwurfs des BMF-Schreibens zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG als "Fehlzitat" erwiesen. Dies bedeutet aber nicht zwingend, dass der Squeeze-out bei Privatanlegern nicht doch zur Verwirklichung des Tatbestandes eines privaten Veräußerungsgeschäfts führen könnte. Denkbar wäre, dass es sich bei dem Urteil des BFH um eine Einzelfallentscheidung handelt, die weder auf der sonstigen Linie der finanzgerichtlichen Rechtsprechung liegt noch dem Sinn und Zweck des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG entspricht. Es lässt sich jedoch schnell feststellen, dass kein "Ausreißer" in diesem Sinne vorliegt, da der 8. Senat des BFH bereits einige Jahre zuvor wie im hier näher behandelten Urteil entschieden und in den Entscheidungsgründen teilweise wortgleich formuliert hatte (Urteil v. 16. Januar 1973, VIII R 96/70, BStBl. 1973 II, 445). Näher betrachtet werden soll jedoch die Begründung des Zwecks der Vorschrift in der finanzgerichtlichen Rechtsprechung, insbesondere in derjenigen des BFH.

3.3.1 Die Begründung des § 23 (Abs. 1 Satz 1 Nr. 2) EStG in der BFH-Judikatur und durch die Finanzverwaltung

Bei einer Durchsicht der BFH-Judikatur zu § 23 EStG stellt man fest, dass der Sinn und Zweck des § 23 EStG in der höchststrichterlichen Rechtsprechung geklärt ist. Mit nur geringen sprachlichen Variationen ist - in der Rechtsprechung verschiedener Senate - folgende Begründung gebräuchlich: Der Besteuerung des Spekulationsgeschäfts bzw. des privaten Veräußerungsgeschäfts liege der Gedanke zu Grunde, dass der Steuerpflichtige sich Werterhöhungen bzw. Wertminderungen von Wirtschaftsgütern innerhalb einer bestimmten, verhältnismäßig kurzen Frist wirtschaftlich zugeführt habe. Auch die instanzgerichtliche Rechtsprechung verwendet die Formulierung des BFH. Die Rechtfertigung der Vorschrift wird also nicht in einem subjektiven Moment spekulativer Absicht gesehen, sondern in dem objektiven Tatbestand eines innerhalb kurzer Frist erzielten wirtschaftlichen (Miss-)Erfolges, der die Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen für die Zwecke der Einkommensbesteuerung erhöht bzw. vermindert. Dieses Normverständnis erklärt, weshalb die finanzgerichtliche Rechtsprechung - in Abweichung vom Zivilrecht - den Tatbestand des Veräußerungsgeschäfts nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 3 EStG regelmäßig bereits mit dem Abschluss des Kauf- oder sonstigen obligatorischen Vertrages als verwirklicht ansieht, da die "objektive Zuführung" der Werterhöhung bzw. -minderung bereits mit diesem Zeitpunkt gesichert sei. In einer Entscheidung des BFH findet sich insoweit die für die hier behandelte Frage bemerkenswerte Begründung, die Regel finde ihre Rechtfertigung darin, dass nach Sinn und Zweck des § 23 EStG bereits "die Tätigkeit des Steuerpflichtigen, durch die er die für die Veräußerung maßgebenden Grundlagen setzt, entscheidend sein soll".

Hinsichtlich dieses Normverständnisses besteht auch keine ersichtliche Divergenz zwischen der Rechtsprechung und der Finanzverwaltung. Der Sache nach basieren die EStR bzw. EStH gleichfalls auf diesem Verständnis, da auch die Finanzverwaltung grundsätzlich auf das der Anschaffung bzw. der Veräußerung zu Grunde liegende obligatorische Geschäft abstellt. Auch die Fälle der Enteignung bzw. der Veräußerung bei unmittelbar drohender Enteignung werden von der Finanzverwaltung ebenso gelöst wie in der Rechtsprechung des BFH. Schließlich ist es auch der Standpunkt der Finanzverwaltung, dass der Erwerb kraft Gesetzes oder eines auf Grund gesetzlicher Vorschriften ergangenen Hoheitsaktes keine Anschaffung im Sinne des § 23 EStG ist. Für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Veräußerung" kann schwerlich etwas anderes gelten.

