

AN: Mandanten

VON: P+P Pöllath + Partners

DATUM: 3. September 2010

ZU: **Steuerfreie Veräußerungen**

**Absenkung der Beteiligungs-
grenze von 25% auf 10% teil-
weise verfassungswidrig**

**Relevanz für zurückliegende
und bevorstehende Anteilsver-
äußerungen**

TO: Clients

FROM: P+P Pöllath + Partners

DATE: 3 September 2010

RE: **Tax-exempt capital gains**

**Lowering the participation limit
from 25% to 10% is partially
unconstitutional**

**Implications for past and future
share disposals**

Die Absenkung der Schwelle von 25% auf unter 10% für steuerfreie Veräußerungen von Beteiligungen im Privatvermögen war teilweise verfassungswidrig.

Wertzuwächse, die bis zum 31.03.1999 entstanden sind und die damals hätten steuerfrei realisiert werden können, bleiben auch danach steuerfrei.

► Wertzuwächse bis zum 31.03.1999 sollten umgehend dokumentiert werden (Beweissicherung).

1. Absenkung von 25% auf 10%

Das Bundesverfassungsgericht¹ hat entschieden, dass die Absenkung der Beteiligungsquote, ab der eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft nicht mehr steuerfrei verkauft werden kann (sog. Wesentlichkeitsgrenze, § 17 EStG), von über 25% auf 10% teilweise verfassungswidrig ist. Die Absen-

Lowering the participation threshold from 25% to less than 10% for tax-free disposals of privately held shares was partially unconstitutional.

Increases in value developed by 31.03.1999 which could have been realized tax-free at that point of time remain tax-exempt thereafter.

► Increases in value developed up until 31.03.1999 should be documented immediately (preservation of evidence).

1. Reduction from 25% to 10%

The Federal Constitutional Court¹ ruled that lowering the maximum investment quota in which a corporation shareholding may not be disposed of tax-free (the so-called materiality limit, § 17 ITA) from over 25% to 10% is partially unconstitutional. The reduction was implemented during Finance Minister Oskar La-

¹ Beschluss vom 07.07.2010, Aktenzeichen 2 BvR 748/05, 753/05, 1738/05, abrufbar unter www.bverfg.de/entscheidungen

¹ Decision on 07.07.2010, File Number 2 BvR 748/05, 753/05, 1738/05, available at www.bverfg.de/entscheidungen

kung erfolgte unter Finanzminister Oskar Lafontaine durch ein Gesetz, dass erst am 31.03.1999 in Kraft getreten ist, aber bereits mit Wirkung ab dem 01.01.1999 galt. **Wertzuwächse**, die bis zum **31.03.1999** entstanden sind und bis dahin hätten steuerfrei realisiert werden können, dürfen nach dem Bundesverfassungsgericht nicht steuerlich „**verhaftet**“ werden. Auf den Zeitpunkt der Veräußerung kommt es nicht entscheidend an.

Im Einzelnen:

- Wurden in der Zeit vom 01.01.1999 bis zum 31.03.1999 Beteiligungen bis zu 25% veräußert und waren sie länger als sechs Monate gehalten worden (Ablauf der Spekulationsfrist, § 23 EStG a.F.), so ist die Veräußerung – entgegen dem Gesetz – steuerfrei.
- Wurden Beteiligungen bis zu 25% nach dem 31.03.1999 veräußert und wurden sie vor dem 01.10.1998 angeschafft, so ist der **Wertzuwachs** der Beteiligungen von der Anschaffung **bis zum 31.03.1999 steuerfrei** zu stellen; das gilt auch bei künftigen Veräußerungen. Ein Wertzuwachs nach dem 31.03.1999 darf besteuert werden.
- Beachte: Wenn im Zeitpunkt der Veräußerung eine Beteiligung bis zu 25% vorliegt, aber innerhalb der letzten 5 Jahre vor der Veräußerung die Quote (auch mittelbar) über 25% betrug, gilt das als schädliche Beteiligung. Beteiligungen im Betriebsvermögen und einbringungsgeborene Anteile bleiben unabhängig von dem Beschluss immer steuerpflichtig.

fontaine's term of office through a law that went into effect on 31.03.1999, which however began applying as of 01.01.1999. **Increases in value** developed up until **31.03.1999** and tax-exempt up until then, may not be **taxed** according to the Federal Constitutional Court. The date of the share disposal is not the deciding factor.

In Particular:

- Shareholdings up to 25% which were disposed of between 01.01.1999 and 31.03.1999 and held longer than six months (expiry of the speculation period, § 23 ITA as amended afterwards) are – despite the law - tax-exempt.
- If Shareholdings up to 25% were disposed of after 31.03.1999 and purchased before 01.10.1998, then all **increases in value** by these shares developed from the date of purchase up until **31.03.1999** are **tax-exempt**, this also applies for future disposals. Any increase in value accrued after 31.03.1999 is taxable.
- Note: Even if a shareholding quota is not above 25% at the time of its disposal, it is still harmful if the shareholding quota (also indirect) was above 25% within the last 5 years before the disposal. Shareholdings in business assets and shares received for tax neutral contributions remain unaffected by the decision and are always taxable.

