

PROF. DR. JOHANNA HEY

Direktorin des Instituts für Steuerrecht

Universität zu Köln

Stellungnahme

zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf

**eines Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur
Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft
und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG)“**

(BT-Drucks. 16/2710; BR-Drucks. 542/06)

anlässlich der öffentlichen Anhörung

im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages

am 18. Oktober 2006

Inhalt

A.	Zu den Zielsetzungen des Gesetzentwurfs.....	2
B.	Europarechtliche Beurteilung des Gesetzentwurfs	3
I.	Europarechtskonformer Besteuerungsaufschub bei Wegzug innerhalb EU/ EWR-Raum durch § 6 AStG-E und weitergehender Reformbedarf des AStG	3
II.	Europarechtswidrige Sofortversteuerung bei Überführung von Einzelwirtschaftsgütern und Sitzverlegung	5
	1. Festhalten an Sofortversteuerung trotz massiver Kritik am Referentenentwurf unverständlich.....	5
	2. Ausmaß der Benachteiligung grenzüberschreitender Sachverhalte.....	5
	3. Keine tragfähigen Rechtfertigungsgründe.....	6
	4. Erhebliche haushaltsrechtliche Risiken	8
C.	Europäisierung des subjektiven Anwendungsbereichs des Umwandlungs- steuerrechts statt Globalisierung problematisch im Hinblick auf die Unternehmenssteuerreform 2008.....	9
D.	Einzelfragen Umwandlungssteuergesetz-Entwurf.....	11
I.	Einheitliche Neukonzeption und Systemwechsel bei der Besteuerung einbringungsgeborener Anteile sind zu begrüßen.....	11
II.	Untergang des Verlustvortrags im Fall der Verschmelzung europarechtlich nicht erforderlich.....	12
III.	Verfehlte Missbrauchsklausel in § 26 UmwStG-E.....	14
E.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	15

A. Zu den Zielsetzungen des Gesetzentwurfs

Die stetige **Zunahme grenzüberschreitender wirtschaftlicher Betätigung und Unternehmenstransaktionen** begründet ein erhebliches Bedürfnis, steuerliche Hindernisse grenzüberschreitender Umstrukturierungen zu beseitigen. Die Besteuerung stiller Reserven allein aufgrund eines Grenzübertritts wirkt in vielen Fällen prohibitiv, weil der Steuerpflichtige ohne Veräußerungsakt nicht über die zur Zahlung der Steuer erforderliche Liquidität verfügt, so dass **wirtschaftlich sinnvolle grenzüberschreitende Umstrukturierungen unterbleiben** oder auf Umwegen erreicht werden müssen.

Innerhalb Europas ist der Gesetzgeber zudem **rechtlich** zur Öffnung des bisher mit wenigen Ausnahmen binnenwirtschaftlich orientierten Umwandlungssteuerrechts **verpflichtet**. Nachdem in jüngster Zeit durch die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft (VO Nr. 2157/2001 v. 8. 10. 2001, ABl. 2001, Nr. L 294, 1), die gesellschaftsrechtliche Verschmelzungsrichtlinie (EG-RL 2005/56/EG, ABl. 2005, Nr. L 310, 1) sowie die Rechtsprechungstätigkeit des Europäischen Gerichtshofs (insbesondere EuGH v. 13. 12. 2005 Rs. C-411/03 – Sevic) die gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen für grenzüberschreitende Umstrukturierungen innerhalb Europas geschaffen wurden, müssen nun auch die steuerlichen Hindernisse beseitigt werden. Zum einen hat der Gesetzgeber die **Fusionsrichtlinie** in ihrer geänderten Fassung vom 17. 2. 2005 (RL 2005/19/EG, ABl. 2005, Nr. L 58, 19) umzusetzen, was bisher für den Bereich der Verschmelzung unterblieben war. Zum anderen hat der **Europäische Gerichtshof** in der Rechtssache X und Y (EuGH v. 21. 11. 2002 Rs. C-436/00) ein generelles Verbot der Schlechterstellung grenzüberschreitender Umwandlungen aufgestellt. Weitere Vorgaben für die Besteuerung stiller Reserven bei Wegzug enthalten – allerdings bisher nur für die Wohnsitzverlegung natürlicher Personen – die Rechtssachen Hughes de Lasteyrie du Saillant (EuGH v. 11. 3. 2004 Rs. C-9/02) und „N“ (EuGH v. 7. 9. 2006 Rs. C-470/04).

Insofern ist sind die **Zielsetzungen des vorliegenden Gesetzentwurfs**

- Beseitigung steuerlicher Hemmnisse der grenzüberschreitenden Reorganisation von Unternehmen

- Konsequente Sicherung des deutschen Besteuerungsrechts im Rahmen der Vorgaben des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts

sehr zu begrüßen.

