

**Schriftleitung:**

Markus Achatz  
Sabine Kirchmayr-Schiesselberger

**Redaktion:**

Dietmar Aigner  
Gernot Aigner  
Nikolaus Arnold  
Heribert Bach  
Andreas Damböck  
Tina Ehrke-Rabel  
Johann Fischerlehner  
Friedrich Fraberger  
Klaus Hirschler  
Sabine Kanduth-Kristen  
Georg Kofler  
Roman Leitner  
Andreas Sauer  
Niklas Schmidt  
Friedrich Schrenk  
Kurt Schweighart  
Stefan Steiger  
Gerhard Steiner  
Johannes Stipits  
Gerald Toifl

**Top Thema**

## Die Unternehmereigenschaft von Körperschaften öffentlichen Rechts in Österreich

Unternehmenssteuerrecht

### Die Einlage wertgeminderter Beteiligungen in das Betriebsvermögen

### Umsatzsteuerbefreiung von Privatlehrern

Finanzstrafrecht

### Selbstanzeige trotz abgabenrechtlicher Verjährung?

### Die vertretbare Rechtsansicht im Steuerstrafrecht

Legislative WKO

### IRÄG 2010: Allgemeines und Arbeitsrecht



Helwig Aubauer  
Rainer Thomas  
Günter Steinlechner

# Die Einlage wertgeminderter Beteiligungen in das Betriebs- vermögen

*Die Einlage von spekulationsverfangenen Beteiligungen einerseits und steuerverstrickten wesentlichen Beteiligungen iSd § 31*

EStG andererseits wirft interessante Fragen zur Abgrenzung von außerbetrieblichen und betrieblichen Wertänderungen auf. Vor allem bei der Einlage wertgeminderter Beteiligungen erscheint aber die durch das StruktAnpG 2006 geschaffene Differenzierung zwischen diesen beiden Einlagefällen unsachlich und daher verfassungswidrig.

GEORG KOFLER

§ 6 Z 5, §§ 30, 31  
EStGEinlage;  
Betriebsvermögen;  
Wertminderung;  
Beteiligung

## A. Problemstellung

Die Veräußerung außerbetrieblichen Vermögens ist nach § 15 Abs 1 EStG nur in ausdrücklich normierten Fällen steuerrelevant. Dazu gehören Spekulationsgeschäfte iSd § 30 EStG und die Veräußerung wesentlicher Beteiligungen iSd § 31 EStG. Diesfalls sind Veräußerungsüberschüsse steuerpflichtig und Veräußerungsverluste (zumindest) beschränkt ausgleichsfähig. Spekulationsverluste sind – wie bereits im EStG 1972 – nur mit Spekulationsüberschüssen desselben Steuerjahres ausgleichsfähig, Verluste aus der Veräußerung von wesentlichen Beteiligungen waren hingegen bis zum StReformG 1993<sup>1)</sup> überhaupt nicht verwertbar und sind seither ebenfalls nur periodengleich „mit Überschüssen aus anderen Beteiligungsveräußerungen ausgleichsfähig“<sup>2)</sup>.<sup>3)</sup>

Zumal freilich die Einlage von im Privatvermögen gehaltenen Beteiligungen in den betrieblichen Bereich keinen Realisationstatbestand darstellt, bedarf es aber auch einer gesetzgeberischen Entscheidung, wie mit steuerverstrickten (positiven oder negativen) stillen Reserven außerbetrieblicher Beteiligungen im Einlagefall vorzugehen ist. Die gegenwärtige Lösung dieser Fragestellung ist allerdings nicht sachgerecht: Für die Erfassung positiver stiller Reserven ist zwar – wenngleich mit unterschiedlicher Regelungstechnik – für den Fall der Einlage von im Wert gestiegenen, nach §§ 30 oder 31 EStG steuerhängigen Beteiligungen Rechnung getragen, eine gleichermaßen konsistente Regelung für den Fall von im Wert gesunkenen Beteiligungen findet sich allerdings nur für die Einlage wertgeminderter spekulationsverfangener Wirtschaftsgüter, nicht jedoch für die Einlage von wertgeminderten Beteiligungen iSd § 31 EStG.