Der Beschluss lässt naturgemäß viele **Fragen offen**:

- Wer trägt die Beweislast für den Wertzuwachs bis zum 31.03.1999? Wie ist der Wert nachzuweisen?
- Wie ist zu verfahren, wenn der Wert nach dem 31.03.1999 gestiegen, später aber wieder gesunken ist? Ist der Wertverlust auf den steuerpflichtigen Teil, den steuerfreien Teil oder auf beide Teile anteilig zu allokatieren?

Beispiel: Anschaffungskosten der Beteiligung 100, Wert am 31.03.1999: 150, Wert am 31.12.2000: 250, Verkauf am 31.12.2001 zu 180. Steuerpflichtiger Gewinn: 30, 53 oder 80?

Maßnahmen in einschlägigen Fällen:

- **Beweissicherung** über den **Wert** der Beteiligung **zum 31.03.1999** (Gutachten, Vergleichstransaktionen, Bilanzen (Aufbewahrungsfristen laufen ab!), Branchenkenzzahlen), auch, wenn ein Verkauf derzeit noch nicht geplant ist. Die Feststellung des steuerfreien Wertzuwachses wird voraussichtlich das große praktische Problem der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung werden.
- Beweissicherung über Wertentwicklung nach dem 31.03.1999.
- **Steuerbescheide offen** halten, ggf. Einspruchsverfahren.

The decision naturally leaves many **questions open**:

- Who bears the burden of proof for the increase in value developed up until 31.03.1999? How should the value be verified?
- How should one proceed, if the value rose after 31.03.1999 but then fell later on? Should the loss in value be allocated to the taxable part, the tax-exempt part or to both parts proportionately?

Example: Purchase price of shareholding 100, value on 31.03.1999: 150, value on 31.12.2000: 250, disposal on 31.12.2001 at 180. Taxable profit: 30, 53 or 80?

Measures in recent cases:

- **Preservation of evidence** regarding the **value** of the shareholding **on 31.03.1999** (expert opinions, comparable transactions, balance statements (retention periods expire!), peer group figures), even if a disposal is not currently being planned. The assessment of the tax-exempt increase in value will most probably become the big practical problem resulting from the Federal Constitutional Court's decision.
- Preservation of evidence regarding performance after 31.03.1999.
- **Tax assessments should be kept open**, if necessary appeal.

- Soweit Bescheide schon bestandskräftig sind (kein Vorbehalt der Nachprüfung, Einspruchs-/Klagefrist abgelaufen), wird die Steuer nicht mehr erstattet.² Es liegt nur ein Vollstreckungshindernis vor (§ 251 Abs. 2 Satz 1 AO i.V. mit § 79 Abs. 2 BVerfGG). Die Steuer darf insoweit möglicherweise nicht mehr vollstreckt werden. Eine Verrechnung mit anderen Steuern ist ebenfalls unzulässig. → Mit **Zahlung** sollte **gewartet werden**, bis die Rechtslage geklärt ist!
- Tax assessments which are final (no longer subject to review (*Vorbehalt der Nachprüfung*) or the period for appeal / deadline for legal action has expired) will not be refunded.² Nevertheless, enforcement is not allowed (§ 251 par. 2, clause 1 Tax Code in conj. with § 79 par. 2 Act on Federal Constitutional Court (*BVerfGG*)). In this respect the tax may no longer be enforceable. An offsetting with other taxes is also inadmissible. → **Payment** should be **postponed** until the legal situation is sorted out!

2. Absenkung 10% auf 1%

Mit der Einführung des sog. Halbeinkünfteverfahrens (Gesetzesverkündung 26.10.2000) wurde die Schwelle für steuerfreie Verkäufe ab dem 01.01.2002 von unter 10% auf Beteiligungen unter 1% abgesenkt (bei Gesellschaften mit abweichenden Wirtschaftsjahren und ausländischen Gesellschaften ergaben sich andere Daten). Damit wurden Wertzuwächse steuerpflichtig, die jedenfalls am 31.12.2001 noch steuerfrei waren. Das Bundesverfassungsgericht hat sich hierzu nicht geäußert, die **Rechtslage** ist also derzeit **offen**. Unseres Erachtens müssten die materiellen Entscheidungsgründe grundsätzlich auch für diesen Fall Anwendung finden, d.h.:

2. Reduction from 10% to 1%

With the introduction of the so-called half-income system (legal pronouncement on 26.10.2000), the shareholder quota threshold for tax-exempt gains was lowered as of 01.01.2002 from less than 10% to less than 1% (for corporations with varying fiscal years and for foreign corporations different dates may apply). In so doing, gains became taxable that were still tax-exempt on 31.12.2001. The Federal Constitutional Court has made no reference to this matter; the **legal position** is therefore still **open**. In our opinion, the material grounds of the decision should in principle also apply to this case. This means:

² Ob Finanzverwaltung oder Gesetzgeber „im Gnadenwege“ auch bestandskräftig festgesetzte und bezahlte Steuern erstatten, bleibt abzuwarten, damit sollte derzeit nicht gerechnet werden. Einen Vorläufigkeitsvermerk gab es wegen dieser Verfahren nicht.