Das **zentrale Problem**, das sich dem Gesetzgeber dabei gestellt hat, liegt darin, einerseits sicherzustellen, dass Deutschland entsprechend dem international anerkannten Grundsatz der Besteuerung nach dem Territorialitätsprinzip (vgl. insb. EuGH v. 15. 5. 1997 Rs. C-250/95 – Futura/Singer) das Steueraufkommen aus den unter seiner Jurisdiktion erwirtschafteten stillen Reserven behält, andererseits eine Besteuerung *allein* aufgrund des Grenzübertretts zu vermeiden. Grundsätzlich bedürfte es hierzu eines abgestimmten Regelungskonzepts und der Zusammenarbeit der am Besteuerungsvorgang beteiligten Staaten. Die Reform des Umwandlungssteuerrechts macht einmal mehr die **Dringlichkeit einer begrenzten Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts** innerhalb der Europäischen Union deutlich. Indes zwingt das Primärrecht die Mitgliedstaaten auch ohne derartige Rahmenbedingungen zur Gewährleistung der Grundfreiheiten bei grenzüberschreitenden Unternehmenstransaktionen.

Vor diesem Hintergrund ist es **höchst bedenklich**, dass der Gesetzentwurf nicht nur in zahlreichen Punkten hinter dem für eine sinnvolle steuerliche Liberalisierung grenzüberschreitender Unternehmenstransaktionen zurückbleibt und damit **das selbst gesetzte Ziel verfehlt**, sondern zum Teil schwerwiegende Verstöße gegen die europarechtlichen Vorgaben beinhaltet, von denen **erhebliche haushaltsrechtliche Risiken** ausgehen.

B. Europarechtliche Beurteilung des Gesetzentwurfs

I. Europarechtskonformer Besteuerungsaufschub bei Wegzug innerhalb EU/EWR-Raum durch § 6 AStG-E und weitergehender Reformbedarf des AStG

Uneingeschränkt zu begrüßen ist zunächst, dass der Gesetzentwurf mit der Reform der Wegzugsbesteuerung des § 6 AStG die Konsequenzen aus den EuGH-Rechtssachen Hughes de Lasteyrie du Saillant (EuGH v. 11. 3. 2004 – Rs. C-9/02) und „N“ (EuGH v. 7. 9. 2006 – Rs. C-470/04) sowie dem gegen die Bundesrepublik Deutschland angestregten

Vertragsverletzungsverfahren zieht. Der EuGH hat in der Rechtssache „N“ noch einmal sehr deutlich gemacht, welche Anforderungen an eine europarechtskonforme Regelung zu stellen sind. Diesen entspricht der vorliegende Entwurf. So hat der Gerichtshof ausdrücklich Maßnahmen zur Sicherung des Besteuerungsanspruchs des Wegzugsstaates akzeptiert, auch wenn diese Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen erforderlich machen, die bei einem rein inländischen Umzug nicht verlangt werden. In § 6 Abs. 6 AStG-E kommt der Gesetzgeber zudem der Pflicht (EuGH v. 7. 9. 2006 Rs. C-470/04 „N“ Tz. 54) nach, später gegenüber der Bewertung im Wegzugszeitpunkt eingetretene Wertminderungen zu berücksichtigen.

Lediglich Einzelformulierungen sind zu hinterfragen. So ist der materielle Gehalt von § 6 Abs. 5 Satz 3, wonach die Stundung voraussetzt, „dass die Amtshilfe und die gegenseitige Unterstützung bei der Beitreibung der geschuldeten Steuer zwischen der Bundesrepublik Deutschland und diesem (dem Zuzugs)Staat gewährleistet ist“. Hiervon ist nach Auffassung des EuGH im Anwendungsbereich von Amtshilfe- und Beitreibungsrichtlinie (Richtlinie 77/799/EWG und Richtlinie 76/308/EWG) stets auszugehen, so dass eine gesonderte Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals im Verhältnis zu anderen EU-Staaten unzulässig wäre (s. insofern zutreffend die Klarstellung in der Gesetzesbegründung, S. 87).

Mit der Anpassung der Wegzugsbesteuerung an die Vorgaben der EuGH-Rechtsprechung ist der **europarechtliche Reformbedarf des Außensteuergesetzes** aber keineswegs erschöpft. Der Gesetzgeber wird nach den unmissverständlichen Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache **Cadbury Schweppes** (EuGH v. 12. 9. 2006 – Rs. C-196/04) das Außensteuergesetz insgesamt, insbesondere die **Hinzurechnungsbesteuerung der §§ 7 ff. AStG**, grundlegend überarbeiten müssen. Die Möglichkeiten, eine Verlagerung von Steuersubstrat in niedriger besteuerte Mitgliedstaaten durch Finanzierungsgestaltungen mit den Mitteln des Außensteuergesetzes zu bekämpfen, sind durch die Cadbury Schweppes-Entscheidung auf reine Missbrauchsfälle („Briefkastengesellschaften“) beschränkt. Auch an dieser Stelle wird die **Dringlichkeit eines wettbewerbsfähigen nationalen Unternehmenssteuerrechts** einerseits, die **aktive Mitarbeit der Bundesrepublik Deutschland an europäischen Lösungen** andererseits deutlich.

Im Widerspruch hierzu verschärft die vorgesehene Neufassung von § 10 Abs. 3 Satz 4 AStG-E die Hinzurechnungsbesteuerung hinsichtlich der Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags. Von der Regelung **ist abzusehen**.