## B. Einlage von Beteiligungen iSd §§ 30 und 31 EStG

### 1. Rechtslage bis zum StruktAnpG 2006

§ 6 Z 5 EStG 1988 normierte in seiner Stammfassung zwar grundsätzlich eine Bewertung von Einlagen mit dem Teilwert, sah aber – bis zum StruktAnpG 2006<sup>4)</sup> – für spekulationsverfangene Wirtschaftsgüter (zB Beteiligungen) innerhalb von – an den Spekulationsfristen orientierten – „Sperrfristen“ eine Decke-

lung mit den tatsächlichen Anschaffungskosten vor,<sup>5)</sup> während Beteiligungen, deren Veräußerung nach § 31 EStG zu erfassen wäre, „stets mit den Anschaffungskosten anzusetzen“ waren. Die Zielsetzung dieser Einlagebewertung lag darin, dass es durch die Überführung in das Betriebsvermögen nicht zur „Entsteuerung“ von bisher im Privatvermögen nach §§ 30 oder 31 EStG steuerverstrickten stillen Reserven bei im Wert gestiegenen Beteiligungen kommen sollte.<sup>6)</sup>

DDr. Georg Kofler, LL. M. (NYU), ist Universitätsprofessor an der Johannes-Keppler-Universität Linz. Meinem geschätzten akademischen Lehrer Markus Achatz mit den besten Wünschen zum 50er herzlich gewidmet.

- 1) BGBl 1993/818.
- 2) In den Materialien zum StReformG 1993 (ErläutRV 1237 BlgNR 18. GP 54) wurde dies folgendermaßen begründet: „Aus steuersystematischen Gründen soll im Bereich des § 31 das bisherige absolute Verlustausgleichsverbot der Rechtslage nach § 30 angepaßt und in ein relatives Verlustausgleichsverbot umgewandelt werden. Demnach sollen Verluste aus Beteiligungsveräußerungen mit Überschüssen aus anderen Beteiligungsveräußerungen ausgleichsfähig sein. Ein Verlustausgleich mit anderen positiven Einkünften erscheint wegen der Gefahr des Entstehens von Besteuerungslücken nicht angezeigt.“
- 3) Diese Asymmetrie zwischen der Steuerpflicht von Überschüssen und der bloß beschränkten Ausgleichsfähigkeit von Verlusten ist nach der Rsp offenbar nicht verfassungswidrig: Siehe für § 30 Abs 4 EStG den Ablehnungsbeschluss des VfGH 9. 6. 1998, B 822/98, SWK 1998 S 606 (zu § 30 EStG), sowie zustimmend Doralt/Kempf, EStG<sup>7</sup> (2002) § 30 Tz 141, und krit Haslinger, Die Veräußerung von Beteiligungen (2006) 51 ff; s für § 31 Abs 5 EStG das – wenngleich auf der älteren gleichheitsrechtlichen Dogmatik – basierende Erk VfGH 27. 9. 1969, B 57/69 VfSlg 6030/1969 (zu einer Vorgängerbestimmung des § 31 Abs 5 EStG, wonach Verluste aus Beteiligungsveräußerungen überhaupt nicht ausgleichsfähig waren), und dazu krit zB Kirchmayr, Besteuerung von Beteiligererträgen (2004) 401 ff; Haslinger, Die Veräußerung von Beteiligungen (2006) 47 ff.
- 4) BGBl I 2006/100.
- 5) Zu den Problemen der früheren Gesetzesteknik, die auf Zeiträume abstelle und insofern nicht exakt auf § 30 EStG abgestimmt war s zB Lang, GesRZ 1996, 1 (4f), und Zorn in GedS Gassner (2005) 357 (372). Hinzu trat, dass die Begünstigungs- bzw Befreiungsbestimmungen des § 30 EStG (zB für selbst hergestellte Gebäude) für in das Betriebsvermögen eingelegte Wirtschaftsgüter nicht anwendbar waren; dazu Schuchter, GeS 2006, 276 (277).
- 6) ErläutRV 621 BlgNR 17. GP 69 (zum EStG 1988); VwGH 23. 9. 2005, 2002/15/0028 ÖStZB 2006/126, 160 = ecolex 2006/101 m zust Anm Reinisch; VwGH 23. 9. 2005, 2003/15/0105 ÖStZB 2006/312, 400; s auch Zorn, ÖStZ 1989, 5 (6); Vodrazka in FS Stoll (1990) 139 (156 f); Gassner, FJ 1990, 183 (185); Gassner