An diesem Normzweck hat die Verlängerung der Fristen der § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 EStG für Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte von zwei auf zehn Jahre und für andere Wirtschaftsgüter - insbesondere Wertpapiere - von sechs Monaten auf ein Jahr durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 nichts Grundsätzliches geändert. Zwar führt jede Verlängerung der "Spekulationsfristen" - zumal dann, wenn sie wie hier erheblich ist - zu einer Verwässerung des Gedankens der kurzfristigen Wertzuführung in das Vermögen des Steuerpflichtigen. Diese Begründung ist aber nach wie vor erforderlich, will man die Vorschrift nicht als reine Fiskalnorm begreifen, deren Sinn und Zweck sich in der Generierung weiteren Einkommensteuereinkommens erschöpft. Die Rechtfertigung erscheint auch deshalb unabdingbar, da § 23 EStG als Teil der sonstigen Einkünfte gemäß § 22 Nr. 2 EStG zu den Überschusseinkunftsarten des § 2 Abs. 2 Nr. 2 EStG gehört. Während bei den Gewinneinkunftsarten des § 2 Abs. 2 Nr. 1 EStG durch die dortige Einkunftsermittlung nach den §§ 4 ff. EStG grundsätzlich, also vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen, jede Vermögensmehrung bereits deshalb in die einkommensteuerliche Bemessungsgrundlage einbezogen wird, weil die Einkunftsquelle einer Gewinneinkunftsart zuzuordnen ist, bedarf es bei § 23 EStG einer sachlichen Rechtfertigung, aus welchem Grund hier einkommensteuerbare Einkünfte vorliegen sollen.

3.3.2 Folgerungen für den Squeeze-out

Auch bei der Frage, ob der Squeeze-out auf der Ebene des Privatanlegers zu einem privaten Veräußerungsgeschäft führen kann, ist der Normzweck des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG und seine Grenzen zu beachten. Der Squeeze-out ist zwar ein neues gesellschaftsrechtliches Institut; dies ist aber kein Grund, bei seiner einkommensteuerlichen Würdigung den Tatbestand des privaten Veräußerungsgeschäftes neu und eigenständig zu definieren. Hieraus ergibt sich Folgendes: Will die Finanzverwaltung bei der steuerlichen Behandlung von Privatanlegern, die durch einen Squeeze-out aus einer Aktiengesellschaft ausgeschlossen worden sind, ihre bisherige Linie zur Auslegung des Veräußerungstatbestands nicht verlassen und sich nicht in Widerspruch zur finanzgerichtlichen Rechtsprechung setzen, muss sie ihre in dem Entwurf des BMF-Schreibens zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG vertretene Auffassung aufgeben und das Vorliegen des Tatbestandes eines privaten Veräußerungsgeschäfts verneinen.