II. Europarechtswidrige Sofortversteuerung bei Überführung von Einzelwirtschaftsgütern und Sitzverlegung

1. Festhalten an Sofortversteuerung trotz massiver Kritik am Referentenentwurf unverständlich

Nachdem der Gesetzgeber in § 6 AStG-E den europarechtlich richtigen Weg des Besteuerungsaufschubs beschritten hat, ist es **umso unverständlicher**, warum für die Überführung von Einzelwirtschaftsgütern (§ 4 Abs. 1 Satz 3 und 4 iVm § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1, 2. Halbsatz EStG-E) und die Sitzverlegung (§ 12 Abs. 2 KStG-E) ohne europarechtlich tragfähige Rechtfertigung eine Sofortversteuerung angeordnet wurde. Damit fällt der Entwurf des SEStEG bezüglich der Überführung von Einzelwirtschaftsgütern in eine Auslandsbetriebsstätte noch hinter den derzeitigen **Rechtsstand des Betriebsstättenerlasses** (BMF v. 24. 12. 1999, BStBl. I 1999, 1976 Tz. 2.6.1) zurück.

Bereits nach Bekanntwerden des Referentenentwurfs ist im Schrifttum auf die schwerwiegenden **europarechtlichen Bedenken** hingewiesen worden. Dass der Regierungsentwurf trotzdem an dem Sofortversteuerungskonzept festhält, ist nicht nachvollziehbar. Zwar hat der Europäische Gerichtshof bisher nur über die Wegzugsbesteuerung der von natürlichen Personen gehaltenen Anteilswerte entschieden. Indes sind keine Gründe ersichtlich, die einer Übertragung dieser Rechtsprechung auf betriebliche Verbringungsverfahren und Sitzverlegungen entgegenstünden. Damit geht der Gesetzgeber ein **erhebliches europarechtliches Risiko** ein.

2. Ausmaß der Benachteiligung grenzüberschreitender Sachverhalte

Entgegen der Gesetzesbegründung (S. 39) kommt es nicht lediglich zu temporären „Liquiditätseffekten“, die sich über die Lebensdauer des Wirtschaftsguts wieder ausgleichen. Die Sofortversteuerung führt nicht nur zu einer zeitlichen Vorverlagerung von Ertrag und Aufwand, vielmehr wird hier eine Steuerzahlungspflicht angeordnet, ohne dass der Steuerpflichtige über die für die Steuerzahlung erforderliche Liquidität verfügt. Ohne sonstige liquide Mittel ist er **gezwungen, Wirtschaftsgüter zu veräußern**, um die geschuldete

Steuer entrichten zu können. Aus der Vorziehung der Steuerzahlung resultieren zudem **Zinsnachteile**. Hinzu kommen **Bewertungsunsicherheiten**, da sich der anzusetzende gemeine Wert ohne Markttransaktion nicht verlässlich bestimmen lässt. Schließlich besteht die **Gefahr von Doppelbelastungen**, wenn der Aufnahmestaat einen anderen Wertansatz als Basis der nachfolgenden Abschreibungen wählt.

3. Keine tragfähigen Rechtfertigungsgründe

Diese gravierenden Nachteile gegenüber einer reinen Inlandstransaktion, die in vielen Fällen die grenzüberschreitende Umstrukturierung verhindern werden, lassen sich europarechtlich nicht rechtfertigen.

Unbeachtlichkeit bloßer Liquiditätsnachteile?: Selbst wenn man dem Gesetzgeber dahingehend folgen würde, die Aufdeckung der stillen Reserven bei Wegzug erschöpfe sich in temporären Liquiditätseffekten, lässt sich hieraus die europarechtliche Unbedenklichkeit der Sofortversteuerung nicht ableiten. Soweit der Gesetzgeber insofern unausgesprochen auf die Rechtssache Marks & Spencer (EuGH v. 13. 12. 2005 Rs. C-446/03) rekurrieren sollte, in der der EuGH den aus einer späteren Verrechnung von Verlusten in grenzüberschreitenden Konzernsachverhalten resultierenden Liquiditäts- und Zinsanteil akzeptiert hat, sind die Sachverhalte nicht vergleichbar. In der Rechtssache Marks & Spencer ging es um den innerhalb der Gemeinschaft höchst unterschiedlich geregelten intersubjektiven und intertemporalen Verlustausgleich, im SEStEG-E dagegen um eine Durchbrechung des Realisationsprinzips, das zu den tragenden Grundsätzen auch des europäischen Bilanzrechts gehört (EuGH v. 27. 6. 1996 Rs. C-234/94 – Tomberger). Zudem hat sich der EuGH in der Rechtssache Marks & Spencer mit der europarechtlichen Bedeutung von Liquiditätsnachteilen nicht ausdrücklich auseinandergesetzt, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass frühere Entscheidungen, in denen Zins- und Liquiditätsnachteile als beachtlich aufgegriffen wurden (EuGH v. 13. 7. 1993 Rs. C-330/91 – Commerzbank Rz. 15 ff.; EuGH v. 8. 3. 2001, Rs. C 397, 410/98 – Metallgesellschaft und Hoechst, Rz. 54 ff.; EuGH v. 21. 11. 2002, Rs. C-436/00 – X und Y, Rz. 38; EuGH v. 8. 6. 2004 Rs. C-268/03 – De Baeck, Rz. 24), überholt wären.

