
Datum: 12.04.2019
Gericht: Finanzgericht Münster
Spruchkörper: 13. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 K 1482/16 K,G
ECLI: ECLI:DE:FGMS:2019:0412.13K1482.16K.G.00

Sachgebiet: Finanz- und Abgaberecht

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.
Die Kosten des Verfahrens trägt die Klägerin.
Die Revision wird zugelassen.

- Tatbestand: 1
- Die Beteiligten streiten über die Steuerbarkeit eines Veräußerungsgewinns im Streitjahr 2007. 2
- Die Klägerin ist eine mit Vertrag vom 19.6.1984 gegründete und im Handelsregister des Amtsgerichts C unter HRB 1111 eingetragene GmbH, deren alleiniger Gesellschafter Herr D ist. Unternehmensgegenstand ist die Beratung bei Erwerb, Verwaltung, Halten und Verkauf von Beteiligungen an anderen Unternehmen jeglicher Rechtsform und jeglichen Gesellschaftszwecks sowie die Übernahme von Marketing- und Vertriebsaktivitäten für Dritte. Geschäftsführer war im Streitjahr Herr E. Dieser hatte bereits mit notarieller Erklärung vom 16.3.2000 (UR-Nr. .../2000 des Notars F in G) Herrn D eine Generalvollmacht für die Klägerin erteilt. 3
- Die Klägerin war zum einen direkt und zum anderen durch einen Unter-Unter-Beteiligungsvertrag an der HH GmbH mit Sitz in I im Landkreis J (im Folgenden: „H GmbH“) beteiligt. Deren Stammkapital i.H.v. 50.000 € hielten im Jahr 2005 zu 94 % die KK GmbH, eingetragen im Handelsregister des AG C unter HRB 2222 (im Folgenden: „K GmbH“), und zu 6 % die Klägerin. Die K GmbH hatte ihren Anteil durch notariellen Vertrag vom 29.9.2005 (UR-Nr. .../2005 des Notars L) erworben, die Klägerin durch notariellen Vertrag vom 22.12.2005. 4

Mit Unterbeteiligungsvertrag vom 30.9.2005 räumte die K GmbH der MM GmbH, I im Landkreis J, deren alleiniger Gesellschafter Herr N war, (im Folgenden: „M GmbH“) eine Unterbeteiligung i.H.v. 42,55 % ihrer Beteiligung an der H GmbH ein. Weitere Vertragsbeteiligte war die OO AG, eingetragen im Handelsregister des AG C unter HRB 3333 (im Folgenden: „O AG“). In dem Vertrag, in dem die K GmbH auch als „Gesellschafterin“ bezeichnet wird, war u.a. geregelt: 5

„Präambel“ 6

[...] Die im nachfolgenden vereinbarte Unterbeteiligung dient ausschließlich dem Zweck, die M GmbH in wirtschaftlicher Sicht so zu stellen, als wäre die M GmbH unmittelbar mit 40 % am Stammkapital der H ... GmbH beteiligt. [...] 7

§ 1 8

Begründung der Unterbeteiligung / Verwaltung 9

(1) Die Gesellschafterin räumt der Unterbeteiligten hiermit an der von ihr gehaltenen Beteiligung an der H GmbH i.H.v. 94 % der Stammkapitals eine Unterbeteiligung i.H.v. 42,55 % zur Erreichung des in der Präambel genannten Ziels ein. 10

(2) Die Unterbeteiligung ist eine Innengesellschaft in der Rechtsform einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Rechtsbeziehungen zwischen der Unterbeteiligten und der H GmbH werden mit diesen Vertrag nicht begründet. 11

(3) Die Gesellschafterin verwaltet die Beteiligung nach eigenem freien Ermessen. Soweit sie jedoch über Geschäftsanteile an Tochter- und Enkelgesellschaften der H GmbH verfügt, bedarf dies der Zustimmung der Unterbeteiligten. Dies gilt auch für Verfügungen über Geschäftsanteile der H GmbH selbst und für deren Auflösung. 12

§ 2 13

Gegenleistung 14

(1) Die Unterbeteiligte übernimmt als Gegenleistung für die Einräumung der Unterbeteiligung einen Anteil in Höhe von 42,55 % an dem von der Gesellschafterin für den Erwerb der H GmbH zu entrichtenden Kaufpreis. Insofern wird auf die Urkunde des Notars L .../2005 vom 29.09.2005 verwiesen. Hieraus ergibt sich somit ein Kaufpreis für die Unterbeteiligung in Höhe von € 2.479.940,00. [...] 15

§ 3 16

Darlehnszuführungen / Ausschüttungen 17

(1) Soweit Darlehen von den Gesellschaften der H-Gruppe an die Gesellschafterin ausgereicht werden, ist hierzu die Zustimmung der Unterbeteiligten erforderlich. Dies gilt nicht für den Fall, dass die Darlehen entsprechend der Höhe der Unterbeteiligung auch an die Unterbeteiligte verteilt werden. 18

(2) Bei der Gesellschafterin von der H GmbH vereinnahmte Ausschüttungen stehen grundsätzlich der Gesellschafterin und der Unterbeteiligten quotal entsprechend der Höhe gemäß der vereinbarten Unterbeteiligung zu, wobei die Gesellschafterin die Ausschüttung binnen einer Woche nach Zufluss an die Unterbeteiligte quotal auskehren wird. 19

[...]	
(3) Eine Verpflichtung zur Weiterleitung von Ausschüttungen an die Unterbeteiligte entfällt für die Gesellschafterin bis zu einem kumulierten Ausschüttungsbetrag zu Gunsten der Gesellschafterin i.H.v. € 5.828.000,00. Der diesbezügliche quotale Anteil der Unterbeteiligten in Höhe von € 2.479.814,00 wird mit der Kaufpreisverpflichtung der Unterbeteiligten gemäß § 2 verrechnet. [...]	20
§ 4	21
Geschäftsführung	22
Die Geschäftsführung der Unterbeteiligungsgesellschaft obliegt ausschließlich der Gesellschafterin. Dies gilt auch für die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte gegenüber der H GmbH.	23
§ 5	24
Verfügungen	25
Verfügungen der Unterbeteiligten über die Unterbeteiligung sind nur mit Zustimmung der Gesellschafterin zulässig.	26
§ 6	27
Dauer der Gesellschaft, Kündigung, Beendigung	28
(1) Die Gesellschaft beginnt am 29.9.2005 und wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Die Gesellschaft ist mit einer Frist von sechs Monaten zum Monatsende kündbar. Die Kündigung erfolgt schriftlich.	29
(2) Wird die H GmbH aufgelöst oder scheidet die Gesellschafterin aus dieser Gesellschaft aus, so endet das Unterbeteiligungsverhältnis zum gleichen Zeitpunkt.	30
Dies gilt nicht für den Fall, dass die Gesellschafterin ihre Anteile an der H GmbH auf die O AG oder andere mit der O AG verbundene Unternehmen überträgt. In diesem Fall wird das Unterbeteiligungsverhältnis mit der O AG bzw. der übernehmenden Gesellschaft fortgesetzt. Die O AG verpflichtet sich hiermit, in einem solchen Fall in den vorliegenden Unternehmensbeteiligungsvertrag mit allen Rechten und Pflichten anstelle der Gesellschafterin einzutreten.	31
(3) Im Fall der Beendigung der Unterbeteiligung gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 ist die Unterbeteiligte quotale in Höhe der Unterbeteiligung am Veräußerungs- bzw. Liquidationserlös zu beteiligen.	32
(4) Endet die Unterbeteiligung durch Kündigung, steht der Unterbeteiligten eine Abfindung zu.	33
Hinsichtlich der Höhe der Abfindung unterbreitet die Gesellschafterin der Unterbeteiligten zum Zeitpunkt der Beendigung der Unterbeteiligung ein verbindliches Abfindungsangebot im Hinblick auf deren Unterbeteiligung i.H.v. 42,55 % an der von der Gesellschafterin gehaltenen Beteiligung an der H GmbH. Das Unterbleiben eines solchen Angebots zum Beendigungsstichtag gilt als Angebot einer Null-Abfindung.	34