² Whether or not the financial administration or legislation will refund legally binding tax assessments “in an act of mercy” remains to be seen, however one should not count on it. A preliminary note on the tax assessments due to this question did not exist.

- Beteiligungen von unter 10%, die bereits seit dem 25.10.1999 gehalten wurden, müssten auch nach dem 31.12.2001 steuerfrei veräußert werden können, soweit der Wertzuwachs bis zum 31.12.2001 bereits eingetreten war.
- Möglicherweise gilt das auch für Beteiligungen unter 10%, die zwischen dem 26.10.1999 und dem 31.12.2000 angeschafft worden sind, dass lässt sich derzeit nicht sagen.
- Eventuell bleibt auch nur ein Wertzuwachs bis zum 26.10.2000 steuerfrei, da bei einem Wertzuwachs danach bereits feststand, dass er steuerverstrickt werden würde.
- Das oben Gesagte über Beweislast, 5-Jahres-Frist und Privatvermögen gilt entsprechend.
- Shareholdings of less than 10% held since 25.10.1999 would also be able to be disposed of after 31.12.2001 completely tax-free, as long as the increase in value has developed before 31.12.2001.
- This may also apply to shareholdings of less than 10% which were purchased between 26.10.1999 and 31.12.2000. At this point in time, it is impossible to know.
- Possibly only increases in value developed up until 26.10.2000 may be tax-free, since it was already clear that increases in value developed thereafter would be taxable.
- The above mentioned to the burden of proof, the 5-year time limit and private assets applies as well.

Maßnahmen

- Vorsichtshalber sollten bei Beteiligungen von unter 10%, die bis zum 31.12.2000 angeschafft wurden, die Wertverhältnisse zum 26.10.2000, 31.12.2000 und zum 31.12.2001 dokumentiert werden.
- Bescheide, die Veräußerungen entsprechender Beteiligungen betreffen, sollten offengehalten werden. Soweit sie bereits bestandskräftig, aber noch nicht bezahlt sind, sollte zumindest ein Vollstreckungshindernis bestehen.

Measures

- As a precautionary measure, the value on shareholdings of less than 10% purchased until 31.12.2000 should be documented as of 26.10.2000, 31.12.2000 and 31.12.2001.
- Tax assessments relating to such shareholding disposals should be kept open. If such assessments are already final yet but still unpaid, they should not be enforceable any more.

3. Abschaffung der 1%-Grenze

Mit Wirkung ab dem 01.01.2009 wurde auch die 1%-Grenze abgeschafft. Hier ergeben sich aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts **keine Folgen**, da die Änderung nur für Anteile gilt, die ab dem 01.01.2009 angeschafft wurden.

4. Beteiligungen beschränkt Steuerpflichtiger

Ausländer (beschränkt Steuerpflichtige) sind mit Beteiligungen an deutschen Gesellschaften in Deutschland nur steuerpflichtig, wenn die Beteiligungen die oben genannten Schwellenwerte überschreiten (§ 49 Abs. 1 EStG). Es müsste daher unseres Erachtens entsprechend gelten, dass bereits steuerfrei erzielte **Wertzuwächse steuerfrei** zu bleiben haben (ein zusätzlicher Schutz durch Doppelbesteuerungsabkommen bleibt natürlich unberührt).

3. Abolishment of the 1%-Limit

With effect from 01.01.2009, the 1%-limit was abolished. The Federal Constitutional Court's decision has **no consequences** since the amendment only applies to shares purchased on 01.01.2009 and afterwards.

4. Shareholdings of non-resident taxpayers

Foreigners (non-resident taxpayers in Germany) are only liable for taxes on shareholdings in German corporations if the shareholdings exceed the above mentioned thresholds (§ 49 par. 1 ITA). In our opinion it should correspondingly apply that tax-free developed **increases in value remain tax-free** (additional protection via double tax treaty naturally remains unaffected).

P+P Pöllath + Partners

Alexander Pupeter
+49 (89) 24240-491
Alexander.Pupeter@pplaw.com

Dr. Barbara Koch-Schulte
+49 (89) 24240-372
Barbara.Koch-Schulte@pplaw.com