Kohärenzprinzip?: Auch auf das Kohärenzprinzip kann die Sofortversteuerung nicht gestützt werden. Nach dem Kohärenzprinzip können Benachteiligungen grenzüberschreitender Sachverhalte dann gerechtfertigt werden, wenn eine Regelung in **zwingendem funktionellem Zusammenhang** mit einer Begünstigung steht (erstmalig EuGH v. 28. 1. 1992 Rs. C-204/90 – Bachmann; EuGH v. 28. 1. 1992 Rs. C-300/90 – Kommission/Belgien) und eine grenzüberschreitende Anwendung nicht möglich ist, ohne dass es zu Widersprüchen im Steuersystem des Mitgliedstaates kommt. Zwar ist zunächst auf der Grundlage des auch vom EuGH zur Begründung der zwischenstaatlichen Aufkommensverteilung herangezogenen Territorialitätsprinzips (EuGH v. 15. 5. 97 Rs. 250/95 – Futura/Singer) eine Berechtigung anzuerkennen, die unter deutscher Jurisdiktion entstandenen stillen Reserven zu versteuern. Dies gilt umso mehr, wenn stille Reserven auf zuvor vorgenommene, über den tatsächlichen Wertverzehr hinausgehende Abschreibungen zurückzuführen sind. Es ergibt sich insofern eine Kohärenz zwischen steuerbilanzieller Minderung der Bemessungsgrundlage und späterer Besteuerung. Zwar wäre aus der Sicht des Steuerpflichtigen die Kohärenz im Sinne einer Einmalbesteuerung auch dann gewahrt, wenn nicht Deutschland, sondern der Aufnahmestaat die stillen Reserven besteuert. Jedoch lässt sich hieraus zum einen im Hinblick auf die **territorial sachgerechte Aufteilung der Besteuerungsrechte**, zum anderen im Hinblick auf die **Gefahr der doppelten Nichtbesteuerung** keine Pflicht zu einem Verzicht auf die bei Grenzübertritt vorhandenen stillen Reserven ableiten.

Nicht vom Kohärenzprinzip gedeckt ist jedoch der **Besteuerungszeitpunkt**. Die Sofortversteuerung ist **nicht erforderlich**, und zwar weder um die zwischenstaatliche Aufkommensverteilung zu gewährleisten, noch zur Wahrung der Kohärenz des Systems. In beiden Fällen reicht die Feststellung der im Wegzugszeitpunkt vorhandenen Werte, verbunden mit zinsloser Stundung und Versteuerung bei Realisierung, wie sie in § 6 AStG-E nun vorgesehen ist. Die **Sofortversteuerung ist unverhältnismäßig**.

Der Einwand, ein **Besteuerungsaufschub** sei im betrieblichen Bereich nicht **administrierbar**, ist bereits rein tatsächlich vor dem Hintergrund der bisherigen Praxis des Betriebsstätterlasses nicht überzeugend. **Europarechtlich** kommt ihm angesichts der ständigen Praxis des Gerichtshofs, die Mitgliedstaaten auf Amtshilfe- und Beitreibungsrichtlinie zu verweisen (EuGH v. 15. 5. 1997 Rs. C-250/95 – Futura Singer, Rz. 40 f.; EuGH v. 28. 10. 1999 Rs. C-55/98 – Vestergaard, Rz. 26 ff.), keine Bedeutung zu. Zudem kann die spätere

Besteuerung durch erhöhte Erklärungs- und Mitwirkungspflichten der Steuerpflichtigen gesichert werden, indem die Stundung vom Nachweis des Steuerpflichtigen über die fortbestehende Zugehörigkeit des Wirtschaftsguts zum Betriebsvermögen abhängig gemacht wird. Dies hält, wenn es zur Sicherung der zwischenstaatlichen Aufkommensverteilung erforderlich ist, auch der EuGH für gerechtfertigt (s. jüngst Rechtssache „N“ v. 7. 9. 2006 Rs. C-470/04 Rz. 49).

Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit: Schließlich kann – unabhängig von der Frage, ob eine Beschränkung der Freizügigkeit im Hinblick auf die Vorrangwirkung des Europarechts überhaupt durch Berufung auf nationale verfassungsrechtliche Bindungen gerechtfertigt werden kann – auch das Argument, einem Besteuerungsaufschub stehe das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit entgegen (Gesetzesbegründung, S. 40), nicht überzeugen. Adressat von Art. 3 Abs. 1 GG sind allein die deutschen Vollzugsbehörden. Scheitert die Durchsetzung des Besteuerungsanspruchs aufgrund mangelnder Kooperation des Zuzugsstaates, handelt es sich nicht um ein zurechenbares strukturelles Vollzugsdefizit. Dies gilt insbesondere dann, wenn die deutschen Finanzbehörden im Rahmen des Möglichen (insb. Amtshilferichtlinie) auf die Mitwirkung des Zuzugsstaates hingewirkt haben.