Kam es umgekehrt zur Einlage wertgeminderter spekulationsverfangener Beteiligungen, war nach dem Gesetzeswortlaut der unter den Anschaffungskosten liegende Teilwert anzusetzen. Während solcherart im Falle der Veräußerung aus dem Privatvermögen aufgrund des Wertverfalls ein – gem § 30 Abs 4 EStG zumindest mit Spekulationsüberschüssen ausgleichbarer – Spekulationsverlust entstanden wäre, ging durch die zwingende Teilwertbewertung dieser außerbetriebliche Verlust aufgrund des Einlagevorgangs verloren.<sup>7)</sup> Systematisch wurde diese Rechtsfolge zwar zur Verhinderung der Verlagerung bloß beschränkt verwertbarer Spekulationsverluste in den betrieblichen Bereich akzeptiert,<sup>8)</sup> jedoch zu Recht Kritik an der Nichtberücksichtigung der bis zur Einlage eingetretenen – und sohin prinzipiell steuerverstrickten – Wertminderungen im Rahmen einer im „Hintergrund“ weitergedachten Anwendung des § 30 EStG geübt.<sup>9)</sup>

Die Sonderregelung für die Einlage wesentlicher Beteiligungen iSd § 31 EStG schien hingegen aufgrund ihres Wortlauts („stets“) nahezulegen, dass es – abweichend von der Einlage spekulationsverfangener Wirtschaftsgüter – zu einer „Überführung“ nicht nur der positiven stillen Reserven, sondern auch der bisher nur im Rahmen des § 31 Abs 5 EStG nutzbaren Verluste in den betrieblichen Bereich kommen sollte; in diesem Sinne sprachen auch die Materialien davon, dass „Beteiligungen gemäß § 31 [...] jedenfalls mit den Anschaffungskosten anzusetzen“ waren.<sup>10)</sup> Von der österreichischen Verwaltungspraxis,<sup>11)</sup> hL<sup>12)</sup> und Rsp<sup>13)</sup> wurde die Bestimmung des § 6 Z 5 EStG allerdings seit jeher teleologisch auf jene Fälle reduziert, in denen der Teilwert der einzulegenden Beteiligung nicht niedriger als die tatsächlichen Anschaffungskosten war. Begründet wurde diese Konsequenz einer Teilwerteinlage wertgeminderter Beteiligungen im Wesentlichen mit der ansonsten unsachlichen Beserstellung gegenüber der Einlage spekulationsverfan-

in *Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe* (Hrsg), Praxisfragen der Bilanzierung (1991) 33 (66); *Gassner* in *Gassner/Lechner* (Hrsg), Steuerbilanzreform und Verfassungsrecht (1991) 187 (194); *Bertl/Fraberger*, RWZ 1995, 351 (352); *Lang*, GesRZ 1996, 1 (4); *Zorn* in GedS Gassner (2005) 357 (372); *Zorn*, RdW 2005/795, 715 (715); *Schuchter*, GeS 2006, 276 (277).

7) Krit *Zorn* in GedS Gassner (2005) 357 (373); *Zorn*, RdW 2005/795, 715 (715).

8) *Zorn*, ÖStZ 1989, 5 (8); *Schuchter*, GeS 2006, 276 (277); *Laudacher* in *Jakom*<sup>3</sup> (2010) § 6 Rz 136 (zur Einlage wesentlicher Beteiligungen iSd § 31 EStG).

9) Siehe zB *Zorn* in GedS Gassner (2005) 357 (373); *Zorn*, RdW 2005/795, 715 (716); s auch *Fritz-Schmied*, taxlex 2006, 524 (524 ff); *Kanduth-Kristen* in *Jakom*<sup>3</sup> (2010) § 30 Rz 23.

10) ErläutRV 621 BlgNR 17. GP 69 (zum EStG 1988).

11) Rz 2493 EStR 2000 (Stammfassung, AÖF 2000/232): „Diese Beteiligungen sind gemäß § 6 Z 5 EStG 1988 letzter Satz stets mit den Anschaffungskosten zu bewerten. Zur Vermeidung der Verlagerung eines außerbetrieblichen Wertverlustes in den Betrieb sind jedoch Beteiligungen, deren Teilwert unter den Anschaffungskosten liegt, mit dem niedrigeren Teilwert anzusetzen.“

12) *Zorn*, ÖStZ 1989, 5 (8); *Quantschnigg/Schuch*, ESt-HB (1993) § 6 Rz 208; *Doralt/Mayr*, EStG<sup>6</sup> (2001) § 6 Tz 373 f; aA *Bruckner/Zöchling*, FJ 1989, 121 (124); *Lang*, GesRZ 1996, 1 (12); krit auch *Zorn* in GedS Gassner (2005) 357 (373); *Zorn*, RdW 2005/795, 715 (716).