Die Unterbeteiligte wird der Gesellschafterin innerhalb eines Monats nach Zugang des Abfindungsangebotes mitteilen, ob sie dieses Angebot annimmt. Schweigen der Unterbeteiligten gilt in diesem Fall als Annahme des Abfindungsangebots.	35
Lehnt die Unterbeteiligte das Abfindungsangebot der Gesellschafterin ab, hat sie die Möglichkeit, der Gesellschafterin binnen eines Monats nach Ablehnung des Angebots ihrerseits ein Kaufangebot für die von der Gesellschafterin gehaltene Beteiligung an der H GmbH zu unterbreiten.	36
In diesem Fall räumt die Unterbeteiligte gleichzeitig mit Abgabe des Kaufangebots der Gesellschafterin die Option ein, die Unterbeteiligung von ihr zu erwerben. Der Kaufpreis für den Erwerb der Unterbeteiligung beträgt hierbei 42,55 % des Kaufpreises, den die Unterbeteiligte der Gesellschafterin für den Erwerb der von ihr gehaltenen Beteiligung angeboten hat.	37
Die Gesellschafterin hat der Unterbeteiligten binnen eines Monats nach Zugang des Kaufangebots schriftlich mitzuteilen, ob sie das Kaufangebot der Unterbeteiligten annimmt oder die Option auf Erwerb der 42,55 %igen Unterbeteiligung ausübt. Nach Ablauf dieser Frist geht das Kaufangebot als angenommen. [...]"	38
Ebenfalls mit Vertrag vom 30.9.2005 räumte die M GmbH (in diesem Vertrag auch als „Gesellschafterin“ bezeichnet) der Klägerin eine Unterbeteiligung an dem Unterbeteiligungsvertrag zwischen der K GmbH und der M GmbH ein. In diesem Vertrag (im Folgenden: „Unter-Unterbeteiligungsvertrag“) war u.a. geregelt:	39
„Präambel	40
Die M GmbH hat am 30.9.2005 einen Unterbeteiligungsvertrag mit der K GmbH und der O Beteiligungen AG (nachfolgend O AG) abgeschlossen.	41
Demnach haben die K GmbH und die M GmbH eine Unterbeteiligung der M GmbH in Höhe von 42,55 % an der Beteiligung der K GmbH an der H GmbH vereinbart. Die K GmbH hat diesbezüglich eine Beteiligung in Höhe von 94 % des Stammkapitals der H GmbH gemäß Urk.-Nr. .../2005 des Notars L erworben.	42
Es ist nunmehr beabsichtigt, der O GmbH eine Unterbeteiligung in Höhe von 20,5 % an der Unterbeteiligung der M GmbH aus dem vorbezeichneten Unterbeteiligungsvertrag mit der K GmbH vom 30.09.2005 einzuräumen. [...]	43
§ 1	44
Begründung der Unterbeteiligung/Verwaltung	45
(1) Die M GmbH räumt der O GmbH hiermit an ihrer Unterbeteiligung gemäß Unterbeteiligungsvertrag mit der K GmbH vom 30.09.2005 eine Unterbeteiligung i.H.v. 20,5 % ein.	46
Die O GmbH erhält einen quotalen Anspruch in entsprechender Höhe auf alle Dividenden, Erlöse und das Vermögen, die bzw. das der M GmbH aus dem Unterbeteiligungsvertrag vom 30.9.2005 mit der K GmbH zufließen bzw. zufließt. Dieser Anspruch entsteht jedoch erst, wenn die Anschaffungskosten der M GmbH für die Einräumung der Unterbeteiligung gemäß dem Unterbeteiligungsvertrag mit der K GmbH vom 30.09.2005 vollständig kompensiert sind, frühestens erstmals ab dem 01.01.2007.	47

Forderungen der O GmbH, die aufgrund der vollständigen Kompensation der Anschaffungskosten bereits vor dem 01.01.2007 entstehen würden, werden somit nicht ausgeglichen.

(2) Die Unterbeteiligung ist eine Innengesellschaft in der Rechtsform einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. 48

(3) Die M GmbH verwaltet die Beteiligung nach eigenem freien Ermessen. 49

§ 2 50

Gegenleistung 51

Eine Gegenleistung für die Einräumung der Unterbeteiligung wird nicht geschuldet. 52

§ 3 53

Geschäftsführung 54

Die Geschäftsführung der Unterbeteiligungsgesellschaft obliegt ausschließlich der M GmbH. 55

§ 4 56

Verfügungen 57

Verfügungen der O GmbH über die Unterbeteiligung sind nur im Einvernehmen beider Gesellschafter zulässig. 58

§ 5 59

Dauer der Gesellschaft, Kündigung, Beendigung 60

(1) Die Gesellschaft beginnt am 30.09.2005 und wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Die Gesellschaft ist mit einer Frist von sechs Monaten zum Monatsende kündbar. Die Kündigung erfolgt schriftlich. 61

(2) Wird die H GmbH aufgelöst oder scheidet die K GmbH aus dieser Gesellschaft aus, so endet das Unterbeteiligungsverhältnis zum gleichen Zeitpunkt. 62

Dies gilt nicht für den Fall, dass die K GmbH ihre Anteile an der H GmbH auf die O AG oder andere mit der O AG verbundene Unternehmen überträgt. In diesem Fall wird das Unterbeteiligungsverhältnis fortgesetzt. 63

(3) Im Fall der Beendigung der Unterbeteiligung gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 ist die O GmbH quotaal in Höhe der Unterbeteiligung am Veräußerungs- bzw. Liquidationserlös zu beteiligen. 64

(4) Endet die Unterbeteiligung durch Kündigung, steht der O GmbH eine Abfindung zu. 65

Hinsichtlich der Höhe der Abfindung unterbreitet die M GmbH der O GmbH zum Zeitpunkt der Beendigung der Unterbeteiligung ein verbindliches Abfindungsangebot im Hinblick auf deren Unterbeteiligung. Das Unterbleiben eines solchen Angebots zum 66

Beendigungsstichtag gilt als Angebot einer Null-Abfindung.

Die O GmbH wird der M GmbH innerhalb eines Monats nach Zugang des Abfindungsangebotes mitteilen, ob sie dieses Angebot annimmt. Wird das Abfindungsangebot nicht angenommen, ist die Höhe der Abfindung zu verhandeln. 67

Die zu zahlende Abfindung ist zwei Monate nach Einigung über die Höhe der Abfindung zu zahlen, wobei die endgültig vereinbarte Abfindung ab dem Zeitpunkt der Beendigung der Unterbeteiligung zu verzinsen ist. [...]“ 68

Die O AG erwarb im Dezember 2005 von der K GmbH ihre Beteiligung i.H.v. 94 % an der H GmbH. Dadurch trat die O AG in die Unterbeteiligungsverträge ein. An der O AG waren Herr D zu 78,91 % und die Klägerin zu 21,09 % beteiligt. Von seinem Anteil in Höhe von 78,91 % hielt Herr D einen Anteil in Höhe von 80 % allerdings nur treuhänderisch. Aufgrund notarieller Erklärung vom 23.1.2003 (UR-Nr. .../2003 des Notars P in Q) bestand zudem zugunsten des Herrn D eine Generalvollmacht für die O AG. 69

In den Jahren 2005 und 2006 schüttete die H GmbH einen Gesamtbetrag von 11.900.000 € an ihre Gesellschafter aus. Einen Teilbetrag hiervon in Höhe von 6.400.000 € schüttete sie bereits im Dezember 2005 aus. Auf die O AG entfiel hiervon ein Anteil von 6.016.000 € (94 %). Für die M GmbH als Unterbeteiligte ergab sich ein Anteil von 12.560.000 € im Jahr 2005, der zur vollständigen Verrechnung gem. § 1 Abs. 1 des Unter-Unterbeteiligungsvertrags führte. Die Anteile verteilten sich wie folgt: 70

	Gesamt	M GmbH	Klägerin
		40%	20,5% v. 40%
Ausschüttung I (Jahr 2005)	6.400.000	2.560.000	524.800
Ausschüttung II (Jahr 2006)	2.000.000	800.000	164.000
Ausschüttung III (Jahr 2006)	1.500.000	600.000	123.000
Ausschüttung IV (Jahr 2006)	2.000.000	800.000	164.000
Summe	11.900.000	4.760.000	975.800

 71

Die H GmbH wurde (nach einer Umfirmierung in RR GmbH – im Folgenden „R-GmbH“) auf ihre Tochtergesellschaft H S GmbH verschmolzen. Dabei setzten sich die bisherigen Beteiligungsverhältnisse an der verschmolzenen Gesellschaft fort. 72

Mit Vertrag vom 12.7.2007 verkauften die O AG ihren 94 %-igen Anteil und die Klägerin ihren 6 %-igen Anteil an der H S GmbH für insgesamt 25.500.000 €. Aufgrund des Unter-Unterbeteiligungsvertrag mit der M GmbH erhielt die Klägerin von der M GmbH von dem Veräußerungserlös einen Betrag von 2.090.843 € (8,1994 % von 25.500.000 €). 73

Die Klägerin ermittelte für das Streitjahr ihren Gewinn gemäß § 8 Abs. 1 des Körperschaftsteuergesetzes – KStG – i.V.m. § 4 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes – EStG –. Ihre Gewinn- und Verlustrechnung wies einen 74

Bilanzgewinn von 5.536.048 € aus. Darin enthalten waren sonstige betriebliche Erträge, und zwar Veräußerungsgewinne aus Finanzanlagen i.H.v. 3.256.810 €. Die Klägerin gab für das Streitjahr auch eine Körperschaft- und eine Gewerbesteuererklärung ab. Ihren steuerlichen Jahresüberschuss bezifferte sie mit 4.807.527 €. Sie erklärte, inländische Gewinne im Sinne des § 8b Abs. 2 KStG i.H.v. 3.568.125 € seien abzuziehen, wobei 5 % hiervon (178.406 €) als nicht abziehbare Ausgaben gem. § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG gelten würden. Auf entsprechende Nachfrage im Veranlagungsverfahren erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 14.4.2008, dass die zwischen Steuererklärung und Jahresabschluss abweichende Bezifferung des Veräußerungsgewinns durch Ausschüttungen aus dem steuerlichen Einlagekonto der R GmbH in den Jahren 2005 und 2006 begründet sei. Der steuerliche Gewinn sei höher als der handelsrechtliche, da die vorgenannten Ausschüttungen aus dem steuerlichen Einlagekonto die steuerlichen Anschaffungskosten gemindert hätten. Der Beklagte veranlagte die Klägerin erklärungsgemäß und unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gemäß § 164 Abs. 1 der Abgabenordnung – AO – zur Körperschaft- und Gewerbesteuer.