4. Erhebliche haushaltsrechtliche Risiken

Hält der Gesetzgeber trotz der dargelegten gravierenden Bedenken am Sofortversteuerungskonzept fest, muss damit gerechnet werden, dass die aufgrund dieser Regelung erzielten **Steuereinnahmen zurückzuerstatten** sind. Es besteht zum einen eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass auf die Sofortversteuerungsregel gestützte Steuerveranlagungen offen gehalten und die Rechtsfrage dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt werden wird, zum anderen ist davon auszugehen, dass der Gerichtshof die inkriminierten Vorschriften mit **unbegrenzter Rückwirkung** für mit dem EG-Vertrag unvereinbar halten wird. Ungeachtet dessen, ob die seitens des Bundesministers der Finanzen an den Schlussanträgen v. 5. 10. 2006 in der Rechtssache Meilicke (Rs. C-292/04) geäußerte Kritik berechtigt ist, kann sich der Gesetzgeber des SEStEG nicht darauf berufen, die europarechtlichen Risiken seien für ihn im Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes nicht erkennbar gewesen (s. insofern nur die Stellungnahme des Bundesrats v. 22. 9. 2006, S. 1 ff.). Zudem hätte er sich durch **Anfrage bei der EU-Kommission** absichern können und müssen, was meines Wissens

nicht geschehen ist. Auch unterscheidet sich die Situation insofern grundlegend von der nachträglichen Überprüfung des abgeschafften körperschaftsteuerrechtlichen Anrechnungsverfahrens, als der Gesetzgeber mit dem SEStEG die geltende Rechtslage verschärft, statt bekannte europarechtliche Probleme zu beseitigen.

Schließlich weist der **Bundesrat** zu Recht in seiner **Stellungnahme vom 22. 9. 2006** (BR-Drucks. 542/06) darauf hin, dass der deutsche Fiskus im Fall der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit **Gefahr** läuft, sein ihm grundsätzlich auch vom EuGH zugestandenes **Besteuerungsrecht** auf die in Deutschland erwirtschafteten stillen Reserven **ganz zu verlieren**, da ein nachträglicher Übergang auf eine Ausgleichspostenmethode im Sinne einer „geltungserhaltenden Reduktion“ mangels gesetzlicher Grundlage am Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung scheitern dürfte. Zudem können die zur Durchführung erforderlichen Nachweise nicht nachträglich verlangt werden.

C. Europäisierung des subjektiven Anwendungsbereichs des Umwandlungssteuerrechts statt Globalisierung problematisch im Hinblick auf die Unternehmenssteuerreform 2008

Mit der der Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Umwandlungssteuerrechts auf inhereuropäische Umwandlungen (EU/EWR-Raum) kommt der Gesetzgeber sowohl den sekundärrechtlichen Verpflichtungen der Fusionsrichtlinie als auch den Anforderungen der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit nach (vgl. oben Abschnitt A., Rechtssachen X und Y, Hughes de Saillant de Lasteyrie, „N“). Gem. § 1 Abs. 2 – 4 UmwStG-E kommt es nicht mehr darauf an, ob der an der Umwandlung, Verschmelzung, Einbringung beteiligte Rechtsträger (Gesellschaft oder natürliche Person) im Inland oder einem EU-/EWR-Staat ansässig ist. Damit werden für diesen Personenkreis steuerneutrale Umwandlungen möglich, soweit die Besteuerung der in Deutschland entstandenen stillen Reserven auch weiterhin gewährleistet ist.

Die anfänglich diskutierte **Globalisierung**, d. h. Ausdehnung auch auf Drittstaatenfälle, soll nicht verwirklicht werden. Im Gegenteil, insofern wurde der Anwendungsbereich gegenüber der geltenden Rechtslage eingeschränkt. So fällt der derzeit von § 20 Abs. 1 Satz 2

UmwStG erfasste Fall der Einbringung von Mehrheitsbeteiligungen an Drittstaatengesellschaften in unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften nach § 1 Abs. 3 Nr. 4 iVm Abs. 4 Nr. 2 UmwStG-E nicht mehr in den Anwendungsbereich des UmwStG.

Eine *rechtliche* Verpflichtung zur Erweiterung des Anwendungsbereichs des Umwandlungssteuergesetzes auf Drittstaaten besteht wohl nicht. Allenfalls könnte insofern die Kapitalverkehrsfreiheit herangezogen werden, deren steuerliche Drittstaatenwirkung jedoch bisher ungeklärt ist. Dass der Gesetzgeber von einer echten Internationalisierung abgesehen hat, ist dennoch wenig überzeugend, da er auch bei innereuropäischen Umstrukturierungen den Buchwertansatz davon abhängig macht, dass das deutsche Besteuerungsrecht gewahrt bleibt. Vor diesem Hintergrund bestand für die Differenzierung kein Bedürfnis.

Besonders problematisch ist der Ausschluss von Drittstaatsverhalten in den Fällen der Einbringung von Teilbetrieben einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft sowie des Formwechsels einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft (§ 190 UmwG) im Hinblick auf die anstehende **Unternehmenssteuerreform 2008**. Anhand der am 12. 7. 2006 beschlossenen Eckpunkte zur Unternehmenssteuerreform ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber beabsichtigt, Personenunternehmen eine Kapitalgesellschaften äquivalente Möglichkeit der niedrig besteuerten Einbehaltung von Unternehmensgewinnen zu eröffnen. Das noch im Koalitionsvertrag vom 11. 11. 2005 benannte Ziel weitgehender **Rechtsformneutralität** lässt sich mit einer verbesserten Gewerbesteueranrechnung oder einer begrenzten Investitionsrücklage jedenfalls nicht erreichen. Andererseits können gerade große ertragsstarke Personengesellschaften, die in Zukunft gegenüber Kapitalgesellschaften deutlich benachteiligt würden, **nicht auf die Umwandlung verwiesen** werden, weil hier vielfach Gesellschafter in Drittstaaten ansässig sind, so dass die Umwandlung insoweit gem. § 1 Abs. 4 S 2 UmwStG-E nicht steuerneutral möglich ist. Dies wird den Druck auf eine Ausweitung der angekündigten Tarifsenkung auf Personenunternehmen erhöhen und die Reform noch teurer machen, obwohl die angekündigte Tarifsenkung auf unter 30% mit den zur Verfügung stehenden 5 Milliarden Euro bereits allein für Kapitalgesellschaften nicht finanzierbar ist und die **Gegenfinanzierungsvorschläge** der Hinzurechnung von Finanzierungsaufwand als gravierende **Verletzung des objektiven Nettoprinzips** inakzeptabel sind.