13) VwGH 23. 9. 2005, 2002/15/0028 ÖStZB 2006/126, 160 = ecolex 2006/101 m zust Anm *Reinisch*.

gener Wirtschaftsgüter.<sup>14)</sup> Die österreichische Auslegung hat damit auch einen anderen Weg als die deutsche Rsp bestritten: Diese ist lückenschließend für den Fall der Einlage einer wertgeminderten Beteiligung von der Bewertung mit den Anschaffungskosten aus gegangen,<sup>15)</sup> was freilich auch vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass nach deutschem Recht Verluste aus der Veräußerung von wesentlichen Beteiligungen aus dem Privatvermögen uneingeschränkt ausgleichsfähig waren.<sup>16)</sup>

## 2. Rechtslage seit dem StruktAnpG 2006

An der Rechtslage vor dem StruktAnpG 2006 wurde wiederholt Kritik geübt, zumal das Gesetz insofern über seine deklarierte und systematisch gerechtfertigte Zielsetzung hinausging, als eine innerhalb der Spekulationsfrist im Privatvermögen eingetretene Wertsteigerung nach dem Einlagevorgang auch dann noch im Betriebsvermögen steuerhängig blieb, wenn zB die Veräußerung aus dem Betriebsvermögen nicht innerhalb der Spekulationsfrist erfolgt war; in der Privatsphäre angeschaffte und später eingelegte Beteiligungen wurden dadurch sachwidrig so behandelt, als wären sie von Anfang an im Betrieb angeschafft worden.<sup>17)</sup> Das angestrebte Ziel wäre daher nach hA effizienter und sachgerechter durch eine Nachholung der Besteuerung im Rahmen des § 30 EStG bei Veräußerung eingelegter Wirtschaftsgüter zu erreichen gewesen.<sup>18)</sup> Das StruktAnpG 2006 hat diese Kritik aufgegriffen:<sup>19)</sup> Seither sind nach § 6 Z 5 EStG auch Einlagen spekulationsverfangener Wirtschaftsgüter

14) VwGH 23. 9. 2005, 2002/15/0028 ÖStZB 2006/126, 160 = ecolex 2006/101 m zust Anm *Reinisch*; in diese Richtung auch *Doralt/Mayr*, EStG<sup>6</sup> (2001) § 6 Tz 374; krit jedoch im Hinblick auf die – seit dem StReformG 1993 mögliche – beschränkte Verlustausgleichsmöglichkeit auch im Rahmen des § 31 EStG *Lang*, GesRZ 1996, 1 (12).

15) Siehe BFH 25. 7. 1995, VIII R 25/94, BFHE 178, 418, BStBl 1996 II 684, und BFH 2. 9. 2008, X R 48/02, BFHE 223, 22, BStBl 2010 II 162 = DStR 2008, 2211 m Anm *Hoffmann*. Allerdings hat sich der BFH auch gegen eine sofortige Teilwertabschreibung eingelegter, wertgeminderter Beteiligungen ausgesprochen; vielmehr setze sich die besondere Gewinnermittlungstechnik des § 17 dEStG auch in der Zeit des Betriebsvermögensvergleichs fort; dazu BFH 2. 9. 2008, X R 48/02, BFHE 223, 22, BStBl 2010 II 162 = DStR 2008, 2211 m Anm *Hoffmann*.

16) Dazu auch *Rief*, RdW 1996, 391 (391 f). Zur Diskussion über die weitere Anwendung dieser Rsp aufgrund gewisser, seit 1996 bestehender Verlustausgleichseinschränkungen (§ 17 Abs 2 Satz 6 dEStG) s BFH 2. 9. 2008, X R 48/02, BFHE 223, 22, BStBl 2010 II 162, wo diese Frage allerdings offen gelassen werden konnte.

17) Krit und zT mit verfassungsrechtlichen Bedenken zB *Gassner*, FJ 1990, 183 (185); *Gassner* in *Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe* (Hrsg), Praxisfragen der Bilanzierung (1991) 33 (66); *Gassner* in *Gassner/Lechner* (Hrsg), Steuerbilanzreform und Verfassungsrecht (1991) 187 (194); *Lang*, GesRZ 1996, 1 (5); *Schuchter*, GeS 2006, 276 (277); *Fritz-Schmied*, taxlex 2006, 524 (524 ff); *Kanduth-Kristen* in *Jakom*<sup>3</sup> (2010) § 30 Rz 23; ebenso bereits zum früheren Recht *Beiser*, ÖStZ 1985, 146 (146 ff).