Darüber hinaus erließ der Beklagte am 7.8.2009 einen Bescheid für 2007 über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen der Unterbeteiligung R GmbH (Steuernummer 4444), wonach die Klägerin Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 2.090.843 € erzielt habe. Diesen Bescheid änderte er am 6.11.2013 in der Weise, dass eine gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen nicht vorgenommen werde, weil keine Feststellungsgemeinschaft bestehe. Der Bescheid wurde bestandskräftig.

75

Das Finanzamt für Groß- und Konzernbetriebsprüfung T führte bei der Klägerin ab dem 30.5.2011 eine Betriebsprüfung durch. Im Prüfungsbericht vom 13.2.2014 vertrat der Prüfer unter Tz. 2.5 die Auffassung, die Vereinnahmung des Erlöses aus dem Unter-Unterbeteiligungsvertrag mit der M GmbH könne nicht gemäß § 8b Abs. 2 KStG außer Ansatz bleiben, da die Klägerin insoweit nicht wirtschaftliche Eigentümerin der Anteile an der H S GmbH gewesen sei. Erforderlich für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums sei das Erlangen sämtlicher mit dem Anteil verbundener Vermögens- und Verwaltungsrechte. Die Klägerin habe aber nicht die erforderlichen Verwaltungsrechte erlangt, da nach § 1 Abs. 3 des Unter-Unterbeteiligungsvertrags vom 30.9.2005 die M GmbH die Beteiligung nach eigenem freien Ermessen verwalte und nach § 3 dieses Vertrags die Geschäftsführung ausschließlich der M GmbH obliege. Die nach §§ 705 ff des Bürgerlichen Gesetzbuchs – BGB – bestehenden Kontroll- und Verwaltungsrechte reichten nicht aus, um die vertraglich fehlenden Verwaltungsrechte zu kompensieren. Eine Kompensation ergebe sich auch nicht aus der unmittelbaren Beteiligung der Klägerin an der H S GmbH i.H.v. 6 %, da dies keinen Einfluss auf das Unter-Unterbeteiligungsverhältnis habe. Im Übrigen hätten der Klägerin aus dem Unter-Unterbeteiligungsverhältnis auch nicht sämtliche erforderlichen Vermögensrechte zugestanden, da nach § 1 Abs. 1 des Vertrags das Gewinnbezugsrecht eingeschränkt gewesen sei. Für das Fehlen von wirtschaftlichem Eigentum an den Anteilen an der H GmbH spreche weiterhin, dass die Unter-Unterbeteiligung in den Bilanzen der Klägerin nicht ausgewiesen worden sei, und dass die Klägerin in den Jahren 2005 und 2006 keine Ausschüttungen aus dieser Beteiligung erhalten habe, obwohl die H GmbH Gewinne ausgeschüttet habe.

76

Der Beklagte schloss sich der Auffassung des Prüfers an und setzte mit Bescheiden vom 11.4.2014 gemäß § 164 Abs. 2 AO die Körperschaftsteuer für 2007 auf 474.359 € und den Gewerbesteuermessbetrag auf 96.319 € fest. Gewinne im Sinne des § 8b Abs. 2 KStG berücksichtigte er in Höhe von 1.475.658 € und gelangte zu einem zu versteuernden Einkommen von 1.897.439 €.

77

Dagegen legte die Klägerin mit Schreiben vom 13.5.2014 Einspruch ein, der erfolglos blieb.	78
Die Klägerin hat gegen die Einspruchsentscheidungen vom 15.4.2016 mit Schriftsatz vom 17.5.2016 Klage erhoben.	79
Ihre Klage begründet sie damit, der Gewinn aus der Veräußerung der Anteile an der H S GmbH habe – was zwischen den Beteiligten unstreitig ist – nicht nur hinsichtlich der direkten Beteiligung von 6 %, sondern auch hinsichtlich des Anteils aus der Unter-Unterbeteiligung gemäß § 8b Abs. 2 KStG bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz zu bleiben. Der Klägerin sei insoweit das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO zuzurechnen.	80
Denn der Beklagte habe bereits das wirtschaftliche Eigentum der M GmbH an den Anteilen an der H S GmbH aufgrund des Unterbeteiligungsvertrags vom 30.9.2005 mit der K GmbH anerkannt. Da der Unter-Unterbeteiligungsvertrag zwischen der M GmbH und der Klägerin keine substantiellen Unterschiede aufweise, müsse dasselbe auch für die Klägerin gelten. Auch hier werde der Unterbeteiligten eine Position eingeräumt, die wirtschaftlich einer Beteiligung an der H S GmbH entspreche. Für sie – die Klägerin – ergebe sich daraus eine Beteiligung an der H S GmbH i.H.v. 8,2 %. Ihr seien auch die für das wirtschaftliche Eigentum erforderlichen Vermögens- und Verwaltungsrechte eingeräumt worden. Sie sei nach § 1 Abs. 1 des Unter-Unterbeteiligungsvertrags an Gewinnausschüttungen jedenfalls im Streitjahr 2007 und nach § 5 Abs. 3 an der Wertentwicklung der Anteile beteiligt gewesen. Auch der Veräußerungserlös sei vertragsgemäß an sie weitergeleitet worden. All dies genüge für die Einräumung der erforderlichen Vermögensrechte. Dass der Klägerin nach § 5 Abs. 4 des Vertrags bei Kündigung lediglich ein Anspruch auf Abfindung und kein Anspruch auf Herausgabe der Anteile zugestanden habe, schließe die Annahme des wirtschaftlichen Eigentums nicht aus. Auch die Einschränkung der Vermögensrechte in § 1 Abs. 1 des Vertrags schließe das wirtschaftliche Eigentum nicht aus, weil diese Einschränkung als Gegenleistung für die Einräumung der Unterbeteiligung gesehen werden müsse. Nach § 2 des Vertrags sei eine (weitere) Gegenleistung für die Einräumung der Unterbeteiligung nicht geschuldet gewesen.	81
Sie – die Klägerin – habe auch hinreichende Verwaltungsrechte erhalten. Die erforderlichen Auskunfts- und Informationsrechte seien nicht eingeschränkt gewesen. Der Vertrag enthalte hierzu keine Regelungen. Damit fänden die zivilrechtlichen Vorschriften für BGB-Gesellschaften (§§ 705 ff BGB) und für stille Gesellschaften (§ 233 des Handelsgesetzbuches – HGB –) Anwendung. Dadurch könne der Minderheitsbeteiligte innerhalb der Unterbeteiligungsgesellschaft stets eine Gesellschafterversammlung einberufen und über die Frage der Ausübung von Stimmrechten abstimmen lassen. In der Gesellschafterversammlung gelte gem. § 709 Abs. 1 BGB mangels anderer vertraglicher Regelungen das Einstimmigkeitsprinzip, so dass sich die Hauptbeteiligte mit der unterbeteiligten Klägerin einigen müsse. Dies genüge für die effektive Ausübung von Stimmrechten, auch wenn die „Verwaltung“ der Beteiligung nach § 1 Abs. 3 des Unter-Unterbeteiligungsvertrags der M GmbH obliege. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs – BFH – reiche es für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Unterbeteiligten aus, dass die Verwaltungsrechte nach außen nur vom Hauptbeteiligten ausgeübt würden und der Hauptbeteiligte lediglich im Innenverhältnis zur Wahrung der Interessen des Unterbeteiligten verpflichtet sei. Diese Interessen habe die Hauptbeteiligte im Innenverhältnis wahren müssen, da für die Stimmrechtsausübung der Hauptbeteiligten die vorherige Zustimmung der Unterbeteiligten zwingend einzuholen sei, wenn die Stimmrechtsausübung der Hauptbeteiligten in der Hauptgesellschaft ein Grundlagengeschäft	82

der Unterbeteiligungs-GbR darstelle.