D. Einzelfragen Umwandlungssteuergesetz-Entwurf

I. Einheitliche Neukonzeption und Systemwechsel bei der Besteuerung einbringungsgeborener Anteile sind zu begrüßen

Grundsätzlich **zu begrüßen** ist das Bemühen um ein **einheitliches Konzept der Besteuerung von Unternehmensumstrukturierungen**. Der Gesetzgeber hat sich damit nicht auf seine unmittelbaren europarechtlichen Umsetzungspflichten beschränkt, sondern verfolgt eine systematische Vereinheitlichung des Umwandlungssteuergesetzes und geht zum Teil – etwa mit der Anwendung der Einbringungsvorschriften auch auf natürliche Personen und Personengesellschaften in § 20 Abs. 1 iVm § 1 Abs. 3 Nr. 4, Abs. 4 UmwStG-E – über die Fusionsrichtlinie hinaus, was aus systematischer Sicht zu begrüßen ist.

Für **Klarheit in der Grundstruktur** sorgt die **einheitliche Wertansatzkonzeption** nach der Wirtschaftsgüter in der Umwandlung (§ 3 UmwStG-E), Verschmelzung (s. für die Anteilseignerebene § 13 UmwStG-E) und Einbringung (§§ 20 Abs. 2; 21 Abs. 2 UmwStG-E) generell mit dem gemeinen Wert anzusetzen sind; Buch- oder Zwischenwerte angesetzt werden können, wenn das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der stillen Reserven nicht beschränkt wird. **Positiv** zu beurteilen ist in diesem Zusammenhang, dass der UmwStG-E nun ausdrücklich die Eigenständigkeit umwandlungssteuerrechtlichen Wertansätze anerkennt und damit die Ausübung von Wahlrechten unabhängig vom Ansatz in der Handelsbilanz festschreibt (**Ausschluss der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für umwandlungssteuerrechtliche Zwecke**). Dies entspricht der rein steuerlichen Zielsetzung der umwandlungssteuerrechtlichen Bewertungsregeln (s. insoweit auch schon BFH BStBl. II 2006, 568).

Den wohl bemerkenswertesten **Fortschritt** stellt die Aufgabe des bisherigen Konzepts der **einbringungsgeborenen Anteile** (§ 21 UmwStG) dar. Vermieden wird auf diese Weise die bisherige Doppelerfassung der stillen Reserven sowohl auf Gesellschafts- als auch auf Anteilseignerebene. Statt der bisherigen Besteuerung des Gewinns aus der Veräußerung der einbringungsgeborenen Anteile sieht § 22 UmwStG-E nun vor, dass für den Fall, dass der Anteilseigner die Anteile innerhalb von 7 Jahren nach der Einbringung veräußert oder das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland in sonstiger Weise beschränkt wird, der

Buchwert- bzw. Zwischenwertansatz nachträglich rückgängig gemacht und der so ermittelte Einbringungsgewinn reduziert um 1/7 für jedes seit Einbringung abgelaufene Zeitjahr besteuert wird. Zwar dürfte das hiermit einhergehende Erfordernis der nachträglichen Ermittlung des Werts im Zeitpunkt der Einbringung einen **erheblichen Ermittlungsaufwand** begründen, andererseits wird dieses Verfahren bereits aktuell nach Spaltungen praktiziert (§ 15 Abs. 3 Satz 4 UmwStG). Das Erfordernis nachträglicher Wertermittlung greift zudem nur dann ein, wenn es tatsächlich innerhalb des Sieben-Jahreszeitraums zu einer Veräußerung oder Beschränkung des inländischen Besteuerungsrechts kommt.

Zwar lässt auch die neue Missbrauchskonzeption des § 22 UmwStG-E **keinen Nachweis außersteuerlicher Motive** zu, was im Hinblick auf die Vorgaben von Art. 11 Fusionsrichtlinie und die Entscheidung in der Rechtssache Leur Bloem (EuGH v. 17. 7. 1997 Rs. C-28/95) nicht unproblematisch ist, sie wirkt aber zielgenauer gegen missbräuchliche Steuergestaltungen als die bisherige Regelung. Zudem schafft die Regelung Rechtssicherheit.