18) Siehe zu derartigen Vorschlägen *Gassner* in *Gassner/Lechner* (Hrsg), Steuerbilanzreform und Verfassungsrecht (1991) 187 (194); *Doralt/Mayr*, EStG<sup>6</sup> (2001) § 6 Tz 368 und Tz 372; *Zorn* in GedS Gassner (2005) 357 (372 f); *Zorn*, RdW 2005/795, 715 (715).

19) Dazu ErläutRV 1434 BlgNR 22. GP 5 (zum StruktAnpG 2006), wonach die Neuregelung für den Steuerpflichtigen insoweit vorteilhaft sei, „als – anders als bisher – im Fall einer Veräußerung nach Ablauf der Spekulationsfrist nur mehr die betrieblich zugewachsenen stillen Reserven versteuert werden müssen und nicht mehr auch die (mangels

mit deren Teilwert im Zeitpunkt der Zuführung anzusetzen, wobei § 30 Abs 1 Z 3 EStG bei Veräußerungen die außerbetriebliche Wertänderung bis zur Einlage den Spekulationseinkünften zuordnet.<sup>20)</sup> Die Neuregelung des § 30 Abs 1 Z 3 EStG steht somit in enger Verbindung mit § 6 Z 5 EStG und sieht im Rahmen eines einheitlichen, innerhalb der Spekulationsfristen getätigten Veräußerungsvorgangs eine gleichzeitige Erfassung von Spekulationseinkünften neben betrieblichen Einkünften vor.<sup>21)</sup>

Technisch wird diese Abgrenzung in § 30 Abs 1 Z 3 EStG dadurch erreicht, dass als Spekulationsgeschäfte auch Veräußerungsgeschäfte über zu einem Betriebsvermögen gehörende Wirtschaftsgüter innerhalb der Spekulationsfrist anzusehen sind, „soweit der Unterschiedsbetrag gemäß Abs 4 EStG nicht als betriebliche Einkünfte zu erfassen ist“. In teleologischer Ausdehnung dieses Wortlauts gehen die EStR 2000 sachgerecht davon aus, dass sich die Spekulationseinkünfte grundsätzlich aus der Differenz zwischen Anschaffungskosten und (höherem oder niedrigerem) Teilwert im Zeitpunkt der Einlage ergeben: Zunächst ist der Unterschiedsbetrag nach § 30 Abs 4 EStG zu ermitteln, danach hat – bezogen auf Beteiligungen – ein Abzug eines betrieblichen „Veräußerungsgewinns“ bzw die Hinzurechnung eines betrieblichen „Veräußerungsverlustes“ zu erfolgen.<sup>22)</sup> Diese Vorgehensweise ist innerhalb der Spekulationsfrist überzeugend: Der Einlagefall wird im Ergebnis – wenngleich zeitverschoben – so behandelt, als hätte der Steuerpflichtige die spekulationsverfangene Beteiligung aus dem Privatvermögen zum Teilwert veräußert und sie gleichzeitig zum Teilwert wieder im Betriebsvermögen angeschafft. Praktisch bedeutet dies:

- Bei einer Veräußerung während der Spekulationsfrist werden vor der Einlage eingetretene Wertsteigerungen – also die Differenz zwischen dem Teilwert und den niedrigeren Anschaffungskosten – als (positive) Spekulationseinkünfte nach § 30 Abs 1 Z 4 EStG erfasst,<sup>23)</sup> und zwar unabhängig von der nach der Einlage eingetretenen (positiven oder negativen) Wertentwicklung.<sup>24)</sup>
- Umgekehrt kommt es bei der Einlage mit dem gegenüber den Anschaffungskosten niedrigeren Teilwert im Spekulationsfall im Ergebnis stets zur Erfassung der vor der Einlage eingetretenen Wertminderung – also der Differenz zwischen den Anschaffungskosten und dem niedrigeren Teilwert – als (negative) Spekulationseinkünfte,<sup>25)</sup> die sodann gem § 30 Abs 4 EStG (nur) mit anderen positiven Spekulationseinkünften ausgleichsfähig sind.<sup>26)</sup>

Bei der Bewertung von Einlagen wesentlicher Beteiligungen iSd § 31 EStG hat das StruktAnpG 2006 hingegen keine inhaltliche, aber eine textuelle Änderung herbeigeführt, zumal der schon bisher von der hA vertretenen teleologischen Reduktion im Gesetzeswortlaut ausdrücklich Rechnung getragen wurde:<sup>27)</sup> Abweichend vom Grundsatz der Teilwertbewertung sind seither gem § 6 Z 5 Satz 2 EStG „Beteiligungen, deren Veräußerung nach § 31 zu erfassen wäre, [...] stets mit den Anschaffungskosten anzusetzen, wenn diese niedriger als der Teilwert im Einlagezeitpunkt sind“. Durch diese Regelung werden somit eine Ver-

lagerung von außerbetrieblichen „Verlusten“ in den betrieblichen Bereich weiterhin absolut verhindert,<sup>28)</sup> ohne dass eine zur Einlage spekulationsverfangener Wirtschaftsgüter parallele Regelung der Abgrenzung außerbetrieblicher und betrieblicher Wertänderungen implementiert worden wäre.