Die Verneinung der Steuerbarkeit des Squeeze-out bei dem Privatanleger ist jedoch kein bloßes Gebot der inneren Folgerichtigkeit des Standpunkts der Finanzverwaltung, sondern rechtlich geboten. Die bisherige Auffassung des BMF geht nämlich sowohl über den Wortlaut des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG als auch über den in der ständigen Rechtsprechung des BFH vertretenen Normzweck der Vorschrift hinaus. Die Annahme eines privaten Veräußerungsgeschäfts als Folge des Squeeze-out in den zeitlichen Grenzen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG ist nicht mehr tatbestandsmäßig und daher rechtswidrig. Der Verlust der Aktien ist weder ein auf den Willen und die Betätigung des Privatanlegers zurückzuführendes (Rechts-)Geschäft noch eine Veräußerung durch den Privatanleger, sondern der Entzug seiner Rechtsposition auf Grund der Entscheidung eines Dritten, nämlich der Aktiengesellschaft. Dass dieser Entzug nicht zu Gunsten der öffentlichen Hand erfolgt und damit keine Enteignung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG darstellt, spielt keine Rolle. Der Squeeze-out weist im Übrigen eine Sachnähe zur Eingliederung durch Mehrheitsbeschluss (§§ 320 ff. AktG), an die der Squeeze-out vom Gesetzgeber konzeptionell angelehnt wurde, und zur Kapitalherabsetzung (§§ 222 ff. AktG) auf, wo bisher - soweit ersichtlich - nicht vertreten wurde, dass steuerlich eine (teilweise) Veräußerung der Aktien im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG vorliege.

3.4 Rechtspolitische Überlegungen

Ist damit auf der Grundlage des § 23 EStG in seiner heutigen Fassung geklärt, dass der Squeeze-out kein privates Veräußerungsgeschäft des Privatanlegers ist, so drängt sich angesichts der durch das Gesetzgebungsverfahren zum StVergAbG neu aufgeworfenen Diskussion um die Konzeption des § 23 EStG die weitere Frage auf, ob nicht eine Gesetzesänderung - bspw. durch Einfügung eines neuen § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 EStG - eine empfehlenswerte Lösung zur einkommensteuerlichen Erfassung von squeeze-out-bedingten Gewinnen wäre. Der Gedanke liegt nicht zuletzt deshalb nahe, da § 23 EStG in seiner heutigen Fassung über die "klassischen" Veräußerungstatbestände der § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 3 EStG hinaus ohnehin schon in Gestalt der in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG beschriebenen Termingeschäfte und der Veräußerungsfiktionen in § 23 Abs. 1 Sätze 3 und 4 EStG Erweiterungen enthält, die Vorgänge als private Veräußerungsgeschäfte besteuern, die keine Veräußerungen eines steuerverhafteten Wirtschaftsgutes sind. Eine passende Formulierung für eine neue Nr. 5 wäre unschwer zu finden.

Ein solcher neuer Tatbestand wäre jedoch keine Abrundung des § 23 EStG, sondern vielmehr ein Fremdkörper. Auch den erwähnten Ergänzungstatbeständen ist gemeinsam, dass sie an eine wirtschaftliche Betätigung des Steuerpflichtigen anknüpfen, durch die dieser binnen einer bestimmten Frist Wertsteigerungen (oder Wertminderungen) von Wirtschaftsgütern vereinnahmt bzw. einen Wertzuwachs durch Termingeschäfte erzielt, die solche Vorgänge simulieren. Alle diese Ergänzungstatbestände bleiben damit im Rahmen des dargestellten Zwecks des § 23 EStG. Bei einem weiteren Ergänzungstatbestand für den Fall des Squeeze-out wäre dies nicht der Fall. Insoweit macht es auch keinen Unterschied, ob der Tatbestand des privaten Veräußerungsgeschäfts im Falle des Squeeze-out durch "extensive Auslegung" des Veräußerungsbegriffs in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG gewonnen oder ob der Squeeze-out als neuer Tatbestand ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen wird.

Der heutige Zweck des § 23 EStG hat freilich keinen Verfassungsrang. Dem Gesetzgeber ist es daher auf Grund der ihm obliegenden Gestaltungsfreiheit grundsätzlich unbenommen, durch eine entsprechende Gesetzesänderung auch den Squeeze-out des Privatanlegers (binnen Jahresfrist) nach Anschaffung der Aktien als privates Veräußerungsgeschäft zu definieren. Dies würde allerdings notwendig mit einer Normzweckänderung einhergehen. Das private Veräußerungsgeschäft nach § 23 EStG könnte nicht mehr wie bisher definiert werden; hinreichend wäre de lege ferenda für den Tatbestand des privaten Veräußerungsgeschäfts vielmehr eine objektive Wertzuführung bzw. ein -abfluss binnen bestimmter Frist beim Privatanleger, unabhängig von einer darauf gerichteten Betätigung des Steuerpflichtigen. Die Einkommensteuer würde damit, jedenfalls insoweit, zu einer "Wertzuwachssteuer". Nach dem RegE-StVergAbG und der dort vorgesehenen Streichung der Jahresfrist in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG hat es den Anschein, dass die Rechtsentwicklung ohnehin in diese Richtung geht.