Auch aus den Regelungen zur Geschäftsführung (§ 3 des Vertrags) ergebe sich nichts anderes, da hierdurch nicht die Verwaltungsrechte eingeschränkt würden, sondern lediglich das Recht zur Vertretung der Unterbeteiligungsgesellschaft im Außenverhältnis betroffen sei. Wegen § 713 BGB habe der Geschäftsführer dabei ohnehin die Rechte aller Gesellschafter zu vertreten. 83

Selbst wenn man die Verwaltungsrechte im Streitfall als eingeschränkt ansehen wollte, müsste man im Zuge einer Betrachtung des Gesamtbilds der tatsächlichen Verhältnisse dazu gelangen, dass sie – die Klägerin – als wirtschaftliche Eigentümerin der Anteile anzusehen sei. Sie habe jedenfalls deshalb eine rechtlich geschützte Position innegehabt, weil Risiken und Chancen von Wertveränderungen auf sie übergegangen seien und weil die Vermögensrechte in vollem Umfang bei ihr gelegen hätten. 84

Die Klägerin beantragt, 85

1. Schriftsatznachlass im Hinblick auf etwaige weitere Ausführungen zu den der Klägerin zustehenden Vermögensrechten, 86

2. den Körperschaftsteuer- und den Gewerbesteuermessbescheid für 2007, jeweils vom 11.4.2014 und in Gestalt der Einspruchsentscheidungen vom 15.4.2016, in der Weise zu ändern, dass – unter Anpassung der Gewerbesteuerrückstellung – bei der Ermittlung des Einkommens bzw. des Gewerbeertrages anstelle des Betrages von 2.090.843 € ein Betrag von 5 % von (2.090.843 € ./ 975.800 € =) 1.115.043 € in Ansatz gebracht wird, 87

hilfsweise, dass anstelle des Betrages von 2.090.843 € ein Betrag von 1.115.043 € in Ansatz gebracht wird, 88

weiter hilfsweise, die Revision zuzulassen. 89

Der Beklagte beantragt, 90

die Klage abzuweisen, 91

hilfsweise, die Revision zuzulassen. 92

Er ist der Auffassung, die Klägerin sei nicht wirtschaftliche Eigentümerin von 8,2 % der Anteile an der H S GmbH geworden. Allein die wirtschaftliche Teilhabe an der Unternehmensentwicklung genüge hierfür nicht. Gegen die Annahme wirtschaftlichen Eigentums sprächen die Beschränkungen in den Regelungen im Unterbeteiligungsvertrag vom 30.9.2005, insbesondere in § 1 Abs. 1 und 3, § 2, § 3 und § 4 des Vertrags. Diese Beschränkungen seien auch nicht im Unterbeteiligungsvertrag zwischen der K GmbH und der M GmbH enthalten, so dass nicht argumentiert werden könne, die Verträge wiesen keine substantiellen Unterschiede auf. 93

Aus der Direktbeteiligung i.H.v. 6 % an den Anteilen an der H S GmbH, die im Übrigen erst durch Vertrag vom 22.12.2005 erworben worden sei, ergebe sich nichts anderes. 94

Insbesondere fehlten der Klägerin die für die Annahme wirtschaftlichen Eigentums erforderlichen Verwaltungsrechte. Durch die vertraglichen Bestimmungen sei nicht sichergestellt gewesen, dass die Unterbeteiligte M GmbH, geschweige denn die Gesellschafterin (K GmbH bzw. O AG) die Interessen der Klägerin in der 95

Gesellschafterversammlung der H GmbH ausübe. Im Konfliktfall könne die Klägerin ihre Interessen nicht durchsetzen. Der Unter-Unterbeteiligungsvertrag sehe eine Abstimmung zwischen der M GmbH und der Klägerin hinsichtlich der Ausübung der Gesellschafterrechte nicht vor. In dem Vertrag fänden sich – im Gegenteil – sogar Regelungen in § 1 Abs. 3 und § 3, welche die Verwaltungsrechte der Klägerin erheblich einschränkten. Dasselbe gelte für § 1 Abs. 3 des Unterbeteiligungsvertrags zwischen der K GmbH und der M GmbH.	
Zwar stehe der Klägerin als Minderheitsgesellschafterin in der GbR grundsätzlich das Recht zu, aus wichtigem Grund bzw. berechtigtem Interesse eine Gesellschafterversammlung einzuberufen. Dieses Einberufungsrecht sei jedoch von der Frage zu unterscheiden, ob der Klägerin auch tatsächlich ein Stimmrecht zugestanden habe. Gegen die Annahme von Stimmrechten spreche hier § 710 Satz 1 BGB. Da im Unter-Unterbeteiligungsvertrag die Geschäftsführung der M GmbH zugewiesen sei, sei die Klägerin gemäß § 710 Satz 1 BGB von der Geschäftsführung ausgeschlossen gewesen. Da die Geschäftsführung durch Beschluss der Gesellschafter erfolge, sei nur der zur Geschäftsführung berufene Gesellschafter berechtigt gewesen, in der Gesellschafterversammlung abzustimmen. Dies sei hier die M GmbH. Dies führe im Ergebnis zu einem Stimmrechtsausschluss der Klägerin.	96
Der Senat hat am 12.4.2019 eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der Verhandlung verwiesen.	97
Entscheidungsgründe:	98
Die Klage hat keinen Erfolg.	99
I.	100
Der Senat war trotz des Antrags der Klägerin, ihr Schriftsatznachlass im Hinblick auf etwaige weitere Ausführungen zu den ihr zustehenden Vermögensrechten zu gewähren, an einer Entscheidung nicht gehindert.	101
Die Nichtgewährung einer in der mündlichen Verhandlung beantragten Schriftsatzfrist verletzt nach der Rechtsprechung des BFH nur dann den Anspruch auf rechtliches Gehör, wenn sich ein Beteiligter in der mündlichen Verhandlung auf ein Vorbringen des anderen Beteiligten nicht erklären kann, weil es ihm nicht rechtzeitig vor dem Termin mitgeteilt worden ist. Nur für diesen Fall sehen § 283 der Zivilprozessordnung – ZPO – i.V.m. § 155 FGO das Nachbringen schriftsätzlicher Erklärungen vor (BFH-Beschluss vom 14.4.2011 VI B 120/10, Sammlung amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des BFH – BFH/NV – 2011, 1185).	102
Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben, da sich die Beteiligten im Vorverfahren und im gerichtlichen Verfahren zu der Frage der der Klägerin zustehenden Vermögensrechte bereits umfassend ausgetauscht hatten. Der Beklagte hat hierzu weder in der mündlichen Verhandlung noch unmittelbar vor der mündlichen Verhandlung etwas Neues vorgetragen.	103
II.	104
Die Klage ist mit ihrem Hauptantrag unbegründet.	105
Der Körperschaft- und der Gewerbesteuerermessbescheid für 2007 vom 11.4.2014 in Gestalt der Einspruchsentscheidungen vom 15.4.2016 sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht in ihren Rechten (§ 100 Abs. 1 Satz 1 FGO).	106
	107

Der Beklagte ist zu Recht davon ausgegangen, dass der aus dem Unter-
Unterbeteiligungsvertrag resultierende Anteil der Klägerin an dem von der M GmbH erzielten
Erlös aus der Veräußerung der Anteile an der H S GmbH nicht gemäß § 8b Abs. 2 Satz 1
KStG bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleibt, und hat diesen in nicht zu
beanstandender Weise mit 10.454.216 € beziffert.

1) Die Klage ist nicht bereits aus verfahrensrechtlichen Gründen unbegründet. Es 108
existiert kein Grundlagenbescheid, der für die hier streitigen Fragestellungen gem. § 351 Abs.
2 AO bindend wäre.

Gemäß § 351 Abs. 2 AO können Entscheidungen in einem Grundlagenbescheid nur durch 109
Anfechtung dieses Bescheids, nicht auch durch Anfechtung des Folgebescheids angegriffen
werden. Als Grundlagenbescheid definiert § 171 Abs. 10 Satz 1 AO u.a. einen
Feststellungsbescheid, der für die Festsetzung einer Steuer bindend ist. Eine Klage gegen
einen Steuerbescheid, mit der nur Einwendungen gegen einen dem Folgebescheid zugrunde
liegenden Feststellungsbescheid geltend gemacht werden, ist unbegründet (nicht hingegen
unzulässig: BFH-Beschluss vom 12.10.2011 VIII R 2/10, BFH/NV 2012, 776).

Im Streitfall lag den angefochtenen Körperschaftsteuer- und Gewerbesteuermessbescheiden 110
hinsichtlich der hier betroffenen Streitfragen kein Grundlagenbescheid zugrunde. Denn der
Beklagte hat einen zuvor unter der Steuernummer 444 ergangenen Feststellungsbescheid,
wonach die Klägerin Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 2.090.843 € aus der
Unterbeteiligung an der R GmbH erzielt habe, am 6.11.2013 in der Weise geändert, dass
eine gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen nicht
vorgenommen werde. Dieser negative Feststellungsbescheid hat zur Folge, dass der zuvor
ergangene Feststellungsbescheid aufgehoben worden ist. Der Bescheid vom 6.11.2013 ist
bestandskräftig geworden.