Um sich **europarechtlich abzusichern**, könnte der Gesetzgeber die Nachversteuerung des § 22 UmwStG-E allerdings unter die zusätzliche Voraussetzung stellen, dass der Steuerpflichtige keinen Nachweis außersteuerlicher Gründe beibringt. Eine derartige Klausel, wie sie der Gesetzgeber in § 26 UmwStG-E zusätzlich zu den spezielleren unwiderlegbaren Missbrauchsvermutungen des UmwStG-E vorsieht, wäre zwar streitanfällig, als weitere Tatbestandsvoraussetzung der Nachversteuerungsregel ließe sich die Gefahr, dass dem Steuerpflichtigen der Nachweis misslingt, aber im Hinblick auf die moderaten Rechtsfolgen des § 22 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E hinnehmen.

II. Untergang des Verlustvortrags im Fall der Verschmelzung europarechtlich nicht erforderlich

Zukünftig soll durch Streichung von § 12 Abs. 3 Satz 3 UmwStG ein **Verlustvortrag** der übertragenden Gesellschaft **nicht mehr** auf die übernehmende Gesellschaft **übergehen**. Nach Verschmelzung nicht verbrauchte Verlustvorträge werden endgültig von der Verrechnung ausgeschlossen. Zwar lassen sich bestehende Verlustvorträge zum Teil nutzen, indem sie mit einem aus der Aufstockung der Buchwerte in der Schlußbilanz der übertragenden Gesellschaft resultierenden Gewinn verrechnet werden. Dies wird aber in vielen Fällen nicht ausreichen, um den Verlustvortrag zu nutzen, insbesondere wenn dieser aufgrund der Mindestbesteuerung eine erhebliche Höhe erreicht hat oder keine aktivierungsfähigen bzw. später abschreibungsfähigen abnutzbaren Wirtschaftsgüter vorhanden sind. Hinzu kommt,

dass die Verrechnungsmöglichkeit durch die **Mindestbesteuerung des § 10d Abs. 2 EStG** auf 60% des durch die Aufstockung entstehenden Gewinns beschränkt wird, so dass die Verlustnutzung oberhalb der Vollverrechnungsgrenze von 1 Mio. Euro zwangsläufig mit einer Steuerzahlung verbunden ist.

Abgesehen davon, dass der Untergang von Verlustvorträgen in vielen Fällen sinnvolle Umstrukturierungen behindern wird, ist der **Übergang des Verlustvortrags** unter dem Gesichtspunkt der Gesamtrechtsnachfolge **steuersystematisch geboten**. Der für natürliche Personen geltende Grundsatz der Individualbesteuerung wird für Zwecke der Besteuerung juristischer Personen durch den **Grundsatz der Einmalerfassung** auf Körperschaftsebene verdrängt. Dieser Grundsatz kann nicht auf Gewinne beschränkt werden, sondern muß auch für Verluste zur Anwendung gebracht werden.

Zudem bedarf es des Übergangs von Verlustvorträgen im Verschmelzungsfall **zum Ausgleich des systematischen Fehlers der Mindestbesteuerung**. Die Mindestbesteuerung wurde laut Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 15/1518, 13) eingeführt, lediglich um eine zeitliche Streckung der Verlustverrechnung zu bewirken, nicht aber um Verluste ganz von der Verrechnung auszuschließen. Die Verlustnutzung gelingt aber nur, wenn noch bestehende Verluste im Fall der Verschmelzung auf die Übernehmerin übergehen.

Hintergrund der Neuregelung ist wohl – neben fiskalischen Gründen – die Sorge, in Zukunft im EU-Ausland entstandene Verluste bei **grenzüberschreitenden Verschmelzungen** in Deutschland zum Abzug zulassen zu müssen. Jedenfalls die Fusionsrichtlinie gibt keinen Anlass zu derartigen Befürchtungen, da Art. 6 Fusions-Richtlinie die **Verrechnung nur mit Betriebsstättengewinnen** der Übernehmerin im Staat der übertragenden Gesellschaft vorsieht. Nicht ganz von der Hand zu weisen ist indes, dass eine Pflicht zur Gleichbehandlung der Verluste im Fall von inländischen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen **primärrechtlich** aus der **Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit** abgeleitet werden könnte. Allerdings ist keineswegs klar, ob eine über den **Willen des Richtliniengebers** der Fusions-Richtlinie hinausgehende Ausweitung sekundärrechtlicher Vorgaben auch auf nicht harmonisierte Bereiche auf die Grundfreiheiten gestützt werden kann. Der Europäische Gerichtshof hat diese Frage bisher nicht entschieden.

Im Übrigen käme eine Verlustverrechnung in Deutschland nach Maßgabe der Rechtssache Marks & Spencer (EuGH v. 13. 12. 2005 Rs. C-446/03) **erst** dann in Betracht, **wenn im Staat der Überträgerin keine Betriebsstätte mehr verbleibt**, so dass definitiv keine Möglichkeit einer Verrechnung im Staat der Verlustentstehung mehr besteht. Es ist fraglich, ob die hierdurch eventuell entstehenden Steuerausfälle, die vollständige Versagung des Verlustübergangs tatsächlich erforderlich machen, zumal die Bundesrepublik sich durch eine **Anfrage bei der Kommission** hätte absichern können. Wie die Generalanwältin Stix-Hackl in ihren Schlussanträgen v. 14. 3. 2006 (Rz. 156 ff.) zu der kürzlich entschiedenen Rechtssache Banca popolare di Cremona (EuGH v. 3. 10. 2006 Rs. C-475/03) ausgeführt hat, können bei einer späteren Überprüfung durch den EuGH die Urteilswirkungen zeitlich beschränkt werden, soweit die Kommission auf Anfrage des Mitgliedstaats vorab die Unbedenklichkeit der streitigen Regelung erklärt hat. Auf diese Weise ließen sich die Aufkommensrisiken begrenzen.