Damit würde von dem Gesetzgeber in zweierlei Hinsicht schwankender Boden betreten: Zum einen würde sich die Frage stellen, ob es noch mit dem Charakter des § 23 EStG als Teil der Überschusseinkunftsart "Sonstige Einkünfte" (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 EStG) vereinbar wäre, im Privatvermögen objektiv eintretende Wertzuführungen bzw. -abflüsse der Besteuerung zu unterwerfen. Nach der hier vertretenen Auffassung wäre dies allenfalls dann möglich, wenn die privaten Veräußerungsgeschäfte de lege ferenda den Gewinneinkunftsarten des § 2 Abs. 2 Nr. 1 EStG zugeordnet würden. Damit wären die im Privatvermögen gehaltenen mit den im Betriebsvermögen gehaltenen Aktien gleichgestellt, da bei einer Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 1 EStG oder § 5 EStG der Zuzug der Aktien im Wege des Squeeze-out gegen eine die Anschaffungskosten übersteigende Barabfindung den Gewinn und damit die steuerbaren Einkünfte erhöhen würde, § 2 Abs. 2 Nr. 1 EStG. Der Gesetzgeber würde sich allerdings fragen müssen, ob der mit einem solchen Systemwechsel verbundene Aufwand, sowohl bei den Steuerpflichtigen als auch bei der Finanzverwaltung, durch die Einbeziehung des Squeeze-out beim Privatanleger in die Sphäre der Einkommensteuer aufgewogen würden. Zweifel erscheinen jedenfalls angebracht.

So lange der Gesetzgeber den Schritt des Wechsels der Einkunftsart nicht unternehmen möchte, stellt sich die weitere Frage, ob und ggf. inwieweit es dem Verfassungsrecht entspricht, dass bei einer (Privat-)Person Besteuerungsfolgen ausgelöst werden, deren Ursache in dem Willen und in der Betätigung einer anderen Person liegt. Eine solche Konstellation ist bei dem Squeeze-out des Privatanlegers gerade gegeben, da es nach der Auffassung der Finanzverwaltung unschädlich ist, dass nicht der Minderheitsaktionär, sondern die Aktiengesellschaft den Rechtsübergang herbeiführt. Die in diesem Beitrag behandelte Frage ist somit kein isoliertes Problem. Sie hat vielmehr eine über die konkrete Fragestellung hinausreichende rechtsdogmatische und rechtspolitische Dimension: Es geht um die Zulässigkeit und die Grenzen der Besteuerung aus Drittverhalten. Was die rechtsdogmatische Dimension anbelangt, so ist dieses Gebiet und seine verfassungsrechtlichen Grenzen noch wenig erforscht und gerade deshalb ein Minenfeld für den Gesetzgeber. Als gesichert wird man nur ansehen können, dass Personensteuern - also namentlich auch die Einkommensteuer - grundsätzlich an das Verhalten des Steuerpflichtigen anknüpfen und Zurechnungen nur stattfinden können, wenn der Steuerpflichtige die Leistungsbeziehung "in der Hand hat". Gerade dies ist hier nicht der Fall. Eine Gesetzesänderung mit dem Ziel, den Squeeze-out bei dem Privatanleger als privates Veräußerungsgeschäft zu definieren, wäre daher zumindest ein verfassungsrechtliches Wagnis.