2) Die Klägerin hat keinen Veräußerungsgewinn i.S.d. § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG in 111
Höhe von 2.090.843 € erzielt.

Gem. § 8b Abs. 2 Satz 1 KStG bleiben bei der Ermittlung des Einkommens Gewinne u.a. aus 112
der Veräußerung eines Anteils an einer Körperschaft oder Personenvereinigung, deren
Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10
Buchst. a EStG gehören, außer Ansatz. Gem. § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG ist
Veräußerungsgewinn im Sinne des Satzes 1 der Betrag, um den der Veräußerungspreis oder
der an dessen Stelle tretende Wert nach Abzug der Veräußerungskosten den Wert
übersteigt, der sich nach den Vorschriften über die steuerliche Gewinnermittlung im Zeitpunkt
der Veräußerung ergibt (Buchwert).

a) Nachdem die O AG mit Vertrag vom 12.7.2007 ihren 94 %-igen Anteil an der H S 113
GmbH verkauft hatte, hat die Klägerin aufgrund der Regelung in § 1 Abs. 1 des Unter-
Unterbeteiligungsvertrags mit der M GmbH einen Betrag von 2.090.843 € als Anteil an dem
von der M GmbH erzielten Erlös erhalten. Dies entsprach der Höhe ihrer Beteiligung (8,1994
% des gesamten Erlöses von 25.500.000 €).

b) Dieser Erlös ist nicht um einen Betrag von 975.800 € zu reduzieren. Insbesondere 114
liegen in Höhe dieses Betrages weder Aufwendungen der Klägerin mit Bezug auf den
vereinnahmten Erlös noch Anschaffungskosten i.S.d. § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG i.V.m. § 8
Abs. 1 KStG für ihre Unterbeteiligung vor.

Anschaffungskosten sind gemäß § 255 Abs. 1 Satz 1 HGB die Aufwendungen, die geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben und in einen betriebsbereiten Zustand zu versetzen, soweit sie dem Vermögensgegenstand einzeln zugeordnet werden können (BFH-Urteil vom 17.10.2001 I R 32/00, Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BFH – BFHE – 197, 58, Bundessteuerblatt – BStBl – II 2002, 349, Rz. 17). Bei dem von der Klägerin geltend gemachten Betrag i.H.v. 975.800 € handelt es sich – zwischen den Beteiligten unstreitig – um die Summe derjenigen Beträge, welche bei den Gewinnausschüttungen der H GmbH in den Jahren 2005 und 2006 der Klägerin entsprechend ihrer (mittelbaren) Beteiligungsquote zuzurechnen waren, welche sie aber nicht vereinnahmt hat.

Jedoch sind Gewinnausschüttungen grundsätzlich keine Aufwendungen, die geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben. Dies ist bereits aufgrund der zeitlichen Abfolge ausgeschlossen, da ein Anteilseigner Gewinnausschüttungen erst im Nachgang zum Erwerb erhalten kann. Es hat auch keine Verrechnung der der Klägerin zustehenden Anteile an den von der M GmbH vereinnahmten Ausschüttungen mit von ihr geschuldeten Anschaffungskosten für die Einräumung der Unterbeteiligung stattgefunden. Denn aus § 2 des Unter-Unterbeteiligungsvertrags ergibt sich ausdrücklich, dass eine Gegenleistung für die Einräumung der Unterbeteiligung nicht geschuldet war, so dass die Klägerin auch aus diesem Grund keine Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Erwerb trug. 116

c) Nichts anderes ergibt sich aus der Regelung in § 1 Abs. 1 des Unter-Unterbeteiligungsvertrags. Die Klägerin versteht diese vertragliche Regelung in der Weise, dass die dort beschriebene Einschränkung bzw. der Verzicht auf das Gewinnbezugsrecht als Gegenleistung für die Einräumung der Unterbeteiligung und damit als Anschaffungskosten gesehen werden müsse. 117

Jedoch kann der Verzicht auf Bezüge nicht als Aufwand im Sinne der beschriebenen Definition der Anschaffungskosten verstanden werden. Entgangene Einnahmen erfüllen ebenso wie der Verzicht auf Einnahmen nicht den Aufwendungsbegriff (BFH-Urteil vom 19.4.2012 VI R 25/10, BFHE 237, 444, BStBl II 2013, 699, Rz. 11; Loschelder in Schmidt, EStG, § 4 Rz. 473). Im Übrigen standen im Zeitpunkt des Erwerbs der Beteiligung am 30.9.2005 die zukünftigen Bezüge weder dem Grunde noch der Höhe nach fest, so dass ein Verzicht auf solche Bezüge auch aus diesem Grund nicht im Zusammenhang mit dem Erwerb der Beteiligung gesehen werden kann. 118

Nach den Regelungen des Unter-Unterbeteiligungsvertrages ist der Klägerin die Unterbeteiligung von der M GmbH mithin unentgeltlich eingeräumt und zugleich vereinbart worden, dass die M GmbH ihr zufließende Erträge erst nach der Kompensation der der M GmbH aus ihrem Unterbeteiligungsvertrag entstandenen Anschaffungskosten an die Klägerin weiterzuleiten hatte. 119

3) Der von der Klägerin vereinnahmte Erlös in Höhe von 2.090.843 € aus dem Unter-Unterbeteiligungsvertrag bleibt nicht gemäß § 8b Abs. 2 Satz 1 KStG bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz. 120

Bei den von der O AG verkauften Anteilen an der H S GmbH handelt es sich zwar um Anteile an einer Körperschaft i.S.d. § 8b Abs. 2 Satz 1 KStG, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gehören. 121

Es liegt jedoch keine Veräußerung durch die Klägerin im Sinne des § 8b Abs. 2 Satz 1 KStG vor. 122

- Eine Veräußerung im Sinne dieser Vorschrift ist die entgeltliche Übertragung des rechtlichen oder wirtschaftlichen Eigentums auf einen anderen Rechtsträger (Gosch in Gosch, KStG, 3. Auflage, § 8b Rz. 181 und 182; Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 8b KStG Rz. 120; Rengers in Blümich, EStG/KStG, § 8b KStG Rz. 220; BFH-Urteile vom 21.10.1999 I R 43, 44/98, BFHE 190, 377, BStBl II 2000, 424; vom 24.1.2012 IX R 69/10, BFH/NV 2012, 1099, Rz. 26, jeweils zu § 17 EStG, dem derselbe Veräußerungsbegriff zugrunde liegt wie § 8b KStG). 123
- Im Streitfall hat die Klägerin weder rechtliches noch wirtschaftliches Eigentum an den Anteilen übertragen, aus deren Verkauf sie letztlich aufgrund des Unter- 124
 Unterbeteiligungsvertrags mit der M GmbH einen Erlös erhalten hat.
- Sie hatte kein rechtliches Eigentum, da sie nicht unmittelbare Anteilseignern der H S GmbH 125
 war, und zwar weder vor noch nach der Verschmelzung der H GmbH (umfirmiert in R GmbH)
 auf deren Tochtergesellschaft H S GmbH.
- Aber auch wirtschaftliches Eigentum stand ihr gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO nicht zu. 126
- a) Wirtschaftsgüter sind dem Eigentümer zuzurechnen (§ 39 Abs. 1 AO). Abweichend 127
 von der zivilrechtlichen Eigentümerstellung an Wirtschaftsgütern sind Wirtschaftsgüter
 demjenigen zuzurechnen, der die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der
 Weise ausübt, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von
 der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann ([§ 39 Abs. 2 Nr. 1](#)
[Satz 1 AO](#)).
- Das wirtschaftliche Eigentum an einem Kapitalgesellschaftsanteil geht i.S.d. [§ 39 Abs. 2 Nr. 1](#) 128
[Satz 1 AO](#) auf einen Erwerber über, wenn er aufgrund eines (bürgerlich-rechtlichen)
 Rechtsgeschäfts bereits eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete
 Position erworben hat, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann und
 die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen Rechte (insbesondere Gewinnbezugsrecht und
 Stimmrecht) sowie das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf
 ihn übergegangen sind (ständige Rechtsprechung, [BFH-Urteile 1.8.2012 IX R 6/11](#), [BFH/NV](#)
[2013, 9, Rz. 19](#); [vom 26.1.2011 IX R 7/09](#), BFHE 232, 463, BStBl II 2011, 540).
- Dementsprechend ist ein an einem Kapitalgesellschaftsanteil Unterbeteiligter nach der 129
 Rechtsprechung des BFH nur dann wirtschaftlicher Eigentümer, wenn er nach dem Inhalt der
 getroffenen Abrede alle mit der Beteiligung verbundenen wesentlichen Rechte (Vermögens-
 und Verwaltungsrechte) ausüben und im Konfliktfall effektiv durchsetzen kann (BFH-Urteile
 vom 18.5.2005 VIII R 34/01, BFHE 210, 247, BStBl II 2005, 857, Rz. 27; vom 8.11.2005 VIII
 R 11/02, BFHE 211, 277, BStBl II 2006, 253, Rz. 40; vom 22.7.2008 IX R 61/05, BFH/NV
 2008, 2004, Rz. 14; vom 24.1.2012 IX R 69/10, BFH/NV 2012, 1099, Rz. 28). Dies ist nicht
 nur für das Gewinnbezugsrecht (§ 29 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit
 beschränkter Haftung – GmbHG –) sowie die Teilhabe am Risiko der Wertminderung und die
 Chance auf Wertsteigerung der Anteile, sondern gleichermaßen für die aus der Beteiligung
 sich ergebenden Verwaltungsrechte, also insbesondere für die Stimmrechte (§ 47 GmbHG),
 zu fordern (BFH-Urteile vom 18.5.2005 VIII R 34/01, BFHE 210, 247, BStBl II 2005, 857, Rz.
 27; vom 8.11.2005 VIII R 11/02, BFHE 211, 277, BStBl II 2006, 253, Rz. 40). Demgemäß ist
 auch die Frage danach, ob der an einem Kapitalgesellschaftsanteil Unterbeteiligte i.S. von
[§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO](#) die Stellung eines wirtschaftlichen Mitinhabers erlangt hat, nicht
 nach der gängigen Unterscheidung zwischen „typischer“ und „atypischer“ Unterbeteiligung zu
 beantworten; maßgeblich ist vielmehr einzig und allein, ob die im jeweiligen Einzelfall
 getroffene Abrede – ungeachtet ihrer Bezeichnung – nach Inhalt und Vollzug den vorstehend