## C. Kritik und Folgerungen

Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz lässt nur sachlich gerechtfertigte Differenzierungen des Gesetzgebers zu; es ist somit bei einer rechtlichen Differenzierung zu fragen, ob die jeweils erfassten Sachverhalte so unterschiedlich sind, dass sie die unterschiedlichen Rechtsfolgen zu „tragen“ vermögen.<sup>29)</sup> Bezogen auf die divergierende Behandlung der Einlage von steuerverstrickten Beteiligungen ist dies mE klar zu verneinen: Erst seit dem StruktAnpG 2006 differenziert das Gesetz deutlich zwischen der Einlage spekulationsverfangener Wirtschaftsgüter iSd § 30 EStG und der Einlage wesentlicher Beteiligungen iSd § 31 EStG: Während es bei §-30-EStG-Beteiligungen zu einer im „Hintergrund“ weiterlaufenden außerbe-

einer Aufwertungsmöglichkeit nach Ablauf der Spekulationsfrist) vor dem Einlagezeitpunkt eingeretretenen Wertsteigerungen“.

20) Siehe zur Neuregelung zB Rz 6619 a f EStR 2000; weiters zB *Mayr, RdW* 2006/239, 245 (247); *Schuchter, GeS* 2006, 276 (277 ff); *Fritz-Schmied, taxlex* 2006, 524 (524 ff); *D. Aigner* in *GedS Köglberger* (2008) 27 (39); *Fritz-Schmied* in *Urnik/Fritz-Schmied* (Hrsg), *Jahrbuch Bilanzsteuerrecht* 2008 (2008) 71 (72 ff). Die Neuregelung des § 30 Abs 1 Z 3 EStG gilt erstmals für ab 2007 getätigte Veräußerungsgeschäfte (§ 124 b Z 134 EStG). Da nach der – gem § 124 b Z 134 EStG – bis Ende 2006 geltenden, „alten“ Einlagerregelung ein gegenüber den Anschaffungs- oder Herstellungskosten höherer Teilwert ohnedies nicht angesetzt werden durfte, kann es bei Alteinlagen und höherem Teilwert im Einlagezeitpunkt keine außerbetrieblichen Wertsteigerungen gegeben haben. Bei der Einlage mit dem gegenüber den Anschaffungs- oder Herstellungskosten niedrigeren Teilwert kommt es im Spekulationsfall ab 2007 hingegen bereits zu einer nachträglichen Berücksichtigung der bis zur Einlage eingetretenen Wertminderung. Siehe dazu Rz 6619 b EStR 2000 und *Kanduth-Kristen* in *Jakom*<sup>3</sup> (2010) § 30 Rz 25.

21) ErläutRV 1434 BlgNR 22. GP 6 (zum StruktAnpG 2006). Zuvor war § 30 EStG bei der Veräußerung von Betriebsvermögen nur insoweit relevant, als es sich um die Veräußerung von Grund und Boden bei der Gewinnermittlung nach § 4 Abs 1 oder 3 EStG handelte; s dazu VwGH 25. 2. 2003, 2000/14/0017 ÖStZB 2003/421 = *ecolex* 2003/230, 549 m Anm *Kofler*.

22) Siehe Rz 6619 a EStR 2000 und deutlich auch Rz 2484 c EStR 2000; weiters *Fritz-Schmied* in *Urnik/Fritz-Schmied* (Hrsg), *Jahrbuch Bilanzsteuerrecht* 2008 (2008) 71 (74 ff); *Kanduth-Kristen* in *Jakom*<sup>3</sup> (2010) § 30 Rz 24. Durch diese Auslegung kann es somit auch dann zu (positiven oder negativen) Spekulationseinkünften kommen, wenn es keinen Unterschiedsbetrag iSd § 30 Abs 4 EStG gibt, was freilich mit dem Wortlaut des § 30 Abs 1 Z 3 EStG nur schwer vereinbar erscheint (s auch *Fritz-Schmied, taxlex* 2006, 524 [525 ff]), aber Sinn und Zweck der Vorschrift entspricht und die Unzulänglichkeiten des Wortlauts korrigiert (ebenso *Fritz-Schmied* in *Urnik/Fritz-Schmied* (Hrsg), *Jahrbuch Bilanzsteuerrecht* 2008 [2008] 71 [72 ff]).

23) Deutlich Rz 2484 c EStR 2000.

24) Siehe auch das Beispiel in Rz 6619 a EStR 2000.

25) Rz 2484 c EStR 2000 und Rz 6619 a EStR 2000; *Kanduth-Kristen* in *Jakom*<sup>3</sup> (2010) § 30 Rz 24.

26) Rz 6665 EStR 2000.

27) Siehe ErläutRV 1434 BlgNR 22. GP 5 (zum StruktAnpG 2006).

28) Rz 2493 EStR 2000; *Laudacher* in *Jakom*<sup>3</sup> (2010) § 6 Rz 136.

29) Siehe nur *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, *Bundesverfassungsrecht*<sup>10</sup> (2007) Rz 1356 ff mN.

trieblichen Spekulationsbesteuerung im Hinblick auf die – positive oder negative – Wertveränderung bis zur Einlage kommt, ist bei §-31-EStG-Beteiligungen eine zwingende Überführung steuerverfangener positiver stiller Reserven in den betrieblichen Bereich vorgesehen, während ein inhärenter außerbetrieblicher Verlust durch die Teilwertbewertung zwingend verloren geht.<sup>30)</sup> Diese augenscheinliche Ungleichbehandlung wird deutlich, wenn man die steuerliche Behandlung der Einlage spekulationsverfangener Beteiligungen mit jener der Einlage von Beteiligungen iSd § 31 EStG in verschiedenen Sachverhaltsvarianten vergleicht (s Tabelle 1).

Ein sachlicher Grund für diese Unterscheidung ist nicht ersichtlich. Auch aus den Gesetzesmaterialien zum StruktAnpG 2006 lässt sich nicht erschließen, warum das für die Einlage spekulationsverfangener Wirtschaftsgüter in § 30 Abs 1 Z 3 EStG eingeführte System der Abgrenzung von betrieblichen und außerbetrieblichen Wertänderungen nicht gleichermaßen auf Fälle der Einlage von wesentlichen Beteiligungen iSd § 31 EStG ausgedehnt wurde, obwohl in beiden Fällen ein paralleles Regelungsproblem besteht.<sup>31)</sup> Die Materialien weisen hier lediglich darauf hin, dass „[d]ie Änderung im Bezug auf die Einlage von Beteiligungen [...] der Rechtsprechung des VwGH (Erk vom 23. 9. 2005, 2002/15/0028) sowie der Verwaltungspraxis zur bisherigen Rechtslage“ entspreche. Dies trifft zwar zu, doch darf nicht übersehen werden, dass die vom VwGH judizierte teleologische Reduktion va auf folgender Überlegung basierte: Da es nach der Rechtslage vor dem StruktAnpG 2006 nach dem klaren Wortlaut des § 6 Z 5 EStG bei der Einlage spekulationsverfangener Beteiligungen bei einem unter den Anschaffungskosten liegenden Teilwert zwingend zu einer Bewertung mit dem Teilwert kam, wäre es „unsachlich, in der Privatsphäre eingetretene Wertverluste bei der Einlage spekulationsverfangener Beteiligungen anders zu behandeln als bei der Einlage nach § 31 EStG 1988 zu erfassender Beteiligungen“.<sup>32)</sup>

Damit liegt freilich auf der Hand, dass die durch das StruktAnpG 2006 geänderte Rechtslage hinsicht-

lich der Einlage spekulationsverfangener Wirtschaftsgüter auch den für die Gleichheitsprüfung heranziehenden Sachlichkeitsmaßstab verändert hat: Seit her ist es mE jedenfalls nicht mehr gerechtfertigt, wenn die Einlage von §-31-EStG-Beteiligungen vom Gesetzgeber anders behandelt wird als jene von spekulationsverfangenen Wirtschaftsgütern. Sachrecht wäre es daher nur, wenn – wie seit dem StruktAnpG 2006 bei der Einlage spekulationsverfangener Wirtschaftsgüter – im Falle einer Veräußerung, die – wenn Privatvermögen unterstellt wird – nach § 31 EStG steuerlich zu erfassen wäre, im Ergebnis ergänzend auch ein Verlust aus einer Veräußerung nach § 31 EStG angesetzt würde.<sup>33)</sup> Da dies nach dem (nunmehr) klaren Wortlaut des § 6 Z 5 Satz 2 iVm § 31 Abs 6 EStG nicht möglich ist, erweist sich die gegenwärtige Rechtslage als verfassungswidrig.