Aus rechtspolitischer Sicht spricht schließlich maßgeblich gegen einen solchen legislatorischen Schritt, dass die Besteuerung eines Gewinns als Folge des Squeeze-out von vielen betroffenen Steuerpflichtigen als willkürlich empfunden werden dürfte, da der besteuerte Tatbestand nicht von ihnen selbst verwirklicht wurde. Allenfalls bei denjenigen Privatanlegern, die bewusst in Erwartung eines kommenden Squeeze-out Aktien der betreffenden Aktiengesellschaft erworben haben und deren Spekulation (binnen Jahresfrist) aufgeht, mag der Gesetzgeber auf Verständnis hoffen. Bei denjenigen Privatanlegern, die unerwartet aus "ihrer" Aktiengesellschaft ausgeschlossen werden, wird hingegen neben den Verdruss über die unfreiwillige Beendigung ihres wirtschaftlichen Engagements noch der Missmut darüber treten, einen Gewinn mit dem Staat teilen zu müssen, der möglicherweise noch höher hätte ausfallen können und dessen Besteuerung bei planmäßiger Entwicklung (und vorbehaltlich der Änderung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG durch das StVergAbG) durch das Verstreichenlassen der Jahresfrist hätte vermieden werden können.

4. Zusammenfassung

Der Ausschluss von Minderheitsaktionären nach den §§ 327a ff. AktG aus einer Aktiengesellschaft, die ihre Aktien im Privatvermögen halten, ist nach dem geltenden Recht auch innerhalb der Jahresfrist seit ihrer Anschaffung kein privates Veräußerungsgeschäft. Eine "Steuerfalle" für den Privatanleger besteht danach hier - jedenfalls materiellrechtlich - nicht. Da aber nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Finanzverwaltung an der in dem Entwurf ihres Schreibens angedeuteten gegenteiligen Auffassung auch in dem endgültigen Erlass festhält, sollten betroffene Steuerpflichtige in ihren Einkommensteuererklärungen (ab dem Jahr 2002) eventuelle Squeeze-out-Gewinne, die innerhalb der Jahresfrist seit der Anschaffung der Aktien angefallen sind, zur Vermeidung steuerstrafrechtlicher Risiken offenlegen. Geht das Finanzamt von dem Vorliegen eines privaten Veräußerungsgeschäfts aus, sollte der Einkommensteuerbescheid aber mit dem Einspruch und notfalls mit der Klage angefochten werden. Nach geltender Gesetzeslage und dem Stand der finanzgerichtlichen Rechtsprechung sind die Erfolgsaussichten des Rechtswegs als gut zu beurteilen. Die Streichung der Jahresfrist in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG durch das StVergAbG würde an dieser Beurteilung nichts ändern.

Die Tatsache, dass Gewinne als Folge eines Squeeze-out einkommensteuerlich unbeachtlich sind, hat naturgemäß sowohl für den Fiskus als auch für den Steuerpflichtigen die Kehrseite, dass dies entsprechend auch für Squeeze-out-Verluste gilt. Angesichts der eher mäßigen Börsenkonjunktur der vergangenen beiden Jahre mag der Squeeze-out für nicht wenige Privatanleger wirtschaftlich mit einem Verlust enden. Anlegern, bei denen die Jahresfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG noch nicht abgelaufen ist, ist aus steuerlicher Sicht zu raten, den Squeeze-out nicht abzuwarten, sondern ihre Aktien selbst über die Börse zu veräußern oder ein eventuelles Erwerbsangebot des Hauptaktionärs anzunehmen. Kommt es zu der Streichung der Jahresfrist durch das StVergAbG, gilt diese Empfehlung unabhängig von dem Zeitpunkt der Anschaffung der Aktien. Diese Entscheidung mag auch wirtschaftlich sinnvoll sein, da die im Rahmen des Squeeze-out gewährte Barabfindung wohl häufig nicht attraktiver ist als der aktuelle Börsenkurs. Mit der

(Selbst-)Veräußerung wird der Veräußerungsverlust zwar realisiert, immerhin aber gewährleistet, dass der Verlust in den Grenzen des § 23 Abs. 3 EStG einkommensteuerlich berücksichtigt werden kann.