genannten Zurechnungskriterien genügt (BFH-Urteil vom 18.5.2005 VIII R 34/01, BFHE 210, 247, BStBl II 2005, 857, Rz. 27; vgl. auch BFH-Urteil vom 22.7.2008 IX R 61/05, BFH/NV 2008, 2004 Rz. 14). Auf eine eventuelle zivilrechtliche Formunwirksamkeit kommt es nicht an, solange die getroffenen Vereinbarungen tatsächlich durchgeführt werden (BFH-Urteil vom 24.1.2012 IX R 69/10, BFH/NV 2012, 1099).

An der Ausübung der Verwaltungsrechte wird der Unterbeteiligte nach ständiger Rechtsprechung des BFH nicht dadurch gehindert, dass das Stimmrecht im Verhältnis zur GmbH nur vom Hauptbeteiligten ausgeübt werden kann und somit der Hauptbeteiligte lediglich im Innenverhältnis zu den Unterbeteiligten zur Wahrnehmung von dessen Interessen verpflichtet ist (BFH-Urteile vom 18.5.2005 VIII R 34/01, BFHE 210, 247, BStBl II 2005, 857, Rz. 34; [vom 17.2.2004 VIII R 28/02, BFHE 205, 426](#), BStBl II 2005, 46, Rz. 26). Demgegenüber fehlt es aber nach der Rechtsprechung an einer effektiven Durchsetzbarkeit der Interessen des Unterbeteiligten gegenüber dem Hauptbeteiligten, wenn in der Konstellation zweigliedriger Unterbeteiligungsgesellschaften der Hauptbeteiligte im Rahmen der Abstimmung innerhalb dieser Gesellschaften über die Ausübung des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung der GmbH das Stimmgewicht des Unterbeteiligten neutralisieren kann (BFH-Urteile vom 18.5.2005 VIII R 34/01, BFHE 210, 247, BStBl II 2005, 857, Rz. 35). Zudem hat es der BFH für die Zurechnung wirtschaftlichen Eigentums an einem Kapitalgesellschaftsanteil durch eine Unterbeteiligung als nicht hinreichend angesehen, wenn nach dem Unterbeteiligungsvertrag der Unterbeteiligte hinsichtlich der Wahrnehmung seiner Rechte den Maßnahmen des Hauptbeteiligten unterworfen ist und dieser lediglich die Interessen des Unterbeteiligten „berücksichtigen“ muss (BFH-Urteil vom 8.11.2005 VIII R 11/02, BFHE 211, 277, BStBl II 2006, 253, Rz. 41). Ebenso genügt eine bloße Einräumung von Kontrollrechten nach § 716 BGB oder nach §§ 233, 166 des Handelsgesetzbuchs – HGB – (entsprechend den Bestimmungen über die stille Gesellschaft) nach der Rechtsprechung nicht, um hinreichende Verwaltungsrechte für die Annahme wirtschaftlichen Eigentums an einem Kapitalgesellschaftsanteil durch eine Unterbeteiligung zu begründen; hierbei sind die Merkmale, nach denen ein an einem Personengesellschaftsanteil Unterbeteiligter als Mitunternehmer anzusehen sind (Mitunternehmerrisiko und -initiative), nicht anzuwenden (BFH-Urteil vom 18.5.2005 VIII R 34/01, BFHE 210, 247, BStBl II 2005, 857, Rz. 28).

Da der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall zu beurteilen und nicht lediglich das formal Erklärte oder formal-rechtlich Vereinbarte, sondern das wirtschaftlich Gewollte und das tatsächlich Bewirkte ausschlaggebend ist, bedarf es einer tatrichterlichen Würdigung im Einzelfall (BFH-Urteile vom 1.8.2012 IX R 6/11, BFH/NV 2013, 9, Rz. 20; vom 9.10.2008 IX R 73/06, BFHE 223, 145, BStBl II 2009, 140).

b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze, denen sich der Senat anschließt, hat die Klägerin im Streitfall durch den Unter-Unterbeteiligungsvertrag vom 30.9.2005 keine hinreichenden Vermögens- (dazu aa) und Verwaltungsrechte (dazu bb) an den Anteilen der H GmbH erhalten, um die Annahme wirtschaftlichen Eigentums an diesen Anteilen zu rechtfertigen. Darüber hinaus konnte sie über die ihr eingeräumte Unterbeteiligung nicht frei verfügen (dazu cc).

Durch den Vertrag vom 30.9.2005 ist – zwischen den Beteiligten unstreitig – eine Gesellschaft in der Rechtsform einer BGB-Innengesellschaft entstanden. Die Klägerin hat sich mit der M GmbH vertraglich zusammengeschlossen, um die – wiederum nur mittelbare – Beteiligung der M GmbH an der H GmbH zu nutzen. Dies führt zu einem mehrstufigen Unterbeteiligungsverhältnis (vgl. Haep in Herrmann/Heuer/ Raupach, EStG/KStG, § 15 EStG,

- aa) Der Klägerin standen keine hinreichenden Vermögensrechte zu. 134
- (1) Allerdings waren die Gewinnbezugsrechte der Klägerin im Streitjahr 2007 gem. § 135
1 Abs. 1 des Unter-Unterbeteiligungsvertrags vom 30.9.2005 nicht (mehr) eingeschränkt.
- Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 des Vertrags erhielt die Klägerin einen ihrer Beteiligung 136
entsprechenden „quotalen Anspruch ... auf alle Dividenden, Erlöse und das Vermögen“. Dieser Anspruch entstand nach § 1 Abs. 1 Satz 3 des Vertrags „erst, wenn die Anschaffungskosten der M GmbH für die Einräumung der Unterbeteiligung gemäß dem Unterbeteiligungsvertrag mit der K GmbH vom 30.09.2005 vollständig kompensiert sind, frühestens erstmals ab dem 01.01.2007“.
- Zu einer solchen Kompensation war es jedoch bereits durch die Ausschüttung der H GmbH 137
im Jahr 2005 in Höhe von insgesamt 6.400.000 € gekommen, die auf die M GmbH mit 2.560.000 € entfiel. Die Anschaffungskosten der M GmbH für die Einräumung der Unterbeteiligung in Höhe von 2.479.814 € gem. § 2 Abs. 1 des Unterbeteiligungsvertrags mit der K GmbH waren dadurch kompensiert. Ab dem 1.1.2007 stand der Klägerin mithin das volle Gewinnbezugsrecht nach § 1 Abs. 1 Satz 2 des Unter-Unterbeteiligungsvertrags zu.
- (2) Der Klägerin standen zwar für den Fall der Auflösung der H GmbH oder des 138
Ausscheidens der K GmbH aus der H GmbH hinreichende Vermögensrechte zu, da sie in diesen Fällen gem. § 5 Abs. 3 des Unter-Unterbeteiligungsvertrages nach Maßgabe ihrer Unterbeteiligung quotale am Veräußerungs- bzw. Liquidationserlös zu beteiligen war. Die Vermögensrechte der Klägerin waren aber im Falle einer Kündigung eingeschränkt.
- Bei einer Kündigung der Unter-Unterbeteiligung konnte die Klägerin nicht in dem nach den 139
zitierten Grundsätzen des BFH erforderlichen Umfang am Risiko der Wertminderung und an der Chance auf Wertsteigerung der Anteile teilhaben. Eine solche Teilhabe stand ihr lediglich im Fall einer Veräußerung oder Liquidation nach § 5 Abs. 3 des Unter-Unterbeteiligungsvertrags zu. Im Falle einer Kündigung der Unter-Unterbeteiligung sollte die Klägerin aber nach § 5 Abs. 4 Satz 1 des Vertrags lediglich eine Abfindung erhalten, die sich nicht an dem Wert des Anteils bemaß.
- Vielmehr hatte gem. § 5 Abs. 4 Satz 2 des Vertrags „die M GmbH der O GmbH zum 140
Zeitpunkt der Beendigung der Unterbeteiligung ein verbindliches Abfindungsangebot im Hinblick auf deren Unterbeteiligung“ zu unterbreiten. Wenn die Klägerin dieses Angebot nicht annehmen würde, so war gem. § 5 Abs. 4 Satz 5 des Vertrags „die Höhe der Abfindung zu verhandeln“. Dadurch war nicht sichergestellt, dass die Klägerin eine dem Wert des Anteils entsprechende Abfindung erhielt. Insofern nahm sie nicht in dem erforderlichen Umfang an Wertsteigerungen und der Wertentwicklung des Anteils an der H GmbH teil.
- (3) In derselben Weise waren auch auf der höheren Stufe des 141
Unterbeteiligungsverhältnisses die Vermögensrechte der M GmbH im Falle einer Kündigung des Unterbeteiligungsvertrags mit der K GmbH eingeschränkt. Dies wirkte sich auch auf die Klägerin aus, da sich ihre Vermögensrechte im mehrstufigen Unterbeteiligungsverhältnis nur auf das Unterbeteiligungsverhältnis zwischen der K GmbH und der M GmbH, nicht aber auf eine unmittelbare Beteiligung an der H GmbH bezogen.
- Nach § 6 Abs. 4 Satz 2 des Unterbeteiligungsvertrags vom 30.9.2005 sollte die K GmbH 142
hinsichtlich der Höhe der Abfindung der Unterbeteiligten (M GmbH) zum Zeitpunkt der