Wird gleichwohl an der Streichung des Übergangs des Verlustvortrags festgehalten, sollte der Gesetzgeber insofern **wenigstens die Anwendung der Mindestbesteuerung ausschließen**, damit auch oberhalb von 1 Mio. Euro der volle Aufstockungsgewinn zur Verlustverrechnung genutzt werden kann.

III. Verfehlte Missbrauchsklausel in § 26 UmwStG-E

Zu streichen ist die in § 26 UmwStG-E vorgesehene allgemeine Missbrauchsklausel. Sie verletzt den **rechtsstaatlichen Grundsatz der Bestimmtheit des Gesetzes** und ist neben den speziellen Mißbrauchstatbeständen des UmwStG sowie § 42 AO **nicht erforderlich**. Die Regelung ist nicht durch Art. 11 der Fusions-Richtlinie geboten. Zwar war die frühere Regelung des § 26 Abs. 2 S. 1 UmwStG mit der starren 7 Jahresfrist nicht vom Richtlinien-text gedeckt (s. insofern EuGH v. 17. 7. 1997 Rs. C 28/95, EuGHE 1997, I-4190, Leur Bloem), hieraus ergibt sich aber keine Notwendigkeit, Art. 11 Abs. 1 der Fusions-Richtlinie wörtlich als Generalklausel zusätzlich zu den speziellen Missbrauchstatbeständen des UmwStG zu übernehmen.

Richtlinienvorschriften, die dem nationalen Gesetzgeber Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen, bedürfen naturgemäß der gesetzgeberischen Konkretisierung, wie dies ja auch vielfältig in den Spezialregeln des Umwandlungssteuergesetzes geschehen ist (z.B. §§ 6 Abs. 3; § 20 Abs. 2 S. 2 Nr. 2; 22 Abs. 3 UmwStG). Soweit der Entwurf die steuerlichen Vergünstigungen des UmwStG ausschließt, wenn die Umwandlung als „hauptsächlichen oder als einen der hauptsächlichen Beweggründe die Steuerhinterziehung oder Steuerumgehung hat“ wird gerade durch die zweite Alternative **erhebliche Rechtsunsicherheit** erzeugt. Entweder die Steuerumgehung ist die Hauptsache oder sie ist es nicht. Falls gemeint sein sollte, dass die Vorteile bereits dann ausgeschlossen sein sollen, wenn das Motiv der Steuerumgehung gleichwertig neben andere Motive tritt, werden Wertungsspielräume mit erheblichem Streitpotential eröffnet. Die Vorschrift ist Ausdruck eines **zunehmend von Misstrauen** gegenüber dem Steuerpflichtigen **geprägten Besteuerungsverhältnisses**. Dabei trägt gerade die Flut der in den letzten Jahren eingeführten Mißbrauchsklauseln zu der allseits beklagten **Kompliziertheit** des Steuerrechts bei und führt alle Vereinfachungsrufe ad absurdum.

E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Zu begrüßen ist, dass der Gesetzgeber eine **systematische Neuordnung des Umwandlungssteuergesetzes** anstrebt. In diesem Zusammenhang stellt insbesondere die **Ersetzung des Instituts der einbringungsgeborenen Anteile (D.I)** durch eine partielle Rückgängigmachung der steuerlichen Begünstigung des Einbringungsvorgangs eine entscheidende **Verbesserung** dar.

Neben der aufgeführten **Kritik an Einzelpunkten** (Abschnitte C und D) leidet der Gesetzesentwurf jedoch an **schwerwiegenden europarechtlichen Mängeln und Widersprüchen**. Auf der einen Seite nimmt der Gesetzgeber trotz der im Schrifttum geäußerten Bedenken und einer Reihe von übertragbaren Entscheidungen des EuGH mit der sofortigen Besteuerung sämtlicher stiller Reserven bei Überführung von Wirtschaftsgütern und Sitzverlegung ins Ausland **substantielle Haushaltsrisiken** in Kauf (B.II). Andererseits **erschwert** er in vorausgehendem Gehorsam **auch rein inländische Verschmelzungen** durch den Aus-

schluss des Übergangs von Verlustvorträgen (D.II), obwohl hier keineswegs klar ist, ob tatsächlich die Gefahr eines auf die Grundfreiheiten gestützten Verlustimports besteht.

Es ergeben sich **zwei zentrale Folgerungen**:

- Der Gesetzgeber sollte für Umstrukturierungen innerhalb des EU/EWR-Raums generell einen Besteuerungsaufschub durch zinslose Stundung mit Versteuerung im Zeitpunkt der Veräußerung bzw. endgültigen Entstrickung vorsehen, wie dies europarechtskonform in § 6 AStG-E (B.I) geschehen ist.
- Von der Streichung des Verlustübergangs bei Verschmelzung ist abzusehen.

Köln, den 15. Oktober 2006

Prof. Dr. Johanna Hey