Soweit der Privatanleger Aktien vor dem Hintergrund eines sich abzeichnenden Squeeze-out binnen der Jahresfrist seit ihrer Anschaffung mit Gewinn veräußert bzw. veräußert hat, dürfte der Tatbestand eines privaten Veräußerungsgeschäfts nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG gleichfalls - jedenfalls im Regelfall - verwirklicht sein. Das private Veräußerungsgeschäft lässt sich hier nicht mit dem Hinweis darauf verneinen, dass der Privatanleger seine Aktien ungewollt abgeben musste. Es kann nur die Frage sein, ob die Rechtsprechung hier wie in den Fällen der unmittelbar drohenden Grundstücksenteignung entscheiden und ein Veräußerungsgeschäft ablehnen würde. Sind die Aktien börsennotiert, wird man eine vergleichbare Zwangslage jedoch ablehnen müssen, da der Privatanleger die Aktien prinzipiell jederzeit veräußern kann. Er hat damit die Wahl: Steuerpflichtige "Vorabveräußerung" unter Ausnutzung etwaiger Kursspitzen vor dem Squeeze-out oder steuerfreie, ggf. aber geringere Barabfindung als Folge des Squeeze-out.

Anders werden die Verhältnisse allerdings regelmäßig dann liegen, wenn eine Aktiengesellschaft mit einem Hauptaktionär im Sinne des § 327a Abs. 1 Satz 1 AktG, deren Aktien nicht börsennotiert sind, den Squeeze-out beabsichtigt bzw. betreibt. Hier kann im Vorfeld eines Übertragungsbeschlusses in gleicher Weise wie in den Fällen der Grundstücksenteignung für den Minderheitsaktionär eine ausweglose Lage entstehen, da der Hauptaktionär das Squeeze-out-Verfahren auch gegen seinen Willen durchsetzen kann. Veräußert der Minderheitsaktionär in solchen Fällen seine Aktien zur Abwendung des Squeeze-out an den Mehrheitsaktionär, so wäre es regelmäßig ungerechtfertigt, ein privates Veräußerungsgeschäft im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG anzunehmen. Ausnahmen sind allerdings denkbar: Waren nicht nur der Hauptaktionär, sondern auch einer oder mehrere andere (Minderheits-)Aktionäre an den Aktien interessiert, konnte der Aktionär an den Meistbietenden verkaufen. Die Annahme eines privaten Veräußerungsgeschäftes scheitert dann nicht an dem Vorliegen einer enteignungsgleichen Zwangslage. Solche Fälle werden beim Squeeze-out nicht börsennotierter Aktiengesellschaften aber die Ausnahme sein.

Die Tatsache, dass für das geltende Einkommensteuerrecht Gewinne und Verluste von Privatanlegern als Folge des Squeeze-out unbeachtlich sind, stellt keine Lücke im System des § 23 EStG dar, sondern ist folgerichtig, da der Gewinn bzw. Verlust nicht auf den Willen und die (wirtschaftliche) Betätigung des Steuerpflichtigen zurückzuführen ist und sich seine Einbeziehung somit nicht in die vorhandene Struktur der Veräußerungsgewinnbesteuerung einfügen würde. Aus diesem Grund kann dem Gesetzgeber auch nicht empfohlen werden, den § 23 EStG mit dem Ziel zu ändern, den Squeeze-out bei dem Privatanleger der Einkommensteuer zu unterwerfen. Eine solche Gesetzesänderung wäre nicht nur rechtspolitisch fragwürdig, sondern auch verfassungsrechtlich bedenklich, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Besteuerung in Folge eines Drittverhaltens.