Beendigung der Unterbeteiligung ein verbindliches Abfindungsangebot im Hinblick auf deren Unterbeteiligung i.H.v. 42,55 % an der von der K GmbH gehaltenen Beteiligung an der H GmbH unterbreiten. Die Abfindung sollte also in der Weise erfolgen, dass die M GmbH den von ihr mittelbar gehaltenen Anteil an der H GmbH als unmittelbaren Anteil übernehmen konnte. Sofern die M GmbH aber dieses Angebot ablehnte, konnte sie nach § 6 Abs. 4 Satz 5 des Unterbeteiligungsvertrags nur ein Kaufangebot über den gesamten von der K GmbH gehaltenen Anteil an der H GmbH unterbreiten, also nicht bloß in Bezug auf ihren 42,55 %-igen Anteil. Regelungen für den Fall, dass sich die Vertragsparteien nicht einigten, enthielt der Vertrag hingegen nicht. Damit war für die M GmbH im Fall der Kündigung nicht sichergestellt, dass sie am Risiko der Wertminderung und an der Chance auf Wertsteigerung der Anteile teilhatte. In Anbetracht des Umstandes, dass die Klägerin für die Einräumung der Unterbeteiligung keine Gegenleistung erbracht hat, ist auch nicht ersichtlich, woraus sich ein solcher Anspruch der Klägerin im Falle der Kündigung der Unterbeteiligung ergeben und wie ein solcher von ihr effektiv durchgesetzt werden könnte.

bb) Die Klägerin hat durch den Unter-Unterbeteiligungsvertrag vom 30.9.2005 keine 143
für die Annahme wirtschaftlichen Eigentums i.S.d. [§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO](#) hinreichenden
Verwaltungsrechte erhalten.

Da nach der zitierten Rechtsprechung des BFH zu den Verwaltungsrechten insbesondere die 144
Stimmrechte i.S.d. § 47 GmbHG gehören, kommt es in dem im Streitfall bestehenden
mehrstufigen Unterbeteiligungsverhältnis darauf an, ob die Klägerin über beide Stufen der
Unterbeteiligung hindurch ihre Stimmrechte in der H GmbH effektiv ausüben konnte. Dies war
nach den vertraglichen Bestimmungen der beiden Unterbeteiligungsverträge nicht der Fall.

(1) Gegen die Möglichkeit der Klägerin, ihre Verwaltungsrechte effektiv auszuüben, 145
spricht § 1 Abs. 3 des Unter-Unterbeteiligungsvertrags. Danach verwaltet die M GmbH „die
Beteiligung nach eigenem freien Ermessen“.

Zwar wird der Unterbeteiligte an der Ausübung der Verwaltungsrechte nach der zitierten 146
Rechtsprechung des BFH nicht dadurch gehindert, dass das Stimmrecht im Verhältnis zur
GmbH nur vom Hauptbeteiligten ausgeübt werden kann und somit der Hauptbeteiligte
lediglich im Innenverhältnis zu den Unterbeteiligten zur Wahrnehmung von dessen Interessen
verpflichtet ist (BFH-Urteile vom 18.5.2005 VIII R 34/01, BFHE 210, 247, BStBl II 2005, 857,
Rz. 34). Dieser Rechtsprechung des BFH entspricht das zivilrechtliche Rechtsverständnis,
wonach bei der Unterbeteiligungsgesellschaft abweichend von §§ 709, 714 BGB von der
Regel auszugehen ist, dass die Geschäftsführung bei dem Hauptbeteiligten liegt (K. Schmidt
in Münchener Kommentar zum HGB, 3. Auflage, § 230 HGB Rz. 237; Gehrlein in
Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 230 Rz. 94; Blaurock, Handbuch Stille Gesellschaft,
7. Auflage, Rz. 30.43).

Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass der Hauptbeteiligte in der Ausübung seiner 147
Gesellschafterrechte Weisungen und Beschränkungen durch den Unterbeteiligten
grundsätzlich nicht unterworfen ist; er hat lediglich die Interessen des Unterbeteiligten zu
beachten (Gehrlein in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 230 Rz. 94).
Mitgeschäftsführungsrechte des Unterbeteiligten ergeben sich höchstens für
Grundlagengeschäfte, z.B. Kündigungen oder Kapitalerhöhungen in der Hauptgesellschaft
(K. Schmidt in Münchener Kommentar zum HGB, 3. Auflage, § 230 HGB Rz. 237 m.w.N. zum
Streitstand).

Im Streitfall ist die besondere vertragliche Vereinbarung zu berücksichtigen, wonach die M 148
GmbH die Unter-Unterbeteiligung „nach eigenem freien Ermessen“ verwaltet. Im Hinblick auf

die zivilrechtliche Sichtweise, wonach dem Hauptbeteiligten die Geschäftsführung in der Unterbeteiligungsgesellschaft allein zusteht, führt diese vertragliche Bestimmung dazu, dass die M GmbH keinen Einschränkungen in der Verwaltung der Beteiligungen und damit auch in der Stimmrechtsausübung unterliegt. Aufgrund der Verwaltung „nach eigenem freien Ermessen“ wird das Erfordernis der Wahrnehmung der Interessen des Unterbeteiligten aufgehoben. Durch die Regelung des Maßstabs nach „eigenem freien Ermessen“ haben die Vertragsbeteiligten die oben beschriebene zivilrechtliche Interessenverteilung zulasten der Unterbeteiligten verschoben. Dadurch mangelt es der Klägerin an einer Möglichkeit, ihr Stimmrecht effektiv durchzusetzen. Vielmehr ist die Klägerin den Maßnahmen der M GmbH unterworfen, da die M GmbH im Rahmen der Abstimmung über die Ausübung des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung der übergeordneten Gesellschaft (hier der Unterbeteiligung auf der höheren Stufe) das Stimmgewicht der Unterbeteiligten neutralisieren kann. Dies schließt nach der zitierten Rechtsprechung des BFH die Annahme wirtschaftlichen Eigentums aus ([BFH-Urteil vom 18.5.2005 VIII R 34/01](#), BFHE 210, 247, BStBl II 2005, 857, Rz. 35).