30) Siehe auch *Fritz-Schmied* in *Urnik/Fritz-Schmied* (Hrsg), Jahrbuch Bilanzsteuerrecht 2008 (2008) 71 (77). Nicht gänzlich geklärt ist, wie die Einlage einer §-31-EStG-Beteiligung innerhalb der Spekulationsfrist zu bewerten ist. Aufgrund der Subsidiaritätsanordnung des § 31 Abs 6 EStG wäre die Veräußerung nicht nach § 31 EStG (sondern nach § 30 EStG) zu erfassen, was nach dem Wortlaut des § 6 Z 5 EStG zu einer zwingenden Teilwerteinlage führen würde; so auch *Laudacher* in *Jakom*<sup>2</sup> (2009) § 6 Rz 137; ebenso zum früheren Recht auch *Zorn*, ÖStZ 1989, 5 (8), und *Lang*, GesRZ 1996, 1 (12); aa *Hofstätter/Zorn* in *Hofstätter/Reichel*, EStG<sup>38</sup> (2006) § 6 Z 5 Rz 36, wonach „[a]us Gründen der Systematik und Teleologie, nämlich die Bemessungsgrundlage, die (auch bei einer Veräußerung nach Ablauf der Spekulationsfrist) im Privatvermögen nach § 31 zu erfassen wäre, nicht zu schmälern, [...] auch in diesen Fällen die Bewertung nach dem letzten Satz des § 6 Z 5 zu erfolgen haben“ werde.

31) Siehe zB *Hofstätter/Zorn* in *Hofstätter/Reichel*, EStG<sup>38</sup> (2006) § 6 Z 5 Rz 39. Auch die Materialien zur Einführung eines beschränkten Verlusttausgleichs im Rahmen des § 31 EStG durch das StReformG 1993 verweisen ausdrücklich auf die Anpassung an den Verlusttausgleich bei § 30 EStG „[a]us steuersystematischen Gründen“; s ErläutRV 1237 BlgNR 18. GP 54 (zum StReformG 1993).

32) VwGH 23. 9. 2005, 2002/15/0028 ÖStZB 2006/126, 160 = ecolex 2006/101 m zust Ann *Reinisch*, uHa *Zorn*, ÖStZ 1989, 5 (8).

33) Ebenso *Hofstätter/Zorn* in *Hofstätter/Reichel*, EStG<sup>38</sup> (2006) § 6 Z 5 Rz 39, und *Fritz-Schmied* in *Urnik/Fritz-Schmied* (Hrsg), Jahrbuch Bilanzsteuerrecht 2008 (2008) 71 (77 f), sowie zur Rechtslage vor dem StruktAnpG 2006 bereits *Zorn* in GedS *Gassner* (2005) 357 (373); *Zorn*, RdW 2005/795, 715 (716).

	Anschaf-fungs-kosten	Teilwert bei Einlage	Veräuße-rungs-erlös	Unter-schieds-betrag iSd § 30 Abs 4 bzw § 31 Abs 3 EStG	Einkünfte bei Veräußerung einer eingelegten spekulationsverfan-genen Beteiligung iSd § 30 EStG in der Spekulationsfrist			Einkünfte bei Veräußerung einer eingelegten wesentlichen Beteili-gung iSd § 31 EStG		
					Betriebli-che Einkünfte	Ein-künfte iSd § 30 EStG	Gesamt-einkünfte	Betriebli-che Einkünfte	Ein-künfte iSd § 31 EStG	Gesamt-einkünfte
1	100	120	140	40	20	20	40	40	–	40
2	100	120	100	0	–20	20	0	0	–	0
3	100	120	80	–20	–40	20	–20	–20	–	–20
4	100	80	120	20	40	–20	20	40	–	40
5	100	80	100	0	20	–20	0	20	–	20
6	100	80	60	–40	–20	–20	–40	–20	–	–20

Tabelle 1

SCHLUSSSTRICH

Während für den Fall der Einlage spekulationsverfanger Beteiligungen seit dem StruktAnpG 2006 eine Trennung zwischen betrieblichen und außerbetrieblichen Wertänderungen besteht, geben im Falle wesentlicher Beteiligungen iSd § 31 EStG im Privatvermögen eingetretene Wertminderungen bei der Einlage steuerlich zwingend verloren. Diese Differenzierung erscheint verfassungswidrig.