Nichts anderes ergibt sich aus den zitierten zivilrechtlichen Grundsätzen, wonach der Unterbeteiligte zumindest für Grundlagengeschäfte Mitgeschäftsführungsrechte besitzt. Denn die vertragliche Regelung in § 1 Abs. 3 des Unter-Unterbeteiligungsvertrags kann in der Weise verstanden werden, dass sich das „freie Ermessen“ auch auf Grundlagengeschäfte bezieht; § 1 Abs. 3 des Unter-Unterbeteiligungsvertrags enthält hinsichtlich der Verwaltung der Beteiligungen „nach eigenem freien Ermessen“ der M GmbH keine Einschränkung im Hinblick auf Grundlagengeschäfte. Dies legt es nahe, dass für die Verwaltung auch keine Einschränkungen in Bezug auf Grundlagengeschäfte bestehen. Zudem erscheint es fraglich, welche „Grundlagengeschäfte“ auf der unteren Stufe einer mehrstufigen Unterbeteiligung überhaupt denkbar sind. Die Grundlagengeschäfte nach den zitierten zivilrechtlichen Grundsätzen beziehen sich auf Grundlagengeschäfte wie Kündigungen oder Kapitalerhöhungen in der Hauptgesellschaft, hier der H GmbH. Über diese wird jedoch nicht im Rahmen der Verwaltung der Unter-Unterbeteiligung entschieden. 149

(2) Eine Möglichkeit der Klägerin, ihre Verwaltungsrechte effektiv auszuüben, fehlte ihr darüber hinaus unter Berücksichtigung des Unterbeteiligungsvertrags zwischen der K GmbH und der M GmbH. Auch in diesem Vertrag sind die Verwaltungsrechte der Unterbeteiligten (M GmbH) eingeschränkt. Dies wirkte sich auch auf die Klägerin aus, da sich ihre Verwaltungsrechte im mehrstufigen Unterbeteiligungsverhältnis nur aus dem Unterbeteiligungsverhältnis zwischen der K GmbH und der M GmbH ableiteten. Direkte Verwaltungsrechte in Bezug auf die H GmbH bestanden nicht. 150

Denn in dem Unterbeteiligungsvertrag zwischen der K GmbH und der M GmbH ist in § 1 Abs. 3 Satz 1 geregelt, dass die Gesellschafterin „die Beteiligung nach eigenem freien Ermessen“ verwaltet. Dadurch unterliegt die K GmbH – ebenso wie die M GmbH im Rahmen des Unter-Unterbeteiligungsvertrags – keinen Einschränkungen in der Verwaltung der Beteiligung und kann auch ihr Stimmrecht frei ausüben. Aufgrund der Verwaltung „nach eigenem freien Ermessen“ wird das Erfordernis der Wahrnehmung der Interessen der Unterbeteiligten – hier der M GmbH – aufgehoben und neutralisiert. 151

Weiterhin ist in § 1 Abs. 3 Satz 2 des Unterbeteiligungsvertrags zwischen der K GmbH und der M GmbH geregelt, dass Verfügungen über Geschäftsanteile an Tochter- und Enkelgesellschaften der H GmbH einer „Zustimmung der Unterbeteiligten“ bedürfen. Diese Regelung bedeutet im Umkehrschluss, dass eine Stimmrechtsausübung zu allen anderen Geschäften – auch Grundlagengeschäften – keiner Zustimmung bedarf. Der zivilrechtliche 152

Grundsatz, wonach sich Mitgeschäftsführungsrechte des Unterbeteiligten zumindest für Grundlagengeschäfte ergeben, ist hierdurch zulasten der Unterbeteiligten eingeschränkt. Es fehlt an einer effektiven Durchsetzbarkeit der Interessen der Unterbeteiligten M GmbH gegenüber der K GmbH, da die K GmbH das Stimmgewicht der Unterbeteiligten neutralisieren kann.

Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass die Regelungen nach dem Vortrag der Klägerin von den Vertragsbeteiligten tatsächlich in der Weise „gelebt“ worden sind, dass die M GmbH ihr Stimmrecht nach Abstimmung mit der Klägerin ausgeübt hat, denn maßgebend ist nach der o.g. Rechtsprechung des BFH, ob sie ihre Rechte auch im Konfliktfall effektiv durchsetzen konnte. Dies ist jedoch – wie vorstehend dargelegt – nicht der Fall. 153

(3) Nichts anderes ergibt sich im Streitfall aus den Generalvollmachten der Klägerin vom 16.3.2000 und der O AG vom 23.1.2003, jeweils zu Gunsten des Herrn D. 154

Die Generalvollmachten bewirken lediglich, dass Herr D für die genannten Gesellschaften im Außenverhältnis eine Vertretungsmacht besaß. Die hier entscheidende Frage, in welchem Umfang der Klägerin Verwaltungsrechte zustanden, und ob sie diese effektiv durchsetzen konnte, wird jedoch nicht durch eine Vertretungsmacht berührt, sondern ist anhand der vertraglichen Regelungen in den Unterbeteiligungsverträgen vom 30.9.2005 zu beurteilen. 155

cc) Schließlich konnte die Klägerin nicht frei über ihre Unter-Unterbeteiligung verfügen. 156

Nach § 4 des Unter-Unterbeteiligungsvertrags waren „Verfügungen der O GmbH über die Unterbeteiligung ... nur im Einvernehmen beider Gesellschafter zulässig“. Ebenso waren nach § 5 des Unterbeteiligungsvertrags zwischen der K GmbH und der M GmbH „Verfügungen der Unterbeteiligten über die Unterbeteiligung ... nur mit Zustimmung der Gesellschafterin zulässig“. 157

Der BFH hat eine Einschränkung der freien Verfügung über die eingeräumte Unterbeteiligung als ein Indiz gegen die Übertragung wirtschaftlichen Eigentums angesehen (BFH-Urteil vom 1.8.2012 IX R 6/11, BFH/NV 2013, 9, Rz. 21). Nach Maßgabe der gesetzlichen Regelung des § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO, wonach es auf die Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über ein Wirtschaftsgut ankommt, erachtet es der Senat als bedeutsam, dass die Klägerin ohne Einvernehmen der M GmbH nicht über die Unterbeteiligung verfügen konnte. Denn hierdurch wurde ihre tatsächliche Herrschaft über ihre Unterbeteiligung erheblich eingeschränkt. Die Regelung in § 4 des Unter-Unterbeteiligungsvertrags führte vielmehr – umgekehrt – dazu, dass die M GmbH als Hauptbeteiligte des Unter-Unterbeteiligungsvertrags auf die Unterbeteiligung der Klägerin einwirken konnte. 158

Dasselbe gilt im Rahmen des mehrstufigen Unterbeteiligungsverhältnisses auch für die Beschränkungen in § 5 des Unterbeteiligungsvertrags zwischen der K GmbH und der M GmbH. Wenn aber die Rechte des Unterbeteiligten auf der höheren Stufe beschränkt sind, so gilt dies ebenso für die Rechte auf der unteren Stufe im Unter-Unterbeteiligungsverhältnis, da der Unter-Unterbeteiligte seine Rechte nur aus dem Verhältnis zur höheren Unterbeteiligten ableitet. 159

c) Die Klägerin kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, der Beklagte habe bereits das wirtschaftliche Eigentum der M GmbH an den Anteilen an der H GmbH aufgrund des Unterbeteiligungsvertrags vom 30.9.2005 mit der K GmbH anerkannt. Da der Unter-Unterbeteiligungsvertrag zwischen der M GmbH und der Klägerin keine substantiellen 160

Unterschiede aufweise, müsse dasselbe auch für die Klägerin gelten.

Der Senat kann dahinstehen lassen, ob er sich einer solchen Sichtweise hinsichtlich des Unterbeteiligungsvertrags zwischen der K GmbH und der M GmbH anschließen könnte. Jedenfalls ergeben sich aus der steuerlichen Würdigung des Unterbeteiligungsvertrags zwischen der K GmbH und der M GmbH keine Folgerungen für den Unter-Unterbeteiligungsvertrag zwischen der M GmbH und der Klägerin, da es sich um unterschiedliche Verträge handelt. 161

4) Die Frage, ob von anderen Grundsätzen auszugehen wäre, wenn es sich bei der M GmbH und der Klägerin um einander nahestehende Personen handeln würde, kann dahinstehen. Alleiniger Gesellschafter der Klägerin ist Herr D, alleiniger Gesellschafter der M GmbH Herr N. Anhaltspunkte für ein Verwandtschaftsverhältnis bestehen nicht. 162

III. 163

Die Klage ist auch mit ihrem Hilfsantrag unbegründet. 164

Entgegen der Auffassung der Klägerin kann als Erlös aus dem Unter-Unterbeteiligungsvertrag mit der M GmbH nicht anstelle des Betrages von 2.090.843 € ein Betrag von 1.115.043 € (2.090.843 € ./. 975.800 €) in Ansatz gebracht werden. 165

Wie oben ausgeführt (unter II.2), stellen die von der M GmbH vereinnahmten Ausschüttungen der H GmbH in Höhe von 975.800 € für die Klägerin weder Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Erlös aus dem Unter-Unterbeteiligungsvertrag noch Anschaffungskosten für die Einräumung der Unterbeteiligung dar, so dass sie nicht gewinnmindernd berücksichtigt werden können. 166

IV. 167

Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO. 168

V. 169

Die Zulassung der Revision beruht auf § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO. Die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung hinsichtlich der Frage einer Zurechnung wirtschaftlichen Eigentums in einem mehrstufigen Unterbeteiligungsverhältnis zu einer Kapitalgesellschaft. 170